



מבזקי הארות פסיקה 25 | אפריל 2014, 5-25

הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום בעקבות פרשת א', סירוב בית המשפט לניתוק קטינה ממכונת ההנשמה חרף בקשת הוריה

רועי גילבר*

1. הקדמה. 2. פסק הדין. 3. רקע נוסף. 4. השאלות לדיון. 5. בחינת תוצאת פסק הדין. 6. מניעת סבל ואיכות חיים ירודה. 7. עקרונות הטיפול. 8. התערבות בית המשפט בהחלטות הורים. 9. הערות סיום.

1. הקדמה

עד כמה יש לכבד את הזכות של הורים לקבל החלטות עבור ילדיהם? התשובה לכך, כפי שאראה ברשימתי, היא כי בתחום קבלת החלטות רפואיות האוטונומיה ההורית מוגבלת מאוד, ויעיד על כך פסק הדין נשוא רשימה זו, אשר הלך בדרך הפסיקה שקדמה לו. האם מוצדק מבחינה משפטית להגביל בצורה משמעותית את סמכותם של הורים לקבל החלטות רפואיות עבור ילדיהם הקטנים? לעניות דעתי, התשובה שלילית. ברשימה קצרה זו אנסה לבחון אם ניתן היה להגיע להחלטה שונה מזו שהתקבלה, ואבהיר מדוע יש לדעתי להעניק להורים סמכות רחבה יותר מזו הקיימת כיום בישראל בכל הקשור לקבלת החלטות עבור ילדים חולים שאינם מסוגלים, מפאת גילם הצעיר, לבטא את רצונם.

* ד"ר למשפטים ומרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. מתמקד במשפט רפואי, ביוראתיקה ודיני נזיקין. ברצוני להודות לפרופ' ארנה בן-נפתלי, לעו"ד טל מימון ולאור סדן אשר נתנו לי את ההזדמנות לכתוב את הארת פסיקה זו, העירו את הערותיהם המועילות ושיפרו את תוכנה.



2. פסק הדין

א', ילדה כבת שנה, סובלת ממחלת ניוון שרירים תורשתית בשם Congenital Muscular Dystrophy. אחותה הבכורה של א', אשר סבלה מאותה מחלת ניוון שרירים, נפטרה בגיל 6 מסיבוך של דלקת ריאות. לא' אחות נוספת, בת 4 ובריאה. זוג ההורים של א' מצפה לילד נוסף בקרוב.

באחד מימיו האחרונים של חודש ינואר 2014, כאשר א' שהתה בגן, היא שאפה בטעות פיסת מזון לריאותיה וסבלה מדום לב. היא עברה החייאה וחבורה בבית החולים למכונה הנשמה. לאחר 4 ימים היא נותקה ממכונת ההנשמה, אבל לאחר יומיים נוספים היה צורך לבצע בה החייאה נוספת והיא חוברת מחדש למכונת הנשמה. לאחר כשבועיים הגיש בית החולים בקשה לבית המשפט לביצוע ניתוח טרכאוסטומיה (פיוס קנה) כדי לאפשר ביצוע של הנשמה קבועה וזאת כי סוג ההנשמה שניתן לא' עד אותה עת לא יכול היה להפוך לקבוע בשל הסיכון הגבוה שיש בהנשמה מסוג זה לחיי המונשם. הניתוח שביקש בית החולים לבצע מאפשר להאריך את תוחלת חייה של א' למשך "שנים רבות". מנגד, הגישו ההורים, אשר הגדירו את עצמם כשומרי תורה ומצוות, בקשה לניתוק בתם ממכונת ההנשמה. בקשת ההורים הייתה כי תינתן לבתם האפשרות לנשום בכוחות עצמה, וכי אם לא תצליח אזי שלא יינקטו פעולות להחייאתה, לרבות חיבורה למכונת הנשמה. הרופאים טענו כי היענות לבקשת ההורים תביא באופן ודאי לפטירתה. ההורים טענו מנגד כי טובת בתם היא שלא לסבול מאשפוז כפוי במשך שנים, וכי הם לא רוצים שהיא "תאבד צלם אנוש".¹ בית המשפט נעתר לבקשת בית החולים ודחה את בקשת ההורים לנתק את בתם ממכונת ההנשמה.²

¹ תמ"ש (י-ם) 24638-02-14 מרכז הרפואי שערי צדק א. ח. (קטינה), פס' 8 (פורסם בנבו, 19.2.2014) (להלן: עניין א').
² שם, פס' 26 לפסק הדין.



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

3. רקע נוסף

המחלה ממנה סובלת א' היא מחלה גנטית תורשתית חשוכת מרפא. תוחלת החיים של החולים בה היא בין 10 ל- 15 שנה. מדובר, לפי חוות הדעת הרפואית שהוגשה לבית המשפט, במחלה הגורמת "לחולשת שרירים מתקדמת ב- 4 הגפיים עם קשיים בנשימה, הפרעות קצב וקשיים בבליעה" וכי החולים במחלה זו "נוזקים להנשמה ולהאכלה מלאכותית בשל חולשת שרירי הנשימה ושרירי הלעיסה והבליעה"³. מכאן, שגם ללא האירוע שהוביל לדום הלב וההחייאה, חייה של א' היו חיים מלאי סבל וקושי משמעותי.

בנוסף, הרבנים אשר איתם התייעצו ההורים במקרה זה, תמכו בעמדת ההורים ולא בעמדת בית החולים. מדובר היה ברב קנייבסקי, אשר עמדותיו ליברליות יחסית בשיח ההלכתי המתקיים בנושא סוגיות של סוף החיים, וברבנים בכירים אחרים. נקודה זו חשובה בעיקר כיוון שמדובר בניתוק חולה ממכונת הנשמה הנתפס מבחינה הלכתית ומשפטית כפעולה אקטיבית אסורה וזאת בניגוד לאי-חיבור למכונה הנתפס הלכתית ומשפטית כפעולה פסיבית מותרת.⁴ מכאן, שעמדת הרבנים המוצגת בפסק הדין היא ליברלית גם מבחינה משפטית.

4. השאלות לדיון

הסוגיה של מתן טיפול מאריך חיים לאדם שסובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא מעלה שאלות משפטיות וערכיות לא פשוטות אשר נדונו רבות בספרות.⁵ במסגרת זו אצמצם

³ שם, 15(ב).

⁴ ראו למשל ע"א 506/88 שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993); ולאחרונה גם תמ"ש (ראשל"צ) 28450/09 היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה נ' ב.ו.ו. (פורסם בנבו, 13.9.2009) (להלן: עניין ב.ו.ו.).

⁵ למשל: יעל אדלשטיין "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – עדכון" רפואה ומשפט 47, 99 (2013); ישראל דורון וכרמל שלו "בין חוק זכויות החולה לחוק החולה הנוטה למות: התקדמות או הליכה לאחור?" רפואה ומשפט 43, 25 (2011); ע. שפירא, חוק החולה הנוטה למות- האומנם איזון ביו-אתי ראוי? רפואה ומשפט גיליון מיוחד 59 (ינואר 2013).



את הדיון לשתי השאלות הבאות: (1) האם נוכח הפסיקה הקודמת בסוגיה זו, יכול היה בית המשפט לקבל את עמדת ההורים ולדחות את עמדת הרופאים? (2) האם, עקרונית, אין מקום לצמצם את התערבות בתי המשפט בסמכות קבלת ההחלטה של ההורים?

5. בחינת תוצאת פסק הדין

כאמור, בית המשפט דחה את בקשת ההורים לנתק את בתם ממכונת ההנשמה וקיבל את בקשת הרופאים לבצע את הניתוח לצורך חיבור קבוע למכונת הנשמה. השאלה הראשונה היא אם לא ניתן היה להגיע להחלטה הפוכה. ממבט ראשון, התשובה שלילית שכן ניתוח הפסיקה שניתנה עד כה מוביל למסקנה כי הנטייה של בתי המשפט היא לדחות בקשות של הורים המבקשים שחיי ילדיהם החולים לא יוארכו באופן מלאכותי.⁶

מה הבסיס למסקנה זו? כאשר מדובר בקבלת החלטות רפואיות עבור קטינים, שאינם חולים הנוטים למות,⁷ סעיף 68 לחוק הכשרות מסמיך את בית המשפט לנקוט באמצעים הנראים לו לשמירת ענייניו של הקטין וזאת לאחר ששוכנע בית המשפט, עפ"י חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין.⁸

הפסיקה קבעה שכאשר עוסקים בקבלת החלטות בנוגע לקטינים, המבחן המשפטי הוא טובת הילד.⁹ בהקשר הספציפי של קבלת החלטה רפואית, בית המשפט עורך בחינה של התועלת שבטיפול אל מול הנזק שכרוך בו. בית המשפט ישתכנע שהטיפול דרוש לשלומו של הקטין כשהתועלת הצפויה מהטיפול עולה על הנזק שעלול להיגרם כתוצאה

⁶ עניין שפר, לעיל הערה 4; רע"א 5587/97 היועמ"ש נ' פלוני, פ"ד נא(4) 830 (1997) (להלן: עניין פלוני); וכן תמ"ש (ת"א) 26442-04-11 מרכז רפואי ת"א סוראסקי-איכילוב נ' א.מ. (קטינה) (פורסם בנבו, 7.7.2011); תמ"ש (תל-אביב) 58623/01 כ.צ. (חסוי) נ' א.א. (פורסם בנבו, 15.6.2004).

⁷ בס' 8 (א) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 מוגדר חולה הנוטה למות כמי שנותרו לו חצי שנה או פחות לחיות ומכאן שחוק זה אינו חל א' אשר תוחלת חייה, אם יינתן לה הטיפול המוצע, עולה על 6 חודשים.

⁸ ס' 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות).

⁹ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 20 לפסק דינו של השופט תיאודור אור.



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

ממנו.¹⁰ למעשה, מדובר כאן במנגנון תועלתני עמום שמפרש מבחן משפטי כללי (עקרון טובת הילד). ואמנם, השופט אור בעניין פלוני הבחין שלמעשה מדובר במנגנון "גמיש, רחב ובלתי מוגדר, המתמלא בתוכן על ידי בית המשפט על-פי הראיות [שבפני השופט] ועל-פי שיקול הדעת השיפוטי שלו".¹¹ השופט אור מודה כי למעשה אין במנגנון תועלתני זה כדי לסייע לשופט לקבוע האם יש בטיפול מסויים יותר תועלת מנזק.¹² מנגנון זה מחייב את בית המשפט לזהות את האינטרסים הרלוונטיים של הקטין ואת זכויותיו, ולקבל החלטה המביאה בחשבון את תפיסות החברה וערכיה.¹³

בהקשר של קבלת החלטה אם לאפשר את הארכת חייו של קטין בניגוד לרצון הוריו, דנה הפסיקה בעקרונות הבאים: הזכות לחיים המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עקרון קדושת החיים המושפע מההלכה היהודית, עקרון מניעת סבל והתחשבות באיכות חייו של החולה הכוללים לא רק פגיעה פיזית, וכאב וסבל גופניים, אלא גם סבל נפשי ורגשי, והתחשבות בכבודו של החולה כאדם לרבות שמירה על צלם אנוש והגנה על פרטיותו.¹⁴ ברשימה זו אתמקד בעקרון מניעת הסבל ואיכות חיי החולה.

6. מניעת סבל ואיכות חיים ירודה

ניתוח הפסיקה בסוגיה זו מגלה שכאשר מפעיל השופט את המנגנון התועלתני של תועלת מול נזק, הרי שהכף נוטה בצורה ברורה להעדפת עקרון קדושת החיים או הזכות לחיים מול שיקולים של מניעת סבל ואיכות חיים ירודה.¹⁵ לדוגמה, בעניין פלוני, קבע השופט אור כי ההליך הרפואי המבוקש ימנע פגיעה משמעותית בתוחלת חייו של הקטין, ויאפשר לו לחיות שנים ארוכות למרות מחלת הכליות הקשה ממנה סבל.

¹⁰ ע"א 1354/92 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד מח(1) 725, 711 (1994).

¹¹ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 20 שבה מצטט השופט אור את דברי השופטת טובה שטרסברג-כהן בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 268, 221 (1995) (להלן: עניין פלוני נ' פלוני).

¹² עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 20 לפסק דינו של השופט אור.

¹³ עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 11, בעמ' 250.

¹⁴ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 22–25 לפסק דינו של השופט אור.

¹⁵ עניין שפר, לעיל ה"ש 4; עניין פלוני, לעיל ה"ש 6.



העובדה כי ברקע סבל הילד מפגיעה שכלית ומוטורית קשה בשם Cerebral Palsy לא הייתה צריכה להשפיע על ההחלטה אם לאשר את בקשת הרופאים, שכן:

“כאשר מדובר בילד, הסובל מלידתו מליקויים קשים – גם ליקויים קשים, כמו במקרה שבפנינו – חייו, על מוגבלותם, הם ‘השלם’ שממנו נהנה אותו ילד. מבחינתו של בן [הילד], דרך חיים אחרת מעולם לא באה בחשבון. איכות חייו, היא אותה איכות אשר מתאפשרות נוכח הליקויים הקשים שבהם נפגע. זהו, מבחינתו, עולם ומלואו. חיים אלה אינם ראויים להגנה פחותה מחייו של ילד אשר נולד והתפתח באופן נורמלי.”¹⁶

נוכח קביעה זו, מבהיר השופט אור כי לא ניתן לקבל החלטה אשר משמעותה מותו של אדם, על בסיס ההנחה שהוא חווה סבל וכאב קשים. כדי לקבל החלטה שכזו יש להציג ראיות המוכיחות כי מצבו של הקטין “הוא כה קשה עד כי אין טעם בהארכת חייו ע”י טיפול רפואי”. השופט אור קובע כי עקרון קדושת החיים מחייב לקבל תמונה ברורה על אודות מצבו של הקטין, בטרם תתקבל החלטה שלא לתת לו טיפול מאריך חיים.¹⁷

על פניה, עמדה זו משכנעת. עם זאת, יש לבחון אותה בעין ביקורתית. השאלה היא מהו יחסם האמתי של בתי המשפט לאפשרות שעקרון קדושת החיים ייסוג מפני זכות הפרט להימנע מחיים מלאי סבל משמעותי. הגם שהשופט אור בעניין פלוני דן בהרחבה בשיקול של מניעת סבל על בסיס איכות חיים ירודה הוא מבטל אותו באופן חד משמעי: “ההתחשבות בשיקולים הנוגעים לאיכות חייו של החולה, כפי שהחברה רואה אותם, עלולה ליצור סיכון בלתי נסבל לחייהם של אותם בני אדם חסרי הגנה, הסובלים מנכויות קשות או מליקויים נפשיים או פיזיים חמורים.”¹⁸

¹⁶ שם, פס' 23. לפסק דינו של השופט אור.

¹⁷ שם, פס' 28.

¹⁸ שם, פס' 23, וראו גם את הדברים בפס' 23 א.



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

אם נפשט את דבריו של השופט אור, הוא מסתמך על הטיעון שלפיו בסוג מקרים זה מדובר באדם שאינו מסוגל לומר שכאבו בלתי-נסבל ושהוא מעדיף לסיים את חייו, ולכן יש להגן על חייו בצורה אקטיבית משמעותית. השיקול של השופט אור הוא חברתי. בית המשפט משמש כאן כמורה דרך מוסרי, אשר מתווה מדיניות הנותנת מקום בלעדי לעיקרון אחד תוך התעלמות מאינטרס – שלא לומר זכות – של אדם להימנע מחיים של סבל וייסורים.¹⁹

השופט אור חושש כי כיוון ש"הערכות בדבר איכות חייו של [הקטין] הן במידה רבה סובייקטיביות [...] קיימת סכנה מוחשית כי ייעשה שימוש לרעה בשיפוט הסובייקטיבי בדבר איכות חייהם של החלשים, אשר יוביל לפגיעה חמורה, אולי בלתי הפיכה, בעיקרון הבסיסי של קדושת החיים".²⁰ משמעות דברים אלה היא כי אין זה משנה עד כמה בלתי-נסבלים חייו של קטין, איכות חייו הבלתי-נסבלת לא תהווה משקל משמעותי בהחלטה אם להאריך את חייו באופן מלאכותי. בהקשר זה, ניתן לתהות עד כמה על חולים במצבה של א' לסבול כדי שבתי המשפט יקבעו כי טוב מותם מחייהם. נוכח דבריו של אור, נראה כי אין זה משנה; ממילא, כפי שהמקרה של א' מוכיח, מבחינת הפסיקה כמעט אין אפשרות שחיים לא יוארכו כאשר החולה אינו מוגדר כחולה הנוטה למות.

ואמנם, בית המשפט ממעט להתייחס לסבלה של א', ואף קובע כי "לא התברר לבית המשפט אם א' סובלת במצבה הנוכחי". מנגד, השופט קובע כי ההליך הרפואי המוצע יקל על א' לנשום, יאפשר הפסקת מתן משככי כאבים ויפחית את "אי הנוחות הנגרמת מהנשמה תוך קניית".²¹ בית המשפט שם דגש על התועלת בביצוע ההליך הרפואי אשר ימנע נזקים לבריאותה של א' וימנע את סכנת החיים שבה היא נמצאת.

¹⁹ הדיון בתפקידו של בית המשפט, אם עליו להיות מורה דרך מוסרי או לשקף את מוסכמות החברה, חורגות מגדר הארת פסיקה זו.

²⁰ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 23 א.

²¹ עניין א', לעיל ה"ש 1, פס' 24 ג.



בניגוד לעמדה זו, היה מקום לתת משקל למידת הסבל של א' במצבה הכללי, לאור מחלת ניוון השרירים שממנה היא סובלת. ומדוע? האם אין בכך פגיעה בעיקרון הנעלה כי חייו של אדם הסובל ממום קשה שווים לחייו של אדם "בריא"? לעניות דעתי, לא. ראשית, לצד הכלל הנותן עדיפות לעקרון קדושת החיים, ניתן לקבוע חריגים לכלל, אשר לא יפגעו בעקרון זה. כך נעשה בחוק החולה הנוטה למוות, וכך מוצע לעשות בהמשכה של רשימה זו. שנית, בתי המשפט בישראל נאלצו במשך שלושה עשורים ועד לאחרונה להעריך את איכות חייו של ילד שנולד עם מום,²² ולבחון את טענתו כי "טוב מותי מחיי" שכן עילת התביעה בנוזיקין של חיים בעוולה הייתה מוכרת במשפט הישראלי עד פסק הדין בעניין **המר**.²³ בחלק מהמקרים שהובאו בפניהם הגיעו בתי המשפט בתקופה זו למסקנה כי אכן חייו של קטין הסובל ממחלה קשה מלידה הם בלתי-נסבלים.²⁴ בנוסף לכך, הערכת איכות חיים של אדם מתבצעת בתחום של הפסקות הריון. כאשר מדובר בהחלטה אם לאשר הפסקת הריון בשלב החיות (כלומר מעל שבוע 24 להריון), כאשר "הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי", המדיניות שהותוותה על ידי משרד הבריאות מבוססת על הערכה של חומרת המום שממנו יסבול הילד אם ייוולד. כאשר מדובר במום הגורם למגבלה קשה בתפקוד, ואשר מצריך עזרה צמודה לכל החיים, ניתן לאשר הפסקת הריון בכל שבוע של ההריון כל עוד ההסתברות לקיומו של המום עולה על 30%.²⁵

²² ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986); רועי גילבר "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה: הערות והארות בעקבות ת.א. 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" **מאזני משפט** ז 441 (2010).

²³ ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (פורסם בנבו, 28.5.2012).

²⁴ למשל, השופט עמירם בנימיני מציין בפס' 65 לת"א (ת"א) 1226/99 **א' ל' (קטיין) נ' יניב** (פורסם בנבו, 29.3.2005). בזו הלשון: "במקרה דנא, נולד התובע כשהוא לוקה ב'תסמונת דאון', בנוסף למום בלב ומומים נוספים. די ב'תסמונת דאון' כדי לקבוע כי מקרה זה נכנס לגדר המקרים הקשים בהם ניתן לומר – עם כל הקושי הכרוך באמירה שכזו – כי טוב היה לילד אלמלא נולד במומו הקשה".

²⁵ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 23/07 "ועדות להפסקת הריון בשלב החיות" (19.12.2007) www.health.gov.il/hozer/mk23_2007.pdf



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

לדעתי, ניתוח הפסיקה, לרבות פסק הדין בעניין א', מוביל למסקנה כי בסופו של יום, יש לפתח כלים או קריטריונים משפטיים ברורים אשר יסייעו לשופטים להעריך מתי איכות חייו של אדם "בלתי-נסבלת".²⁶ כאשר בית המשפט מציב מצד אחד את עקרון קדושת החיים ומנגד את עקרון מניעת הסבל. ניתוח הפסיקה מגלה כי בלא קריטריונים ברורים, ייטו השופטים לקבל החלטות התומכות בהארכת חיים של חולים קטינים במקרים שבהם אין הסכמה בין הצדדים וזאת בהתעלם משאלת סבלו של הקטין. קביעת כללים בכל הקשור לחומרת מצבו של הקטין יהוו מענה לביקורת הנשמעת על פסיקת בתי המשפט כי למעשה תיקים אלה מוכרעים על בסיס השקפת עולמו הסובייקטיבית של השופט הדין בתיק.²⁷ קביעת קריטריונים ברורים תיצור ודאות משפטית ותאפשר לקטין ולהוריו לדעת היכן הם עומדים.

בנסיבות המקרה של א' נראה כי ניתן היה להגיע למסקנה כי חייה בלתי-נסבלים. המחלה שממנה א' סובלת גורמת, מעבר להיעדר "יכולת להסתובב או לנוע" גם לקשיי נשימה וקשיים בבליעה.²⁸ לכן, ניתן היה להגיע למסקנה, נוכח הראיות השונות, שמידת הסבל והכאב שהם מנת חלקה היומיומית של א', רבה ביותר. בכל מקרה, קביעה מפי בית המשפט שסבלה של א' הוא משמעותי ורב, לא הייתה בלתי-הגיונית בנסיבות המקרה. קביעה שכזו הייתה מציבה במלוא עוצמתה את הצורך להתייחס באופן מעמיק למתח שבין עקרון קדושת החיים לבין עקרון מניעת סבל.

7. עקרות הטיפול

נקודה נוספת אשר עולה בעניין א', ושלה השפעה על תוצאת פסק הדין, נוגעת לבחינת תועלת הטיפול המוצע. בעניין א' מדובר למעשה בטיפול עקר (futile), אשר אינו מספק

²⁶ מונח זה הוא תרגום של המונח Intolerable שבו נעשה שימוש בפסיקה האנגלית בסוגיה זו. ראו Re J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment), [1990] 3 ALL E.R. 930.

²⁷ עדי ניב-יגודה ועדנה כצנלסון "היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים" המשפט טו 551 (2011).

²⁸ עניין א', לעיל ה"ש 1, פס' 15א.



סיכוי מינימלי לשיפור במצבו של החולה.²⁹ בהקשר של קבלת החלטות בקטינים, ההנחיות המקצועיות באנגליה מתייחסות למספר סוגי מצבים שבהם עולה ההיבט של עקרות הטיפול ושבמסגרתם נכון לשקול אי-חיבור לאמצעים מלאכותיים מאריכי חיים או ניתוק מהם. מצבים אלה כוללים: (1) מוות מוחי; (2) מצב וגטטיבי; (3) מצב של "אין סיכוי", שבו הקטין סובל ממחלה קשה כאשר הטיפול מאריך החיים רק דוחה את המוות ללא הקלה במצבו ובסבלו של הקטין; (4) מצב של "אין תועלת", שבו הטיפול הרפואי מאפשר לקטין לשרוד, אבל הסבל הפיזי או המנטלי כה רב שאין זה סביר לצפות מהקטין שיסבול זאת; ו- (5) מצב של "בלתי-נסבלות", שבו ההורים חשים שלאור מהלך התפתחות המחלה שהוא בלתי-הפיך, מתן טיפול רפואי יהיה בלתי-נסבל (unbearable), וזאת חרף חוות דעת רפואית הרואה תועלת כלשהי בהליך הרפואי המוצע.³⁰

בהקשר הישראלי, למעט בעניין שפר, במקרים שהגיעו לבתי המשפט, היה בטיפול המוצע פוטנציאל לריפוי מלא או חלקי של הקטין, או לכל הפחות לשיפור במצבו הכללי לפרק זמן משמעותי. במובן זה, הטיפולים שנדונו בפסיקה לא היו עקרים. אבל, בעניינה של א', נראה כי מטרת הטיפול הייתה להאריך את חייה בלבד, ולהעבירה מהנשמה שמסכנת את חייה באופן מידי להנשמה שבה אין סיכון כזה. להבנתי, לא היה בטיפול המוצע על ידי בית החולים כדי לשפר את המצב הכללי הקשה שממנו א' סובלת (מחלת ניוון השרירים). לאור ההנחיות המקצועיות באנגליה, המקרה של א' נופל לאחת הקבוצות ((3), (4) או (5)) הנזכרות לעיל שבמסגרתן ראוי לבחון אי-חיבור או ניתוק ממכשירים.

²⁹ J.K. MASON & G.T. LAURIE, LAW AND MEDICAL ETHICS 503-551 (9th ed. 2013) לדיון מקיף ראו

³⁰ THE ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH, WITHHOLDING OR WITHDRAWING LIFE SAVING TREATMENT IN CHILDREN: A FRAMEWORK FOR PRACTICE (2nd ed. 2004)



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

מנקודת המבט של המשפט האנגלי לעובדה כי הטיפול הרפואי הוא עקר בבסיסו יש משקל משמעותי בקבלת ההחלטה שלא לעשות שימוש באמצעי החייאה מלאכותיים.³¹ המשפט האנגלי נותן משקל משמעותי לעקרון מניעת הסבל ולשיקול עקרות הטיפול כשאלה ניצבים אל מול עקרון קדושת החיים. כך, למשל, במקרה הדומה מאוד בנסיבותיו לעניין א', התנגדו זוג הורים, יהודים חרדים, לבקשת בית החולים לנתק את בתם, בת 16 החודשים ממכשיר הנשמה, וזאת כיוון שלהערכת הרופאים לא היה בטיפול זה אלא כדי לדחות את מותה הצפוי של הילדה (הרופאים העריכו את תוחלת חייה ב-25 חודשים). בית המשפט האנגלי נענה לבקשת הרופאים כשהוא מדגיש את סבלה הרב של הילדה ואת חוסר היכול של הרופאים לשפר את מצבה.³²

במשפט הישראלי, פסיקה המתחשבת בחוסר התועלת של הטיפול זכתה להכרה מסוימת בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים שקדמו לחקיקת חוק החולה הנוטה למות בעיקר כאשר היה מדובר בחולים בגירים שחלו במחלות חשוכות מרפא כשמהלך המחלה הוביל להדרדרות מתמשכת במצבם הפיזי,³³ אם כי הייתה התחשבות בשיקול של עקרות הטיפול גם כשלא היה מדובר במחלות כאלה.³⁴ עם חקיקת חוק החולה הנוטה למות ולאחריו, נדחק טיעון זה לשולי הדיון, שכן אם מדובר בחולה הנכנס לגדר

31 ראו MASON & LAURIE, לעיל ה"ש 28.

32 Re C (a minor) (medical treatment) (1997) 40 BMLR 31.

33 ראו סקירתו של הנשיא אורי גורן בה"פ (ת"א) 603/05 פלוני נ' ארבל, פס' 26–27 (פורסם בנבו, 3.11.2005).

34 ה"פ (ת"א) 759/92 צדוק נ' בית האלה בע"מ, פ"מ התשנ"ב(2) 485 (1992); בעניין ה"פ (ת"א) 929/04 חסוי נ' מרכז רפואי ע"ש "אסף הרופא" (פורסם בנבו, 13.7.2004), מדובר היה בחולה במצב וגטטיבי שסיכוייו לשרוד מספר חודשים במצבו היו קלושים. השופט גורן הביא בחשבון את עקרות הטיפול במסגרת החלטתו לאשר את הבקשה לאי-חיבור מחדש למכונת ההנשמה; וכן: ה"פ (ת"א) 1141/90 אייל נ' וילנסקי, פ"מ התשנ"א(3) 187; ה"פ (ת"א) 968/02 פלוני נ' היועמ"ש (לא פורסם, 17.10.2002).



חוק זה יש לכבד את בקשתו שלא להאריך את חייו, ואם החולה אינו נכנס לגדר חוק זה, הרי שלעקרון קדושת החיים ניתן משקל מכריע.³⁵

כך למשל, עיון בפסק הדין בעניין ב.ו.ו, שניתן לאחר חקיקת חוק החולה הנוטה למות, מגלה כי בית המשפט בחר להתמקד במצבו הרפואי של החולה (נקבע שאין מדובר בחולה הנוטה למות), ברצונו שהובע בפני בני משפחתו לפני קרות האירוע (שלא לקבל טיפול מאריך חיים), תמידת סבלו (נקבע שככל הנראה אינו חש כאב). באשר לטענה כי מדובר במתן טיפול עקר, קבע בית המשפט כי "יש סיכוי ולו קלוש ביותר לשיפור במצבו של החולה", קביעה שהובילה לדחיית הבקשה שלא לבצע ניתוח מאריך חיים של פיוס קנה.³⁶ גם אם נקבל את נקודת ההשקפה כי חוק החולה הנוטה למות המעיט בחשיבות השיקול של עקרות הטיפול, ניתן לתהות כיצד היה פוסק בית המשפט בעניין ב.ו.ו. אם היה נקבע כי מצבו של החולה אינו ניתן לשיפור.

כך או כך, עיון בפסק הדין בעניין א' מגלה כי השופט אינו מביא בחשבון כי מדובר במתן טיפול עקר שיאריך את סבלה של א'. הסבר אפשרי לכך הוא כי לשיקול זה יש השפעה רק כשמצבו של החולה סופני, שכן כאשר מצבו אינו סופני, כמו בעניין א', יש להעדיף את קדושת החיים. בנוסף, לאור פסיקתו של השופט אור בעניין פלוני יישום מבחן טובת הילד עוסק בבחינת התועלת והנזק של הטיפול המוצע לבעיה הרפואית הקונקרטית ללא קשר למחלת הרקע של החולה. בהקשר הזה, סילוק הסיכון המידי לחייה של א' על ידי ההליך הרפואי המוצע אינו טיפול עקר, אלא מועיל.

למרות כל זאת, היה מקום לדון בחוסר התועלת של הטיפול המוצע לשפר את מצבה הכללי של א', שכן בתי המשפט דנים בשיקול זה, גם אם אינם מייחסים לו מקום מרכזי. במקרה שבפנינו, ביצוע ההליך הרפואי שהוצע יאריך את סבלה של א' בשנים

³⁵ למשל: ה"פ (ת"א) 813/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 1.12.2005) בפרשה מדובר בחולה במצב וגטיבי לא סופני.
³⁶ עניין ב.ו.ו., לעיל ה"ש 4, פס' 19.



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

רבות ותו לא.³⁷ בהקשר זה, יש לציין כי השופט גורן אשר נעתר בעניין פלוני לבקשת ההורים שלא לבצע הליך רפואי מאריך חיים לבנם, העדיף את השיקולים של מניעת סבל ועקרות הטיפול על פני קדושת החיים: "אין לי ספק כי אם הקטין היה יכול לדבר (והרי דבריו מובעים על ידי הוריו) הוא היה נוקט באותה גישה שנקטו החולים האחרים דהיינו להשתחרר מחיים קשים אלה שנכפו עליו שלא באשמתו. אכן קיים עקרון "קדושת החיים" אולם במקרה דנן במצבו הנוכחי חייו של הקטין אינם חיים כלל ואין לכפות עליו את המשך הסבל".³⁸

לסיכום חלק זה, אני סבור כי היה על בית המשפט בעניין א' לקיים דיון רציני ומאוזן בעקרון מניעת סבל ובשיקול של עקרות הטיפול, תוך הבנה שמדובר במצב בלתי-הפיך ובמחלה חשוכת מרפא (גם אם היא לא סופנית לפי הגדרת החוק). דיון שכזה יכול היה להוביל לקבלת עמדת ההורים ולדחיית בקשת הרופאים.

8. התערבות בית המשפט בהחלטות הורים

קיים היבט נוסף, שהוא, לדעתי, לב העניין. השאלה אינה רק איזה שיקולים יש להביא בחשבון בעת קבלת ההחלטה, אלא למי הסמכות לקבל החלטה, ומה מידת ההתערבות של בית המשפט בהקשר זה. שאלה זו לא עלתה במישור בעניין א' שכן ההורים פעלו בהתאם לעמדת הפסיקה שלפיה כאשר סירובם עלול להוביל למות ילדתם, עליהם לקבל לכך את אישור בית המשפט.³⁹

השאלה אינה אם יש לבית המשפט אפשרות להתערב. ברור שסמכות כזו קיימת.⁴⁰ השאלה החשובה בענייננו היא מידת ההתערבות. האם היא צריכה להיות רבה או מועטה. יוסי גרין, למשל, סבור כי מידת ההתערבות של המדינה בהחלטות מעין אלה

37 כך נקבע למשל בעניין Re C, לעיל ה"ש 31.

38 ע"א (ת"א) 69/97 פלוני נ' היועמ"ש (פורסם בנבו, 7.9.1997).

39 עמדה זו נקבעה בעניין שפר, לעיל ה"ש 4.

40 ראו עניין פלוני נ' פלוני. לעיל ה"ש 11, דבריו של הנשיא מאיר שמגר בעמ' 235.



צריכה להיות רבה עד כדי נטילת הסמכות מההורים, וזאת בשל "מעורבותם הרגשית". גריין טוען כי בהחלטות מסוג זה לא תמיד יש זהות בין האינטרס של הילד לזה של הוריו ולכן הוא מציע להעביר את ההחלטה להכרעתה של ועדת האתיקה של המרכז הרפואי המטפל בקטין.⁴¹ עמדה זו משקפת הליך קבלת החלטה על בסיס רציונלי, תוך התמקדות בטובת הילד במנותק מהוריו ותוך פגיעה קשה בזכות ההורים לקבל החלטה לגבי ילדיהם.

עמדתי הפוכה לחלוטין. לדעתי, מידת ההתערבות של בתי המשפט בזכות הבסיסית של הורים לקבל החלטה עבור ילדם צריכה להיות מינימלית ביותר גם, או בעיקר, במקרים מסוג זה, כאשר ברור שההורים נוהגים כהורים מסורים בנסיבות העניין. השקפתי מבוססת על האתיקה של יחסי משפחה (family ethics) שלה ניתן למצוא הצדקות מנקודת המבט של צדק והוגנות (justice and fairness) מצד אחד ודאגה (care) ואחריות (responsibility) מן הצד האחר.⁴²

השופט אור בעניין פלוני מתייחס למידת ההתערבות בהחלטות ההורים ודן בשיקולים של דאגה, אחריות וצדק. הוא מציין כי מעבר לקשר הטבעי שיש בין הורה לבין ילדו יש הצדקה להעניק את סמכות קבלת ההחלטה להורים וזאת מהסיבות הבאות: (1) ההורים הם אלה המכירים באופן האינטימי והקרוב ביותר את ההיבטים השונים של הבעיה ולכן ההחלטות שהם יקבלו יהיו הטובות ביותר בנסיבות המקרה; (2) מדובר בהחלטות הנוגעות במערכת המורכבת והעדינה של יחסי הורים-ילדים, כאשר יש להחלטות כאלה השלכה על מערכת יחסים זו; (3) בהחלטות הקשורות לסוף החיים, הרי שאין לגביהן הסכמה חברתית רחבה, ולכן יש לנקוט במשנה זהירות כאשר בית המשפט

⁴¹ יוסי גריין "למי הסמכות להחליט על מתן טיפול רפואי לפג או להימנעות ממנו?" רפואה ומשפט 36, 43 (2007).

⁴² ראו, למשל, Roy Gilbar, *Between unconditional acceptance and responsibility: Should family ethics limit the scope of reproductive autonomy?*, 21 CHILD & FAMILY LAW QUARTERLY 309 (2009).



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

נדרש להתערב בהחלטות ההורים; ולבסוף (4) על ההורים יהיה להתמודד עם ההשלכות של החלטה בדבר מתן או אי-מתן הטיפול, ולכן יש לתת למי שנושא בתוצאות החלטה את הסמכות לקבל אותה. נוכח שיקולים אלה, מציין השופט אור כי ההצדקה להתערב בהחלטות ההורים צריכה להיות מבוססת על "עילה מיוחדת ויוצאת דופן", ועל המדינה מוטל עול כבד להצדיק התערבות בהחלטה המסורה להורים.⁴³ האם נמצאה הצדקה כזו בעניין פלוני? ודאי! השופט אור הסתמך על המנגנון התועלתני שלפיו מצד אחד קיים סיכוי ממשי שהטיפול הרפואי ישפר את מצבו של הקטין ומן הצד השני, הסיכון בגרימת נזק שהטיפול עלול להסב לקטין הוא נמוך. לכן, המסקנה הייתה כי יש להתערב באוטונומיה ההורית.

לעניות דעתי, ארבעת השיקולים שציין השופט אור בעניין פלוני היו אמורים להוביל את בית המשפט להחלטה הפוכה. מידת ההתערבות של בתי המשפט בהחלטות הורים צריכה להיות מינימלית כאשר מתקיימים כל התנאים הבאים: (1) ההורים מציגים חזית אחידה; (2) מדובר בהורים מסורים לילדיהם הפועלים ממניעים טהורים; (3) סבלו של הילד רב ואיכות חייו ירודה; ו-(4) הטיפול המוצע על ידי הרופאים עקר ומאריך חיים ללא שום שיפור במצבו הכללי של הילד. תפקידו של בית המשפט הוא לבדוק שארבעת התנאים האלה אכן מתקיימים, ואם אכן זה המצב, הרי שאין מקום להתערב בהחלטות של ההורים גם אם משמעות החלטה היא מותו של הילד. אסביר את עמדתי.

ראשית, החלטה של הורים שחיי ילדם לא יוארכו מנוגדת לאינסטינקט הטבוע בהורים הדואגים לילדם והרוצים בכל מאודם כי ילדם יחיה. מכאן, אם הורים קיבלו החלטה שחיי ילדם לא יוארכו הרי שמדובר בהחלטה שניתנה לאחר מחשבה רבה והתלבטות, וכמובן מתוך מעורבות רגשית רבה. המעורבות הרגשית הזו לא רק שלא צריכה להרחיק את ההורים ממוקד קבלת החלטה אלא היא זו אשר מעניקה להם

⁴³ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, פס' 26 לפסק דינו של השופט אור.



סמכות כמעט בלעדית לקבלה. המעורבות הרגשית מצביעה על דאגה, אחריות ומחויבות מוחלטת לילד ולגורלו, שלא לומר על אהבה שחשים הורים לילדם.

שנית, מנקודת מבט יותר תאורטית, יחסי משפחה מבוססים, בין היתר, על דאגה (caring), אחריות (responsibility), מחויבות (commitment) וסולידריות (solidarity).⁴⁴ ערכים או תכונות אלה תופסים מקום מרכזי בגישה של-ethics-of care שמקורה בזרם החשיבה הפמיניסטית.⁴⁵ קשה להקדיש פסקאות בודדות לגישה רעיונית זו, ובכל זאת, גישה זו אינה תופסת את האדם רק כפרט הנפרד מאחרים, אלא בראש ובראשונה כיצור חברתי,⁴⁶ אשר אישיותו וזהותו נבנות באמצעות יחסיו עם הסובבים אותו.⁴⁷ לפי תפיסה זו האדם תלוי בשיתוף הפעולה של אחרים אשר מסייעים לו לקדם את האינטרסים שלו.⁴⁸ האדם למעשה מוגדר באמצעות הקשרים החברתיים הקרובים שיש לו, אשר עליהם הוא משפיע ומהם הוא מושפע.⁴⁹ בהקשר הספציפי של יחסי הורים-ילדים, הקשר שבין הילד להורה לא מתקיים רק לצורך קידום האינטרסים של הילד והגנה עליהם. הקשר עצמו הוא בעל חשיבות להורה שכן הוא תורם לעיצוב אישיותו.⁵⁰

- HILDE LINDEMANN NELSON & JAMES LINDEMANN NELSON, THE PATIENT IN THE FAMILY – AN ETHICS OF MEDICINE AND FAMILIES (1995) 44
- VIRGINIA HELD, THE ETHICS OF CARE – PERSONAL, POLITICAL, AND GLOBAL (2006) 45
- JONATHAN HERRING, CARING AND THE LAW 59–60 (2013) 46
- Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 7 (1989) 47
- Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar, *Introduction: Autonomy refigured, in RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY AND THE SOCIAL SELF* 21 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000) 48
- CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE (1982) 49
- Hilde Lindemann Nelson & James Lindemann Nelson, *The romance of the family*, 38(4) THE HASTINGS CENTER REPORT 19 (2008) 50



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

הקשר האינטימי בין הורים לילדים, מצמיח תחושה של אחריות ומחויבות הדדית, ונקודת המוצא היא שההורה והילד חולקים אינטרסים משותפים, בלתי-נפרדים השלובים זה בזה. המלומד ג'ונתן הרינג כתב לאחרונה בהקשר זה כי:

“Children [...] live in the context of relationships. We cannot separate either the welfare or the rights of children from their parents. Their interest and rights are so intertwined and the parties so inter-dependent that to consider what order will promote the welfare of the child, as an isolated individual, and without consideration of the interest of the parents [...] is simply an impossibility”.⁵¹

אם נקודת המוצא בקשר שבין ההורה לילד היא אחדות אינטרסים, הרי שסמכות קבלת ההחלטה חייבת להימסר להורים במיוחד כאשר הילד, מפאת גילו או מצבו, אינו יכול להביע את עמדתו. מכאן, מידת ההתערבות של המדינה חייבת להיות מינימלית ביותר. התפיסה העקרונית של הילד כפרט העומד במנותק מההורה שלו הינה לא רק מלאכותית ולא פרקטית אלא גם יוצאת מנקודת מוצא של עימות ומתח בסיסי בין האינטרס של הילד לזה של ההורה. תפיסה קונפרונטלית כזו תצדיק מידת התערבות רבה יותר מצד המדינה ובתי המשפט, תפגע בזכות ההורה לקבל החלטות עבור ילדו, ותוביל להחלטות אשר ההורה – כמי שנושא בתוצאותיהן – לא יוכל למלא. מנגד, תפיסה השמה דגש על מערכת היחסים הקרובה בין הילד להורה והתכונות החיוביות שהיא מסמלת (כמו אינטימיות, דאגה, אחריות ומחויבות) תוביל למתן סמכות רבה, מכרעת כמעט, להורה וצמצום מעורבות המדינה למינימום ההכרחי.

⁵¹ HERRING, לעיל ה"ש 46, בעמ' 204.



לכן, בהקשר הספציפי של קבלת החלטות רפואיות יש לאמץ גישה המעניקה משקל משמעותי ליחסים שבין הילד להוריו ולמידת ההשפעה שיש להחלטה לא רק על הילד עצמו אלא גם על הוריו ובני משפחה אחרים. גישה כזו תוביל לכיבוד החלטה של הורים העומדים לוותר על מערכת היחסים המשמעותית ביותר בחייהם, שהיא חלק מזהותם ומעצמותם, זו אשר הם מקיימים עם ילדם, כאשר הם מחליטים שלא להאריך את חייו. גישה זו לא תוכל לקבל התערבות בסמכות קבלת ההחלטה של ההורים באמצעות הפעלת מנגנון תועלתני צר של תועלת רפואית מול נזק.

אבל, הפסיקה אינה רואה כך את יחסי ההורים והילדים. ברצונם להגן על הקטין כצד החלש ביותר במשולש של רופא-חולה-משפחה, מיישמים בתי המשפט את מבחן טובת הילד באופן המתמקד באינטרסים של הקטין בנפרד מהוריו, דבר המוביל להתערבות בסמכות ההורים הדואגים לקטין.⁵² תפיסה זו באה לידי ביטוי על ידי בית המשפט בעניין א'. תשובת בית המשפט לטענת ההורים כי לא יוכלו לעמוד במצב שבו בתם תמשיך להיות מונשמת הייתה כי חוק הכשרות "אינו מורה [...] להתחשב בשלומם הגופני או הנפשי של קרובי המשפחה".⁵³ לא רק שגישה זו היא לעומתית ומקשה, היא אף לא נכונה שכן פסיקות קודמות בחנו גם בחנו את טובת הילד בראי טובת המשפחה.⁵⁴

שלישית, במערכות יחסים אינטימיות וקרובות (בין בני משפחה) יש לפעול לא רק על בסיס של דאגה ואחריות אלא גם על בסיס של הוגנות ושוויון.⁵⁵ בהקשר של קבלת החלטות רפואיות בקטינים צדק והוגנות הם בעלי חשיבות רבה שכן מדובר במערכת יחסים משולשת אשר בבסיסה אינה שוויונית שכן הילד אינו יכול להביע את דעתו על

⁵² ראו למשל, עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, עניין שפר, לעיל ה"ש 2; לדיון עקרוני ראו עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 11.

⁵³ עניין א', לעיל הערה 1, פס' 17 ה.

⁵⁴ ראו תמ"א (י-ם) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה ופלונית נ' ציודאלי, פ"מ התשמ"ג 1 (1) 225; ת"א (י-ם) 349/90 היועץ המשפטי לממשלה נ' כ.ש. (קטינה) (פורסם בנבו, 27.5.1990).

⁵⁵ SUSAN OKIN MOLLER, JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY (1991).



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

הטיפול, ההורה נושא בעיקר הנטל הנובע ממתן הטיפול, והרופא הוא בעל השפעה רבה על ההחלטה בדבר הטיפול.

בהקשר שבפנינו, יצירת מערכת יחסים הוגנת תאפשר לצדדים להשמיע את קולם, להביע את עמדתם ולשקלל את השיקולים השונים – לאו דווקא הרפואיים והמקצועיים – בעת הליך קבלת ההחלטה. בהליך זה, כפי שכתב הפילוסוף ג'ון הארדוויג (Hardwig) יש לתת את זכות המילה האחרונה לצד אשר מושפע בצורה המשמעותית ביותר מההחלטה.⁵⁶ בהקשר של החלטות בסוף החיים, לעתים בחינת ההשלכות של ההחלטה על שלושת הצדדים (רופא-חולה-משפחה) תוביל למסקנה כי יש להעדיף את עמדת המשפחה שלא להאריך את חייו של החולה באופן מלאכותי על פני העמדה הרפואית שיש מקום להאריך את חייו של החולה, שכן החלטה להאריך חיים עלולה לגרום למשבר נפשי, כלכלי, ומשפחתי להורים הדואגים לא רק לילדם החולה אלא גם לבני משפחה אחרים.

כאשר החולה הוא קטין אשר אינו מסוגל להביע את עמדתו, הרי שמקבלי ההחלטות האפשריים ה הרופאים, ההורים או השופטים. מבין שלושת אלה, אין לצד כלשהו יתרון מקצועי או מוסרי, שכן בסופו של יום לא מדובר בהחלטה רפואית גרידא. אבל, מבין שלושת אלה, ההורים הם אלה אשר מושפעים באופן המשמעותי ביותר מכל החלטה בעניין ילדם. ההחלטה משפיעה על היבטים שונים של חייהם כמו גם על החיים של בני המשפחה הקרובים להם ועל היחסים שביניהם. לכן, שיקולים של צדק והוגנות מחייבים לתת להם את סמכות קבלת ההחלטה, תוך מתן אפשרות למדינה להתערב רק כאשר אחד או יותר מארבעת התנאים המפורטים למעלה אינו מתקיים. לאור זאת, קשה להבין כיצד הפסיקה במקרים של החלטות רפואיות בקטינים, לרבות בעניין א', לא דנה בצורה רצינית ומקיפה בהשלכות של כל החלטה על המעגל המשפחתי של הילד ולא

⁵⁶ *What About the Family, in IS THERE A DUTY TO DIE? AND OTHER ESSAYS IN MEDICAL ETHICS 29* (John Hardwig et al. eds., (2000)



העניקה משקל משמעותי לעמדתם באופן עצמאי.⁵⁷ עוד יותר קשה להבין את הקולות בפסיקה ומחוצה לה הקוראים ליטול מההורים את סמכות קבלת ההחלטה.⁵⁸

9. הערות סיום

פסק הדין בעניין א' משקף עמדה בעייתית בכל הקשור לכיבוד זכויות הילד והוריו. המשפט הישראלי מקדם גישה שמרנית הרואה בעקרון קדושת החיים את חזות הכול. גישה זו רומסת ברגל גסה את זכויותיהם של קטינים והורים לממש את רצונם להימנע מחיים מלאי סבל ויסוריים. העמדה של המשפט הישראלי נובעת לא רק ממתן משקל מכריע לעקרון קדושת החיים אלא גם ממידת התערבות בלתי-נסבלת בסמכות ההורים לקבל החלטות שאין חשובות מהן.

קריאת פסק הדין בעניין א' וניתוח הפסיקה בסוגיה זו אינם מותירים מקום לאופטימיות רבה מנקודת המבט של זכויות הקטין והוריו. כפי שראינו, הגם ששיקולים של מניעת סבל ועקרות הטיפול זכו לדיון בפסיקה, בסופו של יום, לא ניתן להם משקל רב. בנוסף, הגישה הרואה בקשרים קרובים ואינטימיים כמעצימים את הפרט וכמקדמים את רווחתו אינה הגישה הרווחת בבתי המשפט, אשר בוחרים "להגן" על הפרט מפני האנשים הקרובים לו מכל, באמצעות יישום של מנגנון תועלתני צר, הבוחן את המקרה מנקודת מבט רפואית ומתמקד בחולה כמי שעומד במנותק מבני משפחתו.

אין לי ספק כי עבור רבים בית המשפט בעניין א' הגיע להחלטה נכונה מבחינה משפטית וערכית. אבל, כפי שניסיתי להראות במסגרת רשימה זו, ניתן – ורצוי היה – ללכת בדרך אחרת אשר מביאה בחשבון שיקולים נוספים ונותנת יותר משקל לסמכות הטבועה של ההורים. בהקשר זה, חשוב להביא מדבריו של הנשיא שמגר אשר כתב

⁵⁷ חריג לכך ניתן למצוא בעניין כ.צ., לעיל ה"ש 6, שם כתבה השופטת ורדה פלאוט כי אי-התחשבות בעמדת האם אשר תישא בעיקר התוצאות הנובעות מהטיפול המוצע לשני ילדיה, היא "בלתי נסבלת, ואף בלתי מתקבלת על הדעת".

⁵⁸ ראו עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין פלוני, לעיל הערה 6, פס' 5, וכן גרין, לעיל ה"ש 40.



הקלות הבלתי-נסבלת של הקיום

בעניין פלוני נ' פלוני כי התערבות המדינה בהחלטות של הורים נדרשת משום שההורה מפר את חובתו לילדו, כאשר ההורים אינם ממלאים את תפקידם כראוי.⁵⁹ במסגרת רשימה זו ניסיתי להראות כי הורים המבקשים שחיי ילדם לא יוארכו, כאשר סבלו של הילד רב, כאשר הטיפול חוסר תועלת וכאשר תוחלת חייו קצרה יחסית, ממלאים את חובתם כהורים מסורים כראוי, ומכאן, ולו מתוך שיקול משפטי צר זה, יש לקבל את החלטתם האמיצה ולא להתערב בה.

⁵⁹ עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 11, פס' 8.