

ערעור פלילי מס' 480/85

ערעור פלילי מס' 527/85

יוסף קורטאם

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

[19.8.86, 16.6.86]

לפני השופטים מ' בייסקי, ג' בך, י' מליץ

פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, נ"ח 526, סעיפים 7(א)7, (ג) - **פקודת התעבורה** [נוסח חדש], נ"ח 173, סעיפים 35, 38, 43 **תקנות התעבורה**, תשכ"א-1961, ק"ת 1425, תקנות 21, 22, 33, 37, 45 **חוק הגנת הפרטיות**, תשמ"א-1981, ס"ח 128, סעיפים 2, 2(1), 18, 18(2)(ב), 18(2)(ד), 32 - **חוק הפרשנות**, תשמ"א-1981, ס"ח 302, סעיף 7 - **חוק עשיית עושר ולא במשפט**, תשל"ט-1979, ס"ח 42, סעיף 5(ג) - **פקודת הנזיקין** [נוסח חדש], נ"ח 266, סעיף 24(8) - **חוק השיפוט הצבאי**, תשט"ו-1955, ס"ח 171, סעיף 20 א - **תקנות בתי הסוהר**, תשל"ח-1978, ק"ת 1958, תקנה 10 - פקדת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, נ"ח 459, סעיף 1(המונח "אסיר") - **פקודת הראיות** [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421, סעיף 49.

מיני-רציו:

- * משפט חוקתי – זכויות הפרט – הגנת הפרטיות
- * משפט חוקתי – שלטון החוק – ניתוח אדם בניגוד לרצונו
- * עונשין – עבירות – תקיפה
- * ראיות – קבילות – ראייה שהושגה באמצעים פסולים

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בהחזקת סמים שלא כדין, עבירה לפי סעיף 7 **לפקודת הסמים המסוכנים** [נוסח חדש], תשל"ג-1973. עיקרו של הערעור הוא בשאלה, אם חפץ, המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמתו של המנתח ובניגוד לרצונו אך במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראייה קבילה במשפט, בהעדר הסכמה של אותו אדם. בנסיבות העניין, משניעור חשד, כי בעת מרדף משטרתי בלע המערער סמים, וכי אלה מהווים סכנה חמורה לחייו אם לא יסולקו, נותח האישי בעקבות צו שיפוטי שהורה לעשות כן. שתי חבילות הסמים סולקו מקיבתו, אך הוגשו כראיה במשפטו ושימשו בסיס להרשעתו.

בית המשפט העליון פסק:

- א. (1) בנסיבות העניין בוצע הניתוח במערער משיקולים רפואיים גרידא, כשרק הרופאים יודעים להעריך נכונה את התוצאות הפאטאליות המיידיות, אם לא יורחק הסם הקטלני מקיבתו ש המערער; זאת, כשהאחרון כלל אינו מסוגל לחשיבה ולשיקול רציונאלי, משום שהוא מונע, כנראה, על-ידי חששות אחרים, הכרוכים בידיעה כי הוצאת הסם עלולה להפילו. שיקול זה כלל לא היה מעניינם של הרופאים ולא היווה כל גורם בהחלטתם, כי חובה עליהם לנתח כאמצעי יחיד להצלת החיים. מבחינת סיכון חייו של המערער היה סילוק הסם מקיבתו קארדינאלי; כערך הוכחתי וכראיה במשפט הושג הסם באורח אינצידנטאלי גרידא, ללא כל קשר עם הכוונה לנתחו.
- (2) ביצוע ניתוח בגופו של המערער בנסיבות המתוארות, כדי להצילו ממוות בטוח, אין בו משום תקיפה במובן הפלילי.
- (3) אם יאומץ הפירוש המצמצם של המונח "הטרדה" לעניין סעיף 1(2) **לחוק הגנת הפרטיות**, תשמ"א-1981, הווה אומר, שמעשה הטרדה צריך להתייחס לבילוש או להתחזקת אחרי אדם או לפעולות קרובות לכך, כי אז גורם זה לא הוכח במקרה דנן כלל ועיקר. הניתוח הנדון בוצע אך ורק לשם הצלת חייו של המנתח, והרופאים לא התכוונו לבצע "פעולת בילוש", ולא נתנו כלל את דעתם על הערך הראייתי של החומר שהוצא מגופו של המערער.
- ב. (1) (אליבא דשופט ג' בך): אם יתקבל הפירוש המרחיב של המונח "הטרדה אחרת" בסעיף 1(2) **לחוק הגנת הפרטיות** ויונת, כי הוא כולל גם מעשי תקיפה מטרידים, שאין בינם לבין "בילוש" או התחזקת אחרי אדם" ולא כלום, תתעורר בכל חומרתה השאלה הסבוכה, באילו מקרים, אם בכלל, מותר לרופא לבצע ניתוח על אדם בניגוד לרצונו של הלה, כאשר הרופא משוכנע כי הדבר חיוני להצלת חייו של אותו אדם.
- (2) (אליבא דשופט מ' בייסקי): במקרה דנן, ההתערבות החירורגית של הרופאים אינה מצויה, לכאורה, בתחום המונח "הטרדה אחרת" כמשמעותה בסעיף 1(2) **לחוק הגנת הפרטיות**, אפילו על-פי הפירוש המרחיב; דומה, כי קשה לכלול ניתוח כזה בדיבור "הטרדה אחרת", בעיקר כאשר בוחנים את המטרה והתכליות שביקש החוק להשיג על-פי ההגדרות ופירוט הנושאים הנחשבים כפגיעה בפרטיות.

673

פסקי-דין, כרך מ, חלק שלישי, תשמ"ו/תשמ"ז 1986

ג. (1) בהנחה, כי גם ניתוח להצלת חיים נופל בתחום ההגדרה של סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות ומהווה פגיעה בפרטיות, בא סעיף 18(2)(ב) ונותן הגנה, אם נעשתה הפגיעה בתום-לב "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית חברתית או מקצועית לעשותה".

(2) מסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות ניתן להסיק, שרופא, שהיה מואשם או נתבע בשל ביצוע ניתוח בנסיבות הנתונות, יכול היה להתגונן מפני תביעה כזו בהצלחה.

ד. (1) מכוח הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות רשאי בית המשפט, בנסיבות המצדיקות זאת על-פי שיקול-דעת, לקבל כראיה חומר או חפץ, אפילו הגיע למסקנה, כי אלה הושגו על-ידי פגיעה בפרטיות.

(2) קשה לתאר דוגמה הולמת יותר לשימוש בשיקול הדעת לקבלת ראיה על-פי הסייג האמור בסעיף 32 מאשר המקרה, בו נעשתה "הפגיעה" אך ורק כדי להציל את חייו של הנפגע ובוצעה בנסיבות, בהן עמדה לרופא הפוגע הגנה טובה מפני כל תביעה פלילית או אזרחית, לו הוגשו כאלה נגדו בשל הפרת חוק הגנת הפרטיות.

(3) בהפעלת סמכותו לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות ישתדל בית המשפט להגיע לאיזון בין זכותו של אדם לפרטיות לבין זכותו של הציבור להשיג מידע למטרה זו או אחרת.

(4) איזון זה אינו מהווה כל קושי במקרה דנן. כאשר על כף אחת של המאזניים מצוי האינטרס הציבורי הרב שבהשגת ראיה כנגד חשוד בביצוע עבירת סמים חמורה, ומהצד האחר הפגיעה בנאשם מתבטאת במעשה שהיה מכוון להצלת חייו ושכנראה בפועל גם הציל את חייו, מתבקשת המסקנה, כי על בית המשפט להכשיר את הראיה כקבילה.

ה. "כלל הפסילה" והכלל של "פרי העץ המורעל" אינם מקובלים בפסיקה ישראלית, ובמידה שסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מהווה לכך חריג, הרי גם חריג זה מוגבל בהיקפו. לפיכך, גם אם הייתה מתקבלת הטענה, שבנסיבות העניין יש פגם בהתנהגות הרופאים, שלא במישור של [חוק הגנת הפרטיות](#), לא היה בכך כדי להביא לפסילת חבילות הסמים כראיה.

ו. (1) (אליבא דשופט ג' בך): כללית, חל בישראל העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח שלא בהסכמתו.

(2) בפסיקה האנגלית-אמריקנית, המכירה בעיקרון האמור, נקבעו לו מספר חריגים: (א) כאשר הפאציינט אינו בהכרה או איננו מסוגל, בשל סיבה אחרת כלשהי, לקבוע עמדה עצמאית בעניין הניתוח המוצע או לתת ביטוי לרצונו, ואין אדם אחר היכול לתת הסכמתו לניתוח המוצע, תיחס למנותח הסכמה מכללא לביצועו, כאשר רופא סבור שהניתוח הכרחי להצלת החיים; (ב) במקרים בהם מסתבר לרופא, כי הפאציינט המובא לפניו ניסה לבצע מעשה של איבוד עצמו לדעת; (ג) כאשר חיי ילד קטן ניתנים להצלה אך ורק באמצעות ניתוח, וההורים מסרבים להסכים לכך, ללא כל נימוק סביר; (ד) כאשר סוהרים מזינים בכוח אסיר שפתח בשביתת רעב.

(3) החריגים לכלל בדבר איסור ביצוע ניתוחים בניגוד לרצון המנותחים, שבתי המשפט בישראל יכירו בהם, בוודאי אינם נופלים בהיקפם מאלה שנקבעו בפסיקה האנגלית והאמריקנית. זאת לאור ההכרה המוכרת אצלנו במיוחד, שיש לראות בשמירה על החיים ערך עליון.

(4) עם זאת, אין זה רצוי לקבוע בסוגיה זו, שלביצוע ניתוחים עלידי רופאים ללא השגת הסכמתם של הפאציינטים קריטריונים מדויקים וגורפים. החיים הם מגוונים מדי, והמצבים השונים העשויים להתעורר הם מרובים מכדי שניתן יהיה לקבוע בעניין זה כללים ממצים.

(5) בהקשר זה של ניתוחים ללא הסכמת המנותחים, הדרושים להצלת הנוגעים בדבר ממות בטוח, יש להבדיל בין ניתוחים העלולים להשפיע בורה חמורה ומשמעותית על אורח חייו ועל איכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, ושלגביהם יש להשאיר את ההכרעה ככלל בידי החולה (כאשר הוא מסוגל להעריך את מצבו בהכרה מלאה), לבין ניתוחים אשר אינם, כשלעצמם, נושאים בחובם סיכונים והשלכות לגבי מצבו הפיסי של החולה בעתיד, ושביחס אליהם יש להשאיר, בדרך כלל, בידי הרופא את הסמכות לפעול על-פי יוזמתו, אף ללא הסכמת הפאציינט.

(6) כאשר נוכח הרופא, כי בנסיבות העניין אין בידי החולה נימוק סביר כלשהו לסירובו להינתח, הקשור במצבו הבריאותי הנוכחי או המצופה, ונראה כי סירובו נובע ממניעים חיצוניים, אשר אין בינם לבין מצבו הגופני ולא כלום, אזי יכול להתייחס אל הפאציינט כפי שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו.

(7) מעשי הרופאים, במקרה דנן, נכנסים למסגרת החריגים לכלל עלפיו מותנה טיפול רפואי פסי בהסכמת הפאציינט, ועל-כן לא היו בניתוח שבוצע משום תקיפה או הסגת גבול, שבנסיבות העניין יכלו להיות גם "הטרדה אחרת" במובן [חוק הגנת הפרטיות](#).

(8) אמנם, מעשה עשוי להוות "הטרדה" או "הטרדה אחרת" במובן סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, גם אם אין בו משום תקיפה או הסגת גבול בלתי חוקיות. אולם כאשר מדובר בטיפול רפואי שנעשה בתום-לב לשם הצלת חיים, וכאשר הוברר כי הטיפול היה מוצדק, סביר ומותר, כי אז מתבקשת המסקנה, על-פי כללי השכל הישר, שסעיף 32 לחוק לא יהווה מכשול בפני קבילות חבילות הסם כראיה, אפילו מבחינה טכנית ניתן לראות בניתוח משום הטרדה.

ז. (אליבא דשופט מ' בייסקי): (1) אין לומר, כי, כללית, חל בישראל העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו, וזאת ככל שמדובר בניתוח, בעיקר בשעת דחק, שכל כולו נועד להצלת חיי אדם או למניעת תוצאות חמורות לבריאותו, כאשר בלי התערבות כזו המוות המידי הוא ודאי או הנזק החמור לבריאות לא יהא ניתן לתיקון. (2) בסוגיה קשה וסבוכה זו אין לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות-הברית ובאנגליה: קיים ספק, אם גישתם עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל.

(3) תפיסה זו, המעמידה את הצלת החיים כערך עליון, מקום שאלה נתונים בסכנה מיידית-ודאית אם לא תבוצע התערבות רפואית, כירורגית או אחרת, שקולה כנגד העיקרון, כי האדם הוא ארון לגופו, וכי לא תבוצע בו כל התערבות רפואית ללא הסכמתו, אף שלדעת מומחים ובני סמכא בלעדיה הוא ימות או שייגרם נזק חמור לבריאותו.

(4) כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי נזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו, מכל שכ מותר הדבר, ואף מחויב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אינם נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או התערבות מאותו סוג, וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית.

(5) עדיף שלא לעסוק כלל בנושא הרחב של מותר ואסור בקשר להתערבות בניתוחים ללא קבלת הסכמת הפאציינט ולו לצורך הדגמה, מעבר לנדרש במקרה הקונקרטי. סוגיה זו היא אחת הסוגיות הסבוכות ביותר העומדות ברומו של העולם הרפואי והמשפטי. כרוכות בה שאלות מוסריות ופילוסופיות בנוסף לבעיות רפואיות גרידא. יש גם גישות שונות בהתחשב ברבדים סצילוגיים המגוונים באוכלוסיית תבל. מתעוררות שאלות של נורמות חדשות והשקפות עולם. כל סבך הבעיות הרב-גוני הכרוך בנושא המורחב לא רק שלא זכה לליבון ולדין מקיפים, אלא הלכה למעשה לא נדון כלל, ולא הונחה אפילו תשתית ראויה, שעל פיה אפשר יהיה להתייחס לנושא. לפיכך, להתוויית תחומים של המותר והאסור יהא מקום להתייחס כאשר יעלה הנושא לדיון ישירות.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לז(2) 393.
- [2] בג"צ 355/79, 370, 373, 391 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד(3) 294.
- [3] ע"א 322/63 עשירה, קטינה, על-ידי הוריה ו' ו-א' גרטי נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(2) 449.
- [4] ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1.319.
- [5] ע"א 518/82, 540 זייצוב ואח' נ' שאול כץ ואח'; שאול כץ ואח' נ' זייצוב ואח', פ"ד מ(2) 85.
- [6] ע"פ 161/77 זוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 326.
- [7] ע"פ 599/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180.
- [8] ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533.
- [9] ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 197.

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

[10]leigh v. Gladstone and others (1909). 139T.l.r 26 (.k.b

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[11]186natanson v. Kline 1093D . 2P 350; . 393Kan (1960).

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט י זהבי) מיום 8.5.85 בת"פ 361/84. הערעור נדחה.

י' זינגר - בשם המערער;

ח' לירן, סגן בכיר א' לפרקליט המדינה - בשם המשיבה.

פסק-דין

השופט ג' כץ: 1. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בחיפה בהחזקה שלא כדין של סם מסוכן מסוג הירוואין במשקל של 45גרם, עבירה לפי הסעיפים 7(א)+7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג 1973, ובעבירות אחדות הקשורות בנהיגת רכב שלא כדין, על-פי הסעיפים 35, 38 ו-43 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] ותקנות 21, 22, 33, 37 ו-45 לתקנות התעבורה (תשכ"א-1961). בגין העבירה של החזקת הירוואין הוטל על המערער עונש מאסר בפועל של 6שנים, ועל עבירות התעבורה הוטל עליו מאסר לתקופה של 6 חודשים; בית השפט קבע, כי שתי תקופות המאסר הנ"ל תהיינה חופפות.

הערעור מופנה רק כנגד אותו חלק מפסק הדין המתייחס לעבירה של

ההחזקה בסם המסוכן.

2. הנקודה המרכזית בערעור זה נסבה על השאלה, אם חפץ, המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמתו ובניגוד לרצונו, אך הדבר נעשה במטרה להציל את חייו של אותו אדם, עשוי להוות ראייה קבילה במשפט, בהעדר הסכמתו של האדם.

3. להלן תמצית העובדות הצריכות לענייננו. מעשה שהיה כך היה:

בליל 20.6.84, קרוב לשעה 01:00, הבחינו שוטרים ממחלק הסמים של משטרת חיפה, שנסעו אותה שעה בניידת משטרתית, במכונית "וולוו", אשר הייתה נהוגה בידי אחד אפללו, ולידו ישב המערער. נוסעי ה"וולוו" עוררו את חשדם של השוטרים, וכאשר ניגשו אלה אל המכונית, תוך שהציגו עצמם כשוטרים, פתחה המכונית בנסיעה מהירה, ואגב מנוסה זו כמעט נדרס אחד השוטרים. הניידת פתחה במרדף אחרי ה"וולוו", אשר נמשך זמן ניכר, ואשר במהלכו הצטרפו גם כלי רכב משטרתיים נוספים לרדיפה אחרי המכונית בורחת. תוך כדי

המנוסה עבר נהג ה"וולוו" עבירות תנועה מרובות, אשר סיכנו חיי אדם ורכוש, ובסוף אף התנגשה המכונית בניידת המשטרה הנ"ל והסבה לה נזק. המרדף הסתיים במעצרו של אפללו ושל המערער. כפי שהוזכר לעיל, נהג אפללו הנ"ל במכונית, אך נקבע, כי גם המערער אחראי למנוסת הרכב ולכל העבירות הכרוכות בכך, וכאמור, אין לפנינו ערעור על קביעות אלה של בית המשפט קמא.

תוך כדי המרדף אחרי החשודים, כאשר ניידת המשטרה הייתה קרובה למכונית ה"וולוו", הבחין אחד מקציני המשטרה בכך, שהמערער מכסה בידו את פיו במשך כמה דקות, בעוד הוא מסתכל אחורה על הרודפים אחריו. התנהגות זו עוררה את חשדו של הקצין, כי המערער בולע סמים, כדרכם של עברייני סמים הנוהגים לארוז סמים מסוכנים בשקיות מפלסטיק ולבלען בשעת הצורך, כאשר חוששים הם ממעצר צפוי על-ידי המשטרה. לשאלת הקצין הכחיש המערער שבלע סמים כלשהם, וטען שהוא "נקי", אך הסכים שתיערך לו בדיקה גופנית בעניין זה. קצין המשטרה, שידע, כי אפילו מנה קטנה של כ-0.1

רם הירואין בקיבה עלולה להיות קטלנית עבור הבולע, ושחשד, כי המערער בלע כמות גדולה מזו בהרבה, העביר את המערער לבית-חולים לקבלת טיפול מתאים. בבית החולים נעשו למערער תחילה מספר בדיקות כגון חוקנים, בהסכמתו, ללא תוצאות, אך כאשר בוצע צילום רנטגן נתגלו בקיבתו שני גופים זרים גדולים. לאחר שקיימו שיחות עם השוטרים ועם המערער עצמו, שוכנעו הרופאים, כי המערער בלע שתי חבילות שהכילו הירואין. כמו כן הבינו מדבריו של המערער, כי לפחות חבילה אחת לא הייתה סגורה באופן שיכלה לעמוד בפני מיצי הקיבה ובפני הפעולה התנועתית של הקיבה והמעיים. הרופאים, לרבות מנהל בית החולים, קיימו עוד מספר התייעצויות, והגיעו למסקנה, שכדי להציל את המערער מסכנת מוות, יש צורך לבצע באופן דחוף ניתוח של פתיחת הקיבה כדי להוציא ממנה את חבילות הסם. כל הדרכים החלופיות להוצאת החבילות נדחו כבלתי מעשיות וכמסוכנות מדי. הרופאים הסבירו את המצב למערער, אך זה התנגד לניתוח ואמר לאחת הרופאות, כי "אין לה מה לדאוג ומה שיהיה יהיה". אשר אחד מאנשי המשטרה סיפר לרופאים, כי בעבר נתבקש ונתקבל בסיטואציה דומה צו של שופט, המאפשר טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל, הוחלט ללכת באותה דרך גם הפעם. בהתאם לכך פנה קצין משטרה אל שופט השלום, כבוד השופט י' ר' חרטונסקי, בביתו, ובהחלטתו של השופט נאמר, בין היתר: "... אני מחליט בנסיבות אלה באשר זו ממש שעת חירום לאפשר ליתן לחשוד כל טיפול אשר יקבע בית החולים להצלת חייו...".

אחרי קבלת הצו האמור מאת שופט השלום, ואחרי התייעצות נוספת עם המנהל בית החולים ועם היועץ המשפטי של בית החולים, החליטו הרופאים המטפלים לבצע את הניתוח על-אף התנגדותו של המערער, שכן לא נותר ספק בלבם, כי דבר זה חיוני להצלת חייו. הניתוח אכן בוצע, והוצאו מקיבתו של המערער שתי חבילות, אשר הכילו, כפי שהתברר בבדיקה שנעשתה לאחר מכן, 45גרם הירואין.

הרשעתו של המערער בדין בעבירת החזקת סמים מסוכנים התבססה בעיקר על אותן חבילות הירואין, אשר הוגשו לבית המשפט כראיה, חרף התנגדות הסניגוריה.

4. טענתו העיקרית של המערער היא, כי בנתחם את המערער בניגוד לרצונו ביצעו הרופאים מעשה תקיפה כלפי המערער, וכי על-פי המבחנים, שנקבעו על-ידי שופטי הרוב בבג"צ 249/82 [1], היווה מעשה זה גם פגיעה בפרטיות במובן סעיף 1(2) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן - חוק הפרטיות); לכן, על-פי הוראות סעיף 32 לחוק הפרטיות, אין חבילות הסם יכולות לשמש ראיה קבילה במשפט, וטעה איפוא בית המשפט קמא בבססו את הרשעת המערער על ראיה פסולה זו.

אשר לצו של שופט השלום, הרי לטענת הסניגור המלומד ניתן צו זה ללא סמכות, ועל-כן אין גם בו כדי לרפא את אי החוקיות שבמעשהו של הרופא המנתח.

5. סבורני, כי מן הדין לדחות את טענתו הנ"ל של המערער, ולהלן נימוקיי:

(א) נזכיר תחילה את נוסח הסעיפים הרלוואנטיים בחוק הפרטיות,

הדרושים לדין בסוגיה שלפנינו:

סעיף 2 לחוק מונה את המעשים המהווים פגיעה בפרטיות, ובתחילת

הסעיף נאמר:

"פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

(1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת."

בנושא של קבילות הראיה המושגת כתוצאה מפגיעה בפרטיות דן סעיף 32 לחוק הפרטיות, אשר זו לשונו:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה."

(ב) בבג"צ 249/82 [1] הנ"ל מדובר היה בעותר, שהיה כלוא בבית-כלא צבאי, וכאשר התעורר החשד, שהוא בלע חבילות סמים, הושקה על-ידי חוקרי המשטרה הצבאית במי מלח בעל-כורחו, כדי שיקיא את תוכן קיבתו. כתוצאה מכך העותר אכן הקיא חבילה שהכילה סם מסוכן, וחומר זה כמוצג בבית-דין צבאי והיווה בסיס לפסק-דין מרשיע. בעתירתו לבג"צ טען העותר, שהחוקרים הפרו את חוק הפרטיות ושטעה בית הדין הצבאי בהחליטו להיזקק לראיה האמורה.

יודגש, כי ברור היה בבג"צ 249/82 [1], כי החוקרים השקו את החשוד בכוח במי מלח מטרה אחת ויחידה, והיא, לבדוק אם אכן בלע העציר סמים, ובמקרה שיתברר שכך עשה, להשיג ראיה שתביא לאישומו ולהרשעתו. איש לא טען, כי מעשה החוקרים נבע

מהדאגה לבריאותו או לחייו של העותר. בנסיבות אלה החלטנו, בפסק-דין הרוב, שאכן הייתה בהתנהגות החוקרים משום פגיעה בפרטיותו של העותר. את עמדתי סיכמתי באותו פסק-דין, בעמ' 420, לאמור:

"...מסקנתי היא, כי היה במעשיהם של החוקרים הצבאיים, כאשר השקו את העותר בעל-כרחו במי מלח, על-מנת להביא לידי הקאת תוכן קיבתו, משום, הטרדה אחרת' במובן סעיף 12(1) לחוק, ועל-כן היווה מעשה זה, פגיעה בפרטיות', וכתוצאה מכך ישם סעיף 32 לחוק על המקרה דנן".

פסק הדין ניתן, כאמור, ברוב דעות (של כבוד השופט שינבויס ושל החתום מטה) ותלוי ועומד עדיין הליך של דיון נוסף לגביו. אולם מן הראוי לציין, כי איש מהצדדים לאותה עתירה לא טען, ואף אחד משופטי ההרכב שישבו בדין לא פסק, כי מעשה החוקרים היה חוקי. להפך, שופט המיעוט באותו פסק-דין, כבוד הופט ברק, סבר, כי המדובר במעשה תקיפה רציני, אלא שהגיע למסקנה, כי לא הייתה כאן משום "הטרדה" כמובן [הסעיף 12\(1\)](#) לחוק הפרטיות, וכי על-כן אין להחיל את הוראות [סעיף 32](#) לאותו חוק על המקרה.

את דעתי, כי אכן יש לראות במעשיהם של החוקרים [בבג"צ 249/82](#) [1] משום "הטרדה" כמובן [סעיף 12\(1\)](#) הנ"ל, ביססתי על כל אחד משני פירושים חלופיים של אותו מונח (ראה עמ' 416/414 לפסק הדין הנ"ל):

אם יש לפרש את המלים "... או הטרדה אחרת" כבאות להבדילן מהמלים שקדמו להן באותו סעיף, משמע שמובנן רחב מאוד, ואזי בוודאי כוללות הן בחובן גם תקיפה מהסוג הנדון. [סעיף 7 לחוק הפרשנות](#), תשמ"א-1981 הקובע: "המלים, או, אחר' או ביטוי דומה להן - להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש לו, זולת אם יש עמן המלים, דומה' או כיוצא בזה' או ביטוי אחר שמשמעו היקש" - מחייב לכאורה פירוש זה.

אולם, אפילו נהיה סבורים, כי יש לפרש את המלים "... או הטרדה אחרת" תוך זיקה לרישא של סעיף המשנה, היינו "בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים לטרידו...", תוך יישום הכלל הידוע של "eiusdem

generis" גם אז נתפס המקרה ההוא במסגרת הסעיף, שכן בדיקת תוכן קיבתו של אדם הינה ללא ספק פעולה, שהיא לפחות קרובה מאוד ל"בילוש או התחקות אחרי אדם".

מן הראוי להזכיר בהקשר זה גם את המקרה הנדון [בבג"צ 355/79](#), 370, 373, 391 [2] בו קבע בית המשפט, בעמ' 298, ביחס לחוקן שנעשה לעציר בניגוד לרצונו, במטרה לגלות סמים מסוכנים שבבליעתם נחשד:

"ביצוע חוקן בעציר ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע

בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו, ופוגע בכבודו כאדם" (ההדגשה שלי - ג' ב').

ביצוע חוקן בכוח וגרימת הקאת תוכן הקיבה על-ידי שימוש בכוח הינם באותה מידה פגיעה בפרטיותם של הנוגעים בדבר.

ג) נראה לי, כי עלינו להגיע לתוצאה שונה, על-פי שני הפירושים הנ"ל, כאשר באים אנו לדון במקרה שלפנינו. אבאר את דבריי: אם נאמץ את הפירוש המצמצם של המונח "הטרדה", כמובנו בסעיף 2(1) לחוק הפרטיות, הוזה אומר, שמעשה ההטרדה צריך להתייחס לבילוש או להתחקות אחרי אדם או לפעולות קרובות לכך, כי אז גורם זה לא הוכח במקרה שלפנינו כלל ועיקר. הניתוח הנדון בוצע אך ורק לשם הצלת חייו של המנותח, והרופאים לא התכוונו לבצע "פעולת בילוש" ולא נתנו כלל את דעתם על הערך הראייתי של החומר, שהוצא מגופו של המערער.

ד) הבעיה היא מורכבת וקשה יותר, אם נקבל את הפירוש המרחיב של המונח "הטרדה אחרת", ונניח, כי הוא כולל גם מעשי תקיפה מטרידים, שאין בינם לבין "בילוש או התחקות אחרי אדם" ולא כלום.

כאן מתעוררת בכל חומרתה השאלה הסבוכה, באילו מקרים, אם בכלל, מותר לרופא לבצע ניתוח על אדם בניגוד לרצונו של הלה, כאשר הרופא משוכנע, כי הדבר חיוני להצלת חייו של אותו אדם.

אין להתעלם מכך, כי לפחות בפסיקה באנגליה ובארצות-הברית נתקבל והשתרש העיקרון, כי האדם הוא שליט על גופו, וכי לא ניתן להפעיל עליו טיפול פיסיו, ולא כל שכן לנתח את גופו, בניגוד לרצונו וללא קבלת הסכמתו. הכלל מסוכם כך בלונדון, London, 30 34 (-, London, 1980, th ed., by Halsbury, the law of England and Lord Hailsham: "A medical practitioner who examines a person against his will" Patient's express or implied without statutory authority to do so, and a surgeon who consent. Are each liable in performs an operation or part of an operation without his trespass." גם צו של בית-משפט אין בו כדי להכשיר את מעשה התקיפה: ב-

A judge or magistrate has no power to order the examination of the person of a defendant unless he consents, and if in pursuance of such an order an examination is made, both the person giving the order and the person carrying out the examination are guilty of an assault
646, at 1976, Halsbury, supra 11, נאמר בעניין זה:

To the power to make such an order, that consent is an answer to but if the defendant
 ניחוח בניגוד לרצונו של הפאציינט, אפילו לדעת הרופא הדבר נחוץ להצלת חייו של הפאציינט. בספרו של
 (1984,oxford)P.d.g. skegg, law, ethics, and medicine studies in medical law 113, 110
 : In all but the most exceptional circumstances, a doctor may not "who is capable of consenting, if the patient's consent has not carry out treatment
 .been sought, or if the patient has The involving the bodily touching of a patient
 Suffer will not of itself justify a doctor in overriding the fact refused to give consent
 that, without the treatment, the patient's health will Patient's refusal. Indeed, in many
 circumstances, even the Will not justify a doctor in proceeding without consent.
 Certainty that the patient will die if treatment s not given Saving operation on her,
 despite her refusal of in one case a patient recovered nominal damages from a doctor
 who- performed a life , and there would be the possibility of obtaining an injunction
 consent. Such conduct would often amount to a criminal assault ."restraining further
 (1983,london) .j.k. mason and r.a mccall smith, law and medical של treatment
 ethics,דנים המחברים בנושא של "צורך" (necessity), המחייב במקרים מסוימים את התערבותו המיידית
 של הרופא, אך מוציאים מכלל זה את הפאציינט הסרבן המצוי בהכרה מלאה. וכך נאמר שם, בעמ' 113114:
 treatment would Consensual medical-the necessity argument in relation to non"
 probably be limited at the outset to those cases In which the patient is not known
 The value of the individual's question. It could not be toobject to the treatment in
 applied when the patient is conscious;and objects to the treatment . Control over his
 own body would be held to outweigh the value of"enhancing his state of health or
 indeed of saving his life

במאמרו של h. Teffl, "Determination or therapeutic consent to medical procedures", 432 alliance-paternalism, self-determination, law q. Rev(1985)433, 432. מדגיש המחבר את חשיבותה של זכות הפאציינט לקבוע בעצמו את גורלו ("the patient's 'right to self-determination'...." ומצטט בהקשר זה (בה"ש 9 בעמ' 433) בהסכמה את הקביעה בפסק הדין האמריקני של, at [11] (1960) natanson Going-american law starts with the premise of through-anglo", v. Kline1104 Master of his on determination. It follows that each man is considered to be- self (body, and he may ... Expressly prohibit the"... Saving surgery-performance of life מוכרים בפסיקה האנגלית-אמריקנית מספר חריגים לכלל האמור, ואלה העיקריים ביניהם: (I) כאשר הפאציינט איננו בהכרה או איננו מסוגל, בשל סיבה אחרת כלשהי, לקבוע עמדה עצמאית בעניין הניתוח המוצע או לתת ביטוי לרצונו, ואין גם אדם מוסמך אחר היכול לתת את הסכמתו לניתוח המוצע (ראה, 101skegg, supra, at).

במקרה כזה, כאשר הרופא סבור שניתוח מידי הוא הכרחי להצלת

החיים, ניתן לראות בכך משום מצב חירום (situation of emergency), אשר יצדיק את ביצוע הניתוח, ותיוחס למנותח הסכמה מכללא לביצועו.

(ii) הוא הדין במקרים בהם מסתבר לרופא, כי הפאציינט המובא לפניו ניסה לבצע מעשה של איבוד עצמו לדעת. במקרים אלה מניח בית המשפט, שהאדם הנוגע בדבר פעל מתוך ערפול חושים וללא שיקול-דעת מאוזן, וכי לאמיתו של דבר ישמח לאחר מכן, כאשר יתברר לו שחייו ניצלו (at 110-112). ייתכן שההנחה הנ"ל אינה מצדקת עובדתית בכל המקרים, אך הרופאים נוהגים בנסיבות כאלה להתערב להצלת חייו של המנסה להתאבד, ואין לצפות, שבית-משפט יבוא אליהם בטרוניה על כך.

(iii) כאשר חייו של ילד קטין ניתנים להצלה אך ורק באמצעות ניתוח, וההורים מסרבים להסכים לכך, ללא כל נימוק סביר.

(iv) במשפט (1909) leigh v. Gladstone and others מקרה, בו החליטו שלטונות בית הסוהר להזין בכוח אסירה אשר פתחה בשביתת רעב, ונתבעו בשל כך לדין.

at 142lord alverstone, פסק, כי השלטונות פעלו כדין, ונימק זאת בכך, שהיה זה מחובתם של הסוהרים "... Both under the rules and"

"... Apart from the rules לשמור על בריאותם ועל חייהם של האסירים

שהיו במשמורתם. יצוין, כי נמתחה ביקורת

על פסק-דין זה על-ידי המלומדים (ראה-114 skegg; , a justification :

113skegg, supra, at

. Law q 90"for medical procedures performed without consent 6- 525, .rev
512(1974). אחזור עוד לנושא של התערבות בשביתת רעב בהמשך דברים.

ו) האם הכלל האמור, שאסור לרופאים לפגוע בשלמות גופו של אדם ללא הסכמתו ובניגוד לרצונו אף לשם הצלתו ממוות בטוח, ישים גם בישראל? השופט המלומד בערכאה הראשונה לא התיימר לקבוע בעניין זה הלכה מחייבת, אך פסק, כי על-פי החוק הנוהג אצלנו לא ביצע הרופא המנתח במקרה דנן מעשה תקיפה או מעשה המהווה "טרדה" במובן חוק הפרטיות.

ז) בית המשפט קמא הסתמך, בין היתר, על פסק הדין בע"א 322/63 [3]. משפט זה דן במקרה, בו החליטו הרופאים לקטוע את רגלה של קטינה, לאחר ששוכנעו, שאם לא יעשו כן צפוי לקטינה מוות ודאי. אחד ההורים, שהיו במשותף האפוטרופסים על הקטינה, התנגד לניתוח, אך הניתוח בוצע.

הקטינה, באמצעות הוריה, הגישה תביעה בניזקין נגד הרופאים, ובדחותו את התביעה קבע בית המשפט המחוזי, בין היתר, שרופא, המבצע באותן נסיבות ניתוח אף ללא הסכמתם של אלה שבידיהם הדאגה לחולה, איננו אחראי על-פי העוולה האזרחית של "התנפלות". מ"מ הנשיא אגרנט (כתוארו אז), שנתן את פסק הדין בערעו שהוגש על-ידי הקטינה, התייחס להחלטה הנ"ל של השופט המחוזי, וקבע, בעמ' 457-458 לאמור:

"... במקרה כמו זה שלפנינו - המקרה שבו הברירה היא בין חשיפת הקטין לגורל המוות לבין הצלת חייו על-ידי ניתוח שישאיר בו מום מהווה סירוב ההורים להסכים לניתוח משום הפרת חובתם, בתורת האפוטרופסים, על גופו, לנהוג לפי מה שדורשת טובתו. לא זו בלבד, אלא אם בהשפעת סירובם האמור, היה נמנע הרופא מלעשות את הפעולה הכרוגית הנדונה ועקב כך, קיפח הקטין את חייו, כי אז היו נושאים ההורים הסרבנים באחריות פלילית על תוצאה זו (סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי). כאשר אלו הן נסיבות המקרה, לא רק שאין בלבי ספק, כי בסמכותו של בית-המשפט לתת, לפני המעשה, את הרשות שסירבו ההורים לתיתה, אלא מוסיף אני וקובע כי בית- המשפט מוסמך לעשות כן גם בדיעבד - כלומר, אחרי שבוצע הניתוח והקטין ניצל ממוות...".

אמנם, בע"א 322/63 [3] הנ"ל המדובר היה באחריותם של האפוטרופסים על גופה של הקטינה ועל זכותו של בית המשפט להגן על הקטינה, מראש או בדיעבד, כאשר האפוטרופסים נמנעו מלמלא את תפקידם זה, ובית המשפט לא התיימר לקבוע הלכה בדבר

זכותו של אדם בגיר להתנגד לביצוע ניתוח על גופו הוא, אך בכל זאת נתן הקטע המצוטט לעיל מפסק-דינו של השופט אגרוט ביטוי לנטיית בית המשפט לפרש את החוק במידת האפשר בדרך אשר לא תסכל את השמירה על חיי אדם.

(ח) השופט גם מזכיר בהקשר זה את ההלכה היהודית, אשר רואה את הצורך להגן על החיים כערך עליון ונתנה לו ביטוי בכללים הנוגעים ל"פיקוח נפש".

ראויים לאיזכור בנושא זה דבריו של השופט זילברג בע"מ 461/62[4], בעמ' 1333, לאמור:

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים - של החיים, ולמען החיים. אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא, י"ח, ה'); ; וחי בהם ולא שימות בהם' (יומא, דף פ"ה, ע"ב); אין ספור לפסוקים המרובים, בה מודגש הקשר הסיבתי שבין התורה והחיים."

ט) כמו כן הסתמך השופט על הוראות [סעיף 5\(ג\) של חוק עשיית עושר ולא במשפט](#), תשל"ט-1979. על-פי סעיף זה מכיר המחוקק אמנם בכך, שאדם אינו חייב לשפות או לפצות את מי שעשה לשמירת רכושו, כאשר הוא מצדו התנגד למעשה השמירה, אבל בכל זאת חייב הוא בשיפוי ובפיצוי, כאשר הפעולה נעשתה לשמירת "חיו, שלמות גופו או בריאותו", אף אם התנגד לפעולות ההצלה. ללמדנו, כי פעולה המכוונת להצלת חיו של אחר ראויה לעידוד, לתמיכה ובשעת הצורך גם להגנה, אף אם היא מבוצעת בניגוד לרצונו של הניצול.

אולם, כאן יש לעמוד על ההבדל בין עשיית פעולה רגילה, המיועדת להציל את חיי הזולת, לבין פעולה כזאת, הפוגעת בשלמות גופו ובפרטיותו של האדם שאת חיו מתכוון הפוגע להציל.

י) נראה לי, כי, כללית, חל העיקרון האמור בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו גם בישראל (ראה בעניין זה ספרו של ד' קרצמר, "תקיפה וכליאת שוא" דיני הנזיקין - העוולות השונות (המכון למחקרי חקיקה למשפט השוואתי על שם הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, 1981) 42-43).

ניתן ללמוד זאת גם מנוסחם של מספר חיקוקים, אשר מגמתם דווקא לאפשר טיפול רפואי ללא הסכמתם של המטופלים במקרים מסוימים: (I) [סעיף 24\(8\) לפקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש] קובע:

"בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם-

...

(8) עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה." נובע מכך, כי כאשר היה סיפק בידי הרופא לקבל את הסכמת התובע, אלא שהתובע סירב לתת את הסכמתו, אין הגנה זו עומדת לרופא.

(ii) [בסעיף 20א לחוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955, נקבע לאמור:

"(א) אישרו שני רופאים בכתב כי טיפול רפואי דרוש כדי להציל את חייו של חיל או כדי למנוע החרפה תכופה של מחלתו או נזק אחר לבריאותו שאינו ניתן לתיקון, או כדי לחסנו מפני מחלה, מותר לתת את הטיפול הרפואי לחייל גם על כרחו; אולם לא יבוצע ניתוח בגופו של חייל על כרחו אלא בתנאי קרב או בתנאי חירום דומים.

...(ב)

(ג) טיפול רפואי שניתן לחייל באישור כאמור בסעיף זה, רואים אותו לענין כל דין כאילו ניתן בהסכמתו של החייל אפילו ניתן על כרחו."

מכאן ניתן ללמוד, כי אין הרופאים רשאים לבצע ניתוח בגופו של חייל בעל-כורחו, בנסיבות שאינן תנאי קרב או תנאי חירום דומים.

(iii) [בתקנה 10 לתקנות בתי הסוהר](#), תשל"ח-1978, נאמר:

"(א) מנהל בית הסוהר יורה על ביצוע הוראות הרופא.

(ב) קבע הרופא כי נשקפת סכנה לבריאותו או לחייו של אסיר, והאסיר מסרב לקבל את הטיפול שקבע הרופא, מותר להשתמש במידת הכוח הדרושה כדי לבצע הוראות הרופא."

יצוין, כי [בסעיף 1 לפקודת בתי הסוהר](#) [נוסח חדש], תשל"ב-1971, סעיף ההגדרות, קבע, כי "אסיר" הוא "הנתון כדין במשמורת בית סוהר".

עולה מהתקנות, שהגדרה זו חלה הן על אסירים שפוטים והן על עצירים שטרם נגזר דינם.

ניתן להסיק מהוראה זו, כי המחוקק לא סבר, כי קיימת בידי הרופא מניה וביה הסמכות להשתמש בכוח כדי להציל את חיי האסיר על-ידי ניתוח או על-ידי טיפול אחר, ודרוש לשם כך חיקוק מיוחד.

סעיף זה גם יכול להוות הסבר לכך, שבניגוד לנהוג במדינות רבות אחרות, משתמשים

הסוהרים בישראל אף בכוח כדי להאכיל אסירים השובתים רעב, ואשר חייהם מצויים בשל כך בסכנה. מן הראוי להעיר, כי בא-כוח המדינה לא הסתמך על **תקנה 10** הנ"ל, ולא נטען, שהמערער היה כבר "נתון... במשמורת בית סוהר" בעת הניתוח האמור, וכי בשל כך הניתוח היה כדין. (יא) על-אף האמור לעיל נראה לי, כי אין לראות בניתוח, שבוצע עלידי הרופאים על המערער, משום תקיפה במובן הפלילי או על-פי דיני הנזיקין, המהווה "הטרדה" במסגרת חוק הפרטיות. אין אני רואה צורך, במסגרת הערעור הוכחי, לתחום את הגבולות המדויקים של המותר והאסור בביצוע ניתוחים על-ידי רופאים ללא השגת הסכמתם של הפאציינטים. אינני סבור גם, שרצוי לנסות ולקבוע בסוגיה זו קריטריונים מדויקים וגורפים. החיים הם מגוונים מדי, והמצבים השונים העשויים להתעורר הינם מרובים מכדי שניתן יהיה לקבוע בעניין זה כללים ממצים.

על-כן אסתפק בציון הנקודות הבאות:

(I) החריגים לכלל בדבר איסור ביצוע ניתוחים בניגוד לרצון

המנותחים, שבתמי המשפט בישראל יכירו בהם, בוודאי אינם נופלים בהיקפם מאלה שנקבעו בפסיקה האנגלית והאמריקנית, ושהוזכרו בפסקה 5(ה) לעיל. זאת בעיקר לאור ההכרה המושרשת אצלנו במיוחד, שיש לראות בשמירה על החיים ערך עליון.

(ii) בדוננו בסוגיה של התרת ניתוחים ללא הסכמת המנותחים, הדרושים להצלת הנוגעים בדבר ממות בטוח, יש, לדעתי, להבדיל בין ניתוחים, העלולים להשפיע בצורה חמורה ומשמעותית על אורח חייו ועל איכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, ושלגביהם יש להשאיר את ההכרעה כלל בידי החולה (כאשר הוא מסוגל להעריך את מצבו בהכרה מלאה), לבין ניתוחים, אשר אינם, כשלעצמם, נושאים בחובם סיכונים והשלכות לגבי מצבו הפיסי של החולה בעתיד, ושביחס אליהם יש, לדעתי, להשאיר בדרך כלל בידי הרופא את הסמכות לפעול על-פי יוזמתו, אף ללא הסכמת הפאציינט.

כך, לדוגמה, אין, לדעתי, לאלץ אדם להסכים להשתלת לב מלאכותי, כאשר הוא חושש מחיים בהם יהיה גופו קשור למכשירים שונים תוך סבל חמור, ומעדיף הוא להסתכן במוות על צורת חיים שכזאת. כמו כן נראה לי, כי יש לכבד את רצונו של אדם, אשר מסרב להסכים לניתוח מוח, כאשר אין הוא מוכן לקבל על עצמו את הסיכון, הקיים בנסיבות, שמא כתוצאה מכך יאבדו לו כוח זיכרונו וצלם אנוש.

מסופקני גם, אם חייב אדם להסכים לקטיעתה של רגלו, אף כדי להציל את חייו, אם הוא סבור, כי חיי נכות אינם חיים עבורו.

כאמור, אין בדעתי לקבוע מסמרות בעניין זה, וההדגמות מובאות להבהרת עמדותי הכללית בלבד.

מתעוררת כאן שאלה מעורבת של חוק, מוסר ופילוסופיית החיים,

ומזכיר הדבר את הדין הנוקב שהתנהל בין שופטי בית-משפט זה בע"א 518/82, [5]540, בו נדונה הסוגיה של ה"הולדה בעוולה" ("ה"wrongful life" -), היינו השאלה, אם בנסיבות מסוימות עדיף אי-קיום על חיים פגומים תוך מוגבלות חמורה.

אולם, כאשר, כמו במקרה שלפנינו, אין קיימים סיכונים כאלה ביחס לניתוח עצמו, והתנגדותו של האדם נובעת רק מחששות, שאינם קשורים במצב בריאותו (במקרה דנן זה החשש, שעלול להיות מואשם בעבירה פלילית ולהיענש), המצב הוא שונה.

דינו של אדם כזה חייב, לדעתי, להיות מושווה לצורך הסוגיה בה עסקינן לדינו של המנסה להתאבד, אשר מקרהו הוכר כאמור כחריג לכלל. בדיוק כפי שמוכנים בתי המשפט להניח, כי הרוצה להתאבד נתפס זמנית לערפול חושים ומחשבה, אשר אינו מאפשר לו לשקול בצורה סבירה ומאוזנת מהי הפעולה הנדרשת לטובתו, כך ניתן גם להניח, שאדם במצבו של המערער נקלע למצב, בו אין הוא מסוגל, בשל הפחד מגילוי העבירה והתוצאה העונשית הכרוכה בכך, לראות את המציאות, לפה הצלת החיים עדיפה לטווח ארוך על כל חששותיו. ניתן לצפות, כי לאחר מכן, תוך יישוב הדעת, יכיר גם הוא בכך וישמח על החלטת הרופא.

(iii) לשון אחר: כאשר נוכח הרופא, כי בנסיבות העניין אין בידי החולה נימוק סביר כלשהו לסירובו להינתח הקשור במצבו הבריאותי הנוכחי או המצופה, ונראה כי סירובו נובע ממניעים חיצוניים, אשר אין בינם לבין מצבו הגופני ולא כלום, אזי יוכל להתייחס אל הפאציינט כפי שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו.

(יב) סיכומו של דבר: נראה לי, כי מעשי הרופאים, שעליהם נסב ערעור זה, נכנסים למסגרת החריגים לכלל על פיו מותנה טיפול רפואי פסי בהסכמת הפאציינט, ועל-כן לא היו בניתוח שבוצע משום תקיפה או הסגת גבול, שבנסיבות העניין יכלו להוות גם "הטרדה אחרת" במובן חוק הפרטיות (שכן היו מכוונות לפגוע בפרטיותו של העותר).

אמנם, עשוי מעשה להוות "הטרדה" או "הטרדה אחרת" במובן [סעיף 12\(1\)](#) לחוק הפרטיות, גם אם אין בו משום תקיפה או הסגת גבול בלתי חוקיות. אולם כאשר בטיפול רפואי שנעשה בתום-לב לשם הצלת חיים עסקינן, וכאשר הגענו למסקנה, כי הטיפול מצד הרופאים היה מוצדק, סביר ומותר, כי אז נגיע ממילא למסקנה, על-פי כללי השכל הישר, [שסעיף 32](#) לחוק לא יהווה מכשול בפני קבילות חבילות הסם כראיה, אפילו אם מבחינה טכנית ניתן לראות בניתוח משום "הטרדה" (לצורך פירוט יתר של נימוק זה ראה פסקאות 7-9 להלן).

6. בית המשפט המחוזי התבסס גם על הסיפא של [סעיף 32 הנ"ל](#), בו נאמר, כי ניתן לקבל את הראיה, "אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה", וקבע, כי סייג זה התקיים במקרה שלפנינו. הכוונה היא להגנה המוזכרת [בסעיף 18\(2\)\(ב\)](#) לחוק הפרטיות, אשר זו לשונו:

18. "במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה: (1)...

(2) הנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות הבאות: (א)...

(ב) הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה."

למעשה, מספיק קיומה של אחת החובות הנ"ל על-מנת להוות הגנה טובה, אך בית המשפט קמא קבע, שכל אחת מהחובות האלה קיימת במקרה דנן.

כשלעצמי הייתי לפחות קובע, כי הייתה זו חובתו המוסרית והמקצועית של הרופא לנקוט את האמצעי שנקט לשם הצלת חייו של המערער.

יצוין, כי כאשר חברי הנכבד, השופט אלון, דן בשעתו בערר המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי לשחרר את המערער במשפט דנן בערובה (החלטה, שנבעה מהספיקות בדבר קבילותן של חבילות הסם כראיה), החליט הוא (בב"ש 688/84*) לקבל את הערר ולצוות על מעצרו של המערער עד תום ההליכים, בהתבססו בעיקר על הקטע הנ"ל של [סעיף 32](#) ביחד עם [סעיף 18](#) לחוק הפרטיות.

אולם, לדעתי, קיים בנקודה זו קושי בנוסח [סעיף 32](#) האמור עקב המלים (המודגשות) "אם...אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור...". משמע, כי כאשר הפוגע איננו צד להליך (כמו הרופא במשפט דנן), אין הסייג האמור ישים.

לדעת השופט קמא, הבריים הם בבחינת קל וחומר. לדבריו, אם אדם שהוא צד למשפט רשאי להיזקק להגנה, כאשר מילא רק את חובתו במובנים הנ"ל, בוודאי חייב אותו כלל לחול גם על התנהגותו של אדם שלישי, שאינו צד למשפט. כשלעצמי, אינני סבור שנימוק זה תופס, שכן עובדה היא, שהסייג [בסעיף 32](#) מדבר אך ורק על פוגע, שהיה צד להליך.

*פ"ד מ(1) 253, בעמ' 258-260.

יהא מצב זה אשר יהא, מכל מקום יש להסיק [מסעיף 18](#) הנ"ל, שרופא, שהיה מואשם או נתבע בשל ביצוע ניתוח בנסיבות הנתונות, יכול היה להתגונן בפני תביעה כזו בהצלחה, ולגורם זה נודעת חשיבות מרובה ביחס לנימוק, אשר יפורט בפסקה הבאה, ושהוא בעל משקל רב יותר.

7. בכך מגיעים אנו לנימוק חלופי נוסף, שגם בעטיו החליט בית המשפט קמא לדחות את טענת המערער, ובשל חשיבות הנושא ומשקלו הרב של נימוק זה, רואה אני להתייחס גם אליו.

כזכור, נקבע [בסעיף 32](#) לחוק הפרטיות גם, שחומר, שהושג תוך פגיעה בפרטיות, יהיה פסול כראיה בבית-משפט ללא הסכמת הנפג, "...זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר..." (ההדגשה שלי - ג' ב').

הוזה אומר, שרשאי בית המשפט בנסיבות המצדיקות זאת, על-פי שיקולדעתו, לקבל כראיה חומר או חפץ, אפילו אם הגיע למסקנה, כי אלה הושגו על-ידי פגיעה בפרטיות. ואכן, ציין בית המשפט המחוזי בפסק-דינו, שהיה מאשר את חבילות הסם האמורות כראיות קבילות, על-פי האמור בקטע הנ"ל של [סעיף 32](#) לחוק, אף לו סבר שבוצעה כאן פגיעה בפרטיות.

8. מזדהה אני בהחלט עם הנמקה זו. ברצוני לציין בהקשר זה, כי גם בפסק-דינו [בבג"צ 249/82](#) [1] הנ"ל החלטנו להחזיר את הדיון בתיקו של העותר אל בית הדין הצבאי, על-מנת שישקול אם לקבל את חבילת הסם כראיה קבילה למרות הפגיעה בפרטיות שבוצעה במקרה ההוא. קבענו שם, בעמ' 420419, שבהתחשב בחומרת העבירה בה המדובר, רשאי בית המשפט להגיע אל המסקנה, כי ישנה הצדקה להחליט על קבילות הראיה. קל וחומר במקרה שלפנינו. קשה לתאר דוגמה הולמת יותר לשימוש בשיקול הדעת לקבלת ראיה על-פי הסייג המור [בסעיף 32](#) מאשר המקרה, בו נעשתה "הפגיעה" אך ורק כדי להציל את חייו של הנפגע ובוצעה בנסיבות, בהן עמדה לרופא הפוגע (כפי שראינו לעיל) הגנה טובה מפני כל תביעה פלילית או אזרחית, לו הוגשו כאלה נגדו בשל הפרת חוק הפרטיות.

לזאת יש עוד להוסיף את הפנייה לשופט השלום וקבלת האישור ממנו. בעניין זה עלי להבהיר, כי היתר השופט לא היה בכוחו להכשיר את פעולת הרופא, לו הייתה זו נוגדת את החוק, אולם לצורך הפעלת שיקול-דעתו של בית המשפט במסגרת [סעיף 32](#) הנ"ל יש, ללא ספק, משקל לבקשת האישור מהשופט וקבלתו, ואין נפקא מינה לעניין זה, אם היה השופט מוסמך לתת צו כזה אם לאו.

אין גם לשכוח, כי המערער היה עציר בזמן האירוע, וכי כל הגורמים המטפלים הרגישו איפוא אחריות מיוחדת לשמירה על חייו. בהקשר זה נודעת חשיבות, לפחות

בדרך ההיקש, להוראות **תקנה 10** הנ"ל ל**תקנות בתי הסוהר**, אפילו אין להחילה במישרין על מקרהו של המערער בשל הסיבות שפורטו בפסיקה 5(i)(iii) לעיל.

9. יישומו של חוק הפרטיות על כל סעיפיו כרוך באיזון האינטרסים בין זכותו של אדם לפרטיות לבין זכותו של הציבור להשיג מידע למטרה זו או אחרת (ראה מאמרו של ד"ר ז' סגל, **"הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת"** עיוני משפט ט (תשמ"ג-מ"ד) 175, 177). בית המשפט ישתדל להגיע לאותו איזון גם בהפעלת סמכותו על-פי **סעיף 32** לחוק.

איזון זה אינו מהווה כל קושי במקרה דנן. כאשר על כף אחת של המאזניים מצוי האינטרס הציבורי הרב שבהשגת ראייה כנגד חשוד בביצוע עבירת סמים חמורה, ומהצד האחר "הפגיעה" בנאשם מתבטאת במעשה שהיה מכוון להצלת חייו, ושכנראה בפועל גם הציל את חייו, הרי מתבקשת המסקנה, כי על בית המשפט להכשיר את הראייה כקבילה.

גם מהיבט חלופי זה אין איפוא כל מקום להתערבותנו במסקנתו של בית המשפט קמא, כי אין בהוראות חוק הפרטיות כדי למנוע את קבילותן כראייה של חבילות ההירואין.

10. טענת הסניגור המלומד, לפיה דבקה אי-חוקיות במעשי הרופאים, אף אם לא הייתה בהם משום הפרה של חוק הפרטיות, וכי גם משום כך מן דין לפסול את הראייה האמורה, אף היא דינה להידחות.

כפי שהראינו **בבג"צ 249/82** [1] הנ"ל, בעמ' 418, אין "כלל הפסילה" (exclusionary rule -) והכלל של ה"פרי מהעץ המורעל" ("the fruit of" "the poisonous tree"), הנוהגים בארצות-הברית, מקובלים בפסיקה הישראלית, ובמידה **שסעיף 32** לחוק הפרטיות מהווה לכך חריג, הרי גם חריג זה הינו מוגבל בהיקפו.

הווה אומר, שאפילו היינו מקבלים את הטענה, שהיה פגם כלשהו בהתנהגות הרופאים, שלא במישור של חוק הפרטיות, וכאמור אינני סבור כך, הרי לא היה בכך כדי להביא לפסילת חבילות הסמים כראייה.

11. להשלמת התמונה יש להזכיר, כי בית המשפט קמא קבע גם, שהיה מרשיע את העותר אף אלמלא קיבל את חבילות ההירואין כראייה קבילה. לדעת השופט המחוזי, הוכחה אשמתו של העותר גם מתוך השיחות שקיים העותר עם רופאיו בעת הבדיקות שקדמו לניתוח, ביחד עם יתר הראיות הנסיבתיות.

הסניגור המלומד טען, כי השיחות האמורות נוהלו בין פאצינט

לרופאו, ועל-כן הן

חסוות ופסולות כראיה על-פי הוראות [סעיף 49\(א\)](#) [לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], תשל"א-1971, אשר זו לשונו:

"רופא אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנוקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כרופא והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד..."

בית המשפט קמא סבר, כי המדובר בסעיף האמור הוא בחיסיון, ממנו יכול ליהנות הרופא ולא הפאציינט, וכי על-כן רשאים היו הרופאים לוותר עליו. הסניגוריה חולקת על תפיסה זו.

מאחר שהגעתי למסקנה, שהחלטת בית המשפט המחוזי לקבל את חבילות הסם כראיה קבילה ניתנה כדין, ומאחר שראיה זו, ביחד עם עדויות השוטרים, היוו ללא ספק בסיס איתן לפסק הדין המרשיע, אין אני רואה צורך לדון בסוגיה מעניינת זו, שנוכל להשאירה ב"צריכת עיון".

12. על סמך כל האמור לעיל הייתי מציע לחבריי הנכבדים לדחות את הערעור על הכרעת הדין.

כמו כן לא מצאתי עילה להתערבותנו במידת העונש שהוטל על המערער. 45 גרם הירואין הינם כמו גדולה מאוד, המספיקה להכנת מאות רבות של מנות לשימוש בסם קטלני זה. לזאת יש להוסיף, כי למערער מספר הרשעות קודמות בשל עבירות הקשורות בהחזקה בסמים מסוכנים. אין גם לשכוח, כי המערער הורשע כשותף במספר עבירות על חוקי התעבורה, אשר גם בעטיין הועמדו חייהם ובריאותם של בני-אדם בסכנה, והעונש בשל עבירות אלה נכלל למעשה בעונש הכולל של 6 שנים מאסר.

אשר-על-כן נראה לי, כי מן הדין לדחות את הערעור ולאשר את פסקדינו של בית המשפט המחוזי על כל חלקיו.

השופט מ' בייסקי: 1. בא-כוחו של המערער חזר לפנינו על טענתו המרכזית, אותה העלה גם לפני הערכאה הראשונה, כי כמות ההירואין, אשר הוצאה מקיבתו בניתוח שבוצע בניגוד לרצונו, פסולה כראיה נגדו ואינה יכולה לשמש בסיס להרשעה. הניתוח, כך נטען, נעשה תוך ביצוע מעשה תקיפה כלפי המערער, ובהיותו גם פגיעה בפרטיות כהגדרת [סעיף 2\(1\)](#) [לחוק הגנת הפרטיות](#), הרי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט...". כאמור [בסעיף 32](#) לאותו חוק.

בטיעונו המרחיק לכת מזמין אותנו בא-כוח המערער להיצמד לכלל של איסור עשיית שימוש בפרי "העץ המורעל", כפי שפותח בפסיקה האמריקנית הפוסלת ראיה שהושגה

בדרך לא הוגנת ולא כל שכן במעשה תקיפה. סוגיה זו נדונה בשורה ארוכה של פסקי-דין בבית-משפט זה, ומאחר שהעיקריים שבהם הוזכרו על-ידי חברי המכובד, השופט בך, [בבג"צ 249/82](#) [1], אין צורך לחזור על הדברים, לבד מאזכור המסקנה העולה מהם, כי ה- *rule exclusionary* זההאמריקני לא נתקבל בישראל, "ובתי המשפט אף לא ראו עד כה צורך לאמץ את ההלכה האנגלית בדבר מסירת שיקול הדעת לשופט לפסול ראיה, שהושגה בדרך לא הוגנת" (שם, בעמ' 402; וראה גם א' הרנון, דיני ראיות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך ב', תשל"ז) 258). בזאת אין, כמובן, להפחית במאומה מן הביקורת, שבוטאה מדי פעם, על דרכים פסולות שבהן משתמשים לפעמים חוקרי משטרה להשגת ראיה, אגב הדגשת החובה המוטלת עליהם לנהל חקירה הוגנת בלי לפגוע בזכויותיו של הנחקר או האסיר ובלי לפגום בדמות משטרה והמשטר במדינתנו. אכן, הובעה גם האזהרה, כי אם יתרכזו מקרי החריגה והזלזול בהשגת ראיות בדרכים לא נאותות ופסולות, ייתכן שיהא צורך לבחון את הגישה ואת ההלכה ([ע"פ 161/77](#) [6]; [ע"פ 599/77](#) [7]), בעמ' 182). אך גם [בבג"צ 249/82](#) [1] לא היה בית המשפט נכון לשקול שינויה של ההלכה, בלי שתונח תשתית עובדתית ואינטלקטואלית ראויה (דברי השופט בר, בעמ' 422); ואם לתת דוגמה קרובה לענייננו, ההלכה היא, כפי שביטאה מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז) [בע"פ 183/78](#), 191/79 [8]: "על כן נרשה, למשל, קבלת ראיות כגון סמים שנמצאו אצל אדם, אם כי הם נתפסו בחיפוש אשר נערך על גופו שלא כדין" (ראה גם [ע"פ 347/75](#) [9]).

2. כאמור, טוען בא-כוח המערער, כי גם אם כלל הפסילה האמריקני במובנו ובהיקפו הרחב לא נתקבל בישראל, הריהו שריר וקיים במקרה של פגיעה בפרטיות במובן [סעיף 2\(1\) לחוק הגנת הפרטיות](#), וזאת מכוח [סעיף 32](#) הקובע מפורשות, כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זלת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה". בהקשר זה סומך המערער על דעת הרוב [בבג"צ 249/82](#) [1] הנ"ל וכן על [בג"צ 355/79](#), 370, 373, 391 [2].

שתי האסמכתאות הנזכרות אין בהן כדי להקיש או ללמוד גזירה שווה

על העניין שלפנינו. [בג"צ 355/79](#), 370, 373, 391 [2] לא נדון כלל עלפי [חוק הגנת הפרטיות](#), שעדיין לא היה בתוקף. אך גם הרקע העובדתי שם היה שונה בתכלית. בוצעה בעותרים שם בדיקת חוקן שלא בהסכמתם וחרף התנגדותם, אך המטרה האחת והיחידה לעריכת הבדיקה הייתה להשיג ראיה, שתוכיח אם נשאו בקרבם סמים מסוכנים תוך כוונה להבריחם לתוך כותלי בית הסוהר. לאותה מטרה ממש הושקה העותר [בבג"צ 249/82](#) [1] מי מלח בעלכורחו, לאור החשד כי הוא בלע והסתיר בתוך גופו מספר חבילות סמים מסוכנים, על-מנת שאלה ייפלטו בהשפעת מי המלח שהושקה וישמשו ראיה נגדו להוכחת ביצוע העבירה. זהו הרקע העובדתי היחיד, שעל פיו נבחנה הפגיעה בגופו של העותר, ואלה נסבות, שעל פיהן נקבעה על דעת הרוב המסקנה הנובעת [מסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות](#), כי פסול לשמש ראיה בבית-משפט חומר, שהושג תוך פגיעה בפרטיות.

שונים בתכלית הם המימצאים בעניין דנן. אף אם נצא מההנחה, כי בשלב מוקדם כלשהו, לאחר תפיסתו ומעצרו של המערער, היה לשוטרים חשד, כי הוא בלע סמים, ומכאן גם עניינם ומחשבתם להשיג ראיה לאימות חשדם, על-ידי פליטת החבילות או הוצאתן מגופו - לא זה אשר שימש שיקול להחלטת הרופאים המומחים בדבר הצורך לבצע ניתוח. הערכאה הראשונה פירטה בהרחבה את ההשתלשלות, כולל שיחותיה של ד"ר חן עם המערער והשיקולים המקצועיים של הצוות הרופאי שבחן את הדרכים האפשריות להביא לפליטת הסמים בטרם תתמוסס האריזה וההירואין יביא בבטחה למותו המידי של המערער, והגיעה למסקנה, שלמעשה איש אינו חולק עליה, כי "ההחלטה לערוך הניתוח על מנת להוציא את הסמים מהגוף היתה החלטה בלעדית של הרופאים, שנתקבלה אך ורק על סמך מיטב שיקוליהם המקצועיים (שאגב לא נסתרו ע"י כל עדות מקצועית רפואית אחר) ושמטרתה היחידה היתה הצלת חייו של הנאשם, וכל חישובים או שיקולים של השגת הסמים כחומר ראיתי היו זרים לרופאים ובכלל לא התייחסו אליהם בשיקוליהם."

3. מסכים אני עם חברי המכובד השופט בך, כי ביצוע ניתוח בגופו של המערער, בנסיבות המתוארות, כדי להציל חייו ממוות בטוח, אין בו משום תקיפה במובן הפלילי. לדעת חברי, אין זו גם "הטרדה אחרת" במובן [סעיף 12\(1\) לחוק הגנת הפרטיות](#), ככל שמאמצים לדיבור זה פירוש מצמצם. עם כך ודאי שמסכים אני; ואולם מקשה חברי עם עצמו בכואו לבחון משמעותו של הפירוש המרחיב למונח "הטרדה אחרת", הגוררת עמה את השאלה הפרובלמאטית והקשה: מתי, ואם בכלל, מותר לרופא לבצע ניתוח בהעדר הסכמתו של אדם או בניגוד לרצונו, ויהא זה אפילו במקרה שהדבר הכרחי או חיוני להצלת חייו של אותו אדם. בהקשר זה מביא חברי מהפסיקה האנגלית ומהפסיקה האמריקנית, שהן קיצוניות למדי בכיוון האיסור, לבד מחריגים מסוימים. רק משום שחברי המכובד הרחיב על כך את הדיון אומר בנדון בהמשך דברים קצרים, להביע סתייגות מהעמדה הקיצונית, שמוצאת ביטוי באנגליה ובארצות-הברית, לפחות לגבי מקרים, בהם יש, לדעת הרופאים, בניתוח כדי להציל ממוות.

4. ואולם, ככל שהמדובר במקרה הקונקרטי לפנינו, נראה לי, כי יכולים אנו לפטור עצמנו מסבך דיונים זה; כפי שנוכחנו, בוצע הניתוח במערער משיקולים רפואיים גרידא, כשרק הרופאים יודעים להעריך נכונה את התוצאות הפאטאליות המיידיות, אם לא יורחק הסם הקטלני מקיבתו של המערער; זאת, כשהאחרון כלל אינו מסוגל לחשיבה ולשיקול ראציונאלי, משום שהוא מונע, כנראה, על-ידי חששות אחרים, הכרוכים בידיעה, כי הוצאת הסם עלולה להפילו; שיקול זה כלל לא היה מעניינם של הרופאים ולא היווה כל גורם בהחלטתם, כי חובה עליהם לנתח כאמצעי יחידי להצלת החיים. מבחינת סיכון חייו של המערער היה סילוק הסם מקיבתו קארדינאלי; כערך הוכחתי וכראיה במשפט הושג הסם באורח אינצידנטאלי גרידא, ללא כל קשר עם הכורח לנתח.

לכאורה אין התערבות חירורגית כזו מצויה בתחום המונח " הטרדה

אחרת,"

משמעותה **בסעיף 12(1) לחוק הגנת הפרטיות**, אפילו על-פי הפירוש המרחיב; דומה, כי קשה לכלול ניתוח כזה בדיבור "הטרדה אחרת", בעיקר כאשר בוחנים את המטרה והתכליות שביקש החוק להשיג על-פי ההגדרות ופירוט הנושאים הנחשבים כפגיעה בפרטיות. ואולם אף בהנחה, לגבי מי שדוגל בפירוש מרחיב, כי גם ניתוח להצלת חיים נופל בתחום ההגדרה של **סעיף 12(1)** הנ"ל ומהווה פגיעה בפרטיות, בא **סעיף 18(2)(ב)** ונותן הגנה, אם נעשתה הפגיעה בתום-לב "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה".

הגנה זו ודאי יש לה משקל לא מבוטל, עת בא בית המשפט לבחון התרת שימוש בראיה שהושגה באורח אינצידינטאלי תוך כדי ביצוע ניתוח בנסיבות המתוארות.

מסכים אני עם הערכאה הראשונה וכן עם חברי המכובד, כי בנסיבות המקרה דנן הייתה זו חובה מקצועית ומוסרית מצד הרופאים לבצע הניתוח כשם שביצעו.

כאמור, פירטה הערכאה הראשונה את נימוקיה ושיקוליה להתרת השימוש בחומר כראיה בבית המשפט, עליסוד ההוראה **בסעיף 32 לחוק**, והטעמים לכך נרשמו כמצוות הסעיף. יחד עם חברי, השופט בך, גם אני שלם עם אותה הנמקה, ובזאת הוכשר הסם, שנמצא בקיבתו של המערער, כראיה נגדו.

בזאת גם נדון גורל ערעור זה לדחייה. בשולי הדברים אציין, כי הערכאה הראשונה ביססה ההרשעה גם על מערכת ראיות נסיבתיות, שאינה תלויה בראיה העיקרית הנזכרת. לדעתי, גם מערכת ראיות זו עומדת במבחן, אך לאור המסקנה אליה הגעתי על יסוד האמור לעיל, שוב אין צורך להתעכב בנימוקי האחרים של בית המשפט קמא.

5. מכאן, ובשולי הדברים, הערותיי לעמדת חברי, השופט בך, "...כי, כללית, חל העיקרון האמור בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו גם בישראל".

עמדה כללית זו אינה מקובלת עלי, ככל שמדובר הוא בניתוח, בעיקר בשעת דחק, שכל כולו נועד להצלת חיי אדם או למניעת תוצאות חמורות לבריאותו, כאשר בלי התערבות כזו המוות המידי הוא ודאי או הנזק החמור לבריאות לא יהא ניתן לתיקון.

חברי מבקש ללמוד מההוראות בדבר היתרים ספייסיים שעל-פי **סעיף 24(8) לפקודת הנוזיקין** [נוסח חדש], **סעיף 20א לחוק השיפוט הצבאי, ותקנה 10 לתקנות בתי הסוהר**, על האיסור הכללי שלא לבצע התערבות רפואית שלא בהסכמת הנוגע בדבר. לדידי, עולה מהסעיפים הנזכרים גם גישתו של המחוקק לערך החיים כערך עליון, בקבעו, כי בשעות דחק, וכשנדרש הדבר להצלת חיים, יהא מותר לבצע את הטיפול בתנאים הקבועים גם על-כורחו של החייל או האסיר. לגבי מקרים כמו זה שבא לפנינו הפעם, כשאין חשש ממשי לתוצאות הניתוח, וההתנגדות להתערבות רפואית נובעת מחששות שאינם קשורים בשאלות רפואיות, גם חברי גורס, כי הגישה חייבת להיות שונה.

חברי המכובד סבור, כי בנסיבות כאלה יוכל הרופא "להתייחס אל הפאציינט כפי

שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו". וכל זאת למה? משום שאפילו הפסיקה בארצות-הברית והפסיקה באנגליה, הדוגלות בעיקרון, כי אסור לרופא לטפל בפאציינט באופן פסי ולא כל שכן לנתח פאציינט בניגוד לרצונו, הגם שהדבר דרוש להצלת חייו, כירות באחד החריגים שהדבר יהא מותר, כאשר המדובר הוא במתאבד. כפי שמצביע חברי, מוכנים ליצור הנחה, "כי הרוצה להתאבד נתפס זמנית לערפול חושים ומחשבה, אשר אינו מאפשר לו לשקול בצורה סבירה ומאוזנת מהי הפעולה הנדרשת לטובתו". הנחה זו יש בה לעתים מידה רבה של פיקטיביות, וידועים מתאבדים, שאת החלטותיהם מקבלים דווקא תוך מחשבה צלולה ושיקולים הגיוניים מבחינתם, בין אם החברה מצדיקה אותם ובין אם לאו.

6. כשלעצמי, אין אני סבור כי בסוגיה קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות-הברית ובאנגליה, הן העיקרון הכללי, האוסר טיפול פסי 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 ע 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".

השתקפות גישה זו אנו מוצאים בפסק הדין בע"א 322/63 [3], בעמ' 454, שניסבותיו ומוכאות ממנו כבר הוזכרו על-ידי חברי המכובד, שם אומר מ"מ הנשיא (אגרנט) בהקשר להגנה, על-פי סעיף 24(8) פקודת הניזקין [נוסח חדש] את הדברים הבאים:

"יש לציין, כי המסקנה הזאת מתיישבת יפה עם מטרת המחוקק, בקבעו את ההוראה בסעיף 25(ח) הנ"ל, היא המטרה לגשר בין האינטרס שיש לחולה, כי הרופא לא יפגע, אגב טיפול רפואי או כירורגי, בגופו, בלי שהסכים הראשון לעצם הטיפול הזה או לדרך שבו נעשה; לבין האינטרס שיש לציבור בהצלת חיי אדם או במניעת נזק לכריאותו. רצוני לומר: כאשר הנסיבות מאפשרות להשיג את ההסכמה של החולה או של האדם הממונה

על פיקוחו - לטיפול בגופו, כי אז מעדיף החוק את האינטרס הראשון; לעומת זה, כאשר נשקפת סכנה מיידית לחייו או לבריאותו ולא ניתן להשיג, עקב גורמי הזמן, המרחק, מצבו של החולה או כיוצא בגורמים מעשיים אלה, הסכמה כנ"ל, כי אז מעדיף החוק את האינטרס השני".

ובהמשך מצוטטת מובאה מספרו של j.g. Fleming, 89-90 (1961, nd ed): "A surgeon, charged with a particular operation, is not justified in an unanticipated emergency calling for an immediate decision to depart from instructions and perform a different one, except To save life or preserve health. In emergency cases, involving Of life than on the inviolability of the human body, and supports utmost urgency, the law places a higher value on the preservation. The surgeon's initiative, if conditions make it imperative to"operate without precedent authorization ובדומה לכך דברי השופט זילברג בע"א 461/62 [4] הנ"ל, שהוזכרו בחוות-דעתו של חברי.

7. תפיסה זו, המעמידה את הצלת החיים כערך עליון, מקום שאלה נתונים בסכנה מיידית-ודאית אם לא תבוצע התערבות רפואית, כירורגית או אחרת, שקולה כנגד העיקרון, כי האדם הוא אדון לגופו, וכי לא תבוצע בו כל התערבות רפואית ללא הסכמתו, אף שלדעת מומחים ובני-סמכא בלעדיה הוא ימות או ייגרם נזק חמור לריאותו. אף הדוגלים בגישה נוקשה של איסור התערבות ללא הסכמת החולה או הממונים עליו קובעים חריגים, לעתים תוך צידוק פיקטיבי (כגון ייחוס ערפול חושים בכל מקרה של ניסיון התאבדות), או במקרים של חוסר הכרה אמיתי זמני שאינו מאפשר קבלת הסכמה מתוך שיקול-דעת חופשי. במה שונה מקרהו של חולה שאין לו הבנה מספקת להעריך נכונה חומרת מצבו כפי שמעריכים אותו הרופאים? בדומה לכך חולה בעל רתיעה סובייקטיבית נגד התערבות כירורגית.

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 [3] ומע"א 461/62 [4] 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. וזה אמנם היה המצב במקרהו של המערער.

8. חברי המכובד, השופט בך, הרחיב את הדיון והעלה דוגמאות מסוימות ביחס למותר ואסור בקשר להתערבות בניתוחים ללא קבלת הסכמת הפאצינט. אכן מדגיש חברי, כי אין בכוונתו לקבוע בנדון קריטריונים מדויקים או לתחום תחומים לגבי ההיתר והאסור, והוא מסתפק רק בציון קווים קיצוניים בולטים.

כשלעצמי, מעדיף אני שלא לעסוק כאן כלל בנושא מורחב זה מעבר לנדרש לשאלה המצומצמת הדרושה לעניינינו, היינו, כאשר המדובר הוא בהצלת חיים ממוות ודאי, אם לא ינותח החולה במועד נתון, ואין להשיג את הסכמתו לכך באותו שלב.

הסוגיה הנרחבת של גבולות האסור והמותר, אף לצורך הדגמה בלבד, היא אחת הסוגיות המסובכות ביותר העומדות ברומו של העולם הרפואי והמשפטי בתבל כלו. כרוכות בה שאלות מוסריות ופילוסופיות, בנוסף לבעיות רפואיות גרידא. יש גם גישות שונות בהתחשב ברבדים סוציולוגיים המגוונים באוכלוסיית תבל. מתעוררות שאלות של נורמות חדשות והשקפות עולם. כל סבך הבעיות הרב-גוני הכרוך בנושא המורחב לא רק שלא זכה לליבון ולדיון מקיפים, אלא הלכה למעשה לא נדון כלל. לא הונחה אפילו תשתית ראויה כלשהי, שעל פיה אפשר יהא להתייחס לנושא. כי הרי בעניין דנן עמדה לדיון שאלה מצומצמת בלבד של קבילות ראייה, אשר לגירסת המערער הושגה תוך פגיעה בפרטיות שלו. בשאלה מצומצמת זו נקבע המימצא, כי הניתוח בוצע ללא כל קשר עם שיקולים של השגת ראייה נגד המערער אלא כדי להציל את חייו שעמדו מנגד. מהסיבות אשר פורטו על-ידי חברי המכובד, והמקובלות גם עלי, הניתוח שבוצע היה מחויב המציאות ומוצדק על-אף התנגדותו מהנימוקים המפורטים לעיל. הוא גם זוכה להגנה מכוח [סעיף 18\(2\)\(ד\) לחוק הגנת הפרטיות](#). הראיה הוכשרה מכוח ההוראה [שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות](#); בזאת די כדי להכריע גורלו של הערער, כמוצע עלדי חברי המכובד.

ואילו לגבי השאלה הנרחבת יותר, של התוויית תחומים של המותר והאסור, יהא מקום להתייחס כאשר יעלה הנושא לדיון ישירות, תונח לגביו תשתית ראויה, והוא ילובן לפחות בהיקף מינימאלי. גם אז נראה לי, כי ראוי יהא כי תפתח הפסיקה בהדרגה ועל-פי מקרים ספציפיים, ועל פיהם ניתן יהא לתחום קווים כלליים. השופט י' מלץ: אני מסכים, כי דין הערער להידחות.

הוחלט, כאמור בפסק-דינו של השופט בך

ניתן היום, י"ד באב תשמ"ו (19.8.86).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)