

# של מי האיברים האלה, לעזאזל

לפי דוקטרינת "ההסכמה המשוערת", המקובלת במרבית מדינות מערב אירופה, ניתן להוציא איברים להשתלה מנפטרים, אלא אם התברר שהמנוח - בעודו בחיים - התנגד לכך ■ מהם היתרונות ומהם החסרונות של גישה זו

להשערה כזו, אלא על פי חזקה, הנסמכת על העדר מידע בדבר רצונו של המנוח. אין זו הסכמה כלל וכלל, שכן "הסכמה" צריך שתהא פוזיטיבית, מפורשת, מודעת ולא נרמזת. כאן, על פי הנחה שבחוק, מבצעים פעולות בגופ(ת)ו של אדם להוצאת איברים, לחיתוך הגופה, למחקר ועוד. יש המשערים<sup>(5)</sup>, כי הניסוח האמור נבחר מטעמי נוחות ורצון לקבל אישור נרחב לשיטה המוצעת, אשר למעשה מתירה השגת איברים ללא תרומה.

## בעקבות אוסטריה

אוסטריה מובאת תדיר כדוגמה מובהקת ליישום השיטה בצורתה הנוקשה, הקפדנית (strong system, pure system) גישה זו מאופיינת בכך שהרופא אשר אחד מחוליו נפטר - היה ואינו יודע או לא הובא לידיעתו או לא "שמע" על התנגדות כלשהי של המנוח, בחייו, להנצלת איבריו להשתלה - רשאי מכוח החוק להוציא כל איבר נדרש לצורכי השתלה<sup>(6)</sup>. אם שמו של המנוח אינו מופיע במרשם המרכזי, אין הרופא חייב לעשות דבר כלשהו על מנת לברר את כוונת המנוח. החוק מניח "הסכמה" במקום המנוח ובמקום משפחתו. גישה דומה נקוטה גם בשווייץ ובפולין. הרופא מנוע מהסרת איברים רק אם יש בידו הצהרה מפורשת של המנוח טרם מותו.

בבלגיה<sup>(7)</sup>, שבה נהוגה השיטה בצורתה הרכה (soft system)<sup>(8)</sup>, על הרופא לערוך בירור - שהינו חובה על פי החוק - במאגר המרכזי הממוחשב, על מנת לבדוק ולוודא שהמנוח לא נרשם כמי שמתנגד להוצאת איברים מגופו

שמעות של שני המושגים. "הסכמה מדעת"<sup>(3)</sup> מבטאת הסכמה אקטיבית, ולפיה נדרשת כיום על פי חוק<sup>(4)</sup> הסכמה מלאה וברורה של החולה לטיפול הרפואי. היא האנטיטזה לפטרנליזם ונובעת מהאוטונומיה המוכרת שיש לאדם על גופו. אין לדברים אלה קשר לנושא דיוננו. בבחינת המונח "הסכמה משוערת" ניתן

## בסינגפור מתייחס החוק להשתלת כליה בלבד. המיוחד בחוק הוא השימוש בשיטת המקל והגזר, שלפיה במקרה של שניים הזקוקים להשתלת כליה, תהא קדימות למי שלא נרשם כמתנגד

לראות בעליל כי קיימת בו סתירה פנימית. הסכמה הינה דבר אקטיבי - אדם נותן הסכמה לדבר שהוא יודע על קיומו ויכול להתייחס אליו. אף אם ההסכמה הינה פסיבית, היא ניתנת לעניין שמוכר לאדם, והוא מודע לקיומו. אדם אינו יכול להסכים לדבר שהוא אינו מודע לקיומו. דוקטרינת "ההסכמה המשוערת", יסודה בכך שאנו לא יודעים על הסכמה כלשהי. אנו רק מניחים על פי החוק את דבר קיומה, וזאת ללא בסיס עובדתי כלשהו היכול להוליך למסקנה או

די פעם עולה השאלה, אם אין זה נכון וראוי להנציל יותר ויותר איברים להשתלה מן הנפטרים, אף בלא הסכמה ברורה, אלא על פי חוק מיוחד שיתיר זאת. שיטה זו מושכת את הלב ומצטיירת כפתרון פלאים הנראה נוח ופשוט ביותר.

גישה זו מוכרת כדוקטרינת "ההסכמה המשוערת" - presumed consent<sup>(1)</sup>. עיקרה, בגישתה הטוטלית כלפי גוף האדם לאחר פטירתו, עד כדי הפקעה למעשה, ויש אומרים הלאמת הגוף לטובת הכלל. על פיה, יכול רופא מוסמך או פקיד מוסמך להחליט כי כל אדם אשר נפטר בבית החולים - יוצא הימנו כל איבר הנדרש לצורך השתלה לריפוי של אדם אחר או למחקר, אלא אם התברר שהמנוח - בעודו בחיים - טרח להודיע מראש ולהירשם במקום המיועד לכך, מאגר "שוללי תרומות", כדי להבהיר את התנגדותו לעשיית שימוש כלשהו באיבריו לאחר מותו<sup>(2)</sup>.

השיטה קנתה לה מעמד במרבית מדינות מערב אירופה; בבריטניה נמסים ליישם את השיטה בשילוב עם הסכמה משפחתית, אך לארצות-הברית נאסרה כניסתה.

קיים אמנם דמיון בין המושג המוכר "הסכמה מדעת" - informed consent - לבין המונח המשמש אותנו כאן, והדבר עשוי להטעות במידה רבה בשל המלה "הסכמה" המופיעה בשניהם. אלא שניתן לראות מיד עד כמה אין, הלכה למעשה, קשר בין התוכן והמ-

\* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.



## שלוש חתימות

נושא ההשתלות בישראל עדיין מוסדר על פי סעיפים 6א' לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953<sup>(14)</sup>. על פי החוק המקורי, יכול היה רופא לבצע נתיחת גופה של מי שנפטר בבית החולים או הובא לשם ללא רוח חיים, על פי חתימה של שלושה רופאים. לא נדרשה כלל הסכמת המשפחה, ולמעשה פעלו הרופאים על דעת עצמם, אף בלא לברר את עמדת המנוח. מטרת הנתיחה צריכה להיות קביעת סיבת המוות או ריפוי של אדם. השערוריות שליוו את הפעל"תו המעשית<sup>(15)</sup> של החוק הביאו גם לתיקונו בשנת 1981 ולהוספת סייגים רבים לאפשרויות נתיחת הגופה והוצאת איברים להשתלה (ריפוי). אך גם כיום, על פי הנוסח הפורמלי, ניתן במקרי חירום מיוחדים להוציא איבר מנפטר לצורך השתלה להצלת חיים בלא שהתקבלה בפועל הסכמת המשפחה<sup>(16)</sup>.

בנסיבות המפורטות בסעיף 6 (א)(1) לחוק, ובהעדר התנגדות בכתב של המנוח, מותר להשתמש באיברי הנפטר להצלת חיים אף בהעדר הסכמת המנוח או משפחתו, ובלבד שנעשה ניסיון סביר למסור הודעה לבני המשפחה. אם נמסרה הודעה, יש לקבל את הסכמת המשפחה. אך במקרה שנעשה, כאמור, ניסיון סביר למסירת ההודעה ולא אותרו בני משפחה (ואין לכך אמות מידה מדויקות), ומתקרב המועד המאוחר ביותר שבו אפשר להוציא איבר לשימוש להשתלה – ניתן לבצע את הנצלת האיבר. זו הלכה למעשה גישת "ההסכמה המשוערת". אלא שבישראל המדיניות הנקוטה הינה שלא לבצע ניתוחים והנצלות איברים במקרים כגון אלה, תהא מידת הדחיפות אשר תהא, ודאי לא כשמדובר באזרח ישראלי מן השורה<sup>(17)</sup>.

## נוחות לוגיסטית

בין יתרונות השיטה: אין צורך בכרטיס תורם כפי שנדרש בגישה הנהוגה בארץ, שכן כל נפטר הוא מועמד להנצלת איברים. כך גם גדלה הנוחות הלוגיסטית; שכן יהיו יותר איברים בכל מקום, דבר שיחסוך את הצורך בשינוע איברים. יתרונה המרכזי של שיטת "ההסכמה המשוערת" הוא בהגדלת מספר האיברים להשתלה וכפועל יוצא מכך בהצלת חיים של רבים. כל זאת, הגם שברור וידוע על פי הניסיון המצטבר של הפעלתה, כי לכלל פתרון מלא של הבעיה והמחסור לא הביא, אה, ובמקומות מסוימים תוספת האיברים היתה מינימלית.

בנוסף יצוין, כי במקביל לתקופה שבה נכנסה לשימוש שיטה זו של "ההסכמה משוערת", הופעלו שיטות נוספות ובהן רעיון "מתא-

< המשך בעמוד הבא >

מוגבלת, שאינה נחשבת כתמורה האסורה על פי החוק.

בבריטניה מוצעת גישה הקרויה Presumed Consent with Family Agreement, אומר, המשפחה תדע מראש על רצון היחיד לתרום את איבריו לאחר מותו, והסכמת המשפחה תהא ידועה ונתונה. עד היום לא עברה ולא התקבלה השיטה של "ההסכמה משוערת", במידה רבה בשל התנגדות הרופאים, אך גם בשל ההתנגדות הרבה בקרב האוכלוסייה. בשנת 1999 שינה ה-British Medical Association (BMA) את גישתו וקיבל החלטה התומכת בהחלת השיטה האמורה<sup>(12)</sup>, אלא שהמחוקק הבריטי לא קיבל את החוק משנוכח לדעת כי קיימת לו התנגדות רבה בקרב האוכלוסייה.

שיטת "ההסכמה המשוערת" קיימת גם בספרד, אלא ששיטה זו לבדה לא היה בכוחה לפתור את בעיית המחסור באיברים, כפי שגם אירע במדינות אחרות, הגם שהושג שיפור משמעותי. על פי המודל הספרדי<sup>(13)</sup>, הוקמו גם קבוצות של מתאמי השתלות. אלה הוכשרו במיוחד למטרה זו, עד לרמה של מתאם השת"ל לות הצמוד לכל בית חולים. כל אלה, יחד עם פעילות הסברה עניפה וקיום "ערוץ חם" הפתוח לתקשורת – במגמה לדווח על הפעילות השוטפת ועל אירועים מיוחדים – חוללו פלאות.

הלקח העיקרי שניתן ללמוד מן השיטה הספרדית הינו כי שיטת "ההסכמה המשוערת" לא הניבה, לבדה, את התוצאות המקוות ולא פתרה את כלל בעיית המחסור, אלא צמצמה אותה במידת-מה, בהתאמה ל"תקיפות" הפעל-תה במדינות השונות.

לאחר מותו. מאידך גיסא, אף שהחוק הבלגי אינו מחייב זאת, מעודדת הגישה הבלגית את הרופאים לברר בכל זאת עם המשפחה הקרובה את עמדתה ביחס להנצלת איברים מיקרם שנפטר. גישה זו מונעת על ידי הצורך לדעת פרטים רבים ככל האפשר על המנוח ועברו, על מנת למנוע את כשלון ההשתלה.

לפי החוק הצרפתי<sup>(9)</sup>, שם נהוגה השיטה החלשה (weak system), אין צורך שההתנגדות תהא רשומה במרשם מרכזי, אלא די בכך ש"נודע" לרופא או לאחר בהנהלת בית החולים כי יש ייתכן שהמנוח התנגד בעודו בחיים להנצ"ל ת איבריו, כדי למנוע הוצאת איבר כלשהו מגופת הנפטר. כל עד להתנגדות יכול להביא את הדברים לידיעת הרופא, לאו דווקא בן המשפחה.

בסינגפור נחקק (HOTA) Human Organ Transplant Act, שבו נכלל רעיון "ההסכמה המשוערת" באופן שונה מאשר במדינות אירופה. החוק<sup>(10)</sup> מתייחס להשתלת כליה בלבד והוחל רק על מקרי מוות מתאונה, ובתנאי שהנפטר לא הודיע בחייו על התנגדותו לעשיית שימוש באיבריו לאחר מותו. החוק אינו חל על נפטרים מתחת לגיל 21 או מעל לגיל 60 וכן אינו חל על האוכלוסייה המוסלמית. המיוחד לרעיון מסינגפור הינו השימוש בשיטת "המקל והגזר" – במלים אחרות, עונש או פיתוי – שלפיה<sup>(11)</sup> במקרה של שניים הזקוקים להשת"ל כליה, תהא קדימות למי שלא נרשם כמתנ-גד. אדם אשר נרשם כמי שמתנגד לעשיית שימוש באיבריו לאחר מותו, אך חזר בו וביטל את רישום ההתנגדות, יזכה למעמד שווה רק לאחר שנתיים ממועד הביטול של רישום ההתנגדות. סעיף אחר בחוק מתיר מתן תמורה

# של מי האיברים האלה, לעזאזל

## < המשך מעמוד קודם >

מי ההשתלה", והתהודה של הדיונים בעניין זה עוררה רבים למדעות ולרצון לתרום. הנתונים<sup>(18)</sup> מראים, כי אכן היתה במקומות אחדים עלייה משמעותית (בבלגיה, למשל, בשיעור של 37%), אך גם במדינות אחרות – כגון גרמניה או הולנד – שבחן טרם הופעל לה השיטה באותה עת, ולכן קשה לבודד אותה מהגורמים האחרים ולדעת מה היתה מידת השפעתה המדויקת.

בעוד ההשוואה בין המדינות השונות אינה חד-משמעית, בשל ההשפעות של גורמים נוספים שהזכרנו, הרי הנתונים בהשוואת המרכזים הרפואיים מביאים למסקנה ברורה וחד-משמעית: ככל שגברה הנוקשות של יישום השיטה, כך גדל מספר האיברים להשתלה.

## סתירה מוחלטת

בהפעלת הדוקטרינה יש מידה רבה ביותר של חוסר התחשבות במעמד גופתו של האדם. קיימת מראית עין של הסכמה, אך למעשה אין כלל וכלל ידיעה מה באמת רצה המנוח. קיימת חזקה בחוק, שעל פיה מניחים הנחה, פיקטיבית לחלוטין וחסרת כל בסיס עובדתי, שלפיה מתירה המדינה באמצעות החוק להוציא איברים מגופו של המנוח. לכאורה, מוטב היה "להודות על האמת" ולהציע שימוש באיברים בלא כל היתר מראש, וזאת בשל המצוקה הקיימת, אלא שספק אם החברה תיתן ידה לכך.

חוסר ההתחשבות ברצון הפרט, המנוח, בולט וחמור שבעתיים נוכח העובדה שעל פי חוקי כל המדינות יש לרצון המנוח מעמד נכבד בחוק; למשל, בחוקי הירושה ועוד. אין כל ספק, כי הדוקטרינה הנדונה מצויה בסתירה מוחלטת לדוקטרינה אחרת, זו של "הסכמה מדעת", ושיש בה משום פגיעה חמורה בזכות האדם לגופו ולאוטונומיה על גופו. במלים אחרות, הדוקטרינה האמורה אינה אלא התגלמות הפטרנליזם, ולא תביא את הרצון האמיתי של הפרט לידי ביטוי, ולמעשה יתעלמו ממנו. רצונו של אדם והאוטונומיה שלו על גופו חלים ומשתרעים גם לאחר מותו, וכדרך שאנו מכבדים את רצונו בשאלה כיצד ימות (לעניין החולה הנזכר למות), כך חובה לכבד את גופתו. עצם העובדה שמחייבים את האדם לבחור, במקום שאינו צריך את אקט הבחירה לצורך חייו הוא, די בכך להוות הפרה של זכות האוטונומיה.

בהחלט קיים חשש, כי תהא בורות ניכרת או לפחות איידיעה או אי-הבנה באשר לזכריות, או אפשרות של "יצאה החוצה" (out opt), במיוחד ביחס לאוכלוסיות חלשות ופגיעות. עריכת פעולות ממשיות להגברת הידע של הציבור, יכול שתעלה מדרגה את

החזקה שבחוק. אם נניח כי "הסכמה" הינה בגדר "הסכמה" מפורשת, הרי ההסכמה שתוארה כאן עד עתה נדמית יותר להסכמה פיקטיבית, אלא אם כן יהא בידי הציבור מידע ממש; שאז אכן עשויה החזקה שבחוק להיחשב, בנתונים מסוימים, כ"הסכמה משוערת", כאשר יש להשערה בסיס (של מידע רב לציבור) להישען עליו.

## התחשבות במשפחה

נראה, כי במדינות העולם למדו, שאי אפשר בשום פנים להתעלם מן המשפחה, מרצונה ומרגישותה ביחס למנוח ולשאלה מה ייעשה בגופתו. גישה זו מבוססת על השקפת עולם תרבותית יותר מאשר על חוק.

אין ספק, כי במדינות שהפחיתו את מידת הנוקשות של הפעלת השיטה, היה הדבר בשל הרצון להתחשב במשפחות – אך זה בא, ללא ספק, על חשבון התוצאות. אם כך, מה הטעם בכל השיטה? האם נניח כי היא ראויה רק לאנשים עריריים, או כמו בישראל – לפועלים זרים?

לאמיתו של דבר, משנפטר המנוח, עמדת המשפחה ורגישותה חשובות הרבה יותר מאשר השאלה מה היה המנוח משיב לו שאלוהו היום בדבר עמדתו לגבי הנצלת איבריו.

## בגיעה באמון

ברור בעליל, כי אם ישמע האזרח שמר-ציאים איברים, אפילו להצלת חיים, על סמך "השערה" בדבר "הסכמה" של הפרט – תוך הפרה של זכויותיו והאוטונומיה שלו, ועל הכל, בלא להתחשב במשפחות או ברצון הממשי – מערכת הרפואה תאבד מהר מאוד את אמון הציבור, והדבר עלול להביא לפגעי עתה חמורה בתפקודה. אמון החברה במערכת הציבורית הוא עניין החשוב לחברה כולה, ואשר על כן נוצרה הדוקטרינה האחרת בדבר "ההסכמה המודעת", הדורשת מהרופאים גלגות את כל הידוע להם, מתנגדת לפטרנליזם ומבכרת שקיפות מלאה.

נראה, כי הפעלת השיטה בדבר "ההסכמה המשוערת" יכול שתביא לפגיעה חמורה ביותר במערכת הרפואית. שימוש נוקשה ומנוכר בשיטה זו עלול להביא נזקים רבים, הנובעים מהעדר קשר עם משפחת הנפטר, שהינה מקור חשוב למידע הנוגע למנוח, לאיבריו ולמחלותיו בעבר – מידע אשר לא ניתן גלגותו בבדיקות השגרתיות, משוכללות ככל שיהיו. אין ספק, שמנוקדות מבט זו חייבת להיות קשר עם המשפחה, המבוססת על אמון מלא במערכת; קשר שייסייע להשתמש באופן מושכל וראוי באיבר שהונצל. השאלה המרכזית הינה: האם המחיר

האתי והחברתי שהחברה תשלם בגין הפעלת השיטה האמורה שווה את תוצאות הפעלתה? מאידך גיסא, האם אין הפרט חייב לחברה לפחות את האפשרות של הנצלת איבר מגופו(ת)ו בהיותו חבר באותה חברה? אם כן, יש להסכים לכך אפילו במחיר חברתי מסוים. אם כך הדבר, אזי למה להצדיק זאת על פי עקרון "ההסכמה המשוערת"<sup>(19)</sup> – אשר אמנם יש ביכולתה להגדיל במידה מסוימת את מספר האיברים להשתלה, אלא שהדבר מושג במחיר של בעיות ערכיות קשות ביותר<sup>(20)</sup>.

## הערות:

1. ראו להעיר, כי אנו משתמשים במונח העברי שרווח במקומותינו, הגם שישנן כי תרגום אחר, דווקא יותר, יהא שונה אך מדויק יותר.
  2. Kluge Eike-Henner W.; Improving Organ Retrieval Rates: Various Proposals and Their Validity, Health Care Analysis 8(2000) 279-295 Ethical ראו ויקורתה בעמ' 285-286 ועל ההתנגשות של גישה זו עם זכותו של האדם להגדרה עצמית, לפרטיות ולאוטונומיה.
  3. שפירא עמוס; "הסכמה מדעת" לטיפול רכואי - הדיון המצוי והרצוי, עיוני משפט י"ד (1) תשמ"ט ע"א 225/91/1008/91 נועם רייב. נ. ד"ר וייגל פרי"מ (2) 497 ואח' 27.12.5.96
  4. חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996 ס"ח 1591 מיום 27.12.5.96
  5. R.M. Veatch & J.B. Pitt: The Myth of Presumed Consent: Ethical Problems in New Organ Procurement Strategies, Transplant. Proc. 27 4/1995 1888-92 Re-printed in The Ethics of Organ Transplants; A.L. Caplan ed. Prometheus Books 1998 p.173
  6. Bundesgesetzblatt für die Republic Osterreich, 18 June 1982 No. 113 pp. 1161-1162 WHO p.132 המקור לחוקי המדינות השונות; Legislative Responses to Organ Transplantation, World Health Organization., Martinus Nijhoff Pub. 1994
  7. Law of 13 June 1986 on the Removal and Transplantation of Organs sec. 10(1) [Moniteur Belge, 14 February 1987, No. 31 pp. 2129-2132] WHO p. 135
  8. Medical Law in Belgium/ Herman Nys, Kluwer Law International 1997 בשנת 2000 היה שיעור השתלות הכליה מן המת. P. 44.8 P.M. (per million people) מן הגבוהות בעולם. ראו, להשוואה: www.msc.es/ont/esp
  9. Law No. 76-1181 of 22 December 1976 on the Removal of Organs (Journal officiel de la République Française, Edition des Lois et Décrets, No. 299 23 December 1976 p. 7365).WHO 199
  10. Kaur M.; Organ Donation and Transplantation in Singapore, Transp. Proc. 03 1363-1363 (1998)
  11. Gorsline Monique et. El. The United States System of Organ Donation The Journal of Corporation Law 1994 p. 5 at 25
  12. Erin C. & Harris J. Presumed Consent or Contracting Out, Journal of Medical Ethics 1999;25:365
  13. לתיאור השיטה הספרדית על ידי מייסדיה ומנהליה כיום, ראו בהרחבה: Organ Donation for Transplantation: "The Spanish Model"/R. Matesanz & B. Miranda/ Aula Medica S.A 1996
  14. Organ and Tissue Transplantation in the European Union/Y. Englert ed. Martinus Nijhoff Pub. 1995 p. 103
  15. ס"ח תשי"ג, 162; תשמ"א, 42; תשנ"א, 144.
  16. ראו בהרחבה: הכתן אביגד, משפט רפואה ב"מדינה יהודית דמוקרטית", שערי משפט כרך ב' (2) בעמ' 189
  17. הצעת חוק השתלת איברים החדש מנוחת זה מכבר על שולחן הכנסת.
  18. להבדיל, למרבה הצער, ממקרים של פועלים זרים או "חסרי בית", שם זכרים, בדרך כלל לאחר מעשה, בצורך להכין קריטריונים מדויקים לעניין זה. ראו גם פריש שרה; "היבטים השפטיים של השתלת איברים", שערי משפט: כרך ב' (2) בעמ' 133 ועמ' 136 הש"ש והטקסט הנלווה.
  19. Kennedy & Grubb; Medical Law, 3rd ed. Butterworths 2000 בעמ' 1871 ואילך
  20. David E. Jeffries 'The Body as Commodity: The Use of Markets to Cure the Organ Deficit www.law.indiana.edu/gls/vol15/no2
- לעיון נוסף בסוגיית "ההסכמה המשוערת", ראו ספרו של כותב שורות אלה: "תרומת איברים בתמורה", הוצאת פרלשטיין-גינטר 2004, פרק 9.