

פרופ' מנחם אלון

המשנה לנשיא בית המשפט העליון

אופקים חדשים בסוגיית האתיקה הרפואית

א. מבוא

ב. פסק הדין של בית המשפט העליון בישראל בפרשת שפרי¹.

ועדות אתיקה בבתי חולים; הולנד - אותנזיה; פסיקת בתי משפט בישראל בסוגיות של משפט ורפואה עובר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - פרשת צים; פרשת קורטאם; פסיקת בתי המשפט המחוזיים; הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; מטבעות לשון: "הזכות למות", "למות בכבוד", "המתת חסד" וכיוצא באלה; המדרון החלקלק; דין וריפוי אמת לאמיתו; מסכים אל השכל והסברא; הבעיות העולות במקרה דנן; עקרון קדושת החיים, קביעת רצונו של קטין או פסול דין; הכרעת הדין בדיון שבפנינו.	חולה סופני; אותנזיה; אותנזיה אקטיבית; "הסרת המונע" - אותנזיה פאסיבית; חולה שאינו כשיר להבעת רצונו; ערכי מדינה יהודית - סיכום; ערכיה של מדינה דמוקרטית בנושאי סוגייתנו; ארצות הברית - הזכות לסרב לטיפול רפואי; הסייגים לזכות לסירוב לטיפול הרפואי; האינטרס שבשמירה על חיי אדם; האינטרס שבמניעת התאבדויות; ההגנה על מקצוע הרפואה; אותנזיה אקטיבית ופאסיבית; הבחנה בין סוגי הטיפולים; הגנה על צדדים שלישיים; זכותו של קטין/פסול-דין לסרב לטיפול רפואי;	אקדמות מילין; נושא הערעור; החלטת בית המשפט המחוזי; חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית; "הציבור הנאור"; ערכיה של מדינה יהודית בנושאי סוגייתנו; הרופא והריפוי; הרופא והשופט; חובת החולה להתרפא; זכות החולה לבחירת הריפוי; "בצלם אלוהים עשה את האדם"; העיקרון "ואהבת לרעך כמוך" בסוגיית הרופא והריפוי; החובה והסירוב לטיפול רפואי - כללים וסייגים; ערך העל של חיי אדם; העיקרון של מניעת סבל וייסורים; העיקרון הפסיקתי של "דרכיה דרכי נועם" ו"משפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא";
--	---	--

ג. אחרית דבר

מבוא

יושבי ירושלים ומדינת ישראל, שאומנותם היא אומנות צדיקים, במובן המקורי של מושג זה, היינו מבקשי צדק ועשייתו באומנותם-אמנותם.

לא רופא אני ולא בן רופא אני, אך יגעתי ומצאתי שהמשותף לאומנותכם ולאומנותי הוא בראש וראשונה במה שהזכרתי זה עתה: בקשת הצדק. רמז לכך מצוי בדבריו של אחד מגדולי ההלכה במאה השלוש-עשרה בספרד,

מכובדי הגדול פרופ' דב היימן, יושב ראש עו"ד חיים קהן, פרופ' יונתן הלוי, ד"ר רם ישי, ד"ר אברהם שטיינברג, ד"ר מרדכי הלפרין, גבירותי, מורי ורבותי.

חכמינו אמרו שכינוסם של צדיקים נאה להם ונאה לעולם. ברכת שלוחה לכל אלה שנתכנסו כאן, אורחינו היקרים מחוץ לארץ

1. ע"א 506/88, יעל שפר נ' מדינת ישראל, פסקי דין של בית המשפט העליון, כרך מח(1), עמ' 199-87.

המערכת המשפטית והרפואית בישראל כתוצאה מהאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנתקבל בכנסת בחודש מרץ 1992. ההוראות שבחוק זה הן בעלות אופי חוקתי-קונסטיטוציוני, כפי ששמו - חוק יסוד - מוכיח עליו, ויש להן השלכה מרחיקה לכת ועקרונית על הנושאים שידונו בכינוסנו. די אם אומר שבין הוראות החוק מדובר על חובת השמירה של החיים, הגוף והכבוד של האדם וזכות האדם להגנה עליהם (סעיפים 2-4), על זכותו של האדם לפרטיות וצנעת חייו, ועל איסור הכניסה לרשות היחיד של האדם שלא בהסכמתו (סעיף 7, סעיפים קטנים א ו-ב). כמו כן, כאשר קיימת סתירה בין חלק אחד לבין חלק אחר של הוראות החוק יש למצוא את האיוון ביניהן, לפי "ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית הראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8). ומה הם ערכים אלה? על כך נאמר בסעיף המטרה של החוק (סעיף 2): "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית".

מובן ואין צריך לומר כי כל אחד ואחד ממונחים אלה שהזכרנו זה עתה, ועליהם ניתן להוסיף כהנה וככנה, הם רבי משמעות ובעלי תוכן עמוק.

בהמשכם של דברי מבקש אני להתייחס לכך. לאחרונה התקיים דיון מפורט בכל אלה בבית המשפט העליון של מדינת ישראל, בפסק הדין הידוע בשם פרשת שפר. זכות נפלה לידי לכתוב את פסק הדין שזכה להסכמתם של חברי שישבו עמי לדין, והוא היה לחלק מהותי ומחייב של המערכת המשפטית והרפואית במדינת ישראל. והריהו מובא לפניכם במילואו.

מכונן יישובה של ארץ ישראל, רבינו משה בן נחמן, הרמב"ן, שאף הוא כרבים מחכמי ההלכה שבימי הביניים, רופא היה על פי אומנותו. דבריו מצויים בספרו "תורת האדם" שבו הוא דן, בין היתר, בדיני הרופא והרפואה בעולמה של הלכה. לאחר שעומד הוא על דבריהם של חכמים, שלרופא ניתנה רשות לרפאות, ולא זו בלבד אלא מצווה היא לרפא, אומר הוא, בין היתר: "שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה? שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג? לפיכך נתנה לו תורה רשות לרפאות" (תורת האדם, מהדורת שעוועל, עמ' מא-מב). בהקשר לכך מעלה הרמב"ן היקש מאלף בין הרופא העומד על החולה לבין השופט היושב על מדין, שבענינו דנה הסוגיה התלמודית באשר לגודל אחריותו בדרך מציאת האמת והצדק במלאכת שיפוטו. וכך נאמר בסיומו של דיון: "שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה? תלמוד לומר 'ועימכם בדבר משפט'" (דברי הימים ב, יט, ו: 'לפי שעם לבבכם, שלבבכם נוטה בדבר' (רש"י) "אין לו לדיין אלא מה שעניו ראות ויתכוון להוציאו לצדקו ולאמיתו" (רש"י). לרופא כלשופט - דרישה מצפונית גדולה נלווית להם, ומצווה הוא ליטול על עצמו את "הצער הזה" לרפא את החולה ולפסוק בדינו של בעל הדין, ובכך לעשות צדק ולחתור לאמת. תהייה ומשימה אלה משותפות הן לרופא ולשופט מאז ומתמיד, ושילוב זה הולך וגובר, יותר ויותר, לאחרונה, בנושא הגדול וחובק עולם המכונה אתיקה רפואית. ומתוך כך בא אני לנושא הרצאתי: אופקים חדשים בסוגיית האתיקה הרפואית. אופקים חדשים אלה באו לעולמה של

ערעור אזרחי מס' 506/88

יעל שפר

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו בבית משפט לערעורים אזרחיים

לפני המשנה לנשיא מ. אלון והשופטים י. מלך, ח. אריאל

פסק – דין

המשנה לנשיא מ. אלון

אקדמות מילין:

1. הנושא שעומד בפנינו קשה הוא, קשה עד מאוד. יורד לשיתין של ערכי אדם ומוסר, ועולה לפסגת הגות של דורות עברו ודורנו אנו. ענינו - אושיות המרקם התרבותי והרוחני של חברתנו. אשר על כן דחינו מתן נימוקינו, למען עמוד היטב על טיבם, מהותם וערכם. ומתוך כך קיימנו מה שצוינו: "היו מתונים בדין" (אבות א, משנה א).

"על כרחך אתה נוצר, ועל כרחך אתה נולד, על כרחך אתה חי ועל כרחך אתה מת" (אבות, ד, כב). כך נאמר במשנתם של חכמים. שני הראשונים - נוצר ונולד - קשה להניח ששניים הם במחלוקת. נושא דיונו בשני האחרונים, שיש בהם משום רמז לגופו של נושאנו.

"על כרחנו" אנו יושבים לדון בסוגיה שבפנינו. מלאך הדין עומד עלינו ואומר: פסוק! גם בחילוקי דעות כגון אלה מצווה השופט לשפוט, למען ידע החולה מה זכותו ומה חובתו לבקש ולעשות, למען ידע הרופא מה אסור, מה מותר ומה חובה עליו במלאכתו-אמנותו, ולמען ידעו כל אשר סועדים חולה, בדרך זו או אחרת, מה שזכאים ומה שחייבים הם לדעת.

"על כרחנו" אנו דנים בכל אלה, שהרי אין אנו בטוחים כל עיקר שאכן מצויים אנו כל צרכנו בבעיות חובקות עולם אלה, ואם אכן מצוי בידינו כל הידע והמידע הדרושים למען הכריע בסוגיתנו. וגם בכך נעיר דברים אחדים בפסק דיננו, ונאמר את אשר נראה לנו.

ועל כל זה, ועם כל זה, אין אנו פטורים מלמלא חובתנו השיפוטית, ומצויים אנו לעיין, לשקול ולומר את דברנו.

זה יהיה סדר דיונו. לאחר שנעמוד על נושא הערעור (פסקאות 2-4), נעיין תחילה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שחלק ניכר מזכויות היסוד המנויות בו - השמירה על חיי אדם, גופו וכבודו ואיסור הפגיעה בהם, הזכות לחירות האישית, לפרטיות וצינעת הפרט - המה פינה והמה יסוד לנושא דיונו. ומתוך כך נעמוד על מטרתו של חוק היסוד האמור שהיא "להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" ומציאת הסינתזה במטרה שלובת ערכים זו (סעיף 1 לחוק היסוד), ועל עקרון האיזון שבו (סעיף 8 לחוק היסוד) הקובע את הפתרון הראוי והנכון למקרה של סתירה בין ערכי העל המצויים בו (פסקאות 5-10). ומשנבוא לכך נעיין ונדון במפורט בנושאי סוגיתנו בעולם ערכיה של מדינה יהודית (פסקאות 38-11) ושל מדינה דמוקרטית (פסקאות 39-53). לאחר שנעיין תחילה בפסיקתם של בתי המשפט בסוגיות של נושאינו עובר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקאות 54-56), נדון בדרך הסינתזה שבין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית בנושאי סוגיתנו (פסקאות 60-57). ומשנבוא לכאן נעבור ונדון בפרטי הבעיות העולות בפנינו במקרה דנן (פסקאות 61-62) ובהכרעת הדין בדיון שבפנינו (פסקאות 63-65).

נושא הערעור:

2. הפעוטה יעל שפר נולדה ב- 26.2.86 להוריה טלילה ויאיר שפר, חברי קיבוץ מרום הגולן. למשפחה בת נוספת, והיא גדולה מיעל. בהיותה כבת שנה, לאחר שמצבה הלך ונתדרדר, אובחנה יעל כחולה במחלה הגנטית חשוכת המרפא הידועה בשם טיי-זקס. משחלה החמרה נוספת במצבה, אושפזה ביום 22.11.87 בבית החולים הממשלתי ע"ש זיו בצפת. ביום 3.8.88 הגישה יעל, באמצעות אמה ואפוטרופסותה הטבעית, בקשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו להצהיר לאמור:

"[יעל] באמצעות אמה ואפוטרופסה הטבעית, זכאית לכך, שאם וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי עקב התפתחות דלקת ריאות, או כל מחלה אחרת, אשר בגינה תיזדקק [יעל] לסיוע נשימתי ו/או מתן תרופות באמצעות עירוי, או בכל דרך אחרת, למעט מתן תרופות לשיכוך כאבים על מנת להקל על סבלה - לסרב ולא לקבל את הטיפולים הנ"ל בניגוד לרצונה" (ה"פ 779/88).

בית המשפט המחוזי (כב' השופט א' מצא) דחה את הבקשה ביום 8.8.88 ומכאן הערעור שהוגש בפנינו. ביום 11.9.88 דחינו את הערעור, ללא נימוקים. בהיותה כבת שלוש שנים נפטרה יעל ממחלתה והלכה לעולמה.

הדיון בעניינה של יעל המנוחה הוא עתה תיאורטי בלבד, להלכה ולא למעשה. בדרך כלל אין אנו נזקקים לבירורה של סוגיה שהיא בבחינת "תורה לשמה" בלבד. אך אין לך כלל שאין לו יוצאים מן הכלל, ואחד מאלה הוא נושא כגון זה שבפנינו. שהרי בדרך כלל, בסוגיה מעין זו צריך וההכרעה תינתן ללא דיחוי, לפי טבע הענין ומצב הדברים, והנימוקים המה לגופו של ענין ולטעמו של דבר, למען דעת והודיע מהו הדין בנושא מנושאי סוגיתנו כשהוא ישוב ויעלה ויבוא. כבר עמד על כך - מענין לענין באותו ענין - בית המשפט העליון בארצות הברית, מפי השופט בלקמן (Blackmun), בהחלטתו הידועה בסוגית ההפלות:

"The usual rule in federal cases is that an actual controversy must exist at the stages of appellate or certiorari review, and not simply at the date the action is initiated.

But when, as here, pregnancy is a significant fact in the litigation, the normal 266-day human gestation period is so short that the pregnancy will come to term before the usual appellate process is complete. If that termination makes a case moot, pregnancy litigation seldom will survive much beyond the trial stage, and appellate review will be effectively denied. Our law should not be that rigid. Pregnancy often comes more than once to the same woman, and in the general population, if man is to survive, it will always be with us. Pregnancy provides a classic justification for a conclusion of nonmootness. It truly could be 'capable of repetition, yet evading review'...

We, therefore, agree with the District Court that Jane Roe had standing to undertake this litigation, that she presented a justiciable controversy, and that the termination of her 1970 pregnancy has not rendered her case moot" (Roe v. Wade, (1973) 410 U.S 113 at 125.

3. נשוב לפרטי המעשה שלפנינו.

מחלת טיי-זקס, בה חלתה יעל -

"היא מחלה גנטית אשר גורמת להפרעות גיאורולוגיות ניווניות במערכת העצבים המרכזית..."

בגיל שישה חודשים מתחילה חולשה מוטורית כללית ומתקדמת עקב המחלה וקיימת נסיגה פסיכומוטורית מהירה לאחריה.

בהמשך המחלה נתקף הלוקה בה בהתקפים אפילפטיים (מצב של כפיון). עיוורון וחרשות, אשר בדרך כלל מתרחשים בין 12 ל - 18 חודשים.

לאחר מכן החולה נכנס ל- vegetative state המצב הידוע בשמו העממי כ"צמח" ונפטר לפני הגיעו לגיל 3.

מחלה זו היא טרמינלית (חשוכת מרפא) והחולה עלול לפתח במהלכה מחלות בדרכי הנשימה ולהיזקק לסיוע נשימתי" (חוות דעתו של פרופ' אנדרה דה פריו, מוצג ב' למוצגי המערערות).

על הטיפול שלו זכתה יעל בבית החולים ע"ש זיו עמדה ד"ר דורה סגל-קופרשמיט סגנית מנהל מחלקת הילדים בבית החולים:

7. יש לציין כי הטיפול ביעל שפר אינו כזה המחייב שהייתה בבית חולים, הינו סיעודי בעיקרו והמעט הרפואי (מתן טיפות הריבוטריל וביצוע האכלה באמצעות זונדה) ניתן לביצוע שוטף ואמין אף בקיבוצה. אישפוז והמשכתו עד מועד זה נעשים לבקשתם המפורשת

של הקיבוץ, אחראית ועדת הבריאות של המועצה האיזורית גליל עליון והמשפחה, ואולם אין הוא מתחייב ממצבה הרפואי.

8. כמו כן יש לציין כי חלק ניכר מהטיפול הסיעודי לו זקוקה הילדה (כגון רחיצה והאכלה) מבוצע על ידי מטפלת מקצועית המועסקת על ידי הקיבוץ והמצויה ליד הילדה בשעות הבוקר ועל ידי אביה של הילדה בשעות אחר הצהריים.

9. יעל שפר מצויה במצב של איבוד הכרה תמידי (המכונה מצב של 'צמח'). אין היא סובלת מכאבים ומובן כי אינה מטופלת בתרופות לשיכוכם. היא שקטה ואינה בוכה אלא בעת שזקוקה להאכלה או לטיפול רפואי שגרתי (במצב של חום, כאבי אוזניים, עצירות, כלכל ילד), מצב המשתפר לאחר טיפול שגרתי רגיל.

10. מבחינה סיעודית הינה מטופלת במצב שמעבר לסביר. אין היא מבוזה או מושפלת, כבודה נשמר מעל ומעבר. הינה נקיה, אינה סובלת מפצעי לחץ המופיעים במרבית המקרים של ילדים השוכבים תקופה ממושכת, ואינה סובלת מהתכווצויות. לכך יש להוסיף את התנאים הפיסיים הנוחים מעבר למקובל בכל הנוגע לטיפול בה; החל משהייתה בחדר ליחיד, המשך במוסיקה המושמעת בו לבקשתו של האב, מאוורר בחדרה וכיו"ב.

11. ביקוריה של האם במחלקה, בכל מהלך אישפוז של יעל, הינם נדירים ומבוצעים לעיתים רחוקות בלבד.

12. אביה של הילדה מבקר אותה מידי יום לאחר עבודתו, שוהה בחברתה שעות ארוכות, מטפל בה באהבה ובמסירות המוקרנים מכל מעשיו עימה, כמו לקיחתה לטיולים בעגלה, ישיבה של שעות ארוכות עם הילדה על חזהו, הקפדה על שעות האכלתה וביצוע האכלה בעת שהותו במקום. בשיחתי עמו אף ציין כי לא איבד תקווה לשינוי במצבה" (תצהירה של ד"ר סגל-קופרשמיט מיום 4.8.88).

בענין מיעוט ביקוריה של האם, הסבירה האם כי -

"נכון שאני ממעטת לבקר בבית החולים. הסיבה לכך היא שלנו בת נוספת הנמצאת במשברים קשים הבאים לידי ביטוי בלימודים ובתחומים נוספים. עלי להעניק לבתי זאת תמיכה מלאה" (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 5.8.88).

ובאשר לאב. האב לא נטל כל חלק בדיון לפנינו או לפני בית המשפט המחוזי, והבקשה נושא דיונו הוגשה לבית המשפט המחוזי, כאמור, על ידי אמה של יעל בלבד. האם הסבירה זאת כך-

"האב ממוטט לגמרי... בעלי שלא יכול להתייצב כאן וגם לא יוכל מאחר והוא שונא פרסומת..." (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 5.8.88).

החלטתו של בית המשפט המחוזי

4. כבוד השופט א' מצא, בשבתו בבית המשפט המחוזי, הציג את השאלות המשפטיות שעמדו להכרעה בפניו:

"בראייה עקרונית, רחבה, מעוררת בחינתה של סוגיה זו שתי שאלות עיקריות: האחת, מה זכות משפטית יש לחולה, שהוא בגיר וכשיר, לתבוע - בשמו הוא וגבי חייו שלו - סעד הצהרתי, מעין זה המבוקש כאן, כנגד בית החולים בו הוא מאושפד, או כנגד הרופא המטפל בו? והשאלה השנייה: בהנחה שזכות משפטית כזאת אכן נתונה לחולה, שהוא בגיר וכשיר - האם נתונה היא גם לחולה שהוא קטין, או פסול דין, שאותה יוכל לממש באמצעות אפוטרופסיו?

בראייה יותר צרה, אך, כשלעצמה, מספקת לענייננו, מעוררת בחינת הסוגיה גם שאלה שלישית, לאמור: בהנחה מרחיקת לכת שגם על השאלה השנייה דלעיל יש להשיב בחיוב, האם רשאי אחד מהוריו של חולה קטין לייצג את בנו בעתירה לסעד הצהרתי מעין זה, בעוד ההורה השני איננו צד להליך כלל ועיקר?

רק במתן תשובה חיובית לכל שלוש השאלות תימצא עתירת המבקשת כמעמדה עילה ראויה לדיון" (פיסקה 4 לפסק הדין).

באשר לשאלה הראשונה, לאחר דיון במצב המשפטי, מעיר השופט מצא, כי -

"לא אתיימר להשיב לשאלה הראשונה שהיא הקשה מכולן, באשר הדין המצוי אינו מאפשר להשיב עליה תשובה חד-משמעית" (פיסקה 4 לפסק הדין).

בענין השאלה השנייה פסק כי -

"גם בהנחה שהדין המצוי מכיר בזכותו של חולה, שמחלתו חשוכת מרפא, לתבוע בשמו הוא לגבי חייו שלו - סעד הצהרתי מעין זה המבוקש כאן, נתונה הזכות הזאת רק לחולה שהוא בגיר וכשיר, ואיננה נתונה לחולה שהוא קטין או פסול דין. ממילא, אין עניינה של העתירה יכול להימנות עם העניינים המסורים להוריו של קטין, מכוח אפוטרופסותם עליו, שבהם רשאים הם לייצגו ולבטא, כביכול, את רצונו" (פיסקה 9 לפסק הדין).

ולבסוף, לשאלה השלישית, השיב השופט מצא כדלקמן:

"אף אם נניח שגם לקטין, החולה במחלה חשוכת-מרפא, נתונה זכות למיתה טבעית ושחובת הוריו, בגדר אפוטרופסותם עליו, היא לסייע לו במימוש זכות זאת, ולפיכך הינם בעלי סמכות לייצגו גם בעתירה הנוגעת לחדלון חייו, עדיין מתחייב שלמבקשת לבדה, כאחד מהוריה של יעל, אין סמכות לייצג את בתה, בעוד אביה של יעל איננו צד להליך" (פיסקה 11 לפסק הדין).

מטעמים אלו מחק כב' השופט מצא את הבקשה על הסף, ועל כך בא הערעור שלפנינו.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

5. משבאים אנו לעיין, כיום הזה, בסוגיה גדולה, מורכבת ומרובת פנים וערכים זו, כפי שיש לדון ולהכריע בה במשפטה של מדינת ישראל, פונים אנו, בראש ובראשונה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהימנו פינה והימנו יתד לערכי היסוד שביסודה של סוגיה זו. כמה וכמה הוראות מצויות בחוק יסוד זה לענין סוגיתנו. וכך נאמר בסעיף 2 שבו, אשר כותרתו היא: "שמירה על החיים, הגוף והכבוד". וזו לשונו של הסעיף:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם."

וסעיף 4 לחוק היסוד האמור, אשר כותרתו היא: "הגנה על החיים, הגוף והכבוד", זו לשונו:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

6. בנושא סוגיתנו מדובר בחייו של אדם, בגופו ובכבודו, שעל כולם מצווים אנו לשמור ולהגן. הגדרת מהותם של שלושה ערכי יסוד אלה, גם כשעומדים הם בפני עצמם, עיון רב דרוש בענינם. ואם ערכי העל של חיי אדם והגנה על גופו לכאורה מובנים ופשוטים הם, לא כך הוא באשר לערך העל של כבודו של אדם. כבוד האדם - מהו? מובן ואין צריך לומר, כי מושג זה, מבחינת היקף חלותו, תחומים רבים ונושאים שונים כלולים בו. כך, דרך משל, כבוד האדם אינו ענין לימי חייו של האדם בלבד, אלא גם לאחר שהלך לעולמו. כך עלה בפנינו בפרשת קסטנבאום (ע"א 91/294, חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פד"י מז (2) 464), כי ערך יסוד זה כולל הוא גם את כבוד המת, את כבוד משפחת הנפטר ואף את כבוד הציבור (שם, דבריי בעמ' 493 ודברי השופט ברק בעמ' 519), ובפרשת הגר (ע"א 1482/92 פד"י מז (2) 793). הרבה יותר מורכב הוא המושג כבוד האדם מבחינת מהותו ותכנו. אמרנו על כך במקום אחר (בש"פ 2145/92, מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, בעמ' 724):

"כבוד האדם פירושו שלא לבייש ולבוזת את צלם האלוקים שבאדם. ודוק. לא כל פגיעה בכבוד האדם, כלולה היא במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דרך משל, פגיעה בכבודו של אדם מכובד, שראוי הוא, על פי מעמדו, לשבת במקום בו יושבים בני מעמדו, ולא בין פשוטי עם, יכול ופוגע הוא בכבודו מבחינה חברתית (אם אכן כך הוא!). אך אין בכך משום ביזוי וביוש צלם האלוקים שבו, ואין 'פגיעה' כגון זו כלולה כל עיקר במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

ועדיין לא מיצינו בכך אף מקצת של עקרון "כבוד האדם", דבר שייעשה מענין לענין, בבוא השעה. ועוד נעמוד על כך בהמשכם של דברים. אך מבקש אני כבר עתה להעיר על הארה-השגה עקרונית שעמדי.

לאחרונה נאמר על ידי חברי השופט ברק (בג"צ 5688/92, ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פד"י מז (2) 812, בעמ' 827), כי "תכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ההדגשה שלי - מ' א'). דברים אלה, עם כל הכבוד, אינם מקובלים עלי. תמיהני, כיצד ומאין נכנס לחוק היסוד האמור - לצורך הגדרת זכויות היסוד שבו - "הציבור הנאור בישראל". מיהו ציבור זה, מי זוכה להימנות עליו או שלא להימנות עמו, מה טיבו של נאור זה ומה משמעות נאורותו? המושג ציבור או אדם "נאור" הוא מושג עמום ואין בו משלו ולא כלום. מושג זה השתמשו בו מימי ההשכלה, כתיאור ל-"אדם נאור", בעל אור ההשכלה

והדעת, רוצה לומר אדם משכיל - *aufgeklärt, enlightened, civilised* (מילון הלשון העברית, אליעזר בן יהודה, כרך שביעי, עמ' 3464), או כאדם "משכיל, בעל השכלה, בן תרבות" (המילון החדש א. אבן שושן, תשכ"ט, כרך רביעי, עמ' 1600), ואין אדם יודע מה טיבם, מה מהותם, ומה מידתם של האור, ההשכלה והתרבות הדרושים כדי לזכות ולהכלל בתואר האדם או הציבור "הנאור". ולא זו אף זו. בוא וראה דברים שנאמרו מפי אחד מהוגי הדעות בימים עברו, בדבר - "מי שנתחנך ברוח אחת האומות הנאורות שבאירופה" (אחד העם, לז; מובא במילון אבן שושן, שם). מי יגלה עפר מעיניו של הוגה דעות זה שבתקופת התחיה, ויודע היה דרכה ומעלליה הנוראים של אחת מאלה האומות, שנתכנו נאורות, שברצו לאור השמש, בעיצומה של המאה העשרים, בתקופת מלחמת העולם השנייה, בימי חרבן ושואה. אכן השימוש בביטוי "נאור" או בדומה לו - כבא להגדיר אדם או ציבור - מופיע הוא מפעם בפעם, בימים עברו, בפסיקתנו, אם כי לעתים נדירות למדי, וגם אז הביא עצם השימוש בו לכלל דיון וויכוח הן בפסיקתו של בית משפט זה והן בדבריהם של הוגים ומשפטנים (ראה בקשר למושג "החלק המתקדם והמשכיל" שבציבור - מנחם אלון, חקיקה רתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי המשפט ובתי הדין הרבניים, (הקיבוץ הדתי, תשכ"ח, עמ' 70-73). על כל פנים, משזכינו ולעולמה של מערכת משפטנו בא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שוב אין צורך ואין זה מן הראוי, להכניס למערכת משפטנו אלמנט והגדרה כגון זו של "השקפות הציבור הנאור בישראל". אין זה מן הראוי - על שום שחוק יסוד זה, כל כולו ערכים שמלאכת פרשנותם רוויה היא השקפות עולם וגישות יסוד, ומושג כה עמום כ"נאור" רק יוסיף אי-וודאות על אי הוודאות במעשה אמנות פרשנות קשה זו. ואין זה מן הצורך, על שום שחוק יסוד זה כולל הוא בחובו הוראה מפורשת בדבר מטרתו - ומתוך כך אופן פרשנותו - היינו: עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. לא ההשקפות של האדם "הנאור" או הציבור "הנאור" קובעות את היקפו, תכנו ומהותו של ערך העל "כבוד האדם". היקפו, תכנו ומהותו של ערך-על זה - כפי שכך הוא לענין כל הערכים, ההוראות והכללים המצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ייקבעו ויתפרשו על פי האמור בחוק זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת מתוך עיון בערכים אלה, עמידה עליהם, ומציאת הסינתזה שביניהם.

7. במושגים: "חיוו", "גופו" ו"כבוד" האדם טרם מיצינו את ערכי העל שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שענין להם לנושא סוגיתנו. סעיף 5 שבחוק יסוד זה מונה את זכות היסוד של החירות האישית; וסעיף 7 שבחוק היסוד, שכותרתו היא: "פרטיות וצינעת הפרט", קובע בשני סעיפי המשנה הראשונים שבו, לאמור:

"א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצינעת חיוו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו."

ומובן ואין צריך לומר שאף זכויות יסוד אלה של החירות האישית, של הפרטיות וצינעת החיים ושל איסור הכניסה לרשות היחיד של האדם, ערכים גדולים ונכבדים הם בנושא סוגיתנו.

8. ולא זו אף זו. בנושא סוגיתנו עולה שאלה ייחודית ומיוחדת מבחינת יישומן של ערכי העל המוגנים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדרך כלל, במהלכם הרגיל של דברים וערכים, זכויות היסוד המנויות בחוק היסוד מופעלות הן זו ליד זו וזו בנוסף לזו. ההגנה על חיי האדם וגופו, על כבוד האדם ופרטיותו, על חירותו האישית וצינעתו אין הן סותרות זו את זו, אלא מוסיפות הן זו על זו. לא כך הוא בנושא סוגיתנו. בעיה מרכזית

העולה בפנינו היא, לכאורה, שההגנה על חיי האדם אינה עולה בקנה אחד עם ההגנה על כבוד האדם, חירותו האישית, פרטיותו וציניעתו.

בנידון דנן, חובת השמירה על חיוו של החולה, עומדת היא, כך נטען בפנינו, בניגוד לשמירה על כבוד החולה שמבקש את נפשו למות ומסרב לקבל את הטיפול הרפואי שבא להאריך את חיוו ולשמרם, ובניגוד לשמירה על חירותו האישית של החולה, ועל האוטונומיה הפרטית שלו. ובכך באנו ללב לבה של הבעיה העומדת בפנינו: האם אכן ניגוד וסתירה בפנינו בין זכות יסוד זו של חיי האדם לבין רעותה כבוד האדם? ואם אכן סתירה יש בין חלק מזכויות היסוד לבין האחרות, המנויות לעיל, במקרה כגון זה - איזו מבין זכויות היסוד עדיפה ועולה על רעותה, ועל איזו מהן מצווים אנו לשמור ולהגן? בלשון אחרת, המקובלת ושגורה במערכת משפטנו: כיצד ועל פי מה ייעשה האיוון שביניהן?

9. הפתרון הראוי והנכון למקרה של סתירה בין ערכי העל שבחוק היסוד הוא על פי עקרון האיזון, המצוי בסעיף 8 של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר זו לשונו:

"אין אנו פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית הראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

תנאי קודם למעשה הפגיעה בזכויות היסוד של כבוד האדם וחירותו הוא, איפוא, שפגיעה זו תעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל; על טיבם של ערכים אלה אנו למדים מהסעיף הראשון של חוק היסוד האמור, הוא סעיף המטרה, היינו, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שכבר הזכרנו לעיל. ובהתחשב במטרה דו-ערכית זו, יש לפרש גם את שני התנאים הנוספים בסעיף היתר הפגיעה, היינו, הדרישה "שנועד לתכלית ראויה" והתנאי "שהיא זה" במידה שאינה עולה על הנדרש.

אמנם כן, סעיף 8 האמור ענינו במקרה של חקיקת חוק אחר שיש בו משום פגיעה בזכות מזכויות העל שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין המדובר בו כאשר "פגיעה" כזו עולה במקרה מסוים בין שתי זכויות יסוד המצויות בחוק יסוד זה גופו, כפי שכך אירע במקרה שלפנינו. אך אין כל טעם וכל הגיון שלא להקיש ולהחיל את הדרך שהתווה המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו למקרה של פגיעה בזכות יסוד מכוח חוק אחר, גם על מקרה של פגיעה וסתירה בין שתי זכויות יסוד שבחוק היסוד גופו. ועוד נעמוד על כך להלן.

10. כאמור, מטרתן של זכויות היסוד המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על דרכה של מטרה שלובה ערכים זו, על טיבה ומהותה, עמדנו במקומות אחרים (ראה ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פד"י מו(2) 464; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פד"י מו(3) 338; ע"פ 3632/92, 3849 גבאי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י מו(4) 487; בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פד"י מו(5) 72; בש"פ 4014/92 שושן נ' מדינת ישראל, לא פורסם; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704; ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, וערעור שכנגד, פד"י מו(2) 793; בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פד"י מו(2) 848; בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 עמותה נ' שר המשפטים ואח', פד"י מו(4) 715; מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט, כרך

יו, התשנ"ב עמ' 659). עיון זה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובדרכה של מטרה שלובת ערכים זו, חשיבות רבה נודעת לו. זכויות היסוד, ההוראות והכללים המצויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ללמד על עצמם בלבד יצאו אלא על כלל המערכת המשפטית בישראל יצאו, שהרי מהוים הם את ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, על כל המשתמע מכך (ראה דברי השופט ברק בבג"צ 953/87, 1/88, פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו ואח', מב(2) 309, בעמ' 329-331). לרגל מעמדו וחשיבותו החוקתיים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוראותיו של חוק זה אינן רק בבחינת ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, אלא מהוות הן את תשתית היסוד של מערכת המשפט בישראל, ומתוך כך יתפרשו חוקיה ודיניה של מערכת זו על פי מטרתו האמורה של חוק יסוד זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. ועוד נדון בכך בהמשכם של דברים.

זה יהיה, איפוא, סדר עיונו. תחילה נדון בתוכנם ובמשמעותם של כל ערך מערכי היסוד העולים בסוגית דיונו כפי שהם מתפרשים בערכיה של מדינה יהודית; לאחר מכן - בתוכנם ובמשמעותם כפי שהם מתפרשים בערכיה של מדינה דמוקרטית. ולאור המסקנות שיעלו בידינו מעיון זה נעיין בדרך שעלינו לבור למען מצוא הסינתזה שביניהם ויישומה של מטרה דו- ערכית זו בנושא סוגיתנו.

ערכיה של מדינה יהודית בנושאי סוגיתנו

11. על פירוש המושג ערכיה של מדינה יהודית עמד יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט בעת הבאת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לקריאה סופית בכנסת, ואלה דבריו (דברי הכנסת, כרך 125 [תשנ"ב] עמ' 3782-3783):

"החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך שאין אנחנו יכולים להעביר חוק יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית....

החוק פותח בהכרזה דקלרטיבית, בדקלרציה שהוא נועד להגן על כבוד האדם וחירותו על מנת לעגן בחוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. החוק במובן זה קובע כבר בסעיף הראשון שאנחנו רואים עצמנו מחוייבים לערכים של מורשת ישראל ולמורשת היהדות, שכן נקבעה מפורשות קביעה פוזיטיבית - ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וגם דמוקרטית. החוק מגדיר כמה מחירויות היסוד של הפרט, שאף לא אחת מהן עומדת בסתירה למורשת ישראל או לעולם הערכים הרווח והמקובל היום במדינת ישראל על כל סיעות הבית" (ההדגשות שלי - מ' א').

פרשנות הערך של מדינת ישראל כמדינה יהודית היא איפוא לפי הערכים של מורשת ישראל ומורשת היהדות, היינו לפי העולה מתוך עיון בפרשנותם של ערכי היסוד במקורות מורשת ישראל ומורשת היהדות. ובדרך פרשנות זו נמלא אחר דבר המחוקק באשר לפירוש הראוי לערך של מדינת ישראל כמדינה יהודית (וראה עוד במפורט עיוני משפט, כרך יז, שם, עמ' 663-670, 684-688).

בהקשר לכך מבקש אני להזכיר דברים שאמרנו, וחזרנו ואמרנו, לעניין אופן היוקקותנו למקורות מורשת ישראל על פי חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שחשיבות מיוחדת נודעת להם בבואנו לפרש עתה זכויות יסוד כדי לעגן מטרה דו-ערכית של מדינה יהודית ודמוקרטית:

"מן המפורסמות הוא, כי גם עולמה של הגות ישראל לדורותיה - ואף מערכת ההלכה גופה, כפי שנעמוד על כך להלן - מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות... מובן ואין צורך לומר, כי כל הדעות והגישות גם יחד תרמו להעמקתן ולהעשרתן של עולם ההגות היהודית לתקופותיה. אך המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות. מתוך אוצר עצום ועשיר זה על המעיין לשאוב מלוא חופניים לצורכי דורו וזמנו, שבו יוצאים מן הכוח אל הפועל אותם דברים שהדור זקוק להם, ושהם גופם חוזרים ומצטרפים לאוצר ההגות היהודית ומורשת ישראל. מציאות זו וחובת הבחנה זו מהותיות הן בעולמה של הגות ישראל - ובעולמה של הלכה גופה - כפי שכך הוא מעצם טבעה של כל מערכת חשיבתית ועיונית. הדברים מרובי פנים, ולא כאן המקום להאריך בהם (וראה הרב אברהם יצחק הכהן קוק, רבה הראשי של ארץ ישראל, אדר ה'יקר, מוסד הרב קוק, ירושלים, תשכ"ז, עמ' יג-כח)" (ע.ב. 3,2/84, ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה פד"י לט(2) 225, (להלן: פרשת ניימן), בעמ' 293, 294; וראה בג"צ 852/86, 869/86, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 515-512, 518, 521, 523, 543; אלזני נ' שר המשפטים, פד"י מא(2) 1, 97-98; מנחם אלון, המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (י"ל מאגנס, מהדורה שלישית, תשמ"ח), עמ' 1563, והערה 130, שם.

ועל יישומם של דברים אלה נעמוד מתוך עיון שנעיין בנושא הסוגיה שלפנינו.

הרופא והריפוי

בטרם נדון בזכויות היסוד האמורות לגופן, נתחיל עיוננו בדיני הריפוי, החולה והרופא כפי שהם באים לכלל ביטוי בעולמה של הלכה.

12. ערך העל של חובת השמירה וההגנה על חיי האדם, ככל שמדובר ברופא בעשותו במלאכת הרפואה, שני שלבים מצויים בו בעולמה של היהדות, ומן הראוי שנעיין תחילה בהם.

בתחילה, בתקופת התנאים, שומעים אנו שמותר לו לרופא לרפא. בבית מדרשו של רבי ישמעאל, שהוא בעל אסכולה גדולה ושלמה במדות שהתורה נדרשת בהן, נדרש האמור בפסוק שבספר שמות כ"א, י"ט: "ורפא ירפא" - לאמור: "מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות" (בבא קמא, פה, א). דברים אלה מתפרשים, בין היתר, כבאים לשלול גישה שרמזים מצויים לה בהשקפות עולם ובדתות שונות באותם הימים, ובימים שלאחריהם, ואף במקצת אימרות שנאמרו בעולמה של יהדות (ראה הרב ע' יעקובוביץ, הרפואה והיהדות (תשכ"ו - 1966), עמ' 26 ואילך), כי אין לו לאדם לרפא מה שהאל מוחץ,

ולתערב בביכול במה שנגזר למעלה (ראה רש"י בבא קמא, שם: "ולא אמרינן רחמנא מחי ואיהו מסי" = הקדוש ברוך הוא מוחץ והוא מרפא; ובתורת האדם לרמב"ן: "שלא יאמרו הקדוש ברוך הוא מוחץ והוא מרפא" - (כתבי הרמב"ן, כרך שני, מהדורת שעוול, תשכ"ד, עמ' מב); וראה עוד דברי הרמב"ן, על ויקרא, כו, יא, ודברינו להלן, פסקה 23). ומשל נאה משלו חכמים (מדרש שוחר טוב, שמואל, ד, א):

"מעשה ברבי ישמעאל ורבי עקיבא שהיו מהלכין בחוצות ירושלים והיה עמהם אדם אחד. פגע בהם אדם חולה, אמר להם: רבותי במה אתרפא. אמרו לו: קח כך וכך עד שתתרפא.

אמר להם אותו האיש שהיה עמהם: מי הכה אותו בחולי. אמרו לו: הקב"ה. אמר להם: ואתם חכמים הכנסתם עצמכם בדבר שאינו שלכם, הוא הכה ואתם מרפאים? אמרו לו: מה מלאכתך. אמר להם: עובר אדמה אני והרי המגל בידי. אמרו לו: מי ברא את האדמה, מי ברא את הכרם. אמר להם: הקב"ה. אמרו לו: אתה מכניס את עצמך בדבר שאינו שלך, הוא ברא אותו ואתה אוכל פירות שלו?

אמר להם: אי אתם רואים המגל בידי, אלמלא שאני יוצא וחורשו ומכסחו ומזבלו ומנכשו, לא העלה מאומה. אמרו לו: שוטה שבעולם, ממלאכתך לא שמעת מה שכתוב: "אנוש כחציר ימיו"? כשם שהעץ אם אינו נזבל ונחרש אינו עולה, ואם יעלה ולא שתה מים ולא נזבל - אינו חי והוא מת. כך הגוף הוא העץ, הזבל הוא הסם, איש אדמה הוא הרופא."

הלכות אחרות קובעות את אחריותו המשפטית של הרופא, ואף הלכות אלה ממשנתם של התנאים הן. רופא אומן, היינו שהוא מוסמך לרפא ובקי במלאכתו, שהזיק לחולה במזיד, היינו ש"חבל יותר מן הראוי לו", חייב (תוספתא, (צוקרמנדל), גיטין, ד, ו; בבא קמא, ט, יא); אך אם גרם לו נזק בשוגג הריהו פטור, מפני תיקון העולם (תוספתא, גיטין שם) - על אף הכלל שאדם מועד לעולם - שאם לא כן, יימנע הרופא מלרפא (שו"ת תשב"ץ, חלק ג, פב). אך פטור זה שבשוגג, הוא - בלשונה של התוספתא - "מדיני אדם, ודינו מסור לשמים" (תוספתא, בבא קמא, ו, יז; וראה דברי הרמב"ן בתורת האדם המובאים להלן; תוספתא כפשוטה להר"ש ליברמן, גיטין, עמ' 840-841, בבא קמא, עמ' 57).

13. כעבור למעלה מאלף שנה אנו שומעים מפי שניים מגדולי ההלכה כי מלאכת הריפוי של הרופא יש בה משום מצוה וחובה ולא משום רשות בלבד. למסקנה זו הגיעו בשתי דרכי פרשנות שונים. הרמב"ם הגיע לכך בדרך מקורית. מהאמור בתורה (ויקרא, יט, טז) "לא תעמוד על דם רעך", הסיקו חכמים שחייב אדם להציל את חברו הנתון בסכנה (בבא קמא, פא, ב; סנהדרין, עג, א). ועוד קבעו חכמים שחובה זו קיימת לא רק כאשר המציל יכול לקיימה באופן אישי, אלא עליו לשכור לשם כך עזרתם של אנשים אחרים וכיוצא בזה (בבא קמא וסנהדרין, שם). חובת ההצלה הסיקו חכמים גם מדין השבת אבידה שבתורה (דברים, כב, א-ג), שחלה היא לא רק על השבת רכוש שאבד לחברו אלא גם על הצלת גופו של חברו: "אבידת גופו מניין? תלמוד לומר: "והשבותו לו" (בבא קמא וסנהדרין, שם). מכאן הסיק רבינו משה בן מימון, הרמב"ם, עקרון נוסף, והוא, שחייב הרופא לרפאות הוא מן התורה -

"וזה נכלל בפירוש מה שאמר הפסוק (דברים כב, ב) "והשבותו לו",
לרפאות את גופו, שהוא, כשרואה אותו מסוכן ויכול להצילו או בגופו
או בממונו או בחכמתו" (פירוש המשנה לרמב"ם, נדרים ד, ד); "שזו
מצווה היא" (רמב"ם, נדרים, ו, ח).

לאותה מסקנה הגיע הרמב"ן, רבינו משה בן נחמן, אך בדרך פרשנות אחרת. הרמב"ן,
מגדולי חכמי ספרד במאה השלוש עשרה ומכונן יישובה של ארץ ישראל, חיבר
מונוגרפיה מיוחדת הדנה, בחלקה האחד, בדיני הרפואה וכל המשתמע ממנה בתורת
ההלכה, ובחלקה האחר - בדיני אבלות וכל הכרוך בהם. רבינו משה בן נחמן, שאף הוא,
כרבים מחכמי ההלכה שבימי הביניים, רופא היה על פי אומנותו, הכתיר את ספרו בשם
"תורת האדם" (מקורו של שם זה, ככל הנראה, בדבריו של דוד המלך: "ותדבר אל בית
עבדך למרחוק, וזאת תורת האדם" - שמואל ב, פרק ז, פסוק יט). מה רב הוא הצפון אף
בשם זה בלבד, כשהוא בא לתאר את דיני הרופא והרפואה! ועוד נעמוד על כך
בהמשכם של דברים. הרשות לרופא לרפא שבדברי ר' ישמעאל, עלתה בדברי הרמב"ן
לכלל מצוה: "שבכלל פיקוח נפש שמצוה רבה היא, הזריז, - הרי זה משובח... כל רופא
שיודע בחכמה ומלאכה זו חייב הוא לרפאות, ואם מנע מעצמו - הרי זה שופך דמים"
(וראה ירושלמי יומא, ח, ה, לענין פיקוח נפש שדוחה שבת). וכדי ליישב עמדתו זו עם
דבריו האמורים של ר' ישמעאל "שניתנה רשות לרופא לרפאות", מגדיר זאת הרמב"ן:
"האי רשות - רשות דמצוה הוא לרפאות" (תורת האדם, שם, עמ' מב).

הרופא והשופט

14. בדבריו מעלה הרמב"ן נימוק מענין נוסף על שום מה דרוש היה לימוד מיוחד שמוותר
לרופא לרפא, כפי שראינו בדבריו של ר' ישמעאל לעיל. נימוק נוסף זה הוא "שמה יאמר
הרופא מה לי בצער הזה, שמה אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה לו
תורה רשות לרפאות" (תורת האדם, שם, עמ' מא, וכן שם, עמ' מב; וכן ראה שו"ת דעת
כהן לרב אברהם יצחק הכהן קוק, רבה הראשי של ארץ ישראל, סימן קמ). נגד תהייה
וספקות אלה שעולים בלבו ובתודעתו של הרופא, בא ר' ישמעאל לומר שמוותר לו
לרופא לרפאות, ואם אכן אירעה טעות שבשגגה והחולה נפגע אין הרופא נענש בשל
כך; וכאמור, לא רק מותר לו לרפא אלא אף מצווה וחובה היא זו. בהקשר לכך מעלה
הרמב"ן (שם, עמ' מא) היקש מאלף בין הרופא העומד על החולה לבין השופט היושב
על מדין. אשר לדיין, המצווה לשפוט את העם בכל עת ובכל דבר, מתאר התלמוד את
הדילמה שנפשו תוהה עליה. וכך מנוסחת תהייה זו (סנהדרין ו, ב):

"ויהו הדיינים יודעין את מי הן דנין, ולפני מי הן דנין, ומי עתיד ליפרע
מהן, שנאמר: 'אלקים ניצב בעדת א-ל, בקרב אלקים ישפוט' (תהלים,
פב, א): וכן ביהושפט הוא אומר: 'ויאמר אל השופטים, ראו מה אתם
עושים, כי לא לאדם תשפטו, כי לה' (דברי הימים ב, יט, ו).

שמה יאמר הדיין מה לי בצער הזה? תלמוד לומר: 'ועמכם בדבר
משפט' (דברי הימים, שם; רש"י - 'לפי שעם לבבכם, שלבבכם נוטה
בדבר' - רש"י, סנהדרין, ו, ב, ד"ה מה-אין לו לדיין אלא מה שענינו
רואות; ומוסיף רש"י (שם, ד"ה אלא): 'ויתכוין להוציאו לצדקו
ולאמיתו, ושוב לא ייענש'."

וכך מלאכתו של הרופא, שדרישה מצפונית גדולה גלוית לה והרבה מן הצער שבתהייה מצויים בה. אשר על כן, כך מסיק הרמב"ן, דין הרופא הנזהר במלאכתו כמו שראוי ליוהר בדיני נפשות (שם, עמ' מב.), כדין הדיין שמתכוון להוציא את המשפט לצדקו ולאמיתו, ואם לא נודע להם שטעו, פטורים שניהם, בין מדיני אדם ובין מדיני שמים. אך בדבר אחד, מהותי ויורד לשרשו של ענין, עולה אחריותו של הרופא על זו של הדיין. בעוד שהשופט המוסמך (שדן "ברשות בית דין") אף אם נודעה לו הטעות שטעה בשוגג, פטור אף בדיני שמים, הרי הרופא שטעה בשגגה ונודעה לו טעותו, פטור אמנם בדיני אדם אך חייב הוא בדיני שמים, ואם טעותו גרמה למיתה - חייב הוא בגלות.

בעולמה של הלכה, דרגת אחריות זו של פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים אין פירושה שמוצאת היא מתחום המערכת הנורמטיבית ועוברת למערכת היחסים שבין אדם לקונו. חיוב זה שבדיני שמים מופיע בעולמה של ההלכה לענין שורה שלימה של הלכות משפטיות בדיני נזיקין וחובים, ואופיו מוגדר לאמור: "בכל מקום שאמרו חייב הוא בדיני שמים, אם בא לפני בית דין צריכין להודיעו: אין אנו כופין אותך, אבל צריך אתה לצאת ידי שמים כי דינך מסור לו, כדי שיתן אל לבו וירצה חבירו ויצא ידי שמים" (ראב"ן על בבא קמא, נה, ב). ההודעה שחייב הוא לצאת ידי שמים - אף היא נאמרת איפוא על ידי בית המשפט, ואין היא מסורה למצפונו של האדם בלבד (וראה במפורט מנחם אלון, המשפט העברי, (עמ' 129-131).

הרופא והשופט שותפים הם שניהם לצער שבתהייה המצויים במלאכתם, וליישבו של צער זה בהכרעה מצפונית אישית של "מה שענינו ראות", או, כביטוי הקולע של המאירי, מחכמי ההלכה שבמאה השלוש עשרה ומפרשניו הקלסיים של התלמוד, לפי "מה שיראה בעיניו, ובאזניו ישמע, ולבבו יבין" (מאירי, בית הבחירה, כתובות, נא, ב).

15. מאלף הוא כי בעולמה של הלכה מוצאים אנו לא אחת הקבלות והבחנות בין אומנות המשפט ואמנות הרפואה. דומה עלי כי תופעה זו יסודה לא רק בשל היחסים הענייניים שביניהן, כפי שעמדנו על כך לעיל, אלא תרמה לכך גם העובדה שחלק ניכר מבין חכמי ההלכה שמשו כרופאים במקצועם. נעיין בשתי דוגמאות מאלפות בתורתו והגותו של הרמב"ם, גדול הפוסקים בעולם ההלכה ששימש ומקובל היה גם כגדול במקצוע הרפואה.

בדיונו בעקרונות שעל פיהם פועלת החקיקה במערכת המשפט העברי, המה התקנות (רמב"ם, ממרים, ב, ד; וראה במפורט מנחם אלון, המשפט העברי, שם, עמ' 210-213, 405-446 ובפרקים שלאחר מכן), דן הרמב"ם, בין היתר, בסמכותם של חכמי ההלכה להתקין תקנה, אף אם יש בה משום עקירת דין מן התורה ב"קום ועשה", גם בדיני איסור והיתר, אם ראו חכמי ההלכה צורך בכך, כהוראת שעה ולמיגדר מילתא, כדי להחזיר רבים מן העם לשמירה על הדת. סמכותם זו של חכמי ההלכה מסוכמת בדברי הרמב"ם, על יסוד המקורות התלמודיים, בדברים אלה (שם, הלכה ד):

"וכן אם ראו (בית דין) לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים - עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה כדי שיתקומו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים: "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות

הרבה" (וראה המשפט העברי, שם, עמ' 425-426, בדבר המקורות ההלכתיים לכלל חקיקתי זה).

ובהקשר לכך מוסיף הרמב"ם ואומר (הלכות שבת, ב, הלכה ג):

"ואסור להתמהמה בחילול שבת לחולה שיש בו סכנה, שנאמר (ויקרא יח, ה): 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם', ולא שימות בהם; הא למדת, שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלוה בעולם".

16. במקום אחר מקביל הרמב"ם את מלאכת הרופא למעשה השיפוט, אך הפעם תוך מגמה של הבחנה ביניהם. המדובר בנושא של משפט ויושר, שהיא אחת הסוגיות העומדות ברום עולמה של כל מערכת משפטית.

ממידתו של דבר חוק, שקובע הוא עיקרון שטוב ויפה הוא לכלל, אך יש שבמקרה מסוים אין הוא עולה יפה - ואין בו משום יושר - לפרט. תופעה זו כמעט ואין מנוס הימנה, שהרי ממהותה של נורמה משפטית ששואפת היא לעשות צדק עם רוב המקרים, וכמעט טבעי הוא שהדבר אינו עולה בידה לגבי כולם. הבעיה המתעוררת בנושא זה היא הניגוד בתוך הנורמה המשפטית עצמה - העושה צדק עם הכלל אך יש שהיא גורמת עוול במקרה מסוים ליחיד ולפרט. האם - וכיצד - ניתן למנוע גרימת עוול זה לפרט במסגרת הנורמה המשפטית, היינו כחלק מכוחה המחייב של הנורמה המשפטית. בעיה זו טורדת קשה, בראש ובראשונה, שלווה נפשו של השופט היושב על מדין, שהוא הוא הנפגש עם פלוני הנשחק בין החוק הכללי והצדק הפרטי. מהי סמכותו של בית המשפט ומהו תפקידו של השופט, כקובע נורמות בעלות נפקות משפטית, במקרה זה של גרימת עוול ליחיד כתוצאה מפסיקה לפי הדין המכוון לכלל? בבעיה זו נחלקו דעותיהם של הוגי דעות וחכמי משפט מקדמת דנא. יש הסוברים שאין תיקונו של הפרט מצוי אלא בידי המחוקק, אך השופט אין בידו לישר את הדין ומצווה הוא לדון לפי כלליותו של החוק. לעומתם סוברים אחרים שמסמכותו של השופט היושב על מדין למנוע גרימת עוול במקרהו המסוים של הפרט, היינו לעשות יושר עם הפרט שנפגע מנוקשותו של הדין הכללי. יסודן של הגישות השונות במציאותן של שתי מגמות לגיטימיות וחיוניות לכל מערכת משפטית באשר היא: האחת - יסוד גדול בכל מערכת שיפוטית הוא האחידות והיציבות הבאות לידי ביטוי בכלליותו של החוק ובאפשרות לצפות מראש מהו הדין המחייב והקובע; והשנייה - מטרתו של כל שיפוט הוגן ונכון, נשמתו של חוק, לעשות צדק ולנהוג ביושר עם בעל הדין המסוים שענינו נדון בבית המשפט. שתי מגמות אלה באות לכלל סתירה, כאשר כלליותו של החוק יש בה כדי לגרום עוול למקרהו הפרטי המסוים של בעל הדין, ושאלה היא, איזו מגמה ראויה להעדפה במקרה מיוחד כגון זה, והאם ניתן לגשר ביניהן ולמצוא את האיזון הנאות בין דרישות הכלל וצרכי היחיד (ראה המשפט העברי, שם, עמ' 157-163; בג"צ 702/81, מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פד"י לו(2) 1, עמ' 13 ואילוף).

במערכת המשפט העברי נחלקו הדעות בסוגיה גדולה זו. לדעת רבים, תיקונו של היחיד מסמכותה ומתפקידה של המערכת המשפטית גופה הוא, וכשם שחייבת היא לדון לפי הצדק הבא לידי ביטוי בדין הכללי, כך חייבת היא עצמה למנוע שדין כללי זה יגרום עוול ואי צדק למקרהו של היחיד בנסיבותיו המסוימות. חובה זו שבעשיית היושר היא מסמכותו הטבעית (Inherent Jurisdiction) של בית המשפט, על פי הכלל הגדול שבדברי חכמים: "אפילו אומרים לך על שמאל שהוא ימין ועל ימין שהוא שמאל - שמע להם"

(ספרי דברים, פרשת שופטים, פיסקה קנד, על פי דברים, יז, יא: "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". וראה על כך במפורט, המשפט העברי, שם, עמ' 219-231, דעתם של ר' יצחק עראמה, בעל עקידת יצחק, ר' יצחק אברבנאל, ר' שלמה אפרים איש לונטשיץ ועוד). לעומתם, לדעת הרמב"ם, על השופט לדון לפי החוקים שנעשו לתועלת הרוב, למען הכלל:

"אין מביטים בו אלא לדברים שהם הרוב, ואין שמים לב לדבר מועט האירוע, ולא לנזק שיהיה ליחיד... התועליות הכלליות המצויות בהם, יש בכללן ומתחייב מהן נזקים אישיים... "חוקה אחת לכם" [במדבר טו, טו], מכוון בהם התועליות הכלליות שהן על דרך הרוב" (מורה נבוכים, חלק ג, פרק לד, לפי תרגומו של הרב קאפח, ירושלים, תשל"ב).

ותיקונו של מקרהו של היחיד, של הפרט, צריך שיבוא בדרכים אחרות (כגון התקנת תקנה או, במקרים מסוימים, בדרך הפסיקה לפי העקרון של "הוראת שעה").

אך, ממשיך הרמב"ם ואומר, לא כן הוא מעשה הרופא במלאכת הרפואה, אשר בה:

"רפואת כל איש מיוחדת לפי מזגו הנמצא בשעתו" (מורה נבוכים, שם).

פסיקת הדין על ידי השופט היא לפי הנורמה הכללית; אך הטיפול של הרופא היא לפי נסיבותיו ומזגו המיוחדים של החולה המסוים אשר לפניו. אם אכן כך דרכה של פסיקת הדין על ידי השופט - חלוקות הדעות (ראה המשפט העברי, שם); אך לית מאן דפליג כי כך דרכו של הרופא באמנות הרפואה, שמצווה הוא לרפא את המחלה למען הבא מזור לחולה המסוים שבפניו, לפי נסיבותיו ומזגו המיוחדים לו.

17. מן הראוי לציין כי עקרונות אלה בדרכי הנהגתו של הרופא ומלאכת אמנותו - אומנותו, שמשולבים בהם חוק ומוסר, דין ולפנים משורת הדין, טבעה של הלכה וטבעו של עולם, מנוסחים הם, בעקבות ספר 'תורת האדם' לרמב"ן (ראה דברי הטור, יורה דעה, סימן שלה) בפרקים מיוחדים בקודכסים של ההלכה העברית שנתחברו לאחריו - בספר הטורים לרבי יעקב בן אשר ובשלחן ערוך למרן הר"י קארו (שו"ע, יורה דעה, שלו ואילך; דרך אגב, ראוי לציין שאין בספר משנה תורה לרמב"ם ריכוז מיוחד של דיני הרופא. דברי הרמב"ם שבפרק הרביעי להלכות דעות אינם דנים אלא בסדר הנהגת בריאות הגוף). ובודאי מאלף הוא שמחברים אלה, שכלל נקוט בידם שלא להביא בקודכסים שלהם הלכות שאינן נוהגות בזמן הזה ומשום כך אינם מביאים דין רוצח בשגגה שגולה הוא לעיר מקלט (ראה טור, חו"מ תכה; ושלחן ערוך, חו"מ, תכה, א), מביאים הם בכל זאת את הדין שרופא שהמית ונודע לו שגגה - שגולה הוא על ידו (טור ושו"ע, יורה דעה, שלו, א); ללמדך על האחריות העקרונית המוטלת על הרופא - גם אם אינה גוררת עמה סנקציה הלכתית-משפטית - שחייב הוא, במקרה שגגה זה, לגלות לעיר מקלטו הוא, להתבודד בצערו ולחשב את חשבון עולמו.

הדילמה שבמטבע זה של מלאכת הרפואה, שמצדו האחד טבועים המצוה, החובה ואיסור ההימנעות מהטיפול הרפואי, ומצדו השני טבועה התהיה של "מה לי בצער זה" - גדלה והחמירה, גדלה והתרחבה, נוכח צעדי הענק שצעדה הרפואה המודרנית, ולרגל הגיגי עיון בעולמם של הפילוסופיה והחשיבה המשפטית בימינו באשר לזכויות יסוד

וערכי-על. וגם עתה, ומכל שכן שעתה, ממשיכים להיות שותפים בדילמה זו הן השופט והן הרופא. שניהם נושאים בעול התהייה, שניהם מבקשים לעשות צדק באומנותם - אמנותם, איש איש בתחומו - הדיין לדון דין אמת לאמיתו, והרופא לרפא ריפוי אמת לאמיתו.

יש בה בהנחיה זו של החיפוש אחר האמת לאמיתו - שעל משמעותה עוד נעמוד להלן - משום מורה דרך, קשה ומורכב אבל חיוני, בפתרון של שאלות גדולות, קשות וסבוכות, הרובצות לפתחו של הרופא והשופט כאחד. וכדרך של בעיות יסוד אלה, מצויות בהן תפיסות יסוד שונות וחלוקות, ומכאן התהייה הגדולה בבואנו להיזקק להן וליישם אותן.

חובת החולה להתרפא

18. בעולמה של יהדות, כשם שחובה ומצוה על הרופא לרפא, כפי שעמדנו על כך בדברינו הקודמים, כך חובה ומצוה על החולה להתרפא.

כך דרכו של עולם, וסברה היא: "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא" (= מי שכואב לו כאב, הולך לבית הרופא - בבא קמא, מו, ב); ולא זו בלבד, אלא הנמנע מלהתרפא, עובר הוא על האמור בתורה - "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" (דברים, ד, טו) ו-"אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש" (בראשית, ט, ה). עקרון-על בעולמה של יהדות הוא כי פיקוח נפש דוחה כל איסורים שבתורה (פרט לעבודת כוכבים, גילוי עריות ושפיכות דמים - יומא, פב, א; סנהדרין, עד, א), על שום האמור בתורה (ויקרא, יח, ה): "ושמרתם את חוקותי ואת משפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם", ודרשו חכמים: "וחי בהם - ולא שימות בהם" (יומא, פה, ב; סנהדרין, שם). חובתו של אדם להתרפא ממחלה שיכול ויתהא בה סכנה לחייו דוחה את רוב המצוות שבתורה. כאשר קבע הרופא שלצורך הריפוי יש לחלל את השבת, והחולה מסרב לקבל את הטיפול הרפואי הדרוש מחשש חילול שבת הכרוך בדבר - "הרי זה חסיד שוטה, והאלוהים את דמו מידו יבקש, והתורה אמרה: וחי בהם ולא שימות בהם... וכופין אותו לעשות" מה שנקבע על ידי הרופא (שו"ת הרדב"ז, ח"ד, אלף קלט; שולחן ערוך, אורח חיים, שכח, י, ומגן אברהם, שם, ס"ק ו). העדפת קיום מצווה על הריפוי, בנסיבות כאלה, היא "מצוה הבאה בעבירה" (שו"ת מהרי"א אסאד, חלק אורח חיים, קס). דעת החולה מתקבלת כאשר מבקש הוא לשפר את הטיפול הרפואי הניתן לו, כגון כאשר החולה אומר שצריך לחלל את השבת או לאכול ביום הכפורים, על אף שדעת הרופא אינה כך, שומעים לחולה, כי "לב יודע מרת נפשו" (משלי, יד, א; וראה יומא פב, א, פג, א; שולחן ערוך, אורח חיים, ח"ד תרי"ח, א; שו"ת הרדב"ז, ח"ד, אלף קלח; וראה טור ושו"ע יורה דעה, שלו; וט"ז, שם ס"ק א; שו"ת רמת רחל, כ; ד"ר א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, עמ' 24-26; עמ' 443-445; וראה עוד בהנ"ל הלכות מיוחדות גם לענין חולה שאין במחלתו משום סכנת חיים).

זכות החולה לבחירת הריפוי

19. גישה עקרונית זו שבעולמה של יהדות בדבר חובתו של הרופא לרפא וחובתו של החולה להתרפא השלכה רבה לה לנושא סוגיתנו בדבר סירובו של חולה לקבלת טיפול רפואי ורשותו וזכותו של הרופא להיענות לסירוב זה של החולה. בשאלה עקרונית זו נדון בהמשכם של דברים, בהם נעמוד על העקרון, הסייגים וחילוקי הדעות שבין חכמי

ההלכה בשאלה זו (ראה להלן פסקה 23). אך תחילה נעיין בכמה עקרונות נוספים שבתחום הריפוי בעולמה של הלכה.

בעולמו של המשפט העברי, לא רק חובתו של חולה להתרפא אלא זכות יסוד היא לו לקבל את הטיפול הרפואי מרופא שבו יש לחולה אמון ושנבחר על ידו. וכך אמרנו במקום אחר (ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, (להלן פרשת תמיר) פד"י לו (3) 201, בעמ' 205-206):

3. "הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו (בג"צ 79/355, 370, 373, 391; ע"א 78/548, בעמ' 755). זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו (וראה: ע"א 76/66, 81, בעמ' 233).

ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים. שנינו (משנה, נדרים, ד, ד): "המודר הנאה מחבירו... מרפאו רפואת נפש"; כלומר, מי שנדר שלא ייהנה מחבירו או שחבירו הדירו שלא ייהנה ממנו, מותר לו ליהנות משירותיו הרפואיים של אותו חבר, כי החובה והזכות לריפוי הגוף והנפש "מצוה היא" (רמב"ם, נדרים, ו, ח). בתלמוד הירושלמי נאמר, כי דין זה חל לא רק במקרה שבאותו מקום לא מצוי אלא רופא אחד - והוא החבר שהימנו הוא מודר הנאה - אלא גם כאשר מצוי שם רופא אחר, והאפשרות בידו לזקק לשירותיו הרפואיים של הרופא האחר, רשאי הוא, אם רצונו בכך, לקבל את השירותים הרפואיים מהרופא שהוא מודר הנאה הימנו, והנימוק הוא, כי "לא מכל אדם זוכה להתרפאות" (ירושלמי, נדרים, פרק ד, הלכה ב), "דאפילו יש לו אחר שירפאנו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם - אדם זוכה להתרפאות" (נימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב). וזוהי ההלכה הנקוטה בידינו: "ראובן שאסר הנאתו על שמעון וחלה שמעון, יכול ראובן... לרפאותו אפילו בידים, אפילו אם יש רופא אחר שירפאנו" (שו"ע, יו"ד, רכא, ד). בטיפול הרפואי ממלא תפקיד חשוב גם האמון האישי שבין החולה לרופא, אשר החולה בחר בו, ואשר על כן - "אף על פי שיש לו מי שירפאהו, חייב הוא (הרופא שהוא מודר הנאה הימנו - מ' א') לרפאותו אם הוא ראוי לכך, דפקוח נפש מילתא רבה (= דבר גדול - מ' א') (ריטב"א על הרי"ף, נדרים, מא, ב)".

וזכות יסוד זו שמורה לו לאדם גם כאשר נשללה הימנו, כדין, חירותו האישית בשל מאסר שהוא נתון בו. כפי שאמרנו (שם, עמ' 206):

"זכות יסוד זו לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים ולבחירת הטיפול הרפואי הנראה לו לשם קיומם שמורה לו לאדם, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין. ומאחר

שכך, משמבקשים שלטונות בית הסוהר לשלול מן העצור או מן האסיר זכות זו, חובת ההוכחה וההנמקה מוטלת עליהם, כי שלילה זו טעמה ונימוקה עמה ובדין יסודה. "זכות יסוד זו חלק היא מזכויות יסוד אחרות, כגון כבוד האדם, השמורות לו לאדם כאשר נשללה הימנו חירותו בשל מאסר שהוא נתון בו (ראה פרשת תמיר, שם, עמ' 206 ואילך; ולאחרונה בש"פ 3734/92, מדינת ישראל נ' עזאזמי, פד"י מז' (5) 72).

"בצלם אלקים עשה את האדם"

20. זכות יסוד זו לשלמותו ושלמו הגופניים והנפשיים של האדם אופי מיוחד לה במשפט העברי, ונובעת היא מהשקפתו היסודית בדבר מקור זכויות האדם לחייו, לגופו ולכבודו:

"יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו. "הוא (= ר' עקיבא) היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית, ט', ו'): בצלם אלקים עשה את האדם" (משנה, אבות, ג, יד), ובכך מנומק בפסוק אחרון זה איסור שפיכת דמים לבני נוח, עוד בטרם מתן תורה" (פרשת ניימן, בעמ' 298).

בריאת האדם בצלם אלקים יסוד הוא לערך החיים של כל אדם ואדם:

"לפיכך נברא אדם יחידי בעולם ללמד שכל המאבד נפש אחת מן העולם מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא; וכל המקיים נפש אחת בעולם, מעלין עליו כאילו קיים עולם מלא" (משנה סנהדרין, ד, ה; לפי הנוסח ברמב"ם, הלכות סנהדרין, יב, ג; וראה מנחם אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית התשמ"ח, עמ' 1426, והערה 303).

וכך אמרנו במקום אחר (ר"ע 698/86, 151/87, 184, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח', אלמוני - חסוי נ' פלוני ואח', פד"י מב' (2) 661, בעמ' 676):

"הכלל הגדול שצריך להנחות את בית המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם - בין עשיר לבין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם ובסגולתם".

בריאת האדם בצלם אלקים יסוד מוסד הוא לערך חיי כל אדם, ומקור הוא לזכויות יסוד של כבוד האדם וחירותו (ראה בש"פ 2145/92, מדינת ישראל נ' גואטה, פד"י מז' (5) 704, בעמ' 724). העיקרון של בצלם אלקים עשה את האדם - כל אדם באשר הוא וכפי שהוא - שיסודו כאמור בעולמה של יהדות, נתקבל ומשמש כיסוד לערך העליון של חיי האדם גם בהשקפות עולמם של תרבויות ומערכות משפטיות רבות ומגוונות, פרט לאותן תרבויות שמאז ומעולם הבחינו בין אדם לאדם - דרך משל, בין השלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו (כגון בשיטתו הפילוסופית של אפלטון, בספרטה שביוון ועוד; ראה להלן פסקה 59).

בעולמה של יהדות הוסקו מהעיקרון של "בצלם אלוהים עשה את האדם" משמעויות נוספות. כך, דרך משל, כשם שהאדם מצווה שלא לפגוע בצלם האלוהים של רעהו האדם, כך מצווה ועומד הוא שלא לפגוע בצלם האלוהים של עצמו, בחייו, בגופו ובכבודו של עצמו. וכך אמרנו בפרשת גואטה הנ"ל (בש"פ 2145/92, פד"י מו (5) 704, בעמ' 724-725):

"דברים שאמרנו בענין אופן ביצוע החיפוש עניינם כאשר לא ניתנה הסכמתו של מי שנערך עליו החיפוש. אך נראה לי, כי גם כאשר ניתנת הסכמה כאמור, עדיין אין פירושו של דבר כי הכל פרוץ ומותר. העובדה שמדובר בזכויות יסוד של פגיעה בכבודו של אדם ובצנעת הפרט יש בה כדי לחייב, גם כאשר החיפוש נערך בהסכמה, לשמור על מידה סבירה של הגינות כדי שלא לרמוס את כבוד האדם שבגופו נערך החיפוש, ואת פרטיותו, כאשר הדבר אינו מתבקש, ואינו הכרחי, לצורך החיפוש. כך עולה, ראשית לכל, ממקורות מורשת ישראל שעמדנו עליהן. יסוד היסודות לעקרון-העל של כבוד האדם הוא שהאדם נברא בצלם אלוהים, ומכוח תפיסת עולם זו, גם הוא עצמו מצווה הוא לשמור על כבודו, שהרי פגיעה בכבודו היא פגיעה בצלם האלוהים, ועל כך מצווה כל אדם, ואף האדם המבזה את עצמו. העיקרון הוא, בדברי בן עזאי המובאים לעיל: "דע למי אתה מבזה, בדמות אלוהים עשה אותו". ואין נפקא מינה בין ביזוי צלם האלוהים של חברו, לבין ביזוי צלם האלוהים של עצמו... וכך יש להסיק גם מהוראות החוק שאין לערוך חיפוש אלא על ידי בן מינו של מי שהחיפוש נערך בגופו. נראה לי כי גם אם ניתנה הסכמה שהחיפוש ייערך שלא על ידי בן מינו, מן הראוי שלא להעתר להסכמה זו. וכן אין להעלות על הדעת שחיפוש שיש בו משום חדירה לגופו של אדם - כגון מקרה החוקן שבפרשת קטלן, בג"צ 355/79, 370, 373, 391 - שאם וכאשר תינתן הסכמה לעריכת חוקן ברחובה של עיר, לעיני הציבור, מותר יהא להיענות לעריכת חיפוש מעין זה! יש בכך משום מעשה מופלג של ביזוי האדם, ואסור שהדבר ייעשה, אף בהסכמתו. במקרה כגון זה, אנו מחויבים, מכוח העיקרון של זכות היסוד שלא לפגוע בכבודו ובצנעתו של האדם, שלא לבצע מעשה מבזה כגון זה לעיני עם ועדה. מעשה כגון זה יש בו משום ביזוי דמות וכבוד אנוש וכבודו, שאין החברה סובלתו. אכן, כאשר ניתנה הסכמה לחיפוש, מותר לערוך את החיפוש על גופו ובתוך גופו של האדם, אבל עדיין מצווים אנו, כבני אדם, לשמור על כבוד האדם שבו נערך החיפוש וכבודנו אנו, כבני אדם, העורכים את החיפוש. בכך נמצא האיזון המתאים ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שנועד לתכלית ראויה, ובמדה שאינה עולה על הנדרש".

"בצלם אלוהים ברא את האדם" - הוא היסוד העיוני, הפילוסופי, לגישתו המיוחדת של המשפט העברי בדבר הערך העליון של קדושת חיי האדם - של קדושת צלם האלוהים שבו נברא האדם - והימנו תוצאות רבות לגישתה המיוחדת של ההלכה לסוגיות רבות, שהנושא דנן הוא אחת מהמרכזיות שבהן. כפי שנראה להלן, התמודדה ההלכה, במיוחד בדורות האחרונים, עם ההתקדמות העצומה של הרפואה וצרכיה, בבעיות רבות

ושונות העולות מתוך הניגוד שבין הערך של קדושת החיים לערך של מניעת סבל האדם ויסוריו וערכים ושיקולים נוספים, אך נקודת המוצא ואבן הפינה להתמודדות זו היתה ונשארה עקרון-העל של קדושת החיים, של שילוב הזכות והחובה של השמירה על צלם האלוקים של האדם.

וכך, בתפילתו של אדם מישראל בימים הנוראים, משיח הוא לפני בוראו לא רק "הנשמה לך והגוף פעלך", אלא אף "הנשמה לך והגוף שלך", שהרי הוא נברא בצלם האלוקים, בצלם בורא עולמים. תפיסה זו, שבמהותה היא עיונית-פילוסופית, יש ומשמשת היא במסגרת הנמקה להלכה משפטית. כך נומק האמור בתורה (במדבר לה, לא) "ולא תקחו כופר לנפש רוצח", במשנה תורה לרמב"ם (הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, ד) לאמור:

"ומוזהרין בית דין שלא ליקח כופר מן הרוצח, ואפילו נתן כל ממון שבעולם ואפילו רצה גואל הדם לפוטרו - שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם אלא קנין הקדוש ברוך הוא, שנאמר: ולא תקחו כופר לנפש רוצח (במדבר, לה, לא). ואין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים, שנאמר: ולא תחניפו את הארץ וגו' כי הדם הוא יחניף את הארץ" (במדבר, לה, ל).

גם אם קרובו של הנרצח, "גואל הדם", מוותר על הענשתו של הרוצח, אין בויתורו כדי לפטור את הרוצח מלעמוד לדין; נפש הנרצח אינה קנינו של קרובו, כביכול, שיוכל, אם רצונו בכך, לוותר על הרשעתו והענשתו; נפשו של אדם הוא קנינו של הקדוש ברוך הוא, והתורה צוותה כי הרוצח יעמוד לדין וייענש, שהרי אין לך עבירה חמורה כשפיכות דמים (וראה עוד כתובות, לו, ב).

אין בדבריו האמורים של הרמב"ם כי נפש האדם היא קנינו של הקדוש ברוך הוא - שנאמרו כנימוק לשלילת זכותו של קרובו של הנרצח למחול על פשע רציחתו - כדי להסיק מהם מסקנה משפטית-הלכתית בדבר שלילת בעלותו של האדם על גופו הוא. דעה כזו אנו שומעים, ככל הנראה לראשונה, מפי רבי דוד אבן זימרא, אם כי בהיסוס לא מועט. דברי הרדב"ז נאמרו בקשר להלכה שבמשפט העברי שאין להרשיע אדם על רצח על פי הודאת עצמו בלבד (יבמות, כה, ב). לעיקרון זה מצויים נימוקים שונים (ראה יבמות, שם, ועוד), ואחד הנימוקים המאלפים מובא על ידי הרמב"ם (סנהדרין, יח, ו):

"גזירת הכתוב היא, שאין ממיתין בית דין בהודאת פיו... שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר: גזירת מלך היא."

על העיקרון האמור שאין להמית אדם על פי הודאת עצמו בלבד, ונימוקו של הרמב"ם - מפאת החשש שההודאה יסודה בלחץ נפשי שבו נתון הנאשם המייחס לעצמו עבירה שבוצעה על ידי אחר, עמדנו במקום אחר (ראה ע"פ 556/80, 614, ח' מוחמר אלי ואח' נ' מדינת ישראל; אל בחירי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פד"י לו(3), 169, בעמ' 184). הרדב"ז מוסיף נימוק אפשרי נוסף, ואלה דבריו (רדב"ז על הרמב"ם, שם):

"גזירת המלך היא ואין אנו יודעים הטעם. ואפשר לתת קצת טעם; לפי שאין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקדוש ברוך הוא, שנאמר: 'הן כל

הנפשות לי הנה" (יחזקאל, יח, ד) הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו... אבל ממונו הוא שלו, ומשום הכי אמרין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי; וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו (= בבא קמא, צא, ב; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכות ב-ג; טור, יורה דעה, שמה; שו"ע, יורה דעה, שמה, א), כן אין אדם רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה, לפי שאין נפשו קניינו."

הרמב"ם, כפי שראינו, מנמק את ההלכה שאין ממיתין אדם על פי הודאת עצמו, על פי נימוק שונה לחלוטין, המזכיר לעיל. וגם לפי הרדב"ז, כאמור, נימוק זה שהאדם אינו בעלים על גופו יש בו "קצת טעם" בלבד לכלל הגדול שאין ממיתין אדם על פי הודאת עצמו (ראה דברי הרדב"ז לעיל), ועל כך הוא חוזר בסוף דבריו, לאמור: "ועם כל זה אני מודה שהיא גזירת מלכו של עולם ואין להרהר."

ככל הנראה, פרט לרדב"ז, לא התייחסו חכמי ההלכה כל עיקר לאפשרות שהרעיון העיוני-פילוסופי כי "הנשמה לך והגוף שלך", יכול ויהא בעל משמעות משפטית. לאחרונה, חלק מבין חכמי ההלכה מדגישים שמבחינת הביטוי ההלכתי-משפטי האדם הוא כן בעלים על גופו (כך הסיקו מדברי בעל מנחת חינוך, מצוה מח; טורי אבן, על מגילה, כז, א; ראה במפורט: הרב שאול ישראל, תקריט קיבוי לאור ההלכה, התורה והמדינה קובץ ה-ו, תשי"ג-תשי"ד, עמ' קו ואילך, וראה שם, דרכו בדברי הרמב"ם והרדב"ז, המובאים לעיל; הרב שילה רפאל, כפיית טיפול רפואי על חולה, בתוך "תורה שבעל פה", הרצאות בכינוס הארצי השלושים ושלושה לתורה שבעל פה, ירושלים, תשנ"ב, עמ' עז-עט). לדעת הרב שילה רפאל, המכהן כדיין בבית הדין הרבני בירושלים, יש בעיקרון שלאדם יש בעלות על גופו, ולנימוקים נוספים, כדי להביא למסקנה, "שאין לכפות טיפול רפואי על חולה בניגוד לרצונו" (ראה "תורה שבעל פה", שם, עמ' פא) ועוד נדון בכך להלן (פיסקה 22).

חילוקי דעות אלה באשר להגדרה ההלכתית-משפטית בדבר בעלות האדם על גופו, אין בהם כדי לשנות מבחינת התפיסה היסודית-פילוסופית שבעולמה של יהדות בדבר מקור זכויות האדם - כל אדם - באמונת היסוד ש"בצלם אלוקים עשה את האדם".

העיקרון: "ואהבת לרעך כמוך" בסוגית הרופא והריפוי

21. עיקרון מאלף בסוגית הרופא והריפוי במשפט העברי משמש כלל הכללים שבעולמה של הלכה: "ואהבת לרעך כמוך". אמרנו על כך לענין זכות היסוד של האדם שלא להיפגע בגופו (ע"א 548/78, שרון נ' לוי, פד"י לה (1) 736, בעמ' 755):

"מאלפת היא זכות יסוד זו, כפי שמצאה את ביטויה במשפט העברי. 'המכה את חברו הכאה שאין בה שוה פרוטה (= היינו שלא גרמה לו נזק)' עובר הוא על לא תעשה (סנהדרין, פה, א; רמב"ם, חובל ומזיק, ה, א-ג); ואף אם המוכה מסכים לכך, אין כל תוקף משפטי להסכמה זו (בבא קמא, צב, א; שו"ע, חו"מ, תכ, א ואילך; שולחן ערוך של בעל התניא, חלק חו"מ, הלכות נזקי גוף ונפש ודיניהם, סעיף ד; לפי הדין אסור לו לאדם לחבול גם בעצמו - בבא קמא ורמב"ם, שם); ומשום מה מותר לו לאדם להקזיז דם לחבירו, אף אם יש צורך בכך לשם רפואתו? לדעת האמורא רב מתנא (סנהדרין, פד, ב) רשות זו אין

יסודה בהסכמתו של החולה - מפורשת או מכללא - לפגיעה זו, שהרי ההסכמה, כאמור, אינה מועילה; אלא ההיתר נלמד מהפסוק 'ואהבת לרעך כמוך' (ויקרא, יט, יח), שממנו ניתן להסיק, כדברי רש"י: 'שלא הוזהרו ישראל מלעשות לחבריהם אלא דבר שאינו חפץ לעשות לעצמו' (רש"י, סנהדרין, פד, ב, ד"ה ואהבת לרעך כמוך), וכן כתבי הרמב"ן (מהדורת שעוועל, מוסד הרב קוק, תשכ"ד), כך ב, תורת האדם, עמ' מב ואילך; וראה: מ' אלון, 'ההלכה והרפואה החדשה' מולד (סידרה חדשה) ד (כז) (תשל"א) 228, 232.

ביסוס רעיוני-הלכתי זה של היתר הפגיעה בגופו של החולה - במידה ובאם הפגיעה דרושה לצורך ריפוי - על הכלל הגדול שבתורה: 'ואהבת לרעך כמוך', מאלף הוא. פעולת הריפוי יש בה משום "אהבת רעך", שבעולמה של הלכה אינו ענין לאהבה שבלב בלבד:

"הכלל הגדול של 'ואהבת לרעך כמוך' אינו עניין לדברים שבלב בלבד, לאהבה ערטילאית שאינה מחייבת דבר, אלא לאורח חיים שבעולם העשייה. וכך מובע עיקרון זה בדבריו של הלל: 'דעלך סני - לחברך לא תעביד' (מה ששנוא עליך, לחברך אל תעשה - שבת, לא, א). וכבר עמדו פרשנים על כך, שניסוח זה שבדרך השלילה נתן לעיקרון זה משמעות, שטבע האדם יכול לעמוד בו: "כי לא יקבל לב האדם שיאהב את חברו כאהבתו את נפשו. ועוד שכבר בא ר' עקיבא ולימד: חייך קודמין לחיי חברך" (רמב"ן, ויקרא, יט, יח). ר' עקיבא, שקבע, כאמור, כי הכלל הגדול והעדיף הוא "ואהבת לרעך כמוך", הוא גופו לימד, כי בשעת סכנה - ליחיד ולציבור - יש ש"חייך קודמין לחיי חברך" (בבא מציעא, סב, א). (פרשת ניימן הנ"ל, עמ' 298-299; וראה להלן, בהמשכם של דברים).

ודעתו זו של רב מתנא, מובאת היא על ידי הרמב"ן כעיקרון מקובל בסוגית הרופא והרפואה בעולמה של הלכה:

"דמכה אדם לרפואה (= לשם טיפול רפואי) פטור, ומצוה ד - 'ואהבת לרעך כמוך' הוא" (תורת האדם, שם, עמ' מג).

על דבריו אלה של הרמב"ן אומר הרב אליעזר ולדינברג, מגדולי הפוסקים בעניני רפואה והלכה בדורנו, לאמור (שו"ת רמת רחל, סימן כא):

"הרי שמעינן מצות הריפוי לחבירו גם מקרא (= מהפסוק) ד - 'ואהבת לרעך כמוך'.

וצ"ל דאיצטריך לכל הני ילפותא ולא סגי בזה לבד (= וצריך לומר שיש צורך [גם] בלימוד הזה [של ואהבת לרעך כמוך] ולא מספיק רק [בעקרון] "דאין לך דבר העומד מפני פקוח נפש" שמדבר על כך הרמב"ן בעצמו שם לפני כן, ואשר הטור והשו"ע והערוך השולחן באמת מוזכרים רק טעם זה בלבד "דבכלל פקוח נפש הוא", משום דמהני ילפותא (=מלימוד זה של "ואהבת לרעך כמוך" ומקורות נוספים) ילפינן חיוב הרפואה גם במקום שברור שאין פקוח נפש, כי אם צערא או חבלת אבר וכדומה לזה. ופשוט".

22. בהקשר לכך הערה נוספת, שחשיבות לה בדרכה של פרשנות. בידוע, ומן המפורסמות הוא, כי כלל גדול זה שבתורת ישראל - ואהבת לרעך כמוך - אומץ ונתקבל על ידי דתות ותרבויות שונות, ונתכנה הוא בתואר ה- Golden Rule. ודומה כי הביטוי החזק והמרשים ביותר לכלליותו של הכלל האמור מצוי הוא בדבריו של הלל הזקן, שלאחר שניסחו בניסוח האמור - "מה ששנוא עליך, לחברך אל תעשה" - מוסיף הוא ואומר: "זו היא כל התורה כולה, ואידך - פירושה הוא זיל גמור" (= כל היתר פירוש הוא - לך ולמד). ואכן נדון ונלמד כלל זה רבות בעולמם של חכמים, בהלכה ובאגדה, ובספרות ההגות של תרבויות שונות (ראה בפרשנים על התורה, ויקרא, יט, יח, ובמיוחד - בנוסף לרמב"ן שצוטט לעיל - בכלי יקר (לר' אפרים איש לונצ'יץ), ובכתב והקבלה (לר' יעקב צבי מעקלענבורג), וכן נחמה לייבוויץ, עיונים חדשים בספר ויקרא, תשמ"ג, עמ' 304-300; וכן ראה ספר טוביה, ספרים חיצוניים, פרק ד, טו; דוד הילר, טוביה (מהדורת א' כהנא, הספרים החיצוניים), כרך ב, עמ' שכב, והערות וביבליוגרפיה, שם; וראה מנחם אלון, המשפט העברי, עמ' 126-127;

The Pentateuch and Haftorahs, Rabbi Dr. J.H. Hertz, London, 1938, 563-564; W. Gunter Plaut, The Torah, A Modern Commentary, New York, 1981, p. 892-896, 1738.

יחד עם זאת, בדתות ותרבויות מסוימות שקלטו כלל זה, נוספו עליו רעיונות הנוגדים את עולמה של יהדות. כך, דרך משל, מצאנו (לוקס, פרק ו, 29), לאחר האמור כי יש לאהוב את האויב ולהתפלל בעד מי שפוגע בך - "המכה אותך על הלחי, הטה לו גם את השניה" (וראה שם, בהמשכם של דברים; וכן מתי, פרק ה, 38-48). דרך חשיבה זו, שיש בה משום תפיסת עולם בלתי טבעית ולא נתקיימה בחיי המעשה, זרה היא לעולמה של יהדות, כפי שהדבר בא לכלל ביטוי ברור ומודגש בדבריו האמורים של ר' עקיבא, שהכלל "ואהבת לרעך כמוך" משתלב עם העקרון ש"חייך קודמין לחיי חברך". ומכוח פרשנות ומשמעות זו שבעולמה של יהדות משמש הכלל של "ואהבת לרעך כמוך" כמקור להצדקת הפגיעה של הרופא בגופו של החולה, במידה והפגיעה דרושה לצורך ריפוי; והדעת נותנת שגם כמקור לסייגים המגבילים את הטיפול בחולה ללא הסכמתו: מה ששנוא עליך, לחברך אל תעשה (ראה להלן, פסקאות 23, 32-36, 38).

החובה והסירוב לטיפול הרפואי - כללים וסייגים

23. גישת יסוד זו של המשפט העברי בדבר החובה לרפא והחובה להתרפא, מצויים בה מספר סייגים, שבדורנו הולכים ורבים, המגבילים את אפשרות ביצוע הטיפול בחולה ללא הסכמתו.

סייגים אלה מצויים עוד בתשובה הידועה של ר' יעקב עמדין, מגדולי ההלכה במאה השמונה עשרה (מור וקציעה, אורח חיים, סימן שכח, על חלק אחר של התשובה נעמוד להלן (לענין סבל ויסורין - פסקה 26):

"בחולי ומכה שבגלוי שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם, ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה - ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה בכל ענין ואופן שנתנה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחבוש שבר,

אפילו בנטילת אבר (כדי להצילו ממות)... כל כהאי גוונא (= בזה האופן) ודאי עושין לו ומעשין אותו בעל כורחו, משום הצלת נפש.

ואין משגיחין בו, אם הוא אינו רוצה ביסורין ובחר מוות מחיים, אלא חותכין לו אפילו אבר שלם, אם הוצרך לכך למלטו ממות, ועושין כל הצריך לפיקוח 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".

המדובר הוא, אפוא, במחלה שמוכרת וידועה לרופא "ידיעה ודאית והכרה ברורה", ובשעתו היה זה "חולי ומכה שבגלוי"; והתרופה שהרופא רוצה להשתמש בה היא "תרופה בדוקה וגמורה" מבחינת סיכויי הריפוי של המחלה; וכן מדובר במחלה שיש בה משום סכנה - "במקום סכנה" (וראה שם בתחילתם של דברים שציטטנו ובהמשכם, הבהרות נוספות באשר לסייגים לביצוע טיפול בחולה ללא הסכמתו).

בדורנו דנים פוסקים רבים בנושא זה של זכות החולה לסרב לטיפול שניתן לו, וקבעו סייגים ומקרים נוספים שבהם דרושה הסכמת החולה; והדעת נותנת שעקרון האוטונומיה הפרטית שקיבל תנופה מיוחדת בדורנו, השפיע, בתת מודע, על פסיקה זו. כך נפסק על ידי רבי משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים בדורנו, כי -

"אם יש חולה שצריך ניתוח להצילו, ויש רוב גדול שיצליח הניתוח, יש לעשות לו הניתוח גם כנגד רצונו, כל זמן שאין חשש שעצם מה שכך מכריחים אותו, יגרום לו סכנה יותר גדולה" (פסקי דין, רפואה ומשפט, 1989, עמ' 101, הבטים הלכתיים, ד"ר מרדכי הלפרין, בעמ' 102).

לפי פסיקה זו, בנוסף לצורך ברוב גדול של סיכויי הצלחה (ראה שם, עמ' 104, הערה 15, אם הכוונה היא לרוב של שני שלישי - כפי שכך הוא בשאלה אחרת בתחום הרפואה וההלכה בשו"ת שבות יעקב לר' יעקב ריישר, חלק ג, סימן עה, עליה נעמוד להלן - "רובא דמינכר על פי רוב דעות", או די ברוב של 51 אחוזים), יש להביא בחשבון גם את עצם ההשפעה השלילית האפשרית של הטיפול הרפואי בניגוד לרצונו.

לפי דעה אחרת, אם החולה יסבול גם לאחר הטיפול הרפואי באופן שיש להניח שלא היה מסכים לקבלת הטיפול עובר לעשייתו - אין לעשותו מלכתחילה אלא בהסכמתו (רפואה ומשפט, שם, עמ' 103-104). בהקשר לכך מצויה תשובה מאלפת של הרב שלמה זלמן אויערבאך, מגדולי הפוסקים בדורנו. וכך נאמר בספר נשמת אברהם (חלק יורה דעה, קנה, א - ב, עמ' מז-מח):

"חולה בן חמשים, הסובל קשה מסכרת עם סיבוכים קשים כגון עיוורון ובעיות עם כלי הדם וזיהומים, שכבר כרתו לו רגל עקב נמק (גנגרינה), ושובב בבית החולים עם נמק ברגל השנייה הגורמת לו לכאבים גדולים.

ביעוץ בין הרופאים הפנימיים והכירורגים גם יחד, סוכם, שהחולה ודאי ימות תוך ימים ספורים אם לא כורתים לו את הרגל השנייה. אמנם עלול הוא גם למות עקב הניתוח וכמובן אפילו אם הניתוח יצליח ויתארכו החיי שעה שלו, אין זה טיפול במחלתו היסודית.

החולה עצמו סירב לעבור הניתוח עקב פחד מעצם הניתוח, הכאבים והסבל של הניתוח, ובעיקר, כי לא רצה לחיות כשהוא קיטע בשתי רגליו ועיוור.

שאלתי אז את הגרש"ז אויערבאך שליט"א את דעת התורה בנדון, והוא פסק שאין 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.

אין איפוא לבצע את הניתוח בנסיבות האמורות בניגוד לרצונו של החולה, על אף סכנת החיים המיידית. יחד עם זאת, אם החולה יתן הסכמתו לניתוח, מותר יהיה לחלל את השבת, שהרי מאחר שנתן הסכמתו, וקיימת סכנת חיים מיידית, זהו מצב של פקוח נפש שדוחה שבת.

(וראה שם, תשובה נוספת של הרב שלמה זלמן אויערבאך בנדון; וכן, רפואה ומשפט, שם, עמ' 104).

ואף הובעה הדעה שמכיוון שבמקרים רבים אין חוות הדעת הרפואיות וודאיות, יש להמנע, בפועל, מטיפול רפואי שלא בהסכמת החולה, אלא אם קיימת סכנת מוות וודאית (ראה, אנציקלופדיה הלכתית, מאת ד"ר אברהם שטיינברג, כרך ב, הסכמה מדעת, עמ' 30, והערות 86 ו- 87; וראה פסיקה נוספת, שם, עמ' 30-33).

גישה הלכתית מעניינת בנושא דיוננו הובעה לאחרונה במאמרו של הרב שילה רפאל ("תורה שבעל פה", תשנ"ב, עליו כבר עמדנו לעיל), הדן כל כולו בשאלה של כפיית טיפול רפואי בחולה, ללא הסכמתו. הרב רפאל בא למסקנה שלפיה "אין לכפות טיפול רפואי על חולה בניגוד לרצונו" (שם, עמ' פא); הדבר לא נאמר במפורש, אך מובן שהמדובר אינו במקרה של הצלת אדם מסכנת מוות, שמוותרת היא וחובה היא, גם ללא הסכמתו של החולה (ראה דברי ר' יעקב עמדין, מור וקציעה, שכח, עליהם עמדנו לעיל). מסקנתו זו מבסס הרב רפאל על שלושה נימוקים: האחד, שלדעת הרמב"ן בפירושו לתורה (ויקרא, כו, יא), רשאי אדם, שהוא ירא שמים ברמה מוסרית גבוהה, שלא להיזקק לרופאים, אלא לחפש את תרופתו בתפילה ובמעשים טובים, כפי שכך נהוג היה בתקופה הנבואית הקדומה (ראה שמות, טו, כו; דברים, לב, לט; דברי הימים ב, טז, יב; ברכות, ס, א, דברי רב אחא). אכן, לדעה זו נמצאו עוד מספר תומכים (שם, עמ' עה), אבל כפי שכבר עמדנו על כך בדברינו לעיל, נוגדת עמדה זו את ההלכה המקובלת על דעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה בדבר חובתו של החולה להתרפא.

עיקר נימוקיו של הרב שילה רפאל הם השניים האחרים: האחד, אותו הזכרנו כבר לעיל, שהאדם הוא הבעלים על גופו; כאמור בדברינו לעיל (פסקה 20), מוצא הרב רפאל לגישה זו סימוכין בפוסקים ובחכמי הלכה, ולאחר דיון מפורט בא הוא למסקנה לאמור: "מכל הנ"ל משמע שיש חבל ניכר של פוסקים הסוברים שאדם הוא הבעלים על גופו, ובמקום הצורך רשאי לסרב שיאכילוהו או ירפאוהו בעל כרחו" (שם, עמ' פ).

הנימוק השלישי שהביאו למסקנה האמורה הינו מקורי ומאלף. לפי נימוק זה גם לפי חכמי ההלכה ששני הנימוקים הראשונים אינם מקובלים עליהם, אין מקום לכפייה לקבלת טיפול רפואי, משום שכיום לא חל מעיקרו דין הכפייה לקיום מצווה (שמקורו בכתובות, פו, א, בדברי רב פפא). כיום, סמכותם של שלושת הדיינים המרכיבים את בית הדין אינו "אלא לדון ולפסוק, אבל לכפות צריכין שלושה מומחין" (שם, עמ' פ).

ובזמן הזה אין לנו מומחין, לפי הדרישות שבהלכה (בענין שאלת הכפייה לקיום מצוה בזמן הזה ראה עוד דבריו המאלפים של ר' מאיר שמחה כהן מדווינסק, בספרו אור שמח על הרמב"ם, הלכות ממרים, פרק ד, הלכה ג). אשר על כן מסיק הוא לאמור (שם, עמ' פא):

"למדנו מכל המבואר לעיל דבגין שלוש סיבות אין לכפות טיפול רפואי על חולה בניגוד לרצונו. א. יש הסומכין על הרמב"ן שאין צורך כלל להזדקק לטיפול רפואי. ב. יש פוסקים הסוברים שאדם הוא בעלים על גופו ויכול לעשות בו כרצונו. ג. לשם כפיית טיפול צריך בי"ד של שלושה ולדעת היראים (= ספר 'היראים') צריכים שלושה מומחין, ואין לנו כאלה, ומשום כך אין דין זה נוהג כלל בזמן הזה".

בסיום מאמרו סומך הוא את מסקנתו גם על פסיקתם של ר' משה פיינשטיין והרב שלמה זלמן אויערבך (אותם הבאנו לעיל), שיש וטיפול על כרחו של החולה יגרום לו נזק בגלל עצם העובדה שהטיפול נעשה בניגוד לרצונו, ובנסיבות מסוימות מותר להימנע ממתן טיפול זה (בנושא דיונו ראה עוד Dr. D. B. Sinclair "Non-Consensual Medical Treatment of Competent Individuals in Jewish Law, with some Comparative Reference to Anglo-American Law", Tel Aviv University Study in Law, volume 11, (1992), p. 227).

עמדתו זו של הרב שילה רפאל מענינת ומקורית, ומצטרפת היא לקשת הרחבה של הגישות והדעות השונות שבעולמם של פוסקי הלכה בדורנו, על רקע הריבוי העצום של בעיות העולות חדשים לבקרים בשל ההתקדמות בעולמה של רפואה, והתמודדותם של חכמי ההלכה עם בעיות אלה על יסוד עקרונותיה של ההלכה כפי שיש לפרשן וליישמן על רקע המציאות הרפואית והחברתית בימינו.

ערך העל של חיי אדם

24. כלל גדול ויסוד מוסד בעולמה של הלכה כי חיי אדם המה מן הדברים שאין להם שעור, הן מבחינת ערכם, והן מבחינת ארכם. חיי אדם אינם ניתנים למידה ולמשקל, וכל שניה של חיי אנוש ערכה הסגולי כחיים של שנים רבות וארוכות. וכך נפסקת ההלכה:

"הגוסס הריהו כחי לכל דבר... והנוגע בו - הרי זה שופך דמים. למה זה דומה? לנר שמטפטף, כיון שיגע בו אדם - יכבה. וכל המעמץ (= עוצם) עניו עם יציאת הנפש - הרי זה שופך דמים, אלא ישהה מעט שמא נתעלה" (שבת, קנא, ב; רמב"ם, הלכות אבל, פרק ד, הלכה ה; שלחן ערוך, יורה דעה, שלט, א).

גם הנר המטפטף - בוער, וגם הוא - יש בו כדי להאיר.

ועל כן נפסקה ההלכה (רמב"ם, שם, והלכות רוצח, פרק ב, הלכה יז; שולחן ערוך, שם):

"אחד ההורג את הבריא או את החולה הנוטה למות, ואפילו הרג את הגוסס - נהרג עליו".

וטעמו של דבר:

"אף אם יבוא אליהו ויאמר שלא יהיה לאדם חיים אלא שעה או רגע, מכל מקום התורה לא חילקה בין הורג ילד שיש לו לחיות כמה שנים ובין הורג זקן בן מאה, בכל ענין ההורג חייב, אף שהוא למיתה עומד, מכל מקום מחמת הרגע שיש לו עוד שיחיה - על זה חייב" (מנחת חינוך, על ספר החינוך, מצוה לד).

"דמכיון שאין שעור וגבול לערכי חיים תכליתיים, הרי לדבר שאין גבול ומידה אין לסמן בו הפרש בין חלק קטן ממנו לבין רבוא רבואות שלו. כי על כן אין חילוק בדין התורה בין הורג איש בריא צעיר לימים לבין הורג איש גוסס זקן בן מאה" (גשר החיים לר' יחיאל מיכל טיקוצינסקי, דיני אבלות, חלק א, פרק ב, עמ' טז).

המצוות שנדחות מפני שמירת חיי אדם (ראה דברינו להלן), נדחות גם מפני חיי שעה של אדם, ולו הקצרים ביותר. וכך נפסק לענין חלול שבת (רמב"ם, שבת, ב, יח; שו"ע, אורח חיים, שכט, ד - על פי יומא, פה, א):

"מי שנפלה עליו מפולת... מצאוהו חי, אף על פי שנתרוצץ ואי אפשר שיבריא, מפקחין עליו (= את הגל, בשבת) ומוציאין אותו לחייו אותה שעה".

ור' יחיאל מיכל עפשטיין, מגדולי ההלכה בתחילתה של מאה זו, מוסיף ומבהיר (ערוך השלחן, אורח חיים, שכט, סעיף קטן ט):

"ואפילו אם ברור אצל הרופאים שימות, אלא שעל פי רפואות יוכל לחיות איזה שעות יותר, מותר לחלל עליו את השבת, דגם לחיי שעה מחללין".

וכך נפסק על ידי ר' שמעון בר' צמח דוראן, מגדולי המשיבים שבספרד ואלג'יריה במאה החמש-עשרה, לאמור (שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן נד):

"ואפילו לא יחיה אותו מסוכן מפני חלול זה אלא שעה אחת ואח"כ ימות, מחללין עליו שבת אפילו בשביל שעה אחת, מפני שגדול הוא לפני המקום הצלת נפשות, אפילו הצלה מועטת כחיי שעה, שאפילו שבת שהיא שקולה כנגד כל התורה, מחללין עליה".

25. יחד עם זאת, ומתוך הכרתה של ההלכה בערך העל של חיי האדם, נקבע כי מותר לסכן חיי שעה של החולה, אם וכאשר הדבר נעשה כדי לאפשר לו לחיות חיים ארוכים, גם כאשר יש ספק אם אכן כתוצאה מסיכון חיי השעה יעלה ויצלח הדבר להבטיח לו חיים ארוכים (עבודה זרה, כז, ב, תוספות, ד"ה לחיי שעה; תורת האדם לרמב"ן, שם, עמ' כב ואילך); וראה ד"ר שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ד, ערך 'נוטה למות' (תדפיס מוקדם), עמ' 45-48 - פסקה ד 4).

דיון מאלף בשאלה זו מצוי אצל ר' יעקב ריישר, מגדולי חכמי ההלכה שבגליציה בתחילת המאה השמונה עשרה. עמדתי על כך במקום אחר, באשר לשאלות המתעוררות בסוגית השתלת הלב (מ' אלון, ההלכה והרפואה החדשה, מולד, חוברת 21 (231), עמ' 228, בעמ' 234-235):

"השאלה האחרת, מבחינת מקבל הלב השתול, אף היא עומדת ברומו של עולם ההלכה, אלא שכבר מצוי בה דיון נרחב. וזה גדר השאלה: עם הוצאת הלב החולה נמצא שאנו מקצרים - בדרך ודאי - את חיי החולה בשבועות אחדים, בימים אחדים ואפילו בשעה קלה בלבד, וזאת בשעה שאין אנו בטוחים כלל אם שתילת הלב החדש תצליח ותמשיך את חיי מקבלו; והרי כבר ראינו כי רגע של חיים שקול הוא כחיים ארוכים, וכל המקפח רגע זה הרי הוא שופך דמים. מאלף הוא כי שאלה עקרונית זו של איבוד חיי שעה כשיש סיכוי, גם אם אין בטחון בדבר, שעל ידי תרופה מסוימת יזכה החולה לבריאות ולחיים, כבר נידונה במידה מסוימת על ידי הראשונים, וחזרה ונידונה במפורט על ידי ר' יעקב ריישר, מגדולי חכמי ההלכה שבגליציה בתחילת המאה השמונה עשרה, כשפתרונה הוא שאכן יש להעדיף את הסיכוי לחיים ארוכים על חיי השעה הודאיים.

וזו השאלה שנשאל ר' יעקב ריישר (שבזמן יעקב, חלק ג, סימן עה) על ידי "רופא מומחה":

"חולה אחד שחלה את חליו שקרוב למות בו, וכל הרופאים אומרים שודאי ימות תוך יום או יומיים, אך שאומדין שיש עוד רפואה אחת שאפשר שיתרפא חליו, וגם אפשר להיפך, שאם יקח רפואה זו אם אינו תצליח (מצליח) חס ושלום ימות מיד תוך שעה או שתיים; אי מותר לעשות רפואה זו, או חיישינן לחיי שעה, ושב ואל תעשה עדיף."

וכך משיב ר' יעקב ריישר:

"הואיל שדין זה הוא דיני נפשות ממש וצריך להיות מתון מאד בשאלה כזו מש"ס ופוסקים בשבע חקירות ובדיקות, כי כל המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד עולם מלא וכן להיפך, כל המקיים נפש אחת כאילו קיים עולם מלא; ולכאורה היה נראה דשב ואל תעשה עדיף, כי חיישינן לחיי שעה אפילו מי שכבר הוא גוסס ממש..."

כל זה הוא במושכל ראשון בלבד. אך, ממשיך ר' יעקב ריישר ואומר:

'כאשר ירדתי אל העיון נראה דשפיר דמי... אם אפשר שעל ידי רפואה זו שנותן לו יתרפא לגמרי מחליו, ודאי לא חיישינן לחיי שעה... כיון שודאי ימות, מניחין הודאי ותופסין הספק, אולי יתרפא; ולאחר שהוא מוכיח כן בדרך השקלא וטריא ההלכתית, הוא מסיים ואומר: 'ומכל מקום, אין לעשות הרופא כפשוטו כן, רק צריך להיות מתון מאוד בדבר, לפקח עם רופאין מומחין שבעיר על פי רוב דעות, דהיינו רובא דמינכר שהוא כפל, לפי שיש לחוש לקלי דעת...'.

נמצאנו למדים איפוא, כי ההלכה מחייבת את עצם העקרון, אך דורשת הרבה מתינות ויישוב הדעת, ובודאי גם ידיעה והכנה מלאה ומדוקדקת וכן יש להביא בחשבון את שיעור סיכויי ההצלחה בעת קבלת הכרעה קשה וגורלית זו.

וכך נפסק על ידי גדולי הפוסקים בדורנו (ראה שו"ת מלמד להועיל לר' דוד צבי הופמן, מחברת שניה, יורה דעה, סימן קד; ובמפורט נשמת אברהם, הלכות חולים רופאים ורפואה, חלק יורה דעה, מאת ד"ר אברהם - סופר אברהם, ה'תשמ"ה, סימן קנה, סעיף

א - עמ' מה-מו. וראה שם, עמ' מז, שההיתר לסיכון חיי שעה במקרים כגון אלה הוא גם כאשר מדובר בחיי שעה לתקופה ממושכת).

העיקרון של מניעת סבל ויסורין

26. תפיסת יסוד נוספת בתחום הרפואה וההלכה הוא העיקרון של התחשבות בצער וביסורים של החולה כגורם בפסיקת הדין בסוגיות הלכה ורפואה.

בשטחים שונים נקבעות הוראות הלכתיות, שלרגל קיומם של סבל וצער שבאים לו לאדם, גם שאין בהם סכנת נפשות, מותר לעבור על דינים מסוימים (ראה, דרך משל, שלחן ערוך, אורח חיים, סימן שכט - שלא, ועוד; שולחן ערוך, יורה דעה, רסב, ב). וכך פסק ר' יעקב עמדין, כי מותר לו לאדם להכניס עצמו לריפוי שיש בו ספק סכנת נפשות, אם הוא מבקש לעשות כך למען הקל על היסורין הקשים אותם הוא סובל (מור וקציעה, אורח חיים, שכח):

"אבל יש שבוחרין בספק נפשות כדי להציל עצמם מיסורין קשין, כאותן שמוסרין עצמן לחתוך (= לעשות נתוח) מפני אבן שבכיס ובגיד וחצץ הכליות הכואב אותן מאד, בצער קשה כמוות רחמנא ליצול; ולאלה מניחין אותן לעשות כחפצם בלי מוחה, מחמת שכמה פעמים נושעים ונרפאים" (בענין תשובה זו ראה עוד לעיל, פסקה 23).

החובה בדבר מניעת צער ויסורין מהאדם, והשמירה על כבודו, באה לידי ביטוי במשנתם של חכמים בכלל: "ברור לו מיתה יפה". כלל זה, כמשמעותו בספרות ההלכה, אין לו ולא כלום לענין המושג "מיתה בכבוד" המקובלת כיום בסוגית האותנזיה, שאליה נתיחס להלן. כלל זה ענינו באדם שנידון למות, וחכמים הורו כי יש לנקוט באמצעים מיוחדים כדי להקל על יסוריו וסבלו של המוצא להורג, ולברור "לו מיתה יפה". מאלף הוא המקור עליו ביססו חכמים כלל זה. אף מי שנדון כאמור, עדיין חל לגביו הכלל הגדול שבתורה:

"ואהבת לרעך כמוך - ברור לו מיתה יפה" (בבא קמא, נא, א; סנהדרין מה, א).

מתוך כך קבעו חכמים לנקוט בכל האמצעים כדי להקל על הנידון למוות בעת ההוצאה לפועל של גזר הדין, בהחשת הליך ההוצאה לפועל ומניעת בזיונו כאדם (סנהדרין, מה, א) ועוד נקבע (סנהדרין, מג, א):

"היוצא ליהרג משקין אותו קורט (= גרגיר קטן) של לבונה (משקה חריף - שמות, ל, לד) בכוס של יין (= משקה משכר), כדי שתטרף דעתו (= ולא ידאג ויתמהמה בהריגתו - רש"י, שם), שנאמר (משלי לא, ו): 'תנו שכר לאובד ויין למרי נפש'".

ובמדרש תנחומא, פרשת פקודי, אות ב, הנוסח הוא:

"מביאים לו יין טוב וחזק ומשקים אותו, כדי שלא יצטער מן הסקילה" (וראה רמב"ם, סנהדרין, כג, ב).

התחשבות זו ביסוריו של אדם והמגמה להקל בהם ולמנעם, משמשת בעולמה של הלכה עיקרון מנחה בסוגיות שונות שבדיני רפואה והלכה. בדורות האחרונים שימש עיקרון זה של התחשבות בסבל ויסורין כדרך למציאת פתרונות מאוזנים בסוגיות קשות

וסבוכות בהם מתבקשת סטייה זו או אחרת מעקרון העל של קדושת החיים וערכם. כתוצאה מכך פותח בעולמה של הלכה במידה ניכרת הכלל של התחשבות בצערו וביסוריו של החולה, כדרכה של הלכה בבואה להתמודד עם צרכי הזמן והאדם, כפי שהם מתעוררים מפרק לפרק ומתקופה לתקופה. ועל כך עמדנו במפורט לעיל (פיסקה 23), ולהלן, בנושא האותונומיה, בהבחנה בין אותונומיה פעילה לבין אותונומיה סבילה (פסקאות 27-36).

העקרון הפסיקתי של "דרכיה דרכי נועם" ו"משפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא"

27. עקרונות והנחיות שעמדנו עליהם שימשו בידי חכמים, ולאחרונה הולך ורב שימוש זה, כקיום מנחים בסוגית דיני רפואה והלכה, מתוך מגמה של עמידה על עקרונות היסוד שבסוגיה סבוכה וקשה זו - הן מבחינה עיונית-רעיונית והן מבחינה מצבו של האדם והתנאים שהוא נתון בהם. כאמור, דיונים אלה התרבו לאחרונה במיוחד עם ההתפתחות העצומה של הרפואה, שהביאה עמה הארכת חיים וטובה רבה מחד גיסא, בצד בעיות ודילמות קשות מאידך גיסא. בטרם נעבור לעיין באלה תוך כדי הדגמת מקצת מפסיקות ההלכה בימינו, נעיין תחילה בעיקרון הלכתי-פסיקתי נוסף שנקבע בנושא קרוב לדיוננו עוד במאה השש-עשרה, על ידי אחד מגדולי המשיבים, רבי דוד אבן זמרה, שהימנו פינה והימנו יתר בדרכי פתרון של בעיות בסוגית הרפואה וההלכה.

עיקרון נוסף זה בא לכלל ביטוי בהקשר לדיון בסוגית חובת ההצלה של הזולת. כלל גדול בעולמה של הלכה, כי "כל היכול להציל ולא הציל - עובר על 'לא תעמוד על דם רעך'" (ויקרא, יט, טז; ראה: סנהדרין, עג, א; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, א, יד-טז; טור, חו"מ, תכו; שו"ע, חו"מ, תכו). כאשר אין סכנה למציל עצמו, ודאי שחובת ההצלה המוטלת עליו עליונה ומוחלטת היא. אך השאלה הקשה היא, עד היכן חייב האדם - ואולי אפשר לנסח גם עד היכן מותר לו לאדם - לסכן את חייו הוא כדי להציל את חיי חברו? שאלה זו הטרידה לא מעט את חכמי ההלכה, ולדעת כמה פוסקים צריך אדם אפילו להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו מסכנה ודאית (בית יוסף, טור חו"מ, תכו, ד"ה ומ"ש), אך רבים אחרים נחלקו על כך (סמ"ע, חו"מ, תכו, ס"ק ב). ויפה סיכם הלכה זו אחד מחשובי האחרונים: "הכל לפי העניין, ויש לשקול העניין בפלס ולא לשמור על עצמו יותר מדאי... וכל המקיים נפש מישראל כאילו קיים עולם מלא" (ערוך השלחן, חו"מ, תכו, ד; וראה מקורות רבים באשר לחילוקי דעות אלה - הרב עובדיה יוסף, "תשובה בהיתר השתלת כליה" דיני ישראל ז' (תשל"ו) כה; הנ"ל, "בדין תרומת כליה", הלכה ורפואה, ג (התשמ"ג) סא; הנ"ל, שו"ת יחודה דעת, ח"ג, פד).

הוצאת איבר מגופו של אדם לשם השתלה בגופו של חברו כדי להצילו, נקשרה לאחרונה בדיוניהם של חכמי ההלכה בשאלה האמורה בדבר הסכנה שעלולה להיות בכך לתורם. אך בעיה זו נדונה אף מעבר לכך: האם בכלל יש מקום לחייב אדם - אף כדי להציל את חברו - לתרום אחד מאיבריו? מאלפת היא תשובתו של הרדב"ז, הוא רבי דוד אבן זמרה, רבה של מצרים וארץ ישראל במאה השש-עשרה ומגדולי המשיבים בעולמה של הלכה, על שאלה שעלתה על רקע המציאות הטראגית-הירואית של הגולה ויחסי השלטון הזר למיעוט היהודי שבתוכו. וזוהי השאלה (שו"ת הרדב"ז, ח"ג, אלף נב):

"שאלת ממני, ואודיעך דעתי על מה שראית כתוב, אם אמר השלטון לישראל: הנח לי לקצץ (ממך) אבר אחד שאינך מת ממנו, או אמית ישראל חבירך?"

כיצד חייב יהודי זה להתייחס, על פי ההלכה, להצעה דרקונית זו? בהמשך שאלתו מוסיף השואל, כי יש אומרים שהיהודי חייב להרשות לקצוץ האיבר, כיוון שאין בכך סכנת מוות, כדי להציל את חברו היהודי ממוות, כדין פיקוח נפש הדוחה כל מצווה שבתורה. בתשובתו, תוך דיון הלכתי מפורט, משיב הרדב"ז, שגם אם ברור שקיצוץ האיבר לא יביא את הנפגע לידי סכנת נפשות, אין הוא חייב להרשות שיעשו זאת לו כדי להציל את חברו, אך מותר לו להרשות כך, ומידת חסידות היא זו. מאלף הוא סיכום דיונו:

"ותו (= ועוד), דכתיב: "דרכיה דרכי נועם" (משלי, ג, יז), וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא. ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חבירו? הלכך איני רואה טעם לדון זה אלא מידת חסידות, ואשרי חלקו מי שיוכל לעמוד בזה. ואם יש ספק סכנת נפשות - הרי זה חסיד שוטה, דספיקא ידידיה עדיף מוודאי דחבריה" (= הספק שלו עדיף מהוודאי של חברו).

הוצאת איבר מן האדם כדי להציל את חברו, גם אם אין בה סכנה לתורם, אין מקום לחייב את האדם לנהוג כך, כי זה נוגד את העיקרון הגדול, שדרכי התורה דרכי נועם, "וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא"; מכוחם של אלה אין להעלות על הדעת לחייב אדם לתת איבר מגופו כדי להציל את חברו. אבל יש בהתנהגות זו משום מידת חסידות, שמן הראוי שאדם ינהג כך, כמתנדב ולפנים משורת ההלכה (וראה עוד שו"ת הרדב"ז, ח"ה, ללשונות הרמב"ם, אלף תקפב (ריח), ועל יישובן של שתי תשובות אלה; ולא כאן המקום להאריך).

תשובתו זו של הרדב"ז משמשת אחד המרכיבים המרכזיים בדיונים של חכמי ההלכה בדורנו באשר לתרומת כליה, כדי להשתילה בגופו של אדם אחר, גם מתוך האספקטים של הסכנה לתורם, ואם רשאי אדם לחבול בעצמו וכיוצא באלה שאלות שבהלכה, שבמקצתן עמדנו עליהן במקום אחר (ר"ע 698/86, 184/87, 151, היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני, פד"י מב(2), 661, בעמ' 677-679).

בדבריו אלה של הרדב"ז דנו במפורט בקשר לבעית הסכמתו של אדם להרשות להוציא איבר מאיבריו כדי להציל את זולתו הזקוק לאיבר זה לשם הצלת חייו (ר"ע 698/86 הנ"ל). ודומה, כי העקרון שנקבע על ידי גדולי הלכה זה בסוגית השתלת איברים, יפה הוא לכלל השאלות והבעיות העולות בפנינו בסוגית רפואה והלכה, ובנושא דיונו. העקרון הגדול שהנחה את פסיקתו של הרדב"ז כי "דרכיה דרכי נועם, וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא" צריך שישמש כקו מנחה בכל פסיקה, בכל ענין וענין, בסוגיות הקשות והחמורות של רפואה והלכה, כשם שעיקרון זה יפה הוא, וחיוני הוא, בדרכי הפסיקה בעולמה של הלכה בכלל (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, תשמ"ח, עמ' 323 ואילך; הנ"ל, מפתח השאלות והתשובות של חכמי ספרד וצפון אפריקה - מפתח המקורות (י"ל מאגנס, כרך א, תשמ"א), עמ' כה). והשימוש בעיקרון זה צריך וייעשה בזהירות הדרושה, ובעיון רב, כחלק ממכלול העקרונות שעל פיהם יוכרע כל מקרה ומקרה לגופו, בשילוב הדרוש ובאיוון הראוי.

חולה סופני

28. משבאנו לכאן, נעמוד על הבעיות העולות בתיק דנן, והראשונות שבהן, והקשות והחמורות שבהן, קשורות במצבו של אדם שמצבו מוגדר כנוטה למות, או, לפי המינוח המקובל כיום: חולה סופני (Terminally ill).

מאז ומעולם כרוכות היו בעיות מוסריות גדולות ונכבדות עם הגיע האדם לסיומו של נתיב החיים בהאי עלמא. בעולמה של יהדות מצויים דינים שונים, הן לענין הטיפול הרפואי והן לענין דינים שבין אדם לחברו ובין אדם למקום, לענין מי שהוא בחזקת גוסס, במצב של נוטה למות, מוגדר כטריפה, עת יציאת הנשמה וכיוצא באלה. בהלכה קיימות הבחנות בין סוגי מצבים שונים אלה, הבחנות השנויות במחלוקת, הן מבחינת הגדרת כל מצב ומצב והן מבחינת התוצאה ההלכתית הנובעת מכך; ולא כאן המקום להאריך (ראה ד"ר א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, ד', ערך "נוטה למות" (תדפיס מוקדם) עמ' 2-5; 26-45; הנ"ל, רצח מתוך רחמים, עמ' 11-13). בהקשר למצב סופני זה שאליו הגיע האדם, נדונה בעולמה של הלכה הבעיה העקרונית בדבר חשיבותם של חיי שעה, ואף של חיי רגע, כל עוד "הנר מטפטף", ועל מקצתה עמדנו בדברינו לעיל. וכן הוא בתרבויות אומות העולם, כפי שמצאנו עוד בשבועת היפוקרטס, בה נאמר, בין היתר: "לא אתן סם מוות לשום אדם, גם אם יבקש זאת ממני; ואף לא אציע לו זאת"; אם כי לא בכל התרבויות מקובלת היתה גישה זו (ראה Gruman G J, Encyclopedia of Bioethics, pp. 261-168; א' שטיינברג, בערך "נוטה למות", עמ' 5-6).

בעיות אלה, שכרוכות בהן שאלות ערכיות, רפואיות ומשפטיות חובקות עולם, הלכו והחמירו, הלכו והחריפו, בשנים האחרונות, והן מעוררות דיונים וחילוקי דעות מרובים בציבור הרופאים, המשפטנים, אנשי דת והגות, ובכלל הציבור. מצד אחד - ההתקדמות העצומה במדע הרפואי ובאמצעים הטכנולוגיים הביאה להארכת תוחלת החיים הממוצעת, אם בשל מניעת מחלות והדברתן ואם כתוצאה מהארכת חיים באמצעים מלאכותיים שונים; מצד שני - לא תמיד הארכת משך החיים פירושה גם שיפור איכות החיים; יש ואפשרות הארכת החיים מביאה לכלל סבל פיזי, נפשי ושכלי, והפרעות קשות בתפקוד היום-יומי. לכך מתווספת העובדה שכיום שווה החולה במצבים אלה בבתי חולים או במוסדות מטפלים אחרים, כשהוא מחובר למכשירים שונים, ונעזר בהם, ולא - כפי שהיה בעבר - שהחולה הנוטה למות נמצא בין קירות ביתו, עם משפחתו האוהבת, בסביבה הטבעית בה גדל וחי. הנדרשים להתיחס לבעיות המתעוררות הם, בראש וראשונה, החולה עצמו ובני משפחתו, ובנוסף עליהם - רופאים ומשפטנים, אנשי דת והגות; השאלות המתעוררות הן מוסריות, דתיות ואתיות כבדות ונכבדות; ושאלת השאלות היא מי מבין כל אלה רשאי ומוסמך לקבל את ההחלטה הגורלית בדבר תוחלת החיים, קיצורם או הימנעות מהארכתם (שטיינברג, "נוטה למות", עמ' 2-13; 70-72).

אותונוזיה

29. אחד המושגים הידועים ביותר במסגרת נושא דיוננו - מאז מחציתה של המאה ה-19 - מכונה בשם אותונוזיה Euthanasia, שפירושה "מיתה טובה" או "מיתה קלה". מקורו של המונח הוא בשתי מילים יווניות: eu = טוב (במובן "קל"), ו- thanatos = מוות. ויש שמושג זה מכונה בשם: "המתת חסד", "רצח מתוך חמלה" או "רצח מתוך רחמים", כשכל כינוי וכינוי מרמז להתייחסות עניינית וגישה מסוימות. האותונוזיה מתייחסת לענין

יילודים בעלי מומים גופניים ונפשיים חמורים, ולחולי נפש קשים - ללא תקווה להבראתם, ולענין חולים אנושים סופניים. כוללת היא שתי אפשרויות: האחת - אותנוזיה פעילה, אקטיבית - active euthanasia, היינו מתן תרופה או טיפול שמטרתם ופעולתם היא החשת המוות, אם על ידי הרופא עצמו - כגון הזרקת חומר רעיל לחולה - ואם על ידי החולה בסיועו של הרופא, כגון סיוע להתאבדות החולה (assisted suicide). האפשרות השניה היא אותנוזיה סבילה, פאסיבית - passive euthanasia, שיכולה להיעשות בשתי צורות: האחת: להימנע מעשיית פעולות המאריכות חיים, כגון אי חיבור מלכתחילה למכשיר החיאה והנשמה; והשניה - להפסיק פעולות הבאות להאריך את החיים, כגון ניתוק ממכשיר החיאה והנשמה שהחולה כבר חובר אליו. מובן ואין צריך לומר שהפסקת פעולה של הארכת חיים הנה יותר סבוכה ופרובלמטית, שהרי במקרה זה עשיית פעולה מסוימת גורמת לאי - הארכת החיים. וכן מצויים חילוקי דעות רבים בשאלת ההגדרות השונות לסוגי הטיפולים שיש להמשיך בהם או שניתן להימנע מהם או להפסיקם - היינו טיפול שיגרתי לעומת טיפול לא שיגרתי, וכיוצא באלה (ראה על כל הנ"ל, ד"ר א' שטיינברג, נוטה למות, עמ' 79-96; הנ"ל, רצח מתוך רחמים, עמ' 10).

אותנוזיה אקטיבית

30. בעולמה של הלכה, ברור והדבר אינו מוטל בספק, שהאותנוזיה הפעילה, האקטיבית, אסורה היא בתכלית האיסור. לעומת זאת מצויות דעות שונות וגישות שונות, בעיקר בתקופה האחרונה, באשר לאותנוזיה הסבילה, הפסיבית, אשר מתקשרת בהלכה למושג של "הסרת המונע" שמקורו עוד במאה השנים עשרה. וחילוקי הדעות מוסבים על שני סוגי האותנוזיה הסבילה, היינו זו של המנעות מהארכת החיים מלכתחילה וזו של הפסקת אמצעי הארכת החיים אף לאחר שכבר הוחל בהם.

בדברינו הקודמים כבר עמדנו על העקרון שבעולמה של הלכה, כי -

"הגוסס הריהו כחי לכל דבריו... אין קושרין את לחייו... אין מזיזין אותו... אין מעמצין את עיני הגוסס" (שמחות, פרק א, ה"א - ה"ז; שבת קנא, ב).

כל המעשים האלה ופעולות נוספות המפורטות בהלכה (ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלט, סעיף א; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, עמ' שצג ואילך, ערך "גוסס") אסורות מפני שעלולות הן לקרב ולהחיש את מותו של הגוסס:

"שהיה רבי מאיר אומר: משל לנר שהוא מטפטף, כיון שנגע בו אדם - מכבהו. כך כל המעמץ את עיני הגוסס מעלין עליו כאילו נוטל נשמתו" (שמחות, שם, ה"ד; שבת, שם).

והחשת מוות אקטיבית אסורה גם במקום שיסורין פוקדים את החולה:

"אסור לגרום שימות מהרה, ואף על פי שהוא גוסס ויש צער גדול למת ולקרוביו" (חכמת אדם, כלל קנא, סעיף יד).

"ואף על פי שאנו רואים שמצטער הרבה בגיססתו וטוב לו המוות, מכל מקום אסור לנו לעשות דבר לקרב מיתתו" (ערוך השלחן, יורה דעה,

סימן שלט, סעיף קטן א; וראה עוד נשמת אברהם, שם, שלט, ד' - עמ' רמה-רמו, ולהלן, פסקה 31).

אכן יש והעונש הצפוי שונה הוא במקרים מיוחדים, כגון במצב המוגדר כ"טריפה", אך ההמתה האקטיבית אסורה היא ובת עונשין היא (ראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכות ז-ח; אנציקלופדיה תלמודית, שם; וכך נתפרשו מעשים מיוחדים שמדובר בהם במקרא [שמואל א, לא, ד-ה], ובתלמוד ומקורות נוספים. ראה, דרך משל, עבודה זרה, יח, א, ועוד; וראה "נוטה למות", עמ' 15-18; 53-56; "רצח מתוך רחמים" עמ' 10-19, שם מובאת פסיקה עניפה וחד משמעית שבימינו בדבר איסור מוחלט של אותונזיה אקטיבית). אותונזיה אקטיבית אסורה היא גם כאשר החולה נתן רשות לכך. ערך החיים הוא מוחלט ולא ניתן לוותר עליו.

31. גם צוואה מחיים (living will), אפילו כשהיא נעשית על ידי אדם כשהוא בעל כושר שיפוטי, ואשר בה ציווה לבצע בו אותונזיה אקטיבית, כאשר ייקלע למצב זה או אחר, אין לה תוקף לפי ההלכה ואסור לרופא לנהוג לפיה ("נוטה למות", עמ' 55-56; "רצח מתוך רחמים", עמ' 23, הערה 84; לענין אותונזיה פאסיבית - ראה להלן). וכן הצוואה מחיים הנהוגה ובעלת תוקף בארצות שונות, במיוחד בארצות הברית (שם, עמ' 102-97), אינה לענין אותונזיה אקטיבית אלא פאסיבית, על שתי צורותיה עליהן עמדנו לעיל. לפי החוק בישראל, צוואה מחיים, אף לביצוע אותונזיה פאסיבית בלבד, ספק אם היא בעלת תוקף משפטי מחייב (ראה ח' כהן "זכות משפטית לסרוב רפואי" החופש למות בכבוד (הילה אור שלי, מהדורה שניה) 9, 24. ומנגד, ראה השופט טלגם בעניין צדוק (ה"פ (ת"א 759/92) צדוק ואח' נ' בית האלה בע"מ ואח' (להלן: פרשת צדוק), פ"מ תשנ"ב ב (2) 485, בעמ' 498).

"הסרת המונע" - אותונזיה פאסיבית

32. לעומת האיסור המוחלט של ביצוע אותונזיה אקטיבית, מצויים בעולמה של הלכה חילוקי דעות רבים ומגוונים באשר לזכות והחובה להארכת חיי החולה וההמנעות מכך, המה שתי צורותיה של האותונזיה הפאסיבית. בסוגיה זו פועלים בעולמה של הלכה שני עקרונות יסוד: העיקרון האחד - ערך החיים וקדושתם, וחשיבות העל של חיי אדם אשר לא ניתנים לשיעור ולמידה, והחובה - הן של החולה עצמו והן של הרופא המטפל בו - לשמור עליהם ולקיימם; והעיקרון האחר - ערך העל של מניעת ייסורים, סבל וצער, גופניים ונפשיים, מאת החולה, שגם עליו מצווים על פי עקרונות ההלכה ודרכיה.

הדיון בסוגיה זו מכונה בעולמה של הלכה בשם "הסרת המונע" - היינו הסרת הדבר שמונע את יציאת הנשמה ופטירתו של החולה. תחילתו של דיון זה בדבריו של ר' יהודה החסיד, שחי במאה השתים עשרה באשכנז, בספרו "ספר חסידים". וכך נאמר בו (סימן תשכג):

"אין גורמין לאדם שלא ימות מהרה, כגון שהיה אחד גוסס, והיה אחד קרוב לאותו בית חוטב עצים ואין הנשמה יכולה לצאת, מסירים החוטב משם. ואין משימים מלח על לשונו כדי שלא ימות, ואם גוסס ואומר אינו יכול למות עד ששימוהו במקום אחר - אל יזיזהו משם".

ובמקום אחר הוא מוסיף לאמור (סימן רלד):

"אל יתנו לגוסס לאכול כי אינו יכול לבלוע, אבל נותנין בפיו מים...". ואין צועקין עליו בשעת יציאת הנשמה, כדי שלא תחזור הנשמה ויסבול יסורים קשים. "עת למות" (קהלת ג' ב'); למה הוצרך קהלת לומר כן? אלא כשאדם גוסס כשנפש אדם יוצאה, אין צועקים עליו שתשוב נפשו, כי אינו יכול לחיות כי אם מעט ימים ואותן ימים יסבול יסורים. וכן למה לא אמר "עת לחיות"? לפי שאין זה תלוי באדם, כי אין שלטון ביום המות".

דבריו אלה של בעל ספר חסידים נדונו בהרחבה במחצית הראשונה של המאה השש עשרה על ידי ר' יהושע (בן שמעון) לבית ברוך, ממגורשי ספרד הימנה עבר לאיטליה, בספרו "שלטי גבורים" על הרי"ף. וזה לשונו (שלטי גבורים על הרי"ף, מועד קטן, כו, ב):

"ומכאן היה נראה לאסור מה שנוהגין קצת אנשים כשהמת גוסס ואין הנשמה יכולה לצאת, ששומטין הכר מתחתיו כדי שימות מהרה, שאומרים כי יש במטה נוצות של עופות שגורמין לנפש שלא תצא. וכמה פעמים צעקתי בכרוכיא להסיר המנהג הרע ולא עלה בידי, ורבותי חלקו עלי. והר"ר נתן איש איגרא ז"ל כתב על זה להתיר.

אחר כמה שנים מצאתי בספר החסידים סי' תשכ"ג סיוע לדברי, שכתב שם, ז"ל: "ואם הוא גוסס ואינו יכול למות עד שישימוהו במקום אחר - אל יזיזוהו משם", עד כאן.

אמת, כי דברי ספר החסידים צריך עיון. כי בתחילה כתב, שאם היה איש אחד גוסס והיה אחד קרוב לאותו בית חוטב עצים, ואין הנשמה יכולה לצאת - מסירין החוטב משם, דמשמע היפך ממה שכתב אחר כך.

אלא שיש לתרץ הכי ולומר, דודאי לעשות דבר שיגרום שלא ימות מהרה הגוסס - אסור, כגון לחטוב עצים שם כדי שתתעכב הנשמה לצאת, או לשים מלח על לשונו כדי שלא ימות מהרה - כל זה אסור, כדמשמע שם מלשוננו, וכל כיוצא בזה שרי (= מותר) להסיר הגרמא ההוא. אבל לעשות דבר שיגרום מיתתו מהרה ויציאת נפשו - אסור, והלכך אסור לזוז הגוסס ממקומו ולהניחו במקום אחר כדי שתצא נשמתו. והלכך אסור נמי לשום מפתחות בית הכנסת תחת מראשותיו של גוסס כדי שימות מהרה, כי גם זה ממנהר יציאת נפשו.

ולפי זה אם יש שם דבר שגורם לנפשו שלא תצא - מותר להסיר אותו הגורם, ואין בכך כלום, שהרי אינו מניח אצבעו על הנר, ואינו עושה מעשה. אבל להניח דבר על הגוסס או לטלטלו ממקום למקום כדי שתצא נשמתו מהרה - נראה דודאי אסור, דהא מניח אצבעו על הנר".

על פי הדברים האמורים בספר חסידים ובשלטי גבורים, פסק ר' משה איסרליס, הרמ"א, בהגהותיו (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלט, סעיף א, בהגה) לאמור:

"וכן אסור לגרום למת שימות מהרה, כגון מי שהוא גוסס זמן ארוך ולא יוכל להפרד - אסור להשמיט הכר והכסת מתחתיו, מכח שאומרים שיש נוצות מקצת עופות שגורמים זה, וכן לא יזיזו ממקומו; וכן אסור לשום מפתחות ביהכ"נ תחת ראשו כדי שיפרד.

אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש, כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק, כגון חוטב עצים, או שיש מלח על לשונו, ואלו מעכבים יציאת הנפש - מותר להסירו משם, שאין בזה מעשה כלל, אלא שמשיר המונע."

מתוך הפסיקה האמורה עולה המסקנה כי כל פעולה אקטיבית שיש בה כדי להחיש את מותו של החולה - כגון הנעת גופו של החולה על ידי הזזתו או השמטת הכר מתחת ראשו וכיוצא באלה - אסורה היא. לעומת זאת מותרת היא "הסרת המונע", היינו להימנע מעשיית פעולות מסוימות המקשות על מיתתו ומעכבות את יציאת הנשמה. ובנסיבות מסוימות, שבהן יש למנוע הארכת יסוריו וסבלו של החולה, לא רק מותר אלא אף אסור לנקוט בפעולות המעכבות את מותו הטבעי, כדברי בעל ספר חסידים, בסימן רלד הנ"ל: "ואין צועקים עליו בשעת יציאת הנשמה כדי שלא תחזור הנשמה ויסבול יסורים קשים" (וראה ד"ר שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית כרך ד', ערך "רצח מתוך רחמים", עמ' 23-29).

במשמעות פרטי הדברים האמורים לעיל, נחלקו חכמי ההלכה בדורות שלאחר מכאן, ולא כאן המקום להאריך בכך (וראה ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שלט, סעיף קטן ד). אחד הקשיים הגדולים ביישום הדברים נובע מהעובדה שהדוגמאות המובאות במקורות הנ"ל, ובמקורות נוספים, יש להן, בעיקרן, אופי של סגולות ואמונות שרווחות היו באותם ימים. התפקיד שעמד בפני חכמי ההלכה בדורנו היה, איפוא, להעביר ולתרגם דוגמאות אלה לאמצעים הנקוטים ומקובלים ברפואה המודרנית בימינו, דבר שהוא עצמו הביא לחילוקי דעות נרחבים.

דרך משל, בדבריו של הרב חיים דוד הלוי, רבה הראשי של תל-אביב - יפו, ניתוק חולה שאפסו סכוייו לחיות ממכונת הנשמה מלאכותית (פורסם בתחומין, כרך ב, התשמ"א, עמ' 297), מצוי דיון במקורות שעמדנו עליהם, ולקראת סיומם של דבריו נאמר לאמור:

"ברור שלא כתבנו כל הנ"ל כדי לברר דין נוצות שבכר וגרגיר מלח, אלא שדין הגרגיר שמותר להוציאו מלשון הגוסס, הוא הדמיון השלם למכונת הנשמה מלאכותית. כי היתר הוצאת גרגיר המלח הוא מוסכם ופשוט לדעת כל הפוסקים ללא שום חולק, ונתבאר עיקר הטעם מפני שאין זה אלא הסרת המונע. וכבר נתבאר כמוכן שגרגיר מלח זה הושם בלשון החולה כנראה כדי להאריך את חייו תוך תקוה למצוא מרפא למחלתו (עיין בבית לחם יהודה שעל גליון השו"ע). ועתה כאשר רואים אותו גוסס, וגרגיר המלח מאריך יסורי גסיסתו, מותר לסלקו. מעתה הרי מכונת הנשמה היא דומה בדומה ממש, שחולה זה כאשר הובא אל בית החולים במצב מסוכן קשרו אותו מיד אל מכונת ההנשמה, והחייווהו חיים מלאכותיים כדי לנסות לטפל בו ולרפאו. וכאשר נוכחים הרופאים לדעת שאין מזור למכתו, הרי פשוט שמותר לנתק את החולה מן המכשיר אליו חובר.

והדבר מותר מכל שכן. שהלא החולים שעסקנו בהם בהלכה הם עדיין נושמים בכוחות עצמם, ואף על פי כן כיון שרואים שנפשם רוצה לצאת אלא שאותו גרגיר מלח מעכב, מותר לסלקו ולאפשר להם למות. כל שכן בזמנינו, שאותו חולה הקשור למכונת הנשמה אין

ביכולתו לנשום כלל בכוחות עצמו וכל חייו באים לו רק מכח מכונה זאת... שכן חולים הקשורים למכונת הנשמה הם חסרי הכרה בחינת צמח.

אלא שעוד יותר נראה לעניות דעתי, שאם גם ירצו הרופאים להמשיך ולהחיותם בעזרת מכונת הנשמה אינם רשאים לעשות כן. שהלא כבר נתבאר שאסור להאריך חייו של גוסס באמצעים מלאכותיים, כגון לשים מלח על לשונו או לחטוב עצים כאשר אין יותר סיכויים לחייו. אמנם, בהלכה מדובר בגוסס החי בכוחות עצמו ולכן גם יסוריו גדולים, מה שאין כן בנדון דידן שאין הוא מרגיש שום כאב וצער. אף על פי כן נראה לעניות דעתי שלא זו בלבד שמותר לנתקו ממכונת ההנשמה, אלא שיש גם חובה לעשות כן, כי הלא נפשו של אדם שהיא קנינו של הקדוש ברוך הוא, כבר נטלה הקדוש ברוך הוא מאדם זה, שהרי מיד בסילוק המכונה ימות. ואדרבא, על ידי ההנשמה המלאכותית אנו משאירים בו את נפשו וגורמים לה (לנפש ולא לגוסס) צער שאין היא יכולה ליפרד ולשוב למנוחתה.

ולכן נראה לעניות דעתי, שמותר לכם כאשר באתם לכלל החלטה ברורה שאין עמה שום ספק ופקפוק שאין יותר סיכוי לאדם זה להתרפא, לנתק אותו ממכונת ההנשמה, ותוכלו לעשות זאת ללא שום נקיפת מצפון.

וה' רופא כל בשר יעמוד לימינכם ויעזור לכם להביא מזור ומרפא לכל הזקוקים לכך".

ובדומה לכך ראה תשובתו של הרב אליעזר ולינברג, מגדולי הפוסקים בדורנו בהלכות רפואה והלכה, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פט.

33. מהו גדרו של "גוסס" שלגביו מותר "להסיר את המונע"? יש המצמצמים את המונח "גוסס" שבהלכה לתקופה מוגדרת, עד כדי כך שמדובר בתקופה של סיכוי לחיים לתקופה שאינה עולה על שבעים ושנים שעות (ראה J. David Bleich, *Judaism and Healing, Halakhic Perspectives*, 1981, p. 141). לדעת הרב בלייך, ההבחנה בין החשת מוות אקטיבית, שאסורה, לבין מעשה פאסיבי, "הסרת מונע", שמותר, אינה חלה אלא במצב שהחולה הוא בבחינת גוסס, היינו לכל היותר למשך תקופה של שבעים ושנים שעות לפני פטירתו (שם, עמ' 140). דעה זו היא דעת מיעוט. לעומתה, יש המרחיבים את עקרון "הסרת המונע" ומחילים אותו לא רק לענין גוסס, אלא לענין כל "חולה שהרופאים אומרים עליו נואש ושהוא בודאי בן מוות". גישה זו מצויה, דרך משל, בדבריו של הרב עובדיה הדאיה המנוח, שכיהן כחבר בית הדין הרבני הגדול בישראל. דבריו מאלפים הם ומן הראוי לעיין בעיקרם (שו"ת ישכיל עבדי, חלק יורה דעה, סימן מ). תחילה מביא הוא את דעת השואל הפונה אליו:

"הנה, כבוד תורתו כתב לחלק בין אם עושה מעשה בידים, כגון ההיא שכתב רמ"א ביורה דעה, סימן של"ט, סעיף א, לשמוט הכר מתחתיו וכו'; לשים מפתחות בית הכנסת תחת ראשו וכו'; אבל אם מסיר המניעה המעכבת יציאת הנפש - מותר. ומזה רצה ללמוד בנדון דנן, שאינו עושה מעשה בידים רק בשב ואל תעשה, מותר למנוע וכו'. ושוב

כתב לחלק, בין אם החולה כבר הגיע ליציאת נשמה, או גוסס דרוב גוססין למיתה; לא כן בנדון דנן, שאינו גוסס ואינו בשעת יציאת נשמה אפשר שגם מסירת המניעה לקרב מיתתו אסור, וצריך לתת לו האינסולין, כל זמן שאינו גוסס."

בתחילת דבריו מבחין השואל בין המתה בידים, היינו אקטיבית, שהיא אסורה, לבין "הסרת המונע", היינו אותונזיה פאסיבית, שהיא מותרת. המדובר הוא בענין זריקת אינסולין, שאי-מתן הזריקה, שתגרום למותו של החולה, היא בגדר "הסרת מונע". אך בסוף דבריו בא השואל למסקנה שמאחר והחולה, בו מדובר, לא היה במצב המוגדר כגוסס ולא בשעת יציאת נשמה, אסור לקרב את מיתתו גם על ידי "הסרת מונע". בתשובתו, חולק הרב הדאיה על החלק השני שבדברי הפונה אליו:

"לא זכיתי לעמוד על סוף דבריו. אם הנדון הוא בחולה שהרופאים אומרים עליו נואש ושהוא ודאי בן מוות, וסובל יסורין נוראים, איך מצב כזה לא יתייחס ביחס גוסס? אם בגוסס שהוא כחי לכל דבריו בכל זאת מתירין בו הסרת המניעה, כל שכן בנדון כזה, שכל הרופאים אומרים עליו שהוא בן מוות ודאי, שהוא יותר מגוסס, איך לא נתיר לו הסרת המניעה? שאף שקיימא לן (= מקובל בדינו): 'לעולם אל יתייאש אדם מן הרחמים', הרי התירו בגוסס הסרת המניעה אף שהוא כחי לכל דבריו, ולא אסרנו משום הטעם ד"אל יתייאש אדם מן הרחמים".

והדבר פשוט. דזה שאמרו "אל יתייאש אדם מן הרחמים", היינו לענין בקשת הרחמים לחוד, שעל האדם להמשיך בבקשת רחמים על החולה, אפילו עד טיפה האחרונה, אולי יקרה איזה נס, ותתקבל תפילתו. אבל האדם יראה לעינים, ואם באמת רואים כי אפסה תקות החיים ממנו, ואנו רואים שהוא סובל יסורין גדולים, ודאי שאין לסמוך על הנס, להוסיף לו עוד צער על ידי מיני רפואות, שזה הוי כעושה בידים לצער. וטוב יותר להיות בשב ואל תעשה, לא לצערו בידים על ידי הרפואה, ולסמוך על רחמי שמים שהוא מחיה חיים. אבל לסמוך על הנס לצערו בידים, דבר זה לא אמרו אדם מעולם".

ואשר על כן חולה סופני, שהוא במצב שודאי סופו למות, הסובל יסורים קשים, מותר להימנע מלהזריק לו את זריקת האינסולין, שאין להוסיף על יסוריו עוד צער של מתן תרופות, וזהו "כעושה בידים לצער", היינו גרימת צער אקטיבית האסורה במצב מיוחד זה.

הדברים ו"המשוואה" מאלפים. כשם שאסור להקדים את המוות הטבעי על ידי טיפול שיש בו משום החשת מוות באופן אקטיבי, בידים, כך אסור מתן טיפול לחולה סופני שודאי סופו למות, כשהטיפול מיסב עמו סבל ויסורין, ויש בכך משום גרימת סבל ויסורין אקטיבית, גרימת צער בידים.

והרב ר' שלמה זלמן אויערבאך פוסק לאמור (מנחת שלמה, סימן צא, ענף כד):

"רבים מתלבטים בשאלה זו של טיפול בחולה גוסס.

יש סוברים דכשם שמחללים שבת עבור חיי שעה כך חייבים להכריח את החולה על זה כי הוא אינו בעלים על עצמו לוותר אף על רגע אחת.

אך מסתבר שאם החולה סובל מכאבים ויסורים גדולים או אפילו סבל נפשי חזק מאוד, חושבני שאוכל וחמצן לנשימה חייבים ליתן לו גם נגר רצונו, אבל מותר להמנע מתרופות הגורמות סבל לחולה אם החולה דורש את זה.

34. וכך פסק ר' משה פיינשטיין, מגדולי המשיבים בדורנו, ונציין לשלוש תשובות הימנו. בתשובה האחת (שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק שני, סימן קעד), נדונים ענינים שונים הקשורים לנושא השתלת הלב. בין היתר נדונה השאלה (שם, ענף ג) - "בדבר שעושין הרופאים, לקיים (= להחזיק בחיים) את מי שרוצים ליטול ממנו איזה איבר, שיחיה (= התורם) אף שלא היה ראוי כבר לחיות, (= וזאת) על ידי אמצעים מלאכותיים עד שיהיה מוכן להשתיל בחולה".

השאלה היא, איפוא, אם מותר להאריך את חיי החולה התורם את האיבר - למרות שבדרך הטבע אינו ראוי לחיות והארכת החיים נעשית באופן מלאכותי לזמן קצר בלבד - וזאת כדי שהאיבר יוכל להישתל, במועד הנכון, בגופו של מי שמקבלו. על כך באה תשובת הגר"ם פיינשטיין:

"נראה לעניות דעתי, דכיון שאינו לרפאותו אלא להאריך חייו איזו שעה, אם חיי השעה שיחיה על ידי האמצעים של הרופאים יהיה ביסורים - אסור. דמסתבר דזהו הטעם שמותר להסיר דבר המעכב יציאת הנפש... משום היסורים.

...וכיון שאסור לעשות זה בשביל חיי עצמו כל שכן שאסור לעשות זה בשביל חיי אחרים.

ומה שיאמרו הרופאים שאינו מרגיש כבר ביסורין אין להאמינם, כי אפשר לא שייך שידעו זה. דהא משמע שעכוב יציאת הנפש הוא ביסורים אף שלא ניכר לנו.

וגם אם האמת שלא יהיה לו יסורין, הרי יהיה אסור להפסיק הרפואה ממי שרוצים ליטול ממנו האיבר, מאחר דיאריכו חייו אף רק לשעה, ולכן ברור שאסור לעשות זה".

הארכת חיים לשעה, אצל מי שבדרך הטבע אפסו סיכוייו לחיות, והחיים המוארכים יהיו ביסורין, הארכת חיים זו אסורה היא, שהרי זהו הרעיון מאחרי העקרון של "הסרת המונע", שמדובר במי שחייו מוארכים על ידי גורם מסוים שמונע יציאת הנשמה, שאזי מותר להסירו.

בנושא האמור דן ר' משה פיינשטיין במקרה שכל כולה של הארכת החיים לא נועדה אלא למען הזולת, כדי להשתיל בו את הלב של החולה שחייו מוארכים, ולא למען החולה עצמו. בתשובה הבאה בא ר' משה פיינשטיין לאותה מסקנה עצמה גם במקרה שהארכת החיים, בדרך מלאכותית, נעשית למען החולה עצמו ולא לצרכי אדם אחר.

בתשובה זו (אגרות משה, חושן משפט, חלק שני, סימן עג, ענף א) נשאל ר' משה פיינשטיין על ידי שני רופאים - "אם יש אנשים חולים כאלו, שאין ליתן להם איזה מיני רפואות להאריך חייהם קצת יותר".

תחילה דן ר' משה פיינשטיין במקורות שבתלמוד ובמפרשים, מהם עולה שיתכן - "לפעמים, שצריך לבקש רחמים על החולה שימות, כגון שמצטער החולה בחליו הרבה, ואי אפשר לו שיחיה".

ומתוך כך הוא ממשיך ואומר:

"ובאינשי כי האי גוונא (= ובאנשים כאלה), שהרופאים מכירין שאי אפשר לו להתרפאות ולחיות, ואף לא שיחיה כמו שהוא חולה בלא יסורין, אבל אפשר ליתן לו סמי רפואה להאריך ימיו כמו שהוא נמצא עתה ביסורין - אין ליתן לו מיני רפואות אלא יניחום כמו שהם.

כי ליתן להם סמי רפואה שימות על ידי זה, וכן לעשות איזה פעולה שיגרום לקצר אפילו לרגע אחד, הוא בחשיבות (= נחשב) שופך דמים. אלא שיהיו בשב ואל תעשה.

אבל אם איכא (= אם יש) סמי מרפא שיקילו היסורין ולא יקצרו אף רגע מחייו, צריך לעשות כשעדיין אינו גוסס.

וחולה מסוכן שאינו יכול לנשום צריך ליתן לו חמצן (אקסידוזשען) אף שהוא באופן שאי אפשר לרפאותו, שהרי הוא להקל מיסוריו, דהיסורין ממה שאי אפשר לנשום הם יסורים גדולים והחמצן מסלקן. אבל כיון שלא יהיה ניכר אם ימות, צריך להניחו בחמצן קימעה קימעה, שיהיה כל פעם לשעה אחת או שתיים, וכשיכלה החמצן, יראו אם חי הוא עדיין - יתנו עוד חמצן לשעה או שתיים, וכן כל הזמן, עד כשיראו אחר שכלה החמצן איך שהוא מת.

ובאופן זה לא יהיה שום מכשול לחשש איבוד נפשות ולא להתרשלות ברפואתו אפילו לחיי שעה הקצרה ביותר".

מתן תרופות שיש בהם לקצר את חיי החולה, "אפילו לרגע אחד", היינו אותונזיה אקטיבית, דינה כדין שפיכות דמים, ואסורה. אבל חולה סופני, שאינו יכול להתרפא, אין להאריך את חייו על ידי תרופות או טיפול אחר, אם חיים מוארכים אלה יהיו מלווים ביסורין כפי שהוא סובל עתה. אבל חמצן צריך לספק לחולה זה, שהרי יש בכך כדי להקל על יסוריו.

בקשר לתשובה אחרונה זו, שכאמור הופנתה לר' משה פיינשטיין על ידי שני רופאים, אנו קוראים בתשובה נוספת (שם, סימן עד, ענף א), כי נתבקש לתת -

"ביאור נוסף על התשובה שכתבתי לד"ר רינגל וד"ר יעקובוביץ (נרפסה לעיל, סימן עג). ובאמת לא ראיתי הנחיצות ליתר ביאור בזה, שלא היה מובן לי היכן ראה כבוד תורתו מקום ששייך לטעות. שהרי הדין שכתבתי הוא דין מבואר ופשוט, שאם אין יודעין הרופאים שום רפואה לא רק לרפאותו אלא אף לא להקל היסורין, אלא להאריך קצת חייו כמו שהן בהיסורין, אין להם ליתן רפואות כאלו".

ומוסיף הוא הנחיות וכללים עקרוניים:

"אבל פשוט, שאם יועילו הרפואות עד שיוכלו להשיג רופא גדול מהנמצאים אצל החולה, שאפשר שעל ידי זה שיתארכו חייו ישיגו רופא שאפשר שידע רפואה לרפאותו - יש ליתן רפואה זו אף שלא מועילה להקל היסורין אלא להאריך חייו כמו שהן בהיסורין עד שיוכלו להביא הרופא ההוא.

ואין צריכין לשאול להחולה על זה, ואף אם החולה אינו רוצה אין לשמוע לו. אבל יש להשתדל שירצה החולה, שלהביא רופא בעל כרחו יש גם כן סכנה. אבל אם אינו רוצה בשום אופן שיביאו רופא, אין לשמוע לו".

ובכמו כן -

"ופשוט שאף רופאים מומחים גדולים, כשאין יודעין לרפאות מחלה זו שיש בהחולה אין להם ליתן רפואות שאין מרפאין ולא מקילין היסורין ואין מחזיקין כח החולה שיוכל לסבול. ורק אם נשקט רוחו דהחולה במה שיתן לו הרופא איזה דבר צריך ליתן לו..."

אבל אין לסמוך אפילו על רופאים הרבה (= שאומרים) שלא תועיל שום רפואה בעולם, אלא צריך להביא כל הרופאים שאפשר, אף רופאים קטנים מאלו שהיו אצל החולה. כי לפעמים מכווין רופא קטן יותר מהגדולים.

כי אף בענינים אחרים מצינו שלפעמים לפום חורפא שבשתא (= כגודל החרירות גודל השבוש - בבא מציעא, צו, ב). שדבר פשוט נעלם מחכם יותר גדול, וחכם קטן ממנו נתכווין לדין האמת. וגם בעניני רפואה שייך זה עוד יותר. ובפרט ברופאים שלא כל כך ברור לעלמא מי הוא הגדול, וגם לאו מכל רופא אדם זוכה להתרפאות".

עד כאן בדיני רופאים, בחירתם וריבוי התייעצויות עמם. ומכאן עובר ר' משה פיינשטיין לדון במשמעות שיש לתת לתשובתו הקודמת באשר למקרים שמותר להימנע מהארכת חיי החולה מפאת "איכות חייו":

"אחר כך נודע לי שכוונת כבוד תורתו היה, שאולי שמאחר שבדין זה אנו אומדין "איכות החיים" ומתירין בשב ואל תעשה שלא לרפאות חולה, יש אולי לחוש... שיקחו זה כמקור שיכולים להוסיף עוד חילוקים ב"איכות החיים", לומר שאין צריך לרפאות אחד שרחמנא ליצלן הוא שוטה, או אחד שרחמנא ליצלן היה באסון והוזק ונעשה כדומם, וכדומה.

והנה באמת לא ראיתי מקום לטעות בדברי, (=היינו לומר) שליכא (= שאין) חיוב לרפאות למי שהוא שוטה שנחלה, ולמי שאינשי דלא מעלי (=אנשים לא טובים) אומריין על איזה אינשי שאין דעתם כראוי כל כך שהם רק כמו ירק (= צמח), שאין לרפאותן כשנחלו באיזו מחלה כשאין לו יסורין, והריפוי הוא כדי שיהיה בריא ויוכל לחיות זמן הרבה.

דודאי פשוט וברור וידוע לכל בן תורה וירא שמים שמחוייבין לרפאות להציל במה שאפשר, לכל אדם, בלא שום חילוק בחכמתו ובדעתו".

וראה עוד בנושא סוגיתנו מאמרו של הרב צבי שכטר, "אליו הוא נושא את נפשו", פורסם ב - בית יצחק, (נוא יורק, תשמ"ו), עמ' 104 ואילך.

בסוגית האיזון שבין ערך העל של קדושת החיים והחובה לתת ולקבל טיפול רפואי מחד גיסא, לבין העיקרון של איכות החיים, המאפשר, או מחייב, הימנעות מהארכת החיים והזכות של החולה לסרב לקבלת הטיפול הרפואי מאידך גיסא - באיזון זה, העקרון של איכות החיים אינו כולל כל עיקר את השיקול שהחולה הוא פגום בדעתו, כגון שוטה וחסר דעת, או פגום בגופו, כגון משותק או צמח. אכן, מציאות זו של פגם בדעת או בגוף קשה היא כשלעצמה, אך אין היא באה חשבון כגורם בבואנו לאזן את האיזון האמור. בעולמה של הלכה, האיזון הוא בין קדושת החיים מחד לבין הסבל והיסורים של החולה מאידך, לכל אדם באשר הוא וכפי שהוא.

35. כפי שראינו, לדעת חלק מהפוסקים האחרים מותר להימנע מהארכת חיי החולה במקרים של יסורין או סבל נפשי חזק מאוד, אך אין איסור להאריכם; ויש אף הסוברים שחובה להאריך את החיים במקרים מסוימים, כל עוד מוגדר החולה כחי (ראה א' שטיינברג, "נוטה למות", עמ' 56-58).

בתשובתו האמורה של הרב הדאיה נאמר כי יש להימנע ממתן תרופת אינסולין במקרה של חולה סופני הסובל יסורין; ולעומת זאת, כפי שנאמר בתשובות האמורות של הרב משה פיינשטיין, והרב שלמה זלמן אויערבך, יש להמשיך במתן חמצן כדי להקל על נשימתו ועל יסוריו של החולה. נושא זה, על השלכותיו וסוגיו השונים, נדון בתשובות רבות נוספות, ולא כאן המקום להאריך בכך; נסתפק בסיכומו של ד"ר שטיינברג:

"לשיטת הסוברים, שבמצבים מסוימים מותר להימנע מלהאריך חיים, או אפילו שיש איסור לעשות כן - נקבעו מספר הגבלות ותנאים בדלקמן:

באופן עקרוני יש חובה להמשיך בכל הטיפולים הממלאים צרכים טבעיים של החולה, כגון אוכל, שתיה וחמצן; או טיפולים יעילים לסיבוכים שכל חולה אחר היה מקבל אותם, כגון אנטיביוטיקה לדלקת ריאות, או דם למצבי דימום חריף. דבר זה חייבים לעשות גם נגד רצונו של החולה. מאידך, אין חיוב לטפל באמצעים שמיועדים למחלה היסודית, או לסיבוכים קשים שברור שהחולה ימות מהם, ואין הטיפולים באים אלא להאריך את החיים במידת מה, אבל אין כל סיכוי שטיפולים אלו יביאו להחלמה ולריפוי, ובוודאי אם הטיפולים הללו יגבירו את הכאב והסבל, ובוודאי אם אין החולה מסכים לכך. בהגדרות אלו כלולים החייאה, הנשמה, ניתוחים, דיאליזה, כימותרפיה, הקרנות וכיוצ"ב" ("נוטה למות", עמ' 57-58; וראה שם, עמ' 58-64, פירוט מלא לענין סוגי הטיפולים והתרופות, שלבי המחלה הסופנית, והתחשבות ברצון החולה, בסבלו ויסוריו).

36. הבחנה נוספת קיימת במשפט העברי, שאף בה יש כדי לסייע בקביעה מהו טיפול רפואי שהוא בבחינת "הסרת מונע". הרב שלמה זלמן אויערבך, מגדולי הפוסקים בדורנו,

מבחין בין טיפול רפואי שגרתי לטיפול בלתי שגרתי. וכה הם דבריו (מובא ב"נשמת אברהם" מאת ד"ר אברהם-סופר אברהם, חלק יורה דעה, עמ' רמ"ה):

"צריכים להבדיל בין טיפולים הממלאים צרכיו הטבעיים של החולה או המקובלים כשגרתיים, ובין טיפולים שהם מחוץ לגדר השגרה. לכן חולה למשל, הסובל מסרטן שהתפשט בגופו והוא קרוב למיתה, על אף שיש לו יסורים וכאבים קשים, אסור להפסיק לו או למנוע ממנו חמצן או כל מזון, או נוזל מזין אחר, שלהם הוא זקוק. אם הוא סובל מסכרת, אין להפסיק מתן האינסולין כדי שימות מהר יותר. אין להפסיק מתן דם או כל תרופה אחרת, כגון אנטיביוטיקה הדרושה לטיפולו... . אולם מאידך, אין כל חיוב לטפל בחולה כזה, שהטיפול עצמו יגרום לו לסבל רב בנוסף ליסוריו, כשהטיפול הוא מחוץ לגדר השגרה וכשאינן לצפות אלא להארכת חייו במידת מה לא לריפוי מחלתו היסודית, במיוחד אם גם החולה אינו מסכים עקב הכאבים הקשים או הסבל הרב...

וכן חולה שמצבו חסר סיכוי, שהפסיק לנשום או שליבו הפסיק לפעום, אין כל חיוב לנסות להחיותו או להאריך את חייו השעה שלו, אם זה יוסיף יסורים על יסוריו".

חולה שאינו כשיר להבעת רצונו

37. מן הראוי לציין כי בעולמה של הלכה לא מצוי דיון נרחב מיוחד בקשר לאותונוזיה במקרה של חולה שאינו כשיר להביע את דעתו ורצונו (וראה להלן, פסקה 61, ב, 4). נושא שנדון בצורה נרחבת ביותר במערכות משפטיות אחרות. ההסבר לכך מובן ופשוט. במערכות המשפטיות האחרות נקודת המוצא היא האוטונומיה הפרטית של החולה, היינו רצונו של החולה, והמקרים שבהם אין מתחשבים ברצונו של החולה - היינו המקרים, כפי שמכונים הם במשפטה של ארצות הברית - כפי שנעמוד על כך בהמשכם של דברים - שבהם יש Compelling State Interests - הם הסייגים והיוצאים מן הכלל. משום כך צורך יש בדיון מיוחד כיצד ובאיזו דרך נוכל לעמוד על רצונו של החולה במקרה שהוא במצב שאינו כשיר, מי יביע את רצונו, וכיצד באלה. לעומת זאת העקרונות שעל פיהם מוכרעת השאלה בעולמה של הלכה הם, בעיקרו של דבר, עקרונות-על אובייקטיביים של קדושת החיים, יסוריו וסבלו של החולה, הבחנה בין אותונוזיה אקטיבית לפאסיבית, הסכמתו או סירובו של החולה המסוים שבפנינו, וכיצד באלה, ובאלה יש להכריע על פי דרכי הפסיקה שבעולמה של הלכה, לפי קנה המדה של דרכיה דרכי נועם והכרעה לפי הסברא והשכל הישר, משימה שמוטלת היא, בראש וראשונה, על הפוסק, על הרופא והגורמים האחרים שעמדנו עליהם (וראה תשובתו של ר' משה פיינשטיין, שדנה באיכות חייו של "צמח", שהובאה על ידינו לעיל).

ערכי מדינה יהודית - סיכום

38. בעולמה של יהדות, פועלים בסוגיה גדולה, קשה וסבוכה זו של הלכה ורפואה כמה וכמה ערכי-על ועקרונות יסוד. קדושת חיי האדם על יסוד עקרון-העל של בריאת האדם בצלם אלוהים. הכלל הגדול של ואהבת לרעך כמוך. מניעת סבל ויסורין. חובתו של

הרופא לרפא ושל החולה להתרפא, וזכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי. כלל הפסיקה של דרכיה דרכי נועם, וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים לסברא ולשכל הישר. וכללים נוספים, כיוצא באלה, שעמדנו עליהם לעיל.

נקודת המוצא לסוגיה גדולה, קשה וסבוכה זו של הלכה ורפואה הוא ערך-העל של קדושת חיי האדם. ערך-על זה יסודו, כאמור, בעקרון-העל של בריאת האדם בצלם אלוקים, על כל המתחייב ומשתמע מכך. אשר על כן, לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מדה של ערך האדם; דינו של פגום בגופו כדינו של שלם בגופו, ודינו של לקוי בנפשו כדינו של בריא בנפשו, ואין מורדים מידתה ושיעורה של בריאות הגוף והנפש. וכן לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מדה של אורך חיי האדם, חיי שעה דינם כחיים ארוכים, וגם הנר המטפטף הריהו בוער ומאיר. אשר על כן, החשת מוות אקטיבית, קיצור חיי אדם באופן פעיל, גם אם בשם המתת חסד

תיקרא, אסורה היא בתכלית האיסור, גם אם היא נעשית לפי בקשתו של החולה. החובה הגדולה היא, במצב דברים זה, לשכך את הסבל והיסורים של החולה, בכל דרך אפשרית שהיא.

שונה הוא מצב הדברים משמדובר באוטונומיה פאסיבית, באי-הארכת החיים, כפי שמכונה הוא בעולמה של הלכה - "הסרת המונע". אוטונומיה פאסיבית מותרת, ולדעת חלק מן הפוסקים אף מחוייבת, מתוך התחשבות בערך-העל של מניעת סבל ויסורין, גופניים ונפשיים, רצונו של החולה, החומרה שבכפיית טיפול רפואי בניגוד לרצונו של החולה, סוגי הטיפול השונים - שיגרתיים או לא שיגרתיים, טבעיים או מלאכותיים - ועוד.

וכן הוא לענין הסכמת החולה לטיפול הרפואי. באופן עקרוני הטיפול הרפואי חובה הוא על הרופא ועל החולה, וחובה זו קיימת בראש ובראשונה כאשר הטיפול הרפואי בא להציל מסכנת מוות. פרט למקרים מיוחדים אלה של הצלה מסכנת מוות מיידית, נוספו לעקרון זה סייגים במקרים שונים, שהלכו ורבו בדורנו, שבהם דרושה הסכמת החולה, ואין לבצע טיפול רפואי בניגוד לרצונו. האוטונומיה של הפרט, מצויה היא במשפט העברי, במקרים רבים ומגוונים שעמדנו עליהם, שבהם דרושה הסכמתו של החולה לטיפול הרפואי ושבהם נתונה לו הסמכות לסרב לקבלת הטיפול הרפואי. כפי שראינו, מושג זה התפתח במידה רבה, בעולמה של הלכה דרך פסיקתם של פוסקים, עקב ומתוך ההתפתחות העצומה שחלה בדורותינו באמצעים העומדים לרשות מלאכת הרופא והרפואה, והתמודדותם של חכמי ההלכה עמהם. לעתים מזומנות יש שלא דעתו של הרופא קובעת בענין יסוריו של החולה אלא דעתו של החולה המטופל, שאסור "לצער בידים", וחשיבות רבה נודעת להשפעה שיש על החולה בעצם הטיפול שנעשה שלא בהסכמתו: "שעצם מה שכך מכריחים אותו, יגרום לו סכנה". כך דרכה של הלכה, שמתפתחת ויוצרת היא תוך כדי ובמהלך פסיקתה.

בכל השאלות האלה וכיוצא בהן, עדים אנו לפסיקה הלכתית הולכת וגוברת, הולכת ומתרבה, בה מצויים חילוקי דעות הלכתיים לא מעטים בשאלות קשות ונוראות אלה של היחס בין קדושת החיים לבין מניעת סבל ויסורין, גופניים או נפשיים, על כל השלכותיהן וגווניהן, כרגיל וכמקובל בעולמה של הלכה.

ערכיה של מדינה דמוקרטית בנושאי סוגיתנו

39. משבאנו לכאן, ולאחר שעמדנו על ערכיה של מדינה יהודית בסוגית דיונונו, שומה עלינו לעמוד ולעיין, בפרטי נושא זה, לפי ערכיה של מדינה דמוקרטית. לשם כך נעיין במצב הקיים בשתי ארצות הנמנות על הדמוקרטיה המערבית; האחת - ארצות הברית שביבשת האמריקאית, והשניה - הולנד שבקונטיננט האירופי.

ארצות הברית

הזכות לסרב לטיפול רפואי

40. במערכת משפטה של ארצות הברית, מוכרת זכותו של חולה לסרב לטיפול רפואי, בסייגים עליהם נעמוד להלן. ההכרה המשפטית בזכות זו עברה מספר שלבים. בעניינה של קארן קוינלאן (Matter of Quinlan 355 A.2d. 647 (1976) נדונה הזכות לפרטיות במקור המשפטי לזכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי.

קארן קוינלאן היתה בת 21 כאשר פסקה נשימתה לפרק זמן ניכר. בשל המחסור בחמצן, סבלה קארן מנזק מוחי חמור, והיא נקלעה למצב של Persistent Vegetative State ("צמח"). חלפה שנה מתום האירוע, וקארן נותרה במצב וגטיבי, כשהיא מחוברת למכונת הנשמה וניזונה באמצעות צינור הזנה. אביה של קארן, לאחר שנועץ בכומר שלו, ביקש לנתק את קארן ממכונת ההנשמה. בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי נעתר לבקשה באומרו:

"We have no hesitancy in deciding... that no external compelling interest of the State could compel Karen to endure the unendurable, only to vegetate a few measurable months with no realistic possibility of returning to any semblance or cognitive or sapient life" (ibid, at p. 663).

כאמור, בית המשפט ראה את הזכות לפרטיות במקור המשפטי לזכותה זו של קארן:

"Although the Constitution does not explicitly mention a right of privacy, Supreme court decisions have recognized that a right of personal privacy exists and that certain areas of privacy are guaranteed under the Constitution. **Eisenstadt v. Baird** 405 U.S 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L.Ed.2d 349 (1972); **Stanley v. Georgia**, 394 U. S.557, 89 S. Ct.1243, 22 L.Ed.2d 542 (1969). The Court has interdicted judicial intrusion into many aspects of personal decision, sometimes basing this restraint upon the conception of a limitation of judicial interest and responsibility, such as with regard to 77 contraception and its relationship to family life and decision. **Griswold v .Connecticut**, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed. 2d 510 (1965).

"The Court in **Griswold** found the unwritten constitutional right of privacy to exist in the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights "formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance." 381 U.S. at 484, 85 S. Ct. at 1681, 14

L.Ed.2d at 514. Presumably this right is broad enough to encompass a patient's decision to decline medical treatment under certain circumstances, in much the same way as it is broad enough to encompass a woman's decision to terminate pregnancy under certain conditions. *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 153, 93 S.Ct. 705, 727, 35 L.Ed 2d 147, 177 (1973). (ibid).

הזכות לפרטיות אינה מופיעה במפורש בחוקה האמריקאית, ולפיכך ביקשו בתי המשפט מקור משפטי נוסף לזכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי. בפרשת *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417 (1977) (סייקביץ) ביסס בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס את זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי הן על הזכות לפרטיות והן על הדוקטרינה של הסכמה מדעת או הסכמה מודעת (informed consent), שיסודה במשפט מקובל (common law). וכך כבר נאמר על ידי השופט *Schloendorff v. Society of New York, Hospital* (1914) 105 NE - Cardozo : 92, at 93:

"Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages".

בפרשת *סייקביץ*, כאמור, שימשה דוקטרינה זו, ביחד עם הזכות לפרטיות, כמקור המשפטי באמצעותו התיר בית המשפט להפסיק מתן טיפולים כימותרפיים לחולה לוקמיה בן 67, אשר סבל מפגור שכלי.

לעומת זאת, בענין *סטוראר* (Matters of Storar N.E.2d 64 (1981) 420), סרב בית המשפט לערעורים של ניו יורק לבסס את הזכות לסרב לטיפול רפואי על הזכות לפרטיות, אלא הסתפק בביסוס הזכות על דוקטרינת ההסכמה מדעת. כך היה גם בפרשת *אייכנר* (נדון ביחד עם פרשת *סטוראר*), שם אישר בית המשפט ניתוקו ממכשירי ההנשמה של קשיש, אשר במהלך ניתוח שבר קיבל התקף לב והפך לצמח.

בשנת 1985, אותו בית משפט אשר דן בענינה של קארן קוינלאן, משנדרש לשוב לסוגיה זו בפרשת *Conroy*, קבע כי מקורה המשפטי העיקרי של הזכות לסרב לטיפול רפואי הוא בדוקטרינת ההסכמה מדעת, אם כי יתכן שגם הזכות לפרטיות נוגעת לענין:

"While this right of privacy might apply in a case such as this, we need not decide that issue since the right to decline medical treatment is, in any event, embraced within the common-law right to self-determination". (In re Conroy, 486 A.2d 1209, (1985) 1223; (ההדגשה שלי - מ' א')

וכן בענין *לונגווי* (In re Estate of Longeway, 549 N.E.2d. 292, 1989), העדיף בית המשפט העליון של מדינת אילינוי לבסס את הזכות לסרב לטיפול רפואי על דוקטרינת ההסכמה מדעת ולא על הזכות לפרטיות:

"Lacking guidance from the Supreme Court, we decline to address whether Federal privacy guarantees the right to refuse life sustaining

medical treatment...In the present case, we find a right to refuse life-sustaining medical treatment in our state's common law and in provisions of the Illinois Probate Act." (ibid. at 297).

המפנה בביוסוסה המשפטית של הזכות לסרב לטיפול רפואי חל משהגיע הנושא, לראשונה, לבית המשפט העליון של ארצות הברית, בפסק הדין

Cruzan v. Director Missouri Department of Health 110 S.Ct. 2841 (1990).

ננסי קרוזאן היתה כבת 30 כאשר איבדה את הכרתה בעטייה של תאונת דרכים, והפכה ל"צמח". מערכות הנשימה והדופק שלה המשיכו לפעול באופן עצמאי, אך תפקודה המוחי נפגע קשה. הרופאים העריכו כי תוחלת חייה של ננסי יכולה להגיע ל - 30 שנים, אך משהסתבר להוריה כי אפס כל סיכוי שתשוב להכרתה, ביקשו לנתק מאמצעי ההזנה המלאכותית שהזינו אותה. משהגיע הענין לבית המשפט העליון של ארצות הברית היתה ננסי במצב של "צמח" במשך תקופה של 7 שנים.

בית המשפט העליון עמד על כך שבתי המשפט המדינתיים למדו על קיומה של הזכות לסרב לטיפול רפואי מדוקטרינת ההסכמה מדעת או מהזכות לפרטיות או משתיהן גם יחד (שם, בעמ' 2847); אך בית המשפט העליון בחר לבסס את הזכות בתיקון ה - 14 לחוקה האמריקאית אשר זו לשונו:

"Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law." (ההדגשה שלי - מ' א')

וכך זכתה הזכות לסרב לטיפול רפואי לעיגון חוקתי מפורש.

ב. הסייגים לזכות לסרב לטיפול רפואי

41. ההכרה בזכות לסרב לקבלת טיפול רפואי אינה מוחלטת, ומצויות לה הגבלות. וכך אמר בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Jacobson:

"...the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good. On any other basis organized society could not exist with safety to its members. Society based on the rule that each one is a law unto himself would soon be confronted with disorder and anarchy." **Jacobson v. Massachusetts** 197 U.S. 11 (1905), at 26.

וכן בפרשת קרוזאן, לצד ההכרה בזכות לסרב לטיפול רפואי, הבהיר בית המשפט העליון של ארצות הברית כי הזכות היא זכות יחסית:

"But determining that a person has a "liberty interest" under the Due Process Clause does not end the inquiry; whether respondent's constitutional rights have been violated must be determined by

balancing his liberty interests against the relevant state interests."
Cruzan at p.2851-2852.

יחסיותה של הזכות לסרב לטיפול רפואי מתבטאת בכך שהיא עשויה לסגת בשל ארבעה אינטרסים המכונים בשם "Compelling State Interests". ואלו הם: האינטרס בשמירה על חיי האדם, האינטרס במניעת התאבדות, האינטרס בהגנה על מקצוע הרפואה, והאינטרס בהגנה על צדדים שלישיים תמימים התלויים בחולה.

בטרם נדון, בקצירת האומר, בטיבם של אינטרסים אלו, הערה עמדי. השימוש בביטוי "Compelling State Interests" צורם הוא במידת מה. ראוי להפנות בהקשר זה לדברים שאמרנו, מענין לענין באותו ענין, לתופעה שמקובלת היתה במזרח הקדום באשר לשעבודו של החייב כעבד למלוה בשל אי-תשלום חוב. לפי המשפט העברי שעבוד זה אסור היה בתכלית האיסור, מכוחו של עקרון חירות האדם שנברא בצלם, ואף הכניסה לביתו של החייב לשם גביית החוב אסורה היתה. לעומתו, כאמור, חוקי המזרח הקדום התירו השתעבדות זו, אולם חריג נמצא לכך:

"מעניינת היא הידיעה, הנמסרת לנו על ידי הסופר היווני דיודורוס (Diodorus), על הוראותיו של המלך המצרי בוככוריס (Bocchoris) בסופה של המאה השמינית לפני הספירה, בדבר ביטול העבדות על חוב. "מאלפת" היא הנמקתו של דיודורוס לכך: בניגוד לרכושו של אדם שמיועד לתשלום חובותיו - "הרי גופותיהם של האזרחים צריכים להיות שייכים למדינה, למען תוכל המדינה להפיק תועלת מן השרותים שאזרחיה חייבים לה, הן בימי מלחמה והן בימי שלום" (ראה במפורט, מ' אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (תשכ"ד) 7, וההערות, שם" (בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 עמותה נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מז(4) 715, בע' 735).

הנמקה זו לביטול זכותו של בעל החוב להשתעבד בגופו של החייב - משום שגופו שייך למדינה - צורמת היא את האוון. ומשהו מצרימה זו מצוי בביטוי של ה-State Interest לשמירה על חיי האדם, וכיוצא בכך.

42. האינטרס שבשמירה על חיי אדם הוכר כאינטרס החשוב ביותר מבין האינטרסים המצדיקים להגביל את זכות החולה לסרב לטיפול רפואי. וכך נאמר על אינטרס זה בענין קרוזאן, בעמ' 2843:

"We think a state may properly decline to make judgments about the "quality" of life that a particular individual may enjoy, and simply assert an unqualified interest in the preservation of human life to be weighed against the constitutionally protected interests of the individual."

ובענין סייקביץ (בעמ' 425) נאמר:

"It is clear that the most significant of the asserted state interests is that of the preservation of human life"

וראה גם:

Foody v. Manchester Memorial Hospital, 482 A.2d 713, at p 718 (1984); **In re Spring** 405 N.E. 2d 115, (1980) at p 123 ;(**In re Conroy** 486 A.2d 1209, (1985) at p 1223.

בבואו לאון בין האינטרס שבשמירה על חיי אדם לבין זכות של האדם לסרב לטיפול רפואי ישקול בית המשפט את מידת הפלישה לגופו של החולה, הדרושה לשם הטיפול הרפואי, ואת הסיכוי להצלחת הטיפול. ככל שמידת הפלישה לגופו של החולה גדולה יותר והסיכוי להצלחת הטיפול קטן יותר, כן תקטן נטיית בית המשפט לכפות על החולה את הטיפול; וכן היפוכם של דברים. כדברי בית המשפט בעניינה של קארן קויינלן:

"The nature of Karen's care and the realistic chances of her recovery are quite unlike those of the patients discussed in many of the cases where treatments were ordered. In many of those cases the medical procedure required (usually a transfusion) constituted a minimal bodily invasion and the chances of recovery and return to functioning life were very good. We think that the state's interest **Contra** weakens and the individual's right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and the prognosis dims. Ultimately there comes a point at which the individual's rights overcome the State interest" (**Quinlan** at p. 664).

וכן ישקול בית המשפט את הסבל והיסורים שיגרמו לחולה בעטיו של הטיפול הרפואי ואת הסיכון הכרוך בטיפול הרפואי. כך היה בעניין סייקביץ, שם דובר במתן טיפולים כימותרפיים לחולה לוקמיה מפגר בן 67. בית המשפט עומר על הסבל שייגרם לחולה בשל הטיפול, ועל חוסר יכולתו של החולה להבין את הטעם ליסוריו אלו:

"These factors in addition to the inability of the ward to understand the treatment and the fear and pain he would suffer as a result outweighed any benefit from such treatment, namely, the possibility of some uncertain but limited extension of life" **Saikewicz**, at p.419.(מ' א' - ההדגשות שלי)

כן מציין בית המשפט כי הטיפול הכימותרפי עשוי להשפיע גם על תאים בריאים ולחשוף את החולה לזיהומים שונים, כי הטיפול יעיל רק ב - 30% - 50% מהמקרים, ויש בו כדי לעצור את התפשטות המחלה לתקופה של חודשיים עד 13 חודשים בממוצע בלבד. על כן קובע בית המשפט כי אין לכפות על החולה מתן הטיפול הכימותרפי.

"It is clear that the most significant of the asserted State interests is that of the preservation of human life. Recognition of such an interest, however, does not necessarily resolve the problem where the affliction or disease clearly indicates that life will soon, and inevitably, be extinguished. The interest of the State in prolonging a life must be reconciled with the interest of an individual to reject the traumatic costs of that prolongation. There is a substantial distinction in the state's insistence that human life be saved where

the affliction is curable, as opposed to the state interest where, as here the issue is not whether but when, for how long, and at what cost to the individual that life may be briefly extended" (ibid, at p. 425-426).

באופן דומה נפסק כי אין לכפות על חולת סכרת בת 77 את קטיעת רגלה הימנית, למרות שפשה בה נמק. *Lane v. Candura* 386 N.E. 2d 1232 (1978).

לעומת זאת, אותם שיקולים הובילו את בית המשפט, במקרים המתאימים, לכפות על חולה טיפול רפואי בניגוד לרצונו. בענין ג'ייקובסון פסק בית המשפט כי יש לכפות על חולה קבלת חיסון נגד מחלה מדבקת (1905) 11 U.S. (1978). *Jacobson v. Massachusetts*. ובמקרה אחר נפסק כי יש לכפות על אשה, בת לכת דתית מסויימת, קבלת עירוי דם. האשה סרבה לקבלת העירוי מטעמי דת, אולם בית המשפט כפה עליה את הטיפול בהיותו טיפול רגיל ופשוט, החיוני להצלת חייה, ומשנקבע כי האשה רוצה להמשיך לחיות.

Application President and Director of Georgetown College, In re Inc, 331 F. 2d 1000 (1964). (להלן - עניין ג'ורג'טאון)

43. האינטרס שבמניעת התאבדויות קשור וכרוך הוא באינטרס שבשמירה על חייו של אדם, והוא נועד -

"...the underlying State interest in this area lies in the prevention of irrational self-destruction" (Saikewicz at p. 426 n. 11). ('מ' א')

עם זאת, ביחס לחולים סופניים ציין בית המשפט בענין סייקביץ כי האינטרס שבמניעת התאבדויות עשוי לסגת בשל זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי שכן המניע לסרוב אינו בהכרח הרצון למות:

"In the case of the competent adult's refusing medical treatment, such an act does not necessarily constitute suicide since (1) in refusing treatment the patient may not have the specific intent to die, and (2) even if he did, to the extent that the cause of death was from natural causes the patient did not set the death producing agent in motion with the intent of causing his own death... Furthermore, the underlying State interest in this area lies in the prevention of irrational self-destruction. What we consider here is a competent, rational decision to refuse treatment when death is inevitable and the treatment offers no hope of cure or preservation of life" ('מ' א'). (ההדגשות שלי - 'מ' א').

ההגנה על מקצוע הרפואה

44. אינטרס חשוב נוסף להצדקת הגבלת זכות החולה לסרב לטיפול רפואי הוא האינטרס שבהגנה על מקצוע הרפואה. כל כולו של מקצוע הרפואה לא נועד אלא למען רפא את החולים ושמור על החיים:

"The medical and nursing professions are consecrated to preserving life. That is their professional creed. To them a failure to use a simple established procedure... would be malpractice) " John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston 279 ,A. 2d 670, at p. 673 (1971).

בכדי שלא לטשטש את התחומין האתיים המחייבים את הרופא, ולמען אפשר לרופא להפעיל את שיקול הדעת הראוי בכל מקרה ומקרה שיובא לפניו, מן הראוי כי זכות החולה לסרב לטיפול רפואי תוגבל לעתים מפני האינטרס שבהגנה על מקצוע הרפואה.

"The last State interest requiring discussion is that of the maintenance of the ethical integrity of the medical profession as well as allowing hospitals the full opportunity to care for people under their control " (Saikewicz at p. 426).

אולם, בעניינם של חולים סופניים, יש הסוברים כי האתיקה הרפואית ממילא אינה מחייבת הארכת חיים בכל מחיר, ולכן במקרים אלו אין סיבה שזכות החולה לסרב לטיפול רפואי תיסוג בפני האינטרס שבהגנה על מקצוע הרפואה:

"Physicians distinguish between curing the ill and comforting and easing the dying; that they refuse to treat the curable as if they were dying or ought to die, and that they have sometimes refused to treat the hopeless and dying as if they were curable" (In re Quilan ,at p. 667).

"The force and impact of this interest is lessened by the prevailing medical ethical standards. Prevailing medical ethical practice does not, without exception, demand that all efforts toward life prolongation be made in all circumstances." (Saikewicz at p. 426).

אותונזיה אקטיבית ופאסיבית; הבחנה בין סוגי הטיפולים

45. כדי להגיע לכלל הגדרים ברורים שבהם זכות החולה לסרב לטיפול רפואי מוגבלת מפאת ההגנה על מקצוע הרפואה, הסתייעו בתי המשפט בשלוש ההבחנות הבאות: הבחנה בין אותונזיה אקטיבית לאותונזיה פאסיבית; הבחנה בין הימנעות מעשיית פעולות מאריכות חיים לבין הפסקת פעולות מאריכות חיים (והשווה דברינו לעיל, בפרק על האותונזיה, סעיף 29); והבחנה בין טיפול שגרתי לטיפול בלתי שגרתי.

א. אותונזיה אקטיבית אסורה היא ומהווה היא עבירה פלילית בכל מדינות ארצות הברית. ניסיון להעביר חוק המכיר באפשרות של המתת חסד אקטיבית במדינות קליפורניה ו-ושינגטון בשנים 1988-1992 נכשל, גם אם ברוב קטן (ראה ד"ר א' שטיינברג, "נוטה למות", בעמ' 94).

עם זאת, נתגלו בארצות הברית מספר חריגות בענין המתת החסד האקטיבית. נאמר על כך על ידי ד"ר שטיינברג (שם), כי:

"התפרסמה 'המצאתו' של הפתולוג האמריקאי קוורקיאן (Jack Kevorkian), שהמציא 'מכונת התאבדות', ובאמצעותה התאבדו כ- 20

אנשים בין השנים 1990-1993 במדינת מישגן, עד שנחקק שם חוק האוסר המתת חסד וסיוע להמתת חסד. החולה הראשונה שהתאבדה בעזרתו של רופא זה היתה חולת אלצהיימר בשם Janet Adkins ביום 4.6.90... רופא זה, המכונה 'דוקטור המוות', נשפט וזוכה פעמיים בבית משפט במדינת מישגן בארה"ב, אך שיטותיו עוררו התנגדות ציבורית רחבה. ראוי להדגיש, שמדובר באדם ללא כל נסיון כרופא קליני, ללא כל יכולת מקצועית לאמת את הנתונים הרפואיים של החולים, וללא כל ביקורת מקצועית על רצינות הכוונות של המבקשים להתאבד בעזרתו הפעילה".

ותופעה נוספת (שם):

"ספר שלם, המוקדש לעצות על התאבדות (D. Humphry: Final Exit, The Hemlock Society (1991) פורסם בארה"ב, ובו תעמולה למען סיוע בהתאבדות, עידוד חולים להתאבד, ועצות מעשיות כיצד לעשות זאת. הספר זכה לביקורות שליליות וחמורות, שכן מעבר לזיכוח הערכי-יסודי יש בספר פגמים מוסריים-חברתיים רציניים - אין הוא מתייחס דווקא לחולים סופניים, הוא המוני, והוא משמש כלי עזר שלילי לכל מיני אנשים, ובעיקר בני נוער, שיש להם נטיות התאבדות".

ב. הבחנה נוספת היא בין הימנעות מעשיית פעולה מאריכת חיים - שהיא מותרת, לבין הפסקת פעולה מאריכת חיים - שהיא אסורה. מאלף עד כמה הבחנה זו קרובה היא להבחנה הקיימת במשפט העברי בין מעשה שהוא בבחינת "הסרת מונע" לפעולה שאינה כזו. ועוד נשוב לכך בהמשכם של דברים.

יש להעיר כי בית המשפט העליון של מדינת ניו ג'רזי הסתייג מתוקפה של הבחנה זו בעניין קונרוי שנזכר לעיל. בעניין זה ביקשה אחיינה של חולה כבת 94 לנתקה ממכשיר ההזנה המלאכותית אליו היתה מחוברת. החולה סבלה מנוק מוחי חמור ולא הגיבה לדיבור, אך היתה מסוגלת להזיז את ראשה, צווארה ורועותיה, ונהגה לחייך כשסרקו את שער. אומר שם בית המשפט:

"Thus, we reject the distinction that some have made between actively hastening death by terminating treatment and passively allowing a person to die of a disease as one of limited use." (In re Conroy at p. 1233-1234).

"Would a physician who discontinued nasogastric feeding be actively causing her death by removing her primary source of nutrients; or would he merely be omitting to continue the artificial form of treatment, thus passively allowing her medical condition, which includes her inability to swallow, to take its natural course?" (ibid).

"It might well be unwise to forbid persons from discontinuing a treatment under circumstances in which the treatment could permissibly be withheld. Such a rule could discourage families and doctors from even attempting certain types of care and could thereby

force them into hasty and premature decisions to allow a patient to die." (Id.).

ג. ההבחנה האחרונה אליה מתייחסים בתי המשפט בארצות הברית היא ההבחנה בין טיפול שגרתי לטיפול בלתי שגרתי. ככל שהטיפול שגרתי יותר כן יגבר אינטרס המדינה בכפיית הטיפול; ולהיפך:

"The decision whether to discontinue life - sustaining measures has traditionally been expressed by the distinction between ordinary and extraordinary treatment... Under the distinction, ordinary care is obligatory for the patient to accept and the doctor to provide, and extraordinary care is optional". (Foody at p, 719).

טיפול שגרתי, לעומת טיפול בלתי שגרתי, מוגדר כך:

"Ordinary means are all medicines, treatments and operations which offer a reasonable hope of benefit and which can be obtained and used without excessive expense, pain or other inconvenience. Extraordinary means are all medicines, treatments and operations which cannot be obtained or used without excessive expense, pain or other inconvenience, or if used, would not offer a reasonable hope of benefit". Quoting Kelly, Medico-Moral Problems, 129 (1959)).

הגנה על צדדים שלישויים

46. אינטרס רביעי ואחרון מפניו עשויה לסגת הזכות לסרב לטיפול רפואי הוא האינטרס שבהגנה על צדדים שלישויים התלויים בחולה:

"When the patient's exercise of his free choice could adversely and directly affect the health, safety and security of others, the patient's right of self-determination must frequently give way" (In re Conroy, at p. 1225).

בארצות הברית ייחסו משקל נכבד לאינטרס זה כאשר ילדים קטינים תלויים בחולה. בדברי בית המשפט בעניין סייקביץ: (at p. 426)

"One of the interests requiring protection was that of the minor child in order to avoid the effect of 'abandonment' on that child as a result of the parent's decision to refuse the necessary medical measures." (ראה גם עניין ג'ורג'טאון בעמ' 1008).

כן היו שייחסו לאינטרס זה משקל כאשר מדובר באשה הרה, המסרבת לטיפול רפואי (Jefferson v. Griffin Spalding County Hosp. Auth., 274 S.E.2d 457 (1981)).

זכותו של קטין/פסול דין לסרב לטיפול רפואי

47. הזכות לסרב לטיפול רפואי היא גם לקטין ולפסול דין, ומקורה נידון בפרשת קרוזאן (עמ' 2852) ומקורות נוספים; ולא כאן המקום להאריך.

הקושי בעניינם של קטינים ופסולי דין הוא, אם ניתן לכנות זאת כך, קושי דיוני: כיצד ומהי הדרך לדעת כי הקטין או פסול הדין מבקשים לממש את זכותם לסרב לטיפול רפואי. בהקשר זה מקום יש לדון בשלושה: א. המבחן לקביעת רצונו של הקטין/פסול הדין; ב. כמות הראיות הנדרשת להוכחת רצון זה; ג. הגוף המוסמך לקבוע את רצון הקטין/פסול הדין.

48. בארצות הברית משמשים שני מבחנים לקביעת רצונו של הקטין: מבחן אומד רצונו של הקטין - substituted judgment standard, ומבחן "טובתו" של הקטין/פסול הדין best interests standard. במבחן הראשון הנסיון הוא להתחקות אחר רצונו של החולה המסויים. המבחן השני קובע מה טוב לו וראוי לו לחולה, ואין הוא מתיימר בהכרח לבטא את רצונו של החולה המסויים.

מבחן אומד רצונו של הקטין/פסול הדין מיושם בצורה המובהקת ביותר כאשר פסול הדין (עניין זה אינו רלוונטי לקטינים) ערך "צוואה מחיים". הכוונה למסמך, שערך החולה בטרם הפך פסול דין, ובו הוא מביע את סרובו לקבל טיפול רפואי (ראה, למשל, John F. Kennedy Memorial Hospital v. Bludworth, 45 So.2d 921 (1984)). ויש שבתי המשפט מוכנים לאמוד את רצונו של החולה, אף על פי שזה מעולם לא הביע את רצונו, בהסתמך על אומד רצונו של "האדם הסביר":

"If preferences are unknown, we must act with respect to the preferences a reasonable, competent person in the incompetent's situation would have" (Saikewicz at p.430 n. 15).

בכך מתקרב מבחן אומד הרצון למבחן "טובתו" של הקטין/פסול הדין. טובתו של הקטין נקבעת, לפי מבחן זה, תוך בחינת היתרונות שיפיק החולה מהטיפול הרפואי לעומת הנטל שיהיה על החולה לשאת בו בעטיו של הטיפול (ראה Barber v. Superior (1993) Ct. of Cal. וכך נאמר בענין קונרוי: (at p. 1232)).

"The net burdens of the patient's life with the treatment should **clearly and markedly** outweigh the benefits that the patient derives from life. Further, the recurring, unavoidable and severe pain of the patient's life with the treatment should be such that the effect of administering life sustaining treatment would be **inhumane**."

מענינת היא הנמקתו של בית המשפט (שם בעמ' 1231):

"We recognize that for some incompetent patients it might be impossible to be clearly satisfied as to the patient's intent either to accept or reject the life-sustaining treatment. Many people have spoken of their desires in general or casual terms, or, indeed, never considered or resolved the issue at all. In such cases, a surrogate decision-maker cannot presume that treatment decisions made by a third party on the patient's behalf will further the patient's right to self-determination, since effectuating another person's right to self-determination presupposes that the substitute decision-maker knows what the other person would have wanted. Thus, in the absence of

adequate proof of the patient's wishes, it is naive to pretend that the right to self-determination serves as the basis for substituted decision-making.

"We hesitate, however, to foreclose the possibility of humane actions, which may involve termination of life-sustaining treatment, for persons who never clearly expressed their desires about life-sustaining treatment, but who are now suffering a prolonged and painful death. **An incompetent, like a minor child, is a ward of the state, and the state's parens patriae power supports the authority of its courts to allow decisions to be made for an incompetent that serve the incompetent's best interests, even if the person's wishes cannot be clearly established.** This authority permits the state to authorize guardians to withhold or withdraw life-sustaining treatment from an incompetent patient if it is manifest that such action would further the patient's best interests in a narrow sense of the phrase, even though the subjective test that we articulated above may not be satisfied" (ההדגשות שלי מ' א')

וראה והשווה שוב לדבריו של דיודורוס, שהובאו על-ידינו בפסקה 41 לעיל.

49. שאלת כמות הראיות הנדרשת להוכחת רצונו של הקטין/פסול הדין מתעוררת רק ביחס למבחן אומד רצונו של החולה, שהרי מבחן טובת החולה אינו מתיימר, כאמור, להתחקות אחר רצון זה. בענין זה קיימת בספרות האמריקאית התייחסות לשלוש מידות הוכחה: מעבר לכל ספק סביר, בדומה למידת ההוכחה הנוהגת בפלילים; נטייה של מאזן ההסתברות, בדומה למידת ההוכחה המשמשת בהליך אזרחי; ומידת ביניים - דרישה לראיות ברורות ומשכנעות (ראה D.

F. Forre "the Role of the Clear and Convincing Standard of Proof in Right to Die Cases" 8 (2) *Issues in Law and Medicine* (1992) 183-185.

בשאלה זו אין אחדות במצב המשפטי שבמדינות השונות שבארצות הברית, הכל לפי החוק והפסיקה של כל מדינה ומדינה. בענין אויכנר, הנזכר לעיל, שהובא בפני בית המשפט לערעורים של ניו-יורק, דובר בחולה בן 83, שהיה חבר במסדר נוצרי דתי במשך 66 שנים. האב אויכנר, ראש המסדר, ביקש לנתק את החולה ממכונת ההנשמה המלאכותית אליה היה מחובר. הוא טען כי החולה הביע דעתו במספר הזדמנויות כי לא היה רוצה שחייו יוארכו באמצעות טיפול בלתי שגרתי כלשהו, כגון חיבורו למכונת הנשמה. בית המשפט נעתר לבקשה, לאחר שמצא כי ישנה תשתית ראייתית מספקת לרצונו זה של החולה.

בפסק הדין *In re Spring*, 405 N.E. 2d 115, סמך בית המשפט על דעתם של אשת החולה ובנו באשר לרצונו המשותף של החולה להמנע מהטיפול הרפואי, למרות שלא היו בפניו כל ראיות באשר לרצונו האקטואלי של החולה. לעומת זאת, בענין אוקונור, סרב בית המשפט לערעורים של ניו יורק ללכת בדרך זו, והורה - בניגוד לרצונו של בני משפחת החולה - על חיבורה של החולה בת ה- 77 לצינורית ההזנה. נאמר שם על ידי בית המשפט:

"It is inconsistent with our fundamental commitment to the notion that no person or court should substitute its judgement as to what would be an acceptable quality of life for another. Consequently, we adhere to the view that, despite its pitfalls and inevitable uncertainties, the inquiry must always be narrowed to the patient's **expressed intent**, with every effort made to minimize the opportunity for error" (**In Re Westchester Country Medical Center on behalf of O'Connor** 531 N.E.2d 601, at p. 613).
(ההדגשות שלי - מ' א')

50. המחלוקת באשר לכמות הראיות הדרושה להוכחת רצון הקטין/פסול הדין נדונה בפרשת קרוזאן, בה אישר בית המשפט העליון את הדרישה ל"ראיות ברורות ומשכנעות":

"A State may apply a **clear and convincing evidence standard** in proceedings where a guardian seeks to discontinue nutrition and hydration of a person diagnosed to be in a persistent vegetative state. We note that many courts which have adopted some sort of substituted judgment procedure in situations like this, whether they limit consideration of evidence to the **prior expressed wishes** of the incompetent individual, or whether they allow **more general** proof of what the individual's decision would have been, require a **clear and convincing standard of proof** for such evidence" (**Cruzan** at p. 2854-2855)

בעקבות פסק הדין בפרשת קרוזאן הפכה ה"צוואה מחיים" למורה הדרך בקביעת רצונו של החולה פסול הדין. ב- 1989 נתקבל בארצות הברית חוק, לפיו על כל בית חולים, כמעט, למסור לידי חולה, הבא לחדר מיון, טופס "צוואה מחיים" אותו יכול החולה למלא (Patient Self Determination Act, 1989) השימוש בטופס זה - המכונה טופס דנפורת The Danforth Form, על שם הסנטור שהגישו לדיון בממשלה - הפך משנת 1992 לנוהל מחייב (Senate Bill 1776, 101st Congress, 1st Session).

51. אשר לגוף המוסמך לקבוע את רצונו של הקטין/פסול הדין. בענין קרוזאן סמך בית המשפט ידיו על האפשרות למנות אדם - קרוב משפחה או אדם אחר - כמי שיתחקה אחר רצונו של החולה וישמש כמעין אפוטרופוס לחולה לעניין הנדון (קרוזאן, עמ' 2855).

הספרות מצביעה על השיקולים שישקול בית המשפט בבואו להחליט על מינוי "ממלא מקום" לחולה. Alan Meisel מדגיש את נושא הנגיעה לענין שיש ל"ממלא המקום" (Alan Meisel, **The Right to Die** (1989), וכן: (Cumulative supplement (1991)). ועדה שמינה נשיא ארצות הברית עמדה על היתרונות שיש במינוי קרוב משפחה:

1. "The family is generally most concerned about the good of the patient.
2. The family will also usually be most knowledgeable about the patient's goals, preferences and values.

3. The family deserves recognition as an important social unit that ought to be treated, within limits, as a responsible decisionmaker in matters that intimately affect its members.

4. Especially in a society in which many other traditional forms of community have eroded, participation in a family is often an important dimension of personal fulfillment.

5. Since a protected sphere of privacy and autonomy is required for the flourishing of this interpersonal union, institutions and the state should be reluctant to intrude, particularly regarding matters that are personal and on which there is a wide range of opinion in society" (President's Commission for the Study of Ethical Problems and Biomedical and Behavioral Research, **Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment** at p. 28.)

בענין קרוזאן סמך בית המשפט ידיו, כאמור, על מינוי קרוב משפחה כ"ממלא מקום" החולה:

"We also **upheld** the constitutionality of state scheme in which parents made certain decisions for mentally ill minors... A decision which allowed a state to rely on family decisionmaking." (Cruzan at p. 2855).

עם זאת, עומד בית המשפט על הקשיים שעשויים להתעורר במינוי כגון זה:

"But we do not think the Due Process Clause requires the state to repose judgment on these matters with anyone but the patient herself... There is no automatic assurance that the view of close family members will necessarily be the same as the patient's would have been had she been confronted with the prospect of her situation while competent " (ibid .at 2855-2856).

ועדות אתיקה בבתי חולים

52. ראוי להעיר בהקשר זה כי בארצות הברית פועלות כיום באופן שוטף ועדות אתיקה בבתי החולים, המסייעות לנוגעים בדבר להכריע בשאלות נושא דיוגנו. רק כאשר מתעוררים חילוקי דעות בין הצדדים פונים הם לבית המשפט על מנת שיכריע בעניין (ראה סייקביץ בעמ' 424).

על היתרונות בפעולתן של ועדות אתיקה אלו - בהשוואה לבתי המשפט - עומד Alan Meisel בספרו הנ"ל. היתרון החשוב ביותר עליו מצביע Meisel הוא היתרון שבשיתוף הפעולה בין קרובי המשפחה, הידידים והרופאים המטפלים ובין רופאים נוספים, אנשי דת, משפטנים, פילוסופים, ופסיכולוגים. בשאלה שמשמשים בה בערבוביה משפט ומוסר, רפואה ופסיכולוגיה, הלכה ופילוסופיה, מן הראוי שכל המומחים לדבר יטלו

חלק. יתרונות נוספים שמונה Meisel, ואשר ראוי להזכירם, הם ההגנה על פרטיותו של החולה ובני משפחתו והריחוק מכלי התקשורת, וכן מהירות ההליך והחסכון בעלויות מערכת בתי המשפט.

קיומן של ועדות אתיקה אלה, הנתונות לבקורתו של בית המשפט במקרה של חילוקי דעות, יש בהן, לכאורה, משום יתרונות לא מעטים, ומן הראוי שהגורמים המוסמכים בישראל יעיינו בנושא זה ויתנו דעתם עליו, כדי לעמוד על הצדדים השונים שבו.

הולנד

53. הולנד היא הדמוקרטיה המערבית היחידה בה מתבצעת המתת חסד אקטיבית באופן רשמי וגלוי. בתחילה ניסחו בתי המשפט והחברה המלכותית לקידום הרפואה הנחיות מפורטות, שבהתקיימן ניתן יהיה למחול לרופא שביצע המתת חסד אקטיבית, למרות האיסור המשפטי. ואלו הן:

"החולה מצהיר בעצמו, שסבלו הגופני והנפשי הוא בלתי נסבל; החולה בעצמו מבקש ומסכים לפעולה זו, כשהוא בר כושר שיפוט מלא; הסבל והרצון למות הם קבועים ומתמידים; הסכמתו של החולה לפעולת ההמתה היא חופשית, מודעת ומתמידה; החולה מבין את מצבו, את החלופות העומדות לרשותו, ואת משמעות ההחלטה; הרופא והחולה מסכימים, שמדובר במחלה חשוכת מרפא, המלווה בסבל קשה; נעשו ניסיונות אחרים להפחית את הכאב והסבל, אך לא נמצא פתרון אחר, שהוא מתקבל על דעתו של החולה; רופא נוסף מסכים לאותם ממצאים; רק הרופא, ולא כל שליח אחר, יבצע את ההמתה; המעשה לא יגרום לאחרים סבל מעבר לצורך; ההחלטה והביצוע יעשו בזהירות מירבית; הנתונים ותהליך קבלת ההחלטה יירשמו ויתועדו באופן ברור; במקרה של ילדים - מועילה הסכמת ההורים באותם התנאים" (ד"ר שטיינברג, "נוטה למות", בעמ' 92).

רק בראשית שנת 1993 התקבל חוק בפרלמנט ההולנדי המכיר בהמתת חסד אקטיבית בהתקיים התנאים שפורטו בהנחיות הללו. למרבה הצער, ההכרה בהמתת חסד אקטיבית, ולו בתנאים המגבילים הללו, הביאה בהולנד להתממשותה של סכנת ה"מדרון החלקלק":

"מספר המומתים בשיטה זו בהולנד איננו ידוע באופן וודאי, אך על פי סקרים שונים עולה, כי מדובר ב- 5,000 עד 10,000 אנשים בכל שנה.

אכן, תוך מספר מועט של שנים לאחר התחלת הדרך הזו בהולנד נודע על חריגות שונות וחמורות - רק מיעוט קטן מההמתות הפעילות מדווחות כנדרש; בוצעו מקרים של המתת קטינים וילודים פגומים, אפילו ללא הסכמת ההורים; בוצעו המתות חסד של אנשים מחוסרי הכרה; במקרים רבים התקבלה ההחלטה על ידי רופא בודד, ללא שיתוף וייעוץ של רופא נוסף. יש מי שטען, שהאותנזיה בהולנד יצאה מכלל שליטה, ויש מאות ואלפי מקרים של המתת חסד - ללא הסכמת הנהרג, וללא דיווח לרשויות. יתר על כן, השקפת העולם של מצדדי האותנזיה הפעילה בהולנד עברה מגישה המכירה ומתירה פעולה זו,

לגישה הרואה בהיענות הרופא לבקשה כזו חובה מוסרית לסיים חיים חסרי תועלת" (ד"ר שטיינברג, שם, בעמ' 93-94).

פסיקתם של בתי המשפט בסוגיות של משפט ורפואה עובר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

54. משעמדנו על נושאי דיוננו כפי שהם באים לכלל ביטוי בערכיה של מדינה יהודית ובערכיה של מדינה דמוקרטית, מן הראוי לעמוד בראש ובראשונה, על אפשרות של מציאת סינתזה בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים, כפי שכך מצווים אנו ביישום הסוגיות הנדונות בעניננו, למען קיים את האמור בסעיף הראשון ובסעיף השמיני שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך בטרם נעסוק בכך, מן הראוי לעיין תחילה בפסיקתו של בית המשפט, בכל דרגותיו, בסוגיות של רפואה, הלכה ומשפט, ומתוך עיון זה נימצא למדים על התופעה המאלפת שמגמת ההיזקקות לערכים היהודיים בנושאי דיוננו מקובלת היתה במרבית הפסיקה גם בטרם היכנס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו. נעיין במספר דוגמאות.

פרשת צים

בפרשת צים (ע"א 461/62, צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' שושנה מזיאר, פר"י יז, עמ' 1319), נדונה שאלת תוקפו של "סעיף פטור" המופיע בכרטיס הנסיעה של חברת צים הפוטר את החברה מכל נזק שנגרם לנוסע בהיותו על האניה, בשל רשלנות החברה. הגב' מזיאר נפגעה על ידי מזון מקולקל שקיבלה באניה. בית המשפט קבע כי סעיף הפטור נוגד את תקנת הציבור והוא בטל. אומר על כך מ"מ הנשיא זילברג המנוח (שם, עמ' 1332):

"סקרנו את הפסיקה האנגלית והפסיקה האמריקנית בסוגיה המשפטית שלפנינו, ראינו את הבדלי היסוד שלהן בגישה המוסרית אל הבעיה הנדונה, והשאלה היא איזו היא הדרך שנבחר לנו אנחנו, שופטי ישראל, על פרשת דרכים זו: הנלך אחרי הפסיקה האנגלית הנוקשה, האומרת 'יקוב החוזה את ההר', או דילמא נסגל לנו - לפחות לגבי חבלה הפוגעת בחיי אדם או בריאותו - את ההלכה היותר ליברלית שנקטה הפסיקה האמריקנית.

נראה לי, כי עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. יען כי בעשותנו כן אין אנו 'מאמצים' לנו ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות יסוד המושרשות עמוק עמוק בתודעה היהודית.

והיה כי ישאלך השואל מחר לאמור: מנין הלגיטימציה להרכיב את השקפותינו אנו על הלכה שמקורה הוא בתחיקה התורכית? ואמרת לו: את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצידורה האזרחית, העתמאני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תקינות' אין!".

ומכאן עובר השופט זילברג לדון בערך-העל של חיי אדם בעולמה של יהדות (שם, עמ' 1333):

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים - של החיים, ולמען החיים. 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא, יח, ה); 'וחי בהם, ולא שימות בהם' (יומא, דף פ"ה, ע"ב); אין ספור לפסוקים המרובים, בהם מודגש הקשר הסיבתי שבין התורה והחיים. כגון "שמור מצוותי וחיה" (משלי, ד', ד'); "צדיק הוא, חיה יחיה" (יחזקאל, יח, ט); "מי האיש החפץ חיים..." (תהלים, לד, יג), וכל כיוצא בזה.

ברור: גם היהדות אינה רואה בחיים את הערך הנשגב ביותר. יש מטרות נעלות ואידיאלים יותר נשגבים, אשר למענם כדאי - ומצווים - להקריב את החיים. עדים לכך: מאות אלפי יהודים שמסרו נפשם על קידוש השם בכל הארצות ובכל התקופות. אבל תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר, שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת, לרבות - אין ספק - גם קדושת החושים. 'אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, אלא עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד' (כתובות, דף י"ט, ע"א); 'כי קודש היא (השבת) לכם - היא מסורה בידכם, ולא אתם מסורים בידה' (יומא, דף פ"ה, ע"ב).

ואין לך דבר שמוסר היהדות כה מתעב אותו, כמו נטילת החיים. דוד המלך נענש, והאלהים אמר לו: 'לא תבנה בית לשמי, כי איש מלחמות אתה ודמים שפכת' (דברי הימים א, כח, ג); סנהדרין - אפילו סנהדרין כדת וכדין! - ההורגת אחת בשבוע (שבע שנים), נקראת חובלנית (מכות, דף ז, ע"א); וגם חזון הנביאים על שלום נצח עולמי, נבואתם של ישעיהו ומיכה: 'לא ישא גוי אל גוי חרב, ולא ילמדו עוד מלחמה' (ישעיה, ב, ד; מיכה, ד, ג), הלא הם, בסופו של ניתוח, סלידה ונקיעה עמוקה מפני שפיכות דמים. והדברים עתיקים.

לא ייקל, כמובן, ליטול את הרעיונות הנשגבים ההם, וליצוק מהם מטבעות של משפט ממש. אבל כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא שאלה של השקפת עולם - מה 'טוב' ומה 'רע', מה 'תיקון' ומה 'קלקול' העולם - מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דווקא מן המקורות הקדומים הנ"ל, כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות היסוד של כלל האומה היהודית".

וכך נאמר בפרשת צים מפי השופט ויתקון המנוח (שם, עמ' 1337):

"השיקול של קדושת החיים - אין עוררין עליו, והייתי אומר שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה. בכל מקום, ללא הבדל דת ולאום, רואים בחיי האדם נכס יקר, שיש לשמרו מכל משמר. זהו נחלת הכלל ואף אצלנו, בעם היהודי, כך, כפי שהראה חברי השופט זילברג בפסק-דינו".

מתוך שתי גישות אפשריות בסוגיה של תוכן תקנת הציבור - הנהוגות בשתי מערכות משפטיות מערביות - בחר בית המשפט באותה גישה התואמת את "השקפות המוסר

והתרבות שלנו, של מורשת ישראל - "המושרשות עמוק-עמוק בתודעה היהודית". זוהי סינתזה בין ערכים יהודיים וערכים דמוקרטיים, שבאה לעולם המשפט בישראל ללא הוראה מחייבת של המחוקק, אלא מתוך פרשנות נבונה ונכונה על פי העקרונות התרבותיים-היסטוריים של המערכת המשפטית. וקל וחומר שכך היא הפרשנות כיום, משהיתה הסינתזה בין הערכים היהודיים ודמוקרטיים של מדינת ישראל להוראה חוקתית מחייבת של המערכת המשפטית במדינת ישראל.

בענין אחר, בפרשת "הכליה" (ר"ע 698/86, פד"י מב (2) 661), נדונה שאלת הסכמתו של פסול דין לכריתת כליה מגופו לשם השתלתה בגופו של אביו, סקרנו בהרחבה את עמדת המשפט העברי בסוגיה (שם, בעמ' 677-684), ועיקרי הדברים הובאו בדברינו לעיל (פסקאות 25, 27).

ובענין זייצוב (ע"א 518/82, פד"י מ(2) 85) נסב הדיון סביב השאלה האם ניתן לתבוע בנוזקין רופא, שהתרשל במתן יעוץ גנטי להוריו של קטין; הקטין נולד עם מחלה תורשתית, ורק בשל ההתרשלות הוא נולד, שכן לולא אותה התרשלות, לא היו ההורים מביאים את הקטין לעולם; כסימוכין מובא גם המשפט העברי (שם, עמ' 95 ועמ' 128). ולא כאן המקום להאריך.

פרשת קורטאם

55. חשיבות רבה לנושא דיוננו מצויה בפסיקתו של בית משפט זה בפרשת קורטאם (ע"פ 480/85, 527/85, קורטאם נ' מדינת ישראל, פד"י מ(3) 673, בה התעוררה -

"השאלה הסבוכה, באילו מקרים, אם בכלל, מותר לרופא לבצע ניתוח של אדם בניגוד לרצונו של הלה, כאשר הרופא משוכנע, כי הדבר חיוני להצלת חייו של אותו אדם" (שם עמ' 681)

לדעת השופט בך (שם, עמ' 681-682) -

"אין להתעלם מכך, כי לפחות בפסיקה באנגליה ובארצות הברית נתקבל ונשתרש העיקרון, כי האדם הוא שליט על גופו, וכי לא ניתן להפעיל עליו טיפול פיסיו, ולא כל שכן לנתח את גופו, בניגוד לרצונו וללא קבלת הסכמתו...

מסתבר, כי אסור לרופא לבצע ניתוח בניגוד לרצונו של הפאציינט, אפילו לדעת הרופא הדבר נחוץ להצלת חייו של הפאציינט".

החריגים לכלל האמור, הם, כאמור בפסק דינו של השופט בך, כדלהלן (עמ' 683):

"מוכרים בפסיקה האנגלית-אמריקנית מספר חריגים לכלל האמור, ואלה העיקריים ביניהם:

1. כאשר הפאציינט איננו בהכרה או איננו מסוגל, בשל סיבה אחרת כלשהי, לקבוע עמדה עצמאית בעניין הניתוח המוצע או לתת ביטוי לרצונו, ואין גם אדם מוסמך אחר היכול לתת את הסכמתו לניתוח המוצע...

במקרה כזה, כאשר הרופא סבור שניתוח מידי הוא הכרחי להצלת החיים, ניתן לראות בכך משום מצב חירום (situation of

(emergency), אשר יצדיק את ביצוע הניתוח, ותיוחס למנותח הסכמה מכללא לביצועו.

2. הוא הדין במקרים בהם מסתבר לרופא, כי הפאציינט המובא לפניו ניסה לבצע מעשה של איבוד עצמו לדעת. במקרים אלה מניח בית המשפט, שהאדם הנוגע בדבר פעל מתוך ערפול חושים וללא שיקול דעת מאוזן, וכי לאמיתו של דבר ישמח לאחר מכן, כאשר יתברר לו שחיו ניצלו... ייתכן שההנחה הנ"ל אינה מוצדקת עובדתית בכל המקרים, אך הרופאים נוהגים בנסיבות כאלה להתערב להצלת חיו של המנסה להתאבד, ואין לצפות, שבית משפט יבוא אליהם בטרזניה על כך.

3. כאשר חיו של ילד קטין ניתנים להצלה אך ורק באמצעות ניתוח, וההורים מסרבים להסכים לכך, ללא כל נימוק סביר.

חריג נוסף הוא בקשר לאסיר, לפי הוראות החוק, שכאשר -

"קבע הרופא כי נשקפת סכנה לבריאותו או לחיו של אסיר, והאסיר מסרב לקבל את הטיפול שקבע הרופא, מותר להשתמש במידת הכוח הדרושה כדי לבצע הוראות הרופא" (תקנה 10 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח - 1978; קורטאם, שם, עמ' 686).

השופט בך מציין גם לעמדת המשפט העברי, על "ההכרה המושרשת אצלנו במיוחד, שיש לראות בשמירה על החיים ערך עליון" (שם, עמ' 687), אך רואה הוא בכך, בעיקרו של דבר, משום נימוק נוסף לקבלת החריגים האמורים הנהוגים בשיטות המשפט בארצות הברית ובאנגליה.

שונה היא עמדתו של השופט בייסקי. בהתייחסו לדבריו של השופט בך, כי "כללית, חל העקרון האמור בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלי הסכמתו גם בישראל", אומר השופט בייסקי (שם, עמ' 695):

"עמדה כללית זו אינה מקובלת עלי, ככל שמדובר הוא בניתוח, בעיקר בשעת דחק, שכל כולו נועד להצלת חיי אדם או למניעת תוצאות חמורות לבריאותו, כאשר בלי התערבות כזו המוות המידי הוא ודאי או הנזק החמור לבריאות לא יהא ניתן לתיקון".

לדעת השופט בייסקי עמדת הפסיקה האנגלית-אמריקנית היא "קיצונית למדי בכיוון האיסור, לבד מחריגים מסויימים" (שם, עמ' 694); זאת ועוד (שם, עמ' 696):

"בשלעצמי, אין אני סבור כי בסוגיה קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות הברית ובאנגליה, הן העיקרון הכולל, האוסר טיפול פיסי על ידי רופא שלא בהסכמת הפאציינט, והן החריגים המעטים הפוטרים מהעיקרון. אין אני מפחית מערך האסמכתאות בהקשר זה אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע, כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל".

להדגמת הערך העליון של קדושת החיים במסורת ישראל, מביא השופט בייסקי את דבריו של ר' יעקב עמדין (בספרו "מור וקציעה") שהובאו על ידינו לעיל, וכן תומך הוא

יתדותיו בפסק דין של הנשיא אגרנט בפרשת גרטי (ע"א 322/63, גרטי נ' מדינת ישראל פד"י יח(2) 449), ובדברי השופט זילברג בפרשת צים; וכך מסיים הוא את דבריו (שם עמ' 697 - 698):

"סבורני, כי העיקרון של קדושת החיים והצללתם כערך עליון מצדיק שלא להיצמד לאותם הכללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט חריגים מסויימים, באיסור התערבות בגופו של אדם שלא בהסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות.

דומני כי הגישה העולה מע"א 322/63 (= פרשת גרטי) ומע"א 641/62 (= פרשת צים) הנ"ל היא המייצגת והתואמת את התפיסה הראויה בישראל, בהיותה הקרובה ביותר למסורת ישראל הדוגלת בקדושת החיים. על כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו; מכל שכן מותר הדבר, ואף מחוייב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית".

ולדברים אלה עוד נחזור בהמשכם של דברים.

פסיקת בתי המשפט המחוזיים

56. בדרך זו הלכו גם בתי המשפט המחוזיים. בפרשת הלמן, שם נדון עניינה של אם שהרגה את בנה חולה הסרטן ביריית אקדח, נאמר על ידי השופט ח' בנטל לאמור:

"התביעה הזכירה לנו כי גם המשפט העברי מתייחס בחומרה להריגת 'גוסס בידי אדם' (סנהדרין, עח). אף כל פעולה שיש בה משום קירוב מיתתו של חולה אנוש היא בגדר איסור חמור מבחינה מוסרית. וכך פסק הרמב"ם 'שרוצח כזה פטור מעונש מוות רק מדיני אדם, אבל חטא מוסרי גדול יש בידו' (הרב ד"ר פדרבוש - משפט המלוכה בישראל ע' 224). חכמי ישראל לא נשארו אדישים לסבלו של אדם ההולך למות והלכות הסנהדרין אף חייבו להשקות את הנדון למות 'בכוס של יין, כדי שתטרף דעתו' (סנהדרין מג). ברם, מכאן ועד להחשת מותו של חולה החשוך מרפא המרחק רב.

יזכר כי הרמב"ם הזהיר מהסתמכות על חוות דעת רופאים בדבר סיכויי חייו של חולה, מכיוון שאלה עלולים לטעות. ומענין כי גם בזמננו החשש של טעות הנו ממשי על אף התקדמות מדע הרפואה" (ת"פ (ת"א) 555/75 מדינת ישראל נ' הלמן, פ"ד תשל"ו (2) 134, שם, 139-138).

ומוסיף ואומר השופט חלימה:

"לא יוכל להיות ספק בדבר, שהחברה מחוקקת חוקים כדי לשמור על צלם האנוש שבה שאחד ממרכיביו המקודשים: זכותו של האדם לחיות.

למעשה קמה זכות זו ונהיתה ליסוד מוסר אצל העם היהודי מאז שנתקבל הצו 'לא תרצח' ששימש במשך הדורות לדוגמא ולמופת לעמים אחרים. כיום אפשר לומר: נטילת חייו של הזולת נחשבת לחמורה שבעבירות אשר בספר החוקים" (שם, בעמ' 141-142).

בפרשת אייל (ה"פ (ת"א) 1141/90, אייל נ' ד"ר וילנסקי ואח' פ"מ תשנ"א (ג) 187) דובר בחולה במחלה סופנית, שעתר למניעת השימוש במכשיר הנשמה מלאכותי בגופו. השופט א' גורן הביא את לחמו מן המשפט העברי:

"ברור שהמשפט העברי, הידוע כמשפט מוסרי ביותר, דוגל בתקיפות רבה באותו עקרון שהוזכר מקודם, דהיינו - עקרון 'קדושת החיים'. את הבסיס ההלכתי לעקרון זה נוכל למצוא בפסק דינו של השופט זילברג המנוח בפסק הדין צים (ע"א 462/62) שצוטט לעיל.

יחד עם זאת מכיר המשפט העברי, בהיותו משפט הומני, בצורך שלא לייסר את הנוטה למות וקבע בתלמוד מונח של 'מיתה יפה'. מונח זה ממצה את ההתחשבות בצער ובסבל האנושי, ואפילו כאשר מדובר בהוצאתו להורג של נידון למוות.

כאשר המדובר בפעולה אקטיבית, של קיצור חייו של חולה, הרי הדבר אסור בתכלית על ידי ההלכה. אם למשל, היה החולה כבר מחובר למכונת החיאה, הרי הניתוק ממנה הוא, כנראה, פעולה אסורה על פי ההלכה.

אולם, כאשר מדובר באי-מעשה, דהיינו, הארכת חיי גוסס בכל מאמץ מלאכותי אפשרי, הרי בשאלה זו חלוקים הפוסקים. מכל מקום, ישנם הסוברים שאין מקום להאריך באופן מלאכותי את חיי החולה, כפי שהדבר מוצא את ביטוי במאמר הנ"ל (של ד"ר שטיינברג "רצח מתוך רחמים לאור ההלכה" אסיא חוברת י"ט (תשל"ח) בעמ' 443:

'מאידך, יש הסבורים שאסור להאריך חיי גוסס הסובל יסורים, לדוגמא: ודאי דאסור לעשות אמצעים להאריך חיי שעה באופן שיהיו ביסורים, וכן: לגוסס, במקרים שלפי דעת הרופאים אין שום אפשרות לרפואה, אין לתת זריקות כדי לרחק את המיתה בכמה שעות'.

התפתחות נוספת בנושא זה בתחום המשפט העברי נוכל למצוא במונח 'הסרת המונע', כפי שמצא ביטוי בפסק של בעל הספר חסידים. 'הסרת המונע', הכוונה היא הימנעות מעשיית פעולות מסוימות המקשות על הסתלקות הנשמה מן הגוף, אשר לפחות באופן חלקי מוגדרות כיום כאותוניה פאסיבית.

בדיוני הפוסקים מובאות דוגמאות מתי חל העקרון של 'הסרת המונע'.

קטונתי ודל אני בתורה מלקבוע את ההלכה על פי דין תורה... מכל מקום, לצורכי הדיון שבפני, די אם אקבע, שעקרון כיבוד רצונו של חולה, מניעת סבל מיותר ממנו ברגעיו האחרונים, אינו זר למשפט העברי ואף מקובל על ידי חלק מפוסקיו" (שם, בעמ' 199-200).

וראה עוד ה"פ (ת"א) 498/93 צעדי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית ואח', לא פורסם).

ההפנייה למקורות המשפט העברי הלכה וגברה משנחקק חוק יסודות המשפט, המפנה, משנתקיימו התנאים המפורטים בו, לעקרונות הצדק והיושר, החירות והשלום של מורשת ישראל (ראה פרשת "הכליה", לעיל, עמ' 677; ענין צדוק (ה"פ (ת"א) 759/92, פ"מ תשנ"ב (ב) 485, עמ' 503-504).

הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

57. במצוות המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עמדנו על ערכיה של מדינה יהודית וערכיה של מדינה דמוקרטית בנושא רב ממדים ונורא הוד שבנושא רפואה, הלכה ומשפט. דיוננו נעשה - כפי שכך צריך שייעשה - מתוך עיון מפורט וממצה במקורותיה של כל אחת משתי מערכות אלה, ומתוך כך עמדנו על עקרונות העל שבכל מערכת ומערכת ועל עיקרי דינים הנובעים מעקרונות-על אלה, שיש ומרחיבים אותם ויש שמסייגים אותם.

ולאחר העיון כאמור, מצוים אנו למצוא את הסינתזה בין המטרה הדו-ערכית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא: עיגון בחוקיה של מדינת ישראל את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מדרכה של סינתזה זו שמבקשת היא את המשותף שבין שתי המערכות, היהודית והדמוקרטית, את העקרונות המשותפים לשתייהן או שלפחות ניתן לשלב ביניהם. בעולמו של המשפט העברי מצאנו עקרונות-על שאינם שנויים במחלוקת, וחילוקי דעות בעקרונות ובפרטי דינים שונים, וכך אף מצאנו בעולמן של מערכות דמוקרטיות שונות. חילוקי דעות אלה שבתוך כל מערכת ומערכת, יש שמקילים הם על השילוב שבין שתי המערכות ויש שמקשים הם על מציאת הסינתזה, ולא אחת אף עושים אותה לבלתי אפשרית.

נבהיר ונדגים דברים שאמרנו. אחד הנושאים העקרוניים ביותר בסוגיה שבפנינו היא האפשרות של החשת מוות אקטיבית. המשפט העברי שולל אפשרות זו בתכלית השלילה, ולא מצויה אף דעה או בדל דעה שמתירה מעשה זה, שדינו, בעולמה של הלכה, כדין רצח. במערכות משפט דמוקרטיות מצאנו שבמשפט של ארצות הברית החשת מוות אקטיבית אסורה היא; לעומת זאת במערכת משפט של הולנד אותנוזיה אקטיבית מותרת היא, אף על ידי המחוקק. ברור ואין צריך לומר שבשאלה זו הסינתזה בין מערכת המשפט העברי ומערכת של מדינה דמוקרטית, פירושה קבלת המשותף למערכת המשפט העברי והאמריקאי בדבר איסור החשת מוות אקטיבית, ושלילה מוחלטת של עמדת מערכת המשפט ההולנדי המתירה החשת מוות אקטיבית. ולא זו בלבד. גם אילו רוב מערכות המשפט הדמוקרטיות מתירות היו, בנסיבות מסוימות, אותנוזיה אקטיבית, היינו החשת מוות "בידים", מציאת הסינתזה תבוא לכלל ביטוי במציאת המשותף למשפט העברי ולאותה מערכת משפטית יחידה במדינה דמוקרטית כלשהי, האוסרת החשת מוות אקטיבית. ויתרה מזו. גם אילו לא נמצאת היתה, בפועל, אף מערכת משפטית דמוקרטית האוסרת אותנוזיה אקטיבית (וראינו שהיו נסיונות גם במדינות מסוימות שבארצות הברית להתיר, בנסיבות מסוימות, אותנוזיה אקטיבית, שנכשלו ברוב קטן - לעיל, פסקה 45), הרי מאחר שהאותנוזיה האקטיבית נוגדת היא את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כפי שעמדנו על כך לעיל, מחייבת

הסינתזה שבין שני המושגים - "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" - להעדיף את המסקנה המתבקשת מערכיה של מדינה יהודית ולפרש על פיהם את המושג ערכיה של מדינה דמוקרטית (וראה בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פד"י מו (3) 338; מ' אלון, "דרך חוק בחוקה", עיוני משפט, יז בעמ' 687).

בנושאים עקרוניים אחרים שבסוגית הרפואה והמשפט, מציאת הסינתזה אפשרית גם אפשרית היא, אך הדבר דורש ומחייב מתינות ועיון מרובים. כפי שראינו, הן מערכת המשפט העברי והן מערכת המשפט האמריקאי מבחינות בין אותונזיה אקטיבית, שאסורה היא, לבין אותונזיה פאסיבית - "הסרת המונע" - שמותרת; בין המנעות מהארכת חיים מלאכותית מלכתחילה לבין ניתוק מהארכת חיים מלאכותית לאחר שכבר הוחל בה; בין טיפול שיגרתי לבין טיפול בלתי שיגרתי. כמו כן ישנן דעות שונות וגישות שונות, בכל מערכת ומערכת, באשר לצורך בהסכמת החולה וזכותו לסרב לטיפול, באיזה מקרים ובאיזה נסיבות, וכן באשר לנושאים רבים נוספים. אך קיים הבדל מהותי באשר לנקודת המוצא שבכל אחת משתי מערכות ערכיות אלה. עקרון העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוהים, שלאורו ולפיו חיי אדם - כל אדם באשר הוא ולפי שהוא - בריא ושלם בגופו ובנפשו או לקוי ופגום בהם - אין שיעור לערכם ואין מידה לאורכם. הגבלות וסייגים מותרים לעקרון קדושת החיים יסודם, בראש וראשונה, בעקרון של מניעת סבל ויסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצונו של החולה כאשר יש לכך השפעה על מצבו, של יישום הכלל של "ואהבת לרעך כמוך" ועוד. לעומת זאת, נקודת המוצא במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העקרון של חירותו האישית; וזכות זו הוגבלת וסוייגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד. ואך מובן הוא שלשוני בנקודת המוצא יש ונודעת חשיבות מרובה, במקרה זה או אחר, והרבה עיון ויישוב הדעת והלב דרושים כדי להגיע לכלל הסינתזה הנאותה שבין ערכיה של מדינה יהודית לבין ערכיה של מדינה דמוקרטית.

דוגמה מאלפת לסיתנוה זו מצאנו בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת קורטאם, עליו עמדנו במפורט לעיל (פיסקה 55). בענין קורטאם דובר בנאשם שבהימלטו ממרדף משטרתי, בלע חבילות סמים אשר סיכנו את חייו. כל שופטי ההרכב הסכימו שם כי חבילות הסמים קבילות כראיה, אלא שהנמקותיהם, כפי שעמדנו על כך, שונות היו. פרופ' עמוס שפירא, בדונו בעמדות המובעות על ידי השופטים כך וכיסיקי שהובאו על ידיו לעיל, אין דעתו נוחה לא מזו ולא מזו, ובדברי שניהם רואה הוא הגיגים פטרנליסטיים הראויים לביקורת. ואלה דבריו (במאמרו עיוני משפט, יד (תשמ"ט), 225, 269):

"הגיגים פטרנליסטיים אלה בוטאו אומנם אגב-אורחא ואין הם, רובם ככולם, צריכים להכרעת הדין בעניין קורטאם, אך יש בהם כדי להצביע על הלך נפש שיפוטי המעורר תהייה והראוי לביקורת. ההיתר המסויג שמוכן השופט ג. כך לתת לטיפול רפואי מציל חיים בעל כורחו של המטופל, ולא כל שכן ההכשר הגורף שמעניק השופט מ. בייסקי לטיפול כזה, אינם עולים בקנה אחד עם דוקטרינת ה'הסכמה מדעת' לטיפול רפואי. אין הם משקפים את הדין המצוי והם עומדים בסתירה חזיתית לעקרונות החירות האישית והאוטונומיה של היחיד. אליבא

דשופט בך, רופא רשאי בדין וחב חובה מוסרית ומקצועית לבצע ניתוח בחולה בגיר וכשיר שסכנה נשקפת לחייו, אפילו בעל כורחו, אם נוכח הרופא שלחולה אין 'נימוק סביר' להתנגדותו לניתוח, הנובעת ככל הנראה 'ממניעים חיצוניים'. ואילו השופט מ. בייסקי מוחל לחלוטין על הצורך בהסכמתו של חולה בגיר וכשיר לניתוח בנסיבות שבהן צפוי החולה לסכנת מוות או לנזק חמור לבריאותו. בכל הכבוד, נורמות כאלה לא יכירן מקומן בשיטת משפט הדוגלת בזכות הפרט להגדרה עצמית, בחירה חופשית ושליטה בגורלו.

דבריו של פרופ' שפירא אינם מקובלים עלי; הם לא עלו בקנה אחד, גם בשעת כתיבתם, עם הדין הרצוי והמצוי בעת הניתן פסק הדין בפרשת קורטאם, ובודאי שעומדים הם כיום בניגוד להוראת המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באשר לעיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית בחוקיה של מדינת ישראל (סעיף 1 לחוק היסוד), ולהוראת עקרון האיזון שבחוק היסוד (סעיף 8), שלפגיעה בזכויות שבחוק היסוד שלושה תנאים יש: שהפגיעה תהא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שתהא נועדה לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. שלושת תנאי איזון אלה, יסוד מוסד הם בכל מערכת משפטה של מדינת ישראל, והדבקת תוית של "פטרנליזם" אין לה ולא כלום ליישומו של האיזון האמור. מן המפורסמות הוא כי בעיה זו של מציאת האיזון הנאות, הראוי והנכון בין ערכי היסוד של חופש האדם וחירותו האישית, חופש הביטוי והתנועה וערכים בדומה להם - מחד גיסא, לבין ערכים של בטחון, הסדר הציבורי, שמו הטוב של האדם, ערכי קיום יסודיים וכיוצא באלה - מאידך גיסא, מציאת איזון זה היא המשימה הקשה והדרושה, הגדולה והמפרה, של הגותנו המשפטית בכלל ושל אמנות השפיטה בפרט; כל הכרעה, דרך משל, לטובת צרכי בטחון וסדר ציבורי תקין ניתן כמובן לכנותה בשם "פטרנליזם של השלטון" או של "בית המשפט". השאלה שבנושא דיוננו היא אחת מהשאלות שבתורת האיזון, היינו מציאת האיזון בין ערך היסוד של החירות האישית וחופש הבחירה של האדם לבין ערך היסוד של שמירת חיי אדם וערכם, ובמציאת איזון זה עוסק בית המשפט בפרשת קורטאם, שופט שופט על פי דרכו ופסיקתו.

בשעת מתן פסק הדין בפרשת קורטאם מקום היה לחילוקי הדעות שבין השופט בך לשופט בייסקי בהסברת עמדתם, שהביאה, כאמור, לאותה מסקנה מעשית. כיום הזה, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וקביעת העיקרון בדבר עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, דומה שדבריו האמורים של השופט בייסקי עולים הם בקנה אחד עם הוראותיו ותוכנו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השמירה על חייו של אדם, גופו וכבודו מטרתה לעגן במערכת משפטה של מדינת ישראל את ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. שומה עלינו, אפוא, ליצור סינתזה ראויה ונכונה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ומן הראוי ומן הנכון שההכרעה על פי ערכיה של מדינה יהודית תשמש לא רק למען חיזוקם של החריגים שבתפיסה האנגלית והאמריקנית, אלא לשם קביעת תפיסה מקורית של מערכת משפטנו.

מושגים ערכיים כגון חירות, צדק, חיי אדם וכבודו, יכול שיינתן להם פירוש מעוות ביותר בנסיבות חברתיות נתונות; ההיסטוריה האנושית אינה חסרה דוגמאות לכך, ובדורנו אנו, דור השואה, זוועות הרייך השלישי ואימת משטרי "אחוזות העמים", הגיעו הדברים לשיא שמוח אנושי לא יוכל לכלכלו. ערכיה של מדינה יהודית, ששורשיה

שתולים בערכי יסוד של כבוד האדם שנברא בצלם אלקים, קדושת חייו ומניעת סבל ויסורים, שורשים שנתנסו ועמדו בנסיון במשך דורי דורות ושמהם התפרנס ויונק העולם כולו, הם הבטוחה והערובה הנכונות ליישומה הנכון והראוי של הסינתזה של ערכים יהודיים ודמוקרטיים (וראה בג"ץ 1635/90, ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואחרים, פד"י מה(1) 749, בעמ' 783-784, ומאמרו של פרופ' ג' פרוקצ'יה המנוח "הערות בדבר שינוי תוכנם של ערכי היסוד במשפט", עיוני משפט טו(תש"ן) 377, 378).

מטבעות לשון: "הזכות למות"; "למות בכבוד"; "המתת חסד", וכיוצא באלה

58. חשיבות מיוחדת יש לנקודת המוצא של מערכת המשפט העברי בדבר קדושת חיי אדם, ערכם וארכם, משבאים אנו לדון בשאלת האוטונומיה, על צורותיה השונות, שהיא הנושא המרכזי בדיון שבפנינו. בנושא זה מתגלגלים מטבעות לשון כגון הזכות למות, למות בכבוד וכיוצא באלה; חכמים וחוקרים, רופאים ומשפטנים, הביעו לגביהם דעתם ועמדתם, אם מתוך עיון ואם מתוך נסיון החיים. מן הראוי להאזין להערות ותגובות מספר, ומתוך כך נחזור ונעמוד על המתינות והזהירות המרובה הדרושה בקבלת החלטה בנושא כה גורלי, במציאת הסינתזה הראויה, הנכונה והנבונה.

הסכמת החולה למות, ואף הבעת משאלה מפורשת על ידו לכך, לא תמיד מעידה היא על החלטה אוטונומית שקולה ונכיה מכל שיקולים אחרים:

"ההסכמה לדרך זו מעוררת את האנשים להרגיש מחויבות למות מהר, כדי לא להוות מעמסה על המשפחה. וכך עלולה 'הזכות למות' להפוך ל'חובה למות'; לעתים ה'חסד' בהמתה הוא לקרובי המשפחה ולחברה, ולא דווקא לחולה הסופני" (ד"ר א' שטיינברג, "נוטה למות", עמ' 91).

זאת ועוד (שם):

"הסכמה חברתית לדרך פעולה כזו תימנע את המחקר והקידמה בפיתוח שיטות טיפול יעילות למניעת כאב וסבל; פעולה כזו תיגרס להרס האימון בין החולים לרופאים; אין זה תפקיד הרופא להיות התליין של החברה; תפקיד הרופא והרפואה הוא להאריך ולשפר חיים, ולא להרוג חולים; קיים הבדל בסיסי בין אוטונומיה פעילה, שבה סיבת המוות היא פעולת הרצחה הישירה של הרופא, לבין אוטונומיה סבילה, שבה החולה מת ממחלתו, והמוות בא באופן טבעי; תפקיד הרופא מסתיים כשאין לו מה להציע לחולה, אבל איננו נמשך עד להמתתו; אוטונומיה פעילה היא בלתי הפיכה, בעוד שאוטונומיה סבילה עדיין משאירה לעתים מקום לשיקול חוזר, ולתיקון טעויות באבחנה ובתחזית; יש דרכים אחרות להקל על סבלו של חולה סופני, והצעה מהירה ונדיבה להורגו כדי לגואלו מיסוריו איננה מוצדקת גם על רקע הרצון לעזור לחולה" (שם).

וכך נאמר בחוות דעתו של ד"ר רם ישי, יו"ר ההסתדרות הרפואית בישראל וחבר הועדה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית העולמית משנת 1985, אותה נצטט במילואה בהמשך דיונו, בגופו של הדיון שבפנינו, לאמור:

"9. תפקידו של הרופא המטפל בחולה סופני הוא להקל על הסבל הגופני והנפשי בצמצמו את מעורבותו לטיפול המשמר ככל

האפשר את איכותם של חיים הקרבים לקיצם. אין מדובר על למות בכבוד; R. Ramsey "The indignity of death with dignity"; The Hastings Center Report 1981, גורס שהביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי מפני שהמוות הוא העוולה האנושית הקיצונית. מלים רמות כגון אלה מחפות לעתים על תפיסות עולם קשוחות יותר. ככל ששמים פחות דגש על הסיעור והטיפול בחולה המוגדר כסופני, כן מורגש יותר הצורך לדבר על מוות בכבוד. ניתן לומר עם M. Muggeridge 'איני בדיוק תומך בהארכת החיים בעולם הזה אך אני מאוד ממליץ לא להחליט בשרירות לב לשים להם קץ'.

ובפסיקתם של בתי המשפט נאמר:

"החשש החמור הוא כי הגבול שבין אוטנסיה מרצון לבין אוטנסיה שלא מרצון יטושטש. יתכן שהחולה, הרוצה להמשיך בחיים, ירגיש חובה לבחור במוות, כאשר יראה את מבטיהם היגיעים של קרוביו ויפרשם כרצון להשתחרר מהסבל שנגרם מצידו" (דברי השופט ח' בנטל בת"פ (ת"א) 555/75 מדינת ישראל נ' הלמן, פר"י תשל"ו (2) 134, 138, ההדגשות שלי - מ' א').

במאמר מענין של פרופ' רוברטסון, נושא דגל ה'צוואות מחיים' (Robertson, "Living Wills" Hastings Center Report, 1991) מעיד על עצמו המחבר שיש לו מחשבה שניה בנושא, שמא הדגשת חירותו של הבריא וזכותו לאוטונומיה, מתעלמת מזכותו של החולה שיכובד רצונו לדבוק בחיים, כל עוד יש להם איכות כלשהי" (ה"פ (ת"א) 759/92 צדוק לעיל, בעמ' 496; ההדגשה שלי - מ' א').

גורם נוסף שניידון רבות בנושא אנושי קשה וסבוך זה היא העובדה כי הטיפול עליונותו גבוהות הן, ומאידך - הסיכויים להצלחתו נמוכים; ומכאן ההשפעה "הנסתרת" של השיקולים הכלכליים על האידיאולוגיה של "כיבוד רצון החולה":

"...בצד השיקולים ההומניים האידיאולוגיים פועלים כוחות כלכליים (ההדגשה במקור - מ' א') בעלי עוצמה אדירה: משאביה של החברה מצומצמים, ואם הם מנוצלים לטובת חולים כאלה, שהטיפול בהם ממושך ויקר, הם נגרעים מציבור גדול של חולים 'בריאים', שניתן להעניק להם חיים משמעותיים. סיבה זו, לכאורה, עשויה לגרום לכך שהכף תיטה לאותם סיכונים שנוכרו, ומה שמתחיל כ'המתת חסד' עשוי להיגמר ב'כפיית מיתת חסד'" (שם בעמ' 501; ההדגשות שלי - מ' א').

החולה הסופני החי חיי סבל, אך מעונין - וזהו רצונו החופשי אותו יש לכבד - להמשיך ולחיות חיים אלו, עשוי הוא, אפוא, לזכות בעזרתו של מאן דהוא, הסבור "לטובתו" כי ראוי לקצר את חייו.

כללם של אמרות ודברים: "הביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי"; דבריו אלה של Ramsey, שהבאנום ממאמרו המאלף: "The indignity of death with dignity" - "אי הכבוד של המוות", יורדים לשרשו של אחד הנושאים העקרוניים בסוגית דיונו. בין מותו של אדם לכבודו של אדם סתירה יש. לעומת זאת - עצם חייו של אדם, הם הם כבודו של האדם, ובין חיי אדם וכבודו - אין סתירה ולא תיתכן סתירה. והוא הדין באשר למטבעות לשון של "הזכות למות", של "המתת חסד" וכיוצא באלה. אמרות אלה

מן הראוי לבדקן בזהירות מרובה, ולעמוד על טיבן ונסיבות היווצרותן, כפי שעיינו בהן זה עתה, בדעתם של חוקרים והוגים שונים.

המדרון החלקלק

59. החששות מהסכנות האמורות רבות וגדולות הן במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין. משמתחילים להעריך ולשקול ערכם של חיי אדם, מדרך העולם והשיגרה ש"הערכה" ו"שקילה" אלה יביאו תחילה לכלל היתר הריגתם של אנשים שגופם ונפשם פגועים ביותר, ולאחר מכן - גם של אלה שפגועים במידה קצת פחותה, ובמשך הזמן לא יהא שיעור עד כמה מדה זו צריכה להיות פחותה. זאת תורת המדרון החלקלק - ה-slippery slope. והלוא היו דברים לעולמים. קיימת היתה גישה כזו של יחסיות לאיכות החיים וערכיותם עוד במשנתו של אפלטון (אפלטון, המדינה, 3, 405), שלפיה אין להשאיר נכים בחיים מאחר שהם למעמסה וטירחה על החברה, תפיסת עולם שנהגו לפיה, להלכה ולמעשה, במדינת ספרטה היוונית, ובדורנו כבר יודעים וידוע, כי מדרון זה אין קץ לתלילותו ולשפל שאליו יכול הוא להגיע. באמצע המאה העשרים, במדינה שבימים עברו התפארה ב"נאורותה" והשכלתה, הגיע המדרון למבצע T4 של הרייך הגרמני השלישי, שבמסגרתו נרצחו כ- 275 אלף חולי נפש, מפגרים, דיירי מושבי זקנים ואומללי חיים אחרים, וביניהם רבים מאוד מבני עמם הגרמנים, מתוך ההנמקה ו"ההצדקה" שלפי שיקוליהם והערכתם של מבצעי פשעים אלה אין ערך לחיי אומללים אלה, שהם למטרד ולמעמסה על הציבור. ומבצע זה, על "חידושו" בשימוש בגז להריגת הקרבנות, שימש כהנחיה והדרכה להקמת מחנות ההשמדה ותאי הגזים לביצוע תורת הגזע הנאצית ולהשמדת ששה מליון יהודים בשואה שהביאו שלטונות הרייך השלישי ועוזריהם מאומות אחרות על העם היהודי (ראה ע.פ. 347/88, איוון (ג'והן) דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פד"י מז' (4) 221, בעמ' 249-250; שטיינברג, "נוטה למות", עמ' 77-79; עמ' 90-91; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד', ערך "רצח מתוך רחמים", עמ' 11).

תיאורית המדרון החלקלק, שלא אחת היתה למציאות, החשש הגדול והקשה שמא חס ושלום נעבור, בכורח לחצים חברתיים וכדומה, מהזכות של החולה למות לחובה למות, וחששות כיוצא באלה, יש בהם משום אתראה חמורה. ההקצנה במושג של "אוטונומית הפרט", ככל שהוא נוגע לנושא דיוננו, כאשר כביכול הנימוק של טובת החברה והשקפת עולמה מחייב כך, עלולות להיות לו תוצאות קשות. בכך נכשלו הוגי דעות, רופאים, שופטים ורבים נוספים. דוגמא בולטת לכך הם דברים שנאמרו על ידי השופט הדגול הולמס, מגדולי שופטיה של ארצות הברית, בפרשת *Buck v. Bell* 274 U.S. 200 (1927) (מובא בהיועץ המשפטי נ' פלוני, ר"ע 698/86, 151/87, 184, פד"י מב(2) עמ' 661, בעמ' 687-688).

וכך היה מעשה. קרי בוק היתה צעירה בת 18, אם לילד מפגר, וגם אמה היתה מפגרת. לפי חוק שנתקבל במדינת וירג'יניה מותר לעקר לקוי בנפשו, ובלבד שהניתוח לא יפגע בבריאותו. בית המשפט בוירג'יניה הרשה לבצע ניתוח של עיקור בצעירה קרי בוק. בבית המשפט העליון של ארצות הברית נטען, בין היתר, כי החוק האמור שבמדינת וירג'יניה נוגד את התיקון ה-14 של החוקה האמריקנית בדבר equal protection of law, ולכן ההרשאה לבצע את ניתוח העיקור בטלה. בית המשפט העליון דחה את הטענה ואישר את ביצוע ניתוח העיקור בקרי בוק. נאמר בקשר לכך על ידי השופט הולמס, שכתב את פסק הדין, בעמ' 207:

"The Judgement finds the facts that have been recited and that Carrie Buck is the probable potential parent of socially inadequate offspring, likewise afflicted, that she may be sexually sterilized without detriment to her general health and that her welfare and that of society will be promoted by her sterilization and thereupon makes the order. In view of the general declarations of the legislature and the specific findings of the Court, obviously we cannot say as matter of law that the grounds do not exist, and if they exist they justify the result. We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes (Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S.11). Three generations of imbeciles are enough.(ההדגשה שלי - מ. א.).

הדברים קשים ותמוהים ועומדים בניגוד גמור לתפיסות יסוד בעולמה של יהדות ובחברתנו. העיקור - כך נאמר - הוא "למען שלומה ולמען שלום החברה", אך ברור כי השלום הקובע בעיני השופטים הוא זה של החברה. ההיקש מקריאת המדינה לאזרחיה "הטובים ביותר" להקדיש את חייהם למענה, לקריאה ללקויים בנפשם, אשר כבר "פוגעים בעוצמתה של המדינה", להקריב מצדם קורבן כדי למנוע מהחברה לשקוע באזלת יד, היקש זה קשה הוא לשמיעת אוזננו, וכן יתר הדברים שבקטע האמור, לרבות ההצהרה, כי "שלושה דורות של רפי שכל (אימבצילים) הם די והותר!". ואם שופט כה נכבד נכשל כה קשה בלשונו ובפסיקתו, אתה למד עד כמה יש להיזהר בסוגייתנו מנימוק של "שלום החולה וכבודו" "שלום החברה וטובתה" ו"אינטרס הציבור". מן הראוי לציין, כי אחד השופטים, Justice Buttler, התנגד לפסיקת חבריו השופטים.

דין וריפוי אמת לאמיתו; מסכים אל השכל והסברא

60. דברים שאמרנו ושיקולים ששקלנו, בנושאי סוגייתנו, באשר לערכיה של מדינה יהודית וערכיה של מדינה דמוקרטית, ובאשר לסינתזה בין ערכיה של זו לערכיה של זו, נועדו להנחות לא רק את בית המשפט בשיפוטו ובפסיקתו, אלא את כל מקבלי ההחלטות בשאלות אלו של רפואה ומשפט, ובראשם - קרובי המשפחה והידידים, והרופא המטפל. מובן ואין צריך לומר, כי כל מקרה ומקרה ידון לגופו, על פי נסיבותיו המיוחדות, לאורם של עקרונות והנחיות אלה. בדרך זו תתפתח, צעד אחר צעד, מענין לענין, מערכת הדינים וההוראות בנושאי השונים של סוגיה קשה, סבוכה ורבת היקף זו.

דרך פרשנית זו משימה גדולה יש בה למען הגיע לכלל פסיקה שהיא מלאכת מחשבת, של אמנות הכרעה הבאה מתוך חכמה, פתיחות והבנה לרעיונות שימיהם כימי עולם

ומעוגנים הם בצרכי השעה. כבר הזכרנו ואמרנו בתחילתם של דברים, כי על השופט ועל הרופא לעסוק במלאכתם בדרך של הוצאת האמת לאמיתה. וכבר נשאלה השאלה - מהי אמת לאמיתה? וכי יש אמת שאינה לאמיתה? אומר על כך ר' יהושע ולק כ"ץ, מפרשנו המובהקים של הטור והשלחן ערוך חושן משפט, ומחכמי פולין במאה ה-17:

"שכוונתם במה שאמרו דין אמת לאמיתו, רוצה לומר, שדן לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמיתו, ולאפוקי (= להוציא) שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים צריך הדין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת - אינו לאמיתו" (דרישה, טור חו"מ, סעיף א, סעיף קטן ב).

ומוסיף ואומר ר' אליהו, הגאון מוילנא, וזו לשונו:

"הדיינים צריכין להיות בקיאים גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא אמת לאמיתו, כלומר אף על פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמיתו... ולכן צריך הדין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בעיני תורה ופיקח בעיני עולם" (פירוש הגר"א, משלי, ו, ד).

הפסיקה וההכרעה בכל הנוגע בבעיה מן הבעיות שמתוך סוגיה הרת גורל זו, צריך ויהיו אמת לאמיתו, והאיזון צריך ויימצא לפי כל ענין וענין, לפי המקום והזמן, תוך פיקחות בעיני העולם ובקיאות בטבעו של עולם. וכפי שאמרנו וקבענו - אין זה מן הראוי שנפתור מראש כל בעיה שעלולה לעלות על סדר היום, ביום מן הימים. הנחיות כלליות מן הראוי שייקבעו על ידי בתי המשפט וועדות אתיות, שרצוי שתוקמנה; וכל בעיה ובעיה, כשתבוא שעתה ותעלה בפני הרופא ובפני השופט, תטופל ותידון על פיהן - על פי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, לפי טבעו של עולם וצרכי החיים. וכיסוד מוסד יעמוד הכלל הפסיקתי של אחד מגדולי המשיבים בעולמה של הלכה, הרדב"ז, עליו עמדנו לעיל, בדונו ובהכריעו בסוגיה מסוגיות הרפואה וההלכה, לאמור: "דכתיב: 'דרכיה דרכי נועם', וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא".

בתחילתם של דברינו הבאנו מספרו של הרמב"ן בהלכות רפואה, דיניה ומוסרה, אשר קרא אותו בשם "תורת האדם". שם מופלא הוא. האדם הוא מרכזו ועיקרו של חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, המתפרש, על פי הוראת המחוקק, לפי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק גדול ורב חשיבות הוא. ומכוחה של סינתזה נאותה של ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית, תקויים מטרת החוק - הלוא היא שלומנו וטובתו של האדם, ואין שלום וטובה לאדם מבלי שיהא שלום וטובה לאותו מותר שבאדם, לצלם האלוהים שבו, שהוא סוד בריאתו וקיומו, והוא דמותו והויותו.

הבעיות העולות במקרה דנן

61. משבאנו לכאן, נדון בפרטי הבעיות העולות בפנינו במקרה דנן. מקצתן של בעיות אלה תשובה להן בהוראות חוק או בפסיקתם של בתי המשפט. נעיין באלה בקצירת האומר.

א. עקרון קדושת החיים

עבירת הרצח היא מן העבירות החמורות ביותר הכתובות עלי ספר החוקים, אם לא החמורה שבהן (ראה סעיפים 300 ו- 301 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. וכן סעיף 305 לחוק, שעניינו ניסיון לרצח; סעיף 298 לחוק, שעניינו הריגה; וסעיף 304 לחוק, שעניינו גרימת מוות בהתרשלות).

הוא הדין לענין עבירת הסיוע או השידול להתאבדות, שהיא מן החמורות המופיעות עלי ספר החוקים, כשבצידה נקוב העונש של עשרים שנות מאסר:

"302. המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו - מאסר עשרים שנה".

בתחילה קיימת היתה גם עבירה פלילית של התאבדות, אך זו בוטלה (ראה חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), תשכ"ו-1966). מאלף לעקוב אחר הרקע והדיונים שקדמו לביטולה של עבירה זו.

שעה שהביא את הצעת החוק לביטול עבירת ניסיון ההתאבדות, אמר שר המשפטים דאז, מר ד' יוסף, את הדברים הבאים:

"כאן אני רוצה לומר מלים ספורות לגבי ביטול העונש על ניסיון התאבדות. לא בנקל הסכמתי לביטול העבירה הזאת. יודע אני את הכבוד שהמסורת היהודית רוחשת לחיי אדם, וכי היא מתייחסת בשלילה גם לנטילת חיי עצמו. אני בטוח שכל אחד מאתנו רואה בקדושת חיי האדם ערך הומאני חשוב. אבל דווקא ראייה הומניטרית מביאה אותי לחשוב שחקירה ומשפט פליליים אינם הדרך הנאותה ביותר לטיפול במקרים טראגיים שכאלה" (דברי הכנסת, כרך 44, התשכ"ו, עמ' 138).

חבר הכנסת אליהו מרידור הסתייג מההצעה לבטל את עבירת הניסיון להתאבדות, והוא נימק את הסתייגותו כך:

"אין לפגוע בעקרון קדושת החיים, גם כאשר מדובר בחייו של האיש עצמו; אין הוא זכאי ליטול את חייו בעצמו. עקרון זה הוא חשוב, ואם הוא כתוב בספר החוקים, אני מציע להשאירו.

אין אנו חיים במשטר שבו חייבים להביא למשפט כל אדם המנסה להתאבד..." (דברי הכנסת, כרך 46, התשכ"ו, בעמ' 2090) -

הסתייגות דומה הביע חבר הכנסת משה אונא:

"השאלה איננה כיצד אני מתייחס למאבד עצמו לדעת, אם אני צריך לראות בו אדם אומלל, אדם שלא מצא את מקומו בחיים, אדם שצריך להתתייחס אליו בסלחנות. כל זאת יכול להיות נכון, ובכל זאת, משמעות מחיקת הסעיף היא אחרת לגמרי. משמעות המחיקה תהיה - ביטוי של זלזול בחיי אדם, ביטוי לכך שאינני מחשיב את קדושת חיי האדם - גם אם יש בענין צדדים הנותנים מקום ליחס שונה מן המקובל. איננו יכולים להעלים עין ממשמעותה זו של המחיקה" (שם, בעמ' 2090).

אולם הסתייגויות אלו נדחו; 11 חברי כנסת הצביעו בעד ביטול העבירה של ניסיון להתאבדות ו - 10 חברי כנסת הצביעו נגד. על אף הביטול נותרה שרירה וקיימת עבירת הסיוע והשידול להתאבדות. ולשאלתו של חבר הכנסת ישראל שלמה בן מאיר:

“מה דין המסייע? אם אין עבירה אין סיוע” (שם, בעמ' 2090) -

השיב חבר הכנסת מרדכי ביבי, בשם הרוב בוועדת החוקה, חוק ומשפט:

“חבר הכנסת בן מאיר, אין מדברים כאן על מסייע. הסעיף שמדובר במחיקתו אומר: 'כל המנסה לאבד עצמו לדעת ייאשם בעוון'. כלומר, הכוונה לאיש השולח יד בנפשו - וברובם המכריע של המקרים, אם לא בכולם, אלה הם אנשים אשר איבדו את שיווי משקלם הנפשי. אילו היה מדובר במתן לגיטימציה לכל המאבד עצמו לדעת, כמו שהדבר קיים בארצות מסויימות, הרי בודאי הייתי מתנגד לכך, אבל אין המדובר כאן במצב כזה” (שם, בעמ' 2090).

2. ומכאן לשאלת האותונזיה, בה דובר רבות לעיל, כפי שהיא באה לביטוי בחקיקה בישראל. נאמר בסעיף 309 (4) לחוק העונשין:

“309. בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכופ ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר:

(4) במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילולא מעשהו או מחדלו זה” (ההדגשה שלי - מ' א').

כידוע, מבחין הדין הפלילי בין מעשה אסור למחדל אסור. מעשה שנאסר בחוק הפלילי - תמיד אסור הוא, ואילו מחדל, כדי שיהווה עבירה פלילית, דרוש שיהיה בו משום הפרת חובה שבדין:

“... שניתן להסכים גם לעבירות מתוך מחדל, כרכיב התנהגותי של היסוד העובדתי שבהן, ובלבד שילווה בחובה לפעולה קבועה בדין; כלומר, התנאי המיוחד להיווצרות עבירה של מחדל הוא שהמחדל יהווה הפרת חובה מפורשת בדין לפעול. ללא חובה כאמור אין המחדל עשוי להיות רכיב של היסוד העובדתי שבעבירה” (ש”ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א, התשד”מ) 398. וראה גם סעיף 299 לחוק העונשין, הגדרת ‘מחדל אסור’).

אותונזיה אקטיבית אסורה היא, איפוא, באיסור מוחלט; כך עולה מהוראות החוק הפלילי, וכך עלה מהסינתזה של ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שעמדנו על כך לעיל. גם הסכמתו של החולה לגרימת מותו אינה מעלה ואינה מורידה; בעלותו של החולה על גופו כפופה לאינטרס החברתי של הגנה על קדושת החיים:

“העבירה מתגבשת ללא קשר לשאלה אם הנפגע ממנה הסכים לביצועה אם לאו. כי העבירה פוגעת בציבור כולו, ואין זה משנה מה יחסו של פרט זה או אחר, אף אם הוא הנפגע ממנה, כלפי ביצועה. אין הוא יכול להכשיר מעשה עבירה או לסלוח על ביצועה, על חשבון הציבור והמדינה כאירגון פוליטי של החברה, המעוניינים בהדברת

התופעה העבריינית" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א',
(התשמ"ד 112).

וכך נאמר מפי הנשיא זוסמן המנוח, (ע"פ 478/72, פנקס נ' מדינת ישראל פד"י כז(2)
:617)

"... הסכמתו של הקרבן אינה פוטרת מאחריות פלילית, והטעם לכך
הוא פשוט. . . אין אדם יכול למחול על אחריות הזולת בפלילים,
הואיל והאישום הפלילי אינו בא לאכוף את זכותו אלא את זכות
הציבור, ואין אדם יכול למחול על מה שאין לו. . . " (שם בעמ' 627):

ומאלפת ההשוואה לדברי הרמב"ם, בענין איסור לקיחת כופר מן הרוצח, גם אם גואל
הדם רצה לפוטרו, משום "שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם אלא קנין הקדוש
ברוך הוא" (הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, ד; לעיל פסקה 20). וראה דברינו שם בענין
בעלות האדם על גופו.

בת"פ (ת"א) 555/75 מדינת ישראל נ' הלמן, פ"ד תשל"ו (2) 134, הנ"ל, דובר באם שהרגה
את בנה ביריית אקדח. הבן חלה במחלה סרטנית, ממנה לא היה לו סיכוי סביר
להרפא. עם גבור היסורים ביקש הבן מאמו לעזור לו ולשים קץ לסבלו. בית המשפט גזר
על האם עונש מאסר בפועל לתקופה של שנה אחת. נאמר שם מפי השופט חלימה:

"שהחוק שלנו אינו מכיר במושג 'רצח מתוך רחמים'. גם לא יוכל
להיות ספק בדבר שהחברה מחוקקת חוקים כדי לשמור על צלם
האנוש שבה שאחד ממרכיביו המקודשים: זכותו של האדם לחיות"
(שם, בעמ' 141).

וראה גם ת"פ (ת"א) 455/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' כפרי, לא פורסם, שם דובר
באם שהרגה את בנה המפגר בעזרת גלולות שינה ששמה במזונו. והשווה ע"פ 219/68
(ה"מ 385/68 סנדרוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י כב(2) 286).

נוסיף ונעיר כי לאחרונה הועלו בכנסת מספר הצעות חוק מהן השתמעה לכאורה
התרתה של המתת חסד אקטיבית, אשר לא הגיעו לכלל קריאה ראשונה. כך היה בענין
הצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, הצעתה של ועדת העבודה והרווחה של
הכנסת, ולפיה -

"10. חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עיקרי השקפת עולמו
ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רצה בו,
והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכותו זו וימנעו כל
דבר העלול לפגוע בכבודו".

הצעת חוק זו עברה קריאה ראשונה בכנסת רק לאחר שהמציעים מחקו את סעיף 10
הנ"ל (דברי הכנסת 125, עמ' 3836 - 3840).

3. אותונזיה אקטיבית אסורה היא, איפוא, באיסור מוחלט. השאלה שהיא עיקר נושא
הדיון בעניננו, ושבענינה חלוקים בעלי הדין שבפנינו, הוא נושא המחדל ממתן טיפול
רפואי, האותונזיה הפסיבית, על שתי צורותיה הבאות: הימנעות מעשיית פעולות

מאריכות חיים והפסקת פעולות מאריכות חיים. וגדרה של השאלה היא, אם מוטלת על הרופא חובה שבדין לפעול להארכת חייו של החולה, בניגוד לרצונו.

ככלל, מוטלת על רופא חובה שבדין להעניק כל טיפול רפואי לחולה שבטיפולו. די אם נפנה בהקשר לכך לסעיף 322 לחוק העונשין, אשר זו לשונו:

"322. מי שעליו האחריות לאדם שמחמת... מחלתו... אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו - בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי - חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה".

לניתוח מפורט של מקורות חובה נוספים, ראה ע' גרוס "Euthanasia פאסיבית; - היבטים מוסריים ומשפטיים" הפרקליט לט (התש"ן-התשנ"א) 162, 168-173.

עם זאת, היקפה וגדריה של חובת הרופא להעניק טיפול רפואי לחולה טרם הובררו, והדין מכיר, בנסיבות מתאימות, בזכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי.

4. הפרת זכותו של אדם שלא ייפגע גופו שלא בהסכמתו מהווה עוולה נזיקית ועבירה פלילית. עבירת התקיפה מוגדרת בחוק העונשין, תשל"ז-1977, בסעיף 378, לאמור:

"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת... כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות".

בלשון דומה מוגדרת עוולת התקיפה בסעיף 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]:

"(א) תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית...

(ב) 'שימוש בכוח' לענין סעיף זה - לרבות שימוש... בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק".

וכך אמרנו, כי "הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכותו של האדם לחירות אישית" (שרון נ' לוי, ע"א 548/78, פד"י לה(1) 736 בעמ' 755), וזאת "מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם" (ע.ע.א. 4/82, ב"ש 904/82, מדינת ישראל נ' תמיר, פד"י לו(3) 201, בעמ' 205; וראה עוד פסקה 19, לעיל).

זכותו של אדם שלא ייפגע גופו שלא בהסכמתו משמעה, בין היתר, כי אדם זכאי לכך שלא יבוצע בו טיפול רפואי - שיש בו, מטבעם של דברים, פגיעה בגופו של האדם - שלא בהסכמתו; ומתוך הזכות עולה החובה - חובתו של הרופא - לקבל את הסכמתו החופשית של החולה לטיפול הרפואי. כך פסק בית משפט זה עוד בע"א 67/66, 81 בר-חי ואח' נ' שטיינר ואח', פד"י כ(3) 230, בעמ' 233 (וראה גם ד"נ 25/66 בר-חי ואח' נ' שטיינר ואח', פד"י כ(4) 327). ולאחרונה נפסק מפי הנשיא שמגר כי -

"אין מחלוקת, כי עובר לביצוע ניתוח בגופו של חולה חייב הרופא לקבל את הסכמתו של החולה לכך... ביצוע ניתוח שלא בהסכמת החולה הוא תקיפה, עוולה נזיקית לפי סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (ע"א 3108/91 רייבי ואח' נ' וייגל ואח', פד"י מז (2) 497 בעמ' 505-506).

(על ביצוע ניתוח בניגוד לרצונו של החולה, לשם הצלת חייו, ראה פרשת קורטאם, לעיל פסקה 55).

5. ואכן, מקצת השאלות הכרוכות בנושא זה - שאלת גדרה והיקפה של חובת הרופא להעניק טיפול לחולה מחד, וזכות החולה לסרב לטיפול רפואי מאידך - והנילוות אליהן ומשתמעות מהן, שבחלקן הניכר קשורות הן בחולה שמצבו מוגדר כסופני, נדונו בשורה של פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבתי המשפט המחוזיים, ורובן הזכרונות בדברינו לעיל (פרשת אייל, צדוק, צעדי; וכן ראה בג"צ 945/87, נחייסי ואח' נ' ההסתדרות הרפואית בישראל ואחרים, פד"י מב(1) 135, בעמ' 136). דיון זה, גם במידה שהתקיים, טרם בא להכרעה בבית משפט זה, והוא נתקיים בטרם בוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעולמה של מערכת המשפט בישראל.

ב. קביעת רצונו של קטין או פסול דין

1. שאלה נוספת אחת מבחינת החוק הקיים בישראל, היא - מה דינם של קטין או פסול דין שאינם מסוגלים להביע את רצונם או את אי-רצונם בטיפול הרפואי, בסוגיות העולות בפנינו?

בענין זה טענו בפנינו הצדדים ארוכות, תוך הפנייה לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. טוען מר חושן, בא כוחה המלומד של המערער, כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" (סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; להלן: חוק הכשרות). אפוטרופסותם כוללת "את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין" (סעיף 15 לחוק הנ"ל), ובכלל צרכי הקטין מצויה זכותו לסרב לטיפול רפואי. מכאן, שסרובם של ההורים לטיפול הרפואי כמוהו כסרובו של הקטין (עמ' 3-4 לסיכומים מטעם המערער מיום 2.9.88).

לעומתו טוענת גב' זכאי, באת הכוח המלומדת של המדינה, כי אמנם "צרכי הקטין", הנזכרים בסעיף 15 לחוק, "כוללים ללא ספק גם את צרכי רפואתו ובריאותו של הקטין" (סעיף 1.3 לעיקרי הטיעון מטעם המשיבה מיום 19.8.88). אולם -

"החשת מוות אינה צורך של הקטין. זכותו של קטין לחיים או למוות אינה נושא הכלול באפוטרופסות של הוריו וממילא אין הם מוסמכים לייצגו בכל הנוגע לכך" (סעיף 1.5 לעיקרי הטיעון).

כן התייחסה גב' זכאי לסעיף 68 לחוק הכשרות, אשר זו לשונו:

"(א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים ומנייים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, של פסול-דין ושל חסוי, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס - לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול-הדין או החסוי פנה אליו בעצמו.

(ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי" (ההדגשות שלי - מ' א').

לדברי גב' זכאי -

"בקביעתו שבסעיף 68(ב) מנחה המחוקק הן את בית המשפט שבפניו מובא ההליך לפי סעיף זה והן את אפוטרופסיו של הקטין בעניינים הרפואיים אשר אינם מגיעים לבית המשפט...

סעיף 68(ב) מטרתו בהבהרת 'צרכי הקטין' (כלשונו של סעיף 15 לחוק) הקובע כי בהקשר לניתוחים או אמצעים רפואיים אחרים מזדהים 'צרכי הקטין' אך ורק עם החתירה לשמירת שלומו הגופני או הנפשי.

... הבקשה שבתיק זה אינה מכוונת לשמירת שלומה הגופני או הנפשי של הקטינה:

לא 'לשמירה' - שהרי היא מכוונת לכך שלא ישמרו על הקיים. לא 'לשלומה של הקטין' - שהרי שלומה של אדם מחייב כי בראש וראשונה יהיה 'אדם' (סעיפים 1.7.7, 1.7.8, 1.7.10 לעיקרי הטיעון).

ודברים אלה מתחייבים מתוך האמור בסעיף 17 לחוק הכשרות, אשר זו לשונו:

"17. באפוטרופסותם לקטינים חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (ההדגשה שלי - מ' א').

הגב' זכאי הוסיפה וציינה את מנגנון הביקורת המיוחד הקיים בחוק הכשרות, כאשר פעולות האפוטרופוס נוגעות לנכסי דלא נידי של פסול הדין וכיוצא בזה עיסקות מיוחדות, והוא הצורך באישורו של בית המשפט לפעולות אלו על מנת לוודא ולהבטיח שאכן נשמר העיקרון הכללי, שהאפוטרופוס יפעל בכל עניני פסול הדין לטובתו של החסוי בלבד (סעיפים 20, 47 לחוק). טוענת גב' זכאי כי -

"אין להניח, אם כן, כי המחוקק אשר קבע מנגנוני אישור לעניינים שבדמים היה נמנע מלקבעם לענין שבדמ" (סעיף 1 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה).

2. בע"א 322/63 גרטי נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 449 - אשר נדון טרם חקיקתו של סעיף 68(ב) לחוק הכשרות - פסק הנשיא אגרנט ביחס לקטינה שרגלה נקטעה מתחת לברך בעטיו של נמק, כי -

"במקרה כמו זה שלפנינו - המקרה שבו הברירה היא בין חשיפת הקטין לגורל המוות לבין הצלת חייו על ידי ניתוח שישאיר בו מום - מהווה סירוב ההורים להסכים לניתוח, משום הפרת חובתם, בתורת האפוטרופסים 'על גופו', לנהוג לפי מה שדורשת טובתו. לא זו בלבד, אלא אם בהשפעת סירובם האמור, היה נמנע הרופא מלעשות את הפעולה הכירורגית הנדונה ועקב כך, קיפח הקטין את חייו, כי אז היו

נושאים ההורים המסרבים באחריות פלילית על תוצאה זו... (שם, בעמ' 457-458, ההדגשה שלי - מ' א').

בפרשת ה"כליה" (ר"ע 698/86, 151/87, 184, פד"י מב(2) 661) דנו בהרחבה בסעיף 68(ב) לחוק הכשרות, וקבענו בעמ' 673-675 לאמור:

"טיפול רפואי, שהחסוי זקוק לו כדי להתרפא ולהבריא, נתון הוא לסמכותו של האפוטרופוס... 'צרכי הקטין והחסוי' כוללים ללא ספק גם צורכי רפואתו ובריאותו. וגם לעניין אלה על ההורים והאפוטרופוס לנהוג כדרך שהורים ואפוטרופסים מסורים היו נוהגים (ראה תמ"א י-ס) (26/82, בעמ' 227). לעניין טיפול רפואי שיש בו משום סכנה לחסוי (ההדגשות שלי - מ' א') מצאנו, שהאפוטרופוס פנה לקבל הוראות מבית המשפט לפי סעיף 44 לחוק (ראה שם, בעמ' 229). בנושא הקשור לכך הוצע תיקון לסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית..."

על פי הנוסח האמור של ס"ק (ב) שנתקבל בכנסת - "רשאי בית המשפט להורות, לפי פנייתם של הגורמים המפורטים בסעיף 68 האמור, 'על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים'... ההוראה בדבר הסמכות להורות על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, בנוסף על ביצוע ניתוח, כוללת בתוכה את הסכמת בית המשפט להורות על נקיטת אמצעי רפואי, גם כאשר אין בכך משום ריפוי הגופני הישיר של הקטין והחסוי, אלא כל אמצעי רפואי שבית המשפט משוכנע כי הוא דרוש לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין. בכך כלולה הסמכות להורות על ניתוח לשם הוצאת איבר מגופו של החסוי והשתלתו בגופו של אחר, ובלבד שבית המשפט שוכנע, שניתוח זה והשתלה זו דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי. טעמה של הוראה זו ברור הוא. איסור מוחלט להוצאת איבר מן החסוי יכול שיגרום לפגיעה חמורה בחסוי, במקרה שבו תרומת האיבר תהא לתועלתו של החסוי - מבחינת שלומו וטובתו הגופנית או הנפשית - במידה העולה לאין שיעור על הנזק שנגרם לו מהוצאת הכליה" (שם, בעמ' 673, 675).

לדעתנו, כפי שכך משתמע מפרשת גרטי ומפרשת הכליה, אפוטרופסותם של ההורים כוללת את הזכות לסרב לטיפול רפואי, אף אם הסרוב עשוי להוביל למות הקטין, אך סרוב כגון זה זקוק הוא לאישורו של בית המשפט. טעמו של דבר פשוט ומובן הוא. סרוב כגון זה עשוי להוות הפרה של חובת ההורים לנהוג "לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (סעיף 17 לחוק הכשרות), כפי שכך היה בענין גרטי; וכן עשוי הסרוב להוות הפרה של החובה לפעול "לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי" (סעיף 68 (ב) לחוק הכשרות). כפי שכך היה בפרשת ה"כליה". סמכותו של בית המשפט ליתן אישור זה, נובעת היא מהוראת סעיף 68 לחוק הכשרות, וכן כלולה היא בסעיף 44 לחוק:

"בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשתו של האפוטרופוס או של היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או של צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידיו; וכן רשאי בית המשפט, לבקשת האפוטרופוס, לאשר פעולה שעשה".

מטעם זה גופו חייב אף הרופא המטפל בקטין לפנות לבית המשפט לקבל את אישורו שלא לטפל בו, וחובה דומה עשויה לחול, במקרים מתאימים, גם על היועץ המשפטי לממשלה, כאחראי לשלום הציבור.

3. שאלה נוספת, הקשורה לענייננו, עלתה בענין קביעת רצונם של קטינים המצויים על סף בגרותם. בבג"צ 2098/91 פלוני נ' פקידת סעד, לשכת הסעד בירושלים ואח', פ"ד מה(3) 217 כמעט שנדרשנו להכריע בשאלה זו.

דובר במקרה טרגי של נער, בן 17 ושבעה חודשים, חולה סרטן. הוריו של הנער ביקשו שיקבל טיפולים כימותרפיים, אך הנער סרב לטיפולים בשל הכאבים הרבים והסבל הרב שהסבו לו. כדי להתחמק מן הטיפולים, ברח הנער מביתו, ומשאותר לבסוף, לאחר התערבות המשטרה, קבע בית משפט לנוער - מכוח סמכותו לפי סעיפים 2(2) ו-6(2) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 - כי הטיפול הכימותרפי ינתן לקטין בכפייה, במחלקה הפסיכיאטרית של בית החולים, מאחר ורק במחלקה זו ניתן היה ליתן טיפול כפוי. בעתירתו ביקש הקטין כי נורה על הפסקת מתן הטיפולים הכפויים.

כאמור, למעשה לא נדרשנו לשאלה האם "רצונו" של קטין עשוי לגבור על רצון הוריו, ולשאלות נוספות שבפרשה זו של חיים ומוות ביד הטיפול, שכן -

"ניתנה לנו ההזדמנות לשוחח ארוכות עם העותר, ולהעמידו על החשיבות והחיוניות של הטיפול הכימותרפי במחלתו, והסיכויים המרובים להבראתו, ועל חובתו לקיים מרצונו את הצו העליון של 'ונשמרתם לנפשותיכם'.

בסיומם של דברים הודיע לנו העותר כי אכן בתחילה רצונו היה שלא לקבל את הטיפול, בגלל המכאובים שהסב לו, אך עתה מבטיח הוא שכל עוד יישאר בתוקפו הצו שעליו לקבל את הטיפול הוא יציית לצו, וכן מבטיח הוא לבוא מרצונו לטיפול ולא להשתמש הימנו. הבטחה זו ניתנה על ידי העותר לאחר לבטים מרובים, שניכרים היו בפניו. אנו, ששוחחנו עמו מלב אל לב, השתכנענו, במידה שהדבר ניתן, כי אמת בפי העותר. העותר אכן קטין הוא ורק סמוך לבגרותו, אך מבחינת הופעתו, הרצאת דבריו וכנותו - בוגר הוא, וניכרים דברי אמת שבפיו" (שם, בעמ' 219).

דרך זו נראתה לנו רצויה ונכונה לפי נסיבותיו של מקרה קשה זה. הדבר לא עלה כרצונו, הקטין נמלט מן הארץ, ומשהחמירה מחלתו, שב לכאן, וכעבור זמן נפטר והלך לעולמו.

4. וכיצד יקבע בית המשפט מהי "טובתו" של הקטין ומהי "שמירת שלומו הגופני או הנפשי"? - אין במשפט העברי התייחסות מרובה לבעיה זו, ועמדנו על טעמו של דבר (לעיל, פסקה 37). נעיין בשתי פסיקות בענין.

ר' דוד צבי הופמן (שו"ת מלמד להועיל, מחברת שניה, יורה דעה, סימן קד, עמ' 108) נשאל -

"אי (=אם) חיוב על הרופא לעשות חתוך לרפואה (אפערטיאן) גם אם האבות של תינוק החולה לא ירצו בכך.

וזאת השאלה נחלקת: א) אם הרופא חושב שהאפעראטיאן (=הניתוח) מביאה רפואה; ב) אם גם לבו מגמגם שתפעול האפעראטיאן פעולה טובה, אמנם בלא אפעראטיאן בודאי ימות".

בתשובתו קובע ר' דוד צבי הופמן, תוך שהוא מסתמך על תשובתו של ר' יעקב ריישר, בעל שבות יעקב (ראה לעיל, פסקה 25) שמאחר וללא ניתוח בודאי ימות, ועל ידי הניתוח ייתכן שיתרפא מחליו, מותר לו להנתח. ובאשר לשאלה אם בסמכותם של ההורים למנוע מלבצע את הניתוח בילדם, קובע ר' דוד צבי הופמן לאמור (שם, עמ' 109):

"ומעתה, כיון דשרי (= שמותר) לעשות אפעראטיאן (=ניתוח) כזו, אם כן בודאי דעת אביו ואמו לא מעלה ולא מוריד.

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".

מאלפת סיומה של תשובת ר' דוד צבי הופמן: "זה הוא הדין תורה; ודינא דמלכותא איני יודע באופן זה". והכוונה לחוק הנוהג בגרמניה בתחילתה של מאה זו.

בסוגיה קרובה לענייננו, יש מבין חכמי ההלכה הסבורים כי קביעת בית המשפט בענין "טובתו" של הקטין האמורה יכול ותיעשה בעזרת "אומדנא", היינו התחקות אחר רצונו המשווער של הקטין או פסול הדין. וכך אמרנו בפרשת "הכליה":

"דעה שונה [מן הדעה המקובלת בהלכה - מ' א'] הובעה על ידי אחד מחכמי ההלכה, על פי העקרון ההלכתי של 'אומדנא', המזכירה לנו את רעיון ה- Substitute Judgement שבפסיקה האמריקנית... עמדה זו מובעת על ידי הרב משה הרשלר, "תרומת כליה ממשותק מוחין ומחוסר דעת, הלכה ורפואה ב [תשמ"א] קכב...

לאחר דיון מפורט בבעיית תרומת כליה לפי ההלכה, מגיע הוא למסקנה, שלפי מקורות ההלכה בסוגיה זו אין להתיר לקיחת כליה מפסול הדין לצורך השתלתה בגוף אחיו... מכאן עובר הרב הרשלר לדון באפשרות התרת ההשתלה מכוח עקרון האומדנא (שם, בעמ' קכז):

'אבל יש לדון בזה מצד אחר, שאין ספק שאם היה בריא ובר דעת והוא ידוע שהוא כאחיו של החולה בן גילו ודמו, הוא התורם היחיד שיש לו קרבת דם ותורשה עם אחיו שיש בכוחו לתרום כלייה ושיש לה סיכויים להקלט ולהציל את אחיו מסכנת מות לחיים, בודאי שהיה תורם ברצון את כליתו להציל את אחיו, אם כן אפשר שיש בידנו לומר שלמרות שאינו בר דעת ואינו יכול להחליט או להסכים, מכל מקום יש לנו אומדנא שמסתמא ניחא ליה שיקחו ממנו כליה לאחיו'.

לאחר שדן הוא בעקרון האומדנא כפי שהוא בא לכלל יישום בעולמה של הלכה, ממשיך הוא ואומר (שם, בעמ' קכז-קכח):

'ולפי זה גם בעקירת כליות שרוב רובן של האנשים אם היו נשאלים לתת כלייה להצלת קרובם הקרוב להם, כגון אב או אח, מן המות לחיים, ודאי היו מסכימים, ולפיכך אמרינן גם בנשתתה שמסתמא ניחא

ליה. ובפרט במקום שהאח החסוי תלוי מאד באחיו, ואפשר שתפגם טובתו הכללית יותר באבדן אחיו מאשר עקירת אחת מכליותיו, ובעקבות הניתוח וההשתלה עשוי החולה להאריך ימים ולדאוג לאורך ימים לטובתו של החסוי.

ואף שיש לחלק בין אומדנא ביחס לממון של מזונות וצדקה ובין תרומת אבר, שבממון אפשר לקחת מן האומדנא למרות שנמצא זה חסר, אבל בנטילת איבר, זאת פעולה רצינית ולפעמים מסוכנת לא יועיל אומדנא, מכל מקום נראים הדברים להשוות בזה, שכל שיש אומדנא דוודאי היה עושה כן אמרינן מסתמא ניהא ליה.

בסיכומה של תשובתו בא הרב הרשלר למסקנה, כי אין להתיר את השתלת הכליה באותו מקרה מסוים. ושני נימוקים בפיו:

'אלא שמלשון של ה'שאלה' שלפנינו, שאם נעשה ניתוח ההשתלה נקל על כאביו של החולה, נראה שאין הנידון כאן בחששא של מיתה אצל החולה, אלא פדיון מכאבים, אם כן אין כאן אומדנא כלל לומר דמסתמא גם בשביל זה היה נותן כליותיו, וגם אין רשאים מן הדין להכנס לסיכון כדי להציל כאבים וכדומה.

אחר שחקרנו אחר פרטי הנידון, מצאנו כי לחולה יש אחות יותר צעירה ממנו, והיא אינה מוכנה לתרום כלייה, והיא מצביעה כי התורם הנכון חייב להיות האח החולה משותק המוחין. דבר זה ערער את ההנחה שרצינו לשער כי אם היה תורם זה בר דעת אין ספק שהיה תורם ברצון ובהבנה, ומתוך כך רצינו לומר שיש כאן אומדנא שגם האח המשותק היה נוח לו לתרום. שהרי האחות מסרבת, ולמרות שאין סירובה מכחיש לגמרי את האומדנא מכיון שמקרה דין לדעתה על אחיה הגדול והמשותק חלה חובה זו, ואפשר שאם לא היה תורם אחר הייתה מתנדבת ברצון, מכל מקום יש בסירובה זה לומר שאין ביטחון מלא שהאח המשותק היה מתרצה למסור את כלייתו שלו.

הנימוק הראשון מיוחד הוא למקרה שהיה לפני המשיב - שאצל אח הנתרם אין חשש של מיתה אלא מטרת ההשתלה היא רק פדיון מכאבים, ובמקרה זה לא קיימת כל אומדנא, שפסול הדין היה מסכים לתרום את כלייתו.

האם הנימוק השני מיוחד אף הוא רק לפרטי אותו מקרה, היינו מאחר שהוכח שהאחות מסרבת לתרום את כלייתה, שוב אין אומדנא שהאח פסול הדין היה מסכים לתרום אילו מסוגל היה להחליט על כך? ייתכן לומר גם אחרת, היינו, שהעובדה שהאחות מסרבת יש בה כדי להוכיח - או כדי להטיל ספק בקיומה של עצם האומדנא בדרך כלל ולא דווקא באותו מקרה - שפסול הדין, אילו היה בריא בגופו ובנפשו, היה מסכים לתרום את כלייתו. ואכן, ספק גדול אם אומדנא זו נכונה היא לגופה, שהרי לפי המחקרים הסטטיסטיים שבידינו, רק אחוז קטן של בני משפחה בריאים מסכימים לתרום את כלייתם לקרובם.

מאידך גיסא, מקום יש לומר, שבמקרה המיוחד שבא לפני הרב הרשלר אומדנא זו כן נכונה היא, שהרי, כפי שנאמר לעיל - 'האח החסוי תלוי מאוד באחיו, ואפשר שתפגם טובתו הכללית יותר באבדן אחיו מאשר עקירת אחת מכליותיו, ובעקבות הניתוח

וההשתלה עשוי החולה להאריך ימים ולדאוג לאורך ימים לטובתו של החסוי, ורק משום שהאחות סירבה להסכים לתרום כליה מוטלת אומדנא זו בספק, משום שהסירוב מוכיח שבמשפחה זו, גם אם יש בהשתלה משום טובת התורם, לא קיימת הנכונות לתרום כליה לבן משפחה אחר. והדבר טעון בירור.

גם מחוות דעת של חכם הלכה אחר עולה, שניתן לסמוך על עקרון האומדנא כדי להתיר הוצאת כליה מפסול דין לצורך השתלה בגופו של קרוב משפחתו. במאמר, שדן בנושא השתלת כליה על פי ההלכה (הרב משה מייזלמן, 'בעיות הלכתיות בעניין השתלת כליות' הלכה ורפואה ב (תשמ"א) קיד), עומד הרב מייזלמן על השאלה שבסוגייתנו (שם, בעמ' קכא): 'מן הבעיות החמורות היא השתלת כליות במקרה שהתורם הוא חרש, שוטה וקטן', לאחר הדיון, הוא מסיק לאמור:

יש לומר, אם היינו קובעים דרוב רובם של אחים תורמים כליה לאחיהם, יכולים לקחת הכליה מן התורם. מה שאין כן בבן אדם שאין לו קרובה כלל, ששם ודאי אין בני אדם תורמים ואם כן אין לקחת הכליה. ובאחים והורים וכו', רק במקרים שיכולים לקבוע שהמציאות באמת ככה, שרוב רובם של אחים או הורים או בנים תורמים כליה, אז מותר לקחת הכליה להשתלה.

לדעתי, זוהי מסקנה מרחיקה לכת מבחינת המשפט העברי, היינו להתיר הוצאת כליה מפסול דין באומדנא שרוב רובם של אחים תורמים כליה לאחיהם. אומדנא זו - גם אם נכונה היא, היינו שרוב רובם של אחים אכן נוהגים כך - לא די בה כדי להתיר לקחת כליה מאח פסול דין, אלא אם - בנוסף לאומדנא - לקחת הכליה מפסול הדין והשתלתה בגופו של האח יש בה גם טובה משמעותית לפסול הדין, מבחינה גופנית ונפשית... והרי כבר ראינו לעיל, כי מקום יש להבחין לענין ההסתמכות על האומדנא בין דבר של ממון, למזונות או לצדקה, לבין הוצאת איבר מן הגוף.

דברים שהערנו ביחס לשימוש ב"אומדנא" כדרך לקביעת הסכמתו של קטין או פסול דין לנטילת איבר מגופו, יפים הם, מדרך קל וחומר, ביחס לשימוש ב"אומדנא" כדרך לקביעת הסכמתו של קטין או פסול דין לנטילת חייו. קשה, קשה מאוד, לאמוד רצונו של אדם בסוגיות רגישות אלו, וזהירות כפולה ומכופלת דרושה בעניינם של קטינים ופסולי דין הנתונים בעמדת חולשה ותלות, ולעתים קרובות מהווים מעמסה על הסביבה הקרובה להם. בכגון דא גדול הוא החשש כי "רצונם" של הקטינים ופסולי הדין יקבע בהתאם לרצון סביבתם ולא בהתאם לרצונם שלהם, ומכאן אך מעט מזעיר לסכנת ההתדרדרות ב"מדרון החלקלק".

62. כפי שראינו, מקצתן של בעיות שבתחום המשפט והאתיקה הרפואית, תשובה להן מצויה בהוראות החוק הקיים ונדונו בפסיקתם של בתי המשפט. אך רבות הן הבעיות שמצפות לדיון והכרעה בהן בבית משפט זה, ומקצתן עלו בדיון בתיק שבפנינו. מובן ואין צריך לומר, כפי שכבר אמרנו והדגשנו בדברינו לעיל, שבכגון דא אין קובעים פתרונות מראש. התשובות יינתנו, ממקרה למקרה ומענין לענין, לפי הנסיבות והשאלות שיעלו בהם. המקור למציאתם של פתרונות ותשובות לכל אלה הן הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהימנו פינה והימנו יתד לדיון במכלול הבעיות האמורות, ששורה של זכויות יסוד קשורות ומעורבות בהן.

כפי שאמרנו בתחילתם של דברים, נושאי סוגיתנו מעורבים ומשולבים בהם שורה נכבדה של זכויות יסוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ההגנה על חייו, גופו וכבודו של האדם, וזכותו לחירות אישית, פרטיות וצינעת הפרט. מתוך עיונו ראה ראינו שאכן כל זכויות היסוד האמורות עולות בנושא סוגיתנו. ערך העל של קדושת חיי אדם והחובה להגן על חייו וגופו על ידי ריפוי; זכותו של החולה שלא להיפגע בגופו ללא הסכמתו. מעצם מהותו של הנושא שבפנינו, זכויות יסוד אלה, לעתים קרובות, נוגדות האחת את רעותה. כגון החובה להגן ולרפא כנגד הזכות לסרב לטיפול רפואי; החובה לחדור לצינעת הפרט ולפרטיותו - על ידי נתוח או כל פעולה מחויבת אחרת - כדי להציל את חייו של אדם הנתונים בסכנה, על אף אי הסכמתו של האדם הנתון בסכנה להתערבות זו. במכלול זה של זכויות יסוד המתנגשות בינן לבין עצמן, קבעה מערכת המשפט העברי - במיוחד בדורות האחרונים עם ההתקדמות העצומה של הרפואה - שורה של כללי איזון, כללים שהם גופם ערכי יסוד, כגון: החובה למנוע יסורין וסבל, גופניים או נפשיים; הכלל הגדול של "ואהבת לרעך כמוך"; ההבחנה היסודית בין החיים הטבעיים, לבין הארכת חיים מלאכותית; והאוטונומיה של הפרט, במיוחד במסגרת התפתחותה של זו בפסיקתה של ההלכה בדורנו, לרגל ההתקדמות העצומה העומדת לרשות הרופא והרפואה. ערכים ואיזונים אלה פועלים, באופן עקרוני, גם בערכיה של מדינה דמוקרטית. השוני המהותי שבין מערכת הערכים של המשפט העברי ומערכת הערכים של מדינה דמוקרטית הוא בנקודת המוצא של כל אחת משתי שיטות אלה: בערך העל של קדושת החיים שיסודו בבריאת האדם בצלם האלוהים, כפי שכך הוא בעולמו של המשפט העברי, ובערך היסוד של האוטונומיה של הפרט, בחירותו האישית, כפי שכך הוא בערכיה של מדינה דמוקרטית. שוני זה נועדה לו לעתים גם חשיבות מעשית; אך בדרך כלל - מכלול העקרונות והפסיקה בסוגיתנו שבשתי מערכות משפטיות אלה, מאפשרת מציאת סינתזה בין הערכים היהודיים והערכים הדמוקרטיים בסוגיתנו, ומציאת האיזון על פי התנאים המפורטים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תוצאה מהותית של סינתזה ואיזון אלה הוא שאוטונומיה אקטיבית אסורה היא בתכלית האיסור. על כל אלה, ויותר מהם, עמדנו במפורט בדיון שבסוגיתנו בערכיה של מדינה יהודית (פסקאות 11-38) ובערכיה של מדינה דמוקרטית (פסקאות 39-52), ובסינתזה שבין שתי מערכות ערכים אלה (פסקאות 57-60) ולא נחזור ונדון בהם.

אך זאת נחזור ונציין. מתוך דברים שדנו בהם ועמדנו עליהם נמצאנו למדים שלא כל שם, כינוי, ומטבע לשון - תוכם כברם. כך, המינוח בדבר הזכות למות, יכול וייהפך - בלחץ ההגזמה בתיאוריה של האוטונומיה של הפרט, שלפיה הכל תלוי בחולה ובהסכמתו - לחובה למות, חובה שחש החולה, שלא במודע, מאחר שהרשות נתונה לו לכך, ובכך הוא מקל על קרוביו וידידיו. והוא הדין בענין מטבע הלשון: למות בחסד; יותר מאשר חסד הוא לחולה, יכול וייהפך חסד לסובבים וסועדים אותו. ועוד יותר מכך הוא לענין המושג של הזכות למות בכבוד, שלדעת גדולים והוגים יש בו משום תרתי דסתרי, משום סתירה פנימית. מוות וכבוד אינם עולים בקנה אחד; חיים וכבוד - תואמים הם, כי עצם החיים, משום כבוד האדם יש בהם, כבוד האדם שנברא בצלם האלוהים.

דומה, שעקרון העל בפסיקה וההכרעה בסוגיות דנן הוא העיקרון הפסיקתי שקבע הרדב"ז באחד הנושאים החשובים שבסוגיתנו: ההכרעה צריך ותתקבל על פי הכלל של "דרכיה דרכי נועם", ועל יסוד המטרה ש"משפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל

והסברא". כך מצווים אנו מכוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על פי תכליתו ומטרתו - עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית הם המה תשתית היסוד והמטריה הנורמטיבית של המערכת המשפטית במדינת ישראל, ועל פי ערכים אלה יתפרשו עקרונותיה, חוקיה ודיניה.

ובטרם הכרעה, מן הראוי לחזור ולתת את הדעת, כפי שעמדנו על כך בדברינו (פיסקה 52), על ההצעה בדבר הקמתן של ועדות אתיקה בבתי החולים, שיסייעו לכל הנוגעים בדבר להכריע בשאלות העולות בסוגיתנו. בשאלות הוותיקות גורל אלה, שבהן משמשות כאחת בעיות משפט ומוסר, רפואה ופסיכולוגיה, הלכה ופילוסופיה, מן הראוי שיטלו חלק בהכרעתן, בנוסף על החולה עצמו כאשר כשיר הוא לכך, קרובי המשפחה, הרופאים המטפלים ורופאים נוספים, אנשי דת, משפטנים, פילוסופים ופסיכולוגים. עיון ודיון משותפים אלה יעלו ויבררו את פניה השונים של הבעיה העומדת להכרעה, איש איש לפי כישוריו והבנותיו, תוך שמירה על פרטיותו של החולה והריחוק מכלי התקשורת ובמהירות הדרושה, לפי המתחייב מעצם מהותן וטיבן של בעיות ומצבים אלה. והיה ויתעוררו חילוקי דעות בין חבריה של הוועדה, יובאו אלה להכרעתו של בית המשפט, אשר לביקורתו היא נתונה. ועדות אלה פועלות בארצות שונות, ובמיוחד בארצות הברית, ומן הראוי שאף אנו ניתן דעתנו על הקמתן. ויפה שעה אחת קודם.

הכרעת הדין בדיון שבפנינו

63. הבקשה שבפנינו, כפי שנוסחה על ידי אמה של יעל שפר, היא להימנע מן הטיפולים הבאים, אם וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי של הקטינה:

א. אי מתן סיוע נשימתי.

ב. אי מתן תרופות כלשהן, למעט תרופות לשיכוך כאבים.

ג. מניעת הזנה.

(סעיף 59 לתצהיר האם מיום 2.8.88; כותרת המרצת הפתיחה שהוגשה על ידי האם, ואשר הובאה בראשיתם של דברינו).

בראשית דיוננו עמדנו על העובדות הנוגעות לענין פרשת הדין שבפנינו, וביניהם פרטי המחלה שבה חלתה הקטינה יעל שפר והטיפול שניתן לה בבית החולים, כמפורט בתצהירים של הרופאים הנוגעים בדבר (ראה לעיל, סעיפים 2-3). בדיון שבפנינו הוגשו תצהירים נוספים מטעם המערערת והמדינה, ומן הראוי להביאם.

אומר המומחה מטעם המערערת, ד"ר פנחס לרמן, מנהל היחידה לנירולוגיה פדיאטרית בבית החולים ע"ש ביילינסון בפתח תקוה, בחוות דעתו מיום 22.8.88:

7. "במצב זה [= בו נתונה יעל שפר] משולה הילדה למתה ואין כל הגיון רפואי להאריך את חייה באמצעות מכשירי החיאה מלאכותיים מכל סוג שהם, לרבות הנשמה ו/או מתן עירוי, אם וכאשר יוחמר מצבה והיא תזדקק לסיועם (להלן - 'הארוע').

8. לדעתי, זו התאכזרות להמשיך הטיפול בילדה עם קרנות הארוע הנ"ל.

9. לדעתי, זו גם צביעות לבוא ולומר 'שהילדה מקבלת טיפול אנושי מאוד ומטופלת בכבוד רב כמגיע לחולה בסוף חייו, שכן כפי שצינתי קודם לכן אין לדבר במקרה זה אלא על אדם המשול כמת.

10. אילו אני הייתי אחראי לטיפול בילדה זו, מצפוני הרפואי והאנושי כאחד לא היה מאפשר לי להמשיך הטיפול בילדה והייתי מאפשר לה למות בדרך הטבע, ללא סיוע באמצעים טכנולוגיים, שאין בהם במצבה לרפא אותה.

11. לדעתי ולפי מצפוני הרפואי דווקא אי טיפול, קרי אי שימוש באמצעי החיאה מלאכותיים, בנסיבות מחלתה של הילדה מתיישב עם כללי האתיקה הרפואיים.

דרך אגב נעיר, כפי שציין עו"ד חושן, בא כוחה המלומד של המערער, כי -

"הד"ר לרמן [הוא] היחיד אשר מוכן להעיד בבית המשפט במדינת ישראל בסוגיה של אי התערבות רפואית בנסיבות של חולה חשוך מרפא אשר מחלתו נקבעה כסופנית" (סעיף 3 לתצהירו של עו"ד חושן מיום 22.8.88).

לעומת ד"ר לרמן, הציג ד"ר רם ישי, המומחה מטעם המשיבה, דעה וגישה שונות. ד"ר ישי, יו"ר ההסתדרות הרפואית בישראל מ-1971, חבר הועדה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית העולמית מ-1985, ומייסד החברה הישראלית לאתיקה רפואית ב-1988, מצהיר בחוות דעתו מיום 30.8.88 לאמור:

3. השאלה של הימנעות משימוש באמצעים חריגים ומביצוע החיאה אצל חולה המוגדר כחסר תקווה וסופני היא שאלה מרכזית באתיקה הרפואית והדעות חלוקות בארצות שונות ולעתים מושפעות מהשקפות עולם של הפוסקים.

4. ההסתדרות הרפואית העולמית פירסמה The Declaration of Madrid on Euthanasia, האומרת: Euthanasia, הפעולה המבוצעת בכוונה לשים קץ לחיי חולה, אם על פי בקשתו של החולה עצמו או בקשת קרוביו, מנוגדת לאתיקה. אין בכך כדי למנוע מן הרופא לכבד את רצונו של החולה לתת לתהליך הנורמלי של המוות להמשיך בשלב הסופני של המחלה.

5. על פי אותם כללים של אתיקה רפואית יש לכבד רצונו של חולה כשיר המבקש להימנע מטיפול רפואי. הרופא ישתדל לשכנע את החולה לקבל את הטיפול לטובתו, אבל אם חולה כשיר עומד בסירובו, אין לכפות עליו טיפול.

6. מקובלת במספר מדינות בארצות הברית Living will (צוואת החיים) ומערכת חוקים של Natural Death Act, המסדירה נושא זה. ב-Living will מורה אדם בהיותו עדיין בריא וכשיר על אי שימוש באמצעים חריגים כדי להחזיקו בחיים אם וכאשר יגיע למצב סופני.

ללא קשר עם הצד המשפטי, הבא למעשה לפטור את הרופא מאחריות חוקית, קיים ספק אם צוואת החיים פותרת את הבעיה האתית.

החלטתו של הרופא נקבעת על פי מצבו הרפואי של החולה בין אם הותיר צוואה בין אם לאו. מבחינה אתית ההחלטה לנקוט אמצעים חריגים לביצוע החייאה נקבעת על פי המצב הרפואי של החולה בעת ההחלטה.

7. קיים ויכוח אם להמשיך בטיפול בחולה סופני המוגדר כ'צמח', אך לא ניתן לפתור את הויכוח בקביעה שמדובר על 'אדם משול כמת'. מונח זה של 'משול כמת' אינו מקובל עלי ובודאי שאינו ישים לגבי חולה אשר מגיב בבכי בעת אי נוחות ובכך מקיים קשר עם סביבתו.

גם במקרה של Karen Quinlan נקבע שהיא חיה על פי ההגדרות המרחיבות ביותר של המוות. הויכוח במקרה זה היה האם יש למישהו זכות להעדיף מוות על פני חיים. כל עוד החיים קיימים, ההחלטה לסיים חיים כאלה היא מעבר לכשירותו של אדם ולמעשה החלטה לא להאריך חיים פירושה שיש לאדם יכולת להעריך איכות של חי אדם ולקבוע שטוב לחיים כאלה להסתיים.

מכל מקום, השימוש בביטוי 'משול כמת' הוא מסוכן, ובודאי שכך על רקע העובדה שבנושא הגדרת המוות עצמו מחמירים הרופאים, כאשר על פי Statement of Death, World Medical Association, Sidney 1968, (Amended 1983) יש לקבוע בצורה ברורה את ההפסקה הבלתי הפיכה של כל תפקודיו של המוח במלואם, לרבות גזע המוח, כתנאי לקביעה זו. כאשר מדובר בכוונה להשתמש באיבר להשתלה, ההחלטה שהמוות קיים חייבת להתקבל על ידי שני רופאים. רק עם קביעת נקודת המוות של האדם מתאפשר מבחינה אתית לחדול מנסיונות החייאה.

8. הדילמה האתית קשה דווקא מפני שלא מדובר ב'משול כמת' אלא באדם חי; חולה סופני, בלתי כשיר, עם נזק הפוגע קשות באיכות החיים, כאשר כל מה שניתן להשיג הוא להחזירו לאותם החיים הבלתי נסבלים כהגדרת, a J. Fletcher 'Indicators of Humanhood, a tentative of profile of man' Hastings Center Report, 1972.

מצבה של יעל שפר מתאים להגדרה זו ולכן הבהיר ד"ר כהן, מנהל מחלקת ילדים בבית החולים בצפת, כי אין הוא נוהג לבצע החייאה במצבים כאלה (כנאמר בתצהיר האם בבקשה), אך הוא הוסיף שהוא חייב לבצע טיפול שנועד למניעת חנק.

קשה להפריד בין האמצעים החריגים העלולים להאריך את סבלה של הילדה, לבין טיפולים העשויים להקל על סבלה ולאפשר לה לסיים את חייה בכבוד, ואולם לא ניתן לאמוד עתה אלו אמצעים יהיו כאלה או אחרים.

9. תפקידו של הרופא המטפל בחולה סופני הוא להקל על הסבל הגופני והנפשי בצמצמו את מעורבותו לטיפול המשמר ככל האפשר את איכותם של חיים הקרבים לקיצם. אין מדובר על למות בכבוד; R. Ramsey 'The indignity of death with dignity' The Hastings Center

Report, 1981. גורס שהביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי מפני שהמוות הוא העולה האנושית הקיצונית. מלים רבות כגון אלה מחפות לעתים על תפיסות עולם קשוחות יותר. ככל ששמים פחות דגש על הסיעוד והטיפול בחולה המוגדר כסופני, כן מורגש יותר הצורך לדבר על מוות בכבוד. ניתן לומר עם M. Muggeridge 'איני בדיוק תומך בהארכת החיים בעולם הזה אך אני מאוד ממליץ לא להחליט בשרירות לב לשים להם קץ'.

10. לדעתי, אם ההורים יחליטו להשאיר את הילדה בבית חולים, דבר שנתון לשיקול דעתם היום, השימוש באמצעים אלה או אחרים יישקל בבוא העת, ועל פי מצבה של הילדה או יהיה צורך לקבוע מהו טיפול מיותר שימנע את התהליך הטבעי של המוות ומהו טיפול נחוץ שיקל על הסבל בעת תהליך זה.

וראה עוד ע' גרוס, במאמרו הנ"ל, בעמ' 170-171.

64. מר חושן, בא כוחה המלומד של המערערת, טען כי -

"הבקשה איננה ל'המתת חסד', דהיינו לעשיית מעשה שבכוחו לקצר את תוחלת חייה של יעל, אלא מכוונת רק למנוע מן הרופאים נקיטת אמצעים כמו הנשמה ועירויים, שאין בהם כדי להציל את הפעוטה מגורלה החרוץ, אלא רק משום הארכה מלאכותית של חייה" (פיסקה 8 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

ובהמשכם של דבריו ביקש לבסס בקשת המערערת באשר לאי הסיוע הנשימתי, מניעת ההזנה ואי מתן התרופות ליעל.

הגב' זכאי, באת כוחה המלומדת של המדינה, התנגדה חריפות לבקשה בדבר אי סיוע נשימתי ומניעת הזנה, והצביעה על חילוקי דעות בקשר לאי מתן תרופות.

על מכלול הבעיות והטענות שהעלו באי כוח בעלי הדין עמדנו בפירוט רב בדברינו על עמדת המשפט העברי והמשפט האמריקני, ואין מקום לחזור על כל אלה כאן. ודאי הוא כי הגדרת ד"ר לרמן את מצבה של יעל כ"אדם המשול כמת" מקומה לא יכירנה בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. תמהני כיצד ניתן לומר זאת על יעל, שמגיבה בבכי במצבים של אי נוחות, ככל ילד אחר בגילה, שאביה יושב יום יום ליד מיטתה, משמיע באוזניה צלילי מוזיקה, ועם הרופאה המטפלת בה, ד"ר דורה סגל-קופרשמיט, משיח הוא - "כי לא איבד תקווה לשינוי במצבה" (ראה תצהירה של ד"ר סגל קופרשמיט מיום 4.8.88, הובא לעיל, פיסקה 3). גם על השוני המהותי שבין הרעבה ואי סיפוק חמצן לבין אי מתן תרופות שונות, עמדנו במפורט בדיוגנו לעיל (ראה, דרך משל, פיסקאות 32-36, 45), ודברים שנאמרו בתצהירו של ד"ר ישי מקובלים עלינו (וכן ראה דברי השופט טלגם בפרשת צדוק הנ"ל - ה"פ (ת"א) 759/92, פ"מ תשנ"ב (2) 485, בעמ' 506; דברי השופט גורן, בפרשת אייל הנ"ל, עמ' 194, 198, ובפרשת צעדי הנ"ל, פסקאות 6-7 לפסק הדין). אך בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפנינו, אין אף מקום לכל הדיונים וההבחנות האמורים: יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. ונחזור ונצטט, מתוך דברים שהצהירה ד"ר סגל-קופרשמיט, שני קטעים מהותיים לנושא דיוגנו:

9. יעל שפר מצויה במצב של איבוד הכרה תמידי (המכונה מצב של 'צמח'). אין היא סובלת מכאבים ומובן כי אינה מטופלת בתרופות לשיכוכם. היא שקטה ואינה בוכה אלא בעת שזקוקה להאכלה או לטיפול רפואי שיגרתו (במצב של חום, כאבי אזניים, עצירות, כלכל ילד) מצב המשתפר לאחר טיפול שיגרתו רגיל.

10. מבחינה סיעודית הינה מטופלת במצב שמעבר לסביר. אין היא מבוזה או מושפלת, כבודה נשמר מעל ומעבר. הינה נקיה, אינה סובלת מפצעי לחץ המופיעים במרבית המקרים של ילדים השוכבים תקופה ממושכת, ואינה סובלת מהתכווצויות.

יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. יעל בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתו רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.

65. בכך ניתן היה לסיים את דיוננו ונימוקינו, אך נאמר דברים אחדים הנוגעים לשאלה הנוספת שעלתה בפנינו, והיא הגשת העתירה - בקשה על ידי האם בלבד.

סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 קובע כי "האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם" (ההדגשה שלי - מ' א'; וראה גם סעיף 14 לחוק הכשרות). בסעיף 18 לחוק הכשרות נאמר ברישא, כי "בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה". אמנם כן, כפי שכך טען מר חושן, הסיפא לסעיף 18 הנ"ל קובעת כי "חזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר", אולם בחזקה זו אין די משמדובר בבקשה כה מהותית וגורלית, כפי שהוא בנסיבות המקרה שבפנינו. ואם עדיין צורך יש בכך, הרי נסתרה החזקה במקרה שבפנינו. התנהגותו של האב מלמדת, בברור, על הלך רוח שונה מזה של האם.

כזכור, הצהירה ד"ר סגל-קופרשמיט לאמור:

8. "...חלק ניכר מהטיפול הסיעודי לו זקוקה הילדה (כגון רחיצה והאכלה) מבוצע על ידי... אביה של הילדה בשעות אחר הצהריים.

10. מבחינה סיעודית הינה מטופלת במצב שמעבר לסביר... לכך יש להוסיף את התנאים הפיסיים הנוחים מעבר למקובל בכל הנוגע לטיפול בה; החל משהייתה בחדר ליחיד, המשיך במוסיקה המושמעת בו לבקשתו של האב, מאוורר בחדרה וכיו"ב.

11. ביקוריה של האם במחלקה, בכל מהלך אישפוזו של יעל הינם נדירים ומבוצעים לעתים רחוקות בלבד.

12. אביה של הילדה מבקר אותה מידי יום לאחר עבודתו, שוהה בחברתה שעות ארוכות, מטפל בה באהבה ומסירות המוקרנים מכל מעשיו עימה, כמו לקחתה לטיולים בעגלה, ישיבה של שעות ארוכות עם הילדה על חזהו, הקפדה על שעות האכלתה וביצוע האכלה בעת שהותו במקום. בשיחתי עמו אף ציין כי לא איבד תקווה לשינוי במצבה.

לכך יש להוסיף, כאמור, את אי-התייבשותו של האב לדיון בפני בית המשפט המחוזי ובפנינו. הסברה של האם כי -

”האב ממוטט לגמרי... בעלי שלא יכול היה להתייצב כאן גם לא יוכל מאחר והוא שונא פרסומת” (עמ' 5 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי),

אין בו כדי להוביל למסקנה כי האב מסכים לצעדיה של האם או כדי לסתור את הדברים שהובאו בתצהירה של ד"ר סגל-קופרשמיט.

אין אנו באים, חס ושלום, בטרוניא או בהטפת מוסר לאם. לב אם מי יודע. רחשי לבה הם צפונותיה. אבל אין מקום להיענותו של בית משפט לבקשה כגון זו שבפנינו, בקשה של “מי לחיים ומי למוות”, שלא על פי ידיעתם הברורה והמפורשת של שני ההורים, פרט למקרה ראוי, לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, שיש בו כדי להצדיק היענות זו.

אשר על כל אלה דחינו את הערעור.

(-)

המשנה לנשיא

השופט י' מלץ:

אני מסכים.

(-)

שופט

השופט ח' אריאל:

1. נוכח שפע הדברים המאלפים שהובאו בהרחבה בחוות דעתו של המשנה לנשיא הנכבד, אסתפק בהבאת דעתי על המשותף ועל השונה, בקצירת האומר בלבד.
2. אני סבור, כפי שאציין בהמשך הדברים, כי טלילה שפר, אמה של יעל שפר ז"ל, היתה זכאית ורשאית לפנות לבית המשפט בבקשתה, בקשה שהוגשה באהבה ומאהבה ומתוך מסירות כנה לבתה יעל ז"ל, למתן הוראות בדבר סרוב למתן טיפולים מסויימים לבתה, כמפורט בדברי המשנה לנשיא הנכבד. אלא שאותן נסיבות כפי שהובאו לא היה בהן צידוק מספיק להעתר לבקשתה, באותה שעה. על כן הייתי שותף להחלטה ביום 11.9.88 לדחיית הערעור, בנסיבות אלה, לאחר עיון ושיקול על פי החומר שהיה לפנינו, כפי שצויין באותה החלטה ועל-פי הנסיבות המיוחדות של המקרה, ולא בדחייתה של בקשה זו על הסף.
3. אכן, כפי שאומר המשנה לנשיא הנכבד, בלשונו העתירה, בעל כורחנו אנו דנים בעניין העצוב שלפנינו. בסוגיית שלפנינו מתעוררות לא רק שאלות חוק, משפט ורפואה אלא מוסר, אתיקה, אמונה וערכים שונים, המלווים את האנושות ככלל ואת האדם כפרט, בחיי יום יום. לדעתי, ראוי שנושא זה יוסדר במהרה, עד כמה שאפשר, בצורה ברורה ומפורטת בחקיקה, באופן שלא יהא צורך לפנות, אלא במקרים נדירים, לערכאה שיפוטית לקבל את הכרעתה.

4. כל עוד לא הוסדר נושא כאוב זה המחייב פתרון במקרים מסויימים, לא יוכל בית המשפט להרשות לעצמו להרתע מלהחליט בהם.

המשנה לנשיא פרש יריעה רחבה של דעות, מזבאות ופסיקה הקשורות והקרובות לנושא שלפנינו, שבלשון הציבור נוטים לראות בו חלק מהרעיון הכולל של "המתת חסד". ולא היא.

המדובר כאן, בבקשת חיים של חסד וכבוד לפני המוות ואולי אף במיתה מתוך כבוד ("למות בכבוד") ולא בהמתת חסד.

מדובר במקרה שלפנינו בשאלה אם ומתי, יש מקום למרות קיומה של מחלה חשוכה מרפא, להמשיך, למרות רצונו של החולה, בטיפול שאין בו מזוז אלא הארכה מלאכותית של החיים שהגיעו עד סף המוות (לעניין רגע המוות - ראה ע.פ. 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל פ"ד מ"א(1)1). מדובר בהארכה מלאכותית תוך שימוש בתרופות ובמכשירים שונים במצב סופני זה, כשהחולה עובר יסורים בלתי נסבלים, תוך השפלה עצמית שיש בהם פגיעה בחירותו ובכבודו של האדם אשר נברא בצלם, והוא מבקש הפסקת טיפול זה. סוגיית זו קרובה לסוגיית האוטונומיה הפסיבית (ובלשון המשנה לנשיא הנכבד עפ"י המשפט העברי ב"הסרת המונע").

5. ההכרעה בעניין זה מחוייבת, שכן עד כמה שמדובר כאן במוות צורך חיים הוא. מיום הלידה בו יצאנו מרחם אמנו, הולכים אנו ומתקרבים ליום המוות לאחר שגורשנו מגן-עדן, מקום שם עץ החיים, בגזרה הקשה שנגזרה עלינו:

"... ארורה האדמה בעבורך בעצבון תאכלנה כל ימי חיך. וקוץ ודרדר תצמיח לך ואכלת את עשב השדה. בזעת אפך תאכל לחם עד שובך אל האדמה ממנה לוקחת, כי עפר אתה ואל עפר תשוב" (בראשית ג' י"ז-י"ט).

בין שני מועדים קטביים אלה של תחילת החיים וסופם, מבקשים אנו מיום ליום חיים והרחקת יום המוות שנגזר עלינו: "...כמה יעברון וכמה יבראון, מי יחיה ומי ימות, מי בקצו ומי לא בקצו..." (מתפילת "ונתנה תוקף" ביום כיפור). בצד דברים אלה אנו מבקשים בתפילות אותו יום דין: "בספר חיים, ברכה ושלוש ופרנסה טובה וגזרות טובות, ישועות ונחמות ניזכר וניכתב... לחיים טובים..." (ההדגשה שלי - ח' א').

עם התפילות והתקוות לשיפור החיים בין החיים והמוות, אנו מנסים גם, למעשה, לכלכל את מעשינו, להגיע לאותם "חיים טובים", כל אחד לפי הבנתו של מושג זה. במסגרת זו אנו רשאים, במגבלות הקיימות, לעשות להטבת חיינו ולכוון את מעשינו וצעדנו על פי חריות היסוד הטבעיות הקיימות לאדם בחברה נאורה ומתקדמת. כבוד האדם וחירותו הם חלק מאלה.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק לאחרונה (ב-25.3.92) הוא, כמובן, בעל חשיבות רבה ועצומה, עם כל חילוקי הדעות שכבר באו ועוד יבואו בפרשנותו, לרבות לגבי מטרת החוק "להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אולם העיקרון הגלום בתוכו היווה חלק מנחלת החברה במדינתנו, גם לפני שנחקק חוק זה, כפי שהיה בכל חברה ומדינה נאורה ומתקדמת (אגב: המקרה שלפנינו עניינו בתקופה שלפני חקיקת חוק יסוד זה), לרבות סעיפים 2 ו-4:

"2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם..."

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

6. ללא קשר למחלוקות בדבר פרוש חוק יסוד זה, מקובל עלי כי על פי חריות היסוד הטבעיות והחוקיות, לרבות אלה הנוגעות לכבוד האדם וחירותו, רשאי אדם לפני מותו, במסגרת אותה שאיפה ל"חיים טובים", עקרונית, לבקש מבית המשפט, משאין עוד תקווה לריפוי, ומשמותו לא בא לו בחטף או בחתף, אם הוא חפץ בכך כי ימנע ממנו טיפול רפואי ללא תכלית כדי למנוע מעצמו סבל, יסורים, תחושת השפלה עצמית וביזוי צלם האדם שבו, בהגיעו למצב שאין לדרוש ממנו לעמוד ולשאת בהם. משאינו מסוגל לבקש זאת בעצמו, רשאים אפוטרופסיו, בני משפחתו והקרובים והיקרים לו לעשות זאת בשמו. מה שיש לקבוע הם קיומם של אותם תנאים החייבים להיות מוכרעים על פי קביעה רפואית ברורה, מפורשת ומפורטת שיהא בה הכת והסמכות לחייב את הרופאים להימנע מאותם טיפולים ותינתן להם, לרופאים, כמובן, הגנה מבחינת החוק האזרחי והפלילי.

משאמרתי כי אביא דברי בקצרה בודאי שלא אתייחס לשלל החומר המשפטי והאחר שהביא המשנה לנשיא הנכבד. ארשה לעצמי, כאן, להביא מובאה קצרה של הנשיא שמגר מתוך פרשת קסטנבאום:

"...בני האנוש הנמנים עם חברה נתונה נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת תוך סובלנות ומתוך הבנה, כי הדגשים הרגשיים האישיים שונים מאדם לאדם וכי בחברה חופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות. חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסובלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, וזאת גם כאשר המדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות. כפי שיש לקבל ולכבד זכותה של חברה לטפח תרבותה, לשונה הלאומית, מסורתה ההיסטורית וערכים כיוצא באלה, כך גם צריכה לשרור נכונות לחיות עם פרט זה או אחר בתוך החברה, הבוחר בדרך שאיננה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה... בחברה חופשית יש מקום לדעות רבות ושונות, וקיומה של החירות שבה, הלכה למעשה, מוכח על ידי יצירת האיזון הנכון, אשר בעזרתו שואפים לאפשר לכל אחד להגיע לביטוי האישיו בדרך שהוא בוחר. זו מהותה של הסובלנות, שהיא מתירה מיגון של דעות, חירות של ויכוח וחופש מצפון, כל עוד אלה אינם יוצרים סיכון לכלל או לפרט אחר" (ע"א 294/91, פד"י מו(2) 481 אותיות ב-ה).

ראוי כאן להזכיר כי הצעת חוק זכויות החולה תשנ"ב-1992 - עברה קריאה ראשונה לאחר שסעיף 10 שבה, שזה לשונו, הוצא ממנה, כנראה מפאת החשש שהוראתו כללית ורחבה מדי או מרחיקת לכת:

"חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עקרי השקפת עולמו ואמונתו וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכותו זו וימנעו כל דבר העלול לפגוע בכבודו".

אשר על כן אמרתי קודם כי ראוי שיבוא דבר חקיקה. חקיקה זו צריכה לבוא לדעתי, לאחר שוועדה מתאימה בהרכב מתאים, שיוחלט עליה (שתכלול בוודאי אנשי רפואה

ומשפט אך אפשר שתכלול גם אנשי רוח אחרים ובעלי מקצועות או תפקידים אחרים) ואשר תביא המלצות לכללים ברורים על פיהם ינהגו במקרים של בקשות מסוג זה. או אז גם יפחתו המקרים של פנייה לערכאות שיפוטיות.

אולם, כאמור, כל עוד אין הסדר כזה אל לו לבית המשפט להתנער מהכרעה בשאלה עדינה ורגישה זו אף אם היא טורדת ומורטת את נפשו של השופט. ההכרעה בעניין זה תבוא באיזון המתאים בין העיקרון הגדול של קדושת החיים לבין קדושת רצונו של האדם וכבודו במסגרת כל החירויות הטבעיות והחוקיות שלו, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא דווקא רק במסגרת חוק זה (לרבות סעיף 8 שבו) על פי העובדות והנסיבות של כל מקרה ומקרה (ראה גם ברק "פרשנות במשפט" כרך שלישי, "פרשנות חוקתית" (נבו, תשנ"ד, 286 ואילך). בכך גם תהיה ערובה שלא להדרדר "במדרון החלקלק".

7. ומכאן לעניינו של קטין, כפי שהיה במקרה הכואב שלפנינו. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית") אומר: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". מצווים אנו בשמירת שלומו ובריאותו של הקטין ומניעת פגיעה בו על פי הכרתנו והעקרונות הקיימים לגבי כל אדם באשר הוא אדם ועל אחת כמה וכמה בשל היותו קטין. ואכן באו חוקים רבים, בין במישרין ובין בעקיפין, להגן ולסוכך עליו (יש גם מקרים בהם תבוא הגנה אף על עובר - ראה בע"א 413/90 פלונית נ' פלוני, פד"י לה(3) 57).

יהיו כבודו וחירותו של קטין חביבים עלינו ככבודו וחירותו, ותהא קדושת חייו יותר מקדושת חייו וסבלו של הילד יהא כואב עלינו יותר מכאבנו שלנו.

לקטין זכויות מלאות חוץ מההגבלות שנקבעו בחוק.

על כן גם בעניין שלפנינו זכותו היא שישמר כבודו במצב סופני וכי ימנעו ממנו סבל, יסורים, השפלה עצמית וביזוי ללא צורך. על כן, רשאי גם קטין, באותם מקרים ובאותם תנאים, אם הוא מסוגל לכך, לבקש מבית המשפט למנוע ממנו תוצאות אלה. רשאים גם אפוטרופסיו, לרבות אפוטרופסיו הטבעיים, היינו הוריו או כל אחד מהם, להביא בקשה כזו בשמו, בין שהקטין מסוגל להגיש בקשה כזו בעצמו ובין שאינו מסוגל לעשות כן.

אכן יש להקפיד הקפדה מלאה וחמורה ביותר לקיומם של אותם תנאים שעל פיהם באים בבקשה זו. לא תמיד ולא בכל גיל יכול קטין לגבש את עמדתו על פי הנתונים הקיימים למתן הסכמה או להגשת בקשה. לא כל הסכמה היא הסכמה שלו ויש לבדוק שמא בקשתו מושפעת מאחרים בשל חסותם, כבודם, או יראתו מפניהם (לרבות הוריו ואפוטרופסיהם) ושמא בקשה והסכמה זו אינם בבחינת בקשה או הסכמה של הקטין. בוודאי שיש לבדוק את פניית ההורים (ובכל מקרה יש לשמוע את שני ההורים) או האפוטרופסים ואת כנות בקשתם עם כל הכבוד שיש לתת להם, אך יש לראות דרך זו לא רק כפתוחה ואפשרית אלא אף מחויבת, בשם הקטין ובעבורו על פי העקרונות האמורים.

עם כל הכבוד, אינני מקבל את הטענה כי בקשה כזו מטעם האפוטרופסים נוגדת הוראה כל שהיא בחוק הכשרות המשפטית. הוראת סעיף 68 לחוק זה המדברת על מצוות "שמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין..." בודאי שאין בה מחסום. נהפוך הוא. היא עולה בקנה אחד עם חוק זה. יסוד מוצק יש לעמדה זו גם בסעיפים 1, 14, 17, 19 ו-20 של אותו חוק. אין זה גם מקובל עלי כאילו אין אחד ההורים רשאי לפנות, ללא ההורה השני, באותה בקשה בשם הקטין. אמנם על פי סעיף 18 דרושה הסכמת שניהם ועל פי

סעיף 19 לחוק הנ"ל, בית המשפט הוא המכריע אם יש חילוקי דעות בין ההורים כשהפנייה היא משותפת על ידי ההורים לבית המשפט לקבלת הכרעתו, אולם במקרים הנדונים כאן, הפנייה אינה פנייה של ההורים או האפוטרופסים במסגרת תפקידם דווקא, אלא הם משמשים פה לקטין.

הקטין רשאי בעצמו לפנות בכל דרך שהיא, או באמצעות כל אדם וגוף מתאימים ובוודאי על ידי אמו במצוקתו זו או במצוקות אחרות, לערכאה מתאימה. יסוד לכך יש דווקא בסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, וראה גם כל הפרק הרביעי ובמיוחד סעיף 72 לחוק (ואין צורך לפנות לסעיף 3(א) לחוק שווי זכויות האשה תשי"א - 1951) ובלבד שבית המשפט יתן גושפנקא לפנייה זו כפי שהיא או באמצעות מינוי אפוטרופוס אחר או נוסף או מינוי אפוטרופוס לדין או בשמיעת הקטין עצמו.

אין להשאיר דלת נעולה בפני קטין במצוקה כל עוד אין הוא עושה שימוש לרעה בדרך זו (תימוכין לעמדה זו יש בפרשת גרטי, פר"י יח 449 ובפרשת הכיליה, פר"י מב(2) 661). בעניין זה ובענינים אחרים על בית המשפט להשאיר דלת פתוחה למנוע עוול ומצוקה לקטינים כשפנייתם היא פנייה לצורך אמיתי, לרבות צורך בנושא סופני כפי שעלה לפנינו בדיון זה, בבחינת: "פתח לנו שער בעת נעילת שער, כי פנה יום".

(-)

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון.

הנימוקים ניתנו ביום י' בכסלו התשנ"ד (24.11.93).

(-)

ש ו פ ט

(-)

ש ו פ ט

(-)

המשנה לנשיא

אחרית דבר

עם סיומם של דברי פסק הדין, מבקש אני להדגיש דברים אחדים.

אשר למשמעות המושג "ערכיה של מדינה יהודית". הדעת נותנת, כי במציאות הרוחנית והתרבותית של החברה היהודית בימינו, קשה לצפות להגדרה חד-משמעית ומקובלת על הכל למשמעותו של מושג כה עקרוני. סביר להניח שמושג זה שמצוי הוא בחוקיה של מדינת ישראל, כולל גם ערכים הקשורים בתקופת התחייה הלאומית שהביאה להקמתה של מדינת ישראל; ובטוחני שתוכן מושג זה יהיה נושא לדיונים מרובים, פילוסופיים ומשפטיים, באשר לכל מה שכלול בו, כפי שדיונים כאלה כבר מצויים כיום בספרות המשפטית והפילוסופית, והם בוודאי ילכו ויתרבו. ואף לי הייתה הזכות, בשורה ארוכה של פסקי דין ומאמרים שונים, לדון במשמעותו של מושג זה - "ערכיה של מדינה יהודית". אך דבר אחד צריך ויהיה ברור, ולדעתי לא יכול להיות שנוי במחלוקת. ערכים יהודיים ודאי שכוללים הם ערכיה של היהדות, של מורשת ישראל, את המקורות העצומים והבלתי נדלים של ההלכה ומחשבת ישראל, לדורותיה ולתקופותיה, החל מן התנ"ך, עובר לספרות התלמודית, הפירושים והחידושים, הפוסקים והשאלות ותשובות, עד ימינו אלה, ואין להעלות על הדעת הגדרה של ערכים יהודיים שלא תכלול מורשת ישראל עצומה ובלתי נדלית זו. עובדה מאלפת היא, כי נושא זה של הלכה ורפואה הוא אחד הנושאים הנידונים והמפותחים ביותר בעולמה של הלכה, ובמיוחד בדורנו מצויה ספרות הלכתית רבה ביותר שדנה במיגוון הרב והבעיות השונות שבתחום האתיקה הרפואית, כגון בנושא ההסכמה המודעת - informed consent, השתלת איברים, המתת חסד ונושאים רבים רבים נוספים. מה שחשוב לציין כי גם בנושא זה של אתיקה רפואית עדים אנו לתופעה המקובלת והמושרשת

בעולמה של הלכה: ריבוי דעות, גישות שונות ופסיקות שונות, כשהכלל הגדול הוא: אלה ואלה דברי אלוקים חיים. ולתופעה זו חשיבות רבה במציאת דרך לפתרון של בעיות בתחום האתיקה הרפואית העולות חדשות לבקרים.

בפסק הדין שבפרשת שפר דנתי בפירוט רב במכלול נושאים אלה, ועל הגישות השונות שבין פוסקי ההלכה בדרכי פתרון. כפי שראינו בפסק הדין, חשיבות מרובה נודעת לתופעה זו של ריבוי דעות וגישות בהלכה, לאור האמור בחוק היסוד שבעיות אלה צריך ויבואו על פתרון לפי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מן המפורסמות הוא שהגישה הדמוקרטית בנושאים אלה לעתים קרובות שונה היא - אם במעט ואם בהרבה - מהגישה היהודית שבמורשת ישראל, וזאת בגלל נקודת המוצא השונה: בעולמה של יהדות נקודת המוצא במכלול נושאים אלה היא בריאת האדם בצלם האלוקים; ובעולמה של דמוקרטיה מערבית נקודת המוצא היא האוטונומיה של הפרט, המימוש העצמי, ה - Self Determination. לפי הוראת חוק היסוד מצווים אנו למצוא את הסינתזה בין שתי גישות אלה, וזוהי משימה גדולה, נכבדה ולעתים לא קלה. ובמציאת סינתזה זו עלינו לזכור גם את סדר הערכים שבחוק היסוד: הערכים של מדינה יהודית נזכרים ראשונה לפני הערכים של מדינה דמוקרטית. וגם לכך יש השפעה מרובה על דרך מציאת הסינתזה שבין שני סוגי ערכים אלה, שלעתים הערכים היהודיים צריך שיגברו על הערכים הדמוקרטיים. ואף בזה דנו במפורט בפסק דינו בפרשת שפר.

סינתזה זו שבין ערכים יהודיים ודמוקרטיים מהווה חידוש גדול במערכת המשפט שבמדינת ישראל, והיא ייחודית

כל מה שייאמר ויישמע בכינוס זה שאנו מתחילים בו היום, חשיבות רבה נודעת לו לענין פרשנותה של המערכת המשפטית של מדינת ישראל. בטוחני, שגם לאורחינו מחוץ לארץ נודעת חשיבות רבה לפתרון של בעיות שונות בתחום האתיקה הרפואית על פי סינתזה מאלפת זו של ערכים יהודיים ודמוקרטיים. אני מאחל לכולנו הצלחה רבה בדיוננו.

למדינת ישראל. בדקתי חוקות רבות שבמערכות משפטיות שונות בעולם, ולא מצאתי הגדרה שלזבת ערכים זו: לא מצאתי חוקה שבה ייאמר, דרך משל, ערכיה של מדינה קנדית ודמוקרטית או ערכיה של מדינה אמריקאית ודמוקרטית וכיוצא באלה. השידוך הזה של ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית הוא כל כולו חידוש של מדינת ישראל, ומקורו באופי המיוחד של המדינה העברית כמדינה יהודית ודמוקרטית.