



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

חוות דעת

הזנה בכפייה לאסירים בטחוניים שובתי רעב: הרע במיעוטו

אוגוסט 2015

אב תשע"ה

יעל בקלור-קאהן ועדי ארבל



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

המכון לאסטרטגיה ציונית הוא גוף עצמאי הפועל למען שמירת צביונה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל על פי עקרונות מגילת העצמאות.

המכון פועל לשמירת זכויות האדם במדינת ישראל ברוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

המכון פועל למען הידוק הקשר בין יהודי התפוצות למדינת ישראל על פי ערכי הציונות.

המכון עוסק בעריכת מחקרים, כתיבת תכניות והגשתן, הדרכת מנהיגים צעירים, ייזום כינוסים, סמינרים, סיורים ופעילויות אחרות למען חיזוקה של מדינת ישראל כביתו הלאומי של העם היהודי.

The Institute for Zionist Strategies is an independent non-partisan organization dedicated to the preservation of the Jewish and democratic character of the state of Israel, according to the principles of Israel's Declaration of Independence.

The Institute strives to promote human rights within Israel in the spirit of the principles of freedom, justice, integrity, and peace as prescribed by the Jewish Heritage.

The Institute strives to fortify the bond between the Jews in the Diaspora and the state of Israel, according to the values of Zionism.

The Institute engages in research, formulation and advancement of programs, training of young leadership, organization of policy conferences, seminars, and field study missions, and in other activities to strengthen the State of Israel as the National Homeland of the Jewish People.

רחוב עם ועולמו 8, מיקוד: 9546306 ירושלים

8 Am Veolamo St., 9546306 Jerusalem

Tel. +972 2 581 7196; Fax: +972 2 532 2422

info@izs.org.il

www.izs.org.il

תקציר

הצעת החוק המאפשרת הזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב אושרה לאחרונה בכנסת. הדיון בנושא עורר פולמוס ציבורי בעד ונגד הצעת החוק. מטרת חוות דעת זו היא להציג את הסוגיה באופן מסודר, לנתח את הדילמות שהיא מעלה ולהציע עמדה מושכלת אודות הצעת החוק.

סוגיית ההזנה בכפייה של שובתי רעב אינה סוגיה חדשה והיא שרויה במחלוקת בישראל ובעולם. עד לחוק החדש, ההתייחסות החוקית של מדינת ישראל לסוגיה נעשתה במסגרת חוק זכויות החולה אשר קבע תנאים והנחיות המתירים מתן טיפול רפואי לאדם בניגוד לרצונו.

הנושא גם לא הוסדר עד היום במסגרת המשפט הבינלאומי. הסתדרות הרופאים הבינלאומית קבעה בהצהרת טוקיו כי רופא אינו רשאי להעמיד את כישוריו המקצועיים לטובת הליכי חקירה ובהצהרת מלטה נקבע כי הזנה בכפייה של אסירים אינה אתית. מאידך, בשנת 2005 קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם שניתן להזין בכפייה אסיר הנמצא בסכנת חיים.

במסגרת חוות הדעת מובאת הצדקה מוסרית ומשפטית לחוק הישראלי החדש המאפשר הזנה בכפייה של אסירים בטחוניים במקרה שנשקפת להם סכנת חיים. ההצדקה לחוק זה, נשענת על מספר הנחות יסוד:

- א. שביתת רעב באשר היא מהווה אמצעי מחאה ולא ניסיון התאבדות.
- ב. על מדינת ישראל מוטלת החובה לדאוג לשלומם ולביטחונם של אסירים.
- ג. שביתת רעב של אסירים הינה אמצעי מחאה אשר נועד לקרוא תיגר על ריבונות המדינה. לעתים, מטרה השביתה היא להביא לשחרור האסיר או לשינוי תנאי הכליאה. על כן יש לראות בשביתת רעב של אסיר ככלי שנועד למנוע מהמדינה לאכוף את חוקיה.
- ד. שביתת רעב של אסיר המעוניין למות הינה התאבדות לכל דבר, פוגעת בקדושת החיים ומהווה בריחה מעשיית צדק. על כן ניתן למנוע אותה בדומה לצעדים נוספים הנעשים לטובת מניעת התאבדויות בבתי כלא.

בהתאם להנחות אלה, ניתן להראות כי שביתת רעב של אסירים בטחוניים היא אמצעי מחאה פוליטי בזירת הסכסוך היהודי-ערבי. עצם שביתת הרעב מהווה כלי תעמולתי המבקש לעשות שימוש בחופש הביטוי שמעניקה המדינה שכנגדה הם פועלים. יתרה מזאת, מקרה מוות הנגרם כתוצאה משביתת רעב של אסיר בטחוני עלול להיות בעל השלכות ביטחוניות רבות ולהביא למעשי אלימות אשר יגרמו לקורבנות רבים הן בצד הישראלי והן בצד הפלסטיני.

למרות האמור לעיל, נקבעו בחוק הנחיות ברורות אשר יאפשרו שימוש בכלי ההזנה בכפייה באופן מידתי: הזנה בכפייה תבוצע רק בשלב מתקדם מאד של שביתת הרעב, רק כאשר נשקפת סכנה ברורה ומיידית לחיי האסיר ורק בהסכמת הרופא המטפל. בנוסף על כך נקבע כי מתן האישור המשפטי להזנה בכפייה נעשה באישור נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו.

על כן ניתן לומר שהחוק החדש פועל לאור ערך קדושת החיים, מאפשר למדינת ישראל לשמור על ריבונותה ולהגן על אזרחיה, ומתוך שמירה על ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מבוא

הצעת החוק בנושא הזנה בכפייה, המאפשרת להעניק טיפול רפואי בכפייה לאסירים השובתים רעב טומנת בחובה שאלות משפטיות ומוסריות מן המעלה הראשונה. פעמים רבות מושמעות טענות אשר אינן מדויקות המבטאות חוסר הבנה של הצעת החוק. מטרתה של חוות דעת זו היא להציג לציבור בקצרה את הצעת החוק ואת מטרותיה, כמו גם לבחון את חוקתיותה של הצעת החוק, על מנת לתת מענה הולם לטענות הנגד הנשמעות נגד הצעת החוק.

על פי הצעת החוק, נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו רשאים לאפשר מתן טיפול רפואי בכפייה, אם לאסיר נשקפת סכנה חמורה לחייו בטווח הזמן המיידית בשל שביתה זו, ולאחר שכל הניסיונות לקבל את הסכמתו לטיפול כאמור העלו חרס.¹ הזנה בכפייה נעשית רק לאחר סירוב לקבל מים או מזון, לרבות כל סוג של תוספים כגון מלחים וויטמינים, ובה מכריחים את השובת לקבל מזון או תוספים, לרוב בהזנה תוך-וורידית ורק במקרי קיצון על ידי שימוש בזונדה.

על מנת לבחון את חוקתיותה של הצעת החוק, נצעד בשלושה שלבים:

ראשית, נבחן את התכליות העומדות בבסיסה של הצעת החוק. שנית, נבחן מהן הפגיעות בזכויות אדם שההצעה טומנת בחובה. ביתר פירוט, נבחן האם ובאיזה עוצמה נפגעות זכויות האדם של שובתי הרעב כתוצאה מיישום הוראות ההצעה. שלישית, נבחן האם פגיעות אלו הן פגיעות חוקתיות. לאמור, נבחן האם ישנה הצדקה מידתית לפגיעות בזכויות אדם.²

התכליות שבבסיס הצעת החוק

ההגדרה המשפטית של שביתה רעב קובעת כי שביתה מעין זו מהווה אמצעי מחאה בלתי אלים, באמצעותו מבקש שובת הרעב להביע את מחאתו בנושא מסוים, במטרה להשפיע על סדר היום הציבורי ועל מקבלי ההחלטות. ודוק, מטרתו של שובת הרעב אינה למות, אלא להביע מחאה, ובכך שביתה הרעב מהווה אמצעי, ולא תכלית בפני עצמה.

הזנה בכפייה נעשית רק לאחר סירוב לקבל מים או מזון, לרבות כל סוג של תוספים כגון מלחים וויטמינים, ומכריחים בה את השובת לקבל מזון או תוספים, לרוב בהזנה תוך-וורידית ורק במקרי קיצון על ידי שימוש בזונדה.

הצעת החוק מבקשת לקדם שלוש תכליות העומדות בבסיסה: האחת, הגנה על האינטרס (ואף יהיו שיאמרו החובה המוסרית) של מדינת ישראל לדאוג לשלומם ולביטחונם של האסירים אשר בשטחה.³ המדינה, בתור שכזאת, חייבת להגן על כל הפרטים הנמצאים בשטחה. זוהי תמצית קיומה של המדינה הדמוקרטית, ומכאן מסתמן כי זו תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הואיל והיא מבקשת להגן על זכותו לחיים של האסיר ועל צלם האלוהים שבקרבו, בשל היותו בן אנוש.

¹ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל; הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתה רעב), התשע"ד 2014.

² ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתה רעב), התשע"ד 2014.

התכלית השנייה העומדת בבסיס הצעת החוק הינה הגנה על האינטרסים הביטחוניים של ישראל. שבתות רעב אשר בסופן יבואו אל מותם אסירים, עלולות לפגוע קשות באינטרסים הביטחוניים של ישראל, מבית ומחוץ, ובין היתר, בשל חשש להתלקחות ביהודה, שומרון ועזה וכן באמצעות פגיעה במאמצי ההסברה והדיפלומטיה של ישראל בעולם.⁴ ניתן לטעון שתכלית המניחה בבסיסה את ביטחון ישראל הינה תכלית ראויה ביותר, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

התכלית השלישית עליה ניתן להצביע הינה תכלית היורדת לשורשי ההליך הדמוקרטי והיותה של מדינת ישראל מדינת חוק. תנאי הכרחי לקיומה של מדינת חוק הינו יכולתה, זכותה וחובתה המוסרית של המדינה לאכוף את חוקיה. ריבונותה של המדינה נמדדת, בין היתר, ביכולתה להוציא אל הפועל את פסקי הדין היוצאים תחת ידה. מכיוון שאסירים שובתי רעב קוראים תיגר על ריבונות המדינה, נטען כי תכלית זו הינה תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

הפגיעות אשר טומנת בחובה הצעת החוק

ההצעה מבקשת לכפות טיפול בריאותי, לרבות האכלה בכפייה של אסירים השובתים רעב ואשר נשקפת לחייהם סכנה מיידית בשל שביתה זו.⁵ בכך, נפגעים שני ערכים במשפט הישראלי: האחד, פגיעה בכבוד האדם של שובת הרעב. כפיית טיפול רפואי מהווה למעשה התערבות בוטה באוטונומיה של האדם ובזכותו לנהל את חייו כרצונו. הערך השני שנפגע הינו הזכות החוקתית שיש לכל אדם לחופש הביטוי. אין ספק כי שביתה רעב הינה מחאה פוליטית של האסירים ובתור שכזו שביתה הרעב הינה ביטוי פוליטי שיזכה להגנתו של חופש הביטוי הישראלי.

האם הפגיעות הן מידתיות

ראשית, נבחן את הפגיעה בכבוד האדם ובאוטונומיה של שובת הרעב.⁶ הפסיקה הישראלית קבעה כי מתן טיפול רפואי בניגוד לרצונו של מקבל הטיפול מהווה פגיעה בכבוד האדם המוגן חוקתית.⁷ לפיכך, עלינו לבחון האם פגיעה בכבוד האדם של האסיר, הטומנת בחובה ההצעה, הינה פגיעה מידתית. שנית, הפגיעה בחופש הביטוי הינה פגיעה בזכות בעלת מעמד חוקתי על חוקי.⁸ שביתה הרעב הינה ביטוי פוליטי ועל כן שביתה הרעב הינה חלק מחופש הביטוי הפוליטי ממנו נהנה האסיר. יחד עם זאת, חופש הביטוי הפוליטי, המוכר כ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה",⁹ אינו חופש מוחלט. לפיכך, ניתן יהיה לפגוע בחופש הביטוי אולם פגישה זו צריכה לעמוד במבחני מידתיות מחמירים.¹⁰

במשפט הישראלי, ניתן לפגוע בזכויות יסוד המוגנות חוקתית, בהתקיים מספר תנאים מצטברים.

⁴ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתה רעב), התשע"ד 2014.

⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתה רעב), התשע"ד 2014.

⁶ דני סטטמן "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט, עמ' 573.

⁷ בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר.

⁸ בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים.

⁹ ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה.

¹⁰ בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים.

תנאי הכרחי לפגיעה חוקתית בזכויות אדם כאמור הינה הסתברות ברמת וודאות גבוהה להתרחשות הנזק, אשר מפניו הצעת החוק רוצה להגן. לפיכך, נבחן האם ישנה הסתברות ברמת וודאות גבוהה לפגיעה בשלושת הערכים עליהם מבקש החוק להגן: שלמות החיים והגוף של האסירים, ביטחון ישראל ואזרחיה ויכולתה של המדינה לאכוף את חוקיה.¹¹

לעניין הסכנה לשלמות החיים והגוף של האסירים השובתים, ישנה הסתברות גבוהה מאוד כי שביתת רעב של אסירים עלולה להוביל אל מותם, כפי שיוסבר בהמשך. מה גם, שהצעת החוק מציעה לכפות טיפול רפואי רק כאשר נשקפת סכנת חיים בטווח זמן מייד. כל זאת, על מנת להבטיח כי המדינה אינה כופה טיפול רפואי אלא כאשר ישנה הסתברות ברמת וודאות גבוהה לקרות הנזק.

לעניין הסכנה הנשקפת לביטחון ישראל, הדעת נותנת כי ישנה הסתברות סבירה לפגיעה בביטחון אזרחי ישראל כתוצאה ממותם של אסירים השובתים רעב.¹² מותם של האסירים עלול לגרום לעימותים עם קהלים מסוימים בכלא ומחוצה לו, וכן בתוך המדינה ומחוצה לה. עימותים אלו עלולים להביא לפגיעה בתושבי ישראל ואף בביטחון המדינה. מטבע הדברים התלקחות עימותים עלולה לעמוד במרכז סדר היום העולמי ולפגוע ביחסי החוץ של ישראל. פגיעה הסברתית כזו, הינה פגיעה בביטחון ישראל שכן ראשיתו ואחריתו של האינטרס הביטחוני טמון בעוצמת הדיפלומטיה הבינלאומית של המדינה. מכאן, כי מותם של עצירים ביטחוניים רבים כתוצאה משביתות רעב המוניות, עלולות לפגוע ביחסי החוץ של מדינת ישראל.

לגבי מי שנדונו למאסר (שלא כמו עצירים מנהליים) ניתן לטעון כי מותם של אסירים שובתי רעב פוגע בפועל בהיותה של המדינה מדינת חוק שאוכפת את חוקיה ובהם בחשבון עם אלו שניסו לערער זאת. מטרת המאסר אינה רק הרחקת המפגע מהחברה, אלא גם ענישה והרתעה. שביתת רעב של אסירים במטרה שישוחררו או שימותו כקדושים מעונים, מהווה ניסיון לא לגיטימי לפגוע בריבונות המדינה וחותרת תחת חובתה המוסרית של המדינה לגמול לאלו שפגעו בריבונותה. אסירים אשר מאיימים כי ירעיבו עצמם למוות במטרה להפעיל לחץ מדיני, למעשה, יאינו את יכולתה של המדינה לאכוף את חוקיה בצורה אפקטיבית. יושם אל לב כי בשונה מההגנה על האינטרס הביטחוני, שהפגיעה בו לעולם תהיה ספקולטיבית, הרי שהפגיעה ביכולתה של המדינה לאכוף את חוקיה היא פגיעה בפועל. הפגיעה אינה מסתברת אלא היא פועל יוצא משחרורו או מותו של שובת הרעב.

האינטרס של המדינה לאכוף את חוקיה ולהגביל את חופש הביטוי של שובת הרעב אשר חייו נתונים בסכנה מיידית, עולה בקנה אחד עם שיטת המשפט הישראלי. ההלכה בישראל קובעת כי אסיר נהנה מכל זכויות האדם המוכרות בשיטת המשפט בישראל. לפיכך, לא ניתן יהיה לפגוע בכל זכות אדם הנתונה לאסיר, אלא אם הפגיעה בזכות האדם נובעת אינהרנטית מהיותו אסיר ומהגבלת חופש התנועה שלו בשל כך.¹³ כאשר מחאתו של האסיר חותרת תחת זכותה של המדינה לאכוף נגדו את העונש שנגזר עליו ולהשיב לאסיר כגמולו, הרי שהגבלת המחאה היא פגיעה בזכות הנובעת אינהרנטית מהיותו אסיר, שכן אלמלא היה אסיר, מחאתו לא הייתה פוגעת בזכותה של

¹¹ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים.

¹² הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד 2014.

¹³ עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר.

המדינה להשיב לו כגמולו. יוצא, כי הגבלת מחאתו של אסיר אשר תכליתה תהיה לסכל את יכולתה של המדינה לאכוף את חוקיה ולהשיב לאסיר כגמולו, הינה הגבלה העומדת במבחני המידתיות.

יתרה מכך, הפגיעה אשר טומנת בחובה הצעת החוק בחופש הביטוי, היא הפגיעה המינימלית ביותר הדרושה לשם הצלת חייו של שובת הרעב ולשם שמירה על האינטרסים הביטחוניים של המדינה ושמירה על האינטרס הבסיסי של המדינה לאכוף את חוקיה. כפי שצוין לעיל, שובת הרעב לא יקבל טיפול כופה, אלא אם הוא נתון בסכנת חיים מידית. מכאן מתבקש, כי גם הטיפול הרפואי שיינתן לשובת הרעב יהיה המינימלי ביותר הדרוש לשם הצלת חייו. באופן הזה, מחאתו של שובת הרעב תישמר, שכן שובת הרעב ימשיך במחאתו, אך מבלי שיהיה נתון בסכנת חיים באופן מיידי. דהיינו, מחאתו של שובת הרעב לא תוגבל באופן אבסולוטי. תחת זאת, מחאתו של שובת הרעב תוגבל אם ורק אם חייו יהיו נתונים בסכנה מידית, אך באופן המינימלי הדרוש לשם הצלת חייו. לשון אחר, שובת הרעב ימשיך למחות, אך לא באופן המסכן את חייו באופן מיידי.¹⁴

ההיבט המשפטי-רפואי הטמון בחוק

מתבקשת השאלה מהי ההגדרה המשפטית-רפואית להגדרות הנתונות לעיל – מתי נתון שובת רעב בסכנת חיים מידית, ומהם הפעולות שמותר לעשות להצילו? בחלק הזה נדון בהגדרות העולות משאלות אלו, ונבחן את ההיבטים במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי.

מבחינה הרפואית, לאחר כ-20 ימי שביתת רעב, השובת עלול להגיע לרמה שבה נפגעים שריר הלב ושרירים חיוניים נוספים. לאחר 26-30 ימי שביתת רעב, עלולה כבר להישקף סכנה לחייו של שובת הרעב. ככל ששביתת הרעב הולכת ומתארכת, יסבול שובת הרעב מתופעות פיזיולוגיות קשות, ובכלל זה – ירידה בדופק ובלחץ הדם, פגיעה בקואורדינציה וביציבות, פגיעה קשה בראיה, וכן פגיעה קוגניטיבית – הכוללת סימנים של בלבול, חוסר קוהרנטיות, קושי להתרכז, פגיעה בשיקול הדעת, ועוד. לאחר 55-75 ימי שביתת רעב, נמצא שובת הרעב בסכנה ממשית למוות פתאומי. ללא קבלת תוספים, אין עדות בעולם לשביתת רעב מלאה ורצופה בת יותר מ-75 ימים, שלאחריה נותר שובת הרעב בחיים.¹⁵

הפגיעה הקוגניטיבית בשובתי הרעב מהווה את הבעיה המשפטית העיקרית להזנה בכפייה. על פי סעיף 15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996, נקבעו הנחיות המתירות מתן טיפול רפואי לאדם, שאינו דווקא אסיר, בניגוד לרצונו בהתקיים חמישה תנאים מצטברים: ניתן אישור של ועדת האתיקה המוקמת מכוח החוק; נשקפת לו סכנה חמורה; נמסר לו מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו; ו"קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע".¹⁶

לפיכך, ניתן לראות שבמקרה והכללים קוימו, יש מקום לאשר משפטית הזנה בכפייה, מתוך חשיבה שלאחר 30 יום האסיר סובל מבעיות קוגניטיביות ויש סיכוי סביר שהוא אינו יכול לקבוע באופן רציונלי אם הוא מעוניין בטיפול, ובנוסף יש מקום להאמין שלאחר הטיפול בו, הוא ייתן

¹⁴ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר.

¹⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48) (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד 2014

¹⁶ חוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996, סעיף 15(2)

את הסכמתו לטיפול. כלומר, לאחר תקופה מסוימת של שביתת רעב, יש מקום להניח שהשובת ישמע שחיוו בסכנה אך לא יסכים לטיפול בגלל הצורך והרצון להמשיך בשביתה, אך לאחר הטיפול יבין שאכן התבצעה ההחלטה הנכונה וייתן את אישורו בדיעבד.¹⁷ יש לציין שרק ועדת האתיקה יכולה לקבוע את רמת ההבנה והאם אכן יש מקום להנחה שכזו. אחת ההתנגדויות העיקריות להזנה בכפייה היא ש"ההזנה בכפייה של אדם צלול בדעתו המביע את התנגדותו העקבית לכך... תוך כדי שימוש בכוח פיזי, פוגעת בזכותו לאוטונומיה על גופו..."¹⁸ עם זאת, לפי חוות דעת של רופאים, לאחר תחילת הפגיעה הקוגניטיבית של האדם, ישנה אפשרות שהוא נשאר עקבי לגבי ההתנגדות לטיפול, אך למעשה הוא אינו יודע מה באמת מצבו ומדוע הוא נדרש לטיפול.¹⁹

על פי פרופסור אבינעם רכס, מנהל תחום אתיקה ברפואה במרכז לאתיקה ויו"ר בית הדין של ההסתדרות הרפואית בישראל, הבעייתיות של החוק הינו בשימת האחריות על ההזנה בכפייה על הרופאים. לטענתו "העברת הסוגייה לאחריות הרופאים לא תפתור את הבעייה אלא תעצים אותה. הרופאים במדינת ישראל לא יעברו על הכללים האתיים ולא יפעלו כנגד האיסור להאכלה בכפייה, והחוק יהפוך "אות מתה".²⁰ לטענתו, גם השימוש בכללי ועדת האתיקה לא יכולים לחול במלואם על אסירים, ואף נוגדים את האתיקה הרפואית הבינלאומית. מנגד, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רז נזרי, טוען כי הצעת החוק אינה חידוש ישראלי ודוגמאות רבות להזנה בכפייה קיימות במדינות כגון אוסטרליה, ארה"ב ועוד. עוד טוען עו"ד נזרי כי הצעת החוק עולה בקנה אחד עם הדין הבינ"ל שכן שאלת ההזנה בכפייה חזרה ואושרה בטרירובנאליס בינ"ל שונים, כגון בית הדין האירופאי לזכויות אדם.²¹ מכאן, כי טענתו של פרופ' רכס לפיה הרופאים הישראליים לא יבצעו הזנה בכפייה שכן הזנה שכזאת אינה אתית, אין לה על מה להסתמך וברור שהחוק לא יהפוך, לפיכך, ל"אות מתה".

נדבך נוסף בהיבט המשפטי-רפואי הוא העמדה הבינלאומית הרשמית בנושא ההזנה בכפייה. לצורך כך פורסמו שתי הצהרות רלוונטיות של ההסתדרות הרפואית הבינלאומית בנושא: הצהרת טוקיו משנת 1975 והצהרת מלטה משנת 1991 (שתוקנה בשנת 2006). הצהרת טוקיו עוסקת בהנחיות עקרוניות לרופאים, בנוגע לעינויים או ענישה בקשר עם מאסר או מעצר, ונועדה להבהיר כי רופא אינו רשאי להעמיד את כישוריו המקצועיים לטובת הליכי חקירה. הצהרת מלטה עוסקת באופן ספציפי בשביתות רעב. על פי ההצהרה, כאשר אין כל ברירה אחרת, והאסיר ממשיך בסירובו לקבל טיפול רפואי – על הרופא להניח לו למות, ולא לתת לו טיפול רפואי, גם אם יש בכוחו של טיפול זה להצילו.²² יש לציין שמדובר בשתי אמנות שכל אחת מהן דנה באספקט אחד של הדיון (טוקיו ביחס רופאים לאסירים, ומלטה ביחס רופאים לשביתות רעב), אך המקרה הישראלי, בו מדובר על הזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב באמצעות רופאים, מסתמך על שילוב שתי ההצהרות המראות שהדבר הנכון מבחינה משפטית ורפואית – הוא להתיר לאסירים למות. הצהרותיה של ההסתדרות הרפואית בישראל מהוות עמדה אתית של ההסתדרות הרפואית

¹⁷ חוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996, סעיף 15(2)

¹⁸ פרופ' מרדכי קרמניצר, עו"ד עמיר פוקס וחנן סידור, חוות דעת שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה.

¹⁹ תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד 2014, עמ' 4-5.

²⁰ פרופסור אבינעם רכס, "שביתת רעב - עד מוות": עת לאתיקה, גיליון 20, 2014.

²¹ רז נזרי, "האכלה בכפייה – עמדת המדינה" עת לאתיקה, גיליון 20, 2014.

²² תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מניעת נזקי שביתת רעב), התשע"ד 2014, עמ' 9.

העולמית, והן משקפות את תפישת גורמי הרפואה, המבקשים לוודא כי מקצוע הרפואה לא יועמד לשירותם של עינויים, או לצורך קידום אינטרסים פוליטיים, נגד טובתו של מטופל.

השאלה המתבקשת מהצהרות אלו היא מהי מחויבותה של מדינת ישראל להצהרות אלו, במיוחד לאור העובדה שהצהרות לא לוקחות בחשבון את מכלול השיקולים, כגון מחויבותה של המדינה לחייהם ושלומם של האסירים.

אלו הן הצהרות של הקהילה הרפואית הבינלאומית, שהיא קהילה הנמצאת בשיתוף פעולה עם האו"ם וארגונים בינלאומיים אחרים, אך אין להצהרותיה חיוב משפטי על מדינות. עם זאת, חלק מהצהרותיה, כגון הצהרת טוקיו, התקבלו כדוקטרינה בינלאומית דרך ארגונים משפטיים בינלאומיים, ויש להם כוח משפטי כמסמכי רקע והמלצה במשפט הבינלאומי. בנוסף, הסתדרויות לאומיות, כמו ההסתדרות הרפואית בישראל, נוטות לקבל את המלצותיה ולהחיל אותן על עצמם. לדוגמה, בהסתדרות הרפואית בישראל, קבעו במסמך נייר העמדה שלהם ש"רופא לא ישתתף בהאכלה בכוח של שובת רעב".²³ אך מן העבר השני, ניתן לראות כי בשנת 2005 קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם שניתן להזין בכוח אסיר אם תיגרם לו סכנת חיים ויש צורך רפואי בכך.²⁴ לפיכך ניתן לראות שהדעה בעולם עדיין חלוקה בעניין ההזנה בכפייה, ואינה מוסדרת בחוק הבינלאומי, ולפיכך הצהרות ההסתדרות הרפואית הבינלאומית הן בגדר המלצה להסתדרויות רפואיות לאומיות – אך לא קביעה משפטית.

²³ הסתדרות הרופאים בישראל, האכלת שובתי הרעב 2005, סעיף 6.

²⁴ Markus Müller & Christoph Jenni, *Hunger Strike and Force-Feeding*, p. 8.

סיכום

אמנם, מובן מאליו כי מתן היתר לטיפול באסיר בניגוד לרצונו איננו פתרון רצוי וכמובן שאיננו פתרון פשוט, לא מבחינה משפטית ולא מבחינה אתית-רפואית, אך בהינתן המצב הקיים פתרון זה הינו הפתרון הנכון.²⁵

הצעת החוק מבקשת להגן על שלושה אלמנטים עיקריים: האחד, זכותו לחיים של האסיר אשר מחאתו מסכנת את חייו באופן מיידי. השני, האינטרסים הביטחוניים של מדינת ישראל אשר עלולים להיפגע כתוצאה ממותם של אסירים שובתי רעב. השלישי, האינטרס של המדינה לאכוף את חוקיה ולמנוע את ניסיונו של האסיר לקרוא תיגר על ריבונותה. הדעת נותנת, כי שלושת האלמנטים עליהם מבקשת ההצעה להגן מלמדת כי הצעת החוק נועדה לתכלית ראויה, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

הצעת החוק אכן פוגעת באוטונומיה של האסיר ובחופש הביטוי שלו אולם נוכחנו לראות כי פגיעה זו הינה פגיעה מידתית ומוצדקת מהטעמים הבאים: ראשית, ישנו חשש ברמת הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה באינטרסים הביטחוניים של ישראל כתוצאה ממותם של אסירים שובתי רעב. שנית, הפגיעה בחופש הביטוי של האסיר נובעת אינהרנטית כתוצאה מהיותו אסיר. שלישית, הפגיעה בחופש הביטוי ובאוטונומיה של האסיר הינה המינימלית ביותר הדרושה לשם הגנה על חייו של האסיר ועל שלומם של תושבי המדינה.

אשר על כן, מתבקשת המסקנה כי הצעת החוק המבקשת לכפות טיפול רפואי לאסיר שובת רעב אשר נשקפת סכנה לחייו באופן מיידי נועדה לתכלית ראויה, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועומדת במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה הישראלית.