

בין קדושת החיים לכבוד האדם – על ייסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי

מאת

ליאון שלף*

נושא המתת-החסד הפך בשנים האחרונות מנושא שולי לנושא שיש לו מודעות הולכת וגוברת בציבור. יש זרם הולך וגובר של פניות לערכאות משפטיות כדי לפתור דילמות מסובכות, במיוחד כאשר ננקטות עמדות שונות בין בני-משפחה לבין הצוות הרפואי. כמה מגמות התגבשו: לאסור המתת-חסד באופן כללי; להתיר אותה בנסיבות מסוימות, אך לא כפעולה רצונית; ולהתיר המתת-חסד אקטיבית אחרי בירור יסודי, קפדני וחמור בנסיבות המקרה. את הגישה הראשונה נוקט היום בית-המשפט העליון בארה"ב בפסק-הדין היחידי שהובא לערכאה זו, אם כי אין עמדתו משקפת את עמדותיהן של ערכאות אחרות בארץ זו. כאשר ישנה פלוגתא בין מדינות שונות בתוך בארה"ב.

גישה שנייה של התרת המתת-חסד פסיבית התקבלה בכמה ערכאות בארה"ב וכן לאחרונה באנגליה בהחלטת של ה-Judicial Committee of the House of Lords, והיו מקרים של החלטות קודמות בבית-המשפט לערעורים.

הן באנגליה והן בארה"ב ישנו איסור על המתת-חסד אקטיבית, והיו מקרים שבהם הועמדו רופאים ומטפלים אחרים לדין על כך בבית-משפט פלילי.

רק בהולנד אושרה הגישה השלישית של המתת-חסד אקטיבית, קודם באמצעות הפסיקה ולאחרונה על-ידי בית-המחוקקים – והכל בהתאם לתנאים שימנעו ניצול למטרות לא כשרות. המאמר מציג גישה אחרונה זו – של המתת-חסד אקטיבית – כגישה עדיפה, ומותח ביקורת על שתי הגישות האחרות: זו הדוגלת באיסור על המתת-חסד אקטיבית וזו המביעה הסכמה להמתת-חסד פסיבית.

המבחן המשמש קנה-מידה לניתוח הוא המבחן המקובל במשפט הפלילי להגנת הצורך – המבחן של הרע במיעוטו – אם כי הוצע אף שרצוי להציג את הבעיה באופן חיובי יותר: לא כבחירה בין רעות שונות, אלא כבחירה של הטוב במירבו.

רגישות לסבלו של החולה, דאגה לכבוד האדם והבנה מעמיקה יותר של הערך קדושת החיים – שיקולים אלה מובילים למסקנה כי המתת-חסד אקטיבית, על-פי בקשת החולה היא הטוב במירבו.

א. מברא. ב. הפשרה – האם רצוי? ג. עימות בין ערכים. ד. הגנת הצורך במשפט הפלילי. ה. בשולי המאמר ובשולי הפסיקה.

* פרופ' מן המניין בפקולטה למשפטים ובחוג לסוציולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב.

א. מבוא

ההתפתחות שחלה בשנים האחרונות בתחום הרפואה הביאה אתה ברכה של ריפוי לחולי, שיכון כאבים, הצלת חיי אדם ומצב בריאותי תקין יותר לבריאות; אך בד בבד גרמה גם לסכך של בעיות מוסריות, חברתיות ומשפטיות, שחלקן קשורות לסוגייה הנוקבת והמורכבת של המתת-חסד.

הדוגמאות המגוונות המקופלות בנושא זה כוללות התיחסות לאנשים הסובלים ממחלה סופנית המלווה בכאב-תופת; אנשים מחוסרי-הכרה עם סיכויים אפסיים להתעורר, כשחיהם תלויים במכשיר זה או אחר; אנשים הנמצאים במצב בריאותי קשה ביותר – למשל: משותקים לחלוטין – אשר אינם מסוגלים להפעיל את איבריהם, כאשר מצב זה (לגבי אדם צעיר, למשל) יכול להימשך עשרות שנים. בכל המקרים הללו, ברור שעצם הרעיון של אפשרות להגיע להמתת-חסד תלוי בהסכמה המלאה של החולה, שתנתן בזמן המחלה או בהוראה מפורשת בטרם תתרחש (במיוחד לגבי מחוסרי-הכרה). בהיעדר הסכמה כזו, הסוגייה הרפואית-משפטית-מוסרית-חברתית מקבלת משנה-בעייתיות וישנם רק פתרונות חלקיים הקשורים בקביעה של אפטרופוס. המקרה הכולט בסוגייה זו הוא של תינוק שנולד עם מום חמור.

כמאמר זה יובאו דוגמאות שונות ויובאו מקרים שהתרחשו במציאות מתוך משפטים שהיו או מתוך דיווחים בעיתונות. אולם הכוונה במאמר מיועדת בעיקר לתאר את הבעיה בכללותה, מתוך ניסיון לבנות תבנית חשיבתית אשר תתאים למציאות הולכת ומשתנה.

אין ספק שבעיה זו, אשר היתה בעבר נושא שולי, הופכת להיות לסוגייה מרכזית בדיונים ציבוריים, ואט-אט מציבה בפני בתי-משפט שאלות משפטיות, מוסריות, רפואיות וחברתיות שהן בין הקשות והכאובות ביותר לפיענוח ולפתרון. מעבר לכל דיון ספציפי רצוי שתהיה גם פרספקטיבה נכונה לגבי הסוגייה בכללותה – פרספקטיבה אשר נקודת-המוצא שלה חייבת להיות נעוצה בעובדה כי המערך המשפטי לא יכול להיות אדיש לשינויים מרחיקי-הלכת בידע הרפואי וביכולת הרפואית, וכמכך לא יכול להתייחס לבעיות המתעוררות כתוצאה מן השינויים הללו בהתאם למושגי העבר. כמכך על המערך המשפטי להבין, כי שומה עליו להיערך במלוא התעוזה והתבונה להתמודדות זו. לאחרונה היו משפטים תקדימיים בערכאות הגבוהות ביותר בארה"ב ובאנגליה, אשר הגיעו להחלטות שונות וסותרות ואשר – כפי שאנסה להוכיח – חסרות הן היגיון שקול והן רגישות אנושית. לעומת זאת, התפתחה מגמה שונה וחלוצית בהולנד – קודם בפסיקה וכעת (בתחילת פברואר 1993) גם בחקיקה – מגמה שרצוי שתהיה דגם לאחרים¹. במאמרי זה בכוונתי להעלות קווי-מחשבה אשר יתוו תשתית להבנתה של מציאות

1. התקשורת העולמית דיווחה על כך בהרחבה בשבוע השני של פברואר 1993. התייחסות ואזכורים יבואו במהלך המאמר. המאמר עצמו היה כבר בשלבי סיום עם התקבל ידיעה זו. לאחר-מכן עשיתי רק תיקונים קלים ביותר, המחויבים מן המציאות הזו. לאחר מסירת המאמר למערכת, חלו עוד שינויים שאליהם התייחסתי בתוספת למאמר (ראו ע' 232 ואילך).

חדשה; מציאות, מחד גיסא, של קיום טכנולוגיה רפואית חדשנית, ומציאות, מאידך גיסא, של מעשים או מחדלים בהפעלת טכנולוגיה זו או באי-הפעלתה. קשר של שתיקה אופף חלק מן המעשים או המחדלים. אולם מדי פעם מופרת השתיקה, וטיפוץ-טיפין מתגנבים נתונים על-אודות הנעשה בטיפול כחולים אנושים — כאשר מדובר הן בפעולות, ספק חוקיות, לזרו את תהליך הגסיסה או לגרום בעקיפין למוות; והן בפעולות, אף הן ספק חוקיות, של כפיית טיפול (למשל: שימוש בטכנולוגיה מתקדמת להארכת חיים) בניגוד לרצונו של החולה.

כל דיון אקדמי בנושא רצוי שיהיה קשור למציאות זאת, אך קשה לאסוף נתונים אמניים על המתרחש. לפעמים טפח מן הנעשה מתגלה בשל הגשת עתירה לבית-המשפט או העמדה-לדין של מטפל רפואי והדיונים המשפטיים נעים מקצה לקצה; הן אלה אשר מחייבים צוות רפואי לעשות כל מאמץ להציל ולהאריך את חיי החולה, והן המצב ההפוך, לחייב את הצוות הרפואי לאפשר לחולה למות, ללא עשיית מאמצים עילאיים כדי להצילו.²

אחד הגילויים המדהימים ביותר בניפוץ הסודיות שבנושא היתה רשימה בעילום שם שהתפרסמה לאחרונה באחד מכתבי-העת הרפואיים הבכירים ביותר בארה"ב, שבה הודיע-הנדה רופא שהוא שם קץ לחייה של חולה כאשר הבין שהיא סובלת ומבקשת למות, בעת שאמה עמדה לידה וכנראה הסכימה לפעולה זו. הוא פעל — כך טען — מתוך היענות לבקשתה לסיים את העניין, לדבריה: "Let's get this over with", והזריק לה מינון קטלני של סם.³

מהרבה היבטים זהו סיפור נוגה — רצון של רופא לשים קץ לסבלה של החולה. אולם יש בסיפור פרטים נוספים המעוררים הרבה תמיהות ובהחלט מעלים ספק באשר לכשרות המעשה — גם לגבי אלה התומכים בסוג זה או אחר של המתת-חסד. בעל המאמר מעיד על כך, כי עד להתערבותו באותו לילה, שעה שעבד בתורנות, לא הכיר את החולה, בעת המעשה או לקראתו לא קיים שיחה של ממש עם החולה, לא נועץ ביסודיות עם אמה שעמדה ליד מיטתה, לא נמלך בדעתם של רופאים אחרים, לא העמיק חקר, לא טרח ללמוד פרטים מלאים על אודות החולה וכל אשר ידע הוא שהיא סובלת רבות וביקשה לשים קץ למכאוביה.

אם אי-פעם תהיה הכרה רשמית בהמתת-חסד, לא כך יתבצע הדבר: אלה הגורסים שיש להכיר בה דורשים גם שתבוצע רק בהתאם לתנאים ברורים וחמורים,

2 לקבצי מאמרים על הגישות השונות ראה: M. Heifetz (ed.), *The Right to Die* (New York, 1975); B. Steinbock (ed.), *Killing and Letting Die* (Englewood Cliffs, 1980).

3 Anon, "It's over, Debbie" 259 *Journal of the American Medical Association* (1988) 272. התיאור קצר ביותר ומופיע במדור הנושא את השם "A Piece of My Mind". שנה לאחר-מכן הובאה גם הודעה של עשרה רופאים, שהתפרסמה בכתב-עת שאף הוא מבין הבכירים בתחום הרפואי בארה"ב: S. Warner et al, "The Physician's Responsibility Toward Hopelessly Ill Patients: A Second Look" 320 *New England Journal of Medicine* (1989) 844. They wrote: "... it is not immoral for a physician to assist in the rational suicide of a terminally ill person" (p. 848). ראה גם המאמר הקודם של Warner והקבוצה של עשרה רופאים שהתפרסם ב-1984 באותו כתב-עת: 310 *N. E. J. Med.* (12 April 1984) 958. להתייחסות להודעות הללו ולשורה נוספת של דיווחים דומים — על-פי הודאות של רופאים — ראה: S. Newman "Euthanasia — Orchestrating the Last Syllable of... Time" 53 *University of Pittsburgh Law Review* (1991) 153.

ולא בעקיפין; רק לאחר בירור יסודי, ולא לאחר שמיעת הערות ספורות; רק לאחר התעניינות אישית-מקצועית עמוקה, ולא כלאחר-יד. יתירה מזאת: ייתכן כי רק אם תהיה הכרה ואם יהיה פיקוח יעיל וממשי, ניתן יהיה למנוע מעשים דומים לאלה שהוזכרו ברשימה. רק אם תהיה הכרה ואם יהיה פיקוח, אפשר יהיה למנוע את הסכנה הכפולה – מחד גיסא, שיוחזקו אנשים בחיים בניגוד לרצונם בתנאים קשים של כאבים, ומאידך גיסא, שיפעלו לזרז את המוות מתוך שיקולים מוטעים וידע מקוטע, ללא בירור באשר לרצונו האמיתי של החולה.

משמע שלרשימה המוזכרת יש חשיבות מרובה משום שהיא חושפת בכנות ראויה טפח של אמת שלא ידועה ברבים – אמת חמורה כשלעצמה לא משום שהיא מגלה מקרה של המתת-חסד אקטיבית, אלא הדרך הרלושנית שבה נעשתה והצורך בפיקוח נאות – פיקוח שיונהג רק אם המעשה עצמו יוכר. הרי בעל הרשימה העז לספר בגילוי-לב, אם כי בעילום-שם, אך לא טרח – ואולי גם לא העז, בשל אי-החוקיות שבכוונתו – להתייעץ עם אחרים, בני-משפחה ועמיתים. אין גם לשכוח שבמקרה זה מדובר על פעולה אקטיבית, ולא בהמתת-חסד פסיבית, ולגישה ראשונה זו יש מעט תמיכה, בניגוד לגישה השנייה, אשר אט-אט הופכת להיות מקובלת ומוכרת.

המתת-חסד פסיבית מובן שהיא גם קלה יותר לקיום, בהיעדר הכרה רשמית ופיקוח נאות, אך אולי, במידה מסוימת, גם מסוכנת יותר, כי ניתן לקיימה, דווקא בגלל הפסיביות, גם ללא הסכמה מפורשת של החולה ובני-משפחתו.

לכן אבקש לטעון כי המצב הרצוי הוא של הכרה רשמית, על-פי החוק בהמתת-חסד כדי לאפשר פיקוח; ואם כבר הכרה, אזי גם בהמתת-חסד אקטיבית, וזאת גם כמצב מועדף על-פני המקרה הפסיבי – והכל כמובן בהתאם לרצונו של החולה עצמו. המצב היום, שבו אין הכרה ואין פיקוח אך יש בו קשר של שתיקה, נראה לי כבעייתי וכבלתי-רצוי ביותר, בקרב רופאים ומשפטנים כאחד. יש רבים המעדיפים את המצב המעורפל הזה, בין השאר משום שטוענים כי מדובר בעיקר בבעיה רפואית וכי רצוי שתישאר בתחום בלעדי זה, ללא התערבות הדרג המשפטי, כדי לאפשר לצוות הרפואי לפעול על-פי שיקולים רפואיים טהורים, לפי תפיסתם, על-פי מקצועיותם, על-פי היכרות מקרוב, ללא כללים מסודרים ומוכתבים, וללא פיקוח חיצוני – וכל זאת בשל רגישות הנושא וחומרת המעשה. אליבא דגישה זו, השאלה היא רפואית ולכן רצוי שההחלטה תופקד בידי אנשי רפואה בלבד⁴.

אולם – לדעתי – יש בכך טעות יסודית כי רק מצבו הבריאותי של החולה הוא שאלה רפואית, בעוד שכיצד להגיב לבקשתו לשים קץ לחייו זו שאלה מוסרית, מן הקשות אשר ניתן להעלות על הדעת, שאלה של חיים ומוות, שאלה של קדושת-החיים וכבוד-האדם, שאלה של זכות יסודית של אדם למוות בכבוד וללא יסורים; או מנגד, שאלה של חובת החברה לשמור על חייו – שאלה של עצמיות ואוטונומיה של הפרט או זכות השלטון לשלוט בו. לכן התפתח מקצועם של

4 ראה, למשל, התייחסות של נורמן קנטור לכמה החלטות בבתי-משפט אמריקניים, שבהם הוחלט להפקיד בידי הרופאים, בהיעצות המשפחה, את ההכרעה: Norman Cantor, *Legal Frontiers of Death and Dying* (Bloomington, 1987).

ה־⁵bioethicists, אשר תפקידם לעזור ולהבהיר לצוות הרפואי את המשמעות האתית והאנושית של שיקוליהם ורצוי מאוד שבעל־תפקיד זה ישוּבֵן בכל מסגרת רפואית. עם זאת, ליד שיקולים מוסריים יש כמובן היבט משפטי, כי לכל החלטה על חיים או מוות – לפעול במעשים עילאיים להחזיק חולה סופני בחיים או להיפך: לפעול לניתוק החולה ממכשירים שחייו תלויים בהם – יש באופן ברור השפעות משפטיות, ובמיוחד בתחום הפלילי. לכן רצוי שייקבעו כללים מנחים שלפיהם יפעלו צוותים רפואיים, ואם יהיה צורך בבירור שיפוטי, אז רצוי עוד בטרם המעשה (או המחל) במסגרת של המשפט המנהלי, מאשר לאחר ביצועו, ואז כמובן במסגרת של כתב־אישום במשפט פלילי.

ובכן, אנו עדים למספר הולך וגובר של עתירות לבתי־משפט, הנדרשים לפסוק, למשל, בעניין חובתו של רופא המטפל בחולה גוסס: האם מותר לו לנתק את המכשירים המחזיקים את החולה בחיים, כאשר די ברור שהניתוק יגרום במשך הזמן למוותו של החולה. ואמנם, זוהי הכוונה שבניתוק; או האם מותר לצוות הרפואי שלא לחבר את החולה למכשירים אם יוחמר מצבו, ואז על־אף היכולת למנוע את מותו הקרב, מעדיפים לתת לטבע לעשות את שלו, מתוך הבנה ברורה כי הוא יגבה את חיי החולה? אך על־אף הבידורים המשפטיים שנעשים, אין במקרים אלה אלא אחוז מזערי ביותר של סך כל הבעיות הקיימות שאינן מובאות לערכאות להכרעה. רוב המשפטים שהתנהלו בישראל בשנים האחרונות עסקו בנושא המוזכר של הגשת בקשה לבית־המשפט שיאפשר לצוות הרפואי שלא לעשות את הכל אשר לא־יידו כדי להציל את חייו של החולה ולאפשר לו למות, על־אף הידע וההימצאותם של מכשירים העשויים להציל את חייו של החולה – וליתר דיוק: להאריכם⁶. גישה זו, פשרה זו, נראית בעיני רבים כפתרון סביר ואף חיובי, ופסקי־הדין זכו לתמיכה רחבה בציבור המשפטיים ובציבור הרופאים כאחד – נוסף להד החיובי בקרב הציבור בכללותו.

ב. הפשרה – האם רצוי?

אולם דומני, שפשרה זו היא מסוג הפשרות המורכבות מן הרע אשר בבירות הקיימות. הרי ממה־נפשך? לרפואה יש אפשרות להפעיל את מיטב הידע והמכשירים כדי להציל חיי־אדם, ובכל־זאת מוותרים על השימוש בהם. עם זאת, מתוך היצמדות לעקרון קדושת־החיים משאירים את החולה ביסוריו עד לרגע המיוחל של המוות. לעומת זאת, ישנה הברירה החלופית הטוענת, כי הואיל והוא עצמו מבקש לשים קץ לחייו, יש להיענות לבקשתו מתוך היצמדות לעיקרון של כבוד־האדם – כאשר כבוד־האדם מתייחס למניעת כאב־תופת או למניעת אוכדן הבנתו של

5 ראה כתב־עת Bioethics המשמש אכסניה למאמרים העוסקים בסוגיות המוסריות והמשפטיות העולות במהלך הטיפול.

6 ראה עמנואל גרוס, "Euthanasia פאסיבית – היבטים מוסריים ומשפטיים" הפרקליט (תש"ן) 162 הדוגל בהמתת־חסד פסיבית ומציע תיקון לחוק כדי למנוע כל ספק באשר לעשיית עבירה של הריגה.

האדם והכרתו את הסביבה כתוצאה מעודף מינון של משככי-כאבים או מצב של חוסר-הכרה מתמשך.

הפשרה שהתקבלה מוותרת למעשה על שתי המטרות גם יחד, הן של קדושת-החיים והן של כבוד-האדם. הרי מצד אחד יש ויתור על הסיכוי לשמור על קדושת-החיים, כי אין מפעילים את מירב האמצעים העומדים לרשות המטפלים; אולם הואיל ואין דואגים להשלים את המבוקש – מותו של החולה – נוצר מצב שבו יש גם פגיעה בכבודו של החולה, הסובל מכאבים ו/או מאובדן צלילות-חושיו, מתוך המתנה לרגע שהמוות יגאל אותו מייסוריו.

נמצא אפוא שמצד אחד אין פועלים למען הצלת חייו (ובכך יש כבר פגיעה בעקרון קדושת-החיים), כי חפצים במותו, ומצד אחר אין פועלים לשים קץ סופי לייסוריו (ובכך יש פגיעה בכבוד-האדם) כי מאפשרים את המשך כאביו.

רצוי להבהיר עד-תום את משמעותה של פשרה שהסתמנה, שהיא מעין השלמה עם המתת-חסד סבילה (פסיבית) מתוך התנגדות נמרצת לעשייה פעילה (אקטיבית). החברה, שהשקיעה הון-עתק במחקר, בפיתוח טכנולוגי, בקניית מכשירים יקרים ובהכשרת צוות רפואי מיומן, מסכימה לוותר על המשאבים הנדירים והאדירים האלה העומדים לרשותה מתוך ידיעה ברורה כי כתוצאה מכך יקופחו חייו של החולה, במוקדם או במאוחר – משמע שהחברה רוצה במותו (כפי שגם רוצה החולה), אך איננה מוכנה לפעול באופן מעשי, אקטיבי, להשגת מטרות, בעוד שהחולה המבקש נפשו למות בדרך-כלל אינו מסוגל, פיזית, להשיג את מבוקשו. המוות אשר יבוא – כעבור שעות, ימים, שבועות או חודשים (והיו מקרים של שנים) – הוא תוצאה של פעולות הטבע, והחברה כביכול אינה נושאת באחריות לאותה התוצאה. החברה רק אפשרה, בשב ואל תעשה, את המוות; שבסופו של חשבון היא לא פעלה למנוע אותו, ולכן, על-פי תפישה מאוד מקובלת זו, היא אינה גורמת לכך ואינה אחראית לכך.

דעתי היא, שתפישה זו אינה תואמת את האמת ובנויה על שקר מוסכם, הנזון גם ממסגרת משפטית מוטעית, שאף היא איננה אלא פיקציה. ברצוני לטעון, כי אכן יש אחריות למותו של החולה בתנאים שתוארו לעיל – של חוסר רצון להפעיל את מיטב האמצעים העומדים לרשות החברה, כאשר התוצאה נצפית, וגם נרצית; אחריות מוסרית כללית של החברה הנוקטת מדיניות כזאת, של שב ואל תעשה, ואחריות אישית-מקצועית של הצוות הרפואי הפועל על-פי מדיניות כזאת. התפישה שלפיה אין אחריות כאשר רק נותנים לטבע לעשות את שלו ולא מתערבים כדי למנוע את הנזל, בטעות יסודה. ברצוני לטעון, שיש אחריות הרובצת הן על החברה כולה והן על המטפלים באופן מיוחד ומיידי. עם זאת, אין בהכרח ליחס אשמה פלילית דווקא לאותה אחריות. שתי סוגיות הללו, של אחריות ושל אשמה, חייבו להיבחן בנפרד, ורק אז – לדעתי – ניתן להגיע להכנה נכונה ולהחלטה נאורה. כפי שהמצב כיום, ברגע שנקבעת האחריות, נקבעת גם האשמה, וברגע שאין אחריות, אזי אין אשמה. רצוי שמצב זה ייבדק מחדש. עם זאת, יש להקדים ולהבהיר כי ייתכן מצב של אשמה דווקא על-פי אפס-מעשה, ולעומת זאת – היעדר אשמה מתוך עשייה פעילה, אקטיבית, כפי שנראה בהמשך.

מבחינה משפטית פלילית יש סיבוך ביסוד הסוגייה והוא, שבדרך-כלל מקובל

להבחין בין מעשה לבין מחדל (commission and omission) ולהטיל אחריות אך ורק כאשר היתה פעולה אשר גרמה לתוצאה. לעומת זאת, הימנעות מפעולה אינה נחשבת גורם סיבתי בהיווצרות התוצאה.⁷

אולם לתפישת זו יש חריגים והגבלות, הן בתחום המשפטי והן בתחום החברתי. מבחינה משפטית יש קושרים אחריות לאדם אפילו בגין אי-עשייה. כך, יש שיטות-משפט (בדרך-כלל לא משיטת-המשפט המקובל) המחייבות פעולה כדי להושיט עזרה לזולת בעת מצוקתו. סוגייה זו זכתה להרבה התייחסות⁸ ויש לדיון הזה נפקות מסוימות לדיוננו בשאלת המתת-חסד. אם יש אחריות לצופה מן הצד (bystander) להתערב להצלת אדם זו הנמצא בסכנה ובמצוקה, אזי כלל זה בוודאי יחול על צוות רפואי אשר ביכולתו להאט תהליך גסיסה או למנוע את המוות הקרב. אולם כל עוד המשפט המקובל ברובו ימשיך שלא לייחס אחריות למחדל, אזי גם במקרה של המתת-חסד פסיבית (עמידה מן הצד ללא ניסיון למנוע את התוצאה) לא תיוחס אחריות. זו העמדה הכללית, ונראה שעל-פיה אכן פועלים — הן באישורו של בית-המשפט והן בלעדיו. אולם אליה וקוץ בה: גם לפי שיטת-המשפט המקובל, כולל בישראל, אמנם יש חובה לפעול, אם יש קשרים מסוגים שונים בין הצדדים — בעצם, כאשר לא מדובר באדם זר, אלא כאשר יש קשר משפחתי או חוזי, או מתוך תפקיד, או אפילו מקרי, כאשר נוצרת הדדיות מסוימת אפילו בין זרים. כך, למשל, הורים שאינם מזינים את תינוקם, נושאים באחריות מלאה לגורלו אם ייפגע; ואם נמנעים מלהאכילו ולדאוג לצרכיו הרפואיים, אזי ניתן לקשור אותם לתוצאות ולייחס סיבתיות לעצם אי-העשייה.⁹

המצב דומה גם לגבי אנשי צוות רפואי. אי-עשייה מצדם של אלה לנוכח מצבו

7 ראה דיון אצל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 396-402; וכן יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תל-אביב, 1981) 157. וראה את המאמרים הבולטים שנכתבו בנושא זה באנגלית: Hughes, "Criminal Omission — A Legal Microcosm" II *Wayne State University Law Review* (1965) 387; Kirchheimer, "Criminal Omissions" 55 *Harvard Law Review* (1942) 641; Ashworth, "The Scope of Criminal Liability of Omissions" 105 *The Law Quarterly Review* (1989) 424.

8 לסקירת הנושאים מהיבטים שונים ראה ספרי L. Sheff, *The Bystander: Behavior, Law, Ethics* (Lexington, Mass, 1978); James Ratcliffe (ed.) "The Duty to Rescue" (במיוחד פרק שישי); *The Good Samaritan and the Law* (New York, 1966).

9 המשפט עוסק לעתים גם בסירוב של הורים לאפשר טיפול רפואי לילדם, בשל אמונתם הדתית. בהקשר זה ניתן גם לציין שהורים עלולים לנצל את הרעיון הנשגב של קדושת-החיים למטרותיהם האנוכיות למשל: מקרה שהיה באנגליה שבו סירבו הורים לתת הוראה לניתוק תינוקם ממכשירי-ההנשמה המלאכותיים, מכיוון שמצבו נגרם על-ידם, בשל התעללות אכזרית. כוונתם היתה להחזיק אותו בחיים כדי למנוע הגשת כתב-אישום על רצח (יש לזכור כי באנגליה המוות חייב להתרחש תוך שנה מאז הפגיעה כדי להצדיק העמדה לדין על רצח) ראה "Delayed Disconnection of Dead Baby from Ventilation" *Brahmes*, 1154 *Dority v. Superior Court* 1193 Cal. Rptr. 340. ראה דוגמה הפוכה בארה"ב: 288 *Lancet* 992, 1154 (District, Ct. App. 983). שם ההורים, שנחשדו גם הם בהתעללות, רצו דווקא שהמכשירים ינותקו (בארה"ב לא קיים כלל של העמדה לדין על מוות בתוך שנה). ההורים כאן פעלו כנראה מתוך שיקול שאם ינותקו המכשירים, סיבת המוות תהיה כרוכה בפעולה זו, שיהיה גורם מתערב אשר יפטור אותם מהעמדה לדין על רצח. שתי דוגמאות מנוגדות אלה, ככל שהן חריגות — וגם מחזרות ביותר — באות כדי להטעים את החשיבות בבידור הסוגייה כולה ומבחינת היטב כי לא ניתן להמשיך להניח לדברים להתגלגל מתוך פתרונות Ad-Hoc לגבי כל מקרה ומקרה; אלא שיש חשיבות מרובה בהתמודדות כוללת עם הסוגייה כולה.

ההולך ומתדרדר של חולה תוליד עילה משפטית בגין כל נזק (כולל מוות) שנגרם בעטיו של חוסר-המעש. אולם הואיל וטיפול רפואי מותנה בדרך-כלל בהסכמת החולה, יכולה להתעורר בעיה כאשר החולה ידרוש להפסיק את הטיפול בעודו בבית-חולים, כאשר עצם הפסקת הטיפול יכולה להביא למותו. במצב זה של ניגוד בין כללים שונים אין מנוס אלא לבקש חוות-דעת משפטית כדי שיהיה כיסוי לכל דרך שתיבחר – טיפול בכפייה נגד רצונו של החולה או הימנעות מטיפול, למרות הימצאותו של החולה הגוסס בקרבת אנשי הצוות הטיפולי. לפעמים הפנייה לערכאות משפטיות נעשית רק כאשר יש חילוקי-דעות בין הצוות הרפואי לבין החולה (ו/או משפחתו). כך, יש מקרים שהצוות נחוש בדעתו לפעול, על-אף בקשת החולה לחדול, ואזי הוא, או בני-משפחתו, נאלצים לעתור לבית-משפט (ויש להניח כי גם מקרים, במספרים לא ידועים, של חילוקי-דעות כאלה אינם מסתיימים תמיד בעתירות משפטיות – למשל: כאשר המשפחה משלימה או נכנעת לרצון המטפלים).

במקרים שהיו בישראל בשנים האחרונות הסכים לרוב בית-המשפט לאפשר ניתוק של החולה מן המכשירים או הימנעות מטיפול (למשל: חיבור למכשירים), כולל הוראה מפורשת שלא תיעשה פעולות מיוחדות להציל את חייו של החולה אם מצבו של החולה ילך ויתדרדר ויגיע למצב קשה וסופני¹⁰. הפרשנות הזאת מאפשרת שלא להפעיל טיפול נמרץ לחולה-סרטן בשלב סופני, אשר לקה לפתע בהתקף-לב. אזי יש לתת לטבע (התקף-לב) לקבוע את גורלו של החולה ולא לנסות להצילו מאירוע זה רק כדי שימשיך לסבול ממחלת-הסרטן. החלטות ברורות אלה התקבלו לרוב בכרעה וכללית היתה כלפיהן גישה אוהדת בציבור; והיו כאלה שראו בפסקי-הדין גם ביטוי חדשני ואנושי, אשר לפיו ניתן לחולה להיגאל מכאביו מבלי לכפות עליו אמצעי-הצלה בניגוד לרצונו. אולם האמת היא, שבהחלטות הללו אין חידוש של ממש, כי לרוב אין בהן אלא הד להתפתחויות שהתרחשו שנים קודם-לכן במדינות אחרות, וכמיוחד בארה"ב, שם תחילת התהליך היתה בעניין הידוע של קויןלן (Quinlan) מלפני כחמש-עשרה שנה¹¹.

במקרה זה הותר, על-פי בקשת המשפחה לנתק את החולה ממכשירים שאליהם היתה מחוברת במצב של חוסר-הכרה ללא סיכוי של שינוי המצב – והכל מתוך כוונה וציפייה שניתוק זה יוביל תוך זמן קצר למותה. הלכה חדשנית זו פתחה פתח לחידושים נוספים, אם כי לגבי קויןלן עצמה התבדרו ציפיות הרופאים והיא המשיכה לחיות ונזונה אך ורק מנוזלים עוד כעשר שנים¹². דווקא כיום לאחר התפתחויות במצב המשפטי, הן בפסיקה והן בחקיקה הנושא הקשה ביותר העומד להכרעה הוא בדיוק החובה לספק נוזלים לחולה – השרוי בהכרה או בחוסר-הכרה – אשר

10 ראה גרוס (לעיל, הערה 6).

11 *In Re Quinlan*, 70 N. J. 10, 355 A. 2d 647 (1976)

12 היא נפטרה ביוני 1985, כעשר שנים לאחר הדין המשפטי בעניינה. אז טענו הרופאים כי אם ינתק אותה מן המכונה שאליה חוברה היא תמות תוך זמן קצר. כדאי לציין את מצבה במהלך רוב הזמן – כפי שצוין בכתבה חודשים אחדים לפני מותה – לציון עשור להיכנסה למצב של חוסר-הכרה:

She lay comatose, curled in a fetal position weighing between sixty and seventy pounds. Nurses were turning her periodically attending to bedsores, and responding to arm and leg spasms. Nourishment through a naso-gastric tube was being continued.

איננו מסוגל לאכול או לשתות בעצמו¹³. בסוגייה זו בא לידי ביטוי הצורך בהסכמת החולה (או משפחתו) לטיפול, ועל-כן מתלבטת המערכת המשפטית והרפואית בשנים האחרונות בשאלה אם הנוזלים הללו מזון הם או טיפול רפואי. אם מדובר במזון, אזי יש חובה להאכילו, גם בניגוד לרצון החולה, כי בעניין קיומי עסקינן; אולם אם הנוזלים ייחשבו לתרופות, אזי שמורה הזכות לחולה לסרב לקבל את הטיפול, כאשר אז התוצאה היא ללא ספק מותו הבלתי-נמנע¹⁴. הוא שאמרנו: על טיפול רפואי ניתן לוותר, ואין הצוות הרפואי מחויב לפעול; אולם אם מדובר במזון, אזי חובה רובצת על הצוות הרפואי לפעול, גם בניגוד לרצון החולה. במקרה אחרון זה מדובר בעיקרון הגובר על הכלל שלפיו יש להשיג בדרך-כלל את הסכמת החולה בטרם יטופל; ואף אי-עשייה — כפי שכבר הוסבר — תיחשב לנשיאה באחריות בשל תלותו של החולה בצוות הרפואי.

בארה"ב, כמדינה פדרלית, ננקטו גישות שונות בין המדינות. דומני כי הסוברים שמדובר אך ורק במזון (ולכן לא ניתן לוותר עליו) יוצרים מעין פיקציה, כי הרי הכל מתבצע במוסד רפואי ותחת השגחה רפואית. עם זאת, כל החלטה להימנע (על-פי בקשת החולה) מלספק את הנוזלים תוביל להרעבה המלווה בדרך-כלל בכאבים מן הקשים הידועים — וכן, לקראת הסוף טשטוש-חושים שהם פגיעה בכבוד-האדם. בפרשת ננסי קרוזן (Nancy Cruzan), משפט תקדימי של בית-המשפט העליון בארה"ב לפני מספר שנים¹⁵, מדובר היה בהספקת נוזלים לחולה מחוסרת-הכרה, אך בית-המשפט לא התייחס במיוחד להיבט זה של מזון או תרופה והתמקד בשאלה של קביעת הסמכות להכריע בעניין. מדובר באשה צעירה אשר איבדה את הכרתה לאחר תאונת-דרכים. לאחר שנים אחדות שבהן היתה שרויה במצב של "צמח" — ובתקופה הרבה מעבר לכל מקרה ידוע ברפואה שאדם הצליח להתעורר — ביקשה המשפחה לנתק את החולה מצינורות הנוזלים. בית-המשפט כערכאה הראשונה נענה לבקשה זו, אולם בשל חדשנות בהחלטה ראה האפוטרופוס לנכון להגיש ערעור (אם כי הבהיר שהסכים להחלטה) ובכך נפתחה התדיינות שהסתיימה, כעבור שנתיים ב-1990, בבית-המשפט העליון. ברוב של חמישה נגד ארבעה הוחלט כי למדינה יש זכות ואינטרס בקיום החיים ויש לתת לה, למדינה ולמוסדותיה, עדיפות על-פני בקשת המשפחה. במקרה זה מצבה של החולה לא היה טרפני, והיא תוכל להמשיך לחיות עוד שנים רבות. אולם לעצם קיום החיים כתנאים אלה היה מחיר

13 ראה במיוחד את המאמרים בסימפוזיון שהתפרסם בכתב-העת *Issues in Law and Medicine* (1986) No. 2, especially J. Connery, "The Ethical Standard for Withholding-withdrawing Nutrition and Hydration" 87

14 שני המשפטים הראשונים שעסקו בנושא הגיעו למסקנות שונות, ראה *In Matter of Nancy Jobes*, c-4971-8 SE (Ch.Div.Morris City N. J. 4/23/86); *Brophy v. New England Sinai Hospital* P. Derr, "Nutrition and Hydration as Elective Therapy — Brophy and Jobes from an Ethical and Historical Perspective" 2 *Issues in Law and Medicine* (1986) 25

15 *Cruzan v. Hermon* 760 S. W. 2d 408, (Mo. 1988), *aff'd sub nom Cruzan v. Director*, 110 S. Ct 2841 (1990). לדיון במשפט זה ראה, בין השאר, J. Bopp and D. Avila, "The Due Process 'Right to Life' in Cruzan and its Impact on 'Right-to-Die' Law" 63 *University of Pittsburgh Law Review* (1991) 193

To say however that the hospital simply 'refused' to permit exercise of the right to die or that the state 'prohibited' the hospital and the Cruzan family from removing life-sustaining support, is to misunderstand the affirmative effects that those exercises of power had upon the individual. Nancy herself disintegrated into an unconscious shell of her former self, physically degenerating and dominated by hospital tubes and treatment. Medical reports indicated Nancy's incontinence, her alternative constipation and diarrhea, her stomach troubles, her eye problems and rashes, her bleeding gums and obesity, her contorted limbs and her seizures and vomiting. In a clear and immediate way, the hospital controlled Nancy's life.

בהקשר של הדיון בעניין מעשה ומחול, רצוי לציין כי כאשר הרופאים חיברו אותה לצינורות, הם השיגו את הסכמת המשפחה בטיעון כי היה לה סיכוי להתאושש, והגם שלפי נתונים שהתגלו בהמשך התברר כי היא היתה ללא חמצן במשך אולי כרבע-שעה (כאשר די בשש דקות לגרום נזק שברך-כלל הוא ללא תקנה). מובן, שאם נתונים אלה היו בידי בני-המשפחה, ספק רב אם הם היו נותנים את הסכמתם להחבורה למכשירים.

אין לשכוח כי חלק מן הדיון המשפטי והמעשים בשטח מתנהלים בצ'לה של פרשת קוינלן — הן ההלכה שנקבעה (שניתן לנתק מן המכשירים) והן תוצאותיה

17 שם, עמ' 153.

216

(שבניגוד לציפיות, היא לא ניפטרה אלא כעבור עשר שנים). במקרה של קינולן לא היתה צוואה, ואז לרוב לא היתה קיימת הכרה משפטית בכך, ובית-המשפט ניסה להבין מה היתה עמדתה, לו יכלה להביע את דעתה. בית-המשפט נעזר בעדותם של בני-משפחה אשר סיפרו על תגובותיה לאירועים דומים לאלה, שלימים פקדו אותה, של אנשים שנהפכו לצמח, וכי היא אמרה-רמזה כי היתה מעדיפה שלא להמשיך לחיות בתנאים כאלה. גם במקרה קרוזן היו ראיות על רצונה של החולה, כאשר שנה לפני התאונה היא התייחסה לאפשרות שתהפוך לצמח, ואז אמרה כי תעדיף שלא להמשיך לחיות; אולם בית-המשפט דרש מידה גדולה יותר של הוכחה לגבי רצונה.

בפרשת מרים צדוק¹⁹ נראה, שבית-המשפט הישראלי נתן אישור בעקיפין לרעיון של צוואה בחיים, כאשר הסכים להקשיב לדבריה של החולה בשלב המוקדם יותר של מחלתה כאשר, בראותה את הנולד, הביעה את רצונה בצורה מצולמת בווידאו שלא ינסו להציל את חייה ולהאריכם אם מצבה יידרדר. בהקשר זה רצוי לציין כי יש בישראל אנשים אשר על דעת עצמם ובעידודה של האגודה למען המתת חסד, כבר ניסחו בכתב צוואות בחיים מן הסוג הזה²⁰.

עצם הרעיון שמותר לרפואה שלא לפעול למען הצלת חייו של חולה — וזאת באישורו של בית-המשפט — הוא התפתחות אשר יש בה כדי להכיר הן בבעיות של קדמה טכנולוגית המאפשרת לפעמים להחזיק אדם בחיים על-אף ייסורי הגוף שלו אם אובדן כל אותן הסגולות המרכיבות את ישותו של האדם, והן בצורך לאפשר לאדם להיחלץ מגורל מר זה. אכן, יש בהחלטות הללו כדי להכיר במצב רפואי חדש ושונה לחלוטין מן המצב שהיה קיים ואשר בהתאם לתנאים נקבע בעבר חלק עיקרי של הנורמות והערכים שלפיהם יפעלו צוותים רפואיים. אולם — לעניות דעתי — אין בגישה חדשה זו אלא גישוש הססני ועמום ואין בה כדי להתמודד ישירות עם מלוא משמעותה של הבעיה.

בחברה מודרנית, טכנולוגית, כאשר בשלב סופני, ואף סופי של מחלה, יש הסכמה שאין לכפות על החולה חיבור למכשירים ואין למנוע ניתוק מהם, עדיין אין בכך מיצוי של כל האפשרויות או מילוי כל הבקשות של החולה. מה, למשל,

19 ראה, למשל, את פרשת מרים צדוק; לאחר מותה, ביום 1.11.92 רואיין בעלה, אשר לאחר שתאר את סבלה של אשתו, שאל בפשטות מדוע אין ועדה מיוחדת עצמאית, המורכבת מאנשי-ציבור ומאנשי-רוח שתיתן בידה הסמכות להחליט במקרים כאלה. יש לציין, כי ההחלטה בעניין צדוק באה חודשים מספר לאחר החלטה דומה בעניין בנימין אייל (ה"פ (חא) 1149/90 בנימין אייל נ' בית החולים ע"ש ליכט, נא(3) 187), שאף הוא ביקש מבית-המשפט לתת רשות לרופאים שלא לעשות מאמצים כדי להציל את חייו על-ידי חיבורו למכשירי-הגשמה. בית-המשפט קבע, שמותר לרופאים לשקול גם את רצונו של החולה. במקרה זה (בניגוד למקרה צדוק) היה החולה בהכרה ומסוגל להבין ולהשמיע את דעתו, אך מצבו הרפואי היה כבי רע — הוא היה משותק כמעט בכל חלקי גופו וסבל במשך כמה חודשים מתום גבוה. מעניין במיוחד לציין, כי ההחלטה במקרה זה הוצגה כהחלטה תקדימית — ראה, למשל, כתבה "הזכות לא לחיות" ידיעות אחרונות (26.10.90). אולם החידוש היה רק באישור בית-המשפט, ולא במעשים יומיומיים בבתי-החולים; וכך, בסוף הכתבה (של יחזקאל אבירם ומיכאל רוזוליו) מופיעה הערה כתוספת של כתבת אחרת, דבורה נמיר, המוסיפה: "החלטת השופט... באה, למעשה, לתת גושפנקא חוקית למצב הקיים ממילא בכל בתי החולים".

20 הוקמה אגודה למען הזכות למות בכבוד, המשיאה עצות לטעונינים וגם פועלת בפניות משפטיות. ראה בסוגיה זו ספרו של אחד הפעילים באגודה, עו"ד יצחק חשן החופש למות בכבוד (רמת-גן, 1990).

אם בקשת החולה איננה שלא לחברו למכשירים או איננה לנתקו מהם, אלא שיש לפעול במלוא המרץ למען שימת קץ לחייו בדרך בלעדית לשימת קץ לסבלו? לעניות דעתי, השאלה המוסרית-משפטית האמיתית הטעונה מענה קשורה למעשים אקטיביים, ולשם כך דרושה מידה לא מבוטלת של כנות בהצגת הבעיה, אומץ-לב בחיפוש הפתרון, רגישות לסבלו של החולה, הבנה לדילמה של הצוות הרפואי ונכונות להתעלות מעל לשתיקה ולשקרים מוסכמים, המאפיינים בדרך-כלל את הטיפול בסוגייה. מבחינה משפטית דומני שמה שנחזק הוא הבנת המסגרת הפלילית עדרתום — לא רק סוגי העבירות אלא גם סוגי ההגנות המאפשרות חריגים. לנושא זה נפנה עתה.

לאחרונה היה מקרה²¹ באנגליה אשר חשף במלוא האכזריות את חוסר-ההיגיון וחוסר-ההגינות בטיפול בסוגייה הקשה של המתת-חסד. רופא, ד"ר קוקס (Cox), הועמד לדין והורשע בגין נסיון לרצח והושת עליו עונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי. המעשה שהיה כך היה: הנאשם, רופא, הזריק לחולה חומר (אשלגן כלורי, Potassium Chloride), אשר גרם כעבור זמן קצר ביותר למותה. בדרך-כלל אין חומר זה מצוי בשימוש כדי לשכך כאבים (ונחשב למעשה כחומר רעיל הגורם למוות). אולם הרופא כפר באשמתו וטען כי עשה את המעשה בדרך היחידה להתגבר על כאביה של החולה; לאחר שנוכח לדעת כי גם עודף מינון של הרואין, שבו נהג להשתמש כדי להקל על סבלה, כבר לא היה בו להושיע, אז פעל אך ורק כדי לאפשר לה להיאבק נגד ייסורי כאביה. האשה החולה תוארה כאשה אמיצה אשר ידעה להיאבק נגד ייסורי הגוף, אולם אף היא כבר לא היתה מסוגלת לשאת עוד

21 ראה D. Brahmes, "Euthanasia: Doctor Convicted of Attempted Murder" 340 *Lancet* (Sep. 26 1992), Column on Medicine and the Law. היא מסבירה את הרגעים הקריטיים בשלבים הסופיים של המחלה: Dr. Cox had reassured her that she would not be allowed to suffer terrible pain during her final days but was unable to honour that pledge by giving conventional drugs... As an act of compassion, he injected two ampoules of Potassium Chloride and recorded this in the notes. והכנות בדיווחו המדויק התגלה המעשה, כאשר אחות (שהיתה חדשה במחלקה) עיינה בחיך ודיווחה לגורמים המוסמכים. המחברת עצמה נותנת ביטוי לאמביבלנטיות שלה בקובעה: Privately, many of us will wish that the precise circumstances surrounding this woman's death had never come to the attention of the police. One suspects that many a grateful patient has been hastened toward his or her end with the help of a caring doctor. אולם יש גם לחשוב על חולים אחרים שגסיסתם וזרזה ללא ידיעתם וללא הסכמתם — רבו שהוא באמת חמור ביותר. ראה גם תיאור של אותה המחברת, האחראית על המדור למשפט ורפואה בכתב-העת, אשר התייחס למקרה בשנת 1981 שבו זוכה מאשמה רופא אשר הועמד לדין על מעשה המתת-חסד: "Acquittal of Pediatrician Charged with the Death of Infant with Down's Syndrome". המקרה הוא המקרה הידוע של Arthur's case. ראה גם מאמר המערכת באותו הגיליון, עמ' 757. בין השאר קיימת התייחסות לנסיגות לקבוע מדיניות כללית למדינות החברות בקהיליה האירופאית, וכתוב: A committee of the European Parliament has passed a complex resolution, a part of which argues that Euthanasia should no longer be seen as involving any breach of respect for human life. באשר לאפשרות של מעשים כאלה, בניגוד לרצונו של החולה ובני-משפחתו, ראה מאמר המערכת 18 *Journal of Medical Ethics* (1992) "Resuscitation Policies — Action Required". 115. במאמר תוארה תלונה שהוגשה לנציב התלונות במשרד-הבריאות, אשר Upheld a complaint from a relative that he was not consulted about a hospital decision that his elderly mother... should not be resuscitated. לרעתי, כפי שכבר הוסבר, מקרים כאלה רבים הם ועוד יירבו, בהיעדר הכרה בהמתת חסד כתגאי פיקוח מהמירים.

את סבלה וביקשה מן הרופא לשים קץ לחייה. הרופא-הנאשם הבין שממילא קצה קרב ובה, ובעשותו מה שעשה רצה גם לאפשר לאשה לקבל לטיפות וחיבוקים מבניה אשר היו לידה באותו זמן. כי זאת לדעת, בין שאר המחלות שממנה סבלה (אטריטיס ראומטית בצירוף דימום פנימי, אנמיה וכיכ-כיבה) היתה גם בעיה של פצעי-לחץ, אשר הפכו כל מגע לעינוי, וכנראה, ביודעו כי מותה ממילא קרב ובא, רצה הרופא לאפשר לה לפחות את לטיפותיהם וחיבוקיהם של בניה. אף זאת לדעת, כי במהלך הטיפול כאותה חולה, שנמשך שנים, נוצר קשר של הערכה הדדית, עד כדי ידידות ממש, בין הרופא לבין החולה. הרופא עצמו לא העיר במשפט, וזאת — על-פי דברי סניגורו — כדי למנוע מלקוחו חשיפה למזעקה נוספת. רופאים אחרים שהעידו מטעם הסניגוריה שיבחו את מסירותו ואנושיותו, אך לא הסתירו את העובדה כי המינון שהזריק איננו מקובל כמשכך כאבים וכי יש בו לגרום למוות. היו שהוסיפו כי לדעתם פעל כראוי והביעו הערכה למעשיו, ואף הרהרו בקול רם אם גם להם היה אומץ-הלב לעשות כמותו.

יש הרבה תמיהות במשפט זה ורצוי לנסות ולפענח את חלקן. מה, למשל, היתה כוונתו של הרופא: האם שיקר בהודאתו, באמצעות סניגורו, שפעל בדרך היחידה לגאול את החולה מסבלה ולא התכוון להמיתה, אם אכן לחומר שהזריק אין שימוש בתנאים רגילים, לשיכון כאבים, וידוע כי שימוש בו גורם למוות? אני סבור, כי בין השיטין יש להבין את דבריו של הרופא כאמת לאמיתה — כאשר עודף מינון של משכך-כאבים כבר לא הועיל וכאשר מדובר בכאבי-תופת, אזי נהיר כי רק המוות יושיע, וכך פעל לא למען גרימת מותה אלא למען הפסקת הכאב; והרי ידוע העיקרון של התולדה הכפולה double effect — כאשר המוות נגרם מעודף מינון של סם, אך הכוונה היתה רק לשכך כאבים, והנה במקרה זה הכאבים היו במידה כזו שגם עודף מינון של סם רגיל לא הועיל²². זאת ועוד: חשוב היה לרופא, ביודעו שמותה קרב, לאפשר את הקשר האנושי של מגע ידם של בניה. לכן, דעתי היא כי הודעתו של הרופא היתה הודעת-אמת.

שאלות רבות מזדעקות מן המקרה הזה: מדוע בכלל הועמד הרופא לדין? מדוע לא פעלו בו לפני משורת הדין עד תום וסגרו את התיק? ולמה לא הבינו שלא

22 ראה דיון על כך ב-Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957). ראה גם סדרה של מאמרים שהופיעו ב-*The Times*, אשר סקרו את הדיונים בבית-המשפט במשך ימים מספר. לדוגמא: "Consultant accused of giving lethal injection to patient in agony" (11.9.92) ו-"Patient given lethal drug shared bond of affection with doctor" (12.9.92). במאמרים עיתונאיים כאלה מופיעות הערות שהשופטים לא ראו לנכון לציין בהחלטתם; והואיל ובמאמר זה ברצוני להגיע לחקר המציאות כהוויתה, מן הראוי להוסיף מתוך הדיווחים העיתונאיים. למשל: כומר שבתוקף תפקידו ביקר אצל החולה, העיד כי מתוך עשרים-ואחת שנות ניסיון בביקורי חולים, מעולם לא ראה חולה שנחשף לסבל כה רב. כמרכן החבר, כי הפרשה כולה התגלתה אך ורק בגלל כנותו של הרופא, אשר פירט בתיק החולה במדויק לגבי החומר שהוזרק לאשה. רק משום-כך הגיע המידע לעיני האחות, אשר דיווחה. היא-עצמה העידה כי התלבטה במשך יומיים בטרם דיווחה על כך. קשה שלא להרהר על רופאים אחרים שאולי עושים מעשים דומים (ואף אולי במצבים פחות מוצדקים, כגון המקרה שדווח בכתב-העת האמריקני (ראה הערה 3) ולא ממלאים דיווח בתיק. הוא שאמרנו: האמת כולה התגלה רק אם וכאשר תהיה הכרה בזכות להתמתח-חסד ופיקוח קפדני עליה - שוב להזכיר — כדי להבטיח הן את זכותו של החולה לשים קץ לסבלו והן כדי להבטיח את הזכות של החולה החפץ להיאבק על חייו.

מעשהו כרופא טעון בירור משפטי, אלא שהמצב המשפטי כולו זקוק לטיפול נמרץ ויסודי?

הרי ברור לכל שהרופא פעל מתוך מניעים טהורים לחלוטין, על-פי בקשת החולה, מתוך הזדהות מלאה עם סבלו, מתוך רצון עז רק לשים קץ לאותו הסבל; ואם כל זה ייחשב כניסיון לרצח (ולמעשה לרצח ממש) אזי אין המסקנה אלא שהמצב המשפטי פגום, מנותק מן המציאות ומעורר תמיהה. נכון הוא שידוע כי "hard cases make bad law", אולם אין להקיש מאמרה נדושה זו, כי הרי ברוב המקרים, ובמיוחד במקרה זה, אין זה אלא בני-אנוש ה"עושים" את המקרים הקשים, בהפעלת שיקול-דעת להעמיד לדין ובמחל של השארת המצב המשפטי ללא שינוי, על-אף שינויים מרחיקי-לכת בתחום הרפואי; נכון שאין להתכחש לעובדה כי להחליטה להעמיד לדין היה על מה להסתמך – לא רק על המצב המשפטי היבש אלא גם על העיקרון המקודש של קדושת החיים. אולם מה עם העיקרון – המקודש אף הוא – של כבוד-האדם? היכן כבוד-האדם במצב שבו היתה נתונה האשה? היכן כבוד-האדם (ואולי אף היכן קדושת-החיים) כאשר נבצר מאשה חולה, גוססת, כואבת, לזכות בלטיפות יקירה כי מגע אישי, אנושי כזה רק מוסיף לכאביה ורק מחמיר את מצבה?

בקיום המשפט הזה אין ניצחון לצדק, לשכל הישר ולאנושיות, והחוק עצמו מתגלה כמלא מערומיו, באכזריותו, בחוסר-רגישותו ובניתוקו מן המציאות.

ג. עימות בין ערכים

דומני שחוסר-האונים של המערכת לפעול באנושיות רצויה נעוץ לא בחוק עצמו אלא במסגרת חשיבתית מוטעית לחלוטין, הקובעת שיש ערך עליון לקדושת-החיים וכי אין לאפשר שום חריג מעליונותה, אפילו אם פירוש הדבר הוא לדון אדם לסבל בלתי-אנושי, ואפילו לתקופה ארוכה. האמת היא, שבלי לפגוע כהוא-זה בחשיבותה של קדושת-החיים כערך אין לתת לו מעמד בלעדי – אין מנוס מלקבוע כי ייתכנו גם עקרונות נוספים שהן שווי-ערך לקדושת-החיים – ובתוכם נראה לי כי הבולט ביותר והחשוב ביותר לבחינת הסוגייה של המתת-חסד הוא כבוד-האדם. מדיניות משפטית המיועדת לקיים ולקדם ערכים אנושיים חייבת לשקול כל עיקרון ועיקרון לא בחלל הריק, אלא במכלול ומתוך הבנה שפעמים ערכים עלולים להגיע לידי התנגשות ומתוך התחשבות בעובדה זו.

דעתי היא, שאין שום אפשרות להסיק מסקנות נכונות ולהגיע לפתרונות נאותים כל עוד אין שוקלים את המשקל היחסי של כל ערך וערך בהתאם לנסיבות. באופן ספציפי יש לבחון את מצבו של חולה סופני המתייסר בכאבי-גוף בהקשר של שני ערכים – קדושת-החיים וכבוד-האדם, אשר בנסיבות מסוימות יכולים להגיע לידי עימות.

אין חולקין על כך שיש לשמור על הערך של קדושת-החיים ככל האפשר, אולם האם כך ראוי גם כאשר תהיה פגיעה קשה בכבוד-האדם? בנסיבות הללו האם

יש לבטל את ערכו וחשיבותו של עקרון כבוד-האדם? האם תמיד חייב הערך של כבוד-האדם להתבטל בפני הערך של קדושת-החיים?

האמת היא שהמשפט אכן נותן ביטוי לפעמים לכך שכבוד-האדם עדיף על קדושת-החיים, ולמרכה הפרדוקס — גם במקרים שבהם עיון מעמיק הכרוך במציאות ובמלוא המשמעות של קיום ערכים היה אולי מביא למסקנה אחרת. כך, למשל, במשפט הבינלאומי, באמנות שונות, דאגו לפסול מכל-וכל כל שימוש בעינויים או טיפול משפיל בענישה, בעוד שטרם הגיעו לאותה קביעה נחרצת לגבי עונש-מוות²³. לאמור: הכלל של כבוד-האדם הוליד איסור מוחלט על עינויים, בעוד שהכלל של קדושת-החיים לא מנע אפשרות של עונש-מוות.

השוואה בין הגישות השונות לשני סוגים של עונש — עינוי ועונש מוות — מצביעה אפוא על כך שבהקשר של ענישה יש משנה-חשיבות לכבוד-האדם (ולכן האיסור המוחלט על עינויים וטיפול משפיל) על-פני קדושת-החיים (ולכן ההיתר להמשיך בשימוש בעונש-מוות).

ניתן גם לטעון כי בעוד שהמוות הוא בלתי-נמנע ללא יוצא-דופן והוא גורלו של כל אחד ואחד, פגיעה בכבוד-האדם אינה בהכרח נחלת הכל ולכן טבעי שיפעלו ביתר-שאת למנוע פגיעה בערך של כבוד-האדם.

הדברים ברורים עוד יותר כאשר בוחנים עינויים לא כעונש אלא כאמצעי לגילוי מידע. שוב יש איסור מוחלט, כולל הוראה מפורשת שלא לאפשר שום חריג, ואף בתנאי חירום²⁴. קשה להאמין כי מנסחי האמנה ומאשריה — משפטים, דיפלומטים, פוליטיקאים — לא היו מודעים לסוגייה הנדושה של שימוש בכל האמצעים ללא הגבלות (כולל לחץ פיזי לא-מתון שאולי הוא בגדר עינויים) כדי להוציא מידע חשוב אשר יש בו אולי למנוע אסון של שפיכות-דמים רבתי, למשל: של התקפה חבלנית.

בהזדמנות אחרת כבר הבעתי את דעתי כי יש טעות בהתייחסות לנושא זה²⁵, אולם אין חולקין על כך שבמצב המשפטי הנוכחי הביעה החברה, במסגרת של הסכמים בינלאומיים, כי עדיף שאנשים חפים-מפשע ימותו באסון מתקרב (דהיינו: שתופר קדושת-החיים) על-פני האפשרות שייפגע כבודו של אדם (שימוש נגדו באמצעים קשים) אשר במעשיו יגרום לאסון העומד בפתח ואשר אין לחקור אותו — בטרם האסון — באמצעים תריגים. משמעותה של גישה ערכית זו היא, שבתנאים שתוארו מעדיפה החברה, באמצעות הצהרותיה ואמונותיה, את כבוד-האדם על-פני קדושת-החיים.

גם כאשר הנושא הוא בתחום הרפואה, יש מצבים שהמשפט דוחה את עליונות הערך של קדושת-החיים בפני קיום ערך אחר — למשל: ציות לחוק (ואף לתקנות אדמיניסטרטיביות). זו המסקנה המתבקשת מפסק-דין בפרשת ברוך מעיין²⁶

23 ראה דיון בהשוואה בין עונש-מוות לעינויים, ובמיוחד הניסוח של אמנות L. Sheleff, *Ultimate Penalties — Capital Punishment, Life Imprisonment Physical Torture* (Columbus, Ohio, 1987) Especially Ch. 11: "Worse than Death".

24 ראה N. Lerner, "Treaty and Torture" *Israel Year Book of Human Rights* (1986) 126.

25 ראה שלף, "הרע במיעוטו והטוב במירבו" — על דו"ח לנדוי, טרור ועינויים" פלילים א (תש"ן-1990) 185.

26 ראה בג"צ 30/82 מעיין נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד (2) 477. לביקורת קשה על

— אדם שחלה במחלה סופנית וכיקש רשות להשתמש בתרופה חדשה, עדיין בשלב של ניסוי, אשר טרם זכתה לאישור על-ידי משרד-הבריאות (זאת אומרת: פעולה אדמינסטרטיבית גרידא). הובהר לבית-המשפט על-ידי רופאים וחוקרים כי הסיכוי היחיד להציל את חייו (הגם שידוע כי מדובר בסיכוי קלוש) היה טמון באותה התרופה. לעומת המצב בישראל (וכן במדינות נוספות, כגון ארה"ב) היו גם מדינות שבהן זכתה התרופה לאישור של הגורמים המוסמכים, למשל: באיטליה. בית-המשפט התבקש, בעתירה לבג"ץ, לאפשר לרופאים המטפלים בחולה להשתמש בתרופה, על-אף היעדר האישור של משרד-הבריאות — אך הבקשה נדחתה. בית-המשפט סירב אפוא להתיר כמעשה חריג וחד-פעמי שימוש בתרופה שרק בה היתה תקווה להציל את חייו. יצוין כי בית-המשפט היה מודע היטב לבלעדיות של הסיכוי אשר בתרופה, ואף הציע במהלך הדיון, כי אין מניעה שהחולה יסע לאיטליה (הרי המדינה לא כה רחוקה מישראל); אולם החולה עצמו הסביר כי הואיל והוא יודע כי בכל מקרה אין ודאות שהטיפול יצליח, הוא מעדיף להישאר בישראל, קרוב לבית, למשפחה ולחברים — כי הרי אם בסופו של דבר גורלו נדון למוות הוא מעדיף למות בבית ולא בניכר. ואכן, כשבועיים לאחר דחיית העתירה נפטר העותר.

אם נתעלם מכל מיני ניסוחים מנומסים, משמעות הדברים היא שבית-המשפט קבע כי יש להעדיף את החוקיות של תקנות אדמינסטרטיביות העוסקות באישורים לתרופות חדשות על-פני קדושת-החיים — קרי: הסיכוי היחיד והאחרון — והכל בתנאים של דוחק בזמן למען הצלת חייו של החולה. באופן מעשי מנע בית-המשפט ממנו את הזכות להיאבק על חייו, על רצונו העז לקיים הלכה למעשה את העיקרון של קדושת החיים.

רצוי להבהיר, שבית-המשפט כלל לא עמד בפני סכנה של התמוטטות כל מערך הפיקוח הרפואי בארץ, פתח להפקרות ולאנדרלמוסיה בתחום הורקחות, הגם שבית-המשפט ניסה להיאחז בטענה כזו. לא ולא, שכן בסופו של דבר מדובר היה במתן אפשרות לרופאים להשתמש באופן חריג בתרופה חדשנית בטרם אושרה, כאשר ניתן היה לעמוד על הייחודיות של המקרה נושא הדיון.

דומני, כי בתנאים כאלה תפקידו של בית-המשפט הוא לבחון בעיקר את טוהר המידות של הרופאים (למשל: שאין הם מודרכים משיקולים פסולים של מחקר הרפתקני או פרסום אישי) וכן את הכנתו של החולה (למשל: אם מודע הוא למידה המועטה של סיכוי ולא הוחדרו בו תקוות-שוא). משנבחנו נקודות אלה, אין שום סיבה שבית-המשפט לא יאפשר את החריג. מוטב גם להביע פליאה על עמדתו הנוקשה של משרד-הבריאות במקרה הזה.²⁷

אגב, בסוגייה הקשורה במקצת להגנת הצורך — היא פעולה או מחדלים של

²⁷ "פסק-הדין, המביעה עמדה קרובה לזו שבמאמרי, ראה ע' פרוש "פסק הדין בפרשת מעין — היבטים משפטיים ומוסריים" משפטים יב (1982) 530. וראה גם בספרו, הכרעות משפטיות ושיקולים מוסריים (תל-אביב, 1986).

²⁷ לניתוח של פסק-הדין בפרשת מעין, ובו עמדה שונה מזו שהוצגה כאן, ראה Shapira, "Application of Unorthodox Treatment Methods to the Terminally Ill" 7 Tel Aviv University Studies in Law (1985-1986) 36. שפירא מדיש במיוחד את השיקול של בית-המשפט, כי היתר לשימוש בסם

הצופה מן הצד – יש ביטוי נוסף להתעלמותו של המשפט מקדושת החיים, כאשר במשפט המקובל בדרך-כלל אין חובה לנסות להציל זולת במצוקתו, כולל סכנה לחיים, גם אם יש בה סיכוי להושיע ואם פעולת ההצלה היא מן הקלות וללא סיכון, או אפילו ללא אי-נוחיות. וכך מסביר אחד מבכירי המשפטנים האמריקנים, פרוסר (Prosser) בהסתמך על שורה של פסקי-דין, את המצב המשפטי²⁸:

"...The law has persistently refused to recognize the moral obligation of common decency and common humanity, to come to the aid of another human being who is in danger".

כך שאין מנוס מן המסקנה שהמשפט מגלה לפעמים מידה גדולה של אדישות, בלשון המעטה, לעיקרון של קדושת החיים, כאשר נראה כאילו יש עיקרון אחר הגובר עליו.

נראה כי רוב הדאגה לעיקרון קדושת החיים מתבטאת דווקא בתנאים בהם מדובר בסבלו של חולה סופני – אותה אוכלוסייה חסרת האונים, שאין לה כוח פוליטי, תרתי משמע, ושניתן להתעלם לא רק מסבלה אלא גם מתחינותיה המפורשות לשים קץ לסבלה, כאשר רק שימת קץ לחייהם יש בה כדי להושיעם. אורזו מתעוררת החברה, היודעת להתעלם במקרים מסוימים מקדושת החיים – כפי שתוארו – ובשם אותו הערך מוכנה לדון את החולה לחיים של ייסורים²⁹. רק מעט מן הסבל מגיע לידיעת הציבור, לפעמים בעקבות עתירה משפטית, לפעמים בשל הגשת כתב-אישום במשפט פלילי בעקבות פעולה לגאול חולה מייסוריו ולפעמים כאשר בני-משפחה של חולה נותנים ביטוי לתחושה שנגרם עינוי לחולה בשל ערכים מקודשים³⁰.

ניתן כמובן לקיים דיון באשר לפרשנות שהצגתי כאן לגבי הסוגיות שנדונו, אולם נהיר מצל לכל ספק כי הדוגמאות מוכיחות שאין בלעדיות ואין מוחלטות לגבי העיקרון של קדושת החיים. ישנם מצבים שערך אחר קודם לו – למשל: חוקיות (או שלטון החוק) כבפרשת מעיין, או כבוד האדם לגבי חוסר-נכונות להשתמש

למעין היה מעורר ציפיות אצל הציבור, אשר אולי לא היה משכיל להבין את מלוא המשמעות של ההבט הניסויי של התרופה (בעוד שמעיין עצמו היה מודע לכך). וכך הוא כותב:

The court was patently reluctant to establish a precedent, which could pave the way for a multitude of similar requests by other patients to be experimentally treated by an unlicensed, inadequately researched alleged medication. Although this "slippery slope" line of reasoning is not free from criticism, one ought not to dismiss it lightly.

28 W. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (St. Paul, 4th ed., 1971) 340.

29 לפעמים השופטים עצמם נותנים ביטוי לתחושתם לגבי ייסורים הנגרמים לחולה. כך נקבע בפסק-הדין, בדעת-מיעוט, שטיפול רפואי נגר רצונו של החולה, כאשר הוא עצמו סוכל, הוא דוגמא של "... inflicting never ending physical torture on his body, until the inevitable, but artificially suspended moment of death" (*Satz v. Perlmuter*, 362 So. 2d 160 [1978]; aff'd 379 s 2d 359 1199).

30 ראה, למשל, Walker, "A Little Music" *The Pennsylvania Gazette* 1981. שם היא כותבת: "My father deserved a better death".

באמצעים חריגים כדי לדלות מידע שאולי יציל חיי אדם או כאשר מעדיפים את האוטונומיה של הפרט ולכן לא מחייבים פעולה בתנאי חירום או כאשר נשקפת לזולת סכנת מוות³¹.

ברגע שתהיה הבנה לגבי יחסיותו של ערך כגון קדושת-החיים (ככל שיהיה חשוב בפני עצמו), ניתן יהיה לבחון את נפקותו ויישומו בהשוואה לערכים אחרים ובהתאם לנסיבות בשטח. על רקע זה דומני, כי ניתן יהיה להגיע למסקנה שבתנאים מאוד מיוחדים ניתן לאפשר המתת-חסד גם באופן פעיל, אקטיבי.

ברגע שהוכח כי אין לקדושת-החיים מעמד בלעדי על-פני כל הערכים האחרים (כפי שהובהר), וברגע שהוכח כי דווקא לערך של כבוד-האדם יש מעמד מיוחד במינו, הנראה משתווה אף לערך של קדושת-החיים (כפי שהובהר) – אז תהיה קיימת מסגרת חשיבתית שלפיה ניתן לבחון את שאלת המתת-החסד בהתאם לתוצאה של ההתפתחות הרפואית וצמוד לדגישות אנושית הקשורה לסבלו של חולה סופני המתייסר בגופו ובנפשו, ולכיבוד רצונו.

אפילו שבועת-היפוקרטס, שבה כה נאחזים רבים מהרופאים, איננה מוסרת פתרון חד וחלק, כי ליד הציווי (המצוטט כה רבות) שעל הרופא לפעול למען מניעת מוות יש גם ציווי לפעול למען מניעת הסבל³². מאוד מקובל לראות את הציווי הראשון כעדיף על-פני הציווי השני, אולם בחירה זו איננה הכרחית: ניתן גם לראות את הצווים הללו כשווי-ערך, ואז ניתן שוב – גם על-פי התפישה הרפואית הטהורה – להעדיף אחד על-פני משנהו כאשר הם מצויים בהתנגשות בינם לבין עצמם, והכל כמובן על-פי נסיבות המקרה.

מכול-מקום, כפי שכבר טענתי, אין השאלה של המתת-חסד רפואית בעיקרה, אלא מוסרית-פילוסופית, ככל שמדובר בבחינת הערכים הנדונים; ושאלה משפטית ככל שמדובר בהשפעות של פעולה או היעדר-פעולה.

באשר להיבט המשפטי יש לבחון בקפידה את המצב על-פי המשפט הפלילי במיוחד, כי הרי קיימת שאלת-יסוד אם המתת-חסד עבירה היא אם לאו – והאמת היא כי רוב ההתייחסות לנושא איננה נעשית מתוך ראייה זאת. המשפט הפלילי, על הייחודיות שבו, אכן מספק – לעניות דעתי – תבנית מחשבתית גאוה לסוגייה. נקודת-המוצא היא, שהמשפט הפלילי אכן מכיר באפשרות של התנגשות בין ערכים וכן מכיר בצורך לבחור במצבים מורכבים, בין ברירות קשות³³. הדוגמא המובהקת לכך היא הגנה עצמית – הזכות שמסורה לאדם להקדים תרופה למכה ולפעול למען הסרת הסכנה הנשקפת לו, תוך פגיעה בגורם המאיים, בעצם הפושע הפוטנציאלי, ועד כדי הריגתו כדי שלא יהפוך לקורבן מזימתו של האדם המאיים על חייו.

31 ראה מאמרי "הדע במיעוטו והטוב במירבו" (לעיל, הערה 25).

32 באשר לבעייתיות שכתכולוגיה הרפואית, בהקשר שונה מן הסוגייה שבהמתת-חסד, והמעלה גם סימני-שאלה לגבי שבעת היפוקרטס, ראה S. Huynen, "Biotechnology — a Challenge for Hippocrates" 6 Aukland University Law Review (1991) 534.

33 לדין מקיף בנושא ראה G. Calabresi and P. Bobbit, *Tragic Choices* (New York, 1978).

ד. הגנת הצורך במשפט הפלילי

במקביל להגנה זו קיימת הגנת הצורך (הדווקני כפי שתואר על ידי ש' ד' פלר)³⁴, הפועלת על-פי עיקרון דומה, אלא במצב עוד יותר מסובך, כאשר הגורם המאיים איננו גורם שלילי, פושע בכוח, אלא גורם נייטרלי, למשל: אסון טבע. כידוע, במשפט הישראלי שתי ההגנות הללו היו כרוכות זו בזו עד לאחרונה³⁵. בכל מקרה, המשותף להן היא האפשרות לבית-המשפט לבחון את סבירות המעשה הפלילי בהקשר של הנסיבות, מתוך שיקולים המאפשרים לקורבן פוטנציאלי לנקוט אמצעים חריגים כדי לסכל סכנה ממשית. המבחן ליישומה של ההגנה מורכב מכמה מרכיבים, הנסובים בעיקר סביב לציר של הרע במיעוטו. על הקורבן בכוח לבחור ברע במיעוטו בשעה שהוא בא להסיר מעל עצמו את הסכנה הנשקפת לו, ועליו להוכיח זאת במסגרת משפטית, למשל: בפני המשטרה והפרקליטות מתוך ניסיון לשכנע את נציגיה שלא להגיש כתב-אישום או בפני שופט מתוך ניסיון לשכנעו ליזכותו. למשל: הדוגמה המובהקת תיבחן אם היתה למאויים אפשרות להימלט ממקום הסכנה ללא פגע תחת להשכים ולפגוע.

דומני, כי שיקולים בעניין סוגייה זו יהיו בהירים יותר ומדויקים יותר אם תחת לבחון את תגובת הקורבן האפשרי על-פי המבחן של הרע במיעוטו — כפי שמקובל עתה — נשתמש בפן השני של העניין ונהפוך את המבחן לטוב במירכו; כלומר: במקום לטעון כי היתה זכות למנוע את הרע — של פגיעה שרצוי למנועה, למשל: מותו של המאויים — רצוי לדבר במושגים של הטוב שניסו לקדם, למשל: הצלת חייו של הקורבן בכוח.

תרגום של תפישה כזאת — של בחירת הרע במיעוטו או הטוב במירכו בין ברירות קשות, לגבי מקרה של חולה סופני המיוסר בגופו — יהיה לבחון מה עדיף: השארתו בחיים ובתנאים של ייסורי-תופת בלתי פוסקים (קרי: בתנאים של עינויים, אשר בכל מסגרת אחרת — למשל: בית-הסוהר — היתה אסורה על-פי החוק) או היענות לבקשתו לשים קץ לחייו כדי לשים קץ לעינויו, כאשר זו הדרך היחידה להפסיק את ייסוריו. השקילה של רע מול רע (עינויו מול שימת קץ לחייו) על-פי הדגם המקובל של הגנת הצורך, תאפשר בוודאי התקדמות של ממש בהבנת בעיה כאובה זאת, אולם הפיכת המקרה לבחירת הטוב במירכו תקל עוד יותר על הבנת המציאות לאשורה מבלי שמוראו של המוות יהיה מחסום למחשבה בהירה ואנושית. כך המבחן יהיה לבחון את הטוב בהמשך חייו של החולה מול הטוב שבשימת קץ לסבלו.

במלים פשוטות: רק נכונות לעשות המתת-חסד תאפשר לחברה למנוע כאבי עינויים, שהם, במידה זו או אחרת, תוצאה של התקדמות רפואית: אותו הסבל שאילו נגרם באופן פעיל במסגרת אחרת — למשל: בבית-הסוהר — היה נחשב לעבירה.

34 ראה ש"ז פלר, "הצורך Stricto Sensu במצב השולל פליליות המעשה" משפטים ד (1972) 5.

35 לסקירה של החוק החדש, מתוך השוואה למצב הקודם, ראה א' אנקר ור' קנאי, "הגנה עצמית לאחר תיקון 37 לחוק העונשין" פלילים ג (1992) 5.

נכון שמבחנה משפטית טהורה יש הבדל מהותי ומשפטי בין שני המצבים; בבית-חולים הייסורים עצמם אינם נגרמים על-ידי בני-אדם (אלא כתוצאה-לוואי של אותם הישגים בתחום הרפואי), בעוד שבתנאי מעצר וחקירה הפעולה של בני-אדם היא אכן הגורם הפעיל לייסורים, אם יש עינויים. בסוגייה זו דומני, כי המסגרת המשפטית הנוכחית איננה תמיד מועילה, מתוך ההיצמדות המסורתית להבחנה בין פעולה לבין מחדל — commission and omission. אולם — כפי שכבר הוסבר — ההבחנה הזאת איננה חלה תמיד, ובוודאי לא כאשר מדובר באדם הנתון כולו לטיפול ולהשגחתו של צוות רפואי. אדם אשר איננו מסוגל לפעול בעצמו, ולמעשה, כאשר מדובר ברצונו של החולה, המבקש שישומו קץ לחייו — גם איננו מסוגל לאבד את עצמו לדעת, מעשה שכניגוד לעבר אינו נחשב לעבירה (רק העוזר למעשה, למרבה הפרדוקס, עובר עבירה שהוגדרה במיוחד — כמסייע וכמייצע להתאבדות)³⁶.

אותם צוותי-רפואה המתאמצים בכל מקרה להציל את חייו של החולה המבקש את נפשו למות, הם אולי היחידים המקיימים ללא כחל ושרק את המצב המשפטי לאשורו כפי שהוא היום, המטיל על הצוות הרפואי אחריות לשלומו של אדם חסר-אונים. אם, למשל, הם יודעים כי ברצונו למות, עליהם לעשות את הכל אשר לא-יידם כדי למנוע ממנו להגשים את משאלת-לבו; בדיוק כפי שהורים חייבים להתאמץ ללא-ליאות למנוע, למשל, מבתם הסובלת ממחלת אנורקסיס-נבורזה של הרעבה עצמית להגיע עד לסכנת-מוות, ואם לאו — עליהם לשאת באחריות.

מי שמקבל את האחריות הזאת כלשונה נאלץ להזדקק לפעולות הנראות מוגזמות (ואולי לפעמים הן אף עינוי או עבירה כגון עבירה של מאסר בלתי-חוקי אם החולה נקשר למטתו כדי למנוע ממנו לנתק את מכשירי-ההנשמה, והיו דברים מעולם)³⁷. גם המקרה בארה"ב של אליזבט באוביה (Elizabeth Bouvia), אותה אשה שניהלה מאבק משפטי מתמשך³⁸ נגד רופאיה כדי לאלץ אותם להפסיק להאכילה בכוח (מעשה אשר גורם לכאבים איומים) — מעורר גיחוך. העותרת, אשה צעירה שבשל מחלה הפכה אט-אט להיות משותקת לחלוטין, חוץ מהיכולת להניע את ראשה, ביקשה כמה פעמים שלא יזינו אותה — כנראה מתוך רצון שבכך יקיץ הקץ על חייה, אם כי הכחישה בכל תוקף שבכוונתה למות — כדי למנוע את הכאבים, שנגרמו על-ידי פעולות ההזנה.

אולם בית-החולים סירב להיענות לבקשתה; הרופאים הבהירו שעמדה זו קשורה להשקפתם ולא פסלו על הסף את האפשרות להיענות לבקשתה, אלא רק אם תתבצע במקום אחר. כמו-כן הציע, כי יאותו להעבירה לבית-חולים אחר אשר יסכים לפעול

36 החשיבות של הגישה להתאבדות הוזכרה על-ידי השופט Scalia בפסק-דינו בעניין *Cruzan*. (ראה לעיל, הערה 15).

37 A. Malcolm, "Right to Die Dispute Focuses on California" *New York Times* (Oct. 20, 1964). במקרה זה קשרו לעתים את ידיו של החולה כדי למנוע ממנו להנתק מהצנורות. בעתירה שהוגשה לבית-המשפט טען עורך-דינו כי "The hospital is inflicting a living hell on this man. They sentenced him to death prolonged as long as medically possible".

38 *Bouvia v. County of Riverside*, No. 159780, Sup. Ct. Riverside Co., Cal. (16th Dec. 1983). וראה מאמר 1238-1250. G. Annas, "When Suicide Prevention Becomes Brutality — The Case of Elizabeth Bouvia" *Hastings Center Report* (1984) 20.

בהתאם להנחיותיה, זאת אומרת: לא יעמדו בדרכה אם היא תחליט לעזוב את כותלי בית-החולים. אולם אליה וקוץ בה: היא זכתה לטיפול כה טוב וכה מסור מידי המטפלים באותו בית-חולים עד שלא רצתה לעזבו. יתירה מזו: ביודעה שההרעבה תגרום בסופו של דבר למותה, רצתה שבשלבנים כה קריטיים של חייה תהיה בקרב אנשים שהיא למדה, בעת אשפוזיה, להכיר ולהוקיר.

דברים דומים היו גם בישראל כאשר הוצע לחולה ליסוע לביתו, שם, ללא השגחה רפואית, מימש את זכותו המלאה לפעול כאוות-נפשו, אולם כמובן ללא אותה העזרה הרפואית הדרושה לו כדי לטפל בצרכיו היסודיים ביותר, ומתוך העברת נטל עצום ואיום על בני-משפחתו³⁹.

דווקא מדיניות זו של בתי-החולים עלולה גם, למרבה הפלא, לפגוע בעיקרון של קדושת-החיים, למשל: לגבי אותם המקרים של חולים המצויים עדיין בשלביה הראשונים של המחלה וכיודעם את חוסר-האונים שלהם-עצמם בהמשך, המדיניות הרפואית והמצב המשפטי — יעדיפו אולי לשלוח יד בנפשם בעוד כוחם עמם ולא להמתין עד לשלב שבו יהיו תלויים בחסדי הצוות הרפואי; והיו כנראה דברים מעולם, אם כי קשה לאמת את התופעה ולאמור את היקפה⁴⁰. ייתכן אף, שישנם חולים אשר יעדיפו שלא לקבל טיפול העשוי אולי להועיל להם, מתוך שיקול שאם הטיפול לא יצלח יאבדו הם את היכולת לחייב את הצוות הרפואי להפסיקו.

רק אם האחראים בכל המישורים — הרפואי, המשפטי והציבורי-פוליטי — יאזרו עוז ויודו בעובדה שהנושא איננו אך ורק של קדושת-החיים אלא גם של כבוד-האדם וכי מדובר גם בתופעה של גרימת כאבים וסבל; רק אם יגלו אותה עירנות למניעת כאב וסבל עד עינוי, כפי שמגלים למניעת גרימת מוות; ורק אם יגלו אותה רגישות לייסורי הגוף בבתי-חולים, כפי שמגלים לעינויים במוסדות סגורים אחרים, קרי: בבתי-סוהר, אז נוכל לערוך חשבון נפש אמיתי בסוגייה. דומני, כי ההיגיון של דיון כזה הנוזן מנתונים ממשיים מן השטח, יוביל למסקנה הבלתי-נמנעת של המתת-חסד פעילה (אקטיבית). נתונים אמיתיים מן השטח חייבים לכולל, מחד גיסא, מקרים ממשיים של המתת-חסד המתבצעת מתוך עודף מינון של סמים משככי כאבים, בידיעה שיזרוז את המוות, ומאידך גיסא, נתונים של משמעות הכאבים (עד עינוי) הפוקדים את החולים.

לעניות דעתי אין זכות לחברה לפתח טכנולוגיה רפואית מרשימה ויקרה, ואז לא להשתמש בה מתוך הרצון שהחולה ימות, מבלי לנקוף אצבע לעזור לו למות (אם זו הכוונה של אי-הפעלת הטכנולוגיה), בהשאירו תלוי בין חיי יסורים לבין המוות המתמהמה לבוא. מחד גיסא, מותר לחברה להתאמץ בפעולות הירואיות מתוך ניסיון להציל חיי-אדם, ובמיוחד כאשר זאת הבקשה המפורשת של החולה, על-אף כאביו, מכיוון שהחיים כה יקרים לו; וכן — לעניות דעתי — מאידך גיסא, מותר לחברה להיענות לבקשה מפורשת של חולה לשים קץ לחייו כדי לגואלו מייסוריו. אולם דומני, שלחברה אסור לשלול מן החולה שימוש במכשירים מתוך

39 דברים כאלה מוצאים את בטויים לרוב לא בפסק הדין אלא במהלך הדין.

40 ראה דיון על התאבדות, *D. Portwood, Common-Sense Suicide — The Final Right* (New York, 1978).

כוונה מפורשת שהוא ימות, ובמקביל להותיר אותו בייסוריו כאשר מחכים לסופו – וזהו בעצם המצב עתה.

לדעתי, יש ערך חשוב ביותר לעובדה שאדם לא יסיים את חייו בייסורים או בטשטוש חושיו מתוך מינון עודף של משככי-כאבים; ערך זה נקרא בלועזית euthanasia, מיתה טובה; אך לדעתי, באופן עקרוני ובנסיבות מסוימות, אין ערך זה פחות מן הערך של קדושת-החיים, ויש לשאוף לקיומו הלכה למעשה.

יש הטוענים כי יש להכיר בזכות למות עד כדי דרישה להכרה חוקתית בכך. בהקשר זה ייתכן כי החזקת אדם בחיים נגד רצונו, כאשר משמעות הדבר היא ייסורי-תופת בעת גסיסתו, בערוב-ימיו, היא פגיעה בכבודו של האדם בניגוד לחוק החדש – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴¹. הרי אף נאמר כי רצונו של אדם כבודו, ועל-אחת-כמה-יוכמה כאשר מדובר ברצונו האחרון של אדם הנוטה למות. זאת ועוד: כדאי לקחת בחשבון כי רק כאשר תהיה הכרה רשמית, על-פי החוק, בהמתת-חסד, תהיה אפשרות לקיים פיקוח קפדני נאות במסגרת הדרג השיפוט, כולל הצורך בבירור יסודי עוד בטרם מעשה. רק אז אפשר יהיה גם למנוע מעשים חמורים של התעלמות מרצונו של חולה; לא רק מרצונו למות, כגון במקרה של באוביה, אלא גם רצונו להיאבק עד תום מיצוי האפשרויות על חייו, כגון המקרה של מעייץ. לשון אחר: ללא הכרה בהמתת-חסד יש סכנה שהיא תתבצע – בלא ידיעה, בלא פיקוח, בלא הסכמה במצב של לית דיין ולית דיין. לכן, רצוי מצב משפטי חדשני מוכר, לא רק לקיים רצונו של חולה הרוצה למות, אלא גם לעודד עשיית הכל כדי להציל חולה שרצונו להיאבק על חייו.

יש הרבה סוגיות שיהיה קשה להכריע לגביהן, בעיקר כאשר רצונו של החולה איננו ידוע למשל: כאשר מדובר בחולה מחוסר-הכרה שלא הפקיד צוואה בעודו בחיים או לגבי תינוקות שנולדו עם מומים קשים ללא תוחלת-חיים ממשית⁴².

אולם כאשר ידוע רצונו של החולה, אזי רצוי שנחפש דרך הגיונית והגונה להיענות לבקשתו. מה שבולס מגמה זו איננו כלי-העיקרון של קדושת-החיים (כי הרי ממילא במותו של החולה חפצים, ואף מותר, על-פי הגישה של מורשת ישראל, להתפלל למען מותו כאילו רחמים הם סגולה אלוהית אשר איננה נחלת האנושות), אלא מחשבה מעוותת, התחפרות מאחורי עמדות מיושנות, חוסר-מעוף וחוסר אומץ-לב להתאים את המצב המשפטי למצב העובדתי. חוסר רצון לפעול למען המתת-חסד אקטיבית מובן בהחלט, בין השאר משום שהכרה בכך עלולה להיות פתח לניצול, ויש רבים המודאגים מעצם האפשרות של המדרון המתדרדר (ה-slippery slope) – אולם האמת היא שאנו כבר נמצאים באותו מדרון, רק שהדברים העלולים להיות מסוכנים מתבצעים ללא הודעה מפורשת, ללא הכרה רשמית, ללא פיקוח קפדני, ולפעמים אף ללא הסכמה של הנוגעים בדבר, קרי: החולה עצמו ובני-משפחתו. רק הכרה על-פי החוק תוכל לאפשר את הפיקוח הנחוץ. ללא הכרה כזאת, נמשיך למעשה להתדרדר במדרון – מדרון שיש בו תהומות לשני צדדיו, הן התהום של כפיית הארכת החיים בניגוד לרצונו של החולה במחיר של המשכת הכאבים הנוראיים וטשטוש משחית של החושים, והן התהום

41 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

42 ראה עבודת-הדוקטור של ר' בן-שחר, תינוק בא לעולם (אוניברסיטת תל-אביב, 1991).

של המתת-חסד ללא ידיעתו או הסכמתו של החולה באמצעות עודף מינון, למשל, או אפילו מעשים ישירים יותר, אשר, בניגוד לדוגמאות שהוזכרו בפתח המאמר, אין עליהם שום דיווח.

לעומת זאת, ניתן לקבוע כללים ברורים וחמורים, שלפיהם יש לפעול בנושא של המתת-חסד. בהולנד נעשו הצעדים מרחיקי-הלכת ביותר בסוגייה זו, ומעניין שבתחילה לא על-פי חקיקה, אלא על-פי פסיקה חדשנית ופעלתנית. פאול קיי (Paul Key) מסכם את הגישה ההולנדית כדלקמן:

The most complete recognition of the right to die is to be found in the Netherlands. A series of judicial steps has meant a physician who meets certain strict criteria now has the legal right to lethally inject a dying patient who has requested death⁴³.

בפסק-דין משנת 1981⁴⁴ קבע בית-המשפט ההולנדי עשרה תנאים, אשר יש למלאם כדי שבית-המשפט יכיר בחוקיות המעשה:

- (1) סבל, גופני או נפשי, אשר החולה איננו מסוגל עוד לשאת.
- (2) הן הסבל והן הרצון למות חייבים להיות בגדר קביעות נחרצות.
- (3) החולה חייב לתת את הסכמתו מתוך רצון המתבסס על ידיעה מדויקת באשר למצבו (informed consent).
- (4) החולה חייב לקבל הסבר על כל דרכי הטיפול הפתוחות בפניו.
- (5) הוכח כי אין פתרון חלופי סביר למצבו.
- (6) יש לבחון שמותו של החולה לא יגרם למצוקה לאחרים, שניתן היה למנוע.
- (7) אסור למטפל להחליט על מתן עזרה למות (aid-in-dying) על דעת עצמו, עליו להתיעץ עם עוד איש-מקצוע אחד לפחות.
- (8) הקביעה באשר לסוג הסמים שיינתנו לחולה חייבת להיות על דעתו של רופא.
- (9) יש להקפיד הקפדה יתירה בתהליך של קבלת ההחלטה.
- (10) ניתן להעניק את העזרה למות (aid-in-dying) לחולה שאיננו בשלב גסיסה, למשל: אדם משותק לחלוטין (paraplegic).

המחבר מסכם את פירוש התנאים בקביעה:

Although the most radical the Netherlands' approach has echoes in other European countries⁴⁵.

לאחרונה, בחודש פברואר 1993, סמך בית-המחוקקים ההולנדי⁴⁶ את ידיו על

.P. Key, "Euthanasia: Law and Morality" 6 *Auckland University Law Review* (1989) 224 43

Ibid, at p. 241 44

Ibid 45

J. Gevers, "Legislation on Euthanasia — Recent Developments in the Netherlands" 18 46

Journal of Medical Ethics (1992) 138

מאמר זה נכתב בזמן תהליך החקיקה ומתאר כיצד בית-המחוקקים ניסה ליישר קו עם הפסיקה שהתגבשה. המחבר תומך באורח כללי בחקיקה, אולם מסתייג מהיבטים שונים של החוק. יש להדגיש, שהחקיקה גובשה תוך התייעצות עם רופאים. לאחר שהתקבלה החקיקה, נמתחה ביקורת קשה ביותר על הולנד על-ידי גורמים בוותיקן. הולנד עצמה לא

גישה זאת והתיר באופן רשמי את המתת-החסד האקטיבית — וכל זאת בהתאם לתנאים המודרים ביותר — וייתכן שחוק זה יהפוך להיות דגם לאחרים.

האמת היא כי אפילו במשפט העברי יש רמזים בכיוון זה, כפי שמבהיר דניאל סינקלר⁴⁷ בעבודתו על מעמדו של אדם הנחשב לטריפה. הסוגייה מורכבת מאוד ואין בכוונתי לעסוק בה, אולם מתברר שהמשפט העברי היטיב לדעת (עוד הרבה לפני החידושים הטכנולוגיים בני-זמננו), כי יש לקיים התייחסות מיוחדת לאדם במצב נואש מבחינה רפואית, ולכן — על-פי תפישת הרמב"ם — פטר את הגורם למותו מעונש בידי אדם, בהשאירו את העונש בידי שמים. הסוגייה סבוכה מאוד ולא ברור שסינקלר עצמו מיצה את כל הטמון בה (ויש גם להביע הסתייגות מכמה מן ההשלכות לגבי הטריפה, למשל: האפשרות למסור אותו לאויב כאשר נדרשת הקהילה למסור כן-ערוכה).

לסוגייה של אדם במעמד דומה לטריפה נדרש, ממש בעת סיום כתיבת מאמר זה, ה-Judicial Committee of the House of Lords⁴⁸. מדובר בצעיר שנפצע קשה והפך להיות לצמת. לאחר שנים מספר שבהן היה שרוי במצב זה וכאשר אפסו כל הסיכויים להתעוררותו ולהתאוששותו, פנו הוריו לבית-המשפט לבקש רשות

נשארה חייבת ומחתה על ביטויים קשים שנכללו בהודעת הוועיקן. לדיווח כללי על התפתחות זו ראה *Lancet*, גליונות חודש פברואר 1993. ההערכה היא ש-1.8% מכל מקרי-המוות בהולנד הם תוצאה של המתת-חסד מסוג זה או אחר — אקטיבית או פסיבית. המספר נראה גדול למדי, אולם אין לשכוח שבשל מדיניות שביית-המשפט נוקט זה שנים רבות, זוהי המדינה היחידה המתקרבת לדיווח אמת וכלל אין לדעת כמה מקרים נעשים בסתר במדינות אחרות, כולל ישראל.

47 ראה מאמרו של ד' סינקלר "הזכות לחיים — ההגנה על חייהם של החולה-אנוש, העובר והגוי בהלכה" תקדים כרך ג-ד, גליון מיוחד בנושא זכויות האדם ביהדות (תשנ"ב-1992) 33. וכך הוא כותב:

אחד ההבטים הבולטים של המשפט הפלילי העברי הוא אי-גזירת עונש המוות כאשר מדובר בהריגתו של חולה-אנוש הלוקה בליקוי אורגני קטלני (להלן: טריפה). ההודג טריפה פטור מעונש מוות כיוון שקורבנו היה נפטר ממחלתו בין כך ובין כך, ואין עונש מוות חל על ההודג אדם "החשוב כמות".

אם כי, על-פי הרמב"ם, היה עדיין צפוי לעונש בדיני-שמים. הסוגייה סבוכה ביותר ואין הגדרה מדויקת מי ייחשב לטריפה, בניגוד לגוסס, שלמען שמירת חייו יש לפעול במלוא ההקפדה. אולם דומני, כי יש כאן פתח המאפשר התמודדות מהיבט חדש עם הבעיה של המתת-חסד. כפי שסינקלר עצמו גורס, בפרסום אחר, המעמד של טריפה

...introduced a measure of flexibility into the issue of terminating such a life... the category [in contrast to the "goses" — L.S.]... is much closer to the debate on the termination of the life of the critically ill patient". (*Tradition and the Biological Revolution — The Application of Jewish Law to the Treatment of the Critically Ill* (Edinburgh, 1989 22).

מתברר מעבודתו, כי המשפט העברי נקט דווקא גישה גמישה לגבי חולה הנמצא כנראה במצב של אובדן ההכרה והחושים, שהוגדר כטריפה. לגבי נקט המשפט העברי עמדה גמישה, למשל: ויתור על ענישה לגבי אדם שהמית אותו (אם כי נשאר עונש כירי שמים).

48 בעת דיון בבית-המשפט לערעורים התייחסה Diana Brahmes במדויה למקרה זה: "Persistent Vegetative State" *Lancet* (Jan. 1993). לאחר שבני-המשפחה זכו בבית-המשפט לערעורים, הגישה הפרקליטות ערעור ל-House of Lords. לפי תיאור מצבו, מסוגל היה החולה לנשום לבד, כשעיניו פקוחות, אך לא הגיב כלל לסביבה, ולכן הדיון נסב על הפסקת מתן מזון נוזלי. הוא נפטר ביום 3.2.93, כשבועיים לאחר שהוחלט ב-House of Lords להתיר את ניתוקו מן הצניור שהזין אותו בנוזלים. קשה להבין כיצד ראה בית-המשפט (וכל אלה התומכים בהמתת-חסד פסיבית בלבד, במקרים חריגים) את הרעבתו עד למותו כמצב ערף, מבחינה מוסרית ומשפטית גם יחד, על-פני המתתו המיידית, עם קבלת

לאפשר את ניתוקו מן הנוזלים המזינים אותו. בית-המשפט התיר את הניתוק — החלטה העומדת בניגוד להלכת *Cruzan* שנקבעה במשפט האמריקני. היה ברור שכתוצאה מפעולה זו מותו של החולה ודאי, כי הוא ייוותר ללא מזון, אולם בית-המשפט לא אפשר מעשה אקטיבי של הריגתו — זאת אומרת: בית-המשפט קבע כי ניתן לאפשר לו למות, אך לא להמית אותו. בית-המשפט קבע למעשה שעליו למות בהרעבה, ובלבד שלא תהיה פעולה אקטיבית שתגרום למותו. דומני כי הגיחוך בעמדה זו ברור וגם האכזריות בה, כאשר כולם, בני-משפחה וצוות רפואי כאחד, ממתינים באפס-מעשה למותו המיוחל והמתוכנן, ואכן, כעבור כשבועיים הוא נפטר. ולכן העיר אחד השופטים, לא בפסק-בדין אלא במהלך הדיון, כפי שדווח בעתונות:

"What is being said in this case is that (the patient) should be starved to death based on the assessment of his quality of life" (Times, Dec. 16, 1992).

מתברר כי מסתמנות שלוש גישות שונות:

- (א) הגישה האמריקנית, המעמידה את קדושת-החיים מעל לכול, אך למעשה מעמידה את כוחה של המדינה כשיקול המכריע, גם בניגוד לבקשת בני-משפחה מסורים ואוהבים, וגם כנראה בניגוד לרצונו של החולה — שבטא בפחות נחרצות מאשר דרשו השופטים.
 - (ב) הגישה האנגלית, המתירה המתת-חסד פסיבית גם כאשר מדובר בהרעבה מתוכננת עד למות כעבור שבועות אחדים, ובלבד שלא תהיה פעולה אקטיבית; ומשנעשתה פעולה אקטיבית, כפי שהיה במקרה של הרופא שזרז את תהליך הגסיסה, אזי ממצים את הדיון נגד עושה הפעולה.
 - (ג) הגישה ההולנדית, המפרטת את כל השיקולים שיש להתחשב בהם ועל-פיהם יש לפעול בטרם יוחלט על המתת-חסד, כולל פעולה אקטיבית.
- דומני, כי הגישה ההולנדית היא היחידה שמתמודדת באומץ-לב עם מורכבות הבעיה ומציעה פתרון נאור, מציאותי, מבוקר, אנושי ורצוי. הגישה ההולנדית מגלה הבנה וגמישות ומבטיחה פיקוח נאות. היא נוצרה לא בחקיקה, אלא בהתמודדות שיפוטית כנה עם בעיות סבוכות, עד שלבסוף נקלטה גם בחקיקה. לעניות דעתי, גישה זו עדיפה על-פני הגמגום וההססנות שבמשפט המקובל. אמנם, גישה זו אמורה לקיים את קדושת-החיים, אך עושה עיקרון זה פלסטר, וגם זאת מתוך פגיעה בכבוד-האדם. לעומת זאת, הגישה ההולנדית שואפת בתנאים קשים לפתרון שהוא הטוב במירכו. המצב הנוכחי — בישראל ובאנגליה וכן, לפי הנסיבות, גם בארה"ב — של מניעת טיפול מתוך ציפייה למוות, בתנאי גוף קשים, בלי פעולה להביא את המוות המיוחל — איננו אלא הרע במירכו. את הטוב במירכו נוכל להשיג רק אם נהיה מודעים

ההחלטה להתיר את ניתוקו מן הנוזלים. הפירוש היחידי להחלטה השופטים היה מותו של החולה, ואם כן, מדוע להמתין לכך שימות מיתה טבעית ולא בידי אדם לפי "המשחק המעורן" של המשפט הפורמלי?

להצהרתו-הזהרתו של קהלת: "...ויוסיף דעת יוסיף מכאוב"⁴⁹. אסור שהידע ההולך ומצטבר בתחום הרפואי יגרום להארכת החיים בתנאי סבל. לידע יש להוסיף חוכמה, לאמצעים טכנולוגיים יש להוסיף רגישות אנושית, לפעולות הירואיות של הצוות הרפואי להציל חיי-אדם יש להוסיף אומץ-לב של משפטים להתיר את המוות מתוך רצון למנוע סבל, ולדאגה מוצדקת לשמור על העיקרון של קדושת-החיים יש להוסיף דאגה נדרשת לשמור על כבוד-האדם.

ה. בשולי המאמר ובשולי הפסיקה

(יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נגד מדינת ישראל — ע"א 506/88 [טרם פורסם])

לאחר סיום כתיבת מאמר זה חלו כמה התפתחויות בסוגייה הנדונה, וברצוני להתייחס בקיצור לעיקר שבהם, הוא פסק-הדין החשוב של המשנה-לנשיא השופט אלון, בפרשת התינוקת יעל שפר. כזכור, במקרה זה, יזמה אמה של התינוקת, שסבלה ממחלת טייזקס פנייה לבית-המשפט ובה בקשה להשיג אישור שאט וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי והיא תזדקק "לסיוע נשימתי ו/או מתן תרופות באמצעות עירוי, או כל דרך אחרת" — תהיה זכאית "לסרב ולא לקבל את הטיפול הנ"ל בניגוד לרצונה".

הבקשה נדחתה, הן בבית-משפט מחוזי והן בהמשך בערעור, עוד ב-1988, אך רק בסוף 1993 ניתן פסק-הדין ובו נמסרה הנמקה מפורטת ומעמיקה המשתרעת על-פני כ-150 עמודים מודפסים.

הבקשה לבית-המשפט הוגשה על-ידי האם, בעוד שאביה של התינוקת נמנע מלהצטרף אליה, ודומני כי היה בעובדה זו כדי להשיב את הבקשה ריקם. כי אם ההורים אינם מסוגלים, כאפוטרופסים בצוותא של ביתם, להגיע לעמדה משותפת בסוגייה כה רגישה ואישית, אזי אין — לדעתי — לדרוש שהעניין יוצב לפתחו של בית-המשפט. אולם הן בבית-משפט מחוזי והן בערעור הסכימו השופטים לקבל לעיונם ולהכרעתם את השאלה הכבדה הזו של גורל חיי התינוקת; ומאותו הרגע נאלצו להתחבט במכלול הקושיות הקשורות לסוגייה — טובת הבת, רצונה של האם, שתיקתו של האב, עמדת הצוות הרפואי וערכי-היסוד של החברה.

המסגרת שהמשנה-לנשיא, השופט אלון, בחר לבחון את המצב, היה בעיקר חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הפנייה שבו לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. השופט אלון התייחס לטיעון שהוצג ואשר לפיו קיים במקרה הזה ניגוד בין חיי אדם לבין כבודו. לדבריו:

בנידון דנן, חובת השמירה על חייו של החולה, עומדת היא, כך נטען בפנינו, בניגוד לשמירה על כבוד החולה שמבקש את נפשו למות ומסרב לקבל את הטיפול הרפואי שבא להאריך את חייו ולשמרם, ובניגוד לשמירה על חירותו האישית של החולה ועל האוטונומיה

שלו. ובכך באנו ללב לבה של הבעיה העומדת בפנינו: האם אכן ניגוד וסתירה בפנינו בין זכות יסוד זו של חיי האדם לבין רעותה כבוד האדם? (עמ' 13; ההדגשה במקור – ל"ש).

השופט אלון דוחה טיעון זה בסוברו כי חייה של התינוקת, על-אף מצבה הקשה, אינם מחוסרי-כבוד וכי למעשה הערכים הללו כרוכים יחד. הוא מצטט את הרופאה שטיפלה בה ובפיה תיאור זה:

יעל שפר מצוייה במצב של איבוד הכרה תמידי (המכונה מצב של "צמח"). אין היא סובלת כאבים... אין היא מבוזה או מושפלת, כבודה נשמר מעל ומעבר. הינה נקיה. אינה סובלת מפצעי לחץ המופיעים במרבית המקרים של ילדים השוככים תקופה ממושכת, ואינה סובלת מהתכווצויות (הדגשה של השופט אלון בפסק-דינו – ל"ש).

מיד לאחר ציטוט זה מוסיף השופט אלון:

יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. יעל בוכה ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שגרתי רגיל. נדה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקירבתה. בתנאים אלה, ובמצאות זו, קדושת חייה של יעל גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.

בטרם אדון בעיקרי הדברים, ברצוני להעיר שתי הערות מקדימות: (1) תיאור התינוקת היה לגבי המצב בעת הדיון, ובשלב זה לא היתה שום בקשה להתערבות למען קיצור חייה, ובוודאי לא לשימת קץ להם. הבקשה התייחסה למצב אפשרי בעתיד, אם וכאשר תזדקק לפעולות רפואיות כלתי-שגריות, ואין לדעת מה יהיה מצבה אז ואם הוא יהיה דומה לתיאור שנמסר בעת המשפט. רצוי לציין כי הוצגה עמדה מטעם העותרת והמעוררת של רופא אשר טען כי "... אם וכאשר יוחמר מצבה והיא תזדקק לסיועם" (של הנשמה ו/או מתן עירוי) "...לדעת, זו התאבזרות להתמשיך בטיפול בילדה..." (עמ' 143). זאת ועוד: הבקשה עצמה היתה מן המתונות שניתן להעלות על הדעת מבחינת הסוגייה הזו של "המתת-חסד", שכן לא מדובר בפעולה אקטיבית וגם לא בניתוקה ממכשירים, אלא באי-חיבורה, אם מצבה יורע והיא שוב לא תרגיש ותתנהג על-פי התיאור של מצבה בעת הדיון. בקשות כאלה בדרך-כלל מתקבלות, ואף בישראל היו מקרים כאלה. למעשה קשה להאמין כי בתי-חולים מסוגלים לקיים את הנורמה שנקבעה בפסק-דין זה, שבפשוטו של דברים אוסר על צוות רפואי להיענות לבקשה של חולה שלא להיות מחובר למכשירים בתנאים קשים וסופניים – בתנאים שהוא זקוק על-פי התיאור בבקשה "לסיוע נשימתי ו/או מתן תרופות באמצעות עירוי". בפסק-הדין נרמז על החמרה בהחלטה זו בהשוואה למקרים קודמים שהיו,

ונקבע כי בעוד שלחולה רגיל יש זכות לסרב לטיפול, אין זכות כזו נתונה לגבי חולה סופני, כי בכך הוא מסכן את חייו ופוגע בעיקרון של קדושת החיים. דבריו של השופט אלון בהקשר זה אינם חד-משמעיים ונאמרו יותר ברמיזה, ולכן רצוי להביאם במלואם:

ואכן, מקצת השאלות הכרוכות בנושא זה – שאלת גדרה והיקפה של חובת הרופא להעניק טיפול לחולה מחד, וזכות החולה לסרב לטיפול רפואי מאידך – והנילות אליהן ומשתמעת מהן, שבחלקן קשורות הן בחולה שמצבו מוגדר כסופני (הדגשה במקור – ל' ש'), נדונו בשורה של פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבתי המשפט המחוזיים, ורובן הזכרנו בדברינו לעיל (פרשת אייל, צדוק, צעדי...). דיון זה, גם במידה שהתקיים, טרם בא להכרעה בבית משפט זה, והוא נתקיים בטרם בוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעולמה של מערכת המשפט בישראל (עמ' 128-129).

אמר ולא פירש, ודומני כי הרמיזה כאן היא בשלושה:

- (א) שכתב-משפט מחוזיים יצטרכו בעתיד להתאים את פסיקתם להלכה החדשה של פרשת שפר.
 - (ב) שבבתי-המשפט הללו לא התקיים דיון מעמיק (לדבריו של השופט אלון, "דיון זה, גם במידה שהתקיים" (הדגשה שלי – ל' ש')).
 - (ג) פסקי-הדין שהיו בעבר נפסקו בטרם היה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומעתה והלאה יצטרכו להכריע בסוגייה הנדונה בהתאם לחוק יסוד זה, שמשמעותו בהקשר הנדון הובהרה לראשונה בפסיקה בפרשת שפר. לכן ייתכן כי תוקף הפסיקה הקודמת בטל.
- (2) נקודה אחרונה זו מביאה להערה מקדימה שנייה, והיא שגם הדיון בבקשתה של יעל שפר (ואמה) התקיים כולו, מתחילתו ועד סופו, לפני שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נחקק; ועד שנחקק, לא רק שהדיון הושלם וההחלטה נמסרה ללא הנמקה אלא שהתינוקת עצמה, נשואת הדיון, כבר לא היתה בחיים. כפי שנמסר בפסק-הדין עצמו, השתלשלות העניינים לגבי חייה הקצרים היו כדלקמן: היא נולדה ב-26.2.86 ואושפזה כעבור שנה ומחצה ב-22.11.87 כעבור תשעה חודשים ב-3.8.88 הוגשה הבקשה לבית-המשפט המחוזי וכעבור פחות משבוע (ב-8.8.88) ניתן פסק-הדין הרוחה את הבקשה. הערעור בבית-המשפט העליון הושמע כמעט מיד, ואז, לפי תיאור בפסק-הדין, "ביום 11.9.88 דחינו את הערעור ללא נימוקים. בהיותה כבת שלוש שנים נפטרה יעל ממחלתה והלכה לעולמה" (עמ' 4).

אנו למדים אפוא כי היא נפטרה בשנת 1989, כשלוש שנים לפני שהתקבל בכנסת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דומני שאין סיבה מדוע בית-המשפט לא יאזכר חוק חדש שלא היה קיים בעת הדיון, כדי להאיר היבט זה או אחר של הנושא הנדון. אולם המצב שונה כאשר חוק חדש זה הופך להיות התשתית לפסק-דין עצמו, כי הרי ברור שביום מתן ההחלטה, ללא הנמקה, לא היו

יכולים להיות שיקוליו של בית-המשפט כפי שהם נמסרו בפסק-הדין בסופו של דבר.

וכעת לעיקר, להלכה התקדימית שנפסקה ולמשמעות של סוגיית המתת-חסד בהקשר של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית — על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כאמור, בחוות-דעתו כרך השופט אלון את שני הערכים — של חיי האדם וכבודו של האדם יחד. במקרה דנן, טען כי לא היה ניגוד ביניהם. אולם על-פי החומר שהוצג בפסק-הדין אין אנו יודעים מה היה מצבה של התינוקת בשלבים הסופיים של חייה. ובכן, ברצוני לשוב ולהדגיש כי הסוגייה הקשה והכאובה, שאין ממנה מנוס, היא מה לעשות כאשר שני הערכים הללו מתנגשים — בגלל כאבי תופת שאין מרפא להם, בשל מצב מתמשך של חוסר-הכרה ובגלל מצב של "צמח" (המונח המופיע בפסק-הדין) העלול להימשך שנים, ואולי אף עשרות בשנים (וכך בוודאי ירבו — במקרים ובשנים — ככל שהטכנולוגיה הרפואית תתקדם).

למצב הספציפי של "צמח" (המצב הנדון בפרשת שפר) ולשם נקיטת גישה שונה מאשר לגבי מקרים אחרים, יש רמז במקורות, שכבר הוזכר בסוף מאמרי לא בנושא של "צמח" אלא של טריפה — קרי: מקרה של מחלה סופנית שאין מרפא לה, אם כי זה יכול להימשך זמן רב, השופט אלון התייחס באגב למצב זה בפסקי-דינו. בדיון על האיסור המוחלט להמתת-חסד אקטיבית, כותב השופט אלון (עמ' 57-58):

"והחשת מוות אקטיבית אסורה במקום שיסוריו פוקדים את החולה"; ואז, לאחר ציטוט מהמקורות הוא ממשיך: "אכן, יש שהעונש הצפוי שונה הוא במקרים מיוחדים, כגון המצב המוגדר כ"טריפה", אך ההמתה האקטיבית אסורה היא ובת עונשין היא (ראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, ב, ד-ח; אנציקלופדיה תלמודית, שם; וכך נתפרשו מעשים מיוחדים שמדובר בהם במקרא [שמאל א לא, ד-ה])" (הדגשה במקור — ל"ש); ובהמשך מובאים עוד ציטוטים מעבודותיו של מלומד, ד"ר שטיינברג, שעליו מסתמך אלון במקומות שונים בחוות-דעתו.

אכן, יש שהעונש הצפוי שונה במקרים מיוחדים המוגדרים כ"טריפה" במקורות, אך מתוך רצונו העז להדגיש את התנגדות היהדות להמתת-חסד אקטיבית נמנע השופט אלון לציין מהו השוני בעונש, והוא — על-פי הרמב"ם, שההורג טריפה "הרי זה פטור מדיני אדם", כפי שמופיע בהלכה ה, במקור שהוזכר בפסק-הדין. אין בכוונתי לרדת לסופם של דברים בהקשר זה, אולם נראה לי כי מדובר כאן בניסיון (נועז לתקופתו) להבין את מלוא הבעייתיות של מצב אומלל זה ולהציע פתרונות השונים מן הפתרונות החלים במקרים אחרים בסוגייה של המתת-חסד, וכל זאת מאות שנים לפני שהטכנולוגיה הרפואית הרבתה במצבים הללו והחמירה את הדילמה המוסרית.

וכעת לנושא הכללי-אוניברסלי של ערכי הדמוקרטיה. כאן מיקד השופט אלון את הדיון בשתי מדינות בלבד, אמנם שתיהן דוגמאות מובהקות של חברה דמוקרטית — ארה"ב והולנד. בראשונה מצא השופט אלון סימוכין רבים

לעמדתו ופרש את המצב המתהווה שם על-פני יותר מעשרים עמודים מודפסים – מתוך התייחסות לנושאים הבאים: הזכות לסרב לקבל טיפול רפואי; הסייגים לזכות לסרב לקבל טיפול רפואי; האינטרס שבשמירה על חיי-אדם; האינטרס במניעת התאבדויות; הגנה על מקצוע הרפואה; אותונזיה אקטיבית ופסיבית; ההבחנה בין סוגי הטיפולים; הגנה על צדדים שלישיים; זכותו של קטין או פסול-דין לסרב לטיפול רפואי; המחלוקת באשר לכמות הראויה הדרושה להוכחת רצון הקטין או פסול-הדין; ועדת-אתיקה בבתי-חולים.

קיים חומר רב למחשבה בסקירה מקיפה זו, אולם דומני כי העיקר הוא פסק-הדין בפרשת ננסי קרוזן (*Nancy Cruzan*), וזאת בשל סיבות שונות: מקרה זה היה הראשון (ועד עצם היום הזה היחיד) שבו עסק בית-המשפט העליון האמריקני; יש דמיון בין מצבה של קרוזן לזה של יעל שפר (שתיהן הוגדרו כ"צמח", וההחלטה עצמה נראית במבט ראשון לפחות, כסימוכין להחלטתו של בית-המשפט הישראלי בעניין שפר). אולם ישנו הבדל מהותי, והוא העובדה כי קרוזן היתה כבר מתוכרת למכשירים, והבקשה היתה לנתק מהם. מאוד ייתכן כי אמה של התינוקת, יעל שפר, דווקא הזדרזה להגיש את הבקשה בעוד-מועד בטרם היה צורך לחבר את החולה למכשירים, כדי למנוע סיכון לאחר חיבורה – כי מקובל לחשוב שיש הבדל בין אי-חיבור לבין ניתוק, והרבה יותר קל לרופאים שלא לחבר (ולשופטים לאשר זאת), מאשר לנתק לאחר החיבור.

מכל-מקום, הפרשנות בארה"ב נוטה לראות בפסק-דין זה היתר כבדרך-אגב לפעולות פסיביות המיועדות להמתת-חסד, אם כי במקרה עצמו הוחלט, ברוב של 5 נגד 4, שלא להתיר את הניתוק בשל הניסוח המיוחד של החוק במדינה שבה אושפזה החולה.

זאת ועוד: בניסוח של בית-המשפט האמריקני היה כדי להצביע על שיקולים הנראים מנוגדים הן לערכי היהדות והן לערכי הדמוקרטיה. בין שיקוליו המכריעים של בית-המשפט בארה"ב היה השיקול של העניין של המדינה כמדינה בהמשך חייה של החולה: *compelling state interest*.

לא נחה דעתו של השופט אלון מביטוי בוטה זה, והוא העיר: "השימוש בביטוי *compelling state interest* צורם הוא במידה מה" (עמ' 80). דומני כי השפה הרכה איננה מסגירה את מלוא הסתייגותו של השופט אלון. דע עקא, שללא שיקול זה, ספק רב אם בית-המשפט האמריקני היה מחליט כפי שהחליט וספק רב אם נרצה לראות בו דוגמא של שיקול-דעת, שרצוי לאמץ אל תוך שיטתנו המשפטית בישראל. ואם אין די בכך, יש להוסיף כי פסק-הדין בבית-המשפט העליון בארה"ב ממילא לא שם קץ לפרשה. חודשים ספורים לאחר-מכן התקבלה החלטה בבית-המשפט של המדינה שבה אושפזה קרוזן, מדינת מיסורי שלפיה הותר לאפוטרופוס של קרוזן לנתק את מכשיר-ההזנה (*Cruzan v. Mouton*, No. CV 384 — 9p — Mo.Cir.Ct.Dec. 14, 1990).

הדוגמא השנייה שאליה פנה פסק-הדין — מתוך דילוג על-פני התפתחויות שהיו באנגליה — היא הולנד ("המדינה הדמוקרטית היחידה בה מתבצעת המתת-חסד אקטיבית באופן רשמי וגלוי" [עמ' 97]). וכאן הכל מצטמצם כתוך עמוד ורבע, כאשר יותר ממחציתו היא ציטוט מעבודתו של ד"ר שטיינברג.

השופט אלון מעיר: "למרבה הצער, ההכרה בהמתת חסד אקטיבית, ולו בתנאים המגבילים הללו, הביאה בהולנד להתממשותה של ה'סכנה החלקלקה'" (עמ' 98). כסימוכין לקביעה נחרצת וחמורה זו מסתמך השופט אלון על דברי ד"ר שטיינברג, לאמור: "מספר המומתים בשיטה זו בהולנד אינו ידוע באופן וודאי, אך על פי סקרים שונים עולה, כי מדובר ב-5,000 עד 10,000 אנשים בכל שנה". למספרים הללו המחבר מוסיף דוגמאות כהנה וכהנה של מעשים חמורים שהיו: מדוגמא של "בוצעו מקרים של המתת קטינים ויילודים פגומים, אפילו ללא הסכמת ההורים" ועד לדוגמא של "במקרים רבים התקבלה ההחלטה על ידי רופא בודד, ללא שיתוף וייעוץ של רופא נוסף". על כל אלה מוסיף המחבר: "יש מי שטען, שהאותנזיה בהולנד יצאה מכלל שליטה, ויש מאות ואלפי מקרים של המתת-חסד — ללא הסכמת הנהרג, וללא דיווח לרשויות..." (עמ' 98).

לא ברור מהיכן נידלו הנתונים הללו והתיאורים הללו ומיהו "מי שטען" מה שטען ועל סמך מה טען זאת. כמוכן, מדברים כאלה, כשהם נמסרים כפי שהם נמסרים — בקיצור, באופן נחרץ ובחלל ריק ללא נקודת-השוואה — עולה הרושם כי הגישה ההולנדית המתונה והרשמית היא אשר פרצה את הסכרים ופתחה את הפתח לאנדרלמוסיה המתוארת.

אולם, מפסק-הדין, אין אנו יודעים — לא על-פי דיווח רשמי ולא על-פי סתם השערות, ועל-אף יותר מעשרים עמודים שהוקדשו למצב בארה"ב — מהו המצב שם: כמה ילדים נהרגים וכמה רופאים פועלים על דעת עצמם. האמת היא, כי בשל הגישה המתונה הננקטת בהולנד, יש יותר מידע מצטבר; כי הרי לרוב אין חשש לנקיטת צעדים משפטיים קיצוניים — למשל: באשמת רצח או ניסיון לרצח, כפי שקרה לרופא התמים והכן, ד"ר קוקס מאנגליה. אולם באנגליה עצמה ובארצות-הברית, וכן בישראל, הנתונים הם עלומים, ואפילו קשה להעלות השערות בעניין. אך לאט-לאט, טיפין-טיפין, מתגבש מידע — מתוך מאמרים המתפרסמים בעילום שם, מתוך משפטים מזדמנים ומקריים, מתוך נחישות של בני-משפחה שידעו להציג שאלות שלא תמיד נשאלות וכיו"ב. רק כאשר נשבור את קשר השתיקה בנושא המתת-חסד נוכל להשוות את הנתונים, ואז כלל לא ברור כי המצב בהולנד יהיה חריג, ובוודאי לא הכי חמור מבחינת מעשים שלא ייעשו וללא רשות.

כבר היום, מתוך עיון בכתבי-עת רפואיים, ניתן ללמוד במקצת לא רק על המצב הנוכחי, אלא על הצפוי לנו בעתיד הלא-רחוק. העורך של אחד מכתבי-עת החשובים והמשפיעים ביותר בארה"ב, ד"ר ג'ורג' לונדברג (Dr. George Lundberg), הציע כמאמר-מערכת בכתבי-עת שלו *Jama — Journal of the American Medical Association*, שהופיע במאי 1993 (חודשים מספר לפני פסק-הדין בעניין שפר) את הדברים הבאים:

The medical staff of every hospital in America should define futile care in their environment and develop guidelines... about how to identify it and eliminate it. (ל'ש" — ההגדרה שלי)

הסיבה לעמדה זו איננה בעיקר מתוך שיקולים ערכיים — של כבוד-האדם שבחולה — אלא שיקול כלכלי; כי הרי גם בארה"ב התקציב "בראות" שרוי במשבר עמוק ויש בהצעה של הרופא האמריקני כדי לחסוך בהוצאות. הדברים נמסרים לא במסגרת של דיון על המתת-חסד או אף לא על מחלות סופניות, אלא בדיון על ההיבטים התקציביים של טיפול בבריאות-הציבור. ואלה דבריו:

We have previously itemized methods of real cost control. In addition, major savings can be realized by eliminating futile care and limiting unneeded care or "medicine at the margins". The dictionary defines futile as "serving no useful purpose; completely ineffective; occupied with trifles".

הרופא האמריקני מציע קביעת הנחיות (guidelines), שמשמעותן האמיתית היא לאפשר מותו של החולה (אם כי לא באופן אקטיבי). הוא מצטט מבית-חולים בקליפורניה שכבר נקט גישה זו כדוגמא:

futile care... (is) any clinical circumstances in which the doctor and consultants conclude that further treatment cannot, within a reasonable possibility, care, palliate, ameliorate or restore a quality of life that would be satisfactory to the patient.

בתנאים אלה, שהם, אגב, דומים מאוד להגדרה "טריפה" (מחלה שאין לה מרפא), מומלץ להפסיק את הטיפול. יש להניח כי הנחיות דומות, וגישה כזו, די נפוצות היום בארה"ב. אולם החשוב והחמור בעמדתו של ד"ר לונדברג הוא לא ההקשר לשיקור לים ערכיים ומשמעות של קדושת-החיים וכבוד-האדם, אלא ההקשר לחסכוניות תקציביים. ואלה דבריו בנושא זה:

The guidelines should be firm and specific but have the capacity for flexible interpretation in individual circumstances. I believe that by developing and implementing such guidelines to prevent futile care, everyone wins — the patient, the family and society as a whole. The *financial savings* (in addition to the obvious humanitarian benefits) resulting from widespread implementation of such policies is impossible to predict, but certainly tens and probably *scores of billions of dollars annually could be saved*; George Lundbergh, "American Health Care System Management Objectives" *JAMA — Journal of the American Medical Association* (May 19, 1993) 2554–2555.

אמנם, הרופא-המחבר מזכיר (בהערת-אגב בסוגריים), שיש כאן שיקולים אנושיים

(humanitarian), אולם עיקר הדגש הוא החיסכון הכספי ולא מדובר בסכומים פעוטים, אלא במיליארדי דולרים.

המשמעות היא, שכדי לחסוך בקנה-מידה של סכומי-עתק, רצוי להפסיק טיפול בחולים סופניים. אין ספק כי גישה כזאת כבר קיימת בארה"ב, רק לא "באופן רשמי וגלוי" (אם להשתמש בניסוח של השופט אלון לגבי הולנד). אין ספק, שהרחבת מדיניות זו עומדת כיום על סדר-היום במדיניות הבריאות בארה"ב. אין ספק כי היא טומנת בחובה סכנות באשר לסוג הטיפול שיינתן לחולים, ואין ספק כי שיקול תקציבי עלול להפוך להיות שיקול עיקרי. כל זאת בארה"ב, שבה אין המתת-חסד אקטיבית. מדיניות זו איננה מוצאת שום ביטוי בפסקי-דין אמריקניים — ובוודאי לא באלה שהוזכרו בפסקי-דין בפרשת יעל שפר; אולם היא חלק מן המציאות הטיפולית בארה"ב ומעלה — לעניות דעתי — שאלות חמורות ונוקבות יותר מאשר המדיניות שנקטה בהולנד.

גם באנגליה חלה תזוזה באותו הכיוון — כאשר בחודש מאי, 1994, הוצאו הנחיות חדשות לרופאים; ודווח על כך בעתון The Observer, במאמר שהופיע ככתבה ראשית בעמוד ראשון בגליון של 8.5.94 תחת הכותרת: "Doctors Can Let Terminal Patients Die". המאמר פותח בתיאור כולקמן:

"Doctors can stand aside and let patients die when they are suffering from terminal or irrecoverable illness, the Government has formally stated for the first time. It has also endorsed the practice under which doctors give increasing doses of drugs to relieve patients' pain and suffering — even if that means that they may in consequence die sooner than they otherwise would have done".

Dr. Sandy Macara, chairman of the British Medical Association, last night welcomed the explicit Government endorsement of practices that were long-established among doctors — but often covert and rarely discussed outside the medical profession (my emphasis — L.S.).

אחרי ניתוח של המצב, כולל התייחסות להכחשות שמדובר בהמתת-חסד, מעיר המאמר כי:

"...(the) document draws a fine line between mercy killing and treatment decisions by doctors that result in death as a side-effect".

בסוף המאמר יש הערה של יושב ראש הארגון הרפואי הבריטי, ד"ר מאקארה, אשר אף הוא מזהיר שלא להגיע למצב הקיים בהולנד, ושוב על פי שמועות ששמע. אך האמת היא שאין צורך כבר באותן שמועות והשערות, כי הרי לאחרונה יצא מחקר בהולנד אשר בדק את הנושא, מתוך ראיונות עם 410 רופאים, יותר מ-90% מן הרופאים אליהם פנו, ולכן המצב בהולנד היום עוד יותר גלוי מאשר היה בעבר — ובודאי יותר גלוי מאשר במדינות אחרות. שלושה רופאים ניהלו את המחקר:

P. van der Maas, J. van Delden and L. Pijnenborg, *Euthanasia and other Medical Decisions Concerning the End of Life: An Investigation Performed Upon Request of the Commission of Inquiry into the Medical Practice Concerning Euthanasia* (Amsterdam: Elsevier, 1992).

בין הממצאים והסיכומים נאמר:

"If euthanasia is defined as the purposeful acting to terminate life by someone other than the person concerned upon request of the latter, euthanasia, to which a physician contributes consciously by prescribing, supplying or administering a drug, then occurs in approximately 1.8% of the deaths in the Netherlands". (p. 193)

If assisted suicide is defined as the purposeful assistance of the person concerned to terminate life upon the request of the latter, suicide assisted by a physician then occurs annually in about 0.3% of deaths in The Netherlands". (p. 193)

"Almost all physicians who treat incurably ill patients are confronted with requests for euthanasia and, less frequently, with requests for assisted suicide... two out of three requests... were not acceded to". (pp 193–194; my emphasis — L.S.)

"...There are also cases in which life is terminated without explicit request of the patient... (0.8% of all deaths). In more than half of these cases the decision had been discussed with the patient or the patient had at some time indicated his wish to have the end of life hastened. In several hundreds of cases there was neither discussion with the patient nor a known wish for hastening the end of life.

Virtually all cases involved severely ill or terminal patients who clearly suffered seriously and who were no longer able to make their wishes known" (p. 194).

אם המדגם אכן משקף את המציאות והנתונים אמינים, אזי מדובר במחקר חלוצי וחשוב ביותר. ייתכן כי חלק מן הנתונים לא יהיו לרוחם של המבקרים את הגישה ההולנדית, אולם לא ניתן, לעניות דעתי, לערוך חשבון ממשי עד תום, כל עוד שבמדינות אחרות לא נערכו מחקרים דומים.

רצוי שעולם המשפט, אשר נאלץ להתמודד עם בעיות מוסריות קשות שמקורן בעולם הרפואי, יהיה מודע להתרחשויות הללו, ועל רקע זה יידע לבחון את הסוגייה מבחינה ערכית בעיקר, ולא כלכלית, וישכיל לשלב פעלתנות משפטית המיועדת לחדש הלכות התואמות את ההתפתחות הטכנולוגית בתחום הבריאות, עם רגישות אנושית, המופנית לצורכיהם האמיתיים של החולים במצוקתם.