

בפני כבוד השופטים:

דליה דורנר, רון גזית, אלון הראל

בעניין העותרת: **רבקה כהן**

ע"י ב"כ ליהי יונה

מאוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים

וע"י ב"כ חנאן חירשיד

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

תשובת העותרת לכתב התגובה מטעם המשיבים

בהמשך לכתב הטענות מטעם המשיבים, מתכבדת העותרת להמציא כתב תגובה מטעמה. להלן עמדת העותרת לסוגיות המרכזיות שבמחלוקת, כעולה מכתב טענות המשיבים.

כוונת המחוקק

1. באשר לטענת המשיבים לפיה המחוקק "אמר את דברו בקול רם וברור" (ראו תחילת פרק 4 לתגובת המשיבים לעתירה (להלן: "התגובה"). ראשית, לטענת העותרת, עמדתו של המחוקק אכן נישאת באופן ברור, באשר להיעדר המכוון של הגדרה למהותו של הנזק הנפשי המקיים את העילה הרביעית ולגורמים לו. המחוקק לא תחס באופן מפורש בחוק, וגם לא התכוון לתחום (כעולה מדברי הכנסת) את המושג 'נזק נפשי'. משכך, ברור כי כוונתו של המחוקק הינה החלתה של העילה הרביעית על אישה המצויה ב"מצוקה נפשית קשה" עפ"י אבחון פסיכיאטר.

שנית, גם אם נקבל טענה לכאורית זו, דבריו של המחוקק נאמרו לפני למעלה משלושים שנה. החברה הישראלית השתנתה מאז, המשפט אמור להתפתח יחד עימה, ולא למנוע את התפתחותה.

על המכשול שמהווה פסקת שמירת הדינים להתפתחות זו, מתגבר בית המשפט ע"י פרשנות מרחיבה, אימת שהחוק המוגן תחתיה פוגע בזכויות אדם חוקתיות.

על כן, ראוי לדעתנו במקרה הצורך לפרש מחדש את המונח "נזק נפשי" לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בכך שיחול גם על נזק נפשי הנגרם מנסיבות סוציאליות, כאשר חוות דעת מומחה קובעת קשר סיבתי בין השניים.

2. בהמשך טוענים המשיבים כי המחוקק התחשב בזכויותיה של האישה בעת חקיקת החוק – המהווה את האיזון הראוי בין הזכויות הרלוונטיות השונות (ראו פסקה 6.1 לתגובה). העותרת חולקת על קביעה זו. בעת חקיקת החוק אומנם זכויותיה של האישה לא נעלמו מעיני המחוקק, אולם אין ספק כי הן לא קיבלו את המשקל הראוי להן. המעמד החוקתי של כבוד האדם וזכותו על גופו היה שונה. מעיון בדו"ח ועדת גבאי עולה כי שאלת זכותו של האדם לאוטונומיה כלל לא הייתה הנחה מוסכמת, כי אם שאלה שיש לגביה מחלוקת:

**"האם לאדם ריבונות בתחומו?
התביעה למען גישה ליברלית בנויה על הנחה מרכזית שלאדם זכות מוסרית,
וכן ראוי שתהיה לו זכות משפטית, לשלטון מוחלט בתוך ארבע אמותיו.
לעומתה, ההשקפה הדתית בכלל והיהודית בפרט, שוללות את עצם המושג
של שלטון אנושי מוחלט. שפת עולם זו אינה מכירה בריבונות היחיד בתחומו;
מנקודת ראות זו כל עולמו של האדם הינו פקדון." (ראה דו"ח ועדת גבאי,
חלק ג' (4/ע) [ההדגשה הוספה].**

3. בנוסף, וכפי שאף פורט בעתירה, מתן משקל משמעותי לשיקולים כדוגמת השיקול הדמוגרפי, שהיום אינו מוכר עוד כשיקול לגיטימי לפגיעה בזכויות אדם, מעידים על כך שלו ההסדר היה מעוגן בחוק כיום, סביר יותר להניח כי האיזון שהיה קובע היה שונה.

4. טענת המשיבים לפיה המחוקק התכוון, בעת ביטולה של העילה הסוציאלית להוציא גם מקרים קשים כדוגמת המקרה של העותרת מתחולת הסדר ההפלות (ראו פסקה 4.3 לתגובה) אין לה תימוכין בלשון החוק או בהסטוריה החקיקתית שלו. כוונתו של המחוקק אכן הייתה להוציא מקרים קשים של עוני, אולם לא מקרים של עוני המוביל למצוקה נפשית.

תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בציטוט שמביאים המשיבים עצמם בפסקה 4.4 בתגובתם, של חברת הכנסת גרוסמן:

"חברי הכנסת, אם האישה בריאה בנפשה אבל בעלה הוא חולה נפש או מסומם או שיכור ולא מתפקד או שהוא עזב אותה, השאיר אותה לבד עם הילדים... מעתה היא לא תוכל לפנות לוועדה..." (ד"כ 87, 1131 (התש"ס))
[ההדגשה הוספה].

מציטוט זה ברור שהכנסת התכוונה להוציא מתחולת החוק את אותם המקרים הקשים, בהם האישה בריאה בנפשה. בכך לא התכוונה הכנסת להשפיע על אותם המקרים בהם הקשיים בהם מצויה האישה גורמים לה למצוקה נפשית קשה, כמו במקרה דנן.

5. עוד טוענים המשיבים כי קבלת העתירה תהווה מדרון חלקלק, כיוון שפריצת גבולות העילה הרביעית בנוגע לטיב הנזק הנפשי והגורמים לו, תאפשר לכל אישה במצוקה לבקש הפלה (ראו פסקה 5.72).

לטענת העותרת, אין המדובר כאן כלל בפריצת גבולות הסעיף המקורי.

בקשת העותרת אינה להחיל את העילה הרביעית על 'כל אישה במצוקה' אלא על כל אישה במצוקה נפשית תמורה, שהוכרה ע"י פסיכיאטר וקשורה בקשר סיבתי להיריון. הגבולות לא נפרצו, והם למעשה ברורים וחדים. בכך מתאינת כל סכנה למדרון חלקלק ממנו חוששים המשיבים.

שיקול דעת הוועדה

6. המשיבים סומכים את טענותיהם על חשיבות שיקול דעת הוועדה. וכך הם מציינים בפסקה 3.15 לתגובתם:

"...ההסמכות לאשר הפסקת היריון במדינת ישראל, מסורה בחוק לוועדה להפסקת היריון.

כדברי כבוד השופטת בן עתו:

'בסיכום אומר שוועדת ההריונות היא פוסק אחרון ובלעדי בענייני הפסקת היריון, המחוקק סמך עליה, שתשיג את המידע הדרוש לה בדרך שתמצא לנכון ותשקול החלטותיה בזהירות המירבית'

העותרת מסכימה לקביעה זו. לטענתה, לו שיקול דעתה של הוועדה לא היה מוגבל שלא כדין ע"י חוזר המנכ"ל משנת 93 (ע/2) ודו"ח וועדת ריפטין (ע/1), ניתן להניח כי היא הייתה מכריעה אחרת משהכריעה.

7. כאמור, כפי שמתברר מדוח"ח ריפטין בתקופה שלפני חוזר המנכ"ל שהגביל את שיקול דעת הוועדות, פירשו הוועדות להפסקת היריון את העילה הרביעית כראוי. כך, הכירו הוועדות לא אחת במצבים בהם מצוקה סוציאלית יש בה כדי להביא למצוקה נפשית ככאלה הנכנסים בגדר העילה הרביעית. וועדת ריפטין סיווגה מקרים אלו כמקרים "בעייתיים".

8. העותרת טוענת כי וועדת ריפטין פירשה את משמעותה של העילה הרביעית באופן מוטעה. מדובר בוועדה מקצועית, לא משפטית, שמונתה ע"י ראש הממשלה. הרכב הוועדה כלל נציגים של משרד הבריאות ורב ששימש כנציג ציבור (ראו דו"ח ועדת ריפטין). הרכב הוועדה לא כלל אף לא נציג אחד שמלאכתו היא מלאכת האיזון בין זכויות ופרשנות החוק, במיוחד לאור המהפכה החוקתית. לפיכך, אין לראות בפרשנות שהעניקה הוועדה לסעיף הרביעי כמחייבת.

9. דווקא הוועדות להפסקת היריון, להן היה מסור שיקול הדעת מלכתחילה, פירשו במקור באופן הראוי את הסעיף הרביעי. טוב היה לוועדה לו הייתה מותירה את שיקול הדעת של הוועדות על כנו. זו הייתה כוונת המחוקק. כך טוענים גם המשיבים.

10. לאור האמור, טענת המשיבים, לפיה יש להותיר את שיקול הדעת לוועדות, עקבית עם טענתה של העותרת, לפיה הפרשנות הראויה לעילה הרביעית היא כזו הכוללת את המקרה דנן. נתוני דו"ח וועדת ריפטין מראים כי זו הדרך בה בחרו הוועדות מלכתחילה לפרש סעיף זה. זו הדרך בה הייתה מפרשת הוועדה את הסעיף לולא שיקול דעתה היה מוגבל. בהקשר זה חשוב לזכור כי המשיבה 1 (הוועדה להפסקת היריון) ציינה במפורש בהחלטתה בעניינה של העותרת כי מה שהוביל לדחיית בקשתה של העותרת להפסקת היריון היה בין היתר דו"ח המנכ"ל שלא אפשר לה להפעיל את שיקול דעתה באופן מלא:

"בהתאם ללשון החוק ולהנחיות משרד הבריאות שוב אין הוועדה רשאית לאשר הפסקת היריון במקרים כאלה."

11. העותרת דוחה את טענת המשיבים באשר למעמדו של חוזר המנכ"ל. חוזר המנכ"ל הרלבנטי (ע/2) אינו 'מבהיר' את הדין, כפי שטוענים המשיבים (ראו פסקה 5.17 לתגובה) אלא מצמצם את תחולתו של הדין באופן משמעותי. הפירוש שנותן החוזר לעילה הרביעית שבהסדר אינו מעוגן בדין, ואינו סביר. שונה הדבר לו היה קובע החוק כי יש צורך במחלה נפשית לצורך אישור הפלה לשם העילה הרביעית, ומותר לחקיקת משנה את סוגי המחלות. לא כך נעשה.

12. בהקשר זה ראוי לציין שהישענותם הרבה של המשיבים על חוזרי המנכ"ל תקפותם וצדקתם (פסקאות 5.6-5.19 לתגובה) מתמיהה אינה עקבית, שכן אלו בחרו להתעלם מהעובדה שאחד מאותם חוזרים (חוזר מנכ"ל 23/07) קבע במפורש כי לאבי העובר אין זכות טיעון בפני הוועדה. על אף שהעותרת לא ביקשה לתת משקל רב יתר על המידה לחוזר מנכ"ל זה, עולה שאלה בנוגע למעמדו של חוזר מנכ"ל הזה לדידם של המשיבים.

13. מלבד הנחת העותרת, לפיה לו שיקול דעתה של הוועדה לא היה מוגבל, הייתה זו פוסקת לטובתה, תטען העותרת כי בכל מקרה, שיקול דעת הוועדה, בדומה לכל שיקול דעת מנהלי, כפוף לכללי הסבירות, ונתון לביקורת שיפוטית. לפיכך, ולאור המהפכה החוקתית וקביעות בית משפט זה באשר לצורך בפרשנות מרחיבה של סעיפי חוק באופן שיתאימו לחוקי היסוד, ביהמ"ש רשאי לבקר את הוועדה על שפירשה את סעיפי החוק באופן שמנע מהעותרת להפסיק את הריונה.

לשון החוק

14. בכל הנוגע ללשון החוק, נחלקו הצדדים באשר לשני ביטויים – "המשך ההיריון" ו"נזק נפשי". עמדת העותרת הינה כי פרשנותה לשני ביטויים אלו תואמת הן את כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, וכן מהווה את הפרשנות הראויה לביטויים אלו. העותרת טוען שגם אם ניתן למצוא מספר פרשנויות לביטויים אלו, יש לבחור בפרשנות המתיישבת עם חוקי היסוד, לאור המהפכה החוקתית והצורך בפרשנות חוקתית, כל עוד פרשנות זו מוצאת עיגון לשוני.

15. אין ספק לדעת העותרת כי ניתן למצוא עיגון לשוני לפרשנותה של העותרת, וכי אין המדובר במתיחת גבולות הלשון מעבר לכוח הסבל שלה. (ראו ברק, פרשנות תכליתית, בעמ' 147).

חומרת הנזק:

16. המשיבים טוענים כי "המחוקק דורש נזק נפשי, ואינו מסתפק בקושי נפשי" (ראו פסקה 4.5 לתגובה) העותרת טוענת כי הפרדה זו הינה מלאכותית.

17. חוות הדעת הפסיכיאטרית קובעת במפורש כי "מדובר באשה מרקע סוציו אקונומי קשה ביותר שגילוי העובדה שהיא בהריון הכניס אותה להתקף חרדה ומצוקה נפשית קשה". מצב של מצוקה נפשית קשה הוא מצב שיוצר נזק נפשי. שאלת היחס שבין נזק, קושי ומצוקה היא שאלה סמנטית. ההכרעה בשאלה זו תלויה בפרשנות הראויה לסעיף.

18. לטענת העותרת, אין ספק כי לשון הסעיף, הקובעת 'נזק נפשי' סובלת פרשנות לפיה מצוקה נפשית קשה שקולה לנזק נפשי.

19. באשר למסקנות העותרת בדבר כוונתו של המחוקק להותיר את המונח עמום ונתון לשיקול דעת הוועדות ולאור סימני השאלה שהעלו המשיבים בהקשר זה (פסקאות 4.6-4.8 לתגובה), מבקשת העותרת להבהיר את עמדתה בסוגייה. דבריה של חברת הכנסת גאולה כהן בדיון בקריאה ראשונה בחוק האירו את עובדת היות המונח 'נזק נפשי חמור' מושג עמום, שיכול לכלול תחתיו מקרים רבים. מכך ניתן להסיק כי המחוקק היה מודע לעובדה זו בעת הדיונים וההצבעה על נוסחו של החוק.

20. לא זו אף זו, לא רק שבחר המחוקק להותיר את המונח על כנו, הוא אף הסיר מנוסחו הסופי של החוק את המונח 'חמור'. בכך ביקש המחוקק להוריד את הרף של הנזק הנפשי גם למקרים שאינם 'חמורים' והרחיב את תחולת הסעיף.

21. לאור העובדה שהמחוקק לא הגדיר במפורש מהו 'נזק נפשי', ולאור הטעמים הרבים, שפורטו בעתירה, התומכים במתן פרשנות המצמצמת את תחולת איסור ההפלות, פרשנותה של העותרת לסעיף היא הפרשנות הראויה.

22. בהמשך ביקשו המשיבים להשוות את פרשנות המונח 'נזק נפשי' לפרשנותו בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים ע"י הפסיקה (פסקאות 4.17-4.18 לתגובה). בהקשר זה מבקשת העותרת לטעון שתי טענות.

ראשית, אין מקום להשוואה בין החוקים השונים. השוני בפרשנות נובע מהשוני בתכלית החוקים השונים. בעוד שמטרת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים נועד להעניק פיצוי, לאחר התרחשות הנזק, ובכך להחזיר את המצב לקדמותו, בהסדר ההפלות ניצבת על הכף האפשרות להמשכו של מצב המצוקה הנפשית. המדובר בכפייה של היריון לא רצוי על האישה, פגיעה שכזו שונה ממניעת פיצויים מאדם על אף נזק נפשי שנגרם לו. הבדל זה בין היתר מצריך פרשנות שונה לסעיפים אלו. שנית, בצמצמו את תחולת הנזק הנפשי, ביקש השופט שמגר לחסום תביעות בגין נזקים קלים ביותר, כדבריו:

"פגיעות נפשיות קלות ערך הן עניין של יום ביומו במציאות חיינו, ועל האדם להתגבר עליהן בכוחות עצמו. פגיעות אלה, כגון צער, כאב וכעס הן, מטבע הדברים, זמניות וחולפות מאליהן, ואף אם אינן חולפות אינן צריכות לזכות בפיצויים" (ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבו המנוח דהאן, פ"ד מד(3) 396, 436 (1990)).

התופעות לגביהן מבקש השופט שמגר לחסום את תחולת הדין הן תופעות של 'צער, כאב וכעס'. אולם העותרת מצויה במצוקה נפשית קשה, המוכרת ע"י פסיכיאטר שמונה מטעם הוועדה. לטענת העותרת, מדובר במצב שונה לחלוטין, ולא באי נעימות חולפת, כפי שאף המשיבים מבקשים להציגה.

23. כדי לבסס את טענתם בנוגע לפרשנותם לנזק הנפשי, טוענים המשיבים כי אין היגיון בפרשנות העותרת, שכן:

"הסעיף הסוציאלי' התיר לאישה הפלה בגין אותם תנאים סוציאליים, לכן מי היא אותה אישה אשר תקשה על עצמה ותחמיר את נטל ההוכחה ותבקש להוכיח את הנזקים הנפשיים בגין אותם תנאים סוציאליים?" (ראו פסקה 3.13 לתגובה).

טענה זו של המשיבים יוצאת מנקודת ההנחה שכל מצוקה כלכלית חמורה יוצרת נזק נפשי, וכל נזק נפשי הנגרם כתוצאה ממצוקה כלכלית הוא תוצר של מצוקה כלכלית חמורה.

24. העילה הרביעית ביקשה להעניק היתר הפלה לנשים המצויות במצוקה נפשית. ייתכן בהחלט כי נשים הגיעו בעבר למצוקה נפשית בשל מצבן הכלכלי שנפלה בתחומה של העילה הרביעית, אולם מצבן הכלכלי לא היה עומד בדרישת העילה החמישית ל: "נזק חמור" על רקע סוציאלי.

25. בהקשר זה יש לציין כי בעוד המחוקק בחר להשמיט את המונח 'חמור' בכל הנוגע לנזק הנפשי שבעילה הרביעית (ראו פסקה 30 לעתירה), מונח זה היה חלק מהעילה הסוציאלית:

"...מחמת שהמשך ההיריון עלול לגרום לנזק חמור לאישה או לילדיה מחמת תנאיה המשפחתיים או החברתיים הקשים של האישה ושל סביבתה."
[ההדגשה הוספה].

26. לטענת העותרת, בהחלט ייתכן כי ישנן נשים שמצוקה סוציאלית שאינה 'חמורה' גורמת להם לנזקים נפשיים הנופלים בגדרה של העילה הרביעית. נשים אלו, פנו בעבר לוועדה בגין מצוקתן הנפשית, ולא בגין מצוקתן הסוציאלית.

27. לפיכך, פרשנות העותרת באשר לחלוקת הסעיפים נותרת בעינה. הסעיף הסוציאלי ביקש לחול על מצבים של קשיים חברתיים או משפחתיים הגורמים לאישה נזק חמור, ואילו הסעיף הנפשי חל על אותם מצבים בהם חווה האישה נזק נפשי, יהא מקורו אשר יהא. ובכל מקרה, אין העותרת טוענת כי המחוקק התמקד באופן ספציפי במקרים סוציאליים שמגיעים כדי נזק נפשי בקובעו את העילה הנפשית. הטענה היא כי המחוקק בחר שלא להגביל את הגורמים לנזק נפשי במסגרת עילה זו כלל.

28. עובדה זו מהווה תשובה גם לטענות המשיבים שבפסקה 4.13 לתגובתם, לפיהן דו"ח ועדת גבאי יוצר הפרדה ברורה בין העילות השונות ואינו מתייחס למפורש לנזקים פסיכו-סוציאליים.

29. יובהר, העותרת לא טוענת כי הסעיף הסוציאלי ברוך בסעיף הנפשי, אלא שגורם סוציאלי למצוקה נפשית, ככל גורם אחר, מהווה גורם לגיטימי לגיבוש העילה. כך, יכולה אישה לפנות לוועדות להפסקת היריון בבקשה להפסקת היריון עקב נזק נפשי שנגרם לה מכל סיבה שהיא, כל עוד מוכחת מצוקה נפשית קשה, וכל עוד המצוקה הזו נגרמה לה בשל ההיריון ולא בשל סיבות אחרות.

"המשך ההיריון"

30. המשיבים טוענים כי הדרך הנכונה לפרש את העילה הרביעית היא כזו לפיה הנזק הנפשי הוא "תוצר ישיר" של ההיריון. המשיבים סומכים טענתם זו על הביטוי 'המשך ההיריון' כמעגן דרישה לקשר ישיר בינו ובין הנזק הנפשי. (ראו פסקה 4.3 לתגובה).

31. העותרת טוענת כי המחוקק התכוון במונח זה לכל הקשיים שההיריון עלול להנביע, ולא רק לקשיים הנגרמים כתוצאה ישירה של ההיריון והשפעותיו ההורמונאליות.

32. אין מחלוקת באשר למקורה של המצוקה הנפשית הקשה בה מצויה העותרת. מצוקותיה הנפשיות החלו עם ההיריון, ובגלל ההיריון, שעורר את החשש מהקשיים הסוציאליים שבכלכלת הילד הנוסף. אין חולק כי אלמלא ההיריון, לא הייתה נכנסת האישה למצוקה הנפשית הקשה בה היא מצויה. לפיכך, טוענת העותרת, ברור לחלוטין קיומו של קשר סיבתי בין הנזק לבין ההיריון.

33. ניסיונם של המשיבים להשוות בין מצבה של העותרת לבין מצבה של אישה ששברה את רגלה, בלא קשר להיריון, ופונה בבקשה להפסקת היריון בשל נזק גופני נועד להעלות חרס. בעוד שבדוגמת המשיבים, אלמלא ההיריון הייתה האישה שוברת את רגלה וחווה את הנזק שמשבירתה, לולא ההיריון לא הייתה מגיעה האישה למצוקה הנפשית הקשה אליה הגיעה. ההשוואה בין דוגמה זו של המשיבים לבין המצב דן דווקא מסייעת להמחיש את הקשר הסיבתי שבין הנזק לבין ההיריון. מצוקתה הנפשית הקשה של העותרת נגרמה לה, כפי שקבע הפסיכיאטר בחוות דעתו:

"מדובר באשה מרקע סוציו אקונומי קשה ביותר שגילוי העובדה שהיא בהריון הכניס אותה למצוקה נפשית קשה וזה בשל החרדה העמוקה שלה מפני העתיד וחששה שהיא אינה מסוגלת לעמוד בנטל המנטאלי, הפיסי והכלכלי של טיפול בילד נוסף..." [ההדגשה הוספה].

34. חיזוק לפרשנותה של העותרת באשר לביטוי "המשך ההיריון" ניתן למצוא בנוסחה של העילה הסוציאלית שבוטלה. נוסח הסעיף היה:

"המשך ההיריון עלול לגרום נזק לאישה או לילדיה, מחמת תנאיה המשפחתיים, הכלכליים או החברתיים של האישה ושל סביבתה" [ההדגשה הוספה].

גם עילה זו כוללת את הביטוי 'המשך ההיריון'. ברור שבביטוי 'המשך ההיריון' כפי שהוא הופיע בעבר בעילה זו, התכוון המחוקק להפנות לאותם המצבים הנגרמים כתוצאה מההיריון, ולא רק לנזק הנובע מהשינויים הפיזיים-הורמונאליים שעוברת האישה בתקופת ההיריון.

35. ידוע כי בפרשנות של ביטוי בחוק, ובמקרה דנן, "המשך ההיריון", על הפרשן לבחון את הטקסט בכללותו, ובהקשר זה אף הוראות שכבר אינן תקפות:

"ההתייחסות הינה אל הטקסט בכללותו. על השופט לעיין בכל הוראותיו. אכן הטקסט הנורמטיבי נתפס כטקסט אינטגרטיבי. נקודת המוצא אינה שהטקסט הוא פדרציה (או קונפדרציה) של הוראות. נקודת המוצא הינה שלפנינו טקסט אחיד אשר יש לפרשו כמכלול." (ראו ברק, פרשנות תכליתית, בעמ' 183).

אף על פי שהעילה הסוציאלית נמחקה, יש בה כדי להעיד על כוונת המחוקק במועד הניסוח. אין לקבל פרשנות המעניקה משמעות שונה לביטוי 'המשך ההיריון' בכל אחת מהעילות. העילות נוסחו בזו אחר זו, ונכון להניח כי כוונתו של המחוקק בעילה הרביעית זהה לכוונתו בעילה החמישית דאז.

36. העובדה כי נוסח זה חזר גם בהצעות החוק המאוחרות יותר (ראו פסקה 4.19 לתגובה) יש בה כדי להעיד על כך שכוונתו של המחוקק באשר לביטוי זה לא השתנתה גם בחלוף השנים.

37. מלבד העובדה כי כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק בביטוי "המשך ההיריון" לא ראתה בו ביטוי הנוגע לנזק הנגרם בשל שינויים הורמונאליים בגוף האישה, סבורה העותרת כי זכויותיה החוקתיות

של האישה המצויות בבסיס ההסדר, והצורך בפרשנות מרחיבה של סעיפיו, כפי שפורט בהרחבה בעתירה, מקימים טעמים חזקים לכך שיש לפרש את הביטוי כנוגע לכל אותם קשיים הנובעים מההיריון ומהמצב אליו נקלעת האם ההרה בשל ההיריון.

מעמדו המשפטי של העובר

38. המשיבים טוענים כי המחוקק נמנע מהגדרת המושג "אדם", והימנעות זו נובעת מקושי ההכרעה בסוגיה זו (פסקה 6.17 לתגובה). אין לקבל טענה זו. שלושה סעיפים קודם להסדר ההפלות, הכריע באופן ברור המחוקק בסוגייה זו, וקבע כי אדם הוא שכזה מעט לידתו ולא קודם לכן. (ראו ס' 308 לחוק העונשין).

39. עוד טוענים המשיבים כי "הזכות החשובה ביותר במשפט הישראלי הינה הזכות לחיים, משכך הינה המתאימה והראויה ביותר כבסיס להחלת זכויות אדם לעובר" (ראו פסקה 6.14 לתגובה). וכן בהמשך כי מעמדו של כבוד האדם במשפט הישראלי, מעמד עליו אין העותרת חולקת, מצריכים הכרה בזכותו של העובר. העותרת חולקת על טענה זו. עובדת חשיבותה של זכות אין בה כדי לקשור אותה למצבים שהיא אינה מתאימה להם. בכל הנוגע לשאלת מעמדו המשפטי של העובר, קבע המחוקק את דעתו במפורש כי העובר אינו 'אדם' ואינו זכאי לזכויות, הזכות לחיים והזכות לכבוד האדם אינן יוצאות מן הכלל בהקשר זה.

40. המשיבים פורסים בתשובתם שלל דוגמאות של זכויות לעובר מתחום המשפט האזרחי. אולם יש צורך לחדד עובדה חשובה, והיא כי **כל הזכויות האלו ניתנות לעובר מרגע לידתו**, היינו, ברגע בו הוא הופך לאדם.

41. לטענת המשיבים, זכויותיו של העובר מגיעות לו מהרגע הראשון להיריון:

"חוק היסוד [הגרמני] מבטיח את הזכות לחיים לכל מי ש'חי', ואין לעשות הבחנות בין שלבי החיים השונים לפני הלידה [...] תפיסה זו מעגנת עצמה במהות החיים ובהגנה עליהם, כפי שראוי וחל במשפטנו אנו." (ראו פסקה 6.37 לתגובה).

טענה זו אינה יכולה לעמוד. ההנחה שזכותו של העובר לחיים אכן קיימת מהשלב הראשון של ההיריון, מייצרת מסקנות בעייתיות. קביעה כי לעובר זכות לחיים מרגע ההזרעה דורשת איזון זכותו לחיים גם עת שמבקשת האישה ליטול את גלולת היום שאחרי, שהרי כבר אז, לדעת המשיבים, עומדת לעובר זכותו החוקתית. לא בכדי גלולת היום שאחרי מותרת לשימוש אף בלא מרשם רופא. קבלת עמדת המשיבים תצריך בחינה מחודשת גם של קביעה זו. העותרת בספק כי זו אכן כוונת המשיבים.

42. הסתמכותם של המשיבים על ההסדר הגרמני גם היא דורשת התייחסות. ראשית, גרמניה מהווה חריג בהתייחסותה לזכויות העובר לעומת מדינות אחרות, ובטח שאין להסיק ממנה את הכלל. שנית, אין לקבל את הטענה לפיה ההסדרים דומים. מדינת ישראל בשונה מגרמניה ביקשה להעניק מעמד שונה לעובר, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

בנוסף, ההסדר המשפטי שם יצר את ההבחנה בין שלבי ההיריון השונים, כך שבשלבים הראשונים של ההיריון (השלב בו מצויה העותרת), מותרת אף הפלה על בסיס רקע סוציאלי גרידא. כלומר, גם

בהנחה שלעובר זכות חוקתית לחיים, הכרה בנזק ובמצוקה שעלולה להיגרם ממצב כלכלי עגום, גרמה לזכותו ליסוג בשלבים המוקדמים של ההיריון.

43. התעלמותו של ההסדר הישראלי משלבי ההיריון השונים וקביעת הגבלות על כל השלבים, מצריכה פרשנות מרחיבה יותר לזכויותיה של האישה (ראו פסקה 110 לעתירה).

האיזון הראוי

44. לטענת העותרת, טעו המשיבים באבחון זכויות האישה הנפגעות כתוצאה מאיסור הפלה. המשיבים מציינים בתשובתם כי אל מול אינטרס המדינה עומדת זכות האם לאוטונומיה במובן של רצון חופשי. (ראו פסקה 6.68 לתגובה). לטענת העותרת, וכפי שאף מפורט בהרחבה בעתירה, הזכות הנפגעת לאישה מאיסור ההפלה היא זכותה על גופה. כפיית היריון לא רצוי על אישה מהווה פלישה משמעותית לגופה. כאשר למול אינטרס המדינה ניצבת זכותה של האישה על גופה, טוענת העותרת, על האינטרס הציבורי לסגת. על כך מסכימים גם המשיבים:

“ודוק כאשר אל מול אינטרס הציבורי עומדת זכותה של האישה לשלמות הגוף – האינטרס הציבורי ייסוג...” (פסקה 6.68 לתגובה).

45. דווקא המודל האמריקאי, אותו מציגים המשיבים (ראו פסקה 6.51 לתגובה), מוכיח מהי הדרך הראויה לאזן את זכותה של האם עם אינטרס המדינה בהגנה על חיי העובר – איזון בדרך של חלוקת ההיריון לשלבים. כפי שאף נאמר בעתירה, התעלמות ההסדר שבחוק, וכן האיזון אותו מציעים המשיבים (כעולה מפסקה 6.39 לתגובה) משלבי ההיריון השונים, מצריכה מתן פרשנות מסויגת לאינטרס זה. עובדה זו מתחדדת במיוחד לאור העובדה שהעותרת מצויה **בשליש הראשון** להריונה.

זכות הטיעון של האב:

46. ראשית, ובהמשך לתמיהות שהעלו המשיבים, העותרת מבקשת להבהיר כי לדעתה אין ולא צריכה להיות לאב לא זכות וטו ולא זכות טיעון גרידא. לדידה של העותרת, כפי שפורט בהרחבה בעתירה, אין משמעות או תועלת בשילובו של האב בדיוני הוועדה. שילוב זה עלול לגרור עימו נזקים רבים, המצדיקים הימנעות מזכות טיעון ולא רק ממתן זכות וטו לאב. ודוק, העותרת אינה מתנגדת לזכות הטיעון מקום שהאישה נתנה את הסכמתה לשילובו של האב בדיונים.

47. טענתם של המשיבים כי זכות הטיעון יש בה כדי לשפר את איכותה של החלטת הוועדה לא יכולה לעמוד. האב יכול לספק מידע לוועדה רק באשר למצב הסוציאלי של המשפחה. מידע זה ייתכן והיה רלוונטי בעבר, כאשר ביקשו נשים אישורים להפסקת היריון תחת העילה הסוציאלית. **אולם בניגוד לטענת המשיבים, אין העותרת מבקשת להחיות את העילה הסוציאלית. במקרה דנן עסקינן בבחינת מצבה הנפשי של העותרת.** המדובר בשאלה מקצועית שנתונה להכרעתם של אנשי מקצוע. כפי שאף הובהר בכתב תגובה זה, אין להניח קיומו של קשר רציונאלי שבין הנזק הכלכלי לנזק הנפשי. ייתכן ואישה תחוה נזק נפשי גם בלא שהדבר מתומך בקושי סוציאלי אובייקטיבי. אולם זהו טיבו של נזק נפשי, שהוא אינו רציונאלי מטבעו.

48. המשיבים מבחינים בין זכות טיעון חיובית לזכות טיעון שלילית. לטענת העותרת, סיווגה של הזכות, והכרתם של המשיבים בכך שלאב לא עומדת זכות טיעון חיובית, יש בה כדי להעיד על הכרה בחולשתה של זכות זו, לאור הזכויות שמנגד.

49. מתן אפשרות לוועדה להחליט בלא טיעון של האב מבליעה הסכמה באשר לאי הרלוונטיות של זכות הטיעון, בהתאם לטענת העותרת בהקשר זה.

הטענה לפיה נכונות האב לטפל בילדים היא שיקול שהוועדה חייבת לקחת בחשבון טרם החלטתה (ראו פסקה 8.34 לתגובה), אינה עקבית עם הקביעה לפיה יכול האב לבחור שלא לטעון בפני הוועדה, וכי הוועדה יכולה לקבל החלטה בלעדיו.

בנוסף, קביעה זו, המאפשרת, דה פקטו, זכות טיעון רק במצב בו גילה האב על הדיון בוועדה בזמן, עלולה לייצר תמריץ עבור בעלים לפלוש לפרטיות נשותיהן על מנת שלא תתקבל החלטה בלעדיהם. זהו לא מסוג המעשים שמערכת המשפט מעוניינת להעניק להם תמריצים.

50. בהמשך, טוענים המשיבים כי יש להעניק לאב זכות טיעון כביטוי לתפקידו ביצירת העובר וזכותו להורות, על אף חולשתה של זכות זו למול זכותה של האם:

"המשיב 2 ער לכך שאל מול זכותו להורות עומדת זכותה של העותרת על גופה, וברור למשיב שבאיזון שבין הזכויות, זכותה של האישה על גופה תגבר בהתקיים התנאים שקבע לכך המחוקק. אין להתעלם כליל מתפקידו של האב ביצירת העובר. לאב עומדת הזכות לכבוד כאדם וכן הזכות להורות, יש להעניק לזכויות אלו ביטוי בדמות של זכות לטיעון בפני הוועדה להפסקת היריון – למצער." (ראו פסקה 8.30 לתגובה).

זכות הטיעון לא מהווה 'פרס ניחומים' שיש להעניק לאב בשל העובדה שזכותו להורות נסוגה מפני זכויותיה של האם בכל הנוגע להליך הפסקת ההיריון. יש לשמור את זכות הטיעון למקרים בהם יש בה צורך, היא רלוונטית לדיון המתקיים, וכאשר אין שיקולים חזקים כנגד הענקתה.

51. במקרה דנן, וכפי שפורט בהרחבה בעתירה, מלבד היעדר הרלוונטיות של הזכות להורות לדיון המתקיים בוועדה, למולה עומדת האוטונומיה של האישה על גופה. בנסיבות אלה לא יעלה על הדעת לכפות על האישה היריון לא רצוי שיש בו כדי לפגוע בבריאותה הנפשית, רק לשם מימושה של זכותו של האב להורות.

לאור האמור, חוזרת העותרת על עמדתה לפיה על בית המשפט לקבל את העתירה, לבטל את החלטת הוועדה בשל היותה נגועה בשיקולים זרים, ולהעניק לעותרת אישור להפסקת הריונה מכוח החרג הרביעי שבחוק העונשין.

ליהי יונה

חנאן ח'ורשיד

ב"כ העותרת