

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.

Our questions

- Under Jewish law, does a physician require a patient's informed consent?
- Does Jewish law provide a practical definition of incapacity?
- Who speaks for an incapacitated patient, and using what standard?

Is consent necessary?

1. R' Yaakov Emden (18th century Germany), Mor uKetziah Orach Chaim 328

כתב מג"א בשם רדב"ז שאם רופא אומר צריך אם לא רצה החולה לקבל התרופה כופין אותו. נ"ל דווקא כשרוצה למנוע מהשתמש ברפואה הוודאית (אף הסתמית ע"י רופא מומחה כוודאית חשיבא) להחמיר על עצמו מחשש איסור דשבת אבל אם נמנע מפני שאינו מחזיקה לרפואה בדוקה אפילו מדעת עצמו בלבד, כ"ש אם מסייעו רופא אחד (המתנגד לרופא שאומר צריך) אין כופין, וכ"ש אם חושש הוא שמזקת לו אותה טרופה שסידר לו הרופא האומר צריך.

The Magen Avraham cited Radvaz as saying that if a doctor says a medicine is needed and the patient refuses, we compel him to take it. It appears to me that this is only where the treatment is certain, and the patient refuses only because of Shabbat. If the patient refuses because he doesn't accept the validity of the treatment, then even if it's only on his own opinion – and certainly if a doctor agrees with him – we do not force him. This is all the more certain if he is concerned that the recommended treatment could harm him.

2. R' Yaakov Emden (18th century Germany), Mor uKetziah Orach Chaim 328

אבל יש שבוחרין בספק נפשות כדי להציל עצמן מיסורין קשין כאותן שמוסרין עצמן לחיתוך מפני אבן שבכיס ובגיד וחצץ הכליות הכואב אותן מאד בצער קשה כמוות ר"ל. ולא לה מניחין אותן לעשות כחפצם בלי מוחה, מחמת שכמה פעמים נושעים ונרפאים...

Some choose to endanger their lives in order to avoid great pain, like those who undergo surgery for a kidneystone... which pains them like death. They may do so without facing protest, for they are often saved and healed.

3. R' Shlomo Zalman Auerbach (20th century Israel), cited in Nishmat Avraham 2:47-48

אין לבצע ניתוח כזה נגד רצונו של החולה (או אפילו לנסות לשכנע אותו להסכים לניתוח) כיון שמדובר כאן בניתוח גדול ומסוכן שרק יוסיף לסבלו של החולה בלי סיכוי כל שהוא לחיי עולם.

One may not conduct such a surgery against the patient's will, or even try to convince him to agree, since this is a great and dangerous surgery which will only add to his suffering without any chance of restoring 'eternal' life.

Defining incapacity

4. Rambam, Mishneh Torah, Laws of Inheritance 10:8

קטן שהגדיל אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין בית דין מונעין ממנו ממונו ואין מעמידין לו אפוטרופוס
When a child matures, even if he eats and drinks excessively and squanders his property and travels a bad path, the court may not keep his assets from him and may not appoint a guardian.

5. Talmud, Chagigah 3b

תנו רבנן איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלך בבית הקברות והמקרה 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... 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 ממקרה כסותו הוה דהוה הדר ביה דדמייא להא, או דלמא מכולהו הוה הדר? תיקו.

Who is a *shoteh*? One who travels alone at night, and who sleeps in a cemetery, and who tears his clothing.

Rav Huna said: One who displays all of these at once. R' Yochanan said: Even one of these behaviours.

But what is the case? If he acts apparently irrationally, even one should suffice! If he does not act irrationally, even all of them would not suffice! No; this is where he acts apparently irrationally, but one could explain [each symptom in a rational way]... Once he performs all of them, it is like an animal that gores an ox, a donkey and a camel; it is now identified as dangerous for all.

Rav Pappa said: Had Rav Huna heard the lesson, "Who is a *shoteh*? One who destroys that which people give him," he would have recanted.

Does that mean he would have recanted from the trait of tearing his clothing because it is similar, or that he would have recanted from all of them? This remains unclarified.

6. R' Yosef Karo, Beit Yosef Even haEzer 121

ולכאורה היה נראה דחד מהני ארבע דתניא בגמרא בעינן ליהשב שוטה, אבל אי עביד שאר דברים אחרים דרך שטות אכתי בחזקת שפוי הוא... אלא דמדברי הרמב"ם שלא הזכיר דברים הללו אלא סתם וכתב "שנטרפה דעתו וכו' בדבר מן הדברים" משמע דהני ד' דברים השנויים בבבלייתא לאו דוקא אלא לדוגמא נקטינהו והוא הדין לשאר דברים. ונראה שהכריחו לפרש כן מדחזינן דבבבלייתא קמיייתא קתני תלת ולא קתני "מאבד מה שנותנין לו" ובאידיך ברייתא קתני "מאבד מה שנותנין לו" ולא קתני אינך תלתא...

It would appear that one of the four behaviours mentioned in the Talmud would render a person a *shoteh*, but performing other irrational acts would leave a person in his presumed status of sanity... but from the Rambam, who did not mention these acts and only said, "one whose mind is torn... in some matter," it sounds as though the four items taught here are not specific, and are only examples, and other behaviours could also do it. It appears that he was driven to state thus from the fact that the former source listed three behaviours and did not list "destroys that which people give him," and the latter source listed "destroys that which people give him" and did not mention the other three...

7. Shulchan Aruch Choshen Mishpat 35:8

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.

A *shoteh* is disqualified [from testifying]. This is not only a *shoteh* who wanders without clothing and breaks implements and throws stones, but anyone whose mind is torn, so that his mind is confused perpetually on some matter, even though he speaks and inquires on point in other areas. He is disqualified, and considered a *shoteh*.

8. Chatam Sofer (18th century Hungary), Even haEzer 2:2

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

Judging in the matter of *shotim* is impossible other than through the eyes of a judge who understands his nature. One cannot clarify in writing his nature; as the Rambam wrote (Laws of Testimony 9), "The judge only has what his eyes see."

9. Rambam, Mishneh Torah, Laws of Testimony 9:10

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 לכוין הדעת בכתב.

Those who are especially foolish [*peti*], who do not recognize contradictory statements and do not understand matters as other normal people do. Also, those who are confused and hasty in their minds, and those who are especially foolish, are in the category of *shotim*. It is as the judge sees it; one cannot specify a mindset in writing.

10. R' Yosef Trani (16th century Israel/Turkey), 2:Even haEzer 16

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...

If they explain [*chalitzah*] to him and he understands that this act separates her from him, he need not understand at that moment. Even were he to remove his mind from it and contemplate other things at the time of *chalitzah*, it would be fine.

11. R' Yehoshua Falk (16th century Poland), Sma Choshen Mishpat 35:21

זהו החילוק בין פתי לשוטה שהשוטה דעתו היא משובשת ומטורפת לגמרי בדבר מהדברים משא"כ פתי שאינו מטורף לגמרי בשום דבר. This is the difference between a *peti* and a *shoteh*: The *shoteh*'s mind is entirely confused and torn in some matter; the *peti* is not entirely torn in any one matter.

12. R' Yosef Trani (16th century Israel/Turkey), 2:Even haEzer 16

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 במקוה 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

It appears that he said this only regarding testimony about what happened in the past, such that there is concern that it might have appeared to him in a certain incorrect way at that time, and then it may have been switched for him with something else, since such people do not always recognize contradictions. How could he testify now about what he saw before? But when we come to uphold a commercial matter, or a matter of divorce and marriage, and we explain it to him and he understands and we see that he understands the matter, this is not a *shoteh*. He is like a person of normal perception for anything which he does rationally before us.

13. R' Yehoshua Falk (16th century Poland), Sma Choshen Mishpat 35:22

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

"Those who are confused and hasty in their minds, and who are especially foolish" – It appears that the meaning of all of these is that they are not patient in their affairs. They perform all of their deeds hastily, not understanding the end of the matter and goal of the act. Therefore, this is also considered foolishness and irrationality.

14. R' Shemuel de Medina (16th century Turkey), Even haEzer 239

ולכאורה נר' שאין לנו מבוהל ונחפז גדול ממי שהוא מנוגף בקדחת עזה והרי הוא בכלל שוטה שפסול מן התורה

It appears that we have no one more confused and hasty than a person who is struck with powerful fever; he is a *shoteh*, bilbically disqualified.

15. Talmud, Gittin 67b

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

If he becomes mute and they ask him, "Shall we write a *get* for your wife?" and he nods his head, we test him three times. If he answers "Yes" and "No" appropriately, they write and give it.

16. R' Abraham Tzvi Hirsch Eisenstadt (19th century Poland), Pitchei Teshuvah, Even haEzer 121:2

וגם כתב שם דאף לדעת הרמב"ם דס"ל דהני סימני שוטה לאו דוקא, היינו בשעושה איזה מעשה שטות בידים אבל אם הוא רק מדבר דברים של שטות אינו נחשב כשוטה

He also wrote there that even according to the Rambam, who says the Talmud's list of symptoms is non-specific, the person still must actively perform an act of irrationality. If he only speaks irrationally, this does not render him a *shoteh*.

Who speaks for an incapacitated patient?

17. R' Dovid Tzvi Hoffman (19th century Germany), Melamed I'Hoil 2:104

כיון דשרי לעשות אפעראטיאן 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.

Since one may perform this operation, his parents' opinions neither help nor hinder; the doctor is obligated to heal, and refraining would be murder. We have never found, anywhere in the Torah, that parents have permission to endanger their children and keep a doctor from healing them. This is the law of the Torah; I don't know municipal law.

18. Rama Choshen Mishpat 290:26

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 ה"א) (ועיין לעיל סימן רנ"ב).

Where a parent appointed a guardian for his adult children, they may say, "We do not need a guardian," unless there is an element of the mitzvah of fulfilling the words of the deceased.

19. 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.

20. R' Moshe Feinstein (20th century USA), Igrot Moshe Choshen Mishpat 2:74:5

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 בכפיה דקשירת גופו. אבל לחייב לעשות כן לגדול יש מקום להסתפק דאולי אף למ"ד שאין אדם רשאי לחבול בעצמו הוא דוקא במעשה,

Certainly, where the doubts are not equal, for he would certainly die without the operation and the concern for his state of mind is only a doubt, and it is even less of a doubt because the doctors have told him that he will heal from the operation, they are certainly permitted – and it would be a great mitzvah of saving a life – to act against his will, even by tying down his body. However, obligating them to do this to an adult is uncertain, for even the view which says one may not harm himself is referring to harm via action.

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

21. Talmud, Gittin 52a

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]

Guardians may not sell fields and purchase slaves, but they may sell slaves and purchase fields. Rabban Shimon ben Gamliel says they may not sell slaves and purchase fields, either. Why? They may not work out well with him.

22. Talmud, Bava Batra 8a

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

Rabbah required the orphans of the house of Bar Marion to give tzedakah. Abbaye asked: Didn't Rav Shemuel bar Yehudah teach that one may not decree tzedakah upon orphans, even to redeem captives? Rabbah replied: I am doing it to increase their communal standing.

23. Talmud, Ketuvot 48a

מי שנשתטה בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר ... מאי דבר אחר רב חסדא אמר זה תכשיט רב יוסף אמר צדקה...

When a man becomes a *shoteh*, the court descends into his assets to feed and support his wife and children, and for another matter... What is "another matter"? Rav Chisda said: Jewelry. Rav Yosef said: Tzedakah....

24. R' Yosef Karo (16th century Turkey/Israel), Kesef Mishneh to Laws of Inheritance 11:11

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

One could say that our master's reason was that we may assume that people want their assets to be used for tzedakah.

25. R' Moshe Feinstein (20th century USA), Igrot Moshe Choshen Mishpat 2:74:2, 5

ב: 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.

2: In most cases the patient has relatives, even father and mother and brothers and the like, who are involved in his treatment, for it is legally their responsibility to a greater extent.

5: If the patient is a baby, or an adult who cannot decide, his parents and the whole family may decide. This permission stems from the fact that most patients depend upon their parents' opinion and even upon the family, like brothers and sisters and children, who want what is best for the patient and his family. When there are no relatives, it is certainly better to depend upon the view of the local court.