

הרופא מול המשפחה: תביעות נזיקיות בנושא אבחון התעללות בילדים

רועי גילבר*

רשימה זו עוסקת באחריות של רופאים ומטפלים אחרים לנוק שנגרם למטופל ובני משפחתו כתוצאה מאבחון רשלני של התעללות בילד על-ידי אחד מהוריו. מדובר למעשה בשני מצבים: (1) הרופא או מטפל אחר אינם מאבחנים שהילד המובא לטיפולם סובל התעללות בתוך המשפחה; (2) הרופא או מטפל אחר מאבחנים שהילד סובל התעללות כאשר למעשה אין הדבר כך. הרשימה מתמקדת בקטגוריה השנייה של המקרים, וזאת לנוכח מספר המקרים הרב יחסית שהגיע לאחרונה להכרעת בתי-המשפט במדינות מערביות רבות (אך לא בישראל). פסיקה זו הכירה בתביעת הילדים נגד הרופאים או מטפלים אחרים, אך ככלל, למעט במספר מועט של מקרים, סירבה להכיר בתביעת ההורים. העמדה המוצגת ברשימה זו, בניגוד לעמדה הרווחת בפסיקה ובספרות, היא כי יש להטיל חובת זהירות על רופאים גם כלפי הורי הילד המטופל כאשר הרופאים מתרשלים באבחון התעללות במשפחה. אחד הטיעונים המרכזיים המוצג ברשימה זו הוא כי דיני הנזיקין יכולים להוות כלי לשינוי חברתי גם במערכת יחסים עדינה זו שבין הרופא, הילד המטופל ובני משפחתו.

מבוא

פרק א: הרקע המשפטי

פרק ב: התרשלות באיתור ובאבחון של התעללות בילדים – העמדה המשפטית

פרק ג: אבחון מוטעה של התעללות

1. הרקע המשפטי

2. הצגת הבעיה והמחשבה

* מרצה, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. רשימה זו הינה פיתוח של הרצאה שניתנה בכנס השנתי השלישי של כתב-העת משפט ועסקים. אני מודה לעורך הראשי של כתב-העת ד"ר גיא זיידמן על ההזמנה לשאת דברים בכנס, ולד"ר רות זפרן על הערותיה לטיוטה הראשונה של המאמר. תודה שלוחה לקורא/ת האנונימי/ת, לחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים ליירון בן-זאב, רוגית אפל ואדם שפירא ולעורך כתב-העת עו"ד ארז שחם על הערותיהם המועילות. האחריות לכתוב במאמר היא שלי בלבד.

- (א) המשפט האנגלי
 (ב) משפט זר משווה
 (ג) נקודות המוצא לדיון
3. הנימוקים להצדקתה של העמדה המשפטית
 (א) האקסקלוסיביות של יחסי מטפל-מטופל
 (ב) החשיבות החברתית שבאיתור התעללות במשפחה
 (ג) ניגוד אינטרסים
 (ד) מערכת הטיפול במקרי התעללות במשפחה הינה רבת-חומית
4. הנימוקים להכרה בתביעות של הורים נגד רופאים
 (א) התרשלות הרופא
 (ב) הילד ומשפחתו – האומנם ניגוד אינטרסים?
 (ג) מיגור תופעת ההתעללות במשפחה כיעד חברתי
- פרק ד: הבסיס העיוני של עמדת המשפט ביחס לתביעות של הורים נגד רופאים
1. על דיני הנזיקין
 2. דיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי
- פרק ה: הטלת אחריות על הרופא – מה צופן העתיד?
1. האם יש להטיל חובת זהירות על רופאים כלפי ההורים?
 2. האם תוטל חובת זהירות על רופאים בישראל?
- פרק ו: סיכום

מבוא

"בעיית הילדים המוכים כפי שבא הדבר לידי ביטוי בשמה, היא בראש ובראשונה בעייתם של ילדים. אבל כל דיון רציני בנושא מראה שאי אפשר לנתק אותה או לטפל בה כראוי, אם לא נראה בה גם את בעייתם של ההורים."¹

התופעה השלילית של התעללות בילדים בתוך המשפחה² זוכה בשנים האחרונות בתשומת-לב הולכת וגוברת של הציבור, של התקשורת³ ושל מערכות המשפט

1 חניטה צימרין ילדים מוכים: בעיה רבת פנים 81 (1985).

2 רשימה זו אינה מתעמקת בשאלה המקדמית של הגדרת התעללות. נקודת המוצא היא שהתעללות כוללת פגיעה גופנית, נפשית או מינית של אחד מההורים בילד. לדיון בהגדרת התעללות ראו יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש – דרכי התמודדות עם התעללות בבן-זוג בדיני הנזיקין, בדין הפלילי ובדיני המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט 1 (טרם פורסם).

3 המקרה שזכה לאחרונה בהד תקשורתי רחב ביותר הוא המקרה של בני-הזוג חביבי, אשר ניסו להצית את כנסיית הבשורה בנצרת כדי למשוך את תשומת-ליבו של הציבור למאבקם

בישראל⁴ ובמערב⁵ אמצעים נוקשים ננקטים נגד הורה אשר נחשד כמתעלל בילדו.⁶ אחד האמצעים המוכרים⁷ הוא הוצאת הילד מבית הוריו.⁸ אמצעי דרסטי אחר הוא הרחקת ההורה החשוד בהתעללות מבית המשפחה.⁹ בשני המקרים מדובר בתקופה שבה הילד מנותק מביתו

- להחזרת בנם בן השנתיים למשמורתם. עוד קודם לכן פעלו רשויות הרווחה להוצאת שלושת ילדיהם של בני-הזוג מביתם. לאחרונה החליט בית-המשפט לנוער בירושלים להחזיר את בן-הזוגנים להוריו. ראו שרון רופא-אופיר "בני הזוג חביבי יקבלו בחזרה לחזקתם את בנם" *Ynet* 10.5.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3249471,00.html
- 4 על ההבדל שבין ענישה גופנית לבין התעללות גופנית בילדים ראו ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). בהקשר הנויקי הוכרה האחריות של הורים לנוק נפשי שנגרם לילדיהם בשל הונחה או התעללות. ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999); תמ"ש (משפחה י"ם) 2160/99 ל' נ' ל', פדאור חדש 27(21)05 (2005).
- 5 בהקשר הנויקי הגיעו מקרים אחדים בשנים האחרונות לערכאות בבריטניה. הסוגיה הוכרעה לאחרונה בבית-הלורדים בפסק-הדין: *D v. East Berkshire Community Health NHS Trust*, [2005] 2 All ER 443 (H.L.) (להלן: עניין *East Berkshire*).
- 6 וזאת עוד לפני קבלת ההחלטה אם להעמיד את ההורה המתעלל לדין פלילי לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864. ס' 11(א) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, ס"ח 311 (להלן: חוק הנוער) מאפשר לפקיד-הסעד להוציא קטין נוקק, החשוף לסכנה תכופה, מבית הוריו למשך שבוע ללא צו שופט. לאחר-מכן, אם פקיד-הסעד סבור כי יש להרחיק את הקטין מבית הוריו, עליו לפנות לבית-המשפט לקבלת צו. לפרשנות חוק הנוער ראו בג"צ 558/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 551 (1982).
- 7 קיימת מחלוקת חריפה בקרב המלומדים העוסקים בתחום, ובקרב הציבור הרחב, בדבר השאלה אם הרשויות בארץ נוטות להוציא ילדים מבית הוריהם ללא צורך או שמא הן נוטות לא לעשות כן מקום שיש צורך. לעמדה הסבורה כי המדינה מתערבת יתר על המידה ראו מילי מאסס "על התערבות המדינה בקשר בין ילדים להוריהם - המקרה של אימוץ כפוי בשל העדר מסוגלות הורית" מאזני משפט ד 589, 611-616 (2005), וכן דין-וחשבון של ועדת ייעוץ לקביעת סמכות "ועדות החלטה" ודרך התנהלותן מול פקיד הסעד למיניהם 29-30 (נובמבר 2002) (להלן: דוח ועדת גילת). לעמדות שונות אשר קיבלו הד תקשורת ראו רותי סיני "ל-400 ילדים בסיכון אין איפה לגור" הארץ *online* 4.1.2007 www.haaretz.co.il/hasite/online/4.1.2007?itemNo=144855&contrassID=2&subContrassID=1&sbSubCo.ntrassID=0.
- 8 ועדת גילת מצאה שלגבי כ-60% מהילדים שהגיעו לדין בוועדות החלטה התקבלה החלטה על הוצאתם מביתם. ועדות ההחלטה עוסקות באבחון וקבלת החלטה לגבי טיפול בילדים הזקוקים להתערבות של רשויות הרווחה. מחקר שנערך בישראל בשנת 2001 על-ידי דולב, בנבנישתי וטימר, המצוטט בדוח ועדת גילת, מגלה כי 66% מהילדים שמגיעים לדין בוועדת החלטה מצויים בסיכון, ו-80% מהמקרים קיימת בעייה קשה של מסוגלות הורית. ראו דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.
- 9 כך, למשל, ניתן לעתור למתן צו הרחקה אורחי במסגרת דיני המשפחה. בסוגיה זו התפתחה פסיקה ענפה. לסקירה ממצה ראו תמ"א (מחוזי י"ם) 268/95 לידיה לוגסי נ' פנחס לוגסי, פ"מ נו(2) 122 (1996).

או לפחות מאחד מהוריו לפרקי-זמן בלתי-ידועים שאינם קבועים מראש.¹⁰ הנתק מההורה עשוי להימשך ימים ספורים, שבועות או אפילו חודשים ארוכים. פעמים רבות הדבר מוצדק,¹¹ אולם לפעמים נעשה אבחון שגוי אשר מקשה את החזרת הגלגל לאחור.

רשימה זו תעסוק בהיבט הנוזקי של תחום ההתעללות בילדים בתוך המשפחה. נושא זה של אחריות המטפל לנוק שהסב לבני המשפחה לא זכה בדיון במשפט הישראלי.¹² עד כה נידונה שאלת האחריות הנוזקית רק בין בני משפחה, ולא בין המשפחה למערכת הטיפולית.¹³ השאלה שבה נעסוק היא אם יש להתיר תביעות נזיקיות של הורים כלפי רופאים המתרשלים באבחון ובטיפול בכלל הנוגע להתעללות בילדים במשפחה. רשימה זו תתמקד באחריותו של הרופא לנוכח הצטברותה של פסיקה בסוגיה זו במדינות מערביות רבות. לנוכח ההד הציבורי והתקשורתי שבו זכתה סוגיה זו, ההנחה היא כי לא ירחק היום ומקרים מעין אלה יגיעו גם לפתחם של בתי-המשפט ישראל.

לרשימה זו יש פן נוסף, אשר מבחינה משפטית חשוב אולי אף מהדיון בסוגיה עצמה, והוא ההשלכות העולות מחדירתם של דיני הנוזיקין לסוגיות המוסדרות בדרך-כלל על-ידי דיני המשפחה. אחד ההיבטים שלו יוקדש חלק מרשימה זו הוא מערכת היחסים שבין דיני הנוזיקין לדיני המשפחה.¹⁴ הדיון בשאלות אלה בפסיקה ובעיקר בספרות החל רק לאחרונה,

10 ס' 13 לחוק הנוער קובע כי התקופה המרבית שבה ניתן להחזיק את הילד מחוץ למשמורת הוריו לפי חוק זה היא שלוש שנים. מעבר לכך יש לפנות להליכי אימוץ לפי חוק.

11 הסיפור של בני-הזוג חביבי העלה לדיון ציבורי שאלה אשר במקרים רבים הינה קשה מאוד: איזו פעולה תשרת את טובת הילד באופן מיטבי – הוצאתו מבית הוריו או השארתו בחזקתם למרות הליקויים בתפקודם כהורים?

12 המונח "מטפל" יכול ברשימה זו רופא (בעיקר רופא משפחה, פסיכיאטר ורופא חדר-מיון), פסיכולוג ועובד סוציאלי. בכל מקום שבו ההתייחסות תהיה רק לרופא, יצוין הדבר במפורש.

13 בשנים האחרונות הוכרה אחריותו הנוזקית של בן משפחה אחד כלפי בן משפחה אחר במסגרת מערכת היחסים האינטימית שביניהם. אחריות נזיקית של הורה כלפי ילדו בגין הונחה או התעללות הוכרה אף היא בפסיקה. ראו עניין אמין, לעיל ה"ש 4, ועניין ל', לעיל ה"ש 4. כמו-כן הוכרה אחריות של בן-זוג אחד לפגיעה נפשית בבן-הזוג האחר. ראו ע"מ (מחוזי י"ם) 595/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 24.5.2004); ת"פ (שלום כ"ס) 1801/04 מדינת ישראל נ' הרנוי (טרם פורסם, 27.6.2005). לאחרונה הוכרה תביעה נזיקית של בן-זוג כלפי בן-הזוג המסרב לתת גט. ראו תמ"ש (משפחה י"ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ., דינים משפחה ב 841 (2004). גם הספרות המשפטית החלה לעסוק יותר בנושאים אלה. ראו יחיאל קפלן ורון פרי "על אחריותם בנוזיקין של סרבני גט" עיוני משפט כח(3) 773 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם: מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" עיוני משפט כח(3) 871 (2005); סיני ושמואלי, לעיל ה"ש 2; בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הונחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" משפטים על אהבה 269 (אורנה בן-גפתלי וחווה נווה עורכות, תשס"ה).

14 פן נוסף בהקשר של סוגיה זו, אשר לא נדון בו כאן, הוא היחס שבין דיני העונשין לדיני הנוזיקין. רשימה זו לא תעסוק כלל בפן הפלילי של סוגיה זו, קרי, בהעמדה לדין של הורים החשודים בהתעללות בילדיהם. רשימה זו תתמקד כאמור רק בהיבטים הטיפוליים אשר

עם הטלת האחריות על בני משפחה לנזקים (בעיקר נפשיים) שהם מסכים לבני משפחה אחרים במסגרת מערכת היחסים האינטימית שביניהם.¹⁵ סוגיות אלה מעלות גם את הדיון בשאלה אם דיני הנזיקין יכולים להוות כלי לשינוי חברתי בהקשר זה, כפי שנתפסים דיני המשפחה.¹⁶

הטיעון המרכזי המוצג ברשימה זו הוא כי יש להטיל אחריות בנזיקין על רופאים בגין אבחון שגוי של התעללות בילדים על-ידי ההורים. עמדה זו, כפי שתגלה רשימה זו בהמשך, עומדת בסתירה לעמדה הרווחת בספרות ובפסיקה העוסקות בסוגיה זו. השיקול המרכזי שעמדה זו מתבססת עליו הוא כי יש לחתור לאיתור מעשי התעללות בילדים בתוך המשפחה ולמיגורם. התועלת החברתית שבחשיפת קשר השתיקה עולה, לדעתם של המתנגדים להטלת האחריות, על הנזק שנגרם לילד ולהוריו כאשר הרופא מאבחן התעללות מקום שזו אינה קיימת כלל. זאת ועוד, הטלת אחריות, כך טוענים המתנגדים לה, עלולה ליצור פרקטיקה רפואית מתגוננת, אשר תפגע בסופו של דבר בשירות הרפואי הניתן לציבור המטופלים-הילדים, שכן היא תוביל לאי-אבחון ולא-ידיווח של מעשי התעללות מקום שאלה אכן מתרחשים בתוך המשפחה.¹⁷

סוגיות רבות בדיני הרשלנות מוכרעות בסופו של יום לפי שיקולי מדיניות. למרות שני הנימוקים כבדי-המשקל השוללים את הטלתה של אחריות בנזיקין על רופאים הטועים באבחון התעללות בילדים בתוך המשפחה, תציג רשימה זו שיקולים אחרים, כבדי-משקל לא-פחות, אשר יש בהם כדי לתמוך בהטלת אחריות על הרופאים בתנאים מסוימים. העמדה שתוצג ברשימה זו היא כי ניתן לעשות שימוש בדיני הנזיקין כדי לשמור על שלמות חיי

מוסדרים, הן בחקיקה והן בפסיקה, על-ידי דיני המשפחה. ברם, יש לציין כי בהקשר הפלילי ייתכנו מצבים שבהם הרשלנות המקצועית באבחון או בטיפול גוררת אחריה תוצאות חמורות מאוד, שבגינן יש לעיתים מקום להגיש כתב-אישום נגד המטפלים וגורמים מקצועיים אחרים. ראו, למשל, ע"פ 3503/01 תפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 865 (2003). במקרה זה מתח בית-המשפט ביקורת קשה על מעשיהן של פקידות-סעד וגורמים מקצועיים נוספים אשר ראו תינוקות שהוריה התעללו בה – התעללות אשר הובילה למותה.

15 לעיל ה"ש 13.

16 מלומד בריטי שהתייחס לשינוי שחל בדיני הגירושים באנגליה קבע כי דינים אלה עיצבו למעשה את התפיסה החברתית בסוגיה זו. ראו: John Dewar, *The Normal Chaos of Family*, Law, 61(4) MODERN L. REV. 467 (1998).

17 אני מודה לקורא האנונימי על הדגשת היבטים אלה של הסוגיה. לקריאה מקיפה של תחום זה של התעללות בילדים ראו התעללות והזנחה של ילדים בישראל: הנפגעים, אכיפת החוק והמשפט, רפואה, חינוך ורווחה (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007) (להלן: התעללות והזנחה של ילדים בישראל). בפתח-הדבר לספר זה, כתב ד"ר רמי סוילמני – מנכ"ל עמותת אשלים, העוסקת בתכנון ובפיתוח של שירותים לילדים ולבני-נוער בסיכון ולמשפחותיהם – כי "התופעה הכאובה של התעללות בילדים מציבה בפני החברה הישראלית אתגר שקשה להגזים בחשיבות ההתמודדות עמו. מיגורה של התופעה או למצער צמצומה המשמעותי מחייב ריכוז כוחות, איגום משאבים ושיתוף פעולה רחב היקף בין רשויות, משרדי ממשלה וורועות החוק למיניהן".

המשפחה ועל האינטרס של הילד בקשר קרוב עם הוריו, כאשר הרופא, ברשלנותו, גורם לשבר קשה בהם.

פרק א: הרקע המשפטי

מהן חובותיו של הרופא בהקשר של התעללות במשפחה? החובה הבסיסית היא חובת הדיווח לרשויות. סעיף 368ד(ב) לחוק העונשין קובע כי רופא אשר יש לו יסוד סביר לחשוב כי הילד הנמצא בטיפולו חשוף להתעללות במשפחה חייב לדווח על כך לפקיד־הסעד ו/או למשטרה. אם יפר הרופא חובה זו, הוא צפוי לעונש הקבוע בחוק, אם פקיד־הסעד הרלוונטי סבור כי הקטין אכן חשוף לסיכון מידי של פגיעה גופנית, הוא רשאי, לפי סעיף 11 לחוק הנוער, לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי למנוע את הסכנה, לרבות הוצאתו של הילד מבית הוריו למשך שבעה ימים ללא צורך בצו בית־משפט.¹⁸ לאחר שהעניין מובא לבית־המשפט ונקבע שהקטין אכן חשוף לסכנה לבריאותו, פקיד־הסעד רשאי לבקש מבית־המשפט צו המורה על הוצאתו של הקטין מבית הוריו ומסירתו לרשויות הרווחה, אשר יקבעו להיכן הוא יועבר. נוסף על כך, כאשר מדובר בילד הנמצא בסיכון, קיימות לצד פקיד־הסעד ועדות החלטה, המורכבות מנציגים של הרשויות השונות העוסקות בילדים בסיכון, ועדות אלה מייצעות לפקיד־הסעד מהי דרך הטיפול הראויה, ובעיקר אם יש להוציא את הילד מבית הוריו.¹⁹ ועדות אלה אינן פועלות אוטומטית מכוח חוק, אלא מכוח הוראות של מנכ"ל משרד העבודה והרווחה,²⁰ אולם המקרה יגיע לדיון לפניו בטרם יפנה פקיד־הסעד לבית־המשפט.

ההסדר החוקי מורה כי כאשר רופא סבור שילד סובל התעללות במשפחה, קיימים גורמים נוספים – כגון פקיד־הסעד ובית־המשפט – אשר בוחנים את קביעתו זו ומחליטים אם לקבלה אם לאו. לפקיד־הסעד, כזרועו הארוכה של בית־המשפט, יש סמכות לחקור ולבדוק את המקרה לפרטיו.²¹ בדרך זו המחוקק מנסה למנוע למעשה את העוצמה והחשיבות שיש להחלטת הרופא בתחום רגיש זה. אולם, כפי שנראה בהמשך, לחוות־הדעת הרפואית יש משקל רב כאשר עולה השאלה לפני הרשויות הרלוונטיות (רווחה, משטרה ובתי־משפט) אם להוציא את הילד מבית הוריו.

אין ספק כי משימתו של המטפל בהקשר זה קשה מאוד: מצד אחד, הוא עלול לא

18 ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 556.

19 על מבנה המערכת העוסקת באבחון של ילדים בסיכון ובטיפול בהם ראו דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26-40.

20 שם, בעמ' 40-45.

21 ס' 22 לחוק הנוער מעניק לפקיד־הסעד סמכות להיכנס לכל מקום שבו נמצא או עשוי להימצא קטין נזקק, ולחקור כל אדם שהוא סבור כי יש לו ידיעות הנוגעות בקטין הנזקק.

להבחין בסימנים המצביעים על התעללות בילד על-ידי אחד מהוריו, ובכך להמשיך את סבלו של הילד הזקוק לעזרה.²² מצד אחר, הוא עלול לאבחן התעללות בילד על-ידי בני משפחתו מקום שאין התעללות כזו. בכל אחד משני סוגי המקרים הללו, אלה אשר נפגעים מהתנהגותו של איש-המקצוע עשויים להגיש תביעה בנויקין. ניתן לחלק את העילות שבגינן המטפל עלול להיטען לשתיים:

1. המטפל לא גילה, מקום שהיה עליו לעשות כן, כי הילד חשוף להתעללות (פיזית, נפשית או מינית) על-ידי הוריו. במקרה זה הילד, קורבן ההתעללות, עשוי להגיש תביעה ברשלנות נגד איש-המקצוע המאבחן.
2. המטפל אבחן בטעות כי הילד חשוף להתעללות מצד הוריו אף שלמעשה אין הדבר כך. במקרה זה הילד והוריו עשויים להגיש תביעה ברשלנות נגד איש-המקצוע המאבחן. בהקשר זה, כאשר הילד והוריו מבקשים לרפא את נזקם ולתבוע מן המטפל המזיק פיצויים בנויקין, עולות שתי שאלות עיקריות:

1. האם יש להטיל על המטפל אחריות בנויקין לנזק שנגרם לילד?
 2. האם יש להטיל על המטפל אחריות בנויקין לנזק שהסב להוריו של הילד?
- שתי שאלות אלה מובילות לשאלה מקדמית מבחינת דיני הנויקין, והיא: מהו האמצעי לבחינת השאלה של הטלת האחריות על המטפל בכל אחת משתי קבוצות המקרים הנ"ל? שני הכלים המרכזיים שניתן לעשות בהם שימוש הם העוולה של הפרת חובה חקוקה²³ ועוולת הרשלנות.²⁴ במסגרת המצומצמת של רשימה זו אתמקד בעוולת הרשלנות בלבד.²⁵ כמו-כן, רשימה זו תעסוק בעיקר בסוג המקרים השני, העוסק באבחון מוטעה של התעללות בילדים, שכן כפי שנראה, סוג מקרים זה בעייתי יותר מן הבחינה המשפטית מסוג המקרים הראשון.

פרק ב: התרשללות באיתור ובאבחון של התעללות בילדים – העמדה המשפטית

בכל הקשור לסוג המקרים הראשון העמדה המשפטית ברורה למדי. הפסיקה הקיימת בסוגיה זו במשפט הישראלי מתייחסת למידת האחריות של פקיד-הסעד (עובדים סוציאליים

22 התעללות נפשית אינה מותרת פגיעות הנראות לעין, ואף התעללות מינית קשה לא-פעם לאבחון.

23 ס' 63 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266. הדיון במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה משמעו שהרופא הפר חובה חוקית שהייתה מוטלת עליו – למשל, אי-דיווח לרשויות מקום שמבחינה חוקית היה עליו לעשות כן.

24 ס' 35 ו-36 לפקודת הנויקין.

25 הדיון בהפרת חובות חוקיות נידון בפסיקה בת"א (מחוזי י"ם) 404/93 דויד נ' אליה, פדאור חדש 716 (5)97 (1997).

בהכשרתם).²⁶ בית המשפט המחוזי בירושלים²⁷ הכיר באופן עקרוני בחובה של פקידים-סעד לנקוט אמצעי זהירות סבירים ולדאוג לאינטרסים הן של המטופל והן של בני משפחתו כאשר מתעורר חשד לאלימות בתוך המשפחה. בעניין דויד נידונה תביעה בנויקין שהגישו שתי בנות בגירות נגד שתי פקידות-הסעד אשר טיפלו במשפחה, על כך שלא נקטו אמצעי זהירות כדי למנוע את אביהן מלרצוח את אמן ומלפצוץ את אחת מהן. השופטת שידלובסקי-אור הטילה על פקידים-הסעד באשר הם (גם על אלה אשר אינם עוסקים בהגנה על קטינים נזקקים לפי חוק הנוער)²⁸ חובה משפטית לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע פגיעה של גבר אלים באשתו ובילדיו.

מנימוקי בית המשפט ניתן להסיק כי גם אילו דובר ברופאים (פסיכיאטר, רופא משפחה וכדומה), הייתה הקביעה המשפטית דומה, מכיוון שהנימוק המרכזי של בית המשפט נשען על שתי רגליים: ראשית, תופעת האלימות במשפחה אינה תופעה שולית בחברה הישראלית, ויש לנסות למגרה. לפיכך על כל פקיד-סעד אשר מכיר את המשפחה ומבחין בקיומה של סכנה לבן משפחה אחד מצד בן משפחה אחר לנסות למנוע זאת באמצעות דיווח לרשויות הרלוונטיות. שנית, מידת הסכנה (איום לפגיעה פיזית קשה בבן המשפחה עד כדי רצח) שניתן למנוע באמצעות דיווח לרשויות הרלוונטיות מטה את הכף לכיוון של הטלת אחריות, אשר תוביל את פקיד-הסעד לנסות למנוע את מימוש הסכנה על-ידי העברת המידע לגורמי הרווחה המוסמכים או למשטרה.²⁹ שני הטיעונים האלה – מיגור תופעת

26 בספרות הרפואית בישראל ניתן למצוא מקרה אחד אשר מצביע על האפשרות שרופאים עלולים להתרשל ולא לאתר מקרה של התעללות בילד על-ידי הוריו. פרופ' שמעון גליק מתאר במאמרו מקרה של ילד בן שנתיים וחצי שהגיע לחדר-מיון עם אמו, שהינה אחות מוסמכת, ובן-זוגה, בשל שבר בעצם הבריח של הילד. במהלך ארבעה-עשר הימים לאחר-מכן נבדק הילד על-ידי מספר רב של רופאים ממקומות שונים (חדר-מיון של שלושה בתי-חולים שונים, רופאי ילדים ורופאים אורתופדיים ממרפאות שונות) בגלל שברים או פגיעות שונות, עד לאשפוזו בתרדמת בשל דימום במוח. כל פגיעה טופלה בנפרד, ולא נשקלה אבחנה של התעללות בילד. פרופ' גליק מצביע על כמה כשלים מערכתיים ומקצועיים שמנעו את אבחונן המדויק של הילד ואשר פתרונם היה יכול למנוע את הנזק הכבד שנגרם לו על-ידי הוריו. ראו שמעון גליק "התעללות בילדים" הרפואה י 879 (2002).

27 ראו עניין דויד, לעיל ה"ש 25.

28 ס' 2 לחוק הנוער קובע כי קטין מוגדר כנוזק, בין היתר, כאשר "האחראי על הקטין אינו מסוגל לטפל בו או להשגיח עליו או שהוא מזניח את הטיפול או ההשגחה", או כאשר "שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת". ס' 1 לחוק מגדיר "אחראי על קטין" כ"הורה, לרבות הורה חורג, מאמץ, אפוטרופוס או מי שהקטין נמצא במשמורתו או בהשגחתו".

29 ראו עניין דויד, לעיל ה"ש 25, פס' 18 ו-20 לפסק-דינה של השופטת שידלובסקי-אור. השופטת התמודדה עם השיקול שבו דן גם השופט שמגר בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994), שלפיו אין להטיל חובת זהירות על רשות כאשר ניתן לה שיקול-דעת כיצד לפעול. השופטת שידלובסקי-אור קובעת בעניין דויד כי כאשר נשקפת סכנת חיים לאדם אחר, גם אם מדובר בצד שלישי ולא במטופל עצמו, לא ייתכן ששיקול-הדעת יכלול אי-דיווח לרשויות המוסמכות. ראו שם. גם כאשר השופטת בוחנת את שיקולי

האלימות במשפחה ומניעת סכנה חמורה באמצעים זולים ופשוטים יחסית – רלוונטיים גם כאשר מדובר בהטלת אחריות על אנשי־מקצוע אחרים, כגון רופאים, שבהם מתמקדת רשימה זו.³⁰

פרק ג: אבחון מוטעה של התעללות

1. הרקע המשפטי

בשנים האחרונות הצטברו במדינות משפט מקובל רבות – אם כי לא בישראל – מקרים שבהם התרשלו מטפלים באבחון התעללות בילדים על־ידי הוריהם, כלומר, אבחנו ילדים כסובלים התעללות מידי ההורה אף שבפועל לא הייתה התעללות כזו. התנהגות רשלנית זו הסבה נזק רב הן לילד והן להוריו. מדובר בכמה סוגי נזק הנגרמים לילד ולהוריו, אך המרכזי מביניהם הוא הנזק הנפשי שנגרם לכל אחד מהם כאשר הילד מורחק מביתו ו/או מהוריו.³¹

המדיניות העשויה לשלול את קיומה של חובת זהירות, היא מגיעה למסקנה הבאה בפס' 20 לפסק־דינה: "אין ספק כי היחס בין הנזק העלול להתרחש לבין מידת העלות או הטרחה במאמץ למניעתו (כלומר בדיווח למשטרה) נוטה לאין שיעור לטובת חיוב בדיווח, כל זאת, כמובן, בהתאם למידת ההסתברות שהסכנה אכן תתממש. הנזק הצפוי אינו רק נזקו של בן הזוג שנפגע מאלימות בן הזוג האחר. הנזק הוא גם נזקם של בני המשפחה האחרים, במיוחד הקטינים, הנחשפים לאלימות ובמקרה הרע ביותר מאבדים את אחד מהוריהם, ועימו מאבדים הם את אהבתו, הדרכתו ואת שמחת החיים. הנזק הוא נזקה של החברה כולה, המודעזעת שוב ושוב ממקרי רצח בתוך המשפחה. מניעת הסיכון, או לפחות צמצומו על־ידי דיווח למשטרה או לאדם המוסמך לטפל בבעיות מסוג זה אינם כרוכים במאמץ או בעלות של ממש." כלומר, המנגנון התועלתני המוכר מוליך את השופטת למסקנה כי יש להטיל חובת זהירות מושגת על פקיד־הסעד כלפי בן המשפחה הנמצא בסיכון.

30 ראוי לציין כבר בשלב זה כי הקושי המרכזי, לפחות מבחינת דיני הנוזקין, הוא הטלת אחריות על איש־מקצוע או רשות כלפי צד שלישי (ולא כלפי מקבל השירות). אדון בכך בהרחבה בהמשך, אבל בשלב זה יש להזכיר את פסק־הדין האמריקאי בעניין *Tarasoff v. Regents of the Univ. of Cal.*, 551 P.2d 334 (Cal. 1976), שבו הכיר בית־משפט בארצות־הברית באחריות של פסיכיאטר לנזק שנגרם לקורבן אלימות על־ידי אחד ממטופליו של הפסיכיאטר. בפסק־דין זה הוטלה על פסיכיאטרים חובת זהירות עקרונית, קרי, החובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי לנסות למנוע את הנזק הצפוי לקורבן באמצעות הזהרה של הקורבן, בני משפחתו או הרשות.

31 מובן שהילד והוריו עלולים לסבול פגיעה בפרטיות ובחיי המשפחה שהם מקיימים. הוכות לפרטיות והזכות לחיי משפחה מעוגנות לא רק במשפט הישראלי, אלא גם בשיטות משפט אחרות. דיון רחב־היקף בזכות האדם לחיי משפחה במשפט הישראלי נערך לאחרונה בבית־

ההורה עלול לסבול פגיעה באוטונומיה שלו ושל משפחתו,³² בשמו הטוב ובמוניטין שצבר בקהילה שבה הוא חי,³³ והילד עלול לסבול פגיעה בתחושת הביטחון כתוצאה מהפגיעה בתא המשפחתי שבו גדל.

האם יש להכיר באחריות המטפל לנזקים אלה?³⁴ בשאלה זו תתמקד רשימה זו. במסגרתה, כפי שצוין לעיל, אתמקד באחריותו של הרופא. מדוע יש להתמקד ברופא? ראשית, מרבית הפסיקה הורה שאבקש לנתח כאן עוסקת ומתמקדת במעשיהם של רופאים, ופחות במעשיהם של אנשי-מקצוע או מטפלים אחרים.³⁵ שנית, לרופא יש תפקיד חשוב ומרכזי באיתור ובאבחון של מקרי התעללות בילדים. לעיתים קרובות הרופא הינו איש-המקצוע הראשון אשר מבחין וחושד בהתעללות כזו, ולמעשה מתחיל את שרשרת הפעולות של טיפול בילד

המשפט העליון בהקשר של איחוד משפחות. הנשיא ברק הביע את עמדתו כי זכות זו הינה חלק מהזכות לכבוד. ראו בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 30-34 לפסק-דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 14.5.2006). ראו גם ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499 (1999). הזכות לפרטיות מוכרת כזכות-יסוד בס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391, וזכתה בפרשנות בבית-המשפט העליון. ראו, למשל, ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פדאור חדש 99(2) 191, פס' 9 לפסק-דינו של השופט אריאל (1999). ס' 8 ל-Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, available at conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm קובע כי לכל אדם יש הזכות שיכבדו את פרטיותו, את חי המשפחה שלו ואת רשימותיו. זכות זו אינה מוחלטת, וניתן לפגוע בה כדי לקדם ערכים אחרים, כגון בריאות הציבור וכדומה.

32 האוטונומיה של ההורים לקבל החלטות באשר לילדיהם הוכרה במשפט הישראלי. ראו ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995). הכרה בכך שניתוק ילד מהוריו פוגע באוטונומיה של ההורה ובאוטונומיה המשפחתית הוכרה על-ידי השופטת פרוקצ'יה בע"א 3009/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872 (2002) (להלן: עניין פלוני 1), ועל-ידי הנשיא ברק בדנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, פס' 13-14 ו-17 לפסק-דינו (2004) (להלן: עניין פלוני 2). בשני פסקי-הדין גם-יחד (להלן: פרשת פלוני) נקבע בדעת רוב כי ניתן לפגוע באוטונומיה ההורית והמשפחתית באמצעות ניתוק הילד מהוריו רק בנסיבות חריגות וקיצוניות.

33 ברור כי בהורה הנחשד בהתעללות דבק כתם – למשך פרק-זמן קצר או ארוך, לפחות עד לבירור סופי של הנסיבות – אשר פוגע באופן קשה בשמו הטוב בחברה שבה הוא חי: מול בני משפחתו, חבריו, מקום עבודתו, מכריו והציבור בכללותו. אין ספק שקשה להסיר כתם זה גם אם בסופו של יום מוסר מעל ההורה החשד בהתעללות. ראו, לדוגמה: Caryl S. v. Child & Adolescent Treatment Services, 614 N.Y.S.2d 661, 666 (1994).

34 חלק מהנזקים הנזכרים אינם מוחשיים, דבר המקשה מתן פיצוי לפי דיני הניזקין, אך הדיון בסוגיה זו חורג רשימה זו. לדיון במתן פיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית-החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526. כן ראו נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – ההסדר התרופתי הראוי מקום בו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט(1) 181 (2006).

35 למרות זאת אתייחס בהמשך גם לאחריותם של מטפלים אחרים, ולא רק של רופאים.

הנמצא בסיכון. רופא המשפחה או רופא חדר-המיון הם לעיתים אנשי-המקצוע הראשונים שמעלים את החשד כי הילד סובל התעללות במשפחה.³⁶ כאמור, כאשר הרופא מסתמך על ממצא אובייקטיבי, קשה לאנשי-המקצוע האחרים אשר ממשיכים לטפל במקרה (עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ואנשי משטרה) לקבוע אחרת; נהפוך הוא – קביעתו של הרופא משמשת להם לרוב כקביעה אובייקטיבית וחד-משמעית שניתן להסתמך עליה כאשר העניין מגיע להכרעת בית-המשפט במקרה של הוצאת הילד מבית הוריו.³⁷

2. הצגת הבעיה והמחשבה

כאמור, במסגרת רשימה זו נתמקד בסוג המקרים השני, שבו אבחן הרופא בטעות כי הילד חשוף להתעללות מצד הוריו. השאלה שעולה בהקשר זה היא אם יש להטיל על הרופא אחריות לנזקים שהסב לילד ולהוריו. על-מנת להבהיר את הסוגיה, אתמקד בפסק-דין שהגיע לאחרונה להכרעת בית-הלורדים באנגליה, ואשר ביסס באופן חד-משמעי את העמדה של המשפט האנגלי. פסק-דין זה ישים בסיס לדיון ברשימה זו, אבל נוסף על כך אציג פסק-דין שניתנו באנגליה לאחר-מכן וכן פסק-דין שניתנו במדינות אחרות.

(א) המשפט האנגלי

בעניין *East Berkshire* אוחד הדיון בשלוש תביעות שונות שעסקו באבחון מוטעה של התעללות בילדים. אחת התביעות עסקה בילדה שבילדותה הופיעו על עורה כתמים סגולים, אשר טופלו על-ידי רופא המשפחה ונעלמו. כאשר הייתה כבת תשע, נפגעה הילדה במפשעתה לאחר שרכבה על אופניה. האב פנה עם בתו לרופאת ילדים, אשר סברה כי מדובר בחבלות המעידות על התעללות. הרופאה דיווחה על המקרה לשירותי הרווחה ולמשטרה. בבית-החולים נמסר לאם כי בתה עברה התעללות מינית, ולכן נאסר על אביה ואחיה של הילדה לשהות בבית לאחר שתשוחרר הילדה מבית-החולים לביתה. כמו-כן נאסר על האב לבקר את בתו במהלך אשפוזה. ביום השנים-עשר והאחרון לאשפוזה אובחנה הילדה כלוקה במחלת עור שאחד מסימניה הוא הופעתם של סימנים על העור הדומים לחבלות. לנוכח אבחנה זו בוטל החשד להתעללות. הילדה והאב הגישו תביעה נגד הרופאה בגין הנוק הנפשי שנגרם להם בשל האבחון הרשלני. בהליך המקדמי שהתקיים בעניין התיר בית-המשפט לילדה להמשיך בתביעתה, אולם תביעתו של האב נדחתה. שתי ערכאות הערעור, לרבות בית-הלורדים, אישרו פסיקה זו.³⁸

36 הכנסת, מרכז המחקר והמידע "הוצאת ילדי עולים מן הבית בידי שירותי הרווחה" (30.11.2005); חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 25/03 "איתור זיהוי וטיפול בקטינים נפגעי התעללות והזנחה" (19.11.2003) www.health.gov.il/download/forms/a1778_ma25_03.pdf (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות).

37 מסקנה זו עולה מקריאת המסכת העובדתית בחלק גדול מפסקי-הדין האנגליים והזרים האחרים שייסקרו בחלק הבא.

38 ראו עניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5.

פסק־דין זה לא מנע הורים מלהמשיך לנסות לתבוע רופאים בגין נזקים שנגרמו להם לטענתם. כך, בפסק־הדין *D v. Bury Metropolitan Borough Council*³⁹ נידון מקרה של ילד כבן חמישה חודשים שהגיע לבית־החולים עם שברים בצלעות. הצוות הרפואי העריך כי אין מדובר בתאונה, ולכן החלה הרשות לנקוט הליכים משפטיים להגנת הילד, אשר הוצא מידי הוריו למשך ארבעה חודשים. בסופו של דבר הסתבר כי הילד לקה בתסמונת הגורמת לשברים תכופים בעצמותיו החלשות. בפסק־דין זה ביססו התובעים את תביעתם לא על עוולת הרשלנות האנגלית (הדומה מאוד לעוולת הרשלנות הישראלית), כי אם על הפרה של הזכות לפרטיות ולחיי משפחה, המעוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם. אבל ניסיון זה לא צלח, והתביעה נדחתה. נראה כי פסיקה זו חסמה כל אפשרות שהורים יצליחו בתביעתם נגד מטפלים באנגליה. אעמוד על הסיבות שהיוו בסיס לפסיקה אנגלית זו לאחר שאציג את המצב במדינות נוספות שבהן נאלצו בתי־המשפט להתמודד עם סוגיה זו.

(ב) משפט זר משווה

ייאמר מייד: הפסיקה האנגלית אינה מיוחדת ויחידה. בשנים האחרונות הגיעו מקרים מסוג זה לבתי־המשפט בכמה מדינות משפט מקובל. באוסטרליה, למשל, הגיעו לבתי־המשפט שתי תביעות אשר הדיון בהן אוחד. במקרה הראשון דובר באב שהגיש תביעה נגד שני רופאים אשר אבחנו כי התעלל מינית בשלושת בניו ודיווחו על כך לרשויות. פקידי משרד הרווחה תמכו בקביעה זו של הרופאים, אך לאחר חקירת המשטרה בוטלו החשדות נגד האב. במקרה השני דובר באב לילדה, אשר רופאה שבדקה אותה אבחנה כי היא סובלת מהתעללות מינית מצד אביה. לא הוגש אומנם כתב־אישום נגד האב, אך האבחנה נמסרה לאם, והדבר הביא לידי פרידת בני־הזוג. שתי התביעות נדחו. אחד הנימוקים המרכזיים לדחייה היה הרצון להימנע מלהציב את הרופאים בפני חובות זהירות מתנגשות – כלפי הילד (למנוע ממנו נזק של התעללות), מצד אחד, וכלפי ההורים (לא לגרום להם נזק נפשי אם יאובחנו בטעות כמתעללים), מן הצד האחר.⁴⁰

בניו־זילנד הגיע מקרה דומה לערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר. במקרה זה דובר באב אלמן לשתי ילדות בנות חמש ושבע. הבת הקטנה סיפרה לאחת מחברותיה כי אביה מתעלל בה מינית. החברה סיפרה זאת לאמה, אשר דיווחה על כך לרשויות הרווחה. עובדת סוציאלית אבחנה שהילדות אכן זקוקות לסיוען של הרשויות בשל הטיפול הלקוי של האב בבנותיו. הבנות הוצאו מרשות אביהם והוא נחקר במשטרה, אך לא הוגש כתב־אישום. הבת חזרה בה מהסיפור שסיפרה לחברתה. תביעת הבנות הוכרה, אך תביעת האב נדחתה. בית־הלורדים נימק זאת באופן הבא:

“...their lordships consider no common law duty of care was owed to the

Lawrence v. Pembrokeshire CC, [2006] Ewla Civ. 1 (Civ. Appeal) 39
2 FCR 363 (Q.B.)

Sullivan v. Moody (2001) 207 C.L.R. 562 40

father. He stands in a very different position. He was the alleged perpetrator of the abuse. In an inquiry into an abuse allegation of interests of the alleged perpetrator and of the children as the alleged victims are poles apart... to impose a duty of care on the... individual professionals in favour of the alleged victims... and at one and the same time in favour of the alleged perpetrator would not be satisfactory."⁴¹

בקנדה⁴² הגיע לבית־המשפט מקרה של מטופלת אשר במהלך טיפול נפשי דיווחה למטפל שלה כי עברה התעללות מינית מידי אחד מבני משפחתה הקרובה. לאחר שהמשטרה החליטה להפסיק את המשך החקירה בדבר טענותיה של המטופלת, הוגשה תביעה נגד המטפל על שימוש בטכניקה טיפולית של "שחזור זכרונות" מן העבר.⁴³ אכן, גם בארצות־הברית הגיעו לבתי־המשפט מקרים אחדים של מטופלים אשר השימוש בטכניקה זו העלה אצלם זכרונות בדבר התעללות מינית מצד אחד ההורים אשר לא היה אפשר להוכיחה. באותם מקרים תבע ההורה החשוד את המטפל על הנזק שנגרם לו כתוצאה מהחשד שבדק בו. הפסיקה האמריקאית במקרים אלה היוותה בסיס להחלטתו של בית־המשפט הקנדי לדחות את התביעה. נימוקו המרכזי של בית־המשפט הקנדי היה הרצון להימנע מלהציב את המטפל בפני חובות זהירות מתנגשות – שיקול שאדון בו בהמשך.⁴⁴

בסקוטלנד⁴⁵ נידונה תביעה של אב נגד פסיכיאטר שבדק את בתו בעקבות תלונתה על כאבי בטן. לאחר שעברה טיפול באמצעות "שחזור זכרונות", טענה הבת כי אביה ואחרים התעללו בה מינית. לאחר כשמונה חודשים חזרה בה הבת מטענותיה אלה. אחת מטענותיו של האב הייתה כי הרופא גילה את אבחנתו ליתר בני המשפחה. תביעת האב נדחתה, בין היתר, מכיוון שרופא חב חובות זהירות רק כלפי המטופל שלו, ולא כלפי צדדים שלישיים, ומכיוון שהטלת חובה על הרופא כלפי צד שלישי החשוד בהתעללות תציב אותו בפני ניגוד אינטרסים.

תביעות מסוג זה של הורים נגד מטפלים העסיקו גם את בתי־המשפט בכמה מדינות

B v. Attorney General, [2004] 3 N.Z.L.R. 145; B v. Attorney General, [1999] 2 N.Z.L.R. 296 (להלן: עניין B).

G. (I.) v. Rusch (2000) 179 D.L.R. (4th) 336

הדיון ביעילותה של טכניקה טיפולית זו, ובהשלכותיה על תביעות של מטופלים ובעיקר בני משפחותיהם נגד מטפלים, חורג מגדר רשימה זו. הספרות המשפטית בארצות־הברית עסקה בכך בהרחבה. ראו, למשל: Kisch Wendy, *From the Couch to the Bench: How Should the Legal System Respond to Recovered Memories of Childhood Sexual Abuse?* 5 Am. U. J. GENDER & L. 207 (1996); Finer Joel, *Therapists' Liability to the Falsely Accused for Inducing Illusory Memories of Childhood Sexual Abuse – Current Remedies and Proposed Statute*, 11 J. L. & HEALTH 45 (1996–1997)

Flanders v. Cooper, 706 A.2d 589, 591 (Me. 1998); Trear v. Sills, 69 Cal. App. 4th 1341, 1345 (Ct. App. 1999)

Fairlie v. Perth and Kinross Healthcare NHS Trust (2004) S.L.T. 1200

בארצות-הברית, אשר דחו תביעות אלה על בסיס הנימוקים המוכרים, שבהם נעסוק בהרחבה בהמשך: העדר יחסי קרבה משפטית עם ההורה וניסיון להימנע מהצבת הרופא במצב של ניגוד אינטרסים.⁴⁶ אבל הדיון בפסיקה האמריקאית מורכב יותר, שכן בארצות-הברית, בניגוד לשיטות משפט אחרות, ניתן למצוא פסיקה המקבלת תביעות מסוג זה.⁴⁷ נוסף על כך, מה שמייחד את הפסיקה האמריקאית מן הפסיקה במדינות אחרות הוא שחלק גדול ממנה עוסק בתלונות שבני-זוג מגישים זה נגד זה במסגרת תביעת הגירושים שלהם, כחלק מהמאבק סביב המשמורת על הילדים. כך היה, למשל, בעניין *Zamstein*.⁴⁸ חלק אחר של הפסיקה – שאף הוא ייחודי, כפי שהוזכר לעיל – עסק בטכניקה טיפולית שהייתה נפוצה בתקופה מסוימת בארצות-הברית במסגרת הטיפול הנפשי, ואשר באמצעותה סיעו מטפלים למטופליהם "לשחזר את זכרונותיהם". המקרים שהגיעו להכרעת בתי-המשפט בארצות-הברית העלו אף הם את שאלת האחריות הנוזקית של מטפלים כלפי הורים שהואשמו בהתעללות מינית בילדיהם.⁴⁹ אולם פסיקה זו, ברובה, רלוונטית פחות לרשימה זו. אומנם גם היא עוסקת במידת אחריותו של המטפל לנזקים שנגרמו להורים שהואשמו בהתעללות בילד כאשר היה קטין, אבל בהקשר מיוחד זה אין מדובר לרוב ברשלנות רפואית, אלא ברשלנות של מטפלים המעניקים טיפול נפשי.

לבסוף, יש להתייחס לפסיקת בית-המשפט האירופי לזכויות אדם. לבית-משפט זה הגיעה תביעה של זוג הורים מהולנד אשר פנו עם ילדתם לטיפול רפואי בטענה כי היא לוקה בקשיי נשימה. הרופאים לא מצאו דבר, אך סברו כי האם לוקה בתסמונת *Munchhausen by Proxy*, אשר משמעותה היא שהורה של הילד, כדי למשוך תשומת-לב, פונה עם ילדו לקבלת טיפול רפואי ללא צורך, וחושף בכך את ילדו לפלישה מיותרת לגופו ולעיתים אף לסכנת חיים. הרופאים דיווחו על חשדם לרשויות, ולאחר פרק-זמן מסוים הוצאה הילדה ממשמורת הוריה לתקופה מסוימת והושמה אצל משפחה אומנת. כתובתה החדשה לא נמסרה להוריה, אשר לא הורשו לבקרה. רק לאחר מאבק משפטי ארוך, שנמשך כחמישה חודשים, הצליחו ההורים לשכנע את בית-המשפט כי אבחנתם הראשונית של הרופאים הייתה מוטעית ורשלנית, והילדה הוחזרה לידיהם. ההורים הגישו תביעה לבית-הדין האירופי בטענה כי זכותם לפרטיות ולחיי משפחה הופרה. בית-הדין פסק לטובת ההורים, מכיוון שקבע כי הרשויות טעו בכך שלא שיתפו את ההורים בהליך קבלת ההחלטה בנוגע לבתם.⁵⁰ מה המשותף לפסיקה בכל אותם מקרים? ברוב המקרים הוצאו הילדים מהבית ומרשות הוריהם לפרקי-זמן שונים (החל בשבועיים ועד לשנה ויותר), ובסופו של דבר התברר שלא

46 *Zamstein v. Marvasti*, 692 A.2d 781 (Conn. 1997) (להלן: עניין *Zamstein*); *Althaus v. Cohen*, 756 A.2d 1166 (Pa. 2000); *Bird v. W.C.W.*, 868 S.W.2d. 767 (Tex. 1994); *Vineyard v. Dominiguez v. Kelly*, 786 S.W.2d 749 (Tex. Ct. App. 1990). ראו עוד: *Kraft*, 828 S.W.2d 248 (Tex. Ct. App. 1992). זו רק רשימה חלקית.

47 ראו: *Montoya v. Bebensee*, 761 P.2d 285 (Colo. Ct. App. 1988), וכן הפסיקה להלן בה"ש 51. ראו התייחסות נרחבת לפסיקה זו בהמשך.

48 ראו עניין *Zamstein*, לעיל ה"ש 46.

49 ראו עניין *Trear*, לעיל ה"ש 44.

50 *Venema v. Netherlands*, [2003] 1 F.L.R. 552.

הייתה התעללות. בחלק מאותם מקרים לא אותרה טעותם של הרופאים על-ידי הגורמים האחרים שהיו מעורבים בעניין – כגון שירותי הרווחה, ועדות החלטה (גוף הקיים בחלק מהמדינות) ובתי-המשפט – אף שאבחנת הרופאים הייתה החוליה הראשונה בשרשרת. עמדתם של רוב בתי-המשפט במדינות השונות הייתה אחידה כמעט: דחייה על הסף של תביעות ההורים נגד הרופא, והכרה בתביעת הילד כאשר זו נכללה במסגרת אותו כתב-תביעה.⁵¹

(ג) נקודות המוצא לדיון

לפני שאבחן את הנימוקים העומדים בבסיס העמדה המשפטית, יש להניח, כפי שהניחו חלק מבתי-המשפט שעסקו בסוגיה, כי הנקודות הבאות אינן שנויות במחלוקת:⁵²

1. נזק – ההנחה היא כי להורה התובע אכן נגרם נזק (למשל, נזק נפשי זמני או לצמיחות).⁵³
2. התרשלות – ההנחה היא שהרופאים לא פעלו בהתאם לסטנדרט ההתנהגות הנדרש מהם כאנשי-מקצוע. בחלק גדול של המקרים דובר באי-בירור נסיבות המקרה באופן מדוקדק לאחר שהוסרה הסכנה המיידית לחייו ולגופו של הילד. כך, בפרשת *East Berkshire* היה אפשר לשלול את קיומה של מחלת עור לפני שקבעו פוזיטיבית שמדובר בהתעללות. במקרה אחר היה מקום לשלול קיומה של נטייה אצל הקטין המטופל להתפתחות שברים רבים עקב תסמונת המתאפינת בחולשה של העצמות.⁵⁴
3. צפיות – ההנחה היא שהרופא היה יכול והיה צריך לצפות שרשלנותו לא רק תסב נזק לילד, אלא גם תפגע בהורים במקרה של אבחון מוטעה של התעללות בילד. הפסיקה אכן הכירה בכך שרופא יכול וצריך לצפות כי התנהגותו הרשלנית תסב נזק לילד ולהורים כאחד.⁵⁵
4. קשר סיבתי – ההנחה היא שקיים קשר סיבתי בין רשלנות הרופאים לבין הנזק שנגרם,

51 יש לציין כי בחלק מפסקי-הדין מצוין במפורש כי אף שתביעת ההורים נדחתה, תביעת הילד מוכרת. כך, למשל, בעניין *East Berkshire* האנגלי, לעיל ה"ש 5, ובעניין *B* הניו-זילנדי, לעיל ה"ש 41. זאת, אף שבמשפט האמריקאי ניתן כאמור למצוא גם פסקי-דין המכירים אף בתביעות ההורים: *Wilkinson v. Hungerford v. Jones*, 722 A.2d 478 (N.H. 1998); *Sawyer v. Midelfort*, 595 N.W.2d 423 (Wis. Supp. 651 (D. Vt. 1995); *Balsam*, 885 F. Supp. 651 (D. Vt. 1995); *Sawyer v. Midelfort*, 595 N.W.2d 423 (Wis. 1999).

52 בחלק מפסקי-הדין עסקו בתי-המשפט בסוגיה שלפנינו במסגרת בקשה מקדמית של הנתבעים לדחייה על הסף. במסגרת דיון זה דנו בתי-המשפט בשאלה העקרונית אם יש להטיל חובת זהירות על הרופא כלפי ההורה החשוד בהתעללות, ולצורך כך הניחו כי יתר רכיביה של עוולת הרשלנות אינם מוטלים בספק. ראו, למשל, עניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5; עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 39; עניין *Rusch*, לעיל ה"ש 42. זו רק רשימה חלקית.

53 ראו עניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 452.

54 ש.ם.

55 ש.ם.

כלומר, שרשלנות הרופאים היא שהסבה את הנזק לילדים ולהורים. ברוב המקרים אבחנתו של הרופא היא החוליה המרכזית בשרשרת הקשר הסיבתי שתוצאתה נזק לילד ולהורים. ללא אבחנה זו לא היו רשויות הרווחה מתערבות, הילד לא היה מורחק מביתו, וחיי המשפחה היו נמשכים כסדרם.⁵⁶

אם אכן ניתן להוכיח בבית המשפט את כל היסודות האלה, מדוע דחתה הפסיקה את תביעות ההורים? מדוע הכירה בתביעות הילדים? מהו הבסיס המשפטי להכרעה זו?

3. הנימוקים להצדקתה של העמדה המשפטית

השאלה שבה התמקדו בתי המשפט במדינות השונות היא אם יש בכלל מקום, באופן עקרוני, להטיל על הרופאים חובת זהירות כלפי הורי הילדים. כלומר, השאלה הייתה אם יש מקום להטיל על הרופאים חובה משפטית לנהוג בזהירות ובסבירות כדי למנוע נזק לא רק מהמטופלים הילדים, אלא גם מההורים. מבחינה משפטית יש לשאלה זו חשיבות רבה, שכן אם אין מקום להטיל חובה משפטית על הרופא כלפי ההורה, אזי אין צורך לבדוק את קיומו של יתר הרכיבים הנ"ל, כגון הפרת החובה (התרשלות), קיומו של נזק וקיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק.

במילים אחרות, השאלה שהפסיקה מתמקדת בה הינה שאלה מקדמית, שאלה של מדיניות משפטית. בית המשפט שואל את עצמו מהי המדיניות המשפטית הראויה שיש לקבוע בסוגיה זו, מהם השיקולים שמקבלים עדיפות כאשר עוסקים בתחום זה של התעללות בילדים. אכן, עיון בפסיקה ובספרות מלמד שהדיון נסב רובו ככולו על שיקולים של מדיניות, ופחות על ניתוח משפטי טהור. מהם, אם כן, השיקולים שהנחו את הפסיקה לדחות על הסף את תביעות ההורים?

(א) האקסקלוסיביות של יחסי מטפל-מטופל

הפסיקה מדגישה שחובתו העיקרית והבלעדית כמעט של הרופא, במיוחד בנסיבות אלה, היא כלפי המטופל.⁵⁷ הרופא מחויב אתית ומשפטית לפעול לקידום טובת המטופל שלו, אשר בסוג המקרים שלפנינו הוא הקטין, והוא בלבד. המשפט האנגלי, לדוגמה, קבע בכמה הקשרים כי על הרופא מוטלת חובת זהירות אך ורק כלפי המטופל שלו, גם כאשר מדובר בקטין הפועל באמצעות הוריו. כפי שנראה, המטרה היא לאפשר לרופא לפעול בחופשיות, תוך התמקדות בפתרון בעייתו הרפואית של המטופל, מבלי שיהא עליו להקדיש את תשומת ליבו לרווחתו של צד שלישי.⁵⁸

56 ש.ם.

57 כך באנגליה: *X v. Bedfordshire CC*, [1995] 3 All E.R. 353 (H.L.); *Powell v. Boldaz*, [1998] Lloyd's Rep Med 116 (C.A. 1997); *AB v. Leeds Teaching Hospital NHS Trust*, [2004] EWCH 644 (Q.B.) (להלן: עניין *Leeds*). אדון בפסיקה זו בהרחבה בהמשך.

58 זו הייתה עמדת הרוב בעניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5.

על הרופא להתמקד בקידום טובתו של המטופל, אשר עלול להיות הקורבן הישיר של מעשה ההתרשלות, ולא בקידום האינטרסים של קורבנות משניים, דוגמת בני משפחה. קידום בריאותו של המטופל היא המטרה שלשמה הרופא פועל, והיא מעוגנת משפטית⁵⁹ ואתית.⁶⁰ מטרה זו מנותקת מסוגיית קידום רווחתם של צדדים שלישיים הקרובים למטופל. יצירת קשר משפטי מחייב בין הרופא לבין צדדים שלישיים, אפילו הם בני משפחתו של הקרוב, אינה תורמת, לפי גישה זו, לקידום האינטרסים של המטופל, מכיוון שהיא מחייבת למעשה את הרופא המטפל להקדיש חלק ניכר מזמנו לבני המשפחה (או לפחות להקדיש להם תשומת-לב מספקת כדי להימנע מתיבועה). בהקשר של הסוגיה שלפנינו הדברים מקבלים משנה תוקף: הטלת אחריות על הרופא כלפי ההורים לא רק שלא תתרום במאומה לקידום בריאותו והאינטרסים של המטופל, אלא עלולה אף לפגוע במטרה זו, במיוחד בהקשר של אבחון התעללות וטיפול בה. בהקשר זה הטלת אחריות כלפי ההורים תביא לידי כך שבמקרים קשים לאבחון יעדיף הרופא לא לקבוע כי קיים חשד סביר להתעללות, וכך הוא עלול להותיר את הילד חשוף להתעללות מצד הוריו.

בחלק משיטות המשפט הקשר האקסקלוסיבי הזה של הרופא והמטופל מבוסס על קשר הסכמי, מעין-חוזי, בין שני הצדדים: המטופל פונה לקבלת טיפול, והרופא נאות בתנאים מסוימים להעניק שירות זה.⁶¹ הגם שבהקשר המסוים שלפנינו אין הדבר כך – שכן הילד אינו פועל באופן וולונטרי, אלא באמצעות הוריו או נציגי רשויות הרווחה, ובנסיבות שלפנינו הוא אינו מעוניין תמיד לקבל שירות מהמטפל – זה הבסיס של יחסי רופא-מטופל בשיטות משפט רבות, לרבות זו הישראלית.⁶² אין ספק שיחסים מעין-חוזיים אלה אינם

59 ראו, למשל, ס' 3-4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591.

60 שני עקרונות מרכזיים באתיקה הרפואית הם nonmaleficence ו-beneficence, שמשמעותם אי-גרמת נזק למטופל והטבת מצבו. עקרונות אלה נמצאים בבסיס קיומו של מקצוע הרפואה, ולכן מהווים חלק אינהרנטי מהאתיקה של הרופא. ראו: R. Macklin, *Applying the Four Principles*, 29 J. MED. ETHICS 275-280 (2003).

61 *Capital Counties plc v. Hampshire CC*, [1997] 2 All E.R. 865, 883-884.

62 ראה לכך ניתן למצוא בחקיקתו של חוק זכויות החולה, אשר נועד להגן על זכויותיו של אדם אשר מבקש או מקבל טיפול רפואי. במרכז חוק זה מצוי פרק ד (ס' 13-16). הקובע כי הבסיס למתן טיפול רפואי הוא מתן הסכמה מצד המטופל. בית-המשפט העליון הדגיש בשורה ארוכה של פסקי-דין, שרובם ניתנו עוד לפני חקיקת החוק, עד כמה חופש הבחירה והאוטונומיה של המטופל חשובים ומהווים בסיס ליחסיו עם המטפל. ראו, לדוגמה, עניין דעקה, לעיל ה"ש 34, שם כותב השופט אור, בפס' 19 לפסק-דינו, כי "לזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה יש חשיבות רבה בסיטואציה של טיפול רפואי. אכן, הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו. עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו. בהתאם לכך, נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי אותו קיבל בבית חולים". אישור לקביעה זו ניתן למצוא גם בספרות המלומדים. ראו עדי אור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 236 (מהדורה שנייה, תשס"א). גם גרין מגיע למסקנה זו כאשר הוא קובע כי "ניתן, אפוא, לומר, כי קליטתה של דוקטרינת ה'הסכמה המודעת' הפכה למעשה את הטיפול הרפואי ל'מצרך' או

קיימים בין המטפל לבין קרובו של המטופל, אפילו יהא זה הורהו,⁶³ והדבר מסביר את העדר הטלתה של חובת זהירות על הרופא כלפי ההורה.

אקסקלוסיביות זו של יחסי רופא-מטופל ותפיסת ההורה כצד שלישי מתעצמות בהקשר של הסוגיה שבה אנו עוסקים. אומנם, בדרך-כלל האינטרסים של הקטין והים לאלה של הוריו, שכן לשניהם יש אינטרס שהילד יבריא, אבל בסוגיה שלפנינו, כך נטען בפסיקה, האינטרס של הקטין שונה מזה של ההורה, שכן הרופא חושד כי ההורה הוא שפוגע בילד. ההורה עלול להיות המזיק, ולא הניזוק המשני, כפי שהדבר נתפס בהקשרים אחרים. במצב כזה מתעצמת התפיסה שחובתו של הרופא צריכה להיות מופנית אך ורק כלפי המטופל הקטין, ולא כלפי הוריו. טיעון זה מהווה את הבסיס ליחס השונה שבו זוכים הילדים, מצד אחד, וההורים, מן הצד האחר. זה למעשה ההסבר המרכזי לכך שתביעות הילדים הוכרו ואילו תביעות ההורים נדחו.⁶⁴

יודגש כי גישה זו, שעליה מבוססים היחסים בין הרופא למטופל, משקפת גישה ליברלית, המקדשת את חופש הבחירה של אדם להיכנס לחוזים ולהסכמים וליטול על עצמו מחויבויות כלפי אותם אנשים שהגיעו איתו להסכמה לגבי הקשר ולגבי מידת המחויבות ההדדית שביניהם.⁶⁵ מכאן ברורה גם ההבחנה בין מטופלים לבין בני משפחותיהם, שכן כלפי הראשונים הרופא נוטל על עצמו באופן וולונטרי חובות מסוימות, ואילו כלפי בני המשפחה אין נכונות כזו ליטול אחריות.⁶⁶

תפיסה זו, החלה על יחסי רופא-מטופל באופן כללי, שיקפה עד לאמצע שנות השבעים גם את התפיסה המקצועית של הרופאים, אשר בחרו להתמקד במטופל שלפניהם במנותק מהסובבים אותו ומהנסיבות האישיות והחברתיות שאיתן הגיע לחדר-הטיפול.⁶⁷ גישה זו, אשר רווחת במשפט הרפואי כפי שראינו, השתנתה בעת האחרונה בתחום המחקר החברתי-הרפואי. רופאים למדו להעריך את חשיבות המשפחה הן מבחינת המטופל, בעיקר בהיבט של יכולתו להתמודד עם מצבו, והן מבחינת המערכת הרפואית, אשר אינה יכולה כיום להעניק טיפול מלא ומקיף ללא עזרת בני המשפחה של המטופל.⁶⁸ נוסף על כך, הרופאים

ל'שירות רפואי'. ההסכמה לטיפול הרפואי המוצע לחולה אינה אלא 'חווה למתן או לקבלת שירות רפואי'. הרופא 'מספק' שירות (רפואי) והחולה 'צורך' שירות (רפואי). מטבע הדברים חלים על מערכת יחסים זו דיני החוזים אשר בבסיסם חופש החוזים". ראו י' גרין "בדיקות טרום השרשה (Pre-Implantation Genetic Diagnosis): היבטים משפטיים והלכתיים" מאוני משפט ו (טרם פורסם).

63 כך נקבע מפורשות בעניין *Powell*, לעיל ה"ש 57.

64 אם כי ראוי לציין שההכרה בתביעות הילדים נעשתה בשלב מאוחר יחסית. עד לאחרונה נדחו גם תביעות אלה, בנימוק שהמטפל חב חובת זהירות רק כלפי המעביד שלו. ראו: *D v. East* (Berkshire Community NHS Trust, [2004] Q.B. 448, par. 109 (Eng.)).

65 ROY GILBAR, *THE STATUS OF THE FAMILY IN LAW AND BIOETHICS: THE GENETIC CONTEXT* 65-5-25 (Aldershot, Ashgate, 2005).

66 שם, בעמ' 23-34.

67 שם, בעמ' 164-165.

68 שם, בעמ' 166-169.

ערים כיום, במידה רבה יותר מבעבר, להשפעה שיש לבני המשפחה הקרובים על מצבו של המטופל. לנוכח זאת עולה השאלה אם אין מקום שהמשפט הרפואי יעצב גישה שונה באשר ליחסי הרופא עם המטופל ובני משפחתו, אשר עשויה לבוא לידי ביטוי גם בסוגיה שלפנינו. אשאייר שאלה זו פתוחה בשלב זה ואתייחס אליה בהמשך.

(ב) החשיבות החברתית שבאיתור התעללות במשפחה

הנימוק השני ממשיך את הקו שהתווה הנימוק הראשון, וקובע כי אומנם במצבים חריגים רופאים חבים חובות זהירות כלפי צדדים שלישיים, ולא רק כלפי המטופל,⁶⁹ אבל החשיבות שיש באיתור ובאבחון של התופעה החברתית של התעללות בילדים מחייבת את המסקנה המשפטית כי רופאים אשר נוהגים בתום לב אך טועים ומאבחנים התעללות מקום שזו אינה קיימת לא יהיו חשופים לחובות מתנגשות כאשר הם עוסקים באיתורה ובאבחונה של תופעה זו.⁷⁰

הפסיקה מדגישה בהקשר זה כי אם תוטל על הרופא חובת זהירות כלפי ההורים, יפגע הדבר בקידום המטרה המרכזית והעיקרית, שהיא איתור מקרים של התעללות בתוך המשפחה. רופא אשר ידע כי עליו להיזהר לא לגרום נזק להורים, יהסס לפני שיקבע כי יש יסוד סביר לחשוד שהורה מתעלל בילדו, והיסוס זה, כך נטען, לא ישרת את המטרה של איתור המקרים שבהם יש התעללות במשפחה ושל מיגור התופעה באופן כללי. במקרים שנסכיבותיהם אינן ברורות מאליהם, כאשר האבחנה אינה חד־משמעית, הטלת חובת זהירות

69 במשפט האנגלו־אמריקאי מקובל להטיל חובת זהירות על הרופא כלפי צד שלישי כאשר הרופא יכול לזהות את האדם הנמצא בסכנה של פגיעה, כאשר מדובר בסכנה רצינית ומשמעותית לבריאותו או לחייו של הצד השלישי, וכאשר הרופא יכול למנוע נזק זה באמצעות פנייה לצד השלישי או פנייה לרשויות שיהירו אותו כי הוא נמצא בסכנה. לפסקי־דין ברוח זו בארצות־הברית ראו עניין *Tarasoff*, לעיל ה"ש 30; *Safer v. Pack*, 677 A.2d 1188 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1996). לפסקי־דין דומה באנגליה ראו: *Palmer v. Tees HA*, [1998] Lloyd's Rep Med 447; [1999] Lloyd's Rep Med 351 (CA) (באותו מקרה דחה בית־המשפט את תביעת הצד השלישי בשל נסיבותיו הספציפיות של המקרה – הרופא לא היה יכול לזהות את הצד השלישי הנמצא בסכנה).

70 יש לציין כי פסקי־הדין שבהם הוכרה חובת זהירות של רופא כלפי הוריו של קטין (בארצות־הברית, למשל) נפסקו על בסיס החריג לכלל הנ"ל. כך, בעניין *Hungerford*, לעיל ה"ש 51, נקבע שעובדת סוציאלית חבה חובת זהירות כלפי אב של מטופלת אשר נחשד והואשם על לא עוול בכפו בהתעללות בבתו. הסיבה המרכזית להטלת חובת הזהירות הייתה מידת הרשלנות הגבוהה של העובדת הסוציאלית, אשר חסרה את המומחיות הנדרשת לטיפול בבתו של הניזוק. אף שהשופט דן הן בשיקולי המדיניות השונים התומכים בהטלת חובת זהירות והן באלה השוללים אותה, הדגיש השופט Broderick כי אמת־המידה המרכזית היא החובה לפעול באופן מקצועי: "Our holding today imposes no more than what a therapist is already bound to provide — a competent and carefully considered professional judgement". שם, בעמ' 482.

כלפי ההורים עלולה, כך נטען, להוביל את הרופא להחלטה לא לפעול למען הוצאתו של הילד מטווח הסכנה, ולהותיר אותו חשוף לפגיעה מצד אחד מהוריו.⁷¹ אכן, בשנים האחרונות נעשה מאמץ רב לצמצם את תופעת ההתעללות בילדים בתוך המשפחה, והושקעו מאמצים חקיקתיים המעודדים חשיפתם של מקרים כאלה. כך, למשל, הוסף בראשית שנות התשעים סימן 11 לחוק העונשין, המטיל, בין היתר, חובה על אנשי מקצוע – כגון רופאים, עובדים סוציאליים, שוטרים ופסיכולוגים – לדווח למשטרה או לפקיד הסעד על כל חשד לעברה כלפי קטינים.⁷² במקביל נחקק גם חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, אשר נועד אף הוא לסייע באיתור ובמניעה של אלימות שילדים חשופים לה בתוך משפחתם.⁷³

במדינות אחרות, כארצות הברית, מערכת המשפט עושה שימוש בכלי נוסף כדי לאתר ולמגר את תופעת ההתעללות בילדים. מדינות רבות בארצות הברית בחרו להעניק חסינות לרופאים המדווחים על התעללות בילדים כאשר הדיווח נעשה בתום לב ואינו גובל ברשלנות חמורה. החסינות מגינה על הרופאים מפני תביעות אזרחיות ופליליות כאשר יש להם יסוד להאמין, לפי מיטב ידיעתם והבנתם המקצועית, כי הילד שלפניהם עבר מעשי התעללות או הונחה. זאת ועוד, גם אם אי אפשר בסופו של דבר לבסס את החשדות של המטפל, הוא יהיה חסין מפני תביעה. בשבע עשרה מדינות בארצות הברית אף קיימת "הנחה של תום לב", כלומר, מניחים שהמטפל נהג בתום לב כל עוד לא הוכח אחרת.

רוב המדינות בארצות הברית המעניקות חסינות מפני הליכים אזרחיים ופליליים מגינים על המטפל לא רק בשלב הדיווח הראשוני על ההתעללות, אלא גם בכל הפעולות שעל המטפל לנקוט כדי להגיש דיווח כזה. למשל, בשלושים ושש מדינות בארצות הברית ניתנת חסינות למטפל המדווח על מעשי ההתעללות כאשר הוא מוזמן להעיד בבית המשפט. מדינות רבות בארצות הברית מעניקות חסינות באופן ספציפי לרופאים המדווחים על התעללות בילדים. חסינות זו כוללת ביצוע צילומי רנטגן לילד המטופל, גילוי וחשיפה של תיקן הרפואי של הילד, ביצוע בדיקה גופנית בילד וביצוע בדיקות אחרות.⁷⁴ סקירה

71 ראו עניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 480.

72 ס' 368 לחוק העונשין. דנה פוגין כתבה לאחרונה על התפיסה החברתית ששימשה רקע לחקיקה של ס' 11 בכללותו ושל הוראת ס' 368 באופן ספציפי: "בכך מכיר המחוקק באותה פגיעות מיוחדת של הכפופים לבגירים לסיפוק צורכי חייהם הבסיסיים ביותר תוך שיכולת ההתנגדות אינה קיימת. גם את חובת הדיווח הרחבה הקבועה בחוק ניתן להבין כניסיון לחשוף לאוויר העולם את אותם מקרים לגביהם קיים 'קשר השתיקה' ובראשם פגיעות המתבצעות בתוככי הבית, בתא המשפחתי." ראו דנה פוגין "קטינים נפגעי עבירה בראי המשפט: מגמות בחקיקה ובפסיקה" התעללות והזנחה של ילדים בישראל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 99-151, ובמיוחד בעמ' 106-107.

73 ראו גם ס' 3 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955, ס"ח 187, וכן ס' 22 לחוק הנוער.

74 לדיון רחב במדיניות המעודדת דיווח ואיתור של התעללות בילדים ראו: Responding to Child Abuse & Neglect, Child Welfare Information Gateway (2004), available at www.childwelfare.gov/responding/index.cfm. הבסיס למדיניות זו מצוי בדבר החקיקה

זו מגלה כי מערכת המשפט הישראלית, כמו מערכות המשפט במדינות אחרות, מעניקה חשיבות רבה לאיתורה ולמיגורה של תופעת ההתעללות בילדים בתוך המשפחה. חשיבות זו באה לידי ביטוי גם בפסיקותיהם של בתי המשפט הדנים בהיבט הנוזיקי. במילים אחרות, הפן הנוזיקי מעניק כלי משפטי נוסף, מעבר לקיומה של חובת הדיוות, לעידוד חשיפתה של תופעה זו. הפסיקה בדיני הנוזיקין קובעת כי איתור ואבחון של התעללות במשפחה הם בגדר מטרה נעלה וחשובה, שיש לקדמה גם במחיר של פגיעה בהורים, אשר יאלצו לשאת בנזק הנפשי או בנזקים אחרים שנגרמים להם באותם מקרים ספורים שבהם הרופאים טועים ומאבחנים התעללות במשפחה מקום שזו אינה קיימת למעשה.

ראוי לציין כי בכך חבויה ההנחה כי מספר המקרים שבהם האבחון מוטעה נמוך בצורה משמעותית ממספר המקרים שבהם האבחון של הרופא מדויק. גם אם הנחה זו נכונה עובדתית, עולה עדיין השאלה אם קביעת כלל משפטי הפוטר רופאים מאחריות נוזיקית להתנהגותם הרשלנית משרתת מדיניות ראויה.

(ג) ניגוד אינטרסים

בתי המשפט מצביעים על ניגוד האינטרסים המתרחש בעת האבחון והאיתור, כאשר הרופא אינו יודע אם הילד אכן עבר התעללות או לא. כאשר הרופא חוקר ובודק את הנסיבות שלפניו, האינטרסים של הילד ושל ההורה מתנגשים. האינטרס של הילד הוא שהרופא ידווח לרשויות על חשדותיו, אם קיימים כאלה, וידאג להרחיקו ממקור הסכנה, בדרך כלל באמצעות הוצאתו מהבית, ואילו האינטרס של ההורה הפוך: ההורה אינו מעוניין שהרופא ידווח על חשדות אלה, אלא מעוניין שהילד יישאר במשמורתו בכל מחיר, גם אם הילד ימשיך לסבול ההתעללות, או לפחות ימשיך לעמוד איתו בקשר קרוב גם אם אין הוא במשמורתו.⁷⁵ במילים אחרות, הטיעון הוא שאין זה הגיוני להגן משפטית על הנחשדים בהתעללות במשפחה באמצעות הטלתה של חובת זהירות על הרופאים כלפיהם, כאשר הטלת חובה כזו מתנגשת בחובה לדאוג לטובתו של הילד.⁷⁶

אין מקום, כך נשמעת הטענה, לחשוף את הרופא לתביעה של הורה אם חשדותיו להתעללות בילד ייצאו בלתי מבוססים. יש לאפשר לרופא לפעול בחופשיות לקידום טובתו של הילד, ולא להציב אותו במצב של ניגוד אינטרסים. הטלת חובה כלפי ההורים עלולה ליצור פרקטיקה מתגוננת אשר תפגע בסופו של דבר בילד, שכן במקרים קשים

הפדרלי שנחקק בשנת 1974 ואשר תוקן מאז פעמים מספר - Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA). זהו למעשה דבר החקיקה המרכזי בארצות הברית העוסק בהתעללות בילדים ובהזנחתם.

75 חשוב לציין כי לעיתים החשד להתעללות בילדים על-ידי אחד ההורים (על-פירוב הגבר) עולה כאשר ההורים עומדים לפני הליך של פרידה וגירושים. במקרים מסוג זה החשד להתעללות עשוי לשמש כלי בידי ההורה האחר במאבק על משמורת הילדים או על הסדרי הראייה והביקור. ראו, למשל, עניין *Caryl*, לעיל ה"ש 33; עניין *Balsam*, לעיל ה"ש 51.

76 עניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 473.

לאבחון ייתכן שהרופא יעדיף לא לפעול להסרת הסכנה מהילד, אלא להותירו עם הוריו על-מנת שאלה לא יגישו נגדו תביעה בנויקין.

(ד) מערכת הטיפול במקרי התעללות במשפחה הינה רב-תחומית

בישראל, כמו במדינות מערביות אחרות, הטיפול בילדים בסיכון הינו רב-שלבי ורב-תחומי. מדובר בכמה הליכים המערבים כמה גורמים, היוצרים יחדיו מערכת של איזונים ובלמים המפקחת על הנעשה על-מנת להגיע להחלטה הטובה והנכונה ביותר לקידום טובתו של הילד בנסיבות העניין. לשם כך מעורבים בהליך קבלת ההחלטה בעלי-מקצוע מתחומים שונים, המגיעים מהרשויות השונות העוסקות בתחום זה (אנשי מערכת החינוך, אנשי מערכת בריאות הנפש, פקידים-סעד ועוד).⁷⁷ לכן הטענה הנשמעת בהקשר זה נגד הטלת חובת זהירות על הרופא היא שהטלתה רק כלפי הרופאים אינה הגיונית, ועלולה ליצור בלבול וחוסר איזון במערכת מורכבת ועדינה מאוד. לבד מכך, הטלת אחריות רק על הרופאים תשקף חוסר הגינות כלפיהם: מדוע, כך ישאלו הרופאים, תוטל חובת זהירות רק עלינו כאשר אנשי-מקצוע נוספים מעורבים אף הם באבחון של הילד הסובל לכאורה התעללות? לבסוף, קובעים בתי-המשפט, מדובר במלאכה עדינה ומורכבת מאין כמותה, אשר מחייבת מתן שיקול-דעת רחב לאנשי-המקצוע ומצדיקה אי-הטלת אחריות בנויקין כאשר נעשה אבחון שגוי.⁷⁸

אף שקבוצת טיעונים זו נשמעת משכנעת על פניה, ניתן לדחותה בקלות יחסית, שכן היא לא מנעה את בתי-המשפט באנגליה ובארצות-הברית מלהכיר באפשרות התביעה של

77 אם כי בדוח ועדת גילת נזכר שנציגייהן של מערכת בריאות הנפש ומערכת החינוך אינם מופיעים לרוב הדיונים שהם מוזמנים אליהם. לפירוט הליכי האבחון של ילדים בסיכון ראו דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26-40, ובמיוחד בעמ' 29-30.

78 על טיעונים אלה התבססה פסיקת בית-הלורדים בעניין *X v. Bedfordshire CC*, [1995] 2 AC 633, 749-750. באותו פסק-דין אוחד הדיון בתביעות אחדות, שאחת מהן הוגשה על-ידי ילד ואמו נגד פסיכיאטר שהועסק על-ידי הרשות המקומית. הפסיכיאטר, אשר ערך ריאיון עם הילד, סבר כי בן-זוגה של האם מתעלל בילד, וזאת בהסתמך רק על שמו הפרטי של התוקף, אשר נמסר על-ידי הילד. אבל לימים הסתבר כי הילד התכוון לקרוב-משפחה של האם אשר התגורר בביתם במשך תקופה מסוימת, ולא לבן-זוגה של האם. בעקבות אבחון של הפסיכיאטר הוצא הילד ממשמורת אמו למשך כשנה, ובמשך כל אותן פרק-זמן סירבו הרשויות להציג לפני האם את קלטת הווידיאו של הריאיון עם בנה ואת התמלול של אותו ריאיון. רק לאחר שהקלטת והתמלול נמסרו לאם התגלתה טעותו של הרופא. למרות זאת, תביעתם של הילד ואמו לפיצוי בגין הנזק הנפשי שנגרם להם כתוצאה ממסכת אירועים מצערת זו נדחתה הן בבית-המשפט לערעורים והן בבית-הלורדים. תביעתם לבית-המשפט האירופי לזכויות אדם התקבלה, אולם על בסיס הפרת ס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם (הזכות לפרטיות ולחיי משפחה). הבסיס להצלחת התביעה לא היה אם כן רשלנותו של הרופא הפסיכיאטר והמלצתו השגויה להוציא את הילד ממשמורת אמו, כי אם על המחלל שבאי-מסירת הראיות שעליהן הסתמכה הרשות בהחלטתה לאם. ראו: *TP and KM v. United Kingdom*, [2001] 2 F.L.R. 549, 566-571.

ילדים נגד הרופאים.⁷⁹ אם טיעונים אלה אינם מונעים הכרה בתביעות של ילדים, אזי קשה להבין כיצד אפשר לדחות על בסיסם תביעות של הורי הילדים נגד הרופאים. כך, למשל, הנימוק של עיסוק במלאכת אבחון עדינה ומורכבת לא התקבל בפסקי-דין אשר הכירו באפשרות התביעה של הילדים נגד הרופאים.⁸⁰

אם כן, נותרו למעשה שלושה נימוקים מרכזיים המשמשים את בתי-המשפט בקביעתם כי אין להכיר באחריות הרופא לנזק הנגרם להורה הנחשד בטעות כמתעלל בילדו: ראשית, קיומם של יחסים אקסקלוסיביים בין הרופא למטופל; שנית, הרצון למגר את תופעת ההתעללות במשפחה; ושלישית, החשש מפני הימצאותו של הרופא במצב של ניגוד אינטרסים. ממבט ראשון טיעונים אלה כבדי-משקל, שכן הם מצדיקים את ההגנה הן על הצד החלש, הקטין, שאינו מסוגל להגן על עצמו מפני הקרובים אליו ביותר, והן על הציבור, המעוניין לעקור משורש – או לכל-הפחות למתן – את התופעה השלילית של התעללות במשפחה. למרות זאת, ניתן לדעת להפחית ממשקלם של טיעונים אלה, ואולי אף להכיר עקרונית באפשרות להטיל בנסיבות מסוימות חובת זהירות על רופאים כלפי הורים, כפי שיפורט בהמשך.

4. הנימוקים להכרה בתביעות של הורים נגד רופאים

מהם הנימוקים התומכים בהטלת חובת זהירות על הרופא כלפי ההורים?

(א) התרשלות הרופא

הנימוק הראשון שם דגש בהתרשלותו של הרופא, שהרי הרופא, ככל איש-מקצוע אחר, נדרש לפעול במיומנות, בזהירות ובסבירות, לפי סטנדרט ההתנהגות המקצועית המצופה ממנו. השאלה שעולה כאן היא מדוע יש לפטור את הרופא מאחריות כלפי ההורה כאשר הוא מתרשל ואינו פועל כראוי, במיוחד כאשר הוא אחראי לנזק שהוא מסב לילד. אכן, קיים ויכוח בדיני הנויקין בכלל ובדיני הרשלנות בפרט בשאלה אם הטלה של חובת זהירות על איש-מקצוע תוביל לפרקטיקה מקצועית מתגוננת, שתפגע בסופו של דבר במקבל השירות, או שמא היא תוביל לשיפור השירות ולהעלאת רמתו המקצועית של המטפל או נותן השירות.⁸¹ תהיה אשר תהיה ההכרעה בוויכוח זה, ניתן לטעון כי אם ממילא מוטלת על הרופא אחריות לנהוג בזהירות כאשר הוא עוסק באבחון ובאיתור של התעללות בילדים

79 ראו לעיל סעיף 22(ב) לרשימה זו.

80 שופט המיעוט Lord Bingham מציין נקודה זו במפורש בעניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 459.

81 טיעון זה התקבל באנגליה בשנות התשעים, בעניין *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238, 243 (H.L.), אך נדחה בשנים האחרונות. ראו: *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [1999] 3 All E.R. 193, 208 (H.L.). גם בארץ נעשה שימוש בטיעון זה. ראו להלן ה"ש 153.

(שכן זו משמעותה של ההכרה בתביעות של ילדים בנסיבות אלה), אזי ההכרה גם בתביעות ההורים לא תשפיע על דרך פעולתו של הרופא ועל החלטתו לנהוג באופן מקצועי או לא-מקצועי. האם במקרה שהוצג לעיל היה הצוות הרפואי נוהג אחרת אילו ידע מראש כי אם יתשל ייאלץ לפצות לא רק את הילדה, אלא גם את הוריה?⁸²

זאת ועוד, קשה לראות כיצד הכרה בחובת זהירות כלפי ההורים תניע רופא להתעלם מסימנים אשר מבחינה מקצועית מצביעים על התעללות בילד (כגון חבלות גופניות לא-תאונתיות)⁸³ או לקבוע כי הממצאים הרפואיים מצביעים על התעללות בילד כאשר אין למעשה ממצאים כאלה. יתר על כן, הטלתה של חובת זהירות על רופאים גם כלפי ההורים עשויה להנחיל לרופא תחושת מחויבות שעליו לנהוג באחריות מקצועית לא רק כלפי המטופל הישיר שלו, אלא גם כלפי אלה אשר מושפעים מהתנהגותו בצורה משמעותית. אכן, יש להדגיש כי חובת הזהירות של הרופא כלפי הילד וכלפי ההורה זהה: מדובר בחובה לא לגרום את הנזק הצפוי כתוצאה מאבחון לא-ראוי ולא-מקצועי של התעללות בילד בתוך המשפחה. חובה זו משרתת לא רק את הילד, אלא גם את ההורה, בין אם הוא מתעלל בילד ובין אם לאו.

יודגש: החובה של המטפל לנהוג בזהירות, בסבירות וברגישות בנסיבות אלה אינה משרתת את האינטרסים העברייניים של ההורה, אלא את הצד הנורמטיבי שבו, כלומר, את האינטרסים שלו כהורה אשר מעוניין לקדם את טובת ילדו אך בשל סיבה מסוימת אינו מסוגל לעשות זאת ואף פוגע בו. הספרות המקצועית בתחום זה מבהירה כי בחלק מהמקרים ההורה המתעלל מעוניין לקדם את טובת ילדו, ומעוניין אף לגלות מסירות לילדו, לפחות במידה מסוימת, אך מסיבות שונות, אשר קשורות לרוב לרקע המשפחתי, החברתי והתרבותי שלו, הוא פוגע בילד.⁸⁴ גישה זו מניחה למעשה שגם להורה יש אינטרס

82 נימוק זה הושמע על-ידי שופט המיעוט Lord Bingham בעניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 459.

83 אם כי ראוי לציין כי במקרי התעללות רבים הממצאים אינם חד-משמעיים, והסימנים האובייקטיביים יכולים להיות תוצאה של התעללות או של גורמים אחרים אשר הסבו את הנזק האמור. ראו ע"פ 1601/99 נסים שהין נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 448 (1999), באשר למשמעותן של שריטות על גופו של ילד.

84 אילון וצימרין כותבות כי "יש הורים המאמינים באמת ובתמים שהם משרתים את טובת הילד בהווה או בעתיד כשהם מכים אותו". במקום אחר הן כותבות כי הסיבה להתעללות של הורה בילד היא החוויות שהוא עצמו עבר כילד. ראו עפרה אילון וחניתה צימרין ילדות כואבת: מבט שני על ילדים מוכים 25, 39 (ספרית פועלים, 1990). הדים לכך ניתן למצוא גם בפסיקה הישראלית, אשר מודעת לנסיבות האישיות של ההורה המתעלל, גם אם היא אינה מתחשבת בהן. כך הנשיאה ביניש (כתוארה כיום), אשר מודעת לנסיבות האישיות של האב המתעלל אך קובעת בסופו של דבר כי הכף נוטה בבירור להגנה על האינטרסים של בתו ולהוקעת אביה העברייני. ראו ע"פ 7697/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פדאור חדש 99(9) 235 (1999). גם באחד מפסקי-הדין העוסקים בבני-הזוג הכיבי נשמעו אמירות המשקפות את הצדדים השונים של הורים אשר מתקשים לספק את צרכי ילדיהם. השופטת מזרחי כתבה בעניין זה: "...העבירות בתיק שלפניי בוצעו בשל אישיות סבוכה של הנאשם, כאשר מצד

להפסיק את ההתעללות; גם לו יש אינטרס להצליח להתגבר על בעייתו, שבעטייה הוא פוגע בקרובים לו ביותר.⁸⁵

הספרות המקצועית ערה יותר מזו המשפטית למורכבותן של הנסיבות החברתיות והמשפחתיות, ולכך שהדמות ההורית אינה חדגונית – עבריינית או נורמטיבית – אלא כזו המשרתת דו-ערפיות.⁸⁶ אילון וצימרין מתארות בספרן הורים אשר פוגעים בילדיהם לא מתוך אכזריות או רוע בסיסי, אלא מכיוון שחוו אלימות כילדים מצד הוריהם, דבר שעיצב את תפיסתם לגבי יחסיהם עם ילדיהם.⁸⁷ אחד ההורים צוטט בספרן של שתי החוקרות כמי שאינו יודע דרך אחרת לחינוך ילדו. מורכבותם של ההורים המכים משתקפת כאשר ההורים מודעים למעשיהם, ואף מתביישים בהם, אבל אף-על-פי-כן אינם מפסיקים להתעלל בילדיהם ואינם פונים לבקש עזרה.⁸⁸ כאמור, אנשי-המקצוע תופסים את מעשי ההתעללות כהתנהגות פסולה, אבל קוראים עם זאת לגלות הבנה אם טיפול יעיל לשיקומו של הקטין ומשפחתו הוא יעד אפשרי.⁸⁹

- אחד הוא אוהב את ילדיו ומצד שני, בין השאר בשל השקפה תמוהה לגבי טובתם... עובר על החוק. ראו ת"פ (מחוזי י"ם) 1055/01 מדינת ישראל נ' חביבי (לא פורסם, 15.4.2002).
- 85 צימרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 58-60. עם זאת, אין משמעות הדבר שיש לקבל את מעשה ההתעללות. הספרות המקצועית בתחום זה אינה מקבלת מעשי התעללות, אבל בצד זה היא מודעת לצורך של ההורה המתעלל כי יבינו אותו, יקבלו אותו ויטפלו בו. ראו שם.
- 86 טילמאן פרניס כותב בספרו: "מתן אמפתיה והבנה למתעללים אינה מפחיתה דבר מאחריותם המלאה להתעללות אותה ביצעו. ההבחנה החוקית והפסיכולוגית בין האחריות וההשתתפות מקלה על המעבר מעמדה בה דוחים את המתעלל ונוקמים בו ולקראת עמדה של הבנה ואמפתיה תרפויטיים כלפי ניסיון חייו של המתעלל עצמו, ובו בזמן שמירה על מחשבה צלולה לגבי אחריותו הבלעדית כלפי ההתעללות." טילמאן פרניס התעללות מינית בילדים: תיאוריה ודרכי טיפול 37 (סמדר ברגמן מתרגמת, אה, 1995).
- 87 אילון וצימרין מתארות בספרם אִם אשר מנסה לפתור את בעיית ההרטה של בנה באמצעות כוויית איבר-מינו, וקובעות כי "היא חוזרת ועושה את אותו מעשה [שעשו הוריה לאחיה – ר' ג'], לא משום שהיא 'אם רעה', אלא משום שבמאגר ההתנהגויות שלה לא מצוי פיתרון אחר לבעיה". ראו אילון וצימרין, לעיל ה"ש 84, בעמ' 38-39.
- 88 שם, בעמ' 44.
- 89 שם, בעמ' 11-12. עם זאת, ראוי לציין כי גם בתי-המשפט מקבלים לעיתים את הטענות המבקש להקל בעונשו של ההורה שהורשע בהתעללות בילדו. ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט אדמונד לוי בע"פ 1110/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(5) 229, 234 (2000). ראוי להדגיש כי עמדתו של השופט לוי מעניינת שכן הוא רואה בדיני העונשין בהקשר זה לא רק כלי הרתעת, אלא גם כלי להגנה ולשמירה על שלמות חיי המשפחה: "אך הגמול לעבריין, ואפילו הרתעת הרבים, אף שהם מטרות חשובות וראויות, אינם מטרות ענישה העומדות בפני עצמן. בית-המשפט מצווה לבחון בכל פעם מחדש אם הליכה בנתיב שהתוותה ההלכה הפסוקה, גם במקרה המונח בפניו, לא יהיה כרוך בה נזק ששיעורו גדול מהתועלת, ובעיקר אם הוא אינו כזה שעלול לפגוע גם בקורבנו של מעשה העבירה, הואיל ואם כך יקרה, יימצא הקורבן ניוזק פעמיים." ראו גם ת"פ (שלום ב"ש) 5440/03 מדינת ישראל נ' אלסייד (טרם פורסם, 3.4.2006).

בניגוד לכך, הפסיקה הדוחה את תביעת ההורים משדרת מסר חד-ממדי: ההורה המתעלל או החשוד בהתעללות הינו עברייין/חשוד, ולכן אין להכיר באינטרסים השונים שלו כאשר הרופא מתרשל. מסר זה מציג תמונה פשטנית של היחסים המשפחתיים, אף שהנסיבות בדרך-כלל מורכבות יותר, שכן היחסים בין ההורים לילד הינם דו-ערכיים, ונובעים, כפי שראינו, מהרקע החברתי והמשפחתי של ההורה, אשר משפיע על התנהגותו כלפי ילדו, קורבן ההתעללות. זאת, גם כאשר מוכח כי ההורה אכן מתעלל בילדו.⁹⁰ מכאן עולה המסקנה שדיני הנויקין קרובים פחות בתפיסתם לדיני המשפחה, שכן נראה כי הפסיקה בתביעות הנויקין תופסת את ההורה כחשוד או כנאשם, ולא כאדם הזקוק לטיפול. יתר על כן, התפיסה או היחס של הפסיקה בדיני הנויקין אינם תואמים את תפיסותיהם של אנשי-המקצוע המטפלים בילדים ובמשפחותיהם. השאלה היא אם הפער התפיסתי הזה ראוי או שמא יש לנסות לצמצמו. אם התשובה לכך היא שיש לצמצם את הפער, אזי עולה השאלה באיזה אופן ניתן לעשות זאת – האם באמצעות אי-הטלת אחריות לנזקים שהמטפלים

עלולים להסב לילד ולהורים או באמצעות הטלת אחריות כזו בתנאים מסוימים?

בכל מקרה, בין אם נקבל גישה זו ובין אם לאו, אם הרופא אבחן ילד כסובל התעללות מידי הוריו כאשר הממצאים הרפואיים אינם תומכים בכך, אזי ניתן לטעון כי יש בכך הפרה של חובת זהירות כלפי הילד, לנוכח הפגיעה בחיי המשפחה של הילד וביחסיו עם הוריו. מכאן שיש בכך הפרה של חובת זהירות גם כלפי ההורה, מכיוון שגם הוא נפגע, וגם פרטיותו וחיי המשפחה שלו נפגעים. יחסים משפחתיים אינטימיים כיחסי הורה-ילד הינם הדדיים, והפגיעה בהם לעולם משפיעה על כל המעורבים ביחסים אלה, ולא רק על צד אחד. נוסף על כל אלה, התנהגותו הרשלנית של הרופא פוגעת לא רק בפרטים השונים בתוך המשפחה, קרי ההורים והילד, אלא גם במסגרת המשפחתית כולה, במשפחה כיחידה חברתית, אשר המעשה הרשלני של הרופא עלול לפגוע בה פגיעה קשה שממנה לא תוכל עוד להשתקם. האם זה המסר שהמשפט בכלל, ודיני הנויקין בפרט, מעוניינים לקדם כאשר הם דוחים את תביעות ההורים?⁹¹

ההכרה באחריות הרופא כלפי הילד מעלה פעם נוספת את השאלה אם לא די בכך להטיל עליו חובה גם כלפי ההורה. המלומד Jones שואל רטורית אם רופא יכול למלא את חובתו להגן על האינטרסים של הילד כאשר בעת ובעונה אחת הוא מסב ברשלנותו

90 צימרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50, מטילה ספקות לגבי עצם ההרחקה של הילד מבית הוריו גם כאשר מוכח כי הוא עובר התעללות מצד הוריו, ומציינת כי לעיתים הילד יאשים את עצמו בעצם הרחקתו מהבית. נוסף על כך, צימרין מציינת כי לילד יש יחס דו-ערכי להוריו: "גם הורים פוגעים הינם הורים, ואין לו לילד אחרים מלבדם. גם בתוך אלימות ואימה מתפתחת אהבה."

91 טיעון זה נשמע גם בספרות האמריקאית. Casperson, למשל, כותבת כי יש להטיל חובת זהירות על מטפל כלפי ההורה כי: "Often times, the entire family is injured by one family member being falsely accused of sexually abusing a child" DeAnn Casperson, ראו: *False Accusations of Childhood Sexual Abuse: Who Should Pay the Price*, 67 UMKC L. REV. 387, 397 (1999).

נוק נפשי כבד להורה.⁹² אכן, בהקשר של אבחון שגוי של התעללות בילד ניתן לטעון כי התנהגותו הרשלנית של הרופא, המסיבה פגיעה נפשית וטראומה להורה, אינה מקדמת את טובת הילד ואינה מגינה על האינטרסים שלו לחיות במסגרת משפחתית שלמה ותקינה שבה ההורים מסוגלים לספק לילד את כל צרכיו.

הדיון בנקודה זו, העוסק במשקל שיש לתת לרכיב ההתרשלות של הרופא, מעלה שאלה כללית יותר בדיני הנזיקין, שאעסוק בה בהמשך: האם יש מקום להותיר על כנה את הדרישה להוכיח את קיומה של חובת זהירות או שמא יש להסתפק בקיומן של צפיות והתרשלות ברורה? בשאלה זו עוסקות לאחרונה הפסיקה⁹³ והספרות⁹⁴ בדיני הנזיקין בישראל ובאנגליה, אולם עד כה לא נעשה צעד ממשי בפסיקה של שיטות משפט אלה המבטל את קיומה של דרישה זו.⁹⁵ עוצמתה של שאלה זו ניכרת במיוחד בהקשר של חובות כלפי צדדים שלישיים, שכן כאשר קיימים יחסים משפטיים ישירים וקרובים בין מזיק לניזוק, קיומה של חובת זהירות אינו מוטל כמעט בספק, אבל כאשר מדובר ביחסים בין מזיק לבין צד שלישי, עולה השאלה של חובת הזהירות, כלומר, אם מלכתחילה המזיק חייב לנקוט כלפי הניזוק אמצעי זהירות סבירים. בהקשר זה הולכת ומתחזקת בשנים האחרונות הטענה כי ניתן להסתפק בהוכחתן של צפיות והתרשלות ברורה מצד המזיק על-מנת להטיל עליו אחריות לגבי נזק שהוא גרם לצד שלישי (בהנחה, כמובן, שקיים קשר סיבתי בין הנזק לבין מעשה ההתרשלות).⁹⁶ בהקשר של רשימה זו עולה הטענה כי אם הרופא יכול לצפות ולהיות מודע לכך שאבחונו הרשלני יסב נזק הן לילד והן להורה, אזי כאשר מדובר ברשלנות ברורה בדרגה גבוהה, יש מקום להטיל אחריות על הרופא גם כלפי ההורה.

כאמור, בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא פסקי-דין במדינות שונות התומכים בהטלת חובת זהירות על הרופאים כלפי ההורים אשר נחשדים בטעות בהתעללות בילדיהם. הנימוק המרכזי בפסקי-דין אלה הוא החובה של הרופא לפעול במקצועיות ובסבירות כאשר הוא מאבחן ילד. פסיקה זו מדגישה כי הציפייה הן של ההורה והן של הילד היא שהרופא ינהג במקצועיות ובסבירות, ולא ברשלנות. פסקי-דין אלה קובעים כי אבחון רפואי רשלני בנסיבות אלה עלול לעודד העלאת האשמות-שווא כלפי הורים. בהתנהגות זו, כך נטען, יש

Michael A. Jones, *Child Abuse: When the Professionals Get it Wrong*, 14 MED. L. 92 (2006). Rev. 264

93 בעניין *East Berkshire* עסקו בכך גם שופטי הרוב וגם שופט המיעוט. ראו לעיל ה"ש 5, בעמ' 475-474, 466.

94 DUNCAN FAIRGRIEVE, *STATE LIABILITY IN TORT: A COMPARATIVE STUDY* 84-86 (Oxford, OUP, 2003); Kit Barker, *Unreliable Assumptions in the Modern Law of Negligence*, 109 L. Q. REV. 461 (1993); Bob Hepple, *Negligence: The Search for Coherence*, 50 CURRENT LEGAL PROBLEMS 69 (1997); ישראל גלעד "על הנחת עבודה, אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גדרי האחריות ברשלנות" משפטים כו 295, 318-319 (1996).

95 עם זאת נעשו נסיונות מועטים הן בפסיקה האנגלית - למשל: *Smith v. Littlewoods*, [1987] 1 All E.R. 710, 722 (H.L.) - והן במשפט הישראלי: ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995).

96 עניין *Smith*, שם.

מידת אשם גבוהה מצד המזיק, ולכן יש להטיל חובת זהירות בגינה.⁹⁷ באחד מפסקי-הדין, שבו הוטלה חובת זהירות על המטפל כלפי סבה של ילדה, קבע בית-המשפט:

“Where the determination of sexual abuse is made by a professional treating a child, with subsequent actions taken based upon that determination and aimed, whether in whole or in part, at shaping not only the conduct and well-being of the child but also the conduct of the suspected abuser, or the relationship between them, a duty of care is owed not only to the child but also to the alleged abuser.”⁹⁸

(ב) הילד ומשפחתו – האומנם ניגוד אינטרסים?

הנימוק השני ממשיך קו זה ומנסה להתמודד עם הדיכוטומיה הקיימת בפסיקת בתי-המשפט בין הילד להוריו. נימוק זה נשען למעשה על גישת המערכת הטיפולית המקצועית הרב-תחומית אשר הוקמה לצורך אבחון וטיפול במקרים של התעללות במשפחה. כאשר בוחנים את ההנחיות שהותוו לאנשי-מקצוע, דוגמת עובדים סוציאליים, עולה כי אומנם קידום טובתו של הילד הינו השיקול החשוב ביותר, אבל קידום טובת המשפחה כולה הינו חלק מהליך קבלת ההחלטה בנוגע לילד.⁹⁹ נוסף על כך, אנשי-מקצוע סבורים כי יש לשתף הורים בדיוניהן של ועדות ההחלטה, הבוחנות אם יש להוציא את הילד מבית הוריו, ולא לפעול נגדם או בהתעלם מהם ומהאינטרסים שלהם.¹⁰⁰ נקודת המוצא של ועדת מומחים

97 ראו עניין *Sawyer*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 433, וכן עניין *Caryl*, לעיל ה"ש 33, שם קבע בית-המשפט כי בן המשפחה החשוד רשאי לצפות כי הקביעה באשר לשאלה אם הילד עבר התעללות אם לאו תיעשה בוהירות, ולא ברשלנות.

98 עניין *Caryl*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 667.

99 כר, למשל, הוראה 8.9 לתקנון עבודה סוציאלית "ועדת החלטה" (30.11.1995) www.molsa.gov.il/NR/rdonlyres/5E077446-2599-4637-8BBA-15C763655A1B/0/89.pdf קובעת כי הדיונים בוועדות ההחלטה, אשר דנות כאמור בהוצאת ילדים בסיכון מהבית, יתייחסו לכל ההיבטים הקשורים לילד ולמשפחתו, לקשרים ביניהם ולצרכים הטיפוליים של כל אחד מהם. עוד קובעת הוראה זו כי יש לבחון במסגרת הטיפול בילד את האפשרות של שיקום המשפחה ושמירה על אחדותה עד כמה שניתן.

100 ראו דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30; הוראה 8.9 לתקנון עבודה סוציאלית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 11. כמו-כן, הוועדה לכהינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה קובעת, בדוח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית (משרד המשפטים, 2003), בעמ' 104 (להלן: דוח ועדת רוטלוי), כי למרות המורכבות הרבה שיש בשיתוף ההורים בהליך קבלת ההחלטה באשר להשמתו של ילדם במסגרת חוץ-ביתית, יש "לנקוט בדרך של הצהרה חד-משמעית על חשיבות ראיית ההורים כשותפים בגידול ילדם בעת שהוא נמצא מחוץ לביתם, ושותפים להתווית מהלך חייו, ככל שביכולתם לעשות כן, ועל חובת המערכת לעודדם ולסייע להם במטלה זו". הוועדה התבססה על ס' 5 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038 (נכנסה לתוקף ביום 2 בנובמבר 1991), שקובע כי חובה על המדינה החברה באמנה

שדנה לאחרונה בהשמה חוץ-ביתית של ילדים היא כי "על אף מרכזיות הילד והצורך לגשת אל ההכרעה בדבר טובתו מתוך התבוננות בו, אין לשכוח כי הילד הינו חלק מתוך התא המשפחתי שבראשות הוריו".¹⁰¹

גם בכל הקשור לטיפול בילד שעבר התעללות מידי אחד מהוריו ניתן למצוא בספרות המקצועית העוסקת בכך כמה שיטות טיפול. יש אומנם חשיבות לטיפול פרטני ונפרד בילד שעבר התעללות במשפחה, אבל במקביל, כאשר הדבר אפשרי, יש לקיים טיפול משפחתי, ולהשקיע מאמצים רבים בשיקומו של ההורה המתעלל.¹⁰² גישה טיפולית זו משקפת תפיסה מערכתית ומשפחתית, אשר רואה את הילד כחלק ממשפחה שחשובה מאוד להתפתחותו, להשתלבותו ולהעצמתו כאדם, ולא כמי שעומד בנפרד מהוריו. הדבר משקף את ההבנה כי שלמות המשפחה חשובה לא רק לילד, אלא גם ליתר חבריה, ואף לציבור בכללותו.

אבל חשוב לציין ולהדגיש כי בכל הקשור להנחיות המקצועיות של הרופאים בארץ ניתן להבחין במגמה הפוכה, אשר משקפת את עמדת המשפט, ולא את הגישה המקצועית-המערכתית הרווחת בקרב מטפלים אחרים בתחום בריאות הנפש. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות אשר מנחה את הרופאים בכל הקשור לאבחון התעללות בילדים לא רק שאינו עוסק באינטרסים של ההורים ובחשיבות השמירה על המסגרת המשפחתית, אלא אף שם דגש בהתנגשות האפשרית שבין הילד לבין הורהו.¹⁰³ החוזר שם את טובתו של הילד בנפרד מזו של בני משפחתו הקרובים ביותר, ועוסק רק בצורך של הילד לעבור אבחון מדויק. החוזר קורא לרופאים להימנע מעימותים עם בני המשפחה (המלווים את הילד לביקור אצל הרופא), מה שמשקף את ההנחה שבמצב כזה היחסים בין הרופא להורה צפויים להיות יחסים של עימות, ולא של שיתוף-פעולה. קריאה של חוזר מנכ"ל משרד הבריאות ושל תקנון עבודה סוציאלית של משרד הרווחה – מדגישה את התפיסה השונה של כל אחד מהם: החשיבות של שיתוף-פעולה עם המשפחה בהנחיות של משרד הרווחה, לעומת החשיבות של קידום האינטרס האישי של הילד בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות.

כך או כך, התפיסה המערכתית והמשפחתית שמוצגת הן בספרות המקצועית והן בהנחיות של משרד הרווחה אינה תואמת את העמדה המשפטית והרפואית, אשר אינה מכירה בחובתו של הרופא כלפי הורה שנחשד בהתעללות על לא עוול בכפו. הטענה הנשמעת בפסיקה היא כי אם נכיר בתביעות ההורים, יהא זה כדור-שלג שיאפשר גם הכרה בתביעות של מורים, גננות, שמרטפים ואחרים אשר עלה נגדם חשד מוטעה כי ביצעו מעשה התעללות.¹⁰⁴ טענה

לכבד "את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים... על מנת לספק באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו".

101 ראו דוח ועדת רוטלוי, שם, בעמ' 63. עמדה דומה הביעה ועדת רוטלוי בדוח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים (משרד המשפטים, 2003), בעמ' 55, שם קבעה כי "הנחת היסוד היתה כי מנקודת מבטם של ילדים פגיעה שלא לצורך בסמכות ההורים תהווה פגיעה בהם עצמם, משום שיש בה כדי למנוע מהם את הייצוג ההורי שלו הם זכאים".

102 צימרין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 58, כותבת כי "...אם הדבר אפשרי, רצוי לראות את ההורים כזכאים וחייבים להיכלל אף הם במערכת הטיפולית".

103 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, לעיל ה"ש 36.

104 ראו דעת הרוב בעניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 471, פס' 78.

זו, בכל הכבוד, אינה משכנעת. מובן שקיים הבדל בין הורים לבין צדדים שלישיים אחרים רחוקים יותר. חשיבותם של ההורים בחייו של הילד, והחשיבות שבקימומו של תא משפחתי שלם ויציב, עולות לאין שיעור על חשיבות יחסיו של הילד עם אחד מהצדדים השלישיים האחרים שהוזכרו לעיל. התפיסה המערכתית משקפת למעשה את ההכרה בכך שהילד אינו עומד לבדו, ושלכל החלטה טיפולית לגביו יש השלכות משמעותיות לגבי הוריו, יחסיהם ההדדיים ושלמותה של המשפחה כמסגרת חברתית יציבה ושלמה.¹⁰⁵

(ג) מיגור תופעת ההתעללות במשפחה כיעד חברתי

ראינו כי אחד הנימוקים המרכזיים התומכים באי-הטלת אחריות על רופא כלפי ההורה הוא החשיבות החברתית של איתור תופעת ההתעללות במשפחה ומיגורה עד כמה שהדבר אפשרי. אין ספק כי זו מטרה נעלה שאין חולק עליה. היא אכן משרתת את האינטרס הציבורי ומסייעת בקידום יעד חברתי חשוב. אבל האם תצמח תועלת חברתית אם נאפשר למטפלים לנסות למגר תופעה זו מבלי שהרופאים יהיו מחויבים לרמה מקצועית סבירה וראויה בתחום זה? האם לא תצמח תועלת חברתית אמיתית בהקשר זה דווקא אם נעודד מטפלים לפעול בזהירות סבירה ובאופן מקצועי כאשר הם מבקשים לקדם יעד חברתי זה? שהרי אם לא כן, כך ניתן לטעון, יצא שבעוד המטפל מנסה לקדם יעד חברתי אחד – מיגור תופעת ההתעללות במשפחה – הוא פוגע ביעדים חברתיים אחרים, כגון שמירה על שלמות התא המשפחתי הנורמטיבי, שמירה על בריאותם הנפשית של חבריו ועוד.

מלומדים טוענים כי איתור של מקרי התעללות בילדים על-ידי הוריהם אכן מצמיח תועלת חברתית רבה, אבל לא כאשר המשפט בכלל, ודיני הנזיקין בפרט, מתירים למטפלים לפעול ולקדם יעד חברתי זה באופן רשלני. יש לזכור כי בניגוד לחובת הדיווח המעוגנת בישראל בחוק, עבודתו של הרופא אינה מסתיימת בדיווח על מקרה ההתעללות. פעולות של בדיקה ואבחון נעשות לפני פעולת הדיווח, ואף אחריה, אם יש צורך בכך. מעורבותו של הרופא, כמי שאבחן את הילד ומשפחתו, נמשכת בחלק מהמקרים, אם יש צורך בחוות-דעתו, גם לאחר שהמקרה עובר לטיפולם של הרשויות השונות ובתי-המשפט.

מעניין שפסקי-הדין האמריקאיים אשר הכירו בחובת זהירות של הרופא כלפי ההורה קובעים כי האיזון של שיקולי המדיניות המתנגשים נוטה כאמור להטלת חובה. ככלל, שיקולי המדיניות המובאים בחשבון דומים לאלה הנשקלים גם במשפט הישראלי ובמשפט האנגלי: חומרת/עוצמת הנזק שעלול להיגרם, הסיכוי שאותו נזק יתממש, היחסים שבין

105 ראו פרניס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 154. המחבר כותב שם כי "גישה בעלת אוריינטציה למשפחה בהתעללות מינית בילדים מתחשבת בקשר הממשי של הילדים להוריהם המתעללים והלא מתעללים ולבני המשפחה האחרים". ראו גם אילון וצימרין, לעיל ה"ש 84, בעמ' 117, שם נכתב: "מטרת ההתערבות... היא לשאוף להפסקת האינצסט ולסייע לשיקומה של המשפחה כולה." עם זאת, ראוי להזכיר שקיימת ביקורת באשר לגישה מערכתית זו. הביקורת המושמעת במאמרם של דנה פוגין וליאור ברשק "בין פרטי וציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה" מחקרי משפט כ 7 (2003), מבקשת לתפוס את הילד כנפרד מבני משפחתו, שכן הדבר מסייע בחשיפת מקרים של התעללות בילד בתוך משפחתו. ראו לעיל ה"ש 71-76 והטקסט הנלווה.

הצדדים (קרובים או רחוקים), המעמסה שתוטל על המזיק אם תוטל חובת זהירות, והתועלת החברתית או האינטרס הציבורי בעניין. בתי-משפט אלה מכירים אומנם בחשיבות שיש באיתור מקרי התעללות ובמיגור תופעה שלילית זו, אבל מול אינטרס ציבורי זה הם סבורים כי יש להציב את האינטרס שיש בהגנה על ההורים, המשפחות והחברה בכללותה מפני הפצת האשמות-שווא. פסיקה זו אומנם מכירה בכך שהאיזון בין האינטרסים הללו הוא משימה קשה, אך גורסת כי יש להשיגו לנוכח ההשלכות הרות-האסון הנובעות מאבחון רשלני של התעללות מקום שזו אינה קיימת כלל. לדעת בתי-המשפט האמריקאיים המכירים בחובת זהירות, עוצמת הנזק והסיכוי להתממשותו מטים את הכף להטלת חובת זהירות. הם סבורים עוד כי הטלת חובת זהירות בגין התנהגות מקצועית רשלנית לא תרתיע שלא לצורך מטפלים העוסקים באבחון ובאיתור של מקרי התעללות במשפחה. לדעתם, הדבר רק יספק הגנה טובה יותר להורים ולמשפחות.¹⁰⁶

המחלוקת הקיימת בנקודה זו ברורה: האם הטלת אחריות על מטפלים כלפי הורים הנחשדים בהתעללות על לא עוול בכפם תואיל לקידום התועלת החברתית? בעוד חלק-ארי של הפסיקה במדינות השונות סבור כי הטלת אחריות כזו רק תפגע במטרה חברתית חשובה זו, נשמעת דעה הפוכה בפסיקה האמריקאית ובקרב מלומדים.¹⁰⁷ מכאן ניתן להסיק כי הטיעון של אינטרס הציבור וקידום התועלת החברתית משכנע פחות. אין ספק שיהיה אפשר להכריע במחלוקת זו רק לאחר שייערך מחקר אמפירי ויתקבלו נתונים סטטיסטיים אשר יסייעו בקביעה אם הטלת האחריות אכן פוגעת בקידום היעד החברתי של מיגור תופעת ההתעללות בילדים.

לסיכום, עד כאן נראה כי קיימים טיעונים כבדי-משקל התומכים בהטלת אחריות על רופאים - כמו-גם על אנשי-מקצוע אחרים - אשר מאבחנים בטעות מקרה של התעללות במשפחה כאשר זו אינה קיימת. במצב-דברים זה, כאשר קיימים טיעונים התומכים בהטלת אחריות וטיעונים השוללים אותה, עולה השאלה מדוע רוב פסקי-הדין במדינות השונות דווקא שוללים את הטלת חובת הזהירות על הרופאים. ההסבר לכך נעוץ בהבנת הבסיס העיוני של העמדה המשפטית הרווחת בסוגיה זו.

פרק ד: הבסיס העיוני של עמדת המשפט ביחס לתביעות של הורים נגד רופאים

מדוע בתי-המשפט אינם מכירים בתביעות של הורים? מה הבסיס לעמדתם? אחת הסיבות המרכזיות לעמדה זו נוגעת במערכת הדינים המעורבת בסוגיה זו. מדובר במערכת דיני

106 ראו עניין *Hungerford*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 480-482.

107 *Casperson*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 402; *Heather Rhoades, Zamstein v. Marvasti: Is a Duty Owed to Alleged Child Sexual Abusers?* 30 CONN. L. REV. 1411, 1438 (1998).

הנזיקין, אשר עד לאחרונה לא הייתה מעורבת בפתרון סכסוכים ומשברים סביב התא המשפחתי.¹⁰⁸ למערכת דינים זו יש מטרות שונות מאלה של דיני המשפחה, המסדירים בדרך-כלל את היחסים בתוך המשפחה ובין המשפחה לרשויות.

התחום של אלימות במשפחה, ובמיוחד של התעללות בילדים, הינו חלק מדיני המשפחה ומדיני העונשין. אבל ראוי לציין כי שתי מערכות דינים אלה החלו להעניק הגנה לילדים הסובלים התעללות בתוך המשפחה רק לאחר התפתחות שחלה בהן. דיני העונשין, כפי שמגלה דנה פוגין,¹⁰⁹ נמנעו במשך שנים רבות מלהתערב במעשי אלימות של גברים כלפי נשותיהם וילדיהם. הזרם הפמיניסטי היה בין מחוללי השינוי שהוביל להכרה כי על דיני העונשין לעסוק בסוגיה זו ולהגן על החלשים במשפחה.¹⁰⁹ ההגנה של דיני המשפחה, אשר מעניקה סמכות לרשויות הרווחה להתערב בתא המשפחתי, זכתה אף היא בהכרה הולכת וגוברת. בחינת התפתחותם של דינים אלה במשפט האנגלי מנקודת-מבט היסטורית-כרונולוגית מגלה עד כמה תחום זה, אשר זכה בהסדר חוקי בסוף שנות הארבעים של המאה שעברה, עבר שינוי והתפתחות במשך ארבעים שנה עד לחקיקתו של ה-Children Act 1989, כאשר גם כעת שני העקרונות המרכזיים הם התערבות במשפחה רק לאחר קבלת אישור מבית-משפט והתערבות תוך שיתוף-פעולה עם ההורים.¹¹⁰

התעללות בילדים במשפחה הינה חלק מנושא רחב יותר שדיני המשפחה עוסקים בו, והוא חוסר היכולת של הורים לדאוג לצורכי ילדיהם והצורך בהתערבות המדינה בהגנה על ילדים אלה.¹¹¹ כפי שראינו, החקיקה בישראל מעניקה לרשויות המדינה, באמצעות פקידים-סעד, סמכויות להתערב בתא המשפחתי במקרים שבהם ההורים אינם מצליחים למלא את חובותיהם לילדיהם.¹¹² מערכות החקיקה והפסיקה מסדירות את הכלים הטיפוליים והמקצועיים בתחום זה. כך, למשל, ההכרה המקצועית שיש להרחיק את הילד ממקור הסכנה מוסדרת בחוק הנוער.

ככלל, המטרות של דיני המשפחה בהקשר זה הן שתיים: קידום טובת הילד; ושמירה על

108 דוגמה מובהקת לכך ניתן להביא מסוגיה קרובה: אחריות הורה לנזק שהוא גורם לילדו. עיון בפסיקה מלמד כי עד לאחרונה ניתנה במשפט האנגלו-אמריקאי חסינות להורים מפני תביעות של ילדיהם. רק לאחרונה הוסרה חסינות זו בהקשר של נזק שנגרם עקב התעללות בילד ו/או הונחתו. ראו עניין ל', לעיל ה"ש 4, פס' 80-101. גם בחקיקה הישראלית ניתן למצוא שריד לחסינות זו. ראו ס' 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

109 ראו פוגין וברשק, לעיל ה"ש 105.

110 NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, BROMLEY'S FAMILY LAW 516-519 (London, Butterworths, 9th ed., 1998); ANDREW BAINHAM, CHILDREN: THE MODERN LAW 17-24 (Bristol, Jordan & Sons, 3rd ed., 2005).

111 כך, למשל, רוב הספרים הבסיסיים בדיני משפחה מקדישים חלק שלם לסוגיה של חוסר היכולת של הורים לדאוג לצורכי ילדיהם. ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב JONATHAN HERRING, FAMILY LAW, Ch. 10 (Longman, 1989); ובמשפט האנגלי: (2nd ed., 2004).

112 הוצאת הילד מבית הוריו על-ידי פקיד-הסעד מוסדרת כאמור בחוק הנוער. הוצאת הילד ממשמורת הוריו לצמיתות מוסדרת בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028.

שלמות המשפחה, על פרטיותה ועל האוטונומיה שלה עד כמה שאפשר.¹¹³ היעד הוא – גם במקרים של התעללות בילדים – לקדם את טובת הילד תוך שמירה על שלמות המשפחה, או ליתר דיוק תוך פגיעה מינימלית ביחסים האינטימיים והקרובים הקיימים בין הורים לילדים. כל כמה ששימה זו קשה ונתפסת כבלתי־אפשרית כאשר עולה חשד להתעללות בתוך המשפחה, המטרה של שיקום התא המשפחתי והיחסים המשפחתיים נשמרת, ואולי אף מקבלת משנה תוקף.

ביטוי למגמה זו ניתן למצוא באופן מפורש בפסיקותיו של בית־המשפט העליון, אשר נמנע מלהוציא את הילד מביתו גם בנסיבות שבהן נגרם לו נזק (אובדן קשר עם האב) שלהשלכותיו הוא אינו מודע עדיין.¹¹⁴ בפרשת פלונית, למשל, עלתה השאלה אם להרחיק שני ילדים מביתם ומאמם באופן זמני כדי לנסות לפתור משבר משפחתי בינם לבין אביהם.¹¹⁵ רשויות הרווחה רצו להעביר שני ילדים לפרק־זמן קצר יחסית מבית אמם למוסד, כדי לבחון אם ניתן לשקם את יחסי הילדים עם אביהם, שעזמו סירבו לעמוד בקשר (מה שידוע גם כתסמונת הניכור ההורי). הרשויות טענו כי האם, אשר תחת משמורתה היו הילדים, היא שגרמה לפגיעה ביחסים שבין האב לילדיו. עמדתם של השופטת פרוקצ'יה והנשיא ברק בסוגיה זו הייתה חד־משמעית: ניתן לנתק את הקשר בין ההורה המשמורן לבין הילד רק בנסיבות מיוחדות, כאשר הילד חשוף לסכנה או כאשר ההורה אינו ממלא אחר צרכיו הבסיסיים ביותר או פוגע בו.¹¹⁶ הדברים שנאמרו על־ידי שופטי הרוב באותה פרשה משקפים למעשה את ההבנה כי למרות הרצון לשקם את היחסים בין האב לילדים, אין להרחיק מביתם וממשמורתה של אמם, שכן תהיה בכך פגיעה בלתי־מוצדקת באוטונומיה ההורית וביחסי ההורה והילדים. מקרה זה אינו עוסק אומנם בהתעללות בילדים או בהזנחתם על־ידי הוריהם, אבל גם כאן ייתכן שרצונה של האם, במקרה הקונקרטי הזה, אינו תואם דווקא את האינטרסים האובייקטיביים של הילדים, לנוכח החשיבות הרבה שיש לנוכחות של דמות אב בחייהם.

מכאן, נראה כי דיני המשפחה, הן בהקשר של הסוגיה שלפנינו והן באופן כללי, משקפים את התפיסה המערכתית של אנשי־המקצוע ורשויות הרווחה, אשר מביאה בחשבון את הנסיבות המשפחתיות של הילד ואינה בוחנת את טובתו במנותק ממשפחתו. בפרשת פלונית בא הדבר לידי ביטוי כאשר בית־המשפט, בדיון הנוסף, בחן באופן מקיף את הנסיבות האישיות, החברתיות והמשפחתיות של הילדים, מה שהוביל אותו לקביעה כי אין לנתק את הילדים מביתם ומאמם.

113 HERRING, לעיל ה"ש 111, בעמ' 11.

114 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 32.

115 שם.

116 ראו את דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין פלונית 1, לעיל ה"ש 32, פס' 2 לפסק־דינה, ואת דברי הנשיא ברק בעניין פלונית 2, לעיל ה"ש 32, ס' 16–17 לפסק־דינו. השופטת פרוקצ'יה כותבת בעניין פלונית 1, בעמ' 895, כי "...גם ניתוק זמני של ילד ממשמורת הורית הוא אמצעי חריף וחריג שיש בו פגיעה משולבת בילד ובהורה כאחד. הוא נוגע נגיעה ישירה בוכותו של הילד להמשיך ולחיות בביתו, במשמורת ההורית ובזכותו של הורה לגדל את ילדו בביתו."

ההתאמה בין הפרקטיקה לבין דיני המשפחה בתחום זה מגיעה גם מכיוונום של המטפלים, המייחסים תפקיד חשוב למערכת דינים זו, שכן ללא הכלים שמערכת המשפט מעניקה, קשה לאיש-המקצוע להעניק טיפול יעיל לילד, קורבן ההתעללות, ולבני משפחתו. בכל הקשור להתעללות מינית של הורים בילדים, אנשי-המקצוע מודים כי אמצעי הטיפול הראשוני הוא הרחקת ההורה המתעלל מבית המשפחה, על-מנת להפסיק את מעשי ההתעללות. ללא אמצעי זה לא יועיל הטיפול המשפחתי, שכן גם במהלכו יהיה הילד נגיש להורה המתעלל.¹¹⁷ הכוונה היא שדיני המשפחה ישקפו קיומה של פרקטיקה ראויה בעת התערבות המדינה בהגנה על ילדים, ויעניקו בסיס חוקי ומשפטי להתערבות זו.¹¹⁸

לעומת זאת, כאשר מוגשת תביעה לפיצויים נגד רופא, עובד סוציאלי או איש-מקצוע אחר על נזק שנגרם לילד ולהורה, דיני המשפחה מפנים מקום לדיני הנוזיקין, אשר מטרותיהם שונות ונקודת-המבט שלהם אחרת. אחת המטרות המרכזיות של דיני הנוזיקין היא תיקון הנזק שנגרם לניזוק על-ידי המזיק.¹¹⁹ מטרה אחרת היא הרתעה. אחריות בנוזיקין מוטלת על המזיק כדי להניע מזיקים פוטנציאליים לנקוט אמצעי זהירות סבירים בנסיבות דומות, ובכך לצמצם את סך הנזקים וההוצאות הנובעים מהתרחשותה של הפגיעה.¹²⁰ אלה רק חלק ממטרותיהם של דיני הנוזיקין, אבל כבר ממבט ראשון ניתן להבחין כי לנוכח מטרות אלה, כניסתם של דיני הנוזיקין אל תוך מערכת המשפחה ואל הסובבים אותה אינה נעשית באופן טבעי, שכן הם עלולים להעצים את הבעיה, ולא לפתור אותה. במבט ראשון ניתן לטעון כי אם מערכת דיני המשפחה משקפת את הרצון להגן על הילד ועל שלמות משפחתו, באמצעות בירור החשדות להתעללות והענקת טיפול לילד ולמשפחתו על-ידי יצירת אווירה של שיתוף-פעולה בין כל הצדדים המעורבים, מערכת דיני הנוזיקין תוליד תוצאות הפוכות: הרתעה של מטפלים באמצעות הטלת אחריות עקרונית כלפי ההורים עלולה ליצור יחסים של עימות, ולפגוע במטרה של הגנה על הילד ועל התא המשפחתי שבמסגרתו הוא חי.

117 טיעון זה עשוי להעלות את הטענה כי יש להרחיק את הילד ממקור הסכנה כאשר עולה חשד להתעללות גם במחיר של טעות במקרים ספורים. כפי שנראה בהמשך, טענה זו נכונה רק בחלקה בהקשר הנוזיקי. מובן שכאשר עולה חשד להתעללות יש להרחיק את הילד ממקור הסכנה (או לחלופין את מקור הסכנה ממנו), אבל אין זה פותר את איש-המקצוע מלפעול באופן מקצועי, סביר וזהיר באבחון הילד ובטיפול בו לאחר שהסכנה התרחקה.

118 דוגמה לכך ניתן לראות בדות ועדת גילת. בדות נמתחת ביקורת על כך שמוסד ועדות ההחלטה – שיש לו השפעה רבה על קבלת ההחלטות בתחום הטיפול בילדים בסיכון – נעדר כל בסיס חוקי. ראו לעיל ה"ש 7, בעמ' 41-47.

119 ראו, למשל, אוריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 606 (2000); אוריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נוזיקין" משפטים כג 311, 330-331 (1994).

120 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזיקין" משפטים כב 421, 429-430 (1993). חלק מהמלומדים סבורים כי ההרתעה בדיני הנוזיקין צריכה להיות יעילה או מיטבית, כלומר, שלא תרתיע את המזיק יתר על המידה, באופן שאנשים יימנעו בעתיד מלנקוט פעולות אשר בעיקרן מקדמות את החברה ויעדיה. שם, בעמ' 467.

מערכת היחסים שבין הרופא לבין המטופל ובני משפחתו אמורה להתבסס על יחסים קרובים, שייצרו אמון, מחויבות הדדית ותחושה (הן של הרופא והן של המטופל) של חובה מוסרית כלפי בני המשפחה האחרים. יכולתו של התא המשפחתי לתפקד נובעת בראש ובראשונה משיתוף פעולה של חבריה ושל גורמים אחרים, כגון רופאים, הסובבים אותה. בניגוד לכך, דיני הנזיקין מדגישים את המפריד שבין שני הצדדים – המזיק והניזוק. לכן עולה בהקשר זה השאלה אם הטלת אחריות על הרופא כלפי ההורים לא תעצים למעשה את הסכסוך ביניהם ותפגע בסיכוי לטפל בילד, בהורה הנחשד בהתעללות ובמשפחה. האם דיני הנזיקין לא יפגעו למעשה באמון בין הילד ומשפחתו לבין המטפלים, שהינו כה חיוני לשיקום המשפחה לאחר אירוע שכזה, אם ידעו כולם שבידי ההורים מצויה האפשרות לתבוע פיצוי בגין טעויותיהם של המטפלים?

לנוכח זאת יש לבחון אם ראוי להתיר לדיני הנזיקין לפעול בתחום זה. ובהקשר רחב יותר עולה השאלה אם הכלים שדיני הנזיקין מספקים אכן מסוגלים לקדם את שתי המטרות החשובות של קידום טובת הילד והאינטרסים שלו תוך שמירה על שלמות התא המשפחתי עד כמה שאפשר. לצורך בירור שאלות אלה יש לבחון את הבסיס העיוני של דיני הנזיקין.

1. על דיני הנזיקין

נקודת המבט של דיני הנזיקין הינה אינדיווידואליסטית במיוחד בכל מה שקשור לרשלנות רפואית.¹²¹ דיני הנזיקין נועדו לתקן את הפגיעה שנגרמה לניזוק, הקורבן הישיר והמרכזי, אשר כלפיו או ביחס אליו ביצע המזיק את פעולתו.¹²² מטרת הפיצוי בדיני הנזיקין היא לנסות להשיב את מצבו של הניזוק הישיר לקדמותו, קרי אל המצב שבו היה לפני קרות הפגיעה, וזאת עד כמה שביכולתו של פיצוי כספי להשיג מטרה זו. אבל כאשר מדובר בקורבנות או נפגעים משניים, ולא ישירים, מתעוררים ספקות. לדוגמה, האם נהג הפוגע בהולך-רגל חייב לפצות גם את קרוביו של אותו נפגע, אשר סבלו נזק נפשי כאשר נודע להם על הפגיעה ביקירם?¹²³ האם רואה-חשבון הנותן חוות-דעת רשלנית ללקוחה שהיא

121 לניתוח מקיף של נקודת-ההשקפה האינדיווידואליסטית של דיני הנזיקין האנגליים בהקשר של יסוד חובת זהירות ראו Gilbar, לעיל ה"ש 65, בעמ' 83-121.

122 אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט(2) 243, 249 (1983).

123 החובה המשפטית בהקשר זה זכתה בדיון נפרד בפסיקה. עצם העלאת השאלה מחדדת את הטיעון שדיני הנזיקין מתקשים להטיל אחריות כלפי ניזוקים משניים, קרי, אלה שאינם מעורבים ישירות ואשר כלפיהם לא ביצע המזיק את פעולתו. ראו: McLoughlin v. O'Brian, [1983] 1 AC 410. במשפט הישראלי ראו רע"א 444/87 אלטוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397, פס' 18(ד) לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1990). הנשיא שמגר מדגיש כי חובת הזהירות המוטלת על המזיק כלפי הניזוק המשני – במקרה זה קרוב-משפחה שסבל נזק נפשי – תלויה למעשה בהפרת חובת הזהירות של המזיק כלפי הניזוק הראשי הישיר. נקודה זו מדגישה עד כמה יחסיהם של המזיק והניזוק המשני תלויים למעשה ביחסיהם של המזיק והניזוק הישיר.

חברה ציבורית צריך לפצות גם אדם שרכש את מניות החברה אם הסתבר כי החברה הפסידה כספים כתוצאה מחוות-דעתו של רואה-החשבון?¹²⁴ האם רופא שהעניק טיפול רפואי למטופל אחראי לנזקי גוף שנגרמו לבני המשפחה של אותו מטופל בשל אי-מסירת מידע למטופל אשר היה רלוונטי גם לבני המשפחה?¹²⁵ מקרים אלה, שהגיעו לבתי-המשפט באנגליה ובארצות-הברית, זכו בדיון מעמיק בעיקר בשל העובדה כי התובעים לא היו הניזוקים הישירים, אלא ניזוקים משניים שהוגדרו כצדדים שלישיים. הקושי המרכזי שדיני הרשלנות מתמודדים עימו הוא עצם הטלת האחריות על איש-מקצוע כלפי צד שלישי.¹²⁶ לנוכח זאת, דיני הניזוקין, ובמיוחד דיני הרשלנות, בוחנים בראש ובראשונה, במסגרת הדיון ביסוד חובת הזהירות, אם בין המזיק לניזוק קיימים יחסים משפטיים קרובים (שכנות, proximity), ואם היא זה הוגן, צודק והגיוני להטיל חובת זהירות על המזיק (שיקולי מדיניות). בדיקה זו נעשית לאחר שדרישת הצפיות התקיימה.

כאשר מתמקדים באחריותו של רופא לצדדים שלישיים, הפסיקה האנגלו-אמריקאית מתקשה להטיל חובת זהירות כזו, גם כאשר מדובר בקרובי-משפחה. חובה כזו מוכרת כחריג ובמגבלות מסוימות: על הרופא לזהות את הצד השלישי הנמצא בסכנה, ועליו להיות מודע לכך שהצד השלישי אכן נמצא בסכנה מיידית ורצינית וכי יש ביכולתו לנקוט אמצעים זולים ופשוטים יחסית על-מנת למנוע אותה סכנה. אבל למרות זאת בתי-המשפט – לפחות בארצות-הברית, שם כבר הוכרה באופן פוזיטיבי חובה כזו¹²⁷ – מתלבטים מהו היקף החובה של הרופא. כך, למשל, בהקשר של מחלות גנטיות-תורשתיות או מחלות מין מידבקות עולה השאלה אם די במתן הסבר למטופל ובהפניית בקשה אליו כי יזהיר את בני משפחתו או שמא יש להטיל על הרופא לפנות ישירות לבני המשפחה. שאלה זו מעבירה אומנם את

124 גם כאן מדובר באחריות לצד שלישי שלא כלפיו כוונה התנהגות הנתבע. פסק-הדין המרכזי העוסק באחריותם של בעלי-מקצוע לנזק כלכלי שנגרם לצד שלישי הוא *Caparo Industries v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (HL) (להלן: עניין *Caparo*). למקרה דומה אך לא זהה במשפט הישראלי ראו ע"א 5302/93 בנק מסד בע"מ נ' לויט, פ"ד נא(4) 591 (1997).

125 ועוד באותו הקשר: האם רופא אחראי לנזק שנגרם לבן משפחה כאשר מטופל הלוקה במחלה גנטית-תורשתית מסרב לגלות לקרובו על המחלה ובכך מונע ממנו את האפשרות למנוע את התפרצותה או לכל-הפחות לאתרה בשלב מוקדם? לדיון בסוגיה זו ראו רועי גילבר "הכל נשאר במשפחה? חובת הסודיות הרפואית בעידן המידע הגנטי – הבטים משפטיים ואתיים" מאזני משפט ה' 357 (2006). האם ניתן להטיל על רופא אשר ביצע ניתוח לעיקור המטופל אחריות להוצאות הכספיות שנגרמו למאהבתו של המטופל אשר חרף הניתוח הביאה לעולם ילד בריא שבו לא רצתה? ראו בעניין זה: *Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service*, [1996] 2 All E.R. 161 (H.L.).

126 אופייה של חובת הזהירות מתמצה בדבריו של LJ Laws בבית-המשפט לערעורים באנגליה, שאבחן כי שאלת קיומה של חובת זהירות אינה עולה כאשר באירוע מעורבים רק שני צדדים ישירים – מזיק וניזוק, אלא רק כאשר מעורבים באירוע שלושה צדדים. ראו: *K v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 775, par. 16. גם המלומדים בארץ מכירים בכך. ראו גלעד, לעיל ה"ש 94, בעמ' 318–319.

127 עניין *Tarasoff*, לעיל ה"ש 30.

הדיון שלב אחד קדימה – אל השאלה אם הרופא התרשל בכך שלא פנה לקרוב-המשפחה ישירות – אבל יש בה כדי להשפיע על מידת האחריות שתוטל על הרופא כלפי אותם צדדים שלישיים. באנגליה לא הוכרה עד כה חובה כזו באופן מפורש. כך, למשל, בעניין *Goodwill* קבע בית-המשפט, בין היתר, כי הרופא הרשלן, אשר לא הזהיר את מטופלו כי תוצאות ניתוח העקרות שעבר הינן הפיכות, לא היה יכול לזהות את המאהבת של המטופל כניזוק פוטנציאלי או כמי שנמצאת בסיכון להרות, ולכן אי-אפשר להטיל עליו חובת זהירות לנוק שנגרם לה.¹²⁸

הפסיקה הישראלית טרם דנה באופן מפורש בשאלה אם על רופא מוטלת חובת זהירות כלפי צד שאינו המטופל שלו. הפסיקה הכירה בקיומה של חובת זהירות כלפי צד שלישי בכמה קטגוריות אחרות: יחסי רשות-אזרה,¹²⁹ יחסי בנק-לקוח¹³⁰ ויחסי עורך-דין-לקוח.¹³¹ נוסף על כך הוכרה במשפט הישראלי אחריות של נתבע באשר הוא, ולא רק של הרשות, למעשה עברייני שהסב נזק לצד שלישי.¹³²

- 128 באותו מקרה הגישה מאהבתו של המטופל תביעה בנוזיקין על הנזק הכלכלי שנגרם לה כתוצאה מלידת ילד (בריא) שאותו לא תכננה ולא רצתה. ראו עניין *Goodwill*, לעיל ה"ש 125.
- 129 בהקשר זה הבחינה הפסיקה בין התפקידים השונים של הרשות. במקרים שבהם נטען כי הרשות התרשלה בהפעלת שיקול-דעתה, בתי-המשפט נוטים לא להטיל עליה אחריות בנוזיקין. ראו ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975), וכן עניין לוי, לעיל ה"ש 29. ייתכן שנטייה זו עשויה להשתנות לנוכח פסק-הדין ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004), שם הטיל בית-המשפט העליון חובת זהירות על המשטרה, אשר לא הפעילה את שיקול-דעתה כראוי ולא טיפלה בתלונות חוזרות ונשנות של משפחה אחת נגד בני משפחה אחרת אשר הטרידו אותה והסבו לה נזקים שונים. לעומת זאת, כאשר מדובר בהפעלה רשלנית של סמכות ביצוע המוטלת על הרשות, קיימת נטייה להכיר בחובת זהירות. ראו ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 272 (1990); אבל ראו גם ע"א 4704/96 מקרין נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד נב(3) 366 (1998), שם דחה בית-המשפט העליון תביעה של שני עורכי-דין נגד שירות בתי-הסוהר בגין פגיעה של אסיר בהם. טענת התובעים הייתה כי המשטרה התרשלה בכך שלא פיקחה כראוי על האסיר, שכן לא ערכה חיפוש על גופו ובחדרו כנדרש.
- 130 למשל, אחריות של בנק שהעדיף לקוח אחד על לקוח אחר, ובכך הסב לאותו לקוח אחר נזק. ראו ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאה, פ"ד מח(2) 573 (1994).
- 131 למשל, עורך-דין אשר מייצג צד אחד בעסקה, ותוך כדי כך פוגע בצד האחר, אשר סובל נזק כתוצאה מכך. ראו ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990). בפסקי-הדין הבאים לא הוטלה אחריות על עורך-הדין, אבל נקבע כי הטלת חובת זהירות אפשרית מבחינה עקרונית: ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529 (1992); ע"א 2725/91 היינבוין נ' גלעדי, פ"ד מח(3) 92 (1992).
- 132 למשל, אחריות של בעל מקרקעין למעשה עברייני שנעשה בשטחו, אשר הסב נזק גוף למבקר בנכס. ראו ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד, פ"ד נה(5) 826 (2001). באשר לאחריות דומה של רשות ראו ע"א 5355/97 מדינת ישראל נ' מדאח, פ"ד נב(3) 550 (1998), שם התעוררה השאלה אם המשטרה התרשלה בכך שהפקידה רובה בידיו של סייען לשעבר של כוחות

האם הקטגוריות הללו, שבהן הוכרה חובת זהירות של נתבעים כלפי צדדים שלישיים, מסייעת לפתור את הסוגיה שלפנינו של אחריות הרופא כלפי הוריו של קטין?¹³³ נראה שקשה למצוא קטגוריה אחת שממנה ניתן ללמוד על העמדה המשפטית בנוגע ליחסי רופא-הורה. חלק מהקטגוריות הנ"ל עוסקות בנוק כלכלי טהור ונובעות מיחסים חוזיים בעיקרם (יחסי בנק-לקוח ויחסי עורך-דין-לקוח).¹³⁴ אי-אפשר לקבל סיוע גם מהקטגוריות האחרות, אשר עוסקות בנוק גוף, מכיוון שהן אינן מעמידות את הנתבע מול אותו ניגוד אינטרסים שהרופא עומד מולו בענייננו (אם מקבלים כאמור את הטענה שאכן קיים ניגוד אינטרסים כזה). האחריות המוטלת על נתבע למעשה עבריינות של אדם אחר אינה מציבה אותו במצב שבו נמצא הרופא החשוף לניגוד בין שני אינטרסים: האינטרס של הילד שהרופא ידווח על חשדו לרשויות, ולעומתו האינטרס של ההורה, אשר אינו מעוניין כי החשד ידווח, בין שהוא מוטעה ובין שהוא נכון.

לנוכח מצב-דברים זה ברור מדוע בתי-המשפט מתקשים ליישם גישה מערכתית ומשפחתית כאשר הם עוסקים בשאלת האחריות של הרופא כלפי ההורים. מערכת דיני הנזיקין מעניקה הגנה לאינטרסים של הנפגע הישיר, ולא של הקהילה שבה הוא חי, אשר נפגעת לעיתים, כקורבן משני, וסובלת נזק. כפי שראינו, הבחנה זו חלה גם כאשר בוחנים את חובות הזהירות של רופאים בהקשרים אחרים שיש להם השלכה על בני משפחתו של המטופל, כגון מטופלים המאיימים לפגוע באופן אלים בבני משפחתם, חולים במחלות מין מידבקות המסרבים לגלות לבני-זוגם הקבועים את דבר מחלתם, וחולים או נשאים

הביטחון, אשר הרג ופצע את שכניו. בית-המשפט העליון קבע כי המשטרה לא התרשלה, מכיוון שהרובה היה נחוץ להגנת חייו של הסייען.

133 מעניין שכאשר מדובר בנוק שהסב רופא ברשלנותו לילד ולהורים בהקשר של ייעוץ ואבחון גנטי טרום-לידתי, קבע בית-המשפט העליון, ברוב דעות, כי הן הילד והן להורים יש זכות לתבוע פיצויים מרופא ו/או מיועץ גנטי שכתוצאה מהתרשלותו נולד ילד הלוקה במום גנטי מולד. ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986). בענייננו יש להדגיש כי בפסק-דין זה נקבע כי לרופא יש יחסי קרבה ושכנות הן עם ההורים והן עם הילד. הוויכוח בבית-המשפט העליון בין ארבעת שופטי הרוב נגע בשאלה מהי חומרת הנוק המצדיקה פיצוי – כל מום (ברק וש' לוי) או רק מומים חמורים וקשים (בן-פורת וד' לוי). האם ניתן לגזור מסוג תביעות זה (של אבחון גנטי), שבו נראה כי קיים ניגוד אינטרסים בין הילד העתידי להורה בעת מתן האבחון הרפואי הראשוני, לגבי הסוגיה שבבסיס רשימה זו? ניתן לטעון כי גם בסוג מקרים זה הרופא עשוי לעמוד מול דילמה קשה: האם להעלות לפני ההורים את החשש שהילד עלול ללקות במום עם היוולדו, כאשר הוא יודע שבעקבות זאת תבקש האישה לעבור הפלה גם כאשר מדובר במום קל באופן יחסי? האין גם כאן למעשה התנגשות בין האינטרס של ההורים לקבל החלטה אוטונומית לבין האינטרס של הילד העתידי לחיים?

134 אבל יש לציין כי הנשיא שמגר קבע בעניין צבאח כי כאשר הבנק נמצא במצב שבו הוא חב חובות מתנגשות – חובת סודיות ללקוח אחד וחובת גילוי ללקוח אחר – עליו ליידע את הלקוח הזקוק למידע כי הוא נמצא במצב של ניגוד אינטרסים בין שני לקוחות של הבנק וכי לכן הוא מנוע מלבצע את העסקה. ראו עניין צבאח, לעיל ה"ש 130, בעמ' 601–602. פתרון מסוג זה אינו יכול לסייע לדין בסוגיה שלפנינו.

של מחלות גנטיות-תורשתיות המסרבים להעביר את המידע לבני משפחתם ובכך מונעים מקרוביהם את האפשרות לנסות למנוע את פריצת המחלה או את הבאתו לעולם של ילד שיהיה חולה באותה מחלה. גם במקרים אלה, אשר מעוררים מחלוקת מסוג אחר, הפסיקה והספרות המשפטית אינן מדברות בקול אחד.¹³⁵

מדוע תפיסתם של דיני הנוזיקין היא כה אינדיווידואליסטית? דיני הנוזיקין האנגליים, המהווים מקור מרכזי לדיני הנוזיקין הישראליים,¹³⁶ מבוססים על עקרונות ליברליים מרכזיים, כגון אוטונומיה ופרטיות. הרצון לא להטיל על המזיק חובה כלפי צדדים שלישיים נובע, בין היתר, מהרצון לא לפגוע באוטונומיה של המזיק, אשר כיוון את פעולתו באופן רצוני כלפי אדם מסוים (הניזוק הישיר), ולא כלפי צד שלישי.¹³⁷ המטרה היא לא לכפות על אדם חובה שאותה לא רצה ליטול על עצמו. כך, לדוגמה, בפסק-הדין המרכזי בעניין *Caparo* נקבע כי רואה-חשבון המייעץ לחברה יישא באחריות לנזק שנגרם לבעל מניות של החברה או לרוכש מניות פוטנציאלי רק כאשר איש-המקצוע ידע – או היה עליו לדעת – שהצד השלישי (הרוכש) יסתמך על חוות-דעתו המקצועית.¹³⁸ מכאן, כאשר מדובר במתן מידע או חוות-דעת מקצועית, התרשלות וצפיות אינן מספיקות, אלא יש להוכיח גם ידיעה או מודעות של הנתבע כי הצד השלישי יסתמך על התנהגותו ופעולתו. כלומר, קיימת דרישה שהמזיק הנתבע ייטול על עצמו אחריות כלפי הצד השלישי, ואם הוא לא עשה זאת, אזי לא תוטל עליו חובת זהירות. דרישה זו משקפת את אחת השאלות המקדמיות בדיני הרשלנות האנגליים: האם נטל על עצמו המזיק אחריות כלפי הניזוק – הצד השלישי?¹³⁹ בהקשר שלפנינו ברור שרופא נוטל על עצמו אחריות כאשר הוא מעניק טיפול למטופל שלו, אולם התשובה אינה כה חד-משמעית כאשר מדובר בבני משפחתו של המטופל.

חוסר הרצון שקיים בדיני הנוזיקין להטיל אחריות על איש-המקצוע כלפי צדדים שלישיים משקף שיח ליברלי. פרופ' אנגלרד מסביר בספרו כי הדיון התיאורטי המונח בבסיס קיומם של דיני הנוזיקין נערך בין תומכי הגישה התועלתנית, הסבורים כי התוצאה הצודקת היא זו אשר תסב את הנוק המועט ביותר לכל אחד מהמעורבים ולחברה בכללותה, לבין תומכיה

135 הדילמה העיקרית המתעוררת במקרים אלה היא כאשר המטופל מסרב למסור מידע לבני משפחתו, ואילו על הרופא מוטלת החובה לשמור על סודיות המידע הרפואי של מטופלו. האם הרופא רשאי להפר חובה משפטית ואתית זו? לדיון מעמיק בסוגיית אחריותם של רופאים לנזק שנגרם לצדדים שלישיים ראו Gilbar, לעיל ה"ש 65.

136 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ו-1968 (להלן: הפקודה) הינה מורשת של המשפט האנגלי. ראו במיוחד ס' 1.

137 David Howarth, *My Brother's Keeper? Liability for Acts of Third Parties*, 14 LEGAL STUD. 88 (1994); B. Markesinis, *Negligence, Nuisance and Affirmative Duties of Action*, 105 L. Q. REV. 104 (1989).

138 עניין *Caparo*, לעיל ה"ש 124.

139 דיני הנוזיקין האנגליים מגדירים זאת כ-"Assumption of Responsibility". ראו: A. Grubb, *Duties in Contract and Tort*, in PRINCIPLES OF MEDICAL LAW 323 (A. Grubb ed., Oxford, OUP, 2nd ed., 2004). אבל חשוב לציין כי ביקורת רבה נמתחה על מונח זה בספרות. ראו גלעד, לעיל ה"ש 94.

של גישת הצדק החברתי, שאבותיה הם קנט ורולס, אשר מבססים את היחסים בין אדם לחברו על בחירה חופשית ושוויון. שימת הדגש בחופש הבחירה של אדם מסבירה היטב את אי-הטלת האחריות על אדם כלפי אדם אחר אשר אין לו מערכת יחסים קרובה איתו. מדוע על עובר-אורח א מוטלת חובה לקפוץ לברכה של מים רדודים ולהציל ילד טובע, ואילו על עובר-אורח ב אין מוטלת חובה כזו? מדוע על רופא לשאת באחריות לנזקי המאהבת של המטופל שלו, שאותה לא ראה ולא פגש מעולם, מכיוון שלא הזהיר אותה לגבי תוצאות הניתוח שעבר מטופלו? אחד ההסברים לחוסר הרצון להטיל אחריות במקרים מעין אלה הוא העניין שיש באי-פגיעה בחופש הבחירה של אדם. הקו שהמסורת הליברלית מובילה הוא שאדם חופשי לפעול כרצונו וללא התערבות החברה כל עוד אין החלטותיו והתנהגותו פוגעות באנשים אחרים.¹⁴⁰ ברלין סבור כי העיקרון של כיבוד האוטונומיה של האדם כולל בחובו לא רק את הפן החיובי של קיומה של אפשרות לבחור, אלא גם את הפן השלילי של העדר התערבות. פן זה בא לידי ביטוי כאן. העיקרון של אי-הטלת אחריות למחדלו של המזיק, אשר היה יכול למנוע נזק שנגרם לצד שלישי, משקפת את הרצון לא להתערב באוטונומיה ובחופש הבחירה של האדם. היא משקפת את הרצון לא לכפות עליו לעשות מעשה שאין הוא מעוניין בו או להטיל עליו אחריות מכיוון שלא עשה מעשה מסוים, אלא לראות בו כמי שאחראי לנזק שנגרם רק כאשר פעל באופן אקטיבי, כאשר הוציא לפועל את החלטתו, אך עשה זאת באופן שסוטה מנורמת התנהגות מקובלת.

כיצד דיון כללי זה משתלב בסוגיה שלפנינו? נראה כי דווקא בנסיבות שבהן רופא עורך אבחון של התעללות בילד בתוך המשפחה מדובר בהתנהגות אקטיבית, שבמסגרתה הוא נוטל על עצמו אחריות לא רק כלפי הילד, אלא גם כלפי ההורה. מכאן, ניתן לטעון שמדובר ביחסים קרובים, ולא רחוקים, אשר על פניהם תומכים בהכרה בחובת זהירות ומקיימים את דרישת השכנוח במשפט הישראלי. שלא כמו במקרים של מטופלים אלימים, של חולים במחלות מין מידבקות או של חולים במחלות גנטיות-תורשתיות, האבחון שבו עסקינן נעשה הן בהקשר של הילד – האם הוא קורבן של מעשה התעללות, והן בהקשר של ההורה – האם הוא מתעלל בילדו באופן כלשהו. ניסיון של הפסיקה לצייר זאת כאילו ההתמקדות באבחון היא רק בילד, אשר הוא ורק הוא מוגדר כמטופל של הרופא, נתפס כמלאכותי במיוחד אם בוחנים את ההנחיות המקצועיות. חוזר המנכ"ל של משרד הבריאות והנחיות משרד הרווחה בנושאים אלה עוסקים הן בילד והן בהורה הנחשד בהתעללות. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מנחה את הרופאים לאבחן התעללות בילד באמצעות איתור "סימנים מעוררי חשד". איתור סימנים אלה כולל לא רק בדיקה של התנהגותו וגופו של הילד, אלא גם בדיקה של התנהגות ההורה וקבלת מידע על תפקוד המשפחה. נוסף על כך, החוזר מנחה את הרופאים לתחקר הן את הילד והן את המלווה (אשר לעיתים קרובות הוא ההורה או אחד מבני המשפחה הקרובים ביותר לילד), לבחון אי-התאמה בין הגרסות של הילד ושל

140 ISAAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY 131 (Oxford, OUP, 1969). ברלין מתייחס ל-Mill, שסבר כי החברה אינה צריכה להתערב בהחלטותיו של אדם כל עוד הן אינן פוגעות בחופש הבחירה של חברו. ראו: JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND OTHER ESSAYS 83-104 (Oxford, OUP, 1991).

המלווה, ולשים לב למסרים המילוליים והלא-מילוליים שהילד והמלווה מבטאים.¹⁴¹ נוסף על כך, קיימת הבחנה ברורה בין התעללות בילד הנעשית במסגרת התא המשפחתי לבין התעללות הנעשית על-ידי אדם אחר מחוץ לתא המשפחתי (פדופיל וכדומה). ההבדל נובע מהמקום המרכזי שיש למשפחה בחייו, בזהותו ובאישיותו של הילד. אם מי מבני המשפחה, ובמיוחד אחד ההורים, עושה מעשה התעללות, אזי המשפחה – הנתפסת כמקום מגן, מגונן ופרטי – עלולה לא רק לאבד את תכליתה החיונית והחשובה, אלא אף להסב נזק רב יותר מאדם זר הפוגע בילד. לפיכך, כפי שזכר לעיל, ההתבוננות המקצועית היא על המשפחה כיחידת טיפול, כאשר הילד במרכז.

ההתבוננות על הילד כחלק ממשפחתו העלתה בשנים האחרונות ביקורת קשה שלפיה מנעה תפיסה זו את איתורם, חשיפתם ומיגורם של מעשי התעללות בילדים בתוך משפחתם. כמענה לסוגיה זו, ולא רק לה, תפסה גישת זכויות הילד את המקום המרכזי בשיח המשפטי והחברתי בישראל בשנים האחרונות.¹⁴² שימת הדגש בזכויותיו הבסיסיות של הילד לכבוד, שוויון, חיים, פרטיות ועוד מחזקת את מעמדו בתוך המשפחה ומאפשרת למדינה להגן על האינטרסים הבסיסיים הללו באמצעות המערכות השונות (חינוך, רווחה, בריאות, אכיפת החוק והמשפט).

עם זאת, אין לשכוח כי דווקא שיח הזכויות הזה מדגיש עד כמה תפיסת הילד כאינדיבידואל אינה מנתקת אותו מההקשר המשפחתי. במאמרה המצוין מחדדת יהודית קרפ את המתח המובנה הקיים בתחום זה של אלימות במשפחה:

"המורכבות המיוחדת של עקרון טובת הילד בהקשר של אלימות כלפי ילדים במשפחה נובעת מכך ששיקולי טובת הילד בהקשר זה מתאפיינים באופן מובהק בהתגוששות של ממש בין זכויותיו השונות של הילד בינן לבין עצמן (הזכות להגנה מפני אלימות, הזכות להתפתחות הרמונית, זכות הילד לגור עם משפחתו ולא

141 ראו חזר מנכ"ל משרד הבריאות, לעיל ה"ש 36, בעמ' 3 ובנספח 1. ניתן לטעון כי הנחיות אלה שבהחזר מחייבות את הרופאים להפעיל מיומנויות מקצועיות שאינן לקוחות מהפרקטיקה המקצועית שלהם, וכי אין זה מתפקידו הטבעי של רופא לעשות כן. אם טענה זו נכונה, אזי הדבר יקשה הטלת אחריות בנויקין על הרופא אם לא ימלא תפקיד זה כראוי. עם זאת, חשוב לזכור כי טענה זו רלוונטית יותר לבדיקת יסוד ההתרשלות (כלומר, אם הפר הרופא את חובתו המקצועית, אם סטה מרמת ההתנהגות המקצועית הנדרשת ממנו), ולא לבדיקה של יסוד חובת הזהירות שבעולות הרשלנות (הבודקת עקרונית אם על רופא לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק).

142 ראו פוגין וברשק, לעיל ה"ש 105, ס' 7 לחלקה של פוגין, אשר כותבת שם, בין היתר, כי "האוטונומיה של הילד אכן נסמכת על בסיס חוקי וחוקתי, אולם עצם התפיסה הבסיסית של הילד כבעל ישות עצמאית, כבעל זכויות, כ'אדם', מקורה בהשקפת עולם הנותנת את מלוא המשמעות לאוטונומיה של כל אחד מבני המשפחה". ראו גם סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" המשפט כב 3 (2006), שם נטען כי "שינוי מעמדם של ילדים בחברה וראייתם כבני אדם נושאי זכויות נפרדות ומובהקות מזכויות הוריהם וכאוכלוסיה ייחודית ומובהקת הנו תהליך משפטי וחברתי שאנו נמצאים בתחילתו..."

להיות מופרד מהוריו בניגוד לרצונם), ובין זכויות הילד לזכויות ואינטרסים של אחרים.¹⁴³

לכן, גם במסגרת התפיסה החדשה מן השנים האחרונות של טובת הילד או זכויות הילד, ההתבוננות היא על הילד ומשפחתו, ולא על הילד במנותק ממשפחתו. כך כותבת קרפ:

"יישום נכון של עיקרון טובת הילד עניינו במתן רצף של מענים לילדים נפגעי אלימות ולמשפחתם, מענים כאלה שיאפשרו לילד ככל האפשר, לממש את זכותו לחיות עם משפחתו ולממש את זכותו לשיקום."¹⁴⁴

פתרון כזה, כותבת קרפ, יכול להיות הרחקת ההורה הפוגע בילד באמצעות צו הגנה, ולא הוצאתו של הילד מהבית. כך או כך, ולסיכום נקודה זו, ניתן לראות כי גם הגישה השמה במרכז את זכויות הילד אינה תופסת את הילד במנותק ממשפחתו, ומכאן שגם דיני הנזיקין יכולים לראות את מערכת היחסים שבין הרופא להורים כמערכת יחסים קרובה מבחינה משפטית.

זאת ועוד, גם אמות המידה שמזכיר הנשיא שמגר בעניין לוי, בכל הקשור לדרישת השכנות, אינן מרחיקות את הרופא מן ההורה מבחינה משפטית.¹⁴⁵ שמגר קובע כמה אמות מידה לצורך בדיקה אם מתקיימים יחסי שכנות:

1. מהו סוג הפעולה שבה מדובר? בהקשר שלפנינו מדובר בפעולה של בעל-מקצוע – פעולה של רופא אשר מוטלת עליו החובה להעניק שירות של אבחון רפואי ראוי, ולא רשלני. האבחון הרפואי מתייחס כאמור לא רק לילד, אלא גם להורה. טענה זו נכונה במיוחד כאשר ההורה נהפך לחשוד בהתעללות, שאז חובת הזהירות מוטלת גם כלפיו.¹⁴⁶
2. האם מדובר בפעולה אקטיבית או במחדל? ברוב המקרים שהגיעו לבתי המשפט דובר במעשה רשלני, ולא במחדל, כלומר, בקביעה פוזיטיבית אך בלתי-מבוססת שמדובר בהתעללות בתוך המשפחה.
3. האם הנזק נגרם לניזוק כתוצאה ממעשה הנתבע או על-ידי גורם אחר? גם כאן התשובה ברורה: בסוג המקרים שבו אנו עוסקים, הנזק נגרם על-ידי הרופא, אשר ברשלנותו לא אבחן כראוי את מצבו של הילד.
4. האם הנזק כלכלי או פיזי? אכן, בנסיבות שלפנינו אין מדובר בנזק גוף, אלא בנזק

143 יהודית קרפ "אלימות כלפי ילדים במשפחה בראי האמנה לזכויות הילד" התעללות והזנחה של ילדים בישראל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 152-208, ובמיוחד בעמ' 175-176.

144 שם, בעמ' 178.

145 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 66-67.

146 טענה זו הועלתה על-ידי שופט המיעוט Lord Bingham בעניין *East Berkshire*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 459.

נפשי, אבל אף-על-פי-כן הכירו בתי-המשפט בכך שעוצמת הפגיעה בהורה אשר הואשם על לא עוול בכפו בהתעללות בילדו הינה רבה.¹⁴⁷

5. האם יש הסתמכות? התשובה לשאלה זו חיובית. בחלק גדול מהמקרים פנו ההורים לרופאים וביקשו להסתמך על יכולת האבחון שלהם כדי לדעת ממה ילדם סובל.¹⁴⁸

למרות כל זאת, כפי שראינו, ברוב פסקי-הדין הוחלט לא להכיר בחובת הזהירות של הרופאים כלפי ההורים. עמדה זו מוכיחה עד כמה דיני הנויקין מבטאים גישה אינדיווידואליסטית, אשר תופסת את האדם (או את הניזוק הישיר במקרה שלנו) כנפרד מהסובבים אותו ומהאנשים הקרובים אליו ביותר, אשר משפיעים על חייו ומושפעים מהם. דיני הנויקין מבטאים למעשה תפיסה הקוראת לכבד את החלטתו העצמאית של אדם ליטול על עצמו מחויבויות באופן וולונטרי. בהקשר שלפנינו גישה זו מטילה אחריות על הרופא רק כלפי האנשים שביחס אליהם הסכים לפעול (הילדים), והילד נתפס כמי שעומד בנפרד מהוריו וכמי שהאינטרסים שלו שונים מאלה של הוריו.

ביטוי לכך ניתן למצוא בפסיקה האנגלית בעניין *Powell*, שבו התקשה בית-המשפט להטיל אחריות על רופא כלפי בני משפחתו של המטופל אף שהיה קשר קרוב בין שני צדדים אלה. במקרה זה קבע בית-המשפט לערעורים באנגליה מפורשות כי הרופא חב חובת זהירות רק כלפי המטופלים שלו.¹⁴⁹ דובר בתביעה שהגישו הוריו של ילד נגד הרופאים של בנם. הילד, בן עשר במוותו, נפטר ממחלה נדירה. לאחר חודשים אחדים גילו ההורים להפתעתם כי הרופאים ניסו להסתיר את טעותם באבחון הראשוני, אשר לא היה מדויק. לשם כך נטלו הרופאים מסמכים מהתיק של הנפטר ללא הסכמתם וידיעתם של הוריו. הגילוי הסב להורים נזק נפשי כבד, ובשל כך הגישו תביעה נגד הרופאים. בית-המשפט לערעורים באנגליה דחה את התביעה, בין היתר על בסיס הנימוק דלעיל, וזאת אף שההורים היו בקשר קרוב וצמוד עם הרופאים במהלך כל הטיפול בילד. בית-המשפט היה ער לכך, אך קבע כי בעת הגילוי וגרימת הנזק לא היו ההורים מטופלים של הרופאים – לא ישירות ולא באמצעות הילד.

פסיקה זו אינה יוצאת-דופן במשפט האנגלי. התוצאה של פסק-דין זה ושל פסקי-דין אחרים היא שכיום על בני המשפחה של המטופל להוכיח קיומם של יחסי רופא-מטופל בינם לבין הרופא הנתבע, שאם לא כן תידחה תביעתם. פרשנות משפטית כזו ננקטה בפסק-דין אנגלי אשר עסק בנטילת איברים של ילדים ללא ידיעת ההורים והסכמתם.¹⁵⁰ רופאים באחד מבתי-החולים באנגליה נטלו מילדים שנפטרו איברים למטרות מחקר, אך לא קיבלו את הסכמת הוריהם לביצוע פעולה זו. כאשר גילו זאת ההורים (באמצעות מכתבים שנשלחו אליהם על-ידי רשויות הבריאות), הם החליטו להגיש תביעה נגד הרופאים בגין הנזק הנפשי שנגרם להם. בית-המשפט קבע כי בנסיבות אלה יש להכיר בחובת הזהירות של הרופאים כלפי ההורים, מכיוון שבעת הרלוונטית נוצרו בין שני הצדדים יחסי רופא-מטופל. בית-

147 ראו לעיל ה"ש 33.

148 כך היה, למשל, במקרה לדוגמה המוצג בסעיף ג(א) של רשימה זו.

149 עניין *Powell*, לעיל ה"ש 57.150 ראו עניין *Leeds*, לעיל ה"ש 57.

המשפט הסתמך, בין היתר, על קביעת בית המשפט לערעורים בעניין *Powell*. פסקי-דין אלה ואחרים הם ששימשו רקע לפסיקת בית-הלורדים בעניין *East Berkshire*. הפסיקה שהתגבשה בפסקי-הדין הנ"ל הציגה למעשה עמדה שלפיה יש לאפשר לרופא לעשות הכל כדי לקדם את מצבו של המטופל שלפניו. בכך מתעלם המשפט מן ההכרה, שאליה הגיעו רופאים וחוקרים ממדעי החברה, שלפיה קידום בריאותם הגופנית ובעיקר הנפשית של קרובי המטופל מסייע בסופו של דבר בקידום בריאותו של המטופל עצמו.¹⁵¹

לבד מתפיסה אינדיווידואליסטית זו של דיני הנזיקין, נראה כי מערכת דינים זו משקפת גם גישה תועלתנית.¹⁵² מסקנה זו באה לידי ביטוי כאשר בוחנים את הרכיב השלישי של חובת הזהירות – שיקולי המדיניות – ואת יישומם בהקשר שלפנינו. אחד השיקולים הרווחים של המדיניות המשפטית בדיני הנזיקין הוא החשש מהרחבת היקף האחריות של אנשי-מקצוע, ובעיקר של רופאים, לנזקים שנגרמים כתוצאה מפעולותיהם. בסוגיה שלפנינו, ראשית, קיים חשש שהכרה בחובת זהירות כלפי ההורים תביא לידי הגדלת מספר התביעות, וכי כתוצאה מכך תידרש השקעה של זמן נוסף מבתי-המשפט ויידרש מימון נוסף לטיפול בתביעות אלה. כפי שראינו, אחד משופטי הרוב בעניין *East Berkshire* חושש שהכרה בהורים כניזוקים תוביל גם צדדים שלישיים אחרים האחראים לקטין להגיש תביעות באותן נסיבות. שנית, קיים חשש שספקי שירותי הבריאות ייאלצו להשקיע משאבים בבדיקת החלטות של רופאים כאשר אלה עוסקים באבחון מקרים של התעללות במשפחה. בהקשר זה נשמעת הטענה כי יהיה צורך להשקיע משאבים רבים יותר מאלה הקיימים כיום כדי לבדוק את הליך האבחון וקבלת ההחלטות של הרופאים, ולפקח עליו מקרוב כדי למנוע תביעות מצד הורים. נוסף על כך, הכרה בחובה משפטית נוספת על אלה המוטלות ממילא על הרופא עלולה להוביל לקיומה של רפואה מתגוננת, אשר תוליד פרקטיקה איטית ולא-יעילה, אשר לא תקדם את בריאות הציבור בהקשר ספציפי זה.¹⁵³ שיקול נוסף, אשר הנשיא שמגר מזכירו

RONALD CHRISTIE & BARRY HOFFMASTER, *ETHICAL ISSUES IN FAMILY MEDICINE* (Oxford, 151 OUP, 1986); IAN R. McWHINNEY, *TEXTBOOK OF FAMILY MEDICINE* (New York, OUP, 2nd ed., 1997)

תפיסה משפטית זו, אף אם היא נכונה בהקשר של הסוגיה שלפנינו, אינה משקפת את העמדה הרווחת כיום במחקר החברתי-הרפואי. כבר בשנות השבעים החלה לחלחל ההבנה, הן אצל רופאים והן אצל סוציולוגים ופסיכולוגים של הבריאות, כי המטופל מושפע רבות מן ההקשר החברתי שבמסגרתו הוא חי, וכי הוא מביא למפגש עם הרופא לא רק את בעיות הבריאות הגופנית שלו, אלא גם את קשייו החברתיים. ראו Gilbar, לעיל ה"ש 65, פרק 5.

Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 7–9 (1993) 152

153 לשיקול זה יש משקל משמעותי בבואם של בתי-המשפט בארץ לפסוק אם רופאים בתחומים שונים, כגון מיילדות או כירורגיה, התרשלו ואם יש להטיל עליהם אחריות לנזקן של המטופל. ראו ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש שיבא, פ"ד נו(2) 936, 955 (2002) (מיילדות); ע"א 2989/95 קורנץ נ' המרכז הרפואי ספיר, פ"ד נא(4) 687 (1997) (כירורגיה), שם כתבה השופטת שטרסברג-כהן, בעמ' 698: "כנגד כל אלה, עומדת תקנת הציבור המחייבת זהירות מהכבדת-יתר על הרופאים ודאגה לבל תרפינה ידיהם בטיפול בחולים ולבל יפעילו רפואה מתגוננת. זאת לזכור כי הרופא מטפל מלכתחילה בחולים,

בעניין לוי, הוא השוואה בין העלות של מניעת הנזק אל מול עלות הנזק הצפוי.¹⁵⁴ בעניינו, פסיקת בתי-המשפט השונים, שלפיה אין להכיר בתביעות ההורים, משקפת עמדה שלפיה התועלת שבחשיפת מקרים של התעללות במשפחה רבה מהנזק שעלול להיגרם להורים במקרים שבהם האבחון היה מוטעה ורשלני.

נראה, אם כן, כי בבסיס העמדה המשפטית שלפיה אין להטיל על רופאים חובת זהירות כלפי הורי הילד נמצא שיקול תועלתני: התועלת לחברה במקרים מסוג זה תגדל אם דיני הנזיקין לא יטילו חובת זהירות, שכן בכך תסייע מערכת דינים זו במיגור תופעת ההתעללות בתוך המשפחה, מבלי שתידרש השקעה כלכלית מוגברת בתחום זה ומבלי לפגוע ביעילותה של מערכת הבריאות. תועלת זו עולה לאין שיעור על הנזק שעלול להיגרם במקרים ספורים להורים אשר נחשדו על לא עוול בכפם בהתעללות בילדיהם. לצורך קידום מטרה זו, יש להגן על אנשי-המקצוע ולאפשר להם מרחב פעולה חופשי. זו ההתרשמות שעולה מקריאת הפסיקה.¹⁵⁵

סיכום-ביניים מגלה כי דיני הנזיקין מבוססים למעשה על שתי רגליים העומדות על קרקע אחת – הגישה הליברלית. ראשית, דיני הנזיקין משקפים את הזרם המבוסס על הסכמה חברתית השמה במרכז את רצונו של האדם הפרטי, את האוטונומיה שלו ואת יכולת הבחירה שלו לפעול באופן וולונטרי וחופשי.¹⁵⁶ על רקע הסכמה כזו קשה להכיר בחובה לנזקים שנגרמים לצדדים שלישיים. שנית, דיני הנזיקין נשענים על הגישה התועלתנית, המבקשת להגיע לתוצאה אשר תמקסם את הרווחה של החברה. שילובם של שני זרמים אלה מסביר למעשה את העמדה המשפטית בסוגיה שלפנינו.¹⁵⁷

2. דיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי

אם ניתוח זה מדויק, אזי חוזרת ועולה השאלה לגבי השימוש בדיני הנזיקין בסוגיה שבמרכז

שהטיפול האמור להביא להחלמתם עלול לאכזב ולגרם לסיבוכים. וככל שהמחלה קשה יותר, כך הסיכונים גדולים יותר. תרופה וטיפול היפים למחלה פלונית עלולים לגרום לסיכון אלמוני ויש שגם הטיפול המקצועי ביותר אינו יכול להביא מזוור ומרפא. בין כל אלה על הרופא לתמרן את דרכו בזהירות, באחריות ובמקצועיות, בלא שחרב המשפט מונפת מעל לראשו. לפיכך יש לבחור בקפידה את המקרים שבהם תופנה אצבע מאשימה כלפי הרופא ותעמידו בחזקת רשלן לכאורה.

154 עניין לוי, לעיל ה"ש 29, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

155 Jones, לעיל ה"ש 92; Casperson, לעיל ה"ש 91, בעמ' 400-402; Rhoades, לעיל ה"ש 107, בעמ' 1435-1438.

156 England, לעיל ה"ש 152.

157 שם, פרקים 1-2. אנגלרד דן בשני הפרקים הראשונים במתח שבין תומכי הגישה הקנטיאנית לדיני הנזיקין לבין תומכי הגישה התועלתנית. מהדיון בספרו עולה כי שתי גישות אלה מהוות למעשה את הבסיס העיקרי להבנת מטרותיהם של דיני הנזיקין, כגון צדק מתקן, הרתעה, צדק חלוקתי ופיזור הנזק.

דיוננו. העיסוק בהתעללות בילדים בתוך המשפחה מוסדר כאמור על ידי דיני המשפחה בכל הקשור לאבחון ילדים הנמצאים בסיכון ולטיפול בהם.¹⁵⁸ השאלה שלפנינו היא אם ניתן להשתמש גם בדיני הנוזיקין כדי להסדיר את מערכות היחסים שבין המערכת הטיפולית לבין הילד והמערכת המשפחתית או שמא יש להותיר את העיסוק בסוגיה זו לדיני המשפחה ולדיני העונשין. ההכרה רק בתביעת הילד ודחיית תביעת ההורים שולחות מסר שלפיו מערכת דיני הנוזיקין היא רק שנייה למערכת דיני המשפחה, אשר לה המקום המרכזי. המסר של פסיקת המשפט המקובל ברור: יש להותיר לאנשי המקצוע, במסגרת הכלים הטיפוליים המוכרים במשפט, את מלאכת האבחון והטיפול, ולא לערב מערכת נוספת של דינים אשר בבסיסה רק מעצימה את המחלוקת ופוגעת בעבודת המטפלים. בתי המשפט קובעים למעשה כי יש לאפשר שיקול דעת רחב למטפלים גם במחיר של פגיעה בהורים אשר נחשדו על לא עוול בכפם בהתעללות בילדיהם. נטיית הפסיקה למתן את השפעתם של דיני הנוזיקין בתחום זה של אבחון התעללות בתוך המשפחה וטיפול בה מתחזק כאשר מגלים כי עד לאחרונה נדחו גם תביעות של ילדים נגד רופאים בגין אבחון שגוי של התעללות.¹⁵⁹

למרות זאת, לעניות דעתי, דיני הנוזיקין יכולים להוות כלי יעיל וראוי בתחום זה של אבחון ילדים בסיכון. כך, לרשות קטינים הסובלים התעללות במשפחה ראוי שיעמדו – לבד מהכלים שמעניקים להם דיני המשפחה, בדמותם של חוק הנוער, חוק האימוץ והוראות התע"ס – גם הכלים של דיני הנוזיקין, בדמות תביעה בעוולת הרשלנות נגד מטפלים אשר לא אבחנו כי הם סובלים התעללות. כך גם במקרים שבהם נחשדו הורים בהתעללות בילדיהם על לא עוול בכפם. גם כאן, כאשר המטפל התרשל ואבחן בטעות כי מדובר בהתעללות של ההורה בילד, יש לאפשר להורה שימוש לא רק בכלים של דיני המשפחה (כגון האפשרות לעתור לבתי המשפט בבקשה להורות על החזרת הילד, או להגיע לדיוניהן של ועדות ההחלטה וליטול בהן חלק), אלא גם באמצעים שמספקים דיני הנוזיקין, ובמיוחד השימוש בעוולת הרשלנות.¹⁶⁰ הכרה בתביעת הילד וההורים, או למעשה הכרה בתביעתם של בני המשפחה הגרעינית, תמלא אחר שתי המטרות העיקריות של דיני המשפחה: קידום טובת הילד תוך שמירה על שלמותה ויציבותה של המשפחה.

אולם כאן עולה הטיעון בדבר הפגיעה באמון שבין שתי מערכות אלה. כלומר, האם אי אפשר לטעון כי כניסתם של דיני הנוזיקין לתחום זה רק תפגע במטרות החשובות של הגנה על הילד ושלמות התא המשפחתי שבמסגרתו הוא חי, שכן היא תקצין את המתח הקיים ממילא בין ההורים והילדים, מצד אחד, לבין הרופאים והמטפלים האחרים, מן הצד האחר? אכן, יש להודות שסיכון כזה קיים, שכן הוא גובע מעצם ההכרה של שני הצדדים

158 כאמור, אף לדיני העונשין יש מקום חשוב בכל הקשור למערכת היחסים שבין המדינה לבין ההורה המתעלל.

159 ההכרה בזכותו של ילד לתבוע בגין אבחון רשלני של התעללות נעשתה בפסק הדין בעניין *East Berkshire* בבית המשפט לערעורים באנגליה. ראו לעיל ה"ש 5.

160 זו גם הביקורת שנשמעת מפיה של יפעת ביטון כלפי יחיאל קפלן ורוגן פרי על עמדתם בכל הקשור למתן פיצוי לאישה בגין סירוב בעלה למתן גט. ראו ביטון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 893, וכן קפלן ופרי, לעיל ה"ש 13. ביטון סבורה כי דיני הנוזיקין יכולים להוות כלי לשינוי חברתי, וכי אין להסתפק רק במערכת של דיני המשפחה לצורך השגת מטרות חברתיות.

בכך שקיימת אפשרות מבחינה משפטית שתוגש תביעה על-ידי הילד והוריו. אבל אין לשכוח שהמטרה של הטלת חובה עקרונית על המטפל כלפי הילד וההורה של הנבדק-הקטין היא שיפור השירות המקצועי שניתן בתחום זה. העלייה במספר התביעות בשנים האחרונות בתחום זה במדינות המשפט המקובל השונות עשויה להצביע על הצורך בשיפור איכות השירות הרפואי הניתן בתחום זה.¹⁶¹ נוסף על כך, האפשרות העקרונית של הטלת חובת זהירות על הרופא כלפי הילד וההורה אינה צריכה לפגוע באמון שבין שני הצדדים הללו. אמון אינו נבנה מכוח חובה משפטית מסוימת, אלא בשל הצורך ההדדי של שני הצדדים – הרופא, מצד אחד, והמטופל ומשפחתו, מן הצד האחר – ליצור מערכת שתצליח לקדם את מצבו של המטופל, תוך שיתוף-פעולה של כל הצדדים המעורבים. הקביעות במקרים מסוימים כי לא נוצר אמון או שהוא נפגע אינן נובעות מעצם הטלתם של יחסי חובה על הרופא, אלא בשל נסיבות אחרות, מעשיות, הקשורות לעיתים לאופיים השונה של המטפל והמטופל, לעולם הערכים השונה שלהם ולכללי ההתנהגות שלפיהם כל אחד מהצדדים פועל. מכאן, אם נוצר אמון ומערכת היחסים טובה, אזי אין בעצם ההטלה של חובה משפטית כדי לפגוע בהם, גם כאשר הרופא עשה טעות שהשלכותיה משמעותיות. יש להניח כי אם היחסים בין המערכת הרפואית למשפחה יהיו טובים וחיוביים, אזי הרופא לא ייתבע אף שעקרונית הדבר אפשרי.¹⁶² אומנם, יש להודות כאמור כי כאשר אין אמון ושיתוף-פעולה בין הרופא לבין המטופל, הכרה עקרונית בחובת זהירות עלולה רק להעמיק את המתח שבין הצדדים ולא להשיג את המטרות הרצויות. אולם גם בנסיבות אלה ניתן עדיין לטעון כי מטרה של דיני הנזיקין היא לשפר את איכות השירות הרפואי הניתן בהקשר זה, ובכך לתרום לקידום רווחתו של הילד ובני משפחתו.

כך או כך, גם אם נקבל את הגישה המוצעת כאן כי דיני הנזיקין יכולים לקדם את המטרות החברתיות הראויות, נותר עדיין הקושי הבסיסי, והוא שנקודת-המבט של דיני הנזיקין היא ליברלית-אינדיווידואליסטית. אומנם, בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא

161 נתונים שהתקבלו במחקר אמפירי שנערך בארצות-הברית מצביעים על כך שבתיקים שבהם ההורים חלוקים בשאלת המשמורת על ילדיהם, שיעור המקרים שבהם נטען כי האב מתעלל מינית בילדו נע בין 2% ל-7%. רק ב-20% מבין מקרים אלה נמצא לאחר חקירת מטרה שההאשמות היו מבוססות. נתון זה מצביע על כך שעבודת הרשויות צריכה להיות זהירה, מכיוון שב-80% מהמקרים מתברר שההאשמות אינן מבוססות. ראו: Thomas M. Horner & Melvin J. Guyer, *Prediction, Prevention, and Clinical Expertise in Child Custody Cases in Which Allegations of Child Sexual Abuse Have Been Made*, 25 FAM. L. Q. 217, 220–221 (1991).

162 בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 11/95 "היחס לחולה ובני משפחתו" (מיום 28.5.1995) נאמר, בעמ' 5-6, כי "היחס לחולה ואיכות התקשורת עמו משפיעים לא רק על איכות הטיפול בחולה, אלא אף על יחסו של החולה כלפי מטפלו: תקשורת לקויה ויחס בלתי נאות מעוררים בחולה מתח ועוינות כלפי המטפל והמוסד הרפואי. עוינות זו מגיעה לעתים עד כדי הגשת תביעה משפטית, מקום שמצטרפת לכך אכזבה מתוצאות הטיפול. מחקרים הוכיחו כי ברוב המכריע של תיקי תביעות שנסקרו נמצאה עדות ליחסים בעייתיים בין הגורמים המטפלים בבית החולים לבין החולה או משפחתו, וכי יחסים אלו הם שהניעו את החולים, בסופו של דבר, לתבוע את המטפלים".

פסקי-דין אשר הכירו בתביעות ההורים גם במסגרת תפיסה אינדיווידואליסטית זו,¹⁶³ אבל ככלל על דיני הנזיקין לאמץ תפיסה שונה כדי לקדם את המטרות החשובות של קידום טובת הילד ושלמות התא המשפחתי.

שינוי תפיסתי כזה עשוי להגיע מכיוונה של הגישה הקהילתנית, אשר תופסת את האדם בראש ובראשונה כיצור חברתי, שהחלטותיו משפיעות על סביבתו הקרובה ביותר ומושפעות ממנה. גישה זו מדגישה כי זהותו של אדם, ומכאן גם האוטונומיה שלו, מורכבת מהקהילות שבהן הוא חבר (משפחה, מקום עבודה, חוג חברתי, מקום מגורים, לאום ועוד). מובן שהמשפחה נתפסת כקהילה הבסיסית והחשובה ביותר התורמת לעיצוב זהותו של אדם ולגיבוש יכולתו להיות אוטונומי. יחסיו של אדם עם חברי הקהילה הינם יחסים הדדיים המשקפים, ברמה כזו או אחרת, סולידריות, מחויבות הדדית וחובות, בצד הזכויות שהוא זכאי להן במסגרת חברותו באותה קהילה. היחסים שבין הורים לילדים משקפים באופן המובהק ביותר את זכותו של ההורה לגדל את ילדו ובעת ובעונה אחת את חובתו לדאוג לכל צרכיו.¹⁶⁴ חובות אלה אינן נובעות מהסכמה חופשית של אדם ליטול אותן על עצמו, אלא בראש ובראשונה מעצם חברותו באותה מסגרת חברתית.¹⁶⁵ תפיסה זו משתקפת גם בפסיקה.¹⁶⁶

תפיסה קהילתנית זו – או לפחות מרכיבים מרכזיים בה – יכולה לבוא לידי ביטוי אף בדיני הנזיקין, אם תופחת השפעתו של הבסיס ההסכמי של דיני הנזיקין ויוטלו חובות לא-וולונטריות על המזיק.¹⁶⁷ בהקשר של יחסי רופא-מטופל דיני הנזיקין יכולים לשקף את ההכרה שהניזוק הינו בעל רקע חברתי ומשפחתי מסוים, שאיתו הוא מגיע למפגש עם הרופא. על דיני הנזיקין לשקף את ההבנה שעל הרופא לחוב לא רק חובות וולונטריות הנובעות מעצם נכונותו להעניק טיפול רפואי למטופל שלפניו, אלא אף חובות לא-וולונטריות כלפי

163 אם כי הכרה זו של הפסיקה האמריקאית בתביעות ההורים באותם מקרים מסוימים נבעה מהדגשת יסוד ההתרשלות, ולא מתוך קביעה פוזיטיבית מפורשת כי יש להרחיב את היקפה של חובת הזהירות. ראו עניין *Hungerford*, לעיל ה"ש 51.

164 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נוקט מילים אלה במפורש.

165 9–11 (London, Fontana Press, 1995). Amitai Etzioni, *The Spirit of Community*. לתיאור מקיף של הקהילתנות (Communitarianism) ראו: Daniel Bell, *Communitarianism and Its Critics* (Oxford, Clarendon Press, 1993).

166 נקודה זו משתקפת ביחסי הורים-ילדים. הנשיא שמגר כותב בעניין זה: "זכותם של ההורים היא יחסית, והיא מוגבלת על-ידי זכויות הילד וטובתו. יש שהאינטרסים של הילד, זכויותיו וצרכיו באים לידי ביטוי בעקרון טובת הילד, שעל ההורים לפעול על-פיו בבואם למלא חובותיהם ולממש זכויותיהם... יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה חובה... והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם (כדוגמת החובה לתמוך בילד, להגן עליו, לחנך אותו), שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות (במסגרת האפשרויות השונות העומדות לפניהם) המקדמות את טובתו." ראו ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 237 (1995).

167 גם Jones קורא לשינוי כזה. ראו מאמרו לעיל ה"ש 92.

אלה המושפעים מהחלטותיו ומהתנהגותו, אף אם לא באופן ישיר. כך, כאשר רופא אינו מוסר למטופל את המידע כי הוא חולה במחלת מין מידבקת או במחלה גנטית-תורשתית, הוא לא רק נושא באחריות כלפי המטופל עצמו (אחריות הנובעת מעצם נכונותו להעניק שירות רפואי למטופל), אלא גם חב חובות לקרוביו של המטופל, אשר עלולים אף הם להיות חשופים לסכנה לבריאותם אם יתשל ולא ידאג להזהירם במידת האפשר. חובות אלה נובעות מההכרה שהאדם אינו איבוד, אלא מושפע מהאנשים הקרובים אליו ביותר ומשפיע עליהם. אומנם, חובתו של הרופא כלפי בני המשפחה אינה שווה לחובתו כלפי המטופל שלו, אבל יש לקבוע כי כאשר התרשלותו של הרופא עלולה להשפיע באופן משמעותי על מצבם של בני המשפחה, חובה לא-וולונטרית כזו תקום.¹⁶⁸

יודגש: אין כאן קריאה להחיל באופן מוחלט או קיצוני את הגישה הקהילתנית, שהרי זו עלולה להגיע למצבים שבהם טובת הקהילה (The Common Good) תיתפס כחשובה מזכותו של האדם הפרטי, או שקידום האינטרסים של הקהילה ייעשה על-חשבון כיבוד זכויות הפרט.¹⁶⁹ ברור שאין הכוונה לשינוי תפיסתי רדיקלי כזה, אשר עלול, במיוחד בנסיבות שלפנינו, לפגוע פגיעה קשה באינטרסים של הילד, אם בשם הרצון לשמור על אחדות המשפחה ימשיך הילד להיות חשוף לפגיעה מצד הוריו. הכוונה היא להכיר בכך שאי-אפשר לקדם את האינטרסים של הפרט באופן מלא ללא התייחסות לאנשים הקרובים לו ביותר, אשר מזינים את יכולתו לנהל את חייו כרצונו ולהיות יצור אוטונומי ועצמאי.¹⁷⁰ בהקשר שלנו ניתן לטעון כי הטלת חובת זהירות על הרופא כלפי ההורים נעשית בראש ובראשונה כדי לאפשר לילד לחזור ולנהל את חייו כפי שעשה לפני מעשה הפגיעה, ובכך להשיב לו את האפשרות לפתח את אישיותו ועצמאותו בשנים אלה – לפני שהוא נהפך לאדם בוגר – במרחב הפרטי והמוגן שהתא המשפחתי מספק.

האם קיים סיכוי שדיני הנויקין ירחיבו את היקפה של חובת הזהירות המוטלת על

168 כאן עולה השאלה מה היקף החובה כלפי המטופל ומהו היקף החובה לא-וולונטרית כלפי בני המשפחה, וכן כיצד על הרופא לנהוג כאשר יש התנגשות אמיתית בין השתיים. שאלה זו חורגת מהדיון כאן, אשר עוסק בשאלה העקרונית אם יש בכלל מקום להטיל חובה לא-וולונטרית על הרופא כלפי בני משפחתו של המטופל. לצורך דיון רחב יותר בשאלות אלה ראו Gilbar, לעיל ה"ש 65, פרק 6.

169 זו אכן אחת הביקורות הנשמעות על גישה זו. ראו: Michael Parker, Ethics and Community in the Health Care Professions 7–8 (London, Routledge, 1999); Elizabeth Frazer & Nicola Lacey, The Politics of Community 136–142 (Hemel Hempstead, Harvester, 1993).

170 ג'ניפר נדלסקי הייתה בין הראשונים שהכירו בחשיבות הסינתזה שבין התפיסה הליברלית של האינדיבידואל לבין התפיסה הקהילתנית, ובחשיבותה של הסביבה החברתית הקרובה בעיצוב יכולתו של האדם להיות יצור אוטונומי בקבלת החלטות. ראו: Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J. L. FEMINISM CATRIONA 7. (1989) לפיתוח גישה בהקשרים שונים, כולל ההקשר הבריאותי, ראו: Mackenzie & Natalie Stoljar, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (New York, OUP, 2000).

אנשי־מקצוע באופן כללי ועל רופאים בפרט? האם קיימת אפשרות שהיקפה של חובת הזהירות יורחב באופן עקרוני, ולא רק במקרים חריגים ובנסיבות יוצאות־מן־הכלל? בשנים האחרונות ניתן להבחין בהתפתחות של דיני הניזקין בכיוון זה בקטגוריות מסוימות, במיוחד בכל הקשור לאינטרסים של בני המשפחה, כמפורט להלן.

בכל הקשור לנזק נפשי קיימת הפסיקה המכירה באחריותו של מוזיק – אשר הסב נזק גוף לניזוק ישיר – לנזק הנפשי שנגרם לבן המשפחה כניזוק משני, כאשר חזה באירוע הפגיעה או בתוצאותיו המיידיות.¹⁷¹ תחום אחר הוא הטיפול במחלות מין מידבקות. בהקשר זה מוטלת על הרופא החובה לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע סכנה מבן/בת־הזוג של המטופל, אשר עלולים לחלות במחלה אם יקיימו עם המטופל יחסי מין בלתי־מוגנים.¹⁷² תחום נוסף הוא העברת מידע רפואי המתייחס למחלות תורשתיות. בכל הקשור לבני משפחה שיש להם קרבת־דם עם הנבדק, הכירה הפסיקה בארצות־הברית בקיומה של חובת זהירות המוטלת על רופא אשר מטפל במטופל הלוקה במחלה גנטית־תורשתית, כגון סרטן מעי, כלפי בני המשפחה.¹⁷³ בתחום זה, כמו בתחום של מחלות מין מידבקות, השאלה היא מהם האמצעים שעל הרופא לנקוט – האם הוא יכול להסתפק במתן הסבר למטופל ולבקש ממנו להעביר את המידע לבני משפחתו או שמא עליו לפנות לבני המשפחה ישירות? עד כה לא הוטלה בפסיקה החובה לפנות לבני המשפחה ישירות, אך אפשרות זו נותרה פתוחה ולא נשללה.¹⁷⁴ שאלה זו מעבירה את הדיון ליסוד ההתרשלות, אשר בהקשר של הסוגיה שלפנינו רלוונטי פחות.

גם בהקשר שונה לחלוטין – זה של צוואות וירושות – הוכרו, לפחות במשפט האנגלי, האינטרסים של בני המשפחה, למרות קיומו של קשר רחוק בין עורך־הדין הרשלן לבין הנהנים הפוטנציאליים על־פי הצוואה אשר ניזוקו כתוצאה ממחדלו. מדובר במקרה שבו

171 ראו עניין אלסוהה, לעיל ה"ש 123. עם זאת, כאמור, ההכרה באחריותו של המוזיק כלפי בני המשפחה תלויה באחריותו כלפי הניזוק הישיר שסבל נזק.

172 המקרים הפשוטים הם כאשר הרופא אינו מיידע את המטופל שהוא חלה במחלת מין מידבקת. ראו: *Reisner v. Regents of the Univ. of Cal.*, 31 Cal. App. 4th 1195 (1995). במקרה זה דובר בהטלת חובת זהירות על רופא כלפי בן־זוגה של המטופלת שלו, לאחר שגרם להדבקתה באיידס ולא הודיע לה על כך. כתוצאה מכך נדבק גם בן־זוגה של המטופלת בנגיף. אבל חובת זהירות עשויה להיות מוטלת גם כאשר הרופא מיידע את המטופל אך זה אינו מיידע את בן/בת־זוגו. בהקשר זה עולה השאלה של היקף החובה – האם די להזהיר את המטופל שלא יקיים יחסי מין בלתי־מוגנים או שמא יש לנסות לאתר את בן/בת־הזוג וליידע אותם. ניתן אולי להסתמך על דברי השופט הנדל בע"פ (מחוזי ב"ש) 560/96 פלנסייה נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(8) 420 (1996), אשר מביע את עמדתו, בס' 10 לפסק־דינו, כי כאשר מדובר במחלת מין מידבקת המעמידה את הצד השלישי בסכנת חיים, יש להעדיף את חובת הגילוי על זכותו של החולה לסודיות. העדפה זו עשויה להוביל להטלת חובה על הרופא, אשר היקפה ינוע מניסיון לשכנע את הנבדק ליידע את בן־זוגו (הגישה המצמצמת) ועד ליידוע בן־הזוג באופן ישיר (הגישה המרחיבה).

173 עניין *Safer*, לעיל ה"ש 69.

174 שם, בעמ' 1192.

ביקש לקוח מעורך־דינו לשנות את צוואתו ולכלול בה את שתי בנותיו. עורך־הדין דחה את ביצוע עבודתו, ובינתיים נפטר לקוחו. לאחר פטירת אביהן, כאשר גילו הבנות שהצוואה לא שונתה והן לא נכללו בה, הוגשה תביעה בנויקין נגד עורך־הדין. בית־הלורדים, בפסק־דין יוצא־דופן, הטיל על עורך־הדין אחריות לנזק שנגרם לשתי הבנות, אף שבינו לבינו היו יחסים רחוקים.¹⁷⁵ בית־הלורדים נתקל באותו עניין בבעיה קשה, שכן לעובנו של המת, אשר היה יכול מבחינת דיני הנויקין לתבוע, לא נגרם נזק, בעוד שלבנות, אשר להן נגרם הנזק (אובדן הכנסה מובטחת), לא הייתה לכאורה אפשרות לתבוע בשל היותן צד שלישי ללא יחסי קרבה משפטיים עם עורך־הדין הנתבע (העדר יחסי שכנות). בית־המשפט פסק ברוב זעום (של 3:2) לטובת התובעות. הנקודה הראויה לציון ולהדגשה היא כי אחד משופטי הרוב קיבל את תביעת הבנות מכיוון שתפס אותה למעשה כתביעה משפחתית, כלומר, כתביעה של המשפחה נגד עורך־הדין.¹⁷⁶ בכך, למעשה, העדיף השופט לקדם את האינטרסים של המשפחה על האפשרות הקלה יותר והנוחה של דחיית התביעה לנוכח העדר יחסי קרבה ומשיקולים של מדיניות משפטית (חשש מגל תביעות של יורשים פוטנציאליים ומהרחבת היקף האחריות המקצועית של עורכי־הדין, על כל ההשלכות הנובעות מכך). אין ספק כי פסק־דין זה מטיל למעשה על עורך־הדין חובות משפטיות לא־וולונטריות כלפי בני המשפחה, ומשקף את ההכרה כי מקומו של רכיב חובת הזהירות בעולת הרשלנות אינו חייב להיות מרכזי, וכי די בצפיות ובהתרשלות ברורה של המזיק להטיל עליו אחריות כלפי צד שלישי.

לבסוף, ביטוי למגמה זו, שלפיה אף דיני הנויקין יכולים לקדם את האינטרסים של הילד ושל הוריו תוך ניסיון לשמור על שלמות התא המשפחתי, ניתן להביא מפסק־דין אנגלי שנסיבותיו קרובות מאוד לסוגיה שלפנינו. בעניין *W v. Essex* דובר ברשות מקומית שהעבירה לטיפול של משפחה אומנת ילד שהיה ידוע כמתעלל מינית בילדים אחרים, למרות בקשתם המפורשת של ההורים האומנים לא לקבל ילד כזה. לאחר תקופה קצרה הסתבר כי הילד התעלל מינית בילדיהם הביולוגיים של הווג, מה שגרם נזק נפשי הן לילדים והן להורים.¹⁷⁷ תביעת הילדים נגד הרשות לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם הוכרה, אך תביעת ההורים נדחתה על הסף בבית־המשפט לערעורים.¹⁷⁸ ערעורם של ההורים לבית־הלורדים התקבל, אף שעל פניו לא עמדו ההורים בדרישות שהציבה הפסיקה לשם הכרה בתביעות של קורבנות משניים לנזק נפשי שנגרם להם.¹⁷⁹ אין ספק שפסיקה זו משקפת את ההבנה כי ההכרה בתביעות הילדים אך לא באלה של ההורים הינה מלאכותית, ואינה

¹⁷⁵ *White v. Jones*, [1995] 1 All E.R. 691 (H.L.).

¹⁷⁶ Lord Nolan כותב בחוות־דעתו, שם, בעמ' 736, כי: "As is commonly the case the contract was with the head of the family, but it would be astonishing if, as a result, they owed a duty of care to him alone, to the exclusion of the other members of the family".

¹⁷⁷ *W v. Essex County Council*, [1998] 3 All E.R. 111 (Civ. App.); *W v. Essex County Council*, [2000] 2 All E.R. 237 (H.L.).

¹⁷⁸ *W v. Essex County Council*, [1998] 3 All E.R. 111 (Civ. App.).

¹⁷⁹ *W v. Essex County Council*, [2000] 2 All E.R. 237 (H.L.).

מקדמת את האינטרסים של הילדים, את האינטרס שיש בשמירה על שלמות המשפחה ואת האינטרס של הציבור בכללותו, המעוניין בקיומן של משפחות אומנות. בית-הלורדים לא קבע אומנם באופן פוזיטיבי כי יש לקבל את תביעת ההורים, אלא רק קיבל את הערעור על ההחלטה לדחות את התביעה על הסף, אך בכל-זאת שלח בפסק-דינו מסר ברור לערכאות הנמוכות יותר כי הסתכלותם של בתי-המשפט בסוגיות אלה צריכה ויכולה להיות משפחתית יותר כאשר גורם זר (תהא זו המדינה באמצעות רשויותיה באופן ישיר או גורם אחר המעלה את שאלת אחריותה של המדינה באופן עקיף) מסב נזק למשפחה כולה, כיחידה חברתית בעלת קשרים אינטימיים וקרובים, ולא רק למי מחבריה כיחידים. אין ספק כי המסר ששלח בית-הלורדים מאוחר יותר בפסק-הדין בעניין *East Berkshire* אינו מעודד לבוכה פסק-הדין שניתן בעניין *W v. Essex*, ומהווה במידה מסוימת נסיגה מנקודת-מבטם של ילדים והורים.¹⁸⁰

פרק ה: הטלת אחריות על הרופא – מה צופן העתיד?

1. האם יש להטיל חובת זהירות על רופאים כלפי ההורים?

עד כה ראינו כי קיימים שיקולים השוללים הטלת חובת זהירות על הרופא כלפי ההורים ולעומתם שיקולים התומכים בהטלת חובת זהירות שכזו. בחנו מדוע בתי-המשפט בשיטות משפט שונות מעדיפים ברוב המקרים לא להטיל חובת זהירות כזו. ההסבר, כך ראינו, מצוי בתפיסה הליברלית שבבסיס דיני הנזיקין, אשר מקשה עליהם להטיל אחריות כלפי ניזוקים משניים המהווים צד שלישי ביחסים שבין הרופא למטופל. יחידת הטיפול לפי המשפט הרפואי כוללת רק את המטופל היחיד, ואינה כוללת את בני משפחתו, אף שגם הם זקוקים לעיתים לעזרה, ולו כדי לקדם את טובתו של המטופל. למרות זאת, ראינו כי ניתן לשלב גישה אחרת, אשר תופסת את האדם כיצור חברתי שמערכת קבלת ההחלטות שלו מוזנת למעשה מהיחסים שיש לו עם הקרובים אליו ביותר. מכאן נובעת הקריאה לא לפגוע באינטרסים המרכזיים של אותם קרובי-משפחה. ראינו כי דיני הנזיקין פתוחים

180 עם זאת, חשוב להדגיש כי קיים הבדל בין הפסיקה בעניין *W* וההכרה בנוק הנפשי של ניזוקים משניים באופן כללי לבין הפסיקה בתחום ההתעללות. ההבדל הוא שבעניין *W*, כמו-גם בתביעות אחרות של ניזוקים משניים בגין נזק נפשי, אין ניגוד אינטרסים בין הילדים כניזוקים ישירים לבין ההורים כניזוקים משניים; להפך – האינטרס שלהם זהה, ולמעשה הנזק של ההורה נובע מהנזק הישיר שנגרם לילד. לעומת זאת, בסוגיה שלפנינו קיים לפי הפסיקה ניגוד אינטרסים בין הילד כניזוק ראשי לבין ההורה אשר נחשד בהתעללות בנקודת-הזמן שבה מתרחשת התרשלותו של הרופא, קרי, כאשר הוא עוסק באבחון הילד. הבדל זה יכול להסביר את ההחלטות השונות של בית-הלורדים.

לשינוי כזה, ומתחילים להכיר, במיוחד בכל הקשור לבני משפחתו של הניזוק או המטופל, בחובות של המזיק – איש-המקצוע. חשוב לציין כי הפסיקה עד כה קובעת סייגים לחובות אלה, ואינה מוכנה, בצדק, להפוך את אחריותם של רופאים לבלתי-מוגבלת: החובה מוטלת רק כלפי אותם אנשים שמושפעים ממנה בצורה משמעותית ואשר את הפגיעה בהם הרופא יכול לצפות בנקל – למשל, קרובי-משפחה שסבלו נזק נפשי כאשר צפו בפגיעה ביקירם. כלומר, האחריות תוטל על הרופא רק כלפי אותם קרובי-משפחה אשר יהיו מסוגלים להוכיח קיומם של יחסים רגשיים קרובים בינם לבין הניזוק הישיר.¹⁸¹ אם אלה פני הדברים, עולה השאלה באיזה אופן, בהקשר של הסוגיה שלפנינו, יש להטיל חובת זהירות על רופא כלפי ההורים.

הפתרון שאני מציע על-מנת לסייע בקידום המטרות החברתיות המתנגשות הוא כזה: חובת זהירות תוטל על רופא כלפי הוריו של הילד בכל שלבי אבחון – החל במפגש הראשון במרפאה או בחדר-המיון, כאשר עולה החשד להתעללות במשפחה; המשך בקביעת האבחנה באמצעות בדיקות שיעשו במסגרת הטיפול הראשוני; וכלה בכיסוס האבחנה באמצעות קיום בדיקות מקיפות יותר לאחר שהילד יורחק ממקור הסכנה. אבל היקף החובה ישתנה בהתאם לנסיבות, כפי שנקבע בפסיקה העוסקת ברשלנות רפואית באופן כללי.¹⁸² כלומר, כאשר עולה חשד ראשוני להתעללות במשפחה, והרופא סבור כי הילד נמצא בסכנה ויש לפעול בדחיפות, האחריות שתוטל עליו תהיה שונה מזו של רופא אשר יש בידי זמן לקיים את כל הבדיקות ההכרחיות ולהגיע לאבחנה שקולה ומבוססת. ברור שלא מצופה כי רופא אשר פועל בתנאי חירום יעניק שירות אבחון באותה איכות כרופא אשר פועל בתנאים נוחים וטובים. כפי שקבעה הפסיקה, התנהגותו המקצועית של רופא חדר-מיון, למשל, תיבחן לפי התנהגותו של רופא חדר-מיון סביר, ולא לפי התנהגותו של רופא מומחה העובד במרפאה.¹⁸³ מכאן שברוב המקרים, כאשר עולה החשד הראשוני להתעללות במשפחה, יש להניח כי רופא אשר מאבחן כי מדובר במקרה של התעללות, מדווח על המקרה כחוק ומביא לידי הרחקתו של הילד מהבית לא ימצא כמי שנושא באחריות כלפי הנזק שהסב להורה אם תוך פרק-זמן קצר מאוד לאחר-מכן ביסס את אבחנתו כראוי ובאופן מקצועי. אבל הגלגל עשוי להתהפך לאחר שהילד כבר הורחק ממקור הסכנה, כאשר הרשויות שוקלות אם להוציא את הילד ממשמורת הוריו לפרק-זמן ארוך יותר. בשלב זה התרשלותו של רופא – אשר עשויה להתבטא באי-קיום בדיקות רלוונטיות, באי-נטילה של היסטוריה רפואית-משפחתית או באי-שלילה של תסמונות אחרות – תוביל ברוב המקרים להטלת אחריות. בשלב זה הדרישה שהרופא יפעל ביסודיות ובהירות תהיה קפדנית הרבה יותר.¹⁸⁴

181 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 123, ס' 20 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

182 ת"א (מחוזי י"ם) 917/95 עזרן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדות בא"י, תקדין מחוזי 98(4) 490 (1999).

183 שם.

184 שאלות מספר עולות אם מבקשים ליישם מודל כזה. כך, למשל, ניתן לשאול: מתי נראה את הרופא כפועל בדחיפות ומתי נראה אותו כפועל בתנאים נוחים וטובים? האם רופא המאבחן ילד בחדר-מיון עמוס ומלא, כאשר אין בידו די משאבים לעמוד על ההיסטוריה הרפואית הקודמת של הילד ולברר לעומק את הנסיבות המשפחתיות, יוגדר כמי שפעל בדחיפות? האם

רוב התומכים בהטלת חובת זהירות על רופאים כלפי ההורים סבורים כי יש להטיל חובת זהירות כזו רק לאחר שהילד הוצא ממקור הסכנה, והרופא יכול לבסס או להפריך את חשדו בתנאים נוחים יחסית.¹⁸⁵ אחת הסיבות לעמדה זו היא שהחובה המרכזית של הרופא בשלב הראשוני היא העלאת חשד ודיווח בלבד, ולמעשה העברת הטיפול בילד ובמשפחתו לשירותי הרווחה, אשר הם אלה שיקבלו את ההחלטה אם להוציא את הילד מביתו. אבל בכך יש התעלמות מהבסיס שהרופא נשען עליו בעת דיווח חשדו. החשד שהרופא מדווח מבוסס למעשה על תהליך אבחון – גם אם שטחי – של מצב הילד שלפניו. הרופא מדווח על חשדו מכיוון שהוא סבור, לאחר שערך אבחון מקצועי של הילד ומלוויו, כי הוא קורבן להתעללות מידי הוריו. כלומר, כבר בשלב זה החשד מבוסס על חוות-דעת מקצועית, אשר עשויה להיות רשלנית ולשקף סטייה מרמת ההתנהגות המקצועית הנדרשת מרופא בנסיבות מעין אלה. אם זה המצב, אזי אין לשלול באופן עקרוני הטלה של חובת זהירות כבר בשלב האבחון הראשוני של הילד, עוד לפני שהורחק מבית הוריו (גם אם בסופו של דבר, ברוב המקרים, לא תוטל חובה קונקרטית על הרופא בנסיבות העניין).

זאת ועוד, לעניות דעתי, ניתן להכיר בחובת זהירות כבר בשלב האבחון הראשוני שכן מדובר במהלך גורלי מבחינת הילד וההורה, גם אם הרשות מפרידה ביניהם לפרק-זמן קצר יחסית של ימים ספורים. הפסיקה מלמדת שבחלק מהמקרים ניתן להפריך חשד לאלימות פיזית באמצעות בדיקות פשוטות וזולות, וגם חשד להתעללות מינית עשוי להתברר כבעיה רפואית אשר ניתן לנסות לשלול אותה כבר בשלב האבחון הראשוני. אין ספק שהרופאים, לפחות בחלק גדול מהמקרים שהגיעו לבתי-המשפט, היו יכולים לנהוג כראוי, שכן הם לא חסרו את הידע המקצועי. מפסקי-הדין עולה כי הרופאים באותם מקרים יכלו לנקוט מידת זהירות גבוהה יותר אך עדיין סבירה, ולא גילו הבנה שלקביעותיהם בשלב האבחון הראשוני עלולות להיות משמעויות מרחיקות-לכת.

הצעה זו, אם תתקבל, תקבע למעשה כי המסגרת הראשונה לתביעות מסוג זה אינה מצויה ביסוד הראשון של חובת הזהירות (הוכחת נזק), אלא ביסוד השני, קרי ההתרשלות, כלומר, בבדיקת השאלה אם הפר הרופא את חובותיו כלפי הילד וההורה, ואם פעל כפי שרופא סביר במצבו היה פועל. כמו בקטגוריות רבות של מזיקים וניזוקים, גם בהקשר

רופא המשפחה של הילד, אשר בודק אותו במרפאתו ללא נוכחות ההורים, ואשר יכול לברר לאחר-מכן את ההיסטוריה הרפואית של הילד ולשקול יחד עם עמיתו למרפאה את הנסיבות לנוכח היכרות-העבר שיש לו עם הוריו של הילד, יוגדר כמי שפעל בתנאים נוחים וטובים? שאלה נוספת תעסוק במידת האחריות שיש להטיל על הרופאים בנסיבות השונות הנ"ל. האם מידת האחריות שתוטל על רופא שבודק ילד שהוצא כבר מבית הוריו ועבר למשמורתה של דודתו צריכה להיות שונה ממידת אחריותו של רופא שפועל בדחיפות כאשר עולה חשד ראשוני להתעללות במשפחה? שאלות אלה ואחרות מרחיבות עד-מאוד את היריעה, ובמסגרת רשימה זו, הארוכה ממילא, צר המקום מלקיים דיון מספק בהן. דיון כזה ייערך במקום אחר.

Bill Atkin & Geoff McLay, *Suing Child Welfare Agencies: A Comparative View from New Zealand*, in TORT LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 403, 433 (Duncan Fairgrieve, Mads Tonnesson Andenas & Jon Bell eds., London, BIICL, 2004).

שלפנינו יהיה אפשר לדלג מעל השלב המקדמי של הוכחת יחסי שכנוות, אשר עצם הצורך בה עומד זה זמן רב מול ביקורת הספרות הן באנגליה והן בישראל.¹⁸⁶

2. האם תוטל חובת זהירות על רופאים בישראל?

שלא כמו התרשלות באבחון התעללות במשפחה, קבוצת המקרים השנייה – אבחון שגוי של התעללות – טרם הגיעה להכרעה בבתי המשפט בארץ. במסגרת המחקר שנערך לצורך כתיבת רשימה זו, לא נמצא פסק דין שהתייחס לתביעה של ילד ו/או הורה נגד רופא על אבחון מוטעה של התעללות במשפחה, וזאת למרות הטענות מצד הורים בעניין זה הנשמעות מפעם לפעם בתקשורת.

קשה לחוות מה תהיה תוצאתו של מקרה כזה אם יגיע להכרעה בבתי המשפט בארץ. במבט ראשון ניתן לטעון כי הסיכוי שמקרה מסוג זה יתרחש וכי תוגש בגינו תביעה הינו נמוך, שכן ההליך המשפטי מורכב מכמה שלבים שמעורבים בהם כמה גורמים, אשר מטרתם ליצור מנגנון של איזונים ובלמים שיגיע לאבחנה מדויקת ויציע את דרכי הטיפול המתאימות. מצד אחר, כפי שראינו, לאבחנה של רופא יש חשיבות רבה, ולא תמיד יש ביכולתם של אנשי המקצוע האחרים המעורבים לבקרה כראוי ולהפריכה.

מכאן שקשה להעריך מה צופן העתיד בהקשר זה. ראינו אומנם כי אפשרותם של צדדים שלישיים לזכות בתביעת פיצויים נגד רופאים ובעלי מקצוע אחרים מוגבלת, אך הכרה עקרונית כזו קיימת. השאלה, כפי שניסיתי להראות במסגרת רשימה זו, היא אם יצליחו בתי המשפט בארץ, במידת הצורך, לשלב את מטרותיהם של דיני המשפחה במסגרת תביעה נזיקית. האם ישכילו לא להפריד בין שתי מערכות דינים אלה, אלא יראו בהן מערכות אשר משלימות זו את זו ובכך מעניקות הגנה מלאה יותר למי שנפגע? זהו, לדעתי, המחדל הגדול של הפסיקה הזרה הדוחה את תביעות ההורים: חוסר היכולת לנסות לקדם במסגרת תביעות הנזיקין את טובת הילד יחד עם טובת משפחתו. הרושם המתקבל מקריאת הפסיקה הזרה הוא שכאשר השופטים עוברים לדון בתביעה נזיקית, מטרותיהם של דיני המשפחה נעלמות ונשכחות, וההתבוננות של השופט נעשית צרה וחד ממדית, ומצטמצמת לספירה הנזיקית.

שלא כמו בדין האנגלי, הפסיקה הישראלית ליברלית יותר באופן עקרוני בכל הקשור לתביעות המוגשות על ידי צדדים שלישיים נגד מזיקים נתבעים.¹⁸⁷ מכאן עולה ההערכה כי לפחות סוגיה זו לא תהווה מכשול בפני הורה אשר יבקש פיצוי על הנוק הנפשי שנגרם לו. אולם יהיה עליו עדיין להתגבר כאמור על מכשלות אחרות, ולשכנע את בית המשפט כי שיקולי המדיניות התומכים בהטלת חובת זהירות כזו עולים או גוברים על השיקולים השוללים אותה. מלאכה זו עשויה להיות קשה ביותר. יש לזכור כי גם בסוג המקרים הראשון, המתמקד ברשלנותו של המטפל באבחון סכנה הקיימת לילד מצד הוריו, פסק

186 ראו לעיל ה"ש 94.

187 לסקירה מלאה ראו לעיל ה"ש 112-117 והסקסט הנלווה.

הדין היחיד עד כה שניתן בישראל דחה באופן קונקרטי את התביעה נגד פקידות הסעד, וזאת למרות הקביעה העקרונית המושגית שחובת זהירות כזו מוטלת עליהן.¹⁸⁸

פרק ו: סיכום

העמדה המוצגת ברשימה זו היא כי בניגוד לעמדה הרווחת בפסיקה יש מקום להכיר בתביעות של הורים נגד רופאים במקרים שבהם אובחן בטעות כי הילד סובל התעללות במשפחה. נקודת המבט של דיני הנוזיקין צריכה להיות מערכתית, כזו התופסת את הילד כחלק בלתי נפרד מבני משפחתו, ולא כמי שעומד בנפרד מהם כאשר הוא מוגדר כמטופל. על בית המשפט להדגיש כי הדרך הטובה ביותר לקדם את טובת הילד היא באמצעות קידום האינטרסים המשותפים של הילד ושל הוריו, ולא באמצעות הצבתם זה מול זה, אף שבהקשר של הסוגיה שלפנינו קל יותר ונוח יותר לעשות זאת. המערכת הנוזיקית אינה מיועדת לשפוט את ההורה הנחשד בהתעללות. לשם כך קיים הדין הפלילי. מטרתם של דיני הנוזיקין היא בראש ובראשונה להשיב את המצב לקדמותו, בדרך כלל באמצעות פיצויים כספיים. לכן הענקת פיצוי לילד שנפגע נפשית ממעשיו של הרופא ודחיית תביעתו של ההורה, אשר אף לו דרושים טיפול וסיוע נפשיים, לא תשיב באופן מלא את המצב של כלל המשפחה לקדמותו, ובכך לא תסייע בקידום טובתו של הילד בנסיבות הפגיעה שהסב הרופא. הכרה בתביעות ההורים תחייב, ככל הנראה, שינוי תפיסתי של דיני הנוזיקין בכלל ושל דיני הרשלנות בפרט. שינוי כזה נדרש, לעניות דעתי, לא רק בהקשר ספציפי זה של חשד להתעללות במשפחה, אלא גם בהקשרים אחרים, בעיקר אלה שמעורבים בהם רופאים, מטופלים ובני משפחותיהם.¹⁸⁹ דיני הנוזיקין נכנסים לאחרונה לתחום שהיה מוסדר בעיקרו על-ידי דיני המשפחה. למערכות דינים אלה יש אומנם מטרות שונות, אך אין בכך כדי להצדיק את הפסיקה הרווחת כיום בהקשר של תביעות של הורים וילדיהם נגד מטפלים בגין טעות באבחון התעללות במשפחה.¹⁹⁰

תהיה אשר תהיה ההכרעה בעתידם של דיני הרשלנות, יש מקום בסוגיה שלפנינו לאמץ מדיניות משפטית אשר תבטיח פיצוי להורים אשר נחשדו בטעות בהתעללות בילדיהם, וזאת כדי שהציטטה המובאת בפתיח תשקף גם את דיני הנוזיקין בישראל.

188 ראו עניין דויד, לעיל ה"ש 25.

189 לביקורת מקיפה בעניין זה ראו Gilbar, לעיל ה"ש 65, פרק 6.

190 לדעה דומה ראו Atkin & McLay, לעיל ה"ש 185, בעמ' 404-406.