

בביהמ"ש העליון למשפטים מבוים בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בפני כבוד השופטים:

דליה דורנר, רון גזית ואלון הראל

בעניין העותרת: **רבקה כהן**

ע"י ב"כ ליהי יונה

מאוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים

וע"י ב"כ חנאן ח'ורשיד

מאוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים

העותרת

- נגד -

המשיבים: 1. הוועדה להפסקת היריון

2. מנחם כהן

ע"י ב"כ הראל אורן

מאוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים

וע"י ב"כ אוהד איציק

מאוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים

המשיבים

עתירה למתן צו מוחלט

1. מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו מוחלט כנגד המשיבים 1 ו-2 המורה לוועדה להפסקת היריון (המשיבה מס' 1) להעניק לעותרת, רבקה כהן, אישור להפסקת היריון והמורה למשיב מס' 2 להימנע מלהתערב בעבודת המשיבה מס' 1. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את החלטת הוועדה להפסקת היריון, מאחר ונפלו בה פגמים אשר מחייבים את ביטולה, ולהעניק את האישור המבוקש לעותרת. להלן פירוט הרקע העובדתי להגשת העתירה.

רקע עובדתי

2. העותרת (להלן: "רבקה" או "העותרת"), נשואה למנחם (להלן: "משיב מס' 2") מזה 15 שנה. לזוג שישה ילדים. משפחת כהן הינה משפחה קשת יום.

3. מנחם פוטר לאחרונה מעבודתו, ורבקה, אשר מתפרנסת ממשרה חלקית בעבודתה במפעל טקסטיל מקומי, נותרה המפרנסת היחידה של המשפחה. כיום מצויה המשפחה על סף חרפת רעב כאשר העותרת והמשיב מס' 2 מתקשים לספק את צורכי הקיום הבסיסיים שלהם ושל ילדיהם.

4. בבדיקת דם שגרתית שערכה רבקה היא גילתה להפתעתה שהיא בהריון, ולאחר בדיקה נוספת התברר כי היא נמצאת בשבוע החמישי להריונה.
5. הגילוי נחת על רבקה כרעם ביום בהיר, בין היתר בשל העובדה שהזוג לא תכנן ילד נוסף, בשל המצוקה הכלכלית בה הם מצויים, והיעדר היכולת הכלכלית לגדל ילד נוסף.
6. מרגע שגילתה את עובדת הריונה, הלא צפוי, החל מצבה הנפשי של רבקה להידרדר עקב ריבוי דאגות וחרדות באשר ליכולתה הנפשית, הפיסית והכלכלית לגדל ילד נוסף. בעת היות העותרת בשבוע העשירי להריונה, ולאור מצוקתה הנפשית פנתה לוועדה להפסקת הריון, כדי לסיים את הריונה הלא רצוי.
7. לאחר שיחה עם העובדת הסוציאלית, בפניה שטחה רבקה את מצוקותיה הנפשיות, היא הופנתה על ידה לקבלת חוות דעת פסיכיאטרית.
8. הפסיכיאטר בחוות דעתו קבע כי "מדובר באשה מרקע סוציו-אקונומי קשה שגילוי העובדה שהיא בהריון הכניס אותה למצוקה נפשית קשה, הנובעת מהחרדה העמוקה שלה מפני העתיד וחששה שהיא אינה מסוגלת לעמוד בנטל המנטאלי, הפיסי והכלכלי של טיפול בילד נוסף". הפסיכיאטר הבהיר עם זאת, כי "אין לרבקה היסטוריה של מחלות נפש או הפרעות נפשיות וכי במהלך הריונות קודמים ולאחר לידות קודמות לא אובחנו אצלה דיכאון לאחר לידה או פסיכוזה או כל הפרעה נפשית מוכרת אחרת האופיינית לנשים במהלך הריון ולאחר לידה, כך שבמקרה זה אין חשש לנזק נפשי שהוא תוצר ישיר של ההריון או הלידה עצמם".
9. ביום הדיון בפני הוועדה, הגיעה העותרת נרגשת ונסערת לטעון בפני הוועדה. על אף הקושי שבשיתוף אנשים זרים במצוקתה, פירטה בפני הוועדה את קשייה שבהמשך ההיריון.
10. עובר לכך, גילה המשיב מס' 2 בין ניירותיה האישיים של העותרת מסמכים המעידים על פנייתה לוועדה להפסקת הריון. מבלי שיש בידו זימון להתייצבות בפני הוועדה או אישור מטעם מי מחברי הוועדה להופיע בפניה, הגיע על דעת עצמו לוועדה במגמה לסכל את מאמצייה של העותרת לקבל אישור להפסקת הריון. הוועדה התירה לו לטעון בפניה, על אף שאין לו זכות טיעון שבדין בפני הוועדה, ואף מבלי שטרחה הוועדה ליידע את העותרת או לבקש את הסכמתה, או לכל הפחות תגובתה.
- המשיב 2 הצהיר בפני חברי המשיבה 1 כי הוא אוהב את ילדיו, כי הוא חפץ בילד נוסף וכי במקרה הצורך ובהתחשב במצוקתה הנפשית של העותרת הוא ייקח על עצמו את הטיפול בילדי המשפחה.
11. לאחר דיון בין חברי הוועדה, החליטה זו לדחות את בקשתה של רבקה משני נימוקים:
 - א. הוועדה קבעה כי ספק אם נתונה לה סמכות פורמלית לדון בבקשה מסוג זה להפסקת הריון, שכן "המדובר במקרה של מצוקה נפשית הקשורה לתנאיה המשפחתיים והסוציאליים של האשה ההרה. עילה זו נמחקה מחוק העונשין וכיום בהתאם ללשון החוק ולהנחיות משרד הבריאות שוב אין הוועדה רשאית לאשר הפסקת הריון במקרים כאלה."
 - ב. הוועדה ציינה עוד כי בנסיבות העניין הגיעה למסקנה כי היא רשאית לתת זכות טיעון לאב כחלק משיקול הדעת המוקנה לה במסגרת החוק. חברי הוועדה הוסיפו כי התרשמו הן

מכמיהתנו העזה של האב לילד נוסף והן מנכונותו הכנה להירתם לטיפול ברך הנולד ובשאר ילדי המשפחה. לפיכך, נקבע כי "גם אם ניתן היה לשקול את בקשת האשה במסגרת סעיף 316(א)(4) לחוק, עמדת האב מהווה שיקול רלבנטי שהוועדה רשאית להתחשב בו במסגרת שיקול הדעת המוקנה לה שלא לאשר הפסקת הריון גם במקרים הנכסים בגדר העילות המנויות בחוק."

הטיעון המשפטי

12. העותרת טען כי שגתה הוועדה בהחלטתה בשני נימוקיה העיקריים שלא להתיר את הפסקת ההיריון:

א. היה על הוועדה להכיר במצוקתה הנפשית של העותרת ובתוצאותיה העתידיות כנופלת תחת הגדרתו של המונח 'נזק נפשי' בס' 316(א)(4) שבחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). סעיף זה חל על כל נזק נפשי הקשור באופן סיבתי להריון ולנסיבות האופפות אותו ובכלל זה גם על נזק נפשי שמקורו במצוקה סוציאלית קשה בה מצויה האישה ההרה ושההיריון רק מחמיר אותה.

ב. הוועדה שגתה כאשר סברה כי במסגרת שיקול הדעת המוקנה לה היא רשאית לתת זכות טיעון לאב. כמו כן שגתה הוועדה כאשר סברה כי שיקולים כגון כמיהתו להורות של האב או נכונותו לטפל ברך הנולד ובשאר ילדי המשפחה הינם שיקולים רלבנטיים ולגיטימיים שבסמכותה לשקול במסגרת שיקול הדעת המוקנה לה האם לאשר או לא לאשר הפסקת הריון במסגרת אחת העילות המנויות בחוק.

המסגרת הנורמטיבית

13. הסדר ההפלות מעוגן בסעיפים 321-312 בחוק העונשין. ההסדר קובע איסור עקרוני על רופא לבצע הפלות בס' 313:

"313. איסור הפסקת הריון

מי שהפסיק ביודעין הריונה של אשה, בין בטיפול רפואי ובין בדרך אחרת, דינו - מאסר חמש שנים או קנס חמישים אלף לירות"

אולם מסייג אותו מיד לאחר מכן:

"314. הפסקת הריון באישור

לא ישא רופא נשים באחריות פלילית בשל הפסקת הריונה של אשה אם נתקיימו כל אלה:

- (1) הפסקת ההיריון נעשתה במוסד רפואי מוכר;
- (2) ניתן מראש אישור בהתאם לסעיף 316.

החוק קובע ארבע עילות שבהתבסס עליהן, יוכלו חברי הוועדה לאשר את הפסקת ההיריון:

"316. אישור [תיקון: תש"ס]

(א) הוועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההיריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה:

- (1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה;
- (2) ההיריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין;
- (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי;
- (4) המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי.

(ב) לענין סעיף זה, "הסכמה מודעת" של אשה להפסקת הריונה - הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההיריון; לענין זה הסכמתה של קטינה אינה טעונה אישור נציגה.
(ג) לא תסרב הועדה לתת אישור בטרם נתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לועדה את נימוקיה.
(ד) האישור יהיה בכתב ויפרש את הסיבה המצדיקה את הפסקת ההיריון"

בעבר, מנה החוק עילה חמישית בגינה יכלה האישה לפנות בבקשה להפסקת היריון לוועדה:

"המשך ההיריון עלול לגרום נזק לאישה או לילדיה, מחמת תנאיה המשפחתיים, הכלכליים או החברתיים של האישה ושל סביבתה"

14. עם זאת, בשנות השמונים, בשל הסכם קואליציוני עם מפלגת 'אגודת ישראל', ואחרי דיון סוער בכנסת, עבר התיקון לחוק שביטל את העילה הסוציאלית.

15. בשנת 1991 מונתה ע"י שר הבריאות דאז, אהוד אולמרט וועדה לבדיקת ביצוע חוק העונשין (הסעיפים הנוגעים להפסקת היריון) (להלן: "וועדת ריפטיין"). הוועדה מצאה היעדר אחידות בעבודת הוועדות להפסקת היריון. בין יתר ממצאי הוועדה עלה כי וועדות אישרו הפלות על בסיס העילה הרביעית (עילת הנזק הנפשי לאם) גם במקרים אותם סיווגה הוועדה כנופלים תחת העילה החמישית (העילה הסוציאלית), שנמחקה מהחוק. במקום לפנות למחוקק בדרישה שיתווה גבולות ברורים יותר להגדרת הנזק הנפשי, במיוחד בסיטואציות הגבוליות בהן המצוקה הסוציאלית מגעת עד כדי נזק נפשי, המליצה הוועדה על הסדר מצמצם הרבה יותר, לפיו באישור הפלות עקב סכנה לבריאותה הנפשית של האשה, יש חובה להתבסס חוות דעת כתובה של פסיכיאטר מומחה שתכלול אבחנה על קיום הפרעה נפשית חמורה, כאשר סוג ההפרעות הנפשיות שהוכרו ע"י הוועדה הן דכאון אחרי לידה, הפרעה חמורה "בציר I של ה- DSM-III-R" או אישה הסובלת מהפרעת אישיות מוכחת ואשר פיתחה בעבר תגובה נפשית להיריון. (דו"ח ועדת ריפטיין) (מצ"ב, מסומן ע/1).

16. המלצות הוועדה לא הוסדרו בחקיקה, אולם אומצו ע"י חוזר מנכ"ל שיצא ב- 14.11.93. החוזר הורה לוועדות להפסקת היריון לפעול בהתאם לקביעות וועדת ריפטיין, ובהקשר הנדון, לבסס את האישור להפסקת היריון מכוח ס"ק 4 על 'אבחנה רפואית מדויקת'. ("שמירת החוק והתקנות ע"י הוועדות להפסקת היריון- הנחיות ביצוע" **חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות** (14.11.2003) (מצ"ב, מסומן ע/2) (להלן: חוזר המנכ"ל משנת 93).

17. חשוב לציין כי חוזר זה כמו גם חוזרים נוספים שגובשו אחריו, שנוסחו לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נמנעו מלדון בהשלכות האפשריות של המהפכה החוקתית על תפקודן של הוועדות להפסקת היריון ואופן הפעלת שיקול דעתן.
מאז ועד היום פועלות הוועדות להפסקת היריון בהתאם להוראות חוזר מנכ"ל הנ"ל ופרקטיקה זו מעולם לא עמדה למבחן חוקתי.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

18. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק בשנת 1992 שינה את הדרך הראויה להסתכלות על ההסדר להפסקת היריון המעוגן בחוק העונשין. אמנם, החוק כולל פסקת שמירת דינים, הקובעת:

"10. שמירת דינים"

אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.

עם זאת, כיום, ההלכה היא הפסוקה היא כי פסקת שמירת הדינים חוסמת רק תקיפה חוקתית ישירה של חוק שנחקק לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל פסקת שמירת הדינים אינה חוסמת ואף מחייבת פרשנות של חוק ישן, לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

הצורך בפרשנות מרחיבה

19. כאמור לעיל, פסקת שמירת הדינים מאפשרת תקיפה עקיפה של חוקים ישנים לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדרך של פרשנות.

20. למען הסר ספק, עמדת העותרת היא כי לולא פסקת שמירת הדינים, ישנו ספק רב אם ההסדר הנוכחי היה עומד בביקורת חוקתית של בית המשפט. בהקשר פסקת שמירת הדינים נאמר בעבר כי:

"נוצר, אפוא, מצב משפטי מיוחד במינו (sui generis), לפיו שתי מערכות דינים – ישנה וחדשה – מתקיימות זו לצד זו, מבלי שהאחת מביאה לביטולה של האחרת. מערך נורמטיבי זה הוא פרי פשרה פוליטית. עם זאת, הוא יוצר אנומליה חוקתית. אין זה מצב בריא לשיטת משפט, כאשר חלקה האחד (הישן) אינו נתון למשטר חוקתי-על-חוקי, ואילו חלקה האחר (החדש) נתון למשטר חוקתי-על-חוקי. שיטת משפט שואפת להרמוניה ואחדות. שמירת הדינים פוגעת בהרמוניה ובאחדות. יש לעשות, כמובן, הכל כדי להקטין את המתח הפנימי אשר נוצר ממצב דברים זה. במשך השנים – ועם ריבוי החקיקה החדשה – המתח ילך ויקטן. עם זאת – וכל עוד פסקת שמירת הדינים עומדת בתוקפה – נשללת התפתחותה הטבעית של שיטת המשפט, וזכויות האדם החוקתיות אינן זוכות למלוא ההגנה הראויה. תוצאה קשה זו מושגת בשל הרצון להשיג קונצנזוס רחב, ככל האפשר, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו." (ראו אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 561 (1993) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית)).

21. לאור מתח זה, קבע בית המשפט העליון, בשורה של פסקי דין כי לאחר המהפכה החקיקתית יש צורך לרענן את פרשנותם של חוקים ישנים המוגנים תחת פסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיתאימו לרוח החוק כולו. שני חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 שינו ללא היכר את האופן שבו יחוקקו חוקים אחריהם, כך נקבע, וכן את הדרך בה יפרשו בתי המשפט חוקים שנחקקו לפנייהם. כך נאמר בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 396 (1995) (להלן: פס"ד גנימאת) ע"י המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז):

"...יש הלכות שנפסקו בעבר, ואשר אינן תואמות את האיזון החדש. הלכות אלה שוב לא יוכלו לשמש עוד בפרשנותו של דין חדש. אך מעבר לכך: הלכות אלה שוב אינן צריכות לשמש בפרשנותו של הדין הישן. דין זה צריך להתפרש ברוח חוקי היסוד החדשים. תכלית החקיקה הישנה ושיקול-דעת שלטוני המעוגן בחקיקה הישנה צריך להתפרש על-פי האיזון החדש בין זכויות האדם לבין צורכי הכלל, ובלבד שפירוש חדש זה אפשרי הוא." (ההדגשות הוספו).

ובדיון הנוסף:

"...עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות

להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד. (ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995) (להלן: דיון נוסף גנימאת); וכן בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, עמ' 8-57 (פורסם בנבו, 15.06.2008)) (ההדגשות הוספו).

לאור פסיקות אלו, מוטלת חובה היום על בתי המשפט, וכן על הוועדות להפסקת הריון וגופי האכיפה לפרש את החוקים הקיימים באופן שתואם את חוקי היסוד. השאלה שעליה נסובה העתירה היא כיצד יש לפרש את המונח "נזק נפשי" שבעילה הרביעית להסדר ההפלות שבחוק העונשין (ס' 316(א)(4)) ומהו שיקול הדעת של הוועדות להפסקת הריון בעידן החוקתי.

מודל הפרשנות – כיצד יש לפרש את הביטוי 'נזק נפשי'?

22. חשוב להבהיר, המודל לפרשנות דברי חקיקה לא השתנה עם חקיקת חוקי-היסוד. הוא היה ועודנו מודל הפרשנות התכליתית. השינוי נובע מהעקרונות השונים שיוצקים לתכליות השונות שבחוק, ולאיוון ביניהן בדרך למציאת תכליתו הסופית של החוק:

"המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט. משמעותה היא שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך-כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צורכי הציבור. מתרחשת "מהפכה חוקתית". (ראו בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712 (2001) (להלן: פס"ד קרסיק)).

23. נבחן להלן את הדרך לפרשנות העילה הרביעית שבהסדר ההפלות, עפ"י מודל הפרשנות התכליתית על מנת לעמוד על המשמעות הראויה שיש להעניק לעילה זו.

ראשית, נתחקה אחר התכלית הסובייקטיבית, היינו – התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק שעה שקבע את ההסדר הנדון. במסגרתה של התכלית הסובייקטיבית, נעמוד על האפשרויות הפרשניות השונות העולות מלשון החוק. לאחר מכן, נעמוד על התכלית האובייקטיבית בבסיסו של ההסדר הנוכחי, היינו – מהם הערכים והמטרות שמבקש החוק להגשים בחברה דמוקרטית. באיתורה של התכלית האובייקטיבית יכול שנאתר תכליות נוגדות. או אז נצטרך לאזן ביניהם כדי לגבש תכלית אובייקטיבית הומוגנית.

לבסוף, נתחקה אחר התכלית הסופית. זוהי התכלית המשלבת בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, וקובעת מהי התכלית שלאורה יש לפרש את ההסדר הנדון, ובמקרה דן – כיצד יש לפרש את המונח 'נזק נפשי' שבס' 316(4) לחוק העונשין.

מציאת התכלית הסובייקטיבית

24. מבקשים אנו לפרש את כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק בקובעו את עילת ה"נזק הנפשי" ולעמוד על היקפה, הווה אומר – האם התכוון המחוקק לכלול את מצוקתה הנפשית של העותרת, הנגזרת מהריונה ומנסיבותיה המשפחתיות והכלכליות הקשות, כחלק מהעילה הרביעית בחוק (ס' 316(א)(4)). במילים האחרות, השאלה הנבחנת באיתור התכלית הסובייקטיבית של המחוקק היא האם התכוון המחוקק להבחין בין הגורמים למצוקה הנפשית, להוציא מתחולת הסעיף מצוקה

נפשית שהיא תוצר משולב של ההיריון ושל הנסיבות הסוציאליות בהן הוא מתקיים, ולצמצמו אך למצוקות נפשיות העולות עד כדי מחלת נפש או הפרעה נפשית מוכרת אחרת הקשורות בקשר סיבתי להריון עצמו ולו בלבד.

25. התכלית הסובייקטיבית של כל טקסט משפטי היא רצונו של יוצר הטקסט, ובמקרה של חוק, המדובר ברצון הקולקטיבי של הגוף המחוקק. כוונת המחוקק משמעה: **"הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציות אשר יוצר הטקסט ביקש להגשים"** (ראה אהרון ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 165 (2003) (להלן: ברק, פרשנות תכליתית)). עם זאת, אין להניח שהכוונה הסובייקטיבית היא נתון קשיח. גם התכלית הסובייקטיבית משתנה עם השנים, כדברי הנשיא ברק: **"הבנתנו את הלשון ואת ההיסטוריה (התכלית הספציפית) משתנה עם חלוף הזמן"** (ראו פס"ד **קרסיק**, בעמ' 711).

26. על התכלית הסובייקטיבית ניתן ללמוד הן מהחוק עצמו והן מההקשר בו נוצר החוק. על הקושי באיתור כוונתו הסובייקטיבית של גוף המחוקקים כבר נאמר רבות. וכדברי אהרון ברק:

"תהא זו לרוב מטרה כללית ומופשטת; תהא זו לרוב מטרה אחת מיני רבות (ריבוי תכליות); תהא זו לעיתים מטרה שלא תסייע בתהליך הפרשני..."
(ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 179).

ואכן, לאור הויכוח הסוער שהתנהל בעת קבלתו של החוק המקורי, והן בעת ביטולה של העילה הסוציאלית, ספק אם ניתן לאתר כוונה אחידה של הבית כולו באשר למשמעות הראויה ללשון החוק.

27. עם זאת, אין הדבר מניח שאין לטקסט כוונה סובייקטיבית, אלא שהיא מסויגת. (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 179). כידוע, לשונו של החוק מהווה מקור מרכזי להבנת תכליתו הסובייקטיבית. (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 401). לשון הסעיף המפורשת היא: **"המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי"**; לטענת העותרת, כאשר ניתן לאתר נזק נפשי לאישה, הנובע ונגזר מהנסיבות בהן מצויה האישה ההרה, יש לאשר לה לבצע הפלה. זוהי הדרך הטבעית והסבירה לפרש את הסעיף השנוי במחלוקת.

לשון החוק

28. המונח "נזק נפשי" מהווה 'לשון עמומה', הפותחת פתח לפרשנות מרחיבה ביותר. בדומה למונח 'קלון' המונח 'נזק נפשי' אינו מקרין מתוכו את היקפו (ראו בג"ץ 251/88 **עודה נ' ראש המועצה ג'לג'וליה**, פ"ד מב(4) 837, 839 (1989)). לגבי קלון נקבע כי: **"נקודת החיתוך בין העבירות השונות נעשית על-פי אמת מידה שהיא במהותה מוסרית..."** (שם). אמת מידה שכזו היא בין היתר התכלית האובייקטיבית של החקיקה, שעליה נדון בהמשך. מכל מקום, ברור כי גבולותיה של הלשון 'נזק נפשי' יכולים להחיל במסגרתם את המצוקה הנפשית הקשה בה מצויה העותרת ובוודאי אינם מוגבלים להפרעות פסיכיאטריות מסוימות.

29. המונח 'נזק' הוא מונח מכוון תוצאה. ברור כי כוונת המחוקק הייתה להחיל את העילה הרביעית על אותם מצבים שיוצרים תוצאה מזיקה בכל הנוגע למצבה הנפשי של האישה. לטענת העותרת, מצב של מצוקה נפשית קשה, הניתנת לאיתור ע"י פסיכיאטר מומחה, כפי שהיה בעניינה של העותרת בוודאי עומד בקנה מידה זה.

30. דרך נוספת להתגבר על עמימותה של השפה היא ההקשר שבו ניתן החוק. בהקשר החקיקתי ניתן לדבר על ההקשר הטרומ-חקיקתי וההקשר הפוסט-פרלמנטארי (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 408).

מן הראוי לציין שהכנסת הייתה מודעת, בעת הדיונים בכנסת לעמימותו של המונח 'נזק נפשי'. כך מציינת חברת הכנסת גאולה כהן בדיון בקריאה הראשונה בחוק, ב-27.1.76:

"נזק חמור, גופני או נפשי". מה לא יכול להיכלל במושג 'נפשי' או במושג 'חמור'?" (ד"כ 75, 1389 (התשל"ו) (מצ"ב, מסומן ע/3)).

אולם בעוד שהמושג 'חמור' ירד מנוסחה הסופי של הצעת החוק, המושג 'נפשי' נותר בו, על אף תחולתו הרחבה. למחוקק עמדה האפשרות לקבוע קריטריונים לנזק נפשי, אולם הוא לא עשה זאת. מעובדה זו עולה בבירור כי המחוקק לא התכוון לקבוע אמות מידה מפורשות לסוג או מידת הנזק הנפשי הדרושים לשם התגבשות העילה הרביעית.

כן עולה כי המחוקק לא התכוון למצבים בהם הנזק הנפשי עולה לדרגת נזק נפשי חמור, כי אם לנזק ברמה פחותה יותר.

מהאמור עולה בבירור כי מסקנותיה של וועדת ריפטיין באשר לפירוש העילה הרביעית לפיהן רק שלושה סוגים של הפרעות פסיכיאטריות מוכרות יכולים להיכנס בגדר המונח 'נזק נפשי', אינן תואמות את רצונו של המחוקק בהקשר זה, ומהוות צמצום בוטה של העילה, כפי שנוסחה במקור.

31. ראוי לציין כי בהקשרים אחרים בהם ביקש המחוקק לדבר על נזק נפשי קליני ספציפי, הוא הגדיר זאת באופן מפורש יותר.

כך בס' 8 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית): **"אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניינים, רשאי בית המשפט, לבקשת בן-זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, ולאחר ששמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול דין**". [ההדגשה הוספה].

כך גם בס' 300א(א) לחוק העונשין: **"במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת..."**. [ההדגשה הוספה].

לשון החוק שנבחרה לבסוף, והיא זו המעידה יותר מכל על כוונתו הסובייקטיבית הרחבה של המחוקק היא, שכאשר **"המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי"** הדבר מהווה עילה להפלה.

32. מלבד עובדת התקיימותו של הנזק הנפשי כבר בעת הבקשה להפסקת היריון, כעולה מחוות דעתו של הפסיכיאטר, מהמילה "עלול" המצויה בלשון הסעיף, עולה כי המחוקק כלל לא דרש נזק נפשי כלשהו בעת הבקשה, אלא רק סיכוי להתקיימותו בהמשך. עובדת היותה של העותרת במצב של מצוקה נפשית קשה כבר בשלב זה, קל וחומר שהיא נופלת במתחם גדרו של הסעיף.

33. בכל הנוגע להסטוריה החקיקתית – עלולה להתעורר טענה לפיה ביטול העילה הסוציאלית יש בה די לאיין את טענתה של העותרת. על כך יש להשיב בכמה אופנים. ראשית, הסעיף הסוציאלי חל על כל הנזקים הסוציאליים, למעט סיטואציות של נזק נפשי, הנגרם בשל קשיים סוציאליים. מלכתחילה לא עסק הסעיף במקרים כמו מצבה של העותרת. לפיכך ביטול הסעיף הסוציאלי לא איין את המשמעויות הראויות שיש להקנות לביטוי "נזק נפשי", ואין בו כדי להשפיע על אותם המקרים בהם ההיריון ונסיבותיו גורמים מצוקה נפשית לאישה.

בנוסף, וכפי שאף הובהר לעיל – חקיקה מאוחרת, (היינו – ביטול העילה הסוציאלית), אין בה כדי

להשפיע על פרשנותה של חקיקה מוקדמת (העילה הרביעית), ובמילותיו של ברק: **"המחוקק עוסק בחקיקה ולא בפרשנות"** (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 408). במילים אחרות, אין לראות בביטולה של העילה הסוציאלית מקור פרשני לעילה הרביעית. גם אם אפשר היה לטעון, לכאורה, כי ביטולה של העילה הסוציאלית יש בה כדי להעיד על כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק בעת חקיקת החוק המקורי, לאור הויכוחים הסוערים והיעדר תמימות הדעים בשתי ההצבעות, ספק אם יש בחקיקה המאוחרת כדי להוות סיוע פרשני שכזה.

34. מכל מקום, אין בתכלית הסובייקטיבית של החוק דבר המעיד על כוונה להכליל רק גורמים מסוימים לנזק נפשי תחת העילה הרביעית או להגביל אותה לנזקים נפשיים מסוימים. המחוקק נמנע מלהתייחס לשאלה מהו הגורם לנזק הנפשי אלא בחר להתמקד בקיומו של חשש לנזק הנפשי כלשהו כתוצאה המקימה לכשעצמה את העילה הרביעית לחוק.

35. בדו"ח הוועדה לבדיקת האיסורים החלים על הפלות מלאכותיות (להלן: "דו"ח וועדת גבאי") שמסקנותיה עיצבו את הסדר ההפלות הנוכחי המעוגן בחוק העונשין, הכירו בעובדה כי נזק נפשי יכול שייגרם גם מקשיים סוציאליים:

"הרפואה נוטה להיות ערה גם לגורם הסוציו-אקונומי אשר הנו בעל השפעה ניכרת על בריאות האשה ומצבה הנפשי..." (דוח ועדת גבאי – חלק ג') (הדו"ח מצ"ב, מסומן ע/4).

מעובדה זו עולה בבירור כי כוונת מנסחי החוק לא הייתה להוציא את המצבים בהם הנזק הסוציאלי מגיע עד כדי נזק נפשי, מתחולתו של הסעיף הרביעי.

36. באשר לחוזר המנכ"ל משנת 93, הקובע רף מוגדר לנזק הנפשי, ומצמצם אותו לשלושה סוגים של הפרעות נפשיות או מחלות נפש מוכרות, העותרת טענה כי אין לייחס לו כל משקל פרשני. צמצום תחולת העילות המנויות בסעיף 316 לחוק מהווה הסדר ראשוני בשל אלמנט הפגיעה בזכויות אדם שיש בו. כידוע:

"מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני..." (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 516 (1998) (להלן: פס"ד רובינשטיין)).

הדרישה לחוות דעת מומחה לנזק הנפשי, ולהוכחתה של הפרעה נפשית מסוג מסוים בלבד לא מהוות ביצוע של הוראות בחוק כי אם קביעת הוראות חדשות. כפי שהובהר, הכנסת הייתה מודעת בעת הדיונים על החוק לעמימות המושג ולא צמצמה אותו או הגבילה אותו.

37. תפקיד יציקת התוכן למושגים מופשטים המנויים בחוק הוא תפקיד השמור לרשות השופטת ולא לרשות המבצעת. חוזר המנכ"ל הרלבנטי מצוי בסתירה עם הכלל לפיו רק המחוקק רשאי לקבוע הסדרים ראשוניים:

"מן הראוי הוא... כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאיר למחוקק המשנה אך את הקביעה של ההסדרים המשניים. כך ראוי לנהוג בדמוקרטיה חוקתית..." (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 75 (1997)).

הנשיא ברק מציין את הטעמים לכלל זה, ובהם עקרון הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק ותפיסתה של הדמוקרטיה (ראו פס"ד רובינשטיין, עמ' 508-503).

38. בפסק הדין בעניין רובינשטיין נפסקו דברים אלו בהקשר של הפעלת סמכות ע"י שר הביטחון. קל וחומר שיש לגזור גזירה שווה כאשר המדובר בתוקפן וסמכותן של הוראות מנכ"ל משרד הבריאות.

39. בפרשה שנדונה לאחרונה נדונה סמכותו של מנכ"ל משרד הבריאות, שקבע הנחיות לשיקול דעתן של קופות החולים בבואן לאשר בקשות למימון השתלות איברים. וכך נפסק שם:

"במקרה דנא הנחיות מנכ"ל אינן האכסניה המתאימה להסדרת הנושא, זאת מכמה טעמים. ראשית, מדובר בנושא המשיק לחיי אדם והמצוי בדיון ציבורי. אין חולק כי הנושא מעורר פולמוס, והכתיבה בעניינו עניפה, הן בתחומי המשפט וההלכה - כאמור - והן בתחומי האתיקה והמוסר. עיון בהצעות החוק השונות שהוגשו בתחום שהוזכרו מעלה קשת רחבה של אפשרויות בכל הנוגע לתרומה בתמורה; נפסק מכבר, כי "יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת" (ראו בג"ץ 5413/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בעמ' 15 (פורסם בנבו, 16.09.2007))

40. ואכן, חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות בנוגע להסדר ההפלות עוררו ביקורת עקב מידת התערבותם בשיקולים שהם מנת חלקו של המחוקק. כך נאמר בהקשר זה בין היתר:

"הנושא כולו הושאר... ולא במקרה, לשיקול דעתה של הוועדה [...] חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מחולל מהפכה בכל הנוגע למדיניות הפסקת היריון... [יש] לקיים דיון מחודש בנושא בו ייטלו חלק, בין היתר, גם נציגות ארגוני נשים..." (ראו משה גולדבלט "הפסקת הריון- פגיעה חדשה בחופש בחירה של האישה (2008) www.articles.co.il/article/15515 (מצ"ב, מסומן ע/5); וכן ראו יונתן דיוויס "האם הוראות חוזר המנהל הכללי יכולות לשמש מכשיר להגנה משפטית?" רפואה ומשפט 39, 203 (2008) (מצ"ב, מסומן ע/6)).

זווקא בעידן שאחרי המהפכה החוקתית, בה אמור להתבצע ניסיון להתאים עד כמה שניתן את תוכנם של חוקים המוגנים תחת הסדר שמירת הדינים לאמות מידה חוקתיות, חוזרי המנכ"ל הולכים בכיוון ההפוך.

על בסיס האמור לעיל, העותרת תטען כי אין מקום לייחס משקל פרשני כלשהו לחוזרי המנכ"ל הרלוונטיים, ולהתעלם מהם בגיבוש התכלית הסופית של ההסדר החוקי. מבחינה זו שגתה הוועדה בסוברת שהיא מחויבת לקיים את הנחיית חוזר המנכ"ל הרלבנטי ושלפיכך אין לה סמכות כלל לדון במקרים מסוג זה של העותרת.

מכל מקום, לאור היעדר הסמכות של חוזר המנכ"ל, יש לבחון את בקשתה של העותרת בהתעלם מחוזר המנכ"ל. בחינה זו, תטען העותרת, תוביל לאישור הפסקת ההיריון.

מציאת התכלית האובייקטיבית

41. תכליתו האובייקטיבית של החוק מהווה את הערכים והמטרות שנועד החוק להגשים בחברה דמוקרטית. ראה בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד (נ) 19, 25 (1996)).

42. על מנת לאתר את התכלית האובייקטיבית של החוק, יש לבחון את הערכים החוקתיים המקרינים על הסדר זה ומשפיעים על פרשנותו הראויה בעידן החוקתי. בהקשר זה תטען העותרת כי בעת גיבוש פרשנות להסדר המעוגן בחוק בעונשין במיוחד לסעיף 316א(4) יש לתת משקל בראש ובראשונה לזכותה החוקתית של האישה לאוטונומיה גופנית. ערכים חוקתיים נוספים המקרינים על הפרשנות הראויה להסדר זה הם זכותה של האישה לשוויון וכן זכותה לפרטיות. למול חירותה של אישה להכריע באשר לגורל הריונה ניצב העובר ומעמדו המשפטי וכן האינטרסים השונים של המדינה במניעת הפלות. גיבושה של התכלית האובייקטיבית ייעשה לאחר שייקבע האיזון הראוי בין ערכים אלו.

43. עם זאת, טרם בואנו לעמת את זכותה של האישה לסיים את הריונה, עם הערכים המנוגדים לה, עלינו לעמוד על חוזקה ומעמדה של זכות זו בשיטתנו המשפטית. הווה אומר – רק לאחר שנוכל לעמוד על עוצמתה של הזכות, נבין מהו ההסדר הראוי באיזונה עם האינטרסים האחרים העומדים על הפרק.

הבנה של הפגיעה בנשים כתוצאה מההסדר, המוגן כיום תחת הסדר שמירת הדינים, תחד את הצורך בפרשנות מרחיבה של סעיפיו, כמתחייב מעקרונות הפרשנות החוקתית ומהחובה של בית המשפט לפרש את החוקים באופן שלא יסתרו חוקי יסוד וזכויות אדם.

זכותה החוקתית של אישה להפלה

44. מגילת הזכויות החוקתיות לא מציינת במפורש את זכותה של אישה להפלה, אולם זכות זו נגזרת באופן ישיר וברור מהמעמד העל חוקי ששיטת המשפט שלנו מקנה לכבוד האדם. מאז קום המדינה, התקבלו 12 חוקי יסוד בלבד, ורק שניים מהם נחשבים כמעגנים זכויות אדם באופן מפורש, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, הפסיקה פירשה חוקי יסוד אלו כמעגנים זכויות שאינן כתובות בהן מפורש, כזכויות יסוד בעלות מעמד חוקתי.

45. באופן זה הוכרה הזכות לשוויון כנגזרת של כבוד האדם, במקרים בהם הפגיעה בשוויון מגיעה כדי השפלה. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995) (להלן: פס"ד מילר). כך הוכרו אף חופש הביטוי וחופש ההפגנה (ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996); וכן בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2006)).

46. לכבוד האדם מעמד בכורה בשיטת המשפט הישראלית.

"ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו וכוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו" (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בעמ' 36 (פורסם בנבו, 11.05.2006)).

מזכותו של אדם כי ינהגו בו בכבוד גזרה הפסיקה מספר רב של זכויות, כפי שאף הוצג לעיל.

47. שיטת הפרשנות לחוקי היסוד, המהווים את חלק מחוקתה של מדינת ישראל, בהם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם היא שיטת הפרשנות התכליתית. בהתבסס על מודל פרשני זה, בהחלט ניתן לראות כיצד זכותה של אישה להפסיק את הריונה ראויה למעמד חוקתי, כנגזרת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

48. דיון משפטי מעמיק בזכות זו טרם התבצע בפסיקה. לדעת העותרת, הבנה והגדרה של זכות זו משמעותית לצורך הכרעה במחלוקת שלהלן, כיוון שבלא הבנה של מקורותיה של הזכות וההצדקות לזכות זו, קשה להבין את הצורך בבחירה באפשרות הפרשנית שתאפשר לנשים לממש, עד כמה שניתן, זכות זו. נבחן להלן את מקורותיה של זכותה החוקתית של אישה להפלה, כנגזרת ישירה של זכות האדם לכבוד, וכנגזרת משנית של הזכות לפרטיות.

כבוד האדם והאוטונומיה של האישה על גופה

49. הזכות לאוטונומיה פורשה בפסיקה כזכותו של אדם להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו ולפעול בהתאם לבחירות אלה. הרציונאל הוא בין היתר בכך שמכלול בחירותיו של הפרט מגדיר את אישיותו. (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: פס"ד דעקה).

"ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא "...חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי", וכי בכך משתקפת התפיסה שלפיה "כל אדם [...] הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה" (ראו פס"ד דעקה, בעמ' 571).

50. הזכות לאוטונומיה אישית, הוגדרה בפסיקה כ"זכות מסגרת" שמהווה מצע לגזירתן של זכויות רבות ממנה, בין היתר זכותו של אדם לבחור את שם משפחתו, זכותו של נאשם פלילי לא להיות נוכח במשפטו ועוד (ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)). אחת הזכויות הנגזרות באופן ישיר מהזכות לאוטונומיה היא הזכות לאוטונומיה של האדם על גופו.

"כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם" (ראה בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980)).

51. הכרה נוספת למעמדה המשפטי של זכות, בהקשר הנשי שלה, ניתנה בחוק שיווי זכויות האישה תשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה). ס' 6א לחוק קובע כי: **"לכל אישה זכות מלאה על גופה; אין בהוראת סעיף זה כדי להתייר איסורים שנקבעו בדיון".** הסעיף הוסף בתיקון 2 לחוק בשנת תש"ס – 2000.

52. על אף שאינו חוק יסוד, תוכנו של חוק שיווי זכויות האישה הוא חוקתי. לדברי הנשיא ברק, ניתן אף לראות בו חוק בעל "מעמד חוקתי מובהק" (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 295 (1995)). קל וחומר, שחוק זה יש בו כדי להקרין על פרשנותו של דבר חקיקה.

53. אף בדיון שלאחר קבלתו של תיקון 2 לחוק בתש"ס, ציינה חברת הכנסת יעל דיין, שהביאה את התיקון להצבעה כי:

"אומנם אין זה חוק יסוד, אבל יש לו מעמד של חוק יסוד. נוסף על כבוד האדם, נוסף על חירות האדם, אנחנו מביאים גם את השוויון בין המינים" (ד"כ כד, 7185 (התש"ס) (מצ"ב, מסומן ע/7)).

מסגרת נורמטיבית זו מצביעה על מקומה החשוב של הזכות של האדם, והאישה בפרט על גופו/ה.

54. זכותה של אישה להכריע בנוגע להמשך הריונה היא נגזרת ישירה של זכותה על גופה. היכולת של כל אדם, להחליט בנוגע לתהליכים שעתידי גופו לעבור מהווה חלק אינהרנטי מזכותו על גופו, ובלא אפשרות זו, חלקה הארי של הזכות מתאיין.

55. גם טרם נידרש למעמדו של העובר במערך יחסים זה, אין חולק על כך כי בשלב ההיריון מהווה העובר עדיין חלק מגופה של האישה. גורלו כרוך בגורלה כשם שגופו בגופה. כל החלטה שמבקשת להחליט המדינה לטובת העובר משמעה באופן מיידי החלטה בנוגע לגופה של האישה.

56. החירות לבצע הפלה היא הכרחית לשם שמירה על האוטונומיה של האישה על גופה. כך מציינת ד"ר עדנה כצלסון, פסיכולוגית קלינית מאוניברסיטת תל-אביב:

"תקופת ההיריון היא תקופה בה מתרחשים בפועל וצפויים להתרחש בהמשך שינויים גופניים ונפשיים אינטנסיביים... נשים שהזהות שלהן אינה מגובשת עלולות לחוות תחושות של אי-יציבות מעיקה... השינויים הגדולים הם בראשית ההיריון- עייפות, בחילות, ובסוף ההיריון- הכובד, הלחצים על החזה ומערכת העיכול, מגבלות בגמישות הגוף, קשיי שינה ושינויים ביכולות מוכרות. ההיריון מטשטש קשרים מוכרים בין האשה לבין גופה... שיווי משקל, טעם, רגישות חושית, תפיסת מרחב- כל אלו משתנים שוב ושוב... העובדה שבגוף ישנו אדם אחר, שהאם אחראית לשלומה, אך יש לו קיום נפרד משלה, נחוות לעיתים כפולשנית. לנשים החרדות מחווית פלישה- זוהי תקופה לחוצה... השינויים ההורמונאליים גורמים לשינויים במצב הרוח, לתנודתיות בין רגשות, ולתגובת- יתר למצבים יומיומיים... לשינויים הגופניים שחווה האשה יש להוסיף את נושא ה"מדיקליזציה" של ההיריון. נשים לפני ובתוך ההיריון עוברות בדיקות רפואיות רבות מאד, חלקן פולשניות... (ראו עדנה כצלסון "היריון- היבטים פסיכולוגיים" מגזין מכון תנובה למחקר 22 (2007) (מצ"ב, מסומן ע/8)).

מבחינה זו, הסדר ההפלות המעוגן כיום בחוק העונשין והמגביל בצורה ניכרת את יכולתה של האשה להפסיק את הריונה מהווה התערבות בוטה וישירה באוטונומיה הגופנית שלה כאדם. להסדר זה אין מקבילה במשפט הישראלי הדומה בעצמת הפגיעה שלה בזכות החוקתית לאוטונומיה גופנית.

שוויון

57. זכות נוספת ממנה ניתן לגזור את זכותה של האישה להפלה היא הזכות לשוויון. לטענת העותרות, הסדר ההפלות הנוכחי מפלה לרעה נשים. דו"ח ועדת גבאי, בעת שבחן את ההיבטים המוסריים ברקעו של הסדר ההפלות, לא התעלם מעובדה זו:

"בשנים האחרונות נכנס גורם חשוב נוסף לתמונה: הדוגלים בשם שיחרור האשה רואים בצמצום זכות להפלה לא רק כפיית הפרט אלא אף אפליית האשה". (דוח הוועדה – פרק ג').

לאור זאת, על בית המשפט לעשות מאמץ פרשני על מנת לוודא כי החוק אינו סותר את חזקת השוויון החלה על כלל החוקים במדינת ישראל (ראו פס"ד מילר, בעמ' 139).

58. עקרון השוויון הוא אחד מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל ומהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו..." (ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). הוא מעוגן בהכרזת העצמאות, בה נכתב כי: "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל ... מין".

59. בחוק שיווי זכויות האישה, נקבע בסעיף 1א כי:

1א. שוויון לפני החוק (תיקון: תש"ס)
(א) זין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית-אין נוהגים לפיה.
(ב) לעניין סעיף קטן (א), אין נפקא מינה אם ביסוד פעולה שתוצאתה היא הפליה הייתה כוונה להפלות, או לא.

עקרון זה אף מעוגן בחוקים נוספים, ביניהם חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ועוד.

60. מלבד זאת, כאמור ביהמ"ש העליון כבר קבע בעבר כי לעקרון זה מעמד חוקתי, כנגזרת של כבוד האדם (ראו פס"ד מילר). המבחן שנקבע ע"י השופטת דורנר בבג"ץ מילר הוא מבחן ההשפלה. עפ"י מבחן זה, כאשר הפגיעה בשוויון מגעת עד כדי גרימת השפלה לאדם או הגוף המופלה, מדובר בפגיעה בזכות המנויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בין היתר, נקבע כי כאשר ההפליה היא מחמת מין, מתחזקת ההנחה כי היא גרמה להשפלה:

"ביסודה של הפליה כזו [מחמת מין] עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה" (ראו פס"ד מילר, בעמ' 132).

61. התהליך הייחודי, רצוף האיסורים, שנאלצות נשים לעבור על מנת לזכות באוטונומיה שלהן על גופן, יש בו כדי לגרום להשפלה בקרב המבקשות.

הישיבה למול וועדה של אנשים זרים, פירוט מצוקות נפשיות ומענה על שאלות הנוגעות לפרטים אינטימיים בחייה של האישה מהווים תהליכים משפילים, שאינם מאפיינים אף הליך רפואי אחר. הכפייה הגופנית הייחודית הנדרשת מנשים כאשר נמנע מהן להפסיק את הריון, על כל השפעותיה על האישה, יש בה כדי לגרום להשפלה.

62. עמד על כך ביהמ"ש העליון של ארה"ב בפרשת Doe v. Bolton 410 U.S. 179 (1973) (מצ"ב, מסומן 9/ע) (להלן: Doe v. Bolton) כשקבע שהדרישה להליכים בירוקרטיים ייחודיים, שאינם נדרשים בשום הליך רפואי אחר מהווה פגיעה בשוויון ולפיכך גם מעידה על היעדר הצורך האמיתי בהליכים אלו.

63. עם זאת, סייג להפליה אסורה הוא הפליה על בסיס שוני רלוונטי. כאשר ההבחנה בין קבוצות היא בשל שוני רלוונטי ביניהם, הרי אז ההבחנה היא מותרת. כשהיא אינה על רקע של שוני רלוונטי, היא אסורה:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת". (ראו דבריו של השופט אגרנט ב- ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב בראשי לישראל הרב נסים, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971)).

64. כדי לטעון לקיומו של היעדר שוויון אסור בין נשים וגברים, המצדיק הכרה בזכותה החוקתית של אישה להפלה, יש לבחון האם השונות בין הקבוצות בהקשר זה אינה שונות רלוונטית. מבחן דומה למבחן זה הוא המבחן שנקבע בבג"ץ רקנט ע"י כב' השופט ברק (כתוארו דאז):

"הבנתו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות נוספות, הנותנות לו את היכולת לפתור בעיות קונקרטיים: ראשית, מהי קבוצת בני-האדם שכלפיה נדרש יחס שווה. בדיקה זו משיבה על השאלה: "שוויון כלפי מי?". מכוחה של בדיקה זו נקבעת קבוצת בני-האדם אשר כלפיהם נדרשת התנהגות שוויונית ("קבוצת השוויון" ככינויו של השופט זמיר בדיון

המקורי [1], בעמ' 346). (ראו דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 345 (2000)).

השאלה העולה בהקשר זה, משני המבחינים, היא בין אילו קבוצות מפלה ההסדר הקיים. לטענת העותרת, איסור על ביצוע הפלה מפלה בין מספר קבוצות שוויון שונות. נדון בהן להלן.

קבוצת שוויון ראשונה – נשים למול גברים

65. לכאורה, הסדר ההפלות הוא ייחודי לנשים. גברים לא יכולים להיכנס להיריון ולכן אינם זקוקים להיתר הפלה. מן הבחינה הזו, ניתן להצביע, לכאורה, על שונות רלוונטית בין גברים לנשים בהקשר זה, שלא מאפשרת השוואה בין קבוצות אלו בהקשר ההסדר הנדון. אולם דווקא הנחה מוטעית זו באשר לייחודיותו של ההסדר היא זו שאפשרה להימנע מאיתור ההפליה שחוות נשים כתוצאה מאיסור ההפלה.

66. בחינת ההקשרים בהם צרכים נשיים אינם מסופקים דרך הפריזמה של שוויון בין המינים חושפת מקרים של הפליה כנגד נשים הסמויים לרוב מן העין. הדוגמה המובהקת לכך היא ההסדר המעוגן בחוק העונשין המטיל מגבלות מהותיות על יכולתן של נשים להפסיק את הריון. (ראו נויה רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל – מנין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בעקבות ספרה של אורית קמיר 'פמיניזם, זכויות ומשפט'" **עיוני משפט** כז(3) 857, 867 (2004) (להלן: רימלט)). (מצ"ב, מסומן ע/10).

67. על אף שההיריון והלידה הם אירועים ייחודיים לנשים, השאלות המוסריות והמשפטיות בהקשר להסדר ההפלות נפוצות גם בתחומים המאפיינים נשים וגברים כאחד. כפי שמציינת ד"ר נויה רימלט:

ברמה הבסיסית הפשטנית, סוגיית ההפלות היא אכן עניין שהינו רלוונטי לנשים בלבד. רק נשים מתעברות וזקקות להפלה. גברים לא. ברמה העקרונית ניתן עם זאת לבחון את סוגיית הפלות כמצויה במתחם משפטי שהינו רלוונטי לשני המינים, שהרי שאלת זכותה של אשה להפיל את עובריה נגזרת בסופו של דבר מזכות-יסוד משותפת לבני שני המינים – זכות האדם על גופו, והיא מעוררת דילמה, שאינה ייחודית בהכרח לנשים, שעניינה מידת ההגנה שיש לייחד לזכות זו כאשר היא מתנגשת עם זכות לחיים של צד שלישי" (ראו רימלט, בעמ' 870).

68. על היחס שבין חירותה של האישה להכריע בדבר הריונה לבין אינטרסים מנוגדים לה יורחב בהמשך אולם מהאמור עולה כי הסיבה ליחס שונה כלפי מצבים דומים אינה ברורה. ברור כי הסדר ההפלות, שחל אך ורק על נשים, מטיל עליהן חבויים מוגברות מאשר הוא מטיל במצבים דומים המעלים שאלות מוסריות דומות, כאמור.

69. התייחסות זו לאיסור ההפלה כאיסור המפלה בין נשים וגברים או בין מצבים 'נשיים' למצבים נטולי זהות מגדרית נפוצה בספרות העוסקת בהפלות מנק' המבט הנשית.

דוגמה חשובה לדין משווה כזה ניתן למצוא במאמר J.J Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 *Philosophy & Public Affairs* 47 (1971). תומסון משווה בין אישה המבקשת לעבור הפלה למצבו של אדם שנחטף וגופו מחובר בכפייה לגופו של כנר מפורסם שכליותיו חדלו לתפקד על מנת לסייע לו להישאר בחיים. היא טוענת כי בסיטואציה היפותטית שכזו, יחייב נראה כי המשפט לא יחייב את האדם להישאר מחובר לאותו אדם, בין היתר בשל תובענותה הגופנית של חובת ההצלה הנכפית עליו. דוגמא נוספת, המבקשת להשוות את הסדר ההפלות למקרים בהם נמנע המשפט

מלכפות על אנשים חובות הצלה ברוח השומרוני הטוב עושה רייגן במאמרו: D.H. Regan,

Rewriting Roe v. Wade, 77 MICH. L. REV. 1569 (1979).

70. שיטת המשפט הישראלית גם היא לא דורשת מאדם לפגוע בגופו, אף לא נזק קל והפיך, כדי להציל אדם אחר. **חוק לא תעמוד על דם רעך**, התשנ"ח-1998, קובע כי אדם נדרש להציל אדם אחר רק אימתי שאין הדבר כרוך בסיכון עצמי. ס' 1(ב) מסייג את חובת ההצלה וקובע כי הודעה לרשויות כמוה כהצלה. סייג זה נובע בין היתר מאי הרצון של המשפט לדרוש מהאדם חובות הנוגעות להקרבה גופנית לשם הצלת האחר. לפיכך, מסתפק החוק בהודעה לרשויות על קרות הסכנה. על אף שהמשפט הישראלי מכיר באחריות מיוחדת שבין הורים וילדים (ראו ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69 (1999)) אין מקבילה דומה להסדר ההפלות. החובות החלות על הורים כלפי ילדיהם מסתכמות בסיפוק של צרכים חומריים ורוחניים – כדוגמת חינוך. אין אף הוראת דין המחייבת הורה להקריב הקרבה גופנית לשם שמירה על חיי ילדו.

71. ההקרבה שנאלצת אישה בהיריון להקריב כדי לאפשר לעובר להתפתח ברחמה, כפי שפורט לעיל (ס' 53 לעתירה) היא אדירה. אין דרישות דומות בהקשרים אחרים דומים. בהקשר זה מציינת רימלט:

"בהקשרים אחרים אין המשפט מכיר בחובה של אדם לשעבד את גופו בצורה כה מכבידה לטובתו של צד ג', אף לא כאשר מדובר בחובות גופניות של הורה לטובת ילדו. כך למשל, נטען בהקשר זה כי המשפט אינו כופה על הורים תרומת כליה או אפילו תרומת דם פשוטה גם כאשר מדובר בפגיעה זעירה באוטונומיה הגופנית שלהם היכולה להביא לידי הצלחת חייו של ילדם. אין איפוא לכאורה מקבילה לנטל הגופני שההיריון הכפוי מטיל על גופה של האשה מבחינת חובות ההצלה שהמשפט מכיר בהן בהקשרים אחרים." (ראו רימלט, בעמ' 870).

72. גם אם ברור שלא ניתן להשוות את הסדר ההפלות באופן מלא וחופף לסיטואציות מקבילות, ברור כי במתחם הדמיון שבין הליך ההפלה להליכים אחרים, החובות שמטיל המשפט על נשים בהקשר זה הן רחבות ותובעניות הרבה יותר מאלו שהוא מטיל על אנשים בהקשרים אחרים.

73. גם אם נכיר בכך שההבדל הביולוגי בין נשים לגברים מקים שונות רלוונטיות, מהפסיקה עולה כי גם במקום שקיימת שונות רלוונטית בין נשים לגברים, תפקידו של המשפט הוא לצמצם אותה לשם קידומו של עקרון השוויון ולאור חשיבותו. וכדברי השופטת שטרסברג כהן בבג"ץ **מילר**:

"שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא באלה, היא שונות רלוואנטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים שבהם היא ניתנת לנטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-מנת להשיג שוויון." (ראו פס"ד **מילר**, בעמ' 121).

תפיסה זו נגזרת מתוך תפיסה מהותית של שוויון הרואה בעקרון השוויון ככזה הנמדד במידת שוויוניותה של התוצאה (ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה 165 (2000)).

74. מהאמור עולה שמניעה מאישה להפסיק את הריונה, שמשמעה כפייה להמשיך הריון שאין היא חפצה בו, יש בה משום העמקת אי השוויון בין נשים וגברים, וכי גם במידה והשונות ביניהם בהקשר זה היא רלוונטית, ראוי לו לביהמ"ש שיפעל לשם נטרולה, ולשם קידום השוויון בין המינים.

קבוצת שוויון שנייה – הנשים לבין עצמן

75. מלבד הפליה זו שבין גברים לנשים, המגולמת בהסדר האוסר הפלות בחוק הקיים, ישנו אי שוויון נוסף המצוי בבסיס ההסדר שסמוי מן העין. זהו אי שוויון 'שמתחת לרדאר'.

76. במדינת ישראל מתקיים שוק שחור של הפלות. נשים רבות, החוששות שלא יזכו לאישור מהוועדה, או לאחר שנדחות, פונות לבצע הפלות באופן פרטי. (ראו אביבה לורי "שקרים שסיפרתי לוועדה" הארץ Online נמצא ב- <http://3.ly/eAlu> (מצ"ב, מסומן ע/11); וכן ראו שדולת הנשים "הפסקות היריון חוקיות בישראל" www.iwn.org.il/inner.asp?newsid=53 (מצ"ב, מסומן ע/12)). נתונים לא רשמיים מדברים על כ-25 אלף הפלות בלתי חוקיות בשנה, המהוות כ-50% מכלל הפסקות ההיריון (ראו אירית רוזנבלום "הזכות להפלה" www.newfamily.org.il/rec/23 (מצ"ב, מסומן ע/13)).

77. שווקים שחורים מתעוררים בד"כ במצב בו מוטלת על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה. כך אף מפרטת חברת הכנסת מרשה פרידמן בדיון בקריאה הראשונה על הסדר ההפלות המוצע:

"עד שהגברים יעשו את המאמץ הדמיוני להבין מה זאת אומרת להיות בהיריון וללדת, ועד שהם יקבלו על עצמם אחריות שווה לגידול ילדיהם, לא יבינו ולא יוכלו להבין את הדחף החזק של האשה שאינה רוצה להמשיך את הריונה. זהו דחף שאינו מכיר במכשולים חוקיים בכלל, ואפילו לא בסכנה האפשרית הקשורה להפלתה בלתי-חוקית. לכן מבחינה פרגמטית החוק הטוב ביותר בנוגע להפלה מלאכותית הוא החוק הליבראלי ביותר – חוק המגדיר כל הפלה מלאכותית כחוקית." (ד"כ 75, 1399 (התשל"ו)).

78. מצב זה יוצר הפליה מובנית בין נשים היכולות להרשות לעצמן הפלות לא חוקיות לנשים שלא יכולות. וכך מציין מזכ"ל איגוד העובדים הסוציאליים, יצחק קדמן, עוד בשנות ה-70, בתגובה לביטול העילה הסוציאלית:

"הניסיון של השנים שלפני היות החוק ומספר ההפלות הבלתי חוקיות שבוצעו בשנים הללו, יכול ללמד כי האלטרנטיבה להפסקת היריון מוסדרת בחוק, איננה המשך ההיריון. האלטרנטיבה היא הפסקתו באופן פרטי. מאחר שהפסקת היריון באופן פרטי בתנאים רפואיים אנושיים עלתה בעבר, ויותר מכך בהווה, הון עתק, מהווה המצב של העדר חוק מצב אנטי-סוציאלי מובהק, שבו לקבוצת אוכלוסייה בעלת יכולת כלכלית קיים פתרון לבעיותיה, ואילו למעוטי היכולת שבעיותיהם קשות יותר ממילא, אין סיוע ודרך לפתרון." יצחק קדמן "הפסקת היריון מנקודת-ראות חברתית" חברה ורוחה ב(3) 320, 323 (1979) מצ"ב, מסומן ע/14).

79. בהקשר זה ראוי לציין כי אי שוויון כלכלי זה, והמצב הקשה של השוק השחור הפעיל של ההפלות שהתקיים בישראל הוא שהניע את המחוקק מלכתחילה לקבוע את הסדר ההפלות ההנוכחי המעוגן כיום בחוק העונשין. הסדר זה החליף הסדר מנדטורי שהטיל כמעט איסור מוחלט על הפלות. (ראה הפסקת היריון מנקודת ראות חברתית – יצחק קדמן (מזכ"ל איגוד העובדים הסוציאליים). כך הציגה חברת הכנסת חייקה גרוסמן את החוק בקריאה השנייה:

"החוק הקיים כיום מופר. כל אשה שבכיסה הסכום הדרוש – וככל שהסכום גבוה יותר גם הרופא טוב יותר – יכולה לעשות הפלה לפי בחירתה." (ד"כ 79, 1229 (התשל"ז) (מצ"ב, מסומן ע/15)).

וכך מציינת השופטת בן עתו בפסק-דין פלונית:

"אין לי ספק ספיקא, שמטרת החוק, המתיר הפלות במקרים מסוימים, הייתה אחת ויחידה: מתן אפשרות חוקית לנשים לצאת מהמחותר ולבצע

הפלה בתנאים סאניטאריים נאותים, במוסד רפואי מוכר, בצורה מבוקרת ותוך קבלת ייעוץ רפואי וסעד נפשי וסוציאלי לפי הצורך. מטרתו הייתה מניעת הפליה זועקת בין נשים עשירות ועניות, על-מנת שאלה האחרונות לא תיאלצנה לסכן את בריאותן, ולפעמים את חייהן, בהיזקקות ל"הפלות זולות". כדברי אחד מחברי הכנסת, לא בא החוק החדש לקבוע, אם תבוצענה הפלות, אלא כיצד תבוצענה. לא למותר להזכיר, שלפני חקיקת החוק בוצעו בארץ עשרות אלפי הפלות בשנה, ופרט לאלה, שבוצעו כדי למנוע סכנה לחיי האישה או לבריאותה, היו כולן בלתי חוקיות... (ראו 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 85 (1981) (להלן: פס"ד פלונית)).

80. גם כיום, הכמות המשמעותית של ההפלות הבלתי חוקיות המתבצעות במדינת ישראל, מלבד העובדה שהיא מעידה על כך שהסדר ההפלות מהווה עבור ציבור הנשים גזירה שאינו יכול לעמוד בה, מהווה דגל לאי שוויון משמעותי על רקע כלכלי שקיים בתחום זה.

81. שיטת המשפט הישראלית, וההגדרה של איסור ההפליה בפסיקה אסרה הן על הפליה ישירה והן על הפליה עקיפה (ראו דב"ע נו/ 3-129 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 490 (1997)). הפליה עקיפה מוגדרת כמצב בו אין כוונה להפלות, אולם התוצאה מהסדר מסוים או מדרישות עבודה מסוימות יוצרת תוצאה שהיא מפלה.

82. הפער שבין נשים אמידות לנשים במצב סוציו-אקונומי קשה מבחינת היכולת לסיים היריון בלתי רצוי מהווה הפליה עקיפה שכזו. תוצאה אי שוויונית זו אינה תוצאה שיש להשלים עימה.

83. כאשר מאתר בית המשפט פוטנציאל לפגיעה בשוויון כתוצאה מהוראת חוק, עליו לעשות מאמץ פרשני לפרשה באופן שיתיישב עם עקרון השוויון:

בהיעדר ראייה לסתור בלשון החוק או בתכליתו, יש להעמיד את החוק בחזקתו הפרשנית, כי הוא מתיישב עם כיבוד הזכות לשוויון בין המינים ואף מכוון להגשימה (ראה א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ג) 435-436). אף ביתר שאת מתחייבת גישה זו מן ההכרה, שעם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמטיבי של עקרון השוויון – שזה כבר נאמר עליו כי "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו... (השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח' [4], בעמ' 698) – והוא הפך "לעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי" (כביטוי של השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה [5], בעמ' 363). כן ראה: ברק, בספרו הנ"ל, בעמ' 565-566; בג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן – פרשת שדולת הנשים [6], בעמ' 525-526). (ראו פס"ד מילר, בעמ' 110).

מאמץ פרשני זה עליו להתבטא בין היתר בהכרה בפירוש מרחיב ככל האפשר לעילה הרביעית שבהסדר ההפלות. פירוש שלא ידיר מתוכו את אותן נשים במצב סוציו אקונומי נמוך, שמצוקתן הנפשית מגעת לכדי נזק נפשי, אולם מודרות מההסדר כרגע אך בשל הגורם לאותו הנזק ובשל העובדה שאין המדובר בנזק נפשי העולה כדי הפרעה נפשית קלינית מוכרת.

84. בדברנו על הזכויות החוקתיות הנפגעות כתוצאה מהסדר ההפלות, מן הראוי להוסיף פגיעה בזכות נוספת-הזכות לפרטיות, שהוכרה בבתי משפט במדינות מערביות כקשורה לתחום ההיריון והלידה, ושהפגיעה בה יש בה כדי לחזק את מידת ההגנה החוקתית שיש להעניק לזכותה של אישה להפסיק את הריונה.

הזכות לפרטיות

85. הזכות לפרטיות מנביעה גם היא את ההכרה בזכותה החוקתית של אישה להפלה.

86. הזכות עצמה מעוגנת בס' 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי: **"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"**. בתי המשפט פירשו זכות זו כיוצאת מההכרה באוטונומיה של הפרט:

"הזכות לפרטיות היא, בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי ליחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד. פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו. זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זהו "מבצרו" הקנייני, האישי והנפשי." (ראו ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, עמ' 10 (פורסם בנבו, 13.06.1999)).

87. מיכאל בירנהק מגדיר את הזכות לפרטיות כיכולתו של הפרט לשלוט בעצמו בהחלטותיו ובגורלו, מבלי התערבות של האחר, וכן ככזו המחילה תחתה את זכותה של האישה להפיל. הוא אף מוסיף לגבי חשיבותה של זכות זו במשטרים דמוקרטיים:

"הפרטיות כשליטה מדגישה כי מי שמקבל את ההחלטות בעבור האדם הוא האדם עצמו, ולא המדינה. במובן זה, ההצדקה של הפרטיות היא מכשירנית, בשל תפקידה בכינון האמון בין האזרחים למדינה על ידי הגבלת המדינה למינימום ההכרחי לשם מילוי תפקידה, ומכאן חשיבותה של הזכות לפרטיות במישור הציבורי. כאן נמצא מרכז הכובד החוקתי של הזכות..." (ראו מיכאל בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 67 (2008) (להלן: בירנהק) (מצ"ב, מסומן ע/16)).

88. פס"ד (1973) 410 U.S. 113 Roe v. Wade (מצ"ב, מסומן ע/17) (להלן: Roe v. Wade) האמריקני, שהכיר בזכות להפלה כזכות חוקתית בארה"ב, מוצא לה עיגון בזכות לפרטיות, בדומה לפס"ד Doe v. Bolton הדומה לו. בשניהם נטען כי הזכות לפרטיות רחבה מספיק כדי לכלול בתוכה את זכותה של האישה להכריע לגבי הריונה מבלי התערבות של אנשים נוספים כגון המדינה או בן זוגה.

89. גם הפסיקה הישראלית כבר הכירה בזכות לפרטיות ככזו החולשת על תחום ההיריון והלידה. כדברי הנשיא ברק:

"כידוע, כל אדם בישראל..." זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". הזכות החוקתית לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם. הזכות לפרטיות ניוזנה מאותם ערכי יסוד של חירויות הפרט והאוטונומיה האישית, העומדות בבסיס זכות ההורות. [...] זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה". עצם ההתחקות על ענייניה האינטימיים של האם שלא בהסכמתה פוגעת קשה בפרטיותה. "התערבות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט (ע"א 413/80 הנ"ל [12], בעמ' 81)" (ראו בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 220 (2005) חלק מההפניות הוסרו).

מהאמור עולה בבירור כי החלטתה של אישה להפסיק את הריונה מצויה במתחם ההחלטות שבדי' אמותיה של האישה. לפיכך, ולאור מעמדה של הזכות לפרטיות בשיטת המשפט ראוי להקנות גם להחלטות המצויות במתחמה מעמד חוקתי מוגן.

90. מכלול המקורות השונים האפשריים לביסוסה של זכות חוקתית להפלה יוצרים תשתית חוקתית רחבה להכרה במעמדה החוקתי של זכות זו. עיגונה המפורש באוטונומיה של האדם על גופו, 19

הקשריה הישירים לזכות לשוויון והיותה של הזכות חוסה תחת הזכות לפרטיות מעגנים זכות זו בעוגנים חזקים ודורשים להקנות לה מעמד חוקתי.

91. ודוק, כפי שנאמר בראשית העתירה, כינונה של זכות חוקתית של אישה להפלה, או הכרה בזכות זו כחלק מהמשטר החוקתי של מדינת ישראל, אין משמעותה היתר גורף להפלות. גם זכויות חוקתיות אינן זכויות מוחלטות (ראו בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי נ' ראש הממשלה**, בעמ' 13 (פורסם בנבו, 20.9.2006)).

92. משביססנו כי לאור המהפכה החוקתית והמשטר החוקתי שקם בעקבותיה במדינת ישראל, עומדת לאישה, כנגזרת של מספר זכויות יסוד, זכות חוקתית להפלה, נותרת לנו מלאכת האיזון עם אינטרסים וזכויות אחרות שהיא עשויה להתנגש עימם. בהקשר זה תטען העותרת כי היא מכירה בלגיטימיות של ערכים או אינטרסים חוקתיים אחרים שיש גם בהם כדי להשפיע על היקף הזכות להפלה, ולכן יש צורך להביא אותם בכלל חשבון כאשר שוקלים מהי הפרשנות הראויה להסדר הקיים בעידן החוקתי.

93. כאמור, בסיומה של מלאכת איזון זו, ניתן יהיה לקבוע מהי תכליתו האובייקטיבית של החוק וכיצד ראוי, כאמור, לפרש את המונח 'נזק נפשי'.

מעמדו המשפטי של העובר

94. למול זכותה החוקתית של אישה לסיים את הריונה ניצבת שאלת מעמדו המשפטי של העובר.

95. שאלת זכויות העובר היא שאלה מורכבת, שנוגעת בראש ובראשונה לשאלת הרגע בו הוא הופך ל'נשאי' של זכויות מבחינת המשפט הישראלי. מדובר ברגע משמעותי מכיוון שרק מהרגע בו ניתן להכיר בעובר כאדם, ניתן לייחס אליו זכויות המגיעות לו. הרציונאל לתפיסה זו מעוגן בתורות אמנה חברתית, לפיהן הזכאות לזכויות מותנית בהיותך חלק מהמערך הכולל של הצדדים ליחודה'.

96. הרגע המכונן בו זכאי העובר לחיים מהווה סוגיה שבמחלוקת זה מאות בשנים. המחלוקת הרבה הנוגעת לסוגיה זו נובעת מהיעדר הידע הרלוונטי בשאלה ומהגישות השונות והרחוקות זו מזו הקיימות בשיח הציבורי, הנובעות ממקורות אידיאולוגיים שונים.

97. בתורה אין פשע עצמאי של הריגת עובר. המקרא, בספר שמות, עוסק רק במקרה של קטטה בין שני אנשים, שבמהלכה אחד מהם מכה אישה הרה וגורם כך למות עוברה. עפ"י הפרשנות ההלכתית של דין זה, המכה חייב להיענש בעונש ממוני, הוא נחשב ל'רוצח' רק אם האישה מתה גם היא. לאורך הדורות חכמים ניסו למצוא מקור הלכתי לאיסור ההפלה, אולם רוב הניסיונות לא צלחו, ופוסקים החלו מפקפקים בקיומו של איסור כזה כלל.

98. אבות הכנסייה הנוצרית, בבואם להכריע בשאלה זו, השתמשו גם הם בפסוקים מספר שמות, אולם הם נעזרו בתרגום היווני הקלאסי של התורה. תרגום זה שינה משמעותית את המשמעות, וקבע שבמידה והעובר כבר 'מעוצב לגמרי', העונש על הריגתו הוא 'נפש תחת נפש'. ככל הנראה הסיבה לשינוי זה נעוצה בתפיסה היוונית של העובר, כפי שפותחה ע"י הוגים יוונים ראשונים, ביניהם

אריסטו, שקבע לראשונה הבחנה זו. תומס אקווינס חיזק נוסח זה, וקבע שהמבחן לקביעת כניסת הנשמה לגוף העובר היא תנועתו בתוך הרחם. על אף הבחנות אלו, לאחר לחץ על הכנסייה הקתולית, שנבע מדאגה לרמה המוסרית של הציבור, ביטלה הכנסייה הקתולית באופן רשמי את ההבחנה בין עוברים מעוצבים ללא מעוצבים בשנת 1869, והעמדה הנוכחית של הכנסייה היא שכל הפלה היא אסורה מרגע ההזרעה. (ראו דניאל סינקלר "מפגשים בין משפט למוסר בסוגיית ההפלה: משפט עברי, קנוני, מקובל וישראלי" המשפט יג 22 (2007) (מצ"ב, מסומן ע/18)).

99. לא בכדי הביעו בתי משפט בעבר חשש מלהכריע בשאלה זו, או מלהתערב בהכרעתו, הקשה ממילא של המחוקק בסוגיה זו. כך ציינה השופטת בן עתו: **"עלינו, השופטים, להשאיר את מלחמת הדעות לנבחרים העם, ולהצטמצם לפירוש החוק הקיים..."** (ראו פס"ד פלונית, בעמ' 80).
וכך בפס"ד Roe v. Wade:

"We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer". [p160]

100. גם השופט ברק בספרו "פרשנות במשפט" קובע כי לא ראוייה הכרעה גורפת בשאלה זו, ויש לבחון את המושג 'אדם' בהקשר של עוברים בכל חוק לגופו. (ראו ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 437).

101. בשיטת המשפט הישראלית הרגע המכונן מבחינת הפיכתו של העובר ל'אדם' מהבחינה המשפטית הוא רגע הלידה, כאמור בס' 308 לחוק העונשין:

"משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת".

קביעה זו היא גם הקביעה שהנחתה את ההסדר הנוכחי לקביעת הפלות, כעולה מדו"ח הוועדה לבדיקת האיסורים החלים על הפלות מלאכותיות, בראשותו של מאיר גבאי, שניתן בשנת 1974 והיווה את הבסיס לחקיקתו של הסדר ההפלות הנוכחי. הוועדה מציינת את הסעיף (ס' 220 לפקודה דאז) כעומד ברקע הסדר ההפלות. (ראה דו"ח הוועדה – פרק ב').

102. הקביעה כי זכותו של העובר לחיים עומדת לו רק מרגע לידתו מאפיינת גם הוראות חוק אחרות. ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית קובע כי: **"כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"**. הרציונאל של הסעיף התכוון במודע לשלול מהעובר מעמד של נשא זכויות מכללא, ולהותיר למחוקק לקבוע הוראות ספציפיות בחוקים ספציפיים המבקשים להעניק לעובר מעמד אחר. (ראו יצחק אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962** 31 (1995)). הוראות ספציפיות כאלו ניתן למצוא בס' 3(ב) לחוק הירושה, בס' 78 לפקודת הניזקין (נוסח חדש) וכן בס' 33(6) לחוק הכשרות המשפטית. אולם בכל ההוראות הללו זכאי העובר לזכויות המוקנות לו רק מרגע לידתו, שאז יוכל לממשן, ולא קודם לכן. וכך נפסק גם:

"תכליתו של מנוי אפוטרופוס לעובר אינה יכולה להיות שמירת זכויות שיש לו בשלב זה של התפתחות, כי עובר אינו יכול להיות בעלים של זכויות. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות מורה, שאדם כשיר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד מותו. מטרת מנוי האפוטרופוס לעובר -

לדאוג לשמירת זכויותיו שתהיינה לו אם וכאשר יולד" (ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 101 (1)98, 102 (1998)).

103. באחד מפסקי הדין היחידים שנאלצו לעסוק בסוגיה במישרין, שעסק בהמתתו של עובר ברחם אמו, הלך בית המשפט בתלם שהתווה ס' 308 לחוק העונשין, וקבע כי אין מדובר ברצח, כיוון שלעובר לא עומדת זכותו לחיים:

"ואכן, כמו חוק העונשין, גם חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב - 1962, אינו מותיר מקום לספק, שאין אדם נושא לזכויות אלא מגמר לידתו. אולם, מקום שהמחוקק סבר שקיימת זכות של העובר - הוא קבע זאת במפורש בחוק, כאשר ניתן לראות בחוק הבחנה בין זכות העובר ומעמדו לאחר שנולד חי, לבין זכותו במצבו העוברי (ר', למשל, בחוק הירושה בסעיפים 42(ג), הדין בירוש אחר יורש ו- 57(3) הדין במזונות מן העיזבון, ובסעיף 78 לפקודת הנזיקין הדין בזכותם של תלויים לפיצויים עקב מות מפרנס). (ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 מדינת ישראל נ' מוסא, עמ' 6 (פורסם בנבו, 16.01.2000)).

בפסק דין שניתן זה עתה מפיו של השופט רובינשטיין, נדונה שוב שאלת מעמדו המשפטי של העובר בהקשר לשאלת יכולתו לרכוש זכויות כדייר מוגן. בית המשפט העליון, לאחר שסקר את הסוגיה לעומקה, בחן את מעמדו של העובר בחוקים השונים ובהלכה העברית, חזר על הקביעה לפיה העובר אינו כשיר כנשא של זכויות:

"עָבֵר אִינוּ יֹכֵל לִרְכּוֹשׁ זְכוּיוֹת: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו" - "זכויותיו וחובותיו" של אדם "מתגבשות רק עם לידתו" מכאן, "שאינן מקנים זכות למי שעוד לא בא לעולם", בודאי שאין הוא קונה זכויות לעצמו - בכלל אלה גם זכות הדיירות המוגנת (ולא יתכן חולק כי מדובר בזכות". (ראו רע"א 7575/09 עלווי נ' אחמד, עמ' 7 (פורסם בנבו, 12.4.10) ההפניות הושמטו).

כן קבע בית המשפט כי אין לבצע בהקשר זה היקשים מחוקים אחרים, שכן כוונת המחוקק היא להעניק זכויות לעובר רק מקום שמציין זאת החוק באופן מפורש.

104. בחינת כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, באשר לשאלת מעמדו המשפטי של העובר, בעת חקיקתו של חוק תיקון דיני עונשין (הפסקת היריון) מעלה מסקנה דומה. על אף ביטויים של חברי כנסת דתיים בעת הדיונים כי מדובר ברצח, ההסדר שהתקבל בסופו של יום מעיד על כך שהרציונאליים בבסיסו לא נסובו סביב זכויות להן זכאי העובר.

105. ראשית, העילות הקבועות בחוק, ביניהן היתר הפלות גורף לנשים שאינן נשואות (ס' 316(2)) מצביעות על היעדר התייחסות לזכויותיו של העובר ורציונאליים שונים לאיסור ההפלות. שהרי המשקל של זכותו הלכאורית של העובר לחיים אינו משתנה שעה שהאישה אינה נשואה.

106. גם התעלמותו של הסדר ההפלות הנוכחי משלבי ההיריון השונים מצביעה כי המחוקק התכוון להיצמד לס' 308 לחוק העונשין, ולא לקבוע שלבי חיות מוקדמים ללידה. בעשותו כן הצביע המחוקק על כך שהמשוכה המרכזית העומדת בפני חירותה של האישה לסיים את הריונה היא דווקא אינטרסים ציבוריים שונים, ולא זכותו של העובר לחיים. על כך כבר עמד בית המשפט בעבר:

"על כל פנים ברור בעיניי, שהמחוקק שלנו בחר להתעלם כליל מן הבעיה האמורה, ולכן לא התייחס כלל לשלבי ההיריון או לגילו של העובר בקבעו את התנאים להתרת הפלות" (ראו פס"ד פלונית, בעמ' 80).

107. העמדה לפיה העובר אינו זכאי לזכויות היא העמדה המקובלת במקומות נוספים בעולם. כך קבע גם בית המשפט העליון הקנדי במקרה של Tremblay v. Daigle [1989] 2 S.C.R. 530 (מצ"ב, מסומן ע/32) (להלן: Tremblay v. Daigle) (ראו להלן).
108. לאור סקירה זו, ולאור עמדתו המובהקת של המחוקק בסוגייה, והקשיים שעשויים להתעורר מהתערבות בקביעה זו, לדעת העותרת על ביהמ"ש לקבוע כי לצורך הכרעה בשאלת התכלית האובייקטיבית של הסדר ההפלות הקבוע בחוק העונשין, לעובר אינה עומדת זכות חוקתית לחיים.
109. לחילופין, בהנחה ותוכר בהקשר זה זכותו של העובר לחיים ע"י בית המשפט, תטען העותרת כי על אף הכרה זו, מלאכת האיזון בין הזכויות השונות מובילה עדיין להכרה במצבה של העותרת כנופל תחת העילה הרביעית ולזכותה לקבל אישור להפסקת היריון כתוצאה מזה.
110. בהקשר זה כבר נקבע כי אין להניח כי בשל מעמדה של הזכות החוקתית לחיים, נסוגות מפניה כל הזכויות האחרות. כל איזון שנעשה במשפט בין הזכות לביטחון לזכויות אחרות, מאזן הלכה למעשה את הזכות לחיים עם זכויות אחרות (ראו בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 12.12.06) (איחוד משפחות); וכן ראו בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004)). הדבר נובע מההבנה שמצב בו ניתנת לזכות אחת יחידה מעמד על, הגובר בכל איזון שהוא על זכויות אחרות, לא מאפשר מערכת חוקתית אמיתית המקדשת ערכים נוספים מלבד הזכות לחיים.
111. ואכן, המשפט הכיר לא אחת באיזונה של הזכות לחיים עם זכויות אחרות המתנגשות עימה, ולא אחת הוכרע כי הזכות לחיים נסוגה בפני זכויות אחרות. על כך כבר פורט בהרחבה בדיון הנוגע להשוואה של הזכות להפלה עם שאלות משפטיות מקבילות (ראה ס' 71-62 לעתירה).
112. האיזון הראוי בין זכותו של העובר לחיים לבין זכותה של האישה להפלה, הוא זה **המכיר במצבים בהם מצוקה כלכלית ומשפחתית עלולה להוביל למצוקה נפשית קשה**, כמו במקרה דנן. הגבלת העילה הנפשית רק למחלות הנפשיות המוזכרות בדו"ח ריפטיין יש בה משום שימת דגש רב מדי על זכותו של העובר ומשקל נמוך מדי לזכותה של האישה ולכן מהווה איזון לא ראוי בין זכויות אלו.
113. זאת ועוד, באיזון הראוי, יש להתחשב בעובדה שההסדר הנוכחי מתעלם לחלוטין משלבי ההיריון השונים. התעלמות זו של המחוקק דורשת מתן יחס מסויג לזכות העובר, כיוון שהכרה גורפת בזכותו זו, במתן פרשנות לסעיפי ההסדר השונים, משמעה הכרה בה גם בשלבי ההיריון המוקדמים, בהם רוב המדינות, גם אלו המקנות זכות חוקתית לעובר, נמנעו מלכלול אותו באיזוני הזכויות השונים (ראו אורלי לוטן "הגבלות בחקיקה על הפסקות היריון יזומות: סקירה משווה" **הכנסת מרכז המחקר והמידע** (2007) (מצ"ב, מסומן ע/20)).
114. במקרה דנן, העותרת מצויה בשליש הראשון להריונה (השבוע העשירי). בשלב זה, לטענתה, יש להעניק משקל רב יותר לזכותה של האוטונומיה על גופה. זכותו של העובר לחיים, במידה שראוי בכלל להכיר בזכות כזו, יכולה לקבל משקל רק בשלבים המאוחרים יותר של ההיריון, בהם גדל פוטנציאל החיים שלו.

אינטרס המדינה במניעת הפלות

115. גורם נוסף שיש לכלול בגיבוש התכלית האובייקטיבית המונחת בבסיסו של סי' 316 לחוק העונשין הוא אינטרס המדינה במניעת הפלות.

116. למדינה יכול שיהיו מספר אינטרסים שונים למנוע הפלות, ביניהן אינטרס המדינה בחיים הפוטנציאליים של העובר, ואינטרס פטרנליסטי בהגנה על בריאות האישה.

117. באשר לשיקול הפטרנליסטי, כבר נפסק כי :

בעשורים האחרונים החל מסתמן כרסום בגישה המסורתית – שטעמים פטרנליסטיים בבסיסה – לטובת מגמה המתאפיינת בהעתקת מרכז הכובד מן הרופא המטפל לעבר החולה, שהוכר כבעל מעמד הבכורה בתהליך גיבוש החלטה על ביצוע טיפול רפואי בגופו [...] מקורה של המגמה המציבה את החולה במרכז ההויה הרפואית, במודעות הולכת וגדלה לזכויות היסוד של האדם ולצורך בהגנה עליהן בכל תחומי החיים. כמו כן, יונקת מגמה זו את כוחה מן המעבר לדפוס רפואה מודרנית ומתפתחת. המידע הרפואי הזמין לכל דורש והאלטרנטיבות הטיפוליות העומדות בפני כל חולה, שאותם הביאה בכנפיה התפתחות הרפואה, תרמה גם היא לכך שהרופא המטפל איננו המייעץ הבלעדי בבחירת הטיפול הרפואי המתאים. (ראו פס"ד דעקה, בעמ' 610).

118. מהאמור עולה שעל אף החשיבות שבהגנה על בריאותן של הנשים, המגמה כיום הינה להעניק להן את החירות להחליט את ההחלטות החשובות על גופן מתוך הכרה ביכולתן להחליט עבור עצמן.

119. בנוסף, ידוע כי בשלבים המוקדמים של ההיריון הסכנות הבריאותיות מהפסקת ההיריון נמוכות מהסכנות הבריאותיות שבלידה: **"until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth"** (ראה פרשת Roe, עמ' 163).

120. עוד יש לציין כי האינטרס הפטרנליסטי של המדינה מצא ביטוי מסוים בהסדר ההפלות הנוכחי, בס' 315(ב) הדורש הסכמה מדעת בכתב של האישה להליך ולסכנות המצויות בו. דרישת ההסכמה מדעת, המבקשת להבטיח כי האישה מודעת לסיכונים שהיא לוקחת על עצמה בביצוע הפלה, מאפשרת להחזיר לה חלק מהאחריות שלה על בריאותה ולייתר את הצורך בפטרנליזם.

121. באשר לאינטרס המדינה בהגנה על חיי העוברים, כיוון שמדובר באינטרס המנותק מזכות כלשהי העומדת לעובר באופן ישיר, עיקר משקלו הוא ברצונה של המדינה במימוש פוטנציאל חיים זה.

122. בהתנגשות שבין זכות לאינטרס המדינה זכות האדם גוברת. הפסיקה כבר הכירה בכך שלעיתים עלינו לשלם את מחיר הפגיעה באינטרס החברתי על מנת לממש זכויות אדם :

לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקורבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד. ללא הכרה בזכויותיו של הנאשם, אין קיום לזכויותיהם של הקורבנות הפוטנציאליים, העלולים למצוא עצמם, בנסיבות אחרות, כנאשמים. השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה (ראו פס"ד גנימאת, עמ' 645).

תפיסה זו מעוגנת בהבנה הקנטיאנית לפיה האדם אינו אמצעי לקידום של אינטרסים חברתיים והוא מהווה תכלית בפני עצמו.

123. ברור שבנסיבות בהן הפגיעה בזכותה החוקתית של האישה על גופה הינה כה חמורה, משקלו של אינטרס ציבורי שאינו מעוגן בזכויות אדם (בהנחה שלא הוכרה זכותו לחיים של העובר) יהיה נמוך הרבה יותר.

124. לסיכום נקודה זו, באיתור תכליתו האובייקטיבית של ההסדר הנדון, ככל שזו מקרינה על פרשנות המונח 'נזק נפשי' המעוגן בס' 316(א)4, יש לתת משקל מרכזי להגנה על האוטונומיה הגופנית של האישה.

חזקה היא שהחוק אינו בא לפגוע בזכויות חוקתיות. (ראו ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, עמ' 15 (פורסם בנבו, 22.06.2008)). לפיכך, נכון יהיה לראות בתכלית האובייקטיבית לפיה יש להתיר הפלה לכל אישה החווה נזק נפשי כלשהו כתוצאה מההיריון והנסיבות החברתיות, משפחתיות וכלכליות האופפות אותה, כתכלית הראויה שצריכה לעמוד ביסוד הפרשנות של סעיף 316(א)4, ובמיוחד ביסוד המונח 'נזק נפשי' המעוגן בו. כאמור, תכלית זו נגזרת מהערכים החוקתיים הרלבנטיים המקריינים על ההסדר ובראשם זכותה החוקתית של האישה לאוטונומיה גופנית, לשוויון ולפרטיות.

125. אין ספק כי תפקידו של הסדר ההפלות, והעילה הרביעית בו בפרט, הינו להכיר במצבן הרגיש של המבקשות הפלה ולהתחשב בו. התחשבות זו משמעה הקלה, עד כמה שגבולות הלשון מאפשרות זאת, על הנשים שזכותן החוקתית להפסיק את הריון מונחת על הכף.

126. על מנת לחזק את המסקנה לעיל ביחס לאיזון הראוי שבין הזכויות והערכים המתנגשים בהקשרו של הסדר ההפלות, ראוי לבחון את הדרך בה איזונו מדינות אחרות בין שיקולים אלו. העותרת תטען כי בחינה זו, ממחישה ביתר שאת עד כמה מגביל הדין הישראלי את זכותן של נשים להפלה, במיוחד בכך שהוא מטיל מגבלות משמעותיות על הזכות להפלה החלה מראשית ההריון ותוך התעלמות מוחלטת משלבי ההריון השונים. עיון בדין המשווה מחדד אפוא את החשיבות שביציקת פרשנות מרחיבה לסעיפיו השונים של ההסדר.

סקירה משווה של מודלים בעולם

127. כאמור, בבואנו לבחון את מעמדה של זכותה החוקתית של אישה להפלה, ראוי לפנות לשיטות משפט ליברליות אחרות והמעמד שהן מקנות לזכות זו.

ארצות הברית

128. עד אמצע המאה ה-19, נשים היו חופשיות לבצע הפלה, בלא מגבלות חוקיות על זכות זו. באמצע המאה ה-19, בין היתר בשל לחץ שהופעל על הכנסייה הקתולית לשנות את עמדתה הרשמית בנוגע להפלות, המדינות השונות החלו מטילות מגבלות על זכות זו. שאלת תוקפן החוקתי של מגבלות אלה הגיעה לדיון בבית המשפט העליון האמריקני בשנת 1973.

129. בפסק הדין (Roe v. Wade), שבו נדונה חוקתיותו של החוק הפלילי בטקסס שאסר כמעט לגמרי על הפלות, הוכרה לראשונה זכותה החוקתית של אישה להפלה. בית המשפט עיגן זכות זו כנגזרת של הזכות לפרטיות, המעוגנת בדרישות המהותיות שבעקרון ההליך הוגן (Substantive Due Process) שבתיקון ה-14 לחוקת ארה"ב. בפסק הדין, שניתן ע"י השופט בלקמן (Blackman) נקבע כי חוקים

האוסרים הפלות אינם חוקתיים, שכן הם מפריס את זכותן החוקתית של נשים לפרטיות ואינם מאזינים כראוי בין זכות זו לאינטרסים העומדים מנגד. בית המשפט חילק את ההיריון לשלושה חלקים (טרימסטרים) וקבע איזון שונה לכל אחד מהטרימסטרים, כך שבשליש הראשון אין להטיל כלל מגבלות על נשים המבקשות לעבור הפלה; בשליש השני להיריון רשאיות המדינות להטיל מגבלות על נשים, אולם רק כאלו שמטרתן הוא הגנה על בריאותה של האישה. רק בשליש האחרון להיריון, קבע ביהמ"ש, העובר הוא 'בר-קיימא'. זהו שלב החיות שלו (Viability) ולכן רק בשלב זה רשאיות המדינות להגביל הפלות או לאוסרן.

130. באותו יום בו ניתן פסק הדין בעניין **Roe**, הכריע בית המשפט בעתירה דומה, שעסקה בחוקי מדינת ג'ורג'יה (**Doe v. Bolton**). בפסק הדין נקבע כי בהתאם למעמדה החוקתי של הזכות להפלה, יש לבטל את חוקי מדינת ג'ורג'יה המצריכים אישור ההפלה ע"י וועדה ושני רופאים מורשים. נקבע כי ההליך מהווה הליך ייחודי, שאינו מאפיין הליכים רפואיים אחרים, ויש בו כדי להקשות על האישה ואף להגביר את הסיכון לבריאותה, שכן ככל שההפלה מבוצעת בשלב מתקדם יותר הסיכון בה גדל, וההליכים הנוספים הדרושים משהים את מועד ביצוע ההפלה.

131. הקביעה הברורה בשני פסקי דין אלו רוככה מעט בפסק דין מאוחר שניתן בשנת 1992 - **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**, 505 U.S. 833 (1992) (מצ"ב, מסומן כ-19/ע) (להלן: **Casey**) שם טשטש בית המשפט את החלוקה לטרימסטרים שב- **Roe** וקבע כי המדינות רשאיות לקבוע הגבלות מסוימות על אופן מימושה של הזכות לעבור הפלה מראשית ההיריון, כל עוד הן אינן מטילות "נטל כבד מנשוא" על זכותה החוקתית של האישה. בכך אשרר פסק דין זה את זכותה החוקתית של אישה להפלה ואת הקביעה לפיה אל למדינות לקבוע איסורים על זכות זו בשלבים הראשונים של ההיריון.

132. כיום מרבית המדינות בארצות הברית (כ-36 מדינות) מטילות איסורים על הפלה רק מהנקודה בה נחשב העובר ל'בר קיימא' (בד"כ מאזור השבוע ה-24 להיריון). חלק מהמדינות (28 מדינות) מחייבות נשים המבקשות לעבור הפלה לקבל ייעוץ ומידע, וכן להמתין לפרק זמן של 24 שעות מרגע קבלת המידע ועד למועד ההפלה.

אנגליה

133. החוק הרלוונטי להפלות באנגליה הוא ה- **Abortion Act** שנחקק בשנת 1967. הרציונאל שהביא לחקיקת החוק היה כמות רבה של נשים שמתו באנגליה בשל הפלות לא חוקיות, וכן מצבם הקשה של ילדים שנולדו כתוצאה מהריונות לא רצויים. בנוסחו המקורי אישר החוק הפלות בלא התערבות המדינה עד השבוע ה-28.

134. בשנת 1990 החוק תוקן ע"י ה- **Human Fertilization and Embryology Act** שקבע כי הפלות אינן חוקיות לאחר השבוע ה-24, בסייג להפלות הדרושות לשמירה על חיי האישה או כשישנן עדויות לנזק משמעותי לעובר. האישור בשלב זה מתקבל ע"י שני רופאים המאשרים את התקיימות העילות.

קנדה

135. המשפט הקנדי היום אינו מטיל הגבלות על ביצוע הפלות. בעבר חוק העונשין הקנדי התיר ביצוע הפלות רק לאחר קבלת אישור מוועדות להפסקת הריון, כאשר ההגבלות על ביצוע ההפלות היו מחמירות. בפסק-דין [1988] 1 S.C.R. 30 R. v. Morgentaler (מצ"ב, מסומן ע/21) (להלן: Morgentaler) משנת 1988, ביטל בית המשפט העליון הקנדי את האיסור על ביצוע הפלות, בנימוק כי האיסור סותר את ס' 7 בצ'רטר הקנדי הקובע כי " Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". ההסדר ההפלות פגע בבטחון האישי, ולא תאם את עקרונות הצדק הבסיסיים ועל כן הוא אינו חוקתי (ראו פסק דינו של השופט Dikson). פסק-הדין השאיר את המשפט הקנדי בלי הגבלות על ביצוע הפלות.

136. שאלת מעמדו המשפטי של העובר התעוררה בפסק דין Tremblay v. Daigle משנת 1989, בית המשפט העליון הקנדי קבע כי לעובר אין מעמד משפטי כ"אדם" בחוק הקנדי.

גרמניה

137. החקיקה בנושא הפלות בגרמניה עברה גלגולים רבים, וההיסטוריה החקיקתית שלה רוויה שינויים. אחרי איחוד גרמניה בשנת 1990, חוקק חוק הפלות חדש בשנת 1992 החוק התיר ביצוע הפלות בשליש הראשון של ההיריון בכפוף ליעוץ חובה, ולאחריו תקופת המתנה של שלושה ימים לפני ביצוע ההפלה. כשנה לאחר חקיקת החוק הוגשה עתירה נגדו לבית המשפט לחוקה הפדראלי (1993) (88 BVerfGE 203) (מצ"ב, מסומן ע/22). בית המשפט קבע כי יש צורך בהגנה על חיי העובר מרגע ההתעברות, אולם הותיר את שיקול דעת בידי המחוקק בדבר אי ענישה בגין הפלות שבוצעו בשליש הראשון להריון. התנאי היחיד שנקבע בהקשר זה בפסק הדין הוא שאישה תקבל ייעוץ חובה שמסופק ע"י המדינה, שבין היתר מטרתו להרתיע אותה מביצוע ההפלה, ולגרום לה להפנים את חובתה המוסרית בהמשך ההריון.

138. חשוב לציין כי החלטתו זו של בית המשפט בשנת 1993, התבססה על נימוקים דומים לאלה עליהם התבסס פסק דין מוקדם יותר בנושא הפלות של בית המשפט החוקתי משנת 1975, בו נקבע כי יש לשמור על הזכות לחיים, הכוללת גם את החיים שטרם נולדו (1975) (39 BVerfGE 1) (מצ"ב, מסומן ע/23). עם זאת, המסקנה שנגזרה מכך הייתה כי לא ניתן להטיל איסור מוחלט על הפלות, וכי יש לאפשר לנשים בתנאים מסוימים לבצע הפלה. במילים אחרות, הוכרה זכותו של העובר לחיים ולמרות זאת גובש הסדר שהוא מרחיב יותר מההסדר הישראלי מבחינת היקף זכותה של האישה להפלה.

139. לבסוף בשנת 1995 נחקק חוק ההפלות הגרמני בנוסחו הנוכחי אשר מתיר הפלות במקרים בהם יש סכנה לחייה של האישה או לבריאותה, סכנה לחיי העובר או אם ההיריון הוא כתוצאה מעבירה פלילית. כתוצאה של פשרה פוליטית נקבע כי הפלות המתרחשות בשליש הראשון אינן חוקיות, אולם אינן ניתנות לענישה, כל עוד האישה עוברת ייעוץ באשר להפלה. בתנאי שהאישה תעבור ייעוץ חובה.

המשמעות הפרקטית של החוק היא כי בשליש הראשון להריון, האישה חופשייה לבצע הפלה בלא סייגים, מלבד הצורך לקבל ייעוץ מקדים.

140. מהסקירה ההשוואתית שלעיל עולה בבירור כי לולא היה ההסדר הנוכחי המעוגן בחוק העונשין מוגן תחת פסקת שמירת הדינים, ספק אם היה עומד בתקיפה חוקתית ישירה, שכן המדובר בהסדר פוגעני ובלתי מידתי. מרבית המדינות מאשרות הפלות באופן כמעט חופשי בשליש הראשון להיריון, השליש בו מצויה העותרת.

גם העובדה שחלק מן המדינות מטילות מגבלות כדוגמת ייעוץ חובה על אישה המבקשת להפיל בשלב זה אין בה כדי לשנות מסקנה זו, שכן, כעולה מחוזר מנכ"ל 64/90 (ראו "הנחיות בדבר מסירת מידע לאישה הפונה לוועדות להפסקת הריון וסדרי עבודתן של הוועדות" חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות (15.6.1990) (מצ"ב, מסומן ע/24) גם ההסדר הנוכחי מחייב את האישה לעבור ייעוץ בטרם היא רשאית לבצע הפלה. החוזר אף מדגיש כי העובדת הסוציאלית, עימה נועצת האישה: "תנסה לשכנע אותה לבחור בפתרון אלטרנטיבי."

מציאת התכלית סופית

141. בבואנו לגבש את התכלית הסופית של המונח "נזק נפשי" עלינו להניח זו בצד זו את התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית המונחות בבסיסו של הסדר ההפלות שבחוק העונשין.

142. כזכור, התכלית הסובייקטיבית באשר למשמעותו של הביטוי 'נזק נפשי' הושארה עמומה על ידי המחוקק במכוון. על אף התנגדויות של מספר חברי כנסת נבחר הביטוי 'נזק נפשי', המהווה ביטוי נטול גבולות ברורים, מתוך כוונה של הכנסת להשאיר את פירושו לשיקול דעת הוועדות ובתנאי המשפט. דו"ח ועדת ריפטיין וחוזר מנכ"ל שאימץ את מסקנותיו הגבילו באופן חסר סמכות שיקול דעת זה. באיתור התכלית הסובייקטיבית אין תימוכין לכך שעם ביטולה של העילה הסוציאלית ביטלה הכנסת כל אפשרות לכלול בסעיף זה נזק נפשי שמקורו בתנאיה הסוציאליים של האשה ההרה.

כאמור העותרת טוענת כי יש לפרש את העילה להפסקת הריון המועגנת בסעיף 316 (4) כחלה גם על מקרים של מצוקה ומתחים נפשיים הנגרמים כתוצאה ממצבה הסוציאלי של האשה.

143. התכלית האובייקטיבית, כפי שנבחנה להלן, גם היא תומכת במתן פרשנות מרחיבה, כאמור, למונח 'נזק נפשי' שבעילה הרביעית. כפי שהובהר בהרחבה לעיל.

144. באיזון שבין התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית, בדרך לגיבוש התכלית הסופית של המונח הנדון, עלינו לשאוף להרמוניה, היינו – לפירוש שיאפשר יישובן של שתי התכליות זו בצד זו:

"מטרתו של הפרשן התכליתי הינה ליישב בין החזקות השונות. הפרשן אינו מחפש ניגודים. הוא שואף לסינתזה. הוא מבקש להשיג אינטגרציה. הוא יעשה הכול כדי להקטין הניגודים. הוא יחפש את אותה תכלית סופית המתיישבת הן עם התכלית הסובייקטיבית והן עם התכלית האובייקטיבית [...]. אם שתי תכליות סובייקטיביות נוגדות זו את זו, הוא יבחר באותה תכלית סובייקטיבית העולה בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית." (ראו ברק, פרשנות תכליתית, עמ' 234).

145. במקרה דנן, על אף שניתן לאתר מספר תכליות סובייקטיביות שונות לעילה הרביעית, עלינו לבחור בזו המתיישבת עם התכלית האובייקטיבית של החוק. אין בלשון אמירה מפורשת המאיינת אפשרות להכרה במצוקה נפשית הנגזרת מתנאיה המשפחתיים והסוציאליים של האשה ההרה ככזו הנופלת במסגרת העילה האמורה.

גם בהנחה שיוכרע ע"י בית משפט זה כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק שוללת מתן פרשנות שכזו למונח 'נזק נפשי' אין הדבר סותר את הגולל על פרשנות שכזו.

146. משקל נוסף בגיבוש התכלית הסופית יש לתת לסוג הטקסט הדורש פרשנות: ככל שמעמדה של הנורמה עליון יותר, כך יפחת בהדרגה המשקל שניתן לכוונה הסובייקטיבית של היוצר שלה, ונעניק משקל משמעותי יותר לתכליתה האובייקטיבית של הנורמה וללשון האובייקטיבית של הטקסט. כאמור מרגע שענין המחוקק ביטוי מסויים בחוק, ללשון חיים עצמאים משלה המנותקים מכוונת המחוקק.

147. אין לחשוש מיציקת פרשנות חדשה למונח 'נזק נפשי'. כפי שנפסק בעבר ע"י בית המשפט:

"הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה. בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים. עם רקע זה נכון לומר, כפי שאמר רדברוך, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו... החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית..." (ראו ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נח(1) 12, 32 (1999)).

ובפרשה אחרת:

"אכן, לא פעם צריך המחוקק, תוך חיוך על שפתיו, לומר – כפי שהקדוש ברוך הוא אמר שעה שהקשיב לדין ולדברים שבין ר' אליעזר ר' יהושע וחבריו – "נצחוני בני, נצחוני בני" (ראה בבא מציעא, נט, עב[א]. ראה גם מ' אלון, המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (י"ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח) 215)". (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 765 (1993)).

148. וכבר הוכר בעבר הצורך להרחיב בפרשנות העילות המתירות הפסקת היריון, כצורך הנגזר מזכותה של האישה. בפסק הדין האנגלי R. v. Bourne [1938] 3 All ER 615 (מצ"ב, מסומן ע/25) קבע ביהמ"ש כי הביטוי סכנה לחיי האישה כולל גם סיכון לבריאותה הפיזית והנפשית, בפרשנות מרחיבה לעילה זו.

149. לפיכך - הפרשנות הראויה לינזק נפשי היא כזו הכוללת את המקרה של העותרת. חוות דעתו של הפסיכיאטר בעניינה קבעה כי: "גילוי העובדה שהיא בהריון הכניס אותה מצוקה נפשית קשה". אין ספק כי הלשון סובלת פרשנות המחילה את המקרה של העותרת תחת העילה הרביעית. אין גם ספק כי ראוי, לאור המהפכה החוקתית, לבחור בפרשנות המאפשרת לעותרת לממש את חירותה ואת האוטונומיה שלה על גופה והמקדמת את מעמדה השוויוני בחברה.

150. המסקנה הסופית היא אפוא כי אין ליצור הבחנה בין הגורמים לנזק נפשי המקים עילה מותרת להפסקת היריון במסגרת סעיף 316(4) לחוק העונשין ואין לצמצם את הביטוי נזק נפשי לנזקים נפשיים העולים לכדי שלושה סוגים של הפרעות פסיכיאטריות מוכרות. לא זו הייתה כוונת המחוקק. לא זו הפרשנות הראויה, לאור ערכי היסוד וזכויות האדם במשטרנו הדמוקרטי. במידת האפשר, יש לפרש חוקים באופן שיביא להרמוניה בינם לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקרה שלפנינו, פרשנות שכזו היא גם אפשרית וגם ראויה. על בית המשפט לאמצה.

זכות הטיעון של האב

151. טיעון העותרת בהקשר זה מורכב משני נדבכים. ראשית, תטען העותרת כי שגתה הועדה כאשר סברה כי יש לה שיקול דעת להעניק לאב זכות טיעון בפניה. בהקשר זה תטען העותרת כי לא בכדי אין אזכור לזכות הטיעון של האב בהסדר שבחוק. המדובר בהסדר שלילי. בנוסף, תטען העותרת,

ישנם שיקולים ראויים להימנע ממתן זכות כזו, גם בדרך של פרשנות מאוחרת. שנית, תטען העותרת הוא כי שגתה הוועדה כאשר מצאה לנכון לתת משקל להצהרות האב בפניה ובכלל זה לנכונותו לטפל בילדיו. העותרת תטען כי המדובר בשיקול זר לסמכות הוועדה. על כן, חרגה הוועדה מסמכותה. עובדה זו מובילה גם היא בהכרח לבטלות החלטתה.

152. הסדר ההפלות שבחוק העונשין שולל, על דרך השתיקה, את זכותו של האב להטלת וטו על החלטת הוועדה או כל זכות אחרת להתערב בדיון בפני הוועדה השופט שמגר מדגיש זאת בפס"ד **פלונית** :

"מנוסחו של החוק עולה אפוא, כי נכללה בו הוראה מפורשת בעניין מעמדה של האישה, ובו בזמן שהסכמתה המודעת אף נקבעה בו כתנאי מוקדם למתן האישור, אין בו, מאידך גיסא, התייחסות כלשהי למעמדו של האב, הסכמתו או שמיעת דעתו. במלים אחרות, לא רק שנעדרת הוראה בקשר למעמדו של האב, דבר אשר ממנו כשלעצמו ניתן היה להסיק מסקנה שלילית לצורך השאלה שלפנינו, אלא מן ההן, המפורש ככל שהדבר נוגע לאם, משתמע ביתר שאת הלאו בקשר לשאלה, אם הסכמת האב היא בגדר תנאי מוקדם למתן האישור. משמע, החוק שלנו אינו מקנה לבעל זכות וטו או זכות אחרת, מכוחה יוכל לדרוש הימנעות ממתן החלטה בקשר להפסקת היריון." (ראו פס"ד פלונית, עמ' 63).

153. לא זו אף זו, אלא שהמסקנה בדבר קיומו של הסדר שלילי מכוון של המחוקק באשר לזכות הטיעון של האב מתחזקת לאור עיון בדברי הכנסת בעת כינונו של ההסדר הנוכחי. אין מחלוקת כי שאלת זכות הטיעון של האב לא נעלמה מעיני המחוקק. דו"ח הוועדה לבדיקת האיסורים החלים על הפלות מלאכותיות (דו"ח גבאי) נגע בשאלה זו. האפשרות אף עלתה בעת הדיונים עצמם, על ידי מספר חברי כנסת. כך לדוגמא ציין חבר הכנסת פנחס שינמן :

"לסעיף 3: אני מציע להוסיף לשתי הפסקאות פיסקה נוספת, (3), שבה יהיה כתוב: "ניתנה מראש הסכמת בעלה להפסקת ההיריון." (ראו ד"כ 79, 1234 (התשלי"ז))."

154. דרישתו זו של ח"כ שינמן עלתה שנית בעת ההצבעה על החוק (ראו ד"כ 79, 1258 (התשלי"ז)), אולם גם אז נדחתה ולא נכנסה להסדר. וכך מציינת כבי' השופטת בן עתו בהקשר לכוונתו של המחוקק באשר להכללת זכות הטיעון לאב בהסדר ההפלות הנדון :

"לדעתי, הביע המחוקק דעתו בצורה ברורה וחד משמעית, שאין לאב מעמד בדיוני ועדת ההריונות, כאשר העניק מעמד מפורש לאם בלבד. אכן, לא תמיד ניתן ללמוד לאו מכלל הן בבואנו לפרש חוק. לפעמים מתחייבת מסקנה שונה על-פי כללי הצדק הטבעי, ובייחוד כך הדבר, כאשר מדובר במתן מעמד בהליך מסוים למי שזכותו עלולה להתקפח. אולם כאשר ברור, שהמחוקק במפורש לא התכוון להעניק מעמד לפלוני, או כאשר קיימים מצבים, שבהם מהותו של הנושא מחייבת צמצום כללי הצדק הטבעי והגבלתם גם בלא הוראה מפורשת וברורה בחוק - כי אז יפורש החוק באופן דווקני, ללא כל תוספת על הכתוב (ראה חוות-דעתו של השופט ברק בבג"צ 531/79, בעמ' 569 והאסמכתאות המובאות שם). בענייננו התקיימו שני התנאים, המכתיבים מתן פירוש דווקני ושמירת זכות המעמד לאם בלבד" (ראו פס"ד פלונית, עמ' 83).

155. בנקודה זו חשובה ההבחנה בין כוונת המחוקק באשר לעילה הרביעית לבין כוונתו כאן. יש להבחין בין מצבים בהם כוונת המחוקק ייתכן ומשתמעת מחקיקה מאוחרת (היינו – ביטול העילה הסוציאלית בחוק) לבין מצבים בהם כוונת המחוקק ברורה ואינה ניתנת לפרשנויות שונות.

156. כידוע, במצבים בהם ניתן לאתר שתי תכליות סובייקטיביות שונות לחוק, רצוי לבחור בזו המתיישבת עם התכלית האובייקטיבית של החוק. (ראו ברק, פרשנות תכליתית, בעמ' 234). עם

זאת, בסוגיית זכות הטיעון של האב לא ניתן לאתר תכלית סובייקטיבית לפיה התכוון המחוקק להעניק זכות שכזו. לפיכך, ובמצב בו ניתן לאתר אך תכלית סובייקטיבית אחת לחוק, יש להעדיפה על התכלית האובייקטיבית. (שם).

157. עמדה זו, לפיה לאבי העובר אין זכות טיעון בדיוני הוועדה, מצאה לה תימוכין גם בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 23/07, בו נאמר: **"כידוע- לבן הזוג (או אבי העובר) אין מעמד חוקי הוועדה להפסקת הריון ובקשר לדיון בה, ולא נדרשת הסכמתו להפסקת ההיריון.."** (ראו "ועדות להפסקת הריון בשלב החיות" **חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות** (19.12.2007) (מצ"ב, מסומן ע/26).

158. העותרת עקבית בעמדה כי לחוזרי המנכ"ל אין משקל של ממש בבואו של בית המשפט לפרש את החוק, אולם יש בה כדי להעיד על הבנתו של מנכ"ל משרד הבריאות את כוונתו של המחוקק בסוגיה זו, ולשאוב מהבנה זו בכל הנוגע לאיתור תכליתו הסובייקטיבית של המחוקק.

159. לאור האמור, עולה כי פרשנות חוקתית מחייבת לשלול מאבי העובר את זכות הטיעון. כל פרשנות שהיא, ולו המרחיבה ביותר, תלויה ביכולת להתאים לכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק. במקרה דנן, אין כל אפשרות למתוח את ההסדר בפרשנות מרחיבה באופן שיתמוך בזכות טיעון כזו, לאור כוונתה הברורה בהקשר זה של הכנסת.

שיקול דעת הוועדה באשר לזכות הטיעון של האב

160. בהקשר זה תוסיף העותרת ותטען כי שגתה הוועדה כאשר סברה כי היא רשאית להעניק לאב את זכות הטיעון, כנגזרת של שיקול הדעת המוקנה לה במסגרת החוק.

161. לוועדה להפסקת הריון אכן מסור שיקול דעת. שיקול דעת זה ניתן לה במסגרת החוק. כעולה מנוסחו של ס' 316(א): **"הוועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההיריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה..."**. המילה "רשאית" מעגנת את שיקול דעת הוועדה, אולם המשך הסעיף קובע את גבולותיו של שיקול דעת זה.

162. כעולה מהסעיף, שיקול דעת זה מתמצה בבחינת התקיימות העילות שבהסדר ההפלות במקרים המובאים בפניה. כשם שאין שיקול דעתה מקנה לה את האפשרות לאשר הפלות למקרים שאינם נופלים תחת העילות המפורטות בסעיף, אין שיקול דעת מקנה לה את הסמכות להתיר זכות טיעון לאב, מקום שהחוק נמנע מלהעניקה.

163. העותרת תוסיף ותטען כי גם כללי הצדק הטבעי אינם יכולים לשמש בסיס לזכות הטיעון של האב, והם אינם רלוונטים בהקשר הנדון מהטעמים שיפורטו להלן.

164. לטענת העותרת, שיקול הדעת הנתון לוועדה אינו נוגע להכרעה בדבר זכויותיו של האב. העותרת אינה חולקת על קיומה של זכות להורות לאבי העובר, אולם הוועדה לא מוסמכת לשיקול שיקולים הנוגעים לזכות זו.

ההכרעה בנוגע לזכויותיו של האב כבר התבצעה בחקיקה. תפקיד הוועדה מוגבל לבדיקה המקצועית של קיומה של אחת העילות הקבועות בהסדר ושיקול דעתה מוגבל אך ורק לפירוש עילות אלו. אף אחת מהן אינה נוגעת לאבי העובר.

165. זאת ועוד, זכות טיעון יש להעניק מקום שיש בה כדי להשפיע על תוצאתו של ההליך. העותרת תטען כי לא זהו המצב בכל הנוגע לדיון בוועדה להפסקת היריון.

166. תפקידה של הוועדה הוא מקצועי, וכך גם הרכבה. סמכותם של אנשי המקצוע המרכיבים את הוועדה ניתנה להם בשל יכולתם לאתר באופן הטוב ביותר את קיומן של העילות שבחוק במקרים הבאים לפנייהם. מקצועיותם מאפשרת להם להכריע בשאלות הנוגעות לנזק נפשי ולנזק בריאותי. גם הזכויות המרחפות מעל לעילות אלה, מקומן בוועדה קיים רק מקום בו הוא נוגע לפרשנות העילות.

167. במקרה דנן, הוועדה הייתה מוסמכת לשקול אך ורק אם הנזק הנפשי שנגרם לאישה כתוצאה מנסיבות ההיריון נכנס לגדר החרג הרביעי אם לאו. דבריו של האב בנוגע לתרומתו בגידול הילדים והקלה במצבה הנפשי של האישה אינם שיקולים רלוונטיים לסמכות הוועדה שכן אין בהם כדי לשנות כהוא זה את המסקנה באשר למצוקה הנפשית בה מצויה האישה כתוצאה מההיריון. בהקשר זה מציין פרופ' פנחס שיפמן, לאחר דיון בשאלת זכותו של האב כנגזרת מכללי הצדק הטבעי:

"אכן מבחינת הנסיבות העשויות להצדיק הפסקת הריון, ראה המחוקק כשיקול עיקרי את מצבה הגופני, החברתי והנפשי של האישה, נסיבות כניסתה להריון, ומצבו של הילד העתיד להיוולד. מבחינות אלו, יתכן שאמנם אין טעם בשמיעת טענותיו של הגבר בפני הוועדה." פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב' 214 (1984) (להלן: שיפמן) (מצ"ב, מסומן ע/27).

גם השופטת בן עתו מציינת בהקשר זה כי:

"לבסוף - איזו מטרה תשרת הופעת האב או הבעל במקרה של מחלוקת? אם אין כוונה להעניק לבעל זכות וטו - ואין להעלות על הדעה הענקת זכות כזאת שלא במצוות המחוקק - כבר ציטט השופט שמגר את דברי השופט Blackman, שאין כאן מקום לפשרות, וכשבני הזוג חלוקים בדעותיהם, אין מנוס אלא להכריע לצד אחד מהם. בהעדר זכות וטו של האב או הבעל מוכרחה ההכרעה ליפול לטובת דעתה של האישה, ומה הועלנו אפוא במתן מעמד לבעל?" (ראו פס"ד פלונית, עמ' 85).

168. בנוסף לאמור, תטען העותרת כי ישנם נימוקים מהותיים כבדי משקל המונעים אפשרות לאפשר זכות טיעון לאב בדיוני הוועדה.

169. מלבד הטיעון של השופטת בן עתו הנזכר לעיל בדבר היעדר התועלת במתן זכות הטיעון לאב, חשוב לזכור כי גם הבדלים משמעותיים בין האב לאם בכל הנוגע להשפעתה הפוטנציאלית של החלטת הוועדה עליהם, מובילים למסקנה לפיה לא ראוי לשלב את האב בדיוני הוועדה, מקום שהאישה אינה מסכימה לכך.

אין להתיר לגבר להתערב בזכות האישה על גופה

170. אכן, ההיריון הוא יצירה משותפת של האישה ושל הבעל, אולם תהליך ההיריון עצמו מתרחש בתוך גופה של האישה. במילים אחרות, האישה היא זו אשר נושאת בנטל הגופני הקשה שבהריון, האישה היא זו שעוברת שינויים פיזיים דרסטיים בזמן ההיריון ואחריו, והאישה היא זו שעוברת את תהליך הלידה כאשר זה כשלעצמו מלווה בכאבים עזים, וכמובן מטען נפשי כבד. כך ציין פרופ' שיפמן:

"החלטת האישה להפסיק את הריונה עלולה לפגוע בצפיותו של הגבר להיות אב, כלומר להולדת ילד שמקורו במטעו הגנטי של שניהם, ושיצירתו

הייתה, אולי, פרי החלטת המשותפת... עם זאת, שיקולים אלה אינם נותנים ביד הגבר, אפילו היה נשוי לאישה, זכות שווה לשלה בקבלת ההחלטה על הפסקת הריון. עדיפותה של האישה נובעת מן האינטרסים שלה בשליטה על גופה. אינטרסים אלה מקנים לה שיקול דעת מוחלט אם ליזום הפסקת הריון, אם לאו." (ראו שיפמן, בעמ' 213).

וכבר הביע בית המשפט העליון בשאלה זו בקובעו:

"זכויותיה על גופה הן בידיה, ואין האב יכול לכפות על האשה הפסקת הריון או הימנעות מהפסקת הריון". (ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמונית, פ"ד מח(3) 844, 837 (1994)).

עמדה זו אף גובתה במספר פסקי דין:

"בשלב ההיריון מעמדו המשפטי של האב העתידי - בכל הנוגע לעובר - שונה ממעמד האם. אישה זכאית - בתנאים מסוימים - להפסיק את ההיריון. האב העתידי, אפילו היה נשוי לאישה, אינו רשאי למנוע מן האישה להפסיק את הריונה, כשם שאינו רשאי לדרוש ממנה להפיל, אם היא מבקשת לשמור על ההיריון." (ראה בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 217 (2005)).

171. לטענת העותרת, הנטל הפיזי והנפשי, הנדרש מאישה בכל הריון, קל וחומר הריון לא רצוי הוא משמעותי ביותר. במצב דברים זה עת שבאים לדון אם לאפשר לאשה הפסקת הריון או לכפות עליה את המשכו ברור שאין מקום לזכות הטיעון של האב שהרי לא בגופו שלו מדובר. ודוק, מקום שהגבר והאישה תמימי דעים באשר לרצונם בסיום ההיריון, ממילא אין צורך בעמדתו הנוספת של האב בפני הוועדה. הצורך מתעורר שעה שהגבר מבקש לחתור תחת רצונה של האישה על גופה.

172. בהקשר זה צוין נולן (Nolan) כי במצב בו אישה מחויבת להמשיך בהיריון לא רצוי, היא הופכת לעבד של הריונה זה. הפגיעה הרגשית של גברים בהקשר זה אינה שקולה לאיבוד החירות הגופנית של האשה. הוא מוסיף כי חשוב לסתור את ההנחה לפיה גברים מסכנים את אותם הדברים כמו נשים בשאלות של המשך ההיריון וביצוע הפלה. הכנסת גורמים נוספים, כמו הגבר, למשוואה של הפסקת ההיריון עלולה להוות, לדעתו, גורם הרסני עבור האישה. (ראו David Nolan, *Abortion: Should Men Have a Say?* in ABORTION LAW AND POLITICS TODAY 216 (Ellie Lee ed., 1998) (מצ"ב, מסומן ע/28). וכך אף צוין בפרשת Casey ע"י השופטת אוקונור (O'Connor):

"It is an inescapable biological fact that state regulation with respect to the child a woman is carrying will have a far greater impact on the mother's liberty than on the father's. The effect of state regulation on a woman's protected liberty is doubly deserving of scrutiny in such a case, as the State has touched not only upon the private sphere of the family but upon the very bodily integrity of the pregnant woman. Cf. *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U. S., at 281. The Court has held that "when the wife and the husband disagree on this decision, the view of only one of the two married partners can prevail. Inasmuch as it is the woman who physically bears the child and who is the more directly and immediately affected by the pregnancy, as between the two, the balance weighs in her favor."[p 895].

173. עם כל הכבוד לזכותו של האב להורות, האם אינה כלי קיבול למימושה של זכות זו. כאשר מימושה של הזכות כרוך, באופן אינהרנטי, בפגיעה כה משמעותית בזכותו של אדם על גופו, בהכפפתו של

אדם אחד לשם מימוש רצונו של אדם אחר, אין לאפשרה. משכך, גם אין מקום לטיעונים בדבר זכות זו בהקשר הנדון.

החשש מהתערבות מקדימה של האב בשאלת הפנייה לוועדה

174. טענה נוספת שראוי שתישמע נוגעת להשפעה שעשויה להיות להיוועצות עם הבעל ושיתופו בהליך, על האישה, בבואה לפנות לוועדה מלכתחילה. בירנהק, במאמרו על הזכות לפרטיות מציין כי לא אחת, הצורך לשתף אחרים בהחלטות, מעשים ופעולות שלנו, משפיע באופן ישיר על מעשים אלו:

"כאשר מישהו או משהו מתערבים בחיינו... אנו מרגישים לא בנוח, אנחנו מרגישים חשופים, אנחנו מתנהגים בדרך שונה מהרגיל, ומשנים את התנהגותנו" (ראו בירנהק, עמ' 61).

בהתבסס על עמדה זו תטען העותרת כי הדרישה מהאישה לערב את בעלה בהחלטה הראשונית להפסיק את הריונה יכול שתהא לה השפעה מכריעה על היכולת לממש זכות זו באופן ממשי. לא בכדי הוגדרה חובת יידוע הבעל כהטלת 'נטל כבד מנשוא' על זכותה החוקתית של האישה בפרשת *Casey*. חשש זה מובע שם באופן מפורש:

"Whether the prospect of notification itself deters such women from seeking abortions, or whether the husband, through physical force or psychological pressure or economic coercion, prevents his wife from obtaining an abortion until it is too late, the notice requirement will often be tantamount to the veto found unconstitutional in *Danforth*. The women most affected by this law--those who most reasonably fear the consequences of notifying their husbands that they are pregnant--are in the gravest danger."[p 897].

נגישות ההליך ופשטותו

175. שיקול נוסף שלטענת העותרת מהווה נימוק כבד משקל בהחלטה להימנע מלפתוח את שאלת אישור הפסקת ההיריון לשיקולים הקשורים לאינטרסים של האב הוא שיקול הצורך במיידיות ההחלטה ובנוחות היחסית בה היא מתקבלת.

176. המבחן שנקבע בפס"ד *Casey* – מבחן ה'נטל הכבד מנשוא' קיפל בתוכו את ההכרה בכך שסרבול ההליך יתר על המידה יכול לסכל את ההסדר כולו ולאיים את זכותן של נשים לעבור הפלה דה פקטו. וכך נאמר בפרשת *פלונית*:

"אם נשים, המבקשות לבצע הפלה, תיתקלנה במכשולים בלתי נסבלים, ותיאלצנה ליטול חלק בהליכים משפטיים מתישים - תבחרנה רבות מהן לעקוף את ועדות ההריונות, וכך תסוכל מטרת החוק. כל זה מביא אותי למסקנות, הנובעות ממטרת החוק, כפי שהיא נראית בעיניי" (ראו פס"ד *פלונית*, עמ' 86).

177. מתן זכות טיעון לאב יש בה כדי לסרב ולעכב את ההליכים. תיאום פגישות עם אדם נוסף, מתן הזמן הדרוש לו על מנת לגבש זכות טיעון מהותית והספקת המסמכים הנדרשים מראש – כל אלו הליכים שדרוש להם זמן. השופטת בן עתו בפרשת *פלונית* עמדה על התפקיד המשמעותי שמשחק הזמן בהקשר החלטת הוועדה:

"הואיל ויש חשיבות מרבית לכך, שהפלה שאושרה תבוצע בשלב מוקדם ככל האפשר של ההיריון, אין ערעור על החלטת הוועדה להעניק אישור, ומשהוענק האישור, הוא סופי ומשמש אסמכתא לביצוע הפלה." (ראו פס"ד *פלונית*, עמ' 86).

178. בהקשר ההפלות לזמן תפקיד משמעותי ביותר. כידוע, ככל שההפלה בוצעה בשלבים מוקדמים של ההיריון, כך פוחתים הסיכונים וסיכויים לסיבוכים. בנוסף, ככל שההיריון בשלב מתקדם יותר, עולה שהסיכוי לאישור ההפלה פוחת, על אף היעדר התייחסות לכך בהסדר עצמו. (ראו רפאל כהן-אלמגור ויהודה שניר "גורמים המשפיעים על קבלת ההחלטות של ועדות העל להפסקות הריון" הרפואה 138(12), 1009 (2000) (מצ"ב, מסומן ע/29)).

179. בפסק דין Doe v. Bolton נדון שיקול הזמן בהקשר הדרישה לאישור ההפלה על ידי שני רופאים מורשים. טענת המערערים נסובה סביב הזמן שייקח להשיג אישור כפול. טענה זו התקבלה. ביהמ"ש קבע כי הסיכון בהפלה עולה ככל שהזמן עובר, וביטל את הדרישה החוקית לאישור שכזה.

פסיקה משווה

180. שלילת זכות הטיעון מהאב בהקשר של הפסקת הריון מקובלת במדינות נוספות בעולם.

181. בארה"ב המקרה המכונן ביחס לזכותו של האב הוא: Planned Parenthood v. Danforth 428 U.S. 52 (1976) (מצ"ב, מסומן ע/30) בו נתקפו חוקי ההפלות במדינת מיזורי. בית המשפט העליון של מדינת מיזורי ביטל בין השאר את הדרישה בחוק להסכמת הבעל להפסקת ההיריון, בקביעה שאין להתיר זכות וטו לאב:

"[the state cannot] delegate to a spouse a veto power which the [S]tate itself is absolutely and totally prohibited from exercising during the first trimester of pregnancy." [p 69].

ובהמשך, בפרשת Casey, כפי שכבר פורט לעיל, נפסק כי דרישת ההודעה לבעל יש בה כדי להוות לעיתים זכות וטו, ולכן אין להתירה.

182. גם באנגליה נפסק כי אין להעניק בהקשר זה זכות טיעון לאב. הסוגיה נדונה בפסק דין Paton v. Trustees of BPAS [1978] 2 All ER 987 (מצ"ב, מסומן ע/31) בפרשה זו נדחה אב שביקש למנוע מגרושתו לבצע הפסקת הריון בטענה שאין לו מעמד בשאלה הזו. אותו האב אף פנה לאחר שנדחה ע"י בית המשפט באנגליה לבית המשפט האירופאי לזכויות אדם (ראו Paton v. United Kingdom 3 EHRR 408 1980) שם נדחתה בקשתו מאותו הנימוק.

183. בקנדה נדון העניין בפרשת Tremblay v. Daigle שם הכריע בית המשפט כי כיוון שאין לאב זכות להגן על צאצאיו הפוטנציאליים, כך גם אין לו זכות להגן על העובר, ולכן אין לו מעמד בהחלטה על הפסקת ההיריון של האישה.

184. מכל האמור עולה בבירור כי שגתה הוועדה בעת שנתנה משקל לטיעונו של האב בהחלטתה. לאבי העובר אין זכות טיעון בפני הוועדה. כך קבע המחוקק בעת שניסח את הסדר ההפלות. כך גם ראוי לנוכח טיעונים כבדי משקל הניצבים למול זכותו זו.

185. לאור האמור לעיל מבקשת העותרת מבית המשפט לקבוע כי חרגה הוועדה מסמכותה כאשר העניקה לאב זכות טיעון בפניה וכאשר מצאה לנכון לשקול בגדר שיקול דעתה שיקולים שאינם מתחייבים מלשונו ברורה והמפורשת של החוק בנוגע לעילות להפסקת הריון.

סיכומם של דברים העותרת מבקשת מבית המשפט לקבל את העתירה, לבטל את החלטת הוועדה, ולהורות לוועדה להפסקת הריון להעניק לאישה אישור להפסקת הריונה מכוח סעיף 316(4) לבחוק העונשין.

חנאן ח'ורשיד

ליהי יונה

באות כוחה של המערערת