



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1774/22

לפני: כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט י' כשר

העותרים: 1. עמותת "בעד חיים"
2. אורן מרגלית

נ ג ד

המשיב: מדינת ישראל - משרד הבריאות

עתירה למתן צו על-תנאי

בשם העותרים: עו"ד ד"ר שמואל ילינק

בשם המשיב: עו"ד דניאל מארקס; עו"ד מוריה פרימן

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

1. העותרת 1 היא עמותה אשר שמה לה למטרה "להגן על האם והעובר ולפעול להגדלת השמירה על חיי תינוקות טרם לידתם..." (סעיף 1 לעתירה). העותר 2 הוא, לפי הנאמר בעתירה, "אזורי ישראל, מתגורר במרכז הארץ, עוסק למחייתו בתחום ההשקעות והפיננסים, אך מקדיש גם רבות מהונו, מאונו ומזמנו לתיקון עוולות שונות המתגלות לעיניו בחברה הישראלית ובחוקיה ופועל באופן פרטי ועל חשבון, לתיקון פגמים קיימים במצב המשפטי/חברתי כיום כגון זה נשוא העתירה כאן" (סעיף 2 לעתירה, להלן יחדיו: העותרים).

2. הסעדים אותם מבקשים העותרים מבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק הם הבאים: להורות למשיב, משרד הבריאות, להתקין תקנות חדשות או להשלים

את מלאכת התקנת התקנות הקשורות למתן אישורים להפסקת הריון מכוח סעיף 321 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); להפסיק את נוהל הוצאת 'חוזרי מנכ"ל' "המתיימרים להסדיר את נושא ההפלות בישראל" כלשון העתירה; לקבוע בתקנות מהו גמר לידתו של עובר, ולהכיר בכך שהחל מהשבוע ה-24 עובר הוא מי שנגמרה לידתו ועל כן הוא זכאי לזכויות וחובות; לקבוע כי "לפחות באשר לעובר 'בר חיות', יש לאבי העובר זכות להישמע ונכון לשמוע את עמדת אבי העובר שהפלתו מצויה על הפרק, הגם שאין חולק כי לאשה זכות מלאה ואוטונומיה על גופה, אך זו אינה יכולה לבוא על חשבון חיי עובר 'בר חיות', וזכותו החוקתית של האב להורות, ודאי אם עיבורו בא בהסכמה" (סעיף ד' למבוא לעתירה). נקדים מסקנה לדיון, ונבהיר כי דין העתירה להידחות על הסף.

3. טרם פירוט טענות הצדדים, נעמוד בקצרה על הרקע הנורמטיבי של העתירה. האסדרה של הפסקת הריון בישראל, לרבות פעילותן של הוועדות לאישור הפסקת הריון (להלן: הוועדות) מצויה בפרק י', סימן ב' לחוק העונשין. הוראות החוק קובעות את עבירת הפסקת הריון ואת החריגים לה, וכן מקימות את הוועדות. סעיף 315 לחוק קובע את הרכב הוועדות, וסעיף 316 לחוק מונה את העילות שמכוחן רשאית וועדה להעניק אישור להפסקת הריון. סעיף 321, אשר ניצב במוקד טענות העותרים, מוסיף וקובע כך:

321. שר הבריאות ממונה על ביצוע סימן זה והוא רשאי – בהתייעצות עם שר המשפטים ועם ועדת השירותים הציבוריים של הכנסת – להתקין תקנות לביצוע, 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.

4. מכוחו של סעיף 321 לחוק התקין שר הבריאות בשנת 1978 את תקנות העונשין (הפסקת הריון), התשל"ח-1978 (להלן: התקנות). התקנות מגדירות, בין היתר, תנאים לאישור מרפאה כמוסד רפואי מוכר בהתאם לחוק, וכן מעוגנות במסגרתן הוראות שונות בקשר עם פעילות הוועדות, הפנייה אליהן, והליך מתן האישור להפסקת הריון.

למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 27.6.2022, לאחר הגשת העתירה שלפנינו, אישרה ועדת העבודה והרווחה בכנסת תיקון לתקנות – תקנות העונשין (הפסקת הריון) (תיקון), התשפ"ב-2022 (להלן: התיקון לתקנות), אשר פורסם ברשומות ביום 4.7.2022 (ק"ת השתפ"ב, עמ' 3370) והעתיד להיכנס לתוקף שלושה חודשים מיום הפרסום, קרי – בתחילת חודש אוקטובר 2022. התיקון לתקנות התבצע לאחר עבודת מטה שהתקיימה

במשרד הבריאות, כאשר במסגרתו תוקנו, בין היתר, הוראות בתקנות המתייחסות לנושאים הבאים: הפסקת הריון תרופתית בשבוע מוקדם של ההריון במרפאות ציבוריות בקהילה; שיפור אופן הגשת הבקשות והתנהלות הוועדות מול הנשים הפונות לוועדות; מתן אפשרות להגשה מקוונת של בקשות ושמירה דיגיטלית של המסמכים; עדכון הטפסים בהם נעשה שימוש, ועוד.

5. במרוצת השנים הוציא משרד הבריאות עשרות חוזרים, אשר מעמדם המשפטי הוא של הנחיות מינהליות (להלן: חוזרי מנכ"ל). חוזרי המנכ"ל נחתמו על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות ועל ידי מנהלים בכירים נוספים, והם עוסקים במגוון רחב של היבטים הנוגעים לעבודת הוועדות: החל מהנחיות ניקוי, חיטוי ועיקור ציוד; המשך בשמירת סודיות המידע בוועדות; וכלה בהתוויות מקצועיות לטיפול בנערות הפונות לוועדות; ועוד (ראו נספח 2 לתגובה המקדמית מטעם המשיב).

6. עוד יצוין כי בשנת 2018 הגיש העותר 2 עתירה דומה (בג"ץ 690/18 מרגלית נ' שר הבריאות, להלן: העתירה הקודמת) בה התבקש הסעד הבא: "מדוע לא יעשה המשיב שימוש בסמכותו מכוח סעיף 321(ב) לחוק העונשין תשל"ז-1977 ויתקין תקנות לביצועו של סימן ב' לפרק י' לחוק העונשין, לרבות נוהל למתן אישורים להפסקת הריון לפי סעיף 316 לחוק העונשין". גם בעתירה הקודמת הלין העותר 2 על העדר זכויות האב להביע התנגדות להפסקת הריון וסבר כי זו מבטאת גישה ארכאית (סעיפים 44-45 לעתירה הקודמת). ביום 10.12.2018 התקיים דיון בעתירה הקודמת לפני בית משפט זה, במהלכו המליץ מותב בית המשפט שדן בעתירה הזו (השופטים ניל הנדל, דוד מינץ ו- עופר גרוסקופף) לעותר שלא לעמוד על עתירתו. העותר 2 קיבל את המלצת בית המשפט, והודיע כי הוא מושך את העתירה (בג"ץ 690/18 מרגלית נ' שר הבריאות (10.12.2018)).

7. טענתם העיקרית של העותרים בעתירה שלפנינו היא כי פרשנות נכונה של סעיף 321 לחוק העונשין מטילה על שר הבריאות חובה להתקין תקנות נוספות אשר יתוו את שיקול דעתן של הוועדות לאישור הפסקת הריון. לדידם של העותרים העילות המנויות בסעיף 316 הן בחזקת עקרונות אשר המחוקק קבע, וכי יש הכרח ליישם ולפרש את העקרונות הללו במסגרת תקנות. העותרים מלינים על כך שהתקנות הותקנו לפני למעלה מארבעים שנה, ועל כך שעניינים אשר הייתה חובה לשיטתם להסדיר בתקנות הוסדרו הלכה למעשה במסגרת עשרות חוזרי מנכ"ל מסורבלים, וכי למנכ"ל משרד הבריאות נמסרה למעשה סמכות לא לו. העותרים מוסיפים וטוענים כי שיעור האישורים שניתנים בוועדות עומד על כ-98%, ומעלה חשד כי התנהלות הוועדות איננה ראויה ואינה מידתית; כי יש מקום לבחון את שאלת מעמדו של העובר במדינת ישראל; וכי נחוץ שינוי

במעמד הבעל או בן הזוג בכל הנוגע להפסקת הריון כמי שיכול לייצג את האינטרסים של העובר, במיוחד כאשר העובר נוצר בהסכמה מלאה.

8. ביום 14.7.2022 הגיש משרד הבריאות (להלן גם: המדינה) תגובה מקדמית לעתירה. בתגובתה טוענת המדינה כי העתירה הנוכחית מהווה בעיקרה התדיינות נוספת בנושא אשר בית המשפט זה נדרש אליו זה לא מכבר במסגרת העתירה הקודמת, בגדרה ניתן פסק דין הדוחה את העתירה בהסכמה, ומשכך דינה להידחות על הסף. לגופה של עתירה טוענת המדינה כי היא אינה מבססת כל אינדיקציה לכך שהרשות המנהלית אשר נגדה מופנית העתירה פעלה או פועלת שלא כדין. המדינה סבורה כי טענת העותרים אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף, אשר קובעת כי המשיב רשאי להתקין תקנות, אך לא חייב לעשות כן, ומדגישה כי אין כל יסוד לטענה לפיה שר הבריאות לא הפעיל את סמכות החובה המוטלת עליו בחוק, שכן התקנות הותקנו לראשונה כבר בשנת 1978, והוכנסו בהם תיקונים שונים (הגם לא אלה בהם מעוניינים העותרים) אך לאחרונה. לפיכך, אף אם נאמר כי סעיף 321 מטיל על השר חובה להתקין תקנות, הרי שהשר מילא את חובתו כבר בשנת 1978, עת פורסמו התקנות האמורות.

9. יתרה מכך. לטענת המדינה סעיף 316 לחוק העונשין מונה 4 עילות ברורות המאפשרות להעניק אישור להפסקת הריון, ומותר לוועדות שיקול דעת סטטוטורי להעניק אישור להפסקת הריון בהתאם לעילות הללו. מכאן, שהעתירה, שאינה עתירה חוקתית, אינה יכולה להוות מסגרת ראויה להעלאת טענות נגד הוראות החוק עצמו, אשר ממילא חוסה תחת שמירת דינים. עוד בהקשר זה נטען כי המחוקק לא מצא לנכון להסמיך את שר הבריאות לקבוע או לפרש את העילות הקבועות בחוק, ולמעשה הסעדים שמבקשים העותרים, ובכללם קביעת רף עליון לגיל העובר במועד הפסקת ההריון, או קביעת רף תחתון לחומרה של מומים המצדיקים הפסקת הריון, הם שרירותיים ומנוגדים ללשון החוק.

10. אשר לחוזרי המנכ"ל, מבהירה המדינה כי הם מסדירים היבטים שונים הקשורים לעבודת הוועדה, וכי המדובר בהסדר מקיף וממצה התואם את הדין. בכל הנוגע לטענה שהועלתה בעתירה הנוגעת לסבירות האישורים הניתנים על ידי הוועדות, טוענת המדינה כי האחוזים הגבוהים של הבקשות המאושרות אינם מביאים בחשבון את אותן נשים שעשויות להיות מעוניינות לעבור הפסקת הריון אך אינן פונות לוועדה לאחר שבדקו את העילות המאפשרות מתן אישור להפסקת הריון על פי החוק או שנמנעו מלפנות לוועדה בעקבות שיחה מקדימה עם העובדת הסוציאלית של הוועדה. עוד צוין כי קיימת מגמה

עקבית של ירידה בהיקף ביצוע הפסקות הריון בישראל, הן בערכים מוחלטים ובמיוחד כאשר הבחינה נעשית כאחוז מתוך כלל הנשים בגיל הפריור.

11. בכל הנוגע לטענות העותרים בדבר חובה להסדיר בתקנות מהו "גמר לידתו של עובר", תוך התייחסות ספציפית לעוברים בני שבוע 24 ואילך, טוענת המדינה כי טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, וכי לא נפל פגם בהתנהלות משרד הבריאות בהיבט התקנת התקנות. יחד עם זאת, צוין כי דיונים בעניין הפסקות הריון שגילו מעל 23 שבועות מתנהלים בפני וועדות "על-אזוריות" וכי קיימות הנחיות מפורטות המתוות את שיקול דעת הוועדות לאישור הפסקת הריון בשלבי הריון מתקדמים משיקולים אתיים ורפואיים, תוך הותרת מרחב שיקול דעת ראוי לוועדות כמתחייב מתפקידן הסטטוטורי.

12. לבסוף, בכל הנוגע לטענות בדבר זכויות אבי העובר מבהירה המדינה כי השאלה האם יש לבן הזוג מעמד על פי חוק בדיון בבקשה להפסקת הריון המוגשת על ידי בת זוגו נדונה והוכרעה על בית משפט זה בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981) (להלן: עניין פלונית), בו נפסק ברוב דעות (השופטים מאיר שמגר ו-הדסה בן-ענת, כנגד דעתו החולקת של השופט מנחם אלון) כי לבעל אין כל זכות מכוחה הוא יכול לדרוש כי לא תינתן החלטה בקשר להפסקת הריון, וכי בחוק העונשין אין הוראה כלשהי בדבר זכות הטיעון של הבעל לפני הוועדה. עוד סבורה המדינה כי העותרים לא הרימו את הנטל הנדרש, ולא ביססו טיעון משפטי המקים עילה לקיים דיון חוזר בפסק הדין, וכי טענות העותרים הן כלליות ביותר, ואינן נתמכות בטיעון משפטי המצדיק בחינה מחודשת של הלכה שנפסקה.

13. לבקשתם, ניתנה לעותרים רשות להגיש תשובה לתגובה המקדמית. בתשובתם מיום 25.7.2022 טענו העותרים כי התיקון לתקנות תומך בטענות המובאות בעתירה ומחזק את הצורך בהתקנת תקנות בצורה "מלאה וכנדרש, בנושאים שחשובים באמת", לשון התשובה. בפרט, מדגישים העותרים כי התיקון לתקנות תומך בטענתם לפיה השימוש בחוזרי מנכ"ל הוא פסול ובלתי ראוי. בנוסף, מלינים העותרים על כך שבשנים האחרונות חלה עלייה בהפסקות הריון מאוחרות, ושבים וטוענים כי העתירה דנן שונה לחלוטין מהעתירה הקודמת.

דיון והכרעה

14. לאחר שעיינו בעתירה על נספחיה, ובתגובה המקדמית מטעם המשיב ובתשובה לה, סברנו כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבותנו.

15. ראשית, הסעדים והטענות המפורטים בעתירה דומים מאוד לאלו שהתבקשו בעתירה הקודמת, שפסק הדין בה ניתן לפני כ-3.5 שנים, לאחר שהעותר 2 חזר בו מעתירתו. חרף הדמיון בין העתירות וסמיכות הזמנים היחסית בהגשתן, העתירה שלפנינו אינה מעלה טענות משפטיות חדשות, ואינה מבססת שינוי נסיבות עובדתי המצדיק הידרשות מחודשת לשאלות שכבר הובאו לפני בית משפט זה. כמו כן, סוגיית מעמדו של הבעל או בן הזוג נבחנה בבית משפט זה ונקבעה בה הלכה מנחה (היא, כאמור, עניין פלוניתי), ולא ראינו מקום לבחון בשנית הלכה זו. הדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שהבקשה לבחון בשנית את הלכת פלוניתי לא הגיעה מפיו של מי שנפגע מההלכה הקיימת, הגם שבנושא בו עסקינן קיימים לכאורה נפגעים ישירים, אבות הסבורים שבעקבות ההלכה קופחה זכותם במקרה קונקרטי, היכולים להגיש את העתירה בעניין זה (השוו: בג"ץ 4244/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (12.4.2018)).

16. שנית, לא מצאנו שיש ממש בעתירה גופה. אכן, החל משנות הששים של המאה הקודמת הוציא בית משפט זה, בנסיבות המתאימות, צווים המורים לרשות המוסמכת (על פי רוב – השר האמון על ביצוע החוק) כי עליה להפעיל את סמכותה הסטטוטורית להתקין תקנות לביצועו של חוק. ההלכה בעניין זה נקבעה בבג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים, פ"ד כ(1) 309 (1966), ונעשה בה שימוש זה לא מכבר בבג"ץ 8438/16 ארגון אמון הציבור חברה לתועלת הציבור בע"מ נ' שר הפנים (21.6.2021) (עוד ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 221-227 (2010)). העותרים מאזכרים בעתירתם את פרשת אופנהימר, אלא שהמקרה שלפנינו שונה מהאמור באותה פרשה ומפסיקתו של בית משפט זה שבאה בעקבותיה, מהטעם הפשוט שבמקרה דנן עשה שר הבריאות שימוש בסמכות המסורה לו והתקין את התקנות, ואף לאחרונה עשה שימוש חוזר בסמכות המסורה לו, והתקין תיקון לתקנות.

למעשה, והדברים מתחדדים על רקע תשובת העותרים לתגובה המקדמית, העותרים אינם מלינים על אי התקנת תקנות אלא על תוכנן המהותי, שעה שהם סבורים שחקיקת המשנה איננה "מלאה וכנדרש, בנושאים שחשובים באמת". ואולם, ההלכה המנחה אותנו היא כי בית המשפט לא יתערב בתוכנה של חקיקת משנה אלא אם נפל בה פגם היורד לשורשו של עניין ועולה כדי אי-סבירות מהותית או קיצוניות (ראו: בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר פסקה 65 והאסמכתאות שם (23.9.2007)). העותרים לא עמדו אף במקצת הנטל להראות פגמים כאמור. זאת ועוד, הנושאים בהם טוענים העותרים לקיומו של חסר, רובם ככולם, הם כאלה שיש להם מענה

בחקיקה הראשית (ושוב, לא מענה המשביע את רצון העותרים – אך לא זהו המבחן לקיומו של חסר), ואשר המחוקק הראשי לא הורה על הסדרתם בתקנות.

17. שלישיית ועיקר, משעה שקבע המחוקק במסגרת סעיף 316 לחוק ארבע עילות אשר מאפשרות לוועדה ליתן אישור להפסקת הריון איננו רואים הכרח, והעותרים לא הצביעו על מקור נורמטיבי מחייב לכך, כי פרשנות ומתכונת היישום של העילות הקבועות בחוק תתבצע דווקא בתקנות ולא בחוזרי מנכ"ל. חוזרי המנכ"ל נערכו על ידי גורמי מקצוע, וכל עוד הם אינם עומדים בסתירה לעילות הקבועות בחוק, לא ראינו טעם לפסול אותם באופן קטגורי.

יתרה מכך. הריון הוא אירוע רב משמעויות והשלכות בחייה של אישה. הערכת הסיכון הטמון בהריון ובהפסקתו היא עניין מקצועי (רפואי ופסיכולוגי) מהמעלה הראשונה, והוא נתון כמצוות המחוקק לשיקול דעתה של ועדה מקצועית המורכבת מרופאים בעלי מומחיות רלוונטית ועובד סוציאלי. לפיכך, כל קביעה של רף או מבחנים נוקשים בתקנות, כמבוקש על-ידי העותרים, היא לא רק שרירותית אלא גם מנוגדת ללשונו הברורה של החוק, ולמעשה מפקיעה את שיקול דעת הוועדה המקצועית אותה כונן המחוקק בחוק.

18. משאלו פני הדברים ברור כי אין בעתירה ממש והיא נדחית בזאת. בשים לב לכך שהעותר 2 הגיש עתירה דומה אך לפני 3.5 שנים, יישאו העותרים בהוצאות המשיב בסך 10,000 ש"ח.

ניתן היום, יא' באב התשפ"ב (8.8.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט