

# על הרפואה ועולם המשפט בישראל\*

## אליקים רובינשטיין\*\*

- א. פתח דבר
- ב. הזכות לטיפול רפואי
- ג. הסכמה מדעת לטיפול רפואי
- ד. הרשומה הרפואית והמידע הרפואי
- ה. ועדות בדיקה פנימיות
- ו. רשלנות רפואית
- ז. סוגיות נוספות על סדר היום המשפטי-רפואי
  1. מחלת האידס
  2. השתלות איברים
  3. הפריה חוץ-גופית
  4. הזכות למות בכבוד
  5. נושאים פרטניים הקשורים באשפוז
  6. פרשנות חוק האנטומיה והפתולוגיה
  7. סוגיות נוספות לעתיד
- ח. סיום

### א. פתח דבר

האחריות המוטלת על הרופא היא מן המורכבות והקשות שבחובות בני אנוש: האחריות לחיי אדם. הציבור מפקיד בידי הרופא את היכולת לחתוך בבשר החי, לרשום מרשמים היכולים להחיות אך גם חלילה להמית. החולה מפקיד בידי הרופא את גופו ופעמים גם את נפשו. אכן, אין בשר ודם בבחינת "החותך חיים לכל חי". זו נתונה בידי

\* הרצאה בטקס סיום שנת הלימודים בבית הספר ללימודי המשך ברפואה, הפקולטה לרפואה ע"ש סאקלר, אוניברסיטת תל-אביב, שנתקיימה ביום ו' בתמוז תשס"א, 27.6.2001. גרסה קודמת של רשימה זו התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).

\*\* היועץ המשפטי לממשלה. תודתי לעו"ד יהושע שופמן, משנה ליועץ המשפטי לממשלה ולפרופ' מאיר ברזיס מן המרכז הרפואי "הרסה" בירושלים על הערותיהם, וכן למתמחי לשעבר (כיום עו"ד) איתן אטיה וטל דן על סיועם בשעתם במהרורה מוקדמת של הרצאה זו. תודה גם למתמחה (כיום עו"ד) גלעד בוק ולעו"ד דורית יפרח, מתמחתי לשעבר. האחריות לדברים עלי בלבד.

גבוה מעל גבוה – “כי אני ה' רופאך”<sup>1</sup> – אבל תפקיד הרופא חורג מיחסי הגומלין הרגילים שבין בני אנוש; הוא ביטוי עילאי להכרה בערך האדם ובקדושת חייו, כלשון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בזיקה לכך גם היה, ולדעתי עודנו, מעמדו המיוחד של הרופא בחברה האנושית, מעמד של אמן, לפעמים כמעט מיסטי. חכמי ישראל נתנו רשות לרופא לרפא. בספר שמות מופיע, בענייני נזיקין, צידוף המילים “ורפא ירפא”<sup>2</sup>. התלמוד הבבלי אומר בשם ר' ישמעאל “מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות”<sup>3</sup>, וכדברי רש”י בבבא קמא, אין אומרים הקב”ה מכה והוא המרפא<sup>4</sup> ולכן אין צורך כביכול ברפואה על ידי אדם וכך נפסק להלכה “נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. ומצווה היא. ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו [הרופא] הרי זה שופך דמים, ואפילו יש לו מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם זוכה להתרפאות”<sup>5</sup>.

עידננו – במישור המשפטי – אינו כתמול שלשום, אם תמול שלשום משמעו שנים שמכבר. התפתחויות חברתיות ובעקבותיהן התפתחויות משפטיות, הולידו את מה שקרוי עידן הזכויות. בתחום החוקתי מתבטא עידן זה בראש ובראשונה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בתחום החוקי הוא מתבטא – בין השאר – בחוק זכויות החולה, תשנ”ו-1996<sup>6</sup>, ובחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ”ד-1994<sup>7</sup>; בתחום ההתדיינות בניזיקין הוא מתבטא בריבון של תביעות רשלנות רפואית. ניתן לחוש לעתים, במגע עם רופאים, בחשש מצדם שמא הם חשופים יתר על המידה בתחום המשפטי, ושלא ישנן פעולות רפואיות שעל פי שיקול דעתם המזוקק היו מבצעים במסגרת הטיפול בחולה, אך הם נרתעים מכך. במגע עם מנהלי בתי חולים בישראל הם חוזרים על כך, שבעבר הייתה החובה הראשונה ברורה מאליה – זו החובה כלפי החולה שבשברעת הרופאים – אך שמא כיום תרכובת החובות נשתנתה, וכוללת גם את המוסד הרפואי, התקציב וכדומה, והם מעלים את שאלת האחריות הרובצת בשקלול חלוקת המשאבים, בעיה שאנו נתקלים בה גם בשעה שקופות חולים טוענות כי התקציב הניתן על ידי המדינה במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו מכסה את מה שכיוון המחוקק ליתן לחולה. מהו אפוא האיוון הנכון, בעידן שבו מילת המפתח במשפט הציבורי היא איוונים?

השאלה קיימת בתחומים רבים בחיינו – למשל: בביטחון וברוחה. היא מקבלת משנה חשיבות כשמדובר בעולם המעשה הקשה ורב-האתגרים של הרפואה, שבו

- 1 שמות, טו, כו.
- 2 שמות, כא, יט.
- 3 תלמוד בבלי, ברכות, ס, א; תלמוד בבלי, בבא קמא, פה, א.
- 4 רש”י, בבא קמא, פה, א, ד”ה “ניתנה רשות לרופאים לרפאות”, כלשונו בארמית “ולא אמרין רחמנא מחי ואיהו מסיי” (תורגם לעברית).
- 5 שו”ע, יורה דעה, שלו, א.
- 6 חוק זכויות החולה, תשנ”ו-1996 (להלן: “חוק זכויות החולה”).
- 7 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ”ד-1994 (להלן: “חוק ביטוח בריאות ממלכתי”).

שזורים מושגי המקצוע עם מרכיבי משפט ואתיקה, ובראש ובראשונה – כרוכים בהצלת נפשות ובפיקוח נפש.

אכן, כדברי החכם הקדמון בן סירא "אין עושר כחיים בריאים, וטוב המוות מחי תחלואים"<sup>8</sup>. לרפואה תפקיד מרכזי בשימור החיים, ולא פחות מזה באיכות החיים. נראה שהיגיון זה מהווה בסיס, בהלכה היהודית ובכתבים פילוסופיים ודתיים אחרים, לחובתו המוסרית של אדם לשמור על בריאותו – "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם"<sup>9</sup> – ולשליחותו ולחובתו המקצועית, המוסרית והמשפטית של רופא לעשות ככל יכולתו לרפא.

הרפואה והאדם כרוכים זה בזה משחר ברייתו של אדם, בטרם נולד, ועד לאחר מותו. לכריכה זו השלכות רבות, מהן מדעיות-מקצועיות, מהן מוסריות המחייבות דיון והסדרה משפטית. אין המדובר באירוע חד-פעמי, אלא בתהליך דינמי, המושפע משנייים חברתיים, מדעיים ואחרים. חקיקת הבריאות במדינת ישראל היא אחת הדוגמאות המאלפות לתהליך מסוג זה.

פקודת בריאות העם המנדטורית משנת 1940<sup>10</sup> (המנדטורית) הייתה התשתית המשפטית הבסיסית להסדרת הרפואה בישראל, ועמה פקודת הרופאים וחוקים מסדירים אחרים. אמנם יש לומר כי מקצועות הרפואה, לרבות הרוקחות, הסיעוד ומרבית המקצועות הפארא-רפואיים עדיין אינם מוסדרים כדבעי. בהקשרים אחרים, לעומת האמור, יכולה מדינת ישראל להשתבח בחקיקה ראויה בתחומים משיקים. די אם נזכיר את חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953<sup>11</sup>, שעוד כילד זכור לי הוויכוח הציבורי הנוקב סביבו, אשר מצא ביטויו – בין השאר, ואולי לא בצורתו הקשה ביותר – בסיסמאות גנאי לשר הבריאות דאז ברחובות העיר, חוק הנוער (טיפול והשגחה), תשי"ך-1960; חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969; תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987; חוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"ן-1989; חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991; חוק לפיצוי נפגעי עירו דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1992, וחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (המוכר כחוק הפונדקאות). אולי גולת הכותרת של החקיקה בנושאים אלה הם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, וחוק זכויות החולה, חוקי סוף שנות השמונים ושנות התשעים הם פרי העידן החברתי שבו אנו מצויים, המקדם את זכויות האדם.

גם לבתי המשפט חלק לא מבוטל בתמורות שחלו בגישה המשפטית לבריאות בחמישים ושלוש שנותיה של המדינה. ההלכה הפסוקה הניכה לא מעט חידושים בעלי חשיבות רבה בתחום הרפואה והמשפט. תקצר היריעה מעיסוק בכל אלה כאן, ויהא עלי להסתפק בראשי פרקים.

8 בן סירא, פרק ל.

9 דברים, ד, טו.

10 פקודת בריאות העם, 1940 (להלן: "פקודת בריאות העם").

11 חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 (להלן: "חוק האנטומיה והפתולוגיה").

אזכיר תחילה כי חקיקתה המודרנית של ישראל שמה במרכז את האדם, את חירותו ועולמו האוטונומי. ישנן שאלות ציבוריות הכרוכות בכך, בעקבות התפתחויות בחברה הישראלית שיש הדורשים אותן לשבח ויש המבקרים אותן. האתוס הישראלי השתנה – מתפיסה קולקטיבית, המעמידה במוקד את הגשמתן של מטרות לאומיות, לתפיסה אינדיבידואליסטית, המתמקדת ביחיד ובהתפתחותו. אכן, בוודאי יש פנים לכאן ולכאן בהערכת שינויים אלה; דווקא בתחום הרפואי עיקרם בוודאי חיוב רב. מכל מקום, לאדם בתפיסתנו המשפטית זכויות יסודיות שונות, שלא המדינה היא המעניקה אותן – הן זכויות "טבעיות". כך באשר לכבודו של אדם, כך באשר לשמירה על חייו, חירותו והאוטונומיה על גופו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה עיגון חוקתי לתפיסה זו. ההתפתחות החברתית מתבטאת גם בעלייה המתמדת ברמת החיים, ברמת ההשכלה, במדע ובדומיננטיות של התקשורת ובהשפעתה על אורחות חיינו. ענייני משפט ורפואה משיקים – מטבעם – גם לנושאי דת ומדינה<sup>12</sup>. על הרקע האמור אדרש לסוגיות אחדות שעמדו במרכז ההתעניינות בתחום הרפואי.

### ב. הזכות לטיפול רפואי

עד לחקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לא הייתה קבלת טיפול רפואי זכות יסוד של כל אזרח במדינת ישראל. אלה שלא היה בידם לשלם בעבור ביטוח רפואי או מי שקופות החולים לא קיבלום בשל מגבלות גיל, בריאות וכדומה, זכו לטיפול רפואי רק בעזרת שירותי הסעד.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שנקבע בו כי כל תושב זכאי לשירותי בריאות, מסדיר את ההיבטים הכלכליים של הזכות לטיפול רפואי. הדברים אינם נטולי בעיות פרשנות: חוק ביטוח בריאות ממלכתי מעורר, כאמור, שאלות של היקף המימון על ידי המדינה וגודלו של סל הבריאות; של שוויוניות בהקשרים שונים של צורות השירות, לרבות שאלת השר"פ בבתי חולים ממשלתיים וחוקיותו ועוד<sup>13</sup>. חוק זכויות החולה עורר

12 ראו לעניין זה: א' הכהן "משפט ורפואה ב'מדינה יהודית ודמוקרטית" – בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה" שערי משפט ב(2) (2000) 189.

13 ביום ב' באדר תשס"ב (14.2.2002) פירסם מחבר רשימה זו חוות דעת בנושא השירות הרפואי הפרטי בבתי החולים הממשלתיים. עיקריה התמודדות בין שיקול השוויון מזה לבין הממד האנושי של אפשרות לבחירת רופא, כשאדם חרד לבריאותו. נקבע בחוות הדעת כי השירות הרפואי הפרטי הקיים כיום בבתי חולים ממשלתיים אינו חוקי מהיבטים משפטיים שונים (חוק יסודות התקציב, תשי"א-1951; חוק נכסי המדינה, תשמ"ה-1985, ועקרונות השוויון), וכי אם הממשלה ומשרד הבריאות רואים נחיצות בהסדרת שירות רפואי משלים – הוזה שאלה ערכית – ראוי שהדבר ייעשה בחקיקה ראשית, וכחוראת שעה ניתן להתקין כללים מכח סעיף 31 ג(ב) לחוק יסודות התקציב לפעילות בתאגידי הבריאות, וכן כללי משמרת. הושם דגש על הצורך בהסכמים מפורטים, הכוללים הגבלות לשירות זה מבחינת היקף פעילות, זמן ומקום וכן הסדרי פיקוח והסברה. צוין כי הבעייתיות המובנית בנושא מחייבת פיקוח אמיתי והגון, שבהיכשלו תהא זו הפרה בוטה שעלולה להפוך כל הסדר לבלתי חוקי, ולכן נדרשת הקפדה רבה על כל

שאלות קשות באשר להשפעתו על הדרך שבה נוהגים רופאים בביצוע מלאכתם. המורכבות מרובה. חוק זכויות החולה מסדיר את הזכות המהותית לקבלת טיפול רפואי ברמה נאותה.

### ג. הסכמה מדעת לטיפול רפואי

אבי אבות האתיקה הרפואית, היפוקרטס, הנחה את תלמידיו הצעירים להסתיך מחוליהם את האמת על מצבם. גישה זו, הידועה בשם "האסכולה הפטרנליסטית", שהשלכות לה בתחומים שונים, אינה מקובלת עוד. התפיסה הפתוחה, מחייבת אותנו בהענקת המידע הדרוש לחולה כדי שיוכל לקבל החלטות על גורל גופו, ובכך יממש את זכויותיו כאדם.

גישה קיצונית בכיוון ההפוך היא גישת "האסכולה האינפורמטיבית", על פיה הרופא מוסר את כל המידע לחולה, וזה מקבל בעצמו את ההחלטה ובתוך כך מקבל עליו את האחריות כולה. הגישה המקובלת כיום היא "אסכולת שיתוף הפעולה", מעין שביל זהב בין השתיים הללו. אסכולה זו רואה במערכת היחסים שבין הרופא לחולה הסדר מעין חווי. הרופא אמור לספק מידע לצורך קבלת ההחלטה, ושני הצדדים אמורים לדון יחדיו באמצעי הריפוי הטוב ביותר.

מבחינה זו גברה, לעומת העבר, ההידברות בין הרופא לחולה; החולה אינו נתפס כיום כשותף פסיבי לתהליך הטיפולי. כיום, מודע החולה יותר ויותר לזכויותיו, ומבקש להיות שותף אקטיבי בקביעת סוג הטיפול בו ואופנו. אחד הביטויים המובהקים למודעות זו הוא החביעה לקבלת חוות דעת נוספת (second opinion), אף כי זו קדמה לחוק זכויות החולה.

מתן טיפול רפואי ללא הסכמת החולה יכול להיחשב עברה פלילית – הלוא היא עברת התקיפה<sup>14</sup> – ולעולה נזיקית<sup>15</sup>. על מנת שיוכל החולה לתת את הסכמתו החופשית והמודעת עליו לקבל מידע ראוי.

תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), תשמ"ד-1984, נועדו למנוע מצב שבו חולה מאושפז יקבל טיפול רפואי ללא הסכמתו המפורשת. התקנות קבעו שיש להחתים את

הסדר שיעשה. הנושא מצוי כעת בדיון בבית המשפט העליון (בג"צ 659/02, 4253/02, 4325/02). בקשה להוצאת צו ביניים אשר יאפשר את המשך קיומו של השר"פ בבתי החולים הממשלתיים עד להכרעה בעתירות, נדחתה. לפי החלטת בית המשפט העליון מיום ג' באלול תשס"ב (11.8.02) נדחה הדיון בעתירות בשלב זה, כדי שהנושא ידון בממשלה וזו תגבש החלטתה. ביום י"ב בחשוון תשס"ג (20.01.03) החליטה הממשלה להנחות את שרי הבריאות והאוצר, בהתיעצות עם נציגי שירות המדינה, להחקיין בהוראת שעה תקנות לבחירת רופא בתשלום בתאגידי הבריאות שליד בתי החולים הממשלתיים על התקנות לרשות בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

14 ס' 378 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

15 ס' 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין").

המטופל על טופס הסכמה בעת כניסתו לבית החולים, וכן לפני ביצוע פעולות פולשניות, כמו צנתור או ניתוח. אלא שספק אם רוב החולים המתקבלים לאשפוז קראו את הטופס או ביקשו העתק ממנו, וכן כמעט שלא היה באפשרותם, באופן מעשי, להכניס בו הסתייגויות בנוסח "אני מעוניין בטיפול זה ולא באחר", מה גם שלעתים קרובות נעשתה החתימה ללא הסברים.

חוק זכויות החולה בא לנסות לתקן מצב זה. פרק ד' לחוק קובע את החובה לקבל הסכמתו של אדם לטיפול רפואי (ולא רק לצורכי אשפוז), את החובה למסור את טיבו של המידע, רמת הפירוט וצורת ההסכמה. בכך נכללים הדיאגנוזה והפרוגנוזה של המטופל, תיאור ההליך הטיפולי, סיכויי הצלחתו, הסיכונים הכרוכים בו, טיפולים חלופיים ועוד. שלא כבעבר, נקבע שההסכמה יכול שתהיה בכתב, בעל פה או אף בדרך של התנהגות. עם זאת קבע החוק שבמספר טיפולים (ניתוחים, דיאליזה וכדומה), יש צורך, ככלל, בהסכמה בכתב. העיקר הוא ההסכמה המודעת – קבלת כל המידע הרלוונטי ושיקול זהיר באשר לאפשרות הטיפול. הדגש, כמו במשפט המודרני בכלל, הוא במהות; לא הטפסים, אלא ההסכמה עיקר.

בנסיבות מיוחדות מתיר חוק זכויות החולה למטפל להעניק טיפול רפואי גם ללא הסכמת החולה. התנאים לכך קבועים בסעיף 15 לחוק. לסעיף שלוש חלופות – האחת, אדם שמצבו הגופני או הנפשי אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת, ואזי יינתן טיפול אם אין ידוע למטפל כי המטופל מתנגד לכך או אם אין אפשרות לקבל הסכמת בא כוחו; השנייה, כשאדם מתנגד מפורשות לקבלת טיפול, ואזי תוכל ועדת אתיקה לאשר טיפול כפוי בתנאים מסוימים; והשלישית, במצב חירום רפואי כשישנה סכנת חיים מידית או סכנה לנכות חמורה בלתי הפיכה.

עדיין שאלה היא אם השיג החוק את מטרתו כגון שקילת טיפולים חלופיים, שיפור התקשורת בין המטפל למטופל וכיצא בהם. מכל מקום, מה שקבע החוק בנושאים אלה, ביסודו, הוא מיצוי של הכלל "דעלך סני לחברך לא תעביד" – "מה שעליך שנוא אל תעשה לחברך"<sup>16</sup> או במילים אחרות מיצויה של הגינות אנושית בסיסית. כפי שכל אחד מאתנו היה רוצה שינהגו בו, כך מתבקש הוא לנהוג בזולתו. אנו מצווים על כיבוד החולה וזכויותיו, ולא על ראייתו כאובייקט למדע הרפואה. שיחות עם החולה, רגישות כלפיו, הבנת בעיותיו, הסברת הטיפול בו – מה מובן יותר מזה. דומני, וכך אומרים העוסקים בכך במשרד המשפטים, כי המודעות בעניין זכויות החולה גברה; אני מקווה שתמשיך ותגבר, כך שהמידע הניתן לחולה – וגם לציבור כולו – יהא אמין.

#### ד. הרשומה הרפואית והמידע הרפואי

למידע הרפואי חשיבות רבה, הן מבחינת זכות החולה לדעת את פרטי הטיפול הרפואי שנעשה בו, הן מבחינת זכותו שמידע זה יישאר חסוי, כל עוד לא ויתר על סודיותו. חלק ניכר מן המידע הרפואי מצוי ברשומות הרפואיות. תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), תשל"ו-1976, קבעו מה נכלל ברשומות וכיצד יש לנהל שמירת רשומות. כל פריט שיש בו כדי להצביע על ההיסטוריה הרפואית של האדם נכלל בגדר הרשומות. התקנות אף קובעות היכן תישמר הרשומה הרפואית ועד מתי. סעיף 17 לחוק זכויות החולה קובע חובת ניהול רשומה רפואית. הניסיון מגלה כי במקרים רבים טרם עברה הרשומה הרפואית מחשוב, ופעמים לא מעטות היא אינה קריאה כדבעי. הזכות לדעת מעוגנת בסעיף 18 לחוק זכויות החולה. ככלל, מטופל זכאי לקבל את המידע המצוי ברשומה הרפואית הנוגעת אליו ואף להעתיקה. הסייג לכלל זה חל רק במקרים שבהם המידע עלול לגרום נזק לבריאותו הפיזית או הנפשית של המטופל, ולכן נדרש אישור של ועדת האתיקה הפועלת לפי חוק זה. עדיין יש לבדוק אם אכן מקום בפועל הכלל של גילוי מלא למטופל.

סודותיו של האדם הם בוודאי חלק מהותי מפרטיותו, ומכבודו כאדם. לפי סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", ולפי סעיף 7(ד) בו "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו". זאת ועוד, לסודיות חשיבות רבה ביצירת אקלים טיפולי נוח, שבו ימסור החולה את כל המידע הרפואי הרלוונטי למטפל ללא חשש מגילוי, וזאת כדי לאפשר לרופא לאבחן ולטפל בו טוב יותר.

נוסף על הזכות לפרטיות לפי חוק-היסוד, חובתו של רופא שלא למסור לאיש מידע על מטופליו מעוגנת בחוקים רבים נוספים. כך למשל ניתן להזכיר את סעיפים 1 ו-2 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, סעיף 36 לפקודת הרופאים, תשל"ז-1976, סעיף 42 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, סעיף 41 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (ואף סעיף 47 לחוק זה, הקובע עברה פלילית בעניין), סעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. זאת ועוד, סעיף 496 לחוק העונשין אף קובע שגילוי מידע מהסוג האמור, מקום שהדבר נעשה בניגוד לדין, מהווה עברה פלילית, שעונשה עד שישה חודשי מאסר.

על כל אלה יש להוסיף כיום את הוראותיהם של סעיפים 19 ו-20 לחוק זכויות החולה, הקובעים לא רק את חובתם של מטפלים ועוזריהם לשמירת הסודיות של מטופליהם, אלא אף מנגנון וקריטריונים למצבים שבהם בכל זאת מתעורר הצורך להעביר מידע רפואי של מטופל מסוים לאדם אחר, למרות הפגיעה בסודיותו. ואכן, בעניין הסודיות הרפואית של חולה ניתן לשרטט שלושה מעגלים מהותיים. המעגל הראשון, עניינו בסודיות המידע כלפי החולה עצמו, המוסדרת – כאמור – בסעיף 18 לחוק זכויות החולה.

המעגל השני, עניינו במסירת המידע לבני משפחתו של החולה. בכלל זה ניתן למנות את בן/בת הזוג ואת ילדיהם. באשר לבני הזוג, עצם קיומם של יחסי זוגיות אין בהם משום ויתור אוטומטי על הסודיות הרפואית, ולכן על גילוי מידע במקרה זה לעמוד בקריטריונים שקובע סעיף 20 לחוק (למשל: ועדת האתיקה קבעה, לאחר ששמעה את המטופל, כי מסירת המידע הרפואי אודותיו חיונית להגנה על בריאות הזולת או הציבור, וכי הצורך במסירתו גובר על העניין שיש באי-מסירתו). בני זוג אינם חריג בעניין זה. בנוגע ליחסי הורה-ילד: על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של הילד עד הגיעו לגיל 18, והם זכאים לקבל כל מידע רפואי על ילדם<sup>17</sup> גם בניגוד להסכמת הילד. לעיקרון זה שני חריגים: ניתוח הפלה של קטינה פטור מהסכמת ההורים, והמידע בעניין חסום בפניהם. כך גם לגבי מידע באשר לבדיקות אידס של קטינים<sup>18</sup>. הנושא עודנו מצוי בתהליך חקיקתי נוסף.

המעגל השלישי עניינו המידע כלפי כולי עלמא. במילים אחרות, מתי חייב הרופא גלות המידע לצד ג' מעוניין. לשאלה זו תשובות אחדות: ראשית, מקום שקיימת חובה חוקית לעשות כן. למשל, על פי סעיף 44 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 רשאי הפוקד לקבל כל מידע רפואי על המועמד לשירות; על פי סעיף 12 לפקודת בריאות העם קיימת חובת דיווח למשרד הבריאות על מספר מחלות מידבקות (כמו: כולירה, צרעת, אבעבועות ועוד מחלות המנויות בתוספת השנייה לחוק). בארצות-הברית הוכרה, בתנאים מסוימים, החובה לרווח לצד ג' או לרשויות על נזק שעלול להיגרם לאדם מסוים או לפלח אוכלוסייה מסוים מהחולה<sup>19</sup>. גישה זו, כך נראה, קנתה לה שביחה, בשינויים מסוימים, גם בסעיף 20(א)(5) לחוק זכויות החולה, הקובע שניתן לחשוף מידע רפואי, בין היתר, אם "ועדת האתיקה קבעה, לאחר מתן הזדמנות למטופל להשמיע את דבריו, כי מסירת המידע הרפואי על אודותיו חיונית להגנה על בריאות הזולת או הציבור וכי הצורך במסירתו עדיף מן העניין שיש באי מסירתו". שאלה נוספת היא החיסיון הרפואי בתחום הראיות. הגישה בתחום הרפואי וגם בתחומים אחרים, שעליה מבוססת גם הצעת חוק שעניינה חסינות בעלי מקצוע הנמצאת בהכנה, היא עניין של חיסיון יחסי, שבנסיבות מסוימות ניתן להסרה, מטעמי אינטרס הציבור.

ככלל אפוא סודותיו של החולה, ענייניו הרפואיים ומחלתו נתפסים כקניינו הפרטי, שאין לפגוע בו, אלא בהתקיים חובה חוקית מפורשת או במצבים של סכנה חמורה,

17 ראו לעניין זה ד"ר 25/66 ברי-חי נ' שטיינר, פ"ד (4) 327.

18 ראו לעניין זה: חוק לגילוי נגיפי אידס בקטינים, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק לגילוי נגיפי אידס בקטינים").

19 ראו לעניין זה: *Tarasof v. Regents of the Uni. Of Cal.*, 551 P.2d 334 (1976). באותו מקרה היה מדובר בחובתו של הפסיכיאטר השומע ממטופלו איזמים על קרבן מיועד.

שבהם לא נותרת כל ברירה אלא לגלות את סודו. אגב, גם במצב זה שבו כלו הקיצין יש לנהוג זהירות, ולהימנע ככל הניתן מגילוי פרטיו המזהים של החולה.

### ה. ועדות בדיקה פנימיות

שאלה שהייתה נושא לדיון שיפוטי ולבסוף לחקיקה, היא אם מסקנותיהן של ועדות בדיקה פנימיות נכללות בגדר אותו מידע רפואי המהווה קניינו של האדם. שאלה זו שנפתרה – כפי שנראה להלן – בחוק זכויות החולה, נדונה לפני כן בפסק הדין ברע"א 1412/94 הדסה נ' גלעד<sup>20</sup>. בעניין זה דובר במי שהגיע לבית החולים עקב ניסיון התאבדות, ותוך כדי אשפוזו קפץ מחלון בית החולים אל מותו. בית החולים מינה ועדת בדיקה פנימית בעקבות האירוע, והמשפחה, שתבעה את בית החולים בתביעה נזיקית, ביקשה לקבל לידיה את דו"ח הוועדה. בית החולים טען לחיסיון, והטעם העיקרי שבו תמך את טענתו היה החשש שרופאים לא ישתפו פעולה אם יידעו כי דבריהם עשויים להגיע לאוזני גורמים מחוץ לאלה שבוועדה, וכך תושם לאל מטרת הוועדה, שהיא גילוי כל פרטי האירוע והסקת מסקנות לעתיד. מנגד עמדה זכות המשפחה לדעת מה עלה בגורלו של המנוח והרצון לגלות את האמת בבית המשפט. בית המשפט העלין קבע כי ידם של השיקולים האחרונים על העליונה, וחיסיון אינו הפתרון הראוי כדי להגן על מטרת ועדות הבדיקה. הפתרון הראוי מצוי בחובתו האתית והמשפטית של הרופא, שמכוחה עליו לפעול בשיתוף פעולה מלא עם הוועדות. קביעה זו עוררה פולמוס נרגש בקהילה הרפואית.

חוק זכויות החולה נקט גישה מסויגת יותר מזו שנקט בית המשפט בפסק הדין, ולמעשה שינה אותו. החוק שואף להביא לאיזון מלא של האינטרסים המנוגדים. סעיף 21 מאפשר למטופל לקבל את מסקנות ועדת הבדיקה, אך הפרוטוקולים חסויים בפניו, אלא אם כן ניתנה הוראת בית משפט לחיתם לו. ועם זאת על כל העובדות הנוגעות למטופל להגיע אליו בכל מקרה. כנמסר לי, עדיין לא הגיע הנושא למיזוי ראוי, אבל בסופו של יום – זו הדרך.

לצדן של ועדות הבדיקה פועלות ועדות בקרה ואיכות, שמטרתן אינה בדיקת אירוע מסוים אלא שיפור איכות הפעילות הרפואית ושירותי הבריאות. הוועדות היו קיימות טרם חוק זכויות החולה, והן עוגנו בסעיף 22 לחוק. ועדות אלה הוקמו בלחץ חברות הביטוח, כחלק מתופעה הולכת וגדלה של ניהול סיכונים. עבודתן של ועדות אלה, כמו גם תהליך ניהול הסיכונים כולו, היא לגיטימית ורצויה ככל שהיא משפרת את איכות הטיפול הרפואי. עם זאת, יש להיזהר ולהקפיד שבעבודה זו לא ייעשה חלילה ניסיון "לערך מחדש את האמת", מתוך מטרה להתחמק מהליכים משפטיים פוטנציאליים. כנמסר לי, יש עדיין עמימות בעולם הרפואה באשר להבחנה בין ועדות הבדיקה מכוח סעיף 21 ובין ועדות הבקרה והאיכות מכוח סעיף 22.

20 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עץ-כרם נ' גלעד, פ"ד (מט) 516.

## 1. רשלנות רפואית

בשנים האחרונות הולכות ומתרבות התביעות נגד רופאים ועוסקים אחרים במקצועות הרפואה, בשל טענת נזק שנגרם לחולה כתוצאה מטיפול רפואי לא נאות. נושא זה היה לאחד המרכזיים בהתדיינות הנוזיקית. לא מראשית היו הדברים כך; בראשונה היו הצעדים מהוססים, הייתה רתיעה מסוימת מפני הגשת תביעה כנגד רופאים, מקצוע בעל ייחוד, וגם היה הדימוי של קשר שתיקה בין בעלי המקצוע הרפואי שלא להעיד נגד עמיתיהם. אולם בשנים האחרונות, אף שלא היו שינויים ניכרים בחקיקה בתחום זה, הולך מספר התביעות וגדל. התקשורת יכולה לזקוף לזכותה חלק ניכר משינוי זה. גם רופאים נכונים להעיד נגד עמיתיהם יותר מאשר בעבר.

תביעות הרשלנות מתבססות על עוולת הרשלנות בפקודת הנוזיקין. עוולה זו קיימת עוד מימי טרם המדינה, ועל כן השינויים בתחום זה לא חלו בפן הסטטוטורי, אלא בפסיקה, ובמיוחד בשנות השמונים והתשעים. כך למשל קבע בית המשפט שעל רופא לבסס החלטותיו על ידע ערכני, על פי הספרות המקצועית בהתאם לנורמות המקובלות באותה עת בעולם הרפואה<sup>21</sup>. כמו כן נקבע שעל הרופא לפעול בשקידה ובמאמץ סבירים, שגם הממצאים של החולה שאינם בולטים לעין יובאו לידיעתו, ותוכב עליו לחקור, לברר ולעקוב אחר החולה וקורותיו<sup>22</sup>. בסופו של יום, דיני הרשלנות הם מעין ביקורת שיפוטית על רפואה בלתי ראויה, וככאלה כדאי לראותם<sup>23</sup>.

התרבות תביעות הרשלנות בישראל עלולה לגרום, כפי שאכן קרה בארצות-הברית, לתופעה של "רפואה מתגוננת", דבר הגורם לרופא להימנע מלעשות צעדים שיחשפוהו לטענות, או להפך, לכדי עשיית פעולות מיותרות שיהיו על "הצד הבטוח". בכך נגרם אף שינוי ביחס רופא-חולה, שכן החולה כיום הוא גם תובע פוטנציאלי. עם זאת, למגמה זו גם יתרונות. ראשית, הנפגעים זוכים לפיצוי. שנית, אפשר לקוות כי הביקורת מביאה לכך שבפועל הרופאים מקפידים יותר על איכות הטיפול, אך אודה שיש החולקים על כך<sup>24</sup>.

לשופט הבא בדרך בתביעת רשלנות רפואית, דומה כי הנחת היסוד היא כי הרופא עושה מלאכתו אמונה, וכל כוונתו הנה לטפל בחולה כראוי. מונחי ה"תקיפה" המשמשים בחלק מן התביעות, הם לשון משפטית ולא לשון בני אדם. אדם מן היישוב אינו רואה את הרופא כ"תוקף". קושי לא קטן ניצב בפני השופט בהתמודדות עם חוות

21 ראו לעניין זה דניאל 1833/91 קוהרי נ' מ"י משרד הבריאות (לא פורסם), תקדין עליון 91(2) 743.

22 ראו לעניין זה ע"פ 116/89 אנדל נ' מ"י, פ"ד מה(5) 276; ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253.

23 לעניין הרשלנות הרפואית ראו ע' אור וא' גירנברג רשלנות רפואית (מהדורה שנייה, תש"ס).

24 ראו לאחרונה: D.M. Studdert & T.A. Troyen "No-Fault Compensation for Medical Injuries – The Prospect for Error Prevention" 286 *JAMA* (2001) 217 באוחר גיליון: W.M. Sage "Principles, Pragmatism and Medical Injury" 286 *JAMA* (2001) 226.

דעת רפואיות משני הצדדים, שלא ככתביעות לפי תיק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הנדונות ככלל בחוות דעת מומחה מטעם בית המשפט. מה מעמדו של המומחה? האם הוא בעל מקצוע נכבד, או פעמים "שכיר משפט" חלילה? הדבר מציג בעיות קשות בפני בית המשפט הדין בתיק. ועוד, לאחרונה פסק בית המשפט העליון, ברוב דעות, כי יש מקום לפסוק פיצויים בגין נזק לא גופני שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה של החולה, בכך שברצו בגופו ניתוח בלא הסכמתו המודעת, וזאת בשונה מפיצוי על נזק גוף<sup>25</sup>.

שאלת יסוד מטרידה, המלווה את כל העוסק בתחום זה, היא מה הדרך הנכונה להתמודד עמו; האם להמשיך בדרך שנסללה עד כה – או שמא אין כלכלת מדינת הרווחה ערוכה להתמודדות עם סכומי עתק של פסיקת נזיקין. שופטים ועורכי דין שונים ישיבו על כך תשובות שונות.

דומה שיש קשיים רבים ברעיון שנשמע לעתים, של אחריות מוחלטת בתחום זה, כמו בתאונות דרכים, פן יוצפו המבטחים ובתי המשפט כתביעות מעין אלה באורח שאין לשערו. ועדת השופט קלינג שעסקה בנושא לא המליצה על דרך זו, אך יש גם הסבורים אחרת.

ייתכן – אף שאין לדעת בבטחה לעת הזאת – כי אילו הייתה המערכת המשמעתיית הרפואית אפקטיבית יותר, אולי היה חלק מן התביעות נמנע. הצעת חוק שבאה לשנות בנושא זה על ידי הוצאתו מידי דרג פוליטי (שר הבריאות), שהגו כיום בעל הסמכות המשמעתיית לאחר שימוע בוועדה, והעברתה של סמכות זו לוועדות שבראשן יעמוד משפטן ועמו רופאים, עומדת על הפרק<sup>26</sup>. יש לכך חשיבות רבה לשם אמון הציבור. ועוד, נחוץ חינוך רפואי, ראוי ומשופר, כך שרופאים יהיו נכונים להתמודד עם טעויותיהם, ללמוד מהן ולתקן.

## ז. סוגיות נוספות על סדר היום המשפטי-רפואי

קיימות סוגיות המצויות בשנים האחרונות בעיצומו של דיון ציבורי-משפטי, ואשר מערכת המשפט עדיין לא אמרה את דברה בו במלואו. נושאים אלה יוסדרו גם בהמשך אט אט, בין בחקיקה ובין בפסיקה. חלק ניכר מן השאלות עניינן חידושים טכנולוגיים, שיצרו אפשרויות שלא היו עמנו בעבר. דוגמאות לכך ניתן למצוא בתחומי ההפריה למיניהם, לרבות בסוגיית תרומת זרע לאחר המוות, המעוררת שאלות קשות. בדומה, אפשרויות לבריקת זיקות משפחתיות באמצעות בריקת DNA, שהיא רלוונטית הן ברפואה הפורנסית, במקרי פשע כמו אונס, הן בדיני המשפחה, בהוכחת אבהות, והן בנושאים דוגמת זיהוי חללים, אף כאלה ששנים רבות חלפו מעת נפילתם.

25 ע"א 2781/93 דעקה ג' בית חולים כרמל, פ"ד נגן (4) 526.

26 הצעת חוק הרופאים (הליכי בדיקת תלונות ואמצעי משמעת) (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998, ה"ח 2706.

## 1. מחלת האיידס

מחלת האיידס יצרה בעיות לא רק במישור ההתמודדות המדעית-רפואית, בניסיון למציאת תרופה מתאימה, אלא גם במישורים מוסריים-אתיים. חלק מן הבעיות ניתנה תשובה חלקית, ולחלק אחר טרם ניתנה תשובה.

בשנת 1987 הוספה מחלת האיידס לרשימת המחלות החמורות והמדבקות, מכוח פקודת בריאות העם. פקודה זו מעניקה למנכ"ל משרד הבריאות, במצב שכזה, סמכויות מפליגות, שהן בעייתיות במדינה דמוקרטית בראשית המאה ה-21. כך למשל נקבע שאדם החולה במחלה מידבקת חייב להודיע על מחלתו לנהג הרכב בעלותו לרכב ציבורי, וכן מוסמך המנכ"ל להוציא צווים הכופים על אדם או קבוצת בני אדם להיבדק.

בסוף 1987 פורסם צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לענין מחלת הכשל החיסוני הנרכש), תשמ"ח-1987, שהטיל חובה להיבדק בבדיקת דם לגילוי נוגדני HIV, אחת לשישה חודשים, על מי שמנכ"ל משרד הבריאות יודיע שהוא עלול לשאת את הנגיף. בינואר 1988 הוכרזו אוכלוסיות היצאניות, ההומוסקסואלים והקוסניגלים כעולות לשאת את הנגיף. חודשיים לאחר מכן בוטל חלק מההכרזה, כך שנותרה אוכלוסיית היצאניות בלבד.

נוסף על כך, פרסם מנכ"ל משרד הבריאות חוזרים שקבעו נהלים לגילוי המחלה, למעקב ולמניעת הידבקות הצוותים הרפואיים ועוד. הנהלים קבעו כי כאשר מתגלה הנבדק כנשא מועברת הודעה למשרד הבריאות ולרופא המפנה. כמובן עולה השאלה אם הרופא מוסמך לגלות את דבר המחלה לבן/בת זוגו של הנשא. בעבר הקרוב נעשה ניסיון לטפל בכך באמצעות הנחיות המנכ"ל ופקודת בריאות העם. כיום נראה שניתן לעשות שימוש בהוראות המתאימות בחוק זכויות החולה. בשנת 1996 התקבל חוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, הקובע שקטין זכאי להיבדק גם ללא הסכמת הוריו, ותוצאות הבדיקה לא יועברו להוריו, אם כך בוחר הקטין.

חוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1992, מעניק פיצוי אוטומטי לכל אדם הנושא בגופו את נגיף האיידס עקב קבלת עירוי דם שניתן במסגרת שירות רפואי ציבורי בין השנים 1981-1987 (השנים שבין גילוי מחלת האיידס לבין תחילת המעקב של בנק הדם אחר מנות הדם).

מחלת האיידס מעלה שאלות רבות נוספות, שעדיין לא הגיעו להסדרה משפטית בישראל. למשל: האם רשאי רופא לסרב לטפל בנשא איידס? האם יש להודיע על היותו של אדם נשא למעבידו, או אם מדובר בילד, למחנך/ת או לגננת? הניתן לסרב לקבל נשא לעבודה רק משום עובדה זו?

## 2. השתלות איברים

עניין זה – מחידושיה המפליגים, מצילי הנפשות של הרפואה המודרנית – מטופל עד כה באמצעות חוק האנטומיה והפתולוגיה, תקנות שהוצאו מכוחו, וכן תוזרי מנכ"ל

משרד הבריאות. אלא שאכסניה זו מתאימה אך ורק לתרומות איברים מן המת. עובדה זו, הצורך הנוצר לעתים לתרומות מן החי והחשש מפני מצב של סחר איברים בלתי חוקי ובלתי מרוסן, הולידו את הצורך במציאת פתרון מודרני ומבוקר<sup>27</sup>. ואולם טרם הגענו לחקיקה ראויה, הגם שהוגשה בשעתו לוועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת החוק הצעת חוק בכל הנוגע להשתלת איברים<sup>28</sup>. הצעת החוק שהוכנה אוסרת סחר או תיווך פרטי באיברים. על אדם המעוניין לתרום איבר יהא, על פי ההצעה, להגיש בקשה לוועדה ציבורית מיוחדת שתוקם (המורכבת מרופאים, עובד סוציאלי, פסיכיאטר ועורך דין). הוועדה תאשר את התרומה רק לאחר שתוודא כי התורם עושה זאת בדעה צלולה, כשיר רפואית ונפשית ועוד. ואולם, הצעת החוק טרם קודמה, לצערנו. ביתניים עולה השאלה, האם ראוי למנוע מאדם לקבל תמורה כספית על תרומת איבר, כאשר תמורה זו מקובלת על שני הצדדים? והרי קיים חשש ברור שאם תותר תמורה כספית או טובת הנאה אחרת, תהיינה לכך השלכות חברתיות שליליות, למשל, שהעניים יהפכו, חלילה, ל"בנק" כביכול לשכבת האמידים. ישנה הסתייגות מערכתית ממכירת איברים. כמו כן מתעוררות שאלות הנוגעות לזכויות החולה בהקשר זה, כמו הסכמה מודעת, מיהות התורמים, תורמים קטינים או פסולי דין וכיוצא באלה. שאלה נוספת היא מיעוטם של התורמים, והצורך למסד הסברה וחינוך<sup>29</sup>. יש מקום לעודד תרומת איברים לאחר הפטירה, בכרטיס "אדי". בעניין ההשתלות עולות כמובן שאלות אתיות-מוסריות רבות, כגון קביעת המוות, שנדונה בבית המשפט העליון בע"פ 341/82 בלקר נ' מ"י<sup>30</sup>, מקרה בו נקבע כי הפסקה טוטאלית בלתי חליפה של פעולת המוח היא מוות לפי הדין<sup>31</sup>.

### 3. הפריה חוץ גופית: שימוש בזרע אחר המוות

זהו אחד הנושאים המרכזיים העולה תדיר על שולחן המשפט עם התפתחות הטכנולוגיה. הזכרתי שימוש בזרע אחר המוות, הנחלק מבחינה משפטית לשני שלבים – שלב הוצאת הזרע, אם מן החולה הנוטה למות ואם ממי שנפטר זה עתה, ושלב

27 היה מקרה, למשל, בו ביקש חסר בית ופנתסה מבית המשפט שיאפשר לו למכור כליה, ובית המשפט דחה את בקשתו בהיעדר הוראת דין מסדירה: כג"צ 161/94 אטרי נ' מ"י (לא פורסם), דינים עליון לה 702.

28 הצעת חוק ממשלתית, מטעם משרד הבריאות, בנושא השתלת איברים, הגיעה לדין לפני 3 שנים לוועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק, אך הדיונים לא נמשכו לפי שעה; ראו גם הצעת חוק פרטית איטור סחר באיברים, תשס"ב-2001, ה"ח 3046.

29 ראו גם דו"ח מבקר המדינה 51 ב לשנת 2000, בע' 424, 430-429. בישראל קיימים מעט מדי בעלי כרטיסי "אדי" לתרומת איברים לאחר הפטירה – לפי דו"ח מבקר המדינה היו בשנת 2000 פחות מ-3% מאוכלוסיית המדינה בעלי כרטיסים כאלה, מול עשרות אחוזים באירופה (20%) ובארצות-הברית (33%).

30 ע"פ 341/82 בלקר נ' מ"י, פ"ד מא(1) 1.

31 ראו לסוגיה זו השופטת (בדימוס) ש' פריש "ההיבטים המשפטיים של השתלת האיברים" שערך משפט ב(2) (2000) 133.

השימוש בו – ובשניהם מתעוררות שאלות משפטיות נכבדות. בנושא זה קוימו דיונים לא מעטים במשרדנו עם גורמים שונים.

העמדה שגובשה בעניין נטילת הזרע, עניינה מדיניות מקלה, לפיה ככלל יאושרו הבקשות, וזאת נוכח הדחיפות בביצוע הפעולה שהרי עומדות לרשות המעשה מספר שעות בלבד. נקבעו הנחיות באשר למי שנמצא במצב של חוסר הכרה והנוטה למות, שאז חלות הוראות חוק זכויות החולה. לעניין זה רואים נטילת זרע כ"טיפול רפואי" לצורך החלת סעיף 15 לחוק, ובהיעדר אינדיקציה להתנגדות החולה, ולפי בקשת בת זוגו, והיא בלבד, תיעשה נטילת זרע. כשהמדובר בנטילת זרע מנפטר (שאינה כרוכה בנתיחה) אין היא נכנסת לגדרו של חוק האנטומיה והפתולוגיה והשיקולים דומים לאלה שפורטו לעיל. כשהמדובר בהוצאה באמצעות נתיחה, זו נכנסת לגדרו של חוק האנטומיה והפתולוגיה, ודורשת אי-התנגדות של בן משפחה מאלה המנויים בחוק (ילדים או הורים).

עמדת ההלכה לעניין נתיחה היא, כי היא מותרת לצורך חשוב, תוך הקפדה על פגיעה מינימלית בשלמות הגוף, ובמקרים בהם מעידה בת זוג על הסכמה מפורשת ומשמעת, ולאחר היוועצות בסמכות רבנית, לפי הצורך בנסיבות.

באשר לשימוש בזרע, העמדה שגובשה היא כי יש לאפשר ככלל לבת זוג שימוש בזרעו של בן זוגה לאחר מותו, תוך בחינת כל מקרה לנסיבותיו, ובהיעדר אינדיקציה להתנגדות הנפטר. הוצגה לעניין זה עמדתנו בבית המשפט המחוזי וגם נתקבלה<sup>32</sup>. לפי עמדה זו, ההולדה נתפסת כנושא חשוב בחברה הישראלית ובמסורת היהודית-ישראלית המוצאת ביטוי גם במקרא ובהלכה. לכן הגישה היא לכיוון מתן האפשרות לשימוש. אין רואים בכך כפיית הורות על המת; ובאשר לרצונו של הנפטר, ניתן להסתפק ברצון משוער, לפי מציאות החיים ואין צורך בהצבת דרישה מחמירה יותר.

הנחינו, כי הטפסים שימולאו בעניין זה יכללו לעתים גם אפשרות שימוש בתאים הנלקחים לאחר המוות. כל בקשה לשימוש בזרע מובאת לבדיקת בית המשפט, שיתן לבו לכל הנסיבות, לרבות – אם ירצה – בקשת תסקיר משירותי הרווחה. הואיל ונחוץ רצון חופשי של בת הזוג, יש מקום לליווי רפואי, סוציאלי ופסיכולוגי הולם בכל הנוגע לנושא הנטילה והשימוש.

תחום נכבד אחר שעל הפרק הוא תרומת ביציות, שבגישה בעלת אופי פטרנליסטי והוגבלה לנשים המצויות בעצמן בטיפולי היריון, והמגמה היא להרחיב גם לתורמות אחרות, תוך מזעור הסבל הכרוך בכך.

#### 4. הזכות למות בכבוד

סוגיה זו עולה לא אחת לתשומת הלב כאשר חולים סופניים מבקשים מבית המשפט לאפשר לצוות הרפואי לנתקם ממכונות ההחייאה, כדי לאפשר להם למות בכבוד. כמו

32 ה"פ (ת"א) 10440/99 פלונית נ' הי"מ (לא פורסם) (ניתן צו איסור פרסום לגבי שמה של המבקשת ופרטים מזהים אחרים, כולל צילום).

כן, עלה לדיון ציבורי ומשפטי, במיוחד בארצות-הברית, גם המצב בו דורש החולה או קרוב משפחתו לא רק לנתקו ממכונות החייה, אלא גם לגאול אותו מכל סבל נוסף על ידי המתה אקטיבית באמצעות תרופה וכדומה.

הדילמות הציבוריות, המשפטיות, הדתיות והאתיות בסוגיה זו מרובות, ועדיין אין הסדר חקיקתי מתאים. הנושא מחייב זהירות רבה, והדברים ברורים. ההיסטוריה של המאה ה-20 עמוסה דוגמאות קשות המדגימות עד כמה על אדם לרחוק מלהיות "חותך חיים לכל חי", לזולת. החשש הברור הוא "המדרון החלקלק", התרת הרצועה, התרת הדם. בהצעת חוק זכויות החולה מ-1992 נעשה ניסיון לעגן את הזכות למות בכבוד, אך משהפך סעיף זה לסלע המחלוקת האחרון, אשר עליו נראה היה שיקום או ייפול החוק כולו, בוטל הסעיף תוך הסכמה שבהמשך יידון הנושא בנפרד. הנושא שב ועולה, והמדועות גוברת. רק לאחרונה שבנו ונדרשנו לנושא זה בעקבות משאלתה של פלוגנית, חולה במחלת ניוון שרירים סופני (A.L.S.), כי יצהר על זכותה להינתק ממכשירי החייה, הנשמה או הזנה. בשעה שהוגשה הבקשה כבר הייתה החולה משותקת בכל גופה, מוגשמת, מוזנת באמצעות צנתור, ומקיימת קשר עם סביבתה באמצעות תנועת עפעפיים בלבד.

החולה נבדקה על ידי נוירולוג בכיר, שאישר כי הגיעה למרבה הצער לשלב הסופני של המחלה אך הכרתה מלאה, וכי ציינה בפניו ש"חייה בגיהנום" והיא מבקשת להינתק ממכשיר ההנשמה. בעקבות זאת קבע נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט אורי גורן, כי יש לפעול לפי חזון מנכ"ל משרד הבריאות הרלוונטי (הטיפול בחולה הנוטה למות), בו נקבע בין השאר כי פסיכיאטר יעריך את כשירות החולה להכריע; ואם חוות הדעת תהא כי אכן זה רצון החולה, "ייטה בית המשפט להורות על פעולה הומנית זו"<sup>33</sup> (קרי הניתוק).

תגובת המדינה נדונה בלשכתי. נסקרה עמדת ההלכה<sup>34</sup>: ישנם הפוסקים, כי מותר לנתק חולה סופני ממכשיר ההנשמה ויש אף המרחיקים לכת וקובעים כי חובה על הרופאים לעשות כן כדי למעט את הייסורים מהחולה, ולדעתם מכשיר ההנשמה מעכב את יציאת הנשימה באופן מלאכותי ולכן מותר להסירו. לעומתם אחרים פוסקים רבים ניתוק חולה ממכשיר ההנשמה, אבל יש מהם המאפשרים ניתוק המכונה כשפעולתה הופסקה ממילא לצורך כלשהו. יש הסבורים, לגבי מחלת ניוון השרירים הסופנית, שמותר להימנע מלחבר חולים בה למכונת הנשמה עקב הסבל הרב הצפוי להם. יצוין, כי התפיסה הרווחת באתיקה הרפואית מבחינה בין אותגזיה פסיבית לאקטיבית, בין פעולה או מחדל מקצרי חיים לבין אלה המונעים גורם מלאכותי מלהאריך חי החולה וממילא את סבלו. בדיונים בלשכתי באנו לכלל מסקנה שניתוק ממכונת הנשמה לאחר

33 ה"פ (ת"א) 529/01 פלוגנית נ' הכללית שירותי בריאות (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2001 (2) 2547.

34 ראו לעניין זה א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (מהדורה שנייה, תשנ"ד, כרך ד) 408-406 (הערך "נוטה למות").

הסכמה מודעת, הוא אותנזיה פסיבית; אותנזיה פסיבית נתפסת בדין כמחדל שאין בו הפרת חובה לפי חוק זכויות החולה, מה שאין כן אותנזיה אקטיבית האסורה כליל ואין הסכמת החולה מבטלת את האיסור.

במקרה דנן, ניתוק ממכונת ההנשמה ברצון ובהסכמה מודעים, שהוא הלכתית "הסרת המנוע", או מניעת הארכה מלאכותית, נתפס כאותנזיה פסיבית, בעוד שהמשך הטיפול במכונת ההנשמה נתפס כטעון בכל עת הסכמת החולה. לכן אי-המשכת חיבור החולה למכונה בהסכמה מדעת הוא מחדל ללא חובה בדין מצדו, ולכן אינו עברה פלילית. אנו ערים לכך שיהיה מי שיראה חלק מן ההבחנות כסמנטיות; זו אינה ראייתנו, ולוא מתוך החשש מפני ה"מדרון החלקלק"<sup>35</sup>.

כפועל, באותו מקרה עצוב נבדקה החולה גם על ידי פסיכיאטר שסמך ידו על קביעת הנוירולוג, והתוצאה הייתה שבית המשפט אישר את הניתוק לבקשתה. החולה המתינה עוד מספר ימים ולאחר שביקשה לבצע נתמלאה בקשתה. אזכיר כאן עוד את ע"א 3031/99 הי"מ נ' פלוני וקופ"ח הכללית<sup>36</sup>, המוכר גם כ"פרשת לובצקי", שבו נתקבל ערעור המדינה בבית המשפט העליון במקרה שבו ביקש בנה של חסויה להפסיק את האכלתה באמצעות זונדה; בית המשפט העליון, שלא כבית המשפט

35 כטרם פורסמה ההרצאה אירע, למרבה הצער, מקרה נוסף של חולה A.L.S. שביקש להתנתק ממכונת ההנשמה והרבר אושר על ידי בית המשפט על דעתנו, כבמקרה שתואר בהרצאה, עם זאת, נתעורר ויכוח ציבורי רחב יותר, בעיקר בציבור הדתי-חרדי. לאחר החלטת בית המשפט הוכחו ליריעתי מסקנות הועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות בראשות פרופ' אברהם שטינברג. הוצע בדו"ח כי חולה הסובל ממחלה חשוכת מרפא שלפי הידע הרפואי העדכני תחולת חייו אינה עולה על חצי שנה – חולה הנוטה למות כהגדרת הועדה – לא יחובר למכשיר הנשמה, אלא אם כן ביקש זאת. עוד הומלץ כי חולים אשר חוברו למכונת הנשמה ומבוקש ניתוקם ממנה, יובא עניינם בפני ועדה אחת ארצית, שהקמתה מומלצת ע"י הועדה במסגרת הצעת חוק. הועדה הסתייגה (כרעת רוב), על-פי עמדה הלכתית, מהפסקת טיפול רציף, שמכונת הנשמה היא כמעט המקרה היחיד שלו, אותה ראתה כאסורה. הונח, כי המקרים שבהם יהא צורך לנתק חולים ממכשירי הנשמה יהיו במספר נמוך, אך לדעת הועדה יש לבצוא גם פתרונות אלה, במסגרת ועדה אחת ארצית שתקבע בחוק. הוצע כי פעולת מכונת ההנשמה תוסב מטיפול רציף שהפסקתו אסורה, לטיפול בדיד, שהפסקתו מותרת ככלל, כגון על ידי התקנת TIMER על מכונת ההנשמה, או בדרכים אחרות. הוצעה הקמת ועדה מקצועית, לשם פיתוח מנגנון להפיכת טיפול רציף במכשיר הנשמה מלאכותית לטיפול בדיד.

כותב שורות אלה הציע למנהל הכללי של משרד הבריאות להקים כבר עתה ועדה לפיתוח ה-TIMER שבו מדובר. זאת, כך שחולים כאלה יחוברו למכשיר ההנשמה אם ירצו בכך, וייקבעו הוריות באשר למועדי הפסקת השעון ולתנאים לחידוש פעולתה של המכונה. סברתי כי הדבר ראוי מאוד לשם יצירת אפשרות להיענות לבקשות אנושיות אלה מזה, ולשם הסכמה חברתית רחבה מזה; בדרך זו יורחב ככל הנראה מעגל ההסכמה ההלכתי, וייוסף גם חסם נוסף לחשש ל"מדרון חלקלק", אם גם יימנע סבל נורא למי שאינו רוצה בהארכת חייו בידי אדם. הועדה הוקמה, בראשות הרב ד"ר מרדכי הלפרין. לעת הדפסתם של דברים אלה נעשתה, כמצוות, התקרמות באשר לפיתוח המכשיר.

36 ע"א 3031/99 הי"מ נ' פלוני וקופ"ח הכללית (טרם פורסם), דינים עליון נז 782.

המחזוי, קבע שבקשת הבן אין בה די, כי לא תמיד אינטרס הבן והאם חופפים. לא הייתה תשתית מספקת באשר לרצונה שלה וגם באשר לסבל שייגרם – או לא ייגרם לה – כתוצאה מן ההזנה. בית המשפט שם סבר שהנושא טעון חקיקה, שתפרט את קווי הגבול בין הפסקת חיים אקטיבית אסורה לבין הנסיבות שבהן מותר להשאיר את החולה ללא טיפול<sup>37</sup>.

#### 5. נושאים פרטניים הקשורים באשפוז

נושאים כגון: קשירת חולה למיטתו, ניסויים רפואיים – למשל – השתתפות אסירים בניסויים כאלה – מצויים תדיר על סדר היום.

#### 6. פרשנות חוק האנטומיה והפתולוגיה

לפני שנים אחדות, בעקבות תאונה טרגית שבה נהרג חייל, הוברר כי במכון הפתולוגי קיימת פרקטיקה של לימוד פרוצדורות לרפואת חירום שמטרתן הצלת חיים, בראש ובראשונה בתנאי שדה לפצועי צה"ל. המדובר בפרוצדורות ייחודיות, שלדעת קצין הרפואה הראשי בצה"ל ומנכ"ל משרד הבריאות לא ניתן לתרגלן בצורות אחרות, אלא בגופות. ניתנה על ידנו פרשנות לסעיף 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה באורח תכליתי, בראש ובראשונה בגלל ערך חיי האדם, כדי לאפשר זאת. כמובן, הדבר צריך להיעשות תוך הסכמת קרובי המשפחה, ואכן שונה הטופס הרלוונטי לשם קבלת ההסכמה.

#### 7. סוגיות נוספות לעתיד

המדע מספק לנו אחת לכמה שנים דילמות חדשות וקשות. אחת הקשות מביניהן היא זו העוסקת בשכפולים גנטיים ("שיבוט") העולה מדי פעם לדין. כמו כן, פרויקט פיצוח הגנום האנושי, שישראל שותפה לו, מעלה גם הוא שאלות של חוק ואתיקה (בין השאר, באשר לרישום פטנטים על גנים) והדעת נותנת כי עוד נידרש להן.

### ח. סיום

לאחר מסע קצר זה באורחותיו המורכבות של משפט הבריאות בישראל, עלינו לשאול את עצמנו, מה העצה היעוצה לרופא ולרופאה, בתוך הסבך? לדעתי בסופו של דבר התשובה היא זו שהייתה במצפוננו ובתודעתו של הרופא מקדם, מימות עולם. החולה הוא עיקר; הרופא ימלא את שליחותו אם יפעל כמיטב מצפוננו, ללא מורא, ללא התגוננות, מתוך אחריות ותשומת לב, כשלנגד עיניו חיי

37 ראו גם מ' אלון "הערות והארות בעניין 'אשיות המרקם התרבותי ההרחני של חברתנו' – סוגיית המתת חסד בפרשת לובצקי" שערי משפט ב(2) (2000) 121.

החולה ובריא אותו. אכן, הוא פועל ב"בית זכוכית", בשקיפות; אך חובתו היא "לתת רפאות, לשום חתול לחבשה"<sup>38</sup>, ואזי ידבק כביכול במידותיו של הקב"ה – "הרופא לכל תחלואיכי"<sup>39</sup>.

38 יחזקאל, ל, כא.

39 תהילים, קג, ג.