

יידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין, של נשא HIV או חולה AIDS,

על אודות מצבם הרפואי של הנשא/החולה

אביגדור סלטון* ודניאל שם טוב**

תקציר

המאמר עוסק בשאלות משפטיות-רפואיות הקשורות ליידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין (להלן- בן זוג/שותף), של חולה איידס או נשא נגיף האיידס, על אודות מצבם הרפואי. יש הסכמה רחבה בחו"ל ובישראל, שעל חולה או נשא מוטלת חובה מוסרית ליידוע בן זוג/שותף על מצבו/ה הרפואי לפני קיום יחסי מין. לעומת זאת, הדעות חלוקות לגבי חובתו המשפטית לעשות כן. המאמר סוקר את המצב המשפטי בארץ תוך התייחסות למצב במספר מדינות בעולם. בתי המשפט בישראל, הגם שהתייחסו בעקיפין לשאלת קיום חובה משפטית כאמור, טרם נדרשו להכריע בה ממש. באשר לחובת חולה איידס או נשא הנגיף כלפי בן/בת הזוג או השותף/פה, נראה כי מההיבט המשפטי הדווקני, מדיניות משפטית ראויה אינה יכולה לשחרר מאשמה או מאחריות "בעל סיכון" אשר לא יידע או לא הזהיר אדם אחר מפני אותו סיכון. לעומת זאת, מההיבט הרפואי-סוציאלי יש הגורסים, כי לפני עיצובה של חובה משפטית מן הראוי להביא בחשבון שיקולים רפואיים וסוציאליים רלבנטיים. בכמה מדינות של ארה"ב יש הוראות חוקיות מפורשות המזייבות את הנשא לגלות לשותף לפני קיום יחסי מין את דבר נשאותו. שאלה היא אם ראוי לאמץ הסדר תחיקתי כזה, אם הוא רצוי ובאיזו מידה הוא עשוי להרתיע נשא/חולה איידס מקיום יחסי מין ללא גילוי נשאותו לאחרים.

שאלה נוספת בה דן המאמר היא שאלת חובתו של מי שהתוודע למצבו הרפואי של החולה או הנשא (כגון הרופא המטפל) כלפי אדם אחר העלול להידבק עקב מגע איתם. נראה לאור הניסיון שנצבר בינתיים מתוך עבודתה של "ועדת אתיקה ארצית לנושא HIV ואיידס", שהוקמה מכוח חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, במסגרתה חייבת שאלה זו למצוא מענה הולם, בהשוואה לחקיקה הנהוגה בארצות שונות בעולם, כי השיטה הישראלית אינה נופלת ביעילותה ואף עולה על השיטות הנהוגות שם. במדינות ארה"ב, למשל, נחקקו הוראות חוק שונות כדי לפתור את הדילמה בין החובה לפרטיות לבין החובה להזהיר בן זוג/שותף. חקיקה זו שאינה אחידה ולפעמים עמומה ואינה ברורה דיה, אינה מפחיתה מהאחריות ומהמבוכה הרובצות על המטפלים. דווקא בגלל הרשות או החובה המוטלות לפעמים על הרשויות, לעיתים על המטופל, ובמקרים לא מעטים על המטפלים לסוגיהם, נוצרים בלבול ואי וודאות שאינם בהכרח מיטיבים עם המטופלים. לעומת זאת, לפי השיטה הישראלית, כשבוועדה משתתפים בעלי מקצועות מגוונים, הפיתרון עשוי להיות מאוזן יותר, כזה שיביא בחשבון את האינטרסים החיוניים של הצדדים השונים המעורבים.

* שופט בדימוס. יו"ר ועדת אתיקה ארצית לנושא HIV ואיידס לפי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. avigdorsa@gmail.com

** מנהל המחלקה לשחפת ואיידס, שרותי בריאות הציבור, משרד הבריאות. חבר בוועדת האתיקה הנ"ל ומרכז את ענייניה.

מבוא

האיידס - תסמונת הכשל החיסוני הנרכש (Acquired Immunodeficiency Syndrome-AIDS) נגרמת על ידי נגיף ה-HIV - Human Immunodeficiency Virus. נגיף זה עלול לעבור מאדם הנושא אותו לאדם בריא. נושא הנגיף שלא פיתח את מחלת האיידס מכונה "נשא HIV". הדבקה בנגיף של אדם בריא יכולה שתיעשה:

(1) תוך קיום יחסי מין לא מוגנים הכוללים חדירה לנרתיק, לפה ולפי הטבעת.¹

(2) באמצעות עירוי דם ומוצריו, מזוהמים בנגיף.

(3) באמצעות שימוש משותף במחטים.

(4) העברה מאם לילוד במהלך ההיריון, הלידה וההנקה.²

1 הידועים כיחסי מין וגינאליים, אוראליים ואנאליים.

2 "נוהל למניעת הפצת איידס לבן/בת זוג מיניים" מינהל רפואה- משרד הבריאות 45/2005 (התשס"ו), נספח מס' 2. על שלושת שלביה של מחלת האיידס ר': ד"ר אברהם שטיינברג "מחלת ה-AIDS- היבטים רפואיים, מוסריים והלכתיים" אסיא מז-מח (יב), ג-ד, 30-18 (1990).

מאמר זה דן בעיקר בהדבקה כתוצאה מהמצב המסומן (1) לעיל. על כן, "בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין" בענייננו, ייחשבו אלה המקיימים יחסי מין קבועים או יחסי מין מזדמנים, והכל - בהתאם לנסיבות המקרה. למען הנוחות נכנה אותם להלן - "בן זוג/שותף".

איסור הפצת האיידס

מעצם היות האיידס מסוכנת ומידבקת נגזרת חובה על פי דין שלא להפיץ את המחלה. חובה זאת אינה מיוחדת לאיידס, היא חלה על כל מחלה שיש בה סכנת נפשות, והיא נובעת מן הדאגה לזולת ולשלום הציבור כולו, מתוך השאיפה להלחם במחלה ולהדבירה על ידי מניעת התפשטותה. חובה כללית כזאת לעניין "מעשה העלול להפיץ מחלה" קבועה בחוק:³

"העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים;

עשה את המעשה במזיד, דינו - מאסר שבע שנים".⁴

האיסור קיים לגבי מעשה רשלני העלול להפיץ את המחלה אף אם המחלה לא הופצה בפועל.⁵ לא כל שכן, אם עקב אותו מעשה רשלני הופצה המחלה בפועל.

היש צורך בחוות דעת רפואית כדי להוכיח את מסוכנותה של מחלת האיידס? לאחרונה נפסק בעניין *הגשי הנ"ל* כי

"טוב היו עושים הצדדים לו הניחו בפני בית-משפט חוות-דעת מקצועית-רפואית בכל הנוגע למחלת האיידס ודרכי ההידבקות בה. תרומתם של אנשי המקצוע הינה חיונית למלאכתו של בית-משפט, אשר, מטבע הדברים, אין לו מומחיות ברפואה. יחד-עם-זאת, בית המשפט אינו כלי ריק המתמלא רק בתוכן המוזרק לתוכו על-ידי אחרים (ראה: ע"פ 4675/97 רוזוב נגד מדינת ישראל, פ"ד נג(4), 358), והכל מסכימים כי שופט רשאי לעשות שימוש במידע הבסיסי שהוא נחלתו של כל אדם משכיל ממוצע".

"מחלת האיידס, אופייה, מסוכנותה ודרכי-הפצתה, מוכרים לציבור מזה שנים [...]. לא יכול להיות ספק, כי מהותה של המחלה והידע הבסיסי באשר לדרכים למניעתה, הינם בתחום ידיעתו של כל אדם "משכיל ממוצע" שלא לומר מעל לממוצע, וככזה נמצא בתחום ידיעתו השיפוטית של בית המשפט".⁶

www.medethics.org.il/articles/ASSIA/ASSIA7/R007079.asp

וכן סקירתו של השופט חיים נחמיאס על הרקע הכללי של האיידס בת"פ 1362/92 (שלום-אש') מדינת ישראל נ' פלנסייה, פ"מ התשנ"ו (4) 397, 403-405 (1996), והפניות למקורות רפואיים ומשפטיים שם (הנאשם הואשם בכך, שבהיותו חולה במחלת האיידס וביודעו דבר מחלתו, קיים יחסי-מין עם המתלוננת, קטינה כבת שש עשרה, בלי שיידע אותה על מחלתו ובלי שנקט אמצעי זהירות).

3 ס' 218 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864. "מן הבחינה המשפטית, לעניין הפצת מחלה כאמור בסעיף 218 לחוק - דין "נשא" כדין "חולה". שניהם חולים, זה כמו זה אינם בריאים, ושניהם עלולים להפיץ המחלה". מקביעותיו של השופט ח' נחמיאס בת"פ 1362/92 (שלום-אש') מדינת ישראל נ' פלנסייה, לעיל, 414.

4 "מזיד בהקשר זה, איננו בהכרח רצון עו שהמתלוננת תיפגע כבחירה מועדפת של המערער, אלא ביצוע מעשים בכוונה, תוך פזיזות לגבי ההשלכות הנובעות מהם, כאשר עניינים אלה ידועים לו" (השופט נ' הנדל, בעניין פלנסייה, להלן ה"ש 5 (ע' 23 לפסה"ד). על דברים אלה חזרה השופטת ת' שפירא בעניין *הגשי*, להלן ה"ש 5, וקבעה כי יסוד ה"מזיד" בעבירה התקיים חרף טענת המערער, שהוא קיים את היחסים המיניים תחת השפעת סם (פס' 36-37 לפסה"ד). ר' גם ס' 90א (1) לחוק העונשין, לעיל, המגדיר "מזיד" כ"פזיזות" לעניין תוצאת המעשה.

5 במובן זה העבירה אינה תוצאתית. ר' קביעותיו של השופט ח' נחמיאס בת"פ 1362/92 (שלום-אש') מדינת ישראל נ' פלנסייה, לעיל, 419; וכן ע"פ 560/96 (מחוזי ב"ש) פלנסייה נ' מדינת ישראל, תק-מח 97 (3), 2504 (1997), (להלן: עניין פלנסייה) (ס' 5 של פסה"ד), ע"פ 1538/02 פלוגי נגד מדינת ישראל, פ"ד נח(3), 590, 604, ולאחרונה - ע"פ (מחוזי ת"א) 70834/08 *הגשי* נ' מדינת ישראל (טרם פורסם 15.07.09) (להלן: עניין *הגשי*) (על-פי הנטען והמתואר בכתב האישום, בשנת 2001 אובחן המערער כנשא נגיף האיידס (HIV). בין השנים 2002-2004 קיים יחסי-מין מלאים עם המתלוננת, בהיותה קטינה, ללא שימוש באמצעי-זהירות, מספר רב של פעמים. המערער מואשם כי עשה כן במזיד, ביודעו כי הוא חולה במחלת האיידס, מחלה מידבקת שיש בה משום סכנת-חיים, מבלי ליידע את המתלוננת, תוך יצירת סיכון ממשי לחייה. יצוין, כי למרבה המזל לא נדבקה המתלוננת במחלה).

מצוי: elyon1.court.gov.il/heb/dover/4293314.doc

6 אך ר' להלן, ה"ש 46.

היקף האיסור

התרשלות במובנה המשפטי קיימת, בין השאר, כאשר פלוני לא "עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות".⁷ מכאן, שאם פלוני, נשא HIV או חולה איידס (להלן - נשא/חולה איידס⁸), קיים יחסי מין אגב שימוש בקונדום, לכאורה יצא פלוני את ידי חובתו שבחוק. אין חולקין, שאם פלוני לא היה ולא יכול היה להיות מודע להיותו נשא אין מחייבים אותו בהפרת החובה, אך לא כן אם בנסיבות העניין היה עליו לדעת על האפשרות של היותו נשא. במקרה כזה, מוזחק אותו פלוני כאחראי, משום שבנסיבות העניין היה עליו לצפות את אפשרות היותו נשא בפועל. כך נפסק על ידי בית המשפט העליון של קליפורניה בדיון אזרחי בין בני זוג בעניין *Bridget B. v. John B.* שם פסק Justice Marvin Baxter, בשם הרוב, כדלקמן:

"Because '[a]ll persons are required to use ordinary care to prevent others being injured as a result of their conduct' (Rowland v. Christian, supra, 69 Cal.2d at p. 112), this court has repeatedly recognized a cause of action for negligence not only against those who have actual knowledge of unreasonable danger, but also against those who have constructive knowledge of it".⁹

הוא הדין אם תוך "עצימת עיניים" מוסיף הנשא לקיים יחסי מין כדי לספק את יצרו "תוך התעלמות מאותה סכנה והעלמתה מידיעתן של בנות זוג".¹⁰

שאלה נפרדת היא, שאין עליה תשובה חד-משמעית, אם קיימת על פלוני חובה משפטית לפיה עליו לידע בן זוג/שותף, לפני קיום יחסי המין, בדבר נשאות/מחלתו, ואם קיימת חובה כזאת - האם היא גם ראויה.

כאן המקום להדגיש, כי האמור לעיל מתייחס לחובתו של נשא/חולה איידס כלפי בן זוג/שותף ליחסי המין, ולא לחובת אנשים אחרים, להודיע על דבר נשאות/מחלתו של פלוני. חובה כזאת קבועה, למשל, בסעיף 12 לפקודת בריאות העם, 1940:

"הודעת מחלות מידבקות"

12. (1) אחד מדרי בית שחלה במחלה מידבקות, נוהגים בו לפי ההוראות דלקמן:

ראש המשפחה שאותו אדם (הקרוי לקמן "החולה") שייך לה, ואם לא עשה זאת - קרובי החולה הקרובים ביותר המצויים בבנין או היושבים ליד מיטתו של החולה, ואם הם לא עשו זאת - המחזיק בבנין, חייבים מיד לכשיוודע להם כי החולה נוגע במחלה מידבקות, ולעולם - תוך שתים עשרה שעה

7 ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266.
8 לא מצאנו בעברית מונח שיהיה מקביל למונח PHA המקובל באופן בינלאומי ומתייחס ל-"Person living with HIV/AIDS" ולכן נזקקנו לשימוש במונח "נשא/חולה איידס" במקום PHA. על המלצות לשימוש נכון בשפה האנגלית לגבי מונחים המתייחסים ל-HIV/AIDS ר':
HIV/AIDS Media Guide at www.actortoronto.org/home.nsf/pages/mediaguide

9 137 P.3d 153, 45 Cal. RPTR. 3d 316, 2006 DJDAR 8738.

Available at: caselaw.lp.findlaw.com/data2/californiastatecases/s128248.pdf (2006), p.14.

Or: www.natap.org/2006/newsUpdates/Calif.PDF

במקרה זה תבעה אישה את בן זוגה לשעבר בנזיקין בטענה שהוא, לפני ובמהלך הנישואין, קיים יחסים עם גברים וכתוצאה מכך הדביק אותה באיידס. הבעל הכחיש זאת וטען, בין השאר, כי למעשה היא הדביקה אותו ולא להפך. האישה ביקשה, בהליכי בנינים שונים, צווים לגלות את התנהגותו המינית במשך 10 השנים האחרונות לרבות הרשומות הרפואיות שלו. בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, בדעת רוב, נענה לחלק מהבקשות אך צמצם את תחולת הצו, בנסיבות העניין, מבחינת התקופה שעליה יחול הצו, רק לכחצי שנה לפני הפסקת יחסי המין בין בני הזוג. באשר לשאלה העקרונית שהתעוררה במשפט זה והיא, מהי דרגת הידיעה הדרושה מאת נשא/חולה איידס כדי להחייב בנזיקין בגין הדבקת בן זוג או שותף, קבעו ארבעת שופטי הרוב, כי דין אחד ל-AIDS/HIV ולשאר מחלות המין המידבקות. לאמור, די אף בידיעה קונסטרוקטיבית (*Constructive Knowledge*), על מצבו הרפואי כדי להחייב מדביק כזה בנזיקין. שני שופטי המיעוט סברו כי בהתחשב באופי ה-AIDS/HIV, כשלא פעם חולף זמן רב עד גילוי הנשאות/המחלה ורק בדיקת דם יכולה לקבוע אם התוצאה היא שלילית או חיובית, דרושה ידיעה ממשית (*Actual Knowledge*) ואין להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית כמו שנהוג לגבי מחלות מין מידבקות אחרות. השיפוטת KENNARD סברה, כי בנסיבות המקרה, מששני בני הזוג הודו כי חלו באיידס, והמחלוקת היא מי משניהם הדביק את השני, אין הכרח להכריע בשאלה שנתעוררה לצורך החלטה בבקשות שהוגשו בהליכי הביניים.

על התפתחות נוספת בפרשה זו, כאשר בשנת 2008 החליט בית המשפט הדין בתביעה האזרחית כי על הבעל לשעבר (בני הזוג התגרשו בשנת 2003) יהיה לגלות, במהלך שמיעת המשפט, את נטיותיו המיניות ר':

criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/01/us-further-developments-in-california.html

10 מדברי כב' השופט א' א' לוי בע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פדאור 08 (21) 843 (2008), בפס' 6 לפסק דינו.

משעה שנודע להם הדבר, לשלוח מודעה על כך לרופא הממשלתי של המחוז או למוכתר הכפר או הרובע בו אירע המקרה והמוכתר חייב להודיע את דבר המקרה לרופא הממשלתי של המחוז תוך שתיים עשרה שעה משעה שהודיעו לו או שנודע לו; רופא המטפל בחולה או אשר נקרא לבקר חולה חייב, מיד בהיודע לו כי החולה נגוע במחלה מידבקת, ולעולם - תוך שתיים עשרה שעה משעה שהודיעו לו או שנודע לו דבר המקרה, למסור הודעה בטופס הקבוע לרופא הממשלתי של המחוז.

„.....” 11, 12, 13

החובה ליידע בן זוג/שותף

התייחסות ישירה לשאלה זו מצויה בפסק-דין של בית משפט בניו-זילנד: 14:

“[43] It seems to me that most people would want to be told that a potential sexual partner was HIV positive. There may well be a moral duty to disclose that information. There is however a difference between a moral duty and a legal duty, the legal duty in this case being to take reasonable precautions against and use reasonable care to avoid transmitting the HIV virus. I note that the duty at common law is essentially the same – to take reasonable steps. (R v Lunt (2003) 20 CRNZ 681).”¹⁵

למסקנה זו הגיעה השופטת Susan Thomas בבית המשפט של מחוז Wellington בניו זילנד לאחר שיישמה את הוראת החוק הפלילי על עובדות המקרה, וכך בחוק – Crimes Act 1961:

“145 Criminal nuisance

Every one commits criminal nuisance who does any unlawful act or omits to discharge any legal duty, such act or omission being one which he knew would endanger the lives,

לפי תוספת ב, חלק ב, של פקודה זו, בין המחלות המחייבות הודעה כזאת נזכרת “תסמונת הכשל החיסוני הנרכש (איידס) לרבות: נשאות נגיף האיידס.....”.

הסדר דומה קיים בחוק האנגלי:

Public Health (Control of Diseases) Act 1984, section 11(1) ‘If a registered medical practitioner becomes aware of, or suspects, that a patient whom he is attending . . . is suffering from a notifiable disease . . . he shall . . . forthwith send to the proper officer of the local authority for that district a certificate stating: (a) the name, age, and sex of the patient and the address of the premises where the patient is.’

www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1984/cukpga_19840022_en_1

ר' גם את תקנות בריאות העם (הודעות על מחלות מידבקות), התשכ"א-1961, ק"ת 1098.

12 על **חובות נוספות של אנשים אחרים** ר' סודיות רפואית “אנציקלופדיה רפואית הלכתית”, להלן ה"ש 45.

באשר לשאלת חובתו של רופא, שהוא עצמו נשא HIV, ליידע מטופל שלו, על אודות מצבו הרפואי שלו כספק שירותי בריאות, ר' דניאלה קוטקיס וטבק נילי “כשהרופא נשא HIV- שני צדדים למטבע” רפואה ומשפט חוברת 27, ע' 184 (2002) ותגובה מאת י. בנאי, שופט (בדימו'), בחוברת 28, ע' 5 מצוי באתר med-law.co.il.

13 הדעה הרווחת היא שמקור החובה נעוץ בצורך רשויות הבריאות במדינות אירופה להתחקות אחר התפשטות מחלות המין המידבקות (STDs) שחדרו בעקבות גילוי “העולם החדש” במאה ה-15 לספירה והתפשטות הזנות באירופה. למען גילוי האנשים הנגועים ומעקב אחריהם כדי לבלום ולהדביר את המחלות (עגבת בעיקר) החלו השלטונות לנהל רישומים של הנגועים (Index Cases), להתחקות אחריהם (Sexual Contact Tracing):

LAWRENCE O. GOSTIN & JAMES G. HODGE, JR., PIERCING THE VEIL OF SECRECY IN HIV/AIDS AND OTHER SEXUALLY TRANSMITTED DISEASES:

THEORIES OF PRIVACY AND DISCLOSURE IN PARTNER NOTIFICATION, 5:9 DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY (1998) 9, 11. (גוסטין.)

כגישה הנגזרת מהתפיסה האמורה ניתן למצוא בצו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), התשמ"ח-1987, ק"ת 5074, לפיו מוטלת חובת בדיקה תקופתית על “חשוף להידבקות”, שעליו יוכרו ברשומות כמי שעלול לשאת את נוגדני ה-AIDS. אך ר' דניאלה קוטקיס וטבק נילי, לעיל ה"ש 12, המציגות כי “בהנחיותיו, ביצע משרד הבריאות איזון שונה מזה המופיע בחקיקה תוך ניצול מרחב שיקול הדעת שהוקנה לו והתייחסות לחוסר היעילות שבתגובה חריפה כנגד זכויותיהם של חולי האיידס”. שם ע' 13.

14 Police v. Dalley-[2005] NZAR 682

סקירת פסה"ד מצויה באתר: www.justice.govt.nz/judgments/decisions/police%20v%20dalley%20cri-2004-085-009168.pdf במקרה זה הכירה המתלוננת את הנאשם דרך האינטרנט ולאחר מכן נפגשו וקיימו יחסי מין כאשר לטענת המתלוננת היא לא ידעה שהנאשם היה נשא איידס ואילו ידעה היא לא הייתה מסכימה לקיים עמו יחסי מין.

15 אמנם החובה לפי הקומון לאו היא לנקוט צעדים סבירים וכך גם לפי עוולת הרשלנות שלנו, אולם בצד חובה זו או לפי הנגזר ממנה קיימת חובה נוספת והיא החובה לגלות ולהזהיר (Duty to disclose and warn), ר' גוסטין, לעיל ה"ש 13, 41-34, ולכן השאלה אם די בנקיטת אמצעים בלי גם לגלות ולהזהיר- בעינה עומדת!

safety, or health of the public, or the life safety, or health of any individual.

(2) Every one who commits criminal nuisance is liable to imprisonment for a term not exceeding one year“.

התביעה הכללית טענה כי הנאשם הפר את החובה המשפטית הקבועה בסעיף 156 לחוק האומר:

“156 Duty of persons in charge of dangerous things

Every one who has in his charge or under his control anything whatever, whether animate or inanimate, or who erects, makes, operates, or maintains anything whatever, which, in the absence of precaution or care, may endanger human life is under a legal duty to take reasonable precautions against and to use reasonable care to avoid such danger, and is criminally responsible for the consequences of omitting without lawful excuse to discharge that duty“.

הוכח, כי בשעת מעשה השתמש הנאשם בקונדום, ולכן הוא זוכה מאשמת הפרת חובה חקוקה שלטענת התביעה הייתה מוטלת עליו, והיא לגלות את מצבו הרפואי למתלוננת עובר לקיום יחסי המין.

פסק דין זה, שלא הוגש עליו ערעור, נחשב לתקדים חשוב ועורר הדים בינלאומיים¹⁶. הוא הצית ויכוח בין אלה שצידדו בהכרעת הדין (בפרט חוגים המעורבים ומקורבים לחולי איידס ולנשאים) לבין אלה שביקרו את ההחלטה, המתעלמת לטענתם, מהסיכון שבאי הגילוי.¹⁷ פסק הדין עורר עניין רב בחוגי משפטנים ואנשי בריאות הציבור באוסטרליה השכנה, שבכמה ממחוזותיה קיימות הוראות חוק הדומות לאלה שבניו זילנד.^{18,19,20}

אצלנו משנתעוררו מקרים דומים, בהם נדון בהמשך, לא היה הכרח להיזקק להוראות עונשיות עקיפות דוגמת הוראות החוק הניו-זילנדי, אלא נעשה שימוש בהוראת חוק ישירה לעניין הפצת מחלה מידבקת,²¹ והתייחסות עקיפה לנושא החובה לגלות לשותפות את דבר המחלה ולהזהיר. ניתן למצוא בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בעניין כריס סרפו,²² שם נקבע:

“לעניין ה"מעשה" הנדרש במקרה העומד בפנינו, הוכח עובדתית כי למרות שעלה בנאשם חשד להיותו נשא איידס, בעקבות הזהרותיה של ל.ע., ומאוחר יותר למרות שינדע בנדאות כי הינו חולה באיידס, קיים הנאשם יחסי-מין בלתי-מוגנים עם המתלוננות ..., ולא הזהיר אף אחת מהן על דבר מחלתו“.²³

משמע, הוכח כי הנאשם לא השתמש באמצעי מניעה כאשר קיים יחסי מין עם המתלוננות, ולכן התייחס בית המשפט לשאלת הצורך במתן אזהרה. בית המשפט לא קבע במפורש כי קיימת חובת אזהרה כזאת גם כאשר במהלך קיום יחסי

¹⁶ “HIV CASE SETS LEGAL PRECEDENT”, ABC NEWS ONLINE, 5 OCTOBER 2005, WWW.ABC.NET.AU/NEWS/NEWSITEMS/200510/S1475518.HTM

¹⁷ HELEN TUNNAH, “HIV CASE SPARKS MORAL DEBATE” THE NEW ZEALAND HERALD (7 OCTOBER AVAILABLE AT: WWW.NZHERALD.CO.NZ/SECTION/STORY.CFM?C_ID=1&OBJECTID=10349037 2005)

¹⁸ SALLY CAMERON “GROUNDBREAKING NEW ZEALAND CASE ON DISCLOSURE” AFAO – AUSTRALIAN FEDERATION OF AIDS, ORGANISATIONS VOL. 5 No. 1. AVAILABLE AT: WWW.AFAO.ORG.AU/INDEX.ASP

¹⁹ ראוי להוסיף כי בקנדה קיימת פסיקה לפיה ניתן להגיש אישום פלילי נגד נשא, שהסתיר מהשותף את עובדת נשאותו, בעברה של סיכון משמעותי לגרימת נזק גופני רציני SIGNIFICANT RISK OF SERIOUS BODILY HARM, לאדם אחר, ואולם הוכחת שימוש בקונדום, לפני קיום יחסי המין, עשויה להוות הגנה טובה. על סקירת המצב בקנדה ר' “HIV(NON) DISCLOSURE AND THE CRIMINAL LAW IN CANADA”

²⁰ www.catie.ca/ppt/AGM2008/Disclosure_Betteridge.ppt
באשר לשאלה אם עשויה להוות הגנה טובה לנשא העובדה שהוא גילה לשותף, לפני קיום יחסי מין עם השותף והעברת נגיף האיידס אליו, את היותו נשא חיובי של הנגיף והשותף למרות שהיה מודע לסיכון הכרוך בכך הסכים לקיים יחסי מין לא מוגנים ר':

Amelia Evans, *Critique of the Criminalisation of Sexual HIV Transmission*, 38 VUWLR (2007), 517, 532-541.

Available at www.victoria.ac.nz/law/documentation/VUWLR%20PDFS/38(3)/05%20Evans.pdf

במאמר זה, שיש בו ניתוח מעמיק ויסודי של פסה"ד, הועלתה ההצעה לקבוע, ע"י המחוקק או בדרך אחרת, סף פעילות מינית מוגדרת, הנגזרת מעוצמת הסיכון הצפוי להעברת נגיף ה-AIDS/HIV, לשותף, כשרק בחציית סף כזה יש מקום להרשע בפלילים את הנשא/החולה אם הוא עובר אותו. סף כזה צריך שיהיה מפורסם ברבים.

²¹ ס' 218 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 3.

²² תפ"ח 1137/03 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' סרפו, פדאור 05 (34) 677 (2005 4.7). (להלן: ענין סרפו).

²³ שם, ע' 39.

המין נעשה שימוש באמצעי מניעה, כגון קונדום. עם זאת, נראה כי בית המשפט מוכן לאמץ את גישת משרד הבריאות שבאה לביטוי בעדות אחד מרופאיו:

“עדותו של ד”ר ... רופא לבריאות הציבור, אינה מותירה מקום לספקות, כי גורמי בריאות הציבור מיידיעים את נשוא האיידס בדרך סיכוני ההדבקה והדרכים למניעתה ועושים כמיטב יכולתם כי נשוא איידס אכן יפעל על-פי ההנחיות ויידע את בן/בת זוגו לחיים. עם זאת, כך, לדברי [ו] ... “אנו מאמינים שלנשא, כמו לכל חולה אחר, יש זכות לאוטונומיה על הגוף שלו ועל ההחלטה של הטיפול שלו...” (עמ’ 261, ש’ 1-2). לפיכך, כאשר הנשוא אינו משתף פעולה, מסתפקים בתישואול, וברוב המקרים “סומכים על סיפורו של הנשא”, ורק במקרים חריגים של חשש ממשי לפגיעה בבריאות הציבור (בן-זוג או קיומו של הריון, למשל), ניתן לפנות לעדת אתיקה שרשאית להסיר החיסיון הרפואי. 24 מעדותו ... אף ברור, כי כל נשוא מקבל הדרכה ספציפית לשימוש נכון בקונדום למניעת הדבקה, וכי מומלץ להשתמש בו לא רק ביחסי-מין וגינליים, אלא גם ביחסים אוראליים ואנאליים.”²⁵

ובית המשפט הוסיף:

“משנשאל [ה]ד”ר ... באשר לחובתו של נשוא ליידע את בן/בת הזוג, גם כאשר משתמש בקונדום כראוי, הסביר כי הנוהלים הקיימים היום מבדילים בין יחסי-מין מזדמנים, שאז על שני בני-הזוג מוטלת חובת זהירות ממילא, ולכן אין המלצה ליידע את בן-הזוג ועל-כן די מבחינת הנשא, בשימוש בקונדום. מה שאין כן כאשר מדובר ביחסי-מין קבועים, שההנחה היא כי קיים אמון הדדי בין הצדדים, המצדיק העברת המידע בדרך קיומה של מחלה לבן-הזוג.

המסקנה שיש להסיק מן האמור לעיל היא, כי משעה שהנאשם היה מודע לקיומו של חשש ממשי להיותו נשוא איידס, ופנדאי לאחר שידע על כך במפורש, חובה הייתה עליו להשתמש בקונדום בכל סוג של פעילות מינית שביצע.

גם אם לא הייתה עליו חובה חוקית להודיע לבנות-זוגו המזדמנות על היותו נשוא איידס (ואחר-כך - חולה ממש במחלה) - בנדאי שראוי היה שיעשה כן, לפחות עם בת-זוגו הקבועה - מ.ז. (בטרם אובחן רשמית), ו-מ.ק., עימה קיים יחסי-מין במשך ארבעה חודשים.”²⁶

נראה כי בית המשפט נוטה לקבל את ההנחה, כי אין חובה חוקית על “נשא”, כאשר הוא מקיים יחסים עם בנות זוג מזדמנות, לידע אותן בדבר נשאותו, ובלבד שהוא השתמש באמצעי מניעה. הנחה זו דומה למעשה לקביעה בפסק הדין הניו-זילנדי, שניתן אך שלושה חודשים לפני מתן פסק הדין בענין סרפי, וככל הנראה לא צוטט בבית המשפט.

גישה זאת מוצאת תמיכה בקרב מחברים ואנשי מקצוע בתחום רפואה ומשפט בישראל,²⁷ הגם שיש גם החולקים עליה.²⁸

במציאות, נדיר כי בתי המשפט יידרשו לשאלה אם “נשא” פלוני היה חייב ליידע בן זוג/שותף על עובדת נשאותו, בין אם ה”בן זוג/שותף” הוא קבוע ובין אם הוא מזדמן, אם התברר כי הנשא דאג לנקוט אמצעים נאותים, כגון שימוש בקונדום, טרם קיום יחסים. ברם, לא מן הנמנע ששאלה זאת עלולה להתעורר במלוא חריפותה, אם אמצעי המניעה כשלו – למשל כאשר הקונדום נקרע במהלך קיום היחסים, והוכח כי בעקבות אותו מגע מיני עבר נגיה לבן זוג/שותף!

24 כך נוהגות רשויות הבריאות בכמה מהמדינות בארה”ב אך ללא פנייה לוועדת אתיקה שאינה קיימת לפי חוק באותן מדינות. שיטה זו ידועה בשם *conditional referral program* והיא מעוגנת בחקיקה של אותן מדינות להבדיל משיטות אחרות במדינות האחרות. ר’ גוסטיין, לעיל ה”ש 13, ע’ 27 וטבלה A בע’ 28-32 שם, המבארת איזו שיטה נוהגת בכל מדינה.

25 עניין סרפי, שם, ע’ 32.

26 שם, שם. גם בת”פ 1362/92 (שלום-אש’) מדינת ישראל נ’ פלנסייה, לעיל ה”ש 2, נתעוררה שאלת היידוע לבת הזוג (במובן של שותפה ליחסי המין) וניתן להבין כי השופט ח’ נחמיאס היה נחרץ יותר, אגב התייחסותו לשאלת כבוד האדם וחירותו, בקבעו: “[...] זכותו של הנשא לקיים יחסי-מין שרירה וקיימת כל עוד יעשה כן באופן שאינו מהווה סכנה לשלום הציבור (שבכללו המתלוננת). הווי אומר שאם הנשא לא ישתמש בכל האמצעים למניעת ההדבקה - למרות מודעותו לסכנתה - ולא יידע את בת זוגתו על עצם היותו נגוע, הרינו, במעשיו, עלול להגביר עד מאוד את סכנת ההתפשטות של המחלה (מעשה שהוגדר כעבירה בהוראת סעיף 218 לחוק דעסקינן)” 421, שם. אך השווה עם קביעתו המובאת להלן בה”ש 30.

27 GALYA M. HILDESHEIMER, AIDS, PARTNER NOTIFICATION AND GENDER ISSUES, 21 MED LAW 165,170 (2002).

28 זהר מור, דניאל שם טוב, גליה הילדסהימר ואלכס לבנטל “אמת או חובה: האם ניתן להפקיע את זכותו של נשא HIV לסודיות רפואית?” הרפואה, 146, 200 (מרס 2007).

28 ע’ דולב “על בריאות, מידתיות ושמירת סודיות” הרפואה, 146, 191 (מרס 2007), וראה תגובה: זהר מור, דניאל שם טוב, גליה הילדסהימר ואלכס לבנטל הרפואה, 146, 641 (אוגוסט 2007).

ואכן שאלה זו ממש נדונה אך לא דרשה הכרעה בענין פלנסיה הנ"ל,²⁹ שם טען הנאשם (המעורר), חולה איידס, להגנתו, כי הוא השתמש בקונדום תוך קיום יחסי מין עם המתלוננת (שהייתה קטינה ובתולה), אך הקונדום נקרע תוך קיום יחסי המין. גרסת הנאשם נדחתה מבחינה עובדתית, ונקבע כי הוא לא השתמש בקונדום וגם לא יידע את המתלוננת בדבר מחלתו, כך שלא היה צורך לדון בשאלה לגופה.

עם זאת, מאלפים דבריו של כב' השופט נ' הנדל בערכאת הערעור:

"בטרם אתייחס לערעור על העונש, נדמה כי מן הראוי להתייחס ולו בקצרה לנושא שעלה במהלך הדיון בבית משפט קמא, ובפנינו, וזאת בשל המימד העקרוני שבו.

באי כוח הצדדים דנו בשאלה - בהנחה שהמעורר או כל אדם אחר נושא איידס היה מקיים יחסי מין עם קונדום - האם מוטלת חובה עליו לספר לפרטנר המיני על מצבו הרפואי. [..] השאלה האם די בכך שחולה איידס ישתמש בקונדום כאשר הוא מקיים יחסי מין או שמא מוטלת עליו החובה גם לגלות את מצבו הרפואי לאחר הינה שאלה עקרונית בעלת חשיבות מעשית רבה ביותר.

במסגרת הדיון אשר התנהל בבית משפט קמא הרופאים אשר העידו מטעם התביעה חלקו ביניהם בעניין. [..] להערכתו [של האחד], גזירת תקנה שציבור החולים לא יכול לעמוד בה, תפגע בציבור הקורבנות הפוטנציאלים ועדיף להציג הנחיה ריאלית של קיום יחסי מין באמצעות קונדום ללא דרישה של גילוי המצב הבריאותי.

כנגד זאת נקט ד"ר [...] גישה אחרת. הוא הציג שלושה תנאים להמשך קיום יחסי מין בנשאי או חולי איידס שהם:

יידוע בן הזוג על היותו נשא, הסכמתו ושימוש בקונדום. לדבריו, זה עומד במוסכם בקהילה הרפואית. הוא הדגיש ששימוש בקונדום אינו אמצעי זהירות ב-100%. לגישתו, אדם רשאי לקחת סיכון על עצמו אך אינו רשאי להכניס אחר לסיכון, מבלי שהאחרון ידע על כך.³⁰

וכב' השופט נ' הנדל מסכם:

"[..] ארשה לעצמי לגלות את נטייתי. עם כל ההבנה לשיקולים המעשיים, אינני רואה דרך להצדיק מצב בו אדם נדבק באיידס מפני שהשני לא הודיע לו על דבר מחלתו וזאת גם אם הוא השתמש באמצעי זהירות. באיזו זכות ניתן להצדיק אי גילוי כזה שעלול להיות גורלי עבור מי שלא יידעו אותו. הרי מוסכם, שאמצעי זהירות אלו אינם אבסולוטים. תמיד יש לאזן בין האינטרסים השונים אבל האופי הסופני של המחלה מטה את הכף לכיוון חובת הגילוי. יתכן ורצוי שמוסדות הבריאות ידברו בקול אחד בנקודה זו. העדר אחידות בעמדה זו יאפשר פתיחת פתח לנאשם לטעון שבכל מקרה אין לו כוונה פלילית אם הוא פעל לפי אחת מהגישות המוצעות. אך מעבר לכך וחשוב מזה, הוא השיקול שיש לקבוע נורמה נכונה וצודקת".³¹

כב' הנשיא (דאז), של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, א' לרון ז"ל, שישב בראש ההרכב, הוסיף:

"[..] נראה לי כי מן הראוי לציין שאותם רופאים שהעידו בפני ביהמ"ש קמא וציידו במתן אפשרות לחולי איידס לקיים יחסי מין תוך ההגבלה של שימוש בקונדום בלבד וללא חיוב בהודעה על המחלה לבת או בן הזוג התייחסו לעניין מנקודת המבט של טובתו של החולה בעוד אשר נקודת ההשקפה הנכונה צריכה להיות כוללת וצריכה להביא בחשבון לא רק את האינטרס של החולה אלא באותה מידה ואולי ביתר שאת

29 בת"פ 1362/92 (שלום-אש) מדינת ישראל נ' פלנסיה, לעיל ה"ש 2, ובערעור לעיל ה"ש 5.

30 שם, ע' 8 לפסה"ד. לעניין השימוש בקונדום סבור השופט ח' נחמיאס בת"פ 1362/92 (שלום-אש) מדינת ישראל נ' פלנסיה, לעיל ה"ש 2, 430, כי "חובת היידוע לעניין סעיף 218סיפא תהא שרירה וקיימת בשני מצבים: אחד - כאשר הנשא מבקש לקיים יחסי-מין בלא קונדום; שני - כאשר הנשא משתמש בקונדום ולמרות כן, עקב קריעתו, נוצר מגע ישיר בינו לבין בת זוגו. במקרים אלה הסיכוי לכך שבת הזוג נדבקה בנגיף הוא ממש ועומד במאזן ההסתברויות הדרוש. היעדר היידוע יביא לכך שהנדבקות, בלא ידיעתה, תסכן בעצמה אחרים. לפיכך, במקרה דנן, חובת היידוע הורחה ולידתה בנקודה שבה אליבא דגירסת הנאשם - שהוכחה כמופרכת הבחין בכך שהקונדום נקרע. באותה נקודה היה עליו ליידע את המתלוננת כדי למנוע את האפשרות שהיא, בלא ידיעתה, תפיץ את המחלה לאחרים".

במלים אחרות, לצורך הרשעה בס' 218 סיפא, החובה המשפטית תקום רק אם הנאשם מבקש לקיים יחסי מין ללא קונדום, ואם השתמש בקונדום - רק אם וכאשר נקרע הקונדום. בכל הכבוד, לא נראה החלק השני של החובה כמעשי!

31 שם, שם.

גם את נקודת ההשקפה של בן או בת הזוג שלא צריך לחשוף אותם לאפשרות הידבקות ללא הסכמה מודעת באופן מלא".³²

אם נסכם את גישת בתי המשפט בישראל לגבי שאלה זו, על פי המקרים הספורים שנדונו, נמצא כי, ככלל, בעוד שעל נשא/חולה איידס רובצת חובה משפטית לנקוט אמצעי מניעה נאותים לפני קיום יחסי מין, בין אם הקשר עם ה"בן זוג/שותף" נושא אופי מתמשך ובין אם הוא מזדמן, הרי בצריך עיון נמצאת השאלה אם מוטלת עליו חובה משפטית (ולא רק חובה מוסרית) ל"ידע בן זוג/שותף כזה על עובדת היותו נשא/חולה איידס, אימתי, ואם חובה זו קיימת גם כאשר הקשר בין הצדדים הוא מזדמן ורופף יותר.³³

השקפה זו נגזרת למעשה מהגישה המשפטית המקובלת, כי אחריותו של יוצר או גורם הסיכון צריכה להיות גדולה יותר ממי שנקלע לאותו סיכון, וכי אין להסתתר מאחורי ההגנה של "הסתכנות מרצון" מקום שלא הוכח כי הנפגע ידע והעריך את מצב הדברים שגרמו לנזקו וכי חשף את עצמו למצב זה מרצונו.³⁴ נימוק כבד משקל שמזכיר כב' השופט נ' הנדל לתמיכה בהשקפתו העולה מהערותיו, הוא ההנחה בדבר "האופי הסופני של המחלה", שלדעתו "מטה את הכף לכיוון חובת הגילוי". הנחה זו הניעה את בית המשפט המחוזי בתל אביב להחמיר בעונשו של כריס סרפו,³⁵ אשר לא השתמש באמצעי מניעה ולא הזהיר את שותפתו ליחסי המין. אולם בית המשפט העליון (בהרכב השופטים: א' לוי, ע' ארבל וח' מלצר) קבע לאחרונה, בערעורו של סרפו,³⁶ כי מחלת האיידס אינה נחשבת עוד על ידי המומחים לדבר, כמחלה סופנית, אלא שעל אף הסיכונים הכרוכים בה, היא נחשבת כמחלה כרונית הניתנת לשליטה. לפיכך, מצא בית המשפט העליון (ברוב דעות של השופטים ע' ארבל וח' מלצר) שיש מקום להקל בעונשו של הנאשם, גם מן הנימוק שאותו עונש הוטל על ידי בית המשפט המחוזי מחמת תפיסה שלגביה חל שינוי עם הזמן.³⁷ אחת הסקירות אודות השינוי הובאה על ידי כב' השופט ח' מלצר³⁸ כדלהלן:

"בית המשפט הנכבד קמא דימה את מחלתו של המערער (HIV/איידס), בה הדביק את בנות זוגו - כסופנית; אגב כך הוא קבע כי הנאשם זרע מוות, שכן "במקרה שלפנינו המדובר בגרימת הנזק האולטימטיבי - גזר דין מוות. מוות איטי, מושהה, תוך סבל וייסורים" (סעיף 15 לגזר הדין).

בתיאור זה של משמעות החיים לגבי החולים ב-HIV/איידס - נגרמה בפועל פגיעה לא מוצדקת באוכלוסיית הנדבקים (לרבות המתלוננות), הסובלים ממילא די והותר ממחלתם ובית המשפט הנכבד קמא הביע דעה בנושא זה, בניגוד, להערכות המומחים העוסקים בתחום. אלה סבורים כי מי שנוטלים עתה את תרופות ה"קוקטייל" (HAART) יכולים לחיות עם הנגיף שנים רבות ולהגיע לתוחלת חיים דומה לזו של רוב האוכלוסייה. אין כל ספק שבית המשפט הנכבד קמא התכוון לטוב בדבריו וביקש - באמצעות אמירה קשה וחד-משמעית - לשים חוצץ בין נשאי האיידס לבין קורבנות עתידיים של הדבקה. אולם, הרטוריקה

32 שם, ע' 11.

33 לאחרונה, משהזדמן לבית המשפט המחוזי בת"א לרון שוב בסוגיה זו, העירה השופטת ת' שפירא: "למען הדיוק יש לומר, כי השאלה בדבר חובתו של החולה לידע את בן-בת-זוגו בדבר היותו נשא או חולה, נותרה בצריך עיון בפרשת פלנסייה. עם זאת, בענין סרפו התייחס בית המשפט לחובה זו כחלק מאחריותו המינימאלית של החולה ("ההגיון מחייב, כי מכאן ואילך ינהג זהירות רבה במגעיו עם נשים, ולפחות יביא את דבר החשש להידבקותו במחלה לידיעתו, כדי להותיר בידיהן את הבחירה אם לקיים עימו יחסי-מין בכלל, ולא מוגנים בפרט") (פיסקה 7 לחוות-דעתו של השופט לוי, בענין סרפו; וכך ראו: חוות-דעתה של כב' השופטת ארבל, שם, פיסקה 4).

ובהמשך: "סבורה אני, כי גם במקרה שבפנינו, אין צורך להתייחס לשאלת חובת יידוע בן-בת הזוג על קיום המחלה, לנוכח הממצאים העובדתיים הברורים, באשר לאי-שימוש באמצעי-מניעה. עם זאת, ומעבר לצורך אומר, כי דעתי היא כדעת עמיתי כב' השופט נ' הנדל וכב' הנשיא (בדימוס) א' לרון בפרשת פלנסייה, באשר לבעייתיות ולאיי הבהירות בענין זה." והוסיפה: "(באזיה זכות ניתן להצדיק אי-גילוי כזה שעלול להיות גורלי עבור מי שלא יידעו אותו)(פרשת פלנסייה, כב' השופט נ' הנדל, פיסקה 10) אף אני סבורה, כי "נקודת ההשקפה הנכונה צריכה להיות כוללת וצריכה להביא בחשבון לא רק את האינטרס של החולה אלא באותה מידה ואולי ביתר שאת גם את נקודת ההשקפה של בן או בת הזוג שלא צריך לחשוף אותם לאפשרות הידבקות ללא הסכמה מודעת באופן מלא" (דעת כב' השופט לרון, שם).

34 ס' 5 (א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. על השאלה אם מודעות לסיכון והסכמה מטעם השותף יכולות לשמש הגנה לנאשם בפלילים ר' AMELIA EVENS לעיל ה"ש 20.

לעיל, ה"ש 22.

35 ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 10.

36 בשל תפיסה זו יש שסברו, הן בישראל והן בחו"ל, כי יש להאשים את הנשא, אשר הדביק את זולתו כתוצאה מקיום יחסי מין בלתי מוגנים, בביצוע עבירה של רצח או ניסיון רצח, בהתאם לנסיבות. עיין בסקירתו הרחבה של השופט י' פלפל בעניינו של פלנסייה, לעיל ה"ש 5, בע' 12 של פסה"ד, לגבי המצב המשפטי בחו"ל והצעתו לשקול את תיקון החוק ברוח המגמה הקיימת שם. ראה גם את הערתה של כב' השופטת ת' שפירא בגזר דינו של סרפו הנ"ל [ה"ש 22 לעיל], שהמשיכה בכיוון זה (בסעיף 15 של גזר ה"ד). פסק דינו הנ"ל של בית המשפט העליון בישראל בולם, למעשה, את התפתחותה של מגמה זו.

38 ע' 8 של פסה"ד. לעיל ה"ש 10.

היתה, בכל הכבוד, שגויה, שהרי בדברי ההנמקה שהציג - פעל בית המשפט בסתירה לגישות המקצועיות העדכניות הנ"ל, הרואות גם בשינוי היחס החברתי כלפי האיידס וב"ריכוך" הפחדים מפני המחלה, שלב הכרחי למודעות בצורך להיבדק ובצורך להימנע מיחסי מין בלתי מוגנים במקרים המתאימים...".

לנו נראה, כי קביעה זו של אופי המחלה, כמחלה כרונית במקום מחלה סופנית, אמנם השפיעה על שיקולי העונש, אך אינה צריכה להשפיע, בהכרח, על מידת חובת הגילוי הראויה. כך או כך מדובר בסיכון חמור,³⁹ ובכל מקרה לא חל שינוי, מבחינה משפטית, לעניין הימצאות הנשאות ברשימה של מחלות מידבקות.⁴⁰ עם זאת, בדבריו הנ"ל מזדהה, למעשה, כב' השופט ח' מלצר עם הגישות "המקצועיות העדכניות" המטיפות לשינוי היחס החברתי והתווית דרכי חינוך כתרופה נאותה לאיידס.⁴¹

יידוע האחר לאו דווקא על ידי נשא/חולה האיידס עצמו

ס' 1 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996⁴² (להלן - חוק זכויות החולה) מכריז כי מטרתו היא "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו". לבד מהכרזה זו קבע חוק זכויות החולה, בס' 19:

" שמירת סודיות רפואית

91. (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 העניינים המובאים לידיעתם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם."

הוראות אלה יונקות מחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981⁴³ (להלן - חוק הגנת הפרטיות), מעוגנות בו ומשלימות אותו. ולכן, מטפל או מוסד רפואי רשאים למסור לאחר מידע רפואי על מטופל אם "המטופל נתן את הסכמתו למסירת המידע הרפואי",⁴⁴ או אם "חלה על המטפל או על המוסד הרפואי חובה על פי דין למסור את המידע הרפואי".⁴⁵ בהעדר הסכמת המטופל או קיום חובה על פי דין, כאמור, רשאים⁴⁶ המטפל או המוסד הרפואי לפנות לוועדת אתיקה המוקמת מכוח ס' 24 לחוק זכויות החולה.⁴⁷ ס' 20 (א)5 לחוק זה מתיר מסירת מידע רפואי לאחר, אם:

39 ואכן כך נפסק לאחרונה על ידי ביהמ"ש המחוזי בת"א בענין הגנ"ש, לעיל ה"ש 5:

"יש לציין, כי לנוכח ההתפתחות שחלה בהבנת מחלת האיידס ודרכי הטיפול בה, פסק בית המשפט בענין סרפו ברוב דעות, כי אין היא נחשבת עוד למחלה סופנית-קטלנית, אלא למחלה כרונית, זאת רק במידה שהחולה מטופל כראוי. עם זאת, בית המשפט לא שינה את ההתייחסות למחלת האיידס ככזו המסכנת חיים. קביעה זו, המהווה אחד מיסודות העבירה על-פי סעיף 218 הנ"ל, נותרה בעינה כבסיס להרשעה. רק במסגרת השיקולים הרלבנטיים למידת העונש, הכיר בית המשפט בכך, כי אדם הנושא את נגיף האיידס, בוודאי החולה במחלה, זקוק לטיפול רפואי אינטנסיבי מתמיד במשך כל ימי-חיו, טיפול המלווה בתופעות לוואי קשות, חרדות וחוסר וודאות, המשפיעים ללא ספק על אורח חייו ותפקודו" (השופטת ת' שפירא, פס' 20).

יחד עם זה, לא מן הנמנע שלא ירחק היום, גם בגלל התקדמות הרפואה, שביית המשפט לא יסתפק בידיעתו השיפוטית לצורך הוכחת הסיכון בנשאות/מחלת האיידס וידרוש חוות דעת רפואית להוכחת קיומה של "סכנת נפשות" כבסיס להרשעה.

40 לעיל, ה"ש 11. בהקשר זה ראוי לציין שכב' השופט א' לוי, אף שהיה מוכן להניח אך לצורך ההכרעה בעונשו של סרפו, כי מחלת האיידס הפכה למחלה כרונית (ע' 4 של פסה"ד), לא היה מוכן להקל בעונשו של סרפו, כפי שנהגו עמיתיו להרכב.

41 זו למעשה מסקנת המאמר של גוסטין, לעיל ה"ש 13, ע' 87.

42 ס"ח 1591.

43 ס"ח 1011.

44 ס' 20 (א) לחוק זכויות החולה, והשווה עם ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות הקובע: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו".

45 ס' 20 (א) (2) לחוק זכויות החולה. והשווה עם ס' 218 (ב) לחוק הגנת הפרטיות המעניק הגנה לנתבע או לנאשם אם הפגיעה בפרטיות נעשתה בתום לב "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה"; חובה כזאת מצויה למשל בס' 12 (1) (ב) של פקודת הבריאות לעם 1940, לעיל ה"ש 11, של "רופא המטפל בחולה או אשר נקרה לבקר חולה" להודיע "לרופא הממשלתי של המחוז" על היות אדם חולה במחלה מידבקות.

להגדרת "מטופל", "מטפל" ו"מוסד רפואי" - עיין בס' 2 לחוק זכויות החולה.

בנוסף להוראה הנ"ל שבפקודת הבריאות לעם 1940 קיימים "חוקים רבים [ה]מסמיכים את הרופא, מחייבים אותו, או מתירים לו, להעמיד מידע רפואי המתייחס לחולה, לשלטונות, לממלאי תפקידים, - או לבני אדם זולת החולה. טובת הציבור משמשת קו מנחה במקרים המיוחדים המוסדרים על ידי חוקים אלו, והאינטרס הציבורי גובר על האינטרס של היחיד":

סודיות רפואית "אנציקלופדיה הלכתית רפואית" כרך ו (פרופ' אברהם שטינברג עורך, 1994).

Available at www.daat.ac.il/daat/refua/encyc/sodiyut.htm

46 אמנם נוקט החוק לשון "רשאים" אך לא מן הנמנע שהמטפלים ייצאו חבים בנוזקין כלפי בן זוג/שותף אשר נדבק בנגיף המחלה ממטופל, שאודות נשאותו/מחלתו היו מודעים המטפלים וגם על הסכנה הצפויה לבן זוג/שותף עקב קיום יחסים עם המטופל, ואף על פי כן לא מצאו לנכון לפנות לוועדת האתיקה כדי שתתיר להם למסור את המידע לבן זוג/שותף, חרף סירובו של המטופל ליידע את בן זוג/שותף בעצמו.

47 ואכן ביום 26.6.2005, לראשונה, מינה המנהל הכללי של משרד הבריאות ועדת אתיקה ארצית לנושא HIV ואיידס (להלן - ועדת האתיקה או הוועדה).

”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.”⁴⁸

כדי להגן, עד כמה שאפשר, על פרטיותו ועל יתר האינטרסים של המטופל, הוסיף וקבע חוק זה בסעיף 20 (ב) כי:

”מסירת מידע כאמור בסעיף קטן (א) לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך הענין, ותוך הימנעות מרבית מחשיפת זהותו של המטופל.”⁴⁹

פנייה לוועדה יכולה או צריכה לבוא לא רק ממטפל או ממוסד רפואי, אלא “יכול שתוגש בידי כל בעל ענין”⁵⁰. בהקשר זה ראוי להדגיש כי, אמנם יכול שהפנייה לוועדה תוגש על ידי כל אדם בעל ענין, אולם מסירת המידע לאחר יכולה להיעשות רק על ידי “מטפל או מוסד רפואי”.

בארה"ב קיימות במדינות השונות הוראות חוק המתירות, בנסיבות מסוימות ובסייגים, הן לעובדי בריאות הציבור והן לרופאים המטפלים, ליידע בן זוג/שותף על סכנת הדבקה ממטופל אם קיימת באופן מוחשי, בלי להיזקק לפנייה לוועדת אתיקה כמו אצלנו.⁵¹ הוראות סטוטוריות אלה נחקקו בגלל הצורך להתמודד עם הדילמה של החובה להזהיר מפני סכנה מוחשית צפויה למול החובה לא לפגוע בזכות הפרטיות של המטופל. הן שונות, בדרך כלל, ממדינה למדינה בשאלת נכונות המטופל לגלות וליידע בעצמו, בשאלת היקף הגילוי המותר ולמי מותר לגלות ובשאלת מהות החובה המשפטית הדרושה לצורך הגילוי.⁵²

ראוי להזכיר, כי גם לפי ההלכה היהודית “החיוב לגלות מידע מתאים לניזוק אפשרי הוא גם כאשר החולה דורש לשמור על סודו, ואפילו אם באותו רגע הבטיח לו הרופא שלא יגלה את סודו [שו"ת ציץ אליעזר ח"ג סי' פא אות ב, וחט"ז סי' ד אות ד]. בכל מקרה צריך להשתדל לשכנע את החולה שישכים בעצמו לגלות את מחלתו לצד שעלול להיות ניזוק מכך, או שישכים להרשות לרופא לעשות זאת: “ואמנם המטיבים דרכם דבר ידברו בראשונה את החוטא, אולי יוכלו הועיל בדרך התוכחה להשיבו מדרכו הרעה, ואם מאן ימאן, אז יודיעו לרבים את דרכיו ומעלליו” [שערי תשובה, שער שלישי אות רכח. וראה בחפץ חיים, כלל י בבאר מים חיים סק"ז, שבאמת מחוייב מן הדין להוכיחו קודם שיפרסם עליו מצד מצות תוכחה, אלא שרבנו יונה מדבר רק לענין איסור לשון הרע], ורק אם הוא נשאר בהתנגדותו, צריך הרופא לגלות את סודו מיוזמתו [שו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' ד אות ז. וראה מאמרו של הרב י. זילברשטיין, עמק הלכה-אסיא, תשמ"ו, עמ' 159 ואילך].”⁵³

48 על הבעייתיות שבפניה ניצבת ועדת האתיקה בבואה ליישם איוון זה בין האינטרס של הפרט לבין האינטרס הציבורי ראה: GALYA M. HILDESHEIMER, *AIDS, PARTNER NOTIFICATION AND GENDER ISSUES*

לעיל, ה"ש 27.

49 מסירת מידע כאמור על ידי המטפל או המוסד הרפואי פוטרת אותם מאחריות בגין פגיעה בפרטיות המטופל (ס' 19 (א) לחוק הגנת הפרטיות), לעיל ה"ש 43.

50 תק' (ג) לתקנות זכויות החולה (דרכי מינוי, תקופת כהונה, וסדרי עבודה של ועדות אתיקה), התשנ"ז-1996, ק"ת 5791. שאלה היא, אם עורך דין, שלידיעתו הובא מידע על לקוחו, למשל מפי הלקוח או באמצעות מסמך רפואי שהגיע לידי של עורך הדין, אודות היות הלקוח נשא/חולה איידס, אם יכול אותו עו"ד להחשב כ"בעל ענין" הרשאי לפנות לוועדה כדי להזהיר קורבן פוטנציאלי, למשל בת-זוג, מפני העברת הנגיף. יש לזכור כי על עורך הדין, להבדיל מאדם רגיל, מוטלת החובה של "שמירת סודיות" כלפי הלקוח, מכוח תק' 19 לתקנות כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, והגילוי אינו מותר לכאורה לפי ס' 90 לחוק לשכת עורכי-הדין, התשכ"א-1961. על המצב בארה"ב ובקנדה ר' :

GEORGE K. BRYCE: A COUNSELLOR'S DUTY TO WARN FORSEEABLE VICTIMS OF A CLIENT WITH HIV/AIDS (MARCH 1997). AVAILABLE AT WWW.BC-COUNSELLORS.ORG/WARNDUTY.ASPX

על התנגשות זו בין החובה לכבד את הפרטיות לבין החובה להזהיר מפני סכנה מוחשית צפויה ר' גוסטין, לעיל ה"ש 13, ע' 37, ובפרט ה"ש 140 שם.

51 דוגמה אקראית: הפרק הדין ב "AIDS Testing and Medical Information" של (Sec. 19a-584, Chapter 368x) Connecticut General Statutes (CGS), למדינת קונטיקט. הגדרת PARTNER ב-10) Sec.19a-581 שם היא כדלקמן:

"Partner" means an identified spouse or sex partner of the protected individual or a person identified as having shared hypodermic needles or syringes with the protected individual; Available at: search.cga.state.ct.us/dtsearch_pub_statutes.html

52 ר' גוסטין, לעיל ה"ש 13, ע' 45-47, ובפרט טבלה B (ע' 47-51 שם) הסוקרת את הוראות החוק בכל מדינה ומדינה בארה"ב ולאילו מחלות מידבקות (לרבות AIDS/HIV) הן מתייחסות. על השוואה בין חובת האזהרה למסירת מידע גנטי לאחר לפי חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, לבין חובת האזהרה למסירת מידע לאחר בגין נשאות של נגיף האיידס ר': שמעון שר של מי הגן הזה? - חובת הגילוי אל מול הזכות לחיסיון רפואי, הזכות לפרטיות וזכויות הפרט (מוגש במסגרת הקורס במשפט ורפואה, תואר שני- שופטים, בהנחיית פרופסור אמנון כרמי) (פס' 1.1.2.1.1, 2009).

53 סודיות רפואית "המכון ע"ש ד"ר פלק שליזינגר ז"ל לחקר הרפואה עפ"י התורה, ליד המרכז הרפואי שערי צדק ירושלים" (2009) www.medethics.org.il/articles/tora/subject90.asp.

כי "מבחינת ההלכה אין ספק שמניעת נזק לזולת עדיפה על חירות הפרט ועקרון האוטונומיה נדחה במצב כזה, בתנאי שהאבחנה ברורה וכאשר הפרת הסודיות נעשית רק כלפי מי שעלול להינזק ורק לאחר שהחולה עצמו מסרב לגלות את מחלתו לנוגעים בדבר".⁵⁴

גם ה-GMC (General Medical Council) הבריטית במדריך שלה משנת 2006 לרופאים קובעת לעניין כמה מחלות מידבקות (Serious Communicable Diseases), ביניהן זו הנגרמת על ידי נגיף ה-HIV את ההנחיה הבאה:

"22. You may disclose information about a patient, whether living or dead, in order to protect a person from risk of death or serious harm. For example, you may disclose information to a known sexual contact of a patient with HIV where you have reason to think that the patient has not informed that person, and cannot be persuaded to do so. In such circumstances you should tell the patient before you make the disclosure, and you must be prepared to justify a decision to disclose information".⁵⁵

סיכום

1. במשפט הישראלי יש הסכמה חד משמעית כי נשא/חולה איידס חייב לנקוט אמצעי זהירות מקובלים (כגון שימוש בקונדום) טרם יקיים יחסי מין עם כל בן זוג/שותף (מזדמן או קבוע). אי נקיטת אמצעים אלה עלולה להביא לחיוב בדין.
2. קיימת תמימות דעים, שעל ה"נשא/חולה איידס" מוטלת חובה מוסרית ליידע את ה"בן זוג/שותף" בדבר נשאותו/מחלתו, לפני קיום יחסי מין, בפרט כאשר ה"בן זוג/שותף" אינו מזדמן.
3. אין הכרעה בשאלה אם החובה המוסרית מהווה גם חובה משפטית, שהפרתה עשויה לחייב את ה"נשא/חולה איידס" בדין.
4. מההיבט המשפטי הדווקני, מדיניות משפטית ראויה אינה יכולה לשחרר מאשמה או מאחריות בעל "סיכון מוחשי וצפוי", אשר לא יידע או לא הזהיר אדם אחר מפני אותו סיכון.⁵⁶ בפרט כשבעל הסיכון מודע לסיכון שאותו הוא נושא עמו. לעומת זאת, מההיבט הרפואי-סוציאלי יש הגורסים, כי לפני עיצוב חובה משפטית מן הראוי להביא בחשבון שיקולים רפואיים וסוציאליים רלבנטיים. כך או כך, במציאות "מבחן התוצאה" הוא הקובע ותוצאת הסיכון נלמדת בדיעבד – ex post facto. אם לא הוכח שה"נשא/חולה איידס" גרם לנזק בעקבות קיום יחסי מין עם בן זוג/שותף, נראה שהוא לא יהיה חב בנזיקין. לא כן במישור הפלילי, שכן אם יוחלט להעמיד את ה"נשא/חולה איידס" לדין לפי ס' 218 לחוק העונשין, נראה כי די אם "ההתרשלות" עלולה הייתה להביא להפצת המחלה המוגדרת כמידבקת וידועה כמסוכנת.⁵⁷ עם זאת, סביר להניח כי בית המשפט יביא בשיקולי העונש גם את העובדה שלא הייתה "הפצה" בפועל של המחלה.

54 ד"ר אברהם שטינברג "מחלת ה-AIDS - היבטים רפואיים, מוסריים והלכתיים": ה"ש 2 לעיל. ר' גם פרופ' אברהם סופר "איידס היבטים מוסריים והלכתיים" רפואה והלכה: הלכה למעשה 373-375 (2006), www.medethics.org.il/articles/misc/RH.373.asp

55 www.gmc-uk.org/guidance/archive/serious_communicable_diseases_1997.pdf

56 "קיימות בכמה מדינות של ארה"ב הוראות חוקיות מפורשות המייבול את הנשא לגלות לשותף לפני קיום יחסי מין את דבר נשאותו. ר' "HIV case sparks moral debate", ה"ש 17 לעיל.

על רשימה מפורטת של המדינות וההוראות הפליליות הסטטוטוריות המיוחדות לענין זה ר':

"State Criminal Statutes on HIV Transmission" (29.8.08)

www.lambdalegal.org/our-work/publications/general/state-criminal-statutes-hiv.html

וכן, גוסטיין, לעיל ה"ש 13, ע' 35, ה"ש 125 שם.

גם אצלנו הושמעה קריאה להתערבות המחוקק: ר' דברי השופט ח' נחמיאס בת"פ 1362/92 (שלום-אש') מדינת ישראל נ' פלגסי, לעיל ה"ש 2: "אולי זה המקום וזו השעה להפנות קריאה למחוקק למען ירחיב תחולת חוק העונשין באופן כזה שיטיל - למען שלום הציבור - מגבלות חמורות, פרט לאלו הקבועות בסעיף 218סיפא לחוק, על חולה (ובכללו נשא) איידס המבקש לקיים יחסי-מין עם אדם אחר. שלום הציבור ככלל והגנה על קטינים וחסרי ישע בפרט, חייבים לעמוד כמטרה עילאית אל מול ענינה של המערכת החוקית-משפטית בחברתנו. על אחת כמה וכמה עתה, לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, 435).

אולם שאלה היא אם ראוי לאמץ הסדר תחיקתי כזה, אם הוא רצוי ובאיזו מידה הוא עשוי להרתיע נשא/חולה איידס מקיום יחסי מין ללא גילוי נשאותו לבן זוג/שותף!

57 גם במישור האזרחי קיימות מדינות בארה"ב המכירות כעילת תביעה נגד הנשא, בעצם החשש מהדבקה באיידס כתוצאה מאקט מיני בלי לדעת על מצבו של הנשא. מקרים כאלה ידועים בשם "Fear of AIDS" Cases. ר':

RESOURCE MANUAL FOR SUPPORT OF DENTISTS WITH HBV, HIV, TB AND OTHER INFECTIOUS DISEASE

www.ada.org/prof/resources/topics/hiv/legal.asp#fear (Page updated: November 29, 2001).

5. יידוע האחר יכול שיעשה על ידי ה"נשא/חולה איידס" עצמו, מטעמו, בהסכמתו, על ידי מי שהדין הטיל עליו חובה או הרשה לו לעשות כן, במקרים שהדין התיר להעביר את המידע או באמצעות ועדת אתיקה שמונתה על פי חוק לתפקיד זה.

6. לאור הניסיון שנצבר בינתיים מעבודת הוועדה, בהשוואה לחקיקה הנהוגה בארצות שונות בעולם, נראה כי השיטה הישראלית אינה נופלת ביעילותה ואף עולה על השיטות הנהוגות שם. במדינות ארה"ב, למשל, נחקקו הוראות חוק שונות⁵⁸ כדי לפתור את הדילמה בין חובת הפרטיות לבין החובה להזהיר בן זוג/שותף. חקיקה זו שאינה אחידה ולפעמים היא עמומה ולא ברורה דיה, אינה מפחיתה מהאחריות ומהמבוכה הרובצות על המטפלים. דווקא בגלל הרשות או החובה המוטלות לפעמים על הרשויות, לעיתים על המטופל ובמקרים לא מעטים על המטפלים (לפעמים רק על הרופאים ולפעמים גם על האחיות ומטפלים אחרים) נוצרים בלבול ואי ודאות, שאינם מיטיבים בהכרח עם המטופלים. לעומת זאת, לפי השיטה הישראלית, כשבהרכב הוועדה נכללים בעלי מקצועות מגוונים,⁵⁹ הפיתרון עשוי להיות מאוזן יותר, בהביאו בחשבון את האינטרסים החיוניים של הצדדים השונים המעורבים.

הערות למאמר: גליה הילדסהימר

מאמר זה מציג סקירה מעניינת ומקיפה של אמירות שונות מן הפסיקה ומן הספרות הישראלית בשאלה המוצגת בכותרתו. כמו כן, מציג הוא התייחסות לשאלה האמורה בפסק דין הדין בסוגיה זו של בית משפט בניו זילנד. המאמר מיטיב להציג את הקושי הגלום בפער בין החובה המשפטית המוטלת על נשאי איידס ליידע את שותפיהם למגע המיני אודות מצבם לבין החובה המקבילה במישור המוסרי.

השאלה המוצגת במאמר ממחישה אם כן שאלה כללית ורחבה הרבה יותר – את שאלת גבולות התערבותו של המשפט בהסדרת ההתנהגות האנושית. שאלה זו מתעוררת בענפי משפט רבים, אולם היא בולטת במיוחד בשדה המשפט הרפואי, אשר מעצם מהותו עוסק בהסדרתן המשפטית של שאלות מוסריות.

בתחומים מסוימים עורך המשפט הרפואי הבחנה ברורה בין אחריות משפטית לבין אחריות מוסרית. כך למשל בתחום המתות החדס קובע חוק החולה הנוטה למות, כי "אין ... לחייב מטפל לתת לחולה הנוטה למות טיפול רפואי מסוים, או להימנע ממתן טיפול רפואי מסוים, בניגוד לערכיו, למצפונו, או לשיקול דעתו הרפואי..."⁶⁰. הוראת חוק דומה מוכרת מתחום ההפלות, כאשר הפרק העוסק בכך בחוק העונשין קובע, כי "אין ... כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אישה אם הדבר בניגוד למצפונו או לשיקול דעתו הרפואי".⁶¹ בתחומי ההפלות והמתות החדס מכיר המשפט בבעייתיות הכרוכה בהסדרת המשפטית של נורמות בעלות אופי ערכי-מוסרי, אשר תיתכן שונות ניכרת לגבי אופן תפיסתן על ידי אנשים שונים בעלי תפיסת עולם ערכית שונה. על כן אין המשפט מחייב מטפלים לבצע הפלות או המתות חסד הנוגדות את צו מצפונם, ואין הם נושאים באחריות משפטית בגין הימנעותם מביצוע הפלות או המתות חסד העומדות בניגוד לצו מצפונם. המשפט מכיר אפוא במרחב מוסרי מסוים, ומושך את ידיו מהתערבות במסגרתו.

אלא שבמרבית המקרים נמנע המשפט מנקיטת עמדה בשאלת היחס בין חובות משפטיות וחובות מוסריות, כמו למשל בתחום תרומות האיברים. בתחום זה תיתכן במישור החברתי הכרה בחובה מוסרית המוטלת על אדם לתרום את איבריו לאחר מותו, אולם המשפט (או ליתר דיוק- המשפט הישראלי) נמנע מהטלת חובה משפטית לעשות כן, והדבר מסור לצו מצפונו האישי של כל אדם ואדם.

שאלת מסירת מידע אודות נשאות של נגיף האיידס לשותפיהם המיניים של הנשאים, נמנית על אותם מקרים שלגביהם נמנע המשפט מנקיטת עמדה מפורשת בשאלת קו הגבול בין חובות משפטיות וחובות מוסריות. אלא שעצם העובדה שהמשפט נמנע מנקיטת עמדה מפורשת לגבי עניין כלשהו אינה בהכרח מלמדת שאותו עניין יוכרע אך ורק על פי אמות מידה מוסריות אשר אין בצידין חובות משפטיות. אמנם, השאלה הנדונה עוסקת בדפוסים של התנהגות מינית המהווים עניינים פרטיים ואינטימיים ביותר – עניינים אשר על פי רוב נמנע המשפט מהתערבות במסגרתם. אולם יחד עם זאת, כאשר מדובר בהרגלים מיניים של נשאי איידס הרי שקיים אינטרס ציבורי מובהק להבטיח את מניעת הפצת הנגיף.

58 ר' גוסטיין, לעיל ה"ש 13, ע' 27 וטבלה A בע' 28-32 שם, המבארת איזו שיטה נוהגת בכל מדינה.

59 אדם הכשיר להתמנות שופט בית משפט מחוזי, כ"ר, שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר, פסיכולוג או עובד סוציאלי ונציג ציבור או איש דת (ס' 24 לחוק זכויות החולה).

60 סעיף 56 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.

61 סעיף 318 לחוק העונשין תשל"ז-1977.

בכך נעוצה ההצדקה להסדרתה של חובה משפטית המוטלת על הנשאים לנקיטת אמצעים למניעת הדבקת שותפיהם המיניים. אולם, כאשר נוקטים הנשאים באמצעי זהירות למניעת הדבקה, קרי- שימוש בקונדום, הרי שהטלת חובה משפטית נוספת לפיה על הנשאים גם ליידע את שותפיהם המיניים אודות נשאותם, מהווה לדעתי התערבות משפטית בלתי רצויה במרחב פרטיותם. חובה כזו (אם קיימת) תוגדר על פי אמות מידה מוסריות שאינן מוסדרות מבחינה נורמטיבית ואשר הפרתן אינה גוררת סנקציה משפטית.

דיון מורכב עוד יותר מתעורר ביחס לאחריותם של מטפליהם של נשאי האיידס כלפי שותפיהם המיניים של הנשאים. נשאלת השאלה, האם במצבים בהם ידוע למטפלים שאין הנשאים נוקטים באמצעי זהירות למניעת הדבקה באיידס, עליהם ליידע את אותם שותפים בדבר אפשרות חשיפתם לנגיף. בהקשר זה כבר הבעתי את דעתי בהרחבה (ראו- וטענתי כי יש לייחס חשיבות גם לאחריותם המוסרית של שותפיהם של הנשאים למגע המיני. טענתי היא, כי על פי רוב, על אנשים שנוהגים לקיים מגע מיני מזדמן מוטלת האחריות לנקוט באמצעי הגנה למניעת הידבקותם באיידס. לפיכך אחריותם של המטפלים פוחתת ככל שמדובר בשותפיהם המיניים המזדמנים של נשאי נגיף האיידס. אולם, כאשר מדובר בקשר מיני קבוע המושתת על יחסי אמון, פוחתת אחריותם המוסרית של השותפים המיניים לנקוט אמצעים למניעת הידבקות. לפיכך, ככל שמדובר בשותפים מיניים קבועים, אשר האמון העומד בבסיס הקשר שלהם עם נשאי הנגיף הופר על ידי הנשא, גוברת בהתאם אחריות המטפלים ליידע אותם בדבר אפשרות חשיפתם לנגיף האיידס, הגם שהדבר כרוך בפגיעה בפרטיותם של הנשאים.

לסיכום, שאלת אחריותם של נשאי נגיף האיידס כלפי שותפיהם המיניים, כמו גם שאלת אחריותם בהקשר זה של מטפליהם של נשאי הנגיף, מהווה מקרה מבחן מעניין לשאלה הכללית בדבר היחס בין חובות משפטיות ומקבילותיהן במישור המוסרי.

הערה למאמר ולהערה: אברהם סהר

יימצא מי שיאמר, ובצדק, כי נטלתי לעצמי זכות-יתר כעורך, כדי להביע את דעתי כבר בשלב זה.

הערתי מכוונת למחברים ולמעירה הנכבדים. ואקדים ואומר – גם בעיני הזכות לפרטיות היא זכות יסוד הנתונה לכל פרט בחברה. ככל זכות גם היא יחסית. ככל זכות, יהיו מצבים בהם היא עשויה להימצא כ"מתמודדת" עם זכות אחרת. במקרה דנן, בזכות הזולת לאי-פגיעה בבריאותו ואולי אף בחייו.

המחברים הנכבדים שלעיל התלבטו בבעיות בשני מצבים. אנסה להציג את השקפה מעט שונה משלהם, בכל אחד ממצבים אלה, בהקבלה לפתרונות שהחוק בישראל קבע למצבים דומים:

א. לחובת היידוע על ידי הרופא המטפל בנשא/חולה – מדוע לא לנהוג על פי מודל שנקבע ביחס למי שמצב בריאותו חשוד כפוגם בכושר תפקודו? מודל הנמצא בסעיף 12ב לפקודת התעבורה.

האם העובדה שאין צורך ברישיון לקיום יחסי מין מתירה את הסתרת (נושא) הסיכון מפני ה"מועמדים/ות" לסיכון?

ב. ובאשר לחובת היידוע של הנשא/החולה עצמו – המזמין/ה את חברה/תה/ו/תו לקיים יחסי מין בידיעה כי הוא/היא עצמו/ה חולה/נשא/ית, משול/ה למי שמזמין/ה חברה/ה לנסיעה במכונית תוך ידיעה שבלמיה פגומים, ומתרחשת התוצאה הצפויה, שהיא כמובן ממין הסיכון. אולי אפשר להבין (התיר?) הזמנה למשחק ברולטה, אך אם הכוונה למשחק ברולטה רוסית, נראה כי יש חובה לומר זאת מראש ובצורה מפורשת.

אולי לנוכח חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, העניין שבדוגמה כלל לא יועלה בדיון אזרחי, אך נראה לי כי לדן הפלילי עשויה להיות דעה בעניין.⁶³

אוסף – איני רוצה להבדיל בין בנות/בני זוג קבועים ומזדמנים. "סטאטוס המזדמן" נקבע בדיעבד, ואין כלל לקביעת מספר ההזדמנויות המגדיר אותו.

62 עמדתו צוטטה גם ב- זהר מור, דניאל שם טוב, גליה הילדסהימר ואלכס לבנטל «אמת או חובה: האם ניתן להפקיע את זכותו של נשא HIV לסודיות רפואית?», הרפואה 146, 200 (מרס 2007).

63 לעניות דעתי, חוק העונשין תשל"ז-1977, בסעיפים 304, 309 ו-338 מביע דעתו בבירור על התנהגות מסוג זה. כך גם סעיף 62 לפקודת התעבורה.