

עת להרוג ועת לרפוא¹

שילוב חוק החולה הנוטה למות בדין הקיים

איילת גלעדי וניר סרבטקה*

א. מבוא

ב. הרקע לחקיקת חוק החולה הנוטה למות ומטרתו

1. הרקע החקיקתי

2. מטרת החוק

ג. קבלה וסירוב לקבל טיפול רפואי

1. כללי

2. מיהו מטופל

3. מהו טיפול

4. הסכמה מדעת

5. המטופל הכשיר או המטופל הבגיר?

6. הנחיות רפואיות מקדימות

ד. הוועדות המוקמות מכוח חוק

ה. החולה הנוטה למות – הסדרים רגולטורים במדינות אחרות

ו. סיכום

א. מבוא

באחרונה נחקק חוק החולה הנוטה למות,² שעיקרו הסדרת זכויותיהם של חולים הנמצאים בסוף חייהם. החוק נועד להסדיר את סוגיית החולים הסופניים המבקשים למות, אשר מסרבים לטיפול רפואי. בחוק זה, ובשנויים שהנהיג, תעסוק רשימה זו.

עד חקיקת החוק, הוסדרו זכויות החולים, לרבות החולים הנוטים למות, בחוק זכויות החולה.³ ההסדרים המשפטיים שבחוק זכויות החולה משקפים בדרך כלל גישה אשר במרכזה ניצב הפרט כיצור אוטונומי שלהחלטותיו משקל מכריע. ביטוייה המשפטי של גישה אינדיבידואליסטית זו הוא דוקטרינת ההסכמה מדעת לטיפול רפואי.⁴ בכך זנח חוק זכויות החולה את הגישה המסורתית לטיפול הרפואי – גישה שלפיה עיקר הטיפול באדם היה באחריות משפחתו, והרופא נשמע להחלטות המשפחה – ואף את הגישה הפטרנליסטית, שבה ההחלטות הרפואיות נתונות לרופא.⁵ ברשימה זו נבקש לבדוק את השפעתו של חוק

* סטודנטים חברי מערכת "הארץ דין", בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 קהלת ג, 3.

2 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 2039 (להלן: "חוק החולה הנוטה למות").

3 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

4 הסבר בנוגע לדוקטרינה זו יבוא בחלק 4 של פרק ג לרשימה זו.

5 ראו גם M. Minow, *Who's the Patient*, 53 MARYLAND L. REV. (1994) 1173. הביקורת גורסת שהאדם אינו ניצב לבדו מול מחלתו. בנטל הטיפול נושאת גם המשפחה: כלכלית, נפשית ולעיתים אף מבחינה סיעודית. כמו כן, לעתים מידע רפואי הנוגע לחולה, רלוונטי גם לבני משפחתו כגון מחלות תורשתיות או מידבקות. על כן יש שגורסים, שיש ליתן מעמד מיוחד גם לבני המשפחה ולעיתים אף למעגל החברתי הקרוב של המטופל. נציין שחוק החולה הנוטה למות הוא הראשון בארץ הנותן מעמד מיוחד לאדם קרוב שלא מחויב להיות בן משפחה. להיסטוריה קצרה של התפתחות הטיפול הפלאטיבי

החולה הנוטה למות על ההסדר המשפטי ששרר לפניו, תוך התמקדות בשאלה אם ההסדר החדש מעניק ביטוי ראוי לרצון החולה. כן נבחן את מידת התאמתו של החוק לעקרונות המעוגנים בחקיקה קיימת. לבסוף ניתן את הדעת על ההיבט המוסדי. החוק מקים ועדות אתיקה, שנועדו לבחון את מילויים של התנאים הקבועים בחוק בטרם נישמע להסכמתו או לסירובו של החולה הנוטה למות לקבל טיפול רפואי. אנו נבקש לבדוק אם הסדר זה מסייע בהגשמת מטרות החוק.

ב. הרקע לחקיקת חוק החולה הנוטה למות ומטרותיו

1. הרקע החקיקתי

כדי להבין את השינוי שחולל החוק, מן הראוי לעמוד בקצרה על המהלכים שהביאו לידי קבלתו. ראשיתו של הדיון החקיקתי בסוגיה בשנת 1992, כאשר הוצגה לכנסת הצעת חוק זכויות החולה,⁶ אשר לימים נהפכה, בשינויים, לחוק זכויות החולה. בהצעה זו ניתן ביטוי לזכויות החולה הסופני בסעיף 10,⁷ אלא שחוק זכויות החולה נחקק בסופו של דבר (לאחר ארבע שנים) רק לאחר שהסעיף נמחק, משום ההתנגדות שעורר.⁸ למרות השמטת הסעיף, הסדיר חוק זכויות החולה גם את זכויותיו של החולה הסופני. העובדה שהסעיף הושמט לא פורשה כהסדר שלילי; פרק ד, שעסק בהסכמה מדעת לטיפול רפואי, חל בהיעדר הוראה אחרת גם על החולים הסופניים אף שלא היה בו כדי לפתור את הדילמות הנורמטיביות שהביאו את המחוקק לידי השמטת הסעיף המדובר מלכתחילה.

בגלל הקשיים ביישומו של החוק כלפי חולים הנוטים למות, מינה בשנת 2000 שר הבריאות דאז, שלמה בניזרי, ועדה שתבחן את הסוגיה.⁹ הוועדה – שבראשותה עמד פרופ' אברהם שטיינברג, ומכאן שמה – נתבקשה להציע איזון ראוי בין קדושת חיי האדם לבין איכותם, כשני פנים של כבוד האדם. לרשות הוועדה עמדו הפסיקה שדנה בעניין,¹⁰ דיוני המלומדים בספרות,¹¹ העמדות האתיות-דתיות והצעות החוק הקודמות.¹² בתום תהליך ארוך וממצה, הגישה הוועדה לשר טיוטת הצעת חוק¹³ – אשר הניעה חברי כנסת להגיש הצעות חוק נוספות.¹⁴ בסופו של יום, על בסיס הצעת הוועדה גובשה הצעת חוק ממשלתית,¹⁵ שלימים התקבלה בכנסת.¹⁶

6 (הטיפול המקל) ראו סילביאן קולומבו וראובן (רובי) ציגלר "הכרה בזכות חוקית פוזיטיבית לקבלת טיפול פלאטיבי – צו השעה" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 277, 286 (שי לביא עורך, 2003).

7 הצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 359, להלן: "הצעת חוק זכויות החולה".

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

9 הסעיף הושמט עקב התנגדותן של הסיעות החרדיות בטענה שהסעיף אינו מגן באופן מספק על קדושת החיים ואף עלול לגרום להפקרת חייהם של חולים שרצונם אינו ברור. לעניין הטעם למחיקת סעיף 10 ראו, למשל, דיון בכנסת בהצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ד"כ 5878.

10 אברהם שטיינברג "דין וחשבון הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות" **רפואה ומשפט** 26, 62 (2002).

11 ע"א 506/88 **יעל שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87 (1993).

12 אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 797-802 (2003).

13 הצעת חוק הזכות למות בכבוד, התשנ"ט-1999, פ/199 (אברהם יחזקאל) והצעת חוק העונשין (תיקון – הזכות להחליט על הארכת חיים), התש"ס-1999, פ/189 (ענת מאור). הצעות אלה אוחדו להצעת חוק הימנעות מהארכת חיים (הוראות רפואיות מקדימות), התשס"א-2001, פ/819 (ענת מאור). נתונים אלו לקוחים מתוך "הצעת החוק: החולה הנוטה למות, התשס"ב-2002: הדיונים, ההשגות וההסכמות" **אסיא** יח(א-ב) 24 (2002), (להלן: הדיונים, ההשגות וההסכמות) 26-27.

14 הצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ב-2002, ה"ח 145.

15 במהלך כינוס הוועדה הוצעו הצעות חוק פרטיות נוספות שהוגשו על ידי חברי הכנסת מיכאל איתן (ליכוד) ורומן ברונפמן (מרצ-יחד) – הצעת חוק הימנעות מהארכת חיים, התשס"ג-2003 (פ/924).

2. מטרת החוק

נפנה כעת לשינוי שהחיל החוק. סעיף 1 לחוק זכויות החולה, שנחקק ב-1996, קובע כי:

"חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו".

סעיף 1 לחוק החולה הנוטה למות, שנחקק באחרונה, מגדיר את מטרותיו וקובע כי:

"(א) חוק זה בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים.
(ב) חוק זה מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת".

סעיף 2 לחוק החולה הנוטה למות קובע עקרון יסוד:

"בקביעת הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו הם השיקולים הבלעדיים".

השוואה קצרה בין מטרות שני החוקים תגלה לנו כי בעוד חוק זכויות החולה נסב על רצונותיו של החולה המסוים, מושא הטיפול הרפואי, חוק החולה הנוטה למות מעניק מעמד בכורה לערכים שאותם הוא מאזן ורק לאחר מכן, כעקרון יסוד, מופיע רצון החולה. במילים אחרות, בעוד חוק זכויות החולה שם לו לנס את רצונו והסכמתו של החולה, על דגלו של חוק החולה הנוטה למות חקוקים בד בבד עם אוטונומיית האדם עקרונות מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. יתרה מזו, את ההכרעה הנורמטיבית בין עקרונות מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין עקרונותיה כמדינה דמוקרטית, ניתן לראות בחזקת הרצון לחיות המופיעה בסעיף 4 לחוק החולה הנוטה למות, והיא אינדיקטור לגישתנו לניצחון הערכים היהודיים על הדמוקרטיים שבחוק.

ג. קבלה וסירוב לקבל טיפול רפואי

1. כללי

בפרק זה נבקש להשוות בין ההסדרים הספציפיים שבחוק זכויות החולה לבין אלו שבחוק החולה הנוטה למות. הדיון שלנו יתמקד בהגדרת זהות המטופל, הטיפולים האפשריים וההסכמה מדעת להם. דוקטרינת ההסכמה מדעת מהווה את אבן הראשה של הגישה האינדיבידואליסטית במשפט הרפואי. מטרותנו בפרק

¹⁵ הצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004, מ/145. פרוטוקול מספר 9, 5.7.2005. www.knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2005-07-05.html

¹⁶ ראו גם: צבי לביא "חוק החולה הנוטה למות: סיום החקיקה מסתמן באופק" חיים בנבון 20, 8, 8-9 (2005).

זה היא לבחון אם חוק החולה הנוטה למות, בהגדרת המטופלים והטיפוליים שבו, גורע מדוקטרינה זו או מוסיף עליה.

2. מיהו מטופל

חוק זכויות החולה ממעיט במילים ולפיכך מעניק הגדרה רחבה ולפיה "מטופל" הינו כל חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי.¹⁷ לעומת זאת, חוק החולה הנוטה למות מפריד בין שני סוגי מטופלים: הראשון, חולה הנוטה למות והוא חולה הסובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו אינה עולה על תקופה של שישה חודשים אף אם יינתן לו טיפול רפואי. השני, החולה בשלב הסופי והוא חולה הנמצא במצב רפואי שבו כשלו כמה מערכות חיוניות בגופו ותוחלת חייו אינה עולה על שבועיים אף אם יינתן לו טיפול רפואי.¹⁸ לכאורה, הגדרת מטופל בחוק זכויות החולה כוללת את כל סוגי החולים, ובהם גם את החולים הנוטים למות. בחוק החולה הנוטה למות כלולים החולים הנוטים למות בלבד. נמצאנו למדים, שמטופל מוגדר באופן שונה בשני החוקים. עולה השאלה, מה קורה אם לכאורה יש תחולה לשני החוקים, אולם חוקים אלה סותרים זה את זה? במצב זה, איזה חוק גובר? האם חוק זכויות החולה בעל ההגדרה הרחבה או חוק זכויות החולה הנוטה למות בעל ההגדרה הפרטנית והמאוחרת יותר?¹⁹ לדעתנו, גובר חוק החולה הנוטה למות. ניתן ללמוד זאת מהכתוב בחוק; למעט סעיפים בודדים שאותם סייג המחוקק בחוק החולה הנוטה למות, וקבע שיש תחולה לחוק זכויות החולה, חוק החולה הנוטה למות עומד על רגליו שלו.²⁰ כך גם עולה מכללי הפרשנות, שכן מדובר בחוק מאוחר יותר וספציפי.²¹ נציין, לצורך הבהרה, כי חולה, שאיננו בגדר המושגים "חולה הנוטה למות" או "חולה סופני" יימצא בגדר חוק זכויות החולה.

3. מהו טיפול

"טיפול" בחוק זכויות החולה כולל למעשה כל פעולה רפואית.²² בחוק החולה הנוטה למות קיימת הפרדה בין טיפול רפואי רגיל (טיפול הנועד להארכת חייו של החולה באמצעות תיקון או שיפור מצבו הבריאותי) לבין טיפול רפואי מקל – פלאטיבי (שמטרתו להקל את סבלו של החולה בין בתרופות, לרבות משככי כאבים, ובין באמצעים פסיכולוגיים, סביבתיים או סיעודיים).²³ ההפרדה התמוהה, לדעתנו, בחוק החולה הנוטה למות היא ההפרדה שבין טיפול רפואי מחזורי לבין טיפול רפואי רציף. הראשון משמעו טיפול הניתן במחזורים, וכדי שטיפול ייחשב למחזורי נדרשת הבחנה מעשית וברורה בין מחזור אחד לבין מחזור אחר.

17 סעיף 2 לחוק זכויות החולה.

18 סעיף 8(א) ו-8(ב) לחוק החולה הנוטה למות. ההבדל בין השניים חשוב לצורך ההסכמה לטיפול והסירוב לו – ראו דיון בפרק הדין בהסכמה מדעת, מהערה 48.

19 בדומה לקבוע בחוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58. בעע"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145, 159 (2004) קבע השופט חשין, כי ניתן לפרש את חוק זכויות החולה כמוסיף מנגנון ביקורת על שיקול דעתו של הרופא לפי חוק הטיפול בחולי נפש. אפשר לסייג זאת. אף שמדובר בחוק ספציפי, הוא נחקק לפני חוק זכויות החולה, ולו רצה חוק זכויות החולה להוציא מגדרו את חולי הנפש, היה מצוין זאת בחוק במפורש.

20 כך לדוגמה סעיף 18(א) לחוק החולה הנוטה למות, שם המחוקק החיל במפורש את סעיף 15(ג) לחוק זכויות החולה בעניין מצב חירום רפואי, וכמו כן גם בסעיף 41 לחוק החולה הנוטה למות מפנה המחוקק לסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה לעניין חובת היידוע.

21 אהרון ברק פרשנות במשפט א 565 (1992).

22 סעיף 2 לחוק זכויות החולה. ההגדרה מתחילה ב"לרבות" ומכך אנו למדים על רוחבה.

23 סעיף 23 לחוק החולה הנוטה למות וכמו כן ראו דיונים, השגות והסכמות, לעיל הערה 12, בעמ' 32. להסבר על מהות הטיפול הפלאטיבי ראו קולומבו, לעיל הערה 5, בעמ' 281.

השני משמעותו טיפול בלא הפסקות.²⁴ מדובר בהבחנה שמקורה בציווי ההלכתי-דתי שאין להפסיק פעולה מצילה חיים אך ניתן להימנע ממנה מלכתחילה.²⁵ כדי להסביר את הצורך בהבחנה זו יש תחילה להכיר בהבדל שבין איסור המתה אקטיבית לבין היעדר איסור המתה פסיבית. המתה אקטיבית משמעה עשיית מעשה המביא לידי מותו של החולה כגון מתן תרופה ממיתה. המתה אקטיבית אסורה מכוח סעיף 19 לחוק החולה הנוטה למות; גם אסור סיוע להתאבדות כפי שנקבע בסעיף 20 לחוק החולה הנוטה למות ובסעיף 302 לחוק העונשין.²⁶ המתה פסיבית משמעה הימנעות מפעולה מאריכת חיים או הפסקת פעולה מאריכת חיים.²⁷ אשר לאחרונה, חלוקות הדעות בין פוסקי ההלכה הדתיים, המשפטנים והאתיקנים אם היא משתייכת להמתה האקטיבית או הפסיבית וכדי שלא להסתכן בטעות נקבע בחוק עניין הטיפול המחזורי.²⁸ באופן זה, לא מדובר באדם המנתק את החולה מהמכשירים שמחזיקים אותו בחיים אלא במנגנון אוטומטי הדומה לטיימר (שעון-פסיקה).²⁹ על שיטה זו נמתחה ביקורת, בעיקר משום שהיא נתפסת כמלאכותית. יש המפרשים את ההלכה הדתית כמתירה זאת.³⁰ נוסף עליהם, המשתייכים לזרם הליברלי גם הם אינם רואים מקום להבחנה שכן תוצאתם של שני סוגי ההמתה הפסיבית שווה.³¹ אנו מודעים לכך שהבחנה זו מכוונת, ומטרתה לשמור על הצביון הדתי. עם זאת, לעניות דעתנו היא חסרת בסיס רפואי ועלולה להעיב על רצון החולה, כפי שנסביר בהמשך.³²

4. הסכמה מדעת

הסכמה מדעת בחוק זכויות החולה

משהתקבל חוק זכויות החולה ניתן מעמד חקיקתי לעקרון ההסכמה מדעת בסעיפים 13-15 לחוק.³³ התשתית לדוקטרינת ההסכמה מדעת היא אוטונומיית הפרט. המעבר לתפיסה זו מבטא את המעבר מרפואה פטרנליסטית לרפואה שרואה בחולה שותף שווה בהחלטות הרפואיות הנוגעות לו.³⁴ דוקטרינת ההסכמה מדעת, כשמה כן היא, נועדה להבטיח שהחולה יקבל החלטותיו רק לאחר שהוא מודע לכלל הטיפולים האפשריים למצבו ולסיכונים הכרוכים בהם. ההסכמה מדעת מורכבת משני חלקים מצטברים: הראשון, חובת גילוי מוחלטת המוטלת על הרופא והשני, תהליך של הסכמה רציונלית וחופשית של החולה.³⁵

24 דוגמה נפוצה לטיפול מחזורי היא טיפול כימותרפי הניתן בדרך כלל לחולי סרטן. דוגמה לטיפול רציף היא שימוש במכונת הנשמה בלא טיימר.

25 בבלי, מסכת שמחות, פרק א, הלכה א-ד [פ"ד]; שבת, קנא, ב [ע].

26 חוק החולה הנוטה למות, וחוק העונשין, התשל"ז-1997, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין").

27 פרשת שפר, לעיל הערה 10, בעמ' 130 ו-133.

28 שם, בעמ' 131-148.

29 מירן אפשטיין "חיים על טיימר" סטאטוס: הירחון לחשיבה ניהולית 127 (50) 50 (2002).

30 פרשת שפר, לעיל הערה 10, בעמ' 133: "נפשו של אדם היא קניינו של הקדוש ברוך הוא. כבר נטלה הקדוש ברוך הוא מאדם זה, שהרי מייד עם סילוק המכונה ימות ואדרבא על ידי ההנשמה המלאכותית אנו...גורמים לה צער שאין היא יכולה לה(ה)פרד ולשוב למנוחתה".

31 משה טלגם "הצעת חוק חולה סופני – גשר או הר כגיגית" רפואה ומשפט כח 37, 41 (2003).

32 ראו בפרק 4 לרשימה זו, שכותרתו "ההסכמה מדעת".

33 סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע, כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה".

34 עמוס שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד(2) 225 (1989).

35 שם, בעמ' 227.

המבחן לחובת הגילוי הוא מבחן החולה הסביר, משמע האם חולה סביר היה מסתפק במידע שניתן לו לצורך קבלת ההחלטות בנוגע להמשך טיפולו.³⁶ כאמור, חובת הגילוי היא מוחלטת, וההלכה הפסוקה קובעת כי על הרופא לספק לחולה מידע הולם בנוגע למצבו הבריאותי, הצפי העתידי של מחלתו, הטיפולים המומלצים, הסיכון שבהם ואלטרנטיבות הטיפול קיימות.³⁷ ישנן כמה בעיות העולות מדוקטרינת ההסכמה מדעת. תחילה נדון באלה הנוגעות לרכיב הראשון – חובת הגילוי. טענה ראשונה מועלית מצד הרופאים: יש שגורסים שמופעל עליהם לחץ בלתי סביר להיות מעודכנים בטיפולים החדשניים ביותר בארץ ובעולם, לרבות טיפולים ניסיוניים ואלטרנטיביים שעדיין לא ידועים סיכויי הצלחתם. טענה שנייה משותפת הן לרופאים והן לחולים וגורסת שפרץ המידע הנוסף על גילוי המחלה עלול לגרום להפחדת החולה ולבלבולו. בנוסף, יש הטוענים שהחולה אינו רוצה להיות שותף כלל להחלטת הרופא ורואים בהסכמה מדעת מנגנון להתחמקותו של הרופא מאחריות, מנגנון היוצר "רפואה מגנתית".³⁸ קיימת גם בעיה הנוגעת לרכיב השני – ההסכמה הרציונלית. כאמור לעיל, חובת הגילוי עלולה להותיר את החולה מבלבל ומפוחד – דבר העלול לפגוע בשיקול דעתו האישי ובחשיבתו הרציונלית. נמצא שדרך ניסוחו של הרופא בנוגע לסוגי הטיפול השונים משפיעה על קבלת ההחלטה של החולה.³⁹ מלבד בעיות אלה, ישנן לדעתנו גם בעיות מעשיות המכבידות על העברת המידע הדרוש לחולה. בעיה ראשונה היא חוסר זמן – ניתן לטעון, שהרופא אינו יכול להקדיש חלק ניכר מזמנו לפישוט מונחים ופרוצדורות רפואיות עבור חולה שאינו בקי בטרמינולוגיה המקצועית. בעיה שנייה היא קשיי שפה – בארץ האוכלוסייה מגוונת ורבים מהפונים לשירותי הבריאות אינם דוברי עברית. נוסף על פישוט השפה פעמים רבות ישנו גם קושי לתרגמה לשפה זרה.

ישנם שני חריגים בחוק זכויות החולה לדוקטרינת ההסכמה מדעת – דוקטרינת מצבי החירום ודוקטרינת זכויות היתר הטיפוליות. דוקטרינת מצבי החירום באה לידי ביטוי בסעיף 15(3) ובאופן מצומצם יותר בסעיף 14(ד) לחוק זכויות החולה. מדובר במצב חירום שעקב נסיבותיו אין החולה יכול להעניק את הסכמתו מדעת (חוסר הכרה למשל). במקרים כאלה לא מתקיימת חובת הגילוי שכן לחולה סכנה מיידית לחייו אלא אם כן יקבל טיפול.⁴⁰ דוקטרינת זכויות היתר הטיפוליות באה לידי ביטוי בסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, ולפיו על הרופא לא חלה חובת הגילוי כאשר ישנו חשש שגילוי המידע יפגע בבריאותו הגופנית או הנפשית של החולה.⁴¹ מה קורה במצב שבו אין הסכמה מדעת והרופא לא פעל בהתאם לחריגים המנויים לעיל? המחוקק מעניק לחולה שני מסלולים נפרדים לתיקון הפרת זכותו.

³⁶ מבחן זה נהוג בארץ והתקבל גם בארצות הברית. באנגליה נהוג מבחן "הרופא הסביר" שהוא מבחן המקל על הרופא. עלו גם הצעות למבחן סובייקטיבי שהיה מחמיר עם החולה. ראו עופר קפלן "הסכמה מדעת בטיפול רפואי – היבטים מעשיים" **רפואה ומשפט** 28, 118, 119-120 (2003).

³⁷ שפירא, לעיל הערה 34, בעמ' 227. בת"א (חי') 1429/94 **סולן מוטי נ' קופת חולים כללית ואח'** דינים מחוזי כו(10) 449 (1999) נקבע כי אין למסור לחולה מידע על סיכונים נדירים אך יש להודיע לו על סיבוכים הצפויים בשיעור של 1% ויותר.

³⁸ שמעון גליק "טיפול רפואי כפוי / יום עיון שאורגן ע"י מערכת רפואה ומשפט שהתקיים ביום 5.6.98" **רפואה ומשפט** יט 4, 11 (1998): "יש בעצם שלוש בעיות. הראשונה, זו הפחדת החולה. השנייה [...] לחץ בלתי סביר על הרופא שנדרש להיות לא רק מעודכן אודות מה נכנס לאינטרנט אתמול בלילה, כמו כן לפתוח את החולה לאיזו מערכת של בלבול שהיא באמת לא מתקבלת על הדעת. והדבר השלישי זה הנושא הזה ההמנעות". כמו כן, ראו גם קפלן, לעיל הערה 36.

³⁹ להלן דוגמה הלקוחה מקפלן, לעיל הערה 36, בעמ' 121: נניח שישנן שתי קבוצות חולים. לאחת מוצגים הנתונים במונחים של היותות בחיים ואומרים כי 90% מהם יחיו לאחר הניתוח וכ-50% יחיו חמש שנים לאחר מכן. לקבוצה השנייה מוצגים הנתונים במונחים של תמותה. מספרים לה כי 10% מהם ימותו לאחר הניתוח וכ-50% מהם ימותו לאחר חמש שנים. נמצא כי בעוד 47% מהחולים בקבוצה הראשונה בחרו לעבור את הניתוח, רק 18% מהחולים בקבוצה השנייה בחרו בו. הממצאים מחזקים את ההשערה כי אדם סביר אינו מקבל החלטות באופן אובייקטיבי, וכי חולה סביר אינו נוהג בהיגיון. דוגמה זו מבוססת על - *Discrepancy between Medical Decision for Individual Patients and for Groups*, NEW ENG. J. MED. 322, 1162-1164 (1990) Redelmeier D. A. and Twerski A..

⁴⁰ ראו שפירא, לעיל הערה 34, בעמ' 237.

⁴¹ שם, בעמ' 237.

המסלול הראשון הוא פלילי והשני הוא נזיקי. מכוח סעיף 378 לחוק העונשין⁴² כל פעולה רפואית היא בגדר תקיפה אם לא ניתנה הסכמת החולה לביצועה. אם כן, החידוש בחוק זכויות החולה אינו דרישת ההסכמה אלא נתינתה לאור חובת הגילוי. המסלול השני הוא, כאמור, התביעה האזרחית הנזיקית וזאת מכוח סעיף 23 לפקודת הנזיקין.⁴³ טיפול רפואי הוא בגדר שימוש בכוח. כדי שתקום אחריות נזיקית של הרופא, אין צורך שפעולתו תגרום לנזק גופני ממשי אצל החולה אלא יש להראות כי עצם הפעולה בוצעה בלא הסכמה ועל כן מהווה פגיעה באוטונומיית הפרט.⁴⁴

ההסכמה מדעת בחוק החולה הנוטה למות

בסעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות יש הפניה לחוק זכויות החולה באשר להגדרת ההסכמה מדעת. מכאן היה ניתן להניח שאותה הסכמה מדעת הנדרשת לטיפול לפי חוק זכויות החולה היא שנדרשת לחוק החולה הנוטה למות. עם זאת, אנו נטען כי בחוק החולה הנוטה למות קיים צמצום של הדוקטרינה המדוברת.

נבחן את שני המרכיבים של דוקטרינת ההסכמה מדעת שאותם פירטנו לעיל. אשר למרכיב הראשון, חובת הגילוי – חובה דומה מצויה בסעיף 41 לחוק החולה הנוטה למות בשם "חובת היידוע".⁴⁵

חובת היידוע עוסקת הן ביידוע החולה בדבר האפשרויות שמעניק לו החוק, והן במתן המידע הרפואי הדרוש לשם מימוש אפשרויות אלו, ובראשן קביעת הנחיות רפואיות מקדימות (נדון בהן בהרחבה בהמשך) או מינוי נציג.⁴⁶ לדעתנו, חובת היידוע נוספת על חובת הגילוי הנהוגה מכוח דוקטרינת ההסכמה מדעת המעוגנת בחוק זכויות החולה.⁴⁷ נציין, שבהצעת החוק היו סעיפי חובת היידוע שונים באופן מהותי וכללו חובה של הרופא לברר אם החולה נתן הוראות מקדימות, אך לא כללו חובה ליידע את החולה שקיימת בכלל אופציה ליתן הוראות כאלה. הסעיפים בניסוחם הקודם גרעו מחובת הגילוי המוחלטת וניתן לראות בשינויים תימוכין לכך שהמחוקק ביקש לשמר את דוקטרינת ההסכמה מדעת.⁴⁸ במילים אחרות, חוק החולה הנוטה למות אינו גורע מחובת היידוע, אך מצמצם את תחולת דוקטרינת ההסכמה מדעת. החוק מצמצם אפוא את ההסכמה הנדרשת מהחולה הנוטה למות אף על פי שהוא אינו מצמצם באופן ספציפי את חובת היידוע המוטלת על הרופא.

⁴² הסעיף קובע, כי תקיפה היא "המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית – הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח – לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי-נוחות".

⁴³ פקודת הנזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968, דמ"י 266. הסעיף קובע, כי תקיפה היא "שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו".

⁴⁴ ראו שפירא, לעיל הערה 34, בעמ' 230.

⁴⁵ אנו למדים זאת מההפניות בחוק החולה הנוטה למות לסעיפי ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה. הסעיף קובע, כי "קבע רופא אחראי כי מטופל הוא חולה הנוטה למות, והוא בעל כשרות, יודיע לו הרופא האחראי על האפשרות לתת הנחיות רפואיות מקדימות או למנות מיופה כוח או יודיע לו על האפשרות לעדכן הנחיות רפואיות מקדימות או יפוי כוח שנתן; לשם כך ימסור לו רופא מומחה את המידע הרפואי הדרוש והכול בכפוף להוראות סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה".

⁴⁶ הנחיות רפואיות מקדימות הן הכלי אשר החוק מעניק לחולה הנוטה למות כדי להורות על המשך הטיפול בו כאשר ייהפך ללא כשיר. הסבר מורחב על ההנחיות הרפואיות המקדימות והגדרתן יידון בהמשך.

⁴⁷ סעיפים 3 ו-33(ב)(2) לחוק החולה הנוטה למות.

⁴⁸ סעיף 40 להצעת החוק: החולה הנוטה למות, התשס"ב-2002, נוגע למאמץ הרופא לגלות אם ישנן הנחיות רפואיות מקדימות. הסעיף נמחק. סעיף 41 להצעת החוק, שבו מוסדרת חובת היידוע, שונה בהתאם לביקורת שנשמעה, בין השאר, מצד השופט משה טלגם. ראו טלגם, לעיל הערה 31, בעמ' 41.

אשר למרכיב השני, ההסכמה הרציונלית, ניתן להשוות בין סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה⁴⁹ לבין סעיף 15(ב) לחוק החולה הנוטה למות.⁵⁰ הסעיף הראשון דן במסירת מידע כדי שהחולה יקבל החלטה "בדרך של בחירה מרצון ואי תלות", ואילו סעיף 15(ב) לחוק החולה הנוטה למות מדבר על ניסיון שכנוע של החולה.

סעיף 15 נוגע לטיפול במחלות רקע. מדובר במחלות שנלוות למחלה חשוכת המרפא של החולה והטיפול בהן אינו קשור לטיפול במחלה הסופנית.⁵¹ לכן הגדיר המחוקק טיפול במחלות נלוות אלה כ"טיפול נלווה" בסעיף 16(ב)1 לחוק החולה הנוטה למות.

כאשר דנו בהסכמה הרציונלית, ראינו שנהוג לראות כהסכמה מדעת הסכמה הניתנת על ידי החולה בלבד בלא השפעות חיזוניות מצד הרופא. ראינו גם את הבעיות שהסכמה כזו עוררה (בלבול החולה ורפואה מגוננת). חוק החולה הנוטה למות מטיל חובת מאמץ על הרופא לשכנע את החולה הכשיר לקבל טיפול רפואי. לכאורה, בכך ניתן מענה מסוים על הבעיות האמורות, קרי על בעיית בלבול החולה ועל הרפואה המגוננת, אלא שהטלת חובה לשכנע את החולה לקבל טיפול נלווה עלולה להטיל נטל מקצועי-מצפוני על הרופא, שכן היא לא בהכרח נשענת, לפי לשון החוק, על דעתו המקצועית של הרופא ואינה מותירה מקום להשקפת עולמו. ובחזרה לחולה: לו היה עוצר המחוקק כאן, הייתה ההסכמה מדעת נותרת ברובה על כנה וההחלטות היו נותרות בידי החולה. אף שנוספה על חובת הגילוי חובת שכנוע, אין בה כדי לפגוע באוטונומיית הפרט (אף שניתן לטעון, כמובן, שחובת השכנוע מצמצמת את היקף הבחירה האמיתית של החולה בגלל כוחו היחסי של הרופא). אשר לחולה שאינו כשיר, המחוקק בחר להמשיך ולצמצם את דוקטרינת ההסכמה מדעת. סעיפים 16(ב)2 ו-17 לחוק החולה הנוטה למות אינם מאפשרים **לחולה שאיבד את כשירותו** להימנע מקבלת טיפול נלווה, אף אם כשהיה כשיר הצהיר על רצונו למות ולהימנע מטיפול כזה בהנחיות הרפואיות המקדימות. רק לאחר שיגיע לכלל מצב של חולה סופני, יכובד רצונו שלא יינתן לו טיפול רפואי נלווה; טיפול פלאטיבי יינתן לו בכל מקרה, גם אם ביקש שלא יינתן לו.⁵² יש לזכור שחולים שאינם כשירים הם חולים שאיבדו את הכשירות המשפטית, ולא מדובר בהכרח בחולים וגטיביים. מדובר גם בחולים שלפרקי זמן קצרים יכולה להיות להם מודעות למצבם הגופני ורצון לשנותו.

לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות, היו שלושה הסדרים לטיפול בחולה שאינו כשיר לתת את הסכמתו: האחד מתיר לרופא לטפל בחולה בלא הסכמתו, אם לא ידוע שהוא, אפוטרופסו או בא כוח מתנגדים ואין אפשרות לקבל את הסכמתם של שני האחרונים.⁵³ השני עוסק בנסיבות המוגדרות כמצב חירום רפואי (ובכללן נסיבות הנוגעות למצבו הגופני או הנפשי של החולה), שבעקבותיהן לא ניתן לקבל את הסכמתו.⁵⁴ השלישי מתיר הענקת טיפול רפואי כשלחולה נשקפה סכנה חמורה, והוא התנגד לטיפול

⁴⁹ הסעיף קובע, כי "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".

⁵⁰ הסעיף קובע, כי "על המטפלים בחולה הנוטה למות כאמור בסעיף קטן (א) לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל חמצן, וכן מזון ונוזלים, אף באמצעים מלאכותיים, וכן לקבל טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע או בטיפול מקלי".

⁵¹ לדוגמה חולה בנגיף ה-HIV, שפיתח דלקת ריאות עקב הכשל החיסוני, יקבל טיפול לדלקת הריאות וטיפול זה נחשב לטיפול נלווה.

⁵² כאשר עניינם של החולים הנוטים למות הוסדר רק בחוק זכויות החולה, נפסק על ידי השופט טלגם כי כאשר מדובר במצוקה זמנית כגון של חנק לא ניתן למנוע מרופא להעניק את אמצעי ההקלה, אך משהתברר שמדובר במצב קבוע, אין להתעלם מרצונותיו של החולה, גם אם לפיהם אין להעניק לו את אמצעי ההקלה. ראו פרשת **צדוק**, להלן הערה 58, בעמ' 502.

⁵³ סעיף 15(1) לחוק זכויות החולה.

⁵⁴ סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה.

הרפואי, ובלבד שוועדת האתיקה, לאחר ששמעה את החולה, אישרה את מתן הטיפול ושוכנעה שמולאה חובת הגילוי, שהטיפול ישפר במידה ניכרת את מצבו של החולה ושסביר להניח שלאחר מתן הטיפול ייתן החולה את הסכמתו הרטרואקטיבית לטיפול.⁵⁵

כיצד אם כן היה מסדיר חוק זכויות החולה מצב המתואר בחוק החולה הנוטה למות כמצבו של חולה שאיננו כשיר אך הביע את רצונו במופגן שלא לקבל טיפול נלווה בסמוך לאובדן הכשירות? ההסדר הראשון איננו מתאים, שכן ידוע למטפל כי החולה מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי. ההסדר השני איננו מתאים, אף שלשון הסעיף איננה דורשת את הסכמת החולה, שכן עולה מהמצב המתואר שמטרת הסעיף היא להגן על רופא מפני אחריות נזיקית או פלילית במקרה של טיפול בחולה שזה עתה הבהילו אותו לחדר מיון והוא זקוק נואשות לטיפול רפואי אף שאיננו רוצה בו. כביכול, ההסדר השלישי הוא היחיד שמתייחס למצב שבו ניתן לתת טיפול רפואי למרות התנגדות ברורה של החולה לטיפול. מלבד המנגנון המסובך שאותו הוא מתאר, קיימת בעייתיות נוספת, שכן הוא דורש שהטיפול ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של החולה (דבר שלא יכול להתקיים אצל החולה הנוטה למות מטבע מצבו) ונדרשת הנחה סבירה שהחולה יסכים בדיעבד לטיפול. כאשר מדובר בחולה הנוטה למות, המעוניין למות, סביר להניח שהסכמה זו לא תתקבל.⁵⁶ מכאן אנו למדים שלפני קבלת חוק החולה הנוטה למות לא היה ניתן לכפות טיפול נלווה על החולה הנוטה למות שאינו נמצא במצב חירום.⁵⁷ לא כך לעניין טיפול מקל, שכן הפסיקה הכירה בכך שאין לצוות על רופא לעמוד מנגד ולא לעשות דבר כדי להקל את סבלו של החולה.⁵⁸

5. המטופל הכשיר או המטופל הבגיר?

ראינו בשני החוקים את חשיבותה של הכשירות המשפטית, שכן מדובר בתנאי מקדים להסכמה מדעת ולפיכך ליכולת לסרב לקבל טיפול רפואי. חוק זכויות החולה אינו מגדיר כשירות מהי ואף אין בו התייחסות לזכויותיו של הקטין. מעובדה זו ומסעיף 29(1), הקובע כי אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראות כל דין,⁵⁹ אנו למדים שיש לפנות לדין הכללי, כלומר לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע שקטין הוא אדם שעדיין לא מלאו לו 18 שנים.⁶⁰

בדרך כלל זכויותיו של קטין מעוגנות במספר רב של חוקים.⁶¹ על ההתעלמות מזכויות הקטין בחוק זכויות החולה נמתחה ביקורת רבה.⁶² אפוטרופסיו הטבעיים של הקטין הם הוריו.⁶³ יכולתם הוגבלה משום שהם יכולים להסכים לטיפול רפואי דרוש, אך לא תמיד ניתנת להם הזכות לסרב לו, וזאת עקב ההנחה

55 סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה.

56 מנגנון זה נועד להגן על רופאים מפני הטלת אחריות פלילית ונזיקית כאשר הם מטפלים באדם אשר רוצה להתאבד / ניסה להתאבד ומסרב לטיפול רפואי שיציל את חייו. קפלן, לעיל הערה 36, בעמ' 24-25.

57 נילי מימון "התמודדות המחוקק עם שאלת מתן טיפול רפואי ללא הסכמה או בכפייה" **רפואה ומשפט** יז 78, 84-86 (1997).

58 ה"פ (תא) 759/92 **צדוק נ' בית האלה בע"מ**, פ"מ תשנ"ב(2) 485 (1992) בעמ' 506.

59 אמנון כרמי "הסכמת החולה הקטין לטיפול בו: חלק שלישי" **מכתב לחבר** סא 11 (1999).

60 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120.

61 ובהם חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ח-1960, ס"ח 52 וחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393. כמו כן ראו מימון, לעיל הערה 57, בעמ' 79-81.

62 אמנון כרמי "הסכמת החולה הקטין לטיפול בו: חלק שני" **מכתב לחבר** סא 11, 12 (1999). כמו כן, ראו גם מימון, לעיל הערה 57, בעמ' 79-81.

63 פעולה הנוגעת לקטין צריכה להיעשות בהסכמת שני הוריו, אמנון כרמי "הסכמת החולה הקטין לטיפול בו: חלק ראשון" **מכתב לחבר** סא 13 (1999).

שלהורה מותר להיטיב אך לא להרע את מצבו של הקטין.⁶⁴ ככל שהקטין צעיר יותר, ויכולתו להביע את רצונו מצומצמת, כך תצומצם זכותם של ההורים להחליט להימנע מטיפול רפואי בשמו.⁶⁵ לעומת זאת, במצב שבו הקטין הוא בר דעת, והוא מבקש להפסיק את הטיפול בו אך ההורים מבקשים להמשיכו – לא יכובד רצונו של הקטין, וזאת אף שישנה מגמה במשפט בארץ ובעולם לכבד את זכויותיו של הילד וזאת על בסיס היותו מסוגל להבין את מצבו.⁶⁶

לעומת חוק זכויות החולה, בחוק החולה הנוטה למות מוגדר בעל הכשרות והוא מי שמלאו לו 17 שנים, והוא מסוגל להביע את רצונו, איננו פסול דין ולא הוצא מחזקת הכשרות.⁶⁷ מדובר בהגדרה שהיא מעט מעגלית, שכן חזקת הכשרות, כפי שהיא מצוינת בסעיף 6 לחוק החולה הנוטה למות, קובעת:

"חזקה על אדם שמלאו לו 17 שנים ושלא הוכרז פסול דין, שהוא כשיר מבחינה הכרתית, שכלית ונפשית לקבל החלטה בקשר לטיפול הרפואי בו מתוך הבנה, שיקול דעת ורצון חופשי".

שורה של מלומדים ביקרו את הדרישה הטכנית של 17 השנים לקביעת הכשרות.⁶⁸ לנוכח ביקורת זו נבקש גם אנו להעלות את השאלה מדוע לא הודגש מבחן מהותי יותר המופיע בסעיף, אך מהווה רק תנאי אחד מבין כלל התנאים שבו, והוא יכולת הקטין להבין את מצבו ולבטא את רצונו לאחר ששקל את שיקוליו.⁶⁹ היה עדיף לו דרישת הגיל הייתה דרישה גמישה שניתן לסטות ממנה משהוסק שהקטין מבין דבר ועל כן מסוגל להחליט באשר לבריאותו ולהמשך חייו.

6. הנחיות רפואיות מקדימות

לפני קבלת חוק החולה הנוטה למות הייתה נטייה להכיר בפסיקה בצוואה בחיים. ישנן מדינות שבהן הדבר מוסדר בחוק.⁷⁰ צוואה בחיים הינה ביטוי לרצונו של החולה להימנע מסוגי טיפולים שונים שיאריכו את חייו.⁷¹ לא מדובר במסמך פורמלי כגון צוואת ירושה שיש תנאים נוקשים לתקפותה,⁷² אלא בהבעת רצון של חולה, שיכולה להיעשות בכמה דרכים.⁷³ מטרת הצוואה בחיים היא, בין השאר, לשמר את שליטתו של החולה במצבו הבריאותי גם כאשר הוא נהפך למחוסר הכרה או ממועט הכרה, משמע הוא איננו כשיר או

64 רע"א 5587/97 **היועמ"ש נ' פלוני**, פ"ד נא(4) 830, 845-846 (1997) (להלן: פרשת בן איכר).

65 שם, בעמ' 860-862.

66 כך ניתן לראות בסעיף 12(1) לאמנה על זכויות הילד (Convention on the Rights of the Child) ובסעיף 26(2) לאמנה על זכויות אדם וביור-רפואה הקובעים כי כאשר הקטין טול כושר להסכים להתערבות הרפואית, דעתו של הקטין תובא בחשבון כגורם שמשקלו גובר באופן יחסי לגילו או לרמת בגרותו. גם סעיף 7 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293, מחייב את השופט להיוועץ בילד באשר לאימוצו אם גילו מעל 9 או שמידת בגרותו מאפשרת זאת.

67 סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות.

68 ראו מימון, לעיל הערה 57, בעמ' 81. ראו גם קפלן, לעיל הערה 36, בעמ' 118, 123-124. בנוסף, ראו כרמי, לעיל הערה 62, בעמ' 12-13.

69 לעניין הביקורת על גיל הכשרות ראו שם.

70 פרשת **שפר**, לעיל הערה 10, בעמ' 133.

71 כרמי, לעיל הערה 11, בעמ' 1486.

72 סעיפים 18-23 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446 (להלן: חוק הירושה) מפרטים תנאים להתקיימותה של צוואה. ישנם כמה סוגי צוואות ולכל סוג צוואה תנאים שונים הדרושים לתקפותה.

73 לנוכח סעיפים 18-25 לחוק הירושה צוואה יכולה להיעשות באמצעות הקלטת וידאו, הקלטת אודיו, מסמך בכתב, הוראה בעל פה ואפילו הצהרה בפני רשות.

יכול לקבל החלטות מסוג זה.⁷⁴ הצוואה בחיים היא ביטוי לאוטונומיית הפרט המהווה בסיס לדוקטרינת ההסכמה מדעת שבה דנו לעיל.

משאושר חוק החולה הנוטה למות, השתנה נוף החקיקה והוספו לו ההנחיות הרפואיות המקדימות (להלן: ההנחיות). בראשונה, מעוגנת בחוק הבעת רצון מוקדמת והיא מוסדרת בפרק ה לחוק. סעיף 30 קובע שניתן להתחשב בהנחיות רק אם האדם, שנתן אותן, עשה כן מתוך רצון חופשי ועצמאי ולא מתוך לחץ משפחתי, חברתי או אחר.⁷⁵ ורק מהמועד שבו האדם, שנתן אותן, מוגדר כחולה הנוטה למות שאינו כשיר. בתנאים אלו כשלעצמם אין בהכרח משום חידוש משפטי. אדם כשיר יכול לפרט את רצונו בכל הנוגע לטיפול רפואי עתידי, אלא שכדי לעשות כן עליו לקבל תחילה ממקור מוסמך את המידע הרפואי הדרוש לו באופן סביר.⁷⁶ עולה השאלה כיצד סבירות זו תימדד: האם בדומה למבחן ההסכמה מדעת, המדד יהיה בהתאם לחולה הסביר? האם תחול חובת גילוי מוחלטת? גם בהנחה שאכן מדובר בהמשך של דוקטרינה ההסכמה מדעת, במקרים שבהם החולה נוטה למות, לא מדובר בטיפול אפשרי למחלה הנוכחית שעמה מתמודד החולה. האם הרופא יידרש לתת פירוט של כל הטיפולים האפשריים לחולים סופניים? לדעתנו, הפירוש הנכון לחובת הגילוי הוא מתן הידע, האפשרי והמוכר באותה עת, לחולה הסביר בדומה להלכה הפסוקה בנוגע להסכמה מדעת בחוק זכויות החולה. במקרים שבהם הנסיבות השתנו בשל פיתוחים טכנולוגיים רפואיים, ששינו באופן מהותי את מהות הטיפול, גם אז יש לפעול בהתאם לחולה הסביר תוך הדגשת ההתחשבות בהבעת רצונו לחיות או למות.⁷⁷

הבעייתיות, לדעתנו, אינה טמונה בתנאים למתן ההנחיות, אלא בנהלים הנדרשים לשם נתינתם. ההנחיות צריכות להינתן בכתב על גבי טופס מסוים בחתימת החולה העתידי לפני שני עדים שאין להם אינטרס כלכלי או אחר בנותן ההנחיות ושאינם מיופי כוחו. את ההנחיות יש לחדש כל חמש שנים שאם לא כן הן מאבדות את תוקפן.⁷⁸ נראה שמדובר בהוראה קוגנטית, אך אם יבחן בית המשפט את החוק כמכלול, לנוכח מטרותיו שבחלקן נוגעות לשימור רצונו של האדם, עדיף לגישתנו לפרש את הוראת הסעיף כדיספוזיטיבית. ההנחיות צריכות להישלח למאגר מידע שיוקם על ידי שר הבריאות.⁷⁹ במקרה שנפל פגם בהנחיות או פג תוקפן חייב הרופא לעיין בהן אך ההתחשבות בהן נתונה לשיקול דעתו.⁸⁰ בתוספת הראשונה לחוק מנוסח טופס ההנחיות. ההנחיות מפרטות עשרות מקרים פרטיקולריים שעליהם צריך החולה העתידי לתת דעתו. לדוגמה, בפרק א לטופס יש לסמן טיפולים רפואיים שהחולה מעוניין להימנע מהם או להתירם. מדובר ב"רשימת מכולת" של טיפולים וספק לדעתנו אם האדם הסביר יודע מה משמעות כל טיפול. בנוסף, גם אם החולה העתידי יעשה מאמץ וייפגש עם רופאו האישי כדי לקבל הסבר על המונחים ועל הטיפולים – לא ברור אם יבין בסופו של דבר את משמעות הטיפול ב"אנטיביוטיקה במצב של אלח-דם

⁷⁴ פרשת שפר, לעיל הערה 10, בעמ' 133 וכן ה"פ (תא) 1141/90 בניימין אייל נ' ד"ר נחמן וילנסקי, פ"מ תשנ"א(3) 187 (1990) (להלן: "פרשת בניימין אייל"), בעמ' 195.

⁷⁵ הכוונה היא להימנע ממצב שבו החולה מבקש למות מאחר שמשפחתו אינה תומכת בו או שהוא אינו רוצה ליפול לנטל עליה. הכוונה גם להימנע ממצב שבו שיקולי יעילות יגברו על רצון החולה ואף להימנע ממצב שבו החולה ייכנע לייאוש רגעי. ראו גם פרשת בניימין אייל, שם, בעמ' 196, וכן ה"פ (תא) 2242/95 א.א. נ' קופת חולים כללית, פ"מ תשנ"ה(2) 253, 257 (1996). ראו גם חיים על טיימר, לעיל הערה 29, בעמ' 51.

⁷⁶ סעיף 32 לחוק החולה הנוטה למות.

⁷⁷ במקרים שבהם השתנו הנסיבות באופן שאינן תואמות עוד את ההנחיות המקדימות, יש לפנות לוועדה לפי סעיף 35, ולטעמנו על חברי הוועדה להשתמש במבחן האמור. דיון בהנחיות הרפואיות המקדימות בארצות הברית ובאנגליה ראו בפרק ה לרשימה זו.

⁷⁸ סעיפים 33-34 לחוק החולה הנוטה למות.

⁷⁹ סעיף 44 לחוק החולה הנוטה למות.

⁸⁰ סעיף 34(ב) לחוק החולה הנוטה למות.

חמור ועמיד לטיפולים אנטיביוטיים שגרתיים" לעומת "טיפולים שגרתיים כגון מתן אנטיביוטיקה, דם ומוצריה". לדעתנו היה ראוי להוסיף סעיף שיגדיר פרטים מהותיים⁸¹ ולא יאפשר ביטול של ההנחיות הרפואיות מאליהן בגין כל פגם פעוט בהן. בנוסף, לדעתנו היה רצוי שההנחיות יגדירו מצבים כלליים יותר שעיקרם אינו רשימת טיפולים רפואיים גרידא. כן היה ראוי שמשך תוקף ההנחיות יהיה נתון לשיקול דעת האדם ושגם אם תוקפן יפוג – הרופא המטפל יהיה מחויב להתחשב בהן ולא רק רשאי לעשות כן.⁸²

ד. הוועדות המוקמות מכוח חוק

חוק זכויות החולה מציין שלוש ועדות רפואיות.⁸³ אנו נתמקד בוועדות האתיקה, שכן וועדות אתיקה חדשות הוקמו בחוק החולה הנוטה למות והן פועלות בד בבד עם ועדות האתיקה "הישנות". הוועדות האחרות – ועדת הבדיקה וועדת בקרה ואיכות – ממשיכות לפעול באותה מתכונת גם לאחר חקיקת חוק החולה הנוטה למות. ועדות האתיקה הוקמו, במתכונתן הנוכחית,⁸⁴ בחוק זכויות החולה.⁸⁵ בראשן ניצב משפטן הכשיר להתמנות כשופט בית המשפט המחוזי, ולצדו מכהנים, כולם בהתנדבות, שני רופאים מומחים,⁸⁶ פסיכולוג או עובד סוציאלי, איש ציבור או נציג דתי.⁸⁷ הוועדה מוסמכת לקבל החלטות מסוימות בהרכב חסר.⁸⁸ עיקר הרפורמה, שהביא עמו חוק זכויות החולה, הייתה בהענקת סמכויות חדשות ונרחבות לוועדות:⁸⁹ באישור הוועדה ניתן לחרוג ממילוי חובת הגילוי ולהימנע ממתן מידע לחולה שעלול להזיק לבריאותו הנפשית או הגופנית,⁹⁰ ניתן לכפות טיפול על חולה שהבהיר שאין הוא חפץ בו בהתקיים כמה תנאים⁹¹ וניתן לאשר מסירת מידע על אף חובת הסודיות.⁹²

משהוקמו הוועדות, נשמעו חששות באשר לתפקודן. עלתה הדאגה שמאחר שהוועדה מורכבת ממתנדבים, שלהם תחומי עיסוק שונים הגוזלים מזמנם, אי זמינותם תביא לידי סרבול הדיונים בוועדות. כן עלה החשש, שעצם קיומה של הוועדה תאפשר למטפלים להתחמק מקבלת החלטות אתיות עצמאיות.⁹³

81 בדומה לסעיף 25 לחוק הירושה. כהצעתו של השופט טלגם, לעיל הערה 31, בעמ' 42.

82 מובן שעליו לעשות כן לפי נסיבות: הצהרותיו האחרונות של החולה, הצהרות בני משפחתו וחבריו, אך לא ייתכן לדעתנו שתהיה התעלמות מוחלטת מהבעת הרצון הקודמת של החולה, ולו רק בשל פגם טכני במילוי ההנחיות.

83 מדובר בוועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות וועדת אתיקה. ועדות אלו התקיימו גם קודם לחקיקת החוק, אך פעלו באופן ובתפקיד שונים. ועדת בקרת האיכות וועדת הבדיקה הן פיצול של הוועדה שהיה מקובל להקים אז חוק בעקבות אירוע מסוים כדי להפיק לקחים. סעיפים 21-23 לחוק זכויות החולה וראו גם כרמי, לעיל הערה 11, בעמ' 827-828.

84 לפני קבלת חוק זכויות החולה הורכבו הוועדות ממתנדבים בעלי התמחויות שונות, כגון רופאים ותיאולוגים, כדי לאפשר ביטוי למגוון דעות מתוך שאיפה להגיע לכלל הסכמה רחבה הנשענת על שיקולים ערכיים ורפואיים בתחום האתי האפור. עיקר עיסוקן היה מתן ייעוץ אתי במקרים קונקרטיים, אך גם חינוך הצוות הרפואי במוסדות הבריאות והתוויית מדיניות כללית [גיל סגל ומאיה פלד "וועדות האתיקה בבתי החולים – יישן מפני חדש תוציאוי!" רפואה ומשפט יז 6, 7-6 (1997)].

85 ועדות האתיקה שהיו קיימות לפני החוק לא נעלמו עם התכנסותן של הוועדות שהוקמו מכוח החוק והן ממשיכות לפעול בד בבד עמן. ראו גיל סגל ומאיה פלד, לעיל הערה 84, בעמ' 9. ראו גם כרמי, לעיל הערה 11, בעמ' 829.

86 לכל אחד מהם צריכה להיות התמחות שונה.

87 סעיף 24(א) לחוק זכויות החולה.

88 השגות לפי סעיף 23 לחוק זכויות החולה יידונו בהרכב של שלושה חברים: יושב ראש הוועדה והרופאים שבה. ראו סעיף 24(ב) לחוק זכויות החולה.

89 פרשת פלונית, לעיל הערה 19, בעמ' 156.

90 סעיף 13(ד) ו-18(ה) לחוק זכויות החולה. מדובר במנגנון ביקורת על שיקול דעתו של הרופא, ראו פרשת פלונית, לעיל הערה 20, בעמ' 157 ו-159. כן ראו כרמי, לעיל הערה 11, בעמ' 830-832.

91 סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה.

92 סעיף 20(5) לחוק זכויות החולה. חובת הסודיות מצוינת בסעיף 19 לאותו חוק.

93 ההנחה היא שרופאים יעדיפו להיתלות בוועדה בכל פעם שבעיה אתית תעורר, שכן היא מעניקה להם הגנה מסוימת מפני אחריות נזיקית או פלילית. לא ברור מהי האחריות הפלילית ונזיקית של חברי הוועדה, כאשר הם מחליטים שיש לפגוע

כאשר עסקינן בהחלטות הנוגעות לחולה הנוטה למות, אי זמינות חברי הוועדה, מכל סיבה שהיא, בשילוב הצורך בהחלטה מהירה הנובעת ממהות העניין, עניינו של אדם גוסס, יוצרת בעיה קשה.⁹⁴ סעיף 24(ג) לחוק זכויות החולה מפנה דיונים דחופים לבית המשפט במקרה שלא ניתן לכנס את הוועדה. אולם מפסיקות שונות של בתי המשפט עולה שהשופטים מעדיפים שהנחיות הנוגעות לחולה הנוטה למות יקבעו על ידי ועדות האתיקה ולא על ידי בית המשפט (וגם לא, לצורך העניין, על ידי הרופאים).⁹⁵

ועדת שטיינברג הכירה בכך שוועדות האתיקה מכוח חוק זכויות החולה לא פעלו בצורה מיטבית בעניין צורכי החולה הנוטה למות,⁹⁶ על כן לפי חוק החולה הנוטה למות יוקמו שתי ועדות אתיקה נוספות: הוועדה המוסדית והוועדה הארצית.⁹⁷ ועדות אלה הוציאו את ענייני החולה הנוטה למות מסמכות ועדות האתיקה הפועלות מכוח חוק זכויות החולה. עיקר הסמכויות החדשות שניתנו לוועדות האתיקה המוסדיות נוגע לקביעת רצון החולה ומימושו, כאשר ההנחיות שנתן לא היו ברורות או אם יש מחלוקת באשר לטיפול הרפואי, שיקבל החולה הנוטה למות שאיננו כשיר, בין אפוטרופוסיו לבין עצמם, בינם לבין מיופה הכוח או בינם לבין בנם הקטין ושאר מחלוקות דומות.⁹⁸ הרכב הוועדה המוסדית יכלול שלושה רופאים בעלי התמחויות מסוימות,⁹⁹ פסיכיאטר, אחות, עובד סוציאלי או פסיכולוג קליני, איש אקדמיה לפילוסופיה או אתיקה, משפטן הכשיר להיות שופט בית המשפט המחוזי ואיש דת. הוועדה תבחר בעצמה את יושב ראשה, (בניגוד לוועדות האתיקה לפי חוק זכויות החולה, יושב הראש הוא המשפטן).¹⁰⁰ החוק ביקש לצמצם מצבים של עיכוב עקב אי זמינות חברי הוועדה, ולכן לכל חבר בה יש ממלא מקום כשיר. בנוסף, נקבע שעל הוועדה להתכנס סמוך ככל יכולתה למועד הפנייה, ואם הוקם הרכב מצומצם מראש, יכול הוא לדון בפניות דחופות. הרכב זה חייב לכלול רופא אחד, אחות או עובד סוציאלי או פסיכולוג קליני ואיש אקדמיה או משפטן או איש דת.¹⁰¹ הוועדה הארצית דומה במבנה לוועדה המוסדית, אך חברים בה פי

בזכויות החולה, אך אין ספק שהחלטת הוועדה מהווה גורם רב משקל בהחלטת בית המשפט באשר לאחריות רופא שעשה כדבר הוועדה. ראו גיל סגל ומאיה פלד, לעיל הערה 84, בעמ' 8-9 וגם פרשת **פלונית**, לעיל הערה 19, בעמ' 160.

⁹⁴ לדוגמה, נער בן 16 שימלאו לו עוד חודש 17 שנים ומבקש שלא להיות מונשם בצורה מלאכותית, בעוד הוריו מבקשים שכך ייעשה. בלא ההנשמה המלאכותית ימות באותו היום. במקרה זה אנו רואים את הצורך בהחלטה מיידית.

⁹⁵ בפרשת **שפר**, לעיל הערה 10, בעמ' 158, 173, 189 ניתן לראות את התלבטויותיו של בית המשפט במקרים אלו: "חילוקי הדעות שיש להביאם כאן להכרעת בית המשפט אינם מחלוקות אתיות, כי אם מחלוקות שבדין. לדילמה מוסרית, מטבעה, אין פתרון ערכי ברור; הפתרון כאן הוא פרי בחירה של העדפה אתית". דברי השופט ריבלין בה"פ (בי"ש) 1030/95 **גלעד נ' מרכז רפואי סורוקה**, פ"מ תשנ"ו(1) 441, 454-455 (1995): "...מומחיותו של הרופא היא בתחום הרפואה. לחוות דעתו של הרופא משקל בכל הקשור לאבחנה הרפואית [...] אך המסקנה הסופית, אם יש לבצע את הטיפול אם לאו, אינה תולדה של שקלול רפואי. המדובר, בסופו של דבר, בשאלה אתית, אשר בה אין לפרופ' וינוגרד, כרופא, יתרון מיוחד..." דבריו של השופט אור בפרשת **בן איכר**, עמ' 862-863; וראו גם משה טלגם "המאמר האחרון – לאחרונה בפסיקה" **חיים בכבוד** 4 (2005).

⁹⁶ ראו דיונים, השגות והסכמות, לעיל הערה 12, בעמ' 48 ה"ש 40(א). חוסר היעילות נובע, בין השאר, מחוסר הזמינות של חברי הוועדות ומהעיכוב בטיפול של הוועדות במקרים המגיעים אליהן. הרי מטבע מצבם, אנשים שהגדרות חוק החולה הנוטה למות חלות עליהם חייבים מענה מהיר לבעיותיהם. בעיה כללית שהביאה גם היא לידי הרצון להקים ועדות חדשות שיחליפו את הקיימות היא, שכאמור, חוק זכויות החולה הקים שלוש ועדות שתפקידן בעבר בוצע על ידי ועדה אחת. המטרה היא שלא להמשיך ולחלק את סמכויות הוועדות אלא להקים ועדה המוסמכת לפעול במהירות ולענות על כלל הבעיות.

⁹⁷ פרק ו לחוק החולה הנוטה למות.

⁹⁸ סעיף 47 לחוק החולה הנוטה למות.

⁹⁹ לפי סעיף 45(א)(1), על הרופאים להיות מומחים באחד מאלו: גריאטריה, קרדיולוגיה, ניורולוגיה, אונקולוגיה, טיפול נמרץ, הרדמה, רפואת משפחה. אם החולה הוא יילוד, אחד מהם צריך להתמחות בנאונטולוגיה, ואם מדובר בקטין, אחד מהם יהיה רופא מומחה לרפואת ילדים ובמקום אחד הרופאים יהיה פסיכולוג קליני או רפואי שעיסוקו ילדים ונוער.

¹⁰⁰ סעיף 45(ג) לחוק החולה הנוטה למות.

¹⁰¹ סעיף 45(ד)-(ה) לחוק החולה הנוטה למות.

ארבעה יותר חברים מכל מקצוע כאמור, בדרגות בכירות מחברי הוועדה המוסדית ובעלי ניסיון בנושא.¹⁰² הוועדה הארצית תחליט במקרים של מחלוקת בין הוועדות המוסדיות השונות, תדון במקרים בעלי חשיבות עקרונית ובמקרים שבהם לא יכולה הוועדה המוסדית להגיע לכלל החלטה. היא גם משמשת ערכאת ערר על החלטות הוועדה המוסדית.¹⁰³ הוועדה צריכה לחתור למימוש רצון החולה בהחלטותיה.¹⁰⁴ ההסדר החוקי החדש שנוצר מעלה כמה בעיות. הראשונה, ככל הוועדות מכוח שני החוקים. כבר בדיוני הצעת החוק הכירו חברי ועדת שטיינברג בכך והציעו שוועדות האתיקה לפי חוק החולה הנוטה למות יטמיעו בתוכן את הוועדות הקיימות.¹⁰⁵ לא ברור כלל שהמנגנון החדש עדיף מהמנגנון הקיים.¹⁰⁶ ביקורת נמתחה על כך שמעצם היות הוועדה הארצית ערכאת ערר על הוועדה המוסדית, נחסמת גישת החולים לבית המשפט, ולכשיגיע העניין לבית המשפט, ביקורתו תצומצם לביקורת מנהלית גרידא.¹⁰⁷ שנית, עלתה הדאגה באשר להעדפת ערך קדושת החיים עד כדי כפייה דתית וזאת מכוח הימצאותו של איש הדת בוועדה (נזכיר כי בוועדות האתיקה הקיימות מכוח חוק זכויות החולה מדובר באיש דת או נציג ציבור).¹⁰⁸ קיימת אפשרות שהוועדה המוסדית תתכנס בהרכב מצומצם, שלא יכלול איש דת, אך אז מתעוררת בעיה אחרת – נקבע שההרכב חייב לכלול אחד מאלו: איש דת או אתיקאי או פילוסוף או משפטן – תמוה בעינינו שהמחוקק ראה באחד תחליף לאחר. אם המטרה היא להשיג מגוון רחב ככל האפשר של השקפות עולם, יש סיכוי גדול יותר שדווקא שלושת אלו יהוו הפכים קיצוניים ולא תחליף זה לזה, בין השאר משום הסיכוי כי לכל אחד מהם רקע דתי מסורתי שונה.¹⁰⁹

לדעתנו, מנגנון הוועדות לפי חוק החולה הנוטה למות מיותר, שכן הוא נוסף על המנגנון שיוסד בחוק זכויות החולה. השינויים בהרכבו קלים ועם זאת נותנים את התחושה הלא נעימה שאכן מדובר בכפייה סמויה. על כן עדיף היה לו ועדות האתיקה הקיימות היו מקבלות את סמכויות הוועדות לפי חוק החולה הנוטה למות ופועלות לפי ההנחיות שבחוק, קרי גילוי ומימוש רצון החולה. היינו גם מציעים לשנות את הרכב הוועדה הארצית. באמצעות שינוי זה יימוג החשש שמדובר בכפייה דתית. אשר לחסימת הדרך לבית המשפט, כאמור נראה שבית המשפט לא רואה את עצמו כערכאה הטובה ביותר לניהול דיונים אתיים, ועל כן ייתכן שראוי שאמנם תהיה ערכאה נוספת שתסנן מקרים לפני הגיעם לבית המשפט.

102 מדובר בארבעה רופאים מומחים בדרגת מנהל יחידה או מחלקה או בית חולים, ארבע אחיות בדרגה בכירה, ארבעה עובדים סוציאליים, או פסיכולוגים קליניים במוסד רפואי בדרגה בכירה, ארבעה אנשי פילוסופיה או אתיקה בעלי דרגה אקדמאית בכירה, ארבעה משפטנים שיכולים להתמנות לשופטי בית המשפט המחוזי או בעלי דרגה אקדמית בכירה ומינויים נעשה בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה וארבעה אנשי דת אשר הם יהודים, מינויים ייעשה בהתייעצות עם הרבנים הראשיים, ואם מדובר באיש דת שאינו יהודי, מינויו ייעשה בהתייעצות עם נשיא בית הדין לערעורים של אותה עדה – ראו סעיף 50 לחוק החולה הנוטה למות.

103 סעיף 51(א) לחוק החולה הנוטה למות.

104 ראו סעיף 51(ב) לחוק החולה הנוטה למות.

105 הצעה זו לא התקבלה. ראו לעיל הערה 9, בעמ' 78, הסתייגותה של ד"ר כרמל שלו: "לבטל את הוועדות האתיות עפ"י הצעת החוק, ובמקום זאת להסמיך את הוועדות שהוקמו בחוק זכויות החולה לקבל החלטות גם ביחס לחולים בסוף חייהם". כן, ראו גם דיונים, השגות והסכמות, לעיל הערה 12, בעמ' 48 ה"ש 40(ג).

106 שם.

107 ראו טלגם, לעיל הערה 95, בעמ' 5. השופט טלגם טען שם שמטרת הדבר היא לכפות על אדם את הטיפול בסוף חייו, גם כאשר אין הוא רוצה בו.

108 ראו טלגם, לעיל הערה 95; כמו כן ראו דיונים, השגות והסכמות, לעיל הערה 12, בעמ' 49, ה"ש 41 ודין וחשבון, לעיל הערה 9, בעמ' 77 הסתייגותו של פרופ' אבינועם רכס. נציין כי הייתה גם הסתייגות מעשית לדרישת נוכחותו של אתיקאי בוועדה המוסדית עקב כך שאין די אנשים העוסקים במקצוע, והדבר עלול לצמצם את יכולת התפקוד של הוועדה המוסדית. ראו שם, בעמ' 77-76, הסתייגותה של פרופ' שרה כרמל.

109 הוכח כי ככל שאדם הוא מסורתי-דתי יותר, כך נטיותיו לסרב לאישור הפלות גובר, ולהפך אם מדובר באדם אתאיסטי. הגיוני לטעון כי ערך קדושת החיים המעוגן בתפיסה הדתית משפיע על החלטות בעניין הפסקת הריון ובאופן דומה ישפיע על החלטות הנוגעות לאישור טיפול רפואי בחולה הנוטה למות. ראו רפאל כהן-אלמגור ויהודה שניר "גורמים המשפיעים על קבלת החלטות של ועדות העל להפסקת הריון" הרפואה 138(יב) 1009, 1014 (2000).

ה. החולה הנוטה למות – הסדרים רגולטורים במדינות אחרות

במדינות אחרות חוקקו חוקים שונים המאפשרים לחולים, באמצעות כלים מגוונים, להביע את רצונם, שלא יאריכו את חייהם באמצעים מלאכותיים.¹¹⁰ דוקטרינת ההסכמה מדעת והזכות לאוטונומיית הפרט פותחו למרות החשש שהתרת המתה אקטיבית או פסיבית בחוק תגרום לניצול לרעה ולמדרון חלקלק.¹¹¹ בפרק זה נסקור את ההסדרים השונים ונפתח במדינה המתירנית ביותר. באמצעות סקירה זו נוכל להיווכח שהחוק שהתקבל בארץ הינו שמרני יחסית ומגן בעיקר על קדושת החיים.

בהולנד נחקק The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act באפריל 2002, והוא כיום החוק המקל ביותר על חולה החפץ במיתה בכבוד. החוק קובע שהמתת חסד אקטיבית מותרת אם האדם המסייע להתאבדות עומד בתנאים המפורטים בפרק 2 לחוק.¹¹² רופא המבצע המתה בנסיבות המותרות חייב לדווח לוועדה מיוחדת שתפקידה לפקח על ביצוע החוק.¹¹³ המתה או סיוע למות אדם הנעשים על פי רצונו של החולה אך שלא באמצעות הרופא המטפל מהווים עבירה פלילית והעונש עליהם הוא 12 שנות מאסר או קנס. שידול למעשה כזה גורר עונש של שלוש שנות מאסר או קנס. החוק מתייחס אף לקטינים וקובע שאם החולה הוא קטין שגילו בין 12 ל-16 שנים, המתת החסד תהיה חוקית אם הוא נחשב למי שמסוגל להעריך באופן רציונלי את האינטרסים שלו ובכפוף לאישור אפטרופסיו. אם החולה הוא קטין שגילו בין 16 ל-18 שנים, המתת החסד תהיה חוקית בלא אישור אפטרופסיו, אך יש חובה להתייעץ עמם.¹¹⁴

בארצות הברית, במרבית המדינות, ישנו הסדר חקיקתי מקומי הנקרא "Advance Directive" – הוראה מוקדמת לטיפול רפואי. כל אדם, בגיר וכשיר, רשאי לתת הוראות מוקדמות בכתב או בעל פה בנוגע לטיפול הרפואי בו (קבלתו או סירוב לקבלו).¹¹⁵ הוראות אלו אינן מוגבלות לחולה הנוטה למות ואינן מוקפאות במהלך ששת החודשים שלפני המוות. מדינת אורגון, שבצפון מערב ארצות הברית, היא המדינה הראשונה והיחידה שבה הותרה בחוק "התאבדות בסיוע רפואי". בשנת 1994 עבר ברוב דחוק (51%) The Death With Dignity Act ובנובמבר 1997 נכנס החוק לתוקף לאחר שנתקף במספר רב של ערכאות.¹¹⁶ החוק קובע שתושב אורגון, כשיר שגילו מעל 18, ושנקבע שהוא חולה במחלה סופנית (המביאה לידי מוות בתוך שישה חודשים) רשאי לפנות לרופא האישי שלו ולקבל מרשם לסם קטלני או לסם במינון קטלני

¹¹⁰ ישראל דורון "סיוע רפואי להתאבדות: המודל המשפטי של מדינת אורגון" רפואה ומשפט כח 57 (2003).

¹¹¹ רם ישי "הזכות למות בכבוד – בהולנד: מה המסקנות?" הרפואה 134 (יא) 907 (1998).

¹¹² פרק 2 (Due Care Criteria) קובע 6 תנאים בהם האדם המסייע חייב לעמוד: הראשון, שדעתו של הרופא המטפל היא שבקשת האדם לסיים את חייו נעשתה מרצון חופשי ובאופן מחושב. השני, שדעת הרופא המטפל היא שסבלו של החולה הינו בלתי נסבל ושאינו כל צפי לשיפור. השלישי, שהרופא המטפל יידע את החולה בדבר מצבו וסיכויו בנוגע להתפתחות המחלה. הרביעי, שהרופא המטפל הגיע למסקנה ביחד עם החולה כי אין אלטרנטיבה למוות (כלומר – אין אפשרות לשיפור המצב אלא על ידי הפסקת הסבל). החמישי, שהרופא המטפל התייעץ לפחות עם רופא עצמאי אחד (עצמאי – ללא כל תלות או מחוייבות ועל בסיס מקצועי בלבד). השישי, שכל התנאים הקודמים ייעשו ב"כוונה נאותה".

¹¹³ חלק 3 לפרק השלישי ב-The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act.

¹¹⁴ סעיפים 2-4 לחלק 2 בפרק השני של ה-The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act.

¹¹⁵ רוני ברטברד ודן להב "סקירה בנושא: חקיקה בנושא המתות חסד באנגליה, הולנד, קנדה, גרמניה וארה"ב" סקירה המוגשת לחבר הכנסת יוסי כץ 16.1.2003. ניתן לצפות באתר: www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00845.doc (נצפה ביום 2.6.2006)

¹¹⁶ לאסמכתאות לתקיפת החוק באורגון ראו, למשל Lee v. Oregon, 107 F.3d1382 (9th Cir. 1997) וגם Lee v. Harclerod 118 S.Ct.328 U.S. 1997.

ולהשתמש בו בעצמו. החוק אינו מתיר פעולה אקטיבית של המתה בידי רופא או אדם אחר שיבצע פעולה ישירה שתזרז או שתגרום למוות.¹¹⁷ הפיקוח והבקרה על תחום זה מופקדים בידי אגף הבריאות של מדינת אורגון.¹¹⁸ מבחינת הפרוצדורה שבחוק, החולה הנוטה למות חייב להביע את רצונו על בסיס הסכמה מדעת¹¹⁹ המושגת באמצעות חובת גילוי מוחלטת באשר למחלתו ולהשלכות התרופה הממיתה.¹²⁰ בנוסף, ישנה תקופת המתנה של 15 ימים מאז ההצהרה שבעל פה של החולה ועד מתן המרשם הקטלני. במהלך תקופה זו על החולה לקבל ייעוץ נוסף מ"רופא מייעץ" שנותן חוות דעת נוספת בנוגע למחלה ולהשלכות הסם הקטלני.¹²¹ החוק אף מכיר בחשיבות מעורבות המשפחה בתהליך קבלת ההחלטות של החולה הנוטה למות – סעיף 3.05 לחוק זה קובע שעל הרופא לבקש (זו אינה חובה) מהחולה לשתף את בני משפחתו בתהליך קבלת ההחלטות ולהודיע להם את החלטתו לבקש תרופה ממיתה. אחת החולשות שבחוק היא היעדר קביעת היקף הסיוע של הרופא. סעיף 3.14 אוסר על אדם לסיים את חייו של חולה סופני בכל צורה אקטיבית של המתת חסד, אך הוא אינו קובע מה רוחב הסיוע שהרופא יכול להעניק לחולה באשר לפיקוח על לקיחת התרופה הממיתה.¹²² יש שטוענים, שמרווח חמישה עשר הימים שהוזכר לעיל פוגע בזכויות החולה, שכן ממצאים מראים כי 20% מהחולים הסופניים מתים בתקופה זו שבין ההצהרה שבעל פה לבין קבלת המרשם לתרופה הממיתה.¹²³ עם זאת, כאמור, מדינות אחרות בארצות הברית לא אימצו מודל זה.

במדינת מרילנד, שבמזרח ארצות הברית, נחקק The Health Care Decisions Act, המסדיר את הסכמת החולה לטיפול רפואי, הסירוב לו והפסקתו. מדובר בהסדר הדומה לזה שחוקק בארץ. כל חולה, שגילו מעל 18, הכשיר מבחינה גופנית או שכלית, יכול לקבל החלטות הנוגעות לטיפול הרפואי בו. על החולה לקבל אישור תחילה מהרופא המטפל ומרופא נוסף שהוא אכן סובל ממחלה סופנית, בשלב מחלה סופי או במצב צמח עקיב, שנקבע לגביו שלא תהיה ממנו התאוששות.¹²⁴ החולה יכול לתת הנחיות מקדימות או למנות מיופה כוח שיחליט בשבילו במצב של אי כשירות. את ההוראות המקדימות ניתן לתת בכתב אך גם בעל פה בתנאי שתינתנה בנוכחות הרופא המטפל ועד נוסף. אם לא ניתנו הוראות מקדימות, ולא מונה מיופה כוח, החוק קובע "מקבלי החלטות חלופיים" למצב שבו החולה בלתי כשיר לתת החלטה מדעת. החוק אינו מאפשר פעולה אקטיבית לסיום חייו של החולה.

117 ראו Oregon Death with Dignity Act § 2.01, OR. REV. STAT 127.800-127.995 (1999) (להלן: Oregon Death with Dignity Act). כן ראו דורון, לעיל הערה 110, בעמ' 59.

118 אגף הבריאות, ה-Oregon Health Division – OHD, הנהיג טפסים שבהם כל רופא רושם את הסם הקטלני שרשם לחולה הסופני נוסף על הטופס המצביע על קיום הדרישות הפורמליות והמהותיות שבחוק. על טפסים אלה ועל אגף הבריאות ניתן לקרוא באתר האינטרנט של ה-OHD: www.ohd.hr.state.or.us/chs/pas/pas.cfm. (נצפה ביום 2.6.2006).

119 סעיף 71.01 (7) Death with Dignity Act. ניתן לצפות בחוק באתר: www.hospicepatients.org/oreg-death-act.html.

120 ראו בריטברד ולהב, לעיל הערה 120, ראו גם דורון, לעיל הערה 110, בעמ' 60.

121 ראו סעיף 3.08 (Waiting Periods) ל-Oregon Death with Dignity Act. הקובע שיש לעבור שני רופאים, כאשר הראשון הוא הרופא האישי של החולה והשני הוא רופא מייעץ.

122 דוגמה שניתנת ב- Alan Rothschild, *Oregon: Does Physician Assisted Suicide Work?*, J. L. & MED. 217, 222 (2004) היא על מקרה של חולה שהיה חלש מדי פיזית מכדי להחזיק בידיו את התרופה, ולכן הוא נזקק לאדם או רופא שישים את התרופה בפיו. האם סיוע כזה נחשב לסיוע להתאבדות או לעזרה מותרת מצד הרופא?

123 משרד הבריאות של אורגון מדווח שבמשך שש שנים, עד שנת 2004, ביקשו המתת חסד 171 חולים מתוך 3.5 מיליון תושבים. בדו"ח מצוין שלא נמצאו רופאים שסייעו לחולים למות. *Physician' Experiences with the Oregon death with Dignity Act* 342 (8) NEJM 557 (2000). לגודל אוכלוסיית אורגון ראו: www.npg.org/states/or.htm. כן ראו גם מאמרה של Alan Rothschild, לעיל בהערה 122.

124 להגדרת המדויקות ולפירושה ראו סעיף 5-601 ל-Health Care Decisions Act. לצפייה בחוק ראו: www.oag.state.md.us/Healthpol/HCDAtext.pdf.

באנגליה, המתה אקטיבית אסורה על פי חוק, שכן כל פעולה הנעשית בכוונה להאיץ את מותו של אדם נחשבת למעשה רצח.¹²⁵ עם זאת, מתן מנות סבירות של משככי כאבים נחשב לחוקי, גם אם תוצאת הלוואי שלו היא קיצור חיי החולה.¹²⁶ ההסדר נשען על החלטות בתי המשפט שהיסוד הנפשי של כוונה אינו מתקיים במקרים אלו.

נראה שהנטייה ברחבי העולם היא לראות את החולה כאדם הזכאי לסרב לטיפול רפואי מאריך חיים או הזכאי להפסקתו. ישנו מגוון רחב של הגדרות ומינוחים בחוקים השונים, אך נראה שתוכנם די דומה. כל החוקים מדגישים את ההסכמה מדעת ואת רצונו של החולה לחיות או למות אך עדיין המתה אקטיבית אסורה ברוב המדינות.

1. סיכום

ברשימה זו הצגנו את מצב החקיקה בנוגע לטיפול בחולים סופניים, החלת דוקטרינת ההסכמה מדעת עליהם והניסיון לקיים את רצונם באשר להמשך חייהם או לסיומם לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות ובדקנו כיצד שינה החוק החדש מצב זה. במיוחד ניסינו להצביע על הבעיות שהחוק החדש יוצר ועל יחסי הגומלין שלו עם חוק זכויות החולה. סקרנו מי נכלל בהגדרת החולה הנוטה למות וכן בדקנו את תחולת חוק החולה הנוטה למות עליו לעומת תחולת חוק זכויות החולה. בדקנו כיצד החוק החדש גרע מפריבילגיית החולה להחליט בנוגע לטיפול בו ואת החששות שמעלה החוק.

בקליפת אגוז, החוק קובע כי כל אדם שנותרו לו שישה חודשי חיים יוגדר כחולה הנוטה למות ויחולו עליו ההסדרים האלה: כל אדם שגיל מעל 17 שנים, והוא בעל כשרות משפטית, זכאי לקבוע הנחיות מקדימות באשר לטיפול הרפואי שאותו יקבל בערוב ימיו. על רופאו של החולה מוטלת החובה ליידעו בנוגע להנחיות אלו. להנחיות תוקף של כחמש שנים לאחר קביעתן, והן חלות למעשה מרגע היות החולה בלתי כשיר (ההנחה היא שכל עוד החולה מסוגל לנהל את ענייניו, יש לו הזכות לסרב לכל טיפול רפואי).

החוק ניסה לאזן בין ערכי המדינה כיהודית וכדמוקרטית תוך שמירה על רצון החולה, ויש שחושבים שהוא אכן הצליח לעשות כן.¹²⁷ עם זאת, יש שמאמינים,¹²⁸ ואנו בהם, שהחוק עלול להביא לידי העדפת ערכי הדת, שכן הוא מעניק חשיבות יתרה לערך קדושת החיים, וזאת במחיר קיפוד רצונו של החולה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחזקת הרצון לחיות ותחולת ההנחיות המקדימות באופן מלא רק כאשר החולה במצב סופני ולא קודם לכן. פתרונות אפשריים להסרת חשש זה, כפי שמנסחם השופט טלגס (שהשתתף בוועדת שטיינברג), הם: להוסיף לחוק סעיף שיקבע כי אין החוק נועד לגרוע מזכויות החולה אלא להוסיף עליהן; לשנות את ההפרדה בין טיפול מחזורי לבין טיפול רציף; לשנות את ההנחיות באופן שיכללו סעיף שיפרט תנאים מהותיים, ויקבע כי אי קיום תנאים נוספים לא יפסול את תקפותן. לדעתנו, כאשר יש הבעת רצון מפורשת וברורה של החולה, בין בזמן מחלתו ובין קודם לכן, אין לפסול את רצונו

¹²⁵ ארגוני זכויות אדם וביניהם ארגון ה-Dignity in Dying יוצאים כנגד ה-Suicide Act 1961 בטענה שהוא שרירותי, אינו ודאי וגורם להשפעות חמורות על החולה, משפחתו והרופאים המטפלים בו. החוק מטיל עד 14 שנות מאסר למסייע בהתאבדות בלא קשר לשאלה אם מדובר ברופא או בקרוב משפחה. למרות זאת, הממצאים מראים כי ב-13% ממקרי המתות החסד וב-15% ממקרי הסיוע להתאבדות ההאשמות מבוטלות או פשוט אינן מוגשות. לעוד מידע בנושא ניתן לפנות לאתר הארגון: www.dignityindying.org.uk.

¹²⁶ רפאל כהן-אלמגור "המתת חסד אי רצונית ובלתי רצונית" **רפואה ומשפט** כח 44, 46 (2003). מתן מינון גבוה של משככי כאבים מתוך התעלמות או בכוונה לגרום למוות מכונה "התוצאה הכפוּלה".

¹²⁷ Y. Michael Bar Ilan "Dying with Dignity" במאמר ניתן לצפות באתר Ynet בכתובת: www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3180888,00.html (נצפה ביום 2.6.2006).

¹²⁸ ראו טלגס, לעיל הערה 31, בעמ' 40-41.

למען ערכים חיצוניים כלשהם. יש לכבד כל החלטה שייתן, בין בנוגע לטיפול רציף, מחזורי,¹²⁹ נלווה, רגיל או פלאטיבי.

ראינו שישנן בעיות נוספות בחוק. לא ברור אם מנגנון הוועדות שהחוק הקים הוא מנגנון יעיל ועל כך נתנו את דעתנו בפרקים הקודמים. ייתכן שהחוק מכביר בתנאים ובהגדרות ועולה החשש שאם וכאשר יגיע לדיון בערכאה משפטית, הוא ייהפך לנוגעים בדבר לרועץ יותר משהוא ישמש כלי עזר. חוק זכויות החולה אמנם תיאר כמה מצבים פרטיקולריים, אך ראינו שבכל הנוגע לסוגיית החולה הנוטה למות הפסיקה עשתה שימוש רב בשיקול דעתה, דבר שאיננו אפשרי לנוכח ההסדרים הפרטניים שבחוק החולה הנוטה למות. הבעיה נעוצה בכבילת שיקול הדעת לתנאים המורכבים אשר לדעתנו לא תמיד מממשים את עקרון היסוד המצוין בחוק, והוא שימור רצון החולה. ראינו שחוקים אחרים בעולם מדגישים את ההסכמה מדעת ואת רצון החולה וגם הם נוהרים מלפתוח פתח שאותו לא יוכלו לסגור לאחר מכן מתוך החשש להעניק לגיטימציה למעשים שהם ספק רצון החולה וספק המתתו שלא לפי רצונו. לדעתנו, חוק החולה הנוטה למות מהווה ניסיון ראוי מצד המחוקק להסדיר סוגיה סבוכה זו; אך בסופו של דבר נותרנו עם התחושה שההסדרים הקבועים בו בעייתיים. הבעיה איננה רק בערכים שאותם בחר המחוקק להעמיד במרכז החוק – ערכים העשויים להתנגש ברצונו של החולה הנוטה למות – אלא גם בהקמת מנגנונים פרוצדורליים מורכבים העלולים דווקא להקשות את מימוש רצון החולה, אף שנועדו להגשימו.

¹²⁹ במאמר מוסגר נעיר שרופא אינו מחויב, לפי הוראות החוק, להפסיק טיפול אם הדבר אינו תואם את אמונתו האישית. על כן עולה השאלה, מדוע לאחר שכבר הוחלט שחולה מסוים נוטה למות, ורצונו המפורש הוא שינותק מהמכשירים שמאריכים את חייו, עדיין יש צורך בהפרדה בין טיפול מחזורי לבין טיפול רציף. כמו כן, עולה השאלה אם לא ניתן להפקיד את מלאכת ניתוקו מהמכשירים בידיו של רופא שהדבר אינו פוגע באמונתו האישית (סעיף 56 לחוק החולה הנוטה למות).