

משפט ורפואה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית": בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה

אביעד הכהן*

נושאים שונים המשיקים לעולם הרפואה והמשפט תופסים מקום של כבוד במסכת הארוכה של יחסי "דת ומדינה". נושאים דוגמת ניתוחי מתים, השתלות איברים, הפסקת הריון ("הפלה מלאכותית"), קביעת רגע המוות, ברית מילה, הפריה חוץ-גופית, המתת חסד, טיפול בנוכרי בימי שבת ומועד, קביעת אבהות, ניתוק חולה ממכונת הנשמה, ונושאים רבים אחרים היו כרוכים לפריחתם של סכסוכי "דת ומדינה" ולעתים הגיעו עד כדי מעשי אלימות. המאמר מבקש לתת סימנים בדרכי הילוכו של המשפט הישראלי בסוגיות אלה, ומתמקד לא רק בתוכן ההסדרים המשפטיים גופם, אלא גם בדרכי יצירתם, מניעיהם ותוצאותיהם. באמצעות עיון זה יש, לדעת הכותב, כדי ללמד לא רק על הסוגיה הספציפית שנדונה במאמר – ניתוחי מתים לצורכי אנטומיה ופתולוגיה – אלא על דרכה של הסדרת יחסי דת ומדינה בישראל בכלל. בראשית המאמר נסקרת סוגיית ניתוחי המתים באופן כללי; לאחר מכן נבחנים ההסדרים הנורמטיביים שליוו סוגיה זו, תוך התמקדות בחוק האנטומיה והפתולוגיה על גלגוליו השונים. בהמשך נבחן היחס שבין חוק זה לבין חוק חקירת סיבות מוות, תוך עמידה על חוסר ההרמוניה החקיקתית בין השניים שיסודה ב"מעשה טלאים" האופייני לחקיקה הישראלית. בחתימת המאמר נבחנת השפעתו האפשרית של חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו על סוגיה זו, ומוצע הסדר שונה לפתרון סכסוכים בענייני "דת ומדינה", שעיקרו פיתרון לבר-משפטי, שלא באמצעות נורמות חקיקתיות או החלטות שיפוטיות כופות של בתי המשפט.

* תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. מורה ומנהל המרכז לחקר המשפט העברי ולימודו במכללת "שערי משפט". תודתי נתונה לתלמידי בקורס "דת ומדינה" בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת "בר אילן" שכמה מן הרעיונות המובאים כאן נולדו מתוך העיון המשותף עמם בדרכי הפיתרון הראויות לסוגיית העימות שבין "דת ומדינה" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית". תודתי נתונה לרב יעקב רוז'ה, היועץ מטעם הרבנות הראשית לישראל למכון לרפואה משפטית, לד"ר רפי פפר מבית החולים תל השומר ולגב' פביאן חדד מנהלת הספרייה במשרד הבריאות, על סיועם האדיב עמי בנקודות שונות. לתודה מיוחדת ראויה עו"ד נעמה ויצ'נר, עורכת גיליון זה של "שערי משפט", שיוזמה את כתיבת המאמר ובעידודה המתמיד והבלתי פוסק הביאה להפרכתו ממחשבה למעשה. כמוכן, השגיאות והמשוגות שנתרו בכתובים, "עלי היו כלנה".

א. אקדמות מילין

ב. נתיחה שלאחר המוות – רקע כללי

ג. ההסדר הנורמטיבי

1. בתקופה המנדטורית ובראשית ימיה של המדינה

2. חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953.

3. בעקבי החוק

4. סוגיית ניתוחי מתים כקלף מיקוח קואליציוני

5. תיקון תשמ"א

6. לפני התיקון ולאחריו

ד. חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958

ה. היחס בין שני החוקים

ו. השפעת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו

ז. "ערכיה של מדינה יהודית"

ח. מן הכלל אל הפרט

ט. סוף דבר

א. אקדמות מילין

על שלושה דברים עומד עולמם של יחסי "דת ומדינה" במדינת ישראל: על האמת, על הדין ועל השלום.¹ על ה"אמת" – התיאולוגית, המשפטית והמדעית שכל אחד מן המעורבים בקלחת אוחד בה בחזקה; על ה"דין" – הניסיון לכפות נורמות התנהגות באמצעות מערכות משפט, חקיקה ופסיקה; ועל ה"שלום" – הניסיון למצוא הסדרים שיאפשרו חיים בדו-קיום בצוותא הישראלית, תוך אימוץ ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" שהשלום והפשרה – מאבני היסוד שלה המה?² המעייין במסכת הארוכה של יחסי "דת ומדינה" בישראל, או – לעתים נכון יותר לומר – העימות המתמשך והבלתי פוסק שבין הציבור הדתי והציבור החילוני במדינת ישראל, יגלה כי נושאים שונים המשיקים לעולמם של רפואה ומשפט תופסים בו מקום נכבד.

נושאים דוגמת ניתוחי מתים, השתלות איברים, הפסקת הריון ("הפלה מלאכותית")³, קביעת רגע המוות, עריכת ברית מילה⁴, הפריה חוץ-גופית, המתת חסד, טיפול בנוכרי בימי שבת ומועד⁵, קביעת אבהות, ניתוק חולה ממכונת הנשמה, ונושאים רבים אחרים היו כר נוח לפריחתם של סכסוכי "דת ומדינה" ולעתים הגיעו עד כדי מעשי אלימות.

בדברים שלהלן ננסה ליתן מספר סימנים בדרכי הילוכו של המשפט הישראלי בנתיבות אלה. מוקד הדברים לא יהיה רק תוכן ההסדרים המשפטיים גופם, אלא גם דרכי יצירתם, המניעים להם

1 ראה משנת אבות א, יח.

2 ראו לאחרונה: מ' אלון, "הדין, האמת, השלום והפשרה: על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה", מחקרי משפט יד (תשנ"ח), 269.

3 סעיפים 313-318 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57.

4 רק לאחרונה הוגשה עתירה לבג"צ בעניין זה המבקשת לאסור עריכת ברית מילה בטענה שהיא נוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: בג"צ 578/98 העמותה נגד חיתוכים באברי מין של תינוקות נ' משרד הבריאות. בעת כתיבת הדברים הדין בעתירה טרם נסתיים.

5 נושא זה עלה לכותרות בשנת 1965 בעקבות טענתו של פרופ' שחק כי רופאים דתיים נמנעו מלהגיש בשבת עזרה לנוכרי. ראו לאחרונה: הרב א' רונצקי, י' אחיטוב, "חילול שבת, חילול השם", מימד 16 (תשנ"ט), 20-16.

והתוצאות שנבדלו בעקבותיהם. עיון זה, יש בו לדעתנו כדי ללמד על דרכה של הסדרת יחסי דת ומדינה בישראל בכלל, ובאמצעות שתי הזרועות המשפטיות העיקריות – החקיקה והפסיקה – בפרט.

סוגית האוטופסיה, הנתיחה שלאחר המוות (autopsy, post-mortem examination) נדונה בספרות המשפטית וההלכתית מהבטים שונים⁶. במשך שנים רבות עמדה סוגייה זו במוקד החיכוך שבין הדת והמדינה המשיק לעולמם המשותף של המשפט והרפואה. המעקב אחר הנסיונות – משמאל ומימין – לעשות שימוש בכלים משפטיים – הן במישור החקיקה והן במישור הפסיקה – לפתרון בעיה זו, לצד מסלולי הסדר חלופיים (כגון פיתרון פוליטי או חברתי), יכול ללמדנו פרק מאלף בדרך יצירתם ויישובם של סכסוכים בענייני "דת ומדינה".

בראשית הדברים ביקשנו לסקור את סוגיית ניתוחי המתים באופן כללי; לאחר מכן עברנו לבחינת ההסדרים הנורמטיביים שליוו סוגיה זו, תוך התמקדות בחוק האנטומיה והפתולוגיה על גלגוליו השונים. בהמשך עברנו לבחינת היחס שבין חוק זה לבין חוק חקירת סיבות מוות, ועמדנו על חוסר ההרמוניה החקיקתית שיסודה ב"מעשה טלאים" האופייני לחקיקה הישראלית. מכאן עברנו לבחינת השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הסוגיה דגן וחתמנו בהצעת מודל ראוי לפיתרון לבר-משפטי לסכסוכים בענייני דת ומדינה, והסוגיה דגן בכלל זה. למותר לומר, שנושא זה מהווה רק פרק אחד ממסכת רחבת היקף של יחסי הגומלין שבין ה"דת" וה"מדינה", והמעשים שעיצבו אותו גם התוצאות שעוצבו על ידו, צריכים להיבחן אף לאור ההסדרים הכלליים יותר שבתחום זה.

6 המחקר המקיף והמעמיק ביותר בשאלה זו מנקודת מבט משפטית הוא מאמרו של ש' ברקוביץ, "אספקטים משפטיים בשאלת ניתוחי מתים בישראל", שפורסם בשני חלקים בדיני ישראל ז' (תשל"ז) קמג"פ; דיני ישראל ח (תשל"ז), עמ' סה"ק [להלן – ברקוביץ, חלק א; ברקוביץ, חלק ב]. סיכום טוב של החומר הרפואי ובעיקר ההלכתי והאתי מצוי אצל א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ד (תשנ"ד), עמ' 528 ואילך, ושם הפניה למקורות רבים. ביבליוגרפיה מקיפה על "ניתוחי מתים בהלכה" פורסמה על ידי הרב ק' כהנא (ירושלים, תשכ"ז), ושבה ונדפסה בספר אסיא ו (תשמ"ט) שחלקו האחרון מוקדש לנושא זה. בין המאמרים שפורסמו בעת האחרונה: הרב ח"ד הלוי, "תרומת הגוף למדע לאחר מיתה", תחומין ה (תשמ"מ), עמ' 244-247; הרב ש' גורן, ניתוח מתים לפי ההלכה, הרפואה (1994) 126, עמ' 416-419; א' שטינברג, "מוות לאחר חיסון – נתיחה לאחר המוות", אסיא טו (תשנ"ז), 129-132; א' ברשק, "קופולוביץ, נתיחת גופה – חשיבותה בעידן המודרני", הרפואה 134 (1998) (י) 181-169. עמ' 809-807; הרב י"ד בלייך, "ניתוח מתי נוכרים", עיונים במשפט העברי ובהלכה (תשנ"ט), עמ' 169-181. ראו גם: מ' אלון, "ההלכה והרפואה החדשה" מולד ד (תשל"א) 228-236 [=ספר סנהדרין (ת"א, תשל"ב), 239].

7 עשינו שימוש במינוח רווח זה (בדומה לארצות אחרות - Religion and State), הגם שבמקרים רבים במציאות הישראלית מדובר על עימות בין "ממסד הדתי" (השוו: Church and State הרווח בארה"ב ובמדינות אחרות) או ה"ציבור הדתי" לבין המדינה או הציבור החילוני.

ב. נתיחה שלאחר המוות - רקע כללי

ניתוח המת מוגדר דרך כלל כפעולת ביתור המבוצעת בגופו של נפטר שמטרתה לימוד ומחקר נתונים רפואיים שונים⁸. הנתיחה נעשית באמצעות חיתוך בגוף הנפטר מהצוואר לאורך החזה והבטן, הוצאת האיברים הפנימיים ובידיקת כל אחד מהם במטרה לקבוע את סיבת המוות. כמו כן פותחים את הגולגולת ובודקים את מוחו של הנפטר⁹. הפתולוגיה נועדה לסייע בקביעת האבחנה הקלינית, בקידום המחקר הרפואי והיא משמשת אמצעי חשוב בהוראת מקצוע הרפואה¹⁰. הנתיחה שלאחר המוות מאפשרת גם ביקורת על פעולת הרופאים ותפקודם¹¹. הפתולוגיה מאפשרת לקבוע את סיבת מותו המדויקת של אדם, כשלקביעה זו השלכות רבות-משמעות בתחום המשפט, הן הפלילי והן האזרחי-ניוקי. כתוצאה מכך אף התפתח ענף שלם במשפט של "רפואה משפטית". בחלק מהמקרים משמש הניתוח להוצאת איברים מגוף הנפטר ולהשתלתו באחרים לשם ריפויים¹². למן ימים קדמונים, נאסרה הנתיחה בגוף המת מטעמים דתיים. על פי עדויות שונות, גלינוס, מגדולי הרופאים בעולם העתיק, מעולם לא ניתח מת. איסורים דתיים דומים חלו גם בתרבויות המזרח העתיק, כמו הודו, סין וסוריה¹³.

הנצרות הקדומה נחשבה כגורם עיקרי למניעת התפתחותו של מדע האנטומיה, בשל התנגדותה החריפה לכל ביתור של גוויות בני אדם¹⁴, וציוותיה לנהוג יחס של כבוד בטיפול בגופות שממנה נבע החיוב לקבורן או לשורפן¹⁵. האפיפיור בוניפאציוס השמיני פרסם בשנת 1300 איגרת שבה הוטל חרם על אנשים השולקים גוויות בני אדם. בשנת 1482 חל שינוי מה בעמדת הנוצרים הקתולים, כאשר האפיפיור סקסטוס הרביעי נתן את הסכמתו העקרונית לביתור גופות לצורכי לימוד אנטומיה, והחלטה זו אושרה גם על ידי האפיפיור קלמנט השביעי, בשנת 1524. בשנת 1737 נקבעה עמדתה הרשמית של הכנסייה הקתולית, על ידי האפיפיור בנדיקטוס ה-14, שלא רק מתירה אלא אף מחייבת את ביתור הגוויות לתועלת האמנויות והמדעים¹⁶.

8 א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד (ירושלים, תשנ"ד), עמ' 528.

9 ברקוביץ א ולעיל, הערה 5, עמ' קמה.

10 עם התפתחות אמצעי המחשה המודרניים הועם במקצת זהרה של הפתולוגיה בשטח זה, אם כי בכל בתי הספר לרפואה בעולם עדיין עושים שימוש גם בנתיחת גוויות להוראת מקצוע האנטומיה והפתולוגיה וטרם נמצא לה תחליף של ממש.

11 ה' אונגר, "תפקידים ואתגרים לפתולוגיה בימים אלה", הרפואה סט, עמ' 12; ולאחרונה: א' ברשק, ' קופולוביץ, "נתיחת גופה - חשיבותה בעידן המודרני", הרפואה 134 (תשנ"ח), עמ' 807.

12 נושא זה, של השתלת איברים, מעורר שאלות נכבדות הן במישור האתי, הן במישור המשפטי וההלכתי. ראו, לפי שעה, א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך ב (ירושלים, תשנ"א), עמ' 191-244 והמקורות שצויינו שם; ע' שפירא, "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי", עיוני משפט יד (תשמ"ט), 225; והמקורות שנזכרו להלן, בהערה 87.

13 שטינברג, שם, עמ' 529-530; ע' יעקובוביץ, הרפואה והיהדות, ירושלים, תשכ"ו עמ' 162-163.

14 שטינברג, שם, עמ' 585, 530.

15 ברקוביץ, ב, עמ' צ.

16 ברקוביץ, שם; שטינברג, שם, עמ' 585 והמקורות שנזכרו שם.

בשנת 1832 נחקק באנגליה "חוק האנטומיה" שלפיו מוסדות ההוראה הרפואיים היו מקבלים את כל הגופות של חולים "עזובים" שקרובי משפחתם לא אותרו, על מנת שיוכלו לעשות בהם שימוש לצורכי הוראת אנטומיה, מכוח היותם מעין *res nullius* - "רכוש נטוש"¹⁷. גישה זו, המפלה "בין אדם לאדם" הותקפה בחריפות ע"י הרב הראשי לישראל, הרב הרצוג, שהתנה את הסכמתו לביצוע נתיחה שלאחר המוות בכך שההסדר יחול על הכל בשווה¹⁸.

בעולם האסלאם הקדום והמסורתי נאסרה נתיחת המתים מכל וכל. עמדה זו הביאה לכך שבאוניברסיטאות שונות ברחבי העולם האיסלאמי נמנעים מלכלול את נתיחת הגופות במסגרת לימודי האנטומיה בבתי הספר לרפואה¹⁹. עם זאת, חלק מחכמי הדת המוסלמיים בני ימינו נוטים להקל בעניין זה, ומתירים נתיחת מתים שמשמשת לצורכי מחקר רפואי. זו גם היתה עמדתם של מקצת מראשי העדה המוסלמית בישראל, שנתבקשו לחוות דעה ביחס לתוכנו המוצע של חוק האנטומיה והפתולוגיה²⁰.

שאלת ניתוח מתים זכתה לעיון רב בספרות ההלכה היהודית למן המאה ה־18 ואילך²¹. פולמוס נרחב בנושא זה התנהל בספרות התורנית של שנות ה־20 בארצות הברית. בעקבות הפולמוס אף הוקמה ועדה מיוחדת של רבנים, ומסקנתה - שאומצה על ידי "אגודת הרבנים" היתה שיש לאסור כל דרך של ניתוחי מתים לצורך לימוד ומחקר²². לעומת זאת, קיימת נטיה להקל יותר כאשר הנתיחה דרושה לשם קביעת סיבת מותו של אדם שנגרמה בעבירה והעמדת העבריין לדין, או לשם אבחון מחלה תורשתית שתמנע פגיעות נוספות בנפש בעתיד²³.

אחת הבעיות הגדולות שניצבות לפתח חכמי המשפט העברי בעניין זה נובעת מההתפתחות העצומה שחלה במדע הרפואי בדורות האחרונים. העקרונות שקבעו ה"נודע ביהודה" או ה"חתם סופר", בני המאה ה־18 וה־19, נתבססו על מצב הרפואה ודרכי העברת הידע הרפואי בימיהם. התמורה העצומה שחלה בתחומים אלה מני אז ועד היום, מחייבת התייחסות שונה לחלוטין לקטיגוריות ההלכתיות. כך, לדוגמא, אותו כלל גדול שטבע ה"נודע ביהודה" ולפיו כאשר הנתיחה נעשית לצורך "חולה הנמצא לפנינו", ניתן להתירה בתנאים מסויימים. אמצעי התקשורת המודרניים כמו גם דרכי העברת הידע הרפואי בתוך שניות מסוף העולם ועד קצהו, מאפשרים לראות בכל מצב את הידע שמופק מנתיחה שלאחר המוות כמסוגל להציל "חולה שלפנינו", אף אם בפועל נמצא הוא מרחק אלפי מילין מהמקום בו מבוצעת הנתיחה²⁴.

17 גישה זו סיימה מחלוקת בת עשרות שנים בין אנשי המדע לאנשי הדת. ראו: ארמ"י, "הוד מורא המוות", הפרקליט יא (תש"ט), 80. המחבר מעיר כי לאור הפער שבין הביקוש לגוויות לצרכי לימוד ומחקר לבין ההיצע הדל, נהגו "מחטטי קברים" להוציא גוויות מקבריהן זמן קצר לאחר הקבורה, עד שנתכנו בשם "מחיי המתים" (...). כתוצאה מכך תוקנה פקודת החוק הפלילי והוספה לה עבירה של "חילול קבר".

18 א"ד זילברשטיין, "בעית ניתוח מתים ופתרונה", יבנה 3 (תש"ט), 215.

19 ברקוביץ, ב, עמ' צב"צג והמקורות שנזכרו שם.

20 א' לישי, הקאדים והשריעה בישראל, העולמא ובעיות דת בעולם המוסלמי (ג' בר עורך, ירושלים, תשל"א), עמ' 302-304; והמקורות המובאים ע"י ברקוביץ, שם.

21 סקירה מקיפה ובהירה על ספרות זו מצויה אצל שטינברג, שם, עמ' 532 ואילך.

22 קובץ יגדיל תורה, שנה ט, קונטרס א (ניסן תרע"ז), מובא אצל שטינברג, שם, עמ' 534, והערה 34. עם חברי הוועדה נמנו הרב שלום אלחנן הלוי יפה מניו-יורק; אברהם נחמן שווארץ מבוולטימור; הרב אליעזר סילבר מהריסברג; הרב אליעזר מאיר פרייל מטרוונטו וד"ר דב רעוועל מניו יורק.

23 על השיטות השונות בעניין זה ראו בהרחבה אצל ברקוביץ, חלק ב, עמ' ע"צ.

24 ברקוביץ, ב, עמ' פא"פד ומקורות שם.

בדרך קיצונית עוד יותר נקט פרופ' ישעיהו ליבוביץ', שכדרכו בסוגיות אחרות של "דת ומדינה", נקט אף כאן בגישה שאין לעשות כלל שימוש במקורות ההלכתיים שמדורות עברו, לאור השוני העקרוני בתפיסה הבסיסית של מדע הרפואה בן ימינו ומקומה של נתיחת המתים בו²⁵.

ג. ההסדר הנורמטיבי

1. בתקופה המנדטורית ובראשית ימיה של המדינה

עד שנת תשי"ג (1953), סוגיית ניתוחי המתים כמעט ולא זכתה לתהודה ציבורית. מקרי הנתיחה היו מועטים יחסית ובאותם מקרים בהם היה קיים צורך בדבר – הגיעו הצדדים לידי הסכמה. כך, לדוגמה, נפטר בירושלים, באביב תרפ"ח, פרופ' דולזנסקי, מייסד כתב העת "הרפואה", בשל דלקת מוגלתית בדרכי המרה והכבד. לפני מותו ציווה את גופו למדע, והניתוח בוצע בהסכמת הרבנות הראשית לאחר שהשתכנעה כי הניתוח יסייע לחולים אחרים.

לפי נתונים שונים, באותה תקופה ביצעו ניתוחי מתים מעת לעת, אך רק לאחר קבלת הסכמת קרובי משפחתו של הנפטר ולאחר קבלת הסכמת רבני העיר שנתקבלה אם אלה השתכנעו שהדבר נחוץ לגילוי מחלות ומניעתן²⁶.

הרבנות הראשית שנזקקה לסוגיה זו בעקבות פניה שקיבלה מבית החולים "הדסה", פירסמה ביום ט' בטבת תש"ד (12.1.44), את החלטתה המתירה לבצע ניתוחי מתים בארבעה מקרים:

- א. ניתוח גופות על פי דרישת החוק, כשהמיתה היא בלתי טבעית או חשודה כבלתי טבעית;
- ב. כשהרופא אינו יכול לקבוע את סיבת המוות בלי ניתוח. במקרה זה ניתן ההיתר רק על סמך תעודה חתומה בידי שלושה רופאים, שהניתוח נחוץ למטרה זו;
- ג. ניתוח גופות לשם פיקוח נפש, היינו לצורך ריפוי והצלתו של אדם חולה אחר. גם כאן נחוצה תעודה של שלושה רופאים כנ"ל;
- ד. במקרה של מחלה תורשתית, כשניתוח נחוץ כדי להדריך את משפחת הנפטר ולהזהירם כי ינקטו באמצעי הזהירות הנדרשים.

היתרים אלה ניתנו ע"י הרבנות הראשית בתנאי שהטיפול בגופה ייעשה בכבוד הראוי בעת ביצוע הנתיחה, ושמיד לאחריה ימסרו לחברה קדישא חלקי הגופה על מנת שיובאו לקבורה. הרבנות הראשית קבעה עוד כי אין היא מתנגדת לכך שגופתו של אדם שנתן את הסכמתו מראש, בעודו בחיים, לנתיחת גופתו, תשמש לניתוחים אנטומיים לצורך לימוד רפואה בבית ספר לרפואה, בתנאי שחלקי הגופה יובאו לקבורה מכובדת²⁷.

כעבור שנתיים ימים, בשנת תש"ו, נתנה הרבנות הראשית היתר שאושר בשנית במכתב מיום כז' בתשרי תשי"א בהאי לישנא:

אין התנגדות מצד הרבנות שגופותיהם של אלה שהסכימו לזה בחיים חתום על ידם מרצונם הטוב, ישמשו לניתוחים אנטומיים לצרכי לימוד הרפואה, בתנאי שישמרו על החלקים המנותחים ולהביאם – ככלות תפקידם ההוראתי – לקבורה בכבוד כדת תורתנו הקדושה.

25 'ליבוביץ', "על אמונה ועל מאגיה", טורי ישרון ב (י), כסלו תשכ"ז, עמ' 20-21. על גישתו הכוללת של ליבוביץ' לשאלות "דת ומדינה" אני מקווה לעמוד במקום אחר.

26 י"ל רוקח, הרפואה, 28.4.30. מובא אצל שטינברג, שם, עמ' 536.

27 מ"ד זילברשטיין, יבנה ג (ניסן תש"ט), עמ' 214; שטינברג, שם, עמ' 537.

ערב הקמתה של הפקולטה לרפואה באוניברסיטה העברית, בשנת תש"ז (1947), פנתה הנהלת האוניברסיטה וההסתדרות המדיצינית הדסה בשאלה לרבנות הראשית לישראל²⁸. במשא ומתן שהתנהל בין הרב הראשי לישראל, הרב הרצוג, והרב צבי פסח פרנק, לבין הנהלת הדסה הושג הסכם לפיו יתורו ניתוחי מתים בתנאים שקבעה הרבנות בשנת תש"ד²⁹. לימים, ערב חקיקת החוק, שב הרב הרצוג ונדרש לנושא, תוך שהוא תומך בהצעת החוק המוצעת³⁰.

2. חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953

נושא הנתיחה שלאחר המוות הוסדר לראשונה בחקיקה הישראלית בחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953³¹, ובתקנות שהותקנו מכוחו³². חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 והתקנות שהותקנו מכוחו נועדו להסדיר נתיחות במקרים בהם קיים חשש סביר שהמוות אינו טבעי. הסדר מקביל לגבי חיילים נקבע בסעיף 1298 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

הצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה היתה קצרה בתכלית, בן עמוד אחד, ובה 9 סעיפים קצרים. החוק ביקש להתיר את הנתיחה לצורך שלוש מטרות עיקריות:

1. קביעת סיבת המוות (לצורך רפואי או לצורך חקירה משטרתית);
2. לצורכי השתלות איברים לשם ריפוי חולים אחרים;
3. לצורכי לימוד ומחקר.

לפי סעיף 2 להצעת חוק, במקרה שבו נתן אדם, בעודו בחיים, את הסכמתו בכתב לכך שגוויתו תשמש למטרות מדעיות התיר החוק את נתיחת הגופה "לצורכי לימוד ומחקר". הוא הדין במקרה של "מת מצווה", שאיש לא דרש לטפל בגווייתו לאחר הפטירה. סעיף 5 לחוק הוסיף וקבע כי לא יאוחר משנה מהיום שבו נתקבלה הגווייה בבית הספר לרפואה - תובא - עם חלקיה המבותרים - לקבורה "לפי דיני העדה הדתית שעמה נמנה המת".

סעיף 6 לחוק, שלימים עמד בעין הסערה, קבע לאמר:

מותר³³ לרופא לנתח גויה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם, אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הנתיחה משמש לאחת המטרות האמורות.

כבמקרים רבים אחרים בראשית ימיה של המדינה, הצורך בחקיקה חדשה בנושא לא היה פרי של מהלך מתוכנן מראש, אלא נבע מכוח ומכורח הנסיבות: לאחר שהוקם בית הספר לרפואה של

28 הרב הרצוג, קול תורה א"ג (תש"ז-תש"ט) [=פסקים וכתבים יו"ד, סימנים קנ"קנה; שו"ת משפטי עוזיאל חלק א, יו"ד, סימנים כח"כט; שו"ת ישכב עבדי חלק ו, יו"ד סימן יט; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן יד.

29 שטינברג, שם, 536.

30 ראו בהרחבה: ר"א הרצוג, פסקים וכתבים כרך ה: שו"ת בדיני יורה דעה (ירושלים, תש"ן), סימנים קנ"קנה (עמ' תקע"ד-תרכח), ובמבוא שם, עמ' 98.

31 ס"ח תשי"ג, 162. לנתיחת משפטי נרחב של החוק וסעיפיו השונים ראו ברקוביץ, א, עמ' קנ"ד-קעג. ראו גם: ה' אונגר, "היסוד החוקי לביצוע ניתוחי גופות בישראל", הרפואה (נטו), עמ' 208; א' גלובוס, "שאלות ותשובות על חוק נתיחי מתים", הרפואה (סו), עמ' 196.

32 תקנות האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ד-1954, ק"ת תשי"ד, 324.

33 ברקוביץ, א, עמ' קנו, ביקש ללמוד מלשון המחוקק - "מותר" ולא "רשאי" - שהמחוקק ביקש להדגיש "שעקרונות קיים איסור על נתיחה שלאחר המוות". דומני שעיון בלשון החוק במקרים אחרים, אינו מביא בהכרח למסקנה זו.

האוניברסיטה העברית ו"הדסה", היה צורך בקביעת מקצוע האנטומיה והפתולוגיה בתוכנית הלימודים שלו, כנהוג בבתי ספר לרפואה בכל רחבי העולם. עניין זה מצא את ביטויו גם בדברי ההסבר להצעת החוק³⁴.

שר הבריאות י' סרלין שהציג את ההצעה לפני מליאת הכנסת³⁵, היה מודע לרגישות שטמונה בהצעת החוק. הן בדברי ההסבר והן בדבריו מעל דוכן הכנסת בהיר כי הבעיה נדונה כבר בתקופת המנדט, והפיתרון המוסכם שבין הרבנות הראשית לבין בית החולים "הדסה" שימש בסיס לה. השר הוסיף: "אעשה הכל כדי לבוא בדברים עם כל הגורמים על מנת שמצד אחד לא תפגענה התקנות ברגשות הדתיים ומצד שני שתהיינה יעילות ושנוכל להשיג את המטרות שאותן הציב לעצמו החוק הזה... אני יודע שבעיית ביתור הגופות היא בעיה עדינה מאד בישראל. אנשי הדת מחולקים בדעותיהם, ולא אני שאעז לפסוק בעניין זה. אולם מה שהותר על ידי גדולי תורה, אמנם בשתיקה ולא בפירושו, לקהילות ישראל בפולין בשנות העשרים והשלושים על מנת לאפשר לבחורי ישראל להשתלם ברפואה, מן הדין מן ההיגיון ומן החובה הלאומית להתיר ולאפשר לנוער שלנו בבית הספר לרפואה שלנו במדינה שלנו".

בדיון שנערך במליאת הכנסת מיד לאחר מכן, הביעו ח"כים שונים מהסיעות הדתיות את הסתייגותם מהצעת החוק. ח"כ קלמן כהנא (פא"י) טען שהחוק עומד בניגוד לחופש המצפון והדת והציע שכל ניתוח שלאחר המוות – גם לצורך חקירת סיבת המוות – יוכל להתבצע רק אם היתה הסכמה מפורשת של הנפטר לכך לפני מותו. כמו כן ביקש להגדיר טוב יותר את מהות ההסכמה. לטענתו הצורך בהסכמת שלושה רופאים אינו ממשי, כי הרופאים חותמים על כל בקשה באופן אוטומטי. לחלופין הציע שאחד משלושת הרופאים החותמים יהיה "רופא ממשלתי מיוחד" שתפקידו יוגדר בחוק ויקבל גם את הסכמת הרשות הדתית המוסמכת שאליה השתייך הנפטר. לעומת זאת, התנגד נמרצות לביתור גופות לשם לימוד ומחקר, מאחר שניתן למצוא לכך פיתרון על ידי "מודלים משוכללים אשר על פיהם יכול סטודנט הרפואה לרכוש את הידיעות הנחוצות באנטומיה", או באמצעות ניתוח גופות של חיות. ח"כ כהנא התנגד גם לאמור בסעיף 2 להצעת החוק, בדבר ניתוח של "מת מצווה" גלמוד ובודד שאין לו מי שידרוש את גופתו לשם קבורה. גם ח"כ זלמן בן יעקב, נציג "אגודת ישראל", התנגד נמרצות לניתוח גויות לשם לימוד וחקירה מדעית או ניתוח של "מת מצווה". הוא הסכים לניתוח אדם שנתן לכך את הסכמתו בחיים וכן לניתוח שדרוש לקביעת סיבת המוות במקרים פליליים. ח"כ בן יעקב הוסיף והציע כי שלושת הרופאים שיוסמכו לאשר ניתוח יהיו כדלהלן: רופא אחד שנתמנה על ידי משרד הבריאות, רופא שנתמנה על ידי קרוב הנפטר או בא-כוחו ורופא שנתמנה לשם כך על ידי העדה הדתית שאליה השתייך הנפטר. בכל מקרה, הוא תבע כי תימסר ידיעה מוקדמת על הניתוח המתוכננת לרב

34 הצ"ח תשי"ג, 184. הצעת החוק היא מיום 5.3.53 ומיד לאחריה נתפרסמה הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי דין רבניים), תשי"ג-1953 שהקנתה לבתי הדין סמכות ייחודית בענייני נישואין וגירושין. עיון במועדי הבאת הצעות חוק שיש להם זיקה לענייני "דת ומדינה" לכנסת, הן בהליכי החקיקה הראשוניים והן בשלבים הסופיים מלמד שהעיתוי שנבחר אינו מקרי. בהרבה מקרים (גם אם לא בכלם) מדובר ב"עסקת חבילה" בה ניתן "ראשו" של חוק אחד תמורת "ראשו" של אחר. על סוגיה זו אעמוד בהרחבה במקום אחר.

35 דברי הכנסת מיום א' מנחם אב תשי"ג (13.7.53), עמ' 1912.

הישוב³⁶. ח"כ א"מ גניחובסקי (הפועל המזרחי) הציע שלא תותר נתיחה ללא הסכמת הרבנות הראשית, ושלא תותר נתיחה ללא הסכמת המשפחה.

חברי כנסת אחרים, בעיקר כאלה שייצגו עמדות חילוניות מובהקות (דוגמת ח"כ יצחק בן אהרן, נציג מפ"ם³⁷), תקפו בחריפות את התנגדותם של נציגי הסייעות הדתיות וראו בהצעה הכרח לקידום הרפואה בארץ. בתווך הוצגו עמדות שונות (דוגמת זו של ח"כ אריה אלטמן מתנועת החרות ושל ח"כ אלימלך רימלט, נציג הציונים הכלליים) שביקשו למצוא פשרה בין הגישה המסורתית היהודית, לבין דרישות המדע בן ימינו.

בדברי תשובתו למסתייגים, שב שר הבריאות ולימד סניגוריה על ההצעה, תוך שהוא סומך את עמדתו גם על מקורות המשפט העברי, ובסופם הכריז: "איש מאתנו אינו מתכוון לרמוס רגשות דתיים ברגל גאווה של המדע"³⁸. החוק הועבר לוועדת השירותים הציבוריים, וזמן קצר ביותר לאחר מכן, כחודש וחצי בלבד, הובאה הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית. ביום טו' באלול תשי"ג (26.8.53), נדחו באחת הסתייגויות הח"כים הדתיים (ורוהפטיג וכהנא) שנגעו בעיקרם לצורך בקבלת הסכמת הנפטר, בעודו בחיים, או בני משפחתו לנתיחה שלאחר המוות. לאחר דיון קצר ביותר, אושרה הצעת החוק המקורית, למעט שינויים קטנים, והיתה לחוק מחייב³⁹.

מנקודת מבטה של הדת היהודית, היו בחוק כמה מכשולים פוטנציאליים: הלנת המת לשם נתיחתו, ניוול המת ובזיזו ואיסור ההנאה מן המת וההיתר לערוך ניתוח בגופו של "מת מצווה"⁴⁰. עם זאת, בהכירם את מגבלות כוחם הפוליטי נמנעו חברי הכנסת הדתיים מפעולה נוספת במישור הפרלמנטרי וזירת המאבק הועתקה לרחובה של עיר.

3. בעקבי החוק

לא עברו ימים רבים, והחלו מתפרסמים - בעיקר בעיתונות החרדית והדתית - נתונים על מספר הגדול של הנתיחות שנעשות בכתי חולים שונים ללא הסכמת רבנים ולעתים אף ללא הסכמת קרובי המשפחה⁴¹. כדרכם של מאבקים בסוגיות דת ומדינה, נתלקחה עד מהרה אש המחלוקת והמאבקים הפכו להיות אינטנסיביים יותר ויותר, הן מבחינת היקפם הן מבחינת עצמתם עד שלעתים הגיעה כדי מעשי אלימות של ממש.

זמן קצר לאחר חקיקת החוק, החלה מערכה מאורגנת בעיתונות הדתית - בעיקר זו הקשורה ל"אגודת ישראל" - נגד הרופאים הפתולוגים. חלק מהמערכה כוון כנגד השיעורים הגבוהים של הנתיחות שללאחר המוות המבוצעים בישראל לעומת מדינות אחרות. כך, לדוגמה, בשנת תשי"ד (1954), הובאו נתונים מעל במת הכנסת שלפיהם בכ-67% של כלל הנפטרים נערכת נתיחה שלאחר

36 דברי הכנסת שם, עמ' 1915.

37 שם, בעמ' 1916-1917.

38 דברי הכנסת שם, עמ' 1925. השר העיר כי "גירסא דינקותא" סיעה לו בהבנת המקורות ההלכתיים בסוגייה זו.

39 דברי הכנסת מיום טו' באלול תשי"ג (26.8.53), עמ' 2527-2531.

40 סעיף 4 לחוק הגביל מפורשות את תחולתה של ההוראה שבסעיף 8(2) לפקודת בריאות העם, 1940 שקבעה כי אין להשהות קבורתו של מת יותר מ-48 שעות.

41 מ' גרייבר, נתוח המתים לצורך לימוד וחקירה מנקודת השקפת הדת הישקאלית (ירושלים, תש"ג) [להלן: גרייבר], עמ' נו"נ; שטינברג, 537.

המוות⁴². בבתי חולים מסויימים הגיעו אחוזי הנתיחה לכ-90% מכלל הגופות⁴³. חברי הכנסת מהסיעות הדתיות הביעו מורת רוח מכך שהחוק אינו מקויים הלכה למעשה, ובפועל נערכות נתיחות שלאחר המוות גם במקרים שבהם החוק לא נתכוון לאפשר זאת⁴⁴. שר הבריאות י' סרלין טען שבכל המקרים אכן היתה הצדקה חוקית לעריכת הנתיחה⁴⁵. עמדה עקיבה זו של שר הבריאות הוצגה גם בעקבות טענות שהועלו בשנים שלאחר מכן⁴⁶.

ה"מירון" בין הסיעות הדתיות על רכישת אהדת הציבור הדתי הביא לכך שגם בתחום זה, כמו בתחומים אחרים, ביקשה כל מפלגה ל"נכס" לעצמה את המאבק בנתיחי המתים. בעוד ש"אגודת ישראל" ו"פועלי אגודת ישראל" ניהלו את עיקר המאבק בדעת הקהל ובפעילות פרלמנטרית אופוזיציונית שכללה, בין השאר, העלאת הצעות לסדר היום והגשת שאילתות בכנסת בעניין זה⁴⁷, לעתים תוך שילוח ביטויים חריפים ביותר ברופאים ובבתי החולים⁴⁸. נציגי המזרחי-הפועל המזרחי, ביקשו לעומת זאת לנצל את שותפותם בממשלה לרכישת אהדה ציבורית בקרב הציבור הדתי בנושא זה. הגם שהחוק שייך, מעצם טיבו וטבעו, למשרד הבריאות, ניצל סגן שר הדתות ז' ורפהטיג את שליטת משרדו על חברות ה"חברה קדישא" ברחבי הארץ וביקש כי ירכזו נתונים באשר למצב הגופות המובאות לקבורה. בעקבות הצטברות הנתונים הוגשה תלונה רשמית לשר

42 ראו דברי הכנסת מיום יט' באב תשי"ד (18.8.54), עמ' 2435. על פי הנתונים שהביא ח"כ שלמה לורנץ (אגו"י), מתוך 652 נפטרים בתל אביב במשך כמחצית השנה נותחו 425 גופות. נתונים רבים לעניין זה הנוגעים לשנים 1953-1973 הובאו במאמרו הנ"ל של ברקוביץ, חלק ב, עמ' קיב. משום מה נשמטו אצלו נתונים משנת 1960 שהובאו ע"י שר הבריאות לכנסת: בי"ח תל השומר - 59.6%; בי"ח רמב"ם בחיפה - 65%; בי"ח צירפין - 37%; בי"ח בילינסון - 36%; בי"ח הדסה בתל אביב - 35.4%; בי"ח הדסה בירושלים - 46%. מספר הנתיחות הרב ביותר בוצע בבי"ח קפלן ברחובות - 70%. ראו דברי הכנסת מיום ח' בשבט תשכ"א (25.1.61).

43 ראו דברי סגן שר הדתות, ז' ורפהטיג, דברי הכנסת מיום כב' באדר תשס"ו (16.3.55), עמ' 1117. הנתונים הגיעו למשרד הדתות באמצעות ה"חברה קדישא" אליה הגיעו הגופות, לאחר נתיחתן, לשם קבורתן. נתונים דומים מארה"ב הצביעו על שיעור של כ-25% בלבד של נתיחת גופות [דברי הכנסת מיום 2.1.57, עמ' 654]. ביקורת על התערבות זו בעניין המסור, לכאורה, לטיפול משרד הבריאות השמיע ח"כ יזהר הררי (פרוגרסיבים), ראו דברי הכנסת שם, 1127, ודברי שר הבריאות, שם, עמ' 1202. סגן שר הדתות טען, בתגובה, כי מאחר ש"ענייני קבורה שייכים למשרד הדתות", גם המצב שבו נמסרות הגופות ל"חברא קדישא" הוא מענייניו. ראו דברי הכנסת שם, עמ' 1206.

44 דברי הכנסת מיום יח' אדר ב' תשי"ד (23.3.54), עמ' 1302 (דברי הח"כים לורנץ וקלמן כהנא). ראו גם שם, עמ' 1297, דברי ח"כ מיכאל חזני, ותגובת שר הבריאות, י' סרלין, שם, עמ' 1308.

45 דברי הכנסת שם, עמ' 2436.

46 ראו לדוגמא דברי הכנסת מיום ז' באדר תשס"ו (1.3.55), עמ' 975.

47 ראו, לדוגמא, דברי הכנסת מיום יא' באב תשי"ך (4.8.60), עמ' 2069; דברי הכנסת מיום ח' בשבט תשכ"א (25.1.61), עמ' 813; דברי הכנסת מיום כד' באייר תשכ"א (10.5.61), עמ' 1665; דברי הכנסת מיום ח' באדר ב' תשכ"ב (14.3.62), עמ' 1578; דברי הכנסת מיום כג' בסיון תשכ"ב (25.6.62), עמ' 2421 (פרשת נתיחת גופתו של הרב א"מ רבינוביץ-תאומים); דברי הכנסת מיום כג' בתמוז תשכ"ג (15.7.63), עמ' 2385-2388, ושם עמ' 2037-2038; דברי הכנסת מיום ז' שבט תשכ"ד (23.12.63), עמ' 54-55 (החלפת גוויות במכון לרפואה משפטית); דברי הכנסת כרך 37, עמ' 1036, 1657, ועוד.

48 דוגמת "רומסים את המתים", "אין שלטון ביום המוות", "הרופאים עושים בגופות הנפטרים כרצונם", ועוד כהנה וכהנה. ראו, לדוגמא בעלמא, דברי הכנסת מיום ל' בסיון תשכ"ב (2.7.62), עמ' 2519, ושם עמ' 2522-2523; תיאור מצמרר שנועד להבעית את השומעים ניתן בדברי אחד הח"כים הדתיים, ראו דברי הכנסת מיום כד' באייר תשכ"ה (26.5.65), עמ' 1963.

הבריאות ואף הוקמה ועדת חקירה שבדקה את מכלול הטענות והגיעה למסקנה כי אין בטענות כל ממש⁴⁹.

משרד הבריאות אף טען שבבקבות חקיקת החוק ירד מספר ניתוחי המתים מדי חודש⁵⁰. תגובה זו לא "הרגיעה" את נציגי הסיעות הדתיות ואחד מהם, ח"כ מיכאל חזני, אף תבע, במלים נרגשות, להקים "ועדת חקירה פרלמנטרית לבירור השערוריה של ניתוחי המתים בבתי החולים של מדינת ישראל, ללא צורך מוכח, על ידי עובדי משרד הבריאות ובחסותו של שר הבריאות... זוהי שערוריה שהביאה לידי פריצת כל הסכרים ולידי התרת כל רצועה עד שכבודו של האדם נעשה הפקר⁵¹". מויכוח ענייני גלש עד מהרה הדיון בנושא לזירת התגוששות בין הסיעות הדתיות כשכל אחת מהן נוקטת בכלל "וכל המרבה - בהבאת מקרים מזעזעים - הרי זה משוכח"⁵².

ניסיון לתקן את החוק⁵³ נעשה בהצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון), תשי"ז-1957. עיקר התיקון נועד לקבוע איסור על נתיחת גופתו של אדם שלא הביע הסכמתו, בעודו בחיים, לנתיחה והחלת חובת הודעה למשפחה במקרה של פטירה, קודם לביצוע הנתיחה.

הסערה סביב ניתוחי המתים לא שככה. בעקבות הצעה לסדר היום שהגיש ח"כ קלמן כהנא⁴⁵, בעקבות שני מקרים בהם נערכו נתיחות למרות ששופט חוקר החליט שלא לנתח, הועברה הסוגיה לוועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת⁵⁵. בפני הוועדה הופיעו שר המשפטים, היועמ"ש לממשלה, מנהל בתי המשפט ונציגי משרד הבריאות והמכון לרפואה משפטית. מהנתונים שנאספו, הוברר לוועדה כי יש פערים גדולים ביותר בשיעור הנתיחות שלאחר המוות בין בתי החולים השונים⁵⁶. הפרשים אלה לימדו כי השוני אינו נובע מנסיבות עובדתיות גרידא אלא ממדיניות שונה בהם נוקטים בתי החולים השונים, בקביעת ה"צורך" הממשי לשם בירור סיבת המוות.

4. סוגיית ניתוחי מתים כקלף מיקוח קואליציוני

הסיעות הדתיות שביקשו הישגים שיוכלו להשתבח בהם בעומדם למשפט הבוחר, כללו בהסכם הקואליציוני שנחתם בראשית שנת 1960 סעיף שקבע כי "הממשלה תקבע ועדה לבדיקת החוק

49 הדרי"ח הוגש לשר הבריאות ביום 11.3.55, ותקציר הימנו ניתן בדברי שר הבריאות מעל במת הכנסת, ראו דברי הכנסת מיום כז' באדר תשט"ו (21.3.55), עמ' 1158.

50 דברי הכנסת, שם. על פי הנתונים שמסר השר, בשנת 1953, ערב חקיקת החוק, נותחו במוצע 192 גופות בחודש, ואילו בשנה שלאחריה, 1954, נותחו במוצע 179 גופות לחודש.

51 דברי הכנסת שם, עמ' 1190. ח"כ חזני אף העלה הצעה לסדר היום בעניין מינוי הוועדה. ראו דברי הכנסת מיום יא' בסיון תשט"ו (1.6.55), עמ' 1765.

52 אופייניים לעניין זה דברי ח"כ ש' לורנץ, דברי הכנסת שם, עמ' 1195. במהלך דבריו קרא תגר על התערבות סגן השר מהמפלגה היריבה בנושא לאחר שתיקה בת שנתיים ימים. ראו גם דברי ח"כ בנימין מינץ (פא"י), שם, עמ' 1201. תגובת סגן שר הדתות כללה נתונים שונים על פעולות שיוזם בעניין זה מיד לאחר חקיקת החוק. ראו דברי הכנסת שם, עמ' 1206. ראו גם דברי ח"כ ז' בן יעקב (אגו"י), בדיון על תקציב משרד הבריאות מיום ו' בניסן תשט"ו (29.3.55), עמ' 1376.

53 נוסח ההצעה פורסם בנספחות לדברי הכנסת מיום כט' בטבת תשי"ז (2.1.57), עמ' 658.

54 דברי הכנסת מיום א' באדר ב' תשי"ט (11.3.59), עמ' 1422.

55 בראש הוועדה עמד ח"כ זרח ורפהטיג, והיו חברים בה הח"כים ד' ברר-ב'האי, ש' יוניצ'מן, ח' צדוק, י' קליבנוב, ח' רובין, הרב י"ש רוזנברג, וש"י גרוס. מסקנותיה פורסמו בנספחות לדברי הכנסת מיום ב' באב תשי"ט (6.8.59), עמ' 3047.

56 כך, לדוגמא, עמד אחוז הנתיחות בבית החולים תל השומר בשנת 1957 על 93% (!!!), בשנת 1959 על 75.6%, לעומת בית החולים בילינסון בו עמד שיעור הנתיחות בשנת 1958 על 33% בלבד.

בעניין ניתוח מתים, והוועדה תגיש את מסקנותיה לממשלה. הסדר החדש ייכון על הצורך להתחשב בנידון זה גם עם רצונה של משפחת הנפטר⁵⁷. במקביל לפעילות הפרלמנטרית, נערכו בארץ עשרות הפגנות של יהודים דתיים שדרשו למנוע מהפתולוגים לנתח גוויות ללא הסכמת בני משפחת הנפטר. בחלק מהמקרים הובילו הפגנות אלה להתפרצויות אלימות נגד המשטרה⁵⁸. ביטוי ממוסד לפעילות בתחום זה ניתן בהקמת "ועד ארצי למניעת ניתוחי מתים"⁵⁹, ו"וועדה ציבורית להגנת כבוד האדם", שאף פרסמה בטאון בשם "במאבק על כבוד האדם"⁶⁰. בחודש טבת תשכ"ב הוקמה על ידי משרד הבריאות ועדה של רופאים, רבנים ומשפטנים⁶¹ שדנה בהיבטיה השונים של הבעיה. הקמת הוועדה לא היתה מקרית: זמן קצר קודם לכן מונה ח"כ יצחק רפאל, נציג "הפועל המזרחי" לתפקיד סגן שר הבריאות והקמת הוועדה שהיתה אחת מפעולותיו הראשונות נועדה להביא ליישום האמור בהסכם הקואליציוני. הוועדה קיימה עשרות דיונים במשך כשלוש שנים⁶², וחבריה נחלקו ביניהם באשר לפיתרון הרצוי. הכיוון הכללי היה בהצעת תיקונים שונים לחוק שלפיהם יוגבלו הנתיחות שלאחר המוות

57 מ' אלון, חקיקה דתית (ירושלים, תשכ"ח), 195.

58 כך, לדוגמא, באירוע אלים שהתרחש בבני ברק בחודש מרץ 1962, כאשר מאות מפגינים מנעו מהמשטרה, במשך ארבע שעות, לקחת גופת אדם שצנח ומת באמצע הרחוב לבדיקה במכון לרפואה משפטית, תוך שהם תוקפים את השוטרים. פרשה זו הגיעה לדיון בכנסת בעקבות הצעה לסדר היום שהוגשה בעניין זה. ראו דברי הכנסת מיום ח' באדר ב' תשכ"ב (14.3.62), עמ' 1658; 1577-1583. בסופו של דבר הוחלט להעביר את בירור העניין לוועדת הפנים של הכנסת שהחליטה לגנות את ההתפרעות. ראו דברי הכנסת שם, עמ' 1905.

59 ראו, לדוגמא, דברי הכנסת מיום ה' בטבת תשכ"ב (12.12.61), עמ' 615.

60 למיטב ידיעתי הופיעו רק 2 חוברות, ויש לתקן האמור אצל שטינברג, שם, עמ' 537, הערה 48. הוועדה הוציאה גם פרסומים נוספים, דוגמת "גיות הזהב של מחקר הגוויות", תשל"ב: Operations in Israel (Jerusalem, 1966?) Compulsory Post-Mortem.

61 ההודעה על הקמת הוועדה נמסרה מעל במת הכנסת ביום ה' בטבת תשכ"ב (12.12.61). ראו דברי הכנסת מאותו יום, בעמ' 615, וכן דברי הכנסת מיום ל' בסיון תשכ"ב (2.7.62), עמ' 2532, 2523; דברי הכנסת מיום א' באב תשכ"ג (22.7.63), עמ' 2446. חברי הוועדה היו הרב יצחק אריאלי, הרב אברהם כהנא-שפירא (לימים) – הרב הראשי לישראל, פרופ' ה' אונגר, פרופ' א' דה-פריס, ד"ר מ' יהל, ד"ר מ' חן, עו"ד נפתלי ליפשיץ, ד"ר חיים שיבא וד"ר פלך שליינגר. שטינברג, 538. מסקנות הוועדה לא נתקבלו על ידי הממשלה, והניסיון לתקן את החוק על סמך המלצותיה נדחה ולא עברה את הקריאה הראשונה. ביטוי לתסכול שחשו נציגי אגו"י בעניין זה נמצא בדברי ח"כ י"מ לוי, בדיון על הרכב הממשלה החדשה. ראו דברי הכנסת מיום כ' בטבת תשכ"ו (12.1.66), עמ' 367.

62 מסקנות הוועדה ניתנו בחודש דצמבר 1964. על סמך ההמלצות, הניח משרד הבריאות תזכיר חוק על שולחנה של הממשלה שלא הבשיל לבסוף לכדי הצעת חוק בכנסת החמישית שעמדה לפני סיום כהונתה ולאחר מכן נדחתה לגמרי. ראו דברי סגן שר הבריאות, דברי הכנסת מיום כד' באייר תשכ"ה (26.5.65), עמ' 1965-1966 ומסקנות ועדת השירותים הציבוריים, שם, בעמ' 26.

רק למקרים שבהם צפויה תועלת להצלת חיים או לשם השתלת איברים⁶³. כמו כן נדרש שיתוף המשפחה בהחלטה אם לערוך את הניתוח למעט מצבים דחופים שבהם אי הנתיחה תפגע באינטרס הציבורי או שהנתיחה דרושה לגילוי טעות רפואית משמעותית במהלך הטיפול בחולה. הוועדה הציעה להקים ועדת פיקוח ליישום החוק שעם חבריה יימנו רופא, רב וכהן דת. החלטת הרוב בוועדה קבעה כי במקרה שהרופאים יבקשו לנתח גוויה אך תהיה לכך התנגדות מצד מי שמוסמך להתנגד יובא הדבר להכרעת רב או כהן דת, הכל לפי המקרה. לשם כך יוסמך שר הבריאות להקים ועדות ערר אזוריות ליד בתי החולים השונים.

בסופו של דבר, לא אומצה דעת הרוב על ידי הממשלה וההמלצות נותרו כאבן שאין לה הופכין במשך כמחצית השנה⁶⁴. אבן נגף ביישום ההחלטה היתה התנגדותם העיקשת של הרופאים לקביעת הצורך בהסכמת המשפחה כתנאי מקדמי לנתיחה. המומחים העריכו שבמקרה כזה ירד אחוז הנתיחות לפחות מ-10% בגלל התנגדותן הצפויה של המשפחות.

במהלך השנים נעשו נסיונות רבים לתקן את החוק אך ללא הועיל⁶⁵. בימיה האחרונים של הכנסת החמישית, החליטה הכנסת להעביר את הצעת החוק המתוקנת לאחר הקריאה הראשונה לוועדת השירותים הציבוריים⁶⁶.

עם הקמת הממשלה, לאחר הבחירות לכנסת הששית, נכללו בהסכם הקואליציוני שלושה תיקונים נוספים, והובאו לאישור הכנסת לקריאה שנייה ושלישית. ברגע האחרון, "משכו" אנשי סיעת המפד"ל – בלחצה של הרבנות הראשית – את ידיהם מהצעת החוק וההצבעה על הצעת התיקון נדחתה פעם נוספת. ביני לביני נתעוררה סערה ציבורית גדולה⁶⁷, ותיקון החוק כולו נדחה למשך שנים רבות, עד שעת הכושר בשנת 1981, שתידון להלן.

למרות כשלונה המוחלט במישור המשפטי, נשאה פעילותם הנמרצת⁶⁸ של אנשי "הוועדה

63 י' רפאל, "בעיית ניתוחי מתים", גיליון כה (תשכ"ז), 77-76 [=יצא לאור גם כתדפיס נפרד, "לשאלת נתוחי מתים"].

64 ביטוי לכך ניתן גם בדיון שנערך בכנסת בעניין יישום מסקנות הוועדה. ראו דברי הכנסת מיום כד' באייר תשכ"ה (26.5.65), עמ' 1963.

65 להד רב זכתה קריאתה של קבוצת רופאים דתיים, ואנשי אגודת אנשי מדע שומרי תורה, שיצאו בקריאה לחברי הכנסת לחוקק חוק שימנע נתיחת מתים ללא הסכמה מפורשת של משפחת הנפטר, לנהוג כבוד במת ולהקפיד על ביצוע נתיחות שהינן הכרחיות בלבד. הד לכך ניתן בבטאון תורה ומדע ד (תשל"ד), עמ' 90-88, מובא אצל שטינברג, עמ' 538.

66 ראו מ' אלון, חקיקה דתית (לעיל, הערה 57), עמ' 29-28.

67 ראו אלון שם, עמ' 29-30; וגילוי הדעת מטעם התנועה ליהדות של תורה בעניין נתיחת מתים בקובץ "החדש יתקדש והקדוש יתחדש" (ירושלים, תשכ"ו), עמ' 38-40.

68 בין השאר, גנבו חברי ה"ועד" ארגז שבו נאספו חלקי גופות מבתי חולים, הציגו אותו בהפגנות פומביות שערכו נגד נתיחות מתים והובילו אותם לקבורה המונית, במטרה לעורר את דעת הקהל באשר להזנחה ולזלזול שנהגים בהם בתי החולים. ראו, לדוגמא בעלמא, ידיעות אחרונות מיום 16.2.67, והכחשת שר הבריאות מעל בימת הכנסת, דברי הכנסת מיום א' אדר ב' תשכ"ז (13.3.67), עמ' 665.

הציבורית להגנה על כבוד האדם" פרי במישור הציבורי-הדתית. שאלת ניתוחי המתים עלתה על סדר היום⁶⁹ וזכתה להד ציבורי נרחב⁷⁰.

ביום 7.1.66 פרסם היועץ המשפטי של משרד הבריאות חוות דעת שנסובה, בין השאר, על פרשנות סעיף 8(1) לפקודת בריאות העם, 1940 בה נקבע, בין השאר, כי "רשאי הרופא... לקבוע את סיבת המוות לפי מיטב ידיעתו ואמונתו". לדעת היועץ המשפטי של משרד הבריאות, "מיטב הידיעה והאמונה" אינו מחייב את הרופא לקבוע את סיבת המוות המדויקת, וממילא נתון לו חופש פעולה רחב בעניין זה. לפי חוות דעת זו, כשאין לרופא סיבה להניח שהמוות נגרם כתוצאה מגורם לא טבעי, "אין לבקש את ניתוח הגווייה לשם קביעת סיבת המוות". עמדה זו זכתה לביקורת⁷¹ ובהקשרה עלתה לדיון אף השאלה האם רופא יכול לסרב למלא אחר הוראת הרופא הממונה עליו ולהימנע מלחתום על תעודת פטירה.

ביום ל' בניסן תשכ"ה, התקיים כנס ארצי של עסקני ציבור מכל הארץ בתל אביב, בראשות הרב י' לנדא, רבה של בני ברק, ובין השאר נתקבלה בו החלטה להתחיל במסע ציבורי מאורגן, בארץ ובחו"ל, כדי לעורר את דעת הקהל "נגד ההפקרות השולטת בניתוחי מתים"⁷².

ביטוי של אלימות מילולית המשקף את התלהטות הרוחות⁷³ ניתן בקיץ תשכ"ו, עת בה נערכו הפגנות מחאה במקומות שונים ברחבי הארץ. באחת מההפגנות הרבות נגד נתיחת המתים התבטא איש העדה החרדית, ישעיהו שינברגר כי "אין הבדל בין ד"ר מנגלה לבין שר הבריאות ישראל ברזילי. שניהם מבתרים גופות רק למטרות מחקר"⁷⁴. התבטאות זו החריפה את המתח והביאה להסלמת העימות בנושא.

ביום א' מרחשון תשכ"ז התפרסם "פסק דין" של רבני ישראל, עליו חתמו 356 רבנים, דינים וראשי ישיבות, ובראשם שני הרבנים הראשיים - הרב יצחק נסים והרב איסר יהודה אונטרמן, והרב יחזקאל אברמסקי, נשיא ועד הישיבות. פסק הדין⁷⁵ ביטא עמדה נחרצת נגד הנתיחה שלאחר המוות:

בהיות שגדלה הפירצה בניתוחי מתים, אנו מביעים דעתנו כי ניתוח מתים בכל דרך שהיא אסור לפי דין תורה, ואין מקום להיתר אלא באופן של פיקוח נפש מיידי, וזאת רק בהסכמה לכל מקרה ומקרה של רב מובהק המוסמך לכך. פסק דין זה מהווה אזהרה נגד חקיקת חוק בניגוד להאמור בו.

69 בין השאר, באמצעות שאילתות שהונחו על שולחן הכנסת. ראו, לדוגמא, דברי הכנסת מיום א' בניסן תשי"ז (2.4.57), עמ' 1649; א' אדר ב' תשכ"ז (13.3.67), עמ' 1664-1665; כט' אדר ב' תשכ"ז (10.4.67), עמ' 2076.

70 בין השאר באמצעות העלאת הצעות לסדר היום בנושא זה. ראו לדוגמא דברי הכנסת מיום ו' בטבת תשכ"ז (29.12.65), עמ' 284. ליבוי המחלוקת הביא גם לתופעות של אלימות. כך, לדוגמא, דיווח עיתון "הצפה" מיום י' באלול תשכ"ז (28.8.66) על רופא ש"גייס" 15 סטודנטים לרפואה כדי להוציא גופת נפטר לנתיחה שלאחר המוות למרות התנגדות משפחת הנפטר. עובדה זו הוכחשה מאוחר יותר על ידי שר הבריאות. ראו דברי הכנסת מיום יא' בחשון תשכ"ז (25.10.66), עמ' 103.

71 ראו גם דברי הכנסת מיום טז' כסלו תשכ"ז (29.11.66), עמ' 410.

72 י' קלפהולץ, ספר כבוד המת (ירושלים, תשכ"ו), הקדמה.

73 פרשה שעוררה סערת רוחות ציבורית נגעה להתפרעותם של אנשי המושב רווחה בבית החולים קפלן בעקבות נתיחת גופתו של אחד מבני משפחתם. העניין הגיע אף לשולחנה של הכנסת בעקבות הצעות לסדר היום בעניין זה. ראו דברי הכנסת מיום יג' בסיון תשכ"ג (1.6.66), עמ' 1599 ואילך.

74 מעריב מיום 2.8.66. ראו גם דברי הכנסת מיום 25.10.66, עמ' 105.

75 נוסחו מובא אצל מ' אלון, חקיקה דתית (ירושלים, תשכ"ח), עמ' 30. על אופיו החריג של "פסק דין" זה, ראו אלון, שם. ראו גם אלון, "הלכה והרפואה החדשה" (לעיל, הערה 6).

ביום ב' אדר ב' תשכ"ז (14.3.67) נערכה בירושלים הפגנה המונית נגד נתיחת מתים. בהפגנה נפצעו 27 שוטרים ועשרות מבין המפגינים. בעקבות ההפגנה נעצרו 19 מפגינים ונגרם נזק לרכוש. סוגיית נתיחת המתים שבה ועלתה על סדר היום הציבורי במלוא העוצמה. הרבנות הראשית לישראל הגיבה בדרכה-שלה. כאילו לא היה די בנוסחו החריף של "פסק הדין" הנזכר לעיל, עליו חתמו מאות רבנים ודיינים, שבה ונתכנסה מועצת הרבנות הראשית לדיון בנושא ביום כט' בניסן תשכ"ז, בו נטלו חלק - לבד מחברי המועצה - גם רבנים מערי ישראל ודייני בית הדין הרבני הגדול. בהחלטה שנתקבלה שבה מועצת הרבנות הראשית וקבעה כי:

ניתוח אדם לאחר מותו שלא הסכים בכתב במפורש לנתיחו, או משפחתו לא הסכימה בכתב לנתיחו - מהווה כפיה לעבור על הדת.⁷⁶

כאילו לא די בכך, הרי שמספר חודשים לאחר מכן אירע בבני ברק מקרה שהלהיט את הרוחות ברחוב הדתי. הרבנית שרה גדל, אשתו של ר' גדליה גדל מראשי כולל "חזון איש" בבני ברק נפטרה בבית החולים תל השומר כתוצאה ממחלת לב. הרופאים שטיפלו בה הבטיחו למשפחתה כי לא תנותח לאחר המוות וכך נרשם גם בתעודת הפטירה. בקרב בני המשפחה נתעורר חשש שלמרות זאת הגופה אכן נותחה והם הזמינו רופא פרטי מטעמם שיבצע בדיקה של הגופה. הלה גילה מיד סימן של חתך במקום הלב וכאשר נפתחה הגופה בנוכחותו הוברר שהלב הוצא מגופת המנוחה. רק לאחר התערבותו של ד"ר חיים שיבא, מנהל בית החולים, הוחזר הלב למקומו והגופה נקברה בשלמותה.⁷⁷ בעקבות מקרה זה מינה שר הבריאות ועדת חקירה עמה נמנו מנכ"ל המשרד ד"ר גז'בין והפרופסורים רחמילביץ וקיין שהשתכנעה כי לאור ייחודו של המקרה מבחינה רפואית ונדירותו היתה הצדקה לנתיחת הגופה, כדי להסיק מסקנות במקרים דומים בעתיד. הוועדה הסיקה שאכן נעשה משגה מצד הרופאים שלא דאגו להשגת חתימתם של שלושה רופאים כדי להתיר את הנתיחה.

עוצמת המאבק נחלשה מעט בשנות השבעים, אם כי מדי פעם לובתה האש מחדש.⁷⁸ אחד ההסברים לריכוך המאבק בתקופה זו הוא שבעקבות מאבקם של החוגים הדתיים גברה המודעות לנושא ובעקבות זאת החל גל של תרומת גופות ככל שנדרשו לצורכי הוראת אנטומיה.⁷⁹

76 נוסח ההחלטה מובא אצל ברקוביץ, ב, עמ' פ.

77 מעריב מיום ב' בניסן תשכ"ז; ראו גם דברי הכנסת מיום ב' אב תשכ"ז (8.8.67), עמ' 2932.

78 אחד המקרים המפורסמים שאיימו להצית תבערה ציבורית גדולה היה הידיעה על כך שסטודנטים באוניברסיטה העברית בירושלים קיימו ביניהם התערבות מי יאכל מוח של נפטר שתרם את גופו למדע (ידיעות אחרונות מיום 7.8.74). הידיעה הוכחה כנכונה וועדת המשמעת של האוניברסיטה העברית הרחיקה את חמשת הסטודנטים שנטלו חלק בהתערבות לשנתיים ימים. ראו דברי הכנסת מיום כו' באב תשל"ד (14.8.74), עמ' 2810-2811. במקרה אחר נטען כאילו חלקי גוויות מונחות בחביות בבית החולים בביזיון, אך שר הבריאות טען שהדבר נעשה על פי הסדר בין הרבנות וה"חברה קדישא" לבין בית החולים "הדסה" בירושלים. ראו דברי הכנסת מיום כה' באב תשל"ד (13.8.74), עמ' 2741; למקרים נוספים, ראו, לדוגמא: דברי הכנסת מיום טז' בסיון תשל"ב (20.2.72), עמ' 2582 (פרסום חוברת מטעם מרכז ההסברה בנושא הפתולוגיה המציגה את עמדת הממשלה); שם, עמ' 3552 (נתיחת גופה של בן ישיבה); דברי הכנסת מיום טז' אדר ב' תשל"ג (20.3.73), עמ' 2137 (עקירת עיניים לצורך השתלת קרנית בחולה אחר); דברי הכנסת מיום כט' בחשון תשל"ג (6.11.72), עמ' 269 (נטילת קרנית מגוויה לצורך השתלה); שם, עמ' 273-274 (נתיחה לצורך בירור סיבת המוות); שם, עמ' 812 (נתיחת גופה בניגוד לצו שופט חוקר).

79 דברי הכנסת מיום כז' באדר תשל"ב (13.3.72), עמ' 1751.

כבתחומים רבים אחרים, המהפך הפוליטי של שנת 1977 סימן את התמורה בתחום זה⁸⁰. סוגיית ניתוחי המתים עלתה לכותרות פעם נוספת בעקבות אירוע טראגי שאירע בראשית חודש פברואר, 1980, לאחר שנתברר כי שתי כליות הוצאו מגופו של יהושע סלומה הי"ד, תלמיד ישיבת הסדר שנרצח בחברון ע"י מחבלים. סלומה הגיע לבית החולים במצב של גסיסה ומת כעבור זמן קצר. כ-45 דקות לאחר שנקבע מותו, הוברר שקיים צורך דחוף להשתיל את כליותיו בגופם של חולים אחרים. אחת הכליות הושלתה בגופה של נערה ערביה שהודות לה ניצלו חייה.

5. תיקון תשמ"א

לאחר שנים רבות בהן כשלו הסיעות הדתיות בתיקון חוק האנטומיה והפתולוגיה, הגיעה שעת הכושר. הצעת התיקון הונחה על שולחן הכנסת בסוף שנת 1980, ועיקרה "חישוק" הצורך בהתחשבות ברצונו של הנפטר, אם הביעו מחיים, או בהסכמת בני משפחתו⁸¹.

החוק המתוקן שנתקבל בכנסת⁸² היה בבחינת תיקון-רבתי מנקודת מבטו של הציבור הדתי בכל הנוגע להליכים הקשורים לנתיחה שלאחר המוות. ראשית, הושמטה הסיפא של סעיף 2 המקורי שהתירה נתיחת "מת מצווה" שאין לו קרובים התובעים את קבורתו גם ללא קבלת הסכמת שלושה רופאים והוחלו עליה ההוראות הרגילות.

סעיף 6 המקורי, שהוא לבו של החוק בכל הנוגע לנתיחוי אנטומיה פתולוגית תוקן והוספו לו שני סעיפים-קטנים: האחד, סעיף 6(ב) קובע כי "לא תנותח גוויה לפני תום חמש שעות לאחר מתן הודעה על הפטירה לאחד מבני המשפחה"⁸³.

באשר לנתיחה שתכליתה השתלת איברים מגופו של הנפטר, הסתמך המחוקק על עקרון המידתיות, וקבע כי במקרה זה אין לבצע את הנתיחה אלא בעבור הזמן המאוחר ביותר שבו ניתן לעשות שימוש בחלק מגופת הנפטר.

סעיף 6א שהוסף לחוק, קובע כי אם השאיר הנפטר בני משפחה, לא תנותח הגוויה - ככל שמדובר בניתוח לצורך קביעת סיבת המוות או השתלת איברים - אלא אם כן נתקבלה לכך הסכמתם.

סעיף 6א(ב) לחוק קובע כי "אם התנגד אדם בחייו בכתב שגוויתו תנותח, הרי על אף האמור בסעיף 6 ועל אף כל הסכמה של בן משפחה - לא יבוצע הנתיחוח".

סעיף 6א(ד) מוסיף "חישוק" נוסף על נתיחה אפילו לצורך הצלת חייו של פלוני, וקובע שאפילו בנסיבות אלה לא תנותח הגוויה "אם התנגד לכך האדם בחייו או אם התנגד לכך בכתב בן זוגו, אחד מילדיו או אחד מהוריו".

עמדה זו מנוגדת לעמדת רוב חכמי המשפט העברי שגורסים כי "אין דבר העומד בפני פיקוח נפש" וכשהחולה הזקוק להצלה "נמצא לפנינו"⁸⁴ - יש להצילו ואין צורך בהסכמת המשפחה.

80 "המהפך" הפוליטי של שנת 1977 מהווה נקודת ציון בכל הנוגע ליחסי "דת ומדינה". הדברים מכוונים לא רק ל"פרטים", בתחום הפורמלי-חוקיקתי בנושא זה או אחר, אלא בעיקר לתמורה מבחינת היקף ההתערבות ומהות ההתערבות. ביטויים של אלה, בניסיון לעצב הסדר כולל של יחסי הדת והמדינה במשפט המדינה בכל תחומי החיים, ולא רק בתחומים "מסורתיים" של נישואין וגירושין, שבת וכשרות. על התקופות השונות בעיצוב יחסי הדת והמדינה" בחמשים שנותיה של מדינת ישראל עמדתי בהרחבה במקום אחר.

81 דברי הכנסת מיום ב' בכסלו תשמ"א (10.11.80), עמ' 378 ואילך.

82 ס"ח תשמ"א, עמ' 42.

83 לפי הסיפא של הסעיף, ימי השבת והמועדים, של כל אדם לפי עדתו הדתית, לא יבואו במנין חמש השעות.

84 על אבחנה זו ראו שטינברג, ובמקורות שציינו שם.

סעיף 9 לחוק נועד ליצור התאמה בינו לבין חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 וקובע שהוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה לא יפגעו בהוראות חוק חקירת סיבות מוות. היינו: לעניין חקירת סיבות מוות לא נדרשת שהות בת חמש שעות ולא הסכמת בני המשפחה. עם זאת, חוק האנטומיה מחיל את חובת ההודעה לבני המשפחה על כוונת שופט חוקר לצוות על נתיחת הגופה ומחייב אותו ליתן בידם הזדמנות להשמיע את דברם בעניין זה. סעיף 10 לחוק קובע את החריג: במקרים דחופים בהם יש "סכנה מוחשית ומיידית לבריאות הציבור והתעורר צורך דחוף ומיוחד בניתוח גוויה" כדי למנוע את הסכנה, מותר לנתחה.

תיקון החוק לא הביא עמו רק שינוי "טכני", בסדרי ההודעה למשפחה, אלא שינה את שיווי המשקל של החוק: אם עד לאותה עת דרך המלך של החוק היתה קיום נתיחה במצב "סתמי", הרי שמעתה ואילך כמעט ולא נעשו ניתוחים לצרכי אנטומיה רפואית (להבדיל מניתוח לפי חוק חקירת סיבות מוות, ראו להלן) ללא הסכמה מפורשת של הנפטר, בעודו בחיים, או של בני משפחתו.

6. לפני התיקון ולאחריו

עיתויו של התיקון בחוק – זמן קצר לפני הבחירות – לא היה מקרי ומשקף את הדינמיקה של החקיקה הישראלית בכלל⁸⁵. הממשלה ביקשה לרצות את שותפיה הקואליציוניים ואילו המפלגות הדתיות ביקשו להציג בפני בוחריהן "הישגים" משמעותיים ולהוכיח להם שהשטר – ההסכם הקואליציוני – אכן נפרע.

על השיקולים האמתיים שהנחו את העלאת ההצעה דווקא במועד זה יכול ללמד גלגולו הקודם של החוק. כשנה ומחצה קודם לכן, ביום כה' בסיון תשל"ט (20.6.79), הגיש ח"כ קלמן כהנא (פועלי אגודת ישראל) הצעת חוק דומה⁸⁶. על פי הצעה זו, אין לנתח גוויה אם הורה הנפטר בכתב, בעודו בחיים, שגוויתו לא תנותח או בהיעדר הסכמה מפורשת לניתוח הגוויה של אחד מקרוביו. ההצעה ביקשה לתקן גם את האמור בסעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 ובסעיף 298 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, כך שייקבע כי לפני פתיחת קבר או ביתור גוויה לבירור סיבות המוות, תינתן לקרובי הנפטר אפשרות להביע עמדתם לפני השופט החוקר. בכל מקרה, לפי ההצעה לא יצווה השופט החוקר על ביתור הגוויה אלא אם לא ניתן לברר את סיבת המוות באמצעים אחרים ויש חשש מבוסס שהמוות נגרם כתוצאה ממעשה פלילי כשניתוח הגופה יסייע – ברמה של "אפשרות סבירה" – להביא להעמדת הנאשם לדין. הצעה זו נפלה, בין השאר ב"עידודן" – הגלוי והסמוי – של נציגי שתי המפלגות הדתיות המתחרות, "אגודת ישראל" והמפד"ל.

הדין הנוסף בהצעת התיקון לחוק האנטומיה בשנת 1980, היה מן הסוערים שידעה הכנסת מימיה. במשך כמעט שתי יממות ניהלו חברי הכנסת דיונים בוועדות הכנסת ובמליאתה. משלחת

85 הדוגמא הבולטת ביותר שמן השנים האחרונות היא חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 92, ערב פיזורת של הכנסת ה-12; וחקיקת חוק ה"בחירה הישירה" לראשות הממשלה.

86 דברי הכנסת מיום כה' בסיון תשל"ט (20.6.79), עמ' 3145. נוסח הצעת החוק, שם, עמ' 3151.

של רופאים ניצבה כל העת מחוץ לחדרה של הוועדה המיוחדת שהוקמה כדי להכין את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית בניסיון אחרון לשכנע את חברי הכנסת למנוע את קבלת התיקון. תוך כדי כך נוצר עימות חריף בינם לבין חברי הכנסת הדתיים שתמכו בחוק⁸⁷. חברי האופוזיציה נקטו ב"פיליבסטר" שנמשך שש שעות ובמהלכו קראו פרקים מן התנ"ך מעל דוכן הנואמים... בסופו של דבר אושר התיקון לחוק ברוב זעום, בהצבעה שמיית, שבסופה נתברר כי 57 ח"כים תמכו בהצעת החוק, 53 התנגדו לה ו-3 נמנעו⁸⁸.

תיקון החוק הביא ל"רגיעה" ממושכת בסוגייה זו, עד כדי היעלמותה-היאאלמותה הכמעט מוחלטת מסדר היום הציבורי. מני אז ועד היום – כעשרים שנה, כמעט⁸⁹ ולא בא זכרו של הנושא לידיעת הציבור. זאת, על אף שעובר לחקיקת התיקון לחוק ולאחריו נשמעו "נבואות" קשות ביותר מצד גורמים מרכזיים במערכת הרפואה בארץ ולפיהן "אם ייאלצו הרופאים לעבוד לפי התקנות החדשות תהיה זו בכייה לדורות", "החוק החדש יכניס את הרפואה הישראלית לעיוורון מוחלט". עד כדי כך התגלגלו הדברים שהיה מי שאמר כי בעקבות התיקון בחוק "הרפואה הישראלית הידרדרה לתקופת ימי הביניים"⁹⁰.

חברו לכך מספר סיבות: האחת, החמרת הצורך בדרישת ההסכמה והסיכון הפיליבי שבצריכת נתיחה בלעדיה מרתיעים רופאים רבים מלבצע את הנתיחה. במקרים של ספק הם מעדיפים לשבת ב"חיבוק ידיים" ולהימנע מנתיחה כדי לא לבוא במחלוקת עם בני המשפחה.

סיבה שניה היא יצירת "מנגנוני ויסות" בין בתי החולים למשפחות החולים שמאפשרים הידברות שקטה והסכמה על ביצוע הנתיחה מתוך הבנה ולא מתוך כפייה. כך, לדוגמא, מינתה לפני כעשר שנים הרבנות הראשית לישראל את הרב י' רוז'ה, לשמש מעין "יועץ" מטעמה למכון לרפואה משפטית באב"כביר. במקרים שבהם מתעורר הצורך בנתיחה, בעיקר כאשר קיים חשש סביר שהמוות אינו טבעי, פונה המכון למשפחת הנפטר ומעמיד אותה על הצורך בנתיחה. אם המשפחה מגלה התנגדות מטעמים דתיים, מוכנס לתמונה היועץ מטעם הרבנות הראשית והצדדים באים, בדרכי נועם, לידי הסכמה באשר לטיפול שייעשה – אם ייעשה – בגופה, תוך הבטחת השמירה על כבוד המת והבאתו לקבורה מיד בתום הטיפול.

הסיבות הנוספות קשורות, למרבה האבסורד, דווקא בשינוי העמדה שחל אצל חלק מהרופאים בסוגייה זו. התפתחות ענף התביעות בגין רשלנות רפואית שהפכו והיו למעין "מכת מדינה" בתי

87 הדברים הגיעו לכדי כך שכמה מן הרופאים איימו על נציג אגו"י, ח"כ שלמה לורנץ כי "לא יטפלו בו" כשייזקק לשירותיהם, והוא בתמורה הבטיח להם כי "ידאג לכך שהחברה-אקדישא לא תביא אותם לקבורה"... [מעריב מיום 27.11.80].

88 דברי הכנסת מיום כג' בכסלו תשמ"א (1.12.80), עמ' 709.

89 עם זאת, היו כמה מקרים חריגים שאינם מלמדים על הכלל. כך, לדוגמא, ממש בסמוך לאחר אישור התיקון בכנסת ועוד קודם שפורסם ב"רשומות", השתוללה קבוצת חרדים במעבדה לאנטומיה בבית הספר לרפואה של בית החולים "הדסה" בירושלים (הארץ, 3.12.80), בשל הכוונה לערוך נתיחה שלאחר המוות באשה ערירית שנפטרה, לשם לקיחת עור מגופתה לצורכי השתלה.

90 ידיעות אחרונות מיום כז' בכסלו תשמ"א (5.12.80), עמ' 11. ראו גם: ב' ברכה, "פגיעה בחופש המצפון", הארץ, 16.12.80.

החולים בארץ בשנים האחרונות השפיעה על דרך הטיפול הרפואי בתחומים שונים, וביניהם הנתיחות שלאחר המוות. כפי שצויין לעיל, קיים פער גדול ביותר, לעתים עד כדי 50%, בין המסקנות הרפואיות המתקבלות מניתוח ובדיקה קליניים של החולה לבין הממצאים המתקבלים מהבדיקה הפתולוגית. השוני במסקנות עשוי להביא לכך שבעקבות הבדיקה הפתולוגית יתברר, במקרים רבים, כי קביעותיו של הרופא המטפל שנעשו על סמך בדיקה קלינית היו שגויות מעיקרן, וממילא להגביר את חשיפתו לתביעה בגין רשלנות רפואית. לכן, קיים מעין אינטרס "משותף" גם של הרופאים המטפלים למעט, ככל האפשר, בעריכת נתיחה שלאחר המוות⁹¹.

דוגמא נדירה לדיון משפטי בחוק לאחר התיקון יוכל לשמש מקרהו של ד"ר יוסים אלכסנדר, רופא ביחידת ההשתלות הארצית של בית החולים (כתוארו אז) בילינסון בפתח-תקוה, יחידה שמשרתת את כל בתי החולים ברחבי הארץ. הרופא הועמד לדין והואשם בעבירה על סעיפים 7 ו-6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. היה זה מקרה נדיר, אולי יחיד מסוגו, בו הועמד רופא לדין פלילי בשל עבירה על החוק, וגם הוא זכה לביקורת נוקבת של ההסתדרות הרפואית.

סעיף 6(ג1) לחוק קובע כי מותר לרופא לנתח גוויה כדי להשתמש בחלק ממנה להצלת חייו של פלוגני⁹². במקרה זה, גם אם לא ניתן למסור את ההודעה לבני המשפחה בדרך הרגילה, מחוסר האפשרות לאתרם, עדיין חלה החובה לעשות ניסיון סביר למסור את ההודעה.

במקרה הנדון לא נמסרה לבני המשפחה הודעה מראש על הכוונה לנתח את גווית בן משפחתם, למרות שלטענתם שהו בבית החולים בשעת הנתיחה.

בית המשפט (כב' השופטת שרה פריש) קבע בהכרעת הדין כי ניתוח הגוויה היה לצורך הצלת חיי אדם, וכי אכן ניתן היה להודיע לבני המשפחה על הכוונה לבצע נתיחה. הרופא המנתח טען להגנת תום לב והוסיף כי סבר שרופא אחר השיג את ההסכמה הדרושה.

בית המשפט קבע כי האחריות לעניין זה היתה מוטלת על הרופא המנתח⁹³. עם זאת, לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה, קבע בית המשפט שהנאשם אכן עבר על החוק אולם הורה להימנע מרישום ההרשעה והסתפק בהשתתפות עונש סמלי של שירות לטובת הציבור; ריכוז ועדה ציבורית שתדון בנושא השתלות איברים, תסיק מסקנות ותמליץ על דרכי הפעולה הראויות של צוותים שיפנו למשפחות הנפטרים.

השופטת פריש אף פנתה למשרד הבריאות בבקשה שיעשה לתיקון מהיר ככל האפשר של התקנות:

מסתבר כי במציאות של בתי החולים בימינו ולנוכח התקדמות הרפואה, עומדים הרופאים חסרי אונים לנוכח הוראות חוק זה שלעתים קשה ליישמן, בפרט כשמדובר במצבים שבהם רופאים מגיעים מבית חולים אחד למשנהו לצורך ביצוע השתלות, כשקיימת יחידת השתלות אחת במרכז רפואי מסויים המשרת את שאר

91 השפעת-אגב נוספת של התיקון נוגעת לנוחותם של הרופאים הפתולוגים. בעבר, היו הללו מוזעקים תדיר בשעות ש"אינן לא מן היום ולא מן הלילה", לביצוע נתיחות דחופות. כיום, עם התמעטות הנתיחות, הוקל בהרבה העומס והמשא המוטל על שכמם.

92 סעיף 6(ג2) קובע שורת פעולות שמוגדרות, מראש, כ"שימוש בחלקי גוויה להצלת חיים" (וביניהם: שימוש בקרנית של נפטר להשתלה באדם אחר כדי להצילו מעיוורון, שימוש בכליה או ברקמות עור של נפטר לצורכי השתלה). בית המשפט קבע בת"פ 145/86 מדינת ישראל נ' יוסים אלכסנדר (לא פורסם) כי הרשימה אינה "סגורה", וכך עולה מהיחס בין ס"ק (2) לס"ק (1).

93 הגם שהחוק אינו קובע במפורש זאת, אלא מדבר על כך ש"תימסר הודעה".

בתי החולים... משרד הבריאות והרשויות המוסמכות צריכים לשקוד על שמירת האיזון של כבוד המשפחה מחד ועל האינטרס החברתי להרבות בהצלמתם של אלו הנזקקים נוואשות להשתלת איברים, הגואלת אותם מייסורים, מאידך⁹⁴. קריאה זו נותרה עד היום ללא מענה, והיא מתחזקת לנוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שיידון להלן.

ד. חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958

חוק נוסף שיש לו השלכה ישירה לנושא נתיחת המתים הוא חוק חקירת סיבות מוות⁹⁵, התשי"ח-1958. גלגולו הראשון היה בהצעת החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (שופטים חוקרים), תשט"ז-1956. שלימים היתה, בניסוחה הסופי, לחוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958.

חוק זה שילב בתוכו הוראות הנוגעות לחקירת המשטרה והגשת כתב אישום⁹⁶. עם חקיקת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, הופרדו שני חלקי החוק המקורי והחלק העוסק בחקירת סיבות מוות נקבע כחוק עצמאי, חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958.

עיון ב"דברי הימים" של החוק, בפרוטוקול הדיונים שנתקיימו בכנסת, מגלה כי עיקר הדיון נסוב על חלקו הראשון שעניינו סדרי הדין הפלילי, וכמעט שלא הוקדש מקום⁹⁷ לחלקו השני שבו נדונה – בין השאר – שאלת ניתוח הגוויה בידי השופט החוקר.

סעיף 19 לחוק המקורי מנה מספר עילות למינוי "שופט חוקר":

1. כאשר "יש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו אינה טבעית";
2. כאשר "יש יסוד סביר לחשש שמותו נגרם בעבירה";
3. אם מת "בהיותו נתון במעצר או במאסר או בהיותו מאושפז בבית חולים לחולי נפש או במוסד סגור לילדים מפגרים".

94 קטעים מפסק הדין צוטטו במאמרו של ש' קייזמן, היועץ המשפטי של ההסתדרות הרפואית, "למי היתה נחוצה התביעה שהוגשה בעניין חוק האנטומיה והפתולוגיה?", *מכתב לחבר נא (אדר-ניסן תשמ"ט)*, עמ' 11-12. ראו גם שם, עמ' 7-5 קטעים מפסק הדין.

95 חוק זה בא להחליף את פקודת חוקרי סיבות מוות המנדטורית, 1926, שעסקה ב"קראונר". את הרקע ההיסטורי המרתק להתפתחותו של מוסד עתיק יומין, שלידתו בשנת 1194, תיאר שר המשפטים, פינחס רוזן, בעת הדיון בקריאה הראשונה (דברי הכנסת מיום ג' בשבט תשי"ז, 16.1.56). ראו גם בג"צ 170/54, היועמ"ש נ' שופט שלום, חיפה פ"ד ט, 1058. שמו המקורי של חוקר סיבות המוות היה "קראונר", היינו איש הכתר. הלה היה צריך להבטיח כי כל ההכנסות המגיעות לאוצר המלך ייגבו במלואן. בין שאר ההכנסות, היו גם הכנסות שנוצרו מרכוש אנשים שהוגלו מן הארץ ונכסיהם חולטו ואמצעים ששימשו לביצוע עבירות. על כן, היה ה"קראונר" צריך לפקח בשבע עיניים על כל מקרה מוות שמה יתברר כי נגרם בעבירה ולאוצר המלך תצמח הימנו תועלת כלשהיא...

96 החוק נתקבל בכנסת בקריאה שלישית, ללא כל דיון או הסתייגות, ביום ו' בשבט תשי"ח (27.1.58).

97 בדיון שנערך בקריאה הראשונה נמנע נציג "הפועל המזרחי" ח"כ י"ש רוננברג (בן מאיר), להביע איזושהיא הסתייגות מתוכן ההצעה. ראו דברי הכנסת מיום ד' בשבט תשט"ז (17.1.56), עמ' 814. לעומת זאת, חבר סיעתו, ח"כ יצחק רפאל, עמד בדבריו (דברי הכנסת שם, עמ' 875) על כך שסעיף 16(א) להצעת החוק המקורית [כיום סעיף 26 בנוסחו הסופי של החוק] מרחיב את חוק האנטומיה והפתולוגיה בהתירו לא רק נתיחת גוויה אלא גם "נתיחת הקבר והוצאת הגוויה".

במקרים אלה, היו רשאים היועץ המשפטי לממשלה, קצין משטרה, רופא או כל "אדם מעוניין" לבקש משופט בית משפט השלום שבתחום שיפוטו אירע המוות או נמצאת הגוויה לחקור בסיבת המוות.

לפי סעיף 26 לחוק, רשאי השופט החוקר - "אם הדבר דרוש לבירור סיבת המוות" - לצוות על בדיקה או ביתורה⁹⁸ של הגוויה על ידי רופא או מומחה אחר, על דחיית הקבורה עד לאחר הבדיקה או הניתוח, או על פתיחת הקבר והוצאת הגוויה לשם ביצוע הבדיקה או הניתוח. על פי הצעת החוק המקורית, ניתנה הסמכות לצוות על נתיחת הגוויה גם ל"קצין משטרה בכיר" אם היה סבור "שבדיקה או ניתוח של הגוויה אינם סובלים דחייה, ולא היה במקום בו נמצא המת אותה שעה שופט חוקר".

ה. היחס בין שני החוקים

בנוסחם המקורי, נועדו הסעיפים שבשני החוקים למצב בו הנתיחה דרושה ל"בירור" (או "קביעת") סיבת המוות⁹⁹. כיום, לאור תיקונו של חוק האנטומיה, צומצמה סמכותו של השופט החוקר להורות על נתיחת הגופה: לא די בכך שיש לו "יסוד סביר להניח שסיבת המוות אינה טבעית" אלא עליו לצרף לכך גם קיומו של "יסוד סביר לחשש שהמוות נגרם בעבירה או ברשלנות או בהזנחה"¹⁰⁰.

לפי נוסח החוק הדין, דומה בעיני המתבונן כי דרכיהן של שני החוקים נפרדות: כאשר קיים חשד סביר ש"סיבת המוות אינה טבעית" או שמותו של אדם "נגרם בעבירה", חובה ללכת במסלול שהיתווה המחוקק בחוק חקירת סיבות מוות, המהווה "נורמה מיוחדת" (*lex specialis*) ואילו בהיעדר חשש כזה, כאשר מבקשים לדעת את סיבת המוות לצרכים אחרים, רפואיים בעיקרם, תחול ה"נורמה הכללית" שבסעיף 6 לחוק האנטומיה.

מצב אנומלי זה, של חוסר התאמה בין ההסדר שנקבע בחוק האנטומיה באשר לנתיחה שתכליתה קביעת סיבת המוות לבין זה שנקבע בחוק חקירת סיבות מוות היה קיים כבר מימי בראשית. סעיף 6 לחוק האנטומיה קבע מימים ימימה את החובה לקבל הסכמה של שלושה רופאים לנתיחה שלאחר המוות, דרישה שאינה קיימת בחוק חקירת סיבות מוות. המחוקק אף לא קבע מראש האם כאשר סירב שופט-חוקר ליתן היתר לנתיחה שלאחר המוות, ניתן לפנות למסלול ה"חלופי"-

98 על מנת לאבחן בין נתיחה לצורכי מחקר לבין נתיחה לצורכי רפואה אנטומית (קביעת סיבת המוות או השתלת איברים), עשה המחוקק אבחנה בין המונח "ביתור גויה" (המעורר, כך דומה, קונוטציות שליליות יותר), לבין המונח "ניתוח גוויה". השוו סעיפים 6 ו-2 לחוק, וראו ס"ח תשי"ח, עמ' 54, ותיקון טעות שם, עמ' 145.

99 ואכן, לאור המסלול המקביל שהותווה בנוסחם המקורי של החוקים, נוצר הצורך כבר בימים קדמונים להורות לרשויות באיזו דרך ילכו בכל מקרה ומקרה. ראו הנחיית היועץ המשפטי מס' 21.050 מיום 1.1.68.

100 ראו בג"צ 638/82 לוי נ' שופט-חוקר אמינוף, פ"ד לו(4) 780.

לכאורה של חוק האנטומיה ולאחר קבלת הסכמת שלושה רופאים לבצע את הנתיחה בכל זאת¹⁰¹. כמובן, ניתן להצדיק מלכתחילה אבחנה זו בתכליתם השונה של שני החוקים וברמת ה"צורך" בנתיחה כפי שהובנה ונקבעה על ידי המחוקק: חקירת סיבות מוות נועדה להביא לתוצאה שאינה מהווה "תכלית" בפני עצמה: קביעת סיבת המוות אינה "תכלית" כשלעצמה אלא אמצעי לברר האם נעברה עבירה¹⁰² שהביאה לתוצאת המוות. במידה והתשובה היא חיובית, יכולות הרשויות – המדינה ובית המשפט – לנסות ולבסס באמצעות הקביעה הרשעתו של אדם שגרם למוות בעבירה או חיובו של אדם שלישי בנשיאה בתוצאות הנזיקיות שהביאו למוות. האינטרס הציבורי המגולם כאן הוא זה של דיני העונשין או דיני הנזיקין.

לעומת זאת, בנתיחה שלפי חוק האנטומיה, לפחות ככל שמדובר בצורך לקביעת סיבת המוות לצרכים רפואיים – אבחונה של מחלה מסויימת וכתוצאה מכך קביעה בדבר מהות הטיפול שיינתן לחולים אחרים במקרה דומה או נתיחה שנועדה ליטול חלקי גוף מגווית הנפטר על מנת להשתילם לצורך ריפוי של אדם אחר (סעיף 6 לחוק האנטומיה) האינטרס שונה לחלוטין: קידום מדע הרפואה או סיוע לריפוי של אדם אחר.

כל אחד מן האינטרסים לגיטימי כשלעצמו. עם זאת, המחוקק – מתוך מדיניות שיפוטית הנגזרת מתפישה ערכית באשר למשקלו של כל ערך – יכול להעניק לאינטרס אחד משקל רב יותר מזה שהוא מעניק לחברו. במקרה דגן, נתפש האינטרס שמוגן על ידי חוק האנטומיה כבעל עוצמה פחותה יותר מהאינטרס שמוגן על ידי חוק חקירת סיבות מוות ומכאן דרישתו המקדמת להסכמת שלושה רופאים לנתיחה.

אם כך היו פני הדברים עובר לתיקון החוק, בשנת 1980, הרי שלאחר התיקונים המשמעותיים שנעשו בחוק האנטומיה הועצמה דיסהרמוניה זו – שכאמור, אפשר ויש לה צידוק כשלעצמה – פי כמה.

לפי סעיף 6א לחוק האנטומיה המתוקן, דרושה הסכמתם ה"אקטיבית" וה"פאסיבית"]=אי התנגדות[של בני המשפחה הקרובים, ואילו לפי חוק חקירת סיבות מוות די במתן "הודעה" גרידא על הכוונה לצוות על נתיחה שלאחר המוות.

לפי סעיף 6א(ב) לחוק האנטומיה, אם התנגד אדם בחייו בכתב לכך שגוויתו תנותח, לא תבוצע הנתיחה למרות הסכמתם של בני המשפחה. לעומת זאת, לא קיימת הוראה דומה בחוק חקירת סיבות מוות ודומה שלפי חוק זה, על אף קיומו של "מסמך התנגדות" של הנפטר תנותח גוויתו. לפי סעיף 6א(ה) לחוק האנטומיה, במקרה של פטירת אדם עירירי שלא הותיר אחריו "בני משפחה", כהגדרתם בחוק, לא תנותח גוויתו "אלא אם הסכים לכך בחייו". אבחנה זו אינה קיימת בחוק חקירת סיבות מוות.

101 כדי למנוע מצב זה הוציא ביום י' בחשון תשכ"ט (1.11.68) היועץ המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, הנחיה (מס' 21.050) שלפיה כאשר לרופא לשכת הבריאות המחוזית יש חשד סביר שסיבת המוות אינה טבעית – חייב הוא ללכת במסלול שהותווה לו בחוק חקירת סיבות מוות ואין הוא רשאי לפנות יותר לרופא במסלול שקבוע בסעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

102 כפי שנקבע בפסיקה, בירור סיבת המוות – ולא זהות הממית – הם העילה לקיום הנתיחה. ראו: בג"צ 170/54 היועץ המשפטי נ' א' בך, שופט שלום חיפה, פ"ד ט, 1059; בג"צ 43/62 שאמא ואח' נ' שופט שלום אשקלון, פ"ד טז, 737; בג"צ בייזר הנזכר להלן (בהערה 108, 105), עמ' 347.

כדי למנוע אנומליה זו, קבעו שני דברי החקיקה, בנוסחה הדיוס, הוראות בדבר "שמירת דינים". כבר בסעיף 9 לנוסחו המקורי של חוק האנטומיה והפתולוגיה, שנתקבל בשנת תשי"ג-1953, נכללה הוראה בדבר שמירת ההוראות שבפקודה המנדטורית, פקודת חוקרי סיבות מוות המנדטורית, שהיתה הבסיס לחוק חקירת סיבות מוות. עם תיקון חוק האנטומיה, בשנת תשמ"א (1980), תוקן גם סעיף 9 לחוק, סעיף "שמירת הדינים", וכיום הוא קובע לאמר:

חוק זה לא יפגע בהוראות חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, אולם שופט חוקר כאמור באותו חוק לא יצווה על ניתוח גוויה אלא אם ראה שיש יסוד סביר לחשש שהמוות נגרם בעבירה או ברשלנות או בהזנחה, ולאחר שניתנה לאחד מבני המשפחה הודעה על כוונתו לצוות כאמור. התייצב אחד מבני המשפחה או אדם או גוף בעל עניין¹⁰³ בהליך כאמור, תינתן לו הזדמנות להשמיע את דבריו.

הסדר דומה נקבע בסעיף 28 לחוק חקירת סיבות מוות שקובע כי "הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה (כך במקור!) יחולו, בשינויים המחוייבים לפי העניין, גם על בדיקה וביתור לפי סעיף 26" לחוק חקירת סיבות מוות. דא עקא: כדרכו מימים ימימה סתם המחוקק ולא פירש מהם "השינויים המחוייבים לפי העניין", שעל פיהן יחולו הוראות חוק האנטומיה על מקרים שנכנסים לגדר תחולתו של חוק חקירת סיבות מוות.

הלכה למעשה קיימת כיום נטיה להימנע מהחלת כל התיקונים שהוספו לחוק האנטומיה בשנת 1980 על מקרים שנכנסים בגדרו של חוק חקירת סיבות מוות. במקרים אלה, המצדיקים מתן צו על ידי השופט החוקר לנתיחת הגופה, אין מתחשבים תמיד בהתנגדותו המפורשת של הנפטר בעודו בחיים לנתיחה שלאחר המוות ולבני המשפחה אין "מעמד" מחייב של ממש בהחלטה הסופית. לפי סעיף 9 המתוקן לחוק האנטומיה, בית המשפט מסתפק ב"הודעה" לאחד מבני המשפחה, אך גם אם הלה התייצב וניתנה לו "הזדמנות להשמיע את דבריו", ולהתנגד לנתיחה, אין השופט החוקר כבול לעמדתו ויכול לצוות על הנתיחה למרות התנגדות זו. יתר על כן: בעוד שעל צו של שופט-חוקר לפתיחת קבר לשם הוצאת הגוויה ונתיחה רשאי כל "אדם מעוניין" לערער לפני בית המשפט המחוזי (סעיף 27 לחוק חקירת סיבות מוות), דומה שלא נתונה זכות ערעור דומה¹⁰⁴ על החלטת שופט-חוקר לנתיח גוויה שטרם נקברה. דומה שתוצאה פרשנית זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפגיעה בזכותו של אדם - גם לאחר פטירתו - לשלמות גופו וכבודו¹⁰⁵, המחייבים מתן פרשנות

103 על הגדרת "גוף בעל עניין" ראו בג"צ 444/83 חברה קדישא חיפה נ' השופט חרטונסקי, פ"ד (ה)209.
104 כך עולה, לכאורה, מה"הסדר השלי" שנקבע בסעיף 27 לחוק חקירת סיבות מוות. ראו גם חס"מ 105/82 בעניין פטירת המנוח שמעון יהושע ז"ל, פס"מ תשמ"ט (א)459.
105 ראו להלן, בפרק על חוק היסוד.

מצמצמת¹⁰⁶ לאפשרות הפגיעה האפשרית בזכותו של אדם לשלמות גופו וכבודו, שביטויים בביצוע בדיקה או נתיחה¹⁰⁷ שלאחר המוות, אפילו אם תכליתן של אלה היא גילוי אפשרי של מעשה עבירה ומבצעה.

עניינו של חוק זה נדון בהרחבה בבג"צ השופט בייזר¹⁰⁸. השופט ברק (כתוארו אז), שניתח את השינוי במצב החקיקתי לאחר תיקון סעיף 9 לחוק האנטומיה, קובע כי המבחן ל"קיומו של חשש סביר שהמוות נגרם בעבירה" הוא מבחן של "השופט-החוקר הסביר", ורמת החשש אינה צריכה להגיע כדי טיב ראיות שיש בהן לאפשר הגשת כתב אישום. החשש צריך להצביע לא רק על מוות בלתי טבעי אלא על כך שהמוות נגרם בעבירה, תוך התחשבות במכלול העובדות הניצבות לפניו. בנסיבות המקרה, סבר השופט ברק כי השופט החוקר שהחליט להימנע מביצוע הנתיחה שגה במידה כזו שמצדיקה את התערבות בית המשפט, וזאת לאור "סימני השאלה הרבים" שעולים ממכלול העובדות ביחס לסיבת מותה של המנוחה. השופט ברק מסיק כי שתי האפשרויות – הן שהמוות נגרם בעבירה והן שהמוות נגרם שלא בעבירה (כתוצאה מתאונה, לדוגמא) – סבירות המה, ובנסיבות אלה שבהן "המאזניים מעויינות" – יש לקיים נתיחה שלאחר המוות.

על מסקנה זו חלק השופט טירקל. לדבריו, "נקודת המוצא העקרונית היא שאשר בא בית המשפט לפגוע בחירותו של אדם, בגופו, ברכושו ובמקרה דגן – בגוויתו – לצורכי קידרה, אין הוא ראוי להורות על כך אלא על דרך הצמצום, וכאשר יש בכך כדי לגלות את העבירה או את העברייני, פשוטו כמשמעו, ולא כדי לשלול את האפשרות שנעברה עבירה או שפלוגי הוא העברייני".

נוסיף עוד, כי לדעתנו ראוי היה להחיל כאן את העקרונות שנקבעו בעקרונות שיקול הדעת וב"מבחן הסבירות" הרגיל בתחום המשפט המנהלי, לאמר: קיומן של שתי אפשרויות, שכל אחת מהן סבירה כשלעצמה, איננו מצדיק התערבות של בית המשפט שלערוור במסקנת הגורם שהחליט ללכת באחת משתי הדרכים.

כמו במשפט המנהלי, גם כאן ראוי היה שבית המשפט שלערוור יחזור על ההלכה שנקבעה מימים ימימה¹⁰⁹ ולפיה בית המשפט שלערוור "לא ישים שיקול דעתו-שלו" במקום הגורם המחליט. ממילא, גם אם השופט היושב בערכאה שלערוור היה מחליט אחרת, וגם החלטתו זו היתה, כאמור לעיל, עומדת במבחן הסבירות, עדיין אין זו עילה המאפשרת לערכאה שלערוור

106 בדרך מצמצמת זו נקט בית המשפט המחוזי בע"ש (נצרת) 56/82 עלי עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פס"מ תשמ"ג (א) 347; ב"ש (ת"א) 1704/90-חברא קדישא "ארץ החיים" נ' מדינת ישראל, פס"מ תשנ"א (ב) 431. והשוו פס"ד שמעון יהושע הנ"ל.

107 על השוני בין "בדיקה" ל"נתיחה" ראו בג"צ 638/82 לוי נ' שופט-חוקר אמינוף, פ"ד לו(4) 780.

108 בג"צ 66/81 מפכ"ל המשטרה נ' שופט בית משפט השלום ברמלה, מר בייזר ואח', פ"ד לה(4) 337.

109 בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 448-449; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 503; י' זמיר, סמכות מנהלית (ירושלים, תשנ"ו), 767.

להתערב בהחלטת הערכאה הראשונה שבחרה לילך בדרך הסבירה השניה¹¹⁰. על אחת כמה וכמה כאשר לצד "מבחן הסבירות" הרגיל עומדת הפגיעה האפשרית ב"כבוד האדם" וב"שלמות גופו"¹¹¹.

1. השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

דומה כי חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצרת, לכאורה, חישוק נוסף על האיסור לנתח גופת נפטר ללא הסכמת משפחתו. השמירה על "כבוד האדם ושלמות גופו" עלתה מדרגה והיתה לגורמה מעין-חוקתית.

סעיף 1 של חוק היסוד קובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

הסעיף מבדיל איפוא בין "קדושת החיים", שחלה כמובן רק בחייו של אדם, לבין "ערך האדם" שהינו ערך עצמאי, ויכול שיחול אף על גופו – שבצלם אלוקים נברא – או שמו הטוב של אדם¹¹², גם לאחר מותו.

יתר על כן: סעיף 1א לחוק, "סעיף המטרה", מוסיף כי-

חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה

של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" בוודאי מחייבים התחשבות בערך היהודי – שבא לביטוי נרחב במרחבי ספרות המשפט העברי – של שמירה על כבוד המת, איסור ההנאה מגווייתו, אי ניוולה והימנעות מהלנתה.

סעיף 2 לחוק מוסיף וקובע כי-

אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם.

בניגוד לחלופה הראשונה, "חייו של אדם", הפגיעה ב"גופו של אדם" או ב"כבודו של אדם" יכול שתיעשה אף לאחר מותו.

אכן, זכויות היסוד אינן מוחלטות. סעיף 8 לחוק, "פיסקת ההגבלה", קובע כי "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".

הגם שסעיף 10 לחוק היסוד, סעיף "שמירת הדינים", קובע כי "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד", הרי שגם החוקים הקיימים צריך שיתפרשו כך שיעלו בקנה אחד עם עקרונותיו.

110 כמובן, הוא הדין אם היה מחליט השופט בנסיבות אותו מקרה לנתח את הגופה, לא היה מקום להתערבות ערכאת הערעור.

111 אמנם פסק הדין ניתן לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך דומה שעקרונותיו היו נטועים במשפט הישראלי מימים ימימה, עוד לפני העלאתם למדרגה מעין-חוקתית. ראו, לדוגמא, פסקי הדין שמצוטטים בפסק דינו של השופט טירקל: בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד (3) 294; ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד (1) 736.

112 ראו סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, הדין באיסור "לשון הרע על מת", שיסודו במשפט העברי (דברי הכנסת 48 (תשכ"ז), עמ' 2021); א' שנהר, דיני לשון הרע (הוצאת נבו, תשנ"ז), 163-162. ולאחרונה: בג"צ 6126/94 גיורא סנז ואח' נ' יור' רשות השידור, טרם פורסם, תקדין עליון (2) 806.

יתר על כן: סעיף 11 לחוק היסוד קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". מאחר שהנתיחה שלאחר המוות נעשית דרך כלל על ידי רשויות שלטוניות - בתי חולים שפועלים מטעם המדינה או כחלק מהמנגנון הממשלתי, או המכון לרפואה משפטית שהינו אורגן של משרד הבריאות - חלה עליהם חובה מיוחדת, לבד מהחובה הכללית המוטלת על כל אזרח - לעשות לכיבוד הזכויות ולביצורן.

השלכת חוק היסוד על הסוגיה דגן שלובה בכמה בחינות: האמנם חוק היסוד מגן על פגיעה בגופו של אדם שנפטר? האם הוא חל גם על פגיעה בכבודו של נפטר? האמנם ניתן לראות ניתוח שלאחר המוות בגופו של נפטר כפגיעה בכבודם של קרובי משפחתו החיים? האם המבחן לפגיעה בכבוד הינו אובייקטיבי, לפי "נפטר סביר" ו"משפחה סבירה" או מבחן סובייקטיבי, לפי האנשים הספציפיים המעורבים בעניין? מהו האיזון הראוי בין צרכי החקירה המשטרית ובידור סיבות המוות לבין כבוד הנפטר ובני משפחתו? מהו האיזון הראוי בין "חופש הדת" של נפטר שהורה, בעודו בחייו, להימנע מעריכת ניתוח בגוויתו מטעמים שבדת או במצפון לבין האינטרס הציבורי שבחקר האמת והבאת עבריינים לדין?

במאמר מוסגר נעיר כי לפי שיטות משפט מסוימות, גופו של אדם - הוא בבחינת "נכס", בין בחייו ובין לאחר מותו, וממילא - ייתכן שבנוסף לאמור לעיל יהא מוגן גם מכוחה של "זכות הקניין" החוקתית, שלו ושל יורשיו. סוגיה זו, מכל מקום, נתונה במחלוקת רבת שנים¹¹³. במקרה אחד¹¹⁴, בית המשפט המחוזי - אמנם רק *ab silentio*, "על דרך שתיקת המחוקק"¹¹⁵ - שלל אפשרות זו וקבע כי מי שנוטל עיניים מגוויה שלא כדין, לא יהא חשוף לתביעה בניזקין בגין גזל מיטלטלין. ועם זאת, אפשר שיש מקום לאבחנה שבין ההיבט האורחני-ניזקי לבין ההיבט החוקתי שבו עדיין תיחשב נטילת אבר מגוויה כפגיעה חוקתית בזכות הקניין על כל המשתמע מכך.

113 סוגיה זו נדונה הרבה בספרות המשפטית, בארץ ובחו"ל, ובידורה חשוב ביותר לעניין השתלות איברים. ראו: י' יוסמן, "איברים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ז), 509-500; ד"א פרנקל, "פסולי דין כתורמי איברים", משפטים ג (תשל"א), 238 ובחיבורו "האספקטים המשפטיים של השתלות איברים" (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ו), ג' טרסקי, "קנין מול עבירות - הבעלות על השתל המופק מהחיי", הפרקליט לח (תשמ"ט), 299-281; הג"ל, "הנכסים ללא בעלים והמדינה", הפרקליט טותש"ג, 335 [והשוו: ארמ"י, "הוד מורא המוות", הפרקליט יא (תשט"ו), 81]; ד' לוינסון-זמיר, "השתלה מן החי בישראל: הווי ובעיות", הפרקליט לח(ב), עמ' 300-306.

114 ת.א. (י"ם) 17/78 סלונמסקי נ' הסתדרות מריצינית הדסה ואח', (לא פורסם), אוזכר ע"י יוסמן (לעיל, הערה 133), עמ' 506. והשוו לתיק אפורטופוסות (חיפה) 1402/70, היועץ המשפטי נ' נזירה לוי, המצוטט אצל יוסמן, שם, עמ' 508 והערה 45.

115 בית המשפט הסתמך על סעיף 2 לחוק האנטומיה שקבע כי בהסכמת נפטר ניתן להשתמש בגוויתו למטרות מדעיות, ואילו היתה הגוויה נכס מנכסי העיזבון - היו מוסמכים אף ירשי הנפטר להתיר שימוש בגוויה למטרות מדעיות.

ניתן אף להציע שאלות מורכבות יותר, כגון: מה יהיה במקרה בו שלמות גופו של האדם שנפטר וכבודו מתגשים בכבוד בני משפחתו וברגשותיהם הדתיים¹¹⁶ (כך לדוגמה במקום בו הנפטר לא הביע כל הסכמה או אי הסכמה לנתיחה שלאחר המוות, אך קרוביו מתנגדים לה בנימוק שהנתיחה תפגע ברגשותיהם הדתיים ובכבוד משפחתם); האם "כבוד האדם" נשלט בלעדית על ידי האדם, ובכוחו לוותר עליו (כפי שעולה מסעיפים 6, 2אג) לחוק האנטומיה) או שמא מדובר בערך "עצמאי", של שמירה על "צלם אלוקים", שגם אם האדם מוותר עליו עדיין אין לפגוע בו¹¹⁷. בשאלה העקרונית, בדבר חלות חוק היסוד על אדם¹¹⁸ שנפטר ובני משפחתו, נקבעו זה מכבר מסמרות. היטיב לבטאם המשנה לנשיא, מ' אלון, בפסק דינו המאלף בפרשת הגר¹¹⁹:

"כבוד האדם" בענייננו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת. היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר; כל אלה, כל עוד הדבר אינו נוגד את טובת הציבור.

לראיית הפגיעה ב"גופו של אדם" כפגיעה בזכות יסוד מעין-חוקתית יש השפעה על השיקול האמנם יש לנקוט באמצעי הנתיחה או שמא יש להעדיף אמצעי אחר לקביעת סיבת המוות. התפישה הפרשנית היא כי במקום שבו קיימת פגיעה בזכות יסוד, יש מקום לפרש את הנורמה המתירה פגיעה זו בצורה מצמצמת ככל האפשר, ולכן בכל מקרה של ספק – כף המאזניים תשה לעבר העמדה שמונעת את הנתיחה¹²⁰.

אפשר שמכוח זה תיפתר אף שאלה שמלומדי משפט נתחבטו בה עובר לחקיקת חוק היסוד, והיא שאלת הדירות ההסכמה של הנפטר¹²¹. המחוקק הישראלי אינו נותן ביטוי מפורש לעמדתו בסוגיה

116 לניתוח המונח "רגשות דתיים" (religious feelings) שבית המשפט עושה בו שימוש תדיר לאחרונה, ואף מן החקיקה לא נפקד מקומו הקדשתי מחקר נפרד שאני מקווה לפרסמו במקום אחר. ראו, לפי שעה, לדוגמה בעלמא: סעיף 173 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967; ת"פ (י"ם) 436/97 מדינת ישראל נ' טטיאנה סוסקין, דינים-מחוי, כרך לב(1), עמ' 237; ע"פ 697/98 טטיאנה סוסקין נ' מדינת ישראל, דינים-עליון, כרך נד, עמ' 521; בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית ואח' נ' מועצת עיריית ירושלים ואח', פ"ד טז, 2665; בג"צ 531/77 ברוך ואח' נ' המפקח על התעבורה ואח', פ"ד לב(2) 160; בג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4), 90; בג"צ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22; ע"פ 176/71 הרב שמואל ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2); בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, דינים-עליון, כרך נא, עמ' 428; ד' סטטמן, "על ליברליזם ולאומיות ועל מה שאין ללמוד מפסק הדין בעניין קסטנבאום", עיוני משפט כ (תשנ"ז), 239.

117 כפי שקבע השופט אלון בפסק דינו בב"ש 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 725. אכן, הנדון אינו שווה בכל לראיה, שכן בפרשת גואטה דובר על "מעשה מופלג של ביזוי האדם" בפרהסיה, "לעיני כל ישראל", ולא כן המציאות בענייננו.

118 זאת, בניגוד להגדרת "אדם" במשמעות של "בן אדם" בחוקים אחרים, כדוגמת סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סעיף 1; וראה פירושו של פרופ' אנגלרד לחוק הנ"ל, מהדורה שניה (ירושלים, תשנ"ה), עמ' 19, וראה שם עמ' 25-26.

119 ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(1801). לפסיקה קודמת בעניין זה ראו: ע"א 294/91 חברא קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(464); בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז(2812); ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(102). ראו גם: א' ברק, פרשנות במשפט, חלק ג (ירושלים, תשנ"ד), עמ' 437.

120 השוו לעמדת השופט ברק בפס"ד ביזור הנ"ל.

121 ראו ויסמן, "איברים כנכסים" (לעיל, הערה 113), עמ' 507, הערה 44. במאמר מוסגר נעיר כי אין חלקנו עם התפישה (ראו ויסמן, שם, עמ' 508) שלפיה תושפע עמדת הדין מ"לחץ הביקוש לחלקי גוף". במקרה זה הכונף לתוכו סוגיות ערכיות ומוסריות, הדין צריך להורות את דרכה של המציאות ולא להיפך.

זו, לעומת ההסדר במשפט האמריקאי שלפיו די בהצהרה חד-צדדית של התורם כדי להביא לביטול הסכמתו¹²².

לאור הפגיעה האפשרית בזכות היסוד של השמירה על "גופו של אדם", דומה שיש לפרש הסכמה זו בצמצום, ואין לראותה - בהיעדר תניה מפורשת - כבלתי-הדירה. יתר על כן: ייתכן שגם תניה מפורשת בדבר אי הדירותה של ההסכמה לנתיחה שלאחר המוות תהא בטלה מכוח היותה "סותרת את תקנת הציבור"¹²³.

מנגד, במקום שבו הנתיחה דרושה - ככרוב מקרי הנתיחה - ל"תכלית ראויה", בין אם לשם השתלת איברים והצלת חיים של אדם אחר, בין אם לשם בירור נסיבות מותו של אדם בעבירה והעמדת העבריין לדין - ייתכן שמערכת האיזונים תשתנה, ויועדף האינטרס ה"תכליתי" על פני הפגיעה בגופו-גוויתו של קורבן העבירה.

אפשר, ש"עקרון המידתיות", שהיה לאבן-פינה במשפט המנהלי בעקבות חוק היסוד יחייב, במקרים מסויימים ובנסיבות שבהן ניתן הדבר, ביצוע נתיחה חלקית בלבד, וזאת גם כאשר ניתנה הסכמה לנתיחה: מאחר שמדובר ב"כבוד האדם", לא די בהסכמת הנפגע - או בני משפחתו - כדי להתיר נתיחה שתפגע, "למעלה מן-הצורך", כדי להתיר את הפגיעה הקשה ב"צלם האדם" שבו¹²⁴. הגם שלא נמנה עם הזכויות שפורטו בחוק היסוד¹²⁵, נמנה "חופש הדת" עם ה"עקרונות שפורטו בהכרזה על הקמת מדינת ישראל", כלשון חוק היסוד, ואף זכה להכרה רבת שנים בפסיקה הישראלית. נתיחה שלאחר המוות בוודאי מהווה פגיעה בחופש זה כאשר נעשית היא בניגוד לדעתו של הנפטר, כפי שהובעה בחייו, או של בני משפחתו ככל שאלה סומכים אותה על נימוקים שבדת או שבמצפון¹²⁶.

F. L. Best "Transfers of Bodies and Body Parts Under the Uniform Anatomical Gifts Act", 15 Real 122 Property, Probate and Trust Journal (1980) pp. 807; מובא ע"י ויסמן, שם.

123 סוגיה זו החלה להתברר לאחרונה בעקבות כלילתן של תניות מעין אלה בחוזה ביטוח חיים, המחייבות את המבוטח להסכים לנתיחה שלאחר המוות על מנת לקבוע את סיבת הפטירה ולוודא האמנם מחיבת היא את תשלום תגמולי הביטוח (למעט, לדוגמא, במקרה של איבוד עצמי לדעת) או תשלום כפול (במקרה של אונס המזכה את המבוטח ב-"double indemnity"). לביור סוגיה זו במשפט העברי ראו: מ' סליי, "סעיף ניתוח שלאחר המוות בחוזה הביטוח במשפט העברי", דיני ישראל ז' (תשל"ו), קפא-קצ.

124 ראו: פס"ד גואטסה הנ"ל (לעיל, הערה 117).

125 על מעמדן של הזכויות "שאינן מנויות", ראו לאחרונה ה' סומר, "הזכויות הבלתי מנויות", משפטים כח (תשנ"ז) 40-257.

126 ראו: ש' מירון, "חופש הדת לעומת החופש מדת", עיוני משפט ג (תשל"ג), 423-424.

נוסיף ונעיר כי יש מקום להרהר גם באפשרות החלת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 על סוגיית הנתיחה שלאחר המוות¹²⁷. שאלה זו תלויה ב"מדיניות שיפוטית", שתכליתה הרחבת מוטת כנפיו של חוק זה גם על "טיפול רפואי" שלאחר המוות, בהיעדר קיומם של יחסי "רופא-חולה" רגילים.

השלכה חשובה אחרת שתהיה לחוק היסוד נוגעת לנתיחות שתכליתן "אימון" רופאים, הן בבתי הספר לרפואה והן בצה"ל. סוגיה זו עלתה על סדר היום הציבורי בעקבות פנייתו של אב שכול, רופא במקצועו, שגילה כי רופאים צבאיים עושים שימוש בגופות של חללי צה"ל לשם "תרגול" פעולות הצלה בתנאים קשים, וזאת מבלי לבקש את רשות בני המשפחה. זאת, הגם שניתן ל"רכוש" גופות של נוכרים¹²⁸ תמורת כסף. חקירה שערכה המשטרה הצבאית העלתה שתופעה זו נהוגה מזה עשרות שנים. בעקבות חשיפתה, הורה לצה"ל היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, להימנע מנתיחות גופות חיילים ללא קבלת הסכמה מראש של בני המשפחה וקרא לעגן נוהל זה בתקנות¹²⁹.

127 דומה כי גם שאלה זו תיגזר, בנוגע לתחולתו של המונח "אדם" אף לתקופה שאחר פטירתו, מהמדיניות השיפוטית שמודרכת על ידי הערכים והאינטרסים שחוק זכויות החולה מבקש להגן עליהם (ראו ברק, פרישנות במשפט, חלק ג, עמ' 437). אפריורי, החוק עוסק ביחסי רופא-חולה, ומי שנפטר - אינו עוד בכלל "חולה" וממילא החוק אינו חל עליו כלל. עם זאת, מטרת החוק, כפי שנוסחה בסעיפו הראשון, "סעיף המטרה", היא "לקבוע את זכויות האדם" - ולא החולה - המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו. מניסוחו הרחב של החוק, ניתן להעלות, לפחות כאפשרות תיאורטית, את החלתו גם על "אדם" ש"מקבל טיפול רפואי" אף לאחר מותו. למרות האבסורד-לכאורה שבדבר, "טיפול רפואי" מוגדר אף הוא בצורה רחבה ביותר בסעיף 2 לחוק, סעיף ההגדרות: "טיפול רפואי - לרבות פעולות איבחון רפואי...". פעולת הנתיחה שלאחר המוות בוודאי נועדה לתכלית זו, אם כי תוצאתה תמשש אדם אחר ולא דווקא את הנפטר שמאובחן. בניגוד למשתמע מפשוטו של חוק ומ"לשון בני אדם", ניתן לטעון כי יש כאן "טיפול רפואי" במובנו המשפטי של המונח, וממילא יחולו עליו דרישות החוק - בשינויים המחוייבים כמובן. מכוח סעיפים 10 ו-1 לחוק, העושים במלאכת הנתיחה יהיו חייבים "להגן על כבודו ופרטיותו" של המטופל, הגנה שתבטא, בין השאר, בהימנעות מחשיפת הגוויה לאנשים שאינם עוסקים בנתיחה עצמה, ובצמצום גדול ככל האפשר של פעולות הנתיחה שיעשו בגוויה, הכל "במידה שאינה עולה על הנדרש". זאת ועוד: סעיף 28 לחוק משיט קנס עונשי על "הפלייה בין מטופלים מטעמי דת, גזע, מין, לאום או ארץ מוצא". ממילא, במקרה בו נתיחת חולה אחד יכולה להביא לתוצאות דומות מבחינת תכלית הנתיחה כמו נתיחת חולה אחר (כגון: שני מטופלים בני דתות שונות שחלו באותה מחלה ומתו באותו פרק זמן) ייאסר על רופא להעדיף את נתיחת החולה האחד רק בשל דתו וכיו"ב. החלת החוק גם על נתיחות שלאחר המוות תאפשר שימוש בועדות האתיקה שנתכוננו לפי סעיף 24 לחוק גם לצורך הכרעה במקרים שונים של נתיחת מתים שדורשים את הכרעתה. החלת החוק גם על הנתיחה שלאחר המוות תחייב שעקרונות ההסכמה שבחוק האנטומיה והפתולוגיה (דוגמת סעיפים 16א לחוק) ייגזרו מעקרונות "ההסכמה מדעת" שבחוק זכויות החולה. לסוגיה זו ראו: ע' שפירא, "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי, עיוני משפט יד (תשמ"ט), 259-261.

128 הגם שבעבר הובעו דעות שונות בהלכה שלפיהן עדיפה הליכה בדרך זו (ראו: י"ד בלייך, הערה 6 לעיל), דומה שראוי להרהר, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה, האמנם ראוייה היא לימינו, לאור ההשלכות הכלליות יותר שתנבענה כתוצאה הימנה. ראו דברי הרי"י וינברג, בעל ה"שרידי אש" לקמן.

129 הארץ, 15.6.99, עמ' א5.

ז. "ערכיה של מדינה יהודית"

כבסוגיות רבות אחרות, בספרות המשפט העברי קיימות גישות שונות גם בסוגיית נתיחת מתים. יש אוסרים ויש מתירים, יש מחמירים ויש מקלים¹³⁰. הליכתו שלובת הזרועות של חוק היסוד, הן עם "ערכיה היהודיים" הן עם "ערכיה הדמוקרטיים" של מדינת ישראל, מחייבת אותנו, במקרה דגן כבמקרים אחרים, לנסות ול"חלץ" אותן דעות שנטועות בעולמו הפורה והעשיר של המשפט העברי שעולות בקנה אחד עם ערכים דמוקרטיים ועם ערכי היסוד שעליהם מושתתת ונתכוננה מדינת ישראל.

מאחר שהדברים נדונו בהרחבה, לא באנו למנות כאן כרוכלים את פרטיהם ופרטי־פרטיהם. עם זאת, נעיר את שימת הלב לתשובה מאלפת בנדון זה שכמעט ו"נחבאה אל הכלים". יש בה, דומני, ללמד לא רק על הסוגייה דגן שהוא עיקר עניינה אלא על הדרך הראויה שיש לילך בה בכגון דא. התשובה היא תשובתו¹³¹ של הרב יעקב יחיאל וינברג, בעל ה"שרידי אש" ומגדולי פוסקי ההלכה בדור האחרון. הרב וינברג מתייחס בתשובתו למקרה שבו הנתיחה נתבקשה למרות שהנפטר לא ציווה עליה ולא הירשה את ביצועה קודם פטירתו. לאחר שהביא את דעות האוסרים, מצא הרב וינברג לנכון להוסיף דברים משלו:

והנה זה דבר ברור שלעולם לא יגיעו בארץ ישראל לדעה אחת – שזו אינה שאלה פרטית אלא שאלה כללית; ופתרון השאלה תלוי הרבה בהערכת המצב בעולם הרפואה וביחס אל המדינה ומוסדותיה, וגם בהבנת המצב במחקר המדע הרפואי וביחס אל החכמים העוסקים במדע זה, הן במחקר הן בשימוש למעשה.

לאור הנחת יסוד זו, מציע הרב וינברג לשואל, סגן השר דאז הרב קלמן כהנא שיפנה אל הרבנות הראשית ולגדולי המורים בארץ שהם גדולים בחכמה ובמנין ויש להלך אחריהם. בשולי הדברים הוא מוסיף:

לצערינו אין כל היראים מודים בכך, ולכל מפלגה ומפלגה יש לה גדולים משלה, ובתוך שאר הגורמים יש גורמים פוליטיים; ועושי הפוליטיקה לא כולם כוונתם לשם שמים.

הרב וינברג כותב דעתו לא כפסק הלכה אלא כדעה פרטית. הגם שהיה מגדולי הפוסקים בדורו, טען בענותנותו "אין אני ראוי להורות הוראה בישראל, אינני מומחה ואינני מוסמך לכך". לגופו של עניין סבר הרב וינברג שהמצב בימינו שונה תכלית שינוי מזה שהיה בזמנו של ה"נודע ביהודה": התקשורת העולמית בת ימינו מאפשרת להציל חולה בכל מקום בעולם על סמך מידע המצוי מרחק אלפי מילין, וממילא גם תפישת המושג "פיקוח נפש" נשתנתה לחלוטין. ויש צורך להדגיש שבזמננו שאלת ניתוח המתים היא שאלת המדינה (לא מקרה פרטי כמו זה שבא לפני הנוב"י)... בזמננו היא שאלה של העם כולו שמאזין ומקשיב לכל המתרחש בארץ באזנים קשובות.

130 הגישות השונות פורטו בהרחבה אצל הרב ק' כהנא, גרייבר ושטיינברג (לעיל, הערה 6) והספרות רחבת ההיקף שפורטה שם.

131 התשובה פורסמה בקובץ תחומין יב (תשנ"א) 382-384.

ואין צריך להאמר כי יחס העולם התרבותי למדינתנו החדשה הוא אחד הגורמים החשובים המקיימים את ארצנו, ואחד התנאים החשובים ביותר למען בטחון המדינה ובטחון חיי האנשים השוכנים עליה.

הקורא תשובה קצרה זו, ויודע לקוראה אף "בין השיטין", יבין וידע אל נכון כי "מה שהיה" הוא לא "מה שהיה", ומממלכה-מדינה אינה יכולה לכלכל מעשיה בסוגיה זו כמעשה פרטים ויחידים לפני מאה ומאתיים שנה.

ח. מן הכלל אל הפרט

יישומם הראוי של עקרונות חוק היסוד על הסוגייה דנן טרם בא לכלל ביטוי נרחב בפסיקת בתי המשפט. כך, לדוגמא, בפרשת דניאלס¹³² ביקשה הסניגוריה כי בית המשפט יורה על פתיחת קבר לשם בדיקת עצמותיו של קורבן העבירה בידי מומחה מטעם ההגנה. לטענת ההגנה יהיה בכך כדי לסייע לה בויכוי הנאשם. בית המשפט דחה את הבקשה, אך ביסס את החלטתו רק על הנימוק הפורמלי, של חוסר סמכות¹³³, ולא התייחס כלל לנימוק המהותי הנסמך על חוק היסוד, שלפיו – בנסיבות מקרה זה – לא היה מקום להתיר פגיעה ודאית בכבוד הנפטר, קורבן העבירה, ובכבוד בני משפחתו כדי לאפשר להגנה ל"דוג", אולי ועל דרך הספק וה"שמא", ראייה שתסייע לקו ההגנה שלה.

דוגמא מאלפת, ואולי יחידאית לפי שעה, ליישומו של חוק היסוד על הסוגייה דנן ניתנה לאחרונה בבית משפט השלום בטבריה, על ידי השופט רון שפירא, בעניין משפחת המנוח מלכי¹³⁴. באותו מקרה, נמצאה גופת המנוח בכינרת כשהיא מרוטשת. זמן קצר קודם לכן הודיע משיט סירה כי בעת ששט באגם הרגיש פגיעה בעצם גדול ובלתי מזוהה. לפי סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, אכן נתקיים התנאי המקדמי שלפיו יש יסוד סביר להניח שסיבת המוות אינה טבעית או שנגרמה בעבירה, וממילא קמה העילה להורות על נתיחת הגופה. עם זאת, במקרה זה נמצאו בתוך מנוע הסירה שבעליה נחשד בפגיעה חלקי גוף אדם שאפשרו, באמצעות בדיקת DNA לוודא האם מדובר בחלקי גופת המנוח. המשפחה ונציגי המשפחה הסכימו לבדיקה זו, אך המשפחה – שהינה "חרדית" – התנגדה לנתיחת הגופה עצמה, מטעמים שבדת. מאחר שחלפו חמשה ימים מאז נמצאה הגופה, ביקשה המשפחה להחיש את קבורת המנוח ולקיימה לאלתר.

132 תפ"ח (ת"א) 316/95 מדינת ישראל נ' דניאלס, דינים-מחוזי, כרך 6(ו), עמ' 983.
133 בית המשפט קבע כי הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה וחוק חקירת סיבות מוות הן "נורמה מיוחדת", *lex specialis*, לעומת הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ולפיכך דבין הוא שהאחרון יידחה מפני הראשונים הקובעים כי הסמכות להורות על פתיחת קבר נתונה רק לשופט-חוקר ולצורך בירור סיבות המוות בלבד ולא לבית משפט "רגיל" שנתבקש להתיר להגנה ל"דוג" ראיות בעקבות ניתוח גופה שתוצא מן הקבר.

134 חס"מ (טבריה) 105/98 משטרת ישראל נ' משפחת המנוח מלכי, תקדין-שלום, כרך 98 (3), תשנ"ח/תשנ"ט-1998, עמ' 204.

בית המשפט החליט להימנע ממתן היתר לנתיחת הגופה. לאור החלופה הקיימת בנסיבות המקרה (בדיקת חלקי הגוף שנשאבו למנוע הסירה), קבע בית המשפט כי יש לאזן "בין צרכי החקירה ומכלול האפשרויות לגרימת המוות ובין רצונה של המשפחה" ותפיסת עולמה הדתית. בית המשפט הסיק כי האיסור על פגיעה ב"גופו או כבודו של אדם באשר הוא אדם" חל גם לאחר מותו¹³⁵. פסקת ה"מידתיות", סעיף 8 לחוק היסוד קובע כי גם כאשר מוצדקת הפגיעה בזכות יסוד, עליה להיות ל"תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה הנדרש". לאור נסיבות העניין, הסיק השופט שפירא כי הפגיעה הפוטנציאלית בכבוד האדם של המנוח ומשפחתו עולה על הפגיעה שתגרום מאי נותח הגופה:

חקירת משטרה ובדיקת סיבות מוות הינה ערך חשוב בפני עצמו, ואולם רגשות דת הינם ערך שחשיבותו אינה פחותה¹³⁶... בהתאם להוראות חוק היסוד יש לתת לרגשות דת בכלל ולערכיה של הדת היהודית את המשקל הראוי כשיקול בפני עצמו בכל עניין המובא בפני בית משפט. כאשר התנגדות לנתיחת גופה הינה מטעמי דת, יש לאזן בין הצורך והערך הדתי ובין צרכי החקירה. הצורך והערך הדתי אינם פחות משקל ועל בית המשפט לאזן ביניהם ובין צרכי החקירה.

לאור נסיבות המקרה, שאיפשרו בחינת הקשר הסיבתי שבין הסירה לפגיעה בגופה באמצעות בדיקת DNA, זיהויו של בעל הסירה והסבירות הגבוהה שהמוות נגרם כתוצאה מפגיעת הסירה, החליט בית המשפט לדחות את צרכי החקירה מפני כיבוד הערך הדתי ורצון המשפחה, ודחה את הבקשה להורות על נתיחת הגופה.

יש בפסיקה זו כדי להורות דרך במציאת האיזון הראוי שבין הערכים המתנגשים, ובעיקר במציאת פיתרון שיהא בו לא רק משום ביסוס "ערכיה היהודים והדמוקרטיים של מדינת ישראל" אלא עשיית שלום ופשרה, בין רשויות ממלכה ובין הנפטר ומשפחתו. היושב בדיון, צריך שתהא אזנו כרויה, לבבו פתוח ונפשו חפצה לא רק בעשיית צדק ומשפט אלא גם בהשכנת שלום.

ט. סוף דבר

העיון בסוגיית הנתיחה שלאחר המוות במדינת ישראל מגלה עליות ומורדות. מהיתר, כמעט גורף, שניתן לרופאים לבצע את הנתיחה אף כאשר בני משפחת הנפטר מתנגדים לה, עבר המחוקק, בשנת תשמ"א, לאיסור כמעט מוחלט של הנתיחה אלא אם נתקבלה הסכמת הנפטר או בני משפחתו. מטוטלת החוק נעה מצד לצד, מושפעת בעיקר מרוחות קואליציוניות מזדמנות. חשיבותו של "כבוד האדם" והשמירה על "שלמות גופו", אף לאחר מיתה, אינה מוטלת בספק.

135 בית המשפט הסיק זאת מלשון החוק המוסיפה על איסור הפגיעה ב"חיים וגוף" את המלים "באשר הוא אדם". לפסיקה קודמת המחילה את "כבוד האדם" אף על אדם שנפטר, ראו הערה 119 לעיל.

136 בהקשר זה מפנה השופט שפירא לדבריו הנכוחים של הנשיא א' ברק, בספרו פרשנות במשפט, חלק ג, עמ' 332: "מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים". ראו גם דברים נוספים שהבאנו, לצד דברים אלה, מפי שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם, במבוא לקובץ דיני חוקה ומשפט מנהלי במשפט העברי, הוצאת מכללת שערי משפט (הודו השרון, תשנ"ח), כרך א, "בפתחי שערים", עמ' א"ז.

חשיבותה של הנתיחה שלאחר המוות לעולם הרפואה אינה מוטלת בספק. ערך החיים, "הזכות לחיים" - יסוד מוסד המה במערכת ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית". שילובם של ערכים אלה, ומציאת פתרונות בדרכי שלום ולא בדרכי כפייה - אף הם "ערכים יהודיים ודמוקרטיים" היאם למדינת ישראל. הניסיון להכריע בסוגיות אלה בסכין חריפה וחדה נדון מראש לכישלון. ויפים הם לעניין שאנו עומדים בו דבריו של פרופ' רוזן-צבי המנוח¹³⁷:

אי אפשר להכריע שאלות כאלה באבחת חרב שיפוטית. היש בית משפט (ואנחנו נוסיף, גם מחוקק) המסוגל להוציא מתחת ידיו החלטה שתנציח לדור או ליותר הכרעות אידיאולוגיות מרכזיות? שום נורמה אין בכוחה לעשות כן. היא יכולה לכל היותר לקבוע תוצאה מסויימת במקרה נתון. רק מהלך איטי, הדרגתי, של התפתחות חברתית ושיתוף פעולה של כוחות פוליטיים ואחרים יכול להכריע, בסופו של דבר, בשאלה זו.

לא בחיל החוק אף לא בכוח המשפט תוכרענה שאלות אלה, כי אם ברוח של פיוס והבנה - לאו דווקא של הסכמה והודאה - שממנה יתד ובה אבן פינה לעיגון "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" במדינת ישראל.

137 א' רוזן-צבי, "זהות יהודית - עיונים פוליטיים ורעיוניים", *תרבות דמוקרטית* 1 (תשנ"ט) 202.