

הרב פרופ' אבי וינרוט, עו"ד

האם הצורך ב"הסכמה מדעת" מחייב לספר לחולה את כל האמת המרה

ראשי פרקים:

- א. הצגת השאלה
- ב. גישת הפוסקים שאין לספר לחולה דבר המזיק לו
- ג. תמיהתו של הרב שפרן
- ד. מסירת מידע לאור הצורך בהסכמה מדעת
- ה. חזקה משפטית בדבר הסכמה מכללא – שלא לדעת
- ו. סיכום

א. הצגת השאלה

האם מוטל על רופא לספר לחולה כי המחלה שבקרבו היא סופנית וכי גורלו נחרץ?

מצד אחד, הרופא הוא שליח של החולה, ויש לו חובת אמון כלפי החולה. כל המידע שייך לחולה, וממילא מוטל על הרופא למסור לחולה מידע זה ללא כחל וסרק. מצד שני, רופא שמספר אמת מרה, פוגע לעיתים בשליחותו כאשר יש בכשורה זו כדי לשבור את רוחו של החולה ולקצר את חייו¹. על כך כבר אמר החכם באדם (משלי י"ח, י"ד) "רוח איש יכלכל מחלהו, ורוח נכאה מי ישאנה"². חובת הרופא היא לדאוג לטובת החולה, ואם זו מחייבת שלא לשתף את החולה בפרטי מידע מסוימים, הרי שחובת האמון עצמה מחייבת את הרופא שלא לגלות לחולה את מצבו.

באתיקה הרפואית המודרנית³ מתעורר בנקודה זו עימות בין טובת

¹ אין לקבוע זאת ככלל מוחלט, שכן לעיתים מסירת האמת בצורה רגישה לחולה עשויה דווקא להפחית חרדות, ולאפשר לחולה להיוועץ באופן פתוח עם רופאו בלא שיש "פיל בחדר" שעליו אין מדברים. לעניין זה ר' פרופ' שמעון גליק, דיווח אמת לחולה, **אסיא** מב-מג עמ' 8 (ניסן תשמ"ז); וכן **ספר אסיא** ג, עמ' 497-498 (תשמ"ג).

² רבנו יונה מבאר "רוח איש יכלכל מחלהו ורוח נכאה מי ישאנה. רוח האדם יסבול חולי הגוף ... כאשר תדאג הרוח ותאנח מי ינחמנה ויעזרנה, מלשון ישא בשיחי משכבי (איוב ד, י"ג), כי הרוח תנחם ותסבול חלי הגוף, אך הגוף לא ינחם את הרוח מחליה, והיא הדאגה". כמו כן הגר"א מבאר: "כשהאיש תמיד בשמחה הוא יכלכל מחלהו, אף שיבוא עליו מחלה ח"ו הוא יכלכל מחלהו, בשמחתו יבטלנה. אבל מי שיש לו רוח נכאה הוא עיצבון מי יוכל לישא את זאת".

³ בעבר הייתה הגישה פטרנליסטית מובהקת. בכתבי היפוקרטס מצינו "מלא חובותיך לחולה בשלווה וביעילות, תוך העלמת רוב הדברים מן החולה בעת טיפולך בו. צווה את החולה ברוח טובה ובצורה עניינית, תוך הסטת תשומת ליבו ממה שנעשה בו. לעיתים עליך להסיט את תשומת ליבו של החולה בצורה חדה וחד משמעית, ולעיתים עליך להניח את דעתו בשכנוע ובהאזנה, מבלי לגלות לו דבר על מצבו הנוכחי **או העתיד**". המודל הפטרנליסטי

החולה (Beneficence) לבין זכות החולה לקבוע את גורלו (Autonomy). יש הסוברים כי ערך החיים הוא ערך עליון והרופא מחויב לעשות כל דבר שיאריך חיים, לרבות ע"י כך שהרופא לא יספר לחולה את חומרת מצבו. פיקוח נפש דוחה גם את ערך האמת. לעומת זאת, יש היוצאים מנקודת הנחה כי האדם הוא הבעלים על גופו, והרופא מנוע מלביצע כל טיפול רפואי בלא לקבל את הסכמת החולה. על הסכמה זו להיות "הסכמה מודעת" ("informed consent") שבה החולה מודע למצבו האמתי ולכל הנסיבות הרלוונטיות, כולל תוחלת חייו והסבל הצפוי לו, עם הטיפול ובלעדיו⁴. לכן, מן ההכרח למסור לחולה את מצבו לאשורו.

מה גישת ההלכה בשאלה נוקבת זו?

כמה וכמה קולמוסים נגעו בנושא אך "אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש"⁵, ואנו נבקש לחדש כמה תובנות וגדרים בעניין זה, ולהציע כי נכון לכאורה לקבוע שיש "חזקה משפטית" בדבר הסכמה מכלל של החולה עצמו כי הרופא לא יספר לו דברים העלולים לפגוע בכריאותו. בהינתן חזקה שכזו, נמצאנו אומרים כי החולה מסכים מראש שלא יספרו לו את הכול. על כן, גם אם נחוצה "הסכמה מדעת", הרי שניתנה מראש הסכמה שלא לדעת את הכול. נבאר.

ב. גישת הפוסקים שאין לספר לחולה דבר המזיק לו

ככלל, אין לדבר עם אדם דיבור המצער אותו, וזהו האיסור של "אונאת דברים"⁶. גם אין חולק כי יש לשמח את החולה ולהימנע מלצערו, ומשום כך

מעמיד את המטפלים בתפקיד המחליטים עבור החולה, מבלי לשתף אותו בפרטים שלדעת המטפל נחוץ שהחולה לא יידע אותם. גישה זו שלטה בכיפה עד שנות ה-70. ר' י. בן בסט, **יחסי רופא חולה**, סקירת ספרות מקצועית, מכון הנרייטה סאלד, ירושלים (1997); חוה טבנקין, **רפואה ומשפט**, "אמירת אמת לחולה", לאור סעיף 13 לחוק זכויות החולה". ברם, בנקודה זו חל מפנה דרסטי בגישתה של האתיקה הרפואית המודרנית, והתקבלה גישת כבוד האדם כיצור תבוני המקבל החלטות באופן רציונלי, ושמירה על האוטונומיה של החולה. לפי גישה זו יש לשתף את החולה, לומר לו את האמת ולתת לו את מלא המידע למען יחליט החולה בדבר הטיפול שיינתן לו. בקודים אתיים של ארגונים רפואיים-מקצועיים לאומיים ובין-לאומיים הוכר הצורך בהסכמה מדעת בכל מחקר מדעי או התערבות רפואית. ר' קרקו אייל, **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, בעמ' 192-195. התקבלה ההכרה בחשיבות מסירת המידע לחולה מבלי להסתיר ממנו את מצבו.

בישראל, עוגנו ההסכמה מדעת וחובת הגילוי בכללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (אמנון כרמי **בריאות ומשפט** חלק א' 971 (2003). בשנת 1996 עוגנה חובה זו כחלק מחוק זכויות החולה תשנ"ו-1996. פרק ד' שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי", מעגן את החובה לקבל הסכמה מדעת לטיפול רפואי.

4 החוק יוצא מנקודת הנחה כי הגוף שייך לחולה וממילא זכותו להחליט, למשל, שלא לקבל טיפול המאריך תוחלת חיים קצובה מאוד, על חשבון איכות החיים בזמן הקצוב שנותר. פשיטא על כן שהרופא לא יכול לשלול מידע שכזה מן החולה.

5 חגיגה ג.א.

אין מוסרים לו מידע מצער⁷. אולם, האם אין לספר לחולה את האמת המרה אודות מצבו הבריאותי?

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך (יורה דעה סימן של"ח סעיף א'): "נטה למות, אומרים לו: התוודה, ואומרים לו: הרבה התוודו ולא מתו, והרבה שלא התוודו מתו, ובשכר שאתה מתודה אתה חי... וכל אלו הדברים אין אומרים לו בפני עם הארץ ולא בפני נשים ולא בפני קטנים, שמא יבכו וישברו לבו".

באר היטב יורה דעה סימן שלח ס"ק א': "כתב הב"ח משמע דוקא בנטה למות, אבל בלא נטה למות אין אומרים לו התוודה, דאע"פ שאומרים לו הרבה הולכים בשוק וכו', מכל מקום כשאומרים לו שכן דרך כל המומתים מתוודים ידע שמסוכן הוא, דאם לא כן לא היו מזכירים מיתתו בפניו, וישבר לבו".

הש"ך אף מוסיף וכותב "נראה דבלא נטה למות אין אומרים לו התוודה כי יחשוב שמסוכן הוא... אבל בנוטה למות יש לחוש שימות פתאום בלא וידוי".

הנה כי כן, הלכה מפורשת היא שכשאין חשש שימות בלא וידוי אין מספרים לחולה כי הוא נוטה למות, ואין מזכירים מיתתו בפניו כדי שלא ישבר לבו.

הרב אברהם-סופר אברהם בספרו "נשמת אברהם"⁸ הסיק מדברי הש"ך הללו כי יש להבחין בין שלושה סוגי חולים:

- חולה שיש מזור לרפואתו – לחולה כזה מותר לספר על מחלתו;

⁶ שולחן ערוך חושן משפט סימן רכ"ח סעיף א'. עם זאת הרמ"א מציין שם בהגהתו "ומי שמאנה את עצמו מותר להוניהו". מכאן שאם חולה מעוניין לשמוע מידע שיהא בבחינת "מוסיף דעת מוסיף מכאוב" אין לכאורה איסור למסור לו מידע זה.

⁷ הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך יורה דעה סימן של"ז סעיף א': "חולה שמת לו מת, אין מודיעין אותו, שמא תטרף דעתו עליו. ואין קורעין חלוקו, ואין בוכין ואין מספידין בפניו, שלא ישבר לבו; ומשתקין את המנחמין מפניו". הש"ך שם בס"ק ב' מביא את דברי הב"ח כי "מכיון שרואה החולה שפלוני מת ובוכים ומספידים אותו בפניו נשבר לבו מפחדו שמא ימות גם הוא". מכאן שאין לומר לחולה דבר שיש בו כדי להטיל חרדה בליבו, שמא ימות. רבי יחיאל מיכל אפשטיין בספרו **ערוך השולחן** (שם) הוסיף וכתב "ואפילו אם מת אביו של החולה או אמו אין מודיעים לו ואין משגיחים על הקדיש שעליו לומר, שכן פיקוח נפשות קודם לכל דבר, ומזה יש ללמוד שאסור לגרום שום צער לחולה ויראו לשמח לבבו בכל היכולת".

כמו כן ראה רמב"ם בספרו **הנהגת הבריאות** (מופיע בספרו של הרב נחום אריאלי **אוצר הרמב"ם**, וכן בספרו של הרמב"ם בכתב יד **תשובות רפואיות**. הדברים מובאים בספרו של הרב יצחק אריאלי **עיניים למשפט** על נדרים ל"ט, ב) שכתב כי "יש לספר סיפורים שמחים לחולה שירחיבו את ליבו ודברים שיסיחו את דעתו ויצחק מהם". הרמב"ם מציין כי מי שמבקר חולה צריך לשוחח עימו באופן ש"מרחיב לב ומפיח את המחשבות הקודרות".

⁸ הרב אברהם-סופר אברהם בספרו **נשמת אברהם** חלק ב' יורה דעה סימן של"ח ס"ק ג' וכן בכרך ד' סימן של"ח.

- חולה הנוטה למות **מיד** ויש חשש שימות בלי להתוודות – אומרים לו להתוודות אף אם יבין מכך את מצבו החמור, וזאת כדי שלא ימות בלא וידוי שהוא עיקר גדול וזכות לנפש;

- חולה שאין מזור למחלתו אך אינו נוטה למות מיד – אין לצער ואין לספר לו את האמת המרה בדבר מצבו⁹. אכן, לאורך זמן קשה להסתיר מחולה את מצבו. אבל "אם האבחנה נעשתה מאוחר כשהמחלה היא בשלב מתקדם ואין מקום לטיפול במחלה עצמה, ורק יינתן טיפול תמיכתי להפחית ככל האפשר מסבלו של החולה, נראה שוודאי אין מקום ברוב רובם של המקרים לגלות לחולה את מצבו או את טיב מחלתו, אך כמובן צריכים להודיע לבני משפחתו הקרובים אליו".

הרב משה פינשטיין בשו"ת "אגרות משה"¹⁰ פסק כי כשהאמצעים מוגבלים יש להעדיף חולה בר ריפוי על פני חולה שאין מזור למחלתו. אבל הדבר מסויג בכך שלא ידע החולה הראשון שלפי אומדנות הרופאים אי אפשר לרפא אותו, שכן אם אגב העדפת החולה בר הריפוי, יודע לחולה השני מצבו החמור "יתבעת, ויש לחוש שיקרב מיתתו ויטרף דעתו, שאסור בכל אופן, ומחמת שיותר מצוי שאינו יודע מצבו שהרי זהירים מלגלות לו, וגם אסור לגלות לו".

הרב בצלאל שטרן בשו"ת בצל החכמה¹¹ דן מה הדין "בחולה נגוף במחלת סרטן ומבקש מאחרים ומצוה לבנו להגיד לו מה מחלתו אי יצייתו לו". מסקנתו היא כי "יש להעלים מן החולה את הידיעה שאין למחלתו תרופה בדרך הטבע"¹². מצד שני הסיק הרב שטרן כי לא נכון להטעות את

⁹ הרב שלמה אבינר "העמדת חולה מסוכן על מצבו" ספר אסיא ג 336 הסיק מדברי הש"ך האמורים כי "משמתקרב הקץ אין להזכיר כלל את המוות, שלא להעמיד את החולה על חומרת מצבו וע"י כך להתיש כוחו". כמו כן ראה הרב עמנואל יעקובוביץ, ספר הרפואה היהודית עמ' 147.

¹⁰ הרב משה פינשטיין בשו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב' סימן ע"ג באות ב'. הדין שם הוא במקרה שיש מקום אחד בחדר טיפול נמרץ ומגיעים שני חולים שהאחד חולה מסוכן שניתן לרפא אותו כליל ואילו השני חולה מסוכן שאין דרך לרפא אותו, אלא רק להאריך את חייו או להקל על ייסוריו.

¹¹ הרב שטרן שו"ת בצל החכמה חלק ב סימן נ"ה. הרב שטרן סבור כי אף אם הורה מצווה על בנו שיגלה לו מה אמר הרופא, אין חובת כיבוד אב ואם מחייבת לומר לו את הדברים, ואסור לבן להגיד לו. "כל מה שהאב מצווה לבנו לעשות דבר שאין האב מפיק ממנו הנאת הגוף אינו בכלל כיבוד אב, ואדרבה אב שמחל על צערו, ואף אם ציווה לציית לו, אין צערו מחול, ואסור למסור לו את המידע הזה.

¹² הרב שטרן מביא שתי ראיות לדבריו. הראשונה היא מן הגמרא מסכת הוריות דף י"ב עמ' א', בה מצוינת פעולה שבאמצעותה אדם היוצא לדרך יוכל לדעת האם יחזור בשלום. אולם, הגמרא אומרת כי אל לו לעשות כן, שמא יראה שאינו צפוי לחזור מהדרך ומשכך תחלש דעתו ויתרע מזלו. רש"י מבאר כי זו נבואה המגשימה את עצמה, ואלמלא היה עושה פעולה זאת לא היה מתרועע מזלו והוא היה שב לביתו. מסוגיה זו עולה אפוא כי עדיף לו לאדם שלא לדעת את עתידו וכי ידיעה זו עלולה להזיק. ברם, קשה לראות כיצד עולה מסוגיה זו שאין למסור

החולה ולהגיד לו כי בעוד זמן קצר יחלים ויתרפא, כי ראוי שיתאמץ בתפלתו ויזעק מקירות הלב.

הרב יצחק זילברשטיין ב"שיעורי תורה לרופאים"¹³ נוקט כי אסור לרופא לומר אמת מצערת לחולה אלא אם יש לכך סיבה כבדת משקל¹⁴. הרב זילברשטיין מעיר "נגד האומרים לחולה את האמת לאמיתה מבלי להשאיר כל ניצוץ של תקווה. וזה נגד דעת תורה, שהרי אמרו חז"ל (ברכות דף י' עמ' א') כי אפילו חרב חדה מונחת על צווארו של אדם אל ימנע עצמו מן הרחמים"¹⁵.

הרב זילברשטיין מביא את דברי הכתוב (בראשית ל"ח, י"א) "ויאמר יהודה לתמר כלתו, שבי אלמנה בית אביך עד יגדל שלה בני". רש"י מבאר כי יהודה דחה אותה בקש, ולא היה בדעתו להשיא לה את בנו מכיוון שחשש שהיא אישה שבעליה מתים. הרמב"ן תמה מדוע לא אמר לה יעקב את האמת כולה במישורין? "למה יתבייש יהודה המושל בדורו מן האישה הזאת, ולא יאמר אליה לכי לשלום מביתי, ולמה יטעה אותה?". תשובתו המוצעת של הרב זילברשטיין היא, כי יהודה חשש כי אם יאמר לה "בפנים" אמת מרה זו היא תתקף במרה שחורה ובעצבות שתסכן את חייה ואין כל הצדקה לעשות כן. מסקנתו היא כי כשיש סיכון שהאמת תזיק לבריאות – לא אומרים אותה.

לחולה מידע אודות מצבו הסופני, שאינו בבחינת "נבואה המגשימה את עצמה" אלא מצב פיסי נתון. ראייה שניה הביא הרב שטרן מן הסוגיה במסכת נדרים מ, א, בה מבואר כי אין לבקר את החולה בשלוש השעות האחרונות של היום שבהן חומו עולה וחולשתו רבה. מבאר הר"ן כי אם יבקר את החולה בשעות אלו הוא עלול לסבור שמצבו של החולה קשה ואין תקווה ומשום כך יתייאש מן הרחמים ולא יתפלל עליו. בדומה לכך כתב הרא"ש שם כי המבקר יסבור שהחולה כבר מסוכן ואין בתפלתו כדי לסייע לו. כמו כן ר' בנימוקי יוסף על הרי"ף שם, וכן ביאר הריטב"א שם, שהמבקר מתיאש מלבקש עליו רחמים שכן הוא סבור שזוהי תפלת שווא. מכאן הסיק הרב שטרן כי אין לספר לחולה שאין ארוכה למחלתו, שהרי כתב רש"י (בראשית כ"א, י"ז על בסיס מדרש בראשית רבה נ"ג): "יפה תפילת החולה מתפילת אחרים עליו והיא קודמת להתקבל". כמו כן כתב רבינו בחיי (דברים י"א, ג) "כוח התפלה גדול אפילו לשנות הטבע ולהינצל מן הסכנה ולבטל הנגזר". אם כן, אם יחשוב החולה שאין תפלתו מועילה לו, הרי שהוא ימנע מעצמו כלי עצום העשוי לסייע בריפוי. אבל אם יעלימו ממנו את רוע מצבו, הרי שהוא יצפה לרפואה, ייסוריו יכניעו את ליבו והוא יתפלל "מעומק הלב לבקש רחמים על עצמו ממי שרפואת כל בשר בידו, ואולי תועיל תפלתו לשנות הטבע". ביחס לראיה זו ראו גם הרב יצחק יוסף בספרו **ילקוט יוסף** הלכות ביקור חולים סימן ד', אות א' בעקבות ההפניה לדברי הר"ן הללו בספר **חיים חסד** עמ' ל"א, וראו תשובתו של הרב שמואל פנחסי **מנחת שמואל** יורה דעה סימן י"ב.

¹³ הרב יצחק זילברשטיין ב"שיעורי תורה לרופאים" פרק י"א עמ' 141-142; הרב יצחק זילברשטיין "האם מותר לגלות לחולה פרטים על מחלתו האנושה, **עמק הלכה אסיא** (ירושלים תשמ"ו) עמ' 163.

¹⁴ כך למשל אישה שהתברר כי אין לה שחלות "יש לגלות לה זאת בעדינות ובחצי אמת כדי שלא תכשיל בן זוג שירצה ילדים, ויש ליעץ לה שתינשא לאדם שכבר יש לו ילדים, מאחר שנתגלו אצלה קשיי פרייה".

¹⁵ הרב זילברשטיין מציין אף הוא את הגמרא במסכת נדרים מ, א, בה מבואר כי אין לבקר את החולה בשלוש השעות האחרונות של היום שבהן חומו עולה וחולשתו רבה כדי שלא יתייאש מן הרחמים ויחדל להתפלל.

הרב זילברשטיין בספרו "חשוקי חמד"¹⁶ דן בשאלה אם חולה אנוש ציוה על בנו שיספר לו את כל האמת אודות מצבו, האם יגלה לו או לא? תשובתו היא כי במידה והדבר יזיק אין על הבן למלא את מבוקשו של האב¹⁷. הרב זילברשטיין מציין כי מצד אחד "חולה אשר בלבו פנימה מכרסם הספק, יש מקום לומר שהספק גרוע מהודאי". מצד שני "אם יודע לו שמצבו נואש ודאי שרוחו הנכאה תקרב מיתתו. לכן אף שישנן דעות המצדיקות לגלות לחולה את מצבו כדי שיוכל לסדר צוואה על נכסיו או כדי שישוב בתשובה, אין זה מצדיק לגלות לו אם הדבר ספק שמא ישבור רוחו ויקרב את מיתתו. ולדעתנו עדיפה השתיקה והעלמת האמת, חוץ ממקרים בהם אנו יודעים **בודאות** שהדבר לא יזיק לחולה".

בדומה לכך כתב הרב שלמה אבינר¹⁸ כי אין להעמיד חולה מסוכן על מצבו שמא יישובר ליבו, אך יש להודיע לו כי מצבו רציני כדי שיתפלל. הרב אבינר סבור כי מותר גם לשקר לחולה המבקש לדעת מה מצבו. ראיה לדבר הביא מן הכתוב (מלכים ב', ח', ז, י') "ויבא אלישע דמשק וכן הדר מלך ארם חלה ויגד לו לאמר בא איש האלהים עד הנה. ויאמר המלך אל חזהאל קח בידך מנחה ולך לקראת איש האלהים ודרשת את ה' מאותו לאמר האחיה מחלי זה. וילך חזאל לקראתו ויקח מנחה בידו... ויבא ויעמד לפניו ויאמר בנך בן הדר מלך ארם שלחני אליך לאמור האחיה מחלי זה. ויאמר אליו אלישע לך אמור לו חיה תחיה. והראני ה' כי מות ימות". "מצודות דוד" מבאר כי הוא אמר לו שיחיה כדי לנחם אותו.

הרב אבינר מבאר "בפשטות אפשר לומר כי משום כך אמר לו שיחיה, שכן אילו היה אומר לו את האמת היה מקרב בזה מיתתו"¹⁹, כי היה מת תיכף מתוך צער הדאגה, ומשום פיקוח נפש אפשר גם לשקר, כי אין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש"²⁰.

הרב אושינסקי בספרו "אורחות משפט"²¹ ערך דיון מקיף ובסופו הסיק

¹⁶ הרב יצחק זילברשטיין בספרו **חשוקי חמד** בבא מציעא ז, א.

¹⁷ הרב זילברשטיין מציין כי במסכת בבא מציעא ז, א, מצינו כי האיסור של לא תחסום שור בדישו. לא נאמר בבהמה המתרוצצת, משום שבאיסור החסימה התכונה התורה לטובת הבהמה, ולא כשהדבר הוא לרעתה. על כן מסיק הוא כי גם במצות כבוד אב, אין לכבד את רצונו כשהדבר יזיק לו.

¹⁸ ה"ש 10 לעיל.

¹⁹ לכאורה אין זו ראיה, שכן הרלב"ג מבאר שם כי הוא אמר לו שיחיה כדי שלא ימות מפחד מחמת דברי הנביא.

²⁰ ר' כתובות יט, א, דברי רבא כי אם יבואו עדים להימלך בבית הדין האם לחתום על שטר שקרי במקום שהדבר כרוך בפיקוח נפש היו בית הדין אומרים להם לכו חתמו ואל תמותו כי "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש – אלא עבודה זרה וגלוי עריות ושפיכות דמים בלבד".

²¹ הרב יצחק צבי אושינסקי **אורחות משפט** עמ' שמ"א "החובה לשתף חולה במצבו ובסיכון הקיים בטיפול בו". הרב אושינסקי כתב כי אין להביא ראיה מדברי הנביא אלישע להוד

כי עדיף שהרופא לא ישתף את החולה במצבו הקשה. "עדיפה היא השתיקה או טשטוש המצב, אך לא יספר לחולה את ההפך מהאמת".
העולה מן הדברים הוא, כי לפי גישת ההלכה יש להבחין בין המצבים השונים:

- א. מידע הנדרש באופן ענייני כדי לקבל החלטות מושכלות בדבר הטיפול שיינתן לחולה – פשיטא כי יש למסור לחולה.
- ב. חולה סופני נוטה למות, יש למסור לו מידע שיביא אותו להתכונן לדרכו האחרונה, לצוות לביתו, להיפרד מקרוביו, לחזור בתשובה ולומר וידוי.
- ג. חולה סופני שעדיין אינו נוטה למות, אין למסור לו מידע בדבר הפרוגנוזה שלו, שכן חולה שמוצב בפניו שעון חול שגרגריו אוזלים מאבד את חדות חייו בזמן הקצר שעוד נותר לו לחיות, מאבד את יצר הקיום שלו, והדבר ידרדר אותו גם מבחינה בריאותית. במקרה זה טובת החולה והחשש מפני הפגיעה בבריאותו ובתוחלת חייו עולה על ערך האמת.
- ד. עם זאת, אין לשקר לחולה ולמסור לו מידע כוזב כי הוא עומד להחלים בקרוב. יידע החולה כי הוא נאבק במחלתו ויתפלל לאלוקיו מכל לב, כשהוא נסוך תקווה ויצר קיום.

ג. תמיהתו של הרב שפרן

הרב יגאל שפרן²² סבור כי ברוב הפעמים יש לספר לחולה את האמת. הוא משיב על הראיות השונות שהובאו לעיל²³ וסובר כי אין להוכיח מהן שאין לומר לחולה את מצבו. הרב שפרן עומד על כך שזוהי זכותו של החולה לדעת את מצבו, להרהר תשובה בליבו ולהכין עצמו לעולם שכולו טוב²⁴.

ברם, שכפי שראינו לעיל, כאשר החולה נוטה למות אין חולק כי יש לומר עמו וידוי, וזוהי אכן שעה שבה ראוי שיוכל להיפרד כראוי. אך יש שלבים קודמים, שבהם אין לכאורה מקום רב לשיקול זה, ובוודאי שקשה

מלך ארם, שהרי הנביא נשאל אודות מחלתו של מלך ארם, וממנה הוא לא מת. מלך ארם מת למחרת, אך לא מחוליו אלא במכבר וע"י חזאל. לא מצינו אפוא כי הנביא אמר לו דבר שאינו אמת כדי לעודדו. הרב אושינסקי מנתח שם מספר מקורות נוספים מן הכתוב.

הרב יגאל שפרן "אמירת האמת לחולה על מצבו" אסיא מ"ב-מ"ג 16 (ניסן תשמ"ז).
חלק מן הכותבים השיבו לרב שפרן במחלוקת על ראיותיהם, ועמדו במיוחד על ההבחנה בין חולה הנוטה למות לבין חולה חשוך מרפא שעוד לא הגיע לישראל האחרונה של מחלתו. כך למשל הרב אברהם ס' אברהם (בעל "נשמת אברהם") "הנוטה למות לעומת חשוך מרפא" אסיא מ"ב-מ"ג 24 (ניסן תשמ"ז).

בדברי חז"ל מצינו (בראשית רבה פרשה ס"ה סימן ט') "אברהם חידש זיקנה, יצחק חידש ייסורים, יעקב חידש חולי, חזקיהו חידש חולי שיתרפא". תופעות אלו התחדשו לבקשת האדם כדי שיוכל ללכת לבית עולמו לאחר הכנה ראוייה ולאחר שציווה לביתו והשכין יחסים ראויים בין יוצאי חלציו.

לראות כיצד שיקול זה גובר על הנזק הנגרם או עלול להיגרם לחולה כתוצאה מבשורת איוב הניחתת עליו.

ודוק, גם הרב שפרן מודה כי יש מקרים שבהם מתעורר חשש שמא יבא החולה לכלל ייאוש והדברים יזיקו לבריאותו. אולם לדידו יש לבחון חשש זה באופן פרטני ולראות מהי טובת החולה בכל מקרה לגופו ואין לקבוע כלל אחיד. "על כן תימה רבה היא כיצד נקטו רוב הכותבים שצידדו בגישה להסתיר מן החולה את מצבו בלשון פסקנית, שאינה מותירה אפשרות לשיקול דעת בעניין כה עדין?".

תמיהה זו מהדהדת ביתר שאת בדורנו, שבו אמצעי הטכנולוגיה ובעיקר המרשחתת וקלות הפעלתה, הביאו להצפת מידע ו"מלאה הארץ דעה כמים לים מכסים". לנוכח הנגישות העצומה למידע נמצא כי החולה יכול להגיע בכוחות עצמו למקורות מידע שבעבר לא היו נחלת הכלל. נמצא כי אם הרופא לא יספר את האמת לחולה, הוא עלול לגלות אותה לבד, ובאופן לא מבוקר, לא ראוי ואף שגוי. במקרה זה הנזק לחולה עלול להיות גדול עוד יותר. בנוסף, החולה גם עלול לאבד את האמון ברופא שהסתיר ממנו את המידע. על כן, מתוך ראייה של בקרת נזקים, מתעוררת לכאורה סברה לפיה יש מקום, ברוב המקרים, למסור את המידע לחולה בעדינות, ברגישות ובמימנות, תוך שמתירים לו שביב של תקווה ומשתדלים שלא לכבות את הנר.

מדוע אם כן סברו הפוסקים כי ככלל אין לעשות כן?

ד. מסירת מידע לאור הצורך בהסכמה מדעת

גישת הפוסקים לפיה אין למסור מידע מלא לחולה בדבר מצבו החמור, מעוררת קושי נוסף שעליו לא עמדו הפוסקים עד כה, והוא הצורך והחובה לקבל "הסכמה מדעת" של החולה כדי לטפל בו. רופא אינו יכול לתת טיפול רפואי בלי לקבל הסכמה מדעת של החולה. בית המשפט קבע²⁵ כי החולה הוא סובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא. על כן, עומדת לו זכות יסוד הנובעת מן האוטונומיה של הפרט להחליט מדעת – בידיעת כל העובדות הרלוונטיות. כנגד זכות זאת עומדת חובת הרופא למסור למטופל מידע". סעיף 13 לחוק זכויות החולה תשנ"ו-1996 קובע מפורשות: "(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך

²⁵ כב' השופטת ד' דורנר בע"א 434/94 **שי ברמן קטינה באמצעות הוריה נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ** (פורסם בנבו, 11.8.1997), עמ' 212: "החולה אינו אובייקט, הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבוחרו בדרך הטיפול. על כן, עומדת לו זכות יסוד הנובעת מהאוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידיעת העובדות הרלוונטיות להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו". ר' גם: ע"א 2781-93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נגן(4) 526 (פורסם בנבו, 29.8.1999), פסקה 19.

המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה. (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי²⁶. עם זאת, סעיף 13 לחוק אינו עוצר בנקודה זאת וקובע בס"ק (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". כמו כן נקבע בסעיף 18(ג) לחוק זכויות החולה כי "רשאי מטפל להחליט שלא למסור למטופל מידע רפואי מלא או חלקי המתייחס אליו, אם המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל או לסכן את חייו; החליט המטפל כי אין למסור למטופל מידע כאמור בסעיף קטן זה, יודיע מיד על החלטתו לוועדת האתיקה ויצרף את המידע שלא נמסר למטופל ואת נימוקיו לאי מסירתו". השאלה עוברת אפוא מן הרופא אל ועדת האתיקה. אבל, מה צריכה להיות עמדת ועדת האתיקה, כשהיא מביאה בחשבון את זכויות החולה ואת המשטר המשפטי שבו החולה הוא הבעלים על גופו, ואין לנהוג בו בפטרונות ולהחליט עבורו על טיפול רפואי בלא שיהא בידו מידע מלא על מצבו?

תפיסת ההסכמה מדעת אינה מצויה במשפט העברי הקלאסי, וכדברי פרופ' אברהם שטינברג²⁷ עסקינן במושג חדש שאיננו תואם את השקפת ההלכה מיסודה – שכן ערך האוטונומיה עצמו מוגבל בה. כדבריו "לפי תפיסת ההלכה יש חיוב על הרופא לרפא ויש חיוב על החולה להתרפא, ועל כן כמעט שבטל כל היסוד הערכי שעליו מושתת עקרון ההסכמה מדעת. לפי ההלכה, דרך הטיפול, לעתים קרובות, איננה נקבעת על פי רצונו של החולה ובהסכמתו, אלא על פי המצב האובייקטיבי"²⁸.

²⁶ סעיף 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996. ר' גם: ע"א 1303-09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, סה(3) 164 (פורסם בנבו, 5.3.2012), פסקה 21; ע"א 6153-97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746 (פורסם בנבו, 11.6.2002), פסקה 11. וראו סקירתה של נילי קרקו אייל "המשפט כאמצעי לשינוי חברתי – המקרה של דוקטרינת ההסכמה מדעת" האם המשפט חשוב? 417 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

²⁷ הרב פרופ' אברהם שטינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ב' בערך "הסכמה מדעת" עמ' 1, 22 ואילך.

²⁸ יש מקרים שבהם עמדת החולה מוכרעת גם על פי שיטת ההלכה, שהרי "לב יודע מרת נפשו" (משלי י"ד, י'). כך למשל לגבי אכילה של חולה ביום הכיפורים נפסק להלכה בשולחן ערוך אורח חיים תרי"ח, א' כי אם החולה אומר "צריך אני, אפילו מאה רופאים אומרים אינו צריך שומעים לחולה". ברם, **במגן אברהם** על שו"ע או"ח שכ"ח ס"ק ו' כתב בשם הרדב"ז שאם רופא אומר שיש צורך בטיפול רפואי או בנטילת תרופה והחולה מסרב – כופין אותו. הרב יעקב עמדין בספרו **מור וקציעה** סימן שכח מצייין כי הדבר אמור רק ביחס לשימוש ברפואה ודאית כשהחולה מחמיר על עצמו כדי שלא לחלל שבת. אבל אם החולה נמנע מפני שאינו מחזיקה לרפואה בדוקה אפי' מדעת עצמו בלבד, כ"ש אם מסייעו רופא אחד (המתנגד לרופא שאומר צריך), אין כופין, וכ"ש אם חושש הוא שהתרופה מזקת לו. "רק בחולי ומכה שבגלוי שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם, ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה, בכל ענין ואופן שנתנה

ברם, אם יוצאים מנקודת הנחה כי יש לחולה בעלות על גופו הרי שלכאורה לא נותר מנוס מלמסור לחולה מידע מלא על מצבו, כדי שהרופא יוכל לטפל בו במקרים שאינם בגדר של רפואה דחופה ופיקוח נפש, שהרי בלי מידע זה נמצא כי ההסכמה אינה מודעת ואינה תקפה ולרופא אין כל היתר לבצע טיפול כלשהו בחולה.²⁹

בשאלת הבעלות של אדם על גופו עסקו רבים.

בגמרא בבא קמא (צג, א) עולה כי אדם פטור כאשר הוא מכה את חברו שהרשה לו לעשות כן. הרלב"ח³⁰ אף פוסק כי "הרי שאמר לחברו הכני

תורה רשות לרופא לרפאותו... ועושין כל הצריך לפקוח נפש נגד רצונו של חולה. וכל אדם מזהיר על כך משום ולא תעמוד על דם רעך, ואין הדבר תלוי ברעתו של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבד עצמו".

ודוק, לכאורה רופא היכול להציל את החולה אינו נפטר מאיסור 'לא תעמוד על דם רעך' גם כשהחולה מסרב לטיפול, כפי שאין בידו לשמוע לאדם שוטה המסרב לקבל טיפול. הדבר דומה על פניו לשאלה האם יש להציל אדם החפץ לטרוף נפשו בכפו, על אף שזהו רצונו. בענין זה דעת **המנחת חינוך** מצוה רל"ז בקומץ המנחה, כי אם אדם מאבד עצמו לדעת אין חיוב להצילו, משום שהמצוה להציל נלמדת מהשבת אבידה, כמבואר בסנהדרין (עג, א), וקיימא לן שאבידה מדעת אין חיוב להשיבה. אולם רבים חולקים על כך: ר' **תשובות המהר"ם מרוטנבורג** (סימן לט) שכתב שאפילו צווח אל תצילוני אין שומעים לו; רש"י בבא מציעא דף נ"א עמ' א' ד"ה ר"י "צער הגוף לא ניתן למחילה"; רש"י בקידושין (יט, ב), ד"ה דבר; ורשב"ם בבא בתרא (קכו, ב, ד"ה בדבר); הריב"ש בסימן תפ"ד; משנה למלך הלכות אישות (פ"ו ה"י); **מגן אברהם** על שו"ע סימן קס"ט ס"ק א'; נודע ביהודה תנינא אבן העזר סימן ל"א, שעל צער הגוף אין אדם יכול למחול. נמצא כי בהצלת נפשות החובה מעצמו להציל את חברו מכל סכנה אף שלא נדרש לכך, כי אין בידו של האדם הנמצא בסכנה לוותר או למחול על הצלה ועזרה אף שלא רוצה בהצלתו. כמו כן ר' פסקו של הרב אליהו בקשי דורון בשו"ת **בנין אב** כרך א' סימן נ', המסיק כי דעת החולה אינה קובעת, אף כי הרופאים ראוי שיזהרו שלא להיכנס לסיכונים שלא לצורך.

יפה סיכמה את הדברים ד"ר עפרה גולן בספרה **הסכמה מדעת לטיפול רפואי** – חובת הגילוי באספקלריה של טובת החולה (תשס"ח-2008), עמ' 208: "נראה אפוא, כי ברמה הקונספטואלית, ההבדל בין גישת המשפט העברי להסכמה מדעת לבין גישת הדין הישראלי הוא בכך, שהמשפט העברי נותן משקל בהליך קבלת ההחלטה הטיפולית לא רק לכבוד המטופל אלא גם, ובמיוחד, לתוצאה הרפואית של ההחלטה. לעומת זאת, לפי הדין הישראלי "מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע טיפול רפואי טמון בכיבוד זכויותיו של החולה כאדם – ובמיוחד הזכות לכבוד ולאוטונומיה עליה עמדת – ופחות בתוצאה הרפואית של החלטתו".

ור' ע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ח(1) 87 דבריו של השופט מ. אלון עמ' 179; ע"א 1303/09 **מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים** פ"ד (סה) 164 (3) (2012) (פיסקה כ"ב) לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין; ת"א (ירושלים) 3161/01 **חלמסקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.2.2005) פסקו של השופט מ. דרווי; הרב עמנואל יעקובוביץ:

The doctor's duty to heal and the patient's consent in the Jewish tradition," in: G.R. Dunsten and M. J. Seller (eds.), *Consent in Medicine: Convergence and Divergence in Tradition* 1983; B. Freedman, *Duty and Healing: Foundations of a Jewish Bioethic* (Reflective Bioethics) 1992.

רלב"ח **בקונטרס הסמיכה** ק"א ד"ה "עוד אני אומר" "הרי שאמר לחברו הכני ופצעני על מנת לפטור – פטור אליבא דכולי עלמא, ונראה שהוא מותר".

29

30

ופצעני על מנת לפטור – פטור אליבא דכולי עלמא, ונראה שהוא מותר". מכאן עולה לכאורה כי אדם נחשב לבעלים על גופו.

בדומה לכך כתב ה"מנחת חינוך"³¹ כי "אם אביו ואמו או חברו אומרים לו שיכס או שיקללם"³², אינו עובר בלאו הזה ואינו חייב לא מלקות ולא מיתה". וסיים שם: "ואע"פ שלא מצאתי זה מפורש, מכל מקום הסברה נותנת כן, כן נראה לענ"ד ברור". בבסיס הדברים מונחת בפשטות הסברה כי האדם הוא הבעלים על גופו.

הרב שילה רפאל³³ הסיק על כן כי יש לאדם בעלות על גופו, ועל כן (ומכוח לנימוקים נוספים) הגיע למסקנה "שאין לכפות טיפול רפואי על חולה בניגוד לרצונו".

לענ"ד הדברים עולים גם לאור הדברים הבאים:

א. הדין הוא כי החובל בחברו חייב לשלם לו את ערך האיבר שפגם בו³⁴. החובל חייב בתשלום זה לניזוק, מכיוון שהאיבר שנפגע – של הניזוק הוא. מכאן שהאדם הוא בעלים על גופו.

ב. תוספות במסכת קידושין כג, א, ד"ה "ואיכא דאמרי" מבאר כי במקרה שאדם היה עבד ובעליו עומד למות בלא שיהיו לו יורשים, הרי שהוא קודם לזכות בעצמו "כיוון שיש לו יד". כלומר יש לאדם זכיה בגופו שלו והוא קונה אותו, מכיוון שהוא מחזיק בגופו – כבעלים.

ג. פועל יוצא מן הבעלות הוא שיש לבעלים זכות לקבוע מה ייעשה בדבר הקנוי לו, ועצם הפגיעה באוטונומיה זו – היא פגיעה בבעלותו.

כך למשל כתב הרב שמעון שקופ³⁵ כי אין אפשרות לכפות על אדם (מדין "כופין על מידת סדרם") לאפשר למישהו להתגורר בנכס ריק שלו

³¹ רבי יוסף באב"ד בספרו מנחת חינוך מצוה מ"ח.

³² רבי אריה לייב ממין (בעל ה"שאגת אריה") בספרו טורי אבן, מגילה, כח, א, הביא את דברי הגמ' (קידושין לב, א) כי רב הונא קרע בגדיו בפני בנו כדי לראות אם יכעס. הגמ' תמהה מדוע אין בכך איסור של "לפני עור לא תתן מכשול", ופירש רש"י שמא בכעסו יאמר לאביו דבר המבזהו. ומתרתת הגמרא כי הוא מחל מראש על כבודו. מכאן מסיק ה"טורי אבן" כי "אף לענין בזיון כבוד אב מחול".

³³ הרב שילה רפאל, כפיית טיפול רפואי על חולה, בתוך תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הארצי השלושים ושלושה לתורה שבעל פה, ירושלים, תשנ"ב, עמ' ע"ז-פ"א.

³⁴ משנה בבא קמא פרק ח' משנה א' כי החובל בחברו חייב בחמישה דברים: נזק, צער, ריפוי, שבת, בושת. וכך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן ת"כ סעיף ג'. בסעיף ט"ו שם נפסק כיצד נקבע החיוב בגין "נזק": "אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק, כמה היה שווה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו. הגה: ואם היה בעל אומנות, כגון נוקב מרגליות, וקטע לו ידו, משערינן הזיקו כפי מה שהוא. אבל אם קטע רגלו, שאין מזיק לו כל כך, משערינן הזיקו כאילו לא היה בעל אומנות (טור בשם הרא"ש)".

³⁵ הרב שמעון שקופ בחידושו למסכת ב"ק סימן י"ט אות ג' בהסבירו את דברי התוס' בד"ה "הא איתהנית".

"משום דאם יכפוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו ועל זה קפדי רוב אינשי, ולא חשיב סדום בדבר שקפדי רוב אינשי". כלומר, השימוש בביתו בניגוד לרצונו נחשב כ"זה חסר" כי עצם הכפייה מהווה פגיעה בבעלותו. החיסרון אינו כלכלי, אלא שבכפייה עצמה יש פגיעה ביסוד הבעלות ואין לך חסר גדול מזה.

ד. מכאן עולה כי אם מבקשים לכפות על אדם טיפול רפואי, או אם מטפלים בו בלי לקבל הסכמה המבוססת על מידע מלא של העובדות, הדבר עולה כדי פגיעה בבעלות האדם על גופו.

הרב שלמה יוסף זיין³⁶ סבר כי אין לאדם בעלות על גופו, וביקש לדייק זאת בדברי הרמב"ם (הלכות רוצח פרק א' הלכה ד') "מוזהרים בית דין שלא ליקח כופר מן הרוצח, ואפילו נתן כל ממון שבעולם, ואפילו רצה גואל הדם לפטרו, שאין נפשו של זה הנהרג קנין גואל הדם אלא קניין הקב"ה". ברם, דברי הרמב"ם מתייחסים לנפש האדם, שהיא קניינו של הקב"ה והדבר שולל את זכותו של קרובו של הנרצח למחול על פשע רציחתו. אולם, לכאורה אין להסיק מכאן מסקנה הלכתית בדבר שלילת בעלותו של האדם על גופו הוא.

הרב זיין מביא את דברי הרדב"ז בביאור פסקו של הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק י"ח הלכה ו') שאין ממיתים אדם ולא מלקים אותו על פי הודאת פיו, שכן "אין נפשו של אדם קניינו אלא קניין הקב"ה". אולם, הרב שאול ישראל³⁷ הקשה כי אם מסיקים מכאן שאין אדם בעלים על גופו נמצא שהרדב"ז סתר את משנתו במה שכתב על פסקו של הרמב"ם בהלכות מלכים (פרק ט' הלכה ד') לגבי רודף שיכולים להצילו באחד מאיבריו והרגוהו שאין נהרגים עליו, שם כתב הרדב"ז: "כיון שהוא רודף הפקיר עצמו למיתה, שהרי יודע הוא שהנרדף יעמוד על נפשו", ולפי הבנת הרב זיין קשה "מה בכך שהתיר עצמו למיתה, הרי אין הנפש קניינו, והפקרתו אינו מועילה ולא כלום, ולמה לא יתחייב מיתת בית דין זה שהרגו". מתוך כך מסיק הרב ישראלי, כי האדם הוא בעלים על גופו, ורשאי למחול על החבלה בגופו, אלא שהאדם אינו הבעלים היחידים, אלא אף הקב"ה שותף עמו בבעלות על הגוף: "בנפש האדם יש שני שותפים. הקב"ה, שעל זה נאמר בפסוק בספר יחזקאל כי הנפשות לי הנה, והאדם אשר לו ניתנה, וחברו שהרגו חטא גם כנגד האדם שבו נופחה נשמה זו, וחיוב מיתה שבידי בית דין הוא מחמת

³⁶ הרב שלמה יוסף זיין "משפט שיילוק על פי ההלכה", בספרו **לאור ההלכה** (ירושלים, תשס"ד) עמ' ת"ג, ובעמ' ת"כ.

³⁷ הרב שאול ישראלי, בספרו **עמוד הימיני** (ירושלים, תש"ס) סימן ט"ז, פרק ה', אות ט"ז, וכן הרב שאול ישראלי "תקרית קיביה לאור ההלכה", **התורה והמדינה**, קובץ ה-ו, תשי"ג-תשי"ד, עמ' ק"ו ואילך.

התביעה שבין אדם לחברו. אכן גם כלפי שמים מחויב, וזהו חיוב בידי שמים"³⁸.

בדומה לכך העיר רבי יעקב אפשטיין³⁹ כי "הרב זוין יצא להחיל כלל שאין לאדם בעלות על גופו ועל נפשו. והנה הוא עובר מנפש לגוף, וחוזר חלילה, בלי להבחין ביניהם, ובלי להבחין אם מדובר בהמתה או בחבלה, והכל בכלל אחד כוונתו, ולא הגדיר לענ"ד את הדברים במדויק. והנראה לענ"ד שמכל דבריו אין ראייה לגבי פגיעה באבריו שלו, וניתן לומר שיש לאדם בעלות על אבריו, ולא רק קנין פירות לפרנסה כגון עושה בידיו ורגליו וכדומה, אלא בעלות גמורה, אלא שלא הותר לו "להוציאם" מרשותו אלא כשאין בכך דרך השחתה, שהרי גם חייב ב"בל תשחית" כלפי גופו. ולגבי נטילת חיות לגמרי, מודה אני לרב זוין ולמקורות שהביא".

הרב זוין הביא ראייה לדבריו גם מדברי "שולחן ערוך הרב" (חושן משפט סעיף ד') "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו".

בביאור שיטתו של שו"ע הרב, כתב הרב מנחם שניאורסון⁴⁰: "לכאורה יש לעיין בדברי הרדב"ז, מאי שנא נפשות שהם קניינו של הקב"ה מזה שכל העולם כולו הוא קנין הקב"ה⁴¹? על כן צריך לומר כי הגם שכל העולם הוא בבעלותו של הקב"ה, מכל מקום ביחס לרשות האדם יש הבדל עיקרי בין נפשו וממונו. ויש לומר הביאור בזה, נפשו וחייו של האדם נמסרו מהקב"ה לאדם רק בתור פקדון, ולא לבעלותו שלו, כפסק רבינו הזקן בשולחן דאין לאדם רשות על גופו כלל להכותו. ועל פי זה, שאדם מוזהר שלא להזיק את גופו אינו רק ענין של איסור, אלא שזהו גם מדיני הקניינים שאין לו רשות על גופו (כי הגוף קנינו של הקב"ה שנמצא אצל האדם בתור פיקדון). מה שאין כן ממונו של אדם נמסר לאדם באופן שהוא נעשה בעליו של ממונו זה, על דרך שנאמר (תהילים כ"ד, א') "והארץ נתן לבני אדם". וזה ש"צריך להיזהר במאודו שלא לאבדו ולא לקלקלו ולא להזיק" (לשון שו"ע הרב הלכות שמירת גוף

³⁸ הרב ישראלי ביאר את דברי הרדב"ז ביחס לרודף כי ככלל לא מועילה הרשאת אדם על גופו משום שקיימא לן כי אין אדם מוחל על ראשי איברים שלו (ב"ק צג, א), מכל שכן על כל הגוף. אולם לגבי רודף אנו רואים שהתיר עצמו למיתה ע"י שהפקיר את עצמו כלפי הנרדף "בזה נפקע החיוב בידי ב"ד על התרתו, כיון שהוא מחל בבירור. מה שאין כן על החלק של דיני שמים, שהוא מצד הנפשות לי הנה, לזה לא מועיל מחילתו, על כן חייב ההורגו בידי שמים. נמצא כי מה שכתב הרדב"ז שלא מועילה הודאתו מפני שאין הנפש שלו, היינו שיש כאן חלק גבוה וזה לא ניתן להיות נדון בהודאתו".

³⁹ רבי יעקב אפשטיין, שו"ת **חבל נחלתו** חלק ד' סימן ס'.

⁴⁰ הרב מנחם מנדל שניאורסון (הרבי מליובאוויטש) **ליקוטי שיחות**, כרך לד, פרשת שופטים שיחה ב'.

⁴¹ ר' תהילים כ"ד, א' 'לה' הארץ ומלוואה'; חגי ב', ח' 'לי הכסף ולי הזהב נאום ה'; **ספר החינוך** מצוה שכ"ח "הכל ברשות אדון כל".

ונפש סע' יד) אינו מפני שהממון אינו שלו, אלא זהו איסור, שעובר על לאו דבל תשחית".

ודוק, גם לגבי בעלות שיש לאדם בממונו הכלל הוא כי הבעלות אינה נשללת מחמת כך שיש לו שותף, ופשיטא כי כשיש שותף הבעלים אינו יכול להשמיד את הנכס. הוא הדין כאשר הבעלים מחכיר את הנכס, והכלל הוא שבעלים יכול להחכיר את הנכס גם לאלף שנה.

הבעלות משולה ל"קופסה" שבתוכה נתונים מגוון של זכויות: זכות לשימוש, זכות להחזקה, זכות לפירות, זכות לבצע עסקאות, וכן כוללת הבעלות את הזכות לוותר על זכות זו או אחרת מאלו שבתוך "הקופסה" – הבעלים יכול להוציא מתוך הבעלות מה שירצה. ברם, לאחר שרוקנו את ה"קופסה" מזכויות מה נותר בה? במה שונה הדבר מאדם אשר מכר את בעלותו? התשובה היא כי ניתן להוציא מכלל הזכויות נשוא הבעלות איזו זכות שהיא ועדיין להישאר בעלים, במובן זה שהקופסה עצמה נשארת בידי בעליה⁴².

מכיוון שכך נראה לומר כי גם אם הבעלות על הגוף משותפת לקב"ה ולאדם, ומחמת חלקו של השותף (הקב"ה) אין לאדם רשות לחבול בעצמו (כפי שפסק שו"ע הרב) או למכור את אבריו לאחר (כפי שמסיק הרב זיין), הרי שמכל מקום אין בכך כדי לשלול את הגדרת האדם כבעלים על גופו, לעניין זה שנוכל לבצע בגופו טיפול רפואי בלי לבקש הסכמה מדעת שלו. בהתאם לכך, נשאלת השאלה כיצד ניתן להורות כי הרופא רשאי שלא לשותף את החולה בדיעת הפרוגנוזה הקשה שלו, שעה שכל טיפול בחולה חייב להתבסס על הסכמת החולה, והידיעה על המצב הרפואי לאשורו היא חלק חיוני בקבלת הסכמה תקפה.

ה. חזקה משפטית בדבר הסכמה מכללא – שלא לדעת

נראה כי ברור שאין לפגוע באוטונומיה של החולה, ולקבל החלטות ביחס למתן טיפול רפואי בלא שתתקבל הסכמה מדעת. אבל אין הדבר כולל בהכרח גם מסירת בשורה מרה אודות תוחלת חיים קצרה של החולה. אין בהכרח קשר בין מסירת מידע ספציפי זה, לבין הצורך בקבלת טיפול רפואי שמאריך חיים. אכן, לעיתים העובדה כי עסקינן בחיי שעה קצרים מפחיתה מן הצורך בטיפול אם הוא כרוך בפגיעה חמורה באיכות החיים וביכולת של

⁴² יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושותף 31 (2005); אברהם וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד, מהדורה שנייה, עמ' 32 (2020).

החולה למצותם. אבל, ברוב המקרים, כשהטיפול הרפואי אינו שולל את יכולת החולה לנצל את שארית חייו, נמצא כי המידע אודות תוחלת החיים הקצרה של החולה אינה הכרחית כדי שהסכמה לטיפול הרפואי תהיה מודעת⁴³.

⁴³ בפסיקה בארה"ב ובקנדה מצינו זיקה ברורה בין המידע הנמסר לחולה לבין הצורך בקבלת הסכמתו לטיפול הרפואי. מידע הנדרש לצורך קבלת החלטה אינטליגנטית של החולה אודות טיפול – חייבים למסור לו. אבל, מידע אודות קוצר ימיו חורג לכאורה מן הצורך הזה, ועל כן אין מקום למסור בשורת איוב זה לחולה, שהרי היא לא משרתת אותו, אלא רק מייאשת אותו. לעניין זה ר' למשל (1972) 464 F. 2d 772 *Canterbury v. Spence* פסק דין אשר ניתן על ידי בית המשפט הפדרלי לערעורים בעיר וושינגטון. וכך כתב השופט רובינסון (Robinson), בעמ' 786-787:

"In our view, the patient's right of self-decision shapes the boundaries of the duty to reveal. That right can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The scope of the physician's communications to the patient, then, must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decision. Thus the test for determining whether a particular peril must be divulged is its materiality to the patient's decision: all risks potentially affecting the decision must be unmasked. And to safeguard the patient's interest in achieving his own determination on treatment, the law must itself set the standard for adequate disclosure".

גישה זו התקבלה על ידי בית המשפט העליון הקנדי ב *Arndt v. Smith* (1995) 126 D.L.R. (4th) 705. וכך כתב השופט למברט (*Lambert*) בעמ' 715:

"...the standard for gauging the extent of the duty of the doctor to the patient in matters to do with the choice of decisions about treatment and about all other matters requiring the understanding and knowing co-operation of the patient is not the standard of the reasonable practitioner, set by medical considerations alone, but rather the standard of disclosing all material risks and all special or unusual risks, and answering the patient's questions fully and frankly. That standard has its root in the social concept of individual responsibility for health and bodily integrity and in the legal concepts associated with considering the relationship between a doctor and a patient, at least with respect to decisions involving understanding and choice, as a fiduciary relationship...".

בדומה קבע בית משפט העליון של אוסטרליה בפרשת *Rogers v. Whitaker* (1992) 175 C.L.R. 479, 490:

"The law should recognize that a doctor has a duty to warn a patient of a material risk inherent in the proposed treatment; a risk is material if, in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient's position, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it or if the medical practitioner is or should reasonably be aware that the particular patient, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it".

כמו כן ר' פסקי דין אמריקניים שעסקו בצורך במסירת מידע לחולה:

זאת ועוד, בדרך כלל אדם אינו מעוניין לדעת מהי תוחלת חייו, והוא מעדיף לחיות ב"גן עדן של שוטים". אדם בריא אינו מעוניין לדעת מתי תגיע שעתו ומהי תוחלת חייו, שהרי מאותו רגע יחיה כשלנגד עיניו שעון חול וגרגרים אוזלים, והדבר ישבית את משוש חייו ואושרו.

הדברים קל וחומר כשעסקינן בתוחלת חיים קצרה. זו ידיעה מרה שאדם אינו מעוניין בה. אכן, לעיתים אדם אומר "אני איש חזק. ניחנתי באומץ ובכוחות נפש. ברצוני לדעת את האמת". אבל, ספק אם אמירה זו משקפת את המצב לאשורו.

הרב אושינסקי בספרו "ארחות משפט" עמ' שמ"ג ציין "מקובל שסיפור רבי מאיר שמחה מדוינסק (בעל "משך חכמה" ו"אור שמח") שביקש שיגלו לו את מצב בריאותו האמיתי משום שעליו לא תשפיע ידיעה זו, ואולם לאחר שסיפרו לו על מצבו הקשה אמר שאכן השפיעה עליו ידיעה זו לרעה".

מסירת מידע שכזה לחולה עלולה כשלעצמה לפגוע בחולה, והכלל הוא כי אין דבר העומד בפני פיקוח נפש, כשהמונח "פיקוח נפש" כולל אף ספק פיקוח נפש⁴⁴. נמצא כי כאשר עסקינן בדבר שעלול לפגוע בבריאות החולה, יש להחמיר ו"חמירא סכנתא מאיסורא"⁴⁵.

על כן, במענה לתמיהתו של הרב שפרן, יש לומר כי בכל מקרה של ספק או אף ספיק ספיקא יש להטות את כפות המאזניים ולהגיע לכלל מסקנה השוללת מסירת מידע מר לחולה אודות קיצור תוחלת חייו. אכן, ייתכן שבאופן אינדיווידואלי עסקינן בחולה "גיבור" שחוסנו הרוחני לא ייפגע ומצבו הבריאותי לא יידרדר. אבל, הרופא אינו יכול לדעת זאת בוודאות, ולכן הכלל הרחב מחייב להעדיף את הזהירות ולשלול כל סיכון⁴⁶.

לכן, אין לשאול את החולה לדעתו, ואין לומר כי העניין אינדיווידואלי, אלא יש ליצור חזקה כללית ומחממה אין לפגוע באדם ולהסתכן בסיכון חייו.

Reed v. Campagnolo 630 A. 2d 1145 (1993); *Munro v. The Regents of the University of California* 215 Cal. App. 3d 977 (1989); *Karlsons v. Guerinot* 394 N.Y.S. 2d 933 (1977).

⁴⁴ לא רק ודאי פיקוח נפש דוחה את כל המצוות שבתורה, אלא גם ספק פיקוח נפש, שהרי אמרה התורה (ויקרא י"ח, ה') "וחי בהם" ודרשו חז"ל (יומא פג, א) שלא יוכל לבוא בשום עניין לידי מיתת ישראל על ידי שמירת מצוות. על כן אין הולכים בפיקוח נפש אחר הרוב. ר' שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שכ"ט, סעיף ב'.

⁴⁵ חולין י, א.

⁴⁶ ר': עיקרון הזהירות המונעת (better safe than sorry) בחוות דעתו של כב' השופט מלצר בבג"ץ 466/07 **חה"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.1.2012).

מכיוון שזה הדין הרצוי, הרי שבמערכת המשפט הישראלית⁴⁷ יש מקום לקביעת חזקה משפטית⁴⁸ לפיה החולה אינו רוצה שימסרו לו מהי תוחלת חייו. חזקה היא כי ניתנה הסכמה מראש של החולה שלא לדעת פרטים שיש בהם רק לדכדך ולהפחיד, ואין בהם כדי לסייע ולשנות. חזקה זו אינה עובדתית, אלא משפטית. היא אינה מתבססת על סטטיסטיקה, אלא על דין רצוי, והיא בגדר של חזקה הניתנת לסתירה. אולם, בהינתן חזקה זו נמצאנו אומרים כי גם אם נחוצה "הסכמה מדעת", הרי שהסכמה זו נתונה, שהרי בפנינו הסכמה מכללא של החולה עצמו כי הרופא לא יספר לו דברים העלולים לפגוע בבריאותו, ועל אף זאת יטפל בו כשהוא חוסך ממנו את עגמת הנפש. בדרך זו נמצאנו מתגברים על הפגיעה באוטונומיה של החולה, ומגיעים למסקנה הראויה והמתחייבת מן הצורך לשמור על טובת החולה.

ו. סיכום

המורם מן האמור לעיל הוא כי בארבעה מקרים יש למסור מידע מלא לחולה, ובמקרה אחד לא:

א. ככלל יש להקפיד לשמור על האוטונומיה של החולה, ואין לתת לו טיפול רפואי בלי לשותף את החולה בצמתי החלטות, כשהוא מקבל מידע מלא וראוי ומביע הסכמה מדעת על בסיס מידע ודעת הניתנים לו ע"י הצוות הרפואי.

ב. אם החולה שואל שאלה, נראה כי אסור לרמות אותו ולתת לו מידע שאינו אמת שינסוך בו אופטימיות נעדרת בסיס.

⁴⁷ במשפט העברי לא ניתן להמציא חזקה על סמך דין רצוי. בכל זאת ניתן להגיע לתוצאה דומה ע"י שיקול פשוט: ברור לנו כי לחלק מהאנשים יגרם נזק ממסירת אמת מלאה. ולחלק מהאנשים לא יגרם נזק כזה, ואף תיתכן תועלת. אם ניתן לברר לאיזה קבוצה שייך מטופל נדון, חובה לברר. (ראה מש"כ ד"ר ב"ש הרשקוביץ, עוד בעניין "דיווח אמת לחולה", ספר **אסיא ז**, 40-41). אם לא, אזי יש להישאר בשב ואל תעשה, ולא לומר דברים העלולים להזיק.

⁴⁸ חזקה משפטית נקבעת כתוצאה ממדיניות משפטית. כך, למשל, קובע הדין הישראלי כי החותם על דיווח למס הכנסה חזקה עליו שהוא מודע לתכנון של המסמך עליו חתם, וחזקה זו אינה ניתנת לסתירה. דוגמאות לחזקות ידועות מן המשפט הן "חזקת ידיעת החוק", הקיימת במשפט הפלילי ולפיה כל אדם יודע את החוק. מחזקה זו נגזרת הקביעה בסעיף 34 ל"חוק העונשין כי אי ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות פלילית, והתנהגות בניגוד לו תגרוור ענישה. יש חזקות הניתנות לסתירה, אך הן חזקות משפטיות, כגון "חזקת תקינות מעשי המנהל" לפיה מעשי רשות ציבורית תקינים מנהלית, כל עוד לא הוכח אחרת; חזקת החפות" לפיה כל אדם חף מפשע אלא אם כן הוכחה אשמתו. במשפט העברי ידועה היא "חזקת הכשרות" לפיה כל ישראל בחזקת כשרים הם ולפיכך אין חושדים בכשרים (ר' למשל רמב"ם הלכות קידוש החודש פרק ב' הלכה ב' "לפיכך היו בראשונה מקבלים עדות החדש מכל אדם מישראל שכל ישראל בחזקת כשרות עד שידוע לך שזה פסול"); כמו כן מציינו (סוטה כז, א) חזקה משפטית לפיה "רוב בעילות אחר הבעל" לפיכך ילדם של בני זוג נשואים הוא ילדו של הבעל ולא של אחר.

ג. אם החולה נוטה למות יש לאפשר לו להתכונן לדרכו האחרונה וכן להיפרד כראוי.

ד. אם תוחלת החיים קצרה והטיפול יאריך אך במעט ויפגע באיכות החיים וביכולתו של החולה לנצל את שארית ימיו כדבעי, הרי שזוהי החלטה שאי אפשר לשלול מן החולה.

ה. לעומת זאת, אם תוחלת החיים קצרה, אך החולה אינו נוטה למות, והמידע אודות טיב החולי והיותו סופני אינו חיוני להחלטה האם לקבל טיפול רפואי מסויים (כגון כשהטיפול לא פוגע באיכות החיים ובעירנות של החולה), אל נא יאמר לו הרופא כי זו דרכו האחרונה. יש פרט מידע אחד שמן הראוי לחסוך מן החולה, והוא נוגע לתוחלת חייו הקצרה. החשש שמא יפגע מידע זה בבריאותו הרוחנית ואף בבריאותו הפיזית ובתוחלת חייו של החולה, הוא "ספק פיקוח נפש", ומחמתו יש להימנע ממסירת האמת כולה לחולה. תוצאה זו נכונה מבחינה נורמטיבית של דין רצוי, וממילא ניתן להשתמש בה כדי להתגבר על הצורך בהסכמה מדעת, ע"י כך שנקבע חזקה משפטית, בדבר הסכמה מראש מכללא של החולה שמידע זה לא יימסר לו. בהינתן הסכמה מכללא זו של החולה אין לראות אותו כמי שנתן הסכמתו לטיפול הרפואי באופן שאינו עולה כדי "הסכמה מדעת", ואין לומר כי נשללה האוטונומיה של החולה והבעלות שלו על גופו. חזקה זו, כדרכה של חזקה משפטית, מהווה גשר המאפשר לדין הרצוי לשרוד גם כדין המצוי.