



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

יוסי גריין*

פתח דבר. פרק ראשון: המסכת העובדתית. א. העתירה. ב. עמדת היועץ המשפטי לממשלה. ג. החלטת בית המשפט. פרק שני: חוק החולה הנוטה למות: א. החוק ומהותו. ב. המשטר המשפטי לפני חקיקת החוק. ב.1. ההסדר החוקי. ב.2. הפסיקה. פרק שלישי: דיון: א. האם החלטת בית המשפט תקפה? ב. מה הלאה? סיכום ומסקנות.

פתח דבר

לאחרונה ניתן פסק דין קצר, שני עמודים בלבד, בבית המשפט המחוזי בתל אביב בעתירתו של חולה ALS.¹ בית המשפט התבקש להצהיר כי הרופאה המטפלת (רופאה פליאטיבית) רשאית להפסיק את פעולתה של מכונת ההנשמה אליה הוא מחובר.² בית המשפט נעתר לבקשה והצהיר כי הרופא יהיה רשאי "לבצע הפחתה הדרגתית של קצב

* ד"ר למשפטים, מרצה בכיר, המכללה האקדמית נתניה
1 מחלת ALS מתאפיינת בשיתוק הולך ומתפשט של שרירי הפנים, הבליעה, הלשון הנשימה וחגורת הכתפיים ושרירי הידיים והרגליים. המחלה חשוכת מרפא והיא מתקדמת לקראת סופניות החולה. בשלב הסופני החולה כבר איננו יכול לבלוע, לדבר, להשתעל, להפעיל את שרירי הנשימה וחיוו נהפכים לגיהינום עלי אדמות. המהלך הזה ידוע, ובלתי הפיך.
2 יוער כי העותר איננו מאושפז בבית החולים או במוסד רפואי, אלא מרותק למיטתו בביתו אשר הותאם כולו לצרכיו.



ההנשמה, עד למינימום, תוך מתן סדציה פליאטיבית (חומר מרגיע לשם מניעת תחושת החנק) וכן להימנע מניטור של ריוויזן החמצן בדם, רמת גזים בדם והאלקטרוליטים". בית המשפט נעתר לבקשה - חרף העובדה שאיננה נתונה במחלוקת – שחוק החולה הנוטה למות איננו חל על העותר, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הסכים ש"גם אם החוק אינו חל במישרין, רוחו ועקרונותיו חלים בענייננו".

ייאמר מיד: הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה עד למינימום, וכיוצא בזה ריכוז החמצן בדם של חולה שאיננו יכול לנשום בכוחות עצמו או שנוזקק לרמת חמצון גבוהה מ-21%, שקולה כנגד ניתוקו ממכונת ההנשמה. העובדה כי הפחתת קצב ההנשמה תיעשה תוך מתן סדציה פליאטיבית, איננה משנה את מהותה של הפעולה (החשת מותו של העותר במעשה) אלא מונעת מהחולה את ייסורי החנק.³

בקשת החולה איננה מפתיעה. בתי המשפט נעתרו לא אחת לבקשת חולים במחלות סופניות – הן במחלת ALS⁴ והן במחלות סופניות אחרות - קודם שנחקק חוק החולה הנוטה למות והצהירו על זכותם שחיייהם לא יוארכו שלא בהסכמתם ובניגוד לרצונם.⁵ החידוש בפסק הדין הוא שבית המשפט מקבל עתירה של חולה במחלה סופנית שחוק החולה הנוטה למות איננו חל עליו,⁶ ומצהיר כי הרופא רשאי "להפחית את קצב

³ השופט (בדימוס) שטרוזמן מתבטא בעניין זה בחריפות יתרה וקובע כי הסכמת היועץ המשפטי הינה "תרגיל" רפואי להמתת החולה שלא ייחשב, לדעתה, כעבירה. ראו אורי שטרוזמן, "להתאבדות ברשות ובסמכות בית המשפט המחוזי והיועץ המשפטי לממשלה", פורסם בתקדין 14.12.2014.
⁴ ראו ה"פ 2242/95 א. א. ו. י. ש. נ' קופת החולים הכללית, פס"מ נ"ה (2), 253 (1996); ראו ה"פ 1141/90 בנימין אייל נ' ד"ר וילנסקי, פס"מ תשנ"א(3), 187 (1990); רודני ת"א 8195/93 ראובן רודני נ' קופת חולים כללית, לא פורסם; ה"פ (ב"ש) 1030/95 ישראל גלעד נ' בית החולים סורוקה ואח', פס"מ תשנ"ג(1), 441 (1995). ראו עוד בהרחבה יוסי גרין, משפט ורפואה: יחסי חולה – רופא 328 – 348 (תל אביב, 2003) (להלן – גרין משפט ורפואה).
⁵ ה"פ (מחוזי ת"א) 498/93 צערי ואח' נ' קופת חולים ומדינת ישראל (1993); ה"פ 528/96; ה"פ 10403/99 לובצקי נ' קופת חולים כללית ואח', לא פורסם; ע"א 3031/99 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, דינים עליון נ"ז, 782 (1999); ה"פ 10543/99 נחמה שמחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם; מנחם אלון "הערות והארות בעניין אשיות המרקם התרבותי והרוחני של חברתנו – סוגיית המתת חסד בפרשת לובצקי" שערי משפט ב(2), 121 (תש"ס).
⁶ ס' 3 ו-8 (א) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 (להלן: חוק החולה הנוטה למות).



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

ההנשמה עד למינימום", קרי לבצע בפועל המתת חסד, שהיא מעשה העומד בניגוד לחוק.⁷

קשה היא מלאכת השפיטה. על אחת כמה וכמה בשאלות של חיים ומוות. אלא שהשיפוט לא ניתן למלאכיהשרת, מסור הוא בידי שופט בשר ודם.⁸ לכן "הצדק שעושה בית המשפט צריך להיות צדק אנושי, שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני אלא גם נובע ממעמקי הלב".⁹ ואכן, השאלה היא עד כמה רשאי השופט לילך אחר מעמקי לבו? אימתי תגבר מידת הרחמים (האנושיות) של השופט היושב על מדין על מידת הדין (המשטר המשפטי הנוהג)?

אינני בא לטעון כנגד תוצאת פסק הדין שייתכן כי נכונה היא בנסיבות העניין, אף שהיא כשלעצמה איננה נקייה מספקות. מי יכול לעמוד מול עותר סובל שחיוו אינם חיים וצפויים להיות גרועים יותר ככל שתתקדם המחלה, גם אם תוחלת חייו עולה על שישה חדשים? אך גם אם הלב נכמר, האין ידי בית המשפט כבולות בחוק? האם רשאי הוא לפסוק בניגוד לחוק הקובע הסדר שלילי?¹⁰ מנין שאב את הסמכות להכשיר פעולה האסורה בחוק, על אחת כמה וכמה פעולה המחישה מוות – או שמא מסייעת להתאבדות – פעולה היכולה להיות בלתי הפיכה? האם די בהסכמת היועץ המשפטי להחיל את "רוח החוק ועקרונותיו", הגדרה שהיא כשלעצמה נתונה לפרשנות, כדי לבסס עליה את

7 ס' 302 ו- 309 (4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).
8 מנחם אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" **המשפט ב** 219 (תשנ"ה).
9 דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4), 661, 740 (1996). אכן, השופט הוא יצור אנושי כדברי השופט ברק, והאינטואיציה ממלאת תפקיד חשוב בפעולתו של כל אדם. גם של השופט המפעיל שיקול דעת שיפוטי (אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי**, הוצאת פפירוס, 197 (1987)). ראו עוד יעקב טירקל "תיקון הלב" **הפרקליט מ** 34, 41 (תשנ"א – תשנ"ג).
10 ס' 54 לחוק החולה הנוטה למות. ראו לעניין זה להלן בטקסט הנסמך לה"ש 81.



ההחלטה?¹¹ ומה דינו של הרופא הנסמך על החלטת בית המשפט? האם הוא חסין מפני תביעה?¹²

השאלות קשות והתשובות קשות יותר. דומה כי זה אחד מהמקרים הקשים, כדברי השופט הולמס, היוצרים דין רע ("Hard cases make bad law").¹³ אף על פי כן, ולמרות הקושי, כיוון שמדובר בחיי אדם, בפרוצדורה בלתי הפיכה ובעלת השלכות מרחיקות לכת, סבורני כי על מידת הדין היה לגבור על מידת הרחמים. ההחלטה המתירה לנתק את העותר ממכשיר הנשמה אליו הוא מחובר על ידי הפחתת קצב ההנשמה, איננה סבירה כל עוד לא תוקן חוק החולה הנוטה למות. מכאן, שפסק הדין בטל (void) ולא נפסד (voidable).¹⁴

מקובל עלי שאין להאריך חיים בכל מחיר.¹⁵ אמנם, ככלל, חיי אדם כהגדרתו של ליבוויץ הם בבחינת פוסטולט שאין לפגוע בהם גם לבקשת החולה.¹⁶ לכן, הטענה כי

¹¹ לא נתבאר מדוע היועץ המשפטי לממשלה הוא המשיב לעתירה למרות שאין הוא בעל דין. ה"יריבות" של העותר היא עם הרופאה המטפלת (או עם מטפליה) והיא איננה צד בדין חרף העובדה שהיא המשיב הראוי לעתירה (ראו בג"ץ 945/87 נחייסי נ' ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד מב (1) 135, 136 (1988). ראו גם תקנה 13 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984). הרופאה אמנם נתנה חוות דעת המתארת את מצבו הרפואי, אך מלשון העתירה לא ברור אם היא מסכימה לנתקו מהמכונה. על צירוף משיבים לעתירה ראו אליעד שרגא ורועי שחר, **המשפט המינהלי, עילות הסף**, 303–328 (תל אביב 2008). לא ברור מדוע בית המשפט לא זימן אותה להביע את עמדתה. לא למותר לומר כי אין בכך כדי להמעיט בצורך לשמוע את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. להיפך, כמייצג האינטרס הציבורי היה עליו להתייבב לדיון ויביע את עמדתו אף אם לא זומן על ידי בית המשפט (ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]). על מהותו של פסק דין הצהרתי ראו אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, מהדורה עשירית, 504 (סייגא, הוצאה לאור בע"מ, 2009).

¹² בית המשפט חסין מפני תביעה (ס' 8 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח – 1968).
¹³ NORTHERN SECURITIES CO. V. UNITED STATES, 193 US 197, 400 (1904).

¹⁴ ההבדל בין בטלות פסק דין לנפסדותו היא בכך שפסק דין הבטל בשל פגם הוא בטל מעיקרו. לעומת זאת פסק דין שהוא נפסד ניתן לתקן למרות הפגם שנפל בו. אחד המבחנים להפעלת הבטלות תמון בחומרת הפגם.

¹⁵ אגב כך יוער כי אין בכך חידוש, שהרי רבי משה איסרליש פסק לפני כארבע מאות וחמישים שנה שמוותר להסיר את הגורם המעכב את המיתה ש"אין בזה מעשה כלל אלא מסיר את המונע" (**שולחן ערוך**, יורה דעה, סימן של"ט, סעיף א בהגהה). על דין זה והתפתחותו עד ימינו ראו ישראל כץ, "דין



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813-11 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

בתנאים מסוימים טוב המוות מחיים הופכים את החיים ליחסיים. בזה טמונה סכנה רבה. אלא שהשתכללות הטכנולוגיה הרפואית גרמה לחשיבה מחודשת משום שהשימוש בטכנולוגיה גוזר על החולה הנוטה למות חיי סבל וניוול יותר מאשר הארכת חיים. במקרים חריגים אפשר שנוכח המציאות המשתנה אין מניעה - משפטית והלכתית - להיעתר לבקשת החולה ולהימנע מהארכת חייו בניגוד לרצונו, ובלבד שהחוק המשקף את האיזון בין הערכים המתחרים יאפשר זאת. על רקע דברים אלה אבחן את פסק הדין ובעיקר את השלכותיו.

ההארה כוללת שלושה פרקים: בפרק הראשון תוצג התשתית לדיון, היינו המסכת העובדתית (העתירה ותגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כפי שהותרו לפרסום) והחלטת בית המשפט.¹⁷ הפרק השני יתחלק לשני חלקים: בחלק הראשון יוצגו עיקרי חוק החולה הנוטה למות ועקרונותיו הרלבנטיים לדיון. בחלקו השני יוצג המשטר המשפטי ששרר קודם לחקיקת חוק החולה הנוטה למות, לרבות הפסיקה כדי לבחון מאי משמע "רוח החוק ועקרונותיו" אליבא דהיועץ המשפטי לממשלה. בפרק השלישי אבסס את הטענה כי בית המשפט חרג מסמכותו וכפועל יוצא מכך את בטלות פסק הדין. במסגרת המסקנות אבחן פתרונות אפשריים לסוגיה כאובה זו.

פרק ראשון: המסכת העובדתית

מסיר המונע – ממקורותיו של דין הגוסס ועד ימינו, **אסיא** פ"ט – ז, 127 (2011). ראו עוד אברהם שטינברג "הבסיס ההלכתי להצעת חוק החולה הנוטה למות" **אסיא** ע"א – ע"ב, 25 (2003). ראו עוד בהרחבה אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית: **הרופא, החולה והרפואה** – **באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל** כרך רביעי, ערך "נוטה למות" (מהדורה חדשה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2006).

הכוונה להנחת יסוד שאיננה ניתנת להנמקה רציונאלית. ראו ישעיהו ליבוביץ, "רפואה וערכי החיים", **דברי הקתדרה לתולדות הרפואה**, כרך א, חוברת א, 1 (1977). ראו עוד לעניין זה דברים שכתב השופט אלון בעניין שפר: מבהיר את הדברים השופט אלון בעניין שפר: "כלל גדול ויסוד מוסד בעולמה של הלכה כי חיי אדם מן הדברים שאין להם שיעור, הן מבחינת ערכם, והן מבחינת אורכם. חיי אדם אינם ניתנים למידה ולמשקל, וכל שנייה של חיי אנוש ערכה הסגולי כחיים של שנים רבות וארוכות (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1), 87, 125 (1993)).

כתבי בית הדין והחלטת בית המשפט פורסמו באתר פדאור.



א. העתירה

העתירה המנוסחת בבהירות רבה נחלקת למעשה לשלושה חלקים: בחלק הראשון הסעד המבוקש, בשני תאור מצבו הרפואי (הבלתי הפיך) של העותר והשלישי נימוקי העתירה.

הסעד המבוקש הוא סעד הצהרתי¹⁸ לפיו מתבקש בית המשפט להצהיר "כי הרופאה המטפלת במבקש רשאית להפסיק את פעולתה של מכונת ההנשמה אליה מחובר המבקש, באופן שבטרם תופסק פעולתה של מכונת ההנשמה, יישאל המבקש אם הוא נחוש בדעתו כי רצונו בכך, ואם ישיב בחיוב יוזרם לגופו של המבקש חומר מרגיע ומטשטש לשם מניעת תחושת חנק ולאחר מכן תופסק פעילותה של מכונת ההנשמה. לחלופין, כי הרופאה המטפלת במבקש רשאית לנתק את המבקש ממכונת ההנשמה בעודו צלול ובהכרה מלאה, באופן שלאחר הניתוק תהיה באפשרות המבקש להביע את רצונו החופשי אם להתחבר מחדש למכונת ההנשמה, והרופאה תפעל בהתאם להחלטתו – אם יורה המבקש לחברו מחדש למכונת ההנשמה כך תעשה הרופאה, ואם יורה שלא לחברו, יוזרם לגופו של המבקש חומר מרגיע ומכונת ההנשמה לא תחובר מחדש".

לאחר מכן עובר ב"כ העותר לתאר את מצבו הרפואי הקשה של העותר "הסובל ממחלת ניוון שרירים, משותק לחלוטין למעט יכולת להזיז את עיניו, מרותק למיטתו, אינו מסוגל לדבר, אינו שולט בסוגריו, ניזון ומונשם באופן מלאכותי". העותר לא נפגע שכלית מהמחלה, הוא מודע באופן מלא למצבו ולמשמעות בקשתו לסיים את חייו. הוא מתקשר עם סביבתו באמצעות מכשירים טכנולוגיים הקוראים את תנועת גלגלי העיניים שלו. כמו כן, לא נצפה סיכוי כלשהו לשיפור במצבו הסופני. העותר מטופל בידי שני מטפלים מוסמכים מסביב לשעון.

¹⁸ לא בכדי הסעד המבוקש בעתירות מסוג זה הוא סעד הצהרתי. שכן, בית המשפט איננו מחליף את חוות דעתו בזה של הרופא. בית המשפט לא יחייב מטפל לתת לחולה הנוטה למות טיפול רפואי מסוים, או להימנע ממתן טיפול רפואי מסוים, בניגוד לערכיו, למצפונו, או לשיקול דעתו הרפואי. במקרה כזה, מטפל שסירב או נמנע כאמור יעביר את הטיפול למטפל אחר.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813-16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

מכאן עובר ב"כ העותר לבסס את התשתית הנורמטיבית לבקשה נוכח העובדה כי חוק החולה נוטה למות איננו חל על העותר שתוחלת חייו עולה על שישה חודשים. הטיעון המרכזי הוא שבתי המשפט קודם לחקיקת החוק הכירו בזכותו החוקתית של החולה במחלה סופנית, המביעה את רצונו המפורש שלא לקבל טיפול רפואי, להפסיק את הטיפול הרפואי בו. ב"כ העותר מנתח באריכות שורה של פסקי דין אליהם אתייחס בהמשך ומגיע למסקנה כי "לפני כניסתו לתוקף של חוק החולה הנוטה למות, יצרה הפסיקה הבחנה בסיסית בין המתה אקטיבית האסורה בכל מקרה, לבין המתה פאסיבית, אשר ניתן להתירה במקרים מסוימים כאשר מדובר בחולה חשוך מרפא אשר אין לו סיכוי להירפא והמשך חייו כרוך בסבל ואשר הביע את רצונו המפורש בהפסקת הטיפול הרפואי הניתן לו, התירה זאת הפסיקה באופן קונקרטי, בפסיקה נקבע כי ניתוק של חולה ALS ממכונת הנשמה נחשב להמתה פאסיבית אשר ניתן להתירה"¹⁹. (ההדגשה במקור).

בהמשך מנתח ב"כ העותר את חוק החולה הנוטה למות והדיון בהליך חקיקתו בכנסת ומגיע למסקנה, שאיננה חד משמעית, כי נראה, כי על חולים סופניים אשר אינם עונים על הגדרת "החולה הנוטה למות" מוסיף לחול ההסדר המשפטי הקבוע בחוק זכויות החולה ואשר פותח בפסיקה בטרם חקיקת חוק החולה הנוטה למות, בהתבסס

¹⁹ ב"כ העותר תומך יתדותיו בשורה ארוכה של מובאות מפסקי הדין של בתי המשפט קודם לחקיקת חוק זכויות החולה. ראו ע"א 506/88 לעיל ה"ש 16; ה"פ (ת"א) 529/01 פלונית נ' הכללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.6.2001) יוער, כי טיעונו של העותר כי גם הדין העברי מאפשר ניתוק ממכונת הנשמה נכונה בעיקרה, אך איננה ישימה למקרה של העותר, כיון שהעותר איננו בשלבי גסיסה (ס' 25 לעתירה). ראו לעיל ה"ש 15.



על המבחנים החוקתיים הנגזרים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ההדגשה במקור).

20

נמצא, כי בבסיס העתירה עומדים שני טיעונים: הטיעון האחד, כי זכותו של העותר לקבל את הסעד המבוקש להפסיק את פעולתה של מכונת ההנשמה או לנתקו ממנה. בשני המקרים מדובר במעשה אקטיבי שיגרום למותו של החולה. הטיעון השני, שאף שחוק החולה הנוטה למות איננו חל על העותר ניתן להחיל עליו את ההסדר שקדם לחוק ובכלל זה את חוק זכויות החולה.

ב. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בבסיס הסכמתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לבקשה, הסכמה שהיוותה את הבסיס להחלטת בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש, העובדה שחוק החולה הנוטה למות איננו חל על העותר.²¹

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מנתחת באריכות את עקרונות חוק החולה הנוטה למות וקובעת, בצדק, כי האיזון הזהיר בין העקרונות עליהם מושתת החוק²² הביא את המחוקק ליצירתה של אבחנה עקרונית - העוברת כחוט השני בחוק החולה הנוטה למות - היא האבחנה בין פעולה אקטיבית, המביאה למותו של אדם, לבין פעולה פסיבית (או הימנעות מטיפול רפואי), מחדל שיש בו כדי להביא לכך שהמחלה תגבר על האדם ותכריע אותו.²³ החוק אוסר על פעולות המתה²⁴ או המסייעות להתאבדות²⁵ ואף הפסקת

²⁰ בכל הכבוד הראוי קשה לקבל טענה זו. אין בפסיקה הישראלית, לרבות בפרשת שפר הכרה בזכות חוקתית למות. גם השופט אריאל בהערתו בשולי פסק דין שפר (ס' 63 לעתירה) מתייחס לאפשרות שלא לחבר את החולה למכונת ההנשמה ואין הוא מתייחס לניתוקו. גם במשפט האמריקאי אין זכות חוקתית למות. ראו *JOHN F. KENNEDY MEMORIAL HOSPITAL V. HESTON* 58 N. J. 576, 279 A. 2D. 670 (1970).

²¹ ס' 19 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

²² ס' 1(ב) לחוק החולה נוטה למות.

²³ ס' 5 לתגובה.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

טיפול רציף אך מתיר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף שנפסק שלא במכוון או להימנע מחידוש טיפול רפואי בדיד (או מחזורי).²⁶

הדברים חוזרים ונשנים, ביתר שאת, בפרק שכותרתו המסגרת הנורמטיבית: כל פעולה שאסור לבצעה ביחס לחולה הנוטה למות כשיר, מקל וחומר שהיא אסורה לגבי חולה שאינו "נוטה למות" ושתוחלת חייו הצפויה עולה על 6 חודשים אם יקבל טיפול. לפיכך, בעת שאנו מפרשים את הדין שומה עלינו לשים לנגד עינינו, את "הקווים האדומים" שנקבעו בחוק החולה הנוטה למות ולא לחצותם. דהיינו, כי אין מקום להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית או לסייע בהתאבדות, וזאת אף לבקשת החולה עצמו (ראו סעיף 19 – 20 לחוק החולה הנוטה למות), וכי אין להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף העלולה להביא למותו אלא בהתקיים הסייג האמור בסעיף 21 לחוק החולה הנוטה למות. יחד עם זאת, אין כל מניעה להימנע ממתן טיפול רפואי בנסיבות מסוימות (ראו סעיף 15 לחוק החולה הנוטה למות).²⁷

והנה, בסעיף שלאחר מכן כותבת ב"כ היועץ המשפטי כי "לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בנסיבות החריגות החולה שלפנינו **הסובל סבל משמעותי** שאין כל סיכוי - על פי הרפואה דהיום - להטבה במצבו, המצוי במצב של חוסר אונים פיזיולוגי, המונע ממנו לממש את רצונו להתנגד לטיפול שהוא מסרב להמשיך ולקבל, ניתן לעשות שימוש במשורה, בזכותו של החולה לסרב למתן טיפול רפואי, בהשראת סעיף 15 לחוק החולה הנוטה למות וליתן סעד הצהרתי, אשר יצהיר על זכותו של המבקש לבקש

²⁴ ס' 19 לחוק החולה הנוטה למות.

²⁵ ס' 20 לחוק הנ"ל.

²⁶ ס' 21 לחוק הנ"ל.

²⁷ ס' 22 לתגובה. יוער כי בניגוד לעמדת ב"כ היועץ המשפטי, ס' 15 קובע כי "חולה נוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחייו יוארכו, יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו". סעיף זה חל על חולה הנוטה למות והוא דן בחולה המבקש שלא יוארכו חייו, היינו שלא יבצעו מלכתחילה פעולות המאריכות חיים. למיטב הבנתי אין הוא חל על חולה שהחלו בטיפול הרפואי מאריך החיים.



ממטפלי לעשות שימוש במהלך שיוצע להלן, ואשר עומד לדעת היועץ המשפטי לממשלה בתנאי הדין.²⁸

המהלך המוצע להגשמת רצונו של המבקש למניעת טיפול רפואי בו, ולאור בקשתו המפורשת להפסיק את ההנשמה, הינו בדרך של הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה (עד למינימום) ואת ריכוז החמצן עד 21% (שהוא הריכוז של החמצן באוויר הרגיל) תוך מתן סדציה פליאטיבית (ראו גם סעיף 23(א) לחוק החולה הנוטה למות).²⁹

היועץ המשפטי לממשלה תומך יתדותיו בשלושה נימוקים: הנימוק האחד, נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון. הנימוק השני, שההליך יתבצע על ידי הפחתה של קצב ההנשמה של מכונת ההנשמה עד למינימום. הנימוק השלישי, שחרף העובדה שהחוק אינו חל על העותר, רוח החוק ועקרונותיו מאפשרים להיעתר לבקשה.

ג. החלטת בית המשפט

בית המשפט נותן למעשה תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים. שני הצדדים מסכימים כי חוק החולה הנוטה למות אינו חל על העותר המבקש בדעה צלולה להפסיק את פעולת מכונת ההנשמה. לדידו יש להחיל את ההלכות והמבחנים שפותחו על ידי הפסיקה לפני כניסת החוק לתוקף. המדינה סבורה כי גם אם החוק אינו חל במישרין, רוחו ועקרונותיו חלים בענייננו.

לאור הסכמת הצדדים נעתר בית המשפט לבקשה ומצהיר כי הרופא שיבצע את ההליך יהיה רשאי לנקוט בפעולות הבאות:

²⁸ ס' 23 לתגובה.

²⁹ ס' 24 לתגובה. עוד מוסיפה ב"כ היועץ המשפטי בתגובתה כי בדרך זו, אין גורמים למותו של החולה באמצעות פעולה אקטיבית של ניתוק של מכשיר ההנשמה, אלא מצמצמים את הטיפול למינימום, ואין מוסיפים טיפולים נוספים או חדשים הדרושים בדרך כלל להצלחת פעולה ההנשמה, וכך נשמר עיקרון הפסיביות. במובן הזה, המהלך אף הולם את חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) בכך שאינו כופה על המטופל קבלת טיפול שהוא מסרב לקבלו (ס' 27 לתגובה).



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813-16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

- א. על הרופא שיבצע את ההליך לוודא מעל לכל ספק סביר, שהמבקש נחוש בדעתו. רק אם ישיב בחיוב כי רצונו בכך, ניתן להיעתר לרצונו.
- ב. לבצע הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה, עד למינימום, תוך מתן סדציה פליאטיבית.
- ג. להימנע מניטור של ריוויזן החמצן בדם, רמת הגזים בדם והאלקטרוליטים.
- ד. התהליך יתועד כראוי, בהתאם לנהלים הרפואיים.

קשה להבין את פסק הדין בעיקר לאור העובדה שלא הייתה כל דחיפות במתן פסק הדין. מדוע אין בית המשפט איננו מנמק את החלטתו בסוגיה כה קשה ומסתפק בהסכמת הצדדים. האם לא ראוי היה כי בבוא בית המשפט להיעתר לבקשה - חרף העובדה שהעותר איננו בגדר חולה נוטה למות כמשמעותו בחוק – יבהיר במה שונה הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה מניתוק החולה ממכונת ההנשמה. האם בית המשפט לא היה צריך לשאול את עצמו ולהשיב מנין שאב היועץ המשפטי את סמכותו להסכים לפעולה הנוגדת את החוק?

פרק שני: חוק החולה הנוטה למות

א. החוק ומהותו

חוק החולה הנוטה למות הוא תולדת דיונים ממושכים של ועדה ציבורית בראשות פרופ' אברהם שטינברג, שמונתה על ידי שר הבריאות בשנת 2000 לבחינת סוגיות הטיפול בחולה הנוטה למות.³⁰ שני תהליכים היוו זרז לגיבוש כללים לטיפול בחולה הנוטה למות. התהליך האחד, השתכללות הידע הרפואי וההתקדמות בפיתוח טכנולוגיות

³⁰ דברי הסבר להצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004. על הוועדה ועבודתה ראו בהרחבה אברהם שטינברג, "דו"ח הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות", אסיא ס"ט – ע, 5 (אפריל 2002). הוועדה הגישה לשר הבריאות את מסקנותיה ביום ד שבט תשס"ב (17.1.2002) ובכלל זה טיוטת הצעת חוק. הוועדה מונתה בעקבות קריאת בית המשפט העליון להסדיר את הנושא על דרך החקיקה (ע"א 3031/99 היועץ המשפטי נ' פלוני, פס' 5 לפסק הדין. לא פורסם).



רפואיות בתחום ההחייאה. יכולתם של הרופאים להאריך חיים באמצעות המכשור המתקדם בלא קשר לאיכותם, נשאה בחובה גם הארכת חיי סבל וניוול. התהליך האחר, המעבר לשיח זכויות שהוביל בין השאר לשינוי בתפיסת מערכת היחסים בין החולה לרופא. הפנמת תהליך זה, בצד המודעות הגוברת לזכויות הפרט, וההכרה במשקל שיש לתת לאוטונומיה של החולה בהחלטה על הטיפול הרפואי בו,³¹ גרמו לזניחת מערכת היחסים הפטרנליסטית שהתקיימה בין החולה לרופא ולמעבר למערכת יחסים המכירה באוטונומיה של החולה.³² יותר ויותר חולים במחלות סופניות ביקשו למנוע מעצמם, מכוח זכותם לאוטונומיה, חיי סבל וייסורים ואף ניוול מתמשכים.³³

חוק החולה הנוטה למות לא קלט את הגישה המקובלת בכמה ממדינות העולם המאפשרות המתת חסד אקטיבית לבקשת החולה.³⁴ בישראל, בדומה לארצות הברית,³⁵ אין לחולה הסופני זכות חוקתית למות, כטענתו של העותר.³⁶ יש הכרה בזכותו שלא

31 על האוטונומיה של האדם ומהותה, ראו בע"א 2781/93 מיאסי עלי נ' ביי"ח כרמל חיפה, פד"י נ"ג (4) 52 (1999); ע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פדאור 12 - 17 - 750 (2012); יוסי גרין "לקראת סוף החיים: לקראת סוף האוטונומיה?" רפואה ומשפט 28, 66 (מאי 2003).

32 ראו לעניין זה גרין, משפט ורפואה, עמ' 24-27. ראו עוד נילי קרקו - אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, 171-230 (נבו 2008) (להלן: קרקו - אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת). השאלה אם ראוי להסדיר את הטיפול בחולה הנוטה למות בחוק או להותירה בידי החולה והרופא ואולי עם בני ומשפחתו אף היא איננה פשוטה. ראו לעניין זה טירקל, תיקון הלב, לעיל ה"ש 9 בעמ' 40.

34 סקירת דברי החקיקה הבינלאומית ראו אמנון כרמי, בריאות ומשפט, מהדורה שנייה, כרך ב, עורך מוחמד ותד, 1541 - 1554, (נבו 2013). (להלן: כרמי, בריאות ומשפט). ראו עוד רם ישי, "הזכות למות בכבוד - בהולנד: מה המסקנות?", הרפואה 134 907 (1998); JOHAN BILSEN & OTHERS, "CHANGES IN MEDICAL END-OF-LIFE PRACTICES DURING THE LEGALIZATION PROCESS IN BELGIUM", SOCIAL SCIENCE & MEDICINE 65 (2007) 803.

35 ראו לעיל ה"ש 20. ראו עוד ר' כהן-אלמגור "על אוטונומיה, סיוע להתאבדות והזכות למות בכבוד" דילמות באתיקה רפואית 342, 346 (תשס"ב).

36 ס' 5 לעתירה. ואכן, למרות שבעבר הונחו על שולחן הכנסת מספר הצעות חוק שביקשו לעגן בחוק את הזכות למות בכבוד, הן לא הבשילו כדי דבר חקיקה. ראו למשל הצעת חוק הזכות למות בכבוד, התשנ"ט - 1999, הצ"ח פ/199, הונחה על שולחן הכנסת ביום כ"ח בתמוז תשנ"ט (12.7.1999); הצעת חוק העונשין (תיקון - הזכות להחליט על הארכת חיים), התש"ס - 1999, הצ"ח פ/819, הונחה על שולחן הכנס ביום כ"ב בחשוון התש"ס (1.11.1999). על ניסיונות החקיקה ראו עוד משה



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

יוארכו חייו בניגוד לרצונו במגבלות שנקבעו בחוק המאזנות בין האינטרסים המתחרים. החוק מכיר בצורך לכבד ככל שניתן את האוטונומיה של החולה כחלק בלתי נפרד מכבודו כאדם, ובד בבד קובע כי הזכות לאוטונומיה, חשובה ככל שתהיה, איננה חזות הכל.³⁷ אמנם ההנחה היא כי רצונו של אדם היא טובתו,³⁸ ושיעזבוהו לנפשו,³⁹ אך לא בהכרח. האוטונומיה איננה מקנה לו את הזכות לפגוע בחייו. הדין מגן על החולה גם מפני עצמו.⁴⁰ ומכיוון שרצונו של החולה לסיים את חייו עומד במקרים רבים, ולדעת רבים, בסתירה לערכי יסוד של החברה, על כן ההחלטה בבקשתו מחייבת לאזן בין כיבוד רצונו לבין ההגנה על קדושת החיים⁴¹ והחשיבות של איכות החיים.⁴² אכן, האיזון בין הערכים המתנגשים עומד בבסיס החוק.⁴³ איזון בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ובין עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת עליהם עומד

טלגם "הטיפול בחולה" הנוטה למות" וניסיונות החקיקה "המשפט ט' 345 (תשס"ד). על ההבחנה בין הזכות החוקתית למות לזכות החוקתית שלא לחיות ככל שהן קיימות ראו בהרחבה YALE KAMISAR, "WHEN IS THERE A CONSTITUTIONAL 'RIGHT TO DIE'? WHEN IS THERE NO CONSTITUTIONAL 'RIGHT TO LIVE'?", **GA. L. REV.**25 (1991), 1203

כך לדוגמה ניתן לטפל בחולה גם ללא הסכמתו (ס' 15 לחוק זכויות החולה) ובתנאים מסוימים גם בחולה הנוטה למות (ס' 18(א) לחוק החולה הנוטה למות).

דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 95 (1995).

ע"א 2781/93, לעיל ה"ש 31, בעמ' 570.

דנ"א 7015/94 בעמ' 95.

קדושת החיים, הגם שאינו מושג משפטי, נקלט במשפט הישראלי מהדין העברי הרואה בחיי אנוש ערך שהוא בבחינת תורת חיים של החיים למען החיים (ע"א 461/62 **צים נ' מזיאר**, פ"ד י"ז, 1319, 1333 (1963); בדנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 736 (1996); ע"פ 480/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3) 673, 687 (1986)).

ערך זה מטבעו כולל שני רכיבים: רכיב אובייקטיבי היינו בריאות גופנית ונפשית המאפשרת לאדם לנהל חיים תקינים ולרוב מלאי סיפוק. הרכיב האחר הוא הרכיב הסובייקטיבי הנגזר גם הוא ממצב בריאותו הגופנית והנפשית של האדם, אך מתפרש באופן סובייקטיבי. היינו, שמצבו הבריאותי או הנפשי של האדם אינו מאפשר לו ליהנות מחיים איכותיים בשל הערכה סובייקטיבית מחמירה של מצבו. כמובן שמרכיב חשוב בערך זה הוא הכאב והסבל ויכולתו של האדם להכיל אותם. ראו דברי ההסבר לס' 1 ו-2 להצעת החוק.

ס' 1(א) לחוק החולה הנוטה למות.



החוק.⁴⁴ עם זאת, ההחלטה אם ליתן טיפול רפואי לחולה הנוטה למות תתקבל על בסיס מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו שהם השיקולים הבלעדיים.⁴⁵

חוק החולה הנוטה למות מסדיר את מכלול ההיבטים והכללים הנוגעים לטיפול בחולה הנוטה למות. מטבע הדברים אתייחס לסעיפים הצריכים לענייננו בלבד. תחילה לתחולת החוק. החוק חל על חולה הנוטה למות אשר רופא אחראי קבע כי מתקיימים בו התנאים הבאים: הוא סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.⁴⁶

מכאן, שמי שתוחלת חייו עולה על שישה חודשים איננו בכלל חולה הנוטה למות והוראות החוק אינן חלות בענייננו.⁴⁷

הכלל הוא שחולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחייו יוארכו יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו.⁴⁸ אולם, ההימנעות מהארכת חייו של החולה הנוטה למות מותרת בדרך סבילה בלבד. החוק אוסר לנקוט בפעולה אקטיבית גם אם החולה מפציר במטפל שסייע בידיו לסיים את חייו. לכן, אסורה כל פעולה המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא.⁴⁹ כמו כן אסור לסייע לחולה להתאבד,⁵⁰ וכן נאסר להפסיק טיפול רציף בו.⁵¹ עוד נקבע כי

44 ס' 1 (ב) לחוק הנ"ל.

45 ס' 2 לחוק הנ"ל. בדברי ההסבר להצעת החוק אף מודגש כי הבלעדיות נועדה לאבחן שיקולים אלה משיקולים חברתיים ורצון בני המשפחה (דברי ההסבר לס' 1 ו- 2).

46 ס' 1 ו- 3 (א) לחוק הנ"ל.

47 התנאי כי תוחלת החיים של החולה לא תעלה על שישה חודשים איננה קביעה שרירותית. זו גישה המקובלת בכמה מדינות מערביות (דברי ההסבר לס' 3 להצעת החוק).

48 ס' 15 (א) לחוק החולה הנוטה למות.

49 ס' 19 לחוק הנ"ל.

50 ס' 20 לחוק הנ"ל.

51 ס' 21 לחוק הנ"ל. עם זאת, כדי למנוע סבל מהחולה על הרופא לעשות כל שניתן כדי להקל על כאבו וסבלו של חולה הנוטה למות, אף אם הדבר כרוך בסיכון סביר לחייו של החולה (ס' 23 לחוק הנ"ל). הדרכים לכך מנויות אף הן בחוק: לרבות באמצעות תרופות, משככי כאבים או באמצעים



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

כשהחולה הנוטה למות נקלע למצב חירום רפואי יחולו הוראות סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה, אלא אם כן נודע למטפל כי רצונו של החולה הנוטה למות הוא להימנע מטיפול רפואי בעת מצב כאמור.⁵²

כיון שבדיני נפשות עסקינן, נקבעה בחוק הגנה למי שפועל לפי הוראותיו ונמנע מלהאריך את חייו של החולה הנוטה למות:⁵³

"לא יישא אדם באחריות לפי כל דין על פעולתו לפי הוראות חוק זה, אלא אם כן פעל ברשלנות".

הוראה זו הפוטרת כל אדם (ולא רק את הרופא) הפועל על פי החוק, נועדה ליתן הגנה לרופאים שיימנעו מטיפול רפואי או שייטנו טיפול רפואי לחולה הנוטה למות, לפי הוראות החוק המוצע.⁵⁴ מכלל ההן נשמע הלאו. ולא בכדי, שכן במצב המשפטי ששרר קודם לחקיקת חוק החולה הנוטה למות, החשת המוות, בין במעשה בין בדרך סבילה הייתה אסורה. הווה אומר, המחוקק קבע הסדר שלילי המפקיע מבית המשפט את הסמכות לדון בעניינם של חולים במחלות סופניות שהחוק אינו חל עליהם.

ב. המשטר המשפטי לפני חקיקת חוק החולה הנוטה למות

1.1 ההסדר החוקי

פסיכולוגיים, סיעודיים וסביבתיים, והכל על פי עקרונות נאותים של טיפול מקל, ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל, ובכפוף לרצון החולה הנוטה למות, בהתאם להוראות חוק זה ובהתאם להוראות חוק זכויות החולה.

52 ס' 18(א) לחוק הנ"ל. ס' 5(א) לחוק קובע כי אין מוציאים חולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות מחזקת רצונו להוסיף לחיות ואין נמנעים, לפי הוראות חוק זה, מטיפול רפואי בו, אלא על פי הבעת רצונו המפורשת. ס' 15(3) לחוק זכויות החולה קובע כי בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת. על סעיף זה ומשמעותו ראו נילי קרקו – אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 32 בעמ' 439–450.

53 ס' 54 לחוק הנ"ל. ראו עוד לעניין זה גבריאל הלוי "האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות" **משפט רפואי ובין אחיקה** (1), 65 (2008).

54 דברי הסבר לס' 46 להצעת החוק הממשלתית.



העותר טוען בעתירתו כי אף שאיננו בכלל חולה נוטה למות כמשמעותו בחוק החולה הנוטה למות, יש להחיל עליו את ההלכות והמבחינים שפותחו לפני כניסת החוק לתוקף.⁵⁵ לטענתו, המשטר החוקי ששרר קודם חקיקת החוק ממשיך לנהוג גם כיום. קשה לקבל טענה זו משתי סיבות השזורות זו בזו ומשלימות זו את זו. הסיבה האחת, שחוק החולה הנוטה למות קובע כאמור הסדר שלילי. מכיוון שכך, וזו הסיבה השנייה, יחול לגבי כל החולים הסופניים שהחוק אינו חל עליהם, המשטר המשפטי ששרר קודם האוסר להחיש את מותו של החולה. אמנם, בבתי המשפט (המחוזיים) הוכרה זכותו של החולה במחלה סופנית שלא יוארכו חייו בניגוד לרצונו, אך הסעד ההצהרתי שניתן עמד בניגוד לחוק החרות. תוקפם של פסקי דין אלה לא נבחן על ידי בית המשפט העליון ולכן המשטר המשפטי ששרר באותה עת איננו נקי מספיקות.

שני החוקים הסדירו סוגיה זו: חוק העונשין וחוק זכויות החולה. שני חוקים אלה אינם מותירים ספק כי כל פרוצדורה המחיישה את מותו של החולה הסופני אסורה. חוק העונשין אוסר להחיש את מותו של אדם,⁵⁶ להביא לידי התאבדות או לסייע בהתאבדות.⁵⁷ חוק זכויות החולה אף הוא, ככל שהוא רלבנטי לטיפול בחולה הסופני, קובע הסדר שלילי. במהלך חקיקתו ניסתה ההסתדרות הרפואית בישראל לעגן בחוק את הזכות למות בכבוד ובסיוע הרופא המטפל.⁵⁸ המחוקק השמיט את הסעיף המוצע על ידי

⁵⁵ ס' 6 לעתירה.

⁵⁶ ס' 309(4) לחוק העונשין.

⁵⁷ ס' 302 לחוק העונשין. יוער עוד כי הסתדרות הרפואית בישראל ניסתה לפרש את תיקון מס' 39 לחוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), ה'תשנ"ד – 1994, כמתיר הפעלת אמצעים להמתת חסד אקטיבית כדי למנוע העמדה לדין של רופא שסייע לחולה סופני למות (ההסתדרות הרפואית בישראל, ניירות עמדה, דצמבר 1997, 38). אינני שותף לטיעון זה כיון שאין עניינו של ס' זה בהמתת חסד. ראו דוד פרנקל, "המתת חסד וחוק העונשין", **רפואה ומשפט**, 12, 14 (1995). לענין זה ראוי לשים לב לויכוח שהתעורר לגבי פרשנות ס' 34"ג(4) לחוק הפטר מאחריות עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת. ראו עוד בהקשר זה חיה רודניצקי דרורי "חוק החולה הנוטה למות מול חוק העונשין - עבירות המתה וסיוע להתאבדות במכתן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **רפואה ומשפט** 35, 48 (2006).

⁵⁸ וזו לשון ס' 10 להצעת החוק: "חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי השקפת עולמו ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רוצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכותו זו וימנעו כל דבר העלול לפגוע בכבודו" (הצעת חוק זכויות החולה, תשנ"ב – 1992,



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

ההסתדרות הרפואית מנוסחו הסופי של החוק ובכך נקבע הסדר שלילי לגבי המתת חסד אקטיבית בכלל ובחוק זכויות החולה בפרט.

ב.2. הפסיקה

את פסקי הדין בתקופה שקדמה לחוק החולה הנוטה למות ניתן לסווג לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה ניתן לכלול שני פסקי דין השוללים במפורש המתת חסד,⁵⁹ וסיוע להתאבדות.⁶⁰ בקבוצה השנייה נכללים פסקי דין רבים שניתנו על ידי בתי המשפט המחוזיים לבקשת החולים הסופניים. בתי המשפט נענו לעתירותיהם של חולים מחוברים למכונת הנשמה ומבקשים לנתקם, ולעתירות חולים שאינם מחוברים למכונת הנשמה ומבקשים להימנע מלחברם. בין העותרים חולים במחלת ALS וחולים במחלות סופיות וחשוכות מרפא אחרות.⁶¹

פסק הדין המנחה ניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין הקטינה יעל שפר.⁶² בית המשפט קבע את מסגרת הטיפול – או נכון יותר הימנעות מטיפול – בחולה הסופני. בית המשפט פסק כי המתה אקטיבית של החולה אסורה בעוד אשר הימנעות מטיפול מאריך חיים איננה אסורה. עם זאת, גם המבקש להסיק מהלכה זו של בית המשפט העליון לענייננו חייב להיות ער לעובדה כי העותרת (באמצעות אימה) היא קטינה ולא היה באותה עת הסדר מיוחד לגבי חולים קטינים.⁶³ כמו כן, החולה לא הייתה מחוברת למכונת הנשמה. הסעד המבוקש היה שלא לחברה אם וכאשר תתקשה בנשימתה.

הצ"ח 2132 מיום י"א באדר ה'תשנ"ב, 16.3.1992). עוד על ניסיונות החקיקה ראו משה טלגם "הטיפול בחולה הנוטה למות" וניסיונות חקיקה "המשפט ט 345 (תשס"ד).

ת"פ (ת"א) 555/75 מדינת ישראל נ' עליזה הלמן, פס"מ תשל"ו (2) 134.

ע"פ 6568/93 קרוגולק נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ט(1) 397 (1995).

להבחנות אלה נודעת חשיבות נוכח הקביעה הגורפת כי המדיניות המשפטית שנהגה קודם חקיקת חוק החולה הנוטה למות הכירה בזכותו של החולה הסופני שחייור לא יארכו.

ע"א 506/88, לעיל ה"ש 16.

דוגמת ס' 24–28 לחוק לחוק החולה הנוטה למות. להיפך, החלטה של הורה על הימנעות מטיפול בחולה סופני שהוא קטין נבחנה על ידי בית המשפט אשר הוסמך להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים



בעניין סיוע להתאבדות נפסק ברוב דעות בפרשת קרוגולץ כי:⁶⁴

“[...] המשדל המסייע והמייצע כל השלושה נתכנסו כיום אל תחת חופה אחת – בסעיף 302 לחוק העונשין – ובוודאי אין מקום להבחין ביניהם. כל השלושה הם חבר אנשים רעים שמחשבתם הרעה צלחה, ומי ששידלוהו, השיאו לו עצה או סייעו בידו, שלח ידו בנפשו. ועל כל אלה: בענייננו שלנו, נזכור, המערערת לא נאשמה אלא בסיוע; וגם אם אמרנו כי עבירת שידול עניינה אף במקום שהמשודל אך ניסה להתאבד – ולא אמרנו כן – גם אז, לענייננו של סיוע בוודאי דיברה פקודת החוק הפלילי בסיוע להתאבדות שבה אבד המתאבד איננו”.

גם בית המשפט המחוזי פסק בעניין הלמן כי המתת חסד אקטיבית הינה עבירה פלילית.⁶⁵ באותו מקרה אָם שלא יכלה לראות בסבל בנה שחלה במחלה ממארת חשוכת מרפא, ירתה בו למוות. לא היתה מחלוקת כי נתמלאו כל יסודות העבירה של המתת חסד. בית המשפט מעלה את החשש החמור, כי, יטושטש הגבול בין המתת חסד מרצון להמתת חסד שלא מרצון. עלול להיווצר מצב בו “החולה הרוצה להמשיך בחיים, ירגיש חובה לבחור במוות, כאשר יראה את מבטיהם היגעים של קרוביו ויפרשם כרצון להשתחרר מהסבל שנגרם מצדו”.⁶⁶ לפיכך, כל עוד לא קבע המחוקק “הגנת אוטונוזיה”,

דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי (סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ”ב–1962).

⁶⁴ ע”פ 6568/93, לעיל ה”ש 60, בעמ’ 416. המדובר באישה שבן זוגה איש ידוע חולי שסבל בעיקר ממחלת פרקינסון ומגבלות קשות בהליכה. כן לקה במחלת לב שהחמירה והלכה. שהחמירו חולייו, מאס בחייו וביקש למות. פעמים מספר ניסה, ללא הצלחה, לשלוח יד בנפשו. כמה פעמים הפציר בבת זוגו שתסייע לו בכך. היא ניסתה להניאו מכוונתו, אך לבסוף התרצתה לסייע לו. על-פי מצוותו רכשה בבית-מרוקחת קופסה שהכילה גרגרי חיטה מורעלים, המיועדים לשמש כפיתיון לעכברים. היא המסה בכוס מים מספר גלולות שינה והרגעה ובתוך תמיסה זו השרתה את גרגרי החיטה המורעלים. המנוח שתה את כוס המים ונפטר כעבור זמן.

⁶⁵ ת”פ (ת”א) 555/75, לעיל ה”ש 59.

⁶⁶ שם, בעמ’ 138.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 11-14-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

בתנאים, בנסיבות ובהיקף שיקבע, חייב בית המשפט לתת תוקף למצב המשפטי המגן על קדושת החיים.⁶⁷

מאוחר יותר החל תהליך שבו נענו בתי המשפט לבקשות חולים במחלות סופניות להצהיר על זכותם שחייהם לא יוארכו בניגוד לרצונם וללא הסכמתם. העותרים כולם חלו במחלות חשוכות מרפא, ולא כולם היו כשירים וצלולים במועד הגשת העתירה. אצל חלקם העתירה צפתה פני עתיד. מבין כל העתירות בחרתי להתייחס לעתירות החולים במחלת ALS.

העתירה הראשונה הייתה של בנימין אייל⁶⁸ המבקש מבית המשפט להצהיר כי הוא זכאי שימנע שימוש במכשיר הנשמה מלאכותי בגופו, שאין בו אלא להאריך את חייו באופן מלאכותי לכשיתדרדר מצבו הרפואי. העותר, המודע למהלך המחלה הצפוי, איננו (ההדגשה שלי) מחובר למכשיר הנשמה אך מבקש בכל זאת כי לא ינקטו כל פעולות חודרניות לגופו לצורך חיבורו למכונת ההנשמה.

אין מחלוקת עובדתית כי העותר כשיר וצלול וכי אין לו סיכוי להחלים ממחלתו. בית המשפט נעתר לבקשה ומצהיר כי:⁶⁹

⁶⁷ שנים קודם לכן נדרש בית המשפט לדון בסוגיה דומה (ת"פ (ת"א) 455/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' גיזלה כפרי). הגב' כפרי הרגה את בנה בן השלוש שהיה אוטיסט, מפגר, עיוור, חרש וללא סיכוי להחלמה. בית המשפט הבין ללב האם ובכל זאת לא מצא הצדקה "לפיטורין מעונש בגלל מעשה הצלה מעין זה". פסק הדין לא פורסם אך קטעים ממנו צוטטו על ידי כרמי, בריאות ומשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1528.

⁶⁸ ה"פ 1141/90 אייל נ' ד"ר וילנסקי ואח', פ"מ(3) 187 (1990). למיטב ידיעתי, החולה הראשון במחלת ALS שעתר לבית המשפט היה גדעון נקש ז"ל. הוא ביקש שבית המשפט יורה שלא להמשיך בפעולות החייאה שנעשו בו (בג"ץ 820/87 גדעון נקש נ' מנכ"ל משרד הבריאות, תק - על 87 (4), 1). העתירה לא נשמעה כיון שעד שהגיע מועד הדיון נפטר העותר ובית המשפט לא ראה מקום לדיון אקדמי טהור. עתירה נוספת של חולה במחלת ALS שלא הבשילה למקרה קונקרטי המחייב הכרעה, היא של שמעון נחייסי. העתירה נדחתה הן מטעמים פרוצדוראליים (הפורום הראוי וזהות המשיבים) והן משום שבשלב הגשתה, העתירה הייתה תיאורטית בלבד כיון שלא הונחה תשתית עובדתית מספקת (בג"ץ 945/87 נחייסי שמעון נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מ"ב (1) 135 (1988).

⁶⁹ שם, בעמ' 201.



“[...] מנהל בית החולים או רופא בכיר שם, יהיה רשאי לשקול במערכת שיקוליו את רצונו של החולה בנימין אייל שלא לחברו למכשיר הנשמה מלאכותי, כאשר מצבו הרפואי יתדרדר ותיפגע מערכת הפעלת שרירי הנשימה”.

עתירה אחרת הייתה של איתי ארד. העותר, בהיותו צלול ובהכרה מלאה, מבקש לנתקו ממכשיר הנשמה. גם במקרה זה לא הייתה מחלוקת עובדתית על סופניות המחלה, וכי הבקשה שלא לקבל טיפול רפואי, ניתנה בצלילות דעת מלאה ומתוך מודעות לתוצאותיה, ולכן אין להכפיפה לשיקול דעתם של אחרים. אין בידי בית המשפט לצוות על הרופא להימנע מהקלת מצוקה זמנית של חולה, למעט כאשר מצבו אינו זמני וקיומו תלוי באמצעים מלאכותיים. במקרה כזה, יש לכבד את רצונו של החולה.⁷⁰ בית המשפט סבור כי אין סתירה בין חיים ובין כבוד. שניהם ערכים שווים שאין לראותם מנוגדים זה לזה. אי-כיבוד רצונו של אדם שלא להתגלגל לנוולות של “צמח” או של משותק, הניזון ומונשם בעל-כורחו, אינו בגדר שמירת צלם האדם, ואפילו מחשיבים כערך עליון את קדושת חייו. הרציונל העומד ביסוד גישתה של קופת החולים (המשיבה), הוא, שבהתמלא התנאים שהציבה (צלילות הדעת וסופניות המחלה), יחשב אי חיבורו של החולה למכונת הנשמה, כאי התערבות בתהליך הטבעי הפיזיולוגי של המוות ולא כהחשת המוות. לכן:⁷¹

“מן השיקולים הללו נראה לי ליתן את הצו המבוקש, שאין לחבר אף אחד מן המבקשים לכל מכשיר או אמצעי של הנשמה או החייאה מתמדת, ואם חוברו - יש להפסיק את החיבור, אם יתברר שאין לחולה אפשרות לקיים חיים ללא עזרה מתמדת”.

בין לבין, ברגע של חולשה, הוחדר צינור קבוע לקנה הנשימה של איתי, והוא מתחרט ומבקש בכל תוקף לנתקו ממכונת הנשמה, “אך שיקבל טיפול מקביל שימנע

⁷⁰ ה"פ 2242/95, לעיל ה"ש 4, בעמ' 259. ומוסיף בית המשפט וקובע כי אם בקשת החולה (והחלטת בית המשפט) נוגדות את מצפוננו, חייב הוא להעביר את הטיפול לרופא אחר, שאין לו בעיה כזו (שם, בעמ' 264).

⁷¹ שם, בעמ' 263-264.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

ממנו את הרגשת תחושת הסבל שבחנק". ועדה רפואית הגיעה למסקנה שמצבו חסר תקווה, ושהוא אינו מסוגל להיות מנותק ממכשיר הנשמה מלאכותית יותר מאשר מספר דקות. בשל חילוקי דעות בין חבריה הומלץ למשפחה לפנות מחדש לבית המשפט כדי להעניק תוקף מחודש לפסק הדין.

בית המשפט לא ראה טעם לדון מחדש בבקשה לאור הקביעה המפורשת בפסק הדין המתירה לנתק את איתי ממכשיר הנשמה, בתנאים שנקבעו, אם חובר אליה. "אין כל מקום לבקש תוקף מחודש להחלטה שניתנה על סמך בירור מצבו של החולה ביום הדין". יתרה מזו, המחשבה על דרך הייסורים שהחולה יצטרך לעבור כדי לאשר מחדש את ההחלטה שניתנה בעניינו "מעוררת חלחלה ואינה מתיישבת לא עם כבוד האדם ולא עם פסיקתו של בית המשפט כי "נקודת המוצא חייבת להיות כבודו של החולה, ולא של הרופא המתלבט".⁷²

כמו כן מפנה בית המשפט להחלטה הראשונה, לפיה, "חולה שהביע את רצונו המודע - וסופניות המצב הרפואי אינה מוטלת בספק - אין להחליף את רצונו בשיקול דעת של אחרים". מחובתו של הרופא למנוע סבל מהחולה, לכן עליו לתת לחולה את תרופות ההרגעה למניעת סבל והרגשת מחנק. לזה אין הוא צריך לאישור בית המשפט. לכן, אין מקום לבקשה בעניין שכולו מסור לשיקול דעתו של הרופא. כעבור מספר ימים נותק איתי ממכשיר ההנשמה.⁷³

הנה כי כן, קשה לומר כי המשטר המשפטי שנהג קודם לחקיקת חוק החולה הנוטה למות היה ברור. לעומת זאת, גישתו של המחוקק איננה מותירה ספק כי החשת מותו של חולה סופני, לרבות חולה סובל, אסורה, בין במעשה ובין במחדל. חוק זכויות החולה

⁷² בש"א 108634/98 **איתי ארד נ' קופ"ח הכללית** (לא פורסם).
⁷³ הרופא אשר ניתק את איתי ממכשיר ההנשמה הוא פרופ' אבינועם רכס, מנהל מחלקת עצבים בבית החולים הדסה בירושלים ("הארץ" מיום 4.12.98). פרופ' רכס ידוע בגישתו המכירה בבעלות האדם על גופו ובזכותו של חולה סופני שלא להתחבר למכשירי החייה ואף להתנתק ממכשיר הנשמה שאך מאריכה את סבלו. הוא אף הציע לשר הבריאות עקרונות הצריכים להנחות את הרופא המטפל בתהליך הניתוק. ראו אבינועם רכס "מיתת חסד וחמלה" **מכתב לחבר** כרך 61, חוב 4 (מאי 1999), 24.



קובע במפורש הסדר שלילי ככל שהדבר נוגע להמתת חסד. הוא הדין בחוק העונשין. ומכיוון שהעותרות שהתקבלו ובהן הצהיר בית המשפט על זכותו של החולה שלא יאילו את חייו בניגוד לרצונו לא נבחנו על ידי בית המשפט העליון, יש להיזהר – ואף זאת בלשון המעטה – מהקביעה כי המצב המשפטי קודם לחקיקת חוק החולה הנוטה למות התירו לנתק חולה ממכשיר הנשמה.

ד. פרק שלישי: דין

א. האם החלטת בית המשפט תקפה?

בית המשפט נתן למעשה בפסיקתו תוקף להסכמת הצדדים מבלי ששאל את עצמו מנין נטל לעצמו היועץ המשפטי לממשלה את הסמכות להסכים להליך המנוגד לחוק הקובע הסדר שלילי. גם את עצמו לא שאל בית המשפט האם בסמכותו לקבל את העתירה. לפיכך, מתבקשת התשובה לשאלה האם היה בסמכותו של בית המשפט להצהיר על זכותו של העותר כי ינתקו אותו ממכונת ההנשמה? אם לא, מה תוקפו של פסק הדין?

התשובה תהיה במידה רבה תיאורטית, הן משום שהעותר נפטר⁷⁴ והן משום שבהסכמתו לא ראה היועץ המשפטי לממשלה - כמייצג האינטרס הציבורי – צורך להעביר את ההחלטה לבית המשפט העליון. אף על פי כן בשל חשיבות ההחלטה, דרך קבלתה והשלכותיה, יש מקום לדון בתוקפו של פסק הדין.

לדעתי פסק הדין כִּטל משני טעמים, אף כי אפשר שבטעם הראשון כשלעצמו אין די כדי להביא לבטלותו. בבסיסו של טעם זה ההנחה שאם חוק החולה הנוטה למות איננו חל העותר כי אז יחול (בנוסף לחוק העונשין) חוק זכויות החולה המסמיך את ועדת האתיקה להחליט אם לטפל בחולה כשיר המתנגד לטיפול הרפואי בלא הסכמתו.⁷⁵ דא עקא, שהחוק שותק במקרה שהחולה מתנגד להמשיך בטיפול רפואי שהוחל בו. אין

⁷⁴ דיווח מיום 9.12.2014 באתר [www.mako.co.il/news-law/legal-q4_2014/Article-\(8a789a7e50f2a41004.htm\)](http://www.mako.co.il/news-law/legal-q4_2014/Article-(8a789a7e50f2a41004.htm).

⁷⁵ ס' 15(2) לחוק זכויות החולה.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

חולק כי הנשמת העותר הינה בכלל טיפול רפואי. אם כן, האם בסמכות ועדת האתיקה לדון בבקשת החולה להפסיק את פעולתה של מכונת הנשמה אליה הוא מחובר?

לדעתי התשובה חיובית. חוק החולה הנוטה למות וחוק זכויות החולה מוציאים זה את זה. הימנעות מחיבור חולה נוטה למות למכונת הנשמה, או ניתוק ממנה מוסדרים בחוק החולה הנוטה למות. הסדר זה מאיץ את סירובו של החולה הנוטה למות לקבל טיפול רפואי מכוח חוק זכויות החולה. כאמור, על העותר בענייננו לא חל חוק החולה הנוטה למות אלא חוק זכויות החולה. הטיפול במכונת הנשמה אליה הוא מחובר הוא טיפול מתמשך. אמנם, החוק שותק לענייניו זה, אך פרשנות על דרך ההיקש מטיפולים מתמשכים – מחזוריים ורציפים (דוגמת טיפולים אונקולוגיים או טיפולי דיאליזה) מובילה למסקנה שבסמכות הועדה לאפשר את הטיפול גם לחולה המסרב להמשיך בו לאחר שהוחל בו. נראה, כי ועדת האתיקה מוסמכת להחליט על המשך הטיפול בענייניו של החולה במחלה סופנית. שהרי, אם בסמכותה לאשר טיפול בחולה שאיננו בסכנת חיים, מן הדין שתהיה בסמכותה לאשר טיפול מציל חיים (או מאריך חיים) שלא בהסכמתו. אם פרשנות זו נכונה, הרי שרק אם לא ניתן לכנס את ועדת האתיקה ידון בבקשה בית המשפט מכוח סמכותו השיורית.⁷⁶

העותר לא ביקש את כינוסה של ועדת האתיקה. גם לא הייתה דחיפות בקבלת ההחלטה. לכן, מן הראוי היה כי בית המשפט יפנה את העותר תחילה לוועדת האתיקה. יתכן והתוצאה בתום הדיון בוודת האתיקה הייתה זהה, אך אין גם לשלול את האפשרות כי חבריה המייצגים דיסציפלינות שונות היו מגיעים למסקנה שונה. מכל מקום, אינני שולל את האפשרות כי אין די בפגם שבאי כינוסה של ועדת האתיקה להביא לבטלותו

⁷⁶ ס' 24(ג) לחוק זכויות החולה. למעשה, שאלה הראויה לדיון אם בכלל בית המשפט הוא הפורום הראוי להכריע בשאלות מסוג זה שהן יותר ערכיות ממשפטיות. לדעתי, ואין כאן המקום להרחיב, ההכרעה צריכה להיות בוועדת האתיקה. ראו גרין, משפט ורפואה, לעיל ה"ש 4 בעמ' 226-228. ראו MICHAEL L. GROSS, "MEDICAL ETHICS COMMITTEES IN ISRAEL: EOD IMPLEMENTING THE ISRAEL PATIENT RIGHTS ACT AND TERMINATING LIFE SUSTAINING TREATMENT", JMAJ 2001, JUN 3(6) 461.



של פסק הדין הן משום שבית המשפט רשאי מתוקף סמכותו הטבעית (השירותית) ליתן סעד הצהרתי,⁷⁷ והן משום שאי הפנייה לוועדת האתיקה של בית החולים איננה חוסמת פנייה לבית המשפט.⁷⁸

הטיעון העיקרי המבסס את בטלותו של פסק הדין הוא שבית המשפט חרג מסמכותו ופסק בניגוד לחוק העונשין⁷⁹ ולחוק החולה הנוטה למות⁸⁰ הקובעים הסדר שלילי. הרשות השופטת כפופה לעקרון החוקיות. הסמכות הטבועה הנתונה לבית המשפט גם בהיעדר הסמכה בחוק, מהווה חריג לכלל לפיו אין לה לרשות – ובית המשפט בכלל רשות לעניין זה – אלא מה שנתן בידה החוק.⁸¹ עקרון החוקיות נועד למנוע שרירות דעת שיפוטית, באצטלה של שיקול דעת שיפוטי ובאמתלה של צורך ב'עשיית צדק', שתוצאתו, עשיית כל שופט כטוב בעיניו, אשר אין בינן לבין 'רדיפת צדק ולא כלום'.⁸² השימוש בסמכות הטבועה צריך שייעשה בזהירות רבה.⁸³ במה דברים אמורים? בהיעדר הסדר – הסדר מפורש או הסדר מכללא – הסדר שניתן לפרשו כהסדר המוציא את הסמכות הטבועה (הסדר שלילי).⁸⁴ אולם, כאשר נקבע הסדר שלילי בחוק, אין בית המשפט יכול לעשות שימוש בסמכותו הטבועה ולפסוק נגד החוק. וכך נפסק בעניין ממך:⁸⁵

77 ס' 75 לחוק בתי המשפט.
78 נעמה ויצ'נר, **ועדות אתיקה בחוק זכויות החולה, אתיקה, חוק ומציאות**, חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטה בר אילן, תשע"ד, 277.
79 ס' 309(4) לחוק העונשין.
80 ס' 54 לחוק החולה נוטה למות.
81 רע"א 4990/05 **ממן נ' עיריית הרצליה** (פורסם בנבו, 7.10.2009). צוטטו הדברים בהסכמה ברע"א 2327/11 בס' 13 לפסק הדין. ראו עוד יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 203, 320 (מהדורה שנייה, נבו תש"ע–2010).
82 פנחס גולדשטיין "ה'סמכות הטבועה' של בית המשפט" **עיוני משפט** י(1) 37, 42 (1984).
83 בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, 500 (1994); ע"א 230/87 **שקולניק נ' זכאי**, פ"ד מו(3) 279, 285 (1992).
84 ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 626 (1997). צוטטו הדברים בהסכמה ברע"א 2327/11 **פלוני נ' פלוני**, פורסם בנבו, 28.4.2011 בפס' 16 לפסק הדין.
85 רע"א 4990/05, לעיל ה"ש 83, פס' 18 לפסק הדין.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

"[...] סמכות טבועה היא סמכות שיורית. בהיבט זה דומה היא לסמכויות משלימות אחרות, כגון היקש והשלמת חסר. כאשר הוסדר נושא מסוים בדין, לא קיימת לגביו סמכות טבועה... ברי, כי כאשר קיימת הוראה מפורשת השוללת את סמכותו של בית המשפט בעניין מסוים אין לו סמכות טבועה להורות בניגוד לחוק. אולם, מסקנה כי לא קיימת סמכות טבועה עשויה להתקבל גם מקום בו הסדיר המחוקק נושא מסוים באופן ממצה, כך שמשתמע ממנו הסדר שלילי לגבי האפשרות כי בית המשפט יפעיל סמכויות נוספות על אלו שנוכרו בחוק..."

ובהמשך⁸⁶

"מן האמור עולה, כי בטרם יפעיל בית המשפט את סמכותו הטבועה עליו לבחון האם לא נשללה סמכותו על ידי המחוקק – בין אם במפורש ובין אם על ידי הסדר הנושאת באופן ממצה כך שעולה ממנו הסדר שלילי..."

עוד מסייג בית המשפט בעניין פלוני את השימוש בסמכות הטבועה לאותם מקרים שאין בהם פגיעה בזכויות אדם. לא ניתן להפעיל את סמכותו הטבועה של בית המשפט בעניינים הנוגעים לפגיעה בזכויות אדם.⁸⁷ ואם ישאל השואל כלום פסק דין הצהרתי המכיר בזכותו של חולה סופני שלא יוארכו חייו פוגע בזכויות אדם? אשיבנו כי זכויות האדם אינן כוללות את הזכות למות. הן אינן משתרעות על הזכות להחיש מותו של אדם – חולה ובריא כאחד – גם לבקשתו של אותו אדם. להיפך, גרימת מוות היא הפגיעה בזכויות האדם (לחיות).

⁸⁶ רע"א 2327/11, לעיל ה"ש 86 בפס' 19 לפסק הדין.

⁸⁷ שם, בהסתמך על רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 285 (1999).



גם על השאלה אם הפעלת דוקטרינת הבטלות היחסית מובילה גם היא למסקנה כי פסק הדין חסר תוקף משפטי יש להשיב בחיוב.⁸⁸ בבסיס הדוקטרינה עומדת היחסיות, היינו בחינת הפגם בפסק הדין ביחס לתוצאה שנגרמה בעטיו של הפגם. ככל שהפגם חמור יותר והעוול הנגרם בעטיו גדול יותר, תוקפו של פסק הדין הולך ופוחת. פגם חמור מביא לבטלות (void) פסק הדין, בעוד אשר פגם שאיננו חמור מביא לנפסדותו (voidable). פסיקה בניגוד לחוק הקובע הסדר שלילי הינה חריגה חמורה מסמכותו של בית המשפט. פגם זה הוא פגם מהותי שדי בו כדי להביא לבטלות פסק הדין⁸⁹ גם אם התוצאה יכול שתהיה רצויה, על אחת כמה וכמה כאשר התוצאה נתונה במחלוקת. משבטל פסק הדין, חשף עצמו, לכאורה הרופא שהפחית את קצב הנשימה לאחריות פלילית. סביר להניח שעשה את זה בתום לב בהסתמכו על החלטת בית המשפט שהוא כשלעצמו נהנה מחסינות.⁹⁰

ב. מה הלאה?

רגישותו של בית המשפט לסבלו של העותר ונכונותו ליתן את הסעד המבוקש, חרף העובדה שחוק החולה הנוטה למות אינו חל על העותר מובנת. חייהם של החולים במחלת ניוון שרירים בשלביה המתקדמים אינם חיים. כושרו האינטלקטואלי של החולה לא נפגע אך גופו משותק והוא פְּלוּא בגוף שאיננו מתפקד. החולה מבקש לסיים את סבלו תוך מודעות לתוצאה הבלתי הפיכה. הלב נכמר. מה יותר טבעי מלהיעתר לבקשה ולמנוע ממנו את חיי הסבל והניוול?

אכן, פסק הדין הציף שוב ובמלוא חריפותה את הקשיים בתיחום הכללים ביחס לחולה הסופני. לא בכדי נשתברו וישתברו קולמוסין רבים בסוגיה זו ואין זה המקום

⁸⁸ על הבטלות היחסית ראו בהרחבה דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב 795-839 (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תש"ע – 2010). ראו עוד רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נ"ה(4) 673 (2001); ע"פ 866/95 **סוסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 793 (1996).

⁸⁹ על ההבחנה בין פגם מהותי לפגם טכני לעניין הבטלות או הנפסדות ראו דפנה ברק-ארוז, ה"ש, בעמ' 805.

⁹⁰ ראו ס' 34 לחוק העונשין וס' 9 לפקודת הנזיקין.



להרחיב. אינני טוען כי יש להאריך חייו של חולה סופני בכל מחיר. בהחלט יתכן שחוק החולה הנוטה למות צריך בחינה מחודשת בחלוף עשור מאז נחקק. אפשר שהמציאות המשתנה מחייבת לתקן את החוק, ובלבד שייעשה הדבר תוך שמירה על האיזון בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין זכויותיו של החולה הנוטה למות. אולם הדרך לפתרון בעיה אנושית כאובה זו איננה בחקיקה שיפוטית, ודאי לא של בית המשפט מחוזי, אלא בחקיקה ראשית.

שלוש חלופות אפשריות לפתרון וכולן מחייבות תיקוני חקיקה. החלופה הראשונה מתייחסת למטפליה של החולה הנוטה למות. חולה ALS בשלביה המתקדמים של המחלה "מתפקד" באמצעות והמטפלים (בני משפחה או מטפלים זרים) שהם בבחינת ידיו הארוכות. לו יכול היה החולה לסיים את חייו בעצמו, מערכת המשפט לא הייתה מתערבת. אם יעשה זאת באמצעות ידו הארוכה, מערכת המשפט תתערב והמטפלים יישאו באחריות פלילית. אכן, לא נעלמו ממני דיני השליחות ואינני תמים לחשוב שיש שליח לדבר עבירה. המטפל הוא אישיות משפטית עצמאית ונפרדת מהחולה, האחריות לניתוק החולה מהמכונה תוטל עליו. אלא שאפשר שבמקרים חריגים שבהם קבע הרופא כי החולה נוטה למות וכי הוא צלול ומודע לבקשתו, ייקבע חריג לכלל והשליחות לא תוגדר כשליחות לדבר עבירה. מדוע לאסור על המטפל מה שלא נאסר על החולה? האין דרך זו עדיפה על ערוב בית המשפט בסוגיה הערכית?

רעיון זה ראוי שיישקל משום שאינני משוכנע כי ניתוק חולה ממכונה הנשמה - גם לבקשתו - כלול בהגדרת תפקידו של הרופא. חובתו של הרופא לסייע לחולה, לטפל בו ולרפא אותו ככל שניתן. תפקידו איננו להחיש את מותו אלא אם תאמר שהחשת המוות לחולה הנוטה למות היא הטיפול המיטבי בו. לכן, כדי שלא לפגום בדמות הרופא אפשר שלדעת אלו שאין מניעה למלא אחר בקשתו של חולה נוטה למות לסיים את חייו, עדיף שיעשה זאת המטפל ולא הרופא.



מאותו טעם אינני רואה מקום להמשיך בהליך החקיקה של הצעת חוק מוות במירשם רופא. מטרת מציעי החוק הינה כמובן לסייע לחולים סופניים סובלים על ידי מתן מרשם רפואי לשימוש האישי של החולה, אך סבורני כי אין זה מתפקידו של הרופא.⁹¹

החלופה השלישית שיש לשקול היא הרחבת תחולת חוק החולה הנוטה למות גם על חולים סופניים שאינם מוגדרים כנוטים למות כמשמעותו בחוק. כיום מוגדר חולה נוטה למות אם נוכח (הרופא) כי המטופל סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.⁹² שלושה רכיבים מצטברים בהגדרה: המחלה (היותה חשוכת מרפא), הטיפול הרפואי (גם אם יינתן, לא יאריך את חיי החולה ותוחלת חייו (מעבר לשישה חדשים). כיוון שקיים קושי להעריך תוחלת חיים,⁹³ יש לבחון האם לא ניתן לוותר על דרישה זו (תוחלת חיים של שישה חדשים) ולאמץ את דין "הסרת המונע" המקובל בדין העברי. לאמור, לבחון את מטרת חיבורו של החולה למכונת ההנשמה. אם החיבור ימנע את התהליך הטבעי של המיתה וברור לרופאים כי אין סיכוי להציל את החולה, אין מניעה להימנע מחיבורו למכונת ההנשמה ואם חובר לנתקו. אולם, אם חיבור החולה למכונת נועד להקל על סבל זמני וברור שיש בו חיות יש לחבר את החולה למכונת ההנשמה. החלטה מסוג זה היא החלטה רפואית שבבסיסה הפרוגנוזה של החולה הסופני. די בכך שהרופא יקבע כי החולה חלה במחלה חשוכת מרפא, בין שיינתן לו הטיפול רפואי ובין שלא, ולא זו בלבד שהפרוגנוזה שלו לא תשתפר אלא שחיבורו למכונת ההנשמה יאריך סבלו.⁹⁴

⁹¹ ביקורת על הצעה זו ראו יוסי גרין "ביקורת חקיקה: הצעת חוק מוות במרשם רופא" **רפואה ומשפט** ס' 8 (א) לחוק החולה הנוטה למות. (2009) 163, 41.

⁹² ס' 8 (א) לחוק החולה הנוטה למות.

⁹³ אין ספק כי שתוחלת החיים נקבעה לשישה חדשים על סמך מחקרים רבים, נשמעים לאחרונה קולות כי קיים קושי לרופאים להעריך תוחלת חיים. ראו יגאל הלבין, גרעון נשר וגבריאל שמעון ברויאר "הערכת יכולת הניבוי של הצוות המטפל לגבי תוחלת החיים קצרת הטווח של חולים המאושפזים במחלקה פנימית" **הרפואה** 153, 718 (2014).

⁹⁴ ראו כץ, לעיל ה"ש 15 בעמ' 130–131.



על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

למותר לציין כי כל תיקון של החוק טומן מעורר בעיות ערכיות קשות. התיקון עלול לערער את האיזון בין הערכים העומדים בבסיס החוק. לכן, יש לשקול היטב מהו התיקון הרצוי שימנע את ההתדרדרות במדרון התלול.⁹⁵ התרת הרסן לבני משפחה לסייע בידי החולה לסיים את חייו ללא בקרה שיפוטית עלולה להוביל למחוזות מסוכנים. ההצמדות לחוק איננה פותרת בעייתם של חולים כמו העותר. השאלה אם המבחן יהיה סוג המחלה או תוחלת החיים צריכה להתלבן על ידי וועדה שחבריה מייצגים דיסציפלינות שונות שההיבט המשפטי שלה הוא רק אחד ההיבטים.

סיכום ומסקנות

הזכות לאוטונומיה, קדושת החיים, איכות החיים, סבלו של חולה, אנושיותו של השופט, חובתו של הרופא וסדרי דין משמשים בערכוביה בבואנו לקבוע עמדה ביחס לפסק הדין. כל אחד מערכים אלה חשוב כשלעצמו וראוי להגנת הדין, אך כיון שהם מתנגשים ולא ניתן להגן בו זמנית על כל אחד מהם, יש צורך בהעדפה. אשר על כן, השאלה איננה אם תוצאתו של פסק הדין נכונה או צודקת, אלא אם בשל מורכבות הסוגיה נעשה האיזון הראוי בין מכלול השיקולים המתחרים. גם אם התוצאה רצויה יש מקום לבחון אם הדרך שבה הושגה עומדת במבחן המשפטי. האם העדיף בית המשפט את הנשמה היתרה המפרנסת את מערכת המשפט⁹⁶ על סדרי הדין?

על שולחנו של בית המשפט הונחה עתירה המעוררת דילמה לא פשוטה. האם ללכת אחר נטיית הלב וליתן את הסעד המבוקש אף שחוק החולה הנוטה למות אינו חל על העותר? או בלשון פחות נקייה, האם לסייע לעותר שמחלתו חשוכה המרפא וסבלו הגופני והנפשי הולכים ומחמירים לסיים את חייו? מחד גיסא, העובדה שהחוק איננו חל על העותר אינה משנה את העובדה שסבלו דומה, ואולי אף חמור מסבלו של מי שהחוק

⁹⁵ ישראל (איסי) דורון, כרמל שלו, "בין חוק זכויות החולה לחוק החולה הנוטה למות: התקדמות או הליכה לאחור?" **רפואה ומשפט** 43, 25 (2011); יעל אדלשטיין, "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", **רפואה ומשפט** 42, 55 (2010).

⁹⁶ ע"א 391/80 לטרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד ל"ח(2) 264, 237 (1984).



חל עליו. מאידך גיסא, ידי בית המשפט ככולות בשל ההסדר השליילי הקבוע בחוק השולל סמכות מבית המשפט להכריע בעתירה.

לדעתי, על אף הקושי הרגשי, אין מנוס מהמסקנה שפסק הדין בטל. לבית המשפט, כמו גם ליועץ המשפטי לממשלה, אין סמכות להכשיר פרוצדורה הנוגדת חוק הקובע הסדר שליילי, סמכות הנתונה למחוקק ולו בלבד. הפגם (חוסר הסמכות) חמור דיו כדי להביא לבטלותה של ההחלטה. חמורה לא פחות, ואולי אף יותר, העובדה כי היועץ המשפטי מביע עמדה כמשיב לעתירה ולא כמייצג את האינטרס הציבורי. עמדתו כי ניתן לאמץ את "רוח החוק ועקרונותיו" מקום שהמחוקק קבע הסדר ברור ומפורש הנוגד קביעה זו – שהיא כשלעצמה נתונה בספק – איננה סבירה. יתרה מזו, יצירתיותו (הפחתת קצב ההנשמה) מהווה הסכמה לביצוע מעשה הנוגד את החוק ואפשר שאף פוגע בתקנת הציבור שהוא אמור לייצג.

עם זאת, אין בדברים אלה כדי לייתר דיון בשאלה המהותית האם נדרש תיקון לחוק החולה הנוטה למות? העתירה מוכיחה שכנראה נדרש תיקון שירחיב את תחולתו גם על חולים הנוטים למות שתוחלת חייהם עולה על שישה חדשים. אין זו מלאכה קלה, אך אין מנוס מלקיים דיון בשאלה בדבר נחיצות התיקון.

ולבסוף, מצטרף אני לדעתו של השופט טירקל, כי לא לכל סכסוך, אפילו הוא שפיט, יש פתרון משפטי; ולא כל פתרון משפטי, אפילו יש כזה, הוא פתרונו האמיתי של כל סכסוך.⁹⁷ הכרעה בעניינו של חולה נוטה למות, יותר משהיא הכרעה משפטית הינה הכרעה ערכית – מוסרית. לכן, יש לשאוף, ככל שניתן, שתהיה חפיפה בין הנורמה המוסרית לנורמה המשפטית.⁹⁸

⁹⁷ בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ ואח' נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(2) 836, 822 (1996).
⁹⁸ ראו על דרך ההיקש משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, 66–67 (תשכ"ד).