

החולה הקטין: בין אוטונומיה הורית לאפוטרופוסות לדין

ראשי פרקים

- א. ראשית דבר
- ב. אפוטרופוסות ההורים
- ג. אפוטרופוס לדין או הכרעה של בית משפט?
- ד. מינוי אפוטרופוס לדין: מקרה לדוגמא
- ה. הטיפול בקטין בדין העברי: חילוקי דעות בין הורים
- ו. סיכום



א. ראשית דבר

מי קרוב לילד יותר מהוריו? על כן, בדין הוסמכו – ואף חויבו ההורים – לפעול לטובת ילדיהם הקטינים.¹ עם זאת, אין בהסמכה זו של ההורים כדי להעיד על

* תודתי לגב' אביגיל אלקנה, חברת מערכת כתב העת "מאזני משפט", על עזרתה בשלבי כתיבת המאמר והערותיה המועילות.

1. סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות). ייאמר מיד, המושג "טובת הילד" הוא מושג רחב המתבאר בהתאם לנסיבות. בענייננו הלז של טובת הילד, היא זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית (בג"ץ 5227/97 מיכל דוד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נ"ה (1) 453, 461 (1998)). עם זאת, חשוב לציין כי ההחלטה הקובעת מהי טובתו של הילד תתקבל על יסוד מכלול מורכב של שיקולים, מהם שיקולי מדיניות חקיקתית ומהם שיקולים של מדיניות משפטית, מהם העומדים כשלעצמם ומהם המאוזנים עם שיקולים אחרים. טובת הילד תתקבל לפי ראיות עיניו של בית המשפט (בנציון שרשבסקי דיני משפחה, מהדורה רביעית, הוצאת מס, תשנ"ג, 400, ה"ש 7). עוד על טובת הילד ראו בג"ץ 268/80 ינסן-זהר נ' זהר, פ"ד ל"ה (1) 1, 26 (1980); ישראל צבי גילת "על הפשל המשפטי המובנה באבחון 'טובת הילד' באמצעות מערך שירותי הרווחה" מאזני משפט ה' 403 (תשס"ו): פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל, כרך ב, ירושלים 217-221 (תשמ"ט). על ההבחנה בין טובת הילד לזכויות הילד ראו ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מ"ט (1), 221 (1995), ובהרחבה יוסי גרין דיני חינוך, חושן למשפט 29-42 (תשע"א): שולמית אלמוג ואריאל בנדור, "טובת ילדים, זכויות האדם", ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה, יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 105 (תשס"ה).

מוחלטותה של האוטונומיה ההורית.² נהפוך הוא, ההכרה באוטונומיה של התא המשפחתי³ איננה שוללת התערבות בית המשפט בהחלטות ההורים, כיון שהדין מכיר בילד כבעל דין עצמאי מקום שהאינטרסים שלו שונים מאלה של הוריו.⁴ וכך כתב השופט זילברג לפני קרוב לששה עשורים:⁵

משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית – ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים – כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט" הוא גופו "בעל דין". בשיטה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.

בדרך כלל כשהתא המשפחתי מתפקד בהרמוניה, מעטים הם – אם בכלל – ניגודי אינטרסים בין ההורים לילדיהם. שכן, חזקה על ההורים שהם פועלים לטובת ילדם.⁶ אולם, גם במשפחות נורמטיביות ייתכנו ניגודי אינטרסים כאשר כל אחד מההורים – או אפילו שניהם – מפרש את טובת הילד בדרך שונה. חילוקי דעות כנים ואמיתיים בעניינים שברפואה בין הורים, בינם לבין עצמם ובינם לבין ילדיהם, וכמובן בינם לבין הרופאים המטפלים טומנים בחובם סיכונים רבים העלולים להסתיים בפגיעה קשה בילד. שכן, לא ייתן טיפול רפואי לחולה קטין, אלא אם כן נתנו הוריו הסכמה מדעת.⁷ התערבות בית

2. על מהותה של האוטונומיה ההורית ראו יוסי גרין, 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה, דיונון, תל אביב 96-93 (2008).

3. ראו ע"א 212/85 פלוני נ' פלוני, פ"ד ל"ט(4) 309 (1985); ד"נ 30/85 פלוני נ' פלוני, פ"ד ל"ט(4) 665 (1985).

4. סעיף 3 (ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה). ראו עוד מיכאל קוריןאלד, "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים", המשפט ז 283, 292 (תשס"ב); יחיאל קפלן, "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים ל"א 623 (תשס"א).

5. ע"א 209/54 שטיינר נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241, 251 (1954).

6. סעיף 18(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות.

7. סעיפים 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות ו-13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה). על דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" (Informed Consent) ראו בהרחבה נילי קרקוראלי, דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, נבו 281-398 (2008); עפרה גולן, הסכמה מדעת לטיפול רפואי, פרלשטיין-גינסר בע"מ 17 (2008).

המשפט במקרים אלה בלתי נמנעת ויהא הגורם המבקש את ההתערבות אשר יהיה.⁸

ההגנה על הילד החולה יכול שתהיה על ידי הבאת ההורים לידי הסכמה, ויכול שתהיה על ידי הפקעת אפוטרופוסות ההורים על הילד (לעניין הטיפול הרפואי) ומינוי אפוטרופוס לדין כדי שיחליט במקום הוריו.⁹ דרך נוספת להגן על הילד היא שבית המשפט עצמו יכריע בשאלה אם לטפל בילד אם לאו,¹⁰ במסגרת חובתו להגן על שלומו וטובתו של הילד כפי שפסק בית המשפט בעניין שפר:¹¹

מצווים אנו בשמירת שלומו ובריאותו של הקטין ומניעת פגיעה בו על-פי הכרתנו והעקרונות הקיימים לגבי כל אדם באשר הוא אדם ועל אחת כמה וכמה בשל היותו קטין. ואכן, באו חוקים רבים, בין במישרין ובין בעקיפין, להגן ולסוכך עליו... יהיו כבודו וחירותו של קטין חביבים עלינו ככבודנו וכחירותנו, ותהא קדושת חייו יותר מקדושת חיינו וסבלו של

8. הפניה לבית המשפט יכול שתהיה בראש ובראשונה של הרופאים המטפלים, אך גם של פקיד הסעד או היועץ המשפטי לממשלה. כאשר קיים חשש כי שלומו הגופני או הנפשי של הקטין נפגע, או עלול להיפגע מכל סיבה שהיא, יכול שיהפוך הקטין החולה ל"קטין נזקק" (סעיף 62) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960. (להלן: חוק הנוער). מעמד זה מקנה לפקיד הסעד, אם הוא סבור שהקטין אכן נזקק, לפנות בבקשה לבית המשפט לנקוט באחת או באחדות מהדרכים הקבועות בחוק להגן על עליו (גם מפני עצמו). עילת הפניה לבית המשפט היא ההגנה על שלומו של הקטין, בין שהפגיעה בשלומו עלולה להיגרם בשל סירוב האחראי על הקטין לטיפול רפואי, ובין שהאחראי מסכים אך אין הקטין מציית לו. אם ייווכח בית המשפט כי הקטין הוא נזקק, הרי שלמען הטיפול בו וההשגחה עליו, הוא רשאי לתת לקטין או לאחראי עליו כל הוראה הנראית לו דרושה לטיפול בקטין או להשגחה עליו, כולל לימודיו, חינוכו ושיקומו הנפש.

9. סעיף 19 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. על הפקעת האוטונומיה ההורית שולטים למעשה מספר דינים: חוק הנוער, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות וחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. למעשה, ככל שהדבר צריך לענייננו גם חוק זכויות החולה שאינו גורע מהוראות כל דין (סעיף 29(1) לחוק), ובעצם מחיל את הוראות הדינים הנ"ל על הטיפול בחולה הקטין.

10. למותר לציין כי אם מדובר במקרים בהם הקטין במצב חירום רפואי מוסמכים הרופאים לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמת ההורים (סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה). כמו כן, במקרה שנשקפת סכנה חמורה לקטין והוריו מתנגדים לטיפול שיש לתיתו בנסיבות העניין, רשאי הרופא לתת את הטיפול באישורה של ועדת האתיקה (סעיף 15(2) לחוק הנ"ל).

11. ע"א 506/88 יעל שפר (קטינה) נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1) 87, 198 (1993).

הילד יהא כואב עלינו יותר מכאבנו שלנו. לקטין זכויות מלאות חוץ מההגבלות שנקבעו בחוק".

עניינה של רשימה זו מצטמצם לדיון על הדרכים להגן על הקטין הנזקק לטיפול רפואי כאשר הוריו אינם מסכימים לטיפול: או על ידי מינוי אפוטרופוס לדיון על הקטין או על ידי החלטה של בית המשפט.¹²

ב. אפוטרופסות ההורים

ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם.¹³ הם אינם זקוקים למינוי של בית המשפט, ואין האפוטרופסות טעונה הסכמתם שהרי 'קול הדם' נשמע מהן.¹⁴ אפוטרופסות ההורה המשתרעת מגמר לידתו של הילד¹⁵ ועד הגיעו לבגרות,¹⁶ הינה אפוטרופסות משותפת ושווה¹⁷ ולא אפוטרופסות שווה של כל אחד מבני הזוג בנפרד. המשמעות המשפטית היא, ששני ההורים תלויים זה בזה במימוש סמכויותיהם מכח אפוטרופסותם על ילדיהם. באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין.¹⁸

12. יוער כי ניתן למנות אפוטרופוס לדיון לקטין גם לצרכים אחרים. ראו סעיפים 24-27 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

13. סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. והראיה, מת אחד ההורים תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני (סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). "כך מתחייב מטובת הקטין, וכך מתחייב גם מזכותו הטבעית של כל הורה, שהיא גם חובתו, לגדל את ילדו ולדאוג לכל מחסורו. העובדה כי אחד ההורים נפטר אין בה, אפוא, כדי להמעיט מהחובות או כדי לקפח את הזכויות של ההורה הטבעי הנוותר בחיים" (ע"א 212/85 לעיל ה"ש 3 בעמ' 314).

14. ע"א 212/85 הערה קודמת בעמ' 311. ראו עוד ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד ל"ח (1) 461, 467 (1984); ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791, 799 (1955).

15. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

16. סעיף 3 לחוק הנ"ל.

17. ישראל צבי גילת, דיני משפחה, חושן למשפט 31 (2000).

18. סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. י"צ גילת מעיר, ובצדק, באשר להיגד "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות", כי לאמיתו של דבר אין כל זכות הורית מעבר לחובה לדאוג לצרכיו של הקטין. והראיה, שאין ההורים יכולים להשתחרר מאפוטרופסותם (גילת, לעיל הערה קודמת בעמ' 32). עוד יוער כי אפוטרופסות ההורים באה לביטוי בהוראות חוק נוספות שאינן מעניינה של רשימה זו. ראו יצחק אנגלרד, חוק הכשרות

במסגרת חובתם זו מוטל עליהם לדאוג לצרכי הקטין,¹⁹ ובכלל זה לבריאותו. בדרך כלל, חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה, וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.²⁰

הסמכת ההורים לפעול לטובת ילדם נגזרת מאופייה של אוכלוסיית הקטינים שהיא אוכלוסיה פגיעה. היא חסרה את היכולת הפיסית ואת ה"דעת" המשפטית כדי להגן על עצמה ועל זכויותיה המהותיות והרכושיות.²¹ אמנם, אין פגיעותה פוגמת בזכויותיה, אך היא חשופה לניצול בשל אי יכולתה להגן על עצמה. רוב רובה של אוכלוסיה זו איננה מסוגלת לגבש "דעת" משפטית הנדרשת לביצוע פעולה משפטית.²² על כן מופקד האפטרופוס הטבעי או הממונה לייצג את הקטין,²³ והוא רשאי לבטל פעולה (או הסכמה) של הקטין אם ניתנה שלא בהסכמתו,²⁴ למעט פעולה משפטית שדרכם של קטינים לעשות כמות.²⁵

המשפטית והאפטרופוסות, תשכ"ב-1962, סעיפים 1-13 (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת גד טדסקי, מהדורה 2, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשכ"ה, סעיפים 112-97).

19. סעיף 15 לחוק כשרות המשפטית והאפטרופוסות.

20. סעיף 18(א) לחוק הנ"ל.

21. ראו למשל סעיף 32 באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. אמנה זו הינה המסמך הבינלאומי המקיף והחשוב ביותר בתחום זכויות הילדים עד היום. האמנה נעשתה ביום 20 בנובמבר 1989, ונכנסה לתוקף ביום 2 בספטמבר 1990. האמנה נחתמה ע"י ישראל ב-3 ביולי 1990 ונכנסה לתוקף, לאחר אשרורה (4.8.91), ביום 2 בנובמבר 1991. יוער כי אין באשרור האמנה על ידי ממשלת ישראל כדי להפכה לחוק ישראלי ראו דו"ח הוועדה לזכויות הילד אשר מונתה ביום 27 ביוני 1997 על ידי שר המשפטים במטרה לערוך בחינה מקפת של הדין הישראלי בשאלות הנוגעות לזכויות הילד, מעמדו המשפטי ורווחתו, לאור האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד אשר ישראל הצטרפה אליה בשנת 1991. ראו אתר משרד המשפטים:

www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot

22. פעולה משפטית היא פעולה המשנה מצב משפטי. ראו סעיף 61(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

23. סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות. המחוקק איננו קובע הסדר פורמלי מחייב בדבר אופן מתן ההסכמה על ידי הנציג. זו יכולה להינתן בכתב או בעל פה, במפורש או מכללא, מראש או למפרע, לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות משפטיות. עוד יושם לב לשון שנקטתי "רוב רובה". לא בכדי נקטתי בהיגד זה כיון שיש קטינים המסוגלים לגבש "דעת". סבורני כי הגיע הזמן לבחון את השאלה אם להמשיך בהסדר הקובע את גיל הקטינות כעניין פורמאלי (גיל שמונה עשרה) או שמא להתייחס לקטין על פי כשירותו המנטאלית. אכן, נטייה להכיר בכשירות מנטאלית מצינו במספר החוקים. ראו סעיף 1 לחוק לגילוי נגיפי

הזכות לבריאות היא אחת מזכויות היסוד שאיננה כתובה עלי ספר.²⁶ אף על פי כן מוגנת הזכות, כיון שלעניין זה אדם שנמנעת ממנו הגישה או האפשרות לקבל טיפול רפואי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.²⁷ אין בקטינות כדי לפגום בזכות לבריאות ובהיקפה, שכן דין הקטין כדין הבגיר, שהרי "קטין הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם אם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול".²⁸

איידיס בקטינים, התשנ"ו-1996; סעיפים 5(ב), 6, 14(ב) וסימן ו לחוק החולה הנוטה למות. על המשקל שיש ליתן לרצונו של הילד ראו ע"מ 10480/05 פלוני נ' פלוני, תק – על 2005(4) 2484 (2005) ובהרחבה עדי ניב – יגודה ועדנה כצלסון, "היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים" המשפט ט"ו(2) 551 (תשע"א).

24. סעיף 5 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

25. סעיף 6 לחוק הנ"ל.

26. הזכות לבריאות שכאמור איננה כתובה עלי ספר, נגזרת מהזכות לכבוד סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992. בישראל הזכות לבריאות הינה חלק מהזכויות החברתיות הכלולות בזכויות האדם. היא זכות מורכבת וכוללת אגד של זכויות הקשורות לבריאותו של האדם. ראו עוד לענין זה אייל גרוס, "בריאות בישראל: בין זכות למצרך", בתוך: זכויות כלכליות וחברתיות בישראל עורכים יורם רבין ויובל שני, רמות, 437, 453 (2004). לשאלה אם הזכות לבריאות נגזרת מהזכות לכבוד או שהיא אחת מן הזכויות חברתית ראו אהרון ברק, פרשנות במשפט, כך שלישי פרשנות חוקתית, נבו 416, 419 (תשנ"ד); גיא מונדלק "זכויות חברתיות – כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון המשפט העבודה ז' 65 (199): בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחר גילת" נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996). על מעמדן של זכויות אלה והיקף ההגנה עליהן שאינם אחידים, והם משתנים בהתאם לסוגן, טיבן והקשרן ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נ"ה (3) 360, 375-376 (2001). צוטטו הדברים בהסכמה בבג"ץ 11044/04, סולומטין ואח' נ' שר הבריאות, פורסם בנבו 27.6.2011. על הזכות לבריאות בכלל ראו המבוא לחוקת הארגון הבריאות העולמי (World Health Organization). ראו עוד סעיף 25(1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 (The Universal Declaration of Human Rights) וכן סעיף 12(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). האמנה אושרה על ידי מדינת ישראל ביום 3.10.1999; אייל גרוס בעמ' 443.

27. בג"ץ 11044/04, הערה קודמת בפסקה 11 לפסק הדין.

28. ע"א 6106/92 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 833, 836 (1994).

כאשר ההורים חלוקים ביניהם – מחלוקת כנה ככל שתהיה – ובשל כך לא ניתן לקבל את הסכמתם לטיפול, פתוחה הדרך בפני הרופאים, או פקיד הסעד או ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, ככל שהם סבורים כי הילד החולה עלול להיפגע בהעדר טיפול, להביא עניינו לבית המשפט. עלה בידי בית המשפט להביא את ההורים לידי הסכמה – מה טוב, ולא – אם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את הכרעה על מי ימצא לנכון.²⁹ קרי, יפקיע את סמכות ההכרעה ומההורים ויעבירה לאפוטרופוס לדין שימנה כדי שיכריע במקום ההורים אם להסכים לטיפול אם לאו.³⁰

אכן, בית המשפט איננו נרתע מלהתערב באוטונומיה ההורית. שכן, כדברי השופט ברק, האוטונומיה ההורית היא אוטונומיה יחסית הכפופה לטובת הילד:³¹

האוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם אינה מוחלטת. היא כפופה תמיד לצורכי הילד, לטובתו ולזכויותיו. כאשר ההורה אינו מקיים כראוי את חובותיו או משתמש לרעה בסמכויותיו ההוריות באופן המסכן את הילד או פוגע בו, תתערב המדינה ותגן על הקטין. מכאן סמכותם של בתי

29. סעיף 19 לחוק הנ"ל. על הדרכים השונות לקבלת ה"הסכמה המודעת" מהורים לטיפול בילדיהם הטינים (בעל פה, בכתב או בהסרטה), ראו K.D Allen, E.D.Hodges, S.K. Knudsen, "Comparing Four Methods to Inform Parents About Child Behaviour Management: How to Inform For Consent", *Pediatrics Dent*, 1995, Vol 17, 1

על האוטונומיה של החולה הקטין והבעיות הכרוכות בטיפול רפואי בילדים, לרבות מעמד האפוטרופוס (הטבעי והממונה) והדילמה של הרופא המטפל ראו P. Graham, "Children: Problems in Paediatrics", in: Gillon R, *Principles of Health Care Ethics*, Chichester, 1994, 557.

30. סעיף 29 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. יושם לב, בהמשך לאמור בה"ש 8 לעיל, כי במקרה זה אין מדובר בבקשה למינוי אפוטרופוס, בקשה שיכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו (סעיף 33(ב) לחוק הנ"ל) אלא בבקשה להורות על מתן טיפול רפואי לקטין. אחת הדרכים היא על ידי מינוי אפוטרופוס לדין. אגב, יוער, כי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו רשאים, אם הם סבורים שטובתו של קטין, של פסול-דין, או של חסוי או טובת הכלל מחייבת זאת, לפתוח בכל הליך משפטי, כולל ערעור, לפי חוק זה וכן להתייצב ולטעון בכל הליך כזה (סעיף 69 לחוק הנ"ל).

31. דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 257 (2004). ראו עוד ע"מ 720/05 מ' א' ד' נ' פקידת הסעד – הגב' סימקין (ירושלים) פדאו"ר 248-6-05 (2005).

המשפט ושל רשויות הסעד להתערב – בנסיבות מוגדרות – בתא המשפחתי, וזאת כאשר הדבר מתחייב לשם רווחתו של הילד.

מינוי אפוטרופוס לדין על קטין – במקום או בנוסף להוריו – היא התערבות באוטונומיה של התא המשפחתי. אמנם, אין המדינה נוהגת כדבר שבשגרה להתערב במערכת היחסים בין הורים לילדיהם, אך יש נסיבות המקנות סמכות ואף מחייבות את רשויות המדינה, כולל בתי המשפט, להתערב בהחלטותיהם של ההורים. זאת, על אף ההנחה כי ההורים "יודעים הם את נפש ילדם ומבינים מה טוב לילד וכי יעשו כל מה שדרוש לטובתו".³²

בשל עומקו ועוצמתו של קשר ההורות מחייבת התערבות בית המשפט באוטונומיה ההורית שיקול דעת מעמיק.³³ יתרה מזו, אין די בנימוק שהתערבות באוטונומיה ההורית נדרשת לטובת הילד. נדרש "דבר מה נוסף" המצדיק התערבות זו:³⁴

הדין מגן על התא המשפחתי-טבעי ושומר על האוטונומיה והפרטיות שלו מתוך מערכת מורכבת של שיקולים, כאשר טובת הילד היא רק אחד מהשיקולים, ומתווספים אליו שיקולים נוספים, כגון הזכויות של ההורים הטבעיים. על פי גישה זו, אין המדינה רשאית להצדיק את התערבותה בתא המשפחתי הטבעי אך בטענה כי הדבר נעשה לטובת הקטין. בטובת הקטין לא די. דרוש 'דבר מה נוסף', אשר יש בו כדי להצדיק את התערבותה של המדינה. 'דבר מה נוסף' זה משתנה

32. בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כ"ה(1) 779, 767 (1971).

33. על הקשר ההורי עמד בית המשפט בענין פלונית: "עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נ"ו(4) 872, 874 (2002)).

34. ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1), 1, 7 (1986). עם זאת, אומר השופט חשין, כי פסיקה בניגוד לטובת הילד בסכסוך הנסוב על מעמדו של קטין, טובתו של הקטין הוא עמוד האש ועמוד הענן שיוכיחונו הדרך. טובתו של הקטין הוא שיקול-על, והוא שיכריע. התעלמות מטובתו של הקטין, החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו של קטין, הכרעה בעניינו של קטין תוך עירובו של שיקול זר, אימתן משקל ראוי לשיקול טובתו של הקטין – כל אלה יעירו ויעוררו את סמכותנו להתערבות בהכרעות-דין הבאות לפנינו, בין אם הכרעות של בית-משפט הן בין אם הכרעות של בית-דין דתי (בג"ץ 5227/97 לעיל ה"ש 1 בעמ' 446).

מעניין לעניין, על פי מידת האינטנסיביות של החדירה השלטונית ועל פי מידת הניתוק שבין ההורים הטבעיים לבין ילדם.

הנה כי כן, ברור, כי החלטה על מינוי אפוטרופוס לדין איננה מובנת מאליה. זו החלטה מורכבת ורגישה שניתן להצדיקה רק אם ההורים וילדיהם אינם מצליחים לפתור את חילוקי הדעות ביניהם וקיימת סכנה לשלומם ובריאותם של הקטין.³⁵

ג. אפוטרופוס לדין או הכרעה של בית משפט?

ארבעה סוגי אפוטרופוס הם המתמנים על ידי בתי המשפט: אפוטרופוס כולל (לגוף ולרכוש), אפוטרופוס לגוף, אפוטרופוס לרכוש, ואפוטרופוס לדין. עליהם נוספו האפוטרופוס הטבעי שכאמור איננו זקוק למינוי והאפוטרופוס למעשה.³⁶

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות המסמיך את בית המשפט למשפחה למנות אפוטרופוס לדין מאזן בין האינטרסים של ההורים לאינטרסים של ילדיהם. ההגנה על הילד הכרחית כיוון שהילד, שהוא אישיות עצמאית בעלת אינטרסים שונים מאלו של הוריו, נושא בתוצאות ההסכמה או הסירוב לטיפול הרפואי. לפיכך, ראוי כי עמדתו – בין שיכול להביעה הוא עצמו ובין על ידי האפוטרופוס – תובא בחשבון. כך בית בית המשפט העליון בעניין פוזילוב:³⁷

מכוחה של הוראה זו (סעיף 68 לחוק הכשרות) ניתן למנות לקטין אפוטרופוס לדין אשר ייצג את עניינו בבית המשפט, ויפעל על פי הוראות בית המשפט. ייצוג זה חשוב בכל אותם מקרים בהם קיימת תשתית עובדתית לכך כי במאבק בין ההורים – המשמשים אפוטרופוסים טבעיים לילדיהם – עשויה טובת הקטין להיזנח.

אכן, מינוי אפוטרופוס לדין לקטין הינו הליך מוכר במשפט הישראלי,³⁸ אך ממומש לעיתים רחוקות.³⁹ חשיבות מינויו של אפוטרופוס לדין או עורך דין היא

35. ראו עוד ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני פ"ד מ"ט(1), 485, 501 (1995).

36. סעיף 67 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

37. ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208 (1997). עצמאותו של הילד כבעל דין מזכה אותו להגנה לא רק מפני המגינה אלא גם מפני הוריו. ראו ע"א 2266/93 לעיל ה"ש 1 בעמ' 252.

38. וכך קבע השופט זמורה בעניין משקה והדברים נכונים לענייננו בשינויים המחויבים: "יש צורך במינוי אפוטרופוס מיוחד – אד הוק (AD HOC), אשר ייצג את האינטרסים של הקטין.

בהבטחת ההבחנה וההפרדה הגמורים בין האינטרסים של הקטין לאלה של הוריו, ובכך עולה הסיכוי להגן ולשמור על אינטרסים אלה".⁴⁰

הצורך בייצוג נפרד של קטינים הוכר לא רק כאשר מדובר בסכסוך בין ההורים, אלא גם בהליכים שבהם מעורב היועץ המשפטי לממשלה, וזאת על מנת להבטיח שבמקרים מתאימים יעמוד לקטין מייצג, שעניין לו בטובת הקטין בלבד. מייצג זה לא יהיה נגוע בניגודי אינטרסים או מחויבויות מערכתיות.⁴¹ לתפקידו של האפוטרופוס לדין בכלל, ובעניינים שברפואה בפרט חשיבות רבה, כיוון שהוא אמור לייצג את טובתו של הילד בנפרד מהוריו. עליו לעמוד על מהות הטיפול המוצע, לבחון עם הרופאים את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בטיפול, מהלך ההחלמה וכמובן חלופות לטיפול הרפואי. אם ימצא כי יש מקום להסכים לטיפול – ייתן את הסכמתו. אם ימצא לנכון כי יש להביא את החלטתו לאישור בית המשפט, או אם קבע כך בית המשפט בהגדירו את סמכויותיו – יפנה לבית המשפט לקבל את אישורו. החלטת בית המשפט תתקבל על פי טובת הילד בהתחשב בעמדתו של האפוטרופוס לדין.

על הקריטריונים למינוי אפוטרופוס לדין לקטין, ויפים הדברים גם לענייננו, עמד בית המשפט למשפחה:⁴²

קריטריון העל המוצע הוא: האם הקטין עלול להיפגע פגיעה של ממש אם לא יוסדר ייצוגו בנפרד, במנותק מהרצון הסובייקטיבי של ההורה.

אין זה עניין של קונסטרוקציה משפטית בלבד, הדבר נובע גם מצרכי הצדק והיושר. באין אפוטרופוס מיוחד כזה, יש לפעמים וגם הורים הוגנים, מתוך נטייה להחיש את סדר הגירושין או הפירוד ביניהם, יבואו לסדר את שאלת המזונות לילד, בדרך הנראית להם אותה שעה כמספיקה וצודקת, ומתגלית לאחר־מכן כבלתי מספיקה ובלתי צודקת" (ע"א 42/49 משקה נ' משקה, פ"ד ג 88, 92 (1949)). ראו עוד ע"א 105/83 מנשה נ' מנשה, פ"ד לח (4), 635 (1985); ע"א 878/96 הערה קודמת בעמ' 214-215; בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח (2), 550 (2004); ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד (4), 689, 891 (1980).

39. עמ 4/04 פלונית ופלוני נ' פלוני ופלונית, ההורים הביולוגיים (תל־אביב־יפו), 30/12/2004.

40. ראו יחיאל קפלן, לעיל הערה 4 בעמ' 651.

41. ראו בג"ץ 78/03 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו (2), 875, 880 (2003); רע"א 4898/00 פלוני נ' פלוני, תקעל 2001 (1) 59 (2001). ראו עוד בהרחבה עמ 4/04 לעיל הערה 39.

42. תמ"ש(ת"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית, תק"מ 97 (2) 19 (1997). צוטטו הדברים בהסכמה ברמש 57001-09'11 ג. נ' ר. (ירושלים), פס"ד מיום 09/01/2012.

קריטריון זה מושתת על עקרון טובת הילד. קריטריון זה ניתן למלא בתוכן ע"י הצגת מספר שאלות משנה: (א) האם העדר ייצוג נפרד של הקטין עלול להביא לכך שלא יוצגו מלוא האינטרסים של הקטין; (ב) האם יש ניגוד אינטרסים בין הקטין להוריו; (ג) האם במאבק המשפטי בין ההורים עלולה טובת הקטין להיזנח; (ד) האם הורה שלא ייצג כהלכה קטין בפעולה משפטית יכול להמשיך לייצג קטין בהליכים שיפוטיים הדנים בפעולה משפטית זו. הרשימה של שאלות המשנה – אינה רשימה סגורה. השאלה המרכזית אינה אם ייצוג נפרד לקטין יביא לתוצאה טובה יותר, אלא האם בהעדר ייצוג נפרד עלול הקטין להיפגע פגיעה של ממש.

יכול להתמנות אפוטרופוס לדין אדם יחיד, בדרך כלל עורך דין,⁴³ ובתנאי שהביע את הסכמתו לכך.⁴⁴ במינוי אפוטרופוס לקטין ייתן בית המשפט עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא כי בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפחתו.⁴⁵ עם זאת, "לא ימנה בית המשפט אפוטרופוס בנוסף על הורה, אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין ולאחר שניתנה הזדמנות להורה להשמיע טענותיו."⁴⁶ במילוי תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות הענין.⁴⁷ בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשתו של האפוטרופוס או של היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או של צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל עניין הנוגע למילוי תפקידו; וכן רשאי בית המשפט, לבקשת האפוטרופוס, לאשר פעולה שעשה.⁴⁸ האפוטרופוסות תפקע מיד לאחר שמילא האפוטרופוס את חובתו על פי הסמכות שקבע לו בית המשפט בעת מינויו.⁴⁹

43. סעיף 34(1) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

44. סעיף 37 לחוק הנ"ל.

45. סעיף 35(ב) לחוק הנ"ל. "בן משפחה – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות של הורה, בן זוג או בת זוג של הורה".

46. סעיף 30 לחוק הנ"ל. בדרך כלל ממנה בית המשפט אפוטרופוס אחד, אך אם ראה למנות יותר מאחד יחולו הוראו סעיפים 45 ו-46 לחוק בשינויים המחויבים.

47. סעיף 41 לחוק הנ"ל.

48. סעיף 44 לחוק הנ"ל.

49. סעיף 62 לחוק הנ"ל.

כאמור, פתוחה בפני בית המשפט האפשרות להכריע בעצמו – מכח הסמכות הנתונה לו – להגן על שלומו וטובתו של הקטין:⁵⁰

(א). בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין, של פסול דין ושל חסוי, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול הדין או החסוי פנה אליו בעצמו.

(ב). היתה 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.

כיצד יתפרש המונח "דרוש" ומהם אותם "האמצעים" המצדיקים את התערבות בית המשפט? משיב על כך המשנה לנשיא בית המשפט העליון השופט אלון:⁵¹

בבוא בית המשפט לקבוע אם הטיפול הרפואי "דרוש" לשם שמירת שלומו הנפשי של הקטין, שומה עליו לבחון את מידת התועלת שתיגרם לקטין לעומת מידת הנזק שייגרם לו. רק כאשר שקלול ואיזון אלו יובילו למסקנה "המשכנעת" כי התועלת מן הטיפול הרפואי עולה על הנזק שיגיע ממנו, ניתן לומר כי הטיפול הרפואי "דרוש" לקטין.

הוראה זו משקפת את האיזון בין כיבוד האוטונומיה של ההורה לאינטרס של המדינה להגן על הקטין:⁵²

זכות וחובה אלה של המדינה להגן על ענייניהם של מי שאינם יכולים להגן על עצמם לבשו צורה סטטוטורית באותן הוראות דין, עליהן עמדנו, המקנות לרשויות המדינה את הכוח ליזום הליכים משפטיים אשר יגנו על האינטרס של הציבור ושל הקטין בשמירה על חייו, כשהסמכות להכריע

50. סעיף 68 לחוק הנ"ל.

51. ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ופלוני, פ"ד מח (1) 711, 725 (1994).

52. רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטין), פ"ד נ"א(4) 830, 849 (1997).

בעניינים אלה נתונה לבית המשפט. ניתן אף לראות בהוראות אלה את הערובה לכך, שחיייו של אותו קטין לא ייפגעו באופן "פרטי", ללא הליך. אכן, טובת הקטין גוברת על האוטונומיה ההורית כל אימת שאין הם מסוגלים לקבל הכרעה, גם אם כל אחד מההורים סבור כי החלטתו היא שמשרתת את טובת הילד. התערבות בית המשפט תיעשה על ידי כינון "רצון קונסטרוקטיבי" לקטין:⁵³

אשר לקטין שרצונו אינו בשל דיו, נקים אנו את 'רצונו', נפעל בשמו ומשמו של הקטין, ולהגנת רצון 'קונסטרוקטיבי' זה – רצון שנייחס לקטין, רצון-שאינו-רצון – נקנה לו זכות. וכיצד נכונן אותו 'רצון'? אף אתה אמור: על-פי 'טובתו' של הקטין. 'טובת' הקטין היא חומר הגלם, ומחומר גלם זה נלוש את זכותו – או את אי זכותו – של הקטין. למותר לומר שאינטרס הקטין – בעינינו שלנו, הבוגרים – יכול שישתור את רצונו האמיתי של הקטין.

אכן, חזקה על האפוטרופוס לדין כי יפעל לטובת הילד, אך יש ובית המשפט יבחן את החלטתו אם קבע כך בעת המינוי או משום שראה כי ההחלטה איננה סבירה בנסיבות הענין ונדרש אישורו.⁵⁴ כך לדוגמא, יכול שסירובו של האפוטרופוס ליתן הסכמתו לטיפול בקטין עלול או עשוי להתפרש כפעולה הנוגדת את טובתו של הקטין.⁵⁵

53. דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (1) 48, 97 (1995). וכך כותב בענין זה שיפמן: 'טובת הילד' משקף את העקרון שעל פיו אנשים אחרים צריכים להחליט עבור הילד. אותם אנשים אחרים הם ההורים, אך אם מתעורר הצורך בכך באים במקומם בתי משפט, פקידי סעד וכיוצא בהם גופים או אנשים המחליטים החלטות לגבי הילד מתוך מגמה להגן עליו. ההנחה הגלומה בגישה זו היא שבעוד שמבוגר מסוגל וזכאי בדרך כלל להחליט לגבי עצמו, ילד איננו מסוגל, ולכן גם איננו זכאי, להחליט החלטות שכאלה. הגישה הפטרנליסטית, אותה מבקשים לרסן בתחומים רבים של המשפט, פועלת ללא מעצור בענייניהם של קטינים; פנחס שיפמן, לעיל ה"ש 1 בעמ' 236. ראו עוד לענין זה בנציון שרשבסקי, לעיל ה"ש 1 בעמ' 400, ה"ש 7.

54. סעיפים 7 ו-20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

55. יוער כי כשעקרון טובת הילד רלבנטי, הוא העקרון הבלבדי הקובע את ההחלטה. וכבר עמד על כך השופט זילברג בפרשת שטיינר: "מבחן טובת הילדים... לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו, ובו בלבד כגורם החלטי ומכריע הדוחה של

ד. מינוי אפוטרופוס לדין: מקרה לדוגמא

אחד המקרים בהם התעורר הצורך במינוי אפוטרופוס לדין ובית המשפט אכן עשה כן, היה בעניינם של שני אחים קטינים שהוריהם לא הגיעו להסכמה בנוגע להשתלת מוח עצם.⁵⁶ בית המשפט מינה אפוטרופוס לדין כדי שיחליט במקום ההורים החלוקים בדעתם. העותר אב, פגוע נפש, מבקש באמצעות אפוטרופוס, לאפשר השתלת מוח עצם מתורם לשני בניו הקטינים. הבנים, האחד בן 17 והאחר בן 12, הלוקים במחלה תורשתית קשה (Chronic Granulomatus Disease) לחילופין ביקש למנות אפוטרופוס לגופם של הקטינים. אמם של הקטינים התנגדה לבקשה. כמו כן, מתנגדים הילדים לפרוצדורה המוצעת.

בית המשפט נעתר לבקשה משני טעמים: משפטי ומעשי. הנימוק המשפטי היה החשש לניגוד אינטרסים בין הקטינים לבין אמם – המטפלת בהם – אף שחשש זה רחוק. הנימוק המעשי היה שמינוי האפוטרופוס יקדם את בית המשפט בהחלטה אם טובת הקטינים ו/או רצונם ו/או רצון האם להתערב בשל המחלוקת בין ההורים.⁵⁷

עמדת האב היא כי יש לשקול בחיוב את ביצוע ההשתלה על אף הסיכון הכרוך בו, אשר אם תוכתר בהצלחה, תרפא את הקטינים, ותאריך עד מאד את תוחלת החיים שלהם, המוערכת לאותו מועד בכ-30 שנה. האם – המטפלת בילדיה החולים במסירות רבה – מתנגדת לטיפול המוצע, בשל הסיכון הכרוך בו. תמצית דברי האם כהגדרת בית המשפט היא: "אני אמרתי שום השתלה.

שיקול אחר. פשרה לא תיתכן כאן. הוא אינו ניתן לחלוקה ואין למזגו ולערבבו באיזשהו שיקול אחר (ראו ע"א 209/54 לעיל ה"ש 5 בעמ' 251); בג"ץ 595/88 שולמן נ' מנהל המינהל לחינוך בעיריית תל אביב, פ"ד מ"ב(3) 594, 597 (1988); פנחס שיפמן לעיל ה"ש 1 בעמ' 217-221. ראו עוד דברי השופט חשין בה"ש 34.

56. תמ"ש 58623/01 פלוני נ' פלוני והיועץ המשפטי של משרד העבודה והרווחה. לא פורסם. תודתי לידידי עו"ד ד"ר שמואל וולפמן שמונה אפוטרופוס לדין במקרה זה וידע אותי אודותיו.

57. מבלי להיכנס לפרטי המחלה, נציין כי מדובר במחלה קשה, שסיכויי הצלחת ההליך הרפואי היחיד האפשרי (השתלת מוח עצם) גבוהים למדי, אך אם ההליך ייכשל יוחמר מאד מצבם של הילדים. דעות הרופאים חלוקות.

שאלוקים יחליט. אם הוא רוצה – ייקח אותם, ואם לא – לא ייקח אותם".⁵⁸ גם הקטינים החולים עצמם מתנגדים חד משמעית להשתלה מחשש שימותו במהלכה.

עמדת הקטינים הובאה על ידי האפוטרופוס לדין, הסבור, כי ככל הנראה מושפעים הילדים מעמדת אמם ו"מדברים מגרונה", והם אינם מודעים לסכנה הצפויה להם ללא ההשתלה. עמדת הרופאים איננה חד משמעית. לאור חילוקי הדעות, מונה, כאמור, לילדים החולים אפוטרופוס לדין, ואף הוא מתנגד לביצוע ההשתלה.⁵⁹

במקרה זה ברור כי מינוי האפוטרופוס לדין נועד לאפשר בחינה מדוקדקת של ההיבטים הרפואיים קודם ההחלטה על ביצוע ההליך הרפואי. לבית המשפט אין אפשרות לבחון את פרטי המקרה לעומק באותה רמה שעושה האפוטרופוס לדין. ככל שיקבע בית המשפט בעת מינויו של האפוטרופוס לדין, יבחן בית המשפט את החלטתו. ולא – מוסמך האפוטרופוס להסכים או לסרב לטיפול.

לעומת זאת בכמה מקרים החליט בית המשפט שלא להפקיע את הסמכות מידי ההורים אלא להיעתר לבקשת הרופאים ולבצע פרוצדורה רפואית חרף התנגדות ההורים. כך בעניינו של קטין בן שמונה, שסבל מפגיעה שכלית ומוטורית קשה מלידה. כמו כן, סבל ממחלת כליות שהוחרפה מאוד. כדי לפתור את בעיית הכליות, ביקשו הרופאים המטפלים בקטין לערוך לו טיפול רפואי של דיאליזה פריטונלית. יצוין, כי ללא טיפול, היה הקטין צפוי למות. אולם הוריו סירבו לתת את הסכמתם לטיפול.⁶⁰ בית המשפט דחה את התנגדות הוריו והורה על ביצוע

58. שם, סעיף 7 להחלטה מיום 24.9.2003. בהחלטה מיום 15.6.2004 עומד בית המשפט על הצורך להתחשב בעמדתה של האם המתנגדת נחרצות להשתלה והמטפלת במסירות בילדיה: "האם, בהיותה אפוטרופוסית טבעית על הקטינים, ודעתה – דעתם, הרי שתוצאה, לפיה מצד אחד כופה עליה בית המשפט ביצוע טיפול רפואי מסוים בניגוד לדעתה, ומצד שני מצפה ממנה כי תישא בעיקר התוצאות הנובעות מטיפול זה, היא בלתי נסבלת ואף בלתי מתקבלת על הדעת" (סעיף 24 להחלטה).

59. בית המשפט החליט באותו שלב שלא לתת צו אופרטיבי לביצוע ההשתלה ומשאיר את מינויו של האפוטרופוס על כנו למשך שנה או עד לבגירתו של הקטין על פי המוקדם. האפוטרופוס לדין מוסמך לפנות לבית המשפט – בשם הקטינים – בכל בקשה הנוגעת להשתלה.

60. רע"א 5587/97 לעיל הערה 52.

הפרוצדורה הרפואית חרף התנגדותם בנימוק שלא ניתן לקבל החלטה אשר משמעותה היא כי פתיל חייו של אדם יקופד, על יסוד ההנחה כי הוא חי בסבל ובכאב קשים, בלא שהובאו בפני בית־המשפט עובדות, להבדיל מאמירות כלליות, המלמדות בבירור כי מצבו הוא כה קשה עד כי אין טעם בהארכת חייו על־ידי טיפול רפואי. לא רצוי לקבל החלטה כזו, בלא התרשמות בלתי אמצעית ממצבו של הקטין. קדושת החיים מחייבת, כי בפני בית־המשפט תונח תמונה ברורה על אודות מצבו של קטין, בטרם קיבל החלטה כי אין ליתן לו טיפול אשר יאריך את חייו".⁶¹

בדרך דומה נהג בית המשפט למשפחה כשנעתר לבקשת רופאי בית החולים איכילוב לאפשר להם לכרות את ידה של קטינה שחלתה במחלה ממארת אלימה חרף התנגדות אמה⁶² בית המשפט פסק כי אמנם, אפוטרופסותם של ההורים כוללת גם את הזכות לסרב לטיפול רפואי, אולם סירוב במקרה דנן, ובנסיבותיו, הינו מנוגד בתכלית הניגוד לחובת ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין.⁶³ ומוסיף בית המשפט וקובע כי אותו סירוב עיקש ובלתי רציונאלי בעליל מצידה של האם, עלול להתפרש גם כהפרה של החובה "לשמירת שלומו הגופני והנפשי של הקטין. כאמור בסעיף 68 לחוק.⁶⁴

נמצינו למדים, כי על אף ההבדל הפרוצדוראלי,⁶⁵ כאשר על שולחנו של בית המשפט מונחת בקשה להורות על טיפול מציל חיים, אין הוא נזקק למינוי אפוטרופוס לדין. בית המשפט יכריע בעצמו מכח סמכותו.

61. שם, בעמ' 860.

62. תמ"ש 26442-04-11 מרכז רפואי ת"א סוראסקי-איכילוב נ' א.מ. (קטינה), פדא"ר 11-71-341 (2011).

63. סעיף 35 לפסק הדין.

64. שם בסעיף 36.

65. יוער כי ההחלטה בעניין בן איכר (רע"א 5587/97) ניתנה על ידי בית המשפט העליון לאחר שאישר את בקשת היועץ המשפטי לממשלה לערער על החלטת בית המשפט המחוזי. זה האחרון קיבל את ערעור ההורים להימנע מהטיפול, לאחר שבית המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשת הרופאים לבצע את הפרוצדורה הרפואית. אמנם, על החלטת בית המשפט לענייני משפחה לא הוגש ערעור, אך ההחלטה תואמת את ההלכה שנקבעה בעניין בן איכר.

ה. הטיפול בקטין בדין העברי: חילוקי דעות בין הורים

להשלמת התמונה נציג את אחד המקרים שעלה על שולחנם של חכמי ההלכה בעניינו של קטין שנזקק לניקוז נוזלים במוחו והוריו חלוקים בשאלה אם להסכים לטיפול. ככלל, בדין העברי ההחלטה על הטיפול הרפואי איננה נתונה לחולה ואיננה בסמכותו כאשר מדובר בסכנת חיים:⁶⁶

בחולי ובמכה שבגלוי, שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה, בכל ענין ואופן, שניתנה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחבוש שבר, אפילו בנטיילת אבר (כדי להצילו ממוות)... כל כהאי גוונא ודאי עושים לו ומעשים אותו בעל כורחו, משום הצלת נפש, ואין משגיחין בו אם הוא אינו רוצה בייסורין ובוחר מוות מחיים, אלא חותכין לו אפילו אבר שלם, אם הוצרך לכך למלטו ממוות, ועושין לו כל הצריך לפיקוח נפש נגד רצונו של החולה. וכל אדם מוזהר על כך משום "לא תעמוד על דם רעך" ואין הדבר תלוי בדעת של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבד את עצמו.

כלומר, הדין מקנה את סמכות ההחלטה על הטיפול לרופא. לכן, בכל מקרה של חילוקי דעות בין הורים, ההלכה איננה מצריכה מינוי אפוטרופוס לדין.⁶⁷ המבחן הוא מצבו הרפואי של החולה: האם על פי דין יש לתת טיפול רפואי אם לאו. יתרה מזו, באשר להחלטת הורים, כבר נפסק כי דעת אביו ואמו איננה מעלה ואיננה מורידה:⁶⁸

66. מור וקציעה, סימן שכ"ח. על האוטונומיה של החולה בדין העברי ראו Daniel B. Sinclair, Jewish Biomedical Law, Oxford University Press, 2003, 171-175. Fred Roser, Contemporary Biomedical Ethical Issues and Jewish Law, Ktav Publishing House, Inc. 2006, pp 47-55.

67. על סמכויות האפוטרופוס בדין העברי ראה בהרחבה יעקב קופל רייניץ, האפוטרופוס בדין העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשמ"ח. ראו עוד רמב"ם, הלכות נחלות י', ח; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ, סעיף כז. ראו עוד בהרחבה אשר גולאק יסודי המשפט העברי תל אביב תרפ"ב חלק ג, בעמ' 146; ד"מ 1/81 נגר נ. נגר, פד"י ל"ח 365 (1984); הרב בן ציון עוזיאל שערי עוזיאל (תל אביב 1935) חלק א עמ' ד.

68. שו"ת מלמד להועיל, חלק ב, סימן קד. השאלה היתה "אי (=אם) חיוב על הרופא לעשות חתוך לרפואה (אפערטיאן), גם אם האבות של תינוק החולה לא ירצו בכך. וזאת השאלה

ומעתה, כיון דשרי (= שמותר) לעשות אפעראטיאן (= ניתוח) כזו, אם כן בודאי דעת אביו ואמו לא מעלה ולא מוריד, דאיתא ביורה דעה סימן של"ו דיש חיוב על הרופא לרפאות, ואם מונע עצמו הרי זה שופך דמים ולא מצינו בכל התורה כולה שיש לאב ואם רשות לסכן נפש ילדיהם ולמנוע הרופא מלרפאותם.

ומן הכלל אל הפרט. המדובר בילד בן אחת עשרה, שסבל מגידול סרטני בגזע המוח. בשל הצטברות ניכרת של נוזלים בחלל המוח, נותח והושתלה בראשו צינורית לניקוז נוזלים שכנראה נסתמה. הילד מחוסר הכרה. יש צורך לנתחו שנית כדי להשתיל בגולגולתו צינורית חלופית שתנקז את עודף הנוזלים מחללי המוח אל תוך הקיבה. האב מוכן להתיר לרופאים לעשות כל שאל ידם כדי להאריך את חיי הילד ובכלל זה, החדרת צינורית הניקוז מבלי לגרום לו ייסורים. האם סירבה להתערבות הפולשנית מתוך הכרה כי גורלו של בנה נחרץ ואין להאריך חייו ולגרום לו סבל מיותר. הרב אליעזר יהודה וולדינברג שנדרש לשאלה זו פסק:⁶⁹

כי הצדק היה בזה עם אבי הילד שהסכים להמלצת הרופאים ... ואם הילד ... לא צדקה בהחלט ... אין לה כל חלות לפי דין תורה, והיא בניגוד גמור להלכה הישראלית.

התשובה מתבססת על ההיתר לחלל שבת להצלת חיי שעה של מי שמצאוהו מרוצץ, אפילו אם ידוע כי הניצול לא יאריך ימים.⁷⁰ החובה להאריך חיי שעה גם כאשר כרוך הדבר בחילול שבת היא חובה בפני עצמה, "שיש חיוב כמטרה בפני עצמה לתת קיום של חיים לאיש יהודי ולו הקצרים ביותר ... ואם ככה בשבת, מכל שכן שיש חיוב על כך בימות החול לעשות מאמצים להציל גם שכאלה,

נחלקת: א) אם הרופא חושב שהאפעראטיאן (=הניתוח) מביאה רפואה; ב) אם גם לבו מגמגם שתפעול האפעראטיאן פעולה טובה, אמנם בלא אפעראטיאן בודאי ימות". ראו עוד ע"א 506/88 לעיל הערה 11; הרב אביגדור נבנצאל "כפיה על תרומת דם, הסכמת קטן לתרומת אברים והיתר שתיה למיניקות ביום הכפורים" אסיא, חוב' נ"ג – נ"ד, אלול תשנ"ד, 208.

69. שו"ת ציץ אליעזר, חלק יח, סימן סב.

70. שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שכט, סעיף ד.

ולהשיב להם חיות עצמי ולו לחיי שעה בלבד, וגם לרבות אפילו כשזה כרוך בסבל". אשר על כן:

אין להשגיח בזה על ידי נשים רחמניות, וגם לא על משפטים בל ידעום, אלא מן החיוב במקרה כזה, שלא ישונה יותר, לעשות באמצעות הרופאים ורפואות, כל מה שניתן לעשות כדי להאריך את החיים ככל כמה שהם, וכמובן להשתדל יחד עם זאת, להשקיט את יסוריו ככל מידת האפשרות על ידי נתינת תרופות וסמים מרגיעים לסוגיה השונים.

תימוכין נוספים לפסיקתו מוצא הר"י וולדינברג בדברי היעב"ץ.⁷¹ כמו כן, לשיטתו גם לחיי סבל יש חשיבות, "ומי יבוא בסוד ה' וחקר אלקים מי ימצא בתכלית יצירת האדם עלי אדמות ולהתהלך לפני ה' בארצות החיים". ולא זו אף זו, הרא"י וולדינברג חושש מהחלקה במדרון התלול. בן אנוש איננו יכול להעריך את ערכם של חיי אדם ותפקידו של האדם עלי אדמות, "עד כמה שיקרים המה חיי אדם גם כששרוי לא עלינו בחולאים כבדים הממקקים אותו, ועד כמה יש לזהר מכל משמר שלא לזלזל בהם ושלא להרפות מלעשות מאמצים להמשכת חיותו". מכאן המסקנה כי לא רק שאין להתחשב בדעת החולה אלא:⁷²

מכל שכן שאין הדבר תלוי בקרובי החולה, ואפילו להוריו, הבוחרים מוות מחיים כדי למלטו מיסוריו וכי אין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה... ועל אחת כמה וכמה לא של הוריו.

בכל הכבוד הראוי, ומבלי לפגום במסקנה עצמה, ספק אם ניתן להקיש מהמקרה הנדון על ידי היעב"ץ למקרה מושא תשובת הרא"י וולדינברג. הוראתו של היעב"ץ מתייחסת לחולים, אשר כך נראה, קצו בחייהם ומבקשים את הניתוח המסוכן בתקווה לסיים את חייהם במהלכו. אמו של הילד איננה מבקשת להמית את בנה. רצונה היחיד הוא למנוע מהרופאים להאריך את חיי הסבל של בנה.

העולה במקובץ מהדברים, כי, דין אחד לחולה הקטין ולחולה הבגיר. המבחן אם לטפל בו בניגוד לרצון הוריו – והוא הדין אם הוא כשיר להביע עמדה – הוא אם

71. בתשובה הנסמכת להערה 66 לעיל.

72. שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 69.

הטיפול נדרש להצלת חייו. אם סבורים הרופאים שהטיפול מציל חיים – הקטין יטופל.

1. סיכום

חזקה על הורים שיבקשו את טובת ילדם ויעשו כל שביכולתם לשפר את מצבו הרפואי. אולם, יש וההורים חלוקים ביניהם בפירוש טובתו של הילד ועל כן אינם מגיעים להסכמה לגבי טיפול. בהעדר ההסכמה בין ההורים, המוסמכים על פי דין ליתן הסכמתם לטיפול הרפואי עלול הילד להיפגע. אם הילד מצוי בסכנה חמורה יטופל גם ללא הסכמת ההורים.⁷³ הוא הדין אם הוא במצב חירום רפואי.⁷⁴ אולם, אם מצבו של הילד איננו מחייב התערבות מיידית ויש שהות לבקש סעד מבית המשפט, כי אז ימנה בית המשפט אפוטרופוס לדין על הקטין כדי שיחליט במקום הוריו אם להסכים לטיפול. לחילופין, אם ימצא לנכון יחליט בית המשפט בעצמו מכוח סמכותו.

מינוי אפוטרופוס לדין על קטין איננו עניין של מה בכך. המינוי מהווה התערבות באוטונומיה ההורית ובפרטיות של התא המשפחתי. לכן, אין בית המשפט נוטה כדבר שבשגרה לנקוט בדרך זו. מינוי אפוטרופוס לדין בלא עילה מיוחדת ויוצאת דופן המצדיקה זאת, פוגעת בזכותו של ההורה הטבעי להחזיק בילדו או לדאוג לצרכיו.⁷⁵ עם זאת, 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.⁷⁶ כך העדר טיפול העלול לגרום לפגיעה בילד מהווה עילה מוצדקת לפגיעה באוטונומיה ההורית. שכן, באיזון הכולל בין טובתו של הילד לפגיעה באוטונומיה ההורית – טובת הילד עדיפה. אמנם, העדפה זו מאמצת גישה פטרנליסטית אשר פינתה זה מכבר את מקומה לגישה האוטונומית במערכת היחסים שבין החולה לרופא, אך טובת הקטין מטה את הכף לטובתה. אין זאת אומרת כי האפוטרופוס לדין צריך להתעלם מרצונו של הקטין המסוגל להביע עמדה. נהפוך הוא, עליו לשמוע את דעתו אם הוא

73. סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה.

74. סעיף 15(3) לחוק הנ"ל.

75. ראו על דרך ההיקש ובשינויים המחויבים ע"א 783/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (1983).

76. רע"א 5877/97 לעיל ה"ש 52 בעמ' 860.

מסוגל להביע אותה,⁷⁷ אך בהעדר יכולת כזו, או כאשר עמדתו של הקטין נוגדת את טובתו – סמכות ההחלטה בידי האפוטרופוס לדין בכפוף לסמכות שהוענקה לו בעת המינוי.

המתח הנוצר עם מינוי אפוטרופוס לדין איננו מתעורר בדין העברי. על פי ההלכה מערכת היחסים בין החולה לרופא איננה מערכת יחסים אוטונומית. ההחלטה על הטיפול הרפואי איננה תלויה בהסכמת המטופל אלא במצבו הרפואי של החולה. לכן, אין צורך במינוי אפוטרופוס לדין. עמדת ההורים או האפוטרופוס איננה מעלה ואיננה מורידה. ההחלטה נתונה בידי הרופאים על פי מיטב שיקול דעתם המקצועי.

77. סעיף 42 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.