

---

האגודה לרפואה ולמשפט בישראל

# רפואה ומשפט

תדפיס מתוך: גיליון 45 – ינואר 2012

עמ' 22-33

שיתוף קטינים בהליכים רפואיים – מפרשת גרטי ועד לפרשת פלונית  
הערה לפסה"ד בתמ"ש 11-04-26442 מרכז רפואי ת"א ע"ש  
סוראסקי- איכילוב והיועמ"ש במשרד הרווחה נ' א.מ.

מאת

עדי ניב־יגודה



המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה



**שיתוף קטינים בהליכים רפואיים – מפרשת גרטי ועד לפרשת פלונית**  
**הערה לפסה"ד בתמ"ש 11-04-26442 מרכז רפואי ת"א ע"ש סוראסקי-איכילוב**  
**והיועמ"ש במשרד הרווחה נ' א.מ.<sup>1</sup>**

**עדי ניב-יגודה\***

**תקציר**

לא אחת נדרשים צוותים רפואיים להתמודד עם השאלה מהי טובתו של קטין אשר נדרש לעבור פרוצדורה רפואית בעלת סיכון. שאלה זו מורכבת במיוחד כשמדובר בפעולה רפואית שעלולה להשפיע מהותית על המשך חייו של הקטין, ולעיתים אף להוביל למותו. במקרים אלו מתעוררת שאלת מעמדו של הקטין החולה בהליכים הרפואיים הנוגעים לו.

בשנת 1991 אשררה מדינת ישראל את חתימתה על האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות ילד. האמנה קובעת בסעיף 12 כי "המדינות החברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ומידת בגרותו". מכאן לשאלה עד כמה, אם בכלל, הופנם בישראל עקרון ההשתתפות – שאינו מוגבל לתחום משפטי זה או אחר – בנסיבות רפואיות.

מאמר זה מבקש להתחקות מנקודת מבט ביקורתית על המשקל שנותנות המערכת הרפואית והמערכת המשפטית לרצונותיו, עמדותיו ותחושותיו של קטין טרם קבלת החלטה רפואית בעניינו. עוד במאמר זה, שאלת סמכות ההורים על ילדיהם כשההורים מתנגדים למתן טיפול רפואי; ההצדקה הרפואית-משפטית להתערבות בהחלטת ההורים; בחינת טובת הילד החולה ועקרון הכישורים המתפתחים; רצונותיו של הקטין כאדם אוטונומי ועוד.

לבסוף, מאמר זה מבקש להציע עקרונות לשיתוף קטינים בהליכים רפואיים הנוגעים להם טרם קבלת החלטה רפואית או הכרעה שיפוטית. עקרונות המושתתים בין היתר על מחקר אמפירי שבחן עמדות של קטינים הלוקים במחלות מסכנות חיים בנוגע לזכותם להשתתפות בהליכים רפואיים.

**מילות מפתח:** הסכמה מדעת, שיתוף קטינים, טובת הקטין, סמכות הורית, הזכות להשתתפות, מחלות מסכנות חיים, זכויות הילד.

**"שאלה כבדת משקל עומדת להכרעתי והיא האם להורות על ניתוח כריתת ידה של הקטינה לשם הסרת גידול ממאיר, בניגוד לדעתה של אימה ואפוטרופתה הטבעית, בעוד שהימנעות מהניתוח תוביל למותה הוודאי של הקטינה, תוך ייסורים קשים".<sup>2</sup>**

זו השאלה שבפניה ניצב בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל-אביב בבואו להכריע בבקשה שהוגשה על ידי הצוות הרפואי של בית החולים ושירותי הרווחה, שכותרתה "בקשה דחופה להורות על ביצוע הרדמה וניתוח בהתאם לסעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות".<sup>3</sup> בזרועה של נערה כבת 13, אובחן גידול סרטני, לנוכח

\* המחבר הוא עורך דין ומרצה למשפט רפואי וזכויות אדם; יועץ למוסדות בריאות בנושאים מדיקו-לגליים; ראש היחידה לניהול סיכונים שירותי בריאות לתלמיד בישראל וחבר ועד מנהל באגודה הישראלית למתן טיפול תומך. [adinivy@gmail.com](mailto:adinivy@gmail.com)

המחבר מבקש להודות לד"ר יוסי גרין על שהואיל לקרוא את טיוטת המאמר ולהעיר את הערותיו המועילות, ולמר איתי פירני עוזר מחקר.

1 תמ"ש 11-04-26442 מרכז רפואי ת"א ע"ש סוראסקי-איכילוב והיועמ"ש במשרד הרווחה נ' א.מ. (פורסם בנבו, 7.7.2011) (להלן – פלונית).

2 במילים אלה פותח בית המשפט את פסק הדין שלעיל.

3 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

המצב הרפואי המליצו הרופאים להתחיל בטיפול משולב הכולל בין היתר כריתה של היד. לדעת הרופאים המטפלים, "ברור מעבר לכל ספק שללא טיפול, מחלה זו הינה קטלנית ב 100% מהחולים ומדובר בדרך כלל בתהליך הדרגתי של החמרה במחלה אשר כרוך בכאבים עזים, סבל רב ועקב הגרורות לריאה קוצר נשימה גובר עד אי ספיקה נשימתית". הרופאים העריכו שאין טיפול אחר זולת הכריתה, וכי ביצוע הטיפול המשולב מעלה את סיכויי הריפוי של הנערה לכדי 60%-65%. בניגוד להמלצת הרופאים סירבה האם להסכים לטיפול הרפואי שהוצע לבתה הקטינה. מהדוח הסוציאלי שהוגש לבית המשפט עולה כי האם היא –

"אישה קשת יום, עיקשת, גאה, נצמדת לאמונותיה הדתיות ולמסורת ... על פי תפיסתה המענה למצבה של א' הוא התפילה והצום... לאם לקח פרק זמן להפנים שמדובר במחלה קשה, אך לא נראה כי מפנימה לגמרי שמדובר במחלה מסכנת חיים".<sup>4</sup>

ובהמשך נכתב:

"א' ואמה זומנו לשיחה עם ד"ר לוי הרופא האונקולוג וד"ר דדיה האורטופד האונקולוגי, בה הוסבר להן שהדבר היחיד שיכול להציל את חייה הוא ניתוח כריתה היד. כצפוי, התגובות היו קשות ביותר, האם – פ' הביעה התנגדות נחרצת והתבטאה ב' יותר טוב שתמות'.<sup>5</sup>

הנערה א' עצמה, למרות ההלם והבכי, אמרה:

"אני מבינה שאין לי ברירה".<sup>6</sup>

בשל עמדתה הנחרצת של האם התבקש בית המשפט לאפשר את הטיפול הרפואי בנערה. בית המשפט קיבל את הבקשה והתיר – מכוח סמכותו לפי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות – לבצע את הניתוח בקטינה.

## גבולות הסמכות ההורית באשר לטיפול רפואי בילדיהם

חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות בישראל קובע כי ההורים הם האפוסטרופסים הטבעיים של ילדיהם.<sup>7</sup> חובתם לדאוג לצורכי הקטין<sup>8</sup> ולפעול לטובתו הקטין מסורים לילדם.<sup>9</sup> להורים יש הזכות והחובה לגדל את ילדיהם, ומכוח סמכותם נשמרת האוטונומיה שלהם לגדל את ילדיהם לפי השקפת חייהם ואמונתם. סמכות ההורים כוללת בין היתר את הזכות להסכים לטיפול רפואי המוצע לילדיהם או לסרב לו. ביטוי לגישה זו ניתן בפרשנות בית המשפט את חובות ההורים בפרשת בן אכר, שבה נקבע כי<sup>10</sup>

"נקודת המוצא לדיון מצויה בחוק הכשרות, הוא החוק החולש על המקרה שבפנינו. המשיבים הם הוריו הביולוגיים של בן. ככאלה, הם אפוסטרופסיו הטבעיים (סעי' 14 לחוק הכשרות). אפוסטרופסותם כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין (סעי' 15). בין אלה, לא מנוי באופן מפורש גם הנושא של מתן טיפול רפואי. עם זאת, נפסק כי רשימת העניינים המנויים בסעי' 15 אינה

4 פרשת פלונית, לעיל הערה 1, בפסקה 12.

5 שם, בפסקה 13.

6 שם.

7 סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות.

8 שם, בסעיף 15.

9 שם, בסעיף 17.

10 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטין) על-ידי הוריו ואפוסטרופסיו הטבעיים, פ"ד נא(4) 830, 845 (1997) (להלן – בן אכר).

**סגורה... וכי במונח 'צורכי קטין' שבה כלולים גם צורכי הטיפול הרפואי בקטין... כמי שאחראים גם לצורכי הטיפול הרפואי של הקטין, דורש ביצוע הטיפול הרפואי בו – מקל וחומר, כאשר הקטין אינו מסוגל לבטא עמדה עצמאית בעניין – את הסכמתם מזעת של הוריו לטיפול".<sup>11</sup>**

עם זאת, וככל שסירוב ההורים לטיפול הרפואי עומד בניגוד לחובתם לנהוג כדרך שהורים מסורים היו נוהגים, גוברת ההצדקה המשפטית להתערב בהחלטותיהם, לעתים עד כדי הפקעת סמכותם על ילדיהם הקטינים. אבקש להדגיש כי החזקה שלפיה בחירת ההורים עולה בקנה אחד עם טובת ילדם ניתנת לסתירה. ביטוי לעמדה זו אפשר לראות כבר בפרשת גרטי משנת 1963.<sup>12</sup> לבית המשפט המחוזי הוגשה תביעת קטינה באמצעות הוריה, ולפיה על המדינה לפצות את הקטינה בשל קטיעת רגלה השמאלית (מתחת לברך), בין היתר בהסתמך על עולת התקיפה, ובטענה שהניתוח נעשה בקטינה בלי הסכמת הוריה. במקרה זה, ובשונה מפרשת פלונית לעיל, נאותה האם לתת את הסכמתה לטיפול המוצע, ואילו האב נמנע מלאשרו – ובהמשך אף התנגד לו. עם זאת וחרף השוני העובדתי שבין המקרים אבקש להציג את התפיסה המשפטית שעמדה בבסיס ההכרעה בפרשת גרטי. בפסק דינו מציין כבוד השופט אגרנט:

**"במקרה כמו זה שלפנינו – המקרה שבו הברירה היא בין חשיפת הקטין לגורל המוות לבין הצלת חייו על-ידי ניתוח שישאיר בו מום – מהווה סירוב ההורים להסכים לניתוח משום הפרת חובתם, בתורת האפוטרופסים 'על גופו', לנהוג לפי מה שדורשת טובתו. לא זו בלבד, אלא אם בהשפעת סירובם האמור, היה נמנע הרופא מלעשות את הפעולה הכירורגית הנדונה ועקב כך, קיפח הקטין את חייו, כי אז היו נושאים ההורים הסרבנים באחריות פלילית על תוצאה זו (סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי). כאשר אלו הן נסיבות המקרה, לא רק שאין בלבי ספק, כי בסמכותו של בית-המשפט לתת, לפני המעשה, את הרשות שסירבו ההורים לתיתה, אלא מוסיף אני וקובע כי בית-המשפט מוסמך לעשות כן גם בדיעבד".<sup>13</sup>**

כפי שאפשר לראות מפסק הדין בעניינה של גרטי, ככל שמדובר בקטין, במצבים רפואיים מסכנים חיים מעדיף בית המשפט את האינטרס הציבורי-חברתי שבהצלת החיים – גם במחיר של פגיעה באוטונומיה ההורית ובסמכותם – אינטרס שהיה עשוי לקבל משקל שונה לו הוגשה בקשה דומה של בגיר וכשיר המסרב לניתוח מציל חיים.

מהוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות עולה כי כאשר קיים חשש שסירוב ההורים עלול לפגוע בשלומו הגופני ואו הנפשי של הקטין, רשאי בית המשפט להתערב ולהפקיע את סמכותם. בסעיף 68 לחוק נקבע:

**"א. בית המשפט רשאי בכל עת, [...] לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין.**

**ב. היתה בקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית".<sup>14</sup>**

דוגמה מאלפת לשימוש בסעיף 68(ב), תוך הפקעת הסמכות ההורית אפשר למצוא בפרשת בן אכר.<sup>15</sup> במרכז פרשה זו ניצב עניינו של קטין בן שמונה שנים אשר סובל מפגיעה שכלית ומוטורית קשה מלידה. בנוסף סבל הקטין ממחלת כליות שהלכה והחמירה. בשל ההחמרה במצב ביקשו הרופאים המטפלים להתחיל בטיפול בדיאליזה פְּרִיטוֹנְאָלִית. לדעת הרופאים, ללא דיאליזה פְּרִיטוֹנְאִלִית הקטין צפוי למות. אולם נוכח מצבו הרפואי של הקטין החליטו הוריו להקל את סבלו ולא להסכים לטיפול הרפואי שהוצע. לנוכח סירוב ההורים לאשר את הטיפול הורה

11 ש.ס.

12 ע"א 322/63 עשירה, קטינה, על ידי הוריה ו' ו-א' גרטי נ' מדינת ישראל, פ"ד יח (2) 458, 449 (1964). (להלן – גרטי).

13 ש.ס, בעמ' 457.

14 סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

15 פרשת בן אכר, לעיל הערה 10.

בית המשפט על ביצוע הטיפול הרפואי בקטין, על פי הוראות סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, בקבעו כי זאת הדרך לשמור על חייו ושלמות גופו של הקטין, בין היתר:

**“כי לא נתונה לו [לבית המשפט – המחבר] הסמכות להחליט חייו של מי ראויים לחיות אותם וחייו של מי אינם ראויים”<sup>16</sup>.**

בעקבות החלטה זו עתרו הוריו של בן לבית המשפט המחוזי וזה הפך את החלטת בית המשפט לענייני משפחה, בין היתר בטענה שההורים הם:

**“המוסמכים האמיתיים לבחינת צורכי הקטין”.**

בית המשפט המחוזי קבע כי לאחר ששוכנע כי החלטתם של ההורים מעוגנת בטובת הילד, בשימה סוף לייסוריו, הוא לא ייטה להחליף את שיקול דעתם בשיקול דעתו.<sup>17</sup> בשל הדברים הגיש היועץ המשפטי לממשלה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. השאלה המרכזית שהוצגה בפני בית המשפט הייתה אם להתיר לרופאים לבצע את הטיפול הרפואי הנדרש במחלת הכליות החמורה, כדי למנוע את מותו של הקטין, חרף סירוב ההורים לביצוע הטיפול. במענה לשאלה זו השיב כבוד השופט ת' אור:

**“עלינו להימנע משיפוט בדבר טיב חייו של בן בהשוואה לילד רגיל בן גילו. עלינו להתמקד בבחינת טובתו של בן מנקודת מבטו שלו”<sup>18</sup>.**

לפיכך נקבע:

**“במקרה שבפנינו טובתו של בן מחייבת כי יינתן לו הטיפול הרפואי המבוקש. משמעות הדבר היא, כי אנו מתערבים בהחלטתם של הוריו של בן, הם המשיבים, שלא להסכים לביצוע הטיפול המבוקש”<sup>19</sup>.**

כאמור, מקרה זה יכול לשמש דוגמה לביטוי של גישת בית המשפט המצדיקה התערבות המדינה בהחלטת הורים תוך פגיעה באוטונומיה של המשפחה ובסמכות ההורים על ילדיהם. התערבות זאת מקורה בתפיסה שונה של טובת הקטין כשמדובר במתח שבין איכות חיים לבין קדושת החיים. טובת הקטין שבמקרה זה, כבמקרים אחרים, פורשה באופן המקדש את החיים, בניגוד לעמדת ההורים שביטאה את איכותם ואת הרצון לסיים את סבל ילדם. יש להדגיש כי בנסיבות העניין תמוהה אמירתו של בית המשפט כי הכרעה זאת היא המגלמת את בחינת טובתו של בן, מנקודת מבטו שלו.

נחזור עתה לבירור מעמדו של הקטין בהליך הרפואי. השאלה המרכזית העולה בענייננו היא מהו הביטוי שניתן לעמדותיו, רצונותיו, דעותיו ותחושותיו של קטין מושא ההחלטה בתוך מכלול השיקולים שהובילו לתוצאה. כפי הנראה בפרשת בן איכר, בשל תיאור מוגבלותו השכלית של הקטין, נבצר מבית המשפט להתחקות על עמדותיו ורצונותיו. אולם נראה שבמקרים רבים לא שונים הם פני הדברים, זאת גם כשהקטין אינו סובל ממגבלות השוללות ממנו את האפשרות לשתפו בהליכים הרפואיים. כפי שאפשר לראות בישראל טרם אומצה מדיניות רפואית-משפטית אחידה וברורה לשיתוף הקטין בשיקולי ההליכים הרפואיים הנוגעים לו. עדויות לכך אפשר

16 שם, בעמ' 837.

17 שם, בעמ' 838.

18 שם, בעמ' 854.

19 שם, בעמ' 858.

לראות במחקר אמפירי ראשון מסוגו בישראל, ושבמסגרתו תועדו בין היתר מצבים שבהם אף הוסתר מידע רפואי מהותי מפני הקטין החולה עצמו, וזאת חרף רצונו להיות שותף להליכים – רק בשל גילו הכרונולוגי.<sup>20</sup>

## הקטין כ"מטופל"

בשנת 1990 חתמה מדינת ישראל על האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, שאושרה בשנת 1991.<sup>21</sup> העקרונות המרכזיים של האמנה הם אלה:<sup>22</sup> שוויון;<sup>23</sup> טובת הילד;<sup>24</sup> החיים, ההישרדות וההתפתחות;<sup>25</sup> והחשוב לעניינו נמצא הסעיף 12(1):

**"המדינות החברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ומידת בגרותו".<sup>26</sup>**

לסעיף 12(2) נוספה הבהרה:

**"למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו, בין במישרין ובין באמצעות נציג או גוף מתאים, באופן המתאים לסדרי הדין שבדין הלאומי".<sup>27</sup>**

מכאן לשאלה עד כמה, אם בכלל, הופנם בישראל עקרון ההשתתפות – שאינו מוגבל לתחום משפטי זה או אחר – בנסיבות רפואיות, שתואם לכישוריו המתפתחים של הקטין המסוים.<sup>28</sup> המושג "כְּשָׁרִים מתפתחים" מבקש לומר כי זכות ההשתתפות של הילד ראוי כי תותאם לרמת בגרותו והתפתחותו, בהנחה שאין בהכרח חפיפה בין כשריו המנטליים של הילד לבין גילו הכרונולוגי. עוד יצוין כי מימוש זכותו של הקטין להיות שותף וההכרה בכישוריו המתפתחים מושפעים ממי שאחראי לו ותלויים בו.

הנה, מאז חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, שבו הוגדרו זכויות היסוד של האדם, עולה כי מעצם היות הקטין "אדם" עומדות לו כל זכויות היסוד המנויות בחוק<sup>29</sup> ללא תלות בגילו או במידת התפתחותו.<sup>30</sup> פרשנות זו של הזכות החוקתית ניתנה בספרו של פרופ' אהרן ברק "פרשנות במשפט", שבו הובהר כי כבוד האדם הוא גם כבודו של הקטין.<sup>31</sup>

עם זאת ועל אף האמור בחוק היסוד נראה כי עדיין חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות עלול להיות מחסום בפני קטינים בכל הנוגע לשיתופם בהחלטות רפואיות בעניינם. מצבים כאלה לעתים מגיעים עד כדי שלילתן של זכויות הקטינים או פגיעה לא מידתית בהן.<sup>32</sup> נוכח זאת נראה שיש לשקול אפשרות לפרש את הוראות חוק הכשרות

20 ע' ניב-יגודה ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות – עמדות של קטינים עם מחלות מסכנות חיים 73-80 (עבודה לתואר מוסמך במשפטים הפקולטה למשפטים אוניברסיטת ת"א, אפריל 2009).

21 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 31 (נפתחה לחתימה בשנת 1989). (להלן – האמנה).

22 דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת ס' רוטלוי (חלק כללי) 41 (2003) (להלן – דוח ועדת רוטלוי).

23 האמנה, לעיל הערה 21, בסעיף 2.

24 שם, בסעיף 3.

25 שם, בסעיף 6.

26 שם, בסעיף 12(1).

27 שם, בסעיף 12(2).

28 שם, בסעיף 5.

29 סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

30 פרשת בן אכר, לעיל הערה 10, בעמ' 843.

31 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 320 (1994).

32 סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המשפטית והאפוסטרופסות באופן שיתאימו לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולמטרותיו. הפרשנות החדשה תתייחס להוראה בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות הקובעת כי **"פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו"**.<sup>33</sup>

הוראה זו משמעותה מתן "הסכמה לפעולה משפטית", קרי הכשרת פעולותיו של הקטין מבחינה משפטית. עם זאת אין להתעלם מהעובדה שבחוק הכשרות המשפטית אין ולו סעיף אחד אשר שולל מהקטין את זכותו להיות שותף להליכים הנוגעים לו.<sup>34</sup> משכך נראה שעל מערכות הרפואה והמשפט בישראל לאמץ את הפרשנות החדשה שתוצג להלן, שלפיה יש להכיר בזכותו של הקטין להיות שותף גם בהליכים רפואיים הנוגעים לו. כל זאת בהתאמה ליכולתו ולכישוריו המתפתחים, גם אם בסופו של יום ההכרעה או ההסכמה נותרת בידי הוריו – אפוסטרופסיו. הפרשנות המוצעת לעיל עולה בקנה אחד הן עם עקרונות היסוד והן עם האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.

## שיתוף קטינים בהליכים רפואיים הנוגעים להם

קצת אבקש לחזור לדיון המשפטי שהתקיים בעניינה של אותה נערה כבת 13 שנים, שהרופאים מבקשים לכרות את ידה חרף התנגדות האם. כבר עתה, ובטרם אתייחס למקום שניתן לנערה בהחלטה שהתקבלה. אבקש להדגיש ולציין שאין במאמר זה כדי לבקר את תוצאתו הסופית של הדיון המשפטי, קרי ההחלטה לכרות את היד. כפי הנראה, בניסבות העניין הגושפנקה המשפטית שניתנה להמלצת הרופאים, חרף סירוב האם, נכונה. ברם כאן המקום לחזור ולמקד את הדיון בביטוי שניתן בפסק הדין לנערה עצמה, או ליתר דיוק – בעצם היות הנערה "דמות שקופה" בהליכים הרפואיים הנוגעים לה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסק הדין.

בבואנו לבחון אם וכיצד מימשה הנערה את זכויותיה, ערב הכרעת הדין, באשר להחלטה לכרות את ידה, מוצאים אנו שבניגוד לעקרונות יסוד ולסעיפי האמנה, גם במקרה זה נעדרה מפסק הדין התייחסות לעמדותיה, רצונותיה, רגשותיה ותחושותיה של הנערה עצמה. עדות אילמת לכך אפשר לראות בעצם העובדה שבפסק הדין כולו מצויה אמירה אחת ויחידה מדברי הנערה, כפי שנאמרה בקולה שלה. כפי שעולה מספק הדין, אמירה זאת של הנערה לקוחה מתוך הדו"ח הסוציאלי, ולא אמירה שנאמרה לבית המשפט במהלך שיחה בלתי אמצעית עם הנערה עצמה. בהתייחס לאמירת הנערה, כפי שצוטטה מתוך הדוח הסוציאלי, קובע בית המשפט:

**"דווקא הקטינה, למרות גילה הצעיר, מבינה כי יש להעדיף את החיים על פני המוות ולמרות הכאב הרב, היא מוצאת תעצומות נפש ומסכמת את הסוגיה כולה בחמש מילים בלבד: 'אני מבינה שאין לי ברירה'. גם אני, בדיוק כמו הקטינה, בדעה כי אין לי ברירה, אלא להורות על ביצוע הניתוח הנ"ל".**<sup>35</sup>

פרשנות זו של דברי הנערה, ובעיקר כשאין בפסק הדין עדות למידת שיתוף הנערה באשר לאופי מחלתה ולחומרתה, מעלה תמיהה. כאמור, מפסק הדין אין אנו למדים אם וכיצד באה לידי ביטוי זכותה של הנערה להיות שותפה לענייניה הרפואיים. וביתר פירוט, אם ניתנה לה הזדמנות אמיתית להביע את רצונותיה, עמדותיה, רגשותיה ותחושותיה בנוגע להחלטה לכרות את ידה. יתרה מכך, עצם אמירתה של הנערה – **"אין לה ברירה"** – דווקא מלמדת אותנו על שיתוף מינימלי. מדברי הנערה, אשר מסתכמים במשפט אחד, אי אפשר ללמוד על מעורבותה, וגם לא אם ההחלטה השיפוטית משקפת את רצונה, אמונתה וטובתה – כפי שהנערה עצמה רואה אותה.

במקרים קשים אלו נדרשת המערכת המשפטית להכריע בין השקפות שונות, אמונות מגוונות וערכים. גם במקרה זה נדרש בית המשפט לאזן בין הבסיסיות שבזכויות האדם, כשעל כפות המאזניים מצויות הזכות לחיים (קדושת החיים) למול אורח החיים וזכות האדם לקיימו על פי אמונותיו, רצונותיו והשקפותיו. כאמור לעיל, בפסק הדין דן אין הקורא האנונימי יכול להתחקות על רצונה האמיתי של הנערה ולראות אם קיימת הלימה בין רצונה לבין

33 סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות.

34 ניב-יגודה, לעיל הערה 20, בעמ' 138.

35 פרשת פלונית, לעיל הערה 1, בפסקה 37.

ההכרעה השיפוטית. חשיבותה של ההלימה גוברת ככל שמדובר בקטין אשר הוכיח יכולות וכישורים, ובייחוד כשההכרעה השיפוטית מושתתת בעיקרה על הנמקה ערכית. כפי שאפשר ללמוד, בפסק דינו נוקט בית המשפט פרשנות ערכית ביחס לסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בקבעו:

**"לא לחינם הסעיף פותח בהגנה על הערך החשוב ביותר: 'חיי' ורק לאחר מכן על 'גופו', ללמדך כי ההגנה על החיים קודמת לכל הגנה אחרת וכי אין דבר שהחיים ייסוגו מפניו, על אחת כמה וכמה, לאור נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה".**<sup>36</sup>

עוד ממשיך ומצטט כבוד השופט בפסק דינו את שנאמר בפרשת בן אכר:

**"גם לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה ערך זה של קדושת החיים שלוב בשיטת המשפט הישראלית, אשר ינקה אותו מערכי היסוד של היהדות. עמד על כך השופט זילברג בע"א 461/62... בקובעו כי: 'היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים... תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר".**<sup>37</sup>

כאמור לעיל, ומבלי להפחית מחשיבות הסוגיה שבבסיס הציטוט, די באמירה זו כדי לשקף את השיקולים הערכיים שעמדו בבסיס ההכרעה. אולם אי אפשר להבין ולדעת מדברים אלה אם השיקולים הללו עולים בקנה אחד עם עמדותיה והשקפותיה של הנערה, כי אין די באמירתה הבודדת.

במרוצת השנים נכתב רבות במקורות השונים על האיזון העדין שבין "קדושת החיים" ו"אורח החיים" במדינה יהודית ודמוקרטית. במאמר זה אמנע ביודעין מלדון בשאלה זו. לצורך המשך הדיון מושא מאמר זה, הנחת המוצא באשר לאיזון הראוי בין הזכויות לעיל תהא שזכותו של כל אדם בישראל לחיות את חייו על פי אמונותיו והשקפותיו. ברם עולה השאלה אם בסוגיות רפואיות הנחת המוצא הזאת מקנה מעמד גם לקטין, או שמא האיזון בין "קדושת החיים" ל"אורח החיים" כפוף לבחינת טובתו של הקטין, כפי שהאחראי לו רואה אותה. שהרי בסיטואציה רפואית, ובפרט כזו שבה הילד סובל ממחלה מסכנת חיים, תמיד עולה השאלה מהי טובתו האמתית של הקטין – האם טובת הקטין היא בשמירה על קדושת חייו תוך השאת מרב המאמצים עד נשימתו האחרונה, או שמא טובתו היא במימוש זכותו למות בכבוד במינימום של כאב וסבל. תשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, ואף עשויה להיות יותר מתשובה "נכונה" אחת. לא אחת הטיפול הרפואי בקטין החולה במחלה מסכנת חיים מציב את הנוגעים בדבר בפני מצבים בלתי אפשריים, ויש מקרים שקיים בהם ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין ילדם ובין הורה אחד למשנהו. כל זאת על רקע הבדלי השקפות ותפיסה שונה את טובתו של הקטין. כאמור, בתחום הבריאות, כבתחומי חיים אחרים, לא תמיד מציגים ההורים חזית אחידה בנוגע לגידול ילדיהם. עדות לכך מצויה בפסק הדין **נ' כ.צ נ' כ.א** שלהלן.<sup>38</sup>

פרשה זו עניינה בשני אחים, קטינים בני 17 ו-12 שנה, הסובלים ממחלה גנטית קשה (C.G.D), הקוצבת את תוחלת חייהם ל-30 שנה. על אף הניסיון הרפואי המועט שנצבר בעולם באשר לטיפול במחלה קשה זו נקבע בשלוש חוות דעת רפואיות שהטיפול הרפואי היחיד שיכול להציל את חיי הקטינים הוא השתלת מוח עצם מתורם. השתלה זו כרוכה בסיכון שמצבם של הקטינים יתדרדר לאחר הטיפול, ואף יוביל למותם, וגם אם הטיפול יצלח, קיים סיכוי גבוה להתפתחות סיבוכים קשים. בשל האמור לעיל ובשל חילוקי הדעות בין ההורים הגיש האב לבית המשפט לענייני משפחה בקשה לאפשר את השתלת מוח עצם בקטינים חרף הסיכונים.

36 שם, בפסקה 27.

37 שם, בפסקה 37.

38 תמ"ש (ת"א) 58623/01 כ.צ נ' כ.א (פורסם בנוב, 15.6.2004).



בדומה לתחומי משפט אחרים, ובצעד לא אופייני להכרעות שיפוטיות בעניין אישור מתן טיפול רפואי לקטינים, החליט בית המשפט לתת ביטוי ממשי לעמדותיהם של הנערים – בקולם ובנפרד מהוריהם. עדות לכך אפשר למצוא בפסק הדין, שם נכתב:

**”בשיחה גלויה עימם הם אמרו, באופן חד משמעי, כי הם מתנגדים להשתלה בשל הסיכון למות במהלכה. עמדת האפו’ היא – כי ככל הנראה מושפעים הילדים מעמדת אמם ו’מדברים מגרונה’, והם אינם מודעים לסכנה הצפויה להם ללא השתלה”.**<sup>39</sup>

עם זאת מוסיף בית המשפט ומציין:

**”כאמור בבקשת האפוטרופוס לדין, הקטינים בעניינינו, בני 17 ו-12, מתנגדים נחרצות להשתלה. ייתכן, כי אין הם מודעים למצבם עד אחרון הפרטים, ואולם נראה כי דעתם מגובשת דיה עמ”נ להבהיר כי הם פוחדים מההשתלה ומתנגדים לה. עפ”י הנתונים שבפני, יש בסיס לחששם, כפי שהוא מובע על ידם. כפי שצוטט לעיל – על ביהמ”ש להתחשב ברצונם של הקטינים לנוכח גילם”**  
(הדגשה אינה במקור).<sup>40</sup>

בנוסף, ובטרם ניתנה ההכרעה השיפוטית בעניינם של הנערים, ציינה כב’ השופטת פלאוט ורדה:

**”החלטה שיפוטית נדרשת רק כאשר אין הסכמה בין ההורים, או כאשר החלטת ההורים אינה לטובת הקטינים. אם כי לנוכח גילם של הקטינים בעניינינו, יש מקום לשקול גם את עמדתם שלהם, ומצופה מההורים כי כך יעשו”.**<sup>41</sup>

לבסוף, בשל הסיכונים הרפואיים הכרוכים בהשתלה ובשל עמדתם הנחרצת של הנערים – דחה בית המשפט את בקשת האב וקבע שבשלב זה ההשתלה לא תבוצע.

לסיכום חלק זה, במציאות הרפואית-משפטית הקיימת, בין שסוגיית הטיפול בקטין נדונה בבית המשפט ובין שהיא נדונה במסגרת רפואית טהורה, נראה שטובתו של הקטין דורשת בין היתר שיינתן משקל ראוי לעמדותיו, רצונותיו, רגשותיו ותחושותיו. נדגיש, שיתוף הקטין בהליכים הרפואיים הנוגעים לו ומתן משקל ראוי לדעותיו עשויים לאזן השפעות פטרנליסטיות וכפיית ערכים שאינם עולים בקנה אחד עם תפיסתו של הקטין את חייו – ועוד בטענה שזו טובתו.

## טובתו הרפואית של הילד – האומנם?

לא אחת נדרשים צוותים רפואיים להתמודד עם השאלה מהי טובתו של קטין פלוני אשר נדרש לעבור פרוצדורה רפואית הכרוכה בסיכון. שאלה זו מורכבת במיוחד כאשר שמדובר בפעולה רפואית שעלולה להטות את כפות המאזניים ולהשפיע על המשך חייו של הקטין, ואף להוביל למותו. כנקודת מוצא אבקש להניח שברוב רובם של המקרים הוריו של הקטין פועלים באמת ובתמים למען קידום טובתו של ילדם, גם אם זו מתנגשת עם תפיסתם של הרופא, השופט או אפילו של הקטין עצמו את טובתו של הקטין. ההנחה תהא תקפה אלא אם תיסתר ובדין המשפטי יוכח אחרת. בספרות ובפסיקה דובר רבות על עקרון טובת הילד בהקשרים שונים,<sup>42</sup> וקצרה היריעה

39 שם, בפסקה 14.

40 שם, בפסקה 23.

41 שם, בפסקה 17.

42 אליקים רובינשטיין ”על הקטין במשפט” משפחה במשפט ג-ד 35, 41 (תשס”ט-תש”ע).

מלהשתרע על מגוון הדעות והרעיונות שעלו לאורך השנים.<sup>43</sup> ברם לצד ההכרה בחשיבות עקרון טובת הילד<sup>44</sup> אין חולק ש"טובת הילד" הוא מושג אמורפי, המשתנה מקטין לקטין ועל פי נסיבות המקרה.<sup>45</sup> להמחשת עניין זה יפים דבריה של כבוד השופטת א' חיות בפרשת **פלונית**, ולפיהם:

**"המושג טובת הילד והקטין הינו מושג כללי ורחב, ובתי המשפט נדרשים מעת לעת לצקת בו תוכן ולעצב קריטריונים לצורך יישומו במקרה הקונקרטי העומד לדיון".**<sup>46</sup>

משכך, בחלק זה אבקש להתייחס להיבטים אחדים של עקרון טובת הילד, הרלוונטיים לטיפול הרפואי בקטין, בייחוד לאור אופיו הספקולטיבי של עקרון טובת הילד, על אחת כמה וכמה כשמדובר בעניינים שברפואה.<sup>47</sup>

עקרון טובת הילד שבפנינו ניצב המטפל מעלה שאלה מרכזית – מהי "טובתו" של הקטין מושא הטיפול הרפואי? כמו כן נשאלת השאלה מהו האיזון הראוי בין המשקל שיש לתת לרצונותיו של הקטין לבין המשקל שיש לתת לזכות ההורים להחליט באשר לטיפול הרפואי בילדם הקטין לפי דרכם ולפי מיטב אמונתם. בסוגיות רפואיות, כמו גם בהכרעות שיפוטיות אחרות, נוטה בית המשפט לסמוך את החלטותיו על דעות המומחים. ביטוי מפורש לכך ניתן בפרשת פלוני, שם נאמר:

**"חוות הדעת הן ההופכות את 'טובת הילד' ממושג ערטילאי ואמורפי, לבעל ממשות ותוכן קונקרטי".**<sup>48</sup>

עם זאת יודגש כי בגיבוש החלטתו אין בית המשפט פטור מהפעלת שיקול דעת עצמאי ולתהות על חוות דעתו של הרופא המומחה, נחרצת ככל שתהא.<sup>49</sup> בענייננו מומחים רפואיים, כיתר בני האדם, מושפעים בהחלטותיהם מערכים שונים ומעמדות והשקפות מוסריות אישיות. לעתים כשרופא פלוני נדרש להציג בפני בית המשפט מהי בעיניו טובתו הרפואית ה"אובייקטיבית" של קטין פלוני, ממוג הרופא, אף מבלי שהוא מודע לכך, את "האני העצמי" ותפיסותיו האישיות את מעמד הקטין בטיפול הרפואי עם היותו גורם מקצועי אובייקטיבי לכאורה. זוהי פרשנות רפואית הן ערכית והן פטרנליסטית – שתיהן לחיוב ולשלילה. בשל תכונה אנושית זו במקרים מסוימים מתעורר חשש שהחלטות רפואיות המתקבלות בעניינם של קטינים, בטענה שזו "טובתו האובייקטיבית" של הקטין, אינן משקפות בהכרח את טובתו של הקטין. לפיכך מעצם היות המושג "טובת הילד" גמיש ונתון לפרשנותו הסובייקטיבית של המומחה, נראה כי חשוב לנסות ולאיין את הפטרנליזם שמגולם בעקרון "טובת הילד" ובחוות הדעת הרפואית.<sup>50</sup>

נוכח החשש מפני קביעה פטרנליסטית המכילה ערכים אישיים באשר למהות טובתו ה"אובייקטיבית" של הקטין, עלינו להכיר את העמדות שעשויות להיות בבסיס חוות דעתו של המומחה הרפואי. **עמדה אחת** היא העמדה שבמרכזה ניצבת הגישה האינדיווידואליסטית, אשר רואה בקטין המטופל יחידה עצמאית, ומשכך טובתו הרפואית עומדת בפני עצמה ובנפרד מזו של הוריו. מטפל שהחלטותיו מושפעות מתפיסה זו עשוי לתמוך בזכויות הרפואיות של הקטין כאינדיווידואל וכמי שזכאי להגנה על האוטונומיה שלו כפרט גם במחיר פגיעה בסמכות ההורית. נדגיש, במקרים אלו מבחינת הסיטואציה הרפואית המשפחה נתפסת כמורכבת מאינדיווידואלים שכל אחד מהם הוא בעל

43 יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" **משפטים** לא 623 (תש"ס-תשס"ע); ש' אלמוג, א' בנדור "טובת ילדים, זכויות אדם" **ספר זמיר על משפט, ממשל וחברה** 93 (בעריכת י' דותן, א' בנדור, 2005); ר' ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" **המשפט** 22, 74 (2006).

44 האמנה, לעיל הערה 21, בסעיף 3; בע"מ 27/06 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 1.5.2006); דני"א 7015/94 **היועמ"ש נ' פלונית**, פ"ד (נ) 48, 119 (1996).

45 ע"א 2266/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221 (1995).

46 בע"מ 9358/04 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.5.2005).

47 רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה" **משפחה במשפט** א 163, 177 (2007).

48 בע"מ 27/06 **פלוני**, לעיל הערה 44, בעמ' 1062.

49 ש.ם.

50 פנחס שיפמן **דיני משפחה בישראל** כרך שני 217 (תשמ"ט).

זכויות עצמאיות; במקרים מסוימים האינטרסים שלהם זהים, ובמקרים אחרים לא. בהיבט הרפואי-משפטי כשקיים ניגוד אינטרסים או קונפליקט ממשי בין הצדדים, תגבר זכותו של המטופל. ביטוי מסוים ומוגבל לסממני גישה זו אפשר לראות במקרים אחדים שבהם זכותו של המטופל הקטין לפרטיות וסודיות גוברת על הסמכות ההורית, כגון הפסקת היריון ובדיקה לגילוי נגיפי איידס.<sup>51</sup> לדוגמה: לצד חוק זכויות החולה נחקק בישראל חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, שהוא חריג לדין הכללי, ולפיו אפשר להכיר בכשירותו המשפטית של קטין מגיל 14 שנה לעבור בדיקה לגילוי נגיפי איידס,<sup>52</sup> שתיעשה על פי רצונו של הקטין וללא דרישה להסכמת הוריו. במסגרת חוק זה נקבע כי לאחר שהרופא נוכח שהקטין **הבין בפועל** את ההסברים שניתנו לו, וכי ביכולתו לגבש רצון עצמי, רשאי הקטין לעבור את הבדיקה ואף לקבל את תוצאותיה.

**העמדה השנייה** היא זו המקדמת את האוטונומיה המשפטית והסמכות ההורית. לפיה הקטין הוא יחידה בלתי נפרדת ממשפחתו, ומשכך, טובתו נקבעת בהתאם לרצון הוריו, מעצם היותו חלק מהתא המשפחתי. כלומר, טובתו הרפואית של הקטין כפופה לטובת המשפחה כולה, וזאת כפי שההורים מבקשים לראותה. בענייננו תומכי גישה זו נוטים שלא להכיר בקטין כבעל זכות לאוטונומיה על גופו, אלא רואה בהוריו את מי שמבטאים את טובתו, בין היתר כחלק ממימוש האוטונומיה המשפטית והסמכות ההורית. משכך אין זה מתפקידו של המטפל להיכנס בתווך ולהתערב במאבק האינטרסים הפנים-משפחתיים, גם אם הימנעותו עלולה לפגוע בטובתו של הקטין או בזכויותיו, כפי שהקטין עצמו תופס אותן. כפי הנראה, גישה זו מושפעת בין היתר מהאוטונומיה ההורית ומהנחת היסוד שלפיה כל הורה פועל לטובת מימוש האינטרסים של ילדו הקטין. ברם קיימים לא מעט מצבים שבהם נשמטת הקרקע מתחת להנחת יסוד זו, ובפרט כשההורים מצויים במצבי קונפליקט בנוגע לטיפול הרפואי בילדם.<sup>53</sup> בשל כך, לגישתי, אל לו למטפל לפטור עצמו מהחובה לבחון ולבדוק אם הפעולה הרפואית עולה בקנה אחד עם טובתו של הקטין ועם זכויותיו העצמאיות של הקטין כפי שהוא תופס אותן. לעתים חוסר ההשלמה של ההורים עם המציאות הקשה מוביל למלחמה הרואית, אך חסרת סיכוי במחלה, ואת השלכות המלחמה הזאת חווה בראש ובראשונה הקטין. נדגיש, יכול שאם הסיטואציה הייתה הפוכה, וההורה היה בנעליו של הקטין החולה, הייתה החלטתו של ההורה על המשך המלחמה במחלה שונה.

בבחינת עקרון טובתו הרפואית של הקטין מתעוררת ועולה שאלה נוספת: מהו האיזון הראוי בין "עקרון טובת המטופל", שבמקרה שלנו הוא קטין, ובין המשקל שיש לתת לרצונו המוצהר של המטופל הקטין. מחד גיסא "טובת המטופל", ובכלל זה טובת הקטין, היא אותה טובה כפי שהצוות הרפואי רואה בעיניו שלו, על כל המשתמע מכך. כאשר אנו מבקשים לטעון לפעולה מסוימת בשם "טובת המטופל" עלינו להיות מודעים לכך שאין אנו מדברים על טובה אובייקטיבית כי אם על טובת המטופל כפי שהיא נראית מבעד ל"משקפיים" הערכיים של המטפל. קרי, אפשר לומר שעקרון "טובת המטופל", בדומה לעקרון טובת הילד, הוא מושג דינמי המשתנה ממטפל למטפל על פי תרבותו, ערכיו וניסיונו – תוך שהדבר פותח צוהר לגישה הפטרנליסטית, באופן סמוי ובלתי מודע. הפטרנליזם, אשר שלט שנים ארוכות ביחסים מטפל-מטופל, הוא שעורר את הצורך בחקיקת חוק זכויות החולה.<sup>54</sup> זהו פטרנליזם רפואי אשר כיום מוצא ביטוי בעיקר בסוגיות רפואיות שנוגעות לקטינים, אך לא רק. לא אחת נשמעת טענה שנכח מורכבות הנושא הרפואי הקטין נעדר יכולת להבין את המשמעויות וההשלכות של הטיפול הרפואי, ומשכך גם לא צריך להיות לו חלק בהליך קבלת החלטות. טענה זו מצויה גם בבסיס ההנמקה להסתרת מידע רפואי מקטין, הגם שלעתים למידע השפעה מהותית על חייו. כאמור, טענות אלו יכול שתשמענה מפי הוריו של הקטין, מפי מטפלו או מאלה ואלה גם יחד, ובמרכזן שוב ניצבת הגישה הפטרנליסטית, השוללת את יכולותיו וכישוריו של הקטין ומונעת ממנו את זכויותיו, רק בשל גילו הכרונולוגי. מאידך גיסא "רצון המטופל" הוא עמדתו המוצהרת של המטופל, גם אם אינה עולה בקנה אחד עם "טובת המטופל", וזאת כפי שהמטפל עצמו תופס אותה. רצונו המוצהר של המטופל הוא שמשקף את עולם ערכיו, רגשותיו, תחושותיו ושאיפותיו ביחס לעצמו. יישום שיפוטי של גישה זו אפשר למצוא במגוון סוגיות בתחום דיני המשפחה. דוגמה לכך אפשר לראות בדבריו של כבוד השופט א' רובינשטיין, בקבעו:

51 סעיף 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

52 חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996, ס"ח 1585.

53 ע' ניב-יגודה, ע' כזנלסון "טיפול רפואי בילדים להורים המצויים במצבי קונפליקט" המשפט טז 605-551 (2011).

54 יורם צ' צדיק "עשר שנים לחוק זכויות החולה – מזווית ראייה של בריאות הנפש" רפואה ומשפט 36, 93 (2007).

**"מתבלטת המגמה – שאני, אישית, שותף לה בכל לב ונתתי לה גם ביטוי לא אמרת בהחלטות שיפוטיות – של התחקות אחר רצון הקטין עצמו. כמובן, ככל שהקטין מתבגר – הדבר סביר יותר. על פי המקובל גיל 9-10 ומעלה הוא הגיל הנכון לשמיעת דעתו של הקטין. לדבר יש אחיזה גם בחקיקה וכמובן גם בפסיקה".<sup>55</sup>**

כפי שאפשר לראות, בישראל הוכרה זכותו של קטין להביע את רצונו ועמדותיו בנוגע למגוון הליכים משפטיים,<sup>56</sup> אולם לצערי לא כך הדבר בהליכים הנוגעים לרפואה. כאן המקום להדגיש כי פעמים רבות יכולתו של קטין להביע את רצונו האמתי מושפעת מתפיסתו של האחראי לו, הורה או מטפל, את מעמדו כמי שזכאי להיות שותף להליך הרפואי. בדומה להסדרים המשפטיים האחרים, נראה שהגיעה העת להכיר בזכותו של קטין לשמוע את דעת מטפלו והוריו ולהשמיע את דעותיו שלו, רגשותיו, עמדותיו ורצונותיו גם במסגרת הליכים רפואיים. בכוחה של הכרה בזכותו זו להביא לידי מציאת האיזון הראוי בין טובתו הרפואית של הקטין, כפי שנתפסת בעיני ההורה/רופא, ובין מימוש רצונו המוצהר של הקטין, כך שטובתו ורצונותיו ידורו בכפיפה אחת. רצונו של הקטין הוא ביטוי לזכויותו העצמאיות ולאוטונומיה שלו.<sup>57</sup> לבסוף, יפה לעניין זה אמירתו של בית המשפט בפרשת פלונית כ:

**"טובתו היא רצונו ורצונו הוא טובתו. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו. במקום שאדם אינו יכול להביע את רצונו, ורצונו (האמיתי) אף אינו משתמע מנסיבות העניין, נייחס לו לאדם רצון (imputed will), ורצון זה נבנה על-פי האינטרסים המשוערים שלו".<sup>58</sup>**

## נוסחת האיזון המוצעת

לאור עקרונות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, לאור השינויים שחלו בחשיבה ובערכי החברה ולאור המעבר מן התפיסה ההגנתית לשיח של זכויות, אינטרסים וצרכים,<sup>59</sup> נראה שגם במסגרת הטיפול הרפואי עלינו לסלול את דרך הביניים. במאמר זה מוצע לאמץ גישה רפואית-משפטית שאינה מנתקת את הקטין ממשפחתו כי אם מכירה בזכויותיו העצמאיות ומציבה אותן במקום הראוי לו, תוך מתן משקל הולם לדבריו על פי כישוריו המתפתחים. גישה כזאת מעודדת את הקטין להיות שותף להליכים הרפואיים הנוגעים לו ומעצימה אותו מבלי לפגוע בסמכות ההורית. גישה זו ביכולתה לצמצם במידת מה את החשש מפני החלטות פטרנליסטיות המוסוות כעקרון "טובת המטופל". מוצע כאן כי האחראי לקטין או מערכת המשפט יגיעו להחלטות בנושאים רפואיים על פי כמה אמות מידה אשר שלובות אחת בשנייה:

1. השפעת הטיפול הרפואי – או ההימנעות מהטיפול – על אורך חייו של הקטין ועל איכותם.
2. הנימוק שעומד בבסיס רצון ההורים לאשר טיפול רפואי לילדם או להימנע ממנו.
3. הנימוק שעומד בבסיס עמדת הקטין באשר למצבו הרפואי ולטיפול המוצע לו.
4. ניסיון חייו וכישוריו המתפתחים של הקטין.

55 רובינשטיין, לעיל הערה 42, בעמ' 42.

56 סעיף 1ב לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ס"ח 629; סעיף 7 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293; סעיף 13א(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

57 רובינשטיין לעיל הערה 42, בעמ' 42.

58 דני"א 7015/94 היועמ"ש, לעיל הערה 44, בעמ' 96.

59 דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו) 37 (2003).

5. עמדותיו, רצונותיו, רגשותיו ותחושותיו של הקטין<sup>60</sup> באשר לטיפול הרפואי בו.

6. כמותו ואיכותו של המידע הרפואי המצוי בידי הקטין.

כאמור, כשהקטין שותף אמתו להליכים הרפואיים הנוגעים לו, והליכים אלה מותאמים לכישוריו המתפתחים, מצטמצמים הפערים בינו לבין הבגירים בהבנת המצב הרפואי. הפערים מצטמצמים ככל שמדובר בקטינים החולים במחלות כרוניות מלידה, וזאת בשל נסיבות חייהם וניסיונם.<sup>61</sup> עלינו להכיר ביתרונות שבשיתוף הקטין בהליכים הרפואיים הנוגעים לו וביכולותיו לבטא את טובתו במסגרת הנסיבות הרפואיות. במקרים שבהם הטיפול הרפואי מורכב ואינו בהיר דיו לקטין, חובת המטפל להתאים את ההסברים לרמת הבנתו של אותו קטין ולהיעזר לשם כך בהורי הקטין.

אשר לקטין הנוטה למות, הנמצא בשלבים הסופניים של מחלתו, חובתנו לשמור על כבודו כאדם, כבוד שממנו נגזרת זכות האדם לסגור את מעגל חייו על פי רצונותיו ובחירותיו. הזכות הזאת נשללת פעמים רבות מקטינים המצויים בשלבים האחרונים לחייהם רק בשל היותם קטינים.

הגישה המוצעת במאמר זה מבקשת לשנות את המצב הרפואי באופן שבו נראה בקטין החולה ובבני משפחתו יחידה אחת שלמה שבמסגרתה כל אחד מבני המשפחה זוכה למרחב אוטונומי, ולכל אחד משקל סגולי שונה. המשקל הסגולי מייצג את החלק היחסי שניתן לכל אחד מבני המשפחה טרם קבלת החלטה רפואית בעלת חשיבות למשפחה.

---

60 דוח ועדת רוטלוי, לעיל הערה 22, בעמ' 219-221.

61 ראו ניב־יגודה, לעיל הערה 20.