

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים*

עדי ניב-יגודה** ועדנה כצנלסון***

הורים נתבעים לקבל החלטות קשות ואחראיות בנושא בריאות ילדיהם. קבלת החלטות אלה קשה במיוחד במשפחות שבהן ההורים מצויים במחלוקת, בין שנפרדו ובין שלא. לעתים המחלוקת נובעת מתפיסות, מהשקפות ומאמונות שונות של ההורים בנוגע לטיפול הרפואי בילדיהם. מצב זה עלול לעתים לגרום למצוקה רגשית, לעכב טיפול רפואי או למנעו, ובמצבים מסוימים אף להוביל להתנגדויות מצד הילד עד כדי סירוב לשתף פעולה. מאמר זה מציג את המאפיינים הייחודיים של טיפול רפואי בילד להורים המצויים במחלוקת, ומדגים את הפתרונות האפשריים, ובכללם: 1) במצבי מחלוקת ואי-הסכמות בין ההורים בנוגע לטיפול הרפואי בילד, יש להעניק משקל גובר לדעותיו, לעמדותיו, לרגשותיו, לתחושותיו ולניסיונו של הילד. חובת הגורם האחראי להתחקות אחר רצונותיו של הילד, ללא תלות בגילו הכרונולוגי, ולהעניק להם משקל גובר בהתאם ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים. לגישתנו, ישנם מצבים מסוימים שבהם צריך פסיכולוג לקבוע את בגרותו הנפשית של הילד.

- * אנו מבקשים להודות למערכת כתב העת המשפט: לחברי המערכת המסורים על הערותיהם והצעותיהם המעשירות לטיוטת המאמר, ובפרט לקורא האנונימי, לעורך כתב העת ד"ר צבי טריגר, לרכזת המערכת אמירה כהן, לעורך המשנה איתי קריידן ולסגני עורך המשנה נטלי יונסוף ויהונתן כהנא. התרגומים מאנגלית שלנו, אלא אם כן צוין אחרת.
- ** עו"ד ומרצה למשפט רפואי וזכויות אדם, יועץ למוסדות בריאות בנושאים מדיקו-לגליים, ראש היחידה לניהול סיכונים בשירותי בריאות לתלמיד; חבר ועד מנהל באגודה הישראלית למתן טיפול תומך. מאמר זה מבוסס, בחלקו, על מחקר אמפירי, ראשון מסוגו בישראל, שנערך במסגרת עבודת תזה בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, בהנחיית ד"ר דפנה הקר וד"ר תמר מורג (אפריל 2009) ועבודת דוקטורט שנכתבת בימים אלו.
- *** פסיכולוגית קלינית, חינוכית והתפתחותית; מרצה בחוג לפסיכולוגיה ובחוג לחינוך רפואי בבית הספר לרפואה בבית ספר לעבודה סוציאלית ובבית הספר למקצועות הבריאות של אוניברסיטת תל-אביב.

2) לחדד ולהטמיע את ההכרה במעמדו של הילד בקרב גורמי רפואה בעניין הליכים רפואיים הנוגעים לו. יש להתחשב בדעת שני ההורים במקרה של פרדה וגירושים, ולא רק בדעת ההורה המשמורן, גם כאשר מדובר בטיפול רפואי שאינו דחוף או אינו שגרתי. לעניין זה, חשוב ליידע גם את מערכת החינוך.

3) בהסכמי הורות, פירוד או גירושים יש לפרט מהו ההליך שיינקט במקרי אי־הסכמה בין ההורים בנוגע לטיפול הרפואי בילד, ולציין מיהו הגורם המוסכם שאליו יפנו ההורים במקרים כאלו – בית משפט, ועדת אתיקה או כל אדם אחר. במצבי מחלוקת המלצתנו היא להיעזר ב"מתאם הורי" שישמע את שני ההורים ויסייע בהליך קבלת ההחלטה. "מתאם הורי" שיגשר בין ההורים בנושאי רפואה, עשוי להקל את ההליך הפרוצדורלי, כמו גם למנוע חלק ניכר מהמתחים ומהשפעתם על בריאות הילד.

לבסוף, ברצוננו להדגיש – הפתרונות המוצעים במאמר זה עשויים להתאים גם להורים נשואים החלוקים בדעותיהם בנוגע לטיפול הרפואי בילדיהם.

א. מבוא. ב. ההיבט הפסיכו־משפטי: האם גם בתחום הבריאות עומדות לילד זכויות בהגדרת טובתו? 1. הנושאים העיקריים העולים בהקשר הרפואי; 2. טובת הילד כביטוי לזכויותיו; 3. האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד; 4. הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה; 5. המצב המשפטי בישראל בנוגע למעמדו של הקטין במסגרת הטיפול הרפואי; 6. משפט משווה. ג. מעמד ההורים בנוגע לטיפול הרפואי בילדיהם; 1. אחריות הורים כלפי ילדיהם – חקיקה והכרעות שיפוטיות; 2. משקל ההורים בהחלטות רפואיות בנוגע לילדיהם והתערבות בית המשפט. ד. דפוסי טיפול בילדים חולים להורים גרושים, פרודים או שאינם חיים יחדיו והנחיות משרד הבריאות משנת 2009; 1. דפוסי טיפול בילדים חולים; 2. הנחיות משרד הבריאות משנת 2009. ה. ההשפעה הגופנית והנפשית של מחלוקת והליכי גירושים בין ההורים על ילדיהם והטיפול הפסיכולוגי; 1. סומטיזציה אצל ילדים להורים המצויים במחלוקת; 2. טיפול פסיכולוגי בילדים חולים להורים המצויים במחלוקת; 3. התנגדות לטיפול פסיכולוגי. ו. סיכום. ז. המלצות פסיכולוגיות ומשפטיות – דרכים להקטנת מתח בין הורים במצבי מחלוקת בנושאים רפואיים; 1. המלצות לגורמים המקצועיים (טיפוליים ומשפטיים); 2. המלצות להורים.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

א. מבוא

הורים נתבעים לעתים לקבל החלטות קשות בנושא בריאות ילדיהם. קבלת החלטות כאלה קשה במיוחד במשפחות שבהן ההורים מצויים במחלוקת, בין שנפרדו ובין שלא. שיעור המשפחות שההורים בהן פרודים, גרושים או שלא נישאו מעולם – נמצא בעלייה מתמדת בדור האחרון.

החברה המודרנית הפרידה חלקית בין זוגיות לבין הורות. מכאן, על הרצף שבין "משפחתיות טובה דייה" ו"זוגיות טובה דייה" לבין מצבי מחלוקת ואף גירושים, ישנן אפשרויות ביניים של זוגות פרודים, זוגות שבהם אחד מבני הזוג יצא מהבית, זוגות אשר הביאו ילדים מבלי לקיים מערכת זוגיות, והם צריכים לקבל החלטות בנושא הילדים בכלל, ובנושא בריאותם בפרט. ישנם כמה הבדלים בין הורים גרושים להורים המצויים בתהליכי גירושים או פרודים: לעתים קרובות במצבי פְּרָדה אין סידור ברור בנושא חלוקת האחריות בין ההורים, ואין סיכום לגבי דרכים לפתור אי-הסכמות ביניהם. במצבים אלו, גם הילדים לא מתייחסים לפרדה כמצב סופי, לעתים בעידוד אחד ההורים. מצב פְּרָדה עלול להיות מורכב יותר מבחינת הילד, הן מן ההיבט הפסיכולוגי והן מן ההיבט המשפטי. לעתים קרובות בתהליך הפְּרָדה המתח בשיאו, ואין עדיין הסכמות, לא בנושא הזוגיות ולא בנושא ההורות. קבלת החלטות רפואיות בנושא הילדים עלולה להיות קשה מאוד במצב זה. יש להדגיש שכמובן גם הורים אשר חיים יחדיו או שיחסייהם טובים עלולים שלא להסכים ביניהם, ומשכך הכלים שאנו מציעים במאמר זה רלוונטיים גם בעבורם. לבסוף, תהא הזוגיות אשר תהא, עלינו לזכור כי ככל שהמחלוקת בין הורים נוגעת לטיפול הרפואי בילדיהם, "אין חולקים על היותו של עקרון טובת הילד – לחלופין: זכות הילד – עקרון על", כדברי השופט חשין בעניין דויד¹.

נוכח הסיטואציות לעיל, במאמר זה נבדוק, בין היתר, את האופן שבו לגישתנו ראוי ליישם את עקרון טובת הילד בנושא בריאות גופנית ונפשית, הן מההיבט הפסיכולוגי והן מההיבט המשפטי. כמו כן, נבחן את מעמד הקטין בנוגע לטיפול הרפואי בו, ואת התחומים שבהם עלולות להתעורר בעיות, ונציע פתרונות. בהמשך נדון בשאלה מתי החקיקה עונה על הבעיות בנוגע למעמדו של הקטין במשפט הרפואי, ומתי יש להמליץ על תוספות, על פירוט או על שינויים בחקיקה הקיימת. בתחום המשפחתי-פסיכולוגי, נציע דרכים המאפשרות להקטין חיכוכים בין ההורים. כל זאת מתוך הנחה שהדיון במצבי מחלוקת הוריות בנושא טיפול רפואי בילד משרת שתי מטרות: הראשונה, מטרה מעשית של מציאת פתרון חוקי

1 בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453 (1998).

למורכבות הפסיכולוגית של משפחות במצבי מחלוקת, משפחות פרודות או משפחות גרושות; השנייה, דיון עקרוני במצב של אי־הסכמה בין הורים בנושא טיפול רפואי בילדים. יש לציין שעיקר המחקרים הפסיכולוגיים נעשו על ילדים להורים גרושים, ומיעוט קטן בלבד על הורים פרודים או לא נשואים. גם החקיקה מתייחסת בעיקר להורים נשואים או גרושים, ולא למצבי הביניים המעורפלים בהגדרה. לכן רוב הדוגמות במאמר זה עוסקות במצבים של גרושים.

ב. ההיבט הפסיכו־משפטי: האם גם בתחום הבריאות עומדות לילד זכויות בהגדרת טובתו?

טיפול רפואי בילדים הוא נושא שמעורר רגשות עמוקים: יש בו היבט ברור של שמירה על החיים – זהו תפקיד מרכזי של ההורים, המושפע מאוד מהתנהגות הדמויות ההוריות שהיו להם כשהיו ילדים, ומבטא חרדות בנושאי בריאות אצל ההורים. לא אחת, בין שההורים מצויים במחלוקת ובין שלא, ענייני בריאות עלולים להוות גורם לאי־הסכמה משמעותית. הבעיה העיקרית בטיפול רפואי בילדי הורים במצבי מחלוקת, הורים גרושים או פרודים, היא שמירה על טובת הקטין מבלי לפגוע בסמכות ההורית ובאוטונומיה המשפחתית. אולם, כפי שיוצג בהמשך, נראה שאין הגדרה אחידה למונח "טובת הילד", וזו נתונה לפרשנויות שונות. מניסיון קליני נוכחנו שלרוב אצל הורים החיים יחדיו ושאינם מצויים במחלוקת, תיתכנה אחת מהאפשרויות הבאות:

- (1) הסכמה מוקדמת בין ההורים בנושאים רפואיים או דיון שמוכיל להסכמה.
- (2) אחד ההורים רואה עצמו כלוקח אחריות על טיפול רפואי בילד ואף נתפס כך על ידי בן זוגו.
- (3) מתח בין ההורים בנושא טיפול רפואי בילד שנפתר על ידי כניעה של אחד מהם או על ידי החלטה שגורם מוסמך שמקובל על ידי שניהם (למשל רופא) יכריע. מוכרים מצבים שבהם אחד ההורים לא היה מעורב לחלוטין בטיפול רפואי בילדים טרם הפְּרָדה או הגירושים, והוא הפך מעורב מאוד לאחר מכן. הסיבות לכך מגוונות: מאבק כוח בין ההורים, הורה שבעבר סמך על האחר לא סומך עליו עוד, ורצון להוכיח לילד את מעורבות ההורה². הסיבות העיקריות למתח בין הורים המצויים במחלוקת בנושא טיפול בילד חולה הן ביתר: (1) פערים בתפיסת המחלה; (2) התייעצות עם גורמים שונים לגבי

2 דפנה הקר הורות במשפט – מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים (חנה נוה, חנה הרצוג ואורלי לובין עורכות, 2008).

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

המחלה; (3) מעורבות משפחה מורחבת בשיקולי הטיפול הרפואי (לדוגמה: סבים וסבות); (4) שיקולים כלכליים: כאשר טיפול מסוים כרוך בעלויות גבוהות, עלול אחד ההורים לסרב להסכים לו אם יאלץ להשתתף בתשלום; (5) אי-הסכמה לא עניינית, שאינה קשורה לנושא הרפואי, אלא נובעת ממתח בין בני הזוג, מצורך מודע או לא מודע לריב ומחוסר אמון בין ההורים.

הורים מחליטים החלטות רפואיות או בעלות השלכה רפואית במגוון רחב של נושאים: תזונה, ספורט, היגיינה, מתן חיסונים וטיפול במחלות במצב קל, כרוני, אקוטי ואף סופני. בענייני בריאות שגרתיים עלול ילד להיטלטל בין דרכי טיפול שונות, ובפרט במצבים שבהם הוא עובר מהורה להורה. במקרים כאלה קשה לקבל החלטה שתחייב את ההורה האחר, ולדעתו ולבקשתו של הילד יהיה משקל מוגבל. אולם בנושאי בריאות כרוניים או אקוטיים, אי-אפשר שלא להיות עקביים, שכן אי-עקביות בטיפול עלולה להיות גורלית עבור הילד. במקרים אלה אין מנוס מלקבל החלטה המחייבת את שני ההורים.

1. הנושאים העיקריים העולים בהקשר הרפואי

נמנה כעת כמה מהסוגיות שעולות בהקשר הרפואי לגבי ילדים ונעמוד על המחלוקות שמתעוררות בנוגע אליהן כאשר ההורים מצויים במחלוקת, התגרשו או חיים בנפרד.

א. אורח חיים בריא: מתגלעות מחלוקות בנוגע לדרך הנכונה לגדל ילדים כדי שיהיו בריאים בנפשם ובגופם. למשל מתעוררות שאלות בנוגע לסוג האוכל (רגיל או אורגני, צמחוני או כולל בשר, שימורים או ללא חומרים משמרים, מדוד קלוריות או על פי העדפה, כולל סוכרים ושומנים או דל בהם ועוד) ולאופי הארוחות (ארוחות מאורגנות או ספונטניות, בנוכחות מבוגר או ללא נוכחות מבוגר, כך שילד בגיל בית הספר היסודי מכין לעצמו ארוחה או מחמם ארוחה). בטיפול בילדים ובמשפחות שההורים מצויים במחלוקת הנושא עלול להיות סיבה למחלוקות אין-סופיות. גם נושאי היגיינה, רחצה, הקפדה על צחצוח שיניים, ניקיון בגדים וכדומה, הם חלק מהנושאים הנידונים.

ב. הכרעות לגבי טיפול שאינו רק רפואי, אלא גם קוסמטי או רק קוסמטי, כגון יישור שיניים לילדים שלעתים אינו נובע רק מסיבות רפואיות, ניתוח הקטנת אוזניים בולטות או אף ארוך הגורמים לילד סבל: גם בעניינים אלה לעתים הוויכוח הכספי מתווסף לוויכוח העקרוני או שהוא הוויכוח העיקרי.

ג. תזמון: ההורים עשויים להיות חלוקים בשאלה מתי צריך ללכת לקבל אבחון רפואי או טיפול רפואי, ומתי אין צורך בכך ואפשר להמתין להחלמה ספונטנית, להחמרה או להופעת סימני חולי נוספים שיצדיקו פנייה לטיפול.

ד. גורם מטפל: ההורים עשויים להיות חלוקים בנוגע לגורם המטפל שאפשר לסמוך עליו (כגון בחירת רופא) – האם לפנות לרפואה אלטרנטיבית או קונבנציונלית, לרפואה

ציבורית או פרטית, לרופא ילדים (משפחה) או לרופא מקצועי, למרפאה או לבית חולים. בחירת הגורם המטפל נובעת כמובן גם מהעלויות, ולעתים מקור הוויכוח בין ההורים עלול להיות כספי. שיקולים נוספים המובאים בחשבון הם השקעה בזמן הנדרש לטיפול, משך הטיפול וזמינות המטפל.

ה. אחריות על עקביות הטיפול: מחלוקת עלולה להתגלע בעניין עקביות במתן תרופות, הליכה לטיפולים ולבדיקות, דיאטה ותזונה מותאמת, השארת הילד תחת השגחה ומעקב אחר ההוראות הרפואיות. הוריה הגרושים של ילדה שעברה ניתוח מורכב התווכחו ליד מיטתה מי יישאר בתרונות ליד המיטה, והאשימו זה את זה באי־כיבוד ההסכמים. המתח בין ההורים פגע מאוד בתהליך החלמתה של הילדה מהניתוח. חוסר תקשורת בין ההורים – אי־העברת מידע על שינוי בטיפול הרפואי או מינון בתרופות – עשוי אף הוא לסכן את הילד.

ו. הגדרה מיהו הגורם האחראי שקובע במצב מחלה: היו אימהות שסירבו לאפשר לאב לקחת לביתו ילד חולה בטענה שאי־אפשר לסמוך על כך שיטפל בילד באופן אחראי. לעתים הן טענו שהילד מסרב ללכת מבלי לשאול אותו, מתוך אמונה שכך יאמר, או כדי להימנע מוויכוח. ליד מיטת ילד מאושפז עלול להתעורר ויכוח על הסדרי התרונות; מי ייעדר מהעבודה כדי ללכת אתו לרופא או כדי לשמור עליו; והאם מותר לשלוח ילד חולה או המצוי בתהליכי החלמה למסגרת חינוכית. ויכוח עלול להתעורר גם בעניין הדרך לשכנע ילד לקחת תרופה למרות התנגדותו: כמה כוח להפעיל, האם להכריחו ואילו דרכים לנקוט כדי להצליח, למשל האם ראוי לתת פרס בכל פעם שהילד נוטל את התרופה?

ז. טיפול מונע: היעזרות ברפואה מונעת כגון קבלת חיסונים ותוספי מזון והרשמה לחוגים שמטרתם טיפוח הבריאות (התעמלות, שחייה וכיוצא באלה). שיעור הילדים המקבלים את חיסוני השגרה בישראל הוא מהגבוהים בעולם, אף שקבלת חיסון אינה חובה על פי חוק³.

ח. הכרעה בין סוגי טיפול שונים – אסכולות טיפוליות: טיפול אגרסיבי או מתון, לדוגמה: האם לתת אנטיביוטיקה רחבת טווח ללא עיכוב כשיש דלקת גרון, או להמתין כמה ימים, ורק אם אין שיפור לתת אנטיביוטיקה שתוקפת רק חיידקים ספציפיים? טיפול שמרני או אלטרנטיבי, לדוגמה: טיפול באנטיביוטיקה או בדיקור בדלקת אוזניים. לעתים הורים לילדים בעלי הפרעות קשב וריכוז חלוקים בנוגע לטיפול בריטלין או נגזרותיו. הנושא עולה גם בין הורים שחיים יחד, אך במקרי גירושים קשה לעתים להגיע להסכמה.

ט. החלטות רפואיות הקשורות למערכת בית הספר: מתי ילד חולה יכול לשוב לבית הספר? האם ילד חולה יכול להצטרף לטיולים ולשיעורי ספורט? כיצד מדריכים מורים

3 הכנסת – מרכז מחקר ומידע מסמך רקע בנושא: חיסונים לילדים (הוגש לוועדה לזכויות הילד בכנסת, 2004).

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

בנושא ילדים חולים במחלות כרוניות שעלולים להזדקק לעזרת המורה (למשל ילד סוכרתי שנכנס להיפוגליקמיה וזקוק לסוכר) או להשגחה מיוחדת (למשל, ילד גן חולה דגנת (צליאק), שיש לפקח שלא יאכל דגנים)? יש הורים שמעדיפים לא לערב את מערכת החינוך וליידע את אנשיה על מצבו הבריאותי של ילדם, ואחרים סבורים שחובה לעשות זאת. מחקרים מראים קשר הדוק בין תפקוד בתי הספר של ילדים להורים גרושים שמשתפים ביניהם פעולה, לבין אלו שיש ביניהם ניכור ומתח.⁴

בשל כל אלו מתעוררת סוגיית מעמדו של הקטין בנוגע לטיפול הרפואי, ונבחנת טובתו. זהו היבט אחד מני רבים, בשיח על טובת הילד, והוא עוסק ברצון הילד, כדרך למימוש זכותו להיות שותף להליך קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי בגופו. לתפיסתנו, בסיטואציות הללו, ובפרט במצבי מחלוקת בין הורים, נושא זכויות הילד מתחדד מאוד. לבד מהשאלה העקרונית מהן זכויות הילד, הקשבה לקולו, בעיקר אם הוא מתבגר, היא משמעותית אף יותר כאשר אין הסכמה בין ההורים לגבי דרך הטיפול.

2. טובת הילד כביטוי לזכויותיו

לאורך השנים עברו היחסים שבין המדינה, ההורים והילדים תהפוכות ושינויים רבים. תחילה הוגדר הילד כחלק מקניינו של האב; בהמשך החלה המדינה להתערב במידת מה בסמכותו של האב⁵, וכיום אנו נמצאים בעיצומה של תקופה של קריאה להכרה באוטונומיית הילד, לפחות בנסיבות מסוימות ובדרגות שונות. היחס לקטין, כמו גם מעמדו המשפטי בחברה, התפתח במקביל למבחן משפטי-חברתי סובייקטיבי המבקש להתחקות אחר "טובת הילד". בנקודה זו מעניין לראות כי לאורך השנים השתמשו הספרות, החקיקה והפסיקה באופן תדיר בעקרון "טובת הילד"⁶, וזאת ללא הגדרה ברורה⁷. עיקרון זה קיבל בהמשך משנה תוקף בסעיף 3 לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות הילד, שקבע כי בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין שהן מתקיימות במסגרת ציבורית או פרטית ובין שנערכות

4 Kathleen A. Camara & Gary Resnick, *Styles of Conflict Resolution and Cooperation Between Divorced Parents: Effects on Child Behavior and Adjustment*, 59 AM. J. OF ORTHOPSYCHIATRY 560, 575 (1989).

5 ROSCOE POUND, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW 107-120 (rev. ed. 1954).

6 ע"א 625/73 קורונל נ' קורונל, פ"ד כט(2) 263, 259 (1975); חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות"); יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623 (2001).

7 רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לבין זכויות הילדה" זכויות הילד והמשפט הישראלי 429, 436 (תמר מורג עורכת, 2010) (הספר להלן: זכויות הילד והמשפט הישראלי).

על ידי מוסדות רווחה, בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחקיקתיים, טובת הילד תהיה שיקול ראשון במעלה⁸.

עם זאת, ניתן לראות שגם כיום, במקרים רבים, עולה החשש שנקודת המוצא לבחינת "טובת הילד" מקורה בגישה פטרנליסטית, שנשמכת על ראייתו הסובייקטיבית של הגורם האחראי⁹ את טובתו של הקטין המסוים¹⁰. זאת, מבלי שנשמעה דעתו של הקטין עצמו, או מבלי שניתן לה משקל ראוי¹¹. גישה פטרנליסטית זו אינה עולה תמיד בקנה אחד עם זכויותיו העצמאיות והנפרדות של הקטין המסוים, האינטרסים שלו, רצונותיו, דעותיו, עמדותיו ותחושותיו¹².

דוגמה לאופן שבו משתמש בית המשפט בעקרון טובת הילד העמום ניתן לראות בדבריו של השופט אלון, אשר קבע ש"טובת הקטין הם מכלול של צרכים חומריים וחיים רוחניים-תרבותיים; סיפוק צרכים, שמירת נכסים והכשרה לעבודה עם לימוד וחינוך, שיאפשרו לקטין להשתלב בחייה הרוחניים והתרבותיים של החברה שעל בניה הוא נמנה"¹³. ייתכן שפרשנות בית המשפט את טובתו של הקטין מנוגדת לטובת הקטין, כפי שהיא משתקפת בעיני הוריו או בעיני הקטין עצמו. עם זאת, מוסכם כי עקרון טובת הילד טומן בחובו את הנוסחה הכללית שאף נוסחה על ידי השופט חשין בעניין דויד: "זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית, כי יסופקו כראוי צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים. זו זכות-יסוד הקנויה לכל בוגר – כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו – וזו זכותו של הילד שאינו אלא איש קטן"¹⁴.

הפסיקה הישראלית מנסה להתמודד עם המתח המובנה בין "זכויות הילד" ל"טובת הילד", וזאת, באמצעות נוסחאות איזון עדינות, המאפשרות לשני העקרונות לדור בכפיפה אחת. מטרתן של נוסחאות אלה לנטרל את החשיפה להכרעות המבוססות על השקפה

- 8 ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989, אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד" או "האמנה").
- 9 הוריו של הקטין הם האפוטרופוסים הטבעיים של הילד, ומשכך הם הגורם האחראי. עם זאת, לעתים מופקעת או מצטמצמת הסמכות ההורית, שאז גורם חיצוני כגון בית המשפט, פקיד הסעד וכיוצא באלה נכנסים בנעלי ההורים.
- 10 רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" זכויות הילד והמשפט הישראלי, לעיל ה"ש 7, 129, בעמ' 132.
- 11 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 219–220, 230–231 (1989).
- 12 עדי ניב־יגודה ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות – עמדות של קטינים עם מחלות מסכנות חיים 70–97 (עבודת תזה, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2009) (להלן: ניב־יגודה "ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות").
- 13 בג"ץ 268/80 זהר נ' זהר, פ"ד לה(1) 1, 27 (1980).
- 14 עניין דויד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 461.

אישית שאינה משרתת את הקטין, ולצמצם את הפגיעה בזכויות הקטין כגורם עצמאי ונפרד¹⁵. לא אחת אנו רואים בפסיקה הישראלית ביטויים לגישה שלפיה "זכות הילד" טומנת בחובה, בין היתר, גם את "טובת הילד"¹⁶. נראה שגישה זו מבקשת ליישב את המתח בין שתי התפיסות, ולטשטש את הדיכוטומיה שמתקיימת ביניהן.

דוגמה מעניינת לניסיון להתגבר על הפער המובנה שבין "טובת הילד" ל"זכויות הילד" ניתן למצוא במודל שמציעה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה¹⁷. מודל זה מבקש להכיר רעיונית בטובת הילד, כמכלול של זכויות, צרכים ואינטרסים¹⁸. ייחודו של מודל זה, המשלב בין טובת הילד לזכויותיו, מתרכז בחובתו של הגורם המחליט להתחקות אחר האינטרסים העצמאיים של הילד וצרכיו, ולהעניק להם משקל ראוי בנסיבות העניין¹⁹. עוד מוצע במסגרת המודל, לאמץ רשימה פתוחה של משתנים שהגורם המחליט יידרש לשקול טרם קבלת ההחלטה. לגישת הוועדה, משתנים אלה יכולים לצמצם הטיות ערכיות המבוססות על השקפותיו האישיות של הגורם המחליט. לבסוף, יש הרואים במודל זה שיח משלב ומאוזן, המחזק משמעותית את משקל הילד בהחלטות המתקבלות בענייניו (רצונותיו, צרכיו וזכויותיו). בעיניהם, המודל מבטל את הדיכוטומיה המובנית בין הצרכים ההגנתיים שבאים לידי ביטוי בעקרון טובת הילד לבין "זכויות הילד" כביטוי ליברלי לאוטונומיה, לאינטרסים של הילד ולצרכיו²⁰.

כך עולה שאלת מעמדו של הקטין בסיטואציה הרפואית, בדרך לבחירת טובתו. שהרי כפי שניתן לראות בנוסחה הכללית הנזכרת לעיל, כמו גם בפסקי דין רבים שניתנו לאורך השנים, בסוגיות שבהן נדרשת החלטה רפואית נפקדים רצונות הקטין, דעותיו ותחושותיו מסך השיקולים שהובילו לקביעת טובתו. ייתכן שיש בהדרה זו משום פגיעה הן בעקרון טובת הילד – שבשמו הגורם האחראי מבקש לפעול – והן בזכויות הילד ובעקרונות האמנה בדבר זכויות הילד, שעליה ישראל חתומה. משכך, במאמר זה נבקש להציג עמדה שלפיה בסוגיות מתחום הבריאות, ובפרט במצבי מחלוקת בין ההורים, יש לייחס משקל משתנה, אך ראוי, לרצון הילד ולעמדתו בנוגע לענייניו הנדונים, ובפרט כשמדובר בהחלטות רפואיות, גופניות או נפשיות בעלות השפעות מהותיות על חייו של הילד. על המשקל שניתן

15 זפרן, לעיל ה"ש 10.

16 ליכט-פטרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446.

17 משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – בראשות השופטת סכיונה רוטלוי – דו"ח הוועדה חלק כללי 137 (2003) (להלן: "דו"ח ועדת רוטלוי").

18 ליכט-פטרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 431.

19 שם, בעמ' 441.

20 שם, בעמ' 446–447, 459.

לרצון הילד להשתנות בהתאם לכישוריו וליכולותיו המתפתחות של הילד, ובהתאם לנסיבות העניין ולאופי ההחלטה.

3. האמנה הבינ־לאומית בדבר זכויות הילד

ב־3.7.1990 חתמה מדינת ישראל על האמנה בדבר זכויות הילד, וב־4.8.1991 אשררה את האמנה (האמנה נכנסה לתוקפה ביום 2.11.1991). אמנם אין לראות באשרור האמנה אימוצה כחוק ישראלי, אולם עצם האשרור יוצר את מחויבות המדינה לעקרונות הקבועים באמנה. האמנה היא בעצם המסמך המשפטי הראשון מסוגו שמאחד ומעגן מגוון נרחב של זכויות שניתנו לכל הילדים באשר הם²¹. האמנה, כפי שנתקבלה על ידי עצרת האומות המאוחדות, מהווה חלק מהמשפט הבינ־לאומי הפומבי, ובמהותה כוללת ארבעה עקרונות מרכזיים²²: עקרון השוויון (סעיף 2 לאמנה); עקרון טובת הילד (סעיף 3 לאמנה); עקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות (סעיף 6 לאמנה); והעיקרון הרביעי, והחשוב לענייננו מצוי בסעיף 12(1) לאמנה, שם נקבע 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 של הילד".

הזכות להשתתפות, כפי שהוגדרה בסעיף 12 לאמנה, נוגעת לכל ילד, בכל תחומי החיים, וללא השתייכות לקבוצת גיל מסוימת²³. זכות זו, המציבה את הקטין במרכז התהליכים הנוגעים לענייניו, ומכירה בזכותו ליטול חלק בעיצוב חייו, כמו גם בהיותו בעל רצונות, תחושות, דעות ועמדות משל עצמו, היא מהחשובות שבעקרונות האמנה²⁴, וכוללת ארבעה מאפיינים מרכזיים: (1) הזכות להביע דעה; (2) הזכות כי דעה זו תובע בחופשיות; (3) הזכות כי לעמדת הקטין יינתן משקל ראוי בהתאם לגילו ולמידת בגרותו; (4) הזכות למידע, שהיא זכות נלווית להשתתפות. זוהי גישה שמדגישה את חובתו המהותית של

21 דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 40.

22 שם, בעמ' 41.

23 ועדת האו"ם לזכויות הילד מדגישה כי הזכות להשתתפות חולשת בכל הליך המשפיע על הילד, ללא הגבלה, ובכלל זאת – הליכי גירושים; קביעת משמורת; אימוץ; הליכים פלילים, טיפול בקרבנות אלימות פיזית, פסיכולוגית או התעללות מינית; **בריאות**; טיפול בפליטים וטיפול במצבי חירום אחרים. בהתייחס להליכים מנהליים במצבי קונפליקט, כגון חינוך ו**בריאות**, ממליצה הוועדה על קיום מנגנונים חלופיים, מחוץ לכותלי בית המשפט, כגון גישור ובוררות במסגרתם תמומש הזכות להשתתפות; UN Committee on the Rights of the Child, Fifty-first Session (2009): The Rights of the Child to be Heard, General Comment No. 12. UN Doc. CRC/C/GC/12 (להלן: General Comment No. 12).

24 Gary Melton, *Book Review: Roger Hart, Children's Participation: from Tokenism to Citizenship*, 1 INT'L J. CHILDREN'S RIGHTS 263 (1993).

הגורם הרלוונטי להעניק משקל ראוי לדעותיו של הילד²⁵, ומעודדת יצירת סביבה אוהדת, שתאפשר לו להתבטא בחופשיות. עקרון שיתופו מייצג את חשיבות החיבור שבין הקטין ובין ההשלכות שיש להחלטות המתקבלות בעניינו. עם זאת, יש להדגיש כי למרות עקרונות אלה, אין לראות באמנה כמבקשת להכיר בקטין כיחידה עצמאית²⁶, המנותקת מהוריו ומסביבתו. לגישת ועדת האו"ם לזכויות הילד, יש לראות בסעיף 12 לאמנה הוראה ייחודית שמעניקה פתרון ראוי למעמד המשפטי והחברתי של הקטינים. עדות לכך היא שמאז אומצה האמנה (1989), ניכרת התקדמות משמעותית ברמה המקומית, הלאומית, האזורית והעולמית בפיתוח חקיקה, מדיניות ומתודולוגיות ליישום סעיף 12. התקדמות זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בשימוש הנרחב במונח "השתתפות" באופן שמתאר תהליכי יצירת דיאלוג בין ילדים לבגירים על בסיס של כבוד הדדי, תוך הכרה הן בעמדות הילדים והן בעמדות הבגירים²⁷. בהמשך מציינת הוועדה, שעל מנת שהזכות להשתתפות תהיה יעילה ומשמעותית, נדרש הגורם האחראי להכיר בשיתוף כהליך, ולא כאירוע חד-פעמי; תהליך אשר מבוסס על עקרונות רציפים ובהם: שקיפות, הנגשת מידע, וולונטריות (הקטין יכול להפסיק את השתתפותו בהתאם לרצונו), כבוד הדדי, סביבה מותאמת, הכשרת הגורם האחראי לתקשורת עם קטינים, הקפדה על הימנעות מהפליה ועוד²⁸.

בתחום הבריאות מציינת הוועדה כי על המדינות החתומות על האמנה להבטיח שיתוף קטינים בקידום רווחתם ובריאותם ובפיתוח מדיניות בריאות ושירותים. לגישת הוועדה, קטינים (לרבות בגילים צעירים), צריכים להיות שותפים בתהליך קבלת ההחלטות בהתאם ליכולותיהם ולכישוריהם המתפתחים. לצורך מימוש הזכות להשתתפות בתהליכים רפואיים מבקשת הוועדה מהמדינות החתומות להתאים את החקיקה הפנימית, כך שתבטיח את האפשרות של קטינים לגשת לייעוץ רפואי (להבדיל מהזכות להסכמה מדעת) ללא הגבלת גיל, ולעתים אף לקבל ייעוץ חסוי ללא הסכמת ההורים. לפי גישת הוועדה, חשיבותה של חקיקה זו מתעצמת, בין היתר, במצבי מחלוקת בין ההורים²⁹.

לבסוף מסכמת הוועדה לזכויות הילד את דבריה בציינה כי מילוי החובה האמורה בסעיף 12 לאמנה מהווה אתגר בעבור המדינות החברות. למרות הקשיים, שיתוף קטינים בהליכים הנוגעים להם הוא יעד בר-השגה, ובלבד שהמדינות החברות יישמו באופן שיטתי את המלצות הוועדה, ויבססו תשתית תרבותית של מתן כבוד לילד ולדעותיו³⁰. לאורך

25 דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 207–209.

26 יאיר רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו 44 (1997).

27 General Comment No. 12, לעיל ה"ש 23.

28 שם, בעמ' 26–27.

29 שם, בעמ' 20–21.

30 שם.

השנים, ובעיקר לאחר אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד³¹, התעצמה בפסיקה ההכרה באשר לחשיבות מתן משקל ראוי לרצונות הילד ולעמדותיו.³² בבע"מ 10480/05 פלוני נ' פלוני³³, מציין השופט רובינשטיין בפסק דינו:

"לדידי, יש ככלל מקום לשמוע את דעתו של קטין, אף קטין בגיל 10 למשל, ולא כל שכן ככל שהוא מתבגר והשנים נוקפות, ויש לייחס משקל רב לעמדתו, כמובן על פי שיקול דעת והשכל הישר, לא לגחמות ובוודאי לא לעניינים שאינם דרך הישר חלילה, אך לא בכך עסקינן. זו גם גישת האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד, שישראל הצטרפה אליה החל מ־1991"³⁴.

בהמשך מוסיף השופט רובינשטיין ואומר: "אכן, רצון הילד אינו שיקול יחיד [...] אך הוא בהחלט שיקול רב משקל [...]". לטעמי, ברוח זו, עדיף היה כי בתי המשפט ישוחחו עם הקטין, בוודאי בהיותו בגיל 14 ומחצה³⁵. עם זאת, ביטויים המעידים על ראשית הכרה ברצונות הקטין ובעמדותיו העצמאיות והנפרדות, ניתן למצוא שנים רבות טרם התקבלה האמנה. בעניין צבר³⁶ דן בית המשפט במקרה שבו במהלך הליכי גירושים, לקחה האם את בנה לצרפת ולא חזרה. במסגרת הדיון בבית המשפט על הסדרי החזקה בילד, מזכיר השופט קיסטר את המשקל שיש לתת לרצונותיו, להרגשותיו ולמאווייו של ילד כבן 10, באופן ש"במשטר חוקי המבוסס על טובת הילד וזכויותיו, הבדיל [כך במקור] ממשטר המבוסס על זכויות הורים, מחייב ההיגיון שאם נדון בדבר חזקה בילד או כמקום הימצאו של הילד, לא נרצה לגרום צער לילד שלא לצרכו ולפעול בניגוד לרצונו ולהרגשתו, ואף נשאל לדעתו שהוא מבחין, כל עוד אין רצונו נוגד את טובתו, וכך גם המצב החוקי בארצנו"³⁷. בהמשך דבריו, מוסיף השופט ואומר: "ואם רצונו של הילד או געגועיו אינם נוגדים את טובתו, אין כופין את הילד להימצא במקום שאינו חפץ להיות בו, ולהסכמים בין הורים אין ערך במקרה כזה ואין מתחשבים בהם"³⁸. כפי הנראה, ייחודם של דברים אלו, פרט לזכותו הטבעית של קטין צעיר להביע את רצונו, טמון בנקודת המוצא, המכירה בזכותו של הקטין להיות בעל

31 האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 8.

32 תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד" **זכויות הילד והמשפט הישראלי**, לעיל ה"ש 7, 101.

33 ע"מ 10480/05 פלוני נ' פלוני (פורסם כנבו, 5.12.2005).

34 שם, פס' ד(7) לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

35 שם, פס' ד(8).

36 ע"א 433/67 צבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 162 (1968).

37 שם, בעמ' 166.

38 שם.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים כמצבי מחלוקת בין ההורים

אינטרסים שונים ונפרדים מאלו של הוריו³⁹. גישה זו מכירה, בין היתר, בזכויותיו העצמאיות והנפרדות של הקטין, כדרך למימוש עצמי ואוטונומי. ייתכן שגישה זו יצרה תשתית ראויה לקליטת העקרונות שבאמנה, ויישומם בפסיקה הישראלית ברבות הימים. היא מבחינה בין עקרונות משפטיים המבוססים על טובת הילד ועל זכויותיו ובין אלו המבוססים על זכויות ההורים⁴⁰.

ואכן, בהמשך, בבג"ץ 391/71 פלוני נ' אלמוני⁴¹, צעד בית המשפט צעד נוסף, והתייחס מפורשות לגיל שבו לדעתו מצויה בידי הקטין היכולת להבין. זאת עולה מדבריו של השופט זוסמן: "המשיב צירף לתצהיר התשובה שלו מכתב שנכתב בידי הבת הגדולה, ובו פנייה נרגשת אלינו, שופטי בית-משפט זה, שלא לאלצה לחזור לבית האם בניו יורק. אכן היא תהא בקרוב בת 12 וילדה בגיל זה קרובה לגיל ההבנה"⁴². בהמשך פסק הדין, מציין השופט קיסטר כי "בפסיקה ארוכה בבתי-משפט בארץ אין פועלים בניגוד לרצון הילדים כשהם בגיל 10–11, אלא אם כן בית-המשפט היה מוצא שיש צורך להציל את הילדים מסכנה חינוכית האורבת להם. אפילו יצא פסק-דין למסירה ילדים כאלה, לא מוציאים פסק זה לפועל בניגוד לרצון הילדים"⁴³. כפי הנראה, ועל אף חילוקי הדעות בין פסק דינו של השופט קיסטר ובין מסקנותיו המשפטיות של השופט זוסמן, נראה ששני השופטים מכירים ברצונו של הקטין כרכיב בעל משקל גובר בהחלטה השיפוטית.

בתחילת שנות התשעים, עם חתימת ישראל על האמנה, נראה שהפסיקה, בפרט מתחום דיני המשפחה, החלה לתת משנה תוקף לזכויות הילד ולזהותו המשפטית הנפרדת, ולהכיר באינטרסים העצמאיים שלו ובתחולת דוקטרינת זכויות הילד במשפט הישראלי⁴⁴. ברם, כמה חודשים לאחר שמדינת ישראל חתמה על האמנה (אך בטרם אשררה אותה), ניצב בית המשפט הישראלי בפני הזדמנות אמיתית להתייחס לגישות ולעקרונות שבבסיס האמנה, ולהחיל אותן בסיטואציה רפואית – והחמיצה בשל התפיסה הרווחת בעולם הרפואי-משפטי את מעמדו של הקטין.

ב-23.5.1991 פסק בית המשפט בעניינו של נער, חולה סרטן כבן 17 שנים ושבעה חודשים, אשר בשל סירובו לקבל טיפולים כימותרפיים, נקבע כי יש לאשפזו במחלקה

39 מורג, לעיל ה"ש 32, בעמ' 111.

40 שם, בעמ' 116.

41 בג"ץ 391/71 פלוני נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85 (1971). שם נידון עניינו של אב שנטל עמו לישראל את שלוש בנותיו הקטינות, וסירב להחזירן לידי אמן, שהייתה בניו-יורק והחזיקה בהן מכוח הסכם פירוד ופסק דין של מדינת ניו-יורק.

42 שם, בעמ' 92.

43 שם.

44 מורג, לעיל ה"ש 32, בעמ' 110–111.

פסיכיאטרית סגורה לבגירים. פקידת הסעד אשר פנתה לבית המשפט ביקשה לראות בנער "קטין נזקק" על פי סעיפים 2(2) ו-2(6) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן: "חוק הנוער"), ובאופן זה לכפות עליו את הטיפול הרפואי. בקשתה זו של פקידת הסעד אושרה, וכל זאת תוך מתן הוראה למשטרת ישראל לסייע לפקידת הסעד בביצוע ההחלטה. אולם, בעקבות עתירתו של הנער בעניין פלוני נ' לשכת הסעד בירושלים⁴⁵ כנגד ההחלטה לאשפוז, ולאחר ששוחחו השופטים עם הנער, מצייין השופט אלון בפסק דינו:

"בסיומם של דברים הודיע לנו העותר כי אכן בתחילה רצונו היה שלא לקבל את הטיפול, בגלל המכאובים שהסב לו, אך עתה מבטיח הוא, שכל עוד יישאר בתוקפו הצו שעליו לקבל את הטיפול, הוא יציית לצו, וכן מבטיח הוא לבוא מרצונו לטיפול ולא להשתמט הימנו. הבטחה זו ניתנה על ידי העותר לאחר לבטים מרובים, שניכרים היו בפניו. אנו, ששוחחנו עמו מלב אל לב, השתכנענו, במידה שהדבר ניתן, כי אמת בפי העותר. העותר אכן קטין הוא ורק סמוך לבגרותו, אך מבחינת הופעתו, הרצאת דבריו, כנותו – בוגר הוא, וניכרים דברי אמת שבפיו"⁴⁶.

כפי הנראה, בעקבות שיחתם עם הנער, והתחקות אחר הסיבות להתנגדותו, שוכנעו שופטי בג"ץ כי הנער בוגר דיו, וכי ניתן לקבל את הבטחתו. לפיכך הוחלט לשחררו מהמחלקה הפסיכיאטרית בבית החולים.

עם זאת, החלטת בית המשפט מוגבלת ביכולתה להשפיע על שיתוף קטינים בהחלטות רפואיות. זאת, חרף הצהרותיו של השופט אלון בפסק הדין כי "העותר אכן קטין הוא ורק סמוך לבגרותו, אך מבחינת הופעתו, הרצאת דבריו, כנותו – בוגר הוא, וניכרים דברי אמת שבפיו"⁴⁷. דווקא כשניתנה ההזדמנות, נמנע בית המשפט מלקבוע הכרעות עקרוניות ולהתוות מסלול ברור בנוגע לשאלות הנובעות מהענקת טיפול רפואי לקטינים ומאשפוזם בניגוד לרצונם (למעט מצבים שמצדיקים אשפוז פסיכיאטרי). ספק רב אם החלטה דומה הייתה מתקבלת במקרה של נער צעיר יותר. דוגמה זו, כפי שבאה לידי ביטוי בערכאות השונות, ממחישה יותר מכול את ההתנגשות שעלולה להיווצר בין טובת הילד, כפי שהיא נתפסת בעיני המבוגרים המטפלים בו, לבין זכות הקטין המטופל להשתתף בקבלת ההחלטות בקשר לטיפול הרפואי שלו. היא גם ממחישה את היעדרם של כלים משפטיים מספקים בעניינו של הקטין החולה במחלה מסכנת חיים. נוכח גישת השופטים, כפי

45 בג"ץ 2098/91 פלוני נ' פקידת לשכת הסעד בירושלים, פ"ד מה(3) 217 (1991).

46 שם, בעמ' 219.

47 שם.

שמוצגת בפסק הדין משנת 1991, עולה השאלה אם מאז כניסת האמנה לתוקפה הסדיר הדין הישראלי את סוגיית הקטין המטופל בהתאם לעקרונות האמנה.

לסיכום, הגם שבמגוון סוגיות הכירה הפסיקה ברצונו ובהעדפתו של הילד כשיקול חשוב ובעל משקל סגולי, דווקא בתחום הבריאות, נותרו זכויותיו הרחק מאחור. בישראל, להבדיל ממדינות רבות בעולם⁴⁸, למעט כמה חריגים⁴⁹, לא קיימת חובה פסיקתית או סטטוטורית לשמיעת קולו של הקטין בעניינים של בריאות ובפרוצדורות רפואיות שנוגעות באופן ישיר או עקיף לגופו ולמהלך חייו. לפיכך פעמים רבות נוצרת פגיעה בקטין ובזכויותיו כאדם – זכויות שמעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה זו אף מתעצמת כאשר מדובר בקטין שהוריו פרודים או מצויים בהליכי גירושים או לאחריהם.

4. הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה

בשנת 1997, כפועל יוצא של חתימת מדינת ישראל על האמנה, הקים שר המשפטים בשיתוף המועצה לשלום הילד, ועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת סביונה רוטלוי. בכתב המינוי לוועדה נקבע כי מתפקידה לבחון את הצורך בשינויי חקיקה, והתאמתה לעקרונות האמנה⁵⁰. לשם כך נועצה הוועדה באנשי מקצוע רבים, מתחומי התמחות מגוונים, ואף ראינה יותר מ-300 ילדים. לצורך בדיקת החקיקה בישראל והתאמתה לאמנה הוקמו שש ועדות משנה שעסקו בנושאים הבאים: הקטין בהליך הפלילי, חינוך, הילד ומשפחתו, רצף ההגנה על ילדים בסיכון, השמה חוץ-

48 **ארצות-הברית** – *In re Jobs*, 529 A.2d 434, 452 (N.J. 1987); *Gray v. Romeo*, 697 F. Supp. 580 (D.R.I. 1988); *In re Rosebush*, 491 N.W.2d 633, 700 (1992) – **אנגליה**; *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] A.C. 112 (H.L. 1985) (appeal taken from Eng.) (U.K.); *In re C. (Adult: Refusal of Treatment)* [1994] 1 W.L.R. 290 (Eng.) (להלן: **הולנד** – *In re C. (The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act, 2001* – **סקוטלנד** – *The Age of Legal Capacity Act, 1991 § 2(4)* (להלן: *The Age of Legal Capacity Act*)).

49 חריגי החוק המאפשרים לילד לחוות דעה עצמאית בסיטואציה רפואית, כפי שיובאו בהמשך המאמר.

50 "הגני ממנה אתכם להיות חברי הוועדה לבחינה מקפת של גישת הדין הישראלי לשאלות הנוגעות לזכויות הילד, מעמדו המשפטי ורווחתו, לאור עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד", אשר נחתמה בידי מדינת ישראל ביום 3.7.90 ואשר אושררה ביום 4.8.91 [...] הוועדה מתבקשת לבדוק את הצורך בחקיקה, לרבות תיקוני החוקים הנוהגים בישראל, לשם התאמתם להתחייבויותיה של מדינת ישראל". כתב מינוי ועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (27.6.1997).

ביתית של ילדים וייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים. בספטמבר 2003 ובמרס 2004 הוגשו ממצאיה ודו"חות ועדותיה (דו"ח כללי וחמישה דו"חות משנה). מממצאי הוועדה וועדות המשנה עולה שישראל זקוקה לרפורמה מקיפה, שבמסגרתה יוסדרו זכויות הקטינים בישראל, ויוכרו זכויותיהם העצמאיות והנפרדות. זאת, בהתבסס על עקרונות כגון כישוריו המתפתחים של הקטין⁵¹. במסקנות הוועדה נדונה הזכות להשתתפות בהרחבה ובאופן מעמיק, מתוקף היותה ערך מרכזי באמנה. אל הזכות להשתתפות התייחסה הוועדה, כמו גם האמנה, תוך קיום החלוקה הבאה: (1) זכותו של כל ילד להביע את רצונותיו, רגשותיו, דעותיו ועמדותיו; (2) הזכות להישמע בחופשיות; (3) בכל החלטה או פעולה הנוגעת לילד; (4) תוך מתן משקל ראוי לדעותיו; (5) בהתאם לגילו, לכשריו המתפתחים, לרצונותיו, לצרכיו ולמידת בגרותו⁵². בהמשך אף מיפתה הוועדה את הזכות להשתתפות כחולשת על ארבעה נושאים עיקריים: שמיעה, השפעה, תלונה ותביעה⁵³. במאמר זה נתמקד בשני הנושאים הראשונים.

באשר לסוגיית הקטין המטופל, הדגישה הוועדה את החשיבות שבהסדרת זכויות הקטין על גופו, ואת הפגיעה הנוכחית של הדין הישראלי בזכויותיו. לדבריה, "חוק זכויות החולה איננו מסדיר את הדרכים שבהן ניתן לקבל את הסכמתו המודעת של קטין לטיפול רפואי (ללא הבחנה גילית או הבחנה התלויה בכשרים המתפתחים)"⁵⁴. עוד ביקשה הוועדה להציג במסגרת עבודתה את הקשיים המרכזיים הטמונים בהסדר המשפטי הקיים, בציינה כי:

"1. [...] אין ההסדרים הקבועים בחוק הכשרות נותנים ביטוי הולם לעקרונות האמנה בדבר התאמת החוק לכשרים המתפתחים של הילד ולעיקרון ההשתתפות. 2. ההסדרים המשפטיים הקבועים לעניין פעולות משפטיות כלליות אינם תמיד ישימים בהקשר של הסכמה לטיפול רפואי [...] 3. הכלל הנסמך על נורמות נוהגות ולא על כושריהם של ילדים יוצר קושי ממשי בחיי הרפואה בישראל [...] 4. קיים פער בולט בין ההסדרים

51 דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 21–30.
 52 שם, בעמ' 218. נבקש לציין כי הוועדה התייחסה לרכיבי עקרון ההשתתפות בשינוי קל מכפי שהעיקרון מופיע בסעיף 12 לאמנה. כפי שמציינת הוועדה בעמ' 211–212 לדו"ח הכללי, עקרון ההשתתפות נחלק לרכיבים הבאים: (1) חל על כל ילד המסוגל לעצב דעה; (2) הזכות להביע דעה בחופשיות; (3) בכל עניין הנוגע לילד; (4) תוך מתן משקל ראוי לדעותיו; (5) בהתאם לגילו ולמידת בגרותו; (6) הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי.
 53 שם, בעמ' 212.
 54 משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – דו"ח ועדת משנה בנושא הילד ומשפחתו 213 (2003) (להלן: "דו"ח ועדת משנה בנושא הילד ומשפחתו").

הייחודים הקבועים בחוק [...] ובין העדר מוחלט כמעט של הכרה בזכותם של ילדים להשתתף וליתן הסכמה לטיפולים רפואיים בתחומים אחרים⁵⁵.

הוועדה קבעה שיש לבחון את המצב החוקי הקיים בראייה כוללת, ולאור עקרונות האמנה⁵⁶. הוועדה החליטה שלא לעסוק בהתאמת חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996 (להלן: "חוק זכויות החולה"), לעקרונות האמנה, ובראשם עקרון ההשתתפות⁵⁷. עד היום טרם אומצה האמנה בחוק לאומי, כך שבפועל – במקרים רבים – היא איננה מיושמת, ולא ניתן לאכוף באופן ישיר את קיום הוראותיה בבתי המשפט. עדות לכך ניתן למצוא בדו"ח שהגישה מדינת ישראל לאו"ם בשנת 2000, שם נכתב כי "בישראל אין מדיניות עקבית המחייבת לשמוע ילדים ולהתחשב בדעתם בכל החלטה המתקבלת בענייניהם"⁵⁸. ברם, לאור החלטה של החזקה הפרשנית בבית המשפט הישראלי, נראה שהאמנה מהווה מקור משפטי פרשני⁵⁹. לפיכך אשרור האמנה היווה למעשה הצהרה כלפי כולי עלמא, שבמסגרתה התחייבה ישראל לקדם את עקרונות האמנה בנוגע לקטינים, לרבות חקיקת חוקים ומתן פרשנות שיפוטית לחוקים קיימים באופן שיקדם זכויות ילדים⁶⁰. ברמה ההצהרתית, ייתכן שתרומתה המשמעותית של האמנה בארץ ובעולם, פרט להיבט המשפטי, היא בהנחלת ההכרה החדשה בזכויותיו של הילד כישות משפטית נפרדת, ומתן משקל ראוי לדעותיו ולרצונותיו.

5. המצב המשפטי בישראל בנוגע למעמדו של הקטין במסגרת הטיפול הרפואי

בשנת 1996, בעת שנחקק חוק זכויות החולה, הוגדרו לראשונה בישראל זכויות הרפואיות של כל אדם: "חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו"⁶¹. חוק זכויות החולה מהווה למעשה את ראשית המעבר מתקופה של פטרנליזם רפואי לגישה המקדשת את האוטונומיה של הפרט. לפי גישה זו, עומדת לאדם זכות הבחירה בנוגע לפעולות שבכוחן להשפיע על גופו ועל

55 שם, בעמ' 210.

56 שם, בעמ' 213.

57 דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 254.

58 U.N. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention, Israel, U.N. Doc. CRC/C/8/Add.44 (Feb. 27, 2002).

59 דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 39; ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738, 749–750 (2004).

60 ע"פ 3112/94 אבו חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430 (1999).

61 ס' 1 לחוק זכויות החולה.

עתידו, גם אם רצונו אינו עולה בקנה אחד עם דעת הרופא המטפל. במסגרת חוק זכויות החולה, עיגן לראשונה המחוקק את זכותו של כל מטופל "לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית [...] והן מבחינת יחסי האנוש"⁶², את זכותו של המטופל לשמירה על כבודו ועל פרטיותו⁶³, את זכותו לקבל מידע רפואי "ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר"⁶⁴ ועוד. בסעיף 2 לחוק זכויות החולה הגדיר המחוקק מיהו "מטופל", באמרו: "חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי". כך שמלשון החוק עולה שהתייחסות המחוקק לשאלה מי ייחשב כ"מטופל" היא דרך הגדרה רחבה וכללית, המבקשת לפרוש חסותה על כל אדם באשר הוא אדם הזקוק לטיפול רפואי. מכאן ניתן להסיק כי הגדרת המטופל ממילא כוללת גם קטינים, שכן קטין אינו נבדל מהותית מבגיר בהיבט של היותו מטופל.

למרות זאת, שערי החוק נעולים בפני מטופלים שגילם הכרוניולוגי אינו עולה על 18, למעט החריגים שיוצגו בהמשך. זאת, אף שחוק זכויות החולה לא קובע גיל מינימום לתחולת זכויות החולה⁶⁵. הגבלת הזכויות המנויות בחוק זה, מקורה בסעיף שמירת הדינים⁶⁶. בשל הגבלה זו נשמר העיקרון המתנה את כשרותו המשפטית של האדם, גם בסוגיה הרפואית, בהתאם להגדרת הקטינות הקבועה בחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות. לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובשל השתנות הדור ועמדות הקטינים עצמם⁶⁷, כאשר לא קיימת הצדקה עניינית לשלילת זכויותיו של המטופל הצעיר, מתעורר חשש להפליה פסולה מטעמי גיל⁶⁸.

המחוקק דווקא נתן את דעתו על סוגיה זו. סעיף 2(א) להצעת חוק זכויות החולה⁶⁹, אשר הפליה מחמת גיל. ואולם איסור ההפליה מחמת גיל הושמט מן החוק שעבר. סעיף 4 לחוק זכויות החולה בנוסחו הנוכחי קובע ש"מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל

62 שם, ס' 5.

63 שם, ס' 10.

64 שם, ס' 13.

65 התייחסות יחידנית לעניין קטין ניתן למצוא בס' 15(ג) לחוק זכויות החולה, שם נכתב: "מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה: [...] אין אפשרות לקבל את הסכמת אפטרופסו או המטופל הוא קטין או פסול דין".

66 שם, ס' 29.

67 עדי ניב־יגודה "עמדות קטינים ביחס לזכות להשתתפות בהליך הרפואי" בטאון הסיעוד האונקולוגי בישראל יח(1) 6 (2009).

68 ניב־יגודה "ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 35–46.

69 ס' 2(א) להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב–1992.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים כמצבי מחלוקת בין ההורים

מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית או מטעם אחר וכיוצא באלה". בסיפה נכלל איסור כללי להפלות "מטעם אחר וכיוצא באלה"⁷⁰.

(א) הכרה בכשרות משפטית של קטינים בסיטואציות רפואיות – חריגים לחוק

תחילה נבקש לציין ולומר שבמאמר זה לא נתייחס לנקודות התורפה בהסדרים שנקבעו בחריגים לחוק. פעמים רבות קשיים אלה יוצרים חסם בפני הקטין, ובפעמים אחרות הם מובילים למצבים בלתי־אפשריים, הן מבחינה משפטית והן מבחינה רפואית.

(1) בדיקת נגיפי איידס

בשנת 1996, ובמקביל לקבלת חוק זכויות החולה, קובע המחוקק בחוק ספציפי, המהווה חריג לדין הכללי, כי ניתן להכיר בכשרותו המשפטית של קטין לבצע בדיקה לגילוי נגיפי איידס⁷¹. זאת, על פי רצונו וללא דרישה להסכמת הוריו⁷², ולאחר שהרופא נוכח כי הקטין הבין את ההסברים שניתנו לו וכי ביכולתו לגבש רצון משלו.

(2) אשפוז פסיכיאטרי כפוי

סוגיה נוספת, המהווה חריג במשפט הרפואי, מקורה ביחסו של החוק לקטין ולטיפול פסיכיאטרי. בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991 (להלן: "חוק טיפול בחולי נפש") ובחוק הנוער, קבע המחוקק הסדר מיוחד שלפיו, כשמדובר באשפוז וטיפול פסיכיאטרי, ניתן להכיר בזכויות הקטין, בנפרד מאלו של הוריו, כבר מגיל 15.

(3) לקיחת דגימת דנ"א מגופו של קטין

בסעיף 25 לחוק מידע גנטי, התשס"א–2000 (להלן: "חוק מידע גנטי"), נקבעו התנאים ללקיחת דגימת דנ"א מקטין שגילו 16 ומעלה. בהתאם להוראות הסעיף, לא תילקח דגימה בטרם ניתן לקטין המידע על אודות הבדיקה, והקטין נתן את הסכמתו הכתובה. ניתן לראות שחוק זה, בשונה מההסדר הכללי, מערב ומשתף את הקטין בהליכים הנוגעים לענייניו

70 שם, ס' 4.

71 חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו–1996 (להלן: "חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים").

72 שם, ס' 1(א): "על אף הוראות כל דין, בדיקה לגילוי נגיפי איידס בקטין תיערך לפי בקשת הקטין, אף ללא אישור הורו או אפוטרופסו [...] (1) הרופא נתן לקטין הסבר מלא על אופן הבדיקה ומשמעותה [...] ונוכח כי הקטין הבין את ההסבר שנתן לו". עם זאת, קבע המחוקק בסעיף 1(ד): "על אף הוראות סעיף קטן (א), לא תיערך בדיקה לגילוי נגיפי איידס בקטין שטרם מלאו לו ארבע-עשרה שנים ללא אישור נציגו". בהשאירו מרווח פעולה חוקי לערוך בדיקה גם לקטין שטרם הגיע לגיל 14, מסייג החוק ואומר: "זולת אם הבדיקה אושרה בידי צוות הכולל עובד סוציאלי ורופא (להלן – צוות)".

ולגופו⁷³. זאת, אף שהמחוקק הגביל את הסכמתו של הקטין בכך שדרש גם את אישור האחראי עליו.

(4) הפסקת היריון (הפללות)

בסעיף 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") דן המחוקק בסוגיה נוספת המהווה חריג לדין הכללי: היריון לא רצוי בקרב נערות ונשים. באמצעות סעיף זה מתאפשר במשפט הישראלי לקטינה מתחת לגיל 18, וללא קביעת גיל מינימום, לפנות כמקובל בישראל לוועדה להפסקת היריון. זאת, במוסד רפואי מאושר, ועל מנת לעבור הפלה, גם אם הדבר נעשה ללא ידיעת הוריה וללא הסכמתם. עוד יש לציין, כי עד גיל 18 זכאית הנערה למימון כספי מלא של כל הוצאות ההפלה באמצעות קופת החולים שבה היא מבוטחת, ולעתים קופת החולים מממנת גם את התשלום לוועדה להפסקת היריון. יתרה מכך, לצד הכרת החוק הישראלי בכשרותה המשפטית של כל נערה בכל גיל לבצע הפסקת היריון ללא ידיעת הוריה או הסכמתם, הוצמדה לחריג זה חובת הצוות המטפל לשמור על סודיות רפואית מלאה, כמשתמע מסעיף 19 לחוק זכויות החולה. חובת הסודיות כלפי הנערה היא מיסודות האתיקה הרפואית⁷⁴, ובמקביל קשורה לזכויותיה היסודיות, המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(ב) חוק החולה הנוטה למות

בדומה לחריגים לעיל, נראה שהתקדמות נוספת, אם כי חלקית, נעשתה בשנת 2005, בעת שנכנס לתוקפו חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 (להלן: "חוק החולה הנוטה למות"). חוק זה עוסק, בין היתר, בסוגיית הקטין הנוטה למות, ובמסגרתו הורד גיל הכשרות המשפטית ל-17⁷⁵. לעניין חזקת הכשרות, נאמר בסעיף 6 לחוק זה: "חזקה על אדם שמלאו לו 17 שנים ושלא הוכרז פסול דין שהוא כשיר מבחינה הכרתית, שכלית ונפשית לקבל החלטות בקשר לטיפול הרפואי בו מתוך הבנה, שיקול דעת ורצון חופשי". בהמשך, בסעיף 28(ב) לחוק, נקבע:

73 אייל גרוס **הזכות לפרטיות** 17 (מתוך סדרת ניירות בנושא זכויות אזרחיות ופוליטיות של ילדים שהוגשה לוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, 2002).

74 "שמרו אמונים לאדם שהאמין בכם אל תגלו סודו ואל תלכו רכיל" שבועת היפוקרטס כפי שתורגמה על ידי ד"ר ליפמן היילפרין בשנת 1952, לכבוד סיום המחזור הראשון של בית הספר לרפואה בירושלים. אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 108 (2003).

75 בס' 3 לחוק החולה הנוטה למות נקבע מיהו בעל כשרות. בין ההגדרות מופיע מי ש"1) מלאו לו 17 שנים; 2) הוא מסוגל להביע רצונו".

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

“נתגלעו חילוקי דעות בין קטין שהוא חולה הנוטה למות, לבין הוריו, או בינו לבין הרופא האחראי, לענין הטיפול הרפואי בו, יחולו הוראות אלה: (1) הביע הקטין את רצונו שחיי יוארכו, יפעל הרופא האחראי בהתאם לרצונו של הקטין, בכפוף להוראות חוק זה; (2) הביע קטין שמלאו לו 15 שנים את רצונו להימנע מהארכת חיו, תכריע בדבר ועדה מוסדית”. עוד ממשיך החוק ומוסיף בסעיף 28(ג): “דנה ועדה מוסדית בענינו של קטין שהוא חולה הנוטה למות, תישמע גם עמדתו, אם הובעה, וכן יימסר לוועדה פירוט המידע שנמסר לו”.

לסיכום תת-פרק זה, נראה שחוק זכויות החולה והחריגים לו יצרו כמעין חקיקת “טלאים”. מנגד, קיים חסר חקיקתי בנוגע לסוגיית שיתוף הקטין המטופל. סיטואציה משפטית זו מדגישה את היעדרותם של כלים משפטיים ומעשיים מספקים. קשיים וביקורות אלו נסקרו ביתר פירוט במחקר אמפירי שבחן לראשונה בישראל עמדות של קטינים החולים במחלות מסכנות חיים בנוגע לזכות להשתתפות בהליכים רפואיים. במסגרת מחקר זה הומלץ למערכת הרפואית והמשפטית לאמץ את המודל שלהלן. המחקר נסמך על הממצאים שהתקבלו מתוך השדה המחקרי, קרי הקטינים עצמם.⁷⁶



פירמידת השתתפות שבה סוגיית ההסכמה-החלטה מנותקת, והדגש ניתן על זכויות הבסיס. ההבחנה בין החלטה ובין יתר הזכויות מבוססת על ממצאי מחקרו של עדי ניב-יגודה, ומוצעת למערכת הרפואית והמשפטית כמודל הראוי לשיתוף קטינים בהליכים רפואיים הנוגעים להם. הפירמידה הבסיסית היא זו שהוצעה בתחומים שונים על ידי ועדת רוטלוי.

76 ניב-יגודה “ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות”, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 123–143.

6. משפט משווה

בראשית חלק זה, ובטרם נעמיק בהסדרים החוקיים שהתפתחו בשיטות המשפט שלהלן, נבקש לחדד שבחירת המדינות נעשתה מתוך כוונה להציג את ההתפתחויות המשפטיות בנוגע לסוגיות רפואיות, עם האמנה ובלעדיה. בניגוד לאנגליה, שבדומה לישראל חתמה על האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד, ואימצה במידה זו או אחרת את עקרונותיה לדין הפנימי, ארצות־הברית נמנעה מאשרור האמנה, כך שבפועל נוצרה תשתית משפטית המכירה בזכויות הילד, בהתבסס על מסגרת היחסים הכללית והחוקתית שחלה בין המדינה לאזרח. בשלב זה ננסה לבחון את התפתחות החוק בנוגע לתפיסת טובת הקטין וזכויותיו בתחום הרפואה במדינות שלהלן.

(א) ארצות־הברית

בארצות־הברית דיני המשפחה מוסדרים באופן אוטונומי תחת החוק והמשפט של כל אחת מחמישים המדינות, אם כי ישנם גם מקרים פדרליים וחקיקה לגבי מקרים בין־מדינתיים. עם זאת, ואף שניתן לומר שהחוק האמריקני בכללותו קובע את גיל 21 כגיל שבו עובר האדם מקטניות לבגרות, פיתחה הפסיקה האמריקנית במהלך השנים כמה דוקטרינות שמתייחסות אל הקטין בהתאם לכמה משתנים, ומכך אף גזרה את זכויותיו. לעתים ביקשה הפסיקה להתנות את זכויותיו של הקטין באישור הוריו, פעמים אחרות נתנה תוקף להחלטתו העצמאית, ולעתים אף אישרה מתן טיפול רפואי תוך התעלמות מהחלטת הורי הקטין (מאפיין בעיקר סיטואציות שיש בהן סכנת חיים לקטין אם לא יטופל)⁷⁷. עם זאת, ככלל, נראה שהפסיקה בארצות־הברית אינה נוטה ליטול את האפוטרופסות על הקטין לשם קבלת החלטות רפואיות, למעט במקרים שבהם: (1) החלטת ההורים מסכנת את בריאות הקטין או את חייו או מצביעה על הזנחת חובותיהם לספק את צורכי הילד; (2) החלטת ההורים לגבי טיפולים בילדים נובעת ממניעים אידאולוגיים או דתיים גם במקרים שאינם נחוצים להצלת חיי הילד. אז ישנם בתי משפט שמבקרים את החלטת ההורים ומפקיעים את הסמכות ההורית, תוך הישענות על עקרון "טובת הילד". עם זאת, יש להדגיש כי גם בתי משפט אלו לרוב מתנים את עקיפת הסמכות ההורית בטיפולים שאינם פולשניים יתר על המידה או מסכני חיים⁷⁸. כך למשל במקרה שבו כפה בית המשפט על הורים לתת טיפולי שיניים לילדיהם⁷⁹, או במקרה אחר – כפה את הוצאת השקדים של ילד חולה⁸⁰. יש לציין

.Bendiburg v. Dempsey, 909 F.2d 463 (11th Cir.1990) 77
 .Newmark v. Williams, 588 A.2d 1108 (Del. 1991) 78
 .In re Karwath, 199 N.W.2d 147 (Iowa 1972) 79
 .In re Gergory S., 380 N.Y.2d 620 (Fam. Ct. 1976) 80

שבארצות-הברית, כמו גם במדינות המשפט האנגלו-אמריקני, במקרים חריגים, שבהם ישנה מגמה למעט בהתערבות מנהלית, המדינה יכולה ליטול מההורים את סמכות ההחלטה ולהפוך למעין "הורה מחליף". החלטה כזו תתקבל, בין היתר, לאחר בחינת ההשפעות שיש למחלה על מצבו הרפואי של הקטין המסוים ועל איכות חייו, למול קטינים אחרים הנמצאים במצבו⁸¹.

ניתן להבחין שהמשפט האמריקני מסווג לשלוש קטגוריות מרכזיות⁸²: קטין (minor), קטין בוגר (mature minor) וקטין עצמאי (emancipated minor)⁸³. שתי הקטגוריות האחרונות חשובות במיוחד לענייננו. זאת, משום שמכוחן המודל האמריקני מכיר⁸⁴ בזכויותיו העצמאיות של הקטין, ובכלל זה בהסכמתו או בסירובו לטיפול רפואי.

1) קטין – סיטואציה שבמסגרתה מתייחס החוק לקטין בגיל הילדות, כאשר יש עוד תלות רבה של הקטין בהוריו, ורמת הבנתו בסיסית ואינה מספקת לקלוט מצב רפואי. בשלב התפתחות זה יש קושי מהותי להסתפק בהבנת הקטין. הסיווג האמריקני מנסה, כפי הנראה, לבטא גישה מודרנית שמקורה בצורך לבחון את הקטין המסוים לפי כישוריו ונסיבות חייו.

2) קטין בוגר – קטגוריה המתייחסת לקטין בגיר בגיל העשרה, אשר מפגין בשלות רגשית ומחשבתית, ובענייננו, קטין שהגיע לרמת מסוגלות מספקת לצורך הבנת הטיפול המוצע לו לרבות הסיכונים הנלווים. מכוח מסוגלות זו ניתן לקבל את הסכמתו לטיפול ואת החלטתו כנבונה ושקולה⁸⁵. לפי קטגוריה זו, בית המשפט מכריע שהקטין הוכיח בגרות מספקת כדי להיחשב בגיר בהחלטה הספציפית, ולכן החלטתו גוברת על החלטת ההורים (לרוב תוגבל לסוגי טיפול, אך לא בהכרח). בקטגוריה זו הכשרות המשפטית יכולה להשתנות בין קטין מסוים למשנהו, בהתאם לכישוריו ולנסיבות המקרה. כבר בשנת 1966 הזכיר בית המשפט בפסיקתו כמה מצבים שבהם הסכמתו של הקטין, ללא אישור הוריו, תקבל תוקף משפטי⁸⁶, ובכלל זאת קטין שהוכיח בגרות. ברם, וכפי שניתן ללמוד מתוך פסק

81. Guardianship of Doe, 583 N.E.2d 1263 (Mass. 1992).

82. Abigail English, *Reproductive Health Services for Adolescents: Critical Legal Issues*, 27 OBSTETRICS GYNECOLOGY CLINICS OF NORTH AM. 195 (2000); ELIZABETH R. MCANARNEY & RICHARD E. KREIPE, *TEXT BOOK OF ADOLESCENT MEDICINE* (1992).

83. Kelli Schmidt, "Who Are You to Say What My Best Interest Is?" *Minors' Due Process Rights When Admitted By Parents for Inpatient Mental Health Treatment*, 71 WASH. L. REV. 1187 (1996); ADRIENNE FAY ROZOVSKY, *CONSENT TO TREATMENT: A PRACTICAL GUIDE* 257 (2nd ed. 1990).

84. *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989); *Belcher v. Charleston Area Med. Ctr.*, 422 S.E.2d 827 (W. Va. 1992).

85. ש.ס.

86. *Bach v. Long Island Jewish Hospital*, 267 N.Y.S.2d 289 (App. Div. 1966).

הדין, ההכרה בכשרותו המשפטית לעניין הטיפול הרפואי מותנית בהיות הטיפול לטובת הקטין. טובתו מתפרשת באמצעות הגישה הרפואית השמרנית, לאותו עניין, כמו גם בתפיסתו של הרופא המסוים ובהערכתו הסובייקטיבית את בגרותו של הקטין הניצב לפניו ומידת הבנתו.

באחד מפסקי הדין החשובים, שבמסגרתו הכיר בית המשפט בזכותו העצמאית של הקטין הבוגר, נדונה שאלת זכותה של קטינה לפרטיות⁸⁷. בפסק הדין עלתה השאלה אם ניתן להכיר בזכותה של קטינה לבצע הפלה, הגם שהדבר עומד בניגוד לדעת הוריה ולרצונם, להשקפת חייהם ולחינוך שהם מבקשים להעניק לילדיהם. בדיון שנערך בפני בית המשפט העליון, החליטו השופטים להיעתר לבקשתה של הקטינה, ובכך הכירו ברצונה העצמאי והנפרד, תוך התייחסות לגילה, למידת בגרותה, למידע שמצוי בידיה, לחשיבות ההחלטה וכיוצא באלה. בפסיקתו סימן למעשה בית המשפט מהו, לדעתו, האיזון הראוי, במצבים בעלי השפעה משמעותית על חייו של הקטין, כאשר רצון ההורים וזכויותיהם על ילדם מתנגשים עם רצונו של קטין שהראה כישורים מתאימים לקבל את ההחלטה. במסגרת החלטתו, ביטל בית המשפט את סעיף 12S אשר דרש שלעניין הפלה, נוסף על הסכמת הקטינה תינתן גם הסכמת שני הוריה כאשר גילה אינו עולה על 18⁸⁸. זאת, בהסתמך על מגוון שיקולים.

עם זאת, ועל אף הקשיים וההגבלות שנקבעו בפסק הדין, תוך צמצום מסוים של זכויות הקטין בהחלטות בעלות השפעה מכריעה על חייו, קבע בית המשפט שיש להקל על הנערה ולהכיר בהסכמתה העצמאית אם הוכחה בגרותה, והחלטתה נסמכת על הבנתה את המצב, ועל הבנתה את המידע המצוי בידיה. אך זאת רק אם הדבר עולה בקנה אחד עם טובתה של הקטינה – טובה התלויה בפירוש שנותנת הפסיקה או הרפואה.

בשנים שלאחר פסק הדין בעניין *Bellotti* ניכרה אי־אחידות בפסיקה האמריקנית ביחסה לדוקטרינת הקטין הבוגר. מחד גיסא, במקרים רבים המשיך בית המשפט לתת משקל נכבד לסמכות ההורית⁸⁹ ואף לצמצם את תחולת דוקטרינת הקטין הבוגר⁹⁰. מאידך גיסא, במקרים אחרים הכשיר בית המשפט בפסיקותיו את הסכמתו העצמאית של הקטין,

87. *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

88. Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 112, § 12S (West 1974), שם נאמר כי אם גילה של האם הוא פחות מ-18 והיא עדיין לא נשואה, נדרש לקבל את הסכמתה לצד הסכמת הוריה. אם אחד מהורי הקטינה (או שני ההורים) מסרב לתת הסכמתו להליך, יש לפנות לבית המשפט על מנת לקבל צו של שופט של בית המשפט.

89. *H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981).

90. *In re Long Island Jewish Med. Ctr.*, 557 N.Y.S.2d 239 (1990).

בהסתמכו על עקרונות דוקטרינת הקטין הבוגר⁹¹. הדוקטרינה שהתפתחה תחילה בהקשר הצר של הסכמת קטינה לביצוע הפלה, הורחבה בהמשך, בכמה מקרים, גם למקרים רפואיים נוספים. דוגמה בולטת לכך ניתן לראות בעניינה של חולת לוקמיה בת 17 שביקשה שלא לקבל עירוי דם נוכח השתייכותה לכת עדי יהווה⁹². הנערה והוריה לא הסכימו שבמסגרת הטיפול הרפואי יינתן לה עירוי דם. לנערה מונה אפוטרופוס מטעם המדינה, והוא אישר את ההחלטה לתת לנערה את מנת הדם. הנערה ביקשה לערער על ההחלטה, ופנתה לבית המשפט לערעורים. שם התקבלה עמדתה בנוגע לסירוב לקבל מנת דם, נוכח בגרותה.

3 קטין עצמאי – קטגוריה שבמסגרתה ניתן להכיר בכשרותו המשפטית של הקטין המנהל את ענייניו באורח עצמאי. זאת, אם הקטין קיבל אמנציפציה בהסכמת ההורים או בית המשפט⁹³. בקטגוריה זו ניתן לראות שפעמים רבות הקטין חי מחוץ לבית הוריו. בחלק ממדינות ארצות הברית, קטין המבקש הכרה משפטית נפרדת מהוריו, דרך הגדרתו כעצמאי, יכול לקבל זאת בשלושה מקרים⁹⁴: (1) הקטין נשוי, ואולם זאת בכפוף לאישור הוריו ולחוקי מדינתו; (2) הקטין משרת בצבא, ואולם זאת בכפוף לאישור הוריו ולרשויות הצבא; (3) הצהרה של בית המשפט, ובתנאי שמלאו לקטין 14 שנה, והוא הצליח להוכיח כי מתקיימים לגביו כל התנאים הבאים: אינו רוצה לגור עם הוריו ולהוריו אין התנגדות לכך, מסוגל לטפל בענייניו הכספיים בעצמו, מרוויח כסף מעבודה חוקית והעצמאות מיטיבה עמו. ברם, יש לציין כי גישה זו אינה חפה מהסתייגויות, בייחוד מפני שבמקרים רבים נראה שהקטין שהוגדר על ידי המערכת המשפטית כ"עצמאי", בפועל זכה בזכויותיו אלו בעל כורחו מכיוון שנפרד מהוריו לעתים בניגוד לרצונו, ונסיבות חייו אילצו אותו לחיות בגפו.

לגישתנו, נראה שהקטגוריות של קטין בוגר וקטין עצמאי מאפשרות להציע דרך התמודדות במצבים שבהם קיימת גם אי-הסכמה בין הורים פרודים או גרושים בנושאי בריאות של המתבגר. קטין בוגר (וודאי קטין עצמאי) יכולים להיות שותפים בתהליך קבלת ההחלטה, או בעלי המשקל המכריע, ואפילו הקובעים. אפשרות נוספת היא שבמצבים מסוימים קטין בוגר או קטין עצמאי יחליטו את מי מהוריהם הם מסמיכים לקבל עבורם את ההחלטה.

במהלך השנים, בעקבות השינויים בנוגע למעמד הקטין מחד גיסא, והגידול במספר הזוגות שמתגרשים או נפרדים מאידך גיסא, החלו להתעורר שאלות מהותיות בסוגיות

.Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U.S. 261, 277 (1990) 91

.In re E.G., 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989) 92

.Carter v. Cangelo, 105 Cal. App. 3d 348, (1980) 93

.Cal. Fam. Code 7120–7123, 7540–7541 94

משפטיות ורפואיות כאחד. נוכח זאת, במסגרת פרויקט קוד דיני המשפחה לגבי פירוק התא המשפחתי המוצע על ידי ה־American Law Institute⁹⁵ (להלן: A.L.I.), מתקיים, בין היתר, דיון בשאלה כיצד יש להנהיג את המדיניות המשפטית בנוגע לילד, כשההורים מצויים במחלוקת. כל זאת תוך עיסוק במתחים, באתגרים ובסטנדרטים הראויים באשר לטובת הילד, כפי שמוצגים להלן:

(1) משפט צפוי מול משפט מותאם אישית⁹⁶

לגישת ה־A.L.I., בכוחו של הליך משפטי שאת תוצאתו ניתן לצפות מראש, להוביל לקיצור ההתדיינות המשפטית. הוא גם מאפשר להבחין בין התנהגות אסטרטגית ובין התנהגות מניפולטיבית של ההורים. עם זאת, לעתים יכולת החיזוי כשלעצמה אינה מספקת, כך שהשופט נדרש להתאים את ההליך המשפטי לנסיבות הייחודיות של כל מקרה ומקרה. בנוסף, הליך משפטי שתוצאתו ניתנת לחיזוי מתקיים בפרק זמן קצוב ועל פי כללים קבועים מראש. זאת, בניגוד להליך משפטי מותאם אישית, הדורש מהשופט גמישות ויכולת להגיב למגוון אינסופי של נסיבות.

יש להדגיש שלגישת ה־A.L.I., הליך משפטי שבמסגרתו מוחלים כללים קבועים מקל על השופט לקבל החלטה שיפוטית יעילה וצפויה, אך במקביל הוא מצמצם את שיקול דעתו של השופט, ואת יכולתו להתייחס לנסיבות הספציפיות של המקרה. שיקול דעת מאפשר מחד גיסא קבלת החלטות באופן אינדיבידואלי ומותאם, ומאידך גיסא מערער את הוודאות והאחידות, ופוגע ביכולת חיזוי תוצאת ההליך.

(2) משפט סופי־מוחלט מול משפט גמיש ומתחדש⁹⁷

הורים נכונים לקבל את התוצאה הסופית של החלטה שיפוטית, ולחיות לפיה, על פי השפעתה על היציבות בחיי הילד. עם זאת, לעתים גמישות היא חלק הכרחי מהתוצאה הסופית. זאת, בשל רצון להיענות לצורכי הילד בנסיבות משתנות. במצבים שבהם התא המשפחתי מתפרק ומפסיק לתפקד כיחידה אורגנית אחת, הסופיות והגמישות מושגות, בדרך כלל, באמצעות תהליך מתמשך של משא ומתן שמוביל להסכמות ופשרות. עוד ניתן ללמוד כי החקיקה הקיימת מעודדת את עקרון המוחלטות, וביטוי לכך ניתן לעתים קרובות בהסכם אשר קובע את "זכויותיו" של כל הורה. יש לשים לב כי במקרים

AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTIONS: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (2002) (להלן: PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTIONS).

95

96 שם, בעמ' 1–2.

97 שם, בעמ' 3.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

שבהם אין הסכמה בין ההורים דורשת ההחלטה השיפוטית משאבים רבים, וזאת מתוך הכרה בחשיבות ההסכם ויישומו. שהרי מטרת מערכת המשפט שההסכם שיושג יהיה סופי. המקרים שבהם הסיכומים "נפתחים" וההורים מגיעים לדיון מחודש, נחשבים "כישלון" של המערכת השיפוטית. משכך, בסיטואציות של דיון מחודש, כל שינוי ייבחן בנוקשות ובקפדנות.

(3) פיקוח שיפוטי מול הוראות ספציפיות נפרדות⁹⁸

בבואנו לבחון מהי המידה הנדרשת לפיקוח שיפוטי על התא המשפחתי, אנו מוצאים שיש גישות שונות למידת האחריות שצריכה להינתן להורים על ילדיהם: החל בחלוקת סמכויות, דרך אחריות רחבה וכלה באחריות מוחלטת. מידת האמון בהורים אינה מבוססת על ודאות שלפיה כל ההורים יעשו כמיטב יכולתם למען ילדיהם, שהרי ישנם מקרים שבהם עדיף היה לילד אפטרופוס שאינו ההורה. עם זאת, ישנן כמה הנחות יסוד: (1) סביר להניח שההורים אוהבים את ילדיהם; (2) אהבת ההורים את ילדיהם מעודדת אותם לנהוג באחריות כלפיהם; (3) כחלק מהאוטונומיה המשפחתית והסמכות ההורית, הורים לא רק נדרשים לטפל בילדיהם, אלא גם מחויבים לעשות כן. לפיכך נראה שלגישת ה-A.L.I., על הפיקוח השיפוטי להתהדק במצבי מחלוקת, כאשר הסמכויות מתחלקות בין ההורה המשמורן לבין ההורה האחר.

(4) הורות ביולוגית למול הורות בפועל⁹⁹

ישנה הבחנה בין ההורות המשפטית, של אלו שבסמכותם לקבל החלטות בעבור הילד, ובין אחריות שנגזרת מבדיקה מי מטפל בפועל בילד. לעתים לצד ההורים בפועל קיימים מטפלים נוספים שאינם הורי הילד, כי אם בני משפחה נוספים (סבים, דודים, הורה חורג וכיוצא באלה). מתן זכויות לשותפים לגידול הילד בפועל, עלול להחליש מבחינה חברתית את מחויבות ההורים כלפי ילדיהם. לכן, לדעת ה-A.L.I., האינטרס החברתי שיש לחזק הוא זה המבוסס על אידאולוגיה של אחריות הורית (ההורים הביולוגיים). הורה המתעלם מצורכי ילדו בעת פירוק התא המשפחתי, פוגע קשות בעיקרון בסיסי זה, כמו גם בתחושת היציבות של הילד.

(5) הגנת המדינה למול פגיעה בפרטיות¹⁰⁰

98 שם, בעמ' 4.

99 שם, בעמ' 5.

100 שם.

במסגרת רכיב זה מתייחס ה-A.L.I. למתח שמתקיים בין האינטרס של המדינה להגן על הילד מפני פגיעה ובין הגנה על האוטונומיה של התא המשפחתי. לעתים קרובות מתח זה יוצר מחלוקת בנוגע לדרכי הפעולה של רשויות החוק והאכיפה, כמו גם למידת התערבותם. באופן מסורתי קיימת התנגדות להתערבות המדינה בעניינים שנוגעים לניהול התא המשפחתי. זאת, אלא אם כן מדובר במקרים של התעללות או פגיעה פיזית. משכך, נראה כי משימתם הקשה של החוק ומערכת המשפט היא לדאוג לאיזון הולם בין אוטונומיית המשפחה ופרטיותה ובין יכולת המדינה לספק הגנה בעבור אלו שזקוקים לה.

כפי שעולה מהקוד המשפחתי, נראה שמטרת הדיון במתחים ובאתגרים הללו, היא להתמודד עם מקרים של פירוק התא המשפחתי, באמצעות קיום מערך של עקרונות שנועדו, בין היתר: (1) במהלך פירוק התא המשפחתי למקד את תשומת הלב בצורכי הקטין המסוים; (2) להדגיש את האחריות ההורית; (3) ליצור קריטריונים קבועים לפתרון סכסוכים תוך צמצום סטראוטיפים; (4) לעודד הורים לחזות בעיות עתידיות וצרכים; (5) להכיר בכך שישנם מקרים מיוחדים שבהם עולה הצורך לשתף בהסדרים המתהווים בגירים אשר אינם הורי הקטין (לדוגמה: סבא, סבתא); (6) לספק לקטין הגנה מפני פגיעה או התעללות בתוך המשפחה, לאחר פירוק התא המשפחתי¹⁰¹.

עוד מציע הקוד בנוגע לסוגיית פירוק התא המשפחתי, להפריד בין אחריות ההורים כמטפלים, היינו האחריות על הפעולות היומיומיות באינטראקציה בין ההורים לילדיהם לבין אחריות ההורה כמשמורן, ובה החובות החוקיות של ההורים באמצעות חלוקה ביניהם. על בית המשפט להבטיח הגינות רבה יותר וחלוקה צודקת של הזמן בין ההורים הגרושים¹⁰². זאת, בין היתר, מתוך הנחה שאם החוק עצמו אינו מאזן בין טובת הקטין לבין ההגינות כלפי הוריו, שאז ההורים עלולים לנהוג במהלך הליך הגירושים בנקמנות, וכך לפגוע בקטין¹⁰³.

הקוד ממליץ לבתי המשפט להקנות לשני ההורים סמכות קבלת החלטות משותפת לגבי חיי הילד בעניינים רפואיים, אלא אם כן אחד ההורים סותר חזקה זאת על ידי הוכחת התעללות בקטין, או אם חלוקה שווה של הסמכות איננה פועלת לטובת הקטין. הקוד אף ממליץ שההורה המחזיק בילד לפי הוראות בית המשפט או הסכם הגירושים בין הצדדים, יוכל להחליט החלטה הרת גורל בעצמו, אם מדובר במקרה חירום וההורה השני אינו זמין¹⁰⁴. הנחה זו מתקיימת גם במשפט הישראלי, בסעיף 18(א) לחוק הכשרות המשפטית

The American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation*, 8 DUKE J. GENDER, L. & POLICY 6 (2001)

101 PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTIONS, לעיל ה"ש 95, בעמ' 137.

102 שם, בעמ' 104-106.

103 שם, בעמ' 270-271.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

והאפוטרופסות: "בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לעניין מסוים או באופן כללי; וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו". עוד ממליץ הקוד לחייב את המוסדות השונים לתת מידע רפואי וחינוכי לשני ההורים, אלא אם כן יש מניעה חוקית או צו שיפוטי. כפי שניתן לראות, המלצה זו אומצה על ידי מדינות רבות בארצות-הברית¹⁰⁵, ובכלל זה במדינות אלינו¹⁰⁶, איידהו¹⁰⁷, פלורידה¹⁰⁸, קליפורניה¹⁰⁹, אינדיאנה¹¹⁰, אייווה¹¹¹ ועוד.

נראה שמדינות רבות בארצות-הברית אימצו את המלצות פרויקט קוד דיני המשפחה בעניין פירוק התא המשפחתי שמציע ה-A.L.I., ובכלל זאת את הכלל שלפיו שני ההורים זכאים לקבל מידע רפואי בנוגע לילדיהם, אלא אם כן בית המשפט קבע אחרת. בדומה לחקיקה האמריקנית, גם בישראל כלל זה בא לידי ביטוי בתיקון חקיקה משנת תש"ע¹¹², במסגרת סעיף 18(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:

"גוף המנוי בתוספת ומחויב על פי הוראות כל דין למסור מידע בכתב להורה בעניין ילדו הקטין, וקיבל מהורהו של הקטין הודעה בכתב על רצונו לקבל עותק מהמידע בנפרד מהמידע שנמסר להורהו האחר של הקטין, ימסור את המידע גם לאותו הורה; ואולם נודע לגוף המנוי בתוספת, כי נשללה או הוגבלה האפוטרופסות של אחד ההורים בהחלטת בית משפט, לא יחול האמור בסעיף קטן זה, אלא לגבי עניינים אשר נותרו נתונים לאפוטרופסות של אותו הורה, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת."

- 105 אלבמה (Alabama Statutes § 30-3-154); אלסקה (Alaska Statutes § 25.20.130); קולורדו (Colorado Statutes § 14-10-123.8); קונטיקט (Connecticut Statutes § 46b-56); קנטקי (Kentucky Statutes § 160.715) ועוד.
- 106 Illinois Statutes § 750 ILCS 5/602.1
- 107 Idaho Statutes § 32-717A
- 108 Florida Statutes § 61/13 (2)(b)3
- 109 CA Family Code § 3025
- 110 Ind.Code § 16-39-1-7 (Child's health records; access to custodial and noncustodial parents)
- 111 IA Code § 598.41
- 112 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 14), התש"ע-2010, ס"ח 423.

במאמרו בוחן ג'וזף גולדשטיין (Goldstein)¹¹³ בין היתר, את המגמות שבחוק האמריקני בנוגע לאוטונומיית ההחלטה של ההורים לגבי טובת הילד וגבולותיה, כמו גם את החובה שמוטלת על ההורים כלפי ילדיהם¹¹⁴. לגישתו, המשפט האמריקני ניצב בפני מודל של שלושה מבחנים בעלי קריטריונים "עמומים", על מנת לצמצם את התערבות המדינה בתא המשפחתי. צמצום זה בא לידי ביטוי, בין היתר, באמצעות הטלת נטל ראייתי משמעותי, כשהמדינה מבקשת לחדור לתא המשפחתי, תוך פגיעה בעצמאות ההחלטה של ההורים. בהתאם למודל זה יש לאפשר את התערבות המדינה בהחלטות ההורים בנוגע לילדיהם במקרים חריגים בלבד, אשר מתקיימים בהם שלושת התנאים שלהלן¹¹⁵:

(1) מדובר בטיפול רפואי מקובל, ולא בטיפול ניסיוני; (2) הטיפול צפוי להוביל לתוצאה שנתפסת בחברה כמיטיבה עם הילד מבחינה בריאותית (או לפחות מאפשרת חיים); (3) מניעת טיפול צפויה להוביל למות הילד.

בהמשך מבחין גולדשטיין בין שני מצבים רפואיים עיקריים, שבהם יש לצמצם את התערבות המדינה באוטונומייה ההורית. הסיטואציה הראשונה מתייחסת לסוגיות רפואיות הכרוכות בהחלטות של חיים ומוות. לגישת גולדשטיין, במקרים אלו יש להכיר בשלושה מצבים שבהם על המדינה להימנע מלהתערב בהחלטת ההורים (גם כשמדובר בשאלות של חיים ומוות):

(1) כשאין הוכחה כי בכוחו של הטיפול הרפואי לשנות את המצב; (2) כשדעות המומחים בנוגע להמשך הטיפול חלוקות או מנוגדות; (3) כשלדעת הרופאים המומחים הסיכויים להצלחת הטיפול הרפואי נמוכים, אך ישנו טיפול רפואי ניסיוני שיכול לאפשר לילד להמשיך לחיות חיים ראויים או חיים נורמליים ובריאים.

עוד לגישתו, במקרים שאין בהם שאלה של חיים ומוות, יש לרסן את ההתערבות השיפוטית בהחלטות ההורים. כשהמוות אינו תוצאה של בחירת אופציה טיפולית, נראה שאין הצדקה להתערבות רשויות המדינה בפרטיות התא המשפחתי, כמו גם לפגיעה בסמכות ההורים על ילדיהם. גולדשטיין סבור כי החוק האמריקני אימץ עמדה שלפיה הגם שההורים אינם חסינים מפני טעויות, אין בכך כדי לקבל בהכרח המלצות מומחים שנסמכים על עובדות מדעיות, תחזיות ואבחנות. לסיכום, נראה שתפיסה זו מהווה ביטוי ממשי להתפתחות משפטית המבוססת על ההגנה החוקתית שלה זוכה הזכות לפרטיות, כמו גם הכרת המשפט האמריקני באוטונומיית הפרט.

Joseph Goldstein, *Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy*, 86 YALE L.J. 645 (1977)

114 שם, בעמ' 648–649.

115 שם, בעמ' 652.

(ב) אנגליה

באנגליה החל הקטין להיתפס בהדרגה כבעל מעמד עצמאי. אחד הביטויים לכך מצוי ב־ Family Law Reform Act 1969, שם התיר המחוקק האנגלי לכל ילד שמלאו לו 16, להסכים לטיפול רפואי¹¹⁶. בהתאם לחוק האנגלי, אף ניתנה בידי הקטין האפשרות להתאשפז למרות התנגדות הוריו. התייחסות נוספת שהתקיימה בסוגיית הטיפול הרפואי בקטין, עסקה בהבחנה בין קטין כשיר ובין קטין בלתי־כשיר. קביעה זו בוצעה על ידי רופאי הקטין והושפעה בעיקרה מגיל הקטין ומאופי הטיפול הרפואי הנדרש.

בהמשך, בפרשת *Gillick*¹¹⁷ משנת 1986, הכיר בית המשפט האנגלי בכשרותה המשפטית של קטינה, שטרם מלאו לה 16, שהייתה בעלת יכולת שיפוט וכושר קבלת החלטות להסכים לטיפול הרפואי ולהיות שותפה לו, גם כשהאם הביעה את התנגדותה המפורשת. בפסיקתו העביר בית המשפט האנגלי את כובד המשקל מזכות ההורים על ילדיהם לאחריותם כהורים. כך למעשה הרחיב בית המשפט את גיל הכשרות המשפטית להסכמה לטיפול רפואי, מעבר לאמור בסעיף 8(1) של ה־ Family Law Reform Act, תוך הכרה במשתנים כגון בגרות והבנה בפועל¹¹⁸, שאינם נגזרים בהכרח מקביעת גיל דיכוטומי (מבחן "הערכת כשירות על פי עניין *Gillick*"). הלכה למעשה, שיקולים של יכולת הבנה, יכולת קבלת החלטות ובגרות החלו לקבל משקל משמעותי, תוך כרסום בסמכות ההורית. בפסק הדין התווה הלורד פרייזר (Fraser) כמה קריטריונים אשר הנחו תחילה את הצוותים הרפואיים כיצד לנהוג בסיטואציה של ייעוץ וטיפול למניעת היריון ללא הסכמת ההורים. קריטריונים אלה הוחלו לאורך השנים גם על הליכים רפואיים נוספים¹¹⁹. הקריטריונים שלהלן מוכרים באנגליה גם תחת הכינוי "Fraser Guidelines":

(1) הקטין מבין את המלצות המטפל; (2) המטפל שוכנע כי הקטין אינו מוכן ליידע את הוריו; (3) המטפל שוכנע שהקטין יתחיל לקיים יחסי מין או ימשיך לעשות זאת עם אמצעי המניעה ובלעדיהם; (4) אין באמצעי המניעה כדי לפגוע בבריאותו הגופנית או הנפשית של הקטין; (5) טובת הקטין מצדיקה מתן ייעוץ או אמצעי מניעה גם ללא הסכמת הוריו. לפסק הדין נודעה השפעה משמעותית על ההכרה בזכויות ילדים: הוא צמצם את הסמכות ההורית, וחיזק את מעמדו של הקטין בהליך הרפואי, וזאת ככל שהוא מתבגר ומוכיח הבנה וכישורים. עם זאת, השופטים היו חלוקים באשר לרכיב ה"הבנה", ומחלוקת

Family Law Reform Act, 1969, § 8(1) (Eng.) 116

עניין *Gillick*, לעיל ה"ש 48. 117

In re C., לעיל ה"ש 48. 118

Robert Wheeler, *Gillick or Fraser? A Plea for Consistency Over Competence in Children*, 322 BRITISH MEDICAL J. 807 (2006) 119

בלתי־פתורה זו סללה את הדרך לצמצום ההלכה. בהמשך לפרשנות המרחיבה שנתנו בתי המשפט לסעיף 8(1) דרך הלכת *Gillick*, נחקק באנגליה The Children Act 1989. לכאורה מכיר החוק ברצונותיו, בדעותיו ובעמדותיו של הקטין. בין יתר סעיפי החוק נקבע כי השופטים נדרשים לבחון את רגשות הקטין ושאיפותיו בקולו של הקטין עצמו. עם זאת, וכפי שעולה בספרה של שרה אליסטון (ELLISTON), "טובת הילד בענייני בריאות"¹²⁰, עדיין קשה לומר באופן מובהק ש־The Children Act מעיד על הכרה בזכויותיו העצמאיות והנפרדות של הקטין. בסקירה נרחבת של כלל היבטי טובת הילד במישור הרפואי, במשפט האנגלי והסקוטי, דנה המחברת במשמעות של "אחריות הורית", כפי שהיא מופיעה בסעיף 3(1) ל־The Children Act 1989 ומציינת כי: "כל הזכויות, חובות, כוחות, תחומי האחריות והסמכויות שלפי חוק להורה לילד יש בכל הקשור לילד ולקניינו". תוכן הזכויות הללו אינו מפורט דיו בסעיף זה, ויש להבינו מתוך הסתכלות כללית במשפט המקובל. באנגליה, כמו בישראל, האחריות ההורית תקפה עד הגיע הילד לגיל 18, ואחריות זו כוללת, ללא צל של ספק, את הזכות לתת אישור תקף לטיפול. בסקוטלנד החוק מפורט יותר, וכך גם החובות המפורטות תחת סעיף 1 ל־Children (Scotland) Act 1995¹²¹. המודל הסקוטי אף מכיר, בחלקו, בכישורים המתפתחים של הקטין המסוים. בסעיף 2(4) ל־The Age of Legal Capacity Act, נקבע שגיל הכשרות המשפטית, לעניין ההסכמה לקבל טיפול רפואי, הוא 16. מתחת לגיל 16 מותנית קבלת הסכמתו של הקטין בהבנתו, ביכולתו לקבל החלטות וכיוצא באלה. עוד דנה אליסטון בספרה במקרים שבהם בית המשפט יקנה סמכות הורית לרשויות המדינה. היא ציינה את "עקרון הנזק" (harm principle) – עיקרון שלפיו יש לבחון מהי ההסתברות שייגרם נזק ממשי לילד לפני שהרשויות יתערבו בהחלטות הורים בנוגע לבריאות ילדיהם¹²². יש לבחון גם את המקרים, שלדעת המלומד פיינברג¹²³, תידרש בהם התערבות המדינה בהחלטות ההורים¹²⁴. אליסטון מדגישה את תפקידם המכריע של הרופאים כאחת החוליות החשובות ביותר בדרך לקבלת ההחלטה, אם לא החשובה שבהן. לעתים הרופא הוא הגורם הראשון שיכול להזהיר מפני החלטות רפואיות שייתכן שאינן מתיישבות עם טובתו הרפואית של הקטין. לפיכך, לרופאים יש חלק מרכזי לא רק במתן

SARAH ELLISTON, THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN HEALTHCARE (Sheila A.M. Mclean ed., 2007) 120

121 בין החובות בחוק הסקוטי: לשמור ולקדם את בריאות הילד, התפתחותו ורווחתו; לספק, בהתאם לשלב התפתחותו של הילד, הכוונה (direction) והנחיה (guidance). אם ההורה לא גר עם הילד, יש לשמור על יחסים אישיים וקשר ישיר עם הילד על בסיס קבוע וכדומה.

ELLISTON, לעיל ה"ש 120, בעמ' 37–40. 122

123 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 26 (1984)

ELLISTON, לעיל ה"ש 120, בעמ' 36. 124

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

הטיפול, אלא גם בהחלטה שמתקבלת בנוגע להליך הרפואי שהם יכולים ומוכנים להעניק לילד¹²⁵.

עם זאת, בשנת 1991, ב־*In re R (a minor)*, החליט בית המשפט האנגלי לצמצם את זכותו העצמאית של הקטין, בהבחינו בין הסכמה לטיפול הרפואי ובין סירוב לטיפול הרפואי¹²⁶. נקבע כי סירוב מותנה, בין היתר, בהסכמת הורי הקטין¹²⁷. פרשנותו המצומצמת של בית המשפט נסמכה בעיקרה על הטענה בדבר ההגנה שיש להעניק לקטין – גם מפני דעותיו ורצונותיו שלו עצמו. לעומת זאת, החלטותיו של המטופל הבגיר מתקבלות ללא עוררין, מבלי להידרש לבחינת בסיס ההחלטה או הצדקת ההחלטה מבחינה ערכית או מוסרית. רכיב ההבנה, שעד כה נבדק בנוגע להבנתו של הקטין את הטיפול הרפואי בהתאם למבחן "הערכת כשירות על פי Gillick", התרחב לבחינת מידת הבנתו של הקטין בפועל את הסיכונים שבאיי-קבלת הטיפול, המוות כאפשרות קרובה וכיוצא באלה¹²⁸. מבחינה תוכנית נותר מבחן זה עמום, והדבר גרם לכך שפעמים רבות ההכרעה בדבר כשירותו של קטין הופקדה בידי רופאיו.

צמצום הלכת Gillick החליש בהדרגה את זכויותיו העצמאיות של הקטין, גם כשהוכיח כישורים מתאימים לביצוע ההחלטה. בפסיקה מאוחרת להלכת Gillick נפסק שאפילו כשקטין כשיר לסרב, סירובו מותנה בהסכמת הוריו ובית המשפט¹²⁹. לעניין זה יפה הבחנתה של אליסטון בין הליכים רפואיים, הנחשבים ככאלו הנמצאים בתוך מתחם ההחלטות של ההורים (כגון טיפולים שגרתיים במרפאות ראשוניות) – שאז בדרך כלל תידרש הסכמה של הורה אחד בלבד – לבין סירוב למתן הסכמה בהליכים רפואיים כגון ברית מילה (כפי שעולה מהנחיות ה־British Medical Association)¹³⁰, או מתן חיסון לקטינים¹³¹ – הליכים הדורשים החלטה פה אחד של ההורים¹³².

125 שם, בעמ' 42.

126 Michael D. A. Freeman, *Taking Children's Rights More Seriously*, 6 INT'L. J.L. & Fam. 52 (1992); RUTH R. FADEN, TOM L. BEAUCHAMP & NANCY M.P. KING, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT (1986)

127 *In re R. (A Minor)* [1991] 4 All E.R. 177, C.A.

128 *In re E. (A Minor)* [1993] 1 F.L.R 386

129 *In re W. (A Minor)* [1992] 4 All E.R. 627, C.A.

130 "ברית מילה לא טיפולי מתואר כהחלטה 'חשובה ובלתי הפיכה', ולכן ההסכמה צריכה להתקבל משני ההורים. במידה והילד הגיע עם הורה אחד בלבד, הרופא חייב לעשות כל מאמץ כדי ליצור קשר עם ההורה השני כדי לבקש את הסכמתו למילה". British Medical Association, *The Law and Ethics of Male Circumcision: Guidance for Doctors*, 30 J. OF MEDICAL ETHICS 259 (2004)

131 שם, בעמ' 98.

132 שם בעמ' 95.

בשנים האחרונות הפכה סוגיית הסכמת ההורים למתן חיסון לילדיהם הקטינים נפוצה יותר ויותר. מעצם טיבם וטבעם, חיסונים מוגדרים כטיפול מונע, והם אינם בבחינת טיפול רפואי מציל חיים, או כזה שבלעדיו חיי הקטין יעמדו בסכנה ודאית. באנגליה, בהתייחס לשאלת ההסכמה או סירוב ההורים לחסן את ילדיהם כשלא ניתן לקבל את הסכמת הקטין עצמו, הצהירה ההסתדרות הרפואית האנגלית כי מדיניות החיסונים מושתתת ככלל על בסיס התנדבותי, כזה שלא מכיר בחיסון כפוי¹³³. זאת, בניגוד לארצות־הברית, שם, ב־*In re* Christine M.¹³⁴, הכיר בית המשפט העליון בסמכות המדינה לכפות את מתן החיסון גם בניגוד לרצון ההורים, בהתבסס על האינטרס של בריאות הציבור. בית המשפט העליון הכיר בזכותם של הורים לגדל את ילדיהם בהתאם לאמונותיהם האישיות או הדתיות. עם זאת, כאשר החלטת ההורים סיכנה את בריאות הילד או את בטיחותו או כאשר התנהגותם היוותה איום ממשי לשלום הציבור, התיר בית המשפט את התערבות המדינה. דוגמה לכך ניתן לראות בסוגיית החיסונים נגד מחלות מידבקות, שאז, לגישת בית המשפט העליון, האינטרסים הן של הילדים והן של הציבור הרחב גוברים על החלטת ההורים. עוד קבע בית המשפט בפרשת *Jacobson*¹³⁵ כי בכוחה של המדינה לחוקק חוק חיסון חובה למניעת אבעבועות, וזאת כדי להגן על בריאות הציבור.

בשנת 1996, לאור הפרקטיקה המשפטית והרפואית שנהגה, ולאור עקרונות האמנה שעליה חתמה אנגליה, פורסמה מסה שעניינה: "בחירות בנוגע לביטוח רפואי – קבלת החלטות ביחד עם הילדים". במסגרת מסה זו הציעו הכותבים קודים מעשיים טיפוליים המבוססים על הכרה בזכויות הילדים¹³⁶. בין ההמלצות נדונה חשיבות מעורבותם של הקטינים החולים בהליכים הטיפוליים, תוך מתן משקל לתפיסת המצב מנקודת מבטו של הקטין. לדעת הכותבים, הטיפול הרפואי צריך להתבסס על כישוריו המתפתחים ועל יכולותיו של הקטין המסוים, ולא על גילו הכרונולוגי. שיתוף הקטין החולה במפגש הרפואי ובשלבים השונים של קבלת ההחלטות הרפואיות, בכוחו לפתח את יכולותיו להתמודד עם הקשיים. הכותבים מבקשים לייצג את הגישה שעומדת בבסיס האמנה, ולהציב אתגר בפני

133 בריטניה חיסונים ניתנים על בסיס "התנדבותי", וקבלתם מותנית בהסכמה מרצון. זיהוי הגורמים שתורמים להסכמה מרצון לקבל חיסון, חיוני להצלחת יישום תכניות החיסונים בעתיד. גם במדינות נוספות באירופה גוברת המגמה להכיר בהשתתפות מרצון. מדינות כמו גרמניה, שם עד לפני כמה עשורים הייתה כפייה על הכלל לקבל חיסון, כיום נסמכת על הסכמה מרצון. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, CHILDHOOD IMMUNISATION: A GUIDE FOR HEALTHCARE PROFESSIONALS 17 (2003).

In re Christine M., 595 N.Y.S.2d 606 para. 29 (N.Y. Fam.Ct. 1992) 134

Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905) 135

PRISCILLA ALDERSON AND JONATHAN MONTGOMERY, HEALTH CARE CHOICES: MAKING DECISIONS WITH CHILDREN (1996) 136

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

הצוותים המטפלים בקטינים להגביר את השיתוף והמעורבות כציון דרך חשוב למימוש זכויות הקטינים החולים.

נוכח המגמות שהתרחשו באנגליה בנוגע לטיפול הרפואי בקטינים, חזרו מערכת המשפט ומערכת הבריאות האנגליות להידרש לסוגיית מעמדו של הקטין באשר להחלטות הרפואיות הנוגעות לו. בשנים 2000–2002 פרסם משרד הבריאות באנגליה כמה חוזרים שבמסגרתם נקבע כי צוותים רפואיים צריכים להבטיח שיתוף קטינים בהליכים רפואיים, לרבות בהיבטים השונים של קבלת ההחלטות שנוגעות לבריאותם. עוד מציין האיגוד כי מחובתו של הגורם המטפל ליצור סביבה אוהדת לקטין, אשר תעודד את שיתופו בהליך¹³⁷. נראה שהלכת Gillick הייתה למעשה פריצת הדרך להכרה בזכויות ילדים באנגליה. פריצת הדרך הזאת סללה למעשה את המעבר משיח של "טובת הילד" והסמכות ההורית, לשיח של "זכויות הילד", רווחתו ועצמאותו. על אף הנסיגה המסוימת בהלכת Gillick, זו שבאה לידי ביטוי בעיקר בנוגע לקטינים שנמצאים על גבול הכשרות המשפטית, נראה שכיום הן מערכת המשפט והן מערכת הבריאות מכירות בחשיבות שיתופו של הקטין בהליכים הרפואיים, ובהצבת טובתו כעיקרון מרכזי. לעתים קרובות, כשהורה מבקש לכפות על ילדו טיפול רפואי בניגוד לרצונו, אף שזה עמד במבחן "הערכת כשירות על פי Gillick", תובא הסוגיה להכרעה שיפוטית¹³⁸. ההכרעה השיפוטית תאזן, בין היתר, בין רצונות הקטין וזכויותיו לבין חובתם של אנשי המקצוע לפעול בהתאם לטובתו, כפי שהיא נתפסת בעיני המערכת הרפואית והמשפטית¹³⁹. מכאן נראה שגם באנגליה רמת שיתופו של הקטין מושפעת מאופי ההחלטה, מנסיבות העניין ומיכולותיו של הקטין המסוים.

לסיכום, מקרים שבהם המערכת הרפואית והמשפטית ניצבת בפני רצונותיו ועמדותיו העצמאיות של קטין, אינם נדירים. דוגמה מתוקשרת ומופלאה היא עניינה של האנה ג'ונס (Jones), נערה כבת 13, המתמודדת זה שנים עם מחלת הסרטן. בעקבות הטיפול בה הגיעה האנה למצב שבו היא נדרשה לעבור ניתוח השתלת לב. לאחר כמה שנות מאבק במחלה, החליטה האנה שהיא מאסה בטיפולים ובייסורים, ולפיכך סירבה לעבור את הניתוח. ללא השתלת הלב הוערכה תוחלת חייה בכשישה חודשים. לדברי האנה, היו יותר מדי סיכונים,

U.K. DEPARTMENT OF HEALTH, SEEKING CONSENT: WORKING WITH CHILDREN (2001); 137
U.K. DEPARTMENT OF HEALTH, LISTENING, HEARING AND RESPONDING: DEPARTMENT OF
HEALTH ACTION PLAN: CORE PRINCIPLES FOR THE INVOLVEMENT OF CHILDREN AND
YOUNG PEOPLE (2002)

Consent to Treatment in Children (Mental Capacity and Mental Health Legislation) 138
www.patient.co.uk/doctor/Consent-to-Treatment-in-Children.htm (נבדק לאחרונה ב-
29.8.2011).

Rachel Taylor, *Reversing the Retreat from Gillick? R (Axon) v Secretary of State for* 139
Health, 19 CHILD & FAMILY L. QUARTERLY 81 (2007)

ואף אם היא תסתכן, התוצאה עלולה להיות גרועה יותר. לאחר אשפוזים רבים בבית החולים נותרו לה רק זיכרונות רעים. היא הבינה שייתכן שמצבה יוטב, אולם גם ייתכן שיורע, והיא לא הייתה מוכנה להסתכן בכך. האנה העידה על עצמה שהיא לא ילדה בת 13 "רגילה". המציאות אילצה אותה לפתח יכולת חשיבה מעמיקה. היא הודתה שקשה לה הידיעה שהיא עומדת למות, אבל לדבריה היא גם זו שבאמת ידעה מה הטוב ביותר בשבילה¹⁴⁰. באנגליה נמתחה ביקורת על סירובה של האנה, בין היתר, בטענה שהיא אינה בוגרת דייה להחלטה מסוג זה, אולם משפחתה תמכה בהחלטתה. ההחלטה עברה להכרעת בית המשפט, ונוכח נסיבות חייה של האנה והערכת טובתה, החליט בית המשפט, בהמלצת פקידת הסעד, לאשר את בקשתה.

ג. מעמד ההורים בנוגע לטיפול הרפואי בילדיהם

1. אחריות ההורים כלפי ילדיהם – חקיקה והכרעות שיפוטיות

בשנת 1962, בעת שנחקק בישראל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הסדיר המחוקק הישראלי את מסגרת היחסים שמתקיימת בין הורים לילדיהם הקטינים. בכלל זה נעשתה הבחנה בין בגיר לקטין; הוכרה כשרותו המשפטית של אדם בישראל ואחריות ההורים כלפי ילדיהם הקטינים, תהא המסגרת שבה מתקיים התא המשפחתי אשר תהא. אמנם הדור השתנה, וייתכן שהחוק כבר אינו משקף את המציאות החברתית הקיימת בישראל בנוגע לכישורים וליכולות של ילדים ובני נוער¹⁴¹, ואף לא את שיח זכויות הילד כפי שהדבר בא לידי ביטוי באמנה הבין-לאומית, אולם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שומר על מעמדו מתוקף עקרון שמירת הדינים שחל במשפט הישראלי. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נפתח בקביעה כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"¹⁴². אמירה זו מכירה לכאורה בזכויות ובחובות שוות לכל אדם באשר הוא אדם, קטין כבגיר. בהמשך, בסעיף 3 לחוק, עומד המחוקק על הבחנה

Andrew Parker *Dragged to Death by a Dog*, THE SUN (London) (Nov. 12, 2008), 140 available at www.thesun.co.uk/sol/homepage/news/article1920656.ece (נבדק לאחרונה ב-29.8.2011).

141 כפי הנראה מאז שנות ה-60 ועד היום חלו שינויים מהותיים בסביבתו של הקטין, בפרט לנוכח ההתפתחות הטכנולוגית, כמו גם הנגישות למקורות מידע. לתפיסתנו, הקטין כאדם החי בסביבתו השתנה – כישוריו המתפתחים עולים על אלו של בני גילו בעת שנחקק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

142 ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

כרונולוגית-דיכוטומית, בין קטינות לבגרות, בקבעו ש"אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; ואדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר". עוד מוסיף החוק בסעיף 4, כי "פעולה משפטית של קטין טעונה בהסכמת נציגו" – קרי, הגבלת היקף כשירותו המשפטית של הקטין והתניית פעולותיו באישור נציגו. מכאן עולה השאלה מי ייחשב כנציג הקטין? ותשובת החוק היא "ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"¹⁴³. קביעה זו רואה בשני ההורים יחדיו נציגיו החוקיים של הקטין, ומי שמוסמכים לקבל החלטות בעניינו, תהא מסגרת התא המשפחתי אשר תהא. במקרי מחלוקת בין ההורים נשארים בדרך כלל שני ההורים אפוטרופוסים על ילדיהם, בין שההורים גרים תחת קורת גג אחת, ובין שלא. גם אם הילדים אינם גרים באורח קבע אצל ההורה הלא משמורן, נותר נושא בריאותם, כמו גם נושאים רבים אחרים, באחריות שני ההורים, כפי שהיה טרם פירוק התא המשפחתי. לבסוף, בסעיף 15 לחוק מונה המחוקק את תפקידי ההורים באמרו: "החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם". מבחינה לשונית דווקנית לכאורה אין בסעיף זה ולא כלום לעניין הדאגה לבריאותו הגופנית או הנפשית של הקטין. נוכח שתיקתו של המחוקק בנושא אחריות ההורים לבריאות ילדיהם, הרחיב בית המשפט בעניין שפר את הסעיף, וקבע שאחריות ההורים טומנת בחובה גם את הדאגה לבריאות הקטין¹⁴⁴.

יעל שפר נולדה ב-26.2.1986 להוריה טלילה ויאיר שפר, חברי קיבוץ מרום הגולן. בגיל שנה אובחנה יעל כחולה במחלה גנטית חשוכת המרפא הידועה בשם טיי-זקס. משהידרדר מצבה אושפזה יעל בבית החולים הממשלתי על שם "זיו" בצפת. בשל מחלתה הגישה אמה, בניגוד לעמדת האב, בקשה לבית המשפט שבמסגרתה נכתב: "(יעל – מ' א') באמצעות אמה ואפוטרופסה הטבעית, זכאית לכך, שאם וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי עקב התפתחות דלקת ריאות, או כל מחלה אחרת, אשר בגינה תיזדקק (יעל – מ' א') לסיוע נשימתי ו/או מתן תרופות באמצעות עירוי, או בכל דרך אחרת, למעט מתן תרופות לשיכוך כאבים על מנת להקל על סבלה – לסרב ולא לקבל את הטיפולים הנ"ל בניגוד לרצונה"¹⁴⁵. מקרה זה, שבו ההורים אינם מציגים חזית אחידה, מדגים היטב כי מחלוקת בנוגע לטיפול הרפואי בילד מתקיימת גם בקרב זוגות נשואים.

לגישת השופט אלון, כפי שהובעה בפסק דינו, בהיות ההורים האפוטרופוסים של ילדיהם, עומדת להם הזכות לסרב לטיפול רפואי בשם הקטין, גם במחיר מותו. זכות זו

143 שם, ס' 14.

144 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 180–181 (1993).

145 שם, בעמ' 97.

תיבחן בכפוף לטובת הילד ולאישור בית המשפט¹⁴⁶. עוד הוסיף בית המשפט וקבע כי במקרים שבהם מסרבים ההורים לטיפול רפואי, קיים חשש שהם מפריים את חובותיהם ההוריות להגן על חיי הקטין¹⁴⁷. מקביעה משפטית זו עולה כי אין מנוס משמירת חייו של הקטין כערך עליון, וכי חובת הוריו לעשות כל שבידם לשמירת חייו, ואין די בטענה כי טוב לקטין מותו מחייו¹⁴⁸. בפסק דין זה אומר השופט אריאל שגם כבודו וחירותו של קטין צריכים לזכות להגנה רחבה, ומתוך כך יש לכבד את רצונו של הקטין עצמו שלא לסבול כאב והשפלה במחלתו הסופנית¹⁴⁹. עם זאת, פסק הדין אינו דן בזכויותיו העצמאיות של קטין להיות שותף להחלטות רפואיות הנוגעות לגופו או לחייו¹⁵⁰. עמדת השופט אריאל בנוגע למעמד הקטין לא קיבלה גושפנקה פסיקתית בפרשת שפר, ככל הנראה בשל גיל הקטינה. אולם ייתכן שניתן לראות בעמדתו נדבך נוסף בדרך להכרה עתידית בזכויותיו העצמאיות של הקטין להיות שותף להליך הטיפולי. במקביל לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, יצר המחוקק הישראלי דברי חקיקה ספציפיים שבהם הורד גיל הכשרות מתחת לגיל 18. דוגמאות לכך ניתן למצוא במגוון תחומי משפט: התניית צו אימוץ בקבלת הסכמתו של הקטין המאומץ כבר מגיל 15¹⁹; איסור המרת דתו של קטין שהגיע לגיל 10 בניגוד לרצונו¹⁵²; קביעת הסדרים מיוחדים לחקירה בהליך הפלילי והאזרחי¹⁵³, ובכלל זאת גם בנושאים רפואיים נקודתיים שפורטו לעיל, ובהם: הפסקת היריון לקטינה, בכל גיל, מבלי ידיעת הוריה או אישורם¹⁵⁴; בדיקה לגילוי נגיפי איידס בקטינים¹⁵⁵; התניית אשפוז או טיפול כפוי בשמיעתו של קטין¹⁵⁶; התניית קיום בדיקת חומר גנטי בהסכמתו הכתובה של קטין מגיל 16 ומעלה¹⁵⁷ ועוד.

בשל השתנות הדור, כמו גם העלייה שחלה לאורך השנים באחוז הזוגות המתגרשים בישראל, החלו קטינים רבים פונים לקבלת טיפול רפואי על צורותיו השונות, ללא ליווי

- 146 שם, בעמ' 184.
 147 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
 148 ה"פ (מחוזי ת"א) 779/88 **האגודה לזכויות האזרח נ' בית החולים ע"ש זיו בצפת**, פ"מ התשמ"ט(2) 240, 247 (1988).
 149 עניין שפר, לעיל ה"ש 144, בעמ' 198.
 150 עדי ניב-יגודה "היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים ובפרט מקטין הנוטה למות" **הרפואה** 146, 459 (2007) (להלן: ניב-יגודה "היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים").
 151 ס' 7 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.
 152 ס' 13א(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
 153 ס' 1 ו-4 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.
 154 ס' 316 לחוק העונשין.
 155 חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים.
 156 חוק טיפול בחולי נפש.
 157 חוק מידע גנטי.

הוריהם. טיפולים רפואיים מגוונים בקטינים הפכו למעשה שבשגרה בישראל. במסגרת טיפולים אלה אפשר בפועל להכיר בכשרותו המשפטית של הקטין מכוח סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, גם אם הופיע במרפאה ללא הוריו. מחד גיסא סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מהווה כעין חריג לגיל הכשרות הכללי, אך מאידך גיסא הוא מתנה את ההכרה בכשרותו של הקטין, בכך שפעולותיו נופלות בגדר הפעולות שקטינים בני אותו גיל נוהגים לעשות (מדד מספרי).

בשנת 2004 קיבל סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית ביטוי ממשי בחוזר מנהל הרפואה מנכ"ל 4/2004 אשר הוצא על ידי משרד הבריאות, ושכותרתו "ביקורי קטינים במרפאה ראשונית ללא מלווה". בחוזר ניתנת הנחיה לצוותים המטפלים במרפאות הראשוניות בקהילה להבחין בין קטין שמלאו לו 14 לבין קטין שטרם מלאו לו 14. ההבחנה מתבססת, בין היתר, על ממצאי הוועדה – "לפי מידע שאספה הוועדה והערכתה המקצועית, קטינים מגיל 14 ומעלה נוהגים, בפועל, לפנות לטיפול רפואי ראשוני ושגרתי לבדם, וכמו כן הינם כבר בעלי יכולת שכלית ונפשית להבין את המידע הדרוש לשם קבלת החלטה ומתן הסכמה מדעת, לטיפולים השגרתיים"¹⁵⁸. מכאן, בהתבסס על הוראת סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובשינויים שחלים לאורך הזמן בתא המשפחתי, נראה שכיום הצוותים המטפלים נאלצים לפעול במסגרת חוקית בעייתית. לעתים החוק אינו מאפשר את הגמישות, מרחב התמרון ושיקול הדעת, שתואמים את טובת הקטין בנסיבות המקרה. במבט ראשון נראה כי סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כמו גם חוזר מנכ"ל 4/2004 מבקשים לייצג גישה פרקטית ודינמית. אולם מבחינה משפטית, הפעלתו של סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כבסיס המרכזי והעיקרי למתן טיפול רפואי לילדים ללא הסכמת הוריהם יוצרת קשיים מהותיים הן מבחינת הצוות המטפל והן מבחינת הקטין והוריו¹⁵⁹.

לסיכום, נראה כי הסדר הטלאים שמצוי במשפט הרפואי הישראלי, אינו נותן מענה הולם וראוי לצורכי הקטין, כמו גם למימוש זכויותיו כאדם, בייחוד במקרים שבהם מדובר בטיפול רפואי בילדים להורים שמצויים במחלוקת, שאז המצב חמור שבעתיים. לאור זאת, לתפיסתנו, נראה שכאשר נדרש הגורם הרפואי או המשפטי לקבל החלטה בנוגע לטיפול רפואי בקטין, על הגורם להעניק משקל גובר לדעות הקטין, לעמדותיו, לתחושותיו ולרצונותיו, וזאת בהתאם ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים וכפי שהודגש לעיל במודל הפירמידה בסיכום פרק ב(5). בנוסף, פעמים רבות במקרים שבהם ההורים אינם חיים תחת קורת גג אחת, נוצרת בקרב הצוותים המטפלים עמימות בנוגע לאופני מימוש זכויותיו של

158 משרד הבריאות המלצות הוועדה בנושא ביקורי קטינים במרפאה ראשונית ללא מלווה (2000).

159 ניב-יגודה "היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים", לעיל ה"ש 150.

ההורה המשמורן והלא משמורן מחד גיסא, למול חובות הצוות המטפל מאידך גיסא. בכוחה של עמימות זו לפגוע בזכותו של ההורה הלא משמורן לקבל מידע רפואי על ילדיו ובשיתופו בהליך קבלת ההחלטות הרפואיות שמתקבלות בנוגע לילדיו. נפגעת גם זכותו של הקטין לקבל טיפול רפואי אשר הולם את צרכיו. פתרון חלקי לסוגיות אלה ניתן בשנת 2009 בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות שיידון בהמשך. לעתים רווחת בקרב הצוותים המטפלים ההנחה שעם העברת המשמורת להורה אחד, נשללות או מצטמצמות באופן אוטומטי זכויותיו של ההורה האחר, ובכלל זאת הזכות לקבל מידע רפואי או לאשר את הטיפול הרפואי. הנחה זו שגויה מבחינה משפטית, ולעתים אף מנוגדת לחובתו החוקית של הצוות המטפל כלפי ההורה הלא משמורן.

2. משקל ההורים בהחלטות רפואיות בנוגע לילדם והתערבות בית המשפט

בסעיף 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נקבע כי בכל עניין הנוגע לילדיהם, ההורים חייבים לפעול בהסכמה. באותו הסעיף אף נקבעה החזקה המשפטית, שלפיה אם הורה אחד מקבל החלטה, וכל עוד לא מוכח ההפך, יש להניח שגם ההורה השני מסכים להחלטה. על כן נראה שבענייננו, כל עוד המצב הרפואי של הקטין דורש טיפול מהותי או הכרחי, אך לא מידי, על הצוות המטפל לעשות כמיטב יכולתו כדי שההחלטה בנוגע לטיפול הרפואי תתקבל על ידי שני ההורים גם יחד. זאת, להבדיל ממקרים אשר אינם סובלים דיחוי, ושבמסגרתם ניתן להסתפק בהחלטתו של הורה אחד, ולפעול לפיה. מכאן שבמרבית מהמקרים ההחלטה על הטיפול הרפואי בילד מוצגת על ידי שני ההורים כ"חזית אחידה", לאחר שהתקבלה על ידי שני ההורים, ובעצה אחת עם הצוות המטפל. כשמדובר בילדים להורים שמצויים במחלוקת הדרושה לפעול מתוך תמימות דעים יוצרת לעתים קשיים מעשיים שבכוחם לפגוע בטובת הקטין, ולעתים אף בבריאותו. לעתים מקורם של קשיים אלה במאבקי כוחות בין ההורים, ולעתים – בהשקפות שונות ובתפיסות מנוגדות בנוגע לדרך הטיפול הראויה או לעצם הצורך בטיפול עצמו (טיפול קונבנציונלי לעומת טיפול אלטרנטיבי; טיפול פולשני לעומת טיפול שמרני; חיסון הילד – כן או לא, ועוד).

לא אחת נדונה שאלת מעמדם של ההורים באשר להחלטות רפואיות הנוגעות לילדיהם הקטינים, שיתכן שאינן מתיישבות עם טובת הקטינים. כמוצג לעיל, במשפט הישראלי לצד החובות המוטלות על הורים כלפי ילדיהם הקטינים, נתונה להם גם הסמכות המשפטית לקבל את ההחלטה הסופית, שלעתים תהיה בעלת השפעה רחבת היקף על אורך חייו של הקטין ועל איכותם. עם זאת, בנושאים רפואיים הוגבלה ותוחמה הסמכות ההורית על ידי

החקיקה והפסיקה. הסמכות תחול בכפוף לעקרון טובת הילד, כפי שהיא משתקפת בעיני בית המשפט¹⁶⁰, ובהתאם לחוות דעת רפואית. התערבות בסמכות והגבלתה מעוגנת, בין היתר, בסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שלפיו "הייתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי". הגם שלכאורה לבית המשפט "נוח" יותר להתערב בסמכות ההורית כאשר ישנה מחלוקת בין ההורים, ניתן לראות שבסוגיות רפואיות לא אחת הוגבלה הסמכות ההורית גם כשהיה מדובר בהורים מסורים שהציגו בפני בית המשפט "חזית אחידה" בקשר לטיפול הרפואי בילדם.

כך בעניינו של בן איכר נדונה השאלה: "האם להתיר לרופאיו של ילד בן שמונה, הסובל מפגיעה עצבית קשה מלידה, לבצע בו טיפול רפואי הנדרש בדחיפות כדי למנוע את מותו עקב מחלת כליות חריפה שבה ליקה, חרף סירובם של הוריו להסכים לביצוע הטיפול?"¹⁶¹. בפני הוריו של בן עמדו שלוש האפשרויות הבאות: (1) לא לעשות דבר ובכך לאפשר לבן לסיים את חייו; (2) להתחיל טיפולי דיאליזה שיאריכו במקצת את חייו של בן, אך גם את סבלו; (3) לאשר טיפול שבו יוחדר קטטר לגופו של בן – פעולה שבכוחה להעניק לו תוחלת חיים כשל אדם רגיל. כאמור לעיל, חרף המלצת הרופאים לבחור באפשרות השלישית, החליטו שני ההורים יחדיו שזה הזמן לסיים את סבלו של בן ולא להאריך את חייו באמצעים המוצעים¹⁶². בית המשפט דחה את החלטתם בטענה ש"במצב זה מוצדקת התערבותה של המדינה בהחלטת ההורים, חרף האוטונומיה הבסיסית העומדת להורים"¹⁶³, ובהסתמך על חוות הדעת הרפואיות שהוצגו בפני בית המשפט, ועל עקרון טובת הקטין המסוים, כפי שנתפס על ידי בית המשפט. מעיני בית המשפט לא נעלמה העובדה שהוריו של בן היו מסורים לו לאורך שנים, וביקשו לפעול בהתאם לטובתו, כפי שנתפסה בעיניהם – שלא להאריך את סבלו.

מכאן ניתן ללמוד על הקלות היחסית שבה החוק הישראלי מאפשר לבית המשפט להתערב ולהפקיע את הסמכות ההורית בעניינים רפואיים, גם כשההורים מציגים חזית אחידה; קל וחומר כשמדובר בהחלטה שצריכה להתקבל בנוגע לקטין שהוריו מצויים במחלוקת, ובפרט כשהם אינם מציגים חזית אחידה. במשפט הישראלי, כמו בשיטות משפט

160 ע"א 2266/93 פלוני (קטין) נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995).

161 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא(4) 830, 836 (1997).

162 האב בפני בית המשפט: "תנו לילד, הוא חי 8 שנים, תנו לו לגמור בכבוד ואל תאריכו את הסבל שלו". עמ' 8 לפרוטוקול הדיון בתמ"ש (משפחה ת"א) 73470/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלמוני (פורסם בנבו, 24.8.1997).

163 עניין היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 862.

נוספות, כאשר בית המשפט "מחליף" את מקום ההורים בהחלטה המסוימת, מבקש השופט לבחון ולבסס את החלטתו על עקרון טובת הקטין או על אומד דעתו של הקטין, או על שני המבחנים גם יחד. תוצאתה של בחינה משפטית זו עלולה להיות מושפעת פעמים רבות מעמדותיו האישיות של השופט ומתפיסותיו את טובת הקטין, כפי שהיא משתקפת בעיניו, לטוב ולרע. מחד גיסא, בחינה משפטית זו מפקיעה את הסמכות ההורית מידי ההורים, ומאידך גיסא, תוצאתה אינה בהכרח עולה בקנה אחד עם טובתו ה"אובייקטיבית" של הקטין או עם אומד דעתו, ככל שהתאפשר לו להביע אותה. פגיעתה של תוצאה זו מתעצמת ככל שאנו דנים בהחלטה על הענקת טיפול רפואי לקטין שקרוב לגיל הכשרות המשפטית, או לקטין שהוכיח יכולות וכישורים מפותחים. לפיכך ייתכן שראוי להחיל בסיטואציות רפואיות את המודל המשולב לעיל, המכיר בטובת הילד המסוים כמכלול של זכויות, צרכים ואינטרסים בנסיבות העניין. מודל זה, מתרכז בחובתו של הגורם המחליט להתחקות אחר האינטרסים העצמאיים והצרכים של הילד המסוים, ולהעניק להם משקל ראוי בנסיבות העניין, ושם דגש על הזכויות שמצויות בבסיס פירמידת ההשתתפות.

ד. דפוסי טיפול בילדים חולים להורים גרושים, פרודים או שאינם חיים יחדיו, והנחיות משרד הבריאות משנת 2009

1. דפוסי טיפול בילדים חולים

- ככלל, ניתן להבחין בשלושה מודלים לקבלת החלטות של הורים בנוגע לילדיהם:
- 1) טיפול משותף: שני ההורים מקבלים החלטות ומתחלקים בטיפול.
 - 2) הורה משמורן מקבל החלטות לבדו, והסיבות לכך:
 - א. הוא אינו סומך על ההורה השני.
 - ב. ההורה השני פחות מעורב בחיי הילד.
 - ג. ההורה השני סומך בעיניים עצומות על ההורה המשמורן (ייתכן שסומך עליו וייתכן שאומר הכול כדי לא להיות מעורב).
 - 3) תלוי במצב: ההורה שאצלו נמצא הילד בזמן שחלה – הוא זה שמקבל את ההחלטות. הוא מיידע את ההורה השני כשהילד עובר אליו, או בדרך קבע. הימנעותו של הורה מלהיות שותף בטיפול רפואי בילד (בכל משפחה) מחליש במידה רבה את מעמדו ההורי¹⁶⁴. טיפול במצבי חולי, כאשר הילד נזקק יותר מכול לטיפול ההורה,

164 מרדכי פרישטיק "השיקולים המנחים את פקידי הסעד בהמלצותיהם לבית המשפט לענייני משפחה בנושא המשמורת על ילדים" בטחון סוציאלי 69, 91 (2005).

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

מעצים את הקשר בין הורה לילד. הורה שאינו גורם משמעותי בשמירת הבריאות ובטיפול במצבי מחלה, מאבד במידה רבה מכוחו.

יש לציין שמחלות קשות של ילדים שדורשות שיתוף פעולה וקבלת החלטות רבות וגורליות, עלולות לגרום למתח ואפילו לפרק משפחות מתפקדות.

2. הנחיות משרד הבריאות משנת 2009

מגופים ציבוריים ופרטיים התקבלו תלונות על יחס לא שוויוני שלו זוכים הורים גרושים, פרודים ושאינם נשואים מצד מערכת הבריאות. התלונות התמקדו במימוש זכות שני ההורים לקבלת מידע על הטיפול הרפואי בילדם הקטין ולשיתופם בקבלת החלטות בנוגע לטיפול הדרוש לו. ב-3.6.2009 הוצא חוזר מנכ"ל שעניינו "מיסוד הקשר בין ההורים לבין מערכת הבריאות ביחס לילדיהם"¹⁶⁵. מטרת החוזר להנחות את מערכת הבריאות בישראל בנוגע לזכויות שני ההורים על ילדם, ובנוגע לחובות הסגל הרפואי במצבים שבהם נדרשת נקיטת צעדים שאינם כלולים בהוראות החוק. ההנחיות מבקשות מחד גיסא לתת ביטוי לעקרון טובת הילד, ומאידך גיסא לשמור על הזכויות ההוריות והאפוטרופסות של כל אחד מההורים. ההנחיות סווגו על ידי משרד הבריאות לשלושת התחומים הבאים: (1) מתן מידע רפואי לכל הורה, בהתאם לבקשתו (העברת המידע תלויה בדרישת ההורה) – אלא אם כן ידוע למטפל על צו בית משפט אשר מונע זכות זו מההורה או שולל אותה; (2) העברה יזומה של מתן מידע רפואי לכל אחד מההורים; (3) קבלת הסכמת שני ההורים בנוגע לטיפול רפואי מוגדר שניתן לילדם.

דוגמה לסוגיית המידע והטיפול הרפואי בילד להורים פרודים או גרושים עלתה לאחרונה בקשר לבעיית הכרטיס המגנטי של הילד, שבאמצעותו אפשר לקבל מידע או טיפול רפואי. מכאן עולה השאלה אם להורים פרודים, גרושים או כאלו שאינם חיים תחת קורת גג אחת, יהיו שני כרטיסים מגנטיים נפרדים או שרק בידי ההורה המשמורן יהיה כרטיס כזה. לאחר פניות רבות של הורים גרושים, החליט משרד הבריאות שרצוי שלכל הורה יהיה כרטיס מגנטי משלו עבור ילדיו. שינוי מדיניות זה בין היתר מתיישב עם עקרונות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, המדגישה שטובת הילד היא ששני ההורים יממשו את אחריותם ההורית כלפיו. לפיכך, ועל פי ההנחיה הנוכחית, כאשר ילד נרשם לקופת חולים יקבלו ההורים שני כרטיסים מגנטיים כדי שכל אחד מהם יוכל ללכת אתו לרופא. הורים פרודים או גרושים שאין בידיהם שני כרטיסים יצטרכו לפנות לקופת החולים כדי לקבלם. לקופת החולים השונות פתרונות שונים להתמודדות עם הבעיה: החל מהנפקת

165 משרד הבריאות "מיסוד הקשר בין ההורים לבין מערכת הבריאות ביחס לילדיהם" חוזר מנכ"ל 28/09 (2009) (להלן: "חוזר מנכ"ל 28/09").

כרטיס לכל הורה, דרך הנפקת כרטיס הורה שיאפשר לשני ההורים לקחת את הילדים לרופא ללא תלות בהורה האחר – הנחיה זו חשובה ביותר. במאמר שפורסם בשנת 2001 בנושא ADHD מוצגת בעיה באבחון של ילדה בעלת קשיים התפתחותיים, שכל אחד מהוריה הגרושים לקח אותה לאיש מקצוע אחר. האחד אבחן בעיית קשב, ריכוז והיפראקטיביות, והאחר אבחן בעיה בשימת גבולות. כל אבחון כזה דורש מדיניות טיפולית שונה¹⁶⁶. דוגמה זו ממחישה את הנזק שעלול להיגרם לילד בעקבות פנייה לערכאות טיפוליות שונות שאינן מתואמות ביניהן.

חוזר מנכ"ל 28/09, בדומה לחוזרי מנכ"ל אחרים, הוא בבחינת הנחיה מנהלית¹⁶⁷, שמטרתה להסדיר טיפול רפואי יציב, הוגן ושוויוני¹⁶⁸ במוסדות הרפואיים בישראל. משכך, לאור ההכרה בתוקפם התחיקתי של חוזרי מנכ"ל במשפט הישראלי¹⁶⁹, נראה שככלל נדרש הצוות הרפואי לפעול על פי ההנחיות שלהלן. עם זאת, חשוב לציין כי אין בהנחיות כדי למנוע או לשלול את חובת הצוות המטפל או חובת בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, ולעתים אף לסטות מההנחיות שבחוזר מנכ"ל, לשם מתן פתרון הולם לנסיבות המקרה הספציפי¹⁷⁰.

(א) מתן מידע לכל הורה כבקשתו

חוזר מנכ"ל משרד הבריאות קובע כי על כל מטפל לתת מידע לכל אחד מההורים על פי פנייתו, אלא אם כן קיים צו של בית משפט שמונע זאת, או שולל את אפטרופסות ההורה¹⁷¹. עוד לעניין זה מוסיף החוזר ותובע, כי קופות החולים, המרפאות ובתי החולים נדרשים להבטיח קיומם של מנגנונים סבירים ויעילים להעברת המידע הרפואי לשני ההורים, על ילדיהם.

(ב) ייזום מתן מידע לכל אחד מההורים על פי שיקול דעת מקצועי

- Martin T. Stein, Lawrence Diller & Roy Resnikoff, *ADHD, Divorce, and Parental Disagreement about the Diagnosis and Treatment*, 107 PEDIATRICS 867 (2001) 166
- בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות וספורט, פ"ד נג"ד (4) 673 (1999); ת"א (שלום ת"א) 15349/00 מרפאת סביון בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"מ התשס"ב(3) 923 (2003). 167
- יואב דותן הנחיות מנהליות 353–350 (1996). 168
- יצחק זמיר "הנחיות מנהליות" הפרקליט לח 18, 26–27, 45–46 (1988); יואב דותן "פרסום הנחיות מינהליות" משפט וממשל ג 475, 484–485 (1995); בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 16.9.2007). 169
- דותן, לעיל ה"ש 168, בעמ' 436–440. 170
- חוזר מנכ"ל 28/09, לעיל ה"ש 165. 171

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

- על פי הנחיות משרד הבריאות, במקרים שבהם ההורה לא נוכח בטיפול או שאינו מלווה את הטיפול בילד באופן אישי, יש למסור לו את המידע באופן יזום במקרים הבאים:
- (1) נדרש לחלק את הנטל בין שני ההורים (כגון טיפול רפואי מתמשך במחלות כרוניות, אשפוז ארוך, הליך שיקומי ממושך, הורה מטפל שחוק מאוד).
 - (2) התקשורת בין הצוות הרפואי להורה המלווה אינה מספקת (ההורה אינו מבין את חומרת המחלה או שאינו מסוגל לתמוך בילד או לטפל בו).
 - (3) במצבים שבהם חוסר תקשורת בין ההורים עלול לסכן את הילד (לדוגמה: אי-העברת מידע בין ההורים על שינוי בטיפול תרופתי או במינון התרופה לילד חולה כרוני).
 - (4) הפניית הקטין לטיפול נפשי בהתאם להמלצת מטפל או פנייה של הקטין עצמו (בין שהקטין פנה עצמאית, ובין שלווה על ידי ההורה).
 - (5) מצבים שבהם לדעת הצוות המטפל יש חשש שההורה המלווה "משתמש" בילדו, כאמצעי למאבק בהורה השני, וזאת באופן שמסכן את שלום הילד.
 - (6) מצב שבו ההורה שאינו נוכח ביקש את המידע הרפואי באופן ישיר ומפורש (ובלבד שאין כל מניעה חוקית להעביר את המידע).

(ג) קבלת הסכמת שני ההורים לטיפולים מוגדרים

- בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נקבע כי על שני ההורים מוטלת החובה לפעול בהסכמה בעניין ילדיהם, ובכלל זאת גם בסוגיות רפואיות. חובה זו טומנת בחובה גם את חובתו של ההורה המשמורן ליידיע את ההורה השני במידע הרפואי. עם זאת, וכפי שעולה מהנחיות משרד הבריאות, ישנם מצבים שבמסגרתם הצוות המטפל לא מצליח לקבל את הסכמת שני ההורים גם יחד. משכך, מציג חוזר המנכ"ל כמה המלצות לשיתוף יזום של ההורה שאינו נוכח בקבלת החלטה על הטיפול הרפואי:
- (1) מקרה רפואי דחוף ושאינו סובל דיחוי – ניתן להסתפק בהסכמתו של ההורה המלווה, וליידע את ההורה השני בדיעבד.
 - (2) טיפול רפואי שגרתי – ניתן להסתפק בהסכמת אחד ההורים, אלא אם כן ידוע לצוות המטפל שההורה השני מתנגד למתן הטיפול.
 - (3) טיפול רפואי שאינו שגרתי (ניתוח, טיפול נפשי, אשפוז וכיוצא באלה) – על הצוות לפעול בכפוף לטובת הקטין, ולהתאמץ לקבל את הסכמת שני ההורים טרם הטיפול (ובלבד שהמתנה לקבלת ההסכמה לא פוגעת בקטין).
 - (4) במקרה שההורה שאינו נוכח פנה לצוות המטפל בצורה ישירה ומפורשת בבקשה שיקבלו את הסכמתו לגבי כל טיפול רפואי (ובלבד שהמתנה אינה פוגעת במטופל).

ה. ההשפעה הגופנית והנפשית של מחלוקת והליכי גירושים בין ההורים על ילדיהם והטיפול הפסיכולוגי

1. סומטיזציה אצל ילדים להורים המצויים במחלוקת

היבט נוסף של חולי אצל ילדים שהוריהם שרויים במצבי מחלוקת ממשיים הוא תופעות פסיכוסומטיות אצל הילדים, הנוצרות בעקבות המתח בין ההורים. הילדים מפנימים את המתח, כיוון שההורים עסוקים ביחסים ביניהם ואינם פנויים לתמוך בהם, או כדי לא להיכנס לוויכוח בין ההורים, והמצוקה מתבטאת בתופעות סומטיות: כאבי ראש ובטן, קשיי ריכוז, בעיות נשימה מברונכיט ועד אסטמה, קשיי אכילה ושינה וריבוי מחלות עקב מתח לא מעובד¹⁷². ילדים שהוריהם רבים בנושא הטיפול הרפואי בהם, עלולים להאשים את עצמם ואת היותם חולים במתח בין ההורים, ואפילו בהחלטה להיפרד. מחלה פסיכוסומטית היא מחלה לכל דבר. הילד לא מעמיד פנים, ואין לנסות להעביר לו מסר שמדובר במשהו שנמצא בשליטה. במקרים אלו כדאי להפנות את הילד לטיפול כדי לעזור לו להתמודד עם הלחץ, ואת ההורים להדרכה, כדי לצמצם את עצמת המתח.

עלולות להופיע גם מחלות גופניות שיש בהן מרכיב נפשי, כדי לנסות לאחד את ההורים: הילד מגיב בחולי כיוון שבמצבים אלו הוריו נדברים ביניהם, התנהגויות תוקפניות נעלמות, והם משתפים פעולה למען בריאותו. מניסיונו, זהו מצב שבו משולב ההיבט הנפשי (של מתח) עם היבט מניפולטיבי. מומלץ שאיש מקצוע יעריך את עצמתו של כל אחד מהגורמים, כדי לעזור לילד להתמודד. דוגמה קלינית: ילד חלה כל פעם שהוריו רבו, כדי להפסיק את הוויכוח ביניהם. רופא הילדים ד"ר גידי קורן מתאר מקרה כזה בספרו "מחלקת ילדים"¹⁷³.

2. טיפול פסיכולוגי בילדים חולים להורים המצויים במחלוקת

מתח, משבר זוגי או גירושים של הורים, ובפרט של ילדים חולים להורים שאין ביניהם הסכמה לגבי הטיפול הרפואי בהם, גורמים לילדים קשיים רגשיים, וחלקם נזקק לטיפול נפשי. מדובר בטיפול על ידי אנשי מקצוע או על ידי הורים שיוודכו על ידי גורמים מקצועיים¹⁷⁴.

172 Camara & Resnick, לעיל ה"ש 4.

173 גידי קורן **מחלקת ילדים** (1982).

174 Lynne S. Schilling, *The Effects of Divorce on Children: A Perspective for the Pediatric Health Care Provider*, 11 CHILDREN'S HEALTH CARE 92 (1983).

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים כמצבי מחלוקת בין ההורים

3. התנגדות לטיפול פסיכולוגי

טיפול פסיכולוגי של ילד להורים המצויים במחלוקת, ובפרט הורים גרושים, עלול להיתקל בקשיים רבים. התנגדות לטיפול פסיכולוגי בקטין כאשר ההורים פרודים או גרושים אינו נדיר¹⁷⁵, והסיבות לכך מגוונות:

- (1) חשש של אחד ההורים שכיוון הטיפול יהיה נגדו;
 - (2) חשש של אחד ההורים שבטיפול יעלו נושאים שהוא רצה להסתיר מהילד (לדוגמה מקרה של בגידה);
 - (3) עלויות טיפול פסיכולוגי פרטי יכולות להיות גבוהות;
 - (4) חשש מאיבוד שעות ביקור של הילד או חשש שיצטרך להביא את הילד לטיפול;
 - (5) אי-הכרה בבעיות שמהן סובל הילד, כיוון שהקשר שלו עם הילד מוגבל בזמן (בעיקר אם אינו הורה משמורן);
 - (6) חשש מסטיגמטיזציה. ההורה סבור שטיפול פסיכולוגי ייתפס ככתם בביורגפיה של הילד;
 - (7) האשמת ההורה השני בבעיות הילד, תוך הבעת דעה שהוא עצמו צריך טיפול;
 - (8) חלק ממאבק של הורים גרושים זה בזה.
- באוקטובר 2009 פרסמה ועדת האתיקה של הסתדרות הפסיכולוגים בעיתון של הסתדרות הפסיכולוגים הודעה בזה הלשון:

"אחוז ניכר מהתלונות העולות לאחרונה על שולחנה של ועדת האתיקה הן תלונות מצד הורים פרודים או גרושים, על פסיכולוגים, שהתבקשו לטפל ו/או לתת חוות-דעת הנוגעת לילדם המשותף ע"י אחד מההורים ללא קבלת הסכמת ההורה השני. לצערנו, פסיכולוגים לא מספיק מודעים לאספקטים החוקיים של הסוגיה ולא לאספקטים האתיים והטיפוליים שלה. לא פעם, מתוך אמונה, שאת טובת הילד הוא מבקש, נכנס הפסיכולוג לקואליציות עם הורה אחד כנגד האחר ואינו שומר על מרחק שווה בין הצדדים. הדברים עלולים להגיע להפסקת טיפול או אבחון, ואף להגשת תלונה כנגד הפסיכולוג ע"י ההורה המרגיש נפגע מכך, שהילד טופל שלא בהסכמתו"¹⁷⁶.

175 יורם צדיק, דניאל גוטליב, ברניס ליבק ודוקי אופיר "הסכמה של הורים שחיים בנפרד לגבי טיפול נפשי בקטין (כולל הורים בתהליכי גירושם או גרושים)" שיחות יב 212 (1998).

176 ועדת האתיקה, הסתדרות הפסיכולוגים בישראל "משולחנה של ועדת האתיקה" פסיכואקטואליה 53 (2009).

ועדת האתיקה מבקשת להקפיד על הכללים המופיעים בקוד האתי של הפסיכולוגים. מכאן עולה, שככל הנראה אין להתחיל טיפול פסיכולוגי בלי הסכמת ההורה השני. עם זאת, במקרי התנגדות אפשר לפעול בכמה ערוצים:

(1) בקשת חוות דעת מחנכת הכיתה ויועצת בית הספר או הגנת בגן: האם הילד זקוק לטיפול.

(2) קבלת עזרה מפסיכולוג הגן או בית הספר, שנתפס כדמות מקצועית ניטרלית. אם עובד סוציאלי נמצא בתמונה, אפשר לערב אותו ולשמוע את עמדתו.

(3) הצעה שההורה המתנגד יבחר בעצמו את המטפל, כדי שלא יחשוב שמדובר במטפל "מטעם" ההורה האחר. אם אין הסכמה בין ההורים על זהות המטפל, יחליט על כך בית משפט.

(4) ההורה שמתנגד ייפגש לפני התחלת הטיפול עם המטפל כדי לשוחח על הסיבות להתנגדות, וישמע את דעת איש המקצוע בנידון.

(5) אם כל אלו אינם משנים את עמדת המתנגד, אפשר לבקש את החלטת בית המשפט. זהו תהליך ממושך שעלול לקחת זמן רב.

(6) יש לערב פקיד סעד במצבים שבהם הצוות מתרשם שההורה המלווה משתמש בטיפול הרפואי בילד כאמצעי למאבק בהורה השני באופן המסכן את שלום הילד.

כאמור, אין להתחיל טיפול פסיכולוגי ללא הסכמת ההורה השני, גם אם אינו משמורן. ההסכמה צריכה להיות בכתב או בשיחה ישירה עם ההורה, ולא רק כהצהרה של ההורה בשם הורה אחר, בשעה שהוא מביא את הילד. רק במצב חירום, למשל טראומה, אפשר להתחיל טיפול, ובהמשך ליידע את ההורה האחר. אם אין אפשרות ליצור קשר עם אחד ההורים, או לקבל את הסכמתו להתערבות, יש לפנות לפקידת סעד לחוק נוער (היכולה לפנות לבית המשפט) או (ישירות) לבית המשפט לענייני נוער, על מנת לקבל היתר לקיים את ההתערבות בהסכמת הורה אחד בלבד.

אין להעביר לילד מסר שהטיפול סודי, ושעליו להסתיר את קיומו מההורה השני. טיפול שמתחיל ללא הסכמת ההורה השני עלול להיפסק באמצע, ולגרום יותר נזק מאשר תועלת. עובד סוציאלי, פסיכיאטר או פסיכולוג רשאים לא להמליץ על הפסקת טיפול, אם עלול להיגרם לילד נזק מההפסקה.

מצב שילד מופנה לטיפול בגלל התעללות מינית מצד אחד ההורים, הוא מצב חירום. פקידת סעד או המשטרה יידעו את ההורה השני שהילד הופנה לטיפול¹⁷⁷.

177 צדיק, גוטליב, ליבק ואופיר, לעיל ה"ש 175.

ו. סיכום

נראה כי בשנים האחרונות החל עולם המשפט להכיר יותר ויותר במעמדו של הקטין בהחלטות רפואיות שנוגעות לענייניו. ראוי שמעמד הקטין יזכה להכרה גוברת גם ככל שמדובר במצבי מחלוקת בין ההורים. כאמור לעיל, המקור לקשיי הסתגלות של ילדים להורים פרודים או גרושים אינו נעוץ רק בעצם הגירושים, אלא באיכות מערכת היחסים בין ההורים, ובאיכות תפקודם כהורים לאחר הפרדה או הגירושים¹⁷⁸. כיום המצב המשפטי המעורפל במצבי אי-הסכמה בין הורים בנושא טיפול רפואי בילדיהם משפיע על הילדים בהיבטים רבים. ישנן לא מעט סיבות שבשלן יש לנסות לגבש הסכמה בין הורים המצויים במחלוקת בנוגע לטיפול בילד, ובכלל זאת:

(1) אי-הוודאות שבו נמצאים הילדים מקצין את הלחץ שבו הם נמצאים. נוסף על הקושי להתמודד עם החולי, הם נאלצים להתמודד גם עם אי-ההסכמה, ולכן גם עם אי-הוודאות, בנוגע לטיפול. אי-ההסכמה בין ההורים מגבירה את רמת החרדה שבה נמצא הילד, ובעקבות זאת מגבירה את פגיעותו למחלות.

(2) אי-ההסכמה עלול לגרום לדחיית הטיפול או הימנעות מטיפול, ולעתים הדבר עלול לפגוע בבריאות הילד ובסיכויי החלמתו. מניסיונו עולה כי אי-ההסכמה בין הורים עלולה לחבל בהיענות הילד לשתף פעולה במהלך הטיפול ובנטילת תרופות. כשילד אינו בטוח שמתן טיפול רפואי או נטילת תרופה יעזרו לו, או שהוא חושש שאפילו עלולים להזיק לו, ישנו סיכוי סביר שלא ישתף פעולה, בוודאי לא בטיפול כואב או שכרוך בסבל. ויכוח בין ההורים או שינויים דרמטיים בדרך הטיפול כשהילד עובר מהורה להורה, עלולים לעכב מתן טיפול רפואי הולם.

(3) מתח לילד שמיטלטל בין עמדות ההורים. ילדים עלולים להרגיש שהם הגורם לריב בין ההורים, ולולא הם, הייתה נחסכת עוגמת הנפש¹⁷⁹. לעתים ינסו ילדים לא לחשוף את דבר מחלתם בפני ההורים כדי להימנע מוויכוחים ביניהם.

גם מבחינת ההורים, המחלוקת עלולה לגרום נזק (למשל, לעודד את אחד ההורים לקבל החלטות מאחורי גבו של ההורה האחר). הדרת ההורה האחר מקבלת החלטות עלולה להביא לניסיון ליצור עם הילד קואליציה שממדרת את ההורה האחר. אם מצבו של הילד לא

178 דוד יגיל "יעוץ להורים גרושים" **רפואה ומשפט** 29, 175 (2003); Paul R. Amato, *Children of Divorce in the 1990s: An Update of the Amato and Keith (1991) Meta-Analysis*, 15 J. FAM. PSYCHOLOGY 355 (2001); Alison Clarke-Stewart, Deborah L. Vandell, Kathleen McCartney, Margaret T. Owen & Cathryn Booth, *Effects of Parental Separation and Divorce on Very Young Children*, 14 J. FAM. PSYCHOLOGY 304 (2000).
179 Camara & Resnick, לעיל ה"ש 4.

ישתפר, עלול ההורה שלא התחשבו בדעתו להאשים את ההורה האחר, והדבר עלול לפגוע בקשר של הילד עם ההורה. אי־הסכמה על הטיפול הראוי עלול להגביר את העוינות בין ההורים, ומציאות זו בעייתית עבור ילדים שכן האמון שהם נותנים בהוריהם הוא גורם קריטי בתהליך ההתפתחות בכלל, ובתהליך החלמה, בפרט. קל יותר לילדים להתמודד עם מצבי פרדה או גירושים כאשר יש הסכמה ועקביות של ההורים בטיפול בהם. אי־הסכמה מתמשך פוגע ביכולתם של ילדים להתאושש לאחר פרדת הוריהם, ולהשלים עם המצב החדש. אי־הסכמה בין הורים עלולה לגרום להם נזק במגע עם גורמי רפואה, באופן שייטו לקבל החלטות ללא התייעצות אתם, כדי להימנע מוויכוחים ומאבדן זמן¹⁸⁰. לכן חשוב לעדכן את ההנחיות המשפטיות בנושא טיפול רפואי בילדים להורים המצויים במחלוקת, פרודים או גרושים, כדי למנוע נזק הן לילד והן להורים.

ז. המלצות פסיכולוגיות ומשפטיות – דרכים להקטנת מתח בין הורים במצבי מחלוקת בנושאים רפואיים

על סמך המודלים והמחקרים שהצגנו, ולאור ניסיונו המשפטי והקליני, נבקש להמליץ כמה המלצות הן לצוותים המקצועיים (משפטיים ורפואיים) והן להורים בנוגע לטיפול הרפואי בילד. בימינו, לעתים מושפעת הסיטואציה הרפואית ממערכת היחסים ששוררת בין הורי הקטין, ולכן נבקש להבהיר: בכל מקרה טובת הקטין המטופל היא שצריכה לעמוד לנגד עיניו של הגורם האחראי (הורה, מטפל, משפטן).

1. המלצות לגורמים המקצועיים (טיפוליים ומשפטיים)

- 1.1 יש להכיר בחשיבות העקרונית של הסכמה בין הורים ושיתוף פעולה ביניהם במצבי חולי של ילדיהם.
- 1.2 במצב של אי־הסכמה עקב ניגוד עמדות, מחלוקת בין ההורים או הורים שאינם חיים תחת קורת גג אחת (הורים לא נשואים, גרושים או פרודים), יש מקום להתבסס על הקווים המנחים הבאים:
 - א. מתן מקום משמעותי לעמדת הקטין. לתפיסתנו, ולאור הממצאים שהתקבלו מקטינים חולים, בסוגיות רפואיות משמעותיות שנוגעות לעניינו של הקטין, ראוי

180 Deborah A. Dawson, *Family Structure and Children's Health and Well-Being Data from the 1988 National Health Interview Survey on Child Health*, 53 J. OF MARRIAGE AND FAM. 573 (1991).

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

להכיר בזכות הקטין להיות שותף ולהביע את עמדתו, וזאת באופן שמותאם ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים¹⁸¹.

ב. כמו כן, בגיל הבגרות (12–18) יש לתת משקל גובר לקולו של הקטין. שיתוף קטין בוגר נפשית בהחלטות רפואיות מגביר את הסיכוי שישתף פעולה בטיפול, זאת לצד צמצום תחושות כגון חששות, דיכאון, אי־ודאות וכיוצא באלה¹⁸². על פי ממצאי מחקרים, בכוחו של השיתוף להביא גם לידי שיפור במצבו הקליני של הקטין¹⁸³. במקרים מסוימים, כאשר על הפרק סוגיות משמעותיות, וזאת על סמך אבחון פסיכולוגי על ידי איש מקצוע, שיכלול מבחני אישיות מקובלים, מבחני אינטליגנציה, התרשמות קלינית ודיווח על יכולת שיפוט שתינתן על ידי המבוגרים שמכירים את הקטין מקרוב.

ג. לתפיסתנו, ככל שההליך הרפואי משמעותי יותר ובעל השלכות מהותיות או ארוכות טווח יותר על חייו של הקטין, כך ראוי להכיר בחשיבות הגוברת שבשיתוף הקטין עצמו בהליך קבלת ההחלטות. נראה שקטינים החולים במחלות מסכנות חיים מיום לידתם הם בעלי ניסיון וכישורים שמאפשרים שיתוף משמעותי יותר גם בגיל צעיר¹⁸⁴.

ד. במקרי גירושים ומחלוקות בין ההורים, יש להעניק משקל גובר לדעותיו, לעמדותיו, לרגשותיו, לתחושותיו ולניסיונו של הקטין, זאת, בין היתר, על פי הקריטריונים שהוצעו לעיל.

181 ניב־יגודה "ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 107–118; D. Micha Hester, *Adolescent Decisionmaking, Part 1: Introduction*, 18 CAMBRIDGE QUARTERLY OF HEALTHCARE ETHICS 300 (2009); Jacinta O.A. Tan & Jorg. M. Fegert, *Capacity and Competence in Child and Adolescent Psychiatry*, 12 HEALTH CARE ANALYSIS 284 (2004).

182 Annette M. La Greca & Wendy K. Silverman, *Parent Reports of Child Behavior Problems: Bias in Participation*, 21 J. ABNORMAL CHILD PSYCHOLOGY 89 (1993).

183 ניב־יגודה "ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 107–118; Mirella De Civita & Patricia L. Dobkin, *Pediatric Adherence as a Multidimensional and Dynamic Construct, Involving a Triadic Partnership*, 29 J. PEDIATRIC PSYCHOLOGY 157 (2004); Dennis Drotar & Carolyn Ievers, *Age Differences in Parent and Child Responsibilities for Management of Cystic Fibrosis and Insulin-dependent Diabetes Mellitus*, 15 J. OF DEVELOPMENTAL & BEHAVIORAL PEDIATRICS 369 (1994).

184 ניב־יגודה "ניתוח סוציו-משפטי של הזכות להשתתפות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 67–70.

- 1.3 בנוגע לתהליך שיתוף הקטין בהליכים הרפואיים הנוגעים לבריאותו, ובפרט ילדים להורים גרושים ולהורים שאינם מסכימים על הטיפול הרפואי בילדיהם, המלצתנו היא לפעול בהתאם למדרג שהוצע בפירמידה:
- א. מתן מידע לקטין, בהתאם לרצונו, ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים.
- ב. יצירת תשתית תקשורתית שתאפשר לקטין לבטא את דעותיו, עמדותיו, תחושותיו ורצונותיו בחופשיות.
- ג. מתן משקל גובר לדעותיו, לעמדותיו, לתחושותיו ולרצונותיו של הקטין, בהתאם ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים.
- ד. הזכות להחליט – זכות אשר יש לשקול בקפידה, ולאפשר בהתאם לנסיבות המקרה, ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים של הקטין, לרצונו ולניסיונו¹⁸⁵.
- 1.4 במקרים של קטינים בגיל צעיר מאוד או כשמתעורר ספק ביכולת הקטין להחליט בהתאם לבגרותו הנפשית יקבע איש מקצוע בתחום בריאות הנפש: פסיכולוג, פסיכיאטר או עובד סוציאלי. יש יתרון לפסיכולוג הקליני, החינוכי או ההתפתחותי, כיוון שמעבר לדיאלוג עם הילד, לתצפית עליו ולאיסוף מידע מגורמים המכירים אותו, יש בידיו גם כלי אבחון אובייקטיביים כמו המבחנים שלהלן:
- (1) MMPI The Minnesota Multiphasic Personality Inventory – מבחן אישיות שנמצא בשימוש רב באבחון על ידי גורמי בריאות הנפש. הוא מאבחן את מבנה האישיות ואת הפסיכופתולוגיה.
- (2) NEO-PI-RNEO Personality Inventory¹⁸⁶ – זוהי רשימת מצאי פסיכולוגית שבודקת חמישה אפיונים מרכזיים של האישיות: מוחצנות, נועם הליכות, מכוונות, יציבות רגשית ופתיחות.
- 1.5 ארבעת שלבי הפירמידה הם חלק ממדרג הייררכי, שיש לאפשר לקטינים על פי כישוריהם המתפתחים, יכולותיהם הרגשיות, הקוגניטיביות והתפקודיות – זאת להבדיל מקביעת גיל כרונולוגי, דיכוטומי.
- 1.6 נוכח חקיקת הטלאים בכל הנוגע למעמדו של הקטין בהליכים רפואיים בכלל, ובילדים להורים גרושים בפרט, אנו סבורים שיש להקים ועדה בין־תחומית שתבחן

Andrew Newman, *Adolescent Consent to Routine Medical and Surgical Treatment: A Proposal to Simplify the Law of Teenage Medical Decision-making*, 22 J. OF LEGAL MEDICINE 501 (2001).

185
Mike Drayton, *The Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2 (MMPI-2)*, 59 OCCUPATIONAL MEDICINE 135 (2009); PAUL T. COSTA & THOMAS A. WIDIGER, PERSONALITY DISORDERS AND THE FIVE FACTOR MODEL OF PERSONALITY (1994).

186

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

את האפשרות להתאים את החקיקה הקיימת לשינויים שחלו בעשורים האחרונים בתא המשפחתי.

1.7 יש לעשות ככל האפשר לשמור על מעורבות שני ההורים בכל הקשור לטיפול רפואי בילד, הן כדי לקבל החלטות על סמך שיקול דעת של שניים והן כדי לחזק את הקשרים של הילד עם שני ההורים כאחראים לשלומם הגופני והנפשי. גם כאשר אחד ההורים אינו הורה משמורן, חשוב להשאירו בתמונה בכל הנוגע לנושאי בריאות משמעותיים. כיוון שכיום יותר אימהות מנהלות את הטיפול הרפואי בילדים, יש להיות ער לחשיבות הקשר אב-ילד, ולעודד אבות לקחת חלק במצבי חולי של ילדיהם. השינויים העכשוויים במעורבות גברים בטיפול בילדים, צריך למצוא ביטוי גם בתחום זה. דיווח אימהי שלאב "לא אכפת" צריך להיבדק על ידי הגורם המטפל. אמירה של אחד ההורים שלשני אין בעיה לא להיות בתמונה, שגם אם יקרא יתעלם, שהילד לא רוצה את נוכחותו או שהוא רק יזיק ויפריע – צריכה להיבדק על ידי המטפל בפנייה ישירה להורה השני, או בפנייה לעובד סוציאלי.

1.8 מערכת החינוך – יש מקום לנסח עקרונות ברורים שיובאו לידיעת אנשי חינוך, במוסדות השונים, בנושא של טיפול רפואי ומידע רפואי של ילדים להורים פרודים או גרושים. כמו כן, יש מקום להטמיע במערכת החינוך (בתי ספר, גני ילדים וכיוצא באלה) גם את ההנחיות שבחוזר המנכ"ל בנוגע לטיפול רפואי בילד להורים גרושים, ובפרט את החלק שנוגע להעברת מידע להורה שאינו משמורן.

1.9 צוותים מטפלים קבועים (רופאים, אחיות, מטפלים פרה-רפואיים ואחרים) – על המטפל לערוך היכרות עם מבנה המשפחה של הקטין. מטפלים שאינם קבועים צריכים להקפיד לקבל מידע בנושא מעמדו המשפחתי של הקטין המטופל. יש לזכור – כל אחד מההורים זכאי לקבל את המידע הרפואי שנוגע לילדו, אלא אם כן ידוע למטפל על הוראה אחרת של בית משפט. הורה זכאי לקבל מידע גם אם הילד אינו מתגורר אצלו. כמו כן, ועל אף הנטל הפרוצדורלי והעקרוני, יש מקום לבדוק במקרים של קטינים המצויים במסגרות חוץ-ביתיות (פנימיות, משפחות אומנה וכדומה) מהו מנגנון קבלת ההחלטות הרפואיות בנוגע לקטין.

1.10 בנוסף, בכל הנוגע לעמדו של הקטין עצמו בהליכים הרפואיים הנוגעים לו, יש מקום להטמיע בקרב הצוותים הרפואיים את ההנחיות שבחוזר מנכ"ל 4/2004.¹⁸⁷

187 לפי חוזר המנכ"ל: א) בטיפולים רפואיים שגרתיים במרפאה ראשונית, די בהסכמתו של קטין מעל גיל 14. ב) טרם מתן טיפול שאינו שגרתי על המטפל לנסות לקבל את הסכמת שני ההורים, ובלבד שהעיכוב במתן הטיפול הרפואי לא פוגע בקטין המטופל. במקרה של מחלוקת בין ההורים לעניין הטיפול הרפואי בילדם הקטין – יידע המטפל את ההורה שמתנגד לטיפול המוצע בדבר זכותו לפנות לבית המשפט. בכל שלב על המטפל לבחון ולפעול בהתאם

2. המלצות להורים :

- 2.1 כדאי להכניס להסכמי הגירושים הסכמה בנושאי טיפול רפואי. הסכמה כזאת עשויה למנוע חלק ניכר מהמתחים, אם כי לעתים משתנות הנסיבות ואי־אפשר להסתמך על ההסכמים קיימים. ישנה אפשרות שבמצבים רפואיים שאין להם השפעה מהותית על חיי הילד, ושאינם מחייבים התערבות כירורגית או טיפול ממושך יקבע ההורה המשמורן. במצבים אחרים, שיפורטו בהסכם, תהיה הידברות בין ההורים. לעתים אפשר להכניס להסכם גורם כמו רופא ילדים או פסיכולוג שמוסכם על שני ההורים שהוא יכריע בעתות מחלוקת.
 - 2.2 היעזרות ב"מתאם הורי" שיגשר בין ההורים הפרודים בנושאי רפואה (וכמובן באחרים): זהו תפקיד שבין מטפל למשפטן, אבל אינו אף אחד מהם. לדוגמה, הסתייעות במתאם הורי תהא יעילה כאשר מתנהל ויכוח בין ההורים על צורך בטיפול פסיכולוגי לילד. במקרה זה המתאם ההורי יסייע להעריך את הצורך במתן טיפול פסיכולוגי לילד ויעזור לבחור מטפל שיהיה מקובל על שני ההורים¹⁸⁸.
 - 2.3 במקרים שבהם המתח בין ההורים אינו ניתן לגישור, יש מקום להתערבות של מטפל משפחתי, שמומחיותו גירושיים, כדי לאתר נקודות מתח בלתי פתור אצל אחד ההורים או אצל שניהם.
 - 2.4 במקרים שבהם המתח בין ההורים מעכב מתן טיפול לקטין או מונע אותו, יש מקום לשקול פנייה לוועדה אתית בבתי חולים שיושבים בה רופאים, עורך דין, איש בריאות הנפש ונציג ציבור. לעתים הליך זה אינו נגיש, לוקח זמן ואינו מתאים בהכרח למצבים דחופים.
 - 2.5 יש להביא בחשבון שמודעות ההורים לקשיים שעלולים להיגרם לילד בעקבות אי־הסכמה ביניהם בנושאי טיפול רפואי, מכוונת אותם לנסות למנוע חלק מהם על ידי הידברות.
- במאמר זה מוצגות אפשרויות התמודדות עם מצב מורכב, שבו ההורים אינם מסכימים בנוגע לטובת הילד בתחום הטיפול הרפואי. אי־ההסכמה עשויה להיווצר עקב הבנה שונה של טובת הילד אצל הורים נשואים, לא נשואים, פרודים או גרושים. מצב מורכב זה עלול

לטובתו של הקטין המסוים. ג) בטיפולים רפואיים **דחופים** די בהסכמת אחד ההורים, אלא אם כן המטפל יודע שאחד מההורים מתנגד לטיפול – שאז המטפל יידע את ההורה המתנגד בדבר אפשרותו לפנות לבית המשפט.

188 דניאל גוטליב "מתאם הורי – Parenting Coordination – מודל לשוב סכסוכים בין הורים הגרים בנפרד" **רפואה ומשפט** 36, 118 (2007).

היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע

לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים

לגרום נזק רגשי לילד, הימנעות מטיפול, דחייתו, אי-עקביות בטיפול או קושי של הילד לשתף פעולה. הדרכים שנסקרו כמאפשרות התמודדות עם מציאות זו הן:

1) התאמת החקיקה הישראלית לעקרונות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד בהליכים רפואיים – קרי, הענקת משקל גובר לדעותיו, לעמדותיו, לתחושותיו ולרצונותיו של הקטין עצמו, וזאת בהתאם ליכולותיו ולכישוריו המתפתחים. הקשבה רבה יותר לעמדתו של הילד בכל גיל, ומתן מקום משמעותי יותר לדעתו ככל שהוא מוכיח כישורים מתפתחים ובגרות נפשית. הוצע שבמצבים מסוימים פסיכולוג יקבע את רמת הבגרות הנפשית.

2) הנחיית גורמי רפואה להתחשב בדעת שני ההורים במקרה של פרוד וגירושים, ולא רק בדעת ההורה המשמורן, גם כאשר מדובר בטיפול רפואי שאינו דחוף או אינו שגרתי. לעניין זה, חשוב ליידע גם את מערכת החינוך ברוח זו. גם בטיפול פסיכולוגי, יש לוודא ששני ההורים מסכימים לטיפול בקטין.

3) להכניס להסכמי הורות, פרוד או גירושים פירוט לגבי ההליך שיינקט במקרי אי-הסכמה בין ההורים. האופציות שהוצגו הן: היעזרות ב"מתאם הורי" שישמע את שני ההורים וכריע. פנייה לבית משפט לענייני משפחה במקרים שבהם הטיפול סובל דיחוי או כשמדובר בטיפול בעל השלכות משמעותיות על בריאותו וחיייו של הקטין. פנייה לוועדות אתיקה בבתי חולים, אשר לפחות אחד מחבריהן יהיה מי שמתמחה בקטינים ובני נוער (משפטי, רפואי, פסיכולוגי או סוציאלי) וזאת על מנת שיכריעו. יש להדגיש שגם במקרים שבהם יש אי-הסכמה בין הורים נשואים יש מקום לשקול שימוש באחד מן הנהלים שהוצגו.