

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5304/15
בג"ץ 5441/15
בג"ץ 5994/15
קבוע : 17.9.2015

ההסתדרות הרפואית בישראל
ע"י ב"כ ארנה לין ושות', משרד עורכות דין
רחוב קויפמן 4, בית שרבט, תל אביב 6801296
טלפון : 03-5165757 ; פקס : 03-5165999

העותרת בבג"ץ 5304/15

1. ארגון מיזאן לזכויות אדם
2. ארגון יוסף אלצדיק לתמיכה באסיר
ע"י עוה"ד מוסטפא סוהיל מחאמיד
ו/או עוה"ד עומר ח'מאסה מארגון מיזאן לזכויות אדם
ת.ד 10343, נצרת 16000
טלפון : 04-6471471 ; פקס : 04-6559992

העותרים בבג"ץ 5441/15

1. רופאים לזכויות אדם – ישראל (ע"ר)
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (ע"ר)
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
4. יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם
ע"י ב"כ תמיר בלנק (מ.ר. 30016) ו/או עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189)
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טלפון : 02-6222808 ; פקס : 03-5214947

העותרים בבג"ץ 5994/15

נ ג ד

היועץ המשפטי לממשלה ואח'
ע"י מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל : 02-6466588 ; פקס : 02-6467011

ה מ ש י ב י ם

תגובה לעתירה ולבקשה למתן צו ביניים מטעם המשיבים

2.....	(א) פתח דבר.....
8.....	(ב) הרקע לחוק.....
8.....	1. ההסדר הקיים בחוק זכויות החולה ומגבלותיו בהתמודדות עם שביתות רעב של אסירים.....
17.....	2. ההסדר מושא העתירה – פירוט ההסדרים.....
21.....	(ג) תהליך החקיקה.....
25.....	(ד) עמדת המשיבים.....
25.....	1. ד. על התערבות בחקיקה של הכנסת.....
26.....	2. ד. החוק התקבל בהליך חקיקה מקיף, יסודי ומקצועי שאינו מגלה כל עילה להתערבות בו.....
27.....	3. ד. החוק מושא העתירה נחקק לתכלית ראויה והוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.....
31.....	הפגיעה החוקתית נעשתה כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה.....
32.....	תכלית החקיקה:.....
44.....	הפגיעה בזכות החוקתית איננה במידה העולה על הנדרש:.....
47.....	(ה) אתיקה רפואית.....
49.....	הצהרת טוקיו משנת 1975.....
50.....	הצהרת מלטה משנת 1991.....
52.....	(ו) הצהרות טוקיו ומלטה בראי הדין הבינלאומי.....
52.....	המישור המשפטי.....
59.....	(ז) בהתייחס לבקשה לצו ביניים.....
60.....	(ח) סיכומם של דברים.....

פתח דבר (א)

1. עניינן של העתירות בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטול התיקון לפקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה-2015 (להלן: "התיקון" או "התיקון לפקודה" או "החוק"), אשר אושר בקריאה שניה ובקריאה שלישית בכנסת ביום 30.7.2015 ונכנס לתוקפו עם פרסומו ברשומות ביום 5.8.2015.
2. בגדרי התיקון תוקן פרק ב' לפקודת בתי הסוהר ונקבעו הוראות אשר מכוחן ניתן לבקש היתר של נשיא בית משפט מחוזי או סגנו ליתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, אם יש

אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנת חיים לאסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה, והטיפול הרפואי צפוי להיטיב עמו.

בהתאם לחוק, קביעת סוג הטיפול הרפואי המתאים לאסיר שובת רעב והתנאים לביצועו תיעשה על בסיס חוות דעת רפואית של רופא המטפל באסיר או שטיפל בו לאחרונה, ובהתאם להיתר מיוחד הניתן על ידי נשיא בית משפט מחוזי או סגנו, אשר יקבע כי רופא יהיה רשאי (ולא חייב) לטפל באסיר שובת רעב. היתר כאמור ניתן לאחר זיון בבית המשפט המחוזי בבקשה המוגשת לו על ידי נציב שבי"ס לאחר שקיבל את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה, בנסיבותיו הקונקרטיות של אותו אסיר, אשר מיוצג על ידי סניגור בהליך זה.

3. לטענת העותרים החוק אינו חוקתי ומשכך מבקשים הם לבטלו. העותרת בבג"ץ 5304/15, ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן: "הר"י"), מוסיפה וטוענת, מעבר לטיעון החוקתי, טענות מהשדה האתי בכך שלעמדתה החוק נוגד את ההצהרות האתיות של הסתדרות הרופאים העולמית וכן הצהרות בינלאומיות, כפי שיפורט. לטענת הר"י, ההסדרים שבחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה") מספקים ומתאימים להתמודדות עם אסירים שובתי רעב.

כבר בשלב זה יובהר, כי בטיעוניהם כנגד התיקון, מתבססים העותרים על שתי הנחות יסוד בלעדיות שאינן מדויקות, בלשון המעטה. האחת, שהתיקון נועד להחליף את ההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה;

האחרת, כי טיפול רפואי באסיר שובת רעב לפי התיקון מתמצה בדרך אחת ויחידה והיא "הזנה בכפייה" באמצעות החדרת צינור הזנה לקיבתו של המטופל ("זונדה"). בתוך כך, העותרים מוציאים מהגדרת טיפול רפואי, על פי התיקון, קשת רחבה של פעולות רפואיות מצילות חיים או מונעות נכות ונזק בלתי הפיכים, כגון מתן נוזלים, ויטמינים, מינרלים, סוכר וכדומה, אשר בחירה בהם נעשית בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של שובת הרעב ובשים לב לחוות דעת רפואית מקצועית. כמו כן, העותרים אף מוציאים מהגדרת הטיפול פעולות אבחון מהותיות כגון מדידת דופק או לחץ דם, ביצוע בדיקות דם או שתן וכיוצא באלה, אשר לעיתים מסרב שובת רעב לביצוען, באופן שאינו מאפשר להעריך את מצבו הרפואי לאשורו.

4. עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להידחות בהעדר עילה להתערבות שיפוטית בדבר חקיקה ראשי. המדובר בתיקון חוקתי, שאינו פוגע בזכויות חוקתיות מעבר לנדרש; התיקון הוגש לממשלה ולכנסת לאחר דיונים מקדימים יסודיים בהשתתפות מספר משרדי ממשלה ולאחר היוועצות עם גורמים רבים, לרבות חוץ ממשלתיים והובא לדיונים אצל היועץ המשפטי לממשלה בהשתתפות גורמים בכירים במשרד המשפטים ואושר על ידו; לאחר מכן, התקבל, גם זאת לאחר דיונים מעמיקים, הן בכנסת ה-19 והן בכנסת ה-

20, תוך השתתפות מספר משרדי ממשלה בדרגים הגבוהים ביותר ותוך מתן הזדמנות לגורמים השונים, לרבות הר"י וארגון רופאים לזכויות אדם – ישראל, להשמיע עמדותיהם והסתייגויותיהם מההסדרים המוצעים. יוער, כי חלק לא מבוטל מהקשיים שהוצגו בפני מגבשי החקיקה בשלבי הכנת החוק, קיבל התייחסות ומענה, במהלך הדיונים בממשלה ובכנסת ובנוסח החוק כפי שאושר בכנסת העשרים.

5. כפי שיוסבר להלן, היוזמה לתיקון הפקודה נובעת ממגבלות ההסדר הקיים הקבוע בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, כפי שעלה מהניסיון שנצבר במהלך שביתות רעב של אסירים מאז שנת 2012. סעיף 15(2) האמור הוא ההסדר הקיים המאפשר למטפל לתת טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל, אם אישרה זאת ועדת אתיקה הפועלת מכוח החוק האמור. בניגוד לטענות הר"י, ההסדר שבסעיף 15(2) אינו מספק מענה הולם להתמודדות המדינה עם התופעה החוזרת ונשנית של שביתות רעב ממושכות של אסירים, על מכלול היבטיה.

בתמצית, ולצורך הצגת הטיעון, יצוין כי ההסדר בחוק זכויות החולה קובע את הקריטריונים אשר בהתקיימם תוכל ועדת אתיקה רפואית להורות על מתן טיפול לחולה, על אף שאינו מסכים לכך. עמדת המשיבה היא, כי מדובר בהסדר כללי אשר אינו מביא לידי ביטוי את ההיבטים הייחודיים המאפיינים שביתת רעב בכלל, ושל אסירים, בפרט. ההסדר אינו מביא בחשבון את מצבו הרפואי והמשפטי הייחודי של אסיר שובת רעב; את מורכבות שאלת אוטונומיית הרצון במצב של שביתת רעב של אסיר ובפרט, כשהוא חלק מקבוצה; את אחריות המדינה לחיי אסירים הנתונים במשמורת החוקית, ואת המכלול הרחב יותר של השיקולים והנסיבות הנוגעים למצב כאמור, ובכלל כך השלכות הרוחב של שביתת רעב או של תוצאותיה על ביטחון תושבי המדינה במציאות הישראלית המורכבת, ואשר יש לתת להם משקל במסגרת קבלת החלטה על מתן טיפול רפואי נדרש לשובת רעב.

כך, חוק זכויות החולה, על מגבלותיו, ככלי בלעדי להתמודדות המדינה עם שביתות רעב ממושכות, הביא לכך שהרופאים נתנו משקל בלעדי לרצונו של שובת הרעב שלא לקבל טיפול רפואי, והסכימו להתערב במצבו הרפואי של שובת הרעב רק במקרי קיצון, בהם שובת הרעב כבר החל לסבול מנזקים למצבו הקוגניטיבי, אשר עלולים להיות בלתי הפיכים, או לחילופין עת ששובת הרעב איבד את הכרתו, ולמעשה עם הגיעו למצב חירום רפואי, בו נשקפה לו סכנת חיים מיידית. ועדות אתיקה, אשר פעלו לפי חוק זכויות החולה ובכפוף למגבלותיו, אף שבחלקן עשו מאמצים עילאיים וראויים לציון בהתמודדות עם מצב מורכב, הצליחו לגרום למתן טיפול רפואי בפועל, רק במקרים בודדים ואף זאת באורח זמני וחלקי בלבד.

6. כמו כן, ניסיון העבר מלמד, כי אסירים מקבוצות שונות משתמשים תדיר בשביתות רעב ככלי, אם כדי לשפר את תנאי מחייתם ואם כדי להביא לשחרורם המוקדם. תופעה הולכת ומתגברת זו, חייבה את המדינה לייצר כלי נוסף, במסגרת ארגון הכלים העומדים

לרשותה, כדי להתמודד עם המצב המורכב בו מחד, עומד החשש מאובדן חייו של אסיר, לרבות ההשלכות הנובעות מכך, ומאידך, עומד כלי יחיד והוא היענות לדרישותיו.

באופן זה, חוק זכויות החולה אינו נותן בידי המדינה את הכלים המתאימים להתמודדות עם שביטות רעב ממושכות בקרב אסירים ולמניעת התדרדרות במצבם הרפואי, תוך מזעור הפגיעה בהם, כמו גם בביטחון המדינה בנגזרות שונות ובהיבטים שונים, נוכח השלכותיה הפוטנציאליות של ההתדרדרות במצבם.

7. מכאן, שמאפייניה הייחודיים של שביטת הרעב בכלל ובקרב אסירים, בפרט, עליה נפרט בהרחבה להלן - מצד אחד, וכלליות ההסדרים הקבועים בחוק זכויות החולה ומגבלותיהם - מצד שני, הצריכו והצדיקו גיבוש מודל ייחודי, המשתקף בתיקון מושא העתירה, שבכוחו להרחיב את סל הכלים של הרשויות בהתמודדותן עם שביטות רעב בקרב אסירים. זאת, במקרי קיצון בהם אסיר שובת רעב מתנגד לטיפול רפואי, גם כשקיים חשש ממשי כי תיגרם לו סכנת חיים או נכות בלי הפיכה, תוך זמן קצר, אם לא יקבל טיפול, וכאשר יעילות ההסדר הקבוע בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, היא מוגבלת ביותר.

8. לעמדת המשיבים, התיקון לחוק הוא חוקתי, משרת תכליות חשובות וראויות ומאזן כדבעי בין חובת המדינה לשמור על קדושת החיים בכלל, ועל חייו של אסיר הנתון תחת אחריותה בפרט, לבין ערך האוטונומיה של האסיר להחליט על גופו ולהשתמש בו ככלי להבעת מחאה בעודו נתון במשמורת חוקית, ואינו פוגע בזכות זו לאוטונומיה מעבר למידה הנדרשת.

9. התיקון נותן מענה חוקתי ומידתי בידי הרשויות, למגבלות הקיימות בחוק זכויות החולה ומאפשר למדינה לממש את חובתה ואחריותה לשמירה על חיי האסירים המצויים במתקני הכליאה ולצד זאת להתחשב בשיקולים נוספים, הן שיקולים הנוגעים למטופל עצמו, מניעיו ומטרותיו, והן שיקולים רחבים יותר, הנוגעים להיבטים הציבוריים הנובעים מהמצב.

10. דוק: התיקון מהווה חסדר משלים לחוק זכויות החולה, ודבר זה עולה באופן מפורש מלשונו. אין, ולא הייתה כל כוונה, לוותר על המנגנון הקיים בחוק האמור. ההיפך הוא הנכון: התיקון קובע כי כל עוד לא ניתן היתר מבית המשפט למתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, יחול חוק זכויות החולה. עוד נקבע, כי החוק יופעל רק לאחר שמוצו כל ניסיונות ההידברות עם האסיר שובת הרעב, ולא היה בדבר כדי להושיע.

בכך, התיקון נותן בכורה לדרך התהליכית למתן טיפול רפואי מוסכם מכוח מערכת היחסים בין המטפל למטופל בהתאם לחוק זכויות החולה ולפעילות של ועדות אתיקה מקום שהדבר אפשרי ומתאים, ומגביל תחולתו רק ביחס לאותם מקרים בהם בשים לב

למצבו הרפואי של האסיר, מצד אחד, ולסירובו לקבל טיפול רפואי, מצד שני, ובהתחשב במכלול השיקולים (שאת חלקם אין ועדת האתיקה מוסמכת לשקול) - השימוש בתיקון להצלת חייו של אסיר שובת רעב הוא **מוצא אחרון בלבד**. דברים אלה הובהרו היטב בדברי ההסבר לחוק (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48)(מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 870 (להלן: "דברי ההסבר")).

11. ועוד. התיקון קובע שורה של הגבלות שנועדו להבטיח כי החוק יופעל רק במקרים חריגים, כמפורט להלן בתמצית.

ראשית, זהות הגורם המגיש את הבקשה - בהתאם לתיקון, בקשה למתן טיפול רפואי תוגש על ידי הגורם המינהלי הבכיר ביותר בנושא באחריות לחייהם ולשלומם של האסירים, הוא **נציב שירות בתי הסוהר**, ובכפוף להסכמת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיכו לכך;

שנית, המידע על בסיסו מוגשת הבקשה הוא **מידע רפואי** - בהתאם לחוק, נציב שירות בתי הסוהר יגיש את הבקשה, רק אם נמסרה לו חוות דעת רפואית של רופא המטפל באסיר או שטיפל באסיר לאחרונה, הקובעת כי יש אפשרות ממשית להידרדרות מצבו של האסיר, וקיים צורך רפואי דחוף בטיפול לשם מניעת הסכנה לחיים או לגרימת נכות חמורה בלתי הפיכה לאסיר. על חוות הדעת לכלול התייחסות למצבו הרפואי של האסיר; לסכנה אפשרית לחייו או לבריאותו באם לא יינתן הטיפול הרפואי; לסוג הטיפול המתאים תוך הצגת הסיכונים והסיכויים הפוטנציאליים; וכן מידע אודות ההסברים שניתנו לאסיר שובת הרעב על מצבו והשלכותיו ועל הטיפול המומלץ בהתאם לסעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה, כמו גם המאמצים שנעשו לקבל את הסכמתו לטיפול. לעניין זה, יש לציין בנוסף גם את החובה הקבועה בסעיף 19(ג) לתיקון, להעביר העתק מן הבקשה שהוגשה לבית המשפט גם אל ועדת אתיקה לפי חוק זכויות החולה, אשר תחווה את דעתה בעניינים הרפואיים לאחר ששמעה את האסיר – זאת, בנוסף לחוות דעת הרופא כאמור, וגם חוות דעתה תובא, ככלל, בפני בית המשפט (סעיף 19(ד)(ג)).

שלישית, המבחן שנקבע להגשת הבקשה הוא **מבחן הסתברותי מחמיר** לפיו "יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה" וכי הבקשה תוגש כאמור רק לאחר שנעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמת האסיר לטיפול המבוקש. תנאים אלה נועדו להבטיח כי יהיה ניתן לפנות אל בית המשפט בשלב שבו עדיין ניתן לנסות ולמנוע נזק חמור ובלתי הפיך לאסיר, אך לא להקדים את הפנייה לבית המשפט לשלב שבו מצבו של האסיר עדיין אינו מצדיק לשקול התערבות רפואית בניגוד לרצונו, או בטרם מוצו יתר החלופות האפשריות.

רביעית, הגורם המכריע בבקשה הוא **נשיא בית משפט מחוזי או סגנו** ולא ערכאה שיפוטית נמוכה יותר או גורם מינהלי. זאת, כביטוי לרגישות הסוגיה המחייבת איזון

מושכל בין שיקולים כבדי משקל, מגוונים ורחבי היקף. באופן זה, מובטח גם כי ההחלטה תינתן על ידי ערכאה שיפוטית מתאימה בכירה, בהליך משפטי בנוכחות הצדדים, כאשר האסיר זכאי להיות מיוצג וכאשר כל הנתונים הרלבנטיים אודות מצבו הרפואי של האסיר והסיכונים הנשקפים לו- הן ללא קבלת הטיפול והן סיכונים הנובעים מן הטיפול עצמו- יובאו בפני בית המשפט, אשר יוכל לשקול את מכלול השיקולים המתאימים ויערוך ביניהם את האיזון הנדרש.

בכלל השיקולים שישקול בית המשפט, נמנית גם עמדתו של האסיר ביחס לטיפול המבוקש וכן עמדתו בנוגע למטרת שביתת הרעב. במסגרת זו, מוסמך בית המשפט לקבוע, על יסוד חוות הדעת הרפואית, ולאחר ששקל את השיקולים הרלוונטיים, איזה סוג טיפול רפואי עשוי להידרש, לפי העניין, ולהגביל את מתן ההיתר לסוג טיפול כזה או אחר אם כן יראה לנכון, לקבוע תנאים ומשך זמן למתן הטיפול הרפואי, וכיו"ב.

12. **חמישית**, על פי התיקון מושא העתירה, בסמכותו של בית המשפט אך ורק ליתן היתר, אך לא צו עשה המורה ומחייב ליתן טיפול כזה או אחר. סמכותו של בית המשפט מוגבלת אך ורק למתן רשות, קרי- קביעה כי בנסיבות המיוחדות שהובאו בפניו מותר לתת טיפול רפואי, שהוצע על ידי רופא, לאסיר מסוים השובת רעב, והטיפול יוכל להינתן בידי מטפל שיאות לכך. אין בהיתר כדי לחייב איש צוות רפואי לתת לאסיר שובת רעב טיפול רפואי לפי החוק (סעיף 19טז(ה) לחוק).

הסדר זה נועד למנוע מצב בו ירגיש מטפל שהוא מחויב לבצע פעולה רפואית שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסתו הטיפולית או עם צו מצפונו. אכן, החוק מכיר בכך שסוגיית מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, בניגוד לרצונו, מעלה שאלות במישור האתי אשר אין להן תשובה אחת בלבד. על-כן, ייתכן כי יהיו מטפלים שיבקשו שלא לקחת חלק במתן טיפול מעין זה, ולכן החוק אינו מטיל עליהם חובה כאמור. מכאן, החוק אינו עומד בסתירה לתפיסתו האתית של רופא, אלא נותן לו את הברירה לפעול על פי צו מצפונו.

13. **שישית**, באשר למקום ואופן מתן הטיפול, ובשל המורכבות האתית והרפואית של מתן טיפול במצב זה, קובע התיקון, כי מתן הטיפול ייעשה במוסד רפואי שאינו באחריות שב"ס, תוך שנקבע כי הטיפול יהיה הטיפול המינימאלי ההכרחי לשמירה על חייו של האסיר ולמניעת נזקים בלתי הפיכים לבריאותו, וכי לפני הטיפול ייעשה מאמץ פעם נוספת לקבל הסכמת האסיר שובת הרעב. החוק קובע מפורשות כי הטיפול ייעשה במקום ובדרך שיבטיחו שמירה על כבודו תוך הימנעות ככל האפשר מגרימת כאב או סבל לאסיר.

14. **שביעית**, האסיר יהיה מיוצג בהליך.

הנה כי כן, ההסדר מושא החוק, על מכלול רכיביו, הוא מאוזן ואינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש.

15. לאור ההסדרים שנקבעו בחוק כאמור, ועל יסוד כל אשר יפורט להלן, המשיבים יטענו כי החוק הוא חוקתי ואינו פוגע בזכויות יסוד מעבר למידה הנדרשת לשם הגשמת תכליותיו.

16. כבר בשלב זה יצוין, כי בדיקת ההסדרים המשפטיים המקבילים במדינות שונות העלתה כי במישור המשפטי אין תמימות דעים באשר לדרך הנכונה להתמודדות עם שובתי רעב המגיעים למצב של סכנה חמורה לחיים, וכי מדינות שונות קבעו איזונים שונים בנושא זה, החל משיטות משפט שהתירו בנסיבות מסוימות מתן טיפול כאמור, בשל מכלול השיקולים הייחודיים שפורטו בתמצית לעיל ועליהם נרחיב להלן, וכלה במדינות שבהן לא ניתן לאפשר מתן טיפול רפואי בניגוד לרצונו המובהק של המטופל.

כך למשל, באנגליה, קנדה, ובחלק מהקנטונים בשוויץ נאסרו טיפול או הזנה בכפייה של אסיר שובת רעב, ונקבע כי האוטונומיה של האסיר תגבר על הרצון להציל חייו. לעומת זאת, ישנן מדינות בהן אין איסור מפורש על הזנה בכפייה וכן ישנן מדינות דוגמת אוסטרליה וארה"ב, בהן נקבע הן בכללים הפדראליים והן ברבות מהמדינות, ניתן לטפל ואף להזין אסיר בניגוד לרצונו, בהחלטה של גורם מינהלי ולא של גורם שיפוטי כבענייננו, בכפוף לתנאים שנקבעו לכך.

17. אף בחינת פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא, מלמדת כי קיים צידוק להורות על מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, בניגוד לרצונו, בתנאים מסוימים על מנת לשמור על בריאותו ולהציל את חייו, אם קיים צורך רפואי דחוף לכך.

18. דרך הילוכנו בתגובה זו יהיה כדלקמן: נציג את ההסדרים הקיימים כיום בחוק זכויות החולה, ולאחר מכן נעמוד בהרחבה על ההיבטים הייחודיים בשביתות רעב של אסירים שחוק זכויות החולה אינו נותן מענה להם.

נפרט את תהליך הכנת וחקיקת החוק בכנסת. לאחר מכן, נפנה לפירוט עמדת המשיבים ובהמשך נציג את ההסדרים הקיימים בעולם להתמודדות עם התופעה, וכן נעמוד על הצהרות ההסתדרות הרפואית העולמית והסתדרות הרופאים בישראל ופסיקת בית המשפט הבינלאומי ביישום ההצהרות הללו. לבסוף, נחתום בפרק סיכום עמדת המשיבים.

(ב) הרקע לחוק

1.ב. ההסדר חקיים בחוק זכויות החולה ומגבלותיו בהתמודדות עם שביתות רעב של אסירים

19. שביתות רעב של אסירים חוזרות ונשנות במציאות הישראלית במשך שנים. בשנים האחרונות התרחבה התופעה בקרב אסירים ביטחוניים חברי ארגוני טרור, יותר ויותר,

בחקיקה, בתכיפות, בהיבטים המאורגנים ועוד, והיא קיימת, אם כי בהיקף קטן, גם בקרב עצירים ואסירים שאינם ביטחוניים.

שביתת רעב היא אמצעי מחאה, שבאמצעותו מבקש שובת הרעב להביע את מחאתו בנושא מסוים, כדי לחשיג מטרה מוגדרת. לעיתים מתאפיינות שביתות הרעב בכך שמשותפים בהן מספר גדול של אסירים, וכן בכך שחלק מהאסירים מתמידים בשביתות הרעב למשך פרק זמן ממושך, אשר בחלק מהמקרים מגיע עד כדי סיכון לגרימת נכות חמורה וקבועה ולבסוף אף סיכון חיים. לאמור - אף ששביתת רעב, כשלעצמה, איננה בעיה רפואית או מחלה, התמשכותה גורמת, בהכרח, לבעיות רפואיות קשות ולעיתים בלתי הפיכות, המחייבות מעקב וטיפול רפואיים, ואם לאסיר שובת הרעב לא יינתן טיפול רפואי, צפויה היא לגרום למותו.

20. עד לחקיקת החוק מושא דיונו, הטיפול הרפואי באסירים שובתי רעב נעשה בדומה לטיפול רפואי בחולים המסרבים מדעת לקבל טיפול הנחוץ להם, ובכלל כך שובתי רעב שאינם אסירים, בהתאם להסדר המעוגן בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (לעיל ולהלן: "חוק זכויות החולה").

21. סעיף 13 לחוק זכויות החולה מבטא את הרציונל העומד בבסיס החוק, לפיו לא יינתן טיפול רפואי למטופל, בלא שנתן הסכמה מדעת. סעיף 13 קובע כדלקמן:

"13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות -

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל."

22. סעיף 15 קובע מספר חריגים לכלל בדבר הצורך בהסכמה מדעת לקבלת טיפול רפואי המעוגן בסעיף 13 לחוק, ומפרט את הנסיבות בהן ניתן לתת טיפול רפואי גם בלא הסכמת המטופל או על אף התנגדותו. נקרב מבטנו לסעיף 15 לחוק זכויות החולה ובשל חשיבות הוראותיו נביאן כלשון:

”15. על אף הוראות סעיף 13 –

(1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

(א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמה מדעת;

(ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;

(ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

(ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;

(ג) קים יסוד להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

(3) בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.”

23. כפי שניתן לראות מלשון סעיף 15(2), תנאי הסף לכינוסה של ועדת האתיקה הם, קיומן של נסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והמטופל מתנגד לטיפול רפואי שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם.

24. לעניין עבודת ועדת האתיקה ובטרם תוצג המורכבות המאפיינת את עבודת ועדת האתיקה, יצוין כי ההסדר האמור חל על כל מטופל רפואי כהגדרתו בחוק זכויות החולה

הוא חל מפורשות על כוחות הביטחון ובכללם שירות בתי הסוהר מכוח סעיף 27 לחוק האמור.

25. עוד יצוין, כי לפי הוראות סעיף 24 לחוק זכויות החולה, ולפי תקנות זכויות החולה (דרכי מינוי, תקופת כהונה, וסדרי עבודה של ועדות אתיקה), התשנ"ז-1996, ועדת אתיקה בבית חולים או בקהילה ממונה על ידי המנהל הכללי של משרד הבריאות; מכוח סעיף 27(א)(2) לחוק האמור קבועה סמכות מקבילה לקציני הרפואה הראשיים של צבא הגנה לישראל, של משטרת ישראל ושל שירות בתי הסוהר למנות ועדות אתיקה לפי סעיף 24.

ועדת אתיקה מורכבת מיו"ר שהוא משפטן הכשיר להתמנות כשופט מתוזי (מתוך רשימה שערך שר המשפטים), שני רופאים מומחים בתחומי מומחיות שונים, עובד סוציאלי או פסיכולוג, נציג ציבור או איש דת, ואחות מוסמכת (נוסף בתיקון התשע"ה). ועדות אתיקה מכהנות במרבית בתי החולים הכלליים, וכן בחלק מקופות החולים ולשכות הבריאות המחוזיות של משרד הבריאות. במקרים ובתנאים מסוימים בהם נבצר מוועדת האתיקה לדון נוכח דחיפות המקרה, מוקנית סמכות הדיון לבית משפט מחוזי (סעיף 24(ג) לחוק זכויות החולה).

חוק זכויות החולה אינו קובע את זכות הערר על החלטת ועדת האתיקה או את המנגנון לכך, ועל כן מקובל לראות בהחלטתה ככזו שניתן לעתור נגדה לבית המשפט הנכבד, אולם בכל התקופה מאז נחקק החוק לא ידוע על הגשת עתירה כזו.

26. עתה נפנה להצגת הקשיים המלווים את עבודת ועדת האתיקה. נתחיל הצגה זו בהתייחס לתנאי הסף לכינוסה של ועדת האתיקה, ונבקש לעמוד על המורכבות בהגדרת "סכנה חמורה". מונח זה מוגדר, כאמור, בסעיף 2 לחוק זכויות החולה כ"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה לחייו או קיימת סכנה כי תיגרם לאדם נכות בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי". וזאת, להבדיל מחד גיסא, ממצב שאין בו סכנה כזו, ומאידך גיסא, מ"מצב חירום רפואי", שבו הסכנה האמורה היא מיידית, באם לא יינתן טיפול רפואי דחוף.

אולם, תרף הגדרה זו, במצבים של שביתות רעב ממושכות, ובפרט אם הן חלקיות (כלומר שובת הרעב שותה או אוכל מדי פעם, או מקבל תוספים לסירוגין), קיים קושי רפואי לקבוע את המועד בו נכנס שובת הרעב למצב של "סכנה חמורה", שכאמור הוא תנאי לכינוס ועדת האתיקה לפי חוק זכויות החולה.

בניסיון להתמודד עם הקושי האמור, בחודש אפריל 2012, בעיצומו של גל שביתות רעב של אסירים, פורסמו הנחיות משרד הבריאות שעניינן "תדריך לטיפול רפואי בשובת רעב (כולל עצירים ואסירים)" (להלן: "התדריך"). בתדריך נקבע קו מנחה ולפיו, כעבור 26 עד 30 ימי שביתת רעב, מלאה או חלקית, עלולה כבר להישקף סכנה לחייו של שובת רעב או סכנה שתיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה. קו מנחה זה בוסס, בין היתר, על הידע

הקליני המוגבל הקיים, אשר נסמך ברובו על שובתי רעב בשביתה מלאה ועל אנשים שבריאותם הבסיסית סבירה.

27. מצבם הרפואי של שובתי הרעב וקצב הידרדרותו, משתנה בין שובת רעב אחד לרעהו, בהתאם לסוג השביתה (מלאה או חלקית, או לסירוגין) ולנתונים הסובייקטיביים של כל שובת רעב כגון: גיל, משקל בסיסי ומצב בריאותי קודם. עם זאת, ניתן להצביע על תופעות רפואיות האופייניות לשביתות רעב הנמשכות יותר מימים ספורים.

בימים הראשונים של שביתת הרעב (הכוללת שתיית מים), מנצל הגוף את מאגרי השומן העומדים לרשותו. בהמשך, מתחיל תהליך של פירוק החלבונים והשרירים, אשר לאחר כ- 20 ימי שביתת רעב עלול להגיע לרמה שבה נפגעים שריר הלב ושרירים חיוניים נוספים. כאמור בתדריך, בהתייחס להיבטים קליניים של שביתות רעב ובהתבסס על הספרות המקצועית ולניסיון המוגבל שהצטבר בתחום, כעבור 26 עד 30 ימי שביתת רעב עלולה כבר להישקף סכנה לחייו של שובת הרעב, או להיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה עקב חוסרים תזונתיים. בשלב זה, ובימים שלאחר מכן, מחריפים החוסרים בוויטמינים חיוניים בגופו של שובת הרעב, ומערכות חיוניות שונות עלולות להיפגע באופן ממשי ובלתי הפיך.

ככל ששביתת הרעב מתארכת, יסבול שובת הרעב מתופעות פיזיולוגיות קשות, ובכלל זה – ירידה בדופק ובלחץ הדם, פגיעה בקואורדינציה וביציבות, פגיעה קשה בראייה, וכן פגיעה קוגניטיבית, הכוללת סימנים של בלבול, חוסר קואורנטיות, קושי להתרכז, פגיעה בשיקול הדעת ועוד.

לאחר 55 עד 75 ימי שביתת רעב, נמצא שובת הרעב בסכנה ממשית למוות פתאומי, כגון עקב דימום בלתי נשלט כתוצאה ממחסור בוויטמין K, או כתוצאה מהפרעות חמורות בקצב הלב ודום לב. בלא קבלת תוספים שונים, אין עדות בעולם לשביתת רעב מלאה ורצופה של יותר מ-75 ימים, שלאחריה נותר שובת רעב בחיים. בשביתת רעב חלקית או בשביתת רעב שאינה רציפה עשוי שובת הרעב להוסיף ולחיות פרק זמן בלתי ידוע, כאשר לאחר פרק זמן מסוים, כאמור, מרחפת כל העת מעל ראשו סכנת מוות פתאומית.

לקושי להעריך מבחינה רפואית את הסכנה לחייו של שובת רעב בשל מאפייני שביתת הרעב והידע הקליני הדל בנושא, מצטרף קושי נוסף ומרכזי והוא סירובם של חלק משובתי הרעב לאפשר בדיקה קלינית של מצבם, עד כדי סירוב לאפשר בדיקת הדופק או לחץ הדם.

נבקש לשוב ולהבהיר, כי נוכח העובדה שמצבם הרפואי של שובתי הרעב משתנה מאחד למשנהו, לעיתים, מצב בו כבר ברור שיש "סכנה חמורה" הוא מועד מאוחר מדי עבור שובת הרעב, בו עלול להיגרם לו כבר נזק בלתי הפיך או שהוא עלול להיכנס במפתיע ובבת אחת למצב חירום רפואי או למות מוות פתאומי. בכל אלה, יש כדי להציב משוכה

גבוהה מאוד בפני ועדת האתיקה בבואה להידרש לסוגיית הטיפול במטופל שובת רעב, ובפרט לסוגיית עצם סמכותה לדון במצבו של שובת הרעב ובטיפול שמבוקש לתת לו, בהתאם לתנאי הסף שבסעיף 2)15(2) האמור.

28. מעבר למורכבות שבהגדרת מצבו הרפואי של מטופל כ"סכנה חמורה" כמשמעותה בחוק, במישור היישומי, ההסדר המעוגן בסעיף 2)15(2) האמור, הוא סבוך ומורכב במה שנוגע לתפקידה של ועדת האתיקה ומוגבל ביחס לשיקולים שהיא מוסמכת ומצווה לשקול על פי הסעיף.

כאמור, הסעיף מבטא את הרצון לאפשר, חרף התנגדות המטופל, מתן טיפול רפואי לשם מניעת פגיעה חמורה בבריאותו או סיכון לחייו, וזאת מתוך התחשבות מירבית באוטונומיה של רצונו, אך מתוך הבנה כי קדושת החיים חשובה אף היא וכי יתכנו מצבים בהם רצונו של אדם אינו עולה בקנה אחד עם טובתו, אף שהוא כשיר ומבין את מצבו. **כיבוד רצונו של המטופל, בנסיבות שבהן הוא מתנגד לטיפול, בא לידי ביטוי באותה נוסחה המעוגנת בתנאי השלישי להחלטת ועדת האתיקה (סעיף 2)15(2) (ג) לחוק) אשר מחייבת את הוועדה, להעריך, ויש האומרים - "לנבא", את רצונו של המטופל בעתיד, ולהכריע בדבר הסיכוי שהמטופל ייתן את הסכמתו לטיפול בדיעבד.**

קביעה מעין זו נשענת לכאורה על ההנחה שהתנגדותו של המטופל נובעת למעשה ממצבו הרפואי הקשה, או משיקולים שאינם קשורים קשר ישיר לבריאותו ולשלומו, אשר משפיעים על שיקול דעתו במועד הנתון, אף שלא נשללת כשירותו לקבל החלטות, וכי עם השיפור במצבו – יבין גם את הצורך וההצדקה שבמתן הטיפול ויסיכים בדיעבד להחלטת ועדת האתיקה.

ואולם, מעבר לקושי בלנבא את רצון שובת הרעב בדיעבד כאמור, דומה כי הסיטואציה בה מדבר הסעיף, כאמור לעיל, נכונה ומתאימה למצבים של מטופל רגיל העשוי לסרב לטיפול בשל חשש או אופטימיות-יתר וכיוצא באלה; אך לא היא, שעה שמדובר במי שעושה שימוש בשביתת רעב כאמצעי להשגת מטרה, לעיתים עד כלות, ומצבו הרפואי הקשה כתוצאה מכך אינו נובע ממחלה אליה נקלע שלא מרצונו או מהיעדר שיקול דעת במצב זה, או מחוסר תובנה בשל "חוליי" זה. נהפוך הוא; מצבו של שובת רעב, נגרם כתוצאה ממעשיו המתוכננים, בדעה צלולה. על כן, באשר לאסיר כגון דא, ועדת האתיקה עלולה להתקשות להגיע למסקנה כי "קיים יסוד להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע". לכל הפחות, **יש יסוד להניח כי שובת רעב מטעמים אידיאולוגיים לא יודה בגלוי בהסכמתו למפרע, גם אילו יתן אותה בסתר לבו.**

29. בפעילותן של ועדות האתיקה – הפועלות, לפחות בחלקן, בהתנדבות - מושקעים מאמצים גדולים במשך זמן ארוך בשיחה עם המטופל, ברכישת אמונו ובניהול משא-ומתן ותהליך טיפולי ומגשר עמו, במטרה לקבל את הסכמתו לקבלת טיפול רפואי נחוץ, כדי להימנע ככל שניתן ממתן טיפול רפואי בניגוד לרצונו של המטופל. תפקיד ועדת האתיקה להחליט

על מתן טיפול רפואי בהתאם לסעיף 15(2) אינו משימה פשוטה כלל ועיקר - ובמיוחד כשמדובר בשובת רעב המתנגד לטיפול מטעמים הקשורים במחאתו, ולא במצבו ברפואי.

ניסיון העבר מלמד כי הקושי של ועדת האתיקה "לנבא" (או שמא, להתנבא) את רצונו של שובת הרעב בעתיד, ולהכריע בדבר קיום סיכוי שהוא ייתן הסכמתו לטיפול בדיעבד, יחד עם נטייתה המובנת של ועדה מכוח חוק זכויות החולה להתחשבות מירבית באוטונומיה של רצונו של המטופל, הובילו לכך שכמעט ולא ניתן בשנים האחרונות טיפול רפואי לאסיר שובת רעב בניגוד לרצונו, אף כאשר נשקפה סכנה חמורה לחייו, בין אם בשל הימנעות ועדת האתיקה להתיר טיפול כאמור; בין אם בשל כך שעל אף קבלת החלטה של ועדת האתיקה נמנעו רופאים מליישם אותה; ובין אם בשל כך שלנוכח החלטת הוועדה התרצה שובת הרעב והסכים לטיפול המוצע, אם כי באורח זמני בלבד. התערבות רפואית התרחשה על פי רוב אך כשהגיע שובת הרעב למצב חירום רפואי וזאת מכוח סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה.

קושי נוסף שמאפיין את עבודת ועדת האתיקה מקורו בהיעדר סמכות לשקול שיקולים נוספים המתחייבים ממאפייניה של הסוגיה. כך למשל, בשונה ממטופל רגיל, אסיר שובת רעב מצוי במשמורת שב"ס מכוח צו, או מכוח החלטה שיפוטית, או מכוח החלטה מינהלית הנתונה לביקורת שיפוטית. לכן, המדינה באמצעות שב"ס היא הנושאת באחריות הישירה לשמירה על חייו, בריאותו, שלומו ורווחתו של האסיר.

על חובתו זו של שב"ס ניתן ללמוד מסעיף 11 לפקודה, הקובע כי אסיר הכלוא בבית סוהר יראוהו כנתון למשמורתו החוקית של מנהל בית הסוהר, וכפוף למשמעת בית הסוהר ולתקנותיו כל תקופת מאסרו, ובמשולב עם סעיף 322 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לפיו לשירות בתי הסוהר אחריות כלפי האסיר, מחמת מאסרו, וחובה של השירות לספק את צרכי מחייתו ולדאוג לבריאותו.

מכאן, בהנחה שהחלטת האסיר לשובת רעב משקפת החלטה רצונית שלו – ועל כך נדון בהמשך – החלטה זו אינה עומדת בפני עצמה וכנגדה עומדת חובתה של המדינה באמצעות שב"ס לדאוג לבריאותו וחייו של האסיר ומצדיקה התערבות בשביתת הרעב במצב בו נשקפת סכנת חמורה לחיי האסיר, שלומו ובריאותו. חובה זו של שב"ס כלפי האסיר, אינה מיוחדת לעניינו של שובת רעב אלא חלה על כלל האסירים, והיא משתקפת בנהלים ובמאמצים הרבים, עליהם נעמוד בפרק עמדת המשיבים, בנוגע לשמירה על אסירים בעלי נטיות אובדניות ובהחלטים שנקבעו מכוח פקודת בתי הסוהר.

כאמור, שיקול זה חורג מגדר השיקולים שבסמכותה של ועדת אתיקה לשקול, לפי הוראות סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה.

31. שיקול נוסף שתומך בבחינת הצורך במתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, חרף התנגדותו, נעוץ בשוני הקיים בין מטופל אחר המסרב לקבל טיפול רפואי נוכח חשש מן הטיפול הנדרש או מפני שכשל כוח סבלו לבין שובת רעב אשר אינו נמצא במצב של סכנת חיים מלכתחילה ומשתמש בגופו על מנת להביע מחאה ובמטרה להשיג תוצאה מסוימת כגון שחרור ממעצר או כדי להשיג תכלית אישית או פוליטית, תוך שהוא גורם נזק בלתי הפיך לבריאותו וסיכון חמור לחייו.

כאמור, אסיר שובת רעב רואה בשביתת רעב כלי להפעלת לחץ על הציבור, ובפרט על המדינה כמי שנושאת באחריות ישירה לשלמו ולבריאותו. מאפיין ייחודי זה של שימוש אסיר שובת רעב בגופו ככלי להפעלת אמצעי לחץ והבעת מחאה מחדד היבט מהותי נוסף, והוא כי אין רצונו של אסיר שובת רעב למות ואין הוא רואה במוות תוצאה רצויה של מאבקו, כי אם לכל היותר - מחיר אשר אותו הוא מוכן לשלם, בשם המאבק.

32. לא זו אף זו. מאבקו של אסיר שובת רעב לא תמיד משקף החלטה אוטונומית של האסיר עצמו, כאשר לעיתים החלטתו מושפעת מלחצים חיצוניים. כך, לעתים מתקבלת ההחלטה בהתאם להחלטה ארגונית של ארגון הטרור אליו משתייך האסיר שובת הרעב, וזאת במטרה להפעיל לחץ על הרשויות באמצעות שימוש בגוף האסיר ככלי להשגת מטרותיהם, כמו גם לשם שיפור תדמיתו או מעמדו בקרב הארגון או אוכלוסייה אחרת אשר צפוי האסיר לצבור תהילה בקרבה בעקבות שביתתו.

33. היבט נוסף המייחד שביתת רעב על פני מצבי חירום רפואיים אחרים הוא, שכאשר בבסיסה של שביתת הרעב עומדת סוגיה בעלת היבטים פוליטיים, הופכת שביתת הרעב לכלי במאבק שהוא פוליטי במהותו, המערב ומשפיע על ציבור המזדהים עם שובת הרעב מצד אחד וציבור המתנגד לדרישותיו הפוליטיות או שרואה עצמו נפגע מהן, מן הצד השני. מאבק פוליטי זה עשוי להסלים עם החמרת מצבו של שובת הרעב עד סכנת המוות בעקבות מצבו הרפואי ובכך עשויה להביא שביתת הרעב לפגיעה ממשית בביטחון המדינה בנגזרות שונות ובהיבטים שונים.

34. ואם לא די בכך. לפעילות ועדות האתיקה נלווים קשיים נוספים המצדיקים הרחבת סל הכלים שבידי המדינה להתמודדות עם שביתות רעב וביניהם, הקושי לכנס ועדות במקרים דחופים על רקע אי זמינותם של מי מחברי הוועדה ובייחוד בסיטואציה מורכבת של התמודדות עם שביתות רעב מרובות בו-זמנית; העדר חובה על חברי הוועדה לקבל החלטה בעניינו של מטופל והעדר סמכות מפורשת לחברי הוועדה לאשר שימוש בכוח, במידת הצורך.

כמו כן, הואיל וחברי הוועדה אינם נהנים מחסינות בגין פעילותם והחלטותיהם, דומה כי עשוי להתעורר בקרבם החשש מפני קבלת החלטה, אף אם בכוחה להיטיב את מצבו הרפואי של האסיר, נוכח החשש מפני נקיטתם של הליכים משפטיים ובכללם הליכים נזיקיים כנגדם.

35. על כן, ההסדר הקבוע בסעיף 15(2) ויישומו בפועל על ידי ועדות האתיקה אינו נותן מענה מלא ומיטבי עת מדובר באסירים שובתי רעב והוא אינו מביא לידי ביטוי את ההיבטים הייחודיים המאפיינים את מצבו הרפואי של אסיר שובת רעב; את מורכבות שאלת האוטונומיה של הרצון במצב של שביתת רעב של אסיר על רקע אידיאולוגי; ואת המכלול הרחב יותר של השיקולים והנסיבות הנוגעים למצב דברים זה, ואשר יש לתת להם משקל במסגרת קבלת החלטה על מתן טיפול רפואי נדרש.

36. יצוין, כי בטרם הוחלט על חקיקת החוק, נעשה ניסיון על ידי המדינה להדגיש את ההיבטים הייחודיים של שובתי הרעב בתדריך שניתן לבתי החולים ולוועדות האתיקה. התדריך שגיבש משרד הבריאות בשיתוף פעולה עם משרד המשפטים והמשרד לביטחון פנים נכתב על בסיס ההוראות שבחוק זכויות החולה, והוא כולל מידע קליני על שביתות רעב ועל מצבם של שובתי רעב, והנחיות מפורטות יותר בדבר ההכרח לברר אם עמדתו של שובת רעב נובעת מרצונו החופשי, ולשוב ולברר באופן יומיומי את רצונו של שובת הרעב ואת מצבו הרפואי. כמו כן, בסעיף 4.2 לתדריך נאמר כי: "בהתייחס לאסיר/עציר השובת רעב – למול זכותו כאדם להחליט בענין הטיפול הרפואי בו, עומדת חובתו של שירות בתי הסוהר הקבועה בדין, לשמור על בריאותו ועל חייו ועל מי שמצוי במשמורתו ... ויש לקחת חובה זו בחשבון."

באשר לוועדת האתיקה, בתדריך נקבע כי בחלוף ארבעה שבועות מתחילת השביתה קיימת חזקה המבוססת על חוות דעת רפואיות מקובלות, כי נשקפת לשובת הרעב סכנת חיים חמורה ולכן במצב זה יש לפנות לוועדת האתיקה מכוח חוק זכויות החולה. במסגרת זו, על הוועדה לשקול, בין היתר, את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לרבות רצונו של שובת הרעב שאינו מבוטא במפורש. עוד נאמר, כי רופא המקיים החלטה של ועדת האתיקה מבצע פעולה חוקית ואינו מבצע עבירה פלילית או מעשה היכול לשמש עילה לתביעה אזרחית.

צילום התדריך מצורף ומסומן מש/1.

37. יחד עם זאת, ההנחיות שנקבעו בתדריך נועדו להשלים את חוק זכויות החולה בהיבטים ייחודיים של אסירים שובתי רעב, ולא תמיד היה בהן כדי לתת בידי הרשויות כלי מספק להתמודדות עם האתגרים הייחודיים הכרוכים במתן טיפול לשובת רעב שהוא אסיר לאור מכלול השיקולים שפורטו לעיל, ונדרש לקבוע הסדר מפורט בחוק ולא להסתפק בפתרונות נקודתיים וזמניים שניתנים על ידי ועדות האתיקה במקרים פרטניים.

38. נסכם עד כאן - כלליות ההסדרים הקבועים בחוק זכויות החולה ונוהל משרד הבריאות, המתוארים לעיל, לצד המאפיינים הייחודיים של שביתות רעב בקרב אסירים, הצריכו והצדיקו גיבוש מודל ייחודי להתמודדות של הרשויות עם שביתות רעב, שבו נוסף על

השיקולים העומדים בבסיס ההסדרים בחוק זכויות החולה, נדרשת שקילה של שיקולים נוספים, הן שיקולים הנוגעים למטופל עצמו ולאוטונומיה שלו, מניעיו ומטרותיו, והן שיקולים רחבים יותר, הנוגעים להיבטיה הציבוריים של שביתת הרעב.

39. מכאן הצורך בתיקון.

2.3. ההסדר מושא העתירה – פירוט ההסדרים

40. סימן ב'2 לפרק ב' לפקודת בתי הסוהר "מניעת נזקים בריאותיים לאסיר שובת רעב", קובע כדלקמן:

"19.ב.בסימן זה –

"ועדת אתיקה" – ועדת אתיקה שהוקמה לפי חוק זכויות החולה;

"חוק זכויות החולה" – חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996;

"טיפול רפואי" ר"מטפל" – כהגדרתם בחוק זכויות החולה;

"מוסד רפואי" – כהגדרתו בסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940;

"רופא" – רופא מורשה כמשמעותו בפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976;

"שביתת רעב" – הימנעות מרצון מאכילה או משתייה, לרבות הימנעות חלקית, לשם מחאה או כדי להשיג מטרה מסוימת.

19.ג. (א) חיווה רופא את דעתו בכתב (בסעיף זה – חוות דעת רפואית) כי בשל שביתת רעב של אסיר שהוא מטפל בו או טיפל בו לאחרונה יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה, בלא קבלת טיפול רפואי מהטיפולים המפורטים בחוות הדעת הרפואית, רשאי הנציב, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הכבו לכך, לפנות לנשיא בית משפט מחוזי או לסגנו, בבקשה לקבל היתר למתן טיפול לאסיר (בסימן זה – בקשת היתר לטיפול רפואי).

(ב) בבקשת היתר לטיפול רפואי יפורט סוג הטיפול הרפואי המבוקש לאסיר ותצורף לה חוות הדעת הרפואית.

(ג) העתק בקשת היתר לטיפול רפואי יועבר בידי שירות בתי הסוהר לוועדת אתיקה; ועדת האתיקה תחווה את דעתה בעניינים הרפואיים המנויים בסעיף 19(ד)(1) עד (3) לאחר ששמעה את האסיר בנוגע לקבלת הטיפול הרפואי וגימוקיו לכך.

(ד) לא תוגש בקשת היתר לטיפול רפואי אלא לאחר שנעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמת האסיר לטיפול כאמור, בין השאר בשיחה של הרופא עמו, ולאחר שהוטברו לאסיר הליך הפנייה לבית המשפט והשלכותיו האפשריות.

(ה) חוות הדעת הרפואית תומצא לאסיר או לבא כוחו.

19.ד. (א) (1) על אף הוראות סעיפים 13 ו-15(1) ו-(2) לחוק זכויות החולה, נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו שהוגשה לו בקשת היתר לטיפול רפואי, רשאי להתיר מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, חרף התנגדותו של האסיר, אם מצא כי בלא קבלת הטיפול יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה וכי הטיפול הרפואי צפוי להיטיב עם האסיר;

(2) הוראות חוק זכויות החולה יחולו כל עוד לא נתן בית המשפט החלטה בבקשת היתר לטיפול רפואי;

(3) אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מהוראות סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה.

(ב) לא יתיר נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו מתן טיפול רפואי כאמור בסעיף קטן (א), אלא לאחר ששוכנע כי נעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמתו של האסיר לטיפול, ובכלל זה הוסבר לו בפירוט, באופן המובן לו בנסיבות העניין, מצבו הרפואי וההשלכות של המשך שביתת הרעב על מצבו כאמור וכן נמסר לו מידע רפואי כאמור בסעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה, והאסיר עמד בסידורו לקבלת הטיפול.

(ג) החלטת בית המשפט בבקשת היתר לטיפול רפואי תינתן לאחר שקיבל את חוות דעתה של ועדת האתיקה כאמור בסעיף 19(ג) ושמע את האסיר, ככל שהדבר אפשרי בהתחשב במצבו הרפואי, או את בא כוחו, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:

(1) בית המשפט סבר כי בנסיבות העניין אין מקום להיענות לבקשת ההיתר לטיפול רפואי;

(2) בית המשפט סבר כי מטעמים רפואיים דחופים ויוצאי דופן הנובעים ממצבו הרפואי של האסיר בלבד שלא ניתן להמתין לקבלת חוות הדעת או לשמיעת האסיר או בא כוחו, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי נעשה ניסיון ממשי ליצור קשר עם בא כוחו של האסיר.

(ד) בבואו לקבל החלטה לפי סעיף זה, ישקול בית המשפט, בשים לב לאחריות שירות בתי הסוהר לשמירה על בריאותו ועל חייו של האסיר, בין השאר את אלה:

(1) מצבו הרפואי של האסיר, לרבות מצבו הנפשי, וההשלכות על מצבו כאמור אם לא יינתן לו הטיפול הרפואי המבוקש;

(2) הסיכויים והסיכונים של הטיפול הרפואי המבוקש ושל טיפולים רפואיים חלופיים לאסיר, וכן מידת פולשנותו של הטיפול הרפואי המבוקש והשפעתו על כבוד האסיר;

(3) אם ניתן לאסיר טיפול רפואי לפי הוראות סימן זה בעבר, ותוצאות הטיפול כאמור;

(4) עמדת האסיר, אם ניתנה, בנוגע לקבלת הטיפול הרפואי ונימוקיו לעניין זה, ועמדתו בנוגע למטרת שביתת הרעב.

(ה) בית המשפט ישקול שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו לפניו ראיות לעניין זה.

(ו) היתר בית המשפט מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, יפרט בהחלטתו את סוג הטיפול או הטיפולים שהוא מתיר, בשים לב לאמור בחוות הדעת שהוגשו לו ולשיקולים האמורים בסעיף קטן (ד)1(3) עד (3).

19טו. (א) בדיון בבקשת היתר לטיפול רפואי יהיה האסיר מיוצג בידי עורך דין; לא היה האסיר מיוצג, ימונה לו סניגור ציבורי לפי הוראות חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ויחולו לעניין זה הוראות החוק האמור.

(ב) בכל עניין של סדר דין בדיון בבקשת היתר לטיפול רפואי, יפעל בית המשפט בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת מהירה.

(ג) ראה בית המשפט כי הדבר נדרש, בשל מצבו הרפואי של האסיר, רשאי הוא להורות כי דיון בבקשת היתר לטיפול רפואי יתקיים בבית החולים שבו מאושפז האסיר, בין השאר לשם שמיעת האסיר.

(ד) בית משפט רשאי לדון בבקשת היתר לטיפול רפואי בדלתיים סגורות, אם ראה כי הדיון הפומבי עלול להרתיע את האסיר מלהביע את עמדתו באופן חופשי או מלהביעה בכלל, או מנימוקים של הגנה על פרטיות האסיר.

(ה) (1) בהליכים לפי סימן זה רשאי בית המשפט, מטעמים שיירשמו, לסטות מדיני הראיות, וכן לקבל ראיה שלא בנוכחות האסיר או בא כוחו או בלי לגלותה להם, אם אחרי שעיין בראיה או שמע טענות שוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה וכי אי-גילוייה עדיף על פני גילוייה לשם עשיית צדק

(בסעיף קטן זה – ראיות חסויות); בית המשפט רשאי, בטרם יקבל החלטה לפי סעיף קטן זה, לעיין בראיה או לשמוע הסברים שלא בנוכחות האסיר ובא כוחו;

(2) החליט בית המשפט לקבל ראיות חסויות, יורה על העברת תמצית הראיות החסויות לאסיר או לבא כוחו, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה;

(3) דיון לפי סעיף קטן זה יתקיים בדלתיים סגורות, אלא אם כן קבע בית המשפט הוראה אחרת לעניין זה.

19טז. (א) החליט בית המשפט לפי סעיף 19 ויד להתיר מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, רשאי מטפל לתת לאסיר טיפול כאמור, בתחום עיסוקו ובנוכחות רופא, במוסד רפואי שאינו באחריות שירות בתי הסוהר ולנקוט את האמצעים הדרושים לשם מתן הטיפול, והכול בהתאם למצבו הרפואי של האסיר ולשיקול דעתו המקצועי של המטפל ובכפוף להחלטת בית המשפט, ובלבד שהטיפול הרפואי שיינתן לאסיר בלא הסכמתו יהיה הטיפול הרפואי המינימלי ההכרחי, לפי שיקול דעתו המקצועי של המטפל, לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה.

(ב) לפני מתן הטיפול הרפואי יעשה המטפל מאמץ, ככל האפשר, לקבל את הסכמתו של האסיר לטיפול הרפואי, לאחר שהסביר לו בפירוט באופן המובן לו בנסיבות העניין, את מצבו הרפואי וההשלכות של המשך שבידת הרעב על מצבו כאמור ואת משמעות החלטת בית המשפט.

(ג) מתן טיפול רפואי לפי סעיף זה ייעשה בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבודו של האסיר, תוך הימנעות, ככל האפשר, מגרימת כאב או סבל לאסיר.

(ד) סירב האסיר לקבל את הטיפול הרפואי הדרוש, רשאי סוהר, לבקשת מטפל, להשתמש בכוח סביר כדי לאפשר את מתן הטיפול ביד המטפל, ובלבד שהשימוש בכוח יהיה רק במידה הדרושה לצורך מתן הטיפול.

(ה) אין בהוראות סימן זה כדי לחייב מטפל לתת לאסיר שובת רעב טיפול רפואי לפי סעיף זה.

19יז. (א) לא תוגש תובענה נגד אדם על מעשה שעשה בהתאם להחלטת בית המשפט לפי סעיף 19 ויד, המקים אחריות בנוזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביוזעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.

(ב) לא יישא מוסד רפואי באחריות בנוזיקין על פעולה שעשה עובד המוסד, בתום לב ובאופן סביר, בהתאם להחלטת בית המשפט לפי סעיף 19 ויד.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי מי שהוראות סעיף 7א לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], חלות עליו.

19יח. הנציב או האסיר רשאים לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר בהחלטה שנתן לפי סעיף 19 ויד אם התגלו עובדות חדשות או השתנו נסיבות באופן שיש בו כדי להשפיע על החלטתו.

19יט. (א) החלטת בית המשפט לפי סעיף 19 ויד ניתנת לערעור לפני בית המשפט העליון.

(ב) הודיע בא כוח האסיר על כוונתו לערער על החלטת בית המשפט המתירה לתת טיפול רפואי לאסיר, רשאי בית המשפט להורות על עיכוב ביצוע ההחלטה עד להגשת הערעור, ובלבד שהערעור יוגש בתוך 24 שעות ממועד מתן ההחלטה על העיכוב; בית המשפט העליון יקיים את הדיון בערעור בתוך 48 שעות ממועד הגשתו.

42. לפי ההסדר המתואר לעיל, מקום בו התקבלה חוות דעת מן הרופא המטפל באסיר או שטיפל בו לאחרונה, המכיר את מצבו הרפואי, ולפיה בשל שביתת הרעב ישנה אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחייו או נכות חמורה בלתי הפיכה, רשאי נציב שירות בתי הסוהר, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהסמיכו, לפנות לנשיא בית המשפט המחוזי או סגנו בבקשה לקבל היתר למתן טיפול רפואי לאסיר שובת הרעב.

43. לאחר פנייה כגון דא, נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו רשאים להתיר מתן טיפול לאסיר שובת רעב, חרף התנגדות האסיר, ובכפוף לעמידה במבחן משפטי, המבוסס על חוות דעת רפואית, לפיו בלא מתן הטיפול יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה, וכן כי הטיפול הרפואי צפוי להיטיב עם האסיר. חוות דעתה של וועדת האתיקה תובא בפני בית המשפט המחוזי עובר לקבלת החלטה בבקשת ההיתר, אלא במקרים בהם סבר בית המשפט כי מטעמים רפואיים דחופים ויוצאי דופן בלבד אין להמתין לקבלת חוות הדעת. בהליך שיתקיים יקבל האסיר העתק של חוות הדעת שהוגשה, ויהיה זכאי להיות מיוצג ולהישמע.

44. בבואו לקבל החלטה בבקשת ההיתר למתן טיפול רפואי לאסיר השובת רעב, ישקול בית המשפט המחוזי מגוון שיקולים המאפשרים ליצור איזון ראוי בין שאלת האוטונומיה של המטופל ונתונו הסובייקטיביים לבין הרצון להגן על קדושת חייו של אסיר שובת רעב המצוי תחת אחריותה של המדינה, ועל ביטחון המדינה אשר עשוי להיגרם כתוצאה מהתדרדרות מצבו של שובת הרעב.

45. השיקולים שישקול בית המשפט המחוזי הינם מצבו הרפואי והנפשי של האסיר, וכן ההשלכות על מצבו באם לא יקבל את הטיפול הרפואי המבוקש; הסיכויים והסיכונים העולים מן הטיפול הרפואי המבוקש ומטיפולים רפואיים חלופיים, כמו גם מידת פולשנות הטיפול; אם ניתן לאסיר טיפול רפואי בעבר, על תוצאותיו; עמדתו של האסיר, הן באשר לקבלת הטיפול הרפואי והן באשר לעמדתו בנוגע למטרת שביתת הרעב; שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה.

ככל שהחליט בית המשפט המחוזי על מתן היתר לטיפול רפואי, עליו לפרט בהחלטתו את הטיפול או סוג הטיפולים שהוא מתיר, על מנת לגדר את היקף הטיפול הרפואי אשר יינתן לאסיר השובת רעב, בשים לב לאמור בחוות הדעת שהוגשו לו ולשיקולים דלעיל.

עוד קובע התיקון לחוק, כי טיפול רפואי לאסיר שובת רעב יינתן במוסד רפואי שאינו באחריות שירות בתי הסוהר ויהא הטיפול "המינימלי ההכרחי" לשמירה על חייו או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה. כמו כן, מתן הטיפול ייעשה במקום ובדרך אשר יבטיחו שמירה מירבית על כבוד האסיר, תוך הימנעות, ככל האפשר, מגרימת סבל או כאב לאסיר. יצוין, כי לשם מתן הטיפול הרפואי ומקום שהאסיר מתנגד לכך, החוק התיר לסוהר, לבקשת מטפל, להשתמש בכוח סביר כדי לאפשר את מתן הטיפול בידי המטפל,

ובלבד שהשימוש בכך יהיה במידה הדרושה לצורך מתן הטיפול. ויובהר, כקבוע בסעיף 19טז(ה), מטפל אינו מחויב ליתן טיפול רפואי לאסיר וטיפול רפואי יינתן אך בידי מטפל שניאות לכך ובנוכחות רופא.

46. לבסוף, מקנה החוק הגנה מפני אחריות נזיקית למטפל בגין מעשה שבוצע במהלך טיפול רפואי באסיר שובת רעב בהתאם להיתר בית המשפט המחוזי, אלא אם בוצע המעשה ביודעין ומתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות שנזק כגון דא ייגרם, וכן מקנה החוק הגנה מפני אחריות בנזיקין למוסד רפואי, על פעולה שעשה עובד המוסד, בתום לב ובאופן סביר לפי היתר כאמור.

47. נבקש להבהיר, כי גם לפי התיקון, הפנייה לבית המשפט הינה המוצא האחרון למנוע סכנה לחייו של האסיר שובת הרעב או סכנה שתיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה, לאחר שמוצו הליכים אלטרנטיביים. על כן, דרך המלך הייתה ועודנה הדרך התהליכית, במסגרתה נוצר אמון בין הרופא לשובת הרעב. עם זאת, יחסי האמון בין רופאים לשובתי הרעב על פי רוב אינם מובילים לכך ששובת הרעב חדל משביתתו לחלוטין, אף אם הוא עשוי להסכים, זמנית, לקבל טיפול כזה או אחר, או לאכול.

דוק: מהוראות התיקון לחוק עולה כי ניתנת חשיבות רבה לשמיעת עמדתו של האסיר ולניסיון לקבל את הסכמתו לטיפול, בשלבים שונים בתהליך. כך למשל, סעיף 19ג(ד) קובע שלא תוגש בקשת היתר לטיפול רפואי בלא שנעשה "מאמץ ניכר" לקבל את הסכמת האסיר לטיפול בשיחה של הרופא עמו ולאחר שהוסבר לו אודות הליך הפנייה לבית המשפט והשלכותיו האפשריות.

כן, סעיף 19ד(ב) קובע כי מתן היתר לטיפול רפואי לא יינתן בלא ששוכנע נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו כי אכן נעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמת האסיר לטיפול וכי הוסבר לו אודות השלכות המשך שביתת הרעב. יתרה מזו, ככל שאפשרי הדבר, בהתחשב במצבו הרפואי, על בית המשפט לשמוע את האסיר עובר לקבלת ההחלטה. לפי סעיף 19טז(ז) לחוק, רשאי בית המשפט לקיים את הדיון בהליך בדלתיים סגורות, על מנת להבטיח כי כוונתו האמתית של האסיר ועמדתו לעניין מתן הטיפול הרפואי תישמע באופן חופשי ובהעדר לחצים סביבתיים אפשריים.

לבסוף, קובע התיקון כי גם לאחר מתן ההיתר מטעם בית המשפט, ובטרם בוצע הטיפול הרפואי, ייעשה מאמץ נוסף לקבל את הסכמת האסיר לטיפול.

(ג) תהליך החקיקה

48. התיקון לחוק פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ה-2015, גובש בעבודת צוות בין משרדי הממשלה השונים, בעקבות שביתות הרעב בקרב אסירים

- ביטחוניים ועצורים מנהליים רבים בבתי הסוהר בשנת 2012, אשר נמשכו, בחלקן, תקופה ממושכת, עד כדי סכנה ממשית לבריאותם ולחייהם של השובתים.
49. על רקע האירועים האמורים, אשר חידדו את הצורך בהסדרת אופן ההתמודדות עם שביתות רעב ממושכות, הוקם, לצורך גיבוש מתווה הולם לסוגיה, צוות בין-משרדי בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), ובהשתתפות גורמים נוספים ממשרד המשפטים, המשרד לביטחון פנים, משרד הבריאות, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון. נוכח חשיבות ורגישות הסוגיה השתתפו גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (תפקידים-מיוחדים) (כיום פרקליט המדינה), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) ומנהלת מחלקת בג"צים.
50. הצוות קיים סדרת דיונים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה וכן ביצע מחקר מעמיק של הוראות המשפט הבינלאומי בנושא, הן של הדין הבינלאומי והחלטות שניתנו בידי טריבונלים בין לאומיים והן של ההסדרים החוקיים הקיימים במדינות מערביות שונות. כמו כן, בחן הצוות את האתגרים המיוחדים את ההתמודדות עם שביתות הרעב בבתי הסוהר בישראל. על בסיס בחינה מעמיקה של הסוגיות לעיל, גובש המתווה הראשוני של הצעת החוק.
51. לאחר גיבוש המתווה הראשוני של הצעת החוק, הובאה הסוגיה לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה ושרת המשפטים באוגוסט 2013, זאת – לצורך קבלת אישור ראשוני להפצת טיוטת תזכיר החוק אל ההסתדרות הרפואית בישראל (לעיל ולהלן: "הר"י" או "העותרת 1"), המועצה הלאומית לביואתיקה והסנגוריה הציבורית, במטרה לאפשר להם להתייחס להסדרים המתהווים עוד בטרם גיבושו הסופי של תזכיר החוק.
52. בעקבות הפצת טיוטת תזכיר החוק לגורמים הרלוונטיים לעיל ביום 7.8.2013 התקיים ביום 9.9.2013, יום עיון במרכז לאתיקה במשכנות שאננים בנושא "שביתת רעב עד מוות? סוגיות אתיות בהאכלה בכפייה של עצירים ואסירים שובתי רעב", בו נבחנו היבטים שונים של הסוגיה מנקודת מבטם של אנשי אקדמיה, אנשי רפואה, נציגי שב"ס, משרד הבריאות, משרד המשפטים וארגוני זכויות אדם.
53. בהמשך ליום העיון, נערכה ישיבה אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בהשתתפות יו"ר הר"י – ד"ר ליאוניד אידלמן, יו"ר הלשכה לאתיקה בהר"י דאז – פרופ' אבינועם רכס וכן נציגה נוספת מהלשכה לאתיקה (וכיום יו"ר הלשכה) – ד"ר תמי קרני, במהלכה נדונה טיוטת תזכיר החוק.
54. ביום 7.1.14, התקבלה תגובת הר"י, באמצעות ד"ר אידלמן ופרופ' אבינועם רכס, ולפיה עומדים הם על התנגדותם הנחרצת להצעת החוק כולה, שכן "ההסתדרות הרפואית אינה יכולה להשלים עם חקיקה מסוג זה, ותעשה כל שביכולתה למניעת קידום ההצעה

- ואישורה". חרף עמדת הר"י, סברו גורמי המדינה כי יש מקום להוסיף ולקדם את הצעת החוק, משאין עמדה זו משקפת בהכרח קונצנזוס בקרב גורמי הרפואה.
55. נוסף, כי סביב סוגיית מתן טיפול רפואי לאסירים שובתי רעב התקיים דיון ציבורי ער אשר נתן ביטוי למגוון קולות ועמדות של הנוגעים בדבר, אשר בא לידי ביטוי בימי עיון וכנסים שונים שהתקיימו בנושא, כגון יום עיון לחברי ועדות אתיקה בבית החולים הלל יפה ביום 8.1.2014; כנס שהתקיים בבית ההסתדרות הרפואית שכותרתו "טיפול באסירים/עצירים שובתי רעב – אתגר רפואי"; וכנס לוועדות האתיקה שהתקיים ביום 19.6.2014 בבית החולים "אסף הרופא".
56. לאחר שהוכנסו בהצעת החוק מספר תיקונים נוכח הערות גורמי המקצוע והממשלה השונים, החל הליך החקיקה לתפוס תאוצה.
- להלן יבקשו המשיבים לפרט אודות הליך חקיקת התיקון לחוק בכנסת, אשר נעשה באופן יסודי ומעמיק וכתוצר של עבודה משותפת בת מספר שנים.
57. כאמור, בדיון שהתקיים בוועדת השרים לענייני חקיקה ביום 18.5.2014, אושרה הצעת החוק בהחלטה חק/869 והוחלט להעבירה לקריאה ראשונה בפני מליאת הכנסת ה-19.
58. הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר הונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ביום 9.6.2014. בדיון במליאה הוצג התיקון לחוק והרציונל שביסודו, וכן ניתנה הזדמנות לחברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית להציג את עמדותיהם. בתום הדיון ולאחר הצבעה בקריאה ראשונה, הוחלט להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדה מועדות הכנסת, על דעתם של 29 חברי כנסת, מול התנגדותם של 19 חברי כנסת. ביום 11.6.2014 הוחלט בוועדת הכנסת שההצעה תובא לפתחה של ועדת הפנים והגנת הסביבה.
59. וועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת ה-19, התכנסה 9 פעמים לדון בהצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר על מנת להכינה לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. במסגרת דיוניה של הוועדה, התקיים שיח פתוח ועשיר במגוון דעות ועמדות אשר יוצגו בידי גורמי מקצוע ממשרדי הממשלה כמשרד המשפטים, המשרד לביטחון פנים, משרד הבריאות, הנהלת בתי המשפט, הסנגוריה הציבורית, לצד שורה של ארגונים שונים דוגמת ההסתדרות הרפואית בישראל, רופאים לזכויות אדם, המכון הישראלי לדמוקרטיה, האגודה לזכויות האזרח, אמנסטי ועוד.
60. במהלך דיוני הוועדה, ניתנה הזדמנות לכל חברי הכנסת שהביעו רצון להשמיע את עמדותיהם לעשות כן, כמו גם להביע הסתייגויות לנוסח החוק וההסדר שנוצר בגדרו, הן לסעיפים ספציפיים והן לתיקון בכללותו. הוועדה קיימה דיון מעמיק בכל ההסתייגויות שהוגשו תוך שניתנה התייחסות של גורמי המקצוע לכל שאלות חברי הכנסת

והסתייגויותיהם. יצוין, כי נוסח הצעת התיקון לחוק בתום דיוני וועדת הפנים והגנת הסביבה שונה בסוגיות מסוימות מן הנוסח אשר הונח לשולחנה של הוועדה מלכתחילה, שינוי אשר הינו תולדה של דיון ענייני ויסודי אשר התקיים בוועדה, וההסכמות אליהן הגיעו נציגי הסיעות השונות, שראשיהן היו מעורבים בדיונים בנושא.

61. הצעת התיקון לחוק הייתה מיועדת לעלות להצבעה בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת ביום 30.6.2014. ברם, בסופו של יום לא עלתה ההצעה להצבעה במליאה משבוטלו דיוני הכנסת ביום זה עקב מציאת גופותיהם של שלושת הנערים החטופים, זכרם לברכה. בהמשך לאמור, וכן נוכח פרוץ מבצע "צוק איתן", לא הועלתה עוד הצעת החוק לשולחנה של הכנסת ה-19 להצבעה בקריאה שנייה ושלישית, עד לפיזור ביום 8.12.2014.

62. ביום 15.6.2015 הודיעה הממשלה על רצונה להחיל דין רציפות על הצעת החוק, בהתאם לסעיף 1 לחוק רציפות הדיון בהצעות חוק, התשנ"ג-1993, לפיו: "הצעת חוק שכנסת יוצאת העבירה לאחר קריאה ראשונה לאחת מועדותיה, רשאית ממשלה שנתכוננה בכנסת הנכנסת, להודיע במליאת הכנסת על רצונה שיחול עליה דין רציפות כאמור בסעיף 6".

לאחר דיון במליאת הכנסת, ביום 6.7.2015 התקבלה הודעת הממשלה על רצונה להחיל דין רציפות על הצעת החוק, ברוב של 53 תומכים למול 50 מתנגדים.

63. ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-20 התכנסה 4 פעמים לדון בהצעת התיקון לחוק ולהכינה לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. בדומה לגלגולה הקודם של הצעת החוק בכנסת ה-19, גם בגלגולה הנוכחי התקיימו דיונים מקיפים בסוגיות המורכבות המתעוררות מתוכה, אשר נערכו אף הם בהשתתפות גורמים בכירים במשרדי הממשלה השונים ונציגי הארגונים האזרחיים. יודגש, כי הנוסח שהובא לדיון בוועדה בכנסת ה-20, היה, בהסכמת הממשלה, הנוסח שגובש לקריאה שניה ושלישית בכנסת ה-19, דהיינו הכולל בתוכו את השינויים שהוסכם עליהם בדיונים הממושכים שהתקיימו בוועדה זו בכנסת ה-19.

64. במהלך דיוני הוועדה ניתנה לחברי כנסת, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה, הזדמנות לשטוח טענותיהם ולהעלות את הסתייגויותיהם, ודיון מעמיק נערך בהשתתפות גורמי המקצוע אשר נתנו מענה לכל שאלה והסתייגות, שהניב, שוב, שינויים נוספים בהצעת החוק, אשר תרמו לשכלול ההסדר המאוזן והמידתי אליו הגיעה כבר הכנסת ה-19. למען סבר האוזן, יאמר כי להצעה הוגשו בוועדה 90 הסתייגויות, שנדונו אחת לאחת והתקיימה הצבעה על כל אחת ואחת מהן.

65. בתום דיוני וועדת הפנים והגנת הסביבה, הונחה ההצעה לתיקון החוק לשולחנה של הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ביום 29.7.2015. מליאת הכנסת דנה ארוכות בהצעת החוק, בדיון מקיף אשר נמשך עד לשעות הבוקר למחרת. לאחר שהציגו חברי כנסת מכלל קצוות הקשת הפוליטית את עמדותיהם ביחס להצעת החוק, נערכה הצבעה על ההסתייגויות שהוגשו מטעם הסיעות השונות, ולבסוף נתקבלה הצעת החוק על דעתם של 46 חברי כנסת, למול 40 מתנגדים.
66. הנה כי כן, הליך החקיקה היה יסודי, מקיף וחריג בהיקפו ובשעות הדיונים שהתקיימו במהלכו, ביחס להליכי חקיקה אחרים, משנדונה הצעת החוק 11 פעמים בכנסת ה-19 (מתוכם 9 דיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה) ו-7 פעמים בכנסת ה-20 (מתוכן 4 דיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה).

(ד) עמדת המשיבים

1.ד. על התערבות בחקיקה של הכנסת

67. בטרם נידרש לטענות הפרטניות של העותרים, נבקש לעמוד בקצרה על עקרונות שנקבעו בפסיקה של בית המשפט הנכבד באשר להתערבות בחקיקה ראשית של הכנסת.
68. כידוע, בית המשפט הנכבד לא ימהר להתערב ולבטל הוראות חוק שיצאה מבית המחוקקים. הלכה היא כי על בית המשפט הנכבד לפעול בענין זה באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. יפים לענין זה דבריו של בית המשפט הנכבד ב-בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 518-519 (2005):

"בחינת חוקתיות חקיקה ראשית של הכנסת על-ידי בית המשפט בזהירות ובריסון רב, תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין ההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל במסגרת איזון זה, אפילו יימצא כי מעשה החקיקה אינו מתיישב עם עקרון חוקתי, נדרשת רמת עוצמה ניכרת לפגיעה החוקתית כדי שתצדיק התערבות שיפוטית במעשיה של הרשות המחוקקת."

- כמו-כן, ראו פסק דינו של בית המשפט הנכבד ב-בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (1.9.05):

"אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא ענין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו

קבען (ראו א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק", משפט וממשל ג 403 (התשנ"ו)). עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה. (פסקה 9, שם).

69. כאמור, נקודת המוצא היא כי "תפקיד החקיקה מוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון – העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידי הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (מתוך בג"צ 1715/97 לשכת עורכי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367).

70. המדינה תטען, כי התיקון הנתקף בעתירה זו אינו מגלה עילה מסוג העילות המצדיקות את התערבותו של בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת.

71. על רקע האמור לעיל, נפנה כעת לטענות שמעלים העותרים כנגד הוראות החוק.

2. החוק התקבל בהליך חקיקה מקיף, יסודי ומקצועי שאינו מגלה כל עילה להתערבות בו

72. בעתירתה, טוענת הר"י (בפרק ד.1, עמ' 12-15 לעתירה), כי הליכי החקיקה בכנסת היו מזורזים בתום שלושה ימי עבודה בלבד.

73. המדינה תטען כי דין טענות הר"י בהקשר זה להידחות **מכל וכל**. הליך החקיקה בהתייחס לחוק נעשה באופן יסודי מעמיק ומקיף, ואין הוא מקים עילה להתערבות בית המשפט הנכבד.

כפי שפורט בסעיף ג' לעיל, הצורך בגיבוש הסדר ייחודי בחקיקה ראשית לאסירים שובתי רעב, הועלה עוד בשנת 2012 על ידי הדרג המדיני בעקבות שביתות רעב ממושכות עימן התמודדו הרשויות. בעקבות כך הוקם צוות בינמשרדי בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ונציגי המשרד לביטחון פנים, משרד הבריאות, שירות בתי הסוהר, שירות הביטחון הכללי בהם נטלו חלק גורמים בכירים במשרד המשפטים כפי שצוין בסעיף 48 לעיל. הצעת החוק הממשלתית נולדה בעקבות דיוני הצוות, אשר בסיוען של מחלקות הדין הבינלאומי במחלקת ייעוץ וחקיקה ובפרקליטות, בחן את ההסדרים הקיימים בעולם בסוגיה. תוצרי עבודת הצוות והצעת החוק הממשלתית שגובשה בעקבותיה, הובאו לדיונים אצל היועץ המשפטי לממשלה ואושרו על ידו.

לא זו אף זו. נציגי הממשלה שיתפו את הגופים הרפואיים הרלוונטיים בהצעת החקיקה המתגבשת. כך, באופן חריג ובשל חשיבות הסוגיה, הוחלט להפיץ את הצעת החוק המתגבשת להערות הר"י עוד בטרם הופץ תזכיר החוק להערות הציבור. עם הפצת תזכיר החוק להערות הציבור, התקיים יום עיון שנערך במיוחד לדיון בסוגיה, ובו נטלו חלק נציגי הר"י, יו"ר המועצה הלאומית לביואתיקה ועוד. ואם לא די בכך, בהמשך לכך התקיים דיון נוסף אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בהשתתפות יו"ר הר"י ויו"ר המועצה לביואתיקה במטרה לעמוד על עמדתן בסוגיה וטעמי התנגדותן.

74. אף הליך החקיקה בכנסת היה חריג במספר הדיונים שהתקיימו, אורך הדיונים ומידת ההתעמקות בהסדרים המוצעים בהצעת החוק. בהצעת החוק התקיימו 11 דיונים בכנסת ה-19, ו-5 דיונים בכנסת ה-20, כולל הדיון בבקשה להחלת דין רציפות על הצעת החוק. בדיונים נטלו חלק השר לביטחון פנים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, נציגי הממשלה מהמשרדים הרלוונטיים, חברי כנסת הן מהאופוזיציה והן מהקואליציה, נציגי גופים ציבוריים, נציגי הסניגוריה הציבורית, נציגי הר"י ועוד. ודוק: הדיונים בהסדרים המוצעים בחוק בהשתתפות הגורמים הרלוונטיים, התייחסו למכלול הסדרים שהוצעו הן בכנסת ה-19 והן בכנסת ה-20, תוך שהוצגו דעות שונות - הן כאלו המתנגדות לחוק, ובכללן עמדת הר"י, המועצה לביואתיקה וגורמים נוספים והן כאלו התומכות בו.

75. עיון בפרוטוקולים שהתקיימו בכנסת ה-19 וה-20, בהצעת החוק מלמדים בבירור על הליך חקיקה מקצועי מעמיק ומקיף, וחריג בהיקפו. הליך הדיונים בהצעת בחוק ובהסתניגויות לה הניב שינויים משמעותיים בהצעת בחוק אשר אושרה פעמיים על ידי ועדת הפנים והגנת הסביבה בשתי קדנציות שונות, ולבסוף על ידי מליאת הכנסת ה-20.

76. עניינו הרואות, לאור הליכי החקיקה המתוארים לעיל, במסגרת העבודה הממשלתית על גיבוש טיוטת החוק והשינויים שהתחוללו בה לאורך שלבי העבודה שונים, מחד גיסא, ובמסגרת עבודת הכנסת על טיוטת החוק שהובאה בפניה, מאידך גיסא, אין יסוד לטענת העותרים וזו דינה להידחות. יודגש, כי ממילא לא ברורה הרלוונטיות של טענות העותרים בהקשר זה לביקורת שיפוטית של דבר חקיקה ראשי, אשר התקבל בהליך חקיקה מלא סדור ומקיף, להבדיל ממעשה מנהלי.

77. לאור האמור, סבורים המשיבים כי דין טענות העותרים בכל הנוגע להליך החקיקתי להידחות.

3.ד. החוק מושא העתירה נחקה לתכלית ראויה והוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה

78. העותרים טוענים כי החוק מושא העתירות פוגע במספר זכויות חוקתיות וכי הוא אינו עומד במבחנים שנקבעו לפגיעה כאמור. בעתירות עולה הטענה כי החוק פוגע בזכות היסוד של שובת הרעב לכבוד וכנגזרת מכך, פוגע בזכות לאוטונומיה, בזכות לחיים

ובזכות לשלמות הגוף. עוד נטען, כי "הזנה בכפייה" גורמת לפגיעה בבריאות האסיר ועלולה לסכן את חייו ולכן היא פוגעת בחייו, משפילה אותו ופוגעת בכבודו, וכי זכותו של שובת רעב לשלמות גופו כוללת גם את הזכות שלא לקבל טיפול רפואי.

עוד נטען, כי החוק פוגע בזכות לשוויון באשר הוא יוצר הסדר מיוחד לאסירים שובתי רעב ומבדל אותם ממטופלים אחרים, זאת בהעדר כל שוני ביניהם – כך לפי העותרים. עוד נטען, כי החוק פוגע בזכות לחופש ביטוי פוליטי והחוק נועד לטענת העותרים לשלול מהם זכותם להביע מחאה.

79. המשיבים סבורים כי טענות העותרים לפגיעה בזכויות יסוד מבוססות על הנחות יסוד מוטעות שהציבו העותרים במוקד טיעוניהם לאורך כל העתירה, ועל בסיסן מכוונים הם את חיציהם נגד התיקון לחוק, וזה המקום להעמיד דברים על דיוקם לצורך המשך הדיון החוקתי.

לצד זאת, המשיבים מסכימים כי מתן טיפול רפואי לשובת רעב בניגוד לרצונו, מגלם פגיעה בזכות לאוטונומיה ועשוי להביא לפגיעה בזכותו לחופש ביטוי ולבטא עמדותיו ורצונותיו, אך לעמדת המשיבים, כפי שיפורט להלן, פגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.

נבאר עמדה זו :

הנחת היסוד של העותרים היא כי התיקון לחוק עשוי להתיר טיפול רפואי לשובת רעב בניגוד לרצונו, מסוג אחד ויחיד של "הזנה בכפייה", ובו מוחדרת זונדה לקיבה תוך סיכון לנזקים בריאותיים, לטענתם.

הנחת היסוד האמורה של העותרים הוזכרה רבות מפיהם של חברי כנסת שהתנגדו נחרצות להצעת החוק ובדיוני הכנסת, והפכה לסמל של הדיונים בכנסת, וניתנה לה התייחסות נרחבת ביותר מהזדמנות אחת. ואולם - קריאת ההסדרים בתיקון לחוק, כאילו אלו נועדו לאפשר אך ורק "הזנה בכפייה" באמצעות זונדה, אינה במקומה ואינה נכונה.

כפי שניתן ללמוד מפירוט ההסדרים שנקבעו בחוק, היתר למתן טיפול רפואי ניתן לאחר מתן חוות דעת רפואית של רופא שמטפל בשובת הרעב או שטיפל בו לאחרונה, תוך פירוט סוגי הטיפולים הרפואיים האפשריים להצלת חייו ובלבד שהטיפול מיטיב עם שובת הרעב (ראו סעיף 19(א)(1)). החוק מגדיר טיפול רפואי בהתאם להגדרה של מונח זה בחוק זכויות החולה לפיה טיפול רפואי – "לרבות פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי".

טיפול בשובת רעב עשוי לכלול קשת רחבה של טיפולים ושל בדיקות, המשתנים בהתאם למצבו של כל מטופל ומטופל, ומוצעים על בסיס צורך רפואי. ההבחנה בין סוג הטיפול הנדרש נעשית במסגרת שיקולי בית המשפט ועל סמך חוות דעת רפואית של רופא שמטפל באסיר.

יתרה מזאת, במסגרת גיבוש הצעת החוק והדיונים שהתקיימו בעניין נשקלה האפשרות להחריג את הפעולה של הזנה בכפייה באמצעות זונדה מהפעולות הרפואיות האפשריות, אולם בשל עמדת משרד הבריאות, אשר ראה קושי בכך שבחקיקה ראשית מוחרגת במפורש פעולה רפואית מסוימת מסל הכלים העומד לרשות הרופאים והמטפלים, העשויה בנסיבות מתאימות להיות נחוצה – הוחלט כי אין לעשות זאת. עובדה זו הובהרה על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בדיוני הכנסת, בדיון ועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת ה-19:

"אמרתי ששקלנו לכתוב את זה בצורה מפורשת שזונדה לא אבל בסופו של דבר, אחרי התלבטויות וגם בדיקות במשרד הבריאות אצל היועץ המשפטי לממשלה הוכרע שאי אפשר לומר בצורה רפואית ונחרצת שלעולם זה לא יהיה ולכן זה לא נכתב בצורה מפורשת. כאשר נגיע לסעיפים, אם תרצו לדבר על זה, נדבר על זה. כן נכתב בצורה מפורשת שהתהליך של זונדה, שופט ישקול בדברים שלו את זה כאמצעי אחרון ביותר. לכן שאם לא צריכים להגיע לזונדה אלא עושים את זה באמצעות נוזלים, ועוד לפני הנוזלים, אני חוזר ואומר שעם החוק הזה לא ילכו להאכיל בכפייה מאה אסירים" (פרוטוקול מס' 306 מישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-19, עמ' 39 (16.6.2014)).

וכן מדברי המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, ד"ר בעז לב, מאותו דיון:

"אני רוצה לומר שהזונדה, האכלה בכפייה הפכה כאן לסמל של הדיון הזה, כאילו זה חזות הכול. זה איננו חזות הכול. אני חושב שזונדה זה אלמנט קיצוני מאוד שצריך לדון בו".....
כן הזונדה היא לא המושג האולטימטיבי של הטיפול הרפואי והחוק בעניינו מדבר על "מתן היתר למתן טיפול לאסיר", ובכלל זה טיפולים שבעצם הומלצו על-ידי רופאים. כתוב: "יפורט סוג הטיפול המבוקש לאסיר ותצורף לה חוות דעת רפואית". אין כוונה לשים זונדה לאסיר שהוא במלוא אונן, שהוא במלוא כוחו ושהיו אינם נמצאים בסיכון, אין שום כוונה כזאת. לא שזאת היתה כוונת המחוקק. הזונדה הפכה כאן לסמל של הדיון. לדעתי זה לא לב הדיון" (שם, בעמ' 17).

80. בהקשר זה יוער, כי במהלך הדיונים בוועדת הפנים בהליך החקיקה, וכן בשיח התקשורת בעניין, הוצג לא פעם סרטון המדמה לכאורה "הזנה בכפייה" בכלא גוואנטמו, שבארה"ב. בסרטון נראה אסיר, נכנס על רגליו ומתיישב בכסא, ואז מבוצעת בו פעולה אלימה של הכנסת זונדה. הסרטון קשה ביותר לצפייה. אין בין סרטון זה לבין התיקון לחוק, דבר וחצי דבר.

החוק קובע רף גבוה ביותר למצב הרפואי בו ניתן להפעילו. נדרשת אפשרות ממשית לסכנת חיים או נכות בלתי הפיכה. מצב בו אסיר עומד על רגליו, הולך הליכה חופשית ויציבה, והטיפול שיש לתת לו, הוא החדרת חומרים באמצעות זונדה, הוא תסריט בלתי

סביר ובלתי אפשרי על פי התיקון לחוק. בנוסף, לא זו בלבד שנדרש מצב רפואי קשה ביותר כדי לאפשר את הפעלת החוק, אלא שהטיפול שבית המשפט יתיר, יהיה הטיפול ההכרחי הנדרש להצלת החיים, בשים לב למידת פולשנותו ולקשת הטיפולים הרפואיים החלופיים. החוק מוסיף וקובע כי הטיפול שיינתן יהיה הטיפול הרפואי המינימלי ההכרחי, לפי שיקול דעתו של המטפל נותן הטיפול בפועל, והוא יתבצע תוך שמירה מירבית על כבודו של האסיר.

81. מכאן, המשיבים סבורים כי טענת העותרים לפיה החוק משפיל את שובת הרעב ופוגע בשלמות גופו, בשל הסיכונים הרפואיים שב"הזנה בכפייה" שכאמור מבוססת על הנחת היסוד המוטעית של העותרים, דינה להידחות. שכן, כפי שצוין לעיל, ההסדר הקבוע בתיקון לפקודה אינו מגביל עצמו לטיפול רפואי ספציפי ויחיד, לא כל שכן לטיפול בדמות הזנה באמצעות זונדה. **ההיפך הוא הנכון**. התיקון לחוק אינו קובע טיפול אופציונלי ספציפי וזאת בכוונת מכוון, לשם הותרת מרחב שיקול דעת לשקול קשת רחבה של טיפולים אפשריים, ובחירה בטיפול אשר ייטיב באופן המקסימלי את מצבו של שובת הרעב. יובהר עם זאת, שגם טיפול באמצעות זונדה עשוי להיות נחוץ ומועיל במצבים מסוימים, ומבוצע מדי יום ביומו במוסדות הרפואיים בישראל, במידת הצורך ולפי שיקול דעת רפואי.

82. עוד יוער, גם בהיבט הרפואי, כי לפי המידע הרפואי שהוצג בפני מנסחי החוק והכנסת, קביעת הטיפול הנחוץ לשובת רעב במצב כזה תיעשה תוך כדי שילקחו בחשבון הסיכונים של כל אחד מהטיפולים שיוצעו, ובכלל זה הסיכונים של הזנה באמצעות זונדה בפרט במצב בו נפגעה, או יש חשש שנפגעה מערכת העיכול ובפרט יכולתה לעכל מזון שאינו מפורק, וכן סיכונים העשויים להיות כרוכים בהחדרת הזונדה עצמה, בהתחשב במצבו של המטופל. לפיכך, צפוי שעיקר הטיפולים שיוצעו ושידרשו להצלת החיים או למניעת נכות חמורה בשלב שביתת הרעב בו מדובר, יהיו טיפולים רפואיים שמידת הפולשנות שלהם, בדרך כלל, נמוכה יותר, כמו מתן נוזלים ותוספים תזונתיים בעירוני, ביצוע בדיקות (דם ואחרות) לצורך הערכת המצב, ומתן תרופות לפי הצורך.

83. בהתייחס לטענת העותרים בדבר פגיעה באוטונומיה של הפרט כחלק מן הפגיעה בכבוד האדם, נבקש לציין כי כבוד האדם פנים רבות לו ולא אחת נדרש בית המשפט הנכבד לאזן בין הזכות לאוטונומיה לזכויות ואינטרסים אחרים המונחים על כף המאזניים. יתרה מכך, גם לשיטת הטוענים כי החוק פוגע בכבוד האדם, לא ניתן להתעלם מכך שאותו חוק עצמו מקדם אף היבטים אחרים של כבוד האדם (הצלת חייו וקדושתם). יתר על כן, לא ניתן להתעלם מכך שגם בחוק זכויות החולה מוקנית סמכות לוועדת אתיקה להתיר פגיעה באוטונומיה של מטופל, במקרים המתאימים.

האם הזכות של שובת רעב לאוטונומיה במובן זה שהוא בוחר לסרב לטיפול רפואי חרף הסכנה הנשקפת לחייו, מהווה הגשמה של כבוד האדם, או שמא חובת המדינה לדאוג

לשלמו, בריאותו וחיי, ובחירתה לקבוע מנגנון שיוכל לאפשר הענקת טיפול רפואי לשובת הרעב לשם הצלת חייו, מהווה פגיעה בכבוד!:

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, המשיבים מסכימים כאמור, כי מתן טיפול רפואי לשובת רעב בניגוד לרצונו, מגלם פגיעה בזכות לאוטונומיה ועשוי להביא לפגיעה בזכותו לחופש ביטוי ולבטא עמדותיו ורצונותיו, אך בשים לב לתכלית החוק ולמידתיות הסדריו, סבורים המשיבים כי מדובר בפגיעה חוקתית העומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.

84. באשר לטענה כי החוק פוגע בזכות לשוויון באשר הוא קובע הסדר מיוחד לשובתי רעב להבדיל ממטופלים אחרים, המשיבים סבורים כי בטענה זו אין כל ממש.

כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, הרקע לחקיקת התיקון לחוק הוא כלליות ההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה, והצורך להתחשב בהיבטים מיוחדים המאפיינים את שובתי הרעב להבדיל ממטופלים אחרים, ובהיבטים המיוחדים המאפיינים אסירים הנתונים באחריות המדינה, המצריכים שקילה של שיקולים נוספים, כמפורט לעיל - הן שיקולים הנוגעים למטופל עצמו, מניעיו ומטרותיו, והן שיקולים רחבים יותר, הנוגעים להיבטים הציבוריים של המצב, שלא מוצאים ביטויים בחוק זכויות החולה. משלא ניתן היה להסתפק בתדריך של משרד הבריאות, עלה הצורך לקבוע בחקיקה ראשית הסדר מקיף, מותאם וייחודי יותר אשר מביא בחשבון את המורכבות המיוחדת שבמצב דברים זה. מכאן, שלשיטת המשיבים קיים שוני רלוונטי בין מטופלים שהם אסירים שובתי רעב לבין מטופלים אחרים, שמצדיק לקבוע ביחס אליהם חוק מיוחד שנותן מענה להיבטיה הייחודיים של הסוגיה.

הפגיעה החוקתית נעשתה כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה

85. נקודת המוצא לדיוננו היא כי אסיר אינו מאבד את זכויות האדם והחירויות הנתונות לכל אדם, אלא אם הדבר נדרש לשם תכלית המאסר. כך נפסק בעע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4), 136, 152-153 (1996):

"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות, מהן מגבלות המתחייבות משלילת חירותו האישית, ומהן מגבלות שיסודן בהוראה מפורשת בדיון. ... הנחת היסוד היא, ששל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת ברור, כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות. באשר לכמה מאלו, שהיכולת לממשן מותנית בחופש התנועה, השעיית הזכות היא "אינהרנטית" למאסר. חירויות אחרות, שמימושן (למצער החלקי) אינו מותנה בחופש התנועה ויכול להיעשות גם בתא (או מתא) המאסר, מוסיפות לעמוד לאסיר גם בהיותו בבית הסוהר."

86. יחד עם זאת, הזכויות החוקתיות אינן זכויות מוחלטות, וכבר נפסק בבג"ץ 450/07 תנופה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, בפסקה 7 לפסק הדין, כי -

"אכן זכויות אדם אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקדם יעדים לאומיים. ראוי לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות אדם."

ראו גם קביעותיה של הנשיאה ביניש (כתוארה אז) ב-בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר:

"פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפיסתנו החוקתית לפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות להגבלה. פסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול - היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים בהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת."

ודבריו של כב' השופט א' לוי ב-בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך:

"15..... אכן, "זכויות אדם הן זכויותיו של אדם כחלק מחברה. ניתן להגביל את זכויות האדם כדי להגשים מטרות חברתיות. רק בהגשמתן של מטרות אלה ניתן יהא לקיים זכויות אדם" (בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 - שארק דלוסק רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת - אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה, בפסקה 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, [פורסם בגב], 4.4.2005)). כך, בהתנגשותן של שתי זכויות יסוד, על בית-המשפט לעמוד על טיבן והיקפן של הזכויות האמורות, ולאזן ביניהן באופן המבטא את חופש הפרט ומגן על האינטרס הציבורי."

תכלית החקיקה:

87. התכלית אשר עמדה בבסיס ההסדר הנתקף בתיקון לפקודה הינה הרחבה של סל הכלים שיש למדינה לשם הגנה על החיים, שלמות הגוף ובריאותו של אסיר שובת רעב המצוי תחת אחריותה הישירה, תוך מזעור הפגיעה העלולה להיגרם לאיכות חייו בשל נזקים רפואיים בלתי הפיכים שעלולים להיגרם לשובת הרעב; לצד זאת, תכלית נוספת לתיקון היא לשמור על ביטחון הציבור והמדינה בנזרות שונות ובהיבטים שונים מפני השלכותיה של שביתת הרעב עצמה, ושל תוצאות אפשריות שלה, על הציבור הרחב. תוצאותיה של שביתת רעב כאמור עלולות לגרום בסבירות גבוהה לפגיעה בביטחון הציבור ובשלטון החוק.

88. לעניין התכלית בדבר שמירה על החיים, הבריאות ושלמות הגוף של האסיר, יצוין כי תכלית זו אינה זרה וחיצונית לפקודת בתי הסוהר ולחובתו של ש"ס לשמור על חייו, שלומו ובריאותו של אסיר הנתון במשמורתו החוקית, ההיפך הוא הנכון. ונדגיש, כי תכלית זו אף עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה.

אדם המוחזק במשמורת חוקית נמצא באחריות המדינה, באמצעות שבי"ס הנושא באחריות הישירה לשמירה על חייו, בריאותו, שלומו ורווחתו. כך, סעיף 11 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 קובע:

"אסירים במשמורת המנהל
11(א) אסיר הכלוא בבית סוהר יראו אותו כנתון למשמורתו החוקית של מנהל בית הסוהר.
(ב) כל אסיר יהיה כפוף למשמעת בית הסוהר ולתקנותיו כל תקופת מאסרו, בין שהוא מצוי בתחום בית הסוהר ובין שאינו מצוי שם"

בהמשך להוראת סעיף זה, יש לקרוא גם את הוראת סעיף 322 לחוק העונשין, הקובע לאמור:

"מי שעליו האחריות לאדם שמחמת גילו, מחלתו, ליקויו הרוחני, מעצרו או כל סיבה אחרת אינו יכול להפקיע עצמו מאותה אחריות ואינו יכול לספק לעצמו את צרכי חייו – בין שהאחריות מקורה בחוזה או בדין ובין שנוצרה מחמת מעשה כשר או אסור של האחראי – חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, ולדאוג לבריאותו, ויראהו כמי שגרים לתוצאות שבאו

על חייו או על בריאותו של האדם מחמת שלא קיים את חובתו האמורה."

וראו לענין זה דבריה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה ב-בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) (2009) ("ענין הפרטת בתי הסוהר"), לענין חובותיו של שבי"ס כלפי האסיר:

בהיכנסו לכלא, נשללת אמנם חירותו של האדם, אך לא נשלל כבודו (בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97, 101 (2004)). סיפוק צרכיו המינימליים של האדם, שהם תנאי-בלעדיו-אין לקיום וחיים בכבוד, מתחייב גם לגבי אסיר המרצה את עונשו בכלא, ועל המדינה לספקם, ולהקצות לכך את המשאבים הנדרשים. אם מוטלת על המדינה חובה לדאוג לצרכים המינימליים של תושביה כחלק מזכותם לכבוד אנושי, על אחת כמה וכמה כך הוא ביחס לבני אדם הנתונים למשמורת, מצויים תחת חסותה, ואשר ביחס אליהם היא נושאת באחריות ישירה ומיידית. השמירה על כבודו של האסיר כאדם חורגת מעבר לעניינו של האסיר כפרט בלבד. היא עניינה של החברה כולה, הנושאת באחריות לעיצוב נורמות המוסר והאתיקה של הקרבה, הנוגעות לאדם באשר הוא אדם, והאסיר בכלל זה (ענין גולן, בעמ' 156). כך, הוכרה זכותו הבסיסית של כל אסיר בכלא לישון על מיטה, כחלק מהגנה על כבודו כאדם (ענין רופאים לזכויות אדם, בפסקה 14). נילוים לצרכים בסיסיים אלה גם צורכי אכילה, שתייה, בגדים נקיים, אויר חופשי, זכות למרחב מחייה מינימלי בתחומי הכלא, וטיפול רפואי אחראי. זכותו של אסיר לתנאי חיים מינימליים בכלא הוכרה, אפוא, כזכות חוקתית מוגנת שניתן לגרוע ממנה רק בהתקיים ערך נוגד בעל חשיבות מיוחדת ובעל משקל רב במיוחד, כגון מצב חירום חריג, העשוי להצדיק בנסיבות מסוימות פגיעה בזכות המוגנת. המדינה חייבת בכיבוד זכויות קיום מינימליות אלה של אסירים במשמורת, ועליה לגייס לצורך כך את התקציבים הנדרשים (ראו למשל, לענין מימוש זכות כל אסיר למיטה, ענין רופאים לזכויות אדם, שם).

34. מעבר לדאגה לתנאי הקיום המינימליים של אסירים המוחזקים במשמורת, אותם חייבת המדינה לספק גם במגבלות התקציב, קיימים רבדים נוספים של תנאי רווחה לאסיר, המצויים מעבר "לגרעין הקשה" של תנאי המינימום. בכלל רבדים אלה, מצויים עניינים הקשורים להקטנת הצפיפות בכלא, להרחבת מרחב המחיה הפיסי של האסיר בבית הסוהר מעבר לתנאי המינימום הקבועים בנוהלים, לשיפור תכניות הטיפול והשיקום של האסירים, להוספת תוכניות תרבות, העשרה והפעלה, להטבת רמת המזון והטיפול

הרפואי, ועניינים נוספים. סיפוק תנאים אלה, המצויים מעבר לאמצעי המינימום שיש חובה לספקם, הוא אופציונאלי בטיבו, ותלוי בסדרי עדיפויות לאומיים המשתקפים בתקציבי מוסדות המדינה. תנאי רווחה אלה לאסיר, החורגים מתנאי המינימום, ראוי שמדינה-רווחה תחתור ללא לאות לספקם לאסיריה. עם זאת, יכולתה לעשות כן תלויה במורכבות כלל הצרכים הלאומיים, ובמיקומו של נושא תנאי המאסר בבתי הסוהר בסולם הנושאים החברתיים שהמדינה נושאת באחריות להסדרתם, על פי חשיבותם היחסית בין כלל הצרכים הלאומיים. במציאות המורכבת של חיי החברה בישראל, על צרכיה החיוניים המגוונים, מתן עדיפות תקציבית להגדלת רווחת האסיר, מעבר לתנאי המינימום המתחייבים מכח הדין, איננו מובטח".

חובתו של שב"ס לשמור על חיי האסירים עליהם הוא אחראי מוצאת ביטויה, בין היתר, בנהלים שנקבעו לשמירה על חיי אסיר עם כוונות אובדניות "מניעת אובדנות – טיפול והשגחה", פקודה מס' 04.54.01, מתאריך 13.10.04. בפקודה נקבע כי "שירות בתי הסוהר רואה בשמירת חיי אדם וגופו ערך עליון ראשון במעלה ומחויב לשמור על חייו של אסיר כמיטב יכולתו".

כך, נקבעו מנגנוני בקרה ופיקוח בקרב צוותי הטיפול והביטחון לשמירה על חיי האסיר ובכלל כך, הוטלו מגבלות על אסיר הטעון השגחה. על מגבלות אלה נמנה הצורך בשיבוץ האסיר בתא השגחה או בתא פיקוח המצוידים בין היתר, בדלת כניסה שקופה בחלקה ובדלת מקלחת המאפשרת צפייה בראש וברגליים של אסיר הנמצא בפנים ככל הניתן ללא נקודת אחיזה, מצלמה המכסה את שטח התא ככל שניתן, למעט בשירותים ובמקלחת, למעקב אחר מצבו של האסיר וכן איסור על הכנסת דברים לתא מלבד שמיכה ומזרן.

צילום הפקודה 04.54.01, מצורף ומסומן מש/2.

89. על מרכזיותה של תכלית התיקון לפקודה בשמירה על חיי אסירים המצויים באחריות שב"ס, כמו גם על בריאותם, ניתן ללמוד מדברי ההסבר של החוק, פרוטוקולים של דיוני הכנסת וכן מההסדרים שנקבעו בחוק על מנת לקדם תכלית זו.

90. החובה לשמור על חיי האסיר, שלמות גופו ובריאותו הוסברה בהרחבה בדברי ההסבר המפורטים של החוק, וחודדה בהסדר בדבר הקושי להסתפק בהסדר הקיים בחוק זכויות החולה. אין בכך שחובה זו אינה רק תכלית בפני עצמה, אלא גם משרתת מטרות של שמירה על בטחון המדינה ותושביה, כדי לכרסם בלגיטימיות של חובה זו.

91. כך, למשל, חשיבותה של תכלית זו עולה מדברי השר לביטחון הפנים במהלך דיוני מליאת הכנסת להחלת דין רציפות על הצעת החוק מיום 6.7.2015:

"בבסיס ההצעה עומד הצורך להבחין בין שובת רעב לבין כל מטופל אחר שמסרב לקבל טיפול רפואי. פה זה שונה, גם בענייני האתיקה, שאתם הזכרתם, ולכן אנחנו לא מקבלים – לא מסכימים עם העמדה של ההסתדרות הרפואית. הצורך הזה, המקור שלו הוא בכך ששובת רעב בעצם לא מבקש למות, וזו לא המטרה של השביתה שלו, מבחינתו. הוא שואף לקדם את הנושא שלו, להעלות אותו לסדר-היום, אולי אפילו להביא לשחרורו, ולמנוע

מהמדינה לממש את חובתה להגן על אזרחיה. לכן, מלכתחילה הוא לא נמצא במצב של סכנת חיים, לפני השביטה, הוא גם לא רואה במוות תוצאה רצויה של המאבק שלו, אולי לכל היותר זה מחיר שהוא מוכן לשלם במסגרת המאבק הפוליטי שלו, כדי, כמובן, להשפיע ולהעצים את התהודה של המאבק הזה, אבל גם מהסיבה הזאת השיקול שעומד בביסוס הצעת החוק, שתומך בהצלת החיים שלו, כי הוא לא חפץ למות במקור, זה השיקול שצריך לגבור" (פרוטוקול ישיבה מס' 31 מליאת הכנסת ה-20, עמ' 98 (6.7.2015)).

"לסיום אומר שגם לפי עקרונות המשפט העברי – אגב, חבר הכנסת שרון גל וסיעת ישראל ביתנו – גם לפי עקרונות המשפט העברי, על המדינה מוטלת אחריות להציל את חייו של שובת רעב. גם אם זה נעשה בניגוד לרצונו. בשל האיסור על אדם לחבול בעצמו. גם אם זה נשמע יותר פופוליסטי. האמירות שאמרתם כאן. יש לנו חובה להושיט לאותו אסיר עזרה ולהציל את חייו גם בניגוד לרצונו. בדיוק כפי שהיינו עושים אם אותו אסיר היה מנסה להתאבד בתאר" (שם, בעמ' 101).

ראו גם דברי השר לביטחון הפנים, מדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה בהצעת התיקון לפקודה מיום 14.7.201, לאחר שהוחל עליה ההצעה דין רציפות:

"המטרה של החוק בסופו של דבר ובראשיתו של דבר היא להציל חיי אדם. שירות בתי הסוהר מופקד על שלומם של האסירים שנמצאים אצלו. האסירים שנמצאים במשמורת אצלו הגיעו לשם על פי חוק. ברגע שהם נמצאים אצלו על פי חוק, הוא אחראי לשלומם. בדיוק כמו שאם מחר סוהר יראה חס וחלילה. אסיר שמנסה להתאבד בתא שלו. לא משנה באיזו דרך. חובתו למנוע ולהציל את חייו של אותו אסיר. אותו דבר בדיוק גם אם מדובר בשביטת רעב. זה לא משנה אם אותה שביטת רעב מטרתה היא x או v".

"החובה שלנו לשלומם ולבריאותם של האסירים לא מחייבת אותנו להמתין עם אמצעי מניעה עד שחס וחלילה יקרה מוות כזה. אני לא מצליח להבין את הטיעון הסמוי בתוך השאלה. אנחנו לא צריכים כמדינה לחכות עד שמישהו ימות או יקרה לו נזק רפואי בלתי הפיך כדי לקדם את השגת הכלים שיאפשרו לנו למנוע את אותו נזק רפואי בלתי הפיך" (פרוטוקול ישיבה מס' 26 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, עמ' 4-3 (1.7.2015)) (ההדגשות הוספו – הח"מ)

ראו גם דבריו של יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, ח"כ דוד אמסלם, בדיון במליאת הכנסת מיום 29.7.2015:

"אני רואה את זה בזווית של קדושת חיים. מבחינתי, דרך אגב, קדושת החיים עולה על כל ערך אחר. כולל על ערך כבוד האדם.

לכן אני אומר: פה מדינת ישראל מובילה חוק שאני מבחינתי חושב שהוא צודק. אתם יודעים, אצלנו בתנ"ך יש פסוק שאומר: "לא תעמוד על דם רעך". רש"י אומר: מה זה לא תעמוד על דם רעך? זה בן-אדם שרוצה להרוג את עצמו, להתאבד, או שהוא נמצא במצב שהוא עלול למות, ואם אתה לא מסייע לו – אתה בעצם כאילו שותף להמתתו. לכן, אני באמת חושב שכל הדבר הזה מיותר. אני חושב שהחוק הזה הוא נכון. דרך אגב, אני משוכנע שהמשפחות של אותם אסירים – הילדים שלהם, ההורים שלהם – רוצים שיזינו אותם, כולל הם עצמם. אז רבותי, בואו, תורידו את המסכה. אנחנו בעצם מציעים כאן הצעת חוק לדעתי אנושית, אמיתית, שהיא לא פוליטית" (פרוטוקול ישיבה מס' 42 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, עמ' 664 (29.7.2015)).

וראו בהקשר האמור דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) שעמד בראש הצוות לגיבוש הצעת החוק הממשלתית, בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה בהצעת התיקון לפקודה מיום 14.7.2015:

"מה שיש כאן על השולחן ובשמו באים, להבנתי, אותם גורמים שהתנגדו לחוק בשיח איתנו, זה אותו ערך שאני לחלוטין לא מקל בו ראש. הערך של אוטונומיית האדם על גופו זה ערך מרכזי ביותר. זה בעצם מה שעומד מנגד. אנחנו באים ולכאורה מגיעים למצב שעושים טיפול בכפייה לאדם שהחליט שהוא רוצה לשובת רעב. אני תיכף אדבר על המטרה שלו. הערך הזה הוא לחלוטין לא קל ערך בעינינו, אנחנו חושבים שיש לו משקל רב, אבל אנחנו גם חושבים שכמו כמעט כל דבר בחיים, בטח בתחום המשפטי, אתה לא יכול לקדש ערך אחד לחלוטין ולזנוח ערכים אחרים. אנחנו צריכים למצוא את האיזון הנכון בין הערך הזה לבין ערכים אחרים"

[...]

"מנגד לערך הזה של אוטונומיית האדם על גופו יש גם ערך שנקרא חיי אדם. גם זה ערך בעינינו. חיי אדם, גם אם מדובר באסיר, גם אם מדובר באסיר ביטחוני, זה עדיין חיי אדם. כאשר מדינה בדין מחזיקה אדם, כאשר שירות בתי הסוהר מחזיק בדין אדם, הוא מחויב לשמירה על חייו ועל גופו. הזכיר השר את הנושא של התאבדות או משהו מהסוג הזה. אני רוצה להזכיר שיש לנו מקרים סוהרים שלא שמו לב בזמן עמדו לדין, בין משמעתית ובין פלילי, על כך שאסיר תחת ידם התאבד. יש מצבים שבהם הרשות, המדינה פוגעת בפרטיותו של אדם. פה אנחנו פוגעים באוטונומיה של האדם על גופו. יש מצבים שאם אדם מסוים מראה סימנים שהוא רוצה להתאבד, אז עושים מעקב 24/7. כשהמצלמות בתוך שירות בתי הסוהר 24/7 על אותו אדם, אתה פוגע לו בפרטיות בצורה אדירה. זאת פגיעה בפרטיות. למה עושים את זה? כי לא רוצים שיגיע למצב, למרות שיש פגיעה בפרטיות, של התאבדות. יש גם מצבים קיצונים ביותר, שאתה כבר שם אדם בתוך תא מאוד מיוחד שבו אין שום אמצעים שהוא יכול לשלוח יד בנפשו. מה אני רוצה לומר באמירות האלו? הפגיעה בערכים אחרים כדי להציל חיים זה לא דבר שהוא חדש פה. אנחנו עושים את זה ביום יום. אף אחד בשירות בתי הסוהר לא היה מעלה על דעתו שהיינו פוטרים את שירות בתי הסוהר או את הסוהרים אם אסיר תחת ידיהם היה מתאבד. כפי שאמרתי, כדי למנוע את זה אנחנו כבר היום נוקטים בצעדים שונים שפוגעים בצורה משמעותית ביותר, כמו המעקב של המצלמות 24/7 על תנועותיו. כבר היום הדבר הזה פוגע בפרטיותו".

(פרוטוקול ישיבה מס' 26 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, עמ' 4 (1.7.2015)) (ההדגשות הוספו – הח"מ))

92. על חשיבותה של תכלית זו ניתן ללמוד גם מההסדרים שנקבעו בחוק. כך, בקשת היתר למתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב, מוגשת בידי נציב שבי"ס בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהסמיכו לכך, מקום שרופא המטפל או רופא שטיפל לאחרונה בשובת הרעב, חיווה דעתו כי יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי אסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה (סעיף 19יג לחוק).

באופן זה, הפנייה לבית המשפט תלויה במצבו הרפואי הסובייקטיבי של שובת הרעב, בהתאם לנתונו האישיים ואינה תלויה בטיב השביתה ובמהותה, כאשר המבחן לפנייה הוא דחיפות הנושא בשל הסכנה העלולה להיגרם תוך זמן קצר ובשלב בו הפנייה נדרשת על מנת למנוע נזק חמור ולא קודם לכך.

בנוסף, המבחן למתן היתר לטיפול רפואי בניגוד לרצון השובת על ידי בית המשפט המחוזי, הוא כפול: אם מצא בית המשפט כי **בלא קבלת הטיפול יש אפשרות ממשית כי בתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה ובנוסף מצא כי הטיפול צפוי להיטיב עם האסיר** (19יד(א)(1)).

לא זו אף זו. ברשימת השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לתת היתר, מודגשים ההיבטים הרפואיים של הסוגיה ובכלל כך, מצבו הרפואי של האסיר, **הסיכונים והסיכויים של הטיפול הרפואי המבוקש ושל טיפולים רפואיים חלופיים**; **מידת הפולשנות של הטיפול והשפעתו על כבוד האסיר, ותוצאות הטיפול המבוקש** (סעיף 19יד(ד)(1)-(3)), ושיקולים אחרים באים בנוסף לאלה; בנוסף, לביצוע ההחלטה נקבע, בין היתר, כי **הטיפול שיינתן לאסיר בלא הסכמתו יהיה הטיפול הרפואי המינימאלי ההכרחי לפי שיקול דעתו המקצועי של המטפל, לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה** (סעיף 19טז(א)).

93. הנה כי כן, התכלית של שמירה על חייו של האסיר, תוך מזעור הפגיעה העולה להיגרם לאיכות חייו בשל נזקים רפואיים בלתי הפיכים שעלולים להיגרם לשובת הרעב, עומדת בבסיס החוק. המדובר בתכלית ראויה ויש בה כדי להצדיק את הפגיעה באוטונומיה של האסיר לשם הצלת חייו.

ודוק: אל מול הפגיעה באוטונומיה עומדת תכלית שמבקשת להגן על זכות יסוד לא פחות חשובה מהזכות לאוטונומיה והיא - הזכות לחיים וערך קדושתם של אלה.

על האיזון הנדרש בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות לחיים וערך קדושתם, נביא מפסיקתו של בית המשפט הנכבד בפסק הדין ב-ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, נ' מדינת ישראל. פסק הדין עסק בסוגיית המתות חסד בטרם נחקק חוק זכויות החולה או חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, אשר תיאר את הדברים כך-

20. "... בדורות האחרונים, עם ההתקדמות העצומה של הרפואה וצרכיה, בבעיות רבות ושונות העולות מתוך הניגוד שבין הערך של קדושת החיים לערך של מניעת סבל האדם וייסוריו וערכים ושיקולים נוספים, אך נקודת המוצא ואבן הפינה להתמודדות זו היו ונשארו עקרון העל של קדושת החיים, של שילוב הזכות והחובה של השמירה על צלם האלוקים של האדם".

24. "כלל גדול ויסוד מוסד בעולמה של הלכה כי חיי אדם המה מן הדברים שאין להם שיעור, הן מבחינת ערכם, והן מבחינת אורכם. חיי אדם אינם ניתנים למידה ולמשקל, וכל שניה של חיי אנוש ערכה הסגולי כחיים של שנים רבות וארוכות. וכך נפסקת ההלכה: "הגוסס הריהו כחי לכל דבר... והנוגע בו - הרי זה שופך דמים. למה זה דומה? לנר שמטפטף, כיון שיגע בו אדם - יכבה. וכל המעמץ (עוצם) עיניו עם יציאת הנפש - הרי זה שופך דמים, אלא ישהה מעט שמא נתעלף" (שבת, קנא, ב[ע]; רמב"ם, אבל, ד, ה[עא]; שו"ע, י"ד, שלט, א[ל]). גם הנר המטפטף - בוער, וגם הוא - יש בו כדי להאיר.."

25. "יחד עם זאת, ומתוך הכרתה של ההלכה בערך העל של חיי האדם, נקבע כי מותר לסכן חיי שעה של החולה, אם וכאשר הדבר נעשה כדי לאפשר לו לחיות חיים ארוכים, גם כאשר יש ספק אם אכן כתוצאה מסיכון חיי השעה יעלה ויצלח הדבר להבטיח לו חיים ארוכים (עבודה זרה, כז, ב[עד]; תוספות, עבודה זרה, כז, ב, ד"ה לחיי שעה[עה]; כתבי הרמב"ן, כרך שני (מהדורת שעוול, ירושלים, תשכ"ד), תורת האדם, עמ' כב ואילך[ו]); וראה, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (בעריכת ד"ר א' שטיינברג), כרך ד', ערך נוטה למות (תדפיס מוקדם), עמ' 45-48 פסקה ד' 4[מג]).".

37. " נושא שנדון בצורה נרחבת ביותר במערכות משפטיות אחרות. ההסבר לכך מובן ופשוט. במערכות המשפטיות האחרות נקודת המוצא היא האוטונומיה הפרטית של החולה, היינו רצונו של החולה, והמקרים שבהם אין מתחשבים ברצונו של החולה, היינו המקרים כפי שמכונים הם במשפטה של ארצות-הברית - כפי שנעמוד על כך בהמשכם של דברים - שבהם יש, *compelling state interests* הסייגים והיוצאים מן הכלל. משום כך צורך יש בדיון מיוחד כיצד ובאיזו דרך נוכל לעמוד על רצונו של החולה במקרה שהוא במצב שאינו כשיר, מי יביע את רצונו, וכיצד באלה. לעומת זאת, העקרונות שעל פיהם מוכרעת השאלה בעולמה של הלכה הם, בעיקרו של דבר, עקרונות-על אובייקטיביים של קדושת החיים, ייסוריו וסבלו של החולה, הבחנה בין אותנזיה אקטיבית לפאסיבית, הסכמתו או סירובו של החולה המסוים שלפנינו וכיצד באלה, ובאלה יש להכריע על-פי דרכי הפסיקה שבעולמה של הלכה, לפי קנה המידה של דרכיה דרכי נועם והכרעה לפי הסברא והשכל הישר, משימה שמוטלת היא, בראש ובראשונה, על הפוסק, על הרופא ועל הגורמים האחרים שעמדנו עליהם (וראה תשובתו של ר' משה פיינשטיין[סג] שדנה באיכות חייו של "צמח", שהובאה על-ידינו לעיל)..".

38. ".... וכן הוא לעניין הסכמת החולה לטיפול הרפואי. באופן עקרוני הטיפול הרפואי חובה הוא על הרופא ועל החולה. וחובה זו קיימת בראש ובראשונה כאשר הטיפול הרפואי בא להציל מסכנת מוות. פרט למקרים מיוחדים אלה של הצלה מסכנת מוות מיידי, נוספו לעיקרון זה סייגים במקרים שונים, שהלכו ורבו בדורנו, שבהם דרושה הסכמת החולה, ואין לבצע טיפול רפואי בניגוד לרצונו. האוטונומיה של הפרט מצויה היא במשפט העברי, במקרים רבים ומגוונים שעמדנו עליהם, שבהם דרושה הסכמתו של החולה לטיפול הרפואי ושהם נתונה לו הסמכות לסרב לקבלת הטיפול הרפואי. כפי שראינו, מושג זה התפתח במידה רבה בעולמה של הלכה דרך פסיקתם של פוסקים, עקב ההתפתחות העצומה שחלה בדורותינו באמצעים העומדים לרשות מלאכת הרופא והרפואה ומתוכה, ודרך התמודדותם של חכמי ההלכה עמהם. לעתים מזומנות יש שלא דעתו של הרופא קובעת בעניין ייסוריו של החולה אלא דעתו של החולה המטופל, שאסור "לצערו בידים", וחשיבות רבה נודעת להשפעה שיש על החולה בעצם הטיפול שנעשה שלא בהסכמתו: "שעצם מה שכן מכריחים אותו, יגרום לו סכנה". כך דרכה של הלכה, שמתפתחת ויוצרת היא תוך כדי פסיקתה ובמהלכה. בכל השאלות האלה וכיצד בהן, עדים אנו לפסיקה הלכתית הולכת וגוברת, הלכת ומתרבה, שבה מצויים חילוקי דעות הלכתיים לא מעטים בשאלות קשות ונוראות אלה של היחס בין קדושת החיים לבין מניעת סבל וייסורין, גופניים או נפשיים, על כל השלכותיהן וגוניהן, כרגיל וכמקובל בעולמה של הלכה".

הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

57. "במצוות המחוקק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עמדנו על ערכיה של מדינה יהודית ועל ערכיה של מדינה דמוקרטית בנושא רב ממדים ונורא הוד שבנושא רפואה, הלכה ומשפט. דיונו נעשה - כפי שכך צריך שיעשה - מתוך עיון מפורט וממצה במקורותיה של כל אחת משתי מערכות אלה, ומתוך כך עמדנו על עקרונות העל שבכל מערכת ומערכת ועל עיקרי דינים הנובעים מעקרונות על אלה, שיש שמרחיבים אותם ויש שמסייגים אותם. ולאחר העיון כאמור, מצוים אנו למצוא את הסינתזה בין המטרה הדו-ערכית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא: עיגון בחוקיה של מדינת ישראל את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מדרכה של סינתזה זו שמבקשת היא את המשותף שבין שתי המערכות, היהודית והדמוקרטית, את העקרונות המשותפים לשתייהן או שלפחות ניתן לשלב ביניהם. בעולמו של המשפט העברי מצאנו עקרונות-על שאינם שנויים

במחלוקת, וחילוקי דעות בעקרונות ובפרטי דינים שונים, וכך אף מצאנו בעולמן של מערכות דמוקרטיות שונות. חילוקי דעות אלה שבתוך כל מערכת ומערכת, יש שמקלים הם על השילוב שבין שתי המערכות ויש שמקשים הם על מציאת הסינתזה, ולא אחת אף עושים אותה בלתי אפשרית... [..]

"בנושאים עקרוניים אחרים שבטוגיית הרפואה והמשפט, מציאת הסינתזה אפשרית גם אפשרית היא, אך הדבר דורש ומחייב מתינות ועיון מרובים. כפי שראינו, הן מערכת המשפט העברי והן מערכת המשפט האמריקני מבחינות בין אותנזיה אקטיבית, שאסורה היא, לבין אותנזיה פאסיבית - "הסרת המונע" - שמוותרת; בין הימנעות מהארכת חיים מלאכותית מלכתחילה לבין ניתוק מהארכת חיים מלאכותית לאחר שכבר הוחל בה; בין טיפול שיגרתי לבין טיפול בלתי שיגרתי. כמו כן, ישנן דעות שונות וגישות שונות, בכל מערכת ומערכת, באשר לצורך בהסכמת החולה ובאשר לזכותו לסרב לטיפול, באילו מקרים ובאילו נסיבות, וכן באשר לנושאים רבים נוספים. אך קיים הבדל מהותי באשר לנקודת המוצא שבכל אחת משתי מערכות ערכיות אלה. עקרון העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שישודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוהים, שלאורו ולפיו חיי אדם - כל אדם באשר הוא ולפי שהוא - בריא ושלם בגופו ובנפשו או לקוי ופגום בהם - אין שיעור לערכם ואין מידה לאורכם. הגבלות וסייגים מותרים לעקרון קדושת החיים יסודם, בראש ובראשונה, בעיקרון של מניעת סבל וייסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצונו של החולה כאשר יש לכך השפעה על מצבו, של יישום הכלל "ואהבת לרעך כמוך" ועוד. לעומת זאת, נקודת המוצא במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקנית היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העיקרון של חירותו האישית; וזכות זו הוגבלה וסויגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד. ואך מובן הוא שלשוני בנקודת המוצא יש ונודעת חשיבות מרובה, במקרה זה או אחר, והרבה עיון ויישוב הדעת והלב דרושים כדי להגיע לכלל הסינתזה הנאותה שבין ערכיה של מדינה יהודית לבין ערכיה של מדינה דמוקרטית.

62. כפי שראינו, מקצתן של בעיות שבתחום המשפט והאתיקה הרפואית, תשובה להן מצויה בהוראות החוק הקיים והן נדונו בפסיקתם של בתי המשפט. אך רבות הן הבעיות שמצפות לדיון ולהכרעה בהן בבית-משפט זה, ומקצתן עלו בדיון בתיק שלפנינו. מובן ואין צורך לומר, כפי שכבר אמרנו והדגשנו בדברינו לעיל, שבכגון דא אין קובעים פתרונות מראש. התשובות יינתנו, ממקרה למקרה ומעניין לעניין, לפי הנסיבות והשאלות שיעלו בהם. המקור למציאתם של פתרונות ותשובות לכל אלה הן הוראות חוק - יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהימנו פינה והימנו יתד לדיון במכלול הבעיות האמורות, ששורה של זכויות יסוד קשורות ומעורבות בהן.

כפי שאמרנו בתחילתם של דברים, **נושאי סוגייתנו מעורבים ומשולבים בהם שורה נכבדה של זכויות יסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ההגנה על חייו, גופו וכבודו של האדם, וזכותו לחירות אישית. פרטיות וצנעת הפרט. מתוך עיוננו ראה ראינו שאכן כל זכויות היסוד האמורות עולות בנושא סוגייתנו. ערך העל של קדושת חיי אדם והחובה להגן על חייו וגופו על-ידי ריפוי; זכותו של החולה שלא להיפגע בגופו ללא הסכמתו. מעצם מהותו של הנושא שלפנינו, זכויות יסוד אלה, לעתים קרובות, נוגדות האחת את רעותה. כגון: החובה להגן ולרפא כנגד הזכות לסרב לטיפול רפואי; החובה לחדור לצנעת הפרט ולפרטיותו - על-ידי ניתוח או כל פעולה מחויבת אחרת - כדי להציל את חייו של אדם הנתונים בסכנה, על-אף אי-הסכמתו של האדם הנתון בסכנה להתערבות זו. במכלול זה של זכויות יסוד המתנגשות בינן לבין עצמן, קבעה מערכת המשפט העברי - במיוחד בדורות האחרונים עם ההתקדמות העצומה של הרפואה - שורה של כללי איזון, כללים שהם גופם ערכי יסוד, כגון: החובה למנוע ייסורין וסבל, גופניים או נפשיים; הכלל הגדול של "ואהבת לרעך כמוך"; ההבחנה היסודית בין החיים הטבעיים לבין הארכת חיים מלאכותית; והאוטונומיה של הפרט, במיוחד במסגרת התפתחותה של זו בפסיקתה של ההלכה בדורנו, לרגל ההתקדמות העצומה העומדת לרשות הרופא והרפואה. ערכים ואיזונים אלה פועלים, באופן עקרוני, גם בערכיה של מדינה דמוקרטית. השוני המהותי שבין מערכת הערכים של המשפט העברי ומערכת הערכים של מדינה דמוקרטית הוא בנקודת המוצא של כל אחת משתי שיטות אלה: בערך העל של קדושת החיים שישודו בבריאת האדם**

בצלם האלוקים, כפי שכך הוא בעולמו של המשפט העברי, ובערך היסוד של האוטונומיה של הפרט, בחירותו האישית, כפי שכך הוא בערכיה של מדינה דמוקרטית. שוני זה נועדה לו לעתים גם חשיבות מעשית; אך בדרך כלל - מכלול העקרונות והפסיקה בסוגייתנו שבשתי מערכות משפטיות אלה מאפשר מציאת סינתזה בין הערכים היהודיים והערבים הדמוקרטיים בסוגייתנו, ומציאת האיזון על-פי התנאים המפורטים בסעיף 8 לחוק - יסוד: כבוד האדם וחירותו. תוצאה מהותית של סינתזה ואיזון אלה הוא שאותגזיה אקטיבית אסורה היא בתכלית האיסור. על כל אלה, ויותר מהם, עמדנו במפורט בדיון שבסוגייתנו בערכיה של מדינה יהודית (פיסקאות 11-38) ובערכיה של מדינה דמוקרטית (פיסקאות 39-52), ובסינתזה שבין שתי מערכות ערכים אלה (פיסקאות 57-60), ולא נחזור ונדון בהם.

אך זאת נחזור ונציין. מתוך דברים שדנו בהם שעמדנו עליהם נמצאנו למדים שלא כל שם, כינוי ומטבע לשון - תוכם כבד. כך, המינוח בדבר הזכות למות יכול שייחפך - בלחץ ההגזמה בתיאוריה של האוטונומיה של הפרט, שלפיה הכול תלוי בחולה ובהסכמתו - לחובה למות, חובה שחש החולה, שלא במודע, מאחר שהרשות נתונה לו לכך, ובכך הוא מקל על קרוביו וידידיו. והוא הדין בעניין מטבע הלשון: למות בחסד; יותר מאשר חסד הוא לחולה, יכול שייחפך חסד לסובבים וסועדים אותו. ועוד יותר מכך הוא לענין המושג של הזכות למות בכבוד, שלדעת גדולים והוגים יש בו משום תרתי דסתרי, משום סתירה פנימית. מוות וכבוד אינם עולים בקנה אחד; חיים וכבוד - תואמים הם, כי עצם החיים, משום כבוד האדם יש בהם, כבוד האדם שנברא בצלם האלוקים.

דומה, שעקרון העל בפסיקה וההכרעה בסוגיות דגן הוא העיקרון הפסיקטי שקבע הרדב"ז [לו] באחד הנושאים החשובים שבסוגייתנו: ההכרעה צריך שתתקבל על-פי הכלל של "דרכיה דרכי נועם", ועל יסוד המטרה ש"משפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא". כך מצויים אנו מכוח הוראות חוק - יסוד: כבוד האדם וחירותו, על-פי תכליתו ומטרתו - עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית הם המה תשתית היסוד והמטריה הנורמטיבית של המערכת המשפטית במדינת ישראל, ועל-פי ערכים אלה יתפרשו עקרונותיה, חוקיה ודיניה.

ובטרם הכרעה, מן הראוי לחזור ולתת את הדעת, כפי שעמדנו על כך בדברינו (פיסקה 52), על ההצעה בדבר הקמתן של ועדות אתיקה בבתי החולים, שייסיעו לכל הנוגעים בדבר להכריע בשאלות העולות בסוגייתנו. בשאלות הרוות גורל אלה, שבהן משמשות כאחת בעיות משפט ומוסר, רפואה ופסיכולוגיה, הלכה ופילוסופיה, מן הראוי שייטלו חלק בהכרעתן, בנוסף על החולה עצמו כאשר כשיר הוא לכך, קרובי המשפחה, הרופאים המטפלים ורופאים נוספים, אנשי דת, משפטנים, פילוסופים ופסיכולוגים. עיון ודיון משותפים אלה יעלו ויבררו את פניה השונים של הבעיה העומדת להכרעה, איש איש לפי כישוריו והבנותיו, תוך שמירה על פרטיותו של החולה והריחוק מכלי התקשורת ובמהירות הדרושה, לפי המתחייב מעצם מהותן וטיבן של בעיות ומצבים אלה. והיה ויתעוררו חילוקי דעות בין חבריה של הוועדה, יובאו אלה להכרעתו של בית המשפט, אשר לביקורתו היא נתונה. ועדות אלה פועלות בארצות שונות, ובמיוחד בארצות-הברית, ומן הראוי שאף אנו ניתן דעתנו על הקמתן. ויפה שעה אחת קודם."

94. ודוק: חוק החולה הנוטה למות כפי שהתקבל בכנסת מבטא את עמדת המחוקק בדבר בכירותה של הזכות לחיים וערך קדושתם אל מול האוטונומיה של החולה בקביעת הסדר מפורש וספציפי שבו ניתן לסתור את חזקת הרצון לחיות המעוגנת בסעיף 4 לחוק האמור, ברצונו המפורש של המטופל למות בגלל מצבו הרפואי ומידת סבלו. יתר על כן, גם חוק החולה הנוטה למות, שנחקק ב 2005 (ואף שאין הוא רלוונטי ישירות לעניין שביתות רעב), מציב את קדושת החיים כעקרון יסוד, המתבטא הן בהגדרת חולה הנוטה למות כמי שתוחלת חייו קצרה רק "אם לא ינתן לו טיפול רפואי", וקובע, בסעיף 4, כי "חזקה על

אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת; לא הוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר - יש לנטות לטובת הרצון להוסיף לחיות".

לגבי שובתי רעב, כפי שנאמר כאמור, עד לשלבים מתקדמים מאד של שביתת רעב אין הם עונים להגדרת חולה הנוטה למות, ראשית, כיוון שאין הם סובלים מבעיה רפואית חשוכת מרפא וניתן למנוע את מותם על ידי הפסקת שביתת הרעב או מתן טיפול רפואי, ושנית, כיוון שלא ניתן להוכיח מעל לכל ספק סביר שאין הם רוצים להוסיף ולחיות – אלא דווקא ההיפך הוא הנכון. חפצי חיים הם, ומבקשים לחיות ולהגשים את מטרותיהם.

עוד אנו למדים מחוק החולה הנוטה למות, שגם לגבי אזרחים שאינם אסירים, מגבילה החקיקה בישראל במפורש את האוטונומיה שלהם בכל הקשור למועד ואופן סיום חייהם, וזאת אף במקרים שחלו במחלה חשוכת מרפא והם מבקשים את נפשם למות.

95. לצד תכלית זו, עומדת תכלית נוספת שעניינה שמירה על שלום הציבור וביטחונו מהשלכותיה של שביתת רעב המשמשת כלי בידי שובתי הרעב על מנת להביא לשחרורם של אסירים אלה חרף מסוכנותם לציבור ולביטחון המדינה.

96. דברי ההסבר התייחסו ונימקו תכלית זו כך:

"כאשר בבסיסה של שביתת הרעב עומדת סוגייה בעלת היבטים פוליטיים, הופכת שביתת הרעב לכלי מאבק שהוא פוליטי במהותו, ועל כן מעורבים בו ומושפעים ממנו ציבורים גדולים: ציבור המזדהים עם שובת הרעב מצד אחד וציבור המתנגד לדרישותיו הפוליטיות או שרואה את עצמו נפגע מהן, מן הצד השני. הוראות סעיף 15 לחוק זכויות החולה, כמפורט לעיל, עוסקות במערכת יחסים דו-צדדית, בין מטפל ומטופל, כאשר מוקד הסעיף (כמו גם במוקד החוק כולו) – טובתו הסובייקטיבית של המטופל המסוים בלבד, גם כשהיא מנוגדת לרצונו כפי שהוא מובע. לעומת זאת הוראות החוק [חוק זכויות החולה – הח"מ] אינן מתייחסות למאפיינים הייחודיים של שביתת הרעב גם בהיבט הלא-רפואי – כאשר התפתחותה של שביתת הרעב ותוצאותיה, לכאן או לכאן, מערבות קהלים גדולים יותר, ומשפיעות על התנהגותן או על זכויותיהן." (עמ' 765, מבוא לדברי ההסבר)

בנוסף, בהתייחס לסמכותו של בית המשפט לשקול שיקולים של פגיעה ממשית בביטחון המדינה, נאמר כך בדברי ההסבר:

"שביתת רעב של אסירים, על פי רוב, אינה נעשית כאקט פרטי לצורך השגת הישגים במישור האישי, אלא היא נעשית במסגרת מאבק ציבורי, בעל מאפיינים פוליטיים. משום כך, גם בהחלטה הנוגעת להתמודדות עם שביתת רעב, לא ניתן להתעלם מהיבט זה. כך למשל לעתים התעצמות

שביתת הרעב והחמרת מצבו של שובת הרעב עלולות להביא להתלהטות הרוחות בקרב קהלים מחוץ לבית הסוהר, ואף לגרום בסיטואציות מסוימות, לפגיעה בשלום הציבור על רקע הפרת סדר בהיקף רחב, או התפרצות של התנהגויות אלימות, כאות הזדהות עם שובת הרעב ועם מאבקו. מאחר שאחת ממטרותיה של שביתת הרעב היא לגרום לתופעות אלה ולהעצימן, מבקש החוק להביא שיקול זה בפני בית המשפט שידון בבקשת היתר לטיפול רפואי ולשיקול גם היבט זה. זאת במסגרת אחריות הרשויות להבטיח את שלום הציבור וביטחונו, ולמנוע ככל האפשר הסלמה של התנהגויות היוצרות סכנה בטיחותית" (עמ' 722 לדברי ההסבר).

על תכלית זו עמד השר לביטחון פנים, ג' ארדן, בדיוני הכנסת, בין היתר, כדלקמן:

"לא פחות חשוב מזה – יש לנו גם חובה לשמור על ביטחונם של אזרחי מדינת ישראל, ככל שעלולה להישקף להם סכנה עקיפה כתוצאה ממותו של אסיר ששבת רעב. וכמובן, מה שעלול להתפתח ביטחונית לאחר מותו של אסיר כזה – הפרות סדר, אם בתוך בתי-הכלא או ביהודה ושומרון או בכלל ברחבי מדינת ישראל.

כפי שאמרתי בהתחלה, שלא נתבלבל – האסירים הביטחוניים שובתי הרעב מעוניינים להפוך את שביתת הרעב לכלי שבאמצעותו הם מאיימים על המדינה". (מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 31 מליאת הכנסת ה-20, עמ' 101 (6.7.2015)).

וראו דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה:

"על השאלה אם מתו עד היום בשביתות רעב שהיו ב-3 השנים האחרונות התשובה שלי היא כפולה. ראשית כל, היו סיטואציות שבהן הצלחנו להתגבר על זה דרך ועדות האתיקה. אנחנו לא מוותרים על הפרוצדורה הזאת. אנחנו באים ואומרים שזה כלי נוסף לאחר מכן. ועדות האתיקה וכל הרצון להגיע לפתרון דרכן זה דבר שימשיך להיות קיים. הכנסנו את זה במפורש לחוק. הדבר הזה יהיה כלי נוסף למקרים שבהם אי אפשר ...

כי עובדה, וזה לא דבר שאני מגלה כאן סוד, שמדינת ישראל – הוזכר כאן קודם חאדר עדנאן – משחררת בסיטואציות כאלו שאתה מגיע למצב שאתה לא יודע בדיוק מה יקרה בהקשר מסוים. שביתת הרעב לא הייתה בלתי קשורה לשחרור המוקדם שלו. זה שיקול שאכן קיים. המדינה לא רוצה ולא צריכה להיות בהקשר הזה עם אקדח על הרקה: או שאני מת, או שאני משתחרר. אדם כמו חאדר עדנאן, שזה פעיל ג'יהאד איסלאמי שיש לו השפעה רבה לפי המידע שיש לנו – גם בית המשפט אישר אותו – לפגיעה בביטחון האזור, עשה מגוון פעולות ...

כשאתם באים ושואלים מה כבר קרה, אז התגובה שלי היא שתיים. אני לא מעוניין שאנחנו עכשיו נרוץ עם זונדות אחרי שובתי רעב. אני מקווה שזה לא יקרה. זה לא אמור לקרות ביותר מידי מקרים גם אחרי שהחוק יעבור. החוק הזה נועד לתת כלי נוסף בסיטואציות הריגות על-מנת לא להגיע לפתרון של שחרור אותו אדם שיש נגדו מידע שהוא עוסק בסרור. ההסדר הוא הסדר מאוזן" (פרוטוקול מס' 26 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת ה-20, עמ' 12-11 (14.7.2015))

בשל אורכם של הפרוטוקולים, מצורף בזה קישור מתאים לאתר הכנסת:
<http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawPrimary.aspx?t=laws&st=lawlaws&lawitemid=2000845>

97. לענין זה, כבר נקבע כי ניתן לפגוע בזכויות יסוד לשם תכלית ראויה של שמירה על חיון וכן מטעמים של ביטחון המדינה שאף הוא אינטרס שיש להתחשב בו בענין זה, "שהרי אדם נכלא בבית הסוהר, לא רק כעונש על עבירה, אלא כדי להגן על החברה מפניו" (ע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד (4) 503 (1996), בג"ץ 8630/04 ואנונו נ' מנהל בית הסוהר "שקמה", פסקאות 17-20 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא (בתוארו אז) מ' חשין (27.5.2005)). לענין, זה נביא מדבריה של כב' השופטת ע' ארבל ב-בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' השר לביטחון הפנים ואח', פ"ד ס"ב(1), 762, כדלקמן:

11. הפגיעה המתחייבת בזכויות האדם הנתונות לאסיר מקורה בעיקרה בהגבלת חירותו האישית, הנובעת מן המאסר. הגבלת יכולת התנועה של האסיר בכלא גוררת בהכרח גם פגיעה באותן זכויות אדם נילוות שמיושן מותנה בקיומה של חירות האדם, כגון הזכות לעיסוק במשלח יד, הזכות לפרטיות, ובמידה מסויימת גם הזכות לחופש ביטוי. פגיעה נוספת בזכות אדם של אסיר עשויה להתחייב להשגת תכלית שמירת הסדר, הביטחון והמשמעת בכלא, ולצורך הגנה על ביטחון יושביו. תכנה גם הגבלות הנובעות מצרכים אחרים הנעוצים באינטרס ציבורי כללי כבד-משקל, כגון שיקולים כלליים שבביטחון המדינה (פרשת דבורין, פסקה 14). עם זאת תכלית הפגיעה בזכויות האדם של האסיר לעולם אינה אמורה להוסיף על הענישה שנגזרה עליו בבית המשפט. הלגיטימיות שלה מותנית בכך שהיא מתחייבת כפועל יוצא משלילת החירות הנלווית למאסר, או שהיא נדרשת לצורך השגת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין ..."

98. מעמדו של האסיר כמי שאיננו עומד ברשות עצמו, וכמי שהאחריות לחייו ולשלומו מוטלת על שב"ס, כאמור משפיע ישירות על האופנים שבהם הוא רשאי להביע את

עמדותיו, וכפועל יוצא מכך, קיים צידוק להגביל זכות זו לשמירה על קדושת חייו ומניעת הנזק שעשוי להיגרם לו עקב כך, תוך מזעור הנזקים שעשויים להיגרם במישור ביטחון המדינה עקב היעדרות למבוקשו של שובת הרעב ושחרורו מהכלא חרף מסוכנותו.

הפגיעה בזכות החוקתית איננה במידה העולה על הנדרש:

99. לעמדת המשיבים הפגיעה בזכות הגלומה בחוק, איננה במידה העולה על הנדרש.

100. ראשית, לעמדת המשיבים מתקיים קשר רציונאלי בין התכלית לבין ההסדרים שנקבעו בחוק. ההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה תוחם את גבולותיו ליחס שבין המטפל-למטופל ונותן משקל מירבי לאוטונומיה של המטופל ואינו לוקח בחשבון היבטים ייחודיים לשובת רעב בכלל ולאסיר בפרט, הן בהיבט אחריות המדינה על האסיר; הן בהיבט מורכבות שאלת האוטונומיה של הרצון במצב של שביתת רעב של אסירים, שאין רצונם למות, כי אם רצונם בשחרורם מהכלא כחלק ממאבק של ארגון הטרור העומד מאחוריהם; והן בהיבט של השלכות השביתה על ביטחון המדינה במציאות הישראלית המורכבת.

כאמור, טיפול בסוגיה אך ורק באמצעות חוק זכויות החולה, בהתאם לאמור, יצר קשיים משמעותיים ואף הביא לכך כי טיפול רפואי ניתן לשובת רעב רק לאחר איבוד הכרה ובמצב של חירום רפואי מכוח סעיף 15(3) לחוק, באופן שלא ניתן היה להתערב ולמנוע נזקים בריאותיים לפני נקודה זו, ובאופן שבמוקדם או במאוחר – עלול להביא למותו של אסיר שובת רעב, אף שדבר זה טרם קרה, מסיבות שונות. יצוין, כי הטיפול הרפואי, המסודר ללא עוררין, שניתן להם, הוא רק אחת מהן, ולא דווקא הסיבה המכרעת לכך.

הפעלת ההסדר המאוזן שנקבע בחוק על מכלול הסדריו, לאחר שמוצו המאמצים לקבלת הסכמת האסיר שובת הרעב נותנת מענה להיבטים הייחודיים של הסוגיה ובכוחה לאפשר להאריך את חייו של אסיר שובת רעב ולשמור, ככל האפשר, על בריאותו, באופן שיאפשר לו להמשיך בחייו גם לאחר סיום השביתה, תוך מזעור הפגיעה העלולה להיגרם לאיכות חייו בשל נזקים רפואיים בלתי הפיכים שייגרמו לו בתקופה זו.

וידגש, אין בעמדת הר"י, המתנגדת נחרצות כי רופאיה יטלו חלק בהליך שנקבע בחוק, כדי לפגוע בקיומו של קשר רציונאלי כאמור בין התיקון לבין תכליתו. שכן, האמצעי שנבחר בחוק מבוסס על ההנחה כי עמדתה של הר"י, המבוססת על טיעונים אתיים לכאורה, היא שנויה במחלוקת: יש המצדדים בה ויש המתנגדים לה, כך שיהיו רופאים שרואים בערך קדושת החיים והצלתם שיקול מכריע בסיטואציות מורכבות אלה.

תפיסת העולם של הר"י בהקשר האמור אינה משקפת בהכרח את תפיסתו הערכית, המוסרית והאתית של כל רופא ורופא, או של מטפלים אחרים, אשר יתכן שלפי תפיסתם

ערך קדושת החיים עדיף על פני הפגיעה המידתית באוטונומיה של שובת הרעב - המטופל, ומצדיק פעולה שתכליתה קיום החובה האתית הראשונה במעלה - הצלת חיי אדם.

מכל מקום, וממילא, ככל שאף מטפל לא יסכים לקיים את ההיתר מכוח החוק, החוק לא יופעל ולא תיגרם פגיעה. כך או אחרת, אין באמור כדי לפגוע במסקנת המשיבים כי ההסדר הנבחר מקיים קשר רציונאלי עם תכלית החוק ומטרותיו.

101. ועוד. גם חוק זכויות החולה מאפשר לפגוע באוטונומיה של מטופל ככל שהוא מתנגד לטיפול רפואי, על ידי ההסדר שנקבע להחלטת ועדת האתיקה ובמצבי חירום רפואיים, ואף חוק החולה הנוטה למות מתיר לכבד רצונו של חולה שלא לקבל טיפול רק בנסיבות מוגדרות, ובכך יש ללמדנו כי גם בשדה הרפואה והאתיקה, הזכות לאוטונומיה איננה מוחלטת ונדרש לאזנה אל מול ערכים וזכויות אחרות. עוד יצוין, כי מדינות שונות בעולם עיגנו בחקיקה הסדרים מסוג זה לצורך התמודדות עם השלכותיהן של שבתות הרעב. ויודגש, כל מה שהחוק ביקש לעשות, הוא להקדים את נקודת הזמן של הטיפול, לאור הבעייתיות בסיכון של מוות פתאומי וכו'. שהרי, גם לפי חוק זכויות החולה, כשהאסיר מאבד את הכרתו, הרופא יטפל בו, גם אם רגע קודם לכן האסיר סירב להפסיק לשבות.

102. באשר לקיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה יותר, המשיבים סבורים כי החוק מקיים דרישה זו. ויודגש, "משמעות תנאי זה היא כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם מתונה, אך לאו דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 לה"ב לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל ואח' נ' היועץ משפטי לממשלה (פסקה 115 לפסק-הדין)).

בענייננו, עם הגיעו של שובת רעב למצב בו בתוך זמן קצר תהיה אפשרות ממשית כי תיגרם לו סכנת חיים או אפשרות ממשית כי תיגרם לו נכות בלתי הפיכה, וכל עוד שובת הרעב מתנגד לטיפול רפואי, ולעיתים גם לבדיקת מצבו הרפואי, הגם שאין רצונו בהכרח למות, הרי שהימנעות ממתן טיפול רפואי תוך כיבוד מוחלט של זכותו לאוטונומיה כפי שנעשה היום, בשים לב למגבלותיו של חוק זכויות החולה, עלולה בסבירות גבוהה ביותר לגרום לשובת הרעב נזק חמור ובלתי הפיך, ועד מוות. תוצאה זו, היא תוצאה חמורה וקשה, הן בהיבט קדושת החיים וחובת רשויות המדינה לשמור על חייהם של כלל האסירים הנתונים למשמורת השב"ס והן בהיבט התוצאתי של פגיעה בבטחון המדינה על כל הכרוך בכך, ובכלל זאת שלומם וחייהם של אזרחים נוספים, כתוצאה מכך.

103. אמנם כפי שנפסק על ידי בית המשפט הנכבד, "אין שביתת הרעב יכולה להוות גורם בהחלטה באשר לתקפותו של מעצר מינהלי כשלעצמו, דבר שהוא עירוב מין שאינו במינוי" (בג"ץ 3267/12 חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון (2012)), ואולם - ניסיון החיים מלמד, כי במצבים המתוארים היתכנות מותו של אסיר שובת רעב טומנת

בחובה פגיעה בביטחון המדינה בנגזרות שונות ובהיבטים שונים, אשר נמנעה על ידי שחרור ממעצר חרף המסוכנות הנובעת משובת הרעב.

לעניין זה, ראו את אף החלטתו של בית המשפט הנכבד שניתנה, אך לאחרונה, בעניינו של העצור מוחמד עלאן, בג"ץ 5580/15 ובג"ץ 5575/15 מוחמד נצר אלדין עלאן נ' שירות הביטחון הכללי ואח' (18.8.15), בה נקבע:

"בשלב זה מתלים אנו איפוא את צו המעצר המינהלי (ראו סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981); המשמעות היא כי הצו אינו מופעל עוד עתה. אין חולק כי העותר זקוק לטיפול נמרץ, ובשלב זה יישאר בטיפול נמרץ בבית החולים "ברזיל". בני משפחתו ומקורביו יוכלו לבקרו שלא כעצור, בכפוף להנחיות הרפואיות הרגילות לעניין ביקור חולים. ככל שיבקש העותר לאחר התיצבות מצבו לעבור לבית חולים אחר, יפנה לרשויות, וככל שיתעוררו קושי או אי הסכמה – דלתות בית משפט זה פתוחות. אנו יוצאים מן ההנחה, כמובן, כי ככל שיתברר חלילה שהמצב בלתי הפיך יבוטל הצו מיד, ולא נאריך".

104. ודוק: ההסדר שנקבע בחוק, מתחשב ברגישות הסוגיה וקובע שורה של מגבלות המצמצמות את הפגיעה בזכות, הן על ידי קביעת מבחנים מחמירים להפעלת ההסדר בחוק; הן בדרישות למיצוי הדרכים האפשרויות להשגת הסכמת האסיר; והן מבחינת הליך קבלת ההחלטה השיקולים אותם מצווה נשיא בית המשפט המחוזי לשקול; ויתרה מכך, הסמכות למתן היתר מתוחם וגדור למטפלים היתר מידתי ומותאם לסוג הטיפול הרפואי הנדרש.

מבחינת המבחנים שנקבעו, כאמור לעיל, הפעלת החוק תהיה מוצא אחרון, לאחר שכלו כל הקיצין ולאחר שמוצו ההליכים לפי חוק זכויות החולה ללא תוצאה מספקת. דברים אלה הובהרו היטב בדברי ההסבר לחוק, הקובעים כי פנייה לבית המשפט לקבלת היתר למתן טיפול בניגוד לרצון שובת הרעב הוא מהלך שצריך להיות מוצא אחרון בלבד, כאשר לא נותרה כל דרך אחרת.

כך, באותם מקרים בהם למרות כל מאמצי השכנוע עדיין לא ניתן לקבל את הסכמת האסיר, ייתכן שבית המשפט ישתכנע כי יש מקום לתת לאסיר טיפול בניגוד לרצונו באופן זמני, אשר יאפשר להאריך את חייו ולשמור, ככל האפשר, על בריאותו, תוך מזעור הפגיעה העלולה להיגרם לחייו או לשלמות גופו ואיכות חייו בשל נזקים רפואיים בלתי הפיכים שייגרמו לו בתקופה זו.

105. יודגש שוב, כי ההסדר הקבוע בתיקון מבקש להבטיח שההחלטה בדבר מתן היתר לטיפול רפואי תינתן על ידי נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו; באופן זה מובטח כי ההחלטה תינתן על ידי הערכאה שיפוטית בכירה מתאימה, בנוכחות הצדדים, כאשר האסיר יהיה

מיוצג וכאשר כל הנתונים יובאו בפני בית המשפט אשר יוכל לשקול את השיקולים המתאימים ויערוך ביניהם את האיזון הנדרש, כמצוות המחוקק וכמומחיותו ותפקידו.

כל זאת - בשונה מהמצב היום על פי חוק זכויות החולה, בו ועדות אתיקה נדרשות להכריע בסוגיות שחורגות מתחום מומחיותן הרגיל, וקיים קושי לכינוסן התדיר בעיתים של שביתות רעב ממושכות או מרובות משתתפים; ההליך בוועדת אתיקה הוא הליך מגשר בעיקרו, בפועל, אשר מנוהל בדלתיים סגורות לפי הוראת תקנות זכויות החולה, כיאה להליך שהוא חלק בלתי נפרד ממכלול הטיפול הרפואי - אך בשל כך אינו נהנה משקיפות, ותוצאותיו אינן מתפרסמות בציבור.

106. המשיבים יטענו כי בשים לב לאינטרס הציבורי המובהק בשמירה על חיי האסיר מחד גיסא, ובשמירה על ביטחון הציבור בנגזרות שונות ובהיבטים שונים, מאידך גיסא, ובהתחשב בהיות הפגיעה מוגבלת ומידתית, בשים לב לתנאים ולמגבלות שנקבעו בחקיקה, החוק הינו חוקתי ואינו מגלה עילה משפטית להתערבות בו.

107. זה המקום לציין, כי בשים לב לכך שהעתירות הוגשו מיד לאחר אישור התיקון בכנסת, וזאת עוד בטרם הבשילו הנסיבות לעשיית שימוש בהסדר החקיקתי שנועד לאפשר מתן טיפול רפואי לסוגיו השונים לאסיר שובת רעב, בהינתן התנאים המוקדמים המנויים בחוק, נדרשו המשיבים במסגרת גיבוש עמדה זו, בין היתר, לשאלת העיתוי והפורום בו תיבחן חוקתיות החוק על הסדריו השונים.

לענין זה, נדרשו המשיבים בין היתר, לחוות דעתו של כב' הנשיא א' גרוניס (בתוארו דאז) ב-בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת ואח' (פורסם בנבו), באשר לעיתוי הראוי לבחינה החוקתית, ור' סעיף 16 לחוות הדעת האמורה.
בהינתן סד הזמנים הדוחק, בו יתכן ויעלה הצורך, לפנות לנשיא בית המשפט המחוזי, לשם מתן היתר על פי החוק, מקום בו עלול להימצא שובת רעב תוך פרק זמן קצר, לשם מתן מענה רפואי דחוף, עלול להיווצר קושי בהידרשות לשאלות החוקתיות מהסוג המובא לפתחו של בית משפט נכבד זה, לא ביקשו המשיבים לדחות את העתירה בשלב זה לנוכח עיתוי הגשתה כאמור ובהיעדר קיומה מערכת נסיבות קונרטית, החיונית לצורך הכרעה בחוקתיות הסדר כזה או אחר.

ה) אתיקה רפואית

108. בהתייחס לטיעון האתי המועלה על ידי הר"י, הארגון סומך ידיו על שתי הצהרות של הסתדרות הרופאים הבינלאומית (WMA), אשר מעצם מהותו של הארגון ותכליתו

המוצהרת נועדו לשמש ככלי מנחה ומסייע במישור האתי עבור רופאים הנדרשים להתמודד עם המצב המורכב שנוצר בעת שביתת רעב של אדם, לרבות אסיר.

בהתאם, הרי שלהצהרות אלו אין כשלעצמן תוקף משפטי מחייב ברמה מדינתית. עוד נבהיר מדוע, גם לאור תוכןן של ההצהרות, לא מתקיימת התנגשות חזיתית, כפי שהעותרים מבקשים לצייר, בין ההסדר החוקי הישראלי להצהרות ה-WMA. בהקשר זה, יוזכר כי גורמים שונים בזירה הבינלאומית, לרבות טריבונלים שונים נתנו דעתם להצהרות אלו כמקור פרשני ומנחה בעל חשיבות רבה, אולם אין אחידות בפרשנות הניתנת להצהרות אלו ובאופן יישומן.

כך לדוגמא, בית הדין האירופי לזכויות אדם מאזכר הצהרות אלו והוראותיהן, אך לבסוף מכריע כי קיומו של צורך רפואי עשוי להצדיק הזנה בכוח בנסיבות מסוימות כפי שיפורט. מנגד, נציבות זכויות האדם של האו"ם גוזרת מהן איסור לפרקטיקת "הזנה בכוח" ומחויבות לכבד את רצונו של השובת שלא לקבל טיפול רפואי. גם המשפט המשווה מצביע כאמור על שוני רב ביחסן של מדינות ופרשנותן.

109. יתרה מזאת, כפי שצוין הרי שגם ברמה האתית, ישנה קשת של עמדות, ועמדתה של הרי"י שנויה במחלוקת ויש המתנגדים לה, גם בתוך ציבור הרופאים והמטפלים. נתון זה עמד ביסוד הדיונים בכנסת. רק לאחרונה, פורסם והופץ נייר עמדה עליו חתומים גורמים בכירים ביותר, כמפורט להלן, לפיו במצבי קיצון, כאשר כלו כל הקיצין, ולאחר שנעשו כל מאמצי השכנוע האפשריים לקבל הסכמתו של שובת הרעב להפסיק את שביתתו, וכאשר נשקפת סכנת ממשית ומוחשית לחייו אם ימשיך בשביתה, גוברים הערך המוסרי של שמירה על חיי האדם והחובה המקצועית-אתית של הרופא להציל את חייו, על פני פגיעה ברצונו האוטונומי של שובת הרעב.

על נייר העמדה חתומים מבכירי הרופאים, המשפטנים, המומחים לאתיקה ולביו-אתיקה והפילוסופים בישראל: פרופי יחיאל בר-אילן מהפקולטה לרפואה ע"ש סקלר (ביואתיקה); עו"ד ד"ר עפרה גולן-משפטנית וביואתיקנית המכהנת בין היתר כיו"ר ועדות אתיקה במספר בתי חולים בארץ; פרופסור (אמריטוס) שמעון גליק מהפקולטה למדעי בריאות באוני' בן גוריון בנגב ובעבר דיקן הפקולטה; פרופסור מיכאל גרוס - ראש המחלקה ליחסים בינלאומיים באוניברסיטת חיפה ומומחה באתיקה; פרופסור יונתן הלוי-מנכ"ל המרכז הרפואי שערי צדק; ד"ר מרדכי הלפרין-רופא ומשפטן, מנהל מכון שלזינגר, במרכז הרפואי שערי צדק, ובעבר הממונה על אתיקה במשרד הבריאות; פרופסור מיכאל וינגרטן - משנה לדיקן - הפקולטה לרפואה בגליל, אוניברסיטת בר אילן ולשעבר יו"ר איגוד רופאי המשפחה בישראל; פרופסור מיכאל טל-יו"ר הועדה האתית למחקרים בהם מעורבים בני אדם, האוניברסיטה העברית; שופט בית המשפט העליון בדימוס, צבי טל; פרופסור רבקה כרמי-נשיאת אוניברסיטת בן גוריון בנגב, ורופאה גנטיקאית; פרופסור אסא כשר - פרופסור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב-חתן פרס

ישראל, ועורך ראשי של האנציקלופדיה העברית המקוונת; די"ר גיל סיגל – רופא ומשפטן, ראש המרכז למשפט רפואי, ביו-אתיקה ומדיניות בריאות בקריה האקדמית אונו, וחבר המועצה הלאומית לביו-אתיקה; פרופסור צ'ארלס ספרונג - מנהל היחידה לטיפול נמרץ במרכז הרפואי הדסה, ויושב ראש בעבר לוועדות אתיקה בחברות בינלאומיות לרפואה דחופה; פרופסור קרל סקורצקי - יו"ר המכון הרפואי למחקר ע"ש רפפורט, הטכניון; פרופ' מישל רבל – מכון ויצמן, חתן פרס ישראל, ולשעבר יו"ר המועצה הלאומית לביואתיקה, בעת הקמתה; פרופסור פרד רוזנר - לשעבר פרופסור בפקולטה לרפואה ע"ש אלברט אינשטיין ובפקולטה לרפואה הר סיני בניו יורק, ויו"ר ועדת האתיקה למדינת ניו יורק; פרופסור (אמריטוס) מנחם רקובר, -אוניברסיטת בר אילן, יועץ המשפטי לממשלה במשפט עברי, וחתן פרס ישראל; פרופסור אברהם שטיינברג- מנהל היחידה לאתיקה רפואית במרכז הרפואי שערי צדק, נוירולוג ילדים, חתן פרס ישראל, ויו"ר-עמית של המועצה הלאומית לביו-אתיקה; פרופסור עמוס שפירא- דיקן הפקולטה למשפטים במרכז האקדמי כרמל, חיפה, ולשעבר דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

צילום נייר העמדה, מצורף ומסומן מ/ש/3.

110. אם כן, כללי האתיקה המקצועית של ארגון הרופאים הבינלאומי (ה-WMA), אשר מהווה ארגון בינלאומי עצמאי של רופאים המייצג איגודי רופאים בכל העולם, וכן הקוד האתי של ארגון ההסתדרות הרפואית בישראל - הר"י - קובעים קווים מנחים אתיים-מקצועיים לרופאים, אשר נועדו לשמש בעת טיפול בסוגיות רפואיות מורכבות, ובכלל זה במקרים של שביתות רעב.

111. הצהרת טוקיו משנת 1975 והצהרת מלטה משנת 1991, מתייחסות לנורמות האתיות לאורן רופא נדרש להתמודד עם שביתות רעב. יודגש, כי שתי הצהרות אלו עודכנו בשנת 2006 בתגובה ישירה לפרסומים אודות פרקטיקות שנקטו להתמודדות עם שביתות רעב של אסירים ברחבי העולם, לרבות פרסומים אודות מקרים בהם אסירים שבתו רעב במחאה על עינויים שעברו, ורופאים נתבקשו לאושש ולהחיות אותם כדי שניתן יהיה להמשיך בביצוע העינויים. למותך לציון כי אין דבר וחצי דבר בין הפרקטיקות העולות מהפרסומים באותה עת לבין החוק בענייננו, תכליתו ומטרותיו.

הצהרת טוקיו משנת 1975

112. הצהרת טוקיו של ארגון ה WMA עוסקת במתן הנחיות לרופאים האוסרות על מעורבותם בעינויים או ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה אחרת במסגרת מאסר או מעצר (בשמה הלועזי - Guidelines for Medical Doctors concerning Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in relation to Detention

and Imprisonment). בתוך כך, ועל רקע הפרסומים כאמור, ההצהרה אף מתייחסת לסוגיה של שביתות רעב של אסירים.

113. לפי סעיף 6 להצהרה כאשר אסיר מסרב למזון (nourishment) ורופאו מזהה אותו כבעל יכולת לקבל החלטה רציונאלית בנוגע להשלכות של סירובו מרצון לקבל הזנה, אין להזינו באופן מלאכותי ("shall not be fed artificially"). יחד עם זאת, **אין בסעיף זה התייחסות לטיפולים רפואיים אחרים ביחס לשובתי רעב שאינם מהסוג של הזנה מלאכותית, כמו למשל ביצוע בדיקות רפואיות על מנת לעמוד על מצבו של האסיר.**

114. על מנת לאשר הימנעות מטיפול מהסוג שתואר, ההחלטה לגבי כשירותו השכלית של האסיר לקבל החלטה כזו צריכה להיות מאושרת על ידי רופא עצמאי נוסף אחד לפחות וכן יש לוודא ששובת הרעב מבין את ההשלכות של בחירתו שלא לקבל טיפול.

115. כאמור, **הצהרה זו מתייחסת לפרקטיקה שיתכן וקיימת במקומות מסוימים בעולם, של הזנה בכוח כאמצעי ענישה או עינוי או כאמצעי לשבירת רוחו של אסיר שובת רעב,** וכחלק מעינויים, ולא, כפי שקובע החוק מושא עתירה זו, המאפשר מתן היתר לטיפול רפואי על מנת להציל את חייו של שובת הרעב או למנוע ממנו נכות חמורה, בניגוד ברור למקרים אליהם כוונה ההצהרה. כפי שהובהר לעיל, מתן עירוני באמצעים מלאכותיים היא טיפול רפואי **מקובל ויומיומי.** אמנם, ניתן להשתמש באמצעים רפואיים גם למטרות לא רפואיות ואף לשם עינוי, אולם כפי שהודגש חוזר והדגש לעיל, אין החוק דגן עוסק **אלא בטיפול רפואי, שמטרתו להיטיב את מצבו של האסיר שובת הרעב,** ולמנוע ממנו נזקים בלתי הפיכים ומוות.

הצהרת מלטה משנת 1991

116. הצהרת מלטה של ה-WMA עוסקת באופן מקיף וממוקד בשביתות רעב מרצון, לא רק אלו המבוצעות על ידי אסירים, ומגדירה עקרונות וקווים מנחים שנועדו לסייע לרופאים להתמודד עם הדילמות המורכבות המתעוררות בעת טיפול בשובתי רעב.

117. הצהרה זו מפרטת בהרחבה את הדילמה בה רופא נמצא, בבואו לאזן בין חובת גמילות החסדים והרצון להציל חיים, לבין כיבוד האוטונומיה של שובת הרעב, ובוחנת את משמעות הכלל האתי הבסיסי ברפואה - **"ראשית אל תזיק"** (Primum Non Nocere) - בהקשר של שביתת רעב.

מנוסח ההצהרה ומעצם הצורך בה עולה כי יש דעות שונות בנושאים אלה, וכי ההצהרה מנסה להציע הנחיות להפעלת שיקול הדעת האישי והמצפון בנושא זה.

על הדעות האתיות השונות בנושאים אלה, ובפרט בישראל, ראו בסעיף 109 לעיל. עוד יוזכר, כי אף מסמך הרקע הנלווה להצהרה עומד על כך שמדינות שונות מאמצות מדיניות

שונה להתמודדות עם שביתות רעב וכי יש מדינות בהן רופאים עשויים לעמוד לדין אם אינם מתערבים ומעניקים טיפול לצורך הצלת חיי שובת רעב. בתוך כך, מובהר כי על הרופאים לדעת כיצד עליהם לנהוג ולהבהיר זאת לשובת על מנת שיוכלו לקבל החלטה בהתאם.

ההצהרה קובעת, כי "הזנה בכוח" (Forcible feeding) אינה מקובלת מבחינה אתית (קו מנחה מספר 13), אולם ההצהרה גם מבחינה בין הזנה בכוח כאמור, לבין "הזנה מלאכותית" (Artificial feeding) ומגדירה התייחסות שונה לשני מצבים אלה.

לפי מסמך הרקע הנלווה להצהרה, הצהרת מלטה מאפשרת לרופא מרחב פעולה ושיקול דעת להחליט במקרים מסוימים על ביצוע "הזנה מלאכותית" שאינה כרוכה בשימוש בכוח. היתר זה רלוונטי בעיקר למקרים בהם מתעורר ספק האם החלטתו של האסיר הינה החלטה מדעת, או אם עולה ספק אם החלטתו נובעת מרצונו האישי החופשי, ותוך הכרה מפורשת של ההצהרה בכך ששובתי רעב אינם רוצים למות, בדרך כלל, ושבשביתות קולקטיביות ובמצבים קבוצתיים אחרים, לחץ קבוצתי יכול להוות גורם המשפיע על שובת הרעב ומקשה על היכולת לאתר את רצונו האמיתי (סעיף 1, המבוא להצהרה). לפי מאמר הרקע להצהרה, "הזנה מלאכותית" משמעה מתן הזנה ונוזלים באמצעות עירוי, או צינור אף-קיבה (זונדה).

118. יש להבהיר, כי הפעולה אליה מתייחסת ההצהרה כבלתי אתית, הינה הזנה בכוח (קו מנחה 13), ואף נקבע כי הזנה מלאכותית בהסכמתו המפורשת או המרומזת של שובת הרעב מקובלת מבחינה אתית (Artificial feeding with the hunger striker's explicit or implied consent is ethically acceptable).

119. כאמור, בהצהרה מודגש, כי לעיתים ישנו קושי באיתור רצונו האמיתי של שובת הרעב, ובפרט בנסיבות של אסירים, בין יחידים, ויותר מכך - בקבוצות. כמו כן, ככל ששובת הרעב לא השאיר הוראה מפורשת לפיה אין לטפל בו גם אם מצבו ידרדר, אזי הרופא רשאי להעניק לו טיפול לפי שיקול דעתו, והרופא רשאי אף לשקול את מידת תקפותן של הנחיות מוקדמות שניתנו במסגרות מאסר "משום שאין זה תמיד ברור האם ההוראות המקדימות של שובת הרעב נעשו באופן חופשי ועם מספיק מידע על ההשלכות" (סעיף 1 במבוא). הווה אומר, ההצהרה אמנם מניחה שאין לתת טיפול - בכוח לאסיר שובת רעב המתנגד לכך, אך אינה אוסרת באופן נחרץ מתן כל טיפול שהוא, ומכל מקום גם ההנחיה האמורה מלווה בסייג לפיו נדרש שבחירת האסיר שלא לקבל טיפול תהיה מפורשת ומבוססת על הבנה מלאה ורציונאלית של השלכות מעשיו.

120. כאמור, ארגון ה-WMA מגדיר עצמו כארגון אשר מטרתו לקדם את הסטנדרט האפשרי הגבוה ביותר לאתיקה רפואית באמצעות הנחיות המופצות לחבריו דרך הצהרות

והחלטות שונות. יחד עם זאת, הארגון איננו מציג עצמו, ולא בכדי, ככזה המתווה את הנורמות המשפטיות לאורך יש לבחון את פעולותיהם של הרופאים.

על כך ניתן ללמוד ממטרת הארגון, כפי שזו מפורסמת על ידי הארגון באתר האינטרנט שלו:

"As an organization promoting the highest possible standards of medical ethics, the WMA provides **ethical guidance** to physicians through its Declarations, Resolutions and Statements. These also help to guide National Medical Associations, governments and international organizations throughout the world."

121. עינינו רואות, כי אף ה-WMA עצמו אינו תופס את תפקידו אלא כמי שמנחה אתית את מי שמשתייכים אליו ולא כמי שמתווה את גבולות המותר והאסור המשפטיים.

(ו) הצהרות טוקיו ומלטה בראי הדין הבינלאומי

122. אף בחינת מישור הדין הבינלאומי והמשפט המשווה מעלה כאמור, כי אין אחדות בדין הבינלאומי ביחס לפרשנות הניתנת להצהרות אלה ולאופן יישומן, זאת מבלי לגרוע מהמשקל שניתן במישור הבינלאומי להצהרות אלה כמקור אתי פרשני ומנחה, ולכבוד הקיים, ללא ספק, גם בדין הישראלי ואף בחוק הנדון עצמו, למעמדם של כללי האתיקה של הרופאים ולמצפונם האישי של מטפלים.

123. כך לדוגמה, בית הדין האירופי לזכויות אדם בוחר לאזכר הצהרות אלו והוראותיהן בפסיקותיו, אך לבסוף הכריע כי קיומו של צורך רפואי עשוי להצדיק "הזנה בכוח", כך למשל בפסק הדין בענין - (Rappaz v. Switzerland, (application no. 73175/10), ECHR) 111 (2013), 26/03/2013).

המישור המשפטי

124. הגורמים השונים אשר נדרשו לשאלה המחייבת איזון עדין של התמודדות עם אסיר שובת רעב, ובפרט בהיותו נתון למשמורת מדינתית, ראו במתן טיפול לאסיר שובת רעב סוגיה מורכבת המחייבת איזון עדין, נוכח הקונפליקט שסוגיה זו מעוררת בין הצורך להגן על זכויות של האסיר שובת הרעב כנגזרת מזכותו לאוטונומיה על גופו, ואף בהתאם לזכותו לבריאות, לזכותו לכבוד ולכך שלא יהיה נתון ליחס משפיל או לעינויים, לבין החובה הפוזיטיבית של המדינה להגן על הזכות לחיים, בריאותם ושלומם של מי שנתונים תחת משמורתה, גישה אשר במידה רבה אף עולה בקנה אחד עם זכות האסיר לכבוד.

125. יצוין, כי זכויות אלו מנויות בין היתר באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (ICCPR), באמנה לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (ICESCR), וכן באמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (CAT), בהן חברה ישראל ומשכך מחויבת להוראותיהן. זה המקום להבהיר, כי מדינת ישראל מכבדת ומקיימת את מחויבויותיה בהתאם למשפט הבינלאומי. כך גם באשר לאיסור עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל, המעוגן, בין היתר, במסגרת אמנת האו"ם נגד עינויים (CAT). כפי שמציינים אף העותרים ב-בג"ץ 5994/15 (בסעיף 66), הדין הישראלי קובע איסורים חד משמעיים על עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל. לעמדת המשיבים, הרי שהתיקון הנדון אינו סוטה מאיסורים אלו; זאת, בין היתר, נוכח תכליותיו ומטרותיו של החוק, הצורך הרפואי העומד בבסיס התנעת ההסדר הקבוע בו, והערובות הרבות הקבועות בו הבאות להבטיח, בין היתר, את אופן יישומו הפרטני.

126. ככלל, ובניגוד למשל לאיסור הברור והמפורש על עינויים או יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל אחר, המקבל אף ביטוי בתכליתן של ההצהרות האתיות המתוארות מעלה, הרי שלא קיים כלל פרטני במשפט הבינלאומי אשר אוסר, כעניין עקרוני, מתן טיפול בכלל, או אף הזנה מלאכותית, לאסיר השובת רעב, בניגוד לרצונו. בהתאם, לאורך השנים התגבשו נורמות שונות אשר הותירו מרחב לשיקול דעת מסוים של המדינות ויישומן אינו אחיד.

127. דוגמא לכך ניתן לראות בהמלצה שפרסמה ועדת השרים של מועצת אירופה (Council of Europe – Committee of Ministers) בשנת 1998 - המלצה R(98)7 העוסקת בהיבטים האתיים והניהוליים של שירותים רפואיים בבתי סוהר. המלצה זו היא הצהרה איזורית המקדישה חלק נפרד לעניין סירוב לקבלת טיפול רפואי ושבייתת רעב של אסירים. ככלל, ההמלצה קובעת כי יש להתחשב בחופש ההסכמה של האסיר לקבלת טיפול. יחד עם זאת, ההמלצה מותירה שיקול דעת רחב למדינות לקבוע בעצמן את המדיניות הרצויה ביחס לנושא הזנה בכוח של אסירים וקוראת לרופאים לפעול לפי החקיקה הלאומית.

בדו"ח של הנציבות האירופית של האיחוד האירופי (The European Commission) אשר התפרסם בשנת 2009 נבחנה בין היתר מידת יישום הצהרת מלטה והמלצת ועדת השרים של מועצת אירופה בקרב מדינות האיחוד האירופי¹. בדו"ח נערכה בדיקה בקרב חלק ממדינות האיחוד האירופי באשר לעמידתן בסטנדרטים בינלאומיים לעניין תנאי מאסר של אסירים. בין היתר, נבחן האם מדינות האיחוד מציינות להצהרת מלטה ולהמלצת מועצת אירופה על ידי אימוץ חקיקה מתאימה או מדיניות שאוסרת על האכלה בכוח במצבים של שביתת רעב.

¹ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0012/JLS-DC-FR_IRCP41_en.pdf

מהדו"ח עלה כי מתוך 24 מדינות האיחוד האירופי שנבדקו, 15 מדינות לא יישמו את הצהרת מלטה ואת המלצת מועצת אירופה וכן לא אימצו חקיקה האוסרת על הזנה בכוח של אסירים במקרי שביתות רעב.

128. אכן, ועל רקע ההתפתחויות שהביאו אף לעדכון הצהרות ההסתדרות הרפואית הבינלאומית משנת 2006, גורמים שונים בזירה הבינלאומית, לרבות ועדות האו"ם האמונות על יישומן של אמנות זכויות האדם המוזכרות, דווחי או"ם ונציבות זכויות האדם של האו"ם הביעו ביקורת נוקבת על הפרקטיקה של "הזנה בכוח" ובפרט כאשר היא נעשית בניגוד לרצונו של האסיר ותוך שימוש באמצעים ודרכי הזנה פוגעניים ולא מידתיים העלולים להגיע לכדי מעשי השפלה ועינוי של האסיר. זה המקום להבהיר כי מדובר במסמכים שונים שעל אף חשיבותם הרבה ומעמדם כמקור פרשני הרי שמבחינה משפטית אלו אינם בעלי מעמד מחייב. אך חשוב מכך – הפרקטיקות שמבקשים גורמים אלו למנוע ולבער הן אותן פרקטיקות שתכליתן פוגענית והאמצעים הננקטים ליישומן עולים כדי יחס אכזרי, בלתי אנושי השפלה או עינוי – פרקטיקות האסורות גם בראיית המשיבים תחת האיסור על עינויים ויחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל בו מחויבת ואותו מכבדת ישראל.

129. לצד זאת, מוסדות שיפוטיים בינלאומיים, ובפרט בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY), במסגרת איזון כלל השיקולים שהובאו בפניהם, הבנת המורכבות והצורך באיזון בין ערכים מתנגשים, התירו מתן טיפול, ובפרט הזנה בכפיה, לאסיר נגד רצונו. כך למשל, בית הדין האירופי לזכויות אדם הכיר בכך כי בעוד שהפרקטיקה של הזנה בכפיה טומנת בחובה אלמנטים משפילים, הרי שכאשר זו ננקטת מטעמים רפואיים ובנסיבות מתאימות כפי שיפורט, לא ניתן לראות בה הפרה של האיסור על יחס משפיל, בלתי אנושי או לעינוי.

נבהיר, כי פסיקתם של טריבונלים אלו אמנם אינה מחייבת את ישראל, אך מעמדם הרם וחשיבותם כמקור פרשני אינה מוטלת בספק.

130. אם כן, בית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר פועל מכוח האמנה האירופאית לזכויות אדם, נדרש לא אחת לשאלת חוקיות "הזנה בכוח" של אסירים ודרך ביצועה. במסגרת זו, התחדדה השאלה המשפטית באשר לאיזון הראוי בין הזכות שלא להיות נתון ליחס משפיל, בלתי אנושי או עינויים (המעוגנת בסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם מכוחה הוקם ופועל בית הדין) לבין סעיף 2 לאמנה, המחייב לכבד את זכותו של כל אדם לחיים, בפרט החובה הפוזיטיבית הקמה למדינה בסיטואציה בו נתון האדם למשמורתה.

131. בית הדין האירופאי לזכויות אדם אישר בהזדמנויות שונות פרקטיקה של מתן טיפול לאסיר שובת רעב, בניגוד לרצונו, תוך התווית עקרונות מנחים להפעלה של אמצעי שכזה. עקרונות, אשר כפי שיוסבר בהמשך עומדים גם בבסיס ההסדר הישראלי.

132. נקודת המוצא עליה התבססו החלטות בית הדין האירופי כאמור, הינה כי בעוד שהפרקטיקה של "הזנה בכוח" של אסיר היא בעלת אלמנטים משפילים (degrading elements) אשר בנסיבות מסוימות עלולים להיחשב כהפרה של האיסור על יחס משפיל, בלתי אנושי או לעינוי, הרי שפעולה מטעמים רפואיים לא יכולה לכשעצמה להיחשב כבלתי אנושית או משפילה.

כך, בפסק הדין בעניין *Nevmerzhitsky v. Ukraine* של בית הדין האירופי לזכויות אדם, משנת 2005, נקבעו עקרונות מנחים לאורם יש לבחון את חוקיות השימוש בהזנה בכוח, כדלקמן:

"93. The Court notes that in previous case-law the Commission held that the "forced-feeding of a person does involve degrading elements which in certain circumstances may be regarded as prohibited by Article 3 of the Convention". When, however, as in the present case, a detained person maintains a hunger strike this may inevitably lead to a conflict between an individual's right to physical integrity and the High Contracting Party's positive obligation under Article 2 of the Convention – a conflict which is not solved by the Convention itself" (see *X v. Germany* (1984) 7 EHRR 152). The Commission reiterated that "under German law this conflict ha[d] been solved in that it [was] possible to force-feed a detained person if this person, due to a hunger strike, would be subject to injuries of a permanent character, and the forced-feeding [was] even obligatory if an obvious danger for the individual's life exist[ed]. The assessment of the above-mentioned conditions [was] left for the doctor in charge but an eventual decision to force-feed [could] only be carried out after judicial permission ha[d] been obtained" (ibid.). The Commission also found that the applicant's allegations of being subjected to ill-treatment while being force-fed on hunger strike were unsubstantiated, as the applicant had failed to prove that the manner of his force-feeding amounted to torture, inhuman or degrading treatment or punishment (see *Petar Ilijkov v. Bulgaria*, no. 33977/96, § 1, Commission decision of 20 October 1997). It further had due regard to the Recommendations of the Committee of Ministers, the Reports of the CPT and the World Medical Association in respect of the force-feeding of detainees (see paragraphs 64-65 and 68-69 above.

94. The Court reiterates that **a measure which is of therapeutic necessity from the point of view of established principles of medicine cannot in principle be regarded as inhuman and degrading. The same can be said about force-feeding that is aimed at saving the life of a particular detainee who consciously refuses to take food.** The Convention organs must nevertheless satisfy themselves that the medical necessity has been convincingly shown to exist (see *Herczegfalvy v. Austria*, judgment of 24 September 1992, Series A no. 244, p. 26, § 83). **Furthermore, the Court must ascertain that the procedural guarantees for the decision to force-feed are complied with.**

Moreover, the manner in which the applicant is subjected to force-feeding during the hunger strike shall not trespass the threshold of a minimum level of severity envisaged by the Court's case law under Article 3 of the Convention. The Court will examine these elements in turn."

1333. ואלה העקרונות בהתאם לפסק הדין:

- (1) ישנה הוכחה משכנעת שקיים צורך רפואי בטיפול;
- (2) עמידה בפרוצדורה נאותה (ערוכות פרוצדורליות);
- (3) אופן היישום והאמצעים הננקטים אינם עולים כדי יחס משפיל, אכזרי או עינוי.

134. בהקשר זה, יבקשו המשיבים לחדד כי בניגוד לאופן הצגת הדברים על ידי העותרים, אף הלכת Nevmerzhiitsky של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, אשר פועל מכוח האמנה האירופאית לזכויות אדם, מאפשרת מתן טיפול רפואי בניגוד לרצונו של אסיר שובת רעב, בהתקיים תנאים מסוימים. יצוין, כי במקרה זה מצא בית הדין האירופאי כי מתן ההזנה במקרה זה לא עמד באותם מבחנים שפורטו מעלה, בפרט בהתייחס להוכחת צורך רפואי, ולכן נקבע כי מדובר בהפרת האיסור על עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל אחר.

נציין כי בעוד שפס"ד נברמינצקי ניתן בשנת 2005, קודם לעדכון הצהרות ההסתדרות הרפואית הבינלאומית, הרי שבפסק דין עדכני יותר – משנת 2013, העוסק בהתנהלותה של שויץ ביחס לאסיר במשמורתה, חזר בית הדין ואישר הלכה זו על שלושת מבחניה (Rappaz v. Switzerland, (application no. 73175/10), ECHR 111 (2013), 26/03/2013).

135. במקרה שהובא בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי של יוגוסלביה לשעבר (ICTY) בדצמבר 2006, הלה חזר על ההלכה שנפסקה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, כפי שהיא מובאת לעיל, לפיה "הזנה בכוח" אינה נחשבת מעשה של עינוי או טיפול משפיל או בלתי אנושי אם קיים "צורך רפואי" לבצעה (medical necessity), אם ההחלטה לבצע את ההזנה נעשתה בהליך ראוי ואם הדרך שבה מתבצעת ההזנה בכוח היא לא בלתי אנושית או משפילה.

לפיכך, בית הדין פסק כי על הרשויות להעניק לנאשם טיפול רפואי (כולל הזנה בעירווי drip-feeding) כאשר קיים צורך רפואי בכך) שנועד להגן על בריאותו ורווחתו וכדי להימנע ממוות. כל זאת בכפוף לכך שפעולותיהם לא נעשות בניגוד לסטנדרטים הבינלאומיים המקובלים של כללי האתיקה הרפואיים או הכללים המחייבים במשפט הבינלאומי:

Prosecutor v. Seselj, case no. IT-03-67-T (Urgent Order to the Dutch Authorities Regarding Health and Welfare of the Accused)(6.12.06)

Prosecutor v. Seselj, Para 13: "The Chamber requires that all authorized measures be taken to medically intervene in the interests of protecting the health and welfare of the Accused and to avoid loss of life, even if this would include drip-feeding". See Also Para 15(1): "The Chamber orders the authorities of the Kingdom of Netherlands: 1. to provide medical services ... with the aim of protecting the health and welfare of the Accused and avoiding loss of life, to the extent that such services are not contrary to compelling internationally accepted standards of medical ethics or binding rules of international law."

136. המשיבים יטענו כי ההסדר המשפטי שנקבע בדין הישראלי עומד בשלושת הסטנדרטים אשר נמנו לעיל ובהשוואה למדינות אחרות, מגשים בצורה מיטבית את התפיסה המשתקפת כאמור לעיל.

137. כך - ההסדר הישראלי נכנס לפעולה, רק ואך ורק, במועד ובעיתוי בו רופא סבור כי בתוך זמן קצר יש אפשרות ממשית כי תיגרם סכנה לחיי האסיר או שכאמור עשויה להיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה (סי'19ג(א) לחוק);

ההסדר מעוגן בדין המדינתי ועוצב כך שהוא דורש הוכחה משכנעת, באמות מידה משפטיות, על מנת להוכיח את הצורך הרפואי להפעלתו (סי'19ד(א) לחוק);

שיטת הטיפול נקבעת על ידי בית המשפט, אשר הוסמך להגדיר בפירוש כי יינקטו אמצעים מסוימים ולא אחרים (סי'19ד(ו) לחוק);

וכן - יש הוראות מפורשות ביחס למקום הטיפול, ביחס לזהות נותן הטיפול, ומגבלות ביחס לשימוש בכוח, שנועדו כולן למזער ככל שניתן את הפגיעה בזכויות האסיר שובת הרעב.

וכן, החוק מעניק בכורה לאמצעי של השגת הסכמת שובת הרעב לטיפול ולאפשרות כי יטופל על בסיס יחסי האמון השוררים בין מטפל למטופל, או על בסיס החלטות של ועדת אתיקה, ככל שאפשר.

בהתאמה, נקבע כי היתר למתן טיפול רפואי לא יינתן אלא לאחר שבית משפט מחוזי שוכנע כי מוצו מאמצי ההידברות עם האסיר, וכי נעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמתו של האסיר, ולהשיג את שיתוף הפעולה שלו בקבלת הטיפול.

בנוסף, החוק אינו מחייב מטפל לתת לאסיר שובת רעב טיפול רפואי לפי החוק (סעיף 19טז(ה) לחוק) ובכך מתיר לו לפעול לפי מצפונו. החוק גם פוטר מפורשות מטפל ומוסד רפואי מאחריות בניזיקין בגין מילוי אחר היתר בית המשפט לפי החוק (19יז(א) ו(ב)).

138. הנה-כי-כן, הצהרות מלטה וטוקיו מהוות עמדה אתית של ההסתדרות הרפואית העולמית, והן משקפות את תפישת גורמי הרפואה, המבקשים לוודא כי מקצוע הרפואה, והשירותים המקצועיים של הרופאים, לא ישמשו לעינויים, או לצורך קידום אינטרסים פוליטיים, נגד טובתו של מטופל.

עם זאת, הצהרות אלה אינן משקפות את מכלול השיקולים והנסיבות, לרבות מגוון הטיפולים הרפואיים אשר ניתן להעניק, בכל הנוגע למצב הייחודי של שביתות רעב עליו עמדנו בתגובה זו, ואף אינן לוקחות בחשבון את אחריותה וחובתה של המדינה לחייהם ולשלומם של אסירים הנמצאים במשמורת חוקית. הראינו כי טריבונלים שנדרשו לבצע איזון כאמור בין מכלול השיקולים, הכריעו לטובת התרת הטיפול בנסיבות המתאימות.

139. כאמור, עמדתה של הר"י שנויה במחלוקת, ויש המתנגדים לה, גם בתוך ציבור הרופאים והמטפלים. נתון זה עמד ביסוד הדיונים בכנסת. רק לאחרונה כמפורט לעיל, פורסם והופץ נייר עמדה לפיו במצבי קיצון, כאשר כלו כל הקיצין, ולאחר שנעשו כל מאמצי השכנוע האפשריים לקבל הסכמתו של שובת הרעב להפסיק את שביתתו, וכאשר נשקפת סכנת ממשית ומוחשית לחייו אם ימשיך בשביתה, גוברים הערך המוסרי של שמירה על חיי האדם והחובה המקצועית-אתית של הרופא להציל את חייו, על פני פגיעה ברצונו האוטונומי.

140. לאחר שעמדנו על גבולות ההסדר ומידתיותו, דומה כי קריאתו של פרופ' אבינועם רכס, אז יו"ר הלשכה לאתיקה של הר"י, במאמרו שהתפרסם בעיתון "הארץ" בתאריך 14 לאוקטובר 2012, נענתה ואף מעבר לכך:

<http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1841569>

"בהצהרת טוקיו הסעיף החשוב ביותר קובע כי הרופא יחליט כמיטב הבנתו ומצפונו הרפואי כיצד להמשיך ולטפל באסיר שובת הרעב לאחר שזה איבד את הכרתו. זאת מתוך שמירה על רצונו של האסיר שובת הרעב כפי שזה הביע אותו בפניו במהלך שביתת הרעב. כל החלטה שיקבל הרופא תוביל בהכרח לגינויו - בין שיכבד את זכות השובת למות ברעב ובין שיחיה אותו נגד רצונו.

אם תתקיים שוב שביתת רעב המונית של עצירים או אסירים ביטחוניים תעמוד ישראל בפני דילמה אתית קשה ביותר, שיש לה השלכות מיידיות במישור המדיני הבינלאומי. יש הכרח דחוף, לדעתי, להקים ועדה רב-תחומית הכוללת את נציגי משרד המשפטים, משרד הבריאות, ההסתדרות הרפואית בישראל ונציגי הארגונים לזכויות אדם כדי לגבש מדיניות לאומית מוסכמת

לקראת אירוע שכזה. אל נשאיר זאת למצפוננו המקצועי של הרופא הבודד, שיעמוד בפני הכרעה בלתי אפשרית.

141. ניכר, כי עמדתה הנוכחית של הר"י נותנת משקל מוחלט לאוטונומיה של שובת רעב ומבכרת אותה על פני זכות היסוד לחיים ולערך של קדושת החיים. קשה להלום, כיצד עושה הר"י אבחנה זו בין אדם המבקש להתאבד ומצהיר בדבר רצונו המפורש במוות - וזוכה לטיפול על ידי הרופאים בניגוד לרצונו המפורש שהובע במעשה שעשה לשם קיפוד חייו, לבין שובת רעב ששאלת האוטונומיה שלו מורכבת ביותר וקיימת חובה על הרופאים, אף לפי הצהרת מלטה, לברר את רצונו האמיתי לאשורו ומדי יום, אשר רצונו אינו במוות ומחאתו והשימוש שהוא עושה בגופו ובחייו, משרת אינטרסים זרים לבריאותו
142. הנה-כי-כן, אף לאור ניתוח הנורמות הבינלאומיות שגובשו בנושא, דין טענותיה של הר"י נגד התיקון בחוק מושא העתירה להידחות.

(ז) בהתייחס לבקשה לצו ביניים

143. המשיבים יטענו כי דין בקשת העותרים למתן צו ביניים להידחות בכללותה; שכן ביסודה היא בקשה למתן צו שיפוטי שיורה, כי עד להכרעה בעתירה יש להשהות את תוקפה של חקיקה, תוך ביטול חזקת החוקתיות המתלווה לה. וכל זאת, עוד בטרם נדונה העתירה לגופה וטרם נדרש בית המשפט הנכבד לטענות הצדדים.
144. הדברים מקבלים משנה תוקף במקום שבו מדובר בבקשה למתן צו ביניים המבקש להתלות חקיקה ראשית של הכנסת, ובפרט שאושרה בתהליך ממושך וממצה.
- על יסוד הלכה מושרשת זו, דחה בית המשפט הנכבד שורה של בקשות למתן צווי ביניים, שהוגשו לצד עתירות חוקתיות במטרה להשהות את תוקפה של חקיקה ראשית חדשה. כך היה לדוגמה בעניין העתירה שביקשה להביא לביטול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 3.11.2002), החלטה מיום 7.3.2002); כך בעניין חוק יישום תכנית ההתנתקות שהוזכר לעיל (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פד נט (2) 481, 749 (2005)); וכך גם בעניין שתי העתירות שביקשו להביא לביטול חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פד סא (2) 202 (2006), החלטה מיום 9.11.2003, ובג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.12), החלטה מיום 16.1.07).

כמו-כן, ראו את החלטת בית המשפט הנכבד, שניתנה אך לפני כחודשיים, בבג"ץ 6133/14 גורביץ ואח' נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.14), במסגרתה נדחתה בקשה למתן צו ביניים בעניין הקפאת הרפורמה החקיקתית ברשות השידור. וכך קבע בית המשפט הנכבד (כב' השופט נ' סולברג): "אין מקום למתן צו ביניים, ולו מן הטעם שמדובר בבקשה להשעיית תוקפו של חוק, ואין הצדקה לכך".

145. המשיבים יטענו כי בקשתם האמורה של העותרים למתן צווי ביניים מעניקה משקל זניח לעקרון הפרדת הרשויות ולמרכזיותו בשיטתנו החוקתית. היא טומנת בחובה את האפשרות כי רצונה של הכנסת, בהיותה בית הנבחרים בישראל, יסוכל באחת במסגרת הליך מקדמי (ראו לעניין זה: 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26 (1998); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57 (1996)).

146. בנוסף, וכפי שקבעה כב' השופטת אי חיות בהחלטה מיום 10.8.2015, אין מקום לצו ביניים גם בשל כך שהמסלול הקיים בחוק, מאפשר פניה לבית משפט מחוזי ודיון שיפוטי במסגרת פורום זה, ולפיכך, וודאי שאין הצדקה למתן צו ביניים כמבוקש.

(ח) סיכום של דברים

147. עמדת המשיבים כי דין העתירה להידחות.

148. המדובר בתיקון חוקתי, שאינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש ועומד בתנאי פסקת ההגבלה.

היום, כ"ה אלול תשע"ה

09 ספטמבר 2015


 יוכי גנסינ, עו"ד
 מנהלת תחום בכירה (ענינים מינהליים)
 בפרקליטות המדינה


 ערין ספדי-עטילה, עו"ד
 סגנית בכירה א' (בפועל)
 בפרקליטות המדינה