



מבזקי הארות פסיקה 25 | אפריל 2014, 26-48

כרוניקה של מוות ידוע מראש הערות ומחשבות בעקבות פסק הדין בעניינה של הקטינה א' (בקשה לניתוק ממכונת הנשמה)

נילי קרקו-אייל*

1. מבוא. 2. ההחלטה בעניינה של הקטינה א' – עובדות והכרעה
- הדין. 3. פסק הדין בעניינה של א' וסוגיית (חוסר) האמון במסגרת יחסי חולה-רופא. 4. שאלת ההסדר המשפטי שחל בעניינה של הקטינה א'.
5. השיקולים שנשקלו על ידי בית המשפט בהכרעה בעניינה של א'.
6. מחשבות לסיום.

1. מבוא

פסק הדין בעניינה של הקטינה א'¹ הוא מפסקי הדין שקריאתם קשה. פסק הדין עוסק בבקשת הוריה של א' לנתק את בתם הרכה בשנים ממכונת ההנשמה, ובבקשת בית החולים להורות על ביצוע ניתוח פיוס קנה בקטינה שיאפשר את המשך הנשמתה לאורך זמן, חרף סירוב ההורים לביצוע ההליך.

בדומה לעלילת ספרו של גבריאל גרסיה מארקס, כרוניקה של מוות ידוע מראש,² שסופה הטרגי ידוע לקורא למן המשפט הראשון, אף פסק הדין בעניינה של הקטינה א' אינו מותיר ספק באשר למותה הצפוי, בטרם עת, עקב מחלה. מוות שאף אמצעים רפואיים לא יוכלו, בסופו של דבר, למנוע את התרחשותו. הקושי הכרוך בקריאת תיאור

* ד"ר למשפטים במסלול האקדמי המכללה למינהל, מרצה לדיני נזיקין, סדר דין אזרחי ומנחת הסמינר הקליני בנושא זכויות החולה.
1 תמ"ש (י-ם) 24638-02-14 מרכז רפואי שערי צדק שירותי בריאות נ' א. ת. (קטינה) (19.2.2014). (להלן: פרשת א').
2 גבריאל גרסיה מארקס כרוניקה של מוות ידוע מראש (1988).



כרוניקה של מוות ידוע מראש

מחלתו ומותו הצפוי של בן אנוש, מתעצם שעה שמדובר בילדה רכה בשנים. ההתרחשות המתוארת בפסק הדין הופכת לטרגדיה של ממש, משמתברר כי הוריה של הילדה עצמה, הם המסרבים לטיפול הרפואי שעשוי להאריך את חייה, והם הדורשים את ניתוקה ממכונת ההנשמה.

מקרים מסוג זה מעוררים מטבע הדברים לא רק רגשות סוערים, אלא גם תהיות ושאלות מוסריות, אתיות ומשפטיות. מקורן של אלה בשאלות יסוד בדבר קדושת החיים, איכות החיים, כבודו של אדם, זכותו של אדם לאוטונומיה, זכותם של הורים לאוטונומיה הורית, טובת הילד, יחסי רופא-חולה ועוד. חלקן נדונו מפורשות בפסק הדין בעניינה של הקטינה א' בעוד שלאחרות לא נדרש בית המשפט.

ברשימה קצרה זו אני מבקשת להאיר את הדורש התייחסות במקרים מסוג זה ולהעלות מחשבות בדבר הקשיים הדורשים הכרעה והפתרונות האפשריים להם.

2. ההחלטה בעניינה של הקטינה א' – עובדות והכרעת הדין

ההחלטה בעניין האמור עוסקת בפעוטה כבת 14 חודשים, הצעירה מבין ילדי המשפחה, שנולדה כשהיא חולה במחלת שרירים על רקע גנטי. אותה מחלה התגלתה אצל אחותה הבכורה שנפטרה בעקבות מחלתה בהיותה בת שש שנים. כחודשיים טרם שנדרש בית המשפט להכריע בבקשות הצדדים, שאפה הקטינה בהיותה במעון יום שיקומי מזון לריאות וסבלה מדום לב. בוצעה בה החייאה והיא הועברה לבית החולים, שם שהתה ביחידה לטיפול נמרץ מיום אשפוזה ועד למועד מתן פסק הדין. כמה ימים לאחר אשפוזה נעשה ניסיון, בעקבות בקשת הוריה, לנתקה ממכשיר ההנשמה. הניסיון לא צלח ולאחר יומיים שבהם נשמה לבדה נזקקה הקטינה להחייאה ולהנשמה וחוברת בשנית למכונת ההנשמה.³ מחוות הדעת שהונחו בפני בית המשפט עלה כי לקטינה לא נגרם נזק

³ פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק הדין.



מוחי עקב האירוע במעון.⁴ עוד עלה מחוות הדעת כי אף שהקטינה סובלת מחולשת שרירים ניכרת בגפיה, מונשמת באמצעות צינור הנשמה ומוזנת על ידי צינורית. היא ערנית לחלוטין, ממוקדת, עוקבת בעיניה אחר הנעשה סביבה, מגיבה היטב לגירויים ויזואליים ולגירויי קול, יוצרת קשר עין עם הסובבים אותה ומחייכת.⁵ באשר לפרוגנוזה הצפויה לא', אם תמשיך להיות מונשמת, נקבע כי בשל מחלתה לא תוכל א' להגיע ליכולות תנועה ולעצמאות מוטורית. הובהר כי תוחלת החיים של החולים במחלה זו מלידה, על אף ההנשמה, היא בין 10 ל-15 שנים, והם מוצאים את מותם בשל כשל נשימתי, הפרעות קצב או זיהום.⁶

על רקע דברים אלה, הובאו בפני בית המשפט שתי בקשות. האחת, הוגשה על ידי הוריה של הקטינה ובה נדרש בית המשפט ליתן צו לניתוקה של הקטינה ממכונת ההנשמה מכוח חוק החולה הנוטה למות.⁷ את בקשתם תמכו ההורים בטענה כי "לא יתנו ידם להפוך את ילדהם ל'צמח' למשך 10-20 שנה, ולהפוך שנים אלה ללוויה מתמשכת לבתם",⁸ וכי יש להביא בחשבון את "שיקול טובת הקטינה לבל תסבול מאשפוז כפוי במשך חודשים ושנים, לבל תאבד צלם אנוש".⁹ עוד חשוב לציין כי ההורים, אנשים שומרי מצוות, תמכו את טענתם ב"דעת תורה", זאת לאחר שהתייעצו עם רבנים וקבלו את הסכמתם לבקשה.¹⁰ בהמשך לכך ביקשו ההורים כי בית החולים ינתק את א' ממכונת ההנשמה, וכי תינתן לה האפשרות לנשום בכוחות עצמה. עוד התבקש בית המשפט להורות לבית החולים לא לעשות בילדה פעולות החייאה נוספות, או לחברה פעם שלישית למכונת ההנשמה, במקרה שלא תצליח לנשום בכוחות עצמה.¹¹ בקשה זו

4 שם, פס' 8 (ה) לפסק הדין.
5 שם, פס' 15 (ב)–15 (ג) לפסק הדין.
6 שם, פס' 15 (ב) לפסק הדין.
7 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005.
8 פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 8 (ט) לפסק הדין.
9 שם, פס' 8 (י) לפסק הדין.
10 שם, פס' 8 (ח) לפסק הדין.
11 שם, פס' 8 (ז) לפסק הדין.



התבססה על הנימוק המשפטי כי אפוטרופסותם כוללת את הזכות לסרב לטיפול רפואי, אף אם העדר הטיפול עשוי להוביל למות הקטינה, ובלבד שיינתן לכך אישור בית המשפט.¹² הבקשה השנייה הוגשה על ידי בית החולים שבו שהתה הקטינה ובו נדרש בית המשפט להורות באופן בהול על ביצוע ניתוח פיוס קנה בקטינה, מכוח סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,¹³ זאת לאור התנגדות ההורים לביצועו. בקשת בית החולים נסמכה על הטענה כי חיבור ממושך של הקטינה למכונת הנשמה יגרום לה, באופן ודאי, נזקים רפואיים חמורים, כגון פגיעה במיתרי הקול והיצרות של קנה הנשימה, וכי ביצוע ניתוח מסוג זה מקובל בפרקטיקה הרפואית המקובלת.¹⁴

בחינת העובדות, הכללים המשפטיים והאינטרסים המתנגשים הובילו את בית המשפט למסקנה כי יש לדחות את בקשת ההורים לניתוק הקטינה ממכונת הנשמה, ולקבל את בקשת בית החולים להורות על ביצוע ניתוח פיוס קנה באופן שיאפשר את המשך הנשמתה.

סוגיית ניתוקה של הקטינה ממכונת הנשמה העמידה בפני בית המשפט שתי שאלות: ראשית, האם א' היא חולה "נוטה למות" או "במצב סופני", כך שהיא באה בגדרי חוק החולה הנוטה למות, על כל המשתמע מכך. על שאלה זו ענה בית המשפט בשלילה, זאת לאחר שמהראיות הרפואיות שהוצגו בפניו עלה כי לא רק שהיא אינה עונה לאיזו מהגדרות אלה,¹⁵ אלא שתוחלת החיים הצפויה לה, למרות היזקקותה להנשמה ולהזנה, היא לערך 10–15 שנים.¹⁶ עוד הוסיף בית המשפט וציין שאף אם הייתה הקטינה באה בגדרי חוק החולה הנוטה למות, הרי שעל פי סעיף 28 לחוק, הסמכות לדון בעניינה

¹² שם, פס' 12 (ז) לפסק הדין.

¹³ ס' 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.

¹⁴ פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 7 (ב) לפסק הדין.

¹⁵ על פי סעיף 8 (א) לחוק החולה הנוטה למות חולה, נוטה למות הוא "מטופל הסובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה של שישה חודשים". על פי סעיף 8 (ב) לחוק חולה בשלב סופי הוא מי ש"מצוי במצב רפואי שבו כשלו כמה מערכות חיוניות בגופו ותוחלת חייו, אף אם ינתן לו טיפול רפואי, אינו עולה על שבועיים".

¹⁶ פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 20 (א)–20 (ב) לפסק הדין.



הייתה נתונה לוועדה מוסדית כהגדרתה בחוק, ולא לבית המשפט.¹⁷ שנית, האם הניתוק ממכונת ההנשמה הוא משום "אמצעים רפואיים אחרים" הדרושים לשלומה הגופני או הנפשי, כנדרש על פי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפטורפסות. על שאלה זו ענה בית המשפט בשלילה, משמצא כי מחוות הדעת הרפואיות שהוצגו בפניו עלה שניתוקה של הקטינה ממכונת ההנשמה עשוי לגרום לה לנזק בלתי-הפיך, ובאופן ודאי למוות. בנסיבות כאלה, הוסיף וקבע בית המשפט, יש בניתוקה של הקטינה ממכונת ההנשמה משום המתת חסד אקטיבית האסורה על פי הדין הפלילי.¹⁸

בהמשך להכרעה זו קיבל בית המשפט את בקשת בית החולים להורות על ביצוע ניתוח פיום קנה לא'. החלטה זו הסתמכה אף היא על חוות הדעת הרפואיות שהוגשו לבית המשפט, שהביאו אותו לקבוע את הממצאים הבאים: שימוש ארוך טווח במכונת הנשמה צפוי לגרום לקטינה לנזקים בריאותיים חמורים ומסכן את חייה; לפיום קנה יתרון מאחר שהוא אינו מלווה בחוסר נוחות הנגרמת מהנשמה תוך קניית ומאפשר את הפסקת השימוש בסמי הרגעה; הניתוח יאריך את תוחלת חייה של הקטינה לשנים רבות. מכאן עולה, כך פסק בית המשפט, כי התועלת שבביצוע ההליך עולה על הנזק הכרוך בו, ועל כן יש לאשרו.¹⁹

3. פסק הדין בעניינה של א' וסוגיית (חוסר) האמון במסגרת יחסי חולה-רופא

על חוסר האמון ששרר בין הצדדים להליך ניתן ללמוד מהדברים הבאים שנאמרו בפסק הדין: "בדין נחשף בפני בית המשפט משבר אמון חריף ועמוק בין ההורים לבין בית

17 שם, פס' 20(ג) לפסק הדין.
18 שם, פס' 17 לפסק הדין.
19 שם, פס' 23–24 לפסק הדין.



החולים".²⁰ על עומקו של משבר אמון זה ניתן ללמוד מטענת ההורים לניגוד עניינים של בית החולים, אשר השפיע לטענתם, על העמדה שאומצה על ידו.²¹

תהא אשר תהא הסיבה למשבר האמון החרף עליו עמד בית המשפט, ניתן להניח כי היה לו תפקיד מרכזי בפניית הצדדים להליכים משפטיים. מחקרים מלמדים כי אחד הגורמים העיקריים לגידול במספר ההתדיינויות נגד הצוות הרפואי הוא יחסי חולה-רופא לקויים, תקשורת בלתי-מספקת בין החולה לצוות הרפואי והיעדר אמון במאמצי הריפוי של הרופאים.²²

ואכן, מעיון בפסק הדין ניתן ללמוד כי ייתכן שחוסר הבנה מצד ההורים באשר למצבה הרפואי של א' הוא שתרם לפתיחת ההליכים. כך, למשל, עולה מפסק הדין כי ההורים סברו שבתם צפויה להישאר במצב של "צמח" למשך תקופה של 10–20 שנים.²³ עוד הוסיפו וטענו ההורים, בתחילת ההליך, כי ככל הנראה לא' נגרם נזק מוחי, טענה שנזנחה מאוחר יותר.²⁴ סברות אלה אינן עולה בקנה אחד עם הממצאים שעלו מחוות דעת המומחה הרפואי שמונה על ידי בית המשפט. זה קבע שהילדה ערנית לחלוטין, עוקבת בעיניה אחר הנעשה סביבה, מגיבה היטב לגירויים ויזואליים ולגירויי קול, יוצרת קשר עין, ממוקדת ומחייכת, למרות השיתוק המוטורי שבו לקתה.²⁵ לא מן הנמנע שההורים לא היו עומדים על בקשתם לנתק את בתם ממכונת ההנשמה, אילו היה נמסר להם מידע מלא על אודות מצבה הקוגניטיבי ועל יכולתה לתקשר עם סביבתה (או

20 שם, פס' 10 (א) לפסק הדין.

21 פס' 21 לפסק הדין. טענה זו ננטשה על ידי ההורים בשלב מאוחר יותר ובית המשפט עצמו אף דחה אותה בהיעדר תשתית עובדתית לניגוד עניינים. ראו שם, פס' 21 (ב), (ו) לפסק הדין.

22 ראו, למשל, נילי קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה** 137 (2008).

23 פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 8 (ט) לפסק הדין.

24 שם, פס' 8 (ה).

25 שם, פס' 15 (ב)–15 (ג).



לחילופין אם נמסר להורים מידע מסוג זה, אילו היה הצוות הרפואי מוודא כי הם אכן רכשו הבנה מהותית של המידע שנמסר להם).²⁶

עוד ניתן ללמוד מפסק הדין כי ייתכן שהתנהלות לא רגישה של הצוות הרפואי כלפי ההורים היא שתרמה למשבר אמון חריף בין הצדדים, ובהמשך לכך להטלת ספק במניעים שהביאו את הצוות הרפואי להמליץ על ביצוע ניתוח פיוס קנה ועל סירובם לנתק את א' ממכונת ההנשמה. רמזים להתנהלות לא רגישה זו ניתן למצוא בדברי ההורים שלפיהם "לא חלפה שעה קלה מרגע שהובאה א' לטיפול נמרץ הודיע להם בית החולים כי היא תועבר לבי"ח סיעודי וכי עליהם לחתום על הסכמה לפיוס קנה".²⁷ ומדבריו של בית המשפט כי: "בית המשפט עצמו אינו שולל, כי ייתכן והיו אמירות לא מתאימות מצד נציגי בית החולים בעיתוי גרוע".²⁸ התנהלות שונה מצד הצוות הרפואי כלפי ההורים, המכירה במצוקה הקשה שבה הם מצויים תוך הפגנת רגישות וחמלה, ושיתופם בהליך קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי המיטיב בילדתם, עשויים היו ליצור יחסי אמון מספקים בין הצדדים, אשר היו מונעים בתורם את הצורך לפנות לערכאות המשפטיות.²⁹

ואכן, על האפשרות למנוע את ההליכים המשפטיים מלמדת העובדה כי לאחר שהתקיים דיון ממושך בבקשות הצדדים ולאחר שהוגשה חוות דעת מטעם המומחה

²⁶ חשוב להדגיש כי על הצוות הרפואי הייתה מוטלת החובה למסור מידע זה להורים מכוח סעיף 13(ב)(1) לחוק זכויות החולה ומכוח סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית. החובה למסור להם את המידע באופן שתאפשר להם הבנה מירבית שלו, קבועה בסעיף 13(ג) לחוק.

²⁷ פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 8 (ג) לפסק הדין.

²⁸ שם, פס' 21 (ה) לפסק הדין.

²⁹ על הצוות הרפואי מוטלת חובה לנהוג במטופל באופן נאות מבחינת יחסי אנוש מכוח סעיף 5 לחוק זכויות החולה. חובה זו פורשה בחוזר מנכ"ל 6/13 "שיפור חווית המטופל במערכת הבריאות" (10.2.13), כמי שמחייבת את הצוות הרפואי לתת מענה לצרכים רגשיים תוך הפגנת אמפתיה, רגישות וחמלה, ולערב ולשתף את משפחת המטופל בטיפול הרפואי בו.



שמונה על ידי בית המשפט, הודיעו ההורים לבית המשפט כי יכבדו כל פסק דין שיינתן על ידו, גם אם עמדתם לא תתקבל.³⁰

למניעתם של הליכים משפטיים במקרה זה, כמו גם במקרים דומים אחרים, חשיבות, ולא רק משום החיסכון בעלויות המנהליות הכרוך בכך. להגשת בקשה מסוג זה על ידי הורים מחיר רגשי כבד. לקושי הכרוך בהתמודדות עם מצבה הרפואי של ילדתם, נוסף עתה הקושי שבעצם הצורך לנהל מאבק משפטי. קושי זה הנלווה לניהולו של כל מאבק משפטי, מתעצם שעה שעל ההורים לטעון במסגרתו, בפני הצדדים להליך ובפני הערכאה השיפוטית, כי הם המבקשים את ניתוקה של ילדתם ממכונת ההנשמה, על אף הסיכון החמור הכרוך בכך לחייה. למניעת הליכים משפטיים ולפתרון המחלוקת בין כותלי בית החולים יתרון נוסף. הדבר מאפשר את שימור האמון בין ההורים לבין הצוות המטפל, אמון בעל חשיבות לצורך המשך הטיפול בקטינה, לאחר קבלת החלטה בעניינה.³¹ לבסוף, לביורר המחלוקת בין הצדדים באמצעות הליך משפטי אדוורסרי, המציב את הצוות הרפואי ואת הוריה של הקטינה כצדדים נצים למאבק, מחיר חברתי. הבאתן של מחלוקות מסוג זה להכרעה משפטית – שבה משמשים, לא אחת, הצדדים כמבקשים וכמשיבים בו זמנית – נושאת עמה מסר של חוסר אמון ואי-שיתוף פעולה בין חולים לבין המערכת הרפואית, מסר שעלולה להיות לו השפעה על יחסים אלה בפועל. ראוי, אם כך, כי במקרים דומים ייעשה מאמץ מיוחד למנוע את הגעתן של מחלוקות מסוג זה לפתחו של בית המשפט.

פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 1(ה)1 לפסק הדין.
על יתרון זה של פתרון סכסוכים שלא באמצעות פנייה לערכאות שיפוטיות, עמדה מפורשת
ההסתדרות הרפואית בישראל בהחלטתה בוועידת הר"י ה-41, סעיפים 222–223, העוסקים ביישוב
סכסוכים בהסכמה (ספטמבר 2009)
www.ima.org.il/MainSite/ViewCategory.aspx?CategoryId=3141

30
31



4. שאלת ההסדר המשפטי שחל בעניינה של הקטינה א'

השאלה מהו ההסדר המשפטי החל בעניינה של א' עולה כבר מבקשות הצדדים. את בקשתו לבצע ניתוח פיום קנה בקטינה חרף סירוב הוריה, ביסס בית החולים על סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות. את בקשתם למתן צו לניתוקה של א' ממכונת ההנשמה, בססו ההורים על סעיף 24 לחוק החולה הנוטה למות.³² עם זאת, בהליך קודם שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי ובו ביקש בית החולים צו המורה על ביצוע ניתוח פיום קנה, התבסס בית החולים על סעיף 24(ג) לחוק זכויות החולה.³³ המקור החוקי לבקשת בית החולים כפי שהונחה בפני בית המשפט לענייני משפחה השתנה לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי יש לדון בסוגיה של צווים בהליך שיינקט לפי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית.³⁴ אלא שאף במסגרת הבקשה השנייה לביצוע הניתוח, שנדונה עתה בפני בית משפט לענייני משפחה חזר בית החולים ותמך את בקשתו בסעיפים 15(2) ו-24(ג) לחוק זכויות החולה.

עיון בטענות הצדדים, כפי שהוצגו בפני הערכאות השונות, מלמד כי שלושה הסדרים משפטיים הוזכרו כרלוונטיים לעניינה של הקטינה א'. האחד, סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית. השני, סעיף 24 לחוק החולה הנוטה למות. והשלישי, סעיפים 15(2) ו-24(ג) לחוק זכויות החולה. יש, אם כך, לתת את הדעת לכל אחד מהסדרים אלה, ולבחון איזה מהם מסדיר את המסגרת החוקית לדיון בעניינה של א'.³⁵

³² פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 1(א) לפסק הדין.

³³ חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

³⁴ פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק הדין.

³⁵ שאלת המקור החוקי למתן טיפול רפואי לקטין חרף התנגדות הוריו, עולה גם בהקשרים אחרים. ראו, למשל, ענ"א 8801-11-10 דר' ח' ו' נ' חסי שנפ פקידת סעד חיפה, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.11.2010); ענ"א 5158-02-09 ש' א' נגד מנהלת מחלקת רווחה יקנעם, פס' 26 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.3.2009). במקרים אלה עמדה לדיון השאלה אם סעיף 3 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 הוא המקור החוקי לסמכות בית המשפט להורות על ביצוע טיפול בקטין או שמא סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית.



אפתח בחוק החולה הנוטה למות, עליו, בין השאר, התבססו הוריה של א' בבקשתם לנתקה ממכונת ההנשמה. סעיף 24 לחוק זה נוגע למקרה שבו קטין נוטה למות וקובע כי אם לקטין הורים המשמשים כאפוטרופוסיו הטבעיים, הם המוסמכים לייצגו לעניין הטיפול הרפואי בו, בין אם לעניין הארכת חייו ובין אם לעניין הימנעות מהארכת חייו. את הסעיף האמור יש לקרוא יחד עם סעיף 28 לחוק. סעיף 28(א) קובע כי אם נתגלעו חילוקי דעות בין הורי הקטין לבין הרופא האחראי, לעניין הטיפול הרפואי בו, תכריע בדבר הוועדה המוסדית. סעיף 28(ד) קובע כי הוועדה המוסדית תשקול בין שיקוליה את טובתו של הקטין, ותהיה רשאית לקבוע שיש להימנע מהארכת חייו של הקטין, אם שוכנעה כי אין זה לטובתו של הקטין שחייו יוארכו. עיון בסעיף 45(א) לחוק מגלה כי הוועדה המוסדית מונה את החברים הבאים: צוות רפואי כמפורט בסעיף, עובד סוציאלי או פסיכולוג קליני, איש אקדמיה מומחה בתחום הפילוסופיה או האתיקה, משפטן ואיש דת. עוד קובע החוק מנגנון לדיון במקרים דחופים בדמות הרכב חלקי של הוועדה,³⁶ ומנגנון ערעור על החלטות הוועדה המוסדית בפני ועדה ארצית.³⁷ עוד חשוב לציין כי הסדר חוקי זה גובר על הוראות חוק זכויות החולה, בהיותו הסדר מיוחד, ואף על הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, מכוח סעיף 57 לחוק החולה הנוטה למות.

כפי שמלמד שמו של החוק, החלתו של ההסדר המשפטי הקבוע בו מותנית בהיות הקטין "חולה הנוטה למות". כלומר, כי רופא אחראי קבע שהוא סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.³⁸ משכך, דרישה מוקדמת להחלת ההסדר האמור על הקטינה א' הייתה קביעה כי היא "חולה הנוטה למות". אלא שבפני בית המשפט לא הוצגה כל חוות דעת הקובעת כי א' באה בגדר הגדרה זו. למעשה, מחוות דעתו של המומחה הרפואי שמונה מטעם

36 ס' 45(ה) לחוק החולה הנוטה למות.

37 ס' 51(א)(4) לחוק החולה הנוטה למות.

38 ס' 8(א) לחוק החולה הנוטה למות.



בית המשפט עלה כי עם הנשמה והזנה מלאכותית צפויה לקטינה תוחלת חיים של 10–15 שנים. ואכן, מטעם זה קבע בית המשפט ובצדק כי לא ניתן להחיל על א' את ההסדר הקבוע בחוק החולה הנוטה למות. עוד הזכיר בית המשפט, שוב בצדק, כי אף אם הייתה במקרה זה תחולה לחוק, הרי שההכרעה בעניינה של הקטינה הייתה מסורה לוועדה המוסדית, ולא לבית המשפט.

הכרעת בית המשפט כי לחוק החולה הנוטה למות אין תחולה במקרה זה, לא מנעה ממנו לדון בבקשת ההורים לנתק את א' ממכונת ההנשמה, בהתבסס על סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית. השאלה העולה היא אם משנקבע שהקטינה אינה כפופה לחוק החולה הנוטה למות, לבית המשפט הסמכות להכריע בבקשת ההורים מכוח סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, נדונה על ידי בית המשפט בעקיפין בלבד.³⁹ כך, נותרה שאלת היחס בין חוק החולה הנוטה למות לבין סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית ללא הכרעה. גישה אפשרית אחת היא כי מניעת טיפול רפואי הצפוי להאריך את חייו של המטופל אפשרית רק כאשר עסקינן בחולה הנוטה למות, ורק בהתקיים התנאים הקבועים בחוק. גישה אפשרית אחרת היא כי בעוד שחוק החולה הנוטה למות קובע הסדר החל באשר לחולים הנוטים למות, ובכלל אלה קטינים, אין בו כדי ליצור הסדר שלילי באשר להימנעות מהארכת חיי הקטין במקרים אחרים.

מבין חלופות אלה, הגישה השנייה היא, לדעתי, הראויה. גישה זו מכירה באפשרות כי בנסיבות מסוימות עשויה להתקיים הצדקה להימנע מהארכת חייו של הקטין, אף שזו אינה באה בהגדרת "חולה הנוטה למות". באופן זה מאפשרת הגישה האמורה ליצור

³⁹ את התייחסותו העקיפה של בית המשפט לשאלת היחס בין חוק החולה הנוטה למות לבין סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, ניתן למצוא בדיון שערך בשאלת תחולתו של חוק החולה הנוטה למות על א'. במסגרת זו צטט בית המשפט, בהסכמה, את דברי בית המשפט לענייני משפחה בעניין תמ"ש (ראשל"ש) 28450/09 **היועמ"ש במשרד הרווחה נ' ב.ו.ו.** (לא פורסם, 13.3.2009), אשר אמץ את הגישה כי מניעת טיפול רפואי הנוגע להארכת חיים אפשרית רק כאשר עסקינן בחולה הנוטה למות, ורק בהתקיים התנאים הקבועים בחוק. ראו פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 19 (ב) לפסק הדין. אלא שגישה זו לא מנעה, כאמור, מבית המשפט מלדון בשאלה אם יש להורות על ניתוקה של הקטינה ממכונת ההנשמה, מכוח סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, זאת משנקבע כי היא אינה באה בגדר "חולה הנוטה למות".



איזון ראוי בין עקרון קדושת החיים, הזכות (ההורית) לאוטונומיה והערך של איכות החיים. כך עשוי להיות, למשל, מצב הדברים במקרה של קטין הסובל ממספר מחלות הגורמות לו לייסורי גוף קשים, אשר נשקפת סכנה לחייו עקב נמק שפשה ברגליו. אף שכריתת הרגליים תאריך את חייו לתקופת לא מבוטלת, היא צפויה לגרום לו לסבל רב, שיתווסף לסבלותיו ממחלותיו האחרות. במקרים מסוג זה, אף שהקטין אינו "חולה הנוטה למוות", אין למנוע אפריורית מבית המשפט את הסמכות לשקול, מכוח מקור חוקי אחר, אם הארכת חייו באמצעות ביצוע הניתוח או לחילופין אם הימנעות מהארכת חייו בדרך זו, ראויה. שאלה אחרת היא מהו המקור המשפטי החלופי לסמכותו זו של בית המשפט: סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית אליו פנה בית המשפט במקרה הנדון, או סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה שעליו הסתמך בית החולים. לסוגיה זו אפנה עתה.

בבקשתו להורות על ביצוע ניתוח פיוס קנה טען בית החולים כי הסעיפים הקשורים לעניינה של הקטינה א' הם סעיפים 15(2) ו 24(ג) לחוק זכויות החולה. סעיף 15(2) לחוק מתיר ביצוע טיפול רפואי במטופל אשר נשקפת לו סכנה חמורה, על אף סירובו, בהתקיים שלושה תנאים: (א) למטופל נמסר מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; ו- (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע. הסמכות להורות על ביצוע הטיפול על אף התנגדות המטופל, נתונה, על פי הסעיף, לוועדת האתיקה, המונה משפטן, צוות רפואי, פסיכולוג או עובד סוציאלי, וכן נציג ציבור או איש דת.⁴⁰ סעיף 24 (ג) לחוק קובע מנגנון למקרים שבהם אין בידי הוועדה אפשרות להתכנס בדחיפות הנדרשת, ומקנה את סמכויותיה לבית המשפט המחוזי.⁴¹

⁴⁰ ס' 24(א) לחוק זכויות החולה.
⁴¹ ס' 24(ג) לחוק זכויות החולה.



אף שסעיף 15(2) לחוק מתייחס למקרים של התנגדות לטיפול רפואי, השימוש בו כמקור חוקי לדיון בשאלה אם יש להורות על ביצוע ניתוח פיוס קנה בא' על אף התנגדות הוריה, אינו נקי מספקות. הקושי הראשון עוסק בשאלת היחס שבין הוראות חוק זכויות החולה להוראות חוק החולה הנוטה למות, שאלה שלא נדונה כלל על ידי בית המשפט. כאמור, חוק החולה הנוטה למות מאפשר לצוות הרפואי להימנע מהארכת חייו של חולה הנוטה למות, בהתקיים תנאים מסוימים. הוראות חוק זכויות החולה חלות, לעומת זאת, גם על מטופלים שאינם באים בהגדרת "חולה הנוטה למות". סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה קובע כי אין ליתן למטופל טיפול רפואי, אלא אם נתן לכך את הסכמתו מדעת. סעיף 15(2) לחוק מאפשר ביצוע טיפול רפואי על אף התנגדות המטופל בהתקיים תנאים מסוימים. מקריאה משותפת של הסעיפים עולה כי כפיית טיפול רפואי על מטופל אפשרית רק בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 15(2) לחוק ואסורה אם אלה לא התקיימו, אף אם מטרת הטיפול הרפואי היא הארכת חייו של המטופל. ממילא עולה מדברים אלה השאלה אם מקום שבו לא חל חוק החולה הנוטה למות, יחול ההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה.

כאמור, גישה אפשרית אחת היא שמניעת טיפול רפואי מאריך חיים, תיתכן רק כאשר עסקינן בחולה הנוטה למות, ורק בהתקיים התנאים הקבועים בחוק. על פי גישה זו משקבע כי הקטינה אינה "חולה הנוטה למות", הימנעות מביצוע ניתוח פיוס קנה הצפוי להאריך את חייה אינה אפשרית. ממילא גם אין תחולה להסדר הקבוע בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, ובית החולים יכול לבצע את הניתוח אף אם התנאים הקבועים בו לא התקיימו. פרשנות זו, כך אני סבורה, אינה סבירה, מאחר שהיא מאפשרת כפיית טיפול רפואי על מטופל, אף בנסיבות שבהן עקרון האוטונומיה ושיקולים בדבר איכות החיים הצפויה לו, מטים את הכף לכיוון הימנעות מביצוע הטיפול. זאת ועוד, הפרשנות שלפיה לסעיף 15(2) לחוק תחולה במקרים שבהם אין תחולה לחוק החולה הנוטה למות, מתיישבת עם הנסיבות השונות אליהן מתייחס כל אחד מהסדרים אלה. חוק החולה הנוטה למות עוסק במטופלים חשוכי מרפא, אשר תוחלת חייהם אינה עולה על חצי שנה, אף אם יינתן להם טיפול רפואי. לעומת זאת, סעיף 15(2) לחוק עוסק



במטופלים אשר לחייהם נשקפת סכנה חמורה, והוא מתיר כפיית טיפול רק במקרים שבהם הדבר צפוי לשפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל. מטבע הדברים, תנאי זה אינו מתקיים במקרים של חולים הנופלים תחת ההגדרה של "חולה הנוטה למוות". ממילא עולה מכאן שבין הסדרים משפטיים אלה לא מתקיימת חפיפה, המונעת היזקקות לאחד משהאחר אינו חל.

קושי נוסף שמעורר השימוש בסעיף 15(2) לחוק כמקור חוקי לביצוע הניתוח בא' חרף התנגדות הוריה, נעוץ בהיות א' קטינה. מנוסחו של סעיף 15(2) לחוק, כפשוטו, עולה כי הסעיף מתייחס למטופלים בגירים ולא למטופלים קטינים. כך קובע הסעיף כי עניינו מקרים שבהם "נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי", וכי על התנאים לכפיית הטיפול נמנים התנאים הבאים: "נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת" וכן "קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע" (ההדגשות שלי – נ.ק.א.). הטענה כי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה אינו חל על מטופלים קטינים נתמכת בשני נימוקים נוספים: ראשית, נוסחו של סעיף 15(1) לחוק המאפשר מתן טיפול רפואי ללא הסכמת המטופל. סעיף זה שעניינו קטינים, מי שאינו כשיר ומי שמיינה מיופה כוח, מתייחס מפורשות למטופלים מסוג זה ולאפוטרופוס. היעדר התייחסות דומה בסעיף 15(2) לחוק עשוי ללמד כי זה לא נועד לחול על מקרים שבהם המטופל קטין או אינו כשיר. שנית, בחוק זכויות החולה לא נכללת התייחסות להסדרים העוסקים בקטינים שהיו קבועים בדין ערב חקיקתו (ובכללם סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית), ואין הוא כולל הוראה המבטלת אותם. לפיכך, אלה עומדים על כנם אף לאחר חקיקתו. קבלת טענה זו משמעה כי במקרים שבהם המטופל הוא קטין המצוי בסכנה חמורה והוריו מתנגדים לטיפול הרפואי בו, יחול סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, ולא סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. גישה אחרת שלפיה סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה חל גם במקרים מסוג זה, נתמכת בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית, הקובע כי אפוטרופוסות ההורים כוללת את הזכות ליצג את הקטין. מכאן ניתן ללמוד שלסעיף 15(2) תחולה גם במקרים שבהם המטופל הוא קטין, המצוי בסכנה חמורה, והוריו הם המתנגדים לטיפול הרפואי בו כנציגיו החוקיים.



כאמור, בבקשתו להורות על ביצוע ניתוח פיוס קנה בקטינה א' טען בית החולים כי הסעיפים הקשורים לעניינה הם סעיפים 15(2) ו-24(ג) לחוק זכויות החולה. טענה זו לא נדונה על ידי בית המשפט בעניינה של א', אשר החיל על הסוגיה את סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית. בכך צעד בית המשפט אחר הגישה שאומצה על ידי בית המשפט העליון בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטיין) על ידי הוריו ואפוטרופסו הטבעיים,⁴² שלפיה חוק זכויות החולה לא שלל את סמכות בית המשפט לדון במחלוקת שעניינה מתן טיפול רפואי לקטינים, מכוח סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית.⁴³

שאלת המקור החוקי לסמכות להורות על ביצוע טיפול רפואי בקטיין חרף התנגדות הוריו אינה, כך חשוב להדגיש, עניין פורמלי בלבד. בין סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה לבין סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית קיימים מספר הבדלים. עניינו של אחד מהם הוא זהות הגוף שלו נתונה סמכות ההכרעה. בעוד שסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית מקנה את סמכות ההכרעה לבית המשפט, בכפוף לחובתו של זה להסתייע בחוות דעת רפואית, סעיף 15(2) לחוק מקנה את סמכות ההכרעה לוועדת האתיקה.⁴⁴ הרכבה של זו שונה במידה רבה מהרכבו של בית המשפט, מאחר שחברים בה, כפי שכבר ציינתי, לא רק משפטן ורופא, אלא בנוסף לכך גם פסיכולוג או עובד סוציאלי, וכן נציג ציבור או איש דת.⁴⁵ הרכב זה מאפשר הצגת עמדות שונות בפני הוועדה, ומגדיל את הסיכוי כי זו תשקול את מכלול השיקולים המוסריים, החברתיים, הדתיים והפילוסופיים הקשורים

⁴² רע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטיין)**, פ"ד נא (4) 830 (1997) (להלן: פרשת **פלוני (קטיין)**).

⁴³ ראו שם, בעמ' 845.

⁴⁴ הבדל זה עשוי לאבד מתוקפו בהיעדר ועדות אתיקה היכולות להתכנס במהירות הנדרשת. כאמור, במקרה שהוועדה לא יכלה להתכנס בדחיפות הנדרשת, הסמכויות הנתונות לה, מועברות לבית משפט.

⁴⁵ בהיבט זה קיים דמיון בין ההסדר שאומץ בחוק זכויות החולה לזה שאומץ בחוק החולה הנוטה למות, בדומה לראשון גם האחרון מקנה את הסמכות לוועדה מוסדית שחברים בה לא רק משפטן וצוות רפואי.



לדין. סעיף 68 המקנה כאמור את סמכות ההכרעה לבית המשפט, עליו מוטלת החובה להסתייע בחוות דעת רפואית, מעורר חשש כי ההחלטה תיעשה בעיקר בהתבסס על שיקולים רפואיים. ואכן עיון בהחלטה בעניינה של א' מלמד, למשל, כי אף שמדברי ההורים עלה שהם התייעצו עם אנשי דת ואף קיבלו הסכמת רבנים לבקשתם, גישת ההלכה היהודית לא הוצגה בפני בית המשפט ולא נשקלה על ידו.⁴⁶ לעומת זאת, חוות הדעת שהוצגו על ידי המומחים הרפואיים צוטטו כמה פעמים, ולממצאים שעלו מהם באשר למצבה הבריאותי של הקטינה, תוחלת החיים הצפויה לה, ההשלכות שיהיו לניתוקה ממכונת ההנשמה והתוצאות השליליות של אי-ביצוע הניתוח, ניתן משקל מרכזי בהכרעה.⁴⁷ אכן, בעניינה של א' ספק אם מעורבותם של פסיכולוג, עובד סוציאלי, איש ציבור או איש דת, הייתה משנה את התוצאה אליה הגיע בית המשפט, זאת בהתחשב בנתוני המקרה. אף על פי כן, מן הראוי לתת את הדעת לחשיבות העקרונית שיש לזהות הגוף שלו מסורה סמכות ההכרעה. העולה מן האמור הוא שלהחלטת סעיף 68 על המקרה של טיפול רפואי בקטין, לפחות חסרון אחד שעניינו זהות הגוף בעל הסמכות לקבל את ההכרעה.⁴⁸

5. השיקולים שנשקלו על ידי בית המשפט בהכרעה בעניינה של א'

מעיון בהחלטת בית המשפט באשר לבקשת ההורים לנתק את א' ממכונת ההנשמה, עולה כי שני עקרונות עיקריים נשקלו על ידו: עקרון קדושת החיים ועקרון האוטונומיה. איזון ראוי בין עקרונות אלה, כך סבר בית המשפט, מוביל למסקנה כי כאשר עסקינן בחולה שאינה סופנית, יש לבכר את עקרון קדושת החיים על פני עקרון האוטונומיה ולהמשיך במתן טיפול שיש בו להאריך את חייה.⁴⁹ דברים אלה מקבלים משנה תוקף, כך

⁴⁶ ראו פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 8 (ה) לפסק הדין. על השיקולים שנשקלו על ידי בית המשפט אעמוד בפירוט בסעיף הבא.

⁴⁷ ראו למשל, שם, פס' 15 (ב), 16, 18 (ג), 20 (א)–23 לפסק הדין.

⁴⁸ טענה זו מניחה, כמובן, שבפועל קיימת ועדת אתיקה במוסד הרפואי, היכולה להתכנס תוך זמן סביר.

⁴⁹ ראו פרשת א', לעיל ה"ש 1, פס' 17 (א) לפסק הדין.



הבהיר בית המשפט, בנסיבות שבהן ניתוקה של הקטינה ממכונת ההנשמה צפוי לגרום באופן ודאי למותה, כך שהיעתרות לבקשת ההורים משמעה למעשה המתת חסד אקטיבית של הקטינה האסורה על פי הדין הפלילי.⁵⁰ על המשקל המכריע שניתן בהחלטה לעקרון קדושת החיים ניתן ללמוד מדבריו הבאים של בית המשפט: "במקרה דנן, נרה של א' בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה קדושת החיים, גם במצבה, הוא הערך הבלעדי הקובע".⁵¹

רוח זהה נושבת מהכרעת בית המשפט בבקשת בית החולים לבצע בקטינה ניתוח פיוס קנה, על אף סירוב הוריה. גם כאן ניתן דגש מיוחד לעובדה שהניתוח צפוי למנוע נזקים ודאיים ובלתי-הפיכים למיתרי הקול ולקנה הנשימה של הקטינה, ולהאריך את חייה למשך שנים רבות, בעוד שהימנעות מביצועו צפוי לגרום באופן ודאי לנזקים חמורים לבריאותה ולסכן את חייה.⁵²

שיקולים ואינטרסים אחרים לא נשקלו כלל על ידי בית המשפט, אחרים הוזכרו אך קיבלו משקל זניח בהחלטה, והיו אף שיקולים שנדחו מפורשות על ידי בית המשפט כשיקולים שאין לשקול בהכרעה בעניינה של א'. כך, אף שפסק הדין שזור תיאורים על אודות סבלם, כאבם ותחושותיהם הקשות של בני משפחת הקטינה נוכח העתיד הצפוי לה ולהם, ועל אף "כל ההבנה והאמפטיה לעמדת ההורים" כדברי בית המשפט,⁵³ סרב הוא להתחשב בהשפעה שעשויה להיות להחלטה על שלומם הגופני או הנפשי של ההורים. את גישתו נימק בית המשפט בטענה שסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית אינו מורה לבית המשפט להתחשב בשיקול זה.⁵⁴ שיקול אחר – החשש כי שיקולים לא ראויים הם שהניעו את ההורים להגיש את בקשתם לניתוקה של הקטינה והם שעמדו ביסוד סירובם לביצוע ניתוח פיוס קנה – הוזכר בפסק הדין אך זכה להתייחסות עקיפה

50 ראו פס' 17 (ד)–17(ו) לפסק הדין.

51 שם, פס' 17(ז) לפסק הדין.

52 שם, פס' 24(ב) לפסק הדין.

53 שם, פס' 17(ב).

54 שם, פס' 1(ד) ו-17(ה) לפסק הדין.



משהו. כך, במסגרת הדיון באינטרסים העומדים על הכף, הזכיר בית המשפט את החשש מפני "מדרון חלקלק" המזהיר מפני קבלת בקשת קרוביו של מטופל סיעודי למניעת טיפול בו ביד רחבה.⁵⁵ חשש זה, כפי שניתן ללמוד מדבריו המוקדמים של בית המשפט, לא עלה לסברתו במקרה שבה בפניו, וזה התרשם כי עמדתם של ההורים מבטאת, למיטב הבנתם, את טובת הקטינה, ולא את טובתם האישית.⁵⁶ אף על פי כן, בבואו של בית המשפט להכריע בשאלות שעמדו בפניו, לא ניתן על ידו משקל לשיקול זה. שיקול נוסף שזכה להתייחסות מצומצמת בפסק הדין הוא השיקול בדבר הסבל הצפוי לקטינה לאחר ביצוע ניתוח פיום הקנה ולמשך תוחלת החיים הצפויה לה. עיון בפסק הדין מלמד כי תרמה לכך העובדה שלבית המשפט לא התברר אם הקטינה סובלת במצבה הנוכחי אם לאו.⁵⁷ עם זאת, משקל מסוים ניתן לעובדה כי ביצוע ניתוח פיום הקנה יקל על הקטינה, וימנע את חוסר הנוחות הכרוכה בהנשמה תוך קניית.⁵⁸ לעומת זאת, יכולתה של הקטינה לתקשר עם סביבתה ולחיות, על אף מוגבלותה, חיים שיש בהם משמעות ואושר לעצמה ולסובבים אותה, לא נשקלה כלל על ידי בית המשפט. בה בעת, היותה בעלת "פגם", כלשון בית המשפט, צוינה על ידו כשיקול שאין להביאו בחשבון שעה שעומדת על הכף פרוצדורה רפואית של הארכת חיים.⁵⁹ שיקולים שעניינם החובות האתיות המוטלות על הצוות הרפואי – ובראשן חובת ההטבה ועקרון אי-ההיזק⁶⁰ – לא נשקלו כלל על ידי בית המשפט. לבסוף, אף שבית המשפט הזכיר בהחלטתו את עקרון האוטונומיה, לא נערכה הבחנה בין שני סוגים של אוטונומיה: האוטונומיה של הקטין כפי שזו מוצאת לפועל על ידי אפוטרופסיו הטבעיים והאוטונומיה ההורית.⁶¹

55 שם, פס' 17 (א) לפסק הדין.

56 שם, פס' 9 (ג)–9 (ד) לפסק הדין.

57 שם, פס' 24 (ג), 26 (ב) לפסק הדין.

58 שם, פס' 23 (ב), 24 (ב)–24 (ג) לפסק הדין.

59 שם, פס' 25 (ב) לפסק הדין.

60 ראו קרקו-אייל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 90–91.

61 להבחנה זו, ראו פרשת פלוני (קטין), לעיל ה"ש 42, בעמ' 857–858, 859–861. שאלה אחרת היא אם יש לתת משקל לרצונו של הקטין, כפי שהוא מובע על ידו. שאלה זו אינה רלוונטית לדיון



דברים אלה מלמדים כי המסגרת התאורטית שהונחה על ידי בית המשפט לשם הכרעה בבקשות שהובאו בפניו הייתה מסגרת צרה המעניקה משקל ייחודי לעקרון קדושת החיים.⁶² אמנם נראה כי ההכרעה בעניינה של א' לא הייתה שונה אף אם היו מובאים בחשבון שיקולים נוספים. אף על פי כן, כפי שאראה מיד, שקילתם של שיקולים אלה עשויה להביא למסקנות שונות במקרים אחרים, והדיון בהם חורג מעבר להשפעתם האפשרית על ההכרעה הסופית. מאחר שהיקפה של רשימה זו אינו מאפשר לי להתייחס לכל השיקולים שהזכרתי, אדון רק בחלקם.

אפתח בשיקול שעניינו השפעת ההחלטה בדבר הארכת חיי המטופל על בני המשפחה הקרובים לו. עיון בחוק החולה הנוטה למות, כמו גם בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה ובסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית, מלמד כי סבלם וכאבם של בני המשפחה אינו מן השיקולים שמוזכרים בהם מפורשות.⁶³ אף על פי כן, לא ניתן להתעלם מההשפעה שיש להחלטות מסוג זה על רווחת בני המשפחה. אלה לא רק שנדרשים לצפות ביקרם מוגבל, סובל וכואב, אלא נושאים בנטל הטיפול בו וחרדים לגורלו בעתיד. האם בהכרעה באשר לטיפול מאריך חיים יש לשקול גם את האינטרס של בני המשפחה הקרובים למטופל? אני סבורה שבמקרים מסוימים יש להתחשב בשיקול, אם כי אין ליתן לו משקל מכריע. זה למשל עשוי להיות מצב הדברים במקרה של קטין, שניתן להאריך את חייו, אך הוא סובל ייסורים קשים הצפויים להימשך עד ליום מותו. במקרה מסוג זה הפגיעה ברווחתם של בני המשפחה עלולה להיות קשה, עד לכדי גרימת

בעניינה של א' מפאת גילה הצעיר. לשיתופם של קטינים בתהליך קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי בעניינם, ראו למשל עדי ניב-יגודה "שיתוף קטינים בהליכים רפואיים – מפרשת גרטי ועד לפרשת פלונית" **רפואה ומשפט** 22, 45 (2012).

⁶² גישה דומה שמשה את בית המשפט בפסקי דין נוספים, ראו תמ"ש 26442-04-11 **מרכז רפואי סוראסקי- איכילוב נ' א.מ. (קטינה)**, פס' 36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.7.2011); תמ"ש 3151/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"מ תשנ"ה (1) 98, 102-103**; תמ"ש (י-ם) 23720/99 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, בעמ' 4 (פורסם בנבו, 7.11.1999).

⁶³ למעשה, סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות, מגביל מפורשות את השיקולים אותם יש לשקול בהכרעה בדבר הטיפול הרפואי באדם החולה הנוטה למות לשיקולים של מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו.



נזק פיזי או נזק נפשי ממשי למי מהם.⁶⁴ ממילא, במקרים מסוג זה יש לשקול לא רק שיקולים שעניינם קדושת חייו ושלמות הגוף של הקטין, אלא גם את הפגיעה האפשרית בשלמות נפשם וגופם של בני משפחתו.⁶⁵ זאת ועוד, כל ההסדרים החוקיים שהוזכרו קובעים, בלשון זו או אחרת, כי בהכרעה בדבר הטיפול הרפואי יש להתחשב בטובת הקטין.⁶⁶ זו, מטבע הדברים, מחייבת את בית המשפט לשקול בראש ובראשונה את ההשפעה הישירה שתהיה לטיפול הרפואי על מצבו הרפואי. אלא "שטובת הקטין" כוללת לא רק את מצבו הרפואי, אלא גם את מצבו הנפשי ואת רווחתו.⁶⁷ אלה עשויים להיות מושפעים ממצבם הנפשי או הפיזי של הוריו. כך למשל, חוסר יכולת הורית להמשיך את הטיפול בקטין ולסעוד אותו או עצם הידיעה על דבר מחלתם של מי מהוריו, עשוי להרע את מצבו הפיזי והנפשי של הקטין ולגרוע מרווחתו. לכן, אף שאין בשיקול זה כשלעצמו כדי להטות את הכף לטובת אי-הארכת חייו של קטין, הרי שבצירופו לשיקולים אחרים הוא עשוי להוביל למסקנה כי יש להימנע מטיפול מאריך חייו.

שיקול אחר בו אני מבקשת לדון הוא מידת הסבל הצפוי לקטינה בעקבות ההכרעה. כאמור, שיקול זה קיבל משקל זניח בהחלטת בית המשפט, בעיקר משום שלא התברר מה מידת הסבל שחווה הקטינה. עיון בחוק החולה הנוטה למות, בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה ובסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית מגלה כי שלושת ההסדרים

⁶⁴ חשש מסוג זה מתגבר במקרים שבהם נסיבות חייה האחרות של המשפחה קשות, כפי שהיה בעניינה של א'. ואכן ראוי לצטט בהקשר זה את דבריהם של הורי הקטינה שאמרו: "ילד מונשם יותר קשה ממות" וכי "אם תהיה מונשמת אין לנו יותר חיים, לא נוכל לעמוד בילד מונשם". פרשת א. ח., לעיל ה"ש 1, פס' 17(ה) לפסק הדין.

⁶⁵ במקרה כזה ניתן יהיה לטעון שבעוד ששיקול זה אינו מוזכר מפורשות בהסדרים האמורים, הרי שעל בית המשפט לשקול אותו מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁶⁶ ראו ס' 28(ד) לחוק החולה הנוטה למות; ס' 15(2)(ב) לחוק זכויות החולה; ס' 68 לחוק הכשרות המשפטית.

⁶⁷ לגישה זו, ראו בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, מב(2) 661, 675 (1988); תמ"א (י-ם) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה ופלונית נ' פרופ' גבריאל ציורדאלי, פ"מ מ"ג(1) 225, 232 (1982); פרשת דר' ח' ו', לעיל ה"ש 35, פס' 15 לפסק הדין.



מאפשרים התחשבות במידת הכאב והייסורים הכרוכים בטיפול זה או אחר.⁶⁸ התחשבות בשיקול זה מתחייבת גם מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המבטא את ההכרה החוקתית בערך של כבוד האדם.⁶⁹ כבוד זה, אינו רק מנת חלקו של אדם בגיר, אלא גם של קטין, והוא עלול להיגרע אם זה סובל בייסורים קשים. ואכן, בית המשפט העליון הבהיר כבר בפסיקתו כי בכלל השאלה אם הטיפול הרפואי הוא לטובת הילד יש לשקול גם את הערך הבסיס בדרך מניעת ייסורים, סבל וצער, גופניים ונפשיים, מאת החולה.⁷⁰ על רקע דברים אלה, נראה כי מן הראוי היה שבעניינה של א' ייעשה ניסיון של ממש לברר אם במצבה היא סובלת כאבים ומה שיעורם.⁷¹ זאת ועוד, אם אכן הייתה חוסר ודאות רפואית באשר לסבלה של הקטינה, מן הראוי היה לתת לשיקול זה מקום בהכרעה בעניינה. כאשר "השאלה אם אנו בנסיבות עושים 'טוב' או 'רע' לא נותרת פתוחה וללא יכולת מענה", כפי שציין בית המשפט בהכרעתו, אל לו לבית המשפט להתעלם מחוסר ידיעה זו, כי אם להביאה בחשבון בכלל השיקולים הראויים לבחינה.⁷²

השיקול האחרון שאליו אני מבקשת להתייחס הוא יכולתה של הקטינה לחיות חיי משמעות ואושר, לה ולסובבים אותה. כאמור, שיקול זה נעדר לחלוטין מפסק דינו של בית המשפט. היעדרו של נימוק זה מהכרעת בית המשפט מפתיעה. ראשית, משום שחוות דעתו של המומחה הרפואי שמונה על ידי בית המשפט עמדה בהרחבה על כך שהקטינה ערנית, מגיבה לסביבתה ומחייכת. שנית, משום שיכולתה של הקטינה לחיות חיי משמעות ואושר בעתיד מספקת נימוק כבד משקל, לטעמי, להחלטת בית המשפט להאריך את חייה. בעוד שניתן לטעון כי היעדר יכולת קוגניטיבית אינה יכולה להוות

68 כאמור, סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות אף קובע מפורשות כי בהכרעה בדבר הטיפול הרפואי באדם החולה הנוטה למות יש לשקול גם את מידת סבלו.

69 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

70 ראו פרשת פלוני (קטין), לעיל ה"ש 42, בעמ' 855-856; ע"א 506/88 שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 134, 87 (1993).

71 כפי שנעשה בפרשת פלוני (קטין), לעיל ה"ש 42, בעמ' 857.

72 לגישה שונה שלפיה נוכח חשיבותו של עקרון קדושת החיים, בהיעדר נתון קונקרטי בדבר סבל או כאב הנגרמים לחולה, יש להכריע לטובת הארכת חייו של החולה, כלומר יש להתעלם לחלוטין מהאפשרות שזה חש כאב וסבל, ראו: שם, בעמ' 858-859.



שיקול נגד הארכת חייו של קטין, הרי שנדמה כי ניתן להסכים שמודעות ויכולת לתקשר עם הסביבה, צריכים להוות שיקולים כבדי משקל בעד הארכת החיים. קיומם של אלה תומך במסקנה כי הארכת החיים היא לטובת הקטין, שיקול אותו על בית המשפט לשיקול על פי כל אחד מהסדרים המשפטיים שהוזכרו.

אלא יותר משהיעדר התייחסות ליכולתה של הקטינה לחיות חיים בעלי משמעות וסיפוק מפתיעה, לטעמי היא מצערת ולא ראויה. עיון בפסק הדין מעיד כי נרטיב של סבל וכאב שזור לכל אורכו. נרטיב זה עולה מכתבי הטענות, מחוות הדעת הרפואיות ומנימוקי בית המשפט. דווקא על רקע דברים אלה הייתה חשיבות להצגת נרטיב אחר, שעיקרו יכולתה של הקטינה לתקשר עם סביבתה, לחוות את אהבת הקרובים לה, לחוש שמחה ואושר, לצקת משמעות לחייה על אף מוגבלותה, ולהרעיף אהבה ואושר על סביבתה.⁷³ נרטיב מסוג זה עשוי היה להקל על כאבם של ההורים, לטעת בהם תקווה מסוימת באשר לעתיד ולהציע להם דרך חלופית להתבונן על המצב ולהתמודד עמו. נרטיב מסוג זה היה, בהתאמה, בעל ערך טיפולי להורים ובהמשך לכך אף לקטינה.⁷⁴ יתרה מכך, נרטיב המדגיש את יכולתה של הקטינה לחיות חיים בעלי תוכן ומשמעות על אף מוגבלותה הפיזית, היה תורם להבניית מציאות חייהם של בעלי נכויות דומות כבעלי ערך בעיני עצמם ובעיני החברה.⁷⁵

⁷³ לשימוש בנרטיב מסוג זה, ראו, למשל, פרשת פלוני (קטין), לעיל ה"ש 42, בעמ' 854–855.
⁷⁴ למשפט כבעל ערך טיפולי, ראו: דיוויד וקסלר "תורת המשפט הטיפולי: סקירה" מחקרי משפט כו 367 (2010).

⁷⁵ לטעון ברוח דומה בהקשר של תביעות הולדה בעוולה, ראו Nili Karako-Eyal, *Critical Disability Theory Analysis of Wrongful Life/Birth Actions in Israel*, 6 INT. J. PRIVATE LAW 289 (2013). עוד מן הראוי היה כי בית המשפט יימנע משימוש במונח "פגם" לתיאור מצבה הרפואי של הקטינה. על החשיבות שיש לשימוש במונחים מסוג זה ראו נילי קרקן-אייל "מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות ע"א 4960/04 סירי נ' קופת חולים" המשפט יג 469 (2008).



6. מחשבות לסיום

ההכרעה שניתנה בעניינה של א' ראויה בעיניי. על אף מחלתה שגרמה לה ללקות מוטורית ולקיצור תוחלת חייה ועל אף היזקקותה להנשמה ולהזנה מלאכותית, יכולתה לתקשר עם סביבתה נותרה בעיניה, וניתן היה להאריך את חייה בהליך פשוט יחסית, למשך שנים רבות. עוד נראה מהראיות שהוצגו בפני בית המשפט כי א' אינה סובלת ייסורים.

אף על פי כן, אני מצרה על עצם קיומו של ההליך בעניינה. את קיומו של הליך משפטי במקרה זה ניתן היה, כך אני סבורה, למנוע באמצעות תקשורת מלאה ונאותה בין צוות בית החולים לבין הוריה של הקטינה. ממילא ניתן היה גם למנוע את העלויות ואת ההשלכות השליליות הכרוכות בניהולו של הליך מעין זה.

היעדרו של דיון בשאלת המקור החוקי לדיון בעניינה של א', אף הוא עניין שמן הראוי להצטער עליו. כאמור, על בכורה זו התחרו שלושה הסדרים משפטיים: חוק החולה הנוטה למות, סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה וסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית. הסדרים אלה שונים מזה לא רק בתנאים לכפיית טיפול רפואי הקבועים בהם, אלא גם במיחות הגוף שלו נתונה סמכות ההכרעה. מבין הגופים האפשריים להכרעה בסוגיה מעין זו – ועדת האתיקה, ועדה מוסדית ובית המשפט – קיימת הצדקה, שמקורה בהרכב הגוף המכריע, להעדיף את ועדת האתיקה או הוועדה המוסדית, על פני בית המשפט.

לבסוף, ככל שהדבר נוגע לשיקולים שהנחו את בית המשפט בהחלטתו, אני סבורה כי בית המשפט הציב מסגרת דיון צרה מזו הראויה. במקרים מסוג זה מונחים על הכף לא רק עקרון קדושת החיים ועקרון האוטונומיה, אלא גם שיקולים בדבר כבוד האדם, אינטרסים הוריים, רווחת בני המשפחה הקרובה, ואיכות החיים הצפויה לקטין. צורם במיוחד היעדרו של נרטיב חילופי בדבר יכולתה של א' לתקשר עם סביבתה ולחיות חיים בעלי תוכן ומשמעות, חיים שיש בהם אושר לה ולבני משפחתה, זאת על אף מחלתה, הידיעה בדבר תוחלת חייה המקסימלית ומותה הידוע מראש.