

# בדיקות רפואיות על פי צו בית משפט והזכות לצנעת הפרט\*

ראשי פרקים:

הקדמה

א. המשפט האנגלו-אמריקני

ב. המשפט העברי

ג. השוואה ועימות

## הקדמה

עם כל התרחבות של הממשל ושל התקשורת, עם כל התקדמות של המדע, הרפואה והטכנולוגיה, נעשית זכותו של היחיד לפרטיות לנכס יקר ואפילו מקודש יותר ויותר. מבחינה מסורתית, בתי המשפט הם אשר התייצבו בראש המגינים על זכות הפרטיות, בפורשם את חסותם על האזרח מפני חדירות בלתי מוצדקות אל תוך האוטונומיה האישית שלו. אולם, יש ויש מקרים שבהם צרכי מערכת השיפוט עצמה הם התובעים להפר זכות זו. בנקודה זו חייבת כל מערכת משפטית להתמודד עם השאלה, כיצד ליישב את זכותו של בעל דין לפרטיות עם חובתו של בית הדין לשיפוט משפט צדק. תחום אחד המועד להתנגשויות מעין זו הוא תחום הבדיקות הרפואיות על פי צו של בית משפט - נושא שנעשה בעייתי במיוחד במשך כחמישים השנים האחרונות, בשל התקדמות הענק שהתקדם מדע הרפואה בשנים אלו. במאמר זה ברצוני להשוות ולעמת זו עם זו את התנסות המשפט האנגלו-אמריקני ואת זו של המשפט העברי, תוך ניתוח דרכי ההתמודדות שנקטו שתי מערכות משפט אלה בהתקלן בבעיה מרתקת זו. בדיוננו נתמקד דווקא בתקדימים אזרחיים, הגבלה שתאפשר לנו למקד את תשומת לבנו בעניין הפרטיות בלי לערפלו בגורם המסבך של הפללה עצמית - היבט הראוי לדיון נפרד.

## א. המשפט האנגלו-אמריקני

מבחינה היסטורית, ה-Common Law האנגלו-אמריקני התנגד כמעט לכל צורה של בדיקה רפואית כפויה. לפני מאה שנה, במקרה של **Union Pacific Railway Company**

\* מתוך תקדים, כרך ג-ד [=זכויות האדם ביהדות] (ירושלים, תשנ"ב), 233.

**v. Botsford** קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית<sup>1</sup>, כי בתביעה אזרחית על פגיעה שנגרמה לגופו של האדם, אין לבית המשפט כל זכות או כוח משפטי לצוות על התובע, ללא הסכמתו, לעבור בדיקה רפואית כדי לקבוע את מידת הפגיעה אשר בגינה הגיש את תביעתו. בקובעו את דעת בית המשפט כתב השופט גריי:

אין זכות שהיא מקודשת יותר או נשמרת יותר בהקפדה על ידי ה-Common Law מאשר זכותו של כל אדם לבעלות ושליטה על גופו-שלו, כשהוא חופשי מכל הגבלה או התערבות מצד אחרים, אלא על פי סמכותו הברורה והחד משמעית של החוק. כפי שנוסח היטב על ידי השופט קולי, "זכותו של אדם לגופו אפשר להגדירה כזכות של חסינות מוחלטת: שיניחו לו לנפשו...?"<sup>2</sup>

...שום צו או הליך, הכופה חשיפה או כניעה מעין זו, לא היה מוכר ל-Common Law בתהליך עשיית הצדק בין פרטים, חוץ ממספר מקרים זעיר ביותר, המושגות על סיבות יחודיות ועל מינהגים עתיקים, והמועברים מומנים מעודנים פחות, למרות היותם מיושנים לרוב באנגליה, ולמיטב ידיעתנו, מעולם לא הונהגו במדינה זו.<sup>3</sup>

אף על פי כן, ככל שגבר כובד הנטל שרביץ על בתי המשפט וככל שלחץ הצורך של מערכת המשפט בשיפוט יעיל, בה-במידה החלו השופטים פונים לעזרה למדעני הרפואה. בארצות Common Law שונות יישמו בתי המשפט נהלים שהסמיכו את השופטים לצוות על עריכת בדיקות גופניות או נפשיות במקרים שנחלקו הצדדים בעניינים אלה.<sup>4</sup> זמן קצר אחרי שהונהגה מערכת נהלים דומה בארה"ב ( Rule 35 of the Federal Rules of Civil Procedure, 1938), הותקפה סמכותם, בין היתר, כהפרה של הזכות לפרטיות. במקרה הנודע של *Sibbach v. Wilson & Co.*, קבע בית המשפט העליון של ארה"ב<sup>5</sup>, ברוב זעום, שנהלים אלה תקפים. דעת הרוב הייתה, שנהלים מעין אלו אינם אלא קובעים נוהל, בעוד שזכותו המהותית של הפרט לפרטיות נותרת בעינה. על פי הכללים הללו, בעל דין המסרב להבדק - אי אפשר לכפות עליו את הבדיקה, אולם רשאי בית המשפט לדחות את טענותיו של הסרבן או לפסוק נגדו. בית

1 עיין: 141 U.S. 250 (1891).

2 שם, 251.

3 שם, 252, מעניין הוא, שהתנגדות זו הייתה מוגבלת דווקא לבדיקת מבוגרים. אולם לא הייתה כל מניעה ב-Common Law לצוות על בדיקת דם אצל ילד בתביעת אבהות. ראה: Cross, On Evidence (Butterworth S., 6th ed., London, 1985), p. 35; א. הרנון, דיני ראיות (האוניברסיטה העברית, ירושלים, 1977), חלק שני, סעיף 31.4, עמ' 328; בר"ע 305/80, שילה ואח' נ' רצקובסקי ואח', פ"ד לה(3) 449 בעמ' 459-458.

4 ראה: 8 Wigmore, Evidence, Section 2220, n. 13 (3rd ed., 1940).

5 עיין: 312 U.S. 1 (1940).

המשפט הורה, שבדיקות רפואיות על פי צו, אם ייכפו, יהוו אמנם הפרת זכותו של היחיד לפרטיות. אולם, בית המשפט העליון סמך את ידיו על תקפותם של הנהלים, שהרי אין אופקים אותם דרך כפיה כי אם על ידי אמצעים אשר בנוהל. את הניתוח דלעיל - ההבחנה שבין זכויות נוהל וזכויות מהותיות לפרטיות - קיים והנהיג בית המשפט העליון של ארה"ב בפסיקה שפסק לאחר מכן.<sup>6</sup> בשלב הבא, בשנות השבעים המוקדמות, הוא אומץ על ידי בית הלורדים הבריטי.<sup>7</sup> בניסוחו של הלורד מקדרמוט:

...יש לקבל שחזן מאשר במקום שהפרלמנט כבר אמר את דברו, אין לבית המשפט הגבוה שום סמכות לצוות על אדם שהוא sui juris לעבור בדיקת דם בניגוד לרצונו...

אולם חוסר סמכות זה של בית המשפט לכפות פיזית את קיום הצו שהוציא, וזאת ללא הסכמה, אין פירושו שעל השאלה הנדונה יש להשיב בשלילה; שהרי חלק גדול מסמכותו של בית המשפט הגבוה נעשה יעיל רק באמצעים עקיפים - כגון: עיכוב הליכים, עיקול או ההתייחסות אל סירוב לציית כראיה נגד הסרבן.<sup>8</sup> על כן, בית הלורדים הבריטי, בדומה לאמריקאים, אימץ - למען עשיית הצדק - השקפה צרה על הזכות לפרטיות. כל עוד אין פוגעים פיזית בגופו של בעל הדין, "זכותו לפרטיות" אכן כובדה וההגנה עליה הספיקה. אולם, למרות פשטותה-לכאורה ויעילותה המעשית של גישה זו, היא לא נתקבלה בכל מקום. השופט פרנקפורטר, שכתב את דעת המיעוט ב-*Sibbach v. Wilson & Co.*, ערער בחריפות על ההבחנה הנוהלית-מהותית:

העובדה, שאין להעניש על אי ציות לצו על פי סעיף 35 כפי שמענישים על זילות בית המשפט, אין פירושה שיש להשלים עם חדירתה אל תוך החסינות ההיסטורית של פרטיות גוף האדם. כמובן, הכלל הוא כפייתי בכך שיתכן שדלתותיהם של בתי המשפט הפדרליים, הפתוחות בכל שאר המקרים, עלולות להסגר בפני בעלי דין שאינם משלימות עם בדיקה גופנית מעין זו.<sup>9</sup>

- 6 ראה: *Schlagenhauf v. Holder*, 379 U.S. 104 (1964), הקובע שבית משפט הפוסק נגד נתבע המסרב לציית לו בית המשפט לעבור בדיקה רפואית פועל באורח חוקתי.
- 7 עיין: *S. v. Mec; W. v. W.* (HI[e]) [1972] A.C., 24; [1970] 1 All E.R. 1162.
- 8 שם, 46. התשתית להכרעה זו הוכנה בפסק דינו החשוב של בית המשפט לערעורים, בהנהגתו של לורד דנינג, *Edmeades v. Thames Board Mills Ltd.* (C.A.) [1969] 2 Q.B. 67 (בדיקה רפואית בתביעת נזיקין).
- 9 לעיל, הערה 5, בעמוד 18.

לפי דעת המיעוט בבית המשפט, אין לשום שופט הסמכות לכפות צו עריכת בדיקה רפואית - אפילו אמצעי הכפיה הם נוהליים בלבד - ללא "סמכותו הברורה והבלתי מעורערת של החוק"<sup>10</sup>. אסור אפילו להסיק מסקנה הולמת מסירובו של בעל הדין להשלים עם הבדיקה. עמדה דומה ננקטה בבית המשפט העליון של מדינת ישראל, בשנת 1961, ע"י כב' השופט חיים כהן, שכתב במודגש: אינו דומה המסרב לעשות דבר שאפשר לחייב על פי דין לעשותו, למסרב לעשות דבר שאי אפשר לחייבו לעשותו. בהעדר סמכות חוקית לצוות על בעל דין להבדק, יכול הוא לישב בחיבוק ידיים: סירובו אינו סירוב, אלא חוסר התנדבות. אם מותר אולי להסיק מסקנה לרעת המסרב להבדק, כשקיימת סמכות לכפות עליו את הבדיקה, אין להסיק כל מסקנה כזאת כשהסמכות לכפותו אינה קיימת<sup>11</sup>.

דעתו של השופט כהן נותרה קביעתו המקובלת של המשפט הישראלי בנושא זה<sup>12</sup> - עד שנת 1980.

יש אמנם להדגיש, כי שני הצדדים מסכימים שכאשר בית המחוקקים מכיר במפורש באינטרס החיוני של המדינה בדבר, ומאמץ חקיקה מתאימה, אזי, למרות הכפיה והחדירה אל תוך הפרטיות, קיימת אפשרות לכפות בדיקה רפואית על פי צו בית המשפט<sup>13</sup>. על כן, פנה השופט חיים כהן<sup>14</sup> לכנסת וביקש שתנקוט את הצעדים המתאימים להסמיק את בתי המשפט לצוות ולאכוף בדיקות רפואיות ומעבדתיות כאשר הדבר נחוץ, בייחוד בתחום החשוב של קביעת אבהות. אולם, לדאבונו, לא נקטה הכנסת עד עתה שום יזמה רצינית בכיוון זה<sup>15</sup>.

על רקע זה ניתן להעריך במלואה את הדרמה שבהחלטת בית המשפט העליון הישראלי בפס"ד שרון ואח' נ' לוי<sup>16</sup>. עשרים שנה המתין בית המשפט לכנסת לפעול בתחום זה; אך לא הסכים להמשיך ולהמתין. בדעה מלומדת ביותר, שנכתבה על ידי

10 ש.ם.

11 ע"א 407/60, פלוני נ' אלמוני, פ"ד טו, 212, 215.

12 ראה דב פרימר, 'קביעת אבהות ע"י בדיקת דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי', שנתון המשפט העברי, ה (1978) 219 ב-223-224, הערה 19 (עודכן ופורסם שוב ספר אסיא [1986] 185, ב-189, הערה 20), ומקורות הרשומים שם [עמ' 50 הערה 20 בספר זה].

13 ר' גם: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 172, 175 (1900): *Camden & Suburban R. Co. v. Stetson*, 177 U.S. 113, 213-214 (1973).

14 לעיל, הערה 11, בעמ' 217.

15 ראה בר"ע 305/80, לעיל הערה 3, בעמ' 459, מול האות ה.

16 ע"א 548/78, פ"ד לה(1) 736 (1981). וכן ראה: ע"א 335/8, פלוני נ' אלמוני, פ"ד לח(2) 530; תמ"א (ת"א) 898/79 פלונית נ' אלמוני, פס"מ תשמ"א(א), 516, 522-523 (שניתן כחצי שנה לפני פס"ד שרון נ' לוי).

כב' השופט (כתוארו אז) מנחם אלון (בהסכמת השופטים בכור ובן-עתו), אימץ בית המשפט העליון של ישראל את הניתוח הנוהלי / מהותי שמשמשים בו בתי המשפט האמריקניים והבריטיים, תוך שהוא מביא<sup>17</sup> מובאות ארוכות מפסיקת בית הלורדים שצוינה לעיל<sup>18</sup>. בכל הפך בית המשפט הישראלי את קביעתו של השופט חיים כהן - וכן עשרים שנות תקדימים ופסיקה - כשהוא מסתיר את פעלו אחרי חזות של אבחנה ושל פירוש מחודש<sup>19</sup>. עתה, גם לשופטי ישראל הסמכות להסיק מסקנות ראייתיות מסירובו של בעל דין להבדק בדיקה רפואית, אף על פי שאין בית המשפט יכול לאכוף את הבדיקה עצמה<sup>20</sup>.

עיון קפדני בעמדות השונות שתוארו לעיל חושף הנחה אחת המונחת ביסוד כל הפרספקטיבה של ה-Common Law. מאחדת את דעות הרוב והמיעוט היא ההשקפה, שבדיקות רפואיות על פי צו בית משפט אכן מהוות הפרה של זכותו הלגיטימית של היחיד לפרטיות. המחלוקת שבין השופטים נוגעת אך ורק לסמכות ולצורה שיש בהן כדי להצדיק חדרה זו<sup>21</sup>.

## ב. המשפט העברי

כדרכו, מפנה כב' השופט אלון את תשומת-לבנו אל המקורות המשפטיים היהודיים הנוגעים לענייננו. בשואבו ממאמר שנכתב ע"י מחבר טורים אלה<sup>22</sup>, הוא מציין<sup>23</sup> שבתי דין רבניים הכפופים למשפט העברי נהנים מהחופש לצוות על בדיקות רפואיות. הוא אמנם הדין, אך השופט אלון נמנע לציין, כפי שנראה להלן, שבתי הדין הרבניים לא רק שהם מוסמכים לצוות נוהלית על עריכת בדיקות רפואיות, אלא גם שיש להם הסמכות

17 שם, בעמ' 751-754.

18 לעיל, הערה 7.

19 לעיל, הערה 16, בעמ' 756-758.

20 יש להעיר שאפילו בתחום הנויקין שבו התקין מחוקק-המשנה את פרק יא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984, המסמיך והמסדיר כפיית בדיקות רפואיות, אמצעי הכפיה הינם עקיפים כשהסנקציה נוהלית גרידא. אין לכפות בדיקות רפואיות אלו בכפיה ישירה. ראה במיוחד תקנה 137, וכן ראה: ת"א (ת"א) 2885/82, המ' (ת"א) 6743/83, שריקי נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פס"מ תשמ"ה(ב) 163, 166-167. סמכותו של בית המשפט להסיק מסקנות ראייתיות, אף בתחום הפלילי, מסירובו של אדם להיבדק בבדיקות רפואיות (גניקולוגיות), הוכרה לאחרונה בע"פ 468/89, פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

21 דיון השוואתי מקיף בסוגיית כפיית בדיקות רפואיות במשפט האנגלי, במשפט האמריקאי, במשפט הישראלי, וכן במשפט האיטלקי נמצא במאמרו של Stephen Goldstein "Compelling Medical Examination of Litigants: A Comparative Analysis," 21 Is.L.R. 142 (1986).

22 פרימר, לעיל, הערה 12, בעמ' 239-241 [עמ' 68-71 בספר זה].

23 לעיל, הערה 16, בעמ' 754; ראה גם עמ' 748-749.

לאכוף בדיקות אלה<sup>24</sup>. זאת ועוד, ההנמקה העיונית והתפיסתית של הסכמת המשפט העברי שונה היא שוני מהותי מהסכמת ה-Common Law.

בהשוואה ל-Common Law, אין אנו מגלים בהיסטוריה המשפטית היהודית כל חרטה בנוגע לבדיקות רפואיות על פי צו בית משפט. אדרבה, כל הראיות שבידינו מצביעות לכאורה על כך, שבתי דין יהודיים ערכו בדיקות רפואיות ומדעיות כל זמן שסברו שהיה בבדיקות מעין אלו לתרום לעשיית צדק<sup>25</sup>. בעוד שהמקורות הקדומים יותר אינם מסבירים כלל נוהג זה, פסיקה רבנית של השנים האחרונות מבהירה שני הסברים משלימים. כיוון שהמשפט העברי נרתע בדרך כלל מהבחנות המבוססות על זכויות נוהליות מול זכויות מהותיות, אין פלא בכך שגם הפעם בחרו הדיינים ללכת בדרך שונה לחלוטין.

הגישה הראשונה מבוססת על החובה המשפטית - והדתית - הרובצת על כל אדם להציג בפני בית הדין כל עדות הנוגעת לעניין<sup>26</sup>. במידה רבה נוגעת חובה זו, במשפט העברי, לבעלי הדין עצמם<sup>27</sup>. על כן, החוק על פי מהותו מתכחש לכל זכות פרטיות כשהמדובר בעדות מהותית. עוד בשלבים הקדומים<sup>28</sup>, הורחבה הנמקה זו על ידי פוסקי ההלכה שהסמיכו את בתי הדין לאכוף את הצגתם ואת בדיקתם של ספרים ושל מסמכים אשר ברשותו של בעל הדין הנגדי בתביעה אזרחית<sup>29</sup>. צעד נוסף אחד בלבד היה דרוש להתקדם מהצגתה של עדות פיזית אל הצגתה של עדות אישית<sup>30</sup>. כך, למשל, בשנת 1974, פסק בית הדין הרבני הגדול של מדינת ישראל, שלבית דין הסמכות לכפות על בעל דין בתביעת גירושין, אם צורך ממשי יש בכך, להבדק בדיקה פסיכיאטרית. תוך שימוש בניתוח שתיארנו לעיל, דחו הדיינים את טענת הנתבעת, שצו מעין זה מהווה הפרה של זכותה לפרטיות<sup>31</sup>. יש אולי מקום לציין שבמקרה הנדון, נחלקו הדיינים

24 ראה בר"ע 305/80, לעיל, הערה 3, בעמ' 459, מול האות ז.

25 ראה פרימר, לעיל, הערה 12, בעמ' 239-241 והמקורות המובאים שם [עמ' 68-71 בספר זה]. ראה גם שר"ת ישכיל עבדי, ח"ו, אה"ע, קיב, ס"ק ז ובהוספה, ס"ק 4.

26 ויקרא, ה, א; שר"ע חר"מ, כח, א.

27 שר"ע חר"מ, יז, ג; כח, ב, ומפרשים על אתר.

28 פסיקה זו ניתנה עוד בתקופת הגאונים (מהמאה השביעית עד המאה האחת עשרה לסה"ג).

29 ראה טור ושר"ע חר"מ, טז, ד ומפרשים על אתר. השווה *McQuigan v. Delaware, Lack and W.R.R. Co.*, 129 N.Y. 50 at 54-55, 29 N.E. 235 at 236, 14 L.R.A. 466 (1891).

30 השווה *McQuigan v. Delaware, Lack and W.R.R. Co.* שם: "הסמכות לאכוף בדיקת ספרים ומסמכים הנוגעים למחלוקת, הנמצאים ברשות אחד הצדדים, היא בעלת אופי הדומה לזה הקשור במקרה הנוכחי...".

31 [\*] ערעור תשל"ג/216, פד"ר, כרך ט 331. השווה נורמן לס, אמונה וספק (הוצאת כתב בע"מ, ניו יורק, 1971), 293, הכותב: "על כן, אין לבתי המשפט הרשות לחדירה לפרטיות המנועה מאזרחים פרטיים".

בשאלה, אם אכן הוכח "צורך ממשי" - כשדעת המיעוט סברה שלא הוכח. אולם, הסכים המיעוט, שכאשר מוכח "צורך ממשי", יש לבית הדין הסמכות לאכוף בדיקה רפואית<sup>32</sup>.

ב-Kent v. Dulles קבע בית המשפט העליון של ארה"ב<sup>33</sup>, שאין הזכות לפרטיות קיימת ב"תחומים של התנהגות מזיקה בעליל". אותה תפיסה מתבטאת במקורות המשפטיים היהודיים שזמנם ימי הביניים<sup>34</sup>. מגבלה זו מספקת את הבסיס להסבר השני לבדיקות רפואיות על פי צו בית משפט, המוצג ע"י פוסקי ההלכה. הטענה היא שבמציאות כל סוגי התביעות וההתדיינות הם "תחומים של התנהגות מזיקה בעליל". אכן, יכולה "התנהגות מזיקה" זו להיות חוקית ומוסכמת, אולם היא עודנה מזיקה כלפי הצד שכנגד. לכן, לפי פוסקים אלה, כל טענת זכות הפרטיות בהתדיינות היא טענה מוטעית. במקרה אחד שהתברר בירושלים, תבע הבעל גירושין על יסוד עקרונות של אשתו למשך עשר שנים יותר. בית הדין הרבני האזורי בירושלים הורה לבעל לעבור בדיקת זרע כדי לוודא שאמנם אשתו היא הגורמת לעקרונות זו. אולם, הבעל התנגד לעבור את הבדיקה. תוך כדי ניתוח הסיבות האפשריות להתנגדותו, פסק הרב אליעזר יהודה ולדינברג, מי שישב<sup>35</sup> כאב בית הדין הירושלמי:

לאור כל האמור, נראה דאין מקום להשתמטות הבעל מבדיקה זאת כאשר מורים בית דין על כך, ועל אחת כמה כשבסירובו בא לחוב לאשה.<sup>36</sup>

בעוד שהניתוח הראשון יתיר באותה מידה לבדוק רפואית את שני הצדדים, הגישה השנייה יש בה משום נטיה להצדקת בדיקת התובע יותר מאשר בדיקת הנתבע. עם כל זאת, המשותף לשני ההסברים המוצעים על ידי המשפט העברי הוא שבמסגרתו של

בעוד שקביעה זו ייתכן שבהקשר דבריו - חילוט ערובה - היא נכונה, אין היא מדויקת באשר למסקנה הכללית של המשפט העברי. אפילו ביחס לחילוט ערובה, התפתח הדין בתקופה הבתר-תלמודית. ראה נחום רקובר "The Protection of Privacy in Jewish Law" (1975) 5 *Israel Yearbook on Human Rights* בעמ' 169, 177-176.

32 השווה *Schlagenhauf v. Holder*, לעיל, הערה 6, בעמ' 118.

33 עיין 357 U.S. 116 at 126 (1958).

34 ראה שר"ת אור זרוע ומהר"ם בן ברוך, י"ז כהנא (עורך) (מוסד הרב קוק, ירושלים, 1943), סי' 403, עמ' 69. ראה גם רקובר, לעיל, הערה 31, בעמ' 175.

35 הרב ולדינברג מונה לאחר מכן לבית הדין הרבני הגדול.

36 שר"ת ציץ אליעזר, ח"ז, מח, פרק א, ס"ק ז, עמ' 189-190. השווה מקרה דומה, שבא לפני בית הדין הרבני הגדול, ודווח בשר"ת ישכיל עבדי, לעיל, הערה 25. אולם, שם דחה בית הדין את תביעת הבעל תוך מתן הסבר שללא הראיות הרפואיות הדרושות אין הבעל מצליח להוכיח שעקרונותם של בני הזוג היא בעצם בשל האישה.

דיון משפטי, כאשר על בית הדין להכריע בין שני צדדים, פשוט אין הזכות לפרטיות קיימת כלל. על כן, אין בית הדין מוכרח לחוש את עצמו מחויב אפילו להתמודד עם טענה זו.

### ג. השוואה ועימות

אם נעמת ונשווה את ה-Common Law עם המשפט העברי, ניתן מיד להסיק מסקנות מסוימות. מסורת ה-Common Law מכירה בבירור בזכות לפרטיות, אפילו במצבים שבהם חייב בית המשפט להכריע בין בעלי דין. הדרך היחידה להתמודד בהצלחה עם טענת זכות לפרטיות היא באמצעות חקיקה מפורשת. על כן, בהעדר אישור חקיקתי מפורש לאכוף בדיקות רפואיות, על בית המשפט להזקק לאמצעי ניהול או לא לעשות דבר. המשפט העברי, לעומת זאת, שולל לחלוטין את קיומה של זכות לפרטיות בנסיבות של התדיינות. מובן, שאם אכן אין זכות כזאת, אין כל צורך להתמודד עמה - לא באמצעות חקיקה ולא בכל דרך אחרת. כתוצאה מכך, אפילו ללא חקיקה מפורשת יש לבתי הדין הרבניים סמכות מלכתחילה לאכוף בדיקות רפואיות בכפיה ישירה, אם יחוו בצורך לעשות כן למען עשיית הצדק. בעוד שה-Common Law מגביל את כוח בית המשפט, המשפט העברי מגביר אותו.

הערה אחרונה זו אינה שיפוטית באופיה, אלא תיאורית בלבד. בסופו של דבר, העדפת גישה אחת מפני רעותה צריכה להיות מוכרעת במסגרת שיקולי מדיניות. אולם, עצם ההבנה שאכן קיימת אופציה חלופית צריך שתאיר על שתי הגישות כאחת, ותספק לכל גישה הזדמנות טובה לביקורת עצמית. כפי שציין כב' השופט אלון,<sup>37</sup> הגיעה העת לכנסת ישראל לתת ברצינות את דעתה לנושא דוחק זה. האפשרויות מסומנות היטב; על הכנסת מוטל רק לבחור.<sup>38</sup>

37 [\*] הדגש במאמר זה הוא על ההיבט של הזכות לפרטיות. אולם, מההיבט של דיני ראיות גרידא יש עדיין מקום לחקור: אם למרות סמכותו של בית הדין לכפות בכפיה ישירה עריכת בדיקה רפואית, בית הדין לא עשה שימוש בסמכות זו ובעל הדין מסרב להבדק מרצונו הטוב, האם ניתן להסיק מסקנה כלשהי מסירוב זה? שאלה זו נדונה על ידי בית הדין הרבני הגדול בערעור תשל"ג/216, פד"ר ט, 331. לפי דעת הרוב (הדיינים הרב שלמה גורן והרב מרדכי אליהו), אכן רשאי בית הדין בנסיבות המתוארות לעיל להסיק מסקנות ראייתיות מסירובו של בעל הדין להבדק. לעומת זאת, הרב יוסף קאפח, בדעת מיעוט, היה סבור שעל אף סמכותו של בית הדין לכפות בדיקה בכפיה ישירה, במקום שבית הדין לא הפעיל סמכותו זו אין להסיק ראייה כלשהי מסירובו של בעל הדין להיבדק מיוזמתו. וכן ראה: פסק דינו של הרב יהודה גליק (בית הדין הרבני האזורי בטבריה-צפת), שפורסם בכתלנו, יג, 166, 181 (1990); מאמרו של ד"ר איתמר ורהפטיג, 'סירוב בעל דין לברר דבריו', תחומין, ז, 394 (1986).

38 לעיל, הערה 16, בעמ' 758.