

## חוק החולה הנוטה למות מול חוק העונשין:

### עבירות המתה וסיוע להתאבדות

### במבחן חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו\*

חיה רודניצקי-דרורי\*\*,\*\*\*

#### תקציר

חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, נכנס לתוקפו בימים אלה. מאמר זה דן במעמדו החוקתי של החוק, האם הוא בא לסייג או לבטל את סעיפי המתה בחוק העונשין, ואם כן האם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המאמר יתייחס לפסיקה, למטרות החוק, ולמהות הזכויות המתנגשות. עמדת המשפט העברי באה לידי ביטוי בפסק דינו המוביל של כבוד המשנה לנשיא, פרופסור אלון, בעניין שפר. ייבדק גם המצב המשפטי בישראל בהשוואה לארה"ב ואנגליה. הפרק המרכזי בחיבור זה יוקדש לבדיקת החוקתיות של חוק החולה הנוטה למות, כפי שהיא מתפרשת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במאמר זה נעשה ניסיון להציע פיתרון חוקתי וחוקי, של אצילת מעמד של בית דין מיוחד לוועדות האתיקה, שאמורות לקום לפי החוק, כדי לדון במקרים מיוחדים, שיובאו לפני ועדת האתיקה. ההצעה במאמר היא להוסיף להרכב שופטים מקצועיים, ונציגי ציבור, ובכך להפוך את ועדת האתיקה לבית דין מיוחד. בית דין זה, ידון בכל מקרה לגופו, ולא רק במקרים מיוחדים, כדי שלכל חולה המבקש זאת יהיה יומו בבית המשפט, ולא ייגזר דינו על פי הוראות החוק הכלליות, לפיהן המחליט על מימוש החוק הוא הרופא האחראי וצוותו, ללא פיקוח של וועדה אתית או בית המשפט. רק בי"ד מיוחד לאתיקה, ימנע את האפשרות, שרופא מטפל וצוותו יכניסו חולה לתוך המשבצת המגדירה את החולה כנוטה למות, ובכך ימנעו ממנו טיפולים מסוימים, ולמעשה יגזרו על מותו. כי רק החלטות אינדיבידואליות יכולות לתת פיתרון צודק, הומאני ומתחשב, הן בזכות לחיים - שהיא הזכות הראשונית והבסיסית על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - והן בזכות לכבוד האדם שהיא - על פי הניתוח שבמאמר, הזכות המשנית הקיימת באותו חוק יסוד.

\* המאמר עובד מעבודה סמינריונית שהוגשה לשופטת בית המשפט העליון דליה דורנר, במסגרת סמינריון שנושאו "סוגיות חוקתיות במשפט הפלילי".

\*\* המחברת היא תלמידת שנה ג' למשפטים במכללת שערי משפט, בעלת תואר B.A מהאוניברסיטה העברית בירושלים, R.N (Registered Nurse) מבי"ס לאחיות מוסמכות של הדסה בירושלים, M.P.A.- Master of Public Administration on Health Clark University, U.S.A.

\*\*\* לזכר אבי מורי ראובן מרדכי רודניצקי ז"ל איש האמונה התמימה שנטע תקווה בליבי תמיד לצפות לטוב.

עבירות אלה הן לב המשפט הפלילי, כאשר האינטרס החברתי המוגן הוא חיי אדם, שהם קדושים לפי ערכים יהודים ודמוקרטיים כאחד.

עם זאת, מכיר המשפט הפלילי בישראל בהגנות מסוימות שעומדות למי שפגע בחיי אדם<sup>5</sup>. חוק החולה הנוטה למות מוסיף הגנה: הגנה לרופאים שסייעו לחולה למות. החוק מבדיל בין הנסיבות השונות האפשריות של סיוע זה.

האם הגנה זאת מוצדקת? האם היא פוגעת בחוק היסוד? האם החוק הוא חוקתי? האם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה? לבדיקת סוגיה זאת אזדקק לפסיקה הישראלית בנושא, לפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות האדם, בית הלורדים באנגליה, ובית המשפט העליון של ארה"ב.

## פרק ראשון - המצב המשפטי בישראל לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות

### א. היסטוריה של פסיקה – ההיבט האזרחי

יחס החברה לבעיית החולה הנוטה למות מתבטא בשורה של פסקי דין, מסוף שנות ה-80 ועד שנות האלפיים ואילך, בהם מתבטאת התנגשות בין ערך קדושת החיים לבין ערך כבוד האדם. נושא זה הגיע לבית המשפט כאשר הפונים היו החולה או בני משפחתו, שביקשו שלא להמשיך בטיפול רפואי או לנתק את החולה ממכשור המאפשר המשך חיים. פסקי דין אלה, חלקם נכתבו לפני חקיקת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, וחלקם לאחר חקיקתו. בקבוצה השנייה יש התייחסות לחוק היסוד בחלק מפסקי הדין, ואילו באחרים אין חוק היסוד מוזכר כלל. אך יש לזכור כי חוק היסוד פורש כמוביל מהפכה חוקתית רק בפסק הדין **בנק המזרחי**<sup>6</sup>.

השאלה בה נעסוק היא האם חוק החולה הנוטה למות<sup>1</sup> מתיישב עם הזכויות שהוגדרו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או שהוא עומד בסתירה להן. ואם אכן יש סתירה, האם סתירה זאת עומדת במבחן פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד<sup>2</sup> – האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? האם נועד לתכלית הראויה? האם החוק הוא מידתי?

סעיף 1 לחוק היסוד קובע:

**"זכויות היסוד של האדם בישראל מושטות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו".**

סעיף 2 לחוק היסוד אומר:

**"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."**

ובסעיף 4 לחוק היסוד נאמר:

**"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".** (ההדגשות אינן במקור – ח.ר.ד.)

הוראות סעיפים אלה מגינים על ערך החיים. משמעותם המשפטית היא הגנה חוקתית על סעיפי איסור ההמתה שבחוק העונשין<sup>3</sup>, הן מתייחסות לעבירות הפליליות מסוג *mala per se* – "הרוע בעצמו" – החטא הקדמון של רצח הבל על ידי קין:

**וַיֹּאמֶר מֶה עָשִׂיתָ קוֹל דְּמֵי אָחִיךָ צָעֲקִים אֵלַי מִן הָאֲדָמָה<sup>4</sup>**

1 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, להלן "החוק". החוק פורסם ביום 15.12.05, ויכנס לתוקף שנה מיום פרסומו ביום 15.12.06, ראה סעיף 63 לחוק.

2 חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, להלן "חוק היסוד".  
3 חוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן "חוק העונשין") - עבירות רצח (סעיף 300, סעיף 301; הריגה (סעיף 298); גרימת מוות (סעיף 298); סיוע להתאבדות) סעיף 302.  
4 בראשית, פרק ד פסוק י.

5 הגנה עצמית - סעיף 34; הגנת הצורך - סעיף 34א; הגנת הכורח: סעיף 34ב; צידוק: סעיף 34ג.  
6 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**. פ"ד מט (4), 221. (ניתן ביום 9/11/95). להלן "פסק הדין המזרחי".

א.1.: התנאי הראשון – החולה חייב להיות מודע למעשה בזמן אמת

תנאי זה קובע, כי החולה עצמו, ולא מי זולתו, מבקש את מותו המיידית במועד הבקשה. משמע שאין הכרה ב"צוואה בחיים" לפיה אדם מצווה שיפסיקו את חייו כשתגיע שעתו, בכל זמן עתידי. אין דומה צוואה בעניין רכוש לצוואה שעניינה חיים ומוות של אדם. המשפט הישראלי, כשיטות המשפט האחרות בעולם, מכיר בצוואה של אדם בדבר חלוקת רכושו. וביטול צוואה או עריכת צוואה חדשה מחייבים פעולה משפטית נוספת. מצב משפטי זה אינו מתאים כאשר מדובר בחיים ומוות. כאן, נראה כי מן הראוי יש לתת לאדם פתח להתחרט עד לרגע ביצוע הפעולה בה יופסקו החיים. אם בינתיים איבד החולה קשר עם סביבתו, לא נוכל לסייע בהפסקת חייו על סמך צוואתו עובר לאותו מועד.

למרות זאת, פסקו מספר שופטים מחוזיים כי נטל ההוכחה במקרה כזה הוא על הטוען שהמצווה התחרט. כך למשל, בפסקי הדין של השופט טלגם ז"ל בפרשת **אתי ארד**<sup>11</sup> ובפרשת **עידית מאיר**<sup>12</sup>. כמו כן, קבע השופט טלגם ז"ל בפרשת **צדוק**<sup>13</sup> בה הקיש מהויתור על דרישות פורמאליות לגבי שכיב מרע המצווה לביתו:

**"כאשר ברור שהחולה מאבד את צלילות דעתו ואת זכרונו... וכאשר ההסדר החוקי בארץ אינו כולל נוהל שבו יוכל לעגן לבטח את מאווייו - האם מן ההגינות יהיה זה לבוא למי שיזים וחתם על תצהיר מעין זה בערעורים והשגות ולצאת מנקודת מוצא שההבעה פגומה?"**<sup>14</sup>

11 ה"פ 2242/95, 2349/95 (ת"א), **אתי ארד** נ' קופ"ח הכללית, פס"מ מה (2)  
 12 ה"פ 401/98 (ת"א), **עידית מאיר** נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם.  
 13 ה"פ (מחוזי ת"א), 759/92, **מרים צדוק** נ' **בית האלה**, פס"מ נב (2) להלן פרשת צדוק.  
 14 פרשת **צדוק** פסקה ד'

פסק הדין המנחה ניתן מפי המשנה לנשיא מ' אלון בעניין **שפר**<sup>7</sup>, אשר הגיע לבית המשפט העליון בשנת 1988, ובו נדחה הערעור. הנימוקים ניתנו רק ביום 24.11.93, דהיינו לאחר חקיקת חוק היסוד אך לפני פרסום פסק דין **בנק המזרחי**. בפרשת **שפר** נדונה בקשת אימה של תינוקת חולת טיי זקס להימנע מלתת לבתה טיפול רפואי מאריך חיים. הבקשה נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב<sup>8</sup>. הערעור לבית המשפט העליון נדחה כאמור, ופסק הדין היווה מאז אבן יסוד לכל דיון בנושא.

בפרשת **אייל**<sup>9</sup> דן בית המשפט המחוזי בבקשת חולה במחלת שרירים ניוונית במצב מתקדם להימנע מלחברו למכונת הנשמה, אם וכאשר תגיע מחלתו לשיתוק שרירי הנשימה. הבקשה התקבלה. השופט, כתוארו אז, אורי גורן קבע בפסק דין הצהרתי כי מנהל בית חולים יהיה רשאי להביא במערכת שיקוליו את רצונו של החולה שלא לחברו למכונת הנשמה, כאשר מצבו יתדרדר. ההחלטה ניתנה בשלושה תנאים מגבילים: **האחד**, כי בעת ההחלטה הגורלית יהיה החולה עדיין שרוי בהכרה; **השני**, כי ההחלטה חייבת להיעשות בעת שיתעורר הצורך בחיבור החולה למכונת הנשמה, כלומר עם תחילת תהליך שיתוק שרירי הנשימה, דהיינו עם התקרב מותו בדרך הטבע; **והשלישי**, כי ההחלטה תתקבל על ידי רופא בכיר. השופט גורן מכיר בכך כי

**"הפתח שנפתח [על ידי שלושת התנאים האלה – ח.ר.ד.] אינו ניתן להרחבה ככל העולה על הדעת כי גם כוחות בית במשפט וסמכויותיו... מוגבלים לאור עקרונות חוק העונשין ועקרון "קדושת החיים"<sup>10</sup>.**

שני התנאים הראשונים הם תנאים מהותיים ועקרוניים, ונראה כי ראוי להחילם על כל המקרים הדומים שיתעוררו בעתיד.

7 ע"א 506/88 **יעל שפר**, קטינה נ' **מדינת ישראל** פ"ד מח (1) 87. ניתן ביום 24/11/93. להלן "**פסק הדין שפר**".  
 8 ה"פ (מחוזי, ת"א) 779/88, **שפר** נ' **בי"ח זיי**, פס"מ מט (2) 240 ניתן ביום 14/8/88  
 9 ה"פ 1141/90 (ת"א), **בנימין אייל** נ' **ד"ר וילנסקי**, פס"מ נא (3) 187, להלן "**פסק הדין אייל**".  
 10 פסק הדין **אייל** פסקה 20 לפסק דינו של השופט גורן.

חזקה זו של רצון החיים נובעת מטבע האדם (שאינו שונה לעניין זה מטבעו של כל בעל חי), והיא כוללת בתוכה חזקה שרוצה אדם בהארכת חייו " עד כלות נשמתו " בדרך הטבע.... חכמי בתלמוד היו אומרים, בעניין זה הולכים אנו אחר הרוב ("בתר רובה אזלינן"): סביר הוא להניח שגם חולה זה, כרוב החולים, רוצה שישאירוהו חי עד כמה שאפשר, והוא כל עוד לא הביע רצונו השונה בצורה שאינה משאירה ספק. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח פני העובדה שכה רבים מן החולים הסופניים מראים סימנים מובהקים של פחד מפני המוות ושל אי-רצון למות"<sup>17</sup>

ובהמשך הוא כתב כי :

"הסירוב לקבל טיפול רפואי להארכת חייו צריך לבוא מפי החולה שדעתו צלולה ומיושבת עליו"<sup>18</sup>.

צעד נוסף בכיוון התרת הפסקת חיים, הלכה הפסיקה המחוזית בפרשת חסוי נ' מרכז רפואי אסף הרופא<sup>19</sup> שם פסק הנשיא גורן כי כאשר לא ניתן לתקשר עם החולה, די בתצהירים ובעדויות של בני משפחתו כדי לבסס, במידת ההוכחה הראויה, את רצונו הנטען של החולה, כי חייו לא יוארכו באופן מלאכותי. הנשיא גורן מודע לשאלת המתח הרעיוני שבין עקרון קדושת החיים לבין האוטונומיה האישית של החולה, כדבריו, אך אין הוא מזכיר את חוק היסוד, למרות שפסק הדין זה ניתן ב-2004, לאחר שנחקק חוק היסוד, ותשע שנים לאחר פרסום פסק הדין המזרחי. הנשיא גורן מתבסס על הצעת חוק החולה הנוטה למות, שבאותו מועד טרם עברה בכנסת, שבה בסעיף 6 (ב) אמר כי:

17 שם, ע' 10-11.

18 חיים כהן, "זכות משפטית לסירוב רפואי", ע' 14.

19 ה"פ 929/04 (מחוזי, ת"א) חסוי נ' מרכז רפואי אסף הרופא, פסקה 11,12,13.

החשש הוא שיש כאן צעד נוסף במה שנראה כמדרון חלקלק. לא רק שמאשרים צוואה בחיים אלא אם תתקבל גישת השופט טלגם ז"ל, יש בכך צעד בכיוון הקלה על דרישות פורמאליות המקובלות בצוואות בענייני רכוש.

בפרשת נחמה שמחי<sup>15</sup> דן בית המשפט בניתוק ממכשיר הנשמה בחולה עם מחלת ניוון שרירים סופנית. גם שם טען בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה כי:

"שמן ההכרח שבית משפט ישתכנע, שהמצהיר שקל, אם אפשרי הדבר בכלל, איך ירגיש בשעה שלא יהיה בידיו להביע את רצונו - ותחושתו באותה שעה תהיה כשל טובע בסבל ובמחנק - והחליט בכל זאת על מתן הוראתו".

השופט טלגם ז"ל דחה טענה כבדת המשקל זו בנימוק הבא:

"חוששני שאין זו אלא דרך עקלקלה להגיע לאיונה של צוואת בריא, בדבר התנהגות כלפיו לכשיחלה".

והשופט נעתר לבקשה.

נראה כי אין המשפט יכול להתעלם מהעובדה כי לאדם חולשות אנושיות ולא תמיד הוא יכול לעמוד בהחלטות קשות שנטל על עצמו, אפילו שדעתו, בזמן קבלת ההחלטה, הייתה נחושה. נזכיר לעניין זה את השופט העליון חיים כהן ז"ל<sup>16</sup>, שכתב:

"...נראה לי שלעניין הארכת החיים יצדק הרופא אם יעמיד חולה כזה בחזקתו שרצונו האמיתי הוא להמשיך ולחיות.

15 ה"פ (מחוזי, ת"א) 10543/99, נחמה שמחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא מורסם.

16 ראה מאמרו של השופט העליון חיים כהן "זכות משפטית לסירוב רפואי" הקדמה לספרו של י' חושן הזכות למות בכבוד בהוצאת "הילה אור שלי" רמת גן.

**ולפיה רצונו של החולה הנוטה למות**  
**שלא להאריך את חייו.** (ההדגשות  
 אינן במקור – ח.ר.ד.)

קרוב המשפחה הוחלף באדם קרוב אך המהות לא השתנתה. התקדמנו צעד נוסף, מהקלה בדרישות פורמאליות של צוואה בחיים ועד לחוסר צוואה בכלל, ומספיקה הצהרתו של "אדם קרוב" או אפוטרופוס שהוא "אדם קרוב". לפי סעיף 3, הוא סעיף ההגדרות:

**בחוק זה -**

"אדם קרוב" - אדם, שלדעת רופא אחראי, על פי הוראות שקבע השר לפי סעיף 60א(1) מתקיימים בו שניים אלה:

(1) הוא בעל קרבה משפחתית או רגשית אל החולה הנוטה למות ומסור לו;

(2) הוא מכיר היטב את החולה הנוטה למות, על יסוד קשר רצוף ומתמשך עמו בתקופה שלפני הטיפול הרפואי בו או במהלכו; "אפוטרופוס - אפוטרופוס לגוף";

למרות ההגדרה לא ברור מי אותו אדם קרוב, מה טיבו, ומדוע נקבל את דבריו כביכול הם משקפים את דעתו ורצונו של החולה הנוטה למות!?

בניגוד לפסקי דין אלה, יש לציין את פסק דינה של השופטת סירוטה בפרשת **מרים ביבס**<sup>20</sup>, שם קבעה, בעקבות הלכת שפר, כי "צוואה בחיים", הוראות שאדם נותן בדבר הטיפול בו באחרית ימיו, איננה תקפה ומחייבת בשל עצמה, שכן ידוע מניסיון החיים שאדם המצווה כך בהיותו בריא, רק משער ומדמיין כיצד ירגיש בבוא עליו שעה קשה, כשלא יהיה מסוגל לשלוט בנעשה סביבו. אולם, משגברה עליו המחלה, שקודם רק דימה לעצמו, נשתנו הנתונים, ויתכן כי שינה את דעתו, או הרצון לחיות גבר עליו ועל דעתו מול פני המוות"<sup>21</sup>.

20 ה"פ (מחוזי, ת"א) 528/96, ביבס נ' עירית ת"א (בי"ח איכילוב), לא פורסם להלן פרשת ביבס  
 21 פרשת ביבס פסקה רביעית לפני סוף פסק הדין.

"על הרופא האחראי לעשות מאמץ לברר עדותם של בן משפחה או ידיד כמוגדר לעיל ורשאי הרופא להתחשב בעדות ברורה מפיהם".

ראוי לציין כי סעיף זה הוחלף בחוק בסעיף 5 (ג):

5. אין מוציאים חולה הנוטה למות מחזקת רצונו להוסיף לחיות ואין נמנעים, לפי הוראות חוק זה, מטיפול רפואי בו, אלא על פי המפורט בסעיף זה לפי העניין:

(א) בחולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות - על פי הבעת רצונו המפורשת;

(ב) בחולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות, שמלאו לו 71 שנים על פי אחת מאלה:

(1) הנחיות רפואיות מקדימות שנתן שמתקיימות בהן הוראות סעיפים 33 ו-43 (א)

(2) החלטה של מיופה כוחו שניתנה לפי יפוי כוח שמתקיימות בו הוראות סעיפים 83, 93

(3) החלטה של ועדה מוסדית או הוועדה הארצית שניתנה לפי הוראות פרק ו';

(ג) בהעדר הנחיות או החלטות כמפורט בסעיף קטן (ב)) - על פי החלטת רופא אחראי

ובתנאי שהחלטה כאמור תתקבל בהתחשב -

(1) בהצהרה מפורשת של אדם קרוב ולפיה החולה הנוטה למות אינו רוצה להוסיף לחיות;

(2) בהעדר הצהרה כאמור - בהתחשב בעמדת אפוטרופוסו של החולה הנוטה למות שהוא אדם קרוב, ככל שישנו,

א.2. - התנאי השני – ההחלטה חייבת להיעשות בעת שמתעורר הצורך בחיבור למכונת הנשמה - תחילת תהליך המוות.

בפרשת **ביבס** נקבע כי אין לתת סעד הצהרתי מראש. שיקול הדעת של הרופאים ייעשה ויופעל רק בעת שיגיע החולה למצב סופני, כאשר הרעיון המנחה הוא שהארכת חיים מלאכותית אין בה אלא כדי לעכב את יציאת הנשמה. המושג "עייכוב יציאת הנשמה" נדון בפסק דינו של המשנה לנשיא אלון בפרשת **שפר**:

"הדיון בסוגיה זו מכונה בעולמה של ההלכה בשם "הסרת המונע" - היינו הסרת הדבר שמונע את יציאת הנשמה ופטירתו של החולה"<sup>24</sup>.

השופט אלון מביא ציטוט מספר החסידים:

"...ולפי זה אם יש דבר שגורם לנפשו שלא תצא - מותר להסיר אותו גורם ואין בכך כלום, שהרי אינו מניח אצבעו על הנר, ואינו עושה מעשה. אבל להניח דבר על הגוסס או לטלטלו ממקום למקום כדי שתצא נשמתו במהרה - נראה דוודאי אסור, דהא מניח אצבעו על הנר"<sup>25</sup>.

מכאן מסיק השופט אלון כי כל פעולה אקטיבית שיש בה כדי להחיש את מותו של החולה - אסורה היא. לעומת זאת "הסרת המונע" היא פעולה מותרת. דהיינו, מותר להימנע מעשיית פעולות מסוימות המקשות על מיתתו ומעכבות את יציאת נשמתו של חולה. הקושי הוא לקבוע על מי מותר להחיל את עיקרון הסרת המונע, כלומר מיהו גוסס? יש האומרים 72 שעות לפני המוות, ויש המרחיבים. מתן תרופות שיש בהן כדי לקצר את חי החולה, אפילו לרגע אחד, כלומר אותנזיה אקטיבית, דינה כדין שפיכות

24 פרשת **שפר** ע' 134.

25 פרשת **שפר** ע' 135 ( הנר הוא מטפורה לנשמה, וכיובי הנר הוא הפסקת החיבור בין הגוף לבין הנשמה ועלייתה לגנוי **מרומים**).

זו גם דעתו של השופט העליון חיים כהן ז"ל:

"שתי חזקות מתנגשות זו בזו: מחד גיסא, חזקה על אדם שלא שינה דעתו, כל עוד לא הביע דעה סותרת; מאידך גיסא, עומדת חזקת-רצון- החיים לכל אדם. נראה לי כי הראשונה צריכה להידחות מפני השניה: ראשית, זו אינה נובעת מטבע אנוש, שהרי אין לומר שמטבע אנוש הוא שלא לשנות את הדעת- ואילו זו נובעת אך מטבעו של אדם: שנית, אפילו לא שינה דעתו להלכה, עשוי הרצון לחיות להתגבר עליו ועל דעתו מול פני המוות; ושלישית, החזקה שלא שינה דעתו אינה יכולה לחול אלא על דעה שנוצרה והתגבשה בידעית כל הנתונים הרלבנטיים: משנתגברה עליו המחלה, שמקודם רק דמיין אותה לעצמו, נשתנו הנתונים, ויש רגליים לסברה, כי דעתו הקודמת התבטלה."<sup>22</sup>

וכן נקבע בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות<sup>23</sup>, בעקבות הלכת **שפר**, כי אין מכירים בצוואה בחיים, אך בנסיבות מסוימות בחולה כשיר לא יכפו עליו טיפול שהוא מסרב לו, שאין בו אלא הארכה מלאכותית של תהליך סוף החיים. זה מביא אותנו לתנאי השני, מהו תהליך סוף החיים.

22 חיים כהן, "זכות משפטית לסירוב רפואי", ע' 24. השופט חיים כהן, למרות דעתו השוללת צוואה מחיים מציע במאמרו זה חוק רצוי שיתיר המתה במחדל על סמך צוואה מחיים אך הוא עצמו מסתייג מהחוק שהציע וקובע כי "אין בנוסח הזה כדי לשנות הרבה מן המצב המשפטי הקיים **אצלנו בלאו הכי**" ע' 27. יש להדגיש כי המאמר וההצעה נכתבו לפני חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו.  
23 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2/96 מיום 31/1/96, סעיף 5 לחוזר (מצוטט בפרשת **ביבס** בסעיף הדיון)

בפרשת צעדי<sup>26</sup>, כאשר נידונה השאלה של הימנעות מטיפול בדיאליזה בחולה סופנית, נעתר השופט לבקשה להעניק סעד הצהרתי המאפשר לרופא שלא לתת לחולה טיפול דיאליזה, ובאותו פסק הדין אף מבקש השופט גורן כי הדילמות שבהמתת חסד תזכינה לעיגון בפסיקה של בית משפט העליון או בחקיקה. אך בית המשפט העליון, באותם מקרים שהגיעו אליו, דחה את הבקשות להמתת חסד, והצעות החוק הפרטיות שתמכו בהמתת חסד לא עברו בכנסת.

ברוב המקרים בהם ניתנה רשות להמתת חסד בבית משפט מחוזי, התהפכה הפסיקה בבית המשפט העליון. פרשת בן אכר החלה בבית משפט לענייני משפחה, שהתיר לצוות הרפואי לטפל בקטין ללא הסכמת הוריו. בערעור בבית המשפט המחוזי נאסר על הצוות הרפואי שטיפל בילד בן השמונה, וסבל מפגיעה מוחית קשה מלידה – Cerebral Palsy – לטפל בו בדיאליזה פריטונאלית ללא הסכמת הוריו. היועץ המשפטי לממשלה ביקש רשות ערעור לבית המשפט העליון, שנעתר לבקשה וקיבל את הערעור<sup>29</sup>. השופט (כתוארו אז) ת' אור, מעביר ביקורת על בית משפט קמא:

**“דבריו של בית המשפט קמא, כי אם הקטין היה יכול לדבר, הוא היה מבקש להשתחרר מחיים קשים אלה שנכפו עליו שלא באשמתו, אינם מוסיפים דבר מה מהותי למסכת השיקולים הניצבת בפנינו. לא ברצונו של הקטין מדובר, אלא בבית משפט קמא, המדבר מפיו של הקטין. הקטין מעולם לא הביע, ולא היה יכול להביע, העדפה כלשהי בשאלה שעל הפרק. לרצונו הסובייקטיבי אין, ככזה, משקל בעניין שבפנינו. אוסיף לכך, שלא ברור לי על סמך מה הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה בדבר רצונו של הקטין, לו היה מסוגל להביעו.”**

28 ה' 498/93 (מחוזי, ת"א) צעדי רחל נ' קופ"ח הכללית, לא פורסם 29 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר, פ"ד נא (4), 830, פורסם ביום 09.11.1997 להלן פסק הדין בן איכר (היועץ המשפטי נ' פלוני).

דמים, והיא אסורה. אבל חולה סופני שאינו יכול להתרפא, אין להאריך את חייו על ידי תרופות או טיפול אחר, אם הטיפול גורם ייסורים. מכאן נובעת מסקנה שנפסקה על ידי גדולי הפוסקים, כי אסור להאריך את חייו של תורם איברים באמצעים מלאכותיים, עד שיהיה מוכן להשתלה, אם חיי השעה יהיו בייסורים לתורם. מה שאסור לאדם ביחס לחיי עצמו, אסור לעשות ביחס לחיי אחרים.

אולם זאת פרשנות בעייתית, כי אלה דברים שנעשים מדי יום ביומו בבתי החולים, כדי לשמור על חיי תורם עד לרגע השתלה<sup>26</sup> מצד אחד, הרפואה רוצה לקבל את הפסיקה הרבנית הליברלית המתירה אותנזיה פסיבית, אך מצד שני, אנשי הרפואה יתקשו לקבל את המסקנה הפרשנית שתעכב השתלת איברים, אפילו ששתי הפסיקות נובעות מאותו מקור, שהוא למנוע מהגוסס ייסורים נוספים על ייסוריו. ועוד מוסיף הרב משה פיינשטיין:

**“ומה שיאמרו הרופאים שאינו מרגיש כבר בייסורים - אין להאמינם, כי אפשר שלא שייך שידעו זה דהא משמע שעוכב יציאת הנפש הוא בייסורים, אף שלא ניכר לנו”**<sup>27</sup>

כלומר, רק החולה יודע אם כואב לו, ואף אחד אחר לא יחליט בשבילו אם כואב לו, אם לאו, גם לא הרופא.

לסיכום: אותנזיה פסיבית, במונח של הסרת המונע, אפשרית רק בזמן אמת של תקשורת עם החולה, ולא בהסתמך על דברי אחר, יהיה קרוב לו ככל שיהיה, רופא או מטפל או אפוטרופוס, או חליפים שניסו למצוא בחוק החולה הנוטה למות ובפסקי הדין המחוזיים שלפניו.

26 אך עם זאת, נכון כי ממשכים את קיומו של אותו אדם, אולם בהיותו שרוי במצב של מות המוח, ממילא בטל יסוד הסבל, ואף אם יש כאן הארכת חיים כביכול – כשלעצמה פרדוקס לנוכח קביעת מות המוח – הרי אין סבל, והתנאי של היעדר סבל אינו קיים. ומצב זה נכון ביחס לכל המקרים בהם החולה מאבד את הכרתו.  
27 הרב משה פיינשטיין, ספר אגרות משה יורה דעה סימן קע"ד ענף ג ע' רפט- רצ



במחדל, ומותו של אותו חולה קִרְבֵּ עקב כך, האם רופא זה עבר עבירה של המתה לפי סעיף 298 או סעיף 309 (4) לחוק העונשין?<sup>37</sup>

סעיף 20(א) לחוק העונשין דורש כי בעבירות של מחשבה פלילית יש להוכיח מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה. רופא כזה, אם יואשם, ברור כי מעצם מקצועו היה מודע לטיב המעשה או המחדל, לקיום הנסיבות – מותו של אדם – ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנה עם פרטי העבירה. העובדה כי אותו רופא פעל לבקשת החולה, אינה רלבנטית לעניין המחשבה הפלילית, כי בקשת החולה הייתה המניע למעשה, והמניע אינו רלבנטי לעניין המחשבה הפלילית.<sup>38</sup>

גרוס מסתמך על ספרם של לוי ולדרמן<sup>39</sup>, אשר לשיטתם, יכול להיות מצב בו הרופא המואשם יורשע בעבירה, אך לא ישא את הקלון המוסרי המתלווה אליה ואולי גם יקלו בעונשו.

#### המתת חסד במחדל

בפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בטרם נחקק החוק, כאמור לעיל, לא נדון ההיבט הפלילי של המתת החסד, וההסתמכות הייתה על חוק זכויות החולה, ובכך נענו בקשות החולים להרשות להם למות. אך הרחיק לכת השופט נ. ישעיהו בפסק דין פלוני נ' **מדינת ישראל**<sup>40</sup> כאשר קבע כי אין אחריות פלילית כלל למי שמבצע המתת חסד:

**"סבור אני, איפוא, כי ניתוקו של המבקש, או הפסקת חיבורו למכונת ההנשמה בנסיבות כאלה... ניתוק כזה, או ליתר דיוק אי המשכת חיבורו למכונת ההנשמה במקרה זה, אינו מעשה אסור**

37 חוק העונשין, התשל"ז-1977, להלן חוק העונשין.  
38 ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (תשמ"ד) כרך א' ע' 486  
39 לוי וא' לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** (תשמ"א) 439: "שאלת אחריותו הפלילית של העומד לדין מוכרעת... ללא התחשבות במניעו, למרות השפעתו הרבה של יסוד זה על מידת הקלון המוסרי הדבקה בנאשם".  
40 פרשת פלוני פסקה 5.

כך גם בפרשת **לובצקי**<sup>30</sup> בית המשפט המחוזי נתבקש להתיר הפסקת הזנה דרך צנתר לקיבה, והוא נעתר לבקשה בפסק דין הצהרתי. המדינה ערערה, והערעור התקבל<sup>31</sup>. המשנה לנשיא ש' לוי קבע כי:

**"לא הונחה תשתית עובדתית מספקת למסקנותיו של בית משפט המחוזי... אין מקובלת עלינו הגישה שסירובו של הבן להמשך הזנתה של אימו כמוהו כסירובה של החסויה עצמה, שלא תמיד האינטרסים של השניים חופפים... כאילו המשיב מסעיף 1 (הבן) חולש על חייה של אימו"**<sup>32</sup>.

עד כאן הפסיקה שלפני שנחקק החוק, כאשר רוב הדיון עסק בהיבט האזרחי, המוסרי-חברתי, ולא נפקד גם מקומם של שיקולים כלכליים. השופטים המחוזיים, נשענו על דוקטרינת ההסכמה מדעת<sup>33</sup>, ויותר מאוחר על חוק זכויות החולה. חלק מפסקי הדין לא התייחסו להיבט הפלילי, חלק הסתמכו על ההבחנה של השופט חיים כהן<sup>34</sup>, שקבע כי רק מעשה יכול להיחשב כמחיש את המוות ואפס מעשה לא ייחשב כך. ואף היה שופט שסבר שאין איסור פלילי על המתת חסד במדינת ישראל<sup>35</sup>. יוצא מן הכלל הוא השופט ריבלין בפסק הדין **גלעד**<sup>36</sup> כמו שנראה בהמשך.

#### **ב. היסטוריה של חקיקה - ההיבט הפלילי**

השאלה העומדת לדיון היא האם רופא, אשר לבקשת חולה סופני לא האריך את חייו של זה, במעשה או

30 ה"פ 10403/99 (ת"א) לובצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם.  
31 ע"א 3031/99 היועץ המשפטי לממשלה נ' לובצקי, לא פורסם להלן פרשת לובצקי.  
32 פרשת לובצקי פסקה 4.  
33 פרופ' ע' שפירא: "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי- הדין המצוי והרצוי"  
**עיוני משפט** כרך יד (התשמ"ט) 1989 ע' 225.  
34 פסק הדין **צדוק** פסקה 5, בהקדמה שכתב השופט חיים כהן לספרו של עו"ד חושן "זכות משפטית לסירוב רפואי".  
35 ה"פ (מחוזי, ת"א) 1513/01 פלוני נ' **מדינת ישראל**, השופט ישעיהו בפסקה 5 (ר' דיון בהרחבה בהמשך) להלן פרשת פלוני  
36 ה"פ (מחוזי ב"ש) 1030/95, **ישראל גלעד נ' סורוקה**, פס"מ נו (1), 441 להלן פרשת גלעד



יזדקק לו. השופט ריבלין דחה את הבקשה להמתת חסד פסיבית, בהעלותו לדיון את ההיבט הפלילי הכרוך בחוקיות המתת חסד פסיבית<sup>44</sup>. בפסק הדין מובא מאמרו של ע' גרוס<sup>45</sup>, בו מלומד זה מנתח את הוראת סעיף 298 לחוק העונשין, ומנסה למצוא הגנה לרופא שביצע מעשה אותנזיה פסיבית.

#### מקור החובה בדין

עד לחקיקת חוק החולה הנוטה למות, אפשר היה להרשיע רופא שסייע לחולה להתאבד בהריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, יחד עם סעיף 309 (4) הקובע:

**"בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר:**

...

**(4) במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילו לא מעשהו או מחדלו זה;**

מקור החובה נמצא בסעיף 322:

**" סימן ג': אחריות לשלום אדם**

**אחריות לחסרי ישע**

322. מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו - בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי - חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, ולדאוג לבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות

44 פרשת גלעד פסקה 12 לפסק הדין של השופט ריבלין.  
45 דר' ע. גרוס " אותנזיה פסיבית- היבטים מוסריים ומשפטיים", הפרקליט כרך ל"ט (תש"ן), עמ' 162.

**או עבירה פלילית על פי דיני העונשין החלים במדינתנו". לאור הוראות חוק זכויות החולה (סעיף 13) אין מוטלת על הרופא המטפל, בנסיבות כאלה, החובה להמשיך בטיפול נשימתי או בהחייאה באמצעות חיבורו למכונת הנשמה.**  
(ההדגשה שלי - ח.ר.ד.).

בית המשפט המחוזי העניק בכך חסינות פלילית לרופאים בהסתמך על חוק זכויות החולה<sup>41</sup>, ובניגוד גמור לחוק העונשין.

גם בספרות נשמעים קולות להתיר המתה במחדל בחולה סופני. עו"ד י' חושן בספרו<sup>42</sup> דן בפרוש המונח "המתת חסד" או אותנזיה ("מיתה יפה"). במובן הקלאסי יווני, פירושו זירוז המוות באמצעים מלאכותיים כבפסק דין הלמן<sup>43</sup> בו נאשמה עליזה הלמן בהריגת בנה החולה בסרטן בירייה בראשו, ונגזרה עליה שנת מאסר בניכוי תקופת מעצרה. כאן לא הייתה לשופטים ברירה אלא להרשיע, כי המעשה היה אקטיבי. עו"ד חושן מבחין בין המתת חסד לבין "אי הארכת חיים באופן מלאכותי" כגון הימנעות ממתן אנטיביוטיקה לחולים סופניים, שמחלתם הסתבכה בדלקת ריאות, וברור שההימנעות מהטיפול תגרור את מות החולה. כאן אין מדובר בפעולה שמטרתה לגרום למות החולה, אלא באי נקיטה בהליך רפואי, שאילו ננקט, אפשר והיה מביא להתאוששות החולה ולו באופו זמני. לדעת התומכים בפירוש זה של המתת חסד, יש לתת לתהליך המוות להתרחש באופן טבעי בשלב הסופני של המחלה.

פסק הדין היחידי של בית משפט מחוזי שדן בהרחבה בהיבט הפלילי של המתת חסד הוא פסק דין גלעד. בפרשת גלעד נידונה בקשת חולה שסבל ממחלת שרירים ניוונית, להימנע מחיבורו למכשיר הנשמה, כאשר

41 חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 להלן חוק זכויות החולה.  
42 י' חושן " החופש למות בכבוד" הוצאת הילה אור שלי בע"מ רמת גן ע' 38-42.  
43 ת"פ 555/75 (ת"א), מדינת ישראל נ' עליזה הלמן פס"מ תשל"ו (2) 134 ע'

מקור חובה אפשרי אחר הוא האיסור שבחוק העונשין לסייע לאדם להתאבד.

סעיף 302 לחוק העונשין קובע:

**"המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או המסייע לאדם להתאבד, דינו מאסר 20 שנים".**

לפי סעיף 18 (ב) לחוק העונשין:

**"מעשה - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת."**

לדעת השופט העליון חיים כהן, מתן סיוע כזה הוא עבירה חמורה בפני עצמה, אבל משתמעת ממנה גם "חובה" שלא לסייע, והמחדל מלקיים חובה זו עלול להעלות את חומרת העבירה עד לדרגת רצח<sup>48</sup>. אבל בהמשך הוא מוצא שאין באיסור הסיוע להתאבדות כדי ללמוד על חובה להאריך ימיו של חולה סופני, כי אי אפשר לקרוא "התאבדות" לרצונו של חולה כזה שלא יאריכו את חייו כי למעשה הוא לא רוצה להתאבד הוא רק רוצה למות מיתה טבעית, ולכן, הרופא אינו מסייע לו להתאבד, אף אם הוא מסייע לו למות.

ויש המפרשים את חוק זכויות החולה כמקור חובה לפי סעיף 15 (2), המתיר כפיית טיפול רפואי בנסיבות של סכנה חמורה<sup>49</sup>.

#### הקשר הסיבתי

תתכן טענה של רופא כי החולה היה מת גם לולא המעשה או המחדל, וכי לא מתקיים מבחן "הסיבה-שמבלעדיה-אין" וגם לא מבחן "התרומה המהותית". פרופסור גרוס מציע את מבחן האשם המוסרי ולא רק על פי המבחן

48 השופט חיים כהן: "זכות משפטית לסירוב רפואי" הקדמה לספרו של עו"ד י' חושן "החופש למות בכבוד" הוצאת "הילה אור שלי" רמת גן. ראה הערה 16.

49 ר' א. לניאדו-טיכו, בספרה "החולה הסופני והזכות למות בכבוד" הוצאת עופר-ירון תשס"ה-2005 ע' 233 - 239.

#### שבאו על חייו או על בריאותו של האדם

#### מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

(ההדגשות שלי ח.ר.ד.).

החובה מקורה בחוזה שבין החולה לרופא או בדין, אשר מקורו תקנות בריאות העם (אשפוז בבית חולים), התשמ"א-1980:

#### **2. חובת בדיקה**

**"לא יסרב בית חולים ציבורי לבדוק חולה בחדר מיון שבו כדי לקבוע אם החולה זקוק לטיפול רפואי או רפואי-סיעודי, לרבות אשפוז, היכול להינתן באותו בית חולים לפי תנאי רישומו, ואם הוא בית חולים ממשלתי - לפי תנאי קיומו".**

#### **3. חובת אשפוז**

**"(א) קבע רופא חדר מיון של בית חולים כי חולה זקוק לאשפוז, יורה לאשפוז באותו בית חולים, אלא אם היה צורך בטיפול רפואי שאינו יכול להינתן באותו בית חולים לפי תנאי רישומו, ואם הוא בית חולים ממשלתי - לפי תנאי קיומו".**

לדעת פרופסור גרוס קיימת, חובה של הרופא לטפל בחולה<sup>46</sup>, אך היא מותנית בהסכמת החולה. באין הסכמה, אין חובה, ולכן המחדל של הרופא איננו מחדל אסור לפי דין.

מקור חובה מן הדין נמצא גם בחוק לא תעמוד על דם רעך<sup>47</sup>, הקובע חובת הצלה כללית ולכן מטיל איסור על המחדל, בניגוד למה שהיה מקובל במשפט הישראלי עד לחוק, שהושפע עד אז משיטת המשפט האנגלית שאינה מכירה בעקרון השומרוני הטוב.

46 תקנות בריאות העם: "חובת הבדיקה" ו"חובת האשפוז" מתייחסות בצורה מפורשת לנסיבות של חדר המיון בלבד. מכאן משתמע כי חובת הרופא לטפל בחולה חלה על רפואה דחופה בלבד. מכאן שאין בדין הישראלי הוראה לפיה חייב רופא בטיפול בכל מי שפונה אליו, אלא בחדר המיון.

47 חוק לא תעמוד על דם רעך התשנ"ט-1998 קובע את החובה "...להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-ידו להושיט את העזרה..". (ההדגשה אינה במקור), וגם מכאן אפשר ללמוד על גודי החובה שבחוק זה, המוגבלות לנסיבות של אירוע פתאומי. לא אלה הנסיבות הרגילות בהן עוסק חוק החולה הנוטה למות, התשנ"ו

המתת חסד אקטיבית

אסורה ברוב מדינות העולם פרט להולנד ואורגון. המשנה לנשיא אלון בפרשת **שפר** שלל המתה אקטיבית מכל וכל. המלומד פרופסור ל' שלף במאמרו "בין קדושת החיים לכבוד האדם"<sup>51</sup>, שנכתב 10 שנים לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות, טען, וכנראה בצדק, כי קשר של שתיקה אופף חלק מהמעשים או המחדלים. אולם מדי פעם נחשפות פעולות ספק חוקיות. הוא מביא מקרים מהעולם של המתה אקטיבית ופסיבית, ללא פיקוח. לדעת פרופסור שלף, יש צורך בפיקוח נאות, ופיקוח יונהג רק אם המעשה עצמו יוכר. לכן יש צורך בהכרה רשמית על פי חוק בהמתת חסד, ובמיוחד בהמתת חסד אקטיבית, כמצב מועדף על פני המתה פסיבית. לדעת המתת חסד פסיבית היא פשרה גרועה, כי היא מוותרת על שתי המטרות גם יחד, על קדושת החיים ועל כבוד האדם. כדוגמא הביא פרופסור ל' שלף את פרשת **מעייין**<sup>52</sup> שם ניצח עיקרון החוקיות או שלטון החוק את ערך כבוד האדם, ולא קדושת החיים היא שעמדה מאחורי ההחלטה של בית המשפט. פרופסור שלף הסתמך על הגנת הצורך במשפט הפלילי:

**"34א. צורך**

**לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.**

51 ל' שלף " בין קדושת החיים לכבוד האדם - על ייסורי הגוף, הקדמה רפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי" **משפטים** כרך כ"ד (תשנ"ד) ע' 207.

52 בג"ץ 30/82 מעייין נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות פ"ד לו (2) 477 (פורסם ביום 29.01.1982). שם הועדפה שמירת כללי משרד הבריאות על אי מתן תרופה ניסויית, אף שהתוצאה הייתה מות העותר.

המילולי הפיזי. אך הוא ער לכך כי זו לא הפרשנות המקובלת לסעיף 309 (4) וכי המחוקק סטה במפורש ממבחן ה"אלמלא" והעדיף את ערך קדושת החיים על פני הקשר הסיבתי בין התנהגות הרופא למות החולה.

כיום לאחר תיקון תשנ"ד לחוק העונשין, לכאורה יש לרופא הגנה מן הדין. הרופא המואשם בגרימת מות יכול להתגונן בטענת הצידיק לפי סעיף 34 יג (4):

**" לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה**

**שעשה באחד מאלה: ...**

**(4) עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך**

**פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם**

**טובתו או טובת הזולת;**

אולם לדעת השופט ריבלין בפרשת **גלעד**, סעיף 34 יג אינו מעניק פטור מאחריות פלילית בשל "**המתת חסד מוסכמת**" וכוונתו כנראה אחרת. באותה פרשה המדינה הביעה דעתה מפורשות כי לא תראה חריגה מן הדין במעשה או במחדל של הרופאים אם יענו לבקשת החולה שלא להאריך את חייו באופן מלאכותי.

**"עמדת המדינה בבקשה זו הסירה היום**

**מעל הרופאים את החרב החוקית למקרה**

**שיכבדו את רצונו של המבקש"**<sup>50</sup>.

מכאן כי יש רצון בפרקליטות ובקרב השופטים, וגם בדעת מלומדים, להגן על רופא שעשה מעשה של אותנזיה פסיבית. בהקשר זה ראוי לציין כי בפועל, מאז קום המדינה ועד היום, לא הועמד רופא לדין על מעשה כזה, למרות שיש להניח כי מקרים רבים נעשו, מבלי שפורסמו, על דעת המשפחות והרופאים.

רואים אנו אפוא, כי במשפט הישראלי יש איסור פלילי על המתה פסיבית ועל המתה אקטיבית.

היו מודעים לכך שבמשך כל שנות קיומה של המדינה לא הועמד לדין רופא בגין גרימת מוות בסיוע להתאבדות, והמשיכו בהצעות החוק הפרטיות המבקשות להתיר המתות חסד.

אחת ההצעות הראשונות הייתה הצעת לתיקון לחוק העונשין (תיקון - הזכות להחליט על הארכת חיים), התש"ס-1999, של חברת הכנסת ענת מאור<sup>54</sup>. ההצעה רק להכניס תיקון בסעיף 309 לחוק העונשין. ח"כ ענת מאור אמרה:

"הצעת החוק שלי נקראת 'הצעת חוק העונשין', וזו הצעה שמטבעה שייכת לוועדת החוקה, חוק ומשפט. אישית, הייתי מאוד שמחה אם היינו מגיעים להסכמה, לתיקון בחוק זכויות החולה, ולהחזיר את הרעיון של הזכות לאי-הארכת חיים דרך חוק זכויות החולה. אם לא, אני לפחות מבקשת את הסכמתכם שהדיון הזה יישאר בוועדה הזאת, ובאותו נושא של חוק העונשין, לפחות למנוע הטלת אחריות פלילית על רופא שנענה לפניית חולה, ורק במצב סופני, לעשות כן"<sup>55</sup>.

הצעת החוק של ח"כ אברהם יחזקאל הרחיקה לכת, ונשאה את השם הזכות למות<sup>56</sup>. ההצעות אלה נדונו תחילה בוועדת חוקה חוק ומשפט, והוחלט שעניין הארכת חיים ידון בישיבה משותפת של וועדת הרווחה העבודה והבריאות יחד עם וועדת חוקה חוק ומשפט. חברי הכנסת התבטאו כי הם מוצפים בפניות מצד המשפחות להסדיר את המצב החוקי, כדי שהרופאים לא יפחדו לעזור למשפחות לצאת מהמצב הלא טבעי של חולים סופניים אשר הטכנולוגיה הרפואית המודרנית לא מאפשרת להם למות, אך אינה מצליחה להחזירם לחיים מלאים.

סעיף זה מאפשר לבית משפט לבחון את סבירות המעשה הפלילי בהקשר לנסיבות, על פי מבחן הרע במיעוט, האם עדיף להשאיר את החולה בייסוריו או להיענות לבקשתו לשים קץ לחייו כדי לשים קץ לייסורים? ללא הכרה בהמתות חסד יש סכנה שהיא תתבצע בלא ידיעה, ללא פיקוח, וללא הסכמה, ולכן רצוי מצב משפטי חדשני. באשר לחשש מהמדרון החלקלק, טוען המחבר כי אנו מצויים כבר באותו מדרון ורק הכרה לפי החוק בהמתת חסד תימנע התדרדרות נוספת במדרון. בהולנד החקיקה הלכה בעקבות הפסיקה והתירה המתת חסד אקטיבית על פי תנאים נוקשים ביותר. המחבר עונה לטענה נגד הולנד, כי בעקבות החקיקה המתירה המתת חסד עלה מספר החולים המומתים, וביניהם גם קטינים וילודים פגומים רבים. לטענה זאת השיב פרופסור שלף כי בהולנד יש דיווח גלוי, ואילו בארצות אחרות, כגון אנגליה, ארה"ב וישראל הנתונים עלומים והמעשים נעשים ללא רשות ומכאן ההתרשמות על אודות הולנד. פרופסור שלף הביא מאמרים ודיווחי מקרים מארה"ב מהם עולה שהשיקולים המנחים אינם שיקולי קדושת החיים וכבוד האדם אלא שיקולי תקציב - הפסקת טיפול בחולים סופניים תגרום לחסכון כספי במיליארדי דולרים (!). ברור כי בכך יש מוטיבציה חברתית חזקה מאד להמתות חסד.

לסיכום נאמר כי המתת חסד אקטיבית אסורה בישראל, מכוח הוראת סעיף 309 (4) בחוק העונשין, המשתרע על המתת חסד אקטיבית ופסיבית כאחת. המתת חסד היא עבירה פלילית בכל מדינות ארה"ב, למרות ניסיון כושל לחקיקה מתירה במדינת קליפורניה.

### ג. נסיבות "לידתו" של חוק החולה הנוטה למות

על הרקע שתואר לעיל, והפניות לבתי המשפט המחוזיים לסעד הצהרתי להתרת המתת חסד, יצא חוזר מנכ"ל משרד הבריאות המתיר בנסיבות מסוימות המתת חסד פסיבית<sup>53</sup>. בכנסת דנו וועדות שונות בהצעות חוק פרטיות המציעות להתיר המתת חסד. חברי הכנסת שהשתתפו

53 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מספר 2/96 מיום 31/1/96, דר' מאיר אורן המנהל הכללי, ל/487/96 אוצר בפסק הדין **ביבס** על ידי השופטת ש. סירוטה.

54 הצעת חוק העונשין (תיקון - הזכות להחליט על הארכת חיים), התש"ס-1999, של חברת הכנסת ענת מאור (819/פ)  
55 פרוטוקול דינוי ועדת חוקה חוק ומשפט ביום 12/3/2001.  
56 הצעת חוק הזכות למות בכבוד, התש"ט-1999, של חבר הכנסת אברהם יחזקאל (פ/199)

על רקע זה מובן בואו לעולם של חוק החולה הנוטה למות. וועדה בת 59 חברים, ובראשה ד"ר שטיינברג, דנה במשך 4 שנים, שבסופן הגישה ד"ר<sup>57</sup> ששימש בסיס להצעת חוק ממשלתית<sup>58</sup>. וועדת שטיינברג הייתה נתונה ללחצים כבדים של חברי כנסת ואישי ציבור, כפי שמשתקף בפרוטוקולים. לדוגמה בישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין. פרופ' שטיינברג מעביר ביקורת מרומזת על חברי כנסת שמעלים הצעות חוק קיצוניות:

"שתי הצעות החוק שמונחות כאן, כפי שהסברתי, הן לא נגד מה שאנחנו עושים, הן בוודאי נדבך בתוך המערכת הכוללת. אבל נדמה לי שהצעת החוק של חבר הכנסת יחזקאל לא תתרום לפתרון השאלה האקוטית כפי שהוצגה כאן, לא בצורה שהיא מנוסחת, גם אם היא היתה מנוסחת יותר טוב. מרבית האנשים שמגיעים לשלב שבו צריך לקבל החלטות הם אנשים שאין להם צוואות בחיים, וכמו שחברת הכנסת דיין אמרה, מה עושים עם האנשים האלה, זאת בעצם השאלה המרכזית של הרופאים בבתי החולים, לכן, הדין בוועדה שלנו, שבא לענות על השאלות האלה, הוא זה שייתן את התשובה."<sup>59</sup>

בסופו של דבר הוועדה סיימה את עבודתה כעבור 4 שנים, והביאה לעולם חוק המכיל 63 סעיפים, ו-4 תוספות, ב-29 עמודים. הצעת החוק עברה בשלוש קריאות והפכה לחוק שפורסם ביום 15/12/2005. החוק נכנס לתוקפו ביום 15/12/2006 כאמור בסעיף 63 לחוק: "תחילתו של חוק זה שנה מיום פרסומו".

<sup>57</sup> דין וחשבון הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות מאת פרופ' אברהם שטיינברג יו"ר הוועדה הציבורית. שבט תשס"ב, ינואר 2002. להלן דו"ח הוועדה.

<sup>58</sup> תזכיר הצעת חוק: החולה הנוטה למות, התשס"ב-2002.  
<sup>59</sup> הכנסת החמש-עשרה נוסח לא מתוקן מושב שלישי פרוטוקול מסעיף 275 מישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט יום שני, י"ז באדר התשס"א (12 במרץ 2001), שעה 11:00.

## פרק שני - מטרת החוק - סיווג הזכויות

חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005

פרק א': מטרה ועקרונות יסוד

1. (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.

חוק החולה הנוטה למות מגלם במהותו שני סוגים של התנגשות אינטרסים:

הסוג הראשון של התנגשות אינטרסים מתבטא בסתירה-לכאורה, בין שתי זכויות חוקתיות שחוק היסוד בא לעגן אותן: קדושת חיי האדם, ומנגד זכות האדם לכבוד, וכדרישת החוק – יש להגיע לאיזון ראוי בין קדושת החיים לבין האוטונומיה של הפרט ורצונו.

הסוג השני של התנגשות אינטרסים הוא בין הזכות לחיים, לבין אינטרסים כלכליים וחברתיים של המדינה והקהילה. החוק מהווה חריג בולט בדיני העונשין, המוגנים על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העומד על קדושת חיי אדם. לפנינו סוגיה חוקתית הקשורה במשפט הפלילי, מצד אחד, ובחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מצד שני.

א. הסוגיה המוסרית: התנגשות בין שתי זכויות יסוד חוקתיות: הזכות לחיים מול הזכות לכבוד

המשנה לנשיא מנחם אלון דן בשאלה זאת בפסק דין שפר<sup>60</sup>. לכאורה ההגנה על חיי האדם אינה עולה בקנה אחד עם ההגנה על כבוד האדם, וחירותו האישית, על

<sup>60</sup> פסק הדין שפר ע' 105-102

- (1) זכויות שבצדן קיימות חובות  
(legal rights entailing legal  
obligations);
- (2) זכויות החופש או ההיתרים  
;(legal liberties or privileges)
- (3) כוחות או סמכויות  
(legal powers).

הסוג הראשון: משמעותה של זכות מסוג זה היא, שאדם זכאי לדרוש כי אדם אחר יעשה עבורי מעשה או יימנע למעני מעשיית מעשה מסוים. מקום שזכות כזאת נמצאת בידי, מוטלת בצדה חובת הזולת לעשות את הפעולה שאני זכאי לה או להימנע מהמעשה אשר אני זכאי לדרוש כי לא יעשה. קיום יחס משפטי זה בין בעל הזכות לבין בעל החובה, פירושו, כי המדינה תפעיל סנקציה מסוימת, לפי דרישת הראשון וכלפי השני, כדי לחייב את זה למלא את חובתו או לענישתו, בצורה פלילית או אזרחית, על אי-המילוי חובתו. הזכויות השייכות לסוג זה מטרותן – וזו גם תכונתן הראשית – להגן על האינטרסים, נשוא הזכויות, באמצעות החובות הקיימות בצדן. לסוג זה שייכת הזכות לחיים.

הסוג השני: תוכנה של כל אחת מהזכויות הנכללות בקבוצה זו הוא כי אדם חופשי, בגבולות ידועים, לעשות בשביל עצמו דברים שונים – או להימנע מעשייתם – מבלי שהמדינה תפריע לו, כלומר, בלי שהתנהגותו של האדם תיתפס כבלתי חוקית. זכויות אלו יסודן מונח בחוסר כל חוק האוסר על השימוש בהן.

בהתנגשות האינטרסים שבמטרות חוק החולה הנוטה למות, עומדת הזכות לחיים שהיא זכות שבצידה חובה כלפי כל העולם שלא לפגוע בחיי אותו אדם. כנגדה עומדת זכות האוטונומיה של האדם-הפרט, שהיא חירות או חופש, שהחובה שבצידה היא שלא להתערב ולא להפריע לאדם את השימוש בזכות<sup>62</sup>. נדרש מן החברה, שלא תתערב ולא תפריע במימוש זכות האוטונומיה של רצון הפרט, כל עוד אין הדבר פוגע בזכותו לחיים.

כבוד החולה המבקש למות ומסרב לקבל טיפול רפואי שבא להאריך את חייו, בניגוד לרצונו האוטונומי.

הבעיה היא האם לפנינו ניגוד וסתירה, ואם אכן יש סתירה, איזו מבין זכויות היסוד תגבר על השנייה, על איזו מהשתיים אנו מצווים להגן?

האיזון הראוי במקרה של סתירה בין ערכי העל שבחוק היסוד נעשה על פי הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו האומר:

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

תנאי המתיר פגיעה הוא שהפגיעה תעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. על טיבם של ערכים אלה אנו למדים מהסעיף הראשון של חוק היסוד – ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. וברוח זו יש לפרש גם את שני התנאים הנוספים בסעיף ההגבלה – הפגיעה “נועדה לתכלית ראויה” וכי הפגיעה תהיה “במידה שאינה עולה על הנדרש”.

האיזון בין הזכויות המוגנות על ידי חוק היסוד, בראש וראשונה יש לבדוק את טיב הזכויות המתנגשות, ולשם כך להיעזר בסיווג הזכויות לפי Hofeld, עליהן עמד השופט אגרנט בפסק הדין פודמסקי<sup>61</sup>. בעקבות תורת המשפט של סלמונד (Salmond). הופלד סיווג את התביעות, החירויות, הכוחות והחסינויות המכונים “זכויות”, לפי מעמדם, מהותם והשלכותיהם בטבלה הקרויה על שמו.

הזכויות לפי הופלד, מתחלקות לשלושה סוגים:

61 ע"פ 95/51, 99/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (1) 341, להלן פסק הדין פודמסקי.

62 חיים כהן, המשפט, מוסד ביאליק, ירושלים, 1991, ע' 513-512



ערך-העל של קדושת החיים, לבין הסבל והייסורים של החולה. העיקרון של איכות החיים אינו כולל את השיקול שהחולה הוא פגום בדעתו, כגון שוטה וחסר דעת, או פגום בגופו, משותק או מחוסר הכרה<sup>64</sup>.

בנקודה זאת יש קירבה בין גישת המשפט העברי לבין הפסיקה בארצות הברית. אולם בניגוד למשפט העברי, התירה הפסיקה בארצות הברית המתת חסד סבילה, אולם לא בכל המקרים נדרש מילוי תנאי הסבל הקשה להרשאת הימנעות ממתן טיפול. הגישה העקרונית היא כי כאשר החולה נמצא במצב סופני, והטיפול בורק מאריך את גסיסתו, אין חובה לתת לו את הטיפול. הפסיקה ייחסה משקל רב לשאלה, אם תהליך הטיפול עצמו, או חיי החולה במהלכו, יהיו כרוכים בסבל או בכאב רבים, עד כי אין מקום לנקוט בפעולה המאריכה את חייו.

לעוצמת הכאב, לתדירותו ולהתמשכותו עשויה להיות חשיבות. חשיבות מיוחדת עשויה להיות לאפשרות מעשית להפחתת כאב או מניעתו באמצעים רפואיים. במסגרת זאת יינתן משקל גם לתחושת הפגיעה של חולה אשר עלול להיזקק לטיפול פולשני. בהקשר זה נקבע כי גם לחולה חסר כושר קוגניטיבי, יש זכות שלא יבוצע בגופו טיפול פולשני ללא הסכמתו, וכמו כן, כי כנגד הסבל הצפוי מן הטיפול, על בית המשפט להביא בחשבון גם את הסבל האפשרי הצפוי לחולה אם לא יינתן לו טיפול, למשל חולה דיאליזה הסובל גם מקוצר נשימה בגלל הפרעות בדרכי הנשימה, אי מתן טיפול בדיאליזה יגרום לו לגודש נוזלים בריאות, עד כדי תחושת מחנק.

## 2. הסוגיה החברתית: זכויות הפרט מול צורכי החברה

הכוונה בפרק זה לבחון את זכות הפרט לחיות, לעומת אינטרסים כלכליים וחברתיים של הקהילה, ועל פגיעת חוק החולה הנוטה למות בדיני העונשין ובחוק היסוד. וכאן שתי שאלות: האחת – באלו נסיבות עקרון קדושת החיים ייסוג מפני ערכים אחרים?

האוטונומיה של הרצון היא משנית לזכות לחיים, וחיבת לסגת מפניה, בהיות הזכות לחיים זכות ראשונית. זכות ממין זה היא ההיפך מהחובה החוקית, וכאשר המדינה מחוקקת חוקים, הזכות המשנית נסוגה בפני הזכויות החוקיות. אין בכוחה של זכות שהיא חופש או חירות להטיל חובה על רופא או אדם אחר לסייע לחולה הנוטה למות להתאבד.

חוק החולה הנוטה למות הוא סוג של היתר שנותנת החברה בידי רופא לפגוע בחיי אדם, אך מתן ההיתר אינו פוגע בעצם קדושת החיים. אין בו כדי לשלול מהחולה את הזכות על חייו. כי הזכות לחיים היא זכות טבעית שאדם נולד איתה ואי אפשר לקחת אותה ממנו, גם אם לעיתים החוק נותן היתר לפגוע בה. עם זאת אין לשכוח כי אין בחוק דבר המטיל על רופא לעשות מעשה, או לחדול מעשות מעשה, שעלולים לסייע לקירוב מותו של חולה (ראה סעיף 56 לחוק).

ההלכה היהודית רואה את עקרון קדושת החיים כגובר על כל עקרון אחר. החיים אינם נתונים בידי אדם, ולא הוא שרשאי להפסיקם, לבד מאשר במקרה של "הסרת המונע" – מותר לסלק גורם המונע את יציאת הנשמה. כל פעולה אקטיבית, שיש בה כדי להחיש את מותו של החולה אסורה, אולם מותר להימנע מעשיית פעולות מסוימות המקשות על מיתתו ומעכבות את יציאת נשמתו. דוגמא להסרת המונע, צוטטה בפסק הדין שפר. ר' חנינא בן תרדיון, מחכמי ישראל שהרומאים גזרו עליו מות בייסורים, שרפו אותו באש אבל הניחו ספוגי צמר טבולים במים על גופו. אמר ר' חנינא לתליין שאם יסיר ממנו את הספוגים יזכה לחיי העולם הבא. וכך עשה זה. יצאה בת קול ואמרה "ר' חנינא ותליינו זכו לחיי העולם הבא". מכאן למדו חכמינו ש"הסרת המונע" לא זו בלבד שאינה מעשה אסור, אלא מצווה היא<sup>65</sup>. העיקרון מאחורי "הסרת המונע" הוא, שהארכת חיים לשעה, של מי שבדרך הטבע אפסו סיכויי לחיות, והחיים המוארכים יהיו בייסורים, היא אסורה. על פי ההלכה, האיזון הוא בין

64 המשנה לנשיא אלון בפסק הדין שפר ע' 142.

65 מסכת עבודה זרה דף יח עמ' א.



וכפי שאמר השופט אור בפרשת **בן אכר** "במקרים כאלה, מוטב לטעות לטובת החיים"<sup>67</sup>.

### פרק שלישי - בדיקת החוקיות של חוקים מקבילים בארה"ב לאור חוקת ארה"ב

שאלת מעמדו החוקתי של חוק מדינה, האוסר על סיוע לניסיון התאבדות, נדונה בבית המשפט העליון של ארה"ב בפסק הדין *Washington and another v. Glucksberg*<sup>68</sup> and others בשנת 1975 חוקה מדינת וושינגטון חוק האומר שאדם שסייע לאחר לנסות להתאבד, עבר עבירה של סיוע לניסיון התאבדות. בשנת 1994 ביקשו 3 חולים סופניים, 4 רופאים, וארגון המעניק תמיכה לחולים בוגרים הנוטים למות שרוצים להתאבד, מבית המשפט מחוזי, צו הצהרתי שהחוק שנחקק במדינת וושינגטון איננו חוקתי כי החוק פוגע באותם חולים, בניגוד לתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית. בית המשפט העליון של ארה"ב פסק כי הזכות לסיוע להתאבדות איננה מוגנת על ידי התיקון ה-14 לחוקה. תיקון 14 אומר: "שום מדינה לא תחוקק חוק שיקצץ בזכויות ובחסינויות של אזרחי ארה"ב". בנימוקי השופטים נאמר שפסיקה אחרת תעמוד בניגוד להלכות משפט המקובל בת מאות שנים, ובסתירה למדיניות המשפטית של כמעט כל מדינה בארה"ב. החוק שנחקק בווינגטון מגן על אינטרסים חשובים שמירה על חיי אדם, טיפול בבעיית ההתאבדות, במיוחד בין צעירים, קשישים וחולים הסובלים מדיכאון ומבעיות נפשיות אחרות, הגנה על מקצוע הרפואה על ידי שמירת תפקידו של הרופא כמרפא, ושימור האמון ביחסי חולה-רופא, הגנה על קבוצות חלשות בחברה, ומניעת הכרה וקידום של אותנזיה. כאמור, נפסק כי החוק שבמחלוקת לא פגע בתיקון ה-14 לחוקה.

הויכוח בארה"ב נמשך עוד עשרות בשנים לאחר פסק דין זה. בשנות ה-70 וה-80 של המאה ה-20 הפסיקה

<sup>67</sup> פסק הדין **בן אכר** פסקה 24 ד'

*Washington and another v. Glucksberg and others*, Supreme 68 Court, United States of America 521 U.S. 702, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed. 2d722 (1997) June 26, 1997, Decided

להלן פסק הדין וושינגטון נ' גליקסברג.

השנייה – האם יש מקום להבחין בין חיי אדם בריא לבין חיי אדם הנוטה למות?

על אלה עמד המשנה לנשיא אלון בפסק דין **פלוני**<sup>65</sup>. החומרה היתרה שבפגיעה בשלמות גופו של אדם, ללא הסכמת הנפגע עצמו, ולעיתים אף מבלי שהנפגע יודע על הפגיעה בשלמות גופו, מחייבת כי סמכות זו תינתן לבית המשפט, תופעל בזהירות יתרה, על דרך הצמצום. הכלל שצריך להנחות את בית המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל בין בני אדם. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם ובסגולתם.

השופט אור בפסק דין **בן אכר**<sup>66</sup> חוזר על קביעה זאת, ושולל את הגישה כי חולה הנוטה למות הוא פחות ערך מאדם בריא. אין לבחון את התועלת של הליך רפואי, שבאה להאריך חיי פלוני, על פי שיפוטנו בדבר איכות חייו, או על פי ערכו של אותו אדם לחברה. כי בהערכת איכות חיי אדם מבחינת החברה טמונה סכנה חמורה אשר אין להפריז בה.

בפסק דין **בן איכר** מובא מחקר שנערך על ידי המרכז הרפואי ע"ש Mayo שבארה"ב בשנת 1996, ובו תואר שוני בין החלטות של הגורמים המטפלים, בהימנעות מטיפול החייה, בהתאמה לצבע עור החולה.

ההתחשבות בשיקולים הנוגעים לאיכות חיי החולה, עלולה ליצור סיכון בלתי נסבל לחיי בני אדם חסרי ההגנה, הסובלים מנכויות או ליקויים נפשיים או פיזיים חמורים. אלה נתפסים לעיתים כנטל בלתי מוצדק על החברה. סיכון זה מוגבר, בשל העובדה שהערכות בדבר איכות חייו של הזולת הן במידה רבה סובייקטיביות. יש סכנה מוחשית, כי ייעשה שימוש לרעה בשיפוט הסובייקטיבי בדבר איכות חייהם של החלשים, אשר יוביל לפגיעה חמורה, אולי בלתי הפיכה, בעיקרון הבסיסי של קדושת החיים.

<sup>65</sup> ר"ע 698/86 ה"עוה"מ נ' פלוני ואח' פ"ד מב (2) 661 (מיום 14.09.1986), ע' 676

פסק הדין **בן אכר** ע' 852-859.

סמך בית משפט על מינוי קרוב משפחה כממלא מקום החולה, אך היה ער לאפשרות שייתכן ניגוד אינטרסים, וקבע כי אין ביטחון אוטומטי שנקודת המבט של בני משפחה קרובים זהה לזו של החולה, אם הייתה בזמן אמת במצב כשיר להעריך את מצבה.

בארה"ב פועלות וועדות אתיקה המורכבות ממומחים שונים, ונתונות לפיקוח בתי המשפט. הוועדות גורמות לזירוז ההליך ולחסכון בעלויות, עובדה המתיישבת עם היות משאבי החברה מוגבלים. אולם שיקולים אלה עלולים להטות את הכף, וכיום יש בארה"ב אף המפקקים בעקרון "צוואה מחיים", וביניהם פרופסור רוברטסון.<sup>74</sup>

לדעת המשנה לנשיא מ' אלון, המשותף למשפט האמריקאי ולמשפט העברי הוא ששתי השיטות מבחינות בין אותנזיה אקטיבית שהיא אסורה, לבין אותנזיה פסיבית המותרת במגבלות מסוימות. אך השוני הוא בנקודת המוצא<sup>75</sup>:

**"הן מערכת המשפט העברי והן מערכת המשפט האמריקאי מבחינות בין אותנזיה אקטיבית, שאסורה היא, לבין אותנזיה פאסיבית - "הסרת המונע" - שמותרת; בין המנעות מהארכת חיים מלאכותית מלכתחילה לבין ניתוק מהארכת חיים מלאכותית לאחר שכבר הוחל בה... אך קיים הבדל מהותי באשר לנקודת המוצא שבכל אחת משתי מערכות ערכיות אלה. עקרון-העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוקים, שלאורו ולפיו חיי אדם - כל אדם באשר הוא ולפי שהוא - בריא ושלם בגופו ובנפשו או לקוי ופגום בהם - אין שיעור לערכם ואין מידה לאורכם... לעומת**

<sup>74</sup> שם ע' 102.  
<sup>75</sup> שם ע' 169-168.

האמריקאית בפרשת Quinlan<sup>69</sup> ובפרשת Conroy<sup>70</sup> שהתירה להפסיק טיפולים מאריכי חיים, התבססה על הזכות לפרטיות ועל הדוקטרינה של ההסכמה מדעת. המפנה חל בשנות ה-90 בפרשת Cruzan<sup>71</sup>, כאשר בית המשפט העליון של ארה"ב, הכיר בקיום הזכות לסרב לקבל טיפול רפואי, בהתבססו על התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית הקובע:

**"Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law"**

כלומר הזכות לסרב לטיפול רפואי היא זכות חוקתית, הנגזרת מהזכות לחירות, המעוגנת בתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית<sup>72</sup>. פרשנות מרחיבה זו של הזכות לחירות, כוללת גם את הזכות לסרב טיפול. אך זכות זו היא יחסית, והיא נסוגה בפני אינטרסים אחרים כפי שנקבע בפסק דין וושינגטון נ' גליקסברג.

עקרון "צוואה בחיים" (Living Will) התקבל בארה"ב כהוכחה לקביעת רצונו של החולה פסול דין. על פי חוק שהתקבל בשנת 1989, ה-Patient Self Determination Act רשאי חולה המגיע לחדר מיון, בנוהל המחייב את בית החולים, למלא טופס "צוואה בחיים". בניגוד לכך, בישראל צוואה כזו חסרת תוקף, אפילו אם היא צוואה לביצוע אותנזיה פסיבית<sup>73</sup>. בארה"ב יש גם אפשרות למלא "ממלא מקום" לחולה, קרוב משפחה או אדם אחר שישמש מעין אפוטרופוס לעניין. בפסק הדין Cruzan

69  
IN THE MATTER OF KAREN  
QUINLAN, AN ALLEGED INCOMPETENT  
Supreme Court of New Jersey

N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R.3d 70  
205  
March 31, 1976, Decided

70  
IN RE CONROY, 486 A. 2d 1209, 1223 (1985)

להלן פסק דין קונרוי.  
71  
U.S. SUPREME COURT Cruzan v. Director MDH, 497  
U.S. 261 (1990) 497 U.S. 261

להלן פסק דין קרוזון.  
72 פסק הדין שפר ע' 148.  
73 פסק הדין שפר ע' 134.

לגביו לפי הוראות סעיף 5(ב) כי אינו רוצה שחייו יוארכו, יש להימנע מטיפול רפואי בו, הקשור לבעייתו הרפואית חשוכת המרפא, לרבות בדיקות, ניתוחים, החייה, חיבור למכשיר הנשמה, טיפולים כימותרפיים, הקרנות או דיאליזה, והכול בהתאם לרצונו כפי שנקבע על פי סעיף 5(ב).” (ההדגשות אינן במקור – ח.ר.ד.)

סעיף 8 לחוק היסוד קובע 4 תנאים אשר קיומם המצטבר מאפשר פגיעה חוקתית בזכות אדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ארבעת התנאים הם:

(א) הפגיעה בזכויות האדם תתכן רק אם היא מעוגנת **”בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”**;

(ב) החוק הפוגע **”הולם את ערכיה של מדינת ישראל”**;

(ג) החוק הפוגע **”נועד לתכלית ראויה”**;

(ד) החוק פוגע בזכות האדם החוקתית **”במידה שאינה עולה על הנדרש”**

**התנאי הראשון: – “אלא בחוק”** – שהפגיעה תהיה מכוח חוק – מתקיים. חוק החולה הנוטה למות עבר בכנסת את כל שלבי החקיקה, ככל חוק רגיל, ברוב רגיל.

**התנאי השני: ההלימה** – דורש כי הפגיעה תהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראינו כי פסקי הדין המנחים, פסק הדין שפר ופסק הדין בן אכר רואים את החוק כפוגע בערכיה של מדינת ישראל. החוק אינו מתיישב עם ערכי היהדות, וגם כאשר בוחנים את ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל, כפי שהם עולים בפסק הדין של השופט אור, ניכרת הסתייגות ורתיעה מפתרונות ברוח החוק הנ”ל.

**התנאי השלישי: התכלית** – הפגיעה צריכה להיות לתכלית הראויה. מכאן השאלה מה תכלית החוק? מה מטרתו? המטרה המוצהרת של החוק לפי סעיף 1 (א) היא:

זאת, נקודת המוצא במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העקרון של חירותו האישית... ואך מובן הוא שלשוני בנקודת המוצא יש ונדעת חשיבות מרובה, במקרה זה או אחר, והרבה עיון ויישוב הדעת והלב דרושים כדי להגיע לכלל הסינתזה הנאותה שבין ערכיה של מדינה יהודית לבין ערכיה של מדינה דמוקרטית.”

וכיוון שחוק היסוד בא להגן על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יש למצוא את האיזון בין שתי נקודות המוצא. ערכיה של מדינה יהודית עמדו בניסיון הדורות ומהם ינק העולם המערבי, ואילו הערכים הדמוקרטים יכול שיינתן להם פירוש מעוות כפי שקרה בהיסטוריה ברייך השלישי, ובמסטר אחוות העמים בברית המועצות. לכן שמירה על הערכים של מדינה יהודית הם הבטוחה והערובה ליישום ראוי של סינתזה של ערכים יהודיים ודמוקרטים<sup>76</sup>.

**פרק רביעי - יישום פיסקת ההגבלה על חוק החולה הנוטה למות**

בדיקת החוקיות של חוק החולה הנוטה למות תיעשה בשני שלבים:

תחילה נבדוק אם החוק סותר את חוק היסוד או אינו מתיישב איתו. בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא כי אכן יש סתירה בין חוק היסוד לבין חוק החולה הנוטה למות, כי אז נמשיך ונבדוק על פי פיסקת ההגבלה אשר בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

וכך קובע סעיף 16 (א) לחוק החולה הנוטה למות:

61. (א) ( חולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות הסובל סבל משמעותי, שנקבע

1. מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה

הנשיא ברק בפסק הדין **עדאלה**<sup>78</sup> קובע כי הרציונאליות איננה טכנית, היא מחייבת הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונאלי. ולפעמים, לדעת הנשיא ברק, אין צורך בוודאות מוחלטת שהאמצעי ישיג את מטרתו. אך, בענייננו, נראה לי כי בנושא חיי אדם יש צורך בוודאות מוחלטת שהאמצעי הפוגע בזכות אמנם ישיג את המטרה, כלומר, האם באמת מותו של האדם מהווה מימוש אוטונומיית הרצון שלו?

נזכיר את דבריו של דר' רם ישי כפי שהם מצוטטים בפסק דין **שפר**<sup>79</sup>:

**"הביטוי למות בכבוד הוא תרתי דסתרי מפני שהמוות הוא העוולה האנושית הקיצונית. מילים רמות כגון אלה מחפות לעיתים על תפיסות עולם קשוחות יותר, ככל ששמים פחות דגש על הסיעוד והטיפול החולה המוגדר כסופני, כן מורגש יותר הצורך לדבר על מוות בכבוד."**

אם נלך לפי גישה זו הרי שלא בטוח שיש קשר סיבתי רציונאלי בין האמצעי שהוא המתת חסד לבין המטרה שהיא כבוד האדם.

2. מבחן הצורך או האמצעי שפגיעתו פחותה

יש להשוות בין האפשרויות הרציונאליות ולבחור באפשרות שבכוחה להשיג את התכלית הראויה תוך פגיעה פחותה בזכות. האם הדרך היחידה לשמור על כבוד האדם, היא לגרום להמתתו? הגבלה גורפת של הזכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית הינה אמצעי חשוד בחוסר מיידיות, וכבר קבע בית המשפט העליון בארה"ב כי חוק גורף אינו חוקת<sup>80</sup>.

חוק זה נועד להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים.

התכלית של אוטונומיית הרצון של האדם היא תכלית ראויה, והיא זכות בעלת מעמד בכורה. ידוע כי בסוגיה של זכות החולה הנוטה למות קורה לעתים שכבוד החולה נפגע בשל המאבק על עצם קיומו והמשך חייו. גופו נחשף, מחברים אותו לצינורות ולמכונות, לעיתים אינו מסוגל לאכול בעצמו, לדבר, או אף לתקשר. ואם הוא עדיין מרגיש משהו, אז לרוב זו הבדידות של זה ההולך ומתרחק מאיתנו, ואפילו להיפרד מאיתנו הוא אינו יכול. לכן מובנת מצוקת המשפחות שהיו מעוניינות בחוק זה, כדי לשתף פעולה עם הרופאים, ולשים קץ למצב קשה זה, שיכול להתמשך על פני חודשים, ולעיתים אף שנים. לכן קשה מאד לענות על מבחן התכלית של פיסקת ההגבלה כי יש כאן תכלית ראויה, אך המחיר יקר מדי ולא ראוי ואפילו אסור לשלמו. ומכאן לתנאי הרביעי.

**התנאי הרביעי: מידתיות** – שהוא, לדעת השופט דורנר, החשוב ביותר – הדרישה כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש. הפסיקה הישראלית מאפשרת קונקרטיזציה לדרישת המידתיות. וקובעת כי קיום המידתיות מותנה במילוי מצטבר של שלושה מבחני משנה<sup>77</sup>:

- א. מבחן הקשר הרציונאלי או מבחן ההתאמה,
- ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך,
- ג. מבחן האמצעי המידתי או מבחן המידתיות במובן הצר.

ונבדוק אם חוק החולה הנוטה למות עומד בהם במצטבר

78 שם, פסקה 66.

79 פסק הדין שפר ע' 171

80 פסק הדין עדאלה פסקה 70-73

77 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006 (2), 1754, (ניתן ביום 14.05.2006) פסקאות 78-55 לסעיף דינו של הנשיא ברק. להלן פסק הדין עדאלה.

כלומר גם לפי מבחן הצורך, לא ברור שהחוק הוא האלטרנטיבה היחידה להשגת המטרה של שמירה על כבוד החולה ואוטונומיית הרצון שלו.

### 3. מידתיות במובן הצר

מבחן זה בודק את התועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה. האם הגשמת התכלית הראויה שקולה כנגד הפגיעה בזכות אדם. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם קובע גבול של הגנה על זכויות אדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. מבחן זה משקף את התפיסה כי יש פגיעות בזכויות אדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכלית החוק ראויה, הסדריו רציונאליים, ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות<sup>87</sup>.

לעניין חוק החולה הנוטה למות ראינו כי החוק לא עמד בתנאים שמציבה פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. יש הסבורים כי החוק עומד בתנאי השני, שהוא קיום ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לגבי התנאי הרביעי, החוק לא עבר את מבחני המשנה הראשון והשני של תנאי המידתיות, שהם תנאים מצטברים, לכן חוקיותו של החוק מוטלת בספק.

השופט דורנר סבורה כי מבחני משנה אלה של דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה אינם מספיקים, ויש להוסיף להם "עידון" מסוים על ידי הוספת דרישות. וכיון שפסקת ההגבלה היא אחת, וכי הפעלה אחידה של עקרון המידתיות על כל הזכויות עלולה לטשטש את ההבחנות החיוניות בין זכויות לאינטרסים שונים, ולפגוע ברמת ההגנה של הבסיסיות שבזכויות היסוד<sup>88</sup>.

דרישת המידתיות לא יכולה גם לבוא לידי ביטוי בישום חוק זה כי ההחלטה היא למעשה הכול או לא כלום – להרוג את החולה או שלא להרוג אותו, לאפשר לו למות או להמשיך בטיפול רפואי המרחיק את רגע המוות.

87 פסק הדין **עדאלה** פסקה 75 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
88 דליה דורנר, "מידתיות" **ספר ברנזון** (חלק ב') בני סברה עורכים אהרון ברק וחיים ברנזון נבו הוצאה לאור ירושלים תש"ס-2000, 283-285.

ובישראל, הביעו דעתם שופטים עליונים בדימוס כי חוק בעניין החולה הנוטה למות אינו אפשרי, כי הנושא הוא אינדיבידואלי ואינו ראוי להיות קבוע בחקיקה<sup>81</sup> ראה לדוגמא השופט חיים כהן:

(שאלה): "מה דעתך בסוגיה של המתת חסד, אותנזיה? יש האומרים שצריך להסדיר זאת באמצעות חוק?"

(תשובה): "**אי אפשר להסדיר את העניין באמצעות חוק, ואפילו לא באמצעות פסיקה של בתי המשפט, זהו עניין למצפונם ולתפיסת המוסר של הרופאים.**"<sup>82</sup>

וכן השופט אלון בפסק הדין **שפר**<sup>83</sup> "ממידתו של דבר חוק, שקובע הוא **עיקרון שטוב ויפה הוא לכלל**, אך יש שבמקרה מסוים אין הוא עולה יפה - **אין בו משום יושר-לפרט**"<sup>84</sup>.

וכן השופט טירקל במאמרו "תיקון הלב" **הפיתרון אינו יכול... להיות משפטי, אלא חייב להימצא בין הרופא לבין החולה..ורק שם**"<sup>85</sup>

האם אנו יכולים לשמור על אוטונומיית הרצון של החולה באמצעי אחר? אפשר ללכת בגישה של דר' רם ישי ולהפנות יותר משאבים לטיפול תומך ולסיעוד ראוי לשמו, ולא לפחד לדבר עם החולה על המוות כדי שלא יתייאש מן החיים, כמו שמדגימה קובלר רוס בספרה<sup>86</sup> כפי שיפורט בהמשך. ואם יהיו חולים שלמרות הכל יתעקשו על הפסקת הטיפול הרפואי בהם, נעניק להם את מבוקשם, והרופא יהיה מוגן גם ללא החוק כפי שנראה בהמשך בפרק חמישי לעבודה זו.

81 חיים כהן, שופט עליון, "**שיחות עם מיכאל ששר**" הוצאת כתר ירושלים 1989 ע' 158.

82 ההדגשה שלי - ח.ר.ד.

83 השופט אלון בפסק הדין **שפר** ע' 111

84 ההדגשה שלי - ח.ר.ד.

85 יעקב אבי ברוך טירקל, "תיקון הלב" **הפרקליט מ'** (תשנ"א) ע' 34. בע'

40 (ההדגשה שלי - ח.ר.ד.) להלן טירקל "**תיקון הלב**"

86 א' קובלר רוס **לחיות עם המוות, על חשוכי מרפא והנוטים למות, על קרובי משפחתם, רופאים והאחיות המטפלות בהם** עברית כרמית גיא, צ'יריקובר מוציא לאור, 1993. להלן קובלר רוס, "**לחיות עם המוות**".

חייו של אדם? מה יהיה קנה המידה? - הסטטיסטיקה של מקרים קודמים באותה מחלה באותו שלב? ומה אם אותו אדם-חולה יחרוג מן הסטטיסטיקה? ולמה דווקא שישה חודשים? למה לא שבעה או שמונה? מתוך הרגלי שגרה של מאמרים רפואיים? ויש גם טווח טעות במספר אחוזים בכל מחקר הכרוך בסטטיסטיקה. ואין הסטטיסטיקה מהווה אלא השערת טווח ביחס לאדם ספציפי. ברגע שהרופא מכניס את החולה לתוך הקטגוריה של ההגדרה, הצוות הרפואי יפסיק לטפל בו, פרט לנוזלים וחמצן, ואז תאבד לו התקווה שהיא כה חיונית ליצור אנוש בכל שלב בחייו. בספרה "לחיות עם מהמוות"<sup>89</sup> מבחינה המחברת אליזבט קובלר-רוס, בחמישה שלבים של תגובת החולה, מרגע שנודע לו כי הוא חולה במחלה חשוכת מרפא: שלב ההתכחשות והבידוד, שלב הכעס, שלב ההתמקחות, שלב הדיכאון, ולבסוף שלב ההשלמה. אלה מנגנוני הגנה מן ההיבט הפסיכולוגי, המסייעים בהתמודדות במצבים קשים במיוחד. הדבר האחד המתקיים בכל השלבים הללו הוא התקווה. קובלר-רוס במחקרה על התמודדות חולים עם המוות גילתה כי אפילו החולים שהשלימו עם המציאות, הותירו פתח תקווה לתרופה שתתגלה או ל"הצלחה של הרגע האחרון במחקר כלשהו" בלשון אחת החולות. כאשר רופא משבץ חולה למשבצת ההגדרה של החולה הנוטה למות, סופו נגזר ולא נותרה לו כל תקווה. האם זאת באמת מטרת החוק?

דר' שטיינברג במאמרו "רצח מתוך רחמים לאור ההלכה"<sup>90</sup> מביא את עמדת ההלכה, כי יש בקיום החיים בכל צורה ובכל מצב, משום זכות ואפשרות להתעלות רוחנית נוספת. על פי השקפת התורה גם חיי צער וייסורים טובים מהמוות. וגם על החולה מוטלת חובה מוסרית שלא להתייאש, ולהמשיך לקוות לחיים עלי אדמות, ככתוב בספר ישעיהו על מחלת חזקיהו המלך<sup>91</sup>:

89 א' קובלר רוס **לחיות עם המוות**. ראה הערה 82. יכול להיות שהחוק הזה בא לעזור לסובבים להתמודד עם המצב, כי נוח יותר להכניס בעיות לתוך משבצות מוגדרות, ואולי החולה מבקש את מותו כדי לא להפריע לנו?  
90 א' שטיינברג, "רצח מתוך רחמים לאור ההלכה" **אסיא** כרך ד-ו תשל"ו-תשל"ט חוברת י"ז, אייר תשל"ז (מאי 1977) (כרך ה' חוברת א') ע' 21.  
91 ישעיהו פרק ל"ח.

דרישת המידתיות תבוא לידי ביטוי רק ביישום של כל מקרה לגופו בבדיקת הנסיבות המיוחדות שלו. לכן החוק, וכל חוק, שהוא כוללני מטיבו, ואשר המקרים השונים הפרטניים אמורים למצוא את פתרונם במסגרת החוק הכולל, חוק זה יתקשה לעמוד בדרישת המידתיות של פסקת ההגבלה כי מעצם טיבה הבעיה הזו היא בעיה פרטנית, שאינה סובלת פתרון כוללני שמציע החוק הזה או כל חוק אחר. בעיית החיים והמוות של כל חולה דורשת דיון בכל מקרה לגופו ע"י בית המשפט, ולא יכול להיות לה פתרון כולל ומוכן מראש על ידי חוק כלשהו, אפילו שהוכן ביסודיות על ידי מומחים רבים מדיסציפלינות שונות.

### פרק חמישי - המצב המשפטי בישראל לאחר חקיקת חוק החולה הנוטה למות

מה עשוי לקרות כיום, לאחר כניסת חוק החולה הנוטה למות לתוקף, אם המדינה תחליט להעמיד לדין רופא שמנע טיפול מאריך חיים מחולה? איזה חולים ואיזה רופאים ייכנסו לתוך ההגדרות של החוק?

החולה הנוטה למות הוגדר בחוק כדלקמן:

8. (א) **רופא אחראי מוסמך לקבוע כי מטופל הוא חולה הנוטה למות, אם נוכח כי המטופל סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.**  
(ב) **רופא אחראי מוסמך לקבוע כי חולה הנוטה למות הוא חולה בשלב סופי, אם נוכח כי הוא מצוי במצב רפואי שבו כשלו כמה מערכות חיוניות בגופו ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שבועיים.** (ההדגשה אינה

במקור - ח.ר.ד.)

מטבע הדברים ההגדרה זאת היא עמומה וקשה להעריך מה ייכלל בעתיד בהגדרה שבחוק. כיצד יקבע מה תוחלת



“צמחים”, בחולי אלצהיימר או פרקינסון וכיוצא בטרם הגיעו להגדרה של חולה נוטה למות. אין להסיק כל מסקנות מהצעת החוק הזה לגבי חולים אלו.”

מכאן שיש להקפיד מאד ביישום החוק ובתקנות שיוציא משרד הבריאות להפעלתו, כדי למנוע מצב של הרחבת ההגדרה של חולה הנוטה למות אל מעבר למה שהתכוון המחוקק.

בעיה נוספת היא של הגדרת החולה שבשלב הסופי, לפי סעיף 8 (ב) ? החוק קובע כי

“תוחלת חייו אך אם יינתן לו טיפול רפואי אינה עולה על שבועיים”.

מן המפורסמות היא כי אין אדם יודע את שעת מותו, ואין גם רופא שיכול לצפות תוחלת חיי מטופלו, ובוודאי שלא בדיוק של שבועיים או 6 חודשים. הוועדה הייתה מודעת לבעייתיות שבהגדרת תוחלת החיים<sup>94</sup>. פרופסור אסא כשר טוען שההגדרה היא מתמטית – תוחלת חיים היא ממוצע משוקלל של מספר הימים שנותרו לאנשים במצב מסוים לחיות. ח”כ מיכאל איתן טען שבלתי מוסרי לבסס החלטות מוסריות על בסיס מתמטי-סטטיסטי, כי תמיד יהיה מי שיעשו לו עוול, כי הוא יוכל לחיות עוד שנה. למרות שחברי הוועדה האחרים היו מודעים לבעייתיות, הם המשיכו במדרון חלקלק זה. החוק למעשה מבוסס על מחקר גדול שנעשה בארה”ב שכלל 8,000 חולים אשר חזו להם מוות תוך חצי שנה, ואכן 90% מהחולים נפטרו תוך זמן זה. חברי הוועדה מודעים לכך כי פירוש הדבר הוא ש-10% המשיכו לחיות מעבר לששת החודשים.

בפסק הדין *Glass and another v United Kingdom*<sup>95</sup> שנידון בפני בית המשפט האירופי העליון לזכויות אדם,

94 הכנסת השש עשרה מושב שלישי פרוטוקול מסעיף 4 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת העבודה, הרווחה, והבריאות וועדת חוקה ונשפט בעניין הארכת חיים. יום שלישי כ”ה בחשוון התשס”ה 9/11/2004 שעה 13:30.

*Glass and another v United Kingdom* (App no 61827/00) 95 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

(א) בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבוא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו כה אמר ה' צו לביטך כי מות אתה ולא תחיה:

(ב) ניסב חזקיהו פניו אל הקיר ויתפלל אל ה':

(ג) ויאמר אנה ה' זכר נא את אשר התהלכתי לפניך באמת ובלב שלם והטוב בעיניך עשיתי ויבך חזקיהו בכי גדול:

(ד) ויהי דבר ה' אל ישעיהו לאמר:

(ה) הלון ואמרת אל חזקיהו כה אמר ה' אלהי דוד אביך שמעתי את תפלתך ראיתי את דמעתך הנני יוסף על ימין חמש עשרה שנה:

(ו) ומכף מלך אשור אצילך ואת העיר הזאת וגנותי על העיר הזאת:

ואומרת הגמרא<sup>92</sup>:

“אמר לו המלך: כך מקובלני מבית אבא אפילו חרב חדה מונחת על צווארו של אדם אל יתייאש מן הרחמים.”

מכאן שחייבים אנו להיזהר שלא לקחת מן החולה את התקווה ולא להביא עליו ייאוש.

ובדין וחשבון הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות<sup>93</sup>, בסעיף התחולה, נוספה הערה:

“חברי הוועדה הציבורית דנו אך ורק בחולה המוגדר בהצעת חוק זו כחולה הנוטה למות, אין בהצעת חוק זו התייחסות לחולים אחרים בסוף ימיהם שאינם מתאימים לקריטריונים המוצעים בחוק זה לחולה הנוטה למות. דהיינו לא מדובר בהצעת חוק זה בחולים המוגדרים

92 תלמוד בבלי מסכת ברכות דף י' עמ' א.

93 דוח הוועדה, סעיף 3.



**"קשה לי לקבל כי הרופאים קיבלו החלטות חשובות ללא הסכמת האם וללא ידיעתה... העובדות מוכיחות כי 6 שנים אחרי האירוע, צדקה האם, והאינסטינקטים האימהיים יש להם יותר משקל מאשר חוות דעת רפואיות".<sup>96</sup>**  
(ההדגשה אינה במקור – ח.ר.ד.)

כנאמר לעיל, החלטת רופא אחראי כי מטופל הוא "נוטה למות", שנותרו לו 6 חודשים לחיות, או "חולה בשלב סופי" – כזה שנותרו לו שבועיים לחיות, היא החלטה הרת גורל, שמסקנותיה מרחיקות לכת. עצם ההגדרה שבחוק דורשת מן הרופא האחראי להודיע למיופה כוח או לאדם הקרוב או לאפוטרופוס על "כוונתו לפעול בהתאם להנחיות מקדימות או הוראות מיופה כוח". במילים אחרות האם החולה נתן הנחיות מספר חודשים לפני כן להמית אותו במחדל – הרופא יבצע הנחיה זאת גם אם אין באותו רגע תקשורת עם החולה. אך רע מזאת, יש גם למיופה כוח האפשרות לתת הנחיות כאלה. הרופא יקבל החלטה יחד עם "המטפלים האחרים" שלא ברור מי הם, בעצה אחת עם "האדם הקרוב" שגם זהותו לא ברורה. יכול שיהיה זה קרוב משפחה או כל קרוב אחר. נפתח כאן פתח מסוכן להשאת חיי חולה בידי משפחתו, אשר עלולים להיות בה אינטרסים סותרים ושיקולים זרים, ואפילו עייפות מהטיפול, או טיעון מסוג של "לא צריך יותר לתת לו לסבול", כאשר המניע ייתכן והוא שונה.

הגדרה נוספת הזקוקה להבהרה היא הגדרת "הרופא האחראי", אשר החוק מעניק לו גם הגנה וגם אחריות לביצוע הטיפול.

**9. קבע רופא אחראי כי מטופל הוא חולה הנוטה למות והוא אינו בעל כשרות (1) הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לעניין זה, יעשה מאמץ סביר כדי לקבל**

דובר בתביעה של אם לילד נכה נגד הממלכה המאוחדת. הרופאים באנגליה קבעו שלילד הנכה, שהיה כבן שנתיים, אין תוחלת חיים, והוא עומד למות, ולכן יש להתייחס אליו כאל חולה הנוטה למות, על כל המשתמע מכך. ואילו האם התעקשה שבנה לא עמד למות. הילד אכן הוסיף לחיות 6 שנים נוספות (!) עד למתן פסק הדין.

הילד שחלה במחלה חסימתית של דרכי הנשימה העליונות, נותח אך לא התאושש, הסתבך בזיהומים, ונזקק להנשמה. רופאיו קבעו שאין טעם להמשיך ולטפל בו כי הוא נוטה למות. הילד שוחרר לביתו, אך אושפז מפעם לפעם בגלל התקפי קוצר נשימה. בשלב מסוים העריכו הרופאים כי הילד הגיע לשלב סופי, ולדעתם היה זקוק למשככי כאבים במינונים המתאימים למצבו. הרופאים ניסו לשכנע את האם בנחיצות מתן מורפין לילד, כיוון שכל שאפשר היה לתת לו היה TLC-Tender Loving Care. האם והמשפחה התנגדו להגדרה ולמינון המורפין. הדברים הגיעו עד לניסיון לסילוק ההורים מבית החולים בעזרת המשטרה, ומשם לבית המשפט, בפניו הוגשה תלונה נגד בית החולים על ניסיון לרצח הילד. התביעה הכללית החליטה שלא לפתוח בהליכים פליליים נגד הרופאים, מחוסר הוכחות. בית משפט לערעורים פסק שהחוק האנגלי מכיר שטובת הילד היא לתת לו תרופות המקלות על הסימפטומים, אם כי יש להן תופעת לוואי של זירוז המוות. התביעה הגיעה לבית הדין האירופי לזכויות האדם, התובעים טענו שם כי החוק הפנימי האנגלי לא הצליח להגן על האוטונומיה של הפרט כפי שקובע סעיף 8 (1) לאמנה האירופית לזכויות האדם מ-1997. נפסק שאין זה ראוי ואין זה הגיוני להשאיר את משימת איזון הזכויות בידי רופאים, שהיא משימה שיפוטית. האם אמנם הסכימה לטיפול בהתחלה, אך ברור כי בהמשך היא חזרה בה מהסכמתה, ולכן בית החולים היה חייב לפנות לבית משפט כדי לקבל אישור להמשך טיפול ללא הסכמת ההורה. בית המשפט האירופי קבע פה אחד כי הייתה הפרה של סעיף 8 לאמנה, וזיכה את התובעים בפיצויים כספיים. השופט קזוואל בחוות דעת נפרדת מוסיף ואמר:

<sup>96</sup> בפסק הדין *Glass and another v United Kingdom* שלעיל, לאחר שנפסק פה אחד שהייתה הפרה של ס' 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם, ניתן פסק דינו הנפרד של השופט Casadevall, פיסקה 2 לפסק הדין.

ד"ר אברהם שטיינברג:

"היום בחלק מבתי-החולים כאשר נכנס חולה הנוטה למות, לפעמים איזה רופא בית או רופא תורן מקבל אחריות על הטיפול שלו ומוליך את הטיפול. אנחנו בוועדה חשבנו שזה הליך מאוד לא תקין כי אלה החלטות רציניות מאוד. לכן הצעת החוק דורשת שאדם במעמד בכיר בבית-החולים יהיה אחראי על החולה... במילים אחרות, שתהיה כתובת קבועה של אדם בכיר, שהוא שיהיה אחראי על ניהול העניין. הוא יקבע אם זה חולה הנוטה למות, בין אם בעצמו או עם צוות או התייעצות; הוא יקבע אילו טיפולים לתת לו, בהתאם להנחיות, או כל מיני דברים אחרים. זה לא יהיה איזה רופא בית מזדמן מקרי, כמו שהרבה פעמים קורה היום..."

פרופסור אבינועם רכס, ראש הלשכה לאתיקה בהסתדרות הרפואית:

"אני מוכרח לתקן קצת. אתה מעוות את המציאות, לא מציג נכון את האופן שבתי-החולים עובדים ואני רוצה לתקן את הרושם. רופא צעיר לא עובד במחלקה מכוחות עצמו והדברים לא קורים במקרה באופן אוטורי. הוא תמיד תחת פיקוח של רופא בכיר, attending שאחראי על המחלקה באותו זמן.

ד"ר אברהם שטיינברג:

"אני לא רוצה לנהל ויכוח. החלטות של DNR (Do Not Resuscitate) מתקבלות - ואנחנו הוכחנו את זה במחקר שביצענו - באחוזים גבוהים

את כל הנתונים והמסמכים הנוגעים בדבר, לצורך בירור רצונו של החולה הנוטה למות לפי סעיף 5(ב) ו-ג) והכול בהתאם לכללים שנקבעו לעניין זה (בתקנות); (2)

(2) הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לעניין זה, יברר במאגר המידע אם, על פי הרשום בו, נתן החולה הנחיות רפואיות מקדימות, או מינה מיופה כוח; מצא הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לעניין זה, כי החולה נתן הנחיות או מינה מיופה כוח כאמור, וזאת לאחר בירור במאגר המידע ובדרך אחרת, ככל הניתן, יצרף הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לעניין זה, ידע זה לרשומה הרפואית המתנהלת לגבי החולה.

10. (א) קבע רופא אחראי כי מטופל הוא חולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות, יודיע הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לעניין זה, למיופה הכוח, לאדם הקרוב לחולה הנוטה למות ולאפוטרופסו, כל שישנם וניתן לאתרם במאמץ סביר, כי בכוונתו לפעול בהתאם להנחיות רפואיות מקדימות שנתן החולה הנוטה למות או לפי הוראות מיופה כוח, לפי העניין.

נראה כי "רופא האחראי" יחד עם "רופאים מומחים אחרים" שהחוק אינו מגדיר מי הם, מה תחום/י מומחיותם ו/או כישוריהם ו/או מספרם, יקבלו החלטות גורליות. גם לא ברור למי הם אמורים לדווח וכיצד, בכתב או בעל פה, למנהל בית החולים? למשפחה? אלה עניינים טכניים המחייבים הסדרה בתקנות שיתקן שר הבריאות הממונה על ביצוע החוק.

בשאלת מיהות ה"רופא האחראי", כאשר נידונה בוועדה המשותפת לוועדת חוקה ומשפט וועדת הרווחה התבטאו:

מאוד על-ידי רופאים זוטרים ללא שום התייעצויות. זאת עובדה. אני אראה לך את המחקר שנעשה בבית-החולים שלי. זאת בדיוק שאלת המפתח, מי יקבל בסוף את ההחלטה הרצינית הזאת. אנחנו לא רוצים שזה יהיה רופא צעיר מזדמן רגעי, אלא מישהו רציני”

מדברים אלה ברור כי הוועדה הייתה מודעת לאחריות הגדולה שהיא מטילה על הרופא האחראי, והיא מבהירה שרק רופא בכיר יהיה זה שיקבל את ההחלטה בהתייעצות עם רופאים נוספים. הרעיון לרכז את כל הצוות המטפל הוא רעיון חיובי, אך הכוח שניתן לו הוא ללא פיקוח ממשי וללא הגבלה, בפרט כאשר מביאים בחשבון שלטעויות שלו אין דרך חזרה.

**בפסק דין Glass** דרשה האם מהפרקליטות להעמיד את הרופאים לדין על ניסיון לרצח וקשירת קשר לרצח, אך התביעה החליטה שלא להעמידו לדין מחוסר הוכחות<sup>97</sup>. בארץ, דווקא הדרישה שבחוק לדיווח על כל מקרה כזה, ייתכן ותביא ליתר שקיפות, ורופאים שיהיו מעורבים בהמתה יהיו צפויים לעמוד לדין על עבירה לפי סעיף 298 או אפילו עבירה לפי סעיף 302 כי יש יסוד נפשי והיא הכוונה להרוג. עצם העובדה שלא העמידו לדין בארץ מעולם לא אומרת שכך ימשיך להיות המצב המשפטי. חוק החולה הנוטה למות יוכל לספק הגנה רק לרופא שיעמוד בכל דרישות החוק – דיווח מלא, התייעצות מוכחת, ישיבות מומחים, כפי שנדרש בסעיפים 7, 11 לחוק:

**”7. אין מוציאים חולה הנוטה למות מחזקת היותו כשיר כאמור בסעיף 6 לצורך חוק זה, אלא בהחלטה רפואית מנומקת ומתועדת של הרופא האחראי לאחר שקיים התייעצות עם המטפלים בחולה הנוטה למות ועם רופאים רלוונטיים או מומחים, לפי העניין, ובמידת האפשר עם רופאו האישי.**

<sup>97</sup> Glass and another v United Kingdom 97, פסקה 44 לפסק הדין.

**”11. (א) קבע רופא אחראי, כי מטופל הוא חולה הנוטה למות, יקיים יחד עם המטפלים האחרים בו, בהקדם האפשרי, דיון מפורט על מצבו של המטופל ועל הטיפול הרפואי שיש לתת לו ויקבל החלטה בענין, והכל בהתאם להוראות חוק זה.**

**(ב) קיבל רופא אחראי החלטה על דרך הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, יתעד רשומה הרפואית של החולה את מהלך הדיון, את ההחלטה שקיבל ואת הנימוקים לה; הוראות סעיף זה באות להוסיף על הוראות תיעוד לפי סעיף 71 לחוק זכויות החולה.”**

בראש ובראשונה יש לדרוש הסכמה מודעת של החולה ברגע הביצוע. כל הסכמה שניתנה בעבר הרחוק או הקרוב לא צריכה להוות תחליף. רק רופא שיעמוד בדרישות של סעיף 12 תהיה לו הגנה לפי החוק:

**”21. על רופא האחראי להעריך, מדי פעם, את כשרותו, מצבו הרפואי ואת רצונותיו של החולה הנוטה למות; חל שינוי באחד מאלה - עליו לחזור ולהחליט לענין דרך הטיפול הרפואי בו.”**

#### סיכום ומסקנות

עבודה זאת עניינה חיי אדם, לכן חובת הראיה הנדרשת כאן היא בגדר של “למעלה מספק סביר”.

אחד הקשיים שבהוראות החוק נעוץ בהגדרת תוחלת חיים<sup>98</sup>, מי המחליט על הכללת החולה להגדרה, על התוצאות הבלתי-הדירות, מבלי יכולת לתקן טעויות ולהחזיר לחיים את מי שנותק ממכונת הנשמה. מסיבה

<sup>98</sup> פרופ' שטיינברג בדו"ח הוועדה מגדיר תוחלת חיים: “משך החיים הממוצע הצפוי במצב רפואי נתון, על פי הידע הרפואי העדכני” מתוך: דו"ח הוועדה.

במקרה כזה לא יהיה מקום להעמיד את הרופא לדין כי הוא ענה לקריטריונים של המותה במחדל, אך האם זו התוצאה הרצויה?

**ההגדרות** בחוק עמומות ובעייתיות, **הביצוע** הוא בידי רופאים שאין להם כלים לקבל החלטות מוסריות, **והתוצאות** הן סופיות ולא ניתנות לשינוי. מכל אלה נובעת המסקנה שלא ניתן לבצע את החוק כלשונו, ויש צורך לפנות לבית משפט בכל מקרה ומקרה, כדי לשכנע את בית המשפט כי במקרה הספציפי מותר ליטול חיי אותו אדם מסוים. כמו שנאמר בפרשת **שפר**:

**"בכגון דא אין קובעים פתרונות מראש, התשובות יינתנו, ממקרה למקרה ומעניין לעניין, לפי הנסיבות והשאלות שיעלו בהם. המקור למציאתם של פתרונות ותשובות לכל אלה הן הוראות חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, שהימנו פינה והימנו יתד לדין במכלול הבעיות האמורות, ששורה של זכויות יסוד קשורות ומעורבות בהן"**<sup>103</sup>

את הקשיים היטיב לתאר השופט (בדימוי) 'י' טירקל במאמרו "תיקון הלב":

**"הסמכת בתי המשפט להורות על ניתוק אדם ממכשירי החייה או מניעת חיבורו למכשירים כאלה, על פי כללים שיקבעו, לרבות קביעת כללים כאלה בכלל, היא, לדעת, מסוכנת ביותר. פרשת מעין היא דוגמא לתוצאה שנבעה משימוש בכללים. מאידך גיסא, הסמכת בית המשפט לפעול, תוך הישענות על שיקולים ערכיים מוסריים, כגון "תום הלב"... הצמיחה גידולי פרא משפטיים... הפתרון אינו יכול, איפה, להיות משפטי, אלא חייב להימצא בין הרופא לבין**

זאת אין החוק עומד במבחן המידתיות, כי התוצאה היא הכול או לא כלום. מכאן כי המידתיות חייבת להימדד בכל מקרה לגופו על ידי ערכאה משפטית. אין זה מתפקידו של רופא לקבוע מי יחיה ומי ימות, כמו שכתב השופט בפרשת **בן אכר**<sup>99</sup>, בכך אין לייחס לרופא משקל רב. מומחיות הרופא ברפואה, אך המסקנה הסופית אינה תולדה של שקלול רפואי. בית המשפט עורך הפרדה בין תורת הרפואה בכל הנוגע למחלה עצמה, לבין ההחלטה אם לטפל בחולה או לא, כי החלטה זאת נמצאת בתחום האתיקה והמוסר. בסוגיות ערכיות, אין לרופאים יתרון הנובע מן הידע והמומחיות המדעיים, כי לא באלה מדובר.

דר' שטיינברג<sup>100</sup> באנציקלופדיה ההלכתית רפואית<sup>101</sup>, מבחין בין טיפולים הבאים למלא צרכים טבעיים של האדם כגון אוכל, שתייה וחמצן, אנטיביוטיקה או מתן דם, לבין טיפולים המאריכים חיים אך אין הם מביאים סיכוי להחלמה או לריפוי, ולפעמים אף יגבירו את הסבל, כגון החייה, הנשמה, ניתוחים, דיאליזה, כימותרפיה, הקרנות וכיו"ב. הבחנה זו אף נכנסה לחוק החולה הנוטה למות (סעיף 61) למרות שהדברים אינם מוחלטים.

בדו"ח הוועדה מוגדר "טיפול רפואי רציף כ"כטיפול רפואי שבמהותו ניתן באופן מתמשך, בלא הפסקות, שאינו מאפשר הבחנה מעשית וברורה בין סיום מחזור אחד של טיפול לתחילת המחזור הבא..."<sup>102</sup>. אולם הגדרות לא תמיד מצליחות להביא לידי ביטוי את הבעייתיות והמורכבות של טיפול בחולה רב מערכתי, שכמה מערכות בגופו כשלו, ואם מפסיקים טיפול במערכת אחת גורמים להתמוטטות כל המערכות. חולה דיאליזה, לדוגמא, החולה גם באי ספיקה נשימתית, אם יופסק בו הטיפול בדיאליזה, ייגרם לו למות בחנק, כי ריאותיו יתמלאו בנוזלים והוא יטבע בנוזלים של עצמו בייסורים קשים.

99 5587/79 היה"מ נ' בן איכר פסק דין בן איכר

100 דר' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, הוצאת מכון שלזינגר לחקר הרפואה על פי התורה ליד המרכז הרפואי שערי צדק ירושלים תשנ"ד-1994 ערך "נוטה למות" ע' 343. ע' 429-440  
101 מתוך פסיקה של הרב שלמה זלמן אוירבאך שמובאת בפסק דינו של המשנה לנשיא אלון.  
102 דו"ח הוועדה פרק ג' בסעיף ההגדרות

103 פסק הדין שפר ע' 188.

## החולה, ואולי גם בינים לבין בני משפחתו,

ורק שם.<sup>104</sup>

מתיישבים זה עם זה, נוצרת סתירה זמנית בין השניים המחייבת הפעלת הכללים לברירת הדין<sup>108</sup>.

הסמכות להפעלת הכללים ולהכרזה על בטלות חוק מוקדם הסותר חוק מאוחר היא בידי הרשות השופטת. מכאן מתבקשת לכאורה המסקנה שאין זה מסמכותן של וועדות אתיקה להתיר המתנות חסד, וכי בכל מקרה, כאשר חולה או נציג מטעמו, או רופא, מבקשים רשות להמתת חסד עליהם לפנות לבית משפט, שלו נתונה הסמכות, כפי שהיה עד לכניסת חוק החולה הנוטה למות לתוקף. אין החוק יכול להעביר את הסמכות לחרוץ גורל חיי אדם לוועדות אתיקה, כי אין בו בחוק ביטול מפורש או סייג לסעיפי ההמתה בחוק העונשין.

השאלה המרכזית שנותרה היא החוקתית – מעמד שתי נורמות בלתי שוות, הנורמה העליונה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעומת הנורמה הנחותה ממנה – נורמת חוק החולה הנוטה למות. והרי במקרה של סתירה בין שתי נורמות יש להעמידן במבחן כללי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. נראה כי חוק הסותר את עקרון קדושת החיים אינו יכול לעמוד במבחן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהרי על פי ערכי היהדות לעקרון קדושת החיים יש רק שלושה חריגים – עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים<sup>109</sup>. המתת חסד במחדל אינה נכנסת לגדר חריגים אלה. מבחן על פי ערכיה הדמוקרטים של מדינת ישראל מוביל לאותה מסקנה, כי הרציונאל של דמוקרטיה הוא שמירה על חיי אדם מול המנגנון הכוחני של המדינה.

החוק הישראלי מתיר המתה במחדל במקרים מאד מסוימים, מוות במחדל עלול להיות ממושך, הגורם עינויים לחולה יותר מאשר פעולה אקטיבית מהירה. **פתרון המחדל לא בא כדי להקל על החולה אלא כדי להקנות חסינות למבצע, והמשלם את מחיר המחדל הוא החולה חסר הישע.**

108 א' ברק פרשנות במשפט, ע' 555.

109 תלמוד בבלי מסכת יומא דף פב עמוד א: "שאיין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים".

והוא ממשיך ואומר כי הנטייה של הרופאים להסיר מעליהם את משא האחריות אופיינית ל"מולך הטכנוקרטי". יותר ויותר נשען הרופא בהחלטותיו על המכשור, על המעבדה, ועל המחשב ופחות ופחות על עצמו. כביטוי לצורך להישען על סמכות חיצונית היא השאיפה לקבוע כללים שימנעו את הצורך בהתמודדות עם מצבים קשים.

השאלה המשפטית חוקתית היא האם בא חוק החולה הנוטה למות לבטל או לסייג את סעיף 302 לחוק העונשין או את סעיף 298 לחוק העונשין או את סעיף 309 (4) לחוק העונשין? תיאורטית חל כאן גם סעיף 300 (א) (2) שעונשו מאסר עולם חובה, כי הרי יש כאן כוונה תחילה שעונה לדרישות הפסיקה של תכנון מראש, רק המניע הוא טהור, אך הפרשנות המקובלת בדיני עונשין בישראל אינה כוללת את המניע ביסוד הנפשי של העבירה, המניע יכול רק לגרום להקלה בעונש כי הוא מסלק את גורם הקלון שבעבירה הפלילית. התשובה לשאלה אינה פשוטה כי לכאורה נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת, ונורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית<sup>105</sup>. חוק החולה הנוטה למות הוא מאוחר לחוק העונשין והוא מיוחד לנסיבות מיוחדות ולמבצעים מיוחדים. אך הפרקטיקה המקובלת היא שחיקוקים מאוחרים מבטלים במפורש חיקוקים מוקדמים<sup>106</sup>. כמו כן נקבע בפסיקה, כי בתהליך פרשנותו של חוק, אם המחוקק היה מתכוון לבטל או לצמצם חקיקה קודמת היה קובע זאת בהוראה מפורשת. לכן ניתן להניח שאם אין כל התייחסות בחוק לחקיקה שקדמה לו לא מתחייבת המסקנה כי החוק הקודם בוטל או צומצם<sup>107</sup>. בהעדר ביטול מפורש ממשיך כל דבר חקיקה לעמוד בעינו, ואם שני דברי החקיקה אינם

104 טירקל: "תיקון הלב". יכול להיות שמה שהיה חסר בוועדה זו, של פרופ' שטיינברג, היא השתתפותו של שופט עליון או שופטת עליונה?

105 אהרון ברק פרשנות במשפט, נבו הוצאה לאור, ירושלים 1992, כרך ראשון ע' 546 להלן ברק פרשנות במשפט.

106 ברק פרשנות במשפט, ע' 554.

107 השופט אור בפסק הדין בן איכר פיסקה 18, וכן הוא מסתמך שם על בג"ץ 174/85 חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון פ"ד לט (3) 245,248 (ניתן ביום 12.08.1985).

יועצים-מומחים רופאים, אחיות, עובדים סוציאליים, אנשי אקדמיה ואנשי דת. הרכב זה דומה לזה של בתי דין מיוחדים, כגון בית הדין לעבודה, שהוקם מכוח חוק בתי הדין לעבודה, בית הדין להגבלים עסקיים, וערכאות דומות בעלות סמכויות שיפוט ענייניות מוגדרות.

העתקת המודל של בתי הדין לעבודה, תביא להרכב של בית דין מיוחד לאתיקה שתהיה לו סמכות להפעיל את החוק בכל מקרה של כל חולה, אשר מבקשים להפסיק את הטיפול בו, ולא רק במקרים מיוחדים. הדרך הרגילה תהיה פנייה לבית הדין המיוחד לאתיקה, והצוות המטפל לא יצטרך לקחת על עצמו אחריות לפרש ולהפעיל את החוק.

יש להעתיק את מודל בית הדין לעבודה גם במישור הארצי לפי סעיף 50 (5) לחוק. התאמת מודל זה תהפוך את גם וועדות האתיקה הארציות לבתי דין מיוחדים, ותקנה להן סמכות חוקית להפעיל את חוק החולה הנוטה למות, למרות שאין בו ביטול או צמצום מפורש של סעיפי ההמתה בחוק העונשין. כך ניתן אולי להתגבר על הבעיה המהותית באמצעי פרוצדוראלי.

מבחינה מהותית, יש מקום לשקול את מחיקת סעיף 8 שבחוק הנוכחי, כדי לא ליפול למלכודת של הגדרת תוחלת החיים. ברור גם שללא הגדרה כזאת, לא ניתן לכלול את החולה ל"משבצת" המתאימה של מועמד להפסקת טיפול, ואולי מוטב שכך. כמו כן, רצוי לבטל גם את סעיף 16(א), כדי לא להכתיב לרופא רשימת טיפולים שרירותית שיש להימנע מהם. מוטב לאפשר לרופא שיקול דעת בכל הקשור להחלטות רפואיות, להבדיל מהחלטות ערכיות.

חיוני להוסיף בחוק או בתקנות הגדרות ברורות בדבר הצוות המחליט, בדבר נוהלי דיווח, ומועדי ההערכה מחדש על מצב החולה.

אם מטרת החוק היא הקניית הגנה לרופאים בפני אישום פלילי או תביעה בנזיקין, הרי שהשופט העליון חיים כהן ז"ל הביע בשעתו את דעתו כי אין בכך צורך<sup>110</sup>, ואין צורך בחוק מיוחד שיגן על הרופאים, ככל שמדובר בהמתת חסד פסיבית. למרות זאת הוא הציע דוגמה ל"חוק רצוי", המנוגד לעקרונות אותם הוא עצמו העריך כחובה. השופט חיים כהן ז"ל פסל את מושג "הצוואה חיים", אך הוא העלה את מושג "השעה הקובעת" ואת עקרון "חזקת הרצון לחיות"<sup>111</sup>. וכל זאת כאשר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא היה לנגד עיניו בעת שכתב את המאמר.

נוספים לאלה דברי השופט זילברג ז"ל בפרשת צים<sup>112</sup>

**"היהדות מאז ומעולם מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים ולמען החיים. החיים הם הנכס הקדוש ביותר שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת."**

ולכן כאשר בחוק היסוד : כבוד האדם וחירותו יש התנגשות בין הערך של כבוד האדם לבין הערך של חיי האדם – גובר ערך חיי האדם.

### הצעות לפתרון הבעיה

כיצד אם כך אפשר להקנות לוועדות האתיקה סמכות להפעלת החוק? בפרק ו', בסעיף 45 (6) לחוק העוסק במינוי חברי וועדות האתיקה המוסדיות, נאמר כי אחד החברים בוועדה חייב להיות "משפטן הכשיר להתמנות שופט בבית המשפט המחוזי", מכאן שניתן להפעיל את הוועדה במתכונת בית דין מיוחד, שבראשו שופט מחוזי פעיל, או שופט מחוזי בדימוס, ולידו יכהנו במעמד

110 חיים כהן, זכות משפטית לסרוב רפואי, ראה הערה 16  
111 בפרק הראשון לעבודה זו בדיון על התנאי הראשון להמתת חסד: "החולה חייב להיות מודע למעשה בזמן אמת".  
112 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' שושנה מזיאר פ"ד יז ע' 1319.

חשוב מאד לקבוע את התנאים על פיהם יש לפנות לבית הדין לאתיקה, שבראשו שופט מחוזי (פעיל או בדימוס), כמתואר לעיל. החלטה על התאמת חולה מסוים להגדרה של מועמד להחלת החוק, חייבת להיעשות על ידי בית הדין לאתיקה, ואין להשאירה בידי צוות מטפל.

מבחנו של חוק ביישומו. אם ישכילו וועדות האתיקה לצמצם ולהגביל את הפרצה שפתח החוק במשפט הפלילי בישראל, אם יגנו על קדושת החיים בכל מקרה של ספק, אם יראו נגד עיניהם יום את המדרון החלקלק, אולי נצליח להגיע גם ליתרונות של חוק זה, שהם שקיפות, דיווח מלא ואמיתי, ובקרה ופיקוח על כל המקרים האומללים האלה.