

**נושא העבודה**

**הזכות להפלה במשפט הישראלי והעברי**

תאריך : ינואר 2015

**העבודה מוגשת בחסות העמותה של  
נוער שוחר משפט עברי**

## תוכן העניינים

3	<u>מבוא</u>
	<u>משפט עברי</u>
4	עמדת המקרא
5	עמדת המשנה והתלמוד
6	עמדת הראשונים והאחרונים
7	פקידה ושעת יצירה
8	העובר
10	השלב הרלוונטי לאיסור הפלה
	<u>משפט ישראלי</u>
12	הסבר חוק העונשין לעניין הפלה
15	מעמד העובר
18	הזכות לטיעון בפניי הוועדה
20	הפלה וזכויות האישה
22	<u>סיכום ומסקנות</u>
23	<u>ביבליוגרפיה</u>

## מבוא.

במאמר זה אדון על הזכות להפלה במשפט הישראלי ובמשפט העברי. נוכל לראות את השונה והמשותף בין סוגי המשפטים הנוגעים בזכויות האישה ומעמד העובר, תוך הסתכלות על פסקי הדין בנושא.

במשפט העברי נוכל לראות את דעות הכותבים השונות והמחלוקות מהמקרא ועד לימינו. כיצד התורה מגדירה הפלה של עובר ומהו העונש על כך בניגוד למשפט הישראלי. נדבר על שעת יצירה ופקידה ע"פ הפוסקים השונים ומהי ההגדרה העקרונית לכך. במשפט העברי נדבר על מעמד העובר, מתי חל השלב הרלוונטי לאיסור הפלה ומהי ההלכה למעשה בנושא הפלה במשפט.

במשפט הישראלי אדבר על ההסבר של חוק העונשין לעניין הפלה, אפרט ואסביר מהי הפסקת הריון מלאכותית ומהן הוועדות ותפקידיהן.

בנוסף גם במשפט הישראלי נדבר על זכויות העובר ומעמדו בין אם בעובר נורמטיבי לעובר בעל מום בנקודות הזמן השונות, תוך התייחסות לחוק הכשרות והאפוטרופוסיות.

נוכל לראות את הזכות לטיעון האב העולה מתוך פסק דין פלוני שמדבר גם הוא בין היתר על האם ניתנות לעובר זכויות ומהי זכות האם בפני הוועדה ולבסוף נדבר על הזכות לאוטונומיה המעוגנת בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו ונזכיר בקצרה את פסק הדין פלוני המדבר על זכות האישה לגופה.

לסיכום נדבר על ההשוואה בין סוגי המשפט השונים.

נסתכל על השונה והמשותף לזכויות האישה והעובר ונדבר על התפתחות הנושא עם השנים בישראל.

## 1. הפלה במשפט העברי

האיסור להפלה לא חדל להעסיק את החכמים במשפט העברי שעסקו בנושא זה, החל מתקופת בעלי התוספות ועד לימננו<sup>1</sup> משום העדר איסור מפורש על הפלה במקרא ובתלמוד. בשנים האחרונות חלו ניסיונות רבים להפוך את איסור ההפלה כשווה לאיסור לשפיכות דמים על חומריותה. מצד אחד, נראה שקיים איסור שאינו מפורש בברור על הפלה כאשר אין התנגשות בין צרכי האם לקיום העובר, ובעקבות איסור בלתי מפורש זה קמו החמרות מצד מספר פוסקים בעניין ההפלה. אך גם לכמה פוסקים דבר זה גרם להקל מאוד ביחס להפלות בשל העובדה שהאיסור אינו מפורש. במשפט העברי הרעיון של חילוק בין העובר אשר טרם נגמרה צורתו לבין עובר שנגמרה צורתו ע"פ התרגום היוני שימש כנימוק והצדקה למקלים בהלכה לעניין זה.

### **המקרא:**

התורה אינה מגדירה הפלת עובר כפשע פלילי אלא כנזק ממוני. התורה מחייבת אדם אשר היכה את אשת רעהו והפיל את עובריה, בפיצוי כספי לבעל האישה שנקרא ע"פ חז"ל דמי ולדות<sup>2</sup>, ורק כאשר מתה גם האישה קם העיקרון של נפש תחת נפש<sup>3</sup>. ובנוסף גם בחוקי בבל, החיתים ואשור, גם שם נקבע חובת תשלום לבעל האישה המוכה<sup>4</sup> וענישה של קרובי המכה אם הרג גם את האישה<sup>5</sup>. כך גם במזרח התיכון העתיק, המתת העובר הסתימה בפיצויים בעוד שבהמתת האם היה האדם מכה בנפשו<sup>6</sup>. התורה אינה עוסקת ישירות באיסור הפלה, אך אין להסיק מכך שלא קיים איסור, ויתכן שהתופעה הייתה כל כך נדירה בזמנו, שלא היה צורך לאוסרה<sup>7</sup>. העובדה שהתורה לא אסרה בפירוש את עניין ההפלה שימש את הראשנים כסמך לשלילת מעמד משפטי של אדם על העובר. במקרה של הפלה מכוונת הדין הוא מיתה ואין רמז למחלוקת בעניין זה.

<sup>1</sup> מ' אלון "הפלה" האנציקלופדיה העברית כרך ט"ו עמ' 87-90

<sup>2</sup> משנה בבא קמא ה, ד. בבא קמא מ"ח, ע"ב, מ"ט. ראה אנציקלופדיה תלמודית כרך ז' תקצ"ב-תקצ"ט

<sup>3</sup> שמות כא' פסוקים כב'-כג'

<sup>4</sup> חוקי חמורבי, חוקי החיתים

<sup>5</sup> חוקי חמורבי ע"פ עיקרון כללי.

<sup>6</sup> עמדת העובר בדיני העונשין של ישראל, ציווי מ"ב תשל"ז עמ' 129

<sup>7</sup> אנציקלופדיה דת ואמונה עמוד 551 סעיף 12

## המשנה והתלמוד:

מדרשי ההלכה אומרים כי אדם אינו נחשב כ"מכה נפש" אם התינוק אינו בר קיימא כמו עובר הנולד בחודש השמיני לדוגמא, והחיוב על הריגה חל רק כאשר העובר הינו בר קיימא.<sup>8</sup> ומכאן ניתן להסיק למרות שלא נאמר במפורשות, ההורג עובר אינו נחשב רוצח ולא חייב מיתה על הריגתו<sup>9</sup> עולה שאלה, האם בעצם יש איסור הפלה במשנה או בתלמוד, ואם כן, מהו המקור לכך. ישנם שתי משניות הדנות בהפלה בהקשר של העדפת חיי האם על פני חיי העובר. הראשונה היא במסכת אוהלות<sup>10</sup> אשר דנה באישה המקשה ללדת ופסקו לבצע הפלה כיון שחייה קודמים לחיי העובר, אלא אם כן יצא העובר ברובו ואז לא נוגעים, כי אין דוחים נפש תחת נפש. המשנה השנייה היא מסכת ערכין<sup>11</sup> ובה קובעים כי אין לענות את האישה אם דבר זה יכול לפגוע בה, ובמצב כזה אין התחשבות בעובר. אך אם יכולה האישה לעבור את הקושי, יישאר העובר ברחמה.<sup>12</sup> ממשניות אלו ניתן להסיק שעד תום ההיריון, הוולד הינו חלק מהאם, ולכן, מצד אחד חיי האישה קודמים לחיי העובר ולכן מותר להפילו כדי להצילה. ומצד שני אם יש לה גזר דין מוות, התינוק ימות יחד איתה כחלק מגופה.

עונש מיתה יחול רק אם כלו חודשיו של העובר, והעובר יצא לאוויר העולם.<sup>13</sup> התלמוד מחשיב את חיי העובר כאשר אין התנגשות בינו לבין חיי האם. כך לדוגמא מחללים את השבת להצלת חיי העובר אפילו אם האם כבר מתה.<sup>14</sup> ולפי הסברו של בעל הלכות גדולות הסיבה לדין זה הוא "חילל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה."<sup>15</sup> יש המסיקים מכך שההיתר להפלת העובר הוא רק במקרה שקיימת סכנה לחיי האם או כשאר נגרם לה צער בשל עינוי הדין. וכשאר מקרים אלו לא קיימים, ההפלה אסורה בהחלט. העולה מדברינו הוא שלתלמוד השקפה משפטית הכוללת 2 יסודות. היסוד הראשון הוא, שעובר אינו כנפש אדם, ובמקרים מסויימים מותר להרוג אותו. היסוד השני להשקפת התלמוד הוא, התחשבות בצורכי העובר כנפש, בצרכים מסויימים, כמו חילול שבת. היסוד השני אינו מפורש, ומוסתר בין הדנים בתלמוד.

<sup>8</sup> ספרא, ויקרא, אמור, פרק כ' סעיף א'

<sup>9</sup> תוספות סנהדרין, פ"ד ד"ה "הוה אמינא"

<sup>10</sup> משנה אוהלות ז, ו ספרי זוטא עמוד 337, תוספתא ערכין, א, ד

<sup>11</sup> משנה ערכין א, ד

<sup>12</sup> בהסבר רש"י, דיבור המתחיל ממתנין: דכיון דעקר ונע ממקומו, וגופה אחרינה הוא"

<sup>13</sup> ספרא, אמור, פרק כ, א'

<sup>14</sup> בבלי ערכין, ז, א: רמב"ם הלכות שבת, ב, טו.

<sup>15</sup> בבלי שבת, קנא, ב'

## הראשונים :

כיון שאין בתלמוד איסור מפורש על הפלה נפתח הנושא בפני הראשונים והאחרונים לחיפוש אחר יסודות האיסור בנושא.

לפי רש"י<sup>16</sup>, רמב"ן<sup>17</sup>, והמאירי<sup>18</sup> העובר אינו נחשב כנפש אדם עד להיוולדו.

ואין נענשים במיתה במותו, ומותר להציל את אימו.

לפי הרמ"ה<sup>19</sup>, כל זמן שהוולד בפנים, לא חסה עליו התורה.

אך אין להסיק מכך שמותר לבצע הפלות, כי הרי הם רק אומרים שהפלה אינה נחשבת כרצח.

## האחרונים :

במאה ה-17 כתב ר' יוסף טרנאו<sup>20</sup> שאיסור הפלה לפי התוספות הוא מדין חבלה, וכנראה שכוונתו היא לחבלת האם.<sup>21</sup> ויש מהאחרונים שחולקים על כך. לדוגמא, ר' יאיר בכרך<sup>22</sup> אומר, שאיסור זה מבוסס על איסור השחתת הזרע כיון שזהו זרע לבטלה. הוא מוסיף שבכל מקום חל על האישה קצת מהמצווה "לשבת יצרה", אך עולים קשיים רבים.

ר' יעקב עמדין אומר לדברי ר' מאיר בכרך, כי איסור זה אינו חל "כי אם ששחת ארצה" וספק אם יבוא בכלל ולד גמור. רוב הפוסקים מסתפקים באיסור הפלה מדרבנן, בלי הסבר מדויק לגבי מהות האיסור וכך היה עד לתקופה האחרונה.<sup>23</sup> הרב ציון חי מאיר עוזיאל אומר גישה חדשה בעניין אישה שהרופאים אמרו לה שאם לא תפיל את עוברך, תתחרש לגמרי. הוא הביא את האמרה של בן עזאי שמי שלא עוסק בפרייה ורבייה, כאילו שופך דמים וממעט הדמות. ברם מסכם ואומר שמן התורה מותר להפיל את העובר, אך מדרבנן אוסרים זאת כיון שהעובר יכול להיות נפש בישראל. ודבר זה שימש לחכמי הדורות האחרונים להחמיר בעניין הפלות. צעד נוסף נעשה ע"י רבני דורנו. הרב איסר יהודה אונטרמן<sup>24</sup> הרחיק לכת ואמר שדבר זה הוא כרצח ולכן הוא אסור מן התורה, ומקורו הוא בדרשת ר' ישמעל של "שופך דם אדם באדם." ומכיוון שלבני נוח יש איסור רציחה,

<sup>16</sup> רש"י סנהדרין ע"ב, ב' ד"ה יצא.

<sup>17</sup> חידושי הרמב"ן, נדה, מד, ב.

<sup>18</sup> בית הבחירה סנהדרין, ע"ב, ב, ד"ה עובר.

<sup>19</sup> יד רמה, סנהדרין, נ"ז, א' ד"ה הטעם.

<sup>20</sup> שו"ת מהרי"ט, ח"א, כז.

<sup>21</sup> שו"ת בכור שור, סימן כא.

<sup>22</sup> שו"ת חוות יאיר, סימן לא.

<sup>23</sup> שו"ת רדב"ז ח"ב, סימן תרצ"ה.

<sup>24</sup> נעם כרך ו' עמוד א'

קל וחומר ישראל שעוברים על רציחת עובר.<sup>25</sup> הרב אונטרמן מסתמך על הסברה של הרמב"ם, שעובר כרודף אחרי אימו, ולכן מותר להרגו. ובדעת הרמב"ם תמך גם הרב עובדיה יוסף.<sup>26</sup> הדברים פורטו לאחרונה בדברי משה פיינשטיין, הכותב שההיתר היחידי להריגת העובר הוא מדין רודף, כמו ההיתר על האדם להרוג את הרודף. ובנוסף הוא דוחה את כל המקלים בעניין הפלה על הסף. מעניין לציין שהרב אונטרמן לא התעניין בחילוקי הדעות השונים בשלבי התפתחות העובר ופסק חד משמעית את החלטתו, אפילו בעובר לפני תום ארבעים יום ליצירתו (שעל כך נדבר בהמשך). אם כן אפשר לומר כי למרות שכל הפוסקים אוסרים את ההפלה, כאשר אין סכנה לחיי האם או לבריאותה, יש הבדלים בהגדרת עצם האיסור אם דבר זה הוא בגדר רצח או בגדר שפכות דמים מצד אחד, או אם הוא איסור דרבנן, מוחלט או בספק מצד שני.

### שעת פקידה ושעת יצירה:

כפי שצינתי קודם לכן הרב אונטרמן לא התעניין בחילוקי הדעות השונים אפילו כאשר העובר הינו לפני תום ארבעים יום ליצירתו, ועל כך אפרט. מעמד העובר בשבועות הראשונים הוגדר בצורה חד משמעית ע"פ הרמב"ם. "כל 40 יום אינו עובר אלא מים בעולם הוא חשוב." כלומר ב-40 ימים הראשונים להריון האישה, היא אינה נקראת מעוברת. ודבר זה נפסק בעקבות הגמרא.<sup>27</sup> לכן, כאשר אישה מפילה את עובריה עד היום ה-40, העובר אינו נחשב לאדם והאם אינה נטמאת כיוולדת. פוסקים רבים משתמשים בהיתר זה, ומחשיבים את העובר כ"מיא בעלמא".<sup>28</sup> אך ע"פ אנטוניניוס,<sup>29</sup> היתר זה חל בניגוד לדעת רבי האומר שהנשמה ניתנת כבר בשעת הפקידה ועוד לפני שעת היצירה, ומסתמך על הפסוק "ופקודתך שמרה רוחי".<sup>30</sup> ע"פ רש"י שעת הפקידה היא השעה בא מביא המלאך את טיפת הזרע, ודנים מה יחול עליה בשמיים. הרב הרצל הנקין במאמרו<sup>31</sup> אומר, שהנשמה עליה דברו בגמרא היא אינה אלא, חיות בסיסית בלבד, חסרת כל משמעות.<sup>32</sup> בנוסף אפשר לתרץ ולומר שבגמרא, לפני שהסכים רבי עם אנטוניניוס, הוא סבר שהנשמה ניתנת בשעת היצירה, והוא חזר בו בעקבות הקושי שהעלה אנטוניניוס ("אפשר חתיכת בשר העומדת שלושה ימים ואינה מסרחת?!").

<sup>25</sup> דרשת ר' ישמעל ליד הערה 20

<sup>26</sup> שו"ת יביע אומר, ח"ד, חאבה"ע, סימן א'

<sup>27</sup> יבמות, סז, ב'

<sup>28</sup> אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ערך הפלה, הערה 329 וש"ת אחיעזר, שפוסקים רבים הסכימו איתו.

<sup>29</sup> סנהדרין צא, ב'

<sup>30</sup> איוב י, יב'

<sup>31</sup> נט-ס עמוד 145-133

<sup>32</sup> שבילין, מר חשוון תשכ"ז עמ' מו, משוואה ליצחק ב' עמ' 109

ולכן אמרו ר' אליעזר ור' יוחנן כפי שהתורה ניתנה ב-40 יום כך גם הנשמה. ועל כך הכריע הרמב"ם לפיהם.

### **הגדרה עקרונית לשעת היצירה:**

כדברי רב חסדא<sup>33</sup> שעת היצירה היא בתום 40 הימים שהנשמה הופכת לישות בעלת משמעות. אך ע"פ הברייתא<sup>34</sup> נאמר שהיצירה היא בזמן מאוחר יותר, כאשר נרקמים האיברים. את הפער במקורות ניתן להסביר בשתי דרכים: (א) ע"פ שו"ת אבני נזר הוכח מדברי הרשב"א, שלאחר 40 יום הוולד הוא ולד גמור. (ב) ע"פ המהרי"ק, הרמ"א ורוב הפוסקים, המסבירים שכוונת הגמרא היא, שהחל מ-40 יום יכול הוולד להיווצר. אך פעמים רבות שעת היצירה קוראת מאוחר יותר, ולפי זה ניתן לומר שרק לאחר שלושה חודשי הריון נוצר העובר ונרקמים אבריו. עמדה זו של רוב הפוסקים באה בנקודת מבט שווה עם הרפואה, ע"פ דבריו של דב ארליך.<sup>35</sup>

### **העובר:**

היחס להפלה נתון במחלוקת, כי אין על דבר זה כרת ויש על כך חזקת היתר, והרי גם בגמרא לא יכלו לבדוק אם נתרקמו אבריו של העובר. לכן ניתן להגדיר את העובר כספק גמור. לבסוף מה שמגדיר את העובר, הינו שעת "היצירה" ולא ה-40 יום. ישנה השלכה גדולה לאיסור הפלה כאשר ניתן לראות בבירור שלא נתרקמו אבריו, רוב הפוסקים מקלים כדין פחות מ-40 יום. ויש אומרים שניתן להקל בחודשיים הראשונים, בהם יש ספק ריקום איברים, מאשר בחודשים מאוחרים יותר.

### **הכרת העובר:**

מתי אנו מכירים בעובר?, וסומכוס אומר לפי ר' מאיר, שלושה חודשים. לומדים זאת מסיפורם של תמר ויהודה בו עברו שלושה חודשים עד שהוכר הריונה ונדע ליהודה. כך גם בהלכה, דבר זה מופיע לצורך טכני בכדי לדעת אם האישה נמצאת בהריון או לא. בשו"ת יאיר נאמר, שאנו לא יכולים להשליך דברים אלו על עניינינו, שהרי דבר זה אינו דין תורה. וישנם מקומות בגמרא שאומרים שלהכרת העובר יש משמעות משל עצמו, ולא רק לצורך ידיעת הריון. תנא אומר, המשמש מיתתו ביום ה-90, כאילו שפך דמים, והרי שלושת החודשים

<sup>33</sup> יבמות סט,ב, בכורות כא,ב

<sup>34</sup> מסכת נדה כה, א

<sup>35</sup> שלבי הריון, רקע רפואי, מתוך "אסיא"



הראשונים מסוכנים לו. נאמר: בשלושת החודשים הראשונים העובר אינו ניכר ואין חיוב להיזהר מלפגוע בו<sup>36</sup> אך ביום ה-90 זהו היום האחרון, בו העובר הופך להיות ניכר ויש סיכון לפגוע בו.<sup>37</sup>

### וולד גמור:

בדברי הפוסקים על איסור הפסקת הריון ניתן למצוא התייחסות לשלבים מאוחרים יותר בהריון. לפי הרב ולדנברג, ניתן לבצע הפלה עד לחודש השביעי. כך גם הרב אהרון ליכטנשטיין, האומר שהאיסור הגמור חל על העובר רק בשליש האחרון להריון. קביעות אלו הוחלטו ע"פ מספר מקומות בגמרא<sup>38</sup> שאומרת שמשך ההיריון יכול להתקצר עד ארבעה חודשים בלבד, והעובר עדיין לא יהיה בר קיימא. וכך גם נאמר בבראשית רבה "כל שהוא 212 יום חיי." ניתן להסיק מכך את מעמד העובר מ-2 סיבות: (א) בשלבים האחרונים להריון העובר יכול להיות ללא עזרת אימו, ולפני השליש האחרון הוא לא יוכל לחיות. ולכן אינו נחשב כ"דבר שבא לעולם". וזהי יכולה להיות סיבה להיתר הפלה, כי חיייו הם על חשבון אימו. וכותב הרש"ז אורבך שמותר לאם להפיל את עובריה כדי להמעיט את סיכונה, כיון שיכולה להגיד שאינה רוצה לתת לו חיים ממנה שיסכנו אותה. (ב) היכולת של וולד לחיות מחוץ לרחם אימו מראה שהוא הינו וולד גמור. והאיסור לביצוע הפלה נלמד מאיסור נוח, "שופך דם האדם באדם, דמו יישפך", ומכאן עולה שאלה, איזה אדם שהוא באדם? וייתכן שיוגדר כך רק אם יוכל לחיות בזכות עצמו שאינו ברחם אימו. למרות הדמיון בין שתי טעמים אלו, יתכן שתהיה מחלוקת. הגמרא אומרת שהעובר יכול להיות חי גם כשאר עברו שישה חודשים וקצת, ולא שבעה חודשים מלאים, ודבר זה הינו לידה למקוטעין.<sup>39</sup> לפי סברת הרש"ז הוולד יכול לחיות בעצמו כבר בשישה חודשים ויומיים. אך לפי הציץ אליעזר, העובדה שהעובר יכול להיוולד אינה אומרת שהוא וולד גמור, כיון שזוהי לידה למקוטעין שקרתה טרם תהליך ההריון. אבל, לפי סברה זו ניתן לומר שהוולד יכול לחיות אחרי שישה חודשים, בעצמו, וזו אינה לידה מקוטעת.

<sup>36</sup> אין זה משום שלא עברו 2-3 חודשי הריון ואין לדעת על עיבורה, שאם כך, היה צריך לאסור את התשמיש, כאשר קיימת אפשרות סבירה להריון. דעת הרמבם (ביע אומר ח"ד אה"ע סיא')

<sup>37</sup> בעל ערוך לנר שם (ד"ה מנע ידה) דייק עובדיה יוסף.

<sup>38</sup> סנהדרין, יבמות

<sup>39</sup> רמ"א אה"ע ד, יד, פת"ש שם סייק יז' (יש פוסקים, מספיק שיעברו שישה חודשים).

## השלב הרלוונטי לאיסור הפלה:

ע"פ הזוהר, איסור הפלה הינו בגלל סתירת בניינו של הקב"ה, והעובר יכול להתקיים גם ב-40 יום הראשונים להריון.

יאר בכרך כתב שזוהי השחתת זרע. למרות שהזרע קיים כבר בשלב הזריעה ניתן להגיד שהעובר נחשב כזרע ביחס לאמו.<sup>40</sup>

המהר"ט אומר שהטעם לאיסור הפלה הינו, החבלה באם.<sup>41</sup> ודבר זה נאמר לאחר רקימת אבריו של הוולד. כמה פוסקים הוסיפו ואמרו שהטעם לאיסור ההפלה הוא כיון שלעובר יש פוטנציאל לחיים עתידיים, ואנו מצווים לשמור עליהם. (יתכן שסברה זו מתייחסת לעובר שכבר הוכר) לא נשלל שאיסור הפלה הוא מהתורה, גם לעובר בן יומו.<sup>42</sup> מצד שני גם אין סתירה שהפלה בחודש תשיעי הינה איסור דרבנן בלבד.<sup>43</sup> ומכאן עולות 2 נקודות:

(א) אופי האיסור משתנה בשלבים שווים. כאשר זה משיקולים מסוימים יש להפיל מהר ככל האפשר.<sup>44</sup> וכן, אם זו רציחה אין להתיר, אך אם זה משום השחתת זרע, במקרים מסוימים מותר. (ב) ההיתרים בעניין הפלה ב-40 יום הראשונים, תקפים כשאר לא נרקמו אבריו. "וולד גמור" ע"פ פוסקים רבים, הינו איסור רציחה. לפי הציץ, לאחר 7 חודשים. ולפי הרב ליכטנשטיין, לאחר 6 חודשים.

## הלכה למעשה בהפלה מלאכותית:

הפלה מלאכותית היא הפסקה יזומה של היריון שלא על ידי לידת תינוק חי, לפני היות העובר מוכן לחיים חוץ רחמיים. החוק וההלכה ניסו בכל הדורות להגדיר את המותר והאסור בהפלה מלאכותית. ולמעשה בהתאם להגדרותיהם נקבע המצב של הפלה פלילית. העיקרון הכללי הלכתי מביא עמדה עקרונית שונה מזו של השו"תים ואם נודה בקיומו של עקרון כללי זה נגיע למסקנה שההפלה תהיה אסורה אלא אם כן זה מסכן או יסכן את חיי האישה. במשנה למדנו 2 דעות: אם עוד לא נולד העובר ויצא לאוויר העולם ניתן עדיין להציל את אימו. בדעה השנייה אומרים לנו שאם הוא מקשה ללדת ומסכן את חיי האם מותר להרוג אותו אך אם יצא העובר ברובו אסור, כיון שאין להרוג נפש תחת נפש.

<sup>40</sup> בגמרא סוטה כ', ב' "ונזרע זרע" מתקיים כאשר הוכר העובר, אך מדובר על דעה אחת שלא נפסקה להלכה.

<sup>41</sup> הרב שאול ישראלי עמ' הימני סי' ל"ב

<sup>42</sup> כדעת בעל משנה הלכות, ח"ט סי' שכח, אגרות משה, חו"מ ח"ב סי' סט.

<sup>43</sup> בעל ציץ אליעזר ח"ט סי' נ"א פרק ג' (דעת כמה פוסקים)

<sup>44</sup> תולדות היולדת פרק ס' הערה ו'

אך גם אם מסתמכים ע"פ הדעה הראשונה אין לדעת במפורש שמותר לבצע הפלה, והרי המשנה אומרת שהריגת עובר זה שפיכות דמים ומצד שני ע"פ שתי הדעות הנ"ל אומרים שאם הסכנה לאם נחזת מותר להרוג את העובר.

אך אסור להיחפז ולהשתמש בעיקרון זה כיון שהוא נמצא במחלוקת ע"י התלמוד ופוסקי ההלכה. עקרון תלמודי נוסף אומר שאין דבר שלגוי אסור וליהודי מותר, כיון שבני ישראל לקחו על עצמם יותר מצוות ולכן כאשר בן נוח מת על הריגת עובר כשפיכות דמים, קל וחומר יהודי ייענש על כך, אלא אם כן דבר זה מסכן את חיי האם.

עקרון זה היה בעל חשיבות מכרעת בנושא. אך התוספות והרמב"ם אוסרים הריגת עובר ע"פ עקרון זה, ורוב הפוסקים התייחסו בקצרה לנושא ולא נימקו דעתם בעניין.

מבין הפוסקים המתירים הפלה מלאכותית, גם במקרה אשר לא נשקפת סכנה כמו הרב ולדנברג, האומר שהתורה התחדשה ושפיכות דמים חלה על בני נוח בלבד.

נראה כי המשפט העברי מתנגד באופן עקרוני לביצוע הפלה כאשר אין סכנה מוחשית או צפויה לאם אם כי ניתן קבל היתר לכך מפוסקים מסוימים.

## 2. הפלה במשפט הישראלי

הזכות להפלה במשפט הישראלי מעוגנת בחוק העונשין בסעיפים 312 עד 321 ונקראת הפסקת

הריון מלאכותית:

### 312. סימן זה.

"מוסד רפואי מוכר" - מוסד או מרפאה ששר הבריאות הכיר בהם כמוסד רפואי, והודעה על כך פורסמה ברשומות.  
"רופא נשים" - רופא מוסמך שהוא בעל תואר מומחה ביילוד ובגינקולוגיה שניתן לו על פי פקודת הרופאים, או רופא מוסמך המתמחה, לשם קבלת אותו תואר, במוסד רפואי מוכר בפיקוחו של רופא בעל התואר האמור.

### 313. איסור הפסקת הריון.

מי שהפסיק את הריון האישה ביודעין, בין בטיפול רפואי ובין בדרך אחרת, דינו - מאסר לחמש שנים או תשלום כספי.

### 314. הפסקת הריון באישור.

הרופא אשר אצלו נעשתה ההפלה של האישה לא ישא באחריות פלילית אם הפסקת ההיריון נעשתה במוסד רפואי מוכר ואם ניתן מראש אישור לעניין סעיף 316.

### 315. ועדה.

אישור לעניין סעיף 314 יהיה מאת ועדה של שלושה; את חבריה יקבע, במוסד רפואי מוכר שהוא בית חולים רשום<sup>45</sup>, מנהל המוסד, ובמוסד רפואי מוכר אחר - שר הבריאות או מי שהוא הסמיך לכך.  
וזה הרכב הועדה:

1. רופא מוסמך בעל תואר מומחה על פי הפקודה ביילוד ובגינקולוגיה.
  2. רופא מוסמך נוסף שעיסוקו הוא באחד המקצועות הבאים: יילוד וגינקולוגיה, רפואה פנימית, פסיכיאטריה, רפואת משפחה, בריאות הציבור.
  3. אדם הרשום כעובד סוציאלי על פי חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958.
- אחד מחברי הועדה לפחות, יהיה אישה.

### 316. אישור.

- א. הועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמת האישה, לתת אישור להפסקת ההיריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה:
1. האישה מתחת לגיל 18, או מלאו לה ארבעים שנה.
  2. ההיריון נובע מיחסים אסורים כמו אונס לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין
  3. הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי.
  4. המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי.
- ב. "הסכמה מודעת" של האישה להפסקת הריונה הכוונה היא להסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההיריון. לעניין זה הסכמתה של קטינה לא מצריכה אישור נציגה.

---

<sup>45</sup> סעיף 25 לפקודת בריאות העם, 1940

ג. לא תסרב הוועדה לתת אישור לפני שנתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לוועדה את נימוקה.  
ד. האישור יהיה בכתב ויפרש את הסיבה המצדיקה את הפסקת ההיריון.

### **317. הפסקת הריון במקרים מיוחדים.**

רופא מוסמך לא ישא באחריות פלילית בגלל הפסקת הריונה של אישה אם התקיימו אחת מסיבות אלה, ובלבד שניתנה על כך למנהל הכללי של משרד הבריאות הודעה מנומקת בכתב תוך חמישה ימים לאחר המעשה.

1. היה צורך להפסיק את ההיריון מיד, להצלת חיי האישה או כדי למנוע ממנה נזק חמור שאינו בר תיקון.  
2. הפסקת ההיריון הייתה תוך טיפול רפואי אחר בגופה של האישה והרופא לא ידע על ההיריון קודם לכן והפסקתו הייתה דרושה לאותו טיפול רפואי.

### **318. הסתייגות מטעמי מצפון או שיקול דעת רפואי. תשל"ח-1978.**

אין במתן אישור לפי סימן זה כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אישה אם זה בניגוד למצפוננו או שיקול דעתו הרפואי.

### **319. אי תחולה. תשל"ח-1978.**

סעיף 22 לא יחול על עבירה לפי סימן זה.

### **320. סייג לאחריות.**

אישה שבוצעה בה עבירה בניגוד לסימן זה, לא תישא באחריות פלילית בקשר לעבירה זו.

### **321. ביצוע ותקנות.**

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. הנוהל למתן אישורים לפי סעיף 316.

## **פירוט והסבר לחקיקה הנ"ל:**

הפסקת הריון הינה פעולה שנועדה להפסיק את מהלכו של הריון בשל רצונה של אשה הנושאת עובר ברחמה. החוק הישראלי מחייב אישור ועדה<sup>46</sup> לכל הפסקת הריון עד 24 שבועות מן הזמן בו האישה נכנסה להריון, ומחייב אישור של וועדה מיוחדת לאחר שחלפו 24 שבועות אלו. הוועדה להפסקת ההיריון עד 24 שבועות תהיה מורכבת משלושה:

1. רופא מוסמך בעל תואר מומחה.
2. רופא מוסמך נוסף שעיסוקו הוא באחד המקצועות הבאים: גניקולוג, רפואה פנימית, פסיכיאטריה, רפואת משפחה או בריאות הציבור.

<sup>46</sup> סעיף 315 לחוק העונשין תשל"ז 1977

3. עובד סוציאלי.

ובנוסף אחד מחברי הוועדה יהיה חייב להיות אישה.

כמו כן עפ"י חוק העונשין מותר לבצע הפסקת הריון על פי הסיבות הבאות<sup>47</sup>:

1. כאשר הגיל נמוך מגיל הנישואין או מעל 40 שנה

2. הריון נובע מיחסים אסורים או מחוץ לנישואין

3. הוולד עלול להיוולד בעל מום גופני או נפשי

4. המשך ההיריון יהווה סכנה לחיי האישה או נזק גופני או נפשי.

ובסופו של דבר בהחלטת הוועדה רק הסכמת האישה נחוצה, לבן הזוג או לוולד אין כל מעמד

משפטי ואם תרצה האישה יוכל הבעל ללוות אותה בתהליך הפסקת ההיריון.

על פי חוזר משרד הבריאות כאשר מדובר בבקשה להפסקת הריון אחרי השבוע ה-24, נדרש אישור

של ועדה מיוחדת הנקראת -ועדה להפסקת הריון בשלב החיות. כלומר גם אם ועדה רגילה

להפסקת הריון אישרה את הפסקת ההיריון בשלב מוקדם יותר ההחלטה תחול על ועדת העל

כאשר עברו מעל ל 24 שבועות. אך ניתן לבצע בפועל הפסקת הריון לאחר 24 שבועות באישור ועדה

רגילה, רק אם היא מבוצעת בתוך 3 ימים מיום החלטת הוועדה הרגילה שהתקבלה כדין לפני 24

השבועות. הוועדה להפסקת הריון בשלב החיות, ככל ועדה להפסקת הריון, כפופה להוראות

, לתקנות ולנהלים הקובעים, בין היתר, את תהליך הטיפול בבקשה וקבלת הסכמת האישה.

על ועדה להפסקת הריון בשלב החיות לכלול תמיד את הרכב הוועדה להפסקת הריון הקבוע בחוק<sup>48</sup>

וחברים נוספים<sup>49</sup>. כלומר הוועדה להפסקת הריון בשלב החיות תהיה בעלת חמישה חברים, ובהם

רופא מומחה בעל ותק של 10 שנים, מנהל מחלקת נשים ויולדות, עובד סוציאלי, מנהל מחלקה

ניאונטולוגית ומנהל מכון גנטי. וכמובן לפחות אחת משלושת המנויים בחוק - תהיה אישה. לכל

אחד מהחברים ניתן ורצוי למנות ממלא מקום והוועדה רשאית להתייעץ עם יועצים נוספים

במקרים מיוחדים.

• בנוסף כאשר אין נוכחות מלאה של שלושת החברים המנויים בחוק אין לקיים את הדיון

ולקבל החלטה.

• הפסקת הריון תאושר רק אם לפחות שניים מבין שלושת החברים הנ"ל תמכו בביצועה.

<sup>47</sup> סעיף 316 א לחוק העונשין תשל"ז 1977

<sup>48</sup> סעיף 315 לחוק העונשין תשל"ז 1977

<sup>49</sup> כמפורט בחוזר 76/94 ובסעיף 2.3 להלן

- שני החברים הנוספים (שאינם מנויים בחוק), הם יועצים קבועים לוועדה אולם
- במקרים השנויים במחלוקת בוועדה שיש להכריעם ברוב קולות, ההחלטה תוכרע על פי דעת הרוב מבין השלושה המנויים בחוק בלבד.
- בעתיד - יש לקבל אישור המנכ"ל בכתב לכל שינוי בהרכב הוועדה, ולשם כך יש פרק זמן שיאפשר את ההליך. וכדי לקבל את האישור צריך לפנות מראש אל הממונה על רישוי מוסדות ומכשירים רפואיים במשרד הבריאות.
- אישור של ועדה להפסקת הריון בשלב החיות תקף לשבועיים, ולאחר מכן יהיה צורך באישור מחודש של הוועדה.
- למרות שצריך לכבד את רצון האם, דבר זה אינו מהווה החלטה מכרעת בהפסקת הריון בשלב החיות כאשר זה יכול לסכן את חייה, הריון מתחת לגיל המתאים או לאחריו, יחסים אסורים וכאשר העובר בעל מום גופני או נפשי.

#### **מעמד העובר:**

כפי שאמרנו, חוק העונשין מדבר על מהי הדרך החוקית להפלה אך זהו אינו החוק היחיד הנוגע בנושא.

בחוק הכשרות המשפטית מופיעים מספר סעיפים להלן:

- סעיף 1- כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.
  - סעיף 33- (א) בית המשפט ראשי למנות אפוטרופוס:
1. לקטין ששני הוריו מתו, שהוכרזו כפסולי דין, שהאפוטרופסות לקטין נשללה מהם<sup>50</sup> או הוגבלה<sup>51</sup> או שהם לא מסוגלים למלא את חובותיהם כלפי הקטין או שהם נמנעים ללא סיבה סבירה.
  2. לקטין כאשר אחד מהוריו מתו והאפוטרופסות תעבור להורה השני. אך בית המשפט ראשי למנות אפוטרופוס נוסף כללי, כאשר הוריו פסולי דין, כשהוריו נמנעים ללא סיבה סבירה, כשהם לא מסוגלים למלא את חובותיהם כדרוש בחוק וגם אם אחד מהוריו אינו ידוע או שנישא מחדש ואינו מכיר בקטין כילדו. בנוסף לפי סעיף 29 לחוק ניתן למנות אפוטרופוס כאשר זכות זו נמנע מאחד ההורים מכל סיבה שהיא.

<sup>50</sup> לפי סעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית  
<sup>51</sup> לפי סעיף 29 לחוק הכשרות המשפטית

3. לפסולי דין

4. לאדם אחר שאינו יכול תמיד או בחלק מן הזמן לדאוג לענייניו ואין מי שמוסמך ויכול לדאוג להם במקומו.

5. לאדם שאין אפשרות לזהותו.

#### 6. לעובר.

(ב) בקשה לאפוטרופוס תוכל להיות מוגשת ע"י בן זוגו, קרובו או ע"י היועץ המשפטי לממשלה.

• סעיף 39- אפוטרופוס שאינו של קטין או של פסול דין חייב לדאוג לעניינים שנמסר לו על ידי בית המשפט.

כפי שנאמר בפסק דין פלוני נגד פלונית המדבר בין היתר על זכויות העובר לפי סעיף 1 לחוק הכשרות המצוין למעלה, לעובר אין כשרות לזכויות ולחובות כלומר כשרות זו חלה עליו רק כאשר הוא נולד. אך לפעמים יהיה צורך להגן על אינטרס מסוים שיכול להתממש בעתיד לדוגמא כמו עובר שבלידתו יהיה ראשי לרשת עיזבון ולכן יהיה מקום מטעם העובר לעקוב אחר עיזבון זה.<sup>52</sup> אז האם דבר זה פירושו שמגיע לעובר זכות להגנה נגד הפלה, כלומר למנות לו אפוטרופוס שייצגו בענייניו? חוק הכשרות אינו יכול לענות על שאלה זו, אם אפשר למנות אפוטרופוס לצורך הגנה על החוק, וכמובן שיש בעייתיות משפטית ומעשית בדבר, שלרוב נוצרת יריבות מסוימת בין האפוטרופוס לבין האם הנושאת את העובר ברחמה. אבל, למרות שאין הוראה מפורשת בחוק הכשרות לגבי עניין זה, ניתן ללמוד מסעיף 1 לחוק שניתנות לאדם זכויות וחובות מרגע לידתו ועד מותו ולכן בהסתמך על סעיף 33(6) לחוק, בית המשפט ראשי למנות לעובר אפוטרופוס בעניינים מסוימים (בעיקר ענייני ממון). אין בית המשפט רשאי, ואכן אין בחוק כדי להכשיר, מינוי אפוטרופוס לעובר בכל הנוגע להפסקת הריון מלאכותית.

עם זאת, טובה שטרסברג כהן כותבת במאמרה על מעמד העובר במשפט הישראלי<sup>53</sup> ששיטות משפט מודרניות צריכות להעניק לעובר זכויות החל מהשבוע ה-24 בו העובר מסוגל להתקיים באופן עצמאי. ואז עלתה השאלה באיזו נקודת זמן צריך לתת לעובר חיים אנושיים הראויים להגנה מפני הפלה.

<sup>52</sup> חוק הירושה סעיף 3 (ב) האומר שמי שנולד 300 יום לאחר מות המוריש דינו כדין מי שהיה בחיים במות המוריש כמובן שאם הוכח שלידתו הייתה אחרי כן.

<sup>53</sup> רפואה ומשפט גיליון מס' 28, מעמד העובר במשפט הישראלי מפי טובה שטרסברג כהן שופטת ביהמ"ש העליון.



עונה הנשיא שמגר שתפקיד המשפט הוא למנוע מהעובר להפוך למטרותיהם של אחרים<sup>54</sup> והרי אם יוגדר העובר כאדם יהיו לכך השלכות משפטיות מרחיקות לכת שלא בהכרח רצויות. לכן, צריך למצוא סיבת אחרות לאיסור הפלתו כי חובתנו היא לעשות הכול כדי לא לבטל חיים. מוסיף השופט ח' כהן ואומר שזכויות העובר אינן כלולות בחוק כבוד האדם וחירותו שזהו חוק יסוד ויותר מזה, הוא מתנגש עם האוטונומיה של האם<sup>55</sup>.

חוקים רבים משתמשים בביטוי אדם אך אינם מגדירים מהו אדם, כדוגמא בחוק העונשין וחוק היסוד. לדוגמא, חוק איסור התערבות גנטית כותב את הביטוי "שיבוט אדם" מבלי להגדיר מהו אדם, עם זאת ההגדרה מדברת על אדם ועובר כאחד.

בסעיף 2 לחוק היסוד, כתוב שאין פוגעים בחייו בגופו של אדם באשר הוא אדם. מכאן אנו לומדים שאדם ועובר אינם בעלי אותם זכויות והימנעות מהגדרת האדם נובעת מסיבות כאלו, או שפשוט עולה קושי לקבוע את מהות האדם בכלל ופרט.

במשפט הפלילי ההתערבות הקיצונית ביותר היא חיסול העובר בעקבות הפלתו. המשפט הפלילי גוזר על הפסקת הריון, כלומר הפלת העובר, שלא על-פי חוק, מאסר עד 5 שנים<sup>56</sup> ועונש זה נחשב קל בהתייחסות להריגת אדם<sup>57</sup>

אבל החוק מאפשר בטעמים מיוחדים את הפסקת ההיריון ע"י הוועדה להפסקת הריון, כפי שצינו למעלה. במשפט פלוני נגד פלונית, הזכות להפלה ניתנה לאישה ללא צורך בהסכמה מצד האב הביולוגי העתידי משום שזכות האישה על גופה, ולא הסכמת בעלה או מעורבותו בתהליך אישור הפסקת ההריון על ידי הוועדה, היא הרלוונטית בתהליך הוועדה המאשרת. השופטת בן עתו סברה שהעובדה שחוק העונשין הנ"ל לא מבחין בין שלבי ההריון השונים מראה בבירור שהמחוקק לא התכוון כלל לתת לעובר מעמד מסוים לגבי הפלה<sup>58</sup>.

בהיבט נוסף על מעמד העובר אנו מתייחסים גם לעוברים בעלי מום והיחס הראוי המגיע להם אם וכאשר הוועדה פסקה להולדתם. מחקרים שונים מראים בעייתיות בחברה הישראלית. כולם שואפים לשלמות, ואם אפשר, גם לטפל בזה בשלבי ההיריון המוקדמים. אך לאחר המירוץ לשלמות ישנם עוברים שאינם עומדים בציפיות ובסטנדרטים שהציבו ההורים לעצמם. ובעקבות

<sup>54</sup> ש.ם. ש.ם

<sup>55</sup> ח' כהן עיונים בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו הפרקליט ספר היובל (תשנ"ד) 9,26

<sup>56</sup> סעיף 313 לחוק העונשין התשל"ז 1977

<sup>57</sup> פרשת סעד בסעיף 12 לפסק הדין

<sup>58</sup> ש.ם. עמוד 82

כך חלה עלייה משמעותית בהפסקות ההריון על רקע מומים שונים בעובר שנוצרו ללא רשלנות רפואית. במקרים של הולדה בעולה עומד השופט בפני דילמה כי מצד אחד, מלכתחילה היה העובר בעל מום אך מצד שני ברור שהוא סובל מנזק גופני והרי אם האם הייתה יודעת על המום, יתכן שהייתה מפילה את עובריה. ז"א שבגלל אותה רשלנות בלבד, זכה העובר לחיים. וכאן עולה השאלה, האם עדיף לחיות עם מום או שדבר זה נורא עד כדי שעדיף היה לו למות מלכתחילה. דבר זה הוא מצב בלתי פתיר כי איך נסתכל על העובר בעדיפות של מוות כמצב אופטימלי מאשר לחיות במומו. המשפט הישראלי נותן 2 גישות לעניין זה, הראשונה ע"פ השופט ברק שאליה מצטרף השופט ש' לוי, היא לפתור את הקושי בעקיפין כלומר להשוות את מצב העובר הניזוק, לעובר תקין, ובנוסף יהיה על הרופא לנקוט אמצעים סבירים כדי שהעובר יחיה ללא מום כיון שהאינטרס שהדין מגן עליו הוא חיים ללא מום, והרי הנזק של הרופא הוא על חיים פגומים ולא על אי חיים. הגישה השנייה ע"פ השופטת בן פורת שאליה מצטרף השופט ד' לוי אומרת, שצריך להסתכל על מקרי מום קיצוניים בהעדפה למוות ולעיתים זו תהיה הסכמה חברתית שמוטב לעובר לא להיוולד מלחיות במגבלה חמורה.

לסיכומו של עניין ברור כי ההקפדה על שלמות היא בעלת קושי מוסרי מדרגה ראשונה והשלכות משמעותיות ביותר, הרי אם לאזרחים הייתה היכולת לברור לפי תכונות גופניות, לחיים או למוות, ברור שביל גייטס שהיה עובר חיזור וחלש לא היה עובר את הסלקציה

### **הזכות לטיעון בפני הוועדה:**

כמו שהסברתי קודם לכן, החוק אינו מאפשר את הפלת העובר בלי חוק הוועדה. כמו שציינתי למעלה הזכות לטיעון בפני הוועדה מצוינת בחוק העונשין בסעיף 316 ג' לחוק שאומר בצורה מפורשת שלוועדה אסור לסרב לתת אישור לפני שנתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לוועדה את נימוקה, כלומר שלאישה יש זכות מלאה להופיע בפני הוועדה. לעומת זאת זכות הטיעון של האבא נידונה בפסק הדין פלוני נגד פלונית בבית המשפט העליון לפני השופטים מ' שמגר, ה' בן עתו, מ' אלון ובו חילוקי דעות:

1. השופט מ' שמגר אומר<sup>59</sup> שהמחוקק לא ראה מקום להעניק לאב זכות שימוע בפני הוועדה העדר מעמד על פי החוק ואין שום הוראה בדבר זכות ההופעה של הבעל לפני הוועדה כדי להשמיע את טיעונו. אך ניתן לומר שאין ללמוד מדברים אלו שלוועדה אסור לחלוטין לשמוע את דברי האב

<sup>59</sup> עמ' 11 תחת המספר 6, ערעור אזרחי 413/80

אלא, הוועדה רשאית לשמוע את דברי פלוני לפי שיקולה האישי. אם סבורה הוועדה שדעת האב תהווה חשיבות בעניין זה ותסייע לפתרון, תשמע הוועדה את האב אך רק אם יוקפדו שני תנאים אלו:

(א) זה לא יסכן את חיי האישה, בכך שתשובת הוועדה תינתן בשלבים מאוחרים בהם בעיה לעשות הפלה, בנסיבות מצדיקות.

(ב) הוועדה תשמור על הכללים המונעים פגיעה בזכות האישה, שמעמדה הוכר.<sup>60</sup> לכן יש לוודא לדוגמא שתוכל האישה להיות נוכחת בזמן הופעת הבעל בפני הוועדה ושתוכל להגיב לדבריו אם תרצה בכך. לפיכך אומר מ' שמגר שמעמד הבעל והאישה שונה זה מזה והרי האישה היא שנושאת בכל מקרה בסיכונים הפיזיים והנפשיים<sup>61</sup> בין אם ניתן לה אישור או לא ולכן הוועדה יכולה, אך לא חייבת, להיענות לבקשת האב לעמוד מולה ולהציג טענותיו. אך דבר זה אינו נקבע בחוק ולכן זה יהיה החלטת הוועדה בלבד.

**2.** השופטת ה' בן עתו אומרת<sup>62</sup> שידוע שהאישה אינה בטוחה בהריונה לפחות עד החודש השני. וע"פ הספרות הרפואית, שמירה מרבית על בריאות האישה היא הפלה (אם הוחלט שיש מקום לביצועה) עד לחודש השלישי להריונה. יש גם לומר שהאישה לא מחליטה על ביצוע הפלה כהרף עין ויש לה לבטים וחששות רבים לגבי העניין אך כמובן שטוב שהיא מתלבטת על כך לפני פנייתה לוועדת ההריונות. השופטת בן עתו מוסיפה ואומרת<sup>63</sup>, שהביע המחוקק בצורה ברורה וחד משמעית שאין לאב מעמד בפני הוועדה ובמפורש הוא ניתן לאם בלבד. אך לפעמים עולה מסקנה שונה ע"פ כללי הצדק הטבעי ובמיוחד כאשר מדובר במתן מעמד כשאר זכותו של מישהו עלולה להתקפח. אך בסופו של דבר כאשר המחוקק לא התכוון לתת מעמד לפלוני או כאשר יש מצבים שמהות הנושא חייבת בצמצום כללי הצד הטבעי והגבלתם, גם בלי הוראה מפורשת בחוק, אז החוק יפורש באופן דווקני בלי כל תוספת על הכתוב.

**3.** השופט מ' אלון אומר<sup>64</sup> שזכותו של הבעל היא להישמע בפני הוועדה לפני הכרעתה להפסקת הריונה של אשתו כי ייתכן שלאחר שמיעתו הייתה הוועדה מגיעה למסקנה אחרת מזו שהגיעה אליה. זכות שנמצאת בכללי הצד הטבעי ולכן היא מקבלת תוקף גם ללא הוראה מפורשת של

<sup>60</sup> סעיף 316 ג' לחוק העונשין תשל"ז 1977

<sup>61</sup> סעיף 31 ב' לחוק העונשין תשל"ז 1977

<sup>62</sup> עמ' 19 פסקה האחרונה, ערעור אזרחי 413/80

<sup>63</sup> עמ' 27 פסקה אחרונה, ערעור אזרחי 413/80

<sup>64</sup> עמוד 33 תחת מספר 5 ערעור אזרחי 413/80

המחוקק פרט למקרים מיוחדים, בהם נראה לוועדה כי קיום זכות זו תסכן את קיום הוראות החוק. חזקה על המחוקק שהוא יודע על קיומם של כללי הצדק הטבעי ועל ההקפדה של בית המשפט לשמירתם. ואין לצפות ממנו שיעשה מעשה שיפגע בזכות מזכויות הזולת, וניתן להוסיף ולומר שאין להשתמש בסמכות כזו וצריך ללכת ע"פ חוקי הצדק הטבעי.

השופט אלון מוסיף גם, שהעובדה שבחוק מופיעה הוראה מפורשת, שמחייבת לשמוע את מי שעלול להיפגע בדרך זו או אחרת לפני שהרשות תטיל את סמכותה, אינה גורעת מכללי הצדק הטבעי, למרות שדבר זה אינו נאמר במפורש.<sup>65</sup> בסופו של דבר ההלכה לעניין זה שלאור ייחודן של ההוראות בחוק העונשין תשל"ז-1977 יש ללכת על פיהם בכללי המותר והאסור בהפסקת הריון. חוק העונשין אינו מקנה לבעל זכות וטו או זכות אחרת שבה הוא יכול לדרוש מן האישה להימנע מהחלטה לגבי הפסקת ההיריון. בנוסף בחוק אין הוראה כלשהי לגבי זכות הטיעון של הבעל בפני הוועדה המוסמכת לאשר הפסקת הריון<sup>66</sup> והוועדה רשאית לשמוע אותו ע"פ שיקולה, אם היא סבורה שדעתו תסייע בהגעתם להחלטה בעניין הפסקת ההיריון ופעולת הוועדה לא תעוכב או שזכות האישה לא תפגע.

הוחלט שהערעור התקבל ברוב דעות, נגד דעתו החולקת של השופט מ' אלון.

### **הפלה וזכויות האישה:**

הזכות לאוטונומיה באה מהזכות לפרטיות המעוגנת בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו בסעיפים הבאים:

• סעיף 2 - אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

• סעיף 4 - כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

הזכות לאוטונומיה זו זכות הניתנת להגבלה<sup>67</sup> ובנוסף היא כוללת גם את הזכות לתכנון משפחה כלומר, כמו שלאדם זכות להיות הורה כך זכותו גם שלא להיות הורה.

שופטת בית המשפט בדימוס דורנר<sup>68</sup> אומרת במפורש שהזכות שלא להיות הורה זוהי זכות באוטונומית הפרט מפני התערבות הרשויות בפרטיותו (כמובן שזכות זו היא יחסית כאשר החלטה להפלה אינה מספיקה וצריכים את אישור הוועדה).

<sup>65</sup> מדברי השופט ח' כהן, בג"צ 290/65 [8] הנ"ל, בעמ' 33

<sup>66</sup> סעיף 315 לחוק העונשין

<sup>67</sup> ע"פ הוראות סעיף 8 לח"י לעיל

<sup>68</sup> דני"א 2401/95 נחמני נגד נחמני פ"ד 43 661,719 (1996)

בנוסף בפסק דין נחמני נ' נחמני נאמר לנו במהלכו ע"י המלומד שיפמן שבתנאים מסוימים אישה רשאית לבצע הפלה ואין היא זקוקה להסכמת בעלה. היא רשאית לבצע את ההפלה למרות התנגדותו הגורפת וזכותה של האישה על גופה היא זו שמקנה לה את החירות להפסקת ההריון ללא הסכמת האיש.<sup>69</sup> יש הרואים איזון בין זכות העובר לחיים לזכות האישה על גופה.<sup>70</sup> ויש הסוברים שבאיזון זה יש משקל כבד לחיים לעובר, מתוך אינטרס לשימור ההריון.<sup>71</sup> אך למרות אינטרס זה, יש סוברים, שדבר זה חורג מהנורמה הבסיסית להגנה על זכויות האדם כפרט ושיש להגן על חירותו וחופש בחירתו. לבסוף כאשר יש התנגשות בין חיי האם לחיי העובר, העדיפות הברורה תהיה, חיי האם. אך חוק העונשין קבע שכאשר נדרשת הפסקת ההריון מיידית להגנת חיי האם, לא תיפול אחריות פלילית על הרופא בגין נזק כלשהוא.

---

<sup>69</sup> עא 5587/93

<sup>70</sup> פרשת סועאד סעיף 12 לפסק דין שוחטמן "דרישת ההסכמה המודעת", שם

<sup>71</sup> שוחטמן "דרישת ההסכמה המודעת" שם.

### 3. סיכום ומסקנות

השוני המרכזי בין המשפט הישראלי למשפט העברי בעניין ההפלה הוא הרציונל העומד בבסיס ההיתר להפלה. בעוד שהמשפט הישראלי דן בהרחבה בזכויות האישה על גופה, המשפט העברי מתרכז בזכות לחיים וקדושת החיים – הפלה, כעקרון, מטרתה להגן על חיי האם אך אם אין סכנה לחיי האם, חיי העובר חשובים באותה המידה. המשותף לשתי שיטות המשפט הוא שמעמד העובר, ככל שההיריון מתקדם יותר, הופך למשמעותי יותר. דבר זה בא לידי ביטוי בעיקר במשפט הישראלי בו נדרש אישור של וועדה מיוחדת להפלה לאחר 24 שבועות.

עוד המשותף לשתי השיטות זה המתח בין זכויות האישה לזכויות העובר. בשתיהן אין זכות גורפת ומוחלטת לאם או לעובר. שתיהן מנסות לאזן בין אותן הזכויות. מטבע הדברים, דיון הנוגע לזכויות האם מחד במשפט הישראלי והזכות להגנת החיים מאידך במשפט העברי, מתאים לתקופה שבה שיטות המשפט נוצרו ולמהותן. במשפט העברי זכויות האישה הינן פחותות משמעותית מזכויות הגבר וכך בהתאם גם חופש הפעולה שלה בנוגע להפלה. לכן אין זה פלא שהשופט אלון בפסק דין פלונית הנ"ל, אשר ביסס את פסיקתו על-פי המשפט העברי, רצה להעניק לאב זכות טיעון בפני הוועדה ובכך לגרוע מזכותה של האישה לקבל החלטות בנוגע לגופה. לסיכומו של עניין, נראה כי הזכות להפלה, במשפט הישראלי ובמשפט העברי, הינה זכות אשר ממשיכה להתפתח ולהשתנות. מצד אחד האם וזכותה על גופה שלה. מן הצד האחר העובר וזכויותיו. נראה כי, לפחות בישראל, המגמה היא הרחבת זכויות האישה על גופה והעדפת זכויותיה על פני זכות העובר, לפחות בשלבים המוקדמים של ההיריון.

**רשימה ביבליוגרפית:**

## **חקיקה**

- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962
- חוק העונשין תשל"ז 1977
- חוק היסוד כבוד האדם וחירותו תשנ"ב 1992

## **פסיקה**

- ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני פ"ד מט (1) 485
- ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני פ"ה לה (3) 57

## **ספרות מחקר**

### **מאמרים**

- דואניאס טל 'אחריות מקצועית של הוועדה להפסקת הריון' גיליון 46 (תשע"ג) עמ' 13-31
- סיגל גיל 'בין אוטונומיה אימהית לזכויות העובר-היבטים של חברה, משפט ומוסר כרך 1 (תשס"ח) עמ' 11-21
- שטרסברג-כהן טובה 'משפט רפואי-מעמד העובר במשפט הישראלי' גיליון 28 (תשס"ד) עמ' 1-7

## **משפט עברי**

### **מאמרים**

- סינקלר דניאל 'היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי בהשוואה לשיטות משפט אחרות (תשל"ח) עמ' 177-207
- סינקלר דניאל 'דינו של העובר והריגתו במשפט העברי והכללי' גיליון 195 תשס"ה
- ר' סתיו אברהם 'תחומין לא' (תשע"א)
- ערוסי רצון 'ההלכה והלכה למעשה בביצוע הפלה מלאכותית במשפט העברי' דיני ישראל ח' (תשל"ז)