

מדינת ישראל – בתי המשפט
בית המשפט המחוזי בתל-אביב

תיק: ה"פ 90/1141

בפני כב' השופט א' גורן

המבקש:

בנימין אייל, ע"י ב"כ עוה"ד י' חשן וש' דונביץ

המשיבים:

1. ד"ר נחמן וילנסקי,
2. בית חולים ע"ש ליכטנשטטר,
ע"י ב"כ עוה"ד יצחק מירון
3. משרד הבריאות,
4. מדינת ישראל,
ע"י ב"כ עוה"ד זכאי [פרקליטות מחוז ת"א (אזורי)]

פסק-דין

1. בפני תובענה שהוגשה בדרך של המרצת פתיחה שבה עותר המבקש:
 ליתן למבקש סעד הצהרתי זמני עד לשמיעת הדיון בתיק העיקרי לפיו
 זכאי המבקש שימנע שימוש במכשיר הנשמה מלאכותי בגופו, שאין בו אלא
 להאריך את חייו באופן מלאכותי לכשיתדרדר מצבו הרפואי.
 2. עקב אופיה של הבקשה המצריכה היערכות מהירה של המערכת
 המשפטית זימנתי את הצדדים לדיון כבר ביום 12.10.90 (התובענה הוגשה
 ביום 10.10.90 ולמחרת ביום 11.10.90 היה יום חג). בדיון הנ"ל הוברר מפי
 הפרקליטה המייצגת את המדינה (הגב' זכאי) כי בית-החולים שבו מאושפז
 המבקש איננו בית-חולים ממשלתי, כלומר איננו בבעלות המדינה ומכאן
 שהמשיב מס' 1 (מנהל בית החולים) איננו מועסק על-ידי המדינה.
- מכאן שלכאורה לא היתה קיימת יריבות בין המבקש ובין המדינה מחד
 גיסא, ולא הוזמנו בעלי דין נכונים (בית החולים והרופא) מאידך גיסא.
- יחד עם זאת, ברור הוא שאפילו אין המדינה צד ישיר לתובענה עקב
 העדר זיקה בינה ובית החולים הספציפי הנדון, הרי למדינה יש ענין רב

בנושא התובענה בתור מייצגת האינטרס הציבורי של תושבי המדינה ואשר ענין לה בשמירת תקנות הציבור.

3. הדרך הדיונית המתאימה לצירוף המדינה לתובענה לצורך ייצוג האינטרס הציבורי היא הצעת בית-המשפט ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב בהליך המשפטי על ידי ייצוגו כפרקליט מפרקליטי המדינה.

בענין זה קיימת פקודה בשם פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נ"ח). פקודה זו מסמיכה את היועץ המשפטי להתייצב בהליך משפטי אם ענין ציבורי מושפע או כרוך בהליך. הפקודה מסמיכה את היועץ המשפטי להתייצב בהליך המשפטי על-פי שיקול-דעתו הוא, ואין בית-המשפט יכול להורות לו או לכפות עליו התייצבות שכזו.

במקרה דנן, המליץ בית המשפט בפני היועץ המשפטי שיוורה על התייצבות המדינה בהליך זה. ואכן, אני מציין בסיפוק כי פניית בית-המשפט נענתה בחיוב. וזוהי הודעתו בכתב מיום 16.10.90 שהוכנסה לחיק:

"בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.01.90 הובא ההליך הנדון לידיעתי. לאחר ששקלתי את הענינים והשאלות המתעוררות במסגרת ההליך והבאתי בגדר שיקולי את החלטת בית המשפט בענין זה, הגעתי למסקנה כי בשל הענין הציבורי שבהליך יש מקום להתייצבותי להליך באמצעות נציגי.....".

ואכן, השתתפותה של נציגת היועץ המשפטי בדיון והיערכותה המהירה לשאלות המשפטיות והרפואיות האירו את הבעיה מנקודות מבט שלא היו באות לידי ביטוי אם ההליך היה מתקיים רק בין החולה ורופאו בלבד.

4. עם כל ההערכה לעמדת בית-החולים כפי שהוצגה על-ידי פרקליט בית-החולים והמצהירה מטעמו (מ"מ יו"ר העמותה וחברת ההנהלה) – הרי ברור שעמדה זו לוקחת בחשבון אינטרסים צרים יותר הקשורים בבית-החולים עצמו ולא את האינטרסים הכלליים יותר הנוגעים לטובת הציבור כולו. ברור גם שעמדת בית-החולים מושפעת מחשש של ביצוע עבירה על חוק העונשין מחד גיסא, והתחייבויות רחבות בניזיקין מאידך גיסא.

5. לפני שאדון בבעיות המתעוררות בהליך זה לגופו של ענין, מספר מלים לצד הדיוני של התובענה.

אין חולקין על כך כי תובענה שכזו ראוי לה שתוגש בהמרצת פתיחה מאחר וזוהי הדרך הדיונית המהירה ביותר ובשאלות כגון אלה הקשורות במצבו הרפואי הקשה של החולה יש צורך בדיון דחוף.

כמו כן, אין פגם בעתירה לסעד הצהרתי משני טעמים:

א. המבקש והמשיבים אינם בעלי דין "יריבים" ואין כל מחלוקת ביניהם. כל מה שהם מבקשים הוא קבלת חוות דעתו של בית המשפט לשאלה הנדונה. לאחר שכל צד יעלה את נקודת השקפתו לגביה. לאחר שתינתן הכרעת בית המשפט (אם בערכאה זו או בערכאת ערעור) אין ספק כי היא תכובד ללא צורך בסעדי כפיה הדרושים במחלוקת משפטית מסוג אחר ומכאן שעתירה לסעד הצהרתי מספקת.

ב. על-פי חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח 1958, אין בית המשפט מוסמך ליתן סעד כנגד המדינה בדרך של צו-מניעה או ביצוע-בעין (סעיף 5 לחוק).

עקב המגבלה של סעיף 5 לחוק הנ"ל, פיתחה הפסיקה גם סעד זמני שיכול להינתן גם בתובענות לסעד הצהרתי והוא הסעד הזמני של סעד הצהרתי זמני. הסעד הצהרתי הזמני הוכר בעניינים הבאים:

- 1) ע"א 79/144 יוטבין, מהנדסים נ' מדינת ישראל פ"ד לד(2) 344.
 - 2) בג"צ 80/341 דוויק נ' בכר (מנהל שירותי הדואר) פ"ד לה (2) 197.
 - 3) ב"ש 83/441 מעוף ונתיבי אוויר נ' מדינת ישראל פ"ד לו (2) 732.
- אולם בכל המקרים, כבכל סעד זמני אחר, הסעד הזמני הוא טפל לסעד העיקרי, ואין מקום להענקת סעד זמני ללא עתירה רחבה יותר.
6. אכן בפסק-הדין ע"א 75/846 עוניסון נ' דויטש פ"ד ל(2) 398, נענה בית המשפט לעתירה למינוי כונס נכסים ללא תובענה לסעד עיקרי אחר, אולם חריגה כזו מסדרי הדין קשורה בניסוחה של תקנה 883 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, (תקנה 264 לתקנות תשכ"ג) המכילה אלמנטים של "אם הדבר נראה לו צודק ונוח" – אולם כאמור סעד זמני זה הוא בבחינת חריג.

מכאן שניסוחה של התובענה שלפני העותרת לסעד הצהרתי זמני בתיק העיקרי איננו ניסוח כדין.

אם העותר איננו מבקש סעד זמני הרי העתירה צריכה להיות ל"סעד הצהרתי" ולא ל"סעד הצהרתי זמני".

לעומת זאת, אם תראה את התובענה כבעתירה לסעד זמני, הרי חסר ההליך העיקרי, והיינו הליך במסגרת שבו מתקיים גם הדין בסעד הזמני.

7. יחד עם זאת, לא מצאתי מקום לנכון להתייחס לתובענה כאל הליך לקוי, כי הפגמים הדיוניים שצוינו לעיל אינם משמיטים את הבסיס המשפטי של התובענה והתייחסות אליהם בדווקנות תגרום לעיוות דין. מה גם

שבינתיים הוכנס לתיק ביום 17.10.90 כתב תובענה המכיל סעד הצהרתי קבוע (אפילו הכנסת המסמך היתה ללא היתר או הודעה).

כדי להכשיר את הצו הדיוני של התובענה, אתייחס אל התובענה כאל תובענה המכילה עתירה לסעד הצהרתי ממש, כאשר הדיון בתובענה עצמה נערך בדחיפות כפי שמתקיימים דיונים בעתירות לסעדים זמניים.

8. ועתה לגופו של ענין.

מדובר במבקש יליד שנת 1940 החולה במחלה סופנית של המוטור נזירון הקרויה Amyotrophic Lateral Sclerosis (להלן: המחלה).

בחוות דעתו מיום 17.10.90 של פרופ' שלמה שכולת (מומחה ברפואה פנימית ובשיקום נכים) הוא קובע כך לגבי המחלה:

”מהלך המחלה מצטיין על ידי שיתוק הולך ומתפשט של שרירי הפנים, הבלעיה, הלשון הנשימה וחגורת הכתפיים ושרירי הידיים והרגליים. בשלב הסופני החולה כבר איננו יכול לבלוע, לדבר, להשתעל, להפעיל את שרירי הנשימה וחייו נהפכים לגיהנום עלי אדמות. המהלך הזה הוא ידוע, ובלתי הפיך”.

בתעודת הרופא של המשיב מס' 1 שהוא מנהל בית החולים וגם הרופא המטפל, מציין הוא, בין היתר:

”מאחר והמחלה ממנה סובל החולה אינה ניתנת לריפוי, ובמהותה מתקדמת לקראת סופנות של החולה.....”.

על נתונים רפואיים אלה, אין כל מחלוקת עובדתית בין הצדדים.

המונח ”מחלה סופנית” מתייחס למחלה, שעל-פי התפתחות מדע הרפואה דהיום, אין לה כל אפשרות של ריפוי או עיכוב והשהיית התפתחותה השלילית של המחלה. מדובר במחלה, המחמירה מיום ליום כאשר הליך החמרה זה איננו הפיך.

9. עקב אופיה המיוחד של מחלה כגון זו, הרי אישפוזו של החולה בבית החולים נועד לא לצורכי ריפוי אלא לצורכי השגחה, טיפול והקלה בתקופתו הקשה והאחרונה של חייו. בבית-החולים, דוגמת בית-החולים הסיעודי שבו הוא מאושפז היום, מקבל החולה טיפול סיעודי מלא תוך כדי פיקוח רפואי. ברור הוא שבבית חולים שכזה התנאים לצורכי טיפול בחולה, טובים יותר מאשר אלה הניתנים בבית החולה אפילו שהטיפול שניתן בבית החולים הוא רק לצורכי סיעוד ולא לצורכי ריפוי.

10. בחקירתו הנגדית של ד"ר וילנסקי, מנהל בית החולים (המשיב 1) הוא מעיד בדף 4 שורה 11 ואילך:

ש: אני מבינה שעדיין לא נפגעו שרירי מערכת הנשימה.

ת: יש סימנים לפגיעה, תנועות הנשימה מופחתות.

ש: בכל מקרה, גם אם זה לא היה כך כרגע, זה המהלך הצפוי של המחלה?

ת: זה המהלך הצפוי.

בהמשך מעיד הרופא על ההחמרה שתחול בתהליך הנשימה של החולה. כך הוא מעיד בדרך 5 שורה 62 ואילך:

ת: כן, אז עומדת השאלה מה לעשות עם החולה, אם רואים שהוא לא מסוגל באופן עצמאי להגיע לריווי חמצן מספיק ברקמות שלו, אז שוקלים את האפשרות לבצע לו פתיחת קנה הנשימה, להחדיר לו טובוס בקנה ואז להנשים אותו באופן מכני.

תהליך ההנשמה המכני, יכול להתבצע במכונה קטנה המצויה בכותלי בית החולים שבנדון או במכונה גדולה ומשוכללת יותר המצויה בבתי החולים הגדולים. המכונה המצויה בבית החולים דנן היא מכונה שאינה מיועדת להנשמה לזמן ארוך (דף 6 לפרוטוקול שורה 21). כך שהתהליך הכירורגי המקדים לחיבור המכונה, יכול להיעשות בבית החולים הסיעודי או בבית החולים הממלכתי שבו מצויה מכונת ההנשמה הגדולה.

אין ספק, שאם לא מבצעים את ההתערבות הכירורגית ואת החיבור למכונה, החולה ימות מחוסר חמצן, מחנק (דף 6 שורה 27).

אין גם ספק שבהתפתחותה של המחלה שבה עסקינן הרי השלב הזה של הפגיעה בתהליך הנשימה הוא שלב בלתי נמנע והוא ידוע לחולה-המבקש, לרופאיו, למשפחתו ולכל גורם הקשור במשפט זה.

11. החולה, בהיותו מודע לתהליך צפוי זה, מבקש מרופאיו כי לא ינקטו בפעולה החודרנית לגופו של חיבור למכונת ההנשמה. הרופאים עצמם נמצאים בדילמה: מצד אחד הם מבינים ללב החולה ומכבדים את רצונו, אולם מצד שני, הם אינם בטוחים שמבחינה משפטית הם מוסמכים על-פי דין להיעתר לו, ועל כך נסב הדיון בתובענה זו.

על הדילמה בה מצויים הרופאים ניתן ללמוד מתעודת הרופא של דר' וילנסקי, בה נאמר, בין היתר:

"למרות מצבו הגופני, החולה מתמצא בזמן ובמקום, מבין את המדובר אליו ומסוגל להחליט על עניניו. החולה הצהיר כי הינו מתנגד להארכת חייו באמצעים מלאכותיים.

לגבי תהליך ההנשמה אומר הרופא בתעודה:

“...ונראה לי שדבר זה יביא לתוספת סבל לחולה, ללא תקוה ממשית”.

והפרופ' שלמה שכולת מצליח להביע היטב את הדילמה בחוות דעתו: “השאלה לפניו עומד הרופא המטפל היא האם מוטלת עליו החובה לנקוט בפעולות חודרניות בניגוד לרצון המצהיר והמפורש של החולה כשזה האחרון נמצא בדעה צלולה ובהכרה מלאה ומסרב לנקיטת פעולות אלו.

מבחינה אתית אינני מוצא כי חובה להאריך את הסבל של החולה ולחבר אותו למכשיר הנשמה. התחייבתי לטפל בחולה ואין בהתחייבות הזאת כל חובה להאריך חיים עם סבל בלתי משוער על ידי פעולה חודרנית שאפשר שלא לבצע וזאת בהתאם לרצון החולה”.

12. במהלך הדיון הועלתה האפשרות שלפני שייווצר הצורך בחיבור החולה למכונת ההנשמה הוא יישלח לביתו על-ידי בני משפחתו, וכך ישוחררו הרופאים מהדילמה המציקה להם מחד גיסא ויוכלו לקיים את רצונו של החולה מאידך גיסא. המשפחה התנגדה לפתרון כזה ובצדק, כפי שקובע פרופ' שיכולת בחוות דעתו הנ”ל:

“שליחה של חולה כזה הביתה היא לדעתי צעד אכזרי כלפי החולה ובני המשפחה”.

ואכן, המשפחה האוהבת והמסורה והחסונה ביותר תתקשה לעמוד בסיטואציה כה קשה.

13. בחוות דעתו מציע פרופ' שכולת לרופא המטפל לנקוט בדרך המומלצת הבאה:

“בשבועת הרופא נשבעתי לטפל בחולים ולהקל על סבלם ולדעתי אין השבועה הזאת מחייבת להאריך סבל במחלה סופנית שאין לה כל מוצא. במקרים דומים אני הייתי נוקט בטיפול על ידי תרופות משככות כאבים עד כדי טשטוש הכרה וכל זאת על מנת להקל על הסבל”.

ברור הוא, שאין עולם הרפואה צריך לצפות כי עולם המשפט יקבע לו את דרך הטיפול הנכונה שלפיה ינקוט רופא בחולה. לא בית המשפט יקבע כי במקרה מסוים צריך לנקוט בהליך מיכני ואילו במקרה אחר לנקוט בהליך של טיפול תרופתי להקלת כאבים וסבל.

יחד עם זאת, בית המשפט מתבקש להתוות קריטריונים שאותו רופא מומחה צריך לשקול כשהוא ניצב מול דילמה שכזו, כאשר ההחלטה הסופית היא של הרופא ולא של בית המשפט.

14. עיינתי בסקירות רבה במאמרו המאלף של פרופ' ע' שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי", עיוני משפט, כרך י"ד ע' 522. המחבר המלומד דן, בפרק השמיני במאמרו, בנושא של "טיפול רפואי כפוי". הוא מאזכר שם את הבעיה שבפנינו, אם כי לצורך הצגת הבעיה בלבד, ואלה דבריו:

"ראוי להעיר, כי ענין קורטאם אינו מחייב התמודדות עם הסוגיה המכונה, באורח כוללני ופשטני, "המתת-חסד". זו סוגייה מורכבת וסוערת התוחמת שדה מערכה להתגוששות בין עיקרון "קדושת החיים" והפטרנליזם החברתי התומך בו לבין ערכי "איכות חיים", "מוות בכבוד" וזכות הפרט לשליטה בחייו ובמותו. קיים מגוון רחב של קבוצות חולים ומצבי מחלה: חולים סופניים שקיצם ממשמש ובא; חולים שמותם הבלתי-נמנע אינו מידי או קרוב דווקא; חולים במחלה קשה הכרוכה ביטורים אך אינה אנושה, "צמחים" השרויים במצב תמידי ובלתי-הפיך של חוסר-הכרה אולם אינם סובלים מכל חולי ממאיר; מי שקצו בחייהם למרות שאינם לוקים במחלה כלשהי (למשל, אדם ששותק בכל גופו כתוצאה מתאונה), ולדות שנולדו פגומים; מפגרים; חולים כרוניים; חולים בהכרה השולטים במצבם וחולים מחוסרי או מעוטי-הכרה (שרק אחרים יכולים להחליט עבורם); חולים שטרחו והכינו "צוואה בחיים" וכאלה שלא עשו כך. מול מגוון זה של קבוצות חולים ומצבי מחלה ניתן להציב דרכים אפשריות שונות למתן טיפול רפואי או למניעתו. שכיחה (אם כי בעייתית מבחינות רבות) ההבחנה בין אמצעים רפואיים פעילים (דוגמת מתן זריקה או חיבור למכשיר הנשמה) וסבילים (כגון אי ביצוע החיאה במצב של דום-לב)...

רשימת מקבלי החלטה אפשריים בנדון מסועפת אף היא:

החולה עצמו (כשהוא מסוגל לכך), בני משפחה קרובים, אפוטרופוס (מכוח הדין, מינוי על-ידי בית משפט או "צוואה בחיים"), הרופא המטפל, ועדת אתיקה של המוסד הרפואי המעורר, בית המשפט.

חייב כמובן להתקיים הליך תקין של קבלת החלטות, רק כך ניתן להבטיח קביעה אמינה של העובדות הרלוונטיות (לרבות מצבו הבריאותי ורצונו האישי של החולה) ושיקול-דעת רציונלי של כל הנתונים והערכים הצריכים לענין (כולל עקרונות האתיקה הרפואית). בעקבות הקידמה הדרמטית של הטכנולוגיה הרפואית המודרנית, על רקע שידוד הערכים בהתייחסות החברתית דהיום לתופעת המוות, ראוי – ובעצם הכרחי – להתמודד עם דילמות מסעירות כאלה של סוף

מעגל החיים. התמודדות כזו חורגת מגבולותיו של המאמר הנוכחי.
(הדגשות שלי – א. ג.)

אולם, התמודדות זו איננה חורגת מגבולות פסק-דין זה. המקרה שבפני, נראה לי מקרה מתאים להתחיל בחריש הקרקע הבתולה תוך נסיון להציב מספר קריטריונים ראשוניים שעשויים להתפתח במשך השנים.

15. הבעיה במקרים כגון אלה, שככל שהשאלה מורכבת יותר מבחינה משפטית, רפואית, חברתית, דתית ואתית כך הזמן שמוקצב לבית משפט כערכאה ראשונה להתמודד עם השאלה, הוא קצר יותר, מדובר בחולה המבקש תשובה לעתירתו בטווח קצר ביותר לא של חודשים, לא של שבועות אלא של ימים קצרים בלבד ולכן ניתן רק להציב אבני דרך בלבד.

16. הפסיקה הישירה בישראל בנושא זה היא מצומצמת ביותר. חברי הנכבד (כב' השופט מצא) התמודד עם בעיה קשה דומה והוא המקרה שנדון בה"פ (ת"א) 88/779 האגודה למען זכות האזרח על חייו ואח' נ' בית החולים הממשלתי בצפת פסקים תשמ"ט ב' בע' 240. גם שם נסב הדיון בעתירה למתן סעד הצהרתי של מבקשת כנגד בית החולים, שאם וכאשר יוחמר מצב בריאותה היא תהיה זכאית, לטרב לקבל טיפול רפואי המכוון להאריך את חייה. אולם המיוחד באותו מקרה שהחולה שבה דובר, היתה תינוקת חולה בת שנתיים וחצי בלבד. מכאן, שעתירתה הוגשה באמצעות אמה ואפוטרופסתה הטבעית (וכן הצטרפה לעתירה אותה אגודה ששמה הוזכר לעיל).

באותו ענין התעוררה בעיה המיוחדת רק לעתירות של קטינים, בעיה שאיננה מתעוררת בתיק שלפני. הבעיה שהתעוררה שם ושגרמה למדינה לעתור למחיקת התובענה על הסף היתה, שנושא עתירת המבקשת לא היה מן הענינים בהם מוסמכים ההורים, מכוח היותם האפוטרופסים של ילדיהם הקטינים, לייצג את ילדיהם. כב' השופט מצא דחה את התובענה על הסף, מחמת אי-בגירותה של המבקשת, כאשר התייחסותו לחולים בגירים בעלי רצון משלהם לא היתה ישירה. לגבי אותה עותרת קטינה קובע בית המשפט בעמ' 246 מול האות ז':

"ברם, מחיקת הבקשה על הסף מתחייבת, מכל מקום, מתשובתי השלילית לשאלה השניה שהצגתי (פיסקה 4) לעיל, לאמור: גם בהנחה, שהדין המצוי מכיר בזכותו של החולה, שמחלתו חשוכת-מרפא, לתבוע בשמו הוא לגבי חייו שלו סעד הצהרתי, מעין זה המבקש כאן, נתונה הזכות הזאת רק לחולה שהוא בגיר וכשיר, ואיננה נתונה לחולה שהוא קטין או פסול-דין. ממילא, אין עניינה של העתירה יכול להימנות עם הענינים המסורים להוריו של קטין, מכוח

אפוטרופסותם עליו, שבהם רשאים הם לייצגו ולבטא, כביכול, את רצונו.

רצוני להתחיל בהדגשת העיקר: לרוב המכריע של החולים הבכירים, שהם כשירים מכל בחינה שהיא והיודעים כי מחלתם חשוכת-מרפא, אין היכולת לגבש עמדה רצונית בדבר העדפת המוות על-פני החיים. על אחת כמה וכמה שלקטין החולה... " (הדגשה שלי א.ג.)

לגבי השאלה המתעוררת בדיון זה, כשהמדובר בחולה בגיר, מודע למחלתו, מודע למצבו ומגובש ברצונו נאמר באותו פסק-דין בעמ' 542 מול האות ז':

"עד כה לא נבחנה השאלה, מה תוקפה של הוראת החולה לרופאי להימנע מנקיטת אמצעי החייאה, המיועדים להארכת חייו, הניתנת על-ידיו מראש בעודו כשיר להחליט בעצמו בדבר גורלו. האם קיום הוראתו, בהימנעות הרופאים מנקיטת אמצעיים להארכת חייו, ייחשב כמחדל פליילי, המתיישב עם כיבוד פרטיותו של החולה, או שמא כמחדל פליילי שהחיש את מות החולה? וכל עוד חסרים הננו חקיקה, שתסדיר סטואציות כאלו, וכל עוד לא הגיע מקרה כזה להכרעה שיפוטית ישירה וממצה, לא נדע אנו, ולא יידעו הרופאים, מה תשובתו של הדין הישראלי לשאלה זו. אך במקרה שלפני, אין צורך לומר, שאלה זו איננה מתעוררת כלל".

כלומר, השאלה נותרה בצריך עיון, מאחר והתובענה נמחקה על הסף מהיותה מוגשת על ידי אפוטרופסית, זכות שלא הוכרה על-ידי בית המשפט.

17. על פסק-דינו של כב' השופט מצא הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. הערעור נדחה ביום 11.9.88 (ע"א 88/506). נימוקי בית המשפט העליון טרם פורסמו, אולם מתוך נוסח דחיית העתירה ניתן ללמוד שגורם חשוב בהכרעת בית המשפט העליון הוא גורם הקטינות של המבקשת, כפי שנקבע שם:

"שמענו את טיעוני ב"כ המלומדים של שני בעלי הדין, והיה לנגד עינינו החומר אשר הוגש לנו על ידם במהלך הדיון ולאחריו. נתנו דעתנו וליכנו לבעיות הקשות והמורכבות העולות בסוגיה מרובת אנפין זו, ולנסיבות המיוחדות שבמקרה שבפנינו, ולאחר העיון והשיקול באנו לכלל מסקנה שאין לתת את ההצהרה המבוקשת, אנו דוחים את הערעור. (הדגשה שלי, א.ג.).

18. מתוך טיעוניה של ב"כ המדינה שנטענו בפני מתוך זהירות מירכית ניתן להסיק וללמוד כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה איננה שמרנית והיא

22. עו"ד מירון שמייצג בדיון שבפני את בית החולים, בית חולים המנוהל על ידי עמותה בעלת צביון דתי, הביא לעיוני את עמדת המשפט העברי כפי שמוצאת ביטוי (בין היתר) במאמרו המאלף של ד"ר אברהם שטינברג "רצח מתוך רחמים לאור ההלכה", מתוך אסיא, חוברת יט (שבט תשל"ח) (כרך ה' חוברת ג' עמ' 5-38; ספר אסיא ג' עמ' 424-457).

ברור שהמשפט העברי הידוע כמשפט מוסרי ביותר דוגל בתקיפות רבה כאותו עקרון שהוזכר מקודם, דהיינו עקרון "קדושת החיים". את הבסיס ההלכתי לעקרון זה נוכל למצוא בפסק-דינו של השופט זילברג המנוח בפסק-הדין צים שצוטט לעיל.

יחד עם זאת, מכיר המשפט העברי בהיותו משפט הומני בצורך שלא לייסר את הנוטה למות וקבע בתלמוד מונח של "מיתה יפה". מונח זה ממצה את ההתחשבות בצער ובסבל האנושי ואפילו כאשר מדובר בהוצאתו להורג של נידון למוות.

כאשר מדובר בפעולה אקטיבית, של קיצור חייו של חולה הרי הדבר אסור בתכלית על-ידי ההלכה. אם למשל היה החולה כבר מחובר למכונת החיאה הרי הניתוק ממנה הוא כנראה פעולה אסורה על פי ההלכה.

אולם כאשר מדובר באי-מעשה, דהיינו הארכת חיי גוסס בכל מאמץ מלאכותי אפשרי, הרי בשאלה זו חלוקים הפוסקים. מכל מקום ישנם הסוברים שאין מקום להאריך באופן מלאכותי את חיי החולה, כפי שהדבר מוצא את ביטויו במאמר הנ"ל בעמ' 443 :

"מאידך, יש הסבורים שאסור להאריך חיי גוסס הסובל ייסורים, לדוגמא: יודאי דאסור לעשות אמצעים להאריך חיי שעה באופן שיהיו ביסורים'.

וכן: 'לגוסס, במקרים שלפי דעת הרופאים אין שום אפשרות לרפואה, אין לתת זריקות כדי לרחק את המיתה בכמה שעות'.

23. התפתחות נוספת בנושא זה בתחום המשפט העברי נוכל למצוא במונח "הסרת המונע" כפי שמצא ביטוי בפסק של בעל הספר חסידים. "הסרת המונע" הכוונה היא, הימנעות מעשית פעולות מסויימות המקשות על הסתלקות הנשמה מן הגוף, אשר לפחות באופן חלקי מוגדרות כיום כאותנויה פסיבית.

בדיוני הפוסקים מובאים דוגמאות מתי חל העקרון של "הסרת המונע".

קטונתי ודל אני בתורה מלקבוע את ההלכה על-פי דין תורה, ואפילו יעצה המשפטי של בית החולים שבקי הוא ממני ברזי הדת ציין בסיכומי כי הנהלת בית החולים פנתה לקבלת פסק הלכתי בנרנן.

מכל מקום, לצורכי הדיון שבפני, די אם אקבע שעקרון כיבוד רצונו של החולה ומניעת סבל מיוחד ממנו ברגעיו האחרונים איננו זר למשפט העברי ואף מקובל על-ידי חלק מפוסקיו.

24. נותר לי עוד לדון בהגבלות שמבקשת נציגות המדינה להציב בהצהרתה הכללית כפי שמצאה את ביטויה בציטוט מדבריה בסעיף 18 לפסק-דיני זה.

ההגבלה הראשונה שמבקשים להציב היא שתנאי הוא כי בזמן שקילת ההחלטה על ידי הרופא, יהיה החולה בהכרה. אמנם למדנו מדברי ד"ר וילנסקי שלמרות חומרתה של המחלה ממנה סובל החולה, אין חולים אלה מאבדים את הכרתם על נקלה הרי נראה לי כי הגבלה זו מיותרת בנסיבות מקרה דנן (כאשר אינני קובע שהגבלה זו איננה לגיטימית בנסיבות מקרה אחר).

במקרה דנן, מדובר בחולה מוכר וותיק בבית החולים, כאשר למנהל בית החולים ניתנה אפשרות להכירו לפני ולפנים עוד בטרם החלה ההחמרה במצבו. מנהל בית החולים שוכנע היטב כי זהו רצונו הנחרץ, האמיתי וההחלטי של החולה ואין לפגוע בזכות החולה לכיבוד רצונו רק אם איתרע מזלו והכרתו אבדה לו דקות אחדות לפני תחילת התהליך של איבוד הנשימה.

ייתכן ולדרישה (להיות החולה בהכרה במועד הספציפי) חשיבות, כאשר מדובר בפעולות החיאה מלאכותיות לגבי חולה זר או חולה שאיננו מוכר מספיק לרופאים וכך אינם יכולים לדעת אם רצונו האמיתי.

אולם בנסיבות מקרה זה, הצליח המבקש בכל הדרכים, הן בתצהיר, הן בצילום בקלטת והן באמצעות עדות רופאיו להביע את עמדתו ואין צורך שהוא יחזור על עמדתו זו באותו הרגע של ההכרעה הרפואית.

25. ההגבלה השנייה המוצבת על-ידי נציגת המדינה היא מועד והעיתוי של החלטת הרופא. דהיינו, לדעת הפרקליטה, אין בית המשפט ואין הרופא צריכים להחליט מראש כיצד ינהג הרופא בהגיע העת, אלא החלטה זו צריכה להיעשות בעת תחילת תהליך הגסיסה. מקובל על הכל, כי המוות הוא הליך מתמשך, ולעניינים שונים נקבע מועד המוות על-פי קריטריונים שונים, כאשר אחד ממועדים רלוונטים אלה הוא הפסקת פעילות המוח בעוד חלקי גוף אחר עדיין פעילים.

מסכים אנוכי, כי החלטת הרופא אינה צריכה להעשות מראש והיא צריכה לצאת לפועל רק בבוא המועד הרלוונטי.

יחד עם זאת, בנסיבות המקרה שלפני, ברור שההחלטה צריכה להינתן באותו הרגע שבו שוקל הרופא את הצורך בחדירה כירורגית לגוף החולה לצורך חיבורו למכשיר הנשמה מלאכותית, שהרי מאותו רגע ואילך מתחיל תהליך גסיסתו של החולה.

26. הגבלה שלישית, (שלא הועלתה על-ידי המדינה והיא מועלית על-ידי) היא, שהחלטה שכזו אינה יכולה להיעשות על-ידי כל רופא או על-ידי כל איש צוות בית-החולים. החלטה כה רצינית, שכרוכים בה ידע רפואי, ערכי מוסר, דת ואתיקה יכולה להיעשות רק על-ידי רופא בכיר שיוכל לקחת בחשבון את כל השיקולים שיש לשקלם במקרה שכזה. לפיכך, הייתי מציע, כי ההחלטה תיעשה רק על-ידי רופא בדרג של מנהל בית חולים או מנהל מחלקה.

כמובן שיש לזכור כי ניתן לשקול את כיבוד רצונו של החולה רק כאשר מדובר בחולה סופני שהביע את רצונו לכך באופן שאינו ניתן לספיקות, כפי שהוכח להנחת דעתי בנסיבות מקרה דנן. וכן כאשר מדובר בהליך רפואי שאין בו משום תועלת רפואית כלשהיא אלא הארכה מלאכותית של החיים לתקופה קצרה, פעולה הגורמת לסבל לחולה ופגיעה בגופו ובכבודו.

27. לאור כל האמור לעיל, החלטתי לקבל את התביעה בחלקה ולהצהיר כי מנהל בית החולים או רופא בכיר שם, יהיה רשאי לשקול במערכת שיקוליו את רצונו של החולה בנימין אייל שלא לחברו למכשיר הנשמה מלאכותית, כאשר מצבו הרפואי יתדרדר ותיפגע מערכת הפעלת שרירי הנשימה.

אין פסק-דיני זה שנכתב בבהילות מתיימר לפתור את כל השאלות הסבוכות שהתעוררו במשפט זה וכל מה שנעשה הוא לפתור את בעייתו הדחופה של החולה ואת המצוקה בה שרויים הוא ומשפחתו וכן לצורך מתן הנחיות לרופא המטפל, שגילה רגישות והבנה רבה לרצון החולה. נראה לי שבעתיד ייקבעו על-ידי בית המשפט העליון הנחיות ברורות, תקיפות ומעמיקות יותר.

(-) א. גורן, שופט

הודע בפומבי, היום 25.10.1990