

העמותה נגד חיתוכים באברי המין בתינוקות

ע"י רפי בלושטיין

רח"י שלומציון המלכה 5, ת"א 62267

טל: 03-5442207

העותרת

נגד

1. שר הבריאות

2. שר הדתות

3. היועץ המשפטי לממשלה

4. הרבנות הראשית לישראל

5. הוועדה לפיקוח על מוהלים

כולם על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

הודעה מטעם פרקליטות המדינה

1. עניינה של עתירה זו הינו בטענות העותרת בנוגע למצוות מילת הבנים, הנהוגה ביהדות מזה אלפי שנים. אותן טענות מוצגות אחת לאחת ובפירוט רב בגדר עשרים (!) הראשים המבוקשים בצו על תנאי.

2. דין העתירה. על כל טענותיה להדחות מן נימוקים במפורט להלן. אדי עוד בטרם נרחיב ונפרט נימוקים אלה, ישאל השואל, האם רצינית העותרת בדרישתה כי מכל מדינות העולם, דווקא במדינת ישראל, מדינה יהודית ודמוקרטית אשר הוקמה כאמור בהכרזת העצמאות על פי חזון נביאי ישראל, יוכרז איסור על קיום ברית המילה, אשר כפי שיפורט להלן, מהווה את אחת המצוות החשובות לעם היהודי מדורי דורות?

רקע לגבי מצוות המילה ביהדות

3. טקס ברית המילה, המקובל על יהודים בכל רחבי העולם זה אלפי שנים, מהווה את הביטוי הבסיסי והראשוני המקובל להצטרפותו של הפרט היהודי לקולקטיב הלאומי. אין חולק על כך כי רובו המכריע של הציבור היהודי, בישראל ובעולם, רואה בברית המילה ארוע חשוב ומשמעותי המסמל השתייכות לאומית לעם היהודי, וזאת ללא קשר הכרחי לשמירת מצוות או לאמונה דתית.
4. המילה היא המצווה הראשונה שניתנה לאברהם אבינו לאות ברית עולם בינו לבין ה' וזרעו אחריו. מקור המצווה הינו בתורה בספר בראשית, פרק י"ז:

”ויאמר אלוהים אל אברהם ואתה את בריתי תשמור אתה וזרעך אחריו לדורותם; זאת בריתי אשר תשמרו ביני ובינכם ובין זרעך אחריו המול לכם כל זכר; ונמלתם את בשר ערלתכם והיה לאות ברית ביני ובינכם; ובן שמונת ימים ימול לכם כל זכר לדורותיכם ... והייתה בריתי בבשרכם לברית עולם; וערל זכר אשר לא ימול את בשר ערלתו ונכרתה הנפש ההיא מעמיה את בריתי הפר”

ניתן ללמוד על חשיבותה של המילה לאור המשמעויות והנפקויות של אי קיומה: מי שעובר על מצוות המילה דינו כרת, אין לו חלק בעולם הבא (אבות פ"ג), ערל לא יאכל קורבן הפסח (שמות, י"ב מ"ח) וכן הערל מהווה חרפה לישראל והוא אסור לנישואין (בראשית ל"ד י"ד).

מאז אברהם הייתה המילה אות לכניסה לעם היהודי ומי שביקש להתגייר אין גיורו שלם אלא אם עבר את טקס ברית המילה לשם כניסתו ליהדות. המילה נועדה להבדיל את העם היהודי משאר העמים בגופו, כמו שהוא מובדל גם בנפשו.

5. חובת המילה חלה על אבי הבן אשר עושה את המוהל לשלוחו. אם אין לבן אב או שאביו אינו רוצה למול אותו, ביה"ד מל את התינוק, ואם לא מלו אותו, חייב הוא למול את עצמו כשיגדל.

6. הוגי הדעות היהודים לאורך כל ההיסטוריה היהודית נתנו ביטוי למשמעות ולחשיבות הברית בקרב העם היהודי.

הרמב"ם כותב בספרו "מורה נבוכים":

”יש במילה עוד עניין שיהיה לאנשי זאת האמונה כולם, רצוני לומר מאמיני ייחוד השם, אות אחד בשמו שמקבצם

ולא יוכל מי שאינו מהם לומר שהוא מהם והוא נוכרי. כי פעמים יעשה האדם כן כדי להגיע אל תועלת או כדי להתנכל את אנשי בה הדת, אך זה הפועל לא יעשהו אדם בו או בבנו רק מתוך אמונה אמיתית...."

בספר "הטור" שנתחבר על ידי רבי בן יעקב בן אשר בן הרא"ש נאמר לעניין המילה:

"מצוות עשה לכל אדם מישראל שימול את בנו, וגדולה היא משאר מצוות עשה שיש בה צד כרת וגם נכרתו עליה י"ג כריתות בפרשת מילה ולא נקרא אברהם שלם עד שנימול... וכל המפר הברית של אברהם אבינו שאינו מל או שמושך ערלתו אף על פי שיש בו תורה ומעשים טובים אין לו חלק בעולם הבא..."

במנחות מ"ג נאמר:

"רבי ישמעאל אומר גדולה מילה שנכרתו עליה שלוש עשרה כריתות וכוי רבי אומר גדולה מילה שכל המצוות שעשה אברהם אבינו לא נקרא שלם עד שמל..."

7. מצוות המילה נתפסה כשקולה כנגד כל המצוות שבתורה. על פי תפיסת היהדות, המילה אינה נתפסת כפגם אלא כשלמות. אדם אינו נולד שלם ואין הוא הופך לכזה עד אשר מתבצעת בו המילה. יפ"ס לעניין זה דברי הרב אהרון הלוי בספרו "ספר החינוך":

"ורצה להיות ההשלמה על ידי האדם ולא בראו שלם מבטן, לרמוז כי כאשר תושלם צורת גופו על ידו - כן בידי להשלים צורת נפשו בהכשר פעולותיו"

8. לאור חשיבות מצוות המילה, לאורך ההיסטוריה, מסרו יהודים את נפשם על קיומה. אומות העולם אשר ביקשו לפגוע בקיומו של העם היהודי ראו באיסור קיום המילה את הדרך לדיכוי העם היהודי.

9. על פי היהדות, קיימים מספר טעמים למצוות המילה, ביניהם הן טעמים דתיים והן טעמים בריאותיים.

הטעמים הדתיים כפי שהוסבר לעיל, רואים במילה ציון לאות "הברית" בין האדם לאל, המילה היא המבדילה את העם היהודי מהעמים אחרים והיא המהווה את הציון והשייך

לאומי של היחיד. כמו כן קיימים טעמים של טוהרה ושלמות, על פי תפיסת היהדות האדם אינו שלם עד שבצע את המילה, המילה נועדה לעשות את האדם למתוקן כי הערלה היא כמו ערלת האילן שאינו ראוי לאכילה, וכמו כל דבר שנברא צריך תיקון.

כמו כן מובאים במקורות טעמים של נקיין ובריאות למילה. על פי תפיסת היהדות כפי שבאה לידי ביטוי במשנתם של רופאים וחכמי היהדות לאורך השנים, המילה מביאה לידי נקיין וטהרה לבל תצטבר תחת עור הערלה זוהמה. כמו כן נטען כי המילה מועילה בדרך טבעית להגברת הילודה, וכן לשמיר

ראה: אנציקלופודית אוצר ישראל בעריכת יהודה דוד אייזענשטן, כרך ג' חלק שישי, עמ' 169, תחת הערך "מילה".

10. הנה כי כן עולה כי המילה הינה אחת המצוות החשובות ביהדות, שחשיבותה באה לידי ביטוי הן בנפקות המילה והן בעובדה שטקס זה נשמר וקיים על ידי העם היהודי במשך אלפי שנים, מתוך תפיסה כי טקס זה, הוא האקט הראשוני אשר יוצר את זהותו הלאומית היחודית של הפרט וכן של העם היהודי ככלל.

כללי

11. העותרת בעתירה מעלה טענות מטענות שונות בדבר הכאב הנגרם בעת ביצוע הטקס, ההשלכות הרפואיות, החברתיות, הפסיכולוגיות והאחרות וזאת בהתבסס על מאמרים, קטעי עיתונות וכו'. נציין כי ערכם הרפואי של מאמרים אלו לא הוכח, וכפי הנראה לא קיימת הסכמה מדעית כללית לגבי הנזק שנגרם. לכאורה, מביצוע המילה, אם בכלל.

12. טענות מטענות שונות מפנה עותרת כלפי כל אחד ואחד מן המשיבים, והן כלפי המשיבים כולם. להלן תפורט התגובה לגבי כל משיב ומשיב בנפרד. אך ראשית, מן הראוי להבחין בין הטיעונים של העותרת בעניין הסדרת ביצוע המילה לבין טענותיה בדבר עצם חוקיותה.

דינה של הטענה בעניין החוקיות, היינו הטענה כי המילה אסורה על פי החוק הפלילי, להדחות מכל וכל, כפי שיפורט בהמשך. לגבי הטענות בדבר הסדרת הנושא, הרי שעניינים אלו נמצאים בטיכולם של המשיבים, ואף בעניין זה אין כל מקום להתערבותי של בית המשפט הנכבד.

הטענות כנגד שר הבריאות

13. בתמצית, באות טענותיה של העותרת כלפי משרד הבריאות לידי ביטוי במספר מישורים. בין היתר, הטענות הן לגבי הכשרתם של המוהלים, לגבי הצורך ברישוי ופיקוח עליהם,

טענות בדבר הצורך בפיקוח על המיכשור המשמש את המוהלים, וטענות לגבי הצורך בהסכמה מודעת לביצוע המילה.

14. טענות העותרת, רובן ככולן, מבוססות על הנחת מוצא, על פיה המילה הינה בגדר "טיפול רפואי", ומכאן נגזרות חובותיו של משרד הבריאות כפי שמפורט בעתירה. אולם, כפי שיוסבר להלן, המילה אינה בגדר "טיפול רפואי" ועל כן נשמט הבסיס מתחת לטענות אלו של העותרת.

15. הגישה כי אקט המילה אינו בגדר טיפול רפואי מבוססת הן על לשון החוק והן על נימוק מהותי יותר בדבר התפיסות הרווחות בחברה לגבי מהותו של הטקס.

16. סעיף 1 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז - 1976 (להלן: "פקודת הרופאים") מגדיר מהו עיסוק ברפואה:

"עיסוק ברפואה" - בדיקת חולים ופצועים, אבחונם, ריפויים, מתן מרשם להם, פיקוח על נשים בזיקה להריון וללידה, או שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא [לרבות ריפוי באקופונקטורה]"

טקס המילה אינו נופל בהגדרת "עיסוק ברפואה" כיון שאינו נוגע לבדיקה, אבחון או ריפוי של חולה או פצוע, או לקטגוריה אחרת המוזכרת בחוק. נהפוך הוא, מתוך הסיפא של ההגדרה, ניתן להסיק כי תכלית ההגדרה הינה לכלול בגדרה את כל אותם שירותים הניתנים בדרך כלל על ידי רופאים. אין ספק כי טקס המילה, הינו טקס שבאופן מסורתי ולאורך כל ההיסטוריה בוצע על ידי מוהל שאינו בהכרח רופא.

17. יתרה מזו, לא רק הפרשנות המילולית מובילה למסקנה כי המילה אינה טיפול רפואי או עיסוק ברפואה, אלא אף פרשנות תכליתית, על פיה לא ניתן לנתק מעשים ומנהגים מהקונטקסט הרחב של החברה בה הם מתבצעים.

כפי שהוסבר לעיל, טקס המילה הינו טקס דתי שבוצע במשך אלפי דורות, ובהתאם לתפיסה ולראיה החברתית הקיימת, טקס המילה אינו נתפס כאקט רפואי, או כפעולה שנהוג שתבוצע על ידי רופא במסגרת רפואית. כלומר, גם על פי התפיסה החברתית, הנוהג הינו נוהג דתי ולא פעולה רפואית.

18. טוענת העותרת כי המדובר בניתוח ובפעולה כירורגית המתבצעת על ידי המוהלים ועל כן היא אסורה מכוח פקודת הרופאים, לגבי כל אותם מוהלים שאינם רופאים.

בתשובה לטענה זו, ובנוסף לאמור לעיל, נטען כי אין אפשרות לבחון את המעשה שמבוצע בטקס המילה במנותק מההקשר הכללי של המצווה. פעולה כירורגית הינה פעולה חודרנית

6
↑
המבוצעת למטרות רפואיות. כלומר, הגם שטקס המילה מהווה פעולה חודרנית, אין הוא נעשה למטרות רפואיות אלא זהו טקס דתי.

מסקנה זו הינה הכרחית על סמך השכל הישר, בהתבסס על נוהגיה של החברה ותפיסותיה המושתתות על מסורת ארוכת שנים.

על פי פרשנות זו גם ביצוע ניקובים באוזן, בגבה, או כתובות קעקע למיניהן, המהיות, על פניו, גם הן פעולות חודרניות, אינן פעולות רפואיות ואין איש מעלה על דעתו לדרוש כי הן יבוצעו על ידי רופא.

19. העותרת מרבה לתאר בעתירתה תקלות ובעיות העלולות, לטענתה, להתעורר, כגון הצורך לתפור חתך או כל סיבוך אחר שיתכן ויתרחש.

התשובה לטענות אלה היא כי לאור הנתונים הנמצאים בידי המשיבים מדובר במקרים נדירים ביותר. יתרה מכך, עצם העובדה שביצוע המילה יכול להסתבך, ובעקבות הסיבוך תדרש פעולה רפואית אינה מלמדת על הצורך כי המילה עצמה תבוצע על ידי רופא. ישנו פעולות רבות שיכולות להסתבך עד כדי צורך בטיפול רפואי ועדיין איש אינו טוען שרק בשל כך יש צורך שהפעולה תבוצע על ידי רופא. אם נוצר סיבוך המצריך טיפול רפואי, אין חולק כי המוהל אינו מוסמך להעניק אותו, יעליו להפנות את ההורים והתינוק לטיפול רפואי שינתן על ידי רופא.

20. הנה כי כן עילה כי המילה אינה פעולה רפואית ועל כן אינה חייבת להתבצע על ידי רופא על פי פקודת הרופאים. מאותה סיבה אין בידי שר הבריאות הסמכות להקבוע פיקוח ורישוי מטעם משרד הבריאות על המוהלים.

21. מסקנה זו יפה גם לגבי טענות העותרת בדבר הצורך בפיקוח והסדרת נושא המכשירים המשמשים לביצוע המילה. הטענה מבוססת על האמיר בסעיף 65 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: "הפקודה"), המגדיר מהו מכשיר רפואי.

"(1) בסעיף זה, "מכשיר רפואי" - מכשיר או אבזר לטיפול

רפואי או לאבהון רפואי."

(הדגשה שלי.ש.)

גם הפקודה וגם התקנות שהותקנו על פיה מתבססות על הגדרה זו, על פיה מכשור רפואי הינו מכשור המשמש לטיפול רפואי.

הנה כי כן, גם הפיקוח על המכשור הינו לגבי מכשיר רפואי, היינו מכשיר המשמש לטיפול רפואי, אולם, כפי שהוסבר לעיל, טקס המילה אינו "טיפול רפואי", ועל כן סעיף זה, עליו מתבססת העותרת, אינו מקנה סמכות לשר הבריאות להתקין תקנות לפיקוח על המכשירים המשמשים למילה.

22. טענות נוספות טוענת העותרת לגבי שאלת ההסכמה לביצוע טקס המילה. ראשית, טוענת העותרת כי יש להחתיים את ההורים על טופס הסכמה לניתוח בהתאם לתקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד - 1984. כאמור לעיל, המילה אינה מהווה ניתוח שכן פעולה חודרנית כשלעצמה אינה מהווה ניתוח, יש צורך שהפעולה תבוצע לתכלית רפואית - ולא כך הוא לגבי המילה.

טענה נוספת בעניין ההסכמה הינה כי יש להחיל לעניין טקס המילה את דוקטרינת ה-"הסכמה מדעת" כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996. דא עקא שגם חוק זה על פי הגדרותיו בסעיף 2 חל לגבי טיפול רפואי:

"טיפול רפואי" - לרבות פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי

מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי"

כלומר, כפי שהוסבר לעיל, גם דרישה זו של העותרת אינה רלוונטית לטקס המילה שאינו מהווה טיפול רפואי.

23. הנה כי כן, דין כל הטענות כלפי משיב מס' 1 להדחות לאור העובדה שטקס המילה אינו בגדר טיפול רפואי.

הטענות כנגד השר לענייני דתות, הרבנות הראשית והועדה לפיקוח על מוהלים

24. דרישות העותרת לגבי השר לענייני דתות הינן בתמצית. כי ידאג להכשרת מוהלים מבחינה מקצועית, יפעיל פיקוח ורישוי על המוהלים תוך חיובם בביטוח, וכן יפעיל מערך של עידכון ההורים לגבי הסכנות הכרוכות במילה ויגבילת הסכמתם.

25. העותרת לא מצביעה על מקור סמכות כלשהו המקנה לשר לענייני דתות את הכוח להסדיר את הנושאים המבוקשים על ידה מלבד העובדה כי הוא השר הממונה על ענייני הדת באופן כללי.

26. בקשותיה של העותרת, ככל שהן נוגעות לשר לענייני דתות, רובן ככולן נטענו גם לגבי הנישיבים מס' 4 ו- 5. כפי שיפורט להלן, אכן הטיפול בעניינים אלו הינו באחריותם של משיבים אלו ונעשה במסגרת טיפולם בנושא.

27. להלן תפורט התשתית העובדתית הרלוונטית לגבי אופן הטיפול בנושא כפי שהוא מתבצע היום, וכן שינויים שיש בכוונת המשיבה מס' 4 לנקוט בעתיד הקרוב.

28. כיום מוסדר נושא הפיקוח על המוהלים באמצעות מנגנון רישוי וולנטרי. על פי מנגנון זה נקבעים מוהלים המורשים על ידי הרבנות, לאחר שעברו תהליך של הסמכה תוך השתתפות בקורסים וביצוע השתלמויות מקצועיות מעת לעת.

כמו כן נבחנים המוהלים בכל הקשור לתחום המילה, הגיינה רפואית, אופן התגובה לגבי תקלות אפשריות, וכן נושאים רפואיים נוספים הרלוונטיים לענין המילה.

29. התנאים לקבלת רשיון מטעם הרבנות הראשית כוללים בדיקות ומבחנים שונים: על המוהל לעמוד במבחן בתחום ההלכה וכן מבחן הסמכה בנושאים רפואיים: המוהל מתבקש לחתום על הצהרה המכפיפה אותו לרבנות הראשית בעניין איסור על שימוש במכשירים שנאסרו; מילוי טופס בדיקה רפואית המעידה על בריאותו של המוהל, וכן מילוי טופס מצב בריאותי נוסף למוהל המבקש לחדש את רשיונו; בנוסף למבחנים התיאורטיים כפי שהוסבר לעיל, על המוהל לעבור גם מבחנים מעשיים, תוך מילוי טופס פיקוח על ידי מפקח מטעם הרבנות הראשית.

קבלת הרשיון של מוהל מוסמך כוללת מספר מבחנים ושלב א' כולל בחינה הלכתית וכן ביצוע בדיקות רפואיות וחיסונים על ידי המועמד. בשלב ב' מבוצעת בדיקה על ידי המפקח מטעם הרבנות הראשית. בשלב ג' על המועמד לעמוד בבחינות בפני ועדת הפיקוח על המוהלים, הכוללים בין היתר, בחינה בנושאים רפואיים על פי הכוונה של הרבנות הראשית.

30. כל אותם מוהלים מורשים כפופים לפיקוחה של המשיבה מס' 5 - הועדה לפיקוח על מוהלים - המהווה ועדה בין משרדית המורכבת מנציגי הרבנות, נציגי המשרד לענייני דתות ונציגי משרד הבריאות. הרכב הועדה נקבע מתוך ראייה של הצורך באיזון בין הצרכים הדתיים וההלכתיים הנובעים מעצם היות המילה טקס דתי, לבין הצורך בהתחשבות בהיבטים רפואיים של הנושא, שהמשיבים אינם מתכחשים לו, למרות העובדה שאין מדובר בטיפול רפואי כמפורט לעיל.

31. על פי הנחיית משרד הבריאות, על בתי החולים לדווח למשרד הבריאות על כל מקרה של ברית מילה שארעה בו איזשהי תקלה, ואשר הגיע לטיפול בבית החולים.

על פי המידע הנמצא בידי המשיבים המדובר במקרים בודדים בכל שנה. (הן מקרים שדווחו למשיבה מס' 5 והן מקרים המגיעים לבתי חולים). משרד הבריאות מעביר את המידע לנציגו בוועדה לפיקוח על מוהלים על מנת שתבדק בכל מקרה ומקרה השאלה האם הייתה התרשלות מצד המוהל, ובמקרה הצורך אף נשלל רשיונו של המוהל על ידי הועדה.

32. הנפקות של מערך הרישוי הוולנטרי באו לידי ביטוי בכך שהרבנות הראשית דואגת לפרסומה של רשימת המוהלים המורשים בקרב היולדות בכל בתי החולים. התוצאה הנובעת מכך הינה שקיים אינטרס למוהלים להכפיף את עצמם לאותו רישוי למרות שהוא וולנטרי ואכן מתוך כ- 350 מוהלים הפעילים כיום כ- 300 הינם מוהלים מורשים.

33. לגבי יצירת מנגנון רישוי מחייב הרי שאין ביכולתם של המשיבים לחייב רישוי שכן, כפי שהודגש, המדובר בעניין הלכתי ובחובה דתית החלה על האב למול את בנו, דבר שהמשיבים אינם יכולים למנוע. יתרה מכך, חלק ניכר מהמוהלים מקיימים את טקס המילה כמצווה ולא כעסק.

בנוסף קיימת בעייתיות בהיבט כללי יותר. במספר מדינות בעולם נעשו נסיונות לפקח על המילה ולהפוך את המילה לעניין רפואי בפקוח ממשלתי, דבר שללא ספק יפגע בקיום המצווה, שחשיבותה הוסברה לעיל. עד כה התקבלה גם בהו"ל עמדת הרבנות. לפיה אין מקום לרישוי ופיקוח כאמור בשל הפגיעה האפשרית באופן קיומה של המצווה וכפועל יוצא בחופש הדת. קביעת מנגנון פיקוח ורישוי מחייב בישראל, תשפיע ללא ספק על היכולת לקיים את מצוות המילה כהלכתה בשאר מדינות העולם. ויודגש, למשיבים לא ידוע על מדינה בה טקס המילה נתון לפיקוח או שהוא מהווה עבירה פלילית.

34. בנוסף, ולאור האמור לעיל בדבר הבעייתיות בקביעת רישוי חובה, בכוונת הרבנות הראשית לנקוט בעתיד הקרוב מספר צעדים נוספים כפי שיפורט להלן:

א. תפורסם חוברת שתכיל אינפורמציה לגבי המילה, הסבר על התהליך, הסיכונים הכרוכים, אילו פעולות על ההורים לנקוט במקרים חריגים וכו'.

ב. הרבנות הראשית תדאג להפצתה של החוברת הני"ל בקרב היולדות ככל בתי החולים.

ג. דרך פרסום נוספת הינה הפצת רשימת המוהלים המורשים בבתי החולים. בתי היולדות, המועצות הדתיות. המועצות המקומיות, טיפות חלב וכן באפשרות פניה ישירה למשרדי הועדה לפיקוח על מוהלים, כפי שהדבר מבוצע באופן חלקי גם היום.

ד. כל מוהל מורשה מטעם הרבנות יחויב לענוד תג נושא תמונה ומספר רישיון, שיוצק על ידי הרבנות הראשית.

ה. לעניין הדרישה לביטוח, הרי שהועדה לפיקוח על מוהלים ממליצה לכל מוהל לבטח עצמו באופן פרטי, ולא נמצא מקור חוקי לקביעת חובה משפטית ליגשות כן.

35. הנה כי כן, נראה כי לאור פעולת המשיבים עד כה, בוודאי לנוכח הודעתם בדבר הפעולות המתוכננות בעתיד הקרוב, אין כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

הטענות כנגד ביצוע הפריעה

36. העותרת דורשת בעתירתה מן המשיבים מס' 2, 4, 1 - 5 להנחות את המוהלים להימנע מביצוע הפריעה כמפורט בעתירה, תוך טענה שאקט הפריעה מהווה תוספת מאוחרת, שאינה הכרחית אף מבחינת ההלכה הדתית.

37. טענה זו אינה נכונה. המילה הינה טקס דתי, אשר כל מרכיביו הכרחיים מבחינת הדרישה ההלכתית כולל שלב הפריעה. ניתן ללמוד על כך מפסיקת הרמב"ם, הלכות מילה פרק ב' הלכה ד' שם נאמר מפורשות:

"המל כל זמן שעוסק במילה חוזר בין על הציצין שמעכבין
בין על ציצין שאין מעכבין, פירש על ציצין המעכבין חוזר, על
ציצין שאינו מעכבין אינו חוזר, מל ולא פרע את המילה
כאילו לא מל."

(הדגשה שלי י.ש.)

כפי שנאמר האניצקלופדיה "אוצר ישראל", שהוזכרה לעיל:

"רבה בר יצחק משמיה דרב אמר לא ניתנה פריעת מילה
לאברהם אבינו (ובמות ע"א) כי מצוות פריעה נמסרה למשה
ויצאי מצרים מלו ופרעו... ויש אומרים שגם לאברהן ניתנה
מצוות פריעה שנאמר המול ימול גזירה לשתי מילות אחת
למילה ואחת לפריעה..."

38. הנה כי כן, מבחינת ההלכה הדתית, המכתיבה את אופיו של טקס המילה, אין כל אפשרות לוותר על שלב הפריעה. שכן כפי שנאמר, ויתור על הפריעה כמוהו, מבחינה דתית, כאי ביצוע מצוות המילה.

הטענות כנגד היועץ המשפטי לממשלה

39. טענות רעותרת כלפי היועץ המשפטי לממשלה מתמקדות בבקשה כי ינחז את החביעה הכללית והמשטרה לפעול לקיום הוראות חוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין") ולקיום הוראות פקודת הרופאים.

40. ראשית, יאמר כי בפני כ"ג אדם הסבור כי נעברה עבירה פלילית. הרשות לננות בוזלונר למשטרה בעניין. לא ידוע למשיבים על כל פניה של מן דרוא בעניין זה.

41. כאמור לעיל, הרי שהטענות בדבר אי אכיפת פקודת הרופאים, אין להן על מה לסמוך שכן טקס המילה אינו נופל בגדר פעילה רפואית ועל כן פקודת הרופאים איננה חלה.

42. העותרת טוענת גם בנוגע לאי הפעלת חוק העונשין, תוד שהיא מפנה למספר עבירות. שלגישתה מבוצעות בעצב קיום טקס המילה. ככלל, גישה זו אינה מקובלת על המשיבים. אולם למעלה מן הצורך, תובא התייחסות להוראות הסעיפים העונשיים אחד לאחד.

43. ראשית, ולפני שנתייחס לכל אחת המטענות מן הראוי להדגיש: הדין והממונים על אכיפתו נועדו לשרת את החברה בה הם פועלים. פרשנות הדין והפעלתו נעשות לאור התפיסות החברתיות והלאומיות, ולאור העקרונות המקובלים, המשותפים לקיבוץ האנשים הכפופים למערכת משפטית קונקרטית.

44. פירוש ויישום של מעשה חקיקה אינו מעשה טכני, פורמלי. הוא נעשה תמיד לאור השקפות הציבור בדבר הטוב והרע. מושגים כגון "שלמות גופנית", "חבלה חמורה", "חובת הורה או אחראי לקטין" אינם מושגים ערטילאים המנותקים מהקשרם החברתי. במיוחד נכון הדבר בנוגע לאיסור בפלילים. נורמות אסורות משקפות את ערכיה של החברה בזמן נתון ואת מושגיה באשר לראוי ושאינו ראוי, ובהתאם לכך יש לצוק תוכן במונחי החוק.

45. חוקי היסוד המשקפים את התפיסות הבסיסיות של החברה מכירים בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, בה נהנה הפרט אף מחופש הדת והמצפון, וברוח זו של איזון יש לפרש גם דברי חקיקה כגון חוק העונשין. טקס המילה משקף נורמות וערכים המקובלים על העם היהודי, רובו ככולו, המבצעים את טקס המילה מרצונם החופשי.

ראה: פרופ' א. ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי עמ' 430.

לאור הדברים הללו, וכן לאור ניתוח פרטני של הוראות חוק העונשין, כפי שיפורט להלן, נראה כי שגתה העותרת בגישתה הגורסת כי ביצוע טקס ברית המילה מהווה עבירה פלילית.

מעשה פגיעה וחבלה

46. סעיף 34כד לחוק מגדיר את המושגים "חבלה", "חבלה חמורה" ו"פצע":

"חבלה" - מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים;

"חבלה חמורה" - חבלה העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפוגעת או עלולה לפגוע קטית או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים;

"פצע" - חתך או דקירה המבטרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולענין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לנגוע בו בלי לבתר או לבקוע כל קרום".

47. סעיף 333 לחוק העונשין קובע מהי עבירת "חבלה חמורה":

"החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו - מאסר שבע שנים".

סעיף 334 קובע את עבירת "הפציעה":

"הפוצע חברו שלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים".

48. טוענת העותרת כי טקס המילה מהווה הן עבירה של חבלה חמורה והן עבירה של הפציעה. דא עקא שמניתוח יסודות העבירות דלעיל, עולה כי לא מתקיימים כל יסודותיהן.

49. אחד היסודות העובדתיים של עבירה על פי סעיף 333 הינו קיומה של חבלה חמורה. המושג "חבלה" מצריך גרימת מכאוב, מחלה או ליקוי גופני. אין חולק כי על פי התפיסות והמוסכמות החברתיות בישראל, אדם שנימול אינו נתפס כאדם הסובל ממחלה או ליקוי גופני. לעניין גרימת המכאוב, גם אם נניח שאכן רכיב זה מתקיים, עדיין טקס המילה אינו בהכרח מהווה חבלה חמורה.

טקס המילה אינו עולה כדי חבלה מסוכנת, או חבלה שפוגעת או עלולה לפגוע קשות או באופן תמידי בבריאות הנימול או בנוחותו. כמו כן, יבהתאם לתפיסות החברה לא ניתן לראות בתוצאות המילה מום או נכות.

עוד נציין, כי ערכם הרפואי של המאמרים, עליהם נסתמכת העותרת להוכחת הכאב והנזק שנגרם, לא הוכח, וכפי הנראה אין הסכמה מדעית כללית בעניין נזק כלשהו שנגרם, אם בכלל נגרם. דהיינו, היות ומדובר בעבירה תוצאתית, מקום שלא הוכח התוצאה - לא ניתן להאשים בביצוע העבירה.

הנה כי כן לא מתקיים היסוד העובדתי של קיום חבלה חמורה.

50. יתרה מכך, יסוד נוסף הנדרש, הן בסעיף 333 והן בסעיף 334 לעניין הפציעה, הוא שהמעשה בוצע ש"לא כדין".

קיימות מספר גישות לגבי משמעות הדיבור "שלא כדין", כפי שבאו לביטוי בהלכה הפסוקה. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר בע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' רחל שדה אור. (לא פורסם) (להלן: "עניין שדה אור"):

"התנאי "שלא כדין", המהווה חלק מן הרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבעבירת התקיפה, הוא תנאי בעייתי וקיימות גישות שונות באשר למשמעותו.

על-פי גישה אחת, התנאי "שלא כדין" מתנה את התהוות העבירה בהיעדר הצדק בדין הפלילי להתנהגות המפורטת בהגדרת העבירה. גישה זו מייצרת את התנאי "שלא כדין", שכן היא מפנה להגנות הקיימות בדין הפלילי. החלות ממילא על כלל העבירות, לרבות עבירות שהיסוד "שלא כדין" אינו כלול בהן. גישה זו אומצה בשורת פסקי-דין, שבהם נקבע כי היסוד "שלא כדין" הינו תנאי מיותר שיש להתעלם ממנו. ראו, למשל, ע"פ 106/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלזש, פ"ד יט(1) 505, בע' 509; ע"פ 480/76 רמתי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 719, בע' 725.

על-פי גישה שנייה, ההצדק להתנהגות האסורה יכול להימצא בכל דין, לרבות פקודת הנזיקין. ראו. למשל, ע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371, בע' 374-375; ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373, בע' 385.

בין שתי גישות אלה קיימת גישת-ביניים. שבה מצידד פרופי פלר. על-פי גישה שלישית זו, בעבירות שבהן לא קיים הצדק להתנהגות האסורה - מעבר להגנות הדין הפלילי - התנאי "שלא כדין" הינו אכן תנאי מיותר. לעומת זאת, תנאי זה חיוני בעבירות שבהן, הגם שההתנהגות המוגדרת אסורה בעקרון. ניתן עדיין למצוא לה, בנסיבות מסוימות, הצדק בדין. ראו ש"ז פלר, דיני עונשין (כרך א', תשמ"ד), בע' 412-418. ראו גם דברי השופטות ביניש בע"פ 3779/94 המדני נ' מדינת ישראל (סרס פורסם), סעיף 7".

(הדגשה שלי י.ש.)

כפי שנאמר הפסק דינה של כב' השופטת דורנר, הפסיקה טרם הכריעה בשאלה זו, וגם בפסק דין זה השופטים לא נזקקו להכרעה בין הגישות, אולם המשיבים יבקשו להתבסס על הגישה המקובלת עליהם, והיא הגישה המאפשרת פניה לדין הכללי בעניין זה.

כאמור, גישה זו מתיישבת עם גישתו של כב' השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 103/88 משה ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ג(3) 373 :

"פשיטא כי מגיעה היא "שלא כדין" אם היא מהווה עבירה על פי דיני העונשין. נראה לי כי יש להוסיף ולקבוע כי מגיעה היא "שלא כדין" אם היא מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין".

(הדגשה שלי נ.ש.)

51. ניתן לסכם ולומר כי לטענת המשיבים, אם פעל נאשם בעבירה במשפט פלילי במסגרת הסמכות, או הזכות הקנויה לו על פי הדין הכללי - בין הפלילי ובין האזרחי - אין פעולותיו או מעשיו מתבצעים "שלא כדין". ויסוד אי החוקיות נשמט כליל ממרכיבי המעשה.

52. לענייננו, נראה כי סעיף 8/24 לפקודת הנזיקין, הקובע הגנות מפני עוולת התקיפה האזרחית, מהווה מקור ממנו ניתן ללמוד כי טקס המילה הינו "כדין". הסעיף קובע:

"עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידו התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו בדין לא היה בידו להסכים מטעמו. ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מהיבט שלא לדחות את המעשה".

טקס המילה מבוצע בתום לב על ידי המוהל בהסכמת ההורים, מתוך גישה שאין המדובר בגרימת נזק גופני או אחר לנימול, להיפך. נקודת המבט הינה כי טובת הנימול מחייבת את הכנסתו בברית המילה, הי על פי מבחני הדת, והן על פי התביסה החברתית והמוסכמית החברתיות בדבר מהותה של המילה.

53. ניתן ללמוד על כך גם לאור סעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב - 1962 (להלן: "חוק הכשרות"), הקובע לגבי אחריות ההורים:

"ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטיו תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לאו נוכחינו לטובת הקטין...".

מילת הקטין. גם אם יטען כי היא מהווה נזק, מעשית על ידי ההורים בתים לב וכוונתם היא כל כולה טובתו של הקטין. כלומר, סעיף 22 לחוק הכשרות יוצר הצדק "כדין" לטקס המילה, לפחות ככל שהדבר נוגע לאחריותם של ההורים.

54. הנה כי כן, גם אם נניח כי מתקיים רכיב החבלה בסעיף 333 או מתקיים רכיב הפגיעה בסעיף 334, המילה אינה פעולה "שלא כדין", ולפיכך אין מדובר בעבירה פלילית.
55. לאור אמור לעיל נשמט הבסיס גם מטענת העותרת בדבר ביצוע עבירה על פי סעיף 335 לחוק העונשין - "חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות", שכן ממילא המילה אינה עבירה לפי סעיף 334.
56. לעניין הטענה לגבי ביצוע עבירה על סעיף 329 לחוק העונשין - חבלה בכוונה מחמירה - הרי שכוונה כזו אינה מתקיימת: אין כוונה מחמירה מכיוון שממילא פרשנות המושגים "מוכ" "נכות" או "חבלה חמורה" מובילה למסקנה כי תוצאות המילה אינן מטילות נכות או מום ואינו מהוות חבלה חמורה כמוסבר לעיל.
- יתרה מכך, במקרה הרגיל של ברית מילה, חסר גם היסוד הנפשי לגבי עבירה זו. לשון הסעיף מלמדת על הצורך בהוניה מיוחדת: "בכוונה להטיל באדם נכות או מום. אי לגרום לו חבלה חמורה...". אין חולק על כך כי כוונה זו אינה מתמלאת בביצוע המילה.

תקיפה

57. היסוד המרכזי המייחד את עבירת התקיפה לעומת העבירות האחרות הינו יסוד העדר ההסכמה. בעניין המילה, וכיון שמדובר במילת תינוקות, ההסכמה לביצוע ברית המילה ניתנת על ידי ההורים כאפוטרופוסים של הקטין. ברי הוא כי הורה לא יכיל לתת הסכמתו לכל מעשה שיעשה בילדו, והך כמקרים מסוימים, אף שתינתן הסכמה, אם על ידי ההורה ואם על ידי האדם עצמו. עדיין נאמר שבוצעה עבירת התקיפה.
- אולם, וכפי שפורט לעיל, מתן הסכמה של הורה למילת ילדו, מהווה הסכמה לביצוע מעשה לגיטימי, שנתפס כמעשה מותר וחוקי ואף יותר מכך - מעשה שקיימת לגביו כוונה. אם דתית ואם ממוניים מסורתיים. המסקנה הינה כי מתן הסכמת ההורים למילת הינונית מונעת את קיומו של יסוד "העדר הסכמה" ועל כן לא ניתן לומר כי מתכצעת עבירת התקיפה.
- יתרה מכך, "תקיפה סתם" על פי סעיף 379 לחוק העונשין, מצריכה את קיום היסוד "שלא כדין", שכפי שפורט לעיל, אינו מתקיים.
58. על בסיס הנימוקים המפורטים, ובנסיבות המיוחדות של נושא המילה, גם עבירה על פי סעיף 368 ב' של תקיפת קטין או חסר ישע אינה מתקיימת.
59. הנה כי כן, יהיה זה נכון לאמר כי אף הטענה בדבר עבירת התקיפה אין לה על מה לסמוך.

הפרת חובת הורה או אחראי לקטין, התעללות בקטין וחסר ישע

60. סעיפים 323, 337 ו- 368 קובעים את העבירה של הפרת חובת הורה או אחראי לקטין. מרכיב החובה עליו מצביעה העותרת כמרכיב שמופר בעת ביצוע המילה הוא חובת ההורה **למנוע התעללות בקטין או חבלה בגופו**. סעיף 368 לחוק העונשין קובע עבירה של התעללות בקטין וחסר ישע - גם כאן טוענת העותרת כי המילה היא למעשה התעללות בקטין.

נחזור ונדגיש את הצורך בבחינת יסודית העבירה באופן הגיוני ובשילוב עם הקונטקסט הכללי של הנסיבות, תפיסת החברה, המוסכמות וכו', ולא באופן טכני ופורמלי.

61. המונח "מעשה התעללות" לא הוגדר בחוק, והמחוקק הניח לבתי המשפט למלאו תוכן. בית משפט נכבד זה טרם נתן הגדרה ממצה למונח "מעשה התעללות" והמונח מולא תוכן ממקרה למקרה. אם זאת נפסק כי המדובר בהתנהגות שיש בה, בדרך כלל, סממנים של אכזריות (ראה: עניין שדה אור).

יסודות העבירה לא נבדקים בחלל ריק מנותק מכל הקשר, ולראיה, ישנם מקרים בהם ביצוע מעשה מגונה בקטין לא נחשב התעללות (ראה: ע"פ 5341/94 עמנואל בר ציון נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ט (3) 837, פסק דינו של כב' השופט בך) ואילו גזירת פיאות ראשו של קטין כן נתפסה כהתעללות (ראה: ע"פ 2696/96 פלוני נ' מדינת ישראל, תקדין עליון, כרך 96 (3) 179, פסק כב' הנשיא ברק) והכל נוכח הנסיבות.

62. מכאן לעניין המילה. למרות שניתן, כפי שאכן עשתה העותרת, להציג את המעשה כ"אקט ברברי" שמהווה תקיפה, חבלה, הטלת מום, נכות או התעללות, הרי שאין הדבר כד מבחינתו של חוק העונשין נוכח העובדה כי מבחינת ההשקפה החברתית המקובלת אין עריכת ברית המילה מהווה התעללות.

לפיכך דין הטענות בדבר ביצוע עבירות של הפרת חובת הורה לקטין או התעללות בקטין להדחות.

63. הנה כי כן, דין כל טענותיה של העותרת בדבר ביצוע לכאורה של עבירות פליליות בעצם ביצוע ברית המילה הן על ידי ההורים והן על ידי המוחל, להדחות.

64. אולם, יתרה מכך, אף אם ניתן תיאורטי, ובפרשנות לשונית מאולצת, לסבור כי אכן מדובר בעבירות פליליות, כביכול, הרי שנוכח כל האמור לעיל, אין מקום להורות ל"שויות אכיפת החוק על הגשת כתב אישום שכן אין כל אינטרס ציבורי בהעמדת הורים או מוהלים לדין, וזאת על פי הוראת סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982.

אשר על כן יש לדחות את טענות העותרת כלפי המשיב מס' 3.

הפגיעה בכבוד האדם

65. פרשנותו של המונח "כבוד האדם" כמו כל מושג משפטי ואולי אף יותר מכך נגזרת מתפיסות החברה והמוסכמות החברתיות שבה.

"... "כבודו" של אדם ו"חירותו" של אדם אינם נקבעים על פי תפיסה פילוסופית מסוימת... חוק היסוד הוא מסמך משפטי הקובע את אורחות חייה של מדינה יהודית ודמוקרטית"

ראר: פרופ' א. ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג' עמ' 421.

66. העותרת מציינת בעתירתה כי "המילה היא כיום אחד השרידים האחרונים של מסורת פרימיטיבית, שאינה מתחשבת כלל בזכויות האדם, המקיבלות בכל הדמוקרטיית כאישיות החברה... ואכן מכל הדמוקרטיית המילה נהוגה כיום רק בצפון אמריקה ובישראל...".

אולם, כאמור לעיל, מצוות המילה, הנקוימת על ידי יהודים (וכן על ידי בני דתות אחרות) בדחבי העולם כולו, אינה נתפסת כפגיעה בכבוד האדם, ובשום מקום לא נעשה נסיון למונעה או לצמצמה.

67. מעבר לאמור לעיל, בל נשכח כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כסעיף 1א, שהינו סעיף המטרה של החוק, מציין מפורשית:

"חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

(הדגשה שלי.ש.)

כלומר, חוק היסוד מכיר באיזון הקיים במדינת ישראל בין היותה של המדינה מדינה דמוקרטית ובין היותה מדינה יהודית. ברוח זו יש לפרש גם את דברי החקיקה, בין היתר חוק העונשין, דבר המוליך למסקנה כי במקרה דנן אין פגיעה בכבודו של אדם וכן לא מתבצעת עבירה פלילית בעצם ביצוע טקס המילה.

68. היבט עיקרי נוסף שחשבו לציין בהקשר של כבוד האדם הינו ההיבט של חופש הדת.

כאמור לעיל, הוכר חופש הדת האמונה והמצפון בפסיקה כזכות מזכויות היסוד של האדם. יתרה מכך, וכאמור לעיל, על פי גישתו של כב' הנשיא א. ברק חופש הדת מהווה אחת מנגזרותיו של כבוד האדם. כלומר, גם אם, כטענת העותרת, מהווה המילה פגיעה בכבוד

האדם, עמדה שהמשיבים חולקים עליה, הרי שבמסגרת חוק היסוד יש לאזן בין הפגיעה בכבוד האדם לפגיעה בחופש הדת.

המשיבים יטענו כי האיזון הראוי, לאור כל האמור לעיל, לאור העובדה כי חוק היסוד עצמו נועד לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ונוכח ההכרה שמדובר במצווה המקובלת על רוב רובו של העם על כל פלגיו וגישותיו, יש לקבוע באופן חד משמעי כי קיום מצוות המילה אינו מהווה פגיעה בכבוד האדם.

סיכום

69. כמפורט לעיל, שגתה העותרת בגישתה לגבי חוקיות ביצוע טקס המילה. ביצוע הטקס, כפי שהוא נתפס לאורך ההיסטוריה היהודית מהווה קיומה של מצווה, בעלת חשיבות רבה, עניינית כד כד שקיים קונצנזוס כמעט מוחלט, בקרב כל חלקי העם היהודי, המקפידים על קיום מצווה זו.

לגבי הטענות בדבר הסדרת הנושא ופיקוח עליו, הרי שלאור האמור לעיל, עולה כי המשיבים, אשר לא הוסמכו במפורש לכך בחוק, יזמו הסדר וולנטרי אשר יש בו כדי ליצור פיקוח נאות על ביצוע הטקס.

יש להיות כי בעקבות הצעדים הנושפים שינקטו עתה ישתפר אף הפיקוח ויצומצמו עוד יותר מספר הבקרים הקטו בהם נזק כלשהו.

70. מכל מקום, רעותרת לא השכילה להצביע על עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בפעולת המשיבים ועל כן דינה של העתירה להדחות.

71. אשר על כן, יתבקש בית המשפט לדחות את העתירה ולחייב את העותרת בהוצאות.

היום: ט' אלול, תשנ"ח

31 אוגוסט, 1998

יהודה שפר

סגן בכיר א' לפרקליט המדינה