

## מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת: לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות היריון בישראל

מאת

נויה רימלט\*

### תקציר

מאמר זה מנתח את הרקע ההיסטורי לגיבושו של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון בישראל, שגובש בשנת 1977, מאיר את הבעייתיות המאפיינת את אכיפתו לאורך השנים, ומשרטט מתווה להסדר חלופי ראוי יותר. הטענה המרכזית היא כי ההקשר הישראלי הייחודי שהוליד את ההסדר הקיים – ובמרכזו העדרה של תפיסת מסגרת עקרונית של זכויות שמכוחה נגזר היקפו של ההסדר ואשר ממנה הוא שואב את תוקפו – הפך את חוק ההפלות הישראלי להסדר חוקי שאינו ניתן לביצוע ולאכיפה על-פי לשונו הרשמית. מצב זה עודד לאורך השנים מעבר ממודל של אכיפה למודל של עקיפה, שמשמעותו היא שחלק גדול מהפסקות ההיריון הנעשות בישראל אינן מתבצעות כלל על-פי חוק, אלא תוך עקיפתו. עובדה זו היא המפתח להבנת הקשיים המאפיינים את החוק עד עצם היום הזה, ובמרכזם הפגיעה הקשה בשלטון החוק, בצדק ובשוויון המגדרי.

המקרה הספציפי מאיר באופן עמוק ומורכב יותר גם את יחסי הגומלין שבין המשפט לבין המציאות החברתית, ומוביל למסקנה כי כוחו של המשפט במשטור המציאות החברתית הוא מוגבל. בהקשר זה מתברר כי חקיקה המגבילה את נגישותן של הפסקות היריון באופן שאינו תואם צרכים ממשיים של נשים אינה משנה את המציאות החברתית בנושא של הפסקות היריון. כשלוננו הנמשך של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון במתן מענה הולם לצרכים ממשיים של נשים הוליד מציאות חברתית שחזקה מן החוק. כחלק ממציאות זו ניתן לראות כיצד ההסדר החוקי האוסרני עודד דווקא תהליכים של איון החקיקה הקיימת. מאמר זה תורם אפוא מימד נוסף לדיון הפמיניסטי הביקורתי בהשפעתו של המשפט על המציאות החברתית – מימד הבוחן מהכיוון האחר את האופן שבו המציאות החברתית מרסנת את כוחו של המשפט וחותרת תחת האפקטיביות של איסוריו המגבילים.

---

\* מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ומנהלת משותפת של המרכז למשפט, מגדר ומדיניות חברתית. אני מודה לעילי אהרונסון ולגד ברזילי, וכן לחברי מערכת עיוני משפט, על הארותיהם והערותיהם לטיוטות מוקדמות של מאמר זה, אשר סייעו לי רבות בגיבוש המאמר במתכונתו הסופית ובחיזור הטיועונים שבו. תודה גם לג'ני בוטבול, עוזרת-המחקר המסורה שלי, על סיוע רב במחקר ובהתקנה הטכנית של המאמר.

## מבוא

- א. הפסקות היריון בישראל – רקע היסטורי ומבט משווה
1. מחוק מנדטורי לחקיקה ישראלית
  2. הפסקות היריון במבט היסטורי משווה
    - (א) משיח דתי, מוסרי ורפואי לשיח סוציאלי
    - (ב) משיח סוציאלי לשיח זכויות
  3. מהפללה לאי־חוקיות – התפתחויות בשיח החוקתי על זכות העובר לחיים
  4. חוק הפסקת היריון: רפורמה שאין בה שינוי
  5. מחיקת הסעיף הסוציאלי
  - ב. בין אכיפה לעקיפה: חוק הפסקת היריון במבחן הזמן והמציאות חברתית
    1. בין חקיקה ראשית לסוכני האכיפה המנהליים
      - (א) שר הבריאות נגד הוועדות להפסקת היריון: המאבק על היקף החוק
      - (ב) שר הבריאות בשיתוף־פעולה עם הוועדות להפסקת היריון: עיגון שלב החיות בחוזר מנכ"ל
    2. נשים והפסקות היריון בישראל – בין עקיפה פנימית לעקיפה חיצונית
    - ג. לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות היריון בישראל

סיכום

נספח: הצעת חוק הפסקת היריון, התשע"ו–2015

## מבוא

"אכן, עולה ופורצת השאלה הבלתי נמנעת: מה יהיה על גודלו של העם היהודי בישראל?! אם בעלי האמצעים שכיום הילודה בקרבם נמוכה ביותר, יגדילו את מספר הילדים, אפשר יהיה לאזן את צמצום הילודה בקרב השכבות החלשות והריבוי הטבעי הכללי לא יקטן. לבעיה עקרונית זו נותנת הצעת החוק את התשובה ההולמת בהכירה בסעיף 72' בגודל המשפחה כסיבה מספקת להתיר הפלה על ידי הוועדה הרפואית. 'פריבילגיה' זו אינה ניתנת למשפחות שבהן מספר קטן של ילדים."<sup>1</sup>

במילים אלה הציג חבר הכנסת שמעוני, בשנת 1975, הצעת חוק פרטית – שהוא היה מיוזמיה – לרפורמה מקיפה בנושא הפסקות היריון בישראל. הצעת חוק זו נועדה לבטל את ההסדר המנדטורי שהיה מעוגן עד אז בחוק, אשר אסר כמעט כליל ביצוען של הפלות, ולהחליפו בהסדר אחר שיאפשר מתן אישור חוקי להפסקות היריון על בסיס קשת רחבה יותר של עילות. העובדה שחבר הכנסת שמעוני התייחס ל"גודלו של העם היהודי בישראל" כאשר הציג את המתווה המוצע לרפורמה בהסדרה החוקית של הפסקות היריון בישראל אינה מקרית. עיון בדברי הכנסת ובדיונים הפרלמנטריים שליוו את הצעת החוק הזו עד

1 חבר הכנסת חביב שמעוני: ד"כ 72, 1318 (התשל"ה).

לאישורה הסופי על-ידי הכנסת מלמד כי רוב המחוקקים תפסו את הרפורמה המוצעת בהסדרתן החוקית של הפסקות היריון בישראל ככזו הנוגעת בעיקר באינטרסים הלאומיים-הדמוגרפיים של הקולקטיב הציוני במדינת-ישראל, ובראשם הצורך הרחוף בעידוד הילודה בקרב נשים יהודיות, על רקע האובדן שנגרם לעם היהודי בשואה ועל רקע הפער המספרי בין היהודים בישראל לבין שכניהם הערבים. רבים מהם שרטטו קשר ישיר בין היקפו הראוי של ההסדר המוצע לבין סוגיות ציבוריות כבודת-משקל, שבמרכזן הדאגה ל"גורל האומה"<sup>2</sup> ול"שלמותו של העם הזה"<sup>3</sup>, והביעו דאגות כגון: "מה יעלה בגורלנו מבחינת יישוב מולדתנו ואיכלוסה מול עשרות מליוני הערבים הפרים ורבים מסביב לגבולותינו?"<sup>4</sup> השיח הציבורי המרכזי שליווה את גיבושו של הסדר ההפלות, לפני כמעט ארבעה עשורים, התמקד אפוא בשיקולים מדינתיים – או באופן ספציפי יותר בצרכים של הקולקטיב היהודי-הציוני במדינת-ישראל – ודרכם בחן את מידת התאמתו של ההסדר המוצע למציאות החברתית בישראל. מעטים מאוד מבין חברי הכנסת המשיגו את הדילמה במונחים של שיח זכויות-יסוד של הפרט והזכירו את זכות האישה על גופה או את שוויון האישה כטעמים המרכזיים הרלוונטיים לעיצובו את ההסדר החוקי בנוגע להפסקות היריון. גם כאשר תמכו חברי הכנסת בהרחבת נגישותן של הפסקות ההיריון בישראל, היה זה באמצעות שיח שבמרכזו התייחסות לגוף האישה ולמיניותה כאל אובייקט לגיטימי למשטור ולהסדרה לשם קידום האינטרסים הלאומיים של הקולקטיב היהודי-הציוני במדינת-ישראל. יתרה מזו, בהקשר זה ראוי לשים לב כי אף שבאופן פורמלי נועדה הרפורמה המוצעת בחוק ההפלות לחול על יהודים וערבים כאחד, מעייניהם של רוב חברי הכנסת – הן של אלה שתמכו ברפורמה והן של אלה שהתנגדו לה – היו נתונים לאופן שבו נגע החוק המוצע בצרכים ובאינטרסים של הרוב היהודי, תוך התעלמות כמעט מוחלטת מהמיעוט הערבי.

עובדה זו מעניינת במיוחד, שכן שנות השבעים סימנו שינוי דרמטי בשיח המשפטי בנוגע להפסקות היריון בעולם המערבי. שתי ההתפתחויות הבולטות בהקשר זה התרחשו בארצות-הברית ובגרמניה המערבית, שבכל אחת מהן גובשה באותן שנים הכרעה חוקתית שיפוטית ביחס למסגרת הראויה להסדרה חוקית של הפסקות היריון. מה שאפיין את גיבושו של המתווה להסדר החדש בשתי המדינות הללו הוא המשגת הסוגיה במונחים של זכויות-יסוד חוקתיות ושרטוט המסגרת המשפטית הרלוונטית להפסקות היריון מתוך הכרעה עקרונית בדבר האזיון הראוי בין זכויות האישה, מחד גיסא, לבין מעמד העובר וזכויותיו, מאידך גיסא. בחלק מהמדינות בעולם המערבי סומנה אפוא סוגיית ההפלות באופן ברור, כבר בשנות השבעים, כסוגיה מובהקת של זכויות-יסוד של הפרט, והמשגה זו לא רק האיזה תהליכים דומים של רפורמות במדינות נוספות בשנים מאוחרות יותר, אלא גם סיפקה את הרציונל העקרוני לקידומן.

על רקע הדברים הללו בולטת כאמור חריגותו של ההסדר הישראלי. אף שמספר קטן של מחוקקים, ובעיקר מחוקקות, ניסו לנכס את רטוריית הזכויות מהמשפט המשווה, ובמיוחד מהמשפט האמריקני, לא הצליח נסיונם זה לעצב מחדש את הדין הישראלי בהפסקות היריון.

2 חבר הכנסת מנחם יריד: ד"כ 76, 1596 (התשל"ו).

3 חבר הכנסת קלמן כהנא: ד"כ 72, 1326 (התשל"ה).

4 חבר הכנסת פנחס שינמן: ד"כ 72, 1328 (התשל"ה).

כך, גם כאשר הביעו מחוקקים תמיכה בהרחבת העילות החוקיות להפסקת היריון, כגון במקרים של משפחות מרוכות ילדים, הם עשו זאת, בעיקרו של דבר, מתוך תפיסה קולקטיבית הקושרת בין הרצון לצמצם ילודה בקרב שכבות נחשלות לבין האינטרס של המדינה היהודית בגיבוש חברה המורכבת מיחידים בריאים, יצרנים ותורמים. באופן דומה, גם כאשר הביעו חברי כנסת אחרים, דתיים וחילונים, התנגדות להרחבת ההיתר להפסקות היריון, לא נגזרו טיעוניהם מתפיסת זכויות ברורה, כגון זכות העובר לחיים, כפי שזו התגבשה באותן שנים במשפט הגרמני, למשל, אלא משיקולים קולקטיביים דומים, שבמרכזם הדאגה לעתידה של מדינת-ישראל ולעתידו של העם היהודי. הן בקרב התומכים ברפורמה והן בקרב המתנגדים לה התבסס אפוא הדיון, בסופו של דבר, על מערך של רציונלים דומים, שלפיהם שרטוט גבולותיו הראויים של הסדר חוקי להפסקות היריון צריך להיבחן מנקודת-מבט לאומית ודתית ולהיגזר מהאינטרסים המשותפים לדת היהודית ולמדינה היהודית בעידוד ילודה בקרב נשים יהודיות, מחד גיסא, ובשליטה בפרייון של נשים מסוימות במקרים ראויים, מאידך גיסא. התוצאה הייתה גיבושו של הסדר חוקי נטול רציונל נורמטיבי ברור ביחס לזכויות האישה או ביחס למעמד העובר ולזכויותיו.

מאמר זה מנתח את הרקע ההיסטורי לגיבושו של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון בישראל, מאיר את הבעייתיות המאפיינת את אכיפתו לאורך השנים, ומשרטט מתווה להסדר חלופי ראוי יותר. הטענה המרכזית היא כי ההקשר הישראלי הייחודי שהוליד את ההסדר הקיים – ובמרכזו העדרה של תפיסת מסגרת עקרונית של זכויות שמכוחה נגזר היקפו של ההסדר ואשר ממנה הוא שואב את תוקפו – הפך את חוק ההפלות הישראלי להסדר חוקי שאינו ניתן לביצוע ולאכיפה על-פי לשונו הרשמית. מצב זה עודד לאורך השנים תהליכים של איון החקיקה הקיימת ומעבר ממודל של אכיפה למודל של עקיפה, שמשמעותו היא שחלק גדול מהפסקות ההיריון הנעשות בישראל אינן מתבצעות כלל על-פי חוק, אלא תוך עקיפתו. מה שנחזה כהפלה חוקית במדינת-ישראל הוא פעמים רבות הפלה בלתי-חוקית המתבצעת בבית-חולים ציבורי.

חלקו הראשון של המאמר משרטט את ההיסטוריה החקיקתית של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון שעוגן בחוק העונשין בשנת 1977, ומשווה בינה לבין התפתחויות מקבילות במדינות מערביות אחרות, שבהן התאפיינה הרפורמה בחוק ההפלות שנעשתה באותן שנים בהמשגה מחדשת של סוגיית ההפלות כמונחים של זכויות-יסוד של הפרט. חלק זה מנתח התפתחויות אלה במשפט המשווה, ומאיר את החשיבות ואת ההשלכות של חלחול שיה הזכויות לתוך ההסדרה המשפטית של הפסקות היריון במדינות מערביות שונות. הניתוח המשווה מגלה כי שיח הזכויות הביא לידי גיבושם של שני מודלים משלימים של נגישות: "נגישות פורמלית", שבמרכזה הכרה חוקית עקרונית בזכות להפסקת היריון; ו"נגישות מהותית", שעיקרה יצירת מנגנונים משלימים בחקיקה, ובראשם מימון ציבורי, שתכליתם לתת בידי נושאי הזכות – במקרה זה נשים – את האמצעים לממש את הזכות העקרונית המוקנית להן.

על רקע התפתחויות אלה, חלק זה דן במקרה הישראלי ומאיר את חריגותו. בהקשר זה מתברר כיצד גיבושה של החקיקה הישראלית, לפני כמעט ארבעה עשורים, נעשה במנותק מתפיסה כלשהי של זכויות, ותוך מתן מעמד בכורה לצרכים של הקולקטיב היהודי-הציוני במדינת-ישראל בכל הקשור לקביעה מתי רצוי לתת לנשים אישור להפסקת היריון. הקשר

ייחודי זה הביא לידי גיבושו של הסדר חוקי שהוא צר מדי ורחב מדי בעת ובעונה אחת. מצד אחד, בהעדר הכרה כלשהי בזכויות-יסוד של האישה, כגון זכותה לאוטונומיה גופנית ולשליטה בפריונה, ההסדר שגובש הוא מצומצם מאוד מבחינת העילות להפסקת היריון, ולכן רחוק מאוד מלתת מענה ראוי לצרכים ממשיים של נשים, במיוחד של נשים נשואות. משמע, בהעדר המשגה פורמלית של הנגישות החוקית של הפסקות היריון באמצעות שיח זכויות, אין בהסדר הישראלי לא "נגישות פורמלית", במובן של הכרה בזכות-יסוד רלוונטית בהקשר זה, ולכן גם לא "נגישות מהותית", במובן של מתן אמצעים פוזיטיביים למימוש הזכות. מאידך גיסא, העדרו של שיח זכויות גם בצד האחר של המשוואה החוקתית – זה הנוגע במעמדו של העובר ובטיב הזכויות או האינטרסים שיש לתת להם משקל ביחס אליו – הביא בישראל לידי גיבושו של הסדר רחב, שאינו מבחין כלל בין שלביו השונים של ההיריון לעניין העילות להפסקתו. הסדר זה מעניק לכאורה גישה בלתי-מוגבלת להפסקות היריון בלא קשר לגיל ההיריון, שהיא חריגה ויוצאת-דופן בהשוואה למודלים במשפט המשווה שהתגבשו כחלק משיח זכויות.

*חלקו השני של המאמר מנתח את תוצריו בפועל של התיקון לחוק העונשין בנושא הפסקות היריון מכניסתו לתוקף בסוף שנות השבעים ועד היום. חלק זה מאיר כיצד העובדה שהחוק צר מדי ורחב מדי בעת ובעונה אחת הפכה את ההסדר החוקי לבלתי-ניתן לאכיפה כלשונו, ועודדה הלכה למעשה את הסתת ההסדרה של הפסקות היריון למסלולים עוקפי חוק בשני מישורים. ראשית, במקום להבטיח אכיפה מסודרת של הוראותיו על-ידי סוכני הביצוע המנהליים שלו, ההסדר החוקי הקיים הזמין את התערבותם של סוכנים אלה – שר הבריאות והוועדות להפסקת היריון – בגיבוש מסלולי אכיפה לצידו של החוק, ולא כחלק ממנו. נוסף על כך, מרחב הנגישות הצר מאוד של הפסקות היריון חוקיות שגובש בסופו של דבר במסגרת החוק (במיוחד לגבי נשים נשואות) חייב גם את הנשים עצמן לייצר מסלולי עקיפה של החוק – אם באמצעות שקרים ביחס לטעמים האמיתיים להפסקת היריון המבוקשת, ואם באמצעות ביצוע הפלה פרטית מחוץ לגדרו של החוק. התוצאה היא שמנגנוני עקיפה אלה, הן של סוכני הביצוע המנהליים של החוק והן של נשים הנזקקות להפסקות היריון, אשר התפתחו לצד החקיקה הרשמית ותוך איון הוראותיה, הם שמשרטטים הלכה למעשה, עד היום, את המרחב שבו נערכות הפסקות היריון בישראל. בכך ההסדר הנוכחי משחזר במידה רבה את הדילמות המרכזיות שאפיינו את ההסדר המנדטורי שקדם לו, והתוצאה היא פגיעה נמשכת קשה בשלטון החוק במדינת-ישראל, מחד גיסא, ובציבור הנשים כולו, מאידך גיסא. גם כיום, כמו בעבר, נגישותן של הפסקות היריון החוקיות היא מוגבלת; חלק גדול מהפסקות היריון מבוצעות לא על-פי חוק, באמצעות מסלולי עקיפה פנימיים וחיצוניים לחקיקה הקיימת; והפגיעה בכבוד האדם, בשוויון ובאוטונומיה הגופנית של נשים הנזקקות להפסקות היריון היא משמעותית.*

*חלקו השלישי של המאמר מציג מסגרת חלופית להסדרה ראויה יותר של הפסקות היריון בישראל, שבמרכזה הצעת חוק לרפורמה מקיפה בחוק ההפלות הקיים, שגיבשתי יחד עם עורכת-הדין טלי איזנברג. הצעת חוק זו, שהונחה לאחרונה על שולחן מזכירות הכנסת, מבוססת על ההנחה שרק מודל משולב של נגישות פורמלית ונגישות מהותית, הנשען על תפיסה ברורה של זכויות, מהווה מודל ראוי לחקיקה צודקת ונותן מענה לדילמות המאפיינות את ההסדר החוקי הקיים.*

לסיכום, המאמר טוען כי התובנות העולות מניתוח מקרה-המבחן הישראלי מובילות לשלוש מסקנות חשובות. ראשית, ניתן לשרטט קו מעניין של חיבור בין המקרה הספציפי של ישראל לבין אחד מצירי הביקורת הפמיניסטית המרכזיים של המשפט. משלבים מוקדמים התעקש השיח הפמיניסטי הביקורתי של המשפט על עמדה חשדנית הרואה במשפט בעיקר כלי רב עוצמה להנצחת עמדת הנחיתות של נשים בחברה. קולות ביקורתיים בשיח התמקדו באופנים המורכבים, ולעיתים הסמויים מן העין, שבהם המשפט תורם לשימור יחסי הכוחות הקיימים בחברה. גם כאשר ברמה המוצהרת מתחולל שינוי במשפט, והוא צועד לכאורה קדימה, יש מקום לשאול עד כמה אכן מדובר בשינוי מיטיב מבחינתן של נשים, ולא בשעתוק המציאות הקיימת תחת כסות של רפורמה ושל גיבוש הסדרים משפטיים חדשים. דומה שסיפורה של הרפורמה בחוק ההפלות הישראלי – אשר לא חוללה באמת שינוי, ובמידה רבה שחזרה את הדילמות שאפיינו את החוק המנדטורי המקורי בנושא הפסקות היריון – מספק דוגמה מעניינת וחשובה לטענה זו.

שנית, המקרה הספציפי מאיר באופן עמוק ומורכב יותר גם את יחסי-הגומלין שבין המשפט לבין המציאות החברתית, ומוביל למסקנה נוספת: בסופו של יום מתברר כי כוחו של המשפט במשטור המציאות החברתית הוא מוגבל. כשלוננו הנמשך של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון במתן מענה הולם לצרכים ממשיים של נשים, למרות רפורמה משמעותית לכאורה שהתרחשה בהקשר זה, הוליד מציאות חברתית שחזקה מן החוק. כחלק ממציאות זו ניתן לראות כיצד ההסדר החוקי הפורמלי בנושא הפסקות היריון, המנסה להגביל את אפשרות הגישה של נשים (במיוחד נשואות) להפסקות היריון, לא שינה את המציאות החברתית בנושא זה, אלא עודד דווקא תהליכים של איון החקיקה הקיימת ומעבר ממודל של אכיפה למודל של עקיפה. התמונה היא אפוא מורכבת. בתווך שבין חוק מגביל לבין מציאות חברתית, שבה ברוב המקרים נשים נזקקות להפסקות היריון בשל טעמים שאינם מוכרים על-ידי החוק, נולדו פרקטיקות עוקפות חוק, המצליחות להרחיב את מרחב הנגישות של הפסקות היריון. פרקטיקות אלה ממחישות את האופן שבו המציאות החברתית יכולה לרסן את כוחו של המשפט ולחתור במידה מסוימת תחת האפקטיביות של איסוריו המגבילים.

שלישית, למרות האמור לעיל, חשוב להכיר בכך שנגישותן בפועל של הפסקות היריון לנשים בישראל הינה נגישות שאין בצידה צדק, משום שהיא מחייבת הפרה מתמדת של החוק וכרוכה בפגיעה בזכויות-יסוד. לצד הפגיעה בשלטון החוק, הצורך לעקוף את איסוריו המגבילים של החוק מאלץ נשים להיות בגדר עברייניות, וכופה עליהן התנהלות הכרוכה בפגיעה בכבוד האדם שלהן, בשוויון המגדרי ובזכותן לאוטונומיה גופנית. תובנה אחרונה זו מחדדת את הצורך ואת החשיבות שברפורמה חקיקתית בנוגע להפסקות היריון שתבטיח את נגישותן הפורמלית ונגישותן המהותית. אף אם המשפט אינו מקדם תמיד שינוי, גם כאשר הוא נחזה ככזה, ואף אם ניתן במידה מסוימת לעקוף את איסוריו המגבילים, נראה כי בסופו של יום רק חקיקה צודקת תוכל לתת מענה הולם למציאות הבעייתית של הפסקות היריון בישראל.

## א. הפסקות היריון בישראל – רקע היסטורי ומבט משווה

### 1. מחוק מנדטורי לחקיקה ישראלית

עד לשנת 1977 הוסדרו הפסקות ההיריון בישראל על-ידי סעיף חוק מנדטורי שעוגן במקור כסעיף 175 לפקודת החוק הפלילי, 1936. סעיף זה הטיל איסור פלילי מוחלט על ביצוען של הפלות מלאכותיות.<sup>5</sup> בניסיון לאפשר בכל-זאת פתח כלשהו לביצוען של הפלות במסגרת החקיקה הקיימת, פירשו בתי-המשפט את סעיף 175 לפקודת החוק הפלילי באופן מרחיב מעט, החל בשנותיה המוקדמות של המדינה, וקבעו כי האיסור הקבוע בו אינו חל על הפסקת היריון שמטרתה להציל את חיי האישה או לשמור על בריאותה הפיזית או הנפשית.<sup>6</sup> לצידו של סעיף זה כללה הפקודה במקור גם סעיף שהטיל אחריות פלילית על אישה המבצעת או מנסה לבצע הפלה בגופה שלה,<sup>7</sup> אולם סעיף זה בוטל על-ידי הכנסת בשנת 1966.<sup>8</sup> ההערכה הרווחת באותן שנים הייתה כי מסגרת חוקית זו, השוללת מנשים כמעט לגמרי אפשרות גישה חוקית להפסקת היריון, למעט במצבים של כורח רפואי, מייצרת מציאות שבה רוב הפסקות ההיריון מבוצעות במחתרת. מספר ההפלות הבלתי-חוקיות נאמד באותן שנים ב-25,000-40,000 הפלות לשנה – מספר שהיה גבוה ביותר מפי שניים ממספרן של ההפלות הרשמיות.<sup>9</sup> נוסף על כך, מדיניות התביעה הכללית באותן שנים הייתה לצמצם

5 בנוסחו המקורי קבע ס' 175 לפקודת החוק הפלילי כי "כל אדם המתכוון להביא אשה לידי הפלה, בין שיש ולד בבטנה ובין שאין ולד בבטנה, והוא משקה אותה בניגוד לחוק, או גורם לה שתשתה רעל או כל דבר מסוכן אחר, או המשתמש בכוח מאיזה מין שהוא, או המשתמש בכל אמצעי אחר, ייאשם בפשע ויהיה צפוי לארבע עשרה שנות מאסר". בשנת 1966 המיר המחוקק הישראלי את העונש של ארבע-עשרה שנות מאסר, שהוטל על המבצע הפלה או המנסה לבצעה, בעונש קל יותר של חמש שנות מאסר. חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), התשכ"ו-1966, ס"ח 64 (להלן: תיקון מס' 28 לפקודת החוק הפלילי). נוסף על האחריות שהוטלה על המבצע הישיר בס' 175, הטילה הפקודה בס' 177 אחריות פלילית גם על מי שמספק סם רפואי או מכשירים לשם ביצועה של הפלה.

6 בת"פ (מחוזי חי') 207/52 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' הורביץ, פ"מ ה' 459, 465 (1952), נקבע כי את המונח "לא כדין" (unlawfully) המעוגן בחוק יש לפרש כמאפשר לבצע הפלה כאשר הדבר הכרחי לשם הצלת חייה של האישה או לשם שמירה על בריאותה. פסיקה זו פסעה בעקבות הלכה דומה שנקבעה באנגליה כבר בשנת 1939 בעניין *Bourne*. ראו: R v. Bourne, [1939] 1 K.B. 687.

7 עיקרון זה עוגן בס' 176 לפקודת החוק הפלילי, שקבע כי "כל אשה המתכוננת להביא את עצמה לידי הפלה, בין שיש ולד בבטנה ובין שאין ולד בבטנה, והיא שותה בניגוד לחוק כל רעל או כל דבר מסוכן אחר, או משתמשת בכוח מאיזה מין שהוא, או משתמשת בכל אמצעי אחר, או המרשה שישקוה דבר כזה או שישתמשו כלפיה באמצעי כזה, תאשם בפשע ותהיה צפויה לשבע שנות מאסר".

8 תיקון מס' 28 לפקודת החוק הפלילי.

9 משרד הבריאות "דין וחשבון של הוועדה לבריקת האיסורים החלים על הפלות מלאכותיות" בריאות הציבור 17, 427, 475 (1974) (להלן: דוח גבאי). על-פי הנתונים שנכללו בדוח זה,

ככל האפשר הגשת כתבי אישום בעברות אלה, ולהימנע מהליכים פליליים במקרים שבהם ההפלה בוצעה לפי רצונה של האישה ולא סיכנה את חייה או את בריאותה.<sup>10</sup>

לצד הדברים הללו מתברר כי על רקע הפער ההולך וגדל בין לשונו של החוק לבין המציאות החברתית, שבה בפועל נזקקו נשים להפסקות היריון בעיקר בשל טעמים כלכליים, משפחתיים או חברתיים, ולא בשל טעמים רפואיים, החלו להתפתח פרקטיקות רשמיות למחצה של עקיפת החוק, שתכליתן הייתה לייצר נגישות רחבה יותר של הפסקות היריון. מחקרים מהתקופה הרלוונטית מגלים כי עד שנות השבעים היה נושא תכנון המשפחה בלתי מפותח בישראל.<sup>11</sup> בהעדר מודעות לאמצעי מניעה או נגישות שלהם, היוותה הפלה אחת השיטות הנפוצות לוויסות ילודה. בעוד שבשנותיה הראשונות של המדינה היה הרצון בתכנון משפחה בעיקר נחלתן של שכבות משכילות ומבוססות יותר, בשנות השישים והשבעים החלו מסתמנות מגמות דומות גם בקרב שכבות מוחלשות מבחינה כלכלית וחברתית.<sup>12</sup> במחקר שנערך בשנת 1965 בקרב משפחות עניות ומוחלשות בירושלים נמצא כי היריון בלתי-רצוי נתפס במשפחות אלה כאחד הקשיים המרכזיים שעומם הן נאלצות להתמודד – שלישי אחרי קשיים כלכליים וצפיפות דיור.<sup>13</sup> מחקרים נוספים שנערכו בשנים אלה ביחס לדפוסיים של הפסקות היריון מצאו כי בקרב הפונות להפסקת היריון היה ייצוגי-יתר לנשים מארצות מוצא באסיה ובאפריקה, אשר נמנו לרוב עם השכבות המוחלשות באוכלוסייה, וכן לבעלות השכלה נמוכה ולא־אימהות למשפחות מרובות ילדים, וכי בקרב קבוצות אלה נרשם דפוס של הפלות חוזרות.<sup>14</sup>

על רקע הדברים הללו החלו להתפתח מנגנונים חצי רשמיים לעקיפת החוק המנדטורי הקיים ולהנגשת הפסקות היריון לנשים נזקקות בבת־החולים הציבוריים. אחת העובדות הפחות-ידועות ביחס לתקופה זו היא שבשנות השישים החלו מוקמות בבת־חולים שונים

- 
- נוסף על הפסקות ההיריון הבלתי-חוקיות, התרחשו באותה תקופה כ-15,000 הפלות רשמיות מדי שנה, אולם נתון זה לא הבחין בין הפלות מלאכותיות לטבעיות. שם, בעמ' 473.
- 10 באמצע שנות החמישים הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז חיים כהן הנחיות שקבעו כי אין להעמיד לדין אדם בגין ביצוע הפלה אלא במקרים שבהם נגרם עקב כך מוות או אישה לא הסכימה או ההפלה בוצעה לא על-ידי רופא מוסמך או בצורה רשלנית. בשנת 1963 בוטלו הנחיות אלה עקב הטלת ספק בחוקיותן, אולם כפי שציינה ועדת גבאי בדוח שהגישה, מיעוט הפסיקה בנושא הפסקות היריון בשנים אלה מלמד כי בפרקטיקה, ולמרות ביטולן הרשמי של ההנחיות, עקרונות אכיפה אלה המשיכו להתוות את מדיניות התביעה הפלילית. ראו "סמכות בית המשפט המחוזי להורות על הפסקת היריון" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.155 (התשל"ב); רוח גבאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 447.
- 11 דלילה אמיר ורודר נבון הפוליטיקה של הפלות בישראל 23 (1989).
- 12 LOTTE SALZBERGER, PATTERNS OF CONTRACEPTIVE BEHAVIOR AMONG JERUSALEM WOMEN SEEKING PREGNANCY COUNSELING 1980-1989, 8 (1991); ציונה פלד ונני בקמן הפלות יזומות בישראל: מחקר התנהגותי על פניות לוועדות להפסקת היריון 2-4 (1978).
- 13 SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7.
- 14 טובה ברמן ישרון "סיבות לדרישת האשה להפלה מלאכותית בגלל היריון בלתי רצוי" הרפואה עו 452 (1969); פלד ובקמן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 15-22.

ועדות להפסקת היריון שעם חבריהן נמנו גינקולוגים, פסיכולוגים ועובדים סוציאליים.<sup>15</sup> הגופים הממונים על בתי-חולים אלה – לרוב קופות-החולים – גיבשו שורה של אמות-מידה למתן אישור להפסקת היריון במסגרת הוועדות הללו. אמות-מידה אלה כללו שלוש עילות נוספות לצד העילה של סכנה לחיי האישה או לבריאותה: מום בעובר; אונס או גילוי-ערויות; וסיבות פסיכו-סוציאליות. מכיוון שבאותה תקופה רק העילה של סכנה לחיי האישה או בריאותה הייתה עילה רשמית מוכרת להפסקת היריון, נעשה ניסיון לשייך גם את העילות האחרות לעילה זו, תוך גיבוש הגדרה יצירתית ומרחיבה של הנסיבות שבהן ניתן לקבוע כי המשך ההיריון מסכן את בריאותה הנפשית של האישה.<sup>16</sup> בפועל, עם זאת, דובר בפרקטיקה בעייתית ביותר מבחינת שלטון החוק. לוועדות לא היה כל מעמד לפי החוק הקיים, ולא ניתנה שום הסמכה חוקית לפעילותן או למערך אמות-המידה ששימש בסיס למתן אישור להפסקת היריון. נוסף על כך, לצד העדרו של מידע ברור ונגיש על הוועדות הללו ועל אמות-המידה לפעילותן, שרר חוסר אחידות בשיקול-הדעת של הוועדות השונות. כך, סיכוייה של אישה להפסיק את הריונה במסגרת של בתי-חולים מסודר היו תלויים ברופא המטפל בה, במקום מגוריה ובוועדה שאליה הופנתה, אם בכלל.<sup>17</sup> התוצאה הייתה שרובן המכריע של הפסקות ההיריון שנעשו בישראל עד שנות השבעים התבצעו במסגרת מסלולים עוקפי חוק ותוך איון בפועל של הוראות החוק המנדטורי בעניין זה. עם זאת, בהקשר זה נרשמה מגמה מעניינת, שחשוב לתת עליה את הדעת. אם בתחילת הדרך עיקרו של המסלול עוקף החוק היה בביצוען של הפלות בלתי-חוקיות במחלת, ולא בבתי-חולים מסודרים, אפשר לומר כי אוזלת-היד המתמשכת של החוק במתן מענה לצורך ממשי ורחוף של נשים רבות העלתה את המסלול עוקף החוק על נתיב חצי רשמי, תוך יצירה הדרגתית של מנגנון שאפשר את ביצוען של חלק מהפסקות ההיריון שלא עמדו בתנאים הרשמיים של החוק בבתי-חולים מסודרים ובתנאים רפואיים טובים יותר.<sup>18</sup>

על רקע מציאות בעייתית זו מינה שר הבריאות בשנת 1972 ועדה ציבורית בראשותו של מאיר גבאי להערכה מחודשת של האיסור החוקי החל על הפלות מלאכותיות. הוועדה

15 אמיר ונבון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 50; דוח גבאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 476. בדוח גבאי נקבע אומנם כי הוועדות הללו הוקמו רק בתחילת שנות השבעים, אך כפי שאמיר ונבון מציינים, מחקרים משנות השישים על דפוסים של הפסקות היריון חושפים כי פעילותן של הוועדות הללו החלה בתקופה מוקדמת יותר. המחקר המוקדם ביותר המתייחס לפעילותן של הוועדות הללו הוא מחקרה של ברמן ישורון, לעיל ה"ש 14, שבו מתועדות 907 פניות של נשים בשנים 1965-1966 לוועדות להפסקת היריון בבתי-החולים באזור תל-אביב.

16 דוח גבאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 476.

17 שם.

18 דומה שהנתונים המעניינים ביותר בהקשר זה מצויים במחקרן של פלד ובקמן משנת 1978. המחקר נערך בין החודשים פברואר ויוני 1978, בתקופה שלאחר חקיקתו בכנסת של חוק הפלות החדש אבל לפני כניסתו לתוקף. עורכות המחקר ניתחו 320 פניות ל-7 ועדות שונות להפסקת היריון באזור המרכז והצפון, והתמונה העולה מהמחקר היא של פרקטיקה מבוססת ורווחת של פנייה לוועדות הפועלות בבתי-החולים הציבוריים, וכל זאת במסגרת החוק המנדטורי הישן, שבו לא היה כאמור כל זכר לוועדות מן הסוג הזה. ראו פלד ובקמן, לעיל ה"ש 12. תמונת-מציאות דומה עלתה גם ממחקרה של טובה ברמן ישורון, לעיל ה"ש 14, שנערך עשור שנים קודם.

התבקשה להמליץ על תיקונים בחוק ההפלות הקיים. שנתיים לאחר־מכן הגישה הוועדה דין־וחשבון מטעמה ובו המלצה לרפורמה כוללת בחוק הקיים, שעיקרה מתן סמכות לוועדה רפואית לתת אישור לכיצוע הפסקת היריון בהתקיים אחת מתוך שש עלילות אפשריות.<sup>19</sup> היקף העילות המוצע היה רחב בהרבה בהשוואה לדין הקיים באותה עת, והן כללו – נוסף על השיקולים הקשורים לחיי האישה ולבריאותה – גם שיקולים הקשורים למצבו הבריאותי של העובר, לגיל האישה, לתנאיה החברתיים וכן למצבים שבהם ההיריון נובע מאונס או מגילוי־ערויות.<sup>20</sup> כאשר בוחנים המלצות אלה על רקע ההסדרה בפועל של הפסקות היריון שהחלה להתפתח בתוך בתי־החולים בשנות השישים, מתברר כי המלצות אלה כיוונו ליצור מתאם בין מרחב הסדרה חצי רשמי זה לבין לשונו הרשמית של החוק. כאמור, ועדות רפואיות כבר פעלו בשנים אלה בחלק מבתי־החולים, והנחיות פנימיות של קופות־החולים אפשרו לוועדות אלה לתת אישור להפסקות היריון בהתבסס על טעמים מגוונים, שנגזרו בדרך של פרשנות מרחיבה מאוד של לשון החוק, אשר במידה רבה איינה את האיסור הגורף שהוטל במסגרתו על הפסקות היריון ורוקנה אותו מכל תוכן. המתווה החוקי החדש שהציעה ועדת גבאי בנוגע להפסקות היריון, ובמרכזו ועדות רפואיות שיהיו רשאיות לתת אישור להפסקות היריון על בסיס שיקולים רחבים יותר, שיקף אפוא תהליכים שהתרחשו ממילא מחוץ לחוק, וניסה להעלותם על מסלול חוקי רשמי.

על בסיס המלצותיה של הוועדה גיבשו כמה חברי כנסת הצעת חוק לתיקון דיני העונשין,<sup>21</sup> וזו הועברה, לאחר קריאה טרומית, לדיון בוועדת השירותים הציבוריים של הכנסת, יחד עם הצעת חוק חלופית של חברת הכנסת מרשה פרידמן, שהציעה לאפשר לאישה להפסיק את הריונה לפי רצונה ב־12 השבועות הראשונים של ההיריון.<sup>22</sup> בעת הדיונים בוועדה לקראת הכנתה של הצעת החוק לקריאה הראשונה, נדחקה הצעת החוק של פרידמן הצידה, והוועדה התמקדה בהצעת החוק שהתבססה על ההמלצות של ועדת גבאי. נוסח ראשוני של החוק המוצע הובא לקריאה הראשונה בשנת 1976, ושנה לאחר־מכן אושר בכנסת החוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז-1977 (להלן: חוק הפסקת היריון).<sup>23</sup> בדומה למתווה

19 דוח גבאי, לעיל ה"ש 9.

20 ועדת גבאי המליצה לנסח את הסעיף הרלוונטי כך: "לא ישא אדם באחריות פלילית כאמור בסעיף 1 אם גרם להפסקת הריון של אשה בהסכמתה במוסד רפואי המוכר לענין זה על ידי שר הבריאות לאחר שועדה רפואית אישרה בכתב כי אין לקיים את המשך ההריון מאחת הסיבות המפורטות להלן: א. היה בהמשך ההריון סכנה לחיי האשה; ב. קיימת סכנה שהמשך ההריון יגרום לאשה נזק גופני או נפשי; ג. קיימת סכנה שהולד יהיה בעל מום גופני או שכלי; ד. ההריון נובע מאונס או יחסי עריות ה. האשה מתחת לגיל הנישואין או מעל גיל 45; ו. נזק חמור עלול להגרם לאשה או לילדיה עקב תנאיה החברתיים הקשים של האשה וסביבתה, לרבות מספר רב של ילדים שהם בני ביתה." שם, בעמ' 432.

21 הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז-1975, ה"ח 101.

22 הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (הפלות), התשל"ד-1974. לדיון שנערך בכנסת בשתי ההצעות, ואשר בסופו, לאחר קריאה טרומית, הועברו שתיהן לדיון בוועדת השירותים הציבוריים, ראו ד"כ 72, 1317-1328 (התשל"ה).

23 חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ז-1977, ס"ח 70. החוק נכנס לתוקף ב־1978.2.4. ההסדר כולו עוגן בסימן ב בפרק י לחוק העונשין, תחת הכותרת "הפסקת היריון".

שהוצע על-ידי ועדת גבאי, נקבעו בהסדר החדש – לצד איסור פלילי כללי לבצע הפסקות היריון – כמה חריגים שבהתקיים אחד מהם יוכלו ועדות מיוחדות לאשר לנשים להפסיק את הריון. בחריגים הללו נכללו בסופו של דבר גילה של האישה, סכנה לחייה או לבריאותה הגופנית והנפשית, מצבו של העובר, מצבים שבהם ההיריון נובע מיחסים אסורים, מצבים שבהם ההיריון אינו מנישואים, ונסיבות כלכליות וחברתיות במשפחה.<sup>24</sup> החריג היחיד שלא נכלל במקור בהמלצותיה של ועדת גבאי אבל זכה בתמיכה בכנסת והוסף לחוק כבסיס נוסף למתן היתר להפסקת היריון היה החריג של היריון שאינו מנישואים, שכלל בתוכו שתי קבוצות של נשים – רווקות ונשים נשואות שנכנסו להיריון לא מבין-זוגין החוקי (נואפות). העיתוי שבו עלתה לדיון ציבורי שאלת היקפו הראוי של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון – שנות השבעים – אינו מקרי. מדינות מערביות רבות החלו לערוך רפורמות בחוקי ההפלות שלהן החל במחצית השנייה של המאה העשרים, תוך הרחבתן של העילות החוקיות להפסקת היריון. יתרה מזו, במדינות מסוימות התרחש בשנות השבעים שינוי עקרוני בשיח המשפטי בנושא הפסקות היריון, ולראשונה הוגדרה הסוגיה במונחים של זכויות-יסוד פרטניות. רצון האישה, מחד גיסא, ומעמדו וזכויותיו של העובר, מאידך גיסא, הוכרו כפרמטרים המרכזיים שצריכים לשרטט את גבולות המותר והאסור בהקשר זה.

## 2. הפסקות היריון במבט היסטורי משווה

### (א) משיח דתי, מוסרי ורפואי לשיח סוציאלי

החל באמצע המאה התשע-עשרה הטילה החקיקה ברוב המדינות המפותחות איסור פלילי כמעט מוחלט על הפלות, למעט במצבים שבהם סיכן ההיריון את חייה של האישה.<sup>25</sup> מבחינה זו סעיף 175 לפקודת החוק הפלילי, שנחקק על-ידי המחוקק המנדטורי בשנת 1936, שיקף לא רק את הדין הנוהג באנגליה באותה עת, אלא גם את הדין המקובל ברוב מדינות המערב, אשר התבסס על מערך של רציונלים דתיים, פטריארכליים ורפואיים.<sup>26</sup> עם זאת,

24 ההסדר המרכזי ביחס לעילות המותרות להפסקת היריון עוגן בס' 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בנוסחו המקורי קבע הסעיף: " (א) הועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה: (1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה; (2) ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין; (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; (4) המשך ההריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי; (5) המשך ההריון עלול לגרום נזק חמור לאשה או לילדיה, מחמת תנאיה המשפחתיים או החברתיים הקשים של האשה ושל סביבתה."

25 Stanley K. Henshaw, *Induced Abortion: A Worldwide Perspective*, 13 INT'L FAM. PLAN. PERSP. 12 (1987).

26 לצד התפיסה הפטריארכלית המסורתית, שראתה בהולדה את תפקידן המרכזי של נשים מהוגנות, ואשר השתמשה באיסור ההפלות גם כאמצעי למשטור התנהגותן המינית של נשים, הביאה עימה עלייתה של הנצרות עמדה המתנגדת ללא פשרות להפלה ומגדירה אותה כרצח. אלה, לצד האינטרסים של רופאים, שביקשו לנכס לעצמם את השליטה המלאה בביצוען של הפסקות היריון ולהדיר כוחות בלתי-מקצועיים, כגון מיילדות, היו שלושת הכוחות המרכזיים שעיצבו את היחס המשפטי להפלות במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים. ראו אדריאן רייץ

בעוד שממשלת המנדט העתיקה לתוך פקודת החוק הפלילי בשנת 1936 את סעיף החוק האנגלי הדקוני שנחקק בשנת 1861, במדינות אחרות החל להסתמן בתקופה זו תהליך של שינוי וכרסום הדרגתי בתפיסה האוסרנית הגורפת ביחס להפסקות היריון. מי שהחלו את תהליך השינוי היו מדינות סקנדינביה. שוודיה, למשל, חוקקה כבר בשנת 1938 חוק הפלות רחב באופן יחסי, והוסיפה לצד העילה המסורתית של סכנה לחיי האישה או לבריאותה, שעמדה במרכז החוק הישן, גם טעמים חדשים, ובמרכזם מצבים של קושי סוציאלי-רפואי הכרוך בחולשה או בשבריריות מיוחדת של האם (frailty of the mother).<sup>27</sup> עוד נקבע בחוק השוודי משנת 1938 כי במצבים שבהם העילה להפסקת היריון הינה רפואית, יותנה ביצועו של ההליך באישור של שני רופאים, ואילו במצבים אחרים תותנה הפסקת היריון באישור של ועדה מיוחדת.<sup>28</sup> בשנת 1946 הרחיב המחוקק השוודי את העילה הסוציאלי-הרפואית, וקבע כי יהיה אפשר להתחשב בהקשר זה בכל נסיבה הקשורה לחייה של האישה שיש בה כדי ללמד כי המשך היריון עלול לפגוע בבריאותה הנפשית או הפיזית של האישה.<sup>29</sup> בשנת 1963 הותרו הפלות גם במצבים שבהם קיים חשש למום בעובר.<sup>30</sup> מודל חוקי חדש זה, המשלב טעמים רפואיים רחבים יותר עם טעמים סוציאליים המתמקדים באישה ובמשפחתה, אומץ בהדרגה במדינות מערביות נוספות. אנגליה, למשל, תיקנה את חוק ההפלות שלה ברוח זו בשנת 1967, ועיגנה בו עילה סוציאליית רחבה באופן יחסי.<sup>31</sup>

ילוד אשה 300, 303 (כרמית גיא מתרגמת, 1989). ג'יימס מור, בספרו על ההיסטוריה של ההפלות באמריקה, מציין כי בשנת 1900 הובילו רופאים את השרולה להטלת איסור גורף על הפלות, למעט במצב שבו יש סכנה לבריאות האישה. ארבעת הנימוקים המרכזיים שהציגו היו: מניעת התנהגות מינית אסורה ולא-לגיטימית; הסכנה לבריאות נשים הטמונה בהפלות; חובתן האימהית של נשים נשואות; ופחדים שוביניסטיים וגזעניים מפני הצפת החברה בילדי מהגרות בעוד נשים אזרחיות בוחרות בהפלות. JAMES C. MOHR, ABORTION IN AMERICA: THE ORIGINS AND EVOLUTION OF NATIONAL POLICY §§ 206–208, 241–245 (1978). מעניין שכבר ביוון העתיקה היו מי שאחזו במפורש בנימוקים אלה על-מנת לשרטט את המרחב הראוי לביצוע הפסקות היריון. כפי שמציינת אדריאן ריץ בספרה האמור ילוד אשה, בעמ' 303, הגינקולוג היווני סורנוס היה מוכן לבצע הפלה משלושה טעמים בלבד: (1) 'לשמור על יפי האשה' (2) למנוע סכנה לחיי האם, שרחמה 'קטן מדי' מכדי שיכיל בתוכו את העובר; (3) לפקח על גידול האוכלוסייה כפי שדרשו אריסטו ואפלטון בחיבוריהם.

27 נוסף על כך עוגן בחוק גם הטעם של שיקולים גנטיים של שיפור הגזע וכן מצבים שבהם ההיריון נובע ממעשה אסור. לסקירת החקיקה בשוודיה ראו את הערך Sweden בתוך: UNITED NATIONS, ABORTION POLICIES – A GLOBAL REVIEW, <http://www.un.org/esa/population/Jan-Otto Ottosson.> (להלן: ABORTION POLICIES). ראו גם: *Legal Abortion in Sweden: Thirty Years' Experience*, 3 J. Biosoc. Sci. 173 (1971).

28 הערך Sweden, לעיל ה"ש 27.

29 שם.

30 שם.

31 Abortion Act 1967, c. 87 (Eng.). העילה הסוציאליית נכרכה בחוק המקורי יחד עם העילה הנוגעת בחיי האישה ובבריאותה. תחת הכותרת "Medical Termination of Pregnancy", קבע הסעיף הרלוונטי בחוק כי הפסקת היריון לא תיחשב עברה פלילית כאשר היא מבוצעת על-ידי רופא מוסמך, לאחר שהתקבל אישור בתום-לב של שני רופאים כי הנוק שייגרם מהמשך

לצד ההרחבה של קשת הטעמים הרפואיים להפלה וההכרה בטעמים הנוגעים כבריאות העובר, זכו אפוא בהדרגה גם טעמים חברתיים הנוגעים במצבה המשפחתי והכלכלי של האישה במעמד חוקי, ועובדה זו סימנה שינוי מהותי ראשון בשיח הרשמי הנוהג על הפלות. באנגליה, למשל, בא שינוי זה לאחר שבמשך שנים לא־מעטות נהנתה העילה הסוציאלית ממעמד לא־רשמי. כשם שבשיראל החלו הוועדות להפסקת היריון, שהוקמו ללא הסמכה חוקית בשנות השישים, לתת משקל לאמת־המידה הסוציאלית כעילה להפסקת היריון, בהליך שהיווה הלכה למעשה עקיפה של החוק המנדטורי הקיים, כך התרחש גם באנגליה שנים קודם לכן. בהדרגה החל הממסד הרפואי שם לצקת תוכן מרחיב לאמת־המידה של סכנה לבריאות האם, ולגזור ממנה שיקולים נוספים להפסקת היריון, ובמרכזם שיקולים סוציאליים שהיה אפשר לקשור בינם לבין בריאותה הנפשית של האישה.<sup>32</sup> תיקון החוק משנת 1967 עיגן אפוא באנגליה באופן רשמי את ההליך – שהתרחש כבר קודם לכן – של הרחבת קשת העילות להפסקת היריון.

---

ההיריון לחיי האישה או לבריאותה, או לילדים שכבר יש לה, יהיה גדול מהנוזק שייגרם מהפסקת ההיריון. החוק הוסיף והבהיר כי לצורך הכרעה בשאלות אלה ניתן להביא בחשבון נסיבות קיימות או חזויות באופן סביר הקשורות לסביבתה של האישה (account may be taken of "the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment"). בשנת 1990 תוקן החוק ונעשתה הפרדה ברורה יותר בין העילה הסוציאלית לבין עילות רפואיות מובהקות, תוך שרטוט רף הוכחה שונה לגבי כל אחת מהן. כיום החוק קובע כי ניתן לבצע הפסקת היריון בהתבסס על אישור של שני רופאים כי מתקיים אחד מארבעת המצבים הבאים: (a) "that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or (b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or (c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or (d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped". ההנחה המקובלת כיום היא כי פרשנות מרחיבה של הסעיף הראשון בשילוב עם הסעיף הישן, המתניחס לנסיבות הקשורות לסביבתה של האישה, הופך את החוק האנגלי לכוזה המאפשר הלכה למעשה לנשים לבצע הפסקת היריון לפי רצונן. ראו את הערך "United Kingdom בתוך ABORTION POLICIES, לעיל ה"ש 27. לדיון כללי בחוק האנגלי ראו גם: JOHN KEOWN, ABORTION, DOCTORS AND THE LAW: SOME ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF ABORTION IN ENGLAND FROM 1803 TO 1982 (2002).

32 הבסיס למהלך זה הונח כבר בפסק־הדין בעניין *Bourne*, לעיל ה"ש 6, שם קבע השופט מקנוטן (Macnaghten) כי את המילים "preserving the life of the mother" יש לפרש כמתארות כל מקרה שבו המשך ההיריון צפוי להפוך את האישה ל־"physical or mental wreck". בפסיקה מאוחרת יותר חוזקה פרשנות זו, וכפי שמצוין ברוח ועדת גבאי, התוצאה הייתה שכל עילה שניתן להוכיח כי יש לה השפעה מכרעת על בריאות האישה, ובכלל זה קשיים כלכליים, יכלה לשמש עילה חוקית להפסקת היריון. ראו דוח גבאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 439.

דומה ששורשיו של התהליך אשר כחלק ממנו החלה העילה הסוציאלית לזכות בהכרה חוקית במדינות שונות היו מורכבים. מצד אחד, ניתן לראות את כניסתם של השיקולים הסוציאליים לחקיקת הפלות כמסמנת לכל-היותר התפתחות בתוך המסגרת המסורתית של הסדרת הפלות, אשר העמידה במרכזה את החברה ואת האינטרסים של הממסד הרפואי בשליטה ובפיקוח על גופן ופריונן של נשים. משמע, גם אם תהליך זה הרחיב הלכה למעשה את קשת העילות החוקיות להפסקת היריון, ניתן לטעון כי היה זה שינוי שהתרחש במסגרת הפרדיגמה הקיימת וכנגזרת של הרציונלים המסורתיים של הסדרת הפלות.

אולם בה-בעת נראה כי התפתחות זו שיקפה גם שינוי ערכי חשוב ביחס החברתי להפסקות היריון. אם האיסור הפלילי הגורף שהוטל על הפלות בתחילת המאה העשרים נגזר מטעמים דתיים ומוסריים ביחס להתנהגותן המינית הראויה של נשים, אשר נתפסו אז כמייצגים את האינטרס של החברה ואת ערכיה, כניסתם של השיקולים הסוציאליים למרחב ההסדרה החוקית של הפלות מלמדת על ניצנים ראשונים של שינוי ביחס כלפי האישה והכרה ראשונית בצרכיה בכל הנוגע בהפסקות היריון נגישות. יתרה מזו, נראה כי עצם כניסתם של השיקולים הסוציאליים לחוק, והעובדה שלצד השיקולים הרפואיים המסורתיים, הנוגעים בחיי האישה ובכריאותה, נדרשו כעת הגורמים המאשרים לתת את הדעת גם לנסיבותיה החברתיות, המשפחתיות והכלכליות של האישה, כנימוק רלוונטי נוסף להפסקת היריון, הניחה את הבסיס למעבר לשיח הזכויות שהתרחש החל בשנות השבעים. ההכרה הרשמית בטעמים הסוציאליים שיקפה לראשונה הכרה במציאות חייהן של נשים והתמודדות עם צרכים ממשיים שיש להן בכל הנוגע בשליטה בגופן ובפריונן. גם אם ההכרה בטעמים הסוציאליים נגזרה בחלקה מתפיסות מסורתיות ביחס לצורך החברתי במשטור גופן של נשים מסוימות (עניות, נחשלות ומהגרות) ובשליטה בפריונן, ניתן לראות בה גם ביטוי למעבר אל שיח ציבורי מורכב יותר בנוגע להפלות, המתמודד גם עם צרכים חברתיים-כלכליים של נשים ומכיר בהם.<sup>33</sup> שינוי זה – שבמרכזו מעבר, ולו חלקי, לשיח של צרכים – סדק את המונופול הרפואי שהכתיב עד אז את היקף העילות להפסקת היריון, והיווה שלב הכרחי לשינוי פרדיגמה ולמעבר לשיח של זכויות.

### (ב) משיח סוציאלי לשיח זכויות

התפתחויות שהתרחשו בשוודיה באותן שנים יכולות להוות דוגמה לאופן שבו ההכרה בטעמים הסוציאליים כעילה חוקית להפסקות היריון הניחה את הבסיס לשינוי פרדיגמה בדיון בהפלות ולמעבר לשיח של זכויות. לאחר שהייתה בין המדינות המערביות הראשונות שהכירו בטעמים סוציאליים כעילה חוקית להפסקות היריון, החל בשוודיה המעבר לשלב הבא – של שיח זכויות – כבר בשנת 1965, עם מינויה של ועדה ציבורית שהתבקשה

33 לדיון נוסף בשיח הסוציאלי בהקשר של הפסקות היריון, ובאופן שבו חוקי הפלות הניזונים משיח זה מציפים מערך חדש של שאלות, ובמרכזן התמקדות ברווחתם של הילדים העתידיים ושל האישה הנושאת את ההיריון, ראו דלילה אמיר וניבה שושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל: מדיניות הפלות כמקרה בוחן" משפט חברה ותרבות: העצמה במשפט 279, 286 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008) (להלן: אמיר ושושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל").

לבחון את החקיקה הקיימת ולהמליץ על שינויים בה.<sup>34</sup> המלצות הוועדה, ששימשו בסיס לחוק הפלות חדש אשר נחקק על-ידי הפרלמנט השוודי בשנת 1974 ונכנס לתוקף בשנת 1975, היו כי רצון האישה צריך להיות טעם מרכזי להפסקות היריון, וכי יש לאפשר לכל אישה לקבל החלטה אוטונומית בהקשר זה. החוק שנחקק בסופו של דבר העניק לכל אישה זכות להפסיק את הריונה לפי רצונה עד לשבוע ה-18 של ההיריון.<sup>35</sup> ביחס להפסקות היריון בין השבוע ה-12 לשבוע ה-18 נדרשו תחילה נשים להתייעץ עם עובדת סוציאלית לפני ההליך, אולם דרישה זו בוטלה בשנת 1995.<sup>36</sup> ביחס להפסקות היריון שמעבר לשבוע ה-18, הסמכות לאישורן הופקדה בידיה של ועדה לאומית לבריאות ולרווחה. נקבע שאישור כזה לא יינתן ככלל במצב שבו העובר הוא בר-חיות, וכי רק טעמים מיוחדים יצדיקו הפסקת היריון בשלב זה. החוק הוסיף וקבע כי במצבים שבהם המשך ההיריון מסכן את חייה של האישה או בריאותה יהיה אפשר לאשר הפסקת היריון בכל שלב של ההיריון.

בעוד ששוודיה הייתה המדינה המערבית הראשונה שבה רצון האישה זכה בהכרה בשיח הציבורי כעיקרון מרכזי שעל-פיו יש לשרטט את גבולות האסור והמותר בכל הנוגע בהפסקות היריון, ארצות-הברית הייתה הראשונה שבה נעשתה המשגה חוקתית רשמית של מהלך זה בפסק-הדין בעניין *Roe* של בית-המשפט העליון האמריקני משנת 1973.<sup>37</sup> בפסק-דין זה נתקפה החוקתיות של חוק ממדינת טקסס שהטיל איסור כמעט גורף על הפסקות היריון. בית-המשפט העליון קבע כי החוק הינו בלתי-חוקתי, שכן הוא פוגע בזכותה של אישה להפסיק את הריונה, שהיא זכות חוקתית הנגזרת מעקרונות קיימים בחוקה האמריקנית, ובראשן הזכות לחירות והזכות לפרטיות. בית-המשפט העליון האמריקני הוסיף וקבע כי העובר אינו נהנה ממעמד של אדם (person) לפי החוקה, ולכן אין לו זכות חוקתית לחיים. עם זאת, נקבע כי למדינה יש אינטרס לגיטימי בהגנה על פוטנציאל החיות של העובר, וכי מכוחו של אינטרס מדינתי זה ניתן להטיל מגבלות על הזכות להפלה בשלבים מאוחרים של ההיריון, כאשר העובר הוא בר-חיות. אינטרס מדינתי לגיטימי נוסף שזוהה על-ידי בית-המשפט היה שמירה על חיי האישה ובריאותה בשלב שבו הפסקת היריון עלולה להיות מסוכנת. מתוך איוון זה שבין זכותה החוקתית של האישה לבין שני האינטרסים הציבוריים המתנגשים בה גזר בית-המשפט העליון את המסגרת החוקתית להסדרה של הפלות. נקבע כי בשליש הראשון להיריון צריכה לעמוד לאישה זכות להפסיק את ההיריון לפי רצונה; כי בשליש השני ניתן להטיל מגבלות על הפסקות היריון בשם האינטרס של שמירה על חיי האישה ובריאותה; וכי רק בשליש השלישי, שבו העובר נהפך לבר-חיות, יש אינטרס לגיטימי של המדינה לאסור הפלות על-מנת להגן על פוטנציאל החיות של העובר. בשנים מאוחרות יותר חזר בית-המשפט העליון האמריקני ונדרש לסוגיית הפלות, ואשרר את המסגרת העקרונית שבמרכזה הכרה בזכותה החוקתית של האישה להפלה. החלוקה לטרימסטרים בוטלה אומנם בשנות התשעים, ובמקומה נקבע מבחן אחר שנועד לאזן באופן ראוי יותר

34 הערך Sweden, לעיל ה"ש 27; חוק הפלות בשוודיה: (SFS 1974:595) The Abortion Act (Swed.).

35 הערך Sweden, לעיל ה"ש 27.

36 שם.

37 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (להלן: עניין *Roe*).

בין זכותה החוקתית של האישה לבין האינטרס המדינתי שבהגנה על פוטנציאל החיות של העובר,<sup>38</sup> אבל מעמדה של הזכות להפסקת היריון כזכות חוקתית זכה באישור מחדש על רקע נסיונות חוזרים לבטלה.<sup>39</sup> עם זאת, בהקשר זה חשוב להכיר בכך שהזכות החוקתית להפסקת היריון במשפט האמריקני היא במהותה זכות היוצרת "נגישות פורמלית" בלבד (במובן של הכרה הצהרתית בקיומה של הזכות), שאין בצידה "נגישות מהותית" (במובן של מתן אמצעים פוזיטיביים למימושה במסגרת החוק). עובדה זו קשורה למאפייניו של שק הזכויות החוקתיות האמריקני, אשר התפתח ופורש במהלך השנים על-ידי בית-המשפט העליון שם כשיח של חירויות שליליות, שאין בצידן הטלת חובה פוזיטיבית על המדינה לסייע לנושאי הזכות במימושה של הזכות.<sup>40</sup> תפיסה עקרונית זו של זכויות שליליות הובילה להכרעה שיפוטית כי על המדינה לא מוטלת חובה לממן הפסקות היריון או לאפשר את ביצוען בבתי-חולים ציבוריים.<sup>41</sup> התוצאה היא שלמרות ההכרה העקרונית בעצם קיומה של הזכות (נגישות פורמלית), נשים רבות, בעיקר עניות, אינן נהנות מנגישות מהותית של הפסקת היריון, בשל העדר כלים מדינתיים לסיוע במימוש הזכות.<sup>42</sup>

לפסק-הדין האמריקני בעניין *Roe* הייתה השפעה עצומה על השיח המשפטי בסוגיית ההפלות, והוא סימן את תחילתו של תהליך הדרגתי של שינוי פרדיגמה שהתרחש בשני העשורים הבאים, שהתבטא במעבר לשיח זכויות במדינות מערביות נוספות, אשר הכירו בזכותה של האישה להחליט על הפסקת היריונה בשלבים הראשונים של ההיריון.<sup>43</sup> המדינה

- 38 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). במקום חלוקה לטרמיסטרים נקבע בפסק-דין זה כי "נטל כבד מנשוא" (*undue burden*) יהיה העיקרון שעל-פיו ייקבע האיוון בין זכותה החוקתית של האישה לבין האינטרס שבהגנה על פוטנציאל החיות של העובר. באופן מפורט יותר קבע פסק-הדין כי למדינה עומדת הזכות להטיל מגבלות שונות על הזכות להפלה על-מנת להגן על פוטנציאל החיות של העובר כל עוד הגבלות אלה אינן מטילות נטל כבד מנשוא על יכולתה של האישה לממש את זכותה החוקתית להפסקת היריון.
- 39 *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).
- 40 שני פסקי-דין בולטים של בית-המשפט העליון האמריקני אשר מחדדים תפיסה שלילית זו של זכויות ומיישמים אותה בהקשרים שונים הם: *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189, 196 (1989); *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 29–39 (1973).
- 41 *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).
- 42 לדיון באופן שבו הזכות הפורמלית להפלה בארצות-הברית היא במידה רבה זכות ריקה, שאין בצידה נגישות מהותית בשל תפיסת הזכויות השלילית החוקתית ששורטטה על-ידי בית-המשפט העליון שם, ראו: Robin L. West, *From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights*, 118 *YALE L.J.* 1394 (2009).
- 43 הדוגמה המעניינת ביותר בהקשר זה היא קנדה, שבה ניתן בשנת 1988 פסק-דין של בית-המשפט העליון שפסל את החקיקה האוסרנית הקיימת בנושא הפסקות היריון מטעמים חוקתיים המזכירים במידה רבה את הטעמים שהועלו בפסק-הדין בעניין *Roe*. ראו: *R. v. Morgentaler*, 1 S.C.R. 30 (1988). בית-המשפט העליון הקנדי קרא למחוקק לגבש חקיקה חדשה התואמת את העקרונות החוקתיים שנקבעו בפסק-הדין, אלא שבפרלמנט הקנדי לא נמצא עד היום הרוב הדרוש לגיבוש חקיקה כזו. התוצאה היא העדר חקיקה מסדירה בנוגע להפסקות היריון – מצב המכפיף את הפסקות ההיריון להסדרה ברמת הפרובינציות השונות, ללא כל חקיקה פדרלית

הראשונה שאימצה בחקיקה, כבר בשנות השבעים, את המודל שהתווה בית־המשפט העליון האמריקני הייתה גרמניה.<sup>44</sup> אולם שם התרחש הליך הפוך מזה שהתרחש בהקשר האמריקני. אם בארצות־הברית נתקפה בבית־המשפט העליון חקיקה אוסרנית ודבר זה הוביל לפסיקה ליברלית שהרחיבה מאוד את המרחב החוקי של הפלות, בגרמניה נתקפה חקיקה ליברלית לפי המודל האמריקני והדבר הוביל לפסיקה שצמצמה את המרחב המותר של הפסקות היריון.<sup>45</sup> השוואה בין שני פסקי־הדין מגלה כי בשני המקרים ניתנה ההכרעה החוקתית על בסיס שיח זכויות הממקד את הדיון בהפסקות היריון באיזון הראוי בין זכות האישה, מחד גיסא, לבין מעמד העובר וזכויותיו, מאידך גיסא. מה שמבחין בין פסקי־הדין הוא המעמד החוקתי המיוחס לעובר: בעוד שבארצות־הברית נקבע כי העובר אינו אדם ולכן אינו נהנה מזכות חוקתית לחיים, בגרמניה נקבע כי העובר אומנם אינו אדם אך הוא נהנה מהזכות החוקתית לחיים. בית־המשפט הגרמני לחוקה קבע כי הסעיף הראשון לחוק־היסוד הגרמני, המכיר בערך של כבוד האדם כערך חוקתי מרכזי שאין להפר אותו בשום צורה,<sup>46</sup> וכן הסעיף השני, העוסק בזכות החוקתית לחיים, חלים על העובר ומחייבים את המדינה להגן באופן פוזיטיבי על חייו באמצעות הטלת איסור פלילי רחב על הפלות. מתוך הכרה זו אימץ בית־המשפט עמדה עקרונית המעניקה בכורה לזכותו החוקתית של העובר על זכותה החוקתית של האישה בשרטוט המרחב החוקי של הפלות. בית־המשפט הוסיף והבהיר כי מסקנה זו מתחייבת מההיסטוריה הכאובה של גרמניה ובשל הפגיעה הנוראה בחיי אדם שהתרחשה במהלך מלחמת־העולם השנייה כתוצאה מהאידיאולוגיה הנאצית.<sup>47</sup>

- 
- מנחה. לדיון מפורט בפסיקה הקנדית ובהשלכות הבעייתיות שיש לה על נשים ראו: Noya Rimalt, *When Rights Don't Talk: Abortion Law and the Politics of Compromise*, 28(2) (Rimalt, *When Rights Don't Talk* (להלן: YALE J. L. & FEMINISM (forthcoming 2017)).
- 44 כ־18 ביוני 1974 עבר בפרלמנט הגרמני חוק לתיקון חוק הפלות הגרמני. חוק זה ביטל את ההסדר הישן, שהטיל איסור פלילי כמעט גורף על הפלות, וקבע במקומו כי ב־12 השבועות הראשונים של ההיריון תוכל אישה להפסיק את הריונה לפי רצונה. ראו: DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 374 (2nd ed. 1997).
- 45 BVerfGE 39, 1 (1975). לתרגום של קטעים מרכזיים מפסקי־הדין הגרמני לאנגלית ראו Robert Kommers, לעיל ה"ש 44, בעמ' 336-346. לתרגום מלא של פסקי־הדין לאנגלית ראו: E. Jonas & John D. Gorby, *West German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. & PROC. 605 (1976).
- 46 הסעיף הראשון בחוק־היסוד הגרמני, תחת הכותרת "זכויות־יסוד", קובע (בתרגום לאנגלית): "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of the state authority". ראו Kommers, לעיל ה"ש 44, בעמ' 507.
- 47 שם, בעמ' 337. באופן מפורט יותר הסביר בית־המשפט: "Unlike the case of the Weimar Constitution, the categorical inclusion of the self-evident right to life in the Basic Law may be explained principally as a reaction to the 'destruction of life unworthy to live,' the 'final solution' and the 'liquidations' that the national Socialist regimes carried out as governmental measures".

הנמקה אחרונה זו זורה אור חשוב על הפסיקה הגרמנית, ומסבירה את הנתיב החוקתי השונה להסדרה של הפסקות היריון ששורטט בגרמניה באותן שנים בהשוואה לארצות-הברית. עם זאת, היא אינה פוטרת אותה מביקורת, שכן התמקדות בהיסטוריה הכאובה של גרמניה בתקופת הרייך השלישי מחייבת לתת את הדעת גם לכך שבאותה תקופה נאסרו הפלות בחוק הפלילי בגרמניה בשל טעמים הקשורים לטובת המדינה. הציפייה הייתה שנשים גרמניות בריאות ימלאו את חובתן הלאומית וילדו ילדים רבים ככל האפשר לטובת השבחת הגזע הארי ולטובת המאמץ המלחמתי.<sup>48</sup> כחלק מהניסיון לכפות על נשים ילודה, נסגרו בגרמניה, עם עלייתם של הנאצים לשלטון, מרכזים לחינוך מיני ולתכנון משפחה, פעילים בתחום נעצרו והושלכו לכלא, והוטל איסור פלילי על פרסום ומתן ייעוץ ביחס לאמצעי מניעה. הנחיה של המשטרה משנת 1941 אסרה גם ייבוא, ייצור או הפצה של אמצעי מניעה מכל סוג, והביאה לידי עלייה תלולה במספרן של ההפלות הבלתי-חוקתיות שבוצעו במחתרת באותן שנים.<sup>49</sup> הנמקה חוקתית בעניין הפלות הנסמכת על ההיסטוריה הכאובה של גרמניה בתקופת הרייך השלישי צריכה אפוא לתת את הדעת גם למשמעות המגדרית של הפללת הפלות דווקא בגרמניה ודווקא על רקע תקופת הרייך השלישי. כאמור, לצד הזילות הנוראה בערך של חי אדם שאפיינה את גרמניה באותה תקופה, הפרקטיקה של הפללת הפסקות היריון שימשה אמצעי מרכזי לפגיעה בזכויות-היסוד של נשים, לשלילת האוטונומיה הגופנית שלהן, לסיכון בריאותן ולפגיעה בכבוד האדם שלהן. היבט זה של ההיסטוריה הגרמנית בתקופה הנאצית והרלוונטיות שלו לדיון בהפלות נעדרים מפסק-הדין. עם זאת, בית-המשפט הגרמני לחוקה לא התעלם מהסוגיה של זכויות האישה, ונתן לה בסופו של דבר משקל מהותי. לאחר שהכיר בעליונותה של זכותו החוקתית של העובר לחיים, הוסיף בית-המשפט וקבע כי יש נסיבות שבהן אי-אפשר לדרוש מהאישה לשאת את ההיריון עד תומו בשל מידת הפגיעה האפשרית בחייה או בשלמותה הגופנית, או בשל המצוקה הכרוכה בהמשך ההיריון. באופן מפורט יותר זיהה בית-המשפט ארבעה טעמים מרכזיים הנוגעים בבריאות האישה, בבריאות העובר, בטיב היחסים שמהם נוצר ההיריון ובטעמים סוציאליים, אשר בהתקיים אחד מהם יהיה אפשר לתת לנשים אישור להפסקת היריון. בעקבות פסיקת בית-המשפט לחוקה נחקק מחדש חוק ההפלות הגרמני.<sup>50</sup> לצד הטלת איסור פלילי על הפלות, התיר החוק ביצוען של הפלות מטעמים סוציאליים קשים ובמצבים שבהם נבע ההיריון מיחסים אסורים, כגון אונס או גילוי-עריות, וזאת במהלך 12 השבועות הראשונים של ההיריון ולאחר הליך של ייעוץ. ביחס לטעמים רפואיים הורחבה התקופה המותרת להפסקות היריון עד לשבוע ה-22 להיריון.<sup>51</sup>

מן האמור לעיל מתברר אפוא כי בצידו האחר של הטווח החוקתי שרטט בית-המשפט הגרמני לחוקה, בשנת 1975, מודל חוקתי חלופי לזה האמריקני, אשר הכיר בזכותו החוקתית

Henry P. David, Jochen Fleischhacker & Charlotte Hohn, *Abortion and Eugenics in Nazi Germany*, 14 *POPULATION & DEV. REV.* 81 (1988). ראו גם: LAURENCE H. TRIBE, *ABORTION: THE CLASH OF ABSOLUTES* 59 (1990).

David et al., *לעיל ה"ש* 48, בעמ' 96.

BGBI I 1976, 1213, *כפי שמופיע אצל* KOMMERS, *לעיל ה"ש* 44, בעמ' 347 (ה"ש 65 בספרו).

שם 51.

של העובר לחיים והעניק לה עדיפות על זכותה החוקתית של האישה. מכוחו של מודל זה נפסלה ההכרה החוקתית ברצונה של האישה כעילה עצמאית להפסקת היריון. עם זאת, שורה של נסיבות רפואיות וחברתיות של האישה הוכרו כמייצגות אינטרסים מהותיים שלה אשר ראויים להגנה חוקתית ומצדיקים מתן היתר להפסקת היריון. התוצאה הייתה מתווה להפסקות היריון המזכיר במידה רבה את זה שגובש במדינות מערביות רבות בשלב הביניים של כניסת השיקולים הסוציאליים לחקיקת ההפלות, אך בהבדל אחד ברור: בניגוד לחקיקת ההפלות בשלב הסוציאלי, שנשענה על הנחות פטרנליסטיות של המחוקק ביחס לטעמים שבגינם ראוי לאפשר לנשים להפסיק היריון, מתווה החוק הגרמני התבסס על רציונל של זכויות יסוד של הפרט, אשר כחלק ממנו הן המרחב החוקי של הפסקות היריון והן המגבלות שהוטלו על זכותה של האישה בהקשר זה נשענו על שיח זכויות ונגזרו מתוך איזון בין זכויות האישה לזכויות העובר. ברמה ההצהרתית והנורמטיבית המהותית הייתה כאן אפוא הכרה בכך שהאישה נושאת זכויות חוקתיות רלוונטיות בכל הנוגע בשליטתה שלה בגופה. יתרה מזו, במשפט הגרמני, בשל תפיסה חיובית של זכויות חוקתיות, זכו נשים במימון ציבורי להפלות במקרים שנכנסו לגדר העילות המוכרות בחוק. ההסדר הגרמני ממחיש אפוא כיצד המעבר לשיח זכויות בהקשר של הדיון הציבורי והמשפטי על הפלות הוביל לגיבוש מודל משפטי אשר בכל מקרה, גם כאשר נתן עדיפות ברורה לזכויות העובר, יצר נגישות פורמלית ומהותית רחבה בהרבה של הפסקות היריון החוקיות בהשוואה למודלים המסורתיים של תחילת המאה העשרים, אשר הטילו איסור כמעט מוחלט על הפסקות היריון בשם טעמים דתיים, רפואיים ופטריארכליים.

### 3. מהפללה לאי-חוקיות – התפתחויות בשיח החוקתי על זכות העובר לחיים

בשנת 1993 נדרש בית המשפט הגרמני לחוקה פעם נוספת לשאלת המתווה החוקתי הראוי להפסקות היריון.<sup>52</sup> איחודן של גרמניה המערבית וגרמניה המזרחית בתחילת שנות התשעים הציף מחדש את שאלת ההסדרה החוקתית של הפלות. בעוד שחוק הפלות בגרמניה המערבית, כפי שעוצב בעקבות פסיקתו של בית המשפט לחוקה משנת 1975, התיר הפסקות היריון רק בשל טעמים רפואיים (בריאות האם), גנטיים (בריאות העובר), אתיים (אונס וגילוי-עריות) וחברתיים (תנאים סוציאליים קשים), החוק בגרמניה המזרחית אפשר לכל אישה להפסיק את הריונה לפי רצונה בשליש הראשון של ההיריון.<sup>53</sup> האיחוד בין המדינות חייב אפוא מציאת פשרה בכל הנוגע בהסדר החוקי המחייב בעניין זה. לאחר דיונים סוערים

52 GFCC, Judgment of the Second Senate of 28 May 1993, 2 BvF 2/90. לתרגום רשמי של פסק-הדין לאנגלית ראו: [http://www.bverfg.de/e/fs19930528\\_2bvff000290en.html](http://www.bverfg.de/e/fs19930528_2bvff000290en.html).

53 בהקשר זה חשוב לציין כי חוקי הפלות מתירניים היו נחלתן של רבות מהמדינות בגוש הקומוניסטי. כך, למשל, רוסיה הייתה המדינה הראשונה שהתירה הפלות ללא עלות לנשים כבר בשנת 1920. למעט פרק-זמן של שני עשורים בתקופתו של סטלין, שבו נאסרו הפלות מטעמים דמוגרפיים, הפלות היו חוקיות תמיד ברוסיה הסובייטית. נראה שההסבר המרכזי לכך הוא שלושה אתוסים מרכזיים של הקומוניזם: צדק סוציאלי; שוויון, ובכלל זה שוויון מגדרי; וכן אתוס החילון, שבמרכזו דחייה והוקעה של כל סממן או פרקטיקה המזוהים עם דת ועם אמונה דתית. לדיון בהתפתחותה של חקיקת הפלות ברוסיה ובמאפייניה לאורך השנים ראו: Mark Savage, *The Law of Abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the*

בפרלמנט הגרמני גובש מתווה חוקי חדש. החוק החדש ביטל את ההפללה של הפסקות היריון, והעניק לנשים את האפשרות להפסיק היריון בשליש הראשון של ההיריון בכל מצב של מצוקה או קונפליקט, לאחר קבלת ייעוץ בנושא וזמן המתנה של שלושה ימים.<sup>54</sup> נוסף על כך כלל החוק מערך מפורט של תמיכה בנשים הרות ובאימהות לילדים קטנים, כגון מעונות-יום, הכשרה מקצועית וסיוע בדיוור ובתעסוקה. מייד לאחר חקיקתו של החוק, וכפי שקרה בפעם הקודמת, הוגשה עתירה נגד החוק לבית-המשפט לחוקה. כמעט שני עשורים לאחר פסיקתו הראשונה בסוגיה, נדרש אפוא שוב בית-המשפט לחוקה לשרטט את המסגרת החוקתית להסדרה של הפסקות היריון, הפעם תוך התחשבות בשינויים שחלו בהקשר זה למן פסיקתו הקודמת.

בית-המשפט סירב לקבל את מתווה הפרשה שגובש על-ידי המחוקק כמות שהוא, והדגיש את הצורך בהתאמת ההסדר החוקי בדבר הפסקות היריון למתווה החוקתי ששורטט בפסק-הדין הראשון בעניין זה, שבמרכזו ההכרה בזכותו לחיים של העובר ובחובתה של המדינה להגן על זכות זו באמצעים פוזיטיביים. מעיקרון זה נגזרה שוב המסקנה שהפסקות היריון צריכות להיות אסורות. עם זאת, בית-המשפט שב והזכיר את העקרונות החוקתיים המתנגשים בזכות העובר, ובכלל זה זכות האישה לכבוד, לחיים ולשלמות גופנית, וקבע כי אינטרסים חוקתיים אלה יכולים להצדיק מתן היתר להפסקות היריון במקרים מסוימים. לצד אלה, ולהבדיל מפסק-הדין הקודם, קבע בית-המשפט כי ההגנה על העובר אינה חייבת להיות בכלים פליליים, וכי איסור עקרוני של הפלות אינו צריך להוביל בהכרח להפללתן. בית-המשפט קבע כי למדינה יש מרחב שיקול-דעת באיתור הכלים להגנה על העובר, והזכיר בהקשר זה מנגנונים חיוביים, דוגמת ייעוץ, הכוונה ותמיכה בנשים הרות ובמשפחות, לצד מנגנונים מניעתיים, כגון איסור מימון של הפלות המבוצעות לפי רצון האישה ולא בנסיבות של צורך. עם זאת, נקבע כי המדינה אינה יכולה לשלול מימון של הפסקות היריון מנשים נזקקות ממעמד חברתי-כלכלי נמוך. משמע, בשם תפיסה חיובית של זכויות-יסוד הוטלה על המדינה חובה לממן גם הפסקות היריון לפי רצון האישה, כאשר אין בידי האישה אמצעים כלכליים לממן זכות זו. על בסיס מערך זה של עקרונות הורה בית-המשפט למחוקק לשנות את החקיקה הרלוונטית בשני הקשרים מרכזיים: ראשית, שהפסקות היריון לפי רצון האישה יוגדרו כבלתי-חוקיות, גם אם אין מצמידים אליהן ענישה פלילית; שנית, שהליך הייעוץ לפני הפסקת היריון לפי רצון האישה יעוצב כך שהוא לא יהא מידעי בלבד, אלא ישרת באופן מובהק את המטרה של הגנה על חיי העובר בדרך של ייעוץ, תמיכה והכוונה של נשים הרות.<sup>55</sup>

*People's Republic of China: Women's Rights in Two Socialist Countries*, 40 STAN. L. REV. 1027 (1988)

54 Pregnant Women's and Family Assistance Act, BGBl I 1992, 1398, כפי שמופיע אצל KOMMERS, לעיל ה"ש 44, בעמ' 348 (ה"ש 69 בספרו). החוק החדש, אשר בתרגומו לעברית נקרא "החוק לסיוע לנשים הרות ולמשפחות", תיקן בס' 13 שלו את ס' 218 ו-219 לקוד הפלילי הגרמני, וחלק זה בחוק ידוע כחוק הרפורמה בחוק ההפלות. שם.

55 לתמצית מתורגמת לאנגלית של פסק-הדין ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 44, בעמ' 349-356. לדיון נוסף בפסק-הדין ראו גם: Mary Anne Case, *Perfectionism and Fundamentalism* in the Application of the German Abortion Laws, in CONSTITUTING EQUALITY: GENDER

בעקבות פסק־דין זה תוקן החוק הגרמני בנושא הפלות פעם נוספת.<sup>56</sup> כיום החוק קובע כי אישה יכולה להפסיק את הריונה ב־12 השבועות הראשונים של ההיריון לפי רצונה, בתנאי שקיבלה ייעוץ תומך (counseling) שלושה ימים לפני הפסקת ההיריון. מכיוון שמטרת הייעוץ היא להגן על חיי העובר, הליך הייעוץ אמור לכלול מתן מידע ביחס לזכותו של העובר לחיים וניסיון לשכנע את האישה להמשיך את הריונה. עם זאת, הייעוץ אינו מיועד לכפות תוצאה זו על האישה או לפגוע בחופש הבחירה שלה, אלא רק לסייע לה לקבל החלטה מושכלת בנוגע להמשך ההיריון או להפסקתו. החוק מוסיף וקובע כי מימון ציבורי להפסקות היריון לפי רצון האישה יינתן לפי אמות-מידה חברתיות-כלכליות. נוסף על כך החוק מאפשר ביצוע הפסקת היריון עד לשבוע ה־22 להיריון בכל מצב שבו האישה במצוקה קיצונית, וכן בכל מצב שבו מתעורר חשש לחיי האישה או לכריאותה, שאז אין מגבלה מבחינת גיל ההיריון.

התפתחות זו מהווה נקודת־ציון משמעותית בשיח החוקתי על הפלות, שכן היא הובילה לשרטוט מחדש של גבולותיו. כזכור, בשנות השבעים, עם המעבר לשיח זכויות, גובש מרחב ההסדרה החוקתי של הפסקות היריון בתווך שבין העמדה האמריקנית, שנתנה מעמד של בכורה לזכותה החוקתית של האישה, לבין העמדה הגרמנית, שנתנה מעמד של בכורה לזכותו החוקתית של העובר. בעוד שהעמדה המעמידה במרכזה את זכותה של האישה על גופה ואת האוטונומיה שלה להחליט על הפסקת היריון בשלבים הראשונים של ההיריון נותרה על מכונה כמעט ללא שינוי, העמדה הנגדית, כפי שהיא מיוצגת על־ידי השיח החוקתי הגרמני, עברה שינוי מהותי והתקרבה במידה ניכרת לעמדה האחרת. פסק־הדין החוקתי השני בנושא הפלות בגרמניה חוזר אומנם ומדגיש את עדיפותה של זכות העובר לחיים על זכותה החוקתית של האישה, אולם הוא משרטט מחדש את גבולות ההגנה על העובר על־פי שני עקרונות חדשים. העיקרון הראשון מבחין כאמור בין אי־חוקיות לבין הפללה, וקובע כי אין חובה חוקתית להפלייל הפסקות היריון בשליש הראשון של ההיריון גם אם הן נחשבות לא־חוקיות. מכוחו של עיקרון זה אי־החוקיות יכולה להתבטא באי־מימון של הפלות מסוימות (הפלות מרצון של נשים בעלות אמצעים), ולא בענישתם הפלילית של מי שמעורבים בכיצוען של הפלות אלה. העיקרון השני מבחין בין כלים אוסרניים לבין כלים תומכים בכל הנוגע במימוש חובתה של המדינה להגן על חיי העובר. מכוחו של עיקרון זה, ובהמשך למהלך של זניחה חלקית של נתיב ההפללה, הורה בית־המשפט על גיבושם של כלים פוזיטיביים שמטרתם לייצר מרחב תומך לנשים ביחס לגידול ילדים, על־מנת להקל על האישה את ההחלטה לא להפסיק את הריונה.

החוק הגרמני שגובש בסופו של דבר על בסיס שני העקרונות הללו אינו רחוק מאוד מהחקיקה במדינות מערביות אחרות, שבהן רצון האישה מקבל מעמד של בכורה בשלבים הראשונים של ההיריון. גם בגרמניה נשים יכולות, החל בשנות התשעים, להפסיק את ההיריון לפי רצונן ב־12 השבועות הראשונים. ההבדל המרכזי הוא שכשלב מקדים להפסקת ההיריון נשים גרמניות נדרשות לעבור הליך של ייעוץ תומך, שמטרתו להציג להן את האפשרויות

.EQUALITY AND COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 93, 97–98 (Susan H. Williams ed., 2009)

כפי Schwangeren- und Familienhilfänderungsgesetz (SFHAndG) of 21 August 1995 56 שמופיע אצל Case, לעיל ה"ש 55, בעמ' 102.

הפתוחות לפנייהן בכל הנוגע בשמירה על ההיריון. יתרה מזו, במבחן התוצאה אמת-המידה של מימון הפסקות ההיריון המעוגנת כיום בחוק הגרמני מביאה לידי כך שרובן המכריע של הפסקות ההיריון זוכות במימון ציבורי.<sup>57</sup> אחוז זה גבוה בהרבה מהאחוז המקביל בארצות-הברית,<sup>58</sup> ועובדה זו הופכת את ההסדר הגרמני במונחים רבים להסדר המקנה נגישות מהותית רבה יותר של הפסקות היריון בהשוואה להסדר האמריקני.<sup>59</sup> אם כן, משעה שעלה החוק הגרמני על מסלול של אי-הפללה וקבלת העיקרון של הפסקת היריון לפי רצון האישה ובמימון ציבורי במקרים מסוימים, חלה התקרבות משמעותית בין המודל הגרמני למודל האמריקני, למרות תפיסת הזכויות החוקתית השונה שכל אחד מהם נשען עליה. עובדה זו מחזקת אפוא ביתר שאת את המסקנה בדבר חשיבותו של שיח הזכויות מנקודת-ראותן של נשים בשרטוט המתווה החוקי להפלות. כפי שהדוגמה הגרמנית ממחישה, מתברר שגם כאשר האיזון החוקתי נוטה לטובת העובר, לנשים נותר מרחב משמעותי של "זכות" להפסקת היריון במימון ציבורי. אין משמעות הדבר שהמודל הגרמני הוא מיטבי מבחינתן של נשים, שכן אישה בגרמניה, כתנאי להפסקת היריון לפי רצונה, נדרשת לעבור שלב מקדים של ייעוץ, וזאת בניגוד למודלים ליברליים יותר, שאינם מתנים הפלה לפי רצון האישה בשלבים הראשונים של ההיריון. יתרה מזו, פסק-הדין הגרמני מעורר קשיים נורמטיביים ולוגיים לא-פשוטים. לצד העדר ההתמודדות עם המשמעות שיש להטלת איסור פלילי על הפלות על רקע ההיסטוריה הכאובה של גרמניה,<sup>60</sup> הניסיון של בית-המשפט להעמיד את הערך של חי העובר כערך עליון המוגן על-ידי חוק-היסוד הגרמני, מחד גיסא, ולצקת משמעות מהותית לזכות האישה על גופה, מאידך גיסא, הוליד מתווה חוקתי אשר יש הטוענים כי הוא נטול קוהרנטיות נורמטיבית.<sup>61</sup> בסופו של יום, ולמרות ההצהרות החד-משמעיות בדבר עליונותה של הזכות לחיים, פסק-הדין משרטט מתווה המעניק הלכה למעשה זכות חופשית להפסקת היריון לפי רצון האישה בשליש הראשון של ההיריון. מבחינה זו ניתן לטעון כי בפסק-הדין האמריקני יש התאמה טובה יותר בין המסגרת ההצהרתית ביחס לטיב הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לבין המתווה החוקתי בפועל להפסקות היריון הנגזר מהצהרות אלה.

עם זאת, פסק-הדין הגרמני הוא מעניין וחשוב, משום שבהקשר זה אפשר לראות כיצד שרטוט מתווה חוקי להפלות באמצעות שיח זכויות מביא לידי כך שמה שנחזה כמודל שמרני ומחמיר – המעמיד במרכזו את זכות העובר לחיים – מעניק בפועל לנשים מרחב

57 הנתון הרשמי בהקשר זה מגלה כי יותר מ-80% מהפסקות ההיריון בגרמניה זוכות במימון ציבורי. שיעור זה הוא נגזרת של העובדה שיש מחוזות בגרמניה שבהם פרשנות ליברלית של החוק מביאה לידי מימון כמעט מלא של כל הפסקות ההיריון, לעומת מחוזות שמרניים, כגון בוואריה, שבהם מדובר באחוזים נמוכים יותר. ראו Case, לעיל ה"ש 55, בעמ' 101.

58 *State Policies in Brief: State Funding of Abortion under Medicaid* (Guttmacher Institute, 2016), <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-funding-abortion-under-medicaid>; *Public Funding for Abortion*, ACLU (Apr. 12, 2016), <https://www.aclu.org/public-funding-abortion>.

59 Case, לעיל ה"ש 55, בעמ' 103.

60 ראו לעיל ה"ש 48-49 והטקסט שלידן.

61 ראו, למשל, Case, לעיל ה"ש 55.

רחב יחסית של הפסקת היריון, ההופך את הזכות הזו במשפט הגרמני לנגישה יותר בהשוואה למשפט האמריקני.

#### 4. חוק הפסקת היריון: רפורמה שאין בה שינוי

על רקע הדברים הללו מעניין לבחון את השיח הפרלמנטרי שליווה את גיבושה של הרפורמה בהסדר ההפלות הישראלי בשנות השבעים. הצעת החוק המקורית לתיקון דיני העונשין בנושא הפסקת היריון הוגשה כהצעת חוק פרטית של 22 חברי כנסת, והונחה על שולחן הכנסת לדיון בקריאה הטרוםית בינואר 1975.<sup>62</sup> הצעת חוק זו התבססה בעיקרה על ההמלצות של ועדת גבאי, שבמרכזן הקמת ועדות רפואיות להפסקת היריון וגיבוש רשימה סגורה של אמות-מידה שעל-פיהן יהיו הוועדות רשאיות לאשר הפסקות היריון. לצד העילות האפשריות להפסקת היריון שעליהן המליצה ועדת גבאי, הוסיפה הצעת החוק גם מצב שבו ההיריון אינו מנישואים, ובכך הרחיבה עוד יותר את הפתח המוצע להפסקות היריון חוקיות.<sup>63</sup> הצעת חוק זו הועברה לדיון בוועדת השירותים הציבוריים, ולאחר שנתיים של דיונים אושרה בסופו של דבר בקריאות השנייה והשלישית בכנסת כמעט ללא שינוי. בהקשר זה מתברר כי למרות טרוריקה מתלהמת נגד הצעת החוק בכללותה, בעיקר מצידם של חברי הכנסת החרדים, הסעיף המרכזי בהצעת החוק שניקו אליו בפועל את עיקר ההתנגדות היה הסעיף הסוציאלי. בנוסחו המקורי קבע סעיף זה כי אישה תוכל לקבל אישור מהוועדה להפסקת היריון כאשר "המשך ההריון עלול לגרום נזק חמור לאשה או לילדיה, מחמת תנאיה המשפחתיים או חברתיים הקשים של האשה ושל סביבתה, לרבות מספר רב של ילדים שהם בני ביתה". לאחר דיון סוער בכנסת במהלך הקריאה השנייה נמחק הסיפא של הסעיף, ובו המילים "לרבות מספר רב של ילדים שהם בני ביתה".

הדבר הבולט לעין בהקשר זה, הן בקרב תומכי הצעת החוק בכנסת והן בקרב מתנגדיה, הוא העדרה הכמעט-מוחלט של תפיסה הנשענת על זכויות-יסוד של הפרט, שתספק את הרציונל לדיון בהפסקות היריון ואת המסגרת העקרונית המארגנת לשרטוט גבולותיו של הסדר חוקי ראוי בסוגיה זו. בניגוד למודלים משפטיים שהתגבשו בשנים אלה במדינות אחרות, אשר התבססו על הכרעה עקרונית שבמרכזה הכרה באישה ההרה ובעופר כסובייקטים של זכויות ואינטרסים חוקתיים, בישראל נותר היחס לאישה (וגם לעופר) כאל אובייקט. מבחינה זו לא היה הבדל משמעותי בין נקודת-המבט הלאומית שעיצבה את יחסם של רוב חברי הכנסת החילוניים לסוגיית ההפלות לבין נקודת-המבט הדתית של חברי הכנסת החרדים, שהובילו

62 הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), לעיל ה"ש 21. הדיון הטרומי בהצעת חוק זו התקיים ב-15 בינואר 1975 – ראו ד"כ 72, 1317 (התשל"ה). ההצעה פורסמה ברשומות רק לאחר הכנתה בוועדת השירותים הציבוריים לקריאה הראשונה.

63 בס' 4 להצעת החוק נאמר: "ואלה הנסיבות המתירות הפסקת היריון: (1) יש בהמשך ההריון סכנה לחיי האשה; (2) המשך ההריון עלול לגרום לאשה נזק גופני או נפשי; (3) יש סכנה שהולד יהיה בעל מום גופני או שכלי; (4) ההריון נובע מאונס או מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות; (5) האשה היא למטה מגיל הנישואין ואיננה נשואה, או שהיא מעל לגיל 45; (6) המשך ההריון עלול לגרום נזק חמור לאשה או לילדיה, מחמת תנאיה המשפחתיים או חברתיים הקשים של האשה ושל סביבתה, לרבות מספר רב של ילדים שהם בני ביתה; (7) ההריון הוא שלא מנישואין."

את ההתנגדות להצעת החוק. אלה כמו אלה ראו בגופה של האישה ובעובר הנמצא ברחמה אובייקט לגיטימי למשטור ולהסדרה בשם צרכים של הקולקטיב היהודי במדינת-ישראל, תוך עיוורון לסוגיות של זכויות-יסוד המתעוררות בהקשר זה. משמע, מבחינתם השאלה אם להתיר הפסקות היריון ובאלו תנאים הייתה צריכה להיות מוכרעת בהתאם לשיקולים הנוגעים בעתידו של העם היהודי המתחדש בארצו ובצרכים של המפעל הציוני.

חשוב לציין כי התפיסות הללו – המעמידות במרכזן את טובת הקולקטיב ומכפיפות את צורכי הפרט, ובמיוחד את צורכי האישה, לצרכים הדמוגרפיים של האומה – לא היו חדשות. החרדה הדמוגרפית הייתה נדבך מרכזי בשיח הציבורי במדינת-ישראל מראשית ימיה, וממנה נגזרה ההתייחסות לנשים יהודיות כאל אימות האומה ומי שאמורות לתרום למפעל הציוני באמצעות הולדת ילדים.<sup>64</sup> הדיונים בכנסת שליוו את חקיקתם של חוקים שנחקקו בשנותיה הראשונות של המדינה – כגון חוק שירות בטחון, התש"ט-1949, שהעניק פטור משירות ביטחון לנשים נשואות, הרות ואימהות – חשפו בבירור תפיסות אלה והמחישו את כוחן בעיצוב המרחב המשפטי והמדיניות הציבורית.<sup>65</sup> עם זאת, החל בשנות השישים לבש השיח הדמוגרפי פנים מורכבים יותר. לצד הדגשת האינטרס המדינתי בעידוד ילודה בקרב נשים יהודיות, ההכרה בבעיות העוני והנחשלות בקרב שכבות מסוימות באוכלוסייה הובילה למסקנה כי תכנון משפחה בקרב שכבות אלה משרת את האינטרס המדינתי לא פחות. משמע, בהקשר זה נרשם מעבר מעמדה בלתי-מתפשרת בנושא עידוד הילודה לעמדה מורכבת יותר המבחינה בין אימהות "ראויות יותר" לאימהות "ראויות פחות", ושינוי זה העלה לדיון ציבורי בפעם הראשונה, כבר בשנות השישים, את שאלת ההסדרה המשפטית של הפסקות היריון.<sup>66</sup> יתרה מזו, התובנה הציבורית שהחלה מתגבשת כבר בשנים אלה הייתה כי החוק הקיים הינו בבחינת אות מתה, וכי הסדרה אחרת שתרחיב את קשת העילות החוקיות להפסקת היריון תאפשר להדק את הפיקוח על מספרן וטיבן של הפסקות ההיריון, ותקנה למדינה שליטה בשרטוט קו ברור בין המותר לבין האסור בהקשר זה בהתאם לצרכיו של הקולקטיב היהודי

64 Yael Yishai, *BETWEEN THE FLAG AND THE BANNER: WOMEN IN ISRAELI POLITICS* §§ 205–208 (1997).

65 ניצה ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית כ 277 (1999); נויה רימלט "על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"צ לאורה מילוא" עיוני משפט כט 449 (2006).

66 לדיון מפורט בשינויים שחלו בשנות השישים בשיח הדמוגרפי בישראל, שבמרכזם ההכרה בצורך לא רק לעודד ילודה, אלא גם להגבילה, ראו דלילה אמיר וניבה שושי "חוק הפלות הישראלי" – היבט מגדרי ופמיניסטי" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 777 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007) (להלן: אמיר ושושי "חוק הפלות הישראלי"); אמיר ושושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל", לעיל ה"ש 33; נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית 138 (2010) Noga Morag Levine, *Abortion in Israel: Community, Rights, and the Context of Compromise*, 19 *LAW & SOC. INQUIRY* 313 (1994).

במדינת ישראל. תפיסה זו הניעה במידה רבה את מהלך הרפורמה בחוק ההפלות בתחילת שנות השבעים, וסיפקה לו, מבחינת תומכיו, צידוק מרכזי.<sup>67</sup>

הרפורמה בחוק ההפלות לא נולדה אפוא בחלל ריק. את שורשיה אפשר למצוא בדיונים מוקדמים יותר בצרכיה של המדינה היהודית בעידוד ילודה, מחד גיסא, ובהגבלת ילודה בקרב שכבות נחשלות, מאידך גיסא. עם זאת, בשנות השבעים התרחשו כאמור שינויים דרמטיים בשיח על ההפלות בעולם המערבי. ועדת גבאי, שהמלצותיה הניחו בסיס לרפורמה שהוצעה, התייחסה להתפתחויות אלה, ובמרכזן פסק-הדין בעניין *Roe* וההכרה בזכויות האישה בהקשר של הפסקות היריון. גם בכנסת נשמעו קולות ספורים שניסו להעמיד את זכות האישה במרכז הדין, ועמדו על הקשר שבין נגישות חוקית של הפסקות היריון לבין מעמדן וזכויותיהן של נשים בחברה. שולמית אלוני, למשל, ציינה בעת הדין לקראת הקריאה הראשונה של החוק: "בנושא הבריאות אין צורך להיזקק לבעיה של תיכנון משפחה ולא לבעיות לאומיות ולא לשאלה של ערכים ויהודים כפי שהועלו כאן. אני מדברת על שני עקרונות יסוד. האשה היא אדם, היא בת-חורין וזכותה להיות אדון לגופה."<sup>68</sup> מרשה פרידמן, אשר יזמה כאמור הצעת חוק חלופית שהתבססה על המודל האמריקני, ובמרכזה מתן זכות להפלה לפי רצון האישה בשליש הראשון של ההיריון, הוסיפה: "בעלות האשה על גופה היא תנאי הכרחי לשיחרור האשה... התנגדות לתיקון זה היא התנגדות לעקרון השוויון בין המינים."<sup>69</sup> עם זאת, קולות מן הסוג הזה נותרו חריגים.<sup>70</sup> למרות המודעות הפורמלית לקיומו של שיח זכויות חלופי, רוב הדין בכנסת ברפורמה המוצעת, גם בקרב תומכי הצעת החוק, התעלם לחלוטין מהיבט זה של הסוגיה. כך, למשל, שר הבריאות ויקטור שם-טוב, שהיה זה שמינה את ועדת גבאי בתחילת שנות השבעים על-מנת שתמליץ על רפורמה בחוק ההפלות המנדטורי, הסביר בדיון הטרומי בהצעת החוק:

"לדעתי הבעיה המרכזית העומדת לפנינו היא הצורך בתיכנון המשפחה בישראל. יש דעה מוטעית בציבור שתיכנון משפחה יוביל בהכרח לצימצום הילודה... תיכנון המשפחה יביא לוויסות הילודה בלי להקטין את הריבוי הטבעי שאנחנו כל כך מעוניינים בו בהכרח, אלא להיפך: אולי יוביל לכך שמשפחה שיש לה עכשיו ילד אחד או שניים תגדיל את מספר הילדים במשפחה, ומשפחות

- 67 כפי שהסבירה, למשל, חברת הכנסת חייקה גרוסמן, יושבת-ראש ועדת השירותים הציבוריים, שעסקה בגיבוש הרפורמה המוצעת במתכונתה הסופית: "ייתכן שלאחר קבלת החוק יפחת המספר הכולל של ההפלות, משום שלוועדות הרפואיות לא יהיה עניין לאשר הפלות רבות אלא אם תהיה לכך הצדקה בהתאם לקריטריונים הקבועים בחוק. תמיד יאשרו פחות הפלות מאשר יבקשו לעשות. לעומת המצב כיום של 60 אלף הפלות המבוצעות מחוץ לחוק, יכול להיות שתהיינה רק 20-30 אלף הפלות חוקיות. החוק המוצע לא בא לצמצם את הילודה אלא, אולי, להיפך." ד"כ 79, 1229 (התשל"ז). לדיון נוסף בהיבט מעצב זה של הדין ברפורמה בחוק ההפלות ראו גם Rimalt, *When Rights Don't Talk*, לעיל ה"ש 43.
- 68 ד"כ 75, 1395 (התשל"ו).
- 69 שם, בעמ' 1399.
- 70 חברי כנסת ספורים נוספים שהמשיגו את סוגיית ההפלות באמצעות שיח זכויות, ובמרכזן זכות האישה על גופה, היו מאיר פעיל ותופיק טובי.

המביאות מספר גדול של ילדים... ואין להן אפשרות לקיים את הילדים ולחנך אותם – יגיעו אולי לאיזה תיכנון רצוי יותר למשפחה.<sup>71</sup>

תפיסות אלה חזרו ומילאו תפקיד מרכזי בעיצוב הדיון בהצעת החוק לכל אורכו. כאשר הובא החוק לקריאה הראשונה, הדגיש חבר הכנסת שמעוני, מיוזמיה של הצעת החוק: "אני רוצה לומר רבותי, שאני בעד עם ישראל גדול, ובפרט אחרי השואה שהיתה לנו. אבל אני בעד עם ישראל גדול מכל מקורותיו. לא ייתכן ש-12% של המשפחות בישראל יביאו לעולם יותר מ-40% של הילדים, ויותר מ-50% האחרים יסתפקו בילד אחד או שניים."<sup>72</sup> אומנם בחלק מהמקרים אפשר לשער שהיה בהיאחזות בשיח הלאומי גם יסוד טקטי, שנועד לייצר מסגרת טיעונים שתזכה בתמיכה מרבית בכנסת.<sup>73</sup> עם זאת, העובדה שתפיסות לאומיות הן שסיפקו את המסגרת המאחדת המשמעותית ביותר לגיוס תמיכה בהצעת החוק היא עובדה מעניינת. היא מאירה ומחדדת עד כמה התמיכה בהצעת החוק נשענה בחלק גדול מהמקרים על עמדה נורמטיבית נטולת ספקות ביחס ללגיטימיות שבשרטוט מתווה חוקי להפלות מנקודת-מבט המתרכזת בצרכים של העם היהודי ושל מדינת-ישראל, ותוך עיוורון לעמדה הרואה באישה סובייקט לגיטימי של זכויות בהקשר של הפסקות היריון.<sup>74</sup> למשל, כאשר

71 ד"כ 72, 1322 (התשל"ה).

72 ד"כ 76, 1603 (התשל"ו). ראו בהקשר זה גם רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 138-142.

73 חברת הכנסת גרוסמן אמרה דברים ברוח זו בעת הדיון בכנסת: "חברי הכנסת, החוק לתיקון דיני עונשין, חוק ההפלות המובא היום למליאת הכנסת, הוא בבחינת פשרה. חוק זה הוא פשרה בין מצב בלתי-נסבל של קיום חוק מאנדאטורי המופר בצורה חמורה ומתמדת, חוק האוסר הפלות באורח קאטגורי, לבין מצב שאולי אחדים מאתנו או אולי רבים מאתנו היו רוצים להגיע אליו – מצב שבו תהיה אשה זכאית להפיל את ולדה אם אין היא רוצה ללדת. שני הדברים הקיצוניים הללו לא נתקבלו." ד"כ 79, 1229 (התשל"ז). לניתוח מקיף של הפשרה שנאלצו חברות כנסת דוגמת גרוסמן לעשות על-מנת לקדם את הרפורמה המוצעת בחוק ההפלות, וכיצד פשרה זו הייתה כרוכה באימוץ טקטי של השיח הדמוגרפי על-חשבון שיח זכויות האישה, שנרחק הצידה, ראו Rimalt, *When Rights Don't Talk*, לעיל ה"ש 43.

74 דוגמה מעניינת למודעות פורמלית לעמדת זכויות האישה בהקשר של הפסקות היריון אבל לחוסר הפנמה מהותית שלה אפשר למצוא, למשל, בדבריו של חבר הכנסת חביב שמעוני, שהיה מיוזמיה של הצעת החוק המקורית. בעת הדיון הטרומי בכנסת, כאשר הציג בפעם הראשונה את הצעת החוק בפני מליאת הכנסת, בהחיר חבר הכנסת שמעוני בראשית דבריו כי להגשת הצעת החוק קדמה פעילות נמרצת של חברות המפלגה שניסו לדחוף לכך שהמלצות ועדת גבאי יידונו "במגמה לכבד זכות ההכרעה של האשה". ד"כ 72, 1317 (התשל"ה). יתרה מזו, חבר הכנסת שמעוני סיים את דבריו בכנסת בהתייחסות ל"שנת האשה הבין-לאומית", וציין כי "העובדה שמי שמציג את החוק אינו דווקא אשה מעידה על מידת ההזדהות וההכרה בכויותיה של האשה ומקומה בחברה". שם, בעמ' 1319. אולם בגוף דבריו נמנע חבר הכנסת שמעוני מלקשר בין החקיקה המוצעת לבין זכויות נשים, והתרכז כאמור בדיון שכל-כולו הוקדש לקשר בין החוק המוצע לבין "ממדי העלייה מארצות התפוצה", "הדאגה לבריאותו הפיסי והנפשית של עמנו המתקבץ בארצו" ו"גדלו של העם היהודי בישראל". שם, בעמ' 1318. משמע, בעוד שברמה הפורמלית הכיר חבר הכנסת שמעוני בחיבור האפשרי שבין הרחבת נגישותן של הפסקות היריון לבין זכויות נשים ומעמדן השוויוני בחברה, ברמה המהותית נראה כי הוא

הציג שר הבריאות את קשת העמדות העקרוניות בוויכוח על הפסקות היריון, הוא הצביע, מצד אחד, על העמדה הדתית השוללת באופן גורף המתת עוברים, והוסיף:

"מול דעה זו ניצבות התפיסות הליברליות, הרואות הכרח והצדקה בהפסקת היריון מסיבות רפואיות וסוציאליות, הן כדי להבטיח את בריאותה הפיזית והרוחנית או חייה של האם, הן כדי להבטיח את בריאותו של הילוד או של הילדים הקיימים של המשפחה."<sup>75</sup>

מבחינתו של שר הבריאות, שביקש לקדם את הצעת החוק, עמדה המעמידה במרכזה את זכות האישה על גופה ואת רצונה לשלוט בפריונה לא הייתה כלל חלק מקשת העמדות הרלוונטיות לצורך הדיון בהצעת החוק. בצד הליברלי ביותר, לפי תפיסה זו, ניצבו עמדות פטרנליסטיות המגדירות בעבור האישה מתי ובאילו תנאים היא תוכל להפסיק את הריונה. העדרה הכמעט-מוחלט של תפיסת זכויות בקרב תומכי החוק וההיאחזות בשיח לאומי ודמוגרפי כבסיס לגיטימי להסדרה של הפסקות היריון יצרו חיבור מעניין בינם לבין מתנגדי החוק הקולניים ביותר, רובם חברי כנסת דתיים וחרדים. חברי הכנסת החרדים אומנם הביעו ברמה ההצהרתית התנגדות מוחלטת לכל סעיפי הצעת החוק.<sup>76</sup> עם זאת, מתברר כי בפועל התמקדה עיקר ביקורתם בסעיף הסוציאלי, וביקורת זו נשענה על טיעונים שלא היו שונים באופן מהותי מהטיעונים של תומכי החוק ביחס לטיב האינטרסים שצריכים להכתיב את המסגרת החוקית להפלות. חבר הכנסת מנחם פרוש, מהחזית הדתית התורתית, הסביר:

"קשה להשלים עם עצם העלאת מחשבה בהבאת חוק כזה, חוק הנוגד יסודות התורה, חוק הנוגד גם יסודות תרבות הגויים, חוק הנוגד גם את היסודות והאינטרסים הלאומיים של עם ישראל, חוק הנוגד את היסודות והאינטרסים הבסיסיים של קיומנו בארצנו, בעמדנו בתחרות כה מרה עם הערכים שבתחומנו וגידולם הטבעי. אנו, הכמהים לכל עולה חדש, נחוקק חוק אשר ממית ילדים במעיהן של אימותיהם כי יש כבר מספר רב של ילדים? כמה עמל, דם ויזע עלינו

עצמו היה שבוי בשיח הלאומי-הדמוגרפי, ומשיח זה נגזרה בכירור תפיסתו ביחס לאופן שבו צריך לשרטט את גבולות המותר והאסור בהקשר של הפסקות היריון.

דוגמה נוספת לעיוורון לסוגיית זכויות האישה בהקשר של הסדרה חוקית של הפסקות היריון אפשר למצוא בדבריו של חבר הכנסת ליאון דיציאן מהליכוד, אשר החליט בסופו של דבר לתמוך בהצעת החוק בקריאה הראשונה. את תמיכתו, למרות כל ההיסוסים, הסביר במילים אלה: "חברי הכנסת, האם באמת אין להתיר הפלה במקרה שיש סכנה שהולד יהיה בעל מום גופני או שכלי? האם אנו כה עשירים שאנו יכולים לאפשר הבאתם לעולם של ילדים המיועדים מראש להיות אומללים ולאמלל את משפחותיהם – את הוריהם, אחיהם ואחיותיהם – כל ימי חייהם? האם אין כאן אינטרס מוחלט לא רק של החברה, אלא גם של המשפחה?" ד"כ 76, 1600 (התשל"ו).

75 ד"כ 72, 1321 (התשל"ה).

76 חבר הכנסת פרוש, למשל, אמר: "ברור כי אנו שוללים שלילה מוחלטת את החוק כולו על כל סעיפיו, כי איני רואה מקום לקבוע כל היתר להפלת עובר ללא סמכות הלכתית, וזו מביאה תמיד בחשבון הנתונים שיש להביא בחשבון בדאגה לחיי האשה." שם, בעמ' 1324.

להשקיע עד אשר אנו זוכים לעליית 10,000 עולים. וכאן לפנינו סטאטיסטיקה כי בשנה אחת ממיתים בעוברי אמהות 60,000 ילדים.<sup>77</sup>

אם כן, חברי הכנסת החרדים היו מוטרדים לא פחות מחברי הכנסת החילונים מסוגיות של עלייה, גידול טבעי ועתידו של עם ישראל, ואלה שרטטו מבחינתם את המסגרת הרלוונטית לדיון ברפורמה המוצעת. יתרה מזו, מתברר שלמרות הצהרותיהם ביחס להתנגדות גורפת לחוק כולו, בפועל היו המפלגות החרדיות שותפות למהלך של הרחבת העילות המוצעות להפסקת היריון בהשוואה למתווה המקורי ששורטט על ידי ועדת גבאי. בהקשר זה חשוב לציין כי היהדות, בניגוד לקתוליות, אינה דוגלת בעמדה אוסרנית גורפת ביחס להפלות. הדיון ההלכתי מעניק עדיפות לערך של חיי האם ובריאותה על הערך של חיי העובר, ומעיקרון זה נגזרת עמדה הלכתית המכירה בלגיטימיות של הפסקות היריון במקרים מסוימים.<sup>78</sup> לעומת זאת, לדת היהודית יש עמדה מחמירה ביותר בסוגיות של סטטוס. הדוגמה הבולטת היא זו של ממזר – ילד הנולד לאישה נשואה כתוצאה ממערכת יחסים מחוץ לנישואים. ילד כזה מנודה מקהל ישראל, והוא אינו רשאי להינשא ליהודי אחר, אלא רק לממזר כמותו. מנקודת-ראותה של הדת היהודית עדיף אפוא לא להיוולד כלל מאשר להיוולד ממזר. יתרה מזו, היהדות מייחסת חשיבות למודלים של משפחתיות מסורתית המבוססת על נישואים בין גבר לאישה והולדת ילדים (רבים ככל האפשר) במסגרת מודל זה. מכוחן של תפיסות אלה היה קל לגייס את תמיכתם של חברי הכנסת החרדים בהתרת הפסקות היריון במצבים שבהם ההיריון לא נוצר בנסיבות של משפחתיות מסורתית, כגון היריון של נשים רווקות או במיוחד היריון של נשים נואפות.<sup>79</sup> עילה זו, שהוגדרה כחלה על כל המצבים שבהם ההיריון הוא "שלא מנישואין", לא נכללה כאמור במתווה המקורי שהותווה בהמלצות של ועדת גבאי, אלא הוספה במסגרת הצעת החוק הפרטית שגובשה בכנסת בעקבות המלצות הוועדה.<sup>80</sup> כפי שמעיד הדיון הפרלמנטרי שנערך בהצעת החוק, סביב עילה זו הייתה הסכמה רחבה מלכתחילה.<sup>81</sup> משמע, בשם תפיסות הלכתיות ביחס למשפחות ראויות ולילדים ראויים הורחבה קשת העילות הרשמיות להפסקת היריון בהשוואה למתווה המוצע המקורי, ותוצאה זו עמדה במתח עם הרטוריקה הדתית המתלהמת נגד הצעת החוק בכללותה.<sup>82</sup> בסופו של

77 שם, בעמ' 1324-1325.

78 Morag Levine, לעיל ה"ש 66, בעמ' 317-318.

79 דלילה אמיר וניבה שושי מגדירות את הסעיף הזה כ"סעיף 'יהודי'" בחוק. ראו אמיר ושושי "חוק ההפלות הישראלי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 804-805.

80 בהצעת החוק המקורית הופיעו שתי הקטגוריות בנפרד. אחר כך, בשל הכפילות, אוחדו שתי קבוצות הנשים (הרווקות וה"נואפות") תחת עילה אחת – "ההיריון הוא שלא מנישואין".

81 כך, למשל, חבר הכנסת ידיד מהליכוד הציע במהלך הקריאה השנייה של החוק למחוק את העילה המתירה מתן אישור להפסקת היריון שאינו מנישואים. הצעתו לא זכתה בתמיכה, והסעיף אושר כלשונו. ד"כ 79, 1232 ו-1259 (התשל"ז).

82 חבר הכנסת שלמה יעקב גרוס, מהחזית הדתית התורתית, הגדיר כל הפלה כמעשה המהווה "הריגת ילדים". ד"כ 75, 1387 (התשל"ו). חבר הכנסת פרוש החרה החזיק אחריו, בהכריזו על התנגדותו "להמית עוברים במעי אימותיהם". שם, בעמ' 1324-1325. בשלב מאוחר יותר בדיון הוסיף חבר הכנסת שלמה יעקב גרוס וקבע כי משמעותה של הפסקת היריון היא "לרצוח עובר בבטן אמו ללא כל סיבה". ד"כ 79, 1237 (התשל"ז).

יום, גם כאשר הזכירו חברי הכנסת החרדים את העובר, לא היה זה מכוחה של תפיסת זכויות המכירה בזכותו של העובר לחיים, כפי שנעשה במשפט הגרמני באותן שנים, אלא מכוחה של תפיסה המעמידה במרכזה שיקולים הנוגעים בקולקטיב היהודי. העילה היחידה שמיקדה אליה את עיקר ההתנגדות מצידם של חברי כנסת דתיים וחרדים הייתה כאמור העילה הסוציאלית, והנימוקים נגדה לא היו קשורים כלל לזכויות העובר, אלא לדאגה לעתידו של עם ישראל ולתפקידן ההלכתי המיוחד של נשים בהקשר זה, שעיקרו הוא קיום מצוות פרו ורבו.<sup>83</sup> בהקשר זה נראה כי מה שהטריד את חברי הכנסת החרדים ביחס לסעיף הסוציאלי היה בעיקר החשש מאובדן עמדת הכוח של ההנהגה הדתית בשימור תפקידן המסורתי של נשים כאימהות, אשר נתפס והוצג כהכרחי לצורך המשך קיומו של העם היהודי. משמע, בהקשר זה השליטה בגופן ובמיניותן של נשים, באמצעות הכפפתן לכללים המקדשים ריבוי ילדים, נתפסה והוצגה כחלק מהתפקיד הלגיטימי של ההנהגה הדתית בהבטחת עתידו של עם ישראל.<sup>84</sup> מבחינה זו, גם כאשר נחלקו הדעות בין תומכי החוק למתנגדיו ביחס לעילה הסוציאלית, היה זה ויכוח שהתנהל במרחב אידיאולוגי דומה, שבו היקפן הראוי של הפסקות היריון אינו מתבסס כלל על שיח זכויות יסוד של הפרט, אלא גזור ממערך של שיקולים הנוגעים בקולקטיב היהודי, ומכוחם בלבד משרטט את המותר והאסור בהקשר זה. להסכמה רחבה זו ביחס למרחב האידיאולוגי שבו ראוי לקיים את הדיון בהפסקות היריון היו שתי תוצאות חשובות מבחינת שרטוט גבולותיו הסופיים של ההסדר שאושר בסופו של דבר בכנסת. ראשית, הסכמה זו הובילה ליצירתן של בריתות מעניינות בין מתנגדי החוק לתומכיו. כך, למשל, חבר הכנסת מנחם ידיד מהליכוד התנגד לחוק במהלך הקריאה הראשונה, והכריז כי יצביע נגדו "מתוך אחריות לגורל האומה ואמונה בעתיד ארץ ישראל".<sup>85</sup> את התנגדותו הוא נימק בכך ש"למען החברה ניטיב לעשות אם נדאג למשפחות נחשלות ונוקדות בדרך חיובית עליידי כך שנשפר את תנאי הדיור שלהן, ומעל לכל נקדיש תשומת לב מירבית לחינוך ולהדרכה".<sup>86</sup> במהלך הקריאה השנייה חזר חבר הכנסת על התנגדותו הגורפת לחוק, אולם הבהיר כי מכיוון שבשלב זה אין סיכוי סביר להסרתו מסדר היום, הוא מבקש לפחות לגייס תמיכה בהסתייגותו מן החוק המוצע. בעל ברית לא-צפוי לאחת ההסתייגויות שלו – זו שהתמקדה בסעיף הסוציאלי – מצא חבר הכנסת ידיד בחבר הכנסת

83 חבר הכנסת פנחס שינמן, מהחזית הדתית הלאומית, נימק את התנגדותו הנחרצת לחוק במילים אלה: "ומבחינה לאומית – האין בחוק משום הנפת גרון על קיומו של עמנו? האם בדור שלאחר השואה האימה, בו נספו למעלה ממיליון ילדים, מלבד מיליונים מבוגרים מאחינו-בשרנו, נקבל חוקים שתכליתם לצמצם את הילודה עד למינימום? האם עשינו לעצמנו חשבון הנפש כי בזמן שזרם העלייה מן החוץ הולך וקטן והירידה מן הארץ לצערנו, רבה וניכרת, ולעומת זה עשרות מיליוני ערבים הנמצאים מסביב לגבולותינו פרים ורבים ללא שיעור וללא מספר, אנחנו מתכווננים לצמצם ולהפסיק גם את העלייה הפנימית?" ד"כ 75, 1398 (התשל"ו).

84 דלילה אמיר וניבה שושי מוסיפות ומציינות בהקשר זה כי הקישור שנעשה בדיון בכנסת בין ריבוי ילדים לבין מצוקה פסל למעשה את הדגם של משפחה מרוכת ילדים כדגם נורמטיבי למשפחות דתיות רבות, ולפיכך עורר התנגדות רבה כל-כך מצידם של חברי הכנסת הדתיים. אמיר ושושי "חוק ההפלות הישראלי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 798.

85 ד"כ 76, 1596 (התשל"ו).

86 שם, בעמ' 1595.

ארי אנקוריון מהמערך, המפלגה שהובילה את מהלך הרפורמה בהסדר ההפלות. חבר הכנסת אנקוריון לא התנגד לחוק כולו, אבל תמך בהחלט בהצעה למחוק את המילים "לרבות מספר רב של ילדים שהם בני ביתה" מתוך הסעיף הסוציאלי. "אם תשאלו אותי מדוע, הסביר חבר הכנסת אנקוריון, "אומר שעוד בדורנו אנו החיים כאן, הנמצאים כאן בכנסת זאת, הקרבנו קרבות עצומים בשנות השואה, שעברו על עמנו, ובתוכם מספר עצום של ילדים. מדובר בארץ של עלייה, כשאנחנו כל כך זקוקים לריבוי של ילדים, כשאנו זקוקים לריבוי יהודים בארץ.<sup>87</sup> לעמדה זו נמצאה תמיכה משמעותית הן בקרב מתנגדי החוק – החילונים, הדתיים והחרדים – והן בקרב תומכי החוק, אשר רובם לא ערערו כאמור על העמדה העקרונית ששיקולים מדינתיים, שבמרכזם הרצון לעודד ילודה בקרב נשים יהודיות, צריכים להשפיע על שרטוט המרחב החוקי של הפסקות ההיריון בישראל. התוצאה הייתה שהתיקון היחיד להצעת החוק שהתקבל במהלך הקריאות השנייה והשלישית היה התיקון שיזמו במשותף חברי הכנסת ידיד ואנקוריון. הסעיף הסוציאלי אושר אפוא בסופו של דבר בגרסה מצומצמת, שהשמיטה מנוסח החוק את ההתייחסות למספר ילדיה של האישה כנימוק אפשרי שהוועדה יכולה להיתלות בו על-מנת לתת אישור להפסקת היריון.

תוצאה חשובה שנייה מבחינת היקפו הסופי של חוק ההפלות, שנגזרה מהמרחב האידיאולוגי שבו התנהל הדיון בחוק זה, היא העדרה של כל התייחסות לגיל ההיריון כגורם המשפיע על העילות להפסקתו. על-פי לשונו של החוק שאושר בסופו של דבר בכנסת, העילות להפסקת היריון, שעוגנו בסופו של דבר בסעיף 316 לחוק העונשין, הוכרו כבעלות תוקף שווה לכל אורך ההיריון, ללא קשר לגיל העובר. היבט מרכזי זה בחוק יצר הבדל משמעותי בין הסדר ההפלות שגובש בישראל לבין הסדרים במדינות מערביות אחרות, שבהן נעשתה ליברליזציה של חוק ההפלות מכוחה של תפיסת זכויות. בעוד שבמדינות אלה שורטטו גבולות ברורים להפסקות היריון בהתאם לפוטנציאל החיות של העובר, בישראל – דווקא בשל העובדה ששאלת מעמדו של העובר כמושא של זכויות לא הייתה כלל גורם מעצב בגיבוש החוק, לא מצד תומכיו ולא מצד מתנגדיו – נולד חוק המתיר הפלות על-פי אותן עילות בדיוק בין שמדובר בשבוע הראשון של ההיריון ובין שמדובר בשבוע האחרון שלו. אף שבדין ההלכתי קיימת התייחסות לגיל העובר ולנפקותו של נתון זה לדיון בהפסקות היריון,<sup>88</sup> חברי כנסת דתיים ספורים בלבד התייחסו במהלך הדיון הפרלמנטרי לעובדה שבחוק המוצע לא הייתה כל הבחנה בין השלבים השונים של ההיריון.<sup>89</sup> בכל מקרה, חָסַר זה לא עורר כמעט

87 ד"כ 79, 1253 (התשל"ז).

88 חלק מהעמדות ההלכתיות בהקשר זה סוכמו בחוות-דעת הלכתית שהגיש הרב אהרן לכתנשטיין לוועדת גבאי לפי בקשתה. חוות-דעת זו צורפה כנספח לדוח הוועדה. ראו דוח גבאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 495-501.

89 הראשון שעורר את נושא העדרו של גיל ההיריון מהצעת החוק היה חבר הכנסת בנימין הלוי מהליכוד, שהעיר בעת הדיון לקראת הקריאה הראשונה של הצעת החוק: "בדקתי את כל סעיפי ההצעה ולא מצאתי זכר לעניין של שלושת החודשים. בין שזה נעשה בהיסח הדעת ובין שמתוך רוב דעות – אינני יודע מה קרה בוועדה – הייתי מציע לפני קריאה שנייה ושלישית לתת את הדעת על התקופה של 12 השבועות הראשונים שבהם נוהגים לבצע הפסקת היריון, מתוך הנחה שבמשך שלושת החודשים הראשונים של ההיריון העובר הוא יותר קטן וחלש, בריאות האשה בדרך כלל אינה נתונה בסכנה, בעוד שכל התנאים האלה משתנים והולכים אחרי החודש

כל התנגדות, בוודאי לא התנגדות שווה בעוצמתה לזו שעורר הסעיף הסוציאלי. עובדה זו מעניינת במיוחד, שכן בתחילת הדרך הונחה על שולחן הכנסת גם הצעת החוק של חברת הכנסת מרשה פרידמן,<sup>90</sup> שהציגה מתווה חלופי להסדר הפלות שבוסס על המתווה החוקתי האמריקני שגובש באותן שנים. בהתאם לרציונל החוקתי האמריקני, שבמרכזו איוון בין זכותה החוקתית של האישה להפסיק את הריונה לבין האינטרס הציבורי שבהגנה על פוטנציאל החיות של העובר, הציעה פרידמן להעניק לנשים זכות חופשית להפלה ב־12 השבועות הראשונים של ההיריון ואחר כך לסייג זכות זו במידה ניכרת.<sup>91</sup> עם זאת, לאחר שהועברה הצעת חוק זו לדיון מקדמי בוועדת השירותים הציבוריים, היא נדחקה כאמור הצידה, והוועדה התמקדה בהצעת החוק האחרת. האפשרות לשרטט מתווה חוקי להפלות בהתחשב בגיל ההיריון הייתה מונחת אפוא על שולחן הכנסת, אלא שנראה כי בהעדרה של תפיסת זכויות כיסוד מארגן של החקיקה לא יוחסה שום חשיבות להיבט זה של נושא ההפלות, כשם שהיבטים אחרים הנוגעים בזכויות האישה או במעמדו של העובר נעדרו לחלוטין מהשיח המרכזי סביב הצעת החוק.

השלישי. זאת ההשקפה הרפואית המקובלת, וצריך לתת לה ביטוי גם בחוק. אני מציע להכניס בעניין זה תיקון מפורש בהצעת החוק כמות שהיא. "ד"כ 76, 1597 (התשל"ו). חבר הכנסת זרח ורהפטיג, מהחזית הדתית הלאומית, הצטרף באותו דיון לדברים הללו, ותהה היכן מגבלת שלושת החודשים שהייתה אמורה להיות מעוגנת בחוק. שם, בעמ' 1608. חבר הכנסת פנחס שינמן, מהחזית הדתית הלאומית, חזר והעלה סוגיה זו לסדר היום בעת הדיון בכנסת לקראת הקריאות השנייה והשלישית, והציע הסתייגות לחוק שלפיה ייכתב כי אישור הוועדה להפסקת היריון יינתן "רק אם הפסקת ההריון תיעשה תוך 12 שבועות מתחילת ההריון". ד"כ 79, 1235 (התשל"ז). במענה להסתייגות הזאת הסבירה חברת הכנסת גרוסמן: "אילו היתה מתקבלת הגירסה... המתירה הפלה לכל אשה המבקשת להפיל, צריך היה בהחלט לציין במפורש בחוק שמדובר רק בשלושת החודשים הראשונים. הסבירו לנו רופאים, הסבירו לנו מומחים, שהדבר אינו נחוץ באותו מקרה שאשה עומדת לפני הוועדה, שהיא בעיקרה ועדה רפואית-סוציאלית." ד"כ 79, 1257 (התשל"ז). מעבר לחילופי דברים אלה לא זכתה סוגיית ההשלכה שצריכה להיות לגיל ההיריון על העילות להפסקת היריון בשום דיון נוסף.

90 ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט שלידה.

91 הצעת החוק של פרידמן קבעה בסעיף הרלוונטי כדלקמן (ד"כ 72, 1334 (התשל"ה)):

## 2. הפלה כרין

(א) רופא נשים ראשי לבצע במוסד רפואי מאושר הפסקת הריון של אשה בהסכמתה

המודעת באחת מאלה:

(1) תוך שנים־עשר שבועות לאחר תחילת ההריון;

(2) כאשר יש לו יסוד סביר להניח כי:

(א) קיים סיכון ניכר שהמשך ההריון יפגע קשות בכריאותה הגופנית או

הנפשית של האשה, או

(ב) הילד ייוולד עם ליקוי גופני או שכלי חמור, או

(ג) ההריון נגרם כתוצאה מאונס, גילוי עריות או בעילה בלתי־חוקית של

נערה אשר טרם מלאו לה שש־עשרה שנה."

## 5. מחיקת הסעיף הסוציאלי

מאפיינים אידיאולוגיים אלה של הוויכוח סביב חוק ההפלות באו לידי ביטוי גם בשנים מאוחרות יותר. המפלגות החרדיות – מתוך נאמנות לתפיסתן בדבר החשיבות שבשימורו ובהנצחתו של תפקידן האימהי של נשים, באמצעות מצוות פרו ורבו, על-מנת להבטיח את עתידו של העם היהודי – התמידו בהתנגדותן לסעיף הסוציאלי גם לאחר אישורו הסופי של החוק בכנסת. במסגרת ההסכם הקואליציוני בין הליכוד לבין המפלגות החרדיות, שנחתם לאחר המהפך של 1977, התחייבה מפלגת השלטון להביא לידי מחיקת סעיף 5(א) (5) לחוק הפסקת הריון, המתיר הפסקת הריון מחמת תנאיה המשפחתיים או חברתיים הקשים של האישה או של סביבתה. סעיף זה הוגדר על-ידי הצדדים להסכם כמהווה חריגה מ"הסטטוס-קוו הדתי"<sup>92</sup>. הצעת חוק ברוח זו שהונחה על שולחן הכנסת עברה בקריאות השנייה והשלישית בתחילת שנת 1980.<sup>93</sup>

כך נמחק מן החוק הסעיף המשמעותי ביותר, לדעת יוזמי החוק, מבחינת הרחבת נגישותן החוקית של הפסקות ההיריון לנשים. כפי שהסביר שר הבריאות בעת הדיון הטרומי בהצעת החוק, הנתונים באותה עת הראו כי הפלות מעטות בלבד נעשות מטעמים של אונס או סכנה לבריאותה הגופנית והנפשית של האישה, וכי רוב ההפלות נובעות מטעמים סוציאליים ונעשות על-ידי נשים לא-נשואות או נשים נשואות שנכנסו להריון בלתי-רצוי.<sup>94</sup> יתרה מזו, מתברר כי תמונת-מציאות זו לא השתנתה במהלך השנים שחלפו למן חקיקת החוק ועד היום, והיא נכונה לא רק לגבי ישראל, אלא לגבי העולם המערבי כולו. אחד הנתונים המובהקים ביותר ביחס להפסקות הריון הוא שברובם המכריע של המקרים נשים מבקשות להפסיק הריון בשל סיבות חברתיות, ולא בשל סיבות רפואיות או פליליות. משמע, רוב ההפלות נעשות מטעמים אישיים, כלכליים, חברתיים או משפחתיים, ובהקשר זה אין שינויים לאורך זמן.<sup>95</sup>

92 ד"כ 81, 1470 (התשל"ז) (דבריו של חבר הכנסת קלמן כהנא ואישורו של שר הבריאות שוסטק).

93 חוק העונשין (תיקון מס' 8), התש"ם-1980, ס"ח 40.

94 שר הבריאות ויקטור שם-טוב אמר דברים מפורשים בעניין זה בעת הדיון לקראת ההצבעה הטרומית על הצעת החוק: "סוד גלוי הוא כי רק הפלות מעטות נעשות מטעמים משפטיים, כגון אונס או סכנה לבריאותה הגופנית או הנפשית של האם. מרבית ההפלות מפסיקות הריון מחוץ לנישואין או הריון בלתי-מתוכנן של אשה נשואה." ד"כ 72, 1322 (התשל"ה).

95 כך, למשל, במחקר מקיף שנעשה בארצות-הברית בשנת 2004 ביחס לסיבות המרכזיות להפלות נמצא כי 74% מהנשים שהחליטו להפסיק הריון עשו זאת מן הטעם שהמשך ההריון יפגע ביכולתן ללמוד, לעבוד או לדאוג למי שתלויים בהן. 73% מהנשים דיווחו על קשיים כלכליים המונעים מהן את האפשרות לגדל ילד בעת הזו, ו-48% דיווחו על בעיות בזוגיות או על העדר בן-זוג וחשש מאימהות יחידנית כסיבה מרכזית נוספת להפסקת הריון. 47% ציינו כי הן אינן חפצות בילדים נוספים, בין היתר בשל מספר הילדים שכבר יש להן והצורך לדאוג להם. סיבות רפואיות הנוגעות בבריאותם של האם או העובר היוו עילה להפסקת הריון רק בחלק קטן מהמקרים (12% ו-13%, בהתאמה), ונסיבות פליליות ייצגו שיעור זניח בלבד של המקרים. בארצות-הברית, למשל, נמצאה זהות כמעט מוחלטת בין תמונת-המצב שנרשמה בהקשר זה בשנות השמונים לבין תמונת-המצב העדכנית. זאת ועוד, נתונים אלה תואמים את תמונת-המצב במדינות מערביות רבות אחרות, ומשקפים ממצא ברור וחד-משמעי בדבר מרכזיותן של הנסיבות החברתיות, הכלכליות והמשפחתיות, ושוליותן היחסית של הנסיבות

מחיקתה של העילה הסוציאלית מההסדר החוקי בנוגע להפסקות היריון יצרה אפוא מצב שבו החוק שגובש בסופו של דבר מתרחק במידה ניכרת מהמציאות אשר לה הוא נועד לתת מענה. יתרה מזו, מחיקה זו שללה, בעיקר מנשים נשואות, אפיק חוקי להפסקות היריון דווקא במקרים שבהם הצורך בהפלות נגישות היה הכי בוער. כזכור, נשים לא-נשואות זכו, בשל טעמים דתיים ולאומיים שעניינם עידוד מודלים של משפחתיות ראויה, בהיתר אוטומטי להפסקת היריון, ללא תלות בנסיבות כלכליות או חברתיות ספציפיות, ככל מצב שבו ההיריון אינו מנישואים. נשים לא-נשואות זכו אפוא בהיתר רחב ובלתי-מוגבל להפסקות היריון. לנשים הנשואות, לעומת זאת, סיפק הסעיף הסוציאלי את פתח הנגישות היחיד של הפסקות היריון בהתבסס על טעמים כלכליים, חברתיים או משפחתיים. אומנם, העילה הסוציאלית שנמחקה לא הייתה רחבה מאוד. לפי נוסחה המקורי, היא לא נועדה מלכתחילה לתת מענה לכל קשת הטעמים החברתיים שבגינם נשים מבקשות להפסיק את הריונן. גם כאשר ניסה החוק הישראלי לתת מענה להיבט החברתי-המשפחתי-הכלכלי שבהפלות, הוא עשה זאת מנקודת-מבט צרה יחסית. עם זאת, משנמחקה עילה זו, הצטמצם במידה משמעותית מרחב הגישה הרשמי של נשים נשואות להפסקות היריון. הנשים בקבוצה זו נותרו ללא מענה חוקי ברוב המקרים שבהם הם מבקשות להפסיק היריון בלתי-רצוי.

מן האמור לעיל חשוב לגזור שתי מסקנות מרכזיות, המחודדות את הדילמות שאפיינו את הליך קבלתו של הסדר ההפלות הנוכחי בכנסת. מסקנות אלה מניחות בסיס הכרחי לדיון בחלקו הבא של המאמר, העוסק בקשיים שאפיינו את אכיפת החוק בשנים שחלפו למן כניסתו לתוקף ועד היום.

המסקנה הראשונה היא שהעדרה של תפיסת זכויות כמסגרת מארגנת של הדיון בהסדר הראוי בנושא הפסקת היריון הוביל לגיבושו של הסדר נטול רציונל נורמטיבי ברור ביחס לזכויות האישה, מחד גיסא, וביחס לזכויות העובר, מאידך גיסא. כאמור, חלק גדול מחברי הכנסת התכנסו סביב שיקולים לאומיים, שבמרכזם דאגה לעם היהודי ולמשפחה היהודית, ואילו תפיסה של זכויות, כמו זו שעיצבה באותן שנים את ההסדר החוקתי ביחס להפסקות היריון במדינות כגון ארצות-הברית וגרמניה, הייתה נחלתם של מיעוט בלבד מחברי הכנסת.<sup>96</sup> עובדה זו מסבירה את הגמישות היחסית שבה הורחב ההסדר, בהשוואה להמלצות של ועדת גבאי, כאשר הוסף לו החריג ביחס להריונות שאינם מנישואים, שכלל הן נשים רווקות והן נשים נואפות, ואשר אין לו מקבילה בחקיקה דומה במדינות אחרות.<sup>97</sup> היא מסבירה גם את

הרפואיות, בהחלטתה של אישה להפסיק את הריונה. ראו: Lawrence B. Finer, Lori F. Frohworth, Lindsay A. Dauphinee, Susheela Singh & Ann M. Moore, *Reasons U.S. Women Have Abortions: Quantitative and Qualitative Perspectives*, 37 PERSP. SEXUAL & REPROD. HEALTH 110 (2005); Akinrinola Bankole, Susheela Singh & Taylor Haas, *Reasons Why Women Have Induced Abortions: Evidence from 27 Countries*, 24 INT'L FAM. PLAN. PERSP. 117 (1998).

96 ראו לעיל ה"ש 68-70 והטקסט שלידן.

97 בהקשר זה חשוב לציין כי מדובר בשתי עילות להפסקת היריון שהן ייחודיות לחוק הישראלי. אפשר אומנם להניח כי גם במדינות מערביות אחרות שבהן הסדר ההפלות התבסס באותה תקופה על רשימה סגורה של עילות כמו בישראל, עובדת היותה של האישה ההרה לא-נשואה או בהיריון לא מבעלה הייתה שיקול רלוונטי שהיה אפשר להביאו בחשבון בגדרה של העילה

ההתנגדות הרחבה שעורר דווקא הסעיף הסוציאלי בקרב חברי כנסת כמעט מכל סיעות הבית – חילונים, דתיים וחרדים – ואת צמצומו ובסופו של דבר מחיקתו מספר החוקים. יתרה מזו, במבחן התוצאה, העדרה של תפיסת זכויות הביא לידי כך שההסדר החוקי שגובש בסופו של דבר היה צר מאוד ובר-בזמן רחב מאוד בהשוואה להסדרים במדינות מערביות אחרות, שהתבססו על תפיסה ברורה של זכויות. מצד אחד, ההסדר הסופי, לאחר מחיקתו של הסעיף הסוציאלי, היה מצומצם יותר מההסדר הגרמני החוקתי הראשון, שגובש בשנות השבעים. כזכור, לצד זכותו החוקתית של העובר הכיר בית-המשפט לחוקה בגרמניה, כבר בשנות השבעים, בשורה של אינטרסים של האישה, ובמרכזם נסיבות סוציאליות קשות, הראויים להגנה חוקתית. מכוחה של קביעה זו סיג החוק הגרמני את האיסור הפלילי שהוטל על הפלות בארבעה חריגים, ובמרכזם החריג הסוציאלי. בעוד שנשים גרמניות זכו כבר בשנות השבעים באפשרות גישה חוקית להפסקות היריון מטעמים סוציאליים, למרות ההכרה החוקתית בזכותו לחיים של העובר, בישראל הובילה מרכזיותו של השיח הדתי והלאומי לגיבושו של הסדר חוקי מצומצם ביותר, אשר הגביל במיוחד את נגישותן של הפסקות ההיריון לנשים נשואות. יתרה מזו, עם גיבושו בשנות התשעים של הסדר חוקתי חדש שהרחיב את נגישותן של הפלות בגרמניה, הובלטה ביתר שאת חריגותו של ההסדר הישראלי מבחינת חוסר התאמתו לשיח החוקתי העכשווי המנחה בנושא הפסקות היריון. מן הצד האחר, אותה הדרה של תפיסה כלשהי של זכויות מהבסיס הנורמטיבי של החוק הובילה גם לגיבושו של הסדר משפטי רחב ונטול גבולות, שכן החוק שגובש בסופו של דבר לא כלל כאמור כל התייחסות לגיל ההיריון. התוצאה הייתה חוק המתיר הלכה למעשה הפלות על-פי אותן עילות בדיוק בשבוע הראשון של ההיריון ובשבוע האחרון שלו. עובדה זו הפכה את ההסדר הישראלי לרחב אפילו בהשוואה להסדר השוודי, שהיה ההסדר הליברלי ביותר שגובש באותן שנים מבחינת ההכרה בהיקפה של זכות האישה להפסיק את הריונה. המסקנה השנייה היא שבניגוד למראית-העין של שינוי מיטיב, שהצעיד לכאורה את החקיקה הישראלית קדימה בכל הנוגע בהרחבת נגישותן של הפסקות ההיריון לנשים, אפשר לטעון כי מהלך הרפורמה, שהסתיים עם מחיקתו של הסעיף הסוציאלי מהחוק, לא באמת חולל שינוי במצבן של נשים, ואולי אף הסיגו לאחור. כפי שחשף הדיון ההיסטורי, לצד ההסדר המנדטורי – שהיה בתוקף עד לכניסתו לתוקף של התיקון של דיני העונשין בנושא הפסקות היריון – החלו להתפתח פרקטיקות עוקפות חוק, שהיו תוצר של הפער הבלתי-נסבל בין לשון החוק לבין המציאות החברתית. ההתפתחות המשמעותית ביותר הייתה הקמתן של ועדות להפסקת היריון בחלק מבת-החולים, וגיבוש הנחיות שהרחיבו בצורה ניכרת את האפשרות של נשים לקבל אישור לביצוע הפלה. הנחיות אלה כללו גם נסיבות סוציאליות בעלות השלכות נפשיות. לצורך גיבוי חוקי קושרו הנחיות אלה, בדרך של פרשנות יצירתית, לאמת-המידה החוקית היחידה להפסקות היריון באותה עת – סכנה לחיי האם או לבריאותה. משמעות הדבר היא שאמת-המידה הסוציאלית להפסקת היריון החלה להתבסס כעילה מותרת להפסקת היריון עוד לפני הרפורמה הרשמית בחוק. מהלך דומה התרחש כזכור באנגליה, והיה תוצר דומה של מציאות בלתי-אפשרית של פער בין

---

הסוציאלית לצורך הערכת עוצמת הקשיים החברתיים והכלכליים שייגרמו לה כתוצאה מהמשך ההיריון. עם זאת, בשום מקום אחר לא עוגנו עילות אלה באופן רשמי בחוק.

לשון חוק, המטילה איסור כמעט מוחלט על הפלות, לבין מציאות חברתית שבה נשים נזקקות להפסקות היריון בעיקר בשל טעמים סוציאליים. עיגונו של הסעיף הסוציאלי בהצעת החוק הישראלית המקורית בעניין הפסקות היריון ניסה אפוא לתת עיגון חוקי למהלך שהתרחש בפועל ממילא, ובכך פסע בעקבות המחוקק האנגלי, שהכניס את הטעמים הסוציאליים באופן רשמי לחוק כבר בשנת 1967. עם זאת, בעוד שבאנגליה הושלם המעבר להסדרה חוקית של הסעיף הסוציאלי בהצלחה, אצלנו חזר בו המחוקק ומחק סעיף זה מספר החוקים זמן קצר לאחר חקיקתו. מחיקה זו לא רק עיקרה מתוכן את ההישג המרכזי שהושג באמצעות הרפורמה, אלא אף הסיגה במידה מסוימת את מצבן של נשים לאחור. אם לפני הרפורמה, הודות לעמימות פרשנית של ההסדר הקודם, התאפשרה הלכה למעשה התפתחותה של פרקטיקה שבמסגרתה התייחסו ועדות רפואיות לטעמים סוציאליים, כעת בא המחוקק הישראלי והביע את דעתו במפורש כי לטעמים כאלה אין מקום בחוק.

## ב. בין אכיפה לעקיפה: חוק הפסקת היריון במבחן הזמן והמציאות החברתית

### 1. בין חקיקה ראשית לסוכני האכיפה המנהליים

על רקע מסקנות הפרק הקודם ביחס לדילמות המהותיות שעורר חוק ההפלות בגרסתו הסופית, חשוב לבחון כיצד השפיעו דילמות אלה על אופן אכיפתו של החוק במהלך השנים ועל נגישותו בפועל של הפסקות ההיריון לנשים. התשובה לשאלה זו, כך מתברר, מצויה בכמה מישורים. ראשית, מתברר כי העובדה שהחוק צר מדי ורחב מדי בעת ובעונה אחת הפכה את ההסדר החוקי לבלתי-ניתן לאכיפה כלשונו, והזמינה את התערבותם של שני סוכני ההסדרה המשניים של החוק: הוועדות להפסקת היריון ושר הבריאות, שהחלו מגבשים מסלולי אכיפה לצידו של החוק, ולא כחלק ממנו. שנית, מחיקתו של הסעיף הסוציאלי – שהיה אמור להיות צינור הגישה המרכזי של נשים, בעיקר נשואות, להפסקת היריון – חייבה נשים לייצר מסלולי עקיפה של החוק על-מנת להבטיח לעצמן אפשרות גישה להפסקות היריון במסגרתו של ההסדר החוקי הקיים. התוצאה היא שהלכה למעשה, במקום להבטיח אכיפה מסודרת של הוראותיו, עורר חוק ההפלות שגובש בסוף שנות השבעים הסטה של הסדרת הפסקות ההיריון למסלולים עוקפי חוק. הפרק הנוכחי מאיר את התהליכים שהסיטו את הסדר ההפלות ממסלול של אכיפה למסלול של עקיפה, ומנתח את הפגיעה בנשים ובשלטון החוק הכרוכה במהלכים אלה.

### (א) שר הבריאות נגד הוועדות להפסקת היריון: המאבק על היקף החוק

זמן קצר לאחר ביטולו של הסעיף הסוציאלי התברר כי מחיקתו מספר החוקים לא הובילה להפחתה במספר הפסקות ההיריון כפי שקיוו המפלגות החרדיות.<sup>98</sup> יתרה מזו, מכיוון שהנתונים הרלוונטיים גילו כי רוב הפסקות ההיריון המאושרות על-ידי הוועדות

98 אמיר ונבו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 56. הנתונים משנים אלה מגלים כי בשנת 1979 עמד מספרן של הפסקות ההיריון שנעשו בישראל על-פי חוק על 15,925. בשנת 1982 גדל מספר זה ל-16,829, ובשנת 1984 הגיע מספרן של הפסקות ההיריון החוקיות לשיא של 18,948.

מבוצעות בבתי-חולים פרטיים, החלה תשומת-הלב הפוליטית להתמקד בבתי-חולים אלה.<sup>99</sup> ועדה בראשותו של פרופ' שנקר – שמונתה בשנת 1984 על-ידי שר הבריאות, בלחצן של המפלגות החרדיות, על-מנת להמליץ על דרכים להאחדת פעילותן של הוועדות – המליצה על ביטולן של הוועדות להפסקת היריון בבתי-החולים הפרטיים.<sup>100</sup> הנימוק היה כי נראה שהמניע הכספי בבתי-החולים הפרטיים מוביל למדיניות ליברלית של אישורים. על שולחן הכנסת הונחה הצעת חוק להטלת מגבלות על פעילותן של הוועדות בבתי-החולים הפרטיים, אולם קידומה נעצר לאחר הקריאה הראשונה.<sup>101</sup>

משנסתם הגולל על מהלך של שינוי חוקי, הפנו המפלגות החרדיות את לחצן לשר הבריאות, וזה הקים בשנת 1991 צוות שהתבקש לבדוק באופן מקיף את אופן עבודתן של הוועדות להפסקת היריון, תוך השוואה בין ועדות בבתי-חולים פרטיים לוועדות בבתי-חולים ציבוריים. צוות הבדיקה, המכונה "ועדת ריפטיין" על-שם מי שעמד בראשו, התבקש לבדוק את נוהלי עבודתן של הוועדות, ובמיוחד את מידת התאמתם של השיקולים שהן שוקלות במסגרת עבודתן ללשון הרשמית של החוק.<sup>102</sup> לשם ביצוע משימות אלה בדק הצוות 743 תיקים שנדונו בוועדות להפסקת היריון בשמונה בתי-חולים פרטיים וציבוריים. ממצאי הבדיקה פורסמו בדוח הסופי שהגיש הצוות בשנת 1992, ובו נכללו גם המלצותיו בנוגע לפיקוח על עבודתן של הוועדות להפסקת היריון ובנוגע להסדרת פעילותן.<sup>103</sup> הממצא הבעייתי המרכזי שעליו הצביע הדוח נגע בעילה הרביעית להפסקת היריון, המעוגנת בסעיף 316(א)(4) לחוק העונשין, אשר מאפשרת מתן היתר להפסקת היריון כאשר "המשך ההריון עלול... לגרום לאשה נזק גופני או נפשי". בהקשר זה מצאה הוועדה העדר התאמה משמעותית בין ההחלטה לאשר הפסקת היריון לבין הוראות החוק. ככל בתי-החולים שנבדקו, למעט בתי-חולים אחד, העניקו הוועדות אישור להפסקת היריון לפי סעיף זה כאשר העילה בפועל הייתה עילה סוציאלית. יתרה מזו, ועדת ריפטיין מצאה כי מקרים אלה היוו את רוב המקרים שנדונו לפני הוועדות וזכו באישורן. יותר מ-70% מהפניות לוועדות שנסמכו על העילה של "חשש לנזק נפשי לאישה כתוצאה מהמשך ההריון" וזכו באישור להפסקת היריון התבססו בפועל על טעמים סוציאליים.<sup>104</sup> אי-התאמה דומה בין לשון החוק לבין ההחלטה על מתן אישור להפסקת היריון, אם כי בשיעורים פחותים, נמצאה גם ביחס לסעיף 316(א)(3) לחוק העונשין, העוסק במקרים שבהם קיים חשש לבריאות העובר.<sup>105</sup> בהקשר זה נמצא כי הוועדות להפסקת היריון מקילות מאוד בסוג התייעוד הרפואי הנדרש לצורך קביעה כי מתקיימות נסיבות המצדיקות הפסקת היריון בשל חשש למום גופני או נפשי בעובר, ומאשרות הפסקת

99 Yishai, לעיל ה"ש 64, בעמ' 221-222.

100 Morag Levine, לעיל ה"ש 66, בעמ' 330.

101 שם, בעמ' 330-331.

102 משרד הבריאות "דו"ח הצוות לבדיקת ביצוע חוק העונשין (דו"ח ועדת ריפטיין) (בדיקת ביצוע סעיפי חוק העונשין הנוגעים להפסקות היריון)" (1992) (להלן: דוח ועדת ריפטיין). למטרות הצוות ראו ס' 3 לדוח.

103 שם.

104 הנתונים המדויקים הם 72% מהמקרים בבתי-החולים הפרטיים ו-71% מהמקרים בבתי-החולים הציבוריים. ראו שם, ס' 6(2)(ג).

105 שם, ס' 6(2)(ב).

היריון גם כאשר אין אינדיקציה רפואית ברורה לחשש לפגיעה בעובר.<sup>106</sup> הן ביחס לעילה של חשש לנזק נפשי לאישה והן ביחס לעילה שעניינה חשש למום בעובר נקבע אפוא ברוח ועדת ריפטין כי בעבודתן של הוועדות להפסקת היריון – הן בבתי-החולים הציבוריים והן בבתי-החולים הפרטיים – נמצאו "חריגות משמעותיות ביותר מהוראות החוק".<sup>107</sup> אם כן, בשנת 1992 התברר כי העילה הסוציאלית, אף שנמחקה מספר החוקים כבר בתחילת שנת 1980, המשיכה בפועל לשמש עילה להפסקת היריון, לפחות באופן חלקי. בהקשר זה נראה שהיכולת לצקת פרשנות רחבה לעילה החוקית שעניינה "חשש לנזק נפשי לאישה כתוצאה מהמשך ההיריון", ולהצביע על קשר בין נסיבות חברתיות-כלכליות-משפחתיות מסוימות לבין מצוקה נפשית, אפשרה לוועדות להפסקת היריון להחזיר בדלת האחורית את העילה הסוציאלית אל הפרקטיקה של הפסקות ההיריון. מעניין שהנתונים הרלוונטיים בנוגע להפסקות היריון משנים מוקדמות יותר מגלים כי המהלך של מעבר משימוש בעילה הסוציאלית לשימוש בעילה של בריאות האישה התרחש מייד עם מחיקתו של הסעיף הסוציאלי כן, למשל, מתברר שבשנת 1979 – השנה השלמה היחידה שבה היה הסעיף הסוציאלי בתוקף – בוצעו 6,331 הפסקות היריון (40% מסך כל ההפלות באותה שנה) על-פי הסעיף הסוציאלי, ורק 1,299 (8.2%) בוצעו על-פי הסעיף של בריאות האישה; ואילו בשנת 1980, שבמהלכה בוטל הסעיף הסוציאלי, בוצעו רק 647 הפסקות היריון (4.4%) על-פי הסעיף הסוציאלי, ואילו בסעיף של בריאות האישה נעשה שימוש ב-5,157 מהמקרים (35.1%).<sup>108</sup> מבחינה זו התרחש כאן תהליך דומה לתהליך שהתרחש לפני חקיקתו של התיקון לדיני העונשין בנושא הפסקות היריון. כאמור, במהלך שנות השישים החלה להתפתח פרקטיקה עוקפת חוק שבמסגרתה הקימו קופות-החולים ועדות רפואיות להפסקת היריון, אשר הונחו לפרש את העילה המנדטורית של "סכנה לחיי האישה או בריאותה" באופן רחב מאוד, תוך יצירה הלכה למעשה של עילות נוספות להפלות, ובמרכזן העילה הסוציאלית. תהליך דומה התרחש כאמור גם באנגליה עד לתיקונו הפורמלי של החוק שם בשנת 1967. עובדה זו אינה מפתיעה. היא מלמדת על המרכזיות של הנסיבות הכלכליות, החברתיות והמשפחתיות בהחלטתה של אישה להפסיק את הריונה, ומוכיחה עד כמה המציאות החברתית חזקה מאיסורי הפורמליים של החוק. בהקשר זה מתברר אם כן כי מחיקתו של הסעיף הסוציאלי מחוק העונשין החזירה במידה רבה את הסדר ההפלות החוקי בישראל למצבו הבעייתי ערב הרפורמה. בהעדר אפיק חוקי לחלק משמעותי מהפסקות ההיריון בישראל, ולנוכח ההבנה כי יש להבטיח לנשים הפסקות היריון בטוחות, ביססה הקהילה הרפואית את עיקר נגישותן של הפסקות ההיריון באמצעות מסלולים עוקפי חוק. במקום לשלוח נשים לבצע הפלות

106 בפרט קבעה ועדת ריפטין כי בחלק מהוועדות נהגו לתת אישור להפסקת היריון על בסיס עילה של חשש למום בעובר גם במקרים שבהם האישה נטלה תרופות שהספרות הרפואית אינה מצביעה כלל על סכנה לעובר העלולה להיגרם מהן. יתרה מזו, התברר כי מצבים אלה של העדר אינדיקציה רפואית לסכנה כלשהי לעובר היוו בפועל קרוב למחצית המקרים שנדונו לפני הוועדות לפי עילה זו: בבתי-החולים הפרטיים עמד שיעורם של מקרים בעייתיים מסוג זה על 45%, ובבתי-החולים הציבוריים – על 39%. בממוצע נמצא כי ב-41% מהמקרים שנדונו לפני הוועדות להפסקת היריון בעילה של מום בעובר הייתה חריגה מהוראות החוק. שם, ס' 9.

107 שם, ס' 9(א)(2).

108 אמיר ונבון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 56.

בתנאי מחתרת ובהעדר פיקוח רפואי הולם, ניתנה האפשרות למספר גדול יותר של נשים לבצע הפסקות היריון בבתי-חולים מסודרים באמצעות פרשנות מרחיבה של המונח "נזק נפשי", המעוגן בחוק. הסבר דומה עומד ככל הנראה גם ביסוד הממצא המשמעותי השני של ועדת ריפטיין הנוגע בעילה השלישית להפסקת היריון, שעניינה חשש למום בעובר. גם בהקשר זה נראה כי הפרקטיקה שעליה הצביע דוח הוועדה, שלפיה נהגו הוועדות להפסקת היריון לתת אישור להפלה על-סמך עילה זו בקלות יחסית וללא אינדקציה רפואית ברורה לחשש לפגיעה בעובר, נועדה להתמודד עם הפער הבלתי-נסבל בין צרכים ממשיים של נשים בהפסקות היריון נגישות לבין לשונו הצרה של החוק. משמע, בהקשר זה נראה כי תחת מסווה רשמי של העילה "סכנה לבריאות העובר" ניתן בפועל מענה לנשים נשואות שביקשו להפסיק היריון בלתי-רצוי ואשר הצטיידו באישור רפואי כזה או אחר על תרופה שנטלו או על טיפול שעברו אשר אינם מומלצים לנשים הרות בשל חשש כלשהו לפגיעה בעובר. מכל מקום, התמונה העולה מדוח ועדת ריפטיין היא כי הוועדות להפסקות היריון – שהוקמו על-פי החוק ואשר יועד להן תפקיד מנהלי תחום וצר בנוגע ליישום הוראותיו – נהפכו לסוכנות משמעותיות בשרטוט מחדש של גבולות מרחב ההסדרה של הפסקות ההיריון בישראל. במקום להיות סוכנות-משנה מנהליות של החקיקה הראשית, העוסקות רק באכיפה טכנית של הוראות החוק, החלו הוועדות להפסקת היריון להרחיב את נגישותן של הפסקות ההיריון באמצעות גיבוש נתיבים עוקפי חוק.

ועדת ריפטיין ראתה בחומרה מצב זה, שבו "לא היתה התאמה בין ההחלטה לאשר הפסקת היריון להוראות החוק"<sup>109</sup>, והמליצה על כמה שינויים בעבודת הוועדות שתכליתם הייתה ליצור התאמה כזו. ההמלצה המרכזית ביחס לסעיף 316(א)(4) לחוק העונשין הייתה כי בכל מקרה שבו מועלות טענות בדבר סכנה לבריאותה הנפשית של האישה, תהיה חובה להתבסס על חוות-דעת כתובה של פסיכיאטר מומחה, שתכלול אבחנה של הפרעה פסיכיאטרית קלינית מוכרת.<sup>110</sup> באופן כזה ביקשה הוועדה לצמצם את גדרה של העילה הנפשית להפסקת היריון המעוגנת בחוק, ולהתיר הפסקת היריון בגינה רק במצבים קליניים שבהם ניתן להוכיח כי האישה לוקה בהפרעה פסיכיאטרית מוכרת. המטרה הייתה למנוע את הוועדות מלתת אישור להפלות במצבים שבהם נראה כי ניתן לשרטט קשר בין מצבה הכלכלי-החברתי-המשפחתי של האישה לבין מצוקה נפשית שעלולה להיגרם לה כתוצאה מהמשך ההיריון. המלצה דומה, שנועדה ליצור מתאם הדוק יותר בין לשון החוק לבין עבודתן של הוועדות, גובשה גם ביחס לעילה השלישית להפסקת היריון, הנוגעת במום בעובר.<sup>111</sup>

109 דוח ועדת ריפטיין, לעיל ה"ש 102, ס' 6(ב)(2).

110 באופן מפורט יותר ציינה הוועדה כי חוות-הדעת הפסיכיאטרית תצטרך להצביע על אחת משלוש אבחנות פסיכיאטריות המסתמכות על המינוחים הבין-לאומיים המקובלים: (1) אישה אשר בעקבות היריון קודם פיתחה הפרעה פסיכיאטרית מהסוג המכונה דיכאון או פסיכוזה שלאחר לידה. (2) אישה הסובלת מהפרעה חמורה בציר I של ה-DSM-III-R, בין אם היא נמצאת בטיפול תרופתי או עלולה להזדקק לטיפול תרופתי. (3) אישה הסובלת מהפרעת אישיות מוכחת – (ציר II של ה-DSM-III-R), ואשר פיתחה בעבר תגובה נפשית להיריון. "שם, ס' 8(ג).

111 בהקשר זה המליצה ועדת ריפטיין כדלקמן: "יש לחייב את חברי הוועדה להפסקת היריון לבסס את אישור הפסקת היריון לפי סעיף 3 בחוק (חשש לפגיעה בעובר) על מסמך רפואי מנומק ע"י טרטולוג או חוות דעת מקצועית אחרת המאשרת כי יש חשש סביר לפגיעה בעובר ומהי

המלצותיה של ועדת ריפטיין אומצו במלואן על-ידי שר הבריאות, הממונה על ביצוע החקיקה בנושא הפסקות היריון.<sup>112</sup> בשנת 1993 פרסם משרד הבריאות חוזר מנכ"ל ובו הנחיות לגבי שמירת החוק והתקנות על-ידי הוועדות להפסקת היריון.<sup>113</sup> החוזר נפתח במילים: "שר הבריאות אימץ את המלצות הועדה שהוקמה במטרה לבדוק את תפקודן של הוועדות להפסקת היריון הפועלות בהתאם לחוק העונשין."<sup>114</sup> ביחס לעילה הרביעית להפסקת היריון נקבע כי "על חברי הוועדה להפסקת היריון לבסס את אישור הפסקת היריון לפי סעיף 4 לחוק (סכנה לבריאות האשה) על מסמך רפואי מנומק ובכלל זה אבחנה רפואית מדויקת",<sup>115</sup> כמפורט בהמלצות של ועדת ריפטיין. גם ההמלצה ביחס לסעיף 3 לחוק (חשש למום בעובר) אומצה במלואה. חוזר המנכ"ל הדגיש כי יש "להקפיד ולהתמיד בביצוען" של המלצות אלה.<sup>116</sup>

חוזר מנכ"ל משרד הבריאות משנת 1993 מוסיף אפוא רובד נוסף של הנחיות בנוגע לאופן אכיפתו של הסדר ההפלות. עם זאת, בהקשר זה חשוב להבחין בין ההנחיה ביחס לכיסוס רפואי הולם של חשש למום בעובר לבין ההנחיה ביחס לצמצומה של העילה הנפשית לעילה פסיכיאטרית קלינית מוכרת. בעוד את ההנחיה בנוגע לצורך לגבות כראוי את הקביעה הרפואית בדבר הסיכון לעובר ניתן לגזור במפורש מלשון החוק, נראה כי ההנחיה ביחס לצמצומו של הסעיף הנפשי מהווה התערבות מהותית בלשון החוק. את הביטוי "נזק נפשי", אשר קודם לכן היה אפשר לפרשו ככזה הכולל גם "מצוקה נפשית" שאינה מהווה בהכרח הפרעה פסיכיאטרית מוכרת, ייחד כאמור החוזר רק למצבים נפשיים קליניים מוכרים, המפורטים בדוח ועדת ריפטיין. מנקודת-ראותו של משרד הבריאות, הנימוקים למהלך זה ברורים. עם מחיקתו של הסעיף הסוציאלי מהחוק, סברו מן הסתם גורמים במשרד הבריאות כי אין לאפשר הכנסתם של היבטים מסוימים של סעיף זה לגדרם של סעיפים אחרים. עם זאת, בהקשר זה חשוב לזכור כי גם אם המחוקק מחק את הסעיף הסוציאלי מחוק העונשין, לשונו של הסעיף הנפשי נותרה רחבה גם לאחר המחיקה. סעיף זה עוסק באפשרות לתת אישור להפסקות היריון בכל מצב שבו "המשך ההריון עלול... לגרום לאשה נזק גופני או נפשי". המחוקק לא סייג במפורש את המונח "נזק נפשי" לנזק פסיכיאטרי מוכר, וגם בדברי הכנסת אין כל אזכור או רמז לכך שהכוונה הייתה לסייג עילה זו למצבים שבהם נשים לוקות או עלולות ללקות בהפרעה פסיכיאטרית חמורה. להפך, עיון בדברי הכנסת מגלה שחלק ממתנגדי החוק עמדו על עמימותו של מושג זה וביקרו את האפשרות לפרשו בצורה

רמת הסיכון בגין מחלת האם, טיפול תרופתי שקיבלה או מסיבת חשיפה לתנאים סביבתיים, עם אסמכתאות מהספרות הרפואית העדכנית. חברי הוועדה נימקו את החלטתם על סמך חוות הדעת הכתובה שתכלול בדו"ח הוועדה. "שם, ס' 9א, המלצה 4.

112 ס' 321 לחוק העונשין קובע: "שר הבריאות ממונה על ביצוע סימן זה והוא רשאי – בהתייעצות עם שר המשפטים ועם ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת – להתקין תקנות לביצועו, ובין השאר בעניינים אלה: (1) תנאים לאישור מוסד רפואי כמוסד מוכר, הנוהל למתן אישור כזה, תקופת תקפו, חידושו וביטולו; (2) הנהל למתן אישורים לפי סעיף 316."

113 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 23/93 "שמירת החוק והתקנות ע"י הוועדות להפסקת היריון – הנחיות ביצוע" (14.11.1993).

114 שם, בעמ' 1.

115 שם.

116 שם.

רחבה מאוד.<sup>117</sup> למרות ביקורת זו, אושרה בסופו של דבר עילה זו להפסקת היריון כלשונה. משמע, את הימנעותו של המחוקק מלהשתמש בביטוי חלופי במסגרת סעיף 316(א)(4) לחוק העונשין, כגון "נוק נפשי חמור" או "הפרעה נפשית", אפשר לפרש גם כבחירה מכוונת שנועדה להותיר לוועדה להפסקת היריון מרחב רחב של שיקול-דעת בגדרו של סעיף זה. בנסיבות אלה קיים ספק חוקי וחוקתי ביחס לתוקפו של חוזר מנכ"ל משרד הבריאות שאימץ את מסקנותיה של ועדת ריפטיין והורה בתוך כך על צמצומה של העילה הנפשית המעוגנת בחוק. הסמכות המוענקת לשר הבריאות בנוגע לאכיפתו של הסדר ההפלות היא סמכות מנהלית צרה. שר הבריאות מוזכר בפרק הרלוונטי בחוק העונשין כשר ה"ממונה על ביצוע" הסדר ההפלות וכמי שבסמכותו להתקין תקנות לעניין "הנוהל למתן אישורים לפי סעיף 316".<sup>118</sup> אולם חוזר המנכ"ל שאימץ את המלצותיה של ועדת ריפטיין אינו עוסק בנוהל, אלא במהות. ככל הנוגע בעילה הנפשית, הוא מצמצם בצורה משמעותית את מספר הנשים שיכולות לקבל אישור להפסקת היריון. גם עיתוי גיבושו של חוזר זה בשנת 1993, לאחר המהפכה החוקתית, מעצים את הבעייתיות שבו. צמצום נגישותן של הפסקות ההיריון בדרך של הוראה מנהלית מהווה לא רק חריגה מסמכות, אלא גם פוגע על פניו בשורה של זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכלל זה חירותן הגופנית של נשים, פרטיותן, כבוד האדם שלהן וגם זכותן לשוויון. הוראה זו אינה מתיישבת גם עם עקרון החוקיות ועם עקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים הנגזר ממנו, המחייב לפרש הוראות חוק פליליות באופן המקל ביותר מבחינת אלה העלולים לשאת מכותן באחריות פלילית.<sup>119</sup> למרות הדברים הללו, מעניין ששאלת חוקיותו וחוקתיותו של חוזר מנכ"ל לא עלתה מעולם לדין משפטי.<sup>120</sup>

117 חברת הכנסת גאולה כהן, אשר התנגדה לחוק וביקרה את רוחב היריעה שלו, התייחסה במפורש לסוגיית עמימותו של הסעיף הנפשי, ואמרה: "ציינו נא מקרה אחד של היריון שלא יוכל להיכלל בסעיפים שלפנינו, כגון 'יש בהמשך ההריון סכנה לחיי האשה'; 'זק חמור, גופני או נפשי'. מה לא יכול להיכלל במושג 'נפשי' או במושג 'חמור'? והרי אין אומרים כמה חמור ואין מציינים מידת הסכנה." ד"כ 75, 1389 (התשל"ו).

118 ראו ס' 321 לחוק העונשין.

119 ס' 34כא לחוק העונשין (שעוגן בחוק בשנת 1994, כחלק מתיקון מס' 39) קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין."

120 החריג היחיד לכך הוא המשפט המבנים שהתקיים באוניברסיטת חיפה בשנת 2010, בהנחייתה של כותבת מאמר זה, אשר העלה במפורש את השאלה הזו לדין. הרכב השופטים במשפט המבנים – שכלל את השופטת בדימוס דליה דורנר, את פרופ' אלון הראל ואת עו"ד רון גזית – קיבל את העמדה כי לשון החוק רחבה דייה להכיל בתוכה מצב של מצוקה נפשית של האישה הקשורה לנסיבותיה הסוציאליות, ולכן נקבע כי לחוזר מנכ"ל אין תוקף ככל שהוא מצמצם בצורה מהותית את הוראת החוק בעניין זה. ראו משפט-מבנים-בנושא-הזכות-להפלה-אוני-חיפה

<http://www.gendersite.org.il/2010/05/30/>

## (ב) שר הבריאות בשיתוף-פעולה עם הוועדות להפסקת היריון: עיגון שלב החיות בחוזר מנכ"ל

שנה לאחר פרסומו של חוזר המנכ"ל שכפה על הוועדות להפסקת היריון מהלך של צמצום העילה הנפשית בהתאם להמלצות של ועדת ריפטיין, כפי שתואר בחלק הקודם, התערב שר הבריאות פעם נוספת בהיקפו ובתכניו של הסדר ההפלות הנוהג, וערך בו שינוי מהותי נוסף. עם זאת, הפעם דובר במהלך שהבשיל, כך נראה, מתוך שיתוף-פעולה בין השר לבין הוועדות, ולא מתוך מאבק ביניהם. בשנת 1994, במסגרת חוזר מנכ"ל נוסף,<sup>121</sup> הורה ראש תחום שירותי רפואה במשרד הבריאות על הגבלת סמכותן של הוועדות הרגילות להפסקת היריון, בקובעו כי ועדות אלה יוכלו לדון בבקשות להפסקת היריון רק כאשר מדובר בהריונות שגילם אינו עולה על 23 שבועות. לצורך שקילת בקשות להפסקת היריון מאוחרות מעבר לשבוע זה, הכריז החוזר על הקמתן של שש ועדות על-אזוריות חדשות, שיורכבו מחמישה חברים כל אחת. החוזר הוסיף וקבע כי יהיה אפשר להפנות לוועדות העל-אזוריות גם מקרים מיוחדים הנוגעים בהריונות שגילם נמוך מ-23 שבועות ואשר לגביהם הוועדה הרגילה מתקשה להגיע להכרעה.<sup>122</sup> אם כן, את מה שנמנע המחוקק מלעשות כחלק מהחקיקה הראשית – והוא התייחסות לגיל ההיריון, ובכלל זה לשלב החיות של העובר, כעניין רלוונטי לצורך ההחלטה אם לאשר את הפסקתו של ההיריון – עשה משרד הבריאות באמצעות הנחיות מנהליות. הנחיות אלה יצרו פורום רפואי חדש שאין לו כל זכר בחוק הקיים – ועדה על-אזורית בת חמישה חברים – לצורך דיון בהריונות מאוחרים, שבהם שאלות הנוגעות בפוטנציאל החיות של העובר הנפכות רלוונטיות. בכך צומצמה סמכותן של הוועדות הרגילות, בניגוד לאמור בחוק, ונשללה מהן הסמכות לדון בבקשות להפסיק הריונות שגילם מעל 23 שבועות. הנחיות אלה נכנסו לתוקף בשנת 1995, ובכך נסלל פעם נוספת מסלול עוקף חוק, שכחלק ממנו משרד הבריאות מתערב בתכניו המהותיים של חוק ההפלות.

על הרקע לגיבושו של חוזר מנכ"ל זה אי-אפשר ללמוד מהחוזר עצמו. עם זאת, ניתן להעריך כי התרחש כאן מהלך שנוגד דווקא משיתוף-פעולה בין הוועדות להפסקת היריון לבין משרד הבריאות. העדרה של כל התייחסות לשלב החיות בלשון החוק הותיר את הוועדות נטולות כל הכוונה מהותית באשר לאופן הפעלת שיקול-הדעת בנוגע להריונות בשלבים מתקדמים. בעוד שהחקיקה הליברלית ביותר בעולם המערבי העניקה את שיקול-הדעת בנוגע להפסקות היריון בשלב החיות לגוף רפואי מיוחד, החקיקה הישראלית לא שרטטה כל הבחנה בין הפסקות היריון בשליש הראשון לבין הפסקות היריון בשליש האחרון, והביאה לפתחן של הוועדות מקרים שבהם היה להן קושי אמיתי להכריע. במצב דברים זה אפשר להניח כי היוזמה להקמת גוף חדש עם מומחיות בדילמות של הפסקת היריון בשלב החיות באה מהוועדות עצמן, וכי ההסדר המנהלי שגובש על-ידי שר הבריאות היה תוצר של שיתוף-פעולה בין שני סוכנים מנהליים אלה של החוק. משמע, בעוד שההנחיה המנהלית בנוגע לעילה הנפשית גובשה כחלק ממאבק בין שר הבריאות לבין הוועדות להפסקת היריון, בעניין שלב החיות והקמת הוועדות העל-אזוריות נראה ששררה הסכמה בין שני גורמים

121 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 76/94 "ועדות על-אזוריות להפסקת היריון בהריונות מעל שבוע (28.12.1994)." 23

אלה, ואולי היה אפילו שיתוף-פעולה ביניהם. תימוכין מסוימים להנחה זו ניתן למצוא בכך שחוזר המנכ"ל בעניין הקמתן של הוועדות העל-אזוריות נהפך מייד עם פרסומו, כך נראה, להסדר משלים לחקיקה הראשית, אשר הוועדות להפסקת היריון מקבלות ואוכפות. עם זאת, עובדה זו אין בה כדי לרפא את בעיית הסמכות שחוזר זה מעורר. כמו בעניין פרשנותה של העילה הנפשית, גם הקמתן של הוועדות העל-אזוריות לא הייתה עניין טכני שנגזר מסמכותו של שר הבריאות להתקין תקנות לעניין "הנוהל למתן אישורים לפי סעיף 316".<sup>123</sup> הלכה למעשה הייתה כאן התערבות מהותית בהסדר ההפלות הנוהג, תוך הקמה של גוף חדש שאין לו זכר בחוק, ותוך פגיעה מפורשת בסמכותה של הוועדה הרגילה להפסקת היריון – זו שהוקמה מכוח חקיקה של הכנסת.

בעייתיות זו בהקמתן של הוועדות העל-אזוריות לא נעלמה מעיניו של משרד הבריאות. בניסיון להתמודד עימה פרסם המשרד חוזר נוסף, בשנת 2007, שתכליתו הייתה לרענן ולהרחיב את ההנחיות בנושא הוועדות העל-אזוריות.<sup>124</sup> בפתיח שלו החוזר מבהיר כי "חוזרי משרד הבריאות הינם בהתאם לחוק העונשין, ואינם גורעים או משנים מהוראותיו".<sup>125</sup> ברוח זו, ובניסיון ליישב את הקמתן של הוועדות העל-אזוריות עם הוראות החוק, ממשיך החוזר ומבהיר כי הוועדות העל-אזוריות מהוות הלכה למעשה ועדות רגילות, שנוספו להן שני חברים על תקן של יועצים בלבד. דיונים של הוועדה העל-אזוריות, כמרגם קבלת החלטה ביחס להפסקת היריון, לא יוכלו אפוא להתקיים, כך נקבע, ללא נוכחותם של חברי הוועדה החוקיים, ומבלי שעמדתם תהיה המכרעת. בכך קירב משרד הבריאות בצורה ניכרת את ההסדר שעוגן בחוזר המנכ"ל להוראות החוק, ונתן מענה לחלק מהבעייתיות שהתעוררה בהקשר זה. עם זאת, הנחיות נוספות שעוגנו באותו חוזר, ובכלל זה הוראות ביחס לאופן הפעלת שיקול-הרעת של הוועדות העל-אזוריות, עוררו מערך חדש של בעיות בכל הנוגע בסמכותו של שר הבריאות ובקו הגבול הרק שבין אכיפת החוק לעקיפתו. בפרט קבע החוזר הנוסף משנת 2007 כי מכיוון שהוועדות המיוחדות נועדו לרדוף בשאלות של הפסקת היריון בשלב החיות,<sup>126</sup> נדרשות אמות-מידה מיוחדות בהקשר זה, השונות מאמות-המידה הרגילות הקבועות בחוק:

"הפסקת היריון לאחר אישור של ועדה להפסקת היריון בשלב החיות משמעה סיום ההריון לאחר ביצוע פעולות רפואיות אשר יבטיחו לידת העובר כשהוא ללא רוח חיים. רצון האם, אף כי יש לכבד אותו, איננו מהווה שיקול יחיד ומכריע, בהחלטה אם לאשר הפסקת היריון בשלב החיות, ויש לשקול שיקולים נוספים... גם במקרים בהם מבחינת החוק קיימת עילה מותרת להפסקת ההריון."<sup>127</sup>

- 
- 123 ראו ס' 321 לחוק העונשין.  
 124 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 23/07 "ועדות להפסקת היריון בשלב החיות" (19.12.2007) (להלן: חוזר מנכ"ל 23/07).  
 125 שם, בעמ' 1.  
 126 החוזר גם קבע את שלב החיות ככזה המתחיל לאחר סיום 24 שבועות של היריון, ובכך שינה את ההגדרה של שלב החיות שהופיעה בחוזר משנת 1994. שם.  
 127 שם, ס' 11 (ההדגשה הוספה).

בהתאם לאמור לעיל קבע החוזר כי אישור להפסקת היריון בשלב החיות בהתאם לעילות הראשונה, השנייה והרביעית בחוק – אלה הנוגעות בגיל האישה, במצבים שבהם ההיריון הוא תוצר של יחסים אסורים או אינו מנישואים, וכן במצבים של סכנה לכריאות האישה – יינתן רק במקרים חריגים ומ"נימוקים כבדי משקל".<sup>128</sup> לגבי העילה השלישית, העוסקת בסכנה לכריאות העובר, נקבע כי יהיה אפשר לאשר הפסקת היריון בשלב החיות רק במקרים של חשש למגבלה התפתחותית או גופנית חמורה בעובר.<sup>129</sup> בניסיון להצדיק את התוספות המהותיות הללו להסדר ההפלות המקורי, הוסיף החוזר והסביר כי "בעת חקיקת חוק זה, האפשרות של הפסקת היריון בשלב החיות, במשמעות של גרימת לידת עובר בר-חיות כשהוא ללא רוח חיים, לא עמדה על הפרק".<sup>130</sup> יתרה מזו, החוזר הבחיר כי התייחסות לשלב החיות היא הכרחית בכל הסדר חוקי להפסקות היריון, "ויש מדינות מערביות בהן, על אף השמירה הקפדנית על זכויות הפרט, הפסקת היריון בשלב החיות אסורה או כפופה לסייגים מחמירים".<sup>131</sup>

אכן, כמצוין בחוזר המנכ"ל האמור, הסוגיה של שלב החיות והשפעתו המהותית על היקפו ותכניו של הסדר ההפלות היא סוגיה שמדינות מערביות רבות התייחסו אליה כאשר גיבשו את ההסדר החוקי שלהן בנושא הפסקות היריון. אולם, כפי שגילה הדיון בחלק הראשון למאמר זה, עובדות אלה לא היו זרות למחוקק הישראלי. כבר בשנות השבעים, וכחלק מהמעבר לשיח זכויות, שרטטו חלק מהמדינות המערביות את חוקי ההפלות שלהן בהתאם לאיזון שבין זכות האישה על גופה לבין זכות העובר לחיים (כמו במשפט הגרמני) או בין זכות האישה על גופה לבין האינטרס הציבורי בהגנה על חיי העובר (כמו במשפט האמריקני). תפיסה זו של זכויות חייבה הכרה בשלב החיות כשלב המשפיע באופן מהותי על היקף העילות להפסקת היריון, והיא באה לידי ביטוי אפילו בחוק השוודי, שהיה החוק הליברלי ביותר שגובש באותן שנים מבחינת היקף ההכרה בזכות האישה על גופה. יתרה מזו, כזכור, לצד הצעת החוק בנושא הפסקות היריון, שזכתה בסופו של דבר באמון הכנסת, הונחה גם הצעת חוק חלופית של חברת הכנסת מרשה פרידמן, אשר העמידה במרכזה את המודל האמריקני.<sup>132</sup> בהתאם לכך התייחסה פרידמן במפורש לגיל ההיריון, בשרטטה קו ברור בין הפסקות היריון עד השבוע ה-12 להיריון לבין הפסקות מאוחרות יותר, שהוכפפו לשורה של תנאים מגבילים. אם כן, כאשר גיבש המחוקק הישראלי את הסדר ההפלות הקיים, ההכרה בהשפעתו הפוטנציאלית של שלב החיות על גיבושה של חקיקה בנושא הפסקות היריון כבר עמדה על סדר-היום החוקתי בעולם המערבי, ואף עלתה לדיון בכנסת, אלא שהמחוקק הישראלי בחר לא לתת לה ביטוי בהסדר שגובש בכנסת. ביסודה של עמדה זו ניצבו כזכור תפיסות לאומיות ודתיות שהדירו מתוכן כל התייחסות לאישה או לעובר כאל סובייקטים של זכויות, והביאו לידי גיבושו של הסדר בעייתי שאין בו יסוד נורמטיבי מארגן ברור מבחינת תפיסת זכויות-היסוד של הפרט העומדת בבסיסו. המחוקק הישראלי התעלם

128 ש.ם.

129 ש.ם.

130 ש.ם, בעמ' 1.

131 ש.ם.

132 ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט שלידה.

אפוא במודע מהסוגיה של שלב החיות כאשר גיבש את החוק הקיים. יתרה מזו, בעייתיות זו כשלעצמה אינה מעניקה לשר הבריאות סמכות לערוך תיקונים מהותיים בהסדר הקיים ולצקת לתוכו הסדרים משלימים בנוגע לשלב החיות. גם לאחר ההבהרות שעוגנו בחוזר החדש משנת 2007 ביחס להרכבן של הוועדות העל-אזוריות, קיימת בעייתיות רבה בכך שחוזר מנהלי – ולא החוק עצמו – מכיר בשלב החיות כיסוד מרכזי שצריך לעצב את הסדר ההפלות, ובהתאם לכך משנה את הרכבן של הוועדות להפסקת הריון ואת מערך השיקולים שהן רשאיות לשקול ביחס להפסקות הריון בשלב זה של ההיריון.

למרות הדברים הללו, וכמו בעניין המהלך המנהלי שהוביל לצמצומה של העילה הנפשית, גם ההנחיות בעניין הקמתן של הוועדות העל-אזוריות והיקף סמכותן נהפכו, כמובן מאליהן, להסדרים משלימים לחקיקה הראשית.<sup>133</sup> עם זאת, כעולה מן החלק הבא של המאמר, המנתח את דפוסי עבודתן של הוועדות להפסקת הריון, העובדה שההסדר המנהלי בנוגע לעילה הנפשית גובש כחלק ממאבק בין שני הסוכנים המנהליים של החוק (השר והוועדות להפסקת הריון), ואילו ההסדר המנהלי בעניין שלב החיות היה מהלך שנעשה בהסכמה בין שני גורמים אלה, ניכרת עד היום באופן שבו הוועדות אוכפות את הוראות החוק ובהשפעה שיש לכך על מידת נגישותן של הפסקות ההיריון לנשים, בעיקר נשואות.

## 2. נשים והפסקות הריון בישראל – בין עקיפה פנימית לעקיפה חיצונית

עיון בפרסום של משרד הבריאות הכולל נתונים משנת 1990 ועד שנת 2013 בעניין הפסקות הריון בישראל מגלה כי הסיבה הרשמית המרכזית שבגינה נשים בישראל מפסיקות את הריונן היא שמדובר בהיריון מחוץ לנישואים.<sup>134</sup> 51.2% מהפסקות ההיריון בשנת 2013 נעשו בהתאם לסעיף 316(א)(2) לחוק. אף שבסעיף זה כרוכות זו לצד זו העילה הפלילית לצד העילה של הריון מחוץ לנישואים, מתברר כי מתן אישור לפי עילה זו מתייחס בעיקר לנסיבות של הריון מחוץ לנישואים,<sup>135</sup> ועובדה זו מתיישבת עם הנתון שלפיו אונס וגילוי-עריות מהווים בפועל חלק קטן ביותר מהמקרים שבהם נשים נזקקות להפסקות הריון.<sup>136</sup> לצד העילה של הריון מחוץ לנישואים, כמעט חמישית מהפסקות ההיריון (19.4%) בוצעו בשל טעמים הקשורים לבריאות האישה, ואחוז דומה של אישורים ניתן במקרים של חשש למום בעובר (19.9%). כ-10% נוספים מהאישורים ניתנו בהתאם לעילת הגיל המעוגנת בחוק.<sup>137</sup> תמונת-מצב זו מעניינת ביותר, שכן היא מלמדת כיצד בהעדרה של העילה המרכזית שבגינה נשים מבקשות בדרך-כלל להפסיק את הריונן – העילה החברתית-הכלכלית-המשפחתית –

133 לביקורת חלקית ונדירה על חוזר מנכ"ל השני בנושא הוועדות להפסקת הריון בשלב החיות, המתמקדת בטענה כי אין לשר הבריאות סמכות להקים באמצעות חוזר מנהלי ועדות חדשות להפסקת הריון בשלב החיות, ראו יוסי גרין "האם נוהל הפסקת הריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" רפואה ומשפט 39, 187 (2008).

134 משרד הבריאות "הפסקות הריון על פי החוק: 1990-2013" (2014) [www.health.gov.il/publicationsfiles/preg1990\\_2013.pdf](http://www.health.gov.il/publicationsfiles/preg1990_2013.pdf) (להלן: "הפסקות הריון על פי החוק").

135 שם.

136 ד"כ 72, 1322 (התשל"ה).

137 "הפסקות הריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 14.

לפחות חלק מהנשים (במיוחד הנשואות) מצליחות בכל-זאת להשיג גישה חוקית להפלות במצבים של היריון בלתי-רצוי.

לפי נתוני משרד הבריאות, כמעט מחצית מהאישורים של הוועדות להפסקת היריון ניתנו לנשים נשואות (43%).<sup>138</sup> נתון זה יציב לאורך השנים, ונע על הטווח שבין 42% ל-45%.<sup>139</sup> הוא גם תואם ממצאים מוקדמים יותר שיש לנו בנוגע לפרופיל של הנשים שפנו לוועדות להפסקת היריון בשנות השמונים.<sup>140</sup> בהינתן שחלק גדול מהנשים הנשואות מבקשות להפסיק היריון בלתי-רצוי בשל טעמים שאינם מוכרים בחוק הישראלי, ובמרכזם עילות משפחתיות, כלכליות או חברתיות, כפי שמגלים המחקרים בנושא,<sup>141</sup> לא נותר אלא להסיק כי הן נאלצות להמשיג את העילה להפסקת היריון במונחים התואמים את לשונו היבשה של החוק. מבין ארבע העילות האפשריות המועגנות בחוק – גיל, היריון לא מנישואים, בריאות האם ובריאות העובר – העילה המרכזית המאפשרת כיפוף מסוים מבחינת הנשים הפונות היא העילה של היריון לא מנישואים. עילה זו פתוחה כאמור לא רק לפני נשים רווקות, אלא גם לפני אישה נשואה שקיימה יחסים עם גבר אחר מחוץ למסגרת הנישואים או לפני מי שמצהירה על כך, על-מנת לזכות באישור מיוחד להפסקת היריון בלתי-רצוי. האחוז הגבוה מאוד של אישורים הניתנים לפי קטגוריה זו (51%) מעיד לכאורה שחלק מהנשים הנשואות שרוצות להפסיק היריון בלתי-רצוי מוצאות את מפלטן בסעיף זה ונאלצות לשקר על-מנת לקבל את האישור המיוחד. משמע, נראה כי הצהרה שקרית שלפיה ההיריון הוא תוצר של יחסים מחוץ לנישואים היא שמאפשרת לנשים נשואות לקבל אישור של הוועדות להפסקת היריון. מסקנה זו, חשוב לציין, נתמכת לא רק בנתונים הסטטיסטיים המצביעים על מרכזיותה של עילת ההיריון "מחוץ לנישואין" בסך האישורים הניתנים מדי שנה להפסקת היריון, אלא גם במידע אנקדוטי שנאסף במהלך השנים מנשים שהתנסו בפועל בתהליך זה.<sup>142</sup>

138 שם, בעמ' 34.

139 שם, בעמ' 40.

140 כך, למשל, מחקרם של דלילה אמיר ודוד נבון, שניתח 489 תיקים של נשים שפנו לוועדות להפסקת היריון בין השנים 1978 ל-1986 בבתי-חולים ציבוריים במרכז הארץ, מצא כי 45.6% מהפונות היו נשואות. ראו אמיר ונבון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 4 ו-52.

141 מחקרם של אמיר ונבון מצא כי כמעט כל הפונות לוועדות (95.6% מתוך אלה שלגביהן היה מידע בשאלה זו) טענו כי ההיריון הנוכחי שהן מבקשות להפסיק אינו רצוי או אינו מתוכנן. משמע, העילה האמיתית לפנייה הייתה חוסר רצון בהמשך ההיריון, ולא טעמים רפואיים להפסקתו. שם, בעמ' 55. נתון זה מתיישב כאמור עם מחקרים נוספים שנערכו בארץ ובעולם, המצביעים על כך שברוב המקרים נשים מבקשות להפסיק היריון לא בשל טעמים רפואיים או פלייליים, אלא מסיבות אישיות, משפחתיות, חברתיות או כלכליות. ראו לעיל ה"ש 95, והטקסט שליידה. למן ביטולה של העילה הסוציאלית, אף לא אחד מהטעמים הללו מעוגן בחוק הישראלי ומהווה עילה חוקית להפסקת היריון.

142 ראו, למשל, עינת שגיא-אלפסה "מה הבעיה? תשקרי ותגידי שההריון לא מבעלך" *ynet* 2.5.2013; [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4374951,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4374951,00.html); אביבה לורי "שקרים שסיפרתי לוועדה" *הארץ* 10.8.2006; [www.haaretz.co.il/misc/1.1127665](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1127665); שגית פסטמן "הפלות בישראל: למה נשים צריכות לשקר?" *Saloon* 21.1.2013; <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1127665>

באופן דומה, השיעורים הגבוהים יחסית של האישורים הניתנים על בסיס העילה של בריאות האם (19.4%) או בריאות העובר (19.9%) מעוררים חשד שהבעייתיות שעליה הצביעה בזמנו ועדת ריפטיין לא נפתרה לגמרי, למרות המלצות הוועדה בדבר צמצום סמכותן של הוועדות להפסקת היריון ביחס לעילות אלה, ולמרות עיגונן הרשמי של המלצות אלה בחוזר מנכ"ל. בעוד במדינות המפותחות שיעור הפסקות ההיריון מטעמים של בריאות האם ובריאות העובר עומד על כ-12% בכל קטגוריה,<sup>143</sup> בישראל מדובר באחוז גבוה בהרבה. נתון זה יכול אולי להצביע על כך שנשים נשואות החפצות להפסיק היריון בלתי-רצוי ממשכות למצוא את מפלטן גם בסעיפים אלה, ובמיוחד בסעיף הנוגע בבריאותה הנפשית של האישה.<sup>144</sup> בהקשר זה ייתכן שבחלק מהמקרים, כפי שמצאה בזמנו ועדת ריפטיין, הוועדות ממשכות להביא בחשבון שיקולים סוציאליים כחלק מהעילה הנוגעת בבריאותה הנפשית של האישה. ייתכן גם שהוועדות אינן מקפידות תמיד כבעבר על תיעוד רפואי מפורט בהקשרים של סכנה למום בעובר, על-מנת לאפשר הפלות שהמניע המרכזי להן הוא למעשה שמדובר בהיריון בלתי-רצוי. עם זאת, גם אם קיימת עדיין מגמה מסוימת של הקלה ביחס לסעיפים אלה, חשוב לראות שבכל הנוגע במידת השימוש בסעיף של בריאות האישה חלו שינויים דרמטיים בעקבות המלצותיה של ועדת ריפטיין. מספר הפסקות ההיריון לכל אלה נשים בגיל הפריור שבוצעו לפי סעיף 316(א)(4) לחוק, הנוגע בבריאות האישה, פחת ב-47% למן שנת 1990.<sup>145</sup> יתרה מזו, זהו סעיף החוק שביחס אליו נרשמה הירידה הדרמטית ביותר מבחינת מידת השימוש בו במהלך השנים, ונראה לפיכך שההמלצות של ועדת ריפטיין וחוזר המנכ"ל הרלוונטי מילאו תפקיד מכריע בהנעת שינויים אלה. בהקשר זה חשוב לציין כי באופן כללי פחת בעשורים האחרונים האחוז היחסי של הפסקות ההיריון בישראל. זוהי מגמה המאפיינת את העולם המערבי כולו, והיא נגזרת משינויים שהתחוללו בשנים אלה בהקשר של תכנון משפחה, ובמרכוז נגישות של חינוך מיני ואמצעי מניעה לאוכלוסיות רבות יותר.<sup>146</sup> בישראל פחת מספרן היחסי של ההפלות למן שנת 1990 ב-25%. כך, אם בשנת 1990 בוצעו 13.6

15.11.2013. רוני לינדר-גנץ "הזכות לבצע הפלה בלי לעבור חקירה" הארץ [saloon.co.il/blog/](http://saloon.co.il/blog/)

[www.haaretz.co.il/misc/iphone-article/premium-1.2166226](http://www.haaretz.co.il/misc/iphone-article/premium-1.2166226)

Finer et al., לעיל ה"ש 95, בעמ' 112-114.

144 ביחס למספר הפסקות ההיריון המבוצעות בשל חשש למום בעובר חשוב להכיר בכך שאת הנתון הישראלי החריג בהקשר זה ניתן לייחס גם להיקף הבדיקות הגנטיות שכל אישה בהיריון בישראל עוברת, ולגמישות היחסית שבה ניתן אישור להפסקת היריון בכל מקרה של חשש למום כלשהו בעובר. הספרות הביקורתית שעוסקת בסוגיות אלה טוענת כי ניתן להצביע בהקשר זה על האופן שבו השיח מעורר הילודה במדינת-ישראל מעמיד במרכזו את הערך שבהולדת ילדים בריאים, ולא ילדים פגומים. ראו: Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 *STUD. L. POL. & Soc'y* 113, 133-134 (2014); Yael Hashiloni-Dolev & Aviad E. Raz, *Between Social Hypocrisy and Social Responsibility: Professional Views of Eugenics, Disability and Repro-genetics in Germany and Israel*, 29 *NEW GENETICS & Soc'y* 87, 98 (2010)

145 "הפסקות היריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 13.

146 *Induced Abortion Worldwide* (fact sheet, The Guttmacher Institute, May 2016), available at <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/facts-induced-abortion-worldwide>

הפסקות היריון לכל אלף נשים בגיל הפריור, בשנת 2013 עמד מספר זה על 10.2 בלבד. עם זאת, הירידה בשיעורן של הפסקות ההיריון על בסיס העילה של בריאות האישה היא כמעט כפולה מהירידה שנרשמה בנתון הכולל. מגמה זו באה לידי ביטוי בכך שבשנת 1990 היוו הפסקות ההיריון על בסיס העילה של בריאות האישה 27.5% מסך כל הפסקות ההיריון המאושרות, ואילו בשנת 2013 פחת שיעור יחסי זה ל-19.4%<sup>147</sup>. מבחינה זו נראה אפוא כי במאבק שהתנהל בשנות התשעים בין שני סוכני הביצוע המנהליים של החוק – הוועדות הרפואיות ושר הבריאות – על שרטוט גבולותיה של העילה הנפשית הייתה ידו של שר הבריאות על העליונה. חוזר המנכ"ל שאימץ את המלצותיה של ועדת ריפטיין הצליח למשטר במידה רבה את פעולתן של הוועדות הרפואיות ולצמצם בצורה משמעותית את מידת השימוש בסעיף זה לצורך מתן מענה להריונות בלתי-רצויים. לגבי העילה של בריאות העובר קשה לקבוע ממצא חד-משמעי בהקשר זה. כעיקרון לא חלו שינויים משמעותיים במידת השימוש בעילה זו לאורך השנים, והיא נותרה כאמור גבוהה יחסית למדינות אחרות. משמע, מידת השימוש בעילה זו כבסיס לאישור הפסקת היריון לא פחתה בעקבות ההמלצות של ועדת ריפטיין כפי שקרה ביחס לעילה הנפשית. עובדה זו יכולה להיות מוסכרת בכך שבהקשר זה לא הצליחו המלצותיה של ועדת ריפטיין לחולל שינוי, או שזהו נתון הנגזר מהעיסוק הישראלי החריג ויצא-הדופן בשאלות של מומים גנטיים, והרצון של הורים – כמרגם הנכונות של רופאים – לבצע הפסקות היריון בכל מצב שבו עולה חשש כלשהו למום בעובר. ייתכן גם שיש כאן שילוב של שני הסברים אלה.

בכל מקרה, לנוכח ההפחתה המשמעותית שחלה במידת השימוש בעילת בריאותה הנפשית של האישה, השאלה הנשאלת היא מה קרה לכל הנשים הנשואות אשר עד לשנות התשעים הצליחו ככל הנראה לקבל אישור להפסקת היריון בלתי-רצוי במסגרת סעיף זה. התשובה לשאלה זו מחזירה אותנו לעילה של היריון "שלא מנישואין". עיון במגמות האישורים להפסקת היריון לפי עילה זו לאורך השנים מגלה כי למן שנות התשעים חל גידול משמעותי בשימוש היחסי בעילה זו בהשוואה לעילות אחרות. בעוד שבשנת 1990 היוו הפסקות היריון על בסיס העילה של היריון מחוץ לנישואים 41.4% מכלל הפסקות ההיריון, בשנת 2013 גדל שיעור זה ל-51.2%<sup>148</sup>. משמע, חלקם היחסי של האישורים להפסקת היריון על בסיס העילה של היריון מחוץ לנישואים גדל במקביל לירידה היחסית באחוז האישורים על בסיס העילה הרפואית של בריאות האם. למעשה, נראה שיש מתאם של ממש בין שתי המגמות. עובדה זו מחזקת את המסקנה כי מפלטן העיקרי של נשים נשואות החפצות להפסיק היריון בלתי-רצוי מטעמים אישיים, חברתיים, כלכליים או משפחתיים באמצעות המנגנונים החוקיים העומדים לרשותן מצוי בעילה של היריון "שלא מנישואין". השימוש בעילה זו מאלץ נשים נשואות רבות להצהיר הצהרות שקריות ביחס למקורו של ההיריון, והקהילה הרפואית משתפת פעולה עם פרקטיקה זו בהעדר אפשרות אחרת להבטיח לציבור גדול זה של נשים הפסקות היריון בטוחות במסודות רפואיים מוכרים. המאמצים של הוועדות להפסקת היריון להרחיב את נגישותן החוקית של הפסקות ההיריון, אשר בעבר התרכזו בעילות הרפואיות, הוסטו אפוא לעילה של היריון מחוץ לנישואים, שדרכה עובר לו בשנים האחרונות נתיב העקיפה

147 "הפסקות היריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 14.

המרכזי של החוק, אשר החליף במידה רבה את נתיבי העקיפה הישנים של שנות התשעים. במקום שימוש (שקרי) בעילה של בריאות האישה, אנו רואים אפוא כיום שימוש (שקרי) מוגבר בעילה של היריון מחוץ לנישואים. ההבדל הוא המחיר הכבד בהרבה שנשים נשואות משלמות כעת על-מנת להשיג לעצמן נתיב גישה להפסקות היריון במקרים השכיחים של היריון בלתי-רצוי מטעמים משפחתיים, חברתיים או כלכליים. לעובדה שנשים רבות נאלצות להציג את עצמן כנשים נואפות אם הן חפצות בהפסקת היריון שתיערך בבית-חולים ציבורי יש מחירים כבדים הן בטווח המיידי והן בטווח הארוך. בטווח המיידי הגישה להפסקת היריון "חוקית" באישור הוועדה להפסקת היריון כרוכה בפגיעה קשה בכבוד האדם של הנשים הנזקקות להפסקת היריון. בטווח הארוך הצהרתה של אישה נשואה על היותה נואפת עלולה להעמיד אותה בסכנה של חובת גט ושלילת מזונות בבית-הדין הרבני.<sup>149</sup>

לצד הנתיב הבעייתי של השגת גישה להפסקות היריון בדרך של הצהרה על היריון מחוץ לנישואים, אפשר להניח במידה גבוהה של ודאות שחלק מהמקרים של הרינונות בלתי-רצויים שאין להם מענה במסגרת החוק מוצאים את דרכם לשוק השחור של הפסקות היריון, כפי שהיה בתקופה שקדמה לחקיקתו של הסדר ההפלות הקיים. ההנחה הרווחת היא כי בישראל ממשיך להתקיים שוק פרטי בלתי-חוקי משמעותי של הפסקות היריון.<sup>150</sup> לפי אחת ההערכות, מספרן של הפסקות ההיריון הבלתי-חוקיות עומד על כ-20,000 הפסקות היריון בשנה, ומשתווה למספרן של הפסקות ההיריון החוקיות.<sup>151</sup> הערכות ישנות יותר דיברו על מספר נמוך יותר של הפסקות היריון בלתי-חוקיות,<sup>152</sup> אולם אין מחלוקת ביחס לעצם קיומה של התופעה ולהיקפה המשמעותי מאז נחקק התיקון לחוק העונשין בעניין הפסקות היריון. נתונים אלה יכולים להסביר את העובדה שהאחוז היחסי של הפסקות ההיריון הרשמיות בישראל נמוך בהשוואה לנתון המקביל ברוב מדינות אירופה.<sup>153</sup> הדוח האחרון והעדכני ביותר של משרד הבריאות בנושא הפסקות היריון מדרג את ישראל במקום השני (אחרי קרואטיה) במספרן

149 שרון פרילינג "אישה בוגדת? כך מפלה ההלכה לטובת הגבר" *ynet* 20.1.2014 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4478073,00.html>

150 "הזכות להפסקת היריון" פורטל זכויות / הזכות להפסקת-היריון <http://www.myrights.co.il/הזכות-להפסקת-היריון/>; תמרה טראובמן הערכה: כ-40 אלף הפלות מתבצעות בישראל כל שנה" וואלה! חדשות 4.5.2005 [news.walla.co.il/item/710779](http://news.walla.co.il/item/710779)

151 טראובמן, לעיל ה"ש 150.

152 בשנות השמונים ההערכה הייתה כי מתקיימות בישראל בין 5,000 ל-6,000 הפסקות היריון פרטיות לא לפי החוק, נוסף על הפסקות ההיריון המאושרות על-ידי הוועדות להפסקת היריון. ראו SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 14.

153 על-פי נתוני משרד הבריאות, שיעור הפסקות ההיריון בישראל עמד בשנת 2012 על 117.4 לכל אלף לידות חי, לעומת ממוצע של 216.3 באותה שנה במדינות האיחוד האירופי. "הפסקות היריון על פי החוק" לעיל ה"ש 134, בעמ' 43. לנתונים מעודכנים יותר ביחס לשיעור ההפלות במדינות שונות באירופה ראו: United Nations, *World Abortion Policies 2013* (Mar. 2013), [http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013\\_WallChart.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf)

הנמוך של הפסקות היריון ביחס לאוכלוסייה, אולם נתון זה מסתיר את היקפו המשמעותי של השוק הפרטי של הפלות בלתי-חוקיות שממשיך להתקיים בישראל.<sup>154</sup> התוצאה היא שהעדרה של מערכת רחבה של עילות להפסקת היריון שתיתן מענה לצרכים ממשיים של נשים – ובמרכזם האפשרות להפסיק היריון בלתי-רצוי מטעמים אישיים, משפחתיים, כלכליים וחברתיים – הוליד עם השנים שני מסלולי עקיפה מרכזיים של החוק, המשמשים בעיקר נשים נשואות הנוקקות להפסקת היריון: המסלול הפנימי והמסלול החיצוני. במסלול הפנימי נשים נשואות המעוניינות להשיג גישה להפסקת היריון בלתי-רצוי במסגרת החוק נאלצות להצהיר הצהרות שקריות בנוגע לטעמים להפסקת היריון. במסלול החיצוני נשים נאלצות להשיג הפסקות היריון באופן בלתי-חוקי, תוך שהן מסכנות את בריאותן ואף נאלצות לשלם מחיר כלכלי גבוה בהרבה מהמחיר המקובל להפסקת היריון במערכת הבריאות הציבורית. מצב זה של שוק שחור פורח של הפסקות היריון, המתפתח לצידה של מערכת חוקית אוסרנית ומגבילה, אינו ייחודי לישראל. מחקרים מגלים כי מקום שהחוק מטיל מגבלות בלתי-מציאותיות על נשים וחוסם את דרכן החוקית להפסקות היריון מתפתח שוק שחור ובלתי-חוקי של הפלות.<sup>155</sup> ייחודו של המקרה הישראלי אינו אפוא בהיקפן של ההפלות הבלתי-חוקיות, אלא דווקא במנגנוני העקיפה הפנימיים של החוק – אלה המשרטטים גישה עוקפת חוק להפסקות היריון בתוך החוק וכחלק ממנגנון האישור של הוועדות להפסקת היריון, ולא מחוץ לו.

מן האמור לעיל ניתן להסיק כי מחיקתו של הסעיף הסוציאלי מחוק העונשין, והמאבק שהתעורר בעקבותיו בין שני סוכני האכיפה המנהליים של החוק ביחס להיקפה של עילת בריאותה הנפשית של האישה, היו שני המהלכים המשמעותיים ביותר מבחינת עיצובו מחדש של המרחב שבו מבוצעות הפסקות היריון בישראל. מהלכים אלה השפיעו – ועודם משפיעים – על חייהן של אלפי נשים נשואות מדי שנה הנוקקות להפסקת היריון בשל טעמים משפחתיים-חברתיים-כלכליים.

לעומת זאת, ההתערבות המהותית השנייה של שר הבריאות בעבודתן של הוועדות להפסקת היריון, באמצעות הקמת הוועדות העל-אזוריות לדיון בהריונות בשלב החיות וקביעת אמות-מידה נוקשות יותר לאישור הפסקות היריון בשלב זה של ההיריון, לא שינתה בשום צורה נראית לעין את הפרקטיקה של הפסקות ההיריון. הסיבה המרכזית לכך היא שהפסקות היריון בשלב החיות היו מאז ומתמיד תופעה זניחה. הנתונים הרלוונטיים בישראל מגלים כי רובן המכריע של הפסקות ההיריון מתבצעות בשלבים הראשונים של ההיריון, ורק מיעוט זניח מתבצעות בשלב החיות. זה היה המצב בשנות התשעים, וזה המצב גם כיום, ובהקשר זה לא נרשם שום שינוי. בממוצע רק כ-1% מכלל הפסקות ההיריון מבוצעות בשבוע שמעל השבוע ה-23 להיריון, וברובם המכריע של המקרים העילה היא חשש למום בעובר.<sup>156</sup>

154 "הזכות להפסקת היריון", לעיל ה"ש 150.

155 Evert Ketting & Philip van Praag, *The Marginal Relevance of Legislation Relating to Induced Abortion*, in *THE NEW POLITICS OF ABORTION* 154 (Joni Lovenduski & Joyce Outshoorn eds., 1986).

156 על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בשנת 2011 בוצעו בישראל 263 הפסקות היריון בשבוע ה-24 להיריון ואילך. סך כל הפסקות ההיריון בשנה זו עמד על 18,974, ורובן המכריע (16,661) בוצעו עד סוף השבוע ה-12 להיריון (12,140 מתוכן עד סוף השבוע ה-7

למעשה, כמעט שני שלישים מהפסקות ההיריון מתבצעות עד השבוע ה-7 להיריון. נתון זה משקף את התמונה גם במדינות מערביות אחרות. הפסקות היריון בשלב החיות מהוות שיעור זניח בלבד מהפסקות ההיריון בארץ ובעולם המערבי כולו. מדובר בהפסקות היריון הנעשות במצבים חריגים ביותר ובמספר קטן מאוד של מקרים.<sup>157</sup> בהקשר זה מתברר כי נשים החפצות להפסיק היריון בלתי-רצוי עושות זאת בהזדמנות הראשונה העומדת לרשותן, ואינן מחכות לשלב החיות.<sup>158</sup> הפסקות היריון בשלב החיות נדרשות אפוא בעיקר במצבים שבהם חשש למום בעובר מתערר רק בשלב מאוחר של ההיריון. התוצאה היא אפוא שהתערבות השר בנוגע לעיגונו של שלב החיות במערך השיקולים שהוועדות להפסקת היריון נדרשות לשקול נגעה בפועל במספר מצומצם ביותר של הפסקות היריון, ובהתאם גם לא שינתה את המציאות הנוהגת בתחום כפי שעשתה התערבותו הראשונה של השר, אשר צמצמה את מידת השימוש בסעיפים הרפואיים.

להיריון, ועוד 4,521 בין השבוע ה-8 לשבוע ה-12). ראו לשכה מרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 2013 לוח 3.22 – "פניות לוועדות להפסקת היריון לפי דת, מצב משפחתי, גיל ותכונות נבחרות אחרות 2011" (2013). נתוני משרד הבריאות ביחס לתקופה שבין 1990 ל-2013 מציגים תמונה דומה שלפיה הפסקות היריון מאוחרות, המבוצעות לאחר השבוע ה-23 של ההיריון, מהוות כ-1% בלבד מכלל הפסקות ההיריון בעשור האחרון, ורובן המכריע מבוצעות בשל חשש למומים בעובר. כך, למשל, בשנת 2013 נעשו רובן המכריע של הפסקות ההיריון המאוחרות (91%) בהתאם לס' 316(א)(3) לחוק ("הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי"). ראו "הפסקות היריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 7 ו-23.

157 בקנדה, למשל, הפסקות היריון המבוצעות אחרי השבוע ה-20 מהוות רק 0.3% מכלל הפסקות ההיריון. ראו: Canadian University Press, *Equal Access, Equal Rights: The State of Abortion Access in Canada*, THE SHEAF (Mar. 9, 2012), <http://thesheaf.com/2012/03/09/equal-access-equal-rights-the-state-of-abortion-access-in-canada/> *Abortion Statistics, England and Wales: 2005* (Department of Health, 2006), [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh\\_4136859.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4136859.pdf). בשוודיה שיעור הפסקות ההיריון המבוצעות מעבר לשבוע ה-18 עומד על 1%. ראו הערך Sweden, לעיל ה"ש 27.

158 הנתונים בהקשר זה מובהקים וחד-משמעיים, במיוחד במדינות שבהן קיימים הסדרים ליברליים מאוד להפסקת היריון. בשוודיה, למשל, אף שהסדר החוקי מאפשר הפסקת היריון חופשית ולפי רצון האישה במימון מדינתי עד השבוע ה-18 להיריון, 95% מהפסקות ההיריון מבוצעות עד לשבוע ה-12 להיריון. ראו הערך Sweden, לעיל ה"ש 27. קנדה היא דוגמה מעניינת נוספת: אין בה כלל חקיקה מסדירה בנושא הפסקות היריון, מה שמייצר מרחב חוקי לביצוען של הפסקות היריון בכל שלב של ההיריון ועל בסיס כל עילה. ראו לעיל ה"ש 43. למרות זאת הנתונים מראים כי גם בקנדה רובן המכריע של הפסקות ההיריון מבוצעות עד סוף השבוע ה-12 להיריון. ראו *Equal Access, Equal Rights*, לעיל ה"ש 157. לנתונים נוספים ראו: Richard Johnson, *Abortion in Canada – Almost 100,000 Documented Terminations in 2009*, NATIONAL POST (Dec. 7, 2012), <http://news.nationalpost.com/2012/12/07/graphic-abortion-in-canada-almost-100000-documented-terminations-in-2009/> וכן [http://www.cih.ca/CIHI-ext-portal/pdf/internet/TA\\_10\\_ALLDATATABLES20120417\\_EN](http://www.cih.ca/CIHI-ext-portal/pdf/internet/TA_10_ALLDATATABLES20120417_EN).

## ג. לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות היריון בישראל

בחודש דצמבר 2014, רגע לפני פיזורת של הכנסת התשע-עשרה, הונחה על שולחן מזכירות הכנסת, לקראת הכנתה לקריאה טרומית, הצעת חוק לרפורמה מקיפה בהסדרת החוקית של הפסקות היריון בישראל. הצעת החוק הונחה פעם נוספת על שולחן מזכירות הכנסת בחודש אוקטובר 2015, לאחר בחירתה של הכנסת העשרים.<sup>159</sup> הצעת חוק זו, שנוסחה על-ידי כותבת מאמר זה ועל-ידי עורכת-הדין טלי איזנברג, ואשר הוגשה כהצעת חוק פרטית של כמה חברות כנסת, גובשה בסיוע תהליך ארוך של מחקר, דיונים והתייעצות עם גורמים רלוונטיים רבים, אשר אך כשנה.<sup>160</sup> הנחת-היסוד שהניעה את התהליך הזה הייתה שמתווה חלופי להסדרת של הפסקות היריון צריך להתמודד עם שני אתגרים מרכזיים: חיצוני ופנימי. ברמה החיצונית מתווה כזה חייב להשתלב בשיח החוקתי המקובל, המשרטט את מרחב ההסדרה של הפסקות היריון כנגזרת ברורה של תפיסת זכויות המאזנת בין זכות האישה לבין אינטרס או זכות רלוונטיים הנוגעים בעובר. להנמקות האומיות והדתיות הנגזרות מהדאגה לגודלו ולחוסנו של עם-ישראל, שעמדו ביסוד גיבושה של החקיקה הקיימת, לא היה אחר בעולם כבר בשנות השבעים מבחינת שרטוט מסגרת רלוונטית להסדרה של הפסקות היריון. חריגותן של תפיסות אלה ככוח המרכזי המסדיר סוגיה זו בולטת כיום יותר על רקע ההתפתחויות המשפטיות שחלו בעשורים האחרונים במדינות המפותחות בנושא של הפסקות היריון, ולנוכח המעבר הברור ורחב-ההיקף לשיח זכויות. גם בישראל בעידן שלאחר המהפכה החוקתית אין מקום לחקיקה מן הסוג הזה, לנוכח הרציונלים שהניחו בזמנו את הבסיס לגיבושה. האתגר הפנימי שהצעת החוק מנסה להתמודד עימו הוא העובדה שהעדר תפיסה נורמטיבית ברורה של זכויות בבסיס החקיקה הקיימת יצר לא רק נתק בין ההסדר הישראלי לשיח החוקתי בעולם המערבי בנושא הפסקות היריון, אלא גם בעיות פנימיות ביכולת לאכוף את החקיקה. הפער הבלתי-נסבל בין לשון החוק לבין צרכים ממשיים של נשים הוליד הסדר שמזמין בעיקר עקיפה ומשחזר במידה רבה את הבעיות שאפיינו את ההסדר המנטורי שקדם לו.

לנוכח האמור לעיל גובשה הצעת החוק בהתאם לארבעה עקרונות מארגנים מרכזיים. ראשית, הצעת החוק מאמצת באופן מובהק את שיח הזכויות, שבמרכזו איזון ראוי בין זכות האישה על גופה לבין אינטרסים מתנגשים הנוגעים בהגנה על פוטנציאל החיות של העובר, כמסגרת אשר מספקת את הרציונל הנורמטיבי לחקיקה ומצדיקה את הנגישות הפורמלית והמהותית של הפסקות היריון המעוגנת בה. על בסיס שני המודלים החוקתיים המשרטטים

159 הצעת חוק הפסקת היריון, התשע"ו-2015, פ/2065. נוסח מלא של הצעת החוק מצורף כנספח למאמר זה.

160 תחילתו של המהלך ביום-עיון שהתקיים בכנסת בחודש פברואר 2014, והמשכו ביום-עיון שהתקיים באוניברסיטת חיפה בחודש יוני 2014 תחת הכותרת "לקראת רפורמה בחוק ההפלות הישראלי". יום-העיון אודגן על-ידי המרכז למשפט, מגדר ומדיניות חברתית בשיתוף עם ארגון "אשה לאשה", והשתתפו בו רופאים, אחיות, נציגות של ארגוני נשים, עובדות ועובדים סוציאליים ועוד. לפרטים על הכנס ראו: <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Pages/events/Abortion-Reform.aspx>. בכנס הוצג מתווה ראשוני לרפורמה בהסדר החוקי בנושא הפסקות היריון, ולאחר דיון בו וקבלת הערות והארות גובשה הצעת החוק הסופית.

כיום את הטווח של נגישות פורמלית ומהותית של הפסקות היריון – המודל האמריקני והמודל הגרמני – ההצעה יוצרת מודל משולב אשר מאמץ את מסגרת הזכויות ההצהרתית האמריקנית ומוסיף עליה תפיסת זכויות פוזיטיבית ברוח ההסדר הגרמני. ביטוי לתפיסת הזכויות העומדת ביסודה של הצעת החוק יש בסעיף המטרה, הקובע: "מטרתו של חוק זה להסדיר את הטיפול בהפסקת היריון בישראל, באופן שיקדם את השוויון בין המינים ויבטיח את זכותה של אישה על גופה, זכותה לבריאות, לחירות ולהגנה על כבודה כאדם, תוך הכרה בפוטנציאל החיות של העובר כשים לב לגיל ההריון."<sup>161</sup>

*העיקרון המארגן השני* העומד ביסוד החקיקה הוא מתן מעמד של בכורה לרצון האישה ולזכותה לשלוט בגופה ובפרינה בשליש הראשון של ההיריון. מאז הוכרה לראשונה זכותה של האישה להפסיק את הריונה לפי רצונה, בארצות-הברית ובשוודיה בתחילת שנות השבעים, חלה התפתחות מרחיקת-לכת בהקשר זה בחלק גדול מהמדינות המפותחות. כיום 72% מהמדינות המפותחות מאפשרות גישה להפסקת היריון לפי רצון האישה בשלבים הראשונים של ההיריון.<sup>162</sup> יתרה מזו, כפי שמלמד המקרה הגרמני, גם העמדה המעניקה מעמד של בכורה לזכות העובר לחיים נותנת כיום גיבוי חוקתי למודל משפטי המאפשר לנשים לקבל החלטה אוטונומית ביחס להפסקת הריונה בחלקו הראשון של ההיריון. מבחינה זו, יש כיום קונסנזוס רחב ויוצא-דופן סביב ההכרח החוקתי בקיומו של מרחב בחירה לנשים, המאפשר להן להחליט בצורה עצמאית על הפסקת הריונה ללא תלות בקיומן של עילות כאלה או אחרות. *העיקרון השלישי* שהנחה את גיבושו של המתווה המוצע להסדר הפלות חלופי בישראל הוא עקרון החוקיות. כפי שהתברר בחלקים הקודמים של מאמר זה, חלק משמעותי מההסדרה של הפסקות היריון מתבצע כיום לא מכוח הוראות ישירות של החוק, אלא באמצעות הנחיות מנהליות שקיים ספק ממשי ביחס למידת חוקיותן וחוקיותן. הקמת הוועדות העל-אזוריות לדיון בהפסקות היריון בשלב החיות, כמו-גם צמצום העילה הנפשית להפסקת היריון, נעשו כאמור לא באמצעות תיקון של החוק, כפי שהיה ראוי לעשות, אלא בדרך של עקיפתו באמצעות חוזרי מנכ"ל. הצעת החוק נועדה לתת מענה לבעיה זו על-ידי יצירת הסדר חוקי ממצה בנושא הפסקות היריון שימלא את החסרים בהסדר הקיים, במיוחד בכל הנוגע בשלב החיות של העובר ובצורך להתייחס לגיל ההיריון כאל נתון המשפיע על טיבן והיקפן של העילות להפסקתו.

לבסוף, *העיקרון המנחה הרביעי* העומד ביסודה של הצעת החוק הוא הלימה בין הוראות החוק לבין המציאות החברתית שהוא נועד לתת לה מענה. כפי שמלמדת ההיסטוריה החקיקתית של הסדר הפלות הנוכחי, את גיבושו הולידה ההכרה כי אין גוזרים על הציבור גזרה שהוא אינו יכול לעמוד בה. למרות זאת, במבחן התוצאה, ההסדר שגובש בסופו של דבר שחזר במידה רבה את חסרונותיו של ההסדר המנדטורי שקדם לו, מבחינת הפער בין לשון החוק לבין הצרכים הממשיים של נשים. פער זה הוליד עם השנים פרקטיקות שונות של עקיפת החוק, אם באמצעות שימוש בעייתי בהוראותיו ואם באמצעות שוק שחור משמעותי של הפלות. מה שנתפס אפוא בשנות השבעים כהליך של רפורמה, שקידם את החקיקה בישראל קדימה, היה למעשה מהלך חוקי שלא הצליח לתת מענה לאתגר שעמו הוא ניסה

161 הצעת חוק הפסקת היריון, לעיל ה"ש 159, ס' 1.

162 World Abortion Policies 2013, לעיל ה"ש 153.

להתמודד. תובנות אלה מחייבות אותנו לחזור מחדש לעיקרון שאין גוזרים על הציבור גְרָה שהוא אינו יכול לעמוד בה, ולהבטיח גיבושו של מתווה חוקי להפסקות היריון המביט נכוחה על המציאות החברתית בישראל בהקשר של הפסקות היריון ונותן לה מענה ראוי וצודק. בהתאם לרציונל המארגן של ארבעת העקרונות המפורטים לעיל, הצעת חוק הפסקת היריון מציגה מודל חוקי המחלק את תקופת ההיריון לשלושה שלבים. בניגוד למצב הקיים, שבו אין כל התייחסות לגיל ההיריון בחוק, הצעת החוק מחלקת את תקופת ההיריון לשלוש תקופות – "התקופה הראשונה", "התקופה השנייה" ו"התקופה השלישית" – ומחילה בכל תקופה הסדר שונה מבחינת העילות להפסקת ההיריון.

**התקופה הראשונה** מתייחסת לשליש הראשון של ההיריון, וכוללת את 13 השבועות הראשונים של ההיריון.<sup>163</sup> הצעת החוק קובעת כי הפסקות היריון ייערכו בתקופה זו לפי בקשת הפונה, לאחר קבלת הסכמתה מדעת להליך. תיחום התקופה כמשתרעת עד לסוף השבוע ה-13 להיריון נעשה בהתחשב בשני גורמים מצטברים. ראשית, וזה הגורם החשוב יותר, תיחום זה עולה בקנה אחד עם שיקולים הנוגעים בבריאות האישה. כיום הפסקות היריון בשליש הראשון של ההיריון מתבצעות בשתי פרוצדורות מרכזיות. עד לסוף השבוע ה-7 להיריון מקובלת הפסקת היריון תרופתית, המייתרת ברוב המקרים את הצורך בהתערבות כירורגית.<sup>164</sup> מתחילת השבוע ה-8 להיריון ועד לסוף השבוע ה-13 להיריון הפרקטיקה הכירורגית המקובלת להפסקת היריון היא גרידה. מעבר לשלב זה, ובהתאם למדיניות הנוהגת בכל מוסד רפואי, הנגזרת משיקולים הנוגעים בגיל ההיריון ובגודל העובר, הליך הפסקת ההיריון הוא הליך של לידה מוקדמת, אשר נחשב מסוכן יותר מבחינת הפגיעה הפוטנציאלית בבריאות האישה.<sup>165</sup> הבחירה בסוף השליש הראשון של ההיריון כגבול "התקופה הראשונה" נועדה אפוא ליצור איזון בין העיקרון של מתן מעמד מרכזי לרצון האישה בשלב הראשון של ההיריון לבין האינטרס הציבורי בהגנה על בריאותה של האישה. זאת ועוד, תיחום התקופה הראשונה כמשתרעת עד לסוף השבוע ה-13 להיריון תואם גם את המקובל בחקיקה מקבילה במדינות מערביות רבות אחרות. כאמור, הפסקת היריון לפי רצון האישה מתבצעת כיום בחלק גדול מהמדינות המפותחות. בחלקן הטווח החוקי העליון מבחינת גיל ההיריון הוא 18

163 הצעת חוק הפסקת היריון, לעיל ה"ש 159, ס' 2.

164 הפסקת היריון תרופתית נעשית עד היום ה-49 להיריון, ומתבצעת באמצעות נטילת תרופות המפסיקות את ההיריון. דרך זו, של הפלה באמצעות כדורים, פשוטה יותר לרוב הנשים מבחינת פיזית ונפשית, ולכן זו הדרך המועדפת בהפלות במשך 7 השבועות הראשונים להיריון. ראו "הפסקת היריון" עתידים מדיקל סנטר /הפסקת-היריון/www.abortioin.org.il.

165 בהקשר זה מתברר כי המעבר מהליך של גרידה להליך של לידה מוקדמת משתנה ממוסד רפואי אחד לאחר. יש בתי-חולים המבצעים גרידות רק עד סוף השבוע ה-13 להיריון, ולעומתם יש כאלה המבצעים גרידה גם בשבועות מאוחרים יותר. ראו: "כל המידע על ביצוע הפלה" פורטל רפואי להפסקת היריון בטוחה [www.abortioinportal.com/pages/?ID=19](http://www.abortioinportal.com/pages/?ID=19). הבחירה לעגן בהצעת החוק את המועד של סוף השבוע ה-13 להיריון כסוף התקופה הראשונה מאמצת אפוא את העמדה המחמירה יותר בקרב הקהילה הרפואית מבחינת המועד האחרון להפסקת היריון באמצעות גרידה.

שבועות,<sup>166</sup> אולם בהקשר זה מתברר כאמור כי עצם קיומו של טווח חוקי עליון גבוה יחסית להפסקת היריון לפי רצון האישה אינו מעודד נשים לדחות את ההחלטה על הפסקת היריון בלתי-רצוי בשלבים מאוחרים שלו, ובכך לסכן את בריאותן. הנתונים המשווים בסוגיה זו הם חד-משמעיים: רוב הפסקות ההיריון שאינן מטעמים רפואיים מתבצעות בשליש הראשון של ההיריון, גם כאשר יש אפשרות חוקית להפסקת היריון לפי רצון האישה בשלבים מאוחרים יותר.<sup>167</sup> גם בישראל זוהי תמונת-המצב. אף שלפי המצב החוקי הקיים אין כל הברזל מבחינת העילות להפסקת היריון אם אישה פונה לוועדה להפסקת היריון בשבוע ה-7 להיריון או בשבוע ה-14, רובן המכריע של הפסקות ההיריון שאינן מטעמים רפואיים מתבצעות בשלבים מוקדמים מאוד של ההיריון.<sup>168</sup> בנסיבות אלה ברור כי עצם תיחום התקופה הראשונה עד לסוף השבוע ה-13 להיריון אינו מעורר חשש שנשים ידחו את ההחלטה על הפסקת ההיריון עד לסוף תקופה זו. לצד שמירה על מתאם ראוי בין היקפה של תקופה זו לבין שיקולים הקשורים להגנה על בריאותן של נשים, ההנחה היא כי בפועל רוב הנשים שיבחרו להפסיק היריון בלתי-רצוי יעשו זאת בשלב מוקדם ככל האפשר של תקופה זו, ולא בסופה.

**התקופה השנייה להפסקת היריון המנויה בהצעת החוק היא בין תחילת השבוע ה-14 להיריון לבין סוף השבוע ה-24 להיריון.**<sup>169</sup> סימון הגבול העליון של התקופה נגזר מההגדרה הרפואית לתחילת שלב החיות של העובר, כפי שהיא מעוגנת כיום בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות משנת 2007.<sup>170</sup> דהיינו, התקופה השנייה מתייחסת להריונות המצויים בטווח שבין התקופה הראשונה לבין שלב החיות של העובר. בתקופה זו השיקול המרכזי לאי-הפסקתו של היריון בניגוד לרצונה של האישה הוא פגיעה אפשרית בחיי האישה או בבריאותה, שכן בשלב זה, מצד אחד, ההריונות כבר מצויים בטווח שבו הפסקת ההיריון כרוכה בסיכון גדול יותר לבריאות האישה, ומצד אחר, אין עדיין מקום לשיקולים הקשורים לפוטנציאל החיות של העובר. על בסיס הבנות אלה, הצעת החוק קובעת כי הסמכות לאשר הפסקות היריון בשלב זה תופקד בידי ועדות להפסקת היריון. הרכבן המוצע של הוועדות זהה להרכבן כיום, אלא שהעילות למתן אישור בשלב זה רחבות יותר מהעילות הקיימות. הסדר מוצע זה נועד לייצר הלימה טובה יותר בין הוראות החוק לבין צרכים ממשיים של נשים, תוך

166 זה המצב בשוודיה. בקנדה – בשל הלקונה שנוצרה בחוק בעקבות פסיקת בית-המשפט העליון שפסלה את החקיקה האוסרנית בנושא ומחדלו של המחוקק, אשר טרם חוקק חוק חליפי – יש פרובינציות המאפשרות הלכה למעשה הפסקת היריון לפי רצון האישה גם עד השבוע ה-20 להיריון. ראו האסמכתות לעיל בה"ש 43; *Equal Access, Equal Rights*, לעיל ה"ש 157.

167 ראו לעיל ה"ש 158.

168 כך, למשל, בשנת 2011 בוצעו 64% מהפסקות ההיריון עד סוף השבוע ה-7 להיריון, ועוד 24% בוצעו עד סוף השבוע ה-12 להיריון. רק כעשירית מהפסקות ההיריון בוצעו בשבוע ה-13 ואילך. לשכה מרכזית לסטטיסטיקה, לעיל ה"ש 156. נתוני משרד הבריאות ביחס לתקופה שבין 1990 ל-2013 מציגים תמונה דומה, ומלמדים כי אחוז הפסקות ההיריון עד סוף השבוע ה-7 עולה בהדרגה למן שנות התשעים, וכי באופן עקבי רק כ-10% מהפסקות ההיריון מתבצעות בשבוע ה-13 ואילך. "הפסקות היריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 16-17. ראו גם ה"ש 158-156 לעיל והטקסט שלידן.

169 הצעת חוק הפסקת היריון, לעיל ה"ש 159, ס' 2.

170 חוזר מנכ"ל 23/07, לעיל ה"ש 124.

התחשבות גם במקובל בחקיקה דומה במדינות מפותחות אחרות. כך, למשל, הצעת החוק מכירה בטעם הסוציאלי כטעם אפשרי למתן אישור להפסקת היריון בתקופה זו. הכרה זו מתיישבת עם העובדה שהנימוק הסוציאלי מהווה כיום טעם חוקי להפסקת היריון ב-82% מהמדינות המפותחות,<sup>171</sup> ומתחשבת במרכזיותו של נימוק זה בהחלטתן של נשים להפסיק היריון בלתי-רצוי.

**התקופה השלישית המעוגנת בהצעת החוק חופפת את שלב החיות של העובר.**<sup>172</sup> בהקשר זה הצעת החוק מאמצת את עקרונותיו המרכזיים של חוזר מנכ"ל בעניין שלב החיות. בפרט, הצעת החוק מורה על הקמתן של ועדות מיוחדות שהרכבן זהה לזה של הוועדות הפועלות כיום מכוח ההנחיות המנהליות בנושא.<sup>173</sup> הצעת החוק גם קובעת כי כל החלטה של הוועדות ביחס להפסקת היריון בשלב זה תתקבל תוך התחשבות בפוטנציאל החיות של העובר, בשים לב לגיל ההיריון.<sup>174</sup> נוסף על כך ההצעה מגדירה שורה מצומצמת בלבד של עילות להפסקת היריון שהוועדה המיוחדת רשאית לשקול בשלב זה.<sup>175</sup> בכך ההצעה נותנת ביטוי לתפיסת הזכויות העקרונית העומדת ביסודה, המכירה גם במשמעות החוקתית של פוטנציאל החיות של העובר. הסדר מוצע זה גם מייצר אינטגרציה בין הוראות החוק הרשמיות לבין ההנחיות המנהליות המשלימות אותו כיום, תוך עיגון ההוראות המהותיות בנושא הפסקות היריון בשלב החיות בחקיקה ראשית, כמתחייב מעקרון החוקיות.

לצד החלוקה העקרונית של ההיריון לשלוש תקופות, וכנגזרת נוספת מהמארג המורכב של העקרונות העומדים ביסודה של הצעת החוק, המתווה המוצע כולל עוד כמה הוראות מהותיות. ראשית, מתוך התייחסות כוללת לזכויות האישה, המתמקדת לא רק בזכותה של האישה על גופה, אלא גם בזכותה לבריאות, הצעת החוק קובעת כי אם מתעורר חשש ממשי שהפסקת ההיריון בתקופה הראשונה כרוכה בסכנה חמורה לחיי האישה או לבריאותה, לא תתבצע הפסקת ההיריון אלא באישורה של הוועדה להפסקת היריון.<sup>176</sup> סעיף זה נועד לאזן בין החובה לתת משקל מרכזי לרצונה של האישה בשלבים הראשונים של ההיריון לבין האינטרס הציבורי בשמירה על חייה ובריאותה. שנית, וכנגזרת נוספת מתפיסת הזכויות העומדת ביסוד החקיקה, הצעת החוק קובעת כי כל אישה הפונה להפסקת היריון תוכל, לפי בקשתה, לקבל ייעוץ ותמיכה מצוות מקצועי של אחות, עובדת סוציאלית ורופאת נשים, אשר ילוו את האישה לפני ההליך ולאחריו.<sup>177</sup> מטרתו של סעיף זה היא להבטיח מתן מענה מורכב ורגיש לצרכים של נשים המצויות בסיטואציה של היריון בלתי-רצוי, ולסייע להן להתמודד עם הקשיים הכרוכים בקבלת החלטה על הפסקת היריון. שלישית, הצעת החוק

171 *World Abortion Policies 2013*, לעיל ה"ש 153.

172 הצעת חוק הפסקת היריון, לעיל ה"ש 159, ס' 2.

173 שם, ס' 9-10.

174 שם, ס' 9.

175 ס' 9 להצעת החוק קובע בהקשר זה כדלקמן: "(ב) הוועדה המיוחדת רשאית לאשר הפסקת היריון, ברוב דעות של חברי הוועדה, רק אם סברה כי על אף פוטנציאל החיות של העובר, לפי גיל ההיריון, קיימים טעמים מיוחדים הקשורים לגילה של הפונה, מצבה הפיסי והנפשי, מצבו הבריאותי של העובר ואופי היחסים מהם נבע ההיריון, המצדיקים מתן אישור כאמור."

176 הצעת חוק הפסקת היריון, לעיל ה"ש 159, ס' 5(ב).

177 שם, ס' 4(ד).

מבטיחה מימון ציבורי של הפסקות היריון,<sup>178</sup> שכן זכות שאין בצידה הנגשה מהותית אינה זכות הניתנת למימוש. בניגוד למצב הקיים, שבו רק חלק מהפסקות היריון המוכרות על-פי החוק זוכות במימון,<sup>179</sup> המטרה היא להבטיח מימון לכל הפסקת היריון שתבצע לפי המתווה החוקי המוצע, תוך יצירת "נגישות מהותית" לצד "הנגישות הפורמלית".

לבסוף, על-מנת להבהיר ולחדד את מלוא הרציונל העומד ביסודה של הצעת החוק, חשוב להתייחס לתמונה הכללית בנוגע להפסקות היריון בעולם המערבי בכלל ובישראל בפרט. דומה שהממצא המעניין והחשוב ביותר בהקשר זה הוא שאין קשר בין הסדרים ליברליים של הפסקות היריון לבין שיעורן היחסי של הפסקות היריון באוכלוסייה. משמע, הסדר המאפשר נגישות רחבה של הפסקות היריון לפי רצון האישה אינו מעודד ביצוען של הפלות, אלא רק נותן מענה הולם למציאות חברתית קיימת ממילא. נשים הנמצאות בסיטואציה של היריון בלתי-רצוי ימצאו דרך להפסיקו ללא קשר להסדר החוקי הנוהג. יתרונם הגדול של הסדרים ליברליים להפסקת היריון הוא שהם מפחיתים למינימום את מספרן של הפסקות היריון המסכנות את בריאותן של נשים. בישראל הנתונים בעניין זה הם חד-משמעיים. קיומו של הסדר חוקי מצומצם ומוגבל מבחינת נגישותן של הפסקות היריון לא עורר נשים ללדת, כפי שקיוו בזמנו חלק מחברי הכנסת, אלא הזמין – ועודנו מזמין – את עקיפתו בדרכים יצירתיות שונות. אם רוצים לצמצם את מספרן של הפסקות היריון בחברה בשם אינטרסים הקשורים להגנה על בריאות האישה ועל פוטנציאל החיות של העובר, הדרך לעשות זאת אינה באמצעות הטלת מגבלות מחמירות על הפסקות היריון, אלא באמצעות מניעתם של הריונות בלתי-רצויים. בהקשר זה מתברר כי יש שלושה גורמים מרכזיים המשפיעים בצורה ישירה על מספר ההריונות הבלתי-רצויים ובהתאמה גם על שיעורן היחסי של הפסקות היריון. גורמים אלה הם השכלתה של האישה, מצבה החברתית-הכלכלי ואפשרות הגישה שלה לחינוך מיני ולאמצעי מניעה.<sup>180</sup> המחשה חשובה לנתונים אלה ניתן למצוא בהולנד, למשל, שם קיים חוק הפלות ליברלי המתיר הפסקת היריון לפי רצון האישה עד שלב החיות. הפלות גם זוכות במימון מלא מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. למרות זאת, שיעורן היחסי

178 שם, ס' 15.

179 עד סוף שנת 2013 נשים שקיבלו אישור להפסקת היריון זכו במימון ציבורי של ההליך רק כאשר דובר בהפסקת היריון מטעמים רפואיים של סכנה לחיי האישה או לבריאותה או במצב של סכנה למום בעובר. כמו-כן מומנו הפסקות היריון לצעירות עד גיל 18. כתוצאה מכך, נשים שקיבלו אישור להפסקת היריון על-סמך עילה של היריון מחוץ לנישואים, וכן נשים מעל גיל 40 שקיבלו אישור על בסיס עילת הגיל, נאלצו לממן את ההליך מכיסן, אף שדובר בהפסקות היריון שבוצעו על-פי החוק. בדצמבר 2013 החליטה ועדת סל הבריאות להרחיב את המימון להפסקות היריון עד לגיל 33, ללא קשר לעילת החוקית להפסקת היריון. ראו ירון קלנר "סל התרופות 2014: הפלות חינם גם ללא סיבה רפואית" <http://www.ynet.co.il/30.12.2013/ynet/articles/0,7340,L-4471052,00.html>. כתוצאה מהחלטה זו הורחב אומנם מספרן של הנשים הזכאיות למימון ציבורי של הפסקות היריון, אולם עדיין כל אישה מעל גיל 33 שקיבלה אישור חוקי מהוועדה להפסקת היריון בעילה שאינה עילה רפואית נאלצת לממן הליך זה מכיסה. עלותו של הליך זה בבתי-חולים ציבוריים היא כ-2,500 ש"ח.

180 טל דניאל-חבקוק "בטן כואבת לילדה היולדת" *Medicine* 8 (ינואר-מרץ 2007). [www.themedical.co.il/Upload/Magazines/Documents/32/medicine%20woman3.pdf](http://www.themedical.co.il/Upload/Magazines/Documents/32/medicine%20woman3.pdf)

של הפסקות ההיריון בהולנד הוא מהנמוכים בעולם. נכון לשנת 2010 עמד שיעור זה על 9.7 הפסקות היריון לכל אלף לידות.<sup>181</sup> ההסבר המקובל לנתון זה הוא נגישותו הרבה של חינוך מיני לכל אישה והשימוש הנרחב באמצעי מניעה כתוצאה מכך.<sup>182</sup> גם בישראל אפשר לזהות בתוך הנתונים את הקשר המורכב שבין השכלה, מעמד חברתי-כלכלי ונגישות של אמצעי מניעה לבין שיעורן היחסי של הפסקות ההיריון. כך, למשל, מתברר כאמור כי בעשורים האחרונים חלה ירידה במספרן היחסי של הפסקות ההיריון בישראל.<sup>183</sup> גם אם מביאים בחשבון כי לצד הפסקות ההיריון החוקיות קיים מספר זהה של הפסקות היריון בלתי-חוקיות, המספר הכולל נמוך עדיין בהרבה מהמצב שהיה בשנות השבעים, ערב חקיקתו של ההסדר הנוהג. כפי שהוסבר לעיל, ירידה זו נגזרת ככל הנראה מהעלייה ברמת השכלתן של נשים ובמעמדן החברתי-הכלכלי, וכן מהנגישות הרבה יחסית של אמצעי מניעה לקבוצות רבות של נשים.<sup>184</sup> תימוכין לכך ניתן למצוא, למשל, בכך ששיעור הפסקות ההיריון בקרב עולות חדשות, ובמיוחד בקרב עולות מאתיופיה, גבוה במידה משמעותית משיעור הפסקות ההיריון בקרב נשים יהודיות ילידות הארץ.<sup>185</sup> המסקנה הנגזרת מנתונים אחרונים אלה היא כי לצד החוק המוצע בנוגע להפסקות היריון נדרש הסדר חוקי משלים שיטפל בהנגשתו של החינוך המיני, בעיקר לנערות, ובמימון מלא בחוק גם של אמצעי מניעה. מערך חוקי משלים כזה עשוי לסייע בצמצום מספרם של ההריונות הבלתי-רצויים בישראל יותר מכל חקיקה אוסרנית ומגבילה בנושא של הפסקות היריון.

## סיכום

לפני כמעט ארבעה עשורים החליט המחוקק הישראלי לעשות מעשה ולחולל רפורמה מקיפה בחוק ההפלות הישראלי. מהלך זה לא הונע מתפיסת זכויות, שבמרכזה איזון ראוי

- 181 *World Abortion Policies 2013*, לעיל ה"ש 153. לשם השוואה, הנתון המקביל בישראל בשנת 2010 עמד על 11.7 הפסקות היריון לכל אלף לידות חי, ונתון זה כלל רק את הפסקות ההיריון המדווחות על-פי חוק, ולא את הפסקות ההיריון הבלתי-חוקיות שבוצעו כחלק מעקיפת החוק.
- 182 גם קנדה מספקת דוגמה חשובה ומעניינת בהקשר זה. בעקבות החלטה ממשלתית לטפל בבעיה של הריונות בקרב נערות באמצעות חינוך מיני והנגשה של אמצעי מניעה, חלה ירידה של 36.9% במספר ההריונות בקרב קבוצה זו. ראו *Equal Access, Equal Rights*, לעיל ה"ש 157.
- 183 *Induced Abortion Worldwide*, לעיל ה"ש 146.
- 184 שם.
- 185 כך, למשל, נתונים של משרד הבריאות לשנת 2012 מגלים כי שיעור הפסקות ההיריון בקרב נשים שעלו מאתיופיה בשנת 1980 או מאוחר יותר היה גבוה פי 3.5 בהשוואה לנשים יהודיות ואחרות ילידות הארץ (40.6 לאלף נשים בגיל הפריור לעומת 11.6, בהתאמה). עוד מתברר כי שיעור הפסקות ההיריון בקרב נשים שעלו מברית-המועצות-לשעבר היה גבוה משיעור הפסקות ההיריון בקרב ילידות הארץ (15.5 לאלף נשים בגיל הפריור לעומת 11.6, בהתאמה). נוסף על כך, שיעור הפסקות ההיריון בקרב נשים עם השכלה של 13 שנות לימוד ומעלה היה נמוך במידה משמעותית מאשר בקרב נשים עם השכלה של עד 8 שנות לימוד (7.5 לאלף נשים בגיל הפריור לעומת 20.0, בהתאמה). לבסוף, רובם המכריע של המקרים שבהם נשים מבקשות להפסיק את הריונן הם מקרים שבהם לא נעשה שימוש באמצעי מניעה. "הפסקות היריון על פי החוק", לעיל ה"ש 134, בעמ' 33-34.

בין זכות האישה לבין שאלות הנוגעות במעמד העובר, כפי שקרה במדינות מערביות אחרות באותה תקופה. המטרה הייתה לגבש הסדר משפטי שייתן מענה טוב יותר למציאות שהתפתחה בשטח ביחס להפסקות היריון, וזאת על-מנת למנוע הפלות בלתי-חוקיות ולהבטיח למדינה שליטה בהסדרתו של מרחב שבו החוק הקיים הפסיק להיות גורם רלוונטי. חבר הכנסת עקיבא נוף מהליכוד, שהיה בין יוזמי הצעת החוק, נימק את תמיכתו ברפורמה המוצעת במילים אלה:

"אדוני היושב-ראש, כאשר חתמתי על היזמה להגשת הצעת חוק בעניין הפסקת הריון רעדה ידי. מוטיבים מוסריים יסודיים וכן גם נימוקים לאומיים רבי-משקל אומרים: אין להתיר. אם בסוף כל פיקפוקי הרבים אני מחייב הצעה זו, הרי זה משום שהבחירה במציאות איננה בין קיום ההפלות לאי-קיומן, אלא בין ניתוח בבית-חולים לבין פגיעה בגופה של האם בתנאי מחתרת; בין טיפול של רופא בתנאים סאניטאריים וברוגע לבין פעולתו, לא תמיד של רופא, ואם של רופא – בתנאים שיש בהם כדי להכשיל את הניתוח ולפגוע פגיעה ניצחת באשה, לרבות ביכלתה ללדת; בין טיפול בתנאים שווים לכל נפש, לאשה עשירה כענייה, לבין סחטנות כספית משתוללת, כפי שהיא כיום מצדם של אנשים מסויימים דווקא על רקע אי-חוקיות המעשה; בין מעשה רפואי לבין פעולה שתנאיה הם השפלה.<sup>1867</sup>

כאשר הצהרות אלה שליוו את הרפורמה בחוק ההפלות נבחנות על רקע המציאות שהתפתחה כתוצר ישיר של חקיקה זו, מתברר עומק הכישלון של מהלך חקיקתי זה להשיג את היעדים שהציב המחוקק בהקשר זה. העדרה המוחלט של תפיסת זכויות מנחה שתשרטט את גבולות החוק הפך את ההסדר החוקי לבלתי-ניתן לאכיפה כלשונו, ועודד הלכה למעשה את הסתת ההסדרה של הפסקות ההיריון למסלולים עוקפי חוק בשני מישורים. ראשית, במקום להבטיח אכיפה מסודרת של הוראותיו על-ידי סוכני הביצוע המנהליים שלו, הזמין ההסדר החוקי הקיים את התערבותם של סוכנים אלה – שר הבריאות והוועדות להפסקת היריון – בגיבוש מסלולי אכיפה לצידו של החוק, ולא כחלק ממנו. נוסף על כך, מרחב הנגישות הצר מאוד של הפסקות היריון חוקיות שהוענק בסופו של דבר לנשים (במיוחד לנשים נשואות) במסגרת החוק חייב גם אותן לייצר מסלולי עקיפה של החוק, אם באמצעות שקרים ביחס לטעמים האמיתיים להפסקת ההיריון המבוקשת ואם באמצעות ביצוע הפלה פרטית מחוץ לגדרו של החוק. התוצאה היא שמנגנוני עקיפה אלה, שהתפתחו לצד החקיקה הרשמית ותוך איון הוראותיה, הם שמשרטטים הלכה למעשה את המרחב שבו נערכות הפסקות היריון בישראל עד היום. מבחינה זו, ולמרות היומרה לשנות את המצב, ההסדר הנוכחי משחזר במידה רבה – ואולי אפילו מעצים – את הבעייתיות שאפיינה את ההסדר המנדטורי שקדם לחוק הנוכחי, ובמרכזה קיומו של חוק שאי-אפשר לאוכפו. כיום, כמו לפני ארבעה עשורים, נגישותן של הפסקות ההיריון, ככל שהיא קיימת, מושגת לא באמצעות החוק, אלא בעיקר באמצעות עקיפתו, תוך פגיעה קשה בשלטון החוק, מחד גיסא, ובנשים הנזקקות להפסקות היריון, מאידך גיסא. הבעייתיות הקשה הגלומה במצב דברים זה מתחדדת על רקע השינויים שהתחוללו בעשורים האחרונים בשיח הזכויות בישראל, ובמרכזם המהפכה החוקתית. שיח הזכויות, אשר לא היה נהיר לרוב חברי הכנסת בתחילת שנות השבעים, הוא כיום חלק

186 ד"כ 75, 1392 (התשל"ו).

ממגילת זכויות היסוד הכתובה במדינת ישראל, המגינה, בין היתר, על זכותה של האישה לאוטונומיה גופנית, לשוויון ולכבוד האדם.

זאת ועוד, התוצאה שלפיה חוק ההפלות הנוכחי משחזר במידה רבה – ואולי אפילו מעצים – את הבעייתיות שאפיינה את ההסדר המנדטורי שקדם לו משרטטת קו מעניין של חיבור בין המקרה הספציפי של הרפורמה בחוק ההפלות לבין אחד מצירי הביקורת הפמיניסטית המרכזיים של המשפט. החל במחצית השנייה של המאה העשרים אימץ השיח הפמיניסטי הביקורתי של המשפט עמדה חשדנית הרואה במשפט כלי רב עוצמה להנצחת עמדת הנחיתות של נשים בחברה.<sup>187</sup> לצד התפיסה המסורתית שהתמקדה בתפקידו של המשפט ככלי לשינוי חברתי בהקשר של שוויון מגדרי,<sup>188</sup> קולות ביקורתיים יותר בשיח הפמיניסטי התמקדו באופנים המורכבים, ולעיתים הסמויים מן העין, שבהם המשפט תורם לשימור יחסי הכוחות הקיימים בחברה. גם כאשר ברמה המוצהרת מתחולל שינוי במשפט, והוא צועד לכאורה קדימה, יש מקום לשאול עד כמה אכן מדובר בשינוי מיטיב מבחינתן של נשים, ולא בשעתוק המציאות הקיימת תחת כסות של שיח של שינוי.<sup>189</sup> דומה שסיפורה של הרפורמה בחוק ההפלות הישראלי, אשר לא חוללה באמת שינוי, מספק דוגמה מעניינת וחשובה לטענה זו.

בהיבט המקרה הספציפי מאיר באופן עמוק ומורכב יותר את יחסי הגומלין שבין המשפט לבין המציאות החברתית, ומוביל למסקנה נוספת: בסופו של יום מתברר כי כוחו של המשפט כמשטור המציאות החברתית הוא מוגבל. כשלנו הנמשך של ההסדר החוקי בנושא הפסקות היריון במתן מענה הולם לצרכים ממשיים של נשים, למרות רפורמה משמעותית לכאורה שהתרחשה בהקשר זה, הוליד מציאות חברתית שחזקה מן החוק. כחלק ממציאות זו ניתן לראות כיצד ההסדר החוקי הפורמלי בנושא הפסקות היריון, המנסה להגביל את אפשרות הגישה של נשים (במיוחד נשואות) להפסקות היריון, לא שינה את המציאות החברתית בנושא זה, אלא עודד דווקא תהליכים של איון החקיקה הקיימת ומעבר ממודל של אכיפה למודל של עקיפה. התמונה היא אפוא מורכבת. בתווך שבין חוק מגביל לבין מציאות חברתית, שבה

187 לדיון כללי בביקורת פמיניסטית זו של המשפט ראו רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 91-126.

188 לדיון בזרם הפמיניסטי הליברלי ובטיב מאבקיו למען שימוש במשפט ככלי לשינוי חברתי ראו שם, בעמ' 15-58.

189 לדיון ביקורתי בשאלות אלה בהקשר הישראלי, תוך התמקדות ברפורמות משפטיות ספציפיות, ראו, למשל, נויה רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה מינית כמקרה לדוגמה" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 985 (דפנה ברק-ארזי ואח' ערוכות, 2007) (דיון ביקורתי באופן אכיפתו של החוק למניעת הטרדה מינית); נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידאל השוויון למציאות האימהית" משפטים לט 573 (2010) (דיון ביקורתי ברפורמות שקידמו זכויות הוריות שוות, כגון חופשת לידה); Noya Rimalt, *Equality with a Vengeance: Female Conscientious Objectors in Pursuit of a Voice and Substantive Gender Equality*, 16 COLUM. J. GENDER & L. 97 (2007) (דיון ביקורתי ברפורמת השוויון בצבא); נויה רימלט "בין פרשת ארן לפרשת חמו: סיפורו של אי-השוויון המגדרי בישראל" משפט וממשל טו 11 (2013) (דיון ביקורתי ברפורמות החקיקה בנושא הערפה מתקנת והטרדה מינית).

ברוב המקרים נשים נזקקות להפסקות היריון בשל טעמים שאינם מוכרים על-ידי החוק, נולדו פרקטיקות עוקפות חוק, המצליחות להרחיב את מרחב הנגישות של הפסקות היריון. פרקטיקות אלה ממחישות את האופן שבו המציאות החברתית יכולה לרסן את כוחו של המשפט ולחתור במידה מסוימת תחת האפקטיביות של איסוריו המגבילים.

עם זאת, נגישותן בפועל של הפסקות היריון לנשים בישראל הינה נגישות שאין בצידה צדק, משום שהיא מחייבת אותן להפר את החוק ופוגעת בזכויות-היסוד שלהן. לצד הפגיעה בשלטון החוק, הצורך לעקוף את איסוריו המגבילים של החוק מאלץ נשים להיות בגדר עברייניות, וכופה עליהן התנהלות הכרוכה בפגיעה בכבוד האדם שלהן, בשוויון המגדרי ובזכותן לאוטונומיה גופנית. תובנה זו מאירה את הצורך ואת החשיבות שברפורמה חקיקתית בנוגע להפסקות היריון, אשר תכיר ברמה ההצהרתית בזכויותיהן הרלוונטיות של נשים בהקשר של הפסקת היריון וגם תספק כלים למימושן. משמע, בהקשר זה נדרשת הסדרה של "נגישות פורמלית" של הפסקות היריון, באמצעות החוק, וכן הבטחת "נגישות מהותית", על-ידי הספקת אמצעים פוזיטיביים במסגרת החוק למימוש זכויותיהן של נשים בהקשר זה. אף אם המשפט אינו מקדם תמיד שינוי, גם כאשר הוא נחזה ככזה, ואף אם ניתן במידה מסוימת לעקוף את איסוריו המגבילים, בסופו של יום נראה כי רק שינוי חקיקתי יוכל לתת מענה צודק וראוי למציאות הבעייתית של הפסקות היריון בישראל.

תובנה אחרונה נוגעת בלב המתח שבין הביקורת הפמיניסטית התיאורטית של המשפט, במיוחד הביקורת הרדיקלית, לבין הפרקטיקה הפמיניסטית. בעוד הביקורת הפמיניסטית מביאה עימה כאמור יחס חשדני וחוסר אמון כלפי המשפט, הפרקטיקה הפמיניסטית חוזרת בסוף תמיד אל המשפט כאל כלי לשינוי חברתי. וכך, גם כאשר הדיון התיאורטי בתופעות חברתיות כגון הטרדה מינית או אונס מייחס למשפט תפקיד בהנצחת התופעות הללו, תוך חתירה מתמדת תחת מעמדן של נשים בחברה, המאבק בשטח לשינוי הוא בסוף מאבק המכיר בכוחו של המשפט לא רק ככלי לשימור, אלא גם ככלי לשינוי.<sup>190</sup>

אם וכאשר תעסוק הכנסת במתווה המוצע במאמר זה לרפורמה כוללת בהסדר החוקי להפסקות היריון, חשוב שיהיה ברור כי הבחירה האמיתית אינה בין מניעת הפלות לבין התרתן. הפסקות היריון יהיו תמיד. הרשות המחוקקת בישראל תצטרך להחליט אם הפסקות ההיריון יהיו על-פי החוק או בניגוד לו, ובאיזו מידה יתנהל התחום של הפסקות היריון על-פי עקרונות-יסוד המנויים במגילת זכויות-היסוד שאימצה מדינת-ישראל כבר לפני יותר משני עשורים.

190 לדיון מקיף המאיר את המתח הזה, ואת האופן שבו הוא עיצב את המאבק הפמיניסטי בארצות-הברית בסוגיות כגון הטרדה מינית ופורנוגרפיה, ראו רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 91-126.

## נספח – הצעת חוק הפסקת הריון, התשע"ו-2015<sup>191</sup>

### 1. מטרה

מטרתו של חוק זה להסדיר את הטיפול בהפסקת הריון בישראל, באופן שיקדם את השוויון בין המינים ויבטיח את זכותה של אישה על גופה, זכותה לבריאות, לחירות ולהגנה על כבודה כאדם, תוך הכרה בפוטנציאל החיות של העובר בשים לב לגיל ההריון.

### 2. הגדרות

בחוק זה –

"גיל ההריון" – גיל ההריון כפי שנקבע לפי בדיקת הדמיה (אולטרסאונד);

"ועדה להפסקת הריון" – ועדה שמונתה לפי סעיף 7;

"מוסד רפואי מוכר" – בית חולים או מרפאה ששר הבריאות הכיר בהם, בהודעה ברשומות, כמוסד רפואי לעניין חוק זה;

"עובד סוציאלי" – כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996;

"רופא נשים" – רופא מומחה ביילוד ובגינקולוגיה או רופא המתמחה, לשם קבלת אותו תואר, כמוסד רפואי מוכר בפיקוח של רופא מומחה כאמור;

"תקופה ראשונה" – התקופה שמתחילת ההריון ועד לסוף השבוע ה-13 להריון;

"תקופה שנייה" – התקופה שבין תחילת השבוע ה-14 של ההריון ועד לסוף השבוע ה-24 להריון;

"תקופה שלישית" – התקופה שבין תחילת השבוע ה-25 של ההריון ועד סיום ההריון; "השר" – שר הבריאות.

### 3. מוסד רפואי מוכר

לא תבוצע הפסקת הריון אלא במוסד רפואי מוכר.

### 4. הסכמה מדעת, ייעוץ ותמיכה

(א). לא תבוצע הפסקת הריון אלא לפי בקשתה של הפונה להפסקת הריון (בחוק זה – הפונה), ולאחר שניתנה הסכמתה מדעת לפי הוראות סעיף קטן (ב).

(ב). לשם מתן הסכמתה מדעת של הפונה, יימסר לפונה על ידי עובד סוציאלי, אחות או רופא נשים, מידע אודות פרטי ההליך הרפואי העתיד להתבצע, והסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בו; הסכמה מדעת להפסקת הריון תינתן במסמך בכתב, בנוסח שיקבע השר, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן לפונה.

(ג). הסכמה מדעת של פונה שהיא קטינה להפסקת הריון אינה טעונה אישור אפוטרופוסה.

191 הצעת חוק זו נכתבה על-ידי ד"ר נויה רימלט ועו"ד טלי איזנברג מהמרכז למשפט, מגדר ומדיניות חברתית בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. היא הונחה על שולחן מזכירות הכנסת לקראת הכנתה לקריאה טרומית בחודש דצמבר 2014, זמן קצר לפני פיזור של הכנסת התשע-עשרה. עם בחירתה של הכנסת העשרים הונחה ההצעה פעם נוספת על שולחן מזכירות הכנסת ב-12 באוקטובר 2015 בשמן של חברות הכנסת זהבה גלאון, עליזה לביא, שלי יחימוביץ', תמר זנברג ומיכל רוזין. לתיאור קצר של תהליך גיבושה של הצעת החוק ראו לעיל ה"ש 160 והטקסט שלידה.

(ד). ככל מוסד רפואי מוכר המבצע הפסקת הריון, יוקם צוות מייעץ של אחות, עובד סוציאלי ורופא נשים; הצוות המייעץ ייפגש עם פונה לפי בקשתה וילווה אותה בתמיכה וייעוץ לפני הליך הפסקת ההריון ולאחריו.

#### 5. הפסקת הריון במהלך התקופה הראשונה

(א). הפסקת הריון לפי בקשה של פונה שהוגשה לפני תום התקופה הראשונה תבוצע בתוך 14 ימים מהמועד שהפונה נתנה את הסכמתה מדעת וככל הניתן לפני תום השבוע ה-13 להריון; הוגשה בקשה להפסקת הריון לפני תום התקופה הראשונה, ניתן לבצע את הפסקת ההריון לפי הוראות סעיף זה גם אם בשל נסיבות שאינן תלויות בפונה המועד שנקבע להפסקת ההריון חל לאחר תום התקופה הראשונה.  
(ב). עלה חשש ממשי כי בשים לב לגיל ההריון ולמצבה הבריאותי של הפונה, הפסקת ההריון בשלב שבו הוגשה הבקשה כרוכה בסכנה חמורה וממשית לחיי הפונה או לבריאותה, לא תיערך הפסקת הריון אלא באישור ועדה להפסקת הריון.

#### 6. הפסקת הריון במהלך התקופה השנייה

לא תיערך הפסקת הריון במהלך התקופה השנייה להריון, אלא באישורה של ועדה להפסקת הריון.

#### 7. הרכב ועדה להפסקת הריון

השר או מי שהוא הסמיך לכך ימנה ככל מוסד רפואי מוכר ועדה להפסקת הריון בת שלושה חברים, שלפחות אחד מהם הוא אישה, והם:

- (1). רופא מומחה ביילוד וגינקולוגיה;
- (2). רופא מומחה שהתמחותו באחד מאלה: יילוד וגינקולוגיה, רפואה פנימית, פסיכיאטריה, רפואת משפחה או בריאות הציבור;
- (3). עובד סוציאלי.

#### 8. החלטת ועדה להפסקת הריון

(א). הוועדה להפסקת הריון רשאית לאשר, ברוב דעות של חברי הוועדה, הליך לפי סעיף 6 או 5(ב), בהתחשב בשיקולים אלה:

- (1). רצון הפונה והסיבות לבקשתה להפסקת ההריון;
  - (2). גיל ההריון;
  - (3). גילה של הפונה;
  - (4). השלכות המשך ההריון על מצבה הפיזי והנפשי של הפונה;
  - (5). מצבו הבריאותי של העובר;
  - (6). מצבה המשפחתי, החברתי והכלכלי של הפונה;
  - (7). אופי היחסים שמהם נבע ההריון.
- (ב). לא תסרב הוועדה לאשר הפסקת הריון בטרם נתנה לפונה הזדמנות להופיע בפניה ולהשמיע את טיעוניה.
- (ג). החלטתה המנומקת של הוועדה תימסר בכתב לפונה מיד עם קבלת ההחלטה.

#### 9. הפסקת הריון במהלך התקופה השלישית

(א). לא תיערך הפסקת הריון במהלך התקופה השלישית להריון, אלא באישורה של ועדה מיוחדת להפסקת הריון (בסעיף זה – הוועדה המיוחדת).

- (ב). הוועדה המיוחדת רשאית לאשר הפסקת הריון, ברוב דעות של חברי הוועדה, רק אם סברה כי על אף פוטנציאל החיות של העובר, לפי גיל ההריון, קיימים טעמים מיוחדים הקשורים לגילה של הפונה, מצבה הפיסי והנפשי, מצבו הבריאותי של העובר ואופי היחסים מהם נבע ההריון, המצדיקים מתן אישור כאמור.
- (ג). לא תסרב הוועדה המיוחדת לתת אישור להפסקת הריון בטרם נתנה לפונה הזדמנות להופיע בפניה ולהשמיע את טיעוניה.
- (ד). החלטתה המנומקת של הוועדה המיוחדת תימסר בכתב לפונה מיד עם קבלת ההחלטה.

#### 10. הרכב הוועדה המיוחדת לאישור הפסקת הריון

- (א). השר או מי שהוא הסמיך לכך ימנה בכל מוסד רפואי מוכר ועדה מיוחדת לאישור הפסקות הריון, שבה חמישה חברים שהם:
- (1). מנהל המוסד הרפואי המוכר, ואם התמחותו של המנהל אינה בתחום מתחומים אלה: יילוד וגניקולוגיה, רפואה פנימית, פסיכיאטריה, רפואת המשפחה או בריאות הציבור – רופא מומחה באחד התחומים האמורים שהוא בעל ותק של 10 שנים כמומחה ובעל תפקיד בכיר במוסד הרפואי המוכר, שעליו המליץ מנהל המוסד המוכר;
- (2). מנהל מחלקת נשים ויולדות, שהוא מומחה ביילוד וגניקולוגיה;
- (3). עובר סוציאלי;
- (4). מנהל מחלקה ניאונטולוגית;
- (5). מנהל מכון גנטי.
- (ב). שניים לפחות מחברי הוועדה המיוחדת יהיו נשים.

#### 11. הפסקת הריון במקרים מיוחדים

- לא יישא רופא באחריות פלילית בשל הפסקת הריון שלא לפי הוראות חוק זה, אם נתקיימה אחת מאלה, ובלבד שניתנה למנהל הכללי של משרד הבריאות הודעה מנומקת בכתב על כך תוך חמישה ימים לאחר ביצוע הפסקת ההריון:
- (1). הפסקת ההריון באופן מיידי הייתה חיונית לשם הצלת חייה של האישה או לשם מניעת נזק חמור ובלתי הדיר לבריאותה;
- (2). הפסקת ההריון אירעה תוך כדי טיפול רפואי אחר בגופה של האישה, דבר ההריון לא היה ידוע לרופא קודם לכן והפסקת ההריון הייתה דרושה לאותו טיפול רפואי.

#### 12. עונשין

- לא תיערך הפסקת הריון אלא לפי הוראות חוק זה; אדם המבצע ביודעין הפסקת הריון באישה שלא לפי חוק זה, בין בטיפול רפואי ובין בדרך אחרת, דינו – מאסר חמש שנים או הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

#### 13. סייג לאחריות

- אישה שבוצעה בה עבירה בניגוד להוראות חוק זה לא תישא באחריות פלילית בקשר לעבירה זו.

#### 14. תיקון חוק העונשין

- סימן ב' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – בטל.

#### 15. תיקון חוק ביטוח בריאות ממלכתי

בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, בתוספת השנייה, בסעיף 7, במקום סעיף קטן (ג) יבוא:

"(ג) ביצוע הפסקת הריון לפי הוראות חוק הפסקת הריון, התשע"ו-2015".

16. תיקון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)

בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, בסעיף 18, במקום הסיפה החל במילים "לפי סימן ב' בפרק י" יבוא "לפי חוק הפסקת הריון, התשע"ו-2015".

## דברי הסבר

ההסדר החוקי כיום בעניין הפסקות הריון מעוגן בחוק העונשין ומטיל מגבלות מהותיות על האוטונומיה הגופנית של נשים. הסדר זה מונע מאישה הרה שליטה ואחריות על גופה ועל פריונה ואינו נותן משקל לרצונה של האישה להפסיק את הריונה. מצב חוקי זה פוגע בזכותן של נשים לשוויון, לחירות, לכבוד ולבריאות ואינו תואם את המצב המשפטי הנוהג ברוב המדינות המפותחות.

החוק קובע כי אישה הרה תלויה באישור הוועדה להפסקת הריון כדי להפסיק את ההריון ואישור זה מותנה בהתקיימן של מספר עילות מצומצמות: טעמים רפואיים, גילה הצעיר או המבוגר של האישה, העובדה שההריון נובע מיחסים אסורים בחוק או שהוא מחוץ לנישואין. משמעות הדבר היא שלנשים אין שום יכולת לקבל החלטה עצמאית ביחס להפסקתו של הריון בלתי רצוי. יתרה מזו, מצבים שכיחים רבים של הריון בלתי רצוי בשל נסיבות חברתיות, משפחתיות או כלכליות קשות אינם מהווים כלל עילה למתן אישור של הוועדה.

הצעת החוק נועדה לתקן מצב זה ולהתאים את החוק הנוהג בעניין הפסקות הריון בישראל הן למצב הנוהג ברוב מדינות המפותחות, והן לשינויים חוקתיים שהתרחשו בישראל מאז נחקק ההסדר הקיים ובראשם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והתבססותה של מגילת זכויות היסוד של הפרט. התפיסה המקובלת ברוב המדינות המפותחות כיום היא כי זכותה של אישה להפסקת הריון היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לחירות וקשורה קשר בל ינתק לזכות לשוויון ולכבוד האדם.

מרבית המדינות המפותחות מאפשרות כיום ביצוע הפסקת הריון בחודשיו הראשונים לפי רצונה של האישה. לצד הגנה על חירותן של נשים וכבודן וקידום השוויון המגדרי, יש בכך גם הגנה ישירה על בריאותן של נשים, שכן קיים קשר סטטיסטי ישיר בין מדיניות המאפשרת הפסקת הריון לבין צמצום מספר הפסקות ההריון המסוכנות, המבוצעות שלא על ידי רופא מוסמך או על ידי האישה עצמה.

לצד הכרה ברצון האישה, מכיר ההסדר המוצע גם בפוטנציאל החיות של העובר ובסיכון ההולך וגובר לאישה מההליך, ככל שגיל ההריון מתקדם יותר. בשל כך, הצעת החוק מחלקת את ההריון לשלוש תקופות וקובעת הסדרים מיוחדים בהתאם לאופי הייחודי של כל תקופה. יצוין, כי לאור חשיבות תזמון ביצוע הפסקת ההריון ובדומה לחוקים במדינות רבות אחרות, הצעת החוק אינה מתייחסת למנגנון ערר וכך מבקשת להותיר את המצב הקיים על כנו, מתוך הבנה כי במקרים חריגים ובמידת הצורך שמורה לפונה הזכות לפנות לבג"ץ בעתירה לסעד דחוף.

**סעיף 5** מעגן את זכות האישה להחליט על הפסקת הריון בתקופה שעד סוף השבוע ה־13 להריון ומבטא את הרפורמה החשובה ביותר בהצעת חוק זו. אורכה של התקופה הראשונה מתבסס על מודלים במדינות מפותחות אחרות ותכליתו להבטיח מרחב מקסימלי של בחירה לנשים תוך שמירה על בריאותן. מבחינה רפואית, עד השבוע ה־13 הפרוצדורה השכיחה להפסקת הריון פשוטה יחסית. עם זאת, הסעיף קובע כי כאשר נשקפת סכנה חמורה וממשית לחיי הפונה או לבריאותה, בשים לב לגיל ההריון ומצבה הבריאותי של הפונה, יהיה צורך באישור הוועדה להפסקת ההריון גם בשלב זה. הסדר זה מקרב את המצב המשפטי בישראל להסדרים ברוב המדינות המפותחות, שהגבול העליון באחדות מהן להפסקת הריון לפי רצון האישה הוא עד לשלב החיות של העובר, המוגדר בדרך־כלל כשבוע ה־24 להריון.

חידוש מהותי נוסף בהצעת החוק (סעיף 4) הוא הקמתו של מנגנון תמיכה וייעוץ לפני הפסקת ההריון ולאחריה בכל מוסד מוכר, לטובת פונה שרוצה בכך בלבד. מנגנון זה נועד לאפשר לפונה להפסקת הריון מקום בטוח, לא שיפוטי ומכבד להתלבט בנוגע להפסקת ההריון, לקבל מידע מקיף על ההשלכות והאפשרויות הנוספות להליך, לקבל מידע על אמצעי מניעה, להסתייע בתמיכה רגשית ראשונית לפני ההליך ולאחריו, ולקבל הכוונה לגבי מנגנוני תמיכה רגשית מוסדרים בקהילה.

**סעיף 6** – בתקופה השנייה להריון, החל מהשבוע ה־14 ועד לתחילת תקופת החיות של העובר, הפרוצדורה הרפואית הנדרשת להפסקת הריון מורכבת יותר, דורשת מיומנות רפואית רבה יותר ונושאת בחובה סיכון משמעותי יותר לבריאותה של האישה. בשל כך, משתנה נקודת האיזון בין חירותה של האישה, כבודה וזכותה לאוטונומיה על גופה לבין האינטרס הציבורי להגנה על בריאותה. בשל כך נדרש בשלב זה אישור של הוועדה לביצוע הפסקת ההריון, שהרכבה נותר כשהיה בהסדר הקיים.

**סעיף 8** – בהתאם למקובל במדינות מערביות רבות ולנוכח המהפכה החוקתית, שהתרחשה בישראל מאז נחקק ההסדר הקיים, נערכה התאמה של העילות בגינן תהיה מוסמכת הוועדה לאשר הפסקת הריון בתקופה השנייה והתווספה להן בין היתר עילה הנוגעת למצבה המשפחתי והחברתי־כלכלי של האישה. עילה זו מוכרת ברובן המכריע של המדינות המערביות כעילה חוקית להפסקת הריון מזה מספר עשורים שכן ידוע שהיא העילה המרכזית בגינה מבקשות נשים להפסיק את הריונן.

**סעיף 9** מעגן בחוק את ההסדר המתקיים היום מכוחו של חוזר מנכ"ל 23/07 בנוגע להפסקות הריון בתקופה השלישית. כך נותנת הצעת החוק מענה לדילמות חוקתיות שמעוררת העובדה שההליך להפסקת הריון בתקופה השלישית מעוגן כיום בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות ולא בחוק. לאחר שבוע 24 נחשב העובר מבחינה רפואית כבעל פוטנציאל חיות עצמאי, דבר המשפיע גם על מורכבות הפרוצדורה הרפואית הנדרשת לביצוע הפסקת הריון והשלכותיה. משכך, נקבע כי יש מקום לקבוע מגבלה המאפשרת לוועדה מיוחדת להתיר ביצוע הפסקת הריון רק בנסיבות מיוחדות הקשורות לגילה של הפונה, מצבה הפיסי והנפשי, מצבו הבריאותי של העובר ואופי היחסים מהם נבע ההריון. ככלל, מספר הפסקות ההריון המבוצעות בישראל, או במדינות המפותחות, בשלב זה קטן מאוד ונובע רובו ככולו מטעמים רפואיים. עם זאת, ישנם מצבים קיצוניים של מצוקה חריפה, הדורשים הותרת שיקול דעת בידי הוועדה גם לגבי השיקולים האחרים כפי שמקובל גם במדינות אחרות.