

האם ועדות האתיקה החקוקות בבתי-החולים בישראל יכולות לממש את המטרות שלשמן נוסדו?

מאת

יעל אדלשטיין*

בשנת 1996 נכנס לתוקפו "חוק זכויות החולה", המעגן בתוכו את זכויות האדם הנזקק לטיפול רפואי במדינת ישראל. המחוקק סבר, שסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני עקב התנגשות בין זכויות וחובות שונות ראוי שתידונה במסגרת ועדות אתיקה חקוקות מוסדיות. על כן הוא דרש את הקמתן, קבע את הרכבן ותחום עיסוקן ואת השיקולים האמורים להנחות את החלטותיהן והקנה להן סמכות הכרעה של בית-משפט מחוזי. בכך נראה, שהמחוקק ביקש להוציא מידיהם של הרופאים את הסמכות הבלעדית לטיפול ולהכרעה בסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני. נראה, כי המחוקק הניח שתי הנחות מוקדמות: האחת - סוגיות אתיות דורשות חשיבה מקיפה, רחבה ורב-תחומית שבכוחן של ועדות אתיקה לספק; השנייה - הגם שסוגיות אלו מתעוררות בהקשר הקליני, אין לרופאים מומחיות או עליונות כלשהי המקנה להם את סמכות הטיפול וההכרעה בהן, משום שהן חורגות מתחום התמחותם. נראה אפוא, כי מטרת המחוקק בדרישתו להקים את ועדות האתיקה הייתה לשמר, לשפר ו/או לייצר אקלים אתי במסגרת מתן שירותי הבריאות, בכלל, ובאלה הניתנים בבתי החולים, בפרט. מאמר זה בוחן את שאלת יכולת המימוש של מטרה זו על ידי ועדות האתיקה הנידונות לפי שיקולים פטרנליסטיים מהסוג הקשה, האמורים להנחות את החלטותיהן והעשויים לחבל במאמץ לממש מטרה זו.

א. מבוא

ב. הדיון האתי כדיון פילוסופי במהותו

ג. הגדרת מושג הפטרנליזם ומשמעותו

ד. תהליך הצדקתו של הפטרנליזם

ה. ההבחנה בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית

ו. ההבחנות המקובלות בתוך הפטרנליזם

ז. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, ושאלת

היכולת להצדיקו

ח. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, ושאלת

היכולת להצדיקו

ח.1. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי

ח.2. התנאי השני לכפיית טיפול רפואי

ח.3. התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי

ט. מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה לפעולה פטרנליסטית, וזה של ההסכמה

הניתנת למפרע

י. סיכום והמלצות

* אחות מוסמכת R.N., מיילדת C.N.M., חוקרת בתחום הביו-אתיקה Ph.D. תודה לפרופסור חיים מרנץ, מהמחלקה לפילוסופיה באוניברסיטת בן גוריון בנגב, על הערותיו והארותיו הבונות והמחכימות.

א. מבוא

סעיף 24 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, קובע, שעל המנהל הכללי של משרד הבריאות למנות ועדות אתיקה במוסדות רפואיים: להלן הרכבן: אדם הכשיר להתמנות שופט בבית-משפט מחוזי, והוא ישמש יושב ראש; שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר; פסיכולוג או עובד סוציאלי; נציג ציבור או איש דת.

על פי חוק זה, הוועדות מוסמכות לדון ולהכריע ברשימה סגורה של הנושאים הבאים:¹ מתן היתר למטפל שלא למסור מידע למטופל הנחוץ לו למסירת הסכמתו מדעת לטיפול רפואי, אם סברה הוועדה שיש במידע זה כדי לגרום נזק חמור לבריאותו הנפשית או הגופנית של המטופל (תת- סעיף 13(ד)). מתן אישור למתן טיפול רפואי חרף התנגדותו של המטופל בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה אם סברה הוועדה כי נתקיימו שלושת התנאים הבאים:² נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמתו מדעת לטיפול רפואי; צפוי שהטיפול ישפר בצורה ניכרת את מצבו הרפואי; וקיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול, ייתן המטופל את הסכמתו למפרע (סעיף 15(2)). מתן אישור אי-היענות לבקשת המטופל לקבל לידיו מידע רפואי מהרשומה הרפואית, אם סברה הוועדה כי המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הנפשית או הגופנית של המטופל או לסכן את חייו (סעיף 18(ג-ה)). מתן אישור מסירה לאחר של מידע רפואי על אודות מטופל, ובלבד שמסירת המידע חיונית להגנה על בריאות הזולת, והצורך במסירתו עדיף מן העניין שיש באי-מסירתו (סעיף 20(א, 5)). דיון בהשגות על החלטתה של ועדת בקרה ואיכות בדבר תיעוד ממצאים עובדתיים ברשומה הרפואית של המטופל, והוריה על רישום ממצאים שלא תועדו בה, לדעת הוועדה, כנדרש (סעיף 23(ב)).

- 1 בפועל בתי החולים ממנים את חברי ועדת האתיקה המכהנת בין כותליהן, ומשרד הבריאות רק מאשר, ולא תמיד ברצינות ובשיקול הדעת הראויים. כך, למשל, נוצר מצב תמוה שבו יו"ר ועדת אתיקה מכהנת בכמה בתי חולים הרחוקים זה מזה באורח ניכר, והדבר עלול לפגום בתפקודן הרציף ולעתים למנוע מהן להתכנס באופן דחוף כאשר הנסיבות דורשות זאת.
- 2 וועדות אלו מכוננות לעתים גם "וועדות אתיות". כינוי זה לא רק מבטא טעות לשונית (שהרי המילה "אתיות" אמורה לבטא במה עוסקות הוועדות ולא לשמש שם תואר המאפיין אותן), אלא הוא גם מרמז על היעדר מתן הדעת לאפשרות שוועדות אלו תהיינה לא אתיות. במקרה כזה תיווצר סתירה לוגית מהצירוף "וועדות אתיות לא-אתיות". מלבד זאת, עלול להיווצר הרושם כי בכינוי זה ועדות אלו חסונות בפני ביקורת האתיקה, או במילים אחרות: שהן בהכרח אתיות.
- 3 "סכנה חמורה" מוגדרת בחוק זה כנסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי-הפיכה אם לא יינתן לו טיפול רפואי (חוק זכויות החולה, פרק ב: פרשנות).

על פי סעיף 24 (ג) לחוק זה, אם התעורר מקרה שיש בו צורך בהכרעה דחופה של ועדת האתיקה ואי-אפשר לכנסה בדחיפות הנדרשת מסיבה כלשהי, לבית-המשפט המחוזי תוקנית סמכויותיה של הוועדה. בדרך כלל מדובר בהפעלת סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה, קרי: בקשת אישור לכפות או לא לכפות טיפול רפואי על חולה כנגד רצונו.

הקניית הסמכות של ועדות האתיקה לבית המשפט המחוזי כשלעצמה פותרת בעיה פרגמטית, כאשר הוועדות אינן מצליחות להתכנס בדחיפות הנדרשת. כך, למשל, השופטת יפה הכט מבית-המשפט המחוזי בירושלים נענתה לבקשתו של בית החולים "הדסה" לדון ולהכריע בעניין שבסמכותה של ועדת אתיקה חקוקה (על פי סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה), אשר בנסיבות העניין נבצר ממנה להתכנס.⁴ אמנם, היא ציינה, כי מקרים כגון אלו צריכים להיות נידונים ומוכרעים במסגרת ועדת האתיקה החקוקה של בית החולים, אך כצעד חריג ביותר היא ניאיתה לבקשת בית החולים לדון ולהכריע בנושא.⁵ עם זאת, הקניית סמכות זו לבתי המשפט המחוזיים מעוררת כמה קשיים: היא עלולה להרפות את ידיהם של חברי ועדות האתיקה ולמצוא בבתי המשפט המחוזיים מזור להיעדר יכולתם או רצונם לדון בסוגיות הנראות להם סבוכות למדי. מטעם זה, למשל, פנייתה של הנהלת המרכז הרפואי "ברזילי" באשקלון לבית המשפט לענייני משפחה כדי שזה יורה על ביצוע ניתוח לכריתת חלק מרגלו של חולה כנגד רצונו, נדחתה על הסף.⁶ גם כאן נתבקש בית המשפט לדון ולהכריע על פי סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה במקום ועדת האתיקה. אך הפעם הנימוק המרכזי של בית החולים לבקשה זו היה, כי לוועדת האתיקה חסר הניסיון והסמכות המוסרית לדון ולהכריע במקרה כה קיצוני, הכרוך בניתוח כריתה שהוא בלתי הדי. השופטת יי אחימן, אשר התבקשה לדון ולהכריע בסוגיה, דחתה את הבקשה בשל שני נימוקים: האחד - רק במקרה שבו ועדת האתיקה איננה יכולה להתכנס באופן דחוף, מוקנות סמכויותיה לבית המשפט המחוזי על פי סעיף 24 (ג); השני - "החוק הקים מנגנון ובו חברים מומחים וכן שופט. לפיכך אין שום ספק שבידי ועדה כזו היכולת לשקול את עניינו של החולה, לפחות... כמו זו של בית המשפט כאן...אני סבורה

4 ראו ע"ש 8068/00, הסתדרות מדיצינית הדסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם.

5 מקרה זה עסק באישה כבת 76, אשר סירבה, במסגרת אשפוזה בבית החולים, לקבל טיפולי דיאליזה. מכיוון שדובר בטיפול הדורש את שיתוף הפעולה של החולה ובשל החשש כי לא יוכל להתקיים התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי (הנחת היסוד הסביר, שהחולה תיתן את הסכמתה למפרע) אישרה השופטת את הבקשה בתנאי שהאישה תתמיד בסירובה.

6 ראו תמ"ש 010500/99, החלטה מ-29.10.99, המרכז הרפואי ברזילי באשקלון בעניין פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, לא פורסם.

אפוא כי יטיב המבקש לעשות אם יורה על כינוס מידי של ועדת האתיקה, לצורך הכרעה בנסיבותיו של מקרה זה.⁷ הנימוק הראשון נתמך בסעיף 24 (ג) עצמו ואין עליו עוררין, אך הנימוק השני מעורר בעיה, שכן החוק אמנם הקים מנגנון לטיפול בסוגיות אלו, אך הוא לא דרש, לא התנה ולא סיפק משאבים להכשרת חברי הוועדות.⁸ יוצא אפוא, שהחזרת הסוגיה לטיפול ולחכמתה של ועדת אתיקה חסרת הכשרה, אשר טענה כי אין בידה הניסיון הדרוש והחוסן המוסרי (היכולים להיות מושגים באמצעות הכשרה כזו), עשויה להרע לחולה עצמו.⁹ אמנם, צודק גיל סיגל באומרו כי הסכמתם של בתי המשפט לדון ולהכריע במקום ועדות האתיקה החקוקות מונעת את העצמתן של האחרונות בעיני הציבור והמטפלים.¹⁰ אך כגורם מרכזי אני נוטה יותר לייחס את חוסר העצמתן של הוועדות להיעדר הכשרת חבריהן, מאשר להסכמתם של בתי המשפט לדון ולהכריע בנושאים שבסמכותן; שכן אם חברי הוועדות יעברו הכשרה מתאימה, סביר להניח כי לא תהיה להם סיבה להפנות מקרים לבתי המשפט. לחלופין, גם אם כל בתי המשפט יסרבו לדון ולהכריע בנושאים המצויים בסמכות ועדות האתיקה (מלבד על-פי סעיף 24-ג), לא ינבע מכך בהכרח כי ועדות האתיקה, בלא הכשרת חבריהן, תיעצמנה.

7 תמ"ש 010500/99, ראו ה"ש 6.

8 מפאת קוצר היריעה אינני דנה במסגרת מאמר זה בבעייתיות של היעדר הכשרתם של חברי הוועדה. להרחבה בנושא ראו

M. HESTER (ED.), ETHICS BY COMMITTEE IX 22-26 (2008); D.E. HOFFMAN, A. Tarzian, & A. O'Neil, *Are Ethics Committees Members Competent to Consult?* 28 (1) JOURNAL OF LAW, MEDICINE AND ETHICS 30-40 (2000); W.J. ROSS, J. W. GLASER & J.M. RASINSKY-GREGORY, HEALTH CARE, ETHICS COMMITTEES: THE NEXT GENERATION (1993).

9 אמנם, יכולים לטעון כי לוועדת אתיקה, כבעלת אופי רב-תחומי, המאוישת על-ידי אנשים המייצגים דיסציפלינות רלבנטיות לנושא הנידון, גם אם לא עברו הכשרה ספציפית - יתרון על פני שופט יחיד שלא בהכרח עבר הכשרה בנושא או שאיננו בהכרח בעל ניסיון קודם בטיפול בסוגיות אלו. אולם טענה כזו נראית לי בעייתית: לפני חקיקת חוק זכויות החולה הופנו לבתי המשפט סוגיות המערבות היבטים רפואיים ואתיים. ההנחה הייתה כי שופט המסתייע בעדים מומחים לענייני רפואה מסוגל להכריע בסוגיות אלו, כסמכות שיפוטית המסוגלת להכריע גם בסוגיות ערכיות. באופן כללי, בשאר מדינות העולם הדרישה להקמת ועדות אתיקה והעברתן של סוגיות רפואיות-אתיות לטיפולן ולהכרעתן נבעו לא רק מהצורך לקבל נקודת מבט רב-תחומית, כי אם גם מהאמונה שחברי ועדות אשר יעברו הכשרה מתאימה יהיו מסוגלים להפיק המלצות או החלטות הניתנות להצדקה מוסרית ולא רק להצדקה משפטית. במילים אחרות: האופי הרב-תחומי של הוועדות הוא תנאי הכרחי לניהול התקין של הדיון האתי ולהפקת המלצות או החלטות העומדות במבחן ביקורת המוסר, אך אינו תנאי מספיק; שכן גם בהרכב רב-תחומי אפשר, למשל, להתעלם מנושאים שבמחלוקת, לפסול על הסף עמדות לא-פופולאריות ולאפשר למיעוט קולני או למי שנתפס כבעל סמכות יתרה להשתלט על הדיון ועל אופי ההכרעות. יוצא אפוא, כי הטענה בדבר היתרון של ועדות אתיקה (חסרות הכשרה בכל הנוגע לדרישות של הדיון האתי) על פני שופטי בית המשפט איננה ברורה מאלה.

10 ג' סיגל "על חידושים ועל מגמות במשפט הרפואי", **קריית המשפט** 439.

בעיה נוספת היא, שחוק זכויות החולה ותקנותיו אינם מסבירים באופן חד וברור את אפשרות הערעור על החלטות הוועדות, כמו גם לא על בית המשפט האמור לטפל בערעורים אלו.¹¹ מכאן, כי לא רק שחולים אינם מודעים מראש על כך שהם עשויים להיות נידונים בוועדות האתיקה, אלא שהם גם אינם מודעים לזכותם לערער ולגורמים שאליהם יש להפנות את ערעורם על החלטת ועדת אתיקה במידת הצורך. בנסיבות שבהן ועדת אתיקה נדרשת להתכנס להכריע באופן דחוף ואם היא מחליטה, למשל, להפעיל את סעיף 15(2), פגיעות החולה מעצם מצבו הרפואי ואשפוזו, בשילוב חוסר הידיעה על זכותו לערער ומקומו, עשויים לגרוע ממנו את הסעד הנדרש כדי לשמר את זכויותיו. מיותר לציין, כי בנסיבות אלו אנו רחוקים עד מאוד ממימוש המטרות שלשמן הוקמו הוועדות - שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות; שכן אלה אמורים להתבטא גם בהקשר של שמירה והגנה על זכויות הפרט, ובכלל זה זכויות הפרט החולה. זאת ועוד: לעתים גם קיימות מחלוקות בעניין מקום הפנייתו של הערעור, והנושא העיקרי (אם לא הבלעדי) בהשלכותיהן איננו אלא החולה עצמו, כפי שמעיד המקרה הבא.

אישה סורבה לקבל לידיה את תיקה הרפואי לאחר שנים אחדות מאז שוחררה מאשפוז כפוי בבית חולים פסיכיאטרי.¹² תחילה סירב בית החולים למסור לידיה את החומר הנדרש בנימוק שהדבר עלול לפגוע בה ובאחרים וניאות למסור אותו רק לעורך דין או לרופא מטעמה. האישה סירבה להצעה זו ופנתה שוב ושוב להנהלת בית החולים לקבלת תיקה הרפואי ישירות לידיה. משזו עמדה בסירובה, פנתה לאגודה לזכויות האזרח אשר סברה שיש צדק בטענתה, ועורך דין מטעמה פנה אף הוא להנהלת בית החולים בבקשה לכנס את ועדת האתיקה של המוסד, על פי סעיף 18(ג) לחוק זכויות החולה. הן הנהלת בית החולים הן יו"ר ועדת האתיקה סירבו לכנס את הוועדה בטענה, שעל אישה זו חלות רק הוראות חוק לטיפול בחולה נפש ולא אלה של חוק זכויות החולה. עורך הדין מטעם האגודה חלק על עמדה זו. הוא פנה בשמה לבקשת סעד מבית המשפט המחוזי ובין השאר ציין, כי מקרה זה צריך להיות נידון על פי סעיף 18 (ג) לחוק זכויות החולה, באמצעות ועדת האתיקה, ובכל מקרה אין בידי המשיב

11 מקום הערעור ידוע רק (וגם לא תמיד) לעורכי הדין הנקראים לטפל בסוגיה רק במשתמע. מכיוון שלוועדת האתיקה מעמד של בית-משפט מחוזי, ערעור על החלטה של גוף מעין שיפוטי שעשוי להיות בית דין מינהלי הפועל על פי חיקוק, נתונה לסמכותו השירותית של בג"ץ.

12 להכרת המקרה לעומקו ותהליך ההתדיינות הארוך בהקשרו ראו "אדלשטיין, ועדות האתיקה בבתי-החולים: תפקידן ומשמעותן האתית בבתי-החולים בישראל", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בן גוריון בנגב (2009) נספח מס' 11, מקרה 2.

לקבוע כי מסירת המידע לידי המבקשת תגרום לה נזק או סיכון כלשהם (על פי טענת המשיב עצמו - י"א). השופטת הילה גרסטל, אשר דנה במקרה, דחתה את התביעה בטענה, כי על האישה חלות הוראות החוק לטיפול בחולי נפש ולא אלה של חוק זכויות החולה, כפי שטענו המשיבים.¹³ האישה ערערה לבית המשפט העליון, אשר קיבל את הערעור בנימוק כי זכות החולה לקבלת מידע מעוגנת בחוק מאוחר וכללי (חוק זכויות החולה), החל על כל החולים. הוא ביטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי וקבע, כי בקשת המערערת תידון על ידי ועדת האתיקה.¹⁴ מבלי שנתווספו שום פרטים נוספים עדכניים על אודות מצבה הנפשי של האישה ומבלי לזמנה קבעה הוועדה, כי די בנתונים שבידיה כדי להצביע באופן חד-משמעי על כך שמסירת התיק לידיה עלולה להחריף את מצבה ולגרום לה לנסות להתאבד שוב ו/או לפגוע ברופאים שטיפלו בה.¹⁵ כמו כן הוחלט לנסח את התשובה לפונה בצורה אמפטית, אך בלא נימוקים.

מבלי להיכנס עתה לטיבם של הטענות ולאופי הדיון בוועדת האתיקה במקרה זה, הרי מסע הייסורים שהאישה עברה משום המחלוקות שבין המעורבים בפרשה מעיד בעד עצמו על הבעייתיות הכרוכה בהיעדר הבהירות לא רק בהקשר של ערעורים על החלטות הוועדות, כי אם גם בהקשר של ידיעת החוק ופרשנותו.

קושי נוסף שמעוררת העברת הסמכות לבתי המשפט המחוזיים טמון בכך, שאם אלה יסכימו לקבל פניות של בתי החולים במקום להפנות לוועדות האתיקה (מעבר להוראות סעיף 24 (ג)) את מה שהיה שייך קודם לכן לתחום עיסוקם (לפני חקיקת חוק זכויות החולה), הרי שתפיסת המחוקק, שלפיה מקרים אלו צריכים להיות נידונים ומוכרעים במסגרת של דיון אתי רב-תחומי, לא תוכל לבוא לידי ביטוי. למעשה רשימת הנושאים הסגורה והבלתי-ממצה, שקבע המחוקק בסמכותן של ועדות האתיקה לדון ולהכריע בהם, מחייבת זאת באורח חלקי. כך, למשל, סוגיית היולדת המסרבת לניתוח קיסרי הנדרש להצלת חיי עובריה או סוגיית ה-D.N.R.^{16,17} הפיכתן של ועדות האתיקה

13 ה"פ (ת) 506/01 פלוגית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, לא פורסם.

14 ע"א 7905/02 פלוגית נ' משרד הבריאות והמרכז הרפואי לבריאות הנפש ע"ש יהודה אברבנאל, לא פורסם.

15 יצוין, כי האישה נידונה בוועדת האתיקה על פי סעיף 18(ג-ה). כפי שטוען בצדק בית המשפט העליון בהקשר של סעיף זה, שיקול סיכוננו של הזולת אינו שיקול ראוי לאי-מסירת מידע למטופל על אודות מצבו הרפואי (עע"מ 6219/03 פלוגית נ' משרד הבריאות וד"ר דן אנוך, פסיכיאטר מחוזי, מחוז חיפה, פ"ד נח (6) 145 (תשס"ד/תשס"ה), פסקה 19).

16 במקרה זה שקילת מתן אישור לכפיית טיפול רפואי כנגד רצון המטופל (סעיף 15(2)) איננה בסמכות הוועדה.

17 Do Not Resuscitate, סוגיה זו עוגנה בחוק החולה הנוטה למות (2005) (כעשור לאחר

בלתי-ממצות (inexhaustible) יחד עם הצורך לדון ולהכריע בסוגיות אלו לא זו בלבד שמחזירים את האחרונות לפתחם של מנהלי המחלקות של בתי החולים, אלא גם, כאמור, לפתחם של בתי המשפט, כפי שהיה נהוג לפני חקיקת חוק זכויות החולה.¹⁸ היעדר יכולתה לבוא לידי ביטוי של התפיסה, שלפיה סוגיות אלו צריכות להיות נידונות ומוכרעות במסגרת הדיון האתי-על-ידי הרכב רב-תחומי, עשוי למנוע את מימוש המטרה של שימור, שיפור, ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות.

אך גם כאשר הוועדות דנות ומכריעות בסוגיות שקבע המחוקק, מימוש מטרה זו עשוי להיות בעייתי; שכן הבעייתיות הנעוצה בהרכב הוועדות, בהיעדר הכשרת חבריהן בכל הנוגע לטיפול ולהכרעה בסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני, בהכפפת הדיון האתי לדיון המשפטי על כל המשתמע מכך ובשיקולים הפטרנליסטיים מהסוג הקשה האמורים להנחות את החלטותיהן של הוועדות - עלולה להיות לרועץ.

מפאת קוצר היריעה, כמו גם בשל השוני ברמות הדיון הנדרש בין הנושאים השונים הללו (למרות היותם קשורים זה בזה), נבצר ממני מלדון במסגרת

חקיקת חוק זכויות החולה), אולם מורכבותו ודרישותיו מקשים על יישומו, בין השאר מפני שהוא דורש את הקמתן והתערבותן של ועדות אתיקה (במקרים שבהם קיימת מחלוקת בין המעורבים או כאשר החולה לא השאיר הוראות מוקדמות). בפועל, כשלוש שנים לאחר כניסתו של החוק לתוקף, משרד הבריאות החליט להקים רק כמה ועדות אזוריות בחלק מבתי החולים הגדולים. אמנם, חלק מבתי החולים העבירו רשימות מועמדים, אך הן טרם מונו רשמית על ידי משרד הבריאות. כמו כן הייתה אמורה לקום ועדת אתיקה ארצית שחבריה כבר נקבעו, אך היא טרם התכנסה. יתרה מזאת: מממצאי עבודת מחקר של עיריית טלר (2006) עולה, כי למרות פרוסום הצעת חוק החולה הנוטה למות, החלטות על DNR מתקבלות בדרגת המחלקה, לרוב יחד עם החולה או משפחתו, אך לא תמיד; קיימים נוהלי DNR (בלא מעמד משפטי) במחלקות, אך עדיין 59% מהמרואיינים מדווחים על שימוש ב"החייאה משתהה" (slow code). הכוונה היא, שבעת מחלוקת בין רופאים ובין משפחת החולה (כאשר הראשונים תומכים בפקודת DNR ואילו האחרים מבקשים לעשות כל מאמץ להציל את חיי יקירם), אם מתעורר הצורך להחיות את החולה, הצוות עושה "החייאה כאילו" (בלשון המחברת), שהיא לתפיסתי, בעייתית מאוד מבחינה מוסרית. מרואיינים דיווחו גם שבעת מחלוקת עם המשפחה, הצוות מחליט, ואם קיימת מחלוקת בין אנשי הצוות, ראש המחלקה מחליט (ע' טלר, **קבלת החלטות בסוף החיים: עמדות, התנהגות, וידע בקרב רופאים במחלקות פנימיות בב"ח הדסה עין כרם ובתי חולים נוספים בישראל**. חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, ביה"ס לרפואה "הדסה", האוניברסיטה העברית ירושלים (2006)).

18 סימוכין לטענתי באשר להיותן של ועדות האתיקה החקוקות בלתי-ממצות משום שתחומי פעילותן מצומצמים אפשר למצוא אצל גיל סיגל ומאיה פלד, המשווים בין ועדות אתיקה חקוקות ובין ועדות מוסדיות (ג' סיגל ומ' פלד "ועדות אתיקה בבתי החולים - ישן מפני חדש תוצאות?" **רפואה ומשפט** 17, (1997)). מעבר לכך, סעיף 23 (ב) הופך את ועדות האתיקה בבלתי-מוציאות במובן שהן נדרשות לטפל בנושא אדמיניסטרטיבי ולא בנושא אתי.

מאמר זה בכולם. על כן אני מתמקדת כאן בדיון הפילוסופי הקשור לשאלות יסוד הנוגעות לאוטונומיית החולה, לזיהוי האינטרסים האמיתיים שלו ולהצדקות הנורמטיביות להתערבות פטרנליסטית בחייו, כפי שהן עולות מתוך סעיפי חוק זכויות החולה, שעל פיהם ועדות האתיקה החקוקות נדרשות לדון ולהכריע.

ב. הדיון האתי כדיון פילוסופי במהותו

הטענה בדבר היותו של הדיון האתי דיון פילוסופי במהותו רלבנטית הן לעניין הרכבן של ועדות האתיקה הן לנושא הנידון כאן. באשר לראשון, סוגיית ההרכב הרצוי (הכולל פילוסוף), כמו גם הטענה בדבר הצורך להתנות את החברות בוועדות האתיקה בהכשרה ספציפית בתחום האתיקה - נידונו בהרחבה במקומות שונים.¹⁹ אולם אני מוצאת טעם להרחיב מעט על תרומתה של נקודת המבט הפילוסופית בשל היותה רלבנטית הן לדיון המעשי (האמור להוביל להחלטה מעשית) הן לזה התיאורטי והעקרוני. באשר לדיון המעשי (אליו נדרשים חברי ועדות האתיקה), תרומתו של הפילוסוף לדיון האתי, בכלל, וזו של הפילוסוף אשר התמחה בתחום הביו-אתיקה, בפרט, יכולות להתבטא בעמידה על מילוי הדרישה לבהירות ולעקיבות; בהבחנות הנדרשות; ברגישות מוסרית גבוהה, המאפשרת בין השאר לחשוף את ההיבטים האתיים הקשורים לנושאים הנידונים (היבטים אלו לא תמיד גלויים וברורים לכול); ובחשיבה ביקורתית שחשיבותה מכרעת באשר לתפקודה הנאות של הוועדה. כפי שטוען דן ברוק (Dan Brock²⁰), ובצדק, בפילוסופיה אין דבר החסין בפני הספק והביקורת. כל ההנחות פתוחות ועומדות בפני בדיקה ביקורתית ומדוקדקת. בהקשר הנידון כאן יש להוסיף, כי היותה של נקודת המבט הפילוסופית בלתי-שבוייה בקונספציה מוסדית (של בית החולים) או מקצועית (של בעלי מקצועות הבריאות) יכולה לתרום חשיבה ביקורתית של מי שנהוג לכנות "הצופה האידיאלי". חשיבה ביקורתית זו עשויה להביא תרומה ניכרת

19 ראו, למשל, ג' גרונפלד "ועדות אתיקה במוסדות רפואיים" **דילמות באתיקה רפואית** 101 (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002);

N.S. Wenger, O. Golan, C. Shalev & S.M. Glick, *Hospital Committees in Israel: Structure, Function and Heterogeneity in Setting of Statutory Ethics Committees*, 28 J. MED. ETHICS 177-182 (2002); K.W. WILDES, MORAL ACQUAINTANCES: METHODOLOGY IN BIOETHICS, Chapter 7 (2000); R. Macklin & R.B. Kupfer, *Hospital Ethics Committees: Manual for a Training Program*, ETHICS wx159, m153(1988); K.A. De Ville & G. Hassler, *Handling the Law in HEC Deliberations*, in: ETHICS BY COMMITTEES 278 (M. Hester ed., 2008).

20 D. Brock, *Truth or Consequences: The Role of Philosophers in Policy Making*, 97 ETHICS 786-791 (1987).

לתפקודה הנאות של ועדת אתיקה, בכך שהיא איננה מאפשרת להסיק מסקנות על בסיס עובדות שלא עברו את מבחן הביקורת. אין בכך כדי להפוך את ועדת האתיקה ל"בולשת" המעמידה בספק כל עובדה ועובדה המובאת לפניו. אך החשיבה הביקורתית, המוארת לא פעם על-ידי הפילוסוף, יכולה, למשל, לתרום גם לעמידה על הבהירות וההבחנות המושגיות הנדרשות; לסייע בקביעת הרלבנטיות של העובדות המוצגות לדיון; כמו גם לחשוף סתירות, אי-דיוקים והיעדר עקיבות. כפי שטוען אסא כשר,²¹ העיסוק בבחינת האידיאלים, גיבושם, הצגתם הברורה, ניתוח של הנחות היסוד שלהן ואיתור המסקנות המכריעות שלהם הם מלאכה פילוסופית מובהקת ומכיוון שחברי ועדות האתיקה נדרשים למלאכה זו בהקשר לתפקידם, הרי שהיעדר נקודת המבט הפילוסופית בוועדות האתיקה החקוקות עשוי לחבל בטיב הדיון האתי.²² כפועל יוצא, הוא עשוי להיות מכשול להשגת המטרות שלשמן נוסדו ועדות אלו. ובאשר לדיון הפילוסופי התיאורטי-עקרוני - מאותם הטעמים שהוזכרו בהקשר של הדיון המעשי גם תרומתו (אך לא רק) חשובה בכל נושא המערב שאלות נורמטיביות בהקשר של יחסי הגומלין בין בני אדם. במאמר זה אני עוסקת בהקשר של בחינת שאלת היכולת להצדיק מוסרית את אופיים הפטרנליסטי מהסוג הקשה של סעיפי חוק זכויות החולה, האמורים להנחות את ועדות האתיקה בבואן לטפל ולהכריע בסוגיות אתיות מסוימות המתעוררות בהקשר הקליני.

ג. הגדרת מושג ה"פטרנליזם" ומשמעותו

תחילה מילים אחדות על מושג ה"פטרנליזם". מכיוון שמאמר זה צר מלהכיל ולמצות עד תום נושא כה רחב ושנוי במחלוקת, אני מתמקדת בו רק במה שעשוי לעניין אותנו כאן. תחילה ניכר הצורך להגדיר מהו "פטרנליזם". למושג זה ניתנו הגדרות שונות ומגוונות,²³ אך נראה לי נכון לאמץ את זו של ג'רלד דבורקין (Gerald Dworkin), משום שהיא רחבה דיה לכלול היבטים שונים וחשובים של המושג הקשורים לדיוננו כאן:

21 א' כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות **אתיות במקצועות הייעוץ והטיפול הנפשי 15** (י' שפיר, י' ארמון וי' ויל עורכים, 2003).

22 הדרישה לנוכחותה או לייצוגה של נקודת המבט הפילוסופית בכל עניין המערב היבטים ערכיים איננה ייחודית ואקסקלוסיבית להקשר הקליני. הענף הרחב של האתיקה היישומית, כאחד הענפים של פילוסופיית המוסר, מאפשר לה להניב תרומה נכבדה גם בדיונים על נושאים חברתיים וערכיים בכל מסגרת של יחסי גומלין בין בני אנוש, ואף בינם ובין יצורים חיים אחרים.

23 T.L. BEAUCHAMP & J.F. CHILDRESS, PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS 176-178 FIFTH ED., (2001); D.N. Husak, *Legal Paternalism*, THE OXFORD HANDBOOK OF PRACTICAL ETHICS 389 (La Follette ed., 2003); J. KLEINIG, PATERNALISM 4 (1984)

"The interference in a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs,²⁴ interests, or values of the persons being coerced"

ראוי לציין תחילה, כי המושג "התערבות" כאן (אם כי המחבר איננו מציין זאת) אין עניינו בהכרח רק פעולה, כי אם גם אי-עשיית פעולה. כפי שמציינים זאת תום ביצ'ס וג'יימס צ'ילדרס²⁵ (T. L. Beauchamp & J. F. Childress) הגם שהשיח לגבי הפטרנליזם מתמקד בעיקר בהתערבויות פטרנליסטיות אקטיביות, כאשר האדם מעדיף שלא יתערבו לו בחייו, נוהגים להזניח צורה אחרת של הפטרנליזם - זו הפסיבית. כפי שהם מציינים, התערבויות מהסוג האחרון בהקשר של הטיפול הרפואי עשויות להתבטא, למשל, בסירוב המטפל, מסיבות המכוונות לטובת המטופל, לבצע פעולה שהמטופל מבקש. למשל: אם רווקה צעירה מבקשת מרופאת הנשים שלה לבצע בה עיקור באמצעות קשירת חצוצרות (שהיא פרוצדורה בלתי-הדירה) בנימוק כי היא איננה מעוניינת להשתמש באמצעי מניעה וממילא איננה רוצה בילדים בעתיד, סירוב הרופאה יכול להיחשב להתערבות פטרנליסטית (באי-עשיית פעולה) או במילים אחרות: לפטרנליזם פסיבי.²⁶

מהגדרה רחבה זו של מושג ה"פטרנליזם" אפשר לחלץ את מטרותיה של הפעולה הפטרנליסטית, התוחמות למעשה את גבולותיה (כמכוונת אך ורק לטובת מושא הפטרנליזם, ולא לטובת האחר או החברה). אולם ממטרות אלו ומתיחות הגבולות הנובעים מהן לא נובע צידוקה, שכן אין המטרות מקדשות תמיד את האמצעים. בהקשר של הפטרנליזם אין די להראות כי פעלנו לטובת היחיד (כתנאי הכרחי), אלא יש גם להראות כי בשל השגת מטרה זו היה מוצדק להפר את חירותו.

ד. תהליך הצדקתו של הפטרנליזם

תהליך או מלאכת הצדקתו של הפטרנליזם נשענים על שתי הנחות: האחת - קיים פער בין הנוקט פעולה פטרנליסטית ובין מושא הפטרנליזם (פער בדיעה, ביכולת לחשוב בצורה רציונלית וביכולת להוציא אל הפועל החלטות);²⁷

²⁴ G. Dworkin, Paternalism, 56 THE MONIST, No.1,65 (1972).

²⁵ לעיל ה"ש 23, עמ' 191.

²⁶ דוגמה זו מובאת על-ידי המחברים (שם). בדרך כלל הפטרנליזם הפסיבי קל יותר להצדקה מאשר זה האקטיבי. הסיבה לכך היא, שלרופאים אין בדרך כלל חובה מוסרית להיענות לבקשות המטופלים כאשר אלה אינן מתיישבות לא עם הסטנדרטים המקובלים של הפרקטיקה הרפואית ולא עם אלה של מצפונם האישי.

²⁷ שם.

השנייה - פער זה מבטא את עליונותו של הראשון על פני האחרון. לגבי הפעולה הפטרנליסטית המופנית כלפי היחיד הבגיר הכשיר לקבל החלטות (היא זו המעניינת אותנו כאן), הרי שהפער הנטען בהנחה הראשונה ועליונותו של הנוקט את הפעולה הפטרנליסטית על פני מושא הפטרנליזם, הנטענת בשנייה, יכולים, בהקשר של הטיפול הרפואי, להתבטא באופנים הבאים: פער בידע (הרופא מניח, כי בשל עליונותו המקצועית על מטופליו הוא גם מיטיב לדעת מהם מה עדיף להם); פער במתן משמעות לעובדות (למשל: הרופא, על סמך מומחיותו המקצועית, מייחס למצב החולי הנדון חומרה שונה מזו שהמטופל מייחס לה); פער בערכים (למשל: המטופל מבין ויודע את העובדות ומייחס להן משמעות דומה לזו של הרופא, אך מבחינה ערכית הוא בוחר באופן שונה מהרופא); פער ברגשות (למשל: החרדה או הפחד של המטופל מהטיפול הרפואי המוצע עשוי להובילו לבחירה שונה מזו של הרופא); והפער בכוח הרצון (למשל: הגם שאין מחלוקת בין הרופא לחולה בנוגע לעובדות, למשמעותן ולערכים, קיים פער בין כוח הרצון של הרופא לרפא ובין זה של החולה להתרפא).

אולם הניסיון להצדיק פטרנליזם הוא דבר אחד, וצידוקו של הפטרנליזם הוא דבר אחר. בהקשר הרפואי הפרדה זו מתבטאת בשאלות הבאות: האם נכונה הטענה, כי עליונותו המקצועית של הרופא יכולה להצדיק פעולה פטרנליסטית כלפי מטופליו? האם אפשר לבסס את הטענה בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית מבטאת למעשה את רצונו האוטנטי של החולה? במידה ומדובר בחולה בגיר וכשיר לקבל החלטות; במידה שמכירים ביכולתו לקבל החלטות המשקפות את רצונו האוטנטי והחופשי ובזכותו לנהל את חייו בלא התערבות חיצונית; ובמידה ומקבלים את ההנחה, שהחלטה טיפולית אוצרת בתוכה היבטים החורגים מההשפעות הרפואיות המיטיבות הנטענות של הטיפול הרפואי המוצע - הרי שעל שתי שאלות אלו יש להשיב בשלילה.

יתרה מזו: בניסיון להצדיק פעולה פטרנליסטית (בין שהיא נעשית במסגרת של יחסי גומלין בין יחידים בין שהיא נכפית על ידי מוסדות המדינה באמצעות החוק) מתעורר קושי המכונה על ידי "קושי אפיסטמי". כוונתי היא לקושי הנובע מהעובדה שהנוקט פעולה פטרנליסטית (או הדורש אותה, כגון החוק) אין הוא נהנה בהכרח מעליונות על פני מושא הפטרנליזם. ניטיב להבין זאת מדבריו המעניינים של נועם זוהר²⁸ לגבי ההתנגדות ההלכתית להמתת חסד:

28 נ' זוהר (1996) "האדם כקניין האלוהים - על מגמת ההתנגדות ההלכתית להמתת-חסד" **בין דת למוסר** 151-152 (ד' סטטמן וא' שגי' עורכים, 1996).

...כפיפות לריבונות האלוהית משמעה בהכרח לא הימנעות מכל פעולה, אלא התאמת הפעולות לרצון האל, החפץ במעשים מסוימים ואוסר מעשים אחרים. ואם כן, מניין יודע הרב ולדנברג, ש"רצונו יתברך" מתנגד להתאבדותו של חולה סופני, המבקש להיגאל מייסוריו?...ריבונות האל איננה אומרת דבר וחצי-דבר על אודות המתת-חסד, אלא אם כן מניחים את המבוקש, דהיינו: שהאל מתנגד להמתת-חסד. אם האדם הוא קניין של אלוהים במובן שהאל הוא אדוניו, אין נובע מזה שמדובר באדון אכזרי, המתנכר לייסורי נתיניו וממאן להרשות להם גאולה במיתת-חסד.

אם כן, בעניין המתת חסד, כמו בכל נושא שבו מבקשים להחיל הגבלות פטרנליסטיות בשם הדת (דרך החוק), כפי שהדבר משתקף במדינת ישראל כמדינה המבקשת לאזן בין ערכים יהודיים ובין ערכים דמוקרטיים, עולה בחריפותו אותו קושי אפיסטמי שמדובר בו. יתרה מכך: כאשר ערכים יהודיים מתנגשים עם אלה הדמוקרטיים, עולה במלוא חריפותה בעיית האזון. כיצד אפשר לאזן בין ערכים שהם תוצר של הסכמיות חברתית אשר הושגה בידי בני אדם (אלה הדמוקרטיים) ובין אלה שאת הנורמות הנובעות מהם שואבים מטקסטים קדושים המיוחסים לגורם על אנושי,²⁹ שרצונו, כפי שנועם זוהר מציין, אינו בהכרח ידוע לנו? סוגיית הצורך באזון בין שני סוגי הערכים נידונה בהרחבה אצל השופט בדימוס מנחם אילון לגבי פסק דין יעל שפר.³⁰ בעניין זה טען השופט, כי במקרה של התנגשות ביניהם יש לפרש את הערכים הדמוקרטיים לפי אלה היהודיים, אולם בשל הקושי האפיסטמי המוזכר, פוסקי ההלכה ומפרשיה אינם תמימי דעים באשר לאופן שבו יש לפרש את ציוויה. הדוגמה הקשורה לענייננו כאן עניינה המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן באשר לחובת האדם להתרפא. בעוד שהרמב"ם ראה בציווי "ורפא ירפא"³¹ הן את מקור חובתו של הרופא לרפא הן את מקור חובתו של החולה להתרפא,³² הרמב"ן הסיק מציווי זה רק את מקור חובתו של הרופא לרפא. ובאשר לחולה עצמו, בפירושו לתורה (ויקרא כו, יא) קובע הרמב"ן³³ כי אדם, שהוא ירא

29 להרחבה על הקושי לאזן בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ראו ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" **להיות אזרחים בישראל** מדינה יהודית ודמוקרטית 563 (ח' אדן, ו' אשכנזי וב' אלפרסון עורכים, 2000).

30 ע"א 506/88 יעל שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח (1) 87 (1994).

31 שמות כא, יט.

32 להרחבה בעניין חובתו של החולה להתרפא ראו ערך "חובת החולה להתרפא" **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** ב 444-446 (א' שטיינברג עורך, 1991).

33 ע"א 506/88 יעל שפר, לעיל ה"ש 30.

שמים ברמה מוסרית גבוהה, רשאי שלא להזדקק לרופאים, אלא לחפש את תרופתו באמצעות תפילה ומעשים טובים.³⁴ כיצד יהיה אפשר אפוא להצדיק הגבלה פטרנליסטית על ידי המדינה בשם הדת (כגון כפיית טיפול רפואי), אם לא קיים קריטריון הכרעה המסוגל להורות לנו איזו גישה בין השתיים ראוי לאמץ? שאלה זו מובילה אותנו לנושא רחב יותר - המוסריות החוקית.³⁵

ה. ההבחנה בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית

גירלד דבורקין (Gerald Dworkin³⁶) מזהיר אותנו, ובצדק, מהבלבול האפשרי שבין פטרנליזם מוסרי (Moral Paternalism) ובין מוסריות חוקית (Legal Moralism). רעיון הפטרנליזם המוסרי דוגל בכך שההתערבות הפטרנליסטית מכוונת לקדם את האינטרסים של היחיד, במיוחד אלה הנוגעים למצבו הפיסי והפסיכולוגי, כמו מניעת מוות, אומללות, או כאב נפשי או פיסי, אך לא רק זה. הפטרנליזם המוסרי יכול גם להיות מכוון להגנה על הרווחה המוסרית של האדם. למשל: יכולים לטעון, שעדיף לעוסקים בזנות לחדול מעיסוקם, אפילו אם הם מנהלים חיים יפים ומוגנים מפני מחלות, משום שמכירת גופם לשירותי מין משחיתה את המוסר שלהם. ההתערבות הפטרנליסטית כאן מקבלת לכאורה את צידוקה מהכוונה לקדם את הרווחה המוסרית של העוסק בזנות, אולם המוסריות החוקית היא דבר אחר. הרעיון הטמון בה הוא, שדרכי פעולה מסוימות נחשבות למוטעות מבחינה מוסרית או משפילות ועל כן המדינה (באמצעות חוקיה) אוסרת אותן. אם נחזור לפסקה הקודמת, הרי שבשם המוסריות הדתית חלק מהציבור בישראל מעוניין להחיל תפיסה זו על כל האזרחים (ובכללם יהודים חילוניים או אלה המשתייכים לדתות אחרות, למשל) באמצעות חיקוק הבא להבטיח התנהגות מוסרית-דתית של החברה כולה. לא זו בלבד שלא תמיד קל להבחין בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית, אלא שלעיתים זה הראשון משמש כיסוי למשנהו. ניטיב להבין זאת מהדוגמה הבאה, הלקוחה ממקרה שנידון בוועדת אתיקה מוסדית חקוקה באחד מבתי החולים בישראל.³⁷

34 בהידרשו לעמדה זו קובע השופט בדימוס מנחם אילון, כי הגם שנמצאו לה תומכים נוספים, הרי היא נוגדת את ההלכה המקובלת על דעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה בדבר חובתו של החולה להתרפא. אולם בענייני דת, כמו בענייני מוסר, אינני סבורה שטענה שואבת בהכרח את תוקפה מדעת הרוב, אלא מאיכות הטיעון עצמו ומעוצמתו. את המוסריות החוקית מכנה הל"א הארט "אכיפת מוסר על ידי החוק" (הל"א הארט חוק, **חירות ומוסר** 25-29, 48-98 (1991)).

36 G. Dworkin, *Paternalism*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2005).

37 להכרת המקרה לעומקו ראו יי אדלשטיין, לעיל ה"ש 12, נספח מס' 10, מקרה 1.

אישה בעשור השמיני לחייה אושפזה בשל חוס גבוה ונמק ברגליה על רקע סכרתי. למרות המלצות הרופאים, האישה סירבה לעבור ניתוח לכריתת שתי רגליה, מהטעם המרכזי כי רצונה להיקבר במותה כשגופה שלם. המקרה שלה הובא לדיון בוועדת האתיקה לשקילת הפעלתו של סעיף 15(2), קרי: כפיית הכריתה כנגד רצונה. אם כי היה ספק לגבי כשירותה לקבל החלטות במהלך אשפוזו, הרי שבירור הוועדה בנוגע לעברה הראה כי אין זו הפעם הראשונה שהיא מסרבת לטיפול לכאורה מציל חיים. כך היה כאשר היא חלתה בסרטן השד ולמרות המלצות הרופאים, היא סירבה לעבור ניתוח לכריתת שד; וכך היה במהלך מחלת הסוכרת כאשר הציעו לה הרופאים לכתות את רגליה (לפני אשפוזו הנוכחי). טענתה הייתה, כי היא מתנגדת לכריתת איברים מגופה (טענה הבאה לחזק את הנימוק המרכזי לסירובה להינתח כעת, קרי: להיקבר כשהיא שלמה), חרף העובדה שהוועדה התרשמה, כי נימוק נוסף לסירובה היה חששה מהכאב הכרוך בניתוח ולאחריו. בסיום הדיונים קבעה ועדת האתיקה, כי

"סופו של דבר במניין שיקוליה של הוועדה נלקחו בחשבון הן הבעת הדעה כפי שתוארה מפי הבן, הן מצבה הנוכחי והסבל הרב שבו הייתה שרויה, הן הסיכויים כפי שתוארו מפי רופא ג' להיטיב את מצבה עד מאוד. נראה בברור כי אם הניתוח לא יעלה יפה (חו"ח), כי אז בסופו של דבר לא יורע מצבה לעומת מצבה הנוכחי... יצוין כי הצעה זו ניתנה בדעת רוב של 4".

מה שמעניין אותנו כאן הם הנימוקים המרכזיים שנטענו במהלך הדיון,³⁸ אשר הובילו להחלטת הוועדה לכפות את ניתוח הכריתה: "הרי ערך החיים עולה על ערך האוטונומיה"; "מבחינה הלכתית אין ספק שצריך לנתח"; ו"אנו נגן על זכותה אם כן יבוצע הניתוח".

באשר לטענה הראשונה, הנשמעת גורפת משום הרישא "הרי", נוצר הרושם כי הן על פי המוסריות החוקית, בכלל, הן על פי חוק זכויות החולה, בפרט, במדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, גוברת תמיד קדושת החיים (כערך יהודי) על פני האוטונומיה (כערך דמוקרטי). אולם אין זה המצב, כפי שמעידים על כך פסקי דין שונים,³⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992) וחוק זכויות

38 שם, נספח מס' 10, מקרה 1.

39 פסקי דין מהשנים 1987-2002 [גרסה אלקטרונית], מאגרים בארץ, נדלה בתאריך 23.03.2008 מ- lilach.org.il/law.htm. מפסקי דין אלו עולה, כי מתוך **עשרים מקרים** שבהם חולים או בני משפחותיהם פנו לבתי-המשפט בבקשת הימנעות או הפסקת טיפול תומך או מציל חיים, רק **ארבעה** נענו בשלילה, לעומת **שישה עשר** שנענו בחיוב, ביניהם

החולה עצמו בחלק מסעיפיו.⁴⁰ באשר לטענה השנייה, הרי שהקושי האפיסטמי המתואר לעיל איננו מאפשר קביעה כה חד-משמעית ואף לא קרוב לכך.

ובאשר לטענה השלישית, משתמע ממנה כי בזכויות האדם מגולמת גם החובה לממשן; שכן במקרה הנידון כאן, אם זכותה של האישה לבריאות ולחיים, משתמע מטענה זו שחלה עליה גם החובה לממשה, וכפועל יוצא מחייבת את הזולת להגן עליה, אפילו כנגד רצונה. להבנת, זוהי תפיסה בעייתית של מושג ה"זכות", שכן בהקשר של הטיפול הרפואי, כמו בשאר הקשרי החיים, החובה להגן על זכויות אדם (כגון הגנה על החיים או על הבריאות), כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות, שואבת את תוקפה לא מהזכות עצמה, כי אם מרצון בעל הזכות לממשה. פרשנות זו של מושג ה"זכות" מעוגנת היטב הן בחוק יסוד: כבוד האדם (1992) הן בחוק זכויות החולה (1996). לגבי הראשון, סעיף 7 (א-ב) אומר: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו, ואין נכנסים לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו". מסעיף זה אנו למדים, כי רשאי האדם לוותר על זכותו לפרטיות בנסיבות שבהן הוא אינו חפץ בה, ומתן הסכמתו לכניסת הזולת לרשותו משחררת את הזולת מהחובה שלא להיכנס לרשותו. ובאשר לחוק השני, חובת שמירת הסודיות המעוגנת בסעיף 19 מסויגת בין השאר בהסכמתו של המטופל להסרת החסיון החל על המידע אשר הובא לידיעת מטפלו. משכך, אינני רואה כל סיבה לטעון לחובת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) להגן על זכותו של מטופל אשר הוא עצמו מוותר עליה מרצונו החופשי והאוטונומי. נראה, כי מאותה סיבה שאין זה סביר שרופא (או ועדת אתיקה) יסרב (תסרב) לבקשת מטופל להעביר את תיקו הרפואי לגורם שלישי בנימוק כי הוא איננו יכול להפר את חובת הסודיות הרפואית, גם אם המטופל ויתר עליה - יש לדחות את הטענה האומרת, כי רופא (או ועדת אתיקה) הכופה טיפול רפואי, בעצם מגן בכך על זכותו של החולה, גם אם האחרון אינו מעוניין לממש זכות זו.

לסיכום הדיון על שלוש הטענות הללו נוצר הרושם, כי מדובר כאן יותר בניסיון מקומי לכפות מוסריות חוקית (המתבטאת בנסיגת ערך האוטונומיה מפני קדושת החיים בשם ציווי הדת היהודית או לעניין זה - כל דת אחרת הדוגלת בקדושת החיים) בכיסוי של פטרנליזם מוסרי (נסיגת הערך של אוטונומיה היחיד מפני ערך ההטבה). אמנם, טובת האישה נידונה בוועדה,

מקרים של ניתוק ממכונת הנשמה.

40 למשל: סעיף 13, המעגן בתוכו את דוקטרינת ה"הסכמה מדעת", המבטאת הכרה בזכות החולה לאוטונומיה ומבקשת להגן עליה; וסעיף 15(1), המתיר טיפול רפואי בלא הסכמה מדעת אצל חולה בלתי-כשיר לתתה, בתנאי שלא ידועה למטפל התנגדותם של המטופל, בא כוח, או האפוטרופוס שלו, או אם אי-אפשר להשיג את הסכמתם של האחרונים.

אך מהתבוננות בפרוטוקול הוועדה עולה כי הקושי האפיסטמי דבק גם ביכולת החיזוי של תוצאות הניתוח.⁴¹ לכאורה נראה, כי חברי הוועדה העדיפו להתעלם מהמחלוקות שנתגלו בין הרופאים המומחים באשר לסיכויי התמותה, כמו גם לגבי סיכויי השיקום וההטבה לאחר הניתוח,⁴² ובחרו לאמץ עמדה מקצועית אחת על פני אחרות כדי להחיל על מקרה זה את המוסריות החוקית כפי שהם מפרשים אותה מסעיף 15(2).

ו. ההבחנות המקובלות בתוך הפטרנליזם

את הפטרנליזם נהוג לחלק לסוגים שונים. על פי ג'רלד דבורקין,⁴³ נהוג בין השאר להבחין בין הפטרנליזם ה"רך" לעומת זה הקשה,⁴⁴ ה"חלש" לעומת ה"חזק" וה"טהור" לעומת ה"בלתי-טהור".⁴⁵ ההבחנה בין הקשה לרך דומה מאוד לזו

41 בעוד שרופא אחד טען שסיכויי התמותה מהניתוח בנסיבות אשר בהן שרויה החולה נעים סביב 30%, רופא אחר טען כי מדובר ב 50%. ובאשר לשאלת סיכוייה של האישה להשתקם מהניתוח ולהשיג שיפור רפואי של ממש (כפי שדורש התנאי השני לכפיית טיפול רפואי, סעיף 15(2) (ב) לחוק זכויות החולה), בעוד ששני רופאים טענו שהם אינם אופטימיים בשל מצבה הירוד מאוד של האישה עוד בטרם הניתוח, וכי בכל מקרה לא צפוי שיפור במצבה הקוגניטיבי, טען רופא אחר כי הניתוח יביא לשיפור במצבה הגופני והקוגניטיבי (ני אדלשטיין, לעיל ה"ש 12, נספח מס' 10, מקרה 1). מלבד סימוכין אלה באשר לקושי לחזות מראש את תוצאות הטיפול גם בין רופאים החולקים אותה מומחיות, נראית תמונה ולא מובנת המסקנה, כפי שהיא מובאת בסיום הדיון, כי "מצבה לאחר הניתוח יוטב עד מאוד" (שם).

42 כמו כן נראה, כי הם התעלמו מסיבת הסירוב של האישה לניתוח הכריתה. כזכור, רצונה היציב והאוטנטי (לכל הפחות במהלך חייה) היה להיקבר כשהיא שלמה. התעלמות זו לא רק שהיא מחזקת את הטענה באשר לכפיית מוסריות חוקית בכיסוי של פטרנליזם מוסרי, שהרי ספק אם אובדן האפשרות להיקבר (על פי אמונתה) כפי שהיא רוצה יכול להיחשב בעיניה כהטבה, אלא שהיא גם מעלה שאלות נוקבות באשר לתוקף המשפטי של החלטת הוועדה. כזכור, התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי דורש את הנחת היסוד הסביר שהחולה, לאחר הטיפול הרפואי, יחזור בו מסירובו באופן רטרואקטיבי ויתן את הסכמתו למפרע. אולם נראה, כי סירוב האישה לניתוח הכריתה מהטעם המוזכר איננו יכול לאפשר הנחת יסוד זה.

43 G. Dworkin, לעיל ה"ש 36.

44 המחבר הראשון שתבע את ההבחנה הזאת היה ג'ואל פיינברג (Joel Feinberg). להרחבה ראו G. Feinberg, *Legal Paternalism*, CANADIAN JOURNAL OF PHILOSOPHY, 105-124 (September 1971).

45 מפאת קוצר היריעה אינני מרחיבה בהבחנה זו. רק אומר, כי בפטרנליזם טהור הכוונה היא שההתערבות מיועדת באופן בלעדי לטובת מושא הפטרנליזם, לעומת הבלתי-טהור המכוון לטובת מושא הפטרנליזם וגם לטובת אחרים. למשל: החובה לחגור חגורת בטיחות החלה על נהגים ונוסעי הרכב מכוונת לטובת הנהגים והנוסעים, אך גם לטובת המדינה, שכן ההוצאות הכרוכות בטיפול בפצועי תאונות דרכים ובשיקומם, למשל, הן כבדות. בדרך כלל הפטרנליזם החוקי, שעליו ארחיב את הדיבור בהמשך, נגוע כמעט תמיד, אם לא תמיד, בשיקולים שאינם פטרנליסטיים טהורים, כפי שהראיתי קודם לכן בהקשר של פטרנליזם מוסרי לעומת מוסריות חוקית. מטבעם של החוקים הנחקקים במשטר דמוקרטי להיות נחקקים על ידי נציגי הציבור, שבשיראל הם חברי הכנסת.

שעושים תום ביצים וגיימס צ'ילדרס⁴⁶) (T.L. Beauchamp & J.F. Childress) בין החלש לחזק. על-פי מחברים אלו, בפטרנליזם הרך או החלש הפטרנליסט מתערב בחייו של אדם אחר על בסיס של עשיית הטוב ומניעת נזק רק כדי למנוע התנהגות לא רצונית ושלא מדעת. למעשה מדובר בפעולה פטרנליסטית שמטרתה למנוע החלטה או פעולה אשר איננה משקפת את רצונו האוטנטי והאוטונומי של האדם. כפי שאני מראה זאת בהמשך בהקשר של הטיפול הרפואי, מצבים אלו יכולים לנבוע מהיעדר קבלת מידע, מאי-הבנת המידע, מחרדה המשבשת את שיקול הדעת וכדומה. לעומת זאת, הפטרנליזם החזק או הקשה כרוך בהתערבות המכוונת להיטיב עם האדם, למרות רצונו האוטנטי והאוטונומי של האדם להסתכן ו/או להרע לעצמו.

הבחנה מדוקדקת יותר מזכיר ג'ון קלייניג⁴⁷) (John Kleinig), בהקשר של ההבחנה שבין הפטרנליזם הקשה לפטרנליזם הרך. לפיה, אין מדובר בדיכוטומיה חדה בין האחד למשנהו, כי אם ברצף שבקצהו האחד נמצא הקשה ובקצהו האחר נמצא הרך, ובין קצה לקצה קיימות דרגות שונות של רצון אוטנטי ואוטונומי. על-פי גישה זו, ישנה הכרה שלפיה התנהגותו של האדם איננה מקוטלגת כתוצר של רצון אוטונומי ואוטנטי או של רצון לא אוטונומי ולא אוטנטי, כי אם כתוצר של רצון היכול להיות יותר או פחות אוטנטי ואוטונומי. מסיבה זו, אומר קלייניג:

The responsibility to be borne by individuals for what they do...
 48. is also to be seen as a matter of degree

על פי דרגת אחריות זו שאפשר לייחס ליחידים על מעשיהם, הוא טוען, הצדקת הפטרנליזם עשויה להיות קשה או קלה יותר, תלוי במידה שבה אנו מייחסים אחריות קטנה או גדולה יותר למושא הפטרנליזם: ככל שאנו מייחסים לסובייקט דרגה גבוהה יותר של אחריות, כך תהליך הצדקת הפטרנליזם המופעל עליו קשה יותר; וככל שאנו מייחסים לסובייקט דרגה נמוכה יותר של אחריות, כך תהליך הצדקת הפטרנליזם המופעל עליו קל יותר.

טעמים שונים כגון אלה הקואליציוניים ואינטרסים אישיים ופוליטיים, למשל, אינם נטולי השפעה בעת חקיקת החוקים, כך שבעוד שעבור חברי כנסת מסוימים הטעמים לתמיכתם בחוק זה או אחר יכולים להיות פטרנליסטיים טהורים, עבור אחרים נימוקיהם עשויים להיות לגמרי שונים. יוצא אפוא שגם חוק המוגדר והמוצהר באופיו כחוק פטרנליסטי, בשל היותו מכוון להיטיב עם האזרחים, יכול לנבוע בעצם מטעמים נוספים. מכאן אנו למדים, כי כותרת החוק והצהרתו אינן תמיד חזות הכול. טענה זו נכונה לגבי כל החוקים ולא רק בהקשר של אלה הפטרנליסטיים.

46 T.L. Beauchamp & J.F. Childress, לעיל ה"ש 23, בעמ' 181.

47 J. Kleinig, לעיל ה"ש 23 עמ' 10-9 (1984).

48 שם.

בהקשר שלנו, מושג ה"אחריות" שהמחבר משתמש בו נוגע אפוא למידה שבה האדם מסוגל לדעת ולהבין את המצב שבו הוא נמצא, ובהתאם להבנה זו - לבטא דרגה פחות או יותר גבוהה של רצון אותנטי ואוטונומי, לאמור: ככל שהרצון נראה יותר אותנטי ואוטונומי, כך קשה יותר להצדיק התערבות פטרנליסטית ברצון זה; וככל שהרצון נראה פחות אוטונומי ואותנטי, כך קל יותר להצדיק אותה.

אך לא רק בנוגע לאופיו של הפטרנליזם נהוג לעשות הבחנות, כי אם גם במסגרת שבה הוא מופעל. קודם לכן הזכרתי את הפטרנליזם המוסרי בהקשר של ההפרדה בינו ובין מה שגירלד דבורקין (2005) מכנה "מוסריות חוקית", או כפי שהארט (1981) מכנה אותה "אכיפת המוסר על ידי החוק". עתה רצוני לדון במה שמכונה "פטרנליזם חוקי", שכן הוא זה המעניין אותנו באשר לוועדות האתיקה המעוגנות בחוק זכויות החולה.

ברמה העקרונית, התערבות פטרנליסטית יכולה להתבצע בשני מישורים עיקריים: האחד - במסגרת קשרי הגומלין בין יחידים, ובה יש להכליל את הפטרנליזם הרפואי: שכן ביחסי מטופל-מטפל הרופא המתנהג בצורה פטרנליסטית כלפי מטופליו עושה זאת במסגרת של אחד על אחד. לעומת זאת, הפטרנליזם יכול להתבטא גם ברמה גבוהה ורחבה יותר, וכוונתי לפטרנליזם החוקי.⁴⁹ הכוונה בחוק פטרנליסטי היא שהמדינה, באמצעות חוקיה, מגבילה, או למצער מתערבת, בספירה הפרטית של היחיד כדי להטיב עמו, מתוך הנחה שהיא יודעת טוב יותר מה טוב עבורו. פטרנליזם חוקי מאופיין בדרך כלל בכך שהוא איננו פטרנליזם טהור (במובן זה שהוא לא מכון בהכרח, באופן בלעדי, לטובת היחיד), אך לצורך הדיון כאן, ומפאת קוצר היריעה, אני רואה אותו כאילו היה פטרנליזם טהור. כפי שמציין זאת דוגלס נ' הוסאק (Douglas N. Husak),⁵⁰ ובצדק, הפטרנליזם החוקי בעייתי יותר להצדקה מאשר זה המתבטא במסגרת של קשרי הגומלין (אחד על אחד). הסיבות לקביעתו זו יכולות להיות אלה: ראשית, כלליותו של החוק איננה מאפשרת להתייחס למקרים פרטיקולריים, כאל מקרים בעלי נסיבות ייחודיות הדורשות,

49 לגבי פטרנליזם זה, שעדי פרוש מכנה "פטרנליזם משפטי" (ע' פרוש, **הכרעות משפטיות ושיקולים מוסריים** 55-56 (1986)), המחבר מבחין בין פטרנליזם משפטי ישיר ובין זה הבלתי ישיר. בראשון, למשל, המדינה מגבילה באופן ישיר את הפרט על-ידי החלת איסור עליו (באמצעות החוק) לבצע מעשים שלטעמה עשויים להזיק לו; בשני למשל, המדינה מגבילה גורם אחר על-ידי איסור עליו (באמצעות החוק) לבצע פעולה שאת תוצאותיה היא מבקשת למנוע מהפרט. כך, למשל, לגבי איסור הסיוע להתאבדות: אם חולה או כל אדם אחר מבקש מרופא או מכל אדם אחר לסייע לו לשים קץ לחייו, משום שהוא עצמו אינו יכול לעשות זאת, איסור המדינה לסייע לו אינו אלא פעולה פטרנליסטית כלפיו.

50 N.D. Husak לעיל ה"ש 23 397-398 (2003).

לכשעצמן, התייחסות שונה מזו המופנית כלפי מקרים פרטיקולריים אשר נסיבותיהן הייחודיות שונות. למשל: אם המדינה קבעה,⁵¹ כי היא מחייבת את כל אזרחיה להפריש מדי חודש כסף לפנסיה, כדי שהם לא יסבלו ממחסור כספי בעת זקנתם, הרי שחוק זה חל על אלה המעוניינים בכך כמו על אלה שעמדתם בעניין שונה.

הסיבה השנייה (הקשורה לראשונה) שבשלה הפטרנליזם החוקי קשה יותר להצדקה מאשר זה המתבטא בקשרי הגומלין בין יחידים, היא מה שאני מכנה "טעם היעדר הגמישות". כאמור, החוק אינו מאפשר התייחסות קונקרטית וגמישה למקרים פרטיקולאריים ולכולם דין אחד. לעומת זאת, הפטרנליזם המבוטא בין יחידים ("אחד על אחד") אכן מאפשר זאת. נחזור לדוגמה של הפטרנליזם הרפואי: במסגרת הדו-שיח המתנהל, או האמור להתנהל, בין החולה לרופאו, האחרון יכול, למשל, לנסות לברר אם סירובו של החולה לטיפול רפואי הוא תוצר של רצון אותנטי ואוטונומי או אם הוא יציב או לא. בהתאם לתשובה יכול המטפל להגמיש או להקשיח את עמדותיו, כלומר לאמת או להפריך את הצורך בהתערבות פטרנליסטית. גמישות כזו איננה מתאפשרת בהקשר של הפטרנליזם החוקי. כפועל יוצא, ההתערבות הפטרנליסטית באמצעות החוק עלולה להיות קשה יותר לצידוק, בעיקר כאשר היא מופעלת ללא הבחנה על כל האזרחים, בלא קשר ליכולתם או להיעדר יכולתם להביע (ולממש) את רצונם האותנטי והאוטונומי.

הפטרנליזם החוקי מעניין אותנו כאן, שכן הוא זה העומד לדיון בהקשר של חוק זכויות החולה בנוגע לחלק מסעיפיו העוסקים בוועדות האתיקה. באופן כללי, גם את הפטרנליזם החוקי אפשר לחלק לקשה ולרך. הקשה מתבטא, בדרך כלל, בכפייה של ממש באמצעות איסורים והטלת סנקציות על מפירי ההוראות הפטרנליסטיות. למשל: חובת חגירת חגורת בטיחות לנוסעים ברכב, והקנס הכספי הכרוך באי מילוי הוראה זו. לעומת זאת, הפטרנליזם הרך מבוטא בדרך כלל בהמלצות, בהתרעות או באזהרות, דוגמת האזהרות הכתובות על קופסאות הסיגריות, הבאות להתריע מפני נזקי העישון. ובהקשר של הטיפול הרפואי המעניין אותנו כאן, הפטרנליזם הרך יכול להתבטא, למשל, בחובה החוקית המוטלת על רופאים לנסות לשכנע מטופל לעבור בדיקות רפואיות או לקבל טיפול רפואי. לעומת זאת, הפטרנליזם הקשה

51 מדינת ישראל אכן קבעה זאת באמצעות חוק "פנסיה חובה" ב-1.1.2008 (המכונה גם "צו הרכבה לפנסיה חובה בישראל"). אם כי חוק זה נחקק כדי לחייב את המעסיקים להפריש כספי פנסיה לעובדים, בעקבות מאבקם של העובדים עצמם, הרי בסופו של דבר, זכותם של האזרחים לממש את זכותם לפנסיה (בין אם הם רוצים בכך בין אם לאו), נכפתה עליהם מעצם חובת המעסיקים להפריש להם כספי פנסיה.

יכול להתבטא, בין השאר, בכפיית טיפול רפואי כנגד רצונו המפורש של המטופל הכשיר לקבל החלטות (סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה) או על-ידי הסתרתו של מידע מהמטופל, החיוני לו לקבלת החלטה מדעת (סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה). סמכות ההכרעה הסופית היא זו היוצרת את הגבול שבין הפטרנליזם הקשה ובין זה הרך. בעוד שבסוג הראשון סמכות ההכרעה הסופית נתונה בידי המטפלים (או בידי אלה שמונו על-ידי המדינה. בהקשר שלנו - ועדות האתיקה), הרי שבסוג השני סמכות ההכרעה הסופית נתונה בידי המטופל הכשיר לקבל החלטות. סוג הפטרנליזם (הקשה או הרך) המופעל על מטופלים קובע את מידת הצורך להצדיקו. בעוד שהפטרנליזם מהסוג הרך כמעט ואינו מצריך הצדקה (שהרי סמכות ההכרעה נשארת בידי המטופל), לא כך לגבי הפטרנליזם מהסוג הקשה, המופנה כלפי אדם בגיר וכשיר לקבל החלטות. זאת משום שלכאורה, יש בו משום הפרה של האוטונומיה שלו. למצער במדינות מתוקנות, אוטונומיית האדם באשר הוא אדם נחשבת לזכות שוות ערך לשאר זכויותיו הבסיסיות ואין לכאורה סיבה לפגוע בזכות זו רק משום שמדובר באדם חולה. מכאן שכדי לפגוע בזכות זו (בהפרתה באמצעות פעולה פטרנליסטית מהסוג הקשה) ניכר הצורך להביא לכך נימוקים כבדי משקל, המסוגלים לשמש הצדקה לפגיעה זו. כאמור, אני רואה בסעיפים 13(ד) ו-15(2) לחוק זכויות החולה ביטוי לפטרנליזם חוקי מהסוג הקשה⁵² (שהרי על-פיהם סמכות ההכרעה ניטלת מהחולה ומועברת לוועדת אתיקה). השאלה היא האם מבחינה מוסרית, אפשר להצדיק סעיפים אלו? בניסיון להשיב על שאלה זו עוסקים הסעיפים הבאים.

ז. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, ושאלת היכולת להצדיקו

סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה קובע כי על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסוים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת האתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל. למעשה עד לחקיקתו של חוק זכויות החולה, תהליך השיקול וההכרעה בכל הקשור לאפשרות של הסתרת מידע מהחולה היה נתון באורח בלעדי בידי הרופאים. באמצעות סעיף זה ביקש המחוקק ליטול סמכות בלעדית זו מידי הרופאים ולהעבירה לוועדת האתיקה. ברם, למרות הצהרת המחוקק בדבר כוונתו להתנער מהפטרנליזם הרפואי אשר

52 סעיפים אלו אינם הסעיפים היחידים המבטאים, להבנתי, עמדה פטרנליסטית מהסוג הקשה (כך, למשל, גם סעיף 18 (ג-ה)). אולם מפאת קוצר היריעה אני דנה רק בהם במאמר זה. יחד עם זאת, כוחן של הטענות המועלות בהקשרם יפה גם לכל סעיף בחוק המבטא פטרנליזם מסוג זה.

אפיין את מתן שירותי הבריאות בטרם חקיקתו של חוק זכויות החולה, הוחלף זה האחרון בפטרנליזם חוקי, או כפי שאפשר לכוונתו "פטרנליזם רפואי בגיבוי החוק או בחסותו". פטרנליזם זה מתבטא לא בקביעת הרופא (על פי הבנתו ו/או מערכת ערכיו) מה טוב למטופל בנוגע לקבלת מידע רפואי על מצבו, כי אם בסמכות שהחוק העניק לוועדות האתיקה לקבוע, על פי קריטריונים רפואיים בלבד, את מידת סכנתו וחומרתו של הנזק הצפוי לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע על אודות מצבו, כמו גם את הכדאיות של לקיחת סיכון זה.⁵³ בכך נראה, כי חוק זכויות החולה, בין השאר באמצעות סעיף זה, הניח את היסודות להנצחת הפטרנליזם הרפואי, הפעם בגיבוי החוק - אותו חוק, שכאמור, ביקש להתנער ממנו. אך מעבר להיעדר העקיבות המתגלה כאן בין סעיף זה ובין הרוח וההצהרה של החוק עצמו, שוב עולה בחריפותה שאלת היכולת להצדיק מוסרית את התערבות המדינה, באמצעות ועדות האתיקה, בחייו הפרטיים של האדם. התערבות זו מתבטאת בשני תחומים: האחד - קביעת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנזק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע רפואי על אודות מצבו, אשר מצדיקה הסתרת מידע ממנו; השני - קביעת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנזק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע על אודות מצבו, המצדיקה את קבלת הסכמתו שלא מדעת לטיפול רפואי.

לגבי התחום הראשון עולה שאלת היכולת לקבוע את מידת הנזק הבריאותי המצדיקה הסתרת מידע ממטופל. בסעיף 13(ד) המחוקק מדבר על נזק חמור, אך מהו הנזק החמור ועל פי מה הוא נמדד? להבדיל מיכולת החיזוי של חומרת הנזק הבריאותי העלול להיגרם ממחלה מסוימת או מהיעדר טיפול רפואי (שגם היא מוגבלת), יכולת החיזוי של חומרת הנזק הבריאותי העלול להיגרם ממסירת מידע מוטלת בספק, אם היא בכלל קיימת. מכאן, שאין אנו דנים כאן רק בשאלת תוקפה המוסרי של התערבות המדינה בענייניו של הפרט,⁵⁴ כי אם גם בשאלת

53 אמנם, יכולים לטעון כי להבדיל מהפטרנליזם הרפואי שאפיין את התנהגות הרופאים בהקשר של מסירת המידע לחולים לפני חקיקת חוק זכויות החולה, ועדות האתיקה שקמו בעקבותיו כוללות חברים אשר אינם נמנים עם הצוות הרפואי ועל כן מסוגלים הם להציג נימוקים החורגים מאלה הרפואיים הטהורים. ברם, בשל קביעת חוק זכויות החולה את השיקולים האמורים להנחות את ועדות האתיקה, ובהקשר הנידון כאן - את השיקולים הרפואיים הטהורים האמורים להצדיק (מבחינה משפטית) הסתרת מידע מהחולה, הרי שכל חברי הוועדה (רופאים ואחרים) כפופים להוראות החוק ולשיקולים האמורים להנחות את החלטותיהם.

54 שעליה אני מרחיבה את הדיון בהמשך בהקשר של התערבות המדינה באמצעות כפיית טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות. כוחן של הטענות שאני מעלה בהקשר זה יפה גם להתערבות המדינה בהקשר של סעיף 13(ד).

יכולת הניבוי או החיזוי שלה בהקשר הנידון.⁵⁵ יתרה מכך: הנזק הבריאותי האפשרי הכרוך בקבלת בשורה רעה חייב להישקל לעומת נזקים אפשריים נוספים שהחוק, באמצעות סעיף 13(ד), אינו מונה אותם. כוונתי לנזקים האפשריים הבאים: היעדר יכולתו של המטופל לתכנן את המשך חייו (או שארית חייו) בהתאם למצבו הבריאותי, שאינו ידוע לו, בשל החלטת ועדת האתיקה להסתיר ממנו מידע זה; אובדן האמון של המטופל במטפלו על השלכותיו השליליות.⁵⁶ בעידן שבו מידע רפואי נגיש כמעט לכל דורש, אפילו לחולה המאושפז,⁵⁷ ובמציאות המוסדית שבה לעתים מידע רפואי דולף אל מעבר למעגל "שומר הסוד", החולה עלול להיחשף למידע לגבי מצבו הרפואי שלא באמצעות רופאו המטפל ולגלות שהאחרון הסתיר ממנו מידע;⁵⁸ ללקות בחרדה עצומה בנוגע למניע ההסתרה: "לו השאיר לי סוג המחלה שאני סובל ממנה מקום לתקווה", עשוי החולה לחשוב, "הרי שלרופא לא הייתה סיבה להסתיר ממני מידע". בנסיבות אלו עלול החולה לתפוס את הסתרת האמת ממנו כביטוי לחומרת מחלתו בצורה מוגזמת ולהסיק, כי אין יותר טעם לחייו ובעקבות כך לשים להם קץ; ולסיום, היעדר יכולת החולה לשוחח עם הצוות המטפל על מצבו הרפואי ועל השלכותיו, כדרך לפרוק את המתחים והחרדות הנובעים ממנו. שכן גם אם מוסתרות מהחולה הדיאגנוזה והפרוגנוזה שלו, הוא עדיין סובל מאותם סימפטומים שבגינם ביקש את מזורם של אנשי מקצועות הבריאות. כאשר סימפטומים אלו נשארים בלא הסבר או מלווים בהסבר שטחי, מתחמק או שקרי, נמנעת מהחולה היכולת להתמודד עם מצבו הנוכחי, כפי שנמנעת ממנו הזכות לליווי מקצועי, כן ותומך. הטעיית החולה או כזובו, לכשעצמם, גם למטרה נעלה ככל שתהייה, הם בגדר הפרה בוטה ביחסי רופא-חולה (האמורים להתבסס על אמון) ושל עקרונות האתיקה הרפואית האמורים להנחות יחסים אלה.

55 מבחינה עקרונית, שתי שאלות אלו שייכות לתחומים נפרדים: הראשונה שייכת לדיון הערכי, בעוד שהשנייה שייכת לדיון האפיסטמי, אולם בהקשר הנידון כאן מדובר בהבחנה בלבד (ולא בהפרדה) בשל התלות ההדדית ביניהם. אם לא נוכל להראות, בעקבות קשיים אפיסטמיים, כי המטרה שבשמה אנו מתערבים בחייו של הפרט (עשיית הטוב) הינה בת-השגה, הרי שלא נוכל להצדיק מוסרית התערבות זו. לחלופין, יהיה אפשר להצדיק מבחינה מוסרית (לפחות כתנאי סף, גם אם לא תנאי מספיק) התערבות בחייו של הפרט, בהיעדר קושי אפיסטמי להשיג את המטרה שבשמה ננקטת התערבות זו.

56 למשל: מהיעדר רצון המטופל לשתף פעולה עם הטיפול המוצא; אובדן מוחלט של אמונו בממסד הרפואי; סירובו לכל טיפול רפואי (ובכלל זה טיפול מציל חיים) וכלה ב"הדבקת" חולים (אקטואליים ופוטנציאליים) בחוסר אמון זה.

57 באמצעות אתרי האינטרנט של מרכזי המידע העומדים לרשות החולים בבתי-החולים, למשל.

58 החולה עשוי גם לגלות את האמת שהוסתרה ממנו הן על-ידי התנהגות בלתי-מילולית של הצוות המטפל (כגון לחשושים סביבו, מבטים מלאי רחמים, התחמקות על-ידי עקיפת חדרו וכדומה) הן באמצעות עצם הטיפול שהוא מקבל (למשל: טיפול כימותרפי).

מהמצבים האפשריים המתוארים כאן עולה, כי כלליותו של סעיף 13(ד), מצד אחד, והגבלתו לשיקולים רפואיים בלבד, מצד אחר, אינם מאפשרים לחברי ועדות האתיקה להביא בחשבון את כל הנזקים הרפואיים והלא-רפואיים העלולים להיגרם לחולה מעצם הסתרת המידע על אודות מצבו. יוצא אפוא, כי הסתרת מידע מהחולה, כפעולה פטרנליסטית האמורה להיטיב עמו, עלולה בסופו של דבר לגרום לו נזק גדול יותר מאשר זה הכרוך בחשיפתו. במצב כזה, המטרה שבשמה ננקטה פעולה פטרנליסטית (לא רק מניעת נזק, כי אם גם הטבה), כמבחן סף לצידוקה, איננה יכולה לבוא לידי ביטוי.

התחום השני שבו מתערבת המדינה בחיי הפרט, בהקשר של סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, הוא, כאמור, התחום שבו היא קובעת (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנזק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל הכרוכה בחשיפתו למידע על אודות מצבו - מידה המצדיקה קבלת הסכמה שלא מדעת לטיפול רפואי. לפני שאדון בשאלת תוקפה המוסרי של התערבות זו, חשוב להסביר כיצד סעיף 13(ד) מבטא את התערבותה של המדינה בדרך זו. סעיף 13 לחוק זכויות החולה בכללותו עוסק בנושא של מתן הסכמה מדעת של החולה לטיפול רפואי. בהפעלתו של סעיף 13(ד), המתיר הסתרת מידע מהחולה באישורה של ועדת האתיקה, אנו נחשפים למצב שבו החולה יתבקש לתת את הסכמתו שלא מדעת לטיפול רפואי; שכן סעיף זה אינו מורה על ויתור על קבלת הסכמה של המטופל לטיפול רפואי ועל כן אין להסיק מההיתר להסתרת המידע את ההיתר למתן טיפול רפואי בלא הסכמתו. מנגד, סעיף זה מאפשר הסתרת מידע שיש בו כדי להשפיע על החלטת החולה לתת את הסכמתו לטיפול הרפואי המוצע אם לאו. מכאן שלא נותר לנו אלא להסיק כי המחוקק, באמצעות סעיף 13(ד), אפשר לקבל את הסכמתו שלא מדעתו של החולה לטיפול רפואי. ברם, נשאלת שאלת תוקפה המוסרי של ההסכמה, שהיא תוצר של מידע רפואי חלקי או חסר (תלוי מה ועדת האתיקה החליטה לאשר בהסתרת המידע). על הסכמה מסוג זה אפשר לומר, שהיא איננה משקפת את אוטונומיות החולה משום שאין בכוחה לשקף את שקילתם של כל הנתונים (עובדות וערכים) הרלבנטיים לאותה החלטה. הסכמה כזו לא רק שמרוקנת מתוכנה את מושג ה"הסכמה"⁵⁹, אלא שלהבנת, היא איננה תקפה, לכל הפחות מבחינה מוסרית.

לסיכום הדיון על תוכנו של סעיף 13(ד) רצוני לומר, כי מבחינה נורמטיבית-לוגית, אופיו הפטרנליסטי אינו יכול להתיישב לא עם הצהרת המחוקק בדבר

59 אני מרחיבה בנושא זה בסעיף ח' להלן בהקשר של הדיון על התערבות המדינה באמצעות כפיית טיפול רפואי (סעיף 15 (2)) לחוק זכויות החולה.

רצונו להתנער מפטרנליזם זה ולא עם עקרונות היסוד הטבועים בדוקטרינת ה"הסכמה מדעת", באתיקה הרפואית ובאלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992). מבחינה נורמטיבית-מוסרית נראה, כי קשה להגן על שלילת חירותו של מטופל (על-ידי הסתרת מידע ממנו, הפוגמת ביכולתו לקבל החלטות מדעת), בדרך ובתנאים שמורה סעיף זה, בשם עקרון אי-ההיזק הבריאותי. לא זו בלבד שקשה לאמוד, אם בכלל, את הנזק הבריאותי החמור העלול להיגרם עקב חשיפה למידע רפואי ולא זו בלבד שהוא לבטח איננו הנזק האפשרי היחיד שיש להביא בחשבון בעת שקילת הסתרת המידע מהמטופל - אלא עולה שאלת תוקפה המוסרי של התערבות המדינה בחייו של הפרט, באמצעות הסתרת מידע על אודות מצבו בשם עקרון אי-ההיזק: נראה, כי מדינה אשר עיגנה בחוקיה⁶⁰ ובהתנהלותה את זכות האדם לאוטונומיה, גם כאשר ידוע בוודאות כי החלטותיו גורמות לו נזק חמור כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות, איננה יכולה למצוא בטעם הנזק החמור העלול להיגרם לו (מעצם חשיפתו למידע על מצבו) טעם מספיק להפעלת עקרון החסות עליו. מכיוון שחוק זכויות החולה מקנה לחולה המאושפז מעמד של אדם הכשיר לקבל החלטות (שאלמלא כן הוא לא היה מעגן בתוכו את דוקטרינת ה"הסכמה מדעת") ומשום שהוא אף מתנה את הטיפול הרפואי בהסכמתו מדעת, הרי שהחולה המאושפז איננו שונה מכל אדם אחר מבחינת יכולתו וזכותו לקבל החלטות הנוגעות לו. בהפרה של זכות זו בשם עקרון ההטבה עוסק גם הסעיף הבא.

ח. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה ושאלת היכולת להצדיקו

כאמור, סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מתיר לוועדות האתיקה לאשר כפיית טיפול רפואי כנגד רצונו של המטופל:

בנסיבות שבהן נשקפת סכנה חמורה למטופל,⁶¹ והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתתו בנסיבות העניין 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:

60 חוק זכויות החולה עצמו וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

61 כזכור, סכנה חמורה מוגדרת בחוק כ"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי (חוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996, פרק ב: פרשנות), להבדיל מ"מצב חירום רפואי" המוגדר בחוק כ"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" (שם). הבחנה זו של המחוקק מלמדת אותנו, כי המושג "סכנה חמורה" אין עניינו מצב של סכנה מיידית.

- (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;
 (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר בצורה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;
 (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע.

תחילה אדון ברישא של הסעיף המתנה את שקילת מתן הטיפול הרפואי לחולה כנגד רצונו במצב של סכנה חמורה.⁶² באשר לסכנת חיים, קיימת הסכמה רחבה כי מדע הרפואה מסוגל בדרך כלל לקבוע על פי מדדים אובייקטיביים אילו מצבים רפואיים מעמידים את האדם בסכנת חיים. באותה מידה של סבירות ועל סמך אותם קריטריונים הוא אף מסוגל להבחין בין סכנת חיים מיידית ובין סכנת חיים שאיננה מיידית. אולם בנוגע להגדרתה של נכות חמורה בלתי-הדירה מתעוררת בעיה: מה הופך נכות לנכות חמורה? באילו מדדים אפשר לאומדה? מהי דרגת החומרה שבגינה מוצדק לשקול מתן טיפול רפואי כנגד רצון המטופל? בעוד שהעוסקים ברפואה הגדירו וחילקו מצבי נכות על פי דרגת חומרתם, על בסיס קריטריונים רפואיים אובייקטיביים בלבד, מושג הנכות מכיל בתוכו מרכיבים סובייקטיביים שרק בעל הנכות, על נסיבות חייו, יכול לאומדן. כך, למשל, שיתוקן של אצבעות אחדות ביד עשוי להיתפס אצל פסנתרן כנכות חמורה, בעוד שלגבי האצן ייתכן שנכות מעין זו תהיה חסרת משמעות. כך, למשל, אובדן רחם עשוי להיתפס אצל אישה צעירה, החפצה להעמיד צאצאים, כאסון של ממש; ואילו אצל אישה אחרת בת גילה, המבקשת להיות נזירה, אובדן זה עשוי אף להיתפס כברכה. יוצא אפוא, שמושג הנכות הוא מושג המכוון על-ידי בעל הנכות עצמו, משום שהוא זה אשר חווה אותה, ודרגת חומרתה מושפעת בעיקר מהאופן שבו הוא תופס אותה, דהיינו: לא רק מהיבטה הרפואי, כי אם גם מכל ההיבטים המלווים את מהלך חייו. אלו כוללים, למשל, היבטים נפשיים, רגשיים, חברתיים, כלכליים, משפחתיים, תרבותיים ותעסוקתיים. במובן זה מושג הנכות ודרגת חומרתה אינם שונים ממושגי "ערך החיים", "איכות החיים" ו"משמעות החיים", שלגביהם דוד הד⁶³ קובע, כי הם מכוונים על-ידי הפרט עצמו לגבי חייו שלו, וערך החיים נקבע או נבנה על ידי הפרט לבדו ואינו יכול להתגלות כאמת אובייקטיבית. להבנתי, מיכולתו הבלעדית של האדם הנכה לתת למושג הנכות את מלוא משמעותו ולהעריך את חומרתה נובעת סמכותו המוסרית לקבוע עם איזו נכות הוא מוכן להשלים, באיזו נכות הוא מוכן להסתכן אל מול הסכנות הכרוכות בסירובו

62 ראו הערה קודמת.

63 ד' הד **אתיקה ורפואה** 36 (1989).

לקבל טיפול רפואי ובאיזו נכות הוא מוכן להסתכן עקב קבלת טיפול רפואי.⁶⁴ בהקשר של סעיף 15(2), מיכולתו הבלעדית של החולה לקבוע את משמעותה של נכותו ואת דרגת חומרתה והסמכות המוסרית הנובעת ממנה, מתעורר הספק באשר לתוקפה המוסרי של הסמכות אשר ניתנה לוועדות האתיקה לכפות על חולה טיפול רפואי בשם מניעת נכות חמורה, שאין ביכולתן לאמוד את מלוא משמעותה. כפי שטוען, ובצדק, גי לורקה (Guy Llorca⁶⁵):

On a tendance à l'opposer (l'autonomie. Y.E) au "paternalisme" qui n'est pas un principe mais une attitude relationnelle qui, relevant du principe de bienfaisance, considère que le soignant est mieux placé que le soigné pour décider... Le soigné n'est pas mieux placé que le soignant ou la collectivité, il est le premier concerné, et s'il est correctement informé, il devient alors l'auteur central de la décision.⁶⁶

אולם מהטענה כי בהיעדר היכולת לאמוד את משמעותה של הנכות ואת דרגת חומרתה נובע היעדר הסמכות המוסרית לכפות בשמה טיפול רפואי, אין להסיק בהכרח שמהיכולת לאמוד מצב רפואי נובעת הסמכות המוסרית לכפות בשמו טיפול רפואי. במילים אחרות: תוקפה המוסרי של כפיית טיפול רפואי כנגד רצון המטופל בשם הצלת חייו או בשם מניעת נכות חמורה בלתי-הדירה איננו ברור מאליו, גם כאשר העובדות והתחזיות ידועות; שכן אוטונומיית הפרט, כזכות מוכרת ומעוגנת בחוק, איננה מוגבלת (כל עוד מדובר באדם הכשיר לקבל החלטות) למצבים שבהם לא נשקפת לחייו או לבריאותו סכנה חמורה. כדי להפר זכות זו מבלי לחטוא מוסרית יש צורך להראות שהפרה זו היתה מוצדקת. השאלה היא, האם שלושת תנאי הכפייה המתוארים בתת-הסעיפים של סעיף 15(2) יש בהם משום הצדקה מוסרית מעין זו?

64 שהרי לא רק בגלל הסירוב לקבלת טיפול רפואי עלולה להיגרם נכות חמורה, כי אם גם עקב הטיפול עצמו. כך, למשל, הסיכון הכרוך בניתוח הנובע מסיבוכי ההרדמה, מדימום ומזיהום.

65 "יש לנו נטייה להנגיד אותה [האוטונומיה. י.א.] ל'פטרנליזם', שאיננו עיקרון כי אם עמדה חברתית אשר מקורה בעיקרון ההטבה, הרואה במטפל את האדם המוצב במקום הנכון יותר מאשר המטופל, כדי להחליט... המטופל איננו מוצב במקום הנכון יותר מאשר המטפל או הקהילה.... הוא בעל העניין הראשון ואם הוא מיוזע באופן ראוי, כי אז הוא הופך לשחקן המרכזי של ההחלטה" (G. LLORCA, DU RAISONNEMENT MEDICAL A LA DECISION PARTAGEE: INTRODUCTION A L'ETHIQUE EN MEDECINE 99 (2003)).

66 שם (ההדגשה שלי - י"א).

ח.1. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי

התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי קובע, כי על ועדת האתיקה לוודא ש"נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת".⁶⁷ נראה, כי ההיגיון המעוגן בתנאי זה הוא דרישתו של המחוקק מהרופא המטפל למסור למטופל את כל המידע הדרוש לו כדי שיוכל לתת את הסכמתו מדעת לטיפול המוצע. במילים אחרות: המסר של המחוקק לרופא הוא "אל תפנה לוועדת האתיקה בטרם טרחת לעשות את המוטל עליך על-פי סעיף 13 לחוק זכויות החולה". נוסף על כך בתנאי זה נחשף הבסיס לטענה שסעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה עניינו החולה הבגיר והכשיר לקבל החלטות.⁶⁸ טענה זו נתמכת על-ידי שני נימוקים: האחד - המחוקק כבר נתן את דעתו לסוגיית המטופל שאינו כשיר לקבל החלטות באמצעות סעיפים 15 (1) ו-15 (3) לחוק זכויות החולה; השני - לו נדרש סעיף 15 (2) למטופל שאינו כשיר לקבל החלטות, הרי שלא היה זה הגיוני לדרוש מהרופא המטפל למסור לו את המידע הדרוש לו כדי לגבש לעצמו הסכמה מדעת. דרישה זו היתה חסרת טעם, ואף תמוהה לו כוונה כלפי מי שאינו מסוגל, מחמת מצבו הגופני או הנפשי, להבין, להפנים ולעבד מידע כדי לבוא לידי החלטה מדעת. יתר על כן: כדי שהסכמה מדעת תהיה בת-תוקף (מבחינה מוסרית ומשפטית כאחד), עליה להינתן על-ידי מי שכשיר לתתה. מכאן, שמושג ההסכמה טומן בחובו את היכולת והכשירות לתת הסכמה. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי מלמדנו אפוא בעיקר על מעמדו של מושא הכפייה - בגיר וכשיר לקבל החלטות - אך אינו מצדיק את הכפייה עצמה. הוא למעשה מעמיק את הצורך להצדיק מבחינה מוסרית כפייה זו ואף מקשה על הצדקה זו, שכן הוא מבטא את מימוש עקרון החסות באמצעות פטרנליזם מהסוג הקשה,⁶⁹ באמצעות פגיעה באוטונומיית הפרט המסוגל לנהל

67 תת-סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

68 טענתי זו מתבססת בין השאר על עיון בפרוטוקול הדיון של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת (אשר עסקה בניסוח חוק זכויות החולה). במעמד דיון זה נטען כי יש להוסיף על המשפט "החולה מתנגד לטיפול רפואי" את המשפט "והוא מבין את מצבו". בקשה זו נדחתה בטענה כי ברור כולל כי הדרישה לוודא מסירת מידע רפואי לקבלת הסכמה מדעת מגלמת בתוכה את ההנחה שהחולה מסרב מתוך הבנה (דברי הכנסת 1990-1996). פרוטוקולי הדיונים בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת לקראת חקיקת חוק זכויות החולה, 19.12.1995. מלבד זאת, טענתי נתמכת על-ידי השופט אמנון כרמי (א' כרמי "הסכמה לטיפול רפואי" **רפואה ומשפט** 16, עמ' 25 [1997]; מיכאל גרוס, M. Gross, *Treating Competent patients by Force: The Limits and Lessons of Israel's Patient's Act*, 31 JOURNAL OF MEDICAL ETHICS 29-34 (2005) S.M. Glick, *The Morality of Coercion* 26 JOURNAL OF MEDICAL ETHICS 393-395 (2000).

69 מעניין לציין שהן בהקשר של סעיף 13 הן בהקשר של סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מדובר במידע הנדרש למטופל לתת **הסכמה** מדעת ולא **החלטה** מדעת. בעוד שממושג "ההסכמה" אפשר לחלץ במשתמע ובדיעבד את הזכות לסרב לטיפול רפואי, השימוש

את חייו בלא התערבות חיצונית, ובכלל זה לקבל החלטות הנוגעות לטיפול בו עצמו. פגיעה זו נובעת ממסקנת המחוקק (בהקשר לסעיף 15 (2)), כי על עקרון האוטונומיה לסגת מפני עקרון ההטבה - דבר המוביל אל התנאי השני לגבי כפיית הטיפול הרפואי.

ח.2. התנאי השני לכפיית טיפול רפואי

התנאי השני לכפיית טיפול רפואי⁷⁰ הוא הצפי, שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל. נראה, כי באמצעות תת-סעיף זה ביקש המחוקק להשיג שתי מטרות: האחת - קביעת סף התמורה שבשמה אפשר לכפות טיפול רפואי (כמבטא לכאורה את עקרון ההטבה); והשנייה - הנחת הבסיס למילוי התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי (קיומו של היסוד הסביר להניח, שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע). באשר למטרה הראשונה נראה, כי המחוקק הכיר בהשלכות הקשות הכרוכות בכפיית טיפול רפואי הן עבור המטפלים (הנדרשים לבצע טיפול בניגוד לרצון החולה) הן עבור החולה (כאשר כופים עליו, אפילו בכוח, דבר שהוא מתנגד לו). על כן הוא התיר את כפיית הטיפול רק במקרים שבהם הוא הניח, כי טובת המטופל (הגנה על חייו ועל בריאותו כמבטאת לכאורה את עקרון ההטבה) גוברת על כיבוד רצונו. באשר למטרה השנייה נראה, כי המחוקק הניח כי די יהיה בשיפור רפואי ניכר כדי שהחולה יחזור בו מסירובו ועל כן ייתן את הסכמתו למפרע.

אולם עולות כאן שתי שאלות: באיזו מידה, אם בכלל, מסוגל מדע הרפואה לספק מראש תחזית על תוצאות הטיפול הרפואי המוצע? ובאיזו מידה, אם בכלל, נכונה הנחת המחוקק בדבר יכולתו של התנאי השני לספק בסיס בלעדי למילוי התנאי השלישי? השאלה הראשונה קשורה למגבלות של יכולת הניבוי של השיפור הרפואי הניכר הנובע ממתן טיפול רפואי; השנייה קשורה

במושג ה"החלטה" כולל, באופן פוזיטיבי, ברור, ובמידה שווה, את זכות ההסכמה כמו את זכות הסירוב. מתברר שהשימוש במושג "ההסכמה" במקום במושג "ההחלטה" איננו מקרי: באחד מניירות העמדה שהוגשו לקראת חקיקת חוק זכויות החולה, העיר רופא בכיר, העוסק באתיקה רפואית, כי בכתובת המילה "סירוב" יש כדי לעודד סירובים לטיפול רפואי. על כן, הוא הציע להסתפק בזכות המטופל לתת את הסכמתו הרצונית והחופשית כתנאי לקבלת טיפול רפואי, מבלי להזכיר את המילה "סירוב". הצעה זו התקבלה כפי שנראה ללא עוררין, שהרי מושג ה"סירוב" נעדר לחלוטין מחוק זכויות החולה. הערתי זו באה לחזק את הרושם שלא רק בהקשר של הסעיפים הנידונים כאן ניכר הלך רוח פטרנליסטי, כי אם לאורך החוק כולו. אין בדברים אלו כדי לומר כי כל הלך רוח פטרנליסטי פסול במהותו, אך יש בהם כדי לומר כי הלך רוח מעין זה דורש הצדקה.

70 תת-סעיף 15 (ב2) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

לבעייתיות בלעדיותו של שיפור רפואי זה כתנאי מספיק לגרום לחולה לחזור בו מסירובו לטיפול. באשר לראשונה נראה, כי לכאורה התבסס המחקק על ההנחה שבעידן הרפואה המודרנית אפשר לנבא ברמה גבוהה מאוד של ודאות את תוצאותיו של הטיפול הרפואי ואת השיפור הניכר הנובע מהן. אולם, כפי שטוען עמוס שפירא,⁷¹ למרות ההתקדמות העצומה המאפיינת את הרפואה המודרנית, רב עדיין הסתום והבלתי-נודע. מגזרים רחבים של הפרקטיקה הרפואית אפופים ספקות ותהיות, והידע המקצועי, האישי והקיבוצי, לוקה בחסר. מכאן, שהחלטות בעניינים רפואיים צריכות להתקבל לעתים מזומנות בתנאי אי-ודאות על-ידי רופאים החשופים למגבלות מקצועיות. אם כי דברים אלו נכתבו לפני שני עשורים, הרי שלמיטב ידיעתי, כוחם יפה גם היום.⁷² בעובדות אלו יש כדי לערער על הנחת המחקק בדבר יכולת הניבוי של תוצאות הטיפול הרפואי והשיפור הניכר הנובע מהן. גם במצבים שבהם הניסיון שנצבר בפרקטיקה הרפואית מאפשר לנבא ברמה סבירה את תוצאותיו של טיפול רפואי מסוים, הרי שלעולם מדובר בסטטיסטיקות. אלו עוסקות במוצעים המושפעים מתוצאות קיצוניות (הצלחות מלאות מול כשלונות) ולכן אין הן יכולות לשמש מדד אמפירי לניבוי ודאי, ואף לא בהסתברות קרובה, עבור החולה הספציפי. מעבר לכך כל טיפול רפואי, ובמיוחד זה הדורש הסכמה מדעת, כרוך בסיכונים שיש בהם כדי להשפיע בין השאר על תוצאות הטיפול המוצע. נראה לי, כי גם כאשר מדובר באחוזים נמוכים של סיכון (הנקבעים אף הם על בסיס של הסתברויות סטטיסטיות, על מגבלותיהן), רק החולה הנידון (זה הבגיר והכשיר לקבל החלטות) יכול להעריך את הכדאיות של הסתכנות זו אל מול התועלת הצפויה של הטיפול, שגם היא, כאמור, איננה ודאית. דוגמאות רבות של מקרים רפואיים מעידות על מגבלות חיזוי התועלת הצפויה מהטיפול הרפואי. אזכיר שתיים מהן, הלכות ממקרים (שהזכרתי קודם לכן) אשר נידונו בוועדות אתיקה חקוקות בבתי חולים בישראל.

71 ע' שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי" **עיוני משפט יד** (2) 271 (1989).

72 הרופאים עצמם מכירים במציאות זו. כך, למשל, טוענת פרופ' מ"כ (רופאת נשים בכירה אשר כיהנה בוועדת אתיקה מוסדית):

"הרפואה איננה מדע מדויק והיא לא יכולה להציע תוצאה מראש. מדברים על סטטיסטיקות, והסטטיסטיקות הן מספרים... כאשר מנטרים הריון לקראת לידה ומתעורר חשד למצוקה עוברית, בשל שינויים בדופק, אנו מודים שבתשעים ושמונה אחוזים מהמקרים מדובר ב-False positive. אך לנו אין כלים טובים יותר לצפות מצוקה עוברית אמיתית. רופא נשים ימליץ בכל זאת על ניתוח קיסרי מתוך מחשבה להציל את בריאותו ואת חייו של העובר, הגם שידוע כי סיכויי התמותה מניתוח קיסרי הם פי שניים וחצי מאשר בלידה רגילה" (י' אדלשטיין ראיון עם פרופ' מ"כ מ-16.7.2003, נספח מס' 7 [2009]).

מקרה אחד⁷³ עסק באישה קשישה אשר סירבה לעבור ניתוח לכריתת רגליים. המקרה נידון בוועדת האתיקה בבית החולים בו אושפזה, לשקילת הפעלת סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה (לאמור, מתן אישור לכפיית הטיפול המוצע). במהלך הדיון בוועדה נתבקשו רופאים לחוות את דעתם המקצועית לגבי סיכויי האישה לשרוד את הניתוח, כמו גם לגבי סיכוייה להחלים ממנו. בעוד שרופא אחד טען שסיכויי התמותה מהניתוח נעים סביב ה-30%, רופא אחר טען שהוא מעריך את הסיכוי ב-50%. וביחס לסיכויי האישה להשתקם לאחר הניתוח ולהשיג שיפור רפואי משמעותי בעקבותיו, שני רופאים טענו שאין הם אופטימיים משום מצבה הירוד מאד של האישה עוד בטרם הניתוח, ושכל מקרה לא צפוי שיפור במצבה הקוגניטיבי, בעוד שרופא אחר טען כי הניתוח יביא לשיפור במצבה הגופני והקוגניטיבי.

מקרה שני⁷⁴ עסק באישה אשר סורבה לקבל לידיה את תיקה הרפואי לאחר אשפוז כפוי בבית חולים פסיכיאטרי. בטרם נידון מקרה זה בוועדת האתיקה של המוסד שבו אושפזה בעברה התקיימו דיונים בעניינה בבתי המשפט. באחד הדיונים הובהר, כי לא היו בידי הרופא (אשר סירב למסור לידי האישה את תיקה הרפואי) די נתונים כדי לקבוע שמסירת התיק תגרום לה נזק או סיכון כלשהו.⁷⁵ לעומת זאת, ומבלי שנוספו פרטים חדשים כלשהם בנוגע למצבה הנפשי של האישה, קבעה ועדת האתיקה, כי "הרי שדי בנתונים שבידנו כדי להצביע באופן חד-משמעי על כך שמסירת התיק לידי המבקשת עלולה להחריף את מצבה ולגרום לה לנסות שוב להתאבד..."⁷⁶

מקרים אלו מדברים בעד עצמם לגבי המחלוקת השוררת בין הרופאים השונים בכל הקשור למלאכת החיזוי של תוצאות הטיפול והשלכותיה של מחלה, אפילו שייכים הם לאותה דיסיפלינה ומומחיות. נראה, כי די בדוגמאות אלו כדי לבסס את הטענה בדבר אי-הוודאות השוררת בתחום הפרקטיקה הרפואית, למצער בהקשר של יכולת החיזוי שלה. אך לא רק בהקשר זה שוררת אי-ודאות, כי אם גם בהקשר של האבחון והטיפול עצמם. המקרה הבא (שהזכרתי קודם לכן) מדגים באיזו מידה היעדר ודאות זה עשוי להיות גורלי הן מבחינת החולה הן מבחינתה של ועדת האתיקה הדנה בו.

73 שם, נספח מס' 10.

74 שם, נספח מס' 11.

75 שם, עיון בתיק רפואי: התדיינות בתי משפט מחוזיים.

76 שם, פרוטוקול הדיון.

יועצת משפטית של אחד מבתי החולים בארץ פנתה לבית המשפט לענייני משפחה כדי שזה יורה על קטיעת רגל של חולה בניגוד לרצונו. דובר בחולה שלדעת הרופאים, הזדקק לכריתת רגלו מחמת נמק ברקמות הרכות שמתחת לברך. החולה עצמו הביע התנגדות עקרונית ונמרצת לניתוח הכריתה. לפנייה לבית המשפט צורף מכתב של מנהל המחלקה אשר העיד על אמיתות האבחון, כמו גם על הצורך שבקטיעת הרגל. בית המשפט דחה את הבקשה והורה לכנס את ועדת האתיקה כדי שתכריע בעניין, על פי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. הזמן שחלף מאז הופנתה הבקשה לבית המשפט עד שוועדת האתיקה התכנסה הציל את החולה מניתוח מיותר (ומנע מוועדת האתיקה לכפות קטיעת רגל על סמך מידע, שהיה לא רק בלתי-ודאי, כי אם גם מוטעה) - בזמן ההמתנה להכרעה השתפר מצבו של החולה בעקבות טיפול אנטיביוטי שמרני שקיבל ואף בוצע בו, בהסכמתו, ניתוח של השתלת עור ברגל הפגועה.⁷⁷

בשל מגבלות הפרקטיקה הרפואית לספק מידע ברמת וודאות גבוהה הן בתחום חיזוי התועלת של הטיפול הרפואי הן בתחום האבחנתי והטיפול נראה, כי מתערער עד מאוד הבסיס שעל-פיו הניח המחוקק את יכולת החיזוי או הניבוי של הפרקטיקה הרפואית, אשר היתה יכולה, בחלקה, להצדיק כפיית טיפול רפואי (בשם עקרון ההטבה). בנסיבות אלו עולה השאלה הבאה: האם נכון מוסרית להטיל על חברי ועדות אתיקה את סמכות ההכרעה בנוגע לכפיית טיפול רפואי על החולה? מכיוון שהיעדר הוודאות המתואר כאן מחייב מידת-מה של הימור נראה, כי סמכות ההכרעה נתונה קודם כול, אם לא באורח בלעדי, לחולה עצמו ומכאן, שעל שאלה זו יש להשיב בשלילה.⁷⁸

77 אין במקרים אלו כדי להעיד על הכלל, כפי שאין בהם כדי לטעון כי כל פעולה פטרנליסטית פסולה מעיקרה. ברם, יש בהם כדי להראות, כי במצבים של חוסר וודאות ואף באפשרות ממשית של טעות (כפי שהודגם כאן) באשר ליכולת לחזות את התוצאות המיוחלות (הטבה במצבו של מושא הפטרנליזם) אי-אפשר לעמוד במבחן הסף של צידוק הפעולה הפטרנליסטית, שהוא ההטבה אשר היא מתיימרת להביא למושא הפטרנליזם. במצבים אלו נראה, כי ראוי לנקוט פטרנליזם מהסוג הרך כאשר סמכות ההכרעה נשארת בידי המטופל.

78 בעיית היעדר הוודאות בתחום הרפואה היא בעיה כללית שרופאים נדרשים להתמודד עמה. אולם, בהקשר שלנו כאן היא מקבלת משנה תוקף, שכן בשמם של חישובים סטטיסטיים אשר אינם מניבים תוצאות וודאיות מבקשים להפעיל את עקרון החסות במטרה להיטיב עם המטופל. אין חולקים על כך, שבידי הרופא לחשב את שיקולי ההסתברות ולספק נתונים סטטיסטיים לחולה ההדיוט, אולם, חישובים אלו הם דבר אחד וההחלטה כיצד לפעול לפיהם הוא דבר אחר. נראה, כי מדינה אשר עיגנה בחוקיה את זכות האדם לאוטונומיה, בין השאר בהקשר הנידון כאן, באמצעות עגינתה של דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" בחוק זכויות החולה, חזקה עליה כי היא מאמינה שהפרט לא רק יכול, אלא גם זכאי לשקול נתונים אלו ולהחליט לפיהם.

אעסוק עתה בשאלת יכולתו של השיפור הרפואי להיות תנאי מספיק לגרום לחולה לחזור מסירובו לקבל טיפול רפואי. ובאופן ספציפי יותר: בשאלה "באיזו מידה, אם בכלל, די בשיפור רפואי לבדו (כתנאי שני לכפיית טיפול רפואי), כדי שחולה יחזור מסירובו לקבל טיפול רפואי ובכך לנסות להצדיק את כפיית הטיפול?" אף על פי שהשיפור הרפואי הניכר (על בעיית החיזוי שלו, כפי שהוזכרה) הוא תנאי הכרחי לכפיית טיפול רפואי, משום שנתקשה להצדיק מבחינה מוסרית פגיעה באוטונומיית החולה בשם דבר שהוא פחות משיפור של ממש במצבו הרפואי, הרי שהוא איננו תנאי מספיק; שכן נסיבות חייו של האדם אינן מורכבות ומושפעות רק ממצבו הרפואי ועל כן אין הן יכולות להימדד רק במושגים רפואיים טהורים. על נסיבות אלו להימדד גם, אם לא בעיקר, במושגים של איכות חיים. מושגים אלו מכוננים על ידי הפרט עצמו, וכפועל יוצא הם לעולם סובייקטיביים ואינדיבידואליים. מכאן, שאם החולה מסרב לקבל טיפול רפואי מטעמים שאינם קשורים לתועלת הצפויה מהטיפול, או שתועלת השיפור הרפואי נתפסת בעיניו כפחותת ערך לעומת השלכות הטיפול הרפואי עליו, הרי שאי-אפשר להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו לקבל טיפול רפואי. ברם, לא כולם מסכימים עם טענתי ששיפור רפואי ניכר איננו תנאי מספיק כדי לכפות טיפול רפואי על חולה. ישנם הרואים, למשל, בהצלת חיים לכשעצמה שיפור רפואי ניכר המצדיקה לכפות על חולה קבלת טיפול רפואי.⁷⁹ לתפיסה זו של השיפור הרפואי הניכר שתי השלכות כבדות משקל הקשורות זו בזו. האחת - הצלת חיים או הארכתם תוכלנה תמיד לשמש סיבה לכפות על חולה טיפול רפואי ובלבד שנתמלאו שני תנאי הכפייה הנוספים. משמעות הדבר היא, כי כל אימת שיהיה בידי הרפואה להציל חיים, תישלל זכותו של החולה לסרב לקבל טיפול רפואי דווקא בסיטואציות שבהן הוא עשוי להידרש לשאלת משמעות חייו. בכך תישלל ממנו הזכות לסרב לחיות בנסיבות שבהן משמעות חייו נתפסת בעיניו כשלילית, ואולי כבלתי-נסבלת. השנייה - צמצום ניכר במשמעותה של דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" ואף התמוטטות הרעיון המעוגן בה, שכן אם מאמצים את המטרות העיקריות של דוקטרינה זו, כפי שהגדירן עמוס שפירא,⁸⁰ הרי שהיא טומנת בחובה בין השאר את הדרישה לקידום זכותו של היחיד להגדרה עצמית ולאוטונומיה; הגנה על סטטוס החולה כאדם במובן של יצור אנוש חושב ובעל שיפוט עצמאי כדי שבין השאר לא יהפוך לאובייקט שאפשר להשפיע עליו בכל הנוגע לשליטה בכוח הרצון וביכולת ההחלטה שלו; ומניעה

79 תפיסה זו נראית לי בעייתית גם משום שהיא למעשה מתעלמת מהשאלה, הנשאלת לעתים תכופות, באשר למצבים שבהם המשך החיים עשוי להיחשב כאפשרות פחות טובה בעיני החולה, מאשר הפסקתם.

80 ע' שפירא, לעיל ה"ש 71, בעמ' 226 (1989).

או צמצום של אפשרות הכפייה עליו. להבנתי, תפיסת הצלת החיים כשיפור רפואי ניכר עבור מי שאינו מעוניין בהצלת חייו פוגעת בהשגת מטרות אלו וכפועל יוצא, פוגעת בזכויות החולה כאדם, המעוגנות והמבוטאות בדוקטרינת ה"הסכמה מדעת". בכך היא ממוטטת את הרעיון העומד מאחוריה, משום שהיא פוגעת ביכולת לספק מנגנון הגנה על זכותו של האדם על גופו, כחלק מהאוטונומיה שלו. אם פוגעים ביכולת השגתן של המטרות המבטיחות מנגנון זה, הרי שהוא מתרוקן מתוכנו.

לסיכום הדיון על התנאי השני לכפיית טיפול רפואי נראה, כי בשל מגבלות הפרקטיקה הרפואית במלאכת החיזוי, בלעדיותו של השיפור הרפואי כתנאי הכרחי אך לא מספיק לכפיית טיפול רפואי וצמצום דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" על השלכותיו השליליות, תת-סעיף זה אינו יכול לשעצמו לשמש צידוק לכפיית טיפול רפואי. יתרה מזאת: ועדת אתיקה אשר תגביל עצמה להוראות החוק - וכפועל יוצא, לבלעדיותו של השיפור הרפואי הניכר - עשויה לקבל החלטות הנושאות עמן פגם מוסרי.

3. התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי

אנסה עתה לבחון באיזו מידה התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי,⁸¹ יכול לשמש לה צידוק מוסרי. תנאי זה קובע, שחייב להתקיים היסוד הסביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע. אדון תחילה בהיבט הפרגמטי של תנאי זה. לכאורה נראה, כי המחוקק הטיל על חברי ועדות האתיקה תפקיד "נבואי" שספק רב אם ביכולתם למלאו. כיצד חברי ועדות האתיקה, אשר אינם מכירים את המטופל הנידון, יכולים להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו ולמתן הסכמתו למפרע? כדי להשיב על שאלה פרגמטית זו אני מציעה לחלק את הסיבות לסירוב החולה לטיפול רפואי לשתי קבוצות: האחת כוללת את הסירובים שלגביהם קיים היסוד הסביר שחולים יחזרו מסירובם, ואילו הקבוצה השנייה כוללת את הסירובים שלגביהם לא קיים יסוד כזה. חלוקה זו מתבססת על ההבחנה שאני עושה בין סירובים הנובעים מתוך ערכים ובין סירובים שאינם כאלה. בהנחה שהאדם הבגיר מחזיק בדרך כלל במערכת ערכים קבועה ויציבה,⁸² ובכלל זה האדם החולה,

81 תת-סעיף 215(ג) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

82 אמנם יכולים לטעון, כי גם בני אדם בגירים עשויים לשנות את מערכת הערכים שלהם במהלך חייהם. טענה זו נכונה, וה"חזרה בתשובה" או ה"חזרה בשאלה" הן דוגמאות לכך, אולם בהקשר הנידון כאן נראה, כי חולה המסרב לעבור כריתת איבר משום שהוא רוצה להיקבר בשלמותו, למשל, או חולה המסרב לקבל תרומת דם משום שדתו אוסרת זאת, אין סיבה להניח שישנה את מערכת ערכיו רק משום שהטיפול הרפואי שנכפה עליו אכן היטיב את מצבו הרפואי.

הרי שאם יתברר כי סירוב החולה לטיפול רפואי נובע מתוך ערכים, לא יהיה זה סביר להניח כי לאחר מתן הטיפול החולה אכן יחזור בו מסירובו. לעומת זאת, אם יתברר כי סירוב החולה איננו סירוב הנובע מתוך ערכים, אלא מסיבות אשר אינן קשורות למערכת ערכיו, רצונותיו, העדפותיו, ואמונותיו, הרי שיהיה אפשר להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו ולמתן הסכמתו למפרע. כך, למשל, לגבי החולה שמקור סירובו לטיפול ב: חרדה עצומה המשבשת את שיקול דעתו ו/או בורות ו/או הבנה חלקית או חסרה של העובדות המוצגות בפניו. חלוקה זו איננה פותרת לחלוטין את הבעיה הכרוכה במלאכת הניבוי המוטלת על חברי ועדות האתיקה, אך להבנתי, היא לכל הפחות מקלה עליה. היא איננה פותרת לחלוטין את הבעיה משום שכפי שהעיר אחד המתדיינים בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת בעניין זה, "יכול להיות שאדם המתנגד לטיפול רפואי בגלל סיבות לא רציונליות ימשיך להיות לא רציונלי גם אחרי הטיפול, ואין סיבה להניח שהוא פתאום ישנה את האינטלקט שלו לאחר הטיפול".⁸³ אם כי השימוש במושגים "רציונל" ו"אינטלקט" נראה לי לא מוצלח משום שמשממע ממנו טון של גינוי (péjoratif⁸⁴) כלפי החולה, הרי שהרעיון ברור ונראה לי נכון.

דרך נוספת להקל על בעיית מלאכת הניבוי היא לעקוב אחרי החולה לאחר כפיית הטיפול ולבחון באיזו מידה הנחת חברי ועדת האתיקה לגבי מתן הסכמה לאחר הטיפול היתה נכונה.⁸⁵ לפעולה זו שלוש מטרות עיקריות: רגשית, מוסרית וחינוכית. המטרה הרגשית נוגעת הן לחולה עצמו הן לחברי הוועדה. לגבי החולה שעליו נכפה טיפול בניגוד לרצונו נראה, כי בפניית חברי הוועדה אליו (או נציג מטעמה) לאחר הטיפול יש כדי להותיר אצלו את הרושם שהם מתעניינים במצבו, שהם מודעים ואמפטיים למצוקה שנקלע אליה בעקבות כפיית הטיפול וכי הם מבקשים לוודא שאין הוא נוטר להם טינה על כך. בכל אלה, להבנתי, יש כדי לשמש נחמה לחולה ואף להקל על התחושות הקשות העוללות ללוות את כפיית הטיפול. לגבי חברי הוועדה עצמם יש במעקב מסוג זה כדי להקנות להם תחושת הקלה אם יתברר להם, כי אכן צדקו בהנחתם שבסיום הטיפול יתן החולה את הסכמתו למפרע. בהיבט המוסרי נראה, כי מעקב זה לא רק רצוי, כי אם גם הכרחי, משום שחזקה על כל הדואג לחולה

83 ד' דינאי "פרוטוקול מדיוני ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מ-19.12.1995" **דברי הכנסת** (1990-1996).

84 בצרפתית.

85 כך נוהגת, למשל, ועדת האתיקה שבראשה עומד פרופ' דוד פרנקל. לדבריו, הוועדה שלו מקפידה לעקוב אחר תוצאות החלטותיה, והניסיון מלמד על החשיבות שבקיום מעקב זה ועל החשיבות שמייחסים המטופלים להמשך הקשר עם הוועדה (קבוצת דיון- צדק חברתי וזכויות בריאות **ועדות האתיקה לפי חוק זכויות החולה** [2001]).

ומבקש את טובתו (אפילו זו אשר הושגה על ידי שלילת חירותו) כי אכן יבקש להתעניין לשלומו לא רק בעקבות הטיפול הרפואי, כי אם גם בעקבות כפייתו. מן ההיבט החינוכי נראה, כי תחת אילוצי מלאכת הניבוי שהמחוקק הטיל על חברי ועדות האתיקה, אחת הדרכים הפשוטות לברר אם צדקו חברי הוועדה בהנחתם שהחולה יחזור בו מסירובו היא לבקש בעליל את הסכמתו למפרע. אם אכן כך ייעשה, הרי שהמקרה שלו יוכל לשמש דוגמה חינוכית לטיפול במקרים עתידיים דומים. לחלופין, אם יסרב החולה לתת את הסכמתו למפרע, יוכלו חברי הוועדה להיווכח בטעותם במלאכת הניבוי ולהפיק את הלקחים הדרושים לטיפול במקרים עתידיים דומים.

אך לא רק בעיה פרגמטית מעורר התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי, כי אם גם בעיות מוסריות. אחת מהן היא תוצר של הבעיה שתוארה זה עתה: המחוקק לא צִיָּד, ולא דרש לצִיָּד, את חברי ועדות האתיקה בכלים שיש בהם כדי להנחותם במילוי מלאכת הניבוי שהוא ייעד להם ונראה, כי די בעובדה זו כדי להצביע על פגם מוסרי; שכן רווחת ומבוססת הדעה, כי אין ראוי לאדם שיעסוק במה שלא הוכשר לו, בעיקר כאשר מדובר בפעילות המכוונת לזולת, כגון זו של התערבות בתחום הפרט, באמצעות פעולה פטרנליסטית מהסוג הקשה הפוגעת באוטונומיה שלו. זאת ועוד: הוא גם יצר מצב שבו חברי הוועדות יהמרו, בלא בסיס מוצק דיו, על אפשרות מתן הסכמתו של החולה למפרע.

לכאורה נראה, כי המחוקק ביקש, באמצעות ההסכמה למפרע או להפריך את הטענה בדבר הפגיעה באוטונומיית החולה בעת כפיית הטיפול הרפואי עליו או להצדיקה. ההנחה היא, שאם אפשר יהיה לבסס את היסוד הסביר להנחת הסכמתו של החולה למפרע, הרי יהיה זה משום הנחת אופיו הבלתי-יציב, הבלתי-עקיב והבלתי-משקף (את רצונו האותנטי של החולה) של סירובו הראשוני של החולה. לפי הנחה אחרונה זו יכולים לטעון לכאורה אחת מן השתיים: האחת - כפיית הטיפול לכשעצמה אין בה משום פגיעה באוטונומיית החולה אם סירובו איננו סירוב יציב, איננו עקיב ואינו משקף את רצונו האותנטי ועל כן הוא איננו סירוב אוטונומי. ההנחה המובלעת כאן היא, שאין לדבר על פגיעה באוטונומיית החולה בעת שזו חסרה ממילא. השנייה - אם בכל זאת כפיית הטיפול היא פגיעה באוטונומיית החולה, הרי שבחזרה מסירובו (באמצעות מתן הסכמתו למפרע) יש כדי להצדיק הפרה זו.

באשר לטענה הראשונה (שאין פגיעה באוטונומיית החולה) נראה, כי היא יכולה להיות נכונה רק בשני המצבים הבאים: האחד - אפשר לאשש את

הטענה בדבר היעדר אוטונומיית החולה בעת סירובו. אולם, אם אנו מקבלים את הטענה בדבר הקשר ההכרחי בין אוטונומיית המטופל לכשירותו לקבל החלטות, הרי שהיעדר כשירותו של החולה לקבל החלטות מונע ממנו להיות נידון בוועדת האתיקה על פי סעיף 15(2). סעיף זה עוסק רק בחולים הכשירים לקבל החלטות. המצב השני - הבנת מושג ה"אוטונומיה" במובן הקנטיאני. כפי שמציין זאת דוד הד,⁸⁶ המסורת הקנטיאנית מדברת על אוטונומיה בכפיפותו של האדם לעקרונות רציונליים ועל כן, לטענתו, קל להראות שהפעולה הבלתי-רציונלית אינה אוטונומית. ומכאן, שכפייה פטרנליסטית על הפרט להתנהג באופן רציונלי היא דווקא מימוש האוטונומיה שלו, כלומר: מתן ביטוי לרצונו האמיתי. יוצא אפוא שבהקשר הנוכחי, על פי הבנה זו של מושג ה"אוטונומיה", לא רק שכפיית טיפול רפואי כנגד סירוב בלתי רציונלי איננה פגיעה באוטונומיית החולה, אלא שהיא דווקא מגינה עליה. אך כפי שמזכיר לנו דוד הד, קיימת דרך אחרת להבין את מושג ה"אוטונומיה" - דרך המסורת הליברלית. על פי מסורת זו, כפי שהוא טוען, זכותו של האדם לפעול גם באופן שאינו רציונלי, וחירותו וחסינותו מפני התערבות של הזולת מוגבלת רק על-ידי האיסור של גרימת נזק לאחר ולא על ידי גרימת נזק לעצמו. על-פי גישה זו, בהקשר הנוכחי לא יימצא צידוק לכפיית טיפול רפואי כנגד סירובו של החולה, גם אם סירוב זה איננו רציונלי, כל עוד אין בו כדי לפגוע באחרים. נראה, כי בין שתי הגישות הללו יש צורך לאמץ את האחרונה בגלל שתי סיבות עיקריות: האחת נוגעת לבעייתיות של מבחן הרציונליות בהקשר הנידון; השנייה נוגעת לנושא העקיבות. באשר לסיבה הראשונה, כפי שמתברר במאמרו של אברהם רודניק⁸⁷ (Abraham Rudnick), הדן בדיכאון ובכשירותו של החולה לסרב לקבל טיפול פסיכיאטרי, מבחן הרציונליות איננו חזות הכול, אם בכלל, בכל הקשור לשאלת כשירותו של החולה לקבל החלטות. לטענתו, גם חולים הלוקים בדיכאון חמור, חשיבתם הרציונלית עשויה להיות שמורה ותקינה. מכאן, שאין להסתמך על מבחן הרציונליות בשאלת כשירותו של החולה לקבל החלטות. להבנת, אם הדבר נכון בהקשר של חולי הנפש, הרי שהוא נכון לא פחות, ואולי אף יותר, בהקשר של החולים הלוקים במחלה גופנית. אך גם אם נניח, רק לצורך הדיון, שמבחן הרציונליות יכול היה לשמש מדד לאומדן אוטונומיית האדם החולה, הרי שאין זה ברור כי בידי בעל סמכות כלשהו (למשל: רופא, קבוצת רופאים או חברי ועדת אתיקה) המפתח לזיהוי ולהגדרתה של הרציונליות. הסכמה או סירוב לקבל טיפול רפואי יכולים להיות תוצר של החלטה ערכית, שהרציונל שלה עשוי

86 ד' הד, לעיל ה"ש 61, בעמ' 84 (1989).

87 J. 28 Rudnick, *Depression and Competence to Refuse Psychiatric Treatment*, MED. ETHICS 151-155 (2002).

להיות ברור רק למקבל ההחלטה עצמו. כזו היא, למשל, החלטה שמקורה באמונה דתית. בעל סמכות אשר אינו מחזיק באמונותיו הדתיות של מקבל ההחלטות, או כזה אשר אינו מפרש באותה דרך את ציווי דתו של מקבל ההחלטות, עשוי לראות בהחלטה הנידונה תוצר של חשיבה בלתי-רציונלית, לקבוע בעקבות זאת שמקבל ההחלטה איננו אוטונומי, וכפועל יוצא - לכפות עליו טיפול רפואי, בטענה שאין בכפייה זו משום פגיעה באוטונומיה שכן היא עוקפת רצון לא אוטונומי. גישה מעין זו עלולה למוטט באחת את הרעיון המעוגן בזכות לחופש הדת ו/או לחופש מדת - זכות המוצאת את ביטוייה בחוקיהן של המדינות הדמוקרטיות, ובכללן מדינת ישראל. טענה זו מובילה אותנו אל הסיבה השנייה שבשלה עולה הצורך לאמץ את הפרשנות הליברלית למושג ה"אוטונומיה" - זו הקשורה לנושא העקיבות. כוונתי לעקיבות בכל הקשור להתערבות המדינה בחייו של הפרט. בדרך כלל מדינת ישראל איננה נוהגת - באמצעות חוקיה, מנהגיה והתנהלותה - להתערב בחייו של הפרט כל עוד אין בהתנהגות הפרט כדי לפגוע באחר. בהקשר הנידון כאן אם לא נוכל להראות כי הנסיבות של החולה המאושפז מצדיקות חריגה מהמקובל בכל שאר תחומי הפרט במדינה, הרי שיהיה מקום לדבר על היעדר עקיבות, שלצדו גם מוסרי. בשל הכרת המחוקק בכשירותו של החולה המאושפז לקבל החלטות (המעוגנת בסעיף 13 לחוק זכויות החולה) ומלבד פגיעותו של החולה המאושפז, המצריכה דווקא הגנה יתרה על זכותו לאוטונומיה, אינני רואה סיבה מוצדקת לנהוג כלפיו בדרך שונה מזו שנוהגת בה המדינה כלפי כל פרטיה, כלומר: הימנעות מהתערבות בחייהם על-ידי הפעלת עקרון החסות עליהם כל עוד אין בהחלטותיהם כדי לפגוע באחרים.

לסיכום הדיון על הטענה האומרת שכפיית טיפול רפואי לכשעצמה איננה הפרה של אוטונומיית החולה משום שחזרה מסירוב מעידה על אופיו הבלתי-אוטונומי, רצוני לומר, כי מכיוון ששני המצבים ההכרחיים לאמיתותה של טענה זו אינם מתקיימים (היעדר כשירות החולה ופרשנות קנטיאנית למושג האוטונומיה), הרי שיש לדחות טענה זו. דחייה כזו פירושה, שכפיית טיפול רפואי אכן יש בה משום פגיעה באוטונומיית החולה. מכאן עולה הצורך להידרש אל הטענה השנייה - היא הטענה האומרת שאם בכל זאת כפיית טיפול רפואי יש בה משום פגיעה באוטונומיית החולה, הרי שבחזרה מסירוב (באמצעות מתן הסכמה למפרע) יש כדי להצדיק פגיעה זו. זהו המקום לבחון באיזו מידה, אם בכלל, מתן הסכמה למפרע יכול להצדיק פעולה פטרנליסטית

(בהקשר הנידון כאן, כפיית טיפול רפואי). כדי להשיב על שאלה זו יש צורך תחילה לנסות לברר את מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של הסכמת האדם לפעולה פטרנליסטית, בכלל, ואת זה של ההסכמה הניתנת למפרע, בפרט.

ט. מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה לפעולה פטרנליסטית וזה של ההסכמה הניתנת למפרע

ציפורה קז'צקוב⁸⁸ (Tziporah Kasachkoff) מציינת, שהאסטרטגיה הרווחת לצידוק הפעולה הפטרנליסטית היא הפנייה להסכמת היחיד לצעד זה הננקט כלפיו: הטיעון הוא, שההסכמה מפריכה את האופי הפטרנליסטי של הפעולה וכך גם את הצורך להצדיקה על ידי האפשרות להראות שהסובייקט (שכלפיו מופעלת הפעולה הפטרנליסטית) הפך להיות, מעצם הסכמתו, לשותף לפעולה הפטרנליסטית. בכך הוא איננו מישוהו שהאוטונומיה שלו הופרה על ידי אותה פעולה. במילים אחרות: ההסכמה היא ויתורו של הסובייקט לכאורה על זכותו לאי התערבות הזולת בחייו. מכאן, שההסכמה מערערת על הטענה בדבר הפגם המוסרי הכרוך בהתערבות פטרנליסטית.⁸⁹ אולם, וכפי שמרחיבה המחברת, נכונותו של טיעון זה תלויה בקיומם של כמה תנאים: (א) ההסכמה ניתנת קודם לפעולה הפטרנליסטית; (ב) מושא הפטרנליזם כשיר מבחינה קוגניטיבית ורגשית להבין למה הוא מסכים והוא מסוגל להעריך את משמעותה של הסכמתו; (ג) הסכמתו היא הסכמה מדעת והיא חופשית במובן זה, שהיא איננה תוצר של כפייה או לחצים שיש בהם כדי לפגוע בחופש ההסכמה.⁹⁰ זאת, משום שהנחת היסוד המצויה בבסיסה של טענת צידוק הפעולה הפטרנליסטית על ידי הסכמה בטרם הפעולה היא, שמבצע הפעולה הפטרנליסטית עזר למושא הפטרנליזם לממש ערכים, רצונות ו/או שאיפות שהוא מחזיק בהם. על כן הפעולה הפטרנליסטית לא רק שאיננה פוגעת באוטונומיית נותן ההסכמה, אלא אף מקדמת אותה. אם כך, להסכמה הניתנת קודם לפעולה הפטרנליסטית מעמד נורמטיבי-מוסרי במובן שיש בה משום צידוק לפעולה זו. ברם, ישנם הטוענים שגם להסכמה הניתנת למפרע - כלומר: לאחר ו/או בעקבות הפעולה הפטרנליסטית - מעמד מוסרי זהה. אנו מוצאים נימוקים לטענה זו במה שנהוג לכנות "תיאוריית התודה" ("Thank you theory"). התומכים בתיאוריה זו טוענים, כי פעולה פטרנליסטית יכולה למצוא את צידוקה בכל סוג של הסכמה, ובכללן זו הרטרואקטיבית, כלומר: זו הניתנת לאחר הפעולה הפטרנליסטית או בעקבותיה. הטיעון הוא, שגם ההסכמה לאחר הפעולה או בעקבותיה

T. Kasachkoff, *Paternalism: Does Gratitude make it Okay?* 20(1) SOC. THEORY 88
PRACT. 1-23 (1994).

89 שם, עמ' 5.

90 שם.

מפריכה את הטענה שלפיה הפעולה הפטרנליסטית נושאת פגם מוסרי משום שהיא מפרה את אוטונומיית הפרט: כאשר סובייקט מסכים (למפרע) או מביע הוקרת תודה על הפעולה הפטרנליסטית שננקטה כלפיו, להסכמתו למפרע או להוקרת התודה מעמד מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש במובן שיש בה צידוק לפעולה הפטרנליסטית, משום שהיא מוכיחה כי זכויותיו של הפרט לא הופרו. נראה, כי גישה זו הנחתה את המחוקק הישראלי באשר לדרישת קיומו של התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות. כמו כן יש להניח, כי הוא סבר שקיומו של תנאי זה ינבע רובו ככולו⁹¹ מקיומו של התנאי השני - השיפור הרפואי הניכר הצפוי מהטיפול.⁹²

אם כפי שהתומכים בתיאורית התודה טוענים, כי להסכמה למפרע מעמד מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש, הרי שההסכמה הניתנת למפרע, כמו זו הניתנת מראש, עושה אחת מהשתיים: או שהיא מפריכה את הטענה בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית פוגעת באוטונומיה ולכן היא הופכת את הצורך להצדיקה למיותר; או שהיא מראה על ויתור מצד הסובייקט על זכותו לכאורה לאי-התערבות בחייו (בהקשר של מתן הסכמה למפרע או חזרה מסירוב קודם, מדובר בויתור רטרואקטיבי) ועל כן היא מערערת על ההנחה המוקדמת בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית מעשה מוטעה. בהקשר הנידון כאן נראה, כי המחוקק סבר שמתן הסכמתו של החולה למפרע לטיפול שנכפה עליו הוא זה המקנה לסעיף 15(2) את תוקפו המוסרי; שכן מהטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה בטרם הפעולה ושל ההסכמה למפרע נובעות אחת מהשתיים: או שבמתן ההסכמה למפרע יש כדי לבטל את הטענה בדבר הפרת האוטונומיה באמצעות כפיית טיפול רפואי, או שמתן ההסכמה למפרע היא עדות לכך שהחולה ויתר באופן רטרואקטיבי על זכותו לאי-התערבות בחייו.

אני מסתייגת מהקביעה באשר למעמדן המוסרי השווה של שני סוגי ההסכמות (זו הניתנת טרם הפעולה וזו הניתנת לאחריה), כמו גם משתי ההנחות הנובעות ממנה. באשר להסתייגותי מהקביעה המקנה מעמד מוסרי שווה לשני סוגי ההסכמה, יש צורך תחילה להידרש למשמעותו של מושג ה"הסכמה". על פי

91 כפי שהשופט אמןון כרמי טוען, השוני היחיד הנראה לעין בין מצבו של המטופל הנידון על פי סעיף 15(2) לפני הטיפול ואחריו הוא דבר התועלת הצפויה לו בעקבות הטיפול (אי כרמי "הסכמה לטיפול רפואי" **רפואה ומשפט** 16, עמ' 25 [1997]).

92 כזכור, על נכונותה של הסברה הראשונה ערערתי מהטעם של היעדר קיומם של שני התנאים ההכרחיים לנכונותה (היעדר הכשירות ופרשנות קנטיאנית למושג האוטונומיה); ועל נכונותה של השנייה ערערתי מהטעם, שהשיפור הרפואי לבדו איננו תנאי מספיק לחזרתו של החולה מסירובו לקבל טיפול.

המילון הצרפתי **לארוס** (*Le Petit Larousse Illustré*, 2000), מושג ה"הסכמה" פירושו *Action de consentir; accord; donner son consentement*. כלומר: הפעולה להסכים, הסכם, לתת הסכמה; והמושג *"action de consentir"* מוגדר כך: *"accepter que quelque chose se fasse"* כלומר: להסכים שדבר מה **ייעשה**. על פי הגדרה זו, אנו למדים כי פעולת ההסכמה מתבצעת בטרם המעשה ולא אחריו. יתר על כן: המושג "הסכם" (המוזכר בהגדרה של המילון הצרפתי כאחד הפירושים למושג ה"הסכמה", ובעברית הוא שורש המילה "הסכמה") עניינו מצב של התחברות פורמלית בין צדדים למען השגת מטרה **עכשווית** או **עתידית** משותפת, שהשלכותיה הצפויות וההימור על אלה הבלתי-צפויות מקובלים עליהם. מכיוון שהמושג "הסכמה" מגלם בתוכו את משמעותו של המושג "הסכם", הרי שגם לגביו אפשר לומר שהוא חל על האמור לעיל. למיטב הבנתי, רק כך ניתן להבין את מושג ה"הסכמה", ולהוציא מצבים חריגים עליהם אני דנה בהמשך, רק מפרשנות זו אפשר לחלץ את המעמד הנורמטיבי-מוסרי המגולם בו. כלומר: הסכמה ואי-הסכמה המבוטאות מראש הן חלק ניכר מהמעמד הנורמטיבי-מוסרי של הפעולות המתבצעות במסגרת קשרי הגומלין בין בני אנוש. כפי שמיטיבה לתאר זאת ציפורה קז'צקוב (*Tziporah Kasachkoff*⁹³), בלא הסכמה, השאלת חפץ תיחשב לגניבה, יחסי מין ייחשבו לאונס וניתוח רפואי ייחשב למעשה תקיפה.

בעקבות הפרכתה של הטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה הניתנת מראש ושל זו שניתנה למפרע יש לדחות את הטענה האומרת, שבמתן ההסכמה למפרע יש כדי לבטל את הטענה בדבר הפרת האוטונומיה באמצעות כפיית הטיפול הרפואי. כמו כן יש לדחות את הטענה, שלפיה מתן הסכמה למפרע היא עדות לכך שהחולה ויתר באופן רטרואקטיבי על זכותו שלא יתערבו בחייו. באשר לטענה הראשונה, הרי שהסכמה למפרע או הבעת תודה על פעולה פטרנליסטית שנעשתה אינן מבטלות בדרך כלשהי את הטענה, שהפעולה הפטרנליסטית נעשתה תוך פגיעה באוטונומיה של הפרט. בדרך כלל הסכמה למפרע או הבעת תודה על פעולה פטרנליסטית שנעשתה נובעות משביעות הרצון של הסובייקט מתוצאותיה. מכאן, שלכל היותר היא מבטאת סליחה ומחילה על הפרת האוטונומיה; שכן אין בכוחן של התוצאות הטובות כדי לשנות את העובדה שהן הושגו באמצעות פגיעה בריבונותו של הפרט. קביעה אחרונה זו מחזקת את הטענה בדבר ההבדל המהותי שבין מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה בטרם הפעולה ובין זה של ההסכמה למפרע; שכן בעוד שבכוחה של הראשונה לשנות את מעמדן הנורמטיבי-מוסרי של פעולות המתבצעות במסגרת

93 T. Kasachkoff, לעיל ה"ש 88, בעמ' 15.

קשרי הגומלין בין בני אנוש (גניבת חפץ להשאלה, אונס ליחסי מין מוסכמים ותקיפה למתן טיפול רפואי לגיטימי) משום שהיא הופכת את הסובייקט לשותף להן מרצון, לא כך לגבי האחרונה. כאמור, האחרונה מבטאת לכל היותר סליחה ומחילה על האופן שבו הושגו התוצאות אשר הפרט שמח בחלקן. מסיבה זו אי-אפשר, למשל, להפוך אונס ליחסי מין לגיטימיים רק משום שעקב אונס זה נוצר הריון אשר הנאנסת חפצה בו (נניח, כי בטרם האונס חשבה האישה שהיא עקרה והיא נואשה מנסיונותיה להרות).⁹⁴ לו קיבלנו את הטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה שניתנה בטרם הפעולה הפטרנליסטית לזו הניתנת למפרע, פירוש הדבר היה שהיינו מוכנים לקבל כי פטרנליזם, בכלל, וזה הרפואי, בפרט, המניב תוצאות טובות לשביעות רצונו של הסובייקט שעליו הופעלה הפעולה הפטרנליסטית - אינם מצריכים כל צידוק, שכן איננו מרגישים צורך להצדיק פעולה שנעשתה בהסכמה מראש. ברם, גישה מעין זו איננה יכולה להתיישב עם ההשקפה הרווחת (המעוגנת היטב בחוק יסוד: "כבוד האדם וחירותו"), שלפיה לאדם (ובכלל זה האדם החולה) עומדת הזכות לקביעה עצמית (self determination), וכנובע ממנה - חובת הזולת לכבד את החלטותיו. מכיוון שהזכות לקביעה עצמית איננה מסויגת בטיב התוצאות שהיא מניבה, הרי שתוצאות טובות יותר (מאלו שהיחיד מבקש להשיג), המושגות באמצעות פעולה פטרנליסטית, אינן יכולות להצדיק את הפרתה של זכות זו.⁹⁵ על פי היגיון זה, מכיוון שבהקשר של תת-סעיף 215(ג) לחוק זכויות החולה, הנחת מתן הסכמתו למפרע של המטופל לטיפול שנכפה עליו כנגד רצונו מתבססת, רובה ככולה, על התוצאות הטובות של הטיפול הרפואי, הרי שאין בתוצאות אלו כדי להצדיק את הפרת זכותו לאוטונומיה; שכן תוצאות אלו אינן מוסיפות ואינן גורעות מעצם העובדה שהאוטונומיה הופרה. אם אין בתוצאות הטובות של הטיפול הרפואי כדי לשנות את העובדה שהן הושגו בדרך של פגיעה באוטונומיה הפרט, הרי שתפיסת ההסכמה למפרע כשוות מעמד מוסרי להסכמה מראש מולידה בעיה נוספת, חמורה לא פחות, כפי שמתארת אותה ציפורה קז'צקוב (Tzipora Kasachkoff): מדוע שלדעתו החדשה של הסובייקט תהיה קדימות מוסרית על-פני דעתו המוקדמת? במילים אחרות: אם מסתמכים על שינוי דעתו של הסובייקט, מדוע שנתייחס לדעה החדשה שלו כבעלת משמעות מוסרית גדולה יותר מזו של דעתו הקודמת? ובהקשר של כפיית טיפול רפואי הנידון כאן, בהסתמך על שינוי דעתו של המטופל, המתבטא בחזרתו מסירובו הראשוני

94 שם.

95 מאותה סיבה, פעולה פטרנליסטית שנכפתה על הפרט והמניבה בסופו של דבר שינוי במערכת הערכים שלו, התואמים עכשיו את מטרותה של הפעולה, איננה משנה את העובדה שאותה פעולה היתה פגיעה באוטונומיה שלו בעת שנכפתה עליו (כאשר הוא החזיק בערכים אחרים), והיא גם איננה יכולה לשמש הצדקה להפרה זו.

96 שם, עמ' 20.

(כבסיס לצידוקה המוסרי של כפיית הטיפול), נשאלת שאלת מעמדה המוסרי של חזרת המטופל מהסכמתו הראשונית לטיפול והבעת סירובו למפרע. האם במצב זה הסירוב למפרע יהפוך את מתן הטיפול (הניתן בעקבות ההסכמה הראשונית) לעבירה מוסרית? נראה, כי בלא קביעת קריטריון להכרעה למתן תשובות לשאלות אלו בשל היעדר היכולת להציב גבול למספר שינויי הדעה של המטופל, היכולים לשנות את מעמדה המוסרי של הפעולה, וכן נוסף על שאר הנימוקים שהוצגו עד כה - יש לדחות את ההנחה בדבר יכולתה של ההסכמה הרטרואקטיבית לבטל את הטענה בדבר פגיעה באוטונומיה באמצעות טיפול רפואי שנכפה. מאותם טעמים יש לדחות את ההנחה השנייה האומרת, שהסכמה למפרע משמשת עדות לכך, שהחולה ויתר על זכותו לאי התערבות בחייו.

אולם קיימים מצבים חריגים, שבהם בכל זאת להסכמה למפרע יכול להיות מעמד נורמטיבי-מוסרי שווה לזה של ההסכמה מראש. כפועל יוצא, במצבים אלו יכולה ההסכמה למפרע לשמש צידוק לפעולה פטרנליסטית, כאשר הנחת היסוד היא שפעולה זו אין בה משום הפרה של אוטונומיית החולה. מצבים אלו אפשר לחלק לשתי קבוצות עיקריות: האחת - מצבים מסוימים של כפיית טיפול רפואי, והשנייה - מצבים מסוימים של מתן טיפול רפואי בלא הסכמת החולה. באשר לראשונים, כוונתי להסכמה למפרע שנותן החולה לטיפול שנכפה עליו למרות סירובו, ובלבד שסירוב זה לא היה סירוב הנובע מערכים. כזכור, סירובים מסוג זה יכולים לנבוע ממצבים של בורות, הבנה חלקית או חסרה של עובדות, חרדה המשבשת את שיקול הדעת וכדומה. מצבים אלו מייצרים סירובים אשר אינם מבטאים את רצונו האותנטי והחופשי של המטופל ועל כן אין הם נחשבים לסירובים אוטונומיים ועקיפתם איננה הפרה של אוטונומיית החולה. במצבים אלו להסכמה למפרע, ובלבד שהיא משקפת את רצונו האוטונומי של החולה, מעמד נורמטיבי-מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש (ובלבד שגם היא משקפת את רצונו האוטונומי של החולה). ככזו, יש בכוחה לשמש צידוק לכפיית הטיפול הרפואי. באשר לקבוצה השנייה - מצבים מסוימים של מתן טיפול רפואי בלא הסכמת החולה - הרי שהיא שונה מהקבוצה הקודמת בכך שאין מדובר בכפיית טיפול רפואי (משום שטרם מתן הטיפול הרפואי דעתו של החולה, ועל כן גם סירובו, לא באו לידי ביטוי). מצבים אלו יכולים לנבוע מהיעדר יכולתו של המטופל - מפאת מצבו הבריאותי, הפיסי או הנפשי, בזמן נתון - לתת את הסכמתו מדעת (למשל: חוסר הכרה, ערפול חושים ומצב חירום רפואי). מקרים אלו מטופלים באמצעות סעיפים 15(1) ו-15(3) לחוק זכויות החולה (ולא באמצעות סעיף 15(2)), ולגביהם דאג המחוקק לוודא, על ידי קיומן האפשרי של הוראות מוקדמות של המטופל, שמתן הטיפול הרפואי בלא הסכמתו לא יהיה בו

משום פגיעה באוטונומיה שלו.⁹⁷ במצבים אלו אפשר לומר, כי להסכמתו של המטופל למפרע מעמד נורמטיבי-מוסרי השווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש, משום שהיא למעשה מחליפה את האחרונה שבנסיבות העניין לא יכלה להינתן. יוצא אפוא, כי במצבים שבהם סירוב החולה איננו אוטונומי, ורק בהם, נכונה הטענה כי כפיית הטיפול הרפואי איננה פגיעה באוטונומיית החולה. אי-הפרת אוטונומיית החולה, לכשעצמה, מייתרת את הצורך להצדיק את הפעולה הפטרנליסטית.

לסיכום ניתוחם של שלושת תנאי הכפייה לטיפול רפואי, כפי שהם מתבטאים בתת-הסעיפים של סעיף 215(2) לחוק זכויות החולה, רצוני לומר, כי אין בהם כדי להצדיק את הפטרנליזם מהסוג הקשה המבוטא בכפיית טיפול רפואי. לכאורה די בפגמים שעליהם הצבעתי כדי להסיק שגם סעיף זה (מלבד סעיף 13 ד') לוקה במוסריותו; שכן גם כאן אפשר לומר שמדינה אשר עיגנה בחוקיה (חוק זכויות החולה עצמו וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ובהתנהלותה את זכות האדם לאוטונומיה, גם כאשר ידוע בוודאות כי החלטותיו גורמות לו נזק חמור (כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות), איננה יכולה למצוא בטעם הנזק החמור העלול להיגרם לו מעצם סירובו לטיפול רפואי, טעם מספיק להפעלת עקרון החסות עליו. כפועל יוצא, ועדות אתיקה אשר תפעלנה על-פי סעיפים אלו עשויות לקבל החלטות הנושאות עמן פגם מוסרי - דבר המחבל במאמץ להשיג את המטרה שלשמן נוסדו ועדות האתיקה: שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במסגרת מתן שירותי הבריאות.

⁹⁷ מעניין לציון שבהקשר של שני סעיפים אלו, העוסקים, כאמור, במתן טיפול רפואי לחולה, אשר מפאת מצבו איננו מסוגל לתת הסכמה מדעת (כלומר: בלתי-כשיר לקבל החלטות), המחוקק התיר מתן טיפול רפואי בתנאי שלא ידועה למטפל התנגדותם של המטופל, בא כוחו או אפוטרופסו, או אם אי-אפשר להשיג את הסכמתם של האחרונים (סעיף 15(1)); וכאשר מדובר במצב חירום רפואי ובהיעדר היכולת לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, הוא התיר טיפול רפואי בלא הסכמה מדעת, ובלבד ששלושה רופאים אישרוהו (סעיף 15(3)). נראה, כי באמצעות סעיפים אלו ביקש המחוקק לאזן בין עקרון כיבוד האוטונומיה של המטופל ובין עקרון ההטבה, כאשר אלה מתנגשים: כל עוד המטופל איננו שרוי בסכנת חיים מיידית או בסכנה מיידית לנכות חמורה בלתי-הדירה, הרי שעקרון האוטונומיה גובר על עקרון ההטבה. אולם במצב חירום רפואי, כאשר סכנת החיים וסכנת הנכות החמורה הבלתי-הדירה הן מיידיות, המחוקק בחר להעדיף את עקרון ההטבה על פני הניסיון לברר את רצונו של המטופל. נוצר אפוא מצב של היעדר עקיבות בלתי-מובן בין סעיף 15(1) ובין סעיף 15(2), שכן בראשון המחוקק בחר להעדיף את אוטונומיית המטופל הבלתי-כשיר לקבל החלטות בנסיבות של סכנה חמורה על פני עקרון ההטבה; ובאותן נסיבות הוא בחר להעדיף את עקרון ההטבה על פני עקרון כיבוד האוטונומיה בהקשר של החולים הכשירים לקבל החלטות. היעדר עקיבות זה לכשעצמו דורש הצדקות שלאאורה חוק זכויות החולה איננו יכול לספק.

י. סיכום והמלצות

למרות הליקויים שהצבעתי עליהם במסגרת מאמר זה נראה לי, כי תהיה זו טעות לפסול את ועדות האתיקה רק משום שהן אינן באות לידי ביטוי במיטבן במסגרת חוק זכויות החולה; שכן הרעיון המבורך העומד מאחורי הדרישה להקמתן ונחיצותן להפעלת סעיפים מחוק זכויות החולה ומחוק החולה הנוטה למות (2005) מאתגרים אותנו להציע פתרונות לליקויים אלו. במילים אחרות: יש לראות בליקויים אלו אתגר ולא מחסום להפעלתן.

באשר לבעייתיות הנוצרת בשל היותן של הוועדות בלתי-ממצות ובלתי-מוציאות נראה, כי יהיה זה נכון להשאיר בידי חברי הוועדות את הסמכות לקבוע באילו נושאים עליהם לדון ובאילו לא. הסמכות לקבוע זאת לא תהיה הפעם רק סמכות שניתנה על ידי החוק (סמכות משפטית), כי אם גם סמכות מוסרית, בתנאי שחברי הוועדות יעברו הכשרה ספציפית אשר תקנה להם בין השאר את הידע הדרוש להבחין בין סוגיות אתיות ובין סוגיות שאינן מתחום האתיקה. יתרה מזאת: כדי שוועדות אלו תהיינה ממצות במובן הרחב - כלומר: במובן זה שהן תמלאנה את שלושת התפקידים המסורתיים שנועדו להן במקור - נראה, כי יהיה זה נכון להקנות להן את הסמכות לעסוק, מלבד הטיפול במקרים פרטיקולריים גם בהקניית מדיניות אתית מוסדית גם בחינוך הסגל. זה המקום לציין, כי כדי למלא את שלושת התפקידים הללו באופן ראוי, חברי ועדות האתיקה זקוקים להכשרה בתחום האתיקה.⁹⁸ חוק זכויות החולה אינו מתנה את החברות בוועדות האתיקה בהכשרה כלשהי ואף אינו מורה על מימונה. היעדר דרישה זו משמש אבן נגף לתפקודן הנאות של הוועדות וראוי, כי הכשרה זו תידרש ותינתן. היקף ההכשרה תלוי באופן בלתי-נמנע בתקצוב משאבים כספיים, שלכל הפחות, בהקשר של ועדות האתיקה החקוקות במדינת ישראל, איננו קיים. להבנתי, מאותה סיבה שבגינה יש לגנות את היעדר תקצובן של הוועדות בנוגע לתגמול חבריהן על עבודתם (אשר מצופה מהם לעבוד בהתנדבות), יש לגנות את היעדר תקצובן בהקשר של הכשרת חבריהן. בשני הקשרים אלו המסר הוא אחד: תרומתן של ועדות האתיקה לשיפור, לשימור ו/או ליצירתו של האקלים האתי בהקשר של הטיפול הרפואי היא

98 כאמור, מפאת קוצר היריעה, כמו גם בשל העובדה שמאמרים רבים נכתבו בתחום זה, לא הרחבתי את הדיבור בנושא ההכשרה, אולם קיימת ספרות מקצועית ענפה בנושא. ראו, למשל,

M. HESTER, ETHICS BY COMMITTEE (2008); D.E. Hoffman, A. Tarzian & A. O'Neil, *Are Ethics Committees Members Competent to Consult?* 28(1) JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS 30-40 (2000).

עניין אופציונלי (facultatif) במובן זה, שהוא תלוי ברצונם הטוב של האנשים לכהן בהן, להפעילן ולרכוש הכשרה מתאימה על חשבונם. מסר זה, המבטא, לטעמי, זילות כלפי הוועדות ומעמדן (ולא פחות כלפי אלה שייאלצו לשאת את החלטותיהן) אינו יכול להתיישב לא עם הדרישה החוקית להקמתן ולא עם הציפייה שהן תשגנה את המטרה שלשמן הן נוסדו.

למעשה דרישתו של חוק זכויות החולה להקמתן של ועדות האתיקה המוסדיות, כמו גם מעורבותו של חוק זה בכל הנוגע להרכבן, לתחום עיסוקן, לסמכויותיהן ולקריטריוני ההכרעה שעל פיהם הן נדרשות לקבל החלטות - הפכו ועדות אלו לגופים משפטיים (שווי מעמד לבתי משפט מחוזיים). עקב כך הוכפף הדיון האתי לזה המשפטי. במסגרת מאמר זה לא יכולתי לעסוק בהכפפה זו, שכן היא דורשת דיון מעמיק ורחב בפני עצמו בין השאר בכל הנוגע להבחנות, למשותף ולקשרי הגומלין בין עולם המשפט, הפילוסופיה, המוסר והאתיקה; בין הדיון האתי ובין הדיון המשפטי; בין תוקפן המוסרי ובין תוקפן המשפטי של החלטות. ובאופן קונקרטי וספציפי יותר - דיון נוקב בקריטריוני ההכרעה של הדיון האתי לעומת אלה של הדיון המשפטי. נראה לי, כי חשיבות הנושא והשלכותיו על תוקפן האתי (להבדיל מתוקפן המשפטי) של ועדות האתיקה בבתי החולים מצדיקה כתיבת מאמר בפני עצמו.

עם זאת, במסגרת דברי סיכום והמלצות אלו נראה לי, כי לא יהיה זה נכון להתעלם מהנושא בכללותו בשל הקשר שלו לאפשרויות הטיפול בליקויים של החוק, העלולים, כאמור, להפוך את ועדות האתיקה לבלתי-אתיות.

הכפפת הדיון האתי לדיון המשפטי משמעותו בין השאר הכרעה על פי כללי המשפט, כאשר הדעות חלוקות, כלומר: הכרעה המושגת על פי דעת הרוב.¹⁰⁰ ברם, במסגרתו של הדיון האתי רצוי, ואף ראוי, שהחלטה תתקבל מתוך הסכמיות (לאחר תהליך דליברטיבי), שכן החלטה איננה שואבת **בהכרח** את תוקפה המוסרי מדעת הרוב.¹⁰¹ למעשה, קבלת הנורמה המשפטית באשר לדעת הרוב כאשר הדעות חלוקות נובעת בעיקר, אם לא באופן בלעדי, מאימוצו

99 בצרפתית.

100 סעיף 8(ד) לתקנות חוק זכויות החולה, משרד הבריאות, תשנ"ו-1996.

101 בהקשר זה חוק החולה הנוטה למות לא שיפר את הדרך שבה ועדות האתיקה נדרשות לקבל החלטות, אלא רק החריף את הבעיה. גם בו נקבע שכאשר הדעות חלוקות, דעת הרוב תכריע, אך הוא גם קבע שכאשר הדעות שקולות, תכריע דעתו של יושב ראש הוועדה (סעיף 47 לחוק החולה הנוטה למות, תשנ"ה-2005). אולם לא ברור מהו יתרונו של יושב ראש הוועדה לעומת שאר החברים, המקנה לו סמכות מוסרית להכריע כאשר הדעות שקולות.

של המחוקק את המודל המשפטי לוועדות אתיקה, המכונה גם המודל ה" Mandatory-Mandatory". על פי מודל זה, אנשי מקצועות הבריאות מחויבים לפנות לוועדת אתיקה כאשר מתעוררת בעיה הקשורה לאחד הנושאים שהחוק הקנה לה סמכות לטפל ולהכריע בהם, והחלטת הוועדה מחייבת. בניגוד לכך, בשאר מדינות העולם המודל המועדף שעל-פיו רוב ועדות האתיקה פועלות, הוא המודל המכונה "Optional-Optional". זהו מודל הייעוץ אשר אינו מחייב על-פי חוק פנייה לוועדת האתיקה, והחלטות הוועדה אינן מחייבות. להבנת, למודל זה יתרונות גדולים יותר על פני אלו של המודל המשפטי, בין השאר בכך שהוא מציע שירות ואינו כופה אותו ולכן ביכולתו להפחית, אם לא לבטל, את התנגדות הרופאים לעצם קיומן של ועדות האתיקה ואת סירובם להיעזר בהן. התנגדות זו היא סיבה מרכזית לאי-הפעלתן של הוועדות החקוקות במדינת ישראל. נראה, כי בחינוך נאות של רופאים לגבי הצורך להיוועץ בוועדת אתיקה כל אימת שמתעוררת בעיה אתית, במקום כפיית הייעוץ וההכרעה באמצעות החוק, יש כדי לעודדם לשתף פעולה עם הוועדות ולאפשר להם לראות בהן כלי עזר ולא איום על מעמדם.

אך למודל הייעוץ יתרון נוסף על פני זה המשפטי, אף מהותי יותר, בהקשר של יכולתן של ועדות האתיקה להשיג את המטרה שלשמן הן נוסדו. כוונתי להבחנה הברורה והמתבקשת שבין תוקף משפטי ובין תוקף מוסרי של החלטות. ועדות אתיקה יכולות להיצמד לסעיפי חוק זכויות החולה שעניינם ועדות האתיקה, ובכך להפיק החלטות בעלות תוקף משפטי, מבלי שיהיה להן בהכרח (כפי שהראיתי) תוקף מוסרי. כוונתי בעיקר להחלטות המשקפות פטרנליזם מהסוג הקשה, אשר בקושי רב אפשר, אם בכלל, למצוא להן צידוק מוסרי. מודל הייעוץ עשוי להפחית, אם לא לבטל, את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה שעל פיו ועדות האתיקה נדרשות לדון ולהכריע, או למצער להפוך את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה לפטרנליזם מהסוג הרך; שכן אם ועדות האתיקה נדרשות רק לייעץ, אם אין להן סמכות הכרעה ואם בסופו של דבר סמכות ההכרעה נשארת בידי החולה עצמו, כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות - הרי שתפקידן מסתכם בהבעת עמדה שלצדה המלצה או עצה. היעדר הצורך או הסמכות להכריע מאפשר גם לוועדות, כשהדעות חלוקות, להציג בפני הרשות הפונה אליהן את הדעות המגוונות שנידונו בהן, ולא רק את דעת הרוב, שכאמור איננה מייצגת בהכרח את העמדה הסבירה ביותר מבחינה מוסרית. עקב הפיכתן של ועדות האתיקה מגוף משפטי לגוף מייצג נראה אפוא, כי גובר הסיכוי להשגת המטרה שלשמן הן נוסדו - שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות.

הטענה בדבר הצורך להפוך את ועדות האתיקה לגוף ייעוצי במקום גוף משפטי בעל סמכות הכרעה נטענה בין השאר, במסגרתו של יום עיון שנושאו היה ועדות האתיקה החקוקות הפועלות בבתי החולים בישראל.¹⁰² בתגובה להצעה זו העיר אחד הנוכחים (עורך דין במקצועו), כי אין אפשרות לעשות זאת משום שוועדת אתיקה מייצעת לא תוכל לאכוף את סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. כוונתו היתה, שאם ועדת אתיקה תמצא לנכון לכפות טיפול רפואי על חולה הכשיר לקבל החלטות, היותה חסרת סמכות הכרעה תמנע ממנה לאכוף החלטה זו. הגם שטענה זו נכונה, הרי שהיא מתבססת על נימוק פרגמטי ולא על נימוק ערכי. נקודה זו מובילה אותנו לשינוי הבא הנדרש בחוק זכויות החולה מטעמים ערכיים.

נראה כי כדי שוועדות האתיקה תוכלנה לנהל את דיוניהן על פי הדרישות של הדיון האתי ולהפיק עצות או המלצות העומדות במבחן ביקורת האתיקה (ולא רק בזה של ביקורת המשפט), כל תרומתו של חוק זכויות החולה צריכה להסתכם בסיפוק המסגרת הכללית ובנקודת המוצא של הדיון האתי. מכאן, שמסעיפי החוק העוסקים בוועדות האתיקה יש להסיר את הקריטריונים שעל פיהם הוועדות נדרשות להכריע. קריטריונים אלו צריכים להיקבע בדיון האתי עצמו ולא להיכפות עליו מחוצה לו. מבלי להפחית מתרומתן החשובה של המסגרת הכללית ונקודת המוצא שהחוק מספק לדיון האתי (הכוללת בין השאר הנחיות ומגבלות חוקיות שהדיון האתי אינו יכול לחרוג מהן, כדי שחברי ועדות האתיקה לא יפיקו עצות או המלצות החורגות ממה שמאשר החוק),¹⁰³ יש גם מקום לצמצם, אם לא לבטל, את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה, המתבטא בעיקר בסעיפים 13(ד), 15(2) ו-18(ג).¹⁰⁴ באשר לסעיף 15(2), אין לו מקום בחוק זה כל עוד הוא מאפשר לכפות טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות ו/או כאשר החולה מסרב לקבל טיפול רפואי ממניעים ערכיים. באשר לסעיפים 13(ד) ו-18(ג), יש להגביל אותם רק למצבים שבהם נקבע באופן רשמי כי אין החולה כשיר לקבל החלטות. במצבים אלו, ורק בהם,

102 ט' אדרי יום עיון בנושא: "ועדות אתיות ברפואה המצוי והרצוי", 16.12.2003, המרכז לאתיקה, ירושלים.

103 למשל: אם חוק זכויות החולה אינו מתיר העברת מידע על אודות החולה לצד שלישי, אלא בתנאים מסוימים ומוגדרים היטב, ועדת אתיקה אשר תחרוג מתנאים אלו תחטא מבחינה משפטית. ובאופן כללי יותר: ועדת אתיקה אשר תדון ותכריע בנושא שאינו כלול בנושאים שהחוק הטיל על הוועדות את משימת הטיפול וההכרעה, הרי שהחלטת הוועדה תהיה חסרת תוקף משפטי.

104 סעיף זה אף מתיר לוועדות האתיקה לאשר אי-מסירת מידע רפואי למטופל (ובכלל זה את תיקו הרפואי) מטעמים פטרנליסטיים, גם מבלי לשמוע את המטופל או אדם אחר (על פי סעיף 18 (ה), רשאית הוועדה לשמוע את המטופל או אדם אחר, אך היא איננה חייבת לעשות כן).

אפשר להצדיק את הפעלת עקרון החסות (המתבטאת בפעולה פטרנליסטית כלפיו) בנימוק, שאין החולה מסוגל להעריך נכון את הנזק החמור העלול להיגרם לו בעקבות חשיפתו למידע רפואי על אודות מצבו. מלבד המצבים המוזכרים כאן, הפעלת עקרון החסות איננה יכולה להתיישב לא עם חוק זכויות החולה עצמו, רוחו והצהרתו, ולא עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקנה לאדם (ובכלל זה האדם החולה) את הזכות לנהל את חייו בלא התערבות הזולת, כל עוד הוא אינו פוגע באחרים.