

## תגובה למאמרו של ד"ר יוסי גרין "למי הסמכות להחליט על מתן טיפול רפואי לפג או להימנעות ממנו?" – רפואה ומשפט גיליון 36, יוני 2007

אהובה טיכו, עו"ד

אף כי זכות זו אינה מוחלטת<sup>2</sup>. בתי המשפט מנו שיקולים רבים, המיתוסים לשיקול היסודי בדבר הקשר הטבעי שבין הורה לבין ילדו, המעגנים את האוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם. ראשית, בדרך-כלל, ההנחה היא כי ההורים, המופקדים על התא המשפחתי, יקבלו את ההחלטות הטובות ביותר בעבור ילדיהם והחלטתם תעלה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד. אך השיקול החשוב ביותר לטעמי הוא כי ההורים הם אלה אשר יצטרכו, בראש ובראשונה, להתמודד בחיי היום-יום עם המשמעות המעשית של החלטה ליתן טיפול. על-כן, יש לתת בידי ההורים הן את הכוח והן את האחריות, קרי לתת בידיהם את הכוח להכריע בהיותם צפויים לשאת, באופן אישי, בתוצאות ההכרעה (פרשת **בן אכר** שם בעמ' 860). בדרך זו הלך המחוקק בחוק החולה הנוטה למות בקובעו בסעיף 24 לחוק כי "הורה של קטין מוסמך לייצגו בעניין הטיפול הרפואי בו, בין לענין הארכת חיי ובין לענין הימנעות מהארכת חיי";

ברי, כפי שנאמר לעיל כי סמכות ההורים אינה מוחלטת והם אינם נהנים מאוטונומיה מוחלטת בקבלת ההחלטות. מקום שהמדובר בהחלטתה הנוגעת לחייו או מותו של ילדם, כפופה החלטתם לביקורת שיפוטית. וכבר נפסק כי "האוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם נהנית מעוצמה ניכרת. ואולם, קיים קונצנזוס כי אוטונומיה זו אינה מוחלטת. לבית-המשפט סמכות, כאשר רווחתו של הילד מחייבת זאת, להתערב בהחלטותיהם של הוריו. אכן, ההנחה כי השמירה על האוטונומיה של ההורים פועלת, בדרך-כלל, לטובת הילד. ואולם, במצבים מסוימים, צומחת מן החובה לפעול לטובת הילד ולהגנת שלומו הגופני והנפשי זכותה וחובתה של המדינה לפעול באופן אשר יש בו התערבות ופגיעה באוטונומיה האמורה..." (פרשת **בן אכר** בעמ' 861). ברוח זו התווה המחוקק, בחוק החולה הנוטה למות,

במאמרו הנ"ל דן המחבר בדילמות הקשורות בטיפול בפג הנולד אשר מפאת משקלו ו/או גילו הנמוך הוא מצוי בסכנת חיים ובסכנה לנזק למערכות חיוניות בגופו. בפרט דן המאמר בהחלטות הנוגעות לטיפול בפג ומתוכן בעיקר באלה העוסקות במתן הטיפול הרפואי לפג או בהימנעות ממתן הטיפול.

המחבר קובע נכונה כי עם כניסת חוק החולה הנוטה לתוקף, מסדיר החוק את הטיפול בפג, בהתאם להגדרת מצבו הרפואי. קרי, אם מצבו הרפואי של הפג עונה להגדרת החולה הנוטה למות, ההחלטות הטיפוליות בו ייקבעו בהתאם למנגנונים הקבועים בחוק זה. היה ומצבו איננו כשל חולה הנוטה למות, יינתנו הטיפוליים הדרושים להחיותו. יחד עם זאת, מוסיף המחבר את הצעתו לתיקון החוק, לפיה יש "להוציא את ההורים ממעגל מקבלי ההחלטות בשל מעורבותם הרגשית, ובעיקר בשל סמיכות קבלת ההחלטה ללידה. במקום ההורים תוסמך ועדת האתיקה המוסדית לקבל את ההחלטה" (שם בעמ' 45).

ייאמר כבר בפתח הדברים כי הצעה זו, שמשמעה הפקעת זכות ההחלטה מהורים על גופם וחייהם של ילדיהם, מנוגדת לדין הקיים ולגישה הנקוטה ביחס לסמכות ההורים להחליט בדבר הטיפול הרפואי בילדיהם.

על פי חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ו-1962 (להלן: "חוק הכשרות"), "ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" (סעיף 14 לחוק הכשרות). אפטרופסותם כוללת "את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין..." (סעיף 15 לחוק הכשרות), וכבר נפסק כי בגדר "צרכי הקטין" כלול גם הטיפול הרפואי בו<sup>1</sup>. זאת ועוד, בתי המשפט הכירו בכך שלהורים נתונה זכות יסודית לאוטונומיה בהחלטות הנוגעות לגידול ילדיהם,

<sup>2</sup> רע"א 5587/97 **בן אכר** (קטין) על ידי הוריו ואפטרופסיו הטבעיים זאב אכר ובברלי כהן, פ"ד נא (4) 830.

<sup>1</sup> ראה בין היתר ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית ואח', פ"ד מח (1) 711.

מנגנון להסדרת מחלוקות ומקום שנתגלעו חילוקי דעות בין הורי קטין שהוא חולה הנוטה למות לבין הוריו, או בינם לבין הרופא, האחראי, לטיפול הרפואי בו, תכריע בדבר הוועדה המוסדית (סעיף 28 (א) לחוק). לפי אותו סעיף (ס"ק ד) – "הוועדה המוסדית תשקול בין שיקוליה ת טובתו של הקטין...".

הנה כי כן, המדובר בהסדר משפטי שקול ומידתי המגן על מעמדם של ההורים מחד ועל טובת הקטין מאידך. גישתו של המחבר המפקיעה מההורים את הזכות והסמכות להחליט לטובת ילדיהם, נראית כשואבת מגישה פטרנליסטית שנס ליחה, הרואה בחולה, ובמקרה זה בהוריו, כמי שעקב צערם וחולי ילדם אינם יכולים להפעיל שיקול דעת כלל, ולכן אין להתחשב בדעתם ויש לשלול את זכויותיהם. לטעמי, ובלשון המעטה, אין כיום מקום לגישה זאת.

### תגובת המחבר – ד"ר יוסי גרין

#### ואף על פי כן להפקיע את סמכות החלטה על טיפול בפג מההורים

בספרי משפט ורפואה דנתי בהרחבה במערכת היחסים בין החולה לרופא.<sup>3</sup> תיארתי את שני המודלים העיקריים המסדירים מערכת יחסים זו: המודל הפטרנליסטי והמודל האוטונומי. טענתי כי האוטונומיה של החולה איננה חזות הכול וניתן בהחלט להגבילה. והראיה, שחוק זכויות החולה האמור לשקף את המודל האוטונומי, מאפשר לטפל בחולה ללא הסכמתו,<sup>4</sup> ללמדנו כי לא נס ליחה של הגישה הפטרנליסטית כטענתה של עו"ד א' טיכו, אלא מעדיף המחוקק את קדושת החיים על קדושת האוטונומיה.

מעולם לא טענתי, ואף במאמר נשוא הערותיה של עו"ד טיכו לא הועלתה הטענה כי בין הורים לילדים ראוי להנהיג גישה פטרנליסטית. מערכת היחסים וסמכות ההורים כלפי ילדם כפי שמתארת אותה בצדק עו"ד טיכו מקובלת עלי. דא עקא, אין סמכות ההורים והאוטונומיה ההורית מוחלטת ככל שהדבר נוגע לטיפול רפואי בילדם. השאלה מהי טובת הילד לה מחויבים ההורים<sup>5</sup> הנתונה לביקורת שיפוטית, כמו גם החלטה על טיפול רפואי.<sup>6</sup> אמנם, הדין מגן על התא המשפחתי-טבעי ושומר על האוטונומיה והפרטיות שלו מתוך מערכת מורכבת של שיקולים, כאשר טובת הילד היא רק אחד השיקולים, ומתווספים אליו שיקולים נוספים, כגון הזכויות של ההורים הטבעיים.<sup>7</sup> וגם אם השאיפה היא לצמצם את התערבות המדינה ביחסי התא המשפחתי,<sup>8</sup> הפגיעה בו נסבלת במצבים מיוחדים וחריגים ביותר.<sup>9</sup> במאמרי טענתי כי זה אחד המצבים המיוחדים בהם ראוי הדין להתערב באוטונומיה ההורית. זאת ועוד, בכל הכבוד הראוי לבית המשפט, ומבלי לפגוע חלילה בכבודו, הצעתי כי ועדת האתיקה תוסמך להכריע בשאלה, כיון שבית המשפט איננו הפורום הראוי להכרעות בעניינים שברפואה.

זאת ועוד, בביקורתה של עו"ד טיכו מובלעות שתי הנחות שאינן מובנות מאליהן: ההנחה האחת כי ההסדר הקבוע בחוק החולה הנוטה למות בנוגע לטיפול בקטינים הוא ההסדר הנכון.<sup>10</sup> ככל שהדבר נוגע לטיפול בפג ספק אם ההסדר הקבוע בו ממצה, בעיקר נוכח הספק אם הוא חל גם על פגים. במאמר הנחתי שהתשובה חיובית, אך בד בבד הצעתי לבחון אם הפג בגדר

<sup>3</sup> גרין, משפט ורפואה, יחסי חולה – רופא (חושן למשפט, תשס"ג), 18-27.

<sup>4</sup> סעיף 15 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו – 1996 (על שלושה חלקים).

<sup>5</sup> סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962.

<sup>6</sup> סעיף 68(ב) לחוק הנ"ל.

<sup>7</sup> ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פד"מ (1), 7.

<sup>8</sup> ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פד"מ מ"ט (1), 485, 501.

<sup>9</sup> רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פד"מ נ"ו (4) 872, 894. אין זה המקום להרחיב, אך למותר לציין כי התערבות בתי המשפט באוטונומיה ההורית נועדה בעיקרה להגן על הילד וטובתו. העילות בהן יתערב בית המשפט הקבועות בחוק הם: כאשר אין הסכמה בין ההורים בנוגע לאפוטרופסות (סעיפים 19, 24, 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות) או בהעדר מסוגלות הורית (סעיפים 26, 27, 28 לחוק הנ"ל). כשפקיד הסעד סבור כי יש צורך בטיפול בקטין (סעיף 3 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך – 1960) או כי יש צורך להעמיד ידיד (סעיף 5 לחוק הנ"ל) או אפוטרופוס לקטין (סעיף 8 לחוק הנ"ל). כמו כן כאשר יש צורך במסירת ילד לאימוץ (סעיף 12(ג) לחוק אימוץ ילדים).

<sup>10</sup> אינני נוקט עמדה בשאלה זו בנידון דידן בשאלה זו, הגם שיש מקום לדעתי לבחון את ההסדר הקבוע בחוק כמו גם את היחס בין חוק החולה הנוטה למות לחוק זכויות החולה.

"אדם" הכשיר לזכויות וחובות.<sup>11</sup> אין ספק שהיכולות הרפואיות השתכללו בקצב מדהים, אך האם לידתו של פג במשקל 500-600 גרם המוכנס מיד לאינקובאטור (הממלא את תפקיד הרחם) הסתיימה עם צאתו לאויר העולם, או שמא ראוי לבחון את תקפותה של הגדרת גמור הלידה? עו"ד טיכו מניחה כי גמור לידתו של הפג היא בצאתו לאויר העולם, ולכן אפטרופוסות ההורים משתרעת גם על הפג. לשאלה זו חסרה התייחסותה של עו"ד טיכו וחבל.

ולבסוף, נניח כי עו"ד טיכו צודקת בקביעתה כי הסמכות בידי ההורים, האם האוטונומיה שלהם להחליט על גורל הפג (בהנחה כי יש הסכמה ביניהם) עדיפה על האוטונומיה של הרופא? כלום לשיקול הדעת הרפואי אין משקל בהחלטה? האם מצפונו הרפואי וסולם ערכיו של הרופא אינם ראויים להתייחסות? תשובתה של עו"ד טיכו היא כי ההורים הם שיצטרכו להתמודד עם המשמעות המעשית של החלטה ליתן טיפול ולכן יש לתת להם את הכוח להכריע. בכל הכבוד הראוי ההיפך הוא הנכון, דווקא משום שההורים הם שישאו בתוצאות החלטתם עלול "שיקול זר", תת מודע, להכתיב את החלטתם. האם מוצדק במצב הנפשי הקשה בו הם נתונים סמוך לאחר הלידה לדרוש מהם הכרעה אנושית, ערכית ומוסרית כה כבדה? האם מוצדק להטיל עליהם את ההכרעה בשאלות של חיים ומוות?

הותרת סמכות החלטה בדבר מתן או הימנעות מטיפול בפג, טומנת בחובה גם סבך בעיות נוספות – הן משפטיות והן – או כתוצאה מהן – בעיות רגשיות אצל ההורים. מוכרת השאלה הבלתי פתורה בדבר זכותו של ילד שנולד במום גנטי לתבוע את הוריו על הולדה בעוולה. שאלה אפשרית מסוג זה קשה עוד יותר ביחס לפג, שהטיפול הרפואי בו כרוך בסיכוני נכות שתיוותר לכל החיים. כיצד יתייחס המשפט לתביעה של פג שאומנם שרד, אך נותר עיוור בגלל הטיפול עליו החליטו (עמדו על) ההורים, טיפול שהותיר אותו בעל מום לכל ימי חייו. ומה עלולה להיות תגובתם הנפשית של הורים לתביעה כזאת.

אשר על כן, דומני כי ועדת האתיקה כגורם אובייקטיבי, אשר כל אחד מחבריה מומחה בתחומו, וכולם מייצגים דיסציפלינות שונות, תשקול בכובד ראש, ולאחר שתשמע את ההורים והרופא, את מכלול השיקולים ותתחשב באינטרסים של כל המעורבים בהחלטה הקשה.

מכל מקום יישר כוחה של עו"ד טיכו על הערותיה המעניינות, וכן לידידי העורך פרופ' סהר אשר אפשרו לחדד את הדילמה.

<sup>11</sup> סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות.