

היינו שדינו כמשקה לענין הכשר לטומאה, לרצון ושלא לרצון²⁵¹. הטעם: יש אומרים, מפני שהוא ראוי לתינוק²⁵²; ויש מי שכתב, לפי שחלב הוא דם, שכן דם נעכר ונעשה חלב²⁵³. לפיכך נידה או זבה, שנטף חלב מדדיה לאוויר התנור, נטמא התנור וכל מה שבתוכו²⁵⁴; ויש הסבורים, שחלב-אשה אינו חשוב משקה מן התורה אלא מדרבנן²⁵⁵.

חלב הזכר טהור, ואין דינו כמשקה לענין הכשר וטומאה²⁵⁶. הטעם: לפי שאינו צריך לו, לכן אינו משקה²⁵⁷, או לפי שהוא כזיעה בעלמא²⁵⁸.

מרבית החוקרים סבורים, שנושא זה הוא חידוש בתחום יחסי חולה-רופא, והוא נכפה על הרופאים ועל האתיקה הרפואית על ידי המשפט והפסיקה בארה"ב. אכן, יש הסבורים שהיסודות הבסיסיים של מושג זה היו קיימים ומקובלים גם בעבר, אם כי בוודאי לא באותם ניסוחים ופרטים הנדרשים כיום, אלא רק בעקרונותיו הבסיסיים⁵.

הִסְכָּמָה מְדַעַת

א. הגדרת המושג

הסכמה מדעת היא מושג מחודש באתיקה הרפואית ובמשפט, שלפיו חייב הרופא לקבל הסכמתו המודעת של החולה

[256] מכשירין ו ז; רמב"ם טומאת אוכלין י ד.
[257] רמב"ם שם. [258] ר"ש, מכשירין שם.
Salgo Leland Jr., v. Stanford University [1] Board of Trustees, 317 p. 170, 181, 1957.
[2] ראה ע' נסויים רפואיים בבני אדם, הע' 40.
[3] ד"נ 26/66 בר-חי נ' טבור ואח' פ"ד כ(4), 327.
[4] ראה בנספח לע' חולה. וראה להלן סמוך להע' 147, ברקע המשפטי. [5] Lidz CW, et al, In: President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research: *Making Health Care Decisions*, Appendix C, 1982; Pernick MS, In: President's Commission ... Vol 3, Appendix E. ספרות כללית על נושא זה, ראה: Faden RR and Beauchamp TI: *A History and Theory of*

עוד בענין שימוש בחלב אשה לצורך חולה שיש בו סכנה ושאין בו סכנה – שו"ת רדב"ז ח"ו סי' ב אלפים רב; שו"ת זרע אברהם חיו"ד סי' ד; בן איש חי, שנה ב, פר' אמור, סק"ט; זכור לאברהם הל' שבת סק"ח; עיקרי הדיט או"ח סי' יד סק"ס; שו"ת יביע אומר ח"ה חאו"ח סי' לב.
[251] מכשירין ו ח; שבת קמג ב; כריתות יג א. וראה בגמ' שם, הפירוש של רצון ושלא לרצון; רמב"ם, טומאת אוכלין י ד. וראה עוד תוס' נידה יט ב ד"ה כתיב. [252] רמב"ם שם.
[253] תוס' רעק"א, על המשנה מכשירין שם. וראה באנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, עמ' תנהו, בדין חלב אשה לענין טומאת משקים.
[254] כלים ח יא; שבת קמד ב; רמב"ם, טומאת אוכלין י ה. [255] תוס' חולין פו ב ד"ה כל; תוס' כריתות יג ב ד"ה וחלב; ר"ש מכשירין ו ח.

כל מה שיאמר לו"⁶, ומשמע שכך נהגו בימי הרמב"ם, ויותר מזה – משמע שהרמב"ם הסכים לנוהג זה.

גישה היסטורית זו בנויה מבחינה מוסרית על התפיסה הפטרנליסטית, שעל פיה הרופא בתוקף לימודיו, ידיעותיו וניסיונו המקצועי, יודע טוב יותר מה טוב לחולה⁷. יתר על כן, מבחינה מעשית נימנו גורמים שונים המטיילים ספק ביכולת השיפוט של החולה לבחור את דרך הטיפול היעילה והנכונה⁸, ולכן סבורים בעלי שיטה זו, כי מוטלת על הרופא חובה מוסרית לפעול לטובת החולה, כפי הבנתו המקצועית של הרופא.

ג. רקע עובדתי ואתי

כללי

השינוי בהווה – החל מקוד נירנברג משנת 1949, בתחום המחקר הרפואי⁹, ולפי פסיקות של בתי משפט אמריקאיים משנות החמישים של המאה ה-20, בתחום הרפואה הקלינית, הוכר הצורך המוסרי והמשפטי המחייב הסכמה מדעת בכל התערבות רפואית או מחקר רפואי. אכן, ראוי לציין כי הקוד האתי של ההסתדרות הרפואית האמריקאית מזכיר לראשונה את החובה המוסרית לקבלת הסכמה מדעת רק בשנת 1981.

באגרות הרמב"ם, אגרת תימן (כרך א, עמ' קמח, הוצאת שילת). [7] על התפיסה הפטרנליסטית ראה ע' תורת המוסר הכללי, הע' 65. [8] ראה להלן פירוט גורמים אלו. [9] ראה לעיל הע' 2.

בערך זה יידונו ההיבטים הכלליים והעקרוניים של ההסכמה מדעת בתחום יחסי חולה-רופא. הגדרת הדרישות להסכמה מדעת במצבים רפואיים ייחודיים, ובעיקר בתחום המחקר הרפואי, יידונו בערכיהם.

ב. רקע היסטורי

הגישה בעבר – בכל שנות ההיסטוריה הרפואית, מימי היפוקרטס ועל פי העקרונות המוסריים שבכתביו, ועד מלחמת העולם השנייה, רווחה התפיסה התומכת במניעת מסירת מידע לחולה, ובאי-הצורך בהסכמה מודעת לטיפול רפואי.

בכתבי היפוקרטס, בין יתר הוראותיו לרופא, נאמר: "מלא חובותיך לחולה בשלווה וביעילות, תוך העלמת רוב הדברים מן החולה בעת טיפולך בו. צווה את החולה ברוח טובה ובצורה עניינית, תוך הסטת תשומת לבו ממה שנעשה בו. לעתים עליך להסיט את תשומת לבו של החולה בצורה חדה וחד-משמעית, ולעתים עליך להניח את דעתו בשכנוע ובהאזנה, מבלי לגלות לו דבר על מצבו הנוכחי או העתידי". והרמב"ם כתב: "כמו שימסור החולה הסכל במלאכת הרפואות הנהגתו לרופא שינהגהו, להיותו סכל בדברים הממיתים ובדברים המצילים, ויקבל ממנו

Informed Consent. New York, Oxford University Press, 1986. וראה מסמך משנת 1677, שמעיד על נוהל של הסכמה מדעת גם במקומות מסויימים בימי הביניים – Aijouni – KM, *Lancet* 346:980, 1995. [6] ראה

עובדה ידועה היא, שהרבה מאומנות הרפואה איננה מבוססת על נתונים מדעיים חד-משמעיים, והרבה מההחלטות המתקבלות ברפואה מבוססות על שקולים סטטיסטיים שונים, על ניסיון אישי, ועל אינטואיציה, שכולם אינם מהווים מדע מדויק. אי-הוודאות והספקות שכיחים מאד במצבים רבים ברפואה, הן באיבחון והן בטיפול, ולכן לא תמיד יודעים הרופאים כיצד להתמודד נכונה עם מצבי הספק, ומייחסים משקל שונה, ולעתים שגוי, לנתונים כאלו. בעיה עקרונית נוספת ביחסים פטרנליסטיים היא החשש, שהרופא עלול להחליט על דרך טיפול כלשהי לפי מערכת ערכיו הפרטיים, או לפי רגשותיו ונטיות-לבו, בעוד שלחולה יכולה להיות מערכת ערכים שונה, או גישה סובייקטיבית אחרת, ועל כן ההחלטה הנכונה לגביו יכולה להיות שונה מזו שהרופא הגיע אליה. ההחלטה הראויה והטובה ביותר עבור החולה איננה תמיד זו אשר נראית באופן עובדתי כנכונה, אלא יכולה היא להיות מושפעת מגורמים סובייקטיביים רבים ושונים.

מערכת הרפואה ויחסי חולה-רופא — מבנה מערכת הרפואה השתנה אף הוא באופן בולט, כך שהרופא המטפל איננו עוד רופא משפחה המכיר היטב את החולה על סביבתו התרבותית, הערכית, הרגשית והדתית, אלא שהחולה מטופל על ידי הרבה מומחים בתחומים ייחודיים, שלרוב אינם מכירים כלל את החולה וסביבתו, ואינם שומרים על קשר קבוע

כיום קיימת הסכמה רחבה בעולם המערבי בדבר הצורך הבסיסי בהסכמה מדעת לטיפול רפואי, אם כי אין הסכמה על מידת ההסכמה מדעת. בסקרים שונים בקרב חולים ורופאים בארה"ב התברר כבר בשנות ה-80 של המאה ה-20, שהרבה מהחולים מעוניינים לדעת יותר פרטים על מחלתם ודרכי הטיפול בה, ממה שנמסר להם על ידי רופאיהם, והדבר נכון ביחס לכל שכבות הגיל, ולכל רמות ההשכלה וההכנסה באוכלוסייה בארה"ב¹⁰. המגמה מצד החולים לדעת יותר קיבלה גם חיזוק בכך שהיא הוכרה על ידי מחוקקים שונים כזכות החולה¹¹.

סיבות לשינוי — מספר גורמים חברו יחדיו בשנים האחרונות, וגרמו לשינוי קיצוני במערכת יחסי חולה-רופא הנוגעים להסכמה מדעת:

אוטונומיה — מבחינה ערכית ופוליטית חלה תפנית מלאה מתפיסה פטרנליסטית ופיאודלית לתפיסה אוטונומית ואינדיבידואליסטית, המדגישה מאד את חופש הפרט, ומעלה את זכויות הפרט לדרגת חשיבות גבוהה מאד¹². הגישה הפטרנליסטית ביחסי חולה-רופא נדחתה בשנים האחרונות עקב בעיות שונות שהיא מעוררת. בין השאר קיים החשש המבוסס, שבמקרים אשר אין אפשרות להגיע להחלטה רפואית חד-משמעית, או שחלו שינויים בתפיסות הרפואיות, לא ידע הרופא לשקול בין עובדות מוכחות לבין נטיותיו האישיות.

[11] ראה ע"ע חולה; תורת המוסר הכללי.
[12] ראה ע' תורת המוסר היהודי הע' 121

[10] President's Commission ... Vol 2, p. 7;
Strull WM, et al, JAMA 252:2990, 1984

בעלות על הגוף – עקרון נוסף מבוסס על התפיסה, שהאדם הוא בעלים על גופו, ולכן יש צורך משפטי בהסכמתו לכל פעולה בגופו.

נימוקים מעשיים – מבחינה מעשית מועילה ההסכמה מדעת לשמירה על יחסי חולה-רופא הוגנים ויעילים; מונעת טובות-הנאה, טכסיסנות שרירותית, או רמאויות על ידי הרופאים; מצמצמת את האפשרות של כפיה, טעות והזנחה בתהליך קבלת ההחלטות לגבי הטיפול הרפואי; מגבירה את האימון מצד החולה במערכת הרפואית; מעודדת ביקורת עצמית וציבורית על פעולות רפואיות; מעודדת תהליך קבלת החלטות הגיוני ואמין; מועילה לשיפור הטיפול בחולה; ודרושה בדיעבד כדי לפטור את הרופא מאשמת תקיפה ורשלנות¹³. שיקולים אלו נובעים מהתיאוריה המוסרית המבוססת על תועלתיות והטבה לזולת¹⁴. אכן יש להדגיש, שלפי תורה זו יש מקום בתנאים מסויימים להצדיק דווקא הימנעות ממשירת מידע לחולה.

תהליך קבלת החלטות ראוי – מטרה נוספת היא לתרום לתהליך קבלת החלטות מקיף ושלם ככל האפשר, שבמסגרתו יובאו בחשבון כל הגורמים הרלוונטיים לטיפול, כך שהידע והמיומנות של הרופא ישתלבו עם מערכת הערכים והשיקולים הפסיכו-סוציאליים של החולה.

נתונים סטטיסטיים – בסקר שנערך

עמו; קיימות כיום אפשרויות טיפוליות ואיבחוניות רבות ומגוונות, שלא היו קיימות בעבר; אין הסכמה ציבורית רחבה על מטרות הרפואה ודרכי הגשמתה; אנשים מצויידיים כיום בידע רחב יותר ביחס לאפשרויות האבחנתיות והטיפוליות השונות, בגלל פרסומים רפואיים פופולריים באמצעי התקשורת הנרחבים; אין כיום מקום להניח, שבעצם העובדה שהחולה בא לרופא מסר הוא לו סמכות מלאה לעשות בו ובעבורו ככל שימצא לנכון, כי מרבית החולים כיום באים לרופא כדי לשמוע דעתו, ללא ויתור על האוטונומיה שלהם להחליט אחרת, או להתייעץ עם רופאים אחרים.

מערכת החברה בכללותה – כמו כן חלו שינויים בולטים במערכת החברתית בכללותה, כך שיש התנגדות לסמכותיות בכלל, והחברה נוטה לביקורת רבה יותר מבחינה צרכנית כללית.

העקרונות הבסיסיים לצורך בהסכמה מדעת

נימוקים ערכיים – קיימות מספר הצדקות ערכיות לדרישה להסכמה מדעת:

אוטונומיה – היסוד המוסרי העיקרי הוא עקרון האוטונומיה של החולה¹². כיבוד הזולת, חירות הפרט, זכות ההגדרה העצמית וחופש הבחירה, הם הערכים המחייבים הסכמה מדעת.

[14] ראה ע' תורת המוסר הכללי הע' 35 ואילך והע' 70.

ואילך, וע' תורת המוסר הכללי הע' 54 ואילך. [13] *Encyclopedia of Bioethics*, pp. 754-761

הבנת הנתונים שנמסרו לחולה; ההחלטה התקבלה בחופשיות, ללא לחץ או כפייה; ההחלטה התקבלה על ידי אדם בר כושר שיפוט תקין מבחינה שכלית ורגשית; הרופא פעל במסגרת ההסכמה, ולא חרג ממנה¹⁷.

יישומים מעשיים – אכן, הבעיה איננה בעקרון העיוני אלא ביישומי המעשי. במצבים ברורים ניתן להגדיר את הצרכים והגבולות של ההסכמה מדעת. השאלות מתעוררות במקרים גבוליים או בעייתיים, ואמנם רבות הן השאלות המעשיות הנוגעות לבצוע ההסכמה מדעת:

כמה מידע יש למסור לחולה? כמה מידע אמנם נמסר לחולה בפועל? כמה מידע רוצה החולה לקבל? באילו תנאים ובאיזה עיתוי יש למסור לחולה את המידע? אילו נתונים אין למסור לחולה? כיצד משפיעים דרכי מסירת המידע על קליטת המידע והבנתו? האם יש לעצם מסירת המידע השפעה שלילית על החולה? כיצד מקבלים חולים החלטות טיפוליות? באיזו מידה משמש המידע לקבלת החלטות על ידי החולים? מי מוסמך להחליט איזה מידע למסור, ואיזה מידע להעלים? אילו גורמים משפיעים על ההחלטה מה למסור לחולה? עד כמה מבינים חולים בדרך כלל את הנמסר להם? כיצד משפיעים המחלה והטיפול על יכולת הקליטה וההבנה של החולה? כיצד קובעים את יכולת השיפוט וההבנה של

בארה"ב בראשית שנות ה-80 של המאה ה-20 התברר ש-56% מהרופאים ו-64% מהציבור הרחב סבורים, שהגדלת חלקו של החולה בתהליך קבלת ההחלטות הטיפוליות ישפר את איכות הטיפול ותוצאותיו¹⁵. מחקרים אחדים הוכיחו, שחולים היודעים את פרטי מחלתם, ואת האפשרויות הטיפוליות, נענים יותר לטיפול, רמת החרדה שלהם יורדת, יש שיפור מהיר יותר בהחלמתם מניתוחים, ויכולתם טובה יותר לפקח על טעויות במינון, תופעות לוואי של תרופות וטיפולים וכד'¹⁶.

שיתוף פעולה רופא-חולה – הנחת היסוד בהסכמה מדעת היא הצורך בשיתוף פעולה בין החולה לרופא בתהליך קבלת ההחלטות, כאשר הרופא מביא עמו מטען של ידע וניסיון, והחולה מביא את מטען הערכים והתחושות האישיות שלו. כדי שמטרות ההסכמה מדעת יושגו, יש צורך בדו-שיח גלוי, הוגן ויעיל בין החולה לרופא, כשכל צד מביע את היבטיו, ויחדיו מגיעים להחלטה.

דרישות ותנאים להסכמה מדעת, ויישומם המעשי

תנאים להסכמה מדעת – יש ערך מוסרי ומשפטי להסכמה מדעת רק אם מתקיימים מספר תנאים:

ההחלטה התקבלה על בסיס של מידע מלא ורלוונטי; ההחלטה התקבלה מתוך

4. וראה בע' גלוי מידע לחולה. [17] וראה עוד להלן ברקע המשפטי.

[15] President's Commission ... Vol 1, p. 44.
[16] President's Commission ... Vol 1, Ch.

החולה לצורך קבלת החלטות רלוונטי לחולה לצורך קבלת החלטות? טיפוליות?¹⁸.

ידיעה והפנמה – יתר על כן, מחקרים בארה"ב הוכיחו, שאחוז ניכר מהאוכלוסייה איננו יודע כלל מה משמעות ההסכמה מדעת, אחוז ניכר מהרופאים איננו יודע מהו החוק ביחס להסכמה מדעת במדינתם, ולחלק מהרופאים אין ידיעה מלאה ונכונה על מהות המושג²¹, וזאת בארץ שעניין ההסכמה מדעת תופס מקום רחב בדעת הקהל, בספרות המקצועית ובדיונים משפטיים. ואמנם, למרות קבלת עקרונות ההסכמה מדעת גם על ידי הרופאים, מתברר מסקרים שונים שאין הפנמה אמיתית בפועל של יישום העקרונות. דבר זה נכון אפילו בארה"ב, שבה התפתח מאד רעיון ההסכמה מדעת, הן על בסיס אתי והן על בסיס משפטי, וכפי שעולה מסקרים בשלהי המאה ה-20²².

מעורבות החולים – כמו כן יש לציין, כי קיימים חילוקי דעות בין סקרים שונים, אם החולים מעוניינים להשתתף באופן פעיל בתהליך קבלת החלטות, או שמעדיפים הם שרופאיהם יקבלו את החלטות עבורם²³.

בעיות מעשיות ביישום ההסכמה מדעת

כמות ותוכן המידע – יש הסבורים,

בעיות מעשיות בלתי פתורות – מתברר, שלמרות מאמצים משפטיים וחוקתיים נרחבים, בעולם המערבי בכלל ובארה"ב בפרט, להגדיר את מושג ההסכמה מדעת מבחינה משפטית ואתית, אין עדיין מחקרים אמינים על תקפותם ומשמעותם של הפרטים המעשיים המרכיבים את ההסכמה מדעת, ועל הגבולות והדרישות של המושג המורחב, כפי שמתבטא בשפיטה. בעיקר יש לציין תוצאות של סקרים שונים, שאפילו כיום אין הרופאים מאמינים בצורך וביעילות של ההסכמה מדעת בצורתה המורחבת. ואכן, השאלה שטרם נפתרה היא, האם ההסכמה מדעת בצורתה הנרחבת, כפי דרישת החוק והפסיקה¹⁹, היא אמנם מעשית, ברת-ביצוע וברת-תועלת, מלבד ההגנה מפני תביעות נזיקין. מחקרים שונים ביחס להסכמה מדעת טרם הצליחו להבהיר את הצד המעשי בהסכמה מדעת. המחקרים כוללים בין השאר את בדיקת כמות המידע ואיכותו הניתן לחולים על ידי הרופאים, מידת ההבנה של החולים, זכרונם על הנמסר להם, והשפעת המידע על תהליך קבלת החלטות של החולים. אכן, אין כמעט מחקרים רציניים מבחינה רפואית-עובדתית על הראוי והבלתי ראוי, על הנחוץ והבלתי נחוץ, במסירת מידע

[18] ראה סיכום חלקי של הבעיות המעשיות הקשורות בהסכמה מדעת – Thompson WC, In: President's Commission ... Vol 3, Appendix H. [19] ראה להלן ברקע המשפטי. [20] ראה Meisel A and Roth LH, *JAMA* – President's [21] 246:2473, 1981. [22] ראה Braddock CH, et al, *JAMA* 282:2313, 1999. [23] Meisel A and Kuczewski M, *Ann Intern Med* 156:2521, 1996. Strull WM, et al, *JAMA* [23] 252:2990, 1984.

[18] ראה סיכום חלקי של הבעיות המעשיות הקשורות בהסכמה מדעת – Thompson WC, In: President's Commission ... Vol 3, Appendix H. [19] ראה להלן ברקע המשפטי. [20] ראה Meisel A and Roth LH, *JAMA* – President's [21] 246:2473, 1981. [22] ראה Braddock CH, et al, *JAMA* 282:2313, 1999. [23] Meisel A and Kuczewski M, *Ann Intern Med* 156:2521, 1996. Strull WM, et al, *JAMA* [23] 252:2990, 1984.

אפשרויות אלו טובות באותה מידה כמו האפשרויות שהוא מציע. יחד עם זאת על הרופא להביע בבירור את דעתו והמלצתו המקצועית²⁵. מספר מחברים ניסחו נושאים בעלי חשיבות מיוחדת לידעת החולה, שאותם צריך הרופא למסור ל²⁶.

באשר לסיבוכי הטיפול מקובל לומר, שהמבחן הקובע מה הם הסיבוכים, שרופא צריך למסור לחולה, הוא השכיחות והחומרה של הסיבוכים, היינו אם הם נדירים מאד, או קלים מאד, אין צורך למסור לחולה עליהם. אכן, ההגדרה המעשית מה נחשב לסיבוך חמור או שכיח נתון לשקול דעת, ונידון בבתי משפט שונים, אשר הסיקו מסקנות שונות, למרות נתונים דומים²⁷.

מבחינה מוסרית ראוי להשאיר זאת לשקול דעתו של הרופא, אחרת יצטרך הוא למסור כל מידע, כדי לא להיות תלוי בפרשנות שונה של שופטים וחולים.

נוטה למות — שאלה מיוחדת היא האם למסור לחולה נתונים על תחזית שארית חייו במצב שהוא נוטה למות²⁸.

מבחינה לכמות וסוג המידע — המבחנים שבתי המשפט, או קובעי מדיניות אתית, יכולים להשתמש בהם לצורך קביעת מידת המידע שעל הרופא

שכל העלמת מידע מחולה בר כושר שיפוט היא עבירה מוסרית ומשפטית, בכך שהיא פוגעת בעקרון האוטונומיה של החולה, שהוא היסוד המוסרי שעל פיו מושתת הצורך בהסכמה מדעת²⁴. לפי השקפה זו, יש למסור לכל חולה קומפוטנטי את כל הנתונים על מחלתו, ואת כל האפשרויות הטיפוליות, על כל סיבוכיהם. אחרים סבורים, שגישה זו עלולה להביא לנזק גדול יותר מתועלת, שכן הרבה פרטים אינם רלוונטיים לקבלת החלטה נכונה, ולעתים גורם ריבוי הפרטים להחלטה שגויה, עקב התייחסות לא נכונה לנתונים מצד החולה. ולכן הדרישה המוסרית החלופית היא לפעול לטובת החולה, תוך שמירה על האוטונומיה שלו. דבר זה מחייב שיקול דעת ויישום מעשי בהתאם לנתונים הייחודיים של כל מקרה ומקרה. יש לשקול את מהות המידע, כמותו ועיתוי מסירתו בהתאם למצבו של כל חולה וחולה, ולא להעביר לכל אחד מידע אנציקלופדי בלתי מבוקר.

סוג המידע — באופן כללי מקובל, שעל הרופא למסור לחולה את האבחנה והתחזית, וכן את כל האפשרויות הטיפוליות, כולל אי-טיפול, שיש להם סבירות רפואית. היינו, על הרופא למסור לחולה את כל האפשרויות, שרופאים בעלי מיומנות דומה נוהגים על פיהם, גם אם לדעתו האישית של הרופא-המטפל אין

עוד להלן ברקע המשפטי. [27] וראה להלן ברקע המשפטי. וראה גם בע' רשלנות רפואית. [28] שאלה זו נידונה בבתי משפט בארה"ב, וראה סיכום הדעות והשיקולים בעד ונגד במאמר. Annas GJ, *N Engl J Med* 330:223, 1994 — וראה ע' נוטה למות (א).

Lidz CM, et al, *Informed Consent: A [24] Study of Decision-Making in Psychiatry*, President's [25]. New York, 1984. Commission ... Vol 1, pp. 76-77 [26]. ראה President's Commission ... Vol 1, Ch. 4; — Faden R, et al, *Med Care* 19:718, 1981 וראה

למסור לחולה הם:

המומחה הסביר והחולה הסביר, אינם טובים, ורובם העדיפו את המתכונת השלישית, והיא התאמת מידת הגילוי ואיכותו לחולה הספציפי ולצרכיו הייחודיים³⁰.

המתכונת המקצועית, היינו מה שמקובל בין המומחים באותו תחום, ובאותו מקום וזמן, למסור לחולה בתנאים דומים. חסרונה של מתכונת זו היא בעובדה, שהנטיה בין הרופאים היא להמעיט במסירת מידע לחולה, כפי שהיה הדבר בעבר הלוא-רחוק, וכפי שהוא נוהג גם כיום לפי מחקרים רבים, היינו שבפועל נמסר לחולה מידע מועט בלבד.

התלבטויות הרופא — שאלה נוספת היא, האם על הרופא למסור לחולה גם את כל התלבטויותיו במקרים בעייתיים; אם כן — האם אין זה מערער את בטחונו העצמי של החולה, ואת אימונו ברופא שלו? ואם לא — האם אין זה פוגע באובייקטיביות של המידע, וביכולתו של החולה לקבל החלטות?

מתכונת החולה הסביר, היינו מה אדם סביר באותה חברה מצפה שימסרו לו בתנאים דומים. מתכונת זו מיועדת להשיג את מטרת ההסכמה מדעת, שהיא שמירה על האוטונומיה של החולה, אך חסרונה בהעדר גמישות מספקת לתנאים ומצבים ייחודיים.

המצב העובדתי בשטח — קיימת הערכה כללית, שבפועל מתקיים דיון מועט בין הרופא לחולה ביחס לחלופות טיפוליות ואבחנתיות, או ביחס לסבוכים ולסיכויים של הטיפולים המוצעים, ולרוב מתקבלות העדפות הרופא ללא דיון עם החולים. גם כשמתקיים דיון עם החולה, הרי שבפועל ישנן דרגות רבות בכמות המידע הנמסר ובאיכותו.

שיקול דעת אינדיבידואלי, היינו בהתאם למה שנחוץ ומועיל לכל חולה, בתנאים המיוחדים של כל מקרה ומקרה. זוהי המתכונת הרצויה מבחינה מוסרית, אך קשה היא לביקורת ציבורית-משפטית, ועלולה להשתנות בהתאם לנתונים סובייקטיביים, שלעתים אינם ענייניים²⁹.

בסקר שנערך בארה"ב בראשית שנות ה-80 של המאה ה-20, סברו 97% מהציבור הרחב, שעל החולה לדעת את כל המידע הדרוש לצורך קבלת החלטות, אך מחציתם סברו, שהרופא הוא זה שצריך להחליט מה הוא המידע הרלוונטי. באותו סקר נמצא כי 86% מהרופאים הכירו ברצון זה של החולים, ורובם סברו שכמות

בסקר שנערך בארה"ב בשנות ה-80 של המאה ה-20, סברו כמחצית הנשאלים, הן מהרופאים והן מהחולים, ששני המתכונים החוקיים לקביעת מידת המידע ותוכנו, שצריך הרופא למסור לחולה, היינו

39:154, 1977; Capron AM, *U PA Law Rev* Harris L, et al, [30] 123:407, 1974 President's Commission ... Vol 1, Appendix .B; President's Commission ... Vol 1, p. 72

Brahams D, *Lancet* 1:808, 1982; Gross [29] AW and Churchill LR, *Ann Intern Med* 96:110, 1982; President's Commission ... Vol 1, p. 103; Katz J, *U Pitt Law Rev*

המעשי של דרישות ההסכמה מדעת – הנחת הרופאים, שאילו רצה החולה יותר מידע היה שואל ומבקש לדעת; ההנחה שאנשים בלתי מקצועיים לא מבינים את המידע במידה מספקת לצורך קבלת החלטות; לחצים סביבתיים ואישיים, הן על החולה והן על הרופא, אשר מפריעים במסירת מידע מלא; החשש מצד הרופאים, שמידע מלא יביא לסירוב החולה לקבלת הטיפול המוצע, וזה יפעל לרעתו; החשש שעצם המידע עלול להזיק לחולה; אי-הוודאות של הנתונים העובדתיים; אי התאמה חברתית ואישית בין חולים לרופאים מסויימים; הכשרון האישי של כל רופא להעביר מידע בצורה ברורה ואמינה; החשש מפני העמסת אחריות-יתר על כתפי החולה או בני משפחתו, עקב ההשלכות העתידיות של החלטות קשות, אשר יכולות לגרום לרגשי אשם ובעיות נפשיות שונות.

אף כי מרבית ההנמקות וההנחות הללו אינן נכונות במצבים רבים, משמשים הם רקע לעובדה, שבמציאות היום-יומית, בבתי חולים ובמרפאות, לא מיושמות הדרישות המשפטיות והאתיות להסכמה מדעת.

הבנת המידע – מידע הוא גורם נחוץ בתהליך קבלת ההחלטות, אך חשובה מזה היא יכולת ההבנה של החולה, והשימוש ההגיוני במידע. כדי שמידע ישמש לקבלת החלטות צריך הוא להיות מובן, מקובל ומיושם. ואמנם, אחת הבעיות הנוגעות להסכמה מדעת היא הקשר בין מסירת

המידע ואיכותו תלויה בהערכת הרופא את מידת ההבנה של כל חולה וחולה. חלק קטן יותר מהרופאים סבר, שחומרת המחלה, או רצון החולה לדעת, הם גורמים מכריעים ביחס לכמות המידע שצריך למסור לו. שני שלישים מהרופאים סברו, שההחלטה על כמות המידע ואיכותו, שיש למסור לחולה היא באחריות הרופא, ו-75% מהם סברו, שחובתם המקצועית של הרופאים היא לשכנע את החולה לקבל את הטיפול המוצע על ידם, שלפי דעתם הוא הטוב ביותר עבור החולה. באותו סקר הצהירו 98% מהרופאים, שבפועל הם אמנם דנים עם חוליהם על האבחנה והתחזית, אך רק 78% מהחולים אישרו זאת; 84% מהרופאים אמרו, שהם דנים בפועל עם חוליהם על החלופות הטיפוליות, אך רק 68% מהחולים אישרו זאת; 93% מהרופאים דיווחו, שהם מספרים לחוליהם על כל תופעות הלוואי של הטיפולים המוצעים, אך רק 68% מהחולים אישרו זאת. רוב הרופאים מדווחים לחולים סבוכים ששכיחותם היא בסבירות של 1:100, אך רק מחציתם מדווחים סבוכים, בשכיחות של 1:1000. מאידך שני שלישים מהציבור סבור, שיש למסור לחולה גם סבוכים ששכיחותם המשוערת היא 1:1,000. באותו סקר דיווחו כ-50% מהחולים, שהם פנו לדעה רפואית נוספת; 21% סרבו לקבל את הטיפול שהוצע להם על ידי הרופא; 36% מהחולים החליפו רופא עקב אי-הסכמתם להצעותיו³¹.

גורמים והנחות המפחיתים את היישום

המידע, לבין ההבנה של החולה, שכן עצם מסירת מידע איננה מבטיחה בכל מקרה, בכל מצב ולגבי כל חולה, שהוא אכן הבין את הנתונים.

למחלה, לדאגה, לכאב ולסבל, ולטיפולים השונים השפעה שלילית על ההבנה, ועל יכולת הניצול של המידע לקבלת החלטות³⁴.

יתר על כן, מחקרים מוכיחים כי חולים נתונים להשפעה של אנשים סמכותיים, וקל לשכנעם להסכים לדרך טיפולית מסוימת, כאשר הסכמה כזו איננה תמיד ביטוי נכון לאוטונומיה של החולה על פי מערכת ערכיו ורצונותיו³².

הטיות בהבנה — חולים נתפסים, לעתים, למילה או למשפט ללא הקשרם הנכון, שומעים או מתייחסים לעתים רק לחלק מהמידע הנמסר להם, ולעתים מתעלמים במודע או בתת-מודע מהמידע או מחלק ממנו. כמו כן נבדלים החולים זה מזה בכושרם השכלי, בתרבותם ובמידת הבנתם, וכן בכושר הריכוז ותשומת הלב בעת מסירת המידע. במקביל נבדלים גם הרופאים זה מזה בידיעותיהם ובכושר הבנתם, ביכולתם להעביר מידע בצורה מובנת ומותאמת, במידת יכולתם להבחין בין חולה לחולה, במידת ניסיונם במצבים דומים, ובמידת הסבלנות והזמן, שהם מוכנים ויכולים להקדיש לחולה בנושא זה.

צורת העברת המידע — אין ספק, שיש צורך בהעברה נכונה של המידע, כדי להגביר את יכולת ההבנה של החולה. למשל, יש להשתמש במילים ברורות ולא בשפה רפואית מקצועית, בנתונים ברורים, ובתנאים הטובים ביותר עבור החולה. יש לתת לחולה זמן לשאלות, ולהשיב לו בכנות על כל שאלותיו. יש שהציעו לספק לחולה חומר כתוב, כדי שהוא יוכל ללמוד את הדברים ביתר תשומת לב, ולדעת מה לשאול ומה לחקור עוד. הדרך, הסגנון והעיתוי של מסירת המידע הם גורמים חשובים יותר מאשר כמות המידע ופרטיו, ולהיפך ריבוי פרטים סטטיסטיים וטכניים גורע מיכולת ההבנה וההחלטה של החולה³³.

יש המסתפקים בהנחה, שאדם סביר מבין את הנתונים, אם הם נמסרים לו בשפה ברורה ומובנת. אך, כאמור, דווקא במצבים רפואיים קשים ודחופים לא תמיד נכונה הנחה זו, שכן מדובר במצבי לחץ, פחדים וחרדות, השפעת כאב וסבל, השפעת תרופות וכיו"ב, אשר מפריעים להבנה תקינה³⁵.

מחקרים שונים הוכיחו, שחולים מבינים מעט מאד מינוח רפואי-מקצועי. מאידך, הוכח שאנשים מבינים במידה סבירה מידע שנמסר להם בצורה, בסגנון ובשפה יום-יומיים, אם כי אין ספק שיש

מחקרים מועטים בלבד בדקו את המידע וההבנה, שנקלטו על ידי החולים

President's Commission ... Vol. 2, pp. [34] 12-13; Lavelle-Jones C, et al, *BMJ* 306:885, Cassell EJ, In: *Encyclopedia of* [35]. 1993

Vol 1, Appendix B [32] ראה — Cassell EJ, *N Engl J Med* 352:328, 2005. [33] וראה עוד בע' גלוי מידע לחולה.

שהוא איננו כשיר לעניין זה. כמו כן כל קטין מוגדר באופן חוקי כבלתי כשיר.

לאחר מסירת מידע על ידי הרופא³⁶, ואף אלו לוקים בחסר מבחינה מתודולוגית³⁷.

כשירות לקבלת החלטות היא ביסודה הגדרה משפטית, ונידונה בעיקר בהתייחסות לאחריות פלילית ואזרחית⁴⁰. חוקרים שונים הציעו מספר מבחנים לקביעת כשירות לצורך קבלת החלטה לטיפול רפואי⁴¹. איגודים רפואיים ופסיכיאטריים, וכן בתי משפט שונים, הגדירו דרישות שונות לקביעת כשירות, הנבדלות זו מזו בדרגתן. למשל, היכולת לנסח באופן מילולי החלטה כלשהי, בלא תלות בתוכן ההחלטה או ברמת ההבנה; ההגיון בתוכן ההחלטה; ההגיון בהנמקת החלטה; היכולת להבין את האבחנה והחלופות הטיפוליות; היכולת להבין את התוצאות הנובעות מההסכמה או מהסירוב לטיפול רפואי. כמו כן ניתן לבחון את כשירותו של החולה באמצעות מבחנים פסיכולוגיים/פסיכיאטריים שונים.

אכן, רופאים זקוקים להגדרה יישומית לצורך תפקודם בחיי היום-יום, על מנת להחליט על כמות המידע ואיכותו, שעליהם למסור לחוליהם. דרישה מעשית זאת טרם נתבררה כל צרכה. בספרות הרפואית דווחו הרבה גישות ושיטות לקביעת ההערכה הרפואית של כשירות החולה לצורך קבלת החלטות טיפוליות, ולכולן חסרונות מעשיים, מוסריים

יכולת הזכרון של החולה ביחס לפרטים רפואיים מורכבים היא מוגבלת, ובמחקר על פרטי ההסבר הנוגעים לניתוחים נוירוכירורגיים מיד לאחר מסירתם על ידי הרופא זכרו החולים רק 43% מהחומר שנמסר להם, וכעבור 6 שבועות הם זכרו רק 38% מהחומר³⁸.

תהליך קבלת החלטות — כמו כן חשוב להדגיש, שעצם מסירת המידע, ואפילו הבנתו, אינם בהכרח ערוכה לכך, שאמנם מידע זה משמש את החולה בצורה נכונה ויעילה בתהליך קבלת ההחלטות. גורמים שונים משפיעים על קבלת ההחלטות של החולה, כגון ניסיון קודם עם טפולים דומים; אמונות והערכות אישיות של החולה; השפעת הסביבה והרקע התרבותי-דתי של החולה ועוד. ואמנם באחד המחקרים שבוצע בארה"ב עלה שרק 12% מהחולים דיווחו, שהמידע היה הגורם החשוב ביותר עבורם בקבלת ההחלטה³⁹.

כשירות לקבלת החלטות — הגדרת אדם כבלתי כשיר לקבלת החלטות יכולה להיות אובייקטיבית-רפואית, כגון חולה חסר הכרה, מורעל, פסיכוטי, סניילי או מפגר; או שבית משפט הכריז על פלוני

Herz [38]. Roth LH, *JAMA* 246:2473, 1981
 .DA, et al, *Neurosurgery* 30:453, 1992
 .President's Commission ... Vol 2, p. 14 [39]
 [40] ראה להלן ברקע המשפטי. וראה גם בע'
 Roth LH, — [41] ראה לדוגמא
 et al, *Am J Psychiat* 134:279, 1977;

Grabowski J, [36] *Bioethics*, pp. 767-769
 et al, *J Appl Behav Anal* 12:283, 1979;
 Miller R and Willner HS, *N Engl J Med*
 President's [37] 290:964, 1974
 Commission ... Vol 2, p. 2; President's
 Commission ... Vol 1, p. 92; Meisel A and

ומשפטיים שונים. הם אינם פשוטים ואינם קלים ליישום, ועצם העובדה שיש כל כך הרבה שיטות, אשר מגיעות לתוצאות שונות, מעידה שאין שיטה טובה, נכונה ואמינה להגדרה מעשית ומוסכמת של כשירות לצורכי תיפקוד שגרת⁴².

ומשפטיים שונים. הם אינם פשוטים ואינם קלים ליישום, ועצם העובדה שיש כל כך הרבה שיטות, אשר מגיעות לתוצאות שונות, מעידה שאין שיטה טובה, נכונה ואמינה להגדרה מעשית ומוסכמת של כשירות לצורכי תיפקוד שגרת⁴².

מציבים שאין בהם צורך בהסכמה מדעת — באתיקה הרפואית ובמשפט הרפואי מוכרים מצבים שונים שבהם אין צורך בהסכמה מדעת לטיפול רפואי, או שהדרישות הפרטניות הכלולות בהסכמה מדעת הן מופחתות. מדובר במצבי חירום רפואי, במצבים של היעדר כושר שיפוט של החולה, במצבים שהחולה מוותר על המידע ועל השתתפותו בתהליך קבלת ההחלטה, ובמצבים שבהם גילוי המידע עלול לפגוע בצורה משמעותית בבריאותו של החולה⁴⁴.

בעיות נוספות ומצבים מיוחדים

כפיה יחסית — הדרישה לקבלת החלטות על ידי החולה בחופשיות מלאה, כמעט בלתי ניתנת ליישום, שכן הרבה מהחלטות החולים ניתנות מתוך מידה מסויימת של כפיה, כגון רקע תרבותי-דתי, השפעה סביבתית, דרך הצגת הנתונים על ידי הרופא, פחד החולה מפני סמכותיות הרופא, וכד'.

חתימה על טופס-הסכמה — השיטה להשגת הסכמה מדעת על ידי החתמה על טופס הסכמה שגרת, התבררה כבעלת ערך מוסרי ומשפטי נמוך, שכן התוכן לא מובן על ידי החולים, אין הם זוכרים את הפרטים הכלולים בו, אין הם מבינים את מטרתו, וסבורים שחתימה זו נועדה רק להגן על הרופא מפני תביעות משפטיות. ואף כי מבחינה מוסרית ומשפטית אין ערך רב לחתימה שגרתית על טופסי הסכמה, הרי בפועל כך מתבצע תהליך ההסכמה מדעת בהרבה מקרים ומקומות⁴³.

הבדלי תרבויות ביחס להסכמה מדעת — אמנם התרבות המערבית, ובעיקר התרבות של ארה"ב, רואה בהסכמה מדעת צורך הכרחי וחיוני למתן טיפול רפואי, אך ישנן תרבויות שונות שבהן גילוי מידע קשה לחולה מנוגד לערכים הבסיסיים שלהן, ובתרבויות שונות ישנם איזונים אחרים בין עקרון האוטונומיה לערכים אחרים, ולפיכך הדרישה להסכמה מדעת איננה נחוצה ואיננה מקובלת. כיבוד

Acad Psychiat Law 15:235, 1987; President's Commission ... Vol 1, pp. 57-62 and Ch. 7; Roth LH, et al, *Am J Psychiat* Lidz CW, In: [43] 134:279, 1977 President's Commission ... Vol 2, Appendix C. וראה להלן בחלק המשפטי. [44] ראה — Sprung CL and Winick BJ, *Crit Care Med*

Alexander MP, *Arch Neurol* 45:23, 1988; Lippert GP and Stewart DE, *Can J Psychiat* 33:250, 1988; Freedman M, et al, *Ann Intern Med* 115:203, 1991 Appelbaum PS [42] .Med 319:1635, 1988; and Grisso T, *N Engl J Med* 319:1635, 1988; Mahler J and Perry S, *Hosp Commun Psychiat* 38:856, 1988; Hippman L, *Bull Am*

לרפואה מונעת. לאור שינויים חדשות לבקרים בהמלצות השונות על דרכי מניעת מחלות והגברת בריאות, קיים קושי מהותי בהעברת מידע אמין ועדכני מצד הרופא לחולה או לבריא הנזקק להמלצות המשתנות של גישות מניעתיות, כאשר לא ברור אם יש בהן תועלת כלשהי, ואולי אף כרוכים בהם סיכונים בלתי ידועים⁴⁹.

הסכמה מדעת למחקר רפואי — ראה ערך נסויים רפואיים בבני אדם.

סירוב לטיפול בחולה הנוטה למות — ראה ערך נוטה למות.

הסכמה וסירוב ביחס לחולה בלתי כשיר — ראה ערך שוטה.

הסכמה מדעת בקטין — ראה ערך קטן.

סירוב אשה הרה לקבל טיפול, שבגללו עלול להיגרם נזק לעובר — ראה ערך עֶבֶר.

הצעות חלופיות

כללי — לאור ההנחות והעקרונות שעומדות ביסוד ההסכמה מדעת מחד, ולאור הקשיים היישומיים של הפרטים המעשיים המגדירים את ההסכמה מדעת מאידך, הוצעו מספר גישות ושיטות

הערכים וכבוד האדם ביחס לחיוב הליך ההסכמה מדעת הוא, איפוא, תלוי-תרבות⁴⁵.

הסכמה מדעת לפרסומים מדעיים — בתחום פרסום מחקרים מדעיים דורשים מרבית כתבי העת המקצועיים בתחום הרפואה הסכמה מדעת ברורה של הנחקרים בטרם יסכימו לפרסם את תוצאות המחקר⁴⁶.

הוראת הרפואה — שאלה מיוחדת בתחום ההסכמה מדעת נוגעת ללימוד רפואי על ידי סטודנטים ועל ידי רופאים-מתמחים. חולה המאושפז בבית חולים אוניברסיטאי יודע שהוא ייבדק גם על ידי סטודנטים לרפואה, על מנת לאפשר להם ללמוד להיות רופאים, והוא יקבל טיפול על ידי מתמחים במחלקה על מנת שירכשו ניסיון בעבודה הרפואית. הסכמתו להתאשפז בבית חולים כזה מהווה הסכמה מכללא לפעולות אלו. יחד עם זאת, ישנן בדיקות והתערבויות שלא בהכרח ברור מאליו שהחולה מסכים מכללא לפגיעה בו על ידי סטודנטים לרפואה שלא לטובתו, ודוגמאות לכך הן בדיקה גינקולוגית⁴⁷, או ניקור מותני שרופא-מתמחה יבצע בחולה לראשונה בחייו⁴⁸.

רפואה מונעת — נושא בלתי מוגדר דיו מבחינת תהליך ההסכמה מדעת נוגע

BMJ 304:1551, 1992; Wall LL and Brown D, *Am J Obstet Gynecol* 190:319, 2004. [48] ראה — *Lancet* 344:71, 1994. [49] Marshall KG, *Can Med Assoc J* 155:377, 1996

17:1346, 1989; Gostin LO, *JAMA* 274:844, 1995. [45] ראה — Gostin LO, *JAMA* 274:844, 1995. [46] ראה לדוגמא — Smith R, *BMJ* 314:1059, 1997; Smith R, *BMJ* 316:949, 1998. [47] ראה — Bewley S,

להפעלת ההסכמה מדעת:

שונים ומשתנים של החולה, המחלה, הרופא והסביבה. לכן יש המציעים לחנך את הרופאים והחולים על ברכי העקרון המוסרי הטמון ביסוד הדרישה להסכמה מדעת, אך להשאיר בפועל את ההחלטות המעשיות לשיקול אינדיבידואלי ונסיבתי.

יש המציעים לאמץ גישות גמישות, ולאפשר שיקול דעת ביחסי חולה-רופא לגבי המידע הנמסר, כשהמגמה היא להגיע להחלטה משותפת בין החולה לרופא, ולהימנע מהגדרות סוחפות, כוללניות ומחייבות, כפי שמרבית בתי המשפט דורשים. זוהי אמנם מטרה קשה להשגה, בגלל המיגוון הרב של חולים, רופאים ומצבים רפואיים, אך כדאי הוא הניסיון להגיע למטרה זו. המטרה העיקרית היא להשיג איזון נכון בין שלמותו הגופנית והנפשית של החולה, לבין שמירה על חירות הפרט וחופש ההחלטה. ברוב המצבים היום-יומיים שתי המגמות הללו חופפות, שכן רוב החולים מעוניינים להשיג בריאות טובה ככל האפשר, ובמידה אוטונומית מלאה ככל האפשר⁵⁰.

הסכמה מדעת כהליך מתמשך – יש מי שהציע לראות בהסכמה המודעת הליך ולא אירוע, היינו יצירת מצב של דו-שיח אמיתי ומעמיק בין הרופא לחולה, שבו יינתן זמן מספיק לשאלות מפורטות של החולה, ולתשובות מפורטות של הרופא, החולה ינווט את כמות המידע הרצויה לו, הרופא יודיע לחולה כי הוא בחר ליידע אותו את הנתונים שלדעתו הם חשובים עבורו, וזכותו המלאה של החולה להסתפק

התאמה אינדיבידואלית – המצב הרצוי ביותר הוא להגיע להחלטה הטובה ביותר עבור החולה הספציפי, בהתאם לנתונים המדעיים-רפואיים האובייקטיביים שלו, ובהתאם לאישיותו, צרכיו, רגשותיו, אמונותיו ותרבותו הסובייקטיביים. ההחלטה צריכה להתקבל מתוך הנתונים הרפואיים, כפי שהרופא מבהיר אותם, ומתוך מיגוון הנתונים הסובייקטיביים המיוחדים לחולה, כפי שהוא מבהיר אותם. רק תקשורת פתוחה ונכונה בין החולה לרופא יכולה להביא לידי החלטה אופטימלית.

דרכים בקבלת החלטות – יש המציעים להטיל על הרופא חובה לגילוי מידע מוגבל לחולה, אותו מידע שהוא הכרחי בעיני הרופא לשיתוף פעולה מצד החולה ולהצלחת הטיפול. מכאן ואילך על החולה לזיום את מידת מעורבותו ורצונו להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות, על ידי שאלות, בקשה להבהרות, התייעצות עם גורמים אחרים וכיו"ב, וחובתו של הרופא לשתף פעולה בתהליך זה. בכך ניתן לשמור על תהליך תקין ומעשי של יחסי חולה-רופא, ויחד עם זאת לאפשר מיצוי מלא של עקרון האוטונומיה.

שיקולים אינדיבידואליים – יש הסבורים, שהסכמה מדעת היא אמנם אידיאל נכון מבחינה ערכית ומשפטית, אך יישומה המעשי לפי הדרישות המחמירות הוא כמעט בלתי אפשרי, בגלל נתונים

ידי קבלת אישור לכך מבית המשפט⁵⁴.
הגבלות לסירוב טיפול – אכן, ההכרה בזכות לסרב טיפול רפואי איננה מוחלטת, ומצויות לה מספר הגבלות:

ניגוד אינטרסים עם השמירה על חיי אדם; מניעת התאבדות; הגנה על מקצוע הרפואה; והגנה על צדדים שלישיים תמימים התלויים בחולה⁵⁵.

סיבות לסירוב – יש שההתנגדות לטיפול רפואי, כולל טיפול מציל-חיים, היא עקרונית, בגלל סיבות רגשיות, ערכיות, דתיות, או אחרות; יש שהיא נובעת מפרד הכאבים שהתערבות פולשנית יכולה לגרום להם; ויש שהסיבות אינן ידועות ו/או אינן סבירות לחלוטין.

אכן, במקרים רבים אין לראות בסירוב של החולה דבר מוחלט וסופי, בפרט כאשר מדובר בסירוב בלתי הגיוני, ובמצב שבו עלול להיגרם נזק משמעותי לחולה עקב סירובו. שכן לעתים מתברר, שסיבות הסירוב הן זרות ובלתי ענייניות. דוגמאות למצב כזה הן: אי הבנת הנתונים, חוסר מידע מספיק, ליקויי תקשורת ביחסי חולה-רופא, רצון של החולה ליתר תשומת

במידע זה או לבקש מידע נוסף, וכמו כן יימשך ההליך הזה גם לאחר הבחירה של הפעולה הרפואית, והחולה מתחייב ליידע את הרופא על ציפיותיו, רעיונותיו, בקשותיו ותגובותיו לטיפול⁵¹.

סירוב לקבלת טיפול רפואי

כללי – התפיסה האתית הרווחת כיום, מכירה בזכותו של חולה כשיר לסרב לטיפולים רפואיים, גם אם סירוב זה עלול להזיק לו⁵². אחת הדוגמאות הנידונות ביותר בספרות האתית-משפטית בארה"ב היא סירוב כת נוצרית מסויימת לקבלת עירווי דם, ואפילו מוצרים המכילים מקור של דם, גם במחיר מותם, כגון במצבי חבלה קשים ודימום רב, או בנייתוחים הכרוכים באיבוד דם רב. הם מפרשים את איסור התורה לאכול דם כאילו הוא כולל גם איסור לקבלת דם בדרכים אחרות, ואיסור זה מבחינתם הוא בגדר 'יהרג ובל יעבור'⁵³. מדובר בכת המונה למעלה משני מיליון מאמינים, רובם בארה"ב, וכ-2000 מאמינים בישראל. התפיסה המשפטית-אתית בארה"ב, שרווחת במרבית בתי המשפט שם, היא לקבל את סירובם של הבגירים, תוך ניסיונות רפואיים למציאת תחליפים לדם בשעת הצורך, אך לדחות את סירוב ההורים למתן דם לקטינים על

1989, 69:647 Analg. בישראל ניתן פסק דין על ידי שופט מחוזי בחיפה, שכופה מתן דם לחולה מאותה כת בעת דימום רב ומסכן-חיים בעקבות ניתוח כיב – תיק המרצה 4177/94, מחוזי חיפה, המרכז הרפואי בני ציון נ' אלה קוריטני (טרם פורסם). [55] הגבלות אלו נוסחו על ידי בית המשפט העליון של ארה"ב – Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26, (1905);

Piper A, *J Law Med Ethics* 22:301, [51] 1995. [52] ראה להלן בגישה ההלכתית וברקע המשפטי. [53] יש לציין, כי הכת הנוצרית האמורה נוסדה בשנת 1870 בארה"ב, אך רק בשנת 1945 החליטו ראשי הכת לאסור על עצמם קבלת עירווי דם על סמך פרשנותם את פסוקי התורה הנוגעים לאיסור דם – בראשית ט ג-ד, ויקרא יז י-טז. [54] Benson KT, *Anesth*

לב והתייחסות מצד המטפלים וכיו"ב⁵⁶. יש שהסירוב נובע מלחץ חברתי חיצוני, שגם אותו צריך לקחת בחשבון, ונחוצה התערבות נאותה של הרופאים, הן לגבי החולה, והן לגבי הגורמים החיצוניים המשפיעים עליו⁵⁷. יש שהסירוב נובע כתוצאה מדכאון, או השפעות של תרופות שונות⁵⁸. כמו כן יש שהסירוב נובע משיקולים בלתי-הגיוניים, רגשיים, אינטואיטיביים, נובעים מחוויות שליליות קודמות, וכיו"ב בעיות פסיכולוגיות⁵⁹, או שהסירוב נובע מנימוקים דתיים, שלעתים אין הם נכונים מבחינת הדת הרלוונטית, ונובעים מחוסר הבנה של החולה את מצות דתו⁶⁰. מחקרים אחדים הוכיחו, שאי-שיתופו של החולה בתהליך קבלת ההחלטות לגבי סוג הטיפול נגד מחלת הסרטן, היה אחד הגורמים לסירוב החולה לטיפול, והדיון עמו הוא תנאי חשוב לקבלת הסכמתו לטיפולים אלו⁶¹.

פגיעה עצמית — סוגיה מיוחדת נוגעת לחולים הגורמים לעצמם נזק רציני בכוונה תחילה, ואחר כך מסרבים לקבל טיפול רפואי, גם במצבי חירום. אם מדובר בחולים שבעת הצורך בקבלת טיפול רפואי אין הם ברי-כושר שיפוט, הנטיה הברורה היא להעניק להם טיפול חירום במצב כזה; אכן, אם מדובר בחולים שהם כשירים לקבל החלטות, ועומדים על סירובם לקבלת טיפול רפואי, למרות שמדובר במצב חירום רפואי, אין הכרעה ברורה מבחינה אתית ומשפטית, ויש לשקול כל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבותיו ולסבירות ההחלטות בזמן אמת⁶⁴.

מקבלי ההחלטה לסירוב — ההחלטה

לאור נתונים אלו קיימת גישה מוסרית שעל פיה אין לקבל סירוב לטיפול רפואי מוצדק אלא אם כן נעשה ניסיון כן ורציני לשכנע את החולה לשנות את דעתו. אכן, גישה זו כמעט שאיננה מיושמת בפועל על ידי הרופאים⁶².

Can J Psychiatry 33:250, 1988; President's Commission ... Vol 1, pp. 80-81. Redelmeier DA, et al, *JAMA* 270:72, [59] 1993. [60] על גישות רופאים לסירוב חולים לטיפול על יסוד אמונות דתיות ראה — Curlin — FA, et al, *Arch Intern Med* 165:88, 2005. [61] א. גילבר, הרפואה, קטו:321, 1988. Barilan YM and Weintrub M, *J Med* [62] *Philo* 26:13, 2001. [63] President's Commission ... Vol. 1, p. 80 [64] ראה — Hewson B, *BMJ* 319:905, 1999

Cruzan v. Director Missouri Department of Health, 110 S.Ct., 2841, (1990), ועל ידי בית המשפט העליון של ישראל — ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87. [56] ראה Lippert GP and Steward DE, *Can J Psychiatry* 33:250, 1988. [57] ראה — Leading Article, *Lancet* 340:345, 1992. [58] על השיקולים בעד ונגד התחשבות באוטונומיה של החולה בתנאים כאלו — ראה Wear AN and Brahams D, *J Med Ethics* Lippert GP and Steward DE, 17:131, 1991;

על הסירוב לטיפול המוצע יכולה להתקבל על ידי גורמים שונים ובמצבים שונים:

יש שהסירוב מובע על ידי החולים עצמם, כאשר הם בהכרה מלאה וברי-כושר שיפוט מלא, והוא ניתן 'בזמן אמת', היינו בעת הצורך לקבל החלטה מסוג זה; יש שהחולים עצמם, 'בזמן אמת', שקועים בתרדמת, או סובלים משטיון, וכיו"ב, ואינם מסוגלים לקבל החלטות בעצמם. במקרים אלו יש שהאפוטרופסים הם המחליטים על סירוב לטיפול בחולים החוסים. חולים השייכים לקבוצה האחרונה מתחלקים לשתי תת-קבוצות: יש מהם שהביעו דעתם בעבר, בהיותם צלולים בדעתם, בצורות שונות, על ההחלטה ביחס לטיפול בהם בעת שלא יהיו עוד צלולים בדעתם, ויש שאין אנו יודעים כלל מה רצונם. חולים שהביעו דעתם בעבר על רצונם העתידי מתחלקים אף הם לשתי תת-קבוצות: יש מהם שהביעו בעבר התנגדות לכל התערבות ניתוחית בצורה ברורה וספציפית, ודעתם זו מתועדת היטב ובאופן אובייקטיבי בצורות שונות, כגון 'צוואה מחיים', הקלטה בקולם, הסרטה בוידאו, או בדרך של פסק דין הצהרתי מבית המשפט; ויש שההתנגדות הובעה בעל-פה בפני קרובי משפחה, ללא כל תיעוד אובייקטיבי, וללא התייחסות למצבים רפואיים ספציפיים ומוגדרים, אלא בצורה כוללנית. לעתים יש שהדיווח על ההתנגדות של החולים בעבר נובעת מרזים והתבטאויות שונות, שהפרשנות שלהם למצבים קונקרטיים היא עלומה

ומסופקת ביותר. לעתים קרובות לא ברורות הנסיבות שבהן אמרו החולים מה שאמרו, כיצד בדיוק התבטאו, האם ידעו את האבחנות הברורות, האם הוסברו להם התוצאות הצפויות להתנגדותם וכיו"ב. כמו כן יש לעתים מצבים שלבני המשפחה יש אינטרסים משלהם, שהם נוגדים את טובת החולה, ולכן עדותם בנידון מוטלת בספק. כמו כן קורה לעתים שיש מחלוקת וחילוקי דעות בין בני המשפחה השונים ביחס לעמדת החולים וביחס לדברים שאמרו או לא אמרו. בכל אלו יש ספק רב במשמעות המוסרית והמשפטית של החלטות כאלו⁶⁵.

נמק סוכרתי — אחת הדילמות הקשות הנוגעות לסירוב של חולה לטיפול מציל-חיים מתייחס למחלה המביאה בהכרח למוות, אך ניתנת לריפוי מלא בשיטה רפואית מקובלת ומומלצת, כאשר הסיכוי להחלמה ולהישרדות עולה על הסיכון למוות או לתחלואה משמעותית. אחת הדוגמאות השכיחות לדיון מסוג זה הוא ביחס לחולים הסובלים מנמק (גנגרנה) סוכרתי ברגלים, שאינם סובלים ממחלות רקע קטלניות, או מסיבוכים חמורים אחרים של מחלת הסוכרת. מבחינה רפואית, אין ספק שיש צורך בקטיעת החלקים הנימקיים של הרגליים על מנת להציל את חיי החולה, שכן ללא התערבות ניתוחית כזאת החולה ימות בוודאות ממחלתו בתוך זמן קצר (מספר שבועות) עקב אלח-דם בלתי נשלט הנובע מהרגליים הנימקיות. כמו כן התקופה הקרובה עד למות החולה מלווה בדרך

[65] ראה — א. שטינברג, ספר רפאל, בעריכת הרב י.א. מובשוביץ, ירושלים, תש"ס, עמ' תקעא ואילך.

כלל בכאבים קשים מנשוא, ומוות עם הרגלים הנימקיות הוא בלתי מכובד ובלתי ראוי מבחינה אסתטית. ההמלצה הרפואית הטהורה היא חד-משמעית – לנתח ולכרות את החלקים הנ"ל. הסיכון לתמותה סב-ניתוחית משתנה בהתאם למצב הכללי של החולה, המצב הספציפי של מחלתו, גילו, וכיו"ב, והוא מוערך בדרך כלל בסדר גודל של כ-30%-20%.

כאשר חולה מסרב לבצע את הכריתה של החלקים הנימקיים מתעוררת הדילמה האתית בהכרעה בין עקרון האוטונומיה לבין עקרון קדושת החיים. שכן המדובר הוא בחולה שסובל ממצב המסכן את חייו, אשר תיקונו הרפואי (בתקווה שיצליח ויעלה יפה) יאפשר לו המשך חיים עד כמה שנגזר עליו לחיות, ומאידך הימנעות מטיפול יביא בהכרח למותו הקרוב. לפיכך חל כאן ללא ספק עקרון ערך החיים וקדושתם. מאידך, על פי עקרון האוטונומיה רשאי אדם לסרב לטיפול כלשהו, גם אם מבחינה אובייקטיבית הסירוב איננו הגיוני ואף מסוכן.

כאשר מדובר בחולה כשיר 'בזמן אמת', הרי שהדוגלים באוטונומיה מוחלטת, או שסבורים שעקרון האוטונומיה גובר על כל ערך אחר, דורשים לכבד את זכותו של אדם לסרב לקבלת טיפול כלשהו, גם אם מדובר בטיפול מציל-חיים. אשר על כן, חולה כזה המביע התנגדות מפורשת לפעולה רפואית מצילת-חיים כלשהי, אין לכפות עליו טיפול כזה בשום תנאי. לעומת זאת, הדוגלים בערך החיים ובקדושתם כעקרון עליון יסברו שבתנאים מוגדרים היטב יש לדחות גם את עקרון האוטונומיה לטובת ערך החיים, ויש מקום

להפעיל שיקול דעת חברתי להצלת חיי החולה גם בניגוד לרצונו. במיוחד יש להדגיש את הנתונים האמפיריים, שמהם עולה כי סירוב בלתי הגיוני של חולה לטיפול רפואי סביר ומקובל נובע פעמים הרבה ממיעוט הסבר ומידע, מתקשורת לקויה בין החולה לבין המטפלים, מהפרעות דכאוניות או השפעות של תרופות וכיו"ב. רק בחלק קטן מהמקרים נובע הסירוב מעצם הפעולה וסיכוייה הצפויים, או מסיבות ערכיות שונות. אשר על כן, אין לקבל באופן אוטומטי הבעת סירוב לטיפול רפואי הגיוני, אלא יש לבחון היטב את סיבות הסירוב, ואת הנסיבות בהן הובע הסירוב. בוודאי שלפי עמדה זו יש הצדקה מוסרית מלאה לנסות ולשכנע את החולה לקבל את ההמלצה הרפואית.

כאשר מדובר בחולה שאיננו כשיר 'בזמן אמת', הרי שאף הדוגלים בצורה המורחבת ביותר של עקרון האוטונומיה מסכימים שערך האוטונומיה במובנו המוסרי המחייב מתייחס רק לאדם בר-כושר שיפוטי, המביע את רצונו בצורה חופשית מכל לחץ ומכל השפעה חיצונית. אכן, במקרים בהם נדרשת הכרעה, לעתים גורלית, בעת שהאדם איננו כשיר בעת הצורך בקבלת ההחלטה נדרשת התאמה של ערך האוטונומיה למצב המיוחד הזה.

יש הסבורים, שניתן להחיל את רצונו של החולה מהעבר על מצבו הנוכחי. היינו יכול אדם, בעת היותו בר-כושר שיפוטי, להביע את רצונו מה ייעשה בו כאשר יהיה במצב שלא יוכל לקבל עוד החלטות אוטונומיות. אכן, על מנת שיהא תוקף מוסרי להחלטה כזו על האדם להביע את

רצונו לגבי העתיד בצורה ברורה, כגון בדרך של 'צוואה מחיים', או בדרך משכנעת אחרת, שאמנם מבין הוא את המצב ההיפותטי ואת ההשלכות של החלטתו להימנע מטיפולים מוגדרים. מקובל הדבר שאמירות כלליות בעבר, ובעיקר כאשר הן נאמרו בנסיבות בלתי מחייבות ובלתי רלוונטיות לבעיה רפואית קונקרטית, אינן מייצגות נאמנה את רצונו האמיתי והחופשי של האדם, ולפיכך לא ניתן להתייחס אליהן כאל החלטה אוטונומית מחייבת. ככל שהחלטה בעבר היתה מפורטת יותר, ספציפית יותר, ורלוונטית יותר, וככל שהיא ניתנה בנסיבות שהנתונים וההשלכות של ההחלטה היו נהירות יותר לחולה, כן יש להן תוקף מוסרי גדול יותר, וכן מייצגים הם בצורה אמינה יותר את עקרון האוטונומיה.

שהרי לגבי חולה שאיננו כשיר 'בזמן אמת' לא ניתן להפעיל כלל את עקרון האוטונומיה באופן ישיר. כאשר ישנה עדות ספציפית וחד-משמעית על התנגדות לטיפול פולשני כלשהו בעבר הקרוב, בעת שדעתו של החולה היתה צלולה, יש מקום להפעיל את עקרון האוטונומיה למצב זה. אכן, כאשר הנתונים על רצון החולה בעבר אינם מאפשרים להחליט שאמנם כך יהיה רצונו גם במצב האמיתי הנתון, כאשר לא ברור באיזה נסיבות אמר החולה מה שאמר, כאשר לא ברור אם הסיבה לסירוב הניתוחי הוא עקרוני-פילוסופי-מיסטי או חשש מכאבים, כאשר לא ברור מה היתה החלטתו של החולה אילו ניתן היה להסביר לו כיום שאי-הסכמתו יביא למותו תוך כאבים עזים, בעוד שהניתוח יכול להיעשות בהרדמה, ללא כאבים, וניתן למנוע את הכאבים בעתיד, ובעיקר כאשר ברור שהסירוב לטיפול נאמר בעת שלא התקיים איום ממשי ומידי לחייו של החולה וצפי לכאבים עזים⁶⁶ — בכל המקרים הללו וכיוצא בהם אין תשתית ראייתית סבירה ומספקת להימנע מטיפול מציל-חיים⁶⁷.

במקרים הספציפיים של חולה סוכרתי עם נמק ברגליים, הזקוק לכריתת הרגל/ים לצורך הצלת חייו, ואשר אין הוא קומפוטנטי 'בזמן אמת', מאפשר המצב העובדתי להגיע למאזן נאות בין שתי הגישות העקרוניות הללו. שכן ביחס לערך החיים ברור שהחולה ימות ללא ההתערבות הניתוחית המוצעת, ולעומת זאת יש סיכוי של למעלה מ-50% שחייו יינצלו עם הניתוח, ואפילו יש סיכוי סביר שאיכות חייו תשתפר לאחר הצלחת הניתוח. לפיכך עקרון ערך החיים מתקיים כאן בהסתברות גבוהה. מאידך, קיימים ספקות ניכרים ביחס לעקרון האוטונומיה.

ד. גישת ההלכה

כללי — ההסכמה מדעת לטיפול רפואי הינה מושג חדש, ובתור שכזה לא מצויה בספרות ההלכה. ואמנם בכל דיני טעות הרופא וחיובו או פטורו בנוזיקין, לא מצינו כלל התייחסות לשאלה אם וכמה מידע נמסר לחולה, שכן אין זה מעלה ולא

עוד במאמר א. שטינברג, ספר רפאל, שם.

[66] ראה על כך במאמר — McFadzean J, et al, *BMJ* 315:1530, 1997 [67] וראה

רפואי, ולכן שיתופו של החולה נדרש במידה רבה ביותר.

יחד עם זאת מצינו בהלכה מקרים שונים שעמדת החולה קובעת, אם כי לעתים הוא דווקא במצבים הבאים לשפר את הטיפול בו, כגון כשחולה אומר שצריך הוא לחילול שבת, או לאכול ביום הכיפורים, שומעים לו⁷³, ואפילו אם הרופא אומר שאינו צריך, שומעים לחולה, כי לב יודע מרת נפשו⁷⁴. מאידך, אם החולה אומר שאינו צריך לאכול, ורופא אומר שצריך, שומעים לרופא⁷⁵, ואפילו אם החולה מסרב אין שומעים לו, ועושים לו בעל כורחו כל הצריך לרפואתו⁷⁶.

חובת התרפאות – ואמנם, על פי ההלכה החובה להתרפא דוחה את רוב המצוות בתורה, ועומדת מעל רצונו של החולה, אפילו אם רצונו שלא להתרפא נובע מרצונו לקיים מצווה. למשל, מי שאמדהו שצריך לחלל עליו את השבת, והוא רוצה להחמיר על עצמו, כופים אותו לעשות מה שאמדהו, שהאיש הוא חסיד שוטה הוא, ואין במעשה זה משום חסידות אלא איבוד נשמה, והאלקים את דמו מידו ידרוש, והשואל הרי זה שופך דמים, והנשאל הרי זה מגונה⁷⁷, ואם לא יעשה החולה מה שנחוץ להצלתו, הרי זה כשופך

מוריד, אלא האחריות היא על הרופא, אם עשה במזיד או בשוגג, אם התייעץ עם בקי ממנו, אם קיבל רשות מבית דין, וכיו"ב⁶⁸. גם היסודות הערכיים, שעל פיהם נוסחו בימינו התפיסות והגדרים של ההסכמה מדעת⁶⁹, אינם מתאימים ברובם להשקפת ההלכה, וכפי שיבואר להלן:

עקרון האוטונומיה – העקרון המרכזי, שעליו מושתת מושג ההסכמה מדעת, הוא ערך האוטונומיה. אכן, תוקפו של ערך זה לפי השקפת ההלכה הוא מוגבל⁷⁰. לפי תפיסת ההלכה, יש חיוב על הרופא לרפא⁷¹, ויש חיוב על החולה להתרפא⁷², ועל כן דרך הטיפול על פי ההלכה, לעתים קרובות, איננה נקבעת על פי רצונו של החולה ובהסכמתו, אלא על פי המצב האובייקטיבי. ואמנם, זהו אחד ההבדלים הבולטים בין ההלכה למשפט הנוהג, שלפי ההלכה חייב הרופא לטפל בחולה, ולכן הצורך והתוקף של ההסכמה המודעת של החולה הוא חלש יותר; כמו כן החיוב על החולה להתרפא מיוחד הוא להלכה, ומפחית עוד יותר את הצורך בהסכמתו של החולה. לעומת זאת, לפי המשפט והאתיקה הנוהגים בעולם הרחב אין החולה מחוייב לטפל בעצמו, ואין הרופא חייב לטפל בחולה, והוא רשאי לסרב לטפל בו, אלא אם כן מדובר במצב חירום

וראה בשו"ת הרדב"ז סי' אלף קלח (ח"ד סי' סו-סז). שאין הבדל בזה בין אכילה ביום כיפורים ובין חילול שבת. וראה עוד בע"ע יום הכפורים; שבת. [75] יומא שם; רמב"ם שביתת עשור ב ה; טושו"ע תריח א, ובט"ז שם סק"ב. [76] מור וקציעה או"ח שכח. וראה להלן הע' 87 ואילך. [77] רמב"ן במלחמות, סנהדרין פ"ח; ר"ן יומא פ"ח ד"ה חוץ מע"ז; שו"ת הרדב"ז, ח"ג סי' תתפה

[68] ראה בע' רשלנות רפואית, חלק ה. [69] ראה לעיל בחלק ג' – רקע עובדתי ואתי, ולהלן בחלק ה' – רקע משפטי. [70] ראה ע' תורת המוסר היהודי הע' 121 ואילך. [71] ראה ע' רפואה, חלק ד. [72] ראה ע' חולה, חלק ג. [73] יומא פב א; טושו"ע או"ח שכח ה; שם, תריח א. [74] משלי יד י. וראה יומא פג א; רמב"ם שביתת עשור ב ח; טושו"ע תריח א.

והכוללנית. יש מי שסבור, שאין האדם בעלים על גופו כלל⁸⁴; ויש מי שסבור, שאין לשלול לגמרי את בעלות האדם על גופו, אלא שיש לו בעלות חלקית על גופו, והיא בעלות של שותפות בינו ובין הקב"ה⁸⁵. אך גם לפי שיטה זו, אין בעלותו של האדם מקנה לו זכות להביא נזק לגופו⁸⁶.

כפיה על המצוות — יתר על כן, מכיוון שכל אדם מצווה לשמור על הבריאות והחיים, וחובה עליו להימנע מנזק וחבלה עצמית⁸⁷, בין אם אין לו כלל בעלות על גופו, או שבעלותו על גופו מוגבלת על כל פנים שלא לגרום נזק לגוף, יש מקום לדון על טיפול רפואי מדין כפיה על המצוות.

היסוד הרעיוני לשימוש בכפיה לצורך קיום מצוות מבוסס על ההנחה שאין אנו אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחף

לנידונו למחלוקת בב"ק מג א, אי יש דמים לבן חורין או לאו, שאין זה מדין בעלות על הגוף. וראה עוד — הרב ש. רפאל, תורה שבעל פה, לג, תשנ"ב, עמ' עד ואילך. [86] המקורות ההלכתיים הרלוונטיים לדיון בסוגיא זו כוללים — ב"ק צג א, בעניין מי שנותן רשות לחברו להכותו; סנהדרין פד ב, בעניין רשות האב שבנו יקזו את דמו; רמב"ם רוצח א ד, בעניין כופר מן הרוצח; רמב"ם חובל ומזיק ה א, בעניין חובל בעצמו; רדב"ז על רמב"ם סנהדרין יח ו, בעניין אי-קבלת הרשעת עצמו במיתה ובמלקות; שו"ע הרב, נזקי גוף ונפש, ס"ד, בעניין הטעם של איסור חובל בעצמו. וראה עוד בשו"ת ר"י מיגאש סי' קפו; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג) סי' לט; שו"ת ריב"ש סי' תפד; שו"ת חוות יאיר סי' קסג; טורי אבן, מגילה כז א; קצות החושן סי' רמו סק"א; מג"ח מ' מח; שו"ת אגרות משה חאו"ח ח"ג סי' עח, ועוד. [87] ראה ע"ע בריאות,

דמים⁷⁸. ואפילו אם מתנגד החולה לקבל תרופה כדי לא לחלל את השבת, כופים אותו לכך⁷⁹, משום שחסידות של שטות היא, והתורה אמרה 'ונשמרתם מאד לנפשתיכם'⁸⁰, ועליו נאמר 'אך את דמכם לנפשתיכם אדרש'⁸¹. וכן, אם רוצה הוא לקיים מצווה בניגוד לדעת הרופאים, כגון שהזהירו אותו רופאים לא לאכול מצה ומרור בליל פסח, שאם יאכל יהיה בסכנה, או שלא יתקע בשופר בראש-השנה מחמת מחלת לב, אם לא שמע בקול הרופאים, אין לך מצווה הבאה בעבירה גדולה מזו, ואין כאן אלא עבירה ולא מצווה⁸². וכן אסור לחולה לטרב לקבל טפול רפואי מתוך צדקות ומשום תשובה, והעושה כן הרי הוא כמאבד עצמו לדעת⁸³.

בעלות על הגוף — העקרון האחר, שעל פיו מושתתת ההסכמה מדעת, הוא בעלות האדם על גופו, ואף הוא איננו מקובל בהלכה בצורה הפשוטה

(תמד), וח"ד סי' אלף קלט (ז); שו"ע הרב תריח יא. וראה עוד בע' שבת הע' 4 ואילך. [78] או"ה סי' ס דין ז-ח. [79] מג"א סי' שכח סק"ו. [80] א"ר או"ח סי' שכח סק"ט, בשם הרדב"ז; פרמ"ג בא"א שם; פת"ש יו"ד סי' קנד סק"ד. [81] מ"ב סי' תריח סק"ה. וראה ע"ע חולה; יום הכפורים; שבת. [82] שו"ת מהרי"א אסאד חאו"ח סי' קס; שו"ת מהר"ם שיק, חאו"ח סי' רס; שו"ת מנחת יצחק, ח"ד סי' קב אות ב. [83] הרב מ.ד. וולנר, התורה והמדינה, קובץ ז-ח, תשט"ו-י"ז, עמ' שכ-שכא. [84] הגרש"י זיין, לאור ההלכה, עמ' שיח ואילך; הנ"ל, הלכה ורפואה, ב, תשמ"א, עמ' צג ואילך. [85] הגר"ש ישראל, התורה והמדינה, ה-ו, תשי"ג-י"ד, עמ' קו; הנ"ל, עמוד הימיני, סי' טז סקט"ז ואילך. וראה בשו"ת יד אפרים סי' יד, ובשו"ת באהלה של תורה ח"א סי' נו, ביסודות המחלוקת שבין הרבנים זיין וישראל. וכמוכן, אין שייכות

לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה, אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצווה, או לעשות עבירה, מאחר שהוא רוצה להיות מישראל, ורוצה הוא לעשות המצוות, ולהתרחק מן העבירות, ויצרו הוא שתקפו, וכיוון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר "רוצה אני", כבר עשה המצווה לרצונו⁸⁸, ובעצם הנפש הישראלית נוטה לטוב ומתאוה אל השלמות האמתית, ורק תאוות חומריות ובעיות סביבתיות מעכבות אותו, ולכן על ידי כפיה סרה ממנו תאוות החומר, ועושה מעשה המצווה ברצון גמור⁸⁹. ועוד יש מי שכתב, שדין הכפיה על המצוות הוא מדין כל ישראל ערבים זה בזה⁹⁰, ואם יעבור אחד מישראל על עבירה, הוא מזיק לכלל כולו, ולכן יש לבית דין לכופו על המצוות, אבל בלא זה, אין זה מן הראוי שיתערב אחד במה שיש לאדם עם קונו⁹¹, ולכן גם אין כופים על האומות להתגייר, אבל כופים על שבע מצוות שהם חייבים בהם מן התורה⁹². עוד יש מי שהסביר, שהכפיה לטיפול מציל חיים טעמה בכך, שאמנם בעת ביצוע הפעולה הרפואית אין החולה מסכים לה, אך לאחר שהבריא מכיר החולה תודה למצילו, וממילא קיימת הסכמה למפרע⁹³.

בתנאי הכפיה על המצוות – יש מי שכתב, שכפיה לקיום מצוות עשה לא נמסרה אלא לבית דין של מומחים, בעוד

שכפיה להפריש מאיסורים מסורה לכל יחיד. כמו כן כפיית בית דין היא עד שתצא נפשו, בעוד שכפיית היחיד היא עד להכאה בלבד⁹⁴. לעומתו, יש מי שכתב, שגם באיסורים אין למסור כוח הכפיה לכל יחיד ויחיד, שאם כן לא הנחת חיים לכל בריה, וכל אדם ריק ילך ויכה את חברו על דבר תוכחה וכו', והתורה לא נתנה רשות מקל ורצועה אלא לדיין, או לאדם חשוב שראוי להיות דבריו נשמעים⁹⁵. ומאידך יש מי שכתב להיפך, שאין הבדל בין כפיה לקיום המצוות, לבין כפיה להפריש מאיסור, ולכל יחיד מסורה הכפיה⁹⁶. יש אומרים, שכוח בית דין לכפות על קיום מצוות עשה הוא רק בבית דין של ארץ ישראל, אבל לא בחוץ-לארץ, לפי שקנס הוא זה, ואין דנים דיני קנסות בחוץ-לארץ⁹⁷; ויש מי שכתב, שאף בזה שליחותם של ראשונים אנו עושים, ולכן נוהג דין כפיה על המצוות גם בבית דין שבחוץ-לארץ. ויש מי שכתב, שאף כל יחיד ויחיד מצווה להפריש חברו מאיסור, ואין צריך בית דין לכך, ולא כוח שליחותם של ראשונים⁹⁸. עוד יש מי שכתב, שהכפיה למנוע אדם מאיסור לאו היא בין אם רוצה לעבור על האיסור בקום ועשה, ובין אם רוצה לעבור על האיסור בשב ואל תעשה⁹⁹. ועוד יש מי שכתב, שבעניינים של קיום חוקים ומצוות כל ישראל ערבים זה לזה, ויש חיוב כפיה על כל יחיד ויחיד, ואין לכך צורך בבית דין, אלא שבית הדין

א, 1989, עמ' 101 ואילך. [94] קצוה"ח, חו"מ סי' ג סק"א. [95] יש"ש ב"ק פ"ג סי' ט. [96] נתה"מ, חו"מ סי' ג סק"א. [97] תוס' סנהדרין ב ב ד"ה ליבעי; יראים השלם, סי' קסד, הובא במרדכי גיטין פ"ד סי' שפד. [98] נתה"מ, חו"מ סי' ג סק"א. [99] מניח מ' ח סק"ה.

חולה, רופא. [88] רמב"ם גירושין ב כ. וראה ב"ב מזו ב-מח א, בעניין גט בכפיה ומכירה בכפיה. [89] משך חכמה, בראשית לב ו; שם, שמות ג יט; שם, שמות יט יז. [90] שבועות לט א. [91] משך חכמה, שמות כד ג. [92] שם, דברים לג ד. [93] מ. הלפרין, פסקי דין רפואה ומשפט,

כזה בשאלה הכללית אם יש לכפות אדם לקיים מצווה, או שלא לעבור עבירה, שהרי יש בחיוב הרפואה מצווה, ובמניעת הרפואה עבירה. כמו כן תלויה השאלה מי יכול לכפות על כך, האם דווקא בית דין, או גם כל יחיד¹⁰⁶. ובענייני רפואה, לכאורה, יש לומר שכולם יסכימו שיש חיוב לכפיה, אפילו על יחיד, שכן במניעת רפואה יש גם איסור.

הסכמה / סירוב במצב של סכנה –

לאור הקביעה, שאין האדם בעלים על גופו באופן מלא, ולאור חיובו של החולה להתרפא וחיובו של הרופא לרפא, ממילא אין תוקף הלכתי להסכמתו או לסירובו לטיפול רפואי שמיועד לשמר את חייו. היינו, גם לשיטת הסבורים שיש לאדם בעלות חלקית על גופו, מוגבלת היא זכות זו, וחובת השמירה על גופו עדיפה על פני בעלותו. לפיכך, "בחולי או מכה שבגלוי, שיש לרופא ידיעה וודאית והכרה ברורה בהם, ועוסק ברפואה בדוקה וגמורה, וודאי כופים את החולה המסרב לקבל טיפול במקום סכנה, ואין משגיחים בו; עושים

עושה שליחותם של ישראל בזה; ורק בעניינים של משפט ודין קצוב כמו עונש מיתה על עבירה פלונית ועונש מלקות על עבירה אלמונית, וכן להוציא ממון מיד המוחזק בו או להוציא אשה מבעלה, בכל אלו הכפיה צריכה להיעשות דווקא על ידי בית דין¹⁰⁰; ויש מי שכתב, שדין כפיה הוא שדווקא כשיש לפחות ספק שהעובר יקיים את המצווה או יתרחק מהעבירה, אבל אם וודאי שלא יקיים המצווה או יתרחק מהעבירה, אסור לכופו¹⁰¹.

מצינו דיונים מיוחדים ביחס לכפיה במצבים ובמצוות מיוחדים: אין כופים במצות עשה שמתן שכרה בצידה, אך כופים במצות צדקה¹⁰²; אין כופים על חטאת ואשם, כי הם באים לכפרה¹⁰³; יש מי שכתב, שכופים על עגלה ערופה¹⁰⁴. מותר לכופו בכל כפיה מוסרית מצד לפנים משורת הדין, במקום שלפי ראות עיני הדיין השורה ראוייה לכך¹⁰⁵.

לאור זאת יש מי שתלה עניין הכפיה לטיפול רפואי למי שמסרב לקבל טיפול

בשאלה זו אם כופים לעשות לפנים משורת הדין – ראה הרב א.ח. שרמן, תחומין, כד, תשס"ד, עמ' 44 ואילך. בדין הכללי של כפיה על המצוות, ראה עוד – מנ"ח מ' תקנח, ומ' תקפז; הרב מ.צ. נריה, תורה שבעל פה, יב, תשל"ל, עמ' סט-פד; הרב י. שציפאנסקי, אור המזרח, שנה ח, חוב' ג, ניסן תשכ"א, עמ' 38 ואילך; מ. אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, עמ' 22-23; הרב ש.ב. ורנר, בשבילי הרפואה, א, תשל"ט, עמ' נח ואילך; הרב נ. בר-אילן, אור המזרח, ניסן-תמוז, תשמ"ט. וראה עוד באנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ע' אפרושי מאסורא. [106] שו"ת בנין אב, ח"א סי' נ. וראה מאמרו של א.ס. אברהם, נועם, יז, תשל"ד, עמ'

[100] שו"ת חת"ס חחור"מ סי' קעז ד"ה ג' ומ"ש. וראה בספר תורת המדינה, עמ' 226 ואילך. [101] אור שמח, ממרים ד ג. [102] כתובות פו א; רמב"ם מתנות עניים ז י, ועוד ראשונים. אך ראה בתוס' חולין קי ב ד"ה כל, ותוס' ב"ב ח ב ד"ה אכפיה, ותוס' כתובות מט ב ד"ה אכפיה. וראה במנ"ח מ' תעט; סי' העיקרים, מאמר שלישי פל"ב; בית הלוי, סוף ח"ב דרוש א. וראה עוד בקצוה"ח סי' כו סק"א. [103] ראה ר"ה ו א; ערכין כא א; כריתות כו א; רמב"ם מעשה הקרבנות יד יז. [104] רמב"ם רוצח י י. וראה במנ"ח מ' תקל, שתמה על מקורו, והקשה עליו. [105] אגרות הראי"ה, ח"א איג' קה. וראה מרדכי ב"מ סי' רנז. אמנם דייני בית הדין הגדול נחלקו

כל הצריך לפקוח נפש, ואפילו נגד רצונו של החולה, וכל אדם מוזהר על כך משום 'לא תעמד על דם רעך', ואין הדבר תלוי בדעתו של החולה"¹⁰⁷, היינו שצריך לכפות טיפול מציל-חיים על חולה במחלה המביאה בהכרח למוות, אך ניתנת לריפוי מלא בשיטה רפואית מקובלת ומומלצת, כאשר הסיכוי להחלמה ולהישרדות עולה על הסיכון למוות או לתחלואה משמעותית¹⁰⁸. ראייה לשיטה זו היא דברי התוספתא¹⁰⁹: "משל לאחד שעלתה לו מכה ברגלו והיה הרופא כופתו ומחתך בבשרו בשביל לרפאותו..."¹¹⁰, ומדובר בכפית החולה לכריתה, ומשמע שהיה זה נוהג פשוט ומקובל, לכפות על חולה טיפול הנחוץ לו¹¹⁰.

כשיש סכנת עיוורון, והחולה מסרב לקבל טפול מתאים, יש מי שכתב, שכופים אותו לכך¹¹².

במקרה של מחלה מדבקת – מותר לרופא לעשות כל הדרוש כדי לרפא את החולה, וכדי למנוע התפשטות המחלה, אף נגד רצונו של החולה¹¹³.

בית הדין רשאי לכפות על בעלי הדין בדיקות רפואיות, אשר יאפשרו להוציא את הצדק לאור¹¹⁴. דין זה מבוסס על החובה להעיד¹¹⁵, וזה חל גם על בעלי הדין¹¹⁶. רשאי בית הדין לחייב בדיקה פסיכיאטרית של אשה בדיון על תביעת גט¹¹⁷. כמו כן רשאי בית הדין לחייב גבר לעבור בדיקת פוריות בתביעת גט. כגון, במקרה שבעל תובע גט מאשתו בטענה שהיא עקרה, והוא עצמו מסרב לבדיקת פוריות יכול בית הדין לחייבו להיבדק, כי סירובו יגרום נזק לאשתו¹¹⁸. סירוב בעל הדין לעבור בדיקה רפואית, שיש רגליים לדבר שיכולה לסייע באופן משמעותי לבית הדין בקביעת ההכרעה ההלכתית, מאפשרת לבית הדין להסיק מסקנות

במצב שאינו סכנה – יש מי שכתב, שהחיוב לרפא ולהתרפא הוא לא רק במצב של פקוח נפש, אלא גם בכל מחלה, שאינו יכול להינצל ולהתרפא ממנה ללא עזרת רופא, ועל כן גם במצבים כאלו יש חיוב לשכנע את החולה לקבל את הטיפול הדרוש, ואף לקחתו לטיפול בעל כורחו¹¹¹.

[111] שו"ת ציץ אליעזר, חט"ו סי' מ.
 [112] שו"ת ציץ אליעזר, חט"ו סי' ב.
 [113] הרב מ.ד. וולנר, התורה והמדינה, קובץ ז-ח, תשט"ו-י"ז, עמ' שו-שו. [114] השופט מ. אלון, ע"א שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה(ו) תשמ"א, Frimer D, *Isr Law Rev* 17:96, 1982 ; 736.
 וראה קידושין סו ב, בעניין בדיקת כהן אם הוא בעל מום. [115] ויקרא ה א; טושו"ע חו"מ כח א. [116] טושו"ע חו"מ יז ג, ושם כח ב.
 [117] בית הדין הרבני הגדול (הרבנים גורן, קאפח, אליהו), ערעור תשל"ג/216, פד"ר ט, תשל"ד, 331. [118] שו"ת ציץ אליעזר, חט"ו סי'

קס. וראה עוד מה שכתב הגר"ש ואזנר בראש כרך ג של מהדורה ראשונה של אנציקלופדיה זו, עמ' כג-כד (פורסם בשו"ת שבט הלוי ח"ח סי' רנא). [107] מור וקציעה, או"ח סי' שכח.
 [108] שו"ת אגרות משה חח"מ ח"ב סי' עג אות ה; שם, חו"ד ח"ג סי' לו; שם, חו"ד ח"ד סי' כד.
 [109] תוספתא שקלים א ב. [110] פירוש רבי מיוחס שמות ל יג, הובא ע"י ש. ליברמן, תוספתא כפשוטה, שקלים שם. וראה מאמרו של מ. הלפרין, אסיא, ח, תשנ"ה, עמ' 19 ואילך. וראה ע"ז י ב, במעשה קטיעה בר שלום, שהנוהג המקובל היה לכרות רגל נמקית, עיי"ש.

ולשמש ראייה נגדו.

טירוף הדעת – יש מי שכתב, שכאשר יש יסוד ברור להניח כי בעקבות הניתוח הכפוי תיטרף עליו דעתו, אין לכפות את הטיפול על החולה, אבל כאשר אין עובדה זו ברורה, גובר החיוב להציל חיים גם בכפיה על פני החשש לטירוף הדעת¹²².

ספקות רפואיים – יש מי שכתבו, שכאשר ברור מבחינה רפואית שיש לבצע טיפול מסויים, אין צורך בהסכמת החולה, אך יש ליידע אותו, בתנאי שלא צפוי שהמידע יגרום לו נזק. מעיקר הדין ועל פי עקרונות ההלכה, יש לכפות על החולה טיפול מציל חיים, אפילו בניגוד לרצונו; אך בפועל, מכיוון שבמקרים רבים אין הדעה הרפואית וודאית, לעתים יש מחלוקת בין הרופאים, ויש ספקות בהחלטות השונות, יש להימנע מכפיה כזו¹²³. ומכל מקום יש לפקח על הרופאים, שלא יציעו ויבצעו טיפולים לא מוצדקים, ויכניסו את החולים לסיכונים שלא לצורך¹²⁴.

אם יש ספק ביחס ליעילות הטיפול הרפואי או לסיבוכיו, יש להציע אותו לפני החולה, כדי שהוא יברר את החלופות הטיפוליות על ידי התייעצות עם רופאים נוספים, וכן עליו לברר עם מורה הוראה את הספקות ההלכתיות, שיכולות להיות

סירוב במצבים אחרים – אכן גם מצד ההלכה לא תמיד יש לכפות טיפול מציל-חיים בניגוד לרצונו של החולה, ואף לפי השיטות שאין האדם בעלים על גופו, אין זה שולל לחלוטין את הצורך בהסכמתו, שכן בוודאי אין הוא בעלים על גופו פחות מזולתו עליו.

מהפוסקים והחוקרים עולות כמה הגבלות לכפית החולה לטיפול מציל-חיים מבחינת ההלכה:

סיכוי מול סיכון – יש מי שכתבו, שאם יש חולה שצריך ניתוח להצילו, ויש רוב גדול שיצליח הניתוח, יש לעשות לו הניתוח אפילו נגד רצונו, כל זמן שאין חשש שעצם מה שמכריחים אותו, יגרום לו סכנה גדולה יותר¹¹⁹, ובעניין זה יש מי שכתב, שהכוונה ל"רוב גדול" כזה שכל אדם סביר יעדיף את סיכוני הניתוח על פני המשך המצב החולני הנוכחי, ודי ברוב רגיל (מעבר לספק שקול) כדי לחייבו¹²⁰. המגבלה על הכפיה שעולה מתשובה זו היא הסיכוי מול הסיכון שבפעולה הרפואית המוצעת. לפיכך, יש מי שכתב, שנחוצה הסכמת החולה מצד ההלכה בטיפולים ברי-סכון רב¹²¹.

חישוב של הסיכונים. Rabbi I. [121].
Jacobovits, *Jewish Med Ethics* 1:5, 1988.
[122] שו"ת אגרות משה ח"ב סי' ע"ד אות ה.
Rabbi I. Jacobovits, *ibid* [123]. וראה מאמרו של הרב ש. דייכובסקי, תחומין, יז, תשנ"ז, עמ' 327 ואילך. [124] שו"ת בנין אב, ח"א סי' נ אות ב; שו"ת וישב משה, ח"א סי' ע"ד אות ב

מח פ"ז. [119] שו"ת אגרות משה ח"ד סי' כ"ד (וראה גם בשו"ת אגרות משה ח"ב סי' ע"ג אות ה); שו"ת תשובות והנהגות ח"ג סי' שסג אות ד. [120] מ. הלפרין, אסיא, ח, תשנ"ה, עמ' 19 ואילך. וראה מאמרו של הרב נ. בר-אילן וי. בר-אילן, תחומין, כה, תשס"ה, עמ' 22 ואילך, שהציעו כמה שיטות

קשורות בטפולים כאלו. אך גם במקרים אלו אל לחולה לסמוך על דעתו, אלא על דעת הרופאים וההלכה¹²⁵. יש מי שכתב, שכאשר מדובר במצב שיש בו שתי אפשרויות שקולות מבחינה רפואית, והעדפת חלופה אחת איננה על סמך שיקולים רפואיים גרידא, יש לקבל את הסכמתו והכרעתו של החולה על הדרך העדיפה בעיניו¹²⁶.

מדובר רק בהצלה לחיי שעה, והצלה זו כרוכה בסבל ניכר, שיישאר גם לאחר הניתוח, אין לכפות את הטיפול על החולה¹²⁹. וכן יש מי שכתב, שאין לבצע ניתוח נגד רצונו של החולה (או אפילו לנסות לשכנע אותו להסכים לניתוח), כאשר מדובר בניתוח גדול ומסוכן שרק יוסיף לסבלו של החולה בלי סיכוי כלשהו לחיי עולם¹³⁰.

תועלת הטיפול וכאבים חזקים – יש מי שכתב, שאם מדובר בטיפול מציל-חיים, חייבים לבצעו גם נגד רצונו של החולה, אבל אם לא ברור שהטיפול יועיל, ובעיקר אם הטיפול כרוך בכאבים קשים מאד, אי אפשר לכפות על החולה טיפול כזה; ואם מדובר רק בהצלת איבר, אם מדובר בטיפול מקובל ויעיל, כופים אותו על החולה, אבל אם מדובר בטיפול חדשני וניסיוני, או אם הטיפול כרוך בכאבים קשים מאד, אי אפשר לכפותו על החולה¹²⁷; וכן יש מי שכתבו, שאף אם יש סיכויים שהניתוח יצליח, אך לאחר מכן יסבול החולה יסורים קשים, הן גופניים והן נפשיים, אין לכפות את הניתוח אם החולה מסרב¹²⁸, ובוודאי אם

טיפולם בדוקים – דין הכפיה לטיפול רפואי מתייחס רק לרפואה בדוקה וידועה, ולא למצבים שקיים ספק ביעילות הטיפול. לפיכך, אם מסרב החולה לקבל טיפול רפואי מפני שברור שאין רפואה זו בדוקה, אפילו מדעת עצמו בלבד, כל שכן אם מסייעו רופא אחר, אין כופים אותו לקבל טיפול כזה¹³¹.

התנגדות לטיפול כפוי במצבים מוגדרים – בעניינים רפואיים שאינם נוגדים את ההלכה, ואף אינם נוגעים לספק פקוח נפש, יש מקום להתחשב בדעת החולה, וליידע אותו לפי רצונו, שכן כך הוא המנהג כיום¹³², ויש בכך משום 'ואהבת לרעך כמוך'¹³³, ומשום 'ועשית הישר

בהערה. [125] שו"ת בנין אב, שם. [126] הרב ש. ישראל, הובאו דבריו במאמרו של הרב י. שפרן, פסקי דין רפואה ומשפט, א, 1989, עמ' 190 ואילך. [127] שו"ת תשובות והנהגות, ח"א סי' תתנט. [128] הגר"ש ישראלי, הובאו דבריו בס' במראה הבזק, ח"ג סי' קכה, הע' 5. [129] שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' נו; שו"ת תשובות והנהגות ח"ג סי' שסג סק"ה; מ. הלפרין, אסיא, ח, תשנ"ה, עמ' 19 ואילך. [130] הגרש"ז אויערבאך, הובאו דבריו בנשמת אברהם חלק יו"ד סי' קנה סק"ב. וראה בספר אסיא, ג, תשמ"ג,

עמ' 4-323, בשם פוסק מובהק, והכוונה למרן הגרש"ז אויערבאך. אגב, יש להעיר כי מה שנכתב בנשמת אברהם בסוגריים בשם הגרש"ז אויערבאך, שאפילו אין לנסות לשכנע את החולה שיסכים לניתוח, הוא לכאורה סותר מה שכתב הגרש"ז אויערבאך בעצמו בשו"ת מנחת שלמה ח"א סי' צא אות כד, וצ"ע. [131] מור וקציעה, או"ח סי' שכח; מ"ב סי' שכח סק"ה. [132] ראה ב"מ פג א; רמב"ם שכירות ט א; טוש"ע חו"מ שלא א. וראה מאמרו של הרב י. שפרן, שם. [133] ויקרא יט יח.

והטוב¹³⁴, ומשום 'והייתם נקים מה' רצונותיו ואמירותיו מהעבר¹³⁸. ומישראל¹³⁵.

במקרה שאין החולה יכול להחליט בעצמו, כגון קטן או מחוסר הכרה, יש זכות לאפוטרופוס או לקרובים להשתתף עם הרופאים בהחלטה על טיפולו, אך לא כדעתם הפרטית, אלא כמי שיכולים לאמוד את דעתו אם היה מסכים לטיפול אם לאו¹³⁹.

אם יש הצדקה אובייקטיבית לניתוח בילד, בוודאי דעת הוריו לא מעלה ולא מורידה, ולא מצינו בכל התורה כולה, שיש לאב או לאם רשות לסכן ילדיהם, ולמנוע הרופא מלרפאותם¹⁴⁰.

האב יכול לכפות על בנו טיפול רפואי עד הגיעו לתחילת גיל ארבע עשרה שנה, ולכפות על בתו טיפול רפואי עד הגיעה לתחילת גיל שלוש עשרה שנה, ולאחר מכן יכולים הם לסרב טיפול רפואי. אכן, יש מי שכתב שעד גיל עשרים וארבע שנה יש חובה על האב לשכנע את ילדיו שיסכימו לקבל טיפול רפואי נחוץ¹⁴¹.

חתימה על טופס הסכמה בשבת – מצד עצם ההלכה, אין להחתים חולה על הסכמה לניתוח בשבת, ויש לקבל הסכמתו

התנגדות לטיפול כפוי בכל מקרה – יש מי שכתבו, שאין לכפות טיפול רפואי על חולה בניגוד לרצונו, גם במצבים של סכנה, בגלל מספר סיבות: יש דעות שהאדם הוא בעלים על גופו; יש דעות שלצורך כפיית טיפול צריך בית דין של שלושה מומחים; אין דיני כפיה נוהגים כלל בזמן הזה¹³⁶; יש להתחשב בשיטת אחד הפוסקים שאין חובה על החולה להתרפא¹³⁷.

הסכמה נגד ההלכה – הסכמת החולה לפעולה רפואית, שהיא נגד ההלכה, לא מעלה ולא מורידה, כגון הסכמה להפלה במקום שהיא אסורה על פי ההלכה, וכד'.

חולה שאינו בר-כושר שיפוט – כאשר מדובר בחולה שאיננו כשיר לקבל החלטות 'בזמן אמת', ואין ידיעה וודאית איך היה החולה מחליט במצב זה, ואנו תלויים בדברים שאמר בעבר, ובפרשנות של הדברים הללו מבחינת הסיבות והנסיבות שבהן נאמרו הדברים, לכל הדעות יש לנתחו ולהציל את חייו, ולא להתחשב בפרשנויות של בני משפחה על

החולה להתרפא. [138] כן פסקו הגר"ש אלישיב, והגר"מ הלברשטאם, הובאו דבריהם במאמר – א. שטינברג, ספר רפאל, בעריכת הרב י.א. מובשוביץ, ירושלים, תש"ס, עמ' תקעא ואילך. [139] ספר אסיא, ג, תשמ"ג, עמ' 4-323, בשם פוסק מובהק (הכוונה להגרש"ז אויערבאך); שו"ת בנין אב, ח"א סי' נ. [140] שו"ת מלמד להועיל, ח"ב סי' קד. [141] שו"ת ציץ אליעזר

[134] דברים ו יח. [135] במדבר לב כב. [136] הרב ש. רפאל, תורה שבעל פה, לג, תשנ"ב, עמ' עד ואילך. [137] הגר"ש גורן, תורת הרפואה, עמ' 21 ואילך. וראה גם שו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' נו. ולבאורה דבריהם צ"ע, שסמכו להלכה בנידון על דעת הרמב"ן בפירושו על התורה (ויקרא כו יא), אך זו דעת מיעוט, ורוב הפוסקים סבורים שיש חובה על

בעל-פה בנוכחות עדים¹⁴². דבר זה אף מעוגן בחוק זכויות החולה¹⁴³. אכן, אם יש רופאים שאינם מסכימים לנתח חולה ללא הסכמתו בכתב, ואי אפשר לשכנעם לוותר על ההסכמה בכתב, וקיים חשש שללא הכתיבה תחול דחיה בטיפול בחולה מסוכן – מותר לעבור גם על איסור כתיבה בשבת, אף אם היא נדרשת שלא כדין¹⁴⁴, ועדיף לחתום בשינוי, בדרך של קשקוש ביד שמאל אות אחת משמו, או כלאחר יד¹⁴⁵, או שגוי יתעד את ההסכמה בכתב¹⁴⁶.

ה. רקע משפטי מבחינת המשפט, היסוד לצורך בהסכמה מדעת היא התפיסה של בעלות האדם על גופו, וכביטוי לזכות האוטונומיה וכבוד האדם¹⁴⁷, ומכאן ההנחה הבסיסית, שכל בוגר זכאי להחליט מה ייעשה בגופו¹⁴⁸.

נושא ההסכמה מדעת תופס מקום נרחב בחקיקה ובפסיקה הישראלית בתחום הרפואה והמשפט¹⁴⁹.

חקיקה

חוק זכויות החולה – המחוקק בישראל¹⁵⁰ קבע בחוק את העקרון של הצורך בהסכמה מדעת ופירט את דרכי יישומו. להלן ציטוט הסעיפים הרלוונטים מתוך החוק:

בעניין חולה הנוטה למות, המסרב לקבל טיפול רפואי – ראה ערך נוטה למות(א).

בעניין הסכמה מדעת לצורך מחקר רפואי – ראה ערך נסויים רפואיים בבני אדם; וערך נתוחים.

של בית המשפט העליון בישראל – ראה: בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פד"י לד 294(3); ע"א 4/82 מד"י נ' תמיר פד"י לז(3), 201; רע"א 1412/94 הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2), 516; ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4), 526. [148] תפיסה זו מקורה במשפט המקובל באנגליה, ראה: י.ד. בלייך, דיני ישראל, ז, תשלו, עמ' 88 (בחלק האנגלי), ונוסחה בצורה ברורה על ידי השופט האמריקאי קרדווי בשנת 1914 – ראה בהערה קודמת. [149] סיכום נרחב, מקיף וממצה על עקרונות ההסכמה מדעת, פרטי חקיקה ופסיקה, והמצב בנושא זה בעולם ובישראל – ראה א. כרמי, בריאות ומשפט, כרך א, עמ' 943-1126. [150] חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. חוק זה התקבל בכנסת ביום יב באייר התשנ"ז (1 במאי 1996). החוק כולו מצוטט בנספח לערך חולה.

ח"כ סי' מז, שאלה א. [142] ראה – מ. הלפרין, חוב' אסיא, מד, תשמ"ח, עמ' 31. [143] סעיף 14(ג). וראה להלן ברקע המשפטי. וראה חוב' אסיא, מה-מו, תשמ"ט, עמ' 174, אודות חוור שהופץ במוסדות קופת חולים בישראל, המבהיר כי ניתן לקבל את הסכמת החולה בעל-פה בפני עדים, ועם זאת השבת יש להחתים את החולה על גבי טופס מתאים. [144] ראה – אשל אברהם (בוטשאטט), סי' שכח ס"ב; שו"ת תשובות והנהגות ח"א סי' תתנו. [145] תורת היולדת, מהדורה שניה, פל"ד סע' טו; שו"ת תשובות והנהגות, שם. [146] מ. הלפרין, שם. [147] דבר זה נקבע לראשונה בפסק דין של השופט האמריקאי קרדווי בשנת 1914 – Schloendorff v. Society of New York Hospital 211 NY 125, 105 N.E. 92, 95 (1914). הוא מצא את ביטויו במספר פסקי דין

14. (א) הסכמה מדעת יכול שתהא בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.

(ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

(ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדויות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

(ד) במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

15. על אף הוראות סעיף 13 –

(1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמה מדעת; לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי; אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל

פרק ד': הסכמה מדעת לטיפול רפואי

13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה "מידע רפואי", לרבות האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של היעדר טיפול רפואי; עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטיין או פסול דין.

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי המטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

(3) בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי המטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

במקומו לקבלת טיפול רפואי; בייפוי הכוח יפורטו הנסיבות והתנאים שבהם יהיה בא הכוח מוסמך להסכים במקומו של המטופל לטיפול הרפואי.

(ב) השר רשאי לקבוע הוראות לעניין אופן מתן ייפוי הכוח לפי סעיף זה.

פרק ט': שונות — תוספת

(סעיפים 14, 15)

ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה. צינתורים של כלי דם. דיאליזה. טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה). טיפולי הפריה חוץ-גופית. כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

חוזר מנכ"ל משרד הבריאות¹⁵¹ — על פי פרשנות זו יש לנהוג בנושא ההסכמה מדעת כדלקמן:

בשלב הראשון יש להבהיר לחולה את זכותו לקבל מידע מלא על הטיפול לצורך גיבוש החלטה אוטונומית, או שלא לקבל מידע ולהשאיר את ההחלטה בידי הרופא.

אם החולה בוחר להיות שותף להחלטה, כי אז יש למסור לו מידע מלא, בצורה ברורה ובשפה המובנת לחולה, לפי צרכיו ורמת הבנתו, תוך אפשרות להצגת שאלות ותשובות כנות.

"אנו סבורים כי זוהי הדרך הראויה להידברות נכונה עם המטופל, תוך שמירה

16. (א) מטופל רשאי למנות בא כוח מטעמו שיהיה מוסמך להסכים

[151] חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 20/96 — הסכמת החולה לטיפול רפואי לאור חוק זכויות

לכך, מחמת אחת מאלה (ונימנות שם ההוריות להפסקת הריון). (ב) לעניין סעיף זה, 'הסכמה מודעת' של אשה להפסקת הריונה – הסכמתה בכתב לאחר שהובהרו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת הריון. ככל התערבות רפואית אין ספק שגם הפסקת הריון, גם בתנאים שהחוק מתיר אותה, זקוקה להסכמה המודעת של האשה, וכמפורש בחוק המצוטט לעיל. אכן, הפרטים והתנאים הנדרשים למימושה של הסכמה כזו לא נידונו בתקנות העונשין¹⁵³, בפסיקת בית המשפט העליון¹⁵⁴, או בספרות המשפטית¹⁵⁵.

בחוק הנוגע להפריה חוץ-גופית¹⁵⁶ נדרשת במפורש הסכמה מודעת להליך, ונאמר כי ההסכמה צריכה להינתן לאחר שהוסברה משמעותה של הפעולה, והתוצאות העשויות לנבוע ממנה.

החוק הפלילי בישראל מגדיר כתקיפה כל שימוש בכוח, במידה העשויה לגרום חבלה או צער לזולת, אם הדבר נעשה שלא בהסכמתו, או בהסכמתו שנתקבלה בהונאה¹⁵⁷; החוק האזרחי אף הוא מגדיר תקיפה או רשלנות בצורה דומה, לצורך תביעת נזיקין¹⁵⁸.

מלאה על כבודו ועל האוטונומיה שלו. המחוקק, משום מה, נמנע מלציין בחוק את זכותו של החולה שלא לדעת, או את הזכות לוותר על קבלת מידע ועל החלטה בדבר טיפול, אשר היוותה חלק מהצעת החוק. לעניות דעתנו אין בהשמטה זו כדי לפגוע בזכות זו של המטופל, שאיננה אלא הצד השני של המטבע של הזכות לקבל מידע, ושל הזכות להיות שותף פעיל בקבלת ההחלטות הטיפוליות. כל פירוש אחר, הרואה בהוראת סעיף 13 חובה קטגורית לכפות על החולה מידע גם אם איננו מעוניין בכך, מייצג גישה שאיננה רק פטרנליסטית אלא אף דוחה את האינטרס של החולה מפני זה של הרופא. פירוש כזה עומד בסתירה לערכי האתיקה שעליה מושתתת חובה זו, ומהווה פגיעה בזכויותיו של המטופל לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

חוקים אחרים – בחוקים מסויימים נקבע במפורש הצורך בהסכמה מודעת, עוד בטרם נחקק חוק זכויות החולה. להלן מספר דוגמאות:

בחוק הנוגע להפסקת הריון¹⁵² נקבע: (א) הוועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת הריון, אם ראתה שיש הצדקה

417-415. וראה במפורט במאמרו של א. שוחטמן, משפטים כט: 738, תשנ"ט. [156] תקנה 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987 (ק"ת 978). [157] סעיף 378 לחוק העונשין תשל"ז-1977, ס"ח 226. [158] סעי' 23 וסעי' 35-36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). וראה מאמרו של ע. שפירא, עיוני משפט, יד, 1989, עמ' 230.

החולה, התשנ"ו-1996. [152] חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריון) תשל"ז/1977. [153] תקנות העונשין (הפסקת הריון), תשלח/1978, תקנה 13(ד). [154] ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57. [155] ראה, Shnit D, *Israeli Yearbook on Human Rights*, 1985, pp. 166-8; ע. שפירא, עיוני משפט, יד, 225, תשמ"ט; א. כרמי, סיעוד ומשפט, תשמ"ד, עמ'

פסיקה

חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהותו של המעשה. הסכמה שניתנה מחוסר ידיעה כזו, לא שמה הסכמה¹⁶¹.

באופן כללי קיבלו בתי המשפט בישראל את המתכונת של החולה הסביר בהגדרת מהות ההסכמה מדעת ומידתה, ודחו את המתכונת של הרופא הסביר, או של הפרקטיקה הרפואית הנוהגת¹⁶².

בדרך כלל לא ניתן לכפות על אדם בדיקה רפואית בניגוד לרצונו, אפילו במצבים משפטיים שהבדיקה נחוצה לבירור הצדק¹⁶³, פרט למקרים שהחוק מחייב את בדיקתם בפירוש.

חריגים – מקובלים מספר מצבים יוצאים מן הכלל, שבהם אין צורך בהסכמה מדעת לטיפול או לבדיקה רפואיים:

מצבים שונים הוגדרו בחוק, שבהם יש הסמכה חוקית לבדוק אנשים בלא הסכמתם. זה כולל בדיקות רפואיות בטרם מינוי למשרה מסוימת (כגון נשיא המדינה, שופטים, דיינים, שוטרים, טייסים, נהגים, ימאים, עובדי מפעלים מסויימים), בדיקת יוצאי צבא, עבריינים ואסירים; דרישה חוקית, או צו בית משפט, המחייב בדיקה או טיפול מסויים;

כללי – בתי המשפט בישראל, ובראשם בית המשפט העליון, הכירו בצורך ובחובה של הסכמה מדעת לטיפולים רפואיים עוד שנים רבות בטרם נחקק חוק זכויות החולה. אמנם אין אחידות בפסיקה ביחס לתנאי ההסכמה מדעת ולחריגים ממנו, אך נידונו במפורט נושאים רבים הקשורים בהסכמה מדעת.

המרכיבים העיקריים המחזקים את הצורך בהסכמה מדעת ומרחיבים את היקפו כוללים: חיוניות הטיפול, אפשרויות חלופיות, מידת הסיכון הכרוכה בטיפול, המומחיות הנדרשת לטיפול ועוד. לעומת זאת, מתחשב בית המשפט בנסיבות מיוחדות של חולים שבהם גילוי המידע עלול לפגוע בו לרעה, או שערכו הסגולי של המידע זניח בתהליך קבלת ההחלטה של החולה, כי אז אין חובה אוטומטית למסירת המידע¹⁵⁹. אכן, מאז שנכנס חוק זכויות החולה לתוקפו, כולל הפרק הדין בהסכמה מדעת, קבע בית המשפט העליון כי יש להתעלם מפסיקה קודמת אשר איננה מתיישבת עם חוק זה¹⁶⁰.

הכלל הנקוט בידי בתי המשפט הוא, כי ההסכמה תקיפה רק אם ניתנה לאחר הסבר על מהותו של הטיפול ועל תוצאותיו.

387, 384. [162] ראה – ת"א באר שבע 88/84 אסא חיים נ' קופת חולים; ע"א 434/94 פלונית נ' מור תקדין עליון 97(3), 425; ת"א חיפה 1429/94 סולן מוטי נ' קופת חולים ואח'. וראה ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4), 898. [163] ע"א פלוני נ' אלמוני, פ"ד טו 212, 1961. וראה: ד. פרימר, שנתון המשפט העברי, ה,

[159] ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים הכרמל חיפה, פ"ד נג(4), 526. וראה גם ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית חולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171. [160] ע"א 1522/96, ד"ר עמי זגורי נ' חיה שורץ. [161] ע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגור, פ"ד יט (1); ע"א 560/84 נחמן נ. קופת חולים של הסתדרות העובדים בא"י, פ"ד מ(2),

מצבי חירום או פקוח נפש; חולה לא-קומפוטנטי, אלא שאז יש צורך בהסכמה של אפוטרופוס, אמנם בתנאים שונים במקצת מאשר הצורך להסכמה מדעת של החולה עצמו; כשהחולה מוותר על זכותו לקבל החלטות, ומעביר זכות זו לרופא, בצורה מפורשת או מכללא; אשפוז כפוי של חולה נפש; טיפול כפוי בחולים הסובלים ממחלות מדבקות¹⁶⁴. במקרים כגון אלו העדיפה החברה את הדאגה לבריאותו ושלומו של החולה באמצעים פטרנליסטיים, על פני עקרון האוטונומיה הצרוף. במקרים אלו מוחלפת הסכמת החולה לטיפול או לבדיקה בהסכמה חוקית לעשות כן.

הסכמה מכללא – יש מצבים, שמשפיקה בהם הסכמה מכללא, היינו בעצם העובדה שהחולה בא לרופא לקבל טיפול מוגדר וידוע, או שעשה פעולה המעידה על הסכמתו לטיפול, כגון הושטת היד לקבלת זריקה, ובתנאי שהטיפול בדוק, מנוסה ומקובל, וללא סיכונים משמעותיים, כגון לקיחת תרופות, לקיחת דם, בדיקות שגרתיות וכיו"ב. שכן אם רופא יצטרך לקבל הסכמה מפורשת או בכתב לפני כל טיפול, לא יהא אפשרי כלל לטפל בחולים¹⁶⁵. החזקה של הסכמה מכללא חלה גם בחולים מחוסרי הכרה, או מעורפלי הכרה, שהטיפול הרפואי דרוש להצלת חייהם, או למניעת נזק בריאותי

בלתי ניתן לתיקון. אין צורך בקבלת הסכמת חולה המתאשפז בבית חולים לכל בדיקה שגרתית, עם סיכונים רגילים ככלל טיפול שגרתית, אלא רק לגבי טיפולים וניתוחים, שהצורך בהם התעורר לאחר אשפוזו, וללא ידיעתו הקודמת, שלגביהם יכול החולה לומר, שלא לשם כך הסכים להתאשפז¹⁶⁶. לעתים, ניתן להסיק מנסיבות המקרה, או מצורת התנהגות החולה, על הסכמה מכללא, וכוחה יפה כאילו ניתנה הסכמה במפורש¹⁶⁷. דוגמא נוספת להסכמה מכללא היא ניתוח קוסמטי למתיחת עור אצל פלסטיקאי, שעצם בואה של חולה לניתוח כזה מהווה הסכמה לניתוח עצמו, גם ללא חתימה על טופס הסכמה¹⁶⁸, מאידך, הסכמה "כללית", כדוגמת זו המצויה בטופס-הסכמה שגרתיים בבתי חולים, לאו הסכמה היא, אלא אם כן ניתן לחולה הסבר מפורט והוא הבין את משמעות הטופס עליו הוא חותם¹⁶⁹.

מידת המידע שיש למסור לחולה לצורך קבלת החלטתו, היא בעייתית מבחינה משפטית. מצד אחד, זכותו של החולה לדעת בפני מה הוא עומד, לפני שהוא מסכים לניתוח או לטיפול; מאידך, במקרים לא מעטים, ואולי ברוב המקרים, גילוי מלא של כל הסכנות עלול להטיל אימה על החולה, ועל ידי כך להשפיע לרעה על מצבו הנפשי, או אף להניעו

תשל"ח, עמ' 219; Frimer D, *Isr Law Rev*; 17:96, 1982. [164] וראה לעיל סמוך להע' 150 בציטוט מחוק זכויות החולה, סעיף 13, פירוט מצבים שבהם לא נדרשת הסכמה מדעת, והפרוצדורה הנדרשת לביצוע הטיפול בתנאים אלו. [165] ת"א תל-אביב 906/73 צברי נ'

ברונר, פ"מ 1976/7, ח"ב, 466. וראה ביקורתו של ע. שפירא, עיוני משפט, יד, 1989, עמ' 225 ואילך. [166] ע"א 334/76 צברי נ' ברונר ואח'. [167] ת"א תל-אביב 1425/57 קאירה נ' היועמ"ש, פ"מ יח 92, 73. [168] ת"א תל-אביב 65635/96 חימתן נ' ד"ר גרבר ואח'. [169] ת"א חיפה

אחד, ואינה משתרעת על כל פרטי המידע עד אחרון הסיכונים הנדחים. מאידך, ככל שהניתוח או הטיפול אינו מיועד למנוע סכנה מיידית, וככל שניתן לדחות את הטיפול מבלי להחמיר את המצב, כדי שהחולה יוכל לגבש את הסכמתו כשהמידע הרלוונטי בידיעתו, כל חובת הגילוי של הרופא רחבה יותר. כאשר יש דחיפות בטיפול בגלל מצב חירום, או כאשר הסיכון הצפוי הוא שולי וזניח, לעומת התועלת שבטיפול, או כאשר החולה נתון במצב שעצם הגילוי עלול לגרום לו נזק פוחתת, פטור הרופא ממתן מידע מלא ומפורט¹⁷². עוד קבע בית המשפט המחוזי שברור שהרופא אינו חייב למסור לחולה את כל פרטי המידע הקיימים, שלא את כולם הוא מסוגל להבין, גם אינו צריך לפרט כל סיכון אפשרי, ולו גם מרוחק ביותר ותיאורטי, והמבחן הוא מבחן של סבירות¹⁷³.

חלופות טיפוליות – במקרה שקיימות מספר בדיקות אפשריות, ומספר גישות טיפוליות, קבע בית המשפט כי מוטלת על הרופא החובה להציג בפני המטופל את אפשרויות הבדיקות השונות¹⁷⁴. מסירת המידע או הגילוי של אפשרות בדיקה יותר משוכללת, להבדיל מעריכת הבדיקה עצמה במסגרת הרפואה הציבורית, נכללת בהחלט במסגרת מבחן הסבירות¹⁷⁵. וכן קבע בית המשפט, שמטופלת בהריון

שלא להסכים לטיפול או לניתוח, אשר יכולים להביא לו מרפא. על כן הטלת חובת גילוי מוחלטת על הרופאים, עלולה לגרום נזק בל יסוער לחולים, ולשים מכשול רציני בדרכי התפתחות הרפואה. המבחן, האם התנהג הרופא בעניין מתן ידיעות ואזהרה כראוי, הוא מבחן הרופא הסביר, היינו כיצד רופא סביר היה נוהג במקרה דומה. על שאלה זו יש לענות בעיקר לפי העדות הרפואית בבית המשפט. בסיכומי של דבר, התשובה לשאלה אם התרשל הרופא על ידי אי מתן אזהרה לחולה, תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה¹⁷⁰. בית משפט אחר קבע, שמידת המידע שצריך להימסר לחולה, תלויה ברמת תרבותו ושכלו של החולה, ובוודאי שאין לומר לו על סיכונים וסיכונים נדירים¹⁷¹.

שונות של דרישות – בית המשפט העליון קבע, שמטבע הדברים החלטה אנושית אם לתת הסכמה לטיפול רפואי ואם לאו, היא פועל יוצא של השפעות רבות ושל שיקולים מגוונים הנוטלים חלק בגיבוש ההחלטה, כגון: סוג הניתוח שעל החולה לעבור; מידת נחיצותו של הניתוח; יחסו של החולה לסיכון; חומרת מצבו הרפואי של החולה; האפשרות לבחור בטיפול אחר השונה באיכותו ובסיכונים הכרוכים בביצועו. ומאידך, גם חובתם של הרופאים למסור מידע איננה עשויה עור

71976/7, ח"ב, 466. [172] ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4), 526. [173] ת"א (באר-שבע) ניב ירקוני נ' ד"ר דורון רוזן, תקדין-מחוזי, כרך 198(1), 1083. [174] ראה ע"א 4384/90, שמעון ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא, 367. [175] ת"א

838/64 שטיינר נ' בר-חי, פ"מ נ 319, 300. עתירה לבית המשפט העליון להורות לקיים דיון נוסף בפרשה זו נדחתה – ד"נ 25/66 בר-חי נ' שטיינר פ"ד כ(4), 327. [170] ת"א חיפה 152/58 ליכטנשטרן נ' ברנדשטר ואח', פ"מ לח 50. [171] ת"א תל-אביב 906/73 צברי נ' ברונר, פ"מ

לחולה. מומלץ לתת לחולה הסבר פשוט, שקט והוגן, ולהשאיר בידי את הבחירה בין הסיכונים הצפויים לו. "כלל הזהב" הוא: נהג כלפי חולה שלך, כפי שחפצת שרופאך ינהג כלפיך¹⁷⁸.

טיפול מציל חיים — כאשר מדובר בטיפול מציל חיים, במצב דחוף, או בטיפול רפואי בלתי מסודר ובלתי מתוכנן, לא חלה חובה על הרופא להסביר לחולה את הטיפול ואת החלופות¹⁷⁹.

אין חילוקי דעות לגבי סמכותו של רופא לטפל בחולה בעת חירום, ללא קבלת הסכמתו, ואף בניגוד לרצונו, מקום שהוסמך לעשות כן כדין, על פי חוק מפורש, או על ידי בית המשפט. דין כזה מעוגן בחוק לגבי טיפול רפואי בחולה נפש, קטין, אסיר, וחייב בתנאי קרב או תנאי חירום דומים. דבר זה מעוגן בחוק זכויות החולה כדלקמן: "בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי המטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת"¹⁸⁰.

סירוב לטיפול — חולה המסרב לקבל

נזקקת למידע על אודות הבדיקות השונות שניתן לבצע בסריקת המערכות הנועדות לגלות מומים בעוברים, כדי שתוכל להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת המוצעת לה¹⁷⁶.

כאשר קיים סיכון ממשי בדרך טיפולית שנבחרה על ידי הרופא, וקיימת שיטה חלופית, שבה לא קיימת סכנה זו, והדבר לא הובא לידיעת החולה או ההורים של קטין, הרי שההסכמה לדרך המוצעת על ידי הרופא איננה הסכמה. כאשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדרך כלל לתת הסבר כן על הסיכונים העיקריים מחד, ועל הסיכויים העיקריים מאידך. השגרה המקובלת, ועל כל פנים, זו שצריכה להיות מקובלת, במקצוע הרפואה, היא להעמיד את החולה, או את אפוטרופסו החוקי, בפני הברירה של מיגוון הטיפולים האפשריים, על מנת שיהיה שותף בבחירה. אחרי ככלות הכל, אילו ידע החולה או אפוטרופסו את הסיכון הממשי הנידון, ייתכן גם ייתכן שהיה בוחר בדרך אחרת, או שהיה מעדיף להתייעץ קודם עם רופא אחר, אשר הוא היה בוחר אחרת, ואולי גם מנתח בעצמו¹⁷⁷.

סיכונים וסיכונים — כל טיפול רפואי כרוך בסיכונים מסויימים. ככל שגדול הסיכון, גדלה גם החובה לתת הסבר

כללית. [178] הרופא החולה והחוק, עמ' 34. וראה שם עמ' 30-34, סיכום פסיקות שונות על הנתונים שיש למסור לחולה, או להימנע ממסירתם. [179] ת.א. 1262/90 (מחוזי ת"א). יחוקאל גנגינה ואח' נ' ד"ר חצרוני ואח'. [180] סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה.

(באר-שבע) ניב ירקוני נ' ד"ר דורון רוזן, תקדין-מחוזי, כרך 98(1), 1083. [176] ע"א 434/94 ברמן ואח' נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4), 205. [177] ע"א 67+81/66 בר-חי ואח' נ' שטיינר ואח', פ"ד כ(3), 233; ע"א 9835/85 (מחוזי ת"א), פלוגית נ' קופת חולים

לנוק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח, או התערבות אחרת בגופו, אף שלא בהסכמתו; מכל שכן מותר הדבר, ואף מחויב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אינם נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או התערבות מאותו סוג, ואין קיים חשש לנכות מהותית¹⁸⁵.

אכן, על פי חוק זכויות החולה¹⁸⁶ "בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי המטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה: נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן

טיפול מציל חיים מרצונו החופשי, וכשהוא בהכרה מלאה, אין להתיר את הטיפול, בגין הצורך להגן על הפרטיות¹⁸¹. אין חוק המסמיך את בית המשפט להתיר לרופא לבצע ניתוח שהחולה מתנגד לו, אפילו במצבי חירום וסכנת חיים, כל עוד החולה בדעה צלולה, ואפילו סירובו של החולה נובע מאי-ידיעת מצבו, או חוסר הערכה מספקת של הסיכונים שבטיפול¹⁸². מאידך, אם מסרב החולה לפעולה רפואית מצילת חיים, כשהוא איננו בדעה צלולה, ובית המשפט שוכנע שהניתוח המומלץ הוא רק לטובת החולה, ומטרתו להציל את חייו, מוסמך בית המשפט להתיר את הניתוח¹⁸³. ואמנם, מכיר בית המשפט בצורך לטפל באדם ללא הסכמתו, כשנשקפת סכנה מיידית לחייו או לבריאותו, ולא ניתן להשיג הסכמתו של החולה עקב גורמי זמן, מרחק, מצבו של החולה, או כיוצא בגורמים מעשיים אלו¹⁸⁴. כמו כן נפסק, שכאשר נתון אדם בסכנת מוות וודאית מיידית, או צפוי הוא

מחליט כך. התפרסמו המקרים של כותות נוצריות מסויימות שלפי אמונתם אסור להשתמש באמצעים מודרניים, אפילו תרופות כמו אנטיביוטיקה, או שאסור להם לקבל תרומת דם, ובתי המשפט לא אישרו מתן דם לחולים בוגרים, החברים בכת זו, אפילו כשהדבר דרוש להצלת חיים וודאית כמו אחרי תאונה או לצורך ניתוח. [183] מ.א. באר-שבע, 179 קופ"ח נ' Y. [184] ע"א 322/63 גרטי נ. מדינת ישראל פ"ד יח(2), 449. [185] ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 527, 673. וראה ביקורתו של ע. שפירא, עיוני משפט, יד, 1989, עמ' 225 ואילך, והשגתו של השופט אלון נגד ביקורת זו – ע"א יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87. וראה לעיל הע' 178. [186] סעיף 15(2) לחוק הנ"ל.

[181] ב"ש 688/84 מדינת ישראל נ' י.ק. וא.א.; וראה עוד בג"צ 249/82 משה ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לז(ב), עמ' 393. אך ראה ת"פ חיפה 361/84 מדינת ישראל נ' קורטאם ואח', פסקים תשמ"ו, ח"א, 45, שסבר בית משפט זה, שיש מקום להתיר לרופא טיפול להצלת חיים גם בניגוד לרצונו של החולה. וראה ביקורות על פסק דין – השופט א. כרמי, מכתב לחבר, כרך מח, מס. 7, תשמ"ו, עמ' 7; א. נאור, מכתב לחבר, כרך מח, מס. 9, תשמ"ו, עמ' 8, שלדעת שניהם, אין סמכות להתיר ניתוח בניגוד להבעת רצונו המפורש של חולה בדעה צלולה. [182] ת"א תל-אביב 3034/79 קופ"ח נ' X והיועץ המשפטי לממשלה. בארה"ב אין תוקף חוקי להצלת חיים בניגוד מפורש לרצונו של אדם, בתנאי שהוא מבוגר וכשיר בעת שהוא

המטופל את הסכמתו למפרע".

מבחינה רעיונית מהווה סעיף זה ביטוי לדרישת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1א) הקובע כי מטרת החוק להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. סעיף זה הוא ייחודי בעולם בכך שיש בו ניסיון לאזן בין עקרון האוטונומיה המקובל בהרבה מדינות דמוקרטיות, כולל במדינת ישראל, לבין ערך קדושת החיים, שהוא אופייני מאד לתפיסה ערכית יהודית. הדוגלים בעקרון האוטונומיה בצורה גורפת ומחלטת לא יכולים לקבל כפיה לטיפול בניגוד לרצונו המפורש והישיר של אדם, גם אם נשקפת לו סכנה חמורה, שכן הצורה הגורפת של עקרון האוטונומיה גוברת על ערך החיים, כמבואר לעיל. היינו אם אדם כשיר מביע בצורה מפורשת את התנגדותו לטיפול מסויים, אף אם משמעות הדבר היא סיכון לחייו, יש לכבד את זכותו האוטונומית. העובדה שניתן לכופף אדם לטיפול מציל-חיים, גם אם הוא מותנה בתנאים מגבילים, מהווה עדות להתחשבות חוקית בערך החיים, כאשר בתנאים מתאימים גובר ערך זה על עקרון האוטונומיה¹⁸⁷. ואמנם פסיקות שונות של בית המשפט העליון בעבר דנו באיזון הנדרש בין שני הערכים הללו. במקרה אחד התיר בית משפט קמא לבצע ניתוח בגופו של העציר להצלת חייו כדי להוציא מקיבתו שקיות סם שבלע על מנת להסתיר את הראיות המפלילות נגדו. בית המשפט התבקש

לאשר את הניתוח למרות התנגדותו המפורשת של העציר. שופט בית המשפט העליון בייסקי הסכים עם ההחלטה של בית משפט קמא וכתב: "כשלעצמי אין אני סבור כי בסוגיא קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות הברית ובאנגליה, הן העקרון הכולל האוסר טיפול פיזי על ידי רופא שלא בהסכמת הפציינט והן החריגים המעטים הפוטרים מהעיקרון. אין אני מפחית ערך האסמכתאות בהקשר זה אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית באשר לקדושת החיים כערך עליון, ומסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל"¹⁸⁸. במקרה אחר דן בית המשפט העליון באריכות בחובת הטיפול הרפואי הנדרש להצלת חיים כנובע מערך החיים וקדושתם. בית המשפט העליון קבע, שהזכות לסרב לטיפול רפואי היא זכות יחסית. היא עשויה לסגת מפני האינטרס של שמירה על חיי האדם, האינטרס בהגנה על מקצוע הרפואה, והאינטרס בהגנה על צדדים שלישיים תמימים, התלויים בחולה. בבואו לאזן בין הערכים המתחרים, ישקול בית המשפט את מידת הפלישה לגופו של החולה, הדרושה לשם הטיפול הרפואי, ואת הסיכוי להצלחת הטיפול. כמו כן ישקול בית המשפט את הסבל והייסורים שייגרמו לחולה בעטיו של הטיפול הרפואי, ואת הסיכון הכרוך בטיפול הרפואי¹⁸⁹.

חולה בלתי כשיר – במקרים בהם

קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673. [189] ע"א 506/88, יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 150.

[187] ראה – א. שטינברג, ספר רפאל, בעריכת הרב י.א. מובשוביץ, ירושלים, תש"ס, עמ' תקעא ואילך. [188] ע"פ 480/85 וע"פ 527/85 יוסף

מחלה, מותר לתת את הטיפול הרפואי הדרוש לחייל, אפילו בעל כורחו. אולם, החוק הגביל טיפולים מסויימים רק לתנאי קרב או לתנאי חירום דומים¹⁹¹.

טופסי הסכמה – במדינות רבות נקבעו תקנות, המסדירות את הצדדים הרשמיים של ההסכמה מדעת. בישראל נקבע, כי לפני אשפוזו יחתום אדם על טופס בקשה להתקבל לבית חולים, וכן יחתום על טופס הסכמה לפני ניתוח, ולפני צינתור. התקנות הללו קובעות את נוסח טופסי ההסכמה, התנאים הנדרשים לחתימה, והיוצאים מן הכלל¹⁹². אכן, בהחתמה גרידא של החולה על טופס-הסכמה, אפילו הוא ערוך ומנוסח כדבעי, אין הרופא יוצא ברגיל ידי חובתו הכללית להשיג את ההסכמה מדעת של החולה לטיפול הרפואי המוצע¹⁹³. כדי לצאת ידי חובת ההסבר, לצורך קבלת הסכמתו מדעת של החולה לטיפול הרפואי אין הרופא יוצא ידי חובתו בעצם מתן ההסבר, אלא עליו גם להתרשם שהחולה הבין את המידע שנמסר לו, ושהחלטתו להסכים לטיפול אכן היתה מתוך הסכמה מדעת¹⁹⁴.

סובל חולה ממחלה המביאה בהכרח למוות, אך ניתנת לריפוי מלא בשיטה רפואית מקובלת ומומלצת, והחולה איננו כשיר לקבלת החלטות 'בזמן אמת', רוח הפסיקה של בית המשפט העליון היא, שיש לכבד את ערך החיים וקדושתם, ורק בנסיבות חריגות במיוחד יש מקום לשקול את סירובו בעבר של החולה לטיפול מציל-חיים. תנאי הכרחי ומינימלי הוא שדרישתו של החולה תהיה מתועדת היטב, שהיא תתייחס לנסיבות המתאימות של המקרה, שלא תיאמר כבדרך אגב וכאמירה כוללת, ושהדברים ייאמרו מתוך ידיעת כל הנתונים, ובעיקר העובדה שללא הטיפול המוצע נשקפת סכנה חמורה לחייו. ואמנם בית המשפט העליון ביטל פסק דין של בית המשפט המחוזי, ודחה בקשת בן-אפוטרופוס חוקי להפסיק את הזנת אמו המצויה במצב של תרדמת. הבקשה התבססה על עדות הבן ועדות של עורך דין שזו היתה בקשת האם בעת היותה כשירה. בית המשפט העליון מצא שהדברים שנאמרו על ידי האם, לפי העדויות הללו, לא היו מספיקים כדי להוות בסיס להבנת רצונה הספציפי במצב הנידון¹⁹⁰.

כאשר אדם איננו מסוגל לחתום על טופס ההסכמה, מפאת מצבו הגופני או הנפשי, ויש לנתחו מיד על מנת להציל חיים, יחתמו שלשה רופאים על טופס

חיילים – נקבע במפורש בחוק, שאם הטיפול הרפואי דרוש להצלת חייו של חייל, או למניעת נזק לבריאותו שאיננו ניתן לתיקון, או שיש צורך לחסנו מפני

מכתב לחבר כרך מח, מס. 5, תשמ"ו; כרך מט, מס. 12, תשמ"ח. [193] ע"א 2781/93, מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4), 526; ע"א (ת"א) 983585, טרם פורסם; ע. שפירא, עיוני משפט, יד, 1989, עמ' 225 ואילך. [194] ת.א. 117/91 (ירושלים), יהושע מורחי נ'

[190] ע"א 3031/99, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני וקופ"ח. [191] סעיף 20 א לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו/1955. [192] תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה) תשמ"ד-1984, ק"ת 4683, עמ' 2189. ביקורת על תקנות אלו – ראה בסדרת מאמרים של א. כרמי, ושל א. נאור,

"פעולה דחופה", ולאחר מכן ינותח¹⁹⁵.

פסולי דין – בכל פסולי דין, יחתום אפוטרופוס על הסכמה לניתוח, לצינתור, או לאשפוז¹⁹⁶. במצב כזה אין תוקף לחתימתם של קרובי משפחה על הסכמה לניתוח, אלא דווקא על פי הצהרתם וחתימתם של שלושה רופאים.

הורי קטין נחשבים באופן חוקי כאפוטרופסיו הטבעיים, ולכן רק הסכמתם מועילה. אם ניתנה הסכמה לטיפול רפואי בקטין על ידי אדם אחר, אין היא ברת-תוקף, אלא אם כן מינה בית המשפט אפוטרופוס נוסף להורים או במקום ההורים. החוק בארץ קובע, שיש לקבל הסכמת הורים, או אפוטרופוס לטיפול בקטין, בפסול דין, או בחסוי¹⁹⁷. אכן, הסכמה זו מוגבלת בכך, שאין תוקף לסירובם לטיפול מציל חיים, או כשהסכמתם איננה לטובת הקטין, פסול הדין, או החסוי¹⁹⁸. יש שאפוטרופוסותם של ההורים כוללת גם את הזכות לסרב טיפול בקטין הנתון לחסותם, ואפילו אם סירוב זה עלול להוביל למותו של הקטין, אך סירוב כגון זה זקוק הוא לאישורו של בית המשפט¹⁹⁹.

הסירוב של ההורים להסכים לניתוח משום הפרת חובתם בתור אפוטרופסים על גופו לנהוג כפי הדרוש לטובתו. אם האמין הרופא הנתבע בתום לב ומסיבה הגיונית, שכדי לשמור על חייו או בריאותו של הקטין-התובע, היה צורך לבצע בו את הניתוח לאלתר, וללא השהיית יתר, כי אז לא ישא הראשון באחריות למעשה זה, אף אם פעל בלי הסכמתו לכך של האדם הממונה על פיקוחו של הקטין, ובלבד שאותה שעה לא הרשו הנסיבות, מבחינה מעשית, שהסכמה זו תינתן או תושג, לפני שיהיה מאוחר להציל חיי הקטין, ולמנוע את הנזק לבריאותו²⁰⁰. לכן, אילו בהשפעת סירובם זה של ההורים, היה הרופא נמנע מלעשות את הפעולה הכירורגית, ועקב כך היה הקטין מקפח את חייו, כי אז היו ההורים הסרבנים נושאים באחריות פלילית על תוצאה זו²⁰¹.

בית המשפט מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד, ומוסמך בית המשפט להתערב ולתת רשות טיפול בקטין, הן לפני הניתוח, והן בדיעבד, גם בניגוד לרצון ההורים²⁰¹.

במקרה בו קיימת ברירה בין חשיפת הקטין לגורל המוות, לבין הצלת חייו על ידי ניתוח, אף אם ישאיר בו מום, מהווה

אין תוקף להסכמת הורים או אפוטרופוס ביחס לפסולי דין לבצע ניתוח בגופם, כגון לקיחת איבר להשתלה,

הסתדרות מדיצינית הדסה ואח', תק-מח 96(2), 198. [195] תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), תשמ"ד-1984; חוק זכויות החולה סעיף 15. [196] תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), תשמ"ד-1984, (7). [197] א. כרמי, מכתב לחבר, נו(9):10, תשנ"ה. [198] חוק הכשרות המשפטית

והאפוטרופסות, התשכ"ב, סעיפים 33-36, 30, 28. וראו: ע"א 322/63 גרטי נ' מדינת ישראל, פד"י, יח, 449; ר"ע 698/86, 151/87, 84/87. [199] ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87. [200] ע"א 322/63 עשירה נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(2), 449. [201] ע"א

כשהדבר איננו לטובת הקטין או החסוי באופן ברור²⁰².

היתה בקשה 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 דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי²⁰³.

קטין המסוגל להבין את מהות הטיפול ותוצאותיו, אך טרם הגיע לבגרות מבחינה חוקית, והוא מסכים לטיפול רפואי בניגוד להוריו, הכריע בית המשפט בעליון בישראל כי קיימת זכות לסרב טיפול רפואי גם לקטין, וגם לפסול דין, אלא שנדרשת הכרעה בצורת המבחן לקביעת רצונו של הקטין/פסול דין; בכמות הראיות הנדרשת להוכחת רצון זה; ובקביעת הגוף המוסמך לקבוע רצון זה²⁰⁴.

דין הסכמה לטיפול רפואי בחולה נפש – ראה ערך שוטה.

הרחבת ההסכמה – יש צורך לקבל הסכמה מודעת של חולה לכל ניתוח, ועל הרופא לבצע אך ורק את הפעולה הניתוחית שעליה הסכים החולה. רק במקרים חריגים, ובעיקר כאשר הדבר היה בלתי צפוי, והפעולה הנוספת היתה חיונית, רשאי המנתח לסטות מהפעולה הניתוחית שהוסכם עליה, ולהרחיבה או

להוסיף עליה. אכן, בית המשפט העליון²⁰⁵ קבע, שאם הרחיב המנתח את הפעולה הניתוחית כאשר לא היה צורך חיוני לסטות מהניתוח המתוכנן, וכאשר הסטייה הניתוחית איננה חלק בלתי נפרד מניתוח המתוכנן, וכאשר המצב הנוסף היה ידוע מראש, נחשבת פעולה כזו כתקיפה, ואם נגרם נזק למנותח, הדבר נחשב לרשלנות. יתר על כן, דין זה נכון גם אם חתם החולה על טופס הסכמה לניתוח, אשר כולל את הפיסקה הבאה: "אני מסכים/ה גם לאותם הרחבה, שינוי, או ביצוע הליכים אחרים או נוספים, לרבות ניתוחים שלדעת רופאי בית החולים יהיו חיוניים או דרושים במהלך הניתוח העיקרי"²⁰⁶. בית המשפט העליון צמצם את משמעות הפיסקה הזו למקרים יוצאי דופן בלבד.

תביעות רשלנות/ תקיפה – מבחינה משפטית, קיימות שתי גישות אפשריות לדון רופא, אשר ביצע טיפול רפואי, מבלי שנתן מידע מלא לחולה. גישה אחת גורסת, כי מצב כזה מהווה "תקיפה", וגישה שניה סבורה שמצב כזה מהווה "רשלנות". בארה"ב אימצו בתי המשפט בעבר את הגישה של תקיפה, ולאחרונה נוטים בתי המשפט שם לומר, שאם לא ניתנה כלל הסכמה לטיפול מסויים, או שהפעולה הרפואית חרגה באופן משמעותי ממה שהחולה הסכים לו, המצב מוגדר כ"תקיפה"; לעומת זאת, אם ניתנה

נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87. שאלה זו נידונה גם בבריטניה וראה על כך – Devereux JA, et al. [205] 3108/91 BMJ 306:1459, 1993. רייבי נ' ויגל ואח', פ"ד מז(2), 497. [206] על פי תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה).

322/63 עשירה נ' מדינת ישראל, שם. [202] ר"ע 151/87, 698/86, 184/87. וראה ע' השתלת איברים, הע' 340-341. [203] חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס. 7), התשמג-1983, 68. [204] ע"א 506/88 יעל שפר

היה הוא נוהג; ויש השוקלים במבחן אובייקטיבי, היינו כיצד היה אדם סביר נוהג בנתונים דומים²¹³. על משמעות ההבדל בין שתי הגישות דלעיל, ועל תביעת נזיקין במקרה של מניעת מסירת מידע, או הסכמה בלתי מודעת – ראה ערך רשלנות רפואית.

בשנים האחרונות נתרבו בעולם המערבי, ובעיקר בארה"ב²¹⁴, תביעות על רשלנות או תקיפה בגין היעדר הסכמה לטיפול רפואי, או בגין פגמים שונים בהסכמה. בתי המשפט, בעיקר בארה"ב, נתנו פירוש רחב מאד לצורך בהסכמה מדעת, ודרשו מהרופאים מסירת מידע מפורט ביותר לחולה. דרישות וחובים אלו של בתי המשפט עוררו ביקורת רחבה²¹⁵. אף בישראל הולכות ורבות התביעות בתחום זה.

הביקורות על פסיקות בתי המשפט מתחלקות לכמה מישורים:

בתי המשפט דנים ומכירים רק את המקרים שבהם היו תקלות ונזקים בתחום ההסכמה מדעת, אך אין הם מכירים את

מידה מסוימת של הסכמה, אך היא לא היתה מספקת מבחינת הדרישות להסכמה מודעת, המצב מוגדר כ"רשלנות"²⁰⁷. בארץ נראה שהגישה של תקיפה היא המקובלת²⁰⁸.

יש הסבורים, כי עילה לתביעה בגין אי מסירת מידע לחולה היא רק אם נגרם נזק לחולה, כתוצאה מאי-מסירת המידע, והחולה היה נוהג אחרת אילו ידע את הנתונים²⁰⁹. אחרים סבורים, שלצורך פעולת תקיפה אין צורך בהוכחת הנזק, ודי בכך שהחולה איבד את הסיכוי לקבל טיפול רפואי חלופי נאות, אילו ידע אודותיו²¹⁰. בית המשפט העליון הכריע כפי הדעה האחרונה²¹¹, ויש מי שפסק פיצוי בגין עוולת רשלנות בגלל היעדר הסכמה מדעת אף במצב שניתן להעריך ברמה גבוהה של וודאות כי החולה היה נוטל את הסיכון ומחליט לעבור את הניתוח גם אילו היו הרופאים מיידעים אותו על הסיכונים הצפויים²¹².

קיימת מחלוקת, כיצד להעריך את התנהגות החולה לוא ידע את הנתונים: יש השוקלים במבחן סובייקטיבי, היינו לפי התרשמות השופט מהחולה המסויים כיצד

דעקה נ' בית החולים הכרמל חיפה, פ"ד נג(4), 526 [212] ת"א 1180/97 (מחוזי ת"א), עובון המנוח סולי ביום ז"ל נ' פרופ' רפי מור ואח' (טרם פורסם). [213] Brahams D, *Lancet* 1:808, 1982; Gross AW and Churchill LR, *Ann Intern Med* 96:110, 1982. [214] הרקע המשפטי בארה"ב סוכם בהרחבה ע"י ה-1, Ch. 1, President's Commission ... Vol 1, Ch. 1-השפעות and Vol 3 Appendix L. [215] השליליות והבעיות המעשיות הנובעות מהכרה בתביעות המשפטיות בהיקפן הרחב בתחום זה

התשמ"ד-1984, ק"ת תשמ"ד, 2189. President's Commission ... Vol. 1, [207] 1982, Ch. 1. וראה על ההיסטוריה של התפתחות התפיסות המשפטיות הללו – [208] ע"א 671/66 ברחי נ. שטיינר פד"י כ(3), 230; ת"א 360/85 מחוזי באר-שבע אמר ואח' נ. קופ"ח. [209] ע"א 164/57 גועטא נ' קופ"ח, פ"ע לד, 230, *Encyclopedia of Bioethics*, pp. 754-761; 235 [210] ראה: ע"א 231/84 קופ"ח נ. פאתח פד"י מב(3), 312. [211] ע"א 2781/93, מיאסה עלי

חיי היום-יום, ולכן דרישותיהם והגדרותיהם לא תמיד מציאותיות הן, ולא תמיד מקדמות את המטרה הבסיסית של הסכמה מדעת. ואמנם, כאמור לעיל, המחקרים השונים מוכיחים, כי במרבית המקרים היום-יומיים מתנהלים העניינים בצורה בלתי ידועה, וכנראה בלתי תקינה מבחינת הדרישות המחמירות של פסיקות בתי המשפט. באופן שגרתי מתרחשים מעט מאד דיונים ענייניים עם החולים, ולא ידוע מה באמת מוסרים הרופאים לחולים לצורך קבלת הסכמתם לטיפולים שונים. ברוב המקרים, גם כשנמסר מידע מפורט, אין הוא משמש את החולה לקבלת החלטות, אלא שהרופא ממליץ והחולה מקבל את המלצותיו. כמו כן לא ניתן לדון עם החולה באופן מעשי על כל השיקולים בכל שלב של צורך בהחלטה טיפולית, אלא רק על הנתונים העיקריים, ואף עניין זה נתון לשיקול דעת אינדיבידואלי. בפועל נשלט תהליך קבלת ההחלטות על ידי הגיון, נתונים אינדיבידואליים של החולה והרופא, לוגיטיקה, ונתונים סביבתיים שונים, יותר מאשר על ידי דרישות פורמליות של החוק. יתר על כן, רבים מהרופאים אינם רואים ביחסי חולה-רופא תהליך של קבלת החלטות משותף ושווה מתוך חלופות שונות, אלא החלטה של רופא, ודרכים לשכנוע החולה לקבל החלטה זו²¹⁶.

קיים קושי אמיתי להעביר בפועל ובזמן אמת את המסר של הסכמה מדעת לחולה במחלה חריפה ומסוכנת הגורמת לדאגה

רבה, ובעיקר במצבים שבהם יש ספקות אובייקטיביים ביחס לאבחנה, לחלופות הטיפוליות ולתחזית. הדבר שונה לחלוטין כשהדיון מתקיים באופן פילוסופי-אקדמי, או כשהוא מתקיים חודשים ושנים אחר כך בבית המשפט.

אחת הבעיות המשפטיות ביישום ההסכמה מדעת היא בחינתה לאחר מעשה. לעתים מתעורר הדיון המשפטי מספר שנים לאחר המאורע, והשאלה היא אם אמנם זוכרים החולה והרופא אל נכון מה היה תוכן השיחה בין החולה לרופא בטרם הסכמתו. מחקר מאלף שנערך בארה"ב הוכיח, שזכרונם של חולים על שיחות ההסבר לפני הניתוח, ועל הפרטים השונים שנמסרו להם, הוא לקוי ביותר. ההסברים לפני ניתוחי לב נמסרו בהרחבה ובפירוט, והוקלטו בקלטות בהסכמתם של החולים. כחצי שנה לאחר הניתוח נשאלו אותם חולים על פרטי השיחה שלפני הסכמתם לניתוח: האבחנה, הניתוח המוצע, סיכוני הניתוח המוצע, סיבוכים אפשריים, התועלת מן הניתוח, ושיטות חלופיות לטיפול. בממוצע רק שליש מהחולים זכרו פרטים חשובים בקטגוריות השונות של השיחה, חלקם המציאו נתונים שלא נאמרו כלל, וחלקם הכחישו את עצם השיחה²¹⁷.

התהליך המשפטי בארה"ב הסיט את מטרות ההסכמה מדעת ממערכת יחסים רצויה בין חולה לרופא מתוך שקולי טובת החולה, אל מערכת רפואה הגנתית המבוססת על פחד מפני תביעות

CW, President's Commission ... Vol 2, Robinson G and Merav [217]. Appendix C
A, *Ann Thorac Surg* 22:209, 212, 1975

בארה"ב סוכמו על ידי ה-Commission ... Vol 1 pp. 23-31, וראה עוד בע' רשלנות רפואית הע' 36 ואילך. [216] Lidz

משפטיות, שהובילה לדיקלום של סיכונים, סיבוכים וחלופות טיפוליות, והחתמה רשמית על טופסי הסכמה, ללא קשר לטובת החולה, וללא אידיבידואליזציה. כך שהגזמה בדרישות ובהגדרות של הסכמה מדעת, גרמה לנוק שעולה על התועלת²¹⁸.

יש חשיבות עקרונית בפעילות המשפטית בתחום זה, בכיוון של יצירת נהלי התנהגות נכונים, והגנה על הפרט. אך יש לשיטה המשפטית מגבלות רבות, שכן קיים קושי בניסוח הדרישות במצבים ייחודיים ומשתנים, עקב המיגוון הרב של המקרים, כך שניסוחים נוקשים יכולים להיות למעמסה, ולהפוך את התהליך לבלתי יעיל ואף למזיק²¹⁹. עדיף לחנך את העוסקים ברפואה בצורך להסכמה מדעת, ובדרכים המקובלות להשגת המטרה, בצורה שתביא טובה ותועלת לחולה, ולצמצם עד למינימום את מעורבות הרשות השופטת והמחוקקת בעניינים אלו.

הפלה

א. הגדרת המושג

הפלה מוגדרת כהפסקת הריון.

אשה שעברה הפלה נקראת בלשון המקרא משכלה¹, ויש לה רחם משכיל². בלשון חז"ל היא נקראת מפלת.

ההפלה מתחלקת לשתי קבוצות

עיקריות: הפלה טבעית או עצמונית³, והפלה מלאכותית⁴. להפלה טבעית מספר צורות, כגון הפלה צפויה, מאיימת, בלתי-נמנעת, שלימה או בלתי שלימה, הפלה שמנטיה, והפלה נדחית. ההפלה המלאכותית מתחלקת לשתי קבוצות עיקריות: הפלה טיפולית, שנעשית לפי החוק ועל ידי רופא, והפלה פלילית המבוצעת בניגוד לחוק.

ביצוע הפלה מלאכותית, והלבטים המוסריים הנוגעים לבעיה זו, ימיהם כימי אנוש עלי אדמות. הבעיה חוצה את העולם כולו לאורכו ולרוחבו, ויש לה היבטים רבים: רפואיים, פסיכולוגיים, חברתיים, דמוגרפיים, מוסריים, פוליטיים, משפטיים ודתיים.

בערך זה יידונו הנושאים הנוגעים הן להפלה טבעית, והן להפלה מלאכותית. בחלק הראשון יידונו הנושאים הנוגעים להפלה טבעית, ובחלק השני יידונו הנושאים הנוגעים להפלה מלאכותית.

ב. הפלה טבעית

1. רקע מדעי

שכיחות – הפלות טבעיות מתרחשות בשכיחות של 15%-20 מכלל ההריונות הידועים, אך מגיעות לכ-60% מסך כל ההריונות, כאשר במקרים רבים אין האשה יודעת כלל שהיא בהריון⁵. אחוז ההפלות

Vol 1, Ch. 7

[1] שמות כג כו, וברש"י שם. [2] הושע ט יד. Edwards, [5] .abortion [4] .miscarriage [3] et al, *Fertil Steril* 38:447, 1982;

Sappigton GM, *J Legal Med* 7:341, [218] 1986; President's Commission ... Vol 1, Ch. 4; Katz J, *U Pitt Law Rev* 39:137, President's Commission ... [219] .1977