

הסכמת חולה לטיפול רפואי

השופט אמנון כרמי

סימן 1 – זכות החולה על גופו

כל בוגר זכאי להחליט מה ייעשה בגופו. החוק הפלילי קובע, כי כל המכה, נוגע או מניע גופו של אחר, או המשתמש בכוח מכל מין שהוא כלפי גופו של אחר, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמתו של זה, או בהסכמתו שנתקבלה בהונאה, הרי דינו כדין מתנפל על אותו האיש האחר, והפעולה נקראת "תקיפה". המונח "משתמש בכוח" כולל את השימוש בחוס, באויר, בכוח חשמל, בגאז, בריחות, או בכל חומר או דבר אחר, אם השתמש בהם במדה העשויה לגרום חבלה או צער לגוף (personal discomfort)¹.

כל התוקף אחר שלא כחוק יהא צפוי למאסר שנה אחת² ואילו הגורם, בתקיפתו, חבלה גופנית ממש, יהא צפוי למאסר שלוש שנים³.

החוק האזרחי, הדין בנוזיקין, מגדיר את התקיפה, לצורך תביעה נזיקית, כך: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, כנגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו". "שימוש בכוח", לענין סעיף זה – לרבות שימוש בחוס, באור, בחשמל, בגאז, בריח או בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק⁴.

מן ההגדרה החוקית של מעשה "התקיפה" עולה כי כל טיפול רפואי בגוף החולה, למן בדיקת דם, או כל בדיקה אחרת⁵, ועד לכריתת אבר, יראה כתקיפה, אלא אם כן הוא נעשה על פי הסכמה חוקית, או על פי הסכמת החולה או בא כוחו. טענת הרופא שטיפולו זה היה בלתי רשלני כלל אינה רלבנטית, ואין בה משום צידוק להתערבות הרפואית⁶.

אין ספק כי מקום שפעולת הרופא נעשית נגד רצונו המפורש של החולה יראנה החוק כתקיפה מובהקת⁷. פיזיותרפיסט מנוע, למשל, להמשיך בטיפול משקם מקום שהחולה מסרב לו מחמת סבלו.

זכותו של החולה לסרב לטיפול – כוחה יפה בין אם היא נובעת מטעמים דתיים, מעקרונות ואידיאלים כצמחונות או טבעונות, או כל מקור אחר⁸. החולה זכאי לסרב לטיפול גם אם יש בו, בטיפול, משום הצלת חייו⁹.

קיימת סברה כי מקום שהמדובר באשה בהריון, זכאי בית המשפט לחייבה בקבלת טיפול, שכן הוולד שייך לחברה¹⁰.

יחד עם זאת, הרופא אינו חייב להיכנע לתכתיביו ולהגבלותיו של החולה, ובעיקר כשהן נוגדות את הפרקטיקה הטובה¹¹.

מקום שהחולה הבוגר סירב לטיפול, אסור הרופא במתן הטיפול לאחר קבלת הסכמת אימו של החולה¹².

אשה המסכימה כי רופא יבצע בה הפלה מלאכותית, הרי אף שמעשהו של הרופא מהווה מעשה פלילי למרות הסכמתה, אין היא רשאית לתבוע את הרופא בניזקין¹³.

סימן 2 – הסכמה

הסכמתו של החולה לטיפול הרפואי שוללת ממנו את תכונתו הפלילית.

העובדה שהחולה זוכה בטיפול רפואי כחינם, או על חשבון זולתו, אינה פוטרת את הרופא מן הצורך לקבל מן החולה את הסכמתו לטיפול¹.

ההסכמה – יכול שתינתן במפורש, יכול שתוסק מכללא מנסיבותיו של המקרה. כך נפסק, למשל, כי רופא היה רשאי להסיק מהתנהגותה של חולה, אשר חזרה אליו לטיפול נוסף, על דבר הסכמתה מכללא לטיפול, נוכח הסכמה דומה בעבר². חולה בוגר ושפוי, היודע על דבר זכותו להסכים או שלא להסכים לטיפול, והמבין את מהות הטיפול הצפוי, והמשתף פעולה עם הרופא, הריהו כמסכים מכללא לטיפול זה³.

הלכה דומה נפסקה לגבי קטין: נער בן 17 ביקר רופא בלווית דודתו ואחיותיו הבוגרות. הרופא יעץ לנער להינתח, על מנת להסיר גידול מגופו. ההכנה לניתוח נעשתה בידיעתו המלאה של אבי הקטין. לאחר שהנער נפטר בשלב ההרדמה, תבע האב את הרופא לדין בשל טיפולו בכך בלא הסכמתו של האב. התביעה נדחתה, שכן בית המשפט ראה בהתנהגותו של האב הסכמה מכללא לכיצוע הניתוח בכנו⁴.

מאידך, הסכמה "כללית", כזו המצויה בטפסים שעליהם מוחתמים, לעיתים, חולים בבתי חולים, לאו הסכמה היא. בית משפט אמריקאי דן בתקפותו של הנוסח הבא:

"הנני מסמיך בזאת את הרופא או הרופאים התורנים ליתן טיפול כזה, ואת המנתח להשתמש בהרדמה כזו, כפי שימצאו לצורך על מנת לבצע ניתוח מומלץ זה." בית המשפט פסק: "אנו סבורים כי הסכמה מזומרת זו היא כה מעורפלת עד שהיא כמעט ללא ערך כלשהו"⁵.

בית משפט ישראלי התייחס בזהירות רבה לנוסח דומה, שהיה מצוי בגליון הקבלה של בית החולים: "הנני מסכים לכל ריפוי ולכל ניתוח שימצא רופא ביה"ח לנחויך לעשות לי"⁶.

הסכמה לגבי נשוא הטיפול

הסכמתו של החולה תשמש הגנה לרופא רק אם ניתנה לגבי הטיפול הנדון⁷. רופא החורג מן הסמכות שניתנה לו ייאשם בתקיפה⁸. מנתח שנתבקש לבצע ניתוח קיסרי, ושקשר, כמהלך הניתוח, את צינורות השחלה, משום שגילה גידולים בקירות הרחם, וחשש מסיכונים העולים להיות כרוכים בלידה עתידית, נמצא אחראי בתקיפה. בית המשפט פסק שכיוון שהוכח שהגידולים היו עלולים לגרום לסכנה רק במקרה של הריון נוסף, לא היה המנתח מוצדק בנקיטה בצעד כה דרסטי⁹. חולה הסכימה לניתוח באזנה הימנית לצורך סילוק פוליפ ועצמות נגועות. לאחר הרדמתה, ולפני הניתוח המיועד, כבדיקה נוספת של שתי האזניים, גילה הרופא שעצם הקיר הפנימי של האוזן השמאלית האמצעית היתה נגועה ומתה, וקרום התוף של אזן זו היה נקוב. החלטתו של המנתח לנתח את האזן השמאלית נמצאה על ידי בית המשפט כבלתי מוצדקת כיוון שלא היה קיים מצב של חירום¹⁰.

מאידך, טענת תקיפה נדחתה במקרה הבא: רופא ניתח חולה על מנת לרפא שבר במפשעתו. תוך כדי הניתוח החליט הרופא לסלק אשך נגוע, משום שהשארית היתה מסכנת את חיי החולה או את בריאותו. צורך זה, לפעול מיד לטובת החולה, הוצדק על ידי בית המשפט¹¹.

אי תקפות הסכמה

נראה כי הסכמה, אף שניתנה, אינה תקפה, ואינה משמשת הגנה לרופא "התוקף", מקום שהמעשה שלעשייתו הסכים החולה אינו חוקי¹², או מקום שההסכמה ניתנה על ידי מי שלא הוסמך לתיתה¹³, או מקום שהסכמה הושגה בתרמית¹⁴.

כך, טענת רופא כאילו יש בטיפולו המוצע על מנת להציל את חיי החולה או לקדם את בריאותו או להקל על סבלו, כשאינן הדברים כך, וכשהרופא יודע על דבר התרמית, שוללת מן ההסכמה הניתנה על סמכה את תקפותה¹⁵. בית המשפט הטיל אחריות על רופא במקרה בו חרגו דבריו מאי דיוק לתרמית. הרופא שיכנע את החולה לעבור ניתוח לצורך התקנת רצועות לחיזוק הטהול. בית המשפט ראה בקריעת כלי דם שאירע תוך כדי הניתוח מעשה של תקיפה¹⁶.

הסכמת החולה לטיפול הרפואי המוצע טעונה הסבר על דבר מהותו של הטיפול. ביתר הדגשה מצויינת חובתו של הרופא להסביר לחולה את מהותה וסיכונה של כל חריגה מן הפרקטיקה הרפואית המקובלת¹. בית משפט פסק לחובתו של רופא במקרה הבא: החולה נתן הסכמתו לכריתת ערמונית השופכה (transurethral prostatic resection) במהלך הניתוח ניתק המנתח את צינורות הזרע, על מנת למנוע סכנת זיהום. במשפט הוכח כי – א. ניתוק כזה הוא חזיון נפרץ בחולים בני גיל התובע, וכי – ב. הרופא נמנע מלהזהיר את התובע על סכנת העקרות הכרוכה בטיפול כזה. בית המשפט פסק שהרופא היה חייב כלפי החולה במתן ההסבר האמור².

הסכמת החולה לטיפול הרפואי המוצע טעונה הסבר על דבר תוצאותיו של הטיפול. "חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהותו של המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזו לא שמה הסכמה"³.

מהות ההסבר, מסגרתו ומידתו, נקבעות, בראש ובראשונה, על ידי המקצוע הרפואי, על פי הפרקטיקה המקובלת⁴, והיא טעונה הוכחה במשפט⁵.

בעיית "ההסכמה" נידונה במלוא היקפה וחריפותה בבית המשפט המחוזי בחיפה⁶. ילדה סבלה מפילונפריטיס, היינו מחלה של אגן הכליה, המתפתחת עקב זיהום השתן ולחץ השתן על אגן הכליה. גורם המחלה היה היצרות של צואר כיס השתן, שגררה את התופעות הנ"ל. רופאי בית החולים, בו אושפזה הילדה, החליטו על ניתוחה בדרך של הרחבת צואר שלפוחית השתן. הניתוח בוצע בשיטת כריתה דרך השופכה, היינו בדרך של החדרת רקטוסקופ דרך השופכה, וזאת להבדיל משיטה ניתוחית אחרת, המכונה "אי. וי. פלסטי", והמבוצעת על ידי פתיחת הבטן ופתיחת שלפוחית השתן. מסתבר שבמהלך הניתוח נגרמה לילדה פיסטולה (נקב) אורטרווגינלית, היינו, בין השופכה לנרתיק. הורי הילדה תבעו את הרופא ואת הנהלת בית החולים, לדין בגין רשלנות ובגין תקיפה, וזאת נוכח הנזק שנגרם לילדה עקב גרימת הנקב הנ"ל. תביעת הרשלנות – שנדחה – אינה לענייננו כאן, מה שאין כן בתביעת התקיפה. בית המשפט המחוזי פסק שהסכמת ההורים לביצוע הניתוח בבתם – לאו הסכמה היא, שכן הרופא לא העמידם על הסכנה הצפויה בשיטה הניתוחית שנבחרה על ידו, היינו סכנת היווצרות הנקב, סיכון שלא היה קיים בשיטה החלופית. "לא מדובר כאן על סיכון הכרוך בביצוע כל ניתוח בדרך כלל, אלא מדובר כאן בסיכון מיוחד הכרוך בביצוע ניתוח מסויים, וסיכון זה אינו מבוטל אלא ממשי, סיכון שעליו ידעו רופאיה של ג. ולא ידעו הוריה". בית המשפט קבע שבחירת הניתוח היתה זכותם של הורי הילדה, ולא של רופאיה.

בית המשפט העליון אישר את ההחלטה הנ"ל, בפסקו: "כידוע, כאשר נשאל הרופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדרך כלל לתת הסבר כן על הסיכונים העיקריים מחד, ועל הסיכויים העיקריים מאידך.

נתגלה שבמקרה הנדון היה סיכון שגרתי ממש של ניקוב דופן השלפוחית אנב הניתוח הקטן, ושסיכון כזה כמעט אינו קיים בניתוח גדול. אין לנו שום סיבה לפקפק בכך שמבחינתו שלו היו לרופא נימוקים מקצועיים שנראו יפים בעיניו לבכר בכל זאת את הניתוח הקטן, על אף הסכנה הנזכרת הכרוכה בו; ואולם, בנסיבות האמורות ברי לנו שהשיגרה המקובלת (ועל כל פנים זו שצריכה להיות מקובלת) במקצוע הרפואה, היא להעמיד גם את החולה, ובמקרה זה את האם, בפני הבחירה, על מנת שתהיה שותפת בבחירה. אחרי ככלות הכל, אילו ידעה האם את הסיכון הממשי הנדון, ייתכן גם שההורים היו בוחרים אחרת, או שהיו מעדיפים להתייעץ קודם עם רופא אחר אשר הוא היה בוחר אחרת, ואולי גם מנתח בעצמו⁷.

הסכמה אינטליגנטית

הסבר הניתן לשיכור⁸, למסומם⁹ או למעורפל הכרה¹⁰, או למי שבגין כל סיבה אחרת אינו מסוגל להפעיל כהלכה את שיקול דעתו, אינו משמש הגנה לרופא, שכן ההסכמה הניתנת על סמך הסבר כזה לאו הסכמה היא.

רשלנות שבאי הסברה

טיפול רפואי ללא מתן הסבר נאות לחולה יכול להיחשב, בעיני החוק, כטיפול רשלני, והרופא עלול להיתבע בנוזיקין בגינו¹¹. בית משפט אמריקני קבע, במקרה של חולה שניזוק במהלך ריפוי על ידי הלם אינסולין, שהפסיכיאטר היה חייב להזהירו על דבר הסיכונים הכרוכים בטיפול כזה¹².

בית משפט אנגלי קבע, במקרה דומה בו עבר החולה טיפול בהלם חשמלי, שהחולה חייב להוכיח לא רק את רשלנות הרופא אלא גם את קיומו של הקשר הסיבתי בין הרשלנות לבין הנוזק, היינו, שאילו היה החולה מוזהר כדין הוא היה נמנע מליתן הסכמתו לטיפול¹³.

הפסיקה בשאלה זו אינה, לאמיתו של דבר, חד משמעית. במקרה אחד עבר חולה ניתוח לצורך שליפת רסיס מתכת מצוארו. הרופא הרגיע את החולה ואמר לו שהניתוח הינו שיגרותי ופשוט. הניתוח האמור גרר סיכון של שיתוק עקב הפסקה של אספקת דם למערכת עצבים מסויימת, דבר אשר אכן קרה במהלך הניתוח. אף על פי כן נקבע שמשגהו של הרופא בשאלת הדיווח לא הגיע לידי רשלנות ברת תביעה¹⁴.

בית משפט אחר הרחיק לכת וקבע שלא מוטלת על הרופא חובה כללית של גילוי כל התוצאות האפשריות לחולה: "גילוי מלא עלול להבהיל את החולה ולהוות, למעשה, נוהג רפואי גרוע"¹⁵.

בית משפט פטר רופא מאחריות בדבר אי אזהרת חולה, שעברה טיפול-גרירה, וקבלה במהלכו עירויים, על דבר סכנת הדבקותה בדלקת הכבד¹⁶.

יתירה מזאת: בית משפט דחה תביעתה של חולה שסבלה מזפקת רעלית (toxic goiter) ועברה ניתוח שבמהלכו נפגע עצב גרוני ושותק מיתר קולה. בערב שלפני הניתוח הרגיע המנתח את החולה, באמרו לה שכל סכנה לא נשקפת לקולה, אף שידע שסכנת-מה כרוכה בניתוח.

הרופא נהג כן לטובת החולה כיוון שרצה למנוע דאגה מליבה. בית המשפט קבע כי שיקולו של המנתח, דהיינו: שקרו, היה מוצדק בנסיבות המקרה, וכי כל רופא היה נוהג כמוהו. השופט דנינג פסק: "קביעה, כי כל תאונה נובעת מרשלנות, תהווה אסון לחברה. הרבר יביא לידי כך שרופא, תחת אשר יעסוק בטיפול, יצטרך תמיד להסתכל מעבר לכתפו, האם אין מישהו תוקפו בסכין, שכן המוניטין שלו חשוב לו מגופו"¹⁷.

משפט זה נסקר ואוכחן על ידי שופט ישראלי במקרה הבא¹⁸.

חולה סבל מהתקפות של לחץ באיזור הלב, שלוו בהרגשה של חוסר אויר, עצבנות וסחרחורת. הרופא הנתבע יעץ לחולה לעבור ניתוח של כריתת האדרנומה מבלוטת התריס. הרופא לא הסביר לתובע את הסכנות הטמונות בניתוח כזה, וביניהן סכנת הפגיעה בתיירות בלוטת התריס. לאחר הניתוח נתקף התובע במחלת הטטניה וכמו כן נפגע כושר דיבורו. בתביעתו טען החולה שהוא לא הוזהר מפני סכנת הניתוח. בית המשפט דחה את התביעה: "אין צורך להאריך את הדיבור על שני צידי המטבע שבבעיה זו. מצד אחד זכותו של החולה היא לדעת בפני מה הוא עומד, לפני שהוא מסכים לניתוח או לטיפול; מאידך, במקרים לא מעטים, ואולי ברוב המקרים, גילוי מלא של כל הסכנות עלול להטיל אימה על החולה, ועל ידי כך להשפיע רעה על מצבו הנפשי, או אף להניעו שלא להסכים לטיפול או לניתוח, אשר יכול להביא לו מרפא. על כן הטלת חובת גילוי מוחלטת על הרופאים עלולה לגרום נזק כל ישוער לחולים, ולשים מכשול רציני בדרכי התפתחות הרפואה".

בסיכומו של דבר, עולה מן האמור לעיל, שהתשובה לשאלה – האם התרשל הרופא על ידי אי מתן אזהרה לחולה, תלויה במסיבות כל מקרה ומקרה. אין אני מוכן להרחיק לכת ולהגיד, כפי שאמר השופט דנינג בענין Hatcher הנ"ל, שהחוק משאיר ענין זה למצפונו של הרופא. מעדיף אני את המבחן האם התנהג הרופא בענין מתן ידיעות ואזהרות, כפי שרופא סביר היה נוהג במקרה דומה. על שאלה זו יש לענות בעיקר לפי העדות הרפואית שבפני בית המשפט.

החלטה דומה ניתנה במקרה בו בוצעה בתובעת רקטוסקופיה בהרדמה¹⁹. החולה אושפזה בבית החולים נוכח תלונותיה על כאבים חזקים באיזור החלחולת, דימום מהחלחולת ועצירות. בדיקת החלחולת בוצעה בחולה בהרדמה, וכמהלכה נגרם בה ניקוב. שורש התביעה היה נעוץ בטענה שהבדיקה נעשתה בהרדמה, ולא כנהוג, ללא הרדמה, כאשר החולה ער משתף פעולה עם הרופא הכודק. הוכח שהרופא הנתבע החליט לבצע את הרקטוסקופיה בהרדמה מאחר והתובעת לא הסכימה לבדיקה כזו ללא הרדמה. הוכח כי בדיקה ללא הרדמה היא שגרתית, ואין מזהירים חולים, לפני ביצועה, על הסיכונים הנדירים הכרוכים בה. לא הוכח, במשפט הנוכחי, לא על סיכוני הבדיקה שבהרדמה, ולא על נוהג רפואי של אזהרת חולים בפני בדיקה כזו, ולפיכך נדחתה התביעה נגד הרופא²⁰.

בארצות הברית הסתמנה נטיה בפסיקה מעבר המבחן הסובייטיקיבי, לפיו הושם הדגש על מתן – או אי מתן – ההסבר המוקדם לחולה, כתנאי לקביעת הרשלנות, לעבר המבחן האובייקטיבי, לפיו נקבעת הפרקטיקה המקובלת כמדד להתנהגות הרופא הנתבע²¹. יחד עם זאת, הרופא אינו יכול להיצמד לפרקטיקה המקובלת גרידא, והוא חייב לבחון נסיבותיו של כל מקרה על מנת להגיע לכלל החלטה נכונה²².

ויתור על הסבר

ההסכמה לטיפול הרפואי תקפה מקום שלא קדם לה הסבר, אם החולה ויתר מדעת על קבלת הסבר. במקרה בו הביע חולה את רצונו שלא לדעת על הסיכונים הכרוכים בצינתור הלב (cardiac catheterization) שחרר בית המשפט את הרופא מן החובה של השגת ההסכמה האמורה. בית המשפט סבר שגילוי המידע לחולה, נגד רצונו, היה עלול להשפיע לרעה על נפשו²³.

סיכום

כל הנוהלים הרפואיים כרוכים בסיכונים²⁴, ככל שגדל הסיכון, גדלה החובה ליתן הסבר לחולה. בכפוף להסתייגויות מטעם ריפויי²⁵, מומלץ ליתן לחולה הסבר פשוט, שקט והוגן, ולהשאיר בידיו את הבחירה בין הסיכונים הצפויים לו. מקום שטעם ריפויי דוחה גילוי המידע לחולה, מומלץ ליתן את ההסבר לקרובו של החולה, ולקבל ממנו המלצתו "כלל הזהב" הוא – נהג כלפי חולה שלך כפי שחפצת שרופאך ינהג כלפיך.

סימן 4 – טיפול חירום

יש ובשעת חירום תידרש פעולה מהירה מצד הרופא על מנת להציל את חיי החולה או בריאותו, ואזי לא יהא זה מעשי לעשות תחילה להשגת הסכמה מאת החולה. מצב של חירום מתעורר מקום ששילוב בלתי צפוי של נסיבות קורא לפעולה מיידית.

סעיף א' – הסמכה חוקית

אין חילוקי דעות לגבי סמכותו של הרופא לטפל בחולה בעת חירום ללא קבלת הסכמתו, מקום שהוסמך לעשות כן בדין.

על פי החוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ז-1955, רשאי שר הבריאות להורות על שימוש באמצעי כפייה, לרבות בידוד וכבילה, תוך כדי טיפול בחולים¹. הסמכה חוקית מצוייה, כמ"כ לגבי טיפול רפואי בקטין נזקק² או באסיר³.

על פי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, אם אישרו שני רופאים בכתב כי טיפול רפואי דרוש כדי להציל את חייו של חייל או כדי למנוע החרפה תכופה של מחלתו או נזק אחר לבריאותו שאינו ניתן לתיקון, או כדי לחסנו מפני מחלה, מותר לתת את הטיפול הרפואי לחייל גם על כרחו; אולם לא יבוצע ניתוח בגופו של חייל על כרחו אלא בתנאי קרב או בתנאי חירום דומים. בתקופת לחימה, בתנאי קרב או בתנאי חירום דומים, מותר לתת את הטיפול הרפואי כאמור גם אם האישור חתום על ידי רופא אחד בלבד, וגם אם האישור ניתן בעל פה, ובלבד שיערך בכתב מיד כשהתנאים יאפשרו זאת. טיפול רפואי שניתן לחייל באישור כאמור, רואים אותו לענין כל דין כאילו ניתן בהסכמתו של החייל אפילו ניתן על כרחו⁴.

על פי תקנות התעבורה חייב רופא העובר במקום של תאונת דרכים, או המעורב בה, להגיש עזרה הדרושה לנפגע⁵.

פקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובעת⁶: "בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה".

ההוראה הנ"ל עמדה לדין בבית משפט ישראל במקרה הבא⁷:

בפברואר 1958 הוכנסה עשירה גרסי, בת השלוש, במצב קשה, עם חום גבוה וסימנים טוקסיים, לבית החולים. הרופאים איבחנו אצלה דלקת ריאות, וניתן לה טיפול בתרופות אנטיביוטיות. כעבור ימים אחדים נתגלו ברגל השמאלית סימני "אמבולוס", אך הרופאים החליטו שלא לנתח מחשש הסיכון שבניתוח, והם

המשיכו בטיפול שמרני. בראשית מרץ הוברר לרופאים שעומד להתפתח נמק "גנגרנה" ברגל ושיהיה הכרח בקטיעתה. כיוון שטרם הוברר מקום הקטיעה, החליטו הרופאים לדחות לעת עתה את ביצוע הניתוח, ובשליש האחרון של מרץ נקבע הזמן לבצע את הקטיעה, כ-20 ס"מ מתחת לברך. עוד בראשית מרץ הודיע הרופא המנתח לאם של הקטינה שיהיה צורך בניתוח וכשליש האחרון של החודש הוא הסביר לה את מקום הניתוח, וכן ההתפתחות הצפויה לאחר מכן. הרופא דרש את הסכמת שני ההורים לניתוח, אולם האם הודיעה לו על סירוב בעלה לניתוח, וכי לדעתו של זה מוטב שהילדה תמות ולא תנותח. בסוף מרץ היה ברור שחיי הקטינה בסכנה, והרופא, בשיחתו אם האם, חזר ודרש את הסכמת שני ההורים, נוכח דחיפות הענין. תשובת האם היתה שבעלה עומד בסירובו לבוא וכי הוא אינו רוצה לומר דבר, אולם היא ביקשה מן הרופא לעשות הכל על מנת שהילדה תשאר בחיים. ביום 31.3.58, בקדוח הילדה מחום, ביקש הרופא מהנהלת בית החולים להתקשר עם האם בדחיפות, ישירות או על ידי העובדת הסוציאלית. בהעדר תגובה מצד האם, ולאחר התייעצות עם היועץ המשפטי של משרד הבריאות, הוחלט על ביצוע הניתוח, והודות לניתוח זה ניצלה הקטינה ממות בטוח. בתביעה בבית המשפט תבעה הקטינה פיצויים בשל קטיעת רגלה השמאלית. בית המשפט דחה את התביעה, ובפסק הדין של בית המשפט לערעורים, אשר סמך על הוראת סעיף 24(8) הנ"ל, נקבע: "מההוראה הזאת עולה, שאם האמין הרופא הנתבע בתום לב וסיבה הגיונית, שכדי לשמור על חייו או בריאותו של הקטין – התוכב היה דרוש לבצע בו את הניתוח הנידון לאלתר או ללא השהיית יתר, כי אז לא ישא הראשון באחריות למעשה זה אף אם פעל בלי הסכמתו לכך של האדם הממונה על פיקוחו של הקטין, ובלבד שאותה שעה לא הירשו הנסיבות, מבחינה מעשית, שהסכמה זו תינתן או תושג לפני שיהיה מאוחר להציל את חיי הקטין או למנוע את הנזק לבריאותו". במקרה הנוכחי פעלו הרופאים במצב של "שעת חירום" כדי למנוע את מותה המיידית של הקטינה, ולא היה סיפק בידיהם לדחות את פעולת הקטיעה כדי להשיג את הסכמת האם, ולפיכך לא היו זקוקים לה. משמעות ההוראה הנ"ל היא, שכאשר הנסיבות מאפשרות להשיג את ההסכמה של החולה, או של האדם הממונה על פיקוחו, לטיפול בגופו, מעריך החוק את האינטרס של החולה. לעומת זה, כאשר נשקפת סכנה מיידית לחייו או לבריאותו, ולא ניתן להשיג, עקב גורמי הזמן, המרחק, מצבו של החולה או גורמים דומים, את ההסכמה האמורה, אזי מעדיף החוק את האינטרס שיש לציבור להצלת חיי אדם או במניעת נזק לבריאותו. התאריך הקבוע במקרים כאלה הוא היום שבו ברור שמן הנמנע לדחות יותר את ביצוע הקטיעה. לכן, במצב של שעת חירום, וכאשר אי אפשר היה לחכות להחלטת הסופית של האם, רשאים היו הרופאים לצאת מתוך הנחה שהאינטרס החברתי של הצלת חיי הקטינה הוא עדיף.

רופאי חדר המיון בבית החולים עומדים לעתים קרובות בפני הצורך בטיפול בחולה או בפצוע נטולי הכרה. במקרים כאלה מוצדק הרופא בהושטת טיפול מציל-חיים⁸.

כך נדחתה תביעה במקרה בו קטע רופא את זרועו של נער בן 17 אשר נפצע בנפלו מרכבת. מאמצים ניכרים לאיתור ההורים, לצורך קבלת הסכמתם לביצוע הניתוח, לא נשאו פרי, ולכן צדק הרופא בהושיטו לפצוע עזרה רפואית דחופה⁹. כן נדחתה תביעה במקרה הבא, בו נעשה נסיון מה לקבל את הסכמת ההורים לניתוח, אלא שלא נתקבלה כל הסכמה למעשה: ילדה בת שבע שברה את ידה והובאה אל מרפאתו של הרופא הנתבע. הילדה הורדמה בכלורפורם ונפטרה תוך חמש דקות¹⁰.

מאחר ואין בידי הרופא להעביר לחולה הסבר כלשהו, והואיל והחולה אינו מסוגל ליתן הסכמתו לטיפול החירום, מתעוררת הדילמה בדבר תקפותו המשפטית של הטיפול הזה. קיימות השקפות שונות בדבר הצדקת ההתערבות הרפואית, מקום שאין הסמכה חוקית מפורשת, כבמקרים המנויים למעלה. חובת המקצוע

השקפה אחת מצדיקה את הטיפול הרפואי הניתן לחולה החירום, ללא הסכמתו, בחובה האנושית או האתית של המקצוע¹¹. ההנחה היא, כי מקום שקיימת חובה לעשות דבר מה, מצוייה גם סמכות לפעול ללא הסכמה¹². אן בלשון המשפטיים הצרפתיים: חוקיות הניתוח סומכת על ההסמכה החוקית, והסמכה זו מצוייה באותו חוק המסמך את הרופא לעסוק ברפואה והמחייבו לעשות כל מה שביכולתו על מנת לרפא חולים¹³.

אין לכפור בחשיבותה של חובת הרופא, אולם אין בה, לדעתנו, כדי להצדיק את הטיפול הרפואי האמור, שאם לא תאמר כן ניתן יהיה להצדיק על פיה גם טיפול רפואי כפוי בחולה בנסיבות שאינן נסיבות-חירום.

צורך

השקפה אחרת מצדיקה ומבססת את הטיפול הרפואי הניתן לחולה ללא הסכמתו על טענת ה"צורך". על פי השקפה זו, מעשה הנעשה בתנאים של "צורך" אינו גורר אותה תוצאה שהיתה באה לולי הנסיבות הנדונות, שכן טובת הציבור מחייבת עידוד של הצלת חיים, ולו גם על חשבון אינטרסים אחרים¹⁴. כך, כאשר רופא מבצע ניתוח בחולה בנסיבות חירום, בלא לקבל מראש את הסכמתו, ניתן לראותו כפועל בנסיבות של "צורך", ולכן מוגן הוא מפני אחריות בנויקין¹⁵. חסידי השקפה זו גורסים כי גם במקום שהמנתח מביע במפורש את רצונו שלא ינותח, וגם כאשר המנתח הוא קטין שהסכמתו אינה כשירה, יש מקום להגנה של "צורך"¹⁶.

נגד השקפה זו ניתן לטעון כי פקודת הנוזיקין (נוסח חדש)¹⁷ דנה במעשה שנעשה בלא שניתן היה לקבל את הסכמת התובע, הווה אומר: אין הגנה למעשה בנסיבות בהן הביע החולה התנגדותו לטיפול. יתר על כן: פקודת החוק הפלילי, 1936¹⁸ עוסקת באדם שפעל כלפי מי "שהיה חייב להגן" עליו, וספק רב הוא אם הרופא חב כלפי החולה חובה כזו. ודאי שאין מקום לטענת "הצורך" מקום שכלל לא שררו יחסים כשלהם בין הרופא לחולה, עובר לטיפול¹⁹.

הסכמה מכללא

השקפה שלישיית מצדיקה את הגשת הטיפול הרפואי לחולה ללא הסכמתו בקיומה של הסכמה קונסטרוקטיבית מצידו. השקפה זו, שמקורה בהנחה שכל חולה היה נותן ביטוי ליצר החיים המפעם בליבו, בדרך של הסכמה, לו ניתן היה הדבר בידו, אין נוחה יפה מקום שהחולה הביע דעתו מפורשות נגד הטיפול הרפואי²⁰.

שופט קנדי קרא תגר על הנחה כזו: "רצון החולה כלל לא בא לידי ביטוי, ולא נעשה כל מינוי למעשה; מוטב שבמקום הבריחה לעבר הפיקציה יבוטל הצורך בהסכמה מקום שמתעורר מצב של חירום שלא ניתן היה לחזותו מראש, ושייקבע שהמנתח חייב לפעול על מנת להציל את חיי החולה או לשמור על בריאותו וכי אין למצאו אחראי מבחינה משפטית אם ביצע ביושר חובתו זו"²¹.

אף לנו נראה שרצוי היה להצדיק טיפול רפואי חירומי בחולה, ללא הסכמתו, רק כאשר מצוייה בחוק הסכמה לעשות כן. הסכמה כזו מצוייה, כפי שראינו, בפקודת הנוזיקין (נוסח חדש)²², ומן הראוי היה לחוקק הגנה דומה בחוק הפלילי. פקודת החוק הפלילי, 1936, דנה, אמנם, במי שתוקף אחר "שלא כחוק"²³, וניתן היה לפרש את הטיפול הרפואי החירומי כהתערבות "חוקית", אולם פירוש זה רחוק מלהניח את הדעת²⁴.

סעיף ג' – התפתחויות בלתי צפויות כניתוחים

כאשר במהלכו של ניתוח חלה התפתחות בלתי צפויה, שיש בה סיכון לחיי החולה או סכנה תכופה וחמורה לכריאותו, רשאי הרופא לנקוט בהליך רפואי אף בלא לקבל הסכמת המנותח לכך. תנאי לכך הוא שהחולה הינו נטול הכרה או נטול יכולת ליתן הסכמתו לטיפול, וכי הכרח הוא לפעול עוד לפני שניתן יהיה להשיג את ההסכמה הדרושה.

בית המשפט דחה תביעה נגד הרופא, אשר תוך ביצוע ניתוח בענין הריון בחצוצרה הבחין בדלקת תוספתן וניתחו. בית המשפט פסק שנוכח מצב החירום חייב היה המנתח לנתח את החולה: "החוק אינו דורש שהמנתח יבצע כל ניתוח בהתאם לתכנית ולמיפרטים שאושרו מראש על ידי החולה", על מנת להבטיח עצמו בפני הליכים משפטיים²⁵. מאידך, מקום שרופא כרת רחמה של אשה, אשר נתנה

הסכמתה לניתוח תוספתן בלבד, משום שזוהי פרוצדורה רפואית נאותה, אף כי לא שרר כל מצב של חירום, קיבל בית משפט את תביעת הפיצויים של החולה²⁶.

במשפט אחר, לעומת זאת, נקבע שרופא רשאי להרחיב את מסגרת הניתוח על מנת לשקם מצב חולני בשטח הניתוח המקורי, מקום שעל פי שיקול דעתו המקצועי דרושה התערבות זו, ולא דוקא במצבי חירום²⁷.

סימן 5 – החולה קטין

כשרות הקטין

אדם שלא מלאו לו 18 שנה, הוא "קטין"¹. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו². כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם כשרותו זו נשללה או הוגבלה, בחוק או בפסק דין³. ניתן לראות בהסכמה לטיפול רפואי משום "פעולה משפטית", מקום שהחוק קובע את ההסכמה כתנאי לשחרור הרופא מאחריות משפטית למעשה התקיפה⁴. הקטין אינו משולל, איפוא, כשרות משפטית, אלא שנוכח קטינותו, חולשתו והעדר נסיוני, מגן עליו החוק באמצעות מינוי אפוטרופוס⁵.

אפוטרופוס

הורי הקטין הם אפוטרופסיו הטבעיים⁶. בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים ההורים לפעול תוך הסכמה. הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לענין מסויים או באופן כללי; חזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו⁷. היו הורי הקטין חיים בנפרד רשאים הם להסכים ביניהם על מי תהיה האפוטרופסות לקטין, והסכמם זה טעון אישורו של בית המשפט⁸. מת אחד ההורים, תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני⁹. קרוב משפחה אחר, זולת ההורים, אינו משמש, דרך כלל, כאפוטרופוס במקום, והוא יכול לשמש כנציגם רק במקרים מיוחדים. כך נמצא רופא אחראי ל"תקיפת" קטינה במקרה הבא: ילדה בת 11 נשלחה לחופשה עם אחיותיה בנות ה-20 וה-22. בחלות הקטינה, במקום הנופש, הסיכמו אחיותיה לניתוחה בדרך של הסרת שקדים ופוליפים. בית המשפט קבע שניתוח זה הווה מעשה של "תקיפה", שכן האחיות היו נטולות סמכות ליתן הסכמה לניתוח¹⁰. במקרה דומה הובא ילד בן 9 על ידי אחות מבית ספרו לרופא עירוני, והלה שלחו לבית החולים והורה על הסרת שקדיו. הילד לווה על ידי אחיו בן ה-15. המנתח נמצא אחראי על ניתוח הקטין ללא הסכמת הוריו¹¹.

בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס לקטין ששני הוריו מתו, או שהוכרזו פסולי דין, או שהאפוטרופוסות לקטין נשללה מהם על פי החוק¹². בית המשפט רשאי, כמזכיר, למנות אפוטרופוס נוסף להורה במקרים בהם מת אחד ההורים או הוכרז פסול דין, או שההורה אינו מסוגל למלא חובותיו¹³, או שאפוטרופוסותו הוגבלה¹⁴.

בית המשפט מוסמך למנות אפוטרופוס גם כן לעובר, או לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו¹⁵. בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת החסוי – הקטין¹⁶. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה: יחיד, תאגיד או האפוטרופוס הכללי¹⁷. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת ההורה¹⁸ ואת דעת החסוי, אם הוא מסוגל להבין בדבר ואם ניתן לברר דעתו¹⁹. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופוסות על שני אפוטרופוסים או יותר במשותף, יחולו ההוראות הבאות, זולת אם הורה בית המשפט אחרת²⁰:

1. הם חייבים לפעול תוך הסכמה.

2. פעולת האחד טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט.

3. בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהאפוטרופוסים לפעול על דעת עצמו.

על פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך-1960, מוסמך בית המשפט למנות לקטין "נזקק" אפוטרופוס שישמש כיועץ להורו של הקטין או לאפוטרופוסו, או פקיד סעד או רשות סעד²¹. "טיפול" לו זכאי קטין נזקק על פי חוק זה כולל טיפול רפואי²².

אפוטרופוס מכללא

מי שפועל כאפוטרופוס למעשה, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיו לפי הוראות החוק אף אם לא נתמנה כלל, או שהיה פגם במינויו, או שהתפטר, או שפוטר, או שפקעה אפוטרופוסותו²³.

בית המשפט מוסמך למנות אפוטרופוס זמני, כאמצעי זמני לצורך שמירת ענייניו של קטין²⁴.

חובות האפוטרופוס

אפוטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין²⁵; צרכי הקטין כוללים טיפול רפואי דרוש. חובה וזהה מוטלת על אפוטרופוס הממונה על ידי בית המשפט²⁶. במילוי תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות הענין²⁷. חובה וזהה מוטלת על ההורים²⁸.

ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפורופוסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או שלא נתכוונו לטובת הקטין²⁹.

בית משפט ישראלי קבע כי במקרה בו קיימת ברירה בין חשיפת קטין לגורל המוות לבין הצלת חייו על ידי ניתוח שישאיר בו מום, מהווה סירוב ההורים להסכים לניתוח משום הפרת חובתם, בתור אפורופסים על גופו, לנהוג לפי מה שדורשת טובתו. לכן, אילו בהשפעת סירובם זה היה הרופא נמנע מלעשות את הפעולה הכירורגית, ועקב כך היה הקטין מקפח את חייו, כי אז היו ההורים הסרבנים נושאים באחריות פלילית על תוצאה זו³⁰.

האפורופוס הממונה על ידי בית המשפט אחראי לנזק שגרם לחסוי. בית המשפט רשאי לפטרו מאחריותו אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת החסוי. האפורופוס אינו נושא באחריות אם פעך בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע³¹. האפורופסים הממונים אחראים לחסוי, יחד ולחוד.

התערבות בית המשפט

בית המשפט מוסמך לנהוג בענייני אפורופוסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד³².

לא באו הורים לידי הסכמה ביניהם בענין הטיפול הרפואי לקטין הנתון לאפורופוסותם, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה, ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון³³. בית המשפט רשאי להתערב ולהורות, כמו כן, במקרה שמת אחד ההורים³⁴, או במקרה של קטין נזקק³⁵.

הוא הדין באשר לאפורופוס ממונה: בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת לאפורופוס זה הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידיו³⁶. בית המשפט רשאי לתת הוראות אלה גם מיוזמתו הוא וגם על פי בקשת אדם מעוניין³⁷.

אפורופוס שאינו הורה רשאי להתפטר מתפקידו, ורשאי בית המשפט לפטרו³⁸ הורה אינו רשאי, כמוכן, ל"התפטר מתפקידו", ובית המשפט אינו מוסמך "לפטרו" אלא שהוא מוסמך למנות, בעת הצורך, אפורופוס בנוסף על אותו הורה³⁹ אפורופוסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות⁴⁰.

הסכמת הקטין

אין ספק שאין צורך בקבלת הסכמה מאת הקטין לטיפול רפואי מקום שגילו רך, עד שאינו מסוגל להבין בדבר או שלא ניתן לברר את דעתו. טיפול חרום אינו טעון, אף הוא, הסכמה כלשהי. קיימת מחלוקת באשר לצורך בהסכמת הקטין מקום שהוא קרוב לבגרות ומקום שהטיפול הרפואי הינו קל או שגרתי⁴¹.

בתי המשפט בארצות-הברית נטו להסתפק בהסכמת הקטין אם נתמלאו שלושה תנאים:

א. הצעדים הרפואיים הנדרשים הם לטובת החולה;

ב. אסכולה רפואית מקובלת מצדיקה את הנקיטה בצעדים הללו;

ג. קיים צידוק לויתור על קבלת ההסכמה, כגון במקרה של סרוב בלתי סביר של ההורה לצעדים הרפואיים הללו⁴².

כך הוחלט, בפסקי דין שונים, כי קטינה בת 18 מוסמכת היתה להסכים לניתוח אף פשוט⁴³, כי קטין בן 17 מוסמך להסכים לחיסון נגד אבעבועות⁴⁴, כי קטין בן 19 היה מוסמך להסכים למתן הרדמה מקומית בהליך של הסרת שקדיו⁴⁵. מאידך, מקום שנערך בן 15 התנדב לספק מדמו ועורו למנותח אחר, בלי הסכמת ההורים, קבע בית המשפט שהרופא היה חייב להיזדקק להסכמה זו⁴⁶.

המלומד נתן מציע לקבוע ככלל, שקטין המסוגל להעריך את מהות הטיפול ותוצאותיו, יהא כשר ליתן הסכמה תקפה, בלא צורך בהסכמה נוספת מאת אפוטרופסו⁴⁷. שופט אוטרלי מציע להגביל זאת לטיפולים רפואיים בלתי מסוכנים⁴⁸.

בישראל טרם ניתנה הכרעה שיפוטית בשאלה זו. אין ספק שהרופא יוכל להסתמך, במקרים דחופים, על הוראות סעיף 24(8) לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) הנזכר למעלה, אולם רצוייה חקיקה אורחית ופליילית מיוחדת לגבי הושטת טיפול רפואי לקטין.

סרובו של קטין לקבלת הטיפול הרפואי אינו תקף, מבחינה משפטית, ואין בו כדי לשלול את סמכות הרופא⁴⁹, או על בסיס חוקי אחר.

סימן 1

1. פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף 248.
2. הפקודה הנ"ל, סעיף 249.
3. הפקודה הנ"ל, סעיף 250.
4. פקודת הנויקין (נוסח חדש), סעיף 23.
5. בסוגיית צינחור הלב, ראה:
O.Schroeder, Cardiac Catheterization and Informed Consent, A New Technic Meets an Old Issue, Postgraduate Medicine, Vol.53, No.3, March 1973.
6. Perry v. Hodgson, 168 Ga. 678, 148 S.E. 569 (1929).
7. ראה: Moos v. U.S., 118 F.Supp.275 (1954). Comment 4, U.C.L.A.L. Rev.627(1957).
8. C.Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973,285.
9. In Re Brooks Estate, 205 N.E. 2d.435(1965).
10. Raleigh Memorial Hospital v. Anderson, 201 A. 2d 537 (1964).
11. C.Morris, A.Moritz, Doctor & Patient & the Law, 5th ed.,1971,160.
12. Chambers v. Nottebaum, 96 So. 2d 716 (1957).
- 13.ג. טרסקי. דיני הנויקין. תורת הנויקין הכללית, תש"ל, ברק, 325.

סימן 2

1. C.Morris, A.Moritz, Doctor & Patient & the Law, 5th ed. 1971,148.
2. ת.א. תל-אביב 1425/57 (י"ח פ"מ, 75).
3. Knowles v. Blue, 209 Ala. 27, 95 So.481 (1923).
4. Bakker v. Welsh, 144 Mich. 632, 108 N.W. 94 (1906).
5. Rogers v. Lumbrmen's Mutual Casualty Co. (119 So 2d. 649, La. App. 1960).
6. ת.א. חיפה 838/64 (נ' פ"מ, 315, 319).
7. John Fleming, The Law of Torts, 3rd ed., 1965, p. 84.
8. C. Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973, 284.
9. Murray v. McMurdy (1949), D.L.R. 442.
- מאיירך, מקום שחולה הסכימה להסרת שחלה אחת בלבד. והרופא הסייר גם את השניה.
משום שחשש לחיי החולה, נדחתה התביעה נגדו(1896) Beattay v. Cullingworth
- ראה: טיילור. רפואה משפטית, מהדורה תשיעית, ע' 89.
10. Moler v. Williams (1905), 104 N.W. 12.
11. Marshall v. Curry (1933), D.L.R. 260.
12. Hancock v. Hullet, 203 Ala. 272, 82 So. 522 (1919).
13. Moss v. Rishworth, 222 S.W. 225(1920).
14. ראה להלן.
15. C. Morris, A. Moritz, Doctor and Patient and the Law, 5th ed., 1971, 148.
16. Nolan v. Kechijian, 75, R.I. 165, 64 A. rd. 866 (1949).

- C. Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973, 287. .1
 Bang v. Charles T. Miller Hospital, 251 Minn. 427, 88 N.W. 2d 186 (1958). .2
 במשפט אחר הואשם רופא בכך שלא הסיר לחולה את כל הטיפולים החילופיים ואת
 הסיכונים הכרוכים בהם: Kinney v. Lockwood Clinic, Ltd. 4 D.L.R. 906 (1931).
 .3 ע.א. 360/64 (י"ט (1) פד"י, 475).
 Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 350 P. 2d 1093 (1960). .4
 Williams v. Menahan, 191 Kan. 6, 379 P. 3d 292 (1963).
 W. Curran, D. Shapiro, Law, Medicine and Forensic Science, 2nd. Ed., 1970, .5
 574.
 .6 ת.א. חיפה 838/64 (נ' פ"מ, 310).
 .7
 Barker v. Heaney, 82 S.W. 2d 417 (1935). .8
 Wheeler v. Barker, 92 Cal. App. 2d 776, 208 P. 2d 68 (1949). .9
 Arballo v. Nielson, 73 Cal. App. 2d 545, 166 P. 2d 621 (1946). .10
 מאידך קיימת סברה שעילת התביעה הנכונה, במקרה של העדר הסכמה, היא תקיפה ולא
 רשלנות: W. Curran, D. Shapiro, Law, Medicine and Forensic Science, 2nd. Ed., 1970, 574.
 Mitchell v. Robinson, 334 S.W. 2d. 11 (1960). .12
 Bolan v. Friern Hospital (1957), 2 All E.R. 118. .13
 ראה: ע.א. 164/57 (ל"ד פ"ע, 235) ת.א. תל-אביב 1425/57 (י"ח פ"מ, 73).
 כן: 75 Harvard L.R. (1962), 1445-1449.
 Hunt v. Bradshaw, 242 N.C. 517, 88 S.E. 2d 762 (1955). .14
 Williams v. Menahan, Pacific Reporter 2d 379, 292, 1963. .15
 Fischer v. Wilmington General Hospital, 149 A. 2d 749 (1959). .16
 Hatcher v. Black (1954) T.L.R. .17
 Eddy, Professional Negligence, 1955, 109-110. : ראה
 .18 ת.א. חיפה 152/58 (ל"ח פ"מ, 50).
 .19 ת.א. חיפה 1047/64 (נ+ב פ"מ, 383).
 Nathan. Medical Negligence, 1957, 56. : ראה בסוגיה זו:
 Di Filippo v. Preston, 173 A. 2d 333 (1961). .21
 Ditlow v. Kaplan, 181 So. 2d 226 (1965).
 .22 75 Harvard L.R. (1962); 1445-1449.
 Putenson v. Clay-Adams Inc., California Reporter 91: 319, 1970. .23
 2 Brit. Med. J. (1965) 206. .24
 Ball v. Mallinkrodt Chemical Works, 381 S.W. 2d 563 (1964). .25

1. סעיף 15 (ג). ראה תקנה 8 לתקנות לטיפול בחולי נפש, תשי"ט – 1959, לגבי טיפול בהלם חשמלי.
2. חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך – 1960, סעיף 11.
3. תקנות בתי הסוהר, תשכ"ז – 1966, סעיף 3, 15.
4. סעיף 20 א'.
5. תקנות התעבורה, תשכ"א – 1961, סעיפים 144 ; 146.
6. סעיף 24 (8).
7. ע.א. 322/63 (י"ח (2) פד"י. (449).
8. N. Chayet, Legal Implications of Emergency Care, 1969, 100.
9. Jackovach v. Yacom, 212 Iowa 914, 237 N.W. 444 (1931).
10. Wells v. McGehee, 39 So. 2d 196 (1949).
11. J. Fleming, The Law of Torts, 3rd ed., 1965, 84.
12. Leigh v. Gladstone (1909) 26 T.L.R. 139.
13. Bouzat, Triate de Droit Penal (1951), 232.
- G. Hughes, Two views on consent in the criminal law, 26 M.L.R. (1963), :
242.
14. Winfield, Tort, 7th ed., 1963, 49.
15. ג. טרסקי, דיני הנויקין, תורת הנויקין הכללית, תשל"ג, 314.
- C. Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973, 291.
16. שם, 326 – 327. ראה: יוג'ס, שם, 233.
17. סעיף 24 (8).
18. סעיף 18.
- P.D. SKEGG, A Justificatio · for Medical Procedures performed without
Consent, Law A R. 90, 1974, s. 513.
20. כזה היה המקרה בנער בן 17 שנפצע בתאונת רכבת, הובל לבית החולים, ובמהלך הטיפול הרפואי נכרתה רגלו, נגר מחאתו המפורשת. בית המשפט קבע שהואיל וקטין מנוע מלהסכים לטיפול רפואי, מנוע הוא מלסרב לטיפול חירום:
Dillet v. Pittsburgh, C.C. & St. L. Ry, 201, Pa. 361, 50 A. 1011 (1902).
21. Marshall v. Curry, 1933, D.L.R. 260.
22. סעיף 24 (8).
23. סעיף 249.
24. המונח "שלא כחוק" הינו סתום וכפוף לפירושים שונים. יתר על כן: סעיפי חוק אחרים, העוסקים ב"תיקפה", אינם כוללים בהגדרתם את מרכיב "אי החוקיות".
25. ראה: Ball v. Mallinkrodt Chemical Works, 381 S.W. 2d 563 (1964).
- Barnett v. Bachrach, 34 A. 2d 626 (1943).
26. Rogers v. Lumbermens Mutual Casualty Co., 119 So. 2d 649 (1960).
27. Kennedy v. Purrot, 90 S.E. 2d 754 (1956).

סימן 5

1. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962, סעיף 3.
2. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 1.
3. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 2.
4. ת.א. חיפה 838/64 (נ' פ"מ, 310): "כל ניתוח מהווה תקיפה, אלא אם קיבל המנתח את הסכמתו של המנותח, ובמקרה שהמנותח הוא קטין את הסכמתם של אפוטרופסיו החוקיים".
5. ראה, לעומת זאת: Family Law Reform Act.1969, sec.8
"The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age, and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian."
6. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 14.
7. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 18.
8. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 24.
9. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
10. Rishworth v. Moss (1913), 159 S.W. 122 U.S.A.
11. Zoski v. Gaines, 271 Mich. 1,260 N.W.99(1935)
12. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 33.
13. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
14. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 29.
15. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 33 (5-6).
16. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 35.
17. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 34.
18. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 30. שיתוף הפעולה הדרוש בין האפוטרופוס הממונה לבין ההורה: ע.א. 489/69 (כ"ג (2) פד"י, 639 – 640).
19. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 36.
20. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 46.
21. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 3.
22. ע.א. 79/64 (מ"ו פ"מ, 370 – 374).
23. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 67.
24. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 68.
25. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 15.

26. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 38.
27. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 41.
- 28 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 17. ראה בשאלה זו, מאמרו של:
P.D.Skegg, Consent to medical procedures on minors, 36 M.L.R. (1973),
379.
29. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 22.
- 30 ע.א. 322/63 (י"ח (2) פד"י, 457).
31. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 57.
32. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א – 1951. סעיף 3(ב').
33. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 19. ראה: שם, סעיף 25. בית המשפט העליון הביע דעתו מפורשות על סמכותו להתערב וליתן רשות טיפול בקטין, הן לפני הניתוח והן ברעבד, אחריו: ע.א. 322/63 (י"ח (2) פד"י, 458). ראה, מאידך, החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בתיק אפוטרופסות 1402/70, היועץ המשפטי נ. נזירה לוי ואח' (לא פורסם). שהסכמה לביצוע ניתוח (עקירת כליה מגוף הקטין) אינה טעונה אישור מראש של בית המשפט, וסברתו הנוגדת של ד.א. פרנקל ברשימתו, פסולי דין כתורמי אברים. משפטים, כרך ג', חוב' 2, 246.
34. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
35. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 27.
36. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 44.
37. ת.ב. 309/66 (מ.א. 50/66) (ני"ח פ"מ, 164 – 167): בקשה של בית חולים להורות לאפוטרופסים של חולה, ששכב בו כשהוא משותק ומחוסר הכרה, שיוציאוהו משם הואיל ומיטתו דרושה לצורך אישפוז של חולים אחרים.
38. חוק הכשרות הנ"ל, סעיפים 60 – 61.
39. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
40. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 62.
41. קוראן ושפירו מצדדים בקבלת ההסכמה מן הקטין:
- W.Curran, D.Shapiro, Law, Medicine & Forensic Science, 2nd Ed., 1970,
575.
42. Sullivan v. Montgomery, 155 Misc. 448, 279 N.Y.S. 575 (1935):
בית המשפט דחה תביעתו של קטין בן 20 (קטין על פי חוק מדינת ניו-יורק) ואביו, נגד רופא אשר ביצע בקרסול הקטין ניתוח, לאחר שהסתפק בהסכמתו בלבד. בית המשפט הושפע, ללא ספק מגילו הבוגר, יחסית, של הקטין, בהחליטו על דבר דחיית תביעתו.
ראה C. Morris, A. Moritz, Doctor & Patient & the Law, 5th. Ed., 1971, 162
43. Lacey v. Laird, 166 Ohio St. 12. 139 N.E. 2nd 25(1956)
44. Gulf & Ship Island R.R.v.Sullivan, 155 Miss.1,119 So 501(1928);62 A.L.R. 191.
45. Bishop v. Shurly, 237 Mich. 76, 211N.W. 75(1926).

- Bonner v. Moran, 126 F.2nd 121 (1941). .46
- Nathan, Medical Negligence, 1957, 171-179. :7א7 47
- N.O'Bryan, The consent of the patient to surgical and medical .48
 procedurs(1961) 8 Proc. Med. Leg. Soc. Vict. 138,155.
- Ollet v. Pittsburgh, C.C.&St.L.Ry,201 Pa 361, 50A 1011 (1902). 49
- C. Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973,292. .50

סימן 6 — חולה הנפש

„חולה הנפש“, במשמעותו המשפטית, הוא מי שבית המשפט הגדירו ככזה, על סמך ראיות רפואיות שהובאו לפניו, ועל פי כללים משפטיים מסויימים¹. מחלתו של חולה הנפש מעוותת חושיו ופוגעת בכוח רצונו, עד שאין לו כושר שיקול הדעת של האדם הבריא בבחירת מעשה מסויים או במתן הסכמה לטיפול רפואי. כיוון שקיימות דרגות רבות ושונות של מחלות הנפש, הרי שניתן להבחין בין דרגות שונות של הסכמה. ההכרעה תודרך על פי שני שיקולים עיקריים: מהות מחלת החולה ומידתה, וטיב המעשה הטעון הסכמה. הסכמת החולה לטיפול הרפואי תלך ותאבד את תוקפה המשפטי ככל שמחלתו חמורה יותר, וככל שהטיפול מסוכן יותר. החוק ממלא את הפירצה הנובעת מאי כשרו של החולה ליתן הסכמה, על ידי מינוי אפוטרופוס. הסכמת החולה מומרת על ידי כך בהסכמת נציגו.

הרופא חייב לשית לבו לשני האספקטים, המשפטי והרפואי. האספקט המשפטי הינו: סמכותו לטפל בחולה הנפש. כפי שנראה להלן, יש והרופא יורשה לקבל סמכותו מן החולה עצמו, ויש וזו תוענק לו על ידי בית המשפט, או אפוטרופוס, או בני משפחתו של החולה. האספקט הרפואי, הינו: הסכמה שהרופא ימצא כאחראי לנזקו של החולה תלך ותפחת ככל שהוא יקפיד לנקוט בהליכים רפואיים נחוצים ומקובלים.

א פ ו ט ר ו פ פ ו ת

פסול הדין

„פסול הדין“ הוא אדם אשר אינו מסוגל, מחמת מחלות נפש או ליקוי בשכלו, לדאוג לענייניו². בית המשפט יכריז על אדם שהוא פסול-דין לאחר שמיעתו, ועל פי בקשת הפונה אליו³. בית המשפט רשאי לבטל את הכרות הפסולות אם מצא שההכרזה לא היתה מוצדקת, או שהתנאים להכרזה חדלו

1 במישור הפלילי קיימת מסגרת להגדרה בסעיפים 11 ו-14 לפקודת החוק הפלילי, 1936. מה שאין כן במישור האזרחי.

2 חוק הכשרות והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, סעיף 8.

3 חוק הכשרות הניל, סעיף 8.

להתקיים⁴. פעולה משפטית של פסול-דין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע⁵.

„פעולה משפטית“ כוללת, כנראה, את הסכמת פסול הדין לטיפול הרפואי. פעולה משפטית של פסול דין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול על ידי הנציג תוך חודש ימים לאחר שנודעה לו הפעולה⁶.

בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס לפסול הדין⁷. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה: יחיד, תאגיד או האפוטרופוס הכללי⁸. בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת החסוי⁹. מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיו כאלה של האפוטרופוס הממונה, אף אם לא נתמנה כלל. או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פטר או שפקעה אפוטרופסותו¹⁰.

אפוטרופוס של פסול דין חייב לדאוג לצרכיו של החולה¹¹. במילוי תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות הענין¹².

הדאגה לצרכיו של פסול הדין כוללת את הדאגה לטיפול רפואי דרוש, ודאגה זו טומנת בחובה כשרות למתן הסכמה לטיפול כזה, בעת הצורך.

האפוטרופוס אחראי לבזק שגרם לחסוי. בית המשפט רשאי לפטרו מאחריותו אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת החסוי. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע¹³. בעניני האפוטרופסות חייב האפוטרופוס לשמוע את דעת החסוי, אם זה מסוגל להבין בדבר ואם ניתן לברר את דעתו¹⁴. מאידך, החסוי חייב למלא אחר הוראות האפוטרופוס בעניני האפוטרופסות שנקבעו על ידי בית המשפט¹⁵.

בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידיו, וזאת הן על פי בקשת האפוטרופוס או היועץ המשפטי לממשלה

4 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 10.

5 חוק הכשרות הנ"ל, סעיפים 4, 9.

6 חוק הכשרות הנ"ל, סעיפים 5, 9.

7 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 33 (3).

8 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 34.

9 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 35.

10 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 67.

11 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 38.

12 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 41.

13 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 57.

14 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 42.

15 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 43.

או בא כוחו או צד מעונין, והן מיוזמתו הוא¹⁶. בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת אחד הצדדים או מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים הנראים לו לשמירת עניניו של פסול דין¹⁷. מינויו של אפוטרופוס עשוי להגיע לגמר על ידי התפטרותו, פיטוריו על ידי בית המשפט, או עם ביטול פסלותו של פסול הדין על ידי בית המשפט¹⁸.

הסכמת חולה הנפש

פעמים הרבה רשאי הרופא להסתפק בהסכמתו של חולה הנפש לטיפול הרפואי. הדבר אמור, בראש ובראשונה, בחולה הנפש שלא הוכרו כפסול דין, ובתנאי שהטיפול נחוץ ושהחולה, המביע הסכמתו, אכן מסוגל, מבחינה נפשית, לתיתה. יתר על כן: חולה שהוא פסול דין, המאושפז בבית חולים, מסוגל אף הוא להתחייב בדברים מסויימים. אם הטיפול הוא שיגרת, מכוון לטובת החולה ועשוי לשמש נשוא להסכמה אינטליגנטית שלו, יוכל הרופא להסתפק בהסכמת החולה¹⁹.

חבישת חולה בבית חולים

קיימות כמה דרכים חוקיות לאישפוז חולה בבית חולים ללא הסכמתו ובעל כרחו²⁰. למותר לציין שמאחר וכליאת אדם במקום כלשהו, ללא הסכמתו, מהווה עבירה פלילית חמורה²¹, הרי שיש לראות בחבישת חולה ללא הסכמתו בבית חולים משום יוצא מן הכלל, הטעון חקיקה מפורשת.

תעודת רופא

לא יתקבל חולה לבית חולים אלא על פי תעודת רופא²²; ניתנה תעודת רופא, והחולה מסרב לאישפוז, רשאי פסיכיאטר מחוזי להורות על אישפוזו של החולה בעל כרחו²³.

16 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 44.

17 חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 68.

18 חוק הכשרות הנ"ל, סעיפים 60, 61, 62.

Spoonhour, Psychosurgery & Informed Consent, 26 University of Florida Law Review, 432-452 (1974).

C. Morris, A. Moritz, Doctor and Patient: the Barriers Between the Doctor and the Law, 1971, 201-211.

C. Martin, Law relating to Medical Practice, החקיקה והפסיקה באנגליה: 1973, 159.

21 חוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, סעיף 29(ב): „מי שגרם בידועים לאשפוזו של אדם בבית חולים לפי חוק זה ללא צורך או שלא כדין, דינו — מאסר חמש שנים“.

22 החוק הנ"ל, סעיף 2(א).

23 החוק הנ"ל, סעיף 7.

צורך דחוף

מנהל רפואי של בית חולים, או רופא אחר שהוסמך לכך על ידי, רשאי לקבל חולה לבית החולים ללא תעודת רופא, אם בדק את החולה ומצא שקבלתו לבית החולים אינה סובלת דיחוי.²⁴

היה רופא סבור כי אישפוזו של חולה אינו סובל דיחוי, והחולה אושפו בעל כרחו, ישוחרר החולה, אם לא נתקבלה הוראת אישפוז מאת הפסיכיאטר המחוזי תוך חמישה ימים מיום אישפוזו.²⁵

חולה מסכן

נוכח פסיכיאטר מחוזי כי חולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת, חייב הוא להורות בכתב, שהחולה יאושפו בבית חולים.²⁶

צו בית משפט

בית משפט מוסמך לצוות, לפי בקשת בעל דין או ביזמתו שלו, שנאשם ייבדק בדיקה רפואית ואף שיאושפו, לצורך כך, בבית חולים, על מנת לאפשר לו להחליט בשאלת מחלתו או אחריותו.²⁷ אם נראה לבית המשפט שהנאשם אינו מסוגל לעמוד בדין מחמת היותו חולה, רשאי הוא לצוות על אישפוזו.²⁸ אם יתברר לבית המשפט שהנאשם אשר הוכח כי עשה את מעשה העבירה, אכן סובל ממחלת נפש, חייב הוא לצוות על אישפוזו בבית חולים.²⁹

הוראת אישפוז

ציוויו של הפסיכיאטר המחוזי על אישפוזו של חולה נפש בעל כרחו קרוי „הוראת אישפוז“³⁰. פסיכיאטר מחוזי רשאי להורות ולקבוע בהוראת האשפוז:

- א. מינוי מטפלים לביצוע הוראתו.
- ב. גיוס עזרת המשטרה לעזרת המטפלים.
- ג. בית החולים בו יאושפו החולה.
- ד. הסמכה של מבצעי הוראת האישפוז להיכנס לכל מקום בו נמצא החולה, כדי לבצע את ההוראה.
- ה. תנאי האשפוז.³¹

24 החוק הני"ל, סעיף 3.

25 החוק הני"ל, סעיף 7(ג).

26 החוק הני"ל, סעיף 5. בבג"צ 87/59 (מ"א פ"ע, 166) נקבע כי רופא אינו חייב להורות על אישפוזו של אסיר, חולה נפש, אם אין הוא עלול לסכן את עצמו או זולתו, בהיותו נתון במאסר.

27 החוק הני"ל, סעיף 6(ד).

28 החוק הני"ל, סעיף 6(א).

29 החוק הני"ל, סעיף 6(ב).

30 החוק הני"ל, סעיף 7.

31 החוק הני"ל, סעיף 8.

הוראת האישפוז משמשת במקום הסכמת החולה, ובה יש לחפש את היקף ההרשאה.

אמצעי כפייה

השימוש באמצעי כפייה נגד החולה, בבית החולים, מותר בהתאם לסייגים הנקובים בחוק. המשתמש באמצעי כפייה בבית החולים כלפי החולה שלא על פי פקודת רופא או באישורו יאשם בעוון³². שימוש באמצעי כפייה כלפי חולה חייב ברישום מיוחד³³.

מנהל רפואי של בית חולים רשאי להגביל זכויותיו של חולה במידה שהדבר דרוש, לדעתו, מטעמים רפואיים³⁴.

שחרור חולה

חולה שאושפז בבית חולים על ידי בית משפט ישוחרר רק על פי החלטה של ועדה פסיכיאטרית³⁵. ביתר המקרים רשאי מנהל רפואי של בית חולים לשחרר חולה אם בדק ומצא שהוא חוזר לאיתנו, או שהוא אינו טעון יותר אישפוז בבית החולים לשם הגנה על הציבור³⁶.

מנהל רפואי רשאי לשחרר חולה לנסיון, לתקופה מסויימת או למטרה מסויימת, אם שחרור כזה עשוי להועיל, לדעתו, לחולה³⁷.

סימן 7 — בן הזוג

מומלץ לרופא לקבל את הסכמת בן הזוג לטיפול המסכן את חיי החולה או העובר, או הפוגם בתפקוד המיני¹. מוסד הגישואין יוצר מערכת יחסים מיוחדת בין שני בני הזוג, והתלות ההדדית מאפיינת אותה. אין זה רצוי שהמשפט יתעלם מתלות זו, מן הענין המיוחד במינו שמגלה בן זוג ברעהו. פגיעה רצינית בבן הזוג עלולה לגרום לנזק לבן זוגו, ומידת פגיעה זו צריכה לקבוע את התחשבות הרופא „הפוגע“ גם בו.

ברם, לאמיתו של דבר, אין בחוק הוראה המחייבת את הרופא בקבלת הסכמה מבן הזוג. כל אדם כשר לפעולות משפטיות², וממילא כשר הבעל

32 החוק הנ"ל, סעיף 15 (א).

33 החוק הנ"ל, סעיף 15(ב). תקנות לטיפול בחולי נפש, תשי"ט — 1959, סעיף 7.

34 החוק הנ"ל, סעיף 26.

35 החוק הנ"ל, סעיפים 12, 17(א).

36 החוק הנ"ל, סעיף 16.

37 החוק הנ"ל, סעיף 22.

C. Morris, A. Moritz, Doctor and Patient and the Law, 1971, 148. 1

2 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, סעיף 2.

Kritzer v. Citron, 101 Cal. App. 2d 33,224 P. 2d 808 (1950).

וכשרה האשה להסכים לטיפול רפואי בגופם, בלא להיזקק להסכמת בן הזוג. כך נדחתה תביעתה של אשה לגירושין בשל „אכזריות” בעלה, שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בכך שהוא עבר ניתוח של עיקור ללא הסכמתה.³
ברור שהדין שונה מקום שבו זוג אחר משמש כאפוסטרופו של בן הזוג השני, שהוא קטין או חולה נפש.⁴

סימן 8 — בדיקה רפואית

יש והאינטרס החברתי בשמירת בריאות הציבור או בהגנת הפרט ממחלה מסויימת או נוכח אי כשרו להגן על עצמו, גובר על הצורך בשמירת חירות האדם לנהוג בגופו כעולה על רוחו. במקרים כאלה מוחלפת הסכמת החולה לטיפול או לבדיקה בהסמכה חוקית לעשות כן.

בדיקת בריאים

בדיקת בני אדם שהם, לכאורה, בריאים, עשויה להיות כפוייה מכוח סנקציה הקבועה בחוק, ויש וטעמים כלכליים או חברתיים מעניקים לה את אופייה הכפויי. אם מינוי למישרה מסויימת טעון בדיקה רפואית, הרי שהברירה היחידה העומדת לרשות אדם, המעוניין במישרה והמסרב להיבדק, היא להימנע מלהגיש מועמדותו למישרה; זוהי כפיה שאינה פחותה מחומרתה מוז הכפוייה על ידי סנקציה עגשית.

מקום שרופא בודק אדם מכוח סמכות שהוענקה לו בחיקוק כלשהו, או בהתאם לסמכות כזו, תהא בכך הגנה נגד תביעת תקיפה, אם תוגש נגדו.¹ אם היה הרופא עובד ציבור, והבדיקה בוצעה על ידו בתחום סמכותו כדין, או שהוא ביצע אותה בתום לב, בסברו שהוא פועל בתחום סמכותו כדין, יהא הוא מוגן בפני תביעת תקיפה.²

ממלאי תפקידים

חשיבות רבה כרוכה בבדיקת כשרם של בני אדם הנקראים למלא תפקידים חיוניים לחברה, ולפיכך מועדף העקרון של שמירת אינטרס הכלל על חירות הפרט. כדוגמאות לכך ניתן להצביע על הוראות המתייחסות לנשיא המדינה,³

3 59 All E. R. 3 (1954); 1169 W.L.R. 1 (1954). Bravery v. Bravery. יצויין כי השופט דינג'ן הסתייג, בדעת מיעוט, מהשקפת חבריו וסבר כי עיקור הנעשה ללא צורך רפואי אלא, למשל, על מנת לאפשר קיום יחסי מין ללא חשש, הינו בלתי חוקי, והוא ייחשב כמויק לבת הזוג.

4 חוק הכשרות הני"ל, סעיפים 4, 8, 78.

1 פקודת הנויקין (נוסח חדש), סעיף 6.

2 הפקודה הני"ל, סעיף 7.

3 חוק כהונת נשיא המדינה, תשי"ב — 1951, סעיף 13.

לשופטים⁴ ולדיינים⁵, לשוטרים⁶, לעובדים כגון עובדים בעופרת⁷, בכספית⁸ ובאבק⁹, עגורנים¹⁰, ולעובדים אחרים. כן מצויות הוראות מיוחדות לגבי בדיקתם של טייסים¹¹, ימאים¹² ונהגים¹³.

בפקודת ההסגר, 1922, ובתקנות שהוצאו על פיה (1933) מפורטות הוראות דומות לגבי עולים, תיירים ומהגרים. כמו-כן מחוייבים יוצאי צבא¹⁴, ולהבדיל, עבריינים¹⁵ ואסירים¹⁶, לעמוד בבדיקות רפואיות.

בדיקת חולים

הסכנה הצפויה לציבור הרחב ממי שחולה במחלה מדבקת מצדיקה את חיוב החולה בבדיקה רפואית. פקודת בריאות העם, 1940, מסמיכה את מנהל משרד הבריאות להורות על דרכי עריכת בדיקות רפואיות של החולים ושל אלה העומדים עמהם במגע.

דינים רבים נוספים דנים בבדיקות כפויות של חולים קטינים, נכים, חולי גפש, מפגרים ואחרים.

-
- 4 חוק השופטים, תשי"ג — 1953, סעיף 17.
 - 5 חוק הדיינים, תשט"ו — 1955, סעיף 16(א). חוק בתי הדין הדרוים, תשכ"ג — 1962, סעיף 19(א). חוק הקארים, תשכ"א — 1961, סעיף 13.
 - 6 תקנות המשטרה (גיוס), תשי"ח — 1957, סעיף 1 פקודת המשטרה, סעיף 15. תקנות בתי הסוהר, תשכ"ז — 1967, סעיף 65.
 - 7 תקנות הבטיחות בעבודה (בדיקות רפואיות של עובדים בעופרת), תשכ"ב — 1962.
 - 8 תקנות הבטיחות בעבודה (בדיקות רפואיות של עובדים בכספית), תשכ"ג — 1963.
 - 9 תקנות הבטיחות בעבודה (בדיקות רפואיות של עובדים באבק) (אזבסט טלק וצורן), תשכ"ד — 1964.
 - 10 תקנות הבטיחות בעבודה (הסמכה להפעלת עגורנים ולמתן איתות), תשכ"ז — 1966.
 - 11 תקנות הטייס (רשימות לעובדי הטייס), תשט"ז — 1956.
 - 12 תקנות הנמלים (ימאים), תש"ך — 1960.
 - 13 תקנות התעבורה, תשכ"א — 1961.
 - 14 חוק שירות בטחון (נוסח משולב).
 - 15 תקנות העמדת עבריינים במבחן (שרותי המבחן), תשי"ט — 1959.
 - 16 פקודת בתי הסוהר.

מאמרו של השופט אמנון כרמי — הסכמת חולה לטיפול רפואי — דן בפירוט רב בנושא חשוב זה, מבחינת המשפט החילוני. בספרות ההלכה לא מצאתי התייחסות כה מפורטת לנושא זה, אם כי היבטים מסויימים אמנם נידונו על ידי הפוסקים, אשר דעותיהם יובאו להלן.

מתוך קריאת מאמרו של השופט כרמי דליתי שאלות הלכתיות שונות והפניתי אותן לאחד מגדולי הפוסקים, אשר השיב עליהן מסברתו. דבריו יובאו להלן בכינוי "הרב הפוסק". יחד עם זאת אני פונה לקוראי אסיא להשלים, לברר ולהבהיר את דעת ההלכה בנושאים שהועלו במאמר זה.



סימן 1:

(א) מחבר המאמר קובע: "כל בוגר זכאי להחליט מה ייעשה בגופו". לדעתי, אין כן דעת ההלכה. השקפת ההלכה היא, שאין גופו של אדם קניין אלא קניין הקב"ה. מבואר הדבר בתלמוד¹ ובפוסקים²,³ שהאדם אסור לחבול בעצמו. בעל התניא⁴ ניסח דין זה כך: "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו". ובענין אחר קבע הרמב"ם⁵: "שאינן נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם אלא קנין הקב"ה". האריך והרחיב תפיסה זו הרב זיין⁶ ומסכם: "אנו רואים, איפא, שאיבריו של האדם אינם ברשותו כלל — הוא איננו בעליהם והם אינם שלו".

(ב) מחבר המאמר כותב: "החולה זכאי לסרב לטיפול גם אם יש בו, בטיפול, משום הצלת חייו". בשאלה זו דן באריכות הרב יעקב עמדין, בספרו מור וקציעה⁷. הוא מצטט את שיטת הרדב"ז, שאם רופא אומר שיש צורך בטיפול רפואי מסויים, הרי שאם סירב החולה לקבלו — כופים אותו. לדעת ר"י עמדין אין לקבל דין זה כשמדובר בטיפול מסופק ונסיוני. אבל "כשיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופים לחולה המסרב במקום סכנה בכל ענין ואופן, שנתנה תורה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה... ועושין כל הצריך לפקוח נפש נגד רצונו של החולה וכל אדם מוזהר על כך משום ולא תעמוד על דם רעך ואין הדבר תלוי בדעתו של חולה ואינו נתון ברשותו לאבד עצמו..." יש מי שביאר את יסוד דברי ר"י עמדין הנ"ל כמבוססים על הפוסק "אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש" (בראשית, ט, ה), וכשם שבית הדין חייב להפריש את האדם מעבירה או לכוף אותו לקיים כל מצוה אחרת, כך הדבר לגבי טיפול רפואי, שמניעתו עלול לסכן את גופו וחייו של החולה⁸.

כמו כן נפסק על ידי אחד מרבני דורנו, שאסור לסרב לקבל טיפול רפואי מתוך צדקות ומשום תשובה והעושה כן כמאבד עצמו לדעת⁹. מצב נוסף, שבו על פי ההלכה מותר לרופא לטפל בחולה בעל-כורחו הוא במחלה מדבקת, כדי לרפאותו שלא תתפשט המחלה בגלל¹⁰.

אכן, דעת הרב הפוסק, שגם במקום סכנה אי אפשר לעשות נוח מסוכן או אפילו לקטוע יד או רגל בלי הסכמת החולה, אף אם הרפואה היא בטוחה. רק אם החולה הוא

בחוסר הכרה אוי בני המשפחה הקרובים אליו יכולים לאמוד את דעתו של החולה אם היה מסכים או לא. אולם כשאין סכנה נשקפת לחולה מסתבר שצריכים הסכמתו. מוכן שהחולה או בני משפחתו צריכים להתייעץ עם רב לפני שמחליטים להסכים או להתנגד.

(ג) בענין טיפול באישה הרה למען עוברת — דעת הרב הפוסק, שאפשר לכוף את המעוברת, מכיון שגם עובר הוא נפש שמחלים עבורו שבת או מאכילים בגללו את המעוברת ביום-הכיפורים.

סימן 2:

(א) לדעת הרב הפוסק מועילה גם הסכמה מכללא, כי מסתבר שהחולה סומך על הרופאים, לפי נסיבות המקרים. אך בנוגע לניתוח או בדיקה קשה יש צורך בהסכמה מפורשת ולא די בהסכמה מכללא.

(ב) לדעת הרב הפוסק, מסתבר שאם הטיפול הוא מעבר למקובל, אף אם כוונתו של הרופא רצויה, דינו כ"חובל", אם לא קיבל על כך הסכמת החולה בפירוש.

סימן 3:

(א) לדעת הרב הפוסק, אין הרופא חייב להסביר לחולה את מהות הטיפול, סיכוני ותוצאותיו.

סימן 4:

(א) ראה הערתי לעיל סימן 1, אות ב'. לאור התפיסה ההלכתית המובעת שם, ברור שבמצב חירום יש הצדקה להגשת טיפול רפואי ללא הסכמתו של החולה.

סימן 6:

(א) דעת הרב הפוסק, שאפשר לאשפז חולה נפש בעל-כורחו, הואיל דעתו משובשת, ולכן אם אין לו הורים או בני משפחה מסורים, יש לעשות הכל כפי שיקול דעת הרופא לטובתו של החולה.

(ב) אחד מרבני דורנו¹¹ דן בשאלה, האם מותר לבצע ניתוח במוחו של חולה-נפש, אעפ"י שקיים סיכון שעקב נתוח זה החולה ימות, אך מאידך רוב החולים משיגים החלמה או הטבה יחסית.

מסקנתו: "עפ"י המתבאר עד כה, נלפע"ד דיש מקום להחיש לעשות נתוח כזה המוצע בשאלתנו לחולה רוח מסוכן, שמוכרח להיות אסור באזיקים וחיי נחונים בסכנה תמידית, ולא זאת אלא שגם חיי אחרים בסכנה והרופאים המומחים אומרים, שאין דרך אחרת כי אם בעשיית נתוח כזה... אוי יש להקל בעשיית נתוח זה אפילו לסתם חולה רוח מסוכן, אלא שצריך להתייעץ על כך עם קרובי החולה, אם הם מחזיקים אותו במוסד סגור על חשבונם, אבל אם אין קרובים, או שאינם מחזיקים אותו במוסד על חשבונם, והוא מוטל על בני העם או חשבון הממשלה, אוי הרשות והכח בידי הממשלה או מוסדות העם להחליט על כך...".

סימן 7:

(א) לדעת הרב הפוסק, צריך להודיע לבן הזוג על טיפול העלול לסכן את חיי בן-זוגו.

או שעשוי לפגוע בכותר ההולדה של אחד מהם, אבל ההכרעה הסופית היא לחולה עצמו.

ספרות

1. בבא־קמא, צ', ב'.
2. רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה', הלכה א'.
3. טור ושולחן ערוך, חושן־משפט, סימן ת"כ, סעיף א'.
4. שולחן ערוך הרב, חלק ה', הלכות נוקי גוף ונפש, סעיף ד'.
5. רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א', הלכה ד'.
6. לאור ההלכה, עמ' שי"ח־של"ה.
7. מור וקציעה, אורח חיים, סימן שכ"ח.
8. ד"ר אברהם־סופר אברהם, נועם, כרך י"ז. תשל"ד, עמ' ק"ס.
9. הרב מ.ד. וולנר, החורה והמדינה, קובץ ז"ח, תשט"ו־תשט"ז, עמ' ש"כ־שכ"א.
10. שם, שם, עמ' ש"ו־ש"ז.
11. שות' ציץ אליעזר, ח"ד, סר י"ג.