

ההיבטים המשפטיים של השתלת האיברים

שרה פריש, שופטת (בדימוס) *

תחום השתלת האיברים הוא אחד התחומים המעוררים בשנים האחרונות סוגיות רפואיות, משפטיות ואתיות כשהדיון בתחום זה נחלק לנושא ההשתלות מן המת ולנושא ההשתלות מן החי. ההוראות העיקריות בנושא השתלות מן המת נקבעו בחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 אך קיימות עדיין שאלות רבות הטעונות מענה כדוגמת שאלת קביעת רגע המוות. לעומת זאת, ההוראות בנושא השתלות מן החי טרם עוגנו בחוק ספציפי אך ניתן למצוא התייחסות כללית לנושא בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התייחסות נוספת ניתן למצוא בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות הקובע באלו מקרים תרומת איברים מותרת. גם הפסיקה הישראלית דנה בנושא זה כאשר נדרשה לאשר תרומת איברים על ידי קטינים ופסולי דין. תחום השתלת האיברים מעלה לדיון גם את שאלת התמורה בגין תרומות האיברים ואת האפשרות לסחר באיברים. שאלה נוספת הראויה לדיון היא שאלת קיומה של זכות קניינית של האדם על גופו כשלשאלה זו טרם ניתנה תשובה חד משמעית על אף התייחסות רחבת היקף הן של בתי המשפט והן של מלומדים. סקירת המצב המשפטי מעלה כי שאלות רבות טרם זכו לפתרון משביע רצון ועל כן יש מקום לשקילת הסדר חקיקתי ברור.

* אבקש להודות לעו"ד ליטל שולץ (שולמן) שסייעה לי בכתיבת מאמר זה.

א. מבוא

ב. השתלות מן המת

1. החקיקה הישראלית

I. חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953

II. המרכז הלאומי להשתלות

III. קביעת המוות

2. הפסיקה הישראלית

3. משפט השוואתי

ג. השתלות מן החי

1. החקיקה הישראלית

I. חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996

II. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות

III. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

2. הפסיקה הישראלית

I. הסכמה מדעת

II. קטינים ופסולי דין

3. משפט השוואתי

ד. סחר באיברים

ה. הגוף כנכס

ו. סיכום – הדין הרצוי

לאור ההתפתחויות הרפואיות האחרונות, אנו נדרשים לסוגיות חדשות בתחומים רבים ומגוונים כשאחד התחומים המעורר סוגיות רפואיות, משפטיות ואתיות הוא תחום השתלת האיברים. הדיון בהשתלת איברים נחלק לנושא ההשתלות מן המת ולנושא ההשתלות מן החי ומקיף תחומי משפט שונים וסוגיות אתיות כבדות משקל. בעוד שבעבר המקור העיקרי לאיברים להשתלה היה איברים מן המת הרי שבשנים האחרונות הורחב השימוש באיברים מן החי כשבין הסיבות לכך ניתן למנות את המחסור באיברים מן המת ואת ההתקדמות הרפואית המאפשרת השתלות מוצלחות מן החי באמצעות שימוש בתרופות נוגדות דחייה ובאמצעות התאמה טובה יותר בין מוסר האיבר לבין מקבל האיבר. יודגש כי העובדה שהשתלות מן החי מתוכננות מראש מאפשרת לצוות הרפואי הערכות טובה יותר להשתלה והיתרונות בכך רבים. עם זאת, כפי שיובהר להלן, התקדמות הטכנולוגית בעניין זה מלווה בדילמות משפטיות ואתיות לרוב. במאמר זה נתמקד בסקירת המצב המשפטי.

ב. השתלות מן המת

1. החקיקה הישראלית

1. חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953

חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 הוא החוק המסדיר כיום את נושא ההשתלות מן המת. ההסדר בחוק מתייחס למקרים בהם מבוצע ניתוח לאחר המוות. החוק קובע כי מותר לבתר בבית הספר לרפואה לצרכי לימוד ומחקר את גווייתו של אדם שהסכים לכך בכתב וכי מותר לרופא לנתח גוויה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם. החוק מנוסח באופן כללי ביותר אך קובע שני עקרונות בסיסיים: האחד כי לא תנתח גוויה לפני תום חמש שעות לאחר מתן הודעה על הפטירה לאחד מבני המשפחה והשני כי אם היה הניתוח דרוש כדי להשתמש בחלק מהגוויה לריפוי של אדם, תימסר על כך הודעה לאחד מבני המשפחה בזמן סביר לפני עשיית הניתוח. החוק מתייחס למקרה שבו נתגלה צורך להשתמש בחלק מגוויה להציל חייו של פלוני וקובע כי במקרה כזה לא תנתח הגוויה עד המועד המאוחר ביותר שבו אפשר להוציא את החלק מהגוויה לשימוש כאמור. הסעיף מבהיר כי במידה שלא ניתן למסור הודעה תוך המועד האמור מחמת חוסר אפשרות לאתר בן-משפחה, מותר לבצע הניתוח ובלבד שנעשה נסיון סביר למסור את ההודעה. החוק מזכיר מקרים הנחשבים כשימושים בחלקי גוויה להצלת חיים: הסעיף מתייחס לשימוש בקרנית של נפטר להשתלה באדם פלוני להצילו מעיוורון, שימוש למניעת ליקוי בראיה או בשמיעה, שימוש בכליה של נפטר ושימוש ברקמות עור של נפטר להשתלה. עם זאת, ברור כי אין מדובר ברשימה סגורה והראיה הברורה ביותר לכך היא העובדה שהשתלת לב, למשל, אינה מוזכרת בסעיף.

יש לזכור גם כי בעת חקיקת החוק לא היו בנמצא ההתפתחויות הרפואיות הקיימות כיום ולא בוצעו השתלות איברים בהיקף כה נרחב ויתכן מאוד שזו הסיבה לכך שרשימת המקרים המופיעה בחוק אינה מלאה.

בנוסף, החוק קובע מספר כללים נוספים:

החוק מבהיר כי אם השאיר הנפטר בני משפחה, לא תנותח גווייתו אלא אם הסכים לכך בן זוגו של הנפטר ובהעדר בן זוג, ילדיו ובהעדר ילדים, הוריו ובהעדר הורים, אחיו או אחותו ואם לא התנגד לניתוח בכתב בן משפחה שבאותה דרגת קרבה של מי שהסכים כאמור או בן משפחה שבדרגת קרבה שלאחריו.

החוק מבהיר כי אם התנגד אדם בחייו בכתב שגווייתו תנותח, לא יבוצע הניתוח על אף כל הסכמה של בן משפחה.

החוק מבהיר כי אם הסכים אדם שגווייתו תנותח, מותר לנתחה על אף כל התנגדות של בן משפחה¹.

יש להדגיש כי הוראות אלו מתייחסות הן לניתוח גוויה לשם קביעת סיבת המוות והן לניתוח גוויה לשם שימוש בחלק ממנה לריפוי של אדם.

החוק קובע גם כי במקרה שבו נתגלה צורך להשתמש בחלק מגוויה להצלת חייו של פלוגני, מותר לנתח את הגוויה אלא אם התנגד האדם בחייו בכתב שגווייתו תנותח או אם התנגד לכך בכתב בן זוגו, אחד מילדיו או אחד מהוריו.

החוק גם מדגיש כי אם לא השאיר אדם בני משפחה, לא תנותח גווייתו אלא אם הסכים לכך בחייו.

יש לציין כי המחוקק בחר לנסות ולהגן על מוסר האיבר בכך שקבע חובת סודיות לענין זהותו של נפטר שחלק מגווייתו הוצא כדי להשתמש בו לריפוי של אדם ואף הטיל סנקציה פלילית של מאסר של ששה חודשים על מפר ההוראה. בנוסף, החוק מטיל סנקציה פלילית של מאסר של שנה על המפרסם מידע בנוגע לזהותו של נפטר. עם זאת, הפרסום לא יהווה הפרת סודיות אם הנפטר הסכים לכך בחייו או אם ניתנה לכך הסכמה של בן משפחה.

מניתוח חוק זה עולה כי קיימת הכרה באפשרותו של אדם לצוות על שיעשה בגופו לאחר מותו. ניתן למצוא בהכרה זו קביעה ערכית לפיה האדם הוא אדון לגופו וניתן ללמוד ממנה לענין זכויות האדם בגופו.

II. המרכז הלאומי להשתלות

הקצאת האיברים בפועל מתבצעת על ידי המרכז הלאומי להשתלות אשר הוקם על פי מינוי של מנכ"ל משרד הבריאות.

הצורך בהקמת המרכז נוצר לנוכח הפער בין מספר הממתינים לקבלת תרומה לבין מספר מוסרי האיברים להשתלה כאשר מספר הממתינים עלה בהרבה על מספר התורמים.

ההקצאה, המתבצעת באמצעות תוכנת מחשב הבודקת התאמה של איבר שנתרם מול כל הממתינים להשתלת איברים בישראל, מאפשרת ביצוע השתלות על פי קריטריונים ארציים ואובייקטיביים וללא קשר למרכז הרפואי שבו נמצא המטופל.

1 אציין כי המדיניות הנוהגת בארץ היא לא לקחת איברים להשתלה במקרים כאלו למרות הוראת החוק וזאת על מנת שלא לפגוע במשפחה ושלא ליצור תחושה של ניצול לרעה של החוק.

כיום ההקצאה נעשית על פי שתי קטגוריות כשהאחת הקצאת לב, ככד וריאות והשניה הקצאת כליות.

לגבי כל קטיגוריה נקבעו קריטריונים רלוונטיים באשר לראשונה הקריטריונים הם התאמה בסוגי דם וותק? ובאשר לקטיגוריה השניה הקריטריונים הם התאמה בסוגי דם, התאמה בין הרקמות וותק³. בפועל, החלוקה נעשית על פי ניקוד שניתן עבור כל אחד מהקריטריונים כשבעל הניקוד הגבוה ביותר יהיה זכאי לאיבר. כאשר שני מועמדים הינם בעלי ניקוד זהה, ההחלטה תתקבל על פי קריטריון נוסף אשר מתייחס למספר ההשתלות במרכז שבו רשום המטופל ולמספר המטופלים המצויים עדיין בטיפול דיאליזה במרכז שבו נמצא המטופל. ההגיון מאחורי קביעה זו הוא שבמידה שבמרכז רפואי מסוים ישנו מספר גבוה של מטופלים המצויים בטיפול דיאליזה, יש מקום להעדיף מרכז זה ולמסור את הכליה להשתלה למטופל מאותו מרכז על מנת להפחית מהעומס באותו מרכז ולאפשר למרכז להמשיך ולתת טיפולי דיאליזה באופן שוטף. ראוי לציין כי הקצאת האיברים באמצעות המרכז אינה מעוגנת בחוק ואין זה מן הנמנע כי החלטות המרכז תהיינה ניתנות לתקיפה בבג"צ.

III. קביעת המוות

אחת השאלות הקרדינליות ביותר בענין השתלת איברים מן המת היא שאלת קביעת המוות. מרבית ההשתלות מן המת ניתנות לביצוע כאשר האיברים נלקחים מהתורם כשהם עדיין חיוניים ולכן ישנה חשיבות רבה לשאלה זו.

הדיעה הרפואית המקובלת כיום מאמצת את הגישה הרואה במוות "תהליך" ולכן קביעת המוות היא בעצם קביעה חברתית המסתמכת על מידע רפואי. על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות⁴ מקובלות כיום בישראל שתי דרכים לקביעת מוות והן הפסקת פעולת הלב והנשימה והפסקת פעולת המוח⁵. גם הפסיקה נדרשה לשאלה זו בענין בלקר⁶.

בענין זה נדון ערעורו של אדם על הרשעתו ברצח בכוונה תחלה של אשתו וזאת לאחר שהשליכה מחלון דירתם בקומה הרביעית. כתוצאה מהנפילה נחבלה האשה אנושות ורופאי בית החולים אליו נלקחה קבעו כי נגרם לה מוות מוחי וכי אין תועלת בטיפול רפואי נוסף. עם זאת, האשה חוברת למכשירים מלאכותיים בכדי לקיים את נשימתה ולחץ דמה עד שתתקבל הסכמת קרובה לתרומת איבריה להשתלה. לאחר חמשה ימים התקבלה ההסכמה, כליותיה הוצאו מגופה

2 לקריטריונים אלו קיים חריג והוא מצב של "סכנת חיים" ואדם הנמצא במצב זה יזכה באיבר גם אם ישנם ממתנינים הקודמים לו לפי הקביעה על פי הקריטריונים.

3 גם לקריטריונים אלו קיים חריג של "סכנת חיים" וזאת במצבים בהם הטיפול בדיאליזה אינו יעיל עוד או כשאין אפשרות רפואית לטיפול בדיאליזה כאשר, למשל, לא קיים וריד זמין.

4 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 1996.

5 מבחינה הלכתית קיימת בעייתיות בהכרה במוות המוחי כקובע את המוות וזאת לנוכח קיומם של פסקי הלכה השוללים קיומו של מוות מוחי ומכירים אך ורק במוות לבבי. החלטת מועצת הרבנות הראשית להתיר השתלות בהתקיים תנאים מסוימים לא מיושמת בפועל וזאת בשל החשש מקביעה לא נכונה של מוות מוחי על ידי הרופאים וראה החלטת מועצת הרבנות הראשית בענין השתלות, ירושלים, א' חשוון, תשמ"ז.

6 ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1.

לשם השתלתן והיא נותקה מהמכשירים. הבעל לא הכחיש כי הנפילה גרמה לאשתו למוות מוחי אך טען כי מותה נגרם בעת שנותקה מהמכשירים וכי אלמלא הניתוק, ניתן היה לקיים את נשימתה וליבה עוד זמן בלתי מוגבל.

בית המשפט דחה את טענת הבעל בקובעו כי הפסקה טוטאלית ובלתי חליפה של פעולת המוח היא מוות על פי הדין.

בית המשפט גם ציין כי בתפיסה החדשה של הרפואה המוות הוא במידה רבה תהליך ולא אירוע, לא רק משום שניתן להחזיק איברים מסוימים בפעילות מלאכותית אלא משום שחלקים שונים של הגוף מתים בזמנים שונים (העור נשאר חי זמן מה לאחר הפסקת פעילות הלב והמוח והשיער ממשיך לצמוח אף בארון ההמתים).⁷

בישראל נעשית קביעת המוות המוחי על ידי רופאי המחלקה בה מאושפז המטופל. הקביעה צריכה לקבל אישור של שני רופאים וביניהם נוירולוג או נוירוכירורג, מרדים או מומחה בטיפול נמרץ נשימתי, פנימאי או קרדיולוג וכשמטופל הוא ילד כולל הצוות גם רופא ילדים או מומחה ממחלקת טיפול נמרץ ילדים.

חשוב להדגיש כי אבחנת המוות המוחי נעשית על ידי כל אחד מהרופאים בנפרד וראוי גם לציין כי הכלל המנחה לגבי השתלות מן המת הוא שהצוות הרפואי הקובע את רגע המוות אינו הצוות הרפואי האחראי על ביצוע ההשתלות וגם אינו נמנה עם רופאי המחלקה המטפלת באדם באופן שוטף.

על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות קביעת המוות המוחי נעשית במנותק מהשאלה האם איבריו של המטופל ימסרו להשתלה אם לא כשהקביעה היא רפואית בלבד גם אם לאחריה באה הפניה למשפחה באמצעות מתאם השתלות לשם קבלת הסכמה למסירת האיברים להשתלה.⁸ לאחר קביעת המוות המוחי נמשך הטיפול הרפואי עד לאחר החלטת המשפחה באשר למסירת האיברים להשתלה כשהמטרה היא שימור חיוניות האיברים.⁹

2. הפסיקה הישראלית

בתי המשפט נזקקו לדיון בנושא ההשתלות מן המת במקרים ספורים ביותר. אחת ההתייחסויות הנדירות לנושא היתה בענינו של רופא שנטל כליה מאדם שנפטר ללא קבלת הסכמה מבן משפחה כנדרש על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1963. רופא זה נדון למאסר שכן נקבע כי מדובר בהפרה בוטה של החוק וכי במקרה שבו היה מדובר היתה לרופא אפשרות לפנות למשפחה לשם קבלת הסכמה אך הוא בחר שלא לפנות אליה.¹⁰

7 שם, בעמ' 12.

8 בישראל נהוג כי הפניה למשפחה משותפת לרופא ולמתאם ההשתלות.

9 בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מעוגן מצב זה באופן ברור כחריג לכלל לפיו במצב של מוות מוחי מנותק המטופל מהמכשירים ששימשו לטיפול בו.

10 ת.פ. (פ"ת) 1045/86 מדינת ישראל נ' ד"ר יוסיס אלכסנדר (לא פורסם).

במקרה דומה, שעורר הד תקשורתי רב, נטלו רופאים את איבריו של אדם שנפגע בתאונת דרכים ונפטר ללא קבלת הסכמה מבן משפחה אלא שהם לא הועמדו לדין שכן היה ברור כי בנסיבות הענין נעשה נסיון סביר למסור הודעה לבן משפחה כנדרש על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה אלא שמכיוון שהנפטר לא נשא כל תעודה מזהה, לא היה ניתן למסור הודעה למשפחה עד המועד המאוחר ביותר שבו אפשר להוציא את אותו חלק מהגוויה בכדי להשתמש בו להצלת חיים¹¹.

עם זאת, אין ספק כי למרות שהוחלט שלא להגיש כתב אישום כנגד רופאים אלו, נגרם נזק תדמיתי קשה לנושא ההשתלות מן המת ונפגע הקשר העדין הקיים בין הציבור לבין הממסד הרפואי.

3. משפט השוואתי

בחינת המצב המשפטי במדינות מערביות רבות מעלה כי בנושא השתלת האיברים נהוג מודל ה־Presumed Consent לפיו הנחת היסוד היא כי אדם מסכים ללקיחת איבריו להשתלה אלא אם התנגד לכך בכתב בחייו. אין ספק כי במדינות בהם מופעל מודל זה, מספר האיברים להשתלה מן המת גדול יחסית.

בחינת מודל זה מהפך האתי־מוסרי מחייבת לדעתנו יצירת מנגנון קבוע וידוע שיאפשר תיעוד התנגדות לתרומת איברים. ראוי כי רישום הסירוב לתרום איברים ייעשה באמצעות מאגר נתונים ממוחשב ולפני כל החלטה ליטול איברים להשתלה יהיה ראש הצוות המנתח חייב לוודא שהאדם שבגופתו הוא מטפל לא מופיע ברשימה¹².

מודל נוסף שהעלה באופן ניכר את אחוזי ההשתלות מן המת הוא המודל הספרדי¹³. בספרד נעשה שימוש במודל המכונה Routine Request כשעל פיו הפניה לקבלת הסכמה לתרומת איברים נעשית כדבר שבשגרה¹⁴ וזאת למרות הקשיים הנפשיים שכרוכים בפניה למשפחה כרגעיה הקשים ביותר ובמקביל קיים תהליך ליצירת מודעות ציבורית לחשיבות שבמסירת איברים להשתלה והפנתח חשיבות הנושא¹⁵.

11 י' דיוויס, "תרומת איברים מגוף הנפטר", רפואה ומשפט, חוברת מס. 9, עמ' 4.

במקרה זה נעשה נסיון לאתר את בני המשפחה באמצעות כלי התקשורת אך הנסיון לא צלח מכיוון שהיה מדובר במשפחה של עולים חדשים שלא היתה דוברת עברית.

12 ג. גרונפלד, א. הופמן, "היבטים מוסריים וחברתיים של המחסור באיברים להשתלה", הרפואה, 1994, כרך 126, חוברת י', עמ' 617-613.

מסתבר כי ישנן מדינות המפעילות מודל זה בצורה גמישה יותר ומאפשרות גם לבני משפחה מדרגה ראשונה להתנגד ללקיחת איברים להשתלה וראה

World Health Organization: Legislative Responses to Organ Transplantation, 1994,

Martinus Nijhoff Publishers, p. 132, 186-188, 199-209.

יצויין גם כי זו המדיניות הנוהגת בארץ וראה לעיל הערה 1.

13 אספקט זה של המודל הספרדי אומץ בישראל כשהיום נמצאים מתאמי השתלות בכל בתי החולים.

14 אספקט זה של המודל הספרדי אומץ בישראל כשהיום נמצאים מתאמי השתלות בכל בתי החולים.

15 בישראל פועל המרכז הלאומי להשתלות להעלאת המודעות לנושא בקרב הצוותים הרפואיים והסיעודיים בבתי החולים.

ההערכות במישור הארצי והאזורי בספרד, לרבות הדאגה לתיאום ניתוחי הצלת איברים, לעדכון רשימת ההמתנה הארצית ולארגון הצוותים הדואגים לתרומת איברים ובמקביל השתתפות במסע פרסומי בתקשורת ובהסברה הוכיחה עצמה בעליה משמעותית בתרומות איברים¹⁶.

ג. השתלות מן החי

1. החקיקה הישראלית

הכלל הנקוט במשפט העברי לפיו כל פעולה, בכל תחום שהיא, אמורה להיות מותרת אלא אם קיימים סיבה או מקור משפטי לאיסור¹⁷ נכון גם לגבי המשפט הישראלי כשההנחה היא כי כל פעולה מותרת אלא אם נאסרה על פי דין. הנחת יסוד זו מהווה תשתית להלכה הקיימת כי השתלה מן החי מותרת כל עוד נתקבלה הסכמה כדין מאת מוסר האיבר המיועד להשתלה¹⁸ אך בכפוף לסייגים שנקבעו בחזור מנכ"ל משרד הבריאות¹⁹.

I. חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996

סעיף 13 (א) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 קובע כי לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה²⁰. סעיף 13 (ב) קובע כי לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו באופן סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע כשלענין זה, "מידע רפואי", לרבות האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל, תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע, הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות, סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי, עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני. סעיף 13 (ג) קובע כי המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מירבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

16 השתלת הקרניות בספרד עלתה מ-725 השתלות בשנת 1983 ל-1989 השתלות בשנת 1995. גם מספרן של השתלות בתחומים אחרים עלה בהתאם.

17 ר' אלחנן בונם ווסרמן, קובץ הערות (סז), אות תק"נ (על יבמות פז, א; ידים, פרק ד, משנה ג).
18 דברים אלו מקבלים תמיכה מפרק ה'1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 הקובע את הסייגים לאחריות הפלילית. סעיף 34ג (4) לחוק קובע כי לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת כשניתן לראות כי הדגש מושם על ענין ההסכמה וכי כאשר רופא מבצע השתלה לאחר שהתקבלה הסכמה כדין, הוא אינו נושא באחריות פלילית בגין ביצוע ההשתלה ולא ניתן יהיה להאשימו בתקיפה, למשל.

19 אמנם ה"ח לתיקון פקודת בריאות העם (מספר 13), תשנ"ב-1991 התייחסה למכירת איברים להשתלה ושללה עסקאות מכר באיברים אך זו נשארה בגדר הצעה וכיום לנוכח מתן תוקף לאוטונומיה של הפרט במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ספק אם עמדה זו בכלל תתקבל.

20 הקביעה כי תרומת איברים היא טיפול רפואי מקורה בתמ"א 540/86 פלוגי נ' אלמוגי, פס"מ תשמ"ח (1) 192,177.

תרומת איבר היא טיפול לכל דבר וחייבת להנתן תוך תוך הסכמה מדעת על פי החוק, זאת כאמור בכפוף לסייגים שנקבעו בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות. מכיוון שמדובר בטיפול שאינו חיוני עבור תורם האיבר ואף אינו דרוש לשם בריאותו האישית הרי שיש להקפיד הקפדה רבה על כך שרמת ההסכמה מדעת שתנתן תהיה ברמה הגבוהה ביותר כלומר לאחר קבלת מידע מקסימלי בנוגע להליך וכן זמן רב מראש.

II. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (2/97)

כאמור, נושא השתלת האיברים מן החי הוסדר בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות. בעבר היתה מותרת תרומה מקרובי משפחה מדרגה ראשונה בלבד אך לאור הלחץ הרב מהממתינים להשתלה הורחב בחוזר מעגל התורמים כך שתתאפשר תרומה מיחיד לקרובו שהוא בן זוגו (לרבות ידוע בציבור), ילדו, אביו או אמו, סבו או סבתו, דוד או דודתו או דודנו או דודניתו. בחוזר הושאר פתח לקבלת תרומה מאת מי שאינו קרוב אך הדבר מצריך אישורו של מנכ"ל משרד הבריאות. גם תורמים מחו"ל, בין אם הם קרובים ובין אם אינם, יחויבו לקבל את אישורו של המנכ"ל. על פי החוזר, החלטות תתקבלנה על ידי ועדות הערכה שיהיו חברים בהם רופאים, פסיכולוג או פסיכיאטר, עובד סוציאלי ונציג הציבור. החוזר מדגיש כי הרופאים החברים בוועדה לא יהיו ממחלקת ההשתלות באותו בית החולים שבו מתבצעת הקצירה או ההשתלה. ועדת ההערכה נדרשת לברר כי מתקיימים בתורם ובנתרם הקריטריונים הדרושים להשתלה. כמו כן נדרשת הוועדה לקבוע כי התורם נתן את הסכמתו מתוך רצון חופשי ושלא מתוך לחץ חברתי, כספי או אחר וכי מניעי התרומה הינם אלטרואיסטיים ואינם כרוכים בתשלום או בפיצוי בשווה כסף. חוזר המנכ"ל מתייחס להשתלות מן החי הנהוגות כיום שהן השתלת כליה, השתלת חלקי כבד והשתלת חלקי ריאה.

יודגש כי חוזר המנכ"ל מציין מפורשות כי נושא התרומות מן החי נמצא כעת בפני הסדרה בחקיקה ראשית ויש לשער כי ההסדר הסופי יושפע בעיקר מדעת הציבור בארץ שכן מדובר בסוגיה שאינה רק רפואית או משפטית אלא גם ערכית וחברתית.

III. חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו

סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 3 לחוק קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". עם זאת, סעיף 8 לחוק קובע כי "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 מכח הסמכה מפורשת בו".

חוק יסוד זה, שנחקק בשנת 1992, מגביל למעשה את האפשרות לפגוע בזכויות הקבועות בחוק. משום כך, חקיקה האוסרת מכר של איברים תדרש לעמוד בתנאי סעיף 8 לחוק היסודי²¹. יתכן שבעתיד בית המשפט ידרש גם לבדוק האם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו.

21 לענין תנאים אלו ראה י' בהט, "ההגנה החוקתית על הקנין - הלכה למעשה", שערי משפט, כרך א', חוברת מס' 1, מאי 1997, עמ' 15, עמ' 18.

ניתן להבחין בין התייחסות הפסיקה הישראלית לנושא השתלת האיברים מן החי כאשר מדובר באדם המסוגל לתת הסכמה מדעת להליך מסירת האיברים להשתלה לבין התייחסות הפסיקה כאשר מדובר בקטין או בפסול דין.

I. הסכמה מדעת

לא קיימת כיום פסיקה בענין מידת ההסכמה הנדרשת מאדם המעוניין למסור איבר לשם השתלתו באדם אחר ונראה כי המבחנים להם יזקק בית המשפט הם המבחנים הרגילים שנקבעו בפסיקה הישראלית בנוגע למתן הסכמה מדעת.

הפסיקה היחידה בנוגע להשתלת איברים מן החי כשמדובר באדם המסוגל לתת הסכמה מדעת היא בענין אטרי²². בענין זה נדונה בקשתו של אדם למכור את כליתו על מנת להשתמש בתמורה שתתקבל לתשלום חובותיו הכספיים הרבים. העותר ביקש למכור אחת מכליותיו לחולה הזקוקה לה וטען כי בתי החולים אליהם פנה דחו את בקשתו לביצוע בדיקות התאמה ונימקו את דחייתם בקיומו של איסור מטעם משרד הבריאות. העותר דרש שבית המשפט יורה לשר הבריאות להתקין תקנות אשר יאפשרו מכירת איברים להשתלה וכן לבטל את האיסור שהוטל על תרומת איברים בשכר. בית המשפט דחה את בקשתו אולם לא התייחס להיבט הקנייני של השאלה. מבלי לפסוק האם לאדם זכויות באיברי גופו והאם באפשרותו להעבירם בתמורה, קבע בית המשפט קביעה כללית לפיה ראוי שנושא זה יוכרע באופן ברור על ידי המחוקק. עם זאת, השופט ברק ציין כי אם הליך החקיקה לא יבשיל תוך זמן סביר יהא על משרד הבריאות לשקול מחדש עמדתו²³. בהקשר זה יש להזכיר את דברי השופט לרון שקבע בדיון בביהמ"ש המחוזי בבאר-שבע בענין פלוני נ' אלמוני²⁴ דווקא כי "ההסתייגות בפסה"ד בענין זייצוב לפיה "רצוי הדבר שנושאים חדשניים שיש בהם ולהם השלכות רבות פנים כל כך מוטב שיוסדרו על ידי המחוקק ולא על ידי בתי-המשפט החסרים את היכולת לבחון את ההשלכה הכללית של הנושא" היתה דעת מיעוט והרוב החליט לחדש הלכה באותו נושא ודומני שהוא הדין גם במקרה הנוכחי". יש להדגיש כי סביר שהאתיקה הרפואית תמנע מרופא ליטול איברים מאדם מסוים אם אותו רופא יהיה סבור שהנטילה תגרום לפגיעה בלתי סבירה באותו אדם²⁵.

II. קטינים ופסולי דין

הדרישה למתן הסכמה מדעת לפני ביצוע השתלה מעוררת בעייתיות רבה במקרה שבו מדובר בקטין או בפסול דין שכן אז אין אפשרות למתן הסכמה מדעת של מוסר האיבר עצמו ויש צורך באישור של בית המשפט לביצוע הטיפול הרפואי. בית המשפט יאשר הטיפול אם שוכנע כי

22 בג"צ 161/94 אליהו אטרי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

23 אציין כי לאחרונה פורסם בעיתונות סיפורו של אדם נוסף המעוניין למכור כליה על מנת לפתור בעיותיו הכלכליות.

24 ראה לעיל הערה 20, בעמ' 201.

25 זאת על אף שלכאורה האוטונומיה של הפרט על גופו אמורה לאפשר ביצוע הליך שכזה ללא כל מגבלות. בנוסף, גם סעיף 34ג (4) לחוק העונשין קובע כי לא רופא לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה באדם בהסכמה כדן, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו של האדם או טובת הזולת וראה לעיל הערה 18.

האמצעים האמורים דרושים לשמירה על שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי וזאת לפי סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

בחינת הפסיקה הישראלית מעלה כי קיימת נטיה לאפשר לקיחת איבר מקטין רק אם בית המשפט משתכנע כי הדבר נדרש לשמירה על שלומו הגופני או הנפשי של הקטין.

שופט ביהמ"ש המחוזי בירושלים (כתוארו אז), השופט צבי טל, קבע²⁶ כי תרומת מח עצמות מאחות קטינה אחת לאחות קטינה אחרת מותרת שכן חוות דעת פסיכולוגית קבעה כי אם לא תתרום האחות ממח עצמותיה להצלת אחותה היא תחיה תמיד בהרגשה שלא עשתה כל שבידה להצלת חיי אחותה. חוות הדעת קבעה באופן ברור כי הילדה מבינה זאת גם כיום בהיותה בת 8 וכי הרגשה זו תלך ותחריף עם התבגרותה כאשר גם הבנתה תעמיק. השופט טל אף מציין כי יש הבדל עקרוני בין עקירת איבר "שאינן גזעו מחליף" לבין הוצאת דם, רקמה או מח המתחדשים מעצמם.

הלכה ברוח דומה נקבעה גם על ידי שופטת ביהמ"ש המחוזי בירושלים (כתוארה אז), השופטת דליה דורנר, שקבעה²⁷ כי תרומת מח עצמות מילד בן 8 לאחותו הקטנה מותרת שכן על פי חוות דעת פסיכיאטרית יגרם לילד נזק נפשי אם לא יוכל לתרום מח עצמות לאחותו בת השש. השופטת מציינת בפסיקתה כי העניין העומד בפניה הוא טובתו של הילד בלבד וכי למרות שידוע על סיכון של 1:500 לסיבוכים הרי שהתועלת הנפשית גדולה יותר²⁸.

לענין פסולי דין אין אחידות בפסיקה הקיימת וניתן למצוא התייחסויות שונות. בענין נזירה לוי²⁹ איפשר בית המשפט המחוזי בתל אביב לאחות קטינה ומוגבלת בשכלה לתרום כליה לאחותה ועורר סערה ברחבי הארץ והעולם.

פסק הדין עסק בקטינה בת 17 ומפגרת בשכלה, חוסה במוסד עקב מצבה. אביה נפטר שנים קודם לכן עקב מחלת כליות. האם, נזירה לוי, היא האפוטרופוס של הקטינה. לקטינה אחות בת 21 שהיא בריאה בנפשה אך פגועה בשתי כליותיה ונזקקת לדיאליזה ואחות נוספת לוקה בשכלה. עוד צויין כי אחות נוספת נפטרה ממחלת כליות. לקטינה שני אחים נוספים כשאחד חולה במחלת כליות וקיבל שנים קודם לכן תרומת כליה מאמו. האם פנתה אל בית המשפט וביקשה שיתיר עקירת כליה מגופה של הקטינה והשתלתה בגופה של האחות הבריאה. נציגת היועץ המשפטי לממשלה התנגדה לבקשה אך בית המשפט קבע כי אין צורך כלל באישור מראש של בית המשפט וכי האם רשאית להסכים במקומה של הקטינה במידה שהאם אכן סבורה כי הניתוח הוא לטובת

26 תמ"א (ירושלים) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה ופלונית נ' פרופ' ציווידאלי ופרופ' סלוין, פס"מ תשמ"ג (א) 225.

27 ת"א (ירושלים) 349/90 היועץ המשפטי לממשלה נ' כהן שני (טרם פורסם).

28 השופטת מתייחסת גם לכך שהילד הוא בר הבנה ובהתייחסות זו ניתן למצוא תמיכה לגישה הקובעת שיש מקום להבחין בין קטין שבעתיד יבין את שנעשה לבין פסול דין שלא יהיה מסוגל לעולם להבין את משמעות לקיחת האיברים.

29 תמ"א (ת"א) 1110/70 ות"א (חיפה) 1402/70. פסקי הדין לא פורסמו אך ניתן למצוא התייחסות אליהם אצל ד' פרנקל, "פסולי דין כתורמי איברים", משפטים ג (תשל"א), עמ' 238-258.

הקטינה שכן עקירת איבר אינה מן הפעולות שבהם אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין מבלי שבית המשפט אישר את הפעולה מראש ולכן די לדעתו בהסכמתה של האם³⁰. לאחר מתן החלטה זו פנה היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי בחיפה, שכן המוסד שבו שהתה הקטינה היה באזור חיפה וביקש למנות לקטינה אפוטרופוס נוסף. גם רופא הילדים שמונה סבר כי הנסיבות המיוחדות של הענין מחייבות אותו להסכים לעקירת הכליה שכן השתלת הכליה באחות הבריאה בנפשה תיצור מחוייבות עמוקה מצד משפחתה של הקטינה בעוד שאי מתן התרומה עלול ליצור דחיה מצד בני המשפחה. בעקבות חוות דעתו של הרופא, גם בית המשפט המחוזי בחיפה קבע כי ביצוע הנתיחה הוא לטובתה.

ד"ר פרנקל³¹ במאמרו יוצא באופן חד משמעי נגד קביעת בית המשפט המחוזי בחיפה וטוען כי לא הוכח שעקירת הכליה מהקטינה המפגרת בשכלה היא אמנם לטובתה.

מעבר לכך, ד"ר פרנקל סבור כי דרושה חקיקה שתאסור בעקרון עקירת איבר כלשהו מפסול דין או מקטין וזאת משום שאין באפשרותם לתת הסכמה מלאה וחופשית מתוך הכרה ולאחר קבלת מלוא המידע הדרוש וכל קביעה של אפוטרופוס או בית המשפט בשםם יש בה גוון ברור של כפייה³².

ענין נוסף שנדון על ידי בתי המשפט הוא ענין פלוני נ' אלמוני³³.

בענין זה נדונה בקשה למתן רשות לנטילת כליה מגופו של בן, פסול דין ותרומתה לצורך השתלה בגופו של אביו שמונה לאפוטרופסו של פסול הדין אשר עקב מצב בריאותו זקוק באופן דחוף לתרומה זו. האב ביקש אישור התרומה על מנת שיוכל להמשיך ולטפל במסירות בבנו תוך שמירה על שלומו הגופני והנפשי ולאחר שהוסבר לו על ידי רופאיו כי לא נשקפת לבנו סכנה ממשית בשל התרומה.

השופט לרון³⁴ קיבל הבקשה והתיר נטילת הכליה. השופט לרון התייחס לתרומת איברים וקבע כי תרומת איברים אף היא, ללא ספק, בבחינת טיפול רפואי. השאלה אם טיפול זה הוא לטובתו או שלא לטובתו של פסול הדין ראוי וטעונה בדיקה ועיון בכל מקרה אבל אין לומר שהדבר אסור מלכתחילה בשל העדר יכולת להסכמה מודעת לכך על ידי פסול-הדין. השופט לרון קבע כי במקרה הנדון המילה "תרומה" אינה מדויקת ובמידה מסוימת אף מטעה שכן תרומה פירושה מתנה שאחד נותן לשני מבלי שלגותן תהיה תועלת מכך ואילו במקרה הנדון נבדקו הנסיבות ונמצא שמתן הכליה הוא לטובתו של החסוי עצמו בכך שהדבר יאריך את תוחלת חייו של האב וישפר את יכולת תפקודו כאשר האב הוא שמהווה את הגורם העיקרי בהמשך מתן הטיפול הטוב ביותר האפשרי לפסול הדין.

30 קביעה זו נסתרה במספר פסקי דין מאוחרים יותר שקבעו כי מכיוון שחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות תוקן על ידי הוספת סעיף 68 (ב) לחוק הרי שכעת יש חובה לקבל אישור בית המשפט מראש שכן הסעיף קובע מפורשות כי אם היתה הבקשה להורות על ביצוע נתיחה או נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שקל על פי חוות דעת רפואית כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי וראה ענין פלוני נ' אלמוני, לעיל הערה 20, עמ' 184-183.

31 ראה לעיל הערה 29, שם.

32 יש לזכור כי ענין נזירה לוי, שעליו נסובה ביקורתו של פרנקל, דן בקטינה שאף היתה מפגרת בשכלה.

33 ראה לעיל הערה 20.

34 שם, בעמ' 192.

השופט לרון³⁵ סבור אמנם כי נכון שפסול הדין אף פעם לא יוכל להבין את משמעות מעשה ומבחינה מסוימת ניתן לראות בכך מעין כפיה אבל דברים אלה חלים לגבי מגוון רחב של פעולות ומטרתו של מינוי האפוטרופוס הוא להביאו במקומו ולתת לו סמכות לפעול בשם פסול הדין שאז החוק רואה בהבנתו של האפוטרופוס ובהסכמתו הבנה והסכמה של פסול הדין. הגם שיש בכך משום פטרנליזם, לדעת השופט זה העקרון המונח ביסודו של כל מוסד האפוטרופוסות. זאת ועוד, השופט לרון גורס גם כי איזון האינטרסים בין טובת הקטין לבין הסכנה הצפויה לו או המגבלות שיוטלו עליו צריך להיות מדוקדק ולהעשות בקפדנות אבל במקרים שהדבר הוא לטובת פסול הדין אין לראות את הדבר כאסור.

החלטה זו נהפכה על ידי בית המשפט העליון³⁶ שקבע כי תרומת הכליה אינה דרושה לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של פסול הדין וקיבל את הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי וביטל את האישור לביצוע ההשתלה.

למרות שבפסק הדין מנתחים השופטים באופן מעמיק את הוראות החוק והפסיקה בענין פסולי דין וזכויותיהם הרי שלא ניתן שלא לתהות האם הקביעה הסופית לא התבססה בעיקר על עובדות המקרה ודרך פרשנותן על ידי השופטים. חמשת שופטי בית המשפט העליון התייחסו³⁷ בעיקר לעובדה שבמידה שפסול הדין יפגע בדרך כלשהי ויגרם נזק לכליה האחת שתהיה לו הרי שספק אם הוא יוכל להתמודד עם המגבלות הרפואיות שמטיל הצורך בביצוע דיאליזה יומיומית וספק גדול עוד יותר אם הוא יהיה זכאי לקבלת כליה חדשה שכן פסול דין בעל כליה אחת יסווג כאחד המקרים הפחות דחופים לקבלת כליה חדשה.

עם זאת, עובדות אלו היו ידועות גם לשופט לרון אלא שהשופט לרון סבר שהתועלת שתצמח לפסול הדין ממסירת הכליה לאביו עולה על הסיכון שבמעשה זה.

לעומתו, שופטי בית המשפט העליון ייחסו חשיבות רבה לכך שנמסר להם על ידי מספר רופאים כי האב מסוגל להמשיך ולחיות באמצעות דיאליזה במשך תקופה לא מבוטלת³⁸.

מכיוון שמספר חודשים לאחר מתן ההחלטה נפטר האב והבן שב להתגורר במוסד הרי שיתכן שהיה מקום לאשר את ביצוע ההשתלה אך ברור כי מדובר בחוכמה שלאחר מעשה אשר מוכיחה הלכה למעשה עד כמה קשה ההחלטה הניצבת בפני בית המשפט כאשר הוא נדרש לבחון האם פעולה מסוימת היא אכן לטובתו הגופנית או הנפשית של פסול דין או של קטין.

35 ראה לעיל הערה 20, בעמ' 184.

36 בר"ע 184/87, 698/86 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד מב (2) 661.

37 שם, בעמ' 699-697.

38 שם, בעמ' 693-692.

בארה"ב נקבע במספר פסקי דין כי קיימים ארבעה אינטרסים שבהתקיימם תתאפשר פגיעה בזכותו של הפרט ובמקרה שלנו, בזכותו של האדם על גופו ובזכותו לקבלת תמורה בגין מסירת איבריו להשתלה.

אינטרסים אלו מכונים Compelling State Interests והם מוזכרים על ידי השופט אלון בפסה"ד בענין יעל שפר המנוחה³⁹. השופט אלון מדגיש כי הביטוי עצמו צורם במידת מה שכן נדמה לנו כי מדובר בפגיעה עצומה בחירותו של הפרט בשל אינטרסים של המדינה אך בפועל מדובר למעשה באיזון בלבד בין שני אינטרסים חשובים ביותר, האינטרס של הפרט והאינטרס של הפרטים כלומר של כלל אזרחי המדינה.

האינטרס הראשון הינו האינטרס בשמירה על חיי האדם ובענייננו ניתן לומר כי אנו לא נתייר לאדם למסור איבר מגופו למטרת השתלה אם פעולה זו עלולה לפגוע בבריאותו⁴⁰. מן הצד האחר, כאשר מסירת האיבר מותרת כיום על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות ממניעים אלטרואיסטיים הרי שלכאורה אין לנו כל נימוק סביר לכך שאנו מאפשרים מסירת איבר להשתלה אך לא מאפשרים קבלת תמורה בגין פעולה זו⁴¹.

האינטרס השני הינו האינטרס בהגנה על צדדים שלישיים תמימים התלויים באדם ובענייננו מדובר על מקרה שבו אדם המטפל בצדדים שלישיים או אחראי עליהם יהיה מעוניין למסור איבר להשתלה כאשר מסירת האיבר מהווה סכנה בריאותית עבורו. במקרה כזה יש מקום להתערבות המדינה ולאי התרת מסירת האיבר להשתלה אך נראה ששוב אין הצדקה למנוע מתן תמורה לאחר שאיפשרנו את מסירת האיבר עצמו.

האינטרס השלישי הינו האינטרס בהגנה על מקצוע הרפואה ואינטרס זה מחייב שלא לטשטש את התחומים האתיים המחייבים את הרופא ומחייב לאפשר לרופא להפעיל את שיקול הדעת הראוי בכל מקרה ומקרה שיובא לפניו.

39 ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיה הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87. יצויין כי תקנות הביטוח הלאומי קובעות 30 אחוזי נכות לאדם בעל כליה אחת כאשר לכליה זו יש בעיות תפקודיות קלות ו-60 אחוזי נכות כאשר לכליה זו יש בעיות תפקודיות קשות יותר.

41 חשוב לזכור כי הגבלת המושג "אוטונומיית הפרט" תוך שימוש בנימוק שטובת החברה והשקפת עולמה מחייבת את התוצאה עלולה להביא לתוצאות חמורות כשבפסק דין אמריקאי בשם Buck ניתן למצוא עדות למקרה כזה. פסק הדין עסק בצעירה בת 18 בשם קרי בוק. בוק היתה אם לילד מפגר וגם אמה היתה מפגרת. לפי חוק שנתקבל במדינת וירג'יניה מותר לעקר לקוי בנפשו, ובלבד שהניתוח לא יפגע בבריאותו. ביהמ"ש בורג'יניה הרשה לבצע ניתוח של עיקור בצעירה קרי בוק. בביהמ"ש העליון של ארה"ב נטען, בין היתר, כי החוק האמור שבמדינת וירג'יניה נוגד את התיקון 14 של החוקה האמריקאית בדבר הגנה שווה של החוק ולכן ההרשאה לבצע את ניתוח העיקור בטלה אך ביהמ"ש העליון של ארה"ב דחה את הטענה ואישר את ביצוע ניתוח העיקור בקרי בוק. השופט הולמס, שכתב את פסק הדין, אמר כי לפי העובדות שהובאו בפניו בוק היא בעלת פוטנציאל גבוה ביותר להיות אם לילדים שאינם ראויים מבחינה חברתית. השופט ציין כי הוא שוכנע שבוק יכולה להיות מעוקרת ללא פגיעה בבריאותה הכללית וכי שלומה האישי ושלום החברה יקודמו בעקבות העיקור שלה. בסוף דבריו קובע השופט כי שלושה דורות של רפי שכל (אימבציליים) הם די והותר ומהחלטה קיצונית זו אנו למדים עד כמה חשוב לשקול בצורה רצינית את הזכויות הסותרות ולערוך איזון בתבונה.

חשוב להדגיש כי אין מדובר בהגנה על הרופא עצמו אלא בהגנה על מקצוע הרפואה כולו שנועד לרפא את החולים, לשמור על החיים ועל בריאות הציבור כולו. האינטרס הרביעי הינו האינטרס במניעת התאבדות כשאינטרס זה אינו רלוונטי כל כך למקרה שבפנינו ומתייחס בעיקר לשאלות הקשורות בזכות למות בכבוד. בארה"ב נידון⁴² גם מקרה הדומה בעובדותיו לעובדות פסק הדין בענין פלוני נ' אלמוני ושם אישר בית המשפט תרומת כליה על ידי אח מוגבל בשכלו לאחיו שחלה במחלת כליות נדירה וזאת משום שבית המשפט השתכנע כי מחוות דעת של פסיכיאטר שהוגשה לבית המשפט עלה בבידור כי האח תלוי באחיו מבחינה רגשית וכי יש ביניהם יחסי קירבה מיוחדים ביותר.

ד. סחר באיברים

האפשרות החוקית והלגיטימציה המוסרית לתרומת איברים מעלה לדיון את השאלה הנוגעת לתרומה בתמורה ואף לאפשרות הסחר באיברים.

התשובה לשאלה זו מהווה למעשה הכרעה ערכית בשאלה האם על מנת להציל חיים ובשם קדושת החיים אנו כחברה נהיה מוכנים להכיר במתן תמורה כלשהי בעבור תרומת איברים מן החי להשתלה.

ניתן להכיר בתרומה בתמורה כאיזון אפשרי בין אי רצוננו ליצור "שוק איברים" לבין רצוננו לעודד אנשים רבים יותר למסור איברים להשתלה, בין אם בחייהם ובין אם באמצעות הסכמה למסירת איבריהם להשתלה לאחר מותם.

תמיכה בגישה זו ניתן למצוא בחקיקה בענין פונדקאות⁴³. חוק זה דן באפשרות של אשה להיות אם פונדקאית ומאפשר בעצם שימוש ב"רחם להשכרה". עם זאת, החוק אינו מתייחס כלל להיבטים קנייניים וקובע באופן כללי בלבד כי האשה זכאית להחזר ההוצאות הממשיות שהיא מוציאה (כדוגמת ייעוץ משפטי וכו'). האשה גם זכאית לפיצוי כללי עבור כאב ועבור הפסד השתכרות ואולם ניתן לראות כי הכוונה היא לפיצוי בלבד ולא לתשלום עבור זכות הקניין של האשה בגופה.

דוגמא נוספת היא התמורה הניתנת בעבור תרומת דם, זרע וביציות. ניתן לאבחן בין הדוגמאות הנ"ל לבין תרומת איברים להשתלה בהתייחס לסוג האיברים בהם מדובר כי הרי בענין תרומת דם, זרע וביציות ואף בתרומת מח עצמות, באיברים מתחדשים עסקינן ועל כן לפחות מבחינה מוסרית וערכית קל יותר להתיר התרומה ומתן התמורה בגינה. לעומת זאת, כאשר אנו מתייחסים לתרומת כליה, חלקי כבד וחלקי ריאה, אנו דנים באיברים שאינם מתחדשים ועל כן הפגיעה בתורם היא קשה יותר ובלתי הפיכה. אבחנה זו מעמידה בספק את התרת התמורה בגין התרומה וזאת לנוכח הסיכון הניכר לתורם. מן הצד השני ניתן לראות כי המחוקק הישראלי התיר סיכונה של האם הפונדקאית על מנת לאפשר לאדם אחר לזכות בילד משלו ולכן יתכן שיש להתיר תרומת איברים ואף מתן תמורה בגין התרומה וזאת בשם הרצון להציל חיי אדם.

Strunk v. Strunk 445 S.W. 2D 145 (1969) 42

43 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.

אין ספק כי גם בכל הנוגע להיבט החברתי והמוסרי, יש לתת עדיפות למצב שבו השתלה מתבצעת ממניעים אלטרואיסטיים.
עם זאת, הצורך בתרומות להצלת חיים יוביל לדעתנו למציאת דרך למתן תמורה בגין תרומת איברים והאיזון בין הגישות הוא במציאת השיטה הנכונה.
כך, למשל, יתכן שהאיזון הנכון הוא במתן תמורה סמלית להבדיל ממתן תשלום עבור האיבר עצמו או במתן תמורה בדרך של הטבות בתשלום מס הבריאות⁴⁴. אפשרות נוספת היא ליצור מצב של תשלום דמי ביטוח על ידי כלל האוכלוסיה בהתאם להשתכרות בפועל כאשר במקרה של צורך באיבר להשתלה תשלום תמורה למוסר האיבר על ידי המדינה מתוך דמי הביטוח.

ה. הגוף כנכס

היבט משפטי ראוי לדיון בתחום תרומות האיברים נוגע לשאלת קיומה של זכות קנינית של האדם על גופו.

מחלוקת ניטשת בין המלומדים בשאלה זו והיא ראויה להידון במסגרת דיוננו⁴⁵. נראה כי במשפט האמריקאי קיימת התייחסות נרחבת יותר לנושא זה, הן בפסיקה והן על ידי מלומדים.

פסק הדין שנחשב למנחה עד לאחרונה הינו פסק הדין בענין Moore. אדם זה סבל ממחלת לוקמיה מסוג נדיר וכחלק מהטיפול המקובל עבר כריתת טחול. הרופא אשר ביצע את הכריתה השתמש בתאים שהופקו מן הטחול ותוך שימוש בשיטות הנדסה גנטית הצליח ליצור שורת תאים ייחודית המייצרת חלבונים בעלי ערך מחקרי וכלכלי רב כשבזמן הדיון המשפטי הוערך שווי התאים בכשלושה מיליארד דולר. מטופל זה נשאר במעקב במשך שבע שנים שבהן נלקחו ממנו בדיקות דם, זרע ומח עצם והרופא לא גילה למטופל כל אותה תקופה את הערך העצום שיש לתגלית שהופקה מגופו. בנוסף, הרופא רשם פטנט על התאים והחתים את המטופל על כתב ויתור על כל תביעה עתידית. Moore הגיש תביעה המתבססת על 13 עילות שונות. בית המשפט בערכאה הראשונה דחה את התביעה על הסף. בית המשפט לערעורים של מדינת קליפורניה⁴⁶ העניק למטופל זכות בעלות על גופו המבססת תביעת גזל. בית המשפט לערעורים החזיר את הדיון בתיק לערכאה הראשונה על מנת שתקבע את גובה הפיצוי לפי ערכן של הרקמות. לצערנו, בית המשפט לא נדרש בפועל לקבוע את גובה הפיצוי בעבור גזל חומרי הגלם הביולוגיים של המטופל שכן קביעה תקדימית זו נהפכה בבית המשפט העליון של קליפורניה⁴⁷ אשר שלל את עילת הגזל בקובעו שאין למטופל זכות קניין בתאים שהוסרו מגופו אך הכיר בהפרת חובת

44 ד"ר ג' סיגל, ד"ר נ' סיגל, "זכויות קניין בגוף האדם", רפואה ומשפט, חוברת מס. 14, עמ' 13.

45 י' ויסמן, "איברים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ז), 500, ג' טרסקי, "קניין ועבירות - הבעלות על השתל המופק מן החי", הפרקליט לח (תשמ"ט), 281.

46 Moore v. Regent of the University of California, 202 Cal. App. 3d. 1230, 249 Cal. Rptr. 494 1988.

47 Moore v. Regent of the University of California, 793 P. 2d 479 (Cal. 1990).

הנאמנות של הרופאים בשל אי קבלת הסכמה מדעת כשבעטייה של ההפרה עומדת למטופל עילת תביעה נזיקית⁴⁸. יצויין כי דעת המיעוט בבית המשפט העליון הדגישה את האבסורד בשלילת זכות הקנין מהמטופל דווקא שהרי לא יתכן שלמטופל תהיה זכות פחותה ברקמותיו מאשר זכותו של הרופא הנתבע על התאים, עליהם אף רשם פטנט.

פסק הדין העדכני ביותר הינו פסק הדין בענין הכט⁴⁹. פסק דין זה עסק בצוואתו של ויליאם קיין, תושב קליפורניה, גרוש ואב לשני ילדים בגיל קולג'. קיין השאיר זרע בבנק הזרע וציווה בצוואתו למסור את הזרע לחברתו לחיים, דבורה הכט, מתוך תקוה ובקשה שזו תבחר ללדת את ילדו לאחר מותו. שבוע ימים לאחר מכן התאבד קיין ובבית המשפט לעניני המשפחה התעוררו שאלות רבות בדבר תוקפה המשפטי של הצוואה. בשנת 1992 החליט בית המשפט לעניני משפחה על השמדת הזרע והחברה פנתה לבית המשפט לערעורים של מדינת קליפורניה על מנת למנוע השמדתו. בית המשפט העליון קיבל את הערעור ומנע את השמדת הזרע בקובעו כי הזרע הוא נכס. בית המשפט העליון גם דחה הטענה לפיה החלטת בית המשפט העליון בענין Moore שללה כל אפשרות שלאדם תהיה זכות קנינית באיברי גופו.

יש להניח כי התפתחות אמריקאית זו לא תפסח גם עלינו וכי במהלך השנים הבאות תלך ותגדל הדרישה להכרה בזכויות קנין כלשהן של האדם על גופו.

1. סיכום - הדין הרצוי

סקירת המצב המשפטי בענין השתלת האיברים מותירה עדיין שאלות הטעונות לדעתנו פתרוניות בדרך של תיקונים בהסדרים החקיקתיים הקיימים.

ראוי לדעתנו לעגן את המותר והאסור בתחום ההשתלות מן המת בחוק ולבסס בדרך זו גם את הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות. גם קביעת שיטת נטילת האיברים במסגרת חוקית תוך קביעת אמצעי בקרה נאותים תפזר הערפל סביב הנושא, תבטיח פיקוח קפדני וממילא תסייע להפנמת המודעות לחשיבות הנושא.

לא זו אף זו, דבר המחוקק בנושא "רגע המוות" בכלל והמוות המוחי בפרט אשר יעמוד בקנה אחד עם פסקי ההלכה יסייע להפגת החשש הגלוי והסמוי מביצוע תהליך ההשתלה עוד טרם מותו של התורם. גם בכך יהיה כדי לתרום לקידום ופיתוח תהליך ההשתלה וממילא להצלת חיים מקום שאין הרפואה מציעה דרך אחרת.

באשר להשתלות מן החי, אין ספק כי ההתקדמות הטכנולוגית בכלל ובעולם הרפואה בפרט מחייבת גם הסדרת נושא זה בדרך חקיקתית באופן שתותר ההשתלה מן החי במגבלות מסוימות תוך הפעלת אמצעי בקרה ותחת פיקוח רפואי הדוק על מנת למנוע ניצול לרעה של תורמים. יש גם מקום לאפשר תרומה בתמורה בהתאם להצעות שהעלנו לעיל ותוך יצירת מנגנוני בדיקה יעילים.

זה המקום להזכיר את הצעת החוק בנושא ההשתלות⁵⁰.

48 יש להבהיר כי תביעה נזיקית מיועדת לפצות עבור נזק שנגרם ולהשיב את המצב לקדמותו כשעילה קניינית מיועדת למתן תשלום עבור ערכו הריאלי של הנכס שבו מדובר כשמקרה Moore מדובר בפערים כספיים ניכרים.

49 Review Denied, 1993 Cal. LEXIS 4768 (Sept. 2 1993), (20 Cal. Rpt. 2d. 275, 280 (Ct. App. 1993).

50 הצעת חוק השתלת איברים, התשנ"ט-1999.

הצעת החוק קובעת כי תוקם יחידה ארצית להשתללות ומגדירה את תפקידיה בהתאם לתפקידיה שממלא היום המרכז הלאומי להשתללות.

ההצעה קובעת שמבין עובדי היחידה הארצית להשתללות ניתן יהיה להסמיך מתאם השתללת איברים במרכז רפואי מורשה שתפקידו לתאם בין היחידה הארצית, המרכז הרפואי ומרכזים רפואיים מורשים אחרים בתחום נטילת איברים והשתלת איברים וכן מבקר איכות במרכז רפואי מורשה שתפקידו לבדוק את איכות פעילותו של המרכז הרפואי בתחום נטילת איברים והשתלת איברים.

לענין השתללות מן החי, ההצעה מעגנת את ההסדר הקבוע בחזור מנכ"ל משרד הבריאות ומורה על הקמתן של ועדות הערכה במתכונת דומה לוועדות הפועלות כיום. לענין השתללות מן המת, ההצעה קובעת מספר הוראות פרוצדורליות בהתאם לכללים שנקבעו בחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953.

לענין תמורה בעד התרומה קובעת ההצעה כי לא יקבל אדם תמורה עבור איבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר או המיועד לנטילה כאמור והכל בין שהנטילה נעשית בחייו של אדם ובין לאחר מותו ולא ייתן אדם תמורה עבור איבר שהושתל בגופו או בגופו של אחר או המיועד להשתלה כאמור.

עם זאת, הצעת החוק קובעת כי ועדת ההערכה רשאית לאשר מראש חזר הוצאות הכרוכות בביצוע הפעולות הרפואיות ובכלל זה ביטול זמן, אובדן הכנסה או הפסד זמני של כושר השתכרות וכן רשאית היא לאשר הבטחה למתן פיצוי סביר⁵¹.

יש לציין גם כי הצעת החוק מורה על הקמתה של ועדת היגוי ליחידה הארצית כשבין תפקידיה של הועדה נכללים ייעוץ לשר בכל הקשור בהתוויית מדיניות ארצית בנושא נטילת איברים והשתלת איברים, גיבוש תוכנית פעולה שנתית של היחידה הארצית והצעת תקציב למימון, קבלת דין וחשבון על ביצוע פעולות ובעיקר על פעולות ועדות ההערכה, המלצה על הכרה בבית חולים כמרכז רפואי מורשה ודיון בדוחות בקרת איכות.

יש לקוות כי הצעת חוק זו תהיה מקובלת על המחוקק הישראלי וכי זהו צעד ראשון בלבד בדרך הארוכה להסדרת נושא השתלת האיברים והדילמות הרפואיות, המשפטיות והחברתיות שהוא מעורר.

51 ניתן למצוא דמיון רב בין הסדר זה ובין ההסדר בענין פונדקאות וראה לעיל הערה 43.