

**בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה צדק**

בג"צ 198

העמותה נגד חיתוכים באברי המין בתינוקות

ע.ר. 58-029-692-9

ת.ד. 56178, תל-אביב 61560

ע"י רפי בלושטיין

רח' שלומציון המלכה 5, תל-אביב 62267

טל; 03-5442207

העותרת

העמותה נגד חיתוכים באברי המין בתינוקות
רפ"ר 1980

- נגד -

1. שר הבריאות, מר יהושע מצא

רח' בן-טבאי 2, ירושלים

טל; 02-6705705

2. שר הדתות

רח' כנפי נשרים 7, ירושלים

טל; 02-5311147

3. היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין

רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים

טל; 02-6708522

4. הרבנות הראשית לישראל

רח' ירמיהו 80, ירושלים

טל; 02-5313131

5. הועדה לפיקוח על מוהלים

רח' ירמיהו 80, ירושלים

טל; 02-5313131

המשיבים

לאחר שהעותרת מיצתה את מלוא ההליכים בפני המשיבים והושבה ריקם, מוגשת בזאת

עתירה לבית משפט נכבד זה למתן צווים על תנאי כנגד המשיבים כדלקמן:

1. צו על תנאי כנגד שר הבריאות (להלן - משיב מס' 1) לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקיום הוראות החוק בפקודת הרופאים [נוסח חדש] תשלי"ז - 1976 (להלן - פקודת הרופאים) האוסרות על ביצוע ניתוחים ומתן טיפול רפואי שלא על-ידי רופא מורשה.

2. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יסדיר את ניתוחי המילה בתקנות או למצער בהנחיות, בדרך שתפקח על מבצעי ניתוחי המילה ותחייב אותם בהכשרה מינימלית הולמת ובקבלת רשיון מטעם משרדו.
3. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפרסם לציבור מידע אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה. זאת כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996 (להלן - חוק זכויות החולה).
4. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לחיוב מבצעי ניתוחי המילה במסירת מידע למנותחי המילה אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.
5. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקביעת מפרט למכשירים לביצוע ניתוחי מילה ומדוע לא יקבע כללים לשמירה על בטיחותם ובדיקתם על-פי הסמכות הנתונה לו בפקודת בריאות העם 1940 (להלן - פקודת בריאות העם).
6. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקיום החובה במילוי טופסי הסכמה לניתוח, לפני כל ניתוח מילה, כנדרש בתקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד - 1984.
7. צו על תנאי כנגד שר הדתות (להלן - משיב מסי' 2) לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה שאינם רופאים מורשים בהכשרה מקצועית רפואית וקבלת רשיון מתאים.
8. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב ויתנה פעילותם ורשיונם של מבצעי ניתוחי המילה בביטוח כנגד תאונות מקצועיות ורשלנות מקצועית.
9. צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפוטרופוסים כולם.

10. צו על תנאי כנגד משיב מסי 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת גם בחוק זכויות החולה.
11. צו על תנאי כנגד משיב מסי 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל למניעת ביצוע הפריעה בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב הסבל והפגיעה בכבוד האדם.
12. צו על תנאי כנגד היועץ המשפטי לממשלה (להלן - משיב מסי 3) לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא ינחה את מערכת התביעה הכללית והמשטרה לפעול לקיום הוראות חוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין) וליישם את העברות של התעללות בקטינים חסרי ישע, תקיפה, חבלה ופגיעה בנוגע לביצוע ניתוחי המילה.
13. צו על תנאי כנגד משיב מסי 3 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא ינחה את מערכת התביעה הכללית והמשטרה לפעול לקיום הוראות פקודת הרופאים וליישם את האיסור על ביצוע ניתוחים על ידי מי שאינו רופא מורשה.
14. צו על תנאי כנגד הרבנות הראשית לישראל (להלן משיבה מסי 4) לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תאסור את ביצוע ניתוחי המילה על-ידי מי שלא הוסמך לכך על-ידה.
15. צו על תנאי כנגד משיבה מסי 4 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תנחה את המוהלים הקשורים עמה להימנע מביצוע הפריעה בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.
16. צו על תנאי כנגד הוועדה לפיקוח על המוהלים (להלן משיבה מסי 5) לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה שאינם רופאים מורשים בהכשרה מקצועית רפואית וקבלת רשיון מתאים.
17. צו על תנאי כנגד משיבה מסי 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב ותתנה פעילותם ורשיונם של מבצעי ניתוחי המילה בביטוח כנגד תאונות מקצועיות ורשלנות מקצועית.
18. צו על תנאי כנגד משיבה מסי 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפוטרופוסים כולם.

19. צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.

20. צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תפעל למניעת ביצוע הפריעה בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

כמו כן מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא מלפניו צו ביניים שיאסור על ביצוע ניתוחי המילה על-ידי מי שאינם רופאים מורשים ולהורות על קיום דיון דחוף ביותר בעתירה זו, זאת הואיל והמשך המצב הקיים מהווה פגיעה חמורה בגוף האדם בכבודו ובחירותו.

הצדדים לעתירה

העותרת;

1. העותרת הינה עמותה רשומה כדין, היא אינה מקבלת כל סיוע ממשלתי וכל פעילותה מבוססת על דמי חבר ותרומות. מטרתה המוצהרת של העותרת היא לפעול להפסקת ביצועם של החיתוכים באברי המין של גברים ונשים כאחד.

2. באסיפה כללית שהתקיימה ביום 13.09.97 בירושלים הוסמך רפי בלושטיין ת.ז. 24900987 לפעול בשם העותרת בכל דרך משפטית כדי לקדם את מטרת העותרת.

--- העתק פרוטוקול האסיפה מצ"ב ומסומן באות א'.

המשיבים;

1. משיב מס' 1 הוא השר הממונה על בריאות הציבור כמפורט בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד - 1994 (להלן - חוק בריאות ממלכתי), הוא גם השר המופקד על ביצוע הוראות פקודת הרופאים, חוק זכויות החולה ופקודת בריאות העם. כמו כן, משרדו של משיב מס' 1 נוטל חלק בהרכבת הועדה הבין משרדית היא משיבה מס' 5.

2. משיב מס' 2 הוא השר הממונה על ענייני הדת, בסמכותו להנחות ולהתקין תקנות בענייני דת. כמו כן, משרדו של משיב מס' 2 נוטל חלק בהרכבת הועדה הבין משרדית היא משיבה מס' 5.
3. משיב מס' 3 הוא היועץ המשפטי לממשלה, מנתה את הרשות המבצעת מן ההיבט המשפטי, לרבות יתר המשיבים בעתירה זו. כמו כן, מופקד הוא על התביעה הכללית וזרוע אכיפת החוק.
4. משיבה מס' 4 היא הרבנות הראשית, מהווה רשות שלטונית הפועלת על-פי דין (חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס - 1980), בעלת מעמד ותפקיד שלטוני, מתוקצבת מכספי המדינה ומהווה אוטוריטה בתחום ההלכתי.
כמו כן, נוטלת המשיבה מס' 4 חלק בהרכבת הועדה הבין משרדית היא משיבה מס' 5, אשר יושבת בתוך משרדיה בירושלים.
- הואיל ולמיטב ידיעת העותרת, ולאחר שבדקה אצל משיבה מס' 4, אין בנמצא ארגון כלשהו המאגד את המוהלים מבקשת העותרת מבית המשפט הנכבד לראות במשיבה מס' 4 כמייצגת את עמדתם של המוהלים אשר חופש העיסוק שלהם עלול להיפגע עקב עתירה זו.
5. משיבה מס' 5 היא ועדה בין-משרדית משותפת למשיבים מס' 1, 2 ו-4 מושבה בירושלים בבניין משרדי משיבה מס' 4 ותפקידה לפקח על המוהלים.

הרקע העובדתי

כללי

1. ביום 14.10.97 פנתה העותרת אל המשיבים כולם באמצעות מכתבים בדואר רשום. במכתבים אלו הצביעה העותרת על הליקויים התמורים בסוגיית ניתוחי המילה בישראל ושטחה בפני כל אחד מהמשיבים את הטענות הרלוונטיות לתחום פעילותו ואחריותו כפי שיובא להלן במסגרת עתירה זו. העותרת לא זכתה לכל תגובה מצד משיבים מס' 1, 2, 3 ו-5.

- רצ"ב העתק מכתבה של העותרת למשיב מס' 1, מסומן ב' - 1,
 העתק מכתבה של העותרת למשיב מס' 2, מסומן ב' - 2,
 העתק מכתבה של העותרת למשיב מס' 3, מסומן ב' - 3,

העתק מכתבה של העותרת למשיבה מס' 4, מסומן ב' - 4,
והעתק מכתבה של העותרת למשיבה מס' 5, מסומן ב' - 5.

2. ביום 03.01.98 או בסמוך לכך, נתקבל אצל העותרת מכתב תשובתה של משיבה מס' 4. מכתב תשובה זה בחתימתו של מנכ"ל הרבנות הראשית מר גדליה שרייבר נושא תאריך של יום 13.11.97 והוחתם בדואר ירושלים ביום 29.12.97. מכתבו של מר שרייבר שהיה בעיקרו הטפת מוסר לחברי הוועד של העותרת לא נדרש באופן ענייני לטענות העותרת כלפי משיבה מס' 4.

--- העתק מכתב תשובתה של משיבה מס' 4 לעותרת, לרבות המעטפה שהכילה אותו מצ"ב ומסומן באות ג'.

רקע כללי והיסטורי לגבי ניתוחי המילה

3. בקרב רבים קיימת סברה מוטעית המייחסת ליהדות את הנחלת ניתוחי המילה לאנושות. מקורם של ניתוחי המילה קדום הרבה יותר מהיהדות, והוא נעוץ עוד בימי המשפחה הפטריאכלית בה נהגו השליטים להטיל מומים באברי המין של מתחריהם העתידיים. בתקופת המקרא בנוסף על בני ישראל גם שאר עמי כנען, להוציא הפלשתים, נהגו למול את זכריהם. בתקופה מאוחרת הרבה יותר, בשלהי המאה ה - 19 נהגו גם הפרוטסטנטים בארה"ב למול את ילדיהם כאמצעי מרפא נגד אוננות שנחשבה אז כמעשה מסוכן העלול אף להביא עד לכדי שיגעון. המילה המקראית מתוארת כברית בין הבן הילוד לאל, כאשר האל הופך את הילד לעבדו תוך הטלת סימן אדנות בגופו, כדרך שהיו נוהגים באותם ימים לרצוע את אוזנו של עבד עולם.

4. המילה בחברה הישראלית היא ניתוח, שמבוצע כמעט בכל העוללים הזכרים, בלי להקדיש, ולו מעט מחשבה, למעשה ולתוצאותיו. מבצעי הניתוח אינם נוהגים למסור מידע נכון ואמין לגבי הניתוח והשלכותיו הרפואיות והאנטומיות, הם פשוט מבצעים אותו ללא דברים "מיותרים". הם גם אינם דואגים לברר באופן מקיף את מהות ההסכמה הניתנת על-ידי ההורים או האפוטרופוסים ואינם מחויבים למלא כל טופס שיוכיח את ההסכמה הזו. נודעו מקרים בהם לאחר ביצוע ניתוח המילה נתברר כי הניתוח היה בניגוד לדעת הורי המנתח או אפוטרופוסו, או שאלו לא היו מאוחדים בדעתם בנוגע לביצוע המילה. כך למשל שני מוהלים שסברו כי אימו של תינוק, שלא הייתה יהודיה כלל, מעוניינת בביצוע מילה לילדה ביצעו בתינוק את הניתוח ובדיעבד נתברר כי הדבר היה בניגוד לדעתה ולרצונה (ידיעות אחרונות, 18.10.93).

--- רצ"ב העתק המאמר בעיתון, מסומן באות ד'.

5. הציבור סבור בטעות, שהמנהג הרווח בימינו מקורו בתנ"ך. בעת המילה התנ"כית, משכו את הערלה וחתכו את חלקה, הבולט מעבר לעטרה. כיוון שבתינוק הערלה מחוברת לעטרה באופן שאינו ניתן להפרדה, מרבית הערלה נותרת בלתי פגועה. במאה השנייה לספירה לאור בעיית ההתייונות, כדי למנוע מיהודים למשוך את הערלה שנתרה ולהאריך אותה ובכך להתחזות ללא נימולים, תיקנו הרבנים את הפריעה (כותב על כך ניסן רובין, פרופסור-חבר במחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה באוניברסיטת בר אילן במאמרו "משיכת הערלה ותקנת הפריעה" ציון 54 (1989) 105 בעמ' 117). הפריעה, הינה השלב הקשה והטראומטי של המילה, והיא כוללת את הקריעה של הערלה מהעטרה, הפשלטה וחיתוכה בציפורניים או ביד, כולל חיתוך הפרטולום (הרקמה בצד התחתון של העטרה וגוף הפין, שמחברת את השכבה הפנימית של הערלה לעטרה), שעשיר במיוחד בקצות עצבים.

(J. Bigelow *The Joy of Uncircumcising* Aptos, CA: Hourglass Book Publishing (1995) 56.)

כאשר ניתוח המילה נעשה על-ידי מוהל דתי, מבוצע בפין הנימול שלב של מציצה באמצעות הפה או באמצעות שפורפרת, המציצה הינה השלב השלישי בטקס ברית המילה היהודי, שלב שהונהג בתקופה התלמודית (בערך בין שנת 500 לשנת 625 לספירה).

6. מוהלים שלא כרופאים אינם מורשים ואינם נוהגים לתפור את החתך ההיקפי שנוצר בעת ניתוח המילה. לפיכך הם חובשים את הפין הנימול בתחבושת אשר תפקידה לכסות על החתך ולהפסיק את הדימום. כפי שיוצג להלן החבישה יוצרת סיכונים של עצירת דם ושתן ועלולה להביא אף לכדי נמק באיבר המין. זאת בנוסף לחסרון האסתטי של תוצאות החבישה על פני תפירה של החתך, התפירה הינה מטבעה מדוייקת יותר ותוצאתה היא צלקת אסתטית יותר.

השלכות פיסילוגיות ורפואיות ואובדן ההנאה המינית

7. הערלה אינה סתם סרת-עור עודף, אלא רקמה מיוחדת עשירה בכלי דם ועצבים. בניגוד לעטרה ובדומה לשפתיים ולקצות האצבעות, הערלה רגישה במיוחד למגע קל, לכאב, לקור ולחום. העטרה וגוף הפין נהנים מרגישות מעולה הודות לערלה. הערלה מהווה מרכיב חשוב של מנגנון החישה של הפין האנושי.

(J.R. Taylor, A.P. Lockwood, A.J. Taylor "The Prepuce: Specialized Mucosa of the Penis and its Loss to Circumcision" 77 *British Journal of Urology* (1996) 291,294.)

בשל כך הערלה תורמת באופן משמעותי לתגובה המינית של הזכר הלא פגוע. בנוסף, הערלה מונעת יובש על-ידי שמירת הלחות של הפין הטבעי, בניגוד ליובש המאפיין את

הרקמה הצלקתית-קרטינית של הפין הנימול, ועל-ידי שמירת הסיכוך, המופרש מן הנרתיק בשעת המשגל.

(J. Bigelow *The Joy of Uncircumcising* Aptos, CA: Hourglass Book Publishing (1995) 15.)

החיכוך בעת יובש גורם לכאב ולפגיעה ברקמות, שמאפשר חדירה של גורמי מחלות-מין. ואכן בניגוד לטענות רווחות, נמצא במחקר, שהתפרסם באפריל 1997 בעיתון של האגודה הרפואית האמריקנית, כי המילה לא רק שאינה מפחיתה את שיעור ההדבקות במחלות המין, אלא ייתכן שאפילו מגדילה אותן.

(E.O. Laumann, C.M. Masi, E.W. Zuckerman "Circumcision in the United States: Prevalence, Prophylactic Effects, and Sexual Practice" 277 *JAMA* (1997) 1052, 1057.)

8. ד"ר רונלד גולדמן, פסיכולוג וראש המרכז למילה בבוסטון מסכם בחוות דעתו ותצהירו שניתנו לבקשת העותרת לצורך עתירה זו, את הסיכונים, הכאבים וההשפעות הטראומטיות שיש לניתוחי המילה על תינוקות ועל מבוגרים. בחוות דעתו מציין ד"ר גולדמן כי ניתוח המילה הוא מהניתוחים הכואבים ביותר וכי תינוקות חשים כאב לפחות כמו מבוגרים ואף יותר. ומוסיף הד"ר גולדמן כי ידועים מקרים בהם התינוק בו מבוצעת המילה נופל למצב של הלם או קומה חלקית בשל אי יכולתו להתמודד עם הכאב של הניתוח המבוצע בו. כמו כן נדרש הד"ר גולדמן לטראומה שנגרמת לנימולים בעת המילה ולהשלכות ארוכות הטווח של טראומה זו, הבאות לידי ביטוי בין היתר בתגובה לכאב בעת חיסון של ילדים נימולים אשר מצביעה על שינוי במהלך העצבי של ילדים אלו לעומת אחרים שלא נימולו. לגבי הסיכונים והסיכונים שבניתוח המילה מציין הד"ר גולדמן כי ניתוח המילה הוא ככל ניתוח המבוצע בגוף האדם ומתלווים לו אותם סיכונים כמו לכל ניתוח אחר. עם זאת ישנם למעלה מעשרים סיכונים נוספים לניתוח המילה בהם דימומים, זיהומים ופציעות. לפי מחקרים שבידי ד"ר גולדמן, אחוז סיבוכי המילה המופיעים בשנה הראשונה עומד על 38% ובמקרים נדירים אף נגרם מוות בשל סיבוכי המילה.

הד"ר גולדמן מציין גם הפגיעה בהנאה המינית בשל המילה. הוא מסביר כי החלק הנכרת מהווה כשליש מהעור המכסה את הפין וכי גודלה הממוצע של הערלה בוזר הבוגר הוא כשנים-עשר אינצטשים מרובעים (כ- 77 סנטימטרים מרובעים). עוד מוסיף הד"ר גולדמן כי הרקמה של הערלה מכילה קצוות עצבים מיוחדים וכי מחקרים שנעשו על גברים שנימולו מצביעים על הירידה בהנאה המינית אשר תסכולים רבים מתלווים אליה.

--- חוות דעתו בתצהיר של הד"ר גולדמן מצורפת לעתירה זו כחלק בלתי נפרד ממנה ומסומנת באות ה'.

9. הרמב"ם בספרו מורה הנבוכים מצביע על כך שהמילה מחלישה את כוח הגברא וכותב, שהמילה נועדה להפחית אצל הגברים היהודיים את הפעילות המינית ואת ההנאה ממנה ובנוסף, במכוון או שלא במכוון, גורמת להפחתת ההנאה המינית של הנשים, הבאות במגע מיני עם נימולים:

"וכן המילה, לדעתי אחד מטעמיה מיעוט התשמיש והחלשת האיבר הזה כדי שימעט בפעולה זו ויתאפק ככל האפשר. וכבר חשבו כי המילה הזו היא השלמת חסרון בבריאה, ומצא כל מפקפק מקום לפקפק ולומר היאך נעשו הדברים הטבעיים חסרים עד שיצטרכו להשלמה מבחוץ, עם מה שיתבאר מתועלת אותו העור לאותו האיבר. ואין המצווה הזו להשלמת חסרון בבריאה, אלא להשלמת חסרון המדות, ואותו הנזק הגופני הנעשה באיבר זה הוא המטרה, אשר לא יתקלקל בו מאומה מן הפעולות שבהן יציבות האדם, ולא בטלה בה ההזרעה אבל פחתה בה הלחיטות והתאוותנות המופרזים מכדי הצורך. והיות והמילה ממעטת כח הקישוי ואפשר גם מיעוט ההנאה, הוא דבר שאין בו ספק, כי האבר כאשר הוטף ממנו דם והוסר המגן שלו מראשית גדילתו אין ספק שהוא נחלש, ובפירוש אמרו חכמים ז"ל הנבעלת מן הערל קשה לפרוש, וזהו הגדול בסבות המילה לדעתי" (רמב"ם, מורה הנבוכים חלק שלישי (ירושלים, הוצ' מוסד הרב קוק, תשל"ב - 1972) פרק מט, תרסג - הדגשה לא במקור)

10. המחקרים המודרניים מאשרים את דברי הרמב"ם. במחקר אמריקני דיווחו גברים, שנימולו בבגרותם על הפחתה ברגישות הפין, הפחתה בהנאה המינית, יותר כאב באיבר המין ודפורמציה קוסמטית.

(J. Money, J. Davison "Adult Penile Circumcision: Erotosexual and Cosmetic Sequelae" 19 J. Sex Res. (1983) 289,289)

מחקר ישראלי של די"ר אליעזר שלו ודי"ר אבי טפר ממחלקת הנשים בבית חולים העמק בעפולה על עולים חדשים, שנימולו בארץ הראה תוצאות דומות. העולים הנימולים דיווחו על הפחתה ניכרת בהנאה מיחסי מין ובתדירותם (עת"ם. ברית מילה לגברים בוגרים מפחיתה הנאתם מיחסי מין. מעריב 31.10.1991)

סיבוכי המילה והסכנות שבניתוחי המילה

11. המילה אינה ניתוח נטול סיכונים; כדברי הרמב"ם "כי אין זו שריטה בשוק או כוניה בזרוע, אלא דבר שהיה קשה מאוד מאוד" (מורה הנבוכים לעיל, תרסד). הסיבוכים העיקריים של המילה כוללים: דימום, זיהום מקומי, זיהום כללי, קרעים בעור, חוסר עור, גשרי עור, דלקת פי השופכה, הצרות פי השופכה, עצירת שתן, זיהום בדרכי השתן,

מחלת כליות חסימתית, נמק חלקי או מלא של הפין, קטיעה חלקית או מלאה של הפין, אובדן אשכים ומוות.

סיבוכים שמורגשים יותר למן ההתבגרות הם: זקפה מכאיבה, הנובעת מהסרת עור רב מדי וזקפה עקומה, הנובעת מהסרה לא סימטרית של הערלה.

(J. Bigelow **The Joy of Uncircumcising** Aptos, CA: Hourglass Book Publishing (1995) pp. 44 and 80.)

אחוז הסיבוכים המדווח בצפון אמריקה נע בין 2% ל 55% תלוי בהגדרת המושג סיבוכ, בצורת המעקב, במשכו ובתנאים נוספים.

(W.f. Gee, J.S. Neonatal "Circumcision: A Ten-year Overview: With Comparison of the Gomco Clam and Plastibell Device" 58 **Pediatrics** (1976) 824-7. T.R.O'Brien, E.E. Calle, W.K. Poole "Incidence of Neonatal Circumcision in Atlanta 1985-1986" 88 **South Med. J.** (1995) 411-15. C.A. Moreno, J. P. Realini "Infant Circumcision in an Outpatient Setting" 85 **Tex. Med.** (1989) 37, 37-40. H. Patel "The Problem of Routine Circumcision" 95 **Canad. Med. Ass. J.** (1966) 576-81. T.J. Metcalf, L.M. Osborn, E.M. Mariani "Circumcision, A Study of Current Practices" 22 **Clin. Pediatr.** (1993) 575,575-9)

12. בארץ לא פורסם שום מחקר, שעקב אחרי קבוצה של תינוקות ובדק את מהותם וכמותם של סיבוכי המילה בקרבם; כן לא ידוע לעותרת על קיומו של רישום מרכזי או מחוזי כלשהו בנושא. תוצאות ראשוניות וחלקיות מאוד של סקר **סיבוכי המילה בתינוקות וילדים בישראל**, שדווחו בעיתונות הרגילה והרפואית, מורות על **21 מקרי מוות**, **19 מיקרים של קטיעה או נמק של איבר המין ו - 132 מיקרים קשים**, שזקקו לטיפול בבית חולים, **עקב זיהומים, דימומים, חתכים, אובדן עור ודפורמציות אחרות**, חלק מהסיבוכים **גרמו לפין נזק חסר תקנה**. ריבוי מקרי המוות יחסית לשאר המקרים מלמד כמובן על דיווח מוטה ולא על מיעוט מיקרי הסיבוכים שאינם מביאים עד לכדי מוות.

13. בשנת 1992 הורשע בתיק פלילי 1603/91 בית משפט השלום ברחובות מוהל שקטע קטיעה שלמה את ראש הפין של תינוק אותו ביקש למול. המוהל הורשע על-פי הודאתו ובמסגרת עסקת טיעון בעבירות של הפרת חובה לדאוג לבריאות ורשלנות במתן טיפול רפואי או כירורגי, עבירות על סעיפים 337 ו - 338(7) לחוק העונשין. כבוד סגן הנשיא השופט ז' המר כתב בגזר הדין;

"... במקרה נשוא כתב האישום במקום הסרת הערלה בלבד קטע קטיעה שלמה את ראש אבר המין. הנאשם עזב את המקום וכשסבו של התינוק רדף

אחריו עם האבר הקטוע חזר ובדק את התינוק וטען שהכל בסדר. אח"כ השליך את האיבר ארצה ועזב."

יודגש כי התינוק נולד שלם ובריא וצפויים היו לו חיים רגילים. מוסיף וכותב סגן הנשיא הנכבד ;

"לפי עדותו של האב התינוק זקוק להשגחה רפואית שוטפת וצמודה. הטיפול בו מסובך ותחזית הרופאים היא שכשיגדל יותר יהיה זקוק לטיפול פסיכולוגי. כי לא יוכל לקיים או ליהנות מיחסי מין..."

--- רצ"ב העתק גזר הדין בת.פ. 1603/91 הנ"ל, מסומן באות ו'.

14. לאחרונה נתנה הכרעת הדין בתיק פלילי 4463/96 בבית המשפט השלום בתל אביב מפי כבוד השופט ד' רוזן. מוהל נמצא אשם בביצוע טיפול רפואי רשלני והורשע בעבירה על סעיף 7(338) לחוק העונשין. במקרה זה נגרמה לשני תינוקות שונים שהיו בריאים לחלוטין טרם ביצוע ניתוח המילה נכות קשה בעקבות ביצוע ברית המילה. לכל אחד מהתינוקות נגרם נמק באיבר המין זמן קצר לאחר ברית המילה, שניהם נאלצו להתאשפז לזמן ארוך בעקבות זאת ושניהם איבדו את ראש איבר המין שלהם. אומר כבוד השופט רוזן ;

"בתחילת שנת 1992 נולדו התינוקות למשפחות ב' וא', בריאים וגופם כולו מתום.

השניים הוכנסו בבריתו של אברהם אבינו, ולא חלפו אלא מספר ימים ונמק פשט באיבר מינם." (ת.פ. (ת"א) 4463/96 מדינת ישראל נ' טריקי יוסף - בעמ' 13 להכרעת הדין)

"שני התינוקות הובהלו לביה"ח ימים ספורים לאחר ברית המילה. השניים נזקקו לאישפוז וטיפולים רפואיים מורכבים ויהיה זה לא בלתי נכון לומר, שמה שאבר מינם היה, לא יהיה עוד לעולם." (שם, בעמ' 1 להכרעת הדין).

ומוסיף כבוד השופט בעמ' 5 להכרעת הדין, תוך שהוא מצטט את הרופא שטיפל בילד ואף העיד על כך ;

"להערכת ד"ר דניאל, הנוק שנגרם לילד :

"... מבחינה אנטומית - אין דרך חזרה.

אין דרך להשתיל ראש איבר חדש..."

בהמשך מצטט השופט רוזן הנכבד מתוך חוות דעת המומחה מטעם התביעה, ד"ר משה וסטרייך שהינו מנהל מחלקה לכירורגיה פלסטית וחבר בוועדה לפיקוח על המוהלים היא משיבה מס' 5;

*"שני הילדים יסבלו מהפרעות בתפקוד ובהנאה המינית לכל שנות חייהם, עם הפרעות אישיות נלוות.
אין לי ספק שהנוק באברי המין של שני הילדים נגרם מהבריתות שבוצעו על ידי המוהל..." (שם, בעמ' 8 להכרעת הדין).*

--- רצ"ב העתק הכרעת הדין בת.פ. 4463/96 הנ"ל, מסומן באות ז'

15. הסיבוכים הקשים שהומתשו באמצעות שני פסקי הדין הנ"ל הינם רק קצה הקרחון של הסיבוכים, תינוקות רבים סובלים מסיבוכים רבים בעקבות ביצוע ניתוחי המילה בארץ. סיבוכים שאינם גורמים לנזקים חמורים וקיצוניים כל-כך כמו אלו שהובאו לעיל אינם זוכים לפרסום ובטעות מתקבלים בשוויון נפש כרע הכרחי. ד"ר דניאל לביא שהעיד בת.פ. 4463/96 הנ"ל מטעם התביעה אומר על עצמו;

"אני אורולוג מנתח בביה"ח וולפסון ותפקידי הוא סגן מנהל בכיר של המחלקה האורולוגית." (פרוטוקול הדין, בעמ' 4)

ובהמשך דבריו;

*"הסיבוכים האחרים של ברית מילה הם שכיחים.
כל הסיבוכים האחרים של ברית מילה לא מגיעים למצב של נמק.
זה דימומים, זה זיהומים, זה צורך לתפור דחוף את איזור ברית מילה, מגיעים תינוקות עם 4-5 [ה]מוגלובין..." (פרוטוקול, בעמ' 13)*

--- רצ"ב העתק עמודי הפרוטוקול הרלוונטיים לעתירה זו, מסומן באות ח'.

16. צ'ארלס וויס דיווח על שני תינוקות בארצות הברית, שמתו בשנת 1957 לאחר מילה על-ידי מוהלים, ועל "תאונות" רבות נוספות, שגרמו, וכן על ההסתעפויות של הרופאים מעבודתם. מקרי מוות בגלל המילה אינם רשומים ככאלה אלא כמקרי מוות בגלל דלקת זיהום וכדומה.

(C. Weiss "A Worldwide Survey of the Current Practice of *Milah* (Ritual Circumcision)" **Jewish Social Studies** (1962) 30, pp.31 and 35)

שני מקרי מוות נוספים בארצות הברית בעקבות מילה דווחו בספרות המדעית, אחד מהם מידי מוהל.

(D. Annunziato, L.M. Goldblum "Staphylococcal Scalded Skin Syndrome, a Complication of Circumcision" 132 **Am. J. Dis. Child.** (1978) 1187, 1187-8.
T.G. Cleary, S. Kohl "Overwhelming Infection with Group B β -hemolytic Streptococcus Associated with Circumcision" 64 **Pediatrics** (1979) 301, 301-303)

לאחרונה דווחו חוקרים אמריקנים על שבעה מקרי קטיעה של העטרה והשופכה בתינוקות בהם טיפלו בבית החולים שלהם בארצות הברית, שש משבע הקטיעות נגרמו על-ידי מוהלים.

(J. Sherman, J.G. Borer, M. Horowitz, K.I. Glassberg "Circumcision: Successful Glandular Reconstruction and Survival Following Traumatic Amputation" 156 **J. Urol.** (1996) 842, 842-4)

נוסף על כך, מאמר מערכת בעיתון הבריטי לאורולוגיה מעריך, שרוב מקרי הקטיעות אינם מדווחים.

(Editorial. 77 **Br. J. Urol.** (1996) 925)

17. נזק נוסף של המילה הוא אובדן הערלה כ"רקמה שאין לה תחליף בתיקונים השונים של ההיפוספדיאס", שבו פתח השופכה נמצא על גחון איבר המין או מתחת לאיבר המין. אברהם סביר מסביר, כי "בישראל לצערנו מספר הילדים היהודים עם היפוספדיאס הדורש תיקון והעוברים ברית מילה מסורתית, הוא לא בלתי מבוטלי". כל הניסיונות להסביר את נחיצותה של הערלה למוהלים מוסיף סביר, נופלים לא פעם על אוזניים ערלות. גם ברית מילה סימלית על-ידי הקזת דם בלבד יכולה לפגוע בצמיחת הערלה ובתיקון עתידי של המום (אי סביר "ברית מילה כבעיה ניתוחית מסורתית וסביבתית" **רופא המשפחה** יט (1991) 121, 123). לשם המחשת הבעיה, בארצות הברית 0.8% מן התינוקות הזכרים נולדו עם היפוספדיאס

(L.J. Paulozzi, D. Erickson, R.J. Jackson "Hypospadias Trends in Two US Surveillance Systems" 100 **Pediatrics** (1997) 831,832).

18. הצרות פי השופכה היא סיבוך, שמופיע כמעט רק אצל נימולים או אצל ילדים שלמים שבהם הערלה אינה מכסה את קצה העטרה ומותירה את פי השופכה חשוף לגירויים. עקב ההצרות סובלים הילדים מכאבים ובעיות בהשתנה. הפתרון הוא ניתוח להרחבת פי השופכה. בבית חולים בריטי 8% מן הנימולים נזקקו להרחבת פי השופכה. משך הזמן בין המילה להופעת הסימפטומים נע בין ארבעה חודשים לשמונה שנים, עובדה המסבירה, מדוע סיקרי סיבוכים ממעטים מאוד לדווח על הבעיה כסיבוך של המילה.

(R. Persad, S. Sharma, J. McTavish, C. Imber, P.D.E. Mouriquand "Clinical Presentation and Pathophysiology of Meatal Stenosis Following Circumcision" 75 *Br. J. Urol.* (1995) 91, 91-3).

הצרות פי השופכה עלולה לגרום גם למחלה חסימתית של דרכי השתן

(M.A. Linshaw "Circumcision and Obstructive Renal Disease 59 *Pediatrics* (1977) 790).

19. במרץ 1997 התפרסם סיפור המעקב אחרי הראשון בשורה של מיקרים, בהם עקב קטיעת הפין בעת המילה הוחלט לסרס את התינוקות ולשנות את מינם לנקבה. הילד הראשון שטופל כך, נולד בשנת 1963 ומקרהו תואר בספרות המדעית כהצלחה; אולם מסתבר, שהילד למרות שגודל כבת חש כל ילדותו כבן וסבל בשל כך. בגיל 14 הודיעה ה"בת" להוריה, כי ברצונה לעבור ניתוח לשינוי מין, רק אז גילו "לה" כי למעשה נולדה כבן ומינה שונה בעקבות ה"תאונה". שוב שונה המין ושוחזר הפין, אם כי קטן וחסר רגישות של איבר נורמלי. כמוכן שהבחור לא יוכל גם להוליד לעולם, כיוון שסורס בינקותו, (M. Diamond, H.K. Sigmundson "Sex Reassignment at Birth, Long-term Review and Clinical Implications" 151 *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.* (1997) 298, 298-304).

בספרות המדעית דווחו מקרים נוספים של ילדים עם קטיעה שלמה של הפין עקב ניתוח מילה, שעברו ניתוח לשינוי מין.

(J.P. Gearhart, J.A. Rock "Total Ablation of the Penis after Circumcision with Electrocautery: A Method of Management and Long-term Followup" 142 *J. Urol.* (1989) 799, 799-801).

20. טענה רווחת בספרות היא, שהמילה מקטינה את שכיחות הזיהומים בדרכי השתן בתינוקות. למעשה ההפך הוא הנכון, כמה קבוצות חוקרים בארץ הגיעו למסקנה שהמילה מגבירה את הסיכון לזיהומים בדרכי השתן,

(H.A. Cohen, M.M. Drucker, S. Vainer, et al. "Postcircumcision Urinary Tract Infection" *Clin. Pediatr. (Phila)* 31 (1992) 322, 322-4. M. Goldman, J. Barr, T. Bristritzer, M. Aladjem "Urinary Tract Infection Following Ritual Jewish Circumcision" 32 *Isr. J. Med. Sci.* (1996) 1098, 1098-102).

21. כאמור, המציצה הינה השלב השלישי בטקס ברית המילה היהודי. אצל חלק מהמוהלים, בשלב זה מכניס המוהל את הפין המדמם לפיו ומוצץ את הדם,

(E. Wallerstein *Circumcision an American Health Fallacy* (New York, Springer Publishing Co. - 1980) 158).

המציצה מסוכנת מאוד לתיטק בהיותו חשוף לחיידקים ולגופים, הנמצאים בפי המוהל. אלכסנדר טערטיס מדווח בספרו על מותם של אלפי תינוקות יהודיים במאה התשע-עשרה בגלל מחלות, בהן נדבקו בעת ברית המילה (א' טרעטיס דם ברית (לונדון, דפוס גינצבורג - 1900 בעמודים 1, 3, 9, 15, 27, 31, 45, 58). גם כיום בישראל מוהלים רבים המבקשים "להזר במצווה" עדיין מוצצים בפייהם, וסבורים שזו הדרך הנכונה ביותר לקיים את מצוות המציצה. לפני מספר שנים התיר הרב הספרדי הראשי הרב בקשי דורון למוהלים למצוץ את הדם בזמן ברית המילה באמצעות מבחנה עם גזה. ראוי לציין כי היה זה עקב פניה של מוהל ובשל חשש להידבקות של המוהלים מתינוקות נגועים באיידס ולא מתוך דאגה שמא דווקא המוהלים הם אלו שעלולים להדביק את התינוקות בזיהומים או נגיפים המצויים בפי המוהל. (כתבה מאת יובל פלג, ידיעות אחרונות, 19.03.93)

--- רצ"ב העתק הכתבה המסומן באות ט'.

הכאב והטראומה של המילה

22. עוד מיתוס רווח הוא, שתינוקות הנימולים אינם חשים כאב ואם הם חשים כאב, השפעותיו קצרות טווח ולא משמעותיות מבחינה קלינית, ושוב ההפך הוא הנכון. תגובות הכאב של תינוקות חזקות בעצמתן מאלו של מבוגרים. תגובות אחרות של תינוקות מצביעות על תגובות משולבות התנהגותיות ורגשיות לכאב, הנשארות בזיכרון די זמן, כדי לשנות דגמי התנהגות עתידיים.

(K.J.S. Anand, P.R. Hickly "Pain and its Effects in the Human Neonate and Fetus" 317 N. Engl. J. Med. (1987) 1321,1326).

במחקר, שפורסם במרץ 1997 בעיתון הרפואי היוקרתי 'לנצט' הושוו תגובות הפחד והכאב לחיסון בגיל חצי שנה אצל תינוקות שנימולו לאחר לידתם לתגובות אצל תינוקות שלמים. תגובות הפחד והכאב אצל נימולים היו מוגברות וחזקות באופן משמעותי בהשוואה לקבוצת הפעוטות השלמים. המחקר מאשר שפיגיה ברקמות בינקות וטראומת הכאב, הנגרם בגללה, גורמים לשינויים ארוכי טווח בתהליכי העיבוד העצבי המרכזי ובתגובות לגירויים מכאיבים אצל פעוטות.

(A. Taddio, J. Katz, A.L. Ilersich, G. Koren "Effects of Neonatal Circumcision on Pain Response During Subsequent Routine Vaccination" 349 Lancet (1997) 599,602).

סרטן אברי המין והמילה

23. הטענות כי המילה מקטינה את שכיחות סרטן צוואר הרחם אצל בנות הזוג של נימולים הוכחו כלא נכונות.

(L.A. Brinton, W.C. Reeves, M.M. Brenes, et al. "The Male Factor in the Etiology of Cervical Cancer Among Sexually Monogamous Women" 44 *Int. J. Cancer* (1989) 199, 199-203. M. Terris, F. Wilson, J.H. Nelson "Relation of Circumcision to Cancer of the Cervix" 117 *Am. J. Obstet. Gynecol.* (1973) 1056, 1056-66.)

24. שכיחות סרטן הפין, שהינו ככלל סוג סרטן נדיר, אצל נימולים אכן נמוכה יותר. אך הסיכון המוגבר אצל גברים שלמים מוגבל לאלו, שיש להם דלקות חוזרות של הערלה ובעיות במשיכתה מעבר לעטרה. טיפול בבעיות אלו והגיינה נאותה משיגים את אותה המטרה של הפחתת שיעור סרטן הפין.

(C. Maden, K.J. Sherman, A.M. Beckmann, et al. "History of Circumcision, Medical Conditions, and Sexual Activity and Risk of Penile Cancer" 85 *J. Natl. Cancer Inst.* (1993)19,19-24)

מילת תינוקות מול מילת מבוגרים

25. בדרך כלל נהוג לומר כי אין הבדל מהותי בין ביצוע ניתוח מילה לתינוק רך לבין ביצוע אותו הניתוח לבוגר. גם אם נתעלם לרגע מחוסר היכולת להסכים לניתוח אצל תינוקות ונטרכו בהיבטים הטכניים של הניתוח בלבד, קיימים מספר הבדלים אשר יכולים להקל את ביצוע הניתוח דווקא במבוגרים ולהקטין את הסכנות והסיבוכים. אומר החבר בוועדה - משיבה מס' 5, הד"ר וסטרייך בעדותו בת. פ. 4463/96 הנ"ל;

"אני מסכים איתך שיש הבדל בין ברית מילה לתינוק לבין ברית מילה למבוגר. יש הבדל, אבל לא כ"כ משמעותי. ההבדל כדי שלא תהיה התנגדות של המוהלים בכך שהרופאים מבצעים את הבריתות אזי יש כלל שמוהל לא מבצע בריתות מעל גיל חצי שנה והרופאים שקיבלו אישור מטעם הוועדה לעשות בריתות למבוגרים, לא יבצעו בריתות לתינוקות בשכר." (פרוטוקול הדיון (נספח ח'), בעמ'

(24)

הדי"ר וסטרייך חושף בדבריו את האינטרס הכלכלי שבביצוע ניתוחי המילה, אינטרס שהוא לכל הדעות מתוך לעניין לגבי ההחלטה מי יבצע את ניתוחי המילה ובאיזה גיל יבצע הניתוח. מנגד ישנן סיבות טכניות כבדות משקל המורות על דחיית הניתוח לגיל מאוחר יותר. בעוד שבתינוק הערלה דבוקה לעטרה ויש לקרוע אותה מהעטרה כדי לבצע את המילה כדרך ההלכה כיום, במבוגר פעולה טראומטית זו אינה נדרשת הואיל ועם התפתחות גוף האדם ובכלל זה גם איבר מינו הערלה נפרדת מהעטרה ופעולת התלישה אינה נדרשת יותר. הבדל חשוב נוסף הינו ההבדל בגודל הפין אצל תינוקות. ביצוע החיתוך באיבר כה זעיר הינו קשה יותר וחשוף יותר לטעויות וכשלונות בחיתוך מאשר איבר בוגר שהוא גדול יותר. נקודה נוספת הקשורה לשלב תלישת הערלה מהעטרה, בשלב זה נוצר דימום על פין התינוק אשר גורם להפרעה והסתרה בזמן החיתוך, ביצוע בגיל מבוגר פותר גם הפרעה זו ומפחית את הסכנה לחיתוך שגוי.

הקבלה למילת בנות

26. בעוד שהציבור כולו מזדעזע בצדק ממילת בנות בישראל וסבור שעל המדינה להגן על הבנות מן ההתעללות הזאת, מילת בנים על-אף שהיא אותה ההתעללות עצמה אינה נתפסת בצורה דומה. וזאת אף על פי שמילת בנות בארץ (המילה הסונית) דומה למילת הבנים. בשני המקרים כורתים את הערלה; של הדגדגן או של הפין (ע' עסלי, נ' חמאיסי, "אבורביעה, ח' בלמקר "ברית מילה בנשים" הרפואה 122 (1992) 461, 2-461). באפריקה מילת הבנים והבנות נתפסה מאז ומעולם כעניין סימטרי עם הנמקות זהות. מאמר מדעי שפורסם לאחרונה מציין;

"The failure to relate the two types of circumcision is curious because they have probably been by most African as being related to aenos. Both Herodotus in the fifth century BC and his Egyptian informants discussed male and female circumcision as a single phenomenon carried out for the same reasons, and this appears to be the testimony also of Diodorus Siculus and Strabo for Egypt and Eritrea in the first century BC. Two millennia later, Kenyatta writing of the Kikuyu of Kenya in the present century, fails too to make any distinction". (J.C. Caldwell, I.O. Orubuloye, P. Caldwell "Male and Female Circumcision in Africa from a Regional to a Specific Nigerian Examination" 44 Soc. Sci. Med. (1997) 1181,1181).

הכותבים מציינים כי בחברות אפריקניות אלו ניתוחי המילה;

“was thought to be aesthetic, a protection against pelvic infection and especially sexually transmitted disease, anciently practiced and hence culturally appropriate, and sometimes also a protection for the baby during the birth”.(Ibid, 1190)

ומוסיפים לגבי האמונה ומשמעות המילה באפריקה שמדרום לסהרה;

“scarification and other bodily mutilations carried out for the supposed good of the affected person” (Ibid, 1188)

לאחרונה נתבשרנו כי בית המשפט העליון של מצרים נדרש לסוגיית מילת הבנות במצרים. על אף התנגדות נחרצת של חכמי דת ומוסדות דתיים במצרים פסק בית המשפט העליון המצרי נגד ביצוע ניתוחי המילה לילדות ואסר על רופאים שקיבלו רשיון מהממשלה ועל עובדי בריאות הציבור לבצע מילת ילדות. (שפי גבאי מעריב, 31.12.97)

--- רצ"ב העתק המאמר בעיתון הנ"ל, מסומן באות י".

השלכות חברתיות של ניתוחי המילה

27. בקרב הציבור הרחב קיימת אמונה מוטעית גם באשר להשלכות החברתיות של ניתוח המילה. רבים סבורים בטעות כי תינוק שלא נימול לא יחשב כיהודי, זאת כאשר לאמיתו של דבר כל תינוק שנולד לאם יהודיה ירשם כיהודי ללא כל בדיקה אם הוא אכן נימול. כיום מצויים תינוקות רבים שהוריהם סרבו למול אותם מתוך מניעים הומניים ותינוקות אלו גדלים בישראל כיהודים לכל דבר.

28. בעקבות העליה מחבר העמים, עלה בשנים האחרונות באופן ניכר מספר הזכרים השלמים אזרחי ישראל. העולים שהוכרו כיהודים על אף שלא היו נימולים זכו להיקלט כיהודים לכל דבר ועניין. אנשי הרבנות הראשית ומשרד הדתות עושי מלאכתם של משיבים מסי' 2 ו-4 פעלו לצמצום כמות השלמים בין אנשי העליה, משאבים רבים הושקעו בכך אך רוב העולים נותרו שלמים גם לאחר מאמצים אלו. על אלו נוספים מאות אלפי העובדים הזרים אשר שוהים בישראל וחלק מכריע מהם שלמים וכמוהם גם ילדיהם אשר משתבצים במערכת החינוך לצד ילדי אזרחי ישראל. עובדה זו מצמצמת מאוד את החשש כי טובתו של ילד שלם תפגע בשל היותו נחשב כחריג.

ביצוע ניתוחי המילה בישראל

29. בישראל מבוצעים כיום כ- 60,000 ניתוחי מילה מדי שנה, רובם המכריע על-ידי מוהלים שלא במסגרת מוסד רפואי מוכר. אותם מוהלים פועלים כבעלי משלח-יד לכל דבר, שמוותיהם מופיעים בפרסומים צרכניים כדוגמת "דפי זהב" והם גובים תשלום עבור ניתוחי המילה והטיפול הנלווה להם. יחד עם זאת אין הסדרה הולמת לפעילותם של המוהלים, בדרך כלל את התשלום אותו הם גובים, הנע בדרך כלל בין 800 ל- 1000 שקלים חדשים הם מכנים כתרומה ואין הם מוסרים כל קבלה בגינו. פועל יוצא של מצב זה הוא אנטרס כספי גדול של העוסקים בביצוע ניתוחי המילה המסתכם מדי שנה בעשרות מליוני שקלים, נקיים ממס או יותר נכון לומר מועלמים מעיני רשויות המס.

30. בישראל חסר דבר חקיקה המסדיר את סוגיית ניתוחי המילה. משך עשרות שנים נעשו מאמצים להסדיר את הסוגיה בחוק אך אלו נתקלו בחומת התנגדות מצד חוגים דתיים. לאחרונה קמה יוזמה כזו מטעם חבר הכנסת חגי מירום אך גם יוזמה זו נקטעה בעודה באיבה. ניתוחי המילה מוסדרים באופן חלקי על ידי ועדה בין-משרדית המשותפת למשיבים מס' 2,1 ו- 4, ועדה זו המורכבת מרופאים ואנשי דת היא משיבה מס' 5. למשיבה מס' 5 סמכות לפקח ולהעניק הסמכה למוהלים כמו גם להמליץ ולהכווין באשר לדרכי טיפול. יחד עם זאת אין משיבה מס' 5 אוסרת או מונעת פעילותם של מי שלא הוסמכו על ידיה או מי שהסמכתם לא חודשה. אומר ד"ר וסטרייך, החבר במשך כעשר שנים בוועדה לפיקוח על המוהלים, היא משיבה מס' 5, בעדותו בת.פ. 4463/96 הנ"ל;

"בארץ אין חוק שאומר שכל מוהל צריך להיות מצויד עם רשיון. המוהלים באים מיוזמתם כדי לקבל הסמכה מטעם הועדה. והתעודה זו נותנת להם אפשרות לעבוד בתוך כותלי בתי החולים ואף לבצע בריתות אם יש אולם מתאים לעשות את זה.

כל מוהל אם תעודה או בלי, יכול לבצע ברית בלי שום איסור." (ת.פ. (ת"א) 4463/96 מדינת ישראל נ' טריקי יוסף - בעמ' 24 לפרוטוקול הדיון (נספח ח') - הדגשה לא במקור)

יודגש כי המוהל אשר הורשע בתיק פלילי 4463/96 הנ"ל היה חסר את הסמכת הועדה בתקופה בה ביצע את העבירות בהן הורשע הואיל ולא חידש אותה. כמו כן, אופן הטיפול שביצע היה מנוגד לדרך המומלצת על-ידי משיבה מס' 5.

31. אכן, גם דרכי הטיפול המומלצות על ידי משיבה מס' 5 אינן נאכפות. רבים מהמוהלים מבצעים את ניתוחי המילה תוך שימוש בדרכי טיפול אשר מיוחדות ומוכרות רק להם

עצמם. מוהלים עושים שימוש בחומרים המסוכנים לנימולים על-ידם ואשר אסורים בשימוש. וזאת מבלי שמשיבה מס' 5 תפעל באופן אפקטיבי נגדם. די"ר וסטרייך מציין בעדותו ;

יש נסיון שמוהלים שמים חומרים על מקום הברית שאין להם מושג מה שהם שמים משהו אמר להם שטוב לשים את זה. ואנו מצאנו דברים מוזרים מאוד שמורחים ושמים על הפין.

... בהודעתו של הנאשם במשטרה שהוא שם תחבושת עם אלכוהול ישירות על הפצע, שאלכוהול הוא הרסני לרקמות." (ת.פ. (ת"א) 4463/96 מדינת ישראל נ' טריקי יוסף - בעמ' 22 לפרוטוקול הדיון - נספח ח')

ובהמשך עדותו משיב הדי"ר וסטרייך לשאלת הסגנוריה ואומר ;

יאם את אומרת שהנאשם השתמש באלכוהול כל הזמן במשך 23 שנים ולא קרה שום דבר, אני משיב שזה יכול להיות. יש עוד חומרים שמתמשים בהם, כמו למשל תמיסות עם אדרנלין ואין עם זה שום בעיה. אסור להשתמש בתמיסה הזו, לכן הם [המוהלים - ר.ב.] מכינים אותה בעצמם. זה מכווץ את כלי הדם. אם הפצע גדול, אז הספיגה יותר גדולה, והיו כ- 4-5 מקרים שאני יודע מהם שספיגת יתר של אדרנלין גרמה כמעט למוות של התינוק." (ת.פ. 4463/96 הנ"ל - בעמודים 1-30 לפרוטוקול הדיון - נספח ח')

גם הנאשם עצמו, רב ומוהל שביצע אלפי בריתות מפגין את חוסר התייחסותו להנחיות לגבי המוהלים ואומר בעדותו שהעדיף את הנחיות הרב ועקנן שהיה זה שלימד אותו את מקצוע המילה לפני עשרות שנים ;

"... אני כן מתחשב במה שהרבנות קובעת אבל אני רוצה מעשי, וזה למדתי אצל ועקנן שאת אומרת שבתדריך הרבנות הראשית שהתחבונת צריכה להיות סטריילית ולא עם אלכוהול - אני אומר יכול להיות שכן. דבר ראשון אני יעשה מה שלימדו אותי. דבר שני כל מוהל והשיטה שלו. אך שהוא עושה... (עמ' 56 לפרוטוקול). (מצוטט בעמודים 4-23 להכרעת הדין (נספח ז) - הדגשה לא במקור).

סוף דבר

32. המילה כיום היא אחד השרידים האחרונים של מסורת פרימיטיבית, שאינה מתחשבת כלל בזכויות האדם, המקובלות בכל הדמוקרטיות כאושיות החברה. זכותו של האדם

לשלמות גופו היא זכות בסיסית ביותר, שגם הוריו אינם רשאים לשלול ממנו. ואכן מכל הדמוקרטיות המילה נהוגה כיום רק בצפון אמריקה ובישראל. המילה היא ניתוח מכאיב ולא פשוט באיבר שהוא רגיש במיוחד, ניתוח זה נעשה ללא הרדמה וזהו הניתוח היחיד בכל העולם התרבותי שנעשה בתינוק חי ללא הרדמה. המערכה נגד ניתוחי המילה בצפון אמריקה נושאת פירות, ושכיחותה שם יורדת ברציפות. הגיע הזמן שגם בישראל יקרה דבר דומה.

הטיעון המשפטי

לגבי הטענה לאי התערבות רשויות המדינה בסוגייה בשל חופש דת ופולחן

33. בניגוד למדינות דמוקרטיות רבות, בישראל לא קיימת התפיסה של הפרדת הדת מן המדינה. המדינה מעניקה מטעמה שרותי דת באמצעות מוסדות דתיים כדוגמת מועצות דתיות וכדוגמת משיבה מס' 4 עצמה. כמו כן, מממנת המדינה מכספיה פעילויות חינוך דתי ולימודי דת ואף כופה הסדרים חוקיים דתיים כדוגמת איסור גידול ומכירת חזיר ולהבדיל חיוב בנישואין דתיים בלבד. פועל יוצא של מצב זה הוא שאין רשויות המדינה יכולות להיתפס כנייטרליות בנוגע לביצוע פולחן דתי הפוגע בגופו של אדם. טענה כאילו כל סוגיית ניתוחי המילה מצויה בתחום שבין אדם לחברו, משפחתו או שבטו ואל לרשויות המדינה להתערב בהן איו לה מקום הואיל ובו ברגע שהמדינה לכאורה מתעלמת מהסוגייה הרי היא נתפסת בציבור כמאשרת ומעודדת את ביצוע ניתוחי המילה ובכך מאששת את כל הסברות המוטעות המושרשות בקרב הציבור בנוגע להשלכות הרפואיות והחברתיות הנזכרות לעיל בחלק העובדתי לעתירה זו. מכאן שעל רשויות המדינה הנוגעות בדבר, קרי משיבים מס' 1, 2 ו-4 לפעול על מנת להסדיר את סוגיית ניתוחי המילה על פי אמות המידה המנהליות כפי שפותחו בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. עוד נסיף כי חופש הדת והמצפון של ההורים ככל שהוא מוכר במשפט ישראל אין הוא מוחלט;

"...שכן זכותם המשותפת של הורים לחנך את ילדיהם על ברכי דתם אינה מוטלת בספק (למעט במצבים בהם מוגעים ערכיה של הדת או הפרקטיקות המתבצעות במסגרתה, בילד)" (ע"א 2266/93 פלוניס נ' אלמוני, לא פורסם, הנשיא שמגר, סעיף 5 לפסק דינו)

34. בפועל רשויות המדינה מתערבות באופן ישיר בסוגיית ניתוחי המילה. משרדי הממשלה השונים מממנים ניתוחי מילה לעולים חדשים, יהודים ושאנים יהודים. הרבנות הראשית מרכזת פעילות של עידוד ושידול של עולים לבצע ברית מילה.

בכתבת עיתון "הארץ" מיום 25.04.95, נמסר על-ידי ראלי סער כי משרד הקליטה משותף במימון ניתוחי ברית מילה לילדים לא יהודיים שעלו לארץ.

--- רצ"ב העתק הכתבה בעיתון "הארץ", מסומן יא - 1.

סופר "דבר" עזרא חן כותב;

"כשלושת אלפים בריתות מילה לעולים חדשים, בני חצי שנה עד ארבעים, נעשו מתחילת השנה, מאז גל העליה מברית המועצות. מדי יום נעשות כעת כ- 20 בריתות, בבתי חולים שהוסמכו על-ידי הרבנות הראשית, ועל ידי רופאים שהשתלמו בהילכות מילה.

מחיר כל ברית הוא 460 שקלים, סכום המשולם במלואו לבית החולים על-ידי משרד האוצר. הרב זאב מנסבך, רכו מילת מבוגרים ברבנות הראשית, מסר כי 95 אחוז מן העולים המגיעים מברית המועצות לא נימולו, "ולמרות שעשינו מספר אל קטן של בריתות, הרי מובן שרובם נותרו עדיין בלתי נימולים". הרב מנסבך סיפר, כי שני רבנים של הסוכנות היהודית, המסיירים במרכז קליטה כדי לעמוד על צרכיהם הדתיים של העולים, מאתרים את חבלתי נימולים ומציעים להם לעבור את טקס המילה..." ("דבר", 09.07.1990)

--- רצ"ב העתק כתבת עיתון "דבר" הנ"ל מסומן יא - 2. }

גם משרד הדתות, משרדו של משיב מס' 2 נוהג להשתתף במימון ובאירגון ניתוחי מילה. על פי מידע שנמסר בעתונות, בשנת 1991 מימן משרד הדתות ברית מילה ל- 40 אלף עולים. עוד נמסר כי התקציב הצפוי להיות מוקצה לצורך מטרה זו על ידי משרד הדתות בשנת 1992 עמד על 13 מיליון ש"ח.

--- רצ"ב העתק קטעי העתון המדווחים על השתתפות משרד הדתות, מסומן יא - 3.

35. הואיל ובפועל רשויות המדינה בדמותם של משיבים 1,2 ו- 4 פועלות בתחום של ביצוע ניתוחי מילה ומתערבות בהסדרת המטריה של ניתוחי המילה ולצורך כך אף הקימו את משיבה מס' 5, הרי שאין מקום לטענה האומרת כי רשויות המדינה נייטרליות באשר לסוגיה זו של ניתוחי המילה. עוד נובע מפעולות המשיבים 1,2,4 ו- 5 להסדרת ניתוחי המילה, שדרך פעולתם צריכה לעמוד בסטנדרטים נאותים ועל בית משפט נכבד זה לבחון ולבקר את סבירותן של דרכי הפעולה הנבחרות על-ידם בהתאם לאמות המידה המקובלות.

לגבי הטענה לאי התערבות רשויות המדינה בשל האוטונומיה של המשפחה

36. זכותם של הורים לגדל את ילדיהם הקטינים ותוך כך להכווין את דרך חייהם ולחנכם בחופשיות על-פי השקפתם היא זכות מוכרת מקדמת דנא. יחד עם זאת זכות זו אינה זכות מוחלטת ויש מקרים בהם היא תיסוג מפני צורך להגן על הילד הקטין או מפני שהיא מתנגשת עם טובתו של הילד או זכותו של הילד. המשפחה, אשר היא אבן הבניין הבסיסית של החברה כולה, אינה מופרדת לחלוטין מהמדינה בה היא יושבת ואשר אליה היא משתייכת. מצבים בהם המדינה, המשמשת כ"אם גדולה", מתערבת ביחסי המשפחה לטובת חברי המשפחה הקטינים מוכרים ושגורים במשפטנו. ודי אם נזכיר, בקליפת אגוז, את חוק הכשרות והאפטרופסות, תשכ"ב - 1962 (להלן - חוק הכשרות המשפטית) אשר אחדות מהוראותיו מעגנות התערבות של רשויות המדינה כבית המשפט, היועץ המשפטי או האפטרופוס הכללי בעניינים שבין הקטין או החסוי לאפטרופוסו. כך למשל מציין חוק זה בסעיף 20 ב', רשימה של פעולות מסוימות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין ללא אישור מראש של בית המשפט. גם לגבי אופן החינוך קיימת התערבות של המדינה, במקרים בהם דרך החינוך עלולה לפגוע בקטין. המדינה מחייבת את ההורים לשלוח את ילדיהם לבית הספר, ובאמצעות השירות למען הילד אף מוציאה ילדים מחזקתם של הורים אשר נמצאים בלתי ראויים על-פי אמות המידה המקובלות. על כך אומר הנשיא שמגר;

"המדינה מתערבת כשהיא נחלצת להגן על הילד. כוחה של המדינה להתערב נעוץ בחובתה כ- PARENS PATRIAE להגן על אלו מאזרחיה שאינם מסוגלים להגן על עצמם." וע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, לא פורסם, סעיף 8 לפסק דינו)

ומוסיף הנשיא שמגר;

"נמצא כי אף האוטונומיה של ההורים כלפי המדינה והחברה אינה מוחלטת. זהו אם כן, הבסיס להתערבות המדינה, שיטסת בשלב זה באופן הכללי ביותר: המדינה תתערב כל אימת שהחלטות ההורים ובחירותיהם אינן עלולות בקנה אחד עם זכויות הילד וטובתו" (שם, בסעיף 9 לפסק דינו - הדגשה לא במקור)

אך טבעי הוא שנוסיף אנו לרשימה גם את זכויות האדם של הילד, כפי שהן מוכרות בכלל וכפי שהן מוזכרות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט.

37. אומר פרופ' ברק תוך הידרשותו לצורך באיזון בין האוטונומיה של הרצון הפרטי לבין זכויות מוגנות מתנגשות;

"הטענה העיקרית כנגד תחולת זכויות האדם המוגנות במשפט הפרטי הינה זו: הכרה בזכויות האדם המוגנות ביחסים בין פרטים, תפגע עמוקות בזכויות האדם עצמן, ובעיקר באוטונומיה של הרצון הפרטי... תשובתי לטיעון זה הינה זו: בין מכלול זכויות היסוד שיש להתחשב בהם מצויות גם זכויות היסוד של כבוד האדם ופיתוח אשיותו." (א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר 163, 198).

האיזון הראוי והדרך בה יש להתחשב בזכויות היסוד אינם עניין לפרט להחליט בו על דעתו. כאשר פעולתם של פרטים בינם לבין עצמם גורמת לפגיעה בזכות יסוד על רשויות המדינה להתערב ולקבוע את הנורמה לאיזון הראוי. וכאשר לא יעשו כן הרשויות, מן הראוי שיתן דעתו בית משפט נכבד זה בעניין, וינחה את אותן רשויות אל הדרך הראויה בה תלכנה. כך הוא הדבר לגבי כל זכויות היסוד, וחזק הוא שבעתיים כאשר מדובר בפגיעה בגופו של אדם ובשלמות גופו שהיא יסוד לכל זכויות היסוד. ועוד מתחזק הטיעון לאור העובדה שהפגיעה, ברובם המכריע של המקרים, נעשית בגופם של קטינים בני ימים אחדים כשהם חסרי כל ישע.

מכל שנאמר עולה כי יש ביכולתן של רשויות המדינה, בדמות המשיבים כולם, להתערב ולפעול בסוגיה זו של ניתוחי המילה וזו אף תובתם בשל מעמדה של המדינה כ"אם גדולה" והצורך להגן על זכויות האדם המוגנות של מנותחי המילה הקטינים אשר גופם ושלמותו נפגעים בצורה מכאיבה ומסוכנת.

הפגיעה בגוף כפגיעה בזכות יסוד מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

לגבי הטענה להעדר תחולת חוק-היסוד בסוגיה בשל שיוכה לתחום המשפט הפרטי

38. המצב הנוכחי בו ניתוחי המילה מוסדרים באופן חלקי ורופף, כאשר אין כל חובה מצד המוהלים למלא את דרישות והמלצות משיבה מס' 5, עשוי להוליד את הטענה האומרת שניתוחי המילה מבוצעים במישור של המשפט הפרטי, כאשר היחסים המשפטיים הנם בין הורי הקטינים בהם מבוצעים ניתוחי המילה למוהלים המבצעים אותם. סעיף התחולה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 11 קובע;

"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

בהתחשב עם סעיף 11 זה, אפשר שיטען כי חוק יסוד זה מופנה כלפי רשויות השלטון בלבד ולפיכך, אין לחוק יסוד זה תחולה בסוגיה אשר הינה נופלת לתחום המשפט הפרטי. על טענה זו להידחות משני טעמים. ראשית, כאמור, הסוגיה קבלה טיפול מצידן של רשויות המדינה בדמותם של משיבים 1,2,4 ו-5. התערבות זו בסוגיה, אפילו היא רופפת ובלתי סבירה עדיין פעולה של רשות שלטונית היא, ומובילה בהכרח להחלת הנורמות בחוק היסוד על הסוגיה שלפנינו.

39. שנית, אפילו לא הייתה התערבות בסוגיה מצד רשויות השלטון, עדיין ניתן היה להחיל על סוגיית ניתוחי המילה את הנורמות המובאות בחוק היסוד. אומר הנשיא ברק בפרשת קסטנבאום ;

"דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים בין הפרטים לבין עצמם. כלום יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חוזה בישראל בין שני פרטים, ולפיו האחד הופך להיות עבד של האחר? אכן השאלה האמיתית אינה, אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי התשובה על שאלה זו פשוטה וברורה - כן." (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' אריה ליונל קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 530.)

בספר לזכרו של פרופ' קלינגהופר המנות אומר פרופ' ברק ;

"[נהנה כי כן], המשפט הפרטי משקף שתי מערכות של איזונים. המערכת האחת, קובעת את עצם תוכנו של המשפט הפרטי עצמו, לרבות הוראות השסתום שבו. איזונים אלה נערכים על-פי "פסקת ההגבלה" הקבועה בחוקי-היסוד. זו מכוונת כלפי המחוקק, וקובעת כיצד יש לקבוע את תוכנו הראוי של דבר החקיקה. המערכת השנייה של האיזונים, נעשית במסגרת המשפט הפרטי עצמו, ולאחר שנתקיים האיזון הנדרש בפסקת ההגבלה. זהו איזון המתבקש ממושגי השסתום עצמם, ואשר נועד ליתן להם תוכן קונקרטי. זהו איזון הנערך על-ידי השופט, ומהווה לעתים ביטוי לשיקול-דעת שיפוטי. איזון זה מתחשב בערכי היסוד, ובזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. הוא פרי "פסקת הגבלה" שיפוטית, הפועלת במסגרתו של המשפט הפרטי עצמו." (א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר 163, 196.)

ומוסיף הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי;

"זכויות האדם החוקתיות מקריטות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות." (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221, 447.)

כבוד השופט י' פלפל, בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, מביע דעתו המצדדת נחרצות בתחולה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים בתוך המשפחה, בין הורים וילדיהם.

"קטין הוא בחוקת "אדם" ועל כן הכאתו של קטין שוללת את זכויות האדם הבסיסיות שלו - ולהורה אין כל זכות לעשות כן... על פי הוראות סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ניתן לפגוע, לכאורה, בזכויות האדם של קטין "רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ומידה שאינה עולה על הנדרש", אולם אין חוק המתיר להורה להכות את בנו, ..." (ערר (בי"ש) 1059/96 מדינת ישראל נ' י. ח. (לא פורסם) בעמ' 1-20.)

גם חוק המתיר להורה לכתות את ערלתו של ילדו הקטין, או לפגום בשלמות גופו בכל דרך אחרת אינו קיים בישראל.

--- רצ"ב העתק החלטת בית המשפט בערר 1059/96 הנ"ל, המסומן יב.

40. הנה כי כן, לנורמות המובאות בחוק היסוד ישנה תחולה במשפט הפרטי. הגישות השונות, הגורסות תחולה ישירה של חוק היסוד במשפט הפרטי לעומת תחולה עקיפה באמצעות "מושגי השסתום" אינן צריכות להשפיע על הנכונות של בית משפט נכבד זה להשתמש בעקרונות יסוד אלו ולתת את ההגנה הראויה על זכויות האדם גם ביתסים בין פרטים. על בית משפט נכבד זה להפעיל "פסקת הגבלה" שיפוטית או סטטוטורית על סוגיה זו של ניתוחי המילה.

41. גופו של אדם ושלמותו הנם ערך מוכר במשפט העמים התרבותיים זה מאות שנים. התרבות המערבית הנאורה סולדת מעונשים גופניים כמו גם מניסויים כפויים בגופם של בני אדם. עוד טרם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הזכיר בית משפט נכבד זה את מעמדה העליון של זכות האדם לשלמות גופנית, זכות הנובעת מעצם היותו בן אנוש ;

"כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם"
(בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294, 298).
(הדגשה לא במקור ר. ב.)

בפרשה אחרת בה דחה בית משפט נכבד זה את רצונו של הורה בתרומת כליה מבנו החסוי הלוקה בשכלו נדרש המשנה לנשיא בכוד השופט מ' אלון לחשיבות הזכות לשלמות גופנית של כל אדם ;

"החומרה היתרה שבפגיעה בשלמות גופו של אדם, ללא הסכמתו של הנפגע עצמו ולעיתים קרובות אף בלי שהנפגע יודע על הפגיעה בשלמות גופו מחייבת, כי סמכות זו שהעניק המחוקק [בסעיף 68 (ב) לחוק הכשרות המשפטית - ר. ב.] לבית המשפט לפגוע בשלמות גופו של החסוי תופעל בזהירות יתרה, על דרך הצמצום ומתוך פירוש דווקני של הוראות המחוקק. הכלל הגדול שצריך להנחות את בית המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם בין עשיר לבין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים בערכם ובסגולתם." (רע"א 698/86 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד מב (2) 661, 676)

בהמשך דבריו, לאחר שסוקר המשנה לנשיא, כבוד השופט אלון, את חשיבות שלמות הגוף במספר מקורות משפטיים לרבות המשפט העברי, נדרש המשנה לנשיא לפסיקה מחוזית אשר אשרה תרומת מוח עצם של קטינה לאחותה. המשנה לנשיא מפגין גישה נחרצת כנגד כל פגיעה בגוף ולו הקלה ביותר ;

"מתוך שיחה עם הקטינה, שהיא כבת 8, נכח הפסיכולוג, שהיא מבינה גם כיום את חשיבות מעשיה להצלת אחותה, והרגשתה זו תלך ותחריף עם התבגרותה. לולא קביעה עובדתית זו בדבר טובתה העכשווית של הקטינה התורמת, אין להרשות גם נטילת מוח עצמות הימנה, שהוא חוזר ומתחדש ומכל שכן שאין להרשות עקירת כליה, שהיא מעשה בלתי הפיך" (שם, 687 - הדגשה לא במקור ר. ב.)

כאמור העורלה הינה איבר מיוחד בעל תכונות ורגישויות מיוחדות. ברור שאין הוא יכול להתחדש וכאמור תקנת הפריעה פוגעת אף ביכולת לשחזר את צורתו הטבעית של הפין, שהרי שום שיחזור אינו יכול להחזיר את התלק הפנימי של העורלה העשיר בעצבים אשר נכרת בזמן המילה.

42. כך היה כאמור טרם הולדת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חקיקת חוק יסוד כבוד: האדם וחירותו העלתה על נס את זכויות האדם בכלל ואת זכות האדם לשלמות גופו באופן ספציפי. אומר הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי הני"ל;

"עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפיכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל. מספר זכויות הפכו לזכויות חוקתיות-על-חוקיות." (שם, בעמ' 447).

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 2, שכותרתו "שמירה על החיים הגוף, והכבוד";

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"

כותב פרופ' ברק בספרו על פרשנות חוקתית;

"במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד 'האדם'. רובן של הזכויות על פי חוק היסוד מוענקות ל 'אדם'... הזכויות המוענקות בחוק היסוד הן זכויות אדם, והן מוענקות לאדם... - 'באשר הוא אדם'. על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין" (א' ברק, פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית, נבו הוצאה לאור, 435 - הדגשה לא במקור)

גם פרופ' אנגלרד מחזיק בדעה דומה;

"... בבואנו לפרש את הוראות חוק הכשרות המשפטית לגבי הסוגיא הנדונה, עלינו לתת משקל ראוי לא רק לזכות ההורים לדאוג לשלום ילדם, אלא גם לשאיפת העצמאות של האדם הצעיר - והכל לפי נתונו האישיים. ערך העצמאות האישית מושתת כיום על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראותיו של חוק יסוד זה חלות על כל אדם, יהיה גילו אשר יהיה;" (י' אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962 (ירושלים,

מהדורה שניה, תשנ"ה - המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש
סאקר) 9-178 - הדגשה לא במקור).

הנה כי כן, הזכות לשלמות הגוף ושמירה מפני פגיעה בו הינה זכות יסוד חוקתית ממעלה ראשונה. זכות זו מוענקת לכל יציר אנוש, באשר הוא, לצורך כך אין משנה אם הוא קטין או שהוא אדם הלוקה בשכלו או בגופו. זוהי זכות גרעינית המהווה את לב ליבו של מושג כבוד האדם, אין לך פגיעה בכבוד האדם כפגיעה בגופו של אדם ללא הסכמתו. פגיעה המטילה בו מום בכלל, ומום באבר גבריותו האינטימי בפרט. המחוקק החוקתי אשר מסיבותיו הוא נמנע מלציין מפורשות זכויות אדם חשובות ומוכרות כזכות לשוויון, חופש דת ומצפון (בכלל זה גם החופש מדת), חופש ביטוי ועוד, בחר לציין מפורשות את הזכות לשלמות הגוף.

43. לא זו אף זו, המחוקק החוקתי הוסיף וקבע בסעיף 4 לחוק היסוד המובא תחת הכותרת "הגנה על החיים, הגוף והכבוד";

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

זכאות זו להגנה, אשר הינה ייחודית לשמירה על החיים, הגוף והכבוד ואינה מוזכרת מפורשות לגבי זכויות אחרות כדוגמת השמירה על הקניין או הזכות לפרטיות שאף הן מוזכרות בחוק היסוד, מצביעה על השקפתו של המחוקק החוקתי הרואה את הזכות לשלמות גופנית כזכות יסוד מרכזית אשר יש לחזקה שבעתים. מכאן שמעמדה של זכות זו יהיה עליון ומיוחד כל אימת שידרש לאזנה עם זכויות אחרות ולא ניתן יהיה להשלים עם כל פגיעה בה.

מול זכאותו של כל אדם להגנה על חייו ועל גופו וכבודו המעוגנת בסעיף 4 זה, עומדת חובה של הכל להגן על זכויות יסוד מיוחדות אלו. חובה ערטילאית זו המופנית כלפי כל מקבלת משמעות מוחשית או פרטיבית לאור סעיף 11 לחוק היסוד הקובע;

"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

חוק היסוד מפנה אצבעו אל עבר רשויות השלטון הנוגעות בדבר, הן המשיבים לעתירה זו, כאומר; עליכן רשויות המדינה להגן על שלמות גופם וכבודם של כל אלו שנעשית פגיעה כלשהי בזכות יסוד מיוחדת זו שלהם.

44. היבט נוסף של פגיעת ניתוחי המילה בזכויות אדם יסודיות היא העובדה שניתוחי המילה מטבעם מבוצעים באבר אינטימי ביותר אשר הינו בעל תפקוד מרכזי ביחסים האינטימיים של האדם, יחסים שהם לב המושג של צנעת הפרט, זכות יסוד המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שצויין לעיל בהרחבה, בחלק העובדתי לעתירה זו, כריתת החלק מאיבר המין הזכרי גורמת להפחתה משמעותית בהנאה המינית וכמאמר הרמב"ם *"ממעטת כח הקישוי"* ובמקרים מסוימים אף מביאה להשחתת האיבר ופגיעה מוחלטת בתפקודו. חיתוך חלק מאיבר המין מהווה התערבות קשה באורח חייו העתידי ובצנעת הפרט של הפרט בו מבוצע ניתוח המילה. סעיף 7 לחוק-היסוד הנ"ל קובע בסעיפים קטנים (א) ו (ג) שבו;

"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"

"(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו"

אם כך לגבי חיפוש על גוף או בגוף, מקל וחומר ברי שאין להתיר נגיעה בגוף שתכליתה לשנות את צורתו והיא בעלת השלכות בלתי הפיכות רחוקות טווח.

ניתוחי המילה אינם עומדים בדרישות "פסקת ההגבלה"

45. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שכותרתו "פגיעה בזכויות" 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."

כאמור, לא קיים בישראל כל דבר חקיקה המתיר את ביצוע ניתוחי המילה. די בעובדה זו כדי להביא לכך שהפגיעה שמתלווה לניתוחי המילה כפי שתוארה לעיל תגרום לפסילת ניתוחי המילה ותביא לקביעה כי הם אסורים לביצוע על-פי המצב החוקי והחוקתי הקיים בישראל.

46. דרישה נוספת בסעיף 8 הנ"ל היא שיהא דבר החקיקה המתיר את הפגיעה או המסמך לכך הולם את ערכיה של מדינת ישראל. העותרת מודעת לחשיבות המיוחדת לברית המילה בדת היהודית ולבעייתיות שבטענה נגד ביצוע ניתוחי המילה. יחד עם זאת מדינת ישראל כמדינה מתקדמת ודמוקרטית מחויבת לקיום שלטון החוק ללא כחל ושרק. דמוקרטיה מודרנית מקובלת כשלטון של הכרעת רוב לצד זכויות אדם קשוחות שאין לפגוע בהם בשום מחיר. הכריתה של איבר מן הגוף והפגיעה בשלמות הגוף, יחד עם

הכאב והסבל הנלווים להם כמו גם הפגיעה בכבוד האדם כפי שהוצגה לעיל, אינה יכולה בשום פנים ואופן להיחשב כעולה בקנה אחד עם מושגים של דמוקרטיה וזכויות אדם. לכך גם מתלווה הבעייתיות הגדולה בשל העדר ההסכמה של האדם, שהוא במקרים רבים קטין, לכריתת אותו האיבר. כפי שיוצג להלן זהו חוסר בסכמה אשר נובע מאי יכולת של ההורים או האפוטרופוסים להסכים לניתוח שאינו דרוש כמו גם מאי קבלת מידע לגבי אותו ניתוח והשלכותיו.

זכויות האדם אינן מושג זר ליהדות, ערכי היהדות של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם בהכרח ערכיה של היהדות האורתודוקסית. בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ניתן למצוא את הסובלנות, הרצון והשאפתנות להתפתח ולהתקדם, הפתיחות והפיכחון כלפי שינויי השעה. היהדות לאורך היסטוריה של למעלה מאלפיים שנה שינתה פעמים רבות את אורחותיה כדי להתאימם לזמן. די אם נזכיר כאן שנית את תיקון הפריעה שהוסף על המילה, תיקון של שעה שנועד להתמודד עם סכנת ההתייוונות, ונותר על עמדו לאלפיים שנה או את התיקון לשיטת המציצה שנתקבל ממש במאה זו, וכמוהם עוד הרבה.

כותב פרופסור אלברט אינשטיין, מי שבענותו סירב להיתמנות לנשיאה השני של מדינת ישראל;

"the Jewish faith is but one of the characteristic products of the Jewish community. It is, furthermore, known that a snail can shed its shell without thereby ceasing to be a snail. The Jew who abandons his faith (in the formal sense of the word) is in a similar position. He remains a Jew...

The bond that has united the Jews for thousands of years and that unites them today is, above all, the **democratic ideal of social justice**, coupled with the ideal of mutual aid and tolerance among all men... Personalities such as Moses, Spinoza and Karl Marx, dissimilar as they may be, all lived and sacrificed themselves for the ideal of social justice; and it was the tradition of their forefathers that led them on this thorny path." (A. Einstein "Just What Is A Jew" **Out Of My Later Years** (New York, 1956) 248,248-249.)

אכן, ערכי התרבות היהודית המהווים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מכילים את משנתם רבת השנים של האישים נושאי התרבות היהודית כדוגמת הרמב"ם, שפינוזה, הרצל, ואינשטיין כמו גם את ערכיה של ה"אם היהודיה" התומכת, המעודדת

ילדיה לשאפתנות, השגיות ופתיחות מחשבתית. די"ר פרנץ קפקא, משפטן וסופר יליד המאה התשע-עשרה, אשר לו מקום של כבוד בפנתאון האישים נושאי התרבות היהודיים נדרש בכתביו לפולחן המילה;

"היום לפני-הצהריים ברית המילה של אחייני. איש עיסקל, קטן, אוסטרליץ, שאלפיים ושמונה מאות מילות מאחוריו, ביצע את העניין בוריות מרובה. זהו ניתוח שנעשה קשה יותר מחמת העובדה, שהילד, תחת לשכב על השולחן, שוכב על ברכי סבו ושהמנתח, תחת להיזהר היטב, חייב ללחוש תפילות. תחילה נמנעת כל יכולת תנועה מן הילד על-ידי קשירה, המניחה חפשי רק את האיבר, אחר-כך נקבע בדיוק שטח החיתוך על-ידי הנחת צלחת-מתכת, אחר-כך נעשה החיתוך בסכין כמעט רגילה, מעין סכין דגים. עכשיו רואים דם ובשר חי, המוהל ממשמש בתוך זה לרגע קל באצבעותיו הרועדות, ארוכות הציפורניים ומושך עור שהושג ממקום איזה-שהוא מעל לפצע כמו אצבע של כסיה. תיכף יהיה הכל בסדר, הילד כמעט לא בכה. עכשיו רק תבוא עוד תפילה קצרה, ובשעת אמירתה שותה המוהל יין ומגיע אל שפתי הילד קצת יין באצבעותיו שאינן נקיות לגמרי מדם. הנוכחים מתפללים: " כשם שנכנס לברית, כן ייכנס לתורה ולחופה ולמעשים טובים.

היום כששמעתי את עוזרו של המוהל מברך את ברכת-המוזון וכשהנוכחים, חוץ משני הסבים, בילו את הזמן, בלי להבין כלל את התפילה, בחלומות-בהקיץ או בשיעמום, ראיתי לפני את היהדות המערב-אירופית השרויה בשלב-מעבר מובהק, שאין לראות סופו: שלב מעבר זה, הנוגעים-בדבר הקרובים לו ביותר אינם מודאגים ממנו, אלא כאנשי-מעבר אמיתיים הם מקבלים על עצמם את המוטל עליהם. דפוסים דתיים אלה, שהגיעו אל סוף סופם, כבר באופן קיומם עכשיו יש להם רק אופי היסטורי ודאי, עד שדומה היה כי די בזמן הקצר שחלף בתוך שעות הבוקר הזה כדי לעורר בנוכחים עניין היסטורי על-ידי מתן מידע על המנהג המיושן, הקדום של המילה ושל תפילותיה הנאמרות כמעט בשירה." פ' קפקא יומנים 1910-1913 הוצאת שוקן - ירושלים ותל-אביב (תשל"ח) - 159 (1978).

כך נראה פולחן המילה בעיניו של יהודי נאור יליד המאה התשע-עשרה. מן הראוי כי על סף סיומה של המאה העשרים יביא הציבור היהודי הנאור את המנהג העתיק, אשר הינו אנכרוניסטי בדרך ביצועו כמו גם באופיו הבלתי מתחשב בזכויות אדם בסיסיות, אל קיצו. אפשר שימירו בטקס אחר, סימלי, ככתוב בספר דברים, "ומלתם את ערלת לבבכם".

47. דרישת התכלית הראויה שבפסקת ההגבלה מעלה שאלה גדולה לגבי תכליתם של ניתוחי המילה. ברע"א 698/86 **היועץ המשפטי נ' פלוני** הנ"ל הדגיש כבוד המשנה לנשיא אלון את טובת הקטין או החסוי כאלמנט היחידי אשר יכול להתיר פגיעה ולו מינימלית ביותר בגופו. זו תהיה התכלית היחידה לפגיעה בגוף אשר תוכל להיחשב כראויה.

"כללו של דבר: התנאי הקובע והבלעדי להיתר הוצאת כליה מגופו של החסוי התורם לשם השתלה בגופו של הנתרם היא טובתו של החסוי" (שם, 687).

טובתו של קטין היא בראש ובראשונה שיכובדו זכויותיו כאדם, שתמנע ממנו כל פגיעה בגוף, שלא ייחשף לסיכונים מיותרים ושלא יעשה גופו כלי ואמצעי לפולחן פוגע ומכאיב של בני משפחתו.

48. תהיה תכליתם של ניתוחי המילה אשר תהיה, הדרך המקובלת כיום לביצוע ניתוחי המילה לוקה גם בפרם המידתיות והפגיעה המתלווה לה היא במידה העולה על הנידרש.

*"המידתיות ... נהגת גם במשפט ישראל מאז ומתמיד, בענפים שונים. לעתים מכוח התחיקה ולעתים מכוח הפסיקה" (בג"צ 987/94). בוודאי שכך הדבר לאור המעמד החוקתי שניתן לעילה זו בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) וחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4). פסקה זו - החלה על כל רשויות השלטון, לרבות הרשות המבצעת - קובעת כי אין לפגוע בזכות אדם חוקתית "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". המרכיב בדבר ה"מידה שאינה עולה על הנדרש" משקף את עקרון המידתיות. משהוכר עקרון זה במשפט החוקתי, אך טבעי הוא שבכך נפתח הפתח הפורמלי להכרה במבחן זה בתחומי המשפט השונים." (בג"צ 3477/95 **בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך**, פ"ד מט (5) 1, 11. המשנה לנשיא (דאז) א' ברק)*

ניתוחי המילה מבוצעים תחת פיקוח רופף של המשיבה מסי 5 על-ידי אנשים שברובם אינם רופאים מורשים וחלקם אף חסרים את הסמכתה של משיבה מסי 5. להלן נמנה ליקויים באופן ביצוע המילה. ליקויים אשר תיקונם יביא לשיפור משמעותי של מצבם של מנותחי המילה ויפחית משמעותית את הסיכון הנשקף להם מן הניתוח כמו גם את הסבל והכאב. כל עוד קיימים ליקויים אלו, לא ניתן לומר כי הפגיעה אינה עולה על הנדרש.

א). ניתוחי המילה מבוצעים ברובם המכריע של המקרים מחוץ לחדר הניתוח בחדרים או אולמות שמחה שאינם סטריליים. ביצוע הניתוחים באווירה סטרילית יפחית משמעותית את הסכנה מפני זיהומים לפצע הפתוח.

ב). ניתוחי המילה מבוצעים במקרים רבים הרחק מבית חולים או מקור לטיפול רפואי מקצועי אחר. אין ספק שביצועם בבית חולים יספק תשובה טובה יותר למקרי חירום שעלולים להתפתח עקב הניתוח. מקרים בהם יש קושי לעצור את הדם הנם שכיחים, באתדים מהמקרים קיים צורך דחוף לתפור כלי דם שנפרץ, פעולה שרק רופא רשאי לעשותה, על אף שידועים מקרים בהם מוהלים מבצעים אותה בעצמם תוך שימוש באמצעים פרימיטיביים. נודעו אף מקרים בהם נתלש אבר המין כולו או חלקו, במצב שכזה פעולת השתלה מהירה של האיבר הקטוע עשויה להצילו, וכל רגע חולף מפחית משמעותית את סיכויי ההצלחה של השתלה שכזו. כך היה במקרה שנדון בת.פ. 1603/91 הנ"ל (נספת ג') שם השתלת האיבר הקטוע שנאסף מן הארץ לא עלתה יפה.

ג). כאמור ניתוחי המילה הינם הניתוח היחיד שנעשה ללא הרדמה בכל העולם המערבי התרבותי. ביצוע ניתוחים אלו תחת הרדמה או אילחוש מקומי יפחית משמעותית את הכאב והפגיעה במנותחים.

ד). המצב הנוכחי בו אין חובה להיות בעל הסמכה או רשיון כדי לבצע ניתוחי מילה מסכן בצורה מיותרת את הנימולים אשר מילתם נעשית בידי מי שאינם מתאימים לכך. דרישת הסמכה והכשרה כתובה הינה דרישה סבירה ולא מורכבת מדי אשר תיטיב ביותר את מצבם של הנימולים.

ה). פרסום מידע לציבור על ההשלכות הפיסיולוגיות והרפואיות של ניתוחי המילה יביא בהכרח להקטנת הפגיעה בכבוד האדם בשל העובדה שהניתוחים יעשו תוך הבנה גדולה יותר של המעשה מצד המנותחים והסכמתם תהיה בעלת רמת תוקף גבוהה יותר.

ו). ניתוחי המילה מבוצעים בדרך כלל בתינוקות רכים מאוד לימים. הדבר הינו בעייתי ופסול משני טעמים ויוכל להשתפר רבות אם ידחה ביצוע הניתוח במספר שנים עד לגיל בו ניתן יהיה לקבל את הסכמתו של המנותח עצמו. ראשית התינוקות אינם מודעים לניתוח שמבצעים בהם ובהיות הניתוח חסר צורך רפואי חיוני הוא אסור ואף הורי התינוקות אינם יכולים לתת הסכמה בעלת התוקף לכך. מכאן שניתוחי המילה נעשים ללא הסכמה תקיפה והם מהווים מעשה תקיפה. שנית, ביצוע הניתוח בתינוקות יוצר סכנות סיבוכים וכאבים נוספים ומיותרים שאר יכולים להימנע או להתמעט אם יבוצע הניתוח בשלב חיים מאוחר יותר. כאשר ילד נולד הערלה דבוקה אל העטרה והיא נפרדת ממנה בתהליך טבעי ועצמאי עם ההתפתחות הטבעית של הילד. לפיכך במבוגר הערלה מופרדת מהעטרה, הצורך לקרוע את הערלה מן העטרה אינו קיים ופעולה זו שהיא

טראומטית ביותר נחשבת. בעיה נוספת היא הדימוס שנוצר עקב קריעת הערלה מהעטרה בעת מילת תינוקות, דימוס זה מפריע להבחין באופן ברור באזור החיתוך המיועד ויוצר קושי נוסף שעלול להביא לחיתוך שגוי. לכך מצטרפת הבעיות של ביצוע ניתוח בתינוק שאיברו הוא מיניאטורי ולפיכך חשוף הרבה יותר לסכנות של טעות בביצוע החיתוך ולסיבוכים והשחתה של האיבר על ידי פעולה לא נכונה של סכין המנתחים.

ח). אפילו יטען מאן דהו כי קיימת הסכמה מצד הורי התינוקות, הרי שהסכמתם הינה לקויה הואיל ואין היא נסמכת על כל ידיעה או הבנה לגבי ניתוח המילה, סיכונים וההשלכות של תוצאותיו. קביעת דרישה למוהלים למסור מידע לנימולים ולאפוטרופוסיים וכן קביעת חובה על המוהלים לברר כי אכן ניתנת ההסכמה השלמה והראויה על-ידי שני ההורים או האפוטרופוסיים ואף דרישה להחתמת מייצגי הקטין הנימול על טופס הסכמה, תביא בהכרח לשיפור המצב והקטנת הסכנה שיבוצעו ניתוחי מילה ללא ההסכמה הדרושה תוך פגיעה נוספת ברצון ובכבוד האדם של הנימול.

ט). הפריעה שהינה תוספת מאוחרת למנהג המילה מוסיפה כאב וצער גדול בזמן ביצוע הניתוח, היא גם מסכלת כל אפשרות לשחזור מוצלח של צורת האיבר בעתיד ויוצרת מצב בו תוצאות ניתוח המילה הופכות לפגם בלתי הפיך לחלוטין. ביטול הפריעה ישאיר על כנו את מצוות המילה תוך שהוא מצמצם רבות את הפגיעה הנגרמת בעטייה.

49. לסיכום, החלה נכונה של המצב המשפטי בישראל, במיוחד לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מראה כי אין לאפשר את המשך ביצועם של ניתוחי המילה בישראל במתכונתם הנוכחית. באשר לנוגע לכל אותם פרטים אשר הסכמתם האישית אינה אפשרית, קרי קטינים וחסויים, כל ביצוע של ניתוח מילה בגופם נשלל באופן מוחלט. בידם של המשיבים כולם להיטיב את המצב וזוהי חובתם. יוכלו המשיבים לעשות זאת על-ידי החלה ישירה של חוק היסוד, באמצעות החלה עקיפה של החוק דרך אלמנטים קיימים אחרים במשפט הישראלי או תוך שילוב של שתי הדרכים גם יחד. כפי שיוצג להלן יוכל המשיב מס' 3 לפעול למניעת ניתוחי המילה תוך שימוש בחוק הפלילי ותוך הנחיה של יתר המשיבים לפעול כראוי בהתאם לסמכויותיהם. משיב מס' 1 יוכל לעשות זאת תוך שימוש בדברי החקיקה המסדירים את בריאות הציבור, הטיפולים הרפואיים וזכויות החולה כמו גם באמצעות שימוש בסמכות שיש לו כלפי משיבה מס' 5. משיבים מס' 2 ו-4 יוכלו לפעול במסגרת החוק המסמך כל אחד מהם לשיפור המצב הנוכחי אם על ידי הגברת הפיקוח על ניתוחי המילה מצידם ואם בדרך אחרת.

הפגיעה בגוף הקטין כפגיעה בזכויות הילד

50. רובם המכריע של ניתוחי המילה מבוצע בקטינים צעירים מאוד לימים. ילדים אלו הינם בעלי זכויות מיוחדות המעוגנות בעקרון זכויות הילד. עקרון זה אשר פותח בעשורים האחרונים זכה לפני מספר שנים לעיגון במסגרת האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (להלן - האמנה), אמנה שישראל הצטרפה אליה ואשררה אותה. כותבת המסנה ליועץ המשפטי לממשלה, הגב' יי קרפ בחוזר אל שר המשפטים מיום 27 לפברואר 1995, חוזר המצורף לתזכיר חוק זכויות הילד, התשנ"ה - 1996;

"חובתן של רשויות המדינה לכבד את האמנה בדבר זכויות הילד קמה מעצם העובדה שישראל אשררה את האמנה ביום 4.8.91 (כתבי אמנה 1038 כרך 31, בעמ' 221)"

סעיף 19 לאמנה קובע;

"1. המדינות החברות ינקטו אמצעים תחיקתיים, מנהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על-מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני חבלה, פגיעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות, ניצול, לרבות מיני, שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפטרופוסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו"

סעיף 24 סעיף קטן 3 קובע;

"המדינות החברות ינקטו אמצעים יעילים ונאותים לביטול נוהגים מסורתיים המזיקים לבריאותם של ילדים"

או בשפת המקור האנגלית (המחייבת);

"States Parties shall take **all** effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children"

תוך שהוא סוקר את הכתיבה הרבה בנושא זכויות הילד מציין הנשיא שמגר בסעיף 22 לפסק דינו בע"א 2266/93 הנ"ל;

"יש בין הכותבים העומדים על ההתפתחות ההסטורית של זכויות הילד, יש כותבים הקוראים לשחרורו המוחלט של הילד ויש כותבים המוכנים להכיר אך בחלק מצרור זכויותיו. מכנה משותף לכל: ההכרה בכך שהילד הפך מ"חפץ" ברשות הוריו ליצור אוטונומי הזכאי להגנת ערכי היסוד החוקתיים, הן מפני המדינה והן מפני הוריו. הגיעה שעתו של בית המשפט הישראלי לתת דעתו אף הוא לנושא זה ולהכיר בזכויות הילד." (הדגשה לא במקור).

ומסכם הנשיא שמגר;

" 24. סיכומם של דברים, מושג "זכויות הילד" מורה לנו כי לילד נתונות זכויות. מושג זכויות הילד הוא בגדר פרישת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמיכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו... התפיסה שמקפל מושג זה בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו. אמנם, היקפן של הזכויות עשוי להיות צר מזכויותיהם של מבוגרים, אולם בכך אין כדי לשמוט את הקרקע תחת הנחת היסוד בדבר זכויות הילד." (שם, הדגשה לא במקור ר. ב.)

51. ביצוע ניתוחי המילה מהווה פגיעה בזכויות הילד כפי שהן מעוגנות באמנה. אמנה אשר רשויות המדינה, עליהן נמנים המשיבים כולם, מחויבים לה. על המשיבים לכבד זכויות אלה של הילד המובאות באמנה ולהגן על הילד מפני פגיעה בהן. חובה זו מצטרפת לחובתן לכבד את זכויות האדם של הילד כאמור לעיל בסעיפים 17-27 לעתירה זו, חובה אשר באה להדגיש את החשיבות והצורך המוכרים במשפט העמים להגנה מיוחדת על ילדים. לא למותר לציין כאן כי זכויות הילד כפי שהן משתקפות באמנה וההגנה עליהן הן בסיס מינימלי ומותירות מקום להרחבה, כמאמר סעיף 41 לאמנה;

"אין באמנה זו כדי לפגוע בהוראות העשויות להיות יותר יעילות למימוש זכויות הילד, ואשר יכולות להיכלל:

א. בחוק מחוקי מדינה חברה; או

ב. במשפט הבינלאומי כפי שהוא בתוקף באותה מדינה."

ביצוע ניתוחי המילה כנוגד את הוראות חוק העונשין

52. ההגנה שנותנת המדינה, במסגרת המשפט הפלילי לקטינים, מפני המבוגרים לרבות הוריהם, היא רחבה ביותר. יחד עם זאת יישום הגנה זו נתקל בקשיים בשל היות

הקטינים, ברוב המקרים בהם נעשית פגיעה בהם, מחוסרי יכולת לעמוד על זכויותיהם ולטעון כנגד הפגיעה בהם. קשיי הדיווח באו על ביטויים בהוראות הדין הפלילי כמו גם בהתייחסות המתמירה למעשים הפוגעים, אשר מבוצעים במקרים מסוימים בסתר תוך ניצול אי יכולת הקטין להתלונן. החיקוק המרכזי במשפט הפלילי בישראל, חוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין), שם דגש מיוחד על ההגנה על קטינים וחסרי ישע. כפי שיוצג להלן ניתן למצוא בין הוראות חוק זה סעיפים רבים המטפלים בהגנה על קטינים וחסרי ישע מפני פגיעה בהם. יישום נכון של הוראות אלו על סוגיית ניתוחי המילה מביא בהכרח למסקנה כי ההורים כמו גם המוהלים מבצעי ניתוחי המילה עוברים על הוראות חוק העונשין וניתן להפעילו נגדם.

ניתוח המילה כמעשה פגיעה וחבלה

53. בסעיף 34 לחוק העונשין מובאות ההגדרות הבאות שהן הנוגעות ביותר לענייננו;

"חבלה" - מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים.

"חבלה חמורה" - חבלה העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפוגעת או עלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנחותו, או המגיעה כדי מום קבע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים.

"פצע" - חתך או דקירה המבתרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולעניין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לגנוע בו בלי לבקוע כל קרום"

נראה שניתן בהחלט לראות בניתוח המילה חבלה חמורה. ניתוח המילה הוא מכאוב גדול ותוצאותיו הן ליקוי קבוע שלא ניתן לשנותו ויש בו כדי לפגוע קשות בנחותו. התוצאות של המילה מביאות למום של הנימול בהיותו נותר חסר הערלה שהיא אבר בעל תפקוד וחשיבות, שאבד לגופו לצמיתות. הן גם מביאות מטבען לפגיעה של קבע בקרום-עור הפין כמו גם בחישה של אותו איבר. ניתוח המילה גם נופל בהכרח להגדרת המונח "פצע" שהוא נעשה תוך חיתוך ביתור ותלישה של קרום חיצוני ושאינו חיצוני.

54. סעיף 33 לחוק העונשין קובע את העבירה "חבלה חמורה" ואומר;

"החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו - מאסר שבע שנים"

כפי שכבר נדרשנו לעיל בסעיפים 17-27 לעתירה זו, הפגיעה בגוף אינה יכולה להיות כדין. מטרתו של ניתוח המילה היא שתוצאותיו יביאו למצב התואם את הגדרת החבלה החמורה, זו גם כוונתו של כל מי שעושה להוצאתו לפועל של מעשה המילה.

55. סעיף 20 לחוק העונשין הון במחשבה הפלילית הנדרשת להשלמת היסוד הנפשי של העבירות קובע;

"(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פיזיות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

(ב) לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

(ג) לענין סעיף זה -

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם";

מובן שמי שמבצע את ניתוחי המילה מודע לטיב מעשהו ולתוצאותיו והוא גם מתכוון בהכרח לתוצאות מעשהו שהרי כל המעשה נועד כדי לכרות חלק מן הגוף ולהטיל בו מום. מכאן שניתן לראות בכך השלמת יסודות העבירה שבסעיף 333 הנ"ל.

עוד נזכיר את סעיף 329 לחוק העונשין הקובע את העבירה "חבלה בכוונה מחמירה";

"העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה

חמורה או להתנגד למעצר או לעיכוב כדין, שלו או של זולתו, או למנוע מעצר

או עיכוב כאמור, דינו - מאסר עשרים שנה"

החמרה זו ממחישה את התנגדות המחוקק לגרימת מומים מכוונת בגוף, כוונתו של ניתוח המילה היא גם להטיל מום באיברו של הנימול ולשנות את צורתו.

56. סעיף 334 לחוק העונשין אוסר על מעשה "פציעה";

"הפוצע חברו שלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים"

נראה שעבירה זו שהיא חמורה פחות נשלמת אף היא תוך ביצוע ניתוח המילה. נקודה חשובה נוספת שיש להידרש אליה ואף המתחוקק נתן דעתו עליה היא עובדת ביצוע עבירה זו על-ידי הוריהם של קטינים או על-ידי מי שמופקד על שלומם. סעיף 335 לחוק העונשין "חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות" קובע;

"ב) העובר עבירה לפי סעיף 334 כלפי בן משפחתו, דינו - כפל העונש הקבוע לעבירה. לענין סעיף זה, "בן משפחתו" - לרבות מי שהיה בן משפחתו בעבר, והוא אחד מאלה

1). בן זוג, לרבות הידוע בציבור כבן זוג

2). קטין או חסר ישע, שעובר העבירה אחראי עליו, כהגדרת "אחראי על קטין או חסר ישע"

ניתוח המילה כמעשה תקיפה

57. סעיף 378 לחוק העונשין קובע "תקיפה - מהי";

"המכה אדם נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה הפעלת כוח - לרבות הפעלת חוס, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי-נוחות"

אין ספק שפעולת המילה מהווה נגיעה פוגעת בגוף המספקת לדרישת עבירת התקיפה. עולה השאלה לגבי אי ההסכמה לנגיעה ופגיעה זו. הואיל והמדובר בפגיעה בזכות אדם יסודית לשלמות הגוף, לא יכולה להינתן הסכמה מספקת מטעם מי שאינו הנפגע עצמו, קיים אף ספק ביכולתו של הנפגע עצמו להסכים לתקיפה שלו, למצער במקרים מסוימים. יודגש כי ברובם המכריע של המקרים לא ניתן להורים מידע שלם ונכון לגבי ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של ביצוע המילה כמו גם לגבי הסיכונים הרפואיים הכרוכים בה, כנזכר לעיל בחלק העובדתי לעתירה זו, במיוחד בסעיפים 6 - 22. עובדה מצערת זו מובילה בהכרח למסקנה כי אפילו יש משהו מן ההסכמה בהסכמת ההורים למילת הקטין אין זו הסכמה כלל הואיל והיא אינה נסמכת על קרקע מוצקה של הבנה וידיעה והשגתה של הסכמה זו גובלת בתרמית. אומר המלומד פרנקל;

"כלל יסודי הוא שביצוע ניתוח בגוף האדם הינו מעשה תקיפה - הן במשמעותו הפלילית והן מבחינת דיני הנויקין. מעשה זה של תקיפה ניתן, בדרך כלל לצידוק כאשר ניתנת הסכמה לאותו הניתוח - הסכמת החולה עצמו או הסכמת הממונים על אותו חולה ...

כדי לבצע ניתוח על גופו של קטין או חסוי ולטובתו יש לקבל את הסכמת הוריו- אפטרופסיו... אך כאשר הניתוח אינו לטובת אותו אדם... כאשר לאדם עצמו לא צומחת כל טובה ממנו, אלא - להיפך, ייגרם לו רק נזק פיזי, האם הסכמה לניתוח כזה תהווה הגנה בפני ההאשמה הפלילית או העוולה האזרחית? כפי הנראה תשמש ההסכמה הגנה בפני תביעת נזיקן, בעילת התקיפה בארץ, אך ספק אם הסכמה כזו תוכל לשמש צידוק בפני האשמה פלילית בדבר תקיפה חבלנית (די' א' פרנקל "פסולי דין כ"תורמי אבריס" משפטים ג 238, 239).

58. סעיף 379 לחוק העונשין קובע "דין תקיפה סתם";

"התוקף שלא כדין את חברו, דינו מאסר שנתיים, והוא אם לא נקבע בחוק זה עונש אחר לעבירה זו מחמת נסיבותיה"
"תקיפה הגורמת חבלה ממשית"
"התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש, דינו - מאסר שלוש שנים"

כאמור לעיל בסעיפים 53 - 56, ניתוח המילה גורם אף לחבלה ממש, ומעשה התקיפה שבו מגיע לכדי עבירת התקיפה המוחמרת. ככל שנוגע הדבר לביצוע המילה בקטינים, הרי שקיימת הוראת מיוחדת בחוק העונשין המחמירה עם הפוגעים בקטינים או חסרי ישע בסעיף 368 לחוק. החמרה נוספת קיימת לגבי ההורים או מי שאחראי על הקטין (במובחן מזה אשר מבצע את ניתוח המילה), אשר דרך כלל הוא שמאפשר את ביצוע מעשה המילה. וכך אומר הסעיף;

"368. תקיפת קטין או חסר ישע
(א) התוקף קטין או חסר ישע וגורם לו חבלה של ממש, דינו - מאסר חמש שנים. היה התוקף אחראי על הקטין או על חסר הישע, דינו - מאסר שבע שנים.
(ב) נעברה עבירה לפי סעיף קטן (א) ונגרמה לקטין או לחסר הישע חבלה חמורה דינו של התוקף - מאסר שבע שנים, ואם היה התוקף אחראי על הקטין או חסר הישע, דינו - מאסר תשע שנים.
(ג). לענין סעיף זה, "חבלה" - בין גופנית בין נפשית."

החמרה זו עם האחראים לקטין או לחסר ישע היא פועל יוצא של החובות שיש להם כלפי הקטינים או החסויים שתחת כנפם. גישה זו באה לידי ביטוי בהוראות נוספות בחוק כפי שיוצג להלן.

התרת ניתוח המילה כהפרת חובת הורה או אחראי לקטין

59. סעיף 323 לחוק העונשין קובע את "חובת הורה או אחראי לקטין";

"הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו שלא מלאו לו שמונה עשרה שנה חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו או חבלה בגופו, ויראו כמי שגדם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה"

סעיף 337 לחוק העונשין קובע את אופי העבירה והעונש על "הפרת חובה של הורה או אחראי";

"המפר ללא הצדק כדין את חובתו לספק לפלוני צרכי מחיה או לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו או חבלה בגופו, ומסכן או עלול לסכן בכך את חייו, או פוגע או עלול לפגוע בכך בבריאותו פגיעת קבע, דינו - מאסר שלוש שנים"

סעיף 368א, סעיף ההגדרות לעניין זה קובע;

"בסימן זה "אחראי על קטין או חסר ישע" - כל אחד מאלה;

1. הורה או מי שעליו האחריות לצרכי מחייתו, לבריאותו, לחינוכו או לשלמו של קטין או של חסר ישע - מכוח דין, החלטה שיפוטית, חוזה מפורש או מכללא או מי שעליו האחריות כאמור לקטין או לחסר ישע מחמת מעשה כשר או אסור שלו"

הנה כי כן, ניתן לגרוס בנקל כי כל הורה אשר מתיר את ביצוע המילה בילדו הקטין, בהתחשב בפגיעה הכרוכה בטיפול זה כפי שצוינה רבות לעיל, חוטא כלפי ילדו ומפר את חובתו כאחראי לשלמו.

פולחן המילה כהתעללות בקטין חסר ישע

60. ניתוחי המילה מבוצעים כחלק מאירוע פולחני בו נוטל חלק מרכזי בעל כורחו גם הנימוק שהוא לרוב תינוק רך, חסר ישע לחלוטין. כחלק מהפולחן נכרת חלק מגופו של התינוק חסר הישע, ללא הרדמה תוך גרימת כאב גדול. לא ניתן להתעלם גם מהקונטקסט המיני

של המעשה כתוצאה מהעובדה שביצוע החיתוך הוא באיבר זיכרותו של התינוק. סעיף 368 לחוק העונשין שכותרתו "התעללות בקטין או בחסר ישע" קובע;

"העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית נפשית או מינית, דינו מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים."

מעשים אלו של ניתוחי המילה המבוצעים בקטינים כה רכים מהווים התעללות מוגזמת ומיותרת באותם קטינים בניגוד לאיסור בסעיף 368 הנ"ל.

61. לסיכום פרק זה, ביצוע ניתוחי המילה מצוי בסתירה עם הוראות רבות של חוק העונשין. חוק העונשין מטבעו צריך להיות מופעל על מנת להגן על החברה ועל פרטים בתוכה מפני הפעלת כוח של החזק על החלש, של בעל השליטה בנשלט אשר תחתיו. מהאמור לעיל בפרק זה יחד עם כל שנאמר בסעיפים 17-27 לעתירה זו בעניין הפגיעה בזכות אדם חוקתית לשלמות הגוף, עולה כי קיים צורך להפעיל את מערכת אכיפת החוק לטובת הקטינים הנפגעים. על משיב מס' 3 שבסמכותו להנחות את מערכת אכיפת החוק לפעול כנדרש.

ניתוחי המילה תחת סמכותו של משיב מס' 1

62. שר הבריאות, הוא משיב מס' 1 לעתירה זו, ממונה על בריאות הציבור ובסמכותו להנחות הנחיות ולהתקין תקנות שעניינן בריאות הציבור. בן היתר מופקד משיב מס' 1 על ביצועם של מספר דברי חקיקה העוסקים בבריאות הציבור ובזכויותיו כנוקד לשרות רפואי כדוגמת פקודת הרופאים וחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996 (להלן - חוק זכויות החולה). סמכותו של משיב מס' 1 רחבה ביותר וחולשת על תחומים רבים אשר להם נגיעה לבריאות הציבור. כך מצויים תחת סמכותו ופיקוחו כל פעולות הניתוח בישראל לרבות שירותי ניתוח קוסמטיים פרטיים, או סוגי טיפול קוסמטיים אחרים. נראה כי משיב מס' 1 מכיר בצורך בהתערבותו והפעלת סמכותו בתחום זה של ניתוחי המילה, ככל שנציגי משרדו נוטלים חלק בפעילות הועדה המפקחת היא משיבה מס' 5.

63. כפי שהוצג לעיל בחלק העובדתי, ניתוחי המילה הינם בעלי השלכות רבות ומרחיקות לכת על מצב בריאותו של המנותח, בעת ביצוע המילה כמו גם שנים אחר כך. התנהגות סבירה של רשות מנהלית כמשיב מס' 1, במיוחד לאור הפגיעה בזכות אדם חוקתית מיוחסת של שלמות הגוף, אשר הרשות המנהלית מחויבת להגן עליה, כנזכר לעיל בסעיפים 38 - 49 לעתירה זו, מחייבת את משיב מס' 1 לפעול להסדרת סוגיית ניתוחי

המילה בדרך שתבטיח באופן מכסימלי את בריאותם של המנותחים. על החובה לקבוע הנחיות מנהליות כותב המלומד ד"ר י' דותן בספרו בנושא;

"רשות מנהלית, המפעילה סמכויות של שיקול דעת בעניינים קונקרטיים המובאים לפניו, אינה רק רשאית לקבוע לעצמה הנחיות, אלא אף חייבת במקרים מסויימים לעשות כן. זוהי המסקנה המצטברת מסקירת הפסיקה שנדרשה לנושא בשנים האחרונות. אמנם אין עדיין פסק-דין "מנחה" שקובע הלכה כוללת ומפורטת בעניין זה. אך ניתן להגיע למסקנה זו לאור שורה ארוכה של פסקי דין שנדרשו לנושא בהקשרים קונקרטיים שונים." (י' דותן הנחיות מנהליות (ירושלים תשנ"ו - 1996), 120)

כאמור, שירותי המילה הינם נושא פרוץ שבו הפיקוח רופף ביותר. כל שנעשה להסדרתו הינו מועט מדי ואינו עונה על הדרישות הסבירות המינימליות אשר מובאות בחקיקה עליה מופקד משיב מס' 1, כפי שיוצג להלן.

ביצוע ניתוחי המילה על-ידי מי שאינם רופאים מורשים, בניגוד לפקודת הרופאים

64. פקודת הרופאים מיחדת את העיסוק ברפואה לרופאים מורשים בלבד, זאת מתוך דאגה לשלום הציבור ומתוך הבנה כי רק מי שהוכשר כרופא תקופה ארוכה על-ידי מוסד שקיבל הכרה לצורך כך, עמד במבחנים וקיבל את רשיונו מטעם משיב מס' 1 יוכל לבצע את הטיפול הרפואי ברמת המיומנות והביטחון הנדרשים להבטחת בריאות הציבור ושלומו. סעיף 3 לפקודת הרופאים קובע את "ייחוד העיסוק";

"מי שאיט רופא מורשה לא יעסוק ברפואה ולא יתחזה, במפורש או מכללא, כעוסק ברפואה..."

הפקודה גם מטילה עונש על מי שפועל בניגוד להוראותיה, סעיף 54 אומר;

"המפר כל הוראה של פקודה זו שלא נקבע לה עונש אחר, דינו - קנס 2,000 לירות."

65. לפי המצב הנוכחי כל אדם שיתאפשר לו לבצע ניתוח מילה בקטין יבצע אותו. אין דרישות חובה לגבי ידע, השכלה, מצב בריאות ואפילו גיל, נודעו אף מקרים בהם קטינים מבצעים ניתוחי מילה לתינוקות. לאחרונה התפרסם מקרה מדהים של ילד בן 13 שנים וחצי אשר פועל כמוהל (בנימין טוקר, מעריב, 03.12.1995).

--- רצ"ב העתק המאמר בעיתון הני"ל, מסומן יג.

מצב זה כאשר כל פעילות הפיקוח על ניתוחי המילה מצומצמת למישור המלצתי לא מחייב הוא בלתי סביר. נוסף על כך, ברי שהעיסוק בניתוחי המילה, מטבעו כמנתח ויוצר חתך בגוף כמו גם מהטיפול הרפואי המחויב ממנו, טיפול אשר לעתים מסתבך וזורש פעולות כירורגיות נוספות כתפירה של כלי דם, הוא עיסוק ברפואה אשר החוק מייחד אותו לרופאים מורשים בלבד. אומר ד"ר וסטרייך שהינו כאמור חבר בוועדה לפיקוח על מוהלים, משיבה מס' 5, בעדותו בתיק הפלילי 4463/96 הני"ל;

"אין הבדלים משמעותיים בסיבוכים כתוצאה מברית בין מבוגר לתינוק. שמבצעים ברית לתינוק מתחת לגיל חצי שנה זה נקרא ניתוח. כל חתך מבחינתי, זה ניתוח." (בעמ' 24 לפרוטוקול הדיון - נספח חי)

אמת ידועה היא כי רק מעטים מבין המוהלים הנם רופאים מורשים. לפי הפקודה רק למעטים אלו מותר לבצע את ניתוחי המילה.

חסר במסירת מידע לגבי ניתוחי המילה כהעדר הסכמה מדעת ובניגוד לחוק זכויות החולה

66. כל נגיעה בגופו של אדם צריכה להיעשות בהסכמתו. כזכור, נטען לעיל כי אין די בהסכמת הורי הקטינים לביצוע ניתוחי המילה הואיל ואין הם יכולים להיות מורשים להסכים הסכמה בת תוקף. פרופ' אנגלרד נדרש לסוגיית יכולת ההסכמה של הורים לכריתת איברים מקטינים וחסויים לצורך השתלה מצילת נפשות אצל קרובי משפחה הזקוקים לכך. נראה שדבריו כפי שיובאו מיד להלן טובים ויפים אף יותר כאשר הם נאמרים לגבי הסכמת הורים לכריתת איבר שאף הוא אינו מתחזש ואין בכריתתו מטרה יפה ונגעה של הצלת חיים אלא הוא נכרת ומושלך.

"סוגיא מיוחדת היא הוצאת איבר מילד לשם השתלה בגופו של קרוב משפחה - יהיה זה הורה או אח. לדעתי, נושא זה חורג ממסגרת הגבלת הכשרות והאפטרופסות. אני גורס, כי מלכתחילה אין בכוחם של ההורים לייצג את החסוי. הסיבה לכך אינה נעוצה בטיב העסקה, שאינה בתחומי הממון והרכוש, כלומר: אין אני סבור כי הפעולות המעניות בהוראות הנדונות בחוק הכשרות המשפטית הן פעולות כלכליות דווקא ואמנם, מסירת קטין לאימוץ, שאינה פעולה כלכלית בתחום הממון והרכוש, נתמשת על-ידי הוראות סעיפים 20(2) ו-47(3) לחוק, בהיותה טעונה רישום בפינקס המתנהל על-פי חוק. הוצאת איבר מאדם לשם השתלה בגופו של אחר מתבטסת ללא ספק על פעולה משפטית - הלוא היא עצם ההסכמה לביצוע הניתוח; אולם כאשר המדובר בנטילת איבר שאינו מתחזש, הפעולה נוגעת לאינטרס כה חשוב ואישי עד שאין להכיר

ביכולתם של אחרים לייצג את הקטין או את החסוי בניצועה. (י' אנגלרד
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962 (ירושלים, מהדורה
שניה, תשנ"ה - המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר) 122 -
הדגשות לא במקור).

ההסכמה הניתנת על-ידי ההורים פסולה גם משום שהיא ניתנת ללא כל בסיס של ידיעה לגבי הסיכונים והשלכות של ניתוח המילה ובמצב זה כמוהו כאי הסכמה. מתלווה לכך גם האמונה הקדומה אשר עדיין קיימת בקרב רבים כי ניתוח המילה הוא צורך רפואי מניעתי. זאת כמוכן על אף שדעה קדומה זו הופרכה זה מכבר, כאמור בחלק העובדתי לעתירה זו. התפיסה של דרישת ההסכמה מדעת לגבי כל טיפול או פעולה בגופו של אדם, ובכלל זה בהחלט גם ניתוח לכריתת חלק מאיבר כדוגמת ניתוח המילה, מוכרת במשפטנו מזה זמן רב. תפיסה זו מעמידה מול זכותו של מי שמבוצעת בו הפעולה את חובתו של מבצע הפעולה למתן מידע סביר שלם ונכון אודות אותה פעולה, וזאת כתנאי להיות ההסכמה תקפה. לאחרונה נתן דעתו המחוקק לדוקטרינה זו של הסכמה מדעת וחוקק אותה במסגרת חוק זכויות החולה, חוק שעל ביצועו מופקד משיב מס' 1. סעיף 13 לחוק זה שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי" קובע;

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

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

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

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

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

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

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני

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

בית משפט נכבד זה נדרש לאחרונה לדרישת ההסכמה מדעת לגבי טיפול רפואי בע"א 434/94, שם מדובר היה בטיפול שניתן על-ידי רופא. אין ספק שהדרישות למתן מידע

מרופא המבצע טיפול אינן צריכות להיות גבוהות מאלו שנדרשות ממוהל המבצע ניתוח מילה. אומרת כבוד השופטת דורנר ;

"... החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנשא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול. על-כן עומדת לו זכות-יסוד, הטבעת מן האוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידיעת העובדות הרלוואנטיות, אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו. כנגד זכות המטופל עומדת חובתו של הרופא המטפל למסור למטופל מידע בדבר הטיפול הרפואי שהוא מציע, לרבות אמצעי טיפול אלטרנטיביים והסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל אחד מאמצעי הטיפול." (ע"א 434/94 פלונית נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ (טרם פורסם), סעיף 9 לפסק דינה).

ובפרשה אחרת אמר כבוד השופט מצא ;

"הדין לעניין זה (שלאחרונה הוסדר בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996) הוא ברור ומיוסד. הסכמה מודעת של המטופל, לבחירת רופאו במסלול רפואי הכרוך בסיכונים מיוחדים, הינה תנאי בסיסי לכשרות ההחלטה הרפואית (ע"א 84/560 נחמן נ' קופת חולים, פ"ד (2) 384). חובת הרופא לספק לחולה את המידע שבידו, באשר לטיפול הניתן לו ולתוצאותיו האפשריות, "עגורת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא עגורת מוכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודו כאדם" (לשון הנשיא ברק ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, בעמ' 525)."

(ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית חולים לניאדו תק על כ 97 (1) 505, 509).

67. מבצעי ניתוחי המילה אינם נוטים לנדב כל אינפורמציה לגבי המילה. הם מבצעים אותה כמין חלק של פולחן סודי תוך קשר של שתיקה רבת שנים. איש מהם אינו מזכיר את הסיכונים שבעצם כריתת הערלה כמו גם ההשלכות ארוכות הטווח של החסר בערלה או של הסיבוכים הקורים מדי פעם בעקבות המילה. כאשר הם נשאלים לגבי הסיכונים, נוהגים הם לבטל אותם כלאחר יד. איש מהם גם אינו נדרש לחיוניות בביצוע ניתוח המילה. מן הראוי היה כי מבצעי ניתוחי המילה היו נוהגים ביושר ופורסים בפני ההורים הנותנים את הסכמתם למילה את כל מסכת העובדות הנוגעת לעניין. על משיב מס' 1 בעזרת משיבים מס' 2, 4 ו- 5 לדאוג לחיוב כל אותם מבצעי ניתוחי המילה במתן מידע סביר נכון וזאת כתנאי להסכמה. ספק רב אם יאות החלק של מבצעי ניתוחי המילה שהוא בעל אוריינטציה דתית לשתף פעולה בלב שלם בנקודה זו. לפיכך על משיב מס' 1 לגבש מידע נכון ואמין ולפרסמו לציבור, זאת תוך מילוי חובתו כרשות מנהלית סבירה המופקדת על בריאות הציבור.

העדר דרישה למילוי טופס הסכמה לניתוח כתנאי לביצוע ניתוח מילה

68. בתוקף סמכותו לפי סעיפים 33 ו-70 לפקודת בריאות העם, 1940, התקין משיב מס' 1 את תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד - 1984. וקבע בהן השר כי לפני כל ניתוח המבוצע בישראל, באם הנסיבות אינן מחייבות אחרת, ימולא טופס הסכמה לניתוח כאמור בתקנות להלן;

"3. חתימה על טופס הסכמה לניתוח - לפני ביצועו של ניתוח יחתום אדם על טופס הסכמה לניתוח."

"7. חתימת קטין, חולה נפש ופסול דין -

א) על טופס הסכמה או טופס בקשה המתייחס לקטין, לחולה נפש או לפסול-דין יחתום אפוטרופסו, אלא אם כן נקבע אחרת לפי כל דין."

לקראת ביצוע ניתוחי המילה המבוצעים על-ידי מוהלים לא נחתמים כל טופסי הסכמה לניתוח כפי שלא נמסר מידע חיוני לשם ביצוע אותה הסכמה. על משיב מס' 1 לעשות כדי לחייב את קיום ההוראות שבתקנות שהתקין ולדרוש את מילוי טופסי ההסכמה כתנאי לביצוע כל ניתוח מילה.

חסר בסטנדרט מתאים לגבי מכשירים המשמשים לביצוע ניתוחי מילה

69. בעוד שמשיבה מס' 4 דואגת לטפל בתקינה של מכשיר המילה בנוגע למישור ההילכתי ואף דואגת לפסול אחדים מהם מבחינה הילכתית, כדוגמת מכשירי ה"גומקה-קלמפי" ו"מגן בורשטיין" שנפסלו זה מכבר לשימוש בשל חסרונותיהם ההלכתיים, על אף יתרונותיהם הרפואיים. משיב מס' 1 אינו פועל בצורה דומה בתחום פיקוחו וביצועו ואינו קובע תקינה למכשירי המילה השונים. בפקודת בריאות העם 1940 שהמשיב מס' 1 ממונה על ביצועה נכתב בסעיף 65 שכותרתו "מכשירים רפואיים";

"1) בסעיף זה "מכשיר רפואי" - מכשיר או אבזר לטיפול רפואי או לאבחון רפואי.

2) שר הבריאות רשאי, בהתייעצות עם מכון התקנים הישראלי, לקבוע מפרטים למכשירים רפואיים וכללים לשמירה על בטיחותם ולבדיקתם, ומשעשה כן לא ייצר אדם מכשיר רפואי שאיננו מקיים את תנאי המפרטים או הכללים, לא ישתמש בו לצורך משלח-ידו ולא יעבירט לאחר בתמורה."

מקצוע המילה הינו מקצוע אשר אין מוסד מסוים המלמד אותו, בחלק מהמקרים הוא נלמד בדרך של חניכות ועובר מאב לבנו. כך גם לגבי המכשירים המשמשים לביצועו, אשר הם אינם עומדים בהכרח בסטנדרט מתאים לתקופה ולזמן. חלק מהמוהלים עושה שימוש במכשירים ישנים ובדרכי טיפול מיושנות. כך למשל, בעוד שלחלק מהמוהלים העושים שימוש במכשירים רב פעמיים אין אמצעי חיטוי מתקדמים כדוגמת מכשיר אוטוקלב, אחדים מהמוהלים נוהגים לבצע את החיתוך באמצעות מכשירים חד פעמיים סטריליים. פעולה סבירה של משיב מס' 1 מול המצב בו נעשים החיתוכים מחוץ לבתי חולים על-ידי מי שאינם רופאים ואשר אין כל דרך לפקח על דרך הלימוד וההתקדמות המקצועית שלהם, צריכה להתבטא בקביעת קריטריונים למכשירים המשמשים את אותן הפעולות. נוכח המצב התמור, לשר הבריאות הוא משיב מס' 1 הסמכות והחובה לקבוע את המפרטים הטכניים והכללים להסדרת אמצעי הטיפול והמכשירים המשמשים לביצוע ניתוחי המילה. כבר לפני שנים אמר בית משפט נכבד זה מ"מ הנשיא (זילברג);

"... לאחר שהבחירות עברו, והמנצח ניצח, והוא חקק את החוק שחפץ ביקרו, וכתב בו כי "השרים פלוני ופלוני יעשו מעשים אלה ואלה", הוא יצר חובה בזה משפטית ממש, המחייבת את השרים למלא - ולא רק לרצות למלא - את החובה שהוטלה עליהם." (בג"צ 295/65 הלל אופנהימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות פד כ (1) 309, 327)

ניתוחי המילה תחת סמכותו של משיב מס' 2

70. משיב מס' 2 מהיותו ממונה על ענייני הדת ובהתחשב בכך שביצוע ניתוחי המילה בישראל הוא בעל נגיעה עמוקה לענייני דת הינו בעל סמכות לגבי ביצוע פעולות אלו. מכאן שיש בסמכותו להתקין ולהנחות לגבי ביצוע ניתוחי המילה. נראה כי גם מבחינה אופרטיבית יש ביכולתו לפקח ולהנחות את המוהלים הדתיים בהתחשב בעובדה שחלקם של המוהלים הינם גם רבנים המועסקים בענייני דת אחרים. משיב מס' 2 הוא רשות שלטונית אשר מחויבת להגנה על זכות האדם לשלמות גופו ועל הקטנת הפגיעה בה ובכבוד האדם, כאמור לעיל בסעיפים 38 - 49. לפיכך עליו לעשות לקביעת הכשרה מקצועית מתאימה למוהלים ולחייבם בה על דרך של מתן רשיון חובה למוהלים.

71. קיימים מקרים בהם מתממשים הסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי המילה, כפי שארע בעניין הפלילי שנידון בתיק פלילי 4463/96 הנ"ל (נספחים ז' וח'). אז מוצאים עצמם הנפגעים מול שוקת שבורה, במקרים רבים אין ביכולתם להיטיב את נזקם בשל חדלות

פירעון אמיתית או מדומה של מבצע העוולה. הדרך המקובלת כיום לטיפול במקרים כאלו היא בדרך של ביטוח מקצועי כנהוג לגבי רופאים ומטפלים אחרים. על משיב מס' 2 להנהיג חובה של המוהלים לבטח את עצמם מפני תביעות של נפגעים מהטיפול שהם מבצעים ולהתנות מתן רשיון בקיום ביטוח מתאים.

72. הואיל ולמשיב מס' 2 יש נגיעה פיקוח ושליטה על ענייני הדת ובכלל זה על המוהלים. בלתי סביר מצדו להניח למבצעי ניתוחי המילה לעשות מלאכתם הפוגעת בשלמות הגוף מבלי לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפטרופוסים כולם. קיימים מקרים בהם המשמורת נתונה לאחד ההורים בלבד בשל היותם בנפרד, במצב הקיים בו אין המוהלים מדקדקים בעניין ההסכמה קיימת סכנה שניתוח המילה יבוצע ללא הסכמה מושלמת של שני ההורים או האפטרופוסים.

על משיב מס' 2 אף לדרוש ולחייב את המוהלים במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, זאת כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת כאמור לעיל בסעיפים 66 - 68 לעתירה זו.

73. כנזכר בחלק העובדתי לעתירה זו, הפריעה הינה תוספת מאוחרת למילה, תוספת זו הינה תוצאה של תיקון דתי והיא גורמת להחמרת הפגיעה בכבוד האדם ובזכותו לשלמות גופו. על משיב מס' 2 כרשות שלטונית המופקדת על ענייני דת בישראל לפעול לביטול פעולת הפריעה כתוספת לפעולת המילה.

74. עוד נוסיף כי משיב מס' 2 מתוקף תפקידו הוא בעל השפעה אצל משיבה מס' 4 ונציגו מרכיבים את משיבה מס' 5. כל שנדרש ממנו לעיל כפעולה סבירה של רשות שלטונית, יכול שיהיה מיושם גם תוך הפעלת השפעתו אצל משיבות 4 ו-5.

ניתוחי המילה תחת פעולתה של משיבה מס' 4

75. בית המשפט העליון קבע זה מכבר כי הרבנות הראשית לישראל, היא משיבה מס' 4, היא גוף הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין במובן סעיף 7 (ב) (2) לחוק בתי המשפט, תשי"ז - 1957, סעיף 15 (ד) (2) לחוק זהיום (בג"צ 195/64 החברה הדרומית בע"מ "מרבק" בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד יח (2) 324). משיבה מס' 4 היא רשות שלטונית המשמשת כמקור עליון להסדרת סוגיות דתיות לגבי היהדות האורתודוקסית בישראל. חלק גדול מהמוהלים הדתיים נמנים על שורותיה בדרך זו או אחרת. משיבה מס' 4 גם נוטלת חלק בפעילות הפיקוח של משיבה מס' 5. על משיבה מס' 4 כרשות שלטונית

סבירה לאסור את ביצוע ניתוחי המילה על כל מי שאינו רופא ולא הוסמך לצורך ביצוע ניתוחי מילה על-ידי משיבה מס' 5.

76. משיבה מס' 4 בנוסף להיותה רשות שלטונית הינה גם אטוריטה הלכתית לגבי חלק נרחב של הציבור היהודי בישראל. כך קבע המחוקק בסעיף 2 לחוק הרבנות הראשית תשי"ם - 1980;

'תפקידי המועצה הם -

(1) מתן תשובות וחוות דעת בעניני הלכה לשואלים בעצתה;'

בשל עובדה זו תוכל המשיבה מס' 4, כצעד סביר מטעמה כרשות שלטונית המחויבת לשמירה והגנה על כבוד האדם ושלמות גופו כנזכר לעיל בסעיפים 38 - 49 לעתירה זו, להורות את המוהלים הקשורים עמה והנמנים על זרם היהדות אותו היא מנהיגה ומדריכה, להימנע מביצוע הפריעה לאחר קטיעת הערלה, בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

ניתוחי המילה תחת פיקוחה של משיבה מס' 5

77. משיבה מס' 5 על-פי הרכבה נוגעת לעניינים הדתיים כמו גם לעניינים הרפואיים של סוגיית ניתוחי המילה. היא הזרוע הביצועית האמורה לפקח ישירות על מבצעי ניתוחי המילה, דתיים ושאינם דתיים. בפועל אופן הפיקוח של משיבה מס' 5 הינו רופף ובלתי סביר באופן קיצוני. על אף שמשיבה מס' 5 מעניקה הסמכות למוהלים אין היא עושה למניעת פעילותם של אלו שאינם מוסמכים על-ידה ואף אין היא אוסרת את פעילותם זו. לא יעלה על הדעת כי במדינה מתוקנת יהא רשאי כל אדם, שלא נבחנה מיומנותו ולא זכה להסמכה, לחתוך בגופו של אחר תוך גרימת סיכונים כנזכר לעיל אפילו תוך הסכמתו של אותו אדם. על משיבה מס' 5 לאסור ביצוע ניתוחי מילה על-ידי מי שלא מוסמך על-ידה או שלא חודשה הסמכתו.

78. במסגרת פיקוחה של משיבה מס' 5 על מבצעי ניתוחי המילה עליה לחייב אותם לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפוטרופוסים כולם. בנוסף על משיבה מס' 5 לדרוש ולחייב את המוהלים במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, זאת כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת כאמור לעיל בסעיפים 66 - 68 לעתירה זו.

78. הואיל ומשיבה מס' 5 מנחה באופן ישיר את המוהלים יש ביכולתה להנחותם כי ימנעו מביצוע פעולת הפריעה כתוספת למילה. משיבה מס' 5 מתוקף היותה רשות שלטונית

המחויבת לשמירה והגנה על כבוד האדם ושלמות גופו כנזכר לעיל בסעיפים 38 - 49 לעתירה זו, הינה תחת החובה להורות את המוהלים הקשורים עמה להימנע מביצוע הפריעה לאחר קטיעת הערלה, בעת ניתוח המילה, וזאת כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

סיכום

1. אשר על כן מתבקש בית משפט נכבד זה ליתן צווים כנגד המשיבים לעתירה זו כמפורט להלן ולהורות על הפיכת הצווים למוחלטים:

א. צו על תנאי כנגד משיב מס' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקיום הוראות החוק בפקודת הרופאים האוסרות על ביצוע ניתוחים ומתן טיפול רפואי שלא על-ידי רופא מורשה.

ב. צו על תנאי כנגד משיב מס' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יסדיר את ניתוחי המילה בתקנות או למצער בהנחיות, בדרך שתפקח על מבצעי ניתוחי המילה ותחייב אותם בהכשרה מינימלית הולמת ובקבלת רשיון מטעם משרדו.

ג. צו על תנאי כנגד משיב מס' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפרסם לציבור מידע אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה. זאת כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.

ד. צו על תנאי כנגד משיב מס' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לחיוב מבצעי ניתוחי המילה במתן מידע למנותחי המילה אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.

ה. צו על תנאי כנגד משיב מס' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקביעת מפרט למכשירים לביצוע ניתוחי מילה ומדוע לא יקבע כללים לשמירה על בטיחותם ובדיקתם על-פי הסמכות הנתונה לו בפקודת בריאות העם.

ו). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 1 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל לקיום החובה במילוי טופסי הסכמה לניתוח, לפני כל ניתוח מילה, כנדרש בתקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד - 1984.

ז). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה שאינם רופאים מורשים בהכשרה מקצועית רפואית וקבלת רשיון מתאים.

ח). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב ויתנה פעילותם ורשיונם של מבצעי ניתוחי המילה בביטוח כנגד תאונות מקצועיות ורשלנות מקצועית.

ט). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפוטרופוסים כולם.

י). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יחייב את מבצעי ניתוחי המילה במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.

יא). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 2 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא יפעל למניעת ביצוע הפריעה לאחר קטיעת הערלה בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

יב). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 3 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא ינחה את מערכת התביעה הכללית והמשטרה לפעול לקיום הוראות חוק העונשין וליישם את העברות של התעללות בקטינים חסרי ישע, תקיפה, חבלה ופציעה בנוגע לביצוע ניתוחי המילה.

יג). צו על תנאי כנגד משיב מסי' 3 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא ינחה את מערכת התביעה הכללית והמשטרה לפעול לקיום הוראות פקודת הרופאים וליישם את האיסור על ביצוע ניתוחים על ידי מי שאינו רופא מורשה.

יד). צו על תנאי כנגד משיבה מסי' 4 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תאסור את ביצוע ניתוחי המילה על-ידי מי שלא הוסמך לכך על-ידיה.

טו). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 4 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תתנה את המוהלים הקשורים עמה להימנע מביצוע הפריעה לאחר קטיעת הערלה, בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

טז). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה שאינם רופאים מורשים בהכשרה מקצועית רפואית וקבלת רשיון מתאים.

יז). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב ותתנה פעילותם ורשיונם של מבצעי ניתוחי המילה בביטוח כנגד תאונות מקצועיות ורשלנות מקצועיות.

יח). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה לוודא טרם ביצוע ניתוח המילה בקטינים כי אמנם קיימת הסכמה לניתוח מצד שני ההורים או האפוטרופוסים כולם.

יט). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תחייב את מבצעי ניתוחי המילה במסירת מידע נכון ואמין אודות ההשלכות האנטומיות והפיסיולוגיות של קטיעת הערלה וביצוע הפריעה והסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוחי מילה, כנדרש על-פי דוקטרינת ההסכמה מדעת המובאת בחוק זכויות החולה.

כ). צו על תנאי כנגד משיבה מס' 5 לבוא לפני בית משפט נכבד זה וליתן טעם מדוע לא תפעל למניעת ביצוע הפריעה לאחר קטיעת הערלה בעת ניתוח המילה, כצעד שיפחית את הכאב, הסבל והפגיעה בכבוד האדם.

2. כמו כן מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא מלפניו **צו ביניים** שיאסור על ביצוע ניתוחי המילה על-ידי מי שאינם רופאים מורשים ולהורות על קיום דיון דחוף ביותר בעתירה זו, זאת הואיל והמשך המצב הקיים מהווה פגיעה חמורה בגוף האדם בכבודו ובחירותו.

3. מצ"ב תצהירים התומכים בעתירה.

4. מן הדין ומין הצדק להיעתר לעתירה זו, במיוחד בימים אלו לאור הקידמה וההכרה בכל העולם באי נחיצות המילה ובהיותה מכאיבה ופוגעת בכבוד האדם. מן הראוי שדווקא בית משפט ישראלי יהיה זה שיקבע בהסתמך על נימוקים משפטיים מודרניים כי אין מקום יותר למילה. כאמור, על אף הטעות ההיסטורית שבכך, האנושות תופסת את ישראל כזה שהנחיל לעולם את הפרקטיקה של חיתוכים באברי מין, לפיכך יש מקום שישראל שקילקל הוא גם שיתקן ראשון.

רפי בלושטיין

2-2

רכים באברי מין
חיפה, 31040

13.10.1997

אישור קבלת דבר דואר רשום
وثيقة استلام حاجة بريدية مسجلة

שם הנמען: מר. חיים
اسم المرسل اليه: מר. חיים

מיקון: חיפה
العنوان: חיפה

התובטא דואר / صندوق بريد / מספר רשום: 1410
مستقر الدوا / رقم: 1410

ישראל / المملكة / منطقة رقم: 1410

שירות מבוטח / خدمة مؤمنة:

חוממת הדואר / ختم البريد: 1410

חתימת הפקיד המקבל / توقيع الموظف المستلم: מר. חיים

מס' 759-0001 במקום ד"ט 512

הנדון: פיקוח על ניתוחי מילה ומסירת מידע על המילה, השלכותיה ותוצאותיה

בשם העמותה נגד חיתוכים באברי מין הרינו, חברי הוועד, פונים אליך כדלקמן:

העמותה נגד חיתוכים באברי מין הינה עמותה רשומה וולונטרית שחרתה על דיגלה לפעול למניעת חיתוכים באברי מין של זכרים ונקבות ללא הבדלי דת ולאום, ולקדם את הפצת המידע הנכון בציבור על אודות ניתוחי המילה והשלכותיהם.

המילה, שנעשית ברוב המקרים לקטינים חסרי יכולת להסכים או להתנגד לה, הינה פגיעה בגוף האדם, שלמותו וכבודו כמובא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. משרדו של אדוני, ככל רשות מרשויות השלטון, חייב לכבד את הזכויות שבחוק יסוד זה כאמור בסעיף 11 לחוק היסוד.

הואיל ואדוני כשר הדתות הוא השר הממונה על ענייני הדת, ובסמכותו להנחות ולהתקין תקנות בענייני דת, והואיל ומשרדו של כבוד השר נוטל חלק בהרכבת הוועדה הבין משרדית לפיקוח על המוהלים, מבקשת העמותה נגד חיתוכים באברי מין כי תפעל לתיקון הליקויים בעניין ניתוחי המילה בישראל, כפי שיוצג להלן.

1. הוראות החוק בפקודת הרופאים [נוסח חדש] תשל"ז - 1976 מייחדות את העיסוק ברפואה לרופאים מורשים על-ידי שר הבריאות בלבד ואוסרות על ביצוע ניתוחים ומתן טיפול רפואי שלא על-ידי רופא מורשה. ביצוע ניתוחי המילה הוא מטבעו עיסוק רפואי ונלווים אליו טיפולים למניעת זיהום ועצירת דם ולעיתים אף נאלצים מבצעי המילה לתפור כלי דם שנפרצים בזמן קטיעת העורלה. כידוע רובם המכריע של המוהלים הינם חסרי השכלה רפואית המעניקה רשיון לעסוק ברפואה, לפיכך כל אלו פועלים בניגוד לחוק. עליך אדוני השר לפעול למניעת כל אותם מקרים, בהם פועלים חסרי רשיון לעיסוק ברפואה כמוהלים.

2. במצב הנוכחי נדיר למצוא מוהל, אשר מוסר מידע מפורט על ביצוע המילה. אין בנמצא כל מוהל, אשר מכביר מילים גם על הסיכונים של ניתוח המילה. לפיכך ההסכמה הניתנת על-ידי מי שמבצע בו ניתוח המילה (בהיותו בדרך כלל קטין ניתנת ההסכמה על-ידי נציגו) אינה שלמה ולפיכך אינה תקפה. חשיבות ההסכמה לכל פעולה רפואית בכלל ולניתוח של קטיעת חלק מאיבר במיוחד היא כמפורסמות ולאחרונה אף זכתה דוקטרינה זו של הסכמה מדעת לעיגון חוקי מלא בחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996. לפיכך אנו מבקשים מכבוד השר כי יפעל לחיוב מבצעי ניתוחי המילה במסירת אינפורמציה נכונה ואמינה לגבי ניתוח המילה, הכאב הנגרם בעטין, הסיכונים הכרוכים בו וההשלכות הפיזיולוגיות והתפקודיות של קטיעת העורלה.

נוסף על כך, במקרים רבים לא עושים המוהלים די כדי לוודא כי אכן קיימת הסכמה מצד שני הורי התינוק הנימול או האפוטרופסים החוקיים שלו. מצב בלתי סביר זה יוצר חשש כי יבוצע חיתוך בגופו של תינוק או ילד, שתוצאותיו כידוע הן בלתי הפיכות, וזאת בניגוד לעמדתו של אחד מהוריו או אפוטרופסיו. על כבוד השר לדאוג, כי כל מי שמבקש לבצע ניתוח מילה, יוודא את קיום ההסכמה מצד שני הורי התינוק הנימול או האפוטרופסים החוקיים שלו. הדרך הראויה לכך היא באמצעות טופס הסכמה כדוגמת הדרישה בתקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד - 1984, שם נקבעה התובה למילוי טופס הסכמה לפני כל ניתוח.

3. כידוע ישנם מקרים בהם נגרמים סיבוכים עקב ביצוע המילה. בחלק מהמקרים אף נגרמת נכות קשה היכולה להגיע לכדי קטיעה של חלק מהאיבר או כולו. כך אירע לשני תינוקות שנימולו על-ידי המוהל יוסף טריקי שהורשע לאחרונה בבית המשפט השלום בתל-אביב בת. פ. 4463/96 במעשה פזיזות ורשלנות בטיפול רפואי וכירורגי. עם זאת בעוד שלמבצעי ניתוחים, שהינם רופאים, קיים ביטוח נגד סיכונים של רשלנות רפואית, אין בנמצא ביטוח דומה לגבי מוהלים, שאינם רופאים. מצב בלתי סביר זה עלול להביא לכך שאדם, הניזוק מרשלנות בבצוע המילה, לא יוכל להיטיב את נזקו כראוי. עליך אדוני השר לחייב את כל המבצעים ניתוחי מילה להיות בעלי ביטוח הולם כתנאי לעיסוק בניתוחי מילה.

4. כידוע בוודאי לכבודו, ניתוח המילה היהודי כולל שלושה שלבים: מילה, פריעה ומציצה. המילה הינה החלק המקראי של הפולחן. הפריעה תוקנה ע"י הרבנים במועד מאוחר יותר, כדי למנוע מיהודים למשוך את העורלה, שנותרה ולהאריך אותה, ובכך להתחזות ללא נימולים. המציצה לעומת זאת שונתה והפכה לאקט סימלי המבוצע באמצעות ציטרית בשל סכנת ההדבקה במחלות. הפריעה, שהינה השלב הקשה והטראומטי של המילה, היא הקריעה של העורלה מהעטרה, הפשלתה וחיתוכה, כולל חיתוך הפרנולום (הרקמה בצד התחתון של העטרה וגוף הפין, שמחברת את השיכבה הפנימית של העורלה לעטרה), שעשיר במיוחד בקצוות עצבים. הפריעה מכאיבה ופוגעת ביותר וניתן לוותר עליה ועדיין לשמר את מצוות המילה. לפיכך היא מהווה פגיעה מעל לנדרש כאמור בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך מתבקש כבוד השר להפעיל השפעתו ולעשות לביטול הפריעה כצעד המתחייב מהרצון לכבוד את כבוד האדם ולהקטין את סיבלו.

בהתחשב בפגיעה בגוף האדם וכבודו, המשכו של המצב החמור, בו ניתוחי המילה מבוצעים ללא פיקוח הולם, הוא בלתי סביר באופן קיצוני. העמותה נגד חיתוכים באברי מין מצפה לפעולה מהירה של כבוד השר, שתביא מזור לליקויים הרבים הקיימים בסוגיה זו, של חיתוכים באברי מין.

כמו כן מבקשת העמותה נגד חיתוכים באברי מין, כי היא תעודכן לגבי השינויים, שמתכוון כבודו לערוך בעניין זה, הואיל ובדעת העמותה לשקול פניה לערכאות. בנוסף מעמידה העמותה את המידע והידע שברשותה, לעזרתו של כבוד השר. חברי העמותה יעשו כל שידרש ויעלה בידם כדי לסייע לפתרון הבעיה.

בברכת חג שמח ושנה טובה

מנחם ענב

אגודת אבות ואמהות ישראליים



ג. הרבנות הראשית לישראל — רשות שלטונית, מתוקצבת מכספי המדינה, מהווה אוטוריטה בתחום ההילכת. וטטלת חלק בהרכבת הועדה הבין-משרדית לפיקוח על המוהלים.

ד. הועדה לפיקוח על המוהלים — ועדה בין-משרדית משותפת לגופים הנוכחים לעיל, ותפקידה לפקח על המוהלים.

לפיכך מבקשת העמותה נגד חיתוכים באברי מין כי תפעל לתיקון הליקויים בעניין ניתוחי המילה בישראל, כפי שיוצג להלן.

א. ניתוחי המילה מהווים פגיעה בזכות אדם חוקתית

1. גופו של אדם ושלמותו הנם ערך מוכר במשפט העמים התרבותיים זה מאות שנים. התרבות המערבית הנאורה סולדת מעונשים גופניים כמו גם מניסויים כפויים בגופם של בני אדם. עוד טרם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הזכיר בית משפט נכבד זה את מעמדה העליון של זכות האדם לשלמות גופנית; זכות, הנובעת מעצם היותו בן אנוש:

"כל אדם בישראל נתנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם" (בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294, 298) (הדגשה לא במקור).

בפרשה אחרת, בה דחה בית משפט העליון את רצונו של הורה בתרומת כליה מבנו החסוי הלוקה בשכלו, נדרש המשנה לנשיא מ' אלון לחשיבות הזכות לשלמות גופנית של כל אדם:

"החומרה היתרה שבפגיעה בשלמות גופו של אדם, ללא הסכמתו של הנפגע עצמו ולעיתים קרובות אף בלי שהנפגע יודע על הפגיעה בשלמות גופו מחייבת, כי סמכות זו שהעניק המחוקק [בסעיף 68 (ב) לחוק הכשרות] לבית המשפט לפגוע בשלמות גופו של החסוי תופעל בזהירות יתרה, על דרך הצמצום ומתוך פירוש דווקני של הוראות המחוקק. הכלל הגדול שצריך להנחות את בית המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם בין עשיר לבין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בגופו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים בערכם ובסגולתם." (רע"א 698/86 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד מב (2) 661, 676)

בהמשך דבריו, לאחר שסוקר המשנה לנשיא, השופט אלון, את חשיבות שלמות הגוף במספר מקורות משפטיים לרבות המשפט העברי, נדרש המשנה לנשיא לפסיקה מחוזית אשר אשרה תרומת מוח עצם של קטינה לאחתה. המשנה לנשיא מפגין גישה נחרצת כנגד כל פגיעה בגוף ולו הקלה ביותר:

"מתוך שיחה עם הקטינה, שהיא כבת 8, נוכח הפסיכולוג, שהיא מבינה גם כיום את חשיבות מעשייה להצלת אחותה, והרגשתה זו תלך ותחריף עם התבגרותה. לולא קביעה עובדתית זו בדבר טובתה העכשווית של הקטינה התורמת, אין להרשות גם נטילת מוח עצמות הימנה, שהוא תוזר ומתחדש ומכל שכן שאין להרשות עקירת כליה, שהיא מעשה בלתי הפיך" (שס, 687 - הדגשה לא במקור)

2. כך היה טרם חולדת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חקיקת חוק יסוד זה העלתה על נס את זכויות האדם בכלל ואת זכות האדם לשלמות גופו באופן ספציפי. אומר הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (פ"ד מט (4) 221):

"עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפיכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל. מספר זכויות הפכו לזכויות חוקתיות-על-חוקיות." (שס, בעמ' 447).

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 2, שכותרתו "שמירה על החיים הגוף, והכבוד":

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"

כותב פרופ' ברק בספרו על פרשנות חוקתית: