



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5304/15

בג"ץ 5441/15

בג"ץ 5994/15

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט מ' מזוז

העותרת בבג"ץ 5304/15 : ההסתדרות הרפואית בישראל

העותרים בבג"ץ 5441/15 : 1. ארגון מיזאן לזכויות האדם  
2. ארגון יוסף אלצדיק לתמיכה באסיר

העותרים בבג"ץ 5994/15 : 1. רופאים לזכויות אדם - ישראל  
2. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל  
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
4. יש דין מתנדבים למען זכויות אדם

נגד

המשיבים בבג"ץ 5304/15 ובבג"ץ 5441/15 : 1. כנסת ישראל  
2. השר לביטחון פנים  
3. נציב שירות בתי הסוהר  
4. היועץ המשפטי לממשלה  
5. שירות הביטחון הכללי

המשיב 3 בבג"ץ 5441/15 : שירות הביטחון הכללי

המשיבה בבג"ץ 5994/15 : מדינת ישראל

עתירות למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות : ד' בתשרי תשע"ו (17.09.15);

י"ב באדר א' תשע"ו (21.02.16)

בשם העותרת בבג"ץ 5304/15 : עו"ד ארנה ליץ; עו"ד תמר וינטר-קמר;

עו"ד יעל סטמטי; עו"ד מוריה גליק; עו"ד תמר הלוי

בשם העותרים בבג"ץ 5441/15 : עו"ד דורג'אם סייף; עו"ד עומר ח'מאיסה

בשם העותרים בבג"ץ 5994/14 : עו"ד תמיר בלנק

בשם המשיבה 1 בבג"ץ 5304/15

ובבג"ץ 5441/15 : עו"ד גור בליי

בשם המשיבים 2-4 בבג"ץ 5304/15,

המשיב 3 בבג"ץ 5541/15

והמשיבה בבג"ץ 5994/15 : עו"ד ערין ספדי-עטילה

## פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. לפנינו עתירות לביטול החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), תשע"ה-2015 (להלן החוק), העוסק ב"מניעת נזקים בריאותיים לאסיר שובת רעב" ומאפשר, במקרים מסוימים, לכפות טיפול רפואי על אסירים שובתי רעב חרף סירובם. במסגרת העתירות נדונה, בין היתר, שאלת חוקתיותו של סעיף 19(ה) לחוק, המורה כי במסגרת בקשת היתר לטיפול רפואי ישקול בית המשפט "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, ככל שהובאו לפניו ראיות לעניין זה".

רקע

ב. הזכות להסכמה מדעת לטיפול רפואי הוכרה ברבות השנים כאחת מזכויות היסוד של האדם כחלק מזכותו לחירות. לפיכך, ככלל, יכול אדם לסרב לטיפול רפואי, לרבות להזנתו (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993)).

ג. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן חוק זכויות החולה) נועד "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו" (סעיף 1 לחוק). על פי סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה", וזאת בכפוף לחריגים המנויים בסעיף 15 לחוק זכויות החולה, המאפשרים – בתנאים מסוימים – הזנה בכפיה. ועדות אתיקה, שהוקמו מכוח חוק זכויות החולה, פועלות בתוך בתי החולים (ראו סעיף 24 לחוק זכויות החולה וכן תקנות זכויות החולה (דרכי מינוי, תקופת כהונה, וסדרי עבודה של ועדות אתיקה), תשנ"ז-1996). תפקידן לאשר במקרים מסוימים למטפל ליתן למטופל טיפול נגד רצונו. ועדת אתיקה מורכבת מיושב-ראש שהוא משפטן הכשיר להתמנות כשופט מחוזי, שני רופאים מומחים בתחומי מומחיות שונים, עובד סוציאלי או פסיכולוג, נציג ציבור או איש דת. בהתאם לחוק זכויות החולה (תיקון מס' 6), התשע"ד-2014, הורחב הרכב ועדת האתיקה כדי לכלול גם אחות מוסמכת. נקבע כי

במקרה שהדעות בועדה שקולות לעניין פניה לפי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, יראו את החלטת הועדה כהחלטה שלא לאשר למטפל לתת למטופל טיפול בניגוד לרצונו.

ד. שביתת רעב היא אמצעי מחאה שבאמצעותו מבקש שובת הרעב להשיג מטרה מוגדרת. שביתות רעב של אסירים חוזרות ונשנות מדי פעם במציאות הישראלית. בשנים האחרונות נשנתה התופעה בקרב אסירים ועצירים בטחוניים חברי ארגוני טרור – אם קבוצתית ואם אינדיבידואלית. היא קיימת, אם כי בהיקף קטן, גם בקרב אסירים ועצירים שאינם בטחוניים. אף ששביתת רעב, כשלעצמה, אינה בעיה רפואית או מחלה, התמשכותה גורמת בהכרח לבעיות רפואיות קשות ולעתים בלתי הפיכות לשובת הרעב, ואף למותו – אם לא יינתן לו טיפול רפואי. בעולם הרפואה שוררת עמימות מדעית מסוימת בכל הנוגע להיבטים הרפואיים של שביתת הרעב, כמו גם באשר לטיפול בה; אין כלים מדעיים או ניסיון מדעי שמכוחם ניתן לבסס חוות דעת רפואיות בדבר תוחלת החיים של שובת רעב. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, לאחר 55-75 ימים של שביתת רעב מוחלטת נמצא האסיר בסכנת מוות מוחשית. עוד מצוין בהצעת החוק, כי אין עדות בעולם לשביתת רעב מלאה ורצופה של למעלה מ-75 ימים שלאחריה נותר שובת הרעב בחיים (ראו דברי ההסבר להצעת החוק הצעות חוק הממשלה (תשע"ד-2014) 763, 870). שביתות הרעב מחייבות, מטבען, מעקב וטיפול רפואי.

ה. עובר לחקיקת החוק, לא כלל ספר החוקים הוראה המסדירה אפשרות לכפות הזנה מלאכותית על אסירים שובתי רעב; ממילא אף לא הוגדרו בחוק הישראלי המונחים "שביתת רעב" או "שובת רעב". עד לחקיקת החוק, ולמעשה אף לאחריה, כפי שנראה בהמשך תוך דוגמאות, נעשה הטיפול הרפואי באסירים או עצורים שובתי רעב על פי חוק זכויות החולה, בדומה לטיפול רפואי בחולים המסרבים מדעת לקבל טיפול הנחוץ להם, כולל שובתי רעב שאינם אסירים. ואולם, במצבים של שביתות רעב ממושכות, בפרט אם הן חלקיות, קיים קושי רפואי לקבוע את המועד בו נכנס שובת הרעב למצב של "סכנה חמורה", שהוא תנאי לכינוס ועדת האתיקה לפי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. בניסיון להתמודד עם הקושי האמור, פורסם בחודש אפריל שנת 2012, בעיצומו של גל שביתות רעב של אסירים ועצירים מנהליים, "תדריך לטיפול רפואי בשובת רעב (כולל עצירים ואסירים)" מטעם משרד הבריאות. בתדריך נקבע קו מנחה שלפיו כעבור 26 עד 30 ימי שביתת רעב, מלאה או חלקית, עלולה להיות סכנה לחיי שובת הרעב או סכנה שמא תיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה.

ו. בחוק זכויות החולה נכללת אפשרות לכפות טיפול רפואי על אדם לאחר אישור ועדת האתיקה לכך. בשנים האחרונות דנו ועדות האתיקה, שהתכנסו בהתאם לחוק זכויות החולה, בבקשות לטיפול באסירים שובתי רעב. בכל המקרים הסכימו האסירים השובתים לקבל טיפול רפואי ללא כפייה. בסופו של יום, אף לא אסיר אחד נפטר כתוצאה מכך ששבת רעב. זאת, באמצעות דיאלוג שהתפתח בין חברי ועדת האתיקה לבין שובתי הרעב – דיאלוג שהתבסס על יחסי אמון קרובים שבין מטפל למטופל. ביום 24.2.2013 פרסם ד"ר מיכאל דור, אז ראש אגף רפואה כללית במשרד הבריאות, הנחייה למנהלי בתי החולים הכלליים, שלפיה יש לאשפז אסירים בטחוניים ששובתים רעב מעל ל-28 ימים גם אם הם מתנגדים לקבל טיפול רפואי, וכן אסיר ששובת רעב מתחת ל-28 ימים, ככל שמצבו הרפואי מהווה סכנה לחייו. כפי שגם יפורט, היו בתקופות האחרונות מספר מקרים שהגיעו לכלל עתירה בבית משפט זה (בג"צ 452/16 עלאן נ' שידות הביטחון הכללי (14.8.15) (להלן עניין עלאן); בג"צ 3267/12 אלקיק נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (4.2.16) (להלן עניין אלקיק)). כולם נסתיימו באופן זה או אחר של הסדר מוסכם שבסופו נסתיימה שביתת הרעב; עוד ראו בג"ץ 3267/12 עלאחלה נ' המפקד הצבאי לאיו"ש, פסקה כ"ה (2012).

ז. בטרם נבוא אל פרטי החוק, ולשם בהירות הסוגיה, נסביר בשלב זה מהי הזנה בכפייה. זהו טיפול רפואי בגדרו מוחדרים מלאכותית מזון ונוזלים לגוף המטופל בניגוד לרצונו. הזנה כאמור כוללת קשת אפשרויות של טיפולים רפואיים, החל ממתן נוזלים ותוספים בעירווי, ביצוע בדיקות דם להערכת מצב ומתן תרופות. במקרים קיצוניים, שאליהם נדרש בהמשך, מוחדרים לגופו של שובת רעב מזון או נוזלים דרך צינור זונדה המוחדר דרך האף והלוע לקיבה, או דרך צינור המוחדר דרך נקב בדופן הבטן לקיבה.

תהליך חקיקת החוק

ח. בעקבות שביתת רעב המונית בקרב אסירים בטחוניים ועצירים מנהליים בשנת 2012, אשר נמשכה – בחלקה – תקופה ממושכת, עד כדי סכנה ממשית לבריאותם ולחיייהם של השובתים, הוקם צוות בין-משרדי בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) ובהשתתפות גורמים נוספים ממשרד המשפטים, המשרד לבטחון פנים, משרד הבריאות, שירות בתי הסוהר ושירות הבטחון, לצורך גיבוש מתווה הולם לטיפול בתופעה. בצוות השתתפו גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (תפקידים מיוחדים), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) ומנהלת מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה. הצוות קיים סדרת דיונים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ערך מחקר מעמיק של הוראות המשפט הבינלאומי בנושא ובחן את האתגרים המיוחדים

את ההתמודדות עם שביתות הרעב בבתי הסוהר בישראל. ביום 7.8.2013 הופצה טיוטת תזכיר החוק להסדרות הרפואית בישראל (להלן הר"י), למועצה הלאומית לביואתיקה ולסנגוריה הציבורית (ראו בהמשך לעניין ההבדלים בין תזכיר החוק להצעת החוק). הר"י התנגדה נחרצות להצעה שבו. ביום 18.5.2014 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה את הצעת החוק בהחלטה חק/869 והוחלט להעבירה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת ה-19. הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ביום 9.6.2014. בתום הדיון הוחלט להעביר את הצעת החוק לדיון בועדת הכנסת, וזו החליטה להעביר את ההצעה לוועדת הפנים והגנת הסביבה. ועדה זו התכנסה תשע פעמים לשם דיון בהצעת החוק. במסגרת דיוניה התקיים שיח פורה במגוון דעות ועמדות אשר יוצגו בידי גורמי מקצוע ממשרדי הממשלה, הנהלת בתי המשפט, הסניגוריה הציבורית, הר"י וארגונים שונים. בעקבות הדיונים שונה נוסח הצעת החוק בסוגיות מסוימות. הצעת החוק היתה אמורה לעלות להצבעה בקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת ביום 30.6.2014, אך דיוני הכנסת בוטלו באותו יום וההצעה לא הועלתה שוב עד לפיזור הכנסת ביום 8.12.2014. ביום 6.7.2015 התקבלה הודעת הממשלה על רצונה להחיל דין רציפות על הצעת החוק. ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-20 התכנסה ארבע פעמים לדון בהצעת החוק. בדיונים השתתפו גורמים שונים במשרדי הממשלה ונציגי ארגונים. הועדה דנה ב-90 הסתייגויות שהוגשו, ואלה הביאו לשינויים משמעותיים בהצעת החוק. הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שניה ושלישית ביום 29.7.2015. לאחר דיון ארוך, עבר החוק ברוב של 46 חברי כנסת למול 40 מתנגדים (ראו בהמשך לעניין ההבדלים בין הצעת החוק לחוק שנתקבל).

#### המסגרת המשפטית

ט. החוק אושר בקריאה שניה ושלישית בכנסת ביום 30.7.2015 ונכנס לתוקף עם פרסומו ברשומות ביום 5.8.2015. החוק מתקן את פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן פקודת בתי הסוהר) באמצעות הוספת סימן ב'2: "מניעת נזקים בריאותיים לאסיר שובת רעב".

י. על פי החוק, שהוא מפורט וקפדני, הליך בקשת היתר למתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב נפתח בחוות דעת של הרופא המטפל באסיר (או שטיפל בו לאחרונה), שלפיה "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" (סעיף 19(א) לחוק). עם הגשת חוות הדעת הרפואית, רשאי נציב שירות בתי הסוהר, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, או מי שהוא הסמיכו לכך, לפנות לנשיא בית משפט מחוזי או לסגנו, בבקשה לקבל היתר למתן טיפול רפואי

לאסיר. פניה זו תיעשה רק לאחר ששוכנע כי נעשה "מאמץ ניכר לקבל את הסכמת האסיר לטיפול כאמור, בין השאר בשיחה של הרופא עמו, ולאחר שהוסברו לאסיר הליך הפנייה לבית המשפט והשלכותיו האפשריות" (סעיף 19ג(ד) לחוק). העתק בקשת היתר לטיפול רפואי יועבר בידי שירות בתי הסוהר לוועדת האתיקה, אשר תחווה את דעתה בעניינים הרפואיים הרלבנטיים לאחר ששמעה את האסיר (סעיף 19ג(ג) לחוק). על חוות הדעת של ועדת האתיקה להיות מונחת לפני בית המשפט, למעט במקרים שבהם "מטעמים רפואיים דחופים ויוצאי דופן הנובעים ממצבו הרפואי של האסיר" לא ניתן להמתין לקבלת חוות הדעת או לשמיעת האסיר או בא-כוחו (סעיף 19יד(ג)(2) לחוק).

יא. בטרם מתן החלטה בבקשה על בית המשפט להשתכנע 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 בסירובו לקבלת הטיפול" (סעיף 19יד(ב) לחוק). החוק קובע כי בהליך בבית המשפט יהיה האסיר מיוצג בידי עורך דין ואם אינו מיוצג ימונה לו סניגור ציבורי (סעיף 19טו(א) לחוק). בית המשפט ישמע את האסיר או את בא-כוחו, והוא אף רשאי להורות כי הדיון בבקשת היתר לטיפול רפואי יתקיים בבית החולים שבו מאושפז האסיר (סעיף 19טו(ג) לחוק). בית המשפט רשאי לדון בבקשה בדלתיים סגורות, אם ראה שהדיון הפומבי עלול להרתיע את האסיר מהביע את עמדתו באופן חופשי או מהביעה בכלל, או לשם הגנה על פרטיותו של האסיר (סעיף 19טו(ד) לחוק). בית המשפט רשאי לקבל ראייה שלא בנוכחות האסיר או בא-כוחו, אם סבר שגילוי הראיה עלול לפגוע בבטחון המדינה ואי גילוייה עדיף על פני גילוייה לשם עשיית צדק (סעיף 19טו(ה)(1) לחוק).

יב. לגופם של דברים, בטרם קבלת החלטה על נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו לשקול את מצבו הרפואי והנפשי של האסיר; את השלכות אי מתן הטיפול; את הסיכויים והסיכונים בטיפול המבוקש ובטיפולים חלופיים; את מידת פולשנות הטיפול המבוקש והשפעתו על כבוד האסיר; את עמדת האסיר ונימוקיו, לרבות בחינת הסיבה שבגינה בחר האסיר לפתוח בשביתת הרעב, וכן תוצאות טיפולים רפואיים כפויים קודמים, אם היו (סעיף יד(ד) לחוק). על בית המשפט לשקול גם שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, אם הובאו ראיות לכך (סעיף 19יד(ה) לחוק).

יג. אם השתכנע בית המשפט כי קיימת "אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה וכי הטיפול הרפואי צפוי להיטיב עם האסיר" (סעיף 19 יד(א)(1) לחוק), רשאי הוא להתיר מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב חרף התנגדותו. מתן הטיפול הרפואי צריך להיעשות "בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבודו של האסיר, תוך הימנעות, ככל האפשר מגרימת כאב או סבל לאסיר" (סעיף 19 טז(ג) לחוק).

יד. על בית המשפט לפרט בהחלטתו את סוג הטיפול או הטיפולים שהוא מתיר (סעיף 19 יד(ו) לחוק). הטיפול יינתן לאסיר על ידי מטפל בהתאם לתחום עיסוקו ובנוכחות רופא (סעיף 19 טז(א) לחוק). אם האסיר סירב לקבל את הטיפול הרפואי הנדרש, רשאי סוהר, לבקשת המטפל, "להשתמש בכוח סביר כדי לאפשר את מתן הטיפול בידי המטפל, ובלבד שהשימוש בכוח יהיה רק במידה הדרושה לצורך מתן הטיפול" (סעיף 19 טז(ד) לחוק). מדובר בטיפול "הרפואי המינימלי ההכרחי, לפי שיקול דעתו המקצועי של המטפל, לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה" (סעיף 19 טז(א) לחוק). סעיף 19 יז לחוק פוטר מטפל ומוסד רפואי מאחריות בניזיקין בעקבות מתן טיפול כפוי.

יה. על החלטת בית המשפט נתונה זכות ערעור לבית המשפט העליון (סעיף 19 יט(א) לחוק). בית המשפט העליון יקיים דיון בערעור בתוך 48 שעות ממועד הגשתו (סעיף 19 יט(ב) לחוק). אף ניתן לפנות לבית המשפט שקיבל את ההחלטה בבקשה לעיון חוזר אם התגלו עובדות חדשות או השתנו נסיבות באופן שיש בו כדי להשפיע על החלטתו (סעיף 19 יח לחוק).

יו. לשלמות התמונה יצוין, כי עיקרי תזכיר החוק שהופץ כאמור מעלה, היו כשל הצעת החוק בהבדל מהותי אחד. בהצעת החוק הוסף, כי העתק מן הבקשה לקבלת היתר למתן טיפול לאסיר יועבר לועדת האתיקה במקום שבו מאושפז האסיר, וכי החלטת בית המשפט בבקשה להיתר טיפול תינתן לאחר שקיבל את חוות דעתה של ועדת האתיקה (אלא אם סבר בית המשפט כי נוכח נסיבות העניין, אין מקום להיענות לבקשה מעיקרא).

יז. נוסח החוק שהתקבל היה דומה בסופו של יום להצעת החוק בשינויים מסוימים. כך בחוק נוספה הדרישה, שלא נכללה בהצעת החוק, להסכמת היועץ המשפטי לממשלה להגשת בקשה להיתר למתן טיפול (סעיף 19 יג(א)), והגשת הבקשה הותנתה בנקיטת מאמץ ניכר לקבלת הסכמת האסיר לטיפול, ולאחר שהוסברו לו הליך

הפניה לבית המשפט וההשלכות לכך (סעיף 19יג(ד)). שוני מרכזי נוסף, שעליו נעמוד בהמשך, הוא כי בהצעת החוק היו השיקולים הבטחוניים חלק מן הסעיף העיקרי, המתווה את שיקול הדעת השיפוטי, ונכללו בגדרי השיקולים שעל בית המשפט לתת עליהם את דעתו, כמו גם השיקול של אחריות שירות בתי הסוהר לשמירה על בריאותו ועל חייו של האסיר והשפעת ההחלטה על היכולת לשמור על הסדר והביטחון בבתי הסוהר. אולם, לבסוף צומצם מקומם של שיקולים אלה בחוק, כך שבאפשרות בית המשפט לשיקול שיקולים "של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו לפניו ראיות לעניין זה".

יח. שאלת חוקתיותו של סימן ב'2, לרבות סעיף 19יד(ה) לחוק, לעניין השיקולים בהכרעה בבקשה, מונחת כעת להכרעתנו.

#### טענות העותרים

#### טענות ההסתדרות הרפואית בישראל

יט. הר"י, העותרת בבג"ץ 5304/15, היא ארגון העובדים היציג של רופאי מדינת ישראל. לטענת הר"י, החוק אינו מידתי, לא אתי, לא שיווני וחותר תחת כללי האתיקה הרפואית המקובלים בעולם, אשר אומצו ואושרו על ידה. לטענת הר"י, האכלה בכוח של שובתי רעב חרף התנגדותם טומנת בחובה סכנה ממשית לבריאותם ומנוגדת לעקרונות העל של מניעת נזק ושל שמירה על האוטונומיה של המטופל על גופו, עליהם מושתת הקוד האתי של הרופאים. בהתאם לקודים אתיים בינלאומיים, הזנה בכפיה נחשבת לעינוי. משכך, מחויבת הר"י לעשות כל שביכולתה כדי להביא לביטולו של החוק.

כ. לדברי הר"י, הצעת החוק לוותה בהתנגדות גורפת, חזיתית, מצד כלל הגורמים בקהילה המדעית-רפואית ובכללם ההסתדרות הרפואית העולמית, הסתדרות האחים והאחיות, איגוד מנהלי בתי החולים של הר"י, וכן, המועצה הלאומית לביואתיקה, שהוקמה בהתאם להחלטת הממשלה מספר 1219 מיום 31.1.2002, כדי ליתן המלצות למקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, המחוקקת והשופטת, בעניינים אתיים הנובעים מהתפתחות המחקר, כמו גם לגבש עמדה בעבור השרים וממשלת ישראל ביחס לנושאים שטרם הוסדרו בחקיקה או שיש לבחון את ההסדר החקיקתי שנקבע לגביהם.

כא. הר"י טוענת, כי החוק מחריג את אוכלוסיית האסירים שובתי הרעב מההסדר הכללי הקבוע בחוק זכויות החולה, תוך פגיעה קשה בעקרון השוויון, אף שאין כל שוני



רלבנטי בין אסיר שובת רעב לבין מטופל אחר, המצדיק את החרגתו מהסדר הכללי. לטענת הר"י, השונות הקיימת בין אסירים שובתי רעב לבין המסרבים לטיפול רפואי שאינם אסירים נוגעת לתכליות חוץ-רפואיות. לדעת הר"י, תכליות אלה אינן יכולות להוות שוני רלבנטי אף אם קיים חשש גדול יותר ששביתת רעב של אסיר תוביל להפרת הסדר הציבורי.

כב. הר"י מפנה להסדרים ספציפיים המוחרגים מההסדר הכללי הקבוע בחוק זכויות החולה, כמו למשל סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן חוק הכשרות המשפטית), שבהתאם לו יכול בית המשפט להיכנס בנעלי אפוטרופוס במקרים חריגים בהם הטיפול הרפואי דרוש לשלוחו הגופני או הנפשי של הנתון לאחריות האפוטרופוס. לדברי הר"י, לעומת חוק הכשרות המשפטית, הדן במי שאינו כשיר לתת הסכמה מדעת לטיפול רפואי, החוק נשוא ענייננו דן במי שכשיר לתת הסכמה מדעת אך בחר ביודעין שלא לתתה. בנוסף, חוק הכשרות המשפטית מחייב את בית המשפט להסתייע בחוות דעת רפואית ולשקול שיקולים רפואיים של שמירת שלוחו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי, ואין לבית המשפט סמכות לשקול שיקולים חוץ-רפואיים. בדומה, חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן חוק טיפול בחולי נפש), נועד להגן על זכותם של חולי נפש לאוטונומיה ולקבוע מגבלות על האפשרות לטפל בהם בכפיה. זאת, לעומת החוק דנא הגורע מן המשקל שניתן לאוטונומיה של המטופל לפי חוק זכויות החולה. הר"י מפנה גם לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 (להלן חוק החולה הנוטה למות), הקובע הסדר ספציפי לטיפול בחולים שיש ידיעה ודאית שחיהם יגיעו לקיצם ללא אפשרות למנוע זאת. לדברי הר"י, ההסדר בחוק החולה הנוטה למות מבכר במובהק את זכויות המטופל והאוטונומיה שלו; לפי חוק החולה הנוטה למות השיקולים הבלעדיים בקביעת הטיפול הרפואי הם מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו של החולה. הר"י מציינת כי לפי הפסיקה, חוק טיפול בחולי נפש אינו חל על מטופלות אנוורקסיה אלא ההסדר הכללי שבחוק זכויות החולה. לפיכך טוענת הר"י, מקל וחומר, אין כל הצדקה לקבוע הסדר ספציפי לאסירים שובתי רעב בהיותם כשירים, שפויים בנפשם ובעלי כושר שיפוט ושיקול דעת תקינים.

כג. לטענת הר"י, החוק יוצר דיסהרמוניה חקיקתית מובהקת, שכן תכליותיו והוראותיו אינן עולות בקנה אחד, ולעתים אף מצויות בניגוד מובהק, לתכליותיהם ולהוראותיהם של ההסדרים הכלליים והמשיקים הנוגעים לזכות לאוטונומיה, לזכות לסרב לטיפול רפואי ולטיפול רפואי בכפיה.

כד. הוסף, כי לחוק שתי תכליות מוצהרות: האחת, הגנה על חייו של אסיר שובת רעב (להלן התכלית ההומניטרית) והשנייה, שמירה על הסדר הציבורי ובטחון המדינה בין כתלי הכלא ומחוצה לו (להלן התכלית החוץ-רפואית). לטענת הר"י, התכלית ההומניטרית אינה התכלית העיקרית שבחקיקת החוק אלא התכלית החוץ-רפואית. לדבריה, החוק נועד לאפשר למדינת ישראל לכפות על אסיר שובת רעב טיפול רפואי בניגוד מוחלט לרצונו. לטענת הר"י, כפיית טיפול על שובת רעב לרבות בדרך של הזנה בכפיה היא אקט משפיל ואלים, שעל פי עמדות בינלאומיות עולה כדי עינוי ועלולה לגרום לנזקים בריאותיים בלתי הפיכים ואף למוות. בכך פוגע החוק פגיעה קשה בזכותם החוקתית של האסירים לכבוד, כמו גם בזכותם לחיים ולשלמות הגוף, מהן נגזרות הזכות לאוטונומיה וזכותו של אדם לסרב לטיפול רפואי. לדעת הר"י, הזכות לסרב להזנה בכפיה היא חלק מהזכות הכללית המוקנית לכל אדם באשר הוא לסרב לטיפול רפואי. זכות זו אינה נשללת ממי שנמצא בין כתלי הכלא.

כה. הר"י מזכירה כי שביתת רעב הוכרה כאמצעי מחאה וביטוי. לטענתה, החוק פוגע פגיעה קשה בחופש הביטוי של אסירים בכך שהוא נוטל מהם, הלכה למעשה, אמצעי מחאה לגיטימי כמעט יחיד שעומד לרשותם.

כו. לטענת הר"י, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובין היתר שימוש כפוי באמצעים רפואיים במטרה להשיג יעדים שאינם רפואיים חוטא לעקרונות הדמוקרטיה.

כז. לדעת הר"י, התכלית העומדת בבסיס החוק אינה ראויה: התכלית הדומיננטית של החוק אינה תכלית הומניטרית; השמירה על חיי האסירים היא משנית ואינה אלא יעד ביניים שנועד לשרת את התכלית החוץ-רפואית של החוק. התכלית החוץ-רפואית אינה עומדת במבחן קיום אינטרס ציבורי ממשי, לא במבחן הנחיצות – ההסדר החוקי הקיים שבחוק זכויות החולה מאפשר לטפל בשובתי רעב ובכללם אסירים בלא התערבות רפואית כפויה ופוגענית, ואף לא במבחן הרגישות לזכות. לפיכך, הפגיעה הקשה בכבוד האדם ובאוטונומיה של האדם על גופו, תוך השפלתו וביצוע פעולות רפואיות פולשניות בגופו באופן כפוי, והפגיעה בזכותו לשוויון ובחופש הביטוי שלו, אינה ניתנת להצדקה בשל הצורך להשיג מטרות שאינן רפואיות, אפילו בשל חשש לפגיעה בסדר הציבורי.

כח. לדעת הר"י, החוק אף אינו עומד במבחני המידתיות: מבחן הקשר הרציונלי – אין בהסדר שנקבע בחוק כל צורך, והוא אף עלול לחבל בסיכויי הצלחת הטיפול

בשובתי הרעב ולפגוע בכריאותם באופן בלתי הפיך. כיום, אופן הטיפול בשובתי רעב מבוסס על מעקב צמוד של הרופא אחר הצהרותיו של שובת הרעב ביחס לרצונו לקבל טיפול או לסרב לטיפול, ועל ניסיון לשכנע את שובת הרעב לקבל הזנה מלאה או חלקית בהסכמה, תוך התחייבות שלא תיכפה עליו הזנה בניגוד לרצונו. לדברי הר"י, הדרך התהליכית המתוארת היא הדרך הטובה ביותר להתמודד עם שובתי רעב; בניית קשר של אמון בין הרופאים המטפלים לאסיר שובת רעב, מובילה למשא ומתן באופן המאפשר הגעה להסכמות; ועדת האתיקה נתפסת כגורם ניטרלי שבא להיטיב עם שובת הרעב ולחפש את טובתו, ולא כפעילות "מטעם" או כגורם ממסדי "מאיים". לגישת הר"י, מיעוט המקרים בהם הובא עניינם של אסירים שובתי רעב לוועדות האתיקה ראוי לציון, ונובע מקשר האמון שבין הרופא והאסיר השובת רעב – קשר המשליך ישירות על היקף שיתוף הפעולה ביניהם ועל הסכמת שובת הרעב לעבור בדיקות, ליטול ויטמינים ומזון דרך הוריד.

כט. לעומת זאת, ההסדר הקבוע בחוק דנא משנה באופן משמעותי את מערכת הבלמים והאיזונים שנקבעו במסגרת סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה: החוק העביר את ההחלטה לכפות טיפול רפואי לנשיא בית משפט מחוזי או לסגנו – שאינו מעורב מעשית בהליך הרפואי, אינו מצוי בפרטיו המקצועיים ואין בידיו הכלים הנדרשים לקבלת החלטה מושכלת. לדעת הר"י, שינוי זה עתיד לפגוע פגיעה אנושה במרקם יחסי האמון העדין שבין האסירים שובתי הרעב לבין המערכת הרפואית, ולהגביר את ההתנגדות לקבל טיפול רפואי. בנוסף, למרות שהחוק מחייב מסירת חוות דעת של ועדת אתיקה לבית המשפט, אין חובה להתחשב בעמדתה מטעמי דחיפות. אף אין זכות למטופל להגיש חוות דעת רפואית נגדית, ולבית המשפט אין אפשרות למנות מומחה נוסף מטעמו; בנוסף, החוק דנא מחייב לשקול רק את הסיכויים והסיכונים של מתן הטיפול הכפוי בעוד שחוק זכויות החולה מחייב צפיות שהטיפול ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; בעוד שהחוק מחייב לשקול את עמדת האסיר ונימוקיו כחלק מהשיקולים לכפיית טיפול רפואי, חוק זכויות החולה מחייב יסוד סביר להניח שהמטופל ייתן את הסכמתו למפרע. יתרה מכך, החוק מאפשר להחליט על מתן טיפול כפוי בהסתמך על ראיות חסויות, לעומת ההסדר שבחוק זכויות החולה שאינו כרוך בהליך שיפוטי. החוק אף מתיר במפורש שימוש בכוח כנגד אסיר שובת רעב כדי לאפשר את מתן הטיפול הכפוי, בעוד שחוק זכויות החולה אינו מתיר זאת במפורש.

ל. הר"י טוענת עוד, כי ספק אם יש בהזנה כפויה כדי להציל חיי אסיר שובת רעב: דוקא הזנתו הכפויה עלולה להביא לתוצאה ממנה חוששת המדינה – הפרות סדר,

פעולות מחאה נוספות וגלי תהודה ניכרים בארץ ובעולם, כמו גם סיכון בריאותו ואף מותו של אסיר שובת רעב.

לא. הר"י מוסיפה, כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה לשם השגת התכלית של שמירה על חיי האסירים – על פי סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, ובהתאם לכללי האתיקה של הרופאים ושיקול דעתם העצמאי. אשר למבחן המידתיות במובן הצר – לדעת הר"י, עצם ההנחה שעשויה לצמוח תועלת כלשהי כתוצאה מיישום החוק מוטלת בספק; להפך: החוק עלול להביא לנזקים קשים ביותר הן לאסירים הן לרופאים ולרפואה בישראל.

לב. לטענת הר"י, החוק עומד בניגוד לערכי יסוד של האתיקה הרפואית בארץ ובעולם: אוטונומיה, מניעת נזק ממטופל, הטבה עם המטופל, שוויון וצדק חלוקתי. לדבריה, החוק יפגע ביחסי מטפל ומטופל, שכן ירחף מעל ראשם של אסירים שובתי רעב כאיום מתמיד ויוביל לפגיעה בלתי הפיכה באמון השברירי של האסירים ברופאי הכלא וגם ברופאי בית החולים. הר"י בדעה כי אין זה חלק מתפקידו של רופא בית חולים לקחת חלק ביישום החלטות שלטוניות לצרכים שאינם רפואיים נגד רצון המטופל, ולהעדיף שיקולים חוץ-רפואיים על שיקולים רפואיים. לדבריה, כתוצאה מיישום החוק, עלול רופא למצוא עצמו בניגוד בין חובותיו האתיות לבין חובותיו כעובד הנדרש לתת חוות דעת רפואית לנציב שירות בתי הסוהר או לבצע טיפול כפוי. מתן צו שיפוטי המורה על מתן טיפול רפואי בכפיה על ידי נשיא בית משפט מחוזי או סגנו, יוביל, לדעתה, למצב שבו אף לא רופא אחד יסכים לבצע את הצו, או שרופא שיבצעו יעבור עבירה אתית באופן שיחשוף אותו להליכים משמעותיים בלשכה לאתיקה של הר"י.

לג. הר"י הציגה סקירה מאירת עיניים ביחס להתמודדות מדינות שונות בעולם עם שביטות רעב שנקטו עצירים, אסירים או מבקשי מקלט בשטחן (נספח עת/38). גם יתר העותרים וכן המשיבים שפכו אור על סוגיה זו. לסקירתם אתיחס בהרחבה בהמשך.

טענות העותרים בבג"ץ 5441/15: ארגון מיזאן לזכויות האדם וארגון יוסף אלצדיק לתמיכה באסיר

לד. אף לטענת העותרים בבג"ץ 5441/15, ארגונים הפעילים בתחום זכויות האדם ושינוי חברתי, לרבות הגנה על זכויות אסירים פלסטינים, החוק אינו חוקתי, סותר בצורה בוטה את זכות היסוד לכבוד מאחר שפוגע בזכות לאוטונומיה הפרט על גופו, וכן בחופש הביטוי והמחאה, באופן המאייץ את יכולתו האפקטיבית של אסיר להביע את עמדתו בניסיון להשפיע על רשויות הכלא והמדינה. לדברי העותרים, שביטות רעב

היא אמצעי מחאה לגיטימי, לא אלים, המקבל משנה חשיבות כשמדובר באסירים שאמצעי המחאה שלהם מוגבלים עקב כליאתם. לטענת העותרים, הזנה בכפיה, שנועדה לשבור את מחאת האסיר, פוגעת פגיעה אנושה בצלם האנוש שלו. לדבריהם, החוק נועד לתת לשירות בתי הסוהר ולשירות הבטחון הכללי כלי ל"שבירת" שביתת הרעב, המבוסס על שיקולי בטחון הציבור והפרת הסדר הציבורי. לדעת העותרים, שיקולים אלה הם שיקולים זרים למטרת ההחלטה על כפיית טיפול רפואי שעניינה הצלת חיים. לכן, תכלית החוק אינה ראויה, שכן באופן זה הופך האסיר שובת הרעב לכלי בידי הרשויות לצורך ניהול מדיניות, כך שהטענה בדבר הגנה על חיי האסיר הופכת לעלה תאנה. העותרים מפנים בהקשר זה לסעיף 19טו(ה) לחוק המתיר שימוש בראיות חסויות במהלך ההליך, תוך פגיעה ביכולת האסיר להתגונן. לדעת העותרים, אף מידת התועלת בחוק מוטלת בספק שכן לדעתם, הפרסום וההד הציבורי בעקבות הזנה בכפיה של שובת רעב יגרמו לאיבה ולהתקוממות העלולים להיות "מסכני חיים" או לפגוע בסדר בכלא. לטענת העותרים, ההסדר הקיים בסעיף 15 לחוק זכויות החולה מאזן בין הצורך לדאוג לשלומם של הפרט לבין רצונו וכבודו.

לה. העותרים בדעה כי בהתחשב בנסיון העבר למערכת הביטחון יכולות רחבות להשתלט על שביתת רעב של אסירים. לדבריהם, מספר האסירים שובתי הרעב קטן משנה לשנה. הם מסתמכים בעניין זה על תשובת שירות בתי הסוהר מיום 12.7.2015 (נספח ח' לעתירתם). במסגרת עתירתם ציינו את שביתת הרעב של העציר המנהלי מוחמד עלאן שנדונה בעניין עלאן, אותו הזכרנו ואילו נשוב.

טענות העותרים בבג"ץ 5994/15: רופאים לזכויות אדם, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, יש דין מתנדבים למען זכויות אדם

לו. העותרים בבג"ץ 5994/15, ארגונים שמטרתם לפעול להגנה ולקידום זכויות אדם הנוגעות לבריאות, לפעול נגד עינויים ולהגן על זכויות תושבי הגדה המערבית, לרבות עצירים ונחקרים פלסטינים, מצטרפים לטענות העותרים שהוצגו מעלה, לרבות הטענה שלפיה הזנה בכפיה מהווה עינוי האסור על פי הדין הישראלי ועל פי הדין הבינלאומי. גם לדעתם, מהות החוק היא "שבירת שביתת רעב של אסירים והשתקת מחאתם". לדבריהם, שביתת רעב היא מוצא אחרון הנבחר במחאה על מדיניות והתנהלות שרירותית ופוגענית כלפי אסירים ועצירים פלסטינים בשנים האחרונות, נגד מדיניות המעצר המנהלי ומדיניות הבידוד ולשם קבלת זכויות אדם בסיסיות כמו ביקורי משפחה, טיפול רפואי ותנאי אחזקה נאותים. העותרים סוקרים את שביתת הרעב בישראל, לרבות שביתת הרעב ההמונית של אסירים פלסטינים משנת 2012, בעקבותיה

הואצו הליכי חקיקת החוק; בשנת 2014 נפתחה שביתת רעב המונית נוספת של עצירים מנהליים. לדברי העותרים, שביתת רעב נחשבת עבירת משמעת על פי פקודת בתי הסוהר. פקודת נציבות מיוחדת (פקודת נציבות 04.16.00), מעניקה לשירות בתי הסוהר כלים לטיפול בשובתי רעב, לרבות שלילת הטבות. לטענתם, הכלים שהיו קיימים בטרם חקיקת החוק הצליחו להביא לסיומן של שביתות אסירים בטחוניים ללא טיפול בכפיה ובלא כל מקרה מוות כתוצאה משביתת הרעב; לטענת העותרים – שנטענה ללא ביסוס מתועד – דוקא במקרים בהם הוחלט על טיפול כפוי, טרם נחקק חוק זכויות החולה, אירעו מספר מקרי מוות (סעיף 16 לעתירתם).

לז. גם עותרים אלה בדעה כי טיפול כפוי פוגע בגרעין הקשה של כבוד האדם, באוטונומיה שלו, ברצונו החופשי, בשוויון ובחופש הביטוי. לטענת העותרים, יש אפשרות ממשית לפגיעה בחיי אדם במקרה של הזנה בכפיה. לדעתם, החסינות הגורפת שניתנה בחוק לגורמים שיתנו טיפול רפואי בכפיה פוגעת ישירות בזכות הקניין של מי שהוזן בכפיה, מהוה השפלה נוספת לגביו ואינה לתכלית ראויה. לטענת העותרים, יש לשקול את הפגיעה המצטברת בזכויות האדם, כולל האפשרות להסתמך בהליך על ראיות חסויות. לדעת העותרים, דיכוי שביתת רעב על ידי הפעלת כוח היא ערובה להתעוררות מחאות.

לח. לדעת העותרים, החוק עומד בסתירה לכללי האתיקה של הסתדרות הרופאים העולמית, וכן בניגוד להוראות הדין הבינלאומי – אליהן נידרש בהמשך; זאת, חרף הנדרש בחזקת ההתאמה הפרשנית, לפיה חזקה כי תכלית החוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בניגוד אליהן. העותרים מדגישים את האיסור על אנשי רפואה לבצע האכלה בכפיה של אסירים ומפנים, בין היתר, לעמדת הצלב האדום, ל"פרוטוקול איסטנבול – מדריך בדבר חקירה ותייעוד אפקטיביים של עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה", מטעם האו"ם, וגם לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית משנת 1965. העותרים טוענים כי החוק, המכוון לטענתם למעשה רק כלפי האוכלוסיה הפלסטינית, מפלה באופן פסול. לאור האמור יש, לדעת העותרים, להסיר את החוק, מהוה כתם בספר החוקים, עוד בטרם יופעל.

תגובת הכנסת

לט. הכנסת סבורה כי דין העתירה להידחות. לדעתה, החוק יוצר הסדר משלים להסדר הקיים בחוק זכויות החולה, ונותן מענה למורכבות המיוחדת המתעוררת

כשהמטופל המסרב לקבל טיפול רפואי הוא אסיר המצוי באחריות המדינה, כשמצבו הרפואי הוא תוצר של החלטה יזומה מצדו לשבות רעב. לדברי הכנסת, החוק יוצר איזון עדין ומורכב בין אחריות המדינה לשלומו של האסיר וקדושת החיים שלו, לבין כיבוד האוטונומיה של האסיר ורצונו שלא לקבל טיפול רפואי. החוק נועד לאפשר לרופא המטפל לדאוג לשלומו של אסיר שובת רעב, בכפוף לסייגים שנועדו להבטיח שמירה על כבודו של האסיר, תחת פיקוח ובקרה הדוקים מצד גורמים שיפוטיים ורפואיים שונים.

מ. הכנסת מדגישה כי נשיא בית משפט מחוזי או סגנו רשאים להתיר מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב חרף התנגדות האסיר, אך אינם יכולים לחייב מתן טיפול כזה, והדבר נותר לשיקול דעתו של הגורם המטפל (סעיף 19טז(ה) לחוק). אם יבחר הגורם המטפל להעניק לאסיר טיפול רפואי ללא הסכמתו בהתאם להיתר שניתן לו, הוא מצווה להעניק את "הטיפול המינימלי ההכרחי, לפי שיקול דעתו המקצועי של המטפל, לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה" (סעיף 19טז(א) לחוק). נוכח האמור, מדובר, לדעת הכנסת, בהליך מאוזן שנועד להעניק את הטיפול המינימלי ביותר, במצבים הקיצוניים ביותר, שבהם הטיפול נדרש לשם הצלת חייו של האסיר, או לשם מניעת נכות חמורה בלתי הפיכה לאסיר.

מא. לטענת הכנסת, אף שהחוק מאפשר פגיעה בזכויות חוקתיות מסוימות של אסירים – הזכות לאוטונומיה ולכבוד – פגיעה זו נועדה לתכליות ראויות ועומדת במבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראיה לכך מוצאת הכנסת בהליך החקיקה היסודי אשר הביא לשינויים משמעותיים בנוסח החוק, במסגרתם נוספו איזונים וריכוכים. לדברי הכנסת, הפגיעות הנטענות בזכויות חוקתיות מסוימות מאפשרות להעניק הגנה על זכויות חוקתיות אחרות ובראשן זכות האסירים לחיים. הכנסת מדגישה כי אין לאסיר זכות חוקתית לשבות רעב. שביתת רעב כשלעצמה אינה יכולה להיחשב חלק מחופש הביטוי הפוליטי המוקנה לאסיר. לדעת הכנסת, מניעת שביתת רעב כשלעצמה אינה מהווה פגיעה בזכויותיו החוקתיות של האסיר.

מב. הכנסת טוענת כי החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה, שכן נועד לתכלית ראויה ופגיעתו בזכויות חוקתיות של אסירים עומדת במבחני המידתיות. לטענת הכנסת, התכליות העומדות ביסוד החוק הן ראויות ביותר, ואף הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ביסוד החוק שתי תכליות שלובות: האחת, העיקרית, הנגזרת מן הערך המרכזי של קדושת החיים, עניינה בהצלת חייו של האסיר

השובת רעב ובשמירה על בריאותו ועל שלומו. השניה, שמירה על בטחון המדינה והגנה על חייהם של אחרים העלולים להיקלע לסכנה כתוצאה משביתת הרעב. כאמור, תנאי בלעדיו אין לפתיחת ההליך מכוח החוק הוא מצבו הרפואי הקשה של האסיר; הטיפול הרפואי הכפוי שניתן להעניק מכוח החוק הוא "הטיפול הרפואי המינימלי ההכרחי". לכן ברור כי התכלית המרכזית של ההסדר היא שמירה על חייו ועל בריאותו של האסיר. לדברי הכנסת, לא ניתן לחלוק כי שמירה על חייו ועל בריאותו של אדם היא תכלית ראויה.

מג. לדברי הכנסת, אף התכלית המשנית – הבטחונות, היא תכלית ראויה. שיקולים בטחוניים יישקלו רק במצב בו רופא מטפל קבע שמצבו הרפואי של האסיר קשה ביותר ויש סכנה ממשית לחייו או לכך שתיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה. במצב זה, רשאי בית המשפט לשקול "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, ככל שהובאו בפניו ראיות לעניין זה" (סעיף 19 יד(ה) לחוק). לדעת הכנסת, ברי כי גם תכלית שעניינה מניעת חשש "לחיי אדם" או "לפגיעה חמורה בבטחון המדינה" היא תכלית ראויה. לטענת הכנסת, השילוב בין תכליות רפואיות לתכליות "חוץ-רפואיות" אינו יוצא דופן בחקיקה הישראלית. היא מפנה, למשל, לחוק טיפול בחולי נפש. לדברי הכנסת, אין סתירה בין התכלית הבטחונית לתכלית ההומניטרית: מותו של אסיר כתוצאה משביתת רעב היא תוצאה חמורה ובלתי רצויה הן בראי של ערך קדושת החיים והן בשל ההשלכות הבטחוניות העלולות להיגרם בגין מותו. למעשה, דווקא גישה המעניקה תמיכה למניעת טיפול רפואי באסיר השובת רעב והמצוי בסכנה חמורה, מעניקה עדיפות למטרות חוץ-רפואיות על פני שיקולים רפואיים טהורים. הכנסת טוענת כי אף אם קיימת הבחנה בין שתי התכליות האמורות, על פי פסיקת בין המשפט העליון, כשהתכלית הדומיננטית של הסדר חקיקתי היא תכלית ראויה ולגיטימית, יש בכך כדי "להכשיר" תכלית נוספת שאינה יכולה לעמוד בפני עצמה.

מד. לדעת הכנסת, שתי התכליות הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והחוק מגשים את ערכיה של ישראל הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית. לדבריה, החוק עומד גם במבחני המידתיות: החוק מגשים את מבחן הקשר הרציונלי באופן אינהרנטי, שכן קיימת מידה נאותה של הסתברות שההליך יתרום במידה סבירה להגשמת תכליות ההסדר: הגורמים הנוטלים חלק בהליך נדרשים לבחון את הפוטנציאל שהטיפול הרפואי הכפוי ישפר את מצבו הרפואי של האסיר; הטיפול שיינתן הוא רק ברמה המינימלית שנועדה לשמור על חייו של האסיר או למנוע ממנו נכות חמורה. לדעת הכנסת, הטענה כי היו בעבר מקרים שבהם טיפול רפואי כפוי



באסירים הוביל לנזקים בלתי הפיכים ואף למוות אין בה כדי להפריך קיומו של קשר רציונלי בין מתן טיפול ללא הסכמה לבין הצלת חייו של האסיר. לטענת הכנסת, הטענה שלפיה יפגע החוק במערכת יחסי האמון שבין הרופא למטופל אינה מבוססת. זאת, שכן גם על פי החוק על הרופא להשקיע מאמץ ניכר בקבלת הסכמתו של האסיר לקבל טיפול רפואי. החוק עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – שכן סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה אינו מגשים במידה דומה את התכלית שעניינה הצלת חייו (או מניעת נכות חמורה) של אסיר שובת רעב. החוק עומד גם במבחן המידתיות במובן הצר: החוק יוצר הסדר מידתי ומאוזן, המבקש לפגוע בצורה מינימלית באוטונומיה של האסיר תוך שמירה על חייו, ומבטיח פיקוח ובקרה הדוקים על ההליך כולו. תחילת ההליך בחוות דעת רפואית של הרופא המטפל; הטיפול יכול להינתן רק על ידי מטפל מקצועי, בנוכחות רופא, והוא הטיפול המינימלי הנדרש כדי למנוע מוות או נכות חמורה ובלתי הפיכה. אף במצב זה עדיין למטפל שיקול דעת שלא לתת את הטיפול שהתיר בית המשפט. החוק מערב גורמי בקרה שונים שנועדו להבטיח כי היתר יינתן רק במצבים שבהם קיים צורך ממשי בכך; הושם דגש על שיתוף האסיר ועל ניסיון לשכנעו לקבל את הטיפול הנדרש.

מה. לדעת הכנסת, הטיעון בדבר דיסהרמוניה חקיקתית וכן הטיעון האתי שהעלתה הר"י, אינם יכולים להוות עילות עצמאיות לביטול חקיקה ראשית של הכנסת אלא נחוצה עילה חוקתית; דהיינו, אך אם החוק אינה עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד, וכפי שהוסבר מעלה לעמדת הכנסת אין אלה פני הדברים. אשר לכללי האתיקה הרפואיים, מבלי לגרוע מחשיבותם, אין כללים אלה יכולים לגרוע מחקיקה ראשית של הכנסת או לגבור עליה; כך במיוחד, כשגם במדינות דמוקרטיות אחרות קיימים הסדרים המאפשרים במצבים מסוימים מתן טיפול רפואי ללא הסכמה לאסיר שובת רעב. אשר לטענה בדבר דיסהרמוניה חקיקתית, לעמדת הכנסת אין להלום טענה זו שכן ההבדלים הקיימים בין החוק נשוא ענייננו לבין ההסדר הקיים בחוק זכויות החולה אינם משמעותיים; החוק הוא הסדר משלים ומרחיב להסדר המעוגן בחוק זכויות החולה. ביסוד המרכיבים הייחודיים שבחוק עומד שוני רלבנטי בין ענייניו של אסיר שובת רעב המצוי במשמורת המדינה, לבין מטופל אחר שאינו אסיר, ומכאן שאין מדובר בדיסהרמוניה.

מו. לסיום, מזכירה הכנסת כי על בית המשפט לנהוג בזהירות ובריסון בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חוקי הכנסת, שכן קביעת מדיניות חברתית נתונה בידי המחוקק. לדעתה, בנסיבות העניין אין מקום להתערבות של בית המשפט בהכרעתו הערכית של המחוקק.

תגובת משיבי המדינה: ממשלת ישראל, השר לבטחון פנים, היועץ המשפטי לממשלה, שירות הבטחון הכללי, שירות בתי הסוהר ונציב שירות בתי הסוהר

מז. אף עמדת משיבי המדינה (להלן המשיבים) היא כי דין העתירות להידחות בהעדר עילה להתערבות שיפוטית בדבר חקיקה ראשי. לדבריהם, החוק התקבל בהליך חקיקה מקיף, יסודי, מקצועי וחרוג בהיקפו. מדובר בחוק חוקתי, המשרת 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. לדברי המשיבים, סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה אינו מספק מענה הולם להתמודדות המדינה עם התופעה החוזרת ונשנית של שביתות רעב ממושכות של אסירים, על מכלול היבטיה; החוק מהווה הסדר משלים לחוק זכויות החולה, ויופעל רק לאחר שמוצו כל ניסיונות ההידברות עם האסיר שובת הרעב.

מח. לטענת המשיבים, נסיון העבר מלמד כי הקושי של ועדת האתיקה "לנבא" את רצונו של שובת הרעב בעתיד ולהכריע בדבר הסיכוי שיתן הסכמתו לטיפול בדיעבד, יחד עם נטייתה המובנת להתחשבות מרבית באוטונומיה של רצונו של המטופל, הוביל לכך שכמעט שלא ניתן בשנים האחרונות טיפול רפואי לאסיר שובת רעב בניגוד לרצונו, אף כשנשקפה סכנה חמורה לחייו. התערבות רפואית התרחשה על פי רוב רק כשהגיע שובת הרעב למצב חירום רפואי. בנוסף, לוועדת האתיקה אין סמכות לשקול שיקולים נוספים המתחייבים מעצם היותו של אסיר שובת רעב מצוי במשמורת המדינה.

מט. לדעת המשיבים, אין רצונו של אסיר שובת רעב למות ואין הוא רואה במוות תוצאה רצויה של מאבקו אלא – לכל היותר – מחיר אשר הוא מוכן לשלמו בשם המאבק. לדעתם, מאבקו של אסיר שובת רעב לא תמיד משקף החלטה אוטונומית של האסיר; לעתים מושפעת החלטתו מלחצים חיצוניים, בהתאם להחלטה ארגונית של ארגון הטרור אליו הוא משתייך, לשם שיפור תדמיתו או מעמדו של האסיר בקרב הארגון או בקרב אוכלוסייה אחרת. בנוסף, כשבבסיס שביתת הרעב עומדת סוגיה בעלת היבטים פוליטיים, הופכת שביתת הרעב לכלי במאבק שהוא פוליטי במהותו, המערב את ציבור המזדהים עם שובת הרעב ומשפיע עליו מצד אחד, ומשפיע מנגד על ציבור המתנגד לדרישותיו הפוליטיות או שרואה עצמו נפגע מהן. מאבק פוליטי זה עלול להסלים עם החמרת מצבו של שובת הרעב עד סכנת מוות. בכך עלולה שביתת הרעב לגרום לפגיעה ממשית בבטחון המדינה.

ג. לטענת המשיבים, אין חולק על כך שהחוק פוגע באוטונומיה של אסיר שובת רעב ובחופש הביטוי שלו אלא שלטענתם, החוק הוא לתכלית ראויה, הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ועומד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה. המשיבים מבהירים כי טיפול בשובת רעב עשוי לכלול קשת רחבה של טיפולים ושל בדיקות המשתנים בהתאם למצבו של כל מטופל ומוצעים על בסיס של צורך רפואי, וכי החוק הותיר מרחב שיקול דעת לבחירה בטיפול אשר ייטיב באופן המרבי את מצבו של שובת הרעב. המשיבים מכחישים כי החוק פוגע בשוויון. לשיטתם, קיים שוני רלבנטי בין מטופלים שהם אסירים שובתי רעב לבין מטופלים אחרים, המצדיק טיפול מיוחד בעניינם.

נא. לטענת המשיבים, התכלית העומדת בבסיס החוק היא הרחבה של סל הכלים העומד למדינה לשם הגנה על החיים, על שלמות הגוף ועל בריאותו של אסיר שובת רעב המצוי תחת אחריותה הישירה, תוך מזעור הפגיעה העלולה להיגרם לאיכות חייו בשל נזקים רפואיים העלולים להיגרם לו. תכלית נוספת היא לשמור על בטחון הציבור והמדינה מפני השלכותיה של שביתת הרעב עצמה ושל תוצאות אפשריות שלה על הציבור הרחב – תוצאות העלולות לגרום בסבירות גבוהה לפגיעה בבטחון הציבור ובשלטון החוק.

נב. לדברי המשיבים, תכלית השמירה על החיים, על הבריאות ועל שלמות הגוף של האסיר תואמת את פקודת הנציבות "מניעת אובדנות – טיפול והשגחה" (פקודה מס' 04.54.01 מיום 13.10.04), ואף עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה. לדעת המשיבים, אין בכך שהחובה לשמור על חיי האסיר, על שלמות גופו ובריאותו אינה רק תכלית בפני עצמה אלא משרתת מטרות של שמירה על בטחון המדינה ותושביה, כדי לכרסם בלגיטימיות של חובה זו. בבסיס החוק עומדת תכלית השמירה על חיי אסיר שובת רעב. מדובר בתכלית ראויה – הגנה על הזכות לחיים וערך קדושתם, המצדיקה פגיעה באוטונומיה של האסיר. לפי המשיבים, גם בשדה הרפואה והאתיקה הזכות לאוטונומיה אינה מוחלטת, כך למשל, חוק החולה הנוטה למות מציב את קדושת החיים כעקרון יסודי, וחוק זכויות החולה מאפשר לפגוע באוטונומיה של מטופל במצבי חירום רפואיים. תכלית נוספת של החוק, עניינה שמירה על שלום הציבור ובטחונו מהשלכותיה של שביתת רעב, המשמשת כלי להביא לשחרור שובתי הרעב חרף מסוכנותם לציבור ולבטחון המדינה.

נג. לעמדת המשיבים, הפגיעה בזכות החוקתית אינה במידה העולה על הנדרש: קיים קשר רציונלי בין התכלית לבין ההסדרים שנקבעו בחוק. טיפול בסוגיה רק באמצעות חוק זכויות החולה יצר קשיים משמעותיים ואף הביא לכך שטיפול רפואי ניתן לשובת רעב רק לאחר איבוד הכרה ובמצב של חירום רפואי מכוח סעיף 15(3) לחוק זכויות החולה. ההסדר המאוזן שנקבע בחוק, נותן מענה להיבטים הייחודיים של הסוגיה ובכוחו לאפשר להאריך את חייו של אסיר שובת רעב ולשמור, ככל האפשר, על בריאותו. לדבריהם, ממילא, ככל שאף לא מטפל אחד יסכים לקיים את ההיתר מכוח החוק, לא יופעל החוק ולא תיגרם פגיעה. החוק מקיים גם את התנאי של האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן קובע הוא שורה של מגבלות המצמצמות את הפגיעה בזכויות, הן על ידי קביעת מבחנים מחמירים להפעלת ההסדר בחוק, הן בדרישה למיצוי הדרכים האפשריות להשגת הסכמת האסיר והן מבחינת ההליך של קבלת ההחלטה – השיקולים שמצווה נשיא בית משפט מחוזי לשקול, והסמכות למתן היתר מידתי ומותאם לסוג הטיפול הנדרש.

נד. לדברי המשיבים, מדינת ישראל מכבדת ומקיימת את מחויבויותיה בהתאם למשפט הבינלאומי, גם בנוגע לאיסור על עינויים ועל יחס אכזרי בלתי אנושי ומשפיל על פי אמנת האו"ם נגד עינויים ואמנות אחרות. ואולם, לדבריהם, במשפט הבינלאומי אין כלל פרטני האוסר, כעניין עקרוני, על מתן טיפול בכלל או על הזנה מלאכותית לאסיר שובת רעב בניגוד לרצונו; ובהתאם לפסיקת הערכאות הבינלאומיות השונות, הזנה בכפיה אינה עולה בהכרח כדי עינוי או יחס אכזרי האסורים לפי הדין הבינלאומי – ועל כך בהמשך.

נה. המשיבים מציינים כי לעמדת הר"י יש מתנגדים גם בתוך ציבור הרופאים והמטפלים; הם מפנים לנייר עמדה שצירפו מיום 23.8.2015, עליו חתומים מבכירי הרופאים, המשפטנים, המומחים לאתיקה ולביו-אתיקה והפילוסופים בישראל (נספח מ/ש/3), שלפיו במצבי קיצון גוברים הערך של שמירה על חיי אדם והחובה המקצועית-אתית של הרופא להציל את חייו, על הפגיעה ברצונו האוטונומי של שובת רעב.

נו. נוכח כל האמור, טוענים המשיבים כי בשים לב לאינטרס הציבורי המובהק בשמירה על חיי האסיר מחד גיסא, ובשמירה על בטחון הציבור מאידך גיסא, וכן בהתחשב בהיות הפגיעה מוגבלת ומידתית, החוק הוא חוקתי ואינו מגלה עילה משפטית להתערבות בו.

נז. קיימנו שני דיונים בעתירות. בדיון מיום 17.9.2015 העלינו את השאלה האם העובדה שמדובר באסיר שובת רעב, יש בה כדי להשפיע על האיזון בין השיקולים. עורכת הדין אורנה לין, באת-כוחה של הר"י, חזרה על עמדת הגורמים המקצועיים שלפיה הדרך העדיפה לטפל בשובת רעב היא הדרך התהליכית, אשר הוכיחה עצמה שכן בישראל מעולם לא מת אסיר ששבת רעב. לדבריה, מספר שובתי הרעב הולך ופוחת. עורך הדין דורג'אם סייף, בא-כוח העותרים בבג"ץ 5441/15, חזר על טענתו שלפיה מטרת החוק לאמיתה היא שמירה על בטחון המדינה והחשש מהפרעות הסדר, המהוה שיקול זר ולכן אין החוק לתכלית ראויה. לדבריו, בבית הדין האירופי ובמדינות אחרות שאישרו הזנה בכפיה, נשקלו שיקולים רפואיים בלבד ולא שיקולי ביטחון. עורך הדין סייף הזכיר כי לפי החוק ניתן להחליט על טיפול כפוי בעקבות חשיפת השופט לראיות חסויות, וגם בכך – לטענתו – ההליך אינו חוקתי. עורך הדין תמיר בלנק טען בשם העותרים בבג"ץ 5994/15, כי מדובר בחוק המאפשר לבצע עינויים במדינת ישראל. הוא השיג גם על היעדר האפשרות של אסיר שנפגע כתוצאה מטיפול כפוי לקבל פיצויים.

נח. אפשרנו גם לד"ר ליאוניד אידלמן, יו"ר הר"י, שתצהירו צורך לעתירת הר"י, להביע בפנינו את התנגדותו לחוק. לטענת ד"ר אידלמן, החוק יפגע ביכולתם של רופאים לטפל בחולים.

נט. לעומתם, טען עורך הדין ד"ר גור בליי, נציג היועץ המשפטי של הכנסת, כי גישת העותרים היא כיבוד האוטונומיה של האסיר עד מוות – גישה שהמחוקק לא בחר בה. לדבריו שתי תכליות לחוק: התכלית הדומיננטית היא קדושת החיים והמשנית, היא התכלית הבטחונית. לשיטת הכנסת, חוק זכויות החולה אינו נותן מענה מספיק לבעיה, שכן ההנחה היא שאסיר שובת רעב שאיבד את ההכרה לא ירצה שיזינו אותו. עורכת הדין ערין ספדי-עטילה, מטעם המשיבים, טענה אף היא כי חוק זכויות החולה אינו מספק כלים המאפשרים להתמודד עם אסיר שובת רעב; היא הבהירה כי החוק דנא מוצא אחרון, שנועד למנוע נזק בלתי הפיך לאסיר שובת רעב ולאפשר התערבות בנקודת זמן בה ניתן למנוע סכנת חיים או נכות חמורה. זאת, בין היתר, בשל חובתה של המדינה להציל את חיי האסיר, וכן לשמור על חייהם של אחרים העלולים להיפגע כתוצאה משביתת הרעב. לדבריה, התכלית של שמירה על בטחון האסיר ועל בטחון המדינה חיה בהרמוניה עם התכלית של שמירה על חיי אדם; והיא סבורה שפסיקת בית הדין האירופי בעניין זה אומצה בחוק.

ס. ביום 10.12.2015 ניתנה ההחלטה הבאה:

”ייקבע בפני ההרכב דיון המשך בנושא אחד בלבד: שאלת חוקתיותו של סעיף 19ד(ה), לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) התשע"ה-2015, האומר: 'בית המשפט ישקול שיקולים של חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, ככל שהובאו בפניו ראיות לעניין זה'. הדיון ייערך בעוד כשלושה חודשים. המשיבים יגישו עמדה משלימה בנושא זה עד שבועיים לפני הדיון, והעותרים יוכלו להגיב עד חמישה ימים לפני הדיון”.

בהתאם לכך הגישו בעלי הדין עמדותיהם המשלימות כדלקמן:

עמדתה המשלימה של הכנסת

סא. לטענת הכנסת, סעיף 19ד(ה) לחוק הוא חוקתי ואין מקום להתערבות שיפוטית בו. לדבריה, במהלך הליכי החקיקה נעשה תיקון משמעותי בחוק, באופן בו שיקולים בטחוניים הוצאו מגדר הסעיף העיקרי המתווה את שיקול הדעת של בית המשפט (סעיף 19ד(ד) לחוק), נכללו בסעיף נפרד וצומצמו משמעותית, כך שרק אם הובאו בפני בית המשפט ראיות בעניין זה, ישקול בית המשפט שיקולים בטחוניים. לדברי הכנסת, הכללת סעיף 19ד(ה) לחוק נועדה להגשים את התכלית השניה, המשנית, של החוק. לדעת הכנסת, מדובר בתכלית ראויה. הכנסת מדגישה כי שיקולים בטחוניים אינם יכולים, כשלעצמם, להוביל למתן טיפול כפוי לאסיר שובת רעב. שיקולים אלה יישקלו רק במצב שבו רופא מטפל קבע כי מצבו הרפואי של האסיר קשה ביותר וכי יש סכנה ממשית לחייו או לכך שתיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה. אז ישקול בית המשפט “שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, ככל שהובאו בפניו ראיות לעניין זה”. לדברי הכנסת, השילוב בין התכליות אינו יוצא דופן בחקיקה הישראלית. לדעתה, אין סתירה בין התכלית הבטחונית לבין התכלית ההומניטרית, המבוססת על ערך קדושת החיים, עד שניתן לומר כי במצב הטיפוסי התכלית הבטחונית “נבלעת” בתכלית ההומניטרית. הכנסת בדעה כי למעשה, דוקא גישה המעניקה תימוכין למניעת טיפול רפואי באסיר השובת רעב והמצוי בסכנה חמורה, היא כזו המעניקה עדיפות למטרות חוץ-רפואיות על פני שיקולים רפואיים טהורים. הכנסת חוזרת על הטענה שלפיה אפילו קיימת הבחנה בין שתי התכליות, ואף אם ייטען כי התכלית הבטחונית אינה יכולה לעמוד בפני עצמה, בית משפט זה קבע בעבר כי כאשר התכלית הדומיננטית של הסדר חקיקתי היא תכלית ראויה ולגיטימית, יש בכך כדי “להכשיר” תכלית נוספת שאינה יכולה לעמוד בפני עצמה.

סב. לדעת הכנסת סעיף 19(ה) לחוק הוא מידתי: הסעיף מקיים את מבחן הקשר הרציונלי – מתן אפשרות לבית המשפט לשקול שיקולים בטחוניים משהובאו בפניו ראיות בעניין זה יתרום בצורה טובה יותר להגשמת התכלית הבטחונית של ההסדר, ובודאי מקימה פוטנציאל להגשמתה. הסעיף עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – קשה לראות כיצד ניתן להגשים את התכלית הבטחונית בלא לאפשר במקרים המתאימים לבית המשפט לשקול שיקולים בטחוניים משהובאו בפניו ראיות לעניין זה. האמצעי החלופי שהציעו העותרים – ההסדר המעוגן בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, אינו יכול להיחשב לכזה המגשים באותה מידה את תכליות החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות האסיר. הסעיף עומד גם במבחן המידתיות במובן "הצר": הוא מידתי ומאוזן, ומבטיח כי פגיעתו באוטונומיה של האסיר תהא מינימלית. השיקולים הבטחוניים המנויים בסעיף אינם יכולים לעולם, כשלעצמם, להוביל לפתיחת הליך על פי החוק. משהגיע העניין בפני בית המשפט משיקולים רפואיים טהורים, ובמידה שהוצגו ראיות בעניין זה, יכול בית המשפט לתת דעתו גם לשיקולים הבטחוניים לצד מכלול שיקולים נוספים וחוות דעתה של ועדת האתיקה. בנוסף, על פי נוסח החוק שאושר, יש צורך לבסס ראיות קונקרטיות המבססות "חשש לחיי אדם" או "חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה". מדובר ברף גבוה יחסית, הדורש ראיות של ממש. יתרה מכך, אף אם נתן בית המשפט היתר לטיפול כפוי באסיר, אין בכך כדי לחייב מטפל להעניק טיפול כאמור (סעיף 19טז(ה) לחוק). מכל מקום, הטיפול שיינתן בפועל ייגזר משיקולים רפואיים בלבד (סעיף 19טז(א) סיפא לחוק).

סג. למעשה, הכנסת טוענת כי הסמכות של בית המשפט לשקול שיקולים בטחוניים לא נועדה לגבור על השיקולים הרפואיים, אלא לאזן שיקולים חוץ-רפואיים אחרים המובילים את האסיר לסכן את בריאותו וכפועל יוצא את הציבור בכללותו.

עמדתם המשלימה של משיבי המדינה

סד. אף לטענת המשיבים סעיף 19(ה) לחוק הוא חוקתי. הוטעם, שלא ניתן להביא לפתיחת ההליך בבקשה למתן היתר לטיפול רפואי ולא ניתן לתת היתר על סמך שיקול בטחוני בלבד, אלא לשם מימוש התכלית של שמירה על חיי האסיר שבשלה מעיקרא הופעל החוק. עמדת המשיבים היא כי במצב דברים בו קיימת אפשרות ממשית

שבתוך זמן קצר תיגרם סכנת חיים לאסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה והטיפול הרפואי צפוי להיטיב עמו, קדושת החיים גוברת על האוטונומיה של האסיר, כלל לא יידרש בית המשפט המחוזי לשיקולים בטחוניים. ואולם, אם וככל שיקבע כי קיים מרחב שיקול דעת שיפוטי להכרעה בסוגית היחס שבין קדושת החיים לבין האוטונומיה של האסיר, הורה המחוקק כי במרחב שיקול דעת זה יש לתת משקל גם לחשש הממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, ככל שהובאו ראיות לעניין זה. המשקל היחסי של השיקולים השונים לא נקבע בחוק, והכרעה בעניין מסורה לשיקול דעת בית המשפט.

סה. לטענת המשיבים, בהתקיים התנאים להגשת בקשה לפי החוק, ראוי כי יינתן משקל מרבי לערך קדושת החיים, ובמקרה כזה לא יעלה הצורך להיזקק לסעיף 19(ה) לחוק. אף אם לא תתקבל עמדתם, אין פסול חוקתי בכך שבמסגרת האיזון בין השיקולים על פי החוק יילקח בחשבון גם השיקול הבטחוני. לדברי המשיבים, שבינת רעב עלולה להפוך לכלי במאבק פוליטי במהותו, המערב את ציבור המזדהים עם שובת הרעב מצד אחד והציבור המתנגד לדרישותיו הפוליטיות או שרואה עצמו נפגע מהן, מצד שני, ומשפיע עליהם. מאבק פוליטי זה עלול להסלים עם החמרת מצבו של שובת הרעב. על כן עלה הצורך בהסדר משפטי משלים שיופעל רק משעה שחוק זכויות החולה לא יועיל. לדברי המשיבים, השינוי שנעשה בנוסח החוק הביא לצמצום השיקול הבטחוני, במטרה להפחית את הפגיעה בזכות האסיר לאוטונומיה. לדברי המשיבים, אין חולק כי מתן היתר לטיפול באסיר שובת רעב בניגוד לרצונו טומן בחובו פגיעה בזכותו לאוטונומיה, ובכלל זה בזכותו של אסיר לחופש ביטוי. ואולם, מניעת פגיעה בחייו של אסיר היא תכלית ראויה להגנה, כשם שהגנה על חיי אדם אחרים היא זכות יסוד מוגנת וחלק מחובתה של המדינה. בנוסף, הגנה על בטחון המדינה מהוה צורך ציבורי ממשי ואף חיוני במציאות בטחונית מתמשכת הטומנת בחובה פגיעה באזרחים ותושבים חפים מפשע. לכן תכליתו הבטחונית של החוק עשויה להצדיק, במקרים המתאימים, פגיעה בזכות לאוטונומיה. המשיבים מדגישים כי לעולם מצבו הבריאותי הקשה של אסיר שובת רעב הוא התנאי הבסיסי לדיון בבקשה. לדעתם, גם במישור התוצאה, השיקול הבטחוני לא יעמוד בפני עצמו (סעיף 19(א)(1) לחוק).

סו. אף לדעת המשיבים החוק הוא מידתי: ביצוע ההליך בהתאם לדרישות החוק יש בו כדי להבטיח הגשמה של תכלית ההגנה על חיי אחרים ושמירה על בטחון המדינה לצד שמירה על חייו של אסיר שובת רעב. החלטת בית המשפט מהוה אמצעי מתאים למניעת הסיכון הבטחוני הנשקף מאי מתן טיפול לאסיר שובת רעב ומהתדרדרות מצבו כתוצאה משביתת הרעב. לדעתם, ההסדר המאוזן שנקבע בחוק



עומד במבחן השני למבחני המידתיות, ואף יש יחס סביר בין הזכות לאוטונומיה לבין התועלת הציבורית הצומחת מכך לשם הגשמת תכלית החקיקה. לגישתם, מרכיבי החוק יוצרים הסדר מידתי ומאוזן הפוגע בצורה מינימלית בזכות לאוטונומיה של האסיר תוך שמירה על חייו ומבטיח שימוש מדוד ומפוקח בהליך כולו ובשימוש בסעיף 19(ה) לחוק בפרט. השימוש בחוק יהיה מוצא אחרון, לאחר שמוצו המאמצים בהתאם לחוק זכויות החולה. מדובר בהליך בקרה נוקשה; לא ניתן לתת היתר לטיפול על בסיס השיקול הבטחוני לבדו. לכן החוק עומד – כנטען – במבחני החוקתיות ואינו מגלה עילה משפטית להתערבות בו.

תגובתה של הר"י לתגובות המשלימות

סז. לטענת הר"י, דיון חוקתי ביחס לסעיף 19(ה) לחוק במנותק מהחוק בכללותו יהיה דיון חסר. הר"י חולקת על כך שהתכלית ההומניטרית היא התכלית המרכזית של החוק ואילו התכלית הבטחונית משנית לה. לדברי הר"י, הימנעות בית המשפט מדיון בסוגיה האתית שהונחה לפניו משמעותה היא מתן הכשר להוראה שיפוטית עתידית להפר חובות אתיות על כל המשתמע מכך. הר"י הפנתה למקרה של העציר המנהלי מוחמד אלקיק, אותו הזכרנו מעלה ואליו עוד נשוב בהמשך; לדברי הר"י, באותו המקרה רופאי בית החולים נמנעו ממתן טיפול לאלקיק למרות החלטת ועדת האתיקה. לדעת הר"י, לו היה מופעל החוק בעניין אלקיק, ברור שמטרתו היתה להפעיל לחץ על הרופאים לטפל באלקיק משיקולים בטחוניים גרידא בניגוד לאתיקה המקצועית. לטענת הר"י, הוצאת השיקולים הבטחוניים מגדר הסעיף הכללי לסעיף נפרד בחוק היא תיקון טכני ולא מהותי; זאת, שכן החוק קובע כי שקילת שיקולים בטחוניים תיעשה כל אימת שהמדינה תציג לבית המשפט ראיות בעניין. לדברי הר"י, בנסיבות העניין, מתעורר חשש כבד, כי המדינה תעשה שימוש בשיקולים הבטחוניים כדי להוביל את בית המשפט להכרעה שגויה בנושא רפואי שאינו בתחום ידיעתו. לדבריה, השיקולים הבטחוניים אינם משניים, אלא חלק עיקרי, מרכזי ובלתי נפרד מהשיקולים שיידרש בית המשפט לשקול בבואו לדון בבקשה על פי החוק (היא מפנה לדברי עורך הדין יואל הדר, היועץ המשפטי של המשרד לבטחון פנים, פרוטוקול ישיבה מס' 312 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, עמוד 23 (17.6.2014)). לדברי הר"י, משמורת המדינה על האסיר וקיומה של תכלית בטחונית אינן יכולות להצדיק פגיעה בזכויות יסוד של אסיר. לכן לא ניתן לקבל את הטענה כי המדינה אחראית באופן מוחלט לשלומו של אסיר שובת רעב באופן המאפשר לה לפגוע פגיעה חמורה באוטונומיה וברצון הפרטי שלו. לדברי הר"י, פגיעה בזכויות האדם כדי להגן מפני סכנה ערטילאית או "השלכות רוחב" על בטחון הציבור שאינן קשורות לאסיר הספציפי, אינה עונה על

דרישות הסבירות והמידתיות ואינה חוקתית. לדברי הר"י, התכלית הבטחונית אינה "נבלעת" בתכלית רפואית ראויה – אין בתכלית דומיננטית ראויה כדי להכשיר תכלית משנית שאינה כזו. לדעתה, התכלית ההומנית נועדה לשרת את המטרה העיקרית: אפשרות לכפות טיפול רפואי על אסיר. אפילו התכלית העיקרית היא הומנית, תכלית זו קיימת בחוק זכויות החולה וספק אם בכלל מתקיימת בחוק דנא; התממשותה בענייננו מוטלת בספק. השיקולים שהובילו אסיר לבצע שביתת רעב ונסיון המדינה למנוע מחאה מסוג זה בעתיד, אינם יכולים ואינם צריכים לקחת חלק בהכרעה השיפוטית בעניין מצבו הרפואי, ובוודאי שלא בכפיית טיפול רפואי שתועלתו הרפואית לשובת הרעב מוטלת בספק; שיקולים חוץ-רפואיים שהובילו את האסיר לפתוח בשביתת רעב אינם מצדיקים שקילת שיקולים חוץ-רפואיים כדי לסיימה. לדברי הר"י, גם אם ניתן לראות בחוק הסדר משלים, מתעורר חשש שמא כל מטרתו היא הפעלת לחץ נוסף על רופאים באמצעות מתן צוים שיפוטיים.

תגובת העותרים בבג"ץ 5441/15 לתגובות המשלימות

סח. אף לטענת העותרים, החוק כולו פוגע בזכויות הפרט ולא ניתן לנתק את סעיף 19(ה) לחוק מן המכלול. מכל מקום, שיקולי בטחון הציבור הם שיקולים זרים למטרת הצלת החיים של אסיר שובת רעב, שכן נועדו למנוע תוצאות אפשריות של מות האסיר ולא את המוות עצמו. בכך חורג הסעיף ממטרתו המוצהרת של החוק: הגנה על חיי אדם. לדברי העותרים, עיקר שביתת הרעב הן של עצירים מנהליים. לטענתם, הבחנה בין עצירים או אסירים שובתי רעב בהתאם להשפעה שתהיה על הציבור עקב מותם פוגעת בשוויון. יתרה מכך, לפי עמדת המשיבים, מוצדק לפגוע באופן אנוש בזכויות הפרט כדי שלא יירשם לזכותו של העציר המנהלי שובת הרעב "נצחון תודעתי" על מדינת ישראל. חיזוק לכך מוצאים העותרים בדברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עורך הדין רז נזרי, בדיון בועדת הפנים: "החוק הזה נועד לתת כלי נוסף בסיטואציות חריגות על-מנת לא להגיע לפתרון של שחרור אותו אדם שיש נגדו מידע שהוא עוסק בטרור" (פרוטוקול ישיבה מס' 26 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, עמוד 12 (14.7.2015)). לדעת העותרים, אין קשר רציונלי מחייב בין הצלת חייו של האסיר לבין השיקול הבטחוני אשר נועד לקדם מטרות אחרות; ואף לא נשקל ולוא אמצעי חלופי אחד להזנה כפויה. העותרים משיגים שוב על האפשרות לשימוש בראיות חסויות בהליך לפי 19טו(ה) לחוק. לטענתם, אין מנוס מדיון גם בסעיף זה. לטענת העותרים, הם עמדו בנטל ההוכחה לפגיעה בזכויות הפרט החוקתיות, ולכן הנטל עבר למדינה להראות את ההצדקה לפגיעה, אך היא לא עמדה בו.

תגובת העותרים בבג"ץ 5994/15 לתגובות המשלימות

סט. לדעת העותרים, מן התגובות עולה כי מטרת החוק היא שבירת שבידת רעב של אסירים פלסטינים והשתקת מחאתם. לדעתם, רופאים ימצאו עצמם במצב בלתי אפשרי, שבו יאלצו להפוך בעל כורחם מענים. לדברי העותרים, משמעות עמדת המשיבים היא כי בכל מקרה שבו יגיע עניינו של שובת רעב לפתחו של בית המשפט, מתקיימים בפועל התנאים המנויים בסעיף 19(ה) לחוק ושיקולי הביטחון אמורים או יכולים להישקל. לדעת העותרים, בשל הניסוח שנבחר: "חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה", סביר שיינתן לשיקולי הביטחון משקל רב יותר, והסיכוי שבית המשפט ידחה את הבקשה להתיר טיפול רפואי כפוי הוא אפשרי. לדעתם, שקילת שיקולים חוץ-רפואיים בבקשה להתיר טיפול רפואי כפוי היא מתן היתר לעינויים בחקיקה חרף האיסור המוחלט על עינויים. העותרים שבים וטוענים כי תכלית החקיקה היא פוליטית, ואינה מניעת פגיעה בחייו של אסיר שובת רעב. לטעמם, אם גם לשיטת המשיבים ניתן לערוך איזון בין חיים לאוטונומיית הרצון, לא מובן כלל מדוע יש צורך להכניס שיקול בטחוני שאינו רפואי, וכיצד שיקול זה יקדם את האיזון בין שני הערכים. לטענת העותרים, לא ניתן לטעון מצד אחד בסעיף 19(ה) לחוק אינו נחוץ, ומצד שני, לאחוז בו בצפורניים. לדעת העותרים, אין כל קשר בין השמירה על חיי האסיר והאוטונומיה שלו לבין השיקולים הנוגעים לבטחון הציבור – מדובר בשיקולים מנוגדים. המשיבים אף אינם מסבירים מדוע האכלה בכפיה לא תביא לתוצאות קשות של פגיעה בבטחון ובחיי אדם. לדבריהם, הטענה שלפיה הפעלת חוק זכויות החולה לבדו עלולה לגרום לשובת רעב נזק חמור ובלתי הפיך ואף מוות, נטענה בעלמא שכן במשך עשרות שנים של הפעלת חוק זה לא מת ולוא שובת רעב אחד. המשיבים אינם מסבירים, כך נטען, כיצד הפעלת שיקולים של בטחון המדינה מקטינה את האפשרות לנזק רפואי לאסיר שובת רעב. לדעת העותרים, כאשר על הכף "חשש לחיי אדם וחשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה", האינדיבידואל הופך לאמצעי, והדרך משם לעינויים ולפרוצדורות אלימות ומשפילות קצרה ומתחייבת.

דיון ההמשך

ע. ביום 21.2.2016 קיימנו דיון המשך בשאלת חוקתיותו של סעיף 19(ה), לחוק. עורכת הדין לין חזרה על עמדת הר"י, שלפיה גם אם אין מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 19(ד) לחוק, מכח החוק רשאי בית המשפט להתיר מתן טיפול רפואי באופן העלול לסכן את חייו של אסיר שובת רעב. לדעת הר"י, משיעורבו שיקולים

בטחוניים, תיוצר "סכנת חיים". עורך הדין סייף התייחס לסוגית הראיות החסויות שבסעיף 19טו(ה)(1) לחוק. לדעתו, מדובר בנדבך נוסף לאי חוקתיות החוק. לדבריו, יש לבטל את השיקול הבטחוני, המהווה "מפלט" שבאמצעותו ניתן להזין אסיר שובת רעב בכפיה. עורך הדין בלנק סבר, כי ברגע שתוגש חוות דעת רפואית חלקית "יוזמו מאליהם" השיקולים הבטחוניים. לדבריו, הכנסת השיקול הבטחוני כשיקול בהליך הרפואי, עלולה להוביל לטיפול מכאיב פולשני וקשה, העולה כדי עינוי או יחס משפיל. מנגד, העיר עורך הדין ד"ר בליי מטעם הכנסת, כי כיון שבבסיס שביתת הרעב עומדים שיקולים ציבוריים ופוליטיים של האסיר, גם למדינה מותר לשקול במקרים מסוימים שיקולים בטחוניים; אולם אלה יישקלו אך כשהדבר נדרש להגנה על שלומו של הזולת. עורכת הדין ספדי-עטילה הסבירה מטעם משיבי המדינה, כי מטרת סעיף השיקולים הבטחוניים היא לצייד את בית המשפט המחוזי במערכת איזונים נוספת; סעיף זה מורה לבית המשפט לשקול אל מול זכות האוטונומיה של האסיר, את השלכות סכנת החיים או מותו על חייהם של אנשים אחרים, על בסיס ראיות שיוגשו לו. עוד הבהירה עורכת הדין ספדי-עטילה, כי בהתאם לתיקון, אם יגיע בית המשפט למסקנה שמדובר באסיר הנמצא בסכנת חיים וכי הטיפול יציל את חייו – די יהיה בכך להתיר טיפול רפואי כפוי; ואולם אם בית המשפט יתלבט בשאלה זו – רק אז יכול הוא להידרש לשיקול הבטחוני; דהיינו, השיקול הבטחוני לעולם יתלווה לשיקול קדושת החיים, ולא יעמוד כשיקול בפני עצמו.

עא. עורכת הדין ספדי-עטילה מסרה לידינו חוות דעת סודית של חטיבת המחקר של השב"כ. יצוין כי העותרים בבג"ץ 5994/15 ביקשו לעיין בחוות הדעת. בעניין זה קבענו ביום 21.3.2016, כי "בנסיבות יסתפקו העותרים בפרפרזה שבסיפת תגובת המשיבים", שלפיה "חוות הדעת מצביעה על פוטנציאל הסיכון להתדרדרות בטחונות כלל ומחוצה לו כתוצאה ממותו של אסיר בטחוני שובת רעב, וכפועל יוצא מכך לגרום לפגיעה בחיי אדם".

הכרעה

עב. לפנינו סוגיה מורכבת משפטית, אתית, ציבורית ואנושית. עתירות אלה הוגשו בטרם נבחן החוק הלכה למעשה ובטרם יושם. למעשה, המדובר בשקלא וטריא עקרוני, ושאינו – מכל מקום, עדיין לא – מעשי. אף שהכלל הוא כי בית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תיאורטית, נפסק כי ישנם מקרים בהם יש לדון בעתירות בשל חשיבותה של השאלה הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, בין היתר, נוכח "אורך החיים הקצר" שלה בנסיבות יישום: הסוגיה שלפנינו באה בקהלם של אלה נוכח האפשרות

הממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי אסיר שובת רעב או שתיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה. מטבע הדברים, במצב דברים זה החלטה בעניין חייבת להינתן בתוך שעות או ימים ספורים בהתחשב במצבו הרפואי החמור של האסיר (השוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999) (להלן עניין צמח)), ועל כן יש להידרש לשאלה הפרשנית העקרונית מעיקרא.

עג. יש איפוא מקום לבחון מעתה את חוקתיות החוק – ולא בסד הזמנים הקצר הקבוע בחוק עצמו, על הקושי בבחינה שיפוטית יסודית בהתחשב במצבו הרפואי החמור של האסיר שובת הרעב. אקדים ואומר כי לאחר ששקלתי את טענות בעלי הדין וטריתי בהן, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להיעתר למבוקש, וכי החוק עומד במבחן החוקתי. בסופו של דבר יש בחוק אלמנט של הצלת חיים, ומתן עליונות לעקרון קדושת החיים, זו ראשית וזו אחרית. מעצימה זאת כמובן העובדה שהאדם בו מדובר נמצא במשמורת המדינה, שחובתה להעניק לו טיפול רפואי ראוי. אפרט.

עד. הלכה פסוקה המעוגנת במבנה הדמוקרטי, בכיבוד הרשויות וגם בשכל הישר, היא כי על בית המשפט לנהוג בריסון בבואו לבחון חוקים שחוקקה הכנסת, המבטאים את רצון העם (ראו למשל: בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015) (להלן עניין דטטה); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012) (להלן עניין ניר)). זהירות מיוחדת נדרשת בעת בחינת חוקתיותו של חוק (בג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 (22.9.2014) (להלן עניין איתן); בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים, פסקה 17 (14.7.2008)). נקודת המוצא לבחינת חוקתיותו של החוק היא, איפוא, כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחרי העם, וככזה, בית המשפט נדרש לכבדו; על כן לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי (בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3), 57, 67 (1996) (להלן עניין הופנונג); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263-264 (2002) (להלן עניין מנחם)). יש לזכור כי חוק שנחקק על ידי הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות שמטילה על הטוען לאי חוקתיות את הנטל להראות, לפחות לכאורה, שהחוק אינו חוקתי, בטרם יעבור הנטל למדינה ולכנסת להצדיק את חוקתיותו. חזקת החוקתיות אף מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים (עניין הופנונג, עמוד 68), ומכל מקום מטילה עליו אחריות מיוחדת.

עה. עם זאת כמובן, אין משמעות הדבר כי החוק חסין מפני ביקורת שיפוטית. על בית המשפט למלא את התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי, בודאי משנחקקו חוקי היסוד הנוגעים לזכויות ועוד לפני כן (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1993); 'א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית) (תשנ"ה), עמ' 105-118); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693 (1969)); ולבחון את חוקתיותה של החקיקה היוצאת מתחת ידי הרשות המחוקקת, שמא נפל בה פגם כגון של פגיעה בזכויות מסוגים שונים. בחינה זו תיעשה תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין העקרונות של שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין ההגנה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל. פעמים יתכן שצרכי שעה פוליטיים יגרמו להטיית יתר של כף המאזניים בחקיקה, ובית המשפט אמור לאזן, מתוך כבוד מוסדי של הכנסת. משכך, הבחינה החוקתית אכן תיעשה אך בזהירות ראויה, ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 372-373 (2008)).

כאמור:

"... אין בית משפט זה רשאי להתעלם מפגיעה בזכויות יסוד אשר אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד. על בית המשפט הוטל התפקיד לוודא כי מלאכת החקיקה של הכנסת אינה פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ואין הוא רשאי למשוך ידיו ממלאכה זו. עליו לעשותה, איפוא, תוך איזון רגיש ומודע בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין השמירה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר במדינת ישראל (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (19.11.09) (להלן: עניין חטיבת זכויות האדם); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פסקה 29 (2008) (להלן: עניין פלוני))" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 67 (16.9.2013), להלן עניין אדם)).

עו. לפנינו איפוא מטוטלת עדינה ורגישה; וכך בודאי במדינה כישראל, על פסיפס הויתה ומורכבות חייה. על כן, כידוע, ביקורת חוקתית אינה נערכת בחלל ריק: היא נעשית על רקע מציאות החיים שעמה נועד החוק הנבחן להתמודד. כמתואר מעלה בהרחבה, הוראות החוק הנתקפות בעתירות דנן כוללות אמצעים בהן נקטה המדינה כחלק מניסיון להתמודד עם תופעת שביתות הרעב של אסירים ועצירים, לרבות עצירים מנהליים. ממדיה של תופעה זו מצויים לפי הנתונים שבידינו במגמת ירידה (נספח ח' לעתירה 5441/15). תפילתנו היא כי חוק זה לא יבוא לידי שימוש וכי יתברר כלא נחוץ, וכידוע – "לא לנו לשפוט את תבונת המחוקק והצורך בחקיקה פלונית או אלמונית,

תהא דעתנו כאזרחים כאשר תהא. לפנינו, תוצר חקיקתי שעלינו למוד את מעמדו החוקתי על פי תוכנו – בראש ובראשונה – ועל פי תולדותיו, ולא ננעל את הדלת להתפתחויות משפטיות בעקבות יישומו" (מתוך חוות דעתי בבג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה ג' (2014)). אך לעת הזאת נותר בעינו הצורך להתמודד עם האתגרים הנובעים מתופעת שביתות הרעב, ואין מאתנו נביא היודע מה ילד יום. על רקע דברים אלה, אפנה לבחינת חוקתיות החוק. ולטעמי, על הכל חופה קדושת החיים, יסוד מובהק ביהדות ובכל חברה אנושית מתוקנת.

#### חוקתיות החוק

עז. כידוע, הבחינה החוקתית נעשית בשלבים. ראשית, יש לבחון אם החוק פוגע בזכות אדם מוגנת. אם התשובה לכך אינה בחיוב – תסתיים הבחינה החוקתית. אם התשובה חיובית, יש לבחון אם הפגיעה היא כדין, בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 595 (2009) (להלן עניין הפרטת בתי הסוהר)). כללים אלה יסודם בתפיסה החוקתית שלפיה זכויות אדם חוקתיות הן זכויות יחסיות, וכי יש לאזן למול זכויות ואינטרסים אחרים.

עח. בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) קבועים ארבעה תנאים מצטברים שבהם על חוק פוגע לעמוד כדי שהפגיעה תהא בגדרי הדין. ראשית, אין פוגעים בזכויות חוקתיות אלא בחוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בנוסף, על החוק להיות לתכלית ראויה. התכלית היא ראויה אם נועדה להגשים אינטרסים ציבוריים חשובים (ראו למשל: בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פסקה 78 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.1.2011); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 525 (1994)). לבסוף, על הפגיעה בזכות להיות מידתית. מידתיות החוק נבחנת באמצעות שלושה מבחני-משנה:

עט. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי, במסגרתו יש לבחון אם החוק מממש את התכלית שלשמה נחקק. על האמצעי שנבחר להוביל להגשמת תכלית החוק בהסתברות שאינה קלושה או תיאורטית בלבד (ראו עניין ניר, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 323 (2006) (להלן עניין עדאלה); בג"ץ

6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה נד לפסק דיני (26.3.2015); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377, 382 (2010), להלן ברק-מידתיות).

פ. מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – בוחן אם מבין האמצעים המגשימים את מטרת החוק בחר המחוקק את האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הפחותה ביותר. ודוק: המחוקק אינו חייב לבחור באמצעי חלופי אשר אין בו כדי להגשים את התכלית באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר (עניין אדם, פסקה 192; בג"ץ 3752/10 דובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 74 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (17.9.2014); עניין צמח, עמודים 269-270).

פא. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר. במסגרת מבחן זה יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה בזכויות החוקתיות הנלווית לו. זהו מבחן ערכי המבוסס על איזון בין זכויות לבין אינטרסים. הוא משקלל את החשיבות החברתית של הזכות הנפגעת, את סוג הפגיעה בה ומידתה אל מול התועלת הגלומה בחוק (ראו בג"ץ 6304/09 לה"ב - לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 116 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2.9.2010)).

פב. אם בית המשפט מגיע למסקנה כי החוק הנבחן אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, משמעות הדבר היא כי החוק אינו חוקתי. במקרה כזה, על בית המשפט לקבוע מהן תוצאותיה של אי החוקתיות במישור הסעד (ראו למשל: בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נח (1) 786, 792 (2003)); בג"ץ 2254/13 סמואל נ' שר האוצר, פסקה 8 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (15.5.2014)).

זכויות האדם של אסיר

פג. כאמור טענתם של העותרים כי החוק סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן נפגעת, באמצעות הזנה כפויה, הזכות לכבוד, הזכות לשלמות הגוף והזכות לאוטונומיה של האדם. כן נטען לפגיעה בחופש הביטוי של אסיר ויכולתו להביע מחאתו באופן בו יחפץ.

פד. אין צריך להזכיר, כי הזכות לכבוד זכתה למעמד חוקתי על חוקי עם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וכי "כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו ובערכו כאדם" (עניין איתן, פסקה 14 (השופט פוגלמן)). קולמוסים נשתברו באשר להיקף השתרעותה של זכות זו, אולם אין חולק כי



הזכות לאוטונומיה נגזרת מהזכות לכבוד ומהוה חלק מן "הגרעין הקשה" של זכות זו. בבסיס הזכות לאוטונומיה עומדת ההכרה בזכותו של האדם לפתח את עצמו על פי רצונו, ובכך שנתונה לו הזכות לפעול בהתאם למאוויו ולבחירותיו (עניין איתן, פסקה 17):

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף - פיזי - של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו... מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו... ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים 'כרמל' חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570-571 (1999) (השופט - כתארו אז - אור)).

פה. כלל גדול בדינו הוא, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במאסר או במעצר, וכי אין בעובדת המאסר או המעצר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה שלו; או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין (בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984)). בית משפט זה נדרש לא אחת לזכויותיהם של אסירים וקבע כי אסיר אינו מאבד את זכויות האדם והחירויות הנתונות לכל אדם, אלא אם הדבר נדרש לשם תכלית המאסר:

"שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין" (עניין הפרטת בתי הסוהר, עמוד 595).

ויודגש:

"הפגיעה המתחייבת בזכויות האדם הנתונות לאסיר מקורה בעיקרה בהגבלת חירותו האישית, הנובעת מן המאסר. הגבלת יכולת התנועה של האסיר בכלל גוררת

בהכרח גם פגיעה באותן זכויות אדם נילוות שמיושן מותנה בקיומה של חירות האדם, כגון הזכות לעיסוק במשלה 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 בטחון יושביו. תכנה גם הגבלות הנובעות מצרכים אחרים הנעוצים באינטרס ציבורי כללי כבד-משקל, כגון שיקולים כלליים שבבטחון המדינה (פרשת דוברין, 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 הנילוית למאסר, או שהיא נדרשת לצורך השגת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פד"י נ(4) 136, 154-156; בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פד"י לה(1) 536, 546; בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פד"י מ(1) 567, 572-573) "בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (פ"ד סב(1) 762, 773, השופטת פרוקצ'יה (2007) (להלן עניין רופאים לזכויות אדם)).

ואכן,

"זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו" (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 148, השופט מצא (1996)).

כך הוא גם באשר זכויות האדם החוקתיות של אסיר המצוי במשמורת המדינה:

"עונש מאסר המוטל על אדם, אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת הינה על פי יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד" (עניין רופאים לזכויות אדם, עמוד 773).

באופן קונקרטי נקבע, שהזכות לחופש הביטוי אינה נשללת מן האדם עם

מאסרו, ואולם זו מצומצמת במידה משמעותית:

"הלכה פסוקה היא מלפני בית משפט זה כי בהיכנסו אל הכלא מקפח אדם את חירותו אך אינו מקפח את כבודו (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152-153; בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298). אף כי נשללת מן האסיר הזכות לחופש התנועה, עדיין עומדות לו זכויות יסוד

'שהפגיעה בהן יש בה משום פגיעה בצרכים מינימאליים ויסודיים של האדם' (בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 492). בין זכויות היסוד אשר מוקנות לאסיר גם בעת שהוא נתון במאסר נמנית הזכות לחופש הביטוי, אשר 'אינה נשללת מן האדם עם מאסרו ונתונה היא לאסיר גם בתא כלאו' (עע"א 4463/94 לעיל, עמ' 157). עם זאת, 'המאסר מגביל עד למאוד את יכולתו של האסיר לממש את חופש הביטוי שלו, וחופש הביטוי הנתון לו למעשה הוא מצומצם הרבה יותר מחופש הביטוי של אזרח חופשי' (שם, שם). לפיכך, על הזכות לחופש הביטוי מוטלות בין כותלי בית הסוהר מגבלות שמטרתן, בין היתר, לקדם אינטרסים ייחודיים... הכרוכים בניהול התקין של בתי הסוהר: הגשמת מטרות המאסר, קיום הביטחון, הסדר והמשמעת בבית הסוהר, שמירת שלומם של האסירים, ההגנה על שלום אנשי הסגל והסוהרים וכל כיוצא באלה' (שם, שם) (דברי השופט י' עדיאל בבג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97, 101 (14.9.2004), להלן עניין בורגאל).

על זכותו של האסיר לחופש ביטוי מוטלות מגבלות שמטרתן, בין היתר, לקדם אינטרסים ייחודיים הכרוכים בניהול התקין של בתי הסוהר. בעניין בורגאל נקבע כי שביתת רעב אינה נמנית על הזכויות המוקנות לאסיר:

"על רקע זה, גם אם נניח ששביתת רעב היא בגדר אמצעי לגיטימי להבעת דעות ולמימוש הזכות לחופש הביטוי, נטילת חלק בשביתה כזאת אינה נמנית על הזכויות המוקנות לאדם בעת שהוא כלוא בבית הסוהר. שביתת רעב, על שני יסודותיה, הרעב והשביתה, פוגעת בניהול התקין של בית הסוהר. אשר ליסוד הראשון, הסירוב לאכול, כשלעצמו, הנו בגדר עבירת בית הסוהר לפי סעיף 56(8) לפקודת בתי הסוהר. בענייננו אין מדובר ב'סתם' סירוב לאכול, אלא בסירוב שהוא ביטוי של מחאה מאורגנת בדרך של שביתה. שביתה מאורגנת גם היא אינה מתיישבת עם קיום הסדר והמשמעת בבית הסוהר. לעניין זה כבר נקבע, 'על דרך ההקצנה, ... שלא הרי הפגנה בסתם יום של חול - בעיר או בכפר - כהרי הפגנה של אסירים בין כתליו של בית-כלא. הימצא מי שיעלה על דעתו כי ניתן להתיר הפגנה של אסירים בבית-כלא?' (פסק דינו של השופט חשין בעע"א 4463/94 לעיל, בעמ' 180). לפיכך, אין לקבל את טענת העותרים בדבר פגיעה בזכותם לחופש ביטוי" (ההדגשות שלי, א"ר. עניין בורגאל, עמוד 101).

פו. מן העקרונות הכלליים אפנה כעת לבחינה החוקתית של החוק הנדון לפנינו. אעיר תחילה כי בחינת הסעיף ואופן חקיקתו מעלה כי המדינה ביקשה לגבש מודל

ייחודי, הסדר מקיף המעוגן בחקיקה ראשית, לשם התמודדות עם תופעת שביתות הרעב של אסירים ועצירים, אשר אף נשנית במציאות הישראלית (ראו דברי ההסבר להצעת החוק, הצעות חוק הממשלה, תשע"ד-2014, 870, 762). המציעים לא התעלמו מכך שמתן טיפול לשובת רעב בניגוד לרצונו מעורר שאלות אתיות משמעותיות בעבור הרופא המטפל בו (שם, בעמוד 764). הם התייחסו להסדר הקיים בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, ולגישתם, כפי שצוין בדברי ההסבר, אין ההסדר הקיים בחוק זכויות החולה "מביא לידי ביטוי את ההיבטים הייחודיים המאפיינים את מצבו הרפואי של שובת הרעב בכלל – ושל האסיר שובת הרעב בפרט, את מורכבות שאלת האוטונומיה של הרצון במצב של שביתת רעב של אסירים, ואת המכלול הרחב יותר של השיקולים והנסיבות הנוגעים לו, ואשר יש לתת להם משקל במסגרת קבלת החלטה על מתן טיפול רפואי נדרש" (שם, בעמוד 772). אכן, לא יתכן חולק כי בנסיבות בהן שובת הרעב הוא אסיר או עציר, קיימת מערכת איזונים ושיקולים שונה, וכי המשקל שיינתן לאוטונומיה הרצון של אסיר או עציר שובת רעב במערכת איזונים זו אינה כשל של שובת רעב שאינו אסיר או עציר, והכל בשל היותו במשמורת המדינה על כל המשתמע.

פז. ונטעים כבר עתה, כי בדברנו בשביתת רעב, עלינו לשקול גורם נוסף, שאף הוא חלק חשוב בבחינה הזכות לכבוד האדם. שביתת רעב, אם תימשך, עלולה להביא לקיפוח החיים. באין חיים – האדם מניין וכבוד האדם מניין? מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, ועל כן עלינו להידרש גם לאתוס היהודי של קדושת החיים, חיי כל אדם. בנוסף, גולת הכותרת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא האמירה (בסעיף 1) כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...". אל יהא דבר זה קל בעינינו. אין אלה מלים בלבד. אלה נורמות חוקתיות. ואם כן עולה השאלה, האם בידי אסיר שבמשמורת הציבור, להחליט כרצונו על סיום חייו, או שמא קדושת החיים בעודו במשמורת גוברת על רצונו; מה גם שלמימוש רצונו השלכות חמורות אפשריות מעבר לו (וראו למשל לעניין זה פקודת הנציבות "מניעת אובדנות – טיפול והשגחה" (פקודה מס' 04.54.01 מיום 13.10.04), בה נקבע כי "שירות בתי הסוהר רואה בשמירת חיי אדם וגופו ערך עליון ראשון במעלה ומחויב לשמור על חייו של אסיר כמיטב יכולתו"). ושמה יהא כאן – כדברי חכמינו – בחינת "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" (בבלי יבמות ק"ו, א'). קרי, בסופו של יום יתרצה (והשוו סעיף 15(2)(ג) לחוק זכויות החולה).

פח. טרם נעבור לבחינה מדוקדקת של ההסדר הקונקרטי נשוא ענייננו, נפנה מבטנו אל הוראות רלבנטיות בדין הבינלאומי ובדין המקומי של מדינות הים.

פט. עיון בהוראות חקיקה ופסיקה רלבנטיות מחוץ לגבולות ישראל, מעלה כי מדינות העולם המערבי, וכן הטריבונלים הבינלאומיים, נחלקים בשאלת הלגיטימיות של הזנה מלאכותית לאסיר שובת רעב. חרף עמדת ההסתדרות הרפואית העולמית בעניין, נדמה כי חלק ניכר ממדינות המערב מאפשרות הזנה מלאכותית של אסיר, כאשר מדובר במצבי קיצון ונשקפת סכנה ממשית לחייו.

צ. נפתח באוסרים. נדמה שהאיסור המשמעותי ביותר על הזנה בכפיה נמצא באנגליה. שם קובעים החוק והפסיקה כי אין להעניק טיפול מאריך חיים לאסיר, לרבות הזנה מלאכותית, היא הנזק הרפואי אשר יהא; זאת, בכפוף לכך כי מדובר באדם הכשיר לקבל החלטה הנוגעת למצבו הרפואי. ראו לעניין זה את The Mental Health Act 1983 (להלן MHA) ו: The Mental Capacity Act 2005 (להלן MCA), שתוקנו בשנת 2007 באמצעות The Mental Health Act 2007, וכן הנחיות משרד הבריאות האנגלי לצוות האחראי על הטיפול הרפואי בכלא משנת 2002, "Seeking Consent: Working with People in Prison"; ובנוסף ראו פסיקת בתי המשפט הבריטיים בעניין *Robb* (R v Home Secretary, ex parte Robb [1995] 1 All ER 677) ובעניין *Collins* (R v Collins, ex parte Brady [2000] Lloyd's Rep Med 355 58) התואמת את האמור מעלה. כן ראו לעניין (Jacobs, P., Force Feeding of Prisoners and Detainees on Hunger Strike 303, 306 (2012)).

צא. נדמה כי גם הדין הקנדי אוסר מעיקרו הזנה מלאכותית של אסירים. כך, שכן סעיף 89 לחוק הענישה ושחרור על תנאי משנה 1992 (Corrections and Conditional Release Act) קובע כי אסור לצוות הרפואי להזין בכפיה אסיר בכל דרך שהיא, כל עוד האסיר מבין את השלכותיו של הצום בו נקט. ואולם, יוער כי ביום 27.4.15 פירסם נציב שירות בתי הסוהר הקנדי הנחיה קונקרטיית בדבר התמודדות עם אסירים שובתי רעב ("Hunger Strike: Managing an Inmate's Health"). לפי סעיף 2 להנחיה זו, נוכח הסיכון הטמון בשביתת רעב ממושכת היכולה לגרום לנזק רפואי ואף למוות, על הצוות הרפואי להתערב לשם הצלת חיים בשלב בו האסיר מחוסר הכרה או משולל יכולת לקבל החלטה מודעת באשר לרצונו בטיפול רפואי.

צב. מנגד, בצרפת, ארצות הברית, אוסטרליה, גרמניה ואוסטריה – מאפשר החוק הזנה מלאכותית של אסיר בניגוד לרצונו, גם אם במקרים חריגים המשתנים ממדינה למדינה.

צ.ג. בצרפת, כפי שציינו העותרים, תקנה D.364 לתקנות סדר הדין הפלילי קובעת הסדר ספציפי לטיפול באסירים שובתי רעב, המאפשר טיפול באסיר שובת רעב בניגוד להסכמתו, וזאת אך במקרים בהם נמצא האסיר בסכנה חמורה ומיידית. בשנת 2012 ניתנו הנחיות לטיפול באסירים מטעם משרד המשפטים ומשרד הבריאות הצרפתי. ההנחיות קובעות כי עם היודע דבר שביתת רעב או צמא של אסיר יש לעדכן את יחידת הרפואה בהקדם, ולפקח על בריאות האסיר בהתאם לחוק בריאות הציבור. כן נקבע, כי בהתאם לסעיף R4127-36 לא יינתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב ללא הסכמתו אלא במקרים של שביתת רעב מתמשכת המובילה לסכנה חמורה ומיידית לחייו, ואך ורק בהתאם לדרישה רפואית.

בארצות הברית ואוסטרליה המצב מעט מורכב יותר, בין היתר נוכח השוני בין הדין המדינתי והפדרלי בעניין זה; אולם גם שם קיימים הסדרים המאפשרים, בתנאים מסוימים, הזנתו בכפיה של אסיר שובת רעב (וראו למשל: Mara Silver, Note: *Testing Cruzan: Prisoners and the Constitutional Question of Self-Starvation*, 58 Stan. L. Rev. 631 (2005); Tagawa, Barry K. *Prisoner Hunger Strikes: Constitutional Protection for a Fundamental Right*" 20 Am. Crim. L. Rev Kenny, M and Fiske L 'Regulation 5.35: Coerced'; 569. (1982-1983). *treatment of detained asylum seekers on hunger strike. Legal, ethical and human rights implications*' in The Ashgate Research Companion to Migration Law Theory and Policy (S. Juss (ed.); Ashgate, 2013).

צ.ד. בגרמניה, קובע סעיף 101 לחוק בתי הסוהר הפדרלי ( Act Concerning the execution of Prison Sentences and Measures of Rehabilitation and Prevention Coercive Measures in the (1976) *Involving Deprivation of Liberty Field of Medical Care*, כך :

(1) Medical examinations and treatment under coercion, as well as forced feeding, shall be permissible only in case of danger to life, in case of serious danger to the prisoner's health, or in case of danger to other persons' health; such measures must be reasonable for the persons concerned and may not entail a serious danger to the prisoner's life or health. The prison authority shall not be obliged to execute such measures as long as it can be assumed that the prisoner acts upon his own free will.

(2) For the purpose of health protection and hygiene, a coercive physical examination shall be permissible in addition to that in subsection (1) if it does not involve an operation.

(3) The measures shall be carried out only upon orders from, and under the supervision of a medical officer, except where first aid is rendered in case a medical officer cannot be reached in time and any delay would mean danger to the prisoner's life.

אם כן, בהתאם לדין הגרמני, טיפול רפואי בניגוד לרצונו של אסיר, לרבות הזנתו בכפיה, יתאפשר כאשר יש סכנה משמעותית לבריאותו של האסיר, לחייו, או לחייו של אדם אחר. טיפול מעין זה יתאפשר אך בהוראת קצין רפואה ובהשגחתו, אלא אם נדרשת התערבות דחופה, קצין הרפואה אינו זמין וכל עיכוב עלול להביא לפגיעה בחייו של האסיר. עם זאת, יושם אל לב כי הדין הגרמני מסמיך את הרשויות לבצע טיפול כאמור, אולם אינו מחייב אותן לעשות כן, כל עוד ניתן להניח כי האסיר פועל מרצונו החופשי.

צה. באוסטריה, חוק בתי הסוהר האוסטרי משנת 1969 (Strafvollzugsgesetz (StVG)) קובע בסעיף 69(1), כי במקרה שבו מסרב אסיר לשתף פעולה עם בדיקה רפואית או טיפול רפואי, ניתן יהיה להפעיל כוח כדי לכפות את הטיפול, ככל שהטיפול הוא סביר ולא יוביל לסכנת חיים; כן נקבע שטרם הטיפול יש לקבל את אישורו של שר המשפטים לכך, אלא במקרים דחופים. סעיף 69(2) לחוק קובע שאסיר שובת רעב ישהה תחת השגחה רפואית; אם תהא נחיצות בכך, ניתן יהא להזין בכפיה את האסיר בהוראה ובהשגחה של רופא.

צו. אשר לדין הבינלאומי, לטענת העותרות הזנה מלאכותית בניגוד לרצונו של המטופל עולה כדי עינוי או עונש אכזרי ובלתי אנושי, באופן המנוגד לאמור באמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים מיום 10.12.84 אשר אושררה על-ידי ישראל ביום 4.8.91 (להלן האמנה נגד עינויים); ומנוגד לסעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מיום 16.12.66, אשר אושררה על-ידי ישראל ביום 3.1.92 וקובעת איסור דומה. אלא שבסטנדרטים שנקבעו על-ידי הוועדה נגד עינויים, צוין כך לעניין התמודדותן של המדינות השונות עם שביתות רעב:

"Every patient capable of discernment is free to refuse treatment or any other medical intervention.

Any derogation from this fundamental principle should be based upon law and only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances which are applicable to the population as a whole.

A classically difficult situation arises when the patient's decision conflicts with the general duty of care incumbent on the doctor. This might happen when the patient is influenced by personal beliefs (eg. refusal of a blood transfusion) or when he is intent on using his body, or even mutilating himself, in order to press his demands, protest against an authority or demonstrate his support for a cause.

In the event of a hunger strike, public authorities or professional organizations in some countries will require the doctor to intervene to prevent death as soon as the patient's consciousness becomes seriously impaired. In other countries, the rule is to leave clinical decisions to the doctor in charge, after he has sought advice and weighed up all the relevant facts" (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) *CPT Standards* p. 42 (2002-2015)).

דהיינו, ניכר כי הועדה אינה פוסלת מעיקרא את השימוש בהזנה בכפיה אלא מותרת שיקול דעת מסוים למדינות בהתמודדותן עם שביתות רעב בין כתלי הכלא, תוך ציון כי ככל שבוחרת המדינה לעשות שימוש באמצעי זה, על הדבר להיות מעוגן בחוק ותחום למקרים חריגים ויוצאי דופן (ראו גם P. Jacobs *Food for Thought: the CPT and Force-feeding of Prisoners on Hunger Strike* in *Fervet Opus: Liber Amicorum – Anton Van Kalmthout* 103, 106-107 (edited by M. S. Groenhuijsen, T. de Roos & T. Kooijmans, 2010) (להלן *Food For Thought*)).

צז. מעניינת פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בסוגיה. סעיף 3 לאמנת זכויות האדם האירופית אוסר על עינויים ועל ענישה וטיפול משפילים, בדומה לאיסור הקבוע בסעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדומה לאיסור הקבוע באמנה נגד עינויים. בפני בית הדין האירופי התעוררה השאלה האם הזנה בכפיה מפרה את האיסור האמור. במספר פסיקות, הכיר בית הדין האירופי בכך שהסוגיה מעוררת התנגשות בין שתי זכויות רמות-מעלה: האחת, זכות הפרט לאוטונומיה;



והאחרת, זכות הפרט לחיים. בעניין *Nevmerzhitsky v. Ukraine* קבע בית הדין את נוסחת האיזון הבאה:

"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 (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*, application number 54825/00, §94 (2005)).

בית הדין אימץ בפרשה זו מבחן של שלושה תנאים מצטברים, אשר בהתקיימם לא תעלה הזנה בכפיה כדי הפרה של האמנה האירופית. ראשית, ישנה נחיצות רפואית בהזנה בכפיה. שנית, ההחלטה התקבלה בהליך תקין ובהתאם למסגרת הפרוצדורלית הקבועה בחוקי המדינה. שלישית, האופן שבו נעשתה ההזנה בכפיה לא עבר את רף החומרה המזערי המותר מכוח האמנה, דהיינו אינו עולה כדי טיפול או עונש משפיל. באותו מקרה היה המדובר באסיר שהוזן בכפיה באמצעות זונדה, בעודו כבול לכיסא ולפיו מחובר "מרחיב פה" (mouth-widener). בית הדין קבע, כי שימוש באמצעים האמורים, בהתנגדות המטופל ובאמצעות הפעלת כוח, עלול לעלות כדי הפרת הסעיף אם אין לכך הצדקה רפואית. בהמשך לכך נמצא, כי הטיפול האמור נעשה ללא הצדקה רפואית וללא הליך תקין; ולכן עלה כדי הפרת סעיף 3 לאמנה.

צח. בהתבסס על המבחנים הללו, קבע בית הדין בעניין *Ciorap v. Moldova* באופן דומה, כי ההזנה בכפיה באותו מקרה עולה כדי הפרה של סעיף 3 האמור: ראשית, נמצא שלא הייתה הצדקה רפואית לטיפול. שנית, נמצא כי ההליך בו הוחלט על ההזנה בכפיה לא היה תקין, שכן הרופא שביצע את ההזנה בכפיה לא הסביר מדוע עשה כן. נמצא, כי מטרת ההזנה בכפיה באותו המקרה הייתה אחת – פגיעה בזכות האסיר למחאה

באמצעות שביתת הרעב. כיון שהטיפול גרם לו לכאב פיסי רב ולהשפלה, נקבע כי מדובר בעינוי האסור כאמור על-פי האמנה ( *Ciorap v. Moldova*, application (number 12066/02, §89 (2007)).

צט. באופן דומה, דחה בית הדין על הסף את פנייתו של מתלונן בעניין *Rappaz v. Switzerland*, משנמצא כי ההחלטה להזינו בניגוד מפורש לרצונו – שלא יצאה לבסוף אל הפועל משהפסיק את שביתת הרעב – נעשתה בהתאם למבחן התלת-שלבי האמור: ההחלטה התקבלה מתוך נחיצות רפואית; היא נתקבלה בהליך תקין – בהתאם למגבלות הקבועות בחוק, על-ידי שופט, רק לאחר שנמצא כי מצבו של המתלונן חמור, ונקבע כי הטיפול יינתן על-ידי צוות רפואי מקצועי; ואין סיבה להניח כי אף אם אילו יושמה החלטה, האופן בו הייתה מיושמת היה עולה כדי עינוי או טיפול וענישה משפילים. מכאן, נדחתה כאמור התלונה.

ק. המסקנה העולה כאמור מפסיקתו של בית הדין האירופי, כי זה אינו שולל הזנה בכפיה כל עוד עומדת היא בשלוש אמות-המידה עליהן עמדנו מעלה: נחיצות; הליך הוגן; והאופן הקונקרטי בו נעשית ההזנה בכפיה אינו חוצה את רף החומרה המינימלי האפשרי (ראו גם *Food for Thought*, בעמ' 106). וכאמור, גם הועדה נגד עינויים אינה מתנגדת קטגורית לשימוש באמצעי זה.

משהפנינו מבטנו אל עבר המשפט המשוה והוראות הדין הבינלאומי, נשוב עתה אל שיטת משפטנו, ונבחן האם ההסדר שנקבע בתיקון לחוק נשוא ענייננו צולח את מבחני החוקתיות של ישראל.

פגיעה בזכויות חוקתיות

קא. מתן טיפול כפוי בניגוד לרצונו של אסיר או עציר שובת רעב פוגע לכאורה בזכויותיו החוקתיות, בעיקר בזכותו לאוטונומיה ובמידה מסויימת גם בחופש הביטוי שלו, גם אם האחרון מעיקרא מוגבל מטבעו מאחורי חומות בית המאסר (ראו עניין בורגאל, עמ' 101). אניח לפי שעה בצריך עיון האם הזכות לעצם החיים ניתנת לכפיה, ואניח כי קיימת פגיעה בזכויות החוקתיות הנזכרות. אם כן, יש לבחון אם פגיעה זו היא כדין. בחינה זו תיעשה על פי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו:

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק  
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית

ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

קב. בהנחה כי התנאי הראשון, שעניינו פגיעה שנעשתה בחוק, מתקיים, אפנה לבחון האם קיימת הלימה בין הוראות החוק לבין ערכיה של מדינת ישראל; האם נועדה הוראת החוק הפוגע לתכלית ראויה; וכן, האם הפגיעה אינה עולה על הנדרש.

האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל

קג. התנאי השני הקבוע בפסקת ההגבלה דורש, כי החוק יהלום את ערכיה של מדינת ישראל. פסקה זו מפנה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומגלמת בתוכה את המתח הערכי העולה בתיק זה.

קד. אין לחדד, "יציקתו של תוכן ממשי לרעיון בדבר 'מדינה יהודית ודמוקרטית' אינה מלאכה פשוטה, ויעידו על כך הכתיבה הענפה, המשפטית והאחרת, שביקשה לעשות כן ורוב המלל החשוב שהועתר על אותו ביטוי. כל אחד מן המונחים – 'מדינה', 'יהודית' ו'דמוקרטית', מאחסן תחת קורתו שורה ארוכה של ערכים מכוננים שהם מאושיותיו. 'כל אחד מהם הוא ים שאין לו סוף' (חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מבחר כתבים 45, 47 (2001)). לעתים אף סותרים אותם מונחים האחד את השני ומתחרים זה בזה פנימה" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים (2012), פסקה 14 (השופט א"א לוי)). המושג "יהודית" עיקרו "בזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, כמו גם ליכולתו להגן על עצמו מפני הקמים עליו מן החוץ" (שס), ובמסגרת הקיום הדמוקרטי, מחויבת המדינה לזכויות הפרט של הבאים בקרבה ובגדרי אלה לערכים של חרות, שוויון, כבוד ואוטונומיה (ראו אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט י"ט (תשנ"ה), 547).

קה. כפי שתואר, החוק בא לעולם על רקע שביתות רעב בקרב אסירים בטחוניים ועצירים מינהליים כאמצעי מחאה, עד כדי סכנה ממשית לבריאותם ולחיייהם של השובתים. ביסוד החוק, כך הוסבר, שתי תכליות שלובות: העיקרית, עניינה הצלת חיים ושמירה על בריאותו של האסיר השובת; והמשנית, שמירה על בטחון המדינה והגנה על חיייהם של אחרים העלולים להיקלע לסכנה כתוצאה משביתת רעב.

קו. החוק המבקש להגשים תכליות אלה מתיר פגיעה בזכות לכבוד ובאוטונומיה של האסיר שובת הרעב על גופו ובאשר להחלטה על חייו, ומנגד ניצבים במלוא עוזם הערך של קדושת החיים – ראש וראשון לערכים, כי אם אין חיים, קדושתם וכבוד

האדם מנין – והצורך והחובה של המדינה להגן על עצמה ועל אחרים העלולים להיפגע. כל אחד מערכים אלה אינו נחלתה של המדינה היהודית או של זו הדמוקרטית כשלעצמה, אלא שזורים הם בצירוף מדינה יהודית ודמוקרטית – שני אלה גם יחד כתאומי סיאם – זו המבקשת לקיים איזון הולם ורגיש בין ערכים אלה. כך, הערך של קדושת החיים אינו נחלתה של המדינה היהודית בלבד, הוא לכה גם של זו הדמוקרטית; מדינה חפצת חיים נדרשת בראש וראשונה להגן על חייהם של יושביה, ובודאי אלה הנתונים לאחריותה הישירה כמו אסירים ועצורים, ואין זו זכותה אלא אף חובתה (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 406 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 500 (2005)); והיא נדרשת להגן על עצמה ולספק את צרכי הביטחון של תושביה. מנגד זכויות הפרט לאוטונומיה, לחירות הביטוי ולכבוד לא זו רק שאינן זרות לערכי היהדות, אלא הן מצויות בלוז עולמה הערכי (ראו נחום רקובר גדול כבוד הבריות-כבוד האדם כערך-על (תשנ"ט), 13-32)) האם החוק שלפנינו הולם את תכליתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? נדמה כי התשובה לכך חיובית. ביסוד החוק עומדים הערכים של קדושת החיים והגנה על בטחון המדינה ועל בטחונם של אחרים, גם אם תוך הכרה בפגיעה הנגרמת באוטונומיה של שובת הרעב ואולי בכבודו, ומתוך ניסיון שפגיעה זו תהא מידתית כמפורט להלן. החוק מבקש למצוא איזון הולם בין ערכים אלה שעל כפות המאזניים, ובמובן זה נראה כי עיקרה של מלאכתנו בשלב הבא של הבחינה החוקתית הוא התכלית הראויה.

#### תכלית החוק

קז. הפרשנות החוקתית לעניין התכלית הראויה מבקשת ליתן תשובה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספיק לפגיעה בזכות האדם. בחינה זו מתמודדת, בין השאר, עם שתי שאלות משנה: האחת, מאפייניה של התכלית; השניה, מידת הצורך בהגשמתה, והיש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות האדם (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 50 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (11.5.2006)). לפי גישתו העקרונית של פרופ' א' ברק, "אם מטרתו של החוק הפוגע אינה ראויה, הפגיעה אינה חוקתית, בלא כל קשר לשאלה אם היא מידתית" (ברק-מידתיות, עמוד 297). וגם: "בבחינת שאלת הסף אם מטרתה של הנורמה הפוגעת היא ראויה, אין להסתפק אך בתוכן ראוי של הנורמה. יש לדרוש גם מידה זו או אחרת של נחיצות או חיוניות בהגשמתה של אותה מטרה" (שם, עמודים 344-345). במלים אחרות, ראוי לבחון את היותה של המטרה ראויה בלא קשר למידת הפגיעה בזכות החוקתית, שכן אין טעם לדחות דיון זה לשלב האיזונים המאוחר יותר (שם, שם). לדעת

המלומד ב' מדינה יש להקשות ולדקדק בבחינת התכלית הראויה, ולקבוע כי תכליתו של חוק היא ראויה אך אם התועלת הצפויה לצמוח ממנו רלבנטית לאמצעי הקונקרטי שננקט, בשים לב לזכות הנפגעת; לדידו, הדברים מתחדדים בעיקר כאשר מדובר בחוקים המבקשים להגן על בטחון המדינה, מטרה ראויה לכשעצמה ברמת הפשטה גבוהה, אולם לאו דווקא בהינתן האמצעי הקונקרטי שננקט בחוק מסוים כדי להגשימה (ב' מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים ט"ו 281, 311 (2012)). אקדים ואומר כי לטעמי, בכפוף לאמור בהמשך, עומד החוק דנא במבחן שתי הגישות, שכן חופה עליו קדושת החיים, שבלעדי חיים – כאמור – אין כל היתר רלבנטי כלל, לא האוטונומיה ולא חופש הביטוי.

התכלית הדומיננטית אל מול התכלית המשנית

קח. המשיבים הצהירו בתשובותיהם ובדיונים לפנינו כי ביסוד החוק שתי תכליות שלובות: תכליתו העיקרית של החוק, הנגזרת מן הערך המרכזי של קדושת החיים, עניינה שמירה על חייו, על שלומו ועל בריאותו של האסיר שובת הרעב. זאת, כעולה מסעיף 11(1) לפקודת בתי הסוהר, הקובע כי "אסיר הכלוא בבית הסוהר יראו אותו כנתון למשמורתו החוקית של מנהל בתי הסוהר" (ראו למשל את דברי השר לבטחון פנים גלעד ארדן, פרוטוקול ישיבה מס' 26 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, עמודים 3-4 (14.7.2015), וכן, דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עורך הדין רז נזרי, שם, עמודים 4-5).

קט. לחוק גם תכלית בטחונית, שעניינה שמירה על בטחון המדינה והגנה על חייהם של אנשים אחרים העלולים להיקלע לסכנה כתוצאה משביתת הרעב; לטענת המשיבים תכלית זו משנית לתכלית העיקרית של שמירת חיי אדם, בעוד שלטענת העותרים זו התכלית המרכזית והאמיתית של החוק, ולכך נועד. כך לפי דברי ההסבר להצעת החוק, "בראש ובראשונה על בית המשפט לשקול את מצבו הרפואי של האסיר, ואת הסכנה הנשקפת לבריאותו אם לא יקבל את הטיפול המבוקש... זאת, במטרה לוודא כי לא תתקבל החלטה בדבר מתן טיפול רפואי כפוי אלא במצבים חמורים מאוד, ולא ככלי להפסקה כפויה של שביתת הרעב בעודה באיבה" (הצעות חוק הממשלה, תשע"ד-2014 870, 771, הדגשה הוספה – א"ר; ראו גם דבריו של חבר הכנסת דוד אמסלם, יושב ראש ועדת הפנים והגנת הסביבה, בעת הצגתה של הצעת החוק בדיון במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית, עמודים 641-643 (29.7.15)).

קי. יושם אל לב, כי איתורה של התכלית הדומיננטית אינו מסתכם בעיון בהיסטוריה החקיקתית של החוק, שהוצגה מעלה; השאלה אם תכלית מסוימת היא תכליתו הדומיננטית של החוק נבחנת גם לאור ההסדרים הפרטניים שנקבעו בו. לכך אפנה כעת.

קיא. כאמור בתחילת הדברים, הליך הבקשה למתן היתר לטיפול רפואי כפוי לאסיר שובת רעב כולל מספר שלבים, כמו גם בקרה של גורמים שונים, ואל יהא דבר זה קל בעינינו גם בבחינה החוקתית, כי המחוקק התאמץ ליצור מנגנוני שכנוע ובקרה מובנים ורצוניים. תחילה מוגשת חוות דעת רפואית של הרופא המטפל, נערכת פניה ליועץ המשפטי לממשלה, ובהינתן הסכמתו מתבצעת פניה לנשיא בית המשפט המחוזי או לסגנו, וזאת לאחר מאמץ לקבל את הסכמת האסיר (או העצור). העתק הבקשה מועבר גם לוועדת האתיקה אשר תחווה דעתה, תוך שמיעת האסיר. בית המשפט המחוזי גם הוא נדרש לעמוד על כך שנעשה מאמץ לקבל את הסכמתו של האסיר. בית המשפט שומע את טענות האסיר ובוחר את קשת הטיפולים האפשריים, הסיכויים והסיכונים בטיפול המוצע, מידת הפולשנות של הטיפול המבוקש ועוד. בכך יש לטעמי לתמוך במסקנה, כי תכליתו הדומיננטית של החוק היא אכן שמירה על חייו של אסיר שובת רעב, בכפוף לסייגים שנועדו להבטיח שמירה על כבודו, תוך פיקוח ובקרה הדוקים מצד גורמים רפואיים ושיפוטיים שונים.

קיב. התכלית המשנית של החוק, זו הבטחונית, באה לידי ביטוי בסעיף 19 יד(ה) לחוק, שבמסגרתו רשאי בית המשפט לשקול שיקולים חוץ-רפואיים במסגרת החלטתו אם להתיר טיפול רפואי כפוי. לפרטי הדברים נידרש להלן.

תכליות החוק – תכליות ראויות?

קיג. לטעמי, קשה לחלוק על כך שהצלת חיים – תכליתו הדומיננטית כאמור של החוק – היא תכלית ראויה. הזכות לחיים היא זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כזכור, כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו...". וסעיף 2 קובע, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (הדגשות הוספו – א"ר; ראו גם, בהקשר אחר, חוות דעתי בע"א 1326/07 המר נ' עמית (2012), פסקה י'). קדושת החיים מהווה ערך עליון ביהדות: "וְנִשְׁמְרָתָם מֵאֵד לְנַפְשֵׁיכֶם" (דברים ד, טו), ואך במקרי קיצון יידחה ערך החיים מפני ערכים אחרים (ישראל כץ "הזנת שובת רעב

על פי המשפט העברי" משפט רפואי ובי-אתיקה 227 (כרך 6, 2015) (להלן כפ), שכן כל המאבד נפש אחת (מישראל) מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת (מישראל) כאלו קיים עולם מלא (הרמב"ם, משנה תורה, הלכות חובל ומזיק יא, ד); כפי שהוכיח מכבר פרופ' א"א אורבך, במאמרו "כל המקיים נפש אחת... גלגוליו של נוסח, תהפוכות צנזורה ועסקי מדפיסים" תרביץ מ' (תשל"א) 208 ואילך). הנוסח הנכון אינו כולל את המלה "מישראל" אלא חל על איבוד כל נפש וקיום כל נפש. על האדם מוטלת החובה להיזהר ולהישמר בנפשו; אסור לאדם לחבול בעצמו, וודאי שאינו רשאי לשים קץ לחייו (רמב"ם משנה תורה, הלכות אבל א, ט).

קיד. המשפט העברי הכיר בחשיבותו של ערך זה עד שקבע כי פיקוח נפש דוחה כל עבירות שבתורה חוץ משלוש העבירות החמורות: עבודה זרה, שפיכות דמים וגילוי עריות (בבלי, סנהדרין ע"ד, ע"א). כן נקבע להלכה, כי מלבד שלוש עבירות אלה אסור לאדם למסור את נפשו אף אם רצה בכך, ויש שהתייחסו למי שעשה זאת כאל שופך דמים (חידושי הריטב"א, פסחים, דף כה, ע"א). כך פסק הרמב"ם: "כשיעמוד גוי ויאנוס את ישראל לעבור על אחת מכל מצוות האמורות בתורה או יהרגנו, יעבור ואל ייהרג: שנאמר במצוות 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא יח, ה) ולא שימות בהם. ואם מת ולא עבר, הרי זה מתחייב בנפשו" (משנה תורה, הלכות יסודי התורה ה, א; שלושת החריגים מנויים שם בהלכה ג').

קיה. על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחויבת המדינה להגן על הזכות לחיים בצורה אקטיבית (סעיף 4 לחוק היסוד). אף בהינתן הבחינה המחמירה עליה עמדנו מעלה של דרישת התכלית הראויה, סבורני כי התועלת שבהצלת חיים רלבנטית לאמצעי שננקט, דהיינו הזנה מלאכותית, בודאי כאשר נתון האסיר או העציר במשמורת המדינה, ואינו נהנה מטבע הדברים מאותה אוטונומיה ממנה נהנה מי שמלוא חרותו בידו, כפי שהראנו מעלה.

קיו. ראוי בהקשר זה להפנות מבטנו ביתר פירוט אל עמדת המשפט העברי. נראה, כי המשפט העברי אוסר על אדם לשבות רעב, כחלק מאיסור כללי על פגיעה עצמית (ראו מיכאל ויגודה "הזנה כפויה של אסיר שובת רעב" המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים (2013); הדברים הבאים מבוססים בחלקם על חוות דעתו). חלק מן הפוסקים לומדים איסור זה מן הפסוק "כִּי תִשְׁמַר לְךָ וְשָׁמַר נַפְשְׁךָ מֵאֵד" (דברים, ד' ט'), ואילו אחרים מפנים לאיסור "בל תשחית" האוסר על הריסת דברים המפיקים תועלת, ומקורו בפסוק "כִּי-תִצְוֶה אֶל-עִיר יָמִים רַבִּים לְהִלָּחֵם עָלֶיהָ לְתַפְשָׁהּ, לֹא-תִשְׁחִית אֶת-עֲצָהּ לְנִדַּחַת עָלֶיהָ גְרֵזָן – כִּי מִמֶּנּוּ תֹאכַל, וְאֵתוּ לֹא תִכְרֹת" (דברים, כ' י"ט). בתלמוד הבבלי

מצוין, כי "החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי – פטור" מעונש בית דין (משנה, בבא קמא ח' ו'). הפוסקים במהלך השנים קבעו, כי המקורות שהוזכרו אוסרים על פתיחה בשביתת רעב (ראו שו"ת יד אפרים (הרב אפרים פישל וינברגר, המאה הי"ט, פולין וישראל), סימן י"ד; הרב יהודה זולדן "שביתת רעב" תחומין ט"ז 273 (תשנ"ו); ומנגד, מנחם פליקס "ואף על פי כן: שביתת רעב" תחומין ט"ז 291 (תשנ"ו)). נזכיר בקצרה את דברי הראי"ה (הרב אברהם יצחק הכהן קוק, המאות הי"ט-כ', לטביה וארץ-ישראל), במכתבו לזאב ז'בוטינסקי שפתח בשביתת רעב בזמן מעצרו על-ידי כוחות המנדט הבריטי – "הנני מחויב להצהיר לכם בני האהובים שדבר זה הוא אסור בכל תוקף ובכל חומר מצד דתנו הקדושה והטהורה, תורת החיים ואור העולם" (חזון הגאולה עמ' רע"ג). האיסור על היחיד לפתוח בשביתת רעב מהווה מקור סמכות למדינה לפעול להפסקת השביתה. כך מציין הרמב"ם (רבינו משה בן מימון, המאה הי"ב, ספרד-מצרים), כי "הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות וכל העובר עליהן ואמר הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך או איני מקפיד על כך, מכין אותו מכת מרדות" (הלכות רוצח ושמירת הנפש, י"א ה').

ק"ז. ואכן, העובדה כי יש הנכונים לסיים חייהם בעבור רעיון אינה פשוטה, והיא עשויה להיות חלק מן השאלה מתי "ונבחר מות מחיים" (ירמיהו, ח' ג'); ראו מ' גרינברג "ערך החיים במקרא" בתוך קדוש – החיים וחירוף הנפש, קובץ מאמרים לזכרו של סגן אמיר יקותיאל (י' גפני וא' רביצקי עורכים, תשנ"ג, 35; האל במקרא קורא לבחור בחיים "ובחרת בחיים" (דברים ל, י"ט. כותב פרופ' גרינברג (שם, בעמ' 51) לגבי התאבדות "בחירת מוות מחיי בזיון היא גבורה הראויה לספרה ולכבדה. הערכה זו אינה קביעה משפטית, אבל המקרא אינו רק מקור להלכה, אלא גם בבואה לערכים ישראלים שלא גובשו במשפט". וכותב הוא עוד (בעמ' 53):

"תמונת החיים במקרא היא אפוא מרובת צבעים ומשקפת מגוון של הערכות. על פי רוב ההערכות הן חיוביות: בחירת החיים והתקווה גוברת על המאסה בהם ועל היאוש. יסוד החיוב הוא בתפיסה שהחיים הם מתת חסדו של אל בורא החפץ בחיים, המורה לאדם דרך החיים והמקים את התבל כבית טיפוחם".

דברים אלה מדברים בעדם.

ק"ח. מקור נוסף מתייחס לחובת ההצלה הכללית, המעוגנת בפסוק "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא, י"ט ט"ז). חובת הצלה זו מעוגנת בתלמוד: "מניין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר, או חיה גוררתו, או לסטין באין עליו, שהוא חייב להצילו – תלמוד



לומר לא תעמד על דם רעך" (בבלי, סנהדרין ע"ג ע"א). כך פסק הרמב"ם בספר המצוות, כי חובת ההצלה הכללית היא מצוה מן התורה "והמצוה הרצ"ז היא שהזהירונו מהתרושל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת המות או ההפסד ויהיה לנו יכולת להצילו. כמו שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו" (ספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה, רצ"ז). פסיקת ההלכה במרוצת השנים קבעה, כי חובת ההצלה חלה גם במקרה בו האדם השרוי בסכנת חיים מבקש שלא להצילו. ראו לדוגמה שו"ת מלמד להועיל (ר' דוד צבי הופמן, המאות הי"ט-כ', גרמניה) יורה דעה ק"ד, שם נפסק, כי במקרה של תינוק חולה שהוריו מתנגדים לניתוחו, "יש חיוב על הרופא לרפאות ואם מונע עצמו הרי זה שופך דמים ולא מצינו בכל התורה כולה שיש לאב ואם רשות לסכן נפש ילדיהם ולמנוע הרופא מלרפאותם". לשלמות התמונה ראו גם חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, שבדברי ההסבר לו צוין, כי "הצעת חוק זו באה לעגן בחקיקה הישראלית את הערך המוסרי והחברתי שמקורו בתורה (ויקרא י"ט, ט"ז), לפי מוטלת חובה על אדם לסייע להצלת חייו של אדם אחר" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), תשנ"ה-1995, הצעות חוק תשנ"ה, 456, שהתגבשה בסופו של יום לחוק נפרד) (נחום רקובר "לא תעמוד על דם רעך" – האומנם? מחקרי משפט יז (2002)). ראו גם דברי השופט בייסקי בע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(ד) 673, 696-698 (1986), לעניין עבריין סמים שנותח שלא ברצונו להצלת חייו לאחר בליעת שקית הירואין, שמביא גם ד"ר ויגודה:

"כשלעצמי, אין אני סבור כי בסוגיה קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות-הברית ובאנגליה, הן העיקרון הכולל, האוסר טיפול פיסית על-ידי רופא שלא בהסכמת הפאציינט, והן החריגים המעטים הפוטרים מהעיקרון. אין אני מפחית מערך האסמכתאות בהקשר זה אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע, כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. בהקשר זה הביא השופט המלומד קמא בפסק-דינו את דבריו של רבי יעקב עמדין מספרו על שו"ע או"ח ספר 'מור וקציעה' דלקמן:

'בחולי ומכה שבגלוי שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה, בכל ענין ואופן, שנתנה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחבוש שבר, אפילו בנטילת אבר (כדי להצילו ממות)... כל כהאי גוונא ודאי עושים לו ומעשין אותו בעל-כורחו, משום הצלת נפש, ואין משגיחין בו, אם הוא אינו רוצה ביסורין ובוחר מוות מחיים, אלא חותכין לו אפילו אבר שלם, אם הוצרך לכך למלטו ממות, ועושין כל הצריך לפקוח נפש

נגד רצונו של החולה, וכל אדם מוזהר על כך, משום 'ולא תעמוד על דם רעך' ואין הדבר תלוי בדעת של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבד את עצמו'.

סבורני, כי העיקרון של קדושת החיים והצלתם כערך עליון מצדיק שלא להיצמד לאותם הכללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט חריגים מסוימים, באיסור התערבות בגופו של אדם שלא בהסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות.

דומני כי הגישה העולה מע"א 322/63 ומע"א 461/62 הנ"ל היא המייצגת והתואמת את התפיסה הראויה בישראל, בהיותה הקרובה ביותר למסורת ישראל הדוגלת בקדושת החיים. על-כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו; מכל שכן מותר הדבר, ואף מחויב הוא כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית".

קיט. לבסוף, הזנה בכפיה עשויה להיות מוצדקת – מבחינת המשפט העברי – במקום בו שבידת הרעב מציבה סכנת נפשות לאנשים אחרים. הכלל הראשוני לעניין זה נלמד מן הפסוק "וּשְׁמַרְתֶּם אֶת חַקְתִּי וְאֶת מִשְׁפָּטֵי אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה אֲתֶם הָאָדָם נְחִי בְּהֶם אֲנִי ה'" (ויקרא, י"ח ה'). ובתלמוד נכתב, כי "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים" (בבלי, יומא פ"ב ע"א); וראו גם רמב"ם יסודי התורה ה' ו'. הקדימות הניתנת לערך החיים מאפשרת פגיעה מסוימת בערכים אחרים. כך עמדת המשפט העברי היא, כי ניתן לכפות על אשה להיניק תינוק – תמורת שכר – במקום בו נשקפת לו סכנה (שולחן ערוך, אבן העזר, הלכות כתובות פ"ב ה'; ראו גם מיכאל ויגודה "חקירות השב"כ לאור מקורות המשפט העברי" המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים (2000)).

קכ. דברים אלה עולים בקנה אחד עם העקרונות הניצבים ביסוד חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005. חוק זה מבקש "להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים" (סעיף 1(א)), והוא "מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת" (סעיף 1(ב)). על פי החוק, לחולה הנוטה למות כהגדרתו שם, נתונה הזכות לבקש להימנע מלתת לו טיפול רפואי להארכת חייו, אולם לא תיעשה כל פעולה המכוונת להמית החולה, לא יינתן סיוע לאדם להתאבד, ולא יופסק טיפול רפואי רציף שהפסקתו עלולה להביא למותו של המטופל חרף רצונו.

קכא. אשר לתכלית המשנית, הבטחוננית, שעניינה מניעת פגיעה בחיי אדם זולת  
השובת רעב או מניעת פגיעה חמורה בבטחון המדינה, דומה שכאן הסוגיה מעט יותר  
מורכבת. כך מוסברת תכלית זו בהצעת החוק:

”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  
הרעב, 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 הפרות סדר בהיקף רחב, או  
התפרצות של התנהגויות אלימות, כאות הזדהות עם  
שובת הרעב ועם מאבקו” (שס, בעמ’ 772).

קכב. כאמור, ברמת הפשטה גבוהה, לא ניתן לחלוק על כך שבטחון המדינה עולה  
כדי תכלית ראויה, גם במחיר של פגיעה מסוימת – ומידתית, ועל כך בהמשך – בזכויות  
אדם. כפי שציין הנשיא ברק בשעתו בפשטות, ”כשם שבלא זכויות אין ביטחון, כך גם  
בלא ביטחון אין זכויות” (עניין עטאלה, פסקה 82), ורוב מלים אך למותר. אם מופקר  
הביטחון, מופקרים החיים, וההמשך מי ישורנו. ואולם לטעמי, בהנחה של הפגיעה  
לכאורה בזכותו הבסיסית של האסיר לאוטונומיה, והאופן בו פגיעה זו נעשית –  
וכאמור, הן לעמדת המלומד ברק והן לעמדת המלומד מדינה, בבחינת התכלית הראויה  
יש ליתן את הדעת לנחיצות הפגיעה בהתאם לחשיבותה של הזכות הנפגעת ועוצמת  
הפגיעה בה – עלינו לשאול האם התכלית הבטחוננית רלבנטית לאמצעי זה של הזנה  
מלאכותית, במגבלות הקבועות בחוק. לטעמי התשובה חיובית, אף כאן בהקשר הרחב  
של קדושת החיים; אלא שעל הדבר להיבחן בזהירות, שכן איננו מצויים בעולם  
אידיאלי ובחלל ריק, ויתכן שיהיו מן המדינות שיעשו שימוש לרעה בהזנה בכפיה לשם  
דיכוי. ואולם, סבורני כי ניתן לצאת מן ההנחה שבמערכת המשפט הישראלית הסיכוי  
לכך אינו גבוה, ומכל מקום המותב היושב לדין יעמוד על המשמר מפני כך. אשר  
למעמדו של השיקול הבטחוני, כך ציינתי לא מכבר:

”האתגרים הבטחוניים שעמדו – ולצערנו, עדיין עומדים  
– בפני המדינה, מביאים עמם לפתחו של בית המשפט  
שאלות משפטיות שלא שערור אבותינו, אך הזמנים  
משתנים והולכים. החברה הישראלית דהיום אינה דומה  
לדור המייסדים, והשינוי ניכר גם במקום השמור  
לשיקולים בטחוניים... שינוי זה נתן אותותיו גם בהיקף  
הביקורת השיפוטית על מדיניות הביטחון. כך קבעה  
השופטת שטרסברג-כהן, כי ‘בטחון המדינה איננו מילת

קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו' (בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 124 (1995); ראו גם עמ"מ 10/94 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 106 (1997)). כך ציין הנשיא ברק, כי 'זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, ובטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה' (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 383 (2002)). אם כן, ניתן לסכם את הגישה לשיקולי ביטחון כיום בביטוי – 'כבדהו בזהירות'. הזהירות באה בשל מצבים היסטוריים ופרשיות שונות שהטילו צל על שיקולי הביטחון בעבר (הפתעת מלחמת יום הכיפורים, פרשת קו 300 ועוד). 'כבדהו' בא כיון שאין בר דעת אשר אינו מבין כי לישראל בעיות ביטחון לא פשוטות מכיוונים שונים" (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות ל"ט-מ לחוות דעתי (27.3.2016); ראו גם מאמרי "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מ"ד 410, 409 (תשנ"ח-תש"ס); ספרי נתיבי ממשל ומשפט 265 (תשס"ג-2003); "ישראל הביטחון והמשפט: מבט אישי" ספר מצא (תשע"ה), (99).

קכג. אכן, לדידי, אילו עמדה התכלית הבטחונית כתכלית בלעדית או עיקרית, ניתן היה להטיל ספק אם ראויה היא להחלת הזנה בכפיה. כאמור, יהא אשר יהא האופן בו ניתן הטיפול – ועל כך בהמשך, לעניין המידתיות – עצם מתן הטיפול הרפואי בניגוד לרצונו של האסיר משמעו פגיעה באוטונומיה, והגם שזו מצטמצמת מטבעה מאחורי חומות הכלא, כאמור עדיין כוחה עמה למנוע פגיעה בה לתכלית שהיא חיצונית לליבתה.

קכד. פגיעה זו בזכויות שבליבת כבוד האדם מצריכה אל מולה הגנה על זכות אדם כבדת משקל מאוד (כמו הזכות לחיים, כאמור). בטחון המדינה ובטחון הציבור, חשובים ככל שיהיו, ואמנם חשובים הם מאוד, לא היו מספיקים בנסיבות העניין כדי להצדיק באופן בלעדי או עיקרי פגיעה מעין זו, של הזנה בכפיה, בזכותו של האסיר; רכיב הזהירות שהוזכר מעלה מדליק נורה אדומה. עיון במשפט המשוה מחזק מסקנה זו, שכן כפי שהובא מעלה, נדמה כי העמדת השיקול הבטחוני באופן מפורש לצורך טיפול רפואי בניגוד לרצונו של האסיר היא ייחודית למדי למסגרת החוקית בה בחר המחוקק הישראלי לילך, ושיטות המשפט במדינות הים וכן הדין הבינלאומי מעניקים

בעיקרם בלעדיות לשיקול הרפואי ולבריאותו של האסיר אותו מבקשים להזין בניגוד לרצונו. בענייננו, לרבות באתוס היהודי, אין לומר כי יש בלעדיות לשיקול זה.

קכה. ואולם, סבורני כי אין בכך כדי להעיד כל עיקר כי הצבת השיקול הבטחוני כאמצעי משני לשיקול הדומיננטי של הצלת חיים עולה כדי תכלית שאינה ראויה, מה גם שהוא עצמו כולל אפשרות לא מבוטלת להצלת חיים, חיי האסיר כפי שיפורט, אך גם חייהם של רבים אחרים. כאמור מעלה, חרף שינויים ותמורות מסוגים שונים במצבה הבטחוני של מדינת ישראל עם השנים, השיקול הבטחוני עודו קיים, במובהק, ועוצמתו רבה. דבר זה אינו צריך ראיה. מדינת ישראל מתמודדת מדי יום ביומו עם סכנות בטחוניות מורכבות, המשתנות חדשות לבקרים, ומחייבות מתן מענה הולם; דעת לנכון נקל, כי גם השיקול הבטחוני משמעו – כאמור – הגנה על חיי אדם, וכשם שהגנה על חיי האסיר היא כאמור תכלית ראויה לכשעצמה, ראוי לצדה גם האינטרס הציבורי של שמירה על בטחונם וחייהם של אחרים (ראו והשוו בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל (2003); (בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה יג (28.12.15)). בהינתן זאת, לטעמי לא ניתן לשלול מעיקרא מתן מענה מסוים לשיקולי ביטחון גם במסגרת החוק נשוא ענייננו, גם אם – ועל כך בהמשך – מענה זה יהא מצומצם וכאמור משני בהחלט לתכליתו העיקרית של החוק, שהיא הצלת חיי האסיר בו מבקשים לטפל, ומוקפד ביותר במנגנוני משפט ורפואה בהפעלתו למניעת "מדרון חלקלק".

קכו. השילוב בין תכליות אינו יוצא דופן בחקיקתנו: כך למשל, בעניין איתן נדונה חוקתיותו של פרק א' לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014. המדינה טענה שם כי תכליתו העיקרית של החוק הנדון נועדה לזיהוי ולהרחקה. נקבע כי תכלית זו ראויה. אשר לתכלית הנוספת – הרתעת הרבים – נקבע כי "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" (עניין איתן, פסקה 2 לחוות דעתה של המשנה לנשיא (כת'ארה אז) מ' נאור). למרות זאת, נקבע כי אין פסול בתכלית של הרתעה כשהיא נלווית לתכלית לגיטימית אחרת (שם, פסקה 52 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; ראו והשוו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374 (2002)). ועוד, כבר נקבע על ידי בית משפט זה כי במצב בו לחוק מספר תכליות השלובות זו בזו, יינתן משקל רב לתכלית הדומיננטית שלו, ובה תתמקד הביקורת החוקתית. עם זאת, נקבע גם כי אין להתעלם מן התכליות המשניות של החוק כדי לבחון את השלכותיהן על זכויות האדם (עניין מנחם, עמוד 264 והאסמכתאות שם). לדידי, דומה כי במקרה דנן, שתי התכליות, ההומניטרית והבטחונית, שגם בבסיסה של האחרונה עומד כאמור במידה גדולה עקרון

קדושת החיים של חפים מפשע העלולים להיפגע כתוצאה מהשלכות שביתת הרעב של אסירים או עצירים, וחרף השינוי שחל בחברה הישראלית במקום השמור לשיקולים בטחוניים במובן השקיפות – הן ראויות; זאת – בהינתן כאמור כי הראשונה היא התכלית הדומיננטית והשניה משנית לה.

מבחני המידתיות

קכו. לעניות דעתי, לפי הפרשנות שאציע, צולח החוק, לרבות סעיף 19 יד(ה), את מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק מקיים את דרישת הקשר הרציונלי – התאמה בין האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות החוקית לבין התכלית שנועד החוק להגשים. לדברי הנשיא א' ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון (פסקה 58), די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית (ראה גם עניין ניר, פסקה 23). כך, הליך מכוח החוק עשוי להיפתח אך ורק אם הרופא המטפל באסיר, או מי שטיפל בו לאחרונה, סבור כי בלא קבלת טיפול רפואי שאותו פירט "יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה" (סעיף 19(ג)(א) לחוק); בית המשפט יאשר טיפול רפואי כפוי, רק אם מצא כי "הטיפול הרפואי צפוי להיטיב עם האסיר" (סעיף 19 יד(א)(1) לחוק); ברשימת השיקולים שעל בית המשפט לשקול מודגשים ההיבטים הרפואיים, לרבות מצבו של האסיר, הסיכונים והסיכויים של הטיפול הרפואי המבוקש ושל טיפולים רפואיים חלופיים, מידת פולשנותו של הטיפול והשפעתו על כבוד האסיר, וכן תוצאות הטיפול המבוקש (סעיף 19 יד(ד)(1)-(3) לחוק). בנוסף, הטיפול הרפואי הכפוי שניתן להעניק מכח החוק יהיה "הטיפול הרפואי המינימלי ההכרחי, לפי שיקול דעתו המקצועי של המטפל, לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה" (סעיף טז(א) לחוק). בכל מקרה, על הרופא להשקיע מאמץ ניכר בקבלת הסכמתו של האסיר לקבל טיפול רפואי (סעיף 19 יד) וסעיף 19(טז)(ב) לחוק). כמו כן, מתן טיפול רפואי כפוי יהא נתון תמיד לשיקול דעתו של המטפל (סעיף טז(ה) לחוק). במלים אחרות, על פי החוק, על בית המשפט המחוזי יהא לבחון מהו הפוטנציאל שהטיפול הרפואי הכפוי שיינתן לאסיר שובת רעב ישפר את מצבו הרפואי, והטיפול, אם וככל שיינתן, יהיה ברמה המינימלית. על בית המשפט להיכנס לעובי הקורה, לבקש תיעוד רפואי מבהיר, ולשמוע בעצמו רופאים ומטפלים; ראו בהקשר של שביתת רעב עניין עלאן ועניין אלקיק. לכן, ניתן לומר כי יש התאמה בין האמצעי שנבחר בחוק, לבין התכלית העיקרית – שמירה על חיי האסיר או העציר שובת הרעב.

קכח. החוק מקיים גם את מבחן המידתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: מבחן זה אינו מחייב בהכרח, כידוע, בחירה באמצעי שהוא הפוגעני במידה הפחותה ביותר. די להראות כי מבין האמצעים הרלבנטיים, נבחר אותו אמצעי שבהתחשב בזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, ניתן לומר כי הוא מאפשר פגיעה פחותה בזכות (ראו למשל עניין ניר, פסקה 24). במקרה דנא, אף שלכאורה קיימת חלופה אפשרית להתמודדות עם אסיר שובת רעב – סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה – הנה בהינתן תכליות החוק ומורכבות המצב, דומה כי חלופה זו אינה מגשימה את תכליתו של החוק במידה דומה של אפקטיביות (השוו עניין איתן, פסקאות 60-66). סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מורה:

”15(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) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.”

קכט. ההסדר הקבוע בסעיף 15(2)(ג) לחוק זכויות החולה מאפשר מתן טיפול רפואי ללא הסכמת האסיר, רק כאשר ”קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע”. ואולם, לרוב, כשמדובר באסיר שובת רעב המביע בצורה ברורה ועקבית את התנגדותו האידיאולוגית לקבלת טיפול רפואי, לא ניתן יהיה להעניק לו טיפול רפואי בגדרי סעיף 15(2)(ג) לחוק זכויות החולה אף אם קיימת סכנה ממשית לחייו. כך, שכן חוק זכויות החולה מחייב יסוד סביר להניח שהמטופל ייתן את הסכמתו למפרע, ואילו בענייננו, פעמים רבות אסיר שובת רעב אינו מעוניין שיזינו אותו אם יאבד את ההכרה, וכך כל עוד הוא או היא מצויים בהכרה. במובן האתי, לא תמיד יניח רופא לגביו כי בסופו של יום תינתן הסכמה למפרע. בנסיבות אלה, שביתת הרעב עלולה להסתיים במותו של האסיר – על כל ההשלכות הנובעות מכך. ההסדר הקבוע בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מוגבל ליחס שבין המטפל למטופל, ונותן משקל מרבי לאוטונומיה של המטופל, עד תום. הסדר זה אינו מביא בחשבון היבטים ייחודיים לשובת רעב בכלל ולאסיר או עצור בפרט, הן בהיבט אחריותה של המדינה עליו; הן בהיבט של מורכבות אוטונומיית הרצון במצב של שביתת רעב של אסירים הנכונים למות, ומכל מקום מצבם הקבוצתי, במקרים מסוימים, מונע מהם לחזור בהם מהשביתה, והרי המטרה היא הצלת חייהם; והן בהיבט של השלכות שביתת הרעב על

בטחון המדינה. לכן, אין ההסדר הקבוע בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה מגשים באותה מידה את תכליות החוק, במובן העובדתי והאתי.

קל. ודוק, כמובהר בדברי ההסבר להצעת החוק, אין ללמוד הימנו כי יש "לדלג" מעל משוכת הניסיון לרכוש את אמונו של המטופל וקבלת הסכמתו, ולעבור הישר להזנתו בניגוד לרצונו. בדומה להליך שבחוק זכויות החולה, הדגש הוא בניסיון להשיג שיתוף פעולה עם שוכת הרעב, ולוא לטיפול מזערי שייטיב את מצבו במעט; ניסיון זה מושתת על בניית יחסי אמון בין שוכת הרעב לרופא המטפל. כפי שמצוין בהצעת החוק:

"השגת שיתוף פעולה כזה היא כמובן הרצויה ביותר מבחינת כיבוד האוטונומיה של האסיר ושמירת חירותו, והיא גם הדרך הראויה ביותר לפעול בהיבטים של אתיקה רפואית" (שם, בעמ' 767).

קלא. במלים אחרות, מלבד הבחינה העקרונית של הוראות החוק, האמצעי שפגיעתו פחותה ייבחן ביישומו של כל מקרה, וככל שישנו אמצעי שפגיעתו פחותה מזו של הזנה מלאכותית, ויש באמצעי זה כדי להשיג את הצלת חייו של שוכת הרעב, יימנע בית המשפט ממתן הוראה לטיפול רפואי באסיר בניגוד לרצונו. בנוסף לכך, גם בתוך האפשרויות להזנה מלאכותית, שומה על בית המשפט לבחון את החלופות לפי מידת הפולשנות של ההליך המבוקש ומידת הפגיעה בכבודו של האסיר (סעיף 19ד(2) לחוק). מכאן, למשל, ברי כי בית המשפט לא יורה על טיפול באמצעות זונדה, כאשר ישנו אמצעי מידתי יותר להצלת חיי האדם. ככלל, כפי שמציינת המדינה בתגובתה, האמצעי של החדרת זונדה הוא החריג שבחריגים, והאמצעי העיקרי לטיפול בשביתת רעב יהא מתן נוזלים ותוספים תזונתיים באמצעות עירוי, וכן מתן תרופות לפי הצורך (פסקה 82 לתגובה מיום 9.9.15). אוסיף בהקשר זה, כי המדינה מציינת שבמסגרת גיבוש הצעת החוק והדיונים שהתקיימו נשקלה האפשרות להחריג את הפעולה של הזנה בכפיה באמצעות זונדה מן הפעולות הרפואיות האפשריות, אך בשל עמדת משרד הבריאות, אשר ראה קושי בהחרגת פעולה רפואית בחקיקה ראשית, הוחלט שלא לעשות כן.

קלב. בהקשר זה יש מקום להידרש כנזכר, לעניינם של שני עצורים מנהליים, עלאן ואלקיק, מקרים שהובאו לפתחו של בית משפט זה ונדונו לאחרונה. לגביהם לא נעשה שימוש בחוק אף שכבר נכנס לתוקף, והרשויות פעלו לפי המסלול שהתווה חוק זכויות החולה, בפיקוח בית משפט זה, בנסיבות ששררו באותם תיקים, בהם קיים בית המשפט מספר דיונים (ראו והשוו גם בג"צ 5464/13 אלעזיז נ' המפקד הצבאי (2013)).



קלג. עלאן, פעיל ארגון הטרור הג'יהאד האסלאמי, נעצר במעצר מנהלי על בסיס חומר מודיעיני מהימן, שלפיו היה קשור בפעילים נוספים אשר מטרתם להניע טרור, בגדרי פעילות ענפה נגד הביטחון באיזור. עלאן החל בשביתת רעב, בגינה היה מצוי בהשגחה רפואית, תחילה במרכז הרפואי "סורוקה" בבאר שבע ולאחר מכן במרכז הרפואי "ברזילי" באשקלון. בעתירה שהגיש טען, כי מעצר מנהלי הוא אמצעי מניעתי ולא עונש, ונועד למנוע פעילות נגד בטחון המדינה; ומצבו הרפואי בשל השביתה, גם אם הביא אותו על עצמו, הוא כזה שבגדרו אינו יכול לפגוע בביטחון, ועל כן יש לשחררו. קיימנו בעתירה שני דיונים, הן כדי לעמוד בפרטות על מצבו הרפואי של עלאן והן כדי לאפשר משא ומתן עם באי-כוחו. לקראת דיון ההמשך הוברר כי חלה ירידה קוגניטיבית אצל עלאן; באי-כח המדינה הצהירו בפנינו כי ככל שיתברר שמצבו של עלאן אינו הפיך, יבוטל צו המעצר המנהלי. בפסק הדין שניתן ביום 19.8.2015 נכתב, בין היתר, כי "ברי שהעותר המיט על עצמו את מצבו, אך אין בכך כדי למנוע כל מאמץ להצלת חייו". מאחר שעל פני הדברים עלאן לא היה סיכון באותה עת בשל מצבו הרפואי, התלינו את צו המעצר המנהלי שהוצא נגדו (בדיעבד, התברר כי החשש שנגרם נזק מוחי לעלאן שעלול היה להיות בלתי הפיך, לא התממש, תודה לאל), ושביתת הרעב הסתיימה.

קלד. אלקיק, פעיל חמאס מובהק העוסק בטרור צבאי, נעצר גם הוא בצו מעצר מנהלי. בסמוך לאחר מעצרו החל אלקיק בשביתת רעב וסירב לקבל כל טיפול. גם הוא עתר לבית משפט זה לביטול צו המעצר המנהלי שהוצא נגדו, עקב מצבו. קיימנו מספר דיונים בעתירה תוך קבלת עדכונים רפואיים יומיים בדבר מצבו של אלקיק, לרבות החלטת ועדת האתיקה במרכז הרפואי "העמק" בו אושפז, בה נאמר כי "עקב החמרת מצבו של העותר, יש לאפשר לצוות הרפואי לתת לחולה טיפול ללא הסכמתו, על מנת להיטיב את מצבו". ביום 4.2.2016 דנו בעתירה כאילו הוצא בה צו על תנאי והורינו על התליית צו המעצר המנהלי, כיון שנמצא שהעותר אינו מהווה סיכון המחייב, לאותה העת, מעצר מנהלי.

קלה. הנה כי כן, בשני המקרים נמצא פתרון שלא עשה שימוש בחוק בו עסקינן, אלא נשאר בגדרי חוק זכויות החולה. אין ביטחון, ואין מי שיתקע לידינו, כי כך יהא בכל מקרה, ויש לחשוב גם על תשריטים של שביתות המוניות. מכל מקום, חזקה על בתי המשפט שידונו בבקשות אשר יוגשו מכוח החוק נשוא ענייננו, כי ישימו לנגד עיניהם, בכל בקשה, את האפשרות לפתרון מאוזן ומידתי, ככל הניתן, אשר יתן מחד גיסא מענה לאוטונומיית האסיר, ומאידך גיסא לערך קדושת החיים וכן – כפי שעלה בעניינם של

עלאן ואלקיק – לצורך בשמירה על בטחון המדינה. השימוש בחוק הוא כמובן שלב אחרון, מעין "נשק יום הדין".

קלו. אשר למבחן השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר: כאמור וכנודע, מדובר במבחן ערכי, שבמסגרתו יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הפגיעה בזכות החוקתית העתידה להיגרם עקב הפעלתו של החוק (ראו עניין הפרטת בתי הסוהר, עמוד 626). דומה, כי החוק עומד גם במבחן זה. החוק יוצר הסדר מידתי ומאוזן, המבקש לפגוע בצורה המינימלית באוטונומיה של האסיר תוך שמירה על חייו, באמצעות פיקוח ובקרה הדוקים על ההליך והידרשות לו כאמצעי אחרון. נזכיר שוב, תחילת ההליך בחוות דעת רפואית של הרופא המטפל; הגשת הבקשה תיעשה על ידי נציב בתי הסוהר בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא מינה מטעמו – כמוצא אחרון שנועד למנוע סכנה לחייו של אסיר שובת רעב, או סכנה כי תיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה – ורק לאחר שמוצתה הדרך התהליכית; ככלל, תחווה ועדת האתיקה דעתה בעניין; נשיא בית משפט מחוזי או סגנו יכריעו בבקשה; ההחלטה בבקשה ניתנת לערעור בזכות לבית משפט זה; הטיפול שיינתן יהיה הטיפול המינימלי הנדרש; אין חובה על המטפל להעניק את הטיפול שהותר על ידי בית המשפט. עינינו הרואות – וזאת יש להטעים – כי עסקינן בתהליך סדור המערב, בצד הרופאים כמובן, דרגים בכירים מאוד של המערכת המשפטית והשיפוטית, והבנוי בשלכיות מוקפדת, וכאמור כמוצא אחרון. מהכרת מערכות אלה לפני ולפנים אוכל לומר בביטחון, כי היחס להכרעות בתחום זה יהא מעמיק כדבעי. יודגש גם, כי לפני הפניה לבית המשפט, על הרופא המטפל לעשות "מאמץ ניכר" לנסות לשכנע את האסיר לתת הסכמתו לטיפול; כן על הרופא להסביר לאסיר את ההליך המשפטי והשלכותיו האפשריות. על בית המשפט לשמוע את האסיר, ורשאי הוא לקיים את הדיון בבקשה בבית החולים לשם כך. גם אם ניתן היתר לטיפול כפוי, חייב המטפל לנסות שוב לשכנע את האסיר להסכים לטיפול; וכאמור, הטיפול שיינתן הוא המינימלי ביותר, ועליו להיעשות בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבודו של האסיר, תוך הימנעות, ככל האפשר, מגרימת כאב או סבל. אם כן, דומה כי ההליך המדורג והמאוזן, המלווה בפיקוח ובקרה רפואיים ומשפטיים, מקיים יחס ראוי בין התועלת העשויה לצמוח מן החוק לבין הפגיעה האפשרית בזכות החוקתית עקב הפעלתו.

קלז. אשר לשיקול הבטחוני (סעיף 19 יד(ה)), אין לכחד כי הוא מעורר אי-נוחות נחזית במובן היחס שבין אוטונומיית הפרט לשיקולים רחבים יותר כאמור. ואולם, כך הטעמנו ונחזור ונטעים, כי בהיות המטרה הדומיננטית הצלת חיים ושמירת קדושתם,

חלק מאותו אתוס אוניברסלי ובמיוחד האתוס היהודי במדינה יהודית ודמוקרטית, נחה הדעת שנעשה כל הניתן לצמצם פגיעה, והשופט היושב בדין יוודא זאת בנסיבות הקונקרטיות. בעבר נזדמן לי להתייחס למתח הטמון בין הצרכים הבטחוניים לזכויות האדם:

"היחס בין שאלות זכויות האדם לבין האתגר הבטחוני והצורך הבטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל. המשא-ומתן לשלום שישראל נתונה בו מצוי בעיצומו, אך גם האופטימיים ביותר אינם צופים כי היא תבוא אל המנוחה ואל הנחלה במישור הבטחוני בטווח הנראה לעין. יימשך אפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי הזכויות, וימצא את ביטויו המשפטי המרכזי בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; יימשך הדיון בשאלות כגון מתי נסוגות הזכויות מפני הביטחון ומהו האיזון בין שמירת הקיום לשמירת צלם האדם – ניסוח המחדד את הדילמה עד תום. נמשיך להתלבט בשאלה מהו המרווח שבין הציווי 'ונשמרתם מאד לנפשותיכם' (דברים ד', ט"ו) במובנו הקבוצתי ובין 'כי בצלם אלקים עשה את האדם' (בראשית ט, ו') ו'גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה' (ברכות י"ט, ע"ב). בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשווא, אך הביטחון גם לא יופקר" (מתוך מאמרי "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 21, 22; ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג, 2003), 226).

דברים אלה מלפני ח"י שנים דומה שעודם כנתינתם גם כיום.

קלח. כפי שציינה המדינה, שיקול הביטחון לא יצדיק כשלעצמו תחילת הליך בהתאם לחוק, ובודאי לא יאפשר כשלעצמו הוראה על טיפול באסיר בניגוד לרצונו. השיקולים הבטחוניים במסגרת החוק יישקלו רק במצב שבו רופא מטפל קבע כי מצבו הרפואי של האסיר קשה ביותר וכי יש סכנה ממשית לחייו או לכך שתיגרם לו נכות חמורה ובלתי הפיכה וכדי להציל את חייו – עיקר תכלית החוק. מכל מקום, הטיפול שיינתן בפועל, אם וככל שיינתן, בהתאם לשיקול דעת המטפל (סעיף טז(ה) לחוק), ייגזר משיקולים רפואיים בלבד (סעיף 19טז(א) סיפא לחוק). ואוסף, ולא מילתא זוטרתא היא, בהצעת החוק היו השיקולים הבטחוניים חלק מן הסעיף העיקרי, המתווה את שיקול הדעת השיפוטי, ונכללו בגדרי השיקולים שעל בית המשפט לתת עליהם את דעתו (סעיף 19 יד(ד)(6) להצעת החוק), וגם דובר על כך. אולם לבסוף צומצם מקומם של שיקולים אלה, כך שבידי בית המשפט לשיקול שיקולים שעניינם בטחון המדינה אך ורק כאשר הובאו בפניו ראיות לכך, ובהינתן חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה, וכל זאת לאחר המסע הרפואי, שהוא עיקר.

קלט. ויודגש – סעיף 19 יד(ה) הוא יוצא דופן, והשימוש בו ייעשה במשורה שבמשורה ובמקרים חריגים, שבהם הביאה המדינה ראיות המצביעות על ודאות קרובה לפגיעה חמורה בבטחונה (ראו והשוו מקרים אחרים שבהם מול שיקולי הביטחון ניצבו זכויות הפרט בג"ץ 9329/10 פלוני נ' שר הביטחון (2011); בג"ץ 1514/01 יעקב גור אריה ואח' נ' הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו (1996)). גם במקרים אלה, כאמור, יתלוה שיקול זה כשיקול משני לתכליתו העיקרית של החוק – הצלת חיי האסיר בו מבקשים לטפל, גם אם בניגוד לרצונו.

קמ. עוד יצוין בהקשר זה, כי אף שהדבר לא עלה מפורשות בענייננו, לא ניתן להתעלם מכך שפעמים רבות בהן מתעוררת שאלת הטיפול באסיר שובת רעב, יהא זה כאשר מדובר בעציר מנהלי. מקרים אלה מעלים קשיים נוספים, שונים במהותם בהקשרים משפטיים מאלה העולים במקרה של האסיר שובת הרעב לאחר שהורשע ונגזר דינו, שכן בהיותם מכווני מניעה, כוללים הם באופן אינהרנטי את שאלת הסיכון הבטחוני הנשקף מן העצור, ככל שהוא כשיר פיסית ומנטלית. במצב עניינים זה, עשויים השיקולים הבטחוניים להטות את הכף אל עבר פתרון שמיתר את הצורך בהזנתו של אסיר שובת רעב בניגוד לרצונו, אשר כאמור תישאר כאמצעי אחרון ((וראו מקרי עלאן ואלקיק מעלה).

קמא. טרם סיום אדגיש, כי איננו מבקשים חלילה בפסק דין זה להפחית מערכה וחשיבותה של הר"י והעמדה המוסרית שהיא מבקשת להשמיע בענייננו. התנגדותה האתית של הר"י לחוק נשוא ענייננו נשענת בעיקרה על הצהרת טוקיו של ההסתדרות הרפואית העולמית (World Medical Association, להלן WMA) משנת 1975, שעודכנה בשנת 2006, ושעניינה מתן הנחיות לרופאים האוסרות על מעורבותם בעינויים או בענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה אחרת במסגרת מאסר או מעצר. סעיף 6 בהצהרת טוקיו אוסר על הזנה בכפיה של אסירים שובתי רעב. בחודש דצמבר שנת 2007 קיבלה על עצמה הר"י את תוכן הצהרת טוקיו ואשררה את הגרסה האחרונה שלה במסגרת נייר עמדה. הר"י מפנה גם להצהרת מלטה של ה-WMA משנת 1991, שאף היא עודכנה בשנת 2006, העוסקת באופן מקיף וממוקד בשביתות רעב מרצון, לא רק על ידי אסירים, ומגדירה עקרונות וקווים מנחים שנועדו לסייע לרופאים להתמודד עם הדילמות המתעוררות בעת טיפול בשובתי רעב. ההצהרה קובעת כי הזנה בכוח למרות סירוב מושכל, אינה אתית, אינה ניתנת להצדקה ומהווה יחס משפיל ולא אנושי. ההצהרה כוללת הנחיות מפורטות בנוגע לאופן הטיפול בשובתי רעב. הצהרה זו אושררה בעיקרה על ידי הר"י בשנת 2005, תוך הגדרת כללי הטיפול בשובתי רעב,

ובהם: "רופא לא ישתתף בהאכלה בכוח של שובת רעב". כללי הר"י אושררו מספר פעמים, לאחרונה בדיון הלשכה לאתיקה בחודש ספטמבר שנת 2013.

קמב. אולם, ומבלי להקל ראש בעמדות אלה, אף אם שאלתי עצמי היכן קדושת החיים באלה, הן אינן מייצגות את המצב המשפטי הקיים, בעולם או בישראל, אלא עמדות אתיות מסוימות; אולי נבעו מפרקטיקות אכזריות של מדינות שאיננו נמנים עליהן, תודה לאל. בנוסף, כפי שהציגה המדינה, יש בנמצא רופאים ומומחי אתיקה המחזיקים בעמדה שונה; וכך נכתב בנייר העמדה שהוצג לבית משפט זה (נספח 9 לתגובת הכנסת מיום 9.9.15):

"במצבי קיצון – כאשר כלו כל הקיצין, ולאחר שנעשו כל מאמצעי השיכנוע האפשריים לקבל את הסכמתו של שובת הרעב להפסיק את שביתתו, וכאשר נשקפת סכנה ממשית ומוחשית לחייו אם ימשיך בשביתת הרעב – גוברים הערך המוסרי של שמירת חיי האדם והחובה המקצועית-אתית של הרופא להציל את חייו, על פני פגיעה ברצונו האוטונומי" (שס, פסקה 3; הדגשה במקור).

החוק נשוא ענייננו ער למחלוקת האתית, ולכן קובע מפורשות כי אין בו "כדי לחייב מטפל לתת לאסיר שובת רעב טיפול רפואי" (19טז(ה)). כפי שעולה מדיוני ועדת הפנים והסביבה בנושא זה, תת סעיף זה הוכנס לדבר החקיקה הסופי, מבלי שהיה חלק מהצעת החוק הממשלתית, נוכח הרצון להדגיש את העובדה שאף רופא אינו מחויב ליתן את הטיפול, וזאת חרף העובדה שמעיקרא לשון החוק – סעיף 19טז(א) – היא שבהינתן החלטה כאמור של בית המשפט המחוזי, "רשאי מטפל לתת לאסיר טיפול כאמור..." (פרוטוקול ישיבה מס' 312 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, עמודים 47-51 (17.6.2014)); ניכר, אם כן, כי הציון הנוסף בסעיף 19טז(ה) נועד ליתן ביטוי ממשי לעמדתם האמורה של חלק מן הרופאים ולמורכבותה האתית של הסוגיה.

קמג. עם זאת, בהינתן שיטת משפטנו החוקתית, ובהינתן המצב החוקי כאמור במדינות שונות בעולם, סבורני כי אין בעמדת ההסתדרות הרפואית העולמית, או בעמדת ההסתדרות הרפואית הישראלית, כדי להביא כשלעצמה לביטול החוק נשוא ענייננו שיצא תחת ידה של כנסת ישראל. כפי שציין בשעתו ממלא מקום הנשיא (כתארו אז) זוסמן:

"טענת העותר כאילו מוטלת עליו חובה מוסרית או אתית-רפואית, על-פי שבועת הרופאים שנשבע או על-פי כללי האתיקה המקצועית הרפואית או על-פי מצפונו

הרפואי, אינה לעניין: כבודן של החובות האתיות הללו במקומו מונח, וכל המחמיר עם עצמו לפני משורת הדין הרי זה משובח. ואולם כאן לא בחובות אתיות קא עסקינן, כי אם בחובות חוקיות" (בג"ץ 447/72 ד"ר ברנרדו ישמחוביץ נ' אהרון ברוך, פקיד שומה לחקירות, תל-אביב והמרכז, פ"ד כז(2) 253, 266-267 (1973)).

והדברים יפים לענייננו בשינויים המתחייבים. כמובן, יביט כל רופא אל מצפוננו ושבעת הרופאים ויחליט באשר יחליט.

טוף דבר

קמד. בסופו של יום צולח החוק את מבחני החוקתיות, בקיימו איזון עדין בין הערכים השונים עליהם עמדנו. הדברים נאמרים בהינתן ההליך ההדרגתי שמקיים החוק ואשר כולל מספר גורמי בקרה רפואיים, משפטיים ושיפוטניים. סעיף 19 יד(ה), שעיקרו התכלית הבטחונית, גם הוא עומד במבחן החוקתי, ואולם כאמור השימוש בו ייעשה במשורה שבמשורה ובמקרים חריגים, ובהינתן תשתית ראייתית מתאימה. חוק זה מטבע הנושא אינו גורם נחת רוח; יהיו שיאמרו שאפשר "לחיות בלעדיו" תוך הנחת מציאתם של פתרונות במסגרת החוקית הקיימת. מכל מקום, משהובא אל ספר החוקים, בחנו את חוקתיותו והגענו לתוצאה האמורה, וזאת מתוך שכנוע כי יתכנו מצבים שבהם הצלת החיים תדרוש זאת, וקדושת החיים היא בראש מעיינינו כבני אנוש וכבית משפט.

קמה. אחד הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט מזוז. הצעתו בפסקה 20, במובן המהותי, קרי, כי הנושא הבטחוני יישקל לאחר הדיון בנושא הרפואי, אינה רחוקה מהאמור בחוות דעתי (למשל פסקה קל"ח למעלה ובמיוחד בסיפה). הדברים מתישבים גם עם סדר הדברים בסעיף 19 יד לחוק, במובן זה שסעיף קטן (ד), המופיע בו תחילה, מוקדש למצב הרפואי, וסעיף קטן (ה), הבא אחריו, עניינו השיקול הבטחוני. דרך המלך היא איפוא דיון מעיקרא בעיקר, הנושא הרפואי, ורק לאחריו בנושא הבטחוני, כפי שנכתב על-ידינו. ואולם אבהיר כי כדי שלא לכבול ידיו של בית המשפט הדיוני באופן גמור, הייתי מציע לקבוע, כי בית המשפט יחל בדיונו בנושא הרפואי כבסיס להכרעתו בתיק, והנושא הבטחוני יונח כנושא אחרון לדיון. לבית המשפט שיקול דעת אם להכריע הכרעת ביניים בנושא הרפואי, מה שאולי ראוי לעשות בדרך כלל, או לכרוך את כל ההכרעה יחדיו בנסיבות התיק; ובלבד שסדר הדברים האמור ודומיננטיות הנושא הרפואי יישארו בעינם.

קמו. איננו נעתרים איפוא לעתירה. אין צו להוצאות.

## המשנה לנשיאה

### השופט מ' מזוז:

1. אני שותף לתוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, באשר לחוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה-2015, בגדרו הוספו סעיפים 19-יב-19יט לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: התיקון לפקודה ו- הפקודה). עם זאת, דעתי אינה נוחה מהוראת סעיף 19יט(ה) לפקודה, שעניינה בשיקולים של שלום הציבור וביטחונו (להלן: השיקול הביטחוני), והיא מחייבת לדעתי בירור והצבת סייגים. חברי עמד בפירוט על העובדות, טענות הצדדים, ההנמקות והטיעון החוקתי, ועל כן אוכל להציג עמדתי בתמצית.

2. מקובלת עלי עמדת הכנסת ורשויות המדינה כי אין בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה או החוק), מענה מלא לסיטואציה המורכבת של אסירים שובתי רעב המגיעים לשלב בו נשקפת סכנה לחייהם או לבריאותם, וכי איזון הערכים והאינטרסים שקובע החוק לענין מתן "טיפול רפואי ללא הסכמה" (סעיף 15 לחוק), בהתייחס לחולה "רגיל", אינו ממצה את מכלול המורכבות של הסיטואציה של אסירים שובתי רעב.

3. סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע את העיקרון הכללי, המשקף את זכותו של הפרט לאוטונומיה אישית, לפיו "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת".

מטבע הדברים שחולה מבקש להירפא, וממילא חזקה עליו שככלל הוא ייתן הסכמתו לטיפול רפואי העשוי לרפא אותו או להיטיב את מצבו. המקרים בהם חולה יסרב לטיפול הם חריגים, כגון מקרים בהם חולה נוטה למות, המצוי במצב של כאב וסבל קשים מנשוא, מסרב לקבל טיפול רפואי מאריך חיים (סוגיה המוסדרת בעיקרה בחוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005), או מקרים בהם עקב אמונה דתית או אחרת חולה או מטופל מסרבים לטיפולים רפואיים מסוימים (כגון קטיעת איברים או קבלת חיסונים). על כן במצבים אלה חוק זכויות החולה קובע איזון בין הזכות לאוטונומיה של הפרט לבין הערך של קדושת החיים, כאשר ההנחה היא כאמור שככלל שני ערכים

אלה אינם מתנגשים (מכאן גם ההנחה הקבועה בסעיף 15(2)(ג) לגבי הסכמה בדיעבד, ועל כך להלן).

לא כן לגבי אסיר שובת רעב. שובת הרעב אינו "חולה" במובן הרגיל. הוא אדם המכניס עצמו מרצון ומדעת לסיכון בריאותו כדי לבטא מחאה או להפעיל לחץ להשגת מטרה אישית או ציבורית. שובת הרעב אינו מעוניין כמובן לגרום לעצמו פגיעה בריאותית או מוות, אך הוא מוכן לסכן את בריאותו ולעתים אף את חייו לשם קידום מטרותיו. במובן זה הוא שונה מהותית מחולה רגיל. אצל שובת הרעב הסירוב לקבלת טיפול רפואי הוא במהות פעולתו ואין מדובר במצב חריג ונדיר. בנוסף, במקרה של שובת רעב כחלק משביתת רעב קבוצתית, בעיקר של אסירים או עצירים, לא תמיד ברור אם היא אכן משקפת בחירה אוטונומית אישית של כל שובת, או שמא היא תוצאה של לחץ ואולי אף אילוץ קבוצתי. כמו כן, לקיומה של שביתת רעב של אסירים ולתוצאותיה השלכות החורגות מעניינו האישי של שובת הרעב.

נוכח כל אלה, מערך השיקולים והאיזונים בנוגע לשובת רעב שונה באופן מהותי ומשמעותי מזה המתייחס לחולה "רגיל" הנדון בחוק זכויות החולה.

4. סעיף 15 לחוק זכויות החולה עוסק בחריגים לעקרון הכללי, לפיו טיפול רפואי מחייב הסכמה מדעת. בסעיף זה מתיר החוק מתן טיפול רפואי ללא הסכמה, בתנאים מסוימים, בשני מצבים בסיסיים: הראשון, הם מקרים בהם לא ניתן לקבל את הסכמת החולה בשל מצבו הרפואי (הגופני או הנפשי) או בשל מצב חירום רפואי (פסקאות (1) ו-(3)); וסוג המקרים השני, הנוגע יותר לענייננו, מתייחס למצב בו נשקפת למטופל סכנה חמורה אך למרות זאת הוא "מתנגד לטיפול רפואי". במקרים של התנגדות לטיפול קובע סעיף 15(2) כי רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל, אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול, לאחר שהשתכנעה כי התקיימו כל התנאים הבאים:

- "(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;
- (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;
- (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע."

התנאי בפסקה (ג) אינו פשוט ומובן מאליו. יש בו ניסיון לגשר בין הזכות לאוטונומיה אישית לבין ערך קדושת החיים. ניתן לטעון שמדובר בגישור קצת מלאכותי, אך עדיין הוא מבוסס כאמור על ההנחה הטבעית כי חולה מבקש להירפא.



הוראת סעיף 15(2) עשויה לכן לתת מענה במקרים בהם אין סיבה אובייקטיבית רציונאלית לסירוב מטופל לקבל טיפול מציל חיים או כזה שישפר במידה ניכרת את מצבו, ועל כן ניתן להניח כי בדיעבד הוא יתרצה ויתן הסכמתו. לעומת זאת, קשה לכאורה לצלוח את הדרישה שבפסקה (ג) במקרה של שובת רעב, אשר סירובו לקבל טיפול הוא ברור וגלוי, וכאשר סירוב זה מצוי במוקד מעשה שביתת הרעב ונועד למנוע סיכול שביתת הרעב ותכליותיה.

5. בנוסף, כאשר מדובר באסיר (לרבות עציר) אשר מוחזק במשמורת המדינה, יש למדינה אחריות ישירה על שמירת חייו ובריאותו (סעיף 19ד(ד) רישא לפקודה, וראו גם: סעיף 11 לפקודה וסעיף 322 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). כך, בין היתר, המדינה מספקת שירותי מזון ובריאות לאסירים ומחויבת לנקוט אף באמצעים אקטיביים למניעת מעשים אובדניים של אסירים, או למניעת פגיעה בהם, גם בניגוד לרצונם (ראו למשל סימן ב'1 לפרק ב' לפקודה לענין החזקת אסיר בהפרדה). כידוע, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע לא רק את ערך קדושת החיים כאחד מעקרונות היסוד של חוק היסוד (סעיף 1) אלא גם מטיל על רשויות המדינה חובה אקטיבית להגנה על חייו וגופו של כל אדם (סעיף 4). חובה אקטיבית זו היא בעלת משקל מיוחד כאשר מדובר באסיר הנתון למשמורת המדינה והיא אחראית ישירה לחייו ולבריאותו. כמו כן, למדינה יש אחריות גם על שמירת ביטחון בית הסוהר ועל שמירת שלומם של האסירים האחרים בבית הסוהר, וכמובן גם חובה ואחריות לשמירת שלום הציבור הרחב וביטחוננו, העלולים להיות מושפעים מאירועים הכרוכים בשביתת רעב של קבוצת אסירים כזו או אחרת. החובה הכללית של המדינה לשמירה על שלום הציבור מתעצמת כמובן כאשר מקור הסיכון הם מי שמצויים במשמורתה ואחריותה של המדינה. בידוע ששביתת אסירים פוליטיים בכלל, ואסירים ביטחוניים בפרט עלולה להוביל גם לאירועים מחוץ לכותלי הכלא - שלעתים הם תכליתה של השביתה - העלולים ליצור סכנה לשלום הציבור ולביטחוננו.

שיקולים אלה כולם מבחינים את שאלת הטיפול הכפוי באסיר שובת רעב משאלת הטיפול ללא הסכמה בחולה "רגיל", והם עשויים להצדיק הגבלת הזכות לאוטונומיה של אסיר לענין זה.

6. נוכח האמור, גלוי וברור כי ההסדר הקבוע בסעיף 15 לחוק זכויות החולה, להתמודדות עם מצב של חולה המסרב לקבל טיפול, אין בו מענה מספיק ומלא לסיטואציה של שובת רעב, ואין הוא ממצה את המורכבות של הסיטואציה של שביתת רעב של אסירים. גם האיזון החוקתי שביסוד ההסדר שנקבע בחוק זכויות החולה,

המעניק משקל דומיננטי לאוטונומיה של הפרט, לא בהכרח הולם את האיזון הנדרש בנוגע לאסירים בכלל, ובסיטואציה של אסירים שובתי רעב בפרט. כאשר עסקינן באסיר המוחזק במשמורת המדינה, מרכיב האוטונומיה האישית נחלש (אף כי אינו מתבטל), ואילו לצד השני של המשוואה, לצד ערך קדושת החיים נוספים המרכיבים של אחריות המדינה לחייו של האסיר ולבריאותו כאמור, כמו גם אחריותה להשלכות של אירוע שביתת הרעב על סביבתם הקרובה והרחוקה של האסירים שובתי הרעב.

7. זאת ועוד, גם בהיבט של הפגיעה באוטונומיה, כאשר מדובר באסיר שובת רעב מדובר למעשה בפגיעה מסוג שונה מאשר אצל חולה המסרב לטיפול, שכן שובת רעב לא מעוניין כאמור למות (גם אם הוא מוכן לכך), וממילא הפגיעה באוטונומיה שלו אינה בכך שאנו שוללים ממנו את מימוש רצונו האוטונומי על גופו, אלא הפגיעה מתמקדת למעשה בשלילת האפשרות לשבות רעב, היינו פגיעה בחופש הביטוי והמחאה, שממילא נתונות לאסיר באופן מוגבל בלבד. וכבר נפסק על ידי בית משפט זה כי נקיטה בשביתת רעב -

”... אינה נמנית על הזכויות המוקנות לאדם בעת שהוא כלוא בבית הסוהר. שביתת רעב, על שני יסודותיה, הרעב והשביתה, פוגעת בניהול התקין של בית הסוהר. אשר ליסוד הראשון, הסירוב לאכול כשלעצמו הינו בגדר עבירת בית הסוהר לפי סעיף 56(8) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש]. בענייננו אין מדובר ב'סתם' סירוב לאכול, אלא בסירוב שהוא ביטוי של מחאה מאורגנת בדרך של שביתה. שביתה מאורגנת גם היא אינה מתיישבת עם קיום הסדר והמשמעת בבית הסוהר” (בג”ץ 7837/04 בורגאל נ’ שב”ט, פ”ד נט(3) 97, 102).

אעיר כאן במאמר מוסגר כי לטעמי יש מידה של הפרזה באמירות הכלליות (אליהן הפנה חברי בפסקה פ”ה לפסק דינו) לפיהן שמורות לאסיר כל זכויות האדם והאזרח, למעט הזכות לחופש תנועה והנגזר מכך. אין זה המקום להאריך בכך, אך נדמה לי שהדברים אינם מדויקים, לא ברמה העקרונית ובוודאי שלא במבחן המציאות. שלילת חופש התנועה אינה התכלית של המאסר אלא אמצעי לענישתו של האסיר. המאסר הוא עונש המוטל על מי שהורשע בדין, האמור לשקף בדרך כלל את עקרון הגמול (עקרון ההלימה) על מעשיו העברייניים. הפגיעה בחופש התנועה של האסיר היא אמנם תוצאת עונש המאסר ומאפיין מרכזי שלו, אך הגבלת חופש התנועה אינה מנחצת את מכלול מרכיבי הענישה הגלומים בעונש המאסר, שאלמלא כן ניתן היה להסתפק במעצר-בית. על אסיר מוטלות מגבלות נוספות, לא מעטות, שאינן מתחייבות בהכרח מהגבלת חופש התנועה. אכן, עונש מאסר אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם

החוקתיות הנתונות לכל אדם, ובוודאי לא את הזכות לכבוד האדם, על נגזרותיה, ואת האמירות הנ"ל יש לראות במידה מסוימת ככלל מתודולוגי, הקובע את נקודת המוצא לבדיקה (בהעדר הוראה מפורשת בדין), ולפיה לאסיר שמורות זכויות האדם והאזרח אלא ככל שהגבלתן נובעת ומתחייבת ממהות עונש המאסר שהוטל עליו וממעמדו כאסיר במתקן כליאה המתנהל על פי כללי משמעת מתחייבים.

8. בנסיבות אלה נקל להבין מדוע המדינה מבקשת שלא להיות תלויה במימוש אחריותה האמורה - לחיי האסיר ובריאותו, כמו לשלום הציבור וביטחוננו - רק במנגנון של סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, שלא נועד כאמור לענות על הדילמה המורכבת של טיפול באסירים שובתי רעב, ולא תמיד יש בו כדי ליתן מענה הולם. מכאן הצורך בהסדר ייחודי משלים לשם התמודדות עם מצבים בהם קצרה ידו של ההסדר שנקבע בחוק זכויות החולה מלהושיע. אינה מקובלת עלי, כמפורט לעיל, טענת העותרים כי חוק זכויות החולה נותן מענה מלא לסיטואציה הנדונה, ואינה מקובלת עלי גם טענתם כי שיקולי שלום הציבור וביטחוננו הם שיקולים זרים לענייננו. תפקיד מרכזי של רשויות השלטון, באשר הוא, להגן על ביטחון הציבור ושלומו, ולענין זה נזכיר גם כי עסקינן באסירים אשר ביסוד החזקתם במתקני כליאה מצויה התכלית של הגנה על שלום הציבור וביטחוננו מפניהם.

9. זוהי בתמצית התשתית הרעיונית הכללית להצדקה לעצם קביעת ההסדר המשלים בתיקון לפקודה. מכאן ואילך נדרשת בחינה של פרטי ההסדר ועמידתם במבחני החוקתיות (פסקת ההגבלה). חברי המשנה לנשיאה עמד בפירוט על הרכיבים השונים של מבחני החוקתיות ופסקת ההגבלה, וככלל עמדו מקובלת עלי ואיני רואה צורך לחזור על הדברים. ראוי להדגיש כי ההסדר החוקי שנקבע גובש לאחר מלאכת חקיקה ממושכת ומדוקדקת, והוא כולל שורה ארוכה של מנגנוני בקרה ואמצעי זהירות מחמירים, כתנאי למתן היתר לטיפול רפואי (כולל הזנה) ללא הסכמת האסיר, אשר אלה עיקריהם:

- א. כתנאי לפתיחה בהליך נדרשת חוות דעת רפואית באשר לסיכון קרוב לחייו של האסיר או לנכות חמורה בלתי הפיכה, וכן באשר לטיפולים הנדרשים למניעת נזק זה;
- ב. נדרשת החלטה של נציב שירות בתי הסוהר, באישור היועץ המשפטי לממשלה, בדבר הצורך לפנות לנשיא בית המשפט המחוזי לקבלת היתר לטיפול רפואי ללא הסכמת האסיר;

- ג. נדרש כי עותק הבקשה לבית המשפט בצירוף חוות הדעת הרפואית יועבר לועדת האתיקה אשר תחווה את דעתה בעניינים הרפואיים הנוגעים לאסיר לאחר ששמעה את האסיר;
- ד. סמכות בית המשפט לתת היתר לטיפול רפואי ללא הסכמה מוגבלת למצב בו מצא כי ללא קבלת הטיפול "יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם טכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה וכי הטיפול הרפואי צפוי להיטיב עם האסיר";
- ה. הוראות חוק זכויות החולה ממשיכות לחול על האסיר כל עוד לא ניתנה החלטה על ידי בית המשפט;
- ו. בית המשפט רשאי ליתן היתר לטיפול כאמור רק אם שוכנע כי נעשה מאמץ ניכר לקבל את הסכמתו של האסיר לטיפול, לאחר שהוסברו לו בפירוט מצבו הרפואי והשלכות המשך שביתת הרעב על מצבו וכן כל המידע הרפואי הרלבנטי, והאסיר עמד בסירובו לקבלת הטיפול. וכן לאחר שקיבל את חוות דעתה של ועדת האתיקה לענין זה ושמע את האסיר, ככל שהדבר אפשרי בהתחשב במצבו הרפואי, או את בא כוחו;
- ז. הסמכות של בית המשפט היא "להתיר" טיפול רפואי ללא הסכמת האסיר אך לא להורות על טיפול כזה;
- ח. הטיפול הרפואי שיינתן לאסיר ללא הסכמתו יוגבל למינימום ההכרחי לשמירה על חייו של האסיר או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה;
- ט. הטיפול יינתן "בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבודו של האסיר, תוך הימנעות, ככל האפשר, מגרימת כאב או סבל לאסיר";
- י. החלטת בית המשפט נתונה לערעור לבית המשפט העליון, אשר ידון בערעור בתוך 48 שעות ממועד הגשתו.

על אלה יש להוסיף - כפי שהודגש על ידי חברי המשנה לנשיאה, וכפי שהובהר גם על ידי נציגי רשויות המדינה והכנסת, בכתב ובעל-פה - כי ההסדר שנקבע בתיקון לפקודה אינו מחליף את חוק זכויות החולה, אלא הוא הסדר שיורי משלים, היינו הסדר שיש לעשות בו שימוש רק לאחר מיצוי ההליכים שלפי חוק זכויות החולה, ורק מקום בו לא ניתן יהיה בהליכים אלה למנוע את הסיכון לחיי האסיר ולבריאותו.

10. הנה כי כן, מדובר בהליך מורכב, רצוף מנגנוני בקרה קפדניים, רפואיים ומשפטיים, לצד מבחני מהות מחמירים. הפעלת ההליך שנקבע נועדה למקרים

קיצוניים, בהם הכלים האחרים לא צלחו, והיא מוגבלת למינימום ההכרחי הדרוש להצלת חייו של אסיר הנתון בסכנת חיים עקב שביתת רעב, או למניעת נכות חמורה בלתי הפיכה.

השיקול הביטחוני

11. כאמור, אני שותף ככלל למסקנות חברי המשנה לנשיאה לענין הניתוח החוקתי של התיקון לפקודה. עם זאת, באשר לשיקול הביטחוני הקבוע בסעיף 19(ה), אני רואה קשיים המחייבים התייחסות והבהרה, כמפורט להלן.

12. התיקון לפקודה מפרט בין היתר את השיקולים שעל בית המשפט לשקול לצורך החלטתו לענין מתן היתר לטיפול רפואי ללא הסכמת האסיר, שכולם עוסקים בהיבט הרפואי-בריאותי (סעיף 19(ד)). על אלה מוסיף סעיף 19(ה) לפקודה, שיקול נוסף, אופציונלי, כדלקמן:

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

13. מההיסטוריה החקיקתית של התיקון עולה בבירור, ואין על כך מחלוקת, כי השיקול הנוגע להשלכות שביתת רעב של אסירים, בעיקר אסירים ביטחוניים, על שלום הציבור וביטחונו (השיקול הביטחוני) היה מהשיקולים העיקריים שהובילו לייזום התיקון לפקודה. כפי שצינתי לעיל, מקובל עלי כי ההסדר הקבוע בסעיף 15 לחוק זכויות החולה אינו הסדר הנותן מענה מלא לצורך לעתים במתן טיפול שלא בהסכמה במציאות של שביתת רעב של אסירים, על כל משמעויותיה, בראש ובראשונה באשר לאחריות ולחובה לשמור על חייו ושלמות גופו של האסיר. לפיכך איני רואה פסול בכך כי השיקול הביטחוני היה מהגורמים שהניעו את תהליך החקיקה של התיקון לפקודה (וככזה לא הייתה מניעה בעיני אף שיינתן לכך ביטוי ב”סעיף מטרה”).

14. ברם, משהושגה התכלית של יצירת אמצעי חוקי למניעת מותו או גרימת נכות חמורה בלתי הפיכה של אסיר שובת רעב, לכאורה לא היה עוד צורך בקביעת השיקול הביטחוני כשיקול נוסף בשלב שיקול הדעת לקבלת החלטה על ידי בית המשפט אם להתיר טיפול בכפייה, שכן התכלית “הביטחונית” מוגשמת ממילא כתוצר נלווה בלתי נמנע של מניעת פגיעה בריאותית באסיר. התכליות של הגנה על קדושת החיים והגנה של שלום הציבור וביטחונו אינן תכליות נוגדות אלא תכליות המשלימות זו את זו

במאטריה בה אנו עוסקים. מאחר והפגיעה הפוטנציאלית בשלום הציבור הוא תוצר של הפגיעה בחייו של האסיר השובת, הרי שממילא הצלת חיי האסיר השובת רעב על ידי הענקת טיפול הולם (גם אם בכפייה) נותנת ממילא מענה גם לאינטרס של הגנה של שלום הציבור וביטחונו. לכן, לכאורה, איננו נזקקים כלל לשיקול זה כשיקול נפרד בשלב ההחלטה על ידי בית המשפט אם ליתן היתר לטיפול באסיר שלא בהסכמתו.

15. אכן, "הוראה מיותרת" אינה טענה חוקתית לביטולו של חוק, אך נראה כי בענייננו אין מדובר בענין "אסתטי" גרידא. הכללת סעיף 19(ה), באופן שבו נכלל בנוסח הסופי של החוק, כחלק מהשלב של שיקול הדעת וההחלטה של בית המשפט בבקשה למתן היתר לטיפול רפואי ללא הסכמה, עלולה לגרום לעירוב תחומין. היא מעוררת שאלות באשר למקומו ותפקידו של שיקול זה בהחלטת בית המשפט, ומעלה חשש להטיית תהליך קבלת ההחלטה מהמוקד הרפואי-בריאותי כמתחייב, לשיקולי ביטחון וסדר ציבורי.

יצוין גם, כי אמנם במשפט המשווה ובמשפט הבינלאומי יש ביסוס לגישה המתירה טיפול רפואי ללא הסכמה, לרבות הזנה בכפייה, של אסירים שובתי רעב משיקולים רפואיים, כמפורט על ידי חברי המשנה לנשיאה, אך אין תקדים, ככל הידוע, להכללת שיקולי ביטחון וסדר ציבורי כמרכיב בשיקול הדעת להחלטה בענין זה.

16. בהתאם לנוסחים המוקדמים של הצעת החוק, כפי שפורסמה בתזכיר החוק וכפי שהוגשה לכנסת, השיקול הביטחוני היה אחד מבין שיקולים שונים, של רפואה ושל שלום הציבור וביטחונו, שעל בית המשפט לשקול בטרם קבלת החלטה. הוצאת השיקול הביטחוני, בנוסח הסופי שאושר בכנסת, מסעיף שיקול הדעת הכללי (סעיף 19(ד)) להוראה נפרדת אופציונלית (סעיף 19(ה)), מדגישה כי ביסוד ההכרעה של בית המשפט מצויים השיקולים הרפואיים, ואילו השיקול הביטחוני הוא אך שיקול נוסף אופציונלי, שיש לשקול אותו רק אם נתמלאו כל התנאים הרפואיים-בריאותיים.

ואכן, מקובל על המשיבים כי בהתאם לחוק כפי שאושר בסופו של דבר בכנסת, פתיחה בהליך של פניה לבית המשפט לקבלת היתר לטיפול ללא הסכמה חייבת להתבסס על שיקולים רפואיים בלבד, וכי השיקול הביטחוני לעולם אינו יכול, כשלעצמו, להצדיק פתיחה בהליך. כן מקובל על המשיבים כי תנאי-בלתו-אין למתן היתר על ידי בית המשפט הוא התקיימות התנאים הרפואיים-בריאותיים כולם. ומשכך עולה השאלה, מה אם כן הצורך בשיקול הביטחוני, ובעיקר מהו התפקיד שהוא יכול למלא בהחלטת בית המשפט?

17. באי כוח העותרים טענו כי השיקול הביטחוני הוא למעשה "חזות הכל", ובפועל שיקול זה הוא שיכריע את הכף ויבוא על חשבון השיקול הרפואי, וכי השיקול הביטחוני "ימלא תמיד את הספק" בשיקול דעת בית המשפט.

מנגד, באי כוח המשיבים טענו כי השיקול הביטחוני לא נועד לעולם לגבור על השיקולים הבריאותיים, או לבוא במקומם, והוא יכול לבוא לידי ביטוי "רק אם כל התנאים הרפואיים מתקיימים"; אך משמצא בית המשפט שהתנאים הרפואיים התקיימו, רשאי הוא, אם הובאו בפניו ראיות לכך, ליתן משקל לשיקול הביטחוני, כגורם מאזן לשיקולים הלא-בריאותיים שביסוד שביתת הרעב, לשם הכרעה בבקשה למתן היתר לטיפול כפוי.

18. נקל לראות כי החשש המועלה על ידי העותרים אינו מופרך כל עיקר. קביעת השיקול הביטחוני כשיקול נפרד שבית המשפט חייב לשקול ("בית המשפט ישקול..."), ככל שהובאו בפניו ראיות לענין זה, מעלה אכן חשש למתן משקל, ואולי אף משקל מכריע לשיקולי ביטחון וסדר ציבורי על חשבון השיקול הרפואי והזכות לאוטונומיה, לפחות במקרים בהם קיים ספק או חסר באשר להתקיימות התנאים הרפואיים-בריאותיים באופן שאין בהם לבדס כדי להצדיק מתן היתר לטיפול כפוי.

אכן, המבחן שנקבע להתחשבות בשיקול הביטחוני, לפיו הוא מוגבל רק למקרה בו הובאו ראיות בפני בית המשפט בדבר "חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה", הוא מבחן מחמיר. עם זאת, קיים עדיין החשש שהשיקול הביטחוני ימלא את החסר מקום שיש ספק או חסר באשר להתקיימות התנאים הרפואיים-בריאותיים כאמור.

19. בנסיבות אלה עולה השאלה, האם יש בקשיים אלה כדי לפגום בחוקתיותה של הוראת סעיף 19(ה) לפקודה?

לאחר בחינת הדברים איני סבור שקשיים אלה יש בהם כדי להצדיק פסילת ההוראה גופה. לעומת זאת, קשיים אלה מצדיקים לדעתי קביעת הנחיות ומגבלות באשר לאופן הפעלתה של ההוראה העוסקת בשיקול הביטחוני. זאת, בהתחשב בין היתר בריסון והזהירות הנדרשים בביקורת חוקתית ולאור ההלכה לפיה כאשר יש לחוק מספר תכליות השלובות זו בזו תתמקד הביקורת השיפוטית בתכלית הדומיננטית של החוק, מבלי להתעלם גם מהתכלית המשנית (ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר

שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 342 (1995); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002)). ובמיוחד כאשר בענייננו גם התכלית הביטחונית, על היבטיה השונים, היא תכלית לגיטימית, וכאשר תכלית זו כשלעצמה אינה מספקת לפתיחת ההליך ואין בה די למתן היתר.

20. כמצוין לעיל, מקובל גם על המשיבים, כי השיקול הביטחוני כשלעצמו אין בו כדי להצדיק פתיחת הליך לקבלת היתר ובוודאי שלא למתן היתר לטיפול בכפיה. קביעה זו - בצירוף הקביעה, המקובלת אף היא על המשיבים - כי אין בית משפט רשאי להתיר טיפול בכפיה אלא אם התקיימו במלואם התנאים הרפואיים-בריאותיים, מחייבת למנוע מצב של עירוב וערפול העשויים לכסות על החלטה המוכרעת על יסוד השיקול הביטחוני, מבלי שהתנאים התנאים הרפואיים-בריאותיים התקיימו במלואם.

21. קושי זה והחששות הנלווים לו, שכאמור אינם משוללי יסוד, ניתנים לפתרון על ידי הפרדה דיונית, בין שלב הבדיקה וההחלטה לגבי התקיימות התנאים הרפואיים-בריאותיים, לבין השלב של בחינת השיקול הביטחוני, ככל שהועלה. בהתאם לכך, בשלב ראשון יקיים בית המשפט דיון בתנאים הרפואיים-בריאותיים - הדיוניים והמהותיים - שהם תנאי-בלתו-אין, ולהחליט אם אלה אכן מתקיימים במלואם במקרה שלפניו; ורק משנקבע כך, ידון בית המשפט, בשלב השני, בשיקול הביטחוני, ככל שהובאו בפניו ראיות לענין זה בהתאם להוראת סעיף 19(ה) לפקודה. בתום מיצוי שני השלבים כאמור, יגבש בית המשפט את עמדתו הסופית והכוללת לגבי הבקשה למתן היתר לטיפול רפואי שלא בהסכמה. במסגרת זו, ועל בסיס הקביעה כאמור כי התקיימו כל התנאים הרפואיים-בריאותיים, על בית המשפט לערוך איזון בין מכלול השיקולים הרלבנטיים: מחד גיסא - עמדתו של האסיר בנוגע לטיפול הרפואי בו מדובר ובנוגע למטרת שביתת הרעב, היינו זכותו לאוטונומיה אישית ולחופש ביטוי (סעיף 19(ד)(4) לפקודה); ומאידך גיסא - שיקולי הגנה על חייו ובריאותו של האסיר (שיקול קדושת החיים), בשים לב גם לאחריות המדינה לשמירת חייו ובריאותו (סעיף 19(ד)(ד)), וכן האינטרס הציבורי המשתקף בשיקול הביטחוני, ככל שהובאו ראיות לענין זה (סעיף 19(ה)).

כאן המקום גם להדגיש כי ממבט כולל על ההסדר שנקבע בתיקון לפקודה עולה בבירור כי המחוקק כיוון ליתן את עיקר המשקל לשיקולים הנוגעים לאסיר - האיזון בין השמירה על בריאותו וחייו לבין זכותו לאוטונומיה אישית ולביטוי עצמי. באלה עוסקות מרבית הוראות ההסדר שנקבע, בהיבטים המהותיים והדיוניים גם יחד, בעוד השיקול הביטחוני נכלל כשיקול משלים ואופציונלי בלבד, ומשקלו הוגבל



באמצעות קביעת מבחן מחמיר רק למקרים, המבוססים בראיות, של "חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה". מגמה זו של המחוקק מן הראוי שתדריך את בית המשפט בכואו להכריע בבקשה למתן היתר בהתאם לתיקון לפקודה.

להפרדה הדיונית כאמור, המיועדת להבטיח את קיומם המלא של התנאים הרפואיים-בריאותיים ולמנוע עירוב וערפול בין השיקולים הרפואיים-בריאותיים לשיקול הביטחוני, יש חשיבות גם לצורך הליך הערעור. סעיף 19 יט לפקודה קובע כי החלטת בית המשפט לענין הבקשה להיתר ניתנת לערעור לפני בית המשפט העליון, וכי זה "יקיים את הדיון בערעור בתוך 48 שעות ממועד הגשתו". הצורך בהכרעה מהירה ברור ומתחייב ממהות הענין. שקיפות ההליך וההחלטה שתושג באמצעות ההפרדה הדיונית כאמור, יאפשרו גם הכרעה מהירה בערעור על ידי בית המשפט העליון.

22. אומנם עדיין ניתן לתהות אם "הצר שווה בנזק המלך", והאם אין נזקו של הסעיף הביטחוני גדול מתועלתו, באשר המטרות שהוצבו ביסוד התיקון לפקודה מושגות לכאורה גם בלעדיו, ומאידך קיומו מעורר חששות וטענות. ואולם, אין אנו עוסקים בביקורת תבונת המחוקק, ולאור ובכפוף לאמור לעיל אין לומר כי ענין לנו באי-חוקתיות. עם זאת, סבורני שטוב יעשו גורמי המדינה המופקדים על כך אם ישובו וישקלו את ביטולו של סעיף 19 יד(ה).

23. סוף דבר: בכפוף להערותיי אלה, ובמיוחד האמור בפסקה 21 לעיל, אני מצטרף למסקנתו של חברי המשנה לנשיאה כי יש לדחות את העתירות.

ש ו פ ט

1. דעתי כדעתו של חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, בחוות דעתו המקיפה; ומסקנתי באשר לחוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה-2015 (להלן: התיקון) כמסקנתו.

2. סוגיה מורכבת – אנושית, מוסרית ומשפטית – הונחה לפתחנו: קדושת החיים; בטחון המדינה; הזכות לאוטונומיה; הזכות לשוויון; חופש הביטוי; אחריות המדינה לאסירים המוחזקים על-ידה – כל אלו משמשים בענייננו בערכוביה. כדרכו, היטיב המשנה לנשיאה לדון – בדעת, בבינה ובהשכל – בחשיבותו של כל אחד מן השיקולים הללו לענייננו ובאיזון העדין ביניהם, בהתאם לשלבי הבחינה החוקתית, דבר דבור על אופניו. מרבית הדברים – לעיון ולא למעשה. הערכת-תקוותי, על רקע נסיוננו בעתירות אסירים ועצירים שובתי רעב עד כה, ובהסתמך על מנגנוני הבקרה, שלבי ההליך והתנאים המוקפדים שעוגנו במתכונת התיקון הנדון, כי לכדי הזנה בכפיה במופע הקיצוני לא נגיע; ואף כפיית טיפול רפואי על אסירים שובתי רעב תבוא לידי ביטוי במתי-מעט מקרים, אם בכלל. עיקר פעלו של התיקון – בהיותו כמונח בקופסה; התיקון מבטא הכרעה ערכית, ואצורה בו תועלת מעשית.

3. בתמצית שבתמצית אוסיף מילים אחדות אודות שאלת מקומם ותפקידם הראוי של השיקולים הביטחוניים, המעוגנים בהוראת סעיף 19(ה) לתיקון. כפי שציין חברי השופט מ' מזוז (פסקה 13 לחוות דעתו), השיקול הביטחוני היה מהגורמים העיקריים שהניעו את חקיקתו של התיקון; עיון בדברי ההסבר להצעת החוק ובכתובי הדיונים השונים במהלך הליכי החקיקה אינו מותיר מקום לספק בעניין זה. ברם, ובכך עיקר, את חוקתיותו של התיקון יש לבחון, בראש ובראשונה, על-פי ההסדרים הפרטניים שנקבעו בו, כפי שנחקקו עלי ספר החוקים, ואלו – כפי שהראנו לדעת המשנה לנשיאה – מעניקים את משפט הבכורה לשיקולים הרפואיים. השיקולים הללו 'עקפו' את השיקולים הביטחוניים ב'מסע' החקיקה וכברו מהם. כפי שהדגישו המשיבים, בעוד שהשיקולים הרפואיים עשויים להצדיק מתן טיפול רפואי לאסיר שובת רעב בניגוד לרצונו, גם מבלעדי שיקולים ביטחוניים, הרי שהשיקולים הביטחוניים, כשהם לעצמם, לעולם לא יצדיקו מתן היתר לטיפול רפואי כאמור (פסקה קל"ח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). עמדה זו מעוררת לכאורה תמיהה: אם אמנם התכלית הביטחונית משנית לתכלית הרפואית, ואינה אלא נדבך נוסף המונח על גביה, מהי אפוא התועלת הגלומה בהוראת סעיף 19(ה) לתיקון? האם "הצר שווה בנזק המלך" כתייתו של חברי, השופט מזוז (פסקה 22 לחוות דעתו)?

4. אמת נכון הדבר, במצבים רבים השמירה על חיי האסיר והגשמת התכלית הרפואית יגשימו, מיניה וביה, גם את התכלית הביטחונית. בנידון דידן, התכלית הרפואית והתכלית הביטחונית אינן צרות זו לזו, אדרבה – הן אחיות, ומשלימות זו את זו (ראו גם פסקה 14 לחוות דעתו של השופט מוזס). יחד עם זאת, ישנם עדיין מצבים שבהם לשיקולים הביטחוניים עשויה להיות נודעת חשיבות מסויימת להכרעתו של בית המשפט. כזכור, על-פי סעיף 19 לתיקון, בית המשפט רשאי להתיר מתן טיפול רפואי; רשאי – אך לא חייב. משמעות הדברים, כי במצבים מסויימים, באיזון שבין קדושת החיים מזה והזכות לאוטונומיה מזה, עשויות כפות המאזניים להיוותר מעויינות. לאמור – גם אם יעלה בידי המדינה להראות כי בלא קבלת טיפול רפואי יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי-הפיכה, עדיין נותר לבית המשפט מרחב מסויים של שיקול דעת לאזן בין קדושת החיים והזכות לאוטונומיה, ולהכריע כחכמתו. במסגרת מרחב שיקול הדעת הזה, יש מקום לשיקול גם לשיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה, ככל שהובאו ראיות לעניין זה. ודוק: אין הדבר גורע כהוא זה מחובתה של המדינה לעמוד ב'תלאותיו' של 'המסע הרפואי' (כלשון המשנה לנשיאה בפסקה קל"ח לחוות דעתו). רק אם תעמוד המדינה בנטל להראות כי התקיימו השיקולים הרפואיים, ובית המשפט עדיין יסתפק אם אמנם ישנה הצדקה להתיר מתן טיפול רפואי, כי אז יש מקום להתייחס גם לשיקולים הביטחוניים.

5. חברי השופט מוזס, בעקבות העותרים, חושש מפני מתן משקל יתר לשיקולי ביטחון וסדר ציבורי על חשבון השיקול הרפואי והזכות לאוטונומיה (פסקה 18 לחוות דעתו). לפיכך, הוא מציע לקבוע מגבלות באשר לאופן הפעלתה של הוראת סעיף 19(ה), בדמות 'הפרדה דיונית' בין בחינת השיקולים הרפואיים לבין בחינת השיקולים הביטחוניים. בעניין זה אינני שותף לדעתו, ואני מצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה כי יש להיזהר שלא לכבול את ידיה של הערכאה הדיונית. לבד משאלת סמכותנו לעשות זאת במסגרת ההליך דנן, דומני כי גם מבחינה מהותית אין הצדקה לדבר. משהובהר בפסק דין זה הבהר היטב, כי השיקולים הרפואיים הריהם תנאי-סף בלתי-אין למתן טיפול רפואי כפוי, וכי השיקול הביטחוני אינו אלא נדבך נוסף שעשוי לקבל ביטוי במסגרת קשת מצומצמת של מצבים, שוב אינני רואה מקום לחשש מפני מתן משקל יתר לשיקולים הביטחוניים, עד כדי צורך ביצירת 'הפרדה דיונית'. מקובלת עלי אפוא הנוסחה שהציע המשנה לנשיאה, לפיה בית המשפט יחל דברו בבחינת הנושא הרפואי כבסיס להכרעתו בתיק, כאשר הנושא הביטחוני יונח – ככל שיהיה בכך צורך – כנושא אחרון לדיון.

6. אשר על כן, אני מצטרף למסקנתו של המשנה לנשיאה כי דין העתירות להידחות, ולנוסחה שהציע בפסקה קמ"ו לחוות דעתו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, ח' באלול התשע"ו (11.9.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה