



מבזקי הארות פסיקה 27 | יוני 2014, 5-20

## לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם: הארה על פסק הדין תמ"ש 43071-01-13 א.מ.נ' א.ג.

עדי ניב-יגודה\*

1. מבוא. 2. HIV – דמוניזציה ודה-הומניזציה. 3. נשאות והורות. 4. הכרעה שיפוטית ככלי לשינוי מציאות חברתית. 5. בדיקה לגילוי נגיפי HIV בקטינים – שינוי חקיקה.

### 1. מבוא

בורות, סטריאוטיפים ודעות קדומות הן מהסכנות הגדולות ביותר שמאימות על זכויות האדם. למרבה הצער, גם בשנת 2014 נאלצים נשאי HIV להתמודד עם דעות קדומות ועם תופעות של אפליה על רקע נשאותם. פרשת א.מ. שבמרכזה סוגיית משמורת והסדרי ראייה שגרתית לכאורה, חושפת שוב את הפוטנציאל ההרסני שטומנות בחובן בורות ודעות הקדומות, הן ברמת הפרט והן ברמת החברה. דעות קדומות אלה מוצגות כהצדקה לשלילת זכות יסוד.<sup>1</sup> בענייננו, זכויות היסוד של אב נשא נגיף ה-HIV להיות הורה לבתו הקטינה.

במרכז הפרשה סיפורם של שני צעירים בשנות השלושים לחייהם, אשר ניהלו מערכת זוגית ממנה נולדה בתם הקטינה. מספר חודשים לאחר הולדת הבת נפרדו בני הזוג, וכחודש לאחר מכן התגלה האב כנשא של HIV וצהבת נגיפית מסוג C (Hepatitis). האב, המודע למצבו נוהג באחריות ואינו מסכן כלל ועיקר את הקטינה

\* מרצה למשפט רפואי בבית הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב ובפקולטות למשפטים; חבר הוועדה לחיזוק הרפואה הציבורית בישראל ('ועדת גרמן'); יועץ למוסדות בריאות בנושאי בריאות ומשפט; בעל משרד עורכי דין. תודתי לפרופ' ארנה בן-נפתלי, לעו"ד חגי קלעי ולחברי המערכת על הערותיהם המועילות.

<sup>1</sup> ע"א 436/76 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 239, 243 (1977).



מבזקי הארות פסיקה 27 | יוני 2014  
על נגיף האיידס ונגיף הבערות

לפי כל הנתונים המובאים בהחלטה, מבקש להמשיך ולמלא את חובותיו ההוריות, ואף לקחת חלק פעיל בגידולה. הקטינה מצדה מכירה את אביה, אוהבת אותו ושמחה להיות בחברתו.

אולם, עם היוודע דבר הנשאות לאם הקטינה, וחרף העובדה שהאב מטופל תרופתית, מקיים קשר טיפולי עם עובד סוציאלי ומודע להשלכות הנובעות מנשאותו ביקשה האם לנתק את הקטינה מאביה. לטענת האם, יש בקשר עם האב כדי לחשוף את הקטינה לסכנות שכרוכות בהדבקה בנגיף ה-HIV. במקביל, ועל רקע הדיונים בנושא של הסדרי ראייה, עתרה האם בבקשה כי יאשרו לה להגר עם הקטינה מחוץ לישראל, לארץ הולדתה.

## 2. HIV – דמוניזציה ודה-הומניזציה

בקשתה של האם לנתק בין האב הנשא ובין בתו הקטינה, היא ביטוי אחד מיני רבים לפגיעות שחווים נשאי HIV על רקע הדמוניזציה החברתית שמלווה את נגיף ה-HIV, וזאת החל מרגע גילויו בתחילת שנות ה-80 של המאה הקודמת.<sup>2</sup> דמוניזציה זו צמחה מתוך פחד, ושגשגה על רקע השיוך הקבוצתי ויחסי הציבור שנעשו לנגיף תחילה כ- "סרטן של ההומוסקסואלים",<sup>3</sup> ובהמשך כ-"Gay-Related Immune Deficiency"

<sup>2</sup> F Barré-Sinoussi, JC Chermann, F Rey, MT Nugeyre, S Chamaret, J Gruest, C Daugey, C Axler-Blin, F Vézinet-Brun, C Rouzioux, W Rozenbaum & L Montagnier, *Isolation of a T-lymphotropic retrovirus from a patient at risk for acquired immune deficiency syndrome (AIDS)*, 200 SCIENCE 868 (1983)  
<sup>3</sup> AE Friedman-Kien, *Disseminated Kaposi's sarcoma syndrome in young homosexual men*, 5 AM ACAD DERMATOL 468 (1981); A Friedman-Kien, L Laubenstein, M Marmor, K Hymes, J Green, A Ragaz, J Gottlieb, F Muggia, R Demopoulos & M Weintraub, *Karposi's sarcoma and Pneumocystis pneumonia among homosexual men--New York City and California*, 30 MMWR 305 (1981).



לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

(GRID).<sup>4</sup> למותר לציין, שעל רקע חוסר הוודאות הרפואית באשר למאפיינים האפידמיולוגיים של הנגיף, החיבור החברתי שנעשה בין נגיף ה-HIV ובין גברים הומוסקסואלים היה מידי.<sup>5</sup> חיבור זה העצים את הדמוניזציה החברתית והשנאה כלפי הומוסקסואלים כמשחית החברה,<sup>6</sup> וחידד את חיצו הביקורת בטענות כגון: סיכון בריאות הציבור, ההפקרות המינית בקרב חברי הקהילה הגאה ושימוש בסמים. כאמור, לאורך השנים, טענות ממין זה פיתחו, עודדו וביססו תפיסה חברתית המשקפת בורות, סטריאוטיפים ודעות קדומות,<sup>7</sup> ותפיסה חברתית שנשענה, בין היתר גם על הנרטיב של נשא HIV כאמצעי התקשורת.<sup>8</sup> תפיסה חברתית כלפי נשאי HIV שבדומה לשלבים בסולם אולפורט<sup>9</sup> החלה כדימוי שלילי שהוצמד לנשא; המשיכה דרך ניכור חברתי

4 Lawrence K. Altman, *New homosexual disorder worries health officials*, N.Y. TIMES (MAY 5, 1982), <http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html>

5 Philip J. Hilts, *2 Mysterious Diseases Killing Homosexuals*, WASHINGTON POST Aug. 30, 1981, at A15; Lawrence K. Altman, *Rare Cancer Seen in 41 Homosexuals*, N.Y. TIMES (July 3, 1981), <http://www.nytimes.com/1981/07/03/us/rare-cancer-seen-in-41-homosexuals.html>; EVERETT M. ROGERS, JAMES W. DEARING & SOONBUM CHANG, *AIDS IN THE 1980S: THE AGENDA-SETTING PROCESS FOR PUBLIC ISSUE*, 126 JOURNALISM MONOGRAPHS (1991)

6 Sander Gilman, *AIDS and Syphilis: The iconography of disease*, in AIDS: CULTURAL ANALYSIS, CULTURAL ACTIVISM 90 (Douglas Crimp ed., 1988); Steven Epstein, *Moral contagion and the medicalization of gay identity: AIDS in historical perspective*, 9 RESEARCH IN LAW, DEVIANCE AND SOCIAL CONTROL 3 (1988)

7 EVELYN P. TOMASZEWSKI, UNDERSTANDING HIV/AIDS STIGMA AND DISCRIMINATION, HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL AFFAIRS DIVISION (Senior Policy Associate, 2012)

8 ענת קליין "בין מיתוסים למדע: נרטיב האיידס בעיתונות הישראלית בשנים 1981–2007 כדוגמה להבניה תרבותית של מחלה" *מסגרות מדיה* 2, 50 (2008).

9 PETER WATSON,; GORDON ALLPORT, *THE NATURE OF PREJUDICE* (1954) PSYCHOLOGY AND RACE 45–46 (2007)



והימנעות ממגע עם חברי "הקבוצה", והגיעה עד כדי הפליה פעילה ופגיעה ממשית בזכויות אדם.<sup>10</sup> ואבקש להדגיש, הדמוניזציה החברתית שעבר נגיף ה-HIV, היא שניצבת, בין היתר גם בבסיס הדה הומניזציה שנעשתה במידה מסוימת לנשאים (פרטים) ולקבוצות בחברה (לדוגמה: הומוסקסואלים). וטשטוש זהותו של הנשא כאדם "נורמטיבי". במקרים מסוימים נראה שבמקום שהחברה תזהה את נגיף ה-HIV כמאפיין ביולוגי של הנשא, התמזגה זהותו של הנשא כפרט עם זהות "המחלה", לעתים עד כדי מצב של מעין שיחלוף גנטי בין הזהויות.<sup>11</sup> כך שאת פני הנשא כפרט, כמו גם את פני ההומוסקסואלים כקבוצה, הלכה והחליפה דמותה הדמונית של המחלה.

עדות לכך שבשם הבורות והדעה הקדומה מקריבה החברה את הנשא, ופוגעת בזכויותיו הבסיסיות ביותר, ניתן למצוא במגוון רחב של מקרים וסיפורים בהם "זכו" נשאים ליחס מפלה מצד החברה.<sup>12</sup> הפליה מודעת שהשתרשה בחברה, ושהובילה לקיום פרקטיקה חברתית שבאה לידי ביטוי בין היתר גם באבחנה שנוצרה בין נגיף ה-HIV לבין נגיפים אחרים, אבחנה שהובילה לנקיטת יחס חברתי וממסדי שונה כלפי נשאי HIV.<sup>13</sup> פגיעה זו מתעצמת נוכח העובדה שלמרות הצטברות הידע בכל הקשור לנגיף

Gregory M. Herek, John P. Capitanio & Keith F. Widaman, *HIV- related stigma and knowledge in the United States: prevalence and trends, 1991–1999*, 92 AM J PUBLIC HEALTH 92 371 (2002).

R. M. Puhl & K. D. Brownell, K. D., *Psychosocial origins of obesity stigma: toward changing apowerful and pervasive bias*, 4 OBESITY REVIEWS 213 (2003); Rebecca M. Puhl & Kelly D. Brownell, *Confronting and coping with weight stigma: an investigation of overweight and obese adults*, 14 OBESITY 1802 (2006); Yofi Tirosh, *The Right to Be Fat*, 12 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 266 (2013).

14.6.2013 רן רוניק "תופעה: רופאים מעדיפים לא לטפל בנשאי HIV" **ישראל היום** [www.israelhayom.co.il/article/94009](http://www.israelhayom.co.il/article/94009); תע"א (ת"א) 5645/09 פלוני נ' אלמונית בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2012);

Peter Piot, Sarah Russell & Heidi Larson, *Good politics, bad politics: The experience of AIDS*, 97(2) AMERICAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH 1 (2007)



לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

ה-HIV ודרכי ההדבקה, כמו גם התקדמות המדע והרפואה, התפיסה החברתית נותרה כשהייתה. ולראיה, אותם טיעונים, אמירות והצדקות לכאורה ששימשו את החברה במאה הקודמת, הם שממשיכים להזין ולקיים את ההפליה הפסולה כלפי נשאים גם היום. דוגמה לכך היא אותה דעה קדומה המייחסת לנשא HIV תכונה של "מסוכנות" רק בשל היותו נשא, וזאת תוך התעלמות כמעט מוחלטת מהידע הרב שנצבר לאורך השנים בכל הנוגע לחיים עם נגיף ה-HIV, כמו גם מהמאפיינים האינדיבידואליים של כל נשא ונשא (כגון: מודעות לנשאות ולהשלכות, אחריות, נטילת טיפול תרופתי וכדומה). דעה קדומה זו נדחתה על ידי בית המשפט בפרשת א.מ.י.<sup>14</sup> אך היא עדיין רווחת בקרב חלקים נרחבים בחברה. את כושר שרירותה של דעה קדומה זו אבקש להדגים דרך סיפורו של Ryan White והקבלה לטיעונים שבמרכז הפרשה נשוא הארה זו.

ראיין וויט, נער אמריקני חולה המופיליה שבשנת 1984, בהיותו בן 13, אובחן כנשא של נגיף ה-HIV.<sup>15</sup> החשיפה לנגיף התרחשה, ככל הנראה, בעקבות מנת דם שקיבל כחלק מטיפול בהפרעות קרישה. חרף זאת, התפיסה בציבור הייתה שראיין נדבק בנגיף במהלך קיום יחסים הומוסקסואליים. הקשר שבין נגיף ה-HIV ובין נטייה מינית, סימן את תחילת דרכה של ההפליה והפגיעה שחווה ראיין. בשנת 1985, ולאחר שמצבו הרפואי של ראיין השתפר, ביקשו הוריו לשלוח אותו חזרה לבית ספר ציבורי במדינת אינדיאנה. הואיל ודבר נשאותו נפוץ בקרב רבים מתלמידי בית הספר והוריהם, חזרתו נתקלה בהתנגדות עזה מצד הורים לתלמידים בבית הספר וחלק מצוות המורים. ההתנגדות התבססה על הטענה שנשאותו של ראיין מסכנת את אלו שבאים במגע עמו. נוכח התנגדות שכללה החתמת עצומה נגד חזרתו של ראיין לספסל הלימודים, נאסרה

<sup>14</sup> תמ"ש (ב"ש) 43071-01-13 א.מ.נ' א.ג. (פורסם בנוב, 2.2.2014).

<sup>15</sup> Dirk Johnson, *Ryan White Dies of AIDS at 18; His Struggle Helped Pierce Myths*, N.Y. TIMES (1990)



כניסתו לבית הספר הציבורי. חרף כל הקשיים החליטו ראיין והוריו להילחם בהפליה ובבורות, ופנו לבית המשפט כדי לעמוד על זכותו של ראיין לחזור ללמוד בבית הספר. לאחר מאבק משפטי עיקש הורשה ראיין לחזור אל ספסל הלימודים. עם חזרתו לבית הספר הא סבל מניכור חברתי ומוסדי. בבית הספר דרשו מראיין לאכול בקפיטריה בכלים חד-פעמיים ולהשתמש בתא שירותים נפרד. בשנת 1990, וכחודש לפני שסיים את לימודיו התיכוניים נפטר ראיין. סיפורו האישי של ראיין ומאבקו בממסד הפך סמל למאבק בדעה קדומה ובאפליית נשאי HIV בארצות-הברית, עד כדי כך שלאחר מותו החליט הקונגרס על תוכנית מימון פדראלית שמטרתה לשפר את איכות וזמינות הטיפול בנשאי HIV. תכנית שעוגנה בחוק, וכונתה Ryan White Comprehensive AIDS Resources Emergency Act.<sup>15</sup>

בחזרה לענייננו, ובדומה לפרשת Ryan White, נראה כי טענותיה של האם שהאב מסכן את בתו, כמו גם את השוהים בסביבתו, מדגימות בצורה יפה כיצד שרדה הדעה הקדומה. לעניין זה יפים דבריה של כבוד השופטת רותם קודלר עיאש "בורות מסוג זה יש לבער ויצוין כי מחוץ לפרוטוקול, אף הערתי לב"כ התובעת כי מדובר בטענות שמקומן כבר נפקד מהחברה המערבית המתקדמת לפני לפחות שני עשורים".<sup>16</sup> בנוסף, בנקודה זו אבקש אף לטעון כי הדעה הקדומה לא רק שרדה, אלא גם הלכה ושגשגה. במקרים מסוימים נראה שהדעות הקדומות הפכו להיות כלי ניגוח אקטיבי כנגד נשאים, וזאת לצורך קידום אינטרסים אלו ואחרים של צד פלוני. ויודגש, כל הפליה מטעמים פסולים (גזע, מגדר, נטייה מינית וכדו') היא חמורה, אולם שימוש בדבר נשאותו, מחלתו או מוגבלותו של אדם ככלי לשלילת זכויותיו, עשויה להיות חמורה שבעתיים, וזאת משום שיש בה כדי להעצים את פוטנציאל הפגיעה. פעם ראשונה, הפגיעה שבעצם

<sup>15</sup> Ryan White Comprehensive AIDS Resources Emergency Act, Pub.L. 101–381, 104 Stat. 576 (1990).

<sup>16</sup> פרשת א.מ., לעיל ה"ש 14, פס' 9.



לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

ההכרה העצמית בנשאות, במחלה או במגבלות, ופעם שנייה, הפגיעה מחוץ, מהשימוש החברתי הפסול. כאמור בענייננו, במסגרת טענותיה בוחרת האם לעשות שימוש ציני ובלתי-ראוי במצבו הרפואי של האב לצורך קידום אינטרס אישי – הליכי הגירה. עדות לשימוש הציני שעושה האם ניתן למצוא בפסק הדין, שם מציינת השופטת קודלר עי"אש "לצערי התרשמתי כי ישנה אפשרות כי האם אשר מבקשת להתנתק בעצמה ולנתק את בתה מישראל בכלל ומהאב בפרט, מצאה לה קרדום לחפור בו ונעשה שימוש בהידבקותו של האב במחלה הכרונית והנוראית, כדי לנמק מדוע יש למנוע מהאב לראות את בתו ואפילו בתנאים בהם לא נשקף כל סוג של סיכון להדבקה".<sup>17</sup> מכאן, ובשל השקפותיה, אמירותיה ומעשיה, כמו גם שימוש בדבר נשאותו של האב ככלי ניגוח, מתעוררת השאלה אם התנהלותה של האם עולה בקנה אחד עם טובתה של הקטינה.

לסיכום, נראה שהפליה כלפי נשאי HIV מתקיימת בשלושה מישורים שונים אך מקבילים.

**במישור הראשון – הפליה בחסות לכאורה מדעית.** זו מתקיימת בחסות אבחנה חסרת בסיס מדעי בין נשאי נגיף ה-HIV ובין חולים/נשאים במחלות אחרות. אבחנה זו אינה מתחשבת בפרמטרים כגון: דרכי הדבקה, סיכויי ההדבקה, אופציות טיפוליות וכיוצא בזה. היחס המפלה במישור זה חמור במיוחד נוכח העובדה שבמקרים מסוימים רופאים חוטאים להתחייבותם הבסיסית "ועזרתם לאדם החולה באשר הוא חולה",<sup>18</sup> כשמבחינתם העזרה לאדם הנזקק לטיפול מסתיימת ב-HIV.<sup>19</sup> נראה כי הדמוניזציה

17 שם, פס' 7.

18 **שבועת הרופא העברי** (ליפמן היילפרין תרגם, 1952).

19 שרת הבריאות יעל גרמן גילוי דעת: **סירוב להעניק טיפול לנשאי HIV** (16.10.2013) [www.mirror.upsite.co.il/uploaded/files/1392\\_77f18b1cfd9478d689fe486e09d16462.pdf](http://www.mirror.upsite.co.il/uploaded/files/1392_77f18b1cfd9478d689fe486e09d16462.pdf); דן אבן "רבע מרופאי העתיד: זכותנו לסרב לטפל בחולה איידס" **הארץ** 1.12.2012. <http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1876512>; רוניק, לעיל ה"ש 12.



האגרסיבית שנעשתה לנגיף ה-HIV, והתוויית החברתית שהוצמדה לנשאים, חצו את הגבולות המקצועיים ודחקו הצדה את הידע המדעי שמצוי אצל חלק מהרופאים. כך, לא אחת הטיפול בנשאי HIV מציב את הרופא למול עצמו, תוך שהוא מאלץ אותו להתמודד עם פחדים חבויים, חששות ודעותיו הקדומות שלו. בשונה ממרבית המחלות המדבקות, ככל שמדובר בטיפול בנשאים מתקיים, שלא בצדק, קונפליקט פנימי כשמצד אחד ישנה חובה חוקית ואתית להעניק טיפול רפואי שוויוני, ומן הצד האחר מצויות עמדותיו האישיות של הרופא, עמדות שלעתים מתבססות על אותה סטיגמה חברתית ובתורן, תורמות לחיזוקה. הבעיה מתחילה כשעמדותיו האישיות של הרופא ניצבות כמחסום מפני גישה לקבלת שירותים רפואיים, תוך יצירת פרקטיקה רפואית פסולה והתנכרות רפואית. הפליית מטופלים במערכת הבריאות מכל סיבה היא חמורה. אולם כשמדובר בהפליה אשר נשענת על סטיגמה חברתית או דעה קדומה התופעה חמורה שבעתיים ואפילו מסוכנת. בין היתר נוכח העובדה שבכוחה של הפליה מצד גורם רפואי לקבע ולהנציח את הדעות הקדומות, ואף לתת להן "ניחוח" לכאורה מדעי. בנוסף, הפליית נשאים אף עשויה להוביל לצריכה מופחתת של שירותי בריאות בקרב נשאים, או היעדר דיווח על דבר הנשאות – מצב שיכול לסכן את הנשא והצוות המטפל כאחד. מכאן צומחת חובתם של מוסדות הבריאות בישראל לפעול למניעת תופעות של הפליית נשאים, הן ברמת הרופא הבודד והן ברמת מדיניות הטיפול. חשוב להדגיש כי מבחינת הרופא, כל מטופל צריך להיות בחזקת חשוד כמי שנושא מחלה מדבקת, בין שמדובר ב-HIV או בכל מחלה מדבקת אחרת. הטעם לכך הוא ברור: ככל שישנה הקפדה על אמצעי הזהירות הנדרשים ומקובלים, אין חשש ממשי מפני הדבקה – ומכאן שגם הסירוב להעניק טיפול רפואי אינו ראוי.

במישור השני – תווית חברתית ושיח של בושה. במישור זה נעשה שימוש בנשאות של אדם כהצדקה לפגיעות שאינן קשורות כלל לנגיף וסימונו של הפרט כ-"לא נורמטיבי". סימון זה מתבצע, בין היתר, תוך מחיקת זהותו של הנשא כפרט, והצמדת תכונות שהחברה מייחסת למחלה, כגון: "מסוכנות", "חוסר אחריות", "מתירנות מינית" וכיוצא בזה. לא למותר לציין, שפעמים רבות, עצם ההאשמה הציבורית של הפרט





לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

הנשא, לא רק שאינה עוזרת לקידום בריאות הציבור, היא מזיקה – בעיקר בהקשר המניעתי. האשמה ציבורית אשר מלווה בשיח של בושה עלולה להרתיע פרטים בחברה מלבצע בדיקות לאיתור נגיפי HIV, או לפנות לטיפול במסגרת רפואית מסודרת ובטוחה.<sup>20</sup>

במישור השלישי – "מחלה של הקבוצה". כמצוין לעיל, כבר מראשית דרכו תויג נגיף ה-HIV כמחלה של הומוסקסואלים – "הקבוצה".<sup>21</sup> היחס החשוך כלפי חברי "הקבוצה", כמו גם השנאה, ההומופוביה, הבורות והדעה הקדומה – הם שהובילו לזיהוי של כלל ההומוסקסואלים עם ה-מחלה, ולהפך. זיהוי זה הוביל ועודד פרקטיקה מפלה.

### 3. נשאות והורות

הורים הם האפוטרופוסים הטבעיים לילדיהם,<sup>22</sup> ונקודת מוצא לכל דיון משפטי היא שהוריו של הקטין ממלאים את אחריותם ההורית, ופועלים לטובתו – אלא אם הוכח אחרת.<sup>23</sup> בענייננו, האם מבקשת להרחיק את הקטינה מאביה על רקע נשאותו, וזאת בטענה שהדבר נעשה לטובתה של הקטינה ולשם שמירה על בריאותה. למותר לציין כי מקרה זה מדגים בצורה יפה כיצד מבקש הורה אשר מחזיק בדעה קדומה (או עושה שימוש ציני בדעה קדומה קיימת) לשלול את זכויותיו ההוריות של ההורה האחר, וזאת תוך שימוש והסתמכות על עקרונות משפטיים, במקרה זה – עקרון "טובת הילד". עקרון זה, אשר נדון רבות בפסיקה ובספרות המשפטית,<sup>24</sup> הוא אמורפי במהותו ולא פעם משקף

<sup>20</sup> פרופ' בנטואיץ' "עפרה חזה מתה מהבושה מהמחלה" וואלה! חדשות 29.2.2000 [news.walla.co.il/?w=/18/5247](http://news.walla.co.il/?w=/18/5247)

<sup>21</sup> Epstein, לעיל ה"ש 6.

<sup>22</sup> חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

<sup>23</sup> דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 257 (2004).

<sup>24</sup> שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות אדם" ספר זמיר על משפט ממשל וחברה 93 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי



ערכים חברתיים המוטלים לטובת מודלים של הורות הגמונית.<sup>25</sup> עם זאת, מקובלת החזקה המשפטית שטובתו של קטין להיות בקשר מלא, פעיל ויציב עם הוריו. חזקה זו מקבלת בנסיבות העניין משנה תוקף נוכח התמונה המצטיירת בפסק הדין ביחסים שבין האב לבתו: הקטינה, על אף גילה הצעיר, מבטאת בקולה ובהתנהגותה את הערך החיובי שהיא מפיקה מהקשר עם האב. ואילו האב מצדו מבקש למלא את חובותיו ההוריות, ולקחת חלק פעיל בחיי בתו. עמדה זו מתחזקת עקב האינדיקציות המעידות על התנהלותו האחראית של האב המסוים, ועולה ממנה כי לא נשקפת לקטינה כל סוג של סיכון להדבקה. להדגיש, בחברה מתוקנת, חברה נטולת דעות קדומות, שאלת יכולתו וזכותו של נשא להיות בקשר משפחתי פעיל ורציף עם ילדיו, רק בשל היותו נשא, כלל לא הייתה עולה. נשאי HIV, כמו גם נשאים או חולים בכל מחלה אחרת, זכאים לממש את מלוא זכויותיהם ההוריות, ובכלל זאת זכות הנשא להיות הורה לילדו. לעניין זה חשוב לתת ביטוי מהדהד לעמדותיו הנחרצות והחשובות של בית המשפט, ובהם "יהיה זה אכזרי למנוע מבני אדם שנדבקו במחלה קשרים אנושיים בכלל ועם האהובים עליהם בפרט, לא כל שכן ילדיהם, דמם ובשרם!"<sup>26</sup> כמו גם אמירתה של השופטת שלפיה "איני מוצאת להעלות על דעתי כי ישנה אפשרות שבמדינה מתוקנת, אדם ייאלץ לוותר על קשרים משפחתיים, לא כל שכן זכותו להיות הורה, בשל מצב רפואי כזה או אחר".<sup>27</sup>

עם זאת, ולצד הרטוריקה הליבראלית החשובה, נראה שגם פסק דין זה אינו חף מבעיות. ראשית, חרף הטענה שהאב היה מכור לקוקאין ולא לכוהול, פסק הדין נעדר

של קטינים "משפטים" לא 623 (2000); דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119 (1996); בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.5.2006); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 31 (נחתמה ביום 20.11.1989); דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת ס' רוטלוי (חלק כללי) 2003.

25 עדי ניב-יגודה "שיתוף קטינים בהליכים רפואיים – מפרשת גרטי ועד לפרשת פלונית" רפואה ומשפט 45, 22 (2012); מילי מאסס "טובת הילד" – על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים" חברה ורווחה טו 415 (1995).

26 פרשת א.מ., לעיל ה"ש 14, פס' 13.

27 שם, פס' 14.



לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

התייחסות מהותית לעניין ההתמכרות, וזאת מלבד ציון הצהרתו של האב כי בעידוד הוריו הוא פנה בשנת 2012 לגמילה, ומאז הוא נקי מסמים. התייחסות חסרה בהקשר של טובת הקטינה מחמת סוגיית ההתמכרות לסמים, מעלה את השאלה אם ההתמכרות בהיות האב נשא של HIV היוותה מעין גורם ממסך. נשאות אשר ניצבה בחזית הדין המשפטי, וזאת תוך דחיקת יתר הגורמים (התמכרות לסמים וצהבת C) לשוליים. גורמים אלה, בכל דיון אחר, היו מקבלים ביטוי ממשי ומרכזי. שנית, לצד הביטוי הנרחב שמקבלת נשאותו של האב את נגיף ה HIV בפסק הדין, רועמת שתיקתו של בית המשפט בכל הנוגע להיות האב גם נשא של צהבת נגיפית מסוג C. זו היא מחלת כבד נגיפית היכולה לגרום לו לנזק משמעותי, ואשר טרם נמצא לה חיסון, ושדרכי ההדבקה בה זהים לאלו של נגיף ה-HIV. כאמור, שתיקתו של בית המשפט היא שתורמת לביסוס האבחנה החברתית בין HIV ובין מחלות אחרות. שלישית, בהחלטתו מכיר בית המשפט בזכויותיו של האב להיות הורה לבתו, אולם להכרה זו מצטרפת תוספת לוואי – פגישותיו של האב יעשו תחת פיקוח מלא. הגם שמפסק הדין עולה שהפיקוח נעשה בהסכמת האב, לאור האמירות החדות והברורות של בית המשפט: "אין כל סיבה לחשוד ממפגש רגיל, יומיומי בין האב לביתו"<sup>28</sup>, והמלצות העובד הסוציאלי: "יש מקום לבחון גם מפגשים במסגרת רגילה ביתית"<sup>29</sup>, מתעוררת השאלה אם ישנה הצדקה אמיתית לקיומו של פיקוח, ואם כן – על מה בדיוק מפקחים. על פניו, ובשל היעדר פירוט מספק, נראה שמדובר בפיקוח ללא מטרה ברורה. פיקוח שסותר את ההנחה שרווחת לאורך כל פסק הדין, שלפיה אין חשש להדבקה וכי האב פועל לקדם את טובת בתו הקטינה. פיקוח זה ממשיך לסמן את ההורה הנשא כחשוד או כלא אמין, וזאת אף שכל הנתונים מעידים אחרת. מכאן, ולאור האינדקציות שבפסק הדין, נראה שמטרת הדרישה לפיקוח נועדה

<sup>28</sup> שם, פס' 13.  
<sup>29</sup> שם, פס' 9.



לתת מענה לטענותיה וחששותיה של האם. טענות וחששות אשר הוכחו כמבוססות על בורות, דעות קדמות ורצון לקדם אינטרס אישי.

לסיכום נקודה זו, הפיכת דבר נשאתו של אדם, בין שמדובר בנגיף HIV ובין מדובר בכל נגיף או מחלה אחרת, ככלי להפקעת זכויות אדם, היא מהלך חמור שיש להישמר מפניו. ככל שמדובר בקשר שבין רפואה ומשפט העתיד צופן לנו אתגרים רבים. מכאן, שעל עולם המשפט מוטלת החובה לוודא שבדיקה רפואית זו או אחרת, או מחלה פלונית, לא יהוו בסיס משפטי או טיעון עצמאי לשלילת זכויות אדם.

#### 4. הכרעה שיפוטית ככלי לשינוי מציאות חברתית

לאורך השנים חלו בחברה הישראלית שינויים מסוימים ביחס לנשאי HIV. התקדמות המדע, ובעיקר ההתפתחות התרופתית ומעבר ממאפיינים של מחלה סופנית למחלה כרונית,<sup>30</sup> לצד מאבקים אישיים וקבוצתיים, הם שתרמו לקידום ההכרה בזכויותיהם של נשאי HIV וחולי איידס בישראל. ציוני דרך חשובים במלחמה בהפליה ניתן לראות במאבק ממושך שניהלו נשים נשאות HIV לשם מימוש הזכות למשפחה, להורות ולטיפולי פוריות: נוכח סירוב היחידות להפריה חוץ גופית לספק לנשים נשאות שירותים אשר נמצאים בסל הבריאות, כשהמניע העיקרי שהסתמן הוא חשש מפני פגיעה במוניטין של המרכז הרפואי,<sup>31</sup> עבר המאבק בשנת 2006 לזירה המשפטית.<sup>32</sup> כתגובה לעתירה שהגישו נשים נשאות כנגד משרד הבריאות, ולאחר התדיינות בין הצדדים, הודיע משרד הבריאות לבית המשפט כי בכוונתו להסדיר את סוגיית טיפול הפריה

<sup>30</sup> Steven G Deeks, Sharon R Lewin & Diane V Havlir, *The end of AIDS: HIV infection as a chronic disease*, 382 THE LANCET 1525 (2013); דניאל אלברט "איידס – טיפול במחלה כבמחלה כרונית" *DoctorsOnly* 16.12.2012 [.doctorsonly.co.il/2012/12/50127](http://doctorsonly.co.il/2012/12/50127)

<sup>31</sup> שירה פיינשטיין ודניאל זיידמן "טיפול באי-פוריות בבני זוג שאחד מהם נשא של נגיף הכשל החיסוני הנרכש (HIV)" *הרפואה* 38, 147 (2008).

<sup>32</sup> בג"ץ 9830/06 פלונית והועד למלחמה באיידס נ' שר הבריאות.



לנשאות HIV, ובחודש יוני 2008 פורסם כי מכון ייעודי יוקם בבית החולים רמב"ם.<sup>33</sup> חרף הקשיים שניצבו בדרך להרמת המרכז ברמב"ם, נראה כי עצם ההכרה הממסדית בזכותה של אם נשאית לטיפול פוריות חשובה היא. דוגמה נוספת למלחמה בהפליית נשאי HIV ניתן למצוא בשנת 2013 בהחלטתו של משרד הבריאות לפתוח בהליכים משמעותיים כנגד רופאי שיניים אשר סרבו להעניק טיפול לנשאים. מהלך זה נתמך, בין היתר, גם בהצהרתה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל, שלפיה "אין להפלות חולים מכל סיבה שהיא לרבות לא עקב סוג מחלתם", וכי "נשאות של HIV אינה מסכנת את הרופא יותר מכל מחלה מדבקת אחרת".<sup>34</sup> כאמור, על רצף הזמן ניתן למצוא מגוון מהלכים שמטרתם להלחם בהתנהגויות חברתיות ומקצועיות שמושגות על סטריאוטיפים ודעות קדומות, וביניהן: התייחסות לאנשים החיים עם HIV במוסדות רפואיים;<sup>35</sup> איסור סימון רשומה רפואית של נשא HIV בסימול מיוחד בבית חולים;<sup>36</sup> ושוויון זכויות לתלמידים נשאי HIV.<sup>37</sup> מהלכים אלה מבקשים להכיר בזכויותיו של הפרט הנשא שלא לקבל יחס שונה מקום שבו אין זיקה בין הנשאות כמאפיין ביולוגי, לבין הפרט.

על רקע האמור לעיל, גם פרשת א.מ. היא נדבך חשוב ומהותי בדרך למיגור תופעות של הפליה על רקע רפואי בכלל, וכלפי נשאי HIV בפרט. מההנמקות שבפסק הדין ניכר המאמץ הרב שעושה בית המשפט כדי לפזר את ערפילי הבורות ולהילחם בסטיגמות החברתיות ובדעות קדומות שהתבססו בחברה כלפי נשאי HIV. אמירותיו של בית

<sup>33</sup> שלי לוי עיכובים בהקדמת מרכז ארצי לטיפול פוריות בנשים נשאות הנגיף HIV (הכנסת, מרכז מידע ומחקר, 2009) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02349.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02349.pdf).

<sup>34</sup> הלשכה לאתיקה, ההסתדרות הרפואית בישראל, דיון בסוגיית רופאים המסרבים לטפל בחולי איידס (ינואר 2013).

<sup>35</sup> חוזר ראש שירותי בריאות הציבור 13/11 "התייחסות לאנשים החיים עם HIV במוסדות רפואיים" (16.11.2006).

<sup>36</sup> חוזר מנהל רפואה 27/94 "זיהוי נשאי וחולי HIV/איידס בבתי חולים" (3.5.1994).

<sup>37</sup> חוזר מנכ"ל משרד החינוך תש"ס/2(א) "תלמידים נשאים או חולים באיידס" (3.10.1999).



המשפט וקביעותיו מהוות מסר חשוב לחברה בישראל, ונקודת ציון נוספת בהגנה על זכויות האדם. עם זאת, האפקטיביות של פסק הדין, מעבר למקרה הפרטי, טמונה ביכולתו לחלחל לרבדים השונים בחברה הישראלית, ולשנות את המציאות היום יומית של נשאי HIV וחולי איידס. מודעות חברתית נמוכה לקיומו של פסק הדין נשוא מאמר זה, כמו גם להנמקות שעמדו בבסיס ההכרעה השיפוטית, עשויה להביא בשורה קטנה מאוד לציבור הנשאים, ולהותיר את האפליה על כנה.

קצרה היריעה מלפרוס את מגוון העמדות בנוגע ליכולתו של בית המשפט ליצור ולהוביל שינוי חברתי. עם זאת, ומבלי להפחית בחשיבותו של פסק הדין בפרשת א.מ, אבקש לציין כי לדעתי שינוי חברתי אמתי אינו מושג רק בעקבות פסק דין או אפילו סדרה של פסקי דין, תהא הערכאה השיפוטית אשר תהא. במקרים מסוימים ניסיון לגרום לשינוי חברתי באמצעות בית משפט עלול אף להשיג מטרה הפוכה.<sup>38</sup> נקודה זו מקבלת משנה תוקף כשמדובר ברצון למגר הפליה שמקורה בפחד המבוסס על בורות ויוצר מעגל שוטה של דעות קדומות. שינוי חברתי הוא מהלך ארוך אשר נעשה בצעדים של עקב בצד אגודל, מהלך אשר דורש שיתוף פעולה אמתי ומקיף של שלוש הרשויות (השופטת, המחוקקת והמבצעת), שיתוף פעולה הנגזר מחובתן של שלוש הרשויות למגר דעות קדומות ולפעול לקידום זכויות אדם.<sup>39</sup>

כאמור, פסקי דין הם כלי חשוב מאוד להעברת מסר וחינוך חברתי – אולם הם לא בהכרח הכלי החשוב ביותר או האפקטיבי ביותר. ראוי היה שלצד המאמץ שעושה בית המשפט בישראל יתגייסו יתר הגורמים המוסדיים שבכוחם להוביל לשינוי חברתי, ובראשם משרד החינוך, משרד הבריאות ומשרד המשפטים. רק עבודה משותפת של משרדי הממשלה, לצד הגורמים המקצועיים והארגונים השונים היא שתוביל אותנו

<sup>38</sup> רות גביוון "התקווה החלולה: האם בתי המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג "מעשי משפט ב 15 (2009).

<sup>39</sup> סלים ג'ובראן וחגי קלעי "תחולתה של הזכות החוקתית לקיום מינימאלי בכבוד על אנשים החיים בעוני – פרשנותם הראויה של דיני ההוצאה לפועל לאחר פסק הדין בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי" עיוני משפט לז (עתיד להתפרסם בשנת 2014).



לנפץ את הסטיגמה – HIV וזכויות אדם

לחברה טובה יותר, חברה סובלנית יותר, חברה שאינה מבקשת לשלול זכויות של אדם רק מפאת נשאותו, מחלתו או מוגבלותו. מיגור דעות קדומות ושינוי חברתי אמתי ניתן וצריך לעשות בדרך של חינוך. חינוך לסובלנות, חינוך לקבלת האחר והשווה.

## 5. בדיקה לגילוי נגיפי HIV בקטינים – שינוי חקיקה

בשנים האחרונות יותר ויותר קטינים פונים באופן עצמאי למרפאות השונות, ומקבלים טיפול רפואי על צורותיו השונות. נוכח זאת לאורך השנים הוכרה כשרות המשפטית של קטין במגוון סיטואציות רפואיות. בשנת 1996, ובמקביל לחקיקת חוק זכויות החולה, נחקק בישראל חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים.<sup>40</sup> חוק זה הוא חריג לדין הכללי, ומאפשר להכיר בכשרותו המשפטית של קטין החל מגיל 14 שנה לבצע בדיקה לגילוי נגיפי HIV. בדיקה זו תעשה על פי רצון הקטין וללא שנדרשת הסכמת הוריו – אך זאת לאחר שהרופא נוכח כי הקטין הבין בפועל את ההסברים שניתנו לו וכי ביכולתו של הקטין לגבש רצון עצמי. כאמור, חוק זה עניינו בדיקת דם לגילוי נגיפי HIV בלבד – ומכאן השאלה, מדוע ראה לנכון המחוקק לייצר חקיקה ספציפית לנגיפי HIV. שהרי מחמת הספציפיות שבחוק, נוצר מצב שלפיו קטין אשר קיים יחסי מין לא מוגנים רשאי לערוך בדיקה לגילוי נגיפי HIV ללא ידיעת הוריו, אולם הוא אינו רשאי לבדוק אם הייתה חשיפה גם למחלות נוספות כגון Chlamydia, Syphilis, Hepatitis (A, B, C) ועוד, מחלות שחלקן הרבה יותר נפוצות, דרכי ההדבקה הרבה יותר פשוטות ושהשלכות הרפואיות קשות לא פחות מזה של נגיף ה-HIV. המצב החוקי שלפיו קטין רשאי לבצע בדיקה לגילוי נגיפי HIV בלבד, תוך הדרה כמעט מוחלטת של כל יתר הבדיקות לגילוי מחלות המועברות במגע מיני, הוא מצב שמתעלם מתמונה אפידמיולוגית רחבה הרבה יותר, שהרי מקום שבו יכול הקטין להיחשף לנגיף ה-HIV,

<sup>40</sup> חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996.



ישנה סבירות גבוהה אף יותר שתיתכן הדבקה במחלה נוספת, חמורה לא פחות, מחלה אשר האבחון והטיפול בה נמנע מחמת הספציפיות שבחוק.

בחינת הרקע והמציאות שליוו בשנת 1996 את החוק לגילוי נגיפי HIV בקטינים מובילה שוב למסקנה כי דעת הקהל השלילית בכל הנוגע לאיידס, והדמוניזציה שעבר נגיף ה-HIV, הם שעומדים בבסיס ההפרדה בין בדיקה לגילוי נגיפי HIV, ובין יתר הבדיקות לגילוי מחלות ו/או נגיפים שמועברות במגע מיני. מיותר לציין כי הפרדה המלאכותית זו היא פרי תפיסה חברתית, ולא בהכרח החלטה אשר נשענת על הצדקה רפואית ממשית. לפיכך, ומחמת המציאות שלפיה כיום בני נוער חשופים יותר למחלות אשר מועברות במגע מיני, והמאופיינת ברף גילאים שבהם מתחילים בני נוער לקיים יחסי מין היורד בצורה עקבית, נראה כי הגיעה העת להרחיב את ההכרה בכשרות המשפטית של בני נוער לבצע בדיקות דם לגילוי מחלות מדבקות, אף מעבר לבדיקת נגיפי HIV. נראה שהגיעה העת לבצע שינוי חקיקה שבכוחו לצמצם במידה מסוימת את האבחנה שנעשתה לאורך השנים בין HIV ובין יתר המחלות שמועברות באמצעות מגע מיני, אבחנה שהושפעה בעיקרה מבורות ומדעות קדומות. שינוי חקיקה אשר עשוי אף להביא לשיפור אמתי בטיפול רפואי בקטינים ובצמצום החשיפה למגוון רחב של מחלות מדבקות. שינוי אשר ביטוי לו ניתן למצוא בהצעת חוק זכויות החולה (תיקון – הסכמה מדעת של קטין), התשע"ד–2014.<sup>41</sup> הצעת חוק אשר מבקשת להכיר בכשרותו המשפטית של "קטין בשל" במגוון מצבים רפואיים, ובכלל זאת גם טיפול רפואי הקשור במיניות. כאמור, ככל שמדובר בהתמודדות עם מחלות שמועברות באמצעות מגע מיני, נראה כי חקיקה זו תשפר את הטיפול הרפואי בקטינים, ואף עשויה לצמצם את החשיפה של בני נוער למחלות שמועברות במגע מיני.

<sup>41</sup> הצעת חוק זכויות החולה (תיקון – הסכמה מדעת של קטין), התשע"ד–2014.