

---

האגודה לרפואה ולמשפט בישראל

# רפואה ומשפט

תדפיס מתוך: חוברת מיוחדת

אתיקה ומשפט בבריאות – השראה, יריבות ודיאלוג

קובץ הרצאות שהושמעו ביום עיון בנושא  
שהתקיים בחיפה בדצמבר 2011

עמ' 75-79

מערכת המשפט בדילמה האתית – פיל בחנות חרסינה

מאת

יובל שרלו



המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה



## מערכת המשפט בדילמה אתית – פיל בחנות חרסינה

יובל שרלו\*

### עיקרי הטיעון ומקורות ההשראה:

מאמר קצר זה, שהוא תקציר הרצאה שניתנה במסגרת הכינוס "אתיקה ומשפט בבריאות: השראה, יריבות ודיאלוג" אורגן על ידי אוניברסיטת חיפה בדצמבר 2011, הוא חלק ממאמצים רבים להסיט את עיקר ההכרעות בדילמות אתיות ממערכת המשפט לוועדה האתית. אמנם המאמר מתמקד בוועדה האתית הרפואית, אולם הוא נכון גם לוועדות האתיות במערכות מגוונות, וכחבר בנשיאות מועצת העיתונות אני תומך בעמדה זו גם בענייני לשון הרע באמצעי התקשורת והמוסד הראוי לעסוק בנושאים אלו. אני מבקש להדגיש כבר בעיקרי הטיעון כי איני טוען שאין תפקיד למערכת המשפטית בדיון האתי. נהפוך הוא, יש לה תפקיד כפול, בין כחלק מהוועדה האתית עצמה שחייבת לכלול גם משפטנים, והן כפוסק האחרון בשעה שהדילמה האתית הופכת לקונפליקט שלא ניתן עוד לדון בו במסגרת וועדה אתית, ויש צורך בהכרעה משפטית. אולם העברת המוקד ממנה לוועדה האתית המוסדית היא תהליך חיוני, המביא את המוסד כולו לשיח אתי משמעותי המתייחס להיבטים מגוונים רבים יותר מאשר המשפט בלבד, וגם מציל את מערכת המשפט מהנזקים שהיא מביאה על עצמה.

מקורות ההשראה של ההרצאה, וממילא של המאמר, הם שניים: מקור השראה אחד הוא השתתפותי בוועדות אתיות רבות ומגוונות, מוועדת סל התרופות, דרך ועדת הלסינקי העליונה לניסויים רפואיים וגנטיים בבני אדם ועד לעיסוק בהכרעות אתיות קונקרטיות בבתי חולים ובוועדות ממשלתיות. מקור השראה שני הוא עולמי התורני היהודי, ובהקשר זה – העיסוק האינטנסיבי ביחס שבין מערכת החוק וההלכה היהודיים ובין העקרונות האתיים העולים מדברי הנבואה. אני רואה קשר הדוק בין העולם הנבואי הערכי ובין הרעיון העומד בבסיס הוועדה האתית, ורוח קשר זה תשרה במאמר.

### מהי אתיקה – בהקשר מאמר זה:

אתיקה היא אחד התחומים בפילוסופיה העוסק בשאלת המעשה הראוי. האתיקה אינה עונה על השאלה מה אפשר לעשות. השאלה מה אפשר לעשות היא בתחום המדע והטכנולוגיה. הם שמאפשרים לעשות סלקציה גנטית בטכנולוגיה של PGD, להזריק חומר ממית לחולה שקץ בחייו ולהיאבק על חייו של פג שנולד בשבוע ה-23 להיריון. היכולת והאפשרות הן המעלות את השאלות האתיות, שכן האתיקה שואלת, על סמך האפשרויות הטכנולוגיות, את השאלה מה ראוי לעשות – האם ראוי לאפשר את ברירת מין העובר טרם השרשה? האם ראוי לאפשר לאדם לקצר את חייו? האם ראוי להיאבק על חייו של פג שנולד בשבוע ה-23?

מעצם הגדרתה מציבה אפוא האתיקה שאלה נוספת על שאלת היכולת. בשל כך היא נתפסת פעמים רבות כ"בעייתית" (Trouble maker), לאמור: היא מציבה מכשולים נוספים ו"מציקה" למערכת הביצועית. ואכן, בתחילת דרכן של הוועדות האתיות נתגלו רתיעה ואף חשש של הצוות הרפואי והסיעודי מפני ועדות אלה. הן נתפסו כמי שתעוררנה בעיות בבית החולים ואף תכנסנה אווירה של שיפוט וביקורת על הכרעות רפואיות שנעשו. עצם הכניסה של מומחים בתחומים אחרים לשדה הרפואי המקצועי נתפס כערעור סמכותה של מערכת זו. נראה לי כי חשש זה פינה את מקומו לתהליך הפוך לחלוטין בכיוונו. ניסיוני מלמד אותי כי הצוות הרפואי חפץ מאוד בקשר עם הוועדה האתית בשל היותו רגיש להיבטים האתיים של עבודתו ובשל העובדה שהוועדות האתיות אינן חיצוניות למערכת

\* ראש ישיבת ההסדר "אורות שאול" פתח תקוה, ממייסדי וחבר הנהלת רבני צהר, המרכז לאתיקה בירושלים.

אלא הן חלק בלתי נפרד ממנה. לא זו בלבד, אלא שסגנון עבודתה של הועדה האתית, והיות הרופאים חלק ממנה ולא חיצוניים לה – הם שהביאו את השינוי המבורך ביחס לוועדה האתית.

## תהליך המשפטיזציה ומחירו האתי:

מדינת ישראל עוברת תהליך משפטיזציה של תחומים רבים ומגוונים. שאלת הקלון המתלווה לעברות השלטון לדוגמה הופכת מסוגיה ציבורית, שעליה להידון כחלק מהדין האתי הכללי, לשאלה שבה מכריע שופט אם יש "קלון" משפטי בעברה זו אם לאו. דוגמה נוספת היא העברת סוגיות פוליטיות שמערכות השלטון צריכות להכריע בהן לשפה משפטית. אחת הדוגמאות הקיצוניות לכך היא הכרעת בית המשפט העליון כי על המדינה למגן את שדרות בסכום של כמאתיים מיליון ש"ח. הכרעה זו, שאני תומך בה ברמה הפוליטית, אינה בסמכותה של מערכת המשפט אלא בתחום הכרעתה של המערכת הפוליטית. אלו שתי דוגמאות מתוך שלל מקרים המעידים על האווירה המכתירה את מערכת המשפט כמעצבת הדרך העיקרית, וכמעט היחידה, של מדינת ישראל.

לתהליך זה מחיר אתי כפול: ראשית, הוא מביא לעירוב בית המשפט בסוגיות הנתונות בוויכוח ציבורי, וממילא להתערבותו בכלים ציבוריים בסוגיות אלה. בית המשפט הופך ממוסד להכרעת סכסוכים ולהגנה על זכויות האדם למוסד המשחק במגרש הפוליטי. קרנו של בית המשפט יורדת אפוא בהכרח, וחוסר האמון בו בקרב הנפגעים מתהליך זה הוא תוצאה בלתי נמנעת. איבוד יכולת בית המשפט למלא את ייעודו בחברה הוא סכנה אתית לחברה כולה, והאינטרס לשמירת בית המשפט מחוץ לתהליכים רבים אינו נובע בהכרח מהניסיון להחליש את בית המשפט, כי אם להפך – כדי לשמור עליו ולאפשר לו למלא את תפקידו. להלן אטען כי מערכת המשפט גם לא הוכשרה לעסוק בנושאים אלה, וההכשרה המשפטית אינה מעניקה יתרון להכרעות בסוגיות אלו. פעמים שהדבר הפוך – השפה המשפטית בוחנת מהיבט צר את הסוגיה, ומביאה בכנפיה פתרונות שגויים.

שנית, השיח האתי הופך להיות שיח פורמלי. החברה איננה הופכת להיות אתית יותר אלא מצפה להכרעת שופט אם מותר או אסור לעשות דבר מה. הכרעה זו נעשית לפי לשון החוק בלבד. הרמב"ן תבע את המונח "נבל ברשות התורה" (ראו פירושו לויקרא יט, ב), והבחין כי אפשר לציית לחוק ככתבו וכלשונו ועדיין להיות נבל. אתיקה מחייבת שותפות של כלל החברה בדילמה, בהתלבטות, בהכרעות האתיות, ולא מגרש שמוכרעות בו סוגיות בסגנונו של בית המשפט: אסור או מותר. בית המשפט אינו חלק מתהליך שינוי אמיתי של החברה, אלא פועל בחסות הכוח שצבר. אחת הדוגמאות המעידות על כך הן וועדות החקירה השונות. תשומת הלב העיקרית שניתנה למסקנות הוועדות המשפטיות התמקדה בהיבטים האישיים בלבד, ובשאלה האם אדם יודח או יואשם בדין או שאין בסיס להאשמה פלילית, ואילו ההיבטים העמוקים של השינוי הכללי הנדרש אינם זוכים לדין ראוי. עובדה זו מדגימה את מחירה של השפה המשפטית.

## הוועדה האתית:

מול מוסד בית המשפט עומדת הוועדה האתית. הרכבן של ועדות אלו שונה ומגוון יותר. בדרך כלל חברים בוועדות אלו אנשים רבים, בעלי פרופסיות שונות ותפיסות עולם מגוונות; וועדות אלו מורכבות בדרך כלל גם מאנשי הצוות של המוסד הרפואי, והם מכירים היטב את הדילמות, הן ברמות העקרוניות שלה והן בהיכרות אינטימית עם הנפשות הפועלות שדילמה זו נוגעת להן; אופי הדיון המתקיים בהם הוא דיון פתוח, ולא באווירה פורמאלית היוצרת ריחוק בין מושאי הדילמה ובין אלה שצריכים להכריע בה; ההרכב של הוועדה הוא גמיש, לאור הנסיבות ולאור הסוגיות העומדות על הפרק; נשקלים בה שיקולים רבים ומגוונים ולא רק השיקול המשפטי; ומניסיוני ניתן לומר כי בדרך כלל, אם כי כמובן לא תמיד, יוצאים הצדדים כולם בתחושה כי אכן הוא הוחלטה ההחלטה האופטימאלית, ואין בה מנצחים ומפסידים.

הוועדה האתית דנה בדרך כלל בשאלות המועלות על ידי הצוות הרפואי ובדילמות מחיי בית החולים. אפשר שתהיה זו דילמה שתתעורר ליד מיטת חולה ספציפי, ואפשר שתהיה זו דילמה עקרונית ביסודות הטיפול, כמו מתן הזנה

תוך-ורידית לחולה הנוטה למות. אם מדובר בחולה ספציפי ניתן גם פתחון פה רחב ובעל משקל לעמדת החולה או המשפחה הקרובה, והדיונים נערכים בשפה דיאלוגית. בדרך כלל ההחלטות בוועדה האתית אינן מתקבלות בהצבעה אלא ביצירת קונצנזוס ומתווה שכל חברי הוועדה מתכנסים אליו לאחר דיון מעמיק. אם מדובר בשאלה עקרונית הניסיון שנצבר במוסד, שאלות ההיתכנות של פתרונות מסוימים, הכרה של הצוות הרפואי ואופיו – כל אלה הם חלק בלתי נפרד מהדיון האתי וממסקנותיו.

כאמור לעיל, אני טוען כי הוועדות האתיות הן המוסד הראוי לקבלת ההכרעות במוסד הרפואי, וראוי כי ועדות אלה תוקמנה כחוק, והן תזכינה להסדרה משפטית ראויה. בד בבד עם מיסוד הוועדה האתית בתחום המבנה נכון יהיה לפתוח בתהליך של העברת סמכויות לוועדה האתית ולהפוך אותה למעצבת העיקרית של האתיקה בבית החולים.

היתרונות של הוועדה האתית ניתנים למיון לשלושה תחומים:

א. תחום המבנה העקרוני

ב. תחום העקרונות האתיים

ג. תחום ההשפעה הסביבתית של הוועדה

### היתרונות של ועדת האתיקה בתחום המבנה:

א. ועדת האתיקה היא ועדה רב-דיסציפלינרית. חברים בה מומחים מתחומים שונים ומגוונים הקשורים בדילמה האתית. אין היא מורכבת ממשפטנים בלבד. יושבים בה רופאים מתחומים שונים, מומחים בתחומי הטיפול והסיעוד, אנשי אתיקה ודת, וזה ההרכב הראוי יותר לדיון בדילמות אתיות.

ב. הוועדה האתית עוסקת בדילמות הקשורות לעולם הערכים. אמנם הדיון מתקיים במסגרת החוק, ועל כן יושבים בה גם משפטנים, ואף המומחים בתחומים אחרים יודעים לקרוא חוקים ולהתחשב במסגרת החוק, אולם הדיון העיקרי בה הוא בתחומים אחרים מאלה של המשפט. אין יתרון כלשהו למשפטנים בתחום זה. הם גם לא הוכשרו לכך. המשפטנים הוכשרו בעיקר לפרשנות חוק, וכאשר מדובר בהיבטים אתיים של פרשנות חוק, הם מביאים את תרומתם לדיון. אולם מדובר בהיבט אחד בלבד של הדיון. יש בו היבטים רבים אחרים, ובהם היבטים ערכיים והיבטים סוציולוגיים ופסיכולוגיים.

ג. הוועדה האתית מורכבת ברובה מאנשים מכירים היטב את המקרה. הם מטפלים בו כבר זמן רב. לא זו בלבד, אלא שהם מכירים גם את הרוח הנושבת בבית החולים, את טיב העבודה וההכרעות, את התקדימים וההבדלים בין התקדימים השונים וכדו'.

ד. הוועדה האתית מנהלת את הדיון בדרך של דיאלוג. בדרך כלל היא מכונסת כוועדה לאחר שהצוות הרפואי והסיעודי נמצא בקשר ארוך-זמן עם המשפחה ועם החולים. הם מכירים אותם היטב והתלבטו אתם יחד. בדרך כלל אין מדובר בקונפליקט שמערכת המשפט נועדה להכריע בו אלא בדילמה שבה הן המשפחה והן הוועדה האתית שותפות להתלבטות בשני הצדדים. הוועדה והמשפחה עוברות תהליכים משותפים בתוך הדיון עצמו, הן מותירות שאלות פתוחות הנפתרות לפי לוח זמנים מותאם למקרה הנידון, ואינן נכנסות למערכת כוחנית המאפיינת את השיח המשפטי.

ה. תהליך ההכרעה בדילמה אתית בבית החולים הוא דינמי. הנתונים משתנים כל הזמן, אפשרויות חדשות נפתחות, וכל שינוי כזה הוא בעל משמעות באשר לשאלה הקיימת. חובת ההכרעה בבית המשפט אינה מאפשרת את הדינמיות הזו בדיון.

## היתרונות של ועדת האתיקה בתחום התוכן:

א. מערכת המשפט מתאפיינת בהנחה פילוסופית, שאמנם אינה מוסכמת על כולם או היא בהחלט האווירה הקיימת בה, שיש פיתרון אחד נכון לדילמה, ושתפקיד המשפט הוא לברר אותו. יש מחלוקת כמובן בשאלה מהו "נכון" – האם הצדק? ההסדרה? מיצוי המשאבים וכדו', – אולם ביסודו של דבר השופט נתפס כפוסק האולטימטיבי, שהכריע את ההכרעה הנכונה בסוגיה זו, ברקע התרבותי שבתוכו הוא מתפקד. לעומת זאת, האתיקה מתאפיינת בדילמה האתית, ובהכרה כי ישנם פתרונות אתיים מגוונים בסוגיה הנדונה. תפקיד הוועדה האתית הוא בראש ובראשונה לבחון האם העמדות השונות ביחס לאירוע מסוים נמצאים בתוך גבולות הגיזרה האתיים, והיא מכירה בכך שבתוך גבולות גיזרה אלו תיתכנה אפשרויות שונות לגיטימיות. על כן, שאלת הרצון, היכולת, האפשרות, הרקע התרבותי, העולם הדתי, הנפשות הפועלות וכדו' משפיעות השפעה ניכרת רצויה וראויה בדיונים האתיים. זהו יתרון הגדול של הוועדה האתית, ועל כן היא זו שצריכה לעסוק בנושאים אלו.

ב. אחד מעקרונות מערכת המשפט היא החשיבות העליונה של השוויון. אולם עיקרון זה, הכתוב כבר בתורה: "משפט אחד יהיה לכם לגר ולאזרח הארץ", הוא רק מרכיב אחד ממרכיבי ההכרעה בשיקולים האתיים בבית החולים. אין חולה דומה למשנהו, אין משפחה דומה לאחותה, אין תרבות דומה לאחרת, ואין יכולתו של חולה אחד לעמוד בהכרעות אלה דומה ליכולתו של חולה אחר. ההכרעות האתיות הן גם הכרעות אנושיות מאוד, העומדות בניגוד לעיקרון המשפטי של "אין מרחמין בדין". בשל כך הן מתאימות יותר לסוגיות העולות בבתי החולים.

ג. קיימים תחומים רבים שאינם ניתנים להגדרה משפטית. אלה תחומי החמלה, השותפות, החוסן הפנימי והרצון האנושי. הוועדה האתית כוללת את כל אלה בדיניה. עקרונות אלה, שהמערכת המשפטית מצווה להתעלם מהם (דוגמה לדבר: הציווי המופיע בתורה "ודל לא תהדר בריבו", המחייב שוויון מוחלט בדין) אינו מתאים להיות עיקרון יחיד בדיונים העוסקים בדרכי הטיפול בחולה.

ד. כאמור בפתיחה לדברינו, בד בבד עם קיומה של מערכת המשפט מדברת המסורת היהודית גם על עולמה של הנבואה. הנבואה לא דיברה בשפת המשפט. היא דיברה בשפת החזון, המוסר, הצדק, וזו השפה המתאימה יותר לדין בדילמה האתית. הנבואה, לדוגמה, אינה מוכנה להסתפק בפורמאליות של ההתנהגות הראויה, ותובעת גם את שותפות הלב ואת הארת הפנים כחלק בלתי נפרד מהעיסוק במצוקותיו של היחיד הסובל. אלו דברים שאינם עולים בשפה המשפטית.

ה. חלק בלתי נפרד מעולמו של האדם הוא עולמו הדתי. לא זו בלבד, אלא שעולם זה משפיע יותר דווקא בשעות המצוקה והקושי שלו, ובעיקר אם הוא חש שיומו האחרון קרב. חלק גדול מהמאושפזים בבתי החולים מעוניינים כי הדיון בעניינם ייעשה גם בהשתתפותו של איש דת, לפי אמונתם ודתם. המערכת המשפטית האזרחית אינה כוללת בתוכה את ההיבט הדתי, ויש בכך הטיה של הדיון לכיוון שונה. לעומת זאת השתתפותו של איש הדת בוועדה האתית, בהרכב שמחד גיסא אינו מאפשר לו להיות הפוסק האחרון והיחיד בשאלות האתיות, ומאידך גיסא מאפשר לו להביא את עולמו הדתי של החולה לידי ביטוי, היא אחד היתרונות המובהקים של הוועדה האתית.

## היתרונות של הוועדה האתית בתחום המערכת הכללית:

א. העברת ההכרעות לוועדה האתית ממערכת המשפט הופכת את האתיקה הרפואית המיוצגת על ידי הוועדה האתית לנוכחת בבית החולים. חברי הוועדה האתית הם כתובת זמינה להתייעצות הצוות הרפואי ולשיתוף בהתלבטויות, והאתיקה הופכת לבת בית בבית החולים. זאת בניגוד למערכת המשפט, שהיא נטע זר בבית החולים, לא זמינה, ואין רואים בה חלק אורגני של המערכת. לעתים, הוועדה האתית יוזמת ולא רק מגיבה. הוועדה האתית ידידותית מעצם מהות והרכבה, ועל כן יכולתה לחולל שינויים מהותיים בקו החשיבה האתי של המערכת הרפואית גדולה לעין ערוך מזו המשפטית.

ב. העברת ההכרעות לוועדה האתית הופכת את השיח האתי לשיח של כלל המקצועות בבית החולים. הכול נחשפים לדילמה ולא רק היועץ המשפטי של בית החולים, העומד כנציג בית החולים בבית המשפט. לפיכך בית החולים כולו

הופך להיות מקום אתי יותר. כך גם זוכות עוולות אתיות לביקורת "אור השמש" בצורה משמעותית יותר. לא זו בלבד, אלא שתרבות הארגון הולכת ומעוצבת לאור הכלל שרפואה שאינה אתית – היא פגומה גם מבחינה רפואית, ולא רק מבחינה משפטית. רופא שאינו נוהג בדרך אתית הוא רופא שמקצועיותו הרפואית מעורערת.

ג. בית המשפט ביסודו הוא מוסד הכופה על המתדיינים בו את ההר כגיגית, ומחייב אותם לפעול לפי הוראותיו. התוצאות של דיון אתי בבית המשפט מביאות לא אחת לכפיית הצוות הרפואי, או לחילופין החולה או המשפחה, לנהוג נגד מצפונם ונגד עמדתם. עובדה זו גורמת למתחים רבים בתוך המערכת. כאמור לעיל, הוועדה האתית בדרך כלל אינה עוסקת בכפיית עמדתה אלא בדיון משותף וברצון להגיע להסכמה ביחס לפיתרון הנכון. המערכת אפוא מתפקדת עם כפייה מועטה ביותר, ובכך יש תרומה גדולה למערכת כולה.

## מהו אפוא מקומה של השפה המשפטית?

כאמור בפתיחה למאמר זה, אין כוונתו וכוונתו להוציא את המערכת המשפטית מתוך השיח האתי. חקיקה היא אחד הכלים המובהקים לעיצוב ערכים, והיא מושפעת כמובן מעולם הערכים: השמירה על זכויות האדם, שעליה מופקד בית המשפט, היא אחד הערכים החשובים ביותר בעולמנו. גם תהליך פרשנות החוק נושא בתוכו ערכים מסוימים – בין ערכים משפטיים ובין ערכים כלליים המשפיעים על עולמו של הפרשן המשפטי. על כן אין ספק כי למערכת המשפט מקום נכבד בדיון האתי.

אפשר להגדיר את המקום המיוחד הזה בשלוש מערכות:

א. ועדה אתית חייבת לכלול בתוכה איש משפט, מומחה בתחומו. היא חייבת להתנהל במסגרת החוק, ואיש המשפט הוא תורם מיכולתו המקצועית לפרש את החוק במערכת הדיונים האתיים שבועדה. לא זו בלבד, אלא שהוא מסוגל לחשוף את הערכים העומדים בבסיס החקיקה או התקדים המשפטי, ולהשפיע על כיוון הדיון בנושאים אלה. הוא גם מהווה יועץ לוועדה האתית המגן עליה מפני תביעות משפטיות שיופנו כלפיה, כאשר היא חורגת מסמכותה או אינה פועלת לאור הנוהל המחייב של פעילות ועדה אתית.

ב. קיימים מצבים קיצוניים שבהם הוועדה האתית איננה מגיעה להכרעה, או שהכרעה זו עומדת בניגוד מוחלט לעמדת החולה והמשפחה. בשלב זה אין מתקיים עוד דיאלוג, וכבר אין מדובר בדילמה שבה שותפים כולם אלא בקונפליקט. זה המקום שבו אין בררה, ויש לפנות למערכת המשפט, המיומנת בהכרעה בקונפליקטים, ותפקידה העיקרי הוא ההכרעה במצבים מעין אלה. זה גם המקום בו לשון החוק ופרשנותו הם הכלי העיקרי לקבלת ההכרעות הנדרשות במצבים אלה.

ג. כל מערכת המקבלת החלטות נבנית מעצם העובדה שמעליה נמצאת ערכאת ערעור, שמאפשרת לבחון את החלטותיה מכיוון שונה. אפשר לכאורה להקים "וועדה אתית עליונה", אולם חלק גדול מהנימוקים שהובאו לעיל, בדבר יתרונותיה של ועדת אתיקה, לא יהיו תקפים אם תוקם וועדה עליונה כלל ארצית. ערכאת הערעור הזו נדרשת בעיקר כאשר המערערים הם בני המשפחה, שנשבר אמונם בוועדה האתית של המוסד, והם סוברים כי "יד רוחצת יד" וכי אין לסמוך על תהליכים פנימיים של המערכת.

אלה הם אפוא עיקרי הטיעון והדחיפה להעצמתו והאדרתו של מקומן של הוועדות האתיות, והצבת המערכת המשפטית במקום המוגבל והמיוחד שלה. אני מאמין כי אימוץ טיעונים אלה יביא בעיקר לתרומה עצומה למקומה של האתיקה כחלק אינטגרלי של מערכת קבלת ההחלטות והאווירה הכללית של המוסד, והאתיקה תהפוך לאבר אורגאני בגוף הגדול של הטיפול הרפואי.