

פרופ' חוה טבנקין

סוגיות במכירת כליה מן החי להשתלה על פי המשפט העברי והחוק הישראלי

ראשי פרקים:

- א. פתח דבר
- ב. מבוא:
 1. השתלת איברים בארץ ובעולם
 2. כליה - הייחוד והתרומה מן החי
- ג. בעיית המחסור ואפשרות המכירה כפתרון
- ד. היבט משפטי של מכירת איברים
 1. החקיקה והפסיקה בארץ
 2. המשפט המשלים
 3. איברים כנכסים וכקנין
- ה. בעד ונגד מכירת איברים
 - ו. גישת המשפט העברי
 - ז. התקשרויות חוזיות למכירת כליה
- ח. המשפט העברי והחוק הישראלי - מסקנות וסיכום

א. פתח דבר

בבית הספר לרפואה באדינבורו (סקוטלנד) במאה ה-18, נהוג היה לרכוש גוויות בתשלום לצורך לימודי האנטומיה. שני אנשים, Burke ו-Hare, מצאו שיטה "מקורית" לפרנסתם: הם היו נוהגים לרצוח אנשים ולמוכרם כגוויות "נפטרים ממוות טבעי" לביה"ס לרפואה. הנרצחת ה-16 שלהם הייתה חברתו של אחד הסטודנטים, וכך נתגלתה הפרשה האיומה^{1,2}.

מסחר בגוויות לצורכי המדע הלך ופחת. עם זאת, ב-1890 מתואר משפטו של אורח שבדי שערך עם ביה"ס לרפואה בשטוקהולם חוזה למכירת גופתו לאחר מותו וקבל מיידית את הכסף. לימים התעשר, ורצה להחזיר חובו לביה"ס לרפואה ולבטל את החוזה. הרופאים סירבו, והוא תבע אותם לדין. ביה"מ"ש פסק כי החוזה תקף, ועליו למסור את גופתו לאחר

1. ראה:

Dukeminier, "Supplying Organs for Transplantation," *Michigan Law Review* 68 (1970): 811.

2. ראה:

"The Sale of Human Body Parts: Notes of the Editor," *Michigan Law Review* 72 (1974): 1218.

מותו, ואף לדאוג שלא תינזק³. עם התפתחות השתלת האיברים אנו מוצאים בשנת 1969 כי במדינת מיסיסיפי איפשרו מכירת איברי גוף לבתי החולים בהתקשרות חוזית, ובשנת 1976 חשף הסקוטלנד יארד פרייט סחר סיטונאי באיברי מתים בבתי החולים באנגליה⁴. בסין של שנת 1998, מספר העיתונאי דוד רוטמן, מהווים איבריהם של אסירים שהוצאו להורג, חלקם על עבירות קלות, מקור עיקרי להשתלת איברים לעשירי הונג קונג וסינגפור⁴. ובהודו פורח המסחר באיברי אדם בעודם בחיים בממדים כה גדולים, עד שהפך לנורמה של עניים⁵. לאחרונה אף פורסמה כתבת תחקיר בישראל בנושא הסחר בכליות⁶.

סיפורים מסמרי שער אלה מעוררים פחד מפני זילות גוף האדם, וסלידה מנושא מכירת איברים במדינות המערב המפותחות, וישראל ביניהן⁷. האם באווירה כזו ניתן לדון בהיתר מכירת כליה ובתנאים למכירתה על פי המשפט העברי, הנחשב בעיני כל למשפט מוסרי ומקדש חיי אדם, ושלזור הלכותיו נוהגים יהודים דתיים ולא דתיים בישראל ובעולם כולו⁸?

ב. מבוא

1. השתלת איברים בארץ ובעולם

השתלת איברים הינה טכנולוגיה רפואית חדישה, שהתפתחה ב-40 השנים האחרונות, במטרה להחליף איברים שהגיעו לאי ספיקה באיברים תקינים. מקור האיבר המושתל יכול להיות האדם המושתל עצמו (Autograft) או השתלה מאדם אחד לאדם אחר (Allograft), כאשר התורם יכול להיות חי (בעיקר בתרומת עור, דם וכליה) או מת (בעיקר בלב וריאות). איברים מושתלים יכולים להיות גם איברים מלאכותיים, כמו מסתמי לב^{8,9}.

3. ראה:

Russell, S. *The Body As Property* (New York: The Viking Press, 1981).

4. ראה:

Rothman, D. "Body Shop: Is China Killing Off Prisoners to Feed Its Clandestine Transplant Trade?" *UTNE Reader* (1998).

5. שאירי, תורמי איברים מרצון ותורמים בעל כורחם (בימת המערכת), **רפואה ומשפט**, גליון מס' 9, תשנ"ג.

6. ניירות עמדה בנושא תרומת כליה, תרומת כבד וריאה, חוברת פנימית בהוצאת ההסתדרות הרפואית בישראל שהופצה לכל הרופאים, דצמ. 1997, עמ' 9-25.

7. וייסמן, "איברים כנכסים", **משפטים ט"ז**, 1987, 509-500.

8. צ. גרינהויז, "היבטים משפטיים במכירת רקמות ואיברים להשתלה - השלכות אפשרויות של המשפט העברי והמשפט הישראלי". עבודה לשם קבלת תואר מאסטר, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ו 1996.

9. מילון מושגים רפואה והלכה, השתלות איברים, ע' 191-246.

במהלך השנים השתפרו טכניקות הבדיקה להתאמת רקמות, טכניקות ההשתלה, ודרכי מניעת דחיית השתל וזיהומו. ככל שהשתכללה יכולת ההשתלות (בעיקר בעשור האחרון) עלה הביקוש לאיברים, ונוצר מחסור גובר והולך באיברים להשתלה^{10,6}. בארה"ב בשנות ה-80 בוצעו מעל 400,000 השתלות, שכללו השתלות כליה, לב, כבד, קרניות, עור, עצמות, מוח-עצם וריאות. בשנת 1984, לדוגמא, בוצעו שם 5500 השתלות כליה, כאשר 10,000 איש עדיין מטופלים בדיאליזה^{11,8}.

בישראל מבוצעות השתלות איברים מזה 40 שנה: השתלות לב מסוף שנות הששים, השתלות כבד מסוף שנות ה-80, והשתלות ריאה מסוף שנות ה-90. השתלות כליה מבוצעות החל מאמצע שנות החמישים מן החי ומן המת, כאשר עיקר ההשתלות של כליה מן החי מבוצעות מתרומת כליה של קרוב משפחה מדרגה ראשונה⁶.

2. השתלת כליה ותרומת כליה - הייחוד והתרומה מן החי

הכליות הינן איברים חיוניים בגוף האדם. תפקידי הכליות כוללים שמירה על מאזן חומצי בסיסי, איזון אלקטרוליטי, שמירת איזון נוזלי הגוף, והפרשת חומרי פסולת ורעלים שונים המצטברים בגוף. אי ספיקת כליות מסכנת חיים, ומחייבת טיפול בדיאליזה או השתלת כליה על מנת למנוע מוות¹². הטיפול בדיאליזה מחייב קשר קבוע של לפחות שלוש פעמים בשבוע עם בית החולים למשך מספר שעות בכל פעם, והגבלה בדיאטה ובנסיעות. כמו-כן קיימות אצל מטופלי דיאליזה בעיות בפוריות, וקיימת בעיה של מחסור במכשירי דיאליזה⁸.

הכליה חריגה בתחום השתלת האיברים מתורם חי, והיא גם היתה האיבר הראשון שהושתל. נסיון ראשון להשתלת כליה נעשה בשנת 1936, והמושתל חי 36 שעות אחר ההשתלה. בשנת 1951 תאר לראשונה כירורג צרפתי את המקום בגוף בו כדאי לשתול את הכליה, ובשנת 1954 שתל לראשונה כירורג בבוסטון כליה שתרם תאום לתאומו הזהה, וכך התגבר על בעיית הדחייה¹³. בנוסף, מחד גיסא מדובר בתרומת איבר שאינו מתחדש, בשונה מדם או זרע, ולכן התורם נותר בעל מום במידה מסוימת; מאידך, גיסא ניתן לחיות חיים נורמליים עם כליה אחת⁶. כמו כן, בהשוואה לכבד,

10. י. אלון, ד. אדמון, מ. פרידלנדר, "השתלות איברים חזרות", הרפואה 13 (8) עמ' 529-531 תשנ"ז 1997.

11. ראה:

A.L. Caplan, *If I Were a Rich Man Could You Buy Me a Pancreas?* (Bloomington: Indiana University Press, 1992).

12. מ. הלפרין, "מכירת רקמות ואיברים" באור תורה ח', 29-23, תשנ"ג.

13. הכינוס הבינלאומי הראשון לרפואה, אתיקה והלכה. ספר הכינוס תשנ"ג 1993 ע' 181-198.

שאף הוא ניתן כיום להשתלה מתורם חי, ההצלחות הניתוחיות בהשתלה כליה גדולות יותר, משום שעקב האפשרות לטיפול בדיאליזה לפני ההשתלה מגיעים החולים לניתוח ההשתלה מוכנים, יציבים ומאוזנים מבחינה קלינית טוב יותר מחולים באי ספיקת כבד, שמצבם הכללי הטרומ-ניתוחי גרוע יותר⁶. כמו כן, כאשר השתלה ראשונה איננה מצליחה חוזרים לטיפול בדיאליזה, בעוד שכשלוך בהשתלת איברים אחרים פירושו לרוב מוות¹⁰. כמו כן הסיכון לתורם כליה קטן ביותר לעומת התרמות של איברים פנימיים אחרים (כבד או ריאה), אך למרות שהוא קטן, הסיכון אינו זניח לחלוטין^{6,8,14}.

בתחילת עידן השתלות הכליה, נחשבה ההשתלה כאלטרנטיבה שנייה לטיפול בדיאליזה; כיום שווה תוחלת חיי מושלת כליה מתורם מת לזו של המטופל בדיאליזה, ותוחלת חיי מושלת מתורם חי עולים על אלה של מטופלי דיאליזה. יתר על כן, כאשר ההשתלה מוצלחת חל שיפור משמעותי באיכות חיי המושלת לעומת המטופל בדיאליזה. הצלחת ההשתלה קשורה בעיקר במקור התרומה - תרומה מן החי מביאה להצלחה גדולה יותר מאשר תרומה מן המת. השתלה מוצלחת גם זולה יותר מטיפול דיאליזה מבחינת תחשיבי עלות-תועלת^{8,12}. על-פי מחקר אמריקאי העדיפו בשנת 1985 54% ממרכזי ההשתלה בארה"ב תורם חי, בשנת 1987 רק 36% מהמרכזים העדיפו תורם חי, ואילו בשנים האחרונות שוב מסתמנת העדפת תרומות מן החי, גם כאשר התורמים היו ללא קירבה גנטית למושלת. במחקרם של Terasaki וחב' נמצא כי 70% ממקבלי תרומת כליה מן המת שרדו לאחר שלוש שנים, לעומת 81%-83% במקבלי תרומה מן החי (הורים, בני זוג, ולא-קרובים), ולאחר שנה מההשתלה נמצא שחיים 90% מתוך השתלים מתורם חי, מול 78% חיות של שתלים מן המת^{15,16}. גם בישראל נמצאו אחוזי הצלחה טובים יותר בהשתלות מן החי מאשר מן המת¹⁷.

ג. בעיית המחסור בתרומות כליה, ואפשרות המכירה כפתרון

כאמור, טכנולוגיות השתלת הכליה ושמירת השתל התפתחו מאוד בעשור האחרון; איכות חיי המושלת-המוצלח טובה, וההצלחה תלויה בחלקה הגדול במקור השתל, כאשר שתל מן החי עדיף על שתל מן המת.

14. Blohme, I.; Fehrman I.; Norden G. "Living Donor Nephrectomy: Complication Rates in 490 Consecutive Cases," *Scand J Urol Nephrol* 26 (1992): 149-153.

15. Terasaki, P.I.; Cecka, J.M.; Jiertsom, D.W.; Takemoto, S. "High Survival Rates of Kidney Transplants from Spousal and Living Unrelated Donors," *N Eng J Med* 333, no. 6 (1995): 333-336.

16. D'Alessando, A.M., et al., "Living Related and Unrelated Donors for Kidney Transplantation: a 28-Year Experience," *Ann Surg* 222, no. 3 (1995): 353-364.

17. ז. שפירא, "השימוש בשיטלי כליה מתורמים חיים". הרפואה, 201: 128, 1995.

בארץ הביקוש לכליות עולה על ההיצע, וכ-1000 אנשים ממתנינים להשתלת כליה. היצע התרומות מן המת קטן ביותר בהשוואה למקובל בעולם. רק אחוז אחד מהאוכלוסייה בישראל נושא כרטיס תרומת איברים, לעומת 15%-25% באזורים שונים בארה"ב^{3,6}. קיים נוהג בישראל על פיו יש להיוועץ אף במשפחתו של נושא כרטיס נכונות לתרום איברים, ואין מסתפקים בהסכמת התורם, המתבטאת בעצם עובדת החזקת הכרטיס. בהשתלה עקב תרומה מן המת קיימות בעיות של קביעת רגע המוות, נזק לכליה לאחר המוות, חשש המשפחה לאשר הוצאת איברים מן הגופה, ואפילו חשש להמתת הפצוע הנוטה למות לצורך נטילת הכליה; כל אלו הן חלק מבעיות אתיות, הלכתיות, דתיות ורגשיות הקשורות לתרומה מן המת, והמונעות תרומות^{3,7,6}.

המימסד הרפואי מחפש דרכים להרחבת מעגל התורמים, ללא הצלחה יתרה, ושולל שוב ושוב, הן ע"י הצעות חקיקה והן בפרסום ניירות עמדה, את נושא מכירת האיברים^{18,6}; בינתיים בעלי האמצעים ורוכשים בחשאי כליות בטורקיה או במצרים, והאחרים מחכים זמן רב להשתלה. סה"כ ברור כיום כי השתלת איברים הינו אינטרס חשוב לחברה, והחברה מעונינת לעודדו. ברור גם כי אין הספקה נאותה של רקמות, וכי ניתן וצריך להגדיל את ההיצע; נושא מכירת איברים הועלה פעמים רבות כאחד הפתרונות, אך נדחה³.

הצעת חוק ההשתלות¹⁸, וחזורי משרד הבריאות הקיימים כיום^{19,20}, אוסרים מכירת איברים, כולל כליה, למרות שאין כל חוק מפורש בנושא. המשפט העברי, לעומת זאת, באופן עקרוני ובדינונים תיאורטיים המבוססים על ההלכה אשר יפורטו בהמשך, מאשר תרומת כליה מן החי, ואיננו שולל תמורה כספית על תרומה כזו.

להלן יוצגו הנימוקים בעד ונגד השתלת כליה מן החי ומכירת כליה, פירוט עמדת המשפט העברי והחוק הישראלי בנושא תרומת כליה והשתלת כליה מן החי, וייחוד מכירת כליה מכלל נושא מכירת איברים. כמו כן נדון בכליה כנכס וכקניין, ונבחן את ההתקשרויות השונות לצורך מימוש חוזה מכירת הכליה, כולל מקום החוזה והחווה הפסול במשפט העברי. לסיכום – נציע הצעה יישומית בנושא מכירת כליה כניסוי מבוקר (Test Case) לנושא מכירת איברים, מול החשש ל"סחר באיברים" ול"שוק איברים", וההשלכות על המשפט הישראלי.

18. הצעת חוק השתלת איברים, מדינת ישראל, משרד הבריאות תשנ"ח, פכר. 1998.

19. חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג - 1953.

20. חזור מנכ"ל משרד הבריאות בנושא תרומה מן החי, מבוסס על החלטת הועדה העליונה לניסויים רפואיים בבני אדם, 1988.

ד. ההיבט המשפטי בארץ ובעולם של מכירת איברים מן החי

1. החקיקה והפסיקה בארץ

קיימת בעייתיות משפטית בכל נושא תרומת איברים מן החי. מהי הסמכות המשפטית שלרופאים ליטול איבר מאדם אחד, במיוחד אם הוא בריא, אפילו אם הוא קרוב משפחה, ולהעבירו לאחר? לפי חוק האנטומיה והפתולוגיה מותר לרופא לנתח גוויה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי אדם אחר, כאשר שלושה רופאים מורשים מאשרים בחתימתם ביצוע פעולה זו²¹. חוק זה עבר תיקון, וקיימות מגבלות על נטילת איברים מן המת לצורך השתלה, כולל קבלת רשות ממשפחת המת²². באשר לתרומה מן החי, ובהקשר שלנו - תרומת כליה מן החי, אין כל חוק ספציפי. סעיף 34 יג לחוק העונשין נותן בעקיפין הגנה לרופא הקוצר והמבצע השתלה מן החי: "אדם לא ישא באחריות פלילית למעשה שעשה אותו בהסכמה כדין במהלך טיפול רפואי, כאשר המעשה נועד לטובת אותו אדם או לטובת זולתו"²³. סעיף זה מדבר על אחריות פלילית, אך אין עדיין בכך הגנה על אחריות אזרחית. פרט לכך, כל התמיכה המשפטית לביצוע התרמה והשתלה מן החי מבוססת על פרשנות משפטית ותקנונים.

על פי משרד הבריאות תרומת כליה לצורך השתלה מותרת רק כאשר התורם הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה של המקבל²⁰.

פסקי דין נוספים בחנו היבטים שונים של סוגיית השתלת כליה מן החי, אך כולם יצאו מנקודת ההנחה שבעקרון מותרות השתלות מן החי. הדיונים נסבו על מתן הסכמה מדעת במקרים שהתורם קטין או פסול דין^{24,25,26}. בפס"ד אטרי נדון ענינו של אדם מחוסר מגורים ופרנסה ושקוע בחובות, אשר ביקש למכור אחת מכליותיו. בעתירתו נגד משרד הבריאות ביקש להורות למשרד הבריאות להתקין תקנות שיאפשרו מכירת איברים. בתשובה לעתירה פסק השופט ברק כי מן הראוי שנושא זה יוסדר בחקיקה ראשית, ולא בתקנות²⁷.

21. חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג 1953 ס"ח 162 סע' 6.

22. חוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון) תשמ"א 1980 ס"ח 42 סע' 6-7.

23. חוק העונשין תשל"ג 1977. סעיף 34 ג'.

24. מ"א ת"א 110/70 נזירה לוי (לא פורסם): 26/82 נזירה לוי, פס"מ תשמ"ג א 225.

25. חוק הכשרות והאפוסטרופוסות התכ"ב 1962 סעיף 68.

26. מ.א. 540/86 פלוגי נ' היועהמ"ש לממשלה, ר"ע 184/87 698/86 היועהמ"ש לממשלה נ' פלוגי, פ"ד מב(661) 2.

27. בג"צ 161/94 אליהו אטרי נ' מד"י(טרם פורסם).

אין עדיין חוק חרוט במדינת ישראל בנושא השתלות. כאמור - הצעת חוק בנושא נמצאת בשלב הדיונים¹⁸. על פי הצעת חוק זו תוקם מנהלת, שתהיה אחראית על כל נושא ההשתלות. חוק זה יתיר את התרומה ואת ההשתלה באופן מסודר וחוקי. באשר למכירת איברים, מצד אחד על פי סעיף 11 (3) לחוק אין התורם יכול לתת הסכמתו כנגד תמורה כספית או טובת הנאה אחרת, אך מצד שני נאמר באותו סעיף כי יאושרו לתורם החזר הוצאות ממשיות הכרוכות בביצוע הפעולות הרפואיות, לרבות ביטול זמן, אובדן הכנסה או הפסד זמני של כושר השתכרות, או כל פיצוי סביר אחר, ובלבד שאושרו ע"י הוועדה. בחוק לא מצויין מי אמור לשלם הוצאות ותשלומים אלה. עם זאת, על פי סעיף 19(א) לחוק מוצע עונש מאסר או קנס כספי גבוה לנותן או מקבל תמורה עבור איברו של אחר כדי שיושתל בגופו של אדם שאינו קרובו, וגם למתווך. בסעיף 19(ב) מוצע עונש לרופא הנותן אישור או המבצע השתלה בניגוד להוראות החוק (כולל השתלה הקשורה במכר האיבר). לעומת הצעה זו ישנה עוד הצעת חוק פרטית של ח"כ אבי יחזקאל, אשר על פי סעיף 3 שלה מוצע כי תקום ועדה מקצועית שתאשר ביצוע תרומת איברים מתורם חי, ובהסכמת התורם. ההצעה מאפשרת גם קבלת תמורה כספית בעד התרומה²⁸. הצעת חוק זו מיועדת לתגמל אותם אנשים שנמצאו מתאימים לתרומת שתל ואשר התיגמול יעודדם לתורם, ובכך יגדל מעגל התורמים תוך פיקוח נאות.

2. המשפט המשלים

בארצות נאורות כמו ארה"ב, אנגליה, אוסטרליה ומדינות האיגוד האירופאי קיימים חוקים בנושא השתלות^{29,30}. במדינות אלה קיים איסור מכירת איברים להשתלה. בחוק האמריקאי מודגש כי מתן האיבר המושתל הוא בבחינת מתנה²⁹. עם זאת, אם אין לך ביטוח בריאות מקיף ביותר, עליך לשלם בארה"ב עבור השתלה בין 250 אלף ל-800 אלף דולר, בהתאם לסוג האיבר המושתל. החוק האוסטרלי מציין במפורש איסור מכירה, תוך ציון עונש של 5000 דולר³¹ לעובר על החוק, והחוק האנגלי מדגיש כי מכירת

28. הצעת חוק פרטית: השתלת איברים התשנ"ח 1998 - ח"כ אבי יחזקאל.

29. ראה:

World Health Organization, *Legislative Responses to Organ Transplantation* (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 7-33, 142-144, 373-424.

30. ראה:

Human Organ Transplantation: A Report on Developments Under the Auspices of WHO (Geneva, 1991).

31. ראה:

"An Australian Code of Practice for Transplantation of Cadaveric Organs and Tissues," *Legislative Responses to Organ Transplantation* (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 13.

וקניית איברים והסיפסור בהם הוא עבירה³². לעומת זאת איסור זה אינו מוזכר בחוק הבלגי, וגם לא במרבית חוקי מדינות דרום אמריקה²⁹.

3. איברים כנכסים וכקניין

כאשר דנים בתרומת ומכירת איברים קיימת בעיית ההגדרה המשפטית של הגוף והאיברים כקניין האדם^{33,7}. על פי חוק העונשין מוגדר נכס כ"חי או דומם היכול לשמש נושא לבעלות"³⁴. נכסים כוללים כל דבר שניתן להעריכו ולהמירו בכסף⁷. לפי דעת ההסתדרות הרפואית הדין הנהוג בארץ אינו מכיר באוטונומיה מוחלטת של אדם על גופו, ואינו מאפשר לאדם לפגוע בעצמו, כמו למשל האיסור החוקי לעבור באור אדום ברמזור, איסור הסיוע להתאבדות ועוד, וכל זאת מטעמים אתיים של טובת החברה. על פי ההסתדרות הרפואית בישראל, הקביעה אם גוף האדם הוא נכס, ושאלת הבעלות על איברים, בתמורה ושלא בתמורה, היא קביעה ערכית ולא משפטית, ויש לבדוק אותה היטב⁶. לעומת זאת על פי הפסיקה בתחומים אחרים נקבע כי האדם שליט על גופו, ולא ניתן להפעיל עליו טיפול פסי ולא לנתח את גופו ללא הסכמתו³⁵. ביהמ"ש בפס"ד היועץ המשפטי נ. נזירה התייחס לכליה שהופרדה מגוף האדם כאל נשוא של זכות קניינית²⁴. אין בישראל הוראות חוק מפורשות הדנות בשאלה אם חלקים מגוף אדם חי הם בגדר נכס, והאם ניתן לבצע בהם עיסקאות כגון מכר. לגבי תרומת דם קיים הסדר מיוחד, שיש עמו אפשרות לקבלת תמורה על פי חוק מגן דוד אדום ותקנות מד"א, לפיהם יכול אדם בתמורה לתרומת דם לקנות ביטוח דם למשפחתו הקרובה למשך שנה³⁶. על פי הפסיקה המקובלת וחוק האנטומיה והפתולוגיה⁷ גוויית אדם או חלקים ממנה אינם נכס, אך אפשרי שאדם בעודו בחיים יסכים לתרומת גופו או חלקים ממנו, ודבר זה פותח פתח מבחינה משפטית להתנאת ההסכמה, כגון שהתרומה תהיה יעודית ושינתן עליה תשלום. וייסמן טוען כי גם אם נגדיר את האיברים כקניין אין ליתם אלא כמתנה⁷.

אמנם העמדה המשפטית הפורמלית-כביכול שוללת התייחסות לחלקים מגוף האדם כנכס, אך אין הסדר חוקתי ממש. לכן, תישאל השאלה - כיצד ניתן להתייחס למכירת כליה בישראל בהעדר חוק חרוט האוסר

32. United Kingdom Transplantation Act 89.

33. ג. טדסקי, "קניין ועבירות, הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט ל"ח, תשמ"ט-תש"נ, עמ' 281-299.

34. חוק העונשין תשל"ג 1977 - נספח - פרק א - פרשנות סעיף 2 (הגדרות).

35. ע"פ 480/85 י. קורטאם נ' מ"י פד"י (3) 673, 681-82.

36. חוק מגן דוד אדום תשי"א 1950, תקנת מד"א 1981, ס' 12, 24, 500-509.

מכירה, ואם נתייחס לכליה כאל רכושו של האדם מדוע לא ניתן יהיה להעבירה תמורת תשלום? בהיעדר חוק, מותנית מכירת כליה בשאלה אם ההסכם מוסרי או לא, ואם הוא סותר תקנת ציבור.

ה. בעד ונגד מכירת איברים, והמיוחד שבכליה

אם ברצוננו לדון בנושא מכירת כליה מן החי, יש ראשית לבדוק את יתרונות וחסרונות השתלת הכליה מן החי^{38,37,13,6}:

יתרונות תרומת כליה מן החי והשתלתה:

1. קיים מחסור חמור בתרומות מן המת הן בארץ והן בעולם. (למרות שעל פי ההגיון הפשוט לא יגרם לנפטר כבר כל נזק אם יוצאו כליותיו, לעומת הבריאת התורם שנעשה לפחות חלקית בעל-מום⁶).
2. אחוזי ההצלחה טובים יותר בהשתלות מן החי מאשר מן המת. כליה שהוצאה מגופה מאוחר מדי עלולה להיהרס, ולא לתפקד כראוי לאחר השתלה^{37,6}.
3. התורם מסוגל לחיות חיים נורמלים ללא כליה, ללא פגיעה משמעותית באיכות חייו. בגישה זו תומכת גם ההלכה היהודית^{40, 39, 13, 12}.
4. יש לעיתים קושי בקביעת רגע המוות, והמועד המתאים לקציר האיבר עלול להיות מוקדם מדי או מאוחר מדי, בעוד שבתרומה מן החי בהסכמה מלאה מדעת אין כל בעיה במועד הקצירה^{37,13}.
5. לאדם אוטונומיה על גופו, והוא זכאי לעשות בו כרצונו; ומשעה שנתן הסכמה מדעת לתרומת כליה אין אנו צריכים למנוע את ביצוע החלטתו^{38,37}.
6. הכליה היא איבר מצויין להשתלה, זהו איבר פחות "מפונק" מהלב בקליטתו, ויש לכל אחד שתי כליות, כך שהוצאת אחת מהן אינה מאיימת על התורם³⁷.

37. אסופת מאמרים לקראת הכינוס הראשון לרפואה אחיקה והלכה, 1993.

38. השתלת איברים - מתוך הספר רפואה לאור ההלכה המכון לחקר הרפואה בהלכה, תשמ"ג ע' פז- צו.

39. הרב ש. ישראלי, "תרומת איברים מאדם חי - סיכון התורם וקבלת תשלום - שו"ת", אסיא נ"ו, ג"ח (כרך טו א- ב) תשנ"ז 1996 עמ' 5-8.

40. מ. הלפרין, נטילת איברים להשתלה מתורם חי - הבטים הלכתיים. אסיא מ"ה-מ"ו (יב, א- ב) תשמ"ט - 1989.

חסרונות וסכנות תרומת כליה מן החי^{42,41,33,14,7,6}:

1. סכנות כירורגיות בטווח המיידית והקצר, כולל סיבוכי הרדמה וסיבוכים ניתוחיים לתורם^{42,41,6}.
2. סכנות לטווח הארוך, עקב ליקוי בפעילות הכליה האחת שנותרה ויתר לחץ דם^{42,41}.
3. חשיפת התורם לסכנה הנובעת מכליה אחת. התורם נשאר ללא עתודה כלייתית, ובפגיעת בטן למשל עלולה הכליה היחידה להיפגע^{7,6}.
4. איבוד זמן וכסף.
5. סיכונים פסיכולוגיים שונים.
6. תשלום גבוה יותר בביטוחי חיים, עקב היות האדם בעל כליה אחת בלבד.
7. חשש שעל ידי תרומת איבר מן החי אנו מצהירים כי איברי הגוף, כולל כליות, הם נכס, ניתן להעבירם מאדם לאדם ואף למכרם.
8. האתיקה הרפואית קובעת כי אין לבצע טיפול, ניתוח או אמצעי אבחנתי ללא צורך רפואי. התורם הינו בריא ואין כל צורך רפואי עבורו בנייתוח קצירת הכליה. ההצדקה היחידה היא רצונו של התורם, ולכן חייבת להיות הסכמה מדעת על פי חוק זכויות החולה⁴³. דהיינו, צריכה להיות הסכמה מדעת בדרגה הגבוהה ביותר.
9. ככל שמעגל התורמים יורחב יעלה החשש שמא התרומה אינה נובעת מטעמים אלטרואיסטים, אלא מלחץ כל שהוא.

למרות חסרונות והסיכון הניתוחי המזערי המערכת הרפואית אינה מושכת ידה מהשתלות מן החי, ואף מוכנה לעודד הרחבת מעגל קרובי המשפחה לקרובים מדרגה שניה ושלישית⁶. ברור גם שזהו תהליך רפואי בעלויות גבוהות ביותר, המוצע על ידי המערכת הרפואית ולא על ידי המושתלים או התורמים. ולכן נשאלת השאלה, מדוע תורמים אינם זכאים לפיצוי ממשי על פי דרישתם? מדוע קיימת התנגדות לשימוש במינוח מכירת איברים או מכירת כליה?

41. Bertran, L., Kasiske, M.D., Margaret, J., et al. "The Evaluation and Selection of Living Kidney Donors," *Am Kidney Dis* 26, no. 2 (1995): 387-398.

42. Matas, A.H., Nagarian, J.S. "Kidney Transplantation: The Living Donor," *Clin Transplant* 175 (1994): 332-3.

43. חוק זכויות החולה התשנ"ה 1996.

בעד ונגד מכירת איברים מן החי^{48,47,46,45,44,27,8,7,6};

נגד:

1. מבחינה אתית נראית מכירת איברים כנוגדת תקנת ציבור ולא מוסרית. יש חשש מזילות גוף האדם וירידת ערכו^{7,6}.
2. סלידה מעצם המחשבה שעשוי להתפתח שוק איברי אדם^{8,7,6}.
3. הסכמת אדם למתן איבר מגופו בתמורה, עקב אילוצים כלכליים, אינה הסכמה אמיתית. האילוצים הכלכליים מונעים את המסכים מלהעריך נכונה את ההשפעה השלילית האפשרית על בריאותו ואיכות חייו כתוצאה מסילוק איבר מגופו. לדעת ההסתדרות הרפואית תורם כליה אינו מודע להשלכות של תרומתו ולסיכונים העתידיים, בניגוד למשל לאם פונדקאית.
4. רוב האתיקנים והמשתילים מתנגדים למיסחור באיברים תמורת כסף, טובות הנאה או לחצים פוליטיים, וזו הדעה הרווחת בעולם הנאור. כמו כן יש טוענים שצריך לבחור את מקבל התרומה על פי קדימויות רפואיות בלבד. כמו כן יש פגם מוסרי בעובדה שעניים ישמשו חלקי חילוף לעשירים. יש בכך אי שוויון חברתי, וחשש לקיטוב חברתי^{44,27,48,47,46,45}.
5. מכר וסחר באיברים עלול לגרום לביצוע פשעים על מנת לספק את הביקוש⁴⁴.
6. פתיחת שוק איברים יגרום לכך שימכרו איברים פגומים על ידי אנשים שבריאותם לקויה. לדוגמא נמצא כי איכות דם שנקנה נמוכה מאיכות דם שנתרם "בהתגברות"⁷.
7. איברים שגיעו לאלה המסוגלים לשלם עבורם את המחיר הגבוה ביותר לא יגיעו דווקא לידי אלא שיש להם התאמת רקמות טובה יותר לקליטת האיבר. דבר זה יפחית את ההצלחה בקליטת האיבר, וימנע הארכת חיי המושתל.
8. מבחינה מוסרית וחברתית אין לקבל שיטה שבה היכולת הכלכלית היא

44. ראה:

"The Sale of Human Body Parts," supra no. 2, p. 1219.

45. ראה:

M. Brams, "Transplantable Human Organs: Should Their Sale Be Authorized by Statute?" *American Journal of Law and Medicine* 3 (1977-8): 183-4.

J. Dukeminier, supra no. 1, p. 863

47. ד. לוינסון - זמיר, השתלה מן החי בישראל, הווי ובעיות, הפרקליט ל"ח 310.

48. השתלת איברים מתוך אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב' עמ' 239-244.

המכריעה בשאלה מי זוכה בקבלת איבר להשתלה.

9. תרומת איברים אינה יכולה להיות עיסוק. זהו אקט חד-פעמי, וצריך לנבוע ממניעים רגשיים וגמילות חסדים ולא בצע כסף.

בעד:

1. בפועל מכירת כליות איננה תופעה נדירה.
2. יש לחץ גובר והולך להתיר מכירת כליות עקב ביקוש רב והיצע נמוך, כאשר את הביקוש קובע בעצם המיסד הרפואי.
3. במדינות רבות מוכרת כבר הזכות למכירת דם ומוצריו, ובאחרות ניתנת לפחות תמורה עבור תרומת דם.
4. הטיעון כי הסכמה הניתנת למכירת איבר עקב אילוצים כלכליים אינה הסכמה אמיתית, היא כוללנית מדי. החלטות רבות בחיים נעשות תחת אילוצים כלכליים והן קבילות, ולכן קשה לכפור בתוקף הסכמה הניתנת בשל מניעים כלכליים, גם אם כרוך בכך סיכון בריאותי.
5. גם הסכמה לתרומת איבר ללא תמורה יכולה להיות עקב לחץ חברתי ומשפחתי כבד, ולא מרצון ממש או הסכמה חופשית ממש.
6. לגבי הטוענים כי מכירת איבר פוגעת בכבוד האדם, אפשר לומר כי יש בכך ריח פטרנליזם ופגיעה בחירויות הפרט. מותר לאדם להחליט באופן רצוני למכור כליה, למשל.
7. כאשר לחששות כי יתפתחו פשעים על מנת לספק ביקוש - הרי המיומנות הדרושה לקצירת איברים, האישפוז הנחוץ והזמן המינימלי הדרוש להעברת האיבר אינם מספקים קרקע נוחה לעברייני ולספסרי איברים, ובתרומת כליה מן החי זה כלל אינו תקף. כמו כן חברה מתוקנת צריכה לדעת לטפל בעבריינים שלה.
8. את הסיכון הכרוך במכירת חלקי גוף פגומים או חולים ניתן למנוע על ידי ביצוע בדיקות רפואיות קפדניות ובדיקות התאמה.
9. כדי למנוע רכישת איברים לא מתאימים כדאי לשתף את המדינה (משרד הבריאות) וקופות החולים בתהליך הרכישה, כאשר ההקצאה תהיה לפי ההתאמה המירבית.
10. כנגד הסלידה מפתחת שוק איברים ניתן לומר כי התרת מכירה תגדיל את ההיצע, וזה יאפשר הצלת חיי אדם ושיפור איכות חייהם, ותבטל את ההמתנה של 1000 איש להשתלת כליה, לדוגמא.
11. ככל שהתופעה תהיה שכיחה יותר לא ניתן יהיה לפסול תוקפם המשפטי של הסכמי מכירה על יסוד היותם נוגדים את תקנת הציבור,

וחלקי גוף האדם יהפכו לנכסים להלכה ולמעשה.

12. בתרומת כליה של אדם בריא יש בכל זאת משום סיכון, ולכן אולי אף רצוי לדאוג לתשלום, כפי שמקבלים למשל בעלי מקצועות מסוכנים כמו אנשי צבא, משטרה וכבאי אש, ואין התשלום מפחית מערך העיסוק המסוכן.

13. גם ההסתדרות הרפואית, השוללת לחלוטין מכירת איברים, סוברת כי יש מקום להתיר פיצוי סמלי לקרוב מדרגה ראשונה שתורם איבר להשתלה; כמו-כן מובן שעבור התרומה יש לדאוג להחזר הוצאות רפואיות והחזר ימי עבודה וכו', תוך הקמת מנגנוני פיקוח, וסיוע פיסי, נפשי ואירגוני לאורך שנים לתורם.

14. חוק הפונדקאות מאפשר תשלום כספי לפונדקאית, וזה דומה לתורם כליה מרצון.

15. מדוע בעל אמצעים אינו יכול להציל את עצמו ולשלם עבור זאת במיטב כספו, רק בגלל שאדם אחר הנתון באותה סכנה אינו יכול להציל את עצמו?

16. מדוע תרומת כליה לאח או אחות או בן דוד צריכה להיות ללא תמורה? במרבית המשפחות מתחשבים אחים ובני דוד על מכירת רכב לדוגמא או בית וכו' לא נותנים מתנות בשווי אלפי שקלים. אם עבור רכב משלמים לבן משפחה, על כליה המשפרת ומצילה חיים על אחת כמה וכמה!

מהאמור לעיל נראה כי קיימים נימוקים כבדי משקל שאינם שוללים מכירת כליה בפרט, או מכירת איברים לצורך השתלה בכלל, ומרבית הנימוקים כנגד הם ערכיים ויחסיים, וניתנים לשינוי על ידי החברה ומוסדותיה. בגלל רגישות הנושא רצוי לדעתי להתמקד בענין אחד ולבדוק אותו היטב, כמו מכירת כליה מן החי, היות ולכולם ברור כי לתורם מגיעה תמורה נאותה עבור מעשיו, בין אם הוא קרוב משפחה או לא, כאשר התמורה יכולה להיות בין התורם לנתרם, או בין המערכת הרפואית המעוניינת בהשתלות לבין הנתרם.

1. גישת המשפט העברי: תרומת כליה מן החי, מכירתה והשתלתה

כדי לדון בשאלת מכירת איברים מן החי על פי המשפט העברי, יש לדון בשאלות הבאות:

1. האם מותר לאדם להכניס עצמו בספק סכנת נפשות (ניתוח הוצאת כליה לאדם בריא) כדי להציל את חברו, האם חייב, האם יש לו רשות

- לכך - או שהדבר אסור לחלוטין?
2. כאשר אין אדם נדרש להיכנס לסכנת חיים, אלא שביכולתו להציל את חברו על חשבון אובדן אחד מאיבריו, האם חייב לוותר על איבר זה? האם רשאי אדם לתת אחת מכליותיו לאדם אחר בחינם או אפילו בשכר? האם יש הבדל בין דינו של איבר שהנשמה תלויה בו (הכוונה שחסרונו עלול ליצור סכנת מוות), או שהדבר אסור אפילו אין האיבר דבר שהנשמה תלויה בו, כי האדם התורם חובל בעצמו, דבר האסור על פי ההלכה.
 3. האם לאדם מותר, או שהוא חייב, לוותר על איבר על מנת להציל את חברו, על פי הכלל "כל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים עולם מלא", ועל פי ההלכה "לא תעמוד על דם רעך"?
 4. האם האדם הוא בעלים על גופו ונפשו בעודו בחיים, ומה כוחו לעשות בהם מכוח בעלות זו?
 5. האם יש רשות למכור איברים מן החי, דהיינו במקרה שלנו מכירת כליה?

פוסקי ההלכה של הדורות האחרונים, מאז החלו השתלות הכליה, נדרשו לנושא, ומאז פורסמו מאמרים, פסקי הלכה וחיבורים שהתבססו על מקורות ההלכה, מתקופת חז"ל ועד גדולי הדורות האחרונים^{39,38,37,13,12}. חכמי ההלכה של הדור האחרון כוללים^{61,60,59,58,57,56,55,54,53,52,51,50,49,40,48}.

49. א. בן שלמה, "החובה להציל נפשות כמשפט העברי ובפסיקה של ביהמ"ש העליון", **אסיא** נג-נד (יד, א-ב) תשנ"ד עמ' 67-75.
50. Ben Zion Eliash, "Body and Soul and Ownership Rights: The Jewish Law Perspective," *Tel Aviv Universities Studies in Law* 12 (1994): 267-282.
51. הרב עובדיה יוסף, "תשובה בהיתר השתלת כליה", **דיני ישראל**, ז' תשל"ו עמ' כה-מג.
52. הרב חיים דוד הלוי, "השתלת איברים מן החי ומן המת בהלכה", **ספר אסיא** בעריכת ד"ר שטינברג, תשמ"ג עמ' 251-259.
53. **נשמת אברהם**, חלק יו"ד עמ' רסד-רסו.
54. הרב שאול ישראלי, "בהיתר השתלת לב כיום", **אסיא** מב-מג (אבג) תשמ"ז, עמ' 95-104.
55. א. וולדינגר, השתלת איברים מחיים לחיים, שו"ת **ציץ אליעזר**, ספר עשירי, ירושלים תשמ"ה, סי' כה, עמ' קכ"ד-קל נראה גם שם חלק יג סי' צא, חלק יד סי' פד, חלק טו סי' יג.
56. **מדרך רפואי לפי המסורת היהודית בעריכת פרופ' ל. וישליצקי**, המכון לרפואה ויהדות, ירושלים תשל"ז עמ' 73-74.
57. הרב שאר ישוב כהן, "השתלת איברים לשם הצלת נפשות חובה, רשות או איסור של התורה", **חקרי הלכה**, ירושלים תשנ"ג, עמ' קפד-רד.
58. הרב עמנואל יעקובוביץ, **מוסר ובריאות מתוך הרפואה והיהדות**, הוצאת הרב קוק ירושלים תשכ"ו עמ' 116-123.
59. משה פיינשטיין, **ספר אגרות משה** חושן משפט.
60. ש. רבינוביץ, סחר באיברים. **אסיא** ס"א-ס"ב (כרך ט"ז, א-ב) תשנ"ח 1998 עמ' 58-64.
61. הרב ישראל מאיר לאו, הרב הראשי לישראל. מכירת איברים להשתלה. **תחומין** יח' תשנ"ח-1998, ע' 125-136.

את החזון איש^{37,12}, הגרא"י וולדינברג שליט"א⁵⁵, הגר"מ פיינשטיין⁵⁹, הרב עובדיה יוסף שליט"א⁵¹, הרב חיים דוד הלוי⁵², הרב יעקובוביץ⁵⁸, הרב אויערבאך^{53,40}, הרב ישראל^{54,39,37}, הרב שאר ישוב כהן שליט"א⁵⁷ והרב ישראל מאיר לאו שליט"א⁶¹.

הדעה המקובלת כיום היא, שאדם אינו חייב לסכן חייו כדי להציל את חברו, בבחינת "חייך קודמים לחיי חברך"; אבל אם ירצה להסתכן יהא רשאי לעשות כן, במיוחד אם מדובר בספק סכנה ולא בסכנה ודאית. תרומת כליה הינה מידת חסידות, "ואשרי חלקו של מי שיוכל לעמוד בזה" (דברי הרדב"ז בפסק הלכה בנושא), ומותר לרופא לבצע את התרומה וההשתלה. האיסור להסתכן לשם הצלת חברו הוא רק כאשר הספק נוטה אל הסכנה; כאשר הספק נוטה אל ההצלה - מותר. חכמי ההלכה השתכנעו כי הסיכון בתרומת כליה הנו קטן, ולכן הותר הדבר. אומנם חבלת אדם בעצמו אסורה, אך המצווה של תרומת הכליה גוברת על איסור החבלה בגופו, למרות שאין זו חובה. עם זאת ציינו הפוסקים כי אין בעניינים אלה היתר כללי או איסור כללי, וצריך לדון כל מקרה לגופו. אך פרט לסיכון הגוף, אין להתיר סיכון הנפש של התורם, על פי הכלל ש"אין דוחין נפש מפני נפש".

בסך הכל ישנה עמדה חיובית של ההלכה בכל הנוגע לתרומת כליה מן החי לצורך השתלה בחולי כליה; אומנם גם הפוסקים הרואים בתרומת כליה מצווה טוענים שלא ניתן לחייב אדם לבצע מצווה זו, או להענישו אם לא קיימה. יש מבין הפוסקים (הרב ישראלי) הרואים בתרומת כליה קיום מצוות גמילות חסדים; לדעתם קיים חיוב מן התורה לעשות ככל האפשר לצורך הצלת אדם הנתון בסכנה, מטעם "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז).

באשר לבעלות האדם על גופו ונפשו, יש הטוענים כי חיי אנוש הם בבעלות הא-ל בלבד ורק פיקדון מידיו, ואין אדם בעלים על גופו. על פי הרב הראשי לישראל הרב לאו לאדם בעלות על איבריו כמו על ממונו, שאם לא כן - אי אפשר למכור דבר שאינו שלו. לאדם קניין על גופו, אך אין לו בעלות על נפשו.

מכירת כליה על פי המשפט העברי

לאחר שהבאנו את דעת הפוסקים שאם הסכנה קטנה מותרת תרומת הכליה, יש להוסיף את דעת הפוסקים שאין מניעה שהתרומה תיעשה בתמורה נאותה; מדוע לא יוכל התורם לדרוש תמורה כספית בעבור זה? הרי גם הרופא המרפא חולה מקבל שכר מעבר למצווה שזוכה לה! הרופא על פי

ההלכה מחוייב להציל נפשות, ובכל זאת מתירים לו לגבות שכר; ואילו תורם הכליה אינו מחוייב לתרום, ולכן ברור שיש הצדקה לשלם לו. הרב איריבך סבר שאם התורם עני וזקוק לכסף, עצם העובדה שהציל נפש כדי להשיג את כספו יש בכך מצווה. הוא התיר גם תשלום למתווך בעיסקה כזו.^{60,55,37}

נימוק נוסף המחייב תשלום עבור מכירת כליה הוא משום תיקון העולם 1000 איש מחכים להשתלות, ותמורה נאותה תעודד אנשים לתרום ולהציל בכך אחרים. כמו-כן בניגוד להשבת אבדה שהמצווה מחייבת 'התנדבות' ואין לדרוש עליה תשלום, תרומת כליה אינה מצווה מסוג זה, ולכן רשאי התורם לקבל שכר.

באשר לגובה התשלום - היות והתורם מכניס עצמו לסכנה יכול לבקש כל סכום שירצה, ואין לראות בכך מעשה מגונה.

בהלכה נקבע למזיק את חברו חיוב תשלום מחמישה סוגים: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת. מתאים אם-כן שגובה התשלום לתורם הכליה ייקבע על-פי קריטריונים אלו, על ידי התנייה בין התורם לבין המושתל ומשפחתו. גם הרב הראשי לישראל הרב לאו, תומך בתשלום עבור תרומת כליה בפסק הלכה שהוציא בנושא⁶¹.

עפ"י הרב ד"ר הלפרין¹² המצטט מקורות הלכתיים שתוארו לעיל, אין מקור הלכתי, לא בתורה ולא בתקנות חכמים, לאיסור תרומת כליה תמורת שכר. לכן, כל עוד אין תקנה תקפה בנידון, לא ניתן על פי המשפט העברי לאסור תרומת כליה בשכר לשיפור איכות חיי המושתל ולהארכת חייו. עם זאת יכולים להיות מספר טעמים להגבלות על היתר מכירת איברים, שחלקן מבוססות על המשפט העברי וחלקן על המשפט הישראלי (חוק זכויות החולה, תקנות בריאות העם וחוק החוזים - גמירת דעת):

1. איסור קבלת תשלום עבור קיום מצווה -- נטען כי תרומת כליה אינה מצווה כמו השבת אבידה, ויש מקום לבקש תשלום. כמו כן גם הרופא המקיים מצווה בריפוי חולים נוטל שכר עבור הוצאותיו וביטול זמנו, ועבור האמצעים הרפואיים שהשאיר בידי החולה. אדם התורם כליה מאבד איבר מגופו שיש לו ערך כספי, בנוסף לסבל ולצער שאף הם נמדדים בערכים כספיים כפי שתואר לעיל; לכן אין סיבה להימנע מתביעת תשלום.

2. תקנה למניעת ניצול בני מעמד עני בידי מעמד עשיר -- נטען כי אמנם יכול להיות מקום לתקנת חכמים שהיא משום סייג לתורה המבוססת על העקרון של מניעת ניצול גופם של בני מעמד עני בידי עשירים, אך תקנות כאלה הן מסמכותם של חכמי התלמוד בלבד. כיום אין בידינו

לגזור גזרות חדשות, והסמכות היחידה היא 'טובי העיר' - דהיינו הפוסקים של דור זה.

3. חשש למקח טעות עקב ספק בקיום הסכמה מודעת לתוצאות הניתוח - נטען כי לפי תקנות בריאות העם של המשפט הישראלי⁶² נדרשת חתימת החולה על הסכמה לניתוח. כמו כן הרופא שמסר לחולה את ההסבר חייב לאשר בחתימתו כי הסביר לחולה, וכי החולה חתם על ההסכמה בפניו לאחר שהכל הוסבר לו היטב, וכי הבין את כל ההסברים במלואם⁶³. לא תמיד קורה הדבר כך במציאות, אבל בדרך כלל מדובר בניתוחים לטובת החולה. במקרה זה מדובר באדם בריא שמוציאים לו כליה, לכן אין ספק שצריך לקבל הסבר מפורט לגבי כל הסיכונים והסיכויים, על מנת שנתקרב ככל האפשר להסכמה מודעת ממש, ושלא יהיה בתרומה מקח טעות, בפרט אם מתירים תשלום שטר על פי הלכת המשפט העברי.

4. העדר גמירות דעת שהיא תנאי הכרחי לתקפות המכירה -- עיון בסוגיית גמירת דעת מצביע על כך שחסר כאן תנאי הכרחי לתקפותה של מכירה כלשהיא, והיא גמירת הדעת. כאשר אדם מוכר כליה עקב מצוקה כספית אפשר לראות בכך הסכמה מאונס ולא הסכמה ממש, ואין בכך גמירת דעת. התשלום עבור האיבר אינו יוצר גמירות דעת, אלא אם כן מקבל המוכר את מלוא שווי האיבר ואינו מפסיד מיד. אם נאמר שאין תמורה כספית המהווה תחליף מלא לכליה, הרי התורם הוא מפסיד מייד, ומעמדו המשפטי דומה לזה הנותן מתנה בכפייה. חשש זה דורש הגבלת תרומת איברים, ובמקרה שלנו כליה, בשכר, באמצעות בקרה ואישור סלקטיבי של כל מקרה ומקרה⁶².

ז. התקשרויות חוזיות למכירת איברים, המשפט העברי והחוק הישראלי

אם נאמץ את גישת המשפט העברי המתירה מכירת כליה על ידי תורם חי, נשאלת השאלה מהן ההתקשרויות החוזיות האפשריות?

מבחינה מוסרית וחברתית ברור כי בכל התקשרות לתרומת כליה, בין כתרומה ממש ובין בתשלום, התורם יכול לחזור בו מהחלטתו לתרום בכל שלב, גם לאחר חתימת חוזה ממש וגמירת דעת, משום שלא יעלה על הדעת לחייב אותו לתת איבר מגופו, במקרה זה כליה, בניגוד לרצונו. בקביעה ערכית זו מודגשת הבעייתיות הקניינית של איברים.

על פי הגישה האובליגטורית, התקשרות חוזית למכירת כליה יכולה

62. חוק תקנות בריאות העם סעיף ב, ג. נידון גם בא. כרמי וע. שגיב, רשלנות רפואית ביהדות ובישראל הוצאת תמר, חיפה 1986, עמ' 50.

להיות כחווה עם תנאי על פי סעיף 27 לחוק החוזים כאשר התנאי הוא רצון או אי רצון חד משמעי של התורם לתרום⁶³: אם נחתם הסכם בין התורם למושתל בו העביר המושתל תשלום לתורם ובסופו של דבר חזר בו התורם, יש לראות בכך הפרה, ועליו להשיב לו את התשלום. על פי חווה עם תנאי מפסיק, התנאי המפסיק הוא אי ביצוע התרומה, ואז המושתל אינו מחויב בתשלום. את אי ביצוע התרומה ניתן להגדיר גם כהפרת חיוב כחווה, והמושתל לא יהיה מחויב בתשלום.

על פי הגישה הקניינית רק לאחד יש זכות קניין. באופן ממשי זכות הקניין על הכליה תעמוד לתורם עד ביצוע ההשתלה. אם נחתם חווה מכר כדין אך התורם חזר בו - יחזיר למושתל את שווה ערך הנכס, דהיינו התשלום שקבל עבורו. יכולה להתהוות בעיה אם המושתל יטען לזכות קניינית על כליית התורם, אותה רכש כביכול בכסף מלא.

למימוש חוזים מסוג זה יש צורך במערכת רפואית של בדיקת התאמה, ניתוחים וכד', ולא נראה כי רופאים בישראל יהיו מעורבים בפעילות הנחשבת לא-חוקית, למרות שאין חוק חרוט מפורש האוסר על מכירת כליה.

כיום אסורה מכירת כליה בישראל מתורם חי, מתוקף התקנות המתירות תרומה רק מקרוב משפחה ראשון. אף אם יערך חווה למכירת כליה בין מושתל ותורם, שההשתלה תבצע על ידי רופאים במדינה בה מותרת מכירת כליה, בישראל יחשב חווה כזה כחווה פסול. על פי דעתו של ג. טדסקי הדין צריך להיות על פי סעיף 30 לחוק החוזים⁶³. אולם על פי המשפט העברי יש לממש את כל החיובים שבו. אם יערך חווה כזה, ואף יתבצע והתורם יעביר אחת מכליותיו למושתל, אך המושתל יסרב לשלם בטענה שמדובר בחווה פסול - על פי חוקי המדינה יצרך ביהמ"ש על פי סעיף 31 של חוק החוזים לשקול את העניין, ועל פי המשפט העברי יהיה חייב המושתל לשלם. הוא לא יוכל להסתמך על אי חוקיות החווה, משום שיש הפרדה בין החלק האיסורי והחלק הממוני. על פי המשפט העברי אי חוקיות שבחווה אין בה כשלעצמה כדי להפקיע את תוקפו של החיוב החוזי, ולא את תוקפו של המעשה שנעשה על פי אותו חיוב. גם חווה לא חוקי צריך לקיים לפי תנאי החווה^{64,65,66,67,68}.

יש לקחת בחשבון שיתכן והתקשרויות חוזיות פרטיות עלולות לגרום

63. חוק החוזים חלק כללי תשל"ג, 1977, סעיף 27.

64. מ. אלון, המשפט העברי תשמ"ח עמ' 1443, 114-115.

65. א. שוחטמן, מעשה הבא בעבירה (ירושלים, תשמ"ז) 172-230.

66. נ. רקובר, סדנאות במשפט העברי פרק חמישי, חווה פסול עמ' 105, 109, 111.

67. ש. ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים תשל"ד) 200.

68. מ. זילברג, כך דרכו של תלמוד (ירושלים תשכ"א) עמ' 75-88.

לעומס על המערכת המשפטית במקרי הפרה.

באי-תשלום עבור תרומת כליה אפשר לראות גם הפרת חוק עשיית עושר ולא במשפט⁶⁹ כולם נהנים מההשתלה. ביה"ח והרופאים הזוכים לתמורה כספית ויוקרה, המושגת שזוכה לאיכות ותוספת חיים ומשפחתו. ורק התורם נשאר חסר.

ח. מסקנות וסיכום

מכל האמור לעיל אפשר לומר כי על פי המשפט העברי ניתן להתיר, בתנאים מסוימים, מכירת כליה מתורם חי. גם מבחינה חברתית ומשפטית-ישראלית קיימים טיעונים רבים המצדדים באפשרות של תשלום עבור תרומת איברים. קיימת הצעת חוק פרטית של ח"כ אבי יחזקאל המצדדת בתמורה עבור תרומת איברים²⁸, בהצעת החוק של משרד הבריאות מודגש הפיצוי הסביר וכיסוי כל ההוצאות האפשריות לתורם¹⁸, ואף ההסתדרות הרפואית מדגישה את הפיצוי הנאות וחשיבות התמיכה הפיסית והנפשית לתורם לאורך שנים⁶. מצד שני, אין להתעלם מהטיעונים כנגד מכירת איברים בכלל וכליה בפרט, מההיבט המוסרי של סחר באיברים, ומעמדת משרד הבריאות וההסתדרות הרפואית; כמו-כן חשוב גם לדעת כיצד נוהג כל העולם הנאור בנושא, וכן מההסתיוגיוות ההלכתיות (הסכמה מרעת, גמירות דעת וכו'). אי לכך אין צורך להגדיר את הנושא כמכירת כליה, אלא כמתן תמורה נאותה עבור המעשה יוצא הדופן של תרומת כליה.

הטענות המרכזיות כנגד מכירה היו חברתיות-שיווניות, מכירה מעניינים לעשירים, זילות גוף האדם וכד'. לדעתי יש לראות בכך התחסדות רבה. גם כיום אין שיויון במערכת ההשתלות. בארה"ב, לדוגמא, רבים לא מגיעים לטיפול רפואי לא בגלל העדר איברים - אלא משום שאינם יכולים להרשות לעצמם לממן את הטיפול, גם כיום כאשר יש חוק האוסר מכירת איברים^{13, 37}. בפועל, קיימת בכל הארצות הנאורות, מערכת יקרה ביותר של מכירת שירותי השתלה (בסדר גודל של 800 אלף דולר). לדוגמא, עבור השתלת ריאה מתורם חי. השתלת לב ע"ד ש"ר Shumway דורשת הפקדה של 125 אלף דולר כדמי הרשמה בלבד. כלומר כל המערכת הרפואית מתוגמלת מעל המחיר הסביר עבור השתלות, ורק התורם החי צריך להתנדב?

כמו כן אין זה מובן מאליו שרק עניים ימכרו כליות, לדוגמא. לדעתי כל אדם התורם כליה ראוי לפיצוי ניכר. התמורה הנאותה תעודד מגוון רב של תורמים. ההסתדרות הרפואית עצמה תומכת בהרחבת ההיתר לקבלת

69. חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט 1979 (א) 5 (א).

תרומות מן החי לקרובים מדרגה שניה ושלישית, ואולי אף לקרובים נפשית ולא דווקא קרובים גנטית⁶. מדוע קרובים אלה צריכים להתנדב ולתרום ללא תמורה? גם התקדים של חוק הפונדקאות המאפשר תשלום קובע בעצם כי ניתן לסחור באיברים; האם ערכו של רחם אישה פחות מערכה של כליה?

בנוסף על האמור צריך להדגיש שיש כיום במערכת הרפואית מחיר לכל, ולכן ניתן להעריך מחיר כליה, כבוד, רחם וכד'. צ. גרינהויז בעבודתה מציעה שוק איברים פתוח שפעולותיו מבוקרות על ידי גוף ציבורי כמו ועדת השתלות, משרד הבריאות וכד'⁸. לדעתי, הנושא מאוד שנוי במחלוקת, ואיננו בשלים להצעה סוחפת של שוק איברים חופשי.

הצעתי היא כי יש לשקול את נושא תרומת כליה מן החי בשכר כמקרה לבדיקה (Test Case) וכניסוי מבוקר, באמצעותו ניבדוק האם ניתן לבצע זאת כראוי ובפיקוח מלא:

על פי הצעת החוק¹⁸ יש להקים מרכז/מנהלת השתלות (שכעת מוקם כבר ע"י משרד הבריאות). מרכז השתלות זה ימנה ועדה מיוחדת שתעסוק בנושא מכירת כליה מן החי. ההתקשרות, התאמת הרקמות, ההתאמה הנפשית, התשלום, הפיקוח והמעקב יבוצעו ע"י גוף זה, ולא יהיו התקשרויות חוזיות אישיות אלא רק באמצעות המרכז. התשלומים מהמושתלים בעלי היכולת יבוצעו דרך המרכז. התמורה לתורם תהיה כספית ראויה וסבירה ביותר. התמורה יכולה לכלול גם ביטוח בריאות לתורם ולמשפחתו לכל החיים, ביטוח לפיצויים אם כליותו היחידה תינזק, ועדיפות וביטוח מתאימים אם יזדקק בעצמו להשתלת כליה. יש לתמוך בהצעת החוק הפרטית, או לאפשר במסגרת הצעת חוק השתלות של משרד הבריאות סעיף המרחיב את הפיצוי הסביר לתורמי כליה.

במקביל כמובן יש לעודד תרומת כליה מן המת; כל הפעולות הללו יחד עשויות לפתור את בעיית השתלות הכליה, ולהאריך חיי אדם.

מקור: אסיא סג-סד, עמ' 74-93 (1998)

* בחורף תשס"ח-2008 התקבל בארץ חוק השתלת איברים האוסר סחר באיברים אך מסדיר תגמול מסויים לתורם. החוק מובא להלן עמ' 86-98.