

# סוגיות באתיקה רפואית

*ה'תשע"ד*

**ד"ר אפרת רם טיטקין**

**הקליד וערך : דביר חדד**

בזמן שהותך בחו"ל במדינה שאינה דוברת את שפתך, ודרך ההתקשרות היחידה שלך היא האנגלית, אתה נתקף כאבי בטן נוראיים. אנשים נחמדים, שלא מדברים איתך אנגלית, מיד קוראים לאמבולנס ואתה נלקח לבית החולים. בבית החולים מתחילים לבדוק אותך, ומגיע רופא דובר אנגלית שמביא לך תרופות וסמים למינהם. במהלך התרופות הוא שואל שאלות חודרניות ואישיות בנוגע להתנהלות המינית, להפרעות ומחלות שהיו בעבר, ומבקש להכיר עובדות מאוד חשאיות על העבר הרפואי שלך. בסופו של דבר הוא מבקש לבצע ניתוח ביום למחרת, ולהוציא לך דגימות מהבטן – הניתוח הוא פתיחת הבטן, לקיחת הדגימה, וכל זאת בהרדמה. האם הייתם מתנגדים לשלב מסוים בתהליך זה? או שהייתם מסכימים להמלצתו?

רוב האנשים היו מסכימים לרופא לבצע את הבדיקות וכמעט את כל מה שהוא היה מבקש לעשות. יש לנו שתי שאלות שעלינו לשאול:

1. למה אנחנו משתפים פעולה עם כל הפרוצדורה הרפואית?
  2. האם הסיפור כאן הוא אחר מכל אמון אחר שאנחנו נותנים לכל מקצוע אחר? לדוגמה: טכנאי מחשבים, איש שמתקן את הגז (כמו הסיפורים לאחרונה...) וכו'.
- ננסח את השאלה מחדש: האם אין הבדל בין אתיקה של מקצוע כלשהו ושל אתיקה רפואית?

נחזור לשאלות, וננסה לענות עליהם אחד אחד:

1. הסיבה שאני מוכן לשתף פעולה עם הרופא זה כי אני נותן אמון. אם האמון הזה לא קיים, לא אשתף פעולה. לדוגמה, בשנות ה-80 עם השתוללות ה-AIDS מטופלים הסתירו מידע אודות ההתנהלות המינית שלהם מרופאים כי הרגישו אי נעימות או חוסר אימון.
2. **היסוד לטיפול רפואי הוא "אמון"**  
כמעט בכל בית ספר לרפואה לומדים את ארבעת הערכים של Childress & Beauchamp, שהם כדלהלן:
  - א. **הטבה** (beneficence) – לעשות הטוב ביותר עבור המטופל? להקל על המטופל? הקלה היא תשובה בעייתית, כי להטיב זה לא תמיד להקל. האם זה להטיב איתו? להטיב עם חיוני?
  - ב. **אי גרימת נזק** (primum non nocere) – אסור לגרום נזק במיוחד. אם הרופא יודע שתהליך מסוים יפגע במטופל, גם אם המטופל מאוד מאוד רוצה בכך, הרופא צריך להימנע מלבצע מעשה שכזה.
  - ג. **אוטונומיה** (autonomy) – האם הבחור מ"עדי יהוה" שמסרב לקבל תרומת דם מסיבות כאלה, הוא הדרך היחידה להיות אוטונומי? לא תמיד האוטונומיה באה ממקום רציונאלי. שוב, לדוגמה, אישה שמגיעה לחדר לידה ולא מוכנה ללדת לידת קיסרי לעולם- או בריכה או מוות מבחינתה. מה נעשה כאן?
  - ד. **צדק** (justice) – חלוקה צודקת של משאבים. נרחיב על זה בהתאם בהמשך הקורס.

היו כמה וכמה ביקורות על ארבעת הערכים הללו:

- הערכים מנוסחים באופן עמום ולכן הם נתונים לפרשנות סובייקטיבית
- מחד, הרשימה רחבה מדי וכוללת ערכים רחבים מדי
- מאידך, הרשימה צרה מדי ואינה מכילה את כל הערכים הרלבנטיים לאתיקה הרפואית.
- כללית באופן שינו מתגבש לכדי יצירת תיאוריה אתית שלמה המסבירה כיצד יש לאזן בין ארבע הערכים כאשר אלו אינם מתיישבים זה עם זה. למשל: עם אותו הבחור מ"עדי יהוה", האם עליי לתת העדפה ל"הטבה" או ל"אוטונומיה"?

הגיעה Rosamond Rhodes וחלקה על הערכים האלה. היא מאמינה שבבסיס היחסים בין רופא ומטופל עומד ערך האמון, ורשימת הערכים שלה היא כדלהלן:

- א. **דאגה** (caring, ובאנגלית caring, ומכירים אותה גם כהטבה beneficence) – ערך זה מהול יותר במשהו רגשי, ולא בהכרח מטיב. מטיב מתוך אמפתיה וקשר קרוב יותר ובעצם המטופל עצמו כבן אדם עומד לנגד עינינו. פותרים כאן חלקית את הבעיה עם ערך 'ההטבה', כי אנחנו גם מתחשבים בקשיי המטופל ושואלים את עצמנו איך עונים על קשייו כדי לענות על בעיותיו. היא מחדדת את הערך הראשון שהעלה הרבה שאלות עכשיו.
- ב. **בנוסף**, הערך שם את הרופא בעמדה שאינה שיפוטית. הוא לא אמור להתחשב במה שהביא אותו למצב הזה, אלא לטפל בו. בין אם זה השמנת יתר, עישון, וכו'.
- ג. **ניכוד האוטונומיה של המטופל** (מוכר גם ככבוד) – לא מדברים על אוטונומיה, אלא על כיבוד האוטונומיה. זה בא מתוך חובה לכבד את המטופל, ולמה החובה הזו לכבד אותו? משום שהוא יצור אוטונומי. כל אדם הוא יצור רציונאלי, והוא מסוגל לחוקק לעצמו ערכים ולפעול על פיהם. ובגלל שהוא מסוגל לחוקק ערכים, חובה עלינו לכבד אותו. חובה עלי לספר לו את האמת, ולא להסתיר ממנו מידע.
- ד. **כשמבצעים החלטות אפשר לבחור אחד משני אפיקים**: הגישה התוצאתנית, בה אשאל מה הרווח וההפסד, ואחליט בהתאם מה ואיך לפעול. הגישה השנייה היא דאונטולוגית, ואומרת שלעולם לא אפגע באוטונומיה של המטופל שלי.
- ה. **צדק קליני** – ברגע שמגיעים שני אנשים לחדר מיון, אך אבחר: אך אבחר בין איש שחטף התקף לב, לפצוע ברגל שיושב כבר חמש שעות ומחכה? לפי החומרה? לפי מי שהגיע ראשון?
- ו. **דוגמה**: נניח שמגיעים שני מטופלים, אחד מהם הוא נשיא אוניברסיטת בר אילן, ואחד פקיד בבנק ישראל, ולשניהם יש התקף לב, האם אפשר להעדיף את נשיא בר אילן על הפקיד? לא, אסור להעדיף מישהו בגלל מצב חברתי. אבל נניח שמדובר

- במגפה שמשותוללת (ראו ערך *מגפת העופות*), האם עדיף לחסן רופאים ואחיות קודם? את הרמטכ"ל ואת ראש הממשלה קודם? או את האישה בהריון משכונת העוני קודם?  
 עלו שלושה ביקורות מצד *אירופה*: (קשה להתייחס לאירופה כמקשה אחת כי אירופה לא מוסכמת על כל הערכים. לדוגמה, יש מדינות בהם מותר לקצור איברים מאדם מת בכל מצב שהוא אלא אם הוא אומר שאינו רוצה לתרום (כמו אוסטריה) ויש מדינות שאוסרות לקצור איברים אלא אם האדם מוכן לתרום וחותר על נייר או כרטיס בשביל זה)  
 הדוניזם  
 אינדיבידואליזם : כפי שעולה מהמרכזיות הרבה שניתנת לאוטונומיה.  
 סחף ניהיליסטי : בגלל המרכזיות שניתנת לאוטונומיה, יש ערעור על הערכים שעבדנו על פיהם עד כה. למשל, "Christian Science" שמאמינים שמחלות הם עונשים למעשים שהם עשו (וזהו כת), אתייחס אל מחלות כמו שצריך ואצום ואתפלל בהתאם במקום ללכת לטיפולים תרופתיים, וכך גם אכפה על בני. על פי הערכים המוצעים בארה"ב אצטרך לאפשר להורים למנוע מילדיהם טיפולים.

#### החלופה האירופאית:

- **סולידריות** : חוסנו של היחיד תלוי בחוסנה של החברה. אלטרואיזם.
- **זהירות** : יש דברים שאנחנו עוד לא יודעים, ולכן אין לפעול במישורים הללו בלי שיקול דעת מלא. לא רק זהירות כלפי דורנו, אלא גם עבור אלה שבאים אחרנו.
- **כבוד האדם** : לבוא ולדבר על אוטונומיה מפספס אוכלוסיות שלמות: ילדים, חולי נפש, קשישים, צמחים, מחוסרי הכרה, וכו'. הערך הזה מאפשר להתנהל בצורה שתכבד גם את האנשים שבמצב הנוכחי של הטיפול מחוסרי אוטונומיה.

איפה ישראל ביחס לכל זה?

בהתחלה, ישראל היתה דומה מאוד לאירופה בערכים הללו. בתקופה האחרונה, עם האמריקניזציה, יש לנו שילוב של ערכים מארה"ב בערכים שלנו. ישראל, בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית, יוצרת ערכים שנקראת ביו-אתיקה כחול לבן כי הם מושפעים גם מערכים יהודיים ושונים מכל המוכר לנו מאירופה וארה"ב.

לגבי תרומת איברים : אצלנו תורמים אלה שחותמים על כרטיס אדי ובוחרים לתרום, opt in.

לגבי הזכות למות : באירופה, הנושא הזה מוכר ומקובל. המתה בסיוע רפואה נהוג ומנוהל באירופה, אבל ההבחנה בין אי התחלת טיפול לבין הפסקת טיפול לא מוכרת באירופה ובארה"ב – ובישראל דווקא זה מוכר בגלל העניין ההלכתי וזאת משום היותה מדינה יהודית.

לגבי חוק הנוטה למות, נדבר בהמשך ונסביר את האקרובטיקה המוסרית שעושים אצלנו כאן.

לסיכום, ישנה אתיקה מקצועית, ובפרט יש לנו אתיקה רפואית שהיא חשובה מאוד.

קראנו לשיעור הזה את נספח א' (האתיקה אל מול הבלתי ניתן להכרעה)

דברים מיוחדים במדינת ישראל: ראשית, הביטוח הרפואי בארץ הוא שילוב בין המנגנון באנגליה לגרמניה.

ניסויים בתאי גזע עובריים הם סוגיה מורכבת מאוד: במדינות נוצריות, ביצית מופרת של 2 או 4 תאים שווה ערך לחלוטין לבן אדם חי ועצמאי. הפלה מלאכותית בארה"ב למשל מתאפשרת למרות שאסור לבצע ניסויים בתאי גזע. לעומת זאת, אפשר לפתח אותם כמעט לכל דבר. בישראל 1999 נחקק חוק שאפשר לברר מה ההשלכות של המחקר הזה. ביהדות ובאסלאם יש מעמד לביצית מופרת כמו של תאי מין – ביצית או תא זרע. כלומר, אסור לבזבז אותם אך הם לא במעמד של בני אדם ולכן מותר לי לעשות בהם שימוש למחקר. בנוסף, מותר בישראל לשבט תאי עובר! אבל אסור לי לשבט למטרת רבייה.

יש כמה דברים חיוביים בחברה הישראלית שמאפשרים את זה:

1. החברה הישראלית מאוד מאוד מעריכה ותומכת בטכנולוגיה.
2. יש ערך עליון וכמעט מקודש להצלת חיים וריפוי.
3. יש ערך גבוה למחקר בתחום הזה.
4. שיבוט לא נחשב כהתערבות באלוהי.

בנוסף, יש עסק חשוב מאוד של פיריון. המצווה הראשונה בתורה היא "פרו ורבו", והמקום של הורות ביולוגית הוא מאוד חשוב במדינת ישראל. עד כדי כך, שהחוק בישראל אומר שכל זוג יוכל לקבל טיפולי הפריה בזוגיות הנוכחית שלהם. אישה גרושה עם ארבעה ילדים, יכולה לקבל טיפולים עם הבעל החדש שלה עד 2 לידות! כמובן, שיש בעיות עם החוק הזה. זה נמצא בסל התרופות במקום תרופות מצילות חיים, האם זה שווה את זה? ד"ר קאמל שלו מבקרת את הסיפור הזה כי הופכים את כל מהות האישה ללידת ילד ביולוגי אחד.

פסק משפטי של נחמני נ' נחמני: אישה רצתה להשתמש בביציות שהיא הקפאה ובזרע של בעלה שהתגרשה ממנו על מנת ללדת ילד.

1999 היא המדינה הראשונה בעולם שחוקקה את האפשרות לפונדקאות.

2011 חוקק חוק שמאפשר לנשים לתרום ביציות.

כעת נכנס לנושא של השיעור הזה – **דילמות אתיות**:

בבית החולים בו אתם עובדים מאושפזת אישה בת 65, חולת סוכרת כרונית, ויש לה נמק ברגל. מחלה מאוד קשה, והדרך היחידה לרפא אותה היא לכרות את הרגל. האישה לא מוכנה בשום אופן לוותר על הרגל שלה. "אני אקבר עם שתי הרגליים שלי! הם הוציאו אותי מהשואה, הייתי עם כל האיברים שלי בשואה, והם ישרו אותי עד הקבר". ברור שהיא כשרה, והיא מבינה את המצב. מה עלינו לעשות במצב הזה? האם זו פגיעה באוטונומיה להחליט בלי הסכמתה?

לא בהכרח שזו אוטונומיה, מאחר והיא נמצאת תחת לחץ נפשי כבד ועל כן היא עלולה לקבל החלטות לא הגיוניות. אנו נניח כאן שאוטונומיה קשורה ברצינות ואוטנטיות הטענות. בעצם, יש לנו כאן התנגשות בין הערכים הבאים:

1. כיבוד רצונו (אוטונומיה) של המטופל + בעלות האדם על גופו
2. הצלת חיים

הצוות הרפואי עומד מול זה ומנסה להחליט מה לעשות. ננסה לעזור לו כאתיקנים, אך ראשית נפריד בין קונפליקטים לדילמות. מעטים המקרים שניתן לדבר על דילמות, אך קונפליקט הוא התנגשות בין שיקולים או טעמים מוסריים, או אמונות או רציות. בשורה התחתונה, הקונפליקט הוא פתיר וניתן להראות למה ערך אחד גובר על האחר.

מאפייני הדילמה הוא: (ובהגדרה אין היא פתירה, פרט לדעות מסוימות) כשהסיטואציה היא כזו שיש הכרח לעשות רע כי אין חלופות טובות. כל דבר שהוא יבחר לעשות לא יהיה קביל מבחינה מוסרית. הדוגמה הטובה ביותר היא של עקדת יצחק. מצד אחד הוא לא רוצה לסרב לצו האל, ומאידך גיסא הוא לא יכול להתכחש לחובותיו כלפי בנו. אם נחזור רגע לאברהם ההיסטורי, ונניח שהוא יודע איזה חובה היא חשובה יותר, וזה לפי מי שסובר שדילמות הם פתירות ולכן הם לא באמת קיימות, עדיין הידיעה שהוא יצטרך להקריב את בנו שוברת בתוכו משהו. מבחינה ריגשית, הוא ניצב שם בפני משבר.

המאפיין השני הוא שדילמות מאופיינות בחוסר וודאות מוסרי. דוגמה של סארטר היא במלחמת העולם השנייה, כשסטודנט שלו מספר לו שאימו במצב מסוכסך עם אביו כי הוא תמך בנאצים, ואחיו נהרג. האם להישאר עם אמו ולתמוך בה בזמן המלחמה, או לצאת מצרפת כדי לעזור לאנגלים ולהצטרף לכוחות הלוחמים. באופציה השנייה הוא לא יכול לדעת מה בדיוק יקרה לו בדרך ואם הוא יגיע בכלל לאנגליה. זה מצב שבו יש חוסר וודאות מוסרי, לא ברור מה בדיוק יקרה. זו דילמה, עם דגש על המאפיין השני שלה. יש כאן הכרח לעשות רע, ויש גם חוסר וודאות מוסרי כבד.

חלק גדול מהסוגיות ברפואה אינן דילמות של אפשרויות ששתיהן רעות כשלעצמן, אלא שמחיר הבחירה בכל אחת מהן הוא הימנעות. לבחור ולהציל את החולה הזה במחיר חייו של האחר, לשים תרופה כזו או אחרת, והדוגמאות עוד רבות.

דוגמה: הקרבתה של איפגניה: אגממנון יוצא בהוראת זאוס לטרויה, כדי להשמיד אותה, כשביתו איתו. פסידון מציב בפניו שתי אופציות, להקריב ולמסור את ביתך למוות, או שכל הצי יוטבע.

הדאונטולוגים יגידו שאין כאן דילמה, ושסור למסור. לא לעבור לעולם על אל תרצח. והם צריכה להגיד, שיש הבדל גדול בין עשיה להימנעות. לא ברור אם העמדה שלהם היא לגמרי משכנעת.

התועלתנים והתוצאתניים יגידו, שעדיף למסור את איפגניה. בכל מקרה היא תמות, ויש עלינו להציל כמה שיותר אנשים. העמדה הזו תוכל להצדיק את מסירת הבת רק ע"י Nowhere point of view, כי אי אפשר להצדיק את זה מנקודת המבט של אגממנון שנדרש באופן מילולי להכתיים את ידיו בדם ביתו.

מחד גיסא, אחרי 2500 שנה של וויכוחים, דיונים, ומאמרים, אין לנו תיאוריה מוסרית מוכחת ומוצקת. כולן בסופו של דבר נתקעות.

מאידך גיסא, יש גישה שיגידו שיש לנו תיאוריות טובות. ואין בכלל דילמות מוסריות, כולן קונפליקטים בעצם. תמיד יהיה ערך אפשרי ועדיף, ought implies can, ואי אפשר לצוות על אדם לעשות משהו שלא ביכולתו. אז לפי דני סטטמן, הגדרת הדילמה הטרגית היא (והוא סובר שאפשר לפתור אותם ברמה הפילוסופית ואולי ברמה הרגשית לו):

1. יש טעמים מוסריים ל A ול B
2. B ו A בלתי מתיישבים בסיטואציה
3. B ו A כורכים בתוכם עשיית רע
4. הרע הוא רציני, דרמטי.
5. אין שיקול מוסרי שעל בסיסו ניתן לקבוע שאחת האופציות עדיפה.
6. הפועל מודע ל-1-5.

לאחר כל זה, למרות 6 הטרגי, הוא מסכם ואומר שיש דרך אחת נכונה. "מבחינה נורמטיבית יש בדילמות מעשה רצוי; מבחינה אקסילוגית (ערכית) אין מעשה כזה. בכל בחירה כרוך הפסד".

קראנו לשיעור הזה את נספח ב' (מאמר של אדלשטיין) וגי' (חוק זכויות החולה).

ההבדל המהותי בין קונפליקט לדילמה הוא שקונפליקט הוא פתיר, ודילמה בהגדרה היא מצב שאינו פתיר (ויש בזה מחלוקת). בחירתה של סופי היא לא דילמה, כי היא בוחרת את מי להציל ולא את מי להקריב. המשמעות של עצם קיומם של דילמות הוא שלא התקדמנו באלפי השנים האחרונות בתחום הפילוסופיה של המוסר. הגישה המוסרית היחידה שעובדת היא התועלתנות, שהמעשה שמניב מקסימום תועלת הוא המוסרי.

נתחיל להתעסק במאמר של מואי, נספח א':

עלינו להתנהג בזהירות דליברטיבית כדי לכבד את האדם, מאחר ומדובר בהחלטות שנוגעות לחייו של היחיד. הוא מגדיר את האתיקה כהצפת הבעיות, ולא קבלת ההחלטות.

הדוגמה עם הפלת התינוק בשבוע ה-34. הדיון בהפלה הוא יצירת אדם שהוא מודל לחיים טובים. ההחלטה לגבי ההפלה עלולה לגרום לנו ליצור אנשים בהתאם לנורמות מסוימות, ואולי להפלות אנשים עם בעיות אחרות. בסופו של דבר, כשוועדת אתיקה מקבלת החלטה – עליה לקבל החלטה סבירה, אתית ולא רק רציונאלית. ז"א גם מתחשבת בסיבות הכלליות.

חשוב מאוד ליכור, שההורים הם אלה שיחיו עם ההחלטה, ולכן מקומם בוועדה הוא חשוב מאוד. אלינו להתחשב בהם ולתת להם מושב בדיונים, אחרת ההחלטה תהיה בעייתית. אם כן, המטרה של האתיקה היא קריאה לאחריות ולשמוע ולשמר את האוטונומיה של היחיד.

התפתח דיון מאוד לא רלוונטי לנושא על מצבים שונים של חוסר פלורליזם בוועדות. אפרת אומרת שזה לא חשוב לנושא – עלינו להניח שהדיון הוא פלורליסטי מעצם מהותו.

נעבור לחוק זכויות החולה:

כשאנו מדברים על אוטונומיה, יש עניין של חופש פעולה עם העדר כפייה כאשר הבחירה היא בין אפשרויות שאינן טריוויאליות ושל אותנטיות. הגדרות לאוטונומיה:

1. א. אמונותיו של אדם יהיו נתונות לסטנדרט של אמת וראיה.
- ב. יכולות לזהות מחויבות ולפעול בהתאם להם.
- ג. יכולת לבחון ולהעריך חלופות שונות.
- ד. שינויים באמונות ובערכים יוכלו להוביל לשינוי החלטות ומעשים.
- ה. אמונות וערכים יאפשרו ליצור מדרג של מחויבות לפעולה.

2. **אוטונומיה ע"פ קנט:**

חוקים שנבחרו על ידי אדם אוטונומי ורציונאלי הם חוקים מוסריים אוניברסליים.

האם חוקים כאלה יכולים להוות הגדרה לאוטונומיה? בעצם הגדרת האוטונומיה כאוניברסלית, קיבלנו פגיעה באוטונומיה של הפרט. זה מהווה את הבעיה.

בספרות מציגים את קנט קצת אחרת ממה שהוא אומר ממש, מציגים אותו כ"אנשים מבצעים בחירות בהתאם לכללים שהם בוחרים". קנט לעומת זאת, אומר ש"חוקים שנבחרו על ידי אדם אוטונומי ורציונאלי הם **חוקים מוסריים ואוניברסליים**". יכול להיות שריפוי ע"י קריסטלים הוא כלל ע"פ קנט, אך הוא לא בהכרח יהיה בחירה אוטונומית ע"פ ההגדרה הראשונה. אצלו אוטונומיה דורשת רציונאליות, ועל כן הוא יהווה כלל כללי לכולם. האם ההגדרה הזו של קנט מתאימה לשיח הביו-אתי?

הצענו כמה תשובות: ראשית, אולי האוטונומיה ע"פ קנט זה לא האוטונומיה ע"פ איש כללי מהרחוב, אבל האם יש מקום לאוטונומיה של קנט? אנחנו מכירים במדינות השונות שיש רב תרבותיות מסוימות, ולכן אי אפשר לדבר על סטנדרט של פעולה רצויה או מתאימה. אבל, היינו חושבים שרפואה היא מדע, ולכן היא צריכה להיות תואמת לכולם. נציע הגדרה חדשה לאוטונומיה:

1. חופש – היחיד אינו מוכרע מבחוץ ויש בפניו אפשרות בחירה.
2. אותנטיות – משהו שמושרש אצל האדם.
3. חשיבה מעריכה – יחס מסוים אל ערכים וחלופות שיש למטופל.

יש לציין שזו לא הגדרה אלא רק **איפיון**.

הגדרת הפטרנליזם ע"פ גירלד דבורקין היא כדלהלן:

"The interference in a person's liberty of action justifies by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or value of the persons being coerced"

בעצם, פעולה פטרנליסטית מנהלת וויכוח בין חירות מושא הפטרנליזם לבין רווחת/טובת מושא הפטרנליזם. אך משום שאנו צריכים להצדיק מעשה פטרנליסטי, נסיק כי החירות היא מעל לטובת הפרט – הרי אנחנו צריכים להסביר למה אנחנו פוגעים בחירות. לפי מיל או קנט, יש בזה עניין אבסורדי. הרי כדי להועיל בטובתו, עלינו לפגוע בחירותו, אך איך אפשר להטיב עם אדם ע"י שלילת חירותו? ע"פ קנט הדבר הזה לא יכול לקרות בכלל, כי מעשה מוסרי, נכון, מטיב, הוא המעשה החופשי, ולכן הפטרנליזם אינו עומד בסתירה עם קנט כלל. אצל מיל לעומת זאת יש כמה אפשרויות.

הפטרנליזם (לפי ביצ'ם ולצילדרס) מחולק לרך וקשה:

רך – התערבות בחייו של היחיד על בסיס של עשיית הטוב ומניעת נזק שמטרתה למנוע התנהגות לא רצונית ושלא מדעת.

קשה – התערבות המכוונת להיטיב עם האדם, למרות רצונו האוטונומי של האדם להסתכן ו/או להרע לעצמו.

ההבחנה היא השאלה של בידי מי מצויה סמכות ההכרעה. ברך, המטופל לא לגמרי אוטונומי. ואילו בקשה אנחנו פוגעים באוטונומיה שלו כדי להועיל לו ע"פ דעת המטפל; זהו מעשה לגיטימי ע"פ מיל ולא לגיטימי על פי קנט, מאחר וקנט לא חושב שהוא אוטונומי בכלל.

פטרנליזם מוסרי מציע לתקן מצב מוסרי של אחרים, דוגמה היא של זנות וכאשר אוסרים על זונה או גיגולו לעבוד ככאלה. ע"י פטרנליזם כזה מתקנים את המצב המוסרי של היחיד, ולא של הכלל.

מוסריות חוקית היא ההפך במובן מסוים של פטרנליזם מוסרי, כי כאן המטרה היא לתקן את החברה ולא באופן ישיר את הפרט. עד שנת 1988 במדינת ישראל הומוסקסואליות היתה עבירה פלילית, והחוק אסר את זה כדי לשמור על המדינה במצב מוסרי מתוקן.

פטרנליזם רפואי נעשה בין המטפל למטופל, והוא יכול להיות אקטיבי או פסיבי, רך או קשה. נכונות מצד הרופא להיטיב עם המטופל, בין אם מדובר בפגיעה באוטונומיה שלו, ובין אם הוא לא אוטונומי לחלוטין. פסיבי משמעויות היא הימנעות מביצוע מעשה מסוים, ואקטיבי זה מסוג כפיה.

פטרנליזם חוקי לעומת זאת נעשה ברמת הכללה גבוהה, והוא מעוגן בחוק. המדינה באמצעות חוקיה מגבילה או מתערבת בבחירות של היחיד כדי להיטיב עמו, מתוך הנחה ש"היא" יודעת טוב ממנו מה טוב עבורו.

נעבור על סעיפים 1-14 בחוק זכויות החולה (נספח ג'). נביט בהגדרות המסוימות הבאות מתוך סעיף 2:

"מטפל" – רופא, רופא שיניים, סטז'ר, אח או אחות, מיילדת, פסיכולוג, מרפא בעיסוק, פיזיותרפיסט, קלינאי תקשורת, תזונאי-דיאטן, וכן כל בעל מקצוע שהכיר בו המנהל הכללי, בהודעה ברשומות, כמטפל בשירותי הבריאות;

"מצב חירום רפואי" – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף;

"סכנה חמורה" – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי;

ההבדל בין סכנה חמורה למצב חירום רפואי היא הדחיפות והסכנה. במצב חירום אין זמן לחשוב.

3(א) כל הנזק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל.

לא מדובר בכללים כפועים, אלא הם עלולים להשתנות פעם בכמה זמן במדינה.

(ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה.  
לא שואלים מאיזה קופת חולים האדם בא, וחייבים לטפל בו קודם.

4(א) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה.  
האם לא ניתן יחס שונה לראש ממשלה? אריאל שרון? לא ולא!

7 מטופל זכאי להשיג מיוזמתו דעה נוספת לענין הטיפול בו; המטפל והמוסד הרפואי יסייעו למטופל בכל הדרוש למימוש זכות זו.  
איזה סיוע הם אמורים להגיש? להעביר לו את התיק הרפואי באופן מלא, ולא לעשות פרצוף.

10(ב) מנהל מוסד רפואי יקבע הוראות בדבר שמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל הנמצא במוסד הרפואי.  
כלומר, המנהל יקבע את הכללים של שמירה על כבודו ועל פרטיותו, וזה עלול להיות לפעמים הגיוני ולפעמים קצת פחות.

לפעם הבאה לקרוא את 10-12, ואנו נקרא את 13,14 בשביל דף שיחיה לשי"ב ©

13(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסקות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
- (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
- (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
- (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
- (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

ואילו מיד אחר כך, ב13(ד), כתוב כי: על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.  
וכאן לכאורה יש כמה שאלות שצריכות לעלות – מהו מצב חמור? מי מחליט מהו נזק?  
לקרוא עד סעיף 16, ולעשות את התרגיל. לקרוא את המקרה ולראות אם הוראות החוק חלו במקרה או לא, ולהסביר למה. מטרת התרגיל היא לראות שהבנו את משמעות החוק והשלכותיו. (התרגיל מופיע בתחילת שיעור 5)



**חלק א':**

רחל, בת 30, אם לשני ילדים, פנתה לרופא המשפחה, לאחר שאמה חלתה בסרטן השד, ודודתה נפטרה 5 שנים קודם לכן מאותה המחלה.

[1] רופא המשפחה הפנה את רחל לבדיקת כירורג מומחה – ד"ר שמש. בבדיקה, ד"ר שמש העלה חשד לממצא בשד שמאל, ושלה את רחל לאולטרסאונד ולממוגרפיה. בבדיקות נמצאו ממצאים בשד. רחל נשלחה לביופסיה, אשר אישרה כי מדובר בגידול סרטני.

[2] לאור תוצאות הבדיקה אמר ד"ר שמש לרחל, כי לפי הממצאים סביר שהיא סובלת מסרטן בעל גרורות, וכי צריך לבצע כריתה מלאה של השד ושל בלוטות הלימפה, והודיע לה כי הוא יבצע את הניתוח כבר ביום ג', שבוע הבא.

[3] המומחה יצאה רחל מחדר הבדיקה. דליה, האחות בקבלה, שראתה כי פניה חיוורות, שאלה אותה מה קרה, ורחל סיפרה לה מה היו תוצאות הבדיקה ומה אמר לה ד"ר שמש. דליה שתקה לרגע ואז סיפרה לרחל, שלדעת כל הצוות ד"ר שמש הוא "בעל יד קלה על הסכין", וממהר מידי להכריז על ניתוחי כריתה מלאה. דליה המליצה לרחל ללכת לקבל חו"ד שניה.

[4] רחל הלכה למומחה שני, ד"ר סהר, אשר המליץ לה על כריתה חלקית בלבד. עם חוות דעת נוספת זו חזרה רחל לד"ר שמש, אשר כעס מאוד על שרחל לא סמכה על דעתו, והודיע לה כי לא יהיה מוכן לטפל בה בהתאם להמלצתו של רופא אחר, המנוגדת לדעתו.

**חלק ב':**

[1] לאור זאת, חזרה רחל לד"ר סהר, אשר הסכים לנתחה. רחל שאלה אותו על נסיונו בטיפול בנשים במצבה, וד"ר סהר צחק וענה: "אל תדאגי, את לא הראשונה. הכל יהיה בסדר".

[2] שבועיים לאחר מכן התאשפזה רחל במחלקתו בביה"ח. ד"ר סהר חזר לאחרונה מהשתלמות בארצות הברית בה למד שיטה חדשנית לכריתה חלקית, בהשתלמות הראשונה שהעביר הרופא שפיתח את השיטה. ד"ר סהר החליט שהמקרה של רחל מתאים בדיוק לניתוח בשיטה זו.

בלילה לפני הניתוח, פנתה רחל לאחות שבאה למדוד לה לחץ דם, סיפרה לה כי היא שמאלית, ושאלה אותה, האם בעקבות הניתוח היא עלולה לסבול מהגבלה בתנועת ידה השמאלית, והאם צפויים לה כאבים לאחר הניתוח. עוד שאלה רחל את האחות, האם תיצטרך לעבור טיפולים כימותרפיים לאחר הניתוח.

[3] מממש לפני הניתוח, אחות חדר הניתוח שמה לב שרחל לא חתמה על טופס ההסכמה לניתוח, וביקשה ממנה לחתום עליו. רחל חתמה. במהלך הניתוח התברר כי רחל אכן סובלת מגרורות [4,5] מפושטות, המצריכות כריתה מלאה של השד. ד"ר סהר יצא מחדר הניתוח, פנה לבעלה של רחל, יעקב, וביקש את אישורו לשינוי תוכנית הניתוח, ולביצוע כריתה מלאה. יעקב הסכים וחתם על טופס.

**חלק ג':**

לאחר הניתוח, אמר ד"ר סהר לרחל כי עליה להמשיך בסדרת טיפולי הקרנות וכימותרפיה. הוא לא סיפר לרחל כי קיים טיפול חדשני, טיפול הורמונאלי, אשר ניתן רק בבית החולים הדסה עין כרם, תמורת תשלום לא מבוטל.

כעבור כשנה נבדקה רחל, והתברר כי הגידול חזר, ויש לנתח שוב. רחל מחליטה לשוב לטיפולו של ד"ר שמש, וקובעת אליו תור.

שעה לפני שמוגיעה רחל, נכנס יעקב – בעלה, לד"ר שמש. הוא מספר לו שמצבה הנפשי של רחל קשה מאד, ושאלם יסתבר שהסרטן מפושט, שלא יספר לה בשום אופן, כיוון שהיא לא תעמוד בכך. ד"ר שמש מסביר ליעקב שאין לו ברירה, ולפני הניתוח יהיה חייב למסור לרחל את כל המידע. כשרחל מגיעה, ד"ר שמש מבקש לדון איתה בחלופות הטיפוליות האפשריות, אך רחל אומרת לו: "ד"ר שמש אל תסביר לי כלום. אני סומכת עליך. תטפל בי כמו שהיית מטפל בבת שלך".

**פרק א':**

- (1) היינו מצפים מהרופא שיסביר לה את ההשלכות של הניתוח.
- (2) הדרשה מדעת ובכתב (לפי סעיף 14) וליידע אותה שהיא יכולה לקבל חוות דעת נוספת.
- (3) אולי האחות הייתה צריכה לנסח אחרת את ההערה שלה, והאם נוכל להגיד שיש שם הסכמה מדעת? היא המומחה, קשה להגיד שזו החלטה מדעת.
- (4) הרופא שמש אמור לתמוך בה ולא לכעוס עליה, ואולי אפילו להתייעץ עם הרופא השני.

**חלק ב':**

- (1) חסר לנו מידע על הניסיון של ד"ר סהר

(2) הוא היה צריך להסביר שזהו תהליך חדשני. אם היא שואלת לילה לפני, כנראה שלא הסבירו לה. חשוב להסביר לה עד שהיא תבין, וזו היא חובתו של הרופא.

- בחלק מהמקומות, כבר אין עניין של "הסכמה מדעת" אלא של "קבלת החלטה מדעת".  
(3) החתמה כמעט שלא מדעת!

(4) גם 5.

(5) הסעיף מזעזע. כמה וכמה בעיות:

א. סודיות רפואית

ב. הטלת אחריות על הבעל, הוא מקבל החלטות על הגוף של אשתו

ג. הרופא עושה דברים על דעתו. הרי יעקב לא יודע דבר או חצי דבר.

היא יכלה לטעון שבעלה הוא מיופה כח, בהנחה והוא לא כשיר. ייפוי הכח צריך להיות מפורט וספציפי, וככל שזה יהיה יותר עמום יהיה יותר קשה להחיל אותו. צריך גם להחליט מתי פג תוקפו.

**חלק ג':**

גם כאן יש הסתרה של מידע רפואי ופגיעה בכבודה של המטופלת. האם הרופא רשאי לקבל את בקשתה של המטופלת? הוא יכול להחליט בשבילה? כן! כי יש כאן החלטה אוטונומית לוותר על האוטונומיה שלה. מחובתו היא במסגרת האמון שהוא יוצר בניהם להכיר ולהבין למה היא מפחדת מההחלטה העצמאית.

נחזור להצעת החוק, ולסעיף 15 בפרט:

" על אף הוראות סעיף 13 –

(1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

(א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;

(ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;

(ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

(ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;

(ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפע.

(3) בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת."

15 (1) – מדובר בסעיף שדן במטופל שאינו כשיר.

15 (2) – מטופל כשיר שמתנגד לטיפול, והנסיבות הם סכנה חמורה.

15 (3) – מצב חירום רפואי, והסברנו בשיעור קודם שסכנה חמורה שונה ממצב חירום בדחיפות ובמיידיות. כאן, בשונה מ(2), יש צורך לקבל החלטה מיידית. אם כדי להחיות אותו צריך משהו שכלול בתוספת נצטרך שלושה רופאים. התוספת היא:

1. ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה.

2. צינתורים של כלי דם.

3. דיאליזה.

4. טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה).

5. טיפולי הפריה חוץ-גופית.

6. כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

עכשיו נרחיב על 15 (2), בו יש לנו צורך להצדיק את הפטנרליזם הקשה מול הסירוב של המטופל.

● ההגדרה של סכנה חמורה היא: נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי; וכעת נצטרך להגדיר נכות:

● **Handicap** – A disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or disability, that limits or prevents the fulfillment of a role that is normal, depending on age, sex, social and cultural factors for that individual. (WHO)

- ההגדרה הזו היא כנראה סובייקטיבית. הורדת יד למרצה לא תהיה נוראה כמו שהיא תהיה לפסנתרנית.
- (15) 2. א. כתוב : " נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת ; " אנו למדים כאן שמשוא הכפייה הוא אוטונומי וכשיר, ויש כאן מצב של פטרנליזם קשה ככל הנראה. זהו מצב שבו במופרש המטופל אומר "לא" והרופא בוחר לעשות "כן".
- (15) 2. ב. כתוב : "צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל ;" וכאן מתקבלות כנראה שתי מטרות. 1. היא קביעת סף התמורה שבשמה אפשר לכפות טיפול 2. הנחת הסביס למילוי התנאי ה3, מיד נראה אותו. שיפור במידה ניכרת. במקרה של האישה הזקנה הסוכרתית עם כריתת הרגל, אינו רק שיפור של מצב רפואי אלא שיפור של החיים בכללי. האם להאריך את חייהם של אנשים ולהפוך אותם לסיעודיים זה שיפור? ומי קובע מהי מידה ניכרת? המטופל? וועדת האתיקה?  
לסיכום :
- היו שלוש בעיות : 1. התמקדות בשיפור רפואי תוך היעלמות מאספקטים אחרים של החיים. 2. החלטות רפאויות תוך הישענות על סטטיסטיקות 3. פרשנות סובייקטיבית למילה ניכרת.
- (15) 2. ג. כתוב : "קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע."
- יש לנו כאן כמה בעיות. נפריד בין קושי מעשי למוסרי, וכאן נדבר על המעשי (על המוסרי נדבר בהמשך) ראשית, איך כוועדת אתיקה נוכל לחזות כזה דבר? נצטרך להבחין בין סירוב שהוא מתוך ערכים או שאינו מתוך ערכים. אם זה סירוב שהוא לא מתוך ערכים, הרי שמדובר בסעיף 15(1) וזו לא בעיה של פטרנליזם קשה. אך אם מדובר בסירוב מתוך ערכים, חובה על וועדת האתיקה לברר אם יש סיכוי שהיא תשנה את דעתה בהמשך.

- הקושי המוסרי מתחיל עם ההנחה הבאה: אם ייתן המטופל הסכמה למפרע, הרי שהתנגדותו הראשונית היתה בלתי יציבה, בלתי עקיבה ולכן גם לא משקפת את רצונו האוטונומי. לפי ההנחה הזו נקבל אחד מהשתיים הבאות:
1. הסיורב של המטופל אינו יציב ואינו עקיב ולכן אינו משקף את רצון המטופל ולכן כפיית הטיפול עליו אינה בגדר הפרת האוטונומיה שלו (שכן הוא לא ביטא רצון אוטונומי). זה אפשרי בשתי המצבים הבאים:
    - א. המטופל אינו כשיר וחסר יכולת לפעול באופן אוטונומי – הסעיף הרלוונטי הוא 15 (1).
    - ב. החולה לא ביטא רצון אוטונומי שכן לפי קנט פעולה אוטונומית היא תוצר של חשיבה רציונאלית. מאידך, פרשנות ליברלית לאוטונומיה. אנחנו לא חייבים לקבל את הפרשנות של קנט לאוטונומיה, לא רק משום שאנחנו רוצים לחיות במדינה ליברלית בלי אמת מוסרית אחת – אלא אם אמיתות מוסריות רבות – אנחנו גם לא רוצים שהרופאים יהפכו להיות משטרת המוסר. נציג את מיל (ג'ון סטורט):

”התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכח הכפיה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת נגד רצונו של אותו האיש, היא – למנוע היזק מאחרים. בטובתו החומרית או המוסרית של אותו חבר עצמו אין למצוא טעם מספיק לכך” (על החירות 1859/2006, עמ' 20). אדם יכול לקבל החלטות טיפשיות או לא מוסריות, כל עוד הם לא פוגעים באחרים. ”היחיד חייב לתת דין וחשבון לחברה על התנהגותו אך ורק כשהיא נוגעת גם לאחרים. אם היא נוגעת לו בלבד, זכאי הוא לעצמאות מוחלטת. על עצמו, על גופו ועל נפשו, שולט היחיד שלטון בלתי מוגבל (שם, 20-21). התפיסה הליברלית שאנחנו רואים כאן נותנת לנו לצאת מהמובן של קנט, וההבחנה היא הפרט מול הכלל. הבעיה הכי גדולה כאן, כמו שראינו במאמר של מאי, היא שכל החלטה אישית עלולה להיות החלטה שתשפיע על החברה כולה.
  2. המטופל הביע בשעתו רצון אוטונומי, אולם אם הוא מבטא הסכמה למפרע למעשה הוא חוזר מסירובו הראשוני ולכן הפרת האוטונומיה הראשונית שלו ונקיטת פעולה פטרנליסטית כלפיו מוצדקת. ב(1) אמרנו שזו לא היתה בחירה אוטונומית, כאן אנחנו אומרים שההחלטה הראשונית היתה אוטונומית, אבל עכשיו הוא חוזר בו, וזו היא ההחלטה האוטונומית התקפה מבחינתנו.

זה מעביר אותנו לתיאוריית התודה:

הסכמה שניתנה למפרע/בדיעבד היא בעלת מעמד נורמטיבי מוסרי שווה ערך לזה של הסכמה מראש לפעולה.

- ההבדלים בין הסכמה מראש להסכמה למפרע:

    - ההסכמה ניתנת קודם לפעולה וחופשית
    - מושא הפטרנליזם כשיר קוגניטיבי ורגשית להבין למה הוא מסכים למבין את משמעות הסכמתו.
    - משתמע ש:
    - בהסגמה מראש, מושא הפעולה שותף להחלטה על הפעולה שתתבצע.
    - המבצע קידם את האוטונומיה של היחיד.
    - ולכן אין צורך להצדיק פעולה שניתנה לה הסכמה מראש.
- יש לשאול, מכאן, אם מדובר רק בתוצאתנות האם יש הבדל בין השאלה לעומת גנבה? יחסי מין מול אונס? טיפול רפואי מול תקיפה?
- מה יהיו תנאי הסף כדי להצדיק פעולה, אם התוצאה היא רצויה מצד המושא?
- אם כן, לפי תיאוריית התודה, מתקיים:
- I. תוצאה לא יכונה לשנות את מעמדה הנורמטיבי של הפעולה.
  - II. אין קריטריון לקבוע אלו מעמדות של מושא הפטרנליזם היא האוטונומית.
- שעת סיפור:
- אדם אחד עבר תאונה נוראית של שריפה, 65% מהגוף שלו נשרף ונחרך. במהלך הטיפולים הוא ביקש שוב ושוב למות, והכריחו אותו לעבור אותם. הטיפולים נכפו עליו למרות שהם מייסרים וכואבים, אך הצליחו לשקם את החיים שלו. אחרי כל התהליכים, עשר שנים אחר כך, עם תואר במשפטים ונישואים כמעט נורמליים, שאלו אותו אם הוא נותן הסכמה למפרע. הוא אומר שהוא לא היה מוכן לעבור שוב את כל טיפולי התופת הללו, למרות שהוא מודע למצב המצויין שבו הוא נמצא היום. הוא לא נותן הסכמה למפרע, אלא שהוא הסתגל למצבו. (שמו של האדם הוא Don Coward, שעד היום נותן הרצאות ומתעסק בנושא)
- לסיכום (אוטונומיזם מול ויאליזם): חופש האדם והחלטותיו מול החשיבות של החיים שלו כשל עצמם.
- ”אכן, במשטר דמוקרטי יש להכיר כי קיימת 'רמת סיבולת' של פגיעה ברגשות, אשר בה מחויבים בניה של חברה דמוקרטית, והמתבקשת מעקרונות הבולנות עצמם. רק כאשר הפגיעה ברגשות עולה על 'רמת סיבולת' זו, ניתן להצדיק, במשטר דמוקרטי, הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה” (בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד (נג) 817, עמ' 836) – השופט ברק.
- יעל מבקרת את ישראל על חוסר עקיבות, למשל באזהרות מסע: לסיני אנחנו לא ממליצים ליסוע, אך אנחנו אוסרים עליהם

למות. למה בתחום הבריאותי/הרפואי מדובר באיסורים מוחלטים, אך בתחום המסעות והתיירות היא רק ממליצה?

נעבור לחומר למחשבה, על כבוד, שתתחיל את השיעור שלנו אחרי פסח.  
הדוגמה לקוחה מספר של צ'ארלס פוסטר: כמה וכמה ילדים בועטים ביניהם במשהו, ומתברר שמדובר בראשו של בן אדם.  
האדם הנורמלי יזדעזע, למה? במה הם פוגעים? בכבודו? בחבריו? למה אנחנו מתחרדים לנוכח מעשה כזה?

**חג שמח 😊**

בשבוע הבא לא יתקיים שיעור (יום העצמאות), ושבוע אחר כך נתחיל ב5: 9 ונסיים ב11: 11. לפני החופשה דנו בשאלה הבאה: כמה וכמה ילדים בועטים ביניהם במשהו, ומתברר שמדובר בראשו של בן אדם. האדם הנורמלי יזדעזע, למה? במה הם פוגעים? בכבוד? בחבריו? למה אנחנו מתחרדים לנוכח מעשה כזה? למה אנחנו מתחרדים מהמעשה הזה? תשובות שנשמעו:

- "התייחסות אחרת לגמרי בין בעיטה בכדורים וראשים"
- "להוציא מהמשוואה את האדם עצמו שכבר איננו"
- "פגיעה ברעיון שנותר בראשו של בן אדם"
- "היינה אמר ש'במקום בו שורפים ספרים ישרפו בני אדם', וילדים שמשחקים בראשי בני אדם מתים עלולים לשחק ולהתעלל בבני אדם חיים"

פוסטר דומה ביותר לתשובה הראשונה שניתנה, שהתחושה היא שיש כאן פגיעה ברעיון שראש מסמל.

Feldman יוצר ריבוד במושג הכבוד, ומציג רותו בשלושה שלבים:

1. כבוד (Dignity) שקשור למין האנושי. להומוספיאנים מגיע יחס שונה.
2. כבוד שקשור לקבוצות. לכבד כל קבוצה באשר היא.
3. כבוד שקשור לאינדיבידואלים. ומה נעשה באנשים שלא יכולים לקבל החלטות? וכאן מועלה הקשר בין כבוד לאוטונומיה=קבלת החלטות באופן עצמאי. כאן הוא מפרט לשתי שלבים:
- א. היבט סובייקטיבי: ההיבט שיש לאדם כלפי עצמו, וזה קשור לאיך שהוא פועל כלפי אנשים אחרים והם פועלים כלפיו.
- ב. היבט אובייקטיבי: קשור באופן שבו מוסדות וסוכנים פועלים כלפיו ואיתו.

Doris Schroeder – מציג 4 מושגים:

1. כבוד קנטיאני = תכונה פנימית, קדושה, של האדם שאסור להפר אותה ונותנת לאדם את הזכות שלעולם לא ינהגו בו כאמצעי בלבד אלא כתכלית לעצמו. (תכלית = מקור לערכים. לא ניתן להעניק אותו ואתה לא יכול לקחת אותו, הוא נמצא שם בעצם היותו אדם)
2. כבוד אריסטוטלי – (מהמילה הלטינית Dignitas) מי שהוא בעל מעמד הוא בעל כבוד שהוא שונה מהאחרים.
3. כבוד התנהגותי – יש נורמות מסויימות, אם פועלים על פיהם זוכים בכבוד ההתנהגותי. ואם לא, לא.
4. כבוד שמגיע לאדם (שבח) – Virtue, מתי מגיע לך כבוד? כשאתה פועל על פי מידות. מי שפועל על פי אותם 4 ערכים (מתונות, אומץ, צדק, חכמה), מגיע לו כבוד. הערכים האלו date back לימי אריסטו.

בשורה התחתונה, היא טוענת שמושג הכבוד הוא רב פנים ופלורליסטי, ואם אתה נתקל בבעייה מוסרית שמתנגשת עם הכבוד, תבחר את ההגדרה שמתאימה לך לבעיה. Foster אומר לה שהעסק הזה לא עובד, וניקח כדוגמה את ההמתה בסיוע רפואי; מי שרוצה לתמוך יכול להיעזר בהגדרות 3 ו4 של Shroeder, ואילו המתנגדים ישענו על המובן ה1 או ה2. היתרון אצלה, הוא שכבוד לא קשור אך ורק באוטונומיה.

נעבור להוגה השלישית, שנקראת Suzy Killmister שלוקחת את מה Doris עשתה והלכה איתם צעד אחד קדימה. לטענתה, Doris לא ראתה את הקשרים בין השלבים שהיא הציעה. היא רואה את השלבים בצורה הבאה:

1. [קנטיאני] יכולת כמעט אוניברסלית שמבססת את הערך של בני אדם.
  2. ["שאיפה אל"] אמצעי לפעולות הכרחיות הנדרשות כדי שיכולת זו תמומש.
- 1 אצל Suzy קשור לכבוד הקנטיאני והאריסטוטלי אצל Doris. אנחנו מדברים שם על איזשהו סטטוס שקשור לעצם היותו של אדם, חלק בלתי נפרד ממנו. למה הוא בעל כבוד? כי לכולם יש יכולת כלשהי שמיחדת אותם. תיכף נבין מה היא אותה יכולת.

"המובן ההתנהגותי והמובן של שבח מופיעים ב"שאיפה אל". משמעות הדבר שכבוד כשאיפה אל הוא דבר שיכול ללכת לאיבוד או דבר שאפשר להפשיט מאיתנו ע"י פעולות שאנחנו עושים ביחס לעצמו או על ידי פעולות שאחרים עושים ביחס אלינו". שלב 2 הוא משהו שיכול להיות ולהילקח ולאבד, להבדיל מ1. הוא משמש אותנו במובן של התנהגות, וזה משמש אותנו באתיקה הרפואית הרבה מאוד.

בעצם, שני המובנים האלה זה **היכולת** של היחיד להיות בהתאם לערכיו. 1, יש להם Capability, ואילו ב2 יש להם איזשהי ability. יכולת למעשה היא דינמית ויכולה להשתנות, ואילו ב1 אפשר לחשוב על איזשהו פוטנציאל רדום. לתינוק בן יומו יש Capability לחיות כאדם מחוקק ערכים, אך אין לו את ability. הוא מקבל את הכבוד מסוג 1, אך לא מסוג 2.

"לראות כבוד כcapability לפעולה, זה לראות אותנו כבעלי פוטנציאל רדום לממש את הפעולה הזו. עבור אדם מסויים, גם אם אנחנו יודעים שאין לו את ability, capability שלו נשמרת." בהמתה בסיוע רפואי, למשל, הבעיה מתחילה בכך שאין לאדם את היכולת (ability) לסיים את חייו. ה capability קיימת, והוא מסוגל להסביר שאין הוא מעוניין בחייו ואם הוא היה יכול הוא היה מתאבד לבדו, בעצמו.

אנחנו בתהליך של בירור של מושג הכבוד, ונעבור לחוק היסוד במדינה שלנו כדי לטעום הגדרה קצת אחרת.

## חוק יסוד כבוד האדם וחירותו 1992: (נספח ה')

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
  - 1.א. חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחור-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
- שאלה ראשונה: מה זה כבוד לפי זה? הכבוד כאן מוצג כזכות יסוד. וזה מוכר בהכרה בערך חייו, קדושת חייו ובהיותו בן חורין. אבל המושגים כאן הם מעורפלים ולא ברורים. האם מדובר בערך פנימי או אינסטרומנטלי? האם הוא תמיד בעל ערך או שהערך יכול להישלל ממנו?
- רוב ההוגים, וברוב המקרים, נאמר שלאדם יש ערך פנימי.
- שאלה שניה: מאיפה האדם קיבל את ערכו?
1. מעצמו. יש לו איזשהי תכונה מהותית שמעניקה לו את זה. (מהי אותה תכונה?)
  - אם זו תבונה, אולי לא כולם ראויים לה? האם זו זיקה חברתית?
  2. מאחרים. בצורה נורמטיבית.
  - כאשר האדם מבצע תפקידים שקשורים למהותו (כבן אדם).
  3. בצלם אלוהים, בדמותו.
  4. סוגנות; כי הוא הומוספייאן, שייך למין האנושי.
- אם נסתמך על 4, נקבל שמתוך כך שאתה שייך במובן ביולוגי, מגיע לך טיפול כמו לאדם בגיר אוטונומי וכו'. אבל אם אנחנו נשען על 1, נקבל שאין אנחנו מחוייבים ליחס כבוד לילד שחסרים לו חלקים במוח. אם אנחנו הולכים עם הגדרה 3, אנחנו בעצם כופים על בני אדם תפיסת עולם מסויימת, וזה גם עלול להיות בעייתי.
- יום עצמאות שמח!!

החוק לא אמור לספק הגדרה מדויקת, אבל הוא כן אמור לספק איזהשהי הנחייה. כשנחפש את ההנחה בד"כ, נפנה לדברי ההסבר. אנחנו ננסה להבין באופן חופשי את הרעיונות:

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו 1992:** (נספח ה')

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

נפריד לשלושה מושגים:

א. ערך האדם: את הדיון על זה הארכנו בשיעור הקודם. אעתיק זאת לכאן:

שאלה ראשונה: מה זה כבוד לפי זה? הכבוד כאן מוצג כזכות יסוד. וזה מוכר בהכרה בערך חייו, קדושת חייו ובהיותו בן חורין. אבל המושגים כאן הם מעורפלים ולא ברורים. האם מדובר בערך פנימי או אינסטרומנטלי? האם הוא תמיד בעל ערך או שהערך יכול להישלל ממנו?

רוב ההוגים, וברוב המקרים, נאמר שלאדם יש ערך פנימי.

שאלה שניה: מאיפה האדם קיבל את ערכו?

1. מעצמו. יש לו איזהשהי תכונה מהותית שמעניקה לו את זה. (מהי אותה תכונה?)

- אם זו תבונה, אולי לא כולם ראויים לה? האם זו זיקה חברתית?

2. מאחרים. בצורה נורמטיבית.

- כאשר האדם מבצע תפקידים שקשורים למהותו (כבן אדם).

3. בצלם אלוהים, בדמותו.

4. סוגנות; כי הוא הומוספייאן, שייך למין האנושי.

ב. קדושת חייו: שאלה 1: מה מקור הקדושה?

א. אלוהי.

ב. מטאפיסי (נטורליסטי) = החיים הם הדבר בלעדיו לשון דבר יותר אין ערך.

שאלה 2: מה מחייבת הקדושה? מה היא קדושה בכלל?

ג. היותו בן חורין: בשורשי המחשבה המערבית יושב הערך של חופש האדם, ושבני אדם הם חופשיים זו מין אקסיומה בסיסית שכולם מקבלים נכון להיום. במגילת העצמאות של ארה"ב זו "אמת מוכחת מאליה".

שאלה: האם יש קשר בין היותו של בן חורין להיות בעל כבוד? למה לא להגיד שאנחנו חופשיים משום שאנחנו שותים חלב כשאנחנו תינוקות?

מה זה חירות? חופשי מכפייה? אני הסיבה לפעולות שלי? אוטונומי?

- כאשר נוהגים באדם באופן חופשי, נוהגים בו בכבוד.

נחזור רגע לחוק היסוד:

2. אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

זהו חוק נוסח **אל תעשה**, איסור. אסור לפגוע בגופו, בחיים ובכבוד.

כל הכבוד למחוקק- הוא נותן לנו טאוטולוגיה. כיבוד כבודו של האדם זה אי פגיעה בכבודו.

האם בכך שאנחנו נוטלים את חייו של אחר, אנחנו פוגעים בכבודו? לא תמיד. המתת חסד?

האם הטלת מום במישהו זה פגיעה בכבוד? אולי בגיל שמונה ימים (=ברית מילה) זה לא? האם לרצוע את אוזנו זה דבר חיובי?

למה לא פוגעים? פגיעה היא נזק בניגוד לרצונו, וזו היא פגיעה באוטונומיה ו/או השפלה.

הפגיעה באוטונומיה היא קאנט, ודני סטטמן קורא לזה כבוד כיחס מוסרי.

השפלה מתפצלת לשתיים: הדרה חברתית וחוסר אוניס. לזה סטטמן קורא "כבוד כיחס לא משפיל".

3. אין פוגעים בקניינו של אדם.

אין כאן זכר לכבוד, אלא צו נוסף.

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

זהו צו מסוג **עשה**. הגנה על כבודו של אדם זה לכבד אותו (=טאוטולוגיה). הגנה על גופו וחייו מעלה שאלה נוספת. עד איזה גבול? תרומת כליות?

המטרה בדיון היתה בעיקר ליצור דיון ולהראות שיש הרבה שאלות בנושא ושאינן לנו הגדרה חד משמעית לכבוד.



נרחיב על נקודה 2 מהחוק: ונעבור לקאנט בעניין הפגיעה בכבוד, באוטונומיה של האדם (הנחות יסוד למטאפיסיקה של המידות, עמ' 95-92):

"עקרונות מעשיים הם צורניים, כשמפשיטים מעליהם את כל התכליות הסובייקטיביות, והם תכניים, כשתכליות אלה, כלומר מניעים יגועים, קבועים ביסודם. התכליות שיצור בעל תבונה מעמיד לו, כאוות נפשו, בתור תולדות פעולותיות (התכליות התכניות) כולם תכליות יחסיות בלבד. מפני שערך מתבסס אך ורק על התשוקות שהן מיוחדות ליצור ועל כן לא יוכל הערך הזה לתת בדינו חוקים שהם כלליים וחלים בהכרח על כל היצורים בעלי התבונה ועל כל רצייה, כלומר חוקים מעשיים. לפיכך, כל התכליות היחסיות האלה משמעות יסוד רק לצוויים מותנים."

- צוויים מוחלטים יכולים להיות כלפי דברים שהם תכלית לעצמם, ולא יכול להיות שיהיו מוחלטים כלפי חפצים. "אבל, אם נניח כי יש דבר שישותו כשהיא לעצמה יש לה ערך מוחלט, דבר שיכול לשמש יסוד לחוקים ידועים כתכלית כשהיא לעצמה, הרי בו ורק בו לבדו היא קבוע היסוד לצווי מוחלט אפשרי, כלומר לחוק מעשי. ועכשיו אני אומר: האדם וכל יצור בעל תבונה בכלל ישנו בתור תכלית לעצמה: לא רק אמצעי הוא שרצון זה או אחר יוכל להשתמש בו כחפצו, כי אם, זה או אחר יוכל להשתמש בו כחפצו, כי אם, בכל פעולותיו, הן במכוונות אל עצמו והן במכוונות אל אחרים, הוא צריך להחשב גם לתכלית. כל מושאי הנטיות יש להם רק ערך מותנה, שאלמלא הנטיות והצרכים המיסודים עליהן היה מושאם בלי ערך. אף הנטיות עצמן, שהן מקורות הצרכים, אין להן ערך מוחלט שיחייב לחפוץ בהן: אדרבא, הן רחוקות מזה עד שכל בעל תבונה צריך לחפוץ שיהיה חפשי מהן לגמרי. הרי שערך כל הדברים שניתנו לקנותן ע"י פעולותיו הוא מותנה תמיד, היצורים שישותם אינה תלויה ברצוננו כי אם ברצון הטבע, אף הם, כשהם יצורים מחוסרי תבונה, יש להם רק ערך יחסי של אמצעים, והם קרויים לפי זה חפצים (Sachen). וכנגדם יצורים בעלי תבונה נקראים אישים (Personen), מפני שעצם טבעם מציין אותם כתכליות לעצמן, כלומר כדבר שאסור להשתמש בו שימוש אמצעי בלבד, והוא מגביל אפוא במדה זו את שרירות הרצון (והוא מושא להכרת כבוד)."

- אנו מחויבים להפריד בין החפצים לאישים, והאישים הם מקור לערך. רק מי שהוא בעל תבונה יכול להיות תכלית לעצמה, בניגוד לחפצים שהם אמצעים לעולם. עכשיו השאלה היא למה יצור בעל תבונה הוא תכלית בשל עצמו?

"יצורים אלה אינם אם כן תכליות סובייקטיביות גרידא שלישותן בתור תולדת פעולותינו יש ערך בשבילנו אנו: כי אם תכליות אובייקטיביות הם, כלומר דברים שישותם כשהיא לעצמה היא תכלית: כזו שאין לקבוע במקומה תכלית אחרת והללו יהיו משועבדים לה כאמצעים בלבד. שאלמלא כן, לא היה שום דבר בעל ערך מוחלט בעולם. אבל, אילו היה כל ערך וערך מותנה, ז"א מקרי, שוב לא יהיה כל עקרון מעשי עליון לתבונה."

אם יש אפוא עקרון מעשי עליון, או, ביחס לרצון האנושי, צווי מוחלט, הריהו צריך להיות כזה שיבוא מתוך מושגו של הדבר, שהוא תכלית לכל אחד ואחד מפני שהוא תכלית כשהיא לעצמה: וישכונן על יסוד זה עקרון אובייקטיבי של הרצון, ויוכל ע"י כך לשמש חוק מעשי כללי. ויסודו של עקרון זה הוא: הטבע בכל התבונה ישנו כתכלית כשהיא לעצמה. כך רואה כל אדם בהכרח את ישותו הוא: בה במידה הרי זה עקרון סובייקטיבי של פעולות אנושיות. אבל גם כל יצור אחר בכל תבונה רואה כן את ישותו, בכח אותו יסוד התבונה עצמו הקיים ועומד בשבילי (את המשפט הזה אני מעמיד כאן בבחינת דרישה [Postulat]). בפרק האחרון ימצא הקורא את הטעמים לכך: הרי שהוא עקרון אובייקטיבי כאחד, וצריך שנוכל להסיד מתוכו, כמתוך יסוד מעשי כליון, את כל חוקי הרצון. אם כן הצווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולותך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל אדם אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד."

- אנחנו מסוגלים לפעול מעל האינסטינקטים שלנו, מעל הנטיות שלנו, ולהיות רלפקטיביים לגבי התכוונות שלנו. לכן באופן מהותי אנחנו שונים מהחפצים שבטבע. מתי הם פועלים באופן חופשי? כאשר הם מחוקקים לעצמם חוקים מוסריים.

מתוך כך שאני תכלית לעצמי, וחברי הוא תכלית לעצמו, ובגלל שהתבונה שלנו זהה, אני חייב להכיר בו כתכלית לעצמו. זו המשמעות של הכבוד אצל קאנט.

ואחרי התפיסה של קאנט את הפגיעה בכבוד, נדבר על המובן של סטטמן כהשפלה. אם נדבר על הילדה השחורה שרצתה להתקבל לבית ספר ללבנים ולא נתנו לנו, מדובר בהדרה חברתית וזה סוג אחד של השפלה.

הסוג השני הוא החוסר אונים, חוסר היכולת של הילדה לשנות את הנעשה.

איזה מהם יותר רחב? הכבוד כחס מוסרי או כחס לא משפיל? הכבוד כחס מוסרי כולל בתוכו הרבה יותר מאשר היחס לא משפיל. הגניבה של רכב, למשל, היא פגיעה ביחס המוסרי אל בעל הרכב, אך איננה השפלה או הדרה חברתית.

סטטמן מבקר את הכבוד כחס מוסרי (נוסח קאנט) כי יש לו כח רטורי מרשים ותו לא. הוא לא נותן תשובה פרקטית איך לנהוג במצבים השונים. הוא איננו שיקול נוסף, אלא הוא הבסיס לאותם שיקולים של צדק, הטבה, שוויון ואי גרימת נזק. מתוך הערך של הכבוד כחס המוסרי הם מקבלים את ערכם, אך הוא לא נותן לי הנחיה פרקטית.

### סיכום למאמר "כבוד האדם – שני מובנים" מאת אליעזר וינריב (נספח ד')

- יש שתי מובנים לכבוד האדם.
- כל אחד מהצדדים (הימין=חיבור דת ומדינה, והשמאל=הפרדת דת ומדינה) יכול להשתמש בערך כבוד האדם להצדקת טענותיו.
- **כבוד האדם מהו?**
- קשה להגדיר מהו כבוד האדם, ועוד יותר קשה להצדיק אותו.
- טאוטולוגיה: יש לכבד את האדם מפני שהוא אדם.

- קאנט זה מובן א', וחולשתו של האדם זה מובן ב'.  
**מובן א':**
- מובן קאנט, יש לכבד את האדם מפני שהוא אדם.
- צריך לשאול, מהו אדם? מהם הקריטריונים?
- בני אדם יוצרים את הערכים, ולכן רק הם בעלי ערך עצמי.
- יש לו ערך ואין לו מחיר, ולכן הוא חד פעמי ואינו בר המרה.
- אני תכלית לעצמי, והוא תכלית לעצמו, ולכן הוא תכלית לעצמו גם בעבורי.
- בקיצור, צריך לכבד את האדם כי הוא תכלית לעצמו ומיצר ערכים.
- כבוד האדם במובן של המדינה כאן יהיה להגיע להסכמות שיהיו מקובלות על כולם מאחר וכל אחד הוא תכלית לעצמו.
- הוא משלב גם את הרעיון של כבוד כיחס לא משפיל.
- דגש תבוני.
- מובן ב':**
- צריך לכבד וזהו. בלי הסברים.
- בלי הסבר של למה החובה קיימת.
- השוני הוא באינטרסים וברציות.
- הדבר היחיד ששווה לכולנו היא העובדה שכולנו פגיעים.
- עד כמה האדם מרגיש מושפל זה המדד.
- דגש פסיכולוגי.
- תומאס הובס הוא המובן הזה. ("All men are vulnerable to the swords of their fellows and thus they are all equal" לויטן)
- אין דרך נכונה, אלא זו המובילה לפשרה כך שהיא משרתת את מירב האינטרסים.
- מודוס ויוונדי = אופן זמני של חיים ביחד.
- השוואה:**
- במובן א', בני אדם הם דומים ולכן יש להתחשב בכולם. במובן ב' הדומה היחיד היא הפגיעות שלהם, ולכל אחד יש רצונות אחרים בכלל.
- במובן א' יש מטרה להגיע לדרך הנכונה תוך התדיינות, ואילו בב' להגיע לפשרה דרך משא ומתן. "מירב היתרון בתנאים הנתונים".
- א'-> ב': אני מכבד אותך ורוצה לנהל איתך התדיינות מתוך אמונה שאנחנו שווים. לא הייתי מנסה לשכנע אותך אם לא הייתי מאמין שאתה יש רציונאלי ומוכן לנהל דיון והתדיינות.
- ב'-> א': אינך מכבד אותי אם אתה מאמין שאפשר לשכנע אותי. שאין מקום לדעתי לאחר מסע שכנועים.
- אינך מכבד אותי בכך שאתה לא מכבד את השקפותיי הדתיות שמנוגדות את שלך ואת המדע שלך.
- אינך מכבד אותי ואת הזהות שלי, ולכן מצידי (של ב') אתה צריך לכבד את דעותיי ואת אשר אני חושב. כבוד האדם מחייב התחשבות בשוני של האחד, ולא דווקא בדומה.
- סוף דבר:**
- למה הגענו לתיקו? גם הצד שדורש הפרדת דת ומדינה וגם הצד המתנגד משתמשים בערך כבוד האדם בצורה הגיונית ולגיטימית.
- שיטה א' רואה את הדמוקרטיה כהתדיינות, ואילו ב' כמתן פשרה מתוך משא ומתן של פשרות.

נשתמש במובנים האלה כדי לגשת לחוק החולה הנוטה למות. ביחסים בין המטופל למטפל נכנסים לנו כמה פרמטרים: בצד של המטופל, יש לנו את המשפחה, החברה, הדת, הערכים שלו. בצד המטפל יש את ועדת האתיקה. ואילו ביניהם ממוקמים המחוקקים ובית המשפט. נשאל כמה שאלות ואז נצמצם את זה: האם ההחלטה לגבי האופן בו אני עומד למות שייכת לספירה הציבורית או לספירה הפרטית?

**פרק א': מטרה ועיקרון יסוד**

1. (א) חוק זה בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים.
- (ב) חוק זה מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת.
2. בקביעת הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו הם השיקולים הבלעדיים.

1א כתוב איזון ראוי, וצריך לשאול למה הכוונה? יכול להיות איזון, פשרה, שלא תסתדר עם הערכים של אחד הרופאים, ולכן הוא לא יהיה ראוי מבחינה ערכית.

1ב הביטוי האמורפי "עקרונות יסוד בתחום המוסר" הוא קצת מוזר. אין היום הסכמה על המושגים האלה, אז על מה המחוקק מדבר בכלל?

2 כתוב שצריך להתחשב רק במצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו של החולה. לא מציינים כאן את העניין של כסף, של חולה שמבקש שישאירו אותו בחיים כמה שרק אפשר. האם צריך להצדיק כזה חולה? כמו כן, השיקולים הללו אינם בלעדיים, מאחר והם כפופים ל1ב – היותה של מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית.

בעניין האיזון הראוי:

כל מעשה שאנחנו עושים משפיע על האנושות כולה: "הבחירה האינטימית הינה אחת הדרכים להתוויית בחירה קולקטיבית. בליבה ובאופן של כל אחת מפעילויותיו האדם אינו פוסק מלהשליך הצעה על האנושות..." (ז'מ. מואיי) לכן, אי אפשר לתת לאדם לעשות מה שהוא רוצה.

**מוסריות חוקית** legal moralism (ג'רלד דוורקי): או כפי שהארט (Hart) מכנה אותה "אכיפת המוסר על ידי החוק". כשאנחנו כופים תפיסת עולם מוסרית ע"י חקיקה, ואכיפתה. אין כאן עניין של פטרנליזם מוסרי, אלא מקדם את תפיסת העולם של אותו המחוקק עם אותה תפיסת העולם שלו.

הרקע של הצעת החוק הוא: "חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עיקרי השקפת עולמו ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רוצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכות זו וימנעו כל דבר העלול לפגום בכבודו". הרקע הזה הוא מתוך חוק זכויות החולה, סעיף 10. היתה התנגדות של הסיעות החרדיות והוא נושא כבד משקל. יש לציין, שכל החוק כולו (חולה הנוטה למות) לא מתייחס לפגים בכלל.

לפני החוק, וגם היום, היה דבר שנקרא Slow code (=החייה משתהה). המשמעות היא שמרחו את ההחייאה עד שהחולה נגמר, מת. בעיה נוספת היתה, שהטלה האחריות על הרופאים גרמה לחשש מפני תביעות ועל כן החלטות של הרופאים בלי התייעצות במשפחות וכד'. הפסיקות השונות שהיו בעניין גם הם גרמו לחוק הזה. נביט בכמה דוגמאות:

שנה	עותר	עתירה	פסיקה
1987	גדעון נקש	ניוון שרירים ניתוק ממכונת הנשמה	נדחה (המטופל הסכים לניתוח שיאריך את חייו)
1990	בנימין אייל (ש' אורי גורן)	ניוון שרירים אי חיבור למכונת הנשמה	התקבלה [מניעת טיפול-מ"ט]
1992	מרים צדוק (ש' משה טלגם)	אי חיבור למכונת הנשמה	התקבלה. צעד תקדימי – כיבוד בקשה מקדמית של מטופלת שבעת העתירה היתה מחוסרת הכרה (living will) מ"ט
1993	רחל צעדי (ש' אורי גורן)	אי חיבור למכונת דיאליזה	התקבלה מ"ט
1995	ישראל גלעד (ש' רבלין)	ניוון שרירים אי חיבור למכונת הנשמה	התקבלה מ"ט
96	איתי ארד (ש' משה טלגם)	ניוון שרירים אי חיבור למכונת הנשמה	התקבלה מ"ט "נעובדתית ברור שמרגע שיעשה חיבור למכשור החייאה ישתנה מצבו של המבקש שינוי עקרוני ואין דומה ניתוק ממכשיר לאי חיבורו..."
98	איתי ארד (טלגם)	ניוון שרירים ניתוק ממכונת הנשמה	התקבלה [הפסקת טיפול] המטופל נותק והוזרקה לו זריקת הרדמה

98, ניתקו את מכונת ההנשמה של איתי ארד – טייס קרב – והזריקו לו חומר כדי שלא יסבול במותו מהניתוק שעשינו. אך

יש לשאול כמובן, מה ההבדל בין זה לבין המתה ממש בסיוע רפואי? המצדדים בעד ההחלטה הזו, ונגד המתה, יטענו כי אין כאן יצירת איום ישיר על חייו של המטופל.

לאחר כל זה, מנסים לכנס את החוק הזה. מבינים את המבוכה הקיימת, ואת הבעייתיות השונות, וכך כונסה "וועדת שטיינברג":

מנתה 59 מומחים שהתפצלו ל-4 תתי וועדות: רפואית-מדעית, משפטית, הלכתית, אתית-פילוסופית.

שאלו יהלום ב-2005 (24.11) טען כי: "כפי שאתם רואים ושומעים, אנחנו נמצאים במירוץ נגד הזמן, כשמצד אחד, חס וחלילה שנעשה שגיאות בנושא כזה, ומצד שני, צריך למהר, משום שאנחנו לא יודעים מתי הכנסת תתפזר. נאמר לנו שזה יהיה כנראה בשבוע השלישי של חודש דצמבר, אבל זה תלוי ב"התפרעויות" של חברי הכנסת. הסיבה לקיצור המושב היא לא רק כי צריך להתכונן לבחירות, אלא כי מגיעים למסקנה שחברי הכנסת, כאשר רוצים להיבחר לקדנציה הבאה במרכז או בפריימריז, השיקולים שלהם לא לגופו של נושא אלא לגוף האופן בו יראה אותם הגוף הבוחר... ברור שאנחנו צריכים להגיש את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית עד השבוע האחרון לעבודת הכנסת, ואנחנו לא יודעים כמה זמן נותר לנו."

ולכן וועדת שטיינברג, בדו"ח שלהם, כותבים כך (עמ' 2): "באופן מקורי היה בכוונתי להציג את הצעת החוק, כפי שתתגבש על ידי הוועדה, בפני פורומים ציבוריים רחבים יותר, לצורך קבלת תגובות והערות. אני סבור שהליך כזה יש בו כדי לתרום לגיבוש הצעה נאותה, אך תהליך כזה דורש זמן ניכר להכרת פרטי ההצעה המורכבת והמיוחדת, להציע הצעות, ולחזור ולדון בהצעות אלו במליאת הוועדה. לצערי, נבצר ממני לנקוט בהליך זה מפאת הלחץ של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת להגיש את הצעת החוק של הוועדה הציבורית בהקדם האפשרי."

השופט יעקב טירקל אמר וכתב כי: "גם הכרעה של ביהמ"ש בסמכות המחוקק ועפ"י כללים הקבועים מראש היא מסוכנת וכי הפתרון בכגון דא חייב להימצא בין הרופא לחולה, ואולי גם בינם לבין בני משפחת החולה (טירקל, 1991)" בהמשך החוק כתוב כך:

#### פרק ג': הרצון לחיות וכשרות – חזקות

4. חזקה על אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת; לא הוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר – יש לנטות לטובת הרצון להוסיף לחיות.

למה ההנחה הזו?

אפשר לשים לב, שהמתה היא מעשה בלתי להפיד, להבדיל מהמשך החיים. אולי יש כאן עניין של קדושת החיים. לא כ"כ ברור.

5. אין מוציאים חולה הנוטה למות מחזקת רצונו להוסיף לחיות ואין נמנעים, לפי הוראות חוק זה, מטיפול רפואי בו, אלא על פי המפורט בסעיף זה, לפי הענין:

(א) בחולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות – על פי הבעת רצונו המפורשת;

(ב) בחולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות, שמלאו לו 17 שנים, על פי אחת מאלה:

(1) הנחיות רפואיות מקדימות שנתן שמתקיימות בהן הוראות סעיפים 33 ו-34(א);

(2) החלטה של מיופה כוחו שניתנה לפי ייפוי כוח שמתקיימות בו הוראות סעיפים 38 ו-39(א);

(3) החלטה של ועדה מוסדית או הוועדה הארצית שניתנה לפי הוראות פרק ו';

בסוף הצעת החוק, יש מקום בו החולה אמור לציין כאשר הוא כשיר והוא יכול להביע את דעתו.

פרק ד': הטיפול בחולה הנוטה למות

סימן א': כללי

8. (א) רופא אחראי מוסמך לקבוע כי מטופל הוא חולה הנוטה למות, אם נוכח כי המטופל סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.

כאן צריך לצעוק- למה שישה חודשים? ומה לאלה שהם שנה? כל חולי הניוון שרירים סונדלו בגלל הצעת החוק הזו! השאלה שעולת הן:

1. האם ניתן לחזות כמה נותר לו לחיות?

2. כיצד זה שזרמים דתיים היו מוכנים לתת סמכות זו לבן אנוש?

3. למה שישה ולא 12 חודשים? ביקורת על מי שצריך לחכות עד שהחוק יחול עליו.

4. למה בכלל לקצוב פרק זמן? מה לגבי אלו שהחוק לעולם לא יחול עליהם – דמנציה, אלצהיימר ...

(ב) רופא אחראי מוסמך לקבוע כי חולה הנוטה למות הוא חולה בשלב סופי, אם נוכח כי הוא מצוי במצב רפואי שבו כשלו כמה מערכות חיוניות בגופו ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שבועיים.

(ג) קביעת רופא אחראי לפי סעיף זה תיעשה לאחר התייעצות עם הרופאים המומחים המטפלים במטופל ובמידת האפשר גם עם רופאו האישי.

הנחות היסוד של החוק מופיעים בסעיפים הבאים: (זה לא מופיע בחוק, אלא דולים את זה מתוך המשתמע בו)

א. דחיית מוות בייסורים:

1. אין לאפשר לאדם למות מרעב או מהתייבשות אם אינו מבטא רצון מפורש שאינו מעוניין בהזנה

2. יש לספק טיפול מקל ככל שהדבר אפשרי (ס' 23)

- ב. אם אנו לא יודעים את רצונו האוטנטי, ואינו כשיר, לא יינתן טיפול למחלה הסופנית (בהינתן שכך נכתב בהוראות המקדימות) אולם יינתן טיפול נלווה [16 ב(1)]. והסעיף שמפרט מה הוא טיפול נלווה הוא:
- בסעיף קטן זה, "טיפול נלווה" – טיפול רפואי בחולה הנוטה למות, שאינו קשור כלל לבעייתו הרפואית חשוכת המרפא, לרבות טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל, וכן מתן מזון ונוזלים אפילו באמצעים מלאכותיים.
- ג. הנחה ב' אינה תקפה לגבי חולה סופי שכן אין רצון לייסר אותו. (זו הסתייגות, ולא הנחה נוספת)
15. (א) חולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחייו יוארכו, יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו.  
(ב) על המטפלים בחולה הנוטה למות כאמור בסעיף קטן (א) לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל חמצן, וכן מזון ונוזלים, אף באמצעים מלאכותיים, וכן לקבל טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל.  
15א נובע ישירות מחוק זכויות החולה, ואין כאן כל חידוש בעצם אלא הבהרה.
16. (א) חולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות הסובל סבל משמעותי, שנקבע לגביו לפי הוראות סעיף 5(ב) או (ג) כי אינו רוצה שחייו יוארכו, יש להימנע מטיפול רפואי בו, הקשור לבעייתו הרפואית חשוכת המרפא, לרבות בדיקות, ניתוחים, החייאה, חיבור למכשיר הנשמה, טיפולים כימותרפיים, הקרנות או דיאליזה, והכל בהתאם לרצונו כפי שנקבע על פי סעיף 5(ב) או (ג).
- (ב) (1) בסעיף קטן זה, "טיפול נלווה" – טיפול רפואי בחולה הנוטה למות, שאינו קשור כלל לבעייתו הרפואית חשוכת המרפא, לרבות טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל, וכן מתן מזון ונוזלים אפילו באמצעים מלאכותיים.  
(2) אין להימנע מטיפול נלווה בחולה הנוטה למות כאמור בסעיף קטן (א), והכל אף אם רצונו של החולה כפי שנקבע לפי סעיף 5(ב) או (ג) הוא להימנע מקבלת טיפול כאמור.
17. אם מטופל חולה סופי אינו כשיר וסובל סבל משמעותי ואינו יכול לתת את רצונו האוטנטי כעת יש לכבד הוראות מקדימות (אותן הוראות לגבי הטיפול במחלה חשוכת המרפא). יש להימנע מכל טיפול רפואי בו, לרבות טיפול רפואי נלווה כאמור בסעיף 16(ב)(1), והכל בהתאם לרצונו כפי שנקבע לפי סעיף 5(ב) או (ג); על אף האמור בסעיף זה, אין להימנע ממתן נוזלים לחולה כאמור, אפילו באמצעים מלאכותיים, אלא אם כן קבע הרופא האחראי שמתן הנוזלים גורם סבל או נזק לחולה כאמור.  
ב16 קל לראות את הנחת היסוד הראשונה שזיהינו. ב17 קל להבין שהאם החולה הוא כשיר חובה עלינו לציית לבקשתו.

ההנחות שמובלעות בסעיפים 15,16,17 הן כפי שראינו בפעם הקודמת. בסוף סעיף 17 כתוב: " על אף האמור בסעיף זה, אין להימנע ממתן נזלים לחולה כאמור, אפילו באמצעים מלאכותיים, אלא אם כן קבע הרופא האחראי שמתן הנזלים גורם סבל או נזק לחולה כאמור."

השאלה המתבקשת, היא איזה נזק או סבל מתן הנזלים יכול לגרום? אפשר להריח מתוך הסעיף, שאפשר להימנע ממתן נזלים לאדם חולה אם זה מזיק לו, ז"א גורם לו סבל, ז"א מאריך לו את חייו. יש בסעיף דואליות שמתאפשרת להרוג אדם, או לתת לו למות, אם עצם החיים שלו יגרמו לו סבל.

אפשר גם להבין אחרת, כמו שהכיתה הציעה, אך זה לא ההיבט היחיד המתבקש.

בזמן הוועדה עלו כמה התנגדויות:

התנגדות לסעיף 16 באה מהשופט טלגם – "הזכות של כל חולה להורות אוטונומית על כל טיפול שיקבל או יימנע הוכרה בחקיקה, וכיום היא דין המחייב בפלילים ("תקיפה") ובנוזיקין. אין לשלול זכות זו מחולה נוטה למות שאינו כשיר, אם השאיר הוראות רפואיות מקדימות; די בהגבלות ביחס להמתה במעשה וביחס לסיוע בהתאבדות, ואין להוסיף פטרונות על חולה שאינו כשיר וידוע חפצו שלא יטופל."

התנגדות לסעיף 17, התאבדות בסיוע, באה מפרופ' אבינעם רכס – "ההגבלה כמוצע בהצעת החוק היא פגיעה מובהקת בכבוד האדם, בחירותו ובאוטונומיה שלו על גופו, ועומדת בסתירה לחוק זכויות החולה! יש בהגבלה זו סתירה להגדרה של הנחיות רפואיות מקדימות, שאין בהן הבלת זמן; לא ניתן לקבוע את תקופת השלב הסופי של החיים."

פעולות שהם אסורות הן סעיפים 19-22 הן:

19. אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא. אין בחוק היתר לתת אנטיביוטיקה במינון גבוה, גם אם הכוונה היא לא לפגוע בחולה אלא להועיל בו, וידוע שזה ימית אותו. חומר ממית הוא אסור, למרות שזו לא המטרה הראשונית או אפילו היחידה שלו, אלא רק תוצאת לוואי.
20. אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, שיש בה סיוע להתאבדות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא.
- אין היתר לבצע פעולה אקטיבית, אך ראינו שיש הבדל בין אקטיבית לפסיבית, ואמנם מותר לנו להימנע מפעולה, אך אסור לנו לקרב לחולה את המתג של מכונת ההנשמה, או משהו כזה.
21. אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו; ואולם מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון או שלא בניגוד להוראות כל דין וכן מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי, והכל בכפוף להוראות סימן ג'.

כדי להבין, צריך להגדיר ההבדל בין רציף ומחזורי:

1. טיפול רציף - טיפול רפואי, שעל פי טיבו ניתן באופן מתמשך ובלא הפסקות, למעט טיפול רפואי מחזורי כאמור בפסקה 2 להגדרה טיפול רפואי מחזורי; (מכונת הנשמה, מכונת לב ריאה)
2. טיפול מחזורי - (1) טיפול רפואי הניתן באופן מחזורי ובהפסקות, ואפשר להבחין באופן מעשי וברור בין סיום מחזור אחד של טיפול לתחילת המחזור הבא;
- (2) טיפול שתוכנן מראש, באמצעים טכנולוגיים מתאימים, להינתן כטיפול רפואי מחזורי, למרות שעל פי טיבו הוא היה ניתן באופן מתמשך ובלא הפסקות.
- ההבחנה הזו היא אירונית. לוגית היא פסולה, ולא ברור למה יש הבדל נורמטיבי ומוסרי בין מחדל למעשה. מזכיר קצת את קאנט מהשיעור השני (מבוא לפילוסופיה של המוסר).

ביקורת על החוק:

1. תחולת החוק - על מי לא חל החוק?

1. חולים שאין מרפא למחלתם ושימותו ממנה בסופו של דבר אך אינם מוגדרים כחולים נוטים למות (שישה חודשים) - ALS, סרטן, ילדים החולים בטיי-זקס וכיו"ב
2. חולים במחלה חשוכת מרפא שאינם תלויים באמצעי מלאכותיים כגון מכונת הנשמה או הזנה באמצעים מלאכותיים. לפי אבינעם רכס - חולים אלו לא יוכלו לממש את זכותם האנושית למות בכבוד והם אנוסים בשם החוק להמשיך להתיישר עד הסוף הבלתי נמנע. יוצר בעיה נפרדת – האמצעים המותרים לסיום החיים.
2. חולה נוטה למות – שנתרו לו שישה חודשים:
  1. קביעה שרירותית.
  2. ניבוי תוחלת חיים.
3. בעיית ההבחנה המוסרית בין מעשה (doing) להימנעות (omitting) בהקשר הרפואי - הבחנה בין טיפול רציף למחזורי – טיימר על מכונת הנשמה.
4. איזון ראוי? "מי התפשר יותר?" או בסופו של דבר איזה צד מרגיש שמבחינת אורחות חייו האינטרסים שלו מקוימים פחות.

הסתייגות בין רציף למחזורי של ד"ר כרמל שלו:

1. כשם שדרושה הסכמה מדעת של חולים לפני מתן טיפול רפואי, ואין לתת אותו בניגוד לרצונם, כך גם אסור לכפות אותם להמשיך לקבל טיפול אם ברור שהם אינם רוצים בכך. בשני המקרים, כפיית הטיפול היא פגיעה בזכות לשלמות הגוף, ומהווה

תקיפה על פי הדין הקיים.

2. איסור הפסקת טיפול גורע מזכויות חולים שכבר הוכרו בבתי המשפט בישראל, במיוחד לגבי ההנשמה של חולים במחלות ניוון שרירים.

3. לא ברור שאיסור ההפסקה של טיפול הנשמה יהיה רלבנטי רק במספר מצומצם של מקרים. חולים רבים שמגיעים לחדרי מיון מונשמים כעניין של נוהל מציל חיים. לא יהיה ניתן להפסיק את ההנשמה אם יתברר לאחר מכן כי החולה אינו רוצה בכך.

4. פתרון טכנולוגי שיהפוך את ההנשמה לטיפול בדיד אינו קיים היום. אין לדעת כמה זמן דרוש לפיתוח הטכנולוגיה ומה תהיה עלותה, ואין ערובה לכך שהיא תותקן בכל בתי החולים בישראל ושכל החולים יוכלו ליהנות ממנה באופן שוויוני.

▪ (מתוך: דין וחשבון - הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות. מאת פרופ' אברהם שטינברג יו"ר הוועדה הציבורית)

הסתייגות דומה של פרופסור עמוס שפירא:

"אין הבחנה לוגית, מוסרית או אתית ממשית בין הימנעות מלכתחילה מחיבור למנשם לבין הפסקת פעולתו; איסור גורף על הפסקת טיפול רפואי רציף עלול לגרום לחולים להימנע בטרם עת מקבלת טיפול כזה מחשש שמא "ייתקעו" במצב ללא מוצא; איסור גורף כזה עלול לעמוד בסתירה לעקרונות "הרפואה הטובה", ולפגוע בערכי האתיקה המקצועית והמצפון האנושי של רופאים רבים; האיסור על המתה במעשה לפי סעיף 16 די בו כדי לאסור הפסקות טיפול שאינן ראויות ואינן קבילות עלינו."

▪ (מתוך: דין וחשבון - הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות. מאת פרופ' אברהם שטינברג יו"ר הוועדה הציבורית)

הוא ממשיך במקום אחר, וכותב/אומר כך: "היום שמענו שחוק זה הוא פשרה בין דתיים לחילוניים. יש לי חדשות בשבילכם. אני רוצה לומר כאן שלא היתה כלל פשרה: הדתיים לא ויתרו, ואפילו לא במעט על עמדותיהם. אף סעיף בחוק זה אינו סותר בדרך כלשהי משהו מתפיסתם של מה שמכונה ה-main stream של ההלכה היהודית. לעומת זאת, בחלק לא קטן מהוראות החוק יש סטייה חזקה מעקרונות ליבראליים. כלומר בחוק יש סתירה של ממש... [בתוך אדלשטיין, 2009, משפט ורמאה]

השבוע, ביום ראשון, הועלה תיקון להצעת החוק שזה כבר הגלגול החמישי שלה. נביט בניסוח שלה משנת 2010 של ח"כ אורון:

הצעת חוק החולה הנוטה למות (תיקון - מוות במרשם רופא), התשע"א 2010 - של ח"כ חיים אורון (2733פ/)

עיקר ההצעה: היתר לתת מרשם לחומר ממית על ידי רופא לחולה בגיר, כשיר ונוטה למות אשר הביע בצורה חופשית ומדעת את רצונו למות.

התיקונים:

▪ סיוע למי שעוד נותרה לו יותר מחצי שנה לחיות בכאב וייסורים ולאפשר לו לסיים את חייו.

▪ סיוע אקטיבי שמטרתו מוות ללא ייסורים.

לשיעור הבא, צריך לעיין ולקרוא את הקבצים שאפרת מעלה ל"למידה".

ישנה הבחנה בין שלושה דברים:

1. אי התחלת טיפול (Withholding)
2. הפסקת טיפול רפואי (Withdrawing)
3. סיוע בהמתה (P.A.S.)

**המקרה:** מר X שמוגיע לחדר מיון שמצב של חוסר הספקת חמצן לרקמות גם לאחר שחיבור לו מסיכת חמצן. הרופא מגיע יחד עם המתמחה ומנסה לדבר עם מר X, אבל בגלל המצב שלו הוא לא מצליח לתקשר.

מהלך העניינים: הרופא משאיר את המתמחה ליד מר X והולך להתקשר לאישתו של מר X שמספרת לו שהוא סובל מבעיה נירולוגית וממנה אפשר להבין שמר X עצמו לא רוצה שיאריכו את חייו. הוא מתקשר לרופא המטפל (המשפחה) שמאשר את מה שאמרה האישה. על סמך שתי השיחות ומצבו של המטופל הוחלט שלא לחבר את החולה למכונת הנשמה. הוא חוזר למר X, ומגלה שהמתמחה לא הבין וחיבר אותו כבר למכונת ההנשמה. עכשיו הרופא מהסס – הוא סבור שהוא לא רשאי או שלא נכון לנתק אותו ממכונת ההנשמה.

האן ההחלטה שלא להתחיל את האיפול הרפואי היא החלטה אתית?

כן, כי החלטה קלינית לפיה הטיפול לא יעיל למטופל, וזה מתיישב עם רצונו כפי שעלה מהשיחות. אם הוא כבר מחובר, האם אנחנו רשאים להפסיק את הטיפול?

מבחינת השיקולים הרפואיים – לא להתחיל ולהפסיק זה היינו הך. ההבדל הוא בהרגשה, משהו באינטואיציה שלנו אומר שזה אחרת.

תיזת השקילות – כאשר שאר התנאים שווים מותר להפסיק טיפול רפואי. אם זה גם מותר למנוע מראש מתן אותו טיפול ולהיפך. אם אותן סיבות שעומדות לרופא זהות ללא להתחיל ולהפסיק הרי שהפסקת טיפול רפואי שקולה מבחינה אתית לאי התחלת טיפול רפואי.

מול תיזת השקילות יש את תיזת העדר השקילות שאומרת שגם כאשר שאר התנאים שווים, לעיתים זה מותר מותר למנוע טיפול ממטופל, אך שזה לא יהיה מותר מוסרית להפסיק את אותו טיפול אם כבר החלו בו. נשאלת השאלה, למה? מה זה המשהו ה"אחר" הזה שיש כאן?

ברגע שאת מתחילה טיפול במטופל הרי שנתת לו טענת "על פניו" להמשיך את הטיפול. יש לו זכות להמשיך לקבל את הטיפול ואין לשלול ממנו את הזכות הזו (שוגרמן וסולסברי) המחברים לא נותנים הנמקה אלא מניחים את המבוקש. הם בעצם אומרים שזה בהתחלה אסור להפסיק, אלא אם אין מוצא. הטרמינולוגיה של המינוח זכות רק מזיקה ולא מועילה.

אפשר להנמיך את טענת הזכות בטענה שברגע שהתחלת טיפול במישהו, נוצרת עליך חובה שלא לנטוש אותו. לא בגלל זכות של המטופל, אבל זה לא מדויק הלא בהכרח, ושחובה להמשיך לטפל בכל מצב, כמו כשיש חולים אחרים שצריכים טיפול או שהטיפול אינו אפקטיבי (duty of care). כלומר, החובה הזו מוגבלת.

תזה אלטרנטיבית לתזת העדר השקילות אומרת כי לפעמים יש סיבות טובות, או שעדיף להפסיק טיפול מאשר לא להתחיל אותו מלכתחילה. כאשר מגיע מטופל אתה לא יכול לחזות בוודאות מלאה מה טיפול רפואי יעשה לו. ואז אם הטיפול לא אפקטיבי, תספיק אותו ולכן תמיד עדיף להתחיל טיפול רפואי ומקסימום להפסיק אותו. התזה הזו מתיישבת עם תזת השקילות, כי אם יש לך סיבה להפסיק אזי מותר לעשות כן.

לתזת היעדר השקילות יש השלכות על כך שמעדיפים לא לחבר, כדי שלא נצטרך לנתק. ואז יש את הממצאה הישראלית של הטיימר, ואז אני יכולה לא להתחיל בטיפול. לטענתם, התחכום הזה הוא תחכום טכנולוגי שפותר בעיה של יהודים אורתודוקסים, אבל מבחינה מוסרית הוא לא מחזיק מים: הרי עשיתי גרימת מוות בשינוי שעת המיתה.

במרבית מדינות העולם מקובלת תיזת השקילות. ההבחנה שלא מקובלת עדיין בספרות היא בין הפסקת טיפול רפואי והמתה בסיוע רפואי. בישראל, הפסקת טיפול מותרת רק במחזוריות, ולכן היא למעשה אי התחלת טיפול. אבל מה שאסור בישראל זו המתה בסיוע רפואי. במרבית המדינות העולם גם כך. פילוסופים, לעומת זאת, טוענים אודות אי קיומו של הבדל בין הפסקת טיפול לאי התחלת טיפול.

גיון וסם נהגי טופנועים. שניהם נפצעו בתאונת דרכים ובמצב קשה. משותקים ב4 גפיהם ולא מסוגלים לנשימה עצמונית. שניהם מחוברים למכונת הנשמה. סם מצליח לנשום והוא מנותק ממכונת ההנשמה. שניהם יוצאים הביתה, אך מעדיפים שלא לחיות בכלל. גיון מבקש להתנתק ממכונת ההנשמה – הפסקה של טיפול רפואי. הרופא רשאי לבצע זאת (אמנם לא בישראל!). סם מבקש זריקת המתה, ואת זה הרופא לא רשאי לבצע (ברוב המדינות!) למה?!

המקרה של גיון לא נחשב כהריגה כי אין פעולה אקטיבית להמתה (letting die). הכוונה לא להרוג אלא לכבד את בקשתו שלא להמשיך בטיפול הרפואי. אני לא גרמתי למותו, אלא חוסר היכולת שלו לנשום. אצל סם, לעומת זאת, הרופא ממית אותו. הזריקה הורגת, ולא משהו אחר. הכוונה של הרופא היא להמית.

(במרחשם יש קצר בגרימה זה לא זהה למתן תרופה ממש, אבל זה גם לא שונה לחלוטין)

מעשיה/בדיה מוסרית היא כלי – אני רשאית לנתק מכונת הנשמה ויש נורמה שאומרת אסור להרוג/אסור לסייע בהתה. אם הנתון הוא הריגה אז זה לא מתיישב. נוצר דיסוננס ואז באה הבדיה המוסרית ואומרת כי הניתוק הוא לא הריגה אלא אי המשך טיפול רפואי או כיבוד רצון שלא להמשיך בטיפול: ובכך נפתר הדיסוננס.

אבל הבדיה המוסרית הזו מובילה לאבסוג. כי אני אתיר הפסקת טיפול רפואי, ולא אתיר מתן זריקה לגיון!

הרי שניהם מבקשים להתאבד, אפשר להגיד שזה לא בדיוק כך מאחר שהתאבדות היא מעשה עצמי, ושהיא נובעת מדכאון לאורך זמן בד"כ. אבל יש גם התאבדות רציונאלית – ולזה נקרא לסיים את החיים. שניהם לא מסוגלים לעשות זאת בכוחות עצמם, ומבקשים סיוע.

מה לגבי גרימת מוות?



אצל ג'ון, כל עוד המכונה עובדת אין סיכון לחייו. אבל מכונת ההנשמה אל תעבוד לבד לעד, היא דורשת טיפול. כלומר, יש איום מושהה על חייו. אם נפסיק את המכונה, לא הרגתי – אלא נתתי לאיום לפעול. אבל זה מעין מעשיה מוסרית גם כן – הרי שניתוק זו אותה פעולה כמו מתן זריקה. (סם ימשיך להיות ללא פעולה וג'ון מרויח אם מסיבה כלשהי המכונה לא תעבוד).

אצל סם רצונו למות, אצל ג'ון רצונו להפסיק טיפול רפואי – ואז באה DDE (דוקטרינת האפקט הכפול) – כאשר אני מנתקת או כאשר אני נותנת סם כמו מורפיום בכמויות גדולות כדי "להקל על הסבל" ובמעשה אני מביאה להפסקת הנשימה, זה מאושר ולגיטימי.

הדוקטרינה היא כדלהלן:

1. הפעולה אינה אסורה כשלעצמה – מקילה על הכאב.
  2. טובה כשלעצמה.
  3. לא מתכוון לאפקט השלילי.
  4. האפקט החיובי הוא תוצאה של הפעולה עצמה ולא של האפקט השלילי.
  5. האפקט החיובי רצוי ומדיק אם האפקט שלילי.
- אין הבדל בין זה לבין הפסקת טיפול וניתוק ממכונת הנשמה.

המסקנה: האם אפשר לייחס אחריות מעשית -> אין הבדל בין ג'ון -> יש שקילות בין הפסקת טיפול להמתה בסיוע רפואי. עדיין בדיות מוסריות עוזרות לנו להתנפל, ורופא יכול להרגיש שיש הבדל בין פעולה להמנעות, כמו ניתוק או אי חידוש לביצוע פעולה אקטיבית של הצדקה. לכן אסור לחייב את הרופא, ועל המטופל למצוא רופא שמוכן לספק לו את הטיפול הנ"ל.

😊 בהצלחה במבחן הבית! 😊

# נספח א'

מאמר חובה:

האתיקה אל מול הבלתי ניתן  
להכרעה

ג'אן מרק מואי

רביעית, כפי שעולה ממאמרם של בר אילן וברנע,<sup>67</sup> החברה הישראלית וצה"ל מצויים במצב מתמיד של חירום: "...יכולת העמידה, הפינוי, והטיפול של נפגעים בעורף, מהווה כיום מפתח להתמודדות מוצלחת בעימות צבאי המערב את מדינת ישראל. יותר מאי פעם מובנית הרפואה הישראלית כמתקדמת טכנולוגית, וכבעלת מוכנות להתמודדות עם מצבי חירום. השגרה הינה מצב חירום מתמיד, השואף גם למוכנות בחירום..."<sup>68</sup> נסיבות אלו תורמות ליכולתו של פיקוד העורף ושל חיל הרפואה לשגר במהירות משלחות חילוץ והצלה ולהקים ביח"ש אינטרדיסציפלינרי, המסוגל למלא את צרכיה המגוונים של אוכלוסייה אזרחית בעקבות אסון טבע.

חמישית, ממספר מאמרים העוסקים בסוגיות פרוץ בכרך זה עולה, כי החברה הישראלית מייחסת משקל רב לחשיבות של הבאת חיים. מאפיין זה של החברה הישראלית ונכונותה להשקיע משאבים רבים ביכולות פרוץ יכולים אולי לספק הסבר נוסף ל"השקפת העולם" היוצאת דופן במקצת בנוגע לתפקידיו של ביח"ש ולהחלטה להביא מחלקות יולדות ופגייה.

לסיכום: מספר מאפיינים בדרך הפעולה של חיל הרפואה במשימותיו ההומניטריות ב-30 השנים האחרונות מצביעים על "השקפת עולם" שונה לגבי תפקידיו של ביח"ש ובאים לידי ביטוי בהחלטה להביא יחידות לטיפול נמרץ, מיילדות ופגייה, ובמקרה של האיטי במדיניות שקטיעה כפתרון ראשון אינה מקובלת. כפי שעולה מדוגמאות שהוצגו במאמר זה, פעילות המשלחת מתאפיינת בשאיפה למצוינות ובנכונות לאלתר גם כשהנסיבות לכאורה מכתבות מדיניות פשרנית. ערכי צה"ל וערכי חיל הרפואה – חיי האדם וכבוד האדם, דבקות במשימה, הצלת חיים, איכות חיים, אחריות, עשייה מעבר לחובה, יוזמה, מקצועיות וכו' – באו לידי ביטוי בהתנהלות צוות ביח"ש בהאיטי ובמשלחות קודמות בעבר, ובכך ביטאו גישה של ביו-אתיקה כחול לבן בקביעת קדימויות בין מטופלים בתנאים של חוסר חמור במשאבים.

67 בר-אילן, מ', י', ברנע, ר'. מגל וחרב – אתיקה ברפואת שגרה בצה"ל. בתוך: ג', סיגל (עורך) ביו-אתיקה כחול לבן – על הביו-אתיקה הישראלית. הוצאת הקיבוץ המאוחד וספריית הפועלים. (טרם פורסם).

68 ראו בהקשר זה את תרגיל פיקוד העורף הנרחב האחרון (נכון לשעת כתיבת המאמר) "נקודת מפנה 5": [http://www.mops.gov.il/BP/BPNews/TurningPointNo5\\_19\\_6\\_11.htm](http://www.mops.gov.il/BP/BPNews/TurningPointNo5_19_6_11.htm)

מאת

ג'אן-מרק מואיי\*\*

תרגמה: יעל אדלשטיין\*\*\*

תקציר:

על פי המחבר, מטרתה וייעודה של האתיקה הרפואית, כאתיקה מעשית, כרוכה בכיבוד האדם, הכללים המקצועיים והחוקים. מימוש מטרה זו דורש נקיטת זהירות דליברטיבית על מנת למצוא מתווך בין הכלליות של הכלל והייחודיות של הסיטואציות והמעורבים בהן. אולם, קיימות סיטואציות שבהן אותו תיווך נראה בלתי אפשרי. זה קורה למשל במצבי אנומיה, כאשר נוצרות דילמות אתיות הנובעות מהתנגשות בין כללים בעלי "עוצמה שווה" אל מול הצורך להכריע. בהמשך המחבר מציג את אחת הבעיות הקשות ביותר שעמה האתיקה הרפואית נדרשת להתמודד והיא ההתנגשות שבין הדרישה לכבד את אוטונומיית הפרט (כאחד הערכים המרכזיים במדינה דמוקרטית) עם הדרישה לכינון אחריות קולקטיבית (כאחד הערכים המרכזיים הבא לבטא סולידריות חברתית). בהקשר זה, טוען המחבר, תפקידה של האתיקה הרפואית איננה להישען על מסורת (דתית או אחרת) או על חוקים (שהרי גם להם אין תשובות מוכנות מראש), כפי שהיא איננה נדרשת להצדיק צד זה או אחר. תפקידה הוא להציף את הסיטואציה הזאת של ה"בלתי ניתן להכרעה" על מנת לחשוף את מלוא משמעותה של האחריות המוטלת על כל אחד ואחד בבחירותיו. אם האתיקה מוצאת עצמה במצב של היעדר יכולת להכריע, זה גם משום שהחיים האנושיים אינם זירה של ודאויות, כי אם מפגש מתמשך עם שאלות. תפקידה של האתיקה, אם כן, היא בין היתר להגן על מצב נתון זה תוך הגנה מפני הנחות מוסריות מוקדמות העלולות להתכחש לייחודיות של הסובייקטים, ולסיטואציות הייחודיות שלהם, מצד אחד, ועל ערך האחריות הקולקטיבית, מצד שני.

על פי השקפתו של פול ריקר – Paul Ricoeur, אמנות הרפואה היא תרגול

\* פורסם לראשונה ב:

Mouillie, J. M. 2009. "L'éthique face à L'indécidable". In: J.M, Mouillie, C. Lefève, et L. Visier (Ed.) *Médecine et sciences Humaines, Manuel pour les Etudes Médicales*. Paris: Collection Médecine & Sciences Humaines/ Les Belles Lettres (pp. 139- 146)

\*\* פרופ' ג'אן מרק מואיי הינו מרצה בכיר לפילוסופיה; ראש המחלקה למדעי אנוש וחברה בפקולטה לרפואה של אוניברסיטת אנג'ה (Angers) בצרפת; חבר ביחידת המחקר של אוניברסיטת אנג'ה (C.E.R.I.E.C. (Centre d'Etudes et de Recherche sur l'Imaginaire, Ecritures et Cultures); המשנה לנשיא בקולג' המרצים במדעי האנוש והחברה בפקולטות לרפואה.

\*\*\* ד"ר יעל אדלשטיין היא אחות מוסמכת R.N, מיילדת C.N.M, חוקרת בתחום הביו-אתיקה Ph.D.

1 פילוסוף צרפתי (1913-2005), שפיתח את הפנומנולוגיה והפרשנות (Herméneutique)

של זהירות הדליברטיבית המכבדת את האדם, את הכללים המקצועיים ואת החוקים – זהירות הדורשת למצוא "מתווך" בין הכלליות של הכלל ובין ייחודיותם של הסיטואציות ושל המעורבים בהן. טענה זו מעודדת את החשיבה ההולמת את הבחירה הנבונה, כאשר זו נדרשת. בכך, הניתוח באשר לנקיטת העמדה הנכונה אל מול האמת שיש לומר לחולה הסובל ממחלה חשוכת מרפא, אמת שאנו חבים לו, אך מנגד ניצבת אמת אלימה ומיאישת, הדורשת הבהרה מדורגת ומתקדמת, התואמת את יכולתו ורצונו החולה לשמוע את האמת. בסיום הפרק התשיעי של ספרו "*Soi-même comme un autre*"<sup>3</sup> (1990), טוען המחבר כי זהירות כגון זו המתוארת כאן, כאשר היא שקולה, היא חסינה מפני כל פיתוי לאנומיה". כלומר, היא מוגנת מפני פעילות בלתי חוקית וניתן לחלוק את הרציונאליות שבה, משום שהיא נוצרת דרך "הדיון הציבורי, הרב-שיח החברי והאמונות המשותפות".

אולם, קיימות בכל זאת סיטואציות שבהן התיווך נראה בלתי-אפשרי, הטיעונים נתקלים בבלתי-ניתן להכרעה והאמונות נותרות אילמות. ריקר (Ricoeur) עצמו מזכיר את הרגע הזה נטול-הכללים, ה"אנומי", שבו עולה בכל זאת הצורך לקבל הכרעה: הדבר יכול להתרחש כאשר המתדיינים אינם מצליחים להגיע לידי הסכמה; כאשר ההחלטה המתבקשת איננה צצה חרף תהליך החשיבה; או כאשר שני כללים בעלי "עוצמה" שווה מתנגשים. על פי הרצאה יוצאת מן הכלל בשנת 1990 "אתיקה ומוסר" (*Ethique et Morale*),<sup>4</sup> בסיטואציה מעין זו "אין יותר כללים המורים כיצד להכריע בין הכללים",<sup>5</sup> כי אז חילוצה של אפשרות מעשית דורשת את מה שנהוג לכנות "תא יעוצמי" ("*Cellule de conseil*"), שבו נקודות המבט השונות מתעמתות זו עם זו ב"רוח חברית ומתוך כבוד הדדי". ועדות האתיקה וישיבות הצוותים יכולות להגשים את לוגיקת הדיון הזו, שגם אומצה בחוק שנתקבל ברביעי למרץ 2002,<sup>6</sup> ועניינו ההכרח בקבלת החלטה משותפת של הרופא והמטופל.

למעשה, בדוגמה הקודמת שעניינה האמת המכאיבה שיש לבשרה, אין דילמה עמוקה באשר לעמדה שיש לנקוט. אין בכך כדי לצמצם את ממדי הקושי

בדו-שיח תמידי עם מדעי האנוש והחברה. בשל היקף ועומק מחשבתו והשפעתו הוא גם נחשב לאחד האתיקאים הצרפתיים החשובים ביותר בני זמננו (הערת המתרגמת, י.א.).

2 במקור של המחבר המצוטט (הערת המתרגמת, י.א.).

3 "העצמי כמו האחר" (הערת המתרגמת, י.א.).

4 מתוך: *Lectures I, Seuil*, 1991.

5 המדובר בחוק צרפתי (2002-303) המכונה גם חוק "קושנר" (Kouchner) על שם מי שהיה בימי החקיקה שר הבריאות. חוק זה מקביל לחוק זכויות החולה בישראל (חוק זכויות החולה התשנ"ו – 1996) ושמו המלא הינו "חוק זכויות החולה ואיכות מערכת הבריאות" (הערת המתרגמת, י.א.).

שנוצר מהסיטואציה ומהמבוכות העלולות להתעורר בנוגע ליכולת לאמוד את מה שהחולה יכול לשמוע ולומר את הדברים באורח הנאות ביותר. המצב שבו הסוכן עומד נטול אמצעים ביותר הוא כאשר השכל הישר אינו יכול להנחות אותו באשר לדרך שבה יש לנקוט; כאשר הבחירה היא בלתי-הדירה והיא איננה בת-השגה באמצעות קו החציון (בכך ריקר רואה את זהירות); וכאשר היא איננה מאפשרת להשוות בין אפשרויות שונות בשל היעדר הוודאות הנוגע להשלכותיהן. הדילמה האתית איננה בין הראוי לבלתי-ראוי או בין המותר לאסור, אלא כשקצוות אלו המכוונים בדרך כלל את החשיבה שלנו מופיעים כאופקים ריקים, בהמתנה לקביעה. לפיכך עולה הצורך לנקוט, במובן מסוים, באי-זהירות, לבחור בתוך היעדר הוודאות. כי אז הבעיה נובעת מהחשיפה של הבלתי ידוע ומהסיכון שבבלתי הפיך, הבלתי ניתן לחיזוי, ומהיעדר סיבה מספקת המסוגלת להצדיק בחירה זו או אחרת. האם יש בכך כדי לומר שהאתיקה, כאשר היא איננה מכפיפה את עצמה לאמונה המוסרית או איננה משתווה למובהקותה של הבחירה הנבונה, נידונה למבוכות שאין בכוחן לשפוך אור באשר להחלטה שיש לקבל?

ניקח לדוגמה את המקרה (האמיתי) הבא: בשבוע ה-22 להריון, הציג האולטרה-סאונד תמונה נורמלית של העובר מבחינה מורפולוגית. באולטרה-סאונד נוסף שבוצע בשבוע ה-34 מתגלה ניוון עצם הירך של העובר, הסותר את קריאת התוצאות של הבדיקה הקודמת שנבעה מתנוחה מסוימת של העובר. עקב כך תובעים בני-הזוג במפגיע לשים קץ להריון. החלטה זו נותרת "עמידה" גם לאחר השיחות עם הזוג, ואלו אגב נענים בחיוב לכל הזמנה לשיחה. הם אף מטריחים את עצמם להגיע ממרחק של מאות ק"מ להתייעץ עם אורטופד שמסביר להם כי התקנת פרוטזה לילד בהגיעו לגיל 5 תאפשר לו להתהלך באופן כמעט נורמלי.

הרתיעה מהנכות נפוצה. לרוב היא מתבטאת בחשש מחוסר-יכולת להתמודד עם המצב. אולם, במקרה הנידון כאן, האישה משתמשת בביטויים רדיקאליים של דחייה: "עבורי, הילד הזה אינו קיים עוד", "עלינו להפטר ממנו", והזוג מאוחד בדרישתו לממש את זכותו להחליט לגבי גורל הפרויקט ההורי שלו. טענתם של בני הזוג היא, שפרויקט זה ממילא הגיע לסיומו, תוך התעלמות מההיריון הממשיך להתפתח. בני הזוג אינם נגישים לטיעונים המובאים על ידי צוות המיילדות והגניקולוגיה (מידע, דוגמה, חידוד הרגישות באשר לעובדה כי כל לידה היא האבל של הילד האידיאלי לטובת הילד המציאותי, וכו'). הזוג מבקש להפסיק את ההיריון אל מול המטפלים שבדעה אחת מתנגדים לבקשה זו. נוצר אפוא מצב של אי-נוחות. בני הזוג מקשיחים את עמדתם כלפי הצוות

הרפואי, מסרבים להרגיש נשפטים על-ידי הצוות בבחירותיהם האינטימיות, ולמעשה דורשים מהצוות להיענות להחלטתם.

הרפואה, באמצעות הטכניקות שלה, שהן מטיבות לרוב, יוצרת כאן סיטואציה המתהפכת כנגד הפרויקט שלה עצמה ומובילה אותה למעשים אלימים: הפסקת היריון לאחר השבוע ה-24 פירושה גרימת לידה בדרכים טבעיות. תחילה הורגים את העובר (כדי שלא ייוולד חי) באמצעות הזרקת פוטסיום-כלוריד לליבו (או לחבל הטבור במידה ותנוחתו ברחם איננה מאפשרת זאת) ולאחר מכן מזריקים למי השפיר פרוסטגלנדין כדי לגרום לצירי לידה. הטרואומה הנגרמת עקב כך למיילדת או לרופא המחזירים את המחט היא תמיד מציאותית. אך הסיטואציה דורשת גם לקחת בחשבון את הגורל הייחודי של הזוגות, שכן מדובר בסיפור אינטימי-ייחודי של הזוג, באחרים קיימים מדובר. נדמיין לעצמנו את הסיטואציה, שבה הצוות הרפואי מסרב לבצע הפסקת הריון משום שהמניע של בני הזוג אינו נראה לו לגיטימי דיו מנקודת מבט טיפולית או אתית. על כן עלולות להיווצר ההשלכות הבאות: דחיית הילד, דכאון, פרידה, הזנחה, התאבדות או רצח הילד... האם עיקרון "טוב" יכול להתעלם מרצונותיהם של היחידים כל עוד לא מעורב בהם איום על החיים הציבוריים? בידי מי מצויה הסמכות הלגיטימית להחליט לגבי התנהלותם האינטימית של היחידים? יתירה מזאת, היעדר האפשרות להשוות בין שתי בחירות שהאחת סותרת את זולתה (להמשיך את ההיריון או להפסיקו) שולל את האפשרות של "אימות אובייקטיבי" כלשהו הנוגע לנכונות ההחלטה על ההשלכות העשויות לנבוע ממנה. מיילדים אחדים דיווחו שלעיתים מתרחש אימוץ "ספונטני" של הילד על ידי האם גם כאשר הוולד נולד עם מומים. תופעה זו כשלעצמה אינה יכולה להורות אפריורי על הבחירה המועדפת, אלא אם כן מדובר בנורמה נטורליסטית. אך גם בהקשרה של נורמה זו אפשר להציג דוגמאות שכנגד, משום שההתנהגות האנושית לעולם תהיה מורכבת מהיבטים רגשיים, אינטלקטואליים ותרבותיים כפי שהיחיד חווה אותם, או בהכללה – היבטים אינדיבידואליים.

הסמכות הרפואית חשה אפוא אחריות כלפי ההגנה על החיים ולמצער היא מבקשת לשמש שומר הסף של כללים אתיים ודיאונטולוגיים. מנגד, על הרופא להישאר קשוב ולגלות הבנה כלפי האדם המבקש את שירותיו, ולא לנהוג כשופט או כמוציא לפועל נורמות "חיזוניות" לסיטואציה הקיומית של המטופל שלו. הקדמה המיוצגת ביכולת האבחנתית הסב-לידתית, זו המונעת

6 לדוגמה, האולטרה-סאונד מעבר לשימוש הקליני משמש כלי המעשיר מבחינה רגשית את יחסה של האישה ההרה כלפי ילדה העתידי וכלפי גופה שלה.

מצבים של חיים טראגיים, עלולה להפוך לרגסיה מוסרית אם תתיימר להורות כיצד "לחיות טוב" (זאת על פי נוסחת חיבורם המפורסם של בינדינג והוש (Binding et Hoche) משנת 1920, המציגה בחלקה את הארגומנטציה של האיגניקה הקרימינאלית).<sup>7</sup> אך העמידה על היעדר הסמכות בידי איש לגבי שאלה זו היא הכרחית במדינה דמוקרטית הדואגת לשמירת זכויות הפרט, המסרבת הן להגדיר את המהות ואת היעד של הקיום האנושי והן לנהל אותם בהיבטיהם הפרטיים. הקושי הגדול של ניתוח מעין זה הוא להתהלך על קצהו של פרדוקס, שבו האתיקה (הקוראת להימנע מנרמול שאלות אינטימיות) תהייה בלתי-מוסרית אם היא תעניק לגיטימציה לקבלת עמדה התומכת בפסילתם של חיים פגומים.

המטופל והרופא יוצרים מערכת יחסים שנועדה לשרת לפחות שתי מטרות מרכזיות; האחת – אשרור הקשר החברתי, והשנייה – מתן המענה האפשרי הטוב ביותר עבור המטופל. ברם, הערכים העומדים בבסיס הבחירות שלהם, אמנם מחזקים ברמה החברתית, אך גם מעמידים בספק את תפיסת האנושות. הבחירה האינטימית היא אחת הדרכים להתוויית בחירה קולקטיבית, שכן בליבה ובאופן של כל אחת מפעילויותיו, האדם אינו פוסק מלתהות כיצד אלה תשפענה על האנושות. הניסיון לארגן את השליטה על האנושות אינו אלא שלילת האוטונומיה, אך איננו יכולים להכחיש שרצונות אינדיבידואלים מסוימים פוגעים ברעיון של אנושות המכבדת את בניה/פרטיה.

נראה כי מצטיירת לפנינו אחת הבעיות הקשות ביותר של האתיקה בת זמננו, המטיפה מחד לאוטונומיה של הפרט, ומאידך קוראת לכוון אחריות קולקטיבית. על פי ההמלצות ה-A.M.M.,<sup>8</sup> "על הקונפליקטים להיפתר באורח פורמלי מצומצם ככל האפשר" תוך מתן קדימות לשיח ישיר. לכן, רק במידה והמחלוקות נותרות בעינין, יש לתור אחר בורות רשמית יותר, ואם הרופא אינו מקבל את ההחלטה שהתקבלה על ידי הסמכות שעמה התייעצו או עם זו של המטופל, עליו לוודא שסירובו לא יגרור ל"מטופל שום נזק או נטישה".<sup>9</sup> אמנם, נוסחה זו אינה מספקת שכן דווקא הנזק הנפשי עלול להיות בלתי-נמנע. נראה כי תהליך החשיבה נקלע כאן למבוי סתום בכל הנוגע לידיעה כיצד יש לקבוע מהי הפעולה הנכונה. עם זאת, עלינו לציין כי משום שאין בנמצא תשובות "מוכנות מראש" מצד המוסר, המסורת, הסמכות או חקיקה כלשהי, החשיבה האתית היא צו השעה. כי אז

7 *La libéralisation de la destruction d'une vie qui ne vaut pas la peine d'être vécue*, (1920,1922), Sarment, 2002

8 A.M.M. – Association Médicale Mondiale. (הערת המתרגמת, י.א.)

9 A.M.M., *Manuel d'Éthique Médicale*, p. 92-93

ייתכן שמשמעותה איננה להצדיק צד זה או אחר, אלא לחשוף את הסיטואציה הזאת של הבלתי ניתן להכרעה, לכשעצמה, במגמה לגלות את מלוא משמעותה של האחריות של כל אחד ואחד בבחירותיו. אם האתיקה ניצבת אל מול הבלתי ניתן להכרעה, הרי זה גם משום שהחיים האנושיים אינם זירה של ודאויות, אלא מפגש מתמשך עם שאלות. האתיקה הרפואית מאשררת שהאדם לעצמו הוא הוויה בשאלה. בנוסף, היא מנסה להגן על ערך הקיום הזה (שהוא בעייתי בהכרח בהיותו פתוח לשאלות ולהתפקחות סבוכה ככל שתהייה) מפני הנחות מוסריות מוקדמות העלולות להתכחש לייחודיות של הסובייקטים, לסיפורם ולמצבם. חשיפת האופי של הבלתי ניתן להכרעה שבסיטואציה ואת אופייה הפתוח; השכנוע על היעדרה של "תשובה נכונה" כדי להוריד בעת הצורך את עול רגשי האשם מעל כתפי הנוגעים בדבר; ועידוד חוש האחריות תוך הבהרת ההשלכות של הבחירות האפשריות השונות – כל אלה נראים תואמים לרעיון של דיון אתי, שאיננו מצמיח קולות המגנים על הצד הנכון כנגד אלה הטועים והמבקשים להזיק. דיון זה צריך להיות חיפוש משותף, סולידארי, נסיבתי ועניו אחר בחירת האפשרות הכמה שפחות גרועה, או אחר זו שתראה המקובלת ביותר בעיני המטופל במצב הנתון.<sup>10</sup>

מה שמניע את המתדיינים איננו רק מתן משנה-תוקף לקשר החברתי ויציקת תוכן לתוך מושג ה"סולידאריות", גם אם אלה תוצרים מהותיים של שיח הדדי מכבד. מה שמניע אותם הוא גם החיפוש אחר הפעולה הנכונה, הנתפסת כמועדפת כאן ועכשיו עבור אדם מסוים (שמלבד יוצאים מן הכלל" הוא המטופל עצמו), בסיטואציה זו. שכן, האם חשיבה הנתפסת כאתית על ידי אלה שאינם המטופל עצמו בעוד שהיא למעשה מהווה עבור האחרון מעשה אלימות וכפייה, לא תהיה בעייתית?

בהקשר זה אפשר לערער על צידוקן של החלטות מפורסמות מסוימות, כגון סירובם של הקולג' הרפואי הבריטי ובית המשפט האירופי לזכויות האדם לסייע לדיאן פרטי (Diane Pretty) (עורכת דין שסבלה ממחלת ה"Charcot"), לסייע את חייה באופן שחפצה בו – באמצעות סיוע רפואי להתאבדות.

10 מכאן שהידיעה אודות מה שהוחלט באשר למקרה שהוזכר קודם לכן בנוגע להפסקת ההיריון, הינה שאלה משנית: כל סיטואציה, של טיפול כמו של חיים, הינה שונה. אפילו שיטת הקאזואיסטרי (Casuistique) (שיטת המקרים, י.א) הנשענת על מקרים לפרנציה על מנת להבהיר את הגישה למקרים דומים, מכירה בחלק מכושר ההמצאה שבשיפוט. שכן, הטיעונים האתיים אינם "הוכחות" כי אם "סברות", מה שאינו אומר שהאחרונות שרירותיות, שכן הן נשענות על כושר הבחנה (ראו: Jonsen, A; Toulmin, S. (1988) *The Abuse of Casuistry*, University of California Press, pp. 327-330) במקרים מסוימים שבהם המטופל מחוסר הכרה, האופי המועדף של הבחירה המוצעת יוכל להיערך, כפוסק אחרון, על ידי בני המשפחה או נציגו הלגאלי.

טענתם הייתה כי אין להסיק מהזכות לחיים את קיומה של הזכות למות וגם אין זה אפשרי לדרוש מהזולת להמית (מה שבכל זאת עושה החברה בעת מלחמה). פרטי, אשר נפטרה בשנת 2002 בנסיבות שמהן חששה, סבלה מהחלטה המכונה "אתית" שנגעה אך ורק לה (ולבעלה אשר תמך ברעיון לסייע לה).

ג'ורג' קאנגייהם (Georges Canguilhem) או הנס יונס (Hans Jonas), כל אחד בדרכו, צידדו בהכרז להכיר בזכותו של הסובייקט האוטונומי למות.<sup>12</sup> על פי עמדת ה-CCNE (סעיף 63), ישנן סיטואציות שבהן האדם "עולה על הכלל" – כך שהאתיקה המכפיפה את עצמה לעמדה "דיאונולוגית" נתפסת יותר כבוגדת ברוחה שלה מאשר זו המגלה קשיחות לגיטימית.

שבח הנורמה האינטימית של הסובייקט, כפי שאנו רואים אותו אצל ק' קאנגייהם למשל, מציג את היתרון של הצעת נקודת התנגדות ללוגיקה של השליטה על האחר – שליטה במסווה של עשיית הטוב – מזניחה את העובדה כי הרצון לרפא מקבל את הלגיטימציה האתית שלו מהסכמת המטופל. הטוב הרפואי העליון הוא הטוב של הזולת כפי שהזולת, בתנאי שהוא אוטונומי, מגדיר אותו. תנאי האוטונומיה הוא תנאי מכריע: בתחום הפסיכיאטריה, למשל, סירוב החולה לטיפול עשוי להיות ביטוי למחלה עצמה. מכאן שאין הרופא מחויב להיענות לבקשת החולה אם זו איננה מבטאת את רצונו המלא. עם זאת, החוק הצרפתי מגדיר מקרים חריגים, הקשורים לחובה לקבל טיפולים: חיסונים וטיפולי חובה למחלות מידבקות מסוימות, מצבים מסוימות של עבירות מין, אלימות במשפחה, התמכרויות (לאלכוהול ולסמים). אולם, האידיאל האתי הוא עקרון עשיית הטוב, הנתפס כרוק מכל פטרנליזם והמצטלב עם עקרון האוטונומיה: המטופל הוא זה העומד במרכז הכובד של הפעולה הרפואית והוא זה האמור להעריך את נכוניתה ותועלתה.

התפתחותו של המשפט הצרפתי נוטה יותר ויותר לכיוון זה מאז התפנית הבאה לידי ביטוי בחוק שאושר ברביעי למרץ 2002.<sup>14</sup> על ההחלטה להתקבל על ידי הרופא והמטופל, וההסכמה לטיפול, הקשורה להכרז טיפולי, חייבת להיות

12 ראו: Jonas. H. (1985), *Le Droit de Mourir*, Rivages (traduction 1996)  
1 - Canguilhem. G. (1975), *entretien radiophonique avec H. Péquignot*, France Culture  
13 CCNE: Comité Consultatif National d'Ethique (הועדה הלאומית המייעצת לאתיקה, הערת המתרגמת י.א.)  
14 ראו ה"ספר 5.



הככל לפני כל התערבות רפואית בגוף הזולת (פן תיחשב ההתערבות לתקיפה). התפתחות זו של המשפט היא מכרעת משום שהיא מאפשרת "להחזיר" לעולם הערכים הפרטיים שאלות אחדות שעניינן בקיום הסובייקטיבי האינטימי.

אך בכך הבעיות רק נחשפות ביתר שאת, שכן ההכרה בנורמה האינטימית של הסובייקט האוטונומי, כקנה מידה וכמרכז הכובד של הסיטואציה ושל הבחירות שיש לבצע, עלולה לגרום למטפל להתרחק מהכלל המשפטי על מנת לכבד את רצונו האינדיבידואלי של המטופל, מה שאיננו ברור מאליו בכל מערכת דמוקרטית. חשיבה בין עמיתים, שהיא בגדר חובה אתית, מהווה מעקה בטיחות מפני פרשנות אישית באשר לגיטימיות המוסרית. אך אל לה למחויבות האישית הנדרשת באתיקה להעניק פריבילגיה לעמדה אישית הנובעת מסייג מצפוני. למשל, הסיור לבצע הפלה בשעה שהחוק מתיר זאת מעלה בעיה: האם במקרה זה הרופא אינו עוסק ברפואה "שלו"? האם הוא לא מקנה קדימות לבחירותיו "שלו"? האם הוא אינו נוקט אפליה כלפי המטופלים שלו (שיאלצו לבקש את מזורו של רופא הנגיש לבקשתם)? והאם היותה של החלטה שהיא תוצר של חשיבה בין עמיתים אכן מונעת ממנה להיות בת-ערעור ואלימה בעיני המטופל?

מכאן שעולה הצורך לשוב אל ערך הזהירות, אך פחות כפתרון ויותר כפתיחות לאופי הבעייתי של סיטואציות רפואיות, כאשר רצון החולה מתעמת עם הסדרים נורמטיביים קיימים. כך אפשר הן להגן על עקרון הכבוד להסדר החוקי בהקשר הדמוקרטי, הן להכיר באפשרות של קיום חוקים שמעליהם מתנוסס דגל שחור. במובן זה קיימת חובה לאי-ציות מסדר אזרחי, כאשר מעשי אלימות מופנים כלפי הזולת ופוגעים בזכויות יסוד בחסות החוק. אך מי רשאי להפר את החוק בצורה לגיטימית בהקשר דמוקרטי? האם פעולתו של הרופא הצרפתי שסייע בהפלות לפני שנת 1975 לא הייתה אתית?<sup>15</sup> הרופא (כפי שמנחה החוק הצרפתי משנת 2005) יכול להניח לאדם אוטונומי למות כשהוא מבקש זאת כאשר הוא מסרב להזנה, תולש את הצנרת המחוברת אליו ומתדרדר לאֲטו במהלך שבועות. אך האם המעשה הבלתי-חוקי של הבוחר לזרז את סופו של אדם בעקבות בקשתו המפורשת והנשנית אכן ייחשב מעשה קרימינאלי בכל סיטואציה?

אותה נכונות שהאתיקה הרפואית שואפת אליה, המוגדרת כהחלטה בעלת ערך בעיני האנשים המעורבים ישירות, אל לה להיות תוצר של שרירות לב (תוך שהיא נשענת על עובדה אחת ויחידה, פסיכולוגית – ההחלטה נראית נכונה בעיני מישהו או בעיני אחדים). על מקבלי החלטה להיות מסוגלים

15 בשנה זו נחקק בצרפת חוק המוציא מהדין הפלילי את ביצוע ההפלות (הערת המתרגמת, י.א.)

למסור עליה דין וחשבון בדרך ארגומנטטיבית ומשכנעת ולהקפיד על שילובה בתוך ההקשר המשפטי-חברתי. הדרישה האתית היא דרישה לרציונאליות במובן המוגבל כפי שהצגנו אותו: היא לא מנורמלת באמצעות אידיאל של הסקה לוגית, אלא פתוחה בפני ניתוח ארגומנטטיבי של הסיטואציה לאורם של עקרונות מסוימים הקשורים לרעיון של כבוד האדם. במובן זה, החשיבה התיאורטית היא יקרת ערך, שכן היא מאפשרת לבנות מסגרות לניתוח שבדומה ללוח הכוונה קובעות פרספקטיבות לרופאים אשר באחריותם לזום את הדיון ולנהלו. בכך מתבטאת המשמעות הפורייה של ה"עקרונות המפורטת" ("principisme spécifique") מבית מדרשם של T. Beauchamp ו-J. Childress, זו המציעה מסגרת לביטוי העקרונות בתוך הסיטואציות (אוטונומיית הפרט, אי- גרימת נזק, עשיית הטוב והצדק) שמטרתה לשפוך אור על הדרישות שיש להביא בחשבון.<sup>16</sup> העקרונות מספקים הנחיה לפעולה וכלים לחשיבה: "העקרונות איננה גישה הכפופה לעקרונות (Principle-driven) כי אם גישה המונחית על ידי העקרונות (principle-guided)".<sup>17</sup>

עקב הקושי לבטא בבהירות מהו הנורמטיבי ומהו האינטימי, שאף אחד מהם לא ניתן לרדוקציה אלא להכרה, יש צורך בהכשרה כפולה: הן מבחינה תיאורטית (כדי להבהיר את ההבנה של אבני הדרך הנורמטיביות, שיטת הניתוח ומשמעות המושגים) והן מבחינה פסיכולוגית (כדי להנחות את הדיונים וללוות את היחסים עם המטופלים ובני משפחותיהם). האתגר הוא להפוך לאפשרי את ה"להיות ביחד" של האזרחים שכל אחד מהם מאמץ ערכים אישיים המפרידים ביניהם ולנסח הסדר קולקטיבי למען כיבוד הבחירות מסדר קיומי. בין האחדה (הומוגניזציה-homogénéisation) חברתית של בחירות אינדיבידואליות המאיימת להיגרר ל"רדונות הנורמה" ובין מתן מלא ליחידים, היתר שבעטיו הנורמה מתפרקת, כוחה של האתיקה ביכולת הדיון שלה ובהישענותה על החוק, כל עוד זה מכיר בזכויות היחידים. תפקידה לקשור את כיבודם של זכויות אדם אחדות, שהן בלתי ניתנות להפקעה (כבוד עצמי אוטולוגי) בחיי האנשים (חיים פרטיים) עם שיפוט זהיר הלוקח בחשבון את הסיטואציה הייחודית מחד והכללים ההכרחיים לחיים משותפים מאידך. היא מעודדת אפוא חשיבה יסודית על כבוד האדם, חשיבה בתנועה, חשיבה פתוחה, שאיננה שבויה באידיאולוגיה (דתית למשל) או בפרוצדורה פורמלית (כגון תיאוריה המבטיחה את המוסריות למי שמיישם אותה), חשיבה משותפת, הקוראת לחירות אחראית של המעורבים.

16 ראו: *Les Principes de l'Ethique Biomédicale*, 5 éd. 2001, Les Belles Lettres, 2007, chapitre 1.

17 J.Childress, 1994, cité par R.Massé, *Ethique et Santé Publique*, Presses Universitaires de Laval, 2003, p.84.

# נספח ב'

מאמר חובה:

האם ועדות האתיקה החקוקות  
בבתי – החולים בישראל יכולות  
לממש את המטרות שלשמן נוסדו?

יעל אדלשטיין



## האם ועדות האתיקה החקוקות בבתי- החולים בישראל יכולות לממש את המטרות שלשמן נוסדו?

מאת  
יעל אדלשטיין\*

בשנת 1996 נכנס לתוקפו "חוק זכויות החולה", המעגן בתוכו את זכויות האדם הנזקק לטיפול רפואי במדינת ישראל. המחוקק סבר, שסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני עקב התנגשות בין זכויות וחובות שונות ראוי שתידונה במסגרת ועדות אתיקה חקוקות מוסדיות. על כן הוא דרש את הקמתן, קבע את הרכבן ותחום עיסוקן ואת השיקולים האמורים להנחות את החלטותיהן והקנה להן סמכות הכרעה של בית-משפט מחוזי. בכך נראה, שהמחוקק ביקש להוציא מידיהם של הרופאים את הסמכות הבלעדית לטיפול ולהכרעה בסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני. נראה, כי המחוקק הניח שתי הנחות מוקדמות: האחת - סוגיות אתיות דורשות חשיבה מקיפה, רחבה ורב-תחומית שבכוחן של ועדות אתיקה לספק; השנייה - הגם שסוגיות אלו מתעוררות בהקשר הקליני, אין לרופאים מומחיות או עליונות כלשהי המקנה להם את סמכות הטיפול וההכרעה בהן, משום שהן חורגות מתחום התמחותם. נראה אפוא, כי מטרת המחוקק בדרישתו להקים את ועדות האתיקה הייתה לשמר, לשפר ו/או לייצר אקלים אתי במסגרת מתן שירותי הבריאות, בכלל, ובאלה הניתנים בבתי החולים, בפרט. מאמר זה בוחן את שאלת יכולת המימוש של מטרה זו על ידי ועדות האתיקה הנידונות לפי שיקולים פטרנליסטיים מהסוג הקשה, האמורים להנחות את החלטותיהן והעשויים לחבל במאמץ לממש מטרה זו.

### א. מבוא

ב. הדיון האתי כדיון פילוסופי במהותו

ג. הגדרת מושג הפטרנליזם ומשמעותו

ד. תהליך הצדקתו של הפטרנליזם

ה. ההבחנה בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית

ו. ההבחנות המקובלות בתוך הפטרנליזם

ז. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, ושאלת היכולת להצדיקו

ח. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, ושאלת היכולת להצדיקו

ח.1. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי

ח.2. התנאי השני לכפיית טיפול רפואי

ח.3. התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי

ט. מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה לפעולה פטרנליסטית, וזה של ההסכמה הניתנת למפרע

י. סיכום והמלצות

\* אחות מוסמכת R.N., מיילדת C.N.M., חוקרת בתחום הביו-אתיקה Ph.D. תודה לפרופסור חיים מרנץ, מהמחלקה לפילוסופיה באוניברסיטת בן גוריון בנגב, על הערותיו והארותיו הבונות והמחכימות.

## א. מבוא

סעיף 24 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, קובע, שעל המנהל הכללי של משרד הבריאות למנות ועדות אתיקה במוסדות רפואיים: להלן הרכבן: אדם הכשיר להתמנות שופט בבית-משפט מחוזי, והוא ישמש יושב ראש; שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר; פסיכולוג או עובד סוציאלי; נציג ציבור או איש דת.

על פי חוק זה, הוועדות מוסמכות לדון ולהכריע ברשימה סגורה של הנושאים הבאים:<sup>1</sup> מתן היתר למטפל שלא למסור מידע למטופל הנחוץ לו למסירת הסכמתו מדעת לטיפול רפואי, אם סברה הוועדה שיש במידע זה כדי לגרום נזק חמור לבריאות הנפשית או הגופנית של המטופל (תת- סעיף 13(ד)). מתן אישור למתן טיפול רפואי חרף התנגדותו של המטופל בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה אם סברה הוועדה כי נתקיימו שלושת התנאים הבאים:<sup>2</sup> נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמתו מדעת לטיפול רפואי; צפוי שהטיפול ישפר בצורה ניכרת את מצבו הרפואי; וקיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול, ייתן המטופל את הסכמתו למפרע (סעיף 15(2)). מתן אישור אי-היענות לבקשת המטופל לקבל לידיו מידע רפואי מהרשומה הרפואית, אם סברה הוועדה כי המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הנפשית או הגופנית של המטופל או לסכן את חייו (סעיף 18(ג-ה)). מתן אישור מסירה לאחר של מידע רפואי על אודות מטופל, ובלבד שמסירת המידע חיונית להגנה על בריאות הזולת, והצורך במסירתו עדיף מן העניין שיש באי-מסירתו (סעיף 20(א,5)). דיון בהשגות על החלטתה של ועדת בקרה ואיכות בדבר תיעוד ממצאים עובדיים ברשומה הרפואית של המטופל, והוריה על רישום ממצאים שלא תועדו בה, לדעת הוועדה, כנדרש (סעיף 23(ב)).

- 1 בפועל בתי החולים ממנים את חברי ועדת האתיקה המכהנת בין כותליהן, ומשרד הבריאות רק מאשר, ולא תמיד ברצינות ובשיקול הדעת הראויים. כך, למשל, נוצר מצב תמוה שבו יו"ר ועדת אתיקה מכהנת בכמה בתי חולים הרחוקים זה מזה באורח ניכר, והדבר עלול לפגום בתפקודן הרציף ולעתים למנוע מהן להתכנס באופן דחוף כאשר הנסיבות דורשות זאת.
- 2 וועדות אלו מכוננות לעתים גם "וועדות אתיות". כינוי זה לא רק מבטא טעות לשונית (שהרי המילה "אתיות" אמורה לבטא במה עוסקות הוועדות ולא לשמש שם תואר המאפיין אותן), אלא הוא גם מרמז על היעדר מתן הדעת לאפשרות שוועדות אלו תהיינה לא אתיות. במקרה כזה תיווצר סתירה לוגית מהצירוף "וועדות אתיות לא-אתיות". מלבד זאת, עלול להיווצר הרושם כי בכינוי זה ועדות אלו חסינות בפני ביקורת האתיקה, או במילים אחרות: שהן בהכרח אתיות.
- 3 "סכנה חמורה" מוגדרת בחוק זה כנסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי-הפיכה אם לא יינתן לו טיפול רפואי (חוק זכויות החולה, פרק ב: פרשנות).

על פי סעיף 24 (ג) לחוק זה, אם התעורר מקרה שיש בו צורך בהכרעה דחופה של ועדת האתיקה ואי-אפשר לכנסה בדחיפות הנדרשת מסיבה כלשהי, לבית-המשפט המחוזי תוקנינה סמכויותיה של הוועדה. בדרך כלל מדובר בהפעלת סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה, קרי: בקשת אישור לכפות או לא לכפות טיפול רפואי על חולה כנגד רצונו.

הקניית הסמכות של ועדות האתיקה לבית המשפט המחוזי כשלעצמה פותרת בעיה פרגמטית, כאשר הוועדות אינן מצליחות להתכנס בדחיפות הנדרשת. כך, למשל, השופטת יפה הכט מבית-המשפט המחוזי בירושלים נענתה לבקשתו של בית החולים "הדסה" לדון ולהכריע בעניין שבסמכותה של ועדת אתיקה חקוקה (על פי סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה), אשר בניסבות העניין נבצר ממנה להתכנס.<sup>4</sup> אמנם, היא ציינה, כי מקרים כגון אלו צריכים להיות נידונים ומוכרעים במסגרת ועדת האתיקה החקוקה של בית החולים, אך כצעד חריג ביותר היא ניאותה לבקשת בית החולים לדון ולהכריע בנושא.<sup>5</sup> עם זאת, הקניית סמכות זו לבתי המשפט המחוזיים מעוררת כמה קשיים: היא עלולה להרפות את ידיהם של חברי ועדות האתיקה ולמצוא בבתי המשפט המחוזיים מזור להיעדר יכולתם או רצונם לדון בסוגיות הנראות להם סבוכות למדי. מטעם זה, למשל, פנייתה של הנהלת המרכז הרפואי "ברזילי" באשקלון לבית המשפט לענייני משפחה כדי שזה יורה על ביצוע ניתוח לכריתת חלק מרגלו של חולה כנגד רצונו, נדחתה על הסף.<sup>6</sup> גם כאן נתבקש בית המשפט לדון ולהכריע על פי סעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה במקום ועדת האתיקה. אך הפעם הנימוק המרכזי של בית החולים לבקשה זו היה, כי לוועדת האתיקה חסר הניסיון והסמכות המוסרית לדון ולהכריע במקרה כה קיצוני, הכרוך בניתוח כריתה שהוא בלתי הדי. השופטת יי אחימן, אשר התבקשה לדון ולהכריע בסוגיה, דחתה את הבקשה בשל שני נימוקים: האחד - רק במקרה שבו ועדת האתיקה איננה יכולה להתכנס באופן דחוף, מוקנות סמכויותיה לבית המשפט המחוזי על פי סעיף 24 (ג); השני - "החוק הקים מנגנון ובו חברים מומחים וכן שופט. לפיכך אין שום ספק שבידי ועדה כזו היכולת לשקול את עניינו של החולה, לפחות... כמו זו של בית המשפט כאן...אני סבורה

4 ראו ע"ש 8068/00, **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לא פורסם.

5 מקרה זה עסק באישה כבת 76, אשר סירבה, במסגרת אשפוזה בבית החולים, לקבל טיפולי דיאליזה. מכיוון שדובר בטיפול הדורש את שיתוף הפעולה של החולה ובשל החשש כי לא יוכל להתקיים התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי (הנחת היסוד הסביר, שהחולה תיתן את הסכמתה למפרע) אישרה השופטת את הבקשה בתנאי שהאישה תתמיד בסירובה.

6 ראו תמ"ש 010500/99, החלטה מ-29.10.99, **המרכז הרפואי ברזילי באשקלון בעניין פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לא פורסם.

אפוא כי יטיב המבקש לעשות אם יורה על כינוס מידי של ועדת האתיקה, לצורך הכרעה בנסיבותיו של מקרה זה.<sup>7</sup> הנימוק הראשון נתמך בסעיף 24 (ג) עצמו ואין עליו עוררין, אך הנימוק השני מעורר בעיה, שכן החוק אמנם הקים מנגנון לטיפול בסוגיות אלו, אך הוא לא דרש, לא התנה ולא סיפק משאבים להכשרת חברי הוועדות.<sup>8</sup> יוצא אפוא, שהחזרת הסוגיה לטיפול ולחכמתה של ועדת אתיקה חסרת הכשרה, אשר טענה כי אין בידה הניסיון הדרוש והחוסן המוסרי (היכולים להיות מושגים באמצעות הכשרה כזו), עשויה להרע לחולה עצמו.<sup>9</sup> אמנם, צודק גיל סיגל באומרו כי הסכמתם של בתי המשפט לדון ולהכריע במקום ועדות האתיקה החקוקות מונעת את העצמתן של האחרונות בעיני הציבור והמטפלים.<sup>10</sup> אך כגורם מרכזי אני נוטה יותר לייחס את חוסר העצמתן של הוועדות להיעדר הכשרת חבריהן, מאשר להסכמתם של בתי המשפט לדון ולהכריע בנושאים שבסמכותן; שכן אם חברי הוועדות יעברו הכשרה מתאימה, סביר להניח כי לא תהיה להם סיבה להפנות מקרים לבתי המשפט. לחלופין, גם אם כל בתי המשפט יסרבו לדון ולהכריע בנושאים המצויים בסמכות ועדות האתיקה (מלבד על-פי סעיף 24-ג), לא ינבע מכך בהכרח כי ועדות האתיקה, בלא הכשרת חבריהן, תיעצמנה.

7 תמ"ש 010500/99, ראו ה"ש 6.

8 מפאת קוצר היריעה אינני דנה במסגרת מאמר זה בבעייתיות של היעדר הכשרתם של חברי הוועדה. להרחבה בנושא ראו

M. HESTER (ED.), *ETHICS BY COMMITTEE IX 22-26* (2008); D.E. HOFFMAN, A. Tarzian. & A. O'Neil, *Are Ethics Committees Members Competent to Consult?* 28 (1) *JOURNAL OF LAW, MEDICINE AND ETHICS* 30-40 (2000); W.J. ROSS., J. W. GLASER & J.M. RASINSKY-GREGORY, *HEALTH CARE, ETHICS COMMITTEES: THE NEXT GENERATION* (1993)

9 אמנם, יכולים לטעון כי לוועדת אתיקה, כבעלת אופי רב-תחומי, המאושת על-ידי אנשים המייצגים דיספלינות רלבנטיות לנושא הנידון, גם אם לא עברו הכשרה ספציפית - יתרון על פני שופט יחיד שלא בהכרח עבר הכשרה בנושא או שאיננו בהכרח בעל ניסיון קודם בטיפול בסוגיות אלו. אולם טענה כזו נראית לי בעייתית: לפני חקיקת חוק זכויות החולה הופנו לבתי המשפט סוגיות המערבות היבטים רפואיים ואתיים. ההנחה הייתה כי שופט המסתייע בעדים מומחים לענייני רפואה מסוגל להכריע בסוגיות אלו, כסמכות שיפוטית המסוגלת להכריע גם בסוגיות ערכיות. באופן כללי, בשאר מדינות העולם הדרישה להקמת ועדות אתיקה והעברתן של סוגיות רפואיות-אתיות לטיפולן ולהכרעתן נבעו לא רק מהצורך לקבל נקודת מבט רב-תחומית, כי אם גם מהאמונה שחברי ועדות אשר יעברו הכשרה מתאימה יהיו מסוגלים להפיק המלצות או החלטות הניתנות להצדקה מוסרית ולא רק להצדקה משפטית. במילים אחרות: האופי הרב-תחומי של הוועדות הוא תנאי הכרחי לניהול התקין של הדיון האתי ולהפקת המלצות או החלטות העומדות במבחן ביקורת המוסר, אך אינו תנאי מספיק; שכן גם בהרכב רב-תחומי אפשר, למשל, להתעלם מנושאים שבמחלוקת, לפסול על הסף עמדות לא-פופולאריות ולאפשר למיעוט קולני או למי שנתפס כבעל סמכות יתרה להשתלט על הדיון ועל אופי ההכרעות. יוצא אפוא, כי הטענה בדבר היתרון של ועדות אתיקה (חסרות הכשרה בכל הנוגע לדרישות של הדיון האתי) על פני שופטי בית המשפט איננה ברורה מאליה.

10 ג' סיגל "על חיידושים ועל מגמות במשפט הרפואי", **קריית המשפט** 439.

בעיה נוספת היא, שחוק זכויות החולה ותקנותיו אינם מסבירים באופן חד וברור את אפשרות הערעור על החלטות הוועדות, כמו גם לא על בית המשפט האמור לטפל בערעורים אלו.<sup>11</sup> מכאן, כי לא רק שחולים אינם מודעים מראש על כך שהם עשויים להיות נידונים בוועדות האתיקה, אלא שהם גם אינם מודעים לזכותם לערער ולגורמים שאליהם יש להפנות את ערעורם על החלטת ועדת אתיקה במידת הצורך. בנסיבות שבהן ועדת אתיקה נדרשת להתכנס להכריע באופן דחוף ואם היא מחליטה, למשל, להפעיל את סעיף 15(2), פגיעות החולה מעצם מצבו הרפואי ואשפוזו, בשילוב חוסר הידיעה על זכותו לערעור ומקומו, עשויים לגרוע ממנו את הסעד הנדרש כדי לשמר את זכויותיו. מיותר לציין, כי בנסיבות אלו אנו רחוקים עד מאוד ממימוש המטרות שלשמן הוקמו הוועדות - שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות; שכן אלה אמורים להתבטא גם בהקשר של שמירה והגנה על זכויות הפרט, ובכלל זה זכויות הפרט החולה. זאת ועוד: לעתים גם קיימות מחלוקות בעניין מקום הפנייתו של הערעור, והנושא העיקרי (אם לא הבלעדי) בהשלכותיהן איננו אלא החולה עצמו, כפי שמעיד המקרה הבא.

אישה סורבה לקבל לידיה את תיקה הרפואי לאחר שנים אחדות מאז שוחררה מאשפוז כפוי בבית חולים פסיכיאטרי.<sup>12</sup> תחילה סירב בית החולים למסור לידיה את החומר הנדרש בנימוק שהדבר עלול לפגוע בה ובאחרים וניאות למסור אותו רק לעורך דין או לרופא מטעמה. האישה סירבה להצעה זו ופנתה שוב ושוב להנהלת בית החולים לקבלת תיקה הרפואי ישירות לידיה. משזו עמדה בסירובה, פנתה לאגודה לזכויות האזרח אשר סברה שיש צדק בטענתה, ועורך דין מטעמה פנה אף הוא להנהלת בית החולים בבקשה לכנס את ועדת האתיקה של המוסד, על פי סעיף 18(ג) לחוק זכויות החולה. הן הנהלת בית החולים הן יו"ר ועדת האתיקה סירבו לכנס את הוועדה בטענה, שעל אישה זו חלות רק הוראות חוק לטיפול בחולה נפש ולא אלה של חוק זכויות החולה. עורך הדין מטעם האגודה חלק על עמדה זו. הוא פנה בשמה לבקשת סעד מבית המשפט המחוזי ובין השאר ציין, כי מקרה זה צריך להיות נידון על פי סעיף 18 (ג) לחוק זכויות החולה, באמצעות ועדת האתיקה, ובכל מקרה אין בידי המשיב

11 מקום הערעור ידוע רק (וגם לא תמיד) לעורכי הדין הנקראים לטפל בסוגיה רק במשתמע. מכיוון שלוועדת האתיקה מעמד של בית-משפט מחוזי, ערעור על החלטה של גוף מעין שיפוטי שעשוי להיות בית דין מינהלי הפועל על פי חיקוק, נתונה לסמכותו השיורית של בג"ץ.

12 להכרת המקרה לעומקו ותהליך ההתדיינות הארוך בהקשרו ראו "אדלשטיין, **ועדות האתיקה בבתי-החולים: תפקידן ומשמעותן האתית בבתי-החולים בישראל**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בן גוריון בנגב (2009) נספח מס' 11, מקרה 2.

לקבוע כי מסירת המידע לידי המבקשת תגרום לה נזק או סיכון כלשהם (על פי טענת המשיב עצמו - י"א). השופטת הילה גרסטל, אשר דנה במקרה, דחתה את התביעה בטענה, כי על האישה חלות הוראות החוק לטיפול בחולי נפש ולא אלה של חוק זכויות החולה, כפי שטענו המשיבים.<sup>13</sup> האישה ערערה לבית המשפט העליון, אשר קיבל את הערעור בנימוק כי זכות החולה לקבלת מידע מעוגנת בחוק מאוחר וכללי (חוק זכויות החולה), החל על כל החולים. הוא ביטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי וקבע, כי בקשת המערערת תידון על ידי ועדת האתיקה.<sup>14</sup> מבלי שנתווספו שום פרטים נוספים עדכניים על אודות מצבה הנפשי של האישה ומבלי לזמנה קבעה הוועדה, כי די בנתונים שבידיה כדי להצביע באופן חד-משמעי על כך שמסירת התיק לידיה עלולה להחריף את מצבה ולגרום לה לנסות להתאבד שוב ו/או לפגוע ברופאים שטיפלו בה.<sup>15</sup> כמו כן הוחלט לנסח את התשובה לפונה בצורה אמפטיית, אך בלא נימוקים.

מבלי להיכנס עתה לטיבם של הטענות ולאופי הדיון בוועדת האתיקה במקרה זה, הרי מסע הייסורים שהאישה עברה משום המחלוקות שבין המעורבים בפרשה מעיד בעד עצמו על הבעייתיות הכרוכה בהיעדר הבהירות לא רק בהקשר של ערעורים על החלטות הוועדות, כי אם גם בהקשר של ידיעת החוק ופרשנותו.

קושי נוסף שמעוררת העברת הסמכות לבתי המשפט המחוזיים טמון בכך, שאם אלה יסכימו לקבל פניות של בתי החולים במקום להפנות לוועדות האתיקה (מעבר להוראות סעיף 24 (ג)) את מה שהיה שייך קודם לכן לתחום עיסוקם (לפני חקיקת חוק זכויות החולה), הרי שתפיסת המחוקק, שלפיה מקרים אלו צריכים להיות נידונים ומוכרעים במסגרת של דיון אתי רב-תחומי, לא תוכל לבוא לידי ביטוי. למעשה רשימת הנושאים הסגורה והבלתי-ממצה, שקבע המחוקק בסמכותן של ועדות האתיקה לדון ולהכריע בהם, מחייבת זאת באורח חלקי. כך, למשל, סוגיית היולדת המסרבת לניתוח קיסרי הנדרש להצלת חיי עובר או סוגיית ה-D.N.R.<sup>16,17</sup> הפיכתן של ועדות האתיקה

13 ה"פ (ת) 506/01 פלוגית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, לא פורסם.

14 ע"א 7905/02 פלוגית נ' משרד הבריאות והמרכז הרפואי לבריאות הנפש ע"ש יהודה אברבנאל, לא פורסם.

15 יצוין, כי האישה נידונה בוועדת האתיקה על פי סעיף 18(ג-ה). כפי שטוען בצדק בית המשפט העליון בהקשר של סעיף זה, שיקול סיכוננו של הזולת אינו שיקול ראוי לאי-מסירת מידע למטופל על אודות מצבו הרפואי (עע"מ 6219/03 פלוגית נ' משרד הבריאות וד"ר דן אנוך, פסיכיאטר מחוזי, מחוז חיפה, פ"ד נח (6) 145 (תשס"ד/תשס"ה), פסקה 19).

16 במקרה זה שקילת מתן אישור לכפיית טיפול רפואי כנגד רצון המטופל (סעיף 15(2)) איננה בסמכות הוועדה.

17 Do Not Resuscitate, סוגיה זו עוגנה בחוק החולה הנוטה למות (2005) (כעשור לאחר

לבלתי-ממצות (inexhaustible) יחד עם הצורך לדון ולהכריע בסוגיות אלו לא זו בלבד שמחזירים את האחרונות לפתחם של מנהלי המחלקות של בתי החולים, אלא גם, כאמור, לפתחם של בתי המשפט, כפי שהיה נהוג לפני חקיקת חוק זכויות החולה.<sup>18</sup> היעדר יכולתה לבוא לידי ביטוי של התפיסה, שלפיה סוגיות אלו צריכות להיות נידונות ומוכרעות במסגרת הדיון האתי על-ידי הרכב רב-תחומי, עשוי למנוע את מימוש המטרה של שימור, שיפור, ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות.

אך גם כאשר הוועדות דנות ומכריעות בסוגיות שקבע המחוקק, מימוש מטרה זו עשוי להיות בעייתי; שכן הבעייתיות הנעוצה בהרכב הוועדות, בהיעדר הכשרת חבריהן בכל הנוגע לטיפול ולהכרעה בסוגיות אתיות המתעוררות בהקשר הקליני, בהכפפת הדיון האתי לדיון המשפטי על כל המשתמע מכך ובשיקולים הפטרנליסטיים מהסוג הקשה האמורים להנחות את החלטותיהן של הוועדות - עלולה להיות לרועץ.

מפאת קוצר היריעה, כמו גם בשל השוני ברמות הדיון הנדרש בין הנושאים השונים הללו (למרות היותם קשורים זה בזה), נבצר ממני מלדון במסגרת

חקיקת חוק זכויות החולה, אולם מורכבותו ודרישותיו מקשים על יישומו, בין השאר מפני שהוא דורש את הקמתן והתערבותן של ועדות אתיקה (במקרים שבהם קיימת מחלוקת בין המעורבים או כאשר החולה לא השאיר הוראות מוקדמות). בפועל, כשלוש שנים לאחר כניסתו של החוק לתוקף, משרד הבריאות החליט להקים רק כמה ועדות אזרחיות בחלק מבתי החולים הגדולים. אמנם, חלק מבתי החולים העבירו רשימות מועמדים, אך הן טרם מונו רשמית על ידי משרד הבריאות. כמו כן הייתה אמורה לקום ועדת אתיקה ארצית שחבריה כבר נקבעו, אך היא טרם התכנסה. יתרה מזאת: מממצאי עבודת מחקר של עיריית טלר (2006) עולה, כי למרות פרסום הצעת חוק החולה הנוטה למות, החלטות על DNR מתקבלות בדרגת המחלקה, לרוב יחד עם החולה או משפחתו, אך לא תמיד; קיימים נוהלי DNR (בלא מעמד משפטי) במחלקות, אך עדיין 59% מהמרואיינים מדווחים על שימוש ב"החייאה משתהה" (slow code). הכוונה היא, שבעת מחלוקת בין רופאים ובין משפחת החולה (כאשר הראשונים תומכים בפקודת DNR ואילו האחרים מבקשים לעשות כל מאמץ להציל את חיי יקירם), אם מתעורר הצורך להחיות את החולה, הצוות עושה "החייאה כאילו" (בלשון המחברת), שהיא, לתפיסתי, בעייתית מאוד מבחינה מוסרית. מרואיינים דיווחו גם שבעת מחלוקת עם המשפחה, הצוות מחליט, ואם קיימת מחלוקת בין אנשי הצוות, ראש המחלקה מחליט (עי' טלר, **קבלת החלטות בסוף החיים: עמדות, התנהגות, וידע בקרב רופאים במחלקות פנימיות בב"ח הדסה עין כרם ובתי חולים נוספים בישראל**. חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, ביה"ס לרפואה "הדסה", האוניברסיטה העברית ירושלים (2006)).

18 סימוכין לטענתי באשר להיותן של ועדות האתיקה החקוקות בלתי-ממצות משום שתחומי פעילותן מצומצמים אפשר למצוא אצל גיל סיגל ומאיה פלד, המשווים בין ועדות אתיקה חקוקות ובין ועדות מוסדיות (גי' סיגל ומי' פלד "ועדות אתיקה בבתי החולים - ישן מפני חדש תוציאו!" **רפואה ומשפט** 17, (1997)). מעבר לכך, סעיף 23 (ב) הופך את ועדות האתיקה לבלתי-מוציאות במובן שהן נדרשות לטפל בנושא אדמיניסטרטיבי ולא בנושא אתי.

מאמר זה בכולם. על כן אני מתמקדת כאן בדיון הפילוסופי הקשור לשאלות יסוד הנוגעות לאוטונומיית החולה, לזיהוי האינטרסים האמיתיים שלו ולהצדקות הנורמטיביות להתערבות פטרנליסטית בחייו, כפי שהן עולות מתוך סעיפי חוק זכויות החולה, שעל פיהם ועדות האתיקה החקוקות נדרשות לדון ולהכריע.

## ב. הדיון האתי כדיון פילוסופי במהותו

הטענה בדבר היותו של הדיון האתי דיון פילוסופי במהותו רלבנטית הן לעניין הרכבן של ועדות האתיקה הן לנושא הנידון כאן. באשר לראשון, סוגיית ההרכב הרצוי (הכולל פילוסוף), כמו גם הטענה בדבר הצורך להתנות את החברות בוועדות האתיקה בהכשרה ספציפית בתחום האתיקה - נידונו בהרחבה במקומות שונים.<sup>19</sup> אולם אני מוצאת טעם להרחיב מעט על תרומתה של נקודת המבט הפילוסופית בשל היותה רלבנטית הן לדיון המעשי (האמור להוביל להחלטה מעשית) הן לזה התיאורטי והעקרוני. באשר לדיון המעשי (אליו נדרשים חברי ועדות האתיקה), תרומתו של הפילוסוף לדיון האתי, בכלל, וזו של הפילוסוף אשר התמחה בתחום הביו-אתיקה, בפרט, יכולות להתבטא בעמידה על מילוי הדרישה לבהירות ולעקיבות; בהבחנות הנדרשות; ברגישות מוסרית גבוהה, המאפשרת בין השאר לחשוף את ההיבטים האתיים הקשורים לנושאים הנידונים (היבטים אלו לא תמיד גלויים וברורים לכול); ובחשיבה ביקורתית שחשיבותה מכרעת באשר לתפקודה הנאות של הוועדה. כפי שטוען דן ברוק (Dan Brock<sup>20</sup>), ובצדק, בפילוסופיה אין דבר החסין בפני הספק והביקורת. כל ההנחות פתוחות ועומדות בפני בדיקה ביקורתית ומדוקדקת. בהקשר הנידון כאן יש להוסיף, כי היותה של נקודת המבט הפילוסופית בלתי-שבויה בקונספציה מוסדית (של בית החולים) או מקצועית (של בעלי מקצועות הבריאות) יכולה לתרום חשיבה ביקורתית של מי שנהוג לכנות "הצופה האידיאלי". חשיבה ביקורתית זו עשויה להביא תרומה ניכרת

19 ראו, למשל, ג' גרונפלד "ועדות אתיקה במוסדות רפואיים" *דילמות באתיקה רפואית* 101 (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002);

N.S. Wenger, O. Golan, C. Shalev & S.M. Glick, *Hospital Committees in Israel: Structure, Function and Heterogeneity in Setting of Statutory Ethics Committees*, 28 J. MED. ETHICS 177-182 (2002); K.W. WILDES, *MORAL ACQUAINTANCES: METHODOLOGY IN BIOETHICS*, Chapter 7 (2000); R. Macklin & R.B. Kupfer, *Hospital Ethics Committees: Manual for a Training Program*, ETHICS wx159, m153(1988); K.A. De Ville & G. Hassler, *Handling the Law in HEC Deliberations*, in: ETHICS BY COMMITTEES 278 (M. Hester ed., 2008).

D. Brock, *Truth or Consequences: The Role of Philosophers in Policy Making*, 97 ETHICS 786-791 (1987).



לתפקודה הנאות של ועדת אתיקה, בכך שהיא איננה מאפשרת להסיק מסקנות על בסיס עובדות שלא עברו את מבחן הביקורת. אין בכך כדי להפוך את ועדת האתיקה ל"בולשת" המעמידה בספק כל עובדה ועובדה המובאת לפניו. אך החשיבה הביקורתית, המוארת לא פעם על-ידי הפילוסוף, יכולה, למשל, לתרום גם לעמידה על הבהירות וההבחנות המושגיות הנדרשות; לסייע בקביעת הרלבנטיות של העובדות המוצגות לדיון; כמו גם לחשוף סתירות, אי-דיוקים והיעדר עקיבות. כפי שטוען אסא כשר,<sup>21</sup> העיסוק בבחינת האידיאלים, גיבושם, הצגתם הברורה, ניתוח של הנחות היסוד שלהן ואיתור המסקנות המכריעות שלהם הם מלאכה פילוסופית מובהקת ומכיוון שחברי ועדות האתיקה נדרשים למלאכה זו בהקשר לתפקידם, הרי שהיעדר נקודת המבט הפילוסופית בוועדות האתיקה החקוקות עשוי לחבל בטיב הדיון האתי.<sup>22</sup> כפועל יוצא, הוא עשוי להיות מכשול להשגת המטרות שלשמן נוסדו ועדות אלו. ובאשר לדיון הפילוסופי התיאורטי-עקרוני - מאותם הטעמים שהוזכרו בהקשר של הדיון המעשי גם תרומתו (אך לא רק) חשובה בכל נושא המערב שאלות נורמטיביות בהקשר של יחסי הגומלין בין בני אדם. במאמר זה אני עוסקת בהקשר של בחינת שאלת היכולת להצדיק מוסרית את אופיים הפטרנליסטי מהסוג הקשה של סעיפי חוק זכויות החולה, האמורים להנחות את ועדות האתיקה בבואן לטפל ולהכריע בסוגיות אתיות מסוימות המתעוררות בהקשר הקליני.

### ג. הגדרת מושג ה"פטרנליזם" ומשמעותו

תחילה מילים אחדות על מושג ה"פטרנליזם". מכיוון שמאמר זה צר מלהכיל ולמצות עד תום נושא כה רחב ושנוי במחלוקת, אני מתמקדת בו רק במה שעשוי לעניין אותנו כאן. תחילה ניכר הצורך להגדיר מהו "פטרנליזם". למושג זה ניתנו הגדרות שונות ומגוונות,<sup>23</sup> אך נראה לי נכון לאמץ את זו של ג'רלד דבורקין (Gerald Dworkin), משום שהיא רחבה דיה לכלול היבטים שונים וחשובים של המושג הקשורים לדיונו כאן:

21 א' כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות **אתיות במקצועות הייעוץ והטיפול הנפשי 15** (י' שפיר, י' ארמון וגי' ויל עורכים, 2003).

22 הדרישה לנוכחותה או לייצוגה של נקודת המבט הפילוסופית בכל עניין המערב היבטים ערכיים איננה ייחודית ואקסקלוסיבית להקשר הקליני. הענף הרחב של האתיקה היישומית, כאחד הענפים של פילוסופיית המוסר, מאפשר לה להניב תרומה נכבדה גם בדיונים על נושאים חברתיים וערכיים בכל מסגרת של יחסי גומלין בין בני אנוש, ואף בינם ובין יצורים חיים אחרים.

23 T.L. BEAUCHAMP & J.F. CHILDRESS, PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS 176-178 FIFTH ED., (2001); D.N. Husak, *Legal Paternalism*, THE OXFORD HANDBOOK OF PRACTICAL ETHICS 389 (La Follette ed., 2003); J. KLEINIG, PATERNALISM 4 (1984)

"The interference in a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs,<sup>24</sup> interests, or values of the persons being coerced"

ראוי לציין תחילה, כי המושג "התערבות" כאן (אם כי המחבר איננו מציין זאת) אין עניינו בהכרח רק פעולה, כי אם גם אי-עשיית פעולה. כפי שמציינים זאת תום ביצ'ס וג'יימס צ'ילדרס<sup>25</sup> (T. L. Beauchamp & J. F. Childress) הגם שהשיח לגבי הפטרנליזם מתמקד בעיקר בהתערבויות פטרנליסטיות אקטיביות, כאשר האדם מעדיף שלא יתערבו לו בחייו, נוהגים להזניח צורה אחרת של הפטרנליזם - זו הפסיבית. כפי שהם מציינים, התערבויות מהסוג האחרון בהקשר של הטיפול הרפואי עשויות להתבטא, למשל, בסירוב המטפל, מסיבות המכוונות לטובת המטופל, לבצע פעולה שהמטופל מבקש. למשל: אם רווקה צעירה מבקשת מרופאת הנשים שלה לבצע בה עיקור באמצעות קשירת חצוצרות (שהיא פרוצדורה בלתי-הדירה) בנימוק כי היא איננה מעוניינת להשתמש באמצעי מניעה וממילא איננה רוצה בילדים בעתיד, סירוב הרופאה יכול להיחשב להתערבות פטרנליסטית (באי-עשיית פעולה) או במילים אחרות: לפטרנליזם פסיבי.<sup>26</sup>

מהגדרה רחבה זו של מושג ה"פטרנליזם" אפשר לחלץ את מטרתיה של הפעולה הפטרנליסטית, התוחמות למעשה את גבולותיה (כמכוונת אך ורק לטובת מושא הפטרנליזם, ולא לטובת האחר או החברה). אולם ממטרות אלו ומתיחום הגבולות הנובעים מהן לא נובע צידוקה, שכן אין המטרות מקדשות תמיד את האמצעים. בהקשר של הפטרנליזם אין די להראות כי פעלנו לטובת היחיד (כתנאי הכרחי), אלא יש גם להראות כי בשל השגת מטרה זו היה מוצדק להפר את חירותו.

#### ד. תהליך הצדקתו של הפטרנליזם

תהליך או מלאכת הצדקתו של הפטרנליזם נשענים על שתי הנחות: האחת - קיים פער בין הנוקט פעולה פטרנליסטית ובין מושא הפטרנליזם (פער בדיעה, ביכולת לחשוב בצורה רציונלית וביכולת להוציא אל הפועל החלטות);<sup>27</sup>

24 G. Dworkin, Paternalism, 56 THE MONIST, No.1,65 (1972)

25 לעיל ה"ש 23, עמ' 191.

26 דוגמה זו מובאת על-ידי המחברים (שם). בדרך כלל הפטרנליזם הפסיבי קל יותר להצדקה מאשר זה האקטיבי. הסיבה לכך היא, שלרופאים אין בדרך כלל חובה מוסרית להיענות לבקשות המטופלים כאשר אלה אינן מתיישבות לא עם הסטנדרטים המקובלים של הפרקטיקה הרפואית ולא עם אלה של מצפונם האישי.

27 שם.

השנייה - פער זה מבטא את עליונותו של הראשון על פני האחרון. לגבי הפעולה הפטרנליסטית המופנית כלפי היחיד הבגיר הכשיר לקבל החלטות (היא זו המעניינת אותנו כאן), הרי שהפער הנטען בהנחה הראשונה ועליונותו של הנוקט את הפעולה הפטרנליסטית על פני מושא הפטרנליזם, הנטענת בשנייה, יכולים, בהקשר של הטיפול הרפואי, להתבטא באופנים הבאים: פער בידיעה (הרופא מניח, כי בשל עליונותו המקצועית על מטופליו הוא גם מיטיב לדעת מהם מה עדיף להם); פער במתן משמעות לעובדות (למשל: הרופא, על סמך מומחיותו המקצועית, מייחס למצב החולי הנדון חומרה שונה מזו שהמטופל מייחס לה); פער בערכים (למשל: המטופל מבין ויודע את העובדות ומייחס להן משמעות דומה לזו של הרופא, אך מבחינה ערכית הוא בוחר באופן שונה מהרופא); פער ברגשות (למשל: החרדה או הפחד של המטופל מהטיפול הרפואי המוצע עשוי להובילו לבחירה שונה מזו של הרופא); והפער בכוח הרצון (למשל: הגם שאין מחלוקת בין הרופא לחולה בנוגע לעובדות, למשמעותן ולערכים, קיים פער בין כוח הרצון של הרופא לרפא ובין זה של החולה להתרפא).

אולם הניסיון להצדיק פטרנליזם הוא דבר אחד, וצידוקו של הפטרנליזם הוא דבר אחר. בהקשר הרפואי הפרדה זו מתבטאת בשאלות הבאות: האם נכונה הטענה, כי עליונותו המקצועית של הרופא יכולה להצדיק פעולה פטרנליסטית כלפי מטופליו? האם אפשר לבסס את הטענה בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית מבטאת למעשה את רצונו האותנטי של החולה? במידה ומדובר בחולה בגיר וכשיר לקבל החלטות; במידה שמכירים ביכולתו לקבל החלטות המשקפות את רצונו האותנטי והחופשי ובזכותו לנהל את חייו בלא התערבות חיצונית; ובמידה ומקבלים את ההנחה, שהחלטה טיפולית אוצרת בתוכה היבטים החורגים מההשפעות הרפואיות המיטיבות הנטענות של הטיפול הרפואי המוצע - הרי שעל שתי שאלות אלו יש להשיב בשלילה.

יתרה מזו: בניסיון להצדיק פעולה פטרנליסטית (בין שהיא נעשית במסגרת של יחסי גומלין בין יחידים בין שהיא נכפית על ידי מוסדות המדינה באמצעות החוק) מתעורר קושי המכונה על ידי "קושי אפיסטמי". כוונתי היא לקושי הנובע מהעובדה שהנוקט פעולה פטרנליסטית (או הדורש אותה, כגון החוק) אין הוא נהנה בהכרח מעליונות על פני מושא הפטרנליזם. ניטיב להבין זאת מדבריו המעניינים של נועם זוהר<sup>28</sup> לגבי ההתנגדות ההלכתית להמתת חסד:

28 נ' זוהר (1996) "האדם כקניין האלוהים - על מגמת ההתנגדות ההלכתית להמתת-חסד" **בין דת למוסר** 151-152 (ד' סטטמן וא' שגי' עורכים, 1996).

...כפיפות לריבונות האלוהית משמעה בהכרח לא הימנעות מכל פעולה, אלא התאמת הפעולות לרצון האל, החפץ במעשים מסוימים ואוסר מעשים אחרים. ואם כן, מנין יודע הרב ולדנברג, ש"רצונו יתברך" מתנגד להתאבדותו של חולה סופני, המבקש להיגאל מייסוריו?...ריבונות האל איננה אומרת דבר וחצי-דבר על אודות המתת-חסד, אלא אם כן מניחים את המבוקש, דהיינו: שהאל מתנגד להמתת-חסד. אם האדם הוא קניין של אלוהים במובן שהאל הוא אדוניו, אין נובע מזה שמדובר באדון אכזרי, המתנכר לייסורי נתיניו וממאן להרשות להם גאולה במיתת-חסד.

אם כן, בעניין המתת חסד, כמו בכל נושא שבו מבקשים להחיל הגבלות פטרנליסטיות בשם הדת (דרך החוק), כפי שהדבר משתקף במדינת ישראל כמדינה המבקשת לאזן בין ערכים יהודיים ובין ערכים דמוקרטיים, עולה בחריפותו אותו קושי אפיסטמי שמדובר בו. יתרה מכך: כאשר ערכים יהודיים מתנגשים עם אלה הדמוקרטיים, עולה במלוא חריפותה בעיית האזון. כיצד אפשר לאזן בין ערכים שהם תוצר של הסכמיות חברתית אשר הושגה בידי בני אדם (אלה הדמוקרטיים) ובין אלה שאת הנורמות הנובעות מהם שואבים מטקסטים קדושים המיוחסים לגורם על אנושי,<sup>29</sup> שרצונו, כפי שנועם זוהר מציין, אינו בהכרח ידוע לנו? סוגיית הצורך באזון בין שני סוגי הערכים נידונה בהרחבה אצל השופט בדימוס מנחם אילון לגבי פסק דין יעל שפר.<sup>30</sup> בעניין זה טען השופט, כי במקרה של התנגשות ביניהם יש לפרש את הערכים הדמוקרטיים לפי אלה היהודיים, אולם בשל הקושי האפיסטמי המוזכר, פוסקי ההלכה ומפרשיה אינם תמימי דעים באשר לאופן שבו יש לפרש את ציוויה. הדוגמה הקשורה לענייננו כאן עניינה המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן באשר לחובת האדם להתרפא. בעוד שהרמב"ם ראה בציווי "ורפא ירפא"<sup>31</sup> הן את מקור חובתו של הרופא לרפא הן את מקור חובתו של החולה להתרפא,<sup>32</sup> הרמב"ן הסיק מציווי זה רק את מקור חובתו של הרופא לרפא. ובאשר לחולה עצמו, בפירושו לתורה (ויקרא כו, יא) קובע הרמב"ן<sup>33</sup> כי אדם, שהוא ירא

29 להרחבה על הקושי לאזן בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ראו ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" **להיות אזרחים בישראל** - **מדינה יהודית ודמוקרטית** 563 (ח' אדן, ו' אשכנזי וב' אלפרסון עורכים, 2000).

30 ע"א 506/88 **יעל שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ח (1) 87 (1994).

31 שמות כא, יט.

32 להרחבה בעניין חובתו של החולה להתרפא ראו ערך "חובת החולה להתרפא" **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** ב 444-446 (א' שטיינברג עורך, 1991).

33 ע"א 506/88 **יעל שפר**, לעיל ה"ש 30.

שמים ברמה מוסרית גבוהה, רשאי שלא להזדקק לרופאים, אלא לחפש את תרופתו באמצעות תפילה ומעשים טובים.<sup>34</sup> כיצד יהיה אפשר אפוא להצדיק הגבלה פטרנליסטית על ידי המדינה בשם הדת (כגון כפיית טיפול רפואי), אם לא קיים קריטריון הכרעה המסוגל להורות לנו איזו גישה בין השתיים ראוי לאמץ? שאלה זו מובילה אותנו לנושא רחב יותר - המוסריות החוקית.<sup>35</sup>

### ה. ההבחנה בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית

גירלד דבורקין (Gerald Dworkin<sup>36</sup>) מזהיר אותנו, ובצדק, מהבלבול האפשרי שבין פטרנליזם מוסרי (Moral Paternalism) ובין מוסריות חוקית (Legal Moralism). רעיון הפטרנליזם המוסרי דוגל בכך שההתערבות הפטרנליסטית מכוונת לקדם את האינטרסים של היחיד, במיוחד אלה הנוגעים למצבו הפיסי והפסיכולוגי, כמו מניעת מוות, אומללות, או כאב נפשי או פיסי, אך לא רק זו. הפטרנליזם המוסרי יכול גם להיות מכוון להגנה על הרווחה המוסרית של האדם. למשל: יכולים לטעון, שעדיף לעוסקים בזנות לחדול מעיסוקם, אפילו אם הם מנהלים חיים יפים ומוגנים מפני מחלות, משום שמכירת גופם לשירותי מין משחיתה את המוסר שלהם. ההתערבות הפטרנליסטית כאן מקבלת לכאורה את צידוקה מהכוונה לקדם את הרווחה המוסרית של העוסק בזנות, אולם המוסריות החוקית היא דבר אחר. הרעיון הטמון בה הוא, שדרכי פעולה מסוימות נחשבות למוטעות מבחינה מוסרית או משפילות ועל כן המדינה (באמצעות חוקיה) אוסרת אותן. אם נחזור לפסקה הקודמת, הרי שבשם המוסריות הדתית חלק מהציבור בישראל מעוניין להחיל תפיסה זו על כל האזרחים (ובכללם יהודים חילוניים או אלה המשתייכים לדתות אחרות, למשל) באמצעות חיקוק הבא להבטיח התנהגות מוסרית-דתית של החברה כולה. לא זו בלבד שלא תמיד קל להבחין בין פטרנליזם מוסרי ובין מוסריות חוקית, אלא שלעיתים זה הראשון משמש כיסוי למשנהו. ניטיב להבין זאת מהדוגמה הבאה, הלקוחה ממקרה שנידון בוועדת אתיקה מוסדית חקוקה באחד מבתי החולים בישראל.<sup>37</sup>

34 בהידרשו לעמדה זו קובע השופט בדימוס מנחם אילון, כי הגם שנמצאו לה תומכים נוספים, הרי היא נוגדת את ההלכה המקובלת על דעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה בדבר חובתו של החולה להתרפא. אולם בענייני דת, כמו בענייני מוסר, אינני סבורה שטענה שואבת בהכרח את תוקפה מדעת הרוב, אלא מאיכות הטיעון עצמו ומעוצמתו.

35 את המוסריות החוקית מכנה הל"א הארט "אכיפת מוסר על ידי החוק" (הל"א הארט חוק, חירות ומוסר 25-29, 48-98 (1991)).

36 G. Dworkin, *Paternalism*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2005).

37 להכרת המקרה לעומקו ראו יי אדלשטיין, לעיל ה"ש 12, נספח מס' 10, מקרה 1.

אישה בעשור השמיני לחייה אושפזה בשל חום גבוה ונמק ברגליה על רקע סכרתי. למרות המלצות הרופאים, האישה סירבה לעבור ניתוח לכריתת שתי רגליה, מהטעם המרכזי כי רצונה להיקבר במותה כשגופה שלם. המקרה שלה הובא לדיון בוועדת האתיקה לשקילת הפעלתו של סעיף 15(2), קרי: כפיית הכריתה כנגד רצונה. אם כי היה ספק לגבי כשירותה לקבל החלטות במהלך אשפוזו, הרי שבירור הוועדה בנוגע לעברה הראה כי אין זו הפעם הראשונה שהיא מסרבת לטיפול לכאורה מציל חיים. כך היה כאשר היא חלתה בסרטן השד ולמרות המלצות הרופאים, היא סירבה לעבור ניתוח לכריתת שד; וכך היה במהלך מחלת הסוכרת כאשר הציעו לה הרופאים לכתות את רגליה (לפני אשפוזו הנוכחי). טענתה הייתה, כי היא מתנגדת לכריתת איברים מגופה (טענה הבאה לחזק את הנימוק המרכזי לסירובה להינתח כעת, קרי: להיקבר כשהיא שלמה), חרף העובדה שהוועדה התרשמה, כי נימוק נוסף לסירובה היה חששה מהכאב הכרוך בניתוח ולאחריו. בסיום הדיונים קבעה ועדת האתיקה, כי

"סופו של דבר במניין שיקוליה של הוועדה נלקחו בחשבון הן הבעת הדעה כפי שתוארה מפי הבן, הן מצבה הנוכחי והסבל הרב שבו הייתה שרויה, הן הסיכויים כפי שתוארו מפי רופא ג' להיטיב את מצבה עד מאוד. נראה בברור כי אם הניתוח לא יעלה יפה (חוו"ח), כי אז בסופו של דבר לא יורע מצבה לעומת מצבה הנוכחית... יצוין כי הצעה זו ניתנה בדעת רוב של 4".

מה שמעניין אותנו כאן הם הנימוקים המרכזיים שנטענו במהלך הדיון,<sup>38</sup> אשר הובילו להחלטת הוועדה לכפות את ניתוח הכריתה: "הרי ערך החיים עולה על ערך האוטונומיה"; "מבחינה הלכתית אין ספק שצריך לנתח"; ו"אנו נגן על זכותה אם כן יבוצע הניתוח".

באשר לטענה הראשונה, הנשמעת גורפת משום הרישא "הרי", נוצר הרושם כי הן על פי המוסריות החוקית, בכלל, הן על פי חוק זכויות החולה, בפרט, במדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, גוברת תמיד קדושת החיים (כערך יהודי) על פני האוטונומיה (כערך דמוקרטי). אולם אין זה המצב, כפי שמעידים על כך פסקי דין שונים,<sup>39</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992) וחוק זכויות

38 שם, נספח מס' 10, מקרה 1.

39 פסקי דין מהשנים 1987-2002 [גרסה אלקטרונית], מאגרים בארץ, נדלה בתאריך 23.03.2008 מ- [lilach.org.il/law.htm](http://lilach.org.il/law.htm). מפסקי דין אלו עולה, כי מתוך **עשרים מקרים** שבהם חולים או בני משפחותיהם פנו לבתי-המשפט בבקשת הימנעות או הפסקת טיפול תומך או מציל חיים, רק **ארבעה** נענו בשלילה, לעומת **שישה עשר** שנענו בחיוב, ביניהם

החולה עצמו בחלק מסעיפיו.<sup>40</sup> באשר לטענה השנייה, הרי שהקושי האפיסטמי המתואר לעיל איננו מאפשר קביעה כה חד-משמעית ואף לא קרוב לכך.

ובאשר לטענה השלישית, משתמע ממנה כי בזכויות האדם מגולמת גם החובה לממשן; שכן במקרה הנידון כאן, אם זכותה של האישה לבריאות ולחיים, משתמע מטענה זו שחלה עליה גם החובה לממשה, וכפועל יוצא מחייבת את הזולת להגן עליה, אפילו כנגד רצונה. להבנת, זוהי תפיסה בעייתית של מושג ה"זכות", שכן בהקשר של הטיפול הרפואי, כמו בשאר הקשרי החיים, החובה להגן על זכויות אדם (כגון הגנה על החיים או על הבריאות), כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות, שואבת את תוקפה לא מהזכות עצמה, כי אם מרצון בעל הזכות לממשה. פרשנות זו של מושג ה"זכות" מעוגנת היטב הן בחוק יסוד: כבוד האדם (1992) הן בחוק זכויות החולה (1996). לגבי הראשון, סעיף 7 (א-ב) אומר: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו, ואין נכנסים לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו". מסעיף זה אנו למדים, כי רשאי האדם לוותר על זכותו לפרטיות בנסיבות שבהן הוא אינו חפץ בה, ומתן הסכמתו לכניסת הזולת לרשותו משחררת את הזולת מהחובה שלא להיכנס לרשותו. ובאשר לחוק השני, חובת שמירת הסודיות המעוגנת בסעיף 19 מסויגת בין השאר בהסכמתו של המטופל להסרת החסיון החל על המידע אשר הובא לידיעת מטפלו. משכך, אינני רואה כל סיבה לטעון לחובת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) להגן על זכותו של מטופל אשר הוא עצמו מוותר עליה מרצונו החופשי והאוטונומי. נראה, כי מאותה סיבה שאין זה סביר שרופא (או ועדת אתיקה) יסרב (תסרב) לבקשת מטופל להעביר את תיקו הרפואי לגורם שלישי בנימוק כי הוא איננו יכול להפר את חובת הסודיות הרפואית, גם אם המטופל ויתר עליה - יש לדחות את הטענה האומרת, כי רופא (או ועדת אתיקה) הכופה טיפול רפואי, בעצם מגן בכך על זכותו של החולה, גם אם האחרון אינו מעוניין לממש זכות זו.

לסיכום הדיון על שלוש הטענות הללו נוצר הרושם, כי מדובר כאן יותר בניסיון מקומי לכפות מוסריות חוקית (המתבטאת בנסיגת ערך האוטונומיה מפני קדושת החיים בשם ציווי הדת היהודית או לעניין זה - כל דת אחרת הדוגלת בקדושת החיים) בכיסוי של פטרנליזם מוסרי (נסיגת הערך של אוטונומיית היחיד מפני ערך ההטבה). אמנם, טובת האישה נידונה בוועדה,

מקרים של ניתוק ממכונת הנשמה.

40 למשל: סעיף 13, המעגן בתוכו את דוקטרינת ה"הסכמה מדעת", המבטאת הכרה בזכות החולה לאוטונומיה ומבקשת להגן עליה; וסעיף 15(1), המתיר טיפול רפואי בלא הסכמה מדעת אצל חולה בלתי-כשיר לתתה, בתנאי שלא ידועה למטפל התנגדותם של המטופל, בא כוח, או האפוטרופוס שלו, או אם אי-אפשר להשיג את הסכמתם של האחרונים.

אך מהתבוננות בפרוטוקול הוועדה עולה כי הקושי האפיסטמי דבק גם ביכולת החיזוי של תוצאות הניתוח.<sup>41</sup> לכאורה נראה, כי חברי הוועדה העדיפו להתעלם מהמחלוקות שנתגלו בין הרופאים המומחים באשר לסיכויי התמותה, כמו גם לגבי סיכויי השיקום וההטבה לאחר הניתוח,<sup>42</sup> ובחרו לאמץ עמדה מקצועית אחת על פני אחרות כדי להחיל על מקרה זה את המוסריות החוקית כפי שהם מפרשים אותה מסעיף 15(2).

### ו. ההבחנות המקובלות בתוך הפטרנליזם

את הפטרנליזם נהוג לחלק לסוגים שונים. על פי ג'רלד דבורקין,<sup>43</sup> נהוג בין השאר להבחין בין הפטרנליזם ה"רך" לעומת זה הקשה,<sup>44</sup> ה"חלש" לעומת ה"חזק" וה"טהור" לעומת ה"בלתי-טהור".<sup>45</sup> ההבחנה בין הקשה לרך דומה מאוד לזו

41 בעוד שרופא אחד טען שסיכויי התמותה מהניתוח בניסבות אשר בהן שרויה החולה נעים סביב 30%, רופא אחר טען כי מדובר ב 50%. ובאשר לשאלת סיכוייה של האישה להשתקם מהניתוח ולהשיג שיפור רפואי של ממש (כפי שדורש התנאי השני לכפיית טיפול רפואי, סעיף 15(2) (ב) לחוק זכויות החולה), בעוד ששני רופאים טענו שהם אינם אופטימיים בשל מצבה הירוד מאוד של האישה עוד בטרם הניתוח, וכי בכל מקרה לא צפוי שיפור במצבה הקוגניטיבי, טען רופא אחר כי הניתוח יביא לשיפור במצבה הגופני והקוגניטיבי (ני אדלשטיין, לעיל ה"ש 12, נספח מס' 10, מקרה 1). מלבד סימוכין אלה באשר לקושי לחזות מראש את תוצאות הטיפול גם בין רופאים החולקים אותה מומחיות, נראית תמוהה ולא מובנת המסקנה, כפי שהיא מובאת בסיום הדיון, כי "מצבה לאחר הניתוח יוטב עד מאוד" (שם).

42 כמו כן נראה, כי הם התעלמו מסיבת הסירוב של האישה לניתוח הכריתה. כזכור, רצונה היציב והאוטנטי (לכל הפחות במהלך חייה) היה להיקבר כשהיא שלמה. התעלמות זו לא רק שהיא מחזקת את הטענה באשר לכפיית מוסריות חוקית בסיכוי של פטרנליזם מוסרי, שהרי ספק אם אובדן האפשרות להיקבר (על פי אמונתה) כפי שהיא רוצה יכול להיחשב בעיניה כהטבה, אלא שהיא גם מעלה שאלות נוקבות באשר לתוקף המשפטי של החלטת הוועדה. כזכור, התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי דורש את הנחת היסוד הסביר שהחולה, לאחר הטיפול הרפואי, יחזור בו מסירובו באופן רטרואקטיבי ויתן את הסכמתו למפרע. אולם נראה, כי סירוב האישה לניתוח הכריתה מהטעם המוזכר איננו יכול לאפשר הנחת יסוד זה.

43 G. Dworkin, לעיל ה"ש 36.

44 המחבר הראשון שתבע את ההבחנה הזאת היה ג'ואל פיינברג (Joel Feinberg). להרחבה ראו G. Feinberg, *Legal Paternalism*, CANADIAN JOURNAL OF PHILOSOPHY, 105-124 (September 1971).

45 מפאת קוצר היריעה אינני מרחיבה בהבחנה זו. רק אומר, כי בפטרנליזם טהור הכוונה היא שההתערבות מיועדת באופן בלעדי לטובת מושא הפטרנליזם, לעומת הבלתי-טהור המכוון לטובת מושא הפטרנליזם וגם לטובת אחרים. למשל: החובה לחגור חגורת בטיחות החלה על נהגים ונוסעי הרכב מכוונת לטובת הנהגים והנוסעים, אך גם לטובת המדינה, שכן ההוצאות הכרוכות בטיפול בפצועי תאונות דרכים ובשיקומם, למשל, הן כבדות. בדרך כלל הפטרנליזם החוקי, שעליו ארחיב את הדיבור בהמשך, נגוע כמעט תמיד, אם לא תמיד, בשיקולים שאינם פטרנליסטיים טהורים, כפי שהראיתי קודם לכן בהקשר של פטרנליזם מוסרי לעומת מוסריות חוקית. מטבעם של החוקים הנחקקים במשטר דמוקרטי להיות נחקקים על ידי נציגי הציבור, שבשיראל הם חברי הכנסת.



שעושים תום ביצים וגיימס צ'ילדרס<sup>46</sup>) (T.L. Beauchamp & J.F. Childress) בין החלש לחזק. על-פי מחברים אלו, בפטרנליזם הרך או החלש הפטרנליסט מתערב בחייו של אדם אחר על בסיס של עשיית הטוב ומניעת נזק רק כדי למנוע התנהגות לא רצונית ושלא מדעת. למעשה מדובר בפעולה פטרנליסטית שמטרתה למנוע החלטה או פעולה אשר איננה משקפת את רצונו האוטנטי והאוטונומי של האדם. כפי שאני מראה זאת בהמשך בהקשר של הטיפול הרפואי, מצבים אלו יכולים לנבוע מהיעדר קבלת מידע, מאי-הבנת המידע, מחרדה המשבשת את שיקול הדעת וכדומה. לעומת זאת, הפטרנליזם החזק או הקשה כרוך בהתערבות המכוונת להיטיב עם האדם, למרות רצונו האוטנטי והאוטונומי של האדם להסתכן ו/או להרע לעצמו.

הבחנה מדוקדקת יותר מזכיר ג'ון קלייניג<sup>47</sup>) (John Kleinig), בהקשר של ההבחנה שבין הפטרנליזם הקשה לפטרנליזם הרך. לפיה, אין מדובר בדיכוטומיה חדה בין האחד למשנהו, כי אם ברצף שבקצהו האחד נמצא הקשה ובקצהו האחר נמצא הרך, ובין קצה לקצה קיימות דרגות שונות של רצון אותנטי ואוטונומי. על-פי גישה זו, ישנה הכרה שלפיה התנהגותו של האדם איננה מקוטלגת כתוצר של רצון אוטונומי ואוטנטי או של רצון לא אוטונומי ולא אותנטי, כי אם כתוצר של רצון היכול להיות יותר או פחות אותנטי ואוטונומי. מסיבה זו, אומר קלייניג:

The responsibility to be borne by individuals for what they do...  
<sup>48</sup>is also to be seen as a matter of degree

על פי דרגת אחריות זו שאפשר לייחס ליחידים על מעשיהם, הוא טוען, הצדקת הפטרנליזם עשויה להיות קשה או קלה יותר, תלוי במידה שבה אנו מייחסים אחריות קטנה או גדולה יותר למושא הפטרנליזם: ככל שאנו מייחסים לסובייקט דרגה גבוהה יותר של אחריות, כך תהליך הצדקת הפטרנליזם המופעל עליו קשה יותר; וככל שאנו מייחסים לסובייקט דרגה נמוכה יותר של אחריות, כך תהליך הצדקת הפטרנליזם המופעל עליו קל יותר.

טעמים שונים כגון אלה הקואליציוניים ואינטרסים אישיים ופוליטיים, למשל, אינם נטולי השפעה בעת חקיקת החוקים, כך שבעוד שעבור חברי כנסת מסוימים הטעמים לתמיכתם בחוק זה או אחר יכולים להיות פטרנליסטיים טהורים, עבור אחרים נימוקיהם עשויים להיות לגמרי שונים. יוצא אפוא שגם חוק המוגדר והמוצהר באופיו כחוק פטרנליסטי, בשל היותו מכוון להיטיב עם האזרחים, יכול לנבוע בעצם מטעמים נוספים. מכאן אנו למדים, כי כותרת החוק והצהרתו אינן תמיד חזות הכול. טענה זו נכונה לגבי כל החוקים ולא רק בהקשר של אלה הפטרנליסטיים.

46 T.L. Beauchamp & J.F. Childress, לעיל ה"ש 23, בעמ' 181.

47 J. Kleinig, לעיל ה"ש 23 עמ' 10-9 (1984).

48 שם.

בהקשר שלנו, מושג ה"אחריות" שהמחבר משתמש בו נוגע אפוא למידה שבה האדם מסוגל לדעת ולהבין את המצב שבו הוא נמצא, ובהתאם להבנה זו - לבטא דרגה פחות או יותר גבוהה של רצון אותנטי ואוטונומי, לאמור: ככל שהרצון נראה יותר אותנטי ואוטונומי, כך קשה יותר להצדיק התערבות פטרנליסטית ברצון זה; וככל שהרצון נראה פחות אוטונומי ואותנטי, כך קל יותר להצדיק אותה.

אך לא רק בנוגע לאופיו של הפטרנליזם נהוג לעשות הבחנות, כי אם גם במסגרת שבה הוא מופעל. קודם לכן הזכרתי את הפטרנליזם המוסרי בהקשר של ההפרדה בינו ובין מה שגירלד דבורקין (2005) מכנה "מוסריות חוקית", או כפי שהארט (1981) מכנה אותה "אכיפת המוסר על ידי החוק". עתה רצוני לדון במה שמכונה "פטרנליזם חוקי", שכן הוא זה המעניין אותנו באשר לוועדות האתיקה המעוגנות בחוק זכויות החולה.

ברמה העקרונית, התערבות פטרנליסטית יכולה להתבצע בשני מישורים עיקריים: האחד - במסגרת קשרי הגומלין בין יחידים, ובה יש להכליל את הפטרנליזם הרפואי: שכן ביחסי מטופל-מטפל הרופא המתנהג בצורה פטרנליסטית כלפי מטופליו עושה זאת במסגרת של אחד על אחד. לעומת זאת, הפטרנליזם יכול להתבטא גם ברמה גבוהה ורחבה יותר, וכוונתי לפטרנליזם החוקי.<sup>49</sup> הכוונה בחוק פטרנליסטי היא שהמדינה, באמצעות חוקיה, מגבילה, או למצער מתערבת, בספירה הפרטית של היחיד כדי להטיב עמו, מתוך הנחה שהיא יודעת טוב יותר מה טוב עבורו. פטרנליזם חוקי מאופיין בדרך כלל בכך שהוא איננו פטרנליזם טהור (במובן זה שהוא לא מכוון בהכרח, באופן בלעדי, לטובת היחיד), אך לצורך הדיון כאן, ומפאת קוצר היריעה, אני רואה אותו כאילו היה פטרנליזם טהור. כפי שמציין זאת דוגלס נ' הוסאק (Douglas N. Husak<sup>50</sup>), ובצדק, הפטרנליזם החוקי בעייתי יותר להצדקה מאשר זה המתבטא במסגרת של קשרי הגומלין (אחד על אחד). הסיבות לקביעתו זו יכולות להיות אלה: ראשית, כלליותו של החוק איננה מאפשרת להתייחס למקרים פרטיקולריים, כאל מקרים בעלי נסיבות ייחודיות הדורשות,

49 לגבי פטרנליזם זה, שעדי פרוש מכנה "פטרנליזם משפטי" (עי' פרוש, **הכרעות משפטיות ושיקולים מוסריים** 55-56 (1986)), המחבר מבחין בין פטרנליזם משפטי ישיר ובין זה הבלתי ישיר. בראשון, למשל, המדינה מגבילה באופן ישיר את הפרט על-ידי החלת איסור עליו (באמצעות החוק) לבצע מעשים שלטעמה עשויים להזיק לו; בשני למשל, המדינה מגבילה גורם אחר על-ידי איסור עליו (באמצעות החוק) לבצע פעולה שאת תוצאותיה היא מבקשת למנוע מהפרט. כך, למשל, לגבי איסור הסיוע להתאבדות: אם חולה או כל אדם אחר מבקש מרופא או מכל אדם אחר לסייע לו לשים קץ לחייו, משום שהוא עצמו אינו יכול לעשות זאת, איסור המדינה לסייע לו אינו אלא פעולה פטרנליסטית כלפיו.

50 N.D. Husak לעיל ה"ש 23 397-398 (2003).

לכשעצמן, התייחסות שונה מזו המופנית כלפי מקרים פרטיקולריים אשר נסיבותיהן הייחודיות שונות. למשל: אם המדינה קבעה,<sup>51</sup> כי היא מחייבת את כל אזרחיה להפריש מדי חודש כסף לפנסיה, כדי שהם לא יסבלו ממחסור כספי בעת זקנתם, הרי שחוק זה חל על אלה המעוניינים בכך כמו על אלה שעמדתם בעניין שונה.

הסיבה השנייה (הקשורה לראשונה) שבשלה הפטרנליזם החוקי קשה יותר להצדקה מאשר זה המתבטא בקשרי הגומלין בין יחידים, היא מה שאני מכנה "טעם היעדר הגמישות". כאמור, החוק אינו מאפשר התייחסות קונקרטית וגמישה למקרים פרטיקולאריים ולכולם דין אחד. לעומת זאת, הפטרנליזם המבוטא בין יחידים ("אחד על אחד") אכן מאפשר זאת. נחזור לדוגמה של הפטרנליזם הרפואי: במסגרת הדו-שיח המתנהל, או האמור להתנהל, בין החולה לרופאו, האחרון יכול, למשל, לנסות לברר אם סירובו של החולה לטיפול רפואי הוא תוצר של רצון אותנטי ואוטונומי או אם הוא יציב או לא. בהתאם לתשובה יכול המטפל להגמיש או להקשיח את עמדותיו, כלומר לאמת או להפריך את הצורך בהתערבות פטרנליסטית. גמישות כזו איננה מתאפשרת בהקשר של הפטרנליזם החוקי. כפועל יוצא, ההתערבות הפטרנליסטית באמצעות החוק עלולה להיות קשה יותר לצידוק, בעיקר כאשר היא מופעלת ללא הבחנה על כל האזרחים, בלא קשר ליכולתם או להיעדר יכולתם להביע (ולממש) את רצונם האותנטי והאוטונומי.

הפטרנליזם החוקי מעניין אותנו כאן, שכן הוא זה העומד לדיון בהקשר של חוק זכויות החולה בנוגע לחלק מסעיפיו העוסקים בוועדות האתיקה. באופן כללי, גם את הפטרנליזם החוקי אפשר לחלק לקשה ולרך. הקשה מתבטא, בדרך כלל, בכפייה של ממש באמצעות איסורים והטלת סנקציות על מפירי ההוראות הפטרנליסטיות. למשל: חובת חגירת חגורת בטיחות לנוסעים ברכב, והקנס הכספי הכרוך באי מילוי הוראה זו. לעומת זאת, הפטרנליזם הרך מבוטא בדרך כלל בהמלצות, בהתרעות או באזהרות, דוגמת האזהרות הכתובות על קופסאות הסיגריות, הבאות להתריע מפני נזקי העישון. ובהקשר של הטיפול הרפואי המעניין אותנו כאן, הפטרנליזם הרך יכול להתבטא, למשל, בחובה החוקית המוטלת על רופאים לנסות לשכנע מטופל לעבור בדיקות רפואיות או לקבל טיפול רפואי. לעומת זאת, הפטרנליזם הקשה

51 מדינת ישראל אכן קבעה זאת באמצעות חוק "פנסיה חובה" ב-1.1.2008 (המכונה גם "צו הרחבה לפנסיית חובה בישראל"). אם כי חוק זה נחקק כדי לחייב את המעסיקים להפריש כספי פנסיה לעובדים, בעקבות מאבקם של העובדים עצמם, הרי בסופו של דבר, זכותם של האזרחים לממש את זכותם לפנסיה (בין אם הם רוצים בכך בין אם לאו), נכפתה עליהם מעצם חובת המעסיקים להפריש להם כספי פנסיה.

יכול להתבטא, בין השאר, בכפיית טיפול רפואי כנגד רצונו המפורש של המטופל הכשיר לקבל החלטות (סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה) או על-ידי הסתרתו של מידע מהמטופל, החיוני לו לקבלת החלטה מדעת (סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה). סמכות ההכרעה הסופית היא זו היוצרת את הגבול שבין הפטרנליזם הקשה ובין זה הרך. בעוד שבסוג הראשון סמכות ההכרעה הסופית נתונה בידי המטפלים (או בידי אלה שמונו על-ידי המדינה. בהקשר שלנו - ועדות האתיקה), הרי שבסוג השני סמכות ההכרעה הסופית נתונה בידי המטופל הכשיר לקבל החלטות. סוג הפטרנליזם (הקשה או הרך) המופעל על מטופלים קובע את מידת הצורך להצדיקו. בעוד שהפטרנליזם מהסוג הרך כמעט ואינו מצריך הצדקה (שהרי סמכות ההכרעה נשארת בידי המטופל), לא כך לגבי הפטרנליזם מהסוג הקשה, המופנה כלפי אדם בגיר וכשיר לקבל החלטות. זאת משום שלכאורה, יש בו משום הפרה של האוטונומיה שלו. למצער במדינות מתוקנות, אוטונומיית האדם באשר הוא אדם נחשבת לזכות שוות ערך לשאר זכויותיו הבסיסיות ואין לכאורה סיבה לפגוע בזכות זו רק משום שמדובר באדם חולה. מכאן שכדי לפגוע בזכות זו (בהפרתה באמצעות פעולה פטרנליסטית מהסוג הקשה) ניכר הצורך להביא לכך נימוקים כבדי משקל, המסוגלים לשמש הצדקה לפגיעה זו. כאמור, אני רואה בסעיפים 13(ד) ו-15(2) לחוק זכויות החולה ביטוי לפטרנליזם חוקי מהסוג הקשה<sup>52</sup> (שהרי על-פיהם סמכות ההכרעה ניטלת מהחולה ומועברת לוועדת אתיקה). השאלה היא האם מבחינה מוסרית, אפשר להצדיק סעיפים אלו? בניסיון להשיב על שאלה זו עוסקים הסעיפים הבאים.

### ז. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, ושאלת היכולת להצדיקו

סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה קובע כי על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסוים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת האתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל. למעשה עד לחקיקתו של חוק זכויות החולה, תהליך השיקול וההכרעה בכל הקשור לאפשרות של הסתרת מידע מהחולה היה נתון באורח בלעדי בידי הרופאים. באמצעות סעיף זה ביקש המחוקק ליטול סמכות בלעדית זו מידי הרופאים ולהעבירה לוועדת האתיקה. ברם, למרות הצהרת המחוקק בדבר כוונתו להתנער מהפטרנליזם הרפואי אשר

52 סעיפים אלו אינם הסעיפים היחידים המבטאים, להבנתו, עמדה פטרנליסטית מהסוג הקשה (כך, למשל, גם סעיף 18 (ג-ה)). אולם מפאת קוצר היריעה אני דנה רק בהם במאמר זה. יחד עם זאת, כוחן של הטענות המועלות בהקשרם יפה גם לכל סעיף בחוק המבטא פטרנליזם מסוג זה.

אפיין את מתן שירותי הבריאות בטרם חקיקתו של חוק זכויות החולה, הוחלף זה האחרון בפטרנליזם חוקי, או כפי שאפשר לכוונתו "פטרנליזם רפואי בגיבוי החוק או בחסותו". פטרנליזם זה מתבטא לא בקביעת הרופא (על פי הבנתו ו/או מערכת ערכיו) מה טוב למטופל בנוגע לקבלת מידע רפואי על מצבו, כי אם בסמכות שהחוק העניק לוועדות האתיקה לקבוע, על פי קריטריונים רפואיים בלבד, את מידת סכנתו וחומרתו של הנוק הצפוי לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע על אודות מצבו, כמו גם את הכדאיות של לקיחת סיכון זה.<sup>53</sup> בכך נראה, כי חוק זכויות החולה, בין השאר באמצעות סעיף זה, הניח את היסודות להנצחת הפטרנליזם הרפואי, הפעם בגיבוי החוק - אותו חוק, שכאמור, ביקש להתנער ממנו. אך מעבר להיעדר העקיבות המתגלה כאן בין סעיף זה ובין הרוח וההצהרה של החוק עצמו, שוב עולה בחריפותה שאלת היכולת להצדיק מוסרית את התערבות המדינה, באמצעות ועדות האתיקה, בחייו הפרטיים של האדם. התערבות זו מתבטאת בשני תחומים: האחד - קביעת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנוק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע רפואי על אודות מצבו, אשר מצדיקה הסתרת מידע ממנו; השני - קביעת המדינה (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנוק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל אם ייחשף למידע על אודות מצבו, המצדיקה את קבלת הסכמתו שלא מדעת לטיפול רפואי.

לגבי התחום הראשון עולה שאלת היכולת לקבוע את מידת הנוק הבריאותי המצדיקה הסתרת מידע ממטופל. בסעיף 13(ד) המחוקק מדבר על נזק חמור, אך מהו הנוק החמור ועל פי מה הוא נמדד? להבדיל מיכולת החיזוי של חומרת הנוק הבריאותי העלול להיגרם ממחלה מסוימת או מהיעדר טיפול רפואי (שגם היא מוגבלת), יכולת החיזוי של חומרת הנוק הבריאותי העלול להיגרם ממוסרת מידע מוטלת בספק, אם היא בכלל קיימת. מכאן, שאין אנו דנים כאן רק בשאלת תוקפה המוסרי של התערבות המדינה בענייניו של הפרט,<sup>54</sup> כי אם גם בשאלת

53 אמנם, יכולים לטעון כי להבדיל מהפטרנליזם הרפואי שאפיין את התנהגות הרופאים בהקשר של מסירת המידע לחולים לפני חקיקת חוק זכויות החולה, ועדות האתיקה שקמו בעקבותיו כוללות חברים אשר אינם נמנים עם הצוות הרפואי ועל כן מסוגלים הם להציג נימוקים החורגים מאלה הרפואיים הטהורים. ברם, בשל קביעת חוק זכויות החולה את השיקולים האמורים להנחות את ועדות האתיקה, ובהקשר הנידון כאן - את השיקולים הרפואיים הטהורים האמורים להצדיק (מבחינה משפטית) הסתרת מידע מהחולה, הרי שכל חברי הוועדה (רופאים ואחרים) כפופים להוראות החוק ולשיקולים האמורים להנחות את החלטותיהם.

54 שעליה אני מרחיבה את הדיון בהמשך בהקשר של התערבות המדינה באמצעות כפיית טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות. כוחן של הטענות שאני מעלה בהקשר זה יפה גם להתערבות המדינה בהקשר של סעיף 13(ד).

יכולת הניבוי או החיזוי שלה בהקשר הנידון.<sup>55</sup> יתרה מכך: הנוק הבריאותי האפשרי הכרוך בקבלת בשורה רעה חייב להישקל לעומת נזקים אפשריים נוספים שהחוק, באמצעות סעיף 13(ד), אינו מונה אותם. כוונתי לנזקים האפשריים הבאים: היעדר יכולתו של המטופל לתכנן את המשך חייו (או שארית חייו) בהתאם למצבו הבריאותי, שאינו ידוע לו, בשל החלטת ועדת האתיקה להסתיר ממנו מידע זה; אובדן האמון של המטופל במטפלו על השלכותיו השליליות.<sup>56</sup> בעידן שבו מידע רפואי נגיש כמעט לכל דורש, אפילו לחולה המאושפז,<sup>57</sup> ובמציאות המוסדית שבה לעתים מידע רפואי דולף אל מעבר למעגל "שומר הסוד", החולה עלול להיחשף למידע לגבי מצבו הרפואי שלא באמצעות רופאו המטפל ולגלות שהאחרון הסתיר ממנו מידע;<sup>58</sup> ללקות בחרדה עצומה בנוגע למניע ההסתרה: "לו השאיר לי סוג המחלה שאני סובל ממנה מקום לתקווה", עשוי החולה לחשוב, "הרי שלרופא לא הייתה סיבה להסתיר ממני מידע". בנסיבות אלו עלול החולה לתפוס את הסתרת האמת ממנו כביטוי לחומרת מחלתו בצורה מוגזמת ולהסיק, כי אין יותר טעם לחייו ובעקבות כך לשים להם קץ; ולסיום, היעדר יכולת החולה לשוחח עם הצוות המטפל על מצבו הרפואי ועל השלכותיו, כדרך לפרוק את המתחים והחרדות הנובעים ממנו. שכן גם אם מוסתרות מהחולה הדיאגנוזה והפרוגנוזה שלו, הוא עדיין סובל מאותם סימפטומים שבגינם ביקש את מזורם של אנשי מקצועות הבריאות. כאשר סימפטומים אלו נשארים בלא הסבר או מלווים בהסבר שטחי, מתחמק או שקרי, נמנעת מהחולה היכולת להתמודד עם מצבו הנוכחי, כפי שנמנעת ממנו הזכות לליווי מקצועי, כן ותומך. הטעיית החולה או כזובו, לכשעצמם, גם למטרה נעלה ככל שתהייה, הם בגדר הפרה בוטה ביחסי רופא-חולה (האמורים להתבסס על אמון) ושל עקרונות האתיקה הרפואית האמורים להנחות יחסים אלה.

55 מבחינה עקרונית, שתי שאלות אלו שייכות לתחומים נפרדים: הראשונה שייכת לדיון הערכי, בעוד שהשנייה שייכת לדיון האפיסטמי, אולם בהקשר הנידון כאן מדובר בהבחנה בלבד (ולא בהפרדה) בשל התלות ההדדית ביניהם. אם לא נוכל להראות, בעקבות קשיים אפיסטמיים, כי המטרה שבשמה אנו מתערבים בחייו של הפרט (עשיית הטוב) הינה בת-השגה, הרי שלא נוכל להצדיק מוסרית התערבות זו. לחלופין, יהיה אפשר להצדיק מבחינה מוסרית (לפחות כתנאי סף, גם אם לא תנאי מספיק) התערבות בחייו של הפרט, בהיעדר קושי אפיסטמי להשיג את המטרה שבשמה ננקטת התערבות זו.

56 למשל: מהיעדר רצון המטופל לשתף פעולה עם הטיפול המוצא; אובדן מוחלט של אמונו בממסד הרפואי; סירובו לכל טיפול רפואי (ובכלל זה טיפול מציל חיים) וכלה ב"הדבקת" חולים (אקטואליים ופוטנציאליים) בחוסר אמון זה.

57 באמצעות אתרי האינטרנט של מרכזי המידע העומדים לרשות החולים בבתי-החולים, למשל.

58 החולה עשוי גם לגלות את האמת שהוסתרה ממנו הן על-ידי התנהגות בלתי-מילולית של הצוות המטפל (כגון לחשושים סביבו, מבטים מלאי רחמים, התחמקות על-ידי עקיפת חדרו וכדומה) הן באמצעות עצם הטיפול שהוא מקבל (למשל: טיפול כימותרפי).

מהמצבים האפשריים המתוארים כאן עולה, כי כלליותו של סעיף 13(ד), מצד אחד, והגבלתו לשיקולים רפואיים בלבד, מצד אחר, אינם מאפשרים לחברי ועדות האתיקה להביא בחשבון את כל הנזקים הרפואיים והלא-רפואיים העלולים להיגרם לחולה מעצם הסתרת המידע על אודות מצבו. יוצא אפוא, כי הסתרת מידע מהחולה, כפעולה פטרנליסטית האמורה להיטיב עמו, עלולה בסופו של דבר לגרום לו נזק גדול יותר מאשר זה הכרוך בחשיפתו. במצב כזה, המטרה שבשמה ננקטה פעולה פטרנליסטית (לא רק מניעת נזק, כי אם גם הטבה), כמבחן סף לצידוקה, איננה יכולה לבוא לידי ביטוי.

התחום השני שבו מתערבת המדינה בחיי הפרט, בהקשר של סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה, הוא, כאמור, התחום שבו היא קובעת (באמצעות ועדות האתיקה) את מידת הנזק לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל הכרוכה בחשיפתו למידע על אודות מצבו - מידה המצדיקה קבלת הסכמה שלא מדעת לטיפול רפואי. לפני שאדון בשאלת תוקפה המוסרי של התערבות זו, חשוב להסביר כיצד סעיף 13(ד) מבטא את התערבותה של המדינה בדרך זו. סעיף 13 לחוק זכויות החולה בכללותו עוסק בנושא של מתן הסכמה מדעת של החולה לטיפול רפואי. בהפעלתו של סעיף 13(ד), המתיר הסתרת מידע מהחולה באישורה של ועדת האתיקה, אנו נחשפים למצב שבו החולה יתבקש לתת את הסכמתו שלא מדעת לטיפול רפואי; שכן סעיף זה אינו מורה על ויתור על קבלת הסכמה של המטופל לטיפול רפואי ועל כן אין להסיק מההיתר להסתרת המידע את ההיתר למתן טיפול רפואי בלא הסכמתו. מנגד, סעיף זה מאפשר הסתרת מידע שיש בו כדי להשפיע על החלטת החולה לתת את הסכמתו לטיפול הרפואי המוצע אם לאו. מכאן שלא נותר לנו אלא להסיק כי המחוקק, באמצעות סעיף 13(ד), אִפשר לקבל את הסכמתו שלא מדעתו של החולה לטיפול רפואי. ברם, נשאלת שאלת תוקפה המוסרי של ההסכמה, שהיא תוצר של מידע רפואי חלקי או חסר (תלוי מה ועדת האתיקה החליטה לאשר בהסתרת המידע). על הסכמה מסוג זה אפשר לומר, שהיא איננה משקפת את אוטונומיית החולה משום שאין בכוחה לשקף את שקילתם של כל הנתונים (עובדות וערכים) הרלבנטיים לאותה החלטה. הסכמה כזו לא רק שמרוקנת מתוכנה את מושג ה"הסכמה"<sup>59</sup>, אלא שלהבנתה, היא איננה תקפה, לכל הפחות מבחינה מוסרית.

לסיכום הדיון על תוכנו של סעיף 13(ד) רצוני לומר, כי מבחינה נורמטיבית-לוגית, אופיו הפטרנליסטי אינו יכול להתיישב לא עם הצהרת המחוקק בדבר

59 אני מרחיבה בנושא זה בסעיף ח' להלן בהקשר של הדיון על התערבות המדינה באמצעות כפיית טיפול רפואי (סעיף 15 (2)) לחוק זכויות החולה.

רצונו להתנער מפטרנליזם זה ולא עם עקרונות היסוד הטבועים בדוקטרינת ה"הסכמה מדעת", באתיקה הרפואית ובאלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992). מבחינה נורמטיבית-מוסרית נראה, כי קשה להגן על שלילת חירותו של מטופל (על-ידי הסתרת מידע ממנו, הפוגמת ביכולתו לקבל החלטות מדעת), בדרך ובתנאים שמורה סעיף זה, בשם עקרון אי-ההיזק הבריאותי. לא זו בלבד שקשה לאמוד, אם בכלל, את הנזק הבריאותי החמור העלול להיגרם עקב חשיפה למידע רפואי ולא זו בלבד שהוא לבטח איננו הנזק האפשרי היחיד שיש להביא בחשבון בעת שקילת הסתרת המידע מהמטופל - אלא עולה שאלת תוקפה המוסרי של התערבות המדינה בחייו של הפרט, באמצעות הסתרת מידע על אודות מצבו בשם עקרון אי-ההיזק: נראה, כי מדינה אשר עיגנה בחוקיה<sup>60</sup> ובהתנהלותה את זכות האדם לאוטונומיה, גם כאשר ידוע בוודאות כי החלטותיו גורמות לו נזק חמור כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות, איננה יכולה למצוא בטעם הנזק החמור העלול להיגרם לו (מעצם חשיפתו למידע על מצבו) טעם מספיק להפעלת עקרון החסות עליו. מכיוון שחוק זכויות החולה מקנה לחולה המאושפז מעמד של אדם הכשיר לקבל החלטות (שאלמלא כן הוא לא היה מעגן בתוכו את דוקטרינת ה"הסכמה מדעת") ומשום שהוא אף מתנה את הטיפול הרפואי בהסכמתו מדעת, הרי שהחולה המאושפז איננו שונה מכל אדם אחר מבחינת יכולתו וזכותו לקבל החלטות הנוגעות לו. בהפרה של זכות זו בשם עקרון ההטבה עוסק גם הסעיף הבא.

### ת. הפטרנליזם מהסוג הקשה המתבטא בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה ושאלת היכולת להצדיקו

כאמור, סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מתיר לוועדות האתיקה לאשר כפיית טיפול רפואי כנגד רצונו של המטופל:

בנסיבות שבהן נשקפת סכנה חמורה למטופל,<sup>61</sup> והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

60 חוק זכויות החולה עצמו וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

61 זכור, סכנה חמורה מוגדרת בחוק כ"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי (חוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996, פרק ב: פרשנות), להבדיל מ"מצב חירום רפואי" המוגדר בחוק כ"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף" (שם). הבחנה זו של המחוקק מלמדת אותנו, כי המושג "סכנה חמורה" אין עניינו מצב של סכנה מיידית.



- (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;  
 (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר בצורה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;  
 (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע.

תחילה אדון ברישא של הסעיף המתנה את שקילת מתן הטיפול הרפואי לחולה כנגד רצונו במצב של סכנה חמורה.<sup>62</sup> באשר לסכנת חיים, קיימת הסכמה רחבה כי מדע הרפואה מסוגל בדרך כלל לקבוע על פי מדדים אובייקטיביים אילו מצבים רפואיים מעמידים את האדם בסכנת חיים. באותה מידה של סבירות ועל סמך אותם קריטריונים הוא אף מסוגל להבחין בין סכנת חיים מיידית ובין סכנת חיים שאיננה מיידית. אולם בנוגע להגדרתה של נכות חמורה בלתי-הדירה מתעוררת בעיה: מה הופך נכות לנכות חמורה? באילו מדדים אפשר לאומדה? מהי דרגת החומרה שבגינה מוצדק לשקול מתן טיפול רפואי כנגד רצון המטופל? בעוד שהעוסקים ברפואה הגדירו וחילקו מצבי נכות על פי דרגת חומרתם, על בסיס קריטריונים רפואיים אובייקטיביים בלבד, מושג הנכות מכיל בתוכו מרכיבים סובייקטיביים שרק בעל הנכות, על נסיבות חייו, יכול לאומדם. כך, למשל, שיתוקן של אצבעות אחדות ביד עשוי להיתפס אצל פסנתרן כנכות חמורה, בעוד שלגבי האצן ייתכן שנכות מעין זו תהיה חסרת משמעות. כך, למשל, אובדן רחם עשוי להיתפס אצל אישה צעירה, החפצה להעמיד צאצאים, כאסון של ממש; ואילו אצל אישה אחרת בת גילה, המבקשת להיות נזירה, אובדן זה עשוי אף להיתפס כברכה. יוצא אפוא, שמושג הנכות הוא מושג המכונן על-ידי בעל הנכות עצמו, משום שהוא זה אשר חווה אותה, ודרגת חומרתה מושפעת בעיקר מהאופן שבו הוא תופס אותה, דהיינו: לא רק מהיבטה הרפואי, כי אם גם מכל ההיבטים המלווים את מהלך חייו. אלו כוללים, למשל, היבטים נפשיים, רגשיים, חברתיים, כלכליים, משפחתיים, תרבותיים ותעסוקתיים. במובן זה מושג הנכות ודרגת חומרתה אינם שונים ממושגי "ערך החיים", "איכות החיים" ו"משמעות החיים", שלגביהם דוד הד<sup>63</sup> קובע, כי הם מכוננים על-ידי הפרט עצמו לגבי חייו שלו, וערך החיים נקבע או נבנה על ידי הפרט לבדו ואינו יכול להתגלות כאמת אובייקטיבית. להבנת, מיכולתו הבלעדית של האדם הנכה לתת למושג הנכות את מלוא משמעותו ולהעריך את חומרתה נובעת סמכותו המוסרית לקבוע עם איזו נכות הוא מוכן להשלים, באיזו נכות הוא מוכן להסתכן אל מול הסכנות הכרוכות בסירובו

62 ראו הערה קודמת.

63 ד' הד **אתיקה ורפואה** 36 (1989).

לקבל טיפול רפואי ובאיזו נכות הוא מוכן להסתכן עקב קבלת טיפול רפואי.<sup>64</sup> בהקשר של סעיף 215(2), מיכולתו הבלעדית של החולה לקבוע את משמעותה של נכותו ואת דרגת חומרתה והסמכות המוסרית הנובעת ממנה, מתעורר הספק באשר לתוקפה המוסרי של הסמכות אשר ניתנה לוועדות האתיקה לכפות על חולה טיפול רפואי בשם מניעת נכות חמורה, שאין ביכולתן לאמוד את מלוא משמעותה. כפי שטוען, ובצדק, גי ליוקה (Guy Llorca<sup>65</sup>):

On a tendance à l'opposer (l'autonomie. Y.E) au "paternalisme" qui n'est pas un principe mais une attitude relationnelle qui, relevant du principe de bienfaisance, considère que le soignant est mieux placé que le soigné pour décider...Le soigné n'est pas mieux placé que le soignant ou la collectivité, il est le premier concerné, et s'il est correctement informé, il devient alors l'auteur central de la décision.<sup>66</sup>

אולם מהטענה כי בהיעדר היכולת לאמוד את משמעותה של הנכות ואת דרגת חומרתה נובע היעדר הסמכות המוסרית לכפות בשמה טיפול רפואי, אין להסיק בהכרח שמהיכולת לאמוד מצב רפואי נובעת הסמכות המוסרית לכפות בשמו טיפול רפואי. במילים אחרות: תוקפה המוסרי של כפיית טיפול רפואי כנגד רצון המטופל בשם הצלת חייו או בשם מניעת נכות חמורה בלתי-הדירה איננו ברור מאליו, גם כאשר העובדות והתחזיות ידועות; שכן אוטונומיית הפרט, כזכות מוכרת ומעוגנת בחוק, איננה מוגבלת (כל עוד מדובר באדם הכשיר לקבל החלטות) למצבים שבהם לא נשקפת לחייו או לבריאותו סכנה חמורה. כדי להפר זכות זו מבלי לחטוא מוסרית יש צורך להראות שהפרה זו היתה מוצדקת. השאלה היא, האם שלושת תנאי הכפייה המתוארים בתת-הסעיפים של סעיף 215(2) יש בהם משום הצדקה מוסרית מעין זו?

64 שהרי לא רק בגלל הסיכור לקבלת טיפול רפואי עלולה להיגרם נכות חמורה, כי אם גם עקב הטיפול עצמו. כך, למשל, הסיכון הכרוך בניתוח הנובע מסיבוכי ההרדמה, מדימום ומזיהום.

65 "יש לנו נטייה להנגיד אותה [האוטונומיה. י.א.] ליפטרנליזם, שאיננו עיקרון כי אם עמדה חברתית אשר מקורה בעיקרון ההטבה, הרואה במטפל את האדם המוצב במקום הנכון יותר מאשר המטופל, כדי להחליט... המטופל איננו מוצב במקום הנכון יותר מאשר המטפל או הקהילה.... הוא בעל העניין הראשון ואם הוא מיוזע באופן ראוי, כי אז הוא הופך לשחקן המרכזי של ההחלטה" (G. LLORCA, DU RAISONNEMENT MEDICAL A LA DECISION PARTAGEE: INTRODUCTION A L'ETHIQUE EN MEDECINE 99 (2003)).

66 שם (ההדגשה שלי - י"א).

### ח.1. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי

התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי קובע, כי על ועדת האתיקה לוודא ש"נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת".<sup>67</sup> נראה, כי ההיגיון המעוגן בתנאי זה הוא דרישתו של המחוקק מהרופא המטפל למסור למטופל את כל המידע הדרוש לו כדי שיוכל לתת את הסכמתו מדעת לטיפול המוצע. במילים אחרות: המסר של המחוקק לרופא הוא "אל תפנה לוועדת האתיקה בטרם טרחת לעשות את המוטל עליך על-פי סעיף 13 לחוק זכויות החולה". נוסף על כך בתנאי זה נחשף הבסיס לטענה שסעיף 15 (2) לחוק זכויות החולה עניינו החולה הבגיר והכשיר לקבל החלטות.<sup>68</sup> טענה זו נתמכת על-ידי שני נימוקים: האחד - המחוקק כבר נתן את דעתו לסוגיית המטופל שאינו כשיר לקבל החלטות באמצעות סעיפים 15 (1) ו-15 (3) לחוק זכויות החולה; השני - לו נדרש סעיף 15 (2) למטופל שאינו כשיר לקבל החלטות, הרי שלא היה זה הגיוני לדרוש מהרופא המטפל למסור לו את המידע הדרוש לו כדי לגבש לעצמו הסכמה מדעת. דרישה זו היתה חסרת טעם, ואף תמוהה לו כוונה כלפי מי שאינו מסוגל, מחמת מצבו הגופני או הנפשי, להבין, להפנים ולעבד מידע כדי לבוא לידי החלטה מדעת. יתר על כן: כדי שהסכמה מדעת תהיה בת-תוקף (מבחינה מוסרית ומשפטית כאחד), עליה להינתן על-ידי מי שכשיר לתתה. מכאן, שמושג ההסכמה טומן בחובו את היכולת והכשירות לתת הסכמה. התנאי הראשון לכפיית טיפול רפואי מלמדנו אפוא בעיקר על מעמדו של מושא הכפייה - בגיר וכשיר לקבל החלטות - אך אינו מצדיק את הכפייה עצמה. הוא למעשה מעמיק את הצורך להצדיק מבחינה מוסרית כפייה זו ואף מקשה על הצדקה זו, שכן הוא מבטא את מימוש עקרון החסות באמצעות פטרנליזם מהסוג הקשה,<sup>69</sup> באמצעות פגיעה באוטונומיית הפרט המסוגל לנהל

67 תת-סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

68 טענתי זו מתבססת בין השאר על עיון בפרוטוקול הדיון של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת (אשר עסקה בניסוח חוק זכויות החולה). במעמד דיון זה נטען כי יש להוסיף על המשפט "החולה מתנגד לטיפול רפואי" את המשפט "והוא מבין את מצבו". בקשה זו נדחתה בטענה כי ברור לכול כי הדרישה לוודא מסירת מידע רפואי לקבלת הסכמה מדעת מגלמת בתוכה את ההנחה שהחולה מסרב מתוך הבנה (דברי הכנסת 1996-1990. פרוטוקולי הדיונים בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת לקראת חקיקת חוק זכויות החולה, 19.12.1995). מלבד זאת, טענתי נתמכת על-ידי השופט אמנון כרמי (א' כרמי "הסכמה לטיפול רפואי" **רפואה ומשפט** 16, עמ' 25 [1997]; מיכאל גרוס, M. Gross, *Treating Competent patients by Force: The Limits and Lessons of Israel's Patient's S.M.* 31 JOURNAL OF MEDICAL ETHICS 29-34 (2005); שמעון גליק, Glick, *The Morality of Coercion* 26 JOURNAL OF MEDICAL ETHICS 393-395 (2000).

69 מעניין לציין שהן בהקשר של סעיף 13 הן בהקשר של סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מדובר במידע הנדרש למטופל לתת **הסכמה** מדעת ולא **החלטה** מדעת. בעוד שממושג ה"הסכמה" אפשר לחלץ במשתמע ובדיעבד את הזכות לסרב לטיפול רפואי, השימוש

את חייו בלא התערבות חיצונית, ובכלל זה לקבל החלטות הנוגעות לטיפול בו עצמו. פגיעה זו נובעת ממסקנת המחוקק (בהקשר לסעיף 15 (2)), כי על עקרון האוטונומיה לסגת מפני עקרון ההטבה - דבר המוביל אל התנאי השני לגבי כפיית הטיפול הרפואי.

## ח.2. התנאי השני לכפיית טיפול רפואי

התנאי השני לכפיית טיפול רפואי<sup>70</sup> הוא הצפי, שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל. נראה, כי באמצעות תת-סעיף זה ביקש המחוקק להשיג שתי מטרות: האחת - קביעת סף התמורה שבשמה אפשר לכפות טיפול רפואי (כמבטא לכאורה את עקרון ההטבה); והשנייה - הנחת הבסיס למילוי התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי (קיומו של היסוד הסביר להניח, שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע). באשר למטרה הראשונה נראה, כי המחוקק הכיר בהשלכות הקשות הכרוכות בכפיית טיפול רפואי הן עבור המטפלים (הנדרשים לבצע טיפול בניגוד לרצון החולה) הן עבור החולה (כאשר כופים עליו, אפילו בכוח, דבר שהוא מתנגד לו). על כן הוא התיר את כפיית הטיפול רק במקרים שבהם הוא הניח, כי טובת המטופל (הגנה על חייו ועל בריאותו כמבטאת לכאורה את עקרון ההטבה) גוברת על כיבוד רצונו. באשר למטרה השנייה נראה, כי המחוקק הניח כי די יהיה בשיפור רפואי ניכר כדי שהחולה יחזור בו מסירובו ועל כן ייתן את הסכמתו למפרע.

אולם עולות כאן שתי שאלות: באיזו מידה, אם בכלל, מסוגל מדע הרפואה לספק מראש תחזית על תוצאות הטיפול הרפואי המוצע? ובאיזו מידה, אם בכלל, נכונה הנחת המחוקק בדבר יכולתו של התנאי השני לספק בסיס בלעדי למילוי התנאי השלישי? השאלה הראשונה קשורה למגבלות של יכולת הניבוי של השיפור הרפואי הניכר הנובע ממתן טיפול רפואי; השנייה קשורה

במושג ה"החלטה" כולל, באופן פוזיטיבי, ברור, ובמידה שווה, את זכות ההסכמה כמו את זכות הסיורב. מתברר שהשימוש במושג "ההסכמה" במקום במושג "החלטה" איננו מקרי: באחד מניירות העמדה שהוגשו לקראת חקיקת חוק זכויות החולה, העיר רופא בכיר, העוסק באתיקה רפואית, כי בכתיבת המילה "סירוב" יש כדי לעודד סירובים לטיפול רפואי. על כן, הוא הציע להסתפק בזכות המטופל לתת את הסכמתו הרצונית והחופשית כתנאי לקבלת טיפול רפואי, מבלי להזכיר את המילה "סירוב". הצעה זו התקבלה כפי שנראה ללא עוררין, שהרי מושג ה"סירוב" נעדר לחלוטין מחוק זכויות החולה. הערתי זו באה לחזק את הרושם שלא רק בהקשר של הסעיפים הנידונים כאן ניכר הלך רוח פטרנליסטי, כי אם לאורך החוק כולו. אין בדברים אלו כדי לומר כי כל הלך רוח פטרנליסטי פסול במהותו, אך יש בהם כדי לומר כי הלך רוח מעין זה דורש הצדקה.

70 תת-סעיף 15 (ב2) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

לבעייתיות בלעדיותו של שיפור רפואי זה כתנאי מספיק לגרום לחולה לחזור בו מסירובו לטיפול. באשר לראשונה נראה, כי לכאורה התבסס המחקק על ההנחה שבעידן הרפואה המודרנית אפשר לנבא ברמה גבוהה מאוד של ודאות את תוצאותיו של הטיפול הרפואי ואת השיפור הניכר הנובע מהן. אולם, כפי שטוען עמוס שפירא,<sup>71</sup> למרות ההתקדמות העצומה המאפיינת את הרפואה המודרנית, רב עדיין הסתום והבלתי-נודע. מגזרים רחבים של הפרקטיקה הרפואית אפופים ספקות ותהיות, והידע המקצועי, האישי והקיבוצי, לוקה בחסר. מכאן, שהחלטות בעניינים רפואיים צריכות להתקבל לעתים מזומנות בתנאי אי-ודאות על-ידי רופאים החשופים למגבלות מקצועיות. אם כי דברים אלו נכתבו לפני שני עשורים, הרי שלמיטב ידיעתי, כוחם יפה גם היום.<sup>72</sup> בעובדות אלו יש כדי לערער על הנחת המחקק בדבר יכולת הניבוי של תוצאות הטיפול הרפואי והשיפור הניכר הנובע מהן. גם במצבים שבהם הניסיון שנצבר בפרקטיקה הרפואית מאפשר לנבא ברמה סבירה את תוצאותיו של טיפול רפואי מסוים, הרי שלעולם מדובר בסטטיסטיקות. אלו עוסקות במוצעים המושפעים מתוצאות קיצוניות (הצלחות מלאות מול כשלונות) ולכן אין הן יכולות לשמש מדד אמפירי לניבוי ודאי, ואף לא בהסתברות קרובה, עבור החולה הספציפי. מעבר לכך כל טיפול רפואי, ובמיוחד זה הדורש הסכמה מדעת, כרוך בסיכונים שיש בהם כדי להשפיע בין השאר על תוצאות הטיפול המוצע. נראה לי, כי גם כאשר מדובר באחוזים נמוכים של סיכון (הנקבעים אף הם על בסיס של הסתברויות סטטיסטיות, על מגבלותיהן), רק החולה הנידון (זה הבגיר והכשיר לקבל החלטות) יכול להעריך את הכדאיות של הסתכנות זו אל מול התועלת הצפויה של הטיפול, שגם היא, כאמור, איננה ודאית. דוגמאות רבות של מקרים רפואיים מעידות על מגבלות חיזוי התועלת הצפויה מהטיפול הרפואי. אזכיר שתיים מהן, הלוקחות ממקרים (שהזכרתי קודם לכן) אשר נידונו בוועדות אתיקה חקוקות בבתי חולים בישראל.

71 ע' שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי" **עיוני משפט יד** (2) 271 (1989).

72 הרופאים עצמם מכירים במציאות זו. כך, למשל, טוענת פרופ' מ"כ (רופאת נשים בכירה אשר כיהנה בוועדת אתיקה מוסדית):

"הרפואה איננה מדע מדויק והיא לא יכולה להציע תוצאה מראש. מדברים על סטטיסטיקות, והסטטיסטיקות הן מספרים... כאשר מנטרים הריון לקראת לידה ומתעורר חשד למצוקה עוברית, בשל שינויים בדופק, אנו מודים שבתשעים ושמנה אחוזים מהמקרים מדובר ב-False positive. אך לנו אין כלים טובים יותר לצפות מצוקה עוברית אמיתית. רופא נשים ימליץ בכל זאת על ניתוח קיסרי מתוך מחשבה להציל את בריאותו ואת חייו של העובר, הגם שידוע כי סיכויי התמותה מניתוח קיסרי הם פי שניים וחצי מאשר בלידה רגילה" (י' אדלשטיין ראיון עם פרופ' מ"כ מ-16.7.2003, נספח מס' 7 [2009]).

מקרה אחד<sup>73</sup> עסק באישה קשישה אשר סירבה לעבור ניתוח לכריתת רגליים. המקרה נידון בוועדת האתיקה בבית החולים בו אושפזה, לשקילת הפעלת סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה (לאמור, מתן אישור לכפיית הטיפול המוצע). במהלך הדיון בוועדה נתבקשו רופאים לחוות את דעתם המקצועית לגבי סיכויי האישה לשרוד את הניתוח, כמו גם לגבי סיכוייה להחלים ממנו. בעוד שרופא אחד טען שסיכויי התמותה מהניתוח נעים סביב ה-30%, רופא אחר טען שהוא מעריך את הסיכוי ב-50%. וביחס לסיכויי האישה להשתקם לאחר הניתוח ולהשיג שיפור רפואי משמעותי בעקבותיו, שני רופאים טענו שאין הם אופטימיים משום מצבה הירוד מאד של האישה עוד בטרם הניתוח, ושכל מקרה לא צפוי שיפור במצבה הקוגניטיבי, בעוד שרופא אחר טען כי הניתוח יביא לשיפור במצבה הגופני והקוגניטיבי.

מקרה שני<sup>74</sup> עסק באישה אשר סורבה לקבל לידיה את תיקה הרפואי לאחר אשפוז כפוי בבית חולים פסיכיאטרי. בטרם נידון מקרה זה בוועדת האתיקה של המוסד שבו אושפזה בעברה התקיימו דיונים בעניינה בבתי המשפט. באחד הדיונים הובהר, כי לא היו בידי הרופא (אשר סירב למסור לידי האישה את תיקה הרפואי) די נתונים כדי לקבוע שמסירת התיק תגרום לה נזק או סיכון כלשהו.<sup>75</sup> לעומת זאת, ומבלי שנוספו פרטים חדשים כלשהם בנוגע למצבה הנפשי של האישה, קבעה ועדת האתיקה, כי "הרי שדי בנתונים שבידנו כדי להצביע באופן חד-משמעי על כך שמסירת התיק לידי המבקשת עלולה להחריף את מצבה ולגרום לה לנסות שוב להתאבד..."<sup>76</sup>

מקרים אלו מדברים בעד עצמם לגבי המחלוקת השוררת בין הרופאים השונים בכל הקשור למלאכת החיזוי של תוצאות הטיפול והשלכותיה של מחלה, אפילו שייכים הם לאותה דיסיפלינה ומומחיות. נראה, כי די בדוגמאות אלו כדי לבסס את הטענה בדבר אי-הוודאות השוררת בתחום הפרקטיקה הרפואית, למצער בהקשר של יכולת החיזוי שלה. אך לא רק בהקשר זה שוררת אי-ודאות, כי אם גם בהקשר של האבחון והטיפול עצמם. המקרה הבא (שהזכרתי קודם לכן) מדגים באיזו מידה היעדר ודאות זה עשוי להיות גורלי הן מבחינת החולה הן מבחינתה של ועדת האתיקה הדנה בו.

73 שם, נספח מס' 10.

74 שם, נספח מס' 11.

75 שם, עיון בתיק רפואי: התדיינות בתי משפט מחוזיים.

76 שם, פרוטוקול הדיון.

יועצת משפטית של אחד מבתי החולים בארץ פנתה לבית המשפט לענייני משפחה כדי שזה יורה על קטיעת רגל של חולה בניגוד לרצונו. דובר בחולה שלדעת הרופאים, הזדקק לכריתת רגלו מחמת נמק ברקמות הרכות שמתחת לברך. החולה עצמו הביע התנגדות עקרונית ונמרצת לניתוח הכריתה. לפנייה לבית המשפט צורף מכתב של מנהל המחלקה אשר העיד על אמיתות האבחון, כמו גם על הצורך שבקטיעת הרגל. בית המשפט דחה את הבקשה והורה לכנס את ועדת האתיקה כדי שתכריע בעניין, על פי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. הזמן שחלף מאז הופנתה הבקשה לבית המשפט עד שוועדת האתיקה התכנסה הציל את החולה מניתוח מיותר (ומנע מוועדת האתיקה לכפות קטיעת רגל על סמך מידע, שהיה לא רק בלתי-ודאי, כי אם גם מוטעה) - בזמן ההמתנה להכרעה השתפר מצבו של החולה בעקבות טיפול אנטיביוטי שמרני שקיבל ואף בוצע בו, בהסכמתו, ניתוח של השתלת עור ברגל הפגועה.<sup>77</sup>

בשל מגבלות הפרקטיקה הרפואית לספק מידע ברמת וודאות גבוהה הן בתחום חיזוי התועלת של הטיפול הרפואי הן בתחום האבחנתי והטיפול נראה, כי מתערער עד מאוד הבסיס שעל-פיו הניח המחוקק את יכולת החיזוי או הניבוי של הפרקטיקה הרפואית, אשר היתה יכולה, בחלקה, להצדיק כפיית טיפול רפואי (בשם עקרון ההטבה). בנסיבות אלו עולה השאלה הבאה: האם נכון מוסרית להטיל על חברי ועדות אתיקה את סמכות ההכרעה בנוגע לכפיית טיפול רפואי על החולה? מכיוון שהיעדר הוודאות המתואר כאן מחייב מידת-מה של הימור נראה, כי סמכות ההכרעה נתונה קודם כול, אם לא באורח בלעדי, לחולה עצמו ומכאן, שעל שאלה זו יש להשיב בשלילה.<sup>78</sup>

77 אין במקרים אלו כדי להעיד על הכלל, כפי שאין בהם כדי לטעון כי כל פעולה פטרנליסטית פסולה מעיקרה. ברם, יש בהם כדי להראות, כי במצבים של חוסר וודאות ואף באפשרות ממשית של טעות (כפי שהודגם כאן) באשר ליכולת לחזות את התוצאות המיוחלות (הטבה במצבו של מושא הפטרנליזם) אי-אפשר לעמוד במבחן הסף של צידוק הפעולה הפטרנליסטית, שהוא ההטבה אשר היא מתיימרת להביא למושא הפטרנליזם. במצבים אלו נראה, כי ראוי לנקוט פטרנליזם מהסוג הרך כאשר סמכות ההכרעה נשארת בידי המטופל.

78 בעיית היעדר הוודאות בתחום הרפואה היא בעיה כללית שרופאים נדרשים להתמודד עמה. אולם, בהקשר שלנו כאן היא מקבלת משנה תוקף, שכן בשמם של חישובים סטטיסטיים אשר אינם מניבים תוצאות וודאיות מבקשים להפעיל את עקרון החסות במטרה להיטיב עם המטופל. אין חולקים על כך, שבידי הרופא לחשב את שיקולי ההסתברות ולספק נתונים סטטיסטיים לחולה ההדיוט, אולם, חישובים אלו הם דבר אחד וההחלטה כיצד לפעול לפיהם הוא דבר אחר. נראה, כי מדינה אשר עיגנה בחוקיה את זכות האדם לאוטונומיה, בין השאר בהקשר הנידון כאן, באמצעות עגינתה של דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" בחוק זכויות החולה, חזקה עליה כי היא מאמינה שהפרט לא רק יכול, אלא גם זכאי לשקול נתונים אלו ולהחליט לפיהם.

אעסוק עתה בשאלת יכולתו של השיפור הרפואי להיות תנאי מספיק לגרום לחולה לחזור מסירובו לקבל טיפול רפואי. ובאופן ספציפי יותר: בשאלה "באיזו מידה, אם בכלל, די בשיפור רפואי לבדו (כתנאי שני לכפיית טיפול רפואי), כדי שחולה יחזור מסירובו לקבל טיפול רפואי ובכך לנסות להצדיק את כפיית הטיפול?" אף על פי שהשיפור הרפואי הניכר (על בעיית החיזוי שלו, כפי שהוזכרה) הוא תנאי הכרחי לכפיית טיפול רפואי, משום שנתקשה להצדיק מבחינה מוסרית פגיעה באוטונומיית החולה בשם דבר שהוא פחות משיפור של ממש במצבו הרפואי, הרי שהוא איננו תנאי מספיק; שכן נסיבות חייו של האדם אינן מורכבות ומושפעות רק ממצבו הרפואי ועל כן אין הן יכולות להימדד רק במושגים רפואיים טהורים. על נסיבות אלו להימדד גם, אם לא בעיקר, במושגים של איכות חיים. מושגים אלו מכוננים על ידי הפרט עצמו, וכפועל יוצא הם לעולם סובייקטיביים ואינדיבידואליים. מכאן, שאם החולה מסרב לקבל טיפול רפואי מטעמים שאינם קשורים לתועלת הצפויה מהטיפול, או שתועלת השיפור הרפואי נתפסת בעיניו כפחותת ערך לעומת השלכות הטיפול הרפואי עליו, הרי שאי-אפשר להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו לקבל טיפול רפואי. ברם, לא כולם מסכימים עם טענתי ששיפור רפואי ניכר איננו תנאי מספיק כדי לכפות טיפול רפואי על חולה. ישנם הרואים, למשל, בהצלת חיים לכשעצמה שיפור רפואי ניכר המצדיקה לכפות על חולה קבלת טיפול רפואי.<sup>79</sup> לתפיסה זו של השיפור הרפואי הניכר שתי השלכות כבדות משקל הקשורות זו בזו. האחת - הצלת חיים או הארכתם תוכלנה תמיד לשמש סיבה לכפות על חולה טיפול רפואי ובלבד שנתמלאו שני תנאי הכפייה הנוספים. משמעות הדבר היא, כי כל אימת שיהיה בידי הרפואה להציל חיים, תישלל זכותו של החולה לסרב לקבל טיפול רפואי דווקא בסיטואציות שבהן הוא עשוי להידרש לשאלת משמעות חייו. בכך תישלל ממנו הזכות לסרב לחיות בנסיבות שבהן משמעות חייו נתפסת בעיניו כשלילית, ואולי כבלתי-נסבלת. השנייה - צמצום ניכר במשמעותה של דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" ואף התמוטטות הרעיון המעוגן בה, שכן אם מאמצים את המטרות העיקריות של דוקטרינה זו, כפי שהגדירן עמוס שפירא,<sup>80</sup> הרי שהיא טומנת בחובה בין השאר את הדרישה לקידום זכותו של היחיד להגדרה עצמית ולאוטונומיה; הגנה על סטטוס החולה כאדם במובן של יצור אנוש חושב ובעל שיפוט עצמאי כדי שבין השאר לא יהפוך לאובייקט שאפשר להשפיע עליו בכל הנוגע לשליטה בכוח הרצון וביכולת ההחלטה שלו; ומניעה

79 תפיסה זו נראית לי בעייתית גם משום שהיא למעשה מתעלמת מהשאלה, הנשאלת לעתים תכופות, באשר למצבים שבהם המשך החיים עשוי להיחשב כאפשרות פחות טובה בעיני החולה, מאשר הפסקתם.

80 ע'י שפירא, לעיל הי"ש 71, בעמ' 226 (1989).



או צמצום של אפשרות הכפייה עליו. להבנתי, תפיסת הצלת החיים כשיפור רפואי ניכר עבור מי שאינו מעוניין בהצלת חייו פוגעת בהשגת מטרות אלו וכפועל יוצא, פוגעת בזכויות החולה כאדם, המעוגנות והמבוטאות בדוקטרינת ה"הסכמה מדעת". בכך היא ממוטטת את הרעיון העומד מאחוריה, משום שהיא פוגעת ביכולת לספק מנגנון הגנה על זכותו של האדם על גופו, כחלק מהאוטונומיה שלו. אם פוגעים ביכולת השגתן של המטרות המבטיחות מנגנון זה, הרי שהוא מתרוקן מתוכנו.

לסיכום הדיון על התנאי השני לכפיית טיפול רפואי נראה, כי בשל מגבלות הפרקטיקה הרפואית במלאכת החיזוי, בלעדיותו של השיפור הרפואי כתנאי הכרחי אך לא מספיק לכפיית טיפול רפואי וצמצום דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" על השלכותיו השליליות, תת-סעיף זה אינו יכול לשעצמו לשמש צידוק לכפיית טיפול רפואי. יתרה מזאת: ועדת אתיקה אשר תגביל עצמה להוראות החוק - וכפועל יוצא, לבלעדיותו של השיפור הרפואי הניכר - עשויה לקבל החלטות הנושאות עמן פגם מוסרי.

### 3. התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי

אנסה עתה לבחון באיזו מידה התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי,<sup>81</sup> יכול לשמש לה צידוק מוסרי. תנאי זה קובע, שחייב להתקיים היסוד הסביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע. אדון תחילה בהיבט הפרגמטי של תנאי זה. לכאורה נראה, כי המחוקק הטיל על חברי ועדות האתיקה תפקיד "נבואי" שספק רב אם ביכולתם למלאו. כיצד חברי ועדות האתיקה, אשר אינם מכירים את המטופל הנידון, יכולים להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו ולמתן הסכמתו למפרע? כדי להשיב על שאלה פרגמטית זו אני מציעה לחלק את הסיבות לסירוב החולה לטיפול רפואי לשתי קבוצות: האחת כוללת את הסירובים שלגביהם קיים היסוד הסביר שחולים יחזרו מסירובם, ואילו הקבוצה השנייה כוללת את הסירובים שלגביהם לא קיים יסוד כזה. חלוקה זו מתבססת על ההבחנה שאני עושה בין סירובים הנובעים מתוך ערכים ובין סירובים שאינם כאלה. בהנחה שהאדם הבגיר מחזיק בדרך כלל במערכת ערכים קבועה ויציבה,<sup>82</sup> ובכלל זה האדם החולה,

81 תת-סעיף 2)15 (ג) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

82 אמנם יכולים לטעון, כי גם בני אדם בגירים עשויים לשנות את מערכת הערכים שלהם במהלך חייהם. טענה זו נכונה, וה"חזרה בתשובה" או ה"חזרה בשאלה" הן דוגמאות לכך, אולם בהקשר הנידון כאן נראה, כי חולה המסרב לעבור כריתת איבר משום שהוא רוצה להיקבר בשלמותו, למשל, או חולה המסרב לקבל תרומת דם משום שדתו אוסרת זאת, אין סיבה להניח שישנה את מערכת ערכיו רק משום שהטיפול הרפואי שנכפה עליו אכן היטיב את מצבו הרפואי.

הרי שאם יתברר כי סירוב החולה לטיפול רפואי נובע מתוך ערכים, לא יהיה זה סביר להניח כי לאחר מתן הטיפול החולה אכן יחזור בו מסירובו. לעומת זאת, אם יתברר כי סירוב החולה איננו סירוב הנובע מתוך ערכים, אלא מסיבות אשר אינן קשורות למערכת ערכיו, רצונותיו, העדפותיו, ואמונותיו, הרי שיהיה אפשר להניח את היסוד הסביר לחזרתו מסירובו ולמתן הסכמתו למפרע. כך, למשל, לגבי החולה שמקור סירובו לטיפול ב: חרדה עצומה המשבשת את שיקול דעתו ו/או בורות ו/או הבנה חלקית או חסרה של העובדות המוצגות בפניו. חלוקה זו איננה פותרת לחלוטין את הבעיה הכרוכה במלאכת הניבוי המוטלת על חברי ועדות האתיקה, אך להבנתו, היא לכל הפחות מקלה עליה. היא איננה פותרת לחלוטין את הבעיה משום שכפי שהעיר אחד המתדיינים בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת בעניין זה, "יכול להיות שאדם המתנגד לטיפול רפואי בגלל סיבות לא רציונליות ימשיך להיות לא רציונלי גם אחרי הטיפול, ואין סיבה להניח שהוא פתאום ישנה את האינטלקט שלו לאחר הטיפול".<sup>83</sup> אם כי השימוש במושגים "רציונל" ו"אינטלקט" נראה לי לא מוצלח משום שמשמע ממנו טון של גינוי (péjoratif<sup>84</sup>) כלפי החולה, הרי שהרעיון ברור ונראה לי נכון.

דרך נוספת להקל על בעיית מלאכת הניבוי היא לעקוב אחרי החולה לאחר כפיית הטיפול ולבחון באיזו מידה הנחת חברי ועדת האתיקה לגבי מתן הסכמה לאחר הטיפול היתה נכונה.<sup>85</sup> לפעולה זו שלוש מטרות עיקריות: רגשית, מוסרית וחינוכית. המטרה הרגשית נוגעת הן לחולה עצמו הן לחברי הוועדה. לגבי החולה שעליו נכפה טיפול בניגוד לרצונו נראה, כי בפניית חברי הוועדה אליו (או נציג מטעמה) לאחר הטיפול יש כדי להותיר אצלו את הרושם שהם מתעניינים במצבו, שהם מודעים ואמפטיים למצוקה שנקלע אליה בעקבות כפיית הטיפול וכי הם מבקשים לוודא שאין הוא נוטר להם טינה על כך. בכל אלה, להבנתו, יש כדי לשמש נחמה לחולה ואף להקל על התחושות הקשות העלולות ללוות את כפיית הטיפול. לגבי חברי הוועדה עצמם יש במעקב מסוג זה כדי להקנות להם תחושת הקלה אם יתברר להם, כי אכן צדקו בהנחתם שבסיום הטיפול יתן החולה את הסכמתו למפרע. בהיבט המוסרי נראה, כי מעקב זה לא רק רצוי, כי אם גם הכרחי, משום שחזקה על כל הדואג לחולה

83 ד' דינאי "פרוטוקול מדיוני ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מ-19.12.1995" **דברי הכנסת** (1990-1996).

84 בצרפתית.

85 כך נוהגת, למשל, ועדת האתיקה שבראשה עומד פרופ' דוד פרנקל. לדבריו, הוועדה שלו מקפידה לעקוב אחר תוצאות החלטותיה, והניסיון מלמד על החשיבות שבקיום מעקב זה ועל החשיבות שמייחסים המטופלים להמשך הקשר עם הוועדה (קבוצת דיון- צדק חברתי וחכיות בריאות **ועדות האתיקה לפי חוק זכויות החולה** [2001]).

ומבקש את טובתו (אפילו זו אשר הושגה על ידי שלילת חירותו) כי אכן יבקש להתעניין לשלומו לא רק בעקבות הטיפול הרפואי, כי אם גם בעקבות כפייתו. מן ההיבט החינוכי נראה, כי תחת אילוצי מלאכת הניבוי שהמחוקק הטיל על חברי ועדות האתיקה, אחת הדרכים הפשוטות לברר אם צדקו חברי הוועדה בהנחתם שהחולה יחזור בו מסירובו היא לבקש בעליל את הסכמתו למפרע. אם אכן כך ייעשה, הרי שהמקרה שלו יוכל לשמש דוגמה חינוכית לטיפול במקרים עתידיים דומים. לחלופין, אם יסרב החולה לתת את הסכמתו למפרע, יוכלו חברי הוועדה להיווכח בטעותם במלאכת הניבוי ולהפיק את הלקחים הדרושים לטיפול במקרים עתידיים דומים.

אך לא רק בעיה פרגמטית מעורר התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי, כי אם גם בעיות מוסריות. אחת מהן היא תוצר של הבעיה שתוארה זה עתה: המחוקק לא צייד, ולא דרש לצייד, את חברי ועדות האתיקה בכלים שיש בהם כדי להנחותם במילוי מלאכת הניבוי שהוא ייעד להם ונראה, כי די בעובדה זו כדי להצביע על פגם מוסרי; שכן רווחת ומבוססת הדעה, כי אין ראוי לאדם שיעסוק במה שלא הוכשר לו, בעיקר כאשר מדובר בפעילות המכוונת לזולת, כגון זו של התערבות בתחום הפרט, באמצעות פעולה פטרנליסטית מהסוג הקשה הפוגעת באוטונומיה שלו. זאת ועוד: הוא גם יצר מצב שבו חברי הוועדות יהמרו, בלא בסיס מוצק דיו, על אפשרות מתן הסכמתו של החולה למפרע.

לכאורה נראה, כי המחוקק ביקש, באמצעות ההסכמה למפרע או להפריך את הטענה בדבר הפגיעה באוטונומיית החולה בעת כפיית הטיפול הרפואי עליו או להצדיקה. ההנחה היא, שאם אפשר יהיה לבסס את היסוד הסביר להנחת הסכמתו של החולה למפרע, הרי יהיה זה משום הנחת אופיו הבלתי-יציב, הבלתי-עקיב והבלתי-משקף (את רצונו האותנטי של החולה) של סירובו הראשוני של החולה. לפי הנחה אחרונה זו יכולים לטעון לכאורה אחת מן השתיים: האחת - כפיית הטיפול לכשעצמה אין בה משום פגיעה באוטונומיית החולה אם סירובו איננו סירוב יציב, איננו עקיב ואינו משקף את רצונו האותנטי ועל כן הוא איננו סירוב אוטונומי. ההנחה המובלעת כאן היא, שאין לדבר על פגיעה באוטונומיית החולה בעת שזו חסרה ממילא. השנייה - אם בכל זאת כפיית הטיפול היא פגיעה באוטונומיית החולה, הרי שבחזרה מסירובו (באמצעות מתן הסכמתו למפרע) יש כדי להצדיק הפרה זו.

באשר לטענה הראשונה (שאין פגיעה באוטונומיית החולה) נראה, כי היא יכולה להיות נכונה רק בשני המצבים הבאים: האחד - אפשר לאשש את

הטענה בדבר היעדר אוטונומיית החולה בעת סירובו. אולם, אם אנו מקבלים את הטענה בדבר הקשר ההכרחי בין אוטונומיית המטופל לכשירותו לקבל החלטות, הרי שהיעדר כשירותו של החולה לקבל החלטות מונע ממנו להיות נידון בוועדת האתיקה על פי סעיף 15(2). סעיף זה עוסק רק בחולים הכשירים לקבל החלטות. המצב השני - הבנת מושג ה"אוטונומיה" במובן הקנטיאני. כפי שמציין זאת דוד הד,<sup>86</sup> המסורת הקנטיאנית מדברת על אוטונומיה בכפיפותו של האדם לעקרונות רציונליים ועל כן, לטענתו, קל להראות שהפעולה הבלתי-רציונלית אינה אוטונומית. ומכאן, שכפייה פטרנליסטית על הפרט להתנהג באופן רציונלי היא דווקא מימוש האוטונומיה שלו, כלומר: מתן ביטוי לרצונו האמיתי. יוצא אפוא שבהקשר הנוכחי, על פי הבנה זו של מושג ה"אוטונומיה", לא רק שכפיית טיפול רפואי כנגד סירוב בלתי רציונלי איננה פגיעה באוטונומיית החולה, אלא שהיא דווקא מגינה עליה. אך כפי שמזכיר לנו דוד הד, קיימת דרך אחרת להבין את מושג ה"אוטונומיה" - דרך המסורת הליברלית. על פי מסורת זו, כפי שהוא טוען, זכותו של האדם לפעול גם באופן שאינו רציונלי, וחירותו וחסינותו מפני התערבות של הזולת מוגבלת רק על-ידי האיסור של גרימת נזק לאחר ולא על ידי גרימת נזק לעצמו. על-פי גישה זו, בהקשר הנוכחי לא יימצא צידוק לכפיית טיפול רפואי כנגד סירובו של החולה, גם אם סירוב זה איננו רציונלי, כל עוד אין בו כדי לפגוע באחרים. נראה, כי בין שתי הגישות הללו יש צורך לאמץ את האחרונה בגלל שתי סיבות עיקריות: האחת נוגעת לבעייתיות של מבחן הרציונליות בהקשר הנידון; השנייה נוגעת לנושא העקיבות. באשר לסיבה הראשונה, כפי שמתברר במאמרו של אברהם רודניק<sup>87</sup> (Abraham Rudnick), הדן בדיכאון ובכשירותו של החולה לסרב לקבל טיפול פסיכיאטרי, מבחן הרציונליות איננו חזות הכול, אם בכלל, בכל הקשור לשאלת כשירותו של החולה לקבל החלטות. לטענתו, גם חולים הלוקים בדיכאון חמור, חשיבתם הרציונלית עשויה להיות שמורה ותקינה. מכאן, שאין להסתמך על מבחן הרציונליות בשאלת כשירותו של החולה לקבל החלטות. להבנתו, אם הדבר נכון בהקשר של חולי הנפש, הרי שהוא נכון לא פחות, ואולי אף יותר, בהקשר של החולים הלוקים במחלה גופנית. אך גם אם נניח, רק לצורך הדיון, שמבחן הרציונליות יכול היה לשמש מדד לאומדן אוטונומיית האדם החולה, הרי שאין זה ברור כי בידי בעל סמכות כלשהו (למשל: רופא, קבוצת רופאים או חברי ועדת אתיקה) המפתח לזיהוי ולהגדרתה של הרציונליות. הסכמה או סירוב לקבל טיפול רפואי יכולים להיות תוצר של החלטה ערכית, שהרציונל שלה עשוי

86 די הד, לעיל הי"ש 61, בעמ' 84 (1989).

87 Rudnick, *Depression and Competence to Refuse Psychiatric Treatment*, 28 J. MED. ETHICS 151-155 (2002).

להיות ברור רק למקבל ההחלטה עצמו. כזו היא, למשל, החלטה שמקורה באמונה דתית. בעל סמכות אשר אינו מחזיק באמונותיו הדתיות של מקבל ההחלטות, או כזה אשר אינו מפרש באותה דרך את ציווי דתו של מקבל ההחלטות, עשוי לראות בהחלטה הנידונה תוצר של חשיבה בלתי-רציונלית, לקבוע בעקבות זאת שמקבל ההחלטה איננו אוטונומי, וכפועל יוצא - לכפות עליו טיפול רפואי, בטענה שאין בכפייה זו משום פגיעה באוטונומיה שכן היא עוקפת רצון לא אוטונומי. גישה מעין זו עלולה למוטט באחת את הרעיון המעוגן בזכות לחופש הדת ו/או לחופש מדת - זכות המוצאת את ביטויה בחוקיהן של המדינות הדמוקרטיות, ובכללן מדינת ישראל. טענה זו מובילה אותנו אל הסיבה השנייה שבשלה עולה הצורך לאמץ את הפרשנות הליברלית למושג ה"אוטונומיה" - זו הקשורה לנושא העקיבות. כוונתי לעקיבות בכל הקשור להתערבות המדינה בחייו של הפרט. בדרך כלל מדינת ישראל איננה נוהגת - באמצעות חוקיה, מנהגיה והתנהלותה - להתערב בחייו של הפרט כל עוד אין בהתנהגות הפרט כדי לפגוע באחר. בהקשר הנידון כאן אם לא נוכל להראות כי הנסיבות של החולה המאושפז מצדיקות חריגה מהמקובל בכל שאר תחומי הפרט במדינה, הרי שיהיה מקום לדבר על היעדר עקיבות, שלצדו גם מוסרי. בשל הכרת המחוקק בכשירותו של החולה המאושפז לקבל החלטות (המעוגנת בסעיף 13 לחוק זכויות החולה) ומלבד פגיעותו של החולה המאושפז, המצריכה דווקא הגנה יתרה על זכותו לאוטונומיה, אינני רואה סיבה מוצדקת לנהוג כלפיו בדרך שונה מזו שנוהגת בה המדינה כלפי כל פרטיה, כלומר: הימנעות מהתערבות בחייהם על-ידי הפעלת עקרון החסות עליהם כל עוד אין בהחלטותיהם כדי לפגוע באחרים.

לסיכום הדיון על הטענה האומרת שכפיית טיפול רפואי לכשעצמה איננה הפרה של אוטונומיית החולה משום שחזרה מסירוב מעידה על אופיו הבלתי-אוטונומי, רצוני לומר, כי מכיוון ששני המצבים ההכרחיים לאמיתותה של טענה זו אינם מתקיימים (היעדר כשירות החולה ופרשנות קנטיאנית למושג האוטונומיה), הרי שיש לדחות טענה זו. דחייה כזו פירושה, שכפיית טיפול רפואי אכן יש בה משום פגיעה באוטונומיית החולה. מכאן עולה הצורך להידרש אל הטענה השנייה - היא הטענה האומרת שאם בכל זאת כפיית טיפול רפואי יש בה משום פגיעה באוטונומיית החולה, הרי שבחזרה מסירוב (באמצעות מתן הסכמה למפרע) יש כדי להצדיק פגיעה זו. זהו המקום לבחון באיזו מידה, אם בכלל, מתן הסכמה למפרע יכול להצדיק פעולה פטרנליסטית

(בהקשר הנידון כאן, כפיית טיפול רפואי). כדי להשיב על שאלה זו יש צורך תחילה לנסות לברר את מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של הסכמת האדם לפעולה פטרנליסטית, בכלל, ואת זה של ההסכמה הניתנת למפרע, בפרט.

### ט. מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה לפעולה פטרנליסטית וזה של ההסכמה הניתנת למפרע

ציפורה קז'צקוב<sup>88</sup> (Tziporah Kasachkoff) מציינת, שהאסטרטגיה הרווחת לצידוק הפעולה הפטרנליסטית היא הפנייה להסכמת היחיד לצעד זה הננקט כלפיו: הטיעון הוא, שההסכמה מפריכה את האופי הפטרנליסטי של הפעולה וכך גם את הצורך להצדיקה על ידי האפשרות להראות שהסובייקט (שכלפיו מופעלת הפעולה הפטרנליסטית) הפך להיות, מעצם הסכמתו, לשותף לפעולה הפטרנליסטית. בכך הוא איננו משהו שהאוטונומיה שלו הופרה על ידי אותה פעולה. במילים אחרות: ההסכמה היא ויתורו של הסובייקט לכאורה על זכותו לאי התערבות הזולת בחייו. מכאן, שההסכמה מערערת על הטענה בדבר הפגם המוסרי הכרוך בהתערבות פטרנליסטית.<sup>89</sup> אולם, וכפי שמרחיבה המחברת, נכונותו של טיעון זה תלויה בקיומם של כמה תנאים: (א) ההסכמה ניתנת קודם לפעולה הפטרנליסטית; (ב) מושא הפטרנליזם כשיר מבחינה קוגניטיבית ורגשית להבין למה הוא מסכים והוא מסוגל להעריך את משמעותה של הסכמתו; (ג) הסכמתו היא הסכמה מדעת והיא חופשית במובן זה, שהיא איננה תוצר של כפייה או לחצים שיש בהם כדי לפגוע בחופש ההסכמה.<sup>90</sup> זאת, משום שהנחת היסוד המצויה בבסיסה של טענת צידוק הפעולה הפטרנליסטית על ידי הסכמה בטרם הפעולה היא, שמבצע הפעולה הפטרנליסטית עזר למושא הפטרנליזם לממש ערכים, רצונות ו/או שאיפות שהוא מחזיק בהם. על כן הפעולה הפטרנליסטית לא רק שאיננה פוגעת באוטונומיית נותן ההסכמה, אלא אף מקדמת אותה. אם כך, להסכמה הניתנת קודם לפעולה הפטרנליסטית מעמד נורמטיבי-מוסרי במובן שיש בה משום צידוק לפעולה זו. ברם, ישנם הטוענים שגם להסכמה הניתנת למפרע - כלומר: לאחר ו/או בעקבות הפעולה הפטרנליסטית - מעמד מוסרי זהה. אנו מוצאים נימוקים לטענה זו במה שנהוג לכנות "תיאוריית התודה" ("Thank you theory"). התומכים בתיאוריה זו טוענים, כי פעולה פטרנליסטית יכולה למצוא את צידוקה בכל סוג של הסכמה, ובכללן זו הרטרואקטיבית, כלומר: זו הניתנת לאחר הפעולה הפטרנליסטית או בעקבותיה. הטיעון הוא, שגם ההסכמה לאחר הפעולה או בעקבותיה

T. Kasachkoff, *Paternalism: Does Gratitude make it Okay?* 20(1) SOC. THEORY 88  
PRACT. 1-23 (1994).

89 שם, עמ' 5.

90 שם.

מפריכה את הטענה שלפיה הפעולה הפטרנליסטית נושאת פגם מוסרי משום שהיא מפרה את אוטונומיית הפרט: כאשר סובייקט מסכים (למפרע) או מביע הוקרת תודה על הפעולה הפטרנליסטית שננקטה כלפיו, להסכמתו למפרע או להוקרת התודה מעמד מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש במובן שיש בה צידוק לפעולה הפטרנליסטית, משום שהיא מוכיחה כי זכויותיו של הפרט לא הופרו. נראה, כי גישה זו הנחתה את המחוקק הישראלי באשר לדרישת קיומו של התנאי השלישי לכפיית טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות. כמו כן יש להניח, כי הוא סבר שקיומו של תנאי זה ינבע רובו ככולו<sup>91</sup> מקיומו של התנאי השני - השיפור הרפואי הניכר הצפוי מהטיפול.<sup>92</sup>

אם כפי שהתומכים בתיאורית התודה טוענים, כי להסכמה למפרע מעמד מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש, הרי שההסכמה הניתנת למפרע, כמו זו הניתנת מראש, עושה אחת מהשתיים: או שהיא מפריכה את הטענה בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית פוגעת באוטונומיה ולכן היא הופכת את הצורך להצדיקה למיותר; או שהיא מראה על ויתור מצד הסובייקט על זכותו לכאורה לאי-התערבות בחייו (בהקשר של מתן הסכמה למפרע או חזרה מסירוב קודם, מדובר בויתור רטרואקטיבי) ועל כן היא מערערת על ההנחה המוקדמת בדבר היותה של הפעולה הפטרנליסטית מעשה מוטעה. בהקשר הנידון כאן נראה, כי המחוקק סבר שמתן הסכמתו של החולה למפרע לטיפול שנכפה עליו הוא זה המקנה לסעיף 15(2) את תוקפו המוסרי; שכן מהטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה בטרם הפעולה ושל ההסכמה למפרע נובעות אחת מהשתיים: או שבמתן ההסכמה למפרע יש כדי לבטל את הטענה בדבר הפרת האוטונומיה באמצעות כפיית טיפול רפואי, או שמתן ההסכמה למפרע היא עדות לכך שהחולה ויתר באופן רטרואקטיבי על זכותו לאי-התערבות בחייו.

אני מסתייגת מהקביעה באשר למעמדן המוסרי השווה של שני סוגי ההסכמות (זו הניתנת טרם הפעולה וזו הניתנת לאחריה), כמו גם משתי ההנחות הנובעות ממנה. באשר להסתייגותי מהקביעה המקנה מעמד מוסרי שווה לשני סוגי ההסכמה, יש צורך תחילה להידרש למשמעותו של מושג ה"הסכמה". על פי

91 כפי שהשופט אמנון כרמי טוען, השוני היחיד הנראה לעין בין מצבו של המטופל הנידון על פי סעיף 15(2) לפני הטיפול ואחריו הוא דבר התועלת הצפויה לו בעקבות הטיפול (אי כרמי "הסכמה לטיפול רפואי" **רפואה ומשפט** 16, עמ' 25 [1997]).

92 כזכור, על נכונותה של הסברה הראשונה ערערתי מהטעם של היעדר קיומם של שני התנאים ההכרחיים לנכונותה (היעדר הכשירות ופרשנות קנטיאנית למושג האוטונומיה); ועל נכונותה של השנייה ערערתי מהטעם, שהשיפור הרפואי לבדו איננו תנאי מספיק לחזרתו של החולה מסירובו לקבל טיפול.

המילון הצרפתי **לארוס** (*Le Petit Larousse Illustré*, 2000), מושג "ההסכמה" פירושו *Action de consentir; accord; donner son consentement*. כלומר: הפעולה להסכים, הסכם, לתת הסכמה; והמושג "action de consentir" מוגדר כך: "accepter que quelque chose se fasse" כלומר: להסכים שדבר מה ייעשה. על פי הגדרה זו, אנו למדים כי פעולת ההסכמה מתבצעת בטרם המעשה ולא אחריו. יתר על כן: המושג "הסכם" (המוזכר בהגדרה של המילון הצרפתי כאחד הפירושים למושג "ההסכמה", ובעברית הוא שורש המילה "ההסכמה") עניינו מצב של התחברות פורמלית בין צדדים למען השגת מטרה **עכשווית** או **עתידיה** משותפת, שהשלכותיה הצפויות וההימור על אלה הבלתי-צפויות מקובלים עליהם. מכיוון שהמושג "ההסכמה" מגלם בתוכו את משמעותו של המושג "הסכם", הרי שגם לגביו אפשר לומר שהוא חל על האמור לעיל. למיטב הבנתי, רק כך ניתן להבין את מושג "ההסכמה", ולהוציא מצבים חריגים עליהם אני דנה בהמשך, רק מפרשנות זו אפשר לחלץ את המעמד הנורמטיבי-מוסרי המגולם בו. כלומר: ההסכמה ואי-ההסכמה המבוטאות מראש הן חלק ניכר מהמעמד הנורמטיבי-מוסרי של הפעולות המתבצעות במסגרת קשרי הגומלין בין בני אנוש. כפי שמיטיבה לתאר זאת ציפורה קז'צקוב (Tziporah Kasachkoff<sup>93</sup>), בלא הסכמה, השאלת חפץ תיחשב לגניבה, יחסי מין ייחשבו לאונס וניתוח רפואי ייחשב למעשה תקיפה.

בעקבות הפרכתה של הטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה הניתנת מראש ושל זו שניתנה למפרע יש לדחות את הטענה האומרת, שבמתן ההסכמה למפרע יש כדי לבטל את הטענה בדבר הפרת האוטונומיה באמצעות כפיית הטיפול הרפואי. כמו כן יש לדחות את הטענה, שלפיה מתן הסכמה למפרע היא עדות לכך שהחולה ויתר באופן רטרואקטיבי על זכותו שלא יתערבו בחייו. באשר לטענה הראשונה, הרי שההסכמה למפרע או הבעת תודה על פעולה פטרנליסטית שנעשתה אינן מבטלות בדרך כלשהי את הטענה, שהפעולה הפטרנליסטית נעשתה תוך פגיעה באוטונומיה של הפרט. בדרך כלל ההסכמה למפרע או הבעת תודה על פעולה פטרנליסטית שנעשתה נובעות משביעות הרצון של הסובייקט מתוצאותיה. מכאן, שלכל היותר היא מבטאת סליחה ומחילה על הפרת האוטונומיה; שכן אין בכוחן של התוצאות הטובות כדי לשנות את העובדה שהן הושגו באמצעות פגיעה בריבונותו של הפרט. קביעה אחרונה זו מחזקת את הטענה בדבר ההבדל המהותי שבין מעמדה הנורמטיבי-מוסרי של ההסכמה בטרם הפעולה ובין זה של ההסכמה למפרע; שכן בעוד שבכוחה של הראשונה לשנות את מעמדן הנורמטיבי-מוסרי של פעולות המתבצעות במסגרת

93 T. Kasachkoff, לעיל ה"ש 88, בעמ' 15.



קשרי הגומלין בין בני אנוש (גניבת חפץ להשאלה, אונס ליחסי מין מוסכמים ותקיפה למתן טיפול רפואי לגיטימי) משום שהיא הופכת את הסובייקט לשותף להן מרצון, לא כך לגבי האחרונה. כאמור, האחרונה מבטאת לכל היותר סליחה ומחילה על האופן שבו הושגו התוצאות אשר הפרט שמח בחלקן. מסיבה זו אי-אפשר, למשל, להפוך אונס ליחסי מין לגיטימיים רק משום שעקב אונס זה נוצר הריון אשר הנאנסת חפצה בו (נניח, כי בטרם האונס חשבה האישה שהיא עקרה והיא נואשה מנסיונותיה להרות).<sup>94</sup> לו קיבלנו את הטענה בדבר מעמדן המוסרי השווה של ההסכמה שניתנה בטרם הפעולה הפטרנליסטית לזו הניתנת למפרע, פירוש הדבר היה שהיינו מוכנים לקבל כי פטרנליזם, בכלל, וזה הרפואי, בפרט, המניב תוצאות טובות לשביעות רצונו של הסובייקט שעליו הופעלה הפעולה הפטרנליסטית - אינם מצריכים כל צידוק, שכן איננו מרגישים צורך להצדיק פעולה שנעשתה בהסכמה מראש. ברם, גישה מעין זו איננה יכולה להתיישב עם ההשקפה הרווחת (המעוגנת היטב בחוק יסוד: "כבוד האדם וחירותו"), שלפיה לאדם (ובכלל זה האדם החולה) עומדת הזכות לקביעה עצמית (self determination), וכנובע ממנה - חובת הזולת לכבד את החלטותיו. מכיוון שהזכות לקביעה עצמית איננה מסויגת בטיב התוצאות שהיא מניבה, הרי שתוצאות טובות יותר (מאלו שהיחיד מבקש להשיג), המושגות באמצעות פעולה פטרנליסטית, אינן יכולות להצדיק את הפרתה של זכות זו.<sup>95</sup> על פי היגיון זה, מכיוון שבהקשר של תת-סעיף 15(ג) לחוק זכויות החולה, הנחת מתן הסכמתו למפרע של המטופל לטיפול שנכפה עליו כנגד רצונו מתבססת, רובה ככולה, על התוצאות הטובות של הטיפול הרפואי, הרי שאין בתוצאות אלו כדי להצדיק את הפרת זכותו לאוטונומיה; שכן תוצאות אלו אינן מוסיפות ואינן גורעות מעצם העובדה שהאוטונומיה הופרה. אם אין בתוצאות הטובות של הטיפול הרפואי כדי לשנות את העובדה שהן הושגו בדרך של פגיעה באוטונומיית הפרט, הרי שתפיסת ההסכמה למפרע כשוות מעמד מוסרי להסכמה מראש מולידה בעיה נוספת, חמורה לא פחות, כפי שמתארת אותה ציפורה קז'צקוב (Tziporah Kasachkoff): מדוע שלדעתו החדשה של הסובייקט תהיה קדימות מוסרית על-פני דעתו המוקדמת? במילים אחרות: אם מסתמכים על שינוי דעתו של הסובייקט, מדוע שנתייחס לדעה החדשה שלו כבעלת משמעות מוסרית גדולה יותר מזו של דעתו הקודמת? ובהקשר של כפיית טיפול רפואי הנידון כאן, בהסתמך על שינוי דעתו של המטופל, המתבטא בחזרתו מסירובו הראשוני

94 שם.

95 מאותה סיבה, פעולה פטרנליסטית שנכפתה על הפרט והמניבה בסופו של דבר שינוי במערכת הערכים שלו, התואמים עכשיו את מטרותה של הפעולה, איננה משנה את העובדה שאותה פעולה היתה פגיעה באוטונומיה שלו בעת שנכפתה עליו (כאשר הוא החזיק בערכים אחרים), והיא גם איננה יכולה לשמש הצדקה להפרה זו.

96 שם, עמ' 20.

(כבסיס לצידוקה המוסרי של כפיית הטיפול), נשאלת שאלת מעמדה המוסרי של חזרת המטופל מהסכמתו הראשונית לטיפול והבעת סירובו למפרע. האם במצב זה הסירוב למפרע יהפוך את מתן הטיפול (הניתן בעקבות ההסכמה הראשונית) לעבירה מוסרית? נראה, כי בלא קביעת קריטריון להכרעה למתן תשובות לשאלות אלו בשל היעדר היכולת להציב גבול למספר שינויי הדעה של המטופל, היכולים לשנות את מעמדה המוסרי של הפעולה, וכן נוסף על שאר הנימוקים שהוצגו עד כה - יש לדחות את ההנחה בדבר יכולתה של ההסכמה הרטרואקטיבית לבטל את הטענה בדבר פגיעה באוטונומיה באמצעות טיפול רפואי שנכפה. מאותם טעמים יש לדחות את ההנחה השנייה האומרת, שהסכמה למפרע משמשת עדות לכך, שהחולה ויתר על זכותו לאי התערבות בחייו.

אולם קיימים מצבים חריגים, שבהם בכל זאת להסכמה למפרע יכול להיות מעמד נורמטיבי-מוסרי שווה לזה של ההסכמה מראש. כפועל יוצא, במצבים אלו יכולה ההסכמה למפרע לשמש צידוק לפעולה פטרנליסטית, כאשר הנחת היסוד היא שפעולה זו אין בה משום הפרה של אוטונומיית החולה. מצבים אלו אפשר לחלק לשתי קבוצות עיקריות: האחת - מצבים מסוימים של כפיית טיפול רפואי, והשנייה - מצבים מסוימים של מתן טיפול רפואי בלא הסכמת החולה. באשר לראשונים, כוונתי להסכמה למפרע שנותן החולה לטיפול שנכפה עליו למרות סירובו, ובלבד שסירוב זה לא היה סירוב הנובע מערכים. כזכור, סירובים מסוג זה יכולים לנבוע ממצבים של בורות, הבנה חלקית או חסרה של עובדות, חרדה המשבשת את שיקול הדעת וכדומה. מצבים אלו מייצרים סירובים אשר אינם מבטאים את רצונו האותנטי והחופשי של המטופל ועל כן אין הם נחשבים לסירובים אוטונומיים ועקיפתם איננה הפרה של אוטונומיית החולה. במצבים אלו להסכמה למפרע, ובלבד שהיא משקפת את רצונו האוטונומי של החולה, מעמד נורמטיבי-מוסרי שווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש (ובלבד שגם היא משקפת את רצונו האוטונומי של החולה). ככזו, יש בכוחה לשמש צידוק לכפיית הטיפול הרפואי. באשר לקבוצה השנייה - מצבים מסוימים של מתן טיפול רפואי בלא הסכמת החולה - הרי שהיא שונה מהקבוצה הקודמת בכך שאין מדובר בכפיית טיפול רפואי (משום שטרם מתן הטיפול הרפואי דעתו של החולה, ועל כן גם סירובו, לא באו לידי ביטוי). מצבים אלו יכולים לנבוע מהיעדר יכולתו של המטופל - מפאת מצבו הבריאותי, הפיסי או הנפשי, בזמן נתון - לתת את הסכמתו מדעת (למשל: חוסר הכרה, ערפול חושים ומצב חירום רפואי). מקרים אלו מטופלים באמצעות סעיפים 15(1) ו-15(3) לחוק זכויות החולה (ולא באמצעות סעיף 15(2)), ולגביהם דאג המחוקק לוודא, על ידי קיומן האפשרי של הוראות מוקדמות של המטופל, שמתן הטיפול הרפואי בלא הסכמתו לא יהיה בו

משום פגיעה באוטונומיה שלו.<sup>97</sup> במצבים אלו אפשר לומר, כי להסכמתו של המטופל למפרע מעמד נורמטיבי-מוסרי השווה לזה של ההסכמה הניתנת מראש, משום שהיא למעשה מחליפה את האחרונה שבנסיבות העניין לא יכלה להינתן. יוצא אפוא, כי במצבים שבהם סירוב החולה איננו אוטונומי, ורק בהם, נכונה הטענה כי כפיית הטיפול הרפואי איננה פגיעה באוטונומיית החולה. אי-הפרת אוטונומיית החולה, לכשעצמה, מייתרת את הצורך להצדיק את הפעולה הפטרנליסטית.

לסיכום ניתוחם של שלושת תנאי הכפייה לטיפול רפואי, כפי שהם מתבטאים בתת-הסעיפים של סעיף 215(2) לחוק זכויות החולה, רצוני לומר, כי אין בהם כדי להצדיק את הפטרנליזם מהסוג הקשה המבוטא בכפיית טיפול רפואי. לכאורה די בפגמים שעליהם הצבעתי כדי להסיק שגם סעיף זה (מלבד סעיף 13 ד') לוקה במוסריותו; שכן גם כאן אפשר לומר שמדינה אשר עיגנה בחוקיה (חוק זכויות החולה עצמו וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ובהתנהלותה את זכות האדם לאוטונומיה, גם כאשר ידוע בוודאות כי החלטותיו גורמות לו נזק חמור (כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות), איננה יכולה למצוא בטעם הנזק החמור העלול להיגרם לו מעצם סירובו לטיפול רפואי, טעם מספיק להפעלת עקרון החסות עליו. כפועל יוצא, ועדות אתיקה אשר תפעלנה על-פי סעיפים אלו עשויות לקבל החלטות הנושאות עמן פגם מוסרי - דבר המחבל במאמץ להשיג את המטרה שלשמן נוסדו ועדות האתיקה: שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במסגרת מתן שירותי הבריאות.

97 מעניין לציון שבהקשר של שני סעיפים אלו, העוסקים, כאמור, במתן טיפול רפואי לחולה, אשר מפאת מצבו איננו מסוגל לתת הסכמה מדעת (כלומר: בלתי-כשיר לקבל החלטות), המחוקק התיר מתן טיפול רפואי בתנאי שלא ידועה למטפל התנגדותם של המטופל, בא כוחו או אפוטרופסו, או אם אי-אפשר להשיג את הסכמתם של האחרונים (סעיף 15(1)); וכאשר מדובר במצב חירום רפואי ובהיעדר היכולת לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, הוא התיר טיפול רפואי בלא הסכמה מדעת, ובלבד ששלושה רופאים אישרוהו (סעיף 15(3)). נראה, כי באמצעות סעיפים אלו ביקש המחוקק לאזן בין עקרון כיבוד האוטונומיה של המטופל ובין עקרון ההטבה, כאשר אלה מתנגשים: כל עוד המטופל איננו שרוי בסכנת חיים מיידית או בסכנה מיידית לנכות חמורה בלתי-הדירה, הרי שעקרון האוטונומיה גובר על עקרון ההטבה. אולם במצב חירום רפואי, כאשר סכנת החיים וסכנת הנכות החמורה הבלתי-הדירה הן מיידיות, המחוקק בחר להעדיף את עקרון ההטבה על פני הניסיון לברר את רצונו של המטופל. נוצר אפוא מצב של היעדר עקיבות בלתי-מובן בין סעיף 15(1) ובין סעיף 15(2), שכן בראשון המחוקק בחר להעדיף את אוטונומיית המטופל הבלתי-כשיר לקבל החלטות בנסיבות של סכנה חמורה על פני עקרון ההטבה; ובאותן נסיבות הוא בחר להעדיף את עקרון ההטבה על פני עקרון כיבוד האוטונומיה בהקשר של החולים הכשירים לקבל החלטות. היעדר עקיבות זה לכשעצמו דורש הצדקות שלכאורה חוק זכויות החולה איננו יכול לספק.

## י. סיכום והמלצות

למרות הליקויים שהצבעתי עליהם במסגרת מאמר זה נראה לי, כי תהיה זו טעות לפסול את ועדות האתיקה רק משום שהן אינן באות לידי ביטוי במיטבן במסגרת חוק זכויות החולה; שכן הרעיון המבורך העומד מאחורי הדרישה להקמתן ונחיצותן להפעלת סעיפים מחוק זכויות החולה ומחוק החולה הנוטה למות (2005) מאתגרים אותנו להציע פתרונות לליקויים אלו. במילים אחרות: יש לראות בליקויים אלו אתגר ולא מחסום להפעלתן.

באשר לבעייתיות הנוצרת בשל היותן של הוועדות בלתי-ממצות ובלתי-מוציאות נראה, כי יהיה זה נכון להשאיר בידי חברי הוועדות את הסמכות לקבוע באילו נושאים עליהם לדון ובאילו לא. הסמכות לקבוע זאת לא תהיה הפעם רק סמכות שניתנה על ידי החוק (סמכות משפטית), כי אם גם סמכות מוסרית, בתנאי שחברי הוועדות יעברו הכשרה ספציפית אשר תקנה להם בין השאר את הידע הדרוש להבחין בין סוגיות אתיות ובין סוגיות שאינן מתחום האתיקה. יתרה מזאת: כדי שוועדות אלו תהיינה ממצות במובן הרחב - כלומר: במובן זה שהן תמלאנה את שלושת התפקידים המסורתיים שנועדו להן במקור - נראה, כי יהיה זה נכון להקנות להן את הסמכות לעסוק, מלבד הטיפול במקרים פרטיקולריים גם בהקניית מדיניות אתית מוסדית גם בחינוך הסגל. זה המקום לציין, כי כדי למלא את שלושת התפקידים הללו באופן ראוי, חברי ועדות האתיקה זקוקים להכשרה בתחום האתיקה.<sup>98</sup> חוק זכויות החולה אינו מתנה את החברות בוועדות האתיקה בהכשרה כלשהי ואף אינו מורה על מימונה. היעדר דרישה זו משמש אבן נגף לתפקודן הנאות של הוועדות וראוי, כי הכשרה זו תידרש ותינתן. היקף ההכשרה תלוי באופן בלתי-נמנע בתקצוב משאבים כספיים, שלכל הפחות, בהקשר של ועדות האתיקה החקוקות במדינת ישראל, איננו קיים. להבנתי, מאותה סיבה שבגינה יש לגנות את היעדר תקצובן של הוועדות בנוגע לתגמול חבריהן על עבודתם (אשר מצופה מהם לעבוד בהתנדבות), יש לגנות את היעדר תקצובן בהקשר של הכשרת חבריהן. בשני הקשרים אלו המסר הוא אחד: תרומתן של ועדות האתיקה לשיפורו, לשימורו ו/או ליצירתו של האקלים האתי בהקשר של הטיפול הרפואי היא

98 כאמור, מפאת קוצר היריעה, כמו גם בשל העובדה שמאמרים רבים נכתבו בתחום זה, לא הרחבתי את הדיבור בנושא ההכשרה, אולם קיימת ספרות מקצועית ענפה בנושא. ראו, למשל,

M. HESTER, ETHICS BY COMMITTEE (2008); D.E. Hoffman, A. Tarzian & A. O'Neil, *Are Ethics Committees Members Competent to Consult?* 28(1) JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS 30-40 (2000)

עניין אופציונלי (facultatif<sup>99</sup>) במובן זה, שהוא תלוי ברצונם הטוב של האנשים לכהן בהן, להפעילן ולרכוש הכשרה מתאימה על חשבונם. מסר זה, המבטא, לטעמי, זילות כלפי הוועדות ומעמדן (ולא פחות כלפי אלה שייאלצו לשאת את החלטותיהן) אינו יכול להתיישב לא עם הדרישה החוקית להקמתן ולא עם הציפייה שהן תשגנה את המטרה שלשמן הן נוסדו.

למעשה דרישתו של חוק זכויות החולה להקמתן של ועדות האתיקה המוסדיות, כמו גם מעורבותו של חוק זה בכל הנוגע להרכבן, לתחום עיסוקן, לסמכויותיהן ולקריטריוני ההכרעה שעל פיהם הן נדרשות לקבל החלטות - הפכו ועדות אלו לגופים משפטיים (שווי מעמד לבתי משפט מחוזיים). עקב כך הוכפף הדיון האתי לזה המשפטי. במסגרת מאמר זה לא יכולתי לעסוק בהכפפה זו, שכן היא דורשת דיון מעמיק ורחב בפני עצמו בין השאר בכל הנוגע להבחנות, למשותף ולקשרי הגומלין בין עולם המשפט, הפילוסופיה, המוסר והאתיקה; בין הדיון האתי ובין הדיון המשפטי; בין תוקפן המוסרי ובין תוקפן המשפטי של החלטות. ובאופן קונקרטי וספציפי יותר - דיון נוקב בקריטריוני ההכרעה של הדיון האתי לעומת אלה של הדיון המשפטי. נראה לי, כי חשיבות הנושא והשלכותיו על תוקפן האתי (להבדיל מתוקפן המשפטי) של ועדות האתיקה בבתי החולים מצדיקה כתיבת מאמר בפני עצמו.

עם זאת, במסגרת דברי סיכום והמלצות אלו נראה לי, כי לא יהיה זה נכון להתעלם מהנושא בכללותו בשל הקשר שלו לאפשרויות הטיפול בליקויים של החוק, העלולים, כאמור, להפוך את ועדות האתיקה לבלתי-אתיות.

הכפפת הדיון האתי לדיון המשפטי משמעותו בין השאר הכרעה על פי כללי המשפט, כאשר הדעות חלוקות, כלומר: הכרעה המושגת על פי דעת הרוב.<sup>100</sup> ברם, במסגרתו של הדיון האתי רצוי, ואף ראוי, שהחלטה תתקבל מתוך הסכמיות (לאחר תהליך דליברטיבי), שכן החלטה איננה שואבת **בהכרח** את תוקפה המוסרי מדעת הרוב.<sup>101</sup> למעשה, קבלת הנורמה המשפטית באשר לדעת הרוב כאשר הדעות חלוקות נובעת בעיקר, אם לא באופן בלעדי, מאימוצו

99 בצרפתית.

100 סעיף 8(ד) לתקנות חוק זכויות החולה, משרד הבריאות, תשנ"ו-1996.

101 בהקשר זה חוק החולה הנוטה למות לא שיפר את הדרך שבה ועדות האתיקה נדרשות לקבל החלטות, אלא רק החריף את הבעיה. גם בו נקבע שכאשר הדעות חלוקות, דעת הרוב תכריע, אך הוא גם קבע שכאשר הדעות שקולות, תכריע דעתו של יושב ראש הוועדה (סעיף 47 לחוק החולה הנוטה למות, תשנ"ה-2005). אולם לא ברור מהו יתרונו של יושב ראש הוועדה לעומת שאר החברים, המקנה לו סמכות מוסרית להכריע כאשר הדעות שקולות.

של המחוקק את המודל המשפטי לוועדות אתיקה, המכונה גם המודל "Mandatory-Mandatory". על פי מודל זה, אנשי מקצועות הבריאות מחויבים לפנות לוועדת אתיקה כאשר מתעוררת בעיה הקשורה לאחד הנושאים שהחוק הקנה לה סמכות לטפל ולהכריע בהם, והחלטת הוועדה מחייבת. בניגוד לכך, בשאר מדינות העולם המודל המועדף שעל-פיו רוב ועדות האתיקה פועלות, הוא המודל המכונה "Optional-Optional". זהו מודל הייעוץ אשר אינו מחייב על-פי חוק פנייה לוועדת האתיקה, והחלטות הוועדה אינן מחייבות. להבנת, למודל זה יתרונות גדולים יותר על פני אלו של המודל המשפטי, בין השאר בכך שהוא מציע שירות ואינו כופה אותו ולכן ביכולתו להפחית, אם לא לבטל, את התנגדות הרופאים לעצם קיומן של ועדות האתיקה ואת סירובם להיעזר בהן. התנגדות זו היא סיבה מרכזית לאי-הפעלתן של הוועדות החקוקות במדינת ישראל. נראה, כי בחינוך נאות של רופאים לגבי הצורך להיוועץ בוועדת אתיקה כל אימת שמתעוררת בעיה אתית, במקום כפיית הייעוץ וההכרעה באמצעות החוק, יש כדי לעודדם לשתף פעולה עם הוועדות ולאפשר להם לראות בהן כלי עזר ולא איום על מעמדם.

אך למודל הייעוץ יתרון נוסף על פני זה המשפטי, אף מהותי יותר, בהקשר של יכולתן של ועדות האתיקה להשיג את המטרה שלשמן הן נוסדו. כוונתי להבחנה הברורה והמתבקשת שבין תוקף משפטי ובין תוקף מוסרי של החלטות. ועדות אתיקה יכולות להיצמד לסעיפי חוק זכויות החולה שעניינם ועדות האתיקה, ובכך להפיק החלטות בעלות תוקף משפטי, מבלי שיהיה להן בהכרח (כפי שהראיתי) תוקף מוסרי. כוונתי בעיקר להחלטות המשקפות פטרנליזם מהסוג הקשה, אשר בקושי רב אפשר, אם בכלל, למצוא להן צידוק מוסרי. מודל הייעוץ עשוי להפחית, אם לא לבטל, את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה שעל פיו ועדות האתיקה נדרשות לדון ולהכריע, או למצער להפוך את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה לפטרנליזם מהסוג הרך; שכן אם ועדות האתיקה נדרשות רק לייעץ, אם אין להן סמכות הכרעה ואם בסופו של דבר סמכות ההכרעה נשארת בידי החולה עצמו, כל עוד הוא בגיר וכשיר לקבל החלטות - הרי שתפקידן מסתכם בהבעת עמדה שלצדה המלצה או עצה. היעדר הצורך או הסמכות להכריע מאפשר גם לוועדות, כשהדעות חלוקות, להציג בפני הרשות הפונה אליהן את הדעות המגוונות שנידונו בהן, ולא רק את דעת הרוב, שכאמור איננה מייצגת בהכרח את העמדה הסבירה ביותר מבחינה מוסרית. עקב הפיכתן של ועדות האתיקה מגוף משפטי לגוף מייעץ נראה אפוא, כי גובר הסיכוי להשגת המטרה שלשמן הן נוסדו - שימור, שיפור ו/או יצירת אקלים אתי במתן שירותי הבריאות.

הטענה בדבר הצורך להפוך את ועדות האתיקה לגוף ייעוצי במקום גוף משפטי בעל סמכות הכרעה נטענה בין השאר, במסגרתו של יום עיון שנושאו היה ועדות האתיקה החקוקות הפועלות בבתי החולים בישראל.<sup>102</sup> בתגובה להצעה זו העיר אחד הנוכחים (עורך דין במקצועו), כי אין אפשרות לעשות זאת משום שוועדת אתיקה מייצגת לא תוכל לאכוף את סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. כוונתו היתה, שאם ועדת אתיקה תמצא לנכון לכפות טיפול רפואי על חולה הכשיר לקבל החלטות, היותה חסרת סמכות הכרעה תמנע ממנה לאכוף החלטה זו. הגם שטענה זו נכונה, הרי שהיא מתבססת על נימוק פרגמטי ולא על נימוק ערכי. נקודה זו מובילה אותנו לשינוי הבא הנדרש בחוק זכויות החולה מטעמים ערכיים.

נראה כי כדי שוועדות האתיקה תוכלנה לנהל את דיוניהן על פי הדרישות של הדיון האתי ולהפיק עצות או המלצות העומדות במבחן ביקורת האתיקה (ולא רק בזה של ביקורת המשפט), כל תרומתו של חוק זכויות החולה צריכה להסתכם בסיפוק המסגרת הכללית ובנקודת המוצא של הדיון האתי. מכאן, שמסעיפי החוק העוסקים בוועדות האתיקה יש להסיר את הקריטריונים שעל פיהם הוועדות נדרשות להכריע. קריטריונים אלו צריכים להיקבע בדיון האתי עצמו ולא להיכפות עליו מחוצה לו. מבלי להפחית מתרומתן החשובה של המסגרת הכללית ונקודת המוצא שהחוק מספק לדיון האתי (הכוללת בין השאר הנחיות ומגבלות חוקיות שהדיון האתי אינו יכול לחרוג מהן, כדי שחברי ועדות האתיקה לא יפיקו עצות או המלצות החורגות ממה שמאשר החוק),<sup>103</sup> יש גם מקום לצמצם, אם לא לבטל, את האופי הפטרנליסטי מהסוג הקשה, המתבטא בעיקר בסעיפים 13(ד), 15(2) ו-18(ג).<sup>104</sup> באשר לסעיף 15(2), אין לו מקום בחוק זה כל עוד הוא מאפשר לכפות טיפול רפואי על חולה בגיר וכשיר לקבל החלטות ו/או כאשר החולה מסרב לקבל טיפול רפואי ממניעים ערכיים. באשר לסעיפים 13(ד) ו-18(ג), יש להגביל אותם רק למצבים שבהם נקבע באופן רשמי כי אין החולה כשיר לקבל החלטות. במצבים אלו, ורק בהם,

102 ט' אדרי יום עיון בנושא: "ועדות אתיות ברפואה - המצוי והרצוי", 16.12.2003, המרכז לאתיקה, ירושלים.

103 למשל: אם חוק זכויות החולה אינו מתיר העברת מידע על אודות החולה לצד שלישי, אלא בתנאים מסוימים ומוגדרים היטב, ועדת אתיקה אשר תחרוג מתנאים אלו תחטא מבחינה משפטית. ובאופן כללי יותר: ועדת אתיקה אשר תדון ותכריע בנושא שאינו כלול בנושאים שהחוק הטיל על הוועדות את משימת הטיפול וההכרעה, הרי שהחלטת הוועדה תהיה חסרת תוקף משפטי.

104 סעיף זה אף מתיר לוועדות האתיקה לאשר אי-מסירת מידע רפואי למטופל (ובכלל זה את תיקו הרפואי) מטעמים פטרנליסטיים, גם מבלי לשמוע את המטופל או אדם אחר (על פי סעיף 18 (ה), רשאית הוועדה לשמוע את המטופל או אדם אחר, אך היא איננה חייבת לעשות כן).

אפשר להצדיק את הפעלת עקרון החסות (המתבטאת בפעולה פטרנליסטית כלפיו) בנימוק, שאין החולה מסוגל להעריך נכון את הנזק החמור העלול להיגרם לו בעקבות חשיפתו למידע רפואי על אודות מצבו. מלבד המצבים המוזכרים כאן, הפעלת עקרון החסות איננה יכולה להתיישב לא עם חוק זכויות החולה עצמו, רוחו והצהרתו, ולא עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקנה לאדם (ובכלל זה האדם החולה) את הזכות לנהל את חייו בלא התערבות הזולת, כל עוד הוא אינו פוגע באחרים.



חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996

רבדים בחקיקה

בריאות – בריאות העם – מחלות – זכויות החולה

תוכן ענינים

3	<a href="#">Go</a>	פרק א: מטרת החוק	
3	<a href="#">Go</a>	מטרת החוק	סעיף 1
3	<a href="#">Go</a>	פרק ב: פרשנות	
3	<a href="#">Go</a>	הגדרות	סעיף 2
4	<a href="#">Go</a>	פרק ג: הזכות לטיפול רפואי	
4	<a href="#">Go</a>	הזכות לטיפול רפואי	סעיף 3
4	<a href="#">Go</a>	איסור הפליה	סעיף 4
4	<a href="#">Go</a>	טיפול רפואי נאות	סעיף 5
4	<a href="#">Go</a>	מידע בדבר זהות המטפל	סעיף 6
4	<a href="#">Go</a>	דעה נוספת	סעיף 7
4	<a href="#">Go</a>	הבטחת המשך טיפול נאות	סעיף 8
4	<a href="#">Go</a>	קבלת מבקרים	סעיף 9
4	<a href="#">Go</a>	שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל	סעיף 10
4	<a href="#">Go</a>	טיפול רפואי במצב חירום רפואי או סכנה חמורה	סעיף 11
4	<a href="#">Go</a>	בדיקה רפואית בחדר מיון	סעיף 12
5	<a href="#">Go</a>	פרק ד: הסכמה מדעת לטיפול רפואי	
5	<a href="#">Go</a>	הסכמה מדעת לטיפול רפואי	סעיף 13
5	<a href="#">Go</a>	אופן מתן הסכמה מדעת	סעיף 14
5	<a href="#">Go</a>	טיפול רפואי ללא הסכמה	סעיף 15
5	<a href="#">Go</a>	מינוי בא כוח למטופל	סעיף 16
6	<a href="#">Go</a>	פרק ה: הרשומה הרפואית והמידע הרפואי	
6	<a href="#">Go</a>	חובת ניהול רשומה רפואית	סעיף 17
6	<a href="#">Go</a>	זכות המטופל למידע רפואי	סעיף 18
6	<a href="#">Go</a>	שמירת סודיות רפואית	סעיף 19
6	<a href="#">Go</a>	מסירת מידע רפואי לאחר	סעיף 20
7	<a href="#">Go</a>	פרק ו: ועדות	
7	<a href="#">Go</a>	ועדת בדיקה	סעיף 21
7	<a href="#">Go</a>	ועדת בקרה ואיכות	סעיף 22
7	<a href="#">Go</a>	השגה	סעיף 23
8	<a href="#">Go</a>	ועדות אתיקה	סעיף 24
8	<a href="#">Go</a>	פרק ז: אחריות לקיום זכויות המטופל במוסד רפואי	
8	<a href="#">Go</a>	אחראי לזכויות המטופל	סעיף 25
8	<a href="#">Go</a>	אחריות מנהל מוסד רפואי	סעיף 26
8	<a href="#">Go</a>	פרק ח: הוראות לגבי כוחות הבטחון	
8	<a href="#">Go</a>	הוראות לגבי כוחות הבטחון	סעיף 27

חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996

נוסח מלא ומעודכן

8	<a href="#">Go</a>	פרק ט: שונות	
8	<a href="#">Go</a>	עונשין	סעיף 28
9	<a href="#">Go</a>	עוולה אזרחית חוקתשסא *2000	סעיף 28א
9	<a href="#">Go</a>	שמירת דינים	סעיף 29
9	<a href="#">Go</a>	תחולה על המדינה	סעיף 30
9	<a href="#">Go</a>	שינוי התוספת	סעיף 31
9	<a href="#">Go</a>	ביצוע ותקנות	סעיף 32
9	<a href="#">Go</a>	תיקון פקודת הרופאים — מס 4	סעיף 33
9	<a href="#">Go</a>	תיקון פקודת רופאי השיניים — מס 3	סעיף 34
9	<a href="#">Go</a>	תיקון חוק הפסיכולוגים — מס 2	סעיף 35
9	<a href="#">Go</a>	תחילה	סעיף 36
9	<a href="#">Go</a>	תוספת	

חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996\*

פרק א': מטרת החוק

1. חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו.

מטרת החוק

פרק ב': פרשנות

2. בחוק זה –

הגדרות

"בית חולים" – כמשמעותו בסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940;

"ועדת אתיקה" – ועדה שהוקמה לפי סעיף 24;

"חדר מיון" – מקום המיועד למתן טיפול רפואי דחוף המאויש על ידי רופא אחד לפחות, ושהמנהל הכללי הכיר בו כחדר מיון לענין חוק זה;

"טיפול רפואי" – לרבות פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי;

"מוסד רפואי" – בית חולים או מרפאה;

"מטופל" – חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי;

"מטפל" – רופא, רופא שיניים, סטז'ר, אח או אחות, מיילדת, פסיכולוג, מרפא בעיסוק, פיזיותרפיסט, קלינאי תקשורת, תזונאי-דיאטן, וכן כל בעל מקצוע שהכיר בו המנהל הכללי, בהודעה ברשומות, כמטפל בשירותי הבריאות;

(תיקון מס' 3)  
תשס"ח-2008  
(תיקון מס' 5)  
תש"ע-2010

"מידע רפואי" – מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו;

"מיילדת" – מי שמורשית לעסוק ביילוד לפי פקודת המיילדות;

"המנהל הכללי" – המנהל הכללי של משרד הבריאות;

"מנהל מוסד רפואי" – לרבות ממלא מקומו;

"מצב חירום רפואי" – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף;

"מרפא בעיסוק", "פיזיותרפיסט", "קלינאי תקשורת", "תזונאי-דיאטן" – כהגדרתם בחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, התשס"ח-2008;

(תיקון מס' 3)  
תשס"ח-2008  
(תיקון מס' 5)  
תש"ע-2010

"מרפאה" – כמשמעותה בסעיף 34 לפקודת בריאות העם, 1940, שבה ניתן טיפול רפואי בידי חמישה מטפלים לפחות;

"סטז'ר" – כמשמעותו בפרק ב'1 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976;

"סכנה חמורה" – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי;

"עובד סוציאלי" – כמשמעותו בחוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996;

"פסיכולוג" – מי שרשום בפנקס הפסיכולוגים לפי חוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977;

\* פורסם ס"ח תשנ"ו מס' 1591 מיום 12.5.1996 עמ' 327 ("ח תשנ"ב מס' 2132 עמ' 359).

חוקן ס"ח תשס"א מס' 1765 מיום 21.12.2000 עמ' 60 ("ח תש"ס מס' 2871 עמ' 370) – תיקון מס' 1 בסעיף 14 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.

ס"ח תשס"ה מס' 1962 מיום 29.11.2004 עמ' 26 ("ח הכנסת תשס"ד מס' 52 עמ' 177) – תיקון מס' 2.

ס"ח תשס"ח מס' 2172 מיום 30.7.2008 עמ' 729 ("ח הכנסת תשס"ז מס' 170 עמ' 276) – תיקון מס' 3 בסעיף 53 לחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, תשס"ח-2008; תחילתו שישה חודשים מיום פרסומו.

ס"ח תש"ע מס' 2233 מיום 16.3.2010 עמ' 414 ("ח הכנסת תש"ע מס' 287 עמ' 36) – תיקון מס' 4.

ס"ח תש"ע מס' 2237 מיום 24.3.2010 עמ' 485 ("ח הכנסת תשס"ט מס' 269 עמ' 80) – תיקון מס' 5 בסעיף 17 לחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות (תיקון מס' 2), תש"ע-2010; תחילתו שנה מיום פרסומו.

"קופת חולים" – כמשמעותה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 ;  
 "רופא" – מי שמורשה לעסוק ברפואה לפי פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976 ;  
 "רופא שיניים" – מי שמורשה לעסוק ברפואת שיניים, לפי פקודת רופאי השיניים [נוסח  
 חדש], תשל"ט-1979 ;  
 "רשומה רפואית" – מידע לפי סעיף 17 המתועד בדרך של רישום או צילום, או בכל דרך  
 אחרת, לרבות התיק הרפואי של המטופל שבו מצויים מסמכים רפואיים על אודותיו ;  
 "השר" – שר הבריאות.

**פרק ג': הזכות לטיפול רפואי**

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>3. (א) כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנהוגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל.<br/>                 (ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה.</p>                                                                                                                                                                                                                                     | <p>הזכות לטיפול רפואי</p>                                                                                        |
| <p>4. (א) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה.<br/>                 (ב) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי גיל, ואולם אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים.</p>                                                                                                                                                               | <p>איסור הפליה (תיקון מס' 2) תשס"ה-2004 (תיקון מס' 4) תש"ע-2010<br/>                 (תיקון מס' 4) תש"ע-2010</p> |
| <p>5. מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <p>טיפול רפואי נאות</p>                                                                                          |
| <p>6. (א) מטופל זכאי למידע בדבר זהותו ותפקידו של כל אדם שמטפל בו.<br/>                 (ב) המנהל הכללי יקבע הוראות בדבר דרכי הזיהוי של מטפל ושל עובד מוסד רפואי.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <p>מידע בדבר זהות המטפל</p>                                                                                      |
| <p>7. מטופל זכאי להשיג מיוזמתו דעה נוספת לענין הטיפול בו ; המטפל והמוסד הרפואי יסייעו למטופל בכל הדרוש למימוש זכות זו.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <p>דעה נוספת</p>                                                                                                 |
| <p>8. עבר מטופל ממטפל אחד לאחר או ממוסד רפואי אחד לאחר, יהיה המטופל זכאי, לפי בקשתו, לשיתוף פעולה של המטפלים והמוסדות הרפואיים הקשורים לטיפול הרפואי בו, לשם הבטחת ההמשך הנאות של הטיפול.</p>                                                                                                                                                                                                                                                        | <p>הבטחת המשך טיפול נאות</p>                                                                                     |
| <p>9. מטופל המאושפז במוסד רפואי רשאי לקבל מבקרים בזמנים ועל פי הסדרים שקבע מנהל המוסד הרפואי.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <p>קבלת מבקרים</p>                                                                                               |
| <p>10. (א) מטפל, כל מי שעובד בפיקוחו של המטפל וכן כל עובד אחר של המוסד הרפואי ישמרו על כבודו ועל פרטיותו של המטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי.<br/>                 (ב) מנהל מוסד רפואי יקבע הוראות בדבר שמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל הנמצא במוסד הרפואי.</p>                                                                                                                                                                                    | <p>שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל</p>                                                                         |
| <p>11. (א) בנסיבות שיש בהן לכאורה מצב חירום רפואי או סכנה חמורה, והתבקש מטפל או מוסד רפואי לתת טיפול רפואי לאדם, יבדוק אותו המטפל ויטפל בו ככל יכולתו.<br/>                 (ב) לא היתה למטפל או למוסד הרפואי היכולת לטפל במטופל, יפנו אותו במידת יכולתם, למקום שבו יוכל המטופל לקבל את הטיפול המתאים.<br/>                 (ג) מנהל מוסד רפואי יקבע סידורים מתאימים לביצוע הוראות סעיף זה.</p>                                                      | <p>טיפול רפואי במצב חירום רפואי או סכנה חמורה</p>                                                                |
| <p>12. (א) פנה מטופל לחדר מיון זכאי הוא לבדיקה רפואית בידי רופא.<br/>                 (ב) מצא הרופא הבודק כי המטופל זקוק לטיפול רפואי שאינו סובל דיחוי, יתן לו את הטיפול הרפואי ; ואולם, אם אין אפשרות לתת לו את הטיפול הרפואי באותו מקום, יפנה רופא חדר המיון את המטופל למוסד רפואי מתאים, ויבטיח במידת יכולתו את העברתו לאותו מוסד רפואי.<br/>                 (ג) מנהל מוסד רפואי שיש בו חדר מיון יקבע סידורים מתאימים לביצוע הוראות סעיף זה.</p> | <p>בדיקה רפואית בחדר מיון</p>                                                                                    |

פרק ד': הסכמה מדעת לטיפול רפואי

13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה. הסכמה מדעת לטיפול רפואי

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

14. (א) הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות. אופן מתן הסכמה מדעת

(ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

(ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

(ד) במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

15. על אף הוראות סעיף 13 – טיפול רפואי ללא הסכמה

(1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

(א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;

(ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;

(ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות הענין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

(ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;

(ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

(3) בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

16. (א) מטופל רשאי למנות בא כוח למטופל מינוי בא כוח למטופל

רפואי; בייפוי הכוח יפורטו הנסיבות והתנאים שבהם יהיה בא הכוח מוסמך להסכים במקומו של המטופל לטיפול רפואי.

(ג) השר רשאי לקבוע הוראות לענין אופן מתן ייפוי הכוח לפי סעיף זה.

**פרק ה': הרשומה הרפואית והמידע הרפואי**

17. (א) מטפל יתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית; הרשומה הרפואית תכלול, בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל וכן תכלול מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, איבחון מצבו הרפואי הנוכחי והוראות טיפול; ואולם תרשומת אישית של המטפל אינה חלק מהרשומה הרפואית.

(ב) המטפל, ובמוסד רפואי – מנהל המוסד, אחראים לניהול השוטף והעדכני של הרשומה הרפואית ולשמירתה בהתאם לכל דין.

(ג) נמסרה רשומה רפואית לשמירה בידי המטופל, יתועד הדבר על ידי המטפל או המוסד הרפואי.

18. (א) מטופל זכאי לקבל מהמטפל או מהמוסד הרפואי מידע רפואי מהרשומה הרפואית, לרבות העתקה, המתייחסת אליו.

(ב) חבר בצוות המטפל רשאי למסור למטופל מידע רפואי בתחום עיסוקו בלבד ובתיאום עם האחראי על הצוות.

(ג) על אף הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) רשאי מטפל להחליט שלא למסור למטופל מידע רפואי מלא או חלקי המתייחס אליו, אם המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל או לסכן את חייו; החליט המטפל כי אין למסור למטופל מידע כאמור בסעיף קטן זה, יודיע מיד על החלטתו לוועדת האתיקה ויצרף את המידע שלא נמסר למטופל ואת נימוקיו לאי מסירתו.

(ד) ועדת האתיקה רשאית לאשר את החלטת המטפל, לבטלה או לשנותה.

(ה) בטרם תיתן ועדת האתיקה את החלטתה, רשאית היא לשמוע את המטופל או אדם אחר.

19. (א) מטפל או עובד מוסד רפואי, ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם.

(ב) מטפל, ובמוסד רפואי – מנהל המוסד, ינקטו אמצעים הדרושים כדי להבטיח שעובדים הנתונים למרותם ישמרו על סודיות הענינים המובאים לידיעתם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם.

20. (א) מטפל או מוסד רפואי רשאים למסור מידע רפואי לאחר בכל אחד מאלה:

- (1) המטופל נתן את הסכמתו למסירת המידע הרפואי;
  - (2) חלה על המטפל או על המוסד הרפואי חובה על פי דין למסור את המידע הרפואי;
  - (3) מסירת המידע הרפואי היא למטפל אחר לצורך טיפול במטופל;
  - (4) לא נמסר למטופל המידע הרפואי לפי סעיף 18(ג) וועדת האתיקה אישרה את מסירתו לאחר;
  - (5) ועדת האתיקה קבעה, לאחר מתן הזדמנות למטופל להשמיע את דבריו, כי מסירת המידע הרפואי על אודותיו חיונית להגנה על בריאות הזולת או הציבור וכי הצורך במסירתו עדיף מן הענין שיש באי מסירתו;
  - (6) מסירת המידע הרפואי היא למוסד הרפואי המטפל או לעובד של אותו מוסד רפואי לצורך עיבוד המידע, תיוקו או דיווח עליו על פי דין;
  - (7) מסירת המידע הרפואי נועדה לפרסום בבטאון מדעי, למטרות מחקר או הוראה בהתאם להוראות שקבע השר ובלבד שלא נחשפו פרטים מזהים של המטופל.
- (ב) מסירת מידע כאמור בסעיף קטן (א) לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך הענין, ותוך הימנעות מרבית מחשיפת זהותו של המטופל.
- (ג) קיבל אדם מידע לפי סעיף קטן (א), יחולו עליו הוראות סעיף 19 והוראות סעיף זה, בשינויים המחוייבים.

חובת ניהול רשומה רפואית

זכות המטופל למידע רפואי

שמירת סודיות רפואית

מסירת מידע רפואי לאחר

פרק ו': ועדות

סימן א': ועדת בדיקה

21. (א) בחוק זה, "ועדת בדיקה" – ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על ידי כל אחד מאלה:

ועדת בדיקה

- (1) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במסגרת אותו מוסד;
- (2) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים;
- (3) המנהל הכללי או מי שהוא הסמיך.

(ב) ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הועדה ולמטופל הנוגע בדבר, והוראות סעיף 18 יחולו בשינויים המחויבים; הממצאים והמסקנות כאמור יימסרו גם למטפל העלול להיפגע ממסקנות הועדה.

(ג) פרוטוקול דיוניה של ועדת הבדיקה יימסר רק למי שמינה את הועדה ולמנהל הכללי.

(ד) בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותו; הוראה כאמור יכול שתנתן במסגרת הליך שמתנהל בפני בית המשפט או על פי בקשה אשר תוגש לבית משפט שלום.

(ה) החליט המנהל הכללי לפתוח בהליך משמעותי על פי דין או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעותי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה.

סימן ב': ועדת בקרה ואיכות

22. (א) בחוק זה, "ועדת בקרה ואיכות" – אחת מאלה:

ועדת בקרה ואיכות

(1) ועדה פנימית של מוסד רפואי שהקים מנהל המוסד לשם הערכת הפעילות הרפואית ושיפור איכותו של הטיפול הרפואי;

(2) ועדה שהקים מנהל קופת חולים לשם שיפור איכות שירותי הבריאות במוסדות קופת החולים;

(3) ועדה שהקים המנהל הכללי לשם שיפור איכות שירותי הבריאות.

(ב) תוכן הדיונים שהתקיימו בוועדת הבקרה והאיכות, הפרוטוקול, כל חומר שהוכן לשם הדיון ושנמסר לה, סיכומיה ומסקנותיה, יהיו חסויים בפני כל אדם לרבות המטופל הנוגע בדבר ולא יישמשו ראייה בכל הליך משפטי.

(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב) סיכומיה ומסקנותיה של ועדת הבקרה והאיכות יימסרו למי שמינה את הועדה, ורשאי הוא לעיין בפרוטוקול דיוני ועדת הבקרה והאיכות ובכל חומר אחר שנמסר לה.

(ד) מצא מי שמינה את הועדה כי קיימת לכאורה עילה לנקיטת אמצעי משמעת על פי דין כלפי מטפל יודיע על כך למנהל הכללי.

(ה) ממצאים עובדתיים שקבעה ועדת הבקרה והאיכות הנוגעים למצבו של מטופל, לטיפול בו ולתוצאותיו, יתועדו ברשומה רפואית מיד עם קביעת הממצאים, אם לא היו רשומים קודם לכן, ויהיו חלק מהרשומה הרפואית.

23. (א) סברו המטופל או נציגו כי ממצאים עובדתיים לא תועדו ברשומה רפואית, כנדרש בסעיף 22(ה), רשאים הם להגיש השגה לוועדת אתיקה.

השגה

(ב) הוגשה השגה לוועדת האתיקה לפי סעיף קטן (א), תבדוק הועדה, על אף האמור בסעיף 22(ב), את פרוטוקול הדיון שהתקיים בוועדת הבקרה והאיכות, המסמכים שהוכנו לשם הדיון ושנמסרו לה, סיכומיה, מסקנותיה והרשומות הרפואיות הנוגעות למטופל; מצאה הועדת האתיקה כי ממצאים עובדתיים לא תועדו כנדרש, תורה על תיעודם ברשומה רפואית, ותודיע על כך למטופל או לנציגו.

24. (א) המנהל הכללי ימנה ועדות אתיקה; כל ועדה תהיה בת חמישה חברים וזה הרכבה:  
(1) אדם הכשיר להתמנות שופט בית משפט מחוזי מתוך רשימה שערך שר המשפטים, והוא יהיה היושב ראש;  
(2) שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר;  
(3) פסיכולוג או עובד סוציאלי;  
(4) נציג ציבור או איש דת.  
(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), בהשגות לפי סעיף 23 תדון הועדה בהרכב של שלושה חברים, שהם יושב ראש הועדה ושני הרופאים המומחים.  
(ג) התעורר מקרה שיש בו צורך בהכרעה דחופה של ועדת האתיקה ולא ניתן לכנסה בדחיפות הנדרשת מסיבה כלשהי, יוקנו לבית המשפט המחוזי סמכויותיה של ועדת האתיקה.  
(ד) השר רשאי להתקין תקנות בדבר דרכי מינוים של חברי ועדת האתיקה, תקופת כהונתה וסדרי עבודתה של הועדה.

**פרק ז': אחריות לקיום זכויות המטופל במוסד רפואי**

25. מנהל מוסד רפואי ימנה עובד שיהיה אחראי לזכויות המטופל שתפקידיו הם –  
(1) מתן ייעוץ וסיוע למטופל בקשר למימוש זכויותיו על פי חוק זה;  
(2) קבלת תלונות של מטופלים, בדיקתן והטיפול בהן; תלונות שענינן איכות הטיפול הרפואי יועברו לטיפולו של מנהל המוסד הרפואי;  
(3) הדרכה והנחיה של חברי הסגל הרפואי והמינהלי של המוסד הרפואי בכל הנוגע להוראות חוק זה.

26. מנהל מוסד רפואי ידאג לקיום החובות המוטלות על המוסד הרפואי לפי הוראות חוק זה.

**פרק ח': הוראות לגבי כוחות הבטחון**

27. (א) מבלי לגרוע מהוראות סעיף 30 בענין תחולת החוק על המדינה, יחולו על צבא הגנה לישראל, על משטרת ישראל ועל שירות בתי הסוהר הוראות חוק זה בהתאמות הבאות:  
(1) לענין סעיפים 7, 8, 10, 17 עד 23, ו-26, יראו כמוסד רפואי, את חיל הרפואה של צבא הגנה לישראל, את מערך הרפואה של משטרת ישראל ואת מחלקת הרפואה של שירות בתי הסוהר;  
(2) לקציני הרפואה הראשיים של צבא הגנה לישראל, של משטרת ישראל ושל שירות בתי הסוהר, יהיו נתונים הסמכויות והתפקידים של מנהל מוסד רפואי לפי חוק זה וכן הסמכות של המנהל הכללי למנות ועדות אתיקה לפי סעיף 24;  
(3) בפקודות הצבא, כמשמעותן בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, בפקודות משטרת ישראל, כמשמעותן בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, ובפקודות השירות, כמשמעותן בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] תשל"ב-1971, ניתן לקבוע –  
(א) הוראות בדבר הדרכים לקבלת דעה נוספת כאמור בסעיף 7, על ידי מטופל הנמצא במשמורת, ובלבד שתישמר זכותו של כל מטופל הנמצא במשמורת להשיג ביוזמתו דעה נוספת;  
(ב) הוראות בדבר העברת מטופלים, המשרתים בצבא הגנה לישראל או הנמצאים במשמורת, ממוסד רפואי אחד למשנהו, ובלבד שלא תותר העברת מטופלים אם יש בהעברה כדי לפגוע בטיפול הרפואי;  
(ג) הוראות בדבר ביקור מבקרים אצל מטופלים הנמצאים במשמורת;  
(ד) הוראות בדבר מסירת מידע רפואי לחייל, לשוטר או לסוהר, אם המידע דרוש לשם שמירה על בריאותם של אנשים הנמצאים במשמורת.

**פרק ט': שונות**

28. (א) מטפל או מוסד רפואי המפלה בין מטופלים מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא או



<p>נטיה מינית, דינם – קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.                  (ב) המפר חובה מן החובות המפורטות בסעיף 17, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; עבירה לפי סעיף קטן זה, אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות.</p>	<p>עוולה אזרחית                  (תיקון מס' 1)                  תשס"א-2000                  (תיקון מס' 4)                  תש"ע-2010</p>
<p>28א. הפרת הוראות סעיף 4(א) לחוק זה, יראו אותה גם כעוולה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.</p>	
<p>29. אין בהוראות חוק זה –                  (1) כדי לגרוע מהוראות כל דין;                  (2) כדי לפטור מטופל מחובת תשלום עבור קבלת שירותים רפואיים.</p>	<p>שמירת דינים</p>
<p>30. חוק זה יחול גם על המדינה.</p>	<p>תחולה על המדינה</p>
<p>31. השר, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, רשאי לשנות את התוספת.</p>	<p>שינוי התוספת</p>
<p>32. השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו ובכלל זה –                  (1) דרכי העברת מטופל למוסד רפואי מתאים, כאמור בסעיפים 11 ו-12;                  (2) פרטים שיש לרשום ברשומה רפואית;                  (3) באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת – תשלום מרבי תמורת מסירת העתק של רשומה רפואית לסוגיה או חלקים ממנה, או עיון בה או בחלקים ממנה;                  (4) דרכי מסירת מידע רפואי הנועד לפרסום בבטאון מדעי, למטרות מחקר או הוראה;                  (5) דרכי השמירה של רשומות רפואיות, ניהולן, זמינותן, הדרכים למסירת מידע רפואי מהרשומה הרפואית, שמירת סודיות המידע, משך אחזקתן, הגישה אל רשומות רפואיות למטרות של בריאות הזולת או הציבור, וכן מחקר רפואי או מעקב אחר תוצאות טיפול.</p>	<p>ביצוע ותקנות</p>
<p>33. בפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976, בסעיף 41, בסופו יבוא:                  " (7) הפר הוראה מהוראות חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996."</p>	<p>תיקון פקודת הרופאים – מס' 4</p>
<p>34. בפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט-1979, בסעיף 45, בסופו יבוא:                  " (7) הפר הוראה מהוראות חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996."</p>	<p>תיקון פקודת רופאי השיניים – מס' 3</p>
<p>35. בחוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977, בסעיף 33, בסופו יבוא:                  " (6) הפר הוראה מהוראות חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996."</p>	<p>תיקון חוק הפסיכולוגים – מס' 2</p>
<p>36. תחילתו של חוק זה בתום שלושה חודשים מיום פרסומו.</p>	<p>תחילה</p>

**תוספת**

(סעיפים 14, 15)

1. ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה.
2. צינתורים של כלי דם.
3. דיאליזה.
4. טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה).
5. טיפולי הפריה חוץ-גופית.
6. כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

אפרים סנה  
 שר הבריאות

שמעון פרס  
 ראש הממשלה

שבח וייס  
 יושב ראש הכנסת

עזר ויצמן  
 נשיא המדינה

# נספח ג'

מאמר חובה:

חוק זכויות החולה

38 הסעיף השני של החוקה קובע כך:

'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit oweit er nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmassige Ordnung die Rechte anderer verstosst' oder das Sittengesetz

(לכל אדם יש זכות לשגשוג חופשי של אישיותו כל עוד אין הוא מפר את זכויותיהם של אחרים, וכל עוד איננו מפר לא את הסדר החוקתי ולא את כללי המוסר).

39 פסיקת בית המשפט העליון, 16 בפברואר 1954, BGHSt. 332.5.

40 פסיקת בית המשפט העליון, 14 ביוני 1960, BGHSt. 358.14.

41 פסיקת בית המשפט העליון, 21 בפברואר 1954, BGHSt. 325.19.

42 **שם**, עמ' 311 ('Die Entfaltung, nicht der Verfall der Persönlichkeit [...] wird) (geschützt).

43 פסיקת בית המשפט הגבוה של המדינה בהאם, 23 ביוני 1967, 1967 NJW, 2024.

44 הכרעת בית המשפט הגבוה של המדינה בהאם, 4 במרס 1970, 1970 MDR, 611.

45 הכרעת בית המשפט המקומי באלטנה (Altena), 16 בנובמבר 1965, 1966, NJW 1460.

46 *Young v. That Was the Week that Was*, 423 F. 2d 265 (6th Cir. 1970); *Maritote v. Desilu Productions, Inc.*, 230 F. supp. 721 (N.D. Ill. 1964)

47 הכרעת בית המשפט העליון, 20 במרס 1968, 50 BGHZ 133; אושרה בבית המשפט החוקתי הפדרלי, 2 בפברואר 1971, 30 BVerfGE 173.

48 הכרעת בית המשפט המקומי בהיידנהיים, 27 בנובמבר 1980, 1981 NJW, 1628.

49 *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1975)

50 לעיל הערה 51.

*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) 51

## כבוד האדם – שני מובנים

אלעזר וינריב

### פתח דבר

כבוד האדם הוא ערך חשוב ביחסים שבין אדם לחברו. היו פילוסופים שעשוהו אבן פינה לכל שיטתם. משהוכנס לספר החוקים (כפי שאכן נעשה בישראל), ייתכן שישמש את בית המשפט לנמק פסיקות, אולי פסיקות מכריעות. אבל אני מבקש לעסוק בשאלה אחרת: האם הערך של כבוד האדם יכול להנחות אותנו בקביעת אופייה של המדינה? כוונתי להסדרים החוקתיים היסודיים ביותר, הקובעים את דמותה של המדינה – עניין הנדון בדרך כלל בפילוסופיה מדינית, במסגרת הדיון בשאלת הצדק המדיני, דהיינו בשאלת טיבם של ההסדרים שנועדו להבטיח כי המשטר יהיה צודק. אעסוק בעיקר בשאלה אם הערך 'כבוד האדם' טומן בחובו פתרון לשאלת יחסי דת-מדינה. לפחות לכאורה, צירופו של הערך 'כבוד האדם' בחוק לאפיון המדינה כ'יהודית ודמוקרטית' מרמז על תשובה חיובית על שאלה זו.

ואולם ככל שאני חושב על העניין עולים בי ספקות ותהיות. כאשר מנסים לאפיין במדויק את טיבו של הערך 'כבוד האדם', מתברר עד מהרה שהמושג המסתתר מאחוריו רב-משמעי. ברצוני להראות שהמושג הוא לפחות דר-משמעי. דר-משמעות זו אינה צריכה להדאיג, אלמלא הייתה גורם חשוב המסכל את הניסיון להשתמש בערך 'כבוד האדם' כדי להנחות אותנו במתן תשובות על שאלות היסוד לגבי אופייה של המדינה, ובמיוחד במה שקשור ליחסי דת-מדינה. אנסה אפוא להבחין באופן שיטתי בין שתי משמעויות של הערך 'כבוד האדם'. אתייחס להלן למובן א ולמובן ב של המושג. לאחר מכן אבהיר כיצד אופיו הדר-משמעי של המושג מכשיל את פתרון הבעיות שהוצגו.

בוויכוח על טיבם של יחסי דת-מדינה הראויים לשרור במדינת ישראל מציע צד אחד, שאפשר לכנותו בהכללה גסה 'ליברלי', להפריד את הדת מן המדינה. הצד האחר מתנגד להפרדה מן הטעמים האלה: הוא מבקש לתת למדינה צביון יהודי, והצביון היהודי היחיד העולה על הדעת הוא היהודי-דתי. באופן זה הוא מבקש להגשים ערכים דתיים במסגרת המוסרית-מדינית. הוא שואף לזכות

בתמיכה ובסיוע גדולים ככל האפשר מצד המדינה למילוי הצרכים הדתיים ולחיוזק הקהילות הדתיות, וכך הוא משתמש בפוליטיקה לקידום הדת. נוסף על כך הוא מבקש להשתמש במנגנון ובסמכות הדתיים כדי להשפיע על ההתנהגות הפוליטית של האזרחים, בני קהילות דתיות ואחרים גם כן. באופן זה הוא מקדם אינטרסים וערכים פוליטיים באמצעות הדת. בכוונתה של הפרדת הדת מן המדינה למנוע שלוש אפשרויות אלה: להגשים ערכים דתיים בפוליטיקה, להשתמש בפוליטיקה לקידום הדת ולהשתמש בדת לקידום ערכים פוליטיים.

כפי שאנסה להראות, כל אחד ואחד משני הצדדים בוויכוח יכול להשתמש באופן טיפוסי באחת מן המשמעויות של הערך 'כבוד האדם' שבו עסקינן. בהתאם לכך עומדת לרשותו של כל צד וצד רטוריקה אופיינית המאפשרת לו להציג את עמדתו ולנגח את בן שיחו, בלא שהערך 'כבוד האדם' יוכל לספק אף לא לאחד משני בני השיח תשובה ניצחת לאחר. בעיקרו של דבר, הגישה הליברלית תפתח רטוריקה המסתמכת על מובן א (שטיבו יובהר להלן), ואילו הצד השני יפתח רטוריקה הנסמכת על מובן ב (שיובא אחר כך). ואולם כל אחד ואחד מן הצדדים אינו מזדהה בהכרח בלב ונפש עם הרטוריקה שהוא מאמץ. החשוב הוא שהצד האחר לא יוכל לפסול אותה בכלים העומדים לרשותו.

## כבוד האדם מהו?

ברגיל חולקים כבוד לאדם מכל מיני סיבות: בשל מעמדו, בשל תכונותיו ומעלותיו, בשל מעשיו הנאים ומתוך הערכה להישגיו או לתרומתו לחברה. אבל הכבוד הקרוי 'כבוד האדם' הוא כבוד מסוג אחר לגמרי. כאן אנחנו נתבעים לכבד את האדם כאדם, בלי להתייחס לשום תכונה מיוחדת שלו, אלא בהיותו אדם, שאמנם יש לו מעמד מיוחד בעולם, בהיותו בן אנוש, אולם כמי שאינו נבדל מכל אדם אחר. תפיסה שוויונית של בני האדם היא חלק בלתי נפרד מתוכנו של המושג 'כבוד האדם', לפי אבישי מרגלית,<sup>1</sup> הוא מושג משווה, לא מדרג, הנובע מעצם ההשתייכות לקבוצה ולא מהצטיינות במסגרת הקבוצה. מתבקשות שתי השאלות האלה: במה מתבטא כבוד האדם וכיצד יש לנמקו?

כבוד האדם – במה הוא מתבטא? קשה מאוד להשיב על שאלה זו, ופתרון מקובל אחד הוא להסתייע בניגוד השלילי: כבוד מחייב הימנעות מהשפלה.

ואולם ייתכן שבני אדם ירגישו מושפלים מכל מיני סיבות. ולפעמים ברור לגמרי שהסיבות להרגשתם שהם מושפלים הן לא מוצדקות. לפיכך יש צורך להבחין בין הרגשה מוצדקת של השפלה לבין הרגשה לא מוצדקת. ההתנהגות המשפילה המעניינת אותנו בהקשר לכבוד האדם היא התנהגות הנקוטה כלפי אדם, ואשר יש בה נימוק מספק להרגשתו שהכבוד העצמי שלו נפגע. דרושה הצדקה אובייקטיבית להרגשה שלי שאני מושפל, מה שמוביל אותנו לשאלה השנייה.

קשה להסביר במה ניכר כבוד האדם. קשה עוד יותר להצדיק או לנמק אותו. ובשל הקושי הזה אחד הפתרונות כביכול הוא לומר כך: יש לכבד אדם מפני שהוא אדם, וסוף פסוק. כמוכן, זוהי טאוטולוגיה יותר מהצדקה. כפי שאציין מיד, מובן א של כבוד האדם ניוון מן ההוכחה המפורסמת של עימנואל קאנט, המתמקדת בתבונותו של האדם.<sup>2</sup> לעומת זאת, מובן ב נשען על תכונה אנושית לגמרי אחרת – חולשתו של האדם ופגיעותו.

## מובן א

יש לכבד כל אדם באשר הוא אדם. אבל מדוע? אפשר לשאול את השאלה גם כך: אם יש לחלוק כבוד לכל אדם, האדם מה הוא? מהו קריטריון הכניסה למין האנושי? קאנט הוא הסמכות הפילוסופית לגבי כבוד האדם. קאנט טען שרק בני אדם, שהם מקור הערכים, יכולים להיות בעלי ערך מוחלט, בלתי מותנה. גרסה אחרת של דבריו קובעת שרק האדם הוא תכלית לעצמה. ושוב, הוא השתמש גם במילים אלה: לכל אדם יש ערך, ולשום אדם אין מחיר, ופירוש הדבר הוא שכל אדם הוא יצור חד-פעמי, שאינו בר המרה.

הטיעון של קאנט הוא בקצרה זה: אני רואה את עצמי בתור אישיות שהיא תכלית לעצמה; שהרי אני מסוגל לערוך שיקולי דעת, להציב לעצמי מטרות באופן אוטונומי, לשקול את האמצעים להשגתן ולכוון את רצוני בהתאם לכך. יתר על כן, אני מסוגל לחשיבה עקרונית, והחשיבה העקרונית הזאת מאפשרת לי לנסח לעצמי את החוקים המוסריים, כדי שאדבק בהם. לשון אחר, אני מסוגל להיות המקור האוטונומי של הערכים שלי, ומבחינה זו אני אכן תכלית לעצמה. אבל אני רואה שכל אדם אחר מסוגל לעשות את כל הדברים האלה. לאמור, כל אדם אחר מסוגל להיות אישיות אוטונומית שכזאת בדיוק כמוני. לפיכך גם כל אדם

אחר הוא תכלית לעצמה, לפחות מנקודת הראות שלו, כשם שאני תכלית לעצמי מנקודת הראות שלי. ואולם – וכאן השלב החשוב של הטיעון – מפני שכל אדם אחר הוא תכלית לעצמה ואוטונומי לעצמו, כן הוא צריך להיות תכלית לעצמה ולהיחשב אוטונומי בעבורי; שהרי מבחינתו הוא תכלית לעצמה מאותם טעמים ממש שמבחינתי אני תכלית לעצמה. לפיכך לעולם אל לי להתייחס אל הזולת כאילו היה אמצעי בלבד, אלא גם כתכלית לעצמה. וזה הנוסח של אחד מציווי המוסר המוחלטים של קאנט, הציווי המוחלט השני, ליתר דיוק. בקצרה, הערך 'כבוד האדם' פירושו כבוד לכל אדם כמקור של ערכים וכתכלית לעצמה.

גישה שכזאת כלפי כבוד האדם מבהירה מיד את טיבם של הגורמים שבגינם רשאי אדם להרגיש מושפל ולהרגיש בצדק שכבודו העצמי נפגע. כאשר פוגעים באוטונומיות שלך, ביכולתך להשתמש בשיקול הדעת שלך כדי להציב לעצמך את מטרותיך, לקבוע את הדרכים להשגתן ולפעול בדרכים האלה, כאשר מתייחסים אליך כאל אמצעי או כאל כלי וכלל לא כאל תכלית לעצמה, כאשר מתייחסים אליך ברכושנות, כאילו אתה רכוש של מישהו אחר, כי אז משפילים אותך, ואתה רשאי להרגיש שכבודך העצמי נפגע ונרמס. לאמור, כדי שהרגשת ההשפלה תהא מוצדקת, הפגיעה בכבוד העצמי צריכה להיות מכוונת נגד התכונות שעליהן מסתמכת ההוכחה של הערך 'כבוד האדם'. המושג 'ההשפלה המוצדקת' תלוי בהוכחה. כן חשוב לציין שהגישה הזאת מדגישה את הדומה בין בני האדם, את התכונות המשותפות שלהם, ולא את השוני. היא מדגישה את היכולת הדומה של בני האדם לערוך שיקולי דעת עקרוניים. היא מדגישה את הרציונליות, או לפחות את הסבירות, כתכונתם המשותפת של בני האדם. הרציונליות המשותפת מאפשרת קבלת עקרונות משותפים והחלטות עקרוניות.<sup>3</sup> מ'כבוד האדם' במובן זה משתמעת הודאה מלאה באדם כחבר בקהילה, שבה חולקים ביניהם המשתתפים את הסמכות לקבוע כיצד תנוהל הקהילה. לאמור, כבוד האדם במובן זה הוא כבוד הדדי. הוא מצביע על הצורך בחברה שבה כל אדם ואדם חולק כבוד שווה לכל אדם אחר. לאמור, ממובן זה של כבוד האדם מתחייבת גרסה מסוימת של המשטר הדמוקרטי. מדובר במה שקרוי 'דמוקרטיה התדיינותית' (deliberative), שעניינה החלפת דעות במטרה להגיע להסכמה. ההנחה היא שכל אדם ואדם מסוגל לחשוב בעצמו ואינו זקוק לסמכות חיצונית, אלא לביקורת פנימית. כל אחד ואחד יכול לתרום מדעתו למדיניות שהיא לטובת הכלל. דמוקרטיה שכזאת מתנהלת באמצעות דיון ושכנוע, באופן אידאלי, עד

שכל אחד ואחד מן האזרחים יסכים למדיניות המוצעת בלא שירגיש שכופים זאת עליו. לכל אחד ואחד ניתנת זכות הווטו, לפחות אידאלית. על פי ההנחה, החלפת דעות ודיון יסודי יאפשרו להגיע למסקנה משותפת נכונה, אפילו קרובה לאמת. ההסכמה נחשבת התנאי להיעדר כפייה, והכפייה מעצם טיבה משפילה ופוגעת בכבוד האישי: הכפייה עושה את הכפוי לכלי, מבטלת את היותו תכלית לעצמה. על פי תפיסה זו, הדמוקרטיה כמכשיר החלטה מכני באמצעות רוב קולות נחשבת לרע במיעוטו, ההכרחי רק במקרים שלא ניתן להגיע להסכמה.

על פי גישה זו, המדינה מטיבה נשענת על שיתוף פעולה בין האזרחים על יסוד עקרונות ששום אדם סביר לא היה דוחה מרצונו, אילו הוצעו לו במסגרת דיון על הסכם כללי ועקרוני בין בני החברה. כאן מודגש הצורך להצדיק את עצמך בעיני האחרים, ששיקול דעתם חשוב לא פחות משיקול הדעת שלך. המשטר והמדיניות יתבססו על אותם נימוקים שגם האחרים יקבלו. 'כבוד האדם' במובן זה מתקשר למסורת האמנה החברתית, ונקל לתת לו ביטוי באמצעות 'תורת האמנטיית ההיפותטית או המדומה' (hypothetical contractualism), המוצגת כיום בכתביהם של ג'ון רולס, תומס סקנלון<sup>4</sup> ואחרים.

## מובן ב

הערך 'כבוד האדם' פירושו שיש לכבד כל אדם באשר הוא אדם, וסוף פסוק. אין צורך, ואי-אפשר, להצדיק את כבוד האדם. בכל אופן, גישה זו כלפי כבוד האדם מתעלמת מן הצורך להוכיח את חובת כבוד האדם. היא מדגישה את הצד הפסיכולוגי, את ההשפלה המעידה על היעדרו של כבוד. היא מוחה על כל יחס אדנות, בוז ואדישות כלפי צרכים, רגשות, מאוויים ועוני מנוול.

גישה כזאת אינה מדגישה את הדומה בין בני האדם, מבחינת אותם כשרים שבאמצעותם הם מסוגלים להגיע להבנה הדדית ולהסכמה, אלא את השוני בין בני האדם, או ליתר דיוק – את הדומה שבשוני. לדידי, כל אדם הוא 'אחר' בזה שיש לו אינטרסים משלו, שונים לגמרי מן האינטרסים שלי, ואולי אף סותרים אותם. הכוונה לאינטרסים במובן הרחב ביותר: סיפוקם של צורכי יסוד, מטרות אישיות, תכניות חיים ארוכות טווח, אידאליים – כל אותם 'פריטים' העשויים להיכלל בקדימויות האישיות של כל אחד ואחד. כאן האדם נידון לא בבחינת אישיות רציונלית או סבירה, אלא בבחינת רצון: הרצון שלו לקדם את האינטרסים

שלו. ההנחה היא שכל אחד ואחד שוקל את שיקול הדעת שלו על פי האינטרסים שלו, ותכליתו היחידה היא לקדם אותם. אמנם גם כאן מדובר לפעמים על 'אוטונומיה', אלא שכאן הכוונה לרעיון שהפרט, כל פרט, הוא מקור של תביעות. לכל אדם יש מאוויים ואידאלים משלו, תפיסות טוב שונות. ואדם רשאי לעמוד על זכותו לממש את כל אלה. מצד שני אין לו שום עניין בקידום האינטרסים או בסיפוק הצרכים של הזולת. אם רוצים לחיות בצוותא, מתחייבת פשרה בכפוף לכוח המיקוח של כל אחד ואחד, או מה שקרוי 'תרון האיום' שלו. כל פשרה שכזאת היא בין רצונות אנוכיים, גם אם האידאלים של צד מן הצדדים הם אלטרואיסטיים לגמרי.

אם קיימת בכל זאת תכונה אנושית משותפת שבגינה נתבעים אנו לכבוד האדם, הריהי הפגיעות. ואם בכל זאת יש שוויון, הוא מתמצה בזה שכולנו פגיעים. המקור הפילוסופי הוא תומאס הובס, לא עמנואל קאנט. ודווקא מאחר שכולנו פגיעים, תשומת הלב מופנית לאופנים השונים שבהם בני האדם עלולים להרגיש מושפלים. הרגשת ההשפלה משמשת לכאורה מדד לפגיעות.

גישה שכזאת מתייחסת לשיטת הממשל הדמוקרטית בצורה לגמרי שונה מזו שתוארה קודם בהקשר מובן א. דמוקרטיה היא שיטה מכנית להכרעה בין אינטרסים ובין רצונות. היא אמורה לשרת את האינטרסים של האזרחים בלי לכוון אותם כלל. באופן פורמלי לגמרי היא מתחשבת באופן שווה באינטרסים של כל האזרחים. הכינויים המקובלים בספרות הם 'דמוקרטיה הליכית' (פרוצדורלית) או 'דמוקרטיה אגרגטיבית'. מדובר בהסדרה חוקתית לתועלת הדרדית, שבמסגרתה לכל אחד ואחד זכות שווה לקדם את האינטרסים שלו. כך למשל, הנציגים במוסדות הנבחרים (הכנסת) אמורים לייצג את האינטרסים של בוחריהם-שולחיהם. דמוקרטיה מסוג זה אינה שואפת לקיים התדיינות שמטרתה שכנוע וגיבוש הסכמה לגבי הדרך הנכונה. אין כאן דרך נכונה, אלא זו המובילה לפשרה. מדובר במעין מכניזם של שוק המקיים חליפין בין אינטרסים שונים על יסוד קואליציות ומאזני כוחות זמניים. ולהסכמי הפשרה, המבוססים על אינטרסים אנוכיים, אין שום ערך, חוץ מהאפשרות לשתף פעולה באופן זמני כדי לחיות ביחד. מדובר בפשרה המקיימת 'מודוס ויונדי'.

נוכל לסכם ולומר: כבוד האדם במובן א מדגיש את הדומה בין בני האדם, בהיותם יצורים רציונליים, או לפחות סבירים, ולפיכך גם אוטונומיים, המסוגלים לגבש לעצמם עקרונות דומים ולהחליט החלטות עקרוניות על פיהם. לעומת

זאת כבוד האדם במובן ב מדגיש את השונה בין בני האדם, בהיותם יצורים בעלי רצונות מנוגדים ואינטרסים מתנגשים. הדומה הוא הפגיעות.

במובן א כבוד האדם אמור להתממש באמצעות שיטת ממשל שעיקריה הם אלה: העיקרון היסודי הוא עקרון ההדריות; המניע היסודי של כל אחד ואחד הוא רצונו להצדיק את דעתו ואת הצעותיו לפני האחרים; התהליך העיקרי להשגת המטרה הוא ההתדיינות, ומטרתה של ההתדיינות היא להגיע להסכמה בדבר דרך פעולה משותפת נכונה. ואילו במובן ב כבוד האדם אמור להיות ממומש באמצעות שיטת ממשל שעיקריה הם אלה: המניע העיקרי של כל אחד ואחד הוא האינטרס האישי שלו; התהליך העיקרי להשגת המטרה הוא משא ומתן, והמטרה המיוחדת יכולה להיות לכל היותר מודוס ויונדי, אופן זמני של חיים ביחד, המאפשר לכל אחד ואחד מן הצדדים את מרב היתרון בתנאים הנתונים. מדובר ביתרון הדדי לכל היותר.<sup>5</sup>

## שתי רטוריקות

לאחר שהבחנו בין שני המובנים של 'כבוד האדם', אנו יכולים לשער כיצד כל צד וצד בוויכוח סביב שאלת יחסי דת-מדינה יוכל להשתמש בערך 'כבוד האדם' לצרכיו במסגרת הרטוריקה שהוא מפתח במחלוקת הזאת. החשוב לענייננו הוא שהרטוריקה של כל אחד ואחד משני הצדדים מסתייעת באותו ערך, 'כבוד האדם', ולכן התוצאה הסופית היא תיקו. בהתאמה למובן א לעומת מובן ב, נוח לדבר על צד א וצד ב. מה אומר, או רשאי לומר, כל אחד משני הצדדים?

אומר א ל-ב: אני מכבד אותך כאשר אני מייחס לך שיקול דעת, ביקורתיות עצמית, פתיחות לשינוי, גמישות מחשבתית ורצון לקיים דרישה. אני מכבד אותך כאשר אני מביא נימוקים שאני סבור שהם עשויים להתקבל על דעתך, מפני שאתה אדם רציונלי כמוני, או סביר לפחות כמוני, והנימוקים האלה אכן מתקבלים על דעתי. אני מכבד אותך כאשר אני מציע לך נימוקים העשויים להיות מובנים ונגישים לך, בלא תלות בהשקפת העולם שלך ובאורח החיים שלך. אני מכבד אותך אם אני סבור ששינוי מסוגלים לחשיבה עקרונית דומה. אני מכבד אותך אם אינני תובע מעמד מיוחד לאמונות המיוחדות שלי, שהרי אילו עשיתי כן, הייתי פותח לך פתח לפנות בתביעות דומות כלפיי, שאותן לא אוכל לקבל בשום פנים ואופן ואשר עלולות לפגוע בכבוד האישי שלי.

לא הייתי מכבד אותך אילו סברתי שדעותיך משקפות את האינטרסים האנוכיים שלך ותו לא. לא הייתי מכבד אותך אילו סברתי שאתה לא רציונלי על פי רוב וכי הנימוקים שאתה מביא להתדיינות בינינו אינם סבירים כלל; אילו סברתי שאתה שקוע באמונות טפלות, עקשן, לא מבריק במיוחד מבחינה שכלית וטועה טעויות לא מובנות בשיקול דעת; אילו סברתי מראש שאי-אפשר לשכנע אותך בנימוקים של שכל ישר או כאלה המתבססים על ניסיון ועל מסקנות מדעיות.

משיב ב ואומר ל-א: אתה מכבד אותי אם אתה מקבל את הודאתי הכנה שהנימוקים שאני מביא חשובים לי כבבת עיני. אם ברצונך לכבדני, עליך לקבל כי לשיקול הדעת שלי יש היגיון משלו וכי עלי לצייט לו. אינך חייב לקבל את שיקול הדעת שלי ואת הנימוקים שלי, אלא אך ורק להודות שהם לגיטימיים ואפילו הכרחיים מבחינתי: אלה נימוקיי האמתיים. כל עוד אתה אומר: אני מכבד אותך רק ככל שיש סיכוי שאני אשכנע אותך, כפי שאפשר להבין ממובן א של ערך כבוד האדם, אינך מכבד אותי.

אינך מכבד אותי, כאשר אתה חושב שיש פגם או פסול בראיות הדתיות שלי, וכאשר אתה נותן עדיפות לנימוקים המתבססים על השכל הישר, על הניסיון ועל המדע. אינך מכבד אותי כאשר אתה טוען לעדיפות המשותף על פני המיוחד. אינך מכבד אותי, אך אינך מאפשר לי לנסות לעצב, ככל יכולתי וכוחי, את אופייה של המדינה על פי השקפותיי הדתיות, שהן היותר מהותיות מבחינתי, והן לב לבה של זהותי. אינך מכבד אותי, כאשר אתה טוען שיש פסול כלשהו בזה שאני מטפח את האינטרסים שלי ושל קהילתי ומשתמש לשם כך בכוחי הפוליטי. אינך מכבד אותי, כאשר אתה מוצא פסול בשימוש שאני עושה בסמכות הדתית כדי לקדם את ענייניי הדתיים.

אינך מכבד אותי, אם אינך מתיר לי לומר: הנה אני בכל אחרותי ממך, ואני מצווה עליך לכבד אותי כי אני אדם. כבוד האדם הוא כבוד לזהות שלו. כבוד האדם מחייב התחשבות בשוני של הזולת, לאו דווקא בדומה: אנו מוצאים בזולת תכונות מיוחדות שאין לנו, ועלינו לכבד תכונות אלה כחלק מן הכבוד שאנו רוחשים לו. אפשר אפוא לומר שהרטוריקה של ב עושה שימוש בסממנים הלקוחים מן הרטוריקה של הרב-תרבותיות הנפוצה כיום.

## סוף דבר

מדוע אפוא אנו נקלעים למצב תיקו, באין מוצא נראה לעין, בין צד א, הליברלי, המחייב הפרדה בין הדת והמדינה, ובין צד ב, השולל את ההפרדה? כל אחד ואחד משני הצדדים מסתמך על המושג 'כבוד האדם', דבק בערך 'כבוד האדם', והוא משתמש במושג 'כבוד האדם' בדרך לגיטימית בהחלט, יש לומר, בלי שהצד השני יוכל לדחותו. בשם המושג 'כבוד האדם' שלו (מובן א) מבקש צד א להשתית את המערכת השלטונית על עקרונות ונימוקים נגישים לכול, אשר סביר להניח שאיש לא יפסול אותם. העקרונות והנימוקים נתונים לביור, להתדיינות ולשכנוע הדדי בשם התבונה, הסבירות, השכל הישר, הניסיון והמדע. מבחינתו של צד א לפחות, שום נימוק הנסמך על הדת או יונק ממנה אינו נימוק נגיש לכול שעליו אפשר להגיע להסכמה, ולפיכך שום נימוק הנסמך על הדת או יונק ממנה אינו יכול להיות נימוק שמן הראוי להשתמש בו לעיצוב כליה השלטוניים של המדינה או של מדיניותה. הוא גם סבור שהיעדר הנמקה דתית בנייהול המדינה אינו פוגע בדת.

בשם המושג 'כבוד האדם' (מובן ב) מגן צד ב על זכותו לנהוג בכל התחומים כדי לקדם את האינטרסים הדתיים שלו. בראש ובראשונה הוא שואף לעצב את המערכת השלטונית על פי העקרונות והנימוקים שלו, בלא תלות בשאלה אם אלה נימוקים נגישים לכול אשר סביר להניח שאיש לא יפסול. אמנם הוא מוכן אף לטעון שאפילו כך הדת אינה פסולה: כל אחד, אם רק יפקח את עיניו, ישתכנע באמתותה.

כל אחד ואחד משני הצדדים תופס אפוא את הדמוקרטיה אחרת: לפי צד א, היא צריכה להיות התדיינותית; הוא לפחות שואף לזאת. לעומת זאת, צד ב מבקש להשתמש לצרכיו בדמוקרטיה הליכית.

## הערות

1 A. Margalit, N. Goldblum (trans.), *The Decent Society*, Cambridge, Mass. 1996

2 ע' קאנט, הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות, מ' שפי (תרגום), ירושלים תש"י.

- 3 האם מושג כזה של 'כבוד האדם' מחייב דאגה לרווחתו או לפחות לצרכיו הבסיסיים? האם לפי המושג, העוני משפיל? כדי להשיב על שאלות אלה דרושים פיתוחים שאינם מענייני כאן.
- 4 R. John, *Political Liberalism*, New York 1993
- T. M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Mass. 1998
- 5 A. Gutmann and D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass. 1996

## כבוד האדם בדיני העונשין

מרדכי קרמניצר\*

### פתח דבר

המושג 'כבוד האדם' מורכב. בלי לבקש למצות את משמעותו ואת מהותו נוכל לומר שכבוד האדם הוא גרעין התכונות המוסריות והאינטלקטואליות המכוננות את 'צלם האלוהים' שבאדם, כלומר תכונות המעלות אותו לדרגה מוסרית גבוהה. דיני העונשין משקפים תפיסה של אדם בעל כבוד, הן הנמען של דיני העונשין הן הקורבן שהם מגנים עליו. להלן אבקש להראות כיצד תפיסה זו משתקפת בדיני העונשין, מדה השפעתה על הדינים הקיימים, והיכן יש חריגות ממנה. לשון אחר, אילו שינויים בדיני העונשין תובעים מחויבות אמתית ומלאה לעיקרון 'כבוד האדם'.

### ההגנה על כבוד הקורבן

תפיסת 'כבוד האדם' מוצאת ביטוי בהגנה על קורבנות בכוח או בפועל מפני פגיעה בכבוד האדם. דוגמה לכלל משפטי הממלא תפקיד זה הוא האיסור המיוחד לחקור את מי שהתלוננה על עבֶרת מין על אודות מנהגיה המיניים. איסור זה נקבע בחוק בשל מנהגם של סנגורים לחקור מתלוננות אגב הטלת דופי בהן, חדירה לפרטיותן ואף השפלתן (לכאורה. מאחר שהחקירות אינן רלוונטיות למקרה, היה מקום למנוע אותן על סמך העיקרון הכללי בדבר 'פסילת ראיות שאינן רלוונטיות'). ההגנה על כבוד הקורבן היא תכלית חשובה כשלעצמה. היא משרתת גם מטרה חשובה אחרת: עידוד קורבנות של עברות מין להתלונן. מטרה זו קשורה בכבוד האדם: קורבן עברת מין הנמנעת מתלונה מחשש שבהליך המשפטי ייפגע כבודה, כבודה נפגע ממילא.

בעת עיצוב הנורמות המגנות על כבוד הקורבן צריך להביא בחשבון שהנטייה הטבעית של מערכת אכיפת החוק, שמשרתים בה האזרחים הרואים בעצמם קורבנות פוטנציאליים ולא עבריינים פוטנציאליים, היא לשמור בקדנות על כבודו של הקורבן (וכן על זכויות ואינטרסים אחרים שלו), אפילו על חשבון



# נספח ד'

מאמר חובה:

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

## חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>1</sup>

1. **עקרונות יסוד (תיקון מס' 1)**  
 זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
- א1. **מטרה**  
 חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
2. **שמירה על החיים, הגוף והכבוד**  
 אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.
3. **שמירה על הקניין**  
 אין פוגעים בקנינו של אדם.
4. **הגנה על החיים, הגוף והכבוד**  
 כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.
5. **חירות אישית**  
 אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.
6. **יציאה מישראל וכניסה אליה**  
 (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.  
 (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.
7. **פרטיות וצנעת הפרט**  
 (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.  
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.  
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

<sup>1</sup> ס"ח התשנ"ב, עמ' 150; תיקון מס' 1 - ס"ח התשנ"ד, עמ' 90.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

8. פגיעה בזכויות<sup>1</sup> (תיקון מס' 1)  
אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

9. סייג לגבי כוחות הביטחון  
אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

10. שמירת דינים  
אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.

11. תחולה  
כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.

12. יציבות החוק  
אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח-1948,<sup>2</sup> מותר להתקין תקנות שעת חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

<sup>1</sup> אין לצרף את הכנסת כצד בהליכים שבהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על ידי הכנסת (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח'). לעניין התייצבות הכנסת ר' גם ס' 17(ג) לחוק הכנסת.

<sup>2</sup> ע"ר מס' 2, התשי"ח, עמ' 1; ס"ח התשמ"א, עמ' 306.

# נספח ד'

מאמר חובה:

כבוד האדם – שני מובנים

אליעזר וינריב

38 הסעיף השני של החוקה קובע כך:

'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit oweit er nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmassige Ordnung die Rechte anderer verstosst' oder das Sittengesetz

(לכל אדם יש זכות לשגשוג חופשי של אישיותו כל עוד אין הוא מפר את זכויותיהם של אחרים, וכל עוד איננו מפר לא את הסדר החוקתי ולא את כללי המוסר).

39 פסיקת בית המשפט העליון, 16 בפברואר 1954, BGHSt. 332.5.

40 פסיקת בית המשפט העליון, 14 ביוני 1960, BGHSt. 358.14.

41 פסיקת בית המשפט העליון, 21 בפברואר 1954, BGHSt. 325.19.

42 **שם**, עמ' 311 ('Die Entfaltung, nicht der Verfall der Persönlichkeit [...] wird) (geschützt).

43 פסיקת בית המשפט הגבוה של המדינה בהאם, 23 ביוני 1967, 1967 NJW, 2024.

44 הכרעת בית המשפט הגבוה של המדינה בהאם, 4 במרס 1970, 1970 MDR, 611.

45 הכרעת בית המשפט המקומי באלטנה (Altena), 16 בנובמבר 1965, 1966, NJW 1460.

46 *Young v. That Was the Week that Was*, 423 F. 2d 265 (6th Cir. 1970); *Maritote v. (Desilu Productions, Inc.)*, 230 F. supp. 721 (N.D. Ill. 1964)

47 הכרעת בית המשפט העליון, 20 במרס 1968, 50 BGHZ 133; אושרה בבית המשפט החוקתי הפדרלי, 2 בפברואר 1971, 30 BVerfGE 173.

48 הכרעת בית המשפט המקומי בהיידנהיים, 27 בנובמבר 1980, 1981 NJW, 1628.

49 *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1975)

50 לעיל הערה 51.

*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) 51

## כבוד האדם – שני מובנים

אלעזר וינריב

### פתח דבר

כבוד האדם הוא ערך חשוב ביחסים שבין אדם לחברו. היו פילוסופים שעשוהו אבן פינה לכל שיטתם. משהוכנס לספר החוקים (כפי שאכן נעשה בישראל), ייתכן שישמש את בית המשפט לנמק פסיקות, אולי פסיקות מכריעות. אבל אני מבקש לעסוק בשאלה אחרת: האם הערך של כבוד האדם יכול להנחות אותנו בקביעת אופייה של המדינה? כוונתי להסדרים החוקתיים היסודיים ביותר, הקובעים את דמותה של המדינה – עניין הנדון בדרך כלל בפילוסופיה מדינית, במסגרת הדיון בשאלת הצדק המדיני, דהיינו בשאלת טיבם של ההסדרים שנועדו להבטיח כי המשטר יהיה צודק. אעסוק בעיקר בשאלה אם הערך 'כבוד האדם' טומן בחובו פתרון לשאלת יחסי דת-מדינה. לפחות לכאורה, צירופו של הערך 'כבוד האדם' בחוק לאפיון המדינה כ'יהודית ודמוקרטית' מרמז על תשובה חיובית על שאלה זו.

ואולם ככל שאני חושב על העניין עולים בי ספקות ותהיות. כאשר מנסים לאפיין במדויק את טיבו של הערך 'כבוד האדם', מתברר עד מהרה שהמושג המסתתר מאחוריו רב-משמעי. ברצוני להראות שהמושג הוא לפחות דר-משמעי. דר-משמעות זו אינה צריכה להדאיג, אלמלא הייתה גורם חשוב המסכל את הניסיון להשתמש בערך 'כבוד האדם' כדי להנחות אותנו במתן תשובות על שאלות היסוד לגבי אופייה של המדינה, ובמיוחד במה שקשור ליחסי דת-מדינה. אנסה אפוא להבחין באופן שיטתי בין שתי משמעויות של הערך 'כבוד האדם'. אתייחס להלן למובן א ולמובן ב של המושג. לאחר מכן אבהיר כיצד אופיו הדר-משמעי של המושג מכשיל את פתרון הבעיות שהוצגו.

בוויכוח על טיבם של יחסי דת-מדינה הראויים לשרור במדינת ישראל מציע צד אחד, שאפשר לכנותו בהכללה גסה 'ליברלי', להפריד את הדת מן המדינה. הצד האחר מתנגד להפרדה מן הטעמים האלה: הוא מבקש לתת למדינה צביון יהודי, והצביון היהודי היחיד העולה על הדעת הוא היהודי-דתי. באופן זה הוא מבקש להגשים ערכים דתיים במסגרת המוסרית-מדינית. הוא שואף לזכות

בתמיכה ובסיוע גדולים ככל האפשר מצד המדינה למילוי הצרכים הדתיים ולחיוזק הקהילות הדתיות, וכך הוא משתמש בפוליטיקה לקידום הדת. נוסף על כך הוא מבקש להשתמש במנגנון ובסמכות הדתיים כדי להשפיע על ההתנהגות הפוליטית של האזרחים, בני קהילות דתיות ואחרים גם כן. באופן זה הוא מקדם אינטרסים וערכים פוליטיים באמצעות הדת. בכוונתה של הפרדת הדת מן המדינה למנוע שלוש אפשרויות אלה: להגשים ערכים דתיים בפוליטיקה, להשתמש בפוליטיקה לקידום הדת ולהשתמש בדת לקידום ערכים פוליטיים.

כפי שאנסה להראות, כל אחד ואחד משני הצדדים בוויכוח יכול להשתמש באופן טיפוסי באחת מן המשמעויות של הערך 'כבוד האדם' שבו עסקינן. בהתאם לכך עומדת לרשותו של כל צד וצד רטוריקה אופיינית המאפשרת לו להציג את עמדתו ולנגח את בן שיחו, בלא שהערך 'כבוד האדם' יוכל לספק אף לא לאחד משני בני השיח תשובה ניצחת לאחר. בעיקרו של דבר, הגישה הליברלית תפתח רטוריקה המסתמכת על מובן א (שטיבו יובהר להלן), ואילו הצד השני יפתח רטוריקה הנסמכת על מובן ב (שיובא אחר כך). ואולם כל אחד ואחד מן הצדדים אינו מזדהה בהכרח בלב ונפש עם הרטוריקה שהוא מאמץ. החשוב הוא שהצד האחר לא יוכל לפסול אותה בכלים העומדים לרשותו.

## כבוד האדם מהו?

ברגיל חולקים כבוד לאדם מכל מיני סיבות: בשל מעמדו, בשל תכונותיו ומעלותיו, בשל מעשיו הנאים ומתוך הערכה להישגיו או לתרומתו לחברה. אבל הכבוד הקרוי 'כבוד האדם' הוא כבוד מסוג אחר לגמרי. כאן אנחנו נתבעים לכבד את האדם כאדם, בלי להתייחס לשום תכונה מיוחדת שלו, אלא בהיותו אדם, שאמנם יש לו מעמד מיוחד בעולם, בהיותו בן אנוש, אולם כמי שאינו נבדל מכל אדם אחר. תפיסה שוויונית של בני האדם היא חלק בלתי נפרד מתוכנו של המושג 'כבוד האדם', לפי אבישי מרגלית,<sup>1</sup> הוא מושג משווה, לא מדרג, הנובע מעצם ההשתייכות לקבוצה ולא מהצטיינות במסגרת הקבוצה. מתבקשות שתי השאלות האלה: במה מתבטא כבוד האדם וכיצד יש לנמקו?

כבוד האדם – במה הוא מתבטא? קשה מאוד להשיב על שאלה זו, ופתרון מקובל אחד הוא להסתייע בניגוד השלילי: כבוד מחייב הימנעות מהשפלה.

ואולם ייתכן שבני אדם ירגישו מושפלים מכל מיני סיבות. ולפעמים ברור לגמרי שהסיבות להרגשתם שהם מושפלים הן לא מוצדקות. לפיכך יש צורך להבחין בין הרגשה מוצדקת של השפלה לבין הרגשה לא מוצדקת. ההתנהגות המשפילה המעניינת אותנו בהקשר לכבוד האדם היא התנהגות הנקוטה כלפי אדם, ואשר יש בה נימוק מספק להרגשתו שהכבוד העצמי שלו נפגע. דרושה הצדקה אובייקטיבית להרגשה שלי שאני מושפל, מה שמוביל אותנו לשאלה השנייה.

קשה להסביר במה ניכר כבוד האדם. קשה עוד יותר להצדיק או לנמק אותו. ובשל הקושי הזה אחד הפתרונות כביכול הוא לומר כך: יש לכבד אדם מפני שהוא אדם, וסוף פסוק. כמוכן, זוהי טאוטולוגיה יותר מהצדקה. כפי שאציין מיד, מובן א של כבוד האדם ניוון מן ההוכחה המפורסמת של עימנואל קאנט, המתמקדת בתבונותו של האדם.<sup>2</sup> לעומת זאת, מובן ב נשען על תכונה אנושית לגמרי אחרת – חולשתו של האדם ופגיעותו.

## מובן א

יש לכבד כל אדם באשר הוא אדם. אבל מדוע? אפשר לשאול את השאלה גם כך: אם יש לחלוק כבוד לכל אדם, האדם מה הוא? מהו קריטריון הכניסה למין האנושי? קאנט הוא הסמכות הפילוסופית לגבי כבוד האדם. קאנט טען שרק בני אדם, שהם מקור הערכים, יכולים להיות בעלי ערך מוחלט, בלתי מותנה. גרסה אחרת של דבריו קובעת שרק האדם הוא תכלית לעצמה. ושוב, הוא השתמש גם במילים אלה: לכל אדם יש ערך, ולשום אדם אין מחיר, ופירוש הדבר הוא שכל אדם הוא יצור חופשי, שאינו בר המרה.

הטיעון של קאנט הוא בקצרה זה: אני רואה את עצמי בתור אישיות שהיא תכלית לעצמה; שהרי אני מסוגל לערוך שיקולי דעת, להציב לעצמי מטרות באופן אוטונומי, לשקול את האמצעים להשגתן ולכוון את רצוני בהתאם לכך. יתר על כן, אני מסוגל לחשיבה עקרונית, והחשיבה העקרונית הזאת מאפשרת לי לנסח לעצמי את החוקים המוסריים, כדי שאדבק בהם. לשון אחר, אני מסוגל להיות המקור האוטונומי של הערכים שלי, ומבחינה זו אני אכן תכלית לעצמה. אבל אני רואה שכל אדם אחר מסוגל לעשות את כל הדברים האלה. לאמור, כל אדם אחר מסוגל להיות אישיות אוטונומית שכזאת בדיוק כמוני. לפיכך גם כל אדם

אחר הוא תכלית לעצמה, לפחות מנקודת הראות שלו, כשם שאני תכלית לעצמי מנקודת הראות שלי. ואולם – וכאן השלב החשוב של הטיעון – מפני שכל אדם אחר הוא תכלית לעצמה ואוטונומי לעצמו, כן הוא צריך להיות תכלית לעצמה ולהיחשב אוטונומי בעבורי; שהרי מבחינתו הוא תכלית לעצמה מאותם טעמים ממש שמבחינתי אני תכלית לעצמה. לפיכך לעולם אל לי להתייחס אל הזולת כאילו היה אמצעי בלבד, אלא גם כתכלית לעצמה. וזה הנוסח של אחד מציווי המוסר המוחלטים של קאנט, הציווי המוחלט השני, ליתר דיוק. בקצרה, הערך 'כבוד האדם' פירושו כבוד לכל אדם כמקור של ערכים וכתכלית לעצמה.

גישה שכזאת כלפי כבוד האדם מבהירה מיד את טיבם של הגורמים שבגינם רשאי אדם להרגיש מושפל ולהרגיש בצדק שכבודו העצמי נפגע. כאשר פוגעים באוטונומיות שלך, ביכולתך להשתמש בשיקול הדעת שלך כדי להציב לעצמך את מטרותיך, לקבוע את הדרכים להשגתן ולפעול בדרכים האלה, כאשר מתייחסים אליך כאל אמצעי או כאל כלי וכלל לא כאל תכלית לעצמה, כאשר מתייחסים אליך ברכושנות, כאילו אתה רכוש של מישהו אחר, כי אז משפילים אותך, ואתה רשאי להרגיש שכבודך העצמי נפגע ונרמס. לאמור, כדי שהרגשת ההשפלה תהא מוצדקת, הפגיעה בכבוד העצמי צריכה להיות מכוונת נגד התכונות שעליהן מסתמכת ההוכחה של הערך 'כבוד האדם'. המושג 'ההשפלה המוצדקת' תלוי בהוכחה. כן חשוב לציין שהגישה הזאת מדגישה את הדומה בין בני האדם, את התכונות המשותפות שלהם, ולא את השוני. היא מדגישה את היכולת הדומה של בני האדם לערוך שיקולי דעת עקרוניים. היא מדגישה את הרציונליות, או לפחות את הסבירות, כתכונתם המשותפת של בני האדם. הרציונליות המשותפת מאפשרת קבלת עקרונות משותפים והחלטות עקרוניות.<sup>3</sup> מ'כבוד האדם' במובן זה משתמעת הודאה מלאה באדם כחבר בקהילה, שבה חולקים ביניהם המשתתפים את הסמכות לקבוע כיצד תנוהל הקהילה. לאמור, כבוד האדם במובן זה הוא כבוד הדדי. הוא מצביע על הצורך בחברה שבה כל אדם ואדם חולק כבוד שווה לכל אדם אחר. לאמור, ממובן זה של כבוד האדם מתחייבת גרסה מסוימת של המשטר הדמוקרטי. מדובר במה שקרוי 'דמוקרטיה התדיינותית' (deliberative), שעניינה החלפת דעות במטרה להגיע להסכמה. ההנחה היא שכל אדם ואדם מסוגל לחשוב בעצמו ואינו זקוק לסמכות חיצונית, אלא לביקורת פנימית. כל אחד ואחד יכול לתרום מדעתו למדיניות שהיא לטובת הכלל. דמוקרטיה שכזאת מתנהלת באמצעות דיון ושכנוע, באופן אידאלי, עד

שכל אחד ואחד מן האזרחים יסכים למדיניות המוצעת בלא שירגיש שכופים זאת עליו. לכל אחד ואחד ניתנת זכות הווטו, לפחות אידאלית. על פי ההנחה, החלפת דעות ודיון יסודי יאפשרו להגיע למסקנה משותפת נכונה, אפילו קרובה לאמת. ההסכמה נחשבת התנאי להיעדר כפייה, והכפייה מעצם טיבה משפילה ופוגעת בכבוד האישי: הכפייה עושה את הכפוי לכלי, מבטלת את היותו תכלית לעצמה. על פי תפיסה זו, הדמוקרטיה כמכשיר החלטה מכני באמצעות רוב קולות נחשבת לרע במיעוטו, ההכרחי רק במקרים שלא ניתן להגיע להסכמה.

על פי גישה זו, המדינה מטיבה נשענת על שיתוף פעולה בין האזרחים על יסוד עקרונות ששום אדם סביר לא היה דוחה מרצונו, אילו הוצעו לו במסגרת דיון על הסכם כללי ועקרוני בין בני החברה. כאן מודגש הצורך להצדיק את עצמן בעיני האחרים, ששיקול דעתם חשוב לא פחות משיקול הדעת שלך. המשטר והמדיניות יתבססו על אותם נימוקים שגם האחרים יקבלו. 'כבוד האדם' במובן זה מתקשר למסורת האמנה החברתית, ונקל לתת לו ביטוי באמצעות 'תורת האמנותיות ההיפותטית או המדומה' (hypothetical contractualism), המוצגת כיום בכתביהם של ג'ון רולס, תומס סקנלון<sup>4</sup> ואחרים.

## מובן ב

הערך 'כבוד האדם' פירושו שיש לכבד כל אדם באשר הוא אדם, וסוף פסוק. אין צורך, ואי-אפשר, להצדיק את כבוד האדם. בכל אופן, גישה זו כלפי כבוד האדם מתעלמת מן הצורך להוכיח את חובת כבוד האדם. היא מדגישה את הצד הפסיכולוגי, את ההשפלה המעידה על היעדרו של כבוד. היא מוחה על כל יחס אדנות, בוז ואדישות כלפי צרכים, רגשות, מאוויים ועוני מנוול.

גישה כזאת אינה מדגישה את הדומה בין בני האדם, מבחינת אותם כשרים שבאמצעותם הם מסוגלים להגיע להבנה הדדית ולהסכמה, אלא את השוני בין בני האדם, או ליתר דיוק – את הדומה שבשוני. לדידי, כל אדם הוא 'אחר' בזה שיש לו אינטרסים משלו, שונים לגמרי מן האינטרסים שלי, ואולי אף סותרים אותם. הכוונה לאינטרסים במובן הרחב ביותר: סיפוקם של צורכי יסוד, מטרות אישיות, תכניות חיים ארוכות טווח, אידאליים – כל אותם 'פריטים' העשויים להיכלל בקדימויות האישיות של כל אחד ואחד. כאן האדם נידון לא בבחינת אישיות רציונלית או סבירה, אלא בבחינת רצון: הרצון שלו לקדם את האינטרסים

שלו. ההנחה היא שכל אחד ואחד שוקל את שיקול הדעת שלו על פי האינטרסים שלו, ותכליתו היחידה היא לקדם אותם. אמנם גם כאן מדובר לפעמים על 'אוטונומיה', אלא שכאן הכוונה לרעיון שהפרט, כל פרט, הוא מקור של תביעות. לכל אדם יש מאוויים ואידאלים משלו, תפיסות טוב שונות. ואדם רשאי לעמוד על זכותו לממש את כל אלה. מצד שני אין לו שום עניין בקידום האינטרסים או בסיפוק הצרכים של הזולת. אם רוצים לחיות בצוותא, מתחייבת פשרה בכפוף לכוח המיקוח של כל אחד ואחד, או מה שקרוי 'תרון האיום' שלו. כל פשרה שכזאת היא בין רצונות אנוכיים, גם אם האידאלים של צד מן הצדדים הם אלטרואיסטיים לגמרי.

אם קיימת בכל זאת תכונה אנושית משותפת שבגינה נתבעים אנו לכבוד האדם, הריהי הפגיעות. ואם בכל זאת יש שוויון, הוא מתמצה בזה שכולנו פגיעים. המקור הפילוסופי הוא תומאס הובס, לא עמנואל קאנט. ודווקא מאחר שכולנו פגיעים, תשומת הלב מופנית לאופנים השונים שבהם בני האדם עלולים להרגיש מושפלים. הרגשת ההשפלה משמשת לכאורה מדד לפגיעות.

גישה שכזאת מתייחסת לשיטת הממשל הדמוקרטית בצורה לגמרי שונה מזו שתוארה קודם בהקשר מובן א. דמוקרטיה היא שיטה מכנית להכרעה בין אינטרסים ובין רצונות. היא אמורה לשרת את האינטרסים של האזרחים בלי לכוון אותם כלל. באופן פורמלי לגמרי היא מתחשבת באופן שווה באינטרסים של כל האזרחים. הכינויים המקובלים בספרות הם 'דמוקרטיה הליכית' (פרוצדורלית) או 'דמוקרטיה אגרגטיבית'. מדובר בהסדרה חוקתית לתועלת הדרדית, שבמסגרתה לכל אחד ואחד זכות שווה לקדם את האינטרסים שלו. כך למשל, הנציגים במוסדות הנבחרים (הכנסת) אמורים לייצג את האינטרסים של בוחריהם-שולחיהם. דמוקרטיה מסוג זה אינה שואפת לקיים התדיינות שמטרתה שכנוע וגיבוש הסכמה לגבי הדרך הנכונה. אין כאן דרך נכונה, אלא זו המובילה לפשרה. מדובר במעין מכניזם של שוק המקיים חליפין בין אינטרסים שונים על יסוד קואליציות ומאזני כוחות זמניים. ולהסכמי הפשרה, המבוססים על אינטרסים אנוכיים, אין שום ערך, חוץ מהאפשרות לשתף פעולה באופן זמני כדי לחיות ביחד. מדובר בפשרה המקיימת 'מודוס ויונדי'.

נוכל לסכם ולומר: כבוד האדם במובן א מדגיש את הדומה בין בני האדם, בהיותם יצורים רציונליים, או לפחות סבירים, ולפיכך גם אוטונומיים, המסוגלים לגבש לעצמם עקרונות דומים ולהחליט החלטות עקרוניות על פיהם. לעומת

זאת כבוד האדם במובן ב מדגיש את השונה בין בני האדם, בהיותם יצורים בעלי רצונות מנוגדים ואינטרסים מתנגשים. הדומה הוא הפגיעות.

במובן א כבוד האדם אמור להתממש באמצעות שיטת ממשל שעיקריה הם אלה: העיקרון היסודי הוא עקרון ההדריות; המניע היסודי של כל אחד ואחד הוא רצונו להצדיק את דעתו ואת הצעותיו לפני האחרים; התהליך העיקרי להשגת המטרה הוא ההתדיינות, ומטרתה של ההתדיינות היא להגיע להסכמה בדבר דרך פעולה משותפת נכונה. ואילו במובן ב כבוד האדם אמור להיות ממומש באמצעות שיטת ממשל שעיקריה הם אלה: המניע העיקרי של כל אחד ואחד הוא האינטרס האישי שלו; התהליך העיקרי להשגת המטרה הוא משא ומתן, והמטרה המיוחלת יכולה להיות לכל היותר מודוס ויונדי, אופן זמני של חיים ביחד, המאפשר לכל אחד ואחד מן הצדדים את מרב היתרון בתנאים הנתונים. מדובר ביתרון הדדי לכל היותר.<sup>5</sup>

## שתי רטוריקות

לאחר שהבחנו בין שני המובנים של 'כבוד האדם', אנו יכולים לשער כיצד כל צד וצד בוויכוח סביב שאלת יחסי דת-מדינה יוכל להשתמש בערך 'כבוד האדם' לצרכיו במסגרת הרטוריקה שהוא מפתח במחלוקת הזאת. החשוב לענייננו הוא שהרטוריקה של כל אחד ואחד משני הצדדים מסתייעת באותו ערך, 'כבוד האדם', ולכן התוצאה הסופית היא תיקו. בהתאמה למובן א לעומת מובן ב, נוח לדבר על צד א וצד ב. מה אומר, או רשאי לומר, כל אחד משני הצדדים?

אומר א ל-ב: אני מכבד אותך כאשר אני מייחס לך שיקול דעת, ביקורתיות עצמית, פתיחות לשינוי, גמישות מחשבתית ורצון לקיים דרישה. אני מכבד אותך כאשר אני מביא נימוקים שאני סבור שהם עשויים להתקבל על דעתך, מפני שאתה אדם רציונלי כמוני, או סביר לפחות כמוני, והנימוקים האלה אכן מתקבלים על דעתי. אני מכבד אותך כאשר אני מציע לך נימוקים העשויים להיות מובנים ונגישים לך, בלא תלות בהשקפת העולם שלך ובאורח החיים שלך. אני מכבד אותך אם אני סבור ששינוי מסוגלים לחשיבה עקרונית דומה. אני מכבד אותך אם אינני תובע מעמד מיוחד לאמונות המיוחדות שלי, שהרי אילו עשיתי כן, הייתי פותח לך פתח לפנות בתביעות דומות כלפיי, שאותן לא אוכל לקבל בשום פנים ואופן ואשר עלולות לפגוע בכבוד האישי שלי.



לא הייתי מכבד אותך אילו סברתי שדעותיך משקפות את האינטרסים האנוכיים שלך ותו לא. לא הייתי מכבד אותך אילו סברתי שאתה לא רציונלי על פי רוב וכי הנימוקים שאתה מביא להתדיינות בינינו אינם סבירים כלל; אילו סברתי שאתה שקוע באמונות טפלות, עקשן, לא מבריק במיוחד מבחינה שכלית וטועה טעויות לא מובנות בשיקול דעת; אילו סברתי מראש שאי אפשר לשכנע אותך בנימוקים של שכל ישר או כאלה המתבססים על ניסיון ועל מסקנות מדעיות.

משיב ב ואומר ל־א: אתה מכבד אותי אם אתה מקבל את הודאתי הכנה שהנימוקים שאני מביא חשובים לי כבבת עיני. אם ברצונך לכבדני, עליך לקבל כי לשיקול הדעת שלי יש היגיון משלו וכי עלי לצייט לו. אינך חייב לקבל את שיקול הדעת שלי ואת הנימוקים שלי, אלא אך ורק להודות שהם לגיטימיים ואפילו הכרחיים מבחינתי: אלה נימוקיי האמתיים. כל עוד אתה אומר: אני מכבד אותך רק ככל שיש סיכוי שאני אשכנע אותך, כפי שאפשר להבין ממובן א של ערך כבוד האדם, אינך מכבד אותי.

אינך מכבד אותי, כאשר אתה חושב שיש פגם או פסול בראיות הדתיות שלי, וכאשר אתה נותן עדיפות לנימוקים המתבססים על השכל הישר, על הניסיון ועל המדע. אינך מכבד אותי כאשר אתה טוען לעדיפות המשותף על פני המיוחד. אינך מכבד אותי, אך אינך מאפשר לי לנסות לעצב, ככל יכולתי וכוחי, את אופייה של המדינה על פי השקפותיי הדתיות, שהן היותר מהותיות מבחינתי, והן לב לבה של זהותי. אינך מכבד אותי, כאשר אתה טוען שיש פסול כלשהו בזה שאני מטפח את האינטרסים שלי ושל קהילתי ומשתמש לשם כך בכוחי הפוליטי. אינך מכבד אותי, כאשר אתה מוצא פסול בשימוש שאני עושה בסמכות הדתית כדי לקדם את ענייניי הדתיים.

אינך מכבד אותי, אם אינך מתיר לי לומר: הנה אני בכל אחרותי ממך, ואני מצווה עליך לכבד אותי כי אני אדם. כבוד האדם הוא כבוד לזהות שלו. כבוד האדם מחייב התחשבות בשוני של הזולת, לאו דווקא בדומה: אנו מוצאים בזולת תכונות מיוחדות שאין לנו, ועלינו לכבד תכונות אלה כחלק מן הכבוד שאנו רוחשים לו. אפשר אפוא לומר שהרטוריקה של ב עושה שימוש בסממנים הלקוחים מן הרטוריקה של הרב־תרבותיות הנפוצה כיום.

## סוף דבר

מדוע אפוא אנו נקלעים למצב תיקו, באין מוצא נראה לעין, בין צד א, הליברלי, המחייב הפרדה בין הדת והמדינה, ובין צד ב, השולל את ההפרדה? כל אחד ואחד משני הצדדים מסתמך על המושג 'כבוד האדם', דבק בערך 'כבוד האדם', והוא משתמש במושג 'כבוד האדם' בדרך לגיטימית בהחלט, יש לומר, בלי שהצד השני יוכל לדחותו. בשם המושג 'כבוד האדם' שלו (מובן א) מבקש צד א להשתית את המערכת השלטונית על עקרונות ונימוקים נגישים לכול, אשר סביר להניח שאיש לא יפסול אותם. העקרונות והנימוקים נתונים לביור, להתדיינות ולשכנוע הדדי בשם התבונה, הסבירות, השכל הישר, הניסיון והמדע. מבחינתו של צד א לפחות, שום נימוק הנסמך על הדת או יונק ממנה אינו נימוק נגיש לכול שעליו אפשר להגיע להסכמה, ולפיכך שום נימוק הנסמך על הדת או יונק ממנה אינו יכול להיות נימוק שמן הראוי להשתמש בו לעיצוב כליה השלטוניים של המדינה או של מדיניותה. הוא גם סבור שהיעדר הנמקה דתית בנייהול המדינה אינו פוגע בדת.

בשם המושג 'כבוד האדם' (מובן ב) מגן צד ב על זכותו לנהוג בכל התחומים כדי לקדם את האינטרסים הדתיים שלו. בראש ובראשונה הוא שואף לעצב את המערכת השלטונית על פי העקרונות והנימוקים שלו, בלא תלות בשאלה אם אלה נימוקים נגישים לכול אשר סביר להניח שאיש לא יפסול. אמנם הוא מוכן אף לטעון שאפילו כך הדת אינה פסולה: כל אחד, אם רק יפקח את עיניו, ישתכנע באמתותה.

כל אחד ואחד משני הצדדים תופס אפוא את הדמוקרטיה אחרת: לפי צד א, היא צריכה להיות התדיינותית; הוא לפחות שואף לזאת. לעומת זאת, צד ב מבקש להשתמש לצרכיו בדמוקרטיה הליכית.

## הערות

1 A. Margalit, N. Goldblum (trans.), *The Decent Society*, Cambridge, Mass. 1996

2 ע' קאנט, הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות, מ' שפי (תרגום), ירושלים תש"י.

- 3 האם מושג כזה של 'כבוד האדם' מחייב דאגה לרווחתו או לפחות לצרכיו הבסיסיים? האם לפי המושג, העוני משפיל? כדי להשיב על שאלות אלה דרושים פיתוחים שאינם מענייני כאן.
- 4 R. John, *Political Liberalism*, New York 1993
- T. M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Mass. 1998
- 5 A. Gutmann and D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass. 1996

## כבוד האדם בדיני העונשין

מרדכי קרמניצר\*

### פתח דבר

המושג 'כבוד האדם' מורכב. בלי לבקש למצות את משמעותו ואת מהותו נוכל לומר שכבוד האדם הוא גרעין התכונות המוסריות והאינטלקטואליות המכוננות את 'צלם האלוהים' שבאדם, כלומר תכונות המעלות אותו לדרגה מוסרית גבוהה. דיני העונשין משקפים תפיסה של אדם בעל כבוד, הן הנמען של דיני העונשין הן הקורבן שהם מגנים עליו. להלן אבקש להראות כיצד תפיסה זו משתקפת בדיני העונשין, מדה השפעתה על הדינים הקיימים, והיכן יש חריגות ממנה. לשון אחר, אילו שינויים בדיני העונשין תובעים מחויבות אמתית ומלאה לעיקרון 'כבוד האדם'.

### ההגנה על כבוד הקורבן

תפיסת 'כבוד האדם' מוצאת ביטוי בהגנה על קורבנות בכוח או בפועל מפני פגיעה בכבוד האדם. דוגמה לכלל משפטי הממלא תפקיד זה הוא האיסור המיוחד לחקור את מי שהתלוננה על עברת מין על אודות מנהגיה המיניים. איסור זה נקבע בחוק בשל מנהגם של סנגורים לחקור מתלוננות אגב הטלת דופי בהן, חדירה לפרטיותן ואף השפלתן (לכאורה. מאחר שהחקירות אינן רלוונטיות למקרה, היה מקום למנוע אותן על סמך העיקרון הכללי בדבר 'פסילת ראיות שאינן רלוונטיות'). ההגנה על כבוד הקורבן היא תכלית חשובה כשלעצמה. היא משרתת גם מטרה חשובה אחרת: עידוד קורבנות של עברות מין להתלונן. מטרה זו קשורה בכבוד האדם: קורבן עברת מין הנמנעת מתלונה מחשש שבהליך המשפטי ייפגע כבודה, כבודה נפגע ממילא.

בעת עיצוב הנורמות המגנות על כבוד הקורבן צריך להביא בחשבון שהנטייה הטבעית של מערכת אכיפת החוק, שמשרתים בה האזרחים הרואים בעצמם קורבנות פוטנציאליים ולא עבריינים פוטנציאליים, היא לשמור בקדנות על כבודו של הקורבן (וכן על זכויות ואינטרסים אחרים שלו), אפילו על חשבון

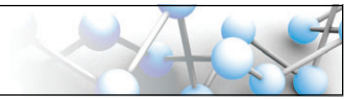
# נספח ה'

מאמרי רשות (לשיעור האחרון):

Moral Fictions and Medical  
Ethics

&

A Costly Separation Between  
Withdrawing and Withholding  
in Intensive Care



## MORAL FICTIONS AND MEDICAL ETHICS

FRANKLIN G. MILLER, ROBERT D. TRUOG AND DAN W. BROCK

### Keywords

*fictions,  
end-of-life decisions,  
withdrawing life-sustaining  
treatment,  
euthanasia*

### ABSTRACT

*Conventional medical ethics and the law draw a bright line distinguishing the permitted practice of withdrawing life-sustaining treatment from the forbidden practice of active euthanasia by means of a lethal injection. When clinicians justifiably withdraw life-sustaining treatment, they allow patients to die but do not cause, intend, or have moral responsibility for, the patient's death. In contrast, physicians unjustifiably kill patients whenever they intentionally administer a lethal dose of medication. We argue that the differential moral assessment of these two practices is based on a series of moral fictions – motivated false beliefs that erroneously characterize withdrawing life-sustaining treatment in order to bring accepted end-of-life practices in line with the prevailing moral norm that doctors must never kill patients. When these moral fictions are exposed, it becomes apparent that conventional medical ethics relating to end-of-life decisions is radically mistaken.*

John and Sam are motorcycle enthusiasts. At age 50 both of them have serious accidents that leave them quadriplegic and dependent on a ventilator to breathe. Two years after the accident John remains ventilator-dependent, whereas Sam has regained the capacity to breathe spontaneously and has been weaned off his ventilator. During the third year after their accidents, both John and Sam find their lives intolerable; they don't want to go on living because of their complete dependence on others for the activities of daily life and the associated absence of privacy. John requests to be admitted to the hospital where he was treated after the accident, in order to have his home ventilator withdrawn and receive the palliative care he needs to die peacefully. Hospital clinicians are initially reluctant to honor John's request but agree to do so after being persuaded that he is a competent decision-maker who has thought carefully about his situation. Sam requests his physician to administer a lethal dose of medication so that he can die a swift and dignified death. Although Sam's physician is sympathetic to his request, he refuses to comply with it because active euthanasia,

even with consent, is contrary to the law and medical ethics.

Why are the normative responses to these two patient requests so different within the prevailing stance of medical ethics? John's decision to die by stopping treatment is not considered suicide, despite the fact that he is not terminally ill and has the potential to live at least 10 years while being maintained on a ventilator. Rather, it is understood as a refusal of burdensome or unwanted treatment. Because it is not suicide, the assistance of physicians and nurses in agreeing to withdraw the ventilator is not assisted suicide. In stopping the ventilator they are omitting to continue life-sustaining treatment; they are not performing voluntary active euthanasia. Instead, their conduct is sometimes described as 'passive euthanasia.' They do not kill John, but merely allow him to die from his underlying spinal cord injury and inability to breathe spontaneously. They do not (and must not) intend to cause John's death, but do and must respect his right to refuse treatment. John's medical condition, not the ventilator withdrawal, is considered the cause of

death. Accordingly, the clinicians agreeing to stop John's ventilator are not morally responsible for a death-causing act. Their conduct is morally permissible; indeed, it is (arguably) morally obligatory, as competent patients have a right to refuse unwanted medical treatment. Refusing to honor patients' refusals of medical treatment amounts to battery under the common law; and patients have a constitutional right to refuse medical treatment, endorsed by the US Supreme Court in the Cruzan case.<sup>1</sup>

In contrast, Sam is asking for help in causing his death; hence, his request can be understood as suicidal. If what he does is not committing suicide, it is because the final act that causes death, when a physician accedes to Sam's request, is performed by the physician. This act is characterized as (voluntary) active euthanasia. Clearly, a physician deliberately administering a known lethal dose of medication would be intending to cause the patient's death, and thus would be morally responsible for killing the patient. Such conduct is morally forbidden in prevailing medical ethics throughout the world and is treated legally as criminal homicide, except in the Netherlands and Belgium.

In this article we challenge the standard assessment within medical ethics of withdrawing life-sustaining treatment and voluntary active euthanasia. The major points in our ethical analysis are not original, as both we and other commentators have made similar points about the lack of a cogent basis for treating withdrawing life-sustaining treatment as fundamentally different from assisted suicide and active euthanasia, from an ethical perspective.<sup>2</sup> Yet standard medical ethics and the law have remained impervious to this critique. We suggest that the concept of *moral fictions*, as applied to the contrasting characterization of the cases of John and Sam, can help exhibit concretely how and why the conventional moral conceptualization is radically mistaken.

## THE CONCEPT OF MORAL FICTIONS

Fictions are commonplace in the law, but they have received scant attention in medical ethics. Fictions are false statements; but not all false statements are fictions.

<sup>1</sup> A. Meisel. The Legal Consensus about Forgoing Life-sustaining Treatment: its Status and Prospects. *Kennedy Inst Ethics J* 1992; 2: 309–345; N.L. Cantor. Twenty-five Years after *Quinlan*: A Review of the Jurisprudence of Death and Dying. *J Law Med Ethics* 2001; 29: 182–196.

<sup>2</sup> J. Rachels. 1986. *The End of Life*. New York: Oxford University Press; P. Singer. 1994. *Rethinking Life and Death: The Collapse of Our Traditional Ethics*. New York: St. Martin's Press; D. Brock. 1993. *Life and Death*. New York: Oxford University Press.

Fictions are *motivated* false statements, endorsed in order to uphold a position felt to be important.<sup>3</sup> (By stressing the motivated character of moral fictions, we do not suggest that the motivation to endorse false beliefs is always conscious.) For those critics who do not share the motivation – the commitment to the position in question – fictions appear to be patently false or confused. Moral fictions are false statements endorsed to uphold cherished or entrenched moral positions in the face of conduct that is in tension with these established moral positions. Professionals are uncomfortable with the thought that they may be practising unethically. Especially when routine practices, viewed candidly, appear to conflict with established norms, there is a strong incentive to construe these practices in a way that removes the conflict. Moral fictions serve this purpose. In other words, moral fictions can be understood as a tool for counteracting a form of cognitive dissonance<sup>4</sup> – specifically, the cognitive dissonance constituted by the inconsistency between routine practices and prevailing norms.

Viewed without the confabulations of moral fictions, accepted end-of-life practices patently conflict with standard medical ethics. The moral fictions relating to end-of-life decisions are motivated to make morally challenging medical practices, such as withdrawing life-sustaining treatment and providing pain-relieving medication at the risk of hastening death, consistent with the norm that doctors must not kill, or assist in killing, patients. We shall argue that the underlying fault that the moral fictions conceal lies not in accepted practices, which are justified, but in established norms that cannot withstand critical scrutiny.

Two types of moral fictions are on display in the standard assessment of John's request to withdraw life-sustaining treatment (see Table 1). First, as we demonstrate below, the description of withdrawing life-sustaining treatment involves a series of motivated false factual statements. These include false statements about the nature of the patient's request, the nature of the act that clinicians are asked to perform in this case, the causal relationship between the act of treatment withdrawal and the patient's death, and the intention of physicians who accede to such requests. Second, there are erroneous moral judgments based on these mistaken factual claims: judgments about moral responsibility and moral permissibility. When shorn of these moral fictions, the differential moral assessment of complying with the patient requests of John and Sam is undermined.

<sup>3</sup> G. Calabresi & P. Bobbitt. 1978. *Tragic Choices*. New York: W.W. Norton.

<sup>4</sup> C. Tavis & E. Aronson. 2007. *Mistakes Were Made: (But Not by Me)*. Orlando, FL: Harcourt: 13–20.

Table 1. Comparing End-of-Life Decisions

Consider two cases: (1) ventilator-dependent quadriplegic requests withdrawal of ventilator (WSLT); (2) quadriplegic, who has regained spontaneous breathing and weaning from ventilator, requests lethal dose of medication (VAE).

STATUS QUO		
	WLST	VAE
Is the doctor causing death?	No	Yes
Is it an active intervention?	No	Yes
Is the doctor intending death?	No	Yes
Does the doctor kill the Patient?	No	Yes
Is it suicide?	No	Maybe
Is it assisted suicide	No	Maybe
Is the doctor morally responsible for death?	No	Yes
Is it permitted morally?	Yes	No
Is it legal?	Yes	No
WITHOUT MORAL FICTIONS		
	WLST	VAE
Is the doctor causing death?	Yes	Yes
Is it an active intervention?	Yes	Yes
Is the doctor intending death?	Sometimes Yes, sometimes No	Yes
Does the doctor kill the patient?	Yes	Yes
Is it suicide?	Yes	Yes
Is it assisted suicide?	Yes	Yes
Is the doctor morally responsible for death?	Yes	Yes
Is it permitted morally?	Yes	Yes
Is/should it be legal?	Yes	Open question

Appeal to fictions in moral discourse does not entail deliberate fabrication, lying, or deception. Most people who espouse moral fictions believe them (in good faith) to be true. Moreover, because these fictions are culturally entrenched, even when their falsity or invalidity is exposed, not everyone will agree that a given proposition counts as a moral fiction. Moral fictions, according to our analysis, differ from legal fictions in that the latter are never believed to be literally true propositions. For example, the legal doctrines that a corporation is a person, or that persons who are absent and unaccounted for are considered dead after a period of seven years, are not taken as true statements of fact. Rather, the law treats corporations *as if* they are persons and missing persons as if they are dead. Those who appeal to moral fictions, however, typically assert them with confidence as literally true.

## EXPOSING THE MORAL FICTIONS

### Suicide

If we think of suicide literally as aiming at and causing one's own death, then both John and Sam are making suicidal requests. There is a difference between the situa-

tions of John and Sam, which might be thought relevant to whether their respective requests are suicidal. John has a burdensome life-sustaining treatment and Sam does not. Might John's aim be to stop the burden of the ventilator but not to end his life? Assuming, however, that it is the pervasive paralysis and associated burdens that are driving John's judgment that his life is not worth living, then his decision to seek withdrawal of life-sustaining treatment does not stem from the mere fact that he needs the assistance of a burdensome mechanical ventilator to breathe. For the sake of this analysis, we make the reasonable supposition that he would be no less interested in ending his life if he were in the same condition as Sam, who is able to breathe spontaneously.

To be sure, the description of suicide for these two cases might be resisted because neither patient is directly capable of causing his own death and each is seeking the help of others to do so. Yet both John and Sam are aiming at death, for only death in their eyes will free them from a condition that they find intolerable; and it is their request for help in dying that sets in motion the causal chain leading to death when clinicians comply with their requests.

Another reason to resist the use of 'suicide' in these cases is that suicide is thought typically to reflect irrational conduct, driven by depression or psychosis. Both

John and Sam find their lives no longer worth living in the light of the disabilities caused by spinal cord injury. Some may disagree with their personal quality-of-life assessments, but it is difficult to see their aim to end their lives as irrational, especially in the case of individuals who have completed rehabilitation and had ample time to adjust to a life with paralysis below the neck. The concept of rational suicide is not incoherent, unless one stipulates dogmatically (thus begging the question) that it is always irrational to opt for death, no matter what the circumstances. Hence, we conclude that it is a moral fiction to assert that the requests of either John or Sam are not suicidal.

Suppose we concede that John and Sam are seeking suicide. It would seem natural to infer that both are requesting assisted suicide; for they need the help of someone else to realize their wish to die. Nevertheless, from a conceptual perspective it might be insisted that regardless of the suicidal nature of the requests of John and Sam, clinicians who accede to these requests are not engaging in assisted suicide because the immediate death-causing act is performed by the physician, not the patient. As a matter of linguistic stipulation there is no objection to this stance. Yet we see no reason why some life-terminating acts (including the cases of John and Sam) cannot be legitimately described as both assisted suicide and active euthanasia; even though others can only be described as one or the other: prescribing a lethal dose of medication ingested by a patient is assisted suicide, not active euthanasia; whereas giving a lethal dose of medication to an incompetent patient, who has not voluntarily requested to end her life, is active non-voluntary euthanasia, not assisted suicide. In any case, the standard assessment in medical ethics of compliance with John's request rejects the label of 'assisted suicide' because of moral fictions concerning causation and intention that we discuss below.

## Causation

How should we think about the act of an attending physician who complies with John's request to stop his ventilator? According to conventional medical ethics, the withdrawal of life-sustaining therapy allows the patient to die from his underlying spinal cord injury and inability to breathe spontaneously; it is an omission of treatment, not an act that causes the patient's death.<sup>5</sup> We contend

that this familiar account flies in the face of a candid look at the facts. Now at 50 years of age, John has the potential to live for a decade or more supported by continued mechanical ventilation and personal care. What explains his death following withdrawal of mechanical ventilation is not the course of his spinal cord injury but the act of turning off the ventilator. It is the proximate cause of death. Moreover, disconnecting the ventilator without his consent would be homicide. The very same act of stopping treatment that causes death in the latter case of homicide is performed by a clinician with John's consent.<sup>6</sup> The consent makes the difference between homicide and legitimate treatment withdrawal, but this ethical and legal difference has nothing to do with the cause of the patient's death, which is the same in both cases.

Withdrawing life-sustaining treatment, when followed shortly by the patient's death, is a life-terminating intervention. Indeed, the very fact that mechanical ventilation can sustain life for those patients incapable of breathing on their own implies that stopping mechanical ventilation will end the life of these patients. In other words, the power to sustain life by technological means goes hand-in-hand with the power to end life when these means are withheld or withdrawn. This characterization of medical practice in the case of life-sustaining therapy is an obvious application of our common sense understanding of causation,<sup>7</sup> which is obscured by the moral fictions embraced by conventional medical ethics. To be sure, John's inability to breathe on his own is part of the causal explanation for why he dies after his ventilator is stopped. If Sam happened to be attached temporarily to a ventilator, he most likely would not die if the ventilator were stopped. But in John's case, the withdrawal of the ventilator contributes causally to his death precisely because had it not been withdrawn he would continue living, probably for a substantial period of time. The withdrawal of the ventilator is what results in John's dying at the time and in the manner that he does. Hence, we conclude that it is a fiction to describe John's death following withdrawal of the ventilator as merely allowing him to die and not causing his death.

This fiction about causation is closely tied to another fiction about killing. The ordinary common sense notion of A killing B is that A performs an action that causes B's death. The moral fiction that John's physician does not cause his death by removing the ventilator seems also to imply that he does not kill John. And if he does not kill John, then what he must do is allow John to die of his

<sup>5</sup> E.D. Pellegrino. Doctors Must Not Kill. *J Clin Ethics* 1992; 3: 95–102; D. Callahan. 1993. *The Troubled Dream of Life*. Washington DC: Georgetown University Press: 158–172; B. Brody. 2003. *Taking Issue*. Washington DC: Georgetown University Press: 158–172.

<sup>6</sup> Brock, *op. cit.* note 5, pp. 208–213.

<sup>7</sup> H.L.A. Hart & T. Honore. 1985. *Causation in the Law*, 2nd edn. New York: Oxford University Press.



underlying disease. The conceptual picture in this view is that John has a lethal condition, his inability to breathe on his own, that the ventilator is keeping that lethal condition from proceeding to John's death, and so when the physician removes the ventilator in doing so he merely allows John's lethal disease process to proceed unimpeded to his death. The moral fiction about causation is thus closely related to another moral fiction about the difference between killing and allowing to die and, more specifically, about whether stopping the ventilator is killing or allowing to die.

It is important to correct a widespread misconception about the use of 'killing' to describe the death-causing act of withdrawing life-sustaining treatment. In the medical context, 'killing' is commonly understood as meaning the unjustified taking of life, despite the fact that we recognize that in other contexts, such as self-defence, killing can be justified. Accordingly, it seems jarring to describe withdrawing life support as killing. We understand 'killing' in medicine, however, to mean causing death, which may or may not be morally justified, depending on the circumstances.

## Intention

Withdrawing life-sustaining treatment is considered legally permitted and ethically justified when it is based on a valid refusal of treatment by a competent patient or by an authorized surrogate decision-maker, based on the prior preferences of the patient or a sound judgment about the patient's best interest. In medical ethics, however, according to the conventional view, it is unethical for physicians to intend to cause death. To square these two potentially conflicting positions, the moral fiction is endorsed that whenever clinicians justifiably withdraw life support, they do not intend to cause death. We have argued above that withdrawal of a ventilator, as in the case of John, causes death. Is it credible that physicians never do, nor should, intend to cause death when they justifiably withdraw life support? In John's case, his plan is to end his life by withdrawing the ventilator, as he has decided that it is no longer worth continuing to live with the profound disability caused by his spinal cord injury. A clinician who views John's plan as reasonable given his circumstances, values, and preferences and is prepared to help by withdrawing his ventilator, intends not only to respect John's autonomous choice but to cause death in order to realize his plan. If this account is resisted, it is owing to the moral fiction that it is always unethical for clinicians to intend the death of their patients.

Recent empirical evidence indicates that many physicians, at least in Europe, acknowledge an intention to cause death when withdrawing life support. A large-scale survey of end-of-life decisions in six European countries (Belgium, Denmark, Italy, the Netherlands, Sweden, and Switzerland) demonstrated that a majority of physicians reported an explicit intention to hasten death when mechanical respiration (66%) and dialysis (69%) were withdrawn.<sup>8</sup> (Intending to hasten death is the same as intending to cause death, as hastening death causes death to occur earlier than it otherwise would.) Discussing their findings, the authors state that '[t]he data presented in this paper clearly show that the view that withholding or withdrawing treatment means allowing patients to die, even though not intending them to do so, is untenable from an empirical point of view.' Additionally, they observe that 'in the context of withholding and withdrawing treatment there is a great divergence between the traditional moral rule and today's medical practice'.

We do not claim, however, that whenever life-sustaining treatment is withdrawn clinicians necessarily intend to cause death. Certainly, if the intention is to determine whether the patient can be weaned from a ventilator, as in the earlier care of Sam, there is no such intent. Additionally, in the case of imminently dying patients who are likely to die in a short period of time regardless of continued life-sustaining treatment, the intention of clinicians often may be to remove a burdensome and unwanted impediment to a peaceful death, foreseeing that doing so is likely to hasten death.

## Moral Responsibility

Once the fictions are exposed, underlying conventional descriptions of causality and intention with respect to withdrawing life-sustaining treatment, it becomes clear that denying the moral responsibility of clinicians for the death of the patient in John's case is also a fiction. It is important to understand what is meant by 'moral responsibility'. We are morally responsible for acts that can be attributed to us, whether right or wrong.<sup>9</sup> Specifically, a clinician is morally responsible for causing a patient's death by withdrawing a ventilator when this life-terminating act can be attributed from a moral perspective to the clinician. Is causing the death something that the physician did voluntarily and knowingly, so that it

<sup>8</sup> G. Bosshard et al. Intentionally Hastening Death by Withholding or Withdrawing Treatment. *Wiener Klinische Wochenschrift* 2006; 118: 322–326.

<sup>9</sup> T. Scanlon. 1998. *What We Owe to Each Other*. Cambridge, MA: Harvard University Press: 248–251.



can be attributed to him? We are morally responsible for what we intend to do, or do knowingly, or do negligently. It follows that clinicians are responsible for causing the death of patients by withdrawing life support, regardless of whether one agrees with our claim that death is intended in many, but not necessarily all, of these cases. Moral responsibility for causing death does not equate to culpability for wrong-doing, unless it is presumed that it is always wrong to do so. Death-causing treatment withdrawals can be right or wrong acts depending on the circumstances, including critically the informed consent of competent patients or legally authorized surrogate decision-makers.

In withdrawing life-sustaining treatment, responsibility for causing death is shared by patients or surrogates and clinicians. Indeed, the primary responsibility rests with the patient, or surrogate deciding on behalf of the patient. This prior authorization for treatment withdrawal is a morally necessary condition for clinicians (justifiably) taking responsibility for withdrawing life support and thus for causing the death that ensues.

### Differential Moral Assessment

Finally, we come to the differential moral evaluation of voluntary active euthanasia by means of a requested lethal injection in the case of Sam and a withdrawal of mechanical ventilation in response to the request/treatment refusal of John. If these cases don't vary with respect to the physician's role in the causation of death, intention to cause death, and moral responsibility for causing death, and the patients provide valid consent, then it is puzzling to regard physician conduct in acceding to John's request as morally permissible but morally forbidden in the case of Sam. This differential judgment presupposes that there is some morally relevant characteristic that makes withdrawing life-sustaining treatment permissible but administering a lethal dose of medication impermissible, which also constitutes a moral fiction.

To reject this differential moral judgment does not imply that there are no morally significant differences, either in evaluating the acts themselves or for public policy, between withdrawing life-sustaining treatment from a competent patient and voluntary active euthanasia by means of injecting patients with a lethal dose of medication.<sup>10</sup> Patients have both a moral and a legal claim-right to stop unwanted life-sustaining treatment, which physicians and health care institutions are obli-

gated to respect. The validity of this right is not contingent on clinicians endorsing the patient's reasons for treatment refusal. The right to refuse treatment, however, is not the same as the right to receive whatever treatment is demanded by a patient or a surrogate. Even if voluntary euthanasia is regarded as ethically legitimate, as in the Netherlands and Belgium, a physician may legitimately refuse a competent patient's request for a lethal dose of medication in some circumstances. However, the moral judgment that we are concerned with here is whether it is legitimate ethically in some circumstances (setting aside issues of legality) for a physician to comply willingly with a competent patient's voluntary and resolute request for a lethal injection. Voluntary active euthanasia is akin to abortion in this respect. Patients arguably have a moral liberty-right of noninterference by others with their physician's voluntary compliance with a valid request for abortion or active euthanasia, not a claim-right to receive an abortion or lethal injection upon demand from an objecting and unwilling physician.<sup>11</sup>

There are psychological differences between stopping life-sustaining treatment and administering a lethal injection, just as there are psychological differences between withholding and withdrawing life-sustaining treatment. When the moral fictions surrounding withdrawal of life-sustaining treatment are exposed, it doesn't follow that the psychological differences vanish. Giving a patient a lethal injection feels different from turning off a ventilator. The absence of any necessary difference in intention, causation of death, and moral responsibility doesn't make this feeling go away. Some commentators argue that there is a difference in the impact on professional integrity between these two ways of causing a patient's death.<sup>12</sup> Active euthanasia uses the ordinary tools of medicine – a syringe filled with drugs – to cause a patient's death. Stopping life-sustaining treatment withdraws the technological tools of medicine, resulting in a patient's death. We fail to see how this amounts to any meaningful difference in what it is permitted for a physician to do.

It might be objected that the reluctance of physicians to perform active euthanasia should be respected because there is no need for patients who choose to end their lives to receive physician assistance. Instead they can find other ways to kill themselves, including stopping eating

<sup>10</sup> F.G. Miller, J.J. Fins & L. Snyder. Assisted Suicide Compared with Refusal of Treatment: a Valid Distinction? *Ann Intern Med* 2000; 132: 470–475.

<sup>11</sup> R. Dworkin et al. 1998. The philosopher's brief. In *Physician-Assisted Suicide*. M.P. Battin, R. Rhodes & A. Silvers, eds. New York: Routledge.

<sup>12</sup> W. Gaylin et al. Doctors Must Not Kill. *JAMA* 1988; 259: 2139–2140; L.R. Kass. Neither for Love nor Money: Why Doctors Must Not Kill. *Public Interest* 1989; 94: 25–46.

and drinking.<sup>13</sup> Of course, the fact that there is a permissible alternative to active euthanasia does not show that active euthanasia is in itself morally wrong. The major difficulty with stopping eating and drinking is that it can take a considerable period of time to die in this way, lasting up to two weeks or more. Moreover, the option of stopping eating and drinking is not only open to someone like Sam who is not on life support, but also to John, who is. If it is problematic for physicians to assist Sam in requesting death by lethal injection, why is it not problematic to assist John by stopping his ventilator? In both cases patients are seeking a swift and peaceful death with physician assistance, and there is no relevant difference between these means of assisted death with respect to causation and moral responsibility for the patient's death. When the moral fictions underlying the stance of prevailing medical ethics to withdrawing life-sustaining treatment are exposed, the difference in attitudes of clinicians with respect to these two ways of complying with patient requests for assisted death is seen to lack rational support.

## THE MORAL WORK OF MORAL FICTIONS

Moral fictions, being motivated beliefs, serve a purpose. The moral fictions we have reviewed here uphold the traditional norm of medical ethics that doctors must not kill or intend their patients' deaths; and they are needed to square medical practice with the prevailing law, which treats intentional causing of death as criminal homicide, with exceptions such as self-defence, capital punishment, and just war. Bioethics scholars can expose and decry these moral fictions, as sins against commitment to the truth and as grounding erroneous moral judgments. But clinicians, ethics consultants, and teachers of clinical ethics cannot so easily escape the grip of these moral fictions. For the legitimate practice of withdrawing life-sustaining treatment *appears* to depend on upholding these moral fictions in view of the law and prevailing medical ethics.

With respect to the law, it is relatively easy to see these moral fictions as fictions that need to be endorsed in order to make medical practice consistent with the law. They can be understood essentially as legal fictions. We can look at withdrawing life-sustaining treatment *as if* it is not suicide or assisted suicide; as if it is passive euthanasia and merely allowing to die; as if it does not cause death;

as if death necessarily is not intended. Therefore, physicians are not legally responsible for causing the death of their patients and not guilty of homicide when they withdraw life-sustaining treatment. Furthermore, the fiction about suicide permits the families of patients who decide to stop life-sustaining treatment to receive life insurance payments, which may be precluded if the death is officially denominated as suicide. Perhaps more important, it permits patients and families who are morally opposed to suicide to accept the withdrawal of life-sustaining treatment.

From a moral perspective, however, embracing these moral fictions is problematic. The *as if* approach doesn't work comfortably with respect to bona fide moral judgments. The teacher of medical ethics can attempt to teach end-of-life decision-making without moral fictions, pointing out how a candid appraisal of the facts and associated moral judgments conflict with prevailing medical ethics, and why it is better from a moral perspective (and in an ideal world) to abandon the fictions. But what message does this send to clinicians and trainees who have been socialized into a profession that owes allegiance to the norm that doctors must not kill patients? There is a risk that physicians will balk at medical ethics without moral fictions, becoming reluctant to engage patients and family members in conversations about stopping life-sustaining treatment and resistant to patient or family requests to do so. The moral progress with respect to the use of life-sustaining treatment that has developed since the 1970s might be imperiled. On the other hand, the extent to which patients, families, and/or clinicians already recognize these beliefs to be fictions – even if not fully consciously and explicitly – may contribute to unease or reluctance about withdrawing life-sustaining treatment, which could be reduced by greater clarity.

## ABANDONING THE MORAL FICTIONS

We do not claim that there is an easy response to this quandary, in part because of uncertainty about what the effects would be of abandoning these moral fictions. One way to reduce the tension between exposing moral fictions and practising ethically within the prevailing legal and moral status quo is to emphasize the principles that justify compliance with requests to withdraw life-sustaining treatment and the provision of needed palliative care: respecting patient self-determination and promoting patient well-being.<sup>14</sup> It must be emphasized that causing death is not necessarily harmful and can be

<sup>13</sup> J.L. Bernat, B. Gert & R.P. Mogielnicki. Patient Refusal of Hydration and Nutrition: an Alternative to Physician-Assisted Suicide or Voluntary Active Euthanasia. *Arch Intern Med* 1993; 153: 2723–2728.

<sup>14</sup> Brock, *op. cit.* note 5, pp. 205–208.

good for patients, depending on their situation. The intentions of patients and physicians with respect to causing death and what counts as causing death have nothing to do, in themselves, with whether withdrawing of life-sustaining treatment can be justified by appeal to these principles. The entrenched but ethically dubious norm that doctors must not kill can be surrendered without abandoning the traditional norm of doing no harm to patients (that is not compensated by proportional patient benefit). More specifically, the unqualified prohibition on doctors killing patients (i.e. intentionally causing the death of patients) should be replaced by the norm that doctors should not kill without valid consent, either from competent patients or authorized surrogate decision-makers. There is no way, however, to adopt this strategy of eschewing moral fictions without giving up the differential moral judgment that withdrawing life-sustaining treatment, but not voluntary active euthanasia, is permissible.

It remains an open question, which we do not attempt to address here, whether there are legitimate grounds as a matter of policy and law for continuing to prohibit assisted suicide and active euthanasia. It is possible that the potential for abuse that accompanies legalization of physician-assisted death justifies continuing to prohibit these practices. In one respect, there is an inherently greater potential for abuse in active euthanasia, because any person can be killed by lethal injection, whereas withdrawing life-sustaining treatment can only kill those who are on life support and need it to continue living. Although careful oversight of decisions to undertake active euthanasia can minimize abuses, the absence of abuse can never be guaranteed.<sup>15</sup> To put this in perspective, however, we need to recognize that our currently accepted practices of withdrawing life-sustaining treatment also have the potential for abuse, especially in the case of incompetent patients. With the rare exception of disputed cases reviewed by the courts, decisions to withdraw life support are made without standard procedures to assess the decisions of patients and surrogate decision-makers and without formal oversight. Hence, there is no way to know the extent of abuse that our society has been prepared to tolerate in recognizing the right to refuse life-sustaining treatment. It is an empirical issue, on which there is little evidence, whether expanding the scope of legitimate, legally permissible death-causing acts by clinicians would foster intolerable abuses that could not be obviated by reasonable regulatory procedures.

In view of moral discomfort with the idea of doctors killing patients, is it clear that we should give up the moral fictions that permeate conventional medical ethics relating to end-of-life decisions? Perhaps the truth is unbearable and facing it will produce worse consequences than indulging in fictions about our accepted end-of-life practices.<sup>16</sup> If we knew that facing the truth about these practices would create a backlash, with the result that suffering patients are made worse off, then tolerating these moral fictions would seem desirable. A problem, however, is that once a moral fiction is seen for what it is, it is difficult to continue to pass the fiction off as the truth. Moreover, we don't know that abandoning these moral fictions will set back moral progress or plunge us down the slippery slope. It may be best to proceed gradually in abandoning the moral fictions relating to end-of-life practices, tolerating some measure of obfuscation along the way. However, medical ethics that is shot through with fictions is unstable and likely to be transformed over time as the reality of end-of-life practices is exposed.

In theory, the moral work done by the moral fictions in the ethics of end-of-life decisions is expendable. Nothing need be lost from a moral perspective in abandoning these moral fictions, and much is to be gained in honesty, moral clarity, and professional integrity. The transition, however, from the moral status quo to a landscape of medical ethics without moral fictions will demand a cultural transformation within the practice of medicine and medical ethics.

#### Disclaimer

The opinions expressed are the views of the authors and do not necessarily reflect the policy of the National Institutes of Health, the Public Health Service, or the US Department of Health and Human Services.

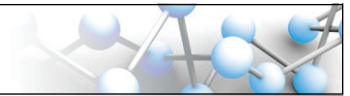
**Franklin G. Miller**, Ph.D. is on the senior faculty in the Department of Bioethics, Clinical Center, National Institutes of Health. His principal current research interests are the ethics of clinical research and death and organ donation.

**Robert D. Truog**, MD, is Professor of Medical Ethics, Anaesthesia and Pediatrics at Harvard Medical School. He has been a practising pediatric intensivist at the Children's Hospital, Boston, for more than 20 years and serves as Director of Clinical Ethics at Harvard Medical School.

**Dan W. Brock** is Frances Glessner Lee Professor of Medical Ethics and Director of the Division of Medical Ethics at the Harvard Medical School, where he also directs the University Program in Ethics and Health. His principal current research is on ethical issues in health resource prioritization and rationing.

<sup>15</sup> F.G. Miller et al. Regulating Physician-assisted Death. *N Engl J Med* 1994; 331: 119–123.

<sup>16</sup> D. Brock. Truth or consequences: the role of philosophers in policy-making. In *op. cit.* note 5, pp. 408–416.



# A COSTLY SEPARATION BETWEEN WITHDRAWING AND WITHHOLDING TREATMENT IN INTENSIVE CARE

DOMINIC WILKINSON AND JULIAN SAVULESCU

## Keywords

*intensive care, withholding treatment, medical ethics, health care rationing, resource allocation*

## ABSTRACT

*Ethical analyses, professional guidelines and legal decisions support the equivalence thesis for life-sustaining treatment: if it is ethical to withhold treatment, it would be ethical to withdraw the same treatment.*

*In this paper we explore reasons why the majority of medical professionals disagree with the conclusions of ethical analysis. Resource allocation is considered by clinicians to be a legitimate reason to withhold but not to withdraw intensive care treatment. We analyse five arguments in favour of non-equivalence, and find only relatively weak reasons to restrict rationing to withholding treatment. On the contrary, resource allocation provides a strong argument in favour of equivalence: non-equivalence causes preventable death in critically ill patients. We outline two proposals for increasing equivalence in practice: (1) reduction of the mortality threshold for treatment withdrawal, (2) time-limited trials of intensive care. These strategies would help to move practice towards more rational treatment limitation decisions.*

## INTRODUCTION

An intensive care consultant is summoned to the emergency department with his registrar to assess a seriously ill patient. Mr W is a fifty-year old man who presented with breathlessness, and has clinical and radiological features of right-sided pneumonia. He is moderately hypoxic despite high-flow oxygen. There is limited information available, but the patient is believed to have an underlying neurological problem. Mr W is too breathless and drowsy to communicate his wishes.

The intensive care consultant asks his registrar to stay with the patient while he calls Mr W's family. It takes some minutes to contact them, but when he speaks to the patient's wife it becomes apparent that Mr W has a rapidly progressive neurodegenerative condition, with recent severe functional decline. His wife does not believe that he would want to receive intensive care for a chest infection. A quick phone call to Mr W's GP confirms that this information is correct. The ICU consultant decides on this basis not to admit Mr W to intensive care.

But when the consultant returns to the resuscitation area he discovers that his registrar had misunderstood his instructions. He has already intubated Mr W and transferred him to intensive care. Mr W is stable on the ventilator with good oxygen levels. At this point the ICU consultant is reluctant to withdraw treatment, and elects to institute a 'one-way wean'. As Mr W improves, the level of respiratory support will be reduced until he can be taken off the ventilator. However, levels of support will not be increased, and additional support (including inotropes and cardiopulmonary resuscitation) will not be provided. Mr W is discharged to the ward two days later.<sup>1</sup>

The case of Mr W is not an unusual one for those who work in intensive care units (ICU). Medical and nursing staff in ICU face questions every day about whether or not potentially life-saving treatment should be provided or continued. Approximately 25% of patients admitted to

<sup>1</sup> This case is fictional, though based on real cases that we have encountered.

Address for correspondence: Dr. Dominic Wilkinson, Discipline of Obstetrics and Gynecology Women's and Children's Hospital University of Adelaide 72 King William Rd North Adelaide SA 5006 Australia. Tel: +61 (0) 8 8161 7631, Fax: +61 (0) 8 8161 7654. Email: dominic.wilkinson@adelaide.edu.au

Conflict of interest statement: No conflicts declared

Re-use of this article is permitted in accordance with the Terms and Conditions set out at [http://wileyonlinelibrary.com/onlineopen#OnlineOpen\\_Terms](http://wileyonlinelibrary.com/onlineopen#OnlineOpen_Terms)



medical intensive care units die.<sup>2</sup> The majority of deaths in intensive care follow explicit decisions to withhold or withdraw treatment.<sup>3</sup>

Yet the decisions made by medical staff in Mr W's case appear to conflict with a principle that is widely promulgated in medical ethics, the so-called Equivalence Thesis (ET), i.e. that withholding and withdrawing life saving treatment are ethically and legally equivalent. The intensive care consultant did not wish to withdraw treatment from W although he would have had no qualms about withholding it. Is this justifiable?

In this paper, we will look at the reasons why medical practice may not be in concordance with the Equivalence Thesis. We will outline briefly the ethical and legal basis for ET, and the empirical evidence of medical professionals' views. We will explore potential explanations for a medical perception that withholding and withdrawing decisions are ethically different. In particular, we will look at the potential for resource allocation to provide an explanation for the difference between withholding and withdrawing intensive care treatment. We analyse five arguments for resource allocation playing a role only, or to a much greater degree, in withholding decisions. These arguments provide only a limited justification for the non-equivalence of treatment withholding and withdrawal, and this distinction comes at a significant cost. We finally provide two potential strategies for addressing this problem and for moving practice towards equivalence.

## EQUIVALENCE

The Equivalence Thesis has been expressed as a statement about the comparative moral permissibility of two types of action.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> M.A. Metcalfe et al. Mortality among Appropriately Referred Patients Refused Admission to Intensive-care Units. *Lancet* 1997; 350: 7–11; S. Ridley & S. Morris. Cost Effectiveness of Adult Intensive Care in the UK. *Anaesthesia* 2007; 62: 547–554; H. Wunsch et al. End-of-life Decisions: a Cohort Study of the Withdrawal of all Active Treatment in Intensive Care Units in the United Kingdom. *Intensive Care Med* 2005; 31: 823–831.

<sup>3</sup> J.L. Brieva et al. Withholding and Withdrawal of Life-sustaining Therapies in Intensive Care: an Australian Experience. *Crit Care Resusc* 2009; 11: 266–268; P.E. Spronk et al. The Practice of and Documentation on Withholding and Withdrawing Life Support: a Retrospective Study in two Dutch Intensive Care Units. *Anesth Analg* 2009; 109: 841–846; C.L. Sprung et al. End-of-life Practices in European Intensive Care Units: the Ethicus Study. *JAMA* 2003; 290: 790–797; Wunsch et al., *op. cit.* note 2.

<sup>4</sup> D.P. Sulmasy & J. Sugarman. Are Withholding and Withdrawing Therapy Always Morally Equivalent? *J Med Ethics* 1994; 20: 218–222; discussion 223–224. Some might distinguish between strong forms of ET ('Other things being equal, it is *always* permissible to withdraw etc.) and weaker forms ('Other things being equal, it is *usually* permissible etc.). In this paper we refer to and defend the former, strong form of ET.

Equivalence Thesis (ET): Other things being equal, it is permissible to withdraw a medical treatment that a patient is receiving if it would have been permissible to withhold the same treatment (not already provided), and vice versa.

We might contrast this with Non-Equivalence.

Non-equivalence (NE): Even where other things are equal, it is sometimes permissible to withhold treatment from a patient though it would not be permissible to withdraw the same treatment if already started.<sup>5</sup>

The equivalence or otherwise of withholding and withdrawing treatment is related to other debates about the potential equivalence of action and omission, or of killing and letting die.<sup>6</sup> We will return briefly to the acts/omissions distinction later, but we will largely set those questions aside, and focus on decisions about withholding/withdrawing treatment in intensive care.

ET has received considerable support from philosophers, and on inspection appears hard to doubt. Why should the intensive care consultant feel reluctant to withdraw treatment from Mr W? If it is not in his best interests to provide treatment, the doctor appears just as justified in a decision to withhold treatment as in one to withdraw treatment. Conversely, if it were actually in Mr W's interests to receive treatment, then it would be just as wrong to withdraw treatment as to withhold it. Importantly, there are no necessary differences in the intentions of the doctor who withholds treatment compared to the one who withdraws it, no differences in consequences for the patient, no differences in the ultimate cause of their death, nor any difference in the moral responsibility of the doctor for his or her decision.

What is more, Non-equivalence appears to lead to absurd consequences. In the case of Mr W, the delay caused by a phone call leads to W receiving intensive care for his pneumonia and surviving (at least in the short term). However, if it is ethical not to treat Mr W's pneumonia with mechanical ventilation and respiratory support, why should it make a difference whether the ICU consultant arrives back in time to stop him from

The other way of expressing the ET is that the 'bare difference' between withdrawal and withholding makes no moral difference to the question of whether or not treatment should be provided.

<sup>5</sup> This statement of Non-equivalence is based on the idea that it is less morally troublesome to withhold treatment than it is to withdraw treatment. An alternative Non-equivalence thesis might endorse the opposite view (that treatment withdrawal is preferable to treatment withholding). See below.

<sup>6</sup> Sulmasy & Sugarman, *op. cit.* note 4; J. Rachels. 2001. Killing and Letting Die. In *Encyclopedia of ethics*. L.C. Becker & C.B. Becker, eds. 2nd edn. New York & London: Routledge: 947–950.

being intubated? Similarly, Non-equivalence seems to imply that in some circumstances it would be permissible to fail to reinstitute respiratory support if there were a power cut, or a patient became accidentally disconnected from respiratory support, though it would be impermissible to deliberately withdraw mechanical ventilation from the same patient. But why should the chance event of a power cut or an accidental disconnection determine whether or not a patient dies from lack of respiratory support?

Finally, non-equivalence has significant negative implications. If there is a higher (harder to achieve) threshold for withdrawing treatment than withholding it, there is a danger that doctors will decide not to provide treatment out of fear that, once started, they will not be able to discontinue it. As a consequence patients who could have benefited may be denied potentially life-prolonging treatment.

Some have argued for an alternative form of non-equivalence, i.e. that it is preferable to *withdraw* treatment than to withhold the same treatment because of reduced uncertainty.<sup>7</sup> Providing a patient with a trial of therapy, and making a decision to stop treatment after 24 or 48 hours, may allow a far better assessment of the patient's prognosis and chance of surviving intensive care than an assessment made before treatment is started. This argument provides one reason for making a practical distinction between withholding and withdrawing treatment; it is actually compatible with ET, however, since it points to a relevant factual difference between withholding and withdrawal. If the prognostic facts were identical, there would be no reason to prefer withdrawal over withholding.

ET has also been supported by a large number of professional guidelines.<sup>8</sup> A recent systematic survey of guidelines and decision-support tools available on the internet, or published in the medical literature, found that 28 of 29 documents that referred to withholding/withdrawal of treatment stated that the two were ethically or legally equivalent.<sup>9</sup> In the United Kingdom ET has received support in case law, probably most clearly in the case of Tony Bland, a patient in a persistent vegetative state whose doctors sought the permission of the courts to

withdraw artificial feeding. Lord Lowry stated that 'I do not believe that there is a valid distinction between the omission to treat a patient and the abandonment of treatment which has been commenced . . .'.<sup>10</sup>

## NON-EQUIVALENCE

ET is not universally supported, however. In a paper in 1994, Daniel Sulmasy and Jeremy Sugarman argued that there is an intrinsic moral difference between withdrawing and withholding.<sup>11</sup> The patient who has been started on treatment has a *prima facie* claim to that treatment on the basis of prior acquisition. The patient may waive this claim (for example if the patient or their surrogates judge treatment to be of no benefit), in which case withholding and withdrawal of treatment become equivalent. But if they do not waive their claim, it is worse to take treatment away from the patient than to fail to provide it.<sup>12</sup> The distinctiveness of this argument is that non-equivalence is only apparent in cases where treatment *should* be provided.

Nevertheless, Sulmasy and Sugarman's argument has been challenged.<sup>13</sup> In particular, their claim that a patient who has had treatment started has a *prima facie* claim to that treatment appears simply to restate their belief that withdrawing is different from withholding.<sup>14</sup>

Although they do not suggest it, perhaps a more plausible way of defending Sulmasy and Sugarman's claim would be on the basis of a duty of care. Doctors take on a duty of care to patients once they start to treat them. This duty may be greater than their wider duties to patients in general. For example, a doctor usually has a greater duty of care to patients who have attended her practice or clinic than to patients whom she has never met. On this basis, if it were actually in Mr W's interests to receive treatment it would be worse for the intensive care doctor to withdraw treatment than to withhold it in the emergency department. Yet in many circumstances doctors *have* actively taken on a duty of care to patients even if they have not yet started treatment.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> J.L. Vincent. Withdrawing may be Preferable to Withholding. *Critical care (London, England)* 2005; 9: 226–229. We will return to this practical distinction in our proposals at the end of this paper.

<sup>8</sup> General Medical Council. 2006. Withholding and Withdrawing Life-prolonging Treatments: Good Practice in Decision-making. London: GMC (BMA edn. 2007). *Withholding and withdrawing life-prolonging medical treatment : guidance for decision making*. 3rd edn. Malden, MA & Oxford: Blackwell; L. Snyder & C. Leffler. Ethics Manual: Fifth Edition. *Ann Intern Med* 2005; 142: 560–582.

<sup>9</sup> M. Giacomini et al. Decision Tools for Life Support: a Review and Policy Analysis. *Crit Care Med* 2006; 34: 864–870.

<sup>10</sup> Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789.

<sup>11</sup> Sulmasy & Sugarman, *op. cit.* note 4.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> J. Harris. Are Withholding and Withdrawing Therapy Always Morally Equivalent? A Reply to Sulmasy and Sugarman. *J Med Ethics* 1994; 20: 223–224; R. Gillon. Withholding and Withdrawing Life-prolonging Treatment – Moral Implications of a Thought Experiment. *J Med Ethics* 1994; 20: 203–204, 222.

<sup>14</sup> Harris, *op. cit.* note 13.

<sup>15</sup> Imagine, for example, that the intensive care consultant admits Mr W to the intensive care unit (but has not yet intubated him and put him on the ventilator). He leaves the ward in order to contact the family and GP. He decides after speaking to them that he will not institute invasive respiratory support. However, in his absence the registrar has already put Mr W on the ventilator.

Furthermore, certain types of doctors have strong duties of care to patients that they have neither met nor started to treat. Imagine that an emergency physician is in the middle of interviewing a moderately but not acutely unwell patient about their past medical history. A nurse interrupts to tell the doctor that a patient has just arrived by ambulance who has had a cardiac arrest. It would not be acceptable for the emergency physician to continue his interview on the basis that he has an established duty of care for this patient that is greater than for the patient just arrived. Likewise, intensive care clinicians do not have obligations solely or preferentially to patients in one geographic area of the hospital. Rather, they have an obligation to any critically ill patients that they have the means to support, including patients in the wards, in the emergency department, or even outside the hospital.

One other source of disagreement with ET has come from orthodox Judaism. Halakhic law is often interpreted to prohibit physical intervention in a dying patient that might hasten their death.<sup>16</sup> This has led to the development of mechanical ventilators with timers that must be regularly reset.<sup>17</sup> Such timers potentially allow doctors caring for orthodox Jewish patients to decide not to restart mechanical ventilation (after the timer turns it off), though it would have been impermissible to withdraw the same treatment. But while religious beliefs might lead patients to have a preference for withholding over withdrawing, and to choose to have timers on their ventilators, it is hard to see why this makes a moral difference. The design or purchase of timing devices for ventilators and the decision to put a patient on a ventilator with a timer are in themselves acts that lead to the hastening of death (where the patient would not otherwise have treatment withdrawn). Imagine, for example, that an ingenious physician developed a syringe pump for intensive care patients that, as well as providing normal intravenous fluids, would set an alarm and deliver an injection of potassium chloride once every 24 hours unless it were deactivated. If nurses and doctors failed to deactivate the potassium syringe and a patient died there would be no physical intervention close to that point in time that had hastened death. But it would rightly be regarded as highly implausible to pretend that either the invention of the pump, or the decision to use the pump for a patient were not morally significant (and troubling)

actions. Furthermore, we should not exonerate the bedside staff who failed to deactivate the syringe merely because they omitted to act rather than took a positive step to kill the patient.

As noted above, the overwhelming majority of guidelines for doctors about end-of-life decisions support the equivalence thesis. Yet surveys of medical professionals have repeatedly shown that medical staff remain unconvinced. A survey of 148 Swedish intensive care staff in 1992 in Sweden revealed that only 37% believed that there was no ethical difference between withholding and withdrawing treatment.<sup>18</sup> In the mid 1990s only 20% of surveyed UK nurses<sup>19</sup> and 30–40% of US medical and nursing staff believed in the Equivalence Thesis.<sup>20</sup> In a very large international study of neonatal physicians in 10 European countries published in 2000, 21–54% of physicians believed that there was no difference between withdrawing and withholding.<sup>21</sup>

## WHY DO DOCTORS REJECT THE EQUIVALENCE THESIS?

Why do medical staff continue to endorse Non-Equivalence? One plausible psychological explanation is that medical attitudes are a reflection of the status quo bias, a serious and widespread cognitive bias in decision-making.<sup>22</sup> This bias, and the related omission bias<sup>23</sup> may

<sup>16</sup> M. Washofsky. 2005. A Jewish Guide to the Moral Maze of Hi-tech Medicine. Available at: <http://reformjudaismmag.org/Articles/index.cfm?id=1048> (Accessed 25 Sept 2010); J. Kunin. 2010. Caring for the Terminally Ill: Halachic Approaches to Withholding and Withdrawing of Therapy. Available at: <http://www.medethics.org.il/articles/JME/JMEM9/JMEM.9.2.asp> [Accessed 05 Nov 2010]; V. Ravitsky. Timers on Ventilators. *BMJ* 2005; 330: 415–417.

<sup>17</sup> Ravitsky, *op. cit.* note. 16.

<sup>18</sup> G. Melltorp & T. Nilstun. The Difference between Withholding and Withdrawing Life-sustaining Treatment. *Intensive Care Med* 1997; 23: 1264–1267.

<sup>19</sup> D.L. Dickenson. Are Medical Ethicists Out of Touch? Practitioner Attitudes in the US and UK towards Decisions at the End of Life. *J Med Ethics* 2000; 26: 254–260.

<sup>20</sup> M.Z. Solomon et al. Decisions near the End of Life: Professional Views on Life-sustaining Treatments. *Am J Pub Health* 1993; 83: 14–23.

<sup>21</sup> M. Rebagliato et al. Neonatal End-of-life Decision Making: Physicians' Attitudes and Relationship with Self-reported Practices in 10 European Countries. *JAMA* 2000; 284: 2451–2459. This proportion does not appear to have increased over time. At a professional development meeting in 2010 we performed a survey of 49 junior and senior doctors working in intensive care in the Oxfordshire region of the UK. 39% of physicians agreed that withholding and withdrawal were ethically equivalent, 35% indicated that they were legally equivalent.

<sup>22</sup> Status quo bias refers to an irrational or inappropriate preference for the status quo. W. Samuelson & R. Zeckhauser. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty* 1988; 1: 7–59; N. Bostrom & T. Ord. The Reversal Test: Eliminating Status Quo Bias in Applied Ethics. *Ethics* 2006; 116: 656–679; D. Kahneman et al. Anomalies: the Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias. *The Journal of economic perspectives* 1991; 5: 193–206.

<sup>23</sup> The omission bias is a tendency to judge harm resulting from an omission as being less morally serious than an equal harm resulting from an action. J.H. Kordes-de Vaal. Intention and the Omission Bias: Omissions Perceived as Nondecisions. *Acta Psychol (Amst)* 1996; 93: 161–172; J. Baron & I. Ritov. Omission Bias, Individual Differences and Normality. *Org Behav Hum Dec Proc* 2004; 94: 74–85.



lead doctors and nurses to intuitively believe that it is worse to actively stop a treatment than to decide not to start it. There is some evidence that status quo and omission biases impact on doctors' decision-making.<sup>24</sup> In one example, 125 US chest physicians were randomly provided with one of a pair of clinical vignettes.<sup>25</sup> Physicians were twice as likely to continue a treatment that had already been started (of dubious benefit or possible harm) than they were to start the treatment themselves.<sup>26</sup> There are no data on physicians' belief in the acts/omissions distinction, although this belief is widespread across cultures, class and gender.<sup>27</sup> Nevertheless, an intrinsic distinction between acts and omissions has been persuasively refuted,<sup>28</sup> and is denied by both consequentialists and deontologists.<sup>29</sup> If these biases were the explanation, or a partial explanation, it would motivate further education of intensive care staff, and attempts to overcome the effect of cognitive bias on decisions.

A second possible explanation and justification of medical attitudes is that in practice there are often factual differences between the cases of treatment withdrawal and treatment withholding that physicians encounter. For example, there may be differences in prognosis between a patient who has not yet received a treatment, and a patient who has. Mr W appeared to stabilize after receiving a short period of intensive care, at which point he may have a reasonable chance of recovering from his acute chest infection. However, prior to his intubation there was a significant possibility that he would have a cardiac arrest if intensive care were provided, or develop refractory respiratory failure and die despite intensive measures. If this is the explanation for medical staff attitudes, then it does not problematically conflict with ET. Doctors could agree with a hypothetical version of Equivalence, but deny that the *ceteris paribus* clause applies in many cases that they encounter.

But there is a third possible explanation of a medical perception of NE. Consider the following:

Dr A is an intensive care physician managing a critical care unit in a country with limited ICU resources. The ICU has a single vacant bed, and all patients in the unit are receiving respiratory support. It is the middle of the winter flu season, and all other regional intensive care units are full.

Dr A is called to the emergency department to review Mr North. North is critically ill, and will die without intensive care. With intensive care he has approximately a 50% chance of survival. Dr A is prepared to intubate North and admit him to intensive care, but before A can do so he is called to a second patient in the emergency department. Mr South is critically ill, and will die without intensive care. With intensive care South has approximately a 90% chance of survival. Dr A can admit only one patient to intensive care (there is no possibility of additional beds). It is likely that whichever patient is not admitted to ICU will die.

Dr A elects to withhold intensive care from North in order to admit South to the ICU. An attempt is made to manage North without intensive care, but he dies in the emergency department.

Dr B is an intensive care physician managing a critical care unit in a country with limited ICU resources. The ICU has a single vacant bed, and all other patients in the unit are receiving respiratory support. It is the middle of the winter flu season, and all other regional intensive care units are full.

Dr B is called to the emergency department to review Mr West. West is critically ill, and will die without intensive care. With intensive care he has approximately a 50% chance of survival. Dr B intubates West and admits him to intensive care, but just as West is wheeled out of the emergency department Dr B is called to a second patient in the emergency department. Mr East is critically ill, and will die without intensive care. With intensive care East has approximately a 90% chance of survival. Dr B can admit only one patient to intensive care (there is no possibility of additional beds). It is likely that whichever patient is not admitted to ICU will die.

Dr B elects to withdraw intensive care from West in order to admit East to the ICU. An attempt is made to manage West without intensive care, but he dies in the emergency department.<sup>30</sup>

These cases differ from those above in that they are explicitly motivated by distributive justice and limited resources. One reason why Dr A's actions may appear permissible but not Dr B's, is that resource allocation is sometimes thought to be a legitimate consideration in treatment withholding but *not* (or only rarely) in treatment withdrawal decisions. If this were justified, the Equivalence Thesis would be false.

## RESOURCE ALLOCATION AND NON-EQUIVALENCE

Adult intensive care units are often in a position where they have no capacity, or very limited capacity, to admit

<sup>24</sup> N.A. Christakis & D.A. Asch. Biases in How Physicians Choose to Withdraw Life Support. *Lancet* 1993; 342: 642–646.

<sup>25</sup> S.K. Aberegg et al. Omission Bias and Decision Making in Pulmonary and Critical Care Medicine. *Chest* 2005; 128: 1497–1505.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> M.D. Hauser. 2008. *Moral minds: how nature designed our universal sense of right and wrong*. London: Abacus; Baron & Ritov, *op. cit.* note 23.

<sup>28</sup> J. Rachels. Active and Passive Euthanasia. *N Engl J Med* 1975; 292: 78–80.

<sup>29</sup> R. Gillon. Acts and Omissions, Killing and Letting Die. *Br Med J (Clin Res Ed)* 1986; 292: 126–127.

<sup>30</sup> These cases are derived from ones discussed by Sulmasy and Sugarman. Sulmasy & Sugarman, *op. cit.* note 4. Those authors claimed that doctors would accept the actions of Dr A, but not Dr B because of West's prima facie claim on treatment (having had it started). Here, we analyse an alternative explanation, that resource allocation per se may make a difference between withdrawing and withholding decisions.



further patients.<sup>31</sup> Rationing of intensive care admission is common.<sup>32</sup> In one study from Hong Kong, 38% of patients who were referred to the intensive care unit were refused admission.<sup>33</sup> Of those patients, almost half were assessed as likely to benefit from intensive care admission, but were judged as having an insufficient priority to justify admitting them. Consideration of available resources appears to often influence doctors' decisions about withholding potentially life-prolonging medical treatment.

On the other hand, resource allocation appears to play a much smaller role in decisions about treatment withdrawal in intensive care. A study published in 1983 revealed that a major resource shortage (a drop in intensive care beds due to a lack of nursing staff) led to a reduction in admissions, but did not appear to affect treatment withdrawal decisions.<sup>34</sup> In a survey published in 1994, only 3% of chest physicians reported that treatment withdrawal decisions were influenced by bed availability.<sup>35</sup> There may be variation between countries. One fifth of surveyed Italian intensivists were willing to withdraw treatment from a patient with a lower probability of survival than other patients needing admission.<sup>36</sup> In contrast, a very large study of end-of-life decisions in intensive care patients in 17 European countries published in 2008 found that cost effectiveness and need for an ICU bed were the stated primary reason for decisions in less than 1% of all cases.<sup>37</sup>

In a small survey, we presented intensive care doctors in Oxfordshire with a version of the cases of North/South

and West/East.<sup>38</sup> 83% of the intensive care doctors surveyed agreed that in the North/South case the patient with a greater chance of survival should be admitted in preference. By contrast only 9% of doctors agreed that in the West/East cases the patient with higher risk of mortality should be discharged in order to create a bed for the other patient; 91% of the surveyed doctors appeared to believe that treatment should not be withdrawn for resource allocation reasons.

Resource allocation may at least partly explain doctors' belief in Non-equivalence. But what reasons could there be to justify taking account of resource allocation in treatment withholding decisions but not in treatment withdrawal decisions in intensive care?

## 1. Fairness

One reason why doctors might choose not to withdraw treatment from West, though East has a higher chance of survival, is because they are acting on the basis of the 'first-come-first-served' rule.<sup>39</sup> The American Thoracic Society has recommended this approach as a fair means of allocating intensive care unit resources.<sup>40</sup> The advantage of first-come-first-served as a heuristic for resource allocation is that it is simple to implement, unambiguous, and avoids the need for difficult or controversial judgments about the relative merits of treating different patients. It is arguably a fair decision-procedure because it treats patients equally. However, first-come-first-served is not consistent with other types of fairness. For example, using a Rawlsian approach,<sup>41</sup> decision-makers behind the veil of ignorance would potentially choose a rationing policy that endorsed ET. Given that they could be either West or East, it would be rational to choose a policy that gave them the greatest chance of life.<sup>42</sup>

First-come-first-served is vulnerable to other criticisms. It would give preference to patients who are wealthy, powerful or well connected (and able to reach health care sooner).<sup>43</sup> It also yields highly counterintuitive conclusions. If West had only a 1% chance of survival with intensive care, and East a 99% chance of survival, first-come-first-served would give priority to West.

<sup>31</sup> Consensus Statement on the Triage of Critically Ill Patients. Society of Critical Care Medicine Ethics Committee. *JAMA* 1994; 271: 1200–1203.

<sup>32</sup> M.J. Strauss et al. Rationing of Intensive Care Unit Services. An Everyday Occurrence. *Ibid.* 1986; 255: 1143–1146; T. Sinuff et al. Rationing Critical Care Beds: a Systematic Review. *Crit Care Med* 2004; 32: 1588–1597.

<sup>33</sup> G.M. Joynt et al. Prospective Evaluation of Patients Refused Admission to an Intensive Care Unit: Triage, Futility and Outcome. *Intensive Care Med* 2001; 27: 1459–1465.

<sup>34</sup> D.E. Singer et al. Rationing Intensive Care – Physician Responses to a Resource Shortage. *N Engl J Med* 1983; 309: 1155–1160.

<sup>35</sup> K. Faber-Langendoen. The Clinical Management of Dying Patients Receiving Mechanical Ventilation. A Survey of Physician Practice. *Chest* 1994; 106: 880–888.

<sup>36</sup> A. Giannini & D. Consonni. Physicians' Perceptions and Attitudes Regarding Inappropriate Admissions and Resource Allocation in the Intensive Care Setting. *Br J Anaesth* 2006; 96: 57–62.

<sup>37</sup> C.L. Sprung et al. Reasons, Considerations, Difficulties and Documentation of End-of-life Decisions in European Intensive Care Units: the ETHICUS Study. *Intensive Care Med* 2008; 34: 271–277. NB Half of the decisions made by doctors in this study were decisions to withhold further treatment (without withdrawing treatment). Consequently it appeared that once admitted to intensive care, resource allocation was not explicitly taken into account for either treatment withdrawal or withholding decisions. It is possible, however, that resource considerations were a secondary factor in a larger proportion of cases.

<sup>38</sup> See note 21. In the cases presented in the survey, doctors were not told of the outcome for North or West. In the second case, East had been admitted one hour before West's presentation to intensive care.

<sup>39</sup> G. Persad et al. Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions. *Lancet* 2009; 373: 423–431.

<sup>40</sup> Fair Allocation of Intensive Care Unit Resources. American Thoracic Society. *Am J Respir Crit Care Med* 1997; 156: 1282–1301.

<sup>41</sup> J. McMillan & T. Hope. Justice-based Obligations in Intensive Care. *Lancet* 2010; 375: 1156–1157.

<sup>42</sup> What is more first-come-first served appears *unfair* in the emphasis that it places on the order of presentation to hospital. Why should a patient who happens to have arrived earlier receive preferential treatment?

<sup>43</sup> Persad et al., *op. cit.* note 39.

Although the rule avoids having to choose between patients on the basis of prognosis, exactly the same distinctions are drawn for treatment withholding. Why should not these considerations be applied to treatment withdrawal?

## 2. Conflict of interest

A second possible concern about allowing resource allocation to affect treatment withdrawal decisions is that this would lead to a conflict of interest. Clinicians treating patients in intensive care would be forced to make 'tragic choices' between the best interests of their current patients, and the welfare of other patients.<sup>44</sup> Clinicians' relationship with existing patients may make it psychologically difficult for them to choose between patients, and make their assessment of prognosis vulnerable to bias.

In contrast, one reason why triage is relatively uncontroversial is that it separates rationing decisions from treatment decisions. A triage officer on a battlefield or in an emergency department is responsible for prioritizing treatment; they (usually) do not know or have a relationship with the patients they are assessing. This leaves other clinicians able to concentrate on the best interests of patients. It might be thought that Dr A is acting as a sort of triage officer when he chooses between North and South, but that Dr B is placed in an invidious position of having to juggle conflicting responsibilities at the bedside.

But intensive care doctors who make decisions about withholding treatment are not mere triage officers. They already have to balance what would be best for individual patients with what would be best for the wider group of critically ill patients.<sup>45</sup> These are not easy decisions, yet it is not clear that Dr B's choice is harder or more prone to bias than Dr A's. Furthermore, if we wanted to we could overcome the conflict of interest in withdrawal decisions by creating an additional level of triage above treating doctors in intensive care. When there is a need to decline intensive care for a patient who could potentially benefit, the head of the unit or an intensive care clinician not currently on clinical service might act as an impartial arbiter between the competing claims of patients within and outside the ICU.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> D. Orentlicher. Rationing Health Care: It's a Matter of the Health Care System's Structure. *Annals of health law* 2010; 19: 449–464.

<sup>45</sup> W. Sage. Physicians as Advocates. *Houston Law Review* 1999; 35: 1529–1630.

<sup>46</sup> This sort of mechanism might also resolve residual concerns about intensive care doctors' greater duty of care to existing patients in the ICU. This higher-level triage officer would not have a duty of care to specific patients.

## 3. Slippery slope

A separate concern about withdrawing treatment because of resource constraints is that even if this were justified, it would potentially lead to withdrawal of treatment from patients for morally unjustified reasons. For example, if doctors were allowed to stop life-prolonging treatment because another patient would have a greater chance of benefit, this might allow doctors to discriminate, consciously or subconsciously, on the basis of race, gender, age or disability. Alternatively, it might lead doctors to seek to actively end the lives of patients with a lower chance of survival, or a lower predicted quality of life than other existing or potential patients.

Either of these outcomes would be highly troubling. However, it is not clear why treatment withdrawal would make these outcomes more likely than treatment withholding. Doctors currently withhold intensive care admission on the grounds of limited resources, and it would be possible for such decisions to be made unjustly. Yet we do not take such concerns to mean that doctors should not ration intensive care admission. Rather, we attempt to ensure that intensive care beds are rationed only on the basis of morally relevant criteria.

There is also no evidence that allowing doctors to *withhold* treatment on the basis of limited intensive care beds has led doctors to practice involuntary euthanasia for patients with poor prognosis. There is no good reason to think that if resources were included in treatment withdrawal decisions that this would be any more likely to occur.

## 4. Consent

One potentially significant factor that may explain why doctors prefer to manage limited resources by withholding treatment rather than by withdrawing treatment, is that in the former situation there is often no need to consult with patients or families, nor to obtain consent for the decision. For example, in our experience at least, requests for intensive care admission come from other doctors, perhaps those in the emergency department or ward. The intensive care clinician may decline admission over the phone, or he or she may review the patient in person. However, the decision not to admit to intensive care is usually communicated back to referring physicians, and not discussed directly with family members (or with the patient). There is no practical nor legal need to seek consent, since what is contemplated is non-provision of a treatment.

In contrast, where a decision is made to cease potentially life-prolonging treatment that has already been started, there is usually a discussion in advance with

family members to let them know that this is taking place. For children at least, there is almost always a need to obtain parents' or surrogates' agreement with the decision to stop treatment. Such decisions are difficult enough when the primary reason for withdrawing treatment is that it is no longer in the best interests of the patient. However, it is easy to understand why doctors would be reluctant to explain to family members that treatment is not being provided because it cannot be afforded or because another patient needs it instead. It is highly likely that some families would refuse to consent to treatment withdrawal on such a basis.<sup>47</sup>

On the other hand, the fact that doctors don't have to embark on difficult discussions about limited resources when they withhold treatment is a poor justification for distinguishing between treatment withdrawal and withholding. If a patient is not going to be provided with treatment because there are not enough intensive care beds, that is something that family members and the patient deserve to have explained to them *whether or not* that treatment has already been started. Intensive care staff should be prepared to justify their resource allocation decisions explicitly to patients and families. Furthermore, if it is justified to decide not to provide treatment on resource grounds, then it seems unfair and inappropriate to seek consent from patient or surrogate for that decision. If families or patients are allowed to overrule a decision to ration treatment by declining consent, there is a real risk that a subgroup of the community will disproportionately bear the burden of rationing decisions. This may selectively disadvantage those patients whose surrogates are not well spoken, literate, or aware of their rights. Perhaps families and patients should simply be informed that treatment is not available because of limited resources.

## 5. Legal vulnerability

Finally, there is the possibility that withdrawing treatment for reasons of limited resources would make doctors vulnerable to legal sanction in a way that treat-

ment withholding decisions would not.<sup>48</sup> A full discussion of the legal status of treatment withdrawal and withholding decisions is beyond the scope of this paper. However, it is worth noting a couple of points about UK law (with which we are most familiar). Firstly, as mentioned above, there is explicit judicial support for the equivalence thesis. There is also explicit acknowledgement in a number of cases that health care resources are limited and that it is reasonable for doctors and healthcare authorities to make decisions about the distribution of such resources.<sup>49</sup>

... health authorities may on occasion find that they have too few resources, either human or material or both, to treat all the patients whom they would like to treat in the way in which they would like to treat them. It is then their duty to make choices.<sup>50</sup>

The combination of these two facts may imply that the courts would support withdrawal of treatment on the grounds of limited resources. However, we are not aware of any case law precedent in the UK for withdrawing life-sustaining treatment other than on the basis of the best interests of the patient, and it is conceivable that a court might not be so accepting of treatment withdrawal decisions for reasons of limited resources.<sup>51</sup> Secondly, if a doctor were to withdraw treatment on the basis of limited resources, and were subsequently brought before the court, they might try to defend themselves against a charge of negligence by drawing on the Bolam principle.<sup>52</sup> This principle asserts that a doctor is not negligent if he or she acts in accordance with practice that is accepted by a reasonable body of medical opinion. However, the evidence cited above suggests that the vast majority of intensive care doctors would not withdraw treatment on the grounds of resources, potentially making the doctor in question negligent at law.<sup>53</sup>

Thirdly, and perhaps most importantly, even if it is the case that doctors would be more legally vulnerable for withdrawing treatment on the grounds of resources than for withholding it, there is a further question about what the law should be. We have outlined four potential arguments in favour of restricting resource allocation to treatment withholding decisions, but none of these provide a conclusive justification of Non-equivalence.

<sup>47</sup> There is a separate concern about counselling and consent. Although currently treatment withdrawal decisions are rarely, if ever, primarily motivated by a shortage of intensive care beds, patients' families often cite this concern as one reason for refusing to believe the prognosis offered by doctors, or for refusing to agree to treatment withdrawal. Currently it is possible for doctors to claim sincerely that their treatment withdrawal decisions are only ever motivated by the interests of the patient. However, if resource allocation were allowed to play a significant role in withdrawal decisions in intensive care, this would no longer be the case. Families might be more likely to insist on treatment continuing, even in those cases where doctors are genuinely motivated solely by the patient's interests.

<sup>48</sup> N. Eastman et al. *Triaging for Adult Critical Care in the Event of Overwhelming Need*. *Intensive Care Med* 2010; 36: 1076–1082.

<sup>49</sup> *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789; *Re J (A Minor) (Child in Care: Medical Treatment)* [1993] Fam 15; *R. v Cambridge Health Authority* [1995] EWCA Civ 49.

<sup>50</sup> *Re J (A Minor) (Child in Care: Medical Treatment)*, *op. cit.* note 49.

<sup>51</sup> Eastman et al., *op. cit.* note 48.

<sup>52</sup> *Bolam v Friern Hospital Management committee* [1957] 1 WLR 583.

<sup>53</sup> Indeed, this paper might be cited in support of a claim that the standard of care is not to include resource considerations in treatment withdrawal decisions. However, our aim (below) will be to argue that the standard of care should change.



## THE COSTS OF NON-EQUIVALENCE

There are relatively weak reasons for medical professionals to apply resource constraints to treatment withholding, but not treatment withdrawal decisions. But why does it matter if doctors use this to support Non-equivalence in practice?

The problem is that non-equivalence comes at a significant cost. Where intensive care treatment is continued for patients whose prognosis is poor, it is likely to mean that other patients (with a greater chance of benefiting from intensive care) are turned away.

This is not just a theoretical concern. Studies that have looked at patients who were referred to intensive care units have found increased risks of death in patients who are refused admission.<sup>54</sup> After adjusting for markers of severity of illness, patients who were refused admission had a 2.5 fold increased risk of death.<sup>55</sup> One study, of patients who were referred to six intensive care units in the UK, found that a quarter of patients who were referred were declined admission, including 116 judged (on the basis of severity of illness at presentation) to have been referred appropriately.<sup>56</sup> On the basis of the excess mortality in this group of patients it was estimated at the time (mid 1990s) that lack of access to intensive care beds was potentially responsible for 2100–2500 preventable deaths per year in England – a figure equal to the number of deaths on the roads.<sup>57</sup>

What is more, these studies may underestimate the total number of deaths attributable to lack of intensive care beds, since patients (who might benefit from intensive care but are likely to be a lower priority) may not be referred to intensive care.<sup>58</sup> In a study in 5 hospitals over a 16 day period in Israel, (where intensive care beds are in short supply), only 13% of patients who acutely deteriorated and who met admission criteria for intensive care were admitted to intensive care. The majority were managed in monitored beds elsewhere in the hospital.<sup>59</sup> Patients who deteriorated acutely but who were not managed in ICU were twice as likely to die.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Sinuff et al., *op. cit.* note 32; C.L. Sprung et al., Evaluation of Triage Decisions for Intensive Care Admission. *Crit Care Med* 1999; 27: 1073–1079; Ridley & Morris, *op. cit.* note 2.

<sup>55</sup> Sprung et al., *op. cit.* note 54.

<sup>56</sup> Metcalfe et al., *op. cit.* note 2.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> E. Simchen et al., Survival of Critically Ill Patients Hospitalized in and out of Intensive Care Units under Paucity of Intensive Care Unit Beds. *Crit Care Med* 2004; 32: 1654–1661.

<sup>59</sup> E. Simchen et al. Survival of Critically Ill Patients Hospitalized In and Out of Intensive Care. *Crit Care Med* 2007; 35: 449–457.

<sup>60</sup> *Ibid.*

## TOWARDS EQUIVALENCE: TWO PROPOSALS

There is no good ethical reason to confine resource allocation to treatment withholding decisions. Furthermore, non-equivalence leads to the preventable death of critically ill patients who are declined intensive care. Perhaps intensive care doctors should reconsider their approach to rationing and treatment decisions? If they were prepared to withdraw life-sustaining treatment from patients with a worse prognosis than other patients in need of admission, what would this mean for practice?<sup>61</sup>

Here are two potential proposals for implementing equivalence in intensive care.

### 1. Reduce the mortality threshold for treatment withdrawal

In the UK the mortality in patients who had intensive care withheld because of poor prognosis was approximately 80% in one study.<sup>62</sup> In contrast, in a large survey of UK intensive care units, 99% of patients who had active treatment withdrawn died.<sup>63</sup> The ET suggests that these mortality rates should be closer. One potential compromise would be to consider either withdrawal or withholding of life-sustaining treatment on the basis of limited resources if the predicted mortality with intensive care were greater than 90%. This would also fit with

<sup>61</sup> Embracing ET in intensive care does not mean that treatment should be withdrawn whenever there is a patient with a slightly better prognosis in need of a bed. There is often considerable uncertainty about prognosis for critically ill patients; it is rarely possible to quantify survival chances in the way that we have outlined in the cases above, and it may be extremely difficult to compare prognosis between patients with very different illnesses. Furthermore, it may compromise the care of critically ill patients in intensive care if their physicians were constantly attempting to establish their prognosis and to compare them with other patients every time that they were faced with a new admission.

<sup>62</sup> Metcalfe et al., *op. cit.* note 2.

<sup>63</sup> Wunsch et al., *op. cit.* note 2. In a number of studies the mortality risk for patients who are appropriately declined intensive care admission is approximately 50%. Sinuff et al., *op. cit.* note 32; Sprung et al., *op. cit.* note 54; Ridley & Morris, *op. cit.* note 2. However, this includes both patients who are judged too well to benefit from ICU admission (ie too low a mortality risk), and those who are judged too sick to benefit. The risk of death in the latter group is 65–90% in published studies in Israel, the UK and Hong Kong. Sprung et al., *op. cit.* note 54; Metcalfe et al., *op. cit.* note 2; Joynt et al., *op. cit.* note 33. In comparison, the mortality rate (prior to hospital discharge) in patients who have intensive care withdrawn is 93–99%. T. Nolin & R. Andersson. Withdrawal of Medical Treatment in the ICU. A Cohort Study of 318 cases during 1994–2000. *Acta Anaesthesiol Scand* 2003; 47: 501–507; J.P. Lewis et al., Outcome of Patients who have Therapy Withheld or Withdrawn in ICU. *Anaesth Intensive Care* 2007; 35: 387–392; A. Esteban et al., Withdrawing and Withholding Life Support in the Intensive Care Unit: a Spanish Prospective Multi-centre Observational Study. *Intensive Care Med* 2001; 27: 1744–1749.

cost-effectiveness analysis of adult intensive care, since provision of adult intensive care in the UK has been estimated to cost more than £20,000 per quality-adjusted life year saved once the absolute risk-reduction of death is less than 10%.<sup>64</sup>

The level of this threshold will differ between countries depending on the availability of intensive care beds.

## 2. Time-limited trials of intensive care

A second option would be to offer patients with a high risk of death despite intensive care a trial of treatment for a defined period of time. For example, such patients (and their families) could be offered a 48 or 72-hour period of intensive care with an expectation that at the end of that time treatment would be withdrawn unless the patient had shown a definite response to treatment. This policy would enable more prognostic information to be collected prior to treatment limitation. It would allow more rational and considered treatment decisions to be made.

We do not have space here to explore in detail how these proposals might work: that will be the subject of another paper. But it is worth briefly noting their potential impact. While doctors' belief in non-equivalence is not the sole cause of a lack of intensive care beds, it is likely that the proposals would improve access to intensive care. They would enable some patients to access intensive care who would otherwise be denied admission. In a very large study of UK intensive care units, one quarter of patients who had all active treatment withdrawn were in intensive care for more than six days before this decision, and some patients had stays that were considerably longer than this (103 days in one case).<sup>65</sup> If a greater acceptance of the equivalence thesis

reduced by only one day on average the period of time before deciding to withdraw treatment in this group of patients, it could save the lives of up to 100 patients in England and Wales per year.<sup>66</sup>

## CONCLUSION

Despite the powerful and straightforward arguments in favour of the equivalence of withholding and withdrawing treatment, and despite numerous supportive professional guidelines and legal decisions over several decades, the majority of doctors appear unconvinced. In this paper we have investigated an issue that has been neglected in the debate, and have sought to move past the ethical impasse that has developed.

Medical endorsement of non-equivalence is manifest in resource allocation decisions. Intensive care physicians are forced to consider limited resources in their decisions about life-sustaining treatment, yet they appear to apply this largely in their decisions about treatment withholding and little, if at all, in treatment withdrawal decisions. We explored five possible reasons for restricting rationing of intensive care to treatment withholding. The need to obtain consent, and the possibility of legal vulnerability may explain why doctors prefer to ration by withholding intensive care rather than by withdrawing the same treatment, though the most likely underlying reason for doctors' belief in Non-equivalence is *status quo* bias, combined with intuitive support for the acts/omissions distinction. This provides an explanation but not a justification for a practical distinction between withdrawing and withholding. On the contrary, rather than justifying non-equivalence, resource allocation provides a separate strong argument in favour of equivalence.

There are two alternatives. If we continue to allow doctors to withhold treatment that they would not withdraw, some patients will die whose lives could have been significantly prolonged. Alternatively, if we are serious about the equivalence of withdrawing and withholding treatment, then we need to develop a legal and procedural

<sup>64</sup> Ridley & Morris, *op. cit.* note 2. In the UK the National Institute for Clinical Excellence approves treatments with an incremental cost-effectiveness of less than £20–30,000 per quality-adjusted-life-year saved.

<sup>65</sup> Wunsch et al., *op. cit.* note 2. Long-stay patients in intensive care constitute only a small proportion of admissions, but have a high mortality rate, and are responsible for up to 50% of ICU costs. D.T. Wong et al. Utilization of Intensive Care Unit Days in a Canadian Medical-Surgical Intensive Care Unit. *Crit Care Med* 1999; 27: 1319–1324; C.A. Bashour et al. Long-term Survival and Functional Capacity in Cardiac Surgery Patients after Prolonged Intensive Care. *Crit Care Med* 2000; 28: 3847–3853; M. Hughes et al. Outcome of Long-stay Intensive Care Patients. *Intensive Care Med* 2001; 27: 779–782. The other significance of long-stay patients in intensive care is that they have a disproportionate impact on bed availability. Queuing models of intensive care admission highlight an exquisite sensitivity of the system to bed crises when there are staff shortages or long-staying patients. M.L. McManus et al. Queuing Theory Accurately Models the Need for Critical Care Resources. *Anesthesiology* 2004; 100: 1271–1276.

<sup>66</sup> In the UK 99/1000 admissions to intensive care have all active treatment withdrawn. Wunsch et al., *op. cit.* note 2. There are 80798 admissions to intensive care units in England and Wales per year. Ridley & Morris, *op. cit.* note 2. If a quarter of those who have all treatment withdrawn had their ICU length of stay reduced by 1 day, it would yield  $99/1000 * 80798 * 0.25 = 2000$  ICU bed days per year. Given an average length of stay of 5 days, this would mean that 400 patients could be admitted to intensive care who would otherwise be refused. On the basis of a 25% absolute risk reduction in the risk of death in appropriately referred patients admitted to intensive care, (Sinuff et al., *op. cit.* note 32; Sprung et al., *op. cit.* note 54; Metcalfe et al., *op. cit.* note 2.) 100 lives could potentially be saved.

basis for withdrawing intensive care treatment on the basis of limited resources. We have briefly outlined two potential ways to move practice towards equivalence. The thresholds for withholding and for withdrawal could be brought closer, for example aiming to withdraw or withhold treatment for patients who have a greater than 90% chance of dying despite treatment. Alternatively, or additionally, it would be worth considering time-limited trials of intensive care treatment as a means of fairly managing this scarce resource. It is not enough for ethicists to repeat *ad nauseam* that withholding and withdrawing treatment are equivalent. We must find ways of translating ethical analysis into practice.

#### **Acknowledgements**

This work was supported in part by a grant from the Wellcome Trust [086041/Z/08/Z].

**Dominic Wilkinson** is Associate Professor of neonatal medicine and bioethics and consultant neonatologist at the Women's and Children's Hospital, Adelaide. He previously completed a DPhil at Oxford and currently holds an Early Career fellowship with the NHMRC to investigate perinatal neuroethics and decision-making.

**Julian Savulescu** is Uehiro Chair in Practical Ethics at the University of Oxford, Fellow of St Cross College, Oxford, and Director of the Oxford Uehiro Centre for Practical Ethics and Oxford Centre for Neuroethics. He also has a background in medicine and completed his MBBS (Hons) at Monash University, Melbourne.