

אברים נכסים

מאת

יהושע ויסנן*

א. כללי

לזכויות הקניין קיום רק בזיקתן לנכסים מסוימים. זכות הקניין, כשהיא בפני עצמה, אין לה קיום. כך, למשל, המשפט: "לראובן בעלות" חסר משמעות כל עוד לא הוספנו ואמרנו מהו הנכס שבו לראובן בעלות ("לראובן בעלות בבית"). הוא הדין בשכירות, במשכון וביתר זכויות הקניין – בלא נכסים שאליהם יתייחסו הזכויות, אין להן קיום. הדברים שהם נשואי זכויות הקניין הם "הנכסים" למיניהם, ונכסי האדם, במקובץ, מרכיבים את "רכושו". חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, אינו נותן לנו הגדרה ל"נכס", אך בדרך כלל משתמש המחוקק במלה זו כדי לציין דבר שהוא נשוא זכות קניין. כך, למשל, בחוק העונשין, תשל"ז-1977, מוגדר "נכס": "חי או דומם היכול לשמש נושא לבעלות"¹. יתרה מזו, המונח "נכס" בשימוש הרווח בחקיקה כולל רק דברים שבעלות תיתכן בהם ושניתן להעריכם בכסף. כך, למשל, חוק הירושה, תשכ"ה-1965, מדבר על "נכסי עובון" בהקשר של דברים שניתן להעריכם בכסף, ובמשמעות דומה השתמש המחוקק במלה "נכס" בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. בדומה לכך, בפקודת פשיטת רגל (נוסח חדש), תש"ם-1980, משתמשים בכינוי "נכסי פושט רגל", במשמעות של דברים שניתן להעריכם בכסף². במקביל להשקפה שזכות עשויה שתיחשב "קניינית" רק אם ניתן להעבירה בתמורה כך

- * פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. הרשימה שלהלן לקוחה מתוך חיבור מקיף על דיני קניין, הנמצא בשלבי כתיבתו.
- 1 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 2. ראה חוק שירות הציבור (מתנות), תש"ם-1979, סעיף 2, המדבר על "מתנה שאין בה קניין" במשמעות מיוחדת. הכוונה אינה למתנה של דבר שאינו בגדר "נכס" אלא לדבר שאינו בריהובה עלידי מקבלו, כגון דבר שנתכלה אגב צריכתו, או דבר שאין לו קיום מוחשי, כגון שירות שנתקבל.
- 2 חוק הירושה, תשכ"ה-1965 מרבר על כך ש"נכסי העובון יחולקו בין היורשים לפי שוויים בזמן החלוקה" (סעיף 109 (א). ראה גם: סעיף 131, 134, והשווה עם סעיף 112). חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 מדבר סעיף 5(א) על "מתצית שוויים של כלל נכסי בני הזוג" (ראה גם סעיף 6, והשווה עם סעיף 18(1)). בפקודת פשיטת רגל, תש"ם-1980: ראה סעיפים 1 (נכסי "פושט רגל"), 85, 124, 135.

ניתן לומר – ומאותם טעמים – כי דבר ייחשב כ"נכס" רק אם ניתן להמירו בכסף.³ למונח "נכסים" אין אמנם משמעות אחידה ואולם בשימוש המקובל בדיני קנין הוא בא לתאר "דברים" שתכונתם המשותפת העיקרית היא היכולת של בעליהם להחליפם בכסף, או, היכולת של נושים להיפרע מהם את חובם. לפי גישה זו דבר שהדרך היחידה להעברתו היא שלא בתמורה (במתנה, או בירושה) לא ייחשב כ"נכס" של בעליו.

ג. דברים שאינם נכסים

דבר ששיטת משפט אינה מכירה באפשרות לרכוש בו בעלות (רבר שהוא *res extra commercium*) לא ייחשב כנכס באותה שיטת משפט. כך, למשל, בשיטות משפט השוללות את מוסד העבדות לא ייחשב גופו של האדם נכס.⁴

השאלה אם גוייית אדם, או חלקים מגוף אדם חי, או מגויייתו, אף הם אינם בגדר "נכס" פחות ברורה. שאלה זו הולכת ומחריפה בימינו, בד בבד עם ההתקדמות הרפואית בתחום של השתלת אברים. בראשית המאה הנוכחית הושתלה לראשונה קרנית, באמצע המאה הנוכחית הושתלה לראשונה כליה, ומאז הלכה ונתפשטה טכניקת ההשתלות והיא מקיפה מלבד קרניות וכליות חלקי גוף נוספים כמו עור, מח עצמות, ריאה, כבד, לבלב, לב. ההשתלות הרווחות ביותר הן של קרניות וכליות, ואלפים רבים של השתלות כאלה מתבצעות ברחבי העולם.⁵ הדרישה הגוברת לחלקי גוף להשתלה, הנובעת מן הפער הרחב שבין ההיצע לבין הביקוש⁶ מגבירה את העניין בשאלת ההכרה כ"שוק של אברים".

3 פרופ' לבונטין מדבר על "תכונת המירות", באומרה: "...ודוק: המירות אמרנו ולא עבירותה. מי שיכול לתת לאחרים זכות מזכויותיו במתנה בלבד, או להורשה להם, והללו אף הם לא יוכלו להעבירה אלא כך, אך לא למכור, לא להשכיר ולא לשעבד (לא במישרין ולא בעקיפין על-ידי חשיפת הזכות לנושים) – אין הזכות רכושית". א' לבונטין, "זכות קנין – מהי?" משפטים ט, 384, 390. עוד על הקשר שבין זכויות קנין לבין יכולת ההמרה בכסף ראה י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קנין – סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 70-72.

"any valuable asset which is the object of commerce is properly treated as a thing..."
F.H. Lawson and B. Rudden, *The Law of Property* (Clarendon Press, Oxford) 2nd ed., 1982, p. 16

4 A.N. Yiannopoulos, *Louisiana Civil Law Treatise*, 2nd ed., 1980, vol. 2, p. 3; P.D.G. Skegg, "Human Corpses, Medical Specimens and the Law of Property" 4 *Anglo-American Law Review* 412, 418 n. 39 (1975) (Convention) 1926, כתבי אמנה 202, כרך 7, עמ' 307; "כתב סופי ואמנה נוספת ברבר ביטול העבדות, סחר עבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות", 1956. Final Act of the U.N. Conference of Plenipotentiaries on a Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, The Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery, כתבי אמנה 265, כרך 9, עמ' 1.

5 D. Giesen, *Medical Malpractice Law* (Gieseking-Verlag Bielefeld), 1981, p. 241

6 M. Brams, "Transplantable Human Organs: Should Their Sale be Authorised by Statute?" 3 *American Journal of Law and Medicine*, 183, 184 (1977 / 8); Giesen, *supra* n. 5, at p. 370 n. 748

הנטייה בקרב מדינות רבות היא לאסור מכירת גווייה, או חלקים ממנה, או חלקים מגוף אדם חי. החלטה ברוח זו נתקבלה "במועצה האירופית" בשנת 1978,⁷ ועמדה רומה ננקטה בחוקיהן של מדינות שונות.⁸ זוהי אף עמדת המשפט העברי.⁹ (אמנם, יש ומכירים כחריג באפשרות של רכישת בעלות במומיות או בשלדים, ויש גם דוגמאות בודדות של מדינות המתירות מכר לאחר מיתה של גווייה או חלקים הימנה)¹⁰.

האיסור על מכר של גוף אדם, גווייתו, או של חלקים מהם, אם הוא אכן מוגשם הלכה למעשה, ימנע התייחסות לדברים אלה כאל "נכס", ואפילו מתיר המשפט העברי שלא בתמורה של דברים אלה, כמצויין לעיל.¹¹ ואולם, שלילת המכר תוך הכרה באפשרות של "תרומת אברים", דהיינו, מתן חלק מגוף האדם ללא תמורה,¹² עלולה ליצור מציאות שבה לא ניתן יהא למנוע מכירת אברים.

When useful items are in short supply in a market economy monetary inducements to increase the supply are commonly offered... Buying organs to satisfy human need may prove difficult to prevent.¹³

השאלה היא אם בצד העמדה המשפטית הפורמלית, השוללת התייחסות לחלקים מגוף האדם כאל נכס, לא מתפתחת מציאות של סחר בחלקי גוף כתוצאה מהלחץ הגובר של הביקוש לחלקי גוף מסויימים. בעבר, כאשר בתיספר לרפואה התקשו בהשגת גוויות לצרכי לימוד, לא נמנעו מלהציע תשלום עבור הגוויות. (הביקוש גרם במאה ה-18 להתפתחות המקצוע של שורדי קברים, אשר זכו לכינוי הציורי – "resurrectionists".

7 Council of Europe Resolution, 1978, On Harmonisation of Legislation of Member States relating to Removal, Grafting and Transplantation of Human Substances, art. 9, in: Giesen, *supra* n. 5

8 J. Dukeminier, "Supplying Organs for Trans-plantation", 68 *Michigan L. R.* 811, at 861-62 (1970) וכן בצרפת, על-פי סעיף 3 לחוק ההשתלות משנת 1976: Giesen, *supra* n. 5, at pp. 242, 243, 405. ראה ההשקפה הדומה במשפט הגרמני, לפיה הגווייה היא *Karlarenz, Allgemeiner Teil Des Deutschen: extra commercium* Bürgerlichen Rechts, München, 3rd ed., 1975, pp. 230-231. כך גם בקנדה, על-פי חוק משנת 1971: Mason and McCall Smith, *Law and Medical Ethics*, Butterworth, 1983, p. 176. הגישה המסורתית במשפט המקובל היא שאין קנין בגוויית אדם. G. Dworkin, "The Law Relating to Organ Transplantation in England", 33 *M.L.R.* 353, 364

9 ראה משה הרשלר (כותב ועורך), הלכה ורפואה, ירושלים, תשמ"א, כרך ב, רברי הרב ש"י ז"ל, בעמ' ק; ואב מצגר (עורך), הרפואה לאור ההלכה, ירושלים, תשמ"ג, כרך שני, עמ' ע, ע"ב.

10 בסקוטלנד ראה אצל Skegg, *supra* n. 4 at p. 420. Dukeminier, *supra* n. 8, at pp. 861-862; Yiannopoulos, *supra* n. 4, at p. 30

11 ויסמן, לעיל, הערה 3; לבונטין, לעיל, הערה 3, בעמ' 390. Karlarenz, *supra* n. 8, at pp. 252-253.

12 וכך הדבר אצלנו, על-פי חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, כפי שנראה להלן. כוהו גם המצב, למשל, בארצות-הברית, על-פי ה-Uniform Anatomical Gift Act, 1968. יש מדינות שבהן אין מבחינים בין "תרומה" ל"מכר", ואוסרים על שניהם אם המסירה צריכה להתבצע בעוד האדם חי. כך המצב, למשל, באיטליה (נחדיג המאפשר תרומה של כליה). Dukeminier *supra* n. 8, at p. 849.

13 Dukeminier, *supra* n. 8, at p. 812. "The Sale of Human Body Parts", 72 *Mich.* 1182, 1218, 1222 (1974).

דורשי רשומות יודעים אף לספר על מקרה מסויים שבו סופק הביקוש לגוויות של חוקר-אנטומיה ידוע על-ידי ביצוע שישה-עשר מעשי רצח.¹⁴ מכירה וקנייה של חלקי גוף מתחדשים, כמו שערות, דם, זרע, ונחלים אחרים כגוף האדם, הם בימינו תופעה נפוצה.¹⁵ ואולם, גם מכירת חלקי גוף שאינם מתחדשים, כגון קרניות וכליות, ומכירת גוויות, אינה תופעה נדירה.¹⁶

המשפט התפטר עם המציאות הזאת במידה מצומצמת. יש מדינות שבהן מכיר החוק במפורש בכך שמכירת דם, ומוצרי הלוחאי של דם, מותרת. יש אף מן המלומדים-המוכנים להרחיק לכת ולקבוע כי נוכח המציאות שתוארה לעיל גוויות וחלקים שהופרדו מגוף האדם הפכו בימינו להיות "נכסים".¹⁷

במדינות שבהן יש חקיקה מפורשת המסדירה את הנושא הזה תהא התשובה לשאלה אם גוויית האדם, וחלקים שהופרדו ממנה, הם בגדר "נכס" מותנית, כמובן, בהוראות החוק, ולא בהנחות עיוניות, אפריורי, אם מן הראוי שדברים אלה ייחשבו כ"נכס". ואולם, במדינות שבהן אין הסדר מפורש של השאלה הזו, יהא תוקפו של הסכם למכירת חלקי גוף וגווייה

14 Dukeminier, *supra* n. 8, at p. 811 n. 2 המספר על Burke & Hare שכך סיפקו את צרכיו של החוקר הסקטי Dr. Knox. ראה גם *supra* n. 13, at p. 1218.

15 בשנת 1970 נמכר תלתל שיער של Byron, בבית המכירות הנודע Sotheby, שבלונדון, במחיר של 320 ליש"ט. Skegg, *supra* n. 4, at p. 418 n. 39. מחירי השוק בארצות-הברית נכון ל-1970 הם מנת דם (pint) 10-15 דולר, מנת זרע: 5-50 דולר. Dukeminier, *supra* n. 8, at p. 847. ראה גם: "The Sale of Human Body Parts", *supra* n. 13, at p. 1237. בקנדה מחירי הדם הזורע דומים: B.M. Dickens, "The Control of Living Body Materials", 27 *U. Toronto L.J.* 142, 157 (1977), 167, 171, n.

16 Skegg, *supra* n. 4, at p. 417. יש דיווחים על אנשים אמידים מהמזרח הרחוק המגיעים לאוסטרליה בחברת "תורמי אברים בתשלום", כדי לבצע שם ניתוחי השתלה. נמסר גם על תופעה דומה לגבי בעלי ממון מארצות המזרח הקרוב, המגיעים לאנגליה למטרות דומות. Giesen, *supra* n. 5, at p. 370. 748 n. ת. מחירי אברים להשתלה שעליהם נמסר היה: עין הוצעה תמורת 50,000 דולר, בשנת 1969. מספר שנים לאחר מכן (1975) ירד המחיר ל-35,000 דולר, כליה הוצעה תמורת 5,000 דולר בשנת 1970, תמורת 3,000 דולר בשנת 1974, ובקנדה, בשנת 1977 - תמורת 6,800 דולר.

יש והתמודדה הניתנת עבור חלקי גוף לובשת צורה של ביטוח, כגון ההסדר המקובל ביום בישראל, במסגרת ביטוח הדם של מגן דוד אדום, לפיו עבור מנת דם מקבל "התורם" ביטוחים לשנה, לביטוח צרכיו של התורם, כן-זוגו, ילדיו עד גיל שמונה-עשרה, והורי שני בני-הזוג. על הסדרי ביטוח הנעשים גם לתורמי אברים ראה: Shapiro and Dukeminier, *supra* n. 8, at pp. 811 n. 1, 812, 848; R.G. Spece, *Cases, Materials and Problems on Bioethics and Law* (West pub. Co.) 1981, pp. 823-824; Dickens, *supra* n. 15, pp. 165, n. 123, 167, 171, n. 157.

17 כך, המצב, למשל, במדינת אונטריו שבקנדה: A.N. Dickens, *supra* n. 15, at p. 166; Yiannopoulos, *Louisiana Civil Law Treatise*, 2nd ed., vol. 2, p. 3: "blood plasma, hair, and organs separated from a human body are things and objects of property rights. Dead bodies, thought ordinarily destined to be disposed by burial or cremation, are likewise regarded as things". ראה גם: Skegg, *supra* n. 4, at n. 39; Dickens, *supra* n. 15, at p. 183. על כך שהוצאת איבר מגוף אדם, בהסכמתו, למטרת השתלה, אינה כגור עבירה פלילית ראה P.D.G. Skegg, *Law Ethics and Medicine*, Oxford, 1984, p. 43; Mason and McCall Smith, *supra* n. 8, at p. 169.

מותנה בשאלה אם יראו הסכם כזה כבלתי מוסרי, או כסותר את תקנת הציבור¹⁸. ראוי על כן שנצביע על השיקולים העיקריים המובאים לעניין זה¹⁹, ונפתח בשיקולי הפוסלים הסכמים שכאלה.

בין המלומדים שעסקו בשאלה זו יש כאלה שסלדו אתם האינטואיטיבית מן המחשבה שעשוי להתפתח שוק של איברי אדם, אם תותר מכירת אברים, כה רבה עד כי אין הם מוצאים צורך להוסיף נימוקים כלשהם על עצם הסלידה שהמחשבה הזאת מעוררת בהם²⁰. אחרים ניסו לפרט יותר את הנימוקים כנגד מכירת איברי אדם. טענו כי הסכמת אדם למתן איבר מגופו, בתמורה, בשל אילוצים כלכליים, אינה הסכמה אמיתית. האילוצים הכלכליים מונעים את המסכים מלהעריך נכונה את ההשפעה השלילית האפשרית על בריאותו כתוצאה מסילוק איבר מגופו²¹.

הנמקה אחרת היתה כי יש להבטיח את כבוד האדם ולמנוע את המצב שגופו של העני ישמש כמצבור של חלקי חילוף עבור העשיר, ואפילו נותן העני את הסכמתו לכך. כשם שאין מתירים לאדם למכור עצמו כעבד, כך אין להתיר לו למכור חלקים מגופו²². מן הועלה החשש שאם יותר מכר אברים עלול הדבר להביא לביצוע פשעים כדי לספק את הביקוש לאברים²³.

טענה אחרת שהועלתה היתה שפתיחת שוק של אברים תגרום לכך שיגיעו לשוק אברים פגומים שיוצעו למכירה על-ידי מוכרים שבראותם לקויה, הנתונים במצוקה כספית. חשש זה מתחזק נוכח הניסיון שאיכותו של דם שנתרם טובה יותר מאיכותו של דם שנמכר²⁴.

הועלתה גם הטענה שאברים שיגיעו לידי אלה שיהיו מסוגלים לשלם עבורם את המחיר הגבוה ביותר לא יגיעו דווקא לידי אלה שיש להם, מבחינה גופנית, התאמה טובה ביותר לקליטת האיבר, דבר העלול להפחית את מספר ההצלחות בהצלת חיי אדם באמצעות השתלות²⁵.

קשור בנימוק הקודם גם הטענה כי משיקולים חברתיים אין לקבל שיטה שבה היכולת הכלכלית היא המכריעה בשאלה מי זוכה בקבלת איבר להשתלה²⁶. במענה לנימוקים אלה הועלו הנימוקים הבאים:

הטענה כי הסכמה הניתנת למכירת איבר בשל אילוצים כלכליים אינה הסכמה אמיתית, היא כוללנית מדי מכדי שאפשר יהא לקבלתה חלק ניכר מפעילותו של האדם גובע

- 18 כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
 19 תומר רב ערך על השאלה הזאת מצוי אצל ד' פרנקל, האספקטים המשפטיים של השתלות אברים (חיבור לתואר דוקטור למשפטים באוניברסיטה העברית), תשל"ו.
 20 Dworkin, *supra* n. 8, at p. 364.
 21 "The sale of Human Body Parts" *supra* n. 13, at p. 1219.
 22 Shapiro and Spece, *supra* n. 16, at p. 827; "The sale of Human Body Parts", *supra* n. 13, at p. 1217.
 23 ראה לעיל, הערה 14.
 24 Brams, *supra* n. 6, at p. 192.
 25 Dukeminier, *supra* n. 8, at p. 863.
 26 *Id.* at p. 861.

מאילו ציפים כלכליים ולא נוכל לקבל את הטיעון הכופר בתוקפם של כל ההסכמות הניתנות בשל מניעים כלכליים, ואפילו כאשר כרוך בדבר סיכון בריאותי (כגון הסכמות של המתגייסים לצבא קבע, של מתאגרפים, או של כורי פחם)²⁷. וכן, גם הסכמה לתרומת איבר, ללא תמורה, עלולה להיות תוצאה של לחץ חברתי שהופעל עליידי בני משפחה משותפים לתורם ולמקבל, ועל כן לא להיות הסכמה שהיא לגמרי תופשית²⁸. לא כל אילוף, כלכלי או חברתי, מצדיק פסילת התוקף המשפטי של ההסכמה²⁹, ואין על כן לזמזם שעצם העובדה שאדם מציע חלק מגופו בתמורה מעידה על כך, שהסכמתו פסולה.

אשר לטיעון כי יש להגן על כבוד האדם, ולו גם נגד רצונו, ריח של פטרנליזם נודף הימנו, שראוי לשקוד על הגבלתו למינימום ההכרחי כדי למנוע פגיעה בחירויות הפרט. לא קיימא לן שמכר רצוני של חלקי גוף נופל בגדר המינימום ההכרחי הזה³⁰.

החשש שהתרת מכירה של אברים תעודד ביצוע פשעים, כדי לספק את הביקוש, הוא חשש שוא אם מביאים בחשבון את העובדה שאברים אינם מוצעים למכירה בכיכר השוק. המיומנות הנדרשת בהוצאת אברים להשתלה, אכסנתם, פרק הזמן הקצר ממועד הפטירה שבו ניתן להוציא איבר מגווייה לצרכי השתלה, והאישפוח בבית החולים הכרוך בכך, כל אלה אינם מספקים קרקע נוחה להתפתחות של שוק עברייני באברים. לנדר מכך, לא סביר הוא להצדיק הימנעות מפעילות העשויה להביא מרפא לחולים, ולהציל חיי אדם, בשל החשש שמא תפתח בקשר לכך פעילות עבריינית. חברה מתוקנת מתמודדת עם סכנות שכאלה ואינה נסוגה בגללן מעשיית דברים חיוניים.

בדומה לכך, הסיטון הכרוך במוכרי חלקי גוף שאינם בריאים ניתן לצמצום עליידי בדיקות רפואיות קפדניות של "התורמים"³¹.

את התקלה שבהקצאת משאבים מוגבלים של אברים על-פי יכולתם הכלכלית היחסית של המקבלים ניתן למנוע עליידי כך שרכישת האברים תיעשה עליידי המדינה, או עליידי קופות החולים למיניהן, ואילו הקצאת האברים על ידם לנצרכים תהא שלא על-פי שיקולי יכולת כספית³².

המענה לטיעון האינטואיטיבי ברבר תחושת הסלידה המוסרית ממכירת אברים הוא כי נהפוך הוא – אם התרת מכירה של אברים תגדיל את ההיצע של אברים להשתלה³³, ודבר זה יאפשר להציל חיי אדם, הרי שבלתי מוסרית תהא הגישה אשר תימנע תוצאה זאת³⁴. לבד מן העמדה השוללת לחלוטין את ההכרה במכר חלקי גוף, שהוזכרה לעיל³⁵, היו

27 .Id. at p. 859; Brams, *supra* n. 6, at pp. 192-193

28 "The Sale of Human Body Parts", *supra* n. 13, at p. 1201

29 ג' שלו, סגמים בכריתת חוזה (פירוש לחוקי החווים, בעריכת ג' סרסקי), תשמ"א, עמ' 9, 208.

30 לטיעון הפטרנליסטי, המתמקד בדאגה לפרט, יש המוסיפים את הטיעון של דאגה לחברה, שעליה תיפול המעמסה אם הפרט יטול על עצמו סיכונים שיתממשו. Dukeminier, *supra* n. 8, at p. 859.

31 Brams, *supra* n. 6, at p. 192

32 Brams, *supra* n. 6, at p. 191

33 "The Sale of human Body Parts", *supra* n. 13, at p. 1264; Brams, *supra* n. 6, at p. 187

34 Brams, at p. 193. בכך: Brams, *supra* n. 6, at p. 187

35 Brams, *supra* n. 6, at pp. 192-193

36 ראה לעיל, בסמוך להערה 7, וכך: Mason and McCall Smith *supra* n. 8, at pp. 176-77. וזהו גם השקפתו של ד' פרנקל, לעיל הערה 19 עמ' 172.

שהציעו לקבל כעמדה עקרונית את שלילת המכר בכפוף לאפשרות התרתו במקרים חריגים בלבד, כאשר הרופא המנתח משתכנע שהדבר ייטיב עם המוכר, ובכפוף לכך שהאתיקה הרפואית הדוחה תראה זאת כמוצדק.³⁶

פתרון זה הוא בעינינו בלתי מניח את הדעת. הוא לוקה בחוסר מעשיות, בהטילו על הרופא המנתח לקבוע את עמדתו על בסיס אינדיבידואלי, עליפי מבחנים מאוד מעורפלים, בהעדר הכרעה עקרונית מנחה עליידי החברה. וכן, יש בגישה זו משום התחמקות של המשפטים מלקבוע עמדה ערכית, תוך הפניית השאלה הערכית אל הרופאים, להכרעתם. הרופאים, מצידם, אינם ששים אף הם ליטול על עצמם את ההכרעה האתית, והם מצפים שהמשפטים יסללו עבורם את הדרך.³⁷

פתרון אחר שיש הממליצים עליו הוא להתיר מכירת חלקי גוף אך רק לאחר הפטירה. ההנמקה היא כי בדרך זו נמנע את התופעה הבלתי רצויה של מכירת חלקים מגוף האדם, בעודו בחיים, בשל אילוצים כספיים.³⁸

בישראל אין תוראות חוק מפורשות ודנות בשאלה אם חלקים מגוף אדם חי הם כגדר "נכס", והאם ניתן לבצע בהם עסקאות, כגון מכר. ואולם, נקשר לדם יש הסדר מיוחד, שיש עמו אפשרות לקבלת תמורה מסויימת עבור מתן רם. חוק מגן דוד אדום, תש"י-1950, הסמיק את מועצת האגודה "מגן דוד אדום" להתקין תקנון לאגודה (סעיף 5). תקנות מגן דוד אדום, תשי"ג-1952, מתייחסות לתקנון של "ארגון תורמי דם ארצי", הטעון אישור עליידי מועצת האגודה (תקנות 12, 24). עליפי התקנון הזה, מינואר, 1981, יכול אדם לקנות ביטוח דם לכיסוי צרכיו, וכן צרכי ברוגו, ילדיו עד גיל שמונה עשרה, והורי שני בניהווג, עליידי "תרומת דם אחת בשנה". כן כולל התקנון הסדר מפורט לרכישת ביטוח קיבוצי עבור קיבוצים, מושבים, מוסדות ומפעלים, עליידי "תרומת דם" שנתית של אחוז מסויים מחברי הגוף המבוטח (10% או 14%, בהתאם לנסיבות).

אשר לגויית אדם, וחלקי גוייה, חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953,³⁹ הוא התוק העיקרי השייך לעניין. מהחוק הזה הסיק בית-המשפט כי גוייתו של אדם אינה נכס מנכסי עזבונו של הנפטר, וכי הנוטל עיניים מגוייה שלא כדון אינו חשוף לתביעה בנויקן בגין גזל מיטלטלין.⁴⁰ בית-המשפט הגיע למסקנתו בהסתמכו על סעיף 2 לחוק הקובע כי בהסכמת נפטר ניתן להשתמש בגוייה למטרות מדעיות. בית-המשפט היה סבור כי אילו היתה הגוייה נכס מנכסי העזבון כי אז היו יורשי הנפטר מוסמכים אף הם להתיר שימוש בגוייה למטרות מדעיות, ואילו החוק אינו קובע כן. חוק האנטומיה והפתולוגיה נותן אמנם מעמד מסויים לקרובי נפטר (שלא לעניין שימוש למטרות מדעיות) אך מעמד

36. Dukeminier, *supra* n. 8, at pp. 861, 865-866.

37. "a change in the law would itself stimulate a parallel change in organized medicine's rules of medical ethics". Brams, *supra* n. 6, at p. 194.

38. Brams, *supra* n. 6, at pp. 188, 193.

39. אשר תוקן בשנת התשמ"א-1980.

40. מלוגימסקי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה ירושלים ואח, ת.א. (י"ם) 17/78. פסקהדין ניתן עליידי השופט המתווז ראו א' גולרברג (פסקהדין לא פורסם).

זה ניתן להם לא מכח הזתם יורשים אלא מכח הזתם קרובי משפחה של הנפטר. "אין ליורשי הנפטר או למנהל עזבונו בתור שכאלה, כל זכויות בגווייה או לגווייה"⁴¹. אכן, חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, יש בו כדי לחזק את ההשקפה של אלה הגורסים שגוויית אדם, וחלקים ממנה, אינם בגדר "נכס" לפי משפטנו. חוק זה מעניק לקרובי משפחה המנויים בו⁴² – ולא ליורשים של עזבונו של נפטר על-פי חוק הירושה – זכות להתנגד לשימושים מסוימים בגווייה (ניתוח לשם קביעת סיבת המוות (להוציא מקרים שבהם יש חשש שהמוות נגרם בעבירה, ברשלנות וכדו'), כמפורט בסעיף 9 לחוק), או, שימוש בחלקי הגווייה לצרכי ריפוי, וזאת אם הנפטר עצמו לא הביע הסכמתו לכך בעודו בחייו). הוראה זו מתיישבת יפה עם ההנחה שגוויית אדם אינה חלק מעזבונו. ואולם, אין בהוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה כדי לשלול את התוקף של הסדר שלפיו "מוכר" אדם חלקים מגופו, בעודו בחייו, או לא-ר מותו. אדרבא, מכיוון שהסכמתם של הנפטר, או של קרוביו (או הערר התנגדות מצידם) עשויים לאפשר שימוש בחלק מן הגווייה לצרכי ריפוי – כאמור בחוק האנטומיה והפתולוגיה⁴³ – ממילא נפתחת בכך, למעשה, הדרך להתנאת ההסכמה (או ההימנעות מהתנגדות) בכך שמקבל החלק מן הגווייה יהא פלוני דווקא, ושיינתן תשלום עבור החלק⁴⁴. ככל שהתופעה של קבלת תמורה עבור חלקי הגוף או גווייה תיעשה שכחה יותר תקטן הסלידה החברתית שתופעה זו מעוררת, והנימוק

41 מובאה זו צוטטה בפסקי-הדין מתוך חיבורו של ר"ר ר' פרנקל, לעיל, הערה 19, עמ' 60, 28, 36. ראה גם: פ"ה שטראוס, דיני הירושה בישראל, תשל"ז, עמ' 27; א' כרמי, הירשאה החולה והחוק, ספריות מעריב, 1977, עמ' 58.

42 בדו"ג, ילדים והורים סעיף 6א(ד). כאשר לא מדובר בריפוי הגדרש ההצלת חיי אדם (והצלת חיי אדם וכתה להגדרה רחבה בסעיף 6א(ג2) לחוק), מוענקת הסמכות להתנגד גם לאדו ואחיותיו של הנפטר. ראה סעיף 6א(א1).

43 הסכמתו של אדם לשימוש בגווייתו אינה צריכה להעשות בדרך של צוואה. סעיף 1 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, תקנה 2, והתיספת לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ד-1954. בחוק איוון מעניין בין מצבים שבהם נדרשת הסכמה לבין מצבים שבהם די בהעדר התנגדות. ראה סעיפים 2, 2(ב), 6א(1), 6א(2)(ג), לעומת 5(ב), 6א(2)(ב), (ד). החוק מדבר על הסכמה לשימוש בחלק מגווייה לריפוי של אדם; עשויה להתעורר השאלה אם מיכשור שהושלל בגוף האדם, כגון קוצב לב, נכלל בכך. האם הסכמה שנתן אדם בחייו תתיר לבית חולים להוציא מגופו, לאחד מותו, קוצב לב, הנחוץ לשם ריפוי של אדם אחר? *Dickens, supra n. 15, at p. 198*. על עמדת ההלכה בעניין זה ראה מצגר, לעיל, הערה 9, עמ' ל.

44 בחוק האנטומיה והפתולוגיה אין הוראה ברבר הרירות ההסכמה של הנפטר, או של קרובי משפחתו. בארצות-הברית נקבע כי די בהצגה חריצודית של התורם כדי להביא לכיטול הסכמתו. *F.L. Best, Transfers of Bodies and Body Parts Under the Uniform Anatomical Gifts Act*, 15 *Real Property, Probate and Trust Journal*, 807, 813-814, 834 (1980). ניתן לומר כי ההסכמה הגרונה בחוק האנטומיה והפתולוגיה נדרשת בעת שמבקשים להשתמש בגווייה או בחלקיה, ועליכן הסכמה שהודיעו על ביטולה לפני השימוש לאו שמה הסכמה. המסקנה המוצעת, ברבר הרירותה של ההסכמה, אינה מחייבת את המסקנה הנוספת שביטול ההסכמה לא יהא בגדר הפרת חוזה. שאלה פתוחה נוספת היא אם הסכמה למתן חלק מגוף אדם, בעודו בחייו – כהנחה שיש לה תוקף – אף היא הרירה. שאלה זו, של מתן חלק מגוף האדם בעודו בחייו, אינה מוסדרת בחוק האנטומיה והפתולוגיה. האפשרות שההסכמה היא הרירה ואף-על-פי-כן יהא בביטולה משום הפרת חוזה אינה זרה למשפט. ראה למשל סעיף 28(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, שעניינו הפרת חוזה שאלה, ואי מתן הסעד של אכיפה.

לפסילת התוקף המשפטי של הסכמי מכר שכאלה, על יסוד היותם נוגדים את תקנת הציבור, ילך ויאבד ממשקלו. אם התהליך האפשרי הזה אכן יתממש, יהפכו חלקי גופו וגוויתו של האדם ל"נכס", לא רק למעשה אלא גם להלכה, ויוצרו או צורך להעריך מחדש את ההסדר הנוכחי שבחוק האנטומיה הפתולוגיה, לעניין גווייה וחלקי גווייה. ניצני ההכרה בחלקים שהופרדו מגוף אדם חי כ"נכס", עם הפרדתם, כבר הופיעו בפסיקה. בפרשת היועץ המשפטי נ' נזירה לוי פסק נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, השופט שאל, כי "הזכות של אדם בגופו אינה בבחינת קניין... אולם אחרי ביצוע הניתוח והוצאת הכליה היא נהפכת להיות נשוא של זכות קניינית, ואפשר יהיה לראות במסירתה להשתלה בגוף של אחות הקטינה מתנה במוכן סעיף 1 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968"⁴⁵. אמנם ההכרה באפשרות לתת חלק מגוף האדם ללא תמורה לא די בה כדי להפוך את החלק ל"נכס" (ראה לעיל, הערה 3). ואולם, התייחסותו המפורשת של בית המשפט לחלק שהופרד מגוף האדם כאל "נשוא של זכות קניינית" פותחת אפשרויות להתפתחות הדין בכיוון של הכרה גם בהעברה בתמורה. השאלה אם הדין אכן יתפתח בכיוון הזה תושפע מלחץ הביקוש לחלקי גוף. ככל שיגדל הפער בין הביקוש לבין ההיצע כן תגדל הסבירות שאכן זה יהיה כיוון ההתפתחות של הדין. אם, לעומת זאת, התפתחויות כשדה הרפואה יביאו למציאת תחליפים לחלקי גוף, או שהדין יתוקן כך שהרופאים יוסמכו ליטול חלקי גוף מגוויות, אף בניגוד לרצונם של נפטרים או קרוביהם, יקטן לחץ הביקוש והוא פחות סביר שהדין יתפתח בכיוון של הכרה באברים כנכסים. יחד עם זאת, בשל אופיו המיוחד של "הנכס" הזה אין להניח כי הדין יתייחס אליו אי פעם כאל נכס רגיל מנכסי האדם. המשפט יצטרך לפתח דינים מיוחדים המתחייבים מאופיו של נכס זה. כך, למשל, יש לצפות לכך שהדין ימנע מכר כפוי של חלקי גוף אם על-ידי שלילת הסעד של אכיפת חוזה, ואם על-ידי מניעת האפשרות של עיקול, מיסוך, או מכר בפשיטת רגל. כן סביר להניח שהסעד של השבה לא יינתן בחוזים למכירת חלקי גוף⁴⁶.

ג. נכסים בשלבי מעבר

התופעה של דבר שבעבר מאנו לראותו כנכס, ועם הזמן נתקבל ככזה, ידועה בעולם המשפט, כשם שידועה התופעה הפוכה, של דבר שהיה כנכס, ועם הזמן חדל להיות כזה (כגון מוסד העברות). כדוגמה ממשפטנו לתופעה זו ניתן להביא את "דמי-המפתח" כדיירות

45 היועץ המשפטי נ' נזירה לוי. תיק אפוזרופסות 1402/70. לא פורסם. מצוטט על-ידי ר' פרנקל, "פסולי דין כ'תורמי אברים" משפטים ג (תשל"א) 238, 244. בפרשת סלונימסקי נ' הפתורות מדיציניית הרפואה (לעיל, הערה 40), לא היתה התייחסות לפסקדין זה. שם נדונה השאלה של חלקי גווייה כנכס, בהבדל מהמקרה של נזירה לוי, שבו נדונו חלקי גוף של אדם חי.

46 וכן, דין הפוסל את התוקף של הוראה בצוואה להשמדת נכס לא יחיל, כמוכח, על הוראה בצוואה לשריפת גווייה, או לקבורתה *supra* n. 8, at pp. 834-835. בארצות-הברית מרכיבים גם לעסוק בשאלה אם יש לשלם בגין מכירת חלקי גוף מס הבנסה או שמא מס רווחי הון. הנטייה היא להיחשב למכר חלקי גוף כאל חוזה לשירות ולא כאל מכר מיטלטלין, ולא להחיל על כך את דיני האחריות למכר מוצרים פגומים. *supra* n. 13, at pp. 1254-1255. "The Sale of Human Body Parts", *supra* n. 13, at pp. 1258-1259, 1263. "Tax Consequences of Bodily Parts", 73 *Columb. L. R.* 842 (1973)

לפי החוק. הזכות לדמי־מפתח של דייר לפי־החוק, המפנה את דירתו, לא זו בלבד שלא הוכרה בעבר כ"נכס", אלא המחוקק אף ניסה ללחום נגד התופעה של תשלום דמי־מפתח כאמצעים עונשיים. ואולם, המציאות גברה על המשפט. התופעה של תשלום דמי־מפתח הלכה ונתפשטה, עד שלבסוף נאלץ המחוקק להשלים עמה, ולתת לה גושפנקא בחוק⁴⁷. דוגמא אחרת ממשפטנו הוא רשיון למונית ("מספר ירוק"). הוראות החוק שחלו בנושא זה אמורות היו לשוות לרשיון למונית אופי של זכות אישית, שקבלתו מותנית בתכונות האישיות של מקבל הרשיון (ותק בנהיגת מונית, וכו'). ואולם, המציאות טפחה על פניו של המחוקק, ועם הזמן נתפתח אף מחיר־שוק לרשיון למונית, בדומה להתפתחות תעריף של דמי־מפתח בתקופה שהמחוקק ניסה ללחום בתופעה זו. לאחרונה נתנה גושפנקא בחוק להתפתחות שחלה במציאות, ורשיון המונית הפך לדבר הניתן להעברה, בתנאים במפורשים בחוק⁴⁸.

החלוקה של דברים לכאלה שהם בגדר "נכסים" ולכאלה שאינם בגדר נכסים היא, אפוא, חלוקה שאינה קפואה. עם הזמן חלות בה תמורות, ולעיתים נוצרים בה גם מצבי ביניים, כאשר ההתפתחות במציאות מקדימה את המשפט ואינה משתקפת בו.

47 ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פד"י לו(1) 634, 637-638.

48 ראה תוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 19) התשמ"ו-1986, סעיף 14. וכן ראה הצעת תוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 19) התשמ"ו-1985, ה"ח מס' 1757, עמ' 34. גם רשיונות יבוא ויצוא, הניתנים על־ידי משרד התעשייה והמסחר, החלו עושים גוון קנייני, לאור ההתפתחות של שוק שבו נמכרים רשיונות כאלה על־ידי מקבליהם המקוריים. על מסחר ער ברשיונות כאלה דיווח עתון "הארץ" בתאריך 9.12.1985. על הקנייניות של רשיונות אישיים הניתנים על־ידי המדינה ראה: C.A. Reich, "The New Property": 73 Yale L. J. 733 (1964).