

# היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים ובפרט מקטין הנוטה למות

עדי ניביגודה\*

\*עורך־דין ומגשר, מרצה בתחום רפואה ומשפט, ונושא מעמד הילד במשפט הרפואי

## ת ק צ י ר

עניינו של מאמר זה הוא ניסיון לבחון את יכולותיו של קטין המטופל במערכת הרפואית להיות שותף להליך הטיפול הנוגע לגופו הוא. נבחנת אפשרות החלתו של חוק זכויות החולה על קטין, למרות הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, השוללות באופן גורף מכלל הקטינים את האפשרות למעורבות ושיתוף בטיפול הרפואי. בשלב השני, בהתייחס לדעות הרווחות בתקופה שבה אנו חיים כיום ותוך דיון במרכיבים השונים של עקרון ההסכמה מדעת – חובת גילוי המידע, הבנתו, והליך ההסכמה בהיבטו הטכני – ניתן לראות כי כישוריו של הקטין "המודרני" עולים על אלה שהיו ברשותו של קטין בשנות ה־60 של המאה הקודמת, בעת שנחקק חוק הכשרות המשפטית. נראה כי מחובתנו החוקית והמוסרית להתאים את המצב הנוהג כיום, שבו ככלל אין לקטין זכות להיות שותף בהליך הרפואי, למעט בחריגים מסוימים, למצב שבו זכויותיו יגזרו על פי רמת התפתחותו והבנתו של הקטין.

מאמר זה נכתב תוך התאמה לנוהל המקובל בעולם ביחס לזכויות העומדות לקטין המטופל במערכת הבריאות, אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, מסקנות וועדת רוטלוי וחוק החולה הנוטה למות – כל זאת במטרה להביא לשינוי חשיבות־תרבותי ביחס של המערכת הרפואית אל הטיפול בקטין ובני־משפחתו.

## ה ק ד מ ה

ביום 4.8.91 אישרה מדינת ישראל את אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, אשר נכנסה לתוקפה ביום 2.11.91, וכללה את סעיף 12(1) שבו נאמר: "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 ולמידת בגרותו". כפי שמוצג במאמר זה, רחוקה ישראל מלקיים את התחייבותיה שבאמנה בכל הנוגע בזכויות הרפואיות של מטופל קטין ובפרט אלה של הקטין הנוטה למות. במצב הנוכחי קיימת חקיקת "טלאים", המביאה לפרדוקס אשר על־פיו עומדים לרשות הקטין כלים לפגוע בגופו של אחר, לפני שניתנת בידו הזכות לממש את רצונו בעניין הנוגע בבריאותו הוא ולהגן על גופו שלו. דוגמאות לזכויות אלה עשויות לשמש פעולות, ראויות כשלעצמן, כגון האפשרות לקבל רישיון נהיגה, נשיאת נשק במיסגרת התנדבות אישית במשמר האזרחי, יצירת יחסים חזויים, והאפשרות

מילות מפתח: הסכמה מדעת; קטין; נוטה למות.

Key words: Informed consent; Minor; Child; Patient's rights.

להתנדב במד"א ולהעניק טיפול רפואי לאחר. כל אלה, כאמור כאשר אין הקטין זכאי להיות שותף להחלטה בדבר הליך טיפולי הנוגע לגופו הוא. מצבים בלתי אפשריים אלו מובילים את הצוותים הרפואיים המטפלים לדילמות אתיות, מוסריות וחוקיות מידי יום ביומו, ובפרט כאשר הצוותים נדרשים לקבל החלטות טיפוליות בעלות השפעה עתידית על חייו של הקטין. כמו־כן, מובאת במאמר סקירה זה ביקורת בעניין קביעת הגיל הדיכוטורי מית, השוללת מהקטין זכויות בסיסיות, וזאת בהתבסס על חקיקה, פסיקה וחלקים נרחבים מדור"ח ועדת רוטלוי לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה.

בניגוד לדיכוטומיות הקיימת בחוק הישראלי ושקובעת גבול גיל שרירותי, אנסה במאמר זה להציג גישה פתוחה, אשר אינה גוזרת את זכויותיו של האדם מגילו הביולוגי, אם כי ממדדים שונים ומגוונים. אולם בהתייחס לעשייה הרפואית־משפטית המקובלת בעולם, הניסיון במאמר זה הוא להתייחס לגילאי 12-18 שנה כאל מעין תחום "אפור", שבו יכול שניתן וצריך להעניק לקטין זכות להשתתף בהליך הטיפולי, וזאת למרות שייתכן כי כשירותו של קטין מסוים, ובייחוד זה החולה במחלה מסכנת חיים, יכולה להתגבש עוד בטרם הגיעו לגיל 12 שנה, כפי שיפורט בהמשך. אין במאמר זה בכדי לפגוע בזכות הילד או לצמצם את זכותו ליהנות מתקופת ילדותו, או לראותו כאדם מבוגר בעל כורחו על כל המשתמע מכך. המטרה בסקירה הנוכחית היא מחד־גיסא להכיר ביתרונותיה והגבלותיה של תקופת הילדות על צרכיה השונים, תוך התאמת ההליכים הרפואיים־משפטיים לקטין כיחיד, ומאידך־גיסא לפעול למימוש זכויותיו של הקטין כמטופל וכאדם אוטונומי.

## זכותו של קטין חולה סופני לסרב לטיפול הרפואי

התפתחות המדע, הרפואה והטכנולוגיה, נתנה בידי הרפואה אמצעים להארכת חיי חולים במצב סופני, ללא קשר לאיכות־חייהם או לסבלם. במקביל, עם התקדמות הרפואה, עלו שאלות מוסריות, אתיות ומשפטיות, שלא העסיקו את המערכת המשפטית והרפואית קודם לכן. שאלות אלה התעוררו בשל ההכרה בזכויות ההולכות ומתרחבות של מטופל לקבל מידע, לשקלו, ולזכותו לסרב לטיפול רפואי או לקבלו, מתוך מודעות למהות והשלכות החלופות. שינוי זה בחשיבה ירש את מקומה של החשיבה הפטרנליסטית, שעל־פיה הרופא "היודע־כל" מיטיב להחליט עבור המטופל, אשר ממילא אינו מבין דבר ברפואה, וראוי כי יקבל את עצת־החלטת רופאו. סירוב לקבל את דעת הרופא – דחיית הטיפול הרפואי המוצע – גרמה לעיתים לניתוק היחסים בין החולה לרופא [1].

בד בבד, עם התקדמות הרפואה מחד־גיסא והתרחבות זכויות

הבעת רצון ברורה ומשכנעת [7], וזאת מתוך הכרה בזכות האדם לפרטיות ובזכותו של חולה להתנגד לטיפול רפואי [8].

אף שמדינות רבות הכירו בזכותו של אדם למות בכבוד, הן העניקו זכות זו רק לחולה במצב סופני שהוא בגיר, בעוד שחוק הכשרות המשפטית מדיר את הקטין מפני הזכויות הקבועות בחוק זכויות החולה, כגון הזכות לבחור מהן החלופות הטיפוליות השונות, ובין הימנעות מטיפול, זכויות אשר אינן עומדות לו לקטין לעומת בגיר במצב קליני דומה. מכאן, בין היתר, השאלות מה דין רצונו של קטין החולה במחלה סופנית המבקש להימנע מטיפול רפואי שיאריך את חייו? האם ראוי שהזכות לפרטיות, לאוטונומיה ולכבוד תיגזר על-פי גילו של הקטין הנוטה למות? במצב זה, שבו הקטין מסרב לקבל טיפול רפואי, מתנגשים מחויבות החברה והורי הקטין להגן ולש-

מור על קדושת חייו של הקטין, עם הנטייה הגוברת להכיר בזכות הקטין לממש את רצונו, במצב שבו הקטין הוכיח יכולת לקבל החלטות שקולות על גופו וגורלו. על-פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, יכול הקטין לממש את רצונותיו באמצעות הוריו, שהם אפוטרופסיו החוקיים. ביטוי לכך ניתן בפס"ד שפר, שבו קבע השופט אלון, כי כחלק מהיות ההורים האפוטרופוסים של ילדים עומדת להם (להורים) הזכות לסרב לטיפול רפואי בשמו של הקטין, גם במחיר מותו. אך עם זאת הוסיף וקבע בית-המשפט, כי במקרים שבהם מביעים ההורים את סירובם, קיים חשש לכך שהם מפריים את חובתם להגן על חייו של הקטין [9], ולכן ייבחן הסירוב בכפוף לטובת הילד ולאישורו של בית המשפט [10, 11].

לנוכח עמדה זאת של בית המשפט והתנגשות הערכים שהוזכרה לעיל, נותרו השאלות של בחינת טובתו של הקטין הנוטה למות, האם טובתו מצדיקה את שמירת חייו תוך הארכת סבלו, או שמא טובתו היא מימוש זכותו ל"מיתה טבעית". בעניין זה קבע בית-המשפט כי אין מנוס משמירת חייו של הקטין כערך עליון, וחובת הוריו לעשות את כל שבידם לשמירת חייו, ואין די בטענה כי טוב לקטין מותו מחייו [12].

גישה זו של בית-המשפט, והעמדה שאותה מציג השופט אלון בפס"ד שפר [13], כלל אינן דנות או מכירות בזכותו העצמאית של קטין הנוטה למות להיות שותף להחלטות בדבר הטיפול הרפואי בגופו, ובכלל זה בזכותו לסרב לטיפול. מנגד עומדת עמדתו החולקת של השופט אריאל, שהביע את דעתו כי גם כבודו וחירותו של קטין צריכים לזכות להגנה רחבה, ומתוך כך יש לכבד את רצונו של קטין הנוטה למות שלא לסבול כאב והשפלה במחלתו הסופנית [14]. גישה זו, הגם שלא קיבלה גושפנקא פסיקתית בעניין שפר, ניתן לראות בה נדבך נוסף בדרך להכרה עתידית בזכויותיו העצמאיות של הקטין להיות שותף

החולים מאידך-גיסא, החלו חולים במצב סופני לבקש שלא להאריך את חייהם הכרוכים בסבל עד לאיבוד צלם אנוש. הבקשה התבססה על ההכרה המשפטית בעקרון ההסכמה מדעת, הזכות לפרטיות וזכות האדם לאוטונומיה על גופו. אולם עולם הרפואה ועולם המשפט נתקלו בקושי שבהגדרת מושג "החולה במצב סופני", ומהו "מצב סופני" אשר בעטיו מותר להיעתר לבקשת אדם בגיר למות בכבוד, קושי אשר מתעצם במצב שבו מדובר על קטין. בטרם תיסקרנה במאמר זה מהן ההגדרות כפי שהתקבלו במהלך השנים, יש להדגיש כי ההגדרות שנידונו עד היום נכונות ורלבנטיות לאדם בגיר ובעל כשרות משפטית, וזאת להבדיל מקטינים, אשר נפקות ההגדרות שיפורטו להלן מוטלות בספק רב, ובפרט לנוכח העובדה שילדים רבים יכולים לחיות חודשים רבים

ואף שנים עם מחלות מסכנות חיים המלוות אותם לעיתים אף מיום לידתם. בסקירה זו יש להבדיל בין "קטין החולה במחלה מסכנת-חיים" לבין ההגדרה של מיהו "קטין הנוטה למות" או "קטין במצב סופני", מאחר שחשובה האבחנה המשפטית בין השניים, ובפרט ביחס לשאלת שיתופו של הקטין החולה במחלה מסכנת-חיים בהליכים הטיפוליים, זכות אשר אינה באה לידי ביטוי בחקיקה הישראלית. בתחילה נראה, כי הרפואה הגדירה חולה הנוטה למות כאדם אשר ניתן להעריך בסבירות גבוהה כי הוא עתיד למות תוך פרק זמן קצר כתוצאה מהמחלה או מסיבוכיה [2]. בשנת 1997, בנייר עמדה שפירסמה ההסתדרות הרפואית, הוגדר החולה הנוטה למות כמי אשר לפי הידע המדעי הזמן הנתון עומד למות תוך זמן קצר, ואין בידי הידע הרפואי באותו זמן נתון יכולת לרפאו או לעצור את התהליך הטבעי של המחלה. המערכת המשפטית,

לעומת זאת, נתקלה בקשיים מהותיים בניסיון להגדרת "חולה במצב סופני". כאן התנגשו אינטרסים, כגון הזכות לאוטונומיה של החולה על גופו, האינטרס החברתי בדבר קדושת החיים, ואף מצפוננו הרפואי של הרופא המטפל [3]. בפס"ד אייל נ' וילנסקי [4] הגדיר השופט גורן, כי "מחלה סופנית" היא כזו אשר אינה ניתנת לריפוי וקיימת בה החמרה בלתי הפיכה. כיום, בחוק החולה הנוטה למות שהתקבל לאחרונה קיימת הבחנה בין "חולה בשלב הסופני", מצב בו נותרו לחולה ימים ספורים, ובין "חולה הנוטה למות", מצב שבו לפי הערכת הרופא לא נותרו לחולה לחיות יותר מאשר חודשים ספורים [5]. עם השנים שיטות משפט רבות נטשו את הגישה שרווחה, שלפיה אין לו לאדם זכות לבחור במותו [6], והכירו בזכותו של אדם להחליט על מותו בכבוד. כיום מתיר המשפט האמריקאי לחולה במצב סופני לממש את זכותו, ולבקש שלא להאריך את חייו וסבלו, ובתנאי שבקשת החולה מהווה

◀ *לנוכח הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, נשללת מכלל הקטינים באופן גורף ולא אבחנה האפשרות למעורבות בטיפול הרפואי - מצב זה פוגע מהותית בזכויותיו של הקטין, ועל כן, נראה כי מן הראוי להתאים את הליכי הטיפול הרפואי והחקיקה ליכולותיו של הקטין "המודרני".*

◀ *על-מנת לממש את מלוא זכויותיו של הקטין המטופל, על הצוות הרפואי להיות מומחה לא רק בטיפול הקליני בילדים, אלא גם במיומנות התקשורתית עם ילדים.*

◀ *לנוכח מציאות חייו של קטין הנוטה למות, נראה כי כבר מגיל צעיר מאוד ניתן להכיר ביכולותיו להגיע לידי הסכמה מודעת, ובתנאי שהוא שמור קוגניטיבית והתקיימו בו כל רכיבי עקרון ההסכמה מדעת כפי שעולה מחוק זכויות החולה.*

בזכויותיו של הקטין מאידך-גיסא, נראה כי למרות שאין לו לקטין החולה במחלה מסכנת-חיים כשרות משפטית, רצוי שתישמע דעתו, ואף תקבל משקל ראוי בשיקול-דעת של הצוות המטפל ובהליך קבלת ההחלטות הטיפוליות.

### הקטין הנוטה למות ודוקטרינת ההסכמה מדעת

דוקטרינת ההסכמה מדעת, המעוגנת בחוק זכויות החולה משנת 1996 [17] היא תוצאה מעליית מעמדן של זכויות יסוד של האדם ומהכרה בערך האדם, חייו וכבודו [18]. עקרון ההסכמה מדעת קיבל בישראל תוקף ומשמעות הלכתיים עוד בפס"ד שטיינר [19] משנת 1964. בית-המשפט קיבל את טענת התובעים שהסכמתם הושגה שלא מדעת ומצא את הרופאים חייבים בעולת התקיפה. בחוק זכויות החולה בסעיף 13 (א) נקבע מפורשות, כי לא ינתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת של המטופל, וזאת בכפוף לחריגים המוגדרים בחוק. אולם אין בחוק זכויות החולה הגבלה באשר לגיל המטופל או רף מינימום של גיל תחולתו. מכאן עולה שאלת הפרשנות וההחלה הדווקנית של הוראות החוק, גם על טיפול רפואי בקטין, או לחלופין על מצב שבו קטין חולה במצב סופני מסרב לטיפול המוצע לו על-ידי רופאיו.

בסעיף 1 לחוק זכויות החולה, שבו מוגדר "מטופל" כאדם המבקש או המקבל טיפול רפואי, ממילא נכללים בהגדרה גם קטינים, שכן קטין אינו נבדל מבגיר בהיבט היותו מטופל. התניית זכויותיו של מטופל בגילו הביולוגי נראית כפגיעה שאינה מידתית, ואינה ראויה בכבודו וחירותו של הקטין, וכל זאת בניגוד לסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. במקרים רבים כישוריו המנטליים של קטין אינם חופפים את גילו הביולוגי. עובדה היא כי קטינים רבים יותר פונים ומקבלים טיפול רפואי על צורותיו השונות, ללא ליזיו הוריהם, וטיפולים רפואיים הם כיום מעשים שבשיגרה בחיי הקטינים בישראל.

לפיכך, יכול ואף ניתן להכיר בקטין כ"מטופל" מכוחו של סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אשר מהווה סייג לצורך שבקבלת הסכמת הוריו בטרם יבצע פעולה משפטית [20]. כיום סעיף 6, הוא אשר מכשיר את הדרך להכיר בפעולות משפטיות שמבצע קטין ושזו דרכם של קטינים בגילו לעשות כמוהו. יחד עם זאת, סעיף זה הוא בעייתי ואינו מאפשר הסתמכות, שכן לפיו זכות הקטין כמטופל תבחן לאור המציאות הנוהגת בקרב הצוותים הרפואיים, וקטינים בני אותה קבוצת גיל. בפועל, על-מנת לעגן פעולות של קטינים מבחינה חוקית, נדרש הצוות המטפל לעמוד בנטל כמעט בלתי אפשרי, בו בזמן שחלוצי מתן הזכויות הטיפוליות העצמאיות לקטין, ואלו שבזכותם לבסוף יכיר המחוקק בחריג כגון זכותה של קטינה להפלה בכל גיל, הם בגדר "עבריינים".

לכן, מאותם הנימוקים עצמם, בשל המציאות השוררת בקרב הקטינים בישראל ובשל אינטרסים כגון עקרון צמצום הנזק, הזכות למידע ופרטיות, זכות האדם על גופו וחייו וכדו', הכיר המחוקק הישראלי בכשרותו של קטין לעניינים מוגדרים מתוך קונצנזוס חברתי במטרה לשמור על בריאותו, כבודו וזכויותיו, ודוגמאות לכך ניתן לראות בחריגים הבאים: (1) סעיף 1 לחוק גילוי HIV בקטין [21], שבו מתיר המחוקק לבצע את הבדיקה על-פי רצון

ההליך הטיפולי, ובכלל זה את זכותו לבחור את הדרך שבה הוא רוצה לסיים את חייו. במשך שנים רבות נסב הדיון המשפטי-רפואי בהתנגשות שבין זכויות ההורים להחליט מתוקף היותם אפוטרופוסים לבין חובת החברה לשמור על חייו של הקטין, וזאת מבלי לדון או להכיר בזכותו העצמאית של הקטין לדעה משלו, תוך מתן משקל הולם וראוי לרצונותיו.

התקדמות נוספת אם כי בעייתית בסוגיית הקטין הנוטה למות, ניתן לראות בוועדת שטיינברג, שגיבשה את חוק החולה הנוטה למות. בסעיף 6 לחוק הוכרה כשרותו של אדם לסרב לטיפול רפואי כבר עם הגיעו לגיל 17 שנה, ואילו בסעיף 25 לחוק נקבע, כי כאשר לקטין לא מלאו עדיין 17 שנה, מוטל על הצוות המטפל להעריך באופן אובייקטיבי את בגרותו ויכולותיו של הקטין, ובהתאם לכך להחליט אם ראוי לשתפו בהחלטה על המשך הטיפול הרפואי.

נוסף על כך, מתוך ההתמודדות היומיומית של הצוותים הרפואיים המטפלים ותומכים בקטינים חולים, עולה שכבר מגיל צעיר מאוד עומדת לקטין הנוטה למות יכולת המשגת המוות תוך הבנת ההליך והשלכותיו, וככלל, קטין (בפרט זה החי בישראל) מצויד בכישורים חברתיים ואינטלקטואליים הדרושים להבנת תהליך המוות [15]. בגישות העומדות ביסוד חוק החולה הנוטה למות ניכרת אִי-הסימטריה שבין הוראת סעיף 6, שבו נקבע גיל הכשרות בצורה דיכוטומית, ושעל-פיו לגישת מנסחי החוק מתגבשת הבנת הקטין רק בגיל 17, לעומת הגישה המודרנית העולה מהסעיפים האחרים. בגישה זאת ניצב הקטין במרכז הטיפול, וקיימת חשיבות לשיתופו בהליך הטיפולי בהתאם ליכולותיו. אך לצד הרצון לשותף את קטין בהליך הרפואי, לשון החוק עמומה בעניין רמת ההבנה הנדרשת מקטין כדי להקים את זכותו, ובעניין הגדרת הזכויות אותן יוכל לממש. בנוסף, אין בחוק התייחסות להיקף המידע שיש למסור לקטין אשר באמצעותו יוכל לגבש את ההבנה הנדרשת למצבו.

דוגמה לגישה המכירה בזכותו של קטין עם מחלה מסכנת-חיים להיות שותף להליך קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי, ניתן לראות בחוק ההולנדי [16]. בסעיף 3 בפרק השני ניתן לראות שהמחוקק ההולנדי מורה לצוות הרפואי לפעול בכפוף להבעת רצונם של קטינים בגילאי 16-18 שנה לסיים את חייהם, ובתנאי שהקטין נחשב באופן סובייקטיבי כמי שמסוגל להעריך את מצבו באופן רציונלי, והחלטתו התקבלה תוך איזון אינטרסים. כפי שניתן ללמוד מסעיף זה, החלטתו של הקטין תתממש לאחר התייעצות בלבד עם האפוטרופוסים, וזאת להבדיל מסעיף 4 באותו הפרק, אשר נדרש בו אישור האפוטרופוסים במצב דומה בקטינים בגילאי 12-16 שנה.

לסיכום, לכאורה נראה כי זוהי התקדמות משמעותית בדרך להכרה בזכויותיו הרפואיות של הקטין, אולם כאשר בוחנים חוק זה בראייה מעשית-טיפולית יומיומית ולנוכח העשייה הנהוגה במערכות חוקיות-רפואיות נאורות בעולם, נראה שאין בחוק זה מענה הולם באשר לזכויותיו של קטין החולה במחלה מסכנת-חיים ואינו מוגדר כחולה במצב סופני להבדיל מהקטין הנוטה למות. יתרה מזו, אף עולות תהיות בדבר ההפרדה שהחוק עושה בין זכות הקטין שמלאו לו 17 שנה לסרב לטיפול הרפואי לבין קטין מתחת לגיל זה. כיום, לנוכח החסר החוקי מחד-גיסא והפגיעה האנושה

המשפטית הקבועה בחוק. לקטין המטופל, ובפרט זה החולה במחלה מסכנת-חיים, יש יכולת להתמודד עם מידע רפואי, והוא יודע "להשתמש" במידע זה לטובתו כבר מגיל צעיר. בהווה "הבית-חולימית" שבה חי הקטין, לא ניתן להעלים מתודעתו מידע רפואי, או את האמת ואת האפשרות כי מדובר במחלה סופנית. מעצם האישפוז, כשהקטין מנותק מסביבתו הטבעית ומחבריו, ובהיותו חשוף למתרחש סביבו, לרבות "היעלמותם הפתאומית" של שותפיו לחדר בבית-החולים, מודע הקטין המאושפז למתרחש סביבו, למרות שהדברים לא נאמרו לו מפורשות. יתר-על-כן, הסתרת המידע עלולה לגרור את הקטין למצב של מתח, פחדים וחוסר ודאות, אשר לעיתים מלווה בתחושה שהיא קשה יותר מהידיעה עצמה, ומוותרת את הילד בתחושת בדידות אימה [28].

לצד ההתקדמות שהביא עמו חוק החולה הנוטה למות, התעצם הפרדוקס שבהסתרת מידע מקטינים. כפי שניתן לראות בסעיף 28(ב)(2) ו-(ג) לחוק החולה הנוטה למות, במקרה של מחלוקת בין הקטין לבין הוריו או הצוות המטפל, מכריעה הוועדה המוסדית. אולם נשאלת השאלה מה מקומה ויעילותה של ועדה מוסדית כאשר לפי הוראות החוק, כלל לא עומדת לקטין מתחת לגיל 17 הזכות הפוזיטיבית לקבל מידע על מצבו הרפואי. יכול שיתקיים מצב אבסורדי שבו תתכנס הוועדה המוסדית לדון במחלוקת בין קטין להוריו או בין הקטין לצוות המטפל, בשעה שלקטין הנוכח בדיון "והנלחם" על רצונותיו, מעולם לא נמסר מידע מלא אודותיו. דילמה נוספת העולה מחוק החולה הנוטה למות, מקורה בהוראת סעיף 26(2), המתנה את שיתופו של הקטין בהערכתו של הרופא האחראי. אך בסעיף ההגדרות שבחוק לא נקבע כי הרופא האחראי חייב להיות מומחה, הן ברפואת ילדים מבחינת הטיפול הרפואי הקליני, והן מבחינת יצירת קשר ושיחה המותאמים לגילו ולהבנתו של הקטין כאחד. לנוכח זאת, ועל-מנת לקיים את חובתנו החוקית והמוסרית כלפי הקטין החולה, ואת זכותו למידע, על הצוות הרפואי להיות מוכשר ומאומן לטפל בילדים קבוצות הגיל השונות, כך שהמידע הרפואי יועבר לקטין בצורה המותאמת למידת בגרותו והבנתו, וכדי שיוכל לגבש דעה עצמאית ובעלת משקל ראוי כדרך למימוש זכויותיו הבסיסיות, ולכן שהשתתפותו של הקטין בהליך הרפואי תהייה אמיתית.

(2) הבנת ההליך הרפואי — הסכמה מודעת חייבת להתבסס על הבנה, שכן לדוגמה, במקרה שבו ההסכמה ניתנה בזמן שהמטופל לא היה שרוי בהכרה מלאה, היא לא ניתנה מתוך רצון אמיתי [29]. כדי שהבנת המטופל תהייה מלאה ותקבל תוקף משפטי, יש לוודא כי המידע שנמסר מפי הצוות המטפל יהיה בהיר, מובן ומותאם למטופל. לענייננו עולה השאלה, האם יש בידי הקטין המטופל יכולת אמיתית להבין את מצבו הרפואי, בצורה העולה בקנה אחד עם דוקטרינת ההסכמה מודעת? יש הטוענים שבשם רכיב "ההבנה" ניתן להצדיק את שלילת זכותו של הקטין להסכים לטיפול או לסרב לו, כיוון שבגרותו הנפשית אינה מפותחת דייה, והקטין נעדר כישורים מתאימים לקבלת החלטה שקולה ונבונה [30]. המצדדים בגישה זו רואים את הבנתו של הקטין כמושפעת בעיקר מרצונותיהם של אחרים הסובבים אותו. השפעה זאת שוללת מהקטין את יכולתו לקבל החלטה עצמאית המכריעה בין האפשרויות המוצעות [31]. מאידך, בחשיבה המשפטית החלו

הקטין וללא דרישה להסכמת הוריו, לאחר שהרופא נוכח כי הקטין הבין בפועל את ההסברים שניתנו לו וביכולתו של הקטין לגבש רצון עצמי; (2) סעיף 23(א)(1) ו-(2) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), המכיר בזכות קטין להביע את התנגדותו לאישפוז פסיכיאטרי כפוי החל מגיל 15, בתנאי שהוכיח בגרות קוגניטיבית והבנה לגבי מהות האישפוז והשלכותיו [22]; (3) בחוק אימוץ ילדים, המתנה את תוקף האימוץ בהבנתו והסכמתו של הקטין, כבר מגיל 9 [23], כאן יש חריגה מעקרונות הגיל הכרונולוגי שבחוק הכשרות המשפטית והכרה ברכיב ההבנה של הקטין; (4) סעיף 316 לחוק העונשין [24], מאפשר לקטינה מתחת לגיל 18 שנה וללא קביעת גיל מינימום לעבור הפסקת הריון, ללא ידיעת הוריה או הסכמתם.

בהנחה שאכן ניתן להכיר בקטין כ"מטופל", עולה השאלה אם יש לראות בהסכמתו או סירובו של הקטין כדין הסכמה מדעת, כפי שנדרש בחוק. בשנים האחרונות, לנוכח השינויים שחלו בעולם ובישראל, הן חברתית והן מדעית, נראה כי במקרים רבים קיימת האפשרות ואף החובה להחיל את עקרון ההסכמה מדעת גם על קטין הנוטה למות או החולה במחלה מסכנת חיים, וזאת עוד לפני גיל 17, כפי שנקבע ביחס לחולה הנוטה למות בסעיף 3 ו-6 לחוק החולה הנוטה למות, ובתנאי שהקטין שמור קוגניטיבית ומתקיימים בו רכיבי עקרון ההסכמה מדעת. לכן, לצורך זאת מפורט את עקרון ההסכמה מדעת ל-3 תנאים מצטברים כפי שמשתקפים בחוק זכויות החולה:

(1) גילוי מידע רפואי — חובת גילוי המידע היא רכיב מהותי בדרך לקבלת ההסכמה של מטופל בגיר להליך רפואי. בהיעדרו נשללת מן המטופל האפשרות לבצע בחירה אמיתית וחופשית. הגישה הפטרנליסטית שהייתה נהוגה בעבר, אשר התבססה על ההנחה שהחולה אינו מעוניין לשמוע בשורה מרה [25], גרמה לנקיטת אמצעים בפני זליגת מידע אל החולה, כך שנמנעו "הבשורות" מן המטופלים ונמסרו למשפחות, ששיתפו פעולה בהסתרת האמת. כיום, החיל סעיף 13(ב)(ג) לחוק זכויות החולה, את חובת גילוי ומסירת מידע ב"אורח סביר", ובכך לאפשר למטופל להחליט בעצמו בנוגע להליך הטיפולי המוצע לו — זוהי זכות בסיסית העומדת לאדם [26]. אולם כשמדובר בטיפול בקטין, מגביל חוק הכשרות המשפטית את זכותו זאת של הקטין. מחד-גיסא, נראה כי קיימים טעמים חזקים המצדיקים את הסתרת המידע מן קטין, ובייחוד כשזה לוקה במחלה סופנית. עקרון מניעת הנוק לחולה מצדיק לעיתים את הסתרת האמת, כדי שלא לפגוע בסיכויי החלמה או להחמיר את מצבו הבריאותי של החולה. שיתוף מלא של קטין בחומרת מצבו עלול להביאו לידי ייאוש, דיכאון ולעיתים אף לרצון לסיים את חייו. ייתכן שבמצבים אלה נחוצה הסתרת המידע. נימוק זה מקבל משנה תוקף במקרה שבו גילוי מלא של כל הסיכונים, ולו הקלושים ביותר, עלול להניא את החולה-הקטין מלהסכים לטיפול או להשפיע על מצבו הנפשי. נראה כי במקרים אלה עדיף להימנע ממסירת מידע רפואי למטופל בנוגע למצבו הרפואי, בכפוף לאישור בוועדת האתיקה [27]; מאידך-גיסא, האם יש בכל הטענות שלעיל כדי להבדיל מהותית בין מטופל בגיר לקטין? במציאות של ימינו, הקטין בישראל כבעולם כולו חשוף למגוון מקורות מידע ולאתגרים, המפתחים בקטין "המודרני" מערכת חשיבה וביטוי עצמאית ובוגרת, זמן רב לפני הכשרות

בקטין החולה במצב סופני. לנוכח זאת, שעה שהוועדה ניסתה להטיב את מצבו של הקטין הנוטה למות, עלול להיווצר מצב בו יפורש חוק החולה הנוטה למות באופן שיחסום את זכותו של הקטין להשתתף בהליך הרפואי – כל זאת בגלל קביעה שבה נטען כי הקטין משולל הבנה וכישורים, שאובחנה על-ידי רופא שאינו מוסמך או מיומן להעריך בצורה אמיתית את יכולותיו וכישוריו של הקטין. ניגוד זה בולט בפרט לנוכח גישת המשפט הישראלי, שבה ניתן להבחין בו בניצני הכרה בחשיבות שיתוף הקטין בהליך הטיפולי כפי שהובאו לעיל לעניין חריגי החוק.

לסיכום, לנוכח המחקרים, חריגי החקיקה הרפואית וסעיפי החוק בענפי המשפט השונים שהותאמו למימוש זכויותיו של הקטין, נראה כי גם באשר לזכויות הקטין הנוטה למות ראוי היה להימנע מקביעת גיל דיכוטומית, היוצרת הפרדה מלאכותית בין החזקה שקטין מעל גיל זה הוא בעל הבנה מספקת לצורך שיתופו בטיפול הרפואי, לבין, קביעת רמת ההבנה, בגיל הנמוך יותר, על-פי הערכת הצוות הרפואי, אותו צוות אשר לבסוף מעניק לקטין את סל הזכויות בהסתמך על קביעותיו.

3) הסכמה – כפי שעולה מסעיף 14 לחוק זכויות החולה, הסכמה יכול שתינתן בכתב, בעל-פה או בהתנהגות, בכפוף לחריגים המנויים בתוספת לחוק, המחייבים הסכמה בכתב. טפסי ההסכמה להליכי הטיפול השונים, שפותחו על-ידי גופי רפואה וביטוח, אינם פוטרים את הרופא ממסירת המידע המשמעותי הדרוש לצורך קבלת ההחלטה גם בעל-פה, בדרך שתובן על-ידי המטופל. גם ברכיב זה לא נראה כי קיים שוני מהותי בהיבט "הטכני", בין צורת הסכמת האדם הבוגר לבין צורת הסכמתו של הקטין – זאת בתנאי שהליך ההסכמה יותאם ליכולותיו של הקטין, היודע קרוא וכתוב. בענפי משפט שונים התאים המחוקק את ההליכים והטפסים לרמת הבנתו של קטין. כדוגמא יכול לשמש חוק העונשין, סדר הדין הפלילי ודיני הראיות [40], ובו הסדרים המיוחדים לקטינים, ביניהם ההסדר הקובע כי קטין עד גיל 14 ייחקר על-ידי חוקר ילדים שהוכשר לתפקיד זה, ההוראה כי אזהרת קטין לפני חקירה תבצע בצורה מובנת, הטפסים גם כן ינוסחו בצורה מובנת לקטין. קיימות גם דוגמאות בתחום דיני משפחה, חוזים וכדו'. כיום, כבר בגיל צעיר מאוד רוכש הקטין "המודרני" את המיומנות לחתום על טפסים בתחומים שונים, שבאה לביטוי לרוב מגיל העשרה, שבו רשאי הקטין לבצע פעולות כפתיחת חשבון בנק וניהולו, רכישת מוצרים, הצטרפות למכון כושר וכדו'.

לסיכום, לתמצות הגישה המובאת בסקירה זו, ובהנחה ששלושת התנאים גילוי מידע, הבנת ההליך וההסכמה מתקיימים, ניתן יהיה לומר שהסכמתו של הקטין המוגדר היא הסכמה מדעת כפי שמשמע מחוק זכויות החולה. נראה כי בעקבות ההתפתחות החברתית של ימינו והיכולות העומדות בפני הקטין "המודרני", ניתן לגזור את זכויותיו של מטופל קטין תוך התחשב במדדים של בשלות נפשית, התפתחות קוגניטיבית, יכולת שיפוט מוסרית וערכית וכדו', כך שניתן יהיה להבחין עניינית בין הקטין המסוגל להגיע להחלטה מושכלת לבין זה שאין בידי לקבל החלטה כזאת. על-מנת לממש זאת, יכול וצריך שגם בתחום הרפואה וותאמו טפסי ההסכמה לרמת הבנתם של קטינים, החל מרמתו

המחוקקים להכיר בזכויות קטינים ההולכות ומתרחבות, בהתאם לכישוריהם ומידת הבנתם הסובייקטיבית. לדוגמה, במשפט האמריקאי במספר מדינות, הוצגה גישה אשר לפיה ניתן לסווג את זכויות הקטינים באופן הבא [32]: Mature minor – קטין בגיל העשרה, אשר מפגין בשלות רגשית ומחשבתית, ואשר הגיע לרמת מסוגלות מספקת לצורך הבנת הטיפול המוצע לו, לרבות הסיכונים הנלווים, ומתוך כך לקבל החלטה נבונה ושקולה [33]. Emancipated minor – קטין המנהל את ענייניו באורח עצמאי ולרוב חי מחוץ לבית הוריו. קטין המבקש הכרה משפטית עצמאית יכול לקבל זאת בשלושה מצבים [34]: א' הקטין נשוי, ואולם זאת בכפוף לאישור הוריו וחוקי מדינתו. ב' הקטין משרת בצבא, ואולם זאת בכפוף לאישור הוריו ורשויות הצבא. ג' הצהרה של בית-המשפט, ובתנאי שמלאו לקטין 14 שנה, והצליח הקטין 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. ברי, גישה זאת אינה חפה מהסתייגויות, ובייחוד מפני שבמקרים רבים נראה שהקטין שהוגדר על-ידי המערכת המשפטית כ"עצמאי", בפועל זכה בזכויותיו אלו בעל כורחו מכיוון "שהתגרש" מהוריו לעיתים בניגוד לרצונו ונסיבות חייו אילצו אותו לחיות בגפו – כל זאת להבדיל מקטין, Minor, שאילו מתייחס החוק כקטין בגיל ילדות, כאשר יש עוד תלות רבה בינו לבין הוריו, ורמת הבנתו היא בסיסית ואינה מספקת לקלוט מצב רפואי נתון. בשלב התפתחות זה קיים קושי מהותי בהסתפקות בהבנת הקטין. בסיווג האמריקאי מנסה המחוקק, כפי הנראה, לבטא גישה מודרנית שמקורה בצורך לבחון את הקטין לפי כישוריו ונסיבות חייו. דוגמאות נוספות לשיטות משפט שהכירו בכשרותו המשפטית של קטין בהליך הטיפולי ניתן לראות במדינות אירופה השונות, כגון אנגליה וסקוטלנד. בעקבות פסק-דין Gillick [35], הכיר המחוקק האנגלי בסעיף (1)8 [36] בכשרותו המשפטית של קטין כבן 16 שנה להסכים לטיפול רפואי ולהיות שותף לו. בסקוטלנד קבע המחוקק את גיל הכשרות לגיל 16 שנה, אולם בכפוף לחריגים שנקבעו ובהתאם לכישוריו המתפתחים של הקטין, עומדת לו היכולת להסכים לטיפול הרפואי כבר בגיל 12 שנה.

גישה שבאה לידי ביטוי בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד ובדינוי ועדת רוטלוי, היא זו המכירה בתהליך התבגרות אינדיבידואלי, המושפע בעיקר מכישוריו המתפתחים של הקטין המסוים ומחשיפתו לסביבה. גישה זו מבחינה בין קטין אחד לשני, וממליצה על הענקת זכויות שונות לקטינים ברמות בגרות והבנה שונות. גישה זאת נתמכת במחקרים שבהם הוכח שמערכת קבלת ההחלטות ובגרות נפשית, קיימת בקטין זמן רב לפני גיל 18 [37], ובגיל צעיר יותר עומדת לקטין יכולת ההבנה והדעה העצמאית [38]. בעמדה זאת תומכת קנדל [39], שציינה כי בקהיליית הפסיכולוגים ההתפתחותיים יש הסכמה שקטין בגילאי 6-9 שנים יכול לאזן אינטרסים באופן עצמאי, תוך העמקה לוגית ויכולת חשיבתית.

בענייננו, גם חוק החולה הנוטה למות אינו מעניק לקטין החולה במחלה מסכנת חיים זכויות פוזיטיביות מוגדרות, אלא משמש במקרים מוגדרים כהנחיה לצוות הרפואי כיצד עליו לנהוג

12. ה"פ (ת"א) 779/88, האגודה לזכויות האזרח ויעל שפר נ' ביה"ח זיו בצפת, פס"מ תשמ"ז, 240, 247.
13. פרשת שפר, ר' הערה 10 לעיל, עמ' 184.
14. שפר נ', ר' הערה 10 לעיל, עמ' 198.
15. טננבוים מ', "נושא המוות אצל ילדים", "בשדה חמד", תשנ"ט, גיליון 4.
16. *The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act* entered into force on 1 April 2002.
17. חוק זכויות החולה, תשנ"ו — 1996.
18. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב 1992, סעיפים 2 ו-4.
19. ד"נ 25/66 דר' יוסף ברחי ואח' נ' שטיינר, פ"ד כ(4), 327.
20. חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, ר' הערה 9 לעיל, סעיף 6.
21. חוק גילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו — 1996.
22. חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך — 1960, סעיף 13(א).
23. חוק אימוץ ילדים, התשמ"א — 1991, סעיף 7 ו-28 כא (ד).
24. חוק העונשין (נוסח משולב), התשל"ז — 1977, סעיף 316.
25. *Goldie L*, The ethics of telling patient. *J Med Ethics*, 1982, 128-133.
26. ע"א 5942/92 פלונית נ' פלוני, פ"ד מח(3), 837.
27. חוק זכויות החולה, ר' הערה 17 לעיל, סעיף 13(ד).
28. *Stillion JM & Papadatou D*, An Examination of Psychosocial Issues in Children and Adolescents with Terminal Illness. *Am Behav Sci*, 2002; 46, 299-315.
29. ת"א (ב"ש) 884/8 אסא נ' קופ"ח ואח', פ"ד מז (3), 32, 42.
30. *Restaino JM*, "Informed Consent: Should it be extended to 12-year-olds? A surgeon's view. *Med & Law*, 1987; 91: 95.
31. *Ginsberg v. New York*, (1968) 390 U.S. 629.
32. *Institutional Review Board Guidebook*, Chapter VI, Special Classes of Subjects.
33. *Code of Federal Regulations* - Title 21, 50.55.
34. *California: Family Code*: 7120-7123 (West 1994).
35. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1986) 1 AC112.
36. *Family Law Reform Act* 1969, 8(1).
37. *Fox M & Mchale J*, In whose best interests? *Mod L Rev*, 1997; 60: 700.
38. אפק א' ו-מורג ת', דו"ח הועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת ס' רוטלוי, דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, חלק שני — השתתפות ילדים בבתי המשפט לענייני משפחה-דברי הסבר להצעת החוק, עמ' 93.
39. דו"ח הועדת רוטלוי, ראה לעיל הערה 35, 102.
40. חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו — 1955, סעיפים 1 ו-4.

הממוצעת של ילד כבן 7, הגיל שבו לרוב הקטין מסוגל לקרוא. את קידום נושא זכויות הילד המטופל בכלל וזכויות הילד החולה במחלה מסכנת חיים בפרט, יש להסדיר בצורה של חקיקה ראשית לאור חוקי היסוד, ובראשם כבוד האדם וחירותו. לנוכח חוק החולה למות שעבר בכנסת, ואשר לא נתן מענה הולם לצורכי כלל הקטינים החולים, ניתן וראוי לצעוד צעד נוסף ולהוסיף לסעיף ההגדרות גם את המצבים של מחלות מסכנות-חיים. כמו-כן, על מערכת הבריאות בישראל מוטלת החובה החוקית והמוסרית להתאים את הליכי הטיפול הרפואי לקטינים — ובכלל זה לאפשר לקטין לקבל את הטיפול הרפואי מרופא שהוא מומחה לא רק בטיפול הקליני, אלא שבידיו גם מיומנות תקשורתית לטיפול בילדים. על-מנת להשיג אידיאל זה, נדרשת מערכת הבריאות להכשיר את צוותיה הרפואיים והפארא-רפואיים לגישה טיפולית בקבוצות הגיל השונות, וזאת כבר משלבי ההכשרה הראשוניים בפקולטות השונות. כיום ניתן להבחין בפערי המידע ובהיעדר ידיעת החוק בקרב הצוותים הרפואיים המטפלים ביומיום בבתי-החולים השונים ובקופות-החולים, עד כדי פגיעה יומיומית בזכויות הילדים, וזאת מבלי לדעת שהזכות לטיפול נפגעת או בשל פחד מוטעה מתביעות משפטיות. על-מנת לפתור את בעיית הידע, נדרשת תוכנית עבודה מובנת שמחד-גיסא תחשוף את הצוותים המטפלים לחוק הישראלי הקיים ולבעיותיו, ומאידך-גיסא תכשיר את הצוותים לדרכי תקשורת עם ילדים ומתבגרים.

מאמר זה מבוסס על עבודה בהנחייתה של ד"ר תמר מורג, ועל כך תודתי והערכת. כמו-כן תודתי לרובינשטיין-יקירביץ, עורכי-דין, על תקופה נפלאה ומשכילה.

### ב י ב ל י ו ג ר פ י ה

1. לרנאו ע', "האם תתכן הסכמה מודעת?", רפואה ואתיקה, שער פתוח, ניסן התשנ"ה, 11.
2. שטיינברג א', האנציקלופדיה הלכתית-רפואית, ירושלים: מכון שלזינגר 1996-1988, חלק ד', 342.
3. גרין י', משפט ורפואה, יחסי חולה-רופא, חושן למשפט, תשס"ג — 2003, 290.
4. ה"פ (ת"א) 141/190 אייל נ' וילנסקי, פס"מ תשנ"א (ג), 187, 193.
5. חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו — 2005, סעיף 8 (א), (ב).
6. *John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston* (1970) 58 N.J 576, 279 A. 2d, 670.
7. *Cruzan V. Director Missouri Department of Health* (1990) 110 S.Ct. 2841, 2854.
8. *Matter of Quinlan* (1976) 355 A. 2d, 647.
9. חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב — 1962, סעיף 15.
10. ע"א (עליון) 506/88, שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87, 184.
11. רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטין), פ"ד נא(4), 830.

מחבר מכתב: עדי ניב-יגודה, ביאליק 27, נס-ציונה  
מייל: adinivy@gmail.com / www.med-rights.com