

הסכמת חולה לטיפול רפואי (חלק שני משלושה חלקים)*

השופט אמנון כרמי

סימן 5 - החולה הקטין

כשרות הקטין

אדם, שלא מלאו לו 18 שנה, הוא "קטין"¹. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו². כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם כשרותו זו נשללה או הוגבלה, בחוק או בפסק דין³. ניתן לראות בהסכמה לטיפול רפואי משום "פעולה משפטית", מקום שהחוק קובע את ההסכמה כתנאי לשחרור הרופא מאחריות משפטית למעשה התקיפה⁴. הקטין אינו משולל, ואיפוא, כשרות משפטית, אלא שנוכח קטינותו, חולשתו והעדר נסיונו, מגן עליו החוק באמצעות מינוי אפוטרופוס⁵.

אפוטרופוס

הורי הקטין הם אפוטרופסיו הטבעיים⁶. בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים ההורים לפעול תוך הסכמה. הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללל, לענין מסויים או באופן כללי; חזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בענין שאינו סובל דחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו⁷. היו הורי הקטין חיים בנפרד רשאים הם להסכים ביניהם על מי תהיה האפוטרופסות לקטין, והסכמם זה טעון אישורו של בית המשפט⁸. מת אחד ההורים, תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני⁹. קרוב משפחה אחר, זולת ההורים, אינו משמש, דרך כלל, כאפוטרופוס במקומם, והוא יכול לשמש כנציגם רק במקרים מיוחדים. כך נמצא רופא אחראי ל"תקיפת" קטינה במקרה הבא: ילדה בת 11 נשלחה לחופשה עם אחיותיה בנות ה-20 וה-22. בחלות הקטינה, במקום הנופש, הסכימו אחיותיה לניתוחה בדרך של הסרת שקדים ופוליפים. בית-המשפט קבע שניתוח זה הוזה מעשה של "תקיפה", שכן האחיות היו נטולות סמכות ליתן הסכמה לניתוח¹⁰. במקרה דומה הובא ילד בן 9 על ידי אחות מכית ספרו לרופא עירוני, והלה שלחו לבית החולים והורה על הסרת שקדיו. הילד לווה על ידי אחיו בן ה-15. המנתח נמצא אחראי על ניתוח הקטין ללא הסכמת הוריו¹¹.

אפוסטרופוס ממונה

בית המשפט רשאי למנות אפוסטרופוס לקטין ששני הוריו מתו, או שהוכרזו פסולי דין, או שהאפוסטרופוסות לקטין נשללה מהם על פי החוק¹². בית המשפט רשאי, כמו-כן, למנות אפוסטרופוס נוסף להורה במקרים בהם מת אחד ההורים או הוכרז פסול דין, או שההורה אינו מסוגל למלא חובותיו¹³, או שאפוסטרופוסותו הוגבלה¹⁴.

בית המשפט מוסמך למנות אפוסטרופוס גם כן לעובר, או לאדם שאין עדיין אפשרות לחוותו¹⁵. בית המשפט ימנה לאפוסטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת החסוי – הקטין¹⁶. יכול להחמנות אפוסטרופוס אחד מאלה: יחיד, תאגיד או האפוסטרופוס הכללי¹⁷.

לפני מינוי האפוסטרופוס ישמע בית המשפט את דעת ההורה¹⁸ ואת דעת החסוי, אם הוא מסוגל להבין בדבר ואם ניתן לברר דעתו¹⁹. הטיל בית המשפט תפקידי אפוסטרופוסות על שני אפוסטרופוסים או יותר במשותף, יחולו ההוראות הבאות, זולת אם הורה בית המשפט אחרת²⁰:

1. הם חייבים לפעול תוך הסכמה.
2. פעולת האחד טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט.
3. בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהאפוסטרופוסים לפעול על דעת עצמו.

על פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך-1960, מוסמך בית המשפט למנות לקטין "נזקק" אפוסטרופוס שימשמש כיועץ להורו של הקטין או לאפוסטרופוסו, או פקיד סעד או רשות סעד²¹. "טיפול" לו זכאי קטין נזקק על פי חוק זה כולל טיפול רפואי²².

אפוסטרופוס מכללא

מי שפועל כאפוסטרופוס למעשה, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יחיו לפי הוראות החוק אף אם לא נתמנה כלל, או שהיה פגם במינויו, או שהתפטר, או שפוטר, או שפקעה אפוסטרופוסותו²³.

בית המשפט מוסמך למנות אפוסטרופוס זמני, כאמצעי זמני לצורך שמירת ענייניו של קטין²⁴.

חובות האפוסטרופוס

אפוסטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין²⁵; צרכי הקטין כוללים טיפול רפואי דרוש. חובה זהה מוטלת על אפוסטרופוס הממונה על ידי בית המשפט²⁶.

במילוי תפקידיו חייב האפוסטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות הענין²⁷. חובה זהה מוטלת על ההורים²⁸.

אחריות האפוסטרופוס

ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוסטרופוסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או שלא נחכוזו לטובת הקטין²⁹.

בית משפט ישראלי קבע כי במקרה בו קיימת ברירה בין חשיפת קטין לגרל המוות לבין הצלת חייו על ידי ניתוח שישאיר בו מום, מהווה סירוב החורים להסכים לניתוח משום הפרת חובתם, בתור אפוטרופסים על גופו, לנהוג לפי מה שדורשת טובתו. לכן, אילו בהשפעת סירובם זה היה הרופא נמנע מלעשות את הפעולה הכירורגית, ועקב כך היה הקטין מקפח את חייו, כי אז היו החורים הסרבנים נרשאים באחריות פלילית על תוצאה זו.³⁰

האפוטרופוס הממונה על ידי בית המשפט אחראי לנזק שגרם לחסוי. בית המשפט רשאי לפטור מאחריותו אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת החסוי. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע.³¹ האפוטרופסים הממונים אחראים לחסוי, יחד ולחוד.

תערבות בית המשפט

בית המשפט מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד.³²

לא באו חורים לידי הסכמה ביניהם בענין הטיפול הרפואי לקטין הנתון לאפוטרופסתם, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה, ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון.³³ בית המשפט רשאי להתערב ולהורות, כמו כן, במקרה שמת אחד החורים,³⁴ או במקרה של קטין נזקק.³⁵

הוא הדין כאשר לאפוטרופוס ממונה: בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת לאפוטרופוס זה הוראות בכל ענין תנוע למילוי תפקידו.³⁶ בית המשפט רשאי לתת הוראות אלה גם מיוזמתו הוא וגם על פי בקשת אדם מעוניין.³⁷

אפוטרופוס שאינו הורה רשאי להתפטר מתפקידו, ורשאי בית המשפט לפטור.³⁸ הורה אינו רשאי, כמובן, ל"התפטר מתפקידו", ובית המשפט אינו מוסמך "לפטרו", אלא שהוא מוסמך למנות, בעת הצורך, אפוטרופוס בנוסף על אותו הורה.³⁹ אפוטרופסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות.⁴⁰

הסכמת הקטין

אין ספק שאין צורך בקבלת הסכמה מאת הקטין לטיפול רפואי מקום שגילו רך, עד שאינו מסוגל להבין בדבר או שלא ניתן לברר את דעתו. טיפול חירום אינו טעון, אף הוא, הסכמה כלשהי. קיימת מחלוקת באשר לצורך בהסכמת הקטין מקום שהוא קרוב לבגרות ומקום שהטיפול הרפואי הינו קל או שגרתו.⁴¹

בתי המשפט בארצות-הברית נטו להסתפק בהסכמת הקטין אם נוצל או שלוש תנאים:

- א. הצעדים הרפואיים הנדרשים הם לטובת החולה;
 - ב. אסכולה רפואית מקובלת מצדיקה את תקיטה בצעדים הללו;
 - ג. קיים צידוק לזיזור על קבלת ההסכמה, כגון במקרה של סרוב בלתי סביר של החולה לצעדים הרפואיים הללו.⁴²
- כך החלט, בפסקי דין שונים, כי קטינה בת 18 מוסמכת היתה להסכים לניתוח אף פשוט⁴³, כי קטין בן 17 היה מוסמך להסכים לחיסון נגד אבעבועות⁴⁴, כי קטין בן 19 היה מוסמך להסכים למחן הרדמה מקומית בהליך של הסרת שקדיו⁴⁵. מאידך, מקום שנער בן 15 התערב לספק מדמו ומעוררו למנותח אחר, בלי הסכמת ההורים, קבע בית המשפט שהרופא היה חייב להיזקק להסכמה זו.⁴⁶
- ומלמד נתן מציע לקבוע ככלל, שקטין המסוגל להעריך את מהות הטיפול ותוצאותיו, יהא כשר ליתן הסכמה תקפה, בלא צורך בהסכמה נוספת מאת אפוטרופסו⁴⁷. שופט אוסטרלי מציע להגביל זאת לטיפולים רפואיים בלתי מסוכנים⁴⁸.
- בישראל טרם ניתנה הכרעה שיפוטית בשאלה זו. אין ספק שהרופא יוכל להסתמך, במקרים דחופים, על הוראות סעיף 24(8) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) הנזכר למעלה, אולם רצויה חקיקה אזרחית ופילילית מיוחדת לגבי הושטת טיפול רפואי לקטין.
- סרובו של קטין לקבלת הטיפול הרפואי אינו תקף, מבחינה משפטית, ואין בו כדי לשלול את סמכות הרופא⁴⁹, המבוססת על הסכמת ההורים⁵⁰, או על בסיס חוקי אחר.

(המשך יבוא אי"ה בחוברת הבאה)

ספרות

1. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962, סעיף 3.
2. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 1. 14
3. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 2. 15
4. ת.א. חיפה 838/64 (נ' פ"מ, 310): "כל ניתוח מהווה תקיפה, אלא אם קיבל המנתח את הסכמתו של המנותח, ובמקרה שהמנותח הוא קטין את הסכמתם של אפוטרופסיו החוקיים". 16
5. ראה, לעומת זאת: Family Law Reform Act, 1969, sec. 8. 17
- "The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age, and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian." 38
6. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 14. 39
7. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 18. 40
8. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 24. 41
9. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28. 42
10. Rishworth v. Moss (1913), 159 S.W. 122 U.S.A.

- Zoski v. Gaines, 271 Mich. 1, 260 N.W. 99 (1935). ;11
12. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 33.
13. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
14. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 29.
15. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 33 (5-6).
16. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 35.
17. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 34.
18. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 30. שיתוף הפעולה הדרוש בין האפוסטרופוס הממונה לבין ההורה:
ע.א. 489/69 (כ"ג (2) פד"י, 639 - 640).
19. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 36.
20. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 46.
21. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 3.
22. ע.א. 79/64 (מ"ו פ"מ, 370-374).
23. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 67.
24. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 68.
25. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 15.
26. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 38.
27. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 41.
28. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 17. ראה בשאלה זו, מאמרו של:
P.D. Skegg, Consent to medical procedures on minors, 36 M.L.R. (1973), 379.
29. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 22.
30. ע.א. 322/63 (י"ח (2) פד"י, 457).
31. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 57.
32. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א - 1951. סעיף 3(ב').
33. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 19. ראה: שם, סעיף 25. בית המשפט העליון הביע דעתו מפורשות על סמכותו להתערב וליתן רשות טיפול בקטיין, הן לפני הניתוח והן בדיעבד, אחריו: ע.א. 322/63 (י"ח (2) פד"י, 458). ראה, מאידך, החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בחיק אפוסטרופסות 1402/70, היועץ המשפטי נ. גזירה לוי ואח' (לא פורסם). שהסכמה לביצוע ניתוח (עקירת כליה מגוף הקטיין) אינה טעונה אישור מראש של בית המשפט, וסברתו הנוגדת של ד.א. פרנקל ברשימתו, פסולי דין כתורמי אברים, משפטים, כרך ג', חוב' 2, 246.
34. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
35. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 27.
36. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 44.
37. ת.ב. 309/66 (מ.א. 50/66) (נ"ח פ"מ, 164-167): בקשה של בית חולים להורות לאפוסטרופסים של חולה, ששכב בו כשהוא משותק ומחוסר הכרה, שיוציאוהו משם הואיל ומיטתו דרושה לצורך אישפוז של חולים אחרים.
38. חוק הכשרות הנ"ל, סעיפים 60-61.
39. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 28.
40. חוק הכשרות הנ"ל, סעיף 62.
41. קוראן ושפירו מצדדים בקבלת ההסכמה מן הקטיין:
W. Curran, D. Shapiro, Law, Medicine & Forensic Science, 2nd Ed., 1970, 575.
42. Sullivan v. Montgomery, 155 Misc. 448, 279 N.Y.S. 575 (1935):
בית המשפט דחה תביעתו של קטיין בן 20 (קטיין על פי חוק מדינת ניו יורק) ואביו, נגד רופא אשר ביצע בקרסול הקטיין ניתוח, לאחר שהסתפק בהסכמתו בלבד. בית המשפט הושפע, ללא ספק מגילו הבוגר, יחסית, של הקטיין, בהחליטו על דבר דחיית תביעתו. ראה:
C. Morris, A. Moritz, Doctor & Patient & the Law, 5th. Ed., 1971, 162.

	Lacey v. Laird, 166 Ohio St. 12, 139 N.E. 2d 25 (1956).	. 43
	Gulf & Ship Island R.R. v. Sullivan, 155 Miss. 1, 119 So 501 (1928); 62 A.L.R. 191.	. 44
	Bishop v. Shurly, 237 Mich. 76, 211 N.W. 75 (1926).	. 45
	Bonner v. Moran, 126 F. 2d 121 (1941).	. 46
	Nathan, Medical Negligence, 1957, 171--179. :ראה	. 47
N. O'Bryan, The consent of the patient to surgical and medical procedurs (1961) 8 Proc. Med.	Leg. Soc. Vict. 138, 155.	. 48
	Ollet v. Pittsburgh, C.C. & St. L. Ry, 201 Pa 361, 50A 1011 (1902).	. 49
	C. Martin, Law Relating to Medical Practice, 1973, 292.	. 50