

בין חוק זכויות החולה לחוק החולה הנוטה למות: התקדמות או הליכה לאחור?

ישראל (איסי) דורון*, כרמל שלו**

תקציר

בשנת 2005 נחקק חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. חוק זה התיימר להסדיר את הסוגיה הסבוכה של הטיפול הרפואי בסוף החיים. עם זאת בשל התחולה המוגבלת של הוראות החוק ל"חולה הנוטה למות" בלבד, נשאלת השאלה המשפטית מה הדין החל בתחום המתת החסד בישראל כלפי אותם חולים שאינם "מכוסים" על ידי חוק זה. על רקע שאלה זו יבקש המאמר לבחון את היחס המשפטי שבין הוראות חוק החולה הנוטה למות לבין הוראות חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 שקדם לו – כל זאת על רקע דוגמה אמיתית מהפסיקה הישראלית המוכרת כפרשת צדוק והעוסקת בזכותם של חולים כרוניים ודמנטיים – שאינם מוגדרים כ"חולים נוטים למות" – שלא יאריכו את חייהם באופן מלאכותי.

מילות מפתח: חוק החולה הנוטה למות; המתת חסד; חוק זכויות החולה; טיפול בסוף החיים.

מבוא

הניחו כי מובא לפניכם הסיפור הזה: אישה זקנה מאושפזת זה שנה וחודשיים במוסד סיעודי בשל מחלת האלצהיימר שממנה היא סובלת. כיום היא איננה צלולה ואיננה מסוגלת להבין את מצבה או להביע את רצונה. מהיום הראשון להכנסתה של האישה למוסד הדגישה משפחתה את הצורך בכיבוד רצונה כפי שנוסח בתצהיר שהיא הכינה מראש, והזהירה את הרופא ואת הצוות שלא תיעשה באישה שום פעולה מלאכותית להחזקתה בחיים. במסגרת התצהיר שהכינה האישה היא כתבה בין היתר כך:

"חליתי במחלת אלצהיימר... אני מודעת לכך שמצבי הבריאותי מחמיר מיום ליום וכבר עתה ברור לי שרצוני למות בדרך הקצרה ביותר... אני מבקשת כבר עתה (שעה שאני יכולה להתבטא) לאפשר לי למות ולא להאריך את חיי בכל אמצעי מלאכותי וזאת בכל מקרה בו שני רופאים (שלא יהיה ביניהם כל קשר) יגיעו למסקנה שאין כל תרופה למחלתי, ושמות בהעדר השימוש באמצעים מלאכותיים... רצוני הוא לאפשר לי למות... לגאול אותי מיסורי... מבקשת לכבד את רצוני ולאפשר לי למות מהר ולא להאריך את חיי בכל אמצעי מלאכותי."

בימים אלה חלה החמרה במצבה הרפואי, והרופאים שוקלים את הצורך לחבר אותה באופן קבוע לחמצן, לנוזלים ולמזון. אילולי כן תהיה סכנה לחייה, שכן היא איננה מתפקדת בכוחות עצמה. העניין מובא בפני בית המשפט, ועליו להכריע בנושא: אם לכבד את רצונה ולחייב את הרופאים לנהוג לפיו ולהימנע מהטיפול או שמא בנסיבות העניין קיימת חובה להנשים את האישה, להזינה ולתת לה נוזלים באופן מלאכותי כדי שלא תמות.

מאמר זה יבחן שאלה זאת לאור הוראות חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן – חוק זכויות החולה) מחד ולאור הוראות חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 (להלן – חוק החולה הנוטה למות) מאידך. על רקע דוגמה אמיתית מהפסיקה הישראלית נשאל מהו היחס החוקי הראוי בין הוראות שני חוקים אלה.

* ד"ר למשפטים; מרצה בכיר בפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה, ויו"ר עמותת המשפט בשירות הזיקנה.

** ד"ר למשפטים, יועצת לאתיקה של בריאות ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

חלק ראשון: על פרשת צדוק

הסיפור שתואר במבוא לעיל מוכר היטב לכל מי שעוסק בתחום הטיפול הרפואי בסוף החיים ובנושא שמכונה "הזכות למות בכבוד". זהו סיפורה של מרים צדוק והוא הביא לידי החלטה שיפוטית שהפכה לאחד מפסקי הדין המנחים והחשובים בנושא הזכות למות בכבוד. פסק הדין בענין **צדוק נ' בית האלה**¹ (להלן – פרשת צדוק) היה חלק מהתפתחות פסיקתית מרהיבה במשפט הישראלי שהתחוללה מאמצע שנות ה-80 של המאה הקודמת ועד לסוף שנות ה-90 במסגרת ההכרה בזכות החולה לאוטונומיה בכל מה שקשור לקבלת החלטות רפואיות, לרבות בסוף החיים. התפתחות פסיקתית זאת הייתה יצירה שיפוטית קלסית ברוח המסורת של המשפט המקובל (ה-common law), שעל פיה מתפתח המשפט באופן קזואיסטי, ממקרה למקרה, וכל מקרה מוסיף על קודמו, מפתח, משכלל ויוצר אמות מידה שיפוטיות לפי הנורמות המסתמנות כמקובלות בקהילה.² וזאת כל עוד המחוקק שותק ואינו אומר את דברו.

ואכן, בישראל נמנע המחוקק מלעסוק בנושאים הרגישים של הטיפול הרפואי בסוף החיים. כאשר נחקק חוק זכויות החולה, בשנת 1996, נמחק ממנו הסעיף שכותרתו "הזכות למות בכבוד" בקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת.³ עד לחקיקת חוק החולה הנוטה למות בשנת 2005 נדרשו בתי המשפט למלא את החלל הנורמטיבי במקרים רבים שהובאו לפתחם, לרבות פסקי הדין שניתנו בעניין **אייל**,⁴ **צעדי**,⁵ **גלעד**,⁶ **ביבס**,⁷ **פלוגי**⁸ ואחרים.

אין ספק שאחת מאבני הדרך החשובות בפיתוח הפסיקתי היה פרשת צדוק. פרשה זו הייתה חשובה במיוחד, מכמה סיבות: ראשית, זו הייתה הפרשה הראשונה שעסקה באדם בוגר (בשונה מפרשות שעסקו בעיקר בתינוקות או ילדים) שלא היה צעיר יחסית (כלומר, שלא בשנות החמישים לחייו) או חולה במחלת ניוון שרירים, אלא דווקא אישה, זקנה, הסובלת מדמנציה בשל היותה חולה במחלת אלצהיימר. שנית, בפרשה נדונה לא רק הסוגיה של הימנעות מחיבור מכשירים כגון מכשירי הנשמה או דיאליזה, אלא נדונה במישורין גם הסוגיה של הארכת חיים על ידי הזנה ומתן נוזלים באמצעים מלאכותיים. שלישית, מי שייצג את גב' צדוק היה בעלה, מבלי שמונה להיות האפטרופוס הפורמלי שלה מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962. רביעית, היה מדובר במקרה שבו האישה הכינה מראש מסמך משפטי בצורת תצהיר מפורט, ברור וחד-משמעי שבו היא הביעה את רצונותיה לגבי הטיפול הרפואי שיינתן לה מתוך מודעות מלאה לאופי הייחודי של מחלת האלצהיימר, המאופיינת בשלביה המתקדמים באבדן היכולות והכישורים הקוגניטיביים.

פסק הדין שניתן בפרשת צדוק התבסס על הרציונל של החלטה קודמת שניתנה בעניין **אייל** (שהיה חולה במחלת ניוון שרירים סופנית) והוא שאפשר לכבד את רצונו של אדם שלא יאריכו את חייו בתנאי שהביע רצונו זה בצורה ברורה וחד-משמעית בשעה שהוא בגיר ובעודו כשיר. עוד נקבע בעניין אייל, כי בכל מקרה ההחלטה הסופית בנדון תהיה נתונה בידי שני רופאים, שאחד מהם בכיר, לפי שיקול דעתם המקצועי. בית המשפט אימץ בפרשת צדוק גם את התנאי הזה.

עם זאת היו שני חידושים מעניינים בפרשת צדוק: ראשית, פסק הדין החיל את העקרונות שנפסקו בפרשת אייל גם על מחלות כרוניות מתמשכות ו"חשוכות מרפא" הגם שבשונה ממחלות "סופניות" קשה להגדיר את משך תוחלת החיים הצפויה של החולים בהן.⁹ שנית, הוא קבע בצורה ברורה כי מותר אף להימנע מחיבור של קבע לחמצן,

1 הי"פ (ת"א) 759/92 צדוק נ' בית האלה, פס"מ תשנ"ב (2) 485 (1992).

2 לסקירה של המצב המשפטי לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות ראו למשל: Carmel Shalev, *Paternalism and Autonomy in End-of-Life Decision-making: The Israeli Normative Ambivalence*, 29 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 121 (1999).

3 סעיף 10 להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, הי"ח 359.

4 הי"פ 1141/90 בנימין נ' ד"ר וילנסקי, פס"מ נא(3) 187 (1990).

5 הי"פ 498/93 צעדי נ' קופ"ח הכללית, לא פורסם (1993).

6 הי"פ 1030/95 גלעד נ' סורוקה, פס"מ נו(1) 441 (1996).

7 הי"פ (מחוזי ת"א) 528/96 ביבס נ' עירית ת"א (איכילוב) (פורסם בנבו, 3.4.1997).

8 הי"פ (מחוזי ת"א) 1513/01 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.1.2002).

9 מרתק לעיין בהתמודדות המשפטית של בית המשפט בפרשת צדוק בסוגיה זו. גב' צדוק לא הייתה חולה במחלה "סופנית" במובנה הרגיל, כמו לדוגמה מחלת סרטן. המומחה הרפואי מטעמה העיד שסביר להניח כי היא תוכרע על ידי זיהום בדרכי השתן או הנשימה, וכי "ייתכן בהחלט, שבטיפול מסור תאריך המבקשת ימים במצב זה, שנים רבות ולא

לנוזלים ולמזון לחולים שביקשו זאת נוסף על הימנעות מחיבורם למכונת הנשמה. עם זאת הבחין בית המשפט בין נקיטת אמצעים אלה כעניין של קבע לבין מתן אותם אמצעים כדי להקל מצוקה זמנית. וכך פסק בנדון בית המשפט:

"משיקולים אלה נעניתי, איפוא, לעתירתם של המבקשים והצהרתי על זכותה של המבקשת, שחיה לא יוארכו באמצעים מלאכותיים כלשהם; כפי שביקשה בהצהרתה. כפי שפסק כבוד השופט גורן בעניין אייל (ה"פ (ת"א) 1141/90), אין בית המשפט נותן הוראות לרופאים לגבי טיפול ספציפי, אלא קובע קריטריונים בלבד.

לעתירה להורות לרופא, שלא לתת נוזלים לחולה או למנוע ממנה חמצן – כשהוא סבור שיש בכך כדי להקל על מצוקה זמנית של החולה – לא אוכל כלל להיענות.

עמדתו של הרופא מכבדת את רצונה של המבקשת ואינה מכוונת להחזיק אותה בחיים, לאחר שבאופן טבעי היתה נפטרת לעולמה. פעולה של מניעת מזון וחמצן היא באופן ברור הרעבה וחנק ואיש אינו מעלה על דעתו לחייב את הרופא לעשותה, ומצוקה זמנית אינה מחייבת את הרופא לעמוד לנוכח סבל של החולה ולשלב ידיו, כשיש באפשרותו להקל. משעה שהתברר, שהמצב אינו זמני והקיום של החולה תלוי בהזנה ובמתן החמצן כאמור, מסכים גם הרופא שיש לכבד את רצון החולה ולהפסיק את אמצעי ההקלה".¹⁰

סיכומו של דבר, פרשת **צדוק** הייתה בשורה חשובה לאוכלוסייה גדולה של חולים זקנים וכרוניים שסובלים מדמנצייה בשל מחלת אלצהיימר או בעקבות שבץ מוחי, במובן זה שפסק הדין הבטיח והקנה להם את היכולת לתכנן מראש את סוף חייהם – בדומה לחולים צעירים יותר הסובלים ממחלות סופניות כדוגמת סרטן או ניוון שרירים. בית המשפט ראה בגב' צדוק "חולה סופנית" לעניין זכותה שיכבדו את רצונה להימנע מטיפול רפואי הגם שאי אפשר היה לומר באופן ודאי כי תוחלת חייה היא קצרה או כי אפשר לקבוע פרק זמן ברור או מוגדר לחייה. הוא הכיר בזכותה של גב' צדוק להצהיר על בקשותיה בעת היותה צלולה וקבע ככלל כי אפשר לכבד רצונות אלה כשאין מחלוקת בדבר כנות הדברים ובדבר היותם ביטוי ברור וחד־משמעי של רצונה החופשי, כאשר היא הבינה את מצבה הרפואי ולא הייתה נתונה להשפעה זרה או ללחץ חיצוני. בית המשפט גם עיצב נקודת איזון בין עמדתה של גב' צדוק ובין ערכי הרפואה ותפיסת קדושת החיים ביהדות בהבחינו בין מתן נוזלים ומזון כמזור זמני ובין חיבור של קבע למזון ונוזלים כמנגנון קבוע לאחזקה מלאכותית של אדם בחיים שעה שאלמלי כן היה מסיים את חייו.¹¹

מאושרות". עם זאת הוא סבר שהיא סובלת ממחלה חשוכת מרפא העולה כדי מחלה סופנית. גם הרופא המטפל הסכים כי אין לחולה תקווה כלשהי להטבה, וכי הידרדרות גמורה היא על הסף. כפי שתיאר זאת בית המשפט (פרשת **צדוק**, בעמ' 505):

הרופא [המטפל] גם הסכים עם הקביעות הדיאגנוסטיות של פרופ' רכס, המומחה מטעם המבקשים, שהחולה היא במצב של מחלה סופנית, שאין לה כל סיכוי של מרפא, וכי היא מתדרדרת במהירות למצב של "צמח" כרוני; אף שבהסתיונות קלה, שכיום עוד יש בה שביב של הכרה, ולדעתו עודנה מבחינה בין בני משפחתה, כשהם מבקרים אותה, לבין מטפלים אחרים. כאמור, אין זו הסתייגות משמעותית, שכן הרופא מסכים, שהתדרדרות גמורה היא כבר על הסף – ואין לחולה תקווה כלשהי להטבה.

10 פרשת **צדוק**, לעיל בעמ' 506.

11 יש לציין כי יש שטענו שפסק הדין בפרשת **צדוק** חדל מלשמש תקדים מנחה בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בפרשה מאוחרת ממנו, המוכרת כפרשת **לובצקי** (ע"א 3031/99 **היועמ"ש נ' לובצקי** (30.5.1999)). דיון מקיף בטענה זו חורג מגדרי מאמר זה. נסתפק בלציון שאנו חולקים על טענה זו, בין היתר בשל ההבדלים העובדתיים שבין המקרים: לדוגמה, בשונה מבפרשת צדוק, הרי שבפרשת פלוני לא הייתה הבעת רצון מתועדת של החולה, שוני שהוא מהותי לעניין. נוסף על כך אף בפסיקה נעשתה הבחנה בין שני המקרים, והקוראים מופנים בזאת לפסק הדין המקיף בה"פ 929/04 **חסוי נ' המרכז הרפואי ע"ש אסף הרופא**, פ"מ תשס"ג(1) 946 (2004), שם דן בית המשפט בהרחבה בטענה מדוע אין בהכרעת בית המשפט העליון בפרשת **לובצקי** כדי לשלול את היכולת להמשיך ולהשתמש באמות המידה שנקבעו בפרשת **צדוק** במקרים שהם שונים עובדתית מפרשת **לובצקי**.

חלק שני: על חוק החולה הנוטה למות

בשנת 2005 נפל דבר במדינת ישראל כאשר נחקק חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, והמחוקק אמר את דברו בעניין ההסדרה החוקית של הטיפול הרפואי בסוף החיים. החוק, שכבר נסקר בהרחבה על ידי מחברים שונים,¹² היה תוצר של הליך הכנה חקיקתי ממושך ויסודי שנערך על ידי ועדה המוכרת כ"ועדת שטיינברג" על שם יושב הראש שלה פרופ' אברהם שטיינברג.¹³ ועדה זאת, שמונתה בראשית שנות האלפיים כדי לגבש מסגרת חוקית להסדרת סוגיית המתת החדס בישראל, נאלצה להתמודד עם משימה קשה בגלל המחלוקות הכבדות בנושא זה בחברה הישראלית. מחלוקות אלה שיקפו שסע עמוק בין שתי גישות עקרוניות: בין גישה שאפשר לכנותה "דתית-יהודית" לבין גישה שאפשר לכנותה "הומניסטית-ליברלית".

הגישה הדתית-יהודית מעלה על נס את הערך המרכזי של קדושת החיים של אדם בשל היות החיים מתת האל, ולפיה אין להתיר כלל הימנעות מטיפול רפואי בסוף החיים, לרבות הימנעות מטיפול רפואי, שכן לאדם – לכל אדם – אין הרשות לשלול, לקצר או לאיין חייו של בן אנוש, בין שאלה חייו של אדם אחר ובין שאלה חייו של האדם עצמו.¹⁴ הגישה ההומניסטית-ליברלית יוצאת גם היא מנקודת מוצא של מרכזיות הערך של חייו של אדם – אך לא בשל היותם "קדושים" או בשל היותם "ייציר האל", כי אם בשל החשיבות המיוחדת לחירותו של היחיד, לאוטונומיה שלו ולזכותו לחיות את חייו על פי רצונו, אמונותיו והעדפותיו, לרבות זכותו לסרב לטיפול רפואי. גישה ליברלית ואינדיווידואליסטית זו מחייבת הכרה לא רק בחופש של הפרט לעצב את חייו אלא גם בזכותו לשלוט בהחלטות הרפואיות שיש לקבל בעניינו בסוף החיים. גישה זו היא העומדת ביסוד הדוקטרינה הכללית של ההסכמה מדעת לטיפול רפואי:

"דוקטרינת ההסכמה מדעת מיועדת... ראשית כל ומעל לכל, לקדם את הזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד, דהיינו, להבטיח שכל אחד מאיתנו יהיה אדון לגורלו, לחייו, לבריאותו, לכל מה שנעשה בגופו, כשחופש הבחירה משולב באחריות אישית לתוצאותיה. בחתירה להגשמת אידיאל זה – העולה בקנה אחד עם תפישת זכויות האדם וחירויות היחיד בחברה המערבית הדמוקרטית-ליברלית – משתבצת מטרה נוספת: לגונן על הסטטוס של החולה כבן-אדם, כיצור אנוש חושב ובעל שיפוט עצמאי, על מנת שלא ייהפך לאובייקט הנתון להשפעה, לתפלוז (מניפולציה), לשליטה בכוח-הרצון וביכולת ההחלטה שלו".¹⁵

כידוע כיום, ועדת שטיינברג מצאה בסופו של יום פשרה שקיבלה ביטוי בחוק החולה הנוטה למות ושהתיימרה להוות איזון בין הערכים המתנגשים של קדושת החיים והזכות לאוטונומיה. מצד אחד הכיר החוק באוטונומיה של החולה, במובן זה שחובה על רופאים לברר את רצון החולה, ועליהם לכבד אותו במקרה של חולה כשיר; וכמו כן

12 ראו לדוגמה במאמרים האלה: גבריאל הלוי "האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות" **משפט רפואי ובי-אתיקה** 1 65 (2008); אהובה טיכו "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005: השפעת הדת היהודית על מיתת החסד לפי הדין הישראלי" **משפט רפואי ובי-אתיקה** 1 107 (2008); ענת אסייאג "בחינתו של האיסור על הפסקת טיפול רפואי רציף בחוק החולה הנוטה למות" **משפט רפואי ובי-אתיקה** 1 160 (2008); חיה רודניצקי-דרורי "חוק החולה הנוטה למות מול חוק העונשין: עבירות המתה וסיוע להתאבדות במבחן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **רפואה ומשפט** 35 48 (2006); עפרה גולן "הנחיות רפואיות מקדימות לטיפול בחולה הנוטה למות" **הרפואה** (4) 148 (2009); Carmel Shalev, *End-of-Life Care in Israel - The Dying Patient Law, 2005*, 42(2) Israel L. Rev. ; (2009); Michael Barilan, *The New Israeli Law on the Care of the Terminally Ill*, 50(4) PERSPECTIVES IN BIOLOGY & MEDICINE 557 (2007); Vardit Ravitsky, *Timers on Ventilators*, 330 BMJ 415 (2005); Avraham Steinberg & Charles L. Sprung, *The dying patient: new Israeli legislation*, 32(8) INTENSIVE CARE MED. 1234 (2006); Avraham Steinberg, & Charles L. Sprung, *The dying patient act, 2005: Israeli innovative legislation*, 9(7) ISRAEL MED. ASS. J. 550 (2007); Neta Bentur, *The Attitudes of Physicians Toward the New "Dying Patient Act" Enacted in Israel*, 25 AMERICAN JOURNAL OF HOSPICE AND PALLIATIVE MEDICINE 361 (2008).

13 דו"ח ועדת שטיינברג על הטיפול בחולה הנוטה למות. אתר משרד הבריאות: <http://www.health.gov.il/pages/default.asp?PageId=632&parentId=10&catId=6&maincat=1>

14 לסקירה בהירה וחדה של טיעון זה ראו אצל: פרופ' ישעיהו ליבוביץ **בין מדע לפילוסופיה** 286 (תשמ"ז), אשר עוסק בשאלה: "באיזו מידה ראוי אדם ליטול נפשו של הזולת מתוך כוונה טובה – כשאינו מנסה או רוצה או מתכוון לרצוח, אלא בדעתו להקל על מצוקתו, כאביו וייסוריו של הזולת, כשלאלה אין תקנה; לשון אחר: לרצוח מתוך רחמים ו/או מתוך ההכרה כי מותו של אדם זה טוב לו מחייו".

15 עמוס שפירא "ההסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** יד 225 226 (1989).

לגבי חולה בלתי כשיר הכיר החוק כעיקרון בתוקפן של הנחיות מקדימות שנתן למקרה שלא יוכל להביע את רצונו. מצד אחר נתן החוק ביטוי לערך קדושת החיים, באסרו על החשת המוות באופן אקטיבי ועל סיוע רפואי להתאבדות, וכן קבע הגבלות שונות על מימוש הרצון האוטונומי של החולה. למשל, הוא אסר על הפסקה של הנשמה מלאכותית אפילו לגבי חולה כשיר שמבקש זאת. וכמו כן גדר גדרות לתוקפן של הנחיות המקדימות של חולה בלתי כשיר, בקבעו בסעיף 16 לחוק כי אי אפשר לכבד את רצונו להימנע מטיפול אלא אם כן מדובר בטיפול במחלה חשוכת המרפא עצמה – להבדיל מ"טיפול נלווה" – וגם זאת רק בתנאי שהחולה סובל סבל רב.

הוראה אחרונה זאת רלוונטית לענייננו, שכן הזנה מלאכותית ומתן נוזלים באמצעות עירוי נחשבים לטיפול נלווה שאסור על הרופאים להימנע מלתתו¹⁶ אף אם החולה הביעה רצונה לכך בהנחיות מקדימות. כלומר, בכל הנוגע לסוגיית הנוזלים והמזון, ההכרעה של חוק החולה הנוטה למות הייתה שונה מזו שנקבעה בפרשת צדוק. ככלל, החוק אינו מתיר הימנעות ממתן נוזלים ומזון באמצעים מלאכותיים גם אם מתן הטיפול הוא בניגוד לרצונו של החולה וגם אם מדובר בחיבור של קבע ולא רק לצורך הקלה זמנית של כאב ומצוקה.

לפיכך התוצאה המשפטית היא כי גב' צדוק – לפחות לכאורה – לא הייתה יכולה היום לקבל מענה לבקשתה במסגרת חוק החולה הנוטה למות. אלא מאי? השאלה היא אם חולה כמותה נופל בכלל בגדר תחולת החוק מכיוון שהוא חל על מי שהוגדר כ"חולה נוטה למות", כלומר חולה שתוחלת חייו אינה עולה על שישה חודשים גם אם יינתן טיפול (סעיף 8א) לחוק). מעבודות ההכנה של החוק עולה כי לא הייתה למחוקק כוונה להסדיר את הדין לגבי חולים שאינם עונים להגדרה זאת. וכך נאמר בדוח של ועדת שטיינברג בהערות לסעיף ההגדרות שבהצעת החוק שהיא ניסחה:

"הערה: חברי הוועדה הציבורית דנו אך ורק בחולה המוגדר בהצעת חוק זו כחולה 'הנוטה למות'. אין בהצעת החוק הזה התייחסות לחולים אחרים בסוף ימיהם שאינם מתאימים לקריטריונים המוצעים בחוק זה לחולה הנוטה למות. היינו, לא מדובר בהצעת חוק זו בחולים המוגדרים 'צמחים', בחולי אלצהיימר או פרקינסון וכיוצא בטרם הגיעם להגדרה של חולה נוטה למות. אין להסיק כל מסקנות מהצעת החוק הזה לגבי חולים כאלו"¹⁷ (ההדגשה לא במקור)

ובדומה, נאמר שוב בדברי ההסבר להצעת החוק: "יצוין כי ההסדר הקבוע בחוק המוצע חל רק לגבי מטופלים העונים על ההגדרות 'חולה הנוטה למות' או 'חולה בשלב סופי' כנוסחן המוצע"¹⁸.

חלק שלישי: על חולים דמנטיים וכרוניים

מכאן נשאלת השאלה מהו הדין החל על חולים שאינם נכנסים לגדר התחולה של חוק החולה הנוטה למות, לרבות אלפי החולים הסובלים מפגיעות מוח כרוניות וחשוכות מרפא. לכאורה, החוק אינו רלוונטי ואינו חל כלל על אוכלוסייה זאת של חולים כרוניים ודמנטיים מכיוון שהם אינם עונים להגדרה הפורמלית של "חולה נוטה למות" שהוגדרה בחוק. מחלת אלצהיימר, ככזו, היא מחלה פרוגרסיבית, וברוב המקרים אי אפשר לצפות את כמות הזמן שנותר לאדם לחיות. מחלת האלצהיימר יכולה להתמשך שנים רבות, וגם כאשר האדם נכנס לשלבים המתקדמים יותר של המחלה, המתאפיינים בדמנצייה חמורה ובאבדן קשר עם המציאות, עדיין אפשר להחזיק אדם זה בחיים במשך שנים ארוכות תוך שימוש באמצעים מלאכותיים של מזון ונוזלים.

16 אלא אם כן החולה מוגדר "בשלב סופי", שכן אז חל סעיף 17 לחוק החולה הנוטה למות, ומותר להימנע מהזנה מלאכותית לפי הנחיות מקדימות של החולה, אם כי עדיין אסור להימנע ממתן נוזלים "אלא אם כן קבע הרופא האחראי שמתן הנוזלים גורם סבל או נזק לחולה כאמור". ראוי לציין כי הוראה זאת הייתה שנויה במחלוקת בוועדת שטיינברג. מצד אחד הרבנים יעקב וינר ופרופ' דוד גולניקין הסתייגו ממנה בסברם שבשום מקרה אין להתיר הימנעות ממתן מזון או נוזלים לחולה. מהצד האחר השופט משה טלגס, פרופ' אבינועם רכס, ד"ר כרמל שלו ועו"ד נעמה ויצ'נר סברו שאין כל הצדקה שלא לכבד רצונו של אדם להימנע מלתת נוזלים ומזון באופן מלאכותי מקום שהכין הנחיות רפואיות מפורשות בנושא זה. ראו פרק ההסתייגויות בדוח ועדת שטיינברג.

17 הערות לסעיף 3 להצעת החקיקה של ועדת שטיינברג.

18 הצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004, ה"ח 145.

ברור למדי כי אם ועד כמה שעניינה של גבי צדוק היה מובא היום לפתחו של בית משפט בישראל, הוא היה עומד בפני דילמה קשה: מחד אפשר לטעון כי חוק החולה הנוטה למות, בצורה ברורה וחד-משמעית, איננו מאפשר היענות לבקשה כמו זו של גבי צדוק. ועוד אפשר לטעון, כי מכיוון שהחוק מבטא איזון של המחוקק בסוגיה ערכית סבוכה ושנויה במחלוקת, יש לראות בהסדר שקבע הסדר שלילי, וכך אי אפשר מבחינה חוקית לאפשר הימנעות מטיפול רפואי על פי רצון החולה גם למי שאינו נכנס לדלת אמותיו של החוק.

אכן, אפשר לזהות נטייה לאמץ קו פרשני שכזה בפסיקה, אשר משנה את ההלכה הפסוקה שנפסקה בטרם חקיקתו של חוק החולה הנוטה למות. למשל, בעניין פלוני נ' ארבבל¹⁹, עוד לפני שהחוק נתקבל, נדונה בקשה לנתק ממכשיר הזנה אישה שהייתה נתונה יותר מחמש שנים במצב סיעודי מלא, ללא קשר קוגניטיבי עם הסובבים אותה, אף על פי שקרוביה העידו (בעשרה תצהירים נפרדים) כי היא הביעה בפניהם את רצונה שחייה לא יוארכו באמצעים מלאכותיים. בית המשפט דחה את הבקשה ונימק זאת בין היתר בטעם כי האישה אינה חולה במחלה סופנית כלל ומותה אינו קרוב. בית המשפט התייחס לאיזון בין ערך קדושת החיים לערך האוטונומיה של הפרט שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק שגובשה בוועדת שטינברג. הוא קבע שההסדר המוצע חל אך ורק על מטופל המצוי, מבחינה רפואית, קרוב לסיום חייו, ועם זאת סבר כי הוא מונע "פגיעה" בחייו של חולה שאינו נוטה למות אפילו אם זהו רצונו המפורש.

דוגמה אחרת לכך אפשר למצוא בעניין היועמ"ש נ. ב.ו.ו.²⁰ במקרה זה מדובר בחולה בן 66 המצוי במצב הכרתי המכונה "מעורפל קבוע" בעקבות אירוע לבבי-מוחי והחייאה שנמשכה יותר מ-15 דקות. הוא אינו נושם עצמונית אלא מונשם דרך צינור תוך-קני (טובוס). המקרה הגיע לבית המשפט לאחר שבניגוד להמלצת הרופאים התנגדה אשתו של החולה לביצוע פיוס קנה (טרכאוסטומיה) בטענה שאין להאריך את חייו ומדובר בהליך שרק יאריך את סבלו. בית המשפט נעתר לבקשת המדינה להתיר לצוות הרפואי לבצע את הניתוח. המעניין בפסק הדין איננו התוצאה שלו אלא המסגרת הנורמטיבית לניתוח המקרה. בית המשפט ביסס את כל הניתוח על היקש מהוראות חוק החולה הנוטה למות הגם שבמקרה דנן לא היה מדובר בחולה נוטה למות.

לעומת זאת אפשר לטעון כי הגישה שמרחיבה את תחולתו של חוק החולה הנוטה למות באופן שהוראותיו חלות גם על מי שלא הוגדר כחולה הנוטה למות, איננה הגישה הפרשנית האפשרית היחידה. הגישה הפרשנית החלופית גורסת שיש לבחון את המותר והאסור לגבי חולים כרוניים דמנטיים שאינם נוטים למות באופן שמתיישב עם ההלכה הפסוקה והחקיקה שקדמה לחוק החולה הנוטה למות. הטענה הפרשנית היא כי המחוקק התכוון והחליט בצורה מודעת להימנע מלהסדיר את סוגיית זכותם של אותם חולים שאינם "חולים הנוטים למות" – כלומר, החולים הכרוניים – אך לא התיימר ליצור בכך הסדר שלילי. לפי טענה זאת, המחוקק לא התיימר וגם לא התכוון לשנות את המצב המשפטי שהתפתח במשך הזמן ממקרה למקרה או לפגוע בו ויצר "common law" ישראלי בכל הנוגע לזכויותיהם של חולים כרוניים למות בכבוד בטרם חקיקת חוק החולה הנוטה למות. הדין שצריך לחול אפוא על חולים שאינם חולים "נוטים למות" ושאינם עוד מסוגלים להביע את דעתם (כמו חולים פגועי מוח דמנטיים ומחוסרי הכרה), הוא הדין שהיה קיים טרם חקיקת החוק, כלומר שילוב של חוק זכויות החולה וסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית.

טענה זאת נסמכת על גישה פרשנית שלפיה בהיעדר אמירה מפורשת של המחוקק, אין לבטל דבר חקיקה קיים, והדברים אמורים ביתר שאת כאשר עסקינן בזכויות הפרט (זכויות החולה) שהן בעלות מעמד חוקתי. אכן הזכות לאוטונומיה בהקשר הרפואי – דהיינו זכותו של אדם שלא יבוצע בו טיפול רפואי שלא בהסכמתו – זכתה להכרה כזכות יסוד במשפט הישראלי:

"זכות האדם על גופו ועל כבודו, המעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הביטוי המשפטי לעקרון האוטונומיה של החולה וזכותו להגדרה עצמית; עקרון שנחשב, מבחינה רעיונית, כיסוד המוסרי העיקרי לדרישת ההסכמה מדעת. זכות היסוד של האדם על גופו כורכת עמה את

19 הי"פ (ת"א) 603/05 פלוני נ' "ארבל" מרכז גריאטרי, פ"מ תשס"ד(1) 865 (2005).

20 תמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 28450/09 היועמ"ש נ' ב.ו.ו. (פורסם בנבו, 13.9.2009).

הזכות להחליט מה ייעשה, או לא ייעשה, בגופו. מכאן נגזרת זכותו של אדם שלא יבוצע בו טיפול רפואי בלא הסכמתו".²¹

פסק הדין המרכזי לעניין זה הוא זה שנתן בית המשפט העליון בעניין **דעקה**,²² מפי השופט ת' אור. נקודת המוצא היא ההכרה שלכל אדם זכות יסוד לאוטונומיה, במובן של הזכות להחליט על מעשיו ומאווייו לפי בחירותיו, ולגבש את רצונו כנראה לו על פי טובתו, וטובתו היא רצונו ורצונו הוא טובתו. וכך נאמר:

"זכותו זו של אדם חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו והינה מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט".²³

בית המשפט קבע כי ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט הישראלית, והיא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם. הוא גם הכיר בכך שלזכות האדם לכבוד ולאוטונומיה יש חשיבות רבה בסיטואציה של טיפול רפואי, אשר נמצא בתוך "הגרעין הקשה" של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו. הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה בחופש הבחירה. היא כוללת רובד נוסף הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו. מזכות זו משתמע בין השאר כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו:

"אדם אינו חפץ. זכותו של כל אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים..."²⁴

פרשנות תכליתית צריכה לדחות מצב דברים שלפיו חוק מאוחר יפורש כמתיימר לבטל מכללא הוראות של חוק מוקדם כשהוראות החוק הקודם עוסקות בזכות יסוד של הפרט. חוק החולה הנוטה למות הוא חוק ספציפי, אשר קובע את המותר והאסור לגבי חולים שימי חייהם קצובים. הוא לא ביטל את חוק זכויות החולה ולא ביטל את תורת המשפט שהתפתחה בבית המשפט באופן הדרגתי ומתמשך עם השנים, בהתייחס לזכותם של חולים דמנטיים לבחור שלא יוארכו את חייהם באופן מלאכותי בניגוד לרצונם. עסקינן בזכות יסוד על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע חד-משמעית כי אין פוגעים בזכויות יסוד אלא לפי חוק או "מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק היסוד).

חלק רביעי: על הצעה לפתרון

עולה מהאמור כי יש לפרש את חוק החולה הנוטה למות בפרשנות מצמצמת ככל שהוא גורע מזכויות חולים. בראש ובראשונה יש להגביל את תחולתו של החוק אך ורק למקרה של חולה "הנוטה למות" (כלומר, חולה שרופא אחראי קבע כי תוחלת חייו אינה עולה על שישה חודשים) או חולה "בשלב סופי" (כלומר, שתוחלת חייו אינה עולה על שבועיים), כהגדרת החוק (סעיף 8).

עם זאת בשל המעמד של זכות החולה לאוטונומיה כזכות יסוד חוקתית דעתנו היא שככל שחוק החולה הנוטה למות הוסיף על זכויות החולים, יש להקיש ממנו גם לגבי חולים שאינם נוטים למות באופן שמוסיף על זכויותיהם ואיננו גורע מהן. יש לשים לב למשל לחידוש מרכזי של חוק החולה הנוטה למות אשר נתן הכרת תוקף עקרונית להנחיות מקדימות שנתן חולה למקרה שלא יוכל להביע את רצונו לגבי הטיפול שיינתן לו בסוף החיים (סעיף 30). בכך הבהיר החוק עניין שהיה שנוי במחלוקת בפסיקה שקדמה לחוק ונתן משנה תוקף להוראה של סעיף 16(א) לחוק זכויות החולה, שזה לשונו:

21 עפרה גולן **הסכמה מדעת לטיפול רפואי: חובת הגילוי באספקלריה של טובת החולה** 3 (2008).

22 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (1994).

23 שם, בעמ' 570.

24 שם, בעמ' 574.

"מטופל רשאי למנות בא כוח מטעמו שיהיה מוסמך להסכים במקומו לקבלת טיפול רפואי; בייפוי הכוח יפורטו הנסיבות והתנאים שבהם יהיה בא הכוח מוסמך להסכים במקומו של המטופל לטיפול רפואי".

להבנת המשמעות של הוראת חוק חשובה זו יש לחזור לרקע של חוק זכויות החולה. יש לזכור כי בגרסתו המוקדמת היה חוק זכויות החולה אמור להיות המסגרת החקיקתית שבה תעוגן במשפט הישראלי הזכות למות בכבוד. באופן קונקרטי, הצעת חוק זכויות החולה כללה את הוראת הסעיף הזה:

"הזכות למות בכבוד

10. חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עיקרי השקפת עולמו ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רוצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכותו זו וימנעו כל דבר העלול לפגוע בכבודו".²⁵

ואולם, בשל התנגדותם של הסיעות הדתיות נפל בסופו של יום הסעיף ולא אושר במסגרת הקריאה השנייה והשלישית של הצעת החוק. למרות זאת נותר על כנו מנגנון התכנון הרפואי של הענקת ייפוי כוח מתמשך לשם קבלת החלטות רפואיות, אשר נקבע בסעיף 16 לחוק זכויות החולה, וזאת כדי להעצים את האוטונומיה של החולים ולהעניק להם יכולת לשלוט בתהליך של קבלת ההחלטות לגבי הטיפול הרפואי שניתן להם.

הוראת סעיף 16 לחוק זכויות החולה היא דוגמה לאימוצו ויישומו בתחום הרפואי של מה שמכונה "כלי תכנון ומניעה משפטי", המאפשר לאנשים צלולים להגדיר ולקבוע מי יהיה מוסמך להעניק – או לסרב להעניק – הסכמה לטיפול רפואי בשעה שהם יאבדו את צלילותם וכשירותם.²⁶ ראוי לציין כי המנהל הכללי של משרד הבריאות הוציא חוזר מנכ"ל בכל הנוגע ליישום המעשי של הוראה זו.²⁷ חוזר המנכ"ל כלל בחובו מסגרת פורמלית ופרוצדורלית ליצירת ייפוי הכוח, לרבות מנגנון של חתימה בפני עד, דרישת החתימה של מיופה הכוח וקבלת הסכמתו ועוד. נאמר בו כי כאשר המטופל אינו כשיר יש להתייחס אל מיופה הכוח כאילו הוא המטופל לעניין הסכמה מדעת, ויש לראות בו שליח של המטופל, שחייב לקיים את דבריו בנאמנות. מכאן שאם ייפוי כוח שנתן המטופל נותן הנחיה שלא להסכים לקבל טיפול כלשהו, יש לכך תוקף.

המקרה הקלסי שבו סעיף 16 יכול לפעול הוא בדיוק במקרים של אותם חולים כרוניים או דמנטיים שבשלב מסוים של התקדמות המחלה מאבדים את יכולתם הקוגניטיבית ליתן הסכמה מדעת. הפתרון החוקי היחיד שהיה קיים בטרם חקיקת חוק זכויות החולה היה למנות אפוטרופוס מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. החידוש של הוראת סעיף 16 היה בכך שגם ללא הליך משפטי של מינוי אפוטרופוס הקנה החוק לאנשים את הכוח למנות מיופה כוח, שליח, אשר יהיה מוסמך ליתן, או לסרב ליתן, הסכמה לטיפול רפואי מטעמם גם כאשר הם עצמם כבר איבדו את כשירותם. במציאות המשפטית ששררה לפני חוק זכויות החולה היה הדין שחל בעניין זה על פי חוק השליחות, תשכ"ה-1965, והוא לא אפשר לייפוי כוח לעמוד בתוקפו מקום שכשירותו של אדם נגרעת וחייב אנשים לגשת לבתי המשפט כדי למנות אפוטרופוס לצורך קבלת החלטות רפואיות.

בא חוק זכויות החולה וחיידש חידוש חשוב במתן תוקף חוקי לכלי משפטי שאפשר ליחיד, על פי בחירתו ורצונו, לבחור את מקבל החלטות החלופי שלו (substitute decision-maker) ואף לקבוע בשבילו/ה את תוכן ההחלטות שעליו לקבל. הסדר זה שונה שינוי מהותי מההסדר החוקי המעוגן בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שם בית המשפט (ולא היחיד) הוא שקובע את זהות האפוטרופוס. בנוסף על כך אמת המידה החוקית שהאפוטרופוס מחויב לה היא "טובת החסוי", ואילו אמת המידה שמיופה הכוח מחויב לה הוא רצונו של החולה שמינה אותו לשם קבלת ההחלטה לגבי הטיפול שיינתן לו.²⁸

25 הצעת חוק זכויות החולה התשנ"ב-1992, ה"ח 361.

26 ישראל דורון, עידו גל "מניעה ותכנון משפטי בזיקנה" המשפט ט 427 (2004).

27 משרד הבריאות, חוזר המנהל הכללי, 6/03 הנחיות לשימוש בייפוי כוח לפי חוק זכויות החולה (2003).

28 כדי להסיר כל ספק יודגש כי במקרה שחולה לא הכין ייפוי כוח לפי סעיף 16 לחוק זכויות החולה, הרי שאין מנוס זולת פנייה להוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. כאמור, במקרה שכזה אמת המידה לקבלת

יש לחזור ולומר כי חוק החולה הנוטה למות לא ביטל את סעיף 16 לחוק זכויות החולה.²⁹ לטענתנו, העובדה שהוראת סעיף 16 לחוק זכויות החולה לא בוטלה מצביעה על יצירה מכוונת ופונקציונלית של שתי מערכות דינים: בכל הנוגע לחולים שהוכרזו פורמלית כחולים הנוטים למות יחולו הוראות חוק החולה הנוטה למות; בכל הנוגע לחולים כרוניים ודמנטיים (ולצורך העניין, חולים אחרים שלא הוכרו באופן פורמלי כ"חולים נוטים למות") – יחולו הוראות חוק זכויות החולה, ובמיוחד הוראת סעיף 16 שלו.

הפרשנות המוצעת על ידינו היא בעלת השלכות קונצפטואליות ופרקטיות כאחת. ברמה הקונצפטואלית התוצאה היא שאם ועד כמה שפרשת צדוק תשוב ותידון בבתי המשפט בישראל, המסגרת הסטטוטורית שבמסגרתה יש לבחון אותה איננה חוק החולה הנוטה למות אלא חוק זכויות החולה עם ההלכה הפסוקה שהתגבשה בפסיקת בתי המשפט בתחום יחד. במסגרת הנורמטיבית של חוק זה ו"המשפט המקובל הישראלי" אין כל מניעה לשוב ולפסוק באותה דרך שבה פסק בית המשפט המחוזי בעניינה של גב' צדוק בשעתו. מצב דברים זה ייצור הרמוניזציה בין המצב המשפטי שקדם לחוק החולה הנוטה למות ובין המצב החוקי כיום – בכל הנוגע לחולים שאינם חולים המוגדרים כ"נוטים למות".³⁰

ברמה הפרקטית תוצאת הפרשנות שלנו היא כי אנשים מבוגרים וכשירים המבקשים לתכנן את סוף חייהם, ראוי להם להכין שני מסמכים משפטיים מקבילים: האחד – ייפוי כוח (עם או בלי הנחיות רפואיות) מכוח חוק זכויות החולה; השני – ייפוי כוח לקבלת החלטות רפואיות מכוח חוק החולה הנוטה למות.³¹ הצוות הרפואי המטפל צריך מבחינה חוקית לכבד את שני המסמכים, וקיומם של שני המסמכים הללו מכסה למעשה את מכלול אוכלוסיית החולים, בכל המצבים הרפואיים. וראוי עוד לציין, כי אם ייפוי כוח שניתן לפי חוק זכויות החולה כולל גם הנחיות לגבי רצון החולה, הרי שהרופא האחראי לפי חוק החולה הנוטה למות חייב לעיין בהן ורשאי להתחשב בהן אף אם הן אינן מחייבות לפי אותו חוק.³²

סיכום

חקיקת חוק החולה הנוטה למות יצרה לכאורה דיסהרמוניה חקיקתית בכל הנוגע לזכויותיהם של חולים כרוניים בלתי כשירים או בעלי כשירות נגרעת. כפי שתיארנו, יש המתייחסים אל חוק החולה הנוטה למות כמסגרת חקיקתית אשר ביקשה לשנות את ההסדר המשפטי שהיה קיים לפני חקיקתו לא רק כלפי חולים נוטים למות (כהגדרתם בחוק) אלא גם כלפי חולים שאינם נופלים בהגדרה זו (דהיינו חולים כרוניים או דמנטיים). במאמר זה ניסינו לטעון כי פרשנות שכזו לא רק שאיננה הכרחית היא אף מוטעית. היא סותרת לטעמנו את כוונת ועדת

החלטות היא "טובתו" של החסוי, כנדרש בסעיף 41 לחוק. מצב דברים זה דומה למה שנקבע בחוק החולה הנוטה למות ולפיו חולה נוטה למות – שלא הכין הנחיות רפואיות מקדימות ו/או לא העניק ייפוי כוח ו/או לא הביע בעבר את רצונו שחיו לא יוארכו – מוחזק (במובן של חזקה משפטית) כמי שמבקש לחיות (ראו סעיף 4 לחוק החולה הנוטה למות).

29 בהצעת החוק שגיבשה ועדת שטינברג הייתה התייחסות לייפוי כוח על פי סעיף 16 לחוק זכויות החולה במסגרת סעיף ההגדרות. בסופו של יום נמחקה התייחסות זו, אך החוק לא ביטל את סעיף 16. יצוין כי ההערה המצויה בדוח הוועדה כאילו "בא כוח על פי חוק זכויות החולה מוסמך רק להסכים במקום החולה לקבלת טיפול רפואי, אך אינו מוסמך לסרב לקבלת טיפול רפואי בעתיד" איננה מעוגנת בלשון של חוק זכויות החולה, ולדעתנו היא פרשנות שגויה המנוגדת לתכלית החקיקתית של חוק זה, המבקש לעגן ולחזק את חופש הבחירה, שהוא מהותי לזכות החולה לתת הסכמה מדעת לטיפול רפואי.

30 נרשה לעצמנו לציין כי הפרשנות המוצעת על ידינו נותנת מענה גם לביקורת שמתחה אהובה טיכו (לעיל ה"ש 14) על הגבלת התחולה של חוק החולה הנוטה למות רק לחולים סופניים שתוחלת חייהם היא שישה חודשים בלבד. לדבריה: "לעניות דעתי, ניתן היה להסתפק בהגדרה הקובעת כי מדובר במחלה המצויה בציר החמרה דינמי ללא סיכוי לשיפור או החלמה, זאת מבלי לצמצם את תחולת החולים לתוחלת חיים קצובה בזמן, אשר קביעתה הנה שרירותית, קשה להערכה ועשויה להתברר כמוטעית" (בעמ' 151). המענה הוא בכך שבאשר לחולים סופניים שתוחלת חייהם עולה על שישה חודשים, גם אם חוק החולה הנוטה למות אינו חל עליהם, הרי שמכלול ההלכות הפסיקתיות שגובש קודם לחקיקת החוק ממשיך לחול עליהם.

31 פתרון אפשרי אחר הוא פשוט להוסיף לכותרת של ייפוי הכוח, שמוכן על פי חוק החולה הנוטה למות, גם את המילים "ייפוי כוח זה נעשה גם כייפוי כוח על פי סעיף 16 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996". אולם יש לשים לב שהדרישות הפרוצדורליות של חוק החולה הנוטה למות חמורות מאלה שנקבעו בחוק המנכ"ל לעניין חוק זכויות החולה.

32 סעיף 34(ב) לחוק החולה הנוטה למות.

שטינברג ואת כוונת המחוקק. יש בה כדי לפגוע בזכויותם של חולים דמנטיים וכרוניים אשר זכו להכרה ולהגנה שיפוטית לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות. היא גם שוללת דה-פקטו הוראה חקוקה (סעיף 16 לחוק זכויות החולה) במקום שהמחוקק נמנע במפורש מלעשות כן, דבר העולה כדי ביטול מכללא של זכות יסוד חוקתית של הפרט לאוטונומיה בקבלת החלטות רפואיות.

הצעתנו היא כי אפשר ליישב את הדברים אם נכיר בכך שנוצרו שתי מסגרות סטטוטוריות שונות לשני מצבים רפואיים/משפטיים נפרדים. לעומת מצבים של חולים נוטים למות שבהם יחולו הוראות חוק החולה הנוטה למות וכלי התכנון המפורטים בו, הרי שבמצבים של חולים דמנטיים וכרוניים יחולו הוראות חוק זכויות החולה, כלי התכנון המפורטים בו ופסיקת בתי המשפט בנוגע לקבוצה זו כפי שהתפתחה טרם חקיקת חוק החולה הנוטה למות. כפי שגבי צדוק הייתה זכאית שבקשותיה והעדפותיה שחייה לא יוארכו בניגוד לרצונה יכובדו בשנת 1992, ראוי שבמצב החוקי שלאחר חקיקת חוק החולה הנוטה למות נאמץ פרשנות משפטית שלפיה בקשותיהם ורצונותיהם של מי שמצויים במצבה של גבי צדוק כיום – יכובדו אף הם.

הערת המערכת

השאלות הכרוכות באדם שימיו קרבים לקיצם מעסיקות גם את החברה האמריקאית והאנגלית. נא ראו במדור **חדשות חוץ** דיווח נרחב על מחקר ומאמרים העוסקים בשאלה זאת ובנושאים הקרובים לה.

הערות למאמר: בין חוק זכויות החולה לחוק החולה הנוטה למות...

אני שותפה לעמדת המחברים כי חוק החולה הנוטה למות (להלן: "החוק") צמצם את קטגוריית החולים הזכאים להימנעות מטיפולים מאריכי חיים ו/או שימוש באמצעים מאריכי חיים, בהשוואה למצב המשפטי טרם חקיקת החוק, כפי שהשתקף בפסיקה. במקום אחר¹ הבעתי את דעתי כי צמצום קטגוריית החולים הנוטים למות על פי חוק החולה הנוטה למות לחולים אשר תוחלת חייהם אינה עולה על שישה חודשים, היא צמצום יתר שאינו הכרחי. צמצום כזה מנוגד לכלליות דוקטרינת ההסכמה לטיפול רפואי, אשר חלה על כל חולה בנוגע לכל טיפול.

המחברים מבקשים לתת פרשנות מצמצמת לחוק החולה הנוטה למות ככל שהוא גורע מזכויות החולים על פי חוק זכויות החולה, ולהביא להכרה בזכותם של חולים דמנטיים – המאבדים את יכולתם הקוגניטיבית בהדרגה ללא צפי לשיפור במצבם – להימנע מאמצעים מצילי חיים, אף אם הם אינם עונים להגדרת החולה הנוטה למות.

המחברים אינם מתמודדים עם הטענה כי החוק קבע הסדר ספציפי ומאוחר לחוק זכויות החולה ועל פי כללי הפרשנות המקובלים, חוק זכויות החולה אינו יכול לגבור על החוק, אף אם החוק לא ביטל את סעיף 16 לחוק זכויות החולה. המחברים אינם מתמודדים עם הקושי לקבל פרשנות לפיה לפנינו שתי מערכות דינים, כאשר על חולים כרוניים ודמנטיים יחולו הוראות חוק זכויות החולה ופסיקת בתי המשפט כפי שהתפתחה טרם חקיקת חוק החולה הנוטה למות, בעוד שחוק החולה הנוטה למות יחול רק על חולים העונים להגדרת החולה הנוטה למות.

על פי הצעת חוק: החולה הנוטה למות, התשס"ב-2002, מטרתו הייתה לענות על הרתיעה של הרשות השיפוטית מלהכריע בנושאים אלו ולמנוע את הנטייה לגישה אוטונומיסטית של שופטי בתי המשפט המחוזיים. משכך, בא החוק במקום הפסיקה שקדמה לו, וקבע כללים ברורים, ומשהחמיר בהכרה בזכויות החולים הנוטים למות להימנע מטיפולים מאריכי חיים ואף ביטל כליל את האפשרות להפסקת טיפולים רציפים, קיים קושי לשוב ולהחיות את גישת הפסיקה שקדמה לחוק.

עם זאת, קיימות בהצעת החוק אינדיקציות לכך שמחברי החוק והוגיו תמכו בעמדת המחברים. כך בדין וחשבון של הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות, במבוא להצעת החוק, נכתב: "**הצעת החוק מתייחסת באופן כוללני לחולה הנוטה למות, והיא מוגבלת רק לחולה כזה, כפי הגדרתו בהצעת החוק**". בהתאמה לכך סעיף 3(א) להצעת החוק קובע: "**הוראות חוק זה יחולו רק לגבי חולה הנוטה למות**", אם כי הסעיף לא נכלל בחוק.

נראה אם כן כי כוונת מייסדי החוק הייתה להוציא מתחולת החוק חולים שאינם עונים להגדרה של חולים הנוטים למות, ויש מקום אם כן, לקרוא למחוקק להכניס תיקון מתאים לחוק ברוח זו או לבתי המשפט לממש כוונה זו בפסיקתם.

אהובה טיכו LLM, עו"ד - aticho@bezeqint.net

1 אהובה טיכו "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, השפעת הדת היהודית על מיתת החסד לפי הדין הישראלי" משפט רפואי וביו-אתיקה 107 1 בעמ' 149 ואילך (2008).

עוד הערות למאמר "בין חוק זכויות החולה לחוק החולה הנוטה למות..." או: על זכותם של חולים דמנטיים וכרוניים למות בכבוד

לכאורה יכולתי לפתוח ולסיים את תגובתי למאמר של איסי דורון וכרמל שלו בשתי הערות: ההערה האחת, הפורמלית, הנסמכת על דברי השופט אליקים רובינשטיין בעניין **ראב**¹ בהחלטתו – המייתרת את הדיון במאמר במישרין ובמשטמע – קובע השופט רובינשטיין בהסכמת חבריו להרכב כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצייין (סעיף 1) כי זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין...". לא בכדי השתמש מכוון חוק היסוד בביטוי 'קדושת חייו', ביטוי שאינו שיגרתית בחקיקה החילונית. את חייו של האדם, הערך היסודי ביותר שבלעדיו כמעט אין תקומה לערכים אחרים, העלה חוק היסוד לדרגת קדושה². עוד מוסיף השופט רובינשטיין ואומר כי המחוקק נדרש לסוגיה זו דווקא מפני רגישותה, ולא נתן את מפתחות חייו של אדם בידי זולתו. אדרבה, סעיף 19 לחוק קובע: "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אלא אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא"³. דברים כדברנות.

ההערה השנייה, המהותית, נגזרת מנקודת מוצא שונה. ככל שהדבר נוגע לקדושת החיים – ולא רק – דין אחד לחולים הכשירים ולחולים פסולי הדין. זכויותיו של אדם, ובכלל זה הזכות לפרטיות וההגנה על החיים, אינן נפגמות אך בשל פגם בכשירותו המנטאלית. גם החולה נברא בצלם וחייבים אנו בכבודו. אפשר שהיקף הזכויות של פסול הדין יוגבל, אך ככלל אין חייו וכבודו של פסול הדין פחותים מאלה של האדם הכשיר. לכן אין לחלק בין החולה הכשיר לחולה הדמנטי והכרוני. לזה ולזה שמורה הזכות שחייו לא יוארכו בניגוד לרצונו⁴. הראיה, המחוקק מאפשר להימנע מהארכת חיים הן של החולה הכשיר והן של החולה שאיבד את כשירותו⁵ ובלבד שייכנס בגדר חולה הנוטה למות או חולה סופני. ההבחנה שעושים דורון ושלו במאמרם והצעתם לאפשר גם לחולים דמנטיים וכרוניים שאין החוק חל עליהם מכרסמת בעיקרון זה ומתחילה את ההחלטה, כפי שיתברר בהמשך, במדרון החלקלק. אף על פי כן בשל חשיבות הנושא וההצעה הכלולה במאמר אי אפשר שלא להגיב.

למותר לציין כי אינני חולק על זכותם של מחברי המאמר לקבוע כי הזכות להימנע מהארכת חיים שמורה גם לחולים דמנטיים וכרוניים שאינם נכנסים בגדר חוק החולה הנוטה למות. אך בכל הכבוד הראוי, אין הרשות נתונה להם להשתית את טיעוניהם על קונסטרוקצייה משפטית הנוגדת את כללי הפרשנות ועל פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאינם הלכה מחייבת.

תחילה כמה הערות מתודיות: ראשית, מאמרם של דורון ושלו דן בזכותם של **חולים דמנטיים וכרוניים** (הדגשה שלי – ג). בהנחה – שעליה אני חולק – שיש בסיס להצעה, היה על מחברי המאמר להגדיר מי החולה הדמנטי הנכנס בגדר הצעתם ובאיזה שלב של המחלה. הוא הדין בחולה הכרוני. האם כוונתם לכל החולים הדמנטיים והכרוניים? הרי משך חיי חולים אלה יכול שיהיה שנים. כמו כן היה על המחברים להבהיר אם ו' החיבור ("...חולים דמנטיים וכרוניים...") מלמדת על דרישה לשני תנאים מצטברים, רוצה לומר כי עניינם בחולה המבקש את נפשו למות שהוא גם דמנטי וגם כרוני, או די באחת משתי הדרישות. לאמור, די בכך שהחולה דמנטי או שהוא חולה במחלה כרונית? נפקות הבחנה זו תהיה לגבי חולים כרוניים שאינם דמנטיים ולגבי חולים דמנטיים שאינם חולים

1 ע"פ 4688/09 **ראב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.12.2009). על הכרת המשפט בערך הגלום בקדושת חיי אדם ראו עוד ע"א 461/62 **צים נ' מזיאר**, פ"ד יז 1319 (1963).

2 שם, סעיף טז לפסק הדין.

3 שם, סעיף כ לפסק הדין. ובסעיף כא מדגיש השופט רובינשטיין כי מעיון פשוט במאגרי הפסיקה בבית משפט זה ובבתי המשפט האחרים במרוצת השנים עולה כי אכן הרבו בתי המשפט בגדרי הענישה הפלילית להדגיש את קדושת החיים. ואין צורך להכביר בדוגמאות; הדבר טמון בצופן הפנימי של מורשת המשפט העברי ובאתוס היהודי של היחס לחיי אדם. כמו כן בסעיף כ"ב מודגש כי בסוגיה של "המתת חסד" ו"רצח מתוך רחמים" אין מקום לדוש במקרה זה. המחוקק ובתי המשפט אמרו את דברם, וגישתם משתלבת במרחב הערכי והמשפטי הישראלי והיהודי. אין אנו מכירים ב"הגנה" או "צידוק" של רצח מתוך רחמים.

4 כדי לא להרחיב את היריעה לא אתייחס בתגובתי לאוכלוסיית הקטינים שגם בהם יש חולים כרוניים וחולים במחלות ניווניות של המוח.

5 סעיף לחוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005 (להלן – חוק החולה הנוטה למות).

כרוניים (למעט הדמנצייה). האם מחולים אלה תישלל הזכות שחייהם לא יוארכו בניגוד לרצונם?⁶ אם כן, מדוע? אם לא, במה עדיפה קבוצת חולים זו מחולים כרוניים אחרים (דוגמת חולי מחלת פרקינסון או ניוון שרירים מתקדם)?

שנית, בה"ש 11 כותבים המחברים: "יש לציין כי יש שטענו שפסק הדין בפרשת צדוק חדל מלשמש תקדים מנחה בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בפרשה מאוחרת ממנה המוכרת כפרשת לובצקי". בכל הכבוד הראוי, אין די בטענה זו מבלי לבססה. הלכת **לובצקי** מחייבת, ואילו פסק הדין בעניין צדוק אינו שונה מפסק דין אחר של בית משפט מחוזי הכפוף לפסיקת בית המשפט העליון אלא אם אפשר לאבחנו. בית המשפט העליון אמר דברו בכמה פסקי דין מלבד פסק הדין בעניין **לובצקי**, וזו ההלכה המחייבת.⁷

שלישית, בפסקה השלישית של החלק הראשון כותבים המחברים כי "אין ספק שאחת מאבני הדרך החשובות בפיתוח הפסיקתי היה בפרשת צדוק. ראשית, זו הייתה הפרשה הראשונה שעסקה באדם בוגר (בשונה מפרשות שעסקו בעיקר בתינוקות או ילדים)". והנה בפסקה שאחריה הם כותבים כי "פסק הדין שניתן בפרשת צדוק התבסס על הרציונל של החלטה קודמת שניתנה בעניין אייל". הכיצד? הלא החלטה בעניין בקשתו של בנימין אייל המנוח, שהיה חולה בוגר, קדמה להחלטה בעניין צדוק. אם כך, לעניין זה אין מדובר באחת מאבני הדרך.

רביעית, המחברים טוענים, בהסתמכם על מאמרו של פרופ' ישעיהו ליבוביץ ז"ל, כי הגישה הדתית-יהודית מעלה על נס את הערך המרכזי של קדושת החיים של אדם בשל היות החיים מתנת אל, ולפיה אין להתיר המתת חסד כלל, לרבות הימנעות מטיפול רפואי. שכן לאדם – לכל אדם – אין הרשות לשלול, לקצר או לאיין חייו של בן אנוש, בין שאלה חייו של אדם אחר ובין שאלה חייו של האדם עצמו. קביעה זו, בכל הכבוד וההערכה, איננה נכונה. אכן, הדין העברי מחשיב את קדושת החיים לאחד מחשובי ערכיו, אך בוודאי איננו רואה בחיי האדם ערך מוחלט. הראיה, שאין הדין העברי שולל עונש מוות. כמו כן כבר התיר הרמ"א להסיר המונע,⁸ קרי הגורם המעכב את המיתה.⁹ גם פרופסור ליבוביץ נסמך על הגהת הרמ"א וקובע כי מבחינת הפסיקה ההלכתית של הרמ"א, ייתכן להתיר את הוצאת התקע של מתקן ההנשמה.¹⁰

ומכאן להצעה עצמה. נקודת המוצא של המחברים היא כי לחולים דמנטיים וכרוניים יש זכות למות גם אם אינם נכנסים בגדר חוק החולה הנוטה למות. אינני שותף לקביעה זו. אין במשפט הישראלי לאיש זכות חוקתית למות. נהפוך הוא, חיי אדם מוגנים בחוק היסוד.¹¹ מוטלת על כל אדם ולא רק על רופא חובת הצלה,¹² והנמנע ממילוי חובה זו חושף את עצמו לתביעה פלילית ואזרחית.¹³ עם זאת יש בספר החוקים הישראלי הסדר המאפשר, בתנאים מסוימים, שלא להאריך את חייו של חולה הנוטה למות¹⁴ או של חולה סופני.¹⁵ אשר על כן הייתי מצפה מהמחברים בראש ובראשונה לנמק מדוע ההסדר הקבוע בחוק איננו מספק ויש להחילו גם על אוכלוסיית החולים הדמנטיים והכרוניים. הלא לצערנו מחלות ניווניות של המוח אינן נחלתם של חולים דמנטיים וכרוניים. לדוגמה: האם לשיטתם חולי מחלת פרקינסון זכאים להורות שלא יוארכו חייהם? אם לא – מדוע? הלא גם הם חולים כרוניים שאיכות חייהם נפגעת.

6 יתרה מזו, מחלה כרונית איננה בהכרח מחלה פרוגרסיבית. כרונוס פירושו זמן, לאמור התמשכות בזמן בלא התחדשות. האם חולה כרוני שמחלתו איננה מתקדמת זכאי למות?

7 זאת ועוד, בית המשפט העליון הפך החלטה של בית המשפט המחוזי (השופט טלגם המנוח) בעניין **לובצקי**, בין השאר משום שהחולה לא הייתה סופנית. ראו עוד לעניין זה מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 689 (תשנ"ב).

8 **שולחן ערוך**, יורה דעה, של"ט, סעיף א בהגהה.

9 על פסק הרמ"א ומשמעות העיקרון ראו בהרחבה י' גרין **משפט ורפואה, יחסי חולה רופא** 308-318 (תשס"ג).

10 י' ליבוביץ **הרפואה וערכי החיים**, אשר על כן לא ברור לי מניין המסקנה, ועוד בשמו של פרופ' ישעיהו ליבוביץ.

11 סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992.

12 סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעד, תשנ"ח-1998.

13 סעיף 2 לחוק הנ"ל. ראו עוד סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; ע"פ 119/93 **לורנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 1 (1994).

14 סעיף 8(א) לחוק החולה הנוטה למות.

15 סעיף 8(ב) לחוק הנ"ל.

הצעתם של דורון ושלו לאפשר לחולים דמנטיים וכרוניים לעשות שימוש בסעיף 16 לחוק זכויות החולה בהיותו "כלי תכנון ומניעה משפטי" לוקה בסתירה לוגית. גם בסיסה המשפטית מוטל בספק. לבד מהעובדה כי הצעה זו סותרת את האמור בפסקאות הקודמות לה במאמר מודים המחברים כי משהושמטה מהנוסח הסופי של החוק ההצעה להכיר בזכות (החולה) למות בכבוד (סעיף 10 להצעת חוק זכויות החולה), נקבע הסדר שלילי בחוק בכל הקשור ב"המתת חסד" לצורתיה.¹⁶ הוזה אומר, המחוקק קבע במודע כי דרישת ההסכמה מדעת (על פי פרשנות מצמצמת והחוק בכללותו על פי פרשנות מרחיבה) לא תחול ככל שהדבר נוגע ל"המתת חסד" לצורתיה. לשון אחרת, סעיף 16 לחוק זכויות החולה איננו חל על חולים המבקשים את ההפך מטיפול רפואי, היינו שחייהם לא יוארכו על כורחם. זאת ועוד, סעיף 16 איננו עומד בפני עצמו. סעיף זה מתייחס לדרישת ההסכמה מדעת הקבועה בחוק זכויות החולה ומשלים אותה.¹⁷ לאמור, מתן אפשרות לחולה למנות מיופה כוח למקרה שלא יוכל ליתן הסכמה מדעת לטיפול כנדרש בחוק, או שמשיקוליו איננו רוצה להחליט. משנקבע ההסדר השלילי בנוגע לזכות למות בכבוד, נשלל מהחולה הסופני השימוש ב"הכלי התכנוני" האמור (סעיף 16 לחוק). זו הפרשנות המתבקשת ואותה אימץ מנכ"ל משרד הבריאות בחוזר הנ"ל.¹⁸

ולא זו אף זו, משנקבע ההסדר השלילי, אין לומר כי המחוקק יאפשר לחולה המבקש נפשו למות למנות בא כוח מטעמו כדי שייתן את ההסכמה. גם נוסחו החיובי של הסעיף ("יהיה מוסמך להסכים במקומו לקבלת טיפול רפואי... יהיה בא הכוח מוסמך להסכים במקומו של המטופל לטיפול הרפואי") מלמד על מתן הסכמה על ידי מיופה הכוח לקבלת הטיפול כנדרש בחוק ולא מתן הסכמה להפסקת טיפול. ואכן, חוק זכויות החולה קובע את זכויותיו של החולה המבקש טיפול רפואי במסגרת יחסיו עם הרופא המטפל. אמנם המחוקק איננו מגדיר מהו טיפול רפואי, אך מהתוספת להגדרה ("לרבות פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי")¹⁹ אין ספק כי מדובר בחולה שהטיפול הרפואי מכוון להצילו, לרפאו או להיטיב את מצבו. המחוקק לא התכוון למנוע טיפול רפואי מחולה אלא ביקש להגן על זכותו לקבל טיפול רפואי מונע (כגון חיסון). תימוכין לפרשנות זו אפשר למצוא בחוק עצמו, המאפשר לרופאים ליתן טיפול רפואי לחולה שלא בהסכמתו וחרף התנגדותו המפורשת.²⁰

יתרה מזו, בבואנו לפרש חוק, נקודת המוצא היא כי המחוקק לא נתכוון לבטל חקיקה קודמת או לצמצמה, שאילו עמד עניין הביטול או הצמצום לנגד עיניו, היה קובע בוודאי הוראה מפורשת בעניין זה.²¹ אשר על כן אפשר להניח כי המחוקק היה נוקט עמדה לגבי הוראות אלה, אם היה מבקש לבטלן או לשנותן בחוק זכויות החולה.²² אכן, חוק זכויות החולה לא שינה את המצב המשפטי הנוהג. נהפוך הוא, אין בחוק כדי לגרוע מהוראות כל דין.²³ לדוגמה, ההסדר הקבוע בחוק העונשין האוסר על החשת מוות גם במחדל, בעינו עומד,²⁴ מה שאין כן חוק החולה הנוטה למות הנותן הגנה לרופא הנמנע מהצלת חיי החולה.²⁵

האָדן הנוסף שעליו מושתתת הצעתם של דורון ושלו היא ההכרה באוטונומיה של החולה. אין חולק על כי המשפט הישראלי מכיר באוטונומיה של החולה ובזכותו שלא יטופל בניגוד לרצונו. עם זאת אל לנו לשכוח כי האוטונומיה של החולה נגזרת מהזכות לפרטיות, המוגנת בחוק היסוד.²⁶ ככזו, בדומה לזכויות האחרות המוגנות בחוק היסוד,

16 על מהותו של ההסדר השלילי ראו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פד"י נב (4) 289 (1998).

17 סעיף 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן – חוק זכויות החולה).

18 לענין סעיף 16 הנ"ל יכול לסבול פרשנות נוספת המקנה גם לחולה כשיר למנות מיופה כוח. יש חולים המדחיקים את מצבם ומבקשים למנות מיופה כוח, יש חולים שקרוביהם רופאים ומקנים להם את הזכות ליתן הסכמה לטיפול הרפואי. על סעיף 16 לחוק ראו בהרחבה נ' קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה 458-452 (תשס"ח).

19 סעיף 2 לחוק זכויות החולה.

20 סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. למותר לציין כי לו התקבלה פרשנותם של דורון ושלו, המאפשרת לחולה הדמנטי והכרוני להשתמש בסעיף 16 לחוק, היו הרופאים רשאים, חרף החלטת מיופה הכוח, לפעול על פי הוראות סעיף 15 לחוק וליתן לו טיפול רפואי גם ללא הסכמתו, מסקנה שבוודאי לא התכוונו אליה כותבי המאמר.

21 ראו לעניין זה בג"ץ 174/85 חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 245, 248 (1985).

22 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטיין), פ"ד נא(4) 830 (1997).

23 ואכן, בסעיף 1(29) לחוק זכויות החולה.

24 סעיף 309(4) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

25 סעיף 54 לחוק החולה הנוטה למות.

26 סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אפשר להגבילה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.²⁷ כך הגביל המחוקק את האוטונומיה של החולה בחוק זכויות החולה²⁸ וכך בחוק החולה הנוטה למות בהחילו את הוראותיו על אוכלוסייה מוגדרת. רוצה לומר, ההכרה באוטונומיה של החולה איננה חזות הכול. אפשר ורצוי להגבילה. חיי אדם הם ערך לא פחות חשוב. חוק החולה הנוטה למות אכן מצא את האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים.

מכאן להערה עקרונית המכוונת אלינו המשפטנים: "קל" לנו להכיר בזכותו של חולה למות ולהצהיר על זכות זו, שכן איש מאתנו אינו עומד מול מיטת החולה. לו נדרשנו אנו לעמוד מול מיטת החולה (על אחת כמה וכמה מול מיטתו של קרוב מדרגה ראשונה) ולא רק לקבל את ההחלטה אלא גם להוציאה לפועל, האם היינו מקבלים את אותה החלטה? האם היינו מממשים את ההחלטה? לזכותו של בית המשפט ייאמר כי הוא הכיר בכך, ובד בבד עם קבלת עתירת החולה והצהרה על זכותו שלא יוארכו חייו בניגוד לרצונו ושלא בהסכמתו קבע כי איננו כופה את דעתו על הרופא. בית המשפט מכיר בעובדה שמי שצריך לממש את ההחלטה הוא הרופא ולא אנו המשפטנים. ולא בכדי, שהרי ייתכן שחולה המצויד בהחלטת בית המשפט יתאשפז בשעה שהרופא התורן הוא רופא שמצפונו אינו מאפשר לו להימנע מטיפול בו. הרופא, הפועל על פי מצפונו ושיקול דעתו הרפואי, אינו יכול להיות חשוף לתביעה מהחולה על שהאריך את חייו בניגוד לרצונו.²⁹ לא החולה ולא בית המשפט רשאים לכפות דעתם על הרופא ולחייבו לפעול בניגוד לערכיו.³⁰

לסיכום אומר כי אף שאינני מסכים לדעתם של דורון ושלו, זכותם לחשוב שיש להקנות גם לחולים דמנטיים וכרוניים את הזכות למות בכבוד. דא עקא, הכלי שהם מציעים להסדרת הזכות אינו עומד במבחן משפטי. הפתרון איננו בסעיף 16 לחוק זכויות החולה. הדרך הנכונה היא לתקן את החוק, בין את חוק החולה הנוטה למות ובין את חוק זכויות החולה, ולהכניס בגדרם גם את החולים הדמנטיים והכרוניים כהצעתם.

ד"ר יוסי גרין, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה pgreen@bezeqint.net

27 סעיף 8 לחוק הנ"ל.

28 סעיף 15 לחוק זכויות החולה.

29 מכוח הוראת סעיף 15(2) או אפילו באישורו של בית המשפט.

30 על עמדת הרופאים ראו להלן בסקירה שבמדור "חדשות חוץ".