

## פסולי-דין כ"תורמי אברים" \*

מאת

דוד א. פרנקל

הבעיה בה נעסוק ברשימה זו היא שאלת ההסכמה לביצוע ניתוח בגופם של פסולי-דין (קטינים וכל אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו הוכרו כפסולי-דין), לצורך הוצאת אבר לשם השתלתו בגוף הזולת. במלים אחרות, באיזו מידה יכולים פסולי-דין לשמש כ"תורמי אברים". שאלה עקרונית שלא תידון באריכות ברשימה זו היא באיזו מידה רשאי אדם, לפי הדין החל בישראל, להסכים להוצאת אבר מגופו שלא לצורך ריפוי, הוא, אלא לצורך ריפוי של הזולת, או, אם נעמיד שאלה זו באופן אחר — עד איזו

\* מאמר זה הינו עיבוד של פרק מעבודת-מחקר הנעשית באוניברסיטה העברית בירושלים, לטם קבלת תואר דוקטור למשפטים, על הנושא "האספקטים המשפטיים של השתלת אברים", בהדרכת הפרופסורים י. ויסמן ו-ז. פלק.

1 לפי שיטת המשפט העברי, ניתוח זה, בעקרון, מותר — ראה שז"ת ציץ אליעזר חלק ט', סי' מ"ה, וכן שם, חלק י', סי' כ"ה, פרק ז', והסייג שבפרק כ"ח; באנגליה, המצב המשפטי אינו ברור די צרכו בשאלה זו — ראה G. Dworkin, "The Law Relating to Organ Transplantation in England," 33 (1970) *M.L.R.* 353 et seq. מתיר זאת — ראה *Schloendorff v. N.Y. Hospital*, 211 N.Y. 125, 129 (Ct. of App. 1914): "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body. . ."

אך לעומת זאת ראה דעת הרוב ב- *Maycock v. Martin*, 157 Conn. 56 (1968) והבקורת שנמתחה עליה ב- R. S. Brumbaugh, "Protection from One's Self: A Socratic Dialogue on *Maycock v. Martin*," 42 (1968) *Conn. B.J.* 465

דוגמה לשיטת משפט האוסרת, בעקרון, העברת אברים מאדם חי לזולתו היא שיטת המשפט האיטלקי — ראה סעיף 5 לקודקס האזרחי האיטלקי. לעיקרון זה קיים סיג אחד, והוא העברת כליה בין קרובים כאשר ה"תורם" הינו מבוגר ובעל דעה צלולה, וגם זאת — לאחר קבלת אישור מבית-משפט. ראה החוק מיום 26 ביוני 1967, מס' 458 — *Trapianto del rene tra persone viventi* — Gazz. Uff. 27 giugno 1967, n. 160, ed. straordinaria ב- *D. W. Meyers*, החוק הדני מיום 9 ביוני 1967 מתיר העברת אברים מאדם חי לזולתו — ראה *The Human Body and The Law*, 1970, Edinburgh, pp. 120-121 Post Mortem Examinations and קני גם כן מתיר העברת אברים מאדם חי לזולתו — ראה *Removal of Human Tissues Act, No. 30 of 1952* כפי שתוקן בסעיף 1 לחוק מס' 49 משנת 1961. הכנסיה הקתולית אינה מתירה השתלת אברים של אדם חי בגוף הזולת — ראה *Meyers, op. cit.*, at p. 126; ולעומתה התירה זאת הכנסיה של סקוטלנד בשנת 1968, שם, שם. בבריית המועצות אין חקיקה ישירה בנושא זה, וכנראה, בהעדר חקיקה מתאימה, העברת אבר מאדם חי למשנהו הינה בלתי מותרת — ראה *I. I. Gorelik, "Legal Regulation of Homotransplantation," 1969 Sovietskoi Gosudarstvo I Pravo, No. 9, p. 100* (in Russian); גם לפי שיטת המשפט המקסיקני, כנראה, העברת אברים מאדם חי למשנהו

מידה הסכמתו של אדם זה תהווה הגנה מספקת בפני האשמה פלילית או ביצוע עוולה אורחית מצדו של הרופא המנתח.<sup>2</sup>

כלל יסודי הוא שביצוע ניתוח בגוף אדם הינו מעשה תקיפה — הן במשמעותו הפלילית והן מבחינת דיגי הנזיקין. מעשה זה של תקיפה ניתוחי, בדרך כלל, לצידוק כאשר ניתוח הסכמה לאותו הניתוח — הסכמת החולה עצמו או הסכמת הממונים על אותו חולה.<sup>3</sup> כאשר יש הכרח בביצוע הניתוח לשם הצלת חיי אותו אדם, והחולה עצמו נתון במצב של חוסר הכרה או חוסר הבנה, הגישה המקובלת היא כי יש לראות כאן "הסכמה מכללא", כאילו אותו אדם, אילו היה בהכרה מלאה, היה מסכים לאותו הניתוח.<sup>4</sup> אך כאשר המדובר הוא בניתוח לשם הוצאת אבר לצורך השתלתו בגוף הזולת אפשרות זאת אינה קיימת, מאחר שלא ה"תורם" הוא החולה אלא אדם אחר.

כדי לבצע ניתוח על גופו של קטין או חסוי ולטובתו, יש לקבל את הסכמת הוריו-אפוטרופסיו,<sup>5</sup> וכאשר ההורים מסרבים לתת את הסכמתם, הרי בית המשפט רשאי להיכנס לתת הסכמה כזו או אף לתת אישור לאותה פעולה רפואית, חרף התנגדותם, כל עוד הטיפול דרוש להצלת חיי אותו קטין או חסוי.<sup>6</sup> אך כאשר הניתוח אינו לטובתו של אותו אדם, כמו במקרים בהם נדון, אלא לטובת הזולת, כאשר לאדם עצמו לא צומחת כל טובה ממנו, אלא — להיפך, ייגרם לו רק נזק פיזי, האם הסכמה לניתוח כזה תהווה הגנה בפני האשמה הפלילית או העוולה האורחית? כפי הגראה תשמש ההסכמה

אסורה — ראה M. Palavicini, et al., "Trasplante de Organos Humanos," 1969 *El Foro* 71, 76.

2 שאלה זו, מלבד היותה כרוכה בדיגי הנזיקין ובדין הפלילי, כרוכה גם בדיגי הקנין הכלליים — בדבר מהות הגוף ואבריו כנשוא לזכויות, אם בכלל, ולאילו זכויות. השאלה מצד זה טרם הוכרעה בישראל, לא בחקיקה ולא בפסיקה. באנגליה ובשאר ארצות המשפט המקובל נידונה שאלת הזכות בגופה, אך לא בגוף החי. באנגליה נפסק כי אין זכות קנין בגופה (*Williams v. Williams* (1882) Ch. D. 659), אך באוסטרליה הוכרה זכות קנין בגופת עובר בעל שני ראשים שנולד מח (*Doodeward v. Spence* (1908) 6 C.L.R. 406).

3 ראה ע"א 322/63 עשירה נ. מדינת ישראל, י"ח פד"י (2), 449; וכן בקגדה — *Marshall v. Curry* (1933) 3 D.L.R. 260, 274.

"A person's body must be held inviolable and immuned from invasion by the surgeon's knife, if an operation is not consented to..."

וכן בארה"ב *Schloendorff v. N.Y. Hospital, loc. cit., supra note (1) at p. 130*.

"A surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages..."; *Bonner v. Moran*, 126 F. 2d 121, 122 (D.C. Cir. 1941); "A surgical operation is a technical battery, regardless of its results."

4 ראה Clerk & Lindsell, *Torts*, 13th ed., 1969, London, § 675; Prosser, *Law of Torts*, 3rd ed., 1964, St. Paul., Minn., p. 104; Fleming, *The Law of Torts*, 3rd ed., 1965, Australia, p. 84.

5 ראה Lord Nathan & A. R. Barrowclough, *Medical Negligence*, 1957, London, p. 171 et seq.; A. R. Holder, "Informed Consent," 214 (1970) *J.A.M.A.* 1181, 1182.

6 ראה *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 311 F. 2d 1000, 1007-1008 (D.C. Cir. 1964).

הגנה בפני תביעת נזיקין, בעילת התקיפה, בארץ<sup>7</sup>, אך ספק אם הסכמה כזו תוכל לשמש צידוק בפני האשמה פלילית בדבר תקיפה חבלנית<sup>8</sup>.

אף אם נתעלם מכל הספקות, ובהנחה שאדם מבוגר ובריא נגפשו אכן רשאי להסכים, בישראל, לניתוח שיבוצע בגופו על מנת להוציא אבר ממנו לשם השתלתו בגוף הוולת, והסכמה זו תהווה הגנה מספיקה עבור הרופא המבצע את הניתוח, נשאר, בכל זאת, עדיין השאלה שיש לדון בה בכובד ראש, אם ניתן לקבל "הסכמה" כזו מפסולי-דין, מפייהם או באמצעות אפוסטרופסיהם. לשאלה זו שני חלקים: א. האם ההכרעה בדבר ביצוע ניתוח כזה נתונה בידי ההורים (או האפוסטרופסים) בלבד, והם רשאים "להסכים" במקום פסול הדין, או שמא עליהם לפנות לבית המשפט לשם קבלת אישור לכך מראש ב. כיצד יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו בבואו לדון בהתרת ניתוח כזה, באם נגיע למסקנה שהפניה לבית המשפט היא הכרחית? ולאחר בדיקת שאלה זו, לאור המצב הקיים, תתעורר שאלה נוספת—האם מצב זה משביע רצון, ואם לאו—מה החקיקה הרצויה לשם תיקונו.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב—יפו (כב' השופט י. שילה) סבר כי ההכרעה הבלעדית נתונה בידי ההורים ואין כל מקום להערבותו של בית המשפט בניתוח כגון זה<sup>9</sup>. אך כבר אקדים ואומר שנראה לי כי, עם כל הכבוד, טעה בית המשפט בפירושו שנתן לחוק הקיים. עובדות המקרה שנידון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב—יפו, כאמור, ואשר היה היחידי שנידון עד כה בארץ, היו כדלקמן:

- 7 ראה דעת הרוב בע"א 360/64 אבוטביל ג. פליגרי, י"ט פד"י (1), 429.
- 8 ראה את דעתו של כב' השופט ח. כהן בע"א 360/64 אבוטביל ג. פליגרי, לעיל, הערה 7. שופטי הרוב חלקו על דעתו בענין הביעת הנזיקין, אך לא לגבי שאר הפרטים, לרבות בשאלת ההסכמה כהגנה בפני תקיפה פלילית. וראה את *R. v. Donovan* [1934] 2 K.B. 498, וראה את *Donovan* (C.C.A.) 507. בעקבות פס"ד *Donovan* הנ"ל פסק גם בית המשפט הגבוה של דרום-ירודניה בענין *R. v. McCoy*, 1953 (2) S.A. 4 (S.R.), וכן בית המשפט העליון של דרום-אפריקה בי *The State v. Sikunyana and oth.*, 1961 (3), S.A. 549 (E.C.D.) וב-*S. v. D.*, 1963 G. Williams, 263, 265 (E.C.D.) (3). אך ראה ביקירה שנמתחה על פס"ד *Donovan* ב" *Consent and Public Policy*," (1962) *Crim. L. Rev.*, 155, 156; G. J. Hughes, "Criminal Law — Defence of Consent" (Comment), 33 (1955) *Can. B. Rev.* 88; S. A. Strauss, "Bodily Injury and the Defence of Consent," 81 (1964) *S.A.L.J.*, 179 והשווה עם: J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law*, 2nd ed., 1969, London, pp. 256-257. אם יתכנו ספקות בדבר חלות הלכה זו על עבירת התקיפה החבלנית לפי סעיף 250 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהרי אחד היסודות של התקיפה, לפי הגדרתה שבסעיף 248, הוא העדר הסכמה, ולפי פשוטה של הגדרה, מציאותה של הסכמה מהווה הגנה בכל מקרה, הרי בצידה של עבירה זו קיימת גם עבירת החבלה החמורה עפ"י סעיף 238, וגם עבירת החבלה עפ"י סעיף 241 (א) לאותה פקודה, שבהן אין ההסכמה או היעדרה מהווים אלמנטים בהגדרת העבירה. ניתן, אולי, לטעון כי בישראל בוטלה עבירת הנסיון להתאבד (בסעיף 6 לחוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), תשכ"ו—1966), והלכות אלו הנובעות מפס"ד *Donovan* מתאימות לאותן מדינות בהן קיים האיסור לגסות להתאבד, אך כנגד טענה זו ניתן לומר כי בעוד שעבירת הנסיון להתאבד בוטלה, הרי עבירת הסיוע לנסיון להתאבד (סעיף 225(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936) הושארה בתקפה.
- 9 תיק מ"א תל-אביב 1110/70, בענין הקטינה שולמית לוי, (לא פורסם), ובעקבותיו הלך בית המשפט המחוזי בחיפה (הנשיא א. שאל) בתיק אפטי חיפה 1402/70 היועץ המשפטי ג. נזירה לוי ואח' (לא פורסם), שהיה שלב נוסף בהליכים שהחלו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.

שולמית לוי הינה קטינה (בת 17) ומפגרת בשכלה. היא נמצאת במוסד "נטוע" לרגל פיגורה השכלי. אביה נפטר לפני שנים, כתוצאה ממחלת כליות, כך שאמה, נזירה לוי, נשארה האפוטרופה היחידה עליה. לשולמית אחות, מול, בת 21 – נריאה בנפשה אך חולה בגופה, שתי כליותיה פגועות, והיא נוקקת לכליה מלאכותית. לשולמית ולמול אחות גוספת – ויאולט, שגם היא בפיגור שכלי, ושני אחים – מאיר ודוד. אחות גוספת – לאה, נפטרה ממחלת כליות. האח מאיר – חלה בזמנו במחלת כליות, והאם, נזירה לוי, תרמה אחת מכליותיה שהושתלה בגופו של מאיר. בפני בית המשפט עמדה בקשתה של האם, נזירה, להרשות עקירת כליה מגופה של שולמית, כדי להשתילה בגופה של מול. נציגת היועץ המשפטי לממשלה התנגדה לבקשה. בית המשפט האמור קבע כי אין צורך לניתוח זה באישור מראש של בית המשפט, וכי ההכרעה היחידה היא בידי האם הרשאית להסכים במקומה של שולמית לניתוח זה שיבוצע בגופה של שולמית, אם תהיה היא, האם, בדעה שאכן ניתוח כזה הוא לטובתה של שולמית<sup>10</sup>. לאור זאת דחה את הבקשה מחמת הגימוק של חוסר צורך בהתערבותו. נימוקו היחידי של בית המשפט לנקודה זו הוא הפירוש שנתן לסעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962. סעיף זה קובע:

20. ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שביית המשפט אישרן מראש:
- (1) העברה, שיעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;
- (2) פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק;
- (3) גתינת מתנות, זולת מתנות והרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
- (4) גתינת ערבות;
- (5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי-הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין.

ועל סעיף זה אומר בית המשפט:

"סעיף 20 מפרט את הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שביית המשפט אישרן מראש וסעיף 47 מפרט את הפעולות שבהן האפוטרופסים זקוקים לאישור מראש של בית המשפט. עקירת כליה איננה מנוייה בין הפעולות האלה. פירוש הדבר, כי לניתוח זה אין צורך באישור מראש של בית המשפט...".<sup>11</sup>

נראה לי שכאן טעה השופט המלומד. סעיף 20(3) וכן גם סעיף 47(3) לחוק האמור מדברים על "גתינת מתנות, זולת מתנות והרומות הניתנות לפני הנהוג בנסיבות הענין"<sup>12</sup>. הוצאת אבר, לשם השתלתו בגוף הזולת, ידועה כיום כמינוח המשפטי

10 בית המשפט הוסיף ואמר כי, לדעתו, ניתוח זה לטובתה של שולמית, אך גם דעתו זו אינה נראית לי, וראה להלן עמ' 256–257.

11 סעיף 47 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, מונה את הפעולות בהן אין אפוטרופסים-על-פיי-מנוי רשאים לייצג את החסוי ללא אישור מראש של בית המשפט. הרשימה זהה לזו שבסעיף 20 לאותו חוק בתוספת ס"ק (6) המוסיף: "פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור".

12 בחוק זה אין הגדרה ל"מתנה". הגדרת המתנה בחוק המתנה, תשכ"ח–1968, אינה הגדרה

המקובל בעולם כ"מתנה" או "תרומה"<sup>13</sup>. מכאן, שגם לאור ניסוחם של סעיפים 20 ו-47 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962, אין ההורים או האפוטרופסים רשאים להתיר ניתוח כזה שלא באישור מראש של בית המשפט. משחק המלים של בית המשפט לפי "עקירת כליה אינה מנוייה בין הפעולות האלה" מוזר. האמנם הבקשה היתה לעקור כליה ותו לא? הבקשה היתה להרשות עקירת כליה לצורך השתלתה בגוף הזולת. עקירת כליה כשהיא לעצמה אינה מותרת, ופעולה כזו תהווה תקיפה חבלנית אם לא חבלה חמורה.<sup>14</sup> יתר על כן, אל לנו להתעלם מסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951.<sup>15</sup> סעיף זה הודן, אמנם, בשוויון האם לאב בעניני אפוטרופוסות, מזכיר לנו במפורש כי לבית המשפט קיים הכוח המקורי "לנהוג בעניני אפוטרופוסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד". סעיף זה לא בוטל, למרות ביטולים אחרים שנעשו באותו חוק, ולמרות שגם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962, קובע את מעמדם השווה של ההורים בעניני אפוטרופוסות,<sup>16</sup> ומכאן שסעיף זה הושאר במתכוון בספר החוקים שלנו לצורך זה. בהתאם למשפט העברי, על בית הדין מוטלת אף חובה לדאוג לגופם של קטנים. הכלל, כפי שקבעו הרב המנוח עזריאל זצ"ל, רבה הראשי של א"י הוא: "בית-דין הוא אביהם של קטנים, גם לענין גידולם, טיפולם וחינוכם התרבותי, וחיובים לפקח על גידולם וטיפוחם בגופם ועל תרבותם וחינוכם הנפשי...".<sup>17</sup> (ההדגשה שלי - ד.א.פ.). קיים אמנם, ויכוח אם מינוי אפוטרופוס על קטין, לפי המשפט

ממצה של "מתנה" לגבי כל החיקוקים בהם מונח זה מופיע, ובוודאי שלא לגבי אלה שקדמו לחקיקתו. נראה לי שהמושג "מתנה" כאן, כולל "תרומה" מנוסח לשון ס"ק (3), והוא מהווה מושג גורף ורחב. החוק אינו מדבר על מתנות של "נכסים" בעלי ערך כספי או אחר אלא על מתנות (ותרומות) באופן כללי, באופן הכולל אברי אדם, גם אם אינם נכסים בגדר המושג המקובל של "נכסים".

13 לדוגמה: החוקים השונים שבמדינות ארה"ב וקראים *Anatomical Gift Acts*. החוק האי-טלקי מיום 26 ביוני 1967 (ראה הערה 1 לעיל) מכנה פעולה זו בשם "*La donazione*"; ובדרום אפריקה, בחוק בדיקות שלאחר המוות והוצאת אברים, 1952 (ראה הערה 1 לעיל) וכן גם בהצעת חוק הרומות אנטומיות ובדיקות שלאחר המוות, 1969, מכונה הפעולה כ"*Donation*" - ראה *Anatomical Donations and Post-Mortem Examinations Bill*, 1969, 16 (*J. of F. Med.* 105).

14 יתכנו מקרים, אמנם נדירים, בהם יש צורך לעקור כליה מגופו של אדם למען בריאותו הוא. ראה על כך ב"*Organ Transplantation: The Doctor's Dilemma and the Lawyer's Responsibility*," 31 (1970), *Ohio St. L.J.*, 66, 87. אך לא במקרים כאלה אנו דנים ברשימתנו זו.

15 (א) האב והאם כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית-משפט או בית-דין מוסמך לנהוג בעניני אפוטרופוסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד.

16 סעיפים 14, 16, 25.

17 שיערי עזריאל, חלק א', ע"ד.

העברי, כולל גם אפוטרופוסות על גופו או רק על רכושו<sup>18</sup>, אך לפי כל גישה — אין הדבר משפיע ופוגע בחובתו של בית הדין לגבי הקטנים.

שאלה זו עצמה, של סמכות בית המשפט, לא התעוררה במישורין, עד כמה שידוע לי, בפני בתי המשפט האנגליים, האמריקניים ושל שאר ארצות המשפט המקובל, אך נגעו בה בעקיפין בבית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס בשלשה מקרים<sup>19</sup> ובמקרה אחד בבית המשפט לערעורים של מדינת קנטקי<sup>20</sup>, ובכל ארבעת המקרים, בתי המשפט שדנו בבקשות שבפניהם לאשר גיתוחים כאלה על קטינים ועל מפגר, יצאו מנקודת מוצא שאכן יש צורך באישור בית המשפט לגיתוחים אלה, ולא דחו את המתדיינים בפניהם תוך תואנה שאין צורך להיוקק להחלטותיהם<sup>21</sup>.

בית המשפט המחוזי בחיפה<sup>22</sup> שדן בגלגול נוסף של אותם ההליכים שהחלו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב הגיע לתוצאה מתמיהה<sup>23</sup>. בית המשפט (הנשיא א. שאל) קבע בהחלטתו כדלקמן:

"כחברי הנכבד, השופט שילה, גם אני סבור שהכרעה, אם פעולה מסויימת שעומדת על הפרק היא לטובת הקטין בנסיבות הענין, היא באחריותו של האפוטרופוס, ובית המשפט לא ישים את עצמו אפוטרופוס תחתו. אולם גראה לי כי האפו-

18 ראה ע"א 201/57 הרשקוביץ נ. פרקליט מחוז חיפה ואח', י"ג פד"י, 492, 498-502, ההולך בעקבות ע"א 50/55 הרשקוביץ נ. גרינברגר ואח', ט' פד"י, 791 ולעומתם: ב.צ. שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שנייה, תשכ"ו, ירושלים, 413.

19 *Masden v. Harrison*, No. 68651, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct., June 12, 1957; *Huskey v. Harrison*, No. 68666, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct., August 30, 1957; *Foster v. Harrison*, No. 68674, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct., November 20, 1957. בשלושתם גידונו מקרים של תאומים זהים קטינים. פסקי-דין אלה לא פורסמו בקובץ של פסקי-דין, רשמי או אחר, אלא גידונו בהרחבה ב-"Kidney Transplanta-tion in Minors," 34 (1959) *N.Y.U.L.Rev.* 891. יתכן שהסיבה לכך שבאנגליה לא גידונה שאלה זו כלל נעוצה בסעיף 1 של Children and Young Persons Act, 1933, ראה להלן, הערה 62.

20 *Strunk v. Strunk* 445 S.W. 2d 145 (Ky. 1969), בו גידונו מקרה של מבוגר מפגר בעל רמת משכל (I.Q.) של 35. במקרה זה דן בית המשפט בעיקר בשאלת כוחו לתת היתר לגיתוח כזה לאור הקביעה שללא היתר זה — הגיתוח אסור; דהיינו, אין האפוטרופוסים רשאים להחליט על דעת עצמם בבעיה זו.

21 מרחיקת לכת היא החקיקה האיטלקית בנושא זה. החוק משנת 1967, ראה לעיל, הערה 1, מתיר, אמנם, למבוגר בעל דעה צלולה לתרום כלית, אך הסכמה זו של האדם הבוגר טעונה עדיין אישורו של בית-משפט. הוצאת כליה, או אכר כלשהו, מקטין או מפגר, לשם השתלתה בגוף הזולת, אסורה בכל מקרה.

22 ראה לעיל הערה 9.

23 לאחר החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, פנה נציג היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי בחיפה (מאחר ששולמית נמצאת במוסד שבמחוז שיפוטו של בית-משפט זה) וביקש למנות לקטינה המפגרת, אפוטרופוס נוסף, ובית המשפט אכן מינה את ד"ר כהן, שהינו מנהל מחלקת ילדים בבית החולים תל-השומר, לאפוטרופוס נוסף לאם על שולמית. ד"ר כהן הודיע, לאחר מכן, ליועץ המשפטי של משרד הסעד כי "אחרי שיקול הגיע לידי מסקנה כי הנסיבות המיוחדות של הענין מחייבות אותו להסכים להתרמת כליה מגופה של הקטינה לשם השתלה בגופה של אחותה". (על הנסיבות והנימוקים לכך נעמוד להלן). במכתבו ביקש ד"ר כהן כי הענין יובא להכרעת בית המשפט. היועץ המשפטי הגיש, על כן, בקשה לבית המשפט המחוזי בחיפה לקבלת הנראות מתאימות.

טרופוס, לפחות האפוטרופוס שבית המשפט הטיל עליו את התפקיד הזה, זכאי לקבל הדרכת בית המשפט פן יכשל ויעשה מעשה שאסור עליו לעשות. על כן לא אגש לענין שלפנינו, כאילו אני צריך להכריע מה צריכה להיות ההחלטה הנכונה של האפוטרופסים. אבדוק רק אם על פי דין בכלל מותר לאפוטרופסים לתת את הסכמתם לניתוח מן הסוג של הניתוח המוצע, ואם תשובתי לשאלה זו תהיה בחיוב, אבחן הלאה, אם השיקולים של האפוטרופסים להתרת הניתוח במקרה המיוחד הזה הם סבירים ורלבנטיים. אולם אם החלטתי תהיה שהאפוטרופסים זכאים להסכים לניתוח ושהשתמשו בשיקולים נבונים שצריכים לענין, ההכרעה של התרת הניתוח תשאר הכרעת האפוטרופסים, והאחריות המוסרית תשאר בידיהם<sup>24</sup>. ... נשאלת השאלה אם להורים או לאפוטרופוס אחר יש הזכות להחליט מה שהקטינה אינה יכולה להתחילט בעצמה. האפוטרופוס הינו נציג הקטין (סעיף 4, 20, 47 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות), לכן הוא יכול לבצע פעולה משפטית במקומו של זה, אף כי לא נאמר הדבר במפורש בחוק, אך סמכות זו היא מוגבלת; פעולות מסוימות אין האפוטרופוס יכול לבצע אלא באישור בית המשפט מראש (סעיף 20, סעיף 47), ובכלל, כאמור, חייב הוא להיות מודרך בטובת הקטין. בין הפעולות הזקוקות לאישור של בית המשפט מוגה החוק 'נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהגה בנסיבות הענין' (סעיף 20(3), סעיף 47(4)). הזכות של אדם בגופו אינה בבחינת קנין, ומי שמקריב את חייו או את שלמות גופו הוא, מקריב את עצמו ולא נכס מנכסיו. ולכן הסכמה לביצוע הניתוח אינה טעונה אישור מראש של בית המשפט, אלא כאמור לעיל, הוא מסור לאחריות של האפוטרופסים עצמם. אולם אחרי ביצוע הניתוח והוצאת הכליה היא נהפכת להיות נשוא של זכות קניינית, ואפשר יהיה לראות במסירתה להשתלה בגוף של אחות הקטינה מתנה מובן סעיף 1 לחוק המתנה, תשכ"ה—1968. אם האפוטרופסים הסכימו כדין לניתוח, והוא בוצע, יהיה אבסורד לסרב את האישור ל'מתנה' זו, ובמידה שיש צורך בכך אני גותן את האישור.<sup>25</sup>

נראה לי, עם כל הכבוד, כי כאן הטעות שביסוד ההחלטה המזורה. לא אכנס במאמר זה לניתוח הבעיה של היות האדם ואבריו, בין אם הם עדיין בגופו ובין אם הוצאו מגופו, נשוא לזכויות, קנין או אחריות; אך גם אם נלך לפי גישתו של הנשיא א. שאל גיזוכה שמסקנתו אינה תואמת את שיטתו. אם, לדעתו, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות דן רק באותם נכסים של הקטין או פסול-הדין שהם נשואי זכויות קנין (ולכן "מתנה" שבסעיף 20 ו-47 אינה מתייחסת לענייננו), ואילו זכותו של אדם בגופו, וכן באברים שטרם הוצאו ממנו, אינה זכות קניינית, מגין להם, לאפוטרופסים, השואבים את כוחם וסמכותם מאותו חוק, להחליט בכלל ולפעול לגבי גוף הקטין ואבריו שאינם נשואי זכות קנין? ואם תאמר, שהחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות אינו מצטמצם רק לעסקות בנכסים נשואי זכות קנין, הרי מפני מה דווקא כאן יצומצם פירושו של המונח "מתנה"? מה עוד שהתוצאה אינה מתקבלת על הדעת. לפי מסקנתו של הנשיא הנכבד, אין צורך באישור לשם עקירת אבר מאבריו של הקטין או פסול-הדין. לדעתו,

24 סעיף 7 להחלטה.

25 סעיף 12 להחלטה.

האישור דרוש, אם בכלל, רק לשם השתלתו בגוף הזולת. מכאן — שאם יחליט אפוטרופוס לעקור אבר מאבריו של פסול-דין הנתון לחסותו, שלא לצורך ריפוי של פסול-הדין, ושלא לצורך השתלתו בגוף הזולת, אלא פשוט מתוך תענוג סדיסטי, או לכל היותר, לצורך ניסוי רפואי שהוא עצמו מתכוונן לבצע, הרי ההכרעה היא בידו, ולמעשה זה אין צורך באישור של בית המשפט... אמנם נכון, אומר כב' הנשיא, כי "האחריות המוסרית תשאר בידיהם" (של האפוטרופסים)<sup>26</sup>, וכן כי ההסכמה עצמה הוא ענין המסור "לאחריותם של האפוטרופסים עצמם"<sup>27</sup>, אך אף אם בסופו של דבר יובא האפוטרופוס בפלילים, ואף יוטל עליו עונש כבד — כיצד יתוקן הנזק שנגרם לפסול-הדין האומלל? האם זוהי התוצאה אליה שאף המחוקק, והאם זוהי התוצאה הנראית כרצויה בעיני בית המשפט? והאם לא חובה על בית המשפט להתערב בענין בעוד מועד מכוח סמכותו שבסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951?<sup>28</sup> נראה לי שאין להפריד בין עקירת האבר לבין השתלתו בגוף הזולת. המונח "מתנה" כפי שכבר נאמר לעיל, הוא מונח כללי וכוללני, ונתינת מתנה משתרעת על כל ההליך המתחיל בהוצאת האבר מגופו של ה"תורם" ועד לשתלתו בגוף הזולת. עקירת האבר כשהיא לעצמה תהווה עבירה פלילית<sup>29</sup>, ורק אם היא תוכנס למסגרת "נתינת המתנה" ניתן, אולי, להכשירה. הנשיא א. שאל, משאיר, בכל זאת, בידי ביהמ"ש תפקיד כלשהו — לבדוק את הסבירות והרלבנטיות של שיקולי האפוטרופסים. אם, כפי שקבע, אין צורך בפניה אליו, וכי כל ההכרעה היא ענין לאפוטרופסים לענות בו, כיצד ימלא בית המשפט תפקיד זה במקרים בהם האפוטרופסים לא יפנו אליו לקבלת הוראות? וכיצד יפסוק כאשר שני אפוטרופסים יגיעו להכרעות שונות, כאשר לכל אחד יש שיקולים סבירים ורלבנטיים לתוצאתו?<sup>30</sup> בית המשפט אף לא שמע הוות דעת רפואיות או אתרות. הוא הסתפק במכתבו של האפוטרופוס אל היועץ המשפטי של משרד הסעד לפיו קיבל האפוטרופוס הוות דעת רפואיות והגיע למסקנות אליהן הגיע<sup>31</sup>. לאור זאת קובע כב' הנשיא: "את המידע שד"ר כהן מביא במכתבו שאף לדבריו מבריקת החומר הרפואי הנוגע בדבר ומשיחות עם הרופאים המטפלים. הוא בעצמו רופא, ואף כי מומחיותו אינה דווקא בשטח זה של המדע הרפואי, חזקה עליו, כמנהל מחלקה חשובה בבית חולים גדול, שידע להעריך אל נכון את מידת המהימנות של המידע שדלה מן המקורות האלה"<sup>32</sup>. לאור זאת, צימצם הנשיא את תפקידו לבדיקת סבירות שיקוליו של האפוטרופוס באורח מוזר ביותר.

26 סעיף 7 להחלטה.

27 סעיף 12 להחלטה.

28 ראה לעיל הטקסט שבסמוך להערה 15.

29 ראה הטקסט שבסמוך להערה 14.

30 מקרה כזה יכול לקרות, והנשיא הנכבד אפילו אומר זאת בסעיף 15 להחלטתו: "את השיקולים שהביאו את ד"ר כהן, ואת האם, לכך שהם בכל זאת מוכנים להסכים לניתוח הבאתי לעיל. יתכן שאפוטרופוס אחר לא היה מגיע לידי אותה מסקנה, שהשתלת כלית מגוף הקטינה לאחותה יהיה בנסיבות המקרה לטובתה. אולם לא אוכל להגיד כי השיקולים אינם סבירים מלאים וענייניים". השופט מודה שיש שיקולים סבירים גם נגד ביצוע הניתוח, אך לא ענה על השאלה כיצד יפסוק בית המשפט במקרה שלא יוכל לפסול את סבירות שיקוליהם של כל אחד מהצדדים.

31 סעיף 9 להחלטה.

32 שם.



בית המשפט סומך ידיו על חוות דעת כפי שסוכמה בכתב על-ידי אחד הצדדים לדין, ואף לא במכתב המופנה אל בית המשפט. אמנם נכון, ד"ר כהן הינו רופא, אך מה הקושי לשמוע חוות דעת של רופא מומחה העוסק באותו שטח, כדי שבית המשפט יוכל להסיק את מסקנותיו באופן ישיר? ומה היה הדין אילו האפוטרופוס לא היה רופא במקצועו? בית המשפט אף הרחיק לכת במעשהו זה וכאילו מינה את האפוטרופוסים ל"שופטים" של ערכאה ראשונה, ואת עצמו כשופט בית-משפט לערעורים השומע ערעור על החלטה של בית-משפט נמוך שקבע ממצאים בהם לא יתערב בית-משפט לערעורים... את יחסו לגבי פעולות אפוטרופוסים קבע כאילו היה בג"צ בהתייחסו להחלטות המינהל, בהן לא יתערב אלא אם יוכח לו שנעשו תוך שיקולים בלתי סבירים ובלתי רלבנטיים. וכל זאת, כמובן, בהנחה שאותו אפוטרופוס, למרות שאינו חייב לעשות זאת לפי גישתו של הנשיא א. שאל, אכן יואיל לפנות לבית המשפט לקבל הוראות קשה לי, עם כל הכבוד, להסכים לגישה זו ולהחלטתו של כבי' הנשיא, אשר משום מה לא הוגש עליה ערעור לבית המשפט העליון וכך נמנע מאתנו לדעת, בשלב זה, מה יחסו של בית המשפט העליון לבעיה בכללותה.

הנובע מהאמור עד כה, בהתעלם מן ההחלטות האמורות, שנראה לי, עם כל הכבוד, שבטעות יסודן, שבישראל, הכרעת התורים או האפוטרופוס בדבר ביצוע ניתוח בגופו של פסול-דין הנתון לחסותם, לשם הוצאת אבר כדי להשתילו בגוף הזולת, אינה מספקת, ואין הם רשאים "להסכים" בשם אותו פסול-דין או לייצגו לצורך ענין זה, ללא אישור מראש של בית המשפט. גישה זו תואמת גם את עמדת המשפט העברי, וכן את הגישה של בתי המשפט האמריקניים האמורים (במה שנוגע לסמכות האפוטרופוסים בלבד, או חוסר סמכותם) והיא אף פחות תמורה מזו של החוק האיטלקי הדורש אישור בית-משפט לניתוח כזה לגבי מבוגר, גם באותו מקרה בו מותרת העברת האבר — הכליה בלבד — ממבוגר לבן משפחה.<sup>83</sup>

לאור מסקנה זו עלינו לדון כעת בשאלה — כיצד יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו בבואו לדון בהתרת ניתוח כזה.

ניתוחים, בדרך כלל, הינם חוקיים, אם נתמלאו ארבעה תנאים אלה:

1. המנותח נתן הסכמה מלאה, הופשית, מתוך הכרה ולאחר קבלת מידע;
2. הניתוח צריך להיות לשם ריפוי של המנותח: הוא צריך להיות לטובתו;
3. חייב להיות הצדק חוקי לניתוח;
4. הניתוח חייב להיות מבוצע בידי אדם בעל הכשרה מקצועית מתאימה.<sup>84</sup>

33 במאמר I. Packel, "Spare Parts for the Human Engine," 37 (1965) *Penn. B. Ass. Q.* 71, 77 מביע המחבר את דעתו כי לאחר שנתקבלה הסכמת ההורים, אין צורך לעכב ניתוח כזה על קטין עליידי פנייה, שלדעתו היא חסרת משמעות, לבית המשפט לשם קבלת אישור לו. המחבר, בצורה שטחית ובלתי משכנעת, וללא הפנייה למקורות, טוען שענין זה הוא בגדר דיני הגזיקין הרגילים בלבד, והרופא יצא ידי חובתו אם קיבל הסכמה מאת הורי הקטין, מאחר שעליידי הסכמה כזו, לדעתו, הרופא מחוסן בפני תביעת גזיקין של אותם הורים כלפיו. קשה להסכים לגישה זו, ולו רק מהסיבה שהמחבר התעלם מכל האספקטים האחרים הכרוכים בניתוחים אלה. לגבי המינות שהמחבר השתמש בו (Spare Parts) ראה להלן את הטכסט הסמוך להערה 64 ואת ההערה עצמה.

G. Dworkin, *op. cit.*, supra note (1) at pp. 356-357

התנאים החשובים לדיוננו הם שנים הראשונים<sup>35</sup>. יש לתת, איפוא, לאדם העומד להינתח את מלוא הידע הקשור בניתוח ולהסביר לו את כל הסכנות והסיכונים הכרוכים בו. פירוש הדבר הוא גם כי האדם העומד לקבל אותו מידע, צריך להיות במצב נפשי ושכלי כזה שיאפשר לו להבין ולהחליט תוך רצון חפשי, ללא לחץ כלשהו, משפחתי או אחר. החובה של נתינת המידע מוטלת בראש וראשונה על הרופא כלפי העומד להינתח<sup>36</sup>, ואסור לרופא להמעיט בתיאור הסיכונים כדי "לשכנע" את העומד להינתח להסכים<sup>37</sup>. אם לא נמסרו למנותח כל פרטי הסיכונים הידועים לרופא, אין הסכמתו הסכמה, וכן הרופא נחשב כמי שהתרחל במילוי תפקידו<sup>38</sup>. וההלכה, כפי שסוכמה בפלורידה, היא:

"Unless a person who gives consent to an operation knows its dangers and the degree of danger, a 'consent' does not represent a choice and is ineffectual."<sup>39</sup>

כאשר המדובר הוא בפסול-דין הרי הידע המלא צריך להינתן להוריתם או לאפר-טרופסיהם, על פי המקרה, והם רשאים, ולפעמים אף חייבים, "להסכים" בשם אותו פסול-דין, כאשר הגיתוח דרוש לבריאותו של אותו פסול-דין או להצלת חייו<sup>40</sup>.

35 בתנאי השלישי, בו הדוגמה המקובלת היא ניתוח ההפלה האסור עפ"י חוקים במדינות רבות, אף כי יש לו השלכה על עניננו, מאחר שהצדק חוקי של ניתוח כרוך, במידה רבה, בהתקדמות המדע ובהתפתחות ההשקפות על מהות המוסר האנושי והסדר הציבורי, ודוגמה לניגודי השקפות אנו יכולים למצוא בניתוחי העיקור המבוצעים היום, לא נעסוק ברשימה זו, מאחר שהדיון בו יחרוג ממסגרתה. לגבי התנאי הרביעי – לאור ההוראות בחוקים שונים כגון, סעיף 231 לפקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף 35 לפקודת הנויקין (נוסח חדש), וסעיפים 3 ו-20 לפקודת המתעסקים ברפואה, 1947, אין צורך לדון בו ברשימה זו.

36 ראה *Bolan v. Friern Hospital Management Committee* (1957), 2 All E.R. 118, 123 (Q.B.D.).

37 ראה *Hatcher v. Black* (1954), C.L.Y. 2289.

38 ראה *Hatcher v. Black*, *ibid.*; *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Bd. of Trustees* 317 P. 2d 170 (Cal. 1957); A. H. McCoid, "A Reappraisal of Liability for Unauthorized Medical Treatment," 41 (1957) *Minn. L. Rev.* 381 et seq.; *Mitchell v. Robinson*, 334 S.W. 2d 11, 18 (No. 1960); *Woods v. Brumlop*, 71 N.M. 221, 377 P. 2d 520 (1962); J. G. Castel, "Some Legal Aspects of Human Organ Transplants in Canada," 46 (1968) *Can. B. Rev.* 345, 365; W. D. Landsverk, "Informed Consent as a Theory of Medical Liability" (1970) *Wis.L.Rev.* 879.

39 *Bowers v. Talmage*, 159 So. 2d 888, 889 (Fla., 1964). בקליפורניה סוכמה ההלכה כך: "A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability, if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intellectual consent by the patient to the proposed treatment. Likewise the physician may not minimize the known dangers of a procedure or operation in order to induce his patient's consent. At the same time, the physician must place the welfare of his patient above all else..." (*Salgo v. Leland Stanford*, *loc. cit.*, *supra* note (38) at p. 181).

הגדרת "הסכמה" גידונה בהרחבה על-ידי השופט הבריטי *Sir Roger Ormrod* בהצגה שנשא בפני הקולג' המלכותי של רופאים כלליים בנובמבר 1967: "Medical Ethics," 2 (1968) *B. Med. J.*, Apr. 6, pp. 7-10.

40 ראה: *Lord Nathan & A. R. Borrowclough, op. cit.*, *supra* note (5).

אך כאשר הניתוח אינו לשם ריפוי של אותו אדם או הצלת חייו, בהנחה שניתוחים כאלה, אמנם, מותרים, הרי ההסכמה חייבת לבוא מפיו של אותו אדם אשר על גופו עומדים לבצע את הניתוח.

עקרון זה נקבע בצורה חד משמעית כאשר נידונו פרשיות ניסויים רפואיים על בני-אדם. ביום 19 באוגוסט 1947 הרשיע בית המשפט לפשעי מלחמה בנירנברג 23 גרמנים, ברובם רופאים, באשמת עריכת ניסויים על בני-אדם. בפסק הדין קבע בית המשפט 10 כללים הנחשבים לעקרונות המוסר האנושי, העדיפים על פני כל חוק פנימי של מדינה איזו שהיא, והעובר עליהם ייחשב לפושע נגד האנושות. הכלל הראשון לכללים אלה קובע:

"1. The *voluntary consent* of the *human subject* is absolutely essential. This means that *the person involved* should have *legal capacity* to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, deceit, overreaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision. This latter element requires that before the acceptance of an affirmative decision by the experimental subject there should be made known *to him* the nature, duration, and purpose of the experiment; the method and means by which it is to be conducted; all inconveniences and hazards reasonably to be expected; and the effects upon his health or person which may possibly come from his participation in the experiment..."<sup>41</sup>

וכך נקבע אותו הכלל בהצהרת הלסינקי משנת 1964, המהווה קובץ כללי אתיקה של התאחדות הרופאים העולמית:

"III. ...

1. ...

2. The nature, the purpose, and the risk of clinical research must be explained to the subject by the doctors."<sup>42</sup>

הצהרת הלסינקי האמורה פותחת פתח לאפשרות לקבל הסכמת ההורים או האפו-טרופסים, לביצוע ניסוי על קטין, אך זאת כאשר ההגבלה היחידה לגביו היא גילו, ולא מצבו הנפשי או הגופני<sup>43</sup>, ובכל מקרה אל לנו לשכוח כי אין הצהרת הלסינקי מסמך משפטי אלא קובץ כללים שנקבעו על-ידי רופאים בלבד.

*of the President and Directors of Georgetown College, Inc., loc. cit., supra note (6); A. R. Holder, op. cit., supra note (5)*

*Law and Ethics of Transplantation* (formerly entitled *Ethics in Medical Progress*) ed. by G. Wolstenholme & M. O'Connor, 1968, London, p. 216 et seq.

42 שם, בעמ' 219-221.

43 ראה סעיפים 3a ו-3b לחלק III של ההצהרה, שם, בעמ' 121.

אך למרות אפשרות זו, באנגליה אין מרשים לבצע כל ניסוי רפואי על קטין, אפילו בהסכמת הוריו, אם קיים בניסוי זה סיכון כלשהו ואין מטרת הניסוי טובתו הרפואית הישירה של אותו קטין.<sup>44</sup>

עקרונות אלה, שנקבעו אמנם לגבי ניסויים רפואיים על בני-אדם, יפים גם למקרי ניתוחים לצורך הוצאת אברים לשם השתלתם בגוף הזולת, מאחר שהבסיס לשניהם זהה. בשני המקרים, בזה של ניסוי הרפואי ובו של ניתוח לשם עקירת אבר לצורך השתלתו, פוגעים בגופו של אדם שלא למען בריאותו הוא, אלא לטובת אדם אחר – בין אם אותו אדם אחר הינו מסויים ובין אם הוא אינו מסויים, כגון החברה בכללה, מה עוד שהשתלת אברים טרם יצאה מגדר שלבי ניסויים.<sup>45</sup>

חוקיקות הדנות בהשתלת אברים מן החי אל החי אכן קובעות כללים אלה במפורש. החוק האיטלקי משנת 1967<sup>46</sup> אינו מתיר העברת כליה, שהיא האבר היחיד המותר להעברה באיטליה, ממי שאינו אדם בוגר ובעל דעה צלולה; החוק הדני<sup>47</sup> גם כן מתיר העברת אברים רק מאדם בוגר וצלול בדעתו, וכן אף החוק הדרום-אפריקני אוסר הוצאת אבר כלשהו ממי שאינו בוגר ובריא בנפשו לשם השתלה בגוף הזולת, ואינו מאפשר קבלת "הסכמה" מפי מישהו אחר במקומו או עבורו.<sup>48</sup>

התגיון שמאחורי כללים אלה ברור. כל מהותה של פסלות-הדין היא שדעתם של אותם חסויים ומצבם הנפשי הם כאלה שהם אינם יכולים לדאוג לעצמם ולהחליט החלטות באורח חופשי ומלא. לשם כך הם זקוקים לאפטרופסים, הן לשם הגנה עליהם מפני הזולת, והן לשם הגנה עליהם מפני עצמם. גם מבוגרים, לעתים, החלטתם ניתנת על סמך רגשות ולהצים ולא דווקא על פי הגיון ישר ושכל בריא. ההתפתחות בדבר קרבות הדו-קרב, דרך משל, מהווה דוגמה לכך. כל עוד הותר הדו-קרב הרי המסרב לו היה נראה כפחדן, ואז הסכמתו ניתנה תוך פחד נסתר מפני לעג החברה, אך כאשר החוק ראה בדו-קרב מעשה פלילי וכל הסכמה אינה מהווה הגנה נגדו והפיכתו למותר, אזי נשתחררו אותם אנשים מאותו פחד נסתר, והרגישו עצמם חופשיים לסרב לדו-קרב מתוך הסתמכות על האלמנט הפלילי שבדבר.<sup>49</sup> וגלנוויל וויליאמס מסכם נקודה זו באופן הבא:

"It shows, therefore, that the law may be justified in disregarding the consent of the victim of the act, even when that consent is given by an adult who is fully informed as to the situation."<sup>50</sup>

44 ראה G. Edsall, "A Positive Approach to the Problems of Human Experimentation," 98 (1969) *Daedalus* 463, 470. הסיבה לכך נעוצה, כנראה, בהוראות סעיף 1 של Children and Young Persons Act, 1933, ראה להלן, הערה 62.

45 ראה M. H. Pappworth, "Ethical Issues in Experimental Medicine," in *Updating Life and Death: Essays in Ethics and Medicine*, ed. by D. R. Cutler, 1969, Boston, 64, 76-77.

46 לעיל, הערה 1.

47 לעיל, הערה 1.

48 ראה S. A. Strauss, "The Law Relating to Tissues and Organ Transplantation in South Africa," 9 (1968) *Codicillus* 16, 19.

49 ראה G. Williams, *op. cit.*, supra note (8), at p. 78.

50 שם, בעמ' 77.

ואם כך הוא לגבי בוגרים, קל וחומר – לגבי קטינים. האם ייתכן לומר על ילד בן 9, למשל, כאשר מהבחינה הרפואית יכול הוא לשמש "תורם" אידיאלי של כליתו לאחיו החולה, שהסכמתו לניתוח זה, אם יתן, היא הסכמה מלאה מתוך רצון חופשי ולאחר קבלת כל המידע? אני בטוח שילד כזה אינו מסוגל להבין את משמעות הסיכונים של ניתוח זה עבורו ותוצאותיהם. נוסף לכך – הוא חי עם הוריו, עם אותו אה חולה, שכניו, נפגש הוא עם חבריו, וכולם מצביעים עליו, כולם משוחחים על הענין סביבו, ואף מבלי שיאלצוהו במפורש להסכים, הרי מפני שכולם לוהצים עליו, והוא אינו מסוגל לעמוד באותו לחץ כבד המוטל על רגשותיו ופחדיו הפנימיים, יתן הוא את "הסכמתו" המאולצת, היכולה לבוא גם מכיוון שירצה להיראות כגיבור. אך בכל אופן אין לומר על "הסכמתו" שהיא ניתנה מתוך רצון חופשי, מלא, תוך הבנה וקבלת המידע המתאים. לא בכדי קבע המחוקק גיל בגרות. דוקא כדי להגן על הקטין עשה זאת. הטענה כאילו אותו קטין, אילו היה כבר מבוגר, ודאי שהיה מסכים לחת אבר מגופו כדי להציל חי בן-משפחתו, הוכחה כבלתי מבוססת לאור מחקר שדה מאלף שנערך בארה"ב<sup>61</sup>.

נחזור כעת לארבעת המקרים שנידונו במסצ'וסטס<sup>62</sup> ובקנטקי<sup>63</sup>, ובתחילה נדון באלה של מסצ'וסטס שעניינם בקטינים בריאים.

מקרים אלה היו של 3 זוגות תאומים זהים. שני זוגות בני 14 שנים וזוג תאומים אחד בני 19 שנים. בכל זוג תאומים כזה היה אחד חולה בכליותיו והשני בריא. בית החולים סירב לבצע את הניתוחים בטרם יקבל צו מתאים מבית המשפט המחיר לבצע ניתוחים אלה על האחים הבריאים. בפני בית המשפט הובאה חוות דעתו של פסיכיאטר שקבי-עותיו הביאו את בית המשפט להתליט כי:

"If this operation is not performed and Leon (= החולה) dies, in his (= הפסיכיאטר) opinion a grave emotional impact on Leonard (= הבריא) would result. This would be further aggravated by a realization that it was within his power to have saved the life of his brother had this operation been performed."

וכן מצא בית המשפט כי:

"Leonard has been fully informed and understands the nature of the operation and its possible consequences."

בית המשפט מסכם זאת באמרו:

"I am satisfied from the testimony of the psychiatrist that grave emotional impact may be visited upon Leonard if the defendants (= בית החולים) refuse to perform this operation and Leon should die, as apparently he will..."

Such emotional disturbance could well affect the health and physical well-being of Leonard for the remainder of his life. I therefore find that this operation is necessary for the continued good health and future well-

R. G. Simmons et al., "Family Tension in the Search for a Kidney Donor," 51  
215 (1971) J.A.M.A. 909

52 לעיל, הערה 19.

53 לעיל, הערה 20.

being of Leonard and that in performing the operation the defendants are conferring a benefit upon Leonard as well as upon Leon."<sup>54</sup>

על גישה זו של בית המשפט במסצ'וסטס נמתחה ביקורת חריפה מצד מלומדים רבים.<sup>55</sup> המלים בהם השתמש הפסיכיאטר ועליהם הסתמך בית המשפט — "a grave emotional impact" — אינן אומרות, למעשה, מאומה. זהו ביטוי כה רחב עד כי אפשר לכלול בו כל דבר. לא נאמר על-ידי הפסיכיאטר — במה יתבטא אותו "impact". ושוב חוזרת השאלה — כיצד ניתן לומר על ילד בן 14 שהוא הבין הבנה מלאה את טבעו של הניתוח ותור-צאותיו האפשריות? אם אכן מסוגל ילד בן 14 להבין משמעות ענין זה שהוא חמור ומסובך, מה טעם מצא המחוקק לגכון לקבוע את גיל הבגרות, בארה"ב ל-21<sup>56</sup>, ולמנוע מאותו ילד אפשרות להתום על התחייבות בסכום כספי קטן כלשהו? האם עקירת בליה פחות חמורה מהתחייבות לשלם סכום של — 50 ל"י, למשל? גם אין אנו יודעים מה וכיצד הוסבר לאותם קטינים מעשה הניתוח ותוצאותיו.

פרופ' ד. דאובה הביע בענין זה דעה חד-משמעית:

"Children should on no account be donors . . ."<sup>57</sup>

ופרופ' ג. דבורקין אומר על בעיה זו:

"Parents, however, cannot be philanthropic on behalf of their children and the law must protect a child even against his own philanthropy . . ."<sup>58</sup>

הצעתו של ד"ר ג. קסטל היא:

"Actually, legislation should be passed to prohibit children under a certain age from acting as donors."<sup>59</sup>

המשפט העברי, שאינו אוסר באופן עקרוני השתלת אברים מן החי, כפי שראינו<sup>60</sup>, מתנה זאת, בין השאר בכך שהמגדב יהא מגדב בלב שלם וגמור<sup>61</sup>. כיצד ניתן להחיל כלל זה על קטיין?

באנגליה, כנראה, לא תיחנן תוצאה כזו שהיתה במסצ'וסטס, לפחות לגבי ילדים עד גיל 16 שנים, לאור הוראותיו של סעיף 1 של Children and Young Persons Act, 1933, האוסר כל מעשה או מחדל שבעקבותיו עלול להיגרם לילד נזק פיזי כלשהו, לרבות

54 Curran, *op. cit.*, supra note (19), at p. 893. שלש ההחלטות של בית המשפט במסצ'וסטס, למרות שכל אחת ניתנה מפי שופט אחר, דומות מאוד בתכנן, ואף מסתמכות אחת על קודמתה. 55 מלבד Curran, *op. cit.*, supra note (19), ראה גם: David W. Louisell in *Law and Ethics*, supra note (41), at pp. 85-86; David Daube in *Law and Ethics*, supra note (41), at pp. 198, 199; J. G. Castel, *op. cit.*, supra note (38), at p. 370 et seq.; F. C. Woodside, *op. cit.*, supra note (14), at pp. 76-80; G. Dworkin, *op. cit.*, supra note (1), at p. 360; D. W. Meyers, *op. cit.*, supra note (1), at p. 123 et seq.

56 במקומות אחרים, כמו בישראל, גיל הבגרות נמוך יותר.

57 D. Daube in *Law and Ethics*, supra note (41) at p. 198.

58 G. Dworkin, *op. cit.*, supra note (1) at pp. 360-361.

59 J. G. Castel, *op. cit.*, supra note (38) at p. 375.

60 ראה לעיל, הערה 1.

61 ראה רבב"ם פ"ה מחיבל ומויק ה"א; טור הח"מ ס' תכ"א סע' י"ב; ציץ אליעזר, לעיל, הערה 1. והמקורות המובאים בהם.

אבדן אבר מגופו.<sup>62</sup> ודברים בוטים אומר בית המשפט העליון של ארצות-הברית במשפט  
*Prince v. Massachusetts*<sup>63</sup>:

"Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make the choice for themselves."

כל האמור עד כה מתייחס לקטינים הבריאים בנפשם, אך הבעיה הולכת ומחמירה כאשר אנו דנים בחולי נפש ומפגרים, בין מבוגרים ובין קטינים. מסכנים אלה, שהגורל כבר התאכזר כלפיהם, אינם יכולים ואינם מסוגלים להבין את משמעות הניתוח והרצאותיו, ולכן — כך נראה לי — אסור, מהבחינה המוסרית והמשפטית, להרשות שאדם כזה ישמש כ"תורם" לאברים, כי אם ישמש ככזה יהיה זה בעל כרחו, וגופו ישמש כמקור ל"חלקי חילוף"....<sup>64</sup>

אך במקרה היחיד שפורסם בארה"ב בו התעורר הענין בפני בית המשפט במלוא חריפותו פסק האחרון אחרת. המדובר הוא בענין *Strunk v. Strunk*<sup>65</sup>. העובדות במקרה זה היו כדלהלן: טומי סטרנק, בן 28, נשוי, חלה במחלת כליות כרונית, והטיפול בכליה המלאכותית בו לא יוכל להימשך זמן רב נוסף. אחיו, ג'רי, בן 27, הינו מפרג, בעל רמת-משכל (I.Q.) של 35, דהיינו כזו של ילד בן 6 שנים. נוסף לכך, בגלל מום בדיבורו, קשה מאוד לדובבו. הוות דעת הרופאים, לגבי טומי, היתה שהוא זקוק להשתלת כליה, והמקור לכך יכול להיות אדם שנפטר או "תורם" חי. לאחר בדיקות רפואיות של בני המשפחה הקרובים, נמצאו כולם בלתי ראויים לשמש כ"תור-

62 סעיף זה קובע, בין השאר:

"If any person who has attained the age of sixteen years and has the custody, charge, or care of any child or young person under that age, wilfully assaults, ill-treats, neglects, abandons, or exposes him, or causes him to be assaulted, ill-treated, neglected, abandoned, or exposed, in a manner likely to cause him unnecessary suffering or injury to health (including injury to or loss of sight, or hearing, or limb, or organ of the body, and any mental derangement), that person shall be guilty of misdemeanour..." (ההדגשות שלי).

63 321 U.S. 158, 170, 64 S.Ct. 438, 444, 88 L. ed. 645, 654 (1944)

64 אף כי ד"ר ג'. קסטל אינו מציע חקיקה בנקודה זו, כשם שהציע בענין קטינים (ראה לעיל, הטכסט שבסמוך להערה 59). הרי בכל זאת דעתו היא כי: "Morally or Ethically it would be wrong to allow a mentally deficient person to be a donor" (Castel, *op. cit.*, supra note (38), at p. 375). המונח "חלקי חילוף" אינו מקורי משלי. במונח זה כבר החלו להשתמש בספרות הרפואה גם לגבי אברים המועברים מאדם חי אחד לזולתו. ראה, למשל, D. Longmore, *Spare-Part Surgery — The Surgical Practice of the Future*, London, 1968.

65 ראה לעיל, הערה 20. מקרה אחר, שלא פורסם, בו החיר בית-משפט העברת כליה ממפגן לגוף אחותו היה *In Re Edwin Troweridge Dickinson* (P. Ct. Darien, Conn., Nov. 4, 1960) שהוזכר, מבלי להביא את עובדותיו במלואם ב-"Organ Trans-plantation With an Incompetent Donor: Kentucky Resolves the Dilemma of *Strunk v. Strunk*," 58 (1970) *Ky. L.J.*, 129, 137 n. 26. המקרה שנדון בארץ, בענין נזירה לוי (ראה לעיל הערה 9) גדון במאמרי זה, בחלקו, בטכסט לאחר הערה 21 ובחלקו יידון להלן.

מים" מלבד ג'רי, שמבחינה רפואית – השתלת כליה מגופו בזה של אחיו, סיכוייה טובים מאוד להצלחה. ג'רי עצמו נמצא בבית-חולים ממשלתי. האם, כוועדה שמונתה עליו בהיותו מפגר, פנתה לבית המשפט הנפתי לקבלת אישור לביצוע הניתוח בגופו של ג'רי לעקירת כליתו לצורך השתלתה בגופו של טומי. בית המשפט קבע כי יש צורך בניתוח וכי בנסיבות אותו מקרה הצמח ממנו תועלת ל שני האחים, מאחר שג'רי, מבחינה רגשית ופסיכולוגית, תלוי מאוד באחיו. בית המשפט הנפתי היה בדעה כי טובתו הכללית של ג'רי תיפגע יותר על-ידי אבדן אחיו מאשר על-ידי עקירת כליתו שלו. בית המשפט המחוזי אישר קביעה זו, ועל החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט לערעורים.

בית המשפט לערעורים של מדינת קנטקי, ברוב דעות (של ארבעה כנגד שלושה), אישר את החלטה בית המשפט הנפתי בסמכו על קביעותיו. לעומת שופטי הרוב, היו שופטי המיעוט בדיעה שיש לקבל את הערעור ולא להתיר את הניתוח. בין שאר נימוקיו ציין השופט Steinfeld, שהביע את דעת המיעוט:

"Apparently because of my indelible recollection of a government which, to the everlasting shame of its citizens, embarked on a program of genocide and experimentation with human bodies. I have been more troubled in reaching a decision in this case than in any other. My sympathies and emotions are torn between a compassion to aid an ailing young man and a duty to fully protect unfortunate members of society . . ."<sup>66</sup>

"I am unwilling to hold that the gates should be open to permit the removal of an organ from an incompetent for transplant, at least until time as it is conclusively demonstrated that it will be of significant benefit to the incompetent. To hold that committees, guardians, or courts have such awesome power even in the persuasive case before us, could establish legal precedent, the dire result of which we cannot fathom. Regretfully I must say no."<sup>67</sup>

עם כל הכבוד, גראית לי דווקא דעת המיעוט במקרה זה. אין להתיר לבנת-מותה להכריע, חייו של מי שווים יותר. במקרה של חולי נפש או מפגרים, עקירת כליה מגופם עלולה להיות גורלית, כי, לאחר עקירת כליה אחת, אם, בבוא הזמן, ולרגל נסיבות שונות, הם עצמם יזדקקו לכליה אחרת, הן מפאת פעולת הכליה האחת העולה להינזק כתוצאה מפעולת יתר, או אף מסיבת מחלה, תאונה, או כל סיבה אחרת, הרי עבורם מסופקני אם ימצא "תורם". אם כבר ימצא אותו מתנדב שיסכים לעקירת כליה מגופו כדי להשתילה בגוף הזולת, הרי מטבע הדברים שיועדף חולה הבריא בנפשו על פני חולה החולה גם בנפשו, דהיינו גורלו של אותו מפגר נחרץ, למעשה, מראש – חייו שווים פחות<sup>68</sup>.

*loc. cit.*, supra note (20) at p. 149 66

*ibid.*, at p. 151 67

68 מאמר המצדד בתוצאות פסה"ד בענין *Strunk* כתב Savage (ראה לעיל הערה 65). Savage היה פרקליטה של האם באותם הליכים... בסוף מאמרו, אמנם מסכים הוא כי החלטה הרוב עלולה להיות תקדים מסוכן אך, לדעתו:

"But, however *Strunk* may be applied and no matter what results may be reached



עמדתו של המשפט העברי במקרה כזה גם היא שלילית. ההיתר, מצד אחד, לגדב אברים לצורך השתלה, כולל איסור, מצד שני, של כפיה כלשהי או הטלת חיוב על מישהו לתת אבר מאבריו כדי להציל את חברו מסכנה<sup>69</sup>. מכאן, שלפי המשפט העברי, אין לחייב קטין, ובוודאי שאין לחייב הולה נפש או מפגר (שאינו בעל הבנה) לתת אבר מאבריו להצלת חיי אדם אחר, כשם שאין לחייב כל אדם אחר לעשות זאת. אדם מבוגר וצלול בדעתו יוכל להתנגד לכל כפיה כזו, אך מה יעשה אותו מפגר או הולה נפש שאין בכוחו הנפשי, ואולי גם הפיסי, להתנגד לכפיה כזו, מה גם שאין הוא מסוגל להבין את פשר המעשה עצמו?

גם אם נבדוק את החלטות בית המשפט העליון של מסצ'וסטס בענין הקטינים, הרי גם אז ניווכח כי בית המשפט צימצם את ההיתר שנתן רק לאותם מקרים בהם "התורם" נמצא ברמה שכלית ונפשית כזו שתאפשר לו להעריך את מעשה "התרומה", בעת התרומה עצמה<sup>70</sup>. מכאן שבית המשפט העליון של מסצ'וסטס דחה מראש אפשרות של היתר לבצע ניתוח כזה על מפגר הלקוי בשכלו<sup>71</sup>.

in the future, I am convinced that justice was done in this case. And that, after all, is what it's all about" (*loc. cit.*, at p. 156).

קשה לי להסכים לגישה כזו, מה עוד שאינני בטוח שאכן התוצאה צודקת, לפחות במה שנוגע לגירי. השופט Osborne שהביע את דעה הרוב נצטט את דעתו של הפסיכיאטר שהעיד באותו ענין ואשר אמר שבנסיבות אלה, אם ימותו סומי, הרי המוות יביא an "extremely traumatic effect upon him (= Jerry)" (*ibid.*, at p. 146). אל לנו לשכח שהי מדובר הוא באדם שהגיע לדרגת התפתחות של גיל 6 שנים בלבד, ומה הם, איפוא, הדיבורים על "טובות הנאה פסיכולוגיות" או "טראומות" כאשר המדובר בילד בן 6...?! יתר על כן, חוות הדעת של הפסיכיאטר ניתנה בצורה מאוד כללית ומעורפלת ולגבי הוות'דעת מסוג זה העירו, ובצדק, שופטי המיעוט: "Opinions concerning psychological trauma are at best most nebulous" (*ibid.*, at p. 150) וראה גם: J. E. Murray in *Law and Ethics*, supra note (41), at p. 203.

"... We felt that donors under this age (12 to 13) had no awareness of psychological gain or trauma. For that reason we have refused donors under that age even though the potential recipient would necessarily die..."

לעומת מאמרו של Savage הובעה בארה"ב הדעה כי בענין *Sirunk* לא נקט בית המשפט בקו של טובת החסוי ולמעשה הפחית ממידת ההגנה שבית-משפט היה רגיל להעניק לחסויים. ראה: Charles J. Cronan, IV, "Spare Parts from Incompetents: A Problem of Consent," 9 (1969) *J. of Family Law*, 309.

69 שו"ת הרדב"ן, חלק ג', ת' אלף נב (תרכז); ציץ אליעזר, לעיל הערה 1.

70 ראה D. W. Louisell in *Law and Ethics*, supra note (41) at p. 86.

71 ניתן לומר כי לגבי קטינים בריאים, אל להם לאפוטרופסים או לבחיי-משפט להתערב או להחליט במקומם או עבורם, וכן אין להתיר להם להחליט בעצמם, כי לגבי דידם זוהי שאלה של זמן. כעבור זמן – כאשר יגיעו לגיל הבגרות יוכלו להחליט בעצמם, ואזי ייתכן שיחליטו אחרת, כי דעתם עשויה להשתנות. אך אז, לאחר שהניתוח כבר בוצע, עלולים הם להצטער צער רב על "החלטתם" או החלטת הוריהם, וזאת ככלי שיוכלו להשיב את הנעשה. מאידך גיסא – לגבי מפגרים, שאין סיכויים שיגיעו למצב שכלי ונפשי מתאים בו יוכלו לחזור מאותה "החלטה" או "הסכמה" שנעשו במקומם, סכנה כזו אינה קיימת, כי הרי הם אף פעם לא יוכלו להבין את משמעות המעשה, ולכן – כך ניתן לטעון – מותר "להחליט" עבורם. טענה זו שמעתי מפי ידידים – עמם שוחחתי על בעיה זו, אך היא אינה נראית לי. לולא שמעתי מפי אנשים שאני מכבד את דעותיהם, אף לא הייתי מביאה כאן. לטענה

לאור זאת קשה להסכים להחלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה בענין גזירה לוי<sup>72</sup>. בית המשפט אומר כי "אילו הקטינה היחה מבוגרת ובעלת שכל בריא, ואחרי קבלת אותו מידע היתה מחליטה בדעה צלולה לתרום כליה לאחותה, הייתי חושב שזה מעשה מותר עפ"י דין, אך במצבה הנוכחי, כאשר היא קטינה ולקוייה בשכלה, אין להחלטתה תוקף משפטי"<sup>73</sup>. ולבסוף, לאחר שהגיע השופט למסקנה ששיקוליהם של האפוטרופסים אינם בלתי סבירים, קובע הוא: "אי לזאת החלטתי היא כי מותר לאם הקטינה שולמית לוי, מרת גזירה לוי, ולאפוטרופוס הנוסף, ד"ר ב. כהן, להסכים כתייעקר כליה מגוף הקטינה לשם השתלחה בגוף אחותה מזל"<sup>74</sup>. האם אין בכך חיוב או כפייה "לתרום" אבר? בית המשפט גותן כוח בידי בני תמותה להחליט מה ייעשה בגופו של אדם אחר, הנתון לחסותם. תוצאה מרחיקת לכת מאוד.

ראינו לעיל, כי יש צורך שהסכמה לניתוח תהיה שלמה ומרצון ולאחר קבלת המידע הנדרש. לכך יש להוסיף גם עקרון נוסף – המסכים יכול לחזור בו מהסכמתו בכל עת, עד לביצוע הניתוח עצמו, שאם לא כן, הרי מרגע שירצה לחזור בו מהסכמתו – אם חזרה זו אינה אפשרית, לא תהיה הסכמתו שלמה ומרצון, אלא כפויה, מאותו שלב ואילך<sup>75</sup>.

גם לפי הצהרת הליסינקי, שאינה מסמך משפטי, הסכמת האפוטרופוס לניסוי יכולה לבוא רק באותם מקרים בהם פסול-הדין הינו פסול-דין רק מבחינת גילו, אך עליו להיות בר הבנה, ואזי האדם עליו עורכים את הניסוי יוכל בכל עת להפסיקו, ואם קטין

מסוג זה יהיה רק בסיס "מוסרי" אחד והוא – ישנם אנשים שחיהם שווים פחות, ו"תפקידם" לשמש מקור לאברים עבור אנשים שחיהם "שווים יותר". גישה זו מסוכנת כאחר הגבול השווי יכול לנוע מדי פעם, והוא ייקבע לפי צרכים שונים. אז נגיע למצב, בו, כדי להציל חייו של אדם פלוני או מנהיג מדיני מסויים, ניתן יהיה להשתמש באנשים ה"שווים פחות", לפי אבני-בוחן שייקבעו על-ידי אותם אנשים או מנהיגים, ומכאן עד להריגתם בדם קר, הדרך קצרה. אין להפקיד גורלו של אדם בידי שרירות לב של אדם אחר. לא בכדי התריעו שופטי המיעוט בפסה"ד בענין *Strunk* (ראה לעיל הערה 20) באמרם:

"To hold that committees, guardians, or courts have such awesome power... could establish a legal precedent, the dire result of which we cannot fathom" (*loc. cit.*, at p. 151).

שאלה אחרת שמן הראוי היה ששופטי הרוב היו נותנים לה את הדעת היא, אם היה חולה הנפש – המפגר, חולה בכליותיו, האם גם אז היו מתאמצים כל כך בני משפחתו, הרופאים והשופטים להשיג עבורו "תרומת כליה", ואם כן, האם היה נמצא "תורם". מסופקני אם התשובה היתה חיובית, בייחוד לאור ממצאי הסקר שנעשה לאחרונה בארה"ב (ראה לעיל הערה 51).

72 ראה לעיל הערה 9.

73 סעיף 11 להחלטה.

74 סעיף 16 להחלטה.

75 זהו גם העקרון הקבוע בכלל 9 מכללי גירנברג:

"9. During the course of the experiment the human subject should be at liberty to bring the experiment to an end if he has reached the physical or mental state where continuation of the experiment seems to him to be impossible" (*Law and Ethics*, supra note (41), at p. 218).

ובעקבותיו גם סעיף 4b של חלק III בהצהרת הליסינקי משנת 1964 (כפי שהובאה ב" *Law and Ethics*, supra note (41) at p. 221).

הוא – יוכל הוא עצמו או הוריו או הממונים עליו לדרוש להפסיק את הניסוי. אך מה יהיה המצב כאשר האדם עליו עומדים לערוך את הניתוח הינו מפגר? לא רק שהוא לא נתן כל הסכמה, ואם תתקבל הדעה האפוטרופסיו אכן רשאים "להסכים" בשמו, מי יהיה זה שיוכל לחזור בו או בשמו כאותה "הסכמה"? אותו מפגר ודאי שלא, ואילו אפוטרופסיו, שכרוב המקרים יהיו הוריו, הרי הם הם שביקשו להתיר אותו ניתוח וודאי שלא הם יבקשו לחזור מ"הסכמתם" זו.<sup>76</sup>

הטענה האפשרית שיהיה זה לטובתו הנפשית של הקטין או המפגר אם "יתרום" מאבריו להצלת אחיו או בן משפחה אחר, ומכאן – שאם לא יבצעו את הניתוח, הרי ייגרם לו נזק נפשי ומוסרי תוך ידיעה שלא עשה הכל כדי להציל את חיי אחיו או בן משפחתו האחר, תיפול מאלוהים, כאשר ייקבע במפורש בחוק כי ניתוח כזה אסור. באופן שכזה לא ייפגע מצפנו של פסול-הדין, וגם הלחץ עליו, מצד בני המשפחה ואחרים, יוסר. הנזק לנפשו של הקטין הוא פרי יצירת מחשבה וניתן למנועו,<sup>77</sup> ולכל היותר, אם יקרה אסון כתוצאה מאי ההשתלה, הרי אותו קטין, שיצטער על אבדן בן משפחתו, לא יימצא במצב יותר גרוע, מבחינתו, מאשר אילו נפטר אותו בן משפחה ממחלה אחרת כלשהי, ולא יותקף בדגשות אישם עצמי.

נבדוק ונראה מה היו השיקולים של האפוטרופסים בענין נזירה לוי שבית המשפט ראה אותם כסבירים. שני שיקולים ניתנים על-ידי האפוטרופוס ד"ר כהן, ושניהם מצויים במכתב שכתב אל היועץ המשפטי של משרד הסעד, ואשר צוטט על-ידי בית המשפט בהחלטתו: "תרומתה של שולמית תיצור, לדעתך, הרגשת חובה עמוקה בקרב בני המשפחה כלפיה. בהחשב בכך כי המדובר בנערה מפגרת, הזקוקה לכל ימי חייה להשגחה, לדאגה ולטיפול – שבדרך כלל יכול להינתן על-ידי קרובים בצורה הטובה ביותר – יש, לדעתך, במתן התרומה שמירה על אינטרס חיוני של שולה. זאת ועוד, בהתחשב בהרכבה המיוחדת של המשפחה, קיים חשש שאימתן התרומה יערער את הקשר הקיים ויצור אצל בני המשפחה, שלא בצדק, הרגשת דחיה"<sup>78</sup>. על שיקולים אלה אומר בית המשפט: "לא אוכל להגיד כי השיקולים אינם סבירים, מלאים וענייניים"<sup>79</sup>. האמנם סבירים הם? השיקול הראשון הינו למעשה, חזרה על השיקול שהביא כב' השופט שילה בהחלטתו.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב בתיק מ"א תל-אביב 1110/70 (ראה הטקסט שלאחר הערה 10), קבע כי "לא לעולם חסן, ומטבע הדברים שברבות הימים תלך האם בדרך כל בשר ואז לא יישארו לשולמית קרובי משפחה שיטפלו בה זולת אחיה ואחיותיה. ולמעשה באים בחשבון אך ורק אחיה הגדול מאיר (זה כנתרמה לו כלית האם) ואחותה

76 במקרה של הסכמה לצורך ניתוח הוצאת אבר לשם השתלתו בגוף הנולת, בייחוד כאשר המקבל המיועד של אותו אבר הוא ילדם האחר של אותם הורים, ודאי שדעתם תהיה נתונה יותר לבנם החולה בגופו אך הבריא בנפשו, מאשר לזה החולה בנפשו למרות שהוא בריא בגופו.

77 טענה זו, כזכור, נתקבלה על-ידי בית המשפט במסצ'וסטס. ראה לעיל הטקסט שבסמוך להערה 54.

78 ראה על כך: D. Daube in *Law and Ethics*, supra note (41), at p. 198.

79 סעיף 4 להחלטה.

80 סעיף 15 להחלטה.

מזל. אולם כאמור, חייה של מול בסכנה אם לא תקבל תרומת כליה. והשאלה היא אם לא יהיה זה לטובתה של הקטינה שולמית להקריב את הכליה ולזכות על-ידי כך באחות ובטיפול ובמסירות שאחות זאת תתן לה". ספק בעיני, אם החלטה זו גבונה. ראשית — מבחינת העובדות — ישנו עוד אה, דוד, שהוא בריא. כיום, לפי גירסתו של השופט, הרי גם מאיר בריא. שנית, מגין לנו הוודאות כי מול תאריך ימים אחרי אמה, ומגין הבטחון שאכן היא תטפל באחותה שולמית טיפול מתאים ומסור? יתר על כן — שולמית כבר היום נמצאת במוסד. אין היא מקבלת כבר היום את הטיפול המשפחתי עליו ממליץ השופט, וזאת מפאת מצבה היא. המדינה, באמצעות מוסדותיה, דואגת לאותם אנשים אומללים שהגורל התאכזר אליהם והזקוקים לאשפוז מפאת מצבם הנפשי. האם כדי להמיר טיפול זה במוסד, כדי לזכות בטיפול אחר, שאיננו בטוח וספק אם יעיל, חייבת היא להקריב חלק מגופה? האם אין זו גישה אכזרית מדי כלפי שולמית? השיקול השני אינו שיקול כלל, זוהי היפותיזה שאינה סבירה. אני מוכן לקבל כי הרגשת דחיה תתקיים כלפי אדם המסוגל לעזור ואינו רוצה בכך. אך כאשר אדם אינו יכול לעזור, אף אם ירצה, מסיבות שאינן תלויות בו — כיצד ניתן לפתח נגדו הרגשת דחיה? הרי אם בית המשפט או המחוקק יאסרו על ביצוע הניתוח, לא יהיה ניתן בכלל לחשוב על אפשרות שאותה לקוייה בשכלה תגיש כל עזרה, ואז יימנע מההאפוטרופוס, ועמו בית המשפט, חושש מפניו. הדבר דומה להולך בדרך פנוייה המקיים לעצמו קיר מרצונו, וללא צורך, ולאחר מכן שובר את ראשו כיצד לעקוף את אותו הקיר, בעוד שהדרך הנכונה היתה לא להקימו כלל, ואם כבר הוקם — להרסו.

בית המשפט אף לא אמר שנוק כלשהו, ואפילו רגשי, ייגרם לשולמית אם לא יעקרו את כלייתה לשם השתלחה בגוף הזולת. נימוק שנתן בית המשפט במסצ'וסטס ובחצי פה גם בית המשפט בקנטקי, הגם שנראה מפוקפק בעיני רבים<sup>81</sup>, אך מסכים הוא ש"מבחינה פיזית (הניתוח) אינו יכול להיות לטובת הקטינה. הוא יעמיד אותה בסיכון שיש בביצועו ובסיכון מוגבר אם משום מה הכליה הנשארת תיפגע"<sup>82</sup>. האמנם בכך רואה בית המשפט את טובת הקטינה, או חוסר אי סבירות בשיקולים? תמהני<sup>83</sup>. התוצאה היא, שיש צורך בחקיקה מתאימה כדי לשמור על המוסר האנושי ובעיקר כדי למנוע עוול מפסול-הדין שבעצם "הכתרתו" ככזה נקבע שהוא זקוק, יותר מכל אדם אחר, להגנת החוק.

החקיקה המתאימה היחידה הנראית לי בשאלה זו, לאור מה שהבאתי לעיל, היא זו שתאסור הוצאת אבר כלשהו מפסול-דין מכל סוג שהוא לצורך השתלתו בגוף הזולת<sup>84</sup>. יש להמתין עד שאותו אדם יגיע לגיל בגרותו המשפטית המלאה כדי שיחליט. כל עוד לא הגיע, וכן באותם המקרים בהם ייפסל מחמת פיגורו השכלי או מצבו הנפשי,

81 ראה הטכסט הסמוך להערה 55 לעיל.

82 סעיף 14 להחלטה.

83 בית המשפט, משום מה, לא נתן את דעתו על התוצאות העלולות לנבוע מפגיעה אפשרית בכליה הנותרת, ראה על כך בטכסט הסמוך להערה 68.

84 פרוץ דאובה, שם, שם, מציע להתיר ניתוחים כאלה לגבי קטינים מגיל נמוך מגיל הבגרות, אשר יתנו את הסכמתם לכך. דעה זו, עם כל הכבוד, אינה נראית לי. לא בכדי קבע המחוקק גיל בגרות. אין זה מתקבל על הדעת שלצורך החכרת דירה יהיה אותו אדם קטין ואילו לצרכי הוצאת אבר מגופו שלא לשם ריפוי יהיה הוא בוגר.

אין לאפשר לו, ולא כל שכן למי שהוא אחר במקומו, להחליט או לתת הסכמה לביצוע ניתוח כזה.<sup>85</sup>

"הסכמה" של פסול-דין או של הוריו ואפוטרופסיו — לא התקבל. גם לבית המשפט לא תהיה סמכות לאשר, להסכים או לכפות ניתוח כזה, וזאת מאחר שאין במעשה הניתוח משום טובת החסוי.<sup>86</sup>

לצרכי ענין זה "אבר" לא יכול דם או רקמת עור המתחדשים מעצמם,<sup>87</sup> שאותם ניתן יהיה להעביר בהסכמת ההורים.<sup>88</sup>

85 ראויה לציון דעתו של פרופ' גורליק (ראה לעיל, הערה 1, בעמ' 238) המציע, בברית-המועצות, חקיקה האוסרת לבצע כל ניתוח לשם הוצאת אבר, לצורך השתלתו בגוף הזולת, על אנשים עד לגיל 20 שנה, או מבוגרים שהינם מפגרים או חולי נפש. זוהי גם דעתו של הצרפתי J. P. Revillard in *Law and Ethics*, supra note (41), at p. 203 וגם דעתה של ועדת משפטים בראשותו של Palavicini (ראה לעיל הערה 1, בעמ' 74); אל לנו לשכוח כי זוהי הדרך בה הלכו גם החוק האיטלקי משנת 1967, החוק הרני משנת 1967 והחוק הדרום-אפריקני (ראה לעיל הערות 1 ו-48).

86 החובה על בית המשפט להפעיל את שיקוליו לטובת הקטין בלבד מצויה בסעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ראה לעיל, הערה 15.

87 ברוח הצעת החוק משנת 1969 בדרום-אפריקה, ראה לעיל, הערה 13.

88 ברוח החלטת בית המשפט הפדרלי של ארה"ב במחוז קולומביה בענין *Bonner v. Moran*, *loc. cit.*, supra note (3).