

מאמר מערכת

1

עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

מאמרים

41

משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
ד"ר דורון מנשה

61

"אחור כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת
ד"ר מאיה פלד-רז

107

פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט
פרופ' ארנון גוטפלד

141

כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה
עו"ד אריאל סלטו

199

"השבת תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים
עו"ד לאון אנדג'ר

591

תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת
ד"ר חיה זנדברג

ביקורת ספרים

247

מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה
ד"ר שי אוצרי



**Editorial**

1

The Imprisonment in Israeli Criminal Code

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

Articles

41

The Probative Value of a Belated Defense Testimony

Dr. Doron Menashe

61

“You’ll Thank Us Later”:**Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal**

Dr. Maya Peled-Raz

107

Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case

Prof. Arnon Gutfeld

141

When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement

Adv. Ariel Salto

199

The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law

Adv. Leon Yehuda Anidjar

Book Review

247

Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe

Dr. Shai Otzari



"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת

ד"ר מאיה פלד-רז*

1. מבוא
2. רקע – הזכות לסרב לטיפול רפואי
 - א. הזכות לסרב לטיפול במשפט המקובל
 - ב. הזכות לסרב לטיפול בהלכה הפסוקה בישראל, בטרם נחקק חוק זכויות החולה
 - ג. הזכות לסרב לטיפול בחוק זכויות החולה
3. טיפול "בהיעדר הסכמה" וטיפול "על אף סירוב מדעת"
 - א. החריגים לכלל ההסכמה מדעת ונסיבות תחולתם
 - ב. המשתנה הראשי המבחין בין הסעיפים: יכולתו של המטופל לקבל החלטה
 - ג. מיהו המטופל המסרב מדעת לצורכי ההבחנה בין החריגים?
 - ד. פרשנות בעייתית של תחולת החריגים בפסיקה ובניירות עמדה
 - ה. פרשנות צרה מדי של המונח "מצב חירום" כרקע לטעות הפרשנית
 - ו. שיקולים נוספים המעדיפים את מבחן מסוגלות הסירוב על פני מבחן הדחיפות
 - ז. סיכום ביניים
4. כפיית טיפול על מטופל המסרב מדעת, מכוח חוק זכויות החולה
 - א. גבולותיה הגיאוגרפיים של סמכות הכפייה
 - ב. תנאי הסף לדיון ועדת האתיקה בכפייתו של מטופל – סכנה לפרט המסרב עצמו
 - ג. התנאים להפעלת סמכותה של ועדת האתיקה והביקורת עליהם
5. ההבחנה בין החלטה אוטונומית להחלטה שאיננה אוטונומית
 - א. מהותה של הבחירה האוטונומית
 - ב. הדגמת ההבחנה בין בחירה אוטונומית לבחירה שאינה אוטונומית

* ד"ר מאיה פלד-רז מרצה בבית הספר לבריאות הציבור באוניברסיטת חיפה בנושאי משפט ואתיקה בתחום הבריאות; יועצת אתית במרכז הרפואי בני ציון; ויו"ר ועדות האתיקה במרכז הרפואי בני ציון ובמרכז הרפואי גליל מערבי.

6. ההבחנה בין החלטה אוטונומית להחלטה שאיננה אוטונומית כבסיס לפרשנות הראויה של סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה
- א. התנאי הראשון – מסירת מידע מספק
- ב. התנאי השני – תועלת ניכרת הצפויה מהטיפול
- ג. התנאי השלישי – הסכמתו למפרע של המטופל
7. סיכום

1. מבוא

חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996¹ (להלן גם: "החוק") הוא חוק ליברלי במהותו, המעניק בכורה לעקרונות אוטונומיית המטופל. ככלל, אינטרס זה מועדף בו על פני אינטרסים אחרים, הנתפסים כמעורבים במערכת היחסים הטיפולית, ובראשם אינטרס טובת המטופל. על אף האמור, הסמך החוק את ועדת האתיקה של בית החולים² לפעול שלא לפי נטיית החוק, המאדירה כאמור את אוטונומיית הפרט, ולכפות טיפול רפואי על פרט כשיר המסרב לטיפול סירוב אקטיבי.

קביעת חריג זה לבקרת המחדל האוטונומית ספגה במהלך השנים ביקורת רבה, ויישומו של החריג נתקל מאז חקיקתו במכשולים קשים, בין היתר בשל הקושי לפרשו פרוש קוהרנטי ועקבי.

במאמר זה אציע פרשנות לסעיף 15(2) לחוק, שהסדיר את החריג הנ"ל, אשר תקל את הבנתו בהקשרו של החוק כולו, תשרת את הלכידות הפנימית של החוק ותספק הצדקה מוסרית ליישומו של אחד הסעיפים הטעונים ביותר, מבחינה מוסרית, בחקיקה הישראלית.

¹ חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591, 327.

² ועדת האתיקה של בית החולים, כהגדרתה בחוק זכויות החולה, מורכבת מחמישה חברים, הממונים אישית על ידי שר הבריאות, וממלאים תנאי כשירות אלה – יו"ר הוועדה יהיה משפטן, הכשיר לשמש שופט מחוזי, שני חברים נוספים יהיו רופאים מומחים משני תחומים נבדלים, חבר נוסף יהיה עובד סוציאלי או פסיכולוג, והחמישי – נציג ציבור או איש דת (ראו סעיף 24(א) לחוק). ועדה זו מוסמכת בחוק זכויות החולה לאשר לצוות הרפואי לסטות מבררת המחדל החוקית, המבכרת את אוטונומיית הפרט (והמחייבת, בין היתר, הסכמה מדעת, סודיות, זכות המטופל לדעת על אודות עצמו וכיוצא באלה). יצוין שבחלק מבתי החולים בישראל יש ועדת אתיקה וולונטרית, במקביל לוועדת האתיקה על פי חוק או המשולבת בה. ועדה וולונטרית זו, שבחלק מבתי החולים הוקמה עוד בטרם נחקק החוק, היא גמישה בהרכבה ובסמכויותיה, ויכולה לייעץ לצוות בהחלטותיו, אך לעומת הוועדה על פי חוק, אין סמכותה סמכות מכרעת, ואין היא חלופה לוועדה הסטוטורית לעניין הרשאת הסטייה מבררת המחדל של הגנה על זכותו של הפרט לאוטונומיה. ראו הרחבה בעניין זה אצל גיל סיגל ומאיה פלד "ועדות אתיקה בבתי חולים, ישן מפני חדש תוציא?" **רפואה ומשפט** 17, 6, 9-6 (1997).

לצורך השגת מטרה זו, אפתח בתיאור זכותו של פרט כשיר לסרב לקבלת טיפול רפואי, כפי שנקבעה במשפט המקובל ובמשפט הישראלי בטרם נחקק החוק. בהמשך אתאר את שלושת החריגים לכלל ההסכמה מדעת, כפי שנקבעו בחוק, ואטען כי שניים מהם נוגעים לטיפול בהיעדר הסכמה בחולה שאין ביכולתו להסכים (מסיבות שיידונו), ורק החריג השלישי, השונה מהם מהותית, סוטה מעקרון זכותו של המטופל הכשיר לסרב לקבלת טיפול.

בחלקו המרכזי של המאמר אבסס חריג זה, המאפשר טיפול אף במטופל כשיר המסרב לטיפול, ואסתייע בתיאוריות הרואות בבחירה האוטונומית בחירה מיוחדת, הנסמכת על העדפות עמוקות של הפרט – העדפות העשויות להיות מנוגדות לבחירותיו של הפרט, כפי שהן מוצגות כלפי חוץ. על פי תיאוריות אלה, מותר ואף ראוי להתערב בבחירותיו המוחצנות של הפרט כאשר יש בהתערבות כדי לכבד ולקדם את העדפותיו העמוקות יותר, העדפות אשר בנקודת הזמן הרלוונטית כשלו ולא הנחו את התנהלותו.

החריג הנדון לכלל ההסכמה מדעת, המאפשר כפיית טיפול על פרט מסרב, משקף ביעילות גישות תיאורטיות אלה, ומן הראוי לפרשו לאורן. פרשנות זו של החוק תסייע, מחד גיסא, לצוותים הרפואיים ולחברי ועדות האתיקה לבצע את תפקידם על הצד הטוב ביותר, ומנגד תאפשר את התאמתו המיטבית של החוק לדרישות חוקתיות.

2. רקע – הזכות לסרב לטיפול רפואי

א. הזכות לסרב לטיפול במשפט המקובל

סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מסמין, כאמור, את ועדת האתיקה של בית החולים להורות על כפיית טיפול על אדם כשיר, כלומר על אדם היודע להבחין בין טוב לרע, יכול להבין את המידע שניתן לו ויכול ליישמו על הנסיבות שלפניו ולהגיע על בסיסו למסקנות רציונאליות.

אף שדוקטרינת ההסכמה מדעת בכללותה יובאה אל המשפט הישראלי מן המשפט המקובל,³ לסמכות מהסוג המעוגן בסעיף 15(2) לחוק אין אח ורע במשפט האנגלו-אמריקני.

באנגליה ניתן פסק הדין המנחה בהקשר זה על ידי הלורד דונלדסון (Donaldson) בפרשת *Re T* משנת 1992.⁴ על פי הלכה זו, זכותו של הפרט הכשיר להסכים לטיפול רפואי, כמו גם לסרב לו, ובתוך כך לחיות את חייו כרצונו באופן המשקף חופש בחירה. זכותו זו עומדת לו גם כאשר יהיה בבחירתו כדי לגרום לו נזק או אף לקדם את

³ אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" **רפואה ומשפט** 33, 48, 49 (2005).

⁴ *Re T* (adult refusal of medical treatment) [1992] 4 All ER 649 (להלן: "פרשת *Re T*").

מותו.⁵ זכותו זו של המטופל הכשיר גוברת על עניינו של הציבור בקדושת חייו ובהגנה עליהם.⁶

על פי ההלכה האנגלית, זכותו של המטופל הכשיר אינה מוגבלת להחלטות שהאחרים מגדירים "נבונות" (Sensible), אלא היא עומדת על כנה תמיד, וחלה גם על החלטות הנראות על פניהן בלתי רציונליות או חסרות כל הסבר.⁷ לעומת זאת, לפי הלכה זו, אם המטופל נמצא בלתי כשיר, על המטפל לפעול על פי מיטב שיקול דעתו המקצועי, באופן המשרת ככל הניתן את טובתו של המטופל.⁸

כשירותו של הפרט מוערכת, על פי ההלכה האנגלית, ביחס להחלטה הספציפית העומדת על הפרק,⁹ ונבחנת לפי סטנדרטים אשר נקבעו בחקיקה משנת 2005, ולפיהם פרט אינו כשיר לקבל החלטות אם הוא אינו יכול לעשות אחד או יותר מהדברים האלה: להבין את המידע הרלוונטי להחלטה; לשמר את המידע; לשקול את המידע ולנתחו ולבטא את בחירתו.¹⁰

מקבילתה האמריקנית של הלכה זו נקבעה בפרשת *Cruzan*.¹¹ נדון בו ערעור על החלטת בית המשפט העליון של מדינת מיזורי לדרחות את בקשת הוריה של אישה צעירה, אשר נמצאה באותה העת במצב דמוי צמח, שלא להמשיך ולתת לה מזון ונוזלים באמצעים מלאכותיים.

פסיקת בית המשפט העליון בפרשת *Cruzan* נשענה על הלכות קודמות, אשר מקורן עוד בשנת 1891, אז קבע בית המשפט העליון האמריקני את זכותו של כל פרט לשלוט בגופו, בלא התערבות חיצונית.¹² בשנת 1914 הסיק בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק מעיקרון זה את חובתו של כל מטפל לקבל את הסכמתו של המטופל לכל טיפול, וקבע כי אי-קבלת הסכמה כאמור משמעה תקיפה, המזכה את המטופל בפיצוי.¹³

השופט רנקוויסט (Rehnquist), בהחלטתו בפרשת *Cruzan*, אשר שקפה את עמדת הרוב, גזר מחובת קבלת הסכמתו מדעת של המטופל את זכותו אף לסרב לטיפול, ופסק:

⁵ ראו קביעה זו גם בתוך: 3 (1998) 26 Fam [1999] *St George's Healthcare NHS Trust v. S* All ER 673 (להלן: "פרשת *St George's Healthcare NHS Trusts*").

⁶ פרשת *Re T*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 661.

⁷ שם, בעמ' 653.

⁸ *F v. West Berkshire Health Authority* [1989] 2 All ER 545.

⁹ *Re B (adult: refusal of medical treatment)* [2002] EWHC 429 (Fam) [2002] 2 All ER 449 (להלן: "פרשת *Re B*").

¹⁰ *Mental Capacity Act, 2005, c. 9* (Eng.).

¹¹ *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990) (להלן: "פרשת *Cruzan*").

¹² *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891).

¹³ *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 129–130, 105 N.E. 92 (1914).

"The logical corollary of the doctrine of informed consent is that the patient generally possesses the right not to consent, that is, to refuse treatment".¹⁴

עמדה זו ניכרת גם בפסיקותיהם של בתי המשפט המדינתיים בארצות הברית, אשר ככלל נטו להגן בקפידה על זכותו של מטופל כשיר לסרב לטיפול.¹⁵

הגדרת הכשירות לסרב לטיפול בארצות הברית דומה להגדרתה במשפט האנגלי, והיא מתבססת בין היתר על דוח ועדת הנשיא משנת 1982, שכותרתו הייתה "Making Health Care Decisions".¹⁶

מהאמור עולה שאין לחריג לכלל ההסכמה מדעת, אשר נקבע בסעיף 15(2) לחוק, מקבילה במשפט האנגלו-אמריקני, ולמעשה אף אין לו אח ורע, כהסדר חקוק, בשיטות המשפט המערביות.¹⁷ הוא ייחודי הן ברציונל שבבסיסו, המאפשר את בחינת מניעי המטופל לסירוב ואת פסילתם במקרים המתאימים, הן במינוי ועדת האתיקה של בית החולים כערכאה המוסמכת לדון בשאלה מסוג זה.¹⁸

עם זאת מעניין לציין שבפרשת *Re B*¹⁹ משנת 2002 בחר בית המשפט האנגלי לבחון לעומקם את נימוקיה של המטופלת לרצונה להימנע מטיפול, והציגם כתנאי לקביעת כשירותה לקבל החלטת סירוב.²⁰ ניתוח זה מנוגד להצהרות מוקדמות של בתי המשפט האנגליים, שלפיהן זכותו של אדם לסרב לטיפול עומדת לו אף בלא כל

¹⁴ פרשת *Cruzan*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 270.

¹⁵ אף שנטו להגנה קפדנית על זכותו של מטופל כשיר לסרב לטיפול, במקרים חריגים בחרו בתי המשפט המדינתיים לאזן בין זכותו זו של הפרט לסרב לטיפול, לבין אינטרסים ציבוריים למיניהם, ובחרו לכפות טיפול על מטופל כשיר ומסרב, כאשר אל מול זכותו לסרב עמד אינטרס ציבורי מכריע (Compelling). אינטרס מכריע כזה נמצא, למשל, כאשר בשל הסירוב סוכנו חייו של עובר. וכוח ער מתנהל באשר ללגיטימיות הפגיעה בזכותה של אישה לסרב לטיפול במקרה כזה, בלא הכרעה. ראו: John Alan Cohan, *Judicial Enforcement of lifesaving Treatment for Unwilling Patients*, 39 CREIGHTON L. REV. 849, 859-911 (2006).

¹⁶ President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions*, 1 WASHINGTON, DC: U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE 56-57 (1982) (להלן: "Making Health Care Decisions").

¹⁷ Michael L. Gross, *Medical Ethics Committees in Israel: Implementing the Israel Patient Rights Act and Terminating Life-Sustaining Treatment*, 3 IMAJ 461, 461 (2001) (להלן: "Michael L. Gross" (2001)).

¹⁸ ראו דיון בנושא, בהקשר המשפט האמריקני, בתוך: Evan G. DeRenzo & R.S. Olick, *Should It Be Mandated that an HEC Review a Physician's Decision Not To Honor a Patient's or Surrogate's Refusal of Treatment*, 12 H.E.C FORUM 161 (2000).

¹⁹ פרשת *Re B*, לעיל ה"ש 9.

²⁰ ראו אבחנה זו בתוך: M. Stauch, *Comment on Re B (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [2002] 2 All England Reports 449, 28 J MED ETHICS 232, 232 (2002).

סיבה ברורה.²¹ התנהלות זו מעידה על קושי ליישם בפועל הלכה המסירה ידיה מכל אחריות לטיפול, בכל מטופל המסרב לקבלו. כפי שנראה בהמשך, ניתן להתמודד עם קושי מסוג זה באמצעות פרשנות ראויה לסעיף 15(2) לחוק, ולהבחין בין סוגי סירובים, בעזרת פרשנות מורכבת של המושג "בחירה אוטונומית".

ב. הזכות לסרב לטיפול בהלכה הפסוקה בישראל, בטרם נחקק חוק זכויות החולה

ההסדר שבסעיף 15(2) לחוק פורץ לא רק נתיב הסדרה מקורי במבט השוואתי, אלא אף מתווה כיוון חשיבה, שאינו מובן מאליו לנוכח ההסדר השיפוטי שקדם לחקיקת החוק.

פסק הדין המרכזי אשר עסק בסוגיית הטיפול הכפוי בפרט כשיר, בטרם נחקק החוק, הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **קורטאם**.²² פסק דין זה אינו בגדר הלכה פסוקה, שכן הסוגיה הרלוונטית נדונה בו בדרך אגב (אוביטר דיקטום). עם זאת, היה בעמדה השיפוטית שהובעה בו כדי להעיד על הלך רוח שיפוטי מסוים, ולהשפיע בהמשך על פסיקות בתי המשפט בערכאות הנמוכות.

השאלה שעמדה לדיון בפרשת **קורטאם** הייתה, האם חפץ, המתגלה בניתוח שביצע רופא באדם בלא הסכמתו ושלא לפי רצונו, לשם הצלת חייו, עשוי לשמש ראיה קבילה במשפט.

אף שלגיטימיות הניתוח הכפוי עצמו הייתה בלתי רלוונטית להכרעה בעניין הנדון, בחרו השופטים כך ובייסקי לדון בה, והביעו שניהם עמדה התומכת בביצוע הניתוח – אך לא היו תמימי דעים בנימוקים לכך.

השופט כך קבע בהחלטתו כי העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו חל גם בישראל,²³ אך נקבע לו סייג, המוכר במשפט האנגלי והאמריקני, שלפיו אין להכיר בזכותו של המטופל לסרב לטיפול רפואי, אם ניסה המטופל לשים קץ לחייו.²⁴

בהסתמך על חריג זה, סבר השופט כך, היה ראוי לכפות על קורטאם את הניתוח, שכן דינו של מי שיודע כי סירובו לטיפול יביא למותו, חייב להיות מושווה, לצורך הסוגיה שבה עסקינן, לדינו של המנסה להתאבד. כמו במקרהו של המנסה להתאבד, ניתן לצפות כי לאחר מכן, מתוך יישוב הדעת, יכיר גם הוא בכך וישמח בהחלטת הרופא.²⁵

21 למשל בהליך בפרשת St George's Healthcare NHS Trusts, לעיל ה"ש 5.

22 ע"פ 480/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3) 638 (1986).

23 שם, בעמ' 685.

24 שם, בעמ' 683.

25 שם, בעמ' 688.

המשיך השופט בך והדגיש:

"כאשר נוכח הרופא, כי בנסיבות העניין אין בידי החולה נימוק סביר כלשהו לסירובו להינתח הקשור במצבו הבריאותי הנוכחי או המצופה, ונראה כי סירובו נובע ממניעים חיצוניים, אשר אין בינם לבין מצבו הגופני ולא כלום, אזי יוכל להתייחס אל הפאציינט כפי שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו".²⁶

עם זאת, צמצם השופט בך את תחולת הכלל וסבר כי יש להחילו אך ורק כאשר מדובר בטיפול אשר השלכותיו וסיכוניו מועטים. אין לכפות טיפול, על פי בך – גם כאשר אימתן הטיפול משמעו מות המטופל – כאשר מדובר בטיפולים "העלולים להשפיע בצורה חמורה ומשמעותית על אורח חייו ועל איכות חייו של המנותח מההיבט הגופני". במקרים אלה, לדעתו של בך, יש להשאיר את ההכרעה בידי החולה.²⁷

השופט בייסקי תמך גם הוא בכפיית טיפול מציל חיים, או כזה שיש בו כדי למנוע נזק חמור, על מטופל המסרב לו. עם זאת, לעומת השופט בך, לא סייג השופט בייסקי את עמדתו, וחיווה דעתו כי אל מול פני סכנת מוות ודאית מידית או צפי לנזק חמור וודאי לבריאות, מותר בכל מקרה לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו של המטופל, אף שלא בהסכמתו.²⁸

בהיעדר הכרעה חד-משמעית באשר לגיטימיות של כפיית טיפול על מטופל כשיר המתנגד לטיפול, ובטרם נחקק חוק זכויות החולה, נקטו בתי המשפט השונים – בדונם בבקשות לאישור טיפול במטופל כשיר ומסרב – עמדות שונות, לעתים מנוגדות, והשתמשו בנימוקים שונים לעיגון החלטותיהם.

כך בפרשת פלוני²⁹ סירב בית המשפט להורות על כריתת רגלו של חסוי,³⁰ לאחר שבחן לגופם את נימוקיו (המשוערים שם) לסירוב, מכיוון שסבר כי המשיב יודע ומבין את מצבו הקשה, ומכיוון שהטיפול הרפואי המוצע לו הוא קשה, בלתי הפיך, ותוצאותיו בלתי צפויות.

26 ש.ם.

27 ש.ם, בעמ' 687.

28 ש.ם, בעמ' 697-698.

29 ב"ש (שלום בי"ש"א) 9/95 פקיד הסעד נ' פלוני, פ"ד תשנ"ה (4) 24 (1995).

30 ראוי להבהיר שלא כל חסוי הוא בהכרח חסר כשרות, קרי – פסול דין. על פי סעיף 80 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962, אדם "חסוי" הוא מי שבית המשפט מינה לו אפטרופוס, או מי שבית המשפט רשאי למנות לו אפטרופוס. בית המשפט רשאי (על פי ס' 33 לחוק הנ"ל), בין היתר, למנות אפטרופוס לאדם שאינו יכול, באופן זמני או קבוע, לדאוג להיבטים מסוימים של חייו. כך, למשל, לעתים ימונה לאדם "אפטרופוס על רכוש", בלי לערער על כשירותו לקבל החלטות על גופו.

גם בפרשת **טרבלסי**³¹ דחה בית המשפט בקשה להורות על כריתת רגלה של אישה. נימוקו של בית המשפט לדחייה היה, כי לא הוכח במקרה הנדון שהיא אינה "מסוגלת לדאוג לצרכי חייה" או כי היא לקויה בשכלה או מתנגדת לטיפול מטעמים לא סבירים.³²

לעומת זאת, בשנת 1993 הורה בית משפט השלום בתל-אביב לבצע ניתוח תוספתן בקשישה אשר התנגדה לניתוח. את החלטתו ביסס על הטיעון שהתנגדותה של החולה לניתוח, מן הטעם שאינה רוצה לחיות, הוא נימוק בלתי סביר.³³ בחוקקו את החוק, אימץ המחוקק את הכלל המכיר בזכותו של מטופל כשיר לסרב לקבל טיפול, ובמקביל גם את עמדתם של השופטים בך וביסקי, שראוי להגדיר חריגים לכלל זה. עם זאת, לא אימץ המחוקק את גישתו של ביסקי – המתירה תמיד טיפול שאי-קבלתו משמעה מוות או נזק חמור, ואף לא את גישתו של בך – המתירה טיפול כאמור כאשר אינו כרוך בסיכונים או השלכות הרות גורל. ההסדר הקבוע בסעיף 15(2) לחוק הוא יצירה מקורית הן מהפך הדיוני – שכן סמכות ההכרעה בנדון הוענקה על ידי המחוקק לוועדת האתיקה של בית החולים, הן מהפך המהותי – שכן צירוף התנאים והשיקולים להפעלת סמכות זו מעולם לא עלה בפסיקה או בנוהל בטרם נחקק החוק.

ג. הזכות לסרב לטיפול בחוק זכויות החולה

החוק מורכב מרשימה של כללים משפטיים המהווים כללי אצבע להתנהגות טיפולית ראויה. לצד מרבית כללי האצבע הללו מופיעים חריג אחד או שניים, המאפשרים סטייה מהם. כללי האצבע, או בְּרִוּת המחדל המוטמעות בחוק, משקפים כולם העדפה ועיגון של עקרון זכותו של הפרט המטופל לאוטונומיה, בעוד שהחריגים לברירות מחדל אלו מייצגים העדפה נקודתית של אינטרסים אחרים על פני אוטונומיית המטופל – אינטרס טובת המטופל, ואינטרס בריאות הציבור בכללם. כך, למשל, החוק קובע כלל של תיעוד מידע ברשומה רפואית – ומוציא ממנו תרשומת אישית;³⁴ קובע חובת שמירה על סודיות מידע רפואי – ומונה לצדה רשימת מקרים שבהם המטפל יכול ואף חייב למסור מידע רפואי סודי לצדדים שלישיים;³⁵ וקובע את זכותו של מטופל לקבל מידע רפואי על אודותיו – ובה בעת קובע חריג

31 ב"ש (מחוזי טב') 126/90 **טרבלסי נ' פקידת הסעד**, ת"ש(3) 206 (1990).

32 שם, בפס' 5 לפסק הדין.

33 פסק הדין לא פורסם, ומאוזכר במאמרה של השופטת נילי מימון "התמודדות המחוקק עם שאלת מתן טיפול רפואי ללא הסכמה או בכפייה" **רפואה ומשפט** 17, 78-84 (1997).

34 ס' 17(א) לחוק זכויות החולה.

35 ס' 20 לחוק זכויות החולה.

המאפשר מניעת מידע כזה מהמטופל, במקרים מתאימים.³⁶ בדרך דומה עיגן החוק את כלל ההסכמה מדעת לטיפול כשקבע כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה".³⁷ על פי החוק, על החלטת המטופל להיות חופשית מלחץ ומתלות³⁸ ולהיות מבוססת על מלוא המידע הרלוונטי להחלטתו.³⁹ הנחת המוצא של כלל זה היא כי "החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול".⁴⁰

לבררת מחדל זו נקבעו בחוק שלושה חריגים, אשר בהתקיים כל אחד מהם מותר לטפל במטופל אף בהיעדר הסכמה.

הלכל החוקי, המחייב את קבלת הסכמתו מדעת של המטופל לטיפול, מעגן עיקרון שכבר הוכר ועוצב שנים רבות קודם לכן בהלכה הפסוקה.⁴¹ לעומת זאת, החריגים לכלל ההסכמה הם במידה רבה יצירי כפוי של חוק זכויות החולה.⁴² על אף היותם יצירה חדשה ומעוררת מחלוקת, לא זכו החריגים לכלל ההסכמה מדעת לדיון אקדמי או שיפוטי מקיף. אנשי הצוות הרפואי, כמו גם חברי ועדות האתיקה אשר הוקמו מכוח החוק, ואשר הופקדו על יישומו של אחד מהחריגים, נאלצו במהלך השנים להתמודד לבדם עם שאלות באשר למהות ההבדלים בין החריגים השונים ובין נסיבות הפעלתם, כמו גם עם תהיות באשר לגבולות שיקול הדעת שבבסיס כל אחד מהחריגים.

3. טיפול "בהיעדר הסכמה" וטיפול "על אף סירוב מדעת"

א. החריגים לכלל ההסכמה מדעת ונסיבות תחולתם

החריגים לכלל ההסכמה מדעת לטיפול רפואי נקבעו בסעיף 15 לחוק, והם עוסקים בשלושה מצבים:

³⁶ ס' 18 לחוק זכויות החולה.

³⁷ ס' 13 לחוק זכויות החולה.

³⁸ ס' 13(ג) לחוק זכויות החולה.

³⁹ ס' 13(ב) לחוק זכויות החולה.

⁴⁰ ע"א 434/94 ברמן נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997).

⁴¹ שם, בעמ' 214-215.

⁴² דיון מסוים בחריגים לכלל ההסכמה התקיים עוד בטרם נחקק החוק והוא נגזר מסעיפים 24(5) ו-24(8) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. עם זאת, דיון זה היה מצומצם ולא נקבעו בו כללים ברורים. ראו: נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, **התשנ"ו-1996** 423-425, 448-449 (2008).

סעיף 15(1) לחוק מסמין את הצוות הרפואי לטפל במטופל "טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת", כלומר טיפול פשוט וסטנדרטי,⁴³ כאשר "מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת". סעיף זה יחול אפוא על קטינים, מטופלים חסרי הכרה, מטופלים שהוכרזו חסרי כשרות, וכן מטופלים שלא הוכרזו רשמית חסרי כשרות, אך אובחנו בידי איש צוות מיומן כמי שאינם כשירים בפועל לקבל החלטות.

הסעיף יכנס לתוקפו רק בנסיבות בהן לא ניתן לאתר את נציגו החוקי של המטופל, באם קיים כזה, שהרי אם ניתן היה לאתר, היתה החלטת הטיפול נתונה בידי של נציג זה, מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות,⁴⁴ או מכוח חקיקה המאפשרת מינוי מיופה כוח.⁴⁵

סעיף 15(2) לחוק מסמין את ועדת האתיקה של בית החולים לאשר טיפול במטופל "מתנגד לטיפול רפואי", "אף בניגוד לרצון המטופל", בכפוף לכמה תנאים, ובראשם היות המטופל שרוי בסכנה רפואית חמורה. סכנה חמורה הוגדרה בחוק כ- "נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי".⁴⁶

סעיף 15(3) לחוק שב ודן במטופל אשר "בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי" לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת", אך הפעם הוא מסמין את הצוות לספק למטופל גם טיפולים המנויים בתוספת – שהם טיפולים קשים, מורכבים ובעלי השלכות רחבות – כאשר המטופל נמצא ב"מצב חירום רפואי". מצב חירום רפואי הוגדר בחוק "נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף".⁴⁷ "ל"מצב חירום" יש אפוא יסוד של דחיפות ומידיות, הנעדר מהגדרת "סכנה חמורה". מתן טיפול רפואי, בנסיבות האמורות בסעיף זה, כפוף לאישורם של שלושה רופאים מומחים שתנאי החריג התמלאו.

בעוד ההבדל בין הנסיבות המתירות את השימוש בסעיף 15(1) לאלה המתירות את השימוש בסעיף 15(3) הוא ברור וטמון בדחיפות ובמידיות הצורך לתת טיפול

⁴³ (ההדגשה הוספה מ.פ.). בתוספת לחוק מנויים הטיפולים האלה: ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה; צנתורים של כלי דם; דיאליזה; טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה); טיפולי הפריה חוץ גופית; כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים. טיפולים שאינם מנויים ברשימה זו הם ככלל טיפולים פשוטים ומעוטי השלכות.

⁴⁴ חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

⁴⁵ כגון ס' 16 לחוק זכויות החולה עצמו. אחד מתנאי החלתו של ס' 15(1) הוא ש"אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוסטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין".

⁴⁶ ס' 2 לחוק זכויות החולה.

⁴⁷ שם.

לפרט, הרי שקיים במערכת הבריאות, כמו גם בפסיקה, חוסר ודאות באשר להבחנה בין החריג הקבוע בסעיף 15(2) לחוק לבין זה המנוי בסעיף 15(3). חוסר הוודאות האמור נובע, בין היתר, מהיעדרם של דברי הסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992.⁴⁸ לבלבול תרמה אף יותר עבודת הטלאים החקיקתית – שנעשתה בחלקה במהלך דיוני ההצבעה בקשר להצעת החוק, בלא דיון מוקדם בוועדה ובלא תכנון מוקדם. עבודת טלאים זו הביאה לידי כך שהנוסח הסופי שונה, בחלקו מהותית, מנוסח הצעת החוק, כשהתוספות או השינויים שנשזרו בו לא תמיד משתלבים באופן המיטבי והקוהרנטי ביותר.

סעיף החריגים לכלל ההסכמה מדעת (סעיף 15 לחוק, שהיה סעיף 16 להצעת החוק) הוא אחד הסעיפים שהשתנו שינוי של ממש במהלך החקיקה. בהצעת החוק המקורית לא היה זכר לחריג המעוגן כיום בסעיף 15(1), בעוד שהיתה קיימת הבחנה ברורה בין המקרים המתוארים כיום בסעיפים 15(2) ו-15(3). מעניין לציין שבהצעת החוק מוקם החריג המופיע כיום בסעיף 15(3) (או ליתר דיוק – נוסח דומה לו), והמותנה בהתקיים "מצב חירום", לפני החריג המעוגן כיום בסעיף 15(2), הנזקק למונח "סכנה חמורה". בנתון זה יש כדי לחזק טענה באשר להיעדרו של רצף פנימי בין הסעיפים, המבוסס על חומרת מצב המטופל או דחיפות הטיפול בו. לאור נתון זה, ואי-סדירות עבודת החקיקה שהביאה לידי נוסח החוק הנוכחי, אף לא יהיה נכון לטעון לרצף פנימי כזה בנוסח החוק הסופי, או להסיק כל מסקנה על בסיס טענה מסוג זה.

ההבחנה בין החריגים המעוגנים בסעיף 15 אינה היפותטית. הבחנה ברורה בין הנסיבות המביאות להפעלת כל אחד מהחריגים חשובה משום ההבדל בין הפתרונות המשפטיים המוצעים בכל אחד מהסעיפים: סעיף 15(3), הדן במטופל שאינו יכול לתת הסכמה ב"מצב חירום", מותר בידי הצוות המטפל את ההכרעה באשר לביצוע הטיפול. לעומת זאת, סעיף 15(2), הדן בטיפול במטופל מסרב הנתון ב"סכנה חמורה", מחייב את אישורה של ועדת האתיקה של בית החולים לביצוע הטיפול, בכפוף לתנאים המנויים בו.

ב. המשתנה הראשי המבחין בין הסעיפים: יכולתו של המטופל לקבל החלטה

בין החריגים המעוגנים בסעיפים 15(3) ו-15(2) טמונה בראש ובראשונה הבחנה מהותית – בין נסיבות של העדר עמדה באשר לטיפול לנסיבות של "סירוב מדעת" לטיפול, ולא כמותית – של דרגת דחיפות.

⁴⁸ הצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 2132, 359, 360. דברי ההסבר הקצרים המובאים בתחילת ההצעה כוללים אך הסבר על הרציונל שבבסיס ההחלטה להגיש הצעת חוק העוסקת בזכויות מטופלים, ועל ההיסטוריה של הצעות החוק הפרטיות שהביאו לגיבושה.

סעיף 15(3) מעגן בחוק את "דוקטרינת מצב החירום". דוקטרינה זו מבוססת על פיקציה משפטית, לפיה נתונה למטפל "הסכמתו מכללא" של המטופל לטיפול חירום הכרחי, כאשר אין אפשרות לקבל את הסכמתו לטיפול.⁴⁹ בטרם נחקק החוק עוגנה דוקטרינה זו בסעיף 24(8) לפקודת הנזיקין,⁵⁰ שהעניק הגנה למי שנתבע על תקיפה, אם "עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו [...] ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה".⁵¹

בהתאם לדוקטרינה זו, המטופל הנדון בסעיף 15(3) הינו כזה אשר "בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי" אינו יכול לתת הסכמה לטיפול – כלומר, בשל העדר הכרה, העדר כשירות – קבוע או זמני, או קוצר זמן, אשר אינו מאפשר את ניהולו של תהליך הסכמה מדעת מספק, אין ביכולתו להביע עמדה מושכלת, או להביע עמדה בכלל.

אפשרות מעורבותו של מטופל שכזה בתהליך קבלת ההחלטה הטיפולית הינה מוגבלת מעיקרה. סמכות ההכרעה באשר לטיפול בו תהיה נתונה לנציגו הרשמי של המטופל, ובהיעדרו – לצוות. התנגדותו של מטופל כזה לטיפול, אם הובעה (למשל כאשר המטופל הוא קטין המתנגד לטיפול, או מטופל בוגר המצוי בהכרה אך הלום לאחר תאונת דרכים קשה), לכל היותר תשוקלל (ואכן ראוי כי תשוקלל) במסגרת שיקול הדעת של נציגיו או של הצוות המטפל בו, אך אין היא עומדת בפני עצמה, והיא חסרת תוקף משפטי במובנו הפשוט – שכן מי שאינו כשיר לתת הסכמה מדעת,

או שאין זמן להעבירו תהליך של הסכמה מדעת, גם אינו יכול לסרב סירוב מדעת.⁵² אמנם סעיף 15(1) לחוק, הדין בטיפולים פשוטים במצב שאיננו מצב חירום, שולל במפורש את סמכותו של הצוות הרפואי לטפל במטופל שאינו יכול לתת הסכמה לטיפול בזמן אמת, במקרים שבהם ידוע לצוות, כי "המטופל [...] מתנגד למתן הטיפול". הוראה זו, לכאורה, נותנת מעמד עצמאי להתנגדותו, הפיזית או המילולית, של מטופל בלתי כשיר, או מטופל המועבר במהירות, למשל, לניתוח לאחר תאונת דרכים, ואשר לא ניתן להסביר לו את השלכות מצבו ולוודא כי עיכולן. עם זאת, יש לשים לב שהמחוקק אמנם נקט כאן לשון הווה ("מתנגד") אולם, אומר כרמי, "הכוונה היא, כמובן, לעמדתו בעבר, לפני היווצרות המצב הגופני או הנפשי שאינו מאפשר

49 ראו דיון בדוקטרינה זו אצל עמוס שפירא "הסכמה מדעת' לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** יד 225, 266–267 (1989).

50 פקודת הנזיקין [נוסח חדש]; פקודת הנזיקין, ע"ר 1944.

51 שאלת תחולתו של סעיף 24(8), לאחר חקיקתו של חוק זכויות החולה, נדונה בהרחבה אצל קרקו-אייל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 448–449.

52 ראו הקבלה זו, בין כשירות להסכים לטיפול לכשירות להתנגד לו, בתוך: Making Health Care Decisions, לעיל ה"ש 16 בע"מ 56.

את קבלת ההסכמה".⁵³

דוקטרינת מצב החירום רלוונטית, כאמור, כאשר אין המטופל מסוגל להביע את דעתו, התקפה משפטית, באשר לטיפול. אך אין דוקטרינה זו רלוונטית במקרה שבו הביע המטופל "התנגדות מדעת", כהגדרתו של עמוס שפירא, ואי-אפשר להשתמש בה "כצידוק למתן טיפול רפואי בניגוד לרצונו המיודע, הצלול והחד משמעי של החולה".⁵⁴

פרשנותם הראויה של סעיפים 13 ו-15 לחוק מחייבת הכרה בזכותו המלאה של מטופל כשיר ומיודע לסרב מדעת לטיפול, שאין הוא מעוניין בו, גם אם משמעות הדבר היא קירוב קצו או אבדן איבר בגופו. בעובדת היות המטופל מצוי במצב חירום, אין כשלעצמה כדי לאיין את תוקף סירובו של מטופל כשיר לטיפול המוצע לו, ואי-אפשר להחיל על מטופל כשיר, מיודע ומסרב את החריג הקבוע בסעיף 15(3). כפי שמציין כרמי בהקשר זה:

"רופא הנתקל בהתנגדות של חולה לטיפול המוצע ממניעים הנראים בעיני הרופא כבלתי הגיוניים רשאי – ואף חייב מן הבחינה האתית – לתהות על מניעי ההתנגדות, ולנסות להשפיע על החולה, אם הדבר נראה לו, להסכים לקבלת הטיפול. אולם ההשפעה חייבת להיות מבוקרת, ואם החולה עומד על דעתו יש לכבדה".⁵⁵

בעוד דוקטרינת מצב החירום אינה חלה על מטופל המתנגד "התנגדות מדעת" לטיפול, הרי סעיף 15(2) לחוק נחקק במיוחד כדי להוסיף על ההיתר המעוגן בדוקטרינת מצב החירום, ולאפשר במקרים חריגים טיפול למרות סירובו המיודע, הצלול והחד-משמעי של החולה.

לעומת המטופל הנדון בסעיף 15(3), המטופל הנדון בסעיף 15(2) הוא בהגדרה מטופל כשיר.⁵⁶ להתנגדותו יש תוקף משפטי עצמאי, ומתוקפה בלבד נאסר על הצוות לטפל בו. התנגדותו של המטופל כאן איננה אך שיקול אחד בין מגוון שיקולי הצוות אם לחייבו בטיפול. התנגדותו כאן משמעה הטלת וטו מוחלט על כל התהליך. וטו זה יהיה ניתן לעקיפה אך ורק בהתמלא תנאיו של סעיף 15(2).

ג. מיהו המטופל המסרב מדעת לצורכי ההבחנה בין החריגים?

כאמור לעיל, כאשר המטופל אינו יכול להביע את דעתו המודעת באשר לטיפול,

⁵³ אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א, 1088 (2003).

⁵⁴ שפירא, לעיל ה"ש 49, בעמ' 267.

⁵⁵ שם, בעמ' 1089–1090.

⁵⁶ ראו בין היתר: כרמי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1091.

מוסמך הצוות, בתנאים ובנסיבות מסוימים, להחליט על טיפול בו, לפי שיקול דעתם המקצועי והטוב (סעיף 15(3)). לעומת זאת, כאשר המטופל כשיר ומסרב מדעת לטיפול, רק ועדת אתיקה (ובהיעדרה – בית המשפט המחוזי) מוסמכים לאשר טיפול בו, למרות סירובו (סעיף 15(2)).

לפיכך בבואנו להבחין בין החריגים הקבועים בסעיף 15, עלינו לגבש תחילה עמדה באשר לקביעת יכולתו של המטופל לספק הסכמה מדעת ולסרב סירוב מדעת.

סעיף 15(2) לחוק לא יחול כאשר מדובר בטיפול בקטין, כמו גם באדם בגיר, אשר כשירותו נשללה בצו בית המשפט. טיפול רפואי בחריגים לכלל הכשירות, כלומר בקטינים ובפסולי דין, מוסדר בסעיפים 15(1) ו-15(3) לחוק, כל עוד אין נציגם החוקי – אפוסטרופוס או מיופה כוח – זמין לתת את חוות דעתו באשר לטיפול.

התנגדות לטיפול מפיו (או כעולה מהתנהגותו) של מטופל, אשר על פי חוק או בהחלטת בית משפט נקבע שאינו כשיר, אינה מהווה סירוב בעל תוקף משפטי – כפי שהסכמתו של אותו מטופל אינה יכולה להוות הסכמה מדעת, כהגדרתה בסעיף 13(א) לחוק. עם זאת, כמובן, יש לתת לסירוב זה משקל בדיון בלגיטימיות הטיפול במטופל כזה, וניתן לתת תוקף משפטי לסירוב זה (גם כאשר נציגו החוקי של המטופל מסרב לו), באמצעות כלים שנקבעו לכך בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, והזמינים להפעלה על ידי כל צד רלוונטי לדיון.

מסקנה זו, באשר לאי-תחולת סעיף 15(2) על מי שנשללה כשרותם המשפטית (על פי חוק או בצו בית משפט), אינה ממצה את הדיון באשר לזהותו של המטופל חסר היכולת להחליט, שכן מטופלים רבים עלולים לאבד את כשירותם, איבוד ארעי או ממושך, באופן השולל מהם את האפשרות או היכולת להחליט על הטיפול הרפואי שניתן להם, אף שלא נשללה מהם רשמית הכשרות המשפטית.⁵⁷

דוגמה שכחה להיעדר כשירות מעשית מסוג זה ניתן לאתר במטופלים הסובלים מדמנציה בשלבים אלה או אחרים, ואשר מעולם לא נדונה כשירותם על ידי גורמים רשמיים, וכן במטופלים הנתונים במצב של חוסר הכרה על רקע אפיזודה רפואית נקודתית. כך גם מטופלים קשישים, הלוקים בדלקת בדרכי השתן, סובלים במקרים רבים מהזיות, אך הם ישובו למצב כשיר, לאחר טיפול אנטיביוטי קצר, אם היו כשירים לפני המחלה. בטרם תרפא האנטיביוטיקה את המחלה, יהיו מטופלים אלה חסרי יכולת לקבל החלטות באשר לטיפול בהם, ולכן גם חסרי יכולת להסכים למתן האנטיביוטיקה עצמה או לסרב לו.

כך גם בפרשת מחבר⁵⁸ נמצא התובע כמי שאיבד את יכולתו להחליט החלטות באשר לטיפול בו, על רקע הפרעה קוגניטיבית אשר נבעה מלחץ של גידול על המוח.

⁵⁷ שם, בעמ' 989.

⁵⁸ ת"א (מחוזי י"ם) 8067/06 מחבר נ' הסתדרות מדיצינית הרסה, תק"מח 2009(1) 13, 520 (2009) (להלן: "פרשת מחבר").

הפרעה קוגניטיבית זו הייתה צפויה לחלוף לאחר ניתוח להסרת הגידול. לולא הייתה חולפת, סביר שהיה ממונה לתובע אפוטרופוס, שכן היה בהפרעה קוגניטיבית זו כדי לפגוע ביכולתו להחליט החלטות גם בהקשרים אחרים בחייו. עם זאת, מינוי שכזה לא היה קיים לפני הניתוח, ולא היה די זמן להוציאו לפועל, לנוכח דחיפות הפעולה הרפואית שעמדה על הפרק.

מקרה מובהק פחות, אך לא נדיר, יהיה מקרהו של מטופל המובהל לבית החולים מזירת תאונת דרכים שבה נפגע פגיעה קשה, המחייבת ניתוח מיידי. בחלק מהמקרים מסוג זה יהיה המטופל בהכרה (במובנה הפשוט), אך דחיפות הטיפול בו לא תאפשר מסירת המידע הנדרש לו לצורך הסכמה מדעת, ומצב ההלם שבו נתון לעתים מטופל כזה לא יאפשר לו לעכל את המידע, גם אם ניתן לספקו בקצרה. במקרים כאלה יהיה ראוי לראות במטופל מי ש"בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי [...] לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת", כהגדרת סעיף 15(3), ולהותיר את שיקול הדעת באשר לטיפול בו בידי הצוות המטפל.

ברגיל, כאשר יש ספק באשר לכשירותו של המטופל להחליט החלטות טיפוליות, ומצבו מאפשר את דחיית הטיפול, ראוי להעביר את שאלות יכולתו של המטופל להחליט החלטות להכרעת בית המשפט. עם זאת, לעתים מידת דחיפות הטיפול (גם אם אינה בגדר "מצב חירום") אינה מאפשרת את ניהולו של הליך משפטי מלא בשאלת כשירותו של המטופל ומתן הוראות טיפול, לפי הצורך, או מינוי אפוטרופוס. מקרים מסוג זה מעוררים צורך לבחון אד-הוק את יכולת המטופל להסכים לטיפול או לסרב לקבלו. בחינה אד-הוק מסוג זה, דווקא בשל היותה הליך העוקף את ההליך המשפטי המסודר, ראוי שתביא לכלל המסקנה שאין מסוגלות כזאת אך ורק במקרים שבהם המסקנה חד-משמעית בנדון. לעמדתני, פרשנותו הקוהרנטית של החוק מחייבת להסיק כי בכל מקרה של ספק וקושי להעריך את מידת יכולתו של המטופל להחליט החלטה רפואית, ראוי שתיטה הכף לטובת ההנחה שהוא כשיר, ויש לתת בכורה להעדפותיו, כפי שהוא מביע אותן, אף אם טובתו הרפואית של המטופל מחייבת מתן טיפול.

השאלה היא, כמובן, מהם רכיבי המסוגלות, אשר בהיעדרם ייחשב הפרט למי שאינו יכול לקבל החלטה מדעת, בין "הסכמה מדעת" ובין "התנגדות מדעת", באשר לטיפול בו.

ראשית, חשוב להדגיש שאין אנו בוחנים בשלב זה של בחירת הסעיף המתאים, את אוטונומיית ההחלטה שאליה הגיע בפועל המטופל, אלא אך את קיומם, בנקודת הזמן הרלוונטית לטיפול, של כישורים (Capacities) המאפשרים לפרט לקבל החלטה מודעת.

דיון נרחב התקיים בספרות באשר למהותם של כישורים אלה, ונראה שיש כיום תמימות דעים עקרונית, בישראל כמו גם בכלל מדינות המערב, באשר לכמה כישורים, אשר בהיעדר כל אחד מהם ראוי לראות במטופל חסר יכולת להחליט החלטות. ואלה

הם:⁵⁹ היכולת להגדיר מטרות וערכים (ובכלל זה היכולת להבחין בין "טוב" ל"רע"); היכולת לקבל מידע ולהבין; היכולת לנתח מידע זה באופן מובנה ולהגיע על בסיסו למסקנות; והיכולת ליידע אחרים בדבר מסקנות אלה.

ברור, עם זאת, שיכולות אלה אינן בינאריות במהותן, כלומר אינן קיימות במלואן או נעדרות במלואן בכל פרט. כל פרט יכול להיות בעל רמה כזו או אחרת, בלתי מלאה (באם בכלל קיימת דרגה "מלאה"), של כל אחד מהכישורים האמורים. כיצד אפוא נחליט מתי יש לפרט מספיק מכל אחד מהכישורים כדי שייחשב לבעל יכולת להחליט החלטות?

לדעת תום ביצ'ם (Beauchamp) וג'יימס צ'יילדרס (Childress),⁶⁰ ובעקבותיהם גם עמדת ועדת הנשיא משנת 1982,⁶¹ הערכת כשירותו של הפרט להחליט חייבת להיות תלויה נסיבות ולהתמקד ביכולתו של הפרט להבין את המידע הרלוונטי להחלטה המסוימת העומדת על הפרק ולנתחו באופן מסודר.⁶² הערכה ממוקדת נסיבות זו אף הולמת הליך הערכת מסוגלות מוגבל בזמן, הרלוונטי לחלק מההחלטות הטיפוליות הנדונות בסעיף 15(2). על הערכה זו להתבצע על ידי אדם המתמחה בהערכת כישורים אלה – לרוב גרונטולוג, פסיכיאטר או עובד סוציאלי – לפי הנסיבות, תוך שיתוף פעולה עם אנשי מקצוע נוספים, ותוך איסוף מידע רב ככל האפשר, המעיד על מידת הבנתו של הפרט ועל הטעמים לסירובו לקבל טיפול, ממשפחת המטופל ומהצוות המטפל.⁶³

⁵⁹ ראו למשל: Making Health Care Decisions, לעיל ה"ש 16, בעמ' 57–60. גישה זו מקובלת אף בישראל, ראו: ירמיהו הייניק ואייזיק סולומיש "כיצד רופאים כותבים תעודות לעניין אפטרופסות בחולה הקשיש?" **הרפואה** 140, 827, 829 (2001). ראו בין היתר בנושא זה: Paul S. Appelbaum, *Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment*, 357 *NEW ENGL. J. MED.* 1834 (2007).

⁶⁰ TOM.L BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS* 123 (1994, 4th ed. (1979)) (להלן: BEAUCHAMP & CHILDRESS).

⁶¹ Making Health Care Decisions, לעיל ה"ש 16.
⁶² ראו עמדה התומכת בכשירות קונקרטיה למקרה במאמרו של מירן אפשטיין "בריאות, שוק וחירות – כביכול: חוק זכויות החולה בהקשר היסטורי" **רפואה ומשפט** 22, 6, 8 (2000).

⁶³ הסדר כזה נדון ומוסדר במפורש בס' 7 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005, ס"ח 2039. וזו לשון הסעיף:

"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".

ראו דיון כללי בסוגיית ההתנהלות בנסיבות כאלה: Graham Bean, *The Assessment of Competence to Make a Treatment Decision: An Empirical Approach*, 41 *THE CJP* 85, 86–88 (1996).

ד. פרשנות בעייתית של תחולת החריגים בפסיקה ובניירות עמדה

בשל אופיו הלא סדיר של תהליך החקיקה, והיעדרו של שיח אקדמי מקיף באשר לפרשנותו של סעיף 15 לחוק, יישומו של הסעיף – הן בחקיקה הן בפסיקה – לוקה בחוסר ודאות. בשל חוסר ודאות זה ניתנה פרשנות בעייתית לסעיף, הן בפסיקה הן בניירות עמדה מקצועיים, המבחינה בין סעיף 15(3) לסעיף 15(2) על פי מבחן "דחיפות ההליך", במקום להשתמש בראש ובראשונה במבחן "מסוגלות הסירוב מדעת", כאמור לעיל.

פרשנות, הלוקה בבעייתיות זו ניתנה, למשל, בפסיקת בית המשפט בפרשת **מחבר** האמורה.⁶⁴ בהליך זה נדון מקרהו של גבר בן 56, אשר החל לסבול מבלבול ומהפרעות זיכרון. הוא אובחן כסובל מסיבוך של גידול בבלוטת יותרת המוח, אושפז במחלקה הנוירו-כירורגית בבית החולים, ורופאיו המטפלים תכננו לנתחו. לאחר שהוסבר לתובע כי ייתכן שיוקדם מועד הניתוח, ניסה הוא לעזוב את בית החולים. התובע נבלם, לאחר מאבק, על ידי בנותיו ועל ידי צוות בית החולים, קיבל תרופות הרגעה, ולמחרת נותח.

רופאי בית החולים סברו שהמקרה נופל לגדרי החריג הקבוע בסעיף 15(3), כלומר טיפול במטופל הנתון בסכנה מיידית, "שמצבו הגופני או הנפשי" אינו מאפשר הסכמתו מדעת" (בשל פגיעת הגידול בפעילות מוחו), ואשר צריך לתת לו "טיפול רפואי דחוף". לפיכך אישרו הרופאים את ביצוע הניתוח על ידי החתמת שלושה רופאים על "טופס פעולה דחופה", כדרישת סעיף זה.

עקב הניתוח נגרם לתובע נזק, ובגינו הוגשה התביעה האמורה לבית המשפט, בין היתר בטענה שהתובע נותח בהיעדר הסכמה מצדו או מצד בני משפחתו. לפי עמדת התובעים, על עניינו של התובע חל דווקא סעיף 15(2) לחוק, העוסק במתן טיפול רפואי **חרף התנגדות המטופל**, ואשר תנאי הפעלתו, המאפשרים כפיית טיפול, לא התקיימו, לטעמם, כלל ועיקר.

בהכרעתו התמקד בית המשפט בשאלת דחיפות ביצוע הניתוח, וקבע כי הוכח לפניו שעובר לניתוח היה התובע נתון ב"מצב חירום רפואי". בהמשך לקביעה זו סיכם בית המשפט וקבע כי סעיף 15(3) הוא שדן במצב חירום רפואי, ולפיכך כלליו הם שחלים על המקרה, ו"רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל".

באשר לטענת התובעים כי סעיף 15(3) חל רק על מקרה שבו "לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת", ולפיכך אינו רלוונטי לטיפול בתובע, שהיה לטענתם כשיר וסירב במפורש לטיפול, התלבט בית המשפט והסתמך על שני טיעונים חלופיים: האחד – כי ספק אם ניתן בכלל בנסיבות של "מצב חירום רפואי" לקיים את הפרוצדורה

⁶⁴ פרשת **מחבר**, לעיל ה"ש 58.

המפורטת בסעיף 15(2) לחוק, כלומר להעביר את ההכרעה לוועדת אתיקה. השני – כי התנגדותו של התובע לניתוח לא הייתה "התנגדות מדעת", "אלא יסודה בהפרעה קוגניטיבית של התובע, אשר נבעה מלחץ על החדר השמאלי והאונה הקדמית של המוח"⁶⁵.

אמנם נראה שצדק בית המשפט בפסיקתו בנסיבות המקרה, שכן עולה מהן שהמטופל אכן לא התנגד להתנגדות מדעת לטיפול, אולם דרכו המשפטית של בית המשפט לאותה מסקנה היא בעייתית. במקום להתמקד תחילה בשאלת כשירות המטופל, ניתנה בה הבכורה לחומרת מצבו של המטופל ולדחיפות הטיפול בו, כתנאי ראשוני לבחירת החלופה ההולמת מסעיפים 15(3) ו-15(2).

גם ההסתדרות הרפואית בישראל, בנייר עמדה נלווה לחוק, שאותו ניפקה בשנת 2001 להשכלת חבריה, בחרה למיין את החריגים לכלל ההסכמה ואת הסמכויות הטמונות בהם על פי חומרת מצבו של המטופל ודחיפותו. וכך כתבה בנייר העמדה, בנוגע לסעיף 15(3):

"הבעיה עלולה להתעורר כאשר המטופל נמצא במצב חירום רפואי ומתנגד לטיפול. לכאורה על פי פרשנות מילולית דווקנית של הסעיף הדרישה השניה של הסעיף אינה מתקיימת שכן דעתו הובעה במפורש בהתנגדות לטיפול.

במקרה זה לא ניתן וגם לא רצוי להיעזר בסעיף 15(2) שכן הסעיף מטפל במקרה שמבחינת חומרתו הרפואית היא פחותה. לא סביר שבמקרה בו המצב הרפואי של המטופל חמור יותר לא תהיה אפשרות לטיפול כאשר מטופל מתנגד ואילו במצב רפואי פחות חמור תהיה אפשרות לטפל גם בניגוד לרצון המטופל.

על כן, אנו סוברים כי יש לתת לסעיף פרשנות רחבה כך שתאפשר לרופאים לתת טיפול בכל מקרה של חירום רפואי"⁶⁶.

הואיל ופרשנות זו באה מפי נציגי ההסתדרות הרפואית, אין היא מפתיעה, שכן היא מציעה הרחבה של הנסיבות שבהן תוכרע שאלת הטיפול על פי שיקול דעת רפואי – גישה שהינה טבעית לרופאים. אולם פרשנות זו מבוססת על הנחת מוצא מוטעית ולכן דווקא בה יש כדי להביא לידי חוסר היגיון הסדרתי.

⁶⁵ שם, בעמ' 13, 526.

⁶⁶ נייר עמדה בנושא "חוק זכויות החולה", ההסתדרות הרפואית בישראל, האגף למדיניות ציבורית (2001).

ה. פרשנות צרה מדי של המונח "מצב חירום" כרקע לטעות הפרשנית

הנחת המוצא, שעמדת ההסתדרות הרפואית דלעיל ועמדתו של בית המשפט בפרשת **מתבר** מבוססות עליה, היא שההסדר הקבוע בסעיף 15(2), והדן בסכנה חמורה "בלבד", אינו יכול לחול על מטופל השרוי במצב חירום. הנחה זו מוטעית הן ברובד הפרשני הן ברובד המעשי.

סעיף 15(2) לחוק בא להגדיר חומרת מצב **מינימאלית** – "סכנה חמורה" – אשר ממנה והלאה יהיה מוצדק להתערב בהחלטתו של אדם כשיר בהיותו שרוי ב"סכנה חמורה", ברור מקל וחומר שמוצדקת התערבות כאמור במקרה חמור ממנו, הכולל רכיב של דחיפות. מצב חירום כולל בחובו מטבעו גם את הנסיבות המגבשות "סכנה חמורה", ויענה אפוא על דרישות סעיף 15(2). די שהמטופל יהיה נתון בסכנה חמורה כדי לעמוד בתנאי סעיף 15(2) – ולחייב את אישורה של ועדת האתיקה לטיפול בו – אך מצבו יכול להיות חמור מכך ואף להגיע לכדי "מצב חירום", ועדיין להצדיק את הפעלת סמכות הוועדה.

כפי שראינו לעיל, תומכיו של מיון החריגים על פי דחיפות מצב המטופל טוענים בהקשר זה, כי מסירת סמכות ההחלטה בעניין הטיפול לידי הצוות היא מוצדקת בכל מצב חירום, לנוכח קוצר הזמן המאפיין מצב זה, ואשר אינו מאפשר כלל את כינוסה של ועדת אתיקה ואת דיוניה – כדרישת סעיף 15(2). כלומר על פי רציונאל זה, גם אם מהבחנה הפרשנית ניתן לכלול "מצב חירום" בגדרן של הוראות סעיף 15(2), הרי במישור המעשי ממילא אי-אפשר לכנס את ועדת האתיקה. לפיכך ראוי ומידתי, לפי דעה זו, לאפשר בכל מקרה של מצב חירום לפעול על פי שיקול דעת רפואי זריז, ולטפל על בסיסו בכל מטופל – בין שהוא כשיר ובין שאינו כשיר.

עמדה פרשנית זו שוגה בפרשנות צרה ונוקשה מדי של המונח "סכנה מיידית" ובעקבותיה בפרשנותו של המושג "מצב חירום". מצב חירום ראוי שיפורש כעשוי לכלול גם מקרים שבהם נדרש למטופל טיפול בטווח של שעות מספר, ולעתים גם בטווח של ימים ספורים, ולא רק מקרים שבהם נדרשת תגובה טיפולית בטווח של שעה או דקות. משמעה של פרשנות רחבה וגמישה זו כי בהחלט יהיו מקרי חירום שבהם יהיה די והותר זמן לכינוסה של ועדת האתיקה.

לצורך ביסוס פרשנות זו ראוי להניח לרגע לדיון באשר לסעיף 15(2), ולבחון דווקא את ההבחנה בין סעיף 15(3) לסעיף 15(1). פרשנות נכונה של המושג "מצב חירום" ראוי שתתבסס על התשובה לשאלה הזאת: מהו ההיגיון שביסוד ההבחנה החקוקה בין טיפול בפרט "שאינו יכול לתת הסכמה" במצב חירום (על פי סעיף 15(3)) לטיפול באותו הפרט במצב רגיל (על פי סעיף 15(1))?? מדוע בחר המחוקק למנוע מהצוות את אפשרות מתן הטיפול "המנוי בתוספת" במצב רגיל, שבו אין גורם היכול לתת הסכמה תקפה, והתיר אותה רק במצב חירום?

אני מבקשת להציע כי המחוקק קבע הבחנה זו מכיוון שביקש לצמצם ככל הניתן

את האפשרות שמטופל יקבל טיפול מכריע גורלות, בלתי הפיך ובעל השלכות ארוכות טווח על בריאותו וחיי, בלי שתינתן לכך הסכמתו של המטופל או של נציג חוקי שלו. על פי היגיון זה, הנחת המוצא ב"מצב רגיל" היא שמצבו הרפואי של המטופל מתיר די זמן, בטרם תגיע נקודת האל-חזור הטיפולית, להשגתה של הסכמה תקפה – בין על ידי טיפול ביניים, אשר ישיב את המטופל להכרה, בין על ידי ניסיון לאתר אפוטרופוס או מיופה כוח קיים, ובין על ידי פנייה לבית המשפט, בבקשה למינויו של אפוטרופוס ייעודי לביצועה של הפעולה הרפואית המסוימת. לאור הנחת מוצא זו קבע החוק שיש להשקיע במצב רגיל מאמצים להשגתה של הסכמה תקפה, וכי כל עוד לא הפך מצבו של המטופל למצב חירום, אין לטפל במטופל טיפול משמעותי ופולשני (מהסוג המנוי בתוספת) בלי שתושג הסכמה כזאת.

לעומת זאת, הנחת המוצא ב"מצב חירום" היא שאין מצבו של המטופל מאפשר המתנה לגיבושה של הסכמת המטופל עצמו, או הסכמת נציג חוקי זה או אחר, ולפיכך אין כל בררה אלא להטיל את סמכות ההכרעה על כתפי הצוות – כדי להגן על שלומו של המטופל – הן בהקשרם של טיפולים מורכבים, המנויים בתוספת לחוק, וקל וחומר בהקשרם של טיפולים פשוטים. הרציונאל החקיקתי שביסוד ההבחנה בין סמכויות הטיפול בשני המצבים הנדונים – חירום ושאינו חירום – נעוצה אפוא בשאלת היכולת להשיג הסכמה תקפה מבחינה משפטית לטיפול (מהמטופל עצמו או מנציגו הרשמי), בתוך פרק הזמן הנתון לנו, לטיפול טוב ויעיל במטופל.

לנוכח רציונאל חקיקתי זה, קביעת פרק זמן קצר וקבוע שישמש אמת מידה נוקשה להבחנה בין מצב חירום למצב שאינו כזה, אינה ראויה. המושג "מצב חירום" צריך להתפרש בגמישות ובהתחשב בנסיבות. למצב חירום ייחשב מקרה שבו גם אם נדחה את הטיפול ככל שהמצב הרפואי מאפשר, עדיין לא נוכל להשיג הסכמה מדעת מהמטופל או מנציג חוקי קיים או עתידי שלו. נסיבות כאלה, שבהן יש לטפל במטופל בדחיפות, אשר אינן מאפשרות המתנה לחזרת המטופל להכרה, להגעת נציגו או למינוי נציג חדש, תוגדרנה "מצב חירום".

על כן, ובהתחשב בכך שניתן לפנות ולקבל צו אפוטרופוסות לפעולה רפואית בתוך כיומיים, ככלל לא יוכל הצוות להגדיר את המטופל כנתון "במצב חירום רפואי", כמשמעו בחוק, ולטפל בו טיפול "המנוי בתוספת", במקרים שבהם ניתן, בלא סיכון החולה, לדחות את הטיפול בו כיומיים, ולהשיג את הסכמת נציגו החוקי שימונה. מנגד, כל טיפול שחייבים לספק למטופל בתוך אותו הטווח של יומיים – שאם לא כן יהיה נתון בסכנת חיים או בסכנה לנכות חמורה בלתי הפיכה – יכול להיחשב לטיפול חירום, הכפוף לתנאי סעיף 15(3) לחוק. לעניין זה, היינו הך אם עומדות לרשות הצוות הרפואי שעתיים או יממה. השאלה היא אם בפרק הזמן הנתון, יהיה אפשר לשנות את הנסיבות החוקיות, ולעבור ממצב שבו אין גורם המוסמך להסכים לטיפול, למצב שבו זמין גורם מוסמך כזה. אם שינוי נסיבות כאמור אינו אפשרי, יש לראות במצבו של המטופל מצב חירום מיד משאובחנה הבעיה, ולפעול כמתבקש.

כל פרשנות צרה ונוקשה יותר של המושג "מצב החירום" תהיה הרת אסון לבריאותם של מטופלים רבים, שכן היא תחייב את הוצאתם של מקרים רפואיים רבים מסמכות הטיפול על פי סעיף 15(3), ותכפיף אותם לסעיף 15(1) דווקא – אשר אוסר מתן טיפול, מהסוג המנוי בתוספת לחוק, כאשר המטופל אינו במצב חירום. כך, למשל, אם תאומץ פרשנות צרה ונוקשה של המושג מצב חירום, יהיה על הצוות להימנע, לחלוטין, מביצועם של כל ניתוח, צנתור או דיאליזה, אשר אינם נדרשים בטווח של דקות ממש – במטופל אשר אינו כשיר ואין לו אפוטרופוס. בהימנעות כזאת אין כל היגיון, שכן האם יש הבדל גורף ומובהק, בהקשר זה, בין ניתוח המחויב בטווח של שעה, לניתוח כאמור הנדרש בטווח של יממה? פרשנות צרה כזאת היא בלתי סבירה בעליל, שכן היא תביא למצב שבו הצוות פשוט ימתין, בלא כל תוחלת נראית לעין, עד להחמרה קריטית במצבו של המטופל, ורק אז ינתח אותו. בדחייה זו יהיה רק כדי להביא לפגיעה בסיכויי הצלחת הטיפול ולסיכון חיי המטופל ובריאותו. הבחנה זו בין מצב חירום למצב שאינו חירום על בסיס היכולת להמתין להשגת הסכמה מדעת מגורם מוסמך חייבת לעמוד לנגד עינינו גם כאשר אנו ניגשים לפרשנות סעיף 15(2) – שהרי אין לפרש מונח מסוים באותו הסעיף בשני אופנים נבדלים, על פי השאלה העומדת על הפרק.

משקבענו כי "מצב חירום", כהגדרתו בחוק, יכול להתקיים גם כאשר ניתן לדחות את הטיפול במטופל ביממה ואף יותר, עלינו ליישם מסקנה זו גם בבואנו לפרש את תחולתו של סעיף 15(2) לחוק, ולפסול את ההנחה באשר לחוסר היכולת לכנס ועדת אתיקה בכל מקרי החירום.

למעשה, לפי הפרשנות המוצעת של המושג מצב חירום, ברבים ממקרי החירום יש די והותר זמן לכינוסה של ועדת האתיקה ולשימוש בסמכותה על פי סעיף 15(2) לחוק. מסקנה זו מתחזקת לאור ראיות המעידות על יכולתה של ועדת האתיקה להתכנס במהירות גבוהה למדי. כך, למשל, היו מקרים, שהייתי עדה להם אישית, שבהם התכנסה ועדת האתיקה והחליטה בתוך שלוש שעות ממועד זימונה. היתכנותו של תהליך אישור מהיר כזה תלויה במידה רבה ברצון הצוות המטפל (אם פנה בשלב מוקדם של תהליך ההחלטות או בחר לדחות את הפנייה לרגע האחרון) ובנגישותה ובמימונותה של הוועדה. אלה משתנים שניתן לשלוט בהם, ואשר הבנת חשיבותם מכרעת להגנת זכותו של הפרט הכשיר לסרב לטיפול.

יתרה מזו, פרשנות הרואה בכל "מצב חירום" רפואי מצב שאין בו זמן לכינוס ועדת האתיקה מעקרת מתוכן את סעיף 24(ג) לחוק, שלפיו:

"התעורר מקרה שיש בו צורך בהכרעה דחופה של ועדת האתיקה ולא ניתן לכנסה בדחיפות הנדרשת מסיבה כלשהי, יוקנו לבית המשפט המחוזי סמכויותיה של ועדת האתיקה".

מסעיף זה עולה כי המחוקק בחן את האפשרות שמצבו של המטופל הכשיר יחייב דיון דחוף, אשר לא יאפשר את כינוס הוועדה ושימושה בסמכותה. עם זאת, תחת שיבחר במקרה כזה להעביר את סמכות ההכרעה הזריזה אל הצוות, בחר המחוקק בהעברתה במקרים דחופים אלה אל בית המשפט המחוזי – מתוך הכרה במאפייניו הייחודיים של סוג המקרים הנדון בסעיף 15(2), ובחשיבות הדיון המעמיק בהם. בדומה לאמור באשר להיתכנות זריזות פעולתה של ועדת האתיקה, כך גם היתכנות התערבותו המהירה של בית המשפט מותנית ברצון, בהכנה ובמימונתו. כך, למשל, כדי לייעל את תהליך הפניה לבית המשפט על פי סעיף 15(2), הוחלט במחוז חיפה למנות שופט קבוע, שאליה יוכל בית החולים לפנות במישרין לצורך זה, תוך קיצור הליכים וחיסכון בזמן.

ו. שיקולים נוספים המעדיפים את מבחן מסוגלות הסירוב על פני מבחן הדחיפות

הפרשנות המבכרת את משתנה דחיפות הטיפול כאמת מידה לבחירת החריג ההולם, מתוך חריגי סעיף 15 לחוק, ראויה להידחות מכמה שיקולים נוספים, ובראשם שיקול חוסר הקוהרנטיות הרעיונית ושיקול הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות הפרט. ראשית, סעיף 15(2), הודן במטופל מסרב, אינו מבחין בין "טיפול שאינו מנוי בתוספת" לכזה שמנוי בה – ובתנאים מסוימים מאפשר כפיית כל סוג של טיפול, כל עוד ניתן לכך אישורה של ועדת האתיקה. למרבית האירוניה, אם אנו מקבלים את הגישה לפיה דחיפות מצבו של המטופל היא המבחינה בין הסעיפים, הרי שעל פי סעיף 15(1), במצב שאינו חירום ניתן לטפל בפרט, שאינו מתנגד אקטיבית לטיפול, רק טיפול שאינו מנוי בתוספת, כלומר טיפול הפוגע פגיעה קלה בלבד באוטונומיית המטופל. על פי אותה הגישה, דווקא **למטופל המביע התנגדות מדעת**, כהגדרתו בסעיף 15(2), יהיה ניתן לתת גם טיפול המנוי בתוספת, כלומר לפגוע פגיעה ממשית וארוכת טווח באוטונומיית הפרט. לפי פרשנות זו, במצב שאינו מצב חירום, מטופל כשיר ומתנגד מדעת יהיה דווקא כפוף לאפשרות של פגיעה ממשית בגופו, למרות סירובו, בעוד מטופל בלתי כשיר יהיה חסין מהתערבות כזאת. תוצאה זו היא כמובן בלתי סבירה, שכן אין ביסודה כל היגיון טיפולי או מוסרי.

יתרה מזו, פרשנות כזאת, הדנה תחילה בדחיפות מצבו הרפואי של המטופל ורק לאחר מכן ביכולתו לקבל החלטות מדעת, פוגעת פגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות הפרט. פרשנות זו מאפשרת התעלמות מדעתו של המטופל בכל מקרה חירום רפואי, תוך הקבלה מלאה, ובלתי סבירה, בין מטופל כשיר ומודע, הנתון במצב חירום, למטופל בלתי כשיר במצב זהה. פרשנות זו הופכת את שאלת הצורך בטיפול לשאלה טכנית-מקצועית בלבד, ומעקרת אותה מערכים אישיים, וממגוון של מאפייני אישיות ודעות – שיקולים שאותם ניסתה הביו-אתיקה להטמיע במערכת, ואשר הם שמונחים בבסיסו של החוק.

לסיכום האמור לעיל, אין כל מקום לראות את מצבו של המטופל ודחיפות הטיפול בו כאבן הבוחן להבחנה בין מקרים שיהיו מסורים לסמכות ועדת האתיקה, על פי סעיף 15(2), לבין אלה שיועברו לשיקול דעת הצוות, על פי סעיף 15(3). ההבחנה הראשונית בין שני החריגים לכלל ההסכמה מדעת טמונה ביכולתו של המטופל לסרב סירוב מדעת. קיומה של יכולת זו יפנה את המקרה לוועדת האתיקה, על פי סעיף 15(2), והיעדרה יכפיף את המקרה לשיקול דעת הצוות, כאמור בסעיף 15(3).

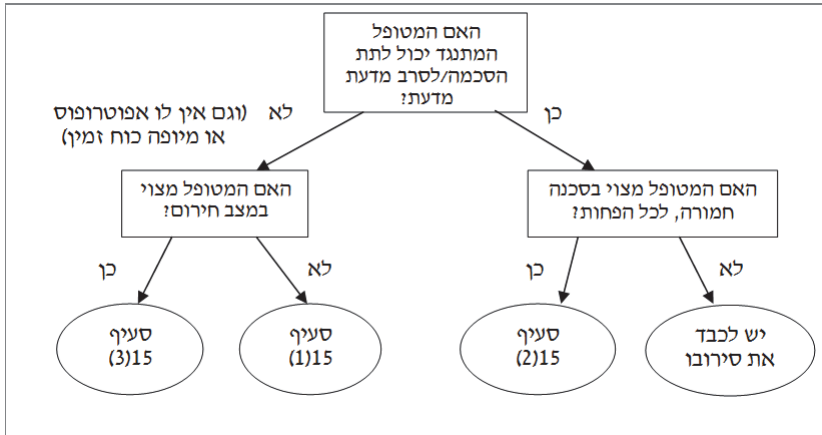
חשוב להבין שלחומרת מצב המטופל ולדחיפות הטיפול בו עשויה בהחלט להיות השפעה על מידת יכולתו לתת הסכמה או סירוב מדעת. כך למשל, כשהמטופל נתון בסכנת חיים וחייב לעבור ניתוח בתוך שעותיים, סביר להניח שאין מצבו הפיזי או הנפשי מאפשר לו לקבל החלטה מודעת. מרבית המקרים הדחופים מסוג זה יועברו, כאמור, לשיקול דעת הצוות, על פי סעיף 15(3), אך לא בשל דחיפותם הטיפולית **כשלעצמה**, אלא בשל חוסר יכולת המטופל לגבש עמדה מודעת באשר לטיפול בו, בשל נסיבות החירום.

שכיחים פחות יהיו המקרים שבהם לא תהיה חפיפה בין היכולת לכנס את הוועדה או לפנות לבית המשפט לבין היכולת לנהל תהליך הסכמה מדעת מספק. במקרים בלתי שכיחים מסוג זה – בהם דחיפות מצבו של המטופל הכשיר לא תאפשר את כינוס וועדת האתיקה וגם לא את הפניה לבית המשפט, בעוד שיהיה בהם די והותר זמן כדי לבצע תהליך הסכמה מדעת מסודר – הרי שבמידה והמטופל יסרב סירוב מודע לטיפול, **לא ניתן יהיה אלא לקבל את סירובו, ולהימנע מטיפול בו.**

הננו מחויבים להגיע למסקנה זו, על אף כל הצער הטמון בכך, מנקודת הראות של אינטרס קדושת החיים. מסקנה זו לא רק תואמת את הגיונו של החוק, אלא שרק בה יש כדי למנוע את הפיכתו של תהליך ההסכמה למס שפתיים בלבד. כל מסקנה אחרת משמעה שמלכתחילה לא היה כל טעם בניהול תהליך בירור ההסכמה עם המטופל, הנתון במצב חירום – שהרי ממילא הצוות יעשה בסופו של דבר כראות עיניו – בין שיסכים המטופל ובין לאו. מסקנה זו היא בלתי נסבלת בישראל של המאה העשרים ואחת.

ז. סיכום ביניים

לסיכום נקודה זו, פרשנותו הנכונה של סעיף 15, לפי הצעתי, היא כמשורטט בתרשים הזרימה שלהלן. תרשים זרימה זה מציג את היררכיית תנאי הסף המסווגים מקרה טיפולי לאחד מחריגי סעיף 15 או למשנהו:



המשתנה הראשון בחשיבותו, לצורכי מיון הנסיבות לגדרי אחד מחריגי סעיף 15 לחוק, הוא יכולתו של המטופל להחליט החלטות באשר לטיפול בו. הקביעה שהתנגדות המטופל היא התנגדות מדעת תשלח את המקרה לגדרי סעיף 15(2) – והישר לידיה האמונות של ועדת האתיקה של בית החולים. הקביעה שהמטופל איננו מסוגל לקבל החלטה באשר לטיפול בו תפנה את המקרה לגדרי סעיף 15(3) (או 15(1) בנסיבות המתאימות), ותשאיר את שיקול הדעת באשר לטיפול בו בידי האמונות (באופן אחר) של הצוות המטפל.

מידת דחיפות ההליך רלוונטית גם היא, אך אינה אלא תנאי מתנאי הסף לכל אחד מהחריגים. כך, היות המטופל בלתי כשיר לתת הסכמה אינו תנאי מספיק כדי לאפשר את הטיפול בו לפי סעיף 15(3). אם הטיפול המבוקש מנוי בתוספת, על הצוות יהיה גם לקבוע שהמטופל נתון במצב חירום. בדומה, היות התנגדותו של המטופל התנגדות מדעת אינה תנאי מספיק כדי להביא לכפיית הטיפול לפי סעיף 15(2). כדי שתאושר הכפייה, יהיה על ועדת האתיקה, בין היתר, לקבוע שהמטופל נתון לכל הפחות בסכנה חמורה.

משנבחר החריג של סעיף 15 ההולם את נסיבותיו של מקרה קונקרטי, יהיה על המקרה לעמוד בתנאים המפורטים באותו חריג, ולפיכך תרשים הזרימה דלעיל אינו עונה על השאלה: האם ניתן לטפל במטופל? אלא רק על השאלה המקדימה: על פי איזה סעיף בחוק תיבחן לגיטימיות הטיפול?

4. כפיית טיפול על מטופל המסרב מדעת, מכוח חוק זכויות החולה

א. גבולותיה הגיאוגרפיים של סמכות הכפייה

על פי סעיף 15(2) לחוק, ניתן לטפל בכפייה בפרט המסרב מדעת לטיפול, בתנאים

אלה:

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

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

בטרם אפנה לדון בתנאים לשימוש בסמכות הכפייה, שבסעיף זה, ראוי לבחון את גבולותיה הגיאוגרפיים של סמכות זו.

סעיף 15(2) חל בדרך כלל על מקרים שבהם המטופל "שבו" בתוך המערכת – הרפואית או הטיפולית האחרת, שאותה אין הוא יכול לעזוב על רקע מצבו הפיזיולוגי או הנפשי. ניתן להעלות על הדעת כמה מקרים שכיחים כאלה – מטופלים במצב המחייב אשפוז בבית החולים בשל צורך בטיפול רציף – דיאליטי, נשימתי, פליאטיבי וכדומה; נשים המאושפזות במחלקת יולדות במהלכה של לידה; חסויים המתגוררים במוסדות סיעודיים או אחרים, והמקבלים טיפול רציף של הצוות המטפל במוסד. סמכות הכפייה, הנתונה בסעיף 15(2), רלוונטית לכל אלה.

עם זאת, סמכות הכפייה אינה רלוונטית בדרך כלל למטופלים השוהים בביתם ומטופלים בקהילה. שלושה נימוקים לצמצום מהותי זה של תחולת החריג:

הנימוק הראשון הוא שלא נלוו לחריג הקבוע בסעיף 15(2) כלי אכיפה חקוקים, ולפיכך בדרך כלל אין ועדת אתיקה של בית חולים יכולה להוציא אל הפועל את החלטתה לכפות טיפול אם המטופל אינו נמצא בין כתליו של בית החולים או של מוסד אחר (כגון בית אבות). אמנם ניתן לפתור קושי זה על ידי פנייה של הוועדה לבית משפט, בבקשה להוצאת צו המורה על אכיפת החלטת הוועדה והבאת המטופל לבית החולים על ידי המשטרה, אולם פתרון טכני זה אינו נותן מענה לבעיה העקרונית השנייה המאפיינת את הטיפול במטופלים השוהים מחוץ לכותלי בית החולים – הצורך בטיפול מתמשך וחוזר.

הנימוק השני הוא אפוא שלרוב, עצם היות המטופל בקהילה מצביע על היות הטיפול בו כרוני ומתמשך. לכן, גם אם תחליט ועדת האתיקה לבקש מבית המשפט צו המורה על הבאתו הכפויה של המטופל מהקהילה אל תחומי בית החולים, הרי לרוב לא יהיה די בהבאתו החד-פעמית של מטופל כזה לבית החולים. כפייה חוזרת ונשנית

של טיפול ממושך היא לרוב בלתי אפשרית מבחינה טכנית, וחשוב מכך – היא ככל הנראה בלתי מידתית, שכן קשה להניח שיהיה מקרה שבו כפייה מתמשכת וחוזרת של טיפול תעמוד בתנאי המידתיות הצרה בפסקת ההגבלה לחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו.⁶⁷

ההנימוק השלישי הוא שהתמיכה בכפיית טיפול על מטופל השוהה בביתו ומטופל בקהילה, נשענת רובה ככולה על העניין הציבורי בקידום טובתו של הפרט (וזכויותיו, כפי שאטען בהמשך) – שיקול חשוב אך לא תמיד בעל משקל מספק להטיית הכף כנגד אוטונומיית המטופל. לעומת זאת, כאשר המטופל כבול למערכת המטפלת, מטופל ברציפות על ידי הצוות, ודועך לנגד עיניו בשל סירובו לקבל טיפול, מצטרף אינטרס נוסף, העשוי להטות את הכף לטובת כפיית הטיפול: אינטרס ההגנה על טוהר המקצוע הטיפולי.⁶⁸

מי שבחרו במקצוע טיפולי, בחרו גם בדרך חיים המקדשת את החובה לעזור, לרפא ולהסיר כאב. חובה זו באה, למשל, לידי ביטוי בשני סעיפיו הראשונים של הקוד האתי של ההסתדרות הרפואית בישראל ולפיו:

1. "הרופא ישים את טובתו של המטופל בראש מעייניו, קודם לכל ענין אחר.
2. הרופא יפעל, כמיטב יכולתו, על מנת לשמור ולשפר את בריאותם הגופנית והנפשית של המטופל כפרט ושל החברה ככלל".

⁶⁷ תנאי המידתיות הצרה הוא השלישי מתנאי המידתיות שקבע בית המשפט העליון למבחן המידתיות כהגדרתו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי ההלכה שנקבעה בנג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים נ' שר הביטחון**, תק"ע על 2006 (4) 3675, 3689 (2006). תנאי זה "מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונאלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה". זהו מבחן תוצאתי-ערכי, המשווה בין האפקט החיובי של הגשמת מטרת החוק (א) ההחלטה השלטונית הרלוונטית) לבין האפקט השלילי של הפגיעה בזכות החוקתית עקב נקיטת האמצעי שנבחר. ראו: אהרן ברק **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 422 (2010).

⁶⁸ לדיון נרחב באינטרס זה ראו: Brian C. Kalt, *Death, Ethics and the State*, 23 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 487 (2000) וכן ראו: Ben. A. Rich, *Medical Paternalism v. Respect for Patient Autonomy: The More Things Change the More They Remain the Same*, 10 MICH. ST. U. J. MED. & L. 87, 121–122 (2006); ALAN MEISEL, *THE RIGHT TO DIE* §§ 8.14–8.19 (2d ed. 1995).

בפרשת שפר הסביר השופט אלון כי לאור מהותו של מקצוע הרפואה, אשר לא נועד אלא למען ריפוי המטופל והשמירה על חייו, הגנה על טוהר מקצוע הרפואה ראוי שתוכר כאינטרס חשוב נוסף להצדקת הגבלת זכות החולה לסרב לטיפול רפואי. לעמדתו, יש לאזן אינטרס זה אל מול אוטונומיית המטופל, ובמקרים המתאימים להגביל את אוטונומיית המטופל בשם אינטרס ההגנה על מקצוע הרפואה, כדי שלא לפגוע בכלליו האתיים של העיסוק ברפואה, וכדי לאפשר לרופא להפעיל את שיקול הדעת הראוי בכל מקרה ומקרה שיובא לפניו.⁶⁹

חיובו של מטפל לעמוד מנגד ולאפשר את מותו של אדם, שאותו היה יכול להציל, או לאפשר הסבת נזק למטופל שאותו היה יכול למנוע, פוגע באינטרס טוהר המקצוע הטיפולי. אמנם לרוב ייטה אינטרס זה לסגת מפני אינטרסים אחרים – כגון אוטונומיית הפרט – אך אין בכך כדי לבטל את מהותו העקרונית של אינטרס זה. יתרה מזו, במקרים מסוימים יהיה בו, עם אינטרסים אחרים, כגון אינטרס טובת המטופל, כדי להטות את הכף לטובת הגבלת זכותו של מטופל לסרב לטיפול רפואי.⁷⁰

ב. תנאי הסף לדיון ועדת האתיקה בכפייתו של מטופל – סכנה לפרט המסרב עצמו

סמכות הכפייה על פי סעיף 15(2) חלה אך ורק כאשר הפרט נתון בסכנה חמורה והוא עצמו מסרב לטיפול. אין סעיף 15(2) מאפשר כפיית טיפול על פרט מסרב, כאשר לא הוא עצמו נתון בסכנה חמורה – מקרה אשר עשוי להתרחש כאשר אישה בהיריון מסרבת לטיפול המכוון להצלתו או לריפוי של עובריה הנתון בסכנה.

מקרה כזה, אשר התוודעתי אישית לפרטיו כיו"ר ועדת האתיקה של בית החולים שבו אירע, נדון בפרשת פלוני נ' אלמונית.⁷¹ בהליך זה נדון מקרה של יולדת, אשר הגיעה למחלקת יולדות בעיצומו של תהליך לידה, ובמהלך השעות הראשונות לאשפוזה שיתפה פעולה באופן מלא עם הצוות. עם התקדמות תהליך הלידה הסתגרה היולדת יותר ויותר בתוך עצמה, עד שסירבה לכל מגע עם הצוות. כך מצא עצמו הצוות, עשר שעות לאחר ירידת מי השפיר, עומד אל מול יולדת – בתהליך לידה שאינו מתקדם כמצופה (אם בכלל) – המסרבת לכל ניטור, שלה או של עובריה.

⁶⁹ ע"א 506/88 שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסית נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 151-152 (1993).

⁷⁰ תמיכה לגישה, המעניקה משקל לאינטרס טוהר המקצוע, ניתן לאתר בפסיקה האמריקנית. פסק הדין מתווה הדרך בעניין זה הוא Superintendent v. Saikewicz, 370 N.E.2d 417 (Mass. 1977). יישום מתקדם של איזון אינטרסים מסוג זה ניתן למצוא בתוך: Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 731 (1997).

⁷¹ ה"פ (מחוזי חי') 23437-06-09 פלוני נ' אלמונית, תק-מח 2009(2) 14, 565 (2009) (להלן: "פרשת פלוני נ' אלמונית").

הפעלת סמכותה של ועדת האתיקה, לפי סעיף 15(2), חייבה את אבחון יכולתה של התובעת להחליט החלטות טיפוליות, והיתה מותנית בהיותה **היא עצמה**, ולא רק עוברת, בסכנה חמורה – אך בנסיבות המקרה לא היה אפשר לאשר או להפריך את מילויים של התנאים הללו. ניתוקה של היולדת מהצוות מנע ממנו את היכולת לאבחן את מצבה הנפשי, ולכן לא היה אפשר לקבוע באופן חד-משמעי אם כשירה היא אם לאו. זאת ועוד, סירובה לניטור שלל מהצוות את האפשרות לבחון אם מולא תנאי ה"סכנה החמורה", ולשייכו לאם (אם בינתיים פשה זיהום ברחמה), לעוברת או לשניהם.

לנוכח חוסר בהירות זה הוחלט באותו מקרה לפנות לקבלת צו שיפוטי. הרציונאל להחלטה זו היה כדלקמן: בשל הספק באשר לסמכותה של הוועדה לדון במקרה, עדיף שאת ההכרעה בנדון יקבל בית המשפט, אשר בסמכותו ליתן הוראות הן במקרה שבו רק העובר נתון בסכנה, מכוח סמכותו הטבועה, והן במקרה שהאם נתונה בסכנה חמורה, כסמכותו השיורית לוועדת האתיקה. ההנחה הייתה שבנסיבות לא יהיה אפשר לטעון שלא מוצו ההליכים בערכאה המנהלית המוסמכת, כלומר הוועדה. בעקבות הפנייה, הגיעה שופטת בית המשפט המחוזי בחיפה לבית החולים, התרשמה מהיולדת, התייעצה עם משפחתה ועם המטפלים השונים בה, וקבעה:

"התקיימו במקרה זה כל התנאים המפורטים בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה על מנת להורות על מתן טיפול רפואי ללא הסכמה. אני מורה לצוות הרפואי לבצע כל בדיקה או טיפול רפואי ביולדת, אף בהעדר הסכמתה, כפי שיידרש, על מנת למנוע כל סיכון לעובר וליוולדת, ובכלל זה, הרדמת היולדת, ויילוד העובר בכל דרך, כולל בניתוח קיסרי".⁷²

בתשאלו הצוות הקפידה השופטת לברר את חומרת הסכנה לאם ולעובר, ומכיוון שבהיעדר ניטור היה אפשר אך לשערה, התנהל דיון נרחב במחלקה בעניין סבירות קיומה של סכנה כאמור. בהחלטתה הדגישה השופטת כי סביר בסבירות גבוהה להניח שהאם והעובר נתונים שניהם בסכנה חמורה, ולכן אפשר להשתמש בהוראת סעיף 15(2).

בבחינה רגועה של פרטי המקרה, ממרחק שנתיים ימים, ברור כי אף שהחלטת הכפייה הייתה נכונה וראויה (ואנמק טענה זו בהמשך), דרך הנמקתה היא בעייתית. בעייתיות ההחלטה טמונה בקביעת בית המשפט כי:

⁷² שם, בעמ' 566.

"היולדת נעדרת במצבה כל שיקול דעת, והיא אינה מסוגלת להבין את משמעות הסירוב לערוך בדיקות לגילוי מצב העובר. לדבריה, העובר 'בסדר גמור והכל יהיה בסדר'. היא אינה מודעת לסיכון הגלום בהימנעות מעריכת הבדיקות הנחוצות לבירור מצב העובר".⁷³

מסקנה זו, באשר לאי-יכולתה של המטופלת להחליט החלטות, הייתה אמורה להוציא את המקרה מגדר החרג שבסעיף 15(2). אם אכן הייתה היולדת חסרת יכולת להחליט החלטות, היה ראוי לבחון את החלטת הטיפול בה דרך הפריזמה של סעיף 15(3), או אף בכלים שמחוץ לחוק זכויות החולה – ולא לבססה על סמכות בית המשפט מסעיף 15(2), כפי שנעשה.

עם זאת אני סבורה, מתוך הכרת המקרה, כי לא נכון היה לראות את היולדת המסוימת כחסרת כשירות, אלא אך כמי שהחליטה החלטה בלתי אוטונומית – החלטה שכן ראוי, כפי שאסביר בהמשך, להתערב בה לפי סעיף 15(2).

ג. התנאים להפעלת סמכותה של ועדת האתיקה והביקורת עליהם

חמישה תנאים מנויים בסעיף 15(2) למתן לגיטימציה לכפיית טיפול על מטופל כשיר.

שני התנאים הראשונים – סכנה חמורה (לכל הפחות) לבריאות המטופל, וטיפול מוצע "שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם" – הם תנאים רפואיים-עובדתיים, ובדרך כלל הצוות הרפואי הוא שמחליט אם התמלאו.

שלושת התנאים האחרים, לעומת זאת, כרוכים בשיפוט ערכי, ולפיכך החליט המחוקק להוציאם מגדר הסמכות המקצועית של הצוות, ומסר את ההכרעה בהם לצוות רב תחומי המכונה כחוק "ועדת אתיקה".⁷⁴

שלושת התנאים אשר בחינתם נתונה לשיקול דעתה של ועדת האתיקה, הם (א) שנמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; (ב) שצפוי שהטיפול הרפואי, שמבקשים לכפות, ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; ו-(ג) שיש

⁷³ שם.

⁷⁴ הוועדה אמורה להעמיד בדיונה מעין "מסך בערות מלאכותי", כפרפראזה על מסך הבערות של רולס (Rawls). מאחורי "מסך בערות מלאכותי" זה חברי הוועדה מבטלים האחד את האינטרסים הפרטיים של משנהו, ומאפשרים, ככל הניתן, קבלתה של החלטה אתית, נקייה מלחצים ונקודות ראות מקצועיות ספציפיות, באשר ללגיטימיות הטיפול הכפוי במטופל. ראו לנושא מסך הבערות: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971), וכן ראו דיון בהחלת תפיסת "מסך הבערות" על מהותן של ועדות אתיקה בבתי חולים בתוך: Jonathan D. Moreno, *Consensus, Contracts, and Committees*, 16 THE JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 393, 398-402 (1991).

יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע. תנאים אלה מבטאים, כפי שאפרט בהמשך, הבחנה בין יכולתו של הפרט להסכים או לסרב מדעת לטיפול לבין אוטונומיית החלטתו האמורה – הבחנה המחייבת דיון מורכב ומעמיק מזה שהצוות המטפל יכול וצריך לדון בו. כפי שצינתי בראשית הדברים, סעיף 15(2) לחוק כמעט לא נבחן בכתיבה האקדמית. הכתיבה הקיימת היא בכללה ביקורתית כלפי הסעיף, יוצאת בעיקר כנגד התנאים שנקבעו לשיקול דעתה של הוועדה, וטוענת שהוא נגוע בפרטנליזם. כך, למשל, מיכאל גרוס כותב במאמר משנת 2001, כי:

“The law is unabashedly paternalistic, wreaking havoc on 'progressive' interpretations of autonomy that respect a patient's absolute right to accept or refuse treatment”.⁷⁵

קרקו-אייל סבורה גם היא שהחריג משקף “גישה פטרנליסטית 'חזקה', אשר עומדת בניגוד לעקרון האוטונומיה, ואינה ניתנת להצדקה, ככלל, ובהקשר של טיפול רפואי, בפרט”.⁷⁶ לדעתה, טמון בסעיף פוטנציאל רב לפגיעה קשה בזכותם של המטופלים לאוטונומיה, בלא צידוק סביר. היא תולה פוטנציאל זה בשני נימוקים: האחד, שאין הסעיף דורש ודאות שהמטופל יסכים בדיעבד, וניתן להסתמך בעניין זה על ראיות נסיבתיות. לעתים תספיק ההערכה שהטיפול אכן ישפר את מצבו כדי להניח שיסכים למפרע; השני – שניתן על פי הסעיף לכפות טיפול גם לאחר שהוועדה הגיעה לכלל מסקנה שהתנגדותו של המטופל לטיפול אינה נובעת מפגם בתהליך קבלת ההחלטות שלו, כלומר גם אם מצאה שלמטופל נמסר המידע, הוא הבין אותו כראוי, והחלטתו התקבלה מרצונו החופשי.

לפיכך קרקו-אייל קוראת לפרש את הסעיף באופן שיתיר אך ורק פטרנליזם “חלש”, כלומר לאשר טיפול במטופל כשיר ומסרב רק כאשר סירוב המטופל לטיפול המוצע נובע מפגם בתהליך קבלת ההחלטות. פגם כזה יכול להתרחש, לדעתה, כאשר המטופל אינו מבין את המידע, החלטת המטופל נובעת מהתערבות או מהשפעה חיצונית שולטת, או כשהמטופל איננו כשיר.⁷⁷

אני תומכת בטענתה של קרקו-אייל שאין לאפשר את השימוש בהוראת הסעיף על סמך ראיות נסיבתיות, ולהסתפק בסיכוי לשיפור של ממש כשלעצמו כראיה להסכמה בעתיד. עם זאת אני סבורה שפרשנות נכונה של הסעיף תמנע ממילא יישום קלוקל כזה מעיקרו, שכן היא תחייב הבנה מעמיקה של רצונותיו וערכיו של המטופל. יתרה מזו, אינני יכולה לקבל את הגישה, שיש לפרש את סעיף 15(2) כמאפשר אך

⁷⁵ Michael L. Gross (2001), לעיל ה"ש 17, בעמ' 461.

⁷⁶ קרקו-אייל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 432.

⁷⁷ שם, בעמ' 421–432.

ורק פטרנליזם רך, במצבים שבהם יש פגם בתהליך ההחלטה. לשיטתי, מרבית המצבים שקרקו-אייל מציינת, ואשר מאפשרים לטעמה את החלתו של פטרנליזם רך, לא ייכנסו כלל לגדרי החריג שבסעיף 15(2), אלא יטופלו בכלי חקיקה אחרים. כך, למשל, אם החולה איננו כשיר מבחינה משפטית, סעיף 15(2) אינו רלוונטי כלל לטיפול בו, והחלטות הטיפול תתבצענה לפי סעיפים 15(1) או 15(3) (ולעתים לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). זאת ועוד, התנאי הראשון שהוועדה בוחנת, אם "נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת", אינו מסתפק ב"סתם מסירה" של המידע הדרוש למטופל לצורך הסכמה מדעת, אלא מחייב מסירה יעילה של מידע, אשר הבנה לצדה. אם המידע אינו מובן למטופל, יש להבהירו בכל דרך אפשרית, כמצוות ס' 13(ג) לחוק:

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

קשיי הבנה, ופטרנליזם רך בעקבותיהם, מקובלים כרעה הכרחית במקרים שבהם אין יכולת של ממש לגשת לכל אדם ואדם ולהבטיח את הבנתו.⁷⁸ במקרים הרלוונטיים לכפיית טיפול רפואי לפי סעיף 15(2), לעומת זאת, עסקינן במטופל מסוים, אשר הנגישות אליו גבוהה (הוא "שבוי כרגע בתוך המערכת"), ואשר על הצוות להשקיע מאמץ מיוחד בהתאמת המידע ואופן העברתו אליו, בטרם תדון בכלל אפשרות כפיית הטיפול.

מטופל אשר לא הבין את מצבו, על אף מאמצים ראויים של הצוות, ולאחר מתן הסבר אמיתי ומלא בשפתו וברמה התואמת את השכלתו ויכולותיו, סובל מבעיה אחרת, שאותה אי-אפשר לקטלג כבעיית הבנה. אם גם אחרי התאמה מלאה לצרכיו המטופל עדיין איננו "מבין" את המצב, אפשר להגיע בעניינו לאחת משתי מסקנות:
א. הוא למעשה אינו כשיר, ויש לפנות שוב לפתרונות שבסעיפים 15(1) ו-15(3).
ב. הוא אינו מעוניין להבין.

מסקנה אחרונה זו ראויה לחקירה – במה מתבטא חוסר עניין זה? מה המטופל עושה כדי להימנע מהבנה? וחשוב מכול – למה?
הסיבה השכיחה היא הדחקה, הדחקה כמנגנון הגנה, במסגרתה הפרט בוחר (במודע או שלא) שלא לגמרי להבין את המצב כדי להימנע מכאב (פיזי או נפשי). האם ראוי שנתערב בבחירה כזאת, להימנע מלהבין? האם היא מצדיקה פטרנליזם רך

⁷⁸ כמו למשל, בפעולות בריאות ציבור המוחלות על הקהילה בכללותה כגון מתן כפוי של מידע למעשנים בדרך של חובת ציון הזהרות על חפיסות סיגריות, שהיא דוגמה קלאסית לפטרנליזם רך.

או אחר? אחזור לשאלה זו, ואנסה לתת לה מענה בפרק הבא. מצב שבו המטופל מסרב לטיפול על רקע של לחץ או השפעה חיצוניים, המקרה השני שקרקו-אייל דנה בו, בלא כל ספק עומד בתנאים שבחינתם נמסרה לשיקול דעת הוועדה, ויצדיק את מתן אישורה לכפיית הטיפול.

מקרים מסוג זה, שבהם הפרט מסרב לטיפול על רקע לחץ חיצוני, אך בסתר לבו היה רוצה להסכים, אירעו בעבר וידועים בספרות. כך, למשל, בספרות נדונים מקרים של מטופלים בני כת עדי יהוה, אשר סירבו לקבל עירוי דם הכרחי, בגלל האיסור המוטל עליהם לקבל מוצרי דם על פי אמונתם. עם זאת, לאחר שיחה פרטית והבטחת סודיות להחלטתם (גם כלפי בני משפחה וכמובן כלפי נציגי הכת), חלק מהמטופלים הסכימו לקבל את העירוי – דבר המעיד כמובן שסירובם הראשוני לא היה רצוני.⁷⁹ כך גם טיפולתי בעצמי במקרה של מטופלת – בגירה, צלולה ומשכילה במיוחד – שסירבה להתאשפז בבית החולים לצורך קבלת אנטיביוטיקה בעירוי תוך ורידי, אף שנמצא כי היא סובלת מדלקת קשה במעי, המאיימת ליצור בו נקב ולסכן את חייה. לאחר חקירה מעמיקה התברר שהמטופלת נטלה הלוואה בשוק האפור, שאותה הייתה חייבת להחזיר בעצמה עוד באותו היום. לכן סירבה לאשפז עצמה, והתעקשה לקבל אנטיביוטיקה דרך הפה. ניתן גם לחשוב על עוד דוגמאות שכיחות יותר לסירוב לטיפול על רקע לחץ חיצוני – למשל של אישה הנתונה למרותה של בעל דומיננטי, הלוחץ עליה לסרב לטיפול.

השאלה הנשאלת היא אם סירוב על רקע לחץ חיצוני – כמו בדוגמאות שהוצגו לעיל – הוא באמת המקרה היחיד שבו ראוי לכפות טיפול על מטופל. האם לא ראוי להרחיב את החריג ולהחילו על מקרים נוספים? למשל, מקרים שבהם הפרט מסרב לטיפול בשל פחד עמוק מהתהליך עצמו, אף שהוא מעוניין בתוצאותיו? או מקרים שבהם המטופל בוחר בהדחקה כדרך התגוננות?

בהמשך המאמר אציג את הפרשנות הראויה, לטעמי, לתנאי סמכות הכפייה של ועדת האתיקה. גישה זו נסמכת על פרשנות ספציפית יותר למושג "ההחלטה האוטונומית", ומאפשרת לראות את הסעיף כעומד בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה, ולא כמנוגד לו. פרשנות זו, אשר זכתה לפיתוח והעמקה בביו-אתיקה המודרנית, מפיגה במידה רבה את החששות שהעלתה הביקורת שנסקרה לעיל, ויש בה כדי להביא לידי הלימה בין סעיף 15(2) לבין מטרתו המוצהרת של החוק, "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו".⁸⁰

⁷⁹ ראו, למשל: Ally McInroy, *Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses: The Legal and Ethical Issues*, 14 BJN 270, 270–271 (2005).

⁸⁰ ס' 1 לחוק זכויות החולה.

5. ההבחנה בין החלטה אוטונומית להחלטה שאיננה אוטונומית

א. מהותה של הבחירה האוטונומית

בבואנו לפרש את החריג לכלל ההסכמה מדעת, הנדון כאן, שומה עלינו לזכור שהביו-אתיקה המודרנית, וחוק זכויות החולה בעקבותיה, אינם מנסים לעגן חירות מכל התערבות, אלא להגן על אוטונומיית המטופל ולקדמה.

חירות ואוטונומיה אינן מילים נרדפות. כך, למשל, כאשר אנו במכוון מוסרים לאדם מידע שגוי, ועל פיו הוא מחליט החלטה – לא פגענו בחירותו, אך פגענו באוטונומיה שלו. כך גם אדם הסבור שהוא כלוא בתא כלא, אף שבפועל דלתו אינה נעולה, חירותו לא נפגמה אלא רק האוטונומיה שלו.⁸¹

אנשים מטבעם רוצים לרוב לפעול בחופשיות, ובמובן זה יש מתאם בין חירותם לבין האוטונומיה שלהם, אך עם זאת אדם יכול לבחור להגביל במידת מה את חירותו, למשל על ידי הצטרפות למנזר או התנדבות לצבא. במקרה זה חירותו נפגעת, אך האוטונומיה שלו נשמרת.

בספרות ניתנו הגדרות רבות למושג החירות. מיל, למשל, מדגיש את היעדר ההתערבות כתנאי לחירות. חירות על פי רוסו, לעומת זאת, מדגישה את קיומן של אפשרויות בחירה. אבל יהיה הדגש אשר יהיה, ניתן ככלל להגדיר חירות ככוללת את שני הרכיבים האמורים – היעדר התערבות וקיומן של אפשרויות בחירה. כך, למשל, על פי דבורקין חירות היא יכולתו של אדם לפעול לפי רצונו בתוך עולם של אפשרויות שאינן חסומות בפניו עקב פעולותיהם של אחרים – פרטים או מוסדות.⁸² כמגוון ההגדרות למושג "חירות" כך מגוונות אף ההגדרות למושג "אוטונומיה". לפי פשוטו מושג האוטונומיה מתאר "אותה זירה חופשית להתנהגות של הפרט, בלא התערבות חיצונית",⁸³ אך זו הגדרה צרה, שלילית בלבד. לטעמם של מרבית הכותבים המודרניים, אין בפרשנות צרה זו כדי להצדיק את כובד משקלה של הזכות לאוטונומיה בכלל, ובדוקטרינה הביו-אתית בפרט. לדעתם, אוטונומיה, אין משמעה סתם פעולה בלתי תלויה של פרטים המתנהלים בחלל ריק, אלא היא מבטאת בחירה מיוחדת, ולא כל בחירה, אקראית ושרירותית ככל שתהיה. אמר וילסון (Wilson):

"[I]t is clear that we cannot let just any old choice count as autonomous if we are going to claim that all autonomous

⁸¹ שתי דוגמות אלה, להמחשת ההבחנה בין פגיעה בחירות לפגיעה באוטונומיה, הובאו על ידי ג'רלד דבורקין בתוך: GERALD DWORCKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 14 (1988) (להלן: "G. DWORCKIN THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY").

⁸² שם, בעמ' 105.

⁸³ דוד הד אתיקה ורפואה 82 (צילה דרורי עורכת, 1989).

choices are intrinsically worth of respect".⁸⁴

סלע המחלוקת בביו-אתיקה טמון בשאלה – מה הופך בחירה למיוחדת, שראוי להגן עליה משום שהיא אוטונומית.⁸⁵

רבים מבססים את התשובה לשאלת מאפייניה הייחודיים של הבחירה האוטונומית על התיאוריה של מיל, אף שמיל לא השתמש כלל במונח "אוטונומיה" ככתביו.⁸⁶ הם מסתמכים על טענתו של מיל, שחירות אזרחית היא הדרך היחידה להבטחת התפתחותם ופריחתם של "פרטים בעלי אופי וייחוד" (persons of individuality and character), מה שמכונה בשיח העדכני – פרטים אוטונומיים.

מיל סבור שהאוטונומיה מייצגת לא את המסוגלות העקרונית לבחור בחירה עצמאית, אלא דווקא את המסוגלות לבחור על בסיס שליטה ביצרים וגיבוש מערך העדפות מובנה וקוהרנטי, מבוסס התבוננות פנימית.⁸⁷ הבטחת האוטונומיה האישית הינה ראויה וחשובה על פי מיל, משום שיש בה כדי לקדם את טובת האנושות באופן האידיאלי. זוהי למעשה תפיסה תועלתנית, שעל פיה חירות (Liberty) נדרשת לכל פרט כדי לאפשר פיתוח אופי וייחודיות, דבר אשר בתורו יקדם הן את טובתו של אותו הפרט הן את טובת כלל הציבור.⁸⁸

כותבים מאוחרים סברו גם הם, כמו מיל ובעקבותיו, כי בחירה אוטונומית מבוססת על שליטה ברצונות, ומניעים אותה התבוננות פנימית והחלתם המודעת של ערכים מסוימים.⁸⁹

וזו, למשל, הגדרתו של דבורקין למונח אוטונומיה:

"The capacity of a person critically to reflect upon, and then attempt to accept or change, his or her preferences, desires, values, and ideals".⁹⁰

פעולה אוטונומית, על פי דבורקין, תהיה אפוא מבוססת על העדפה עמוקה (שניונית)

James Wilson, *Is Respect for Autonomy Defensible?*, 33 J. MED. ETHICS 353, 354 (2007).⁸⁴

O. O'NEILL, ONORA O'NEILL, *AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS* 28 (2002) (להלן: O. O'NEILL, *AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS*).⁸⁵

שם, בעמ' 30.⁸⁶

ג'ון סטיוארט מיל על החירות 182 (ברק בן-נתן עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2006).⁸⁷

שם, פרק 3, וכן ראו דיון בתוך: O. O'NEILL, *AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 32, ובתוך: ISAIAH BERLIN, *FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 175–184 (1969).⁸⁸

ראו סקירה של חלק מהגות זו בתוך: John Christman, *Constructing The Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy*, 99 ETHICS 109 (1988).⁸⁹

G. DWORIN *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 48.⁹⁰

של הפרט באשר לרצונותיו (A Preference About Preferences).⁹¹ אוטונומיה לדעתו מייצגת את (א) היכולת לגבש מערך של העדפות ראשוניות, שטחיות, שינחו את פעולותיו של הפרט, ויועמדו בד בבד לביקורת פנימית של מערך ההעדפות השניוני, העמוק (Second Order Reflection),⁹² ו-(ב) היכולת לשנות מערך זה עם שינוי הנסיבות.⁹³

יכולת (Capacity) זו לגבש מערך רצונות שניוני, עמוק, היא ייחודית לאדם, ומהווה חלק בלתי נפרד ממהותו. על פי דבורקין, איונו של רכיב זה, ומניעת הפרט ממימושה של יכולת זו, משמעם גריעה ממהותו כאדם, המהווה פגיעה משמעותית בכבודו.⁹⁴ לפי דבורקין רק החלטה אוטונומית, כזו התואמת את העדפותיו העמוקות של הפרט, ראויה להגנה של הציבור, המדינה והחוק.

הן התיאוריה של מיל, והן זו של דבורקין אחריו, אינן שיפוטיות באשר לתוכן החלטותיו של הפרט. לעמדתם, אוטונומיית ההחלטה אינה תלויה כלל בתוכנה, אלא רק בתהליך שהביא אליה והיותה נסמכת על קווי מתאר התנהגותיים שאותם הגדיר הפרט לעצמו.

בסיס ההסתמכות המרכזי השני, שחוקרי האוטונומיה נוטים להסתמך עליו, הוא תורתו של קאנט. אף שניתן לראות את הגיונה הבסיסי של הסתמכות זו, אין כל ספק

⁹¹ שם, בעמ' 106-108.

⁹² דבורקין ממחיש את ההבדל בין העדפה ראשונית לשניונית בעזרת סיפורו של אודיסאוס, המגיע עם ספינתו אל ים השורץ סירנות. אודיסאוס הוזהר מראש מפני שירתן של הסירנות, המעבירה מלחים על דעתם וגורמת להם להטביע את אוניותיהם, ולכן סיכם אודיסאוס מראש עם מלחיו, כי יקשרו אותו לתורן הספינה, ויאטמו את אזניהם שלהם, אך לא את שלו, בדונג, כדי שלא יושפעו משירת הסירנות, ואילו הוא יוכל להודיעם מתי עברו את הסכנה בשלום. על פי הסיכום, לא ישחררו אותו המלחים מהתורן, גם אם יתחנן לפנייהם או יאיים עליהם, אלא רק לאחר שיעברו את אזור הסכנה. משהחלו הסירנות בשירתן אכן צעק והתחנן אודיסאוס למלחיו שיחירוהו, שכן שירתן העלתה בו את הדחף להטביע את ספינתו, אך מלחיו עמדו במילתם, ולא שיחררו אותו, עד שהיה ברור כי עברו את אזור הסכנה.

על פי דבורקין, אותו סיכום של אודיסאוס עם מלחיו מהווה העדפה שניונית, עמוקה, המשקפת עמדות מובנות וקוהרנטיות, המנחות את אודיסאוס בחייו. בקשתו להשתחרר מהתורן, בשל אותו דחף מכושף, משקפת, לעומת זאת, העדפה ראשונית, אשר אינה תואמת את זו השניונית – והשניונית ביקורתית כלפיה. על פי דבורקין, הותרתו קשור לתורן לא פגעה באוטונומיה של אודיסאוס, שכן היא תאמה את העדפתו השניונית.

דוגמה ערכנית יותר היא של אדם המבקש להיכנס למסעדת מזון מהיר, שכן הוא רעב וריח האוכל משכר את חושיו. זו העדפתו הראשונית. אותו אדם יכול להיות ביקורתי כלפי העדפה ראשונית זו, על רקע רצון לרזות או לאכול אוכל בריא יותר – עמדה המשקפת העדפה שניונית על פי דבורקין.

⁹³ שם, בעמ' 16-17.

⁹⁴ שם, בעמ' 32. לפיכך, על פי דבורקין, ובשונה ממיל, אוטונומיה היא ערך שעליו יש להגן, משום שהיא מייצגת את מה שהופך אדם לפרט ייחודי – יכולתו להגדיר את משמעותם של חייו. שם, בעמ' 110.

שהזכות המודרנית לאוטונומיה אינה תואמת את זו שקאנט ראה בעיני רוחו. התיאוריה של קאנט, שלא כמו זו של מיל ודבורקין, היא שיפוטית ומתיימרת להגדיר את מאפייניה התוכניים של החלטה אוטונומית. אוטונומיה קאנטיאנית אינה קוראת לאינדיבידואליזם, אלא מתבטאת בנטילה עצמית של חובות כלפי אחרים. האוטונומיה הקאנטיאנית אינה מדורגת, או נתונה לאחדים בלבד. אין היא גם צורה של ביטוי עצמי. היא התנהגות לפי עקרונות בכלל, ועקרונות של מחויבות בפרט – אותם עקרונות שניתן להפכם לכלל אוניברסאלי, אשר ראוי שכולם יפעלו על פיו.⁹⁵ חשוב מכול – קאנט אינו מתמקד בפרט, אלא בעיקרון. אוטונומיה, על פי קאנט, היא החתירה לחשיבה ולפעולה המבוססות על עקרונות אוניברסאליים. כל עוד הפרט פועל על פי עיקרון אוניברסאלי, מבחינת קאנט בחירתו נכונה, ולכן ראויה להגנה. עצמאות הבחירה אינה רלוונטית כשלעצמה. חשובה כשירותה של הבחירה להתגבש לכדי עיקרון אוניברסאלי.⁹⁶

ביצ'ם וצ'יילדרס מבקרים את מה שהם רואים כתפיסה צרה מדי של האוטונומיה, שדבורקין, מיל ובוודאי קאנט מציעים. לטעמם, כל הגדרה הדורשת רמת מודעות עצמית כה גבוהה מן הפרט, כתנאי להכרה בהתנהגותו כאוטונומית, מותירה יותר מדי החלטות של הפרט מחוץ לתחום ההחלטות המוגנות מפני התערבות חיצונית.⁹⁷ זאת ועוד, ברור שקשה להפוך את גישתם של מיל ודבורקין לכלי יישומי במערכת הבריאות. גישתם הרפלקטיבית, הבוחנת את מערך העדפותיו העמוקות של הפרט, מחייבת היכרות עמוקה של הצוות המטפל עם אותה מסכת ערכים והעדפות שניוניות של המטופל – הכרות שבלעדיה לא יוכלו לשפוט את האוטונומיות שבהחלטותיו. היכרות זו אינה מושגת במרבית מערכות היחסים הטיפוליות במערכת הבריאות המודרנית, ואינה ניתנת להשגה בה משום מגבלותיה.

ביצ'ם וצ'יילדרס סבורים אפוא שהחלטה אוטונומית צריכה לכלול שלושה יסודות – כוונה, הבנה וחופש מהשפעה חיצונית.⁹⁸ יסוד הכוונה בהחלטה ובפעולה שבעקבותיה הוא לדעתם נתון עובדתי לא יחסי – או שהייתה כוונה ביסוד החלטה או שלא הייתה. לעומת זאת, יסודות ההבנה והחופש מהשפעה חיצונית הם לדעתם יסודות יחסיים – החלטה אוטונומית עשויה להיות מבוססת על הבנה רבה ולעתים על הבנה מועטה. כך גם לעתים תהיה מושפעת יותר מלחץ חיצוני ולעתים פחות.

⁹⁵ עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 78–120 (מהדורה שנייה, ש' שטין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י). כן ראו דיון בתוך: O. O'NEILL AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS, לעיל ה"ש 85, בעמ' 82–83.

⁹⁶ O. O'NEILL AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS, לעיל ה"ש 85, בעמ' 86. ראו גם: Bruce Jennings *Public Health and Liberty: Beyond the Millian Paradigm*, 2 PUBLIC HEALTH ETHICS 123, 128 (2009).

⁹⁷ BEAUCHAMP & CHILDRESS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 122.

⁹⁸ שם, בעמ' 123.

לדעת ביצ'ם וצ'יילדרס אין להגדיר מראש את רמת ההבנה או החופש מהשפעה חיצונית הנחוצים להחלטה אוטונומית. אין להבין מכך שאין רף הכרחי של הבנה ואי-השפעה לצורכי קבלת החלטה אוטונומית, אלא שרף זה תלוי ומשתנה לפי הנסיבות וסוג ההחלטה הנדרשת.⁹⁹ בקווים כלליים ניתן לומר כי ככל שההחלטה הרת גורל יותר, כך ידרשו הוגים אלה רמה גבוהה יותר של הבנה ואי-השפעה כתנאי להכרה בהתנהגות הפרט כהתנהגות אוטונומית.

גישתם זו של ביצ'ם וצ'יילדרס משמעה שככל שההחלטה העומדת על הפרק תהיה הרת גורל יותר, והשלכות הסירוב קשות יותר, כך ידרש הצוות הרפואי ליחד זמן רב יותר לדיון, להסבר ולהבנת המטופל ומניעיו. היכרות מעמיקה כזאת איננה אפשרית בהקשרם של כלל המטופלים, אך היא בת השגה בהקשרם של המטופלים המעטים יחסית, המסרבים לטיפול מציל חיים או לטיפול שביכולתו למנוע מהם נזק ניכר.

עמדתם זו של ביצ'ם וצ'יילדרס מקובלת כיום במשפט האנגלו-אמריקני. ועדת הנשיא, למשל, קבעה כי ככל שתשפיע יותר החלטת המטופל על בריאותו וטובתו, כך יעלה הצורך להבטיח שהמטופל מסוגל לקבלת החלטות; ולהפך – אם השפעות ההחלטה צפויות להיות קלות, אפשר להסתפק ברמת מסוגלות נמוכה. לפיכך החליטה הוועדה, למשל, שמטופלים מסוימים יכול ויהיו בעלי מסוגלות להחליט באשר לטיפולים פחותי השפעה, אך חסרי מסוגלות להחליט באשר לטיפולים הרי משמעות, כגון כריתת רגל שהתפתח בה נמק.¹⁰⁰

בעוד שאני תומכת בלא עוררין בביקורת של ביצ'ם וצ'יילדרס על הפגיעה המופרזת בזכויות הפרט הכרוכה בפרשנותם הרפלקטיבית של מיל ודבורקין למושג האוטונומיה, הנני סבורה שיש בפרשנות רפלקטיבית זו משום היגיון עמוק ותועלת רבה בדיוק במקרים שבהם דן סעיף 15(2) – ובעיקר כשהיא משולבת בפרשנותם של ביצ'ם וצ'יילדרס.

התיאוריה של ביצ'ם וצ'יילדרס והתיאוריות של דבורקין ומיל הן לדעתי תיאוריות משלימות, ואינן סותרות זו את זו כלל ועיקר. החלתן המשותפת נותנת את המענה הטוב ביותר להגדרתה של החלטה אוטונומית, ובעקבות זאת להגנתה של החלטה כזאת.

הפרשנות הרפלקטיבית של מושג האוטונומיה, שהציעו מיל ודבורקין, היא אכן בעייתית כאשר עומדות על הפרק החלטות פשוטות ויומיומיות. היא דורשת מן הצוות להשקיע מאמצים בלתי סבירים בהכרת מניעיו של המטופל, ובעייתית מכך – היא דורשת התבוננות עצמית והבניית ערכים מודעת מצד המטופל, אשר לא כל אדם מסוגל להם, ואשר אף לא תמיד נדרשים לצורכי ההחלטה שעל הפרק. פרשנות

⁹⁹ שם, בעמ' 123–124.

¹⁰⁰ Making Health Care Decisions, לעיל ה"ש 16, בעמ' 60.

רפלקטיבית זו הולמת היטב, עם זאת, החלטות הרות גורל מהסוג שביצ'ם וציילדרס ממילא דורשים לבחון אותן בחינה מעמיקה וזהירה.

סבורני, תוך היתלות באילנות הגבוהים שהוזכרו, שבהחלטות מסוג זה ראוי לא רק לבדוק בדיקה קפדנית את הבנתו של המטופל וחופש רצונו. ראוי לבחון גם את הסיבות להבעת אותו רצון, ואת התאמת אותו רצון מובע להעדפותיו העמוקות (השנוניות) של אותו המטופל, למסכת ערכיו ולתכנית חייו – כפי שהוא עצמו הגדיר אותם, ולא כפי שהצוות היה רוצה שיגדירם.

על פי גישה זו, התערבותו של הצוות בהחלטה שטחית ורגעית, אשר אינה תואמת את העדפותיו העמוקות של המטופל, אינה פוגעת באוטונומיית המטופל, אלא בדיוק להפך – היא מקדמת אותה אוטונומיה, במובנה העמוק.

ב. הדגמת ההבחנה בין בחירה אוטונומית לבחירה שאינה אוטונומית

לצורך בהירות הטיעון, אמחיש את ההבחנה בין החלטה אוטונומית להחלטה שאיננה כזאת באמצעות המקרה שנדון בפרשת פלוני נ' אלמונית, שתואר לעיל.¹⁰¹ חקירה מעמיקה של נסיבות המקרה העלתה שהיולדת הנדונה הייתה ידועה כמי שחששה מאז ילדותה מטיפול רפואי ונמנעה ככל הניתן ממגע עם מערכת הבריאות. עם זאת, מדברי בעלה ואמה של היולדת עלה כי במהלך ההיריון (שהיה הריונה הראשון) ניסתה היולדת במודע להתגבר על פחד זה, הגיעה למעקב היריון וביקשה גם להגיע לבית החולים עם תחילת הציירים. כאמור, בתחילת אשפוזו אף שיתפה היולדת פעולה עם הצוות, והסכימה לניטור ומגע. אף שלא היה אפשר אז (כעכשיו) לאבחן מה בדיוק גרם להסתגרותה ההולכת וגוברת של היולדת ולסירובה בשלב המתקדם לניטור וטיפול, נראָה לנוכח סיפור הרקע שסירובה לטיפול אינו משקף את העדפותיה העמוקות של האישה. היה אפשר להתרשם שהיולדת בחרה במהלך ההיריון בחירה אוטונומית להתמודד עם פחדיה ולהגן ככל הניתן על העובר שברחמה. סירובה המאוחר לטיפול נגד את התנהלותה לכל אורך ההיריון, וסביר שייצג אך העדפה רגעית ושטחית – העדפה ראשונית המנוגדת להעדפותיה העמוקות – ולפיכך אינו אוטונומי. לפיכך אין הוא ראוי לאותה הגנה שאנו מבטיחים להחלטות אוטונומיות.

מנגד, על פי אותו הרציונאל, מסקנה אחרת הייתה מתבקשת לו סירובה של היולדת לטיפול ולניטור היה נובע, למשל, מרצונה ללדת לידה טבעית, בלא כל התערבות. במקרה היפותטי כזה היה סביר יותר לראות את בחירתה כמייצגת תכנית חיים ומסכת ערכים מובנית, כלומר בחירה אוטונומית. דוגמה נוספת ליישומה של הגישה, המכירה באפשרות של בחירה מדעת שאינה

¹⁰¹ פרשת פלוני נ' אלמונית, לעיל ה"ש 71.

אוטונומית, ניתן למצוא במקרה שנדון בפרשת אלבז.¹⁰² באותו מקרה נאלצה כתו של גבר מבוגר לתרום לו כליה לאחר שסבל מכשל כלייתי על רקע מחלת סוכרת בלתי מטופלת. האב וביתו התובעים טענו שרופאת המשפחה, שאצלה טופל התובע זה שנים, לא הפנתה את התובע לבדיקות הנדרשות, לא עקבה אחר מצבו על פי הנהלים ועל פי הפרקטיקה המקובלת, ולא הפנתה אותו למומחים המתאימים – ולפיכך כשלו כליותיו.

קופת החולים הנתבעת טענה מנגד שחוסר היענות התובע לטיפול רפואי, וכן חוסר שיתוף פעולה מצדו, הם שהביאו להתפתחות מחלתו כפי שהתפתחה בפועל. לטענתה, כאשר החולה בוחר במודע שלא להכיר במחלתו, שלא להגיע למעקב הנדרש, שלא לעשות דיאטה, שלא ליטול טיפול תרופתי מומלץ ושלא לבצע בדיקות נדרשות, "אזי אין הרופא יכול להתערב בהחלטתו האוטונומית של החולה, ואין הוא יכול לכפות את הטיפול על החולה, היות והחלטתו זו של החולה היא במסגרת האוטונומיה שלו".¹⁰³

בפני בית המשפט הוכח, כי התובע אכן נמנע מלקבל את המלצותיה הטיפוליות של רופאת המשפחה, וכי לא הגיע לרופאים המומחים שאליהם הפנתה אותו, אולם בית המשפט סבר שאין בכך כדי לשחרר את הרופאה מאחריות לנזקו של התובע. עמדתו זו של בית המשפט היא עמדה ראויה, בעיקר אם אנו מכירים בקיומו של המושג בחירה לא אוטונומית. מתיאור המקרה בפסק דינו של בית המשפט עולה שבחירתו של התובע להימנע מלקבל את הטיפול המומלץ לא הייתה בחירה אוטונומית, אלא נבעה ממה שמיל היה קורא לו "יצר", ודבורקין היה מכנה "העדפה ראשונית" המנוגדת לזו העמוקה. הבחנה זו עולה בבירור מעדותה של רופאת המשפחה, הנתבעת:

"הוא [התובע מ.פ.] לא הבין את הסיבוכים של הסכרת שהייתי אומרת לו שיש פגיעה בעיניים ויש פגיעה בכליות, שיזוהר, שייקח את הטיפול והוא חי בהכחשה. הוא חי באיזה שהוא פחד שהיה לו פרהמורדיאלי, פחד מסכרת ופחד ממה שהיה לו, פחד ממה שהוא ראה אצל אביו והוא חי בהכחשה. הוא חי כמה שנים טובות בהכחשה, לכן הוא לא הבין".¹⁰⁴

כאמור, בלתי סביר לדרוש מכל רופא להכיר כל מטופל באופן שיאפשר את הבנת מניעיו העמוקים. אולם רופאת המשפחה במקרה הנדון הכירה בפועל את המטופל היכרות מעמיקה כזאת, הבינה את מניעי התנגדותו, והייתה צריכה להבין שבחירתו

¹⁰² ת"א (מחוזי חי') 814/03 אלבז נ' שרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.11.2008).

¹⁰³ שם, בעמ' 7.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 8.

אינה בחירה אוטונומית, ושלפיכך ראוי להתערב בה. אינני טוענת שהיה צריך לכפות על התובע טיפול לסוכרת (ובכללו תזונה נכונה, איזון אינסולין תקין וכן הלאה). בין השאר כפייה כזאת איננה ישימה. אך אפשר להתערב במהלכים מינוריים יותר כגון ייזומה של מעורבות המשפחה, הפעלת לחץ רגשי על המטופל וכדומה – מהלכים אשר יש בהם בלא כל ספק כדי לפגוע בחופש רצונו של התובע, אך הם מידתיים בנסיבות העניין. על רקע צפיות הנזק והכרת מניעי המטופל, הייתה לדעתי, וגם לדעתו של בית המשפט שדן במקרה, מוטלת על הרופאה חובה מקצועית להתערב בהתנהלותו של המטופל, ולהיות אסרטיבית יותר בניסיונותיה להביאו לידי שיתוף פעולה. התנהלות כזאת הייתה דווקא מקדמת את האוטונומיה של המטופל – אשר העדפתו השניונית איננה אבדן כליה או אבדן מאור עיניים – ולא פוגעת באוטונומיה שלו.

בלי להזכיר את מיל או את דבורקין הסיק השופט גריל בפסק דינו בפרשת אלבז בדיוק את המסקנה האמורה. לאחר שקבע כי אי-שיתוף הפעולה מצד התובע נבע מהדחיקת דבר מחלתו ואי-הפנמת הסיכונים הכרוכים בחוסר טיפול הולם בה, הבהיר בית המשפט כי רופא המטפל במטופל מסוג זה חב לו חובת זהירות מוגברת, ולא יהיה פטור ממנה אך ורק בשל סירובו המודע של המטופל.¹⁰⁵

6. ההבחנה בין החלטה אוטונומית להחלטה שאיננה אוטונומית כבסיס לפרשנות הראויה של סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה

פרשנותם הראויה של תנאי כפיית הטיפול על פרט כשיר, על פי סעיף 15(2), מבחינה בין בחירה אוטונומית לבחירה שאיננה אוטונומית. פרשנות זו מאמצת את העמדה, שהצגתי לעיל, המשלבת בין הגישה המדורגת של ביצ'ם וצ'יילדרס לגישה הרפלקטיבית של מיל ודבורקין.

לפי גישה זו, יפורשו התנאים לכפיית טיפול, שבסעיף 15(2), כמשרתי ההבחנה בין שני סוגי החלטות – האוטונומית והבלתי אוטונומית – ויאפשרו כפיית טיפול על מטופל כשיר המסרב, אך ורק כאשר סירובו הוכר כבלתי אוטונומי.

סבורני שפרשנות זו תואמת הן את לשונו של החוק והן את הרציונאל שבו. התאמה פרשנית זו ניכרת כבר בתנאי של "סכנה חמורה" למטופל, שסמכותה של ועדת האתיקה מותנית בראש ובראשונה בו – התניה ההולמת את הגישה המדורגת של ביצ'ם וצ'יילדרס. על פי תנאי זה, רק משהוכח שהמטופל נתון בסכנה חמורה, מצופה מהצוות לבחון את עניינו בחינה מעמיקה ומדוקדקת מזו המצופה במקרי טיפולים שגרתיים, פשוטים ומצומצמי השפעה. זאת ועוד, על פי ההסדר שבחוק, הבחינה המעמיקה אמורה להתבצע בפועל על ידי ועדת האתיקה של בית החולים,

¹⁰⁵ שם, בעמ' 22.

ולחייב בחשבון שלושה שיקולים – השניים הראשונים מותאמים לגישתם המדורגת של ביצ'ם וצ'יילדרס להבחנה בין בחירה אוטונומית לבחירה שאינה כזאת, והשלישי ראוי שיוכר כגילומה המובהק של הגישה הרפלקטיבית, שהציעו מיל ודבורקין, לאותה הבחנה.

א. התנאי הראשון – מסירת מידע מספק

התנאי הראשון שוועדת האתיקה צריכה לבחון את מילוי על פי סעיף 15(2) הוא שנמסר למטופל מידע כנדרש לצורך קבלת הסכמה מדעת. לכאורה, זהו תנאי טכני אשר היה אפשר להשאירו לבחינה על ידי הצוות הרפואי. למעשה, שאלת היקף המידע "הנדרש" למטופל, וטיבו, לצורך גיבוש הסכמה מדעת היא שאלה מורכבת, אשר לעתים קשה להשיב עליה, והיא תלויה בנסיבותיו של המקרה הרפואי, סוג הטיפול המוצע, השלכותיו ולעתים אף מאפייניו הייחודיים של המטופל.

כך, למשל, קבע בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות שהיקף הדיווח, שהמטפל מחויב בו, באשר לסיכונים בהליך המוצע על ידיו, משתנה לפי הנסיבות. על פי הלכה פסוקה זו, הסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו, מצד אחד, עם תדירות הסיכון האפשרי ומידת חומרתו, מצד אחר.¹⁰⁶ ככלל ניתן לומר כי ככל שהטיפול דחוף פחות וחיוני פחות, כך נדרש למטופל מידע מפורט יותר באשר לסיכוני ההליך המוצע וסיכוייו, וכן באשר לחלופותיו. ככל שההליך חיוני יותר ומצבו של המטופל חמור יותר, כך סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי המוצע, גם אל מול סיכונים ניכרים, וכך המידע על סיכוני הקלים יותר של ההליך דרוש לו פחות, אם בכלל. זאת ועוד, גם מאפיינים אישיים של המטופל לרבות עיסוקו יכולים להשפיע על היקף חובת הגילוי או על טיבה. כך, למשל, מידע על צלקת שתיוותר ברגל עשוי להיות חשוב יותר, ולכן מחויב בגילוי, כאשר המטופלת היא דוגמנית, וחשוב פחות כאשר המטופל הוא כדורגלן – וזאת במנותק משקלול התועלת מול נזק, שבה דן בית המשפט בהלכה דלעיל.

דוגמה נוספת למידע ייחודי, הנדרש למטופל שמאפייניו ייחודיים, היא המקרה של יולדת ממוצא אתיופי, עולה חדשה, אשר טופלה לפני שנים מספר באחד מבתי החולים בארץ ואובחנה כנשאית של וירוס ה-HIV. צוות מחלקת היולדות ניסה בכל דרך לשכנע אותה להסכים לביצוע של ניתוח קיסרי, והדגיש שיש בתהליך לידה כזה כדי לצמצם במידה ניכרת את סיכויי העברת הווירוס מהאם לעובר. האם סירבה בכל תוקף לניתוח קיסרי, אף שלהבנת הצוות נמסר לה כל המידע הרלוונטי. רק לאחר שעורבה ועדת האתיקה במקרה, וגויס לדיון אח ממוצא אתיופי, המכיר את מחוז מוצאה של היולדת, התברר שבאותו מחוז ניתוח קיסרי משמעו היה מותה הוודאי של

¹⁰⁶ ע"א 6153/97 שטנרל נ' פרופ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 758-759 (2002).

היולדת. לפיכך העדיפה היולדת את היוולדו של ילד חולה על פני היוולדו של ילד יתום מאם. זו מסקנה רציונאלית לחלוטין, המבוססת כמוכן על מידע מוטעה וחסר, המאפיין יולדת זו בלבד, ואשר חייב מתן מידע מתקן ייחודי.

בהתחשב בקושי להעריך את היקף המידע הנדרש לצורכי הסכמה מדעת, ולנוכח ההנחה המוטמעת בסעיף 15(2) שיש לוועדה זמן וכישורים טובים יותר לקבוע את היקף המידע הנדרש וטיבו, מדוע איננו מבקשים להעביר תמיד את ההכרעה בשאלה זו לוועדת אתיקה – בכל טיפול ובכל מטופל? התשובה על שאלה זו קשורה ברמת ההבנה ובטיב ההבנה שאנו דורשים מהמטופל בכל טיפול. אימוץ גישתם של ביצ'ם וצ'יילדרס לרכיב ההבנה במושג החלטה אוטונומית, מיתר בחינה מעמיקה כל כך של רכיב זה בכל טיפול וטיפול, ומצדיקו אך בטיפולים שהשלכותיהם קשות ונרחבות. אנו נזקקים לוועדת האתיקה לצורך חקירה מעמיקה כאמור בדיוק במקרים קשים אלה, מהסוג שביצ'ם וצ'יילדרס התכוונו אליו, כשיש ספק באשר למידת האוטונומיה בסירובו של המטופל לקבל טיפול שיסיר סכנה חמורה מדרכו.

ב. התנאי השני – תועלת ניכרת הצפויה מהטיפול

התנאי השני שהוועדה צריכה לוודא כי התמלא, בטרם תקבע כי ראוי לכפות טיפול על המטופל המסרב, הוא כי צפוי שהטיפול ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל. שיקול זה אינו אובייקטיבי גרידא, כפי שאולי ניתן לסבור במבט ראשון, שכן לעתים הוא מחייב שקילת שיקולים מוסריים מורכבים, בעיקר כאשר הסוגיה מחייבת השוואת תועלות בכמה מישורי דיון ובראשם – איכות חיים לעומת אריכות חיים.

שאלת המשקל אשר ראוי להעניק לתועלת בכל מישור דיון היא סובייקטיבית למדי. כך, למשל, לא ברור כיצד יש לכמת את ה"שיפור במצב המטופל", אם על הפרק הסתברות גבוהה למוות מהטיפול המוצע, אשר מטרתו להביא לשיפור ניכר באיכות החיים (למשל מניעת שיתוק). אותה הבעיה עולה, לחלופין, כאשר מדובר בטיפול המיועד למנוע מוות, אך עלול לפגוע במידה ניכרת באיכות חיי המטופל (למשל להביא לכריתת ארבע גפיים).¹⁰⁷

קרקו-אייל מציינת שהצורך לשקלל תפיסות ערכיות-סובייקטיביות הוא שיקול חזק נגד השימוש בסמכות הכפייה שבסעיף 15(2). היא סבורה שבמקרים אלה אין להעדיף שיקולים ערכיים של אדם אחר על פני שיקוליו הערכיים ותפיסתו המוסרית

¹⁰⁷ דוגמות אשר הובאו אצל קרקו-אייל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 429. ראו גם עמדה דומה, בעניין מורכבות ההכרעה בשאלת התקיימותו של תנאי זה, בתוך: Simon Waltho, *Rethinking Paternalism: An Exploration of Responses to the Israeli Patient's Rights Act 1996*, 37 J. MED ETHICS 540, 541 (2011).

של המטופל עצמו.¹⁰⁸ אני תומכת בגישה זו, אם כי החלתה של הגישה הרפלקטיבית על התנאי השלישי, שבו אדון מיד, ממילא במהותה אינה מאפשרת את עקיפת שיקוליו הערכיים ותפיסתו המוסרית של המטופל עצמו.

ג. התנאי השלישי – הסכמתו למפרע של המטופל

התנאי השלישי והאחרון, שאישור הטיפול על ידי הוועדה כפוף למילוי, ואשר ספג את מרבית הביקורת, הוא סברת הוועדה ש"קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע". תנאי אחרון זה אינו דורש שיהיו לחברי הוועדה סגולות מיוחדות לחיזוי העתיד, או שבפועל יסכים המטופל לטיפול לאחר כפייתו.

לדעתי ראוי לפרש תנאי זה לפי פרשנותם הרפלקטיבית של מיל ודבורקין למושג הבחירה האוטונומית. אימוץ הגישה האמורה ממלא את התנאי בתוכן יישומי, ומחייב את הוועדה לברר האם התנגדותו של המטופל לטיפול תואמת את העדפותיו העמוקות, את תכנית חייו ואת ערכיו, או שהיא נובעת מדחף, יצר, פחד, הדחקה, אינסטינקט וכדומה – המנוגדים להעדפות עמוקות אלה.

קביעת הסבירות שתינתן למפרע של המטופל ראוי שתהיה תלויה באיתור פער בין רצונותיו העמוקים של הפרט לתוצאותיה בפועל של התנגדותו. ראוי שהיא תהיה תלויה בתשובה לשאלה אם התנגדותו של המטופל היא אוטונומית. תשובה חיובית על שאלה זו תשלול את כפיית הטיפול עליו. תשובה שלילית תצדיק טיפול בו.

כך, למשל, תביא בחינה ברוח זו לתוצאות שונות לחלוטין בשני מקרים, הנראים על פניהם זהים. נניח מקרה של מטופל הסובל מאי-ספיקת כליות ומסרב לדיאליזה. בפעילות בוועדת האתיקה נתקלתי בסירוב כזה אשר נבע מהחשש שהתלות בדיאליזה תפגע מאוד באיכות החיים של המטופל, ומנגד, נתקלתי במקרה אחר שבו הסירוב נבע מרצון אמיתי של המטופל למות. במקרה הראשון החליטה הוועדה לכפות על המטופל את סבב הדיאליזה הראשון והימדי. מכיוון שמעולם לא התנסה המטופל בדיאליזה, ולאור רצונו לחיות כל עוד איכות חייו סבירה, הניחה הוועדה שיגלה כי אין הדיאליזה מהווה נטל שלא ירצה לשאת. עם זאת הובהר מראש שסבב נוסף לא ייכפה עליו, וכי התנגדותו תיחשב לאוטונומית אם יעמוד בסירובו לאחר הסבב הראשון.¹⁰⁹ אשר למטופל השני, לעומת זאת, נמנעה הוועדה מלאשר כפיית

¹⁰⁸ שם.

¹⁰⁹ גם מבחינה טכנית אי-אפשר להמשיך ולכפות על מטופל השווה מחוץ לבית החולים טיפולי דיאליזה חוזרים ונשנים לאורך זמן. יתרה מזו, כפייה מתמשכת כזאת אינה ראויה בגלל האפקט השלילי המצטבר של כפייה ארוכה, שאותו כבר אי-אפשר לאזן אל מול התועלת מביצוע הדיאליזה.

טיפול. מטופל זה, ששנים רבות סבל מבעיות רפואיות רבות, אם כי לא סופניות, מאס בחייו, וסירב בעקביות לקבל כל טיפול שמטרתו הצלת החיים או הארכתם (כך, למשל, סירב בעבר לצנתור). עם זאת, בעבר הסכים המטופל לקבל טיפולים שהיה בהם כדי לשפר את איכות חייו בלי להאריכם (כניתוח קטרקט). היה לחברי הוועדה ברור שהמטופל כשיר, מבין היטב את משמעות החלטתו ושלם עמה. החלטת המטופל הייתה אוטונומית, שכן היא תאמה את תכנית החיים הקוהרנטית, שאותה גיבש לעצמו במרוצת השנים, ואת ערכיו האישיים. כפיית טיפול עליו הייתה פוגעת פגיעה בלתי ראויה בזכותו לאוטונומיה אישית. המטופל נפטר מכשל כלייתי ימים מספר לאחר החלטת הוועדה.

לצורך מענה על השאלה, האם קיים פער בין העדפותיו העמוקות של המטופל לאלו המובעות, תזקק הוועדה לשיחה מעמיקה עם המטופל, עם משפחתו, עם מטפלו הוותיקים, ולעיתים אף לניתוח התנהלותו בעבר במקרים רלוונטיים. לדברי כרמי:

"ס' 15(2) אינו קובע הנחה, כי חזקה על כל מטופל שלאחר מעשה של טיפול בו בניגוד לרצונו הוא ייתן לכך הסכמתו למפרע. מכאן שהוועדה אמורה לבחון כל מקרה לגופו, תוך התייחסות לאישיותו, להתנהגותו ולדעתו של המטופל שלפניה, והתייחסות זו עשויה לספק לה את "היסוד" להנחתה בדבר העמדה הצפויה של המטופל לאחר הטיפול בו".¹¹⁰

לסברתו של הצוות, שיש בטיפול כדי לשפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי הקשה של המטופל, אין כל חשיבות בשלב זה של הדיון, ואין בה כדי להעיד על סבירות הסכמתו העתידית של המטופל. קביעת הוועדה שסירוב המטופל אכן אינו משרת את העדפותיו העמוקות, מותנית בכך שצבר הנתונים שלפניה יעיד בבירור על הניגוד החריף שהמטופל שרוי בו. סברה הסתברותית בעניין רצונם הכללי של מטופלים לחיות אינה מספיקה, ועל הוועדה לתור אחר סימנים ספציפיים באשר לרצונו ולערכיו של המטופל המסוים. סף ההוכחה צריך להיות גבוה, אם כי לאו דווקא מעל לכל ספק, בכל הנוגע לשירות שתשרת כפיית הטיפול את אוטונומיית המטופל, במובנה העמוק.

7. סיכום

לכפיית טיפול על מטופל המסרב לו השפעות קשות על המטופל, על משפחתו ועל

¹¹⁰ כרמי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1,091.

הצוות המטפל בו. כפייה עלולה להביא למשבר חווייתי כמו גם לשבר אמוני ביחסי המטופל עם מטפלו. שבר ומשבר אלה כרוכים בכפיית טיפול בין שהוא נכפה על פרט כשיר, ובין שהוא נכפה על פרט שאיננו כשיר, אך אין ספק שכפייתו של טיפול על אדם כשיר היא מורכבת ובעייתית יותר מבחינה מוסרית.

חוק זכויות החולה הוא ייחודי באיזון המוצע בו בין האינטרסים המעורבים במקרה של סירוב מדעת לטיפול. החוק מגן על זכותו של הפרט הכשיר לסרב לטיפול, ומעניק לה קדימה על פני האינטרסים הרלוונטיים האחרים, אולם במקרים מסוימים, המוגדרים בסעיף 15(2) לחוק, החוק מאפשר לפגוע בזכות סירוב זו.

פגיעה זו בזכות לסרב לטיפול אין משמעה דווקא פגיעה באוטונומיית הפרט, ואין היא בהכרח אקט פטרנליסטי. הזכות לסרב לטיפול אינה מיועדת להגן על חירותו של הפרט להחליט כל החלטה שהיא, לרבות החלטה אימפולסיבית ואקראית, אלא להגן על האוטונומיה שלו, כלומר על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות, התואמות את העדפותיו העמוקות, תכנית חייו וערכיו האישיים.

פרשנות ראויה לסעיף 15(2) לחוק תאמץ את ההבחנה בין בחירה אוטונומית לבחירה שאינה אוטונומית, ותאפשר לצוות המטפל לכפות טיפול על מטופל בעל מסוגלות עקרונית לקבל החלטות, כאשר סירובו של אותו מטופל מוערך כבלתי אוטונומי. הערכה כזאת אינה פשוטה, ומחייבת השקעת זמן ומאמץ להכרת המטופל ולהבנת מניעיו לסירוב, אך היא הכרחית לצורך השימוש בהוראת סעיף 15(2).

ראוי להשתמש בחריג המעוגן בסעיף 15(2) רק במקרים שבהם בוצעה הערכה זו בהצלחה, ולאורה נטתה הכף בבירור לטובת ההנחה שהחלטת המטופל אינה אוטונומית. כאשר אי-אפשר לבצע הערכה כאמור, או כאשר גם לאחריה נותרו כפות המאזניים מעוינות, יש להעדיף את כיבוד זכותו של המטופל לסרב לטיפול, גם במחיר פגיעה ממשית וחמורה באינטרס טובתו הרפואית, ואף במחיר אובדן חייו.