

"להשאير חיים אחריך": יולד העובר מגוף הנפטרת – האומנם בכלל מקרה?

רות הלפרין-קרדי

א. מבוא

מאמר זה יעסוק במצבים משתר, אשר כמו כל מצבים משתר בתחום הרפואה, מציגים בפני הוצאות הרפואית המטפל דילמה אתית קשה. אלא שהנסיבות הנידונים כאן מעורבים "יחידה מטופלת" שוניה מן הרגיל, יחידה שאיננה "יחידה", אך גם אינה ממש זוג. זהה היחידה "אם-עובר". עצם הבחירה במונח המתאים והנכון ביותר לתיאור המושא לטיפול הרפואי במצבים אלה, כבר טומן בחובו משמעותה שהן מעבר לסמנטיקה, שיש בהן כדי להשפיע על קבלת ההחלטה הטיפולית בדילמות אתיות אלה. התיחסות למושא הטיפול כאילו מדובר בשני פציינטים, אם ועובר, כפי שאכן נעשה בדרך שבשיגורה חלק ניכר מספרי הרפואה בתחום הגינקולוגיה והמיילדות בשנים האחרונות¹, עשוייה להוליך באופן טבעי לגישה אשר תכונה כאן בהמשך "תיזות הנפרדויות", בעוד שהקפדה על התיחסות למושא הטיפול ככל ייחידה אחת, בעלת אפיונים ייחודיים²,

1. ראו, למשל, את המתיאורים המופיעים אצל ג'ון סימור (John Seymour), מן האוניברסיטה הלאומית האוסטרלית, בדו"ח שהיבורו האגדודה הרפואית האוסטרלית ומספר אגודות רפואיות אחרות, אשר בוחן בצורה מקיפה ביותר את כל ההיבטים הרפואיים, האתיים והמשפטיים המתוודרים ביחס לעובר המתפתח ברחם אמו. בין השאר, מציג סימור את תיזות ההיפרדות ואת התוצאות הגיגניות שלה לעניין שאלת זכויות העובר. סימור ואחרים מציעים על התפתחויות טכנולוגיות ברפואה בעל

גורם מרכזי אשר מאפשר ודירבן את ראיית העובר כישות נפרדת: תמנונות אולטראסאונד שמתיחסים אליהן כל "התמונה הראשונה של התינוק" חברו לצילומים התוך-דרחמיים הדрамטיים והם יוצרים דימויים של העובר כישות חייה נפרדת כבר בשלבי החפותחות מוקדים יותר ויותר (הדו"ח ראה אור בהוצאה פרטית של האגודות המזמיןות, 1995, 50). (*Fetal Welfare and the Law*, 1995, 50).

2. הניסיונות לתאר באופן מילולי אותה ייחידה הניבו לא מעט תיאורים מקוריים. איזבל קרפין (Isabel Karpin), למשל, דיברה על המושג של "not-one-but-not-two" ". ראו: I. Karpin, "Legislating the Female Body: Reproductive Technology and the Reconstructed Woman", 3 *Columbia Journal of Gender and Law* (1992), 325, at 329. במקומות אחד, שבו דנתי בכך אחר של המערכת אם-עובר העדפתית תיאור שונה במקצת. ראו רות הלפרין-קרדי, "שנתיים שהם אחת, אחת שהיא שנים: יחסם אם-עובר לשימוש בסמים על-ידי נשים הרות", *פליליים ו(תשנ"ח)*, 261.

מתוישבת עם הגישה אשר תכונה בהמשך "תיזות הקשר". הדילמה הספציפית שתידון כאן עוסקת בשאלת כיצד יש לנוהג כאשר קיימת הוריה רפואית ברורה לבצע ניתוח קיסרי באשה הנמצאת בשלב מתקדם בהריון כדי להציל את העובר, אך לא ניתן להשיג את הסכמתה המודעת של האם לכך. העדר הסכמה יכול שניבע מאי-יכולתה להביע הסכמה עקב היotta במצב של אובדן הכרה, חרדה, או מוות מוחי (חאת במבחן מסירוב ברור ומודע מצד האשה).

אחת ממטרות המאמר היא להציג דוגמ חסיבה השואב מתחום השיח הפמיניסטי, מתחום אמונה שיש לה יכול לתמוך באופן משמעוני לדילמות ביודאות בכלל, ולכלאה הנוגעות ליחסים אם-עובר בפרט. בהקשר הספציפי הנדון כאן, אנסה להראות כיצד דוגמ החסיבה התייחסותי, המבטא את האтикаה של הדאגה לזולת, יכול להוות מסגרת לדין בכל הסיטואציות של העדר ההסתכמה שהוזכרו לעיל, בניגוד לנטייה האינטואיטיבית להבחין באופן חד בין העדר ההסתכמה שמקורו שמקורו בתנודות מודעת מצד האשה, לבין מצבים שבהם בעת שלב ביצוע הניתוח מצויה האשה במצב של מוות מוחי, בין שהביעה קודם לכן התנודות מפורשת ובין שלא.³

היבט מרכזי שני מבקש להעלות בחיבור זה הוא הטלת ספק בתובנה האינטואיטיבית זו, המבקשת לעורק הפרודה חדה בין שני סוגים המקרים. דומה כי אותה תובנה שורבת את תקופתה מקורות ומחשורי דין מסוימים (אולם אפרט בהמשך); אולם מקורות הדין והקשרים אחרים עשויים להוביל לתובנה שונה לחלוין, הרואה בכל הסיטואציות שיסקרו בהמשך רצף אחד של מקרים. המשותף לרצף זה של מקרים – הן ברמה העובדחת, אך יותר מכך, ברמה הקונספטואלית – גובר על המפriad ביניהם. להשלמת הרעיון חשוב להזכיר כבר כאן, כי רצף זה כשלעצמם גם הוא חלק ממכלול של "גושא-על", קרי: יחסית אם-עובר.

מערכת יחסים ייחודית זו שבין האם לעובר, אשר אינה ניתנת להמשגה במונחים מוכרים וידועים מהקָרִים אחרים, עשוייה להעלות לא מעט מצבים רפואיים הדורשים התמודדותות אתיות, משפטיות, ובעיקר חברותיות. במקומות אחר עסكريים במצבים שבהם התנהגויות האשה במהלך העדרה לדעה על התפתחותו התקינה של העובר. מצבים מעין אלה מעורדים בדרך כלל של שאלות של התרבותות עקיפה מצד החברה/המדינה במערכות של אם-עובר, התרבותות שבאה לאחר מעשה.⁴ במאמר זה אני דנה במצבים המעורדים שאליה של

3. שני מצבים כלליים אלה יכונו להלן "סיטואציות מן הסוג הראשון" ו"סיטואציות מן הסוג השני", בהתאם.

4. התרבותות זו נועשית בעיקר באמצעות ניסיונות להגדיר את התנהגויות האשה כעבירות פליליות, כגון התעלות בילדים (תיק ראיית העובר כ"ילד" לצורך חוקי הזנתה והתעלות בילדים); או הדחת קטן לשימוש בסמים (תיק התייחסות להעברה התוקן-שיליתית כ"הדחה"); או באמצעות דיני הגנת ילדים, המאפשרים הוצאה הילד מרשות האם, בדרך כלל לצורכי אימוץ. לתיאור דרכי התרבותות השונות הנהוגות בארץות הברית ראו הלפרין-קדרי, לעיל העלה 2, עמ' 274-264.

התערבות ישרה במערכת זו, באמצעות חדירה לגוף האם לצורך הוצאה העובר.

בקשר של הסוג הראשון של הסיטואציות, נערך בעיקר בארץ-הברית, דין משפט נרחב, המתרחש גם בבתי-המשפט וגם מעל דפי כתבי-עת משפטיים ואחרים. עיקרי דין זה יודגמו להלן באמצעות סקירת פסק-הדין המנחה, הידוע בכינוי "פרשת A.C.". באוֹתָה פרשה, אשר תואר בהמשך ביתר פירוט, אישר בית-המשפט לעורורים של מחוז קולומביא, לאחר קיום דין חירום באמצעות קשר טלפוני, את החלטת השופט הטורן בערכאה התתונה לבצע ניתוח קיסרי באשה בשבוע ה-26 להריוןה אשר גסחה מסרטן, למראות התנגדות בני משפחתה הקרובים ועל אף מה שנראה היה בבירור כהתנגדות שלח לניתוח.⁵

בישראל, לעומת זאת, טרם זכה נושא זה להתייחסות מקיפה, והדין המשפטי עד כה התייחס לסיטואציות קונקרטיות בלבד, מן הסוג השני (בهنן האשה מצויה במצב של מוות מוחי). דין זה יוצג באמצעות סקירת פסק-הדין בעניין החסודה, שהוא אחד משני המקרים היחידים הידועים עד כה אשר התעוררו בישראל בהקשר זה, ואשר ניתן בו פסק-דין מكيف ומונומך.⁶ במקרה האחרון הבהיר החלטת השופט כהן, מבית-המשפט המחוזי בירושלים, בהחלטה בת מס' שורות בלבד, שלא להוראות על הוצאה עובר מרחם אשה, אשר בשבוע ה-26 להריוןה אובחנה במאזיה במצב של מוות מוחי שנגרם עקב חבלה בראשה.⁷ בפרשת החסודה, שעלתה שלוש שנים לאחר מכן, השופט בזק, גם הוא מבית-המשפט המחוזי בירושלים, אישר מראש לבית-החולמים שבו הייתה מאושפזת אשה בשבוע ה-28 להריוןה, לבצע בה ניתוח קיסרי להצלה העובר, במקרה שמצבה יידודר והוא תיכנס במצב של מוות מוחי. בנויגוד לפסק-הדין הראשון, בעניין פלונית, במקרה הווה פסק-הדין הכיל יותר ממספר שורות, והוא מבוטס-במידה רבה על מקורות המשפט העברי. בהתאם נקודת-מוצא שימוש לו חוק האנטומיה והפטולוגיה, התשי"ג-1953, המהווה את המוגרת החוקית הנכונה לנושא, ואשר גם בו אדון בהרחבה בהמשך.⁸

5. הניתוח בוצע, התינוקת שילדה נפטרה בעבר שעתיים ומחצה, ו-*A.C.* עצמה נפטרה בעבר יומיים. בהמשך, הפך בית-המשפט לעוררים, שבתו בהרכב מלא, את ההחלטה הקודמת, על אף העובדה בבחינת moot, כלומר – אקדמי, לא רלוונטי עוד לאחר מעשה. *Re: A. C.* 573 A.2d 1235 (D. C. 1990) (*en banc*); *vacating in Re: A. C.* 533 A.2d 611 (D. C. 1987).

6. תמ"א (ירושלים) 103/92 בעניין החסודה ובעניין העובר של החסודה, פסק-דין מיום 4.2.1992, לא פורסם.

7. תמ"א (ירושלים) 38/89 בעניין פלונית ובעניין ס' 68 לחוק הכלשות המשפטי והאפוטרופסות, החלטה מיום 18.1.89, לא פורסמה (להלן: ההחלטה בעניין פלונית). הרקע העובדתי ופסק הדין עצמו בפתח מאמרו של הרב יגאל שפרון, "הצלה עובר המצו בגופה של נפטרת – היבטים הלכתיים", אסיא מט"נ (תמוז תש"נ), 95.

8. ראו בחלק הרביעי להלן, תחת הכותרת "חוק האנטומיה והפטולוגיה".

בהתאם למסגרת הדיון המצוומצת יותר שבה התעדור נושא זה בישראל, יתמקד גם מאמרי זה, בסופו של דבר, בשאלת הספציפיות של הסיטואציות מן הסוג השני, בהן האם מצויה במצב של מוות מוחי. עם זאת, לצורך ביסוס התוצאות המרכזיות של המאמר, חשוב מאד להציג את הדילמה הספציפית בהקשר הכללי של ביצוע ניתוחים קיסריים ללא הסכמת האם. כפי שכבר צוין, צורה זו של הצגה של הדברים מנוגדת לעמדת המקובלת, הרואה את שני סוגי המקרים כМОובחנים בבירור זה מזה. אכן, במבט ראשון דומה כי נדרש הפרדה פורמלית – מושגית ומוסרית אחת – בין שני סוגי הסיטואציות. בעוד שבמסגרת המקרים הראשונה מדובר בקיום של שני סובייקטים נושא זכויות או אינטרסים כאלה או אחרים, הרי במסגרת המקרים השנייה, עם כניסה של האם במצב של מוות מוחי, יותר לכואורה רק סובייקט אחד. האם אינה קיימת עוד, וכך של פניו נראה כי אין כל מקום להשוואה בין שני סוגי מקרים אלה או לבחינה משותפת שלהם.

עם זאת, במבט עמוק יותר ניתן לזרות לא-מעט בקיעים בגישה הקוראת להבנה מוחלטת בין המקרים. בקיעים אלה מתחוררים הן ברמה המעשית-מציאותית, והן ברמה הפילוסופית-משפטית, כפי שאראה בהמשך. אל מול גישת הפרדה זו, אני מבקשת להציג את התיזה של הרצף שבין המקרים. גם אם בסופו של דבר ובסיומו של הדיון עדרין יותר הנthan של המות המוחי נתנו המשמעותי ביותר, עדרין יש חשיבות גדולה להציג כל המקרים יחדיו כחלק מרצף אחד, אשר גם הוא חלק ממכלול גדול יותר של יחס אמ-עובר. אני סבורה כי לדין המשותף בשלושת המקרים לדוגמא – בדיממות המשותפות והשונות אשר הם מציגים, ובהתகנות אחר התפיסות העומדות בבסיס ההכרעות ובבסיס הביקורות על הנסיבות – יש תרומה גדולה להבנה ולפיתוח אותו המכלול של יחס אמ-עובר והבנייה האימהות. מסקנת הסופית והמעשית עשויה להיות קרובה למסקנה האינטואיטיבית של הבדיקה בין שני סוגי המקרים, אך נראה כי הנימוקים לכך הם שונים לחולץ. לשוני בהנחות, ובתיאוריות שמהן הן נובעות, יש משמעות.

התפקידים אחר אותן התפקידים תיעשה מפרשפטיווה של ביקורת פמיניסטית, ובמסגרתה ינותחו החלטות וబיקורת השונות כמשמעות – ولو גם באופן בלתי-מודע – את שני המודלים המרכזיים המנחים את התייחסויות לדילמות השונות המתחוררות בהקשר של יחס אמ-עובר, אשר הצגתי כבר במקום אחר: מודל הפרדה האדורסרי, אל מול מודל הקשר.⁹ בהמשך, תוצג השאלה כיצד יש להתייחס להסדר שבחוק האנטומיה, לאור תפיסות אלה. אbehir כבר עכשו כי לדעתו בחינת רצונות ותוקף ההסדר החוקי מעניינת במיוחד, כיון שהוא מדגימה דילמה פנימית של השקפה הפמיניסטית, ובדלים פנימיים בין זרים פמיניסטיים שונים. דיון זה ידגים, וכך נראה לי, את קוצר ידם של החשיבה

הliberalit' ושל שיטת הזכוויות, בניגוד לאתיקה של הדאגה לזולות ויישומה דרך הפמיניזם התייחסותי. בסיום, נראה כיצד הפמיניזם התייחסותי, אשר בהקשר זה בא לידי ביטוי באמצעות מודל הקשר, יכול להכיל הן את ההסדר החוקי הקיימים והן את ההתנגדויות לניתוחים הכספיים במצב הראשון.

ב. מקרים לדוגמא

A.C.

אנג'ליה קארדר (A.C.), אשה בת 27 שסבלה מגיל צער מסרטן מה-העצמות, נישאה והרתה מיד, לאחר שמחלה הייתה בנסיון במשך שלוש שנים. בשבוע ה-25 להריון, גילו רופאה גידול סרטני בראיתה. במהלך אותו שבוע, ב-11 ביוני 1987, היא אוושפה ומצבה אובחן כסופני. משחללה הידורדות במצבה, הוחלט ביום ה-15 ביוני, בהסתמכתה, על טיפול שיקל על כאביה ויגביר את סיכוייה להחיזק מעמד לפחות עד השבוע ה-28, מועד שבו יתבצע ניתוח קיסרי שייעניק לעובר סיכויים טובים יותר להתקיים. בעקבות הידורדות נוספת, פנה בית-החולים למחזרת, ב-16 ביוני (בעת שאנג'ליה הייתה בשבוע ה-26 להריון) לבית-המשפט בבקשה לקבל צו שיורה לו אם לבצע לאלתר ניתוח קיסרי להצלת העובר, למروת הסכמה משתמשת בין בני משפחתה של אנג'ליה לבין הרופאים המטפלים, שלא לבצע כל פרוצדורה של לידה מוקדמת באותו שלב.

לאחר דיון של מספר שעות (שנערך בבית-החולים, מחוץ לחדרה של אנג'ליה) קבע בית-המשפט שעיל בית-החולים לבצע את הניתוח.¹⁰ בשעות אחר-הצהרים המאוחרות של אותו יום, הגיע ונណן ערעור טלפוןני, אך על אף הערכה שברור היה שהנitionה עלול ל��ר את חייה של אנג'ליה, אושר פסק-דיןה של הערכה הראשונה.¹¹ הנitionה, כאמור, בוצע. התינוקת נפטרה בעבר שעתיים ומחזה, ואנג'ליה נפטרה בעבר יומיים, ובתעודה הפטירה שלה נרשם הנitionה הקיסרי כגורם אשר זירז את מותה. פסק-דין של ערעור נהפך בעבר מספר חודשיים על-ידי בית-המשפט לערעודים, שבתו בדיון נוסף בעניין, בהרכבת מלא. הדיון להלן יתמקד בהליכים ובפסק-דין של הערכה הראשונה ושל הערעור.

קריאה הטקסט של פסקי-דין לבדם נוצר הרושם של הлик משפט מסודר ומלא, גם אם חריג בנסיבותיו ובנושא שנדון בו. עם זאת, פרוטוקול הדיון

10. בדין זה כיהן השופט סאליבן כשופט תורן, והפרוטוקול של הлик נרשם כ: Superior Court of the District of Columbia, Civil Division, No. 87-609, Hearing before the Honorable Emmet Sullivan, Assoc. J., at George Washington Hospital (להלן: "פרוטוקול הדיון הראשון").
 11. D. C. Court of Appeals (June 16, 1987), No. 87-609. יכונה להלן: "פרוטוקול הערעור".

המפורט, שנורשム לכל אורך הפרשה, מספק תמורה מלאפת במיווחד של הליך שיפוטי שנערך בתנאי חירום, ותחושת הלהץ של הנسبות עוברת כחוט השני בין כל דפי הפרווטוקול. בהקשר זה, חשוב לציין במיווחד את העובדות הנוגעות להבעות רצונה של אנגליה. בהתייעצות שהתקיימה ב-15 ביוני 1987 נתנה אנגליה את הסכמתה לעבור את הניתוח כדי להציג את עוברה (על אף מודעתה לעובדה שהניתוח עלול לגרום למותה), במקרה שהיא מדובר בניתוח לאחר השבוע ה-28 להרiona. לא היה למגרי ברור מה עמדתה לגבי ניתוח לפני נקודת זמן זו. בשלב מוקדם, לאחר החלטתו של השופט סאליבן, נראה היה כי אנגליה הביעה הסכמה לניתוח, אך לאחר מכן, בעוכחות הוצאות הרפואיות, הביעה סירוב ברור. למראות עובדה זו, השופט לא שינה את החלטתו ובהחלטתו סירב גם לשנות את תיאור המצב העובדתי המתייחס לעמדתה הלא-ברורה של אנגליה, וזאת על אף עדות הרופא המתפל, שהעיד כי רצונה המאוחר הובע בצורה ברורה בהרבה, תוך הבנה מלאה של המצב, באופן הכרחי טוב בהרבה מאשר קודם לכן. השופט העמיד את שתי הביעות הרצון (הריאונה – הסכמה מעוממת, והמאוחרת – סירוב ברור) באותו דרגת שכנוו, וחזר על דעתו שרצוניה של אנגליה למשה איינו ברור.¹² כך גם בהחלטה הכתובה לאחר המשעה.¹³ ערכאת הערוור גם היא לא ייחסה לכך חשיבות במהלך הדיון הטלפוני, ואף ציינה כי רצוניה של האם לא הייתה ברור. אחד משופטי הערוור כינה את אנגליה "אמביולנטית", וציין שהיא שינתה דעתה לפחות פעמיים.¹⁴ רק בשלב הדיון הנוסף, כאשר בית המשפט לעعروרים ישב בהרכב מלא (*en banc*), ניתן המשקל הרاوي להבעת הסירוב הברורה של אנגליה, נתיאורה מובה במלואו מתוך פרוטוקול הדיון הראשון.¹⁵

פרשת החסוויה

בעניין החסוויה מדובר היה באשה חוליה במחלה קשה, שפרטיה נאסרו לפרסום, הנמצאת בשבוע ה-28 להרiona. כאמור, בניגוד למסקרה של A.C., לא היה במקרה זה צורך דחווף בכיצוע הניתוח הקיסרי, והשאלה שהתעוררה הייתה: האם, במקרה, רצוניה של מות מוחי, רשאי להיות צוות הרופאים בבית החולים שהאם תיכנס למצב של מות מוחי, רשאי יהיה שעקב מצבה הבריאותי של לבצע ניתוח קיסרי?¹⁶ הרופאים המתפלים חשבו שעקב מצבה הבריאותי של האם, לא ניתן היה להציג בפניה את הדילמה, ולכן לא פנו אליה, אלא אל בית-המשפט בבקשת לקבל החלטה מראש. את הבקשה הם ביסטו על חוק הכלשות המשפטית והאפטורופסיה, התשכ"ב-1962, אולם, כאמור, השופט בזק קבע כי

.12. פרשת A.C., פרוטוקול הדיון הראשון, ראו הערתה 10 לעיל, עמ' 57-58.

Misc. No. 199-87. Opinion of Emmet G. Sullivan, J. (16 June, 1987). .13

.14. פרשת A.C., פרוטוקול הערוור, ראו הערתה 11 לעיל, עמ' 61.

in Re. A.C., 573 A.2d 1235 (D. C. 1990). .15

.16. פרשת החסוויה, ראו הערתה 6 לעיל, עמ' 2.

מכיוון שהשאלה נגעה למותה העתידי של האם, חוק האנטומיה והפטולוגיה, ולא חוק הנסיבות המשפטיות והאפוטרופסיות, הננו דבר החקיקה הרלוונטי לעניין.¹⁷ חוק קבלת דעתם של הרופאים בעניין העדר האפשרות לבורר ישירות את רצונה של האשה, השופט הכריע כי הרופאים רשאים יהיו לנתחה אם מצבה יידדרך כאמור.¹⁸ את הכרעתו הוא ביסס על סעיף 6 ג' לחוק, הדן בהוצאה עוברת מגופתה של נפטרת, על אף שמצוין שחו索ר קיומו של "כל גורם היכול או המוסמך להכריע בשאלת ילוד העובר", הוא זה שהביא את העניין לבית-המשפט. שאלת הרלוונטיות של רצון האם כלל לא נבדקה.¹⁹

רצף של מקרים, או הבחנה חדה בין חיים למוות? כפי שכבר נאמר, דומה כי הצגת כל המקרים של ניתוחים קיסריים ללא הסכמת האשאה כרצף מתמשך אחד (תפיסה שתכונה להלן: "תיזת הרצף"), מבלי ליצור הבחנה חדה בין כל המצביעים שבבם האשאה עדין תהיה בין מצביו פוסט-מורטם (תפיסה שתכונה להלן: "תיזת ההבחנה/ הפרדה"), היא מהפכנית ועשוייה לעורר התנגדות אינטואיטיבית מצד המתבוננים מן הצד. זהה אכן תגובה מובנתה, המבוססת על ניתוח משפטי מופשט של נתוניים רפואיים "יבשים" ומונוטקיים מכל הקשר. לעומת זאת, קרייה עמוקה של תשובותיהם ועמדותיהם של אלה אשר היו מעורבים באופן ישיר בדילמות מעין אלה, כגון בני משפה, מגלת באופן מפתיע עמדות מנוגדות לחולstein, הסותרות את המסקנות האופרטיביות הנובעות מתיזת הבדיקה. הניסיון להבין את פשר התשובות האלה, המשותפות ליותר ממקרה אחד, מחזק, לדעתי, את התיזה הרואה בכל המקרים האלה רצף מתמשך אחד. מעבר לרמה רגשית זו, תיזת הרצף המוצעת כאן נשענת, לדעתי, על נימוקים נוספים כבדי משקל: גם ברמה המעשית, לאחר בחינה מדוקדקת של פרטי האירועים השונים שנסקרו לעיל, לא ניתן להימלט מן ההכרה בקיומה הנטיתית הכל-כך בולטות בין המקרים, כאשר לאאפשרות התפתחותם של המקרים, בצורת מעבר ממצב החיים למצב המוות, יש השלכות של ממש על עמדותיהם של המקורבים ושל מקבלי החלטות. ולבסוף, ברמה היותר פילוסופית-משפטית, הגישה הרואה במותה המוחי אידוע מכريع לעניין מעמדו המוסרי של האדם, נתקלת בקשיים ממשמעותיים לנוכח התחום האנלוגי לזה שלנו, קרי: תחום תרומות האיברים לצורכי השתלה.

נפתח בהתייחסות למשורר הרגשי, המבוטא בתשובותיהם ובדבריהם של בני משפחות אשר מצאו עצמם בדיימה טרגית מעין זו. הן בפרשת A.C. והן בפסק-הדין בעניין החסוויה נרשמו פרוטוקוליים של ההליכים השיפוטיים, המאפשרים לנו הצעה אל עולם הפנימי של הנוגעים בדבר, מעין ניסיין

17. שם, עמ' 7-8.

18. שם, עמ' 3-8.

19. שם, עמ' 3.

להתחקות אחר הבנתם הסובייקטיבית את הנושא והצורה שבה הם קוראים את המתרחש.²⁰ דומה כי הדבר הבולט יותר מכל הוא העדר אותו היגיון מופשט, מקבל את מותה הצפוי של האם כנחות, וכפועל יוצא מכך מעמיד מיד את העובר כיחסות נפרדת, חזקה וראוייה להגנה מצד הסביבה החיצונית. במקום זאת, התהוויה היא שבני המשפחה אינם מפנים מותה הצפוי של האשאה רואת השלבותיו, וברור שאים מבחנים או מפרידים בין קיומה/אי-קיומה של האם לבין קיומו/אי-קיומו של העובר. במיחוד מפתיעה מידת הדמיון, כמעט הזהות, ברצונלייזציה ובהנמקות הניתנות על-ידי בני המשפחה הקרובות בשני האירועים – שהתרחשו למרחוק חמיש שנים זה מזה, משני עברי האוקיינוס. על אף ההבדל הגדול בשיטת הדיון השיפוטי בשתי הפרשיות, הבאה לידי ביטוי בראש ובראשונה באורך העצום של פרוטוקול הדיון בפרשת C.A. לעומת פרשת החסוויה, ובמידת הפורמליות המשפטית המופרצת שלילוותה את הדיון בפרשת A.C. והגעה כמעט לכדי מחזה מעולם האבסורד – בולטות בעוצמתן, בנחישותן ובמצוקתן, שתי תשובות. בפרשת A.C. הייתה זו תשובתה של הגב' סטונר, אמה של אング'לה; ובפרשת החסוויה הייתה זו תשובתו של אישת.

בתשובה לשאלתו של עו"ד סילבستر, שיצג את אング'לה, כיצד ניתן להבין את הסכמתה של אング'לה לקבל טיפול רפואי משככות כאבים, שידעה שעוללות להזיק לעובר, ענתה אמה:

הסיבה היחידה שהיא הסכימה לזה בכלל, זה משומש שהיא חשבה שהיא תחיה ותזכה להחזיר את התינוקת, על אף שהיא ידעה שהיא סופנית. היא חשבה שהיא תהיה כאן...

ובהמשך, בתשובה לשאלותיה של הגב' מישקין, שמנתה לאפוטרופוס על העובר, שבקשה להבין מה יעלה בגורל העובר העשויל להיולד, אמרה הגב' סטונר:

א. היא הייתה שרצתה את התינוקת הזאת כדי לאחוב אותה. היא אמרה שהיא רוצה מהו שהיא לגמרה שלה.

ומשנשלה על אפשרות של מסירת התינוק לאימוץ, ענתה:

היתה מוכנה לטפל בתינוקת הזאת. בשום אופן לא הייתה מוסרת אותה לאימוץ. הייתה עושה כל מה שאני יכולה, אבל אנחנו לא רוצחים אותה. א. רצחה את התינוקת הזאת. זאת הייתה החינוך שלה. שתמונות התינוקת יחד אתה (מר קארדר [אישה של אング'לה]: בבקשה... היא שלה).²¹

20. הפרוטוקולים של הדיונים בפרשת A.C. הנווילידי במסגרת חומריהם שנלמדו בסמינרינו, שנtan פروف' ג'י צץ בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל, בשנים 1990-1991, ומצוים בקובץ המקורות לקורס. פרוטוקול הדיון בעניין החסוויה הגיע לידי מאת ד"ר כרמל שלו, ותודתי נתונה לה על-כן.

21. פרשת A.C., פרוטוקול הדיון הראשון, ראו העלה 10 לעיל, עמ' 35-37.

בפרשת החסוויה, במיללים כמעט זהות, לאחר שדחה מכל וכל את האפשרות למסור את התינוק שייולד לאימוץ, הוסיף אישת השחיטה – מבלתי שנשאל כל שאלה ספציפית: "היא רצתה את הילד כדי שהיא לה משחו משלה, אינני סבור שהיתה מעלה על דעתה שהילד לא יהיה שלה. אם היא לא תחיה אז אין ערך שהילד יהיה...".²²

חשיבות כמובן, לו כור, כי בשני המקרים הדיון בשאלת **ביצוע הניתוח הקיסרי** התקיים בעת שהאשה-האם הייתה בחיים, במצב הכרחי כזה או אחר. חשוב עוד לזכור כי בפרשת A.C. השאלה שנדונה הייתה **ביצוע הניתוח לאלהר**, מבלתי להמתין להידדרות הצפואה במצבה של האשה, לאחר שניתוח פופט-מורטם הרגע על-ידי הרופאים כחסר סיכויי הצלחה עבור העובר.²³ לעומת זאת, בפרשת החסוויה נדונה שאלת **ביצוע הניתוח כשאלת עתידית**, למקורה שאכן מצבה של האשה יידרדר לכדי מוות מוחי, תוך שמירת התפקוד של מערכת הלב-דריאה.²⁴ למראות זאת, בולט הדמיון בין התגובה והרצינוליזציה של בני המשפחה בשני המקרים, ובולט בעיקר העדר התיחסות לגורם המוות של האשה כגורם מכירע.²⁵ כך, למשל, בני משפחתה של אינגילה לא סייגו את התנגדותם בגין של זמן, ככלומר, בקוו גבול שמעבר לו עמדתם עשויה להשנות. התנגדותם כלל לא התבessa על זכותה של אינגילה, כאדם חי, לסרב לקבלת טיפול רפואי כלשהו, זכות שלכארה לא תהא קיימת לה עוד לאחר מותה. נהפוך הוא; הנימוק להנגדות תקף לכארה ללא כל קשר לקיומה או לא-קיומה של האשה בעת קבלת החלטה. הוא נשען על קשר מטפיסטי מסוים שבין האם לעובר, הקאים מעבר לניסיבות הרפואיות המידיות של אותו רגע. וכך גם התיחסותם של בני משפחת החסוויה בפסק-הדין בעניינה. קרייה סובייקטיבית זו של המצביעים הטרגיים, מבטאת את המשותף להם וזוהקת לשולמים את הגורם המבדיל ביניהם.

22. פרוטוקול הדיון בעניין החסוויה, עמ' 6.

23. כך ציין השופט סאליבן בהחלטתו: פרוטוקול הדיון הראשון, ראו הערתה 10 לעיל, עמ'

49; וכן גם לובנה השאלה על-ידי ערכתה הערעור, פרוטוקול הערעור, ראו הערתה 11

לעיל, עמ' 62.

24. קיימ珂ונצנווט בקהילת הרפואית, שבנסיבות מוגדרות ניתוח קיסרי לאחר מוות מוחי הנו מושך ובעל סיכויי הצלחה סבירים.

Charles E. Weber, "Postmortem Cesarean Section: Review of the Literature and Case Reports", 110 *Amer. J. Obstet. Gynec.*, No. 2 (May, 1971), 158-165;

Meyer Vitsky, "Cesarean Section on the Dead and the Critically Injured", 90 *Am. J. Obst. and Gynec.*, No. 1 (September, 1964), 17-21; William Dillon, et al.,

"Life Support and Maternal Brain Death During Pregnancy", 248 *JAMA*, No.

9 (September, 1982), 1089-1091.

25. יובהר כי אין אני טעונה שנודם זה לא היה שיקול מרכזי בהנגדותם העקרונית

לניתוח. ההיפך הוא הנכון. אלא שלדים, נראה כי לא הייתה כל משמעות לשאלת אם

יקירתם הייתה לפני "קו המוות" או אחריו. הדבר המשמעותי היה ההכרה ברעיון המוות

עצמו, ונקודת הזמן ביחס אליו לא הייתה עקרונית.

תגבות אלה של בני המשפחה, החושפות את עולמן הפנימי ואת הבנתן הסובייקטיבית את המציאות שנכפתה עליהם מצטרפות לגורסה מושלמת, השונה לחלווטין מן הגירסה המסופקת לנו בחלק הדיווחי של פסקי-הדין. יש בнерטיב זהה פרשנות אחרת, אולי אף מנוגדת, לנסיבות המורכבות של המציאות הטרוגית. במסגרת הדיונים השיפוטיים במרקם השוניים, וכן במסגרת הדיונים המשפטיים המשורתיים שסבירו אותם, לא ניתן עד כה די מקום לאותם נרטיבים מנוגדים. דחיקתם אינה מפתיעה, כמובן, אלא מתyiשבת עם המגמה המקובלת של דחיתה האישית והפרטיקולרי והעדפת העקרוני והמוספט. ²⁶ בהכללהם של נרטיבים מעין אלה במסגרת הדיון הנורטיטויי, אני מבקשת לא רק להביא את הביקורת הפמיניסטית המקובלת על מתודת השיח המשפטי hegemonic, אלא גם להציג בקשר שלנו על החשיבות המיוודדת שיש לדעתינו לנרטיבים המודחקים ולתובנות שניתן לגלות בהם.

באותה הדגשה חזרה ונשנית בשני המקרים מצד בני המשפחה, שהעובד הרופאים ביקשו ליילד "שייך" לאם, היא רצתה בו, הוא "שלה", ובCLUDידה אין כביכול טעם להולדתו, טמונה לדעתינו משמעות عمוקה מאוד. אין היא מבטאת רק חרדה אישית של בני המשפחה מפני א'יהוודאות והסיכון הטמון בהלן בלתי-שיגרתי מעין זה. היא מבטאת גם הכרה עמוקה באותו קשר יהודי ומיהודי שבין האם לעובר, שבנסיבות הפסיכיות-הטרוגיות שאליהן נקלעו אותם בני משפחה, היא הביאה אותם לקבל החלטה רגשית קשה. ההחלטה זו נתפסת מן הסתם כמנוגדת למה שמתחייב מבחינה משפטית וاثית בנסיבות מעין אלה, אך ניתן, לדעתנו, לעגן אותה במודל חשיבה עצמאי, שאותו אפתח בחלק הבא, וזאת גם אם בסופה של דבר, לפי אותו מודל חשיבה עצמו, ניתן – ואולי אף ראוי – להגיע להחלטה אחרת. ²⁷

היבט נוסף של הנרטיבים האלה הוא בהמחשתם את הקירבה הנسبטיבית בין שני המקרים, הבאה לידי ביטוי בעצם ערכית הדיון השיפוטי במצב דומה מאוד מבחינה רפואי, ועוד יותר מכך: באותה פרשנות דומה של הדילמה מצד בני המשפחה, פרשנות אשר מטשטשת לחלווטין את הנחות המכريع וה מבחין לכארה של המות המוחי. ²⁸ טשטוש הגבולות מגיע גם מן הכוון ההפוך לחלווטין, של הסמכות השיפוטית. כך, למשל, עולה מפרטוקול הדיון בפרשת A.C., כאשר הדרך שבה פירוש השופט סאליבן (שהיה צורך, שופט הערכה

Patricia A. Cain, "Feminist Legal Scholarship", 77 *Iowa L. Rev.* (1991); .26 Thomas Ross, "Despair and Redemption in the Feminist Nomos", 69 *Indiana L. J.* (1993-94), 101; Katharine T. Bartlett, "Feminist Legal Method" (1990), in K. Bartlett and R. Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory* (Boulder, Co.: Westview Press, 1991), 370.

.27. ראו להלן, בסוף החלק הרביעי.

.28. ראו את הדיון בטקסט שלאחר העראה 24 לעיל.

הראשונה אשר דנה בפרשה) את עובדות המקרה ביןו לבינו, מצביעה גם היא על הקירבה הנسبית בין הסיטואציות השונות, וממחישה את ההשלכה המיידית שיש לסייע אציה האחת על האחרת. דברים אלה עולים בבירור מתוגבתו של השופט לדברי עו"ד סילברט, בדבר המות הודיאי הצפוי לאנגליה בעקבות הנитוח שגופה לא יעמוד בו. באופן הישיר והבוטה ביותר ענה לו השופט סאליבן: "היא עומדת למות, מר סילברט".²⁹

מוותה הצפוי והבלתי-מנע תוך שעות, כפי שהבין זאת השופט סאליבן, הודגש עלי-ידייו חזר וחדges הן בהחלטתו בעלייה בסיום הדיון בבית-החולים, והן בהחלטה שפרסם לאחר מכן בכתב,³⁰ וגם ערכאת הערעור הדגישה את טווח חייה הקצר לעומת סיכון היישרדות של העובר.³¹ פרופ' ג'ורג' אנאס (George Annas), רואה בהכרת בית-המשפט בסמיכות הנسبות בין שתי הסיטואציות גורם מרכזי בהחלטתו, באומרו כי בית-המשפט הבין, לפחות ברמה האינטלקטיוית, שלאחר מוותה ניתן להתייחס לאשה כאלו "מכל דום"³² (inanimate container). ולפיכך ביסס את ההחלטה על כך ש: "...גב' ק. הייתה חשובה כמו שהיא ולא הייתה לה עוד "בריאות" שאפשר להקריב".

פרשנות זו של פרופ' אנאס מחדדת את הקשר שבין שתי הסיטואציות, ומצביע על השפעה היירה שיש להבנה הנורמטיוית של הסיטואציה האחת (הבנייה שאינה בהכרח נכונה לפי התיזה של מאמרי הנכח) על האתרת.

חיזוק נוסף לתיזת הרצף ניתן, כאמור, לשאוב מן התחום האנולוגי של השתלות האיברים. האנלוגיה לנושא תרומות איברים לצורכי השתלה אכן ברורה מאוד ומתבקשת מלאיה. בשני המקרים מדובר בחתurbות כירורגית משמעותית בגופו של אדם אחד לטובת אחר (אדם/עויפר). האנלוגיה שכיחה ביותר בכתבה האקדמית בנושא³³ ומזכירה גם בפסקת בתיה.

.29. בית-המשפט, בהגoba לדברי עו"ד סילברט (עו"ד של אנגליה), עמ' 43 בפרוטוקול. Superior Court of the District of Columbia, Civil Division, No. 87-609, Hearing before the Honorable Emmet Sullivan, Assoc. J., at George Washington Hospital (16 June, 1987).

.30. Misc. No. 87-199. *Opinion of Emmet G. Sullivan, J.* (16 June, 1987). שמוותה הוא בלתי-מנע, ציין השופט עוד כי גם איכות החיים שנותרה לה היא ירודה ביותר בغالל התרופות לשיכוך הכאבם, המאפשרות את השימוש במכונת ההנשמה כדי להאריך את חייה הקצריים מילא.

.31. *in Re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. App. 1987). סוף פיסקה I לפסק-הדין, וטקסט לאחר ה"ש 5 לפסק-הדין.

.32. George J. Annas, "She's Going to Die: The Case of Angela C.", *Hastings Center Report* (February/March, 1988), 23, 24-25.

.33. ראו, לדוגמא: Janet Gallagher, "Prenatal Invasions & Interventions: What's Wrong with Fetal Rights", 10 *Harvard Women's Law Journal* (1987), 9, 26-28; Seymour, supra note 1, at 84-89. המלאכותיות משתמשים לעיתים באנלוגיה לתחום האיברים, כאשר נכונות

המשפט.³⁴ השימוש באנלוגיה זו נפוץ במיוחד בהקשר של הסיטואציות מן הסוג הראשון, כאשר האנלוגיה היא לתרומות איברים מן החיים. ההסתמכות על כך שלא יתכן לכפות על אדם "لتתרום" איבר, ولو גם לצורך הצלה חיים של אדם הקרוב לו, אפילו אין אף תורם מתחאים אחר בנסיבות,³⁵ יוצאת כמובן טעונה חזקה מאוד נגד כל אפשרות לכפות ניתוח קיסרי על אשה המתנגדת לכך. אך גם בהקשר של הסיטואציות מן הסוג השני יש מקום לעזרך אנלוגיה, והפעם לתרומות איברים מן המת, ככלומר ממי שמצוין במצב של מוות מוחי. אנלוגיה זו היא מקובלת פחות,³⁶ גם משום מיעוט ההתיחסות לסטואציות אלה בכתביה ובמחקר הביו-אתיκה,³⁷ אך לדעתי יש בה כדי לתروم באופן מסוומי לדין הנוכחי.³⁸ בדומה לנושא הדיון הנוכחי, גם הנושא של תרומות האיברים מתייחס למצבים שניים צדי "קו המות", ויש מקום לבחון כיצד המערכת הנורמטיווית משנה את התיחסותה

האשה לשאת את הרוין עד חומא, או במילים אחרות – לספק את גופה לצורכי התפתחות העובר – מושווות לנכונותו של אדם חי לתרום איבר לצורכי הצלה חי אדם אחר. כשם שלא תיתכן תרומה איברים בכפייה, כך אין לכפות על האשה לשאת את הרוין בנויגוד לרצונה, או במילים אחרות – אין למנוע ממנה את הזכות להפסיק את הרוין. ראו: Judith J. Thomson, "A Defense of Abortion", 1 *Philosophy & Public Affairs* (1971), 47. Cass R. Sunstein, "Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)", 92 *Columbia L. Donald P. Judges*, "Taking Rev. (January 1992), 1, 34. Care Seriously: Relational Feminism, Sexual Difference, and Abortion", 73 *North Carolina L. Rev.* (1995), 1323-1480. בהשוואה בין התגנות הרוין, חלק מהליך ההולדה הטבעי, לבין פרוצדרות השתלת האיברים פרי פיתוח הרפואה המודרנית.

34. ראו *in Re: A.C.* 573 A.2d 1235. נאמר שם בעמודים 1243-1244: "In the same vein, courts do not compel one person to permit a significant intrusion upon his or her bodily integrity for the benefit of another person's health".

35. ראו הערא 24 לעיל. בין היחידים שמתמודדים ישירות עם הסוגיות האתניות הכרוכות בניתוח קיסרי לאחר המוות, ומקרים בהקבלה שבין סוגיה זו לבין הנושא של נטילת איברים מגופתו של אדם זה הוא: Erich Loewy, "The Pregnant Brain Dead and the Fetus: Must We Always Try to Wrest Life From Death?", 157 *Am. J. Obstet. Gynecol.*, No. 5 (November 1987), 1097-1101.

36. מעניין לציין כי חיזוק לאנלוגיה זו מתאפשר דווקא מן הרובד החקיקתי. חוק האנטומיה והפטולוגיה, התשי"ג-1953, מתייחס לניתוח קיסרי להוצאה עובר מרחם נפטרת כחריג לניתוחים שלאחר המוות הדורשים פרוצדורה מיוחדת של בירור עמדת המשפחה, ומעניקים משקל מכריע לעמדת המקדמת של הנפטרת – אם היא ידועה, ודין בו באותו סעיף שבוណ נושא הוצאה איברים מן המת לצורך השתלחת אחר. דין מפורט בחרג הווה בחוק ראו בחלק הרביעי, להלן.

לתהליך תרומת האיברים בשני המצבים. שינוי התייחסות עשוי ללמד על המשמעות המיווחסת לקו הגבול של המות המוחי.

כאמור, תרומת איברים מ אדם חי מחייבת תמיד הסכמה מודעת מצד התורם, ולוולם לא ניתן לחיבר אדם לתרום איבר בעבר אדם אחר. אילו נבע האורך בקבלת הסכמה מודעת רק מכבוד התורם כ אדם חי, הזכה לשלהות הגוף ולאוטונומיה עצמית, ניתן היה להניח שלאחר מותו הצורך בהתייחסות כלשהי למיד של הבעת רצון או הסכמה מצד התורם יהיה מיותר. והנה, חלק ניכר משיטות המשפט בעולם המערבי מחייבות הבעת הסכמה מוקדמת של התורם לתרומת איברים לאחר מותו, ובכל מקרה מאוחדות שיטות המשפט השונות בכבוד התנגדות מוקדמת מצד אדם להוצאה איברים מגופתו לצורכי הצלת חי אחר.³⁸ על פשר העמدة הנורמטיוית זו אנסה לעמוד בהמשך,³⁹ אך כבר בשלב זה ניתן לומר כי "קו המות", אם כך, איננו מהו גבול נורמטיווי שמננו ולהלאה אין עוד משמעות לרצון האדם (במובן של הסכמה או התנגדות מוקדמת). אותו קו איננו מייצג מעבר חד בין קיומו של אגד זכויות או אינטרסים לבין העדרו המוחלט. הוא איננו מסמן סיום של מעמד מוסרי מסוים לאוთה ישות שהיתה קודם לכן אדם חי. המשפט מיחס משקל להבעת עמדת האדם ביחס לגופו לאחר מותו. את ההשוואה הישרה שניתן לגוזר בין תוכן העמدة הנורמטיוית ביחס לתרומת איברים לאחר המות וביחס לנימוחה קיסרי לאחר המות אפתח בהמשך. מכל מקום, בשלב זה נראה כי האנלוגיה בין שני התחומים האלה מסייעת להיזת הרץ, וזאת בביקורתה על הניטין לעורק הבחנה ברורה בין הסיטואציות על בסיס קו הגבול של המות המוחי.

קריאה פמיניסטית של פסקי הדין

גישה הבדיקה, שאני מבקרת, מבקשת להציג רושם של מצב דברים ברור מאוד, של "שחור ולבן" מוחלטים. לפי גישה זו, החיים הם תנאי הכרחי לייחוס מצבור זכויות או אינטרסים לאדם, הנעלם באופן אפקטיבי מן הרגע שבו האדם מוגדר כמוני במות מוחי. ניתן לראותה כחלק משיח הזכויות הרוחה במשפט, שהוא אחד המאפיינים המובהקים של מה שמכונה לעיתים *legal liberalism*,⁴⁰ אשר אחד מאפייניו הבולטים – המהווה גם אדן ביקורת מרכזי על שיח זה – הוא ההתקדמות הבלתי בפרט נושא הזכויות או החובות, תוך התעלמות מוחלטת

38. סעיפים 6 ו-6א לחוק האנטומיה והפטולוגיה, התשי"ג-1953, ס"ח 134. ראו גם: Paul Ramsey, *The Patient as Person* (New Haven: Yale University Press, 1970), 198-215; Theodore Silver, "The Case for a Post-Mortem Organ Draft and a Proposed Model Organ Draft Act", 68 *Boston University Law Review* (1988),

681.

39. ראו להלן, בטקסט העמוד להערות 81-78.

40. ראו *Judges*, לעיל הערא 33, עמ' 1326.

מן ההקשר שבו מצוי אותו הפרט.

בקשר הנוכחי, של מערכת יחס אם-עובר, יש לשיח הזכיות ממשמעות מיוחדת, היות שהוא משמש במסגרת קונספטוואלית שמננה התפתחה אחת משתי התיזות המרכזיות לchapisetta המערב של אם-עובר. הכוונה היא לתיזות הנפרדות, שמננה נובע מודל ההפרדה האדורסרי, התופס את האם ואת העובר כשתי יישויות נפרדות זו מזו, הניצבות לעיתים זו מול זו.⁴¹ מודל זה הוא שיפק את הבסיס המשפטיאלי-כלאורה ונתן לגיטימציה לניסיונות לנוקוט סנקציות פליליות נגד נשים הרות שחרגו מסגרת ההתנהגות הרצוייה-חברתית במהלך ההריון.⁴² אל מול מודל זה ניצב מודל הקשר, התופס את האם ואת העובר כיחידה אחת, יהודית, אשר אינה ניתנת להMSGה בכל דרך מוכרת מהקשרים אחרים.⁴³ גישה זו מעוגנת בكونטקט, היא מתייחסת אל המערכת, ורואה בקשרים הנבנים והקיים מוקד ראוי לגיבוש התיחסות נורמטיוית, לפחות כמו – אם לא יותר – אל הפרטים המצויים באוחה מערכת ובאותו קונטקט. במידה מסוימת של פישוט,⁴⁴ גישה זו מייצגת את הפמיניזם התייחסותית-תרבותי (relational feminism) (ethics of care) והמתחבר לאתיקה של הדאגה לוזלת (ethics of care) ומציג אותה כמשכלה-נגד לשיח הזכיות של הליברליזם המשפטי.⁴⁵

כיצד באים מודלים אלה לידי ביטוי בפרשנות המרכזיות אשר נדונו בהקשר של המאמר הנוכחי? דומני כי פרשת A.C., העשרה בטקסטים שיפוטיים ואחרים, מספקת כר נרחב להתחקיות אחר הסב-טקסט והמודלים העומדים בבסיסו. אין ספק כי התבטאותיו של השופט סאליבן (הערכה הראשונה) ושל ערכאת הערוור, המדגישות את מצבה הסופני של האשה לעומת גיל העובר והעובדה שהוא מצוי בשלב החיוןיות (vitality), שנקבע על-ידי בית-המשפט העליון בארהות-הברית בפרשת Roe v. Wade⁴⁶ כשלב בהריון שמננו ולהלאה יש למדינה אינטרס לגיטימי בשמירה על הפוטנציאל של חי העובר,⁴⁷ מבטאות

.41. ראו הלפרין-קדדי, הערת 2 לעיל, עמ' 287-293.

.42. שם, בעמ' 270-273.

.43. ראו הערת 2 לעיל; וראו שם, עמ' 293.

.44. על ההתחבות בנוגע לבניין הרואי ראו שם, עמ' 299, הערת 173.

.45. לדין על היחס בין הפמיניזם התייחסותי למודל הקשר ראו שם, עמ' 302-303.

.46. 410 U.S.113 (1973).

.47. שם, עמ' 163-164. הולכה שנקבעה שם קבעה, בנסיבות, כי את תקופת ההריון יש לחלק לשולשה טרימסטרים: בטרימסטר הראשון גוברת זכות האשה לפרטיות, וממנה נגזרת זכותה להפסיק את הריוונה לפי שיקול דעתה ללא כל התערבות מצד המדינה; בטרימסטר השני יכולת המדינה להסדיר את נושא הפסקת ההריון ורק לצורך הגנה על בריאות האשה, מבלי להתערב עצמה החלטה על הפסקת ההריון; בטרימסטר השלישי, החופף את שלב התפתחות העובר שמננו ולהלאה הוא בעל חינויות (בהתאם להתחווות הרפואיות שהוא בעת מתן פסק-הדין). רשאית המדינה להסדיר ואף לאסור הפסקת הריוון כדי לקדם את האינטרס הלגיטימי שיש לה בפוטנציאל החיים של העובר, אלא אם כן הפסקת ההריון נחוצה לשם הגנה על חי האשה ובריאותה.

היטב את שיח הזכויות. ראוי להזכיר כי תחילה של פרשת A.C. מבינה משפטית נועצה בישום פורמלי של שיח הזכויות ברוח זאת.⁴⁸

גם בפרשת החסוכה ניתן למצוא מקרים דומים. ניתוח ברוח שיח הזכויות ניתן לראות בדבריו של פרופ' שנקר, שנקר לספק עדות מומחה בפרשת החסוכה מתוקף תפקידו כמנהל מחלקת נשים וילדות בבית-החולים שבו אושפזה, בהשתמשו בביטוי ה"זכות לחיות" שיש לעובר, וככפי שכחוב השופט בזק בפסק-דין: "הפרופ' שנקר ציין כי מדובר בעובר שיש לו חיים ויש לו זכות לחיות".⁴⁹ השופט בזק אכן מבסס את החלטתו על הזכות המשפטית להיולד, הקימת לעובר, לפחות בשלב כה מתקדם של ההריון, הגוברת על השיקולים הנוגדים, אותן הוא מפחית ומצמצם לכדי הסיכון הקיים "אם יהיה [העובר] יהיה למעמסה על בני המשפחה שיתקשו לגדרו ללא האם, או... שהיילוד יהיה פגום במידה מסוימת".⁵⁰ אין בדבריו כל התיחסות לאותו נרטיב שונה, שבני משפטת החסוכה ניסו לבטא. הבנתו של השופט את גירסת בני המשפחה

48. כזכור, הרופאים המטפלים באנג'ליה הסכימו ביניהם לכבד את משלאות בני משפחתה ולא לבצע כל ניתוח לילוד העובר. כך עולה מן התרשומת שערוך ד"ר המנכ' בבוקר יומן הדיוון המשפטי והניתנות, 1987, 16.6.1987, (30:8 בבוקר). ד"ר המנכ' היה הרופא אשר טיפול באנג'ליה מאז שהופנתה לייחידה להריון בסיכון-גבוה בבית-החולים על-שם ג'ורגי וושינגטונ, ובאותה תרשומת תיעד את ההחלטה, שקיבל במשותף עם ראש מחלקת נשים וילדות בבית-החולים. הפרשה התעוררה עם התערבותה של המחלקה המשפטית של בית-החולים, כפי שתיאר זאת הרופא המטפל: "[...]because of a gestational age of 26 weeks and a potential viability of the fetus".

16.6.1987, 10:00 בבוקר.

49. פרוטוקול הדיוון בפרשת החסוכה, לעיל העירה 20, עמ' 2; פסק-הדין בעניין החסוכה, ראו העירה 6 לעיל, עמ' 9. על הקשר הבורור הקיים בין הפרקטייה הרופאית לבין היוזרות מודל הנפרדות, ראו הלפרין-קדרי, ראו העירה 2 לעיל, עמ' 289 והערות 122-124, שם.

50. פרשת החסוכה, שם. ראוי לציין כי אין השופט מחעםת עם אי-ההתאמה הקיים לכואורה בין זכות העובר לחיות, הגוברת לדבריו על החשש מפני מום מולד, לבין האפשרות החוקית לבצע הפסקת הריון משיקול של חיש למומ מולד, הקימת גם בשלב כזה של ההריון, לפי סעיף 3(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר אינו מב Hin כל בין שלבי ההריון השונים. ראו בהקשר לכך הוראות משרד הבריאות המצוירות בחדור שירות רפואי רפואה, חזר מס' 76/94 (28.12.1994) הכליל הנחיות להפעלתן של וודות על-אזוריות להפסקת הריון מעל שבוע 23 להריון. מנתוני משרד הבריאות עולה כי סעיף 3(א)(3), הדן במום גופני של העובר, הינו סיבה רשאית לכך 17.5% מן האישורים להפסיקות הריון שניתנו בשנת 1994, ראו על כך ב:

State of Israel, Combined Initial and Second Report of the State of Israel Concerning the Implementation of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) (1997, authored by Dr. Ruth Halperin-Kaddari), 157-158.

מצומצמת לרמת החרדה מפני הסיכון הקיים במצב הקשה, אשר גם אותה הם שידרו, ואין בהבנתו שום הכרה באפשרות שבאותן הנסיבות של בני המשפחה קיימים רובד עמוק יותר, אין בה רמז לتفسת הקשר הייחודי הקיים בין האם לעובר. אחת מן הדרכים לבטא קשר זה, בנסיבות הפסיכיות של אותה פרשה, הייתה יכולה להיות בחינת רצונה המובע או המשוער של האם. עניין זה כלל לא עליה בדבריו של השופט בזק. כזכור, הוצאות המטפל בחסוויה קבוע שלא ניתן להציג לה את השאלה ובכך לעמוד על רצונה, מאחר שעצם הצעת השאלה עלולה להזיק לה ולפגוע ביכולתה להראות על חיה.⁵¹

נקודה זו מביאה אותנו להיבט שנראה לי כצורת הביטוי החריפה ביותר של גישת הפרדה – הן במובן ההפרדה בין הסיטואציות והן במובן ההפרדה בין האם לעובר – והוא ההסכמה הכללית לגבי איזהצגת השאלה לחסוויה עצמה, אשר הייתה, כאמור, קומפטנטית לחלוין וכשירה לקבל החלטות לגבי המשך הטיפול. דומה כי ההחלטה המוסכמת על הכל, שלא לשתח' את החסוויה בשאלת טרגדית זו, החלטה אשר תבונתה ורציותה לא הוועדה בספק על-ידי איש מן המעורבים בפרשה, מבטאת באופן מובהק את התפיסה הרואה בקוו המות את הגבול לקיום של אינטרסים שנייתן לייחס לפרט, ומובן גם אינה מכירה בקיומה המובחן של המערכת אם-עובר, כיחידה בפני עצמה, אשר עשוי להיות לה מימד מסוים של המשכיות גם לאחר מות האם.⁵² התראות כאן מעין תהליך מוקדם של איזון האשה, על סמך איזונה העתידי כתוצאה ממותה הצפוי. הבהרות הדברים בצורה כזו חוות בפסק הדין אותו איזון מוחלט של האשה, כמו גם איזון של מכלול הרצונות, האינטרסים והזיקות שייתכן

51. פסק הדין בעניין החסוויה, ראו העורה 6 לעיל, עמ' 3 (פירות הרכע העובדתי).

52. כאן בולטת לעין איזההתאמה נוספת בגישה ובהנמקה שמציג השופט בזק: לפי ניתוח הזכויות ופירוט השיקולים הנוגדים שהו מציג, לא ניתן ליחס כל משקל להבעת רצון מוקדמת לכך או לכאן מצד האם. במקרים אחרות, הדגשת השופט בפתח פסק הדין, בדבר איזהאפשרות לברור את דעתה של החסוויה, היא תמהוה, ולמעשה מיותרת, לפי הנמקת פסק הדין בהמשך, שכן משתמש ממנה שגם אילו ה.biעה האם התנגדות ברורה, עדין לא היה מקום להתחשב בכך, לאור גיבושה של זכותו הגוברת של העובר לחיים. הטענה זו מקבלת חיזוק מכיוון אחר, פוזיטיויסטי למד. במצבים אחרים, בהם לא ניתן, מסיבות של חוסר קומפטנטיות של החולה, לעמוד על רצון החולה עצמו, מתקבל להשתמש בדוקטורינת "הSHIPOT החלופי" (substitute judgment), הגורסת כי על בית המשפט להחליט כפי שהיא החולה עצמה מחייבת בנסיבות העניין, אילו היה בעל כושר והבנה לכך. [ראו ר"ע 86, 698/151, 184 היוזץ המשפט נ. פלוני ואח'; אלמוני חספי נ. פלוני ואח', פ"ד מב(2) 661, בעמ' 677; Re A. C. 15, לעיל העורה 15]. בית המשפט מנסה לעמוד על דעת החולה באמצעות שמייעת עדויות בדבר עמדותיו ביחס לדילמות רלוונטיות, באמצעות הנסיבות קודמות היכולה לשפוך אוור על המצב הקיים; הוא מנסה למפות את האינטרסים והשיקולים המרכזים אשר הנחו את החולה עד כה בקבלה החלטות, ועוד. כך היה צריך לנקט גם בפרשת החסוויה, משנתקבל על דעת הכל – באופן פטרנלייסטי ושגוי, כאמור – כי לא ניתן להציג לה עצמה את הדילמה

শμօσιפim להתקיימם במובן מסוים גם לאחר מותה. לכל אלה פסקידין זה לא הותיר כל מקום.

אם בפרשת החסיטה ניתן להציג על סב-טקסט של הפרדה, בפרשת A.C. הסב-טקסט מרחוק לכת עוד יותר, עד כדי המשגה של קונפליקט בין האם לעובר. השימוש בשיח הזכויות המובה לעיל מבטא למעשה הנחה של התנגשות בין זכויות נוגדות. קרייה זו של הדברים מתבהרת הרבה יותר כאשר מול עמדותיהם של משפטני בתי-החולים ומול הנמקת שני פסקידין הראשונים מועמדים דבריו של ד"ר מוסקו, רופאה האישית של אנגליה, אשר טיפול בה לפני אשפוזה בבית-החולים ע"ש ג'ורג' וושינגטון. למרות העובדה שהוא טיפול בה באופן שוטף תקופה ארוכה לפני אשפוזה בבתי-החולים, והוסיף להיות מעורב בטיפולה גם במהלך אשפוזה שם, לא נקרא ד"ר מוסקו להיעד במהלך הדיון השיפוטי שהביא לביצוע הניתוה הקיסרי. בתצהירו, שנמסר לערכאה הראשונה לפי בקשת בית-המשפט להתעדכן בהתחSTITUTE הנוספות באותו פרשה לאחר מתן פסקידין, מבירר ד"ר מוסקו כי אילו נקרא להיעד היה טען נגד ביצוע הניתוה, על שום היותו פוגע במצבה של אנגליה ובSciCi של שיפורו. ד"ר מוסקו הצהיר כי לפי דעתו, אנגליה לא הייתה במצב סופני, במובן של חוסר כל SciCi של התאוששות. לדבריו, גם לדעת הרופאים המתפלים האחרים, היה לאנגליה SciCi לשיפור המצב ולהמשך ההריון, ולפיכך:

טיפול נגד טען בגין ק. כדי להאריך את חייה ואת הרוינה, ולא ניתוח קיסרי כפוי, היה מגדיל למסימום את SciCi של גב' ק. לשרוד בטוחה הזמן המיידי ואת SciCi העובר לשרוד בטוחה הזמן הארוך; במיללים אחרות, לדעת, לא היה כאן שום קונפליקט אמר עובר מלכתחילה...⁵³

דברים אלה של ד"ר מוסקו מבטאים תפיסה בסיסית של העדר קונפליקט, המיתרגמת לנקייתתו קו של טיפול רפואי הרואה נגד עניין את היחידה אם עובר מתוך כוונה להטיב את מצב המרכיב האחד דרך השני. הדברים של בני משפחותיהם של שתי הנשים, אשר צוטטו בהרחבה לעיל,⁵⁴ מבטאים תפיסה עמוקה עוד יותר של אותו קשר ייחודי בין האם לעובר. בדבריה של הגב' סטונר, אמה של אנגליה, ובדבריו של אישת של החסיטה, בדבר היוות העוברים "שלhn", מהזהדים דבריו של פרופ' דורוקין:

העובר שלא אינו סתם "בתוכה" כמו חפץ דומם, או משהו חי אך זו שהותל בגופה.

הטרגית. אילו אכן סבר הוצאות הרפואי-סוציאלי וסביר בית-המשפט כי היה משקל לעמדתה ולדעתה של האשה עצמה, פתוחה הייתה הדרך, כאמור, לנקט אותה דוקטורינה שמאפשרת לייחס לה דעה באמצעות השיפוט החלופי. אלא שכן, באופן תМОה, משנתקבלה אותה החלטה בדבר אי-האפשרות לעמלה עם הדילמה, נסתם כביכול הגולל על התייחסות אליה כאלו גורם רלוונטי בדיימה.

Jeffrey A. Moscow, M.D., *Affidavit* (5 November 1987). 53

54. ראו לעיל, הטקסט הצמוד להערות 22-21.

הוא "ממנה" והוא שלה יותר מאשר של כל אדם אחר, הוא יצרתה ובאחריותה; הוא חי בזכות שהיא נתנה לו חיים.⁵⁵

אין הכוונה לתפיסה פשוטנית של "שוויות", במובן של בעלות משפטית, אלא לשוויות מופשטת, שمبرטה תלות פיזיולוגית פשוטה יחד עם זיקה מטפיזית שהיא מעבר לשיח של זכויות המניפה נשאי זכויות נפרדים וווטונומיים. כפי שכבר נאמר, התבטאותיהן של בני המשפחות יוצרות נרטיב בפני עצמו, העומד בנגד נרטיב שהרכיב את פסק הדין שנבחנו כאן. זהו נרטיב המאמץ את נקודת המבט של האשה-האם, ומנסה לשקף את חווית הרין והקשר עם העובר כפי שהאשה ההרה תפסת אותה. תפיסת חווית הרין של האשה מנוקדת מבטה שלה עומדת בנגד גמור להמשגת המערכת אס-עובר במנוחים של ידיבות ושל זכויות נוגדות.⁵⁶ המיציאות הנשיות מתבטאת בתפיסה של אחדות מורכבת, המכירה בהיות האם והעובר קשורים ללא-הفرد.⁵⁷

אין ספק כי המקרים שנבחנו כאן מספקים שני קולות שונים, שני נרטיבים העומדים בנגד זהה זויה, ומיצגים את שני המודלים המרכזיים להMSGת הקשר אס-עובר. נראה גם שיש קשר בין כל אחד מן הנרטיבים-המודלים האלה, לבין השאלה שנבחנה קודם לכן: מהי ההתיחסות הנכונה למקרים השונים, המציגים עובדתית שתי סיטואציות מרכזיות שונות. האם מדובר במקרים מוחנים לתלויין זהה, או ברצף של מקדים? הבדיקה בין המקרים תואמת בהນוקותיה ובגישתה את "תיטת הפרדה והיריבות", הנובעת מישח הזכויות של הליברליזם המשפטי; לעומת זאת, התίזה אשר הוצאה כאן, אשר כונתה "תיטת הרצף", מתיישבת היטב עם מודל הקשר. הדבר בולט במיוחד כאשר בוחנים את הרטוריקה המשותפת למקרים השונים אשר בחנותי קודם, ואשר עליה גם ביסטי את "תיטת הרצף". זהה, כפי שהראיתי בהמשך, רטוריקה של קשר

55. R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion and Euthanasia* (London: Harper Collins, 1993), 55.

56. כפי שהבהירתי בהקשר אחר, "שיח של זכויות משפטיות מחמיאן את המיציאות של יישות אחת בתוך זולתה, שתים שנן אחת, אחת שהיא שתיים, כאשר הישות האחת תליה לחלוין באחרית, עם זאת השפעתה של כל אחת מהן על האחורה יכולה להיות כה מוחלטת, לא כל הקבלה במערכות יהסים אחרות. וזה מציאות של קשר הדדי מורכב וייחודי, ששיח של זכויות הבוסט על הנחה של נשאי זכויות נפרדים וווטונומיים אינו מסוגל להתאים עצמו אליה. מציאות זו היא מציאות נשית, ששיח הזכויות מנתק ממנה למעשה". ראו הלפרין-קרדי, לעיל העלה 2, עמ' 291, וראו גם האסמכתאות המובאות שם.

57. כלשונו של ג'ון סיימור (John Seymour), מן האוניברסיטה הלאומית האוסטרלית, בדור"ח אשר תואר בהערה 1 לעיל. חלק מרכז בפרויקט זה הפס הדין בניסיון לבגש את המונח הרاوي ביותר להMSGת מערכת היהודים הייחודית זו ולביס עליון את המגראת התיאורטית המתאימה לפתרון הדילמות השונות המתעדירות במסגרתה. המונח אותו הציע סיימור בספרו של הדין הוא, כאמור, *indivisibly linked*.

המשמשת אנטיתיזה לשיח הזכוות.

בעבר כבר עמדתי על כך שרטוריקת הקשר היא פועל יוצא של הפמיניזם התייחסותי, על ביקורתו הקשה כלפי אידאות הנחות היסוד של הליברליזם המשפטי למציאות החיים הנשית, על אימוץו את תיזת ה"קול השונה" של המוסריות הנשית, ועל הדגש הרוב המשמש בו על הווייתן ה"מקושתת" של הנשים, כאשר חווית ההרין משמשת "אם טיפוס" (prototype) לכך.⁵⁸ הדיוון הנוכחי, המתמקד בהקשר שונה של בחינת המערכת אס-עובר, נותן חזוק נוספת למסקנה זו, גם מתוך הקשר השונה, וגם מתוך הראיה הבלתי-שיגוריתית שנחפפה לכך.

אלא שגם לאחר איתור העוגן התיאורטי הנכון לטעמי, עדין נשאלות הקשורות במעשהיות ביותר, במובן של איתור הפתרונות הנכונים לדילמות המתעוררות בסיטואציות השונות, בדומה לאלה שנבחנו כאן. דומה כי מודל הקשר, כפי שהוא בידי ביטוי בפרשנות שנדונו כאן, מביא לתוצאה שלמרות כל הגמינות התיאורטיות, נראה לא-אפשרה לקבלה. האומנם זהה המסקנה היחידה היכולה לנבוע מאיום מודל הקשר? האם לא ניתן להגיע, דרך מודל הקשר עצמו, גם לתוצאה שמתইשת עם תחשות המוטר האינטואיטיבית? בהחלט יתכן כי קיימות דרכים אחרות לפתח את מודל הקשר, בשונה מן הדורך שבו ביטאו אותו בני המשפחה במרקם שנדונו כאן.

לצורך התמודדות עם השאלה העקרונית זו, א ניחה למקרים הספציפיים אשר נדונו עד כה, ואעבור לבחון את השאלה בהקשר הרחב יותר, של ההסדר החוקי הקיימים בנושא בישראל. כפי שהבהיר בתחילת דבריו, אתמקד בהסדר הקיימים לגבי הסיטואציות מן הסוג השני, דהיינו, סעיף 6ג לחוק האנטומיה והפטולוגיה, התשי"ג-1953.⁵⁹

חוק האנטומיה והפטולוגיה

"הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח לעניין חוק זה". זו לשונו של סעיף 6ג לחוק האנטומיה והפטולוגיה, אשר הוסף לחוק

. 58. ראו הלפרין-קדורי, העלה 2 לעיל, עמ' 303, ובמיוחד הציגות הסמור להערה 188 שם,

מתוך:

Robin West, "Jurisprudence and Gender" (1988), in K. Bartlett and R. Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory*, (Boulder, Co: Westview Press, 1991), 201-202.

. 59. באשר לסתואציות מן הסוג הראשון, נראה כי לפי ההסדר החוקי הנוכחי בחוק זכויות החולה, התשנ"ז-1996, אין כל אפשרות לבצע ניתוח באשה ללא הסכמתה. גדר המקרים המדוינים בסעיף 15 לחוק, הוזן בטיפול רפואי ללא הסכמה, מצומצמת לנסיבות בהן נשקפת סכנה חמורה למטופלת עצמה, בהתאם להגדירות המונחים בסעיף 2 לחוק, או נסיבות בהן מצבה הגופני או הנפשי של המטופלת אינו מאפשר קבלת הסכמה מדעת (ובהתמלא תנאים נוספים המפורטים שם). אין להעלות על הדעת הסמכות על חריג זה בנסיבות המקרים שבסתואציה הראשונה.

בשנת תשמ"א, במסגרת התקון המקיים, אשר הסדיר את היבטים החוקיים של נושא תרומות האבירים לצורכי השתלה. סעיף 6 ג' מהוות למעשה מעין exclusionary rule, כלומר, ככלומר, הוראה חריגה, המוציאה את מקרי הניתוחים הקיסריים שללאחר המות מכלל הניתוחים שלאחר המות הנדונים בחוק. בניתוחים אלה נדרש פרוצדורה של מתן הודעה לבני משפחת הנפטר לצורך בירור עמדתם, וכן מוענק לגבייהם משקל מכריע להבעת התנגדות או הסכמה מוקדמת מצד הנפטר.⁶⁰ אם כן, משמעות סעיף 6 ג' היא כי בשונה מיתר הניתוחים הנדונים בחוק, במקרים המיוחדים של ניתוחים קיסריים שלאחר המות, אין צורך בידוע בני משפחת הנפטרת, אין החוק מעניק כל ממשמעות לעמדתם, ויתר על כן, אין כל הוראה ביחס לבירור דעתה המוקדמת של הנפטרת.

עם זאת, יש לזכור כי אין החוק נוקט עמדה נורמטיוית ביחס לצורך, או לחובה, לבצע את ההליך יוצאי הדופן, תרתי משמע. כל אשר החוק משמעו הוא פטירת ההליך הזה מפרוצדורות ההודעה ובירור הרצונת והעמדות של הנוגעים בדבר. ניסיון להתקנות אחר "כוונת המחוקק" ביצירת חריג מגלה באופן מפתיע כי הוראה זו כלל לא הופיעה בהצעת החוק, ונוספה לו רק במהלך הבאתה לקרואיה שנייה ושלישית בכנסת.⁶¹ ההיסטורייה החקיקתית אינה יכולה, אם כן, לשפוך אור על הסיבות להתייחסות השונה לניתוחים אלה.

במבט ראשון, ההתייחסות השונה זו מוקמתה. מדובר נבדל הניתוח לצורך יליד עובר מכל ניתוח אחר להוצאה איבר לשתלה? פרוצדורות ההודעה וההתחשבות ברצון הנפטר ובני המשפחה מלמדות בbiror על הכרת החוק באינטראנס של האדם בגופו גם לאחר מותו ועל כיבוד רצונו המת והמשפחה. מדובר תיוזד הסיטואציה הזאת מכל שאר המקרים שבהם נדרשים איברים לצורך הצלת נפשות?⁶² יתר על כן, בתשובה לטענה הצפוייה – בדבר הייתו של הניתוח הזאת חריג "עצמםطبعו", ולכן לא ניתן להשוותו לשום הлик אחר המוסדר בחוק – ניתן להעלות על הדעת סיטואציה היפוטטית למדי, אך מקבילה כמעט לאלוتين, של איש שמת מות מוחי, ולבו נדרש לצורך השתלה בלבד ללא השתלה ימות

60. ראו סעיף 6-א לחוק.

61. ראו בד"כ התשמ"א, עמי' 674: "ניתוספה בחוק הצעה פרי יוזמתו של חבריה הכנסת זאב כ"ץ ולפיה הצלת עובר או ילוד מנפטרת מותרת, ואני מבורך אותו על שהסביר את תשומת-לבנו לעניין זה" (ח"כ דוד גלס, שהציג את התקון המקיים לחוק).

62. ההתייחסות השונה לאשה הינה בחוק האנטומיה והפטולוגיה מעורדת אוטואציה ל- exclusionary rule דומה מאוד בחוקים המסדרים את נושא ה"צוואות מחיים" (living wills) במדינות שונות בארץ-הברית. בחלק לא מבוטל מהחוקים אלה קיימים סעיפים המוציאים את האשה הינה מכלל בני-האדם. הובאים לכך שרצונות המוקדמים יכובד בעת שלא תהיה להם עוד אפשרות להביע רצון. סעיפים אלה קובעים למעשה מעשה כי ה"צוואה מחיים" לא תהא תקפה במצבים בהם המצווה היא אשה הינה. סעיפים אלה לא עמדו עד כה, למיטב ידיעתי, לבחן קונסטיטוציוני, אך בספרות המשפטית נפתחה עליהם לא מעט ביקורת. הנקודת החשובה לעניינו היא כי הביקורת מאוחדת בעמדתה נגד אותם

תיק שעות.

אין ספק כי במקרה כזה יש הכרח לנתקוט הליך של מסירת ההודעה וכיבוד עמדת הנפטר ובני המשפחה, קבוע בחוק. במקרה של נפטרת הרה הוא החיריג היחיד לחוק, לפי סעיף 6ג. מדובר זהו במקרה היחיד שבו אין לנפטרת הזכות לשלוט על גופה לאחר מותה?⁶³ אם נשוב לרגע לאוותה סיטואציה היפוטטית מקבילה שתוארה לעיל, נראה כי הטיעון המוסרי לביצוע הניתוח במקרה ההוא חזק בהרבה מאשר במקרה של הניתוח הקיסרי, שהרי במקרה היפוטטי מדבר בנסיבות חיים קיימים, בעוד במקרה הנדרון של ניתוח קיסרי מדובר בחים פוטנציאליים בלבד.⁶⁴ ובכל זאת, זהו במקרה היחיד שבו אין החוק מצריך בירור עמדת הנפטרת ובני משפחתה ואינו מעניק לעמדותיהם כל משמעות. דומה שקשה להשתחרר מן התהוושה, שבבסיס הפיכת הסיטואציה של האשה

חוקים שמחייבים את הד-rule exclusionary rule על כל אשה הרה, מלבד להתייחס כלל לשלים השונים בתקופת ההריון. הטענה היא לחסור עיקיות משוער בין זכותה העקרונית של האשה להחלטת על הפסקת הריונה עד תום השלישי השני להריון, לבין שלילת זכותה למצוות מראש על קצור חיים (ובכך לגזם, כמובן, גם להפסקת ההריון) באותו מקרים אליהם מתייחסו הצוואות החיים, מרגע כניסה להריון. עם זאת, מן הביקורת שבפרטות משתמע כי אין היא מושדרעת גם על הגבלת תוקפה של הצוואה מחיים לגבי אשה המצוייה בשליש השלישי להריון, כך שהעובד שברחמה עבר את שלב החיים (viability). ראו על כך, למשל: Janice MacAvoy-Snitzer, "Pregnancy Clauses in Living Will Statutes", 87 *Columbia Law Review* (1987), 1280-1300; Elizabeth Carlin Benton, "The Constitutionality of Pregnancy Clauses in Living Will Statutes", 43 *Vanderbilt Law Review* 1821-1837. (1990) כפי שנראה בהמשך, גם בהקשר הנוכחי, של הוצאת העובר מגוף הנפטרת, יש מקום לשים את התפתחות העובר בעת ההכרעה האם לבצע את הניתוח גם אם המשפחה, או אף הנפטרת לפני מותה, הביעו התנגדות לכך. ראו סעיף 6א(ב) ו-6א(ד), לפיהם התנוגדות הנפטר בחומו לביצוע ניתוח לצורך הוצאה 63. איברים להשטרה לאחר מותו היא מכרצה.

לא כאן המקום להיכנס לשאלת הפילוסופית-ቢוריאתית-משפטית של ראשית החיים. נראה לי שגם אם מדובר בשלב מתקדם של ההריון (בין שקו הגבול הוא שלב החיים לבין שהוא מצור בנסיבות אחרות), שבו לדעת רבים ראוי העובר לקבל – לצרכים מסוימים – מעמד מוסרי כשל בנ-אנוש, עדין קיים הבדל מוסרי בין אדם חי. לעניין זה ניתן להזכיר את המשנה באלהות, פרק ז, משנה ו: "האשה שהיא מקשה ליד, מהתchein את הولد במעיה ומוציאין אותו איברים-איברים, מפני שחיה קודמין להיו. יצא רבו – אין נוגעים בו, שאין דוחים נפש מפני נפש". רשי, בפירושו למקרה בתנזרין עב-עיב (המתייחסת למשנה הנ"ל) מפרש: "דכל זמן שלא יצא לאור העולם לאו נפש הוא ונינת להרגנו ולהציל את amo, אבל יצא ראשו, אין נוגעים בו להרגנו, דהוה ליה כילוד ואין דוחין נפש מפני נפש". ומכיוןיה של שיטת משפט אחרת להלוטין, ראוי להזכיר כי בפרשת *Roe v. Wade* עצמה, בה נקבע בשלב החיים נition כקו הגבול, עדין התייחס בית המשפט לאינטראש שיש למדינה בשםיה על "פוטנציאל החיים" של העובר, המצדיקה את הגבלת ההפולות בטרימסטר השלישי של ההריון.

ההרה לחריג במסגרת הסדר הניתוחים שלאחר המוות, עומדת התפיסה שהווצאה עובר מرحם אמו, על מנת להעניק לו חיים, שונה מהווצאה כל איבר אחר, כדי להציל חיים של מי שנזקק לאותו איבר, משום שהענקת חיים היא הפונקציה הטבעית של האשה. במקרים אחרות, יש כאן ביטוי לתפיסה האשה ככלי להבאת ילדים לעולם. لكن אין זה בכלל ניתוח אחר, אלא משחו "טבעי" ורגיל, שאינו דורש התחבשות והליך מיוחד, ושאינו מצדיק הקנייה מעמד לאשה והתחשבות בדעתה לגבי.

בקריאה זו של הדברים מהדורים דברי ביקורת דומים שהשמי פروف' סנסטין (Cass Sunstein) בהקשר המובהק של הדיון בכישורי ההולדת של האשה – הקשור הפלות המלאכותיות. סנסטין מציג את שתי העמדות הקוטבויות ביחס להפלות המלאכותיות – העמדה האוסרונית, הרואה את הפסקת הריוון כמעשה הריגה ואף רצח – לעומת העמדה המתירה, המדמה את הפסקת הריוון לאידי התגוייסות לטובת הזולת, ומסכם כך:

ליתר דיוק, אנו עשויים לשער שהפסקת הריוון נטפסת כהריגה ולא כאיד-הסכמה להtaguisot רק משום שהריוון ולהלידה נחפשים כתפקידו הטבעי של נשים...⁶⁵

מהמשך דבריו עולה כי איסור על הפלות מלאכותיות מהוות, לדעתו, אפליה על בסיס מין לא רק משום היותו מכבד על נשים בלבד, אלא מפני שיש בו משום גושפנקה חוקית להקצתת-תקדים שונה לגברים ולנשים, אשר נוגשת בנסיבות האזרוח של הנשים והופכת אותן לאזרוחות מדרגה שנייה.⁶⁶ איסור הפסיקות הריוון, בדומה להתייחסות השונה לנפטרת הרה בנושא דיווננו הנוכחי, מבוסס על דעתן קדומות ביחס לתפקידו הטבעי של הנשים, ככלי להבאת ילדים לעולם.

בכך מציג פروف' סנסטין עמדה דומה מאוד לעמדה המוכרת יותר, של פروف' תומסון (Judith Jarvis Thomson) ("A Defense of Abortion", במאמרה *the Right to Abortion*⁶⁷). בחיבור פילוסופי זה, שהתרפרס שנתיים לפני מתן פסק-הדין בפרשת *Roe v. Wade*, הציגה תומסון עמדה ברורה, החושפת את איסור הפלות המלאכותיות כהסדר משפטי מפללה. תומסון עושה זאת באמצעות ניתוח ליברלי קלסי: איסור הפלות המלאכותיות עומד בסתייה להעדר דרישת

65. ראו *Sunstein*, הערת 33 לעיל, עמ' 35.

66. בדומה לאחרים, גם בהקשר להפלות המלאכותיות משתמש סנסטין באנלוגיה לתרומות איברים מן הגוף או לתרומות מוח עצמות, בהדגשו את הימנעות המשפט מלכפות על הזרה תזרומה כזו להצלחת חיילו, ומסכם כך: "יתרנו של האנלוגיות – עירוי דם או השתלות מוח-עצמם בכפייה – הוא בכך שהן חושפות את הדעה שהפסקת הריוון היא הריגה, ולא איזודה, בעיקר בגלל סטריאוטיפים חוקתיים בלתי-קבילים על תפקידו הטבעי או הרואו של אשה" (שם).

ראו על כך גם אצל *Judges*, הערת 33 לעיל, עמ' 1366, הערת 135.

67. ראו *Thomson*, הערת 33 לעיל.

מוסרית מצד אדם להקריב מבריאותו, מן האינטראסים שלו, ממאוויו וכיו"ב, אפילו למשך תשעה חודשים, כדי לשמר על חי אדם אחר; וזהו החיריג היחיד לכל המשפט ששל העדר חובת הצלת הזולות.⁶⁸ מעבר לכך, היא דוחה את הטיעון שהסתכמה לקיום ייחסי מין מוגעת מן האשה לתבע זכות להפסקת הריוון שנבע מכך. היא מדמה את הסיטואציה הדואת להשארת חולון פתוח עלי-ידי אדם, דבר שאינו מונע ממנו לאחר מכן לסלק מן הבית פולש שנכנס דרך אותו חולון. במילים אחרות, הסתכוות מרצון, לטענה, עדין אינה מצדיקה הטלת חבות על המסתכן/ת כאשר הסיכון מתממש.⁶⁹

עמדתה של תומסון נחשבת להציגה מובהקת של הפמיניזם הליברלי, והיא קוממה עלייה לא רק את מתנגדיה ההפולות המלאכותיות, אלא גם את הצדדים בורמים האחרים של הפמיניזם – הזרם התייחסותית-התרבותי והזרם הרדיקלי.⁷⁰ לצורך הדיון הנוכחי, חשוב לנו הביקורת מן הכוון של הפמיניזם התייחסותית-התרבותי. Umdeha ביקורת זו חולקת על נקודת המוצא של תומסון, המבקשת לדמות את מסגרת היחסים אם-עובד למערכות יחסים אחרות קיימות בעולם המשפט, ולהסביר מן התייחסות המשפטית אל מערכות כאלה אל התייחסות המשפטית הרואה גם בהקשר הנוכחי. הטענה נגד התיאוריה של תומסון היא על היות שבוייה ככלי החשיבה הליברלית המערבית הקלסית, דבר הגורם לה להיות מנתקת לחוטין מן המציאות, ובמיוחד מן המציאות הסובייקטיבית כפי שהיא נחוות עלי-ידי הנשים עצמן. היא גוזמת להציג האם והעובד כשתי יישויות נפרדות, אדוודריות זו לזו, ובכך תומכת בעקיפין במודל האדוודורי של יאסי האם-עובד, על השלכותיו הקשות, ומהמיצאה את משמעות הקשר הייחודי שיוצר את היחידה אם-עובד. האנלוגיה המדמה את העובר לפולש צד, שהפכה להיות מפורסמת, מסמלת בענייני המבקרים והמבקשות מן הזרם הזה את שיא הניתוק ואף האטימות ביחס למיציאות הנשית. במאמר מעניין, המגן על חירותו הולדת הדוקא מן הזווית של הפמיניזם התייחסותי, אומר פרופ' גידג'ס (Donald Judges):

מואלץ ומלאוכתי לתאר את העובר כזור בסכנה ואת האשה ההרה כניצבת מנגד... השוואת העובר לפורץ פרועה אף יותר. המהלים האלה, המרכזים כל-כך לטיעון של תומסון, נסמכים על סוג ההפשטות מן החיים האמתיים שתומכי הפמיניזם התייחסותי

68. שם, עמ' 61-63.

בשם מדינה בארץ זו לא מחויב גבר לפי כל חוק שהוא להיות ולו גם "שומרוני הגון במידה מינימלית" כלפי כל אדם שהוא... לעומת זאת, ברוב המדינות... נשים מחויבות על פי החוק לא רק להיות "שומרניות הגנות במידה מינימלית" אלא "שומרניות טובות" כלפי בני-אדם שלא נולדו, הנמצאים בתוכן.

69. שם, בעמ' 57-59. ראו גם Judges, 1343-1343, ובמיוחד ה"ש 71; סנסטיין, לעיל הערת 33, עמ' 32-33.

70. לסקירה חמוצית של זומיים אלה ראו הלפרין-קדרי, הערת 2 לעיל, עמ' 297-301.

יוצאים נגדו, ובצדק.⁷¹

לرتיעת הפמיניזם ההיסטורי מון הדימויים הזרים יש כמובן גם השלכה משפטית. אולם דימויים המשמשים את תומסן בביבטוס הטיעון בדבר העדר כל חובה של הסתכנות בעבור הזולות או לצורך עזרה לזולות, משמשים אותה גם ביחס בין האשה לעוברה. דחית הדימויים האלה כזרים למציאות, ובמיוחד להתגנות הנשית, מחזקת את ראיית הקשר אם-עובר כמערכת יהודית, השונה מכל המערכות האחרות, כאשר אחד ממרכיביה הוא קיומה של חובה כזו, שואלי אינה קיימת בהקשרים אחרים.

האמת היא שהמשפט דוקא מכיר באפשרות קיומן של חובות מסווגים כאלה בהקשרים מסוימים, אשר המשותף לכולם הוא קיומו של קשר תלות בין הנזק לסייע לבין הנדרש לסייע. בראש הקשרים אלה עומדים קשרי הורים-ילדים, אשר גם אם אין מוטלת במסגרתם חובה משפטית של הסתכנות פוזיטיבית, ודאי שכרכוכות בהם חובות ממשמעותיו ביותר של דאגה והקרבה עצמית.⁷² הנקודה המשמעותית לעניינו אינה דוקא שאלת קיומן או מהותן של חובות אלה בהקשר הורים וילדים או בהקשר של אם-עובר, אלא הטלת ספק בתיאוריה כגון זו שמצוינה תומסן, המתעלמת לחולות מאמיות בסיסיות אלה.

הבעיה המרכזית בתיאוריה של תומסן, כמו גם בעמדת שהוצאה לעיל, המבקרה את הוראת סעיף 6 לחוק האנטומיה אצלנו, היא בהנחה היסוד בדבר היתכנות ההשוואה בין הקשר אם-עובר לבין הקשרים אחרים המוכרים למשפט.⁷³ בעיה עמוקה עוד יותר היא שההשוואה מנוטה בכך שתמיד הקשרים הגברים משמשים כמודל להקשר הנשי. בעניינו הורר בולט במישר: איתה דוגמא היפותטית שהובאה לעיל דנה באינטילית איבר להשתלה מאב, שהתנגד לכך לפני מותו, גם כאשר הדבר נדרש לצורך הצלת חייו ילדו. ברמה הפהות קונקרטית, המודל הכללי לעניינו הוא הסדר הנושא של השתלת האיברים כולם, היוכל להיחשב לנושא "גבר", או לפחות לאודווקא "נשי", לצורך העניין. הוא זה, המשמש כמודל לטענה הביקורתית שהובאה לעיל, שתמציתה היא שאין

.71. ראו *Judges*, הערכה 33 לעיל, עמ' 1364.

.72. השוו שם, עמ' 1366.

.73. שם, עמ' 1367; וראו גם: Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, New York: Foundation Press, 1988), 2nd ed. 1356.

הבעיה שבירוס שתי הגישות היא שהן מנוטות להתאים את מערכת היחסים שבין אשה הרה לבין העובר שהיא נושאת אל המשבצות שנטבעו, כדי להתחמזר עם בעיות משפטיות אחרות. איןנו משים התקדמות של ממש בהשווותנו את הפסקת ההרין למחדל שאין עמו אשמה או להrigga מוצדקת ממש כשם שלא היינו משים התקדמות אלו השווינו זאת לחוק הרbesch, שהיא מנסה למקם את העובר במסגרת של מוחנים, בניירות ומטייגי גבול תוך-רחמים. מערכת היחסים בין אשה לעובר היא יהודית; היא דורשת ניתוח משפטי יהודי.

להשלים עם כל הבדיקה בין ההסדר הכללי של נטילת איברים לצורכי השתלה לבין הוצאת עובר מוחם נפטרת. לפי אמות המידה של השוויון הפורמלי שבפמיניזם הליברלי, זהה, למעשה, דוגמא מובהקת לניתות.⁷⁴

הפמיניזם התייחסותי, הדוחה בדרך שבשיגורה את אימוץ הדפוס הגברי של החשיבה האוטומיסטית ואת קבלת המודל הגברי כמודל הקובלע לצורכי השוואה,⁷⁵ מקבל בכך משנה תוקף, בהישענו על ייחודיות ההקשר הנדון, ובהצבעו על הסתירה הזועקת שבין הנחות היסוד האוטומיסטיות-אוטונומיסטיות העומדות בבסיס החשיבה הליברלית לבין ההוויה הקישורית המוחודה של יחידת האס-עובר. בכך הופך סעיף 6 לדוגמא מעניתה במיוחד לערמות הפנימי שבתווך הפמיניזם, בין הפמיניזם הליברלי לפמיניזם התייחסותי-קישיורי. במקום אחר כבר עמדתי על כך כי מבחינה מושגית, אין בכוחו של הפמיניזם הליברלי, על זיקתו למודל האדוורסרי,⁷⁶ לתפוס ולבטא את המורכבות של מערכת היחסים שמדובר בה, וכי הפמיניזם התייחסותי, על מודל הקשר הנובע ממנו, הוא הרלוונטי ביותר להקשר שהוא דנים בו. כפי שאמרתי שם, "הדבר כמעט מובן מאליו, שהרי הקשר זה, בעצם הגדרתו, דין במערכת יחסים ובקשר מסווג מיוחד. לא זו בלבד, אלא שמצב ייחודי זה של הריוון אף שימוש דוגמא מובהקת לבניית התיאוריה של הזרם התייחסותי-התרבותי בדבר נטייתן של הנשים להיות 'מחוברות' ו'מקושדות' יותר מאשר הגברים, ולדוחיות הנחות-היסוד של המצע הליברלי".⁷⁷

את הביקורת על סעיף 6ג, הנשענת על השוואה בין הסיטואציה שנדרנה בו לבין סיטואציות של הוצאת איברים לצורכי השתלה, ניתן לדוחות לא רק תוך שימוש בתיאוריות פמיניסטיות היוצאות נגד דפוסי החשיבה של הפמיניזם הליברלי, כפי שעשיתי עד כה, אלא גם תוך הטלת ספק בבסיס הפילוסופי והאתי להשוואה בין אותם המצבים. כאשר נערכות השוואות בין ניתוחים קיסריים, הנכפים על האמ החייב למרות התנגדותה, בין איד-כפיה הוצאה איברים מן החיים לצורכי השתלה בכל מצב שהוא, ברור שהערך שמקשים להגן עליו הוא אוטונומיה האדם על גופו, המיתרגמת לאי-פגיעה בשלמות גופו ללא הסכמתו.⁷⁸

74. ראו הלפרין-קדרי, הערא 2 לעיל, עמ' 303-304.

75. ראו שם, עמ' 299-300; וכן ראו המקורות המאזכרים בהערה 26 לעיל.

76. להבהיר הקירבה הרוונית בין הפמיניזם הליברלי לבין חפיטת ההפרדה והניתוק היוצרת את המודל הקונפליקטואלי-אדוורסרי, ראו הלפרין-קדרי, הערא 2 לעיל, עמ'

304-302. ראו גם לכל אורך מאמרו של Judges, הערא 33 לעיל.

77. שם, בעמ' 302, וראו שם את הציגות ממארה של West, הערא 58 לעיל.

78. הביטוי המובהק להגנה על ערך זה הוא דוקטרינת ההסכם מדעת. ראו סעיפים 13-16

לחוק זכויות החוליה, התשנ"ו-1996 ס"ח 1591, התשנ"ו, 327. עיין גם ב:

Cathy Jones, "Autonomy and Informed Consent in Medical Decisionmaking: Toward a New Self-Fulfilling Prophecy", 47 Washington and Lee Law Review (1990), 379-430; Mary Anne Bobinsky, "Autonomy and Privacy: Protecting

השאלה היא האם ערך מוגן זה הוא שעומד בבסיס ההתחשבות ברצון הנפטר בעניין הוצאה איברים מן המת לצורכי השתלה, מה שਮותיר מקום להשוואה בין שני המצבים שליל, או שמא ערך זה מאבד מעוצמתו לאחר מות האדם. אם כך, מה בכלל זאת עומד בבסיס ההתחשבות המוחלטת ברצון הנפטר? יש המעלים כבסיס לכך נימוקים הקרובים לראיות איברי האדם כחלק מנכסיו, ומשווים בין הכרה בזכות האדם לזכות על עזובונו לבין זכותו לזכות על מה שייעשה בגופו לאחר מותו.⁷⁹ יתכן גם שמדוברת הכרה באפשרות קיומה של גישה מטפיזית מצד הנפטר, הרואה ערך עליון בהישארות הגוף במצב שלם לעתיד לבוא. כך או כך, אם אכן ערך כבוד האדם מאבד מעוצמתו לאחר מות האדם, וערך כבוד המת לובש פנים אחרות, כי איז האנלוגיה בין שני המצבים מאבדת מתוודה, שהרי במצב האחד אכן מדובר בהוצאה איבר מאיברי הנפטר, בעוד במצב الآخر מוצא גוף נפרד מגוף הנפטרת, ולא איבר מאיבריה.⁸⁰

ניתן להגיה, עם זאת, כי אין נימוק אחד שלו לאת משנהו, וניתן לראות בהם נימוקים מצטברים. אין לקבל את הגישה שאינה מכירה בהמשכיות קידומו של ערך כבוד האדם גם לאחר מותו ומצמצמת את ערך כבוד המת לתכנים של זכויות רכושיות בלבד. יש להכיר בכך שאינטראסים מסוימים של האדם, לפחות אלה שניתן לסוגם כשייכים לדמות האינטימית ביותר של קיומו, וביניהם האינטראסים הקשורים לכבוד האדם החי; שהרי ידיעת האדם חי, כי רצונתו ואינטרסים אלה שלו יוכבדו לאחר מותו, היא בודאי חלק מכבודו.⁸¹ עם זאת, לעניין ההשוואה בין שני סוגי המצבים, ברור שאותה הכרה מתמשכת באינטראסים, וכי בודם גם לאחר המוות, אינם יכולים להיות מוחלטים, וברור גם שמצטרפים להם – בהקשר הספציפי של הוצאה איברים – אותם נימוקים נוספים שנדרנו לעיל ואשר מחלישים את האנלוגיה. כך שם מן הפן הביו-דתי, הביקורת על סעיף 6ג,

הנשענת על ההשוואה למצבים האחרים הנדונים בחוק, היא רועעה.

ועדיין נותרת השאלה: האם ההסדר הקבוע בסעיף 6ג הוא נכון? והשאלה המעניינת ביותר: האם ניתן להצדיקו דוקא מתוך השיח הפמיניסטי? מן הדיון

Patients from their Physicians”, 55 *University of Pittsburg Law Review* (1994),
291-388.

79. באופן מסורתי, סירב הי-לוֹן Common Law להכיר בזכויות קנייניות בגופתו של אדם. אולם, על-אף הי-לוֹן “No-Property Rule” התפתחה הי-לוֹן Common Law דוקטרינה המכירה בבני משפחתו של נפטר כ”נאמנים” הזכאים והאהראים לטפל בגופת הנפטר לאחר מותו. לצורך דוקטרינה זו, יצר הי-לוֹן Common Law מושג של ”Quasi-property”, המאפשר לבתרכםפט לבסס את זכויותיהם של בני המשפחה בכל הקשור לטיפול של הגוף מבני ליחס להם זכויות קניין של ממש. ראו Silver 688-691 הערא 38 לעיל, במועד ה”ש 34.

80. למרות השימוש במונח ”נפרד”, אין לראות בכך ”נסיגה” ממודל הקשר למודל הנפרדות האדודורסרי, אלא המשך וההתפתחות מודל הקשר עצמו, כפי שאפרט להלן.

81. ראו למשל MacAvoy-Snitzer, הערא 62 לעיל, עמ' 1297-1298.

עד כה ברורה עמדתי בדבר בחירת הפמיניזם התייחסותי-תרבותי כמספק את מטרת השיח המתאימה להקשר הנוכחי. אלא שכפי שצייתי עוד קודם לכן, גם לאחר איתור העוגן התיאורטי הנכון נותרות השאלות המעשיות על כנן.⁸² ועוד יותר מכן, באותו מקום הבהיר כי אולם נרטיבים שהובאו בפסקה הדין ושהוצגו עלי-ידי כמייצגים את מודל הקשר, הביאו למסקנה שנראית הפוכה לו זו העולה מן הדיון הנוכחי בדבר תפיסת הפמיניזם התייחסותי מול הפמיניזם הליברלי. לצורך, הקול שהשמיעו בני המשפחה בפרשיות שנדונו לעיל, ושותג כאמור כמייצג את מודל הקשר, קרא שלא לבצע את הפרוצדרה של "ילוד העובר", בניגוד-לכאורה למשתמע מסעיף ג. כיצד אם כן מתישב הנitionה הנוכחי של הפמיניזם התייחסותי (אשר מודל הקשר, כפי שהבהירתי, נובע ממנו) בצדד בהסדר של סעיף ג, או לפחות לא מתנגד לו?

נראה לי כי קושי זה, ליישב בין שתי המסקנות ההפוכות לכואורה, אשר שתיהן נובעות ממודל הקשר, מדגימים את מרכיבות הפמיניזם התייחסותי – את אפיונו כאפשר מספר כיווני מחשבה שונים – ולטעמי מבЛИט את היתרון שבגמישות זרם מחשבה זה. הזרם התייחסותי אינו מציע תשובה מוחלטת, וזאת הן מתוך אידיאולוגיה המעדיפה פתיחות וgemäßישות מחשבתית, והן מתוך המקום הרוב שיש בו לשקלת מערכות נסיבות ספציפיות. למרות זאת, אין בדברים אלה כדי לשולח העדפה של כיוון מסוים על-פני משנהו. באופן קונקרטי יותר, בהקשר לעניינו, יש לציין כי שתי האישות הסותוגות-לכאורה מתישבות מבהינה-עקרונית עם סעיף ג, מאחר ששסעיף זה עצמו אינו נותן הוראה חד-משמעות לכך או לכך.⁸³ במובן זה, החוק מגלה את הגמישות הרואיה התואמת את רוח הפמיניזם התייחסותי. השאלה היא, כמובן, כיצד יש לנוהג לאור אותה גמישות שהחוק מנקה.

בניסוח לבש דעה בדבר הזרך **שיש** לנוקוט, אין להטיל ספק בדבר האותנטיות של עמדת המשפחה שהתגדו לנitionה להזאת העובר במרקם שנדונו לעיל כנובעת ממוקד عمוק מאד של הזרחות עם האם ועם הקשר שנוצר בינה לבין העובר. עם זאת, ראוי להציג את ההחלטה ההפוכה, בדבר **יצוע נitionה**, כנובעת גם היא דזוקא מגישת הקשר, ולא משיח הזרחות. ניתן אולי לראות החלטה כזו כמשמעות רובד שונה של מודל הקשר מזה שבא לידי ביטוי בעמדות בני המשפחה, כאשר השוני בין הרבדים הוא עצמו תוצר של מידת הקשר, במובן של קירבה ונגיעה בדבר, בין בעלי אותה עמדה לבין מושאה. קירבה זו גרמה בשני המקרים ליצירת הזרחות עמוקה בין בני המשפחה לבין האם, שהביאה אותם

82. ראו לעיל, בטקסט שלאחר העירה 58.

83. כזכור, הסעיף אינו מורה על הוצאה עובר מגוף הנפטרת, אלא רק קובע כי המגבלות בדבר הודיעה למשפחה והתחשבות ברצון הנפטרת, הקיימות בכל טיטואציות הנitionים האחרים הנדרנים בחוק, לא יחולו בטיטואציה זו. דרך בנית פסקידינו של השופט בזק בפרשת החטoise מהבישה את הבדיקה זו. ראו פסקה הדין בעניין החטoise, ראו העירה 6 לעיל.

במובן מסוים לידי תפיסה חד-ממדית של הקשר שעליו ביקשו להגן ושהאותו ביקשו לנכד.

אלא שאותה הزادות היא שמנעה מהם להכיר בשינוי שחל (או שעתיד היה להתחולל) באותו קשר. הקשר הממשי אינו קיים עוד. נותר ממנה רק הפן הסימבולי שבו. השאלה היא מה יכבד יותר את הפן הזה: פעולה שתיתן לו המשכיות מסוימת, או אי- פעולה שתביא לסיומו המוחלט?⁸⁴ בכלל מקרה יש להציג, כי בניגוד לטענת התפיסה הליברלית שהוצאה לעיל, התרת החדרה לגוף הנפטרת במקרה זה (ambilי לחייב את הדבר, כנובע מסעיף 6ג) אינה מעידה על כל דעה קודמתה המציגה את האשה ככלי להולדת בלבד, אלא להיפך, היא נובעת מן ההכרה ביחידות מצבה הקויומי של האשה קודם למותה, וחזרתה להעניק לו משמעות מתמשכת. בנקודת זו מצויה, כנראה, הבדיקה בין תפיסת הקשר ומשמעותו מצד בני המשפחה, שהציגו דעה מתנגדת לניתוח, לבין התפיסה העשויה להביא לניתוח, למרות התנגדות בני המשפחה, ואולי אפילו למרות הבעת התנגדות מוקדמת מצד האם עצמה.

העמדה המבקשת להעניק משמעות מתמשכת לקשר של אם-עובר, או למצער לסמל שנוצר ממנו, גם במקרה הטרגי של מות האם, קוראת להתחשבות בפרמטר של התפתחות העובר. התפתחות העובר משליכה על המקומ שהוא תופס בקשר האם-עובר: כאשר הקשר אם-עובר עדין קיים באופן מלא, התפתחות העובר מוליכה להתפתחות מקבילה של הקשר עצמו. ככל שהעובר מפותח יותר, כך הקשר מתחזק והופך לממשי וסימבולי יותר. אך כאשר האם אינה מוסיפה להיות עוד מרכיב ממשי-גשמי (להבדיל מסימבולי) של הקשר, התפתחות העובר אינה משליכה על התפתחות הקשר (שהרי הקשר אינו יכול להתפתח עוד), אלא - בדומה המופשטת ביותר - על יכולתו של העובר עצמו לשאת את הקשר הסימבולי לבנו, להפוך כביכול ל"נצח" אותה ייחידה ראשונית-בסיסית.

בספרו המרתך *Mother-Love and Abortion* הצעיר גולדשטיין (Robert Goldstein) להתייחס לקשר האם-עובר כאילו מדובר אכן ביחידה אחת, צמד האם-עובר (Mother-fetus dyadic unit), כאשר האם היא זו המייצגת את היחידה הדיאדית, היא "נצחתה" כלפי העולם שמחוצה לה.⁸⁵ התיזה זו מביאה לביטול האפשרות הרעיונית של קונפליקט בין האם-עלובר, ברוב ההקשרים

84. השוו Loewy, העדה 36 לעיל, בעמ' 1099:
לאלה שזה מקרוב מתו יש ערך סימבולי כסמלים של בני אדם שהיו, אך הם סמליים, ולא מציאות... לעובר המתפתח יש ערך ממשי וגם סימבולי... אפשר לראותו כהמשך ביולוגי של חייה וכחשיבותו הסימבולי של ישותה.

85. לאחר הצגת ניתוחים פסיכואנליטיים של הקשר בין האם לתינוק בחודשייה הראשונים, קובע גולדשטיין שהלשון הדיאדית שבה נעשה שימוש בתיאורים אלה רלוונטיות גם להציגות קשר האם-עובר, ומסכם כך:

שבהם הדבר עלול היה להתעורר. הרכיב המרכזי בתיזה, בדרך כלל, הוא אחדותה של היחידה וקבלת האם כנציגתה של אותה ייחידה. בהקשר הספציפי שלנו, לעומת זאת, ראוי לשים את הדגש על כך שאחרי הכל, היחידה הזאת מורכבת משניים. גם אם בדרך כלל יש לתפוט את השניים כיחידה אחת, קיימים הקשרים שבהם ראוי כי הדגש יושם על כך שהאחד היא שניים, ובכך נבדלת הפסיכואנאליה הזאת מן האחרות הנדרנות בחוק האנטומיה והפטולוגיה, התשי"ג-1952. הרציונל המעניין לאדם מעמד של מחליט בלבד לגבי גופו לאחר מותו, המכיר בהיותו ה"נצח" של אישיותו כלפי העולם הסובב אותו, נחלש בהקשר שלנו. גם אם בדרך כלל יש להכיר באמ כנציגת היחידה הדיאדית כלפי חוץ, הדבר משתנה ככל שהמשך קיומה הפיזי של האם נחלש, וככל שמדובר העובר – כנושא היחידה וכמשמעות הקיום הסימבולי של הקשר – מתחזק. כאן מתברר מוקומו של אלמנט המוחה נתון מרכזי, אך לא מכריע, ביןשאר הנתונים המרכיבים את הפסיכואנאליה.⁶

עובדת היותה של האם במצב של מות מוחה הנה משמעותית באופן שבו היא משליפה על שאר הגורמים המרכזיים את היחידה, על מקומם היחסיבי בין שאר הנתונים, ועל סך כל אפשרות המשכיותה של היחידה. מבנה זה של שיקילת כל הנתונים מאפשר להתייחס לרצונה המוביל או המוחה של האם בצורה מורכבת יותר מאשר המקובל. המקרים הקשים ביותר הם, כמובן, המקרים בהם הובעה התנגדות מוקדמת מצד האם לילוד העובר לאחר מותה. בחינת הפסיכואנאליה הפרטפקטיבוה של יחידת האם-עובר והקשר שביניהם כערך בפני עצמו עשויה לתת טווה מסויים לבחינה מהותית של עמדת האם ושל השיקולים שעמדו בבסיסה. אפשרות זו דורשת דיין נפרד, שיביא בחשבון גם את הסכנה שבহיגורות לשיפוריות ולפטרנלייז הטמונה בה.

אם נשוב לרגע לפסיכואנאליטות מן הסוג הראשון, שנדרנו לעיל, ברור כי מודל זה רלוונטי גם להן. בשונה מקבוצת המקרים המרכזיים שנדרנו במאמר זה, בפסיכואנאליטות מן הסוג הראשון ראוי להכיר באמ כ"נצח" של היחידה הדיאדית כלפי העולם הסובב אותה, ולפיכך מקבלת החלטות היחידה בדבר כל התערבות שיפולית באותה ייחידה.⁷ באופן דומה, ניתן לשוב ולבחון את הדוגמא

בהתחשב בתיאור זה של אשה ועובר, ניתן להעלות על הדעת שהחוק, לעניין מסוים לפחות, יכול להכיר בצד האם והעובר, ולא בכלל אחד מהם בלבד, כיחידה האנגליזה Robert D. Goldstein, *Mother-Love and Abortion: A Legal Interpretation* (Berkeley: University of California Press, 1988), 48.

המחשה של הפנמה הتفسה הוו ניתן לדאות בדוביו של ד"ר מוסקו, רופאה של אנגליה, שצוטטו לעיל. ראו בטקסט הצמוד להערה 53 לעיל.

86. כגון הפרט של התפתחות העובר, אשר נדון בפסקה הקודמת.

87. השוו לפתחו של פסק-הדין בדיון הנוסף בעניין: A.C.: אנו בדעה, שכמעט בכל המקרים, השאלה מה שיש לעשות צריכה להיות נתונה להכרעת החולה – האשה ההורה – בשם עצמה ובשם העובר (*Re A.C.* in, לעיל העירה 15).

ההיפותטיות שהובאה לעיל, בדבר האיש שמת מות מוחי, ולבו נדרש לשם הצלת חיילו.⁸⁸ לפי הפרמטרים של מודל הקשר, נראה כי ניתן לבסס טיעון שיאפשר התעלמות מהבעת התנגדות מוקדמת מצד הנפטר להשתלת איבריו גם במקרה זה, בדומה ל מקרה שעשכנו בו כאן, שנדון בחרייג שבסעיף 6ג לחוק האנטומיה והפטולוגיה.

דברי סיכום

מסגרת הדיון שהועלתה במאמר זה היא קשה וטרగית באופן חריג, הן ברמה הרגשית והן ברמה האנגליטית. על הרמה הרגשית לאכאן המקום להרחיב את הדיבור. הקושי ברמה האנגליטית נובע, כפי הנראה, מן התחששה האינטואיטיבית הברורה בנוגע לדבר שכנון לעשות, העולה להימצא בסתיויה לעקרונות חיצוניים מכיוון אחד, או מכיוון אחר, לעמדות של המעורבים בדבר.

במאמר זה ביקשתי להציג על מרכיבות הנושא, ועל הפערים בין הניחוחים המשפטיים החיצוניים לבין התפיסות הפנימיות העולות מתוך חוויתם מקרים כאלה מבפנים. דומה כי אחד הגורמים המרכזיים ליצירת הפער הוא השימוש בשיח-חזויות המשפטי, הנוטה להבנות את המערכת אמ-עובר כأدורסרית וكونפליקטואלית מיסודה. אימץ דפוס החשיבה של מודל הקשר יכול להביא לידי התאמה בין הכלים התיאוריים לבין ההתנסויות המעשיות, על שוננותם ורבגניותן. עם זאת, חשוב לעמוד על כך כי אין באפשרותו של מודל הקשר לתת תשובה ברורות ומידיות לכל מקרה ו מקרה. אין לראות בכך סימן לחולשה, אלא בכך דוקא טמון חלק ניכר מעוצמו. תחושת אידיבידואות נובעת ממרכיבתו הרבה של דגם חשיבה זה, מרכיבות שמאפשרת הצגת תנאים וזוניות-ראיה שאולי לא היו מקבלים מקום אלמלא דגם חשיבה זה. להכלתם של אלה חשיבות מיוחדת בהקשר של המערכת אמ-עובר, לאור ייחודيتها ומורכבותה שללה. הדגש איננו על התוצאה הסופית של כל דין בפני עצמו, אלא על החשיבות של פיתוח מודל אינטגרטיבי שיכל להחיל את מירב ההקשרים והנסיבות באופן שיענה הן על צורכי הקוهرנטיות הרעיון והן על הצורך לפנות מקום לנקודת-המבט הנשית, הרובגונית, ההכרחית לנition הנכון של הקשרים אלה.