

שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם – עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות

מאת רות הלפרין-קדרי*

- א. מבוא
- ב. חלק ראשון: תיאור מצב
פרק 1: דרכי התערבות ביחסי אם-עובר: הניסיון האמריקאי
(א) התערבות במישור הפלילי
(ב) התערבות במישור האזרחי
פרק 2: סקירה רפואית כללית
- ג. חלק שני: ביקורת
פרק 1: ביקורת מעשית
פרק 2: ביקורת חוקתית
פרק 3: ביקורת מנקודת-המבט הנשית
(א) מודלים שונים של תפיסת המערכת אם-עובר
(1) המודל האדוורסרי
(2) מודל הקשר
(ב) ביקורת על התפיסה החברתית המנחה את המדיניות הקיימת
בארצות-הברית
- ד. חלק שלישי: אימהות ויחסי אם-עובר בפרספקטיבה של תיאוריות פמיניסטיות של המשפט
פרק 1: הזרמים המרכזיים בביקורת הפמיניסטית של המשפט
פרק 2: בחינת החשיבה הפמיניסטית בהקשר של התערבות ביחסי אם-עובר
- ה. חלק רביעי: יחסי אם-עובר: הניסיון הישראלי
פרק 1: תיאור מצב
פרק 2: ביקורת התיקון לחוק הנוער
- ו. סיום: הרהורים ראשונים על עיצוב האימהות בישראל

* ד"ר, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ברצוני להודות לליטל שולמן ולאהוד ערב, שסייעו בידי בכתיבת מאמר זה.

א. מבוא

"How is that? You don't even know me.
I've worked and I'm a good mother.
That doesn't matter, says the system.
You use drugs, brother.
– And that the real deal.
So out of the clear blue sky
This obnoxious, unidentifiable, anonymous creature
Elopes with my son.
But that's alright says Uncle Sam,
You defaulted your rights
The moment you picked up."

Daisy Oatman, homeless poet, 1990.¹

בחודש אפריל 1995, במסגרת קבלתו של התיקון לחוק הרשות למלחמה בסמים, תשנ"ה-1995,² תוקן סעיף 2 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.³ לסעיף זה, המונה מצבים שונים בהם ייחשב קטין לנזקק לצורך החוק,⁴ הוסף סעיף קטן (7),⁵ הקובע מצב נזקקות נוסף: "...[הקטין] נולד כשהוא סובל מתסמונת חסר בסם (סינדרום גמילה)". התיקון לא זכה בתשומת-לב רבה על-אף השלכותיו החמורות לגבי נשים המצויות בשולי החברה, במעגל הסמים, ולעיתים אף במעגל הזנות. תיקון זה מאפשר לראות בכל תינוק הסובל מתסמונת גמילה (תסמונת החסר בסם), עם לידתו, קטין נזקק.⁶ בכך התיקון מאפשר לפעול להוצאת תינוקות כאלה מרשות אימותיהם בקלות רבה עוד יותר מאשר בעבר.⁷ מבין ההמלצות שהוגשו עובר לחקיקת התיקון לחוק הנוער, היה התיקון הנ"ל

1 פואמה זו מופיעה במאמרה של: L. Maher "Punishment and Welfare: Crack Cocaine and the Regulation of Mothering" *The Criminalization of a Woman's Body* (C. Feinman ed., 1992) 157, 181. למרות היותה "אמריקאית" במובהק, אני סבורה – וכך גם אנסה להראות במאמר זה – שהיא היתה יכולה להיכתב גם בישראל.

2 ס"ח 205.

3 ס"ח 52 (להלן: חוק הנוער).

4 על המשמעות המשפטית של הכרות הנזקקות, ראו להלן טקסט להערה 223.

5 להלן: התיקון לחוק הנוער.

6 להבהרת המצב הרפואי של תינוק בתסמונת גמילה, ראו להלן טקסט להערות 81-83.

7 התיקון נחקק בעקבות יום-עיון שערכה המועצה הלאומית לשלום הילד, ב-6.5.1991 בירושלים, בנושא "תינוקות מכורים וילדים בצל סמים". הרצאות שנישאו באותו יום-עיון לוקטו בקובץ מאמרים והרצאות שהוציאו המועצה הלאומית לשלום הילד והרשות למלחמה בסמים: תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים

לחוק היחיד שהתקבל, והוא מהווה עד כה התייחסות יחידה ברמה הגלויה לעין מצד מערכת המשפט והמחוקק הישראלי לתופעה ההולכת ומתפשטת בעולם המערבי – תופעת התינוקות הנולדים כשהם מכורים לסמים.⁸

השפעת התיקון לחוק הנוער מקיפה, לטענתי, לא רק אותן נשים לגביהן ייעשה שימוש בתיקון לחוק, אלא את כלל הנשים, לפחות ברמה הסימבולית העמוקה. אבהיר את דברי. מערכת היחסים בין האשה ההרה לבין העובר שהיא נושאת ברחמה הינה מערכת ייחודית שלא ניתן להשוותה לשום מערכת יחסים המוכרת לנו מהקשרים אחרים. ההשלכות הפיסיולוגיות, הרפואיות, החברתיות והמשפטיות של קשר זה על האשה הן רבות ומגוונות, וגם הן כמובן ייחודיות בפני עצמן. שינויים רבים חלו לאורך הזמן בתפיסת ההשלכות האלה על האשה כפרט ועל הנשים כקבוצה, כמו גם בתפיסת מקומו ומעמדו של העובר במערכת זו. במבט ראשון דומה כי בשאלת מקומו של העובר חלה התפתחות מהותית בארצות-הברית בשנת 1973, עם מתן ההכרה, בעניין *Roe v. Wade*,⁹ בזכות האשה להפסקת היריון עד סוף השליש השני להיריון ללא התחשבות בגורם העוברי כלל. נראָה כי הכרעה שיפוטית זו סימנה שינוי בגישה כלפי האשה ההרה, לפחות ברובד המשפטי, אם לא ברובד החברתי. ההכרה באשה כבישות המשפטית המרכזית במערכת זו היוותה לכאורה הכרעה ערכית במה שיכול להתפרש כהתנגשות אפשרית בין האשה לבין העובר. אלא שהכרעה ערכית זו לא נשמרה בעקביות, ובמישורים אחרים של מערכת יחסים ייחודית זו הסתמנו כיווני הכרעה סותרים, שקיבלו בחלקם גיבוי בהחלטות שיפוטיות וחקיקתיות בארצות-הברית, המטילות צל כבד על ייחוס מלוא החירויות והזכויות המשפטיות לאשה ההרה. כיוונים אלה נכללים כולם במסגרת הרחבה של הנושא פיתוח "זכויות העובר", שהובילה ליצירת הקונספציה שזכתה בכינוי האומלל "קונפליקט אם-עובר" (maternal-fetal conflict).¹⁰

בחיבור זה אבקש להציג את הנושא הכללי של הקשר אם-עובר ואת יחס החברה

וטיפוליים (מ' גילת, "קדמן עורכים, תשנ"ב). יום-העיון עורר את המודעות לבעיה, והגיב כמה דיונים בוועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים והקמת ועדה בינמשרדית לגיבוש המלצות בנושא. נראָה שעד לאותו יום-עיון, לא עלה הנושא כלל בתודעה הציבורית בישראל – לא בקרב מנגנוני החקיקה, לא בקרב המנגנונים לאכיפת החוק, לא במנגנון הסעד, לא באקדמיה ואף לא בעיתונות. מעניין שגם לאחרונה, בשני ספרים מקיפים שיצאו לאור בישראל בנושא הסמים, אין כל התייחסות לנושא השימוש בסמים במהלך היריון. ראו: סמים – עובדות, שאלות ובעיות (ד' גרין עורך, 1995) (להלן: גרין סמים); "כספי סמים מסוכנים – מדיניות, פיקוח, אכיפה ומשפט (1996).

8 לנתונים על ממדי התופעה בארץ ובארצות-הברית, ראו להלן חלק ראשון, בפרק 2.

9 410 U.S. 113 (1973) (להלן: עניין *Roe v. Wade*).

10 ראו, למשל, את החלטת ועדת האתיקה של איגוד רופאי הגינקולוגיה והמיילדות האמריקאי: Comm. on Ethics, Am. College of Obstetricians and Gynecologists, ACOG Comm. Op., No. 55 *Patient Choice: Maternal-Fetal Conflict* 2 (Oct. D.E. Johnsen "Shared Interests: Promoting Healthy Births: מובא אצל: 1987).

לקשר זה. אפתח בהצגת ההתפתחויות שחלו בנושא זה בארצות-הברית בעיקר, ואעמוד על משמעויותיהן מבחינת תפיסת האימהות בפרט ומעמד הנשים בכלל. התפתחויות אלה יתמקדו בנסיבות של שימוש בסמים על-ידי נשים הרות, המהוות את אחת הסוגיות השכיחות ביותר בהקשר זה והרלוונטיות גם לישראל. את הדיון בהתפתחויות אערוך על רקע הצגה כללית של הזרמים המרכזיים בדיון הפמיניסטי של המשפט כיום, ובסיומו אבחן את מידת הרלוונטיות והמשמעות של כל אחד מהם לגבי נושא זה. הנושא מספק הזדמנות לברר מהן התפיסות הבסיסיות בנוגע לאימהות, ומה מקומה של האימהות בהגדרת האשה כמושא לזכויות אדם. במאמר זה אני מבקשת להראות כי מבין הביקורות הפמיניסטיות המובעות על הטיפול החברתי והמשפטי בנושא זה, אותן התייחסויות המביעות רעיונות הקרובים לזרם התרבותי-ההתייחסותי¹¹ של הפמיניזם – גם אם אינן מגדירות עצמן ככאלה – הן המשמעותיות והמשכנעות ביותר. בהמשך הדיון אבחן גם את הרלוונטיות של דרכי הפעולה שנקטו בארצות-הברית לגבי ישראל. אתאר בקווים כלליים את ההתייחסות החברתית והמשפטית לנושא בישראל, ואעלה הרהורים אחדים באשר לעיצוב הקשר אם-עובר במציאות הישראלית.

ב. חלק ראשון: תיאור מצב

פרק 1: דרכי התערבות ביחסי אם-עובר: הניסיון האמריקאי

התערבות המדינה יכולה להיות ישירה או עקיפה, במהלך ההיריון (שאו מושא ההגנה הינו העובר) או לאחר הלידה (שאו מושא ההגנה הוא התינוק). ההתערבות יכולה להיעשות באמצעות הגדרת התנהגויות מסוימות כעבירות פליליות, או הרחבת תחולתן של עבירות פליליות קיימות גם על אותן התנהגויות המוגדרות כבלתי-רצויות.¹² התערבות ישירה יותר יכולה להיעשות גם בדרך של שימוש בכוח הכפייה של המדינה, באמצעות צווים פליליים או אזרחיים, כדי לכפות או למנוע התנהגות מסוימת, או כדי לכפות טיפול רפואי כזה או אחר. התערבות המדינה יכולה להיעשות, כאמור, גם בדרך

Without Sacrificing Women's Liberty" 43 *Hastings L.J.* (1992) 569, 572 at note 12.

11 על ההתלבטות בנוגע לכינוי הראוי, ראו להלן הערה 173.

12 כך, למשל, גובשו בחלק ממדינות ארצות-הברית נסיונות לחוקק fetal-abuse laws, או להשליך מחוקים העוסקים ב-child-abuse על עוברים, נוסף, כמובן, להעמדה לדין על בסיס חקיקה קיימת. החל בשנת 1985, הועמדו לדין פלילי יותר ממאתיים נשים בשלושים ממדינות ארצות-הברית בגין שימוש בסמים או באלכוהול במהלך ההיריון. ראו: P.H. Jos, M.F. Marshall & M. Perlmutter "The Charleston Policy on Cocaine Use During Pregnancy: A Cautionary Tale" 23 *J.L. Med. & Ethics* (1995) 120.

פחות ישירה, על-ידי הטלת סנקציות במישור האזרחי.¹³ ניתן להצביע על הגשת תביעה בנוזיקין או על התערבות במישור ההגנה על ילדים באמצעות שלילת זכויות להחזקת ילדים מנשים שסטו מ"קוד ההתנהגות במהלך היריון" הרצוי בעיני המדינה¹⁴ (זוהי גם האפשרות הנפוצה יותר והמיושמת גם בישראל). בהמשך הדברים אדון לעומקה של התערבות עקיפה זו, וכאן אביא סקירה קצרה של נסיונות ההתערבות האחרים במצבים כאלה.

חשוב להבהיר כי שימוש בסמים על-ידי נשים הרות מהווה רק פן אחד של הנושא. היבטים אחרים שלו הם צריכת אלכוהול על-ידי נשים הרות, נטילת משככי-כאבים העלולים להזיק לעובר, תזונה בלתי-מספקת, ולמעשה כל התנהגות שהיא מצד האשה - בין שהיא חוקית (צריכת אלכוהול או עישון סיגריות) ובין שאינה חוקית (צריכת סמים) - שיש בה כדי לסכן את ההתפתחות התקינה של העובר המצוי ברחמה.¹⁵

במאמר זה בכוונתי להתמקד, כאמור, בהתמודדות עם בעיית השימוש בסמים על-ידי נשים הרות. נקודת-המוצא שאינה מוטלת בספק הינה כי מצב בו תינוקות נולדים עם תסמונת גמילה עקב שימוש בסמים על-ידי האם במהלך הריונה הוא מצב שאינו רצוי, ומחייב התייחסות וטיפול מצד החברה. פנייה למערכת המשפטית היא מהלך צפוי במסגרת החיפוש אחר דרכי הטיפול המתאימות.¹⁶ ההתערבות המשפטית יכולה להיעשות הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי. הניסיון המשפטי העשיר ביותר בתחום זה הינו בארצות-הברית.

(א) התערבות במישור הפלילי

השימוש במנגנון הפלילי מכוון בעיקר להעמדת אם לדין בשל גרימת נזק לתינוקה עקב השימוש בסמים בעת ההיריון. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, נעשו שימושים נוספים

13 יש להבהיר כי למרות השימוש במונח "מישור אזרחי", המדינה היא צד בולט במישור זה, וזה אחד ההיבטים שרבה בהם הקרבה בין הליכים אלה להליכים פליליים. ראו להלן חלק רביעי, בפרק 2, בראשית הדיון בביקורת על התיקון לחוק הנוער.

14 המונח לקוח ממאמרה של: L.C. Ikemoto "The Code of Perfect Pregnancy: At the Intersection of the Ideology of Motherhood, the Practice of Defaulting to Science, and the Interventionist Mindset of the Law" 53 *Ohio St. L.J.* (1992) 1205.

15 ראו, למשל: D.E. Johnsen "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" 95 *Yale L.J.* (1986) 599, 605-607. דון ג'ונסן (Dawn Johnsen) מביאה שם אפשרויות של פיתוח מגבלות שונות על נשים הרות, שאכן יושמו בחלקן בפסיקה האמריקאית מאז נכתב אותו מאמר.

16 בכך יש משום תיאור תהליך בלבד, מבלי לחוות דעה לחיוב או לשלילה באשר לרצינות או לנכונות הפנייה למערכת המשפט.

בחוק הפלילי על-מנת להגן על העובר במהלך ההיריון. הוראות חוק הבאות להגן על ילדים מפני הזנחה והתעללות מצד הוריהם הן תופעה משפטית הכרחית המקובלת בכל מדינות המערב. ברור כי הורה הגורם שילדו ישתמש בסמים ויתמכר להם הינו הורה המזניח את ילדו. מאידך גיסא, עובר אינו נחשב ל"אדם" או ל"קטין",¹⁷ ולכן ההגנה עליו מבחינה משפטית הינה בעייתית יותר.¹⁸ כך אכן היה מקובל גם בארצות-הברית עד לעניין *People v. Stewart*,¹⁹ המהווה נקודת-מפנה בתחום זה, אף-על-פי שבסופו של דבר לא התקבלה בו עמדת התביעה,²⁰ במקרה זה נטען כי הנאשמת לא הקפידה לשמור על הוראות הרופא בעת הריונה, ועקב כך נגרם נזק לעובר.²¹ בין היתר נטען כי האשה לא נמנעה מקיום יחסי מין אף-על-פי שנאמר לה כי הדבר עלול לפגוע בעובר, וכן לא פנתה לטיפול רפואי כאשר החלה לדמם. ראוי לציין כי בשום אופן לא דובר כאן בהתנהגויות שהן כשלעצמן בלתי-חוקיות.²² התביעה ניסתה לעשות שימוש בעבירה פלילית המיועדת להגן על ילדים. בית-המשפט פסק כי המטרה החקיקתית שבבסיס החוקים העוסקים בהזנחת ילדים אינה כוללת הענשת נשים בשל התנהגותן במהלך ההיריון. עם זאת ציין השופט שהוא ממליץ על חקיקת חוק ספציפי להגנה על עוברים. הוא היה מודע, לדבריו, לבעייתיות שבחקיקת חוק כזה, ולכן המליץ על שלושה תנאים הבאים לאזן בין האינטרס של האשה והאינטרס של הגנת העובר:

א. המעשה או המחדל יגרום נזק לעובר או יעמיד את בריאותו בסכנה;

- 17 כך נפסק בסדרה של פסקי-דין בארצות-הברית. ראו, למשל: *Reyes v. Superior Court* 141 Cal. 912 (App. 1977), שם נפסק כי המלה child אינה כוללת עובר. אצלנו ראו סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).
- 18 בשלב זה אין אני מביאה כלל לדיון בעיות חוקתיות או ערכיות אחרות, אלא רק את הסקירה המשפטית הפוזיטיביסטית.
- 19 No. M508197 (San Diego Mun. Ct. Feb. 26 1987) (להלן: עניין *Stewart*).
- 20 פסקי-הדין מאוזכר ומפורט במאמרים אחדים. ראו, למשל: T. Dobson & K.K. Eby "Criminal Liability for Substance Abuse During Pregnancy: The Controversy of Maternal v. Fetal Rights" 36 *St. Louis U. L.J.* (1992) 655, 673; K.L. Moss "Substance Abuse During Pregnancy" 13 *Harv. Women's L.J.* (1990) 278, 279.
- 21 במקרה זה אף דווח כי האשה השתמשה בסמים בעת הריונה, אך לא בכך מוקדה התביעה.
- 22 יתר על-כך, מהתעמקות בפרטי המקרה מתברר כי הן יחסי המין והן אי-הפנייה לסיוע רפואי נכפו על האשה על-ידי בעלה, שנגדו לא ננקטו כל צעדים משפטיים. ראו, למשל: W. Chavkin, V. Breitbart & P.H. Wise "Finding Common Ground: The Necessity of an Integrated Agenda for Women's and Children's Health" 22 *J.L. Med. & Ethics* (1994) 262, 266. הערה זו שייכת למסגרת הביקורת החוקתית העומדת על בעיית ההפליה על בסיס מין שגישת ההעמדה לדיון לוקה בה. ראו להלן חלק רביעי, בפרק 2, במסגרת הדיון בביקורת על התיקון לחוק הנוער.

ב. המעשה או המחדל נעשו בשליש האחרון של ההיריון;²³
 ג. אין מדובר במעשה או במחדל שנועדו לשמור על חיי האם או בריאותה.
 מדינות אחדות אכן ניסו לחוקק חוקים האוסרים מפורשות על נשים הרות להשתמש בסמים או מגבילים כל התנהגות אחרת העלולה לפגוע בעובר, אך עד כה נכשלו כל הנסיונות הללו.²⁴ למרות זאת עשתה התביעה במדינות שונות נסיונות להעמיד לדין נשים על התנהגות זו תוך שימוש בסעיפי חוק כלליים יותר. נראה שגם מאמץ זה העלה חרס.

המקרה הראשון בו הורשעה אשה בשל התנהגותה במהלך הריונה היה עניין *Johnson v. State of Florida* במדינת פלורידה.²⁵ תינוקה של גברת Johnson נולד עם תסמונת גמילה עקב שימוש של האם בסמים במהלך הריונה. היא הורשעה בערכאה ראשונה ובבית-המשפט לערעורים מכוח סעיף חוק האוסר מסירה של סמים לקטינים. מכיוון שעובר אינו נכלל בהגדרת קטין, טענה התביעה שהסם הועבר מהאם לתינוק דרך חבל הטבור במהלך שלושים עד תשעים השניות מרגע לידת התינוק ועד לניתוק חבל הטבור.²⁶ הערכאה הראשונה ובית-המשפט לערעורים קיבלו את טיעוני התביעה, וגזרו על Johnson חמש-עשרה שנות מבחן.²⁷ לעונש צורפו תנאים לפיהם עליה לעבור טיפול גמילה וכן לרכוש תואר המקביל ללימודי תיכון. כמו-כן נאסר עליה להחזיק סם או אלכוהול, להתרועע עם אנשים הידועים כעוסקים בסמים או להיכנס לבר ללא הסכמת קצין-מבחן. מעבר לכל זאת נפסק שאם תהרה, יהיה עליה להצטרף לתוכנית בפקוח בית-המשפט. Johnson ערערה לבית-המשפט העליון של פלורידה, שזיכה אותה, בנמקן

23 תנאי זה נועד, כמובן, לתאם בין עמדת השופט בעניין זה לבין תיזת ה-*viability* (חיוניות) שפותחה בעניין *Roe v. Wade*. לפירוט, ראו להלן הערה 103.

24 לסקירה, ראו: C.R. Daniels *At Woman's Expense: State Power and the Politics of Fetal Rights* (1993); K.A. Farr "Fetal Abuse and the Criminalization of Behavior During Pregnancy" 41 *Crime and Delinq.* (1995) 235; Ikemoto, *supra* note 14

25 578 So.2d 419 (Fla. Dist. Ct. App. 1991) (להלן: עניין *Johnson (Ct. App.)*. לדיון בפסק-הדין, ראו: Moss, *supra* note 20, at p. 280; Dobson & Eby, *supra* note 20, at p. 674.

26 יש לציין כי לשם ההרשעה היה צריך להראות שהאשה השתמשה בסמים בארבעים ושמונה השעות האחרונות שלפני הלידה, מכיוון שאם השתמשה בסמים לפני-כן, אוי הסם הועבר לתינוק בעודו עובר, ולכן אין כאן עבירה פלילית. יש צורך שהסם יעבור לקטין לאחר צאתו לאוויר העולם. עובדה זו ממחישה את האבסורד באישום מסוג זה, שכן האישום המהותי הוא על כך שהאשה נטלה את הסם במהלך ההיריון. בית-המשפט העליון של פלורידה זיכה את האם. בין יתר נימוקי הזיכוי נאמר כי למעשה, בעת שנטלה את הסם, לא יכלה האשה לדעת מתי תלד, ולכן לא היתה לה מחשבה פלילית נדרשת, שהרי לא היתה מודעת לכך שהסם יעבור לתינוק לאחר הלידה. ראו: *Johnson v. State of Florida* (1992) 602 So.2d 1288 (Fla. *Sup. Ct.*) (להלן: עניין *Johnson (Sup. Ct.)*).

27 עניין *Johnson (Ct. App.)*, *supra* note 25

כי חוקי הסמים של מדינת פלורידה לא נועדו לטפל במקרים כגון אלה.²⁸ בזכותו את הנאשמת אימץ בית-המשפט העליון של פלורידה את דעת המיעוט בבית-המשפט לערעורים, שציינה כי אין כל מקרה אחר בו נקבע שמסירת סם שנעשתה בהליך לא-רצוני הינה עבירה, תוך עיגון הדברים בהיסטוריה החקיקתית של החוק.²⁹ כדי להרשיע את האשה במקרה זה יש צורך בסעיף חוק ספציפי, ובית-המשפט אינו יכול לחוקק סעיף כזה. שופט המיעוט בבית-המשפט לערעורים ציין כי בבעיה זו יש לטפל בדרכים אחרות, כגון נטילת החוקה בקטין בשל העובדה שהוא נפגע מלקיחת הסם על-ידי האם. לבסוף ציין בית-המשפט העליון:

"The court declines the state's invitation to walk down a path that the law, public policy, reason and common sense forbid it to tread."³⁰

מגמה זו נשמרה במדינות נוספות, שם סירבו בתי-המשפט להרשיע נשים בשל השימוש בסמים במהלך ההיריון בהיעדר איסור ספציפי בחוק.³¹ למרות הלחץ מצד רשויות התביעה על המחוקקים ליצור עבירה ספציפית להגנה על עוברים, נמנעו בתי-המחוקקים מלעשות כן. פרט לסיבות המשפטיות-החברתיות העקרוניות נגד יצירת עבירות מסוג זה,³² מתעוררות כמה בעיות מעשיות המעידות שהפתרון החקיקתי הפלילי אינו יעיל ואינו מספק ברמה המעשית. אחת הבעיות היא שאשה היודעת שהיא צפויה להעמדה לדין פלילי אם יתגלה כי צרכה סמים בעת הריונה תימנע מלפנות לטיפול רפואי כלל. לכן הוצע, לדוגמה, במדינת קליפורניה להעניק חסינות לאשה הרה המכורה לסמים הפונה לטיפול גמילה או משתתפת בו מרצונה. חסינות זו היא מפני אישום המבוסס על גילוייה בדבר התמכרותה, והודאתה לא תשמש בסיס לאישום פלילי אחר.³³ בעיה מעשית נוספת היא אי-קבלת נשים הרות המכורות לסמים למכונת גמילה. כך, למשל, גברת Johnson פנתה לטיפול גמילה במהלך הריונה, אך נענתה בשלילה. מחקר שנערך לאחרונה בקרב תוכניות הגמילה בעיר ניו-יורק גילה כי 87% מתוכניות אלה סירבו לקבל נשים הרות המכורות לסם קראק.³⁴ כפי שנראה בהמשך,³⁵ אחת הדרכים המוצעות להתמודדות עם תופעה זו הינה עידוד כספי על-ידי המדינה לתוכניות הגמילה.³⁶

28 עניין *Johnson (Sup. Ct.)*, *supra* note 26

29 עניין *Johnson (Ct. App.)*, *supra* note 25, at pp. 423–424

30 עניין *Johnson (Sup. Ct.)*, *supra* note 26, at p. 1297

31 ראו באופן כללי: Farr, *supra* note 24.

32 אלה יידונו להלן בחלקו השני של המאמר.

33 ראו: Dobson & Eby, *supra* note 20, at p. 692.

34 Farr, *supra* note 24, at p. 236.

35 להלן חלק שני, בפרק 1.

36 ראו על כך בדו"ח שחיבר ג'ון סיימור (John Seymour), מן האוניברסיטה הלאומית האוסטרלית, עבור האגודה הרפואית האוסטרלית וכמה אגודות רפואיות אחרות. סיימור בתן בצורה מקיפה ביותר את כל ההיבטים הרפואיים, האתיים והמשפטיים המתעוררים

נוסף על העמדה לדין לאחר שנגרם הנזק לעובר, נעשה במשפט הפלילי גם שימוש מונע, הן למניעת לידה של תינוקות פגומים עתידיים והן להגנה על עוברים קיימים. דוגמה לשימוש מונע מהסוג הראשון ראינו בגזר-הדין בעניין *Johnson* שנלוו אליו תנאים שאמורים להגן על עובר עתידי נוסף של גברת *Johnson* אם תהרה שוב. בפרשה אחרת, קיצונית עוד יותר, נעשה ניסיון לעשות שימוש במנגנון הענישה הפלילית כדי למנוע אשה, שהורשעה בסיכון חיי ילדיה, מלהרות במשך תקופת המבחן שנפסקה לה.³⁷ האשה הורשעה עקב דבקותה בדיאטה מקרוביטית שסיכנה את חיי ילדיה, והחשש היה שאם תהרה, תסכן אותה דיאטה באופן חמור את העובר. לפיכך, אחד מתנאי המבחן היה השתלת אמצעי-מניעה תחת זרועה של האשה, כדי למנוע כל אפשרות של היריון.³⁸ ערעורה של האשה התקבל בנימוק שלמרות סבירותו של התנאי שלא תהרה, היה ניתן להשיג את המטרה של הגנה על עוברים עתידיים באמצעים אחרים.³⁹ יש להדגיש כי אף-על-פי שהערעור התקבל, עמדת בית-המשפט, כפי שהיא עולה מפסק-הדין, היתה כי המגבלה עצמה הינה לגיטימית.

דוגמה לשימוש מונע בהליך הפלילי מהסוג השני, קרי: לצורך הגנה על עוברים קיימים, הינה כאשר אשה הרה מורשעת בעבירות שאינן קשורות למצבה,⁴⁰ אך עובדת היותה צרכנית סמים בעת היריון מובאת בחשבון בעת הענישה, בדרך-כלל על-ידי חיובת

-
- J. Seymour *Fetal Welfare and the Law* – A: ראו: *Report of an Inquiry Commissioned by The Australian Medical Association and others* (1995) 117; Dobson & Eby, *supra* note 20, at p. 690; M. Oberman "Sex, Drugs, Pregnancy, and the Law: Rethinking the Problems of Pregnant Women Who Use Drugs" 43 *Hastings L.J.* (1992) 505, 545–548. ראו באופן כללי בכתב-העת של ה-*American Medical Association* "Mandatory Treatment for Drug Use During Pregnancy" 266 *JAMA* (1991) 1556.
- 37 *People v. Pointer* 199 Cal. Rptr. 357, 360–364 (Ct. App. 1 Dist. 1984) (להלן: עניין *Pointer*).
- 38 הכוונה היא לאמצעי-מניעה הקרוי *Norplant*. זהו אמצעי-מניעה ארוך-טווח, המורכב משש כמוסות, כל אחת מהן בגודל גפרור, המושתלות מתחת לעור בחלק העליון של זרוע האשה. הכמוסות הללו מפרישות באיטיות הורמון סינתטי המונע כל אפשרות של היריון במשך חמש שנים. *Norplant* אושר לשימוש על-ידי ה-FDA האמריקאי בדצמבר 1990, וזה בשבחים רבים, ואף כונה "אמצעי החלומות" בפי דוקטור ג'ואן קלאהאן (Joan Callahan), מנהל ה-*Hastings Center*. בין השאר אף נהפך לאמצעי לפיקוח על הילודה אצל נשים שהורשעו בהתעללות בילדים. לסקירה ממצה על ה-*Norplant* ועל השימוש השיפוטי שנעשה בו, ראו: S.L. Arthur "The *Norplant* Prescription: Birth Control, Woman Control, or Crime Control?" 40 *UCLA L. Rev.* (1992) 1.
- 39 עניין *Pointer*, *supra* note 37, at pp. 360–365.
- 40 שכן, כפי שראינו, נסיונות לחוקק עבירות ספציפיות של שימוש בסמים במהלך היריון נכשלו עד כה. ראו לעיל המקורות בהערה 24 והטקסט לה.

להשתתף בתוכנית גמילה או להימצא בפיקוח רשויות שונות, כדי להבטיח מעקב מסודר וטיפול טרום-לידתי נאות.⁴¹ דוגמה קיצונית לכך היא עניין *United States v. Vaughn*,⁴² שם דובר באשה ללא עבר פלילי שהורשעה בזיוף שיקים, מצב שהיה מעמיד אותה בדרך-כלל בפיקוח קצין-מבחן, אך מאחר שהתברר כי היא הרה ומשתמשת בקוקאין, היא נידונה למאסר כדי למנוע אותה מצריכת סמים וכדי להגן על העובר מפני חשיפה לסם.⁴³ היא שוחררה כעבור שנים-עשר שבועות, זמן קצר לפני הולדת תינוקה. כמו-כן דווח על נוהג בקרב קציני-מבחן בלוס-אנג'לס המבקשים מבית-המשפט להשאיר את הנשים ההרות המצויות בפיקוחם בכלא, כדי שתינוקותיהן יוכלו להיוולד "נקיים".⁴⁴ בפרקטיקות אלה יש כמובן משום תמימות מעושה, שכן כבר הוכח שאין כל קושי לשמור על הספקה שוטפת של סמים בכלא.⁴⁵

(ב) התערבות במישור האזרחי

הדרך העיקרית להתערבות המדינה במישור האזרחי הינה הוצאת התינוק שנולד עם תסמונת גמילה מרשות האם. יש לציין כבר כאן שהכינוי "מישור אזרחי", גם אם הוא נכון

41 יש לציין כי חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין), כפי שתוקן בחוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), תשמ"ט-1989, ס"ח 80, מאפשר לנקוט בגישה זו באמצעות הוראות סעיפים 82-83 לחוק, המאפשרות לשלות, בצו מבחן, אדם שהורשע בשימוש בסמים מסוכנים לטיפול בקהילה, בתנאי שהסכים לכך ושקיימת מסגרת טיפולית מתאימה. קיומה של מסגרת מתאימה לנשים הרות מוטל בספק, כפי שנראה בהמשך.

42 לא פורסם, ניתן על-ידי ה-District of Columbia Superior Court, ב-23.8.1988. פסק-הדין אוזכר במאמרים מספר. ראו, למשל: B.L. Becker "Order In The Court: Challenging Judges Who Incarcerate Pregnant, Substance-Dependent Defendants to Protect Fetal Health" 9 *Hastings Const. L.Q.* (1989) 235, 236-237; Seymour, *supra* note 36.

43 ראו על כך, למשל: M.T. Stovall "Looking for a Solution: *In re Valerie D. and State Intervention in Prenatal Drug Abuse*" 25 *Conn. L. Rev.* (1993) 1265, 1271-1272. בדיווחים על הפרשה צוטט השופט כאומר: "[S]he's... apparently an addictive personality, and I'll be darned if I'm going to have a baby born that way." *Ibid*, at p. 1272. כפי שמציינת Stovall, מוזר שהשופט חש כאחראי אישית להבטחת שלומו של עובר של אשה בוגרת. *Ibid*, *ibid*.

44 Farr, *supra* note 24, at p. 242.

45 כך עלה באופן אירוני מעדותה של גברת Vaughn בדיון בעת מתן גזר-הדין, לאחר שריצתה כבר שלושים ימי מעצר. לדבריה, היא איבדה משקל עקב תזונה לא-מתאימה בבית-המעצר, ומאידיך גיסא דחתה פעמים מספר הצעות לספק לה סמים. ראו: Stovall, *supra* note 43, at p. 1272 text next to note 42.

מבחינת הסיווגים הפורמליים, יש בו מידה מסוימת של הטעיה. רוב הסממנים של ההליך הפלילי קיימים גם בדרכי ההתערבות ה"אורחיות" שיידונו כאן, וההליך כולו נושא למעשה אופי פלילי, כפי שאפרט בהמשך.⁴⁶ היתרון הגדול של התערבות זו על ההתערבות הפלילית המקובלת של העמדת האם לדין לאחר לידת התינוק הוא שבדרך זו מוענקת לכאורה ההגנה הדרושה לקטין. על-ידי העמדת האם לדין פלילי לא ננקטת כל פעולה הבאה לעזור לקטין, אלא כל שנעשה הוא הענשת האם, בעוד שבהוצאת התינוק מרשותה מסופקת לכאורה גם ההגנה שהוא זקוק לה. עם זאת, גם בדרך זו לא נמנעת הולדת תינוק עם תסמונת גמילה, מכיוון שהוצאת התינוק מרשות האם מתבצעת רק לאחר לידתו. מניעה מוחלטת אפשרית רק באמצעות הטלת הגבלות של ממש על חירויות ההולדה של נשים "מועדות". דיון בדרך קיצונית זו חורג ממסגרת מאמר זה.⁴⁷

דרך ההתערבות העיקרית, על חסרונותיה, היא הוצאת התינוק מרשות האם, בין באופן זמני ובין באופן קבוע, לצורך אימוץ. בעניין זה יש מגמה חקיקתית ענפה בארצות-הברית הרואה בתינוק הנולד עם תסמונת גמילה קטין מוזנת. בכמה מדינות בארצות-הברית רואים בחשיפת העובר לסמים הונחה. כמה חוקים מחייבים דיווח של גורמים המנויים בחוק כאשר הם נתקלים במקרה של תסמונת גמילה.⁴⁸ כאמור, זו המגמה שחדרה לאחרונה גם לישראל, והיא באה לידי ביטוי בתיקון לחוק הנוער.⁴⁹ הפסיקה בארצות-הברית חלוקה בעניין זה בכמה שאלות עקרוניות, אך אין ספק כי הנטייה של בתי-המשפט לקבל את עמדות התביעה במישור האורחי רבה יותר מנכונותם לקבל את עמדות התביעה במישור הפלילי, אף ללא חוק ספציפי המכיר בתופעה של תסמונת הגמילה כעילה להכרזה על קטין כמוזנת.⁵⁰ באחד המקרים הראשונים קיבל בית-המשפט את עמדת המדינה שטענה כי סימני תסמונת גמילה בתינוק שזה נולד הינם ראיות מספיקות להונחה, המאפשרת הוצאה זמנית של התינוק מרשות האם. ערעור בעניין זה נדחה, תוך קביעה כי אף-על-פי שלעובר אין אישיות משפטית באופן רשמי, יש לילד

46 ראו להלן חלק רביעי, בראשית פרק 2.

47 דרך זו מעלה שאלה כללית יותר בדבר הגבלות על הבאת ילדים לעולם על-ידי נשים שאינן מסוגלות לגדלם, כגון חולות-נפש, נכות, עברייניות ועוד. למותר לציין כי דרך זו היא קיצונית ביותר ונוגדת את זכותה הבסיסית של האשה להרות וללדת. לסקירה מפורטת של הטלת הגבלות על החופש להרות, ראו: M.T. Flannery "Court-Ordered Prenatal Intervention: A Final Means to the End of Gestational Substance Abuse" 519 *J. Fam. L.* (1991–1992) 30. רמזים להסתייגות מוחלטת מדרך כזו יש אף בפסיקה בארץ. ראו, למשל, ר"ע 698/86 הי"מ נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 687–688; כן נפסק שאין לכרוך מתן עונש מופחת בשל עבירת מין בטיפול רפואי לסירוס העבריין, אף אם זה בהסכמתו. ראו ע"פ 901/85 בוזגלו נ' מ"י, תק"על 88 (2) 921.

48 הוראות החוק הרלוונטיות מובאות אצל: Flannery, *ibid.*, at pp. 529–535.

49 לעיל טקסט להערה 5.

50 ראו על כך באופן כללי אצל: Stovall, *supra* note 43.

זכות חוקית להתחיל את חייו עם גוף ונפש בריאים.⁵¹ פסקי-דין נוספים נקטו בגישה זו, הרואה בעצם הולדת תינוק עם תסמונת גמילה ראייה מספיקה לביסוס עילת ההזנחה.⁵² במקרים קיצוניים במיוחד לבשה התערבות המדינה את האופי הקיצוני ביותר, וכבר על-סמך אותה התנהגות שלילית במהלך ההיריון הוכרו התינוק עם לידתו ככבר-אימוץ ממש, ולא רק כקטין נזקק.⁵³

התפתחות מעניינת, המנוגדת לקו המנחה, היתה במדינת ניו-יורק. בעניין *Fletcher*⁵⁴ נקבע כי שימוש בסמים על-ידי האם בזמן ההיריון אינו יכול כשלעצמו לבסס הכרות הזנחה. בעניין *Milland*⁵⁵ דובר בהורים שצרכו אלכוהול באופן קבוע, וכתוצאה מכך נולד ילדם עם סינדרום אלכוהול. בית-המשפט הצהיר על הזנחת הקטין, אך רק לאחר שבחן את השפעת הרגלי ההורים לצורך אלכוהול על יכולתם לגדל את התינוקת, ולא רק בשל כך שנולדה עם סינדרום אלכוהול. אך מאוחר יותר, בעניין *Tyesha*,⁵⁶ הפך בית-המשפט את ההלכה בעניין *Fletcher*. באותה פרשה היתה בדיקת השתן של התינוק שנולד חיובית לגבי קוקאין. האם הודתה שהשתמשה בקוקאין בחודש החמישי להריונה, וכן זמן קצר לפני הלידה. בית-המשפט לערעורים קבע כי הילד מוזנח על-סמך בדיקת הסמים החיובית שלו, השימוש בסמים על-ידי האם במהלך ההיריון ואי-הצטרפותה של האם לטיפול גמילה בעת הגשת התביעה. כמו-כן נקבע שאין צורך להראות מתי במדויק השתמשה האם בסמים, אלא די להראות את התוצאות של בדיקת הסמים החיובית של התינוק. בית-המשפט דחה את הטענה כי מדובר בהתערבות בפרטיות האם, וציין כי אין מדובר במניעת האם מהבאת ילדים לעולם, אלא בהגנה על שלום הילד שנולד.⁵⁷

דרך נוספת להתערבות במישור האזרחי עוד במהלך ההיריון היא הניסיון לכפות על האשה לעבור טיפול רפואי לטובת העובר, לעיתים אף לשם הצלתו ממש. במסגרת זו נכללים כמובן כל מקרי הניתוחים הקיסריים הכפויים שהתרחשו בארצות-הברית,⁵⁸ וכן

-
- 51 *In re Baby X* 293 N.W.2d 736, 738–739 (Mich. App. 1980). ראו גם הרצאתה של דוקטור שולמית בנק: ש' בנק "ילדי נייר הכסף" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 41, שציטטה דברים אלה כאילו נאמרו על-ידי בית-המשפט העליון בישראל, שם, בע' 47.
- 52 *In re Troy D.* 263 Cal.3d 869, 874 (1989); *In re Ruiz* 500 N.E.2d 935, 938–939 (Ohio 1986).
- 53 *In re A.W.* 569 A.2d 168, 169–170 (D.C. 1990) (להלן: עניין A.W.); *Solomon L.* 236 Cal. 2 (App. 1987) (להלן: עניין Solomon).
- 54 *In re Fletcher* 533 N.Y.S.2d 241 (Fam. Ct. 1988) (להלן: עניין Fletcher); בגישה דומה נקט בית-המשפט העליון של קונטיקט בעניין *In re Valerie D.* 613 A.2d 748 (Conn. 1992), כפי שצוטט אצל: Farr, *supra* note 24, at p. 237.
- 55 *In re Milland* 548 N.Y.S.2d 995 (Fam. Ct. 1989).
- 56 *In re Stefanel Tyesha C.* 556 N.Y.S.2d 280 (1990).
- 57 *Ibid*, at p. 285.
- 58 ראו: *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority* 274 S.E.2d 457

מקרים אחרים הקרובים יותר לנושא של מאמר זה, בהם ניסו רשויות הסעד לכפות על נשים הרות, בדרך-כלל כאלה המשתמשות בסמים, פיקוח וטיפול רפואי בדרגות שונות: החל במעקב שוטף לצורך הבטחת טיפול טרום-לידתי נאות בהתחשב בנסיבות, המשך בהשתתפות בתוכנית גמילה או מעבר לתחליף סם⁵⁹ וכלה בהבטחת הלידה במוסד רפואי מוכר.⁶⁰ ראינו כבר את הניסיון להשיג מטרות כאלה באמצעות ההליך הפלילי.⁶¹ הניסיון להשיג זאת במערכת האזרחית נעשה בדרך-כלל על-ידי מינוי אפוטרופוס לעובר, דבר שיכול להוביל למה ש-Michelle Oberman כינתה "הפיקציה המשפטית האולטימטיבית":

"Thus, in what is perhaps the ultimate legal fiction, the pregnant woman loses 'custody' of the baby she carries with her 24 hours a day."⁶²

בארצות-הברית קיימת פסיקה סותרת בנושא.⁶³ בקנדה ובאנגליה נפסק שאין לבית-המשפט סמכות להורות על מינוי אפוטרופוס לעובר בנסיבות אלה על שום הפגיעה הנלווית בזכויות האשה ובאוטונומיה שלה.⁶⁴

In re A.C. 533 A.2d 611 (App. D.C. 1987); In ;Jefferson (Ga. 1981)
re A.C. 539 A.2d 203 (App. D.C. 1988); In re A.C. 573 A.2d 1235 (App. D.C. 1990); J.J. Finer "Toward Guidelines for Compelling Cesarean Surgery: Of Rights, Responsibility, and Decisional Authenticity" 76 Minn. L. Rev. (1991)
 .239

59 מבחינה רפואית נמנעים מלנקוט הליך גמילה מלא במהלך ההיריון עקב הנוקים העלולים להיגרם לעובר מעצירה דרסטית של הספקת הסם. הטיפול משתנה אומנם בהתאם לסוג הסם שמדובר בו – סם מעורר, כגון קוקאין, או סם מקבוצת הסמים האופיאטיים, כגון הרואין – אך בכל מקרה אין מתבצעת גמילה של ממש.

60 לניסיון כזה שנמנע, ראו, למשל, את פסק-הדין הקנדי *Re A. (in utero)* (1990), 72 D.L.R. (4th) 722.

61 ראו לעיל טקסט להערה 41.

62 *Oberman, supra* note 36, at p. 520 at note 64.

63 ראו עניין *Cox v. Court of Common Pleas* 537 N.E.2d 721; *Pointer, supra* note 39 (Ohio App. 1988), וכן את סקירתו של סיימור, הדנה בהרחבה בפסקי-הדין הללו ובפסקי-דין נוספים: Seymour, *supra* note 36, at pp. 116–117.

64 K. De Gama "A Brave על המצב באנגליה, ראו: Seymour, *ibid*, at pp. 117–119

New World? Rights and the Politics of Reproductive Autonomy" 20 *J.L. & Soc'y* J.E. Hanigsberg "Power and Procreation: State על המצב בקנדה, ראו: (1993) 114

.Interference in Pregnancy" 23 *Ottawa L. Rev.* (1991) 35

פרק 2: סקירה רפואית כללית

בעיית הסמים בישראל אינה כה חמורה והיקפה אינו כה רחב כבארצות-הברית. עם זאת היא קיימת, ובדומה למתרחש בעולם המערבי, ממדיה הולכים ומתרחבים.⁶⁵ לענייננו חשוב להדגיש שגם סוג הסמים שמדובר בהם שונה: עיקר הבעיה בארצות-הברית הוא השימוש בקוקאין (מקבוצת סמי המרץ), או בגרסתו המזוקקת והזולה יותר – הקראק (קוקאין אלקלואידי).⁶⁶ הסם הנפוץ ביותר בישראל הוא ההרואין (מקבוצת הסמים האופיאטיים), אך גם בנקודה זו ניכרים לאחרונה שינויים, והשימוש בקראק, בעיקר בקרב בני-נוער, הולך ומתפשט.⁶⁷ אין נתונים מדויקים באשר לשאלת השכיחות של השימוש בסמים בקרב נשים הרות בישראל. הנתונים הקיימים מהווים בעיקר השערות על-סמך בדיקות אקראיות הנערכות באופן בלתי-שיטתי בכמה בתי-חולים, וכן על-סמך נתונים שנאספו במסגרת מחקרו של פרופסור אשר אור-נוי, שלא נועד לבחון את מידת השכיחות של התופעה, אלא את השפעותיה על היילודים.⁶⁸ מכל מקום, ההשערות הן כי בין 0.1% ל-0.2% מבין כלל היולדות מכורות לסמים, וההערכה הרווחת יותר היא 0.1%. ההנחה היא שמדי שנה נולדים בישראל כמאה תינוקות לאימהות מכורות להרואין.⁶⁹ לשם השוואה, הנתונים הרווחים בארצות-הברית נעים סביב שלוש מאות שבעים וחמישה אלף

65 לנתונים, ראו גרין סמים, לעיל הערה 7, במיוחד במאמרה של צ' ברנע "היקף השימוש בסמים ובאלכוהול בישראל – סקירת המחקרים האפידמיולוגיים 1971-1990" סמים – עובדות. שאלות ובעיות (ד' גרין עורך, 1995) 124-149; וכן אצל כספי, לעיל ראה הערה 7, במיוחד בע' 63-67, 115-128, 137-151; וכמו-כן ראו ב' ונטל "גם בסמים הפתרון הוא הפרדה" הארץ 19.4.1996.

66 גרין סמים, שם; ברנע, שם; כספי, שם; ונטל, שם; ד' רוזנק, א' הורנשטיין, "דיאמנט "קוקאין: השימוש האימהי בהריון והשפעתו על האם, העובר והיילוד" הרפואה קטז (1989) 600; לתיאור מפורט של הפעולה הכימית של הקוקאין והקראק ושל ההתמכרות להם, ראו: D.M. Korver "The Constitutionality of Punishing Pregnant Substance Abusers Under Drug Trafficking Laws: The Criminalization of a Bodily Function" 32 B.C. L. Rev. (1991) 629; על ההבחנה בין שני סוגי סמים אלה, מרכיביהם, פעולתם והשפעותיהם, ראו כספי, שם, בע' 21-25, 27-28.

67 ראו גרין סמים, שם; כספי, שם, במיוחד הנתונים בפרק 7, ובפרט הטבלות והניתוחים המובאים בע' 122-128; א' אור-נוי "השפעת סמים קשים על התפתחות העובר ותהליכי התפתחות בגיל הרך" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 17; רוזנק, הורנשטיין, דיאמנט, שם.

68 המחקר יידון בהרחבה בהמשך, ראו להלן הערה 286, והטקסט לה ואילך.

69 לנתונים מיום העיון שערכה המועצה הלאומית לשלום הילד, ראו: תינוקות מכורים לסמים – דף עמדה (מ' גילת, י' קדמן, א' אידלמן עורכים, תשנ"ה) 2 (להלן: דף עמדה של המועצה הלאומית לשלום הילד); חלק מהנתונים מוזכרים על-ידי חברת-הכנסת נעמי בלומנטל, ד"כ 127 (תשנ"ג) 868; ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים,

תינוקות הנולדים מדי שנה לאימהות מכורות לסמים;⁷⁰ או באופן הצגה אחר, כ-11% מכלל התינוקות הנולדים בארצות-הברית נחשפו בשלב כלשהו במהלך ההיריון לסם לא-חוקי.⁷¹ אלה הם כמובן מספרים מבהילים ביותר, המסבירים בין השאר גם את העיסוק האינטנסיבי בנושא על כל צדדיו, לרבות המשפטיים, בעולם המעשה ובעולם האקדמיה. יש לא מעט החולקים על נתונים אלה של Chasnoff, וטוענים לנתונים נמוכים בהרבה,⁷²

- 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, ע' 3 (דברי א' אור-נוי); ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 15.2.1994, פרוטוקול מס' 57, ע' 2 (דברי י' קדמן). מעולם לא נעשה בישראל מחקר מקיף בהתבסס על בדיקה (screening) של כלל היילודים ללא אבחנה מוקדמת. בשיחה עם דוקטור יעקב קווינט, ראש מחלקת טיפול נמרץ יילודים ופגים בבית-החולים ע"ש שיבא, 4.3.1996 (להלן: שיחה עם דוקטור יעקב קווינט), נאמר לי כי האפשרות לעריכת מחקר כזה בתל-השומר הועלתה בעבר אך נדחתה על-ידי ראש היחידה לטוקסיקולוגיה בבית-החולים. להערכת קווינט, העלויות הכספיות של מחקר כזה גבוהות, והממצאים היו באים, להערכתו, בגדר מה שמקובל לכנות "ממצאים שליליים" (negative results), דהיינו: "איי-קיום בעיה". מחקרים שמצביעים על ממצאים שליליים כמעט שאינם ניתנים לפרסום, כפי שאראה בהמשך, ראו להלן הערות 93-95, והתקסט להן. לדברי קווינט, אין עניין בממצאים שליליים, למרות המשמעות החברתית הגלומה בממצאים כאלה. מעניין שקווינט מסר כי אין מורגשת במחלקתו כל עלייה במספר המקרים, ולמעשה אין שם כמעט לידות של תינוקות במצב של תסמונת גמילה.
- 70 נתון זה מתבסס על ממצאיו של פרופסור Ira Chasnoff, מחלוצי העוסקים בנושא מן ההיבט הרפואי, הנחשב לאחד מבני-הסמכא הגדולים ביותר בתחום. ראו, למשל: I.J. Chasnoff "Drug Use and Women: Establishing a Standard of Care" 562 *Prenatal* (1989) 208 *Annals N.Y. Acad. Sci.* (פורסם במהדורה מיוחדת של כתב-העת: *Abuse of Licit and Illicit Drugs* (D.E. Hutchings ed.)).
- 71 ראו דברי פרופסור לב יוסף אידלמן, שהיה מנהל המחלקה לטיפול נמרץ בבית-החולים "שערי צדק", שהציג את הנתונים שהיו צפויים להתקבל בארץ על-סמך הנתונים הקיימים בארצות-הברית בישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 21.5.1991, פרוטוקול מס' 42, ע' 5.
- 72 להפניות למספר מאמרים המעמידים בספק את נתוניו של Chasnoff, ראו: Chavkin, *supra* note 22, at p. 268 at note 34; Breitbart & Wise, *supra* note 22, at p. 268 at note 34; Daniels מביאה בספרה נתונים נמוכים בהרבה, על-פי סקר של הרשות האמריקאית למלחמה בסמים (NIDA), *supra* note 24, at p. 108; בשיחה עם פרופסור ארנולד טרבך (Arnold Trebach), נשיא ה-Drug Policy Foundation בארצות-הברית, 4.2.1996, במהלך כנס בנושא המדיניות בתחום הסמים שנערך בפקולטה למשפטים בירושלים, הוא הביע ביקורת מהותית על מחקריו של Chasnoff בפרט ועל הפניקה הכללית האופפת את מדיניות המלחמה בסמים בארצות-הברית בכלל. טרבך חולק הן על הנתונים בדבר ממדי התופעה והן על הממצאים לגבי השלכותיה על התינוקות; ראו גם: K. Greider "Crackpot Ideas"

אך בדרך-כלל נתונים אלה נתפסים כמוחלטים, ולא ניתן להמעיט בהשלכותיהם על מדיניות הרשויות השונות.⁷³

גם באשר להשלכות של צריכת סמים במהלך ההיריון אין המידע הרפואי מוחלט, וגם כאן קיימים, מצד אחד, מחקרים המצביעים חד-משמעית על פגיעות חמורות ביותר ביילודים, ומצד אחר נשמעים קולות ספקניים, המצביעים על קשיים מחקרניים, על הטיות ועל הכללות.⁷⁴ יש לעמוד כאן על ההבדלים בין החומרים הנצרכים; די ברור, כלשונו של פרופסור אור-נוי, כי "אם בוחנים את הבעיה מבחינת העדיפויות הקשורות בעוברים (אם בכלל ניתן להתבטא כך), הרי עדיף השימוש בהרואין ולא בקוקאין".⁷⁵ ההשפעות שמקובל בדרך-כלל לייחס לשימוש ממושך בקוקאין במהלך ההיריון הן: עלייה בשכיחות מוות תוך-רחמי; התנתקות השליה כתוצאה מפגיעה במחזור הדם של השליה (abruptio placentae), מצב שעלול לגרום למוות העובר; לידה מוקדמת; משקל לידה נמוך; היקף ראש קטן; דימומים תוך-מוחיים; עלייה בשכיחות מומים מולדים, המגיעה עד כדי 10% (פי שלושה עד פי חמישה משכיחות מומים מולדים בקרב כלל האוכלוסייה), ועלייה בשכיחות מות-עריסה (sudden infant death syndrome).⁷⁶ ההשפעות המיוחדות להרואין

באתר האינטרנט http://www.mojones.com/mother_jones/JA95/greider.html

(להלן: אתר "Crackpot Ideas").

73 ראו, למשל: Jus, Marshall & Perlmutter, *supra* note 12, at p. 120, המתארים את השפעתם הישירה של נתונים אלה, ואת תודעת ה"מגפה" והמשבר שהם יצרו, על נקיטת תוכנית התערבות משולבת של גורמי הרפואה הקהילתיים והמשטרה המקומית בעיר צירלסטון שבמדינת קרוליינה הדרומית. תוכנית ההתערבות הביאה לידי מעצרון של ארבעים ושתיים נשים שנמצא כי צרכו קוקאין בעת הריונותיהן, ולא קיבלו על עצמן את התוכנית לטיפול בהתמכרות שהופנו אליה.

74 לסקירת הקולות החולקים על התמונה המקובלת, ראו: H.K. Kimmel "In re Valerie D.: Prenatal Conduct, an Insufficient Basis for Termination of Parental Rights" 28 *New Eng. L. Rev.* (1993) 483, 490, 509–510, וראו את ההפניות המובאות שם, במיוחד את ההפניה למחקר מקיף (meta-analysis) של מחקרים שבדקו השפעה של צריכת קוקאין במהלך ההיריון על תוצאות ההיריון, ומסקנתו שלא הוכח קשר עקבי של פגיעה בעובר, *ibid.*, at p. 509 at note 265; אתר 72 *supra* note "Crackpot Ideas"; וכן יתר המקורות המוזכרים לעיל בהערה 72; לדיון והפניות, ראו: Johnsen, *supra* note 10, at p. 601 at note 137.

75 אור-נוי, לעיל הערה 67, בע' 17.

76 אור-נוי, שם; רוזנק, הורנשטיין, דיאמנט, לעיל הערה 66; Korver, *supra* note 66, especially at pp. 643–647. למקורות החלוקים ביניהם בדבר ממצאים אלה, ראו רוזנק, הורנשטיין, דיאמנט, שם, במיוחד בע' 602; S.R. Kandall & W. Chavkin "Illicit Drugs in America: History, Impact on Women and Infants, and Treatment Strategies for Women" 43 *Hastings L.J.* (1992) 615, 636–638, ובמיוחד המקורות שהם מפנים אליהם: *Ibid.*, at p. 637 at note 196.

(ולאופיאטים אחרים) חמורות מעט פחות, כאמור, בעיקר משום שלעת עתה אין ההרואין נחשב לחומר טרטוגני, דהיינו, חומר הגורם מומים מולדים.⁷⁷ במחקרו של אור-נוי התגלו אומנם גם מקרים של שיתוק-מוחין, אך עקב מספר הנבדקים הנמוך מלכתחילה, לא ניתן להסיק מכך כל מסקנות מדעיות. לדעת אור-נוי, אם יוסיף להתגלות נתון כזה גם בהמשך המחקר, תשתנה הגדרת ההרואין, וגם הוא, כמו הקוקאין, ייחשב לחומר טרטוגני.⁷⁸ ההשפעות המיוחסות לצריכת הרואין בעת היריון הן עלייה בשכיחות מוות תוך-רחמי; משקל לידה ירוד; והיקף ראש קטן.⁷⁹ לכל הסיכונים שנמנו לעיל יש להוסיף כמובן את הסיכון המוגבר להעברה וורטיקלית (מאם לעובר) של תסמונת הכשל החיסוני הנרכש (AIDS), ששכיחותו בקרב נשים המשתמשות בסמים (או כאלה שבני-זוגן צורכים סמים) גבוהה לאין שיעור מזו של כלל האוכלוסייה.⁸⁰

לעומת העובדה שההשפעות ארוכות-הטווח של קוקאין חמורות משל הרואין, תסמונת הגמילה שהיילוד עלול לחוות מייד לאחר הלידה או סמוך לה מסוכנת יותר בעקבות חשיפה תוך-רחמית להרואין מאשר לקוקאין, ודורשת בדרך-כלל טיפול רפואי מבוקר.⁸¹ התסמונת מופיעה בדרך-כלל בתוך ארבעים ושמונה שעות לאחר הלידה, אך לעיתים גם ימים מספר עד שבוע לאחר-מכן.⁸² תסמונת הגמילה מהרואין מאופיינת באי-שקט, קשיי נשימה, קשיי מציצה ואכילה, בכי צורמני בלתי-ניתן להרגעה, שלשול והקאות, פרכוסים ועוד תופעות המצביעות על תפקוד לקוי של מערכת העצבים המרכזית, מערכת העיכול ומערכת הנשימה.⁸³ טיפול הגמילה נושא בדרך-כלל אופי של טיפול תומך באמצעות סביבה בעלת רמת גירויים נמוכה ככל האפשר (שקטה ולא מוארת מדי); שמירה על חום

77 ליתר דיוק, חומר טרטוגני הינו כל חומר המסוגל לגרום ליקויים בהתפתחות אנטומית או תפקודית של איברים, ואשר הפגיעה ממנו מתרחשת במהלך ההיריון. ראו אור-נוי, שם;

Kandall & Chavkin, *ibid*, at p. 634.

78 לאחרונה התפרסם מחקר שנערך בעכברים, ולפיו ניווקו תפקודי מוחם של עכברים שלאמותיהם הוזרק הרואין בעת הריונותיהן. המחקר נערך בפקולטה לרפואה של האוניברסיטה העברית בירושלים, בשיתוף עם קבוצת מחקר מבית-הספר לרפואה של אוניברסיטת דיוק בקרוליינה הצפונית; ראו ידיעות מאת ע' שגב "מחקר: עכברים נפגעו במוחם אחרי שאמותיהם צרכו הרואין בעת ההריון" הארץ 5.4.1996; ר' פוריאן "סמים שהעובר אינו סובל" הארץ 18.4.1996.

79 אור-נוי, לעיל הערה 67; 76 *supra* note Kandall & Chavkin.

80 Dobson & Eby, *supra* note 20.

81 רוזנק, הורנשטיין, דיאמנט, לעיל הערה 66, בע' 602 *supra* note Kandall & Chavkin, 634-635, at pp. 76.

82 רוזנק, הורנשטיין, דיאמנט, שם; א' אנטמן "תסמונת גמילה אצל ילודים" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 21, במיוחד בע' 23.

83 אנטמן, שם, שם; ב' מוגילנר "הערכות הצוות הרפואי בבית-החולים לקראת קבלת תינוק של אם מכורה" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים

גוף (באמצעות אינקובטור או עטיפת הגוף בכיסוי מתאים); הספקה סדירה של נוזלים וקלוריות; תרופות הרגעה (phenobarbital) ולעיתים גם מינון מסוים של תחליפי סם (paregoric או אפילו מתדון).⁸⁴ הזמן הנדרש לטיפול גמילה נע בין שבועיים לשלושה שבועות.⁸⁵ טיפול גמילה שהסתיים בהצלחה אינו מותיר, כשלעצמו, כל נזק או פגיעה.

ג. חלק שני: ביקורת

ניתן לחלק את הביקורת על דרכי התערבות המדינה ביחסי אם-עובר, באופן גס, לשתי רמות: הרמה התיאורטית והרמה המעשית. גם את הרמה התיאורטית ניתן לחלק לשתי דרכי התייחסות: התייחסות משפטית פוזיטיביסטית, המתמקדת בעיקר בניתוח החוקתי, והתייחסות ערכית. ההתייחסות הערכית היא המעניינת יותר, והיא שתוביל אותנו להתייחסות לנושא במסגרת הכוללת של התיאוריות הפמיניסטיות של המשפט. מאחר שכך, נגיע אליה דווקא לאחר שנדון בהיבטים האחרים של הביקורת, שיובאו כאן רק בתמציתיות, כדי לפנות את הדרך לניתוח התיאורטי.

פרק 1: ביקורת מעשית

הביקורת ברמה המעשית מתעמתת מבחינה עובדתית עם ממצאי מחקרים שהמדיניות שגובשה בנושא נשענת עליהם. במהלך הסקירה העובדתית-הרפואית לעיל הובאו גם מחקרים ודעות החולקים על האמיתות המקובלות. הביקורת ברמה המעשית מדגישה אותם. היא מתמקדת בעיקר בהצגת ממצאים החולקים על הממצאים הרווחים בנוגע לנוק שנגרם לעובר עקב השימוש בסמים על-ידי האשה, ובביקורת הנתונים המובאים בדרך-כלל בדבר ממדי התופעה. היא גם מדגישה את העיוות וההטיה הקיימים בהיתפסות לגורם השימוש בסמים כגורם מרכזי, כמעט יחיד, בגרימת נזק לעובר, תוך התעלמות מגורמים רבים אחרים. גורמים אחרים אלה יכולים להיות קשורים גם הם להתנהגות האשה, כגון צריכת אלכוהול או עישון סיגריות, שנזקיהם אף פחות שנויים במחלוקת מנזקי צריכת הסמים, ועם זאת מדובר בהתנהגויות חוקיות לחלוטין.⁸⁶ אך הביקורת החריפה יותר

וטיפוליים (מ' גילת, 'קדמן עורכים, תשנ"ב) 77; *Kandall & Chavkin, supra note* 76, at p. 635.

84 אנטמן, שם, בע' 78; *Kandall & Chavkin, ibid*.

85 *Kandall & Chavkin, ibid*.

86 לסיכום ממצה של הידע הרפואי שהצטבר בחקר ה-FAS (תסמין האלכוהול בעובר), ראו: K. Wekselman, K. Spiering, C. Hetteberg, C. Kenner & A. Flandermeyer "Fetal Alcohol Syndrome from Infancy through Childhood: A Review of the Literature" *J. Pediatric Nursing: Nursing Care of Children & Families* (1995) 296. למרות הידע הקיים בנושא מראשית שנות השמונים, רק עתה, בעקבות מחקרים עדכניים, המליץ

מופנית כמובן כלפי ההתעלמות מגורמים סביבתיים-חברתיים של מצוקה, עוני ואלומות, שעליהם נרחיב מעט בהמשך.⁸⁷ יש להבהיר כאן שהסבת תשומת-הלב לגורמים האחרים המצויים לכאורה בשליטת האשה (אלכוהול, סיגריות, תזונה ועוד) לא נועדה להוות קריאה לנקיטת צעדים גם במצבים כאלה, אלא להיפך, כמובן. היא נועדה להראות את האבסורד שבגישה המפקחת והמענישה, שאימוצה המלא יכול להביא עד לידי הפעלת מה שכוונה משטרת היריון (pregnancy police), שתערב בכל החלטה שהאשה מקבלת במהלך הריונה, המתייחסת בדרך-כלל להתנהגות חוקית כשלעצמה, אבל שיש בה כדי להשפיע לרעה על העובר.⁸⁸ כפי שבית-משפט לענייני משפחה במדינת ניו-יורק ניסח זאת בצורה קולעת ביותר:

"To carry the... argument to its logical extension, the State would be able to supersede a mother's custody right to her child if she smoked cigarettes during her pregnancy, or ate junk food, or did too much physical labor or did not exercise enough. The list of potential intrusions is long and constitute entirely unacceptable violations of the bodily integrity of women..."⁸⁹

באופן כללי, הביקורת המעשית היא בעלת אופי חשדני, היוצאת מנקודת-מוצא ברורה שהמדע אינו יכול להיות מנותק מן ההקשר החברתי והפוליטי הסובב אותו.⁹⁰

משרד הבריאות האמריקאי לנשים הרות להימנע לחלוטין משתיית אלכוהול. ראו מ' סלוין "תאים שתויים מפסיקים לנרוד" הארץ 9.10.1996. לתיאור מרגש שכתב אביו המאמץ של ילד שנולד עם FAS על חיי בנו, ראו: P. Guthrie "Alcohol's Child: A Father Tells his Tale – A Book Review on: The Broken Cord by Michael Dorris" *The N.Y. Times Book Review* (July 30, 1989).

87 אחד המחקרים המדגימים זאת בצורה ברורה במיוחד הוא מחקרה של קבוצת רופאים מניו-יורק, שהתריע מפני ההתעלמות מן השכיחות הגבוהה יותר של גורמים מזיקים הקשורים בעוני, כגון חשיפה יתרה לעופרת ולניקוטין, אצל נשים הצורכות קוקאין. D.R. Neuspel, M. Markowitz & E. Drucker "Intrauterine Cocaine, Lead and Nicotine Exposure and Fetal Growth" 84 *Am. J. Pub. Health* (1994) 1492.

88 M. McNulty "Pregnancy Police: The Health Policy and Legal Implications of Punishing Women for Harm to their Fetuses" 16 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (1988) 277; J.M. Stellman & J.E. Bertin "Science's Anti-Female Bias – One Chief Example: The 'Pregnancy Police'" *The N.Y. Times* (June 4, 1990).

89 עניין 54, at p. 243 *Fletcher, supra*.

90 M. Harrison "Drug Addiction in Pregnancy: The Interface of Science, Emotion, and Social Policy" 8 *J. Substance Abuse Treatment* (1991) 261, 263.

לפיכך, ממצאי מחקרים רפואיים, וכמובן מסקנותיהם, אינם יכולים להיות נטולי מגמתיות. יותר מכך, המגמתיות, שאינה מודעת בהכרח, מכתיבה אף את הרמה הבסיסית של הצגת השאלות למחקר. כך, למשל, קיימת קרבה רבה ואף חפיפה בין התוצאות המתקבלות בעקבות בדיקת ההשפעה של תנאים סביבתיים של עוני על העובר לבין בדיקת ההשפעה של נטילת סמים על-ידי האם על העובר.⁹¹ אך ניסוח המחקר בצורה האחת, של התמקדות בהשפעה של צריכת הסמים, למשל, יוביל לגיבוש קווי פעולה שונים לגמרי מקווים שהיו מגובשים אילו נוסח המחקר בצורה האחרת, של בדיקת ההשפעה של תנאי עוני קשה, שהשימוש בסמים הוא לעיתים אחד ממאפייניו, נוסף לתזונה לקויה, אלימות, רמת ילודה גבוהה, מתחים, מצוקה ועוד.⁹² המשמעות הנסותרת העומדת מאחורי שני הניסוחים החלופיים ברורה לגמרי, כמובן: החלופה הראשונה מטילה את האחריות הבלבדית והמוחלטת על האשה, בעוד האחרת מרחיבה את מעגל האחריות ומציבה את החברה בכללה בראש. אי-היכולת או אי-הרצון, ברמה המחקרית, לבדוד את גורם השימוש בסמים מן התסמונת הכללית של העוני משמשים מוקד לביקורת משמעותית ביותר.

מאותה נקודת-מוצא של חשדנות, הביקורת המעשית חושפת היבט נוסף המתחבר לפוליטיקה של חירויות ההולדה ושל יחסי אם-עובר, והמשליך בהכרח גם על המימד הערכי של הנושא. זה ההיבט ה"אקדמי", המתייחס לפוליטיקה של הפרסומים. אין זה סוד שכתבי-העת הרפואיים ושאר במות פרסום של המחקרים הרפואיים מעדיפים כעיקרון פרסום תוצאות חיוביות של ניסויים ומחקרים על פרסום תוצאות שליליות.⁹³ מסתבר כי הנושא "crack babies", לדוגמה, נהפך לנושא פוליטי מובהק בממסד הרפואי האקדמי. חוקרים לא-מעטים מעידים שמחקרים המראים נזק מתקבלים לפרסום בקלות רבה יותר מאשר מחקרים המצביעים על היעדר נזק.⁹⁴ נוצר מצב בו הפרסום, השולט על הנתונים

91 ראו דיון במחקרו של אור-נוי, להלן הערה 286, והטקסט לה ואילך; P.A. King "Helping Women Helping Children: Drug Policy and Future Generations" 69 *The Milbank Quart.* (1991) 595 (פורסם במהדורה מיוחדת של כתבי-העת: "Confronting Drug Policy" Oberman, *supra* note 36; Harrison, *ibid*); היכולים להיגרם הן כתוצאה מתנאים סביבתיים קשים והן כתוצאה מצריכת אלכוהול על-ידי האם הם בעיקר משקל נמוך של היילוד בשעת הלידה ולידה מוקדמת.

92 Harrison, *ibid*.

93 מחקר בעל תוצאה חיובית הוא מחקר המצביע על קיומו של קשר בין גורם מסוים (למשל, צריכת סמים במהלך היריון) לבין מצב מסוים (למשל, פיגור בגדילה). מחקר בעל תוצאה שלילית מוכיח היעדר קשר בין שני הדברים, ומראה למעשה היעדר השלכות לאותו גורם שנחקר.

94 אור-נוי, לעיל הערה 67, בע' 18; ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, ע' 9 (דברי א' אור-נוי); שיחה עם דוקטור יעקב קווינט, לעיל הערה 69; Harrison, *supra* note 90; אתר "Crackpot Ideas", *supra* note 72. קבוצת חוקרים קנדיים בדקה בין השנים 1980-1989 את תהליך הקבלה של מחקרים להצגה

המגיעים לידיעתנו, שולט בדרך זו על מה שמוגדר בסופו של התהליך כ"אמת".⁹⁵ הביקורת המעשית מתייחסת כמו-כן ליעילות של אופן ההתערבות לטובת העובר. ההנחה היא שהמטרה המנחה את כל דרכי ההתערבות השונות הינה בסופו של דבר קידום הולדת תינוקות בריאים באמצעות הפחתת השימוש בחומרים מזיקים על-ידי נשים הרות. הביקורת המעשית בנקודה זו עומדת על הכישלון הברור של נקיטת דרכי התערבות במישור הפלילי ובמישור ההגנה על ילדים בהשגת מטרה זו. העדויות המצטברות מצביעות בבירור על רתיעת הנשים מפנייה לעזרת מערכות הסעד והרפואה, עקב חששותיהן מפני נקיטת צעדים פליליים נגדן או נטילת ילדיהן מהן לאחר הלידה.⁹⁶ רבים מן הארגונים המקצועיים שיש להם נגיעה בתחום זה הביעו עמדות רשמיות נגד מדיניות התערבות מסוג זה, לנוכח אפקט ההרתעה מן הפנייה לעזרה ולטיפול, שעלול אף להגיע להעדפה של האם ללדת בבית ללא כל השגחה רפואית, כדי לא "להיתפש".⁹⁷ יש לשים

ולפרסום במסגרת ועדה בנושא מחקר ברפואת ילדים, ומצאה שהמחקרים שהצביעו על קיומו של אפקט קוקאין על התנהגות ילדים שנחשפו לו בעודם עוברים הועדפו באופן מובהק על מחקרים בעלי תוצאות הפוכות, אף-על-פי שרמתם המקצועית של האחרונים (מבחינת שיטת המחקר וכיוצא באלה) היתה אף גבוהה יותר. החוקרים מתריעים על הערכה מסולפת של האפקט הטרטוגני של הקוקאין בעקבות מדיניות פרסומים זו, וחוששים מפני דיכוי כיווני מחקר ש"אינם רצויים" בעיני המפרסמים: G. Koren, K. Graham, H. Shear & T. Einarson "Bias Against the Null Hypothesis: The Reproductive Hazards of Cocaine" 8677 *The Lancet* (1989) 1440.

Harrison, *ibid* 95. אמירה זו נכונה מן הסתם בכל תחום ידע, אך כאשר קיימת הטיה כה ברורה, שהשלכותיה מרחיקות-לכת באופן מיוחד, הדבר נעשה מסוכן במיוחד.

Johnsen, *supra* note 15; Dobson & Eby, *supra* note 20; Oberman, *supra* note 96 36; Chavkin, *supra* note 36. חששות אלה הובעו גם בארץ במהלך דיונים על גיבוש המדיניות הרצויה בנושא זה. ראו, למשל, ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, ע' 12-13 (דברי ח"כ ח' היכל, מ' שרעבי), ע' 17 (דברי דוקטור חיים גלסר, מנהל המחלקה לטיפול בהתמכרויות, שירותי בריאות הנפש, משרד הבריאות); ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 15.2.1994, פרוטוקול מס' 57, ע' 11 (דברי א' אור-נוי), ע' 13 (דברי חבר הכנסת ח' דיין). אותם חששות עלו גם במהלך שיחות שקיימתי עם בעלי תפקידים בתחום הגמילה מסמים והרווחה (שיחה עם אריאלה שגב, מנהלת המחלקה לטיפול בנפגעי סמים, משרד העבודה והרווחה, 4.2.1996), ובתחום בריאות האשה (ראיון עם דוקטור עדיה ברקאי, מנהלת המחלקה לאם ולילד במשרד הבריאות, 20.5.1996).

97 ראו 602-604 *Johnsen, ibid*, המצטטת את דו"ח ה-General Accounting Office האמריקאי משנת 1990 (להלן: דו"ח ה-GAO), וכן את עמדותיהם של ארגונים רשמיים אחרים; ראו גם את עמדת האגודה האמריקאית לרפואה: American Medical Association, Board of Trustees Report "Legal Interventions During Pregnancy: Court Ordered Medical Treatments and Legal Penalties for Potentially Harmful

דגש בתוצאה האבסורדית הנגרמת מיישום מדיניות כזו, המביאה לידי כך שנשים כאלה לא רק שיימנעו מלפנות לסיוע לשם טיפול בבעיית ההתמכרות שלהן, אלא יימנעו גם מלפנות לטיפול טרום-לידתי שוטף (prenatal care), שהוכח מעל לכל ספק כי יש בו כדי להפחית את הנוקים הנגרמים לתינוקות שנחשפו לסמים במהלך היריון.⁹⁸ זוהי כמוזן הוכחה ניצחת לכך שמדיניות ההתערבות הזו משיגה את ההיפך מן המטרות שהציבה לעצמה. אחד הרכיבים המרכזיים של התערבות מן הסוג הזה, המעורר התנגדות מיוחדת, הוא חובת הדיווח העשויה להיות מוטלת על עובדי הבריאות הבאים במגע עם האשה המשתמשת בסמים.⁹⁹ הביקורת מופנית כלפי הפגיעה הקשה ביחסי רופא-מטופל הנגרמת עקב הטלת חובה כזו, כלפי הרס יחסי האמון החיוניים לקשר בין המטפל למטופל, וכלפי הפגיעה בסודיות הרפואית, שהיא אבן-יסוד בתחום הטיפול הרפואי.¹⁰⁰

הביקורת המעשית אינה מסתפקת בהצבעה על הכשלים בפועל, אלא מציעה גם חלופות לדרכים שננקטו. המגמה המשותפת למבקרים השונים היא קריאה לאימוץ גישה

Behavior by Pregnant Women" 264 JAMA (1990) 2663, 2666, 2668 (להלן: המלצת ה-AMA). יש להדגיש שתגובה זו מאפיינת גם את מדיניות ההתערבות במישור האזרחי - של טיפול גמילה כפוי, למשל - ולא רק במישור הפלילי, ראו: King, *supra* note 91, at pp. 607-609.

98 דו"ח ה-*GAO*, אצל *Johnsen, ibid, ibid*, *Oberman, supra* note 36.

99 בכמה ממדינות ארצות-הברית אכן מוטלת חובת דיווח כזו. מדינת מינסוטה, למשל, תיקנה בשנת 1989 את חוקיה בדבר הדיווח על התעללות בקטינים והונחתם, והוסיפה חובת דיווח במקרה של שימוש בסמים על-ידי אשה הרה. ראו: 41 Minn. Stat. Ann., S.A 626.556 Subd.2(c) (West 1989), כפי שתוקן: C. 290, art 5. 4 in Subd.2(c). Utah Code Ann. 62A-4-504 באינדיאנה ויוטה; (Burns 1987) 31-6-4-3.1 (Ind. Code Ann. 1989); גם בארץ הועלו הצעות לנקוט במדיניות דיווח דומה. ראו סיכום הוועדה בנושא יילודים ותינוקות מכורים לסמים (מ' חובב יו"ר, 1992), 8.9.1992, בע' 4, במיוחד בסעיף 5 לסכום (להלן: סיכום הוועדה בנושא יילודים). הוועדה, בראשות דוקטור מאיר חובב, שכיהן אז כיושב-ראש ועדת טיפול ושיקום של הרשות למלחמה בסמים, מונתה במאי 1991 על-ידי ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, שביקשה לקבל מהמשרדים הממשלתיים הערכות והצעות להתייחסות לנושא. להתייחסות להמלצות הוועדה, ראו ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, במיוחד בע' 16 ואילך. כמו-כן ראו הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת נעמי בלומנטל, שלא אומצה, הצעת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (דיווח על לידת תינוק מכור לסמים), תשנ"ד-1994.

100 ראו המלצת ה-*AMA*, *supra*; *supra* note 97, at pp. 2665-2666, Jos & Marshall, note 12, שביקרו בחריפות את תוכנית ההתערבות שגובשה בצ'רלסטון, בקרוליינה הדרומית. לתגובות אצלנו על הצעות להטיל בחוק חובת דיווח על עובדי הבריאות המאתרים אשה הרה הצורכת סמים, ראו ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29.

שתעודד כניסה וולונטרית של נשים לטיפול גמילה, ותפעל למניעת היווצרות הבעיה מלכתחילה בדרך של תמיכה ומתן אפשרויות, להבדיל מאיומים ונקיטה בסנקציות. בנקודה זו מופנית הביקורת אל היעדרן הכמעט מוחלט, עד לא מזמן, של תוכניות גמילה המיועדות לנשים ומתאמות לצורכיהן המיוחדים, ובמיוחד תוכניות טיפול המיועדות לנשים הרות.¹⁰¹ תשומת-הלב מופנית לנתונים המעטים מתוכניות הטיפול והגמילה הבודדות הקיימות בשטח, המצביעים על הצלחה בלתי-מבוטלת ועל ההסכמה שההיריון יוצר "צוהר של הזדמנות" לטיפול בהתמכרות.¹⁰² להיעדר תוכניות טיפול מספקות יש כמובן גם השלכה במישור הביקורת החוקתית, בעמידה על אי-הצדק שבהפניית דרישה בלתי-אפשרית לגמילה כלפי הנשים כתנאי להסרת האיום הפלילי מעליהן או האיום שבהוצאת הילדים מרשותן.

פרק 2: ביקורת חוקתית

הניתוח החוקתי תוקף את הנושא מכמה זוויות, והמרכזיות הן טיעוני הפגיעה בזכויות-היסוד של הנשים לפרטיות, לחירות ההולדה ולשוויון. מעבר לכך, הניתוח החוקתי מתייחס להשלכות שיש לנושא הזכות להפסקת היריון, וכן לשאלת האישיה המשפטית של העובר, המשליכה על טיעון האינטרס הגובר של המדינה. כאן אדון בקצרה בשתי הנקודות האחרונות. בנושא הפגיעה בזכויות-היסוד של הנשים אדון ביתר הרחבה בחלק שיתייחס להקשר הישראלי, וכאן רק אציין כי זו מסגרת הטיעונים שעמדה במרכז הנימוקים של כל אותם פסקי-דין שדחו את הנסיונות להעמיד לדין פלילי נשים שסטו מקוד ההתנהגות הראויה.

באשר להתייחסות לנושא הזכות להפסקת היריון, על הביקורת להתמודד עם התבססותם של המצדדים בהתערבויות על הטיעון שיחד עם ההכרה המשפטית שניתנה לזכות להפסקת היריון בעניין *Roe v. Wade*, באה בהכרח גם הכרה באינטרס שיש למדינה בשימור פוטנציאל החיים שיש לעובר החל בשלב החיוניות (viability).¹⁰³ טיעון

101 Oberman, *supra* note 36, at p. 546, המאזכרת את סקר הרשות האמריקאית למלחמה בסמים (NIDA) משנת 1979; Moss, *supra* note 20, at pp. 287–288; Kimmel, *supra* note 74; Kandall & Chavkin, *supra* note 76

102 ראו: Oberman, *ibid*, at pp. 1559–1560; Chavkin, *supra* note 36, at pp. 545–548, ובמיוחד את העדויות שהיא מביאה: *Ibid*, at p. 546 at note 191

103 עניין *Roe v. Wade*, *supra* note 9, at pp. 163–164. ההלכה שנקבעה שם קבעה, בתמציתיות, כי יש לחלק את תקופת ההיריון לשלושה טרימסטרים: בסמסטר הראשון זכות האשה לפרטיות גוברת, וממנה נגזרת זכותה להפסיק את הריונה לפי שיקול-דעתה ללא כל התערבות מצד המדינה; בסמסטר השני המדינה יכולה להסדיר את הנושא של הפסקת ההיריון רק לצורך הגנה על כריאות האשה, מבלי להתערב בעצם ההחלטה על הפסקת ההיריון; בסמסטר השלישי, החופף את השלב של התפתחות העובר שממנו והלאה הוא בעל חיוניות (בהתאם להתפתחויות הרפואיות שהיו בעת מתן פסקי-הדין), המדינה

זה גורר אחריו, לדעתם, במשתמע, הקדמתה של הטלת אחריות מוסרית ומשפטית לשלומן ולהתפתחותן הנאותה של העובר על האם החל בשלב בו היא יודעת על הריונה ובוחרת לא להפסיקו.¹⁰⁴ מנגד, הביקורת מתעמקת בניתוח פסק-הדין בעניין *Roe v. Wade*, ומראה כיצד עמדה זו מתמקדת בחלק השולי של פסק-הדין, תוך הדגשת האינטרס של שימור פוטנציאל החיים של העובר, אגב טשטוש העיקר, שהוא ביסוס האוטונומיה של האשה וזכותה לקבלת החלטות הנוגעות בגופה באופן עצמאי.¹⁰⁵ המבקרים רואים בעמדה זו חלק מן המגמה הכללית יותר של פיתוח זכויות העובר.¹⁰⁶ נושא זה, המהווה גם נגזרת

רשאית להסדיר ואף לאסור הפסקת הריון כדי לקדם את האינטרס הלגיטימי שיש לה בפוטנציאל החיים של העובר, אלא אם-כן הפסקת ההריון נחוצה לשם הגנה על חיי האשה ובריאותה.

J.A. Robertson "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, 104 and Childbirth" 69 *Va. L. Rev.* (1983) 405, 442: "Having decided to use her body to procreate, she [a woman] loses the bodily freedom during pregnancy to harm Margery) the child"; הניסוח הקיצוני ביותר של עמדה זו נמצא בדבריה של מרג'רי שו (Shaw), שבחרה לצטט בהסכמה עצה שנתן רופא ילדים: "Every woman should consider herself pregnant on the first day her period is due and avoid exposure to anything that has been implicated in birth defects." M.W. Shaw "Conditional Prospective Rights of the Fetus" 5 *J. Legal Med.* (1984) 63, 73

105 ראו, למשל: Chavkin, Breitbart & Johnsen, *supra* note 15, at pp. 579–581; Oberman, *supra* note 36, at pp. 529–530.

106 התהליך קיבל חיוק משמעותי בעקבות פסיקה מאוחרת לעניין *Roe v. Wade* בנושא ההפלות המלאכותיות, ובמיוחד בעקבות שני פסקי-דין שניתנו בעשור האחרון בארצות-הברית: *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989) (בו אישר בית-המשפט העליון את חוקתיותן של הוראות חוק של מדינת מיזורי, שהורו, בין השאר, לפרש את חוקי המדינה כמעניקים לעוברים אותן זכויות המוענקות לשאר האנשים; אסרו על שימוש במתקני-ציבור ועובדי-ציבור לצורך ביצוע הפלות מלאכותיות שאינן נחוצות להצלת חיי האשה; חייבו כל רופא העומד לבצע הפסקת הריון באשה שהריונה עשוי להיות בן יותר מעשרים שבועות לבצע את הבדיקות הנחוצות כדי לוודא שהעובר אינו חיוני ועוד); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (להלן: עניין *Casey*) 120 L. Ed. 2d 674 (1992) (בו אישר בית-המשפט העליון את חוקתיותן של הוראות חוק של מדינת פנסילוניה, שחייבו, בין השאר, הסכמת הורה לפני ביצוע הפסקת הריון בקטינה, תוך אפשרות לעקיפת דרישה זו באמצעות צו שיפוטי; חייבו מתן מידע בדבר אפשרויות אימוץ לכל אשה המבקשת ביצוע הפסקת הריון לפחות עשרים וארבע שעות לפני ביצוע התהליך ועוד; ואשר בו ביטל בית-המשפט הוראה אחת בלבד שבחוק שחייבה כל אשה נשואה להצהיר כי ידעה את בעלה בדבר כוונתה לבצע הפסקת הריון). עניין *Casey* במיוחד מחזק את המגמה של פיתוח זכויות העובר, שכן השופט O'Connor, שכתבה את פסק-הדין, קבעה באופן חד-משמעי

וגם מסגרת לנושא ההפלות המלאכותיות, נהפך לאחד הנושאים היותר שנויים במחלוקת בשיח הציבורי-הפוליטי בארצות-הברית.¹⁰⁷

הטלת חובה מוסרית ומשפטית על האשה כלפי עובריה - הקיים או אפילו הפוטנציאלי¹⁰⁸ - תלויה כמובן בשאלת מעמדו המוסרי והמשפטי. המצדדים במתן לגיטימציה להתערבות המדינה מחזיקים בדעה המקסימליסטית לעניין ייחוס אישיות משפטית לעובר. מנגד, דון ג'ונסן, המייצגת את העמדה הביקורתית הברורה ביותר בנקודה זו, מראה כיצד הזכויות והאינטרסים שיוחסו לעובר עד להתפתחויות האחרונות במסגרת יצירת ה"קונפליקט" בין האם לעובר היוו למעשה נגזרת של הזכויות והאינטרסים של הורי העובר, ובעיקר של האם.¹⁰⁹ לפיכך אין לראות בהן מקור שניתן לפתח ממנו תיאוריות של ייחוס אישיות משפטית של ממש לעובר. כך, לדוגמה, התפתחות האפשרות לתבוע פיצויים על נזיקין טרום-לידהיים¹¹⁰ נועדה לאפשר להורים להיפרע מן המעוול, ואין היא מעידה על "הגדלת" סממני אישיותו המשפטית של העובר. בהתאם לתפיסה זו, גם ההתייחסות בעניין *Roe v. Wade* לפוטנציאל החיים של העובר לאחר שלב החיוניות אין בה כדי להופכו לבעל אישיות משפטית בפני עצמו. פסק-הדין עצמו קבע כי בכל מקרה, חיי האשה ובריאותה גוברים על פוטנציאל החיים שקיים בעובר, אפילו לקראת סוף ההיריון.¹¹¹

לאימוצה העקרוני של תפיסת האוטונומיה של האשה יש משמעות עמוקה ביותר בהקשר של ניסוח מערכת היחסים בין האם לעובר. תפיסה זו מניחה בבסיס תחום ההולדה את החירות ואת הבחירה החופשית של האשה. גם אם מגבילים אותן בשלב כלשהו, הנתון לוויכוח, נקודת-המוצא העקרונית היא אוטונומיית האשה.¹¹² בהתאם לכך ניתן להגדיר

כי המדינה רשאית להפגין עניין בפוטנציאל החיים של העובר גם לפני שלב החיוניות, כל עוד אין בכך כדי "להקשות באופן בלתי-נאות" (unduly burden) על אפשרות האשה לבצע הפסקת היריון. *Ibid*, at pp. 714-716.

107 ראו באופן כללי: A.E. Doudera "Fetal Rights? It Depends" 18 *Trial* (1982) 38; W.A. Bowes & B. Selgestad "Fetal Versus Maternal Rights: Medical and Legal Perspectives" 58 *Obstetrics and Gynecology* (1981) 209.

108 ראו: *International Union UAW v. Johnson Controls* 113 L. Ed. 2d. 158 (1991) שם קבע בית-המשפט העליון כי מדיניות של חברה לייצור סוללות האוסרת על כלל הנשים המצויות בגיל הפוריות (לבד מאלה שהוכיחו שהינן עקרות) לעסוק בשלב הייצור החושף אותן לכמות עופרת העלולה להזיק לעובר עתידי, היא מדיניות מפלה, אף-על-פי שהחברה הצהירה כי ההגבלה לא נועדה ליצור אפליה, אלא למנוע פגיעות בילדים העתידים להיוולד.

109 Johnsen, *supra* note 10, at pp. 579-581; Johnsen, *supra* note 15

110 *Bonbrest v. Kot* 65 F. Supp. 138, 140 (D. D.C. 1946)

111 עניין *Roe v. Wade*, *supra* note 9, at pp. 163-164

112 אין אני נכנסת כאן לוויכוח על האסטרטגיה הנכונה יותר והיעילה יותר מבחינת האינטרס הפמיניסטי בהקשר של חירויות ההולדה והמאבק על ההפלות המלאכותיות.

את האחריות שיש לאשה כלפי העובר כאחריות מרצון, כהתנדבות למעשה, ברוח הדברים שפיתחה הפילוסופית Judith Jarvis Thompson.¹¹³ עצם נשיאת ההיריון אינה חובה הנכפית עליה, אלא משימה שהיא מקבלת על עצמה מרצון. כפועל יוצא מכך ניתן להגדיר את יחסה כלפי העובר כיחס של הטבה, הענקת טוב (beneficence). פטרישה קינג (Patricia King) מפתחת זאת ומציעה לראות בהתנהגות האשה המזיקה לעובר לא משום פעולה המזיקה לאחר, אלא משום אי-הטבת האחר. גם Oberman ממשיכה בקו זה, ומגדירה את התנהגות האשה לא במונחים שליליים של גרימת נזק, אלא במונחים של "התנהגות שהיא פחות מאלטרואיסטית".¹¹⁴ ניתוחים אלה מעבירים את הדיון מפסים של ניתוח חוקתי פוזיטיביסטי לדיון ברמה הערכית של הנושא, אליו אנו מגיעים כעת.

פרק 3: ביקורת מנקודת-המבט הנשית

לפני שניכנס לתוכן הדברים עצמם, אקדים מילים מספר על סגנון הכתיבה בהקשר הזה, והדברים קשורים למעשה זה בזה. ההתייחסות הביקורתית הערכית לנושא נעשית ברובה בצורה שונה לחלוטין מצורות הביקורת שנסקרו קודם-לכן. היא נבדלת מהן, ראשית, בעצם סגנון הכתיבה המהווה חלק מן המתודה הפמיניסטית של כתיבה התנסותית, חווייתית. זהו סגנון כתיבה המעמיד את האפיסטמולוגיה הנשית במרכז, ודוחה כבלתי-לגיטימי כל ניסיון לתאר ולהגדיר לנשים את מציאות חייהן ומצבים

במילים מספר, ההתלבטות היא בין השימוש בטיעון של הזכות לפרטיות ולאוטונומיה מוחלטת בכל הנוגע בתפקודי ההולדה ובקבלת החלטות באשר להולדה ולהורות לבין השימוש בטיעון של קידום השוויון והצגת ההגבלות על חירויות ההולדה (ואי-ההולדה) כאפליה נגד הנשים. הוויכוח על כך בתוך הפמיניזם ניטש פחות או יותר מאז ניתן פסק-הדין בעניין *Roe v. Wade*, והתחדד בעקבות עניין *Harris v. McRae* 448 U.S. 297 (1980), בו נפסק כי באי-מימון הפסקות היריון באמצעות הביטוח הרפואי הפדרלי אין משום הפרת הזכות החוקתית לפרטיות, עליה התבססה כאמור ההלכה בעניין *Roe v. Wade*. פסיקה זו הפכה כמובן את חירות אי-ההולדה לבלתי-נגישה לנשים מן המעמד החברתי-הכלכלי הנמוך, הזקוקות לכך ביותר. כאמור, אין זה המקום לפתח ויכוח זה. ראו: C.A. MacKinnon "Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade" *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, 1987) 93, especially at pp. 100-101; R.D. Goldstein *Mother-Love and Abortion – A Legal Interpretation* (Los-Angeles, 1988) especially at pp. 20-28. הפלות המלאכותיות מתוך גישה הדומיננטיות, שתידון להלן בחלק שלישי, בפרק 1, ואשר מבקרת את ההיצמדות לטיעוני הפרטיות והאוטונומיה, ראו: S.A. Law "Rethinking Sex and the Constitution" 132 *U. Pa. L. Rev.* (1984) 955.

113 ראו את התיזה שפותחה אצל: J.J. Thompson "A Defense of Abortion" 1 *Phil. & Pub. Affairs* (1971) 47.

114 Oberman, *supra* note 36, at p. 547; King, *supra* note 91.

ספציפיים רלוונטיים להן. חשוב להבהיר כי המתודה הזו אינה קשורה בהכרח לזרם זה או אחר מבין הזרמים השונים בחשיבה הפמיניסטית.¹¹⁵ באופן עקרוני היא יכולה לשרת כל זרם, בכל הקשר. עם זאת ברור שיש הקשרים שהמתודה הזו מתאימה בהם יותר ויעילה בהם יותר. כזה הוא ההקשר שלנו, המספק כמובן את אחד הנושאים המובהקים ביותר לטיפול מן הזווית הנשית האותנטית.¹¹⁶

(א) מודלים שונים של תפיסת המערכת אם-עובר

בחלק זה של הדיון אציג את שני המודלים החלופיים להתייחסות למערכת יחסי האם-עובר: "המודל האדוורסרי",¹¹⁷ המנחה את החשיבה וההתייחסות של הממסד המשפטי והסוציאלי בארצות-הברית, ולעומתו "מודל הקשר", שאותו מציעה הביקורת הפמיניסטית כמודל אלטרנטיבי.

(1) המודל האדוורסרי

הכינוי "קונפליקט אם-עובר" מניח את המבוקש: האם והעובר מהווים שתי ישויות נפרדות, שקונפליקט עלול להתעורר ביניהן בהקשרים שונים. כך, לדוגמה, סירוב האשה לעבור טיפול רפואי כלשהו, סירוב שהוא זכותו הלגיטימית של כל אדם, יכול להיכנס למסגרת הנושא אם הטיפול נועד לקדם את שלום העובר והסירוב לעבור אותו עלול לסכנו.¹¹⁸ אך כך הדבר גם אם הטיפול נועד לקדם את שלום האשה, אלא שסירוב מצידה,

115 ראו, למשל: P.A. Cain "Feminist Legal Scholarship" 77 *Iowa L. Rev.* (1991) 19, 20: "...the analysis [of feminist legal scholarship] is formed by a distinctly feminist point of view, a point of view that is shaped by an understanding of women's life experiences." בהמשך Patricia Cain מגדירה שני סוגים עיקריים בכתיבה המשפטית-הפמיניסטית: "התיאוריה המופשטת" ("abstract theory") מחד גיסא, ו"המחקר המקושר" ("connected scholarship") מאידך גיסא, הנראה מחובר יותר להתנסויות עצמן. *Ibid.*, at p. 21. בהתייחסות לסיווגים אלה ניתן למקם את הכתיבה בהקשר שלנו במקום-ביניים, הקרוב אולי יותר לסגנון "המחקר המקושר". ראו גם: L.M. Finley "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning" 64 *Notre Dame L. Rev.* (1989) 886, 900-901; P.D. Judges "Taking Care Seriously: Relational Feminism, Sexual Difference, and Abortion" 73 *N.C. L. Rev.* (1995) 1323; K.T. Bartlett "Feminist Legal Methods" *Feminist Legal Theory – Readings in Law and Gender* (K.T. Bartlett & R. Kennedy eds., 1991) 370.

116 King, *supra* note 91, at pp. 617-618.

117 אם נאמץ את הכינוי שטבעה 15 *supra* Johnsen.

118 בארצות-הברית ניתנו לא-מעט צווים שיפוטיים שהורו לבצע ניתוח קיסרי באשה למרות

שמשמעותו סיכון שלומה הגופני, עלול ליצור סכנה גם להתפתחות התקינה של העובר.¹¹⁹ כבר בכך מודגמת ייחודיות הסיטואציה שאנו עוסקים בה. האם והעובר יוצרים יחדיו יחידה אחת ששני מרכיביה קשורים זה בזה באופן שאין דומה לו, אופן היוצר תלות והשפעה הדדית ומיידית: "As long as they are connected, nothing can happen to one that does not affect the other."¹²⁰ בכך גם נרמזת הסכנה המרכזית הטמונה בנסיגנות לגבש דרכי חשיבה ראויות לסיטואציה הייחודית הזאת: הסכנה מצויה בנטייה להצגת האם והעובר בצורה אדוורסרית, כאילו הם עומדים כיריבים זה כנגד זה בתוך אותה מערכת זוגית ייחודית, וכן בהתמקדות בקשר הייחודי הזה תוך זניחת כל הגורמים המשפיעים האחרים. דרך חשיבה זו מייחסת לגורם הנשי, או אם תרצו – לגורם האימהי, את מלוא האחריות להתפתחות התקינה של העובר.

כאשר מאמצים את זווית-הראייה הנשית¹²¹ לצורך דיון בהקשר של היריון, מתבררים הבעייתיות הרעיונית ועיוות המציאות שנוצרים באמצעות הצגת האם והעובר כשתי ישויות נפרדות ואדוורסריות זו לזו. הגישה האדוורסרית מכירה באחדות הפיסית הקיימת בין האשה לעובר, אך מתמקדת בכוח שיש לאשה להזיק לעובר לנוכח האחדות הזו, ומדגישה אותו חוזר והדגש. אין ספק כי מקורה של הגישה האדוורסרית הוא בפרספקטיבה הרפואית-המדעית ובהתפתחות הטכנולוגיות שהתרחשו בתחום המיילדות. טכנולוגיית האולטרה-סאונד, לדוגמה, ממחישה את קיומו המושלם, לכאורה, של העובר בתוך גוף

התנגדותה המפורשת. ראו, למשל: עניין *Jefferson, supra* note 58 לסקירה מפורטת של מקרים אלה ראו, למשל: *Finer, supra* note 58.

119 ראו, למשל: *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson* 201 A.2d 537 (N.J. 1964), שם נכפה עירוי דם על אשה הרה שהתנגדה לכך מטעמי דת, בהיותה שייכת לכת עדי יהווה המתנגדים עקרונית למתן עירויי דם.

120 R. Hubbard "Legal and Policy Implications of Recent Advances in Prenatal Diagnosis and Fetal Therapy" 7 *Women's Rts. L. Rep.* (1982) 201, 216.

121 אני מודעת היטב לסכנה שבהצגת זווית-הראייה הנשית, או ההתנסות הנשית, כדבר אחיד וזהה לגבי כלל הנשים. אחת הביקורות המקובלות ביותר נגד הכתיבה הפמיניסטית, לפחות בתחילת דרכה, הן מפנים והן מחוץ, הינה הביקורת המופנית כלפי התייחסות מכיליה אל הנשים, עמדותיהן, רצונותיהן והתנסויותיהן, כאילו הן עשויות מקשה אחת (ובדרך-כלל, כאילו כולן נכנסות לדגם של האשה הלבנה בת המעמד הבינוני האמריקאי). גם בהקשר שלנו קיימת המודעות מצד הכותבים לכך שאין זה נכון, וגם לא ניתן ליצור דגם אחיד של חוויית ההיריון או הלידה או האימהות שישקף את צורכיהן והתנסויותיהן של כלל הנשים (ראו, למשל: *Daniels, supra* note 24, at p. 137; *Seymour, supra* note 36, at p. 54). עם זאת, הצורך לפתח מודל נגדי למודל שהתערבויות וההגבלות שננקטו כלפי נשים הרות מבוססות עליו גובר לדעתי על החשש מפני יצירת הכללות. אין להירתע מפני יצירת מודל המקבל את זווית-הראייה הנשית כנקודת-מוצא, ואין להימנע מתיאורו כמודל המעוגן בהתנסות הנשית ומשקף אותה, כל עוד קיימת המודעות לכך שייטכנו גם זוויות נשיות אחרות.

האשה.¹²² התבטאויות של רופאים סייעו ליצור את הרושם שאכן מדובר בשתי ישויות גפרדות, ומבחינתם - שני מטופלים, שצורכי האחד עלולים להיות מנוגדים לצורכי האחר.¹²³ כפי ש-Lisa Ikemoto מראה במאמרה, התרחש כאן התהליך המוכר מהקשרים אחרים, אותו היא מכנה כ-"defaulting to science", דהיינו, קבלה בלתי-מעוררת של המסקנות ה"מדעיות" וה"אובייקטיביות", והסתמכות עליהן לצורך גיבוש המדיניות הראויה.¹²⁴ המשך "טבעי" לקבלה של תיות הנפרדות במדע הוא ייחוס זכויות משפטיות נפרדות לכל אחת מן הישויות הנפרדות. כפי שג'ון סיימור מדגיש, שיח הזכויות הוא תוצאה מתבקשת של מודל הקיום הנפרד.¹²⁵ הגישה האדוורסרית נשענה על מודל הקיום הנפרד, שמקורו כאמור בשיח הרפואי-המדעי, והוסיפה לו את פיתוח הנושא של האישיות המשפטית של העובר. כפי שכבר ראינו,¹²⁶ הבסיס המשפטי לפיתוח זה רעוע למדי, אך הוא משמש את הגישה האדוורסרית לצורך הצגת העובר כנושא לזכויות משפטיות בפני עצמו. ברגע שנשלמת הצגתו בתור שכזה, הקונפליקט הוא בלתי-נמנע. כפי שקתרין מקינן (Catharine MacKinnon) מבהירה: "The only point of recognizing fetal personhood, or a separate fetal entity, is to assert the interests of the fetus against the pregnant woman."¹²⁷ ההשלכה האפשרית היא שזכות האחד/ת תבוא על חשבון האחר/ת. במצב כזה, כאשר גוברת זכות העובר, המשמעות הבלתי-נמנעת היא פגיעה בזכויות האשה ההרה, ובמילים אחרות, נגיסה באותן זכויות שהיא נושאת בהיותה אדם בגיר וכשיר מבחינה משפטית. זוהי למעשה התשתית התיאורטית העומדת בבסיס הצעדים שנגקטו בארצות-הברית נגד נשים הרות שנטלו סמים, כפי שראינו קודם לכן.¹²⁸ המודל האדוורסרי, העושה לכאורה שימוש בשיח הזכויות, מחפה בכך למעשה על מציאות של שליטה מלאה בנשים ההרות ועל יצירת מכניזם נוסף רב-עוצמה להנצחת

122 ראו את תיאורה של Cynthia Daniels: "The fetal imagery produced by ultrasound technology allowed the creation of a great imaginary drama of fetal development – a drama pursued as much by expectant parents as by health practitioners eager to display their latest wizardry. Ultrasound images treated as 'baby's first picture' joined dramatic intrauterine photography to produce images of the fetus as a separate living being at earlier and earlier stages of development." *Ibid*, at p. 16
 ראו גם: B. Katz-Rothman *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society* (N.Y., 1989) 113–115; Ikemoto, *supra* note 14

123 דוגמות לכך מובאות אצל: Seymour, *supra* note 36, at p. 50

124 Ikemoto, *supra* note 14, especially at pp. 1293–1295

125 Seymour, *supra* note 36, at p. 50

126 *Ibid*, at p. 50 text next to note 102–105

127 C.A. MacKinnon "Reflections on Sex Equality Under Law" 100 *Yale L.J.* (1991) 1281, 1315

128 לעיל חלק ראשון, בפרק 1.

כפיפותן של הנשים בכלל.¹²⁹ כבר בכך די לדחיית השימוש במודל האדוורסרי. אך מודל זה אינו מספק לא רק על שום התוצאה ההרסנית של הכפפת הנשים, שעוד נשוב ונדון בה בהמשך, אלא גם מבחינה מושגית, כפי שאבהיר כעת. לצורך הדיון אכנה את המודל הנידון בכינויים "מודל אדוורסרי" ו"מודל הזכויות" לסירוגין, בהתאם להקשר. מודל הזכויות אינו מספק מבחינה מושגית משני כיוונים המנוגדים לכאורה זה לזה: גם מן הצד המנסה להצר את צעדי האשה ואת חירויותיה (קרי, הצד של "זכויות העובר"), וגם מן הפן הביקורתי המבקש לקדם אותם (קרי, הצד של "זכויות האשה"). משני הכיוונים, השימוש ברטוריקה של זכויות הינו מוטעה ומטעה. הניסיון לייחס לעובר המתפתח זכויות עצמאיות, שיהא בכוחן להגביל את חירות האשה, מעלה בעייתיות לוגית ומעשית כאחת: לוגית, משום שנשק הזכויות מכוון נגד אותו גוף הנושא בחובו את העובר עצמו ובו הוא תלוי לצורך עצם קיומו;¹³⁰ ומעשית, מאחר שבמקרים רבים האפקט המעשי שיש להגבלת האשה יזיק לעובר, ולא יועיל לו.¹³¹ אך עוד יותר מכך, מבחינה מוסרית, משני כיווני ההתייחסות, השימוש ברטוריקה של זכויות אינו מספק. טיבה של רטוריקה של זכויות הוא, פעמים רבות, יצירת קונפליקט בלתי-נמנע בין הזכויות הנוגדות, הנע סביב מודל דואליסטי של או-או. דומה שכך הדבר במיוחד בהקשר שלנו, הנוח כל-כך להצגה דואליסטית. במודל הדואליסטי קיימות שתי אפשרויות בלבד: ניצחון או הפסד.¹³² הענקת בכורה לזכויות צד אחד משמעותה דחיקה מוחלטת של זכויות הצד האחר. ביחס ל"ישות הנשית", דברים אלה נאמרו כבר לא פעם. המודל האדוורסרי, המבוסס על

129 ראו את כתיבתה של קרול סמרט (Carol Smart), המפתחת את רעיונותיו של מישל פוקו (Michel Foucault) בדבר גוף האדם כמקום שכמה דיסציפלינות מפקחות מתייחסות אליו, ומרחיבה אותם בהקשר הספציפי של גוף האשה, לגביו יש למשפט עניין מיוחד, בהיותו: "...specific sites of activity over which the law should have jurisdiction." C. Smart *Feminism and the Power of Law* (1989) 92–93. בהקשר הספציפי של הבניית עימותים-עובר, כותבת Daniels דברים חריפים מאוד: "In sexuality, in reproduction, and in work, control over women's bodies is central to the system of gender power relationships. The attempt to grant women self-sovereignty thus threatens this system's deepest foundations. Fetal rights cases – from forced medical treatment to drug abuse cases – represent attempts by the state to assert its control over women's bodies." *Supra* note 24, at p. 138. ראו בהרחבה רבה יותר להלן חלק שלישי, בפרק 2, טקסט להערה 197 ואילך, בעת הדיון בהתייחסות הפמיניזם הרדיקלי לנושא.

130 יודגש שאין אני טוענת כאן לכשל לוגי מוחלט שמחייב חסימת כל אפשרות של התערבות להגנת העובר, אלא אני מצביעה על הקושי המושגי הקיים בהצגת הנושא כמערכת של זכויות נוגדות, המגיע לרמה של קושי לוגי מסוים.

131 כפי שראינו כבר בחלק הדן בביקורת המעשית, לעיל טקסט אחרי הערה 95 ועד הערה 100.

132 השוו עם: Finley, *supra* note 115, at pp. 900–901.

קונפליקט בין זכויות נוגדות, אכן חושף את הנשים לשליטה מכיוון חדש בהיקף חסר תקדים. יש בו הפוטנציאל להביא לידי היעלמות מוחלטת של האשה ממסגרת השיח, כפי שכבר קרה באופן ברור ופשוט ביותר לפחות במקרה אחד.¹³³ אך באותה מידה, העדפת זכויות האשה במסגרת המודל הזה עלולה להעלים כליל את העובר מן התמונה, וגם זוהי תוצאה שאין להשלים עימה. השימוש הנגדי בטיעונים של זכויות האשה שידחו כל ניסיון להצר את צעדיה מעורר אי-נוחות וקושי רעיוני ומוסרי בשל המשמעות של ההתעלמות המוחלטת מן הישות העוברית.¹³⁴

מהדברים שנאמרו עד כה מסתמנת המסקנה כי מבחינה מושגית, אין בכוחו של מודל זה לתפוס ולבטא את המורכבות של מערכת היחסים שמדובר בה. שיח של זכויות משפטיות מחמיץ את המציאות של ישות אחת בתוך זולתה, שתיים שהן אחת, אחת שהיא שתיים, כאשר הישות האחת תלויה לחלוטין באחרת, ויחד עם זאת השפעתה של כל אחת מהן על האחרת יכולה להיות כה מוחלטת, ללא כל הקבלה במערכות יחסים אחרות. זוהי מציאות של קשר הדדי מורכב וייחודי, ששיח של זכויות המבוסס על הנחה של גושי זכויות נפרדים ואוטונומיים אינו מסוגל להתאים עצמו אליה. מציאות זו היא מציאות נשית, ששיח הזכויות מנותק ממנה למעשה.¹³⁵ Lucinda Finley טוענת:

"The language of conflicting interests utterly fails to capture the meaning of the experience of pregnancy to women."¹³⁶

133 בעניין, *In re Madyun Fetus* 114 *Daily Washington. L. Rep.* 2233, 2240 (App. D.C., 1986). (האזכור מובא אצל: Finley, *ibid*, at p. 901 at note 75.) דובר באשה מוסלמית שתהליך הלידה שלה לא התקדם כראוי, לדברי הרופא האחראי. האשה ובן-זוגה ביקשו לזרו את התהליך באמצעי טבעי של הליכה. הרופא פנה לבית-המשפט בבקשה להורות על ביצוע ניתוח קיסרי כדי למנוע התפתחות אפשרית של דלקת או סיכונים אחרים לעובר, אף-על-פי שבאותו שלב לא היו כל אינדיקציות רפואיות לחששות אלה. בית-המשפט נעתר לבקשה, באומרו, בין השאר, את המילים הבלתי-נשכחות הבאות: "All that stood between the Madyun fetus and its independent existence, separate from its mother was, put simply, a doctor's scalpel" על כך העירה Finley: "The court did not even say an incision in 'the mother'. Just 'a scalpel' – the mother was not mentioned as a person who would be cut by that scalpel, who would have to undergo risky surgery. She was not mentioned as someone whose health and existence were necessary to the child's life; she was no more than an obstacle to G.J. Annas 'Foreclosing the Use of the fetus' life." *Ibid*, *ibid* 27 *Hastings Center Rep.* (July/Aug. 1990) Force: A.C. Reversed". התינוק, אגב, נולד בריא ושלם, ללא כל סימן לדלקת.

134 השוו עמ': King, *supra* note 91, at pp. 615–618.

135 ביתר הרהבה ראו על כך בדיון בפמיניזם התרבותי, להלן טקסט אחרי הערה 187.

136 Finley, *supra* note 115, at p. 900. על המציאות הנשית בהקשר של חוויית ההיריון

והפער בינה לבין התפיסה הרפואית-המשפטית, ראו: Ikemoto, *supra* note 14.

וכפי ש־Donna Greschner מדגישה:

"For the law to ascribe rights to the fetus which must then be balanced against a woman's rights is also a completely inaccurate depiction of how women think about being pregnant..."¹³⁷

הזווית הנשית אכן אינה משתקפת ואינה יכולה להשתקף במודל האדוורסרי.

(2) מודל הקשר

מול המודל האדוורסרי, הבלתי־מספק, ניצב המודל שיכונה כאן "מודל הקשר".¹³⁸ זה המודל המצליח לבטא את הזווית הנשית ואת ההתנסויות הנשיות, הכוללות באופן אמיתי ואינטגרלי גם את הגורם העוברי. אם נקודת־המוצא של המודל האדוורסרי היא הניתוק וההפרדה, הרי נקודת־המוצא של מודל הקשר היא אכן הקשר הקיים בין שתי הישויות המעורבות בסיטואציה – האם והעובר.¹³⁹ מודל זה מדגיש את הצרכים המשותפים ואת התלות ההדדית הנוצרת בין האשה לעובר.¹⁴⁰ רונאלד דוורקין (Ronald Dworkin) אימץ את הגישה הזו, בהצביעו על כך שיש בה הכרה בזווית האשה:

"Her fetus is not merely 'in her' as an inanimate object might be, or something alive but alien that has been transplanted into her body. It is 'of her and is hers more than anyone's' because it is, more than anyone else's, her creation and her responsibility; it is alive because *she* has made it come alive."¹⁴¹ [ההדגשה במקור].

D. Greschner "Abortion and Democracy for Women: A Critique of Tremblay v. 137
Daigle" 35 McGill L.J. (1990) 633, 652–653

Hanigsberg, *supra* note 64, at p. 45; Seymour, "connection" מופיע אצל; 138
supra note 36, at pp. 55–57

139 כפי ש־Hanigsberg מתארת זאת: "Rights talk' is virtually nonsensical in the context of state intervention in pregnancy. A competition of rights framework of discussion, when considering the interests of mother and fetus, does not reflect the reality of pregnancy situation – mothers and fetuses are connected and have common, rather than competing, interests." *Ibid*, *ibid*

140 כדבריה של Hubbard: "As long as they are connected, nothing can happen to one; that does not affect the other." *Supra* note 120, at pp. 215–216

R. Dworkin *Life's Dominion: An Argument About Abortion and Euthanasia* 141
(London, 1993) 55. מעניין להשוות תיאור זה להתייחסותה של סימון דה־בוואר (Simone de-Beauvoir) אל ההיריון כמגלם אי־עשייה מוחלטת מצד האשה. דה־בוואר תיארה את התפתחות העובר באופן הפוך לחלוטין מדוורקין, כישות המגדלת את עצמה,

הרצון להגדיר במילים את טיבה החמקמק והייחודי של מערכת היחסים הזו יצר כמה תיאורים פיוטיים: Mary Ashe מתייחסת אל המערכת הזו כמגלמת מספר שהינו בלתי-נודע מבחינתנו,¹⁴² ואילו Isabel Karpin מדברת על ה"יצור" שהוא "Not-One-But-Not-Two".¹⁴³ במיקומה של הפרספקטיבה הנשית במרכז התיאוריה בא לידי ביטוי אותו סגנון כתיבה מיוחד שדיברתי עליו קודם-לכן.¹⁴⁴ בסיכומה של תיאוריה זו יש הכרה בהיותם של האשה והעובר "indivisibly linked", כלשונו של סיימור,¹⁴⁵

ההיבטים התיאורטיים של גישת הקשר מקבלים גם ביטוי מעשי בכמה רמות טיעון. כך, למשל, מובנת ממנה היטב ההבחנה שאינטרס העובר ואינטרס האשה חד הוא בדרך-כלל, שהנשים ככלל מעוניינות בקידום שלום עובריהן ורווחתם, ושרוב הנשים ההרות מוכנות לעשות כל שביכולתן, כולל הקרבת אינטרסים ממשיים שלהן, על-מנת להשיג מטרה זו.¹⁴⁶ הבחנה זו נשמעת אולי טריוויאלית, אך המשמעות שלה בהקשר שלנו היא עצומה. היא מהווה משקל-נגד לרושם המוטעה שהמודל האדוורסרי יוצר בדבר הקונפליקט כאינהרנטי למערכת יחסי אם-עובר ללא כל יוצא מן הכלל. התובנה שמודל הקשר מקדם מבקשת להציג תמונה נכונה יותר, שתחליף את התמונה המעוותת שהמודל האדוורסרי יוצר. יש להדגיש שבשום אופן אין בכך התעלמות מקיומם של מצבי קונפליקט או הכחשתם הטוטלית, אלא שהגישה כלפי אלה היא בראש ובראשונה גישה של צמצום משמעותם והעמדתם באור ריאלי בהתאם לשכיחותם הנמוכה. בשלב השני מודל הקשר מקדם את הגישה הטיפולית, להבדיל מהענישתית, לצורך התייחסות למצבים כאלה, כפי שנראה מייד. בהתאם לכך, מן התובנה הזו נגזרת הטענה שאין להפוך אותה הקרבה עצמית שחלק מן הנשים נוטלות על עצמן באופן וולונטרי לכללי התנהגות נורמטיביים שיידרשו מכוח החוק מאת כל הנשים.¹⁴⁷ נגזרת ממנה גם ההבנה שאותן נשים שהתנהגותן

ללא צורך בכל עשייה שהיא מצד האשה. ראו ז' ברונר "קולה של אמה, או: דיאלקטיקות של תודעה עצמית פמיניסטית" זמנים 46-47 (1993) 4, 6-7.

M. Ashe "Law-Language of Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt" 142 22 *New Eng. L. Rev.* (1987) 521, 551: "Pregnancy [is] a state of being that is neither unitary nor dual, exactly; a state to which we can apply no number known to us. Pregnancy discloses the truth of paradox"

I. Karpin "Legislating the Female Body: Reproductive Technology and the 143 Reconstructed Woman" 3 *Colum. J. Gender & L.* (1992) 325, 329

144 לעיל חלק שני, בראשית פרק 3.

145 Seymour, *supra* note 36, at p. 55

146 N.K. Rhoden "The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court Ordered Cesareans" 74 *Cal. L. Rev.* (1986) 1951, 1959
ילדים כאומר שרוב הנשים שהוא רואה "would cut off their heads to save their babies"; ראו גם: J. Gallagher "Prenatal Invasions & Interventions: What's Wrong with Fetal Rights" 10 *Harv. Women's L.J.* (1987) 9, 13

147 *supra* note 97, at p. 2663, AMA; המלצת ה-AMA; Johnsen, *supra* note 15, at p. 574

מסכנת את עובריהן אינן עושות זאת מתוך כוונה להזיק, אלא מתוך התמכרותן לאותן התנהגויות מזיקות. תלותן באותן התנהגויות מזיקות נוצרה לפני ההיריון, ובמקרים רבים מתוך גורמים שלא היו בשליטתן.¹⁴⁸ הבחנות אלה ואחרות הן ביטוי חשוב ביותר להצגת זווית-הראייה הנשית, שגם אם אינה אחידה, היא משמשת בוודאי משקל-נגד לזווית-הראייה הרפואית-המדעית, המשרתת, כאמור, את הגישה האדוורסרית.

אימוצו של מודל הקשר בהקשר המשפטי הנידון במאמר זה מוביל כמובן לדחייתן של הפרקטיקות שנסקרו לעיל, שיושמו בארצות-הברית במישור הפלילי, ולא רק בו. המישור הפלילי הוא המגלם את המודל האדוורסרי בצורה המובהקת ביותר, וכך מן הסתם גם המישור האזרחי של תביעה נזיקית. אך גם התערבות במישור הגנת-ילדים, תוך יצירת קטיגוריה נפרדת על בסיס התנהגות במהלך היריון, שהיא, כזכור, הרלוונטית להקשר הישראלי, מבטאת במידה רבה תפיסה קונפליקטואלית של מערכת יחסי אם-עובר, כפי שעוד נראה בהמשך. אימוצו של מודל הקשר יוצר בסיס תיאורטי מוצק לקריאה לפתח גישות טיפוליות חדשות המיועדות ספציפית למצבי היריון שיש בהם סיכון מיוחד לעובר.¹⁴⁹ דון ג'ונסן, שהיתה, כאמור, אחת הראשונות שהצביעו על ההתפתחויות המשפטיות בתחום של הולדה המסכנות את זכויות הנשים, כינתה במאמר מאוחר יותר את הגישה המנוגדת למודל האדוורסרי בכינוי "המודל התומך" (The Facilitative Model).¹⁵⁰ המעניין הוא שהתמיכה שהזכירה לא התייחסה דווקא לתמיכה הקיימת בין האשה לעובר, אלא לתמיכה המעשית הצריכה להתקיים מצד הממסד כלפי האשה, בהתבסס על האינטרסים המשותפים לשני הצדדים בקידום בריאותו ורווחתו של העובר.¹⁵¹

(ב) ביקורת על התפיסה החברתית המנחה את המדיניות הקיימת בארצות-הברית

במהלך הניתוח הערכי של נושא זה יש מקום לעצור ולשאול מהם הערכים החברתיים העומדים בבסיס הגיבוש של המדיניות המשפטית-החברתית שנסקרה לעיל. איתורם של ערכים ותפיסות אלה, כך אני מאמינה, יסייע בהבנת התמונה הכוללת של האימהות ובהבנייתה. אין ספק שהכעס ממלא תפקיד מרכזי ביותר בגיבוש ההתייחסות המשפטית והמעשית אל נשים אלה. "Children are the keepers of our dreams" – כותבת מישל הריסון (Michelle Harrison), "They carry in them all our unlived lives".¹⁵² הילדים הם החלום, ונשים אלה נתפסות כהורסות את החלום. הן מפירות כל כלל מן הכללים המרכיבים את אידיאל האימהות, ובראש ובראשונה את אידיאל ההקרבה העצמית,

Johnsen, *ibid*, at p. 575 148

149 כך עולה, לדוגמה, מעבודותיהן של: Oberman, *supra* note 36; Harrison, *supra* note

90; King, *supra* note 91

Johnsen, *supra* note 15, at p. 573 150

Ibid, *ibid* 151

Harrison, *supra* note 90, at p. 264 152

ה־selflessness.¹⁵³ החברה מצפה מן האשה להקרבה מוחלטת של כל אינטרס עצמי למען ילדיה, ואילו נשים אלה אינן מקריבות את עצמן. להיפך, הן מקריבות את ילדיהן למען סיפוק צורכיהן האנוכיים. הן "אימהות סוטות" (deviant mothers).¹⁵⁴ וגרוע מכל, הן עושות זאת מתוך מודעות מלאה, כך שגם מבחינה מוסרית וגם מבחינה משפטית ניתן להטיל עליהן את מלוא האחריות והאשמה. למודל האדוורסרי, המציג את האשה והעובר כשתי ישויות נפרדות, יש כמובן השפעה מכרעת על דרך הצגת הדברים הזו.¹⁵⁵ באמצעותו מוצבים האשה והעובר זה כנגד זה, כאשר האשה מסמלת את הרוע והאשמה, והעובר מגלם את התום, את הקורבנות ואת החפות.¹⁵⁶ האשמת האם והטלת אחריות עליה בתוקף תפקידה כאם אינה מטיב חדש בחברה המערבית. ההתייחסות החברתית אל האם מאופיינת בדו־ערכיות, המשותפת למעשה להתייחסות החברתית לאשה בכלל: היא המעניקה, אך היא גם השוללת; היא מיטיבה, ובו־זמנית גם מזיקה.¹⁵⁷ התייחסות דו־ערכית זו, שקיבלה לכאורה תימוכין מדעיים מתורת הפסיכואנליטיקה של פרויד, מקבלת כאן למעשה לבוש משפטי. הפחד מפני עוצמתה המלאה של האשה בתחום ההולדה מיתרגם להשתלטות גברית על התחום, הן מבחינה מדיקלית, הן מבחינה משפטית.¹⁵⁸ כתוצאה מכך, הדרכים המשפטיות שנסקרו לעיל מבטאות כולן את אותו מסר: הישות היוצרת את העובר, המשמרת אותו והקרובה לו ביותר היא גם המסוכנת לו ביותר – היא אימו, הורתו ויולדתו.¹⁵⁹ ביטוי קולע למציאות הפרדוקסלית והקשה שנוצרה בעקבות כך נמצא בשאלה הרטורית הבאה:

"How have we come to see women as the major threat to the health of newborns, and the womb as the most dangerous place a child will ever inhabit?"¹⁶⁰

153 השוו עמ': J. Williams "Gender Wars: Selfless Women in the Republic of Choice" 66 *N.Y.U. L. Rev.* (1991) 1559.

154 King, *supra* note 91, at pp. 596–597.

155 להדגמה מוחשית ביותר של השפעת המודל האדוורסרי על פיתוח תפיסות חברתיות אלה ועל גיבוש תוכנית פעולה קיצונית ביותר נגד נשים הרות הצורכות סמים, ראו:

Jos, Marshall & Perlmutter, *supra* note 12, especially at p. 124.

156 *Ibid*, *ibid*.

157 השוו לדבריה של מרי הופמן (Merie Hoffman), המצוטטת אצל: P. Chesler *Sacred Bond – The Legacy of Baby M* (New York, 1990) 23–24, בהשוואתה את שתי "אימותיה" של שרה־אליזבת' (Baby M) לשני פניו של האל יאנוס.

158 השוו עמ': Hanigsberg, *supra* note 64, at pp. 44–45, המתארת את היחס הדו־ערכי כלפי האם ואת הפחד מפני שליטת הנשים על כישורי ההולדה, ורואה ביצירת מודל ההפרדה תוצאה ישירה של התייחסויות אלה.

159 ראו: Ikemoto, *supra* note 14, at pp. 1293–1294.

160 K. Pollitt "A New Assault on Feminism" 26 *Nation* (1990) 409; מצוטט אצל: King, *supra* note 91, at p. 603.

בהצגת הדברים בצורה זו יש עצימת עיניים מוחלטת ביחס לשני מרכיבים בסיסיים לפחות. ראשית, יש כאן התעלמות מוחלטת משפע הגורמים האחרים שהשפעתם על העובר אינה נופלת מהשפעת הגורם האימהי.¹⁶¹ חבוי כאן מסר של האם הכליכולה, השולטת באופן מוחלט ומבטלת כל אפשרות של כניסת גורמים אחרים לתמונה.¹⁶² שנית, יש כאן ייחוס רצוניות ואף כוונה למעשיה ולהתנהגותה של האם, המתחלקים לשניים: ה"כניסה" להיריון וצריכת הסמים. ההיריון מוצג כרצוני ונשלט, תוך התעלמות מן המציאות של חוסר השליטה של נשים, במיוחד של נשים מכורות לסמים, על כישורי ההולדה שלהן.¹⁶³ גם צריכת הסמים, כאמור, מוצגת כרצונית וכנשלטת. את ההבחנה הזו יש לראות על רקע ההתפתחויות שחלו בהתייחסות אל המכורים לסמים באופן כללי. בתחום זה התרחש שינוי עקרוני: ההתמכרות כשלעצמה אינה נתפסת עוד כעבירה

161 ראו על כך לעיל חלק שני, בראשית פרק 1. לפירוט של גורמים אחרים המזיקים להתפתחות העובר והמנותקים מן הגורם האימהי, ראו למשל: E.H. Newberger, S.E. Barkan, E.S. Lieberman, M.C. McCormick, K. Yllo, L.T. Gary & S. Schechter "Abuse of Pregnant Woman and Adverse Birth Outcome: Current Knowledge and Implications for Practice" 267 *JAMA* (1992) 2370. המביאים נתונים בדבר סיכון מוגבר של נשים הרות לאלימות מצד בני-זוגן וההשפעות המזיקות שיש לאלימות זו על התפתחות העובר; המלצות כלליות של הוועדה המייעצת למכון לפריון העבודה והייצור בנושא: חשיפת נשים עובדות לחומרים מסוכנים לעובר ולתינוק (מידע בדבר סכנות החשיפה לחומרים מסוכנים), 24.1.1995; R.A. Yazigi, R.R. Odem & K.L. Polakoski "Demonstration of Specific Binding of Cocaine to Human Spermatozoa" 266 *JAMA* (1991) 1956. המאזכרים מחקרים המצביעים על קשר בין צריכת סמים וחומרים רעילים אחרים על-ידי גברים לבין שיעור גבוה של התפתחות בלתי-תקינה אצל צאצאיהם של אותם גברים, וסיכום מחקר על יכולת ספציפית של הקוקאין להתחבר לתאי הזרע האנושי; לדעת דון ג'ונסון, עצם העובדה שבאופן יחסי הוקדשה תשומת-לב מחקרית כה מעטה לאיתור גורמי סיכון גבריים שמשפיעים על בריאות יילודים היא עצמה תוצאה של אפליה ושל יישום סטריאוטיפים מינניים (sexist) בנוגע לתפקיד נשים בהולדה. ראו: Johnsen, *supra* note 15, at p. 608.

162 השוו עס: Maher, *supra* note 1, at p. 162; Katz-Rothman, *supra* note 122, at pp. 29-47; אי-אפשר שלא להיזכר כאן בדימוי שנקט בו וודי אלן בסרטו הקצר במסגרת הסרט "סיפורי ניו-יורק", כאשר הציב את אימו, אותה אס-טיפוס של "האמא היהודייה", במקום בלתי-מסוים ברקיע, כך ששליטתה מלמעלה היתה בלעדית ומוחלטת.

163 ראו, למשל, אצל: Oberman, *supra* note 36, at pp. 512-514. העומדת על הנסיבות המאפיינות את מצבן של הנשים המכורות לסמים ביחס לכישורי ההולדה שלהן, ומתארת, בין היתר, הימצאות במעמד שאינו מאפשר דרישת אמצעי-מניעה, מצבים חוזרים ונשנים של קיום יחסי מין בכפייה, היעדר נגישות להפלות ולאמצעי-מניעה אחרים ואי-התאמתם של אלה מלכתחילה למצבן הגופני ולאורח חייהן של נשים המכורות לסמים, ועוד.

פלילית, אלא כמחלה.¹⁶⁴ המכור המשתמש בסמים לשימוש אישי אינו נתפס עוד כעברייני, אלא כאדם חולה, הזקוק לטיפול, ולא לענישה. יש הכרה בכך שלמכור אין שליטה על התמכרותו, וצריכת הסמים עצמה אינה רצונית במובן המשפטי המלא של המלה.¹⁶⁵ הטלת אחריות מוסרית ומשפטית על עצם צריכת הסמים עלידי האשה חורגת לפיכך ממדיניות זו.¹⁶⁶

כך שמעבר לביקורות המשפטיות שהובאו קודם-לכן, אין ספק כי התפיסות החברתיות-הערכיות ממלאות תפקיד מרכזי בהקשר זה. הדעה המוקדמת השלילית שיש על נשים הצורכות סמים, בשילוב עם תפיסות מקובעות ביחס לאימהות ולאימהות, שופכת אור מכיוון אחר על טיעוני האפליה המשפטיים שהוזכרו כבר ושיוצגו בהמשך.¹⁶⁷ חשיפת הרובד העמוק יותר העומד בבסיס ההתייחסות הגלויה מחזקת את הקושי שבהפניית האצבע המאשימה כלפי האשה כגורם הנוק הבלעדי, ואת הטענה שיש בכך משום אפליה הן בשל ההתעלמות מן הגורמים האחרים והן בשל הצגת התפקודים הגופניים הבלתי-רצוניים - ההיריון וצריכת הסמים - כנושאים בני-שליטה, שאי-מניעתם מהווה הפרה של נורמות מוסריות, חברתיות ואף משפטיות.

חלק שלישי: אימהות ויחסי אם-עובר בפרספקטיבה של תיאוריות פמיניסטיות של המשפט

פרק 1: הזרמים המרכזיים בביקורת הפמיניסטית של המשפט

אחת ממטרות החיבור היא לבחון את הביקורת הפמיניסטית בסוגיה זו על רקע הזרמים המרכזיים בהגות הפמיניסטית העכשווית, תוך יישומם בהקשר ספציפי זה של ההולדה והאימהות. לצורך זה אסקור תחילה, בתמציתיות, אותם זרמים מרכזיים בהגות הפמיניסטית-המשפטית כיום.

בביקורת הפמיניסטית של המשפט כיום קיימים, באופן גס, שלושה זרמים מרכזיים: הזרם הליברלי, הפמיניזם ההתייחסותי-התרבותי והזרם הרדיקלי.¹⁶⁸ עצם הנחתם על

164 השינוי בארצות-הברית התרחש בפסק-הדין התקדימי בעניין *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962) (להלן: עניין *Robinson*), בו סווג בית-המשפט העליון של ארצות-הברית התמכרות לסמים כמחלה, ולא כפשע; א' ל' סבה, ר' ארנפלד גמילה כעונש - הטיפול בעבריינים מתמכרים לסמים (תשמ"ח) 61-65.

165 כספי, לעיל הערה 7, במיוחד בע' 132-135; גרין סמים, לעיל הערה 7; עניין *Robinson*, Kandall & Chavkin, *supra* note 76; *ibid*.

166 ראו באופן כללי: 64, at p. 287; Hanigsberg, *supra* note 20, at p. 287; Moss, *supra* note 20, at p. 53; Korver, *supra* note 66.

167 ראו להלן טקסט להערות 283-295.

168 אני בהחלט מודעת לכך שקיימות גם חלוקות אחרות של התיאוריות המרכזיות בכתובה הפמיניסטית-המשפטית כיום, אך אני נוטה לקבל את החלוקה הזו מטעמים שלא כאן

מישור אחד ובהתייחסות אחת חוטאת לאמת, מאחר שאין הם שווים באופיים מבחינת היקף התכנים שלהם, כוללניות מצעם או עוגנם התיאורטי. מאחר שאין זה המקום המתאים למיפויים בצורה מדויקת, אחטא אם-כן בפשטנות יתר ואתיחס אל שלושתם כשווי-ערך לצרכינו אנו.

הזרם הליברלי, שהיה גם הראשון מבחינה כרונולוגית בגל האחרון של הפמיניזם במאה זו, מכונה לעיתים גם "מודל השוויון" או "מודל אי-האפליה".¹⁶⁹ זרם זה אכן מעוגן בחשיבה הליברלית, השמה דגש בזכויות הפרט, ובראשן הזכות לשוויון. אינהרנטית לזרם הזה שאלת ההגדרה המדויקת של השוויון כשוויון פורמלי או כשוויון מהותי. במילים אחרות, הוויכוח הפנימי שבזרם זה מתנהל סביב השאלה אם הדרך לשוויון מחייבת התייחסות ניטרלית באופן מוחלט לשאלת המגדר (Gender) (גישה המכונה gender neutral/blindness, ומקובל לראותה כמביעה את השוויון הפורמלי), או שמא היא מאפשרת, ואולי אף מחייבת, להתחשב בהבדלים – ביולוגיים "אמיתיים" ו"מולדים", ו/או נרכשים וחברתיים – בין המינים, ולנקוט לפיכך ביחס שונה בהתאם לצורך (גישה של שוויון מהותי, המכונה special treatment, במובחן מגישה השוויון הפורמלי, המכונה גם equal treatment).¹⁷⁰ לצורך הדיון הנוכחי חשוב להדגיש את הישענות המודל הזה על מסורת הליברליזם של המאה התשע-עשרה, שהעלה על נס את זכויות הפרט, האוטונומיה האישית והבחירה החופשית של האינדיווידואל הרציונלי.¹⁷¹ בהסתמכות המוחלטת על התיאוריה הליברלית ועל הערכים הליברטריאניים, גם בגרסה הגמישה יותר של הפמיניזם הליברלי (קרי: גישה השוויון המהותי) יש למעשה אימוץ מלא של "כללי המשחק" המשפטי המקובל, תוך ניסיון לעשות בהם שימוש לקידומן של הנשים, שקודם-

F. Olsen "The Sex of Law" *The Politics of Law: A Progressive Critique* (D. Kairys ed., New York, 1990) 453
 169 ראו אצל א' מ' פיסס "מהו פמיניזם" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 5, במיוחד בע' 6-12;
 קטרין מקינאון מכנה את הזרם הזה בשם "the difference approach", ראו:
 C.A. MacKinnon "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, 1987) 32
 170 יש לציין כי לא הכל מסכימים עם מיקומה של מחלוקת זו בתוך הזרם הליברלי עצמו.
 יש המציגים אותה כמחלוקת בין שני זרמים שונים – זרם השוויון (הנתפס כפורמלי בלבד), לעומת גישה ה"הבדלים"; ראו זאת, למשל, אצל:
 R. Graycar "Matrimonial Property Law Reform and Equality for Women: Discourses in Discord?" 25
 9 (1995) *Victoria U. Wellington L. Rev.*; ויש המציגים אותה כחלק מן המחלוקת בין
 גישה השוויון לבין גישה הפמיניזם הרדיקלי על כינויו השונים; ראו זאת, למשל, אצל
 פיסס, שם. להצגת הדברים בדרך שהובאה כאן, ראו אצל MacKinnon, *ibid*, ואצל
 Olsen, *supra* note 168.
 171 ראו, למשל: D.L. Rhode *Justice and Gender (Sex Discrimination and the Law)* (Cambridge, 1989) 12-14, 59-61, 315; Olsen, *ibid*
 והפליית מין" ספר לנדוי (א' ברק, א' מוזו עורכים, תשנ"ה, כרך ב) 839, 909.

מלילים | תשנ"ח שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים עלידי נשים הרות

לכן נעדרו מן הזירה. אין בורם זה כל חתירה תחת יסודות השיח המשפטי והעקרונית המנחים אותו, אלא להיפך.¹⁷²

אפיון זה של הפמיניזם הליברלי משמש ציר מרכזי לביקורת עליו מצד שני הזרמים המאוחרים יותר, הפמיניזם ההתייחסותי-התרבותי והפמיניזם הרדיקלי, מכיוונים שונים. הביקורת, המתמודדת במישרין עם הישענותו של הפמיניזם הליברלי על רטוריקת הזכויות, באה מצידו של הפמיניזם התרבותי (ככינייה של רובין ווסט (Robin West)), או ההתייחסותי (ככינייה של Deborah Rhode):¹⁷³

"Rights discourse, its ideological underpinning, speaks of an individualizing, competitive system of values in which the individual is abstracted from her or his social context. Connectedness, mutuality, and reciprocity are systematically effaced."¹⁷⁴

הפמיניזם התרבותי, הנשען במידה רבה על עבודתה של הפסיכולוגית קרול גיליגן (Carol Gilligan)¹⁷⁵ חושף את ההטיה הגברית, לטענתו, שבבסיס ההשקפה

172 ראו, למשל: D. Polan "Toward a Theory of Law and Patriarchy" *The Politics of Law* (New York, 1st ed., D. Kairys ed., 1982) 294, 300.

173 ראו, למשל: D.L. Rhode "The 'Woman's Point of View'" 38 *J. Legal Educ.* (1988) 39. גם ווסט השתמשה במונח "relational", אך בסופו של דבר בחרה במונח "cultural feminism" לתיאור מקומו המרכזי בחשיבה הפמיניסטית. ראו על כך אצל: Judges, *supra* note 115, especially at p. 1326 at note 7. המונח "פמיניזם תרבותי" הוא שהתקבל עד כה בכתיבה המשפטית העברית, ראו, למשל, אצל פיסס, לעיל הערה 169; ר' שמיר "על משפט ושינוי חברתי - הערות למאמרה של אילת שחר - מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 631. ייתכן שהסיבה לכך היא הקושי לתרגם את המונח relational feminism. האם נכון לכנותו "פמיניזם התייחסותי" (במובן של מערכות יחסים), או אולי "פמיניזם קישורי" (מתוך המונחים "קשר" ו"קשירות")? אני כשלעצמי נוטה לקבל את האפשרות הראשונה, אך נראה כי שתיהן כחת אינן נשמעות מובנות לאוזן שאינה מורגלת במונחים המקובלים בהגות הפמיניסטית, והתרגום הנוח יותר הוא למונח "פמיניזם תרבותי". לפיכך אשתמש בהמשך הן בו והן באפשרויות החלופיות שהעליתי כאן.

174 De Gama, *supra* note 64, at p. 115.

175 C. Gilligan *In A Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, 1982), הספר ראה לאחרונה אור בעברית: ק' גיליגן בקול שונה - התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (תשנ"ו). לעיקרי עבודתה של גיליגן והביקורת עליה, ראו: Rhode, *supra* note 171, at pp. 308-313; ראו גם אצל שלו, לעיל הערה 171, בע' 908-909, ובמיוחד בהערה 68. לאחד היישומים הבולטים ביותר של התיאוריה של גיליגן בשיח המשפטי, ראו, למשל: R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. Chi. L. Rev.* (1988) 1.

הליברלית.¹⁷⁶ נקודת-המוצא היא שקיים הבדל מהותי בדרך החשיבה ובתפיסת המוסר הגברית לעומת הנשית. התפיסה השלטת היא התפיסה הגברית, המעוגנת בהשקפה הליברלית בדבר הפרט האוטונומי נושא הזכויות המופשטות, בעל יכולת השווה ליכולתם של הפרטים האחרים להגנה עצמית. תפיסה זו מתעלמת לחלוטין משיקולים של קישוריות, דאגה לזולת ואחריות למערכות יחסים נמשכות. דווקא אלה הם השיקולים המנחים במידה רבה את עולמן המוסרי של הנשים ואת דרכי חשיבתן.¹⁷⁷ בחשיפת ההטיה המובנית בבסיס ההשקפה הליברלית בפרט ובשיטת המשפט המערבית-המודרנית בכלל, הפמיניזם התרבותי קורא תיגר על המבנים המשפטיים-החברתיים הקיימים, ותובע לפנות מקום למודל החשיבה והמוסר הנשי כשווה-ערך למודל הגברי השליט.¹⁷⁸ הפמיניזם התרבותי, בניגוד לפמיניזם הליברלי, מציב בכך למעשה חלופה לסדר החברתי הקיים, ומעלה מצע לשינוי חברתי כללי.

גם בפמיניזם הרדיקלי ניתן לזהות מצע לשינוי חברתי כללי, אך נקודת-המוצא שלו שונה מזו של הפמיניזם התרבותי. במובן מסוים, כוחו של הזרם הזה הוא יותר בביקורת שהוא מביע מאשר בשינוי החברתי שהוא מציע, שהוא פחות מגובש ומקיף מן המצע של הפמיניזם ההתייחסותי.¹⁷⁹ הזרם הרדיקלי, המכונה לעיתים "כלל אי-ההכפפה" או "מודל הדומיננטיות",¹⁸⁰ יוצא נגד קנה-המידה הגברי הטבוע בבסיס ההשקפה הליברלית,

176 Katharine Bartlett מתארת את "ההשקפה הליברלית של הסובייקט" כך: "The Anglo-U.S. legal system presupposes what is essentially a mythical being: a legal subject who is coherent, rational, and freely choosing, and who can, in ordinary circumstances, be held fully accountable for 'his' actions. Thus, legal doctrines generally assume that an individual acts with clear intentions that are transparently available to himself and to others, on the basis of suppositions about what a 'rational person' would do in similar circumstances. The law also assumes that the individual is essentially separate from others and exists in an antagonistic relation to society as a whole." *Supra* note 115, at p. 7

177 *West, supra* note 175

178 יש להבהיר כי מאחר שהן הפמיניזם התרבותי והן מודל השוויון המהותי יוצאים מתוך נקודת-מוצא של קיום הבדלים (כאלה או אחרים) על בסיס המגדר, נוצר לעיתים בלבול בין שתי הגישות האלה. אכן קיים ביניהן דמיון מסוים, הן, כאמור, בנקודות-המוצא, הן במצען האופרטיבי והן בבעייתיות שבהן. אך לדעתי, אלה הן שתי גישות שונות, הנבדלות זו מזו בחלק ניכר מן הבסיס התיאורטי שלהן ובכוללניות מצען.

179 ייתכן שניתן לייחס זאת לקרבתו הרעיונית לתנועת ה-Critical Legal Studies; ראו מאמרה של *West, supra* note 175, והשוו לשני מאמריו של פיסס: O.M. Fiss "The Death of Law?" 72 *Cornell L. Rev.* (1987) 1; O.M. Fiss "The Law Regained" 74 *Cornell L. Rev.* (1989) 245

180 ראו אצל פיסס, לעיל הערה 169; ואצל MacKinnon, *supra* note 169

ולטענתו, גם בבסיס ההשקפה של הפמיניזם התרבותי.¹⁸¹ המפתח לשינוי החברתי, על-פי הזרם הרדיקלי, אינו בהשוואה בין גברים לנשים, אלא בהתמקדות בכוח החברתי. לא די במאבק למען זכויות שוות, ולא די במאבק לשינוי ערכים בסיסי, כל עוד המבנה החברתי הקיים מבוסס על דומיננטיות גברית, קרי: ריכוז הכוח בחברה בידי הגברים. המשימה, על-פי הפמיניזם הרדיקלי, היא מיגור העליונות הגברית ודיכוי הנשים בחברה. מאחר שהמשפט נתפס כמוסד חברתי רב-חשיבות, הפמיניזם הרדיקלי בוחן את ההסדר המשפטי של כל תחום, ובודק כל פרקטיקה משפטית באספקלריה של פערי הכוחות בין המינים בחברה, והשאלה המנחה היא: האם יש בהם כדי למגר את ההיררכיה הגברית הקיימת, או לקדמה?¹⁸²

פרק 2: בחינת החשיבה הפמיניסטית בהקשר של התערבות ביחסי אם-עובר

לצורך נושא דיוננו חשוב להתייחס גם אל הדרכים המרכזיות בהן עמדו הוגות פמיניסטיות על האימהות. מתחילתו של גל הפמיניזם המודרני של המחצית השנייה של המאה העשרים היוותה האימהות נושא מרכזי בהגותן של תיאורטיקאיות פמיניסטיות. את תחילת העיסוק האינטנסיבי בנושא זה ניתן לייחס לסימון דה-בובואר, שתיארה את האימהות כהגשמת תפקיד ביולוגי נטול כל יצירתיות ומשמעות עצמית, וכשיא השעבוד של הנשים לביולוגיה, שהופכת אותן ל"כלי סביל של החיים".¹⁸³ דה-בובואר לא היתה אולי הקיצונית היחידה ביחסה השלילי אל האימהות ובראותה בה את מקור השעבוד, אך רוב התיאורטיקאיות שאחריה הבחינו בין האימהות כשלעצמה לבין האימהות בצורתה המסורתית הפטריארכלית.¹⁸⁴ השלילה הביקורתית כוונה בדרך-כלל רק אל האימהות כמוסד פטריארכלי. בניגוד לה ובאופן הדרגתי, כחלק מתהליך של חיפוש אחר "קולה של אמא", כפי שכינה זאת דוקטור ז'וזה ברונר, שיהווה "קול ציבורי נשי אותנטי שהנשים יוכלו לדבר בו על האימהות", הועמדה החוויה האימהית האותנטית על מישור נעלה, מטפיסי אפילו, והוצגה כתמצית הנשיות וכמפתח לשחרור הנשי ולפיתוח תודעה עצמית

181 כך, לדוגמה, עצם הכותרת שבחרה גיליגן לספרה - "בקול שונה" (לעיל הערה 175) - מעיד על קיומו של קול נורמטיבי ראשוני שמהווה בסיס להשוואה. אם הפמיניזם הליברלי מודד את הנשים לפי דמיון לגברים, הרי הפמיניזם התרבותי מודד אותן לפי השוני שלהן מהגברים.

182 ראו, למשל: M. Becker "Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy" 69 *Chi. Kent L. Rev.* (1993) 303.

183 S. de-Beauvoir *The Second Sex* (H.M. Parshly trans., New York, 1974), כפי שמצוטט אצל ברונר, לעיל הערה 141, בע' 7.

184 ראו, למשל: A. Rich *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (New York, 1986); M. O'Brien *The Politics of Reproduction* (London, 1981); .Katz-Rothman, *supra* note 122.

נשית, חופשייה מכבלי התודעה שנכפתה על הנשים על-ידי הפטריארכיה.¹⁸⁵ זוהי אומנם הכללה, שהרי חלק ניכר מן ההתייחסות הפמיניסטית המאוחרת יותר אל האימהות לא אימץ את הצגת הדברים בצורה הקיצונית הזו, וגם אלה שניתן לכלול את כתיבתן במסגרת גישה זו נבדלו זו מזו בהדגשים ואף בתכנים. יחד עם זאת, ניתן לראות בכך את הזרם המרכזי בטיפול הפמיניסטי בנושא האימהות,¹⁸⁶ ואין ספק בדבר מרכזיותו לצורך גיבוש הזרם של הפמיניזם התרבותי. כתיבתה של גיליגן, לדוגמה, נסמכת על העבודות המקדימות שהאדירו את החוויה האימהית האותנטית וחשפו את החשיבה האימהית ואת המרכזיות של מוטיב הקשר בתודעה העצמית הנשית.¹⁸⁷

כאן המקום לקשר בין הביקורת הפמיניסטית בסוגיית יחסי אם-עובר לבין ההגות הפמיניסטית בנושא האימהות והתיאוריות הפמיניסטיות של המשפט. הכתיבה הפמיניסטית בענייננו חושפת את עיצוב הקשר אם-עובר בפסים של קונפליקט כחלק ממגמת ההשתלטות והפיקוח על האימהות, כפי שההגות המרכזית בנושא האימהות חשפה את עיצוב מוסד האימהות על-ידי הפטריארכיה. ובדומה להאדרת הקול האימהי האותנטי, והצגת האתיקה של הטיפול והדאגה לזולת הנובעת ממנו, כמפתח ליצירת עולם שוויוני יותר, צודק וטוב יותר, הביקורת הפמיניסטית על יצירת הקונפליקט אם-עובר מציעה שיח חלופי של הדגשת הקשר והתלות ההדדית בין האם לעובר, תוך הבעת אמון בפוטנציאל הטמון בהקשר זה לתיקון הליקויים שגרמה החברה שייווצרו בו. בכך מתבהר מיקומה של הביקורת הפמיניסטית התיאורטית בנושא זה בתוך זרם הפמיניזם ההתייחסותי-התרבותי. הדגשת ייחודיות הקשר בין האם לעובר ומרכזיותו בהבנת מערכת יחסים זו, המהווה את הבסיס ל"מודל הקשר", מתחברת במובהק להדגשים המרכזיים של הזרם ההתייחסותי-התרבותי. הדבר ניכר במיוחד כאשר הדגשה זו באה על רקע ביקורת השימוש ברטוריקה של זכויות, המתבטאת בדחיית המודל האדוורסרי, ביקורת שגם היא מהווה כזכור חלק מרכזי במצע של הפמיניזם התרבותי.

מן הדברים שנאמרו עד כה עולה כי המצע של הפמיניזם ההתייחסותי הוא אכן הרלוונטי ביותר להקשר שאנו דנים בו. הדבר כמעט מובן מאליו, שהרי הקשר זה, מעצם הגדרתו, דן במערכת יחסים ובקשר מסוג מיוחד. לא זו בלבד, אלא שמצב ייחודי זה של היריון אף שימש דוגמה מובהקת לבניית התיאוריה של הזרם ההתייחסותי-התרבותי

185 ראו אצל ברונר, לעיל הערה 141, בע' 8-13, הסוקר את כתיבתן של Nancy Chodorow, Sara Ruddick, ובמיוחד את כתיבתה של Adrienne Rich בהקשר הזה.

186 להוציא אולי את ההתייחסויות הספציפיות לנושא הטכנולוגיות החדשות בהולדה (NRT: New Reproductive Technologies), כאשר הכוונה היא לכתיבה הביקורתית והחדשנית בעיקרה כלפי ההתפתחויות בתחום ההולדה, החל בהורעה המלאכותית, המשך בהפריה החוץ-גופית וכלה בפונדקאות ובתחזיות לגבי רחם מלאכותי ותכפול אנושי.

187 ראו, למשל, את כתיבתה של Nancy Chodorow: *The Reproduction of Mothering* (Berkeley, 1978), וכפי שניתן לראות בפרק הראשון בספרה של גיליגן,

לעיל הערה 175.

בדבר נטייתן של הנשים להיות "מחוברות" ו"מקושרות" יותר מאשר הגברים, ולדחיית הנחות-היסוד של המצע הליברלי. ווסט הציגה זאת בצורה החדה ביותר:

"Women are not essentially, necessarily, inevitably, invariably, always, and forever separate from other human beings: women, distinctively, are quite clearly 'connected' to another human life when pregnant. In fact, women are in some sense 'connected' to life and to other human beings during at least four recurrent and critical material experiences: the experience of pregnancy itself; the invasive and 'connecting' experience of heterosexual penetration, which may lead to pregnancy; the monthly experience of menstruation, which represents the potential for pregnancy; and the post-pregnancy experience of breast-feeding. Indeed, perhaps the central insight of feminist theory of the last decade has been that women are 'essentially connected', not 'essentially separate', from the rest of human life, both materially, through pregnancy, intercourse, and breast-feeding, and existentially, through the moral and practical life."¹⁸⁸

מכאן גם ברורה הקרבה, העשויה להיראות אף כחפיפה, בין המתודה האפיסטמולוגית המשרתת את הביקורת הערכית שנסקרה לעיל¹⁸⁹ לבין התכנים המהותיים של הפמיניזם ההתייחסותי.

הפמיניזם הליברלי, לעומת זאת, נתקל בהקשר הזה בבעיה המוכרת של היעדר קנה-מידה להשוואה, הן ברמה העובדתית, הן ברמה התיאורטית. בדומה לכל הנושאים הדנים בזכויות האשה בהקשרים המערבים באופן ישיר היריון, לידה ואימהות, כך גם הנושא הזה אינו יכול למצוא התייחסות מספקת מן הזרם הליברלי שבפמיניזם, מאחר שהוא מעורר את הצורך האמיתי להתמודד עם מרכיב מרכזי וייחודי בהווה הנשית.¹⁹⁰ אלא שאי-ההתאמה של הפמיניזם הליברלי לנושא שלנו חריף אף יותר. לא זו בלבד שהוא חסר את הכלים התיאורטיים להתמודדות עם מצב בסיסי של שונות ביולוגית, אלא שיש אף קרבה מסוימת בין תכניו לבין ההצדקה התיאורטית הניתנת להתערבות ולפיקוח מצד המדינה בהקשר הנוכחי. הביקורת הערכית המגובשת ביותר יוצאת, כזכור, נגד הניסיון של המערכת המשפטית לעצב את הקשר אם-עובר בדרך שכופה ניתוק והצבת אינטרסים וזכויות מנוגדים, באופן הפוך לחלוטין מן התפיסה של הפמיניזם ההתייחסותי.¹⁹¹ תפיסת

188 West, *supra* note 175, at pp. 2-3; וראו בהמשך מאמרה את תיאור השקפתה בנוגע לחוויית ההיריון כחוויה המשמעותית ביותר - כינון "כישורי הקישוריות" אצל האשה.

189 ראו לעיל חלק שני, בראשית פרק 3.

190 ראו, למשל, את דבריה של Deborah Rhode בהקדמה לספרה: Rhode, *supra* note 171, at pp. 2-3.

191 על המודל האדוורסרי, ראו לעיל טקסט להערות 117-137, ועל הביקורת של מודל הקשר על מודל זה, ראו לעיל טקסט להערות 138-149.

ההפרדה והניתוק, שמשמעותה היא עיצוב קונפליקט בין זכויות ואינטרסים מנוגדים, היא פועל יוצא של גישה ליברלית.¹⁹² ניתן אומנם לזהותה כגברית בעיקרה,¹⁹³ אך לאור הבסיס הרעיוני המשותף שעמדנו עליו בקצרה לעיל, גם לפמיניזם הליברלי יש עימה קווים משותפים. כך שהזרם הליברלי בפמיניזם אינו יכול, באופן אינהרנטי, לשרת את הביקורת הפמיניסטית בהקשר שלנו.

מסקנות אלה אינן מפתיעות, וכפי שכבר ציינתי, הן אפילו מתבקשות מעצם טיבו של נושא דיוננו. כאשר עוסקים בנושא המגלם במהותו אב-טיפוס של מערכת יחסים, טבעי הדבר שזרם חשיבה שמתמקד במהותן, ערכיותן וחשיבותן של מערכות יחסים יתרום את התרומה המשמעותית ביותר לדיון.¹⁹⁴ הרעיון לפיו מידת ההתאמה והרלוונטיות של זרמי החשיבה הפמיניסטית השונים משתנות בהתאם לנושא הדיון אינו חדש.¹⁹⁵ בהקשר זה הציעה מרי בקר לנקוט באסטרטגיה אקלקטית, של פנייה לזרמים השונים בהקשרים שונים, בהתאם למידת היעילות של כל אחד מהם בהקשר הנדון.¹⁹⁶ בהתאם לגישה זו יש לבחון גם את תרומת הזרם הרדיקלי להקשר שלנו, מה גם שתחום ההולדה ותחום המיניות קשורים זה לזה גם מבחינה תיאורטית, ולא רק מעשית, כפי שהציגה זאת, לדוגמה, Lisa Maher:

"Cultural constructions of motherhood and women's sexuality are located at the intersection of productive and reproductive relations and project powerful images which are at the very core of gender relations in American society."¹⁹⁷

מן ההיבט התיאורטי, על פניו נראה כי זרם זה עשוי להוות השלמה לביתוח מן הזווית של הפמיניזם ההתייחסותי. טיעונים בדבר הפקעת האימהות וההשתלטות עליה מתקשרים

192 השוו עמ': West, *supra* note 175, הטובעת את המונח "separation thesis" לתיאור ההבנה הגברית הכללית את המשפט, המשותפת לדבריה לכל התיאורטיקאים של המשפט בארצות-הברית.

193 Seymour, *supra* note 36, at p. 53; West, *ibid*

194 השוו עמ': Daniels, *supra* note 24, at p. 5.

195 כך, לדוגמה, במסגרת דיון בשאלת הפונדקאות באספקלריה של גישות פמיניסטיות שונות, עמדה מרי בקר (Mary Becker) על כך שהגישות השונות נבדלות זו מזו גם במידת יעילותן להקשרים השונים, וכדוגמה לכך הביאה את גישת השוויון הפורמלי, הפועלת היטב בתחום ההודמנויות השוות בתעסוקה, ואת גישת הדומיננטיות (או כלל אי-ההכפפה), הרלוונטית במיוחד להקשר של המיניות. ראו: Becker, *supra* note 182, at p. 310. האמת היא שבדיוק אלה הם הנושאים שבמסגרתם ולצורכיהם פותחו אותן הגישות.

Ibid, *ibid* 196

197 Maher, *supra* note 1, at p. 172

היטב לניתוח המציאות והמשפט לפי מודל הדומיננטיות של הפמיניזם הרדיקלי. מודל הדומיננטיות מסייע במיקום של נושא הדיון הנוכחי במסגרת מגמה כללית של השתלטות על כישורי ההולדה הנשיים בפרט והצרת אוטונומיית הנשים בכלל.¹⁹⁸ Martha Field הציעה זאת באופן ברור ביותר:

"I believe that controlling women to protect their fetuses is using pregnancy to deprive women of the most basic civil rights."¹⁹⁹

נקיטת הצעדים הדקונוניים נגד נשים הרות הנוטלות סמים היא, כפי שראינו,²⁰⁰ חלק מן המלחמה הכוללת בנגע הסמים המאיים על החברה. אך הצעדים הננקטים נגד נשים אלה חריגים בחומרתם, ואין להם מקבילות בהקשר שאינו מערב נשים. פנייה למודל הדומיננטיות תפרש הבחנות אלה בצורה הקיצונית הבאה: החברה עושה שימוש בנשים לצורך בלימת הנוקים שהחברה הכללית גרמה לעצמה, מאחר שהנשים, ובמיוחד הנשים ההרות, נמצאות בעמדת הנשלטות הטובה ביותר. החברה מצאה כאן את האפשרות להטיל פיקוח באמצעות פונקציות ההולדה הנשיות, הנתונות ממילא לשליטתה במידה רבה. כפי שתיארה זאת Janet Gallagher:

"The real question posed by the 'fetal rights' phenomenon has much less to do with the status of the fetus than with the status of women. It boils down to a question of control: control over abortion, pregnancy and birth – control over women's bodies and lives."²⁰¹

אין למעשה כל משמעות לשאלה של יעילות הפעולות, מכיוון שהפעלת השליטה והפיקוח נועדו בעיקר לצרכים תדמיתיים שיאפשרו העברת מסר של עשייה לוחמת ונמרצת, ולא דווקא לשם השגת תוצאות של ממש.²⁰² כדבריה של Daniels:

"At stake in the new politics of 'fetal rights' is not control over fetal health but the mediation and consolidation of the ultimate power that women have: the power to give birth."²⁰³

198 ראו גם את המקורות הנזכרים לעיל בהערה 129.

199 M.A. Field "Controlling the Woman to Protect the Fetus" *17 Law, Med. & Health Care* (1989) 114, 116.

200 .Kandall & Chavkin, *supra* note 76.

201 J. Gallagher "Fetal Personhood and Women's Policy" *Women, Biology and Pub. Pol'y* (V. Sapiro ed., Beverly Hills, 1985) 91, 110–111.

202 דברים ברוח זו נאמרו בצורה מפורשת במהלך דיוניה של ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 17.12.1991, פרוטוקול מס' 50, ע' 9 (דברי ח"כ ע' פרץ).

203 .Daniels, *supra* note 24, at p. 137.

דברים אלה הם אכן קיצוניים ביותר, אך גם אם אין מאמצים אותם במלואם, עדיין יש בסוג זה של ביקורת כדי לחדד את הקשר שבין המודל האדוורסרי לבין מערכת הערכים והמשפט הפטריארכלית.

לזרם הרדיקלי יש חשיבות בהקשר שלנו גם מפן אחר. נוסף לביקורת, שכינתי אותה מהותית וערכית, הזכרנו שקיימת גם ביקורת חוקתית-פוזיטיביסטית של המדיניות המיושמת ביחס לנשים בהקשר זה, הטוענת לאי-חוקתיות החקיקה והפרקטיקה שגובשה בהקשר דנן עקב היותן נגועות בהפליה נגד נשים. פנייה אל הזרם הרדיקלי בנקודה זו מסייעת לגיבוש משפטי של טיעון ההפליה.²⁰⁴ גם טיעון הגבלת הזכות להורות מתחזק כאשר הוא בא מן הפרספקטיבה של הזרם הרדיקלי ומודל הדומיננטיות. דברים ברורים מאוד ברוח זו אמרה קינג, המצטרפת לדעת הסבורים כי בכסיס הנקיטה בהליכים פלייליים או באמצעים משפטיים אחרים עומדת המטרה של הגבלת חירויות ההולדה (המתבטאת בהגבלת ההולדה בפועל) של אותן נשים ושל נשים אחרות מסוגן.²⁰⁵ זוהי מטרה המבטאת תפיסה הרואה בנשים הנוטלות סמים בלתי-ראויות להורות, בין בגלל הסכנה הממשית (נפשית ו/או פיזית) בה יעמידו את ילדיהן ובין מבחינה מוסרית גרידא. הדוגלים במשוואה לפיה "שימוש בסמים = התעללות בילדים" רואים בהגבלת חירויות ההולדה אמצעי יעיל ביותר להפחתת ההתעללות בילדים, כפי שמנסחת זאת קינג. תפיסת הדומיננטיות מתחזקת כאשר טיעונים אלה נבחנים על רקע המסגרת הרחבה יותר של "מורשת" ההגבלה של חירויות ההולדה בארצות-הברית.

בכך לא מיצינו עדיין את תרומת מודל הדומיננטיות להקשר הנידון כאן. את הצרתם הנוכחית של צעדי הנשים ניתן לראות כמכת-נגד למאבק על חירויות ההולדה, או במילים אחרות, על הזכות להפלות מלאכותיות. מאחר שכפי שמציגה זאת Daniels, "...the idea of 'selfless motherhood' was undermined by women's claims to abortion rights and to equal employment outside the home"²⁰⁶ נוצר הצורך לרסן דרישות אלה, ומישור השליטה והפיקוח על ההיריון עצמו ענה עליו בצורה מלאה. בכך באה לידי ביטוי מורכבות נוספת של עימות בין הגישות הפמיניסטיות השונות. דומה שנקודה זו מדגימה את צדקת הטיעונים נגד השימוש ברטוריקת הזכויות, ובמיוחד הזכות לפרטיות ולאוטונומיה אישית, במסגרת המאבק על חירויות ההולדה.²⁰⁷ אכן, ההקשר שלנו ממחיש את הסכנה שבהצרת הטיעונים למסגרת זו, שכן הוא מזמן את האפשרות להציב טיעונים נגדיים על אותו מישור בדיוק. מסגרת של זכויות, ובהן הזכות לפרטיות, מאפשרת הצבת זכויות נגדיות שנושאן עשוי להיות העובר עצמו, ובכך היא עלולה לפעול למעשה כבומרנג.²⁰⁸ השימוש בתפיסה של זכויות מעניק לגיטימציה להטלת חובות

204 Oberman, *supra* note 36, at pp. 541–545.

205 King, *supra* note 91, at pp. 610–611.

206 Daniels, *supra* note 24, at pp. 1–2.

207 ראו לעיל הערה 112, והמקורות שם.

208 ניתן אף לומר שתהליך זה כבר החל, כפי שניתן לראות בפסיקת בית-המשפט העליון

של ארצות-הברית בעניין Casey, *supra* note 106.

כלפי נושאי זכויות מתחרים באותה מסגרת אדוורסרית שרטוריקת הזכויות יוצרת.²⁰⁹ שימוש ברטוריקה של דומיננטיות, לעומת זאת, מסוגל לעקוף את המלכוד הפרדוקסלי הזה ולמנוע כל סתירה בין שני התחומים.

למרות חשיבותו הניכרת של הזרם הרדיקלי לניתוח התהליכים המשפטיים והחברתיים בהקשר זה של יחסי אם-עובר, אני משוכנעת כי מידת הרלוונטיות של הזרם התרבותי לנושא הזה רבה יותר. הסיבה המרכזית לכך מתקשרת לנקודה האחרונה של הסכנה שברטוריקת הזכויות בהקשר של נושא ההפלות והשלכותיה על יצירת ה"קונפליקט" אם-עובר שאנו עוסקים בו. כפי שראינו, התפיסה הרדיקלית, על מודל הדומיננטיות שהיא מציעה, אכן מאפשרת שיח חלופי המספק מוצא מן המלכוד שנוצר, אך אין הוא מספק מבהינה מוסרית. הוא עלול לגרום למחיקת אחד המשתתפים במערכת היחסים המורכבת הזו – העובר, ממש כפי ששיה הזכויות גרם למחיקת המשתתפת האחרת – האם. מודל הקשר, הנגזר מן הזרם התרבותי ההתייחסותי, מאפשר לנקוט בגישה שאינה מחייבת התעלמות מוחלטת ממרכיב אחד של הקשר הזוגי (קרי: העובר) כדי לכבד את המרכיב האחר (קרי: האם), אלא מציע דרך של שילוב בין השניים. החלופה למודל האדוורסרי צריכה להיות הבנה מחודשת של מערכת היחסים בין האם לעובר בדרך שתכיל את כל ההיבטים המוסריים והרגשיים של הקשר, ובניסוחה של קינג:

"Understanding the maternal-fetal relationship as an intimate interactive unit, in which there is a severe discrepancy in power, better helps us define the nature of the moral relationship that exists between the pregnant woman and the fetus. Using this redefinition of the maternal-fetal relationship offers drug policy makers a more realistic and morally supportable basis for developing drug policy for women."²¹⁰

המסגרת התיאורטית היכולה לספק את הכלים המתאימים להגדרה מחודשת זו ולגיבוש השלכותיה היא הפמיניזם ההתייחסותי. תובנה זו מתקשרת במובן מסוים להבדלים הבסיסיים באפיון שני זרמים אלה, זה מול זה, בנוגע לשאלת המצע המעשי שלהם. הזרם הרדיקלי מתמקד, כזכור, בביקורת ובמאבק נגד הסדר הקיים. הוא רואה בעצם המאבק מטרה בפני עצמה, ומתקשה להציע חזון מפורט של מציאות חלופית. הזרם התרבותי ההתייחסותי, לעומתו, הוא כוללני ומקיף דיו לספק חלופות מעשיות בדרך-כלל. וכך אכן גם בהקשר הנוכחי. כפי שכבר ראינו, ניתן לשאוב מן הזרם ההתייחסותי יסודות לדרכי פעולה חלופיות לאלה שננקטו ובוקרו קשות, והקווים הרעיוניים שהוא מתווה מיתרגמים באופן מעשי לתוכניות טיפוליות תומכות לפני ההיריון ובמהלכו, ולתוכניות של טיפול משולב באם ובתינוק לאחר הלידה, ללא הפעלת כל אמצעי לחץ או כפייה במישרין או בעקיפין.²¹¹

209 השוו עמ': King, *supra* note 91, at pp. 604–605.

Ibid., at p. 615 210

211 ראו את ההתייחסות ל"גישה התומכת" של Johnsen, *supra* note 15.

זוהי, כזכור, התיזה שביקשתי לאשש בפתח המאמר: מבין הזרמים המרכזיים בהגות הפמיניסטית כיום, הזרם ההתייחסותי-התרבותי הוא בעל האמרות המשמעותיות ביותר בנושא הנידון במאמר זה. הזרם הרדיקלי – והזרם הליברלי עד גבול מסוים – מספקים ביקורת והתקוממות, אבל גם שלילה מוחלטת של כל סוגי התערבות באשר הם. הפמיניזם ההתייחסותי הוא היחיד המתווה מוצא מסוים בתוך מסגרת תיאורטית כללית. הוא מאפשר להכיר בכך שאכן קיימת בעיה, ועם זאת קיים גם צורך מוסרי-אתי למנוע במידת האפשר פגיעה בעובר. הוא מכיר בכך מבלי לחשוש שהכרה זו תוביל באופן אוטומטי לאיום על אוטונומיית האשה ותגרור בהכרח אובדן זכויות ומעמד שהפמיניזם ההתייחסותי סייע ביצירתם. הפמיניזם ההתייחסותי, על מודל הקשר שנגזר ממנו, יוצר מבנה רעיוני שנותן מקום הולם וגמיש לשני מרכיבי המערכת הייחודית. בניגוד למודל האדוורסרי, אין הוא מקבל את הצבת העובר כגורם עצמאי ונפרד מן האשה. יחד עם זאת, אם נשוב לרגע, לסיום חלק זה של הדיון, אל המטפורה של הקול,²¹² חשוב להדגיש כי מודל הקשר, המבוסס כאמור על ההתנסות הנשית, אינו מותיר את העובר בלתי-נשמע. באופן שהוא אולי פרדוקסלי, אבל מובן מאוד למעשה, דומה כי דווקא הוא זה שמעניק לעובר את הקול החזק ביותר. הדבר נעשה באמצעות החלפת הגורם החיצוני למערכת הזוגית, המתיימר לייצג את העובר – המדינה-החברה באמצעות סוכניה השונים (ממסד הרווחה, הרפואה והמשפט) – בגורם האימהי.²¹³ קולו של העובר, על-פי מודל הקשר, מובע בפועל באמצעות קול אימו, ואולי בכך נחתם פרק נוסף בחיפוש אחר קולה האותנטי של אמא, המקבל כאן גוון נוסף.

ה. חלק רביעי: יחסי אם – עובר: הניסיון הישראלי

אסקור כעת את ההתייחסות לנושא בישראל על רקע הניסיון האמריקאי והניתוח התיאורטי, ואבחן לאורם איזו השקפה מבין אלה שנסקרו בחלקו הראשון של המאמר היא מבטאת.

פרק 1: תיאור מצב

ראשית, אגע בשאלה המקדמית של מעמד העובר בשיטת המשפט הישראלית. כזכור מן הדיון בניסיון האמריקאי, שאלה זו הינה רלוונטית לנסיגות ההתערבות במהלך ההיריון לצורך הגנה על העובר באמצעות מינוי אפוסטרופוס עליו.²¹⁴ להבדיל מן המצב המשפטי הקיים בקנדה, באנגליה וברוב מדינות ארצות-הברית, חוק הכשרות המשפטית

212 הלקוחה כמובן ממאמרו של ברונר, לעיל הערה 141.

213 ראו אצל: Hanigsberg, *supra* note 64, at p. 48: "Fetuses should have voices, but
Greschner, *supra* note 137; ראו גם: this voice is that of the mother, not of the state"

.137, at p. 654

214 ראו לעיל טקסט להערה 62.

והאפטרופוסות הישראליות דווקא יוצר באופן מפורש את האפשרות למנות אפטרופוס לעובר,²¹⁵ אך יישומה של אפשרות זו בפסיקה נעשה בצורה מצומצמת ביותר. המקרים הבודדים בהם התבקש מינוי אפטרופוס לעובר נחלקו לשתי קבוצות: בניסיון להבטיח אינטרס עתידי של העובר שיתגבש לכדי זכות (בדרך-כלל לתביעת מזונות מאביו) עם לידתו,²¹⁶ או בניסיון למנוע את הפסקת ההיריון. בפסק-הדין היחיד של בית-המשפט העליון שהעלה לעומקה את שאלת אישיותו המשפטית של העובר לצורך מינוי אפטרופוס עליו הביעו השופטים עמדות ברורות בנוגע להיקף אישיותו המשפטית ולמידת ההגנה שהיא ראויה לה.²¹⁷ מדבריהם עולה שאין לייחס לעובר מעמד משפטי הטעון הגנה מעבר לנושאים שהוכרו בחקיקה מפורשת, ו"בכל המקרים הללו מדובר בענייני ממונות ובשמירה על זכויות עתידיות, שיקומו לעובר עם היוולדו, כאשר הפוך לאישיות משפטית".²¹⁸ הניסיון למנות אפטרופוס לעובר לצורך הגנה על המשך התפתחותו התקינה עד לידתו נדחה לחלוטין לאור הוראותיו הברורות של סימן ב לפרק י לחוק העונשין, המסדיר את הנושא של הפסקת ההיריון.²¹⁹ עם זאת ניתן לנסות ולטעון, כפי שעשתה עורכת-הדין תמר מורג-לוי, כי פסק-הדין מבחין בין הזכות להיוולד, שלשם הבטחתה אין למנות אפטרופוס לעובר (לנוכח הוראותיו הברורות של חוק העונשין), לבין זכויות אחרות (כגון הזכות לבריאות) שיתגבשו עם הלידה.²²⁰ הבחנה זו מתבססת על דבריו של השופט שמגר (כתוארו אז):

215 סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות.

216 בש"א 5172/91 כהן נ' שרחה, פ"ד מו(1) 45; ב"ש (חי') 290/78 כהן נ' אוחנה, פ"מ תשל"ט (1) 171.

217 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (להלן: עניין פלונית).

218 שם, בע' 82 (השופטת בן-עתו).

219 ראוי לשים-לב לזהירות הרבה בה בחנו השופטים את הסוגיה כולה, ולכך שנמנעו מלהביע עמדה ערכית עצמית באופן מפורש, אלא עיגנו את דבריהם בדברי החוק הרלוונטיים בלבד. המעניין הוא כי בפסק-דין מאוחר יותר, שניתן בבית-המשפט המחוזי ושנידונה בו שאלה דומה, העלתה השופטת דאו ופרקליטת המדינה דהיום, עדנה ארבל, את האפשרות שיש להבחין בין עובר שקיומו תלוי באימו לבין עובר "שהגיע לשלב שהוא יכול להיות בזכות עצמו", כאשר בשלב זה, בו יש לו "קיום עצמאי", עשויה להיות לו "זכות טעונת הגנה להתנגד לביצוע ההפלה". למרות זאת דחתה השופטת ארבל את הבקשה למינוי אפטרופוס לעובר תוך הסתמכותה על הקביעה בעניין פלונית, ופסקה שאין מקום למינוי אפטרופוס לייצוג העובר לפני הוועדה שמקים סעיף 315 לחוק העונשין לצורך מתן אישור להפסקת היריון, מאחר שהיא בוחנת ממילא את מכלול הנתונים והשיקולים, כולל "שיקולי העובר". ראו תמ"א (ת"א) 3582/93 שיבק נ' שיבק, פ"מ תשנ"ד (1) 81, 86-85.

220 ת' מורג-לוי "שימוש בסמים על ידי נשים הרות - היבטים משפטיים" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, " קדמן עורכים, תשנ"ב) 125, במיוחד בע' 128.

"לפי סעיף 1 סיפא לחוק הכשרות, אין לעובר כשרות לזכויות וחובות, היינו, זכויותיו וחובותיו מתגבשות רק עם לידתו, אולם רק סביר הוא, כי הצורך להגן על אינטרס, שיתגבש במועד כלשהו בעתיד יכול שיתעורר עוד לפני כן."²²¹

נראה לי כי זה נסיון-סרק המתבסס על משפט אחד במנותק מן ההקשר הכללי. טענתה של מורג-לויין נתקלת בקושי במיוחד לנוכח דברי השופט שמגר בהמשך:

"בנוסחו של חוק הכשרות אין, לכאורה, סייגים וגבולות מפורשים, אם כי יש, כמובן, בעייתיות משפטית ומעשית, לרוב בעצם היווצרותה של יריבות, כגון זו בין האם לאפוטרופוס, המתייחסת לפיקוח על העובר הגדל ברחם האם."²²²

דברים אלה של השופט שמגר מהווים, למיטב ידיעתי, התייחסות שיפוטית יחידה לשאלת מינוי אפוטרופוס לעובר מן הזווית הזו של יחסי אם-עובר. למעשה, הם מהווים התבטאות שיפוטית יחידה בנושא של יחסי אם-עובר בכלל, ומכאן חשיבותם הרבה בעת בחינת ההקשר הכללי של עיצוב האימהות בישראל. כפי שנראה בהמשך, מקורות התייחסות אחרים שאביא, המכוננים לדעתי את תפיסת האימהות בארץ בכלל ואת יחסי אם-עובר בפרט, מביעים מסר הפוך מן המסר העולה מדברי השופט שמגר כאן. ניתן לומר כי באופן כללי, לאזהרתו של השופט שמגר מפני יצירת יריבות בהקשר של יחסי אם-עובר לא היה המשך במקורות ההתייחסות הרלוונטיים האחרים.

ההתייחסות החקיקתית היחידה בישראל שנועדה להתמודד באופן ספציפי עם תופעת היילודים המכורים לסמים היא הוספת סעיף 72(ג) לחוק הנוער, המאפשר, כאמור, להכריז על יילוד כזה כעל קטין נזקק.²²³ הכרות נזקקות פותחת פתח להתערבות בתא המשפחתי באחת הדרכים המנויות בסעיף 3 לחוק הנוער, החל באמצעי הפחות קיצוני של מתן הוראות לטיפול בתינוק בתוך המשפחה תוך הפעלת פיקוח על מילוי, המשך בהעמדת התינוק תחת השגחתו של פקיד הסעד וכלה באמצעי הקיצוני של הוצאת התינוק מן המשפחה ומסירתו למשמורתה של רשות סעד. לדברי גברת מרים פבר, פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, נראה כי דרך טיפול אחרונה זו היא הננקטת לגבי רוב הילדים האלה.²²⁴ חוק הנוער מקנה גם אמצעים להתערבות חירום עוד בטרם הוכרזה נזקקות

221 עניין פלונית, לעיל הערה 217, בע' 69.

222 שם, בע' 70.

223 התיקון לחוק הנוער, לעיל טקסט להערה 5.

224 מ' פבר "חוק הנוער כהגנה על ילדי צרכני סמים" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 55, במיוחד בע' 56. יש לציין, כי השימוש בדרכים שמאפשרים סעיפים 3(3) ו-3(4) לחוק הנוער יכול להוביל לשלילת האפוטרופוסות בהתאם לסעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, דבר המהווה כשלעצמו עילה להכרזה על ילד כבר-אימוץ על-פי סעיף 3(13) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293 (להלן: חוק האימוץ).

על-ידי בית-משפט (על-סמך סעיפים 11(א) ו-12 לחוק הנוער), המאפשרים לפקיד סעד הסבור ש"קטין הוא נזקק ונשקפת לו סכנה דחופה" לנקוט בכל אמצעי החירום הדרושים, כולל מתן טיפול רפואי שאינו סובל דיחוי, על-מנת למנוע אותה סכנה אף ללא הסכמת ההורים. פעולות אלה של פקיד הסעד מוגבלות לשבוע ימים, ובית-המשפט יכול להאריכן בצו-ביניים לשלושים ימים בהתאם לסעיף 12 לחוק הנוער, ואף לתקופה ארוכה יותר בהתאם לסעיף 14 לחוק. נראה כי דרך זו של הפעלת צו חירום ננקטת במקרים רבים בהם נזקק תינוק המגלה סימני גמילה לטיפול רפואי לצורך גמילתו, והוריו מבקשים להוציאו מבית-החולים.²²⁵ התערבות מיידית במקרים קיצוניים במיוחד מאפשר סעיף 12(ג) לחוק האימוץ,²²⁶ המופעל במקרים קשים במיוחד בהם תינוק מכור נולד לאם המוכרת ומאובחנת כמכורה ואשר עברה כבר כמה נסיונות כושלים של גמילה ושיקום.²²⁷ חוק האימוץ מופעל לא רק בדרך של נקיטת אמצעי חירום, אלא גם בדרך הרגילה של פתיחת הליכים להכרזת הקטין כבר-אימוץ לבקשת היועץ המשפטי, תוך שימוש בעילות הקבועות בסעיף 13 לחוק האימוץ, ובמיוחד עילת חוסר המסוגלות ההורית שבסעיף 13(7) לחוק.

קשה מאוד לדלות נתונים בדבר מידת השימוש בסעיף 7(2) לחוק הנוער לצורך הכרזת נזקקות, כמו גם בדבר "תהליך המעבר" מחוק הנוער להליכי אימוץ. פסקי-הדין

225 ראו פבר, שם, בע' 56-57; וכן ראו ר' נתנאל "אפיונים של יולדת נרקומנית ומודל התערבות" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 85, במיוחד בע' 87.

226 "ראה פקיד סעד שהמקרה אינו סובל דיחוי והנסיבות מחייבות זאת, רשאי הוא, אף ללא הסכמת ההורים או הכרזה שהילד בר-אימוץ, לקבוע את מקום הימצאו או למסרו למי שהסכים לקבלו בביתו בכוונה לאמצו; פעולה לפי סעיף זה טעונה אישור בית-המשפט תוך 14 ימים מיום עשייתה; אישור כאמור יכול שיינתן על פי צד אחד בלבד."

227 ראו, למשל, את נסיבות המקרים שנידונו בע"א 284/94 פלוני נ' הי"מ, תק"על 95 (1) 371; ע"א 3310/94 פלונית נ' הי"מ, תק"על 94 (3) 1024. מעניין כי דרך התערבות זו לא הוזכרה כלל בדבריהם של המרצים במהלך יום-העיון שערכה המועצה הלאומית לשלום הילד בנושא "תינוקות מכורים וילדים בצל סמים" (לעיל הערה 7). ייתכן שאין היא ננקטת לעיתים כה קרובות על שום הקושי לאתר באופן מידי משפחה שתהא מוכנה לקבל יילוד בעל צרכים מיוחדים כאלה לביתה בכוונה לאמצו, כפי שנדרש בסעיף 12(ג) לחוק האימוץ. יש לציין כי המלצותיה של הוועדה הבינמשרדית בנושא יילודים, הנזכרת לעיל בהערה 99, כללו גם הנחיות לשימוש ב"מכשיר" של סעיף 12(ג) לחוק האימוץ. ראו סיכום הוועדה בנושא יילודים, לעיל הערה 99, בסעיף 5.ג. אחד מחברי הוועדה, מאיר צ'ליק, שכיחן אז כמנהל היחידה לטיפול בנפגע סמים במשרד העבודה והרווחה, הסתייג מחלק מהמלצות הוועדה, וביניהן מן הקריאה ליישום מוגבר יותר של סעיף 12(ג) לחוק האימוץ. ראו גם מכתב מאת מ' צ'ליק אל דוקטור מ' חובב, יושב-ראש הוועדה בנושא יילודים ותינוקות מכורים לסמים ברשות למלחמה בסמים, מיום 7.9.1992, בסעיף 2 למכתב.

של בתי-המשפט לנוער אינם מתפרסמים, ורשויות הסעד אינן נוהגות לרכז נתונים מדויקים לגבי מידת השימוש בדרכי ההתערבות השונות ולגבי השתלשלות ההליכים בפרוטרוט בכל תיק ותיק. קשה אם-כן לקבוע אם החקיקה של עילת הנוקקות החדשה שינתה דבר כלשהו במציאות שבשטח. התחושה העולה משיחות עם העוסקים בנושא בפועל היא שלא חלו בדרך-כלל שינויים ממשיים מאז הוספה העילה. לדברי גברת פבר, שהיא, כאמור, פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, נעשה אומנם שימוש בסעיף 2(7) לחוק הנוער, אלא שמדובר במקרים שנידונו קודם לתיקון לחוק לפי עילות הנוקקות המופיעות בסעיפים 2(2) ו-2(6) לחוק, וגם כיום למעשה אין סעיף 2(7) לחוק מוצג לבדו. כך שמבחינת התוצאות לא השתנה דבר, וההסדר הקודם היה יעיל כמעט באותה מידה, למעט מקרים בהם ביקשו שופטים הוכחה לגבי הסיכון העכשווי שהילד נמצא בו, והתיקון מאפשר לעקוף דרישה זו ולקצר בכך את ההליכים.²²⁸ תיאור זה "מן השטח" מטיל ספק כבד בעצם הצורך הראשוני בהוספה של עילת הנוקקות, ומחזק את התחושה שהוספתה גרמה רק נזק הנובע מן ההקלה המשמעותית של ההתערבות שהביאה עימה.

באופן כללי ניתן לומר כי המסלול שאשה הרה הצורכת סמים עוברת בישראל לא השתנה בשנים האחרונות. להבהרת הדברים, יש לציין את ההבחנה הקיימת, לדעתי, בין הרמה הרשמית והגלויה לעין, הכוללת את ההתייחסות המעשית מצד מערכת המשפט ואת המציאות בשטח באופן כללי, לבין הרמה שמתחת לפני השטח, הכוללת, בין השאר, הצעות-חוק,²²⁹ פעילויות של גופים ציבוריים הקרובים לתחום הנידון וכיוצא בזה. ברמה אחרונה זו קיימת אומנם בשנים האחרונות פעילות ענפה יחסית: הוקמו ועדות אחדות לדיון בנושא, ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים הקדישה לכך כמה דיונים, הוגשו הצעות-חוק ואף הוקצו משאבים לעריכת שני מחקרים, שיידונו להלן. הכוונה היא למחקרו של פרופסור אשר אור-נוי לבחינת ההשלכות של צריכת הרואין במהלך ההיריון על העובר, שנעשה בחסות הרשות למלחמה בסמים, ולפרויקט-חלון שנערך באחד היישובים הבינוניים במרכז הארץ, בראשות ויטה בראל ושרהלי גלסר, לאיתור מוקדם, מעקב וטיפול בנשים הרות הנמצאות ב"סיכון סמים", שנעשה מטעם היחידה לחקר שירותי

228 ראו את הרצאתה של השופטת סביונה רוטלוי: ס' רוטלוי "היבטים משפטיים של תינוקות עם תסמונת גמילה" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 27, ובמיוחד בע' 32-34; וכן הרצאתה של מורג-לוי, לעיל הערה 220, במיוחד בע' 133-134. רוטלוי ומורג-לוי מתייחסות שתיהן לצורך בהוספת עילת הנוקקות הזו כדי לתת מענה מראש לצורך להוכיח גם סיכון קיים וגם סיכון עתידי כתנאי להכרות נוקקות לפי המצב המשפטי שהיה קיים לפני התיקון לחוק.

229 ראו, למשל, הצעות-חוק פרטיות שהגישה חברת-הכנסת נעמי בלומנטל לכנסת השלוש-עשרה, ואשר לא אומצו: הצעת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (דיווח על לידת תינוק מכור לסמים), תשנ"ד-1994; הצעת חוק לטיפול והשגחה בתינוקות מכורים לסמים, תשנ"ד-1994.

בריאות בבית-החולים ע"ש שיבא, בשיתוף עם משרד הבריאות.²³⁰ מטרת הפרויקט של בראל וגלסר היתה לגבש מודל להתערבות מוקדמת מבוקרת, באמצעות איתור מוקדם של נשים הרות שהן או בני-זוגן משתמשים בסמים (מכאן ההגדרה הרחבה במטרת המחקר של נשים המצויות "בסיכון סמים"). מודל זה, המבוסס על שיתוף-פעולה ופתיחת ערוצי תקשורת בין כל הגורמים הבאים במגע עם נשים אלה, נועד למנוע את המצוקה המתעוררת כאשר המערכת הקולטת את היולדת המשתמשת בסמים אינה מוכנה לקראת מצבה המיוחד.²³¹ תוכנית ההתערבות שפיתחו בראל וגלסר, שהופעלה במשך כשלוש שנים, ממרס 1990, מהווה ניסיון מקיף ראשון בישראל להתמודד עם הבעיה, אך הוא נקלע למבוי-סתום עקב הפסקת מימון המחקר.²³² לפיכך אין בו כדי לשנות את התמונה המצטיירת, ולמרות מה שנחזה כפעילות ענפה מתחת לפני השטח, טרם גובשה התייחסות טיפולית כוללת ומקיפה לתופעת הנשים ההרות הצורכות סמים. המאפיין הכללי של ההתייחסות לתופעה זו נותר עדיין היעדר דרך יעילה ונכונה מבחינה רפואית, חברתית ומשפטית לשיתוף-פעולה בין כל הגורמים הנוגעים בדבר לצורך הקלה על מצוקת הנשים וילדיהן ולשם ניסיון להקטין את ממדי התופעה. במהלך ההיריון עצמו אין כל ודאות שהאשה הפונה לסיוע רשויות הסעד והבריאות אכן תיענה בטיפול הנכון והמתאים,²³³

230 תיאור הפרויקט מבוסס על דו"ח "סיכום הריונות במשפחות פרויקט נשים הרות בסיכון סמים וילודיהן", 21.2.1993, שהוגש עלידי היחידה לחקר שירותי הבריאות בבית-החולים ע"ש שיבא (להלן: דו"ח סיכום הריונות); וכן על פגישה עם שרהלי גלסר, היחידה לחקר שירותי בריאות, בית-החולים ע"ש שיבא, 4.3.1996 (להלן: פגישה עם שרהלי גלסר). מחקרו של פרופסור אור-נוי יידון בהרחבה להלן, הערות 286-292 והטקסט להן.

231 סעיף המטרה בדו"ח סיכום הריונות נוסח כך: "מטרת הפרוייקט הינה איתור, טיפול ומעקב באוכלוסיית נשים הרות בסיכון סמים, וילודיהן, על מנת להפחית את התוצאות השליליות בהריונות אלה, ולהבטיח קליטה טובה של הילוד במסגרת מתאימה לאחר הלידה, ללא עיכובים מיותרים." אחת הבעיות שעלו במהלך הגיבוש של המודל הנסיוני היתה כמובן הבעיה של העברת המידע הרפואי מגורם אחד לאחר, אך לא כאן המקום להרחיב על כך את הדיבור.

232 הסיבות להפסקת המימון אינן ברורות. לדברי גלסר, עבודת הצוות נקטעה באיבה, בטרם הגיעו לשלב של נסיונות לשיקום המשפחה, וגם לא לשלב המעקב אחר הילדים בקהילה.

233 למרות מה שנחזה כפעילות ענפה בתחום, הכוללת הקמתן של לפחות שתי ועדות מקצועיות, קיום כמה ישיבות של ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים לדיון בנושא, מימון מחקרים בנושא ועוד, למיטב ידיעתי, עד למועד כתיבת שורות אלה לא קמה בארץ שום תוכנית ייחודית או אחרת המיועדת לטיפול בנשים הרות הצורכות סמים. גם ועדת הכנסת התייחסה בישיבותיה לחסר חמור זה. ראו, למשל, ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29 (דברי מ' שרעבי); ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 15.2.1994, פרוטוקול מס' 57, ע' 27 (דברי מ' פבר). התוכנית היחידה המיועדת באופן בלעדי לטיפול בנשים אינה מתאימה לטיפול בנשים הרות. ראו להלן הערות 262-264 והטקסט להן.

ויש להניח שחששה מפני החשיפה ותוצאותיה יגבר על רצונה להסתייע כדי להיחלץ ממצוקתה. אם־כך, רוב הנשים מגיעות ללידה מבלי שיהיה לגורמים הטיפוליים מידע מוקדם לגבי מצבן.²³⁴

הגורמים הטיפוליים נוטים להבחין בדרך ההתייחסות והטיפול בין הנשים שיש לגביהן מידע מוקדם לבין אלה שאין לגביהן מידע כזה.²³⁵ חלוקה זו אכן הינה משמעותית לגבי השלב הראשון של עצם הגדרת המצב וזיהוי אפיונים של תסמונת גמילה אצל היילוד. מידע מוקדם מאפשר היערכות מראש לקראת לידת תינוק הלוקה בתסמונת, על כל ההיבטים הרפואיים, הסיעודיים והמשפטיים הנובעים מכך.²³⁶ מכל מקום, מעבר לשלב הראשוני נראה שאין משמעות למידע המוקדם, ודרכי הטיפול וההתייחסות בהמשך זהות. הפרוטוקול הטיפולי שהכינו פרופסור אידלמן, גלסר ובראל, הכולל הנחיות לאיתור יילודים בסיכון לתסמונת גמילה, לטיפול בהם, וכן הנחיות בנוגע לעירוב רשויות הסעד, דיווח והמשך מעקב,²³⁷ מיושם רק בחלק מן המרכזים.²³⁸ הפרוטוקול אושר אומנם על־ידי משרד הבריאות, אך לא נכלל בסופו של דבר במסגרת הנחיותיו לבתי־החולים. עם זאת, הפרוצדורה הננקטת ברוב המקרים לובשת דפוס די קבוע. בדיקת השתן של התינוק המגלה שרידי סם מהווה אינדיקציה ראשונית לתסמונת גמילה. הבדיקה מתבצעת כנראה ללא יידוע האם כלל, לא בדבר ביצועה ולא בדבר השלכותיה האפשריות, וממילא גם ללא הסכמתה.²³⁹ אף־על־פי שתוצאות הבדיקה אינן מספיקות להסקת קיומה של תסמונת

234 ראו תיאורה של ח' הרדוף "שיתוף פעולה בינמקצועי - כדרך להתמודדות עם הבעיה" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, ' קדמן עורכים, תשנ"ב) 83.

235 שם; וכן מאמרה של נתנאל, לעיל הערה 225.

236 הכוונה היא לדעה שקיימת שכיחות גבוהה יחסית למחלות זיהומיות קשות, כגון הפטיטיס B (צהבת זיהומית) ואיידס, בקרב צרכני סמים.

237 פרופסור אידלמן, שהיה אז מנהל המחלקה לטיפול נמרץ במרכז הרפואי "שערי צדק", עמד בראש ועדת מומחים פנימית שהקים משרד הבריאות לבדיקת הנושא של "תינוקות של אמהות נרקומניות", כפי שהוא נוסח על־ידי הוועדה (להלן: ועדת אידלמן). הוועדה העבירה את מסקנותיה באפריל 1991. התייחסות לפעילותה של ועדה זו ראו בישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 21.5.1991, פרוטוקול מס' 42, ע' 5 (דברי מ' היבנר־הראל); ד"כ 127 (תשנ"ג) 869 (דברי סגן השר א' בן־מנחם). הפרוטוקול הטיפולי מופיע כנספח לרף העמדה של המועצה הלאומית לשלום הילד, לעיל הערה 69, בע' 25.

238 אין בכך כדי לומר שבמרכזים אחרים אין מיישמים כל פרוטוקול טיפולי. ייתכן שמרכזים אחרים מפעילים פרוטוקולים טיפוליים משל עצמם. הקושי בכך הוא היעדר אחידות באשר לדרכי הטיפול, ובעיקר היעדר מנגנון לשיתוף־פעולה בין המרכזים השונים הנתקלים באותן בעיות ודילמות.

239 ניתן אולי להצדיק את אי־קבלת ההסכמה מן ההורים בכך שמדובר בפרוצדורה שהינה אינטגרלית לטיפול המלא בתינוק והכרחית כדי להגיע לאבחנה מדויקת של מצבו. לדברי דוקטור קווינט, לא התקבלה כל הנחיה שיש צורך לקבל הסכמה מראש לשם

גמילה, הן מדווחות בדרך-כלל מיידית לעובד/ת הסוציאלית/ת של בית-החולים. נראה כי הדיווח אינו מעוגן בהוראה מפורשת בדבר-חקיקה. ההסבר שניתן לו מצד גורמי הרפואה והרווחה מסתמך על הוראות סעיף 368ד לחוק העונשין, המטיל חובה לדווח על עבירה שנעברה בקטין עלידי האחראי עליו.²⁴⁰ אלא שהעבירות האלה מתייחסות למצבים המתרחשים לאחר לידת הילד, בעוד שלקחת הסם, שהשלכותיה עלולות להיכנס לגדר החלופות המנויות בסעיף, התרחשה כולה לפני הלידה.²⁴¹ על הספקות בדבר התוקף החוקי של הבדיקה ושל הדיווח בעקבותיה יעידו דברים שנאמרו בהודמנויות שונות במהלך הדיונים בוועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, וכן הצעות-החוק השונות שביקשו להסדיר נושאים אלה, לאור הקושי המשפטי במצב הקיים, כפי שנאמר בדברי ההסבר להן. אחת ההשלכות המעשיות הבודדות שהיתה לתיקון נוגעת לשלב בו היולדת אמורה להשתחרר לביתה. בעקבות התיקון הונחו פקידי הסעד לא לאפשר לאם שתינוקה פיתח תסמונת גמילה לקחת אותו עימה הביתה.²⁴² הפרוצדורה הרגילה כיום, במקרים בהם אכן דווח/ה על כך פקיד/ת הסעד, היא הפעלת האפשרות להוציא צו-ביניים או צו-חירום

ביצוע בדיקה זו, וגם הוא סבור שאין בכך צורך, ממש כפי שאין צורך בקבלת הסכמה מן ההורים לצורך ביצוע בדיקות שוטפות, כגון מדידת חום או בדיקות מעבדתיות של הפרשות הגוף. לפי דרך מחשבה זו, הסכמה לביצוע הלידה כוללת מכללא הסכמה לביצוע כל בדיקה הכרחית לתינוק. לדעתי, אין הרבר נקי מספקות, וגם אם מנקודת-המבט של התינוק מדובר בהליך אינטגרלי לטיפול, ההשלכות המשפטיות שיכולות להיות לתוצאות הבדיקה משנות את האופי הטיפולי-הרפואי הטהור שלה, ונראה כי צריכה להיות לגביהן מודעות והסכמה; ואם אין הן מושגות - אין לעשות בתוצאות הבדיקה כל שימוש מעבר למה שדרוש לצורך הטיפול הרפואי בלבד. השוו: Maher, *supra* note 1, at p. 182.

240 ראיין טלפוני עם עורכת-הדין מירה היבנר-הראל, סגנית היועץ המשפטי של משרד הבריאות דאז, 21.3.1995; שיחה עם דוקטור יעקב קווינט, לעיל הערה 69.

241 ראו הרצאתה של רוטלוי, לעיל הערה 228, בע' 31; ראו גם הרצאתה של עורכת-הדין נילי מימון, שכינה כסגנית היועץ המשפטי של משרד העבודה והרווחה: נ' מימון "תינוקות מכורים לסמים וילדים בצל הסמים: היבט משפטי - טובת הילד" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים - היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 117, במיוחד בע' 120; וכן מורג'לויין, לעיל הערה 220, בע' 132. יש לציין שגם עורכת-הדין היבנר-הראל (שם) הסכימה כי הדיווח אינו נקי מספקות משפטיים, אך אינטרס היילוד הזקוק להמשך טיפול גובר לדעת הרשויות. זוהי למעשה אותה בעיה שעמדה לפני בתי-המשפט השונים בארצות-הברית שהתבקשו להרשיע נשים בהתעללות ובהזנחת ילדים (ובעניין *Stewart, supra* note 19, אף בגרימת מות הילד) באמצעות השימוש בסמים במהלך ההיריון. כזכור, המגמה בפסיקה בארצות-הברית מעידה שבת-המשפט סירבו להתייחס אל ההתנהגות הטרומ-לידתית כמצויה בגדר סעיפי החוק הפלילי המתייחסים להזנחת ילדים. לעיל חלק ראשון, בפרק 1.

242 ראיין טלפוני עם מרים פבר, פקידת סעד ראשית לחוק הנוער, 20.3.1996.

במסגרת חוק הנוער על-מנת להשאיר את היילוד באשפוז כדי לסיים את תהליך הגמילה. המשך התהליך הסינודי-המשפטי לא השתנה, למיטב ידיעתי. עירוב רשויות הסעד יכול להוביל, כפי שראינו, לתהליך שסופו הכרזה על הילד כעל בר-אימוץ בניגוד להסכמת הוריו.²⁴³ מאחר שחלק ניכר מהליכים אלה מסתיימים בערעור לבית-המשפט העליון, עיון בפסקי-דין אלה מאפשר לקבל אינדיקציה לא-רעה על המצב, בניגוד להליכי הגנת ילדים המתקיימים בבית-המשפט לנוער. כפי שצוין, לא נראה כי הוספת סעיף 2(7) לחוק הנוער שינתה את הטיפול העקרוני המקיף במקרי התינוקות הנולדים עם תסמונת גמילה, כך שניתן לפנות גם לפסיקה שקדמה לכך כדי לעמוד על מקומו בפועל של נתון זה במסגרת הנתונים המובאים בחשבון בעת הכרזת בית-המשפט על קטין כעל בר-אימוץ. להערכתה של גברת פבר, רוב התינוקות הנולדים במצב כזה אינם נמסרים בסופו של דבר לאימוץ.²⁴⁴ לדברי פרופסור אור-נוי, לעומת זאת, 50% מבין הנבדקים במחקרו נמסרו לאימוץ.²⁴⁵ יחד עם זאת, עיון בפסיקה, שמטרתו לראות אם קיימת כלל התייחסות לגורם זה ומהי צורת ההתייחסות, יכול ללמד הרבה על התפיסה החברתית המנחה ביחס לתופעת השימוש בסמים על-ידי נשים הרות, כפי שהיא מובעת באמצעות סוכנים רשמיים של החברה בנקודת עימות מכרעת בינה לבין אותה אם. התערבות המדינה ביחסי הורים וילדים הינה חריג לעקרון האוטונומיה של המשפחה, שהוכר בשורה ארוכה של פסקי-דין.²⁴⁶ ככל שהפגיעה באוטונומיית המשפחה גדולה יותר,

243 ראו לעיל הערות 226-227 והטקסט להן.

244 גם לגבי נקודה זו קשה להגיע לנתונים ברורים עקב היעדר רישום מפורט הכולל בכל שלב-מעבר בהליכים לקראת אימוץ התייחסות לנתון של תסמונת הגמילה בלידה.

245 ראו הרצאת א' אור-נוי סיכומים מיום עיון של הרשות למלחמה בסמים: הסמים בישראל (שנערך ב-18 במאי 1993) (ר' בר-המבורגר עורכת, 1994) 66.

246 בית-המשפט העליון ציין במקרים רבים כי יש להורים זכות חוקתית למלא את חובתם כלפי ילדיהם. ראו, למשל, ע"א 680/77 פלונית נ' עירית ת"א-יפו, פ"ד (לב) 393, 399 (להלן: ע"א 680/77); ע"א 577/83 הי"מ נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 467 (להלן: ע"א 577/83); ע"א 232/85 פלוני נ' הי"מ, פ"ד מ(1) 1, 7 (להלן: ע"א 232/85); ראו גם סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 217-221; נ' מימון דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד) 27-30. מוכות זו, ולא מעקרון טובת הילד, כפי שהובע בעבר, נובע כי הסכמת ההורים למסור את ילדם לאימוץ היא עילת אימוץ. ראו מימון, שם, בע' 125-126. בית-המשפט הכיר בכך שאין לפצל בנקל את היחידה המשפחתית הטבעית, אלא נדרשות סיבות טובות, המוכרות על-פי חוק, לניתוק קשרים טבעיים אלה, ואין די בכך שטובת הילד כשלעצמה מחייבת את הוצאתו מרשות הוריו. ראו: ע"א 577/83, שם, בע' 467-469; ע"א 232/85, שם, בע' 7-8; שיפמן, שם, בע' 222-228; מימון, שם, בע' 97, 237-254.

השאלה של אוטונומיית המשפחה והזהירות היתרה בה המדינה מתערבת בתוך המשפחה נידונה לאחרונה בהרחבה, אם כי בהקשר שונה לחלוטין, בע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, תק-על 95 (1) 790, שדן בשאלת המשמורת הרוחנית על ילדים ופיתח לראשונה

כן יידרשו סיבות גוספות להתערבות המדינה מעבר לעקרון טובת הילד. בהתאם לכך, כדי להכריז על ילד כעל בר-אימוץ יש עילות מוגדרות בחוק. האימוץ הינו הליך קיצוני ביותר ומיוחד במינו בקשת ההליכים המשפטיים הקיימים במדינת ישראל. אין ספק שזה אחד המקרים הקשים ביותר לשפיטה, הן מבחינה רגשית והן מבחינה משפטית.²⁴⁷ הליך האימוץ מורכב מכמה שלבים, שהראשון שבהם הוא הכרזה על הקטין כעל בר-אימוץ. עילת אימוץ מרכזית הינה הסכמת ההורים.²⁴⁸ באין הסכמה לאימוץ מצד ההורים, המחוקק מונה בסעיף 13 לחוק האימוץ רשימה סגורה של עילות להכרזה על קטין כעל בר-אימוץ. אחת העילות המרכזיות להכרזה על קטין כעל בר-אימוץ בהיעדר הסכמה מצד ההורים היא אי-מסוגלות הורית, המצוינת בסעיף 13(7) לחוק. הוראת חוק זו בנויה על שני צירים מרכזיים.²⁴⁹ ציר אחד מתמקד ביכולת התפקוד של ההורים. יכולת זו נבחנת בצורה אובייקטיבית. אין בוחנים את רצונו של ההורה לטפל בקטין וכן אין בודקים אם קיים אשם בהתנהגותו. הציר השני מתמקד בקטין, ובוחן את הדאגה הראויה לו. המבחן אינו משווה בין הורים והורים, אלא בית-המשפט בוחן אם הקטין מקבל את דרגת הדאגה הראויה לקיומו הפיסי, הרגשי והמוסרי. במסגרת עילה זו בית-המשפט בוחן את מסוגלות ההורים הן לפי נסיון העבר והן לפי מה שצפוי להתרחש בעתיד. אם יש ראיות המצביעות על אפשרות של שינוי בעתיד, לא הוכחה העילה.

בהקשר הזה עולה השאלה אם עצם היוולדו של קטין עם תסמונת גמילה מקים את יסודות העילה של חוסר מסוגלות הורית. הפסיקה בארצות-הברית, כפי שכבר ראינו לעיל,²⁵⁰ התמקדה ברובה בשלב ההכרזה על התינוק כעל "קטין מוזנח" (neglected). עם זאת, כמה פסקי-דין התייחסו לשימוש בסמים במהלך ההיריון כאל עילה מספקת לצורך ניתוק קשרי ההורות והעמדת הילד לאימוץ.²⁵¹ גם בישראל למד בית-המשפט המחוזי,

את רעיון זכויותיו העצמאיות של הילד בישראל. הנשיא שמגר הדגיש שם, בין השאר, את השאיפה לצמצם את התערבותה של המדינה, המונחית גם על-ידי ההנחה כי "לעיתים קשה להניח שהמדינה (שופט או פקיד סעד) תקבל החלטה טובה יותר מזו של ההורים. במקרה הרגיל ההנחה היא לכן ששיקול דעת ההורים מסמל ומגבש באופן הטוב והמדויק ביותר את ההחלטות הראויות בגידול הילדים". שם, בפסקה 8 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

247 ראו דברי השופט ברק (כתוארו אז) בהקדמה לספרה של מימון, שם; שיפמן, שם, בע' 298-299; ע"א 232/85, שם, בע' 3.

248 סעיף 8 לחוק האימוץ. יש המבססים עילה זו על טובת המאומץ - ראו ע"א 549/75 פלוניס נ' הי"מ, פ"ד (1) 459, 461; ע"א 680/77, לעיל הערה 246, בע' 402 - ויש המבססים את הדרישה להסכמת ההורים על זכותם החוקתית למלא את חובתם כלפי ילדיהם - ראו בפסק-דינו של השופט ברק (כתוארו אז) ע"א 232/85, לעיל הערה 246, בע' 9.

249 ראו ע"א 232/85, שם, בע' 13.

250 לעיל טקסט להערות 48-57.

251 ראו עניין *Solomon, supra* note 53; עניין *A.W., supra* note 53, at p. 169.

באחד המקרים, על חוסר מסוגלות הורית מעובדת הולדת תינוקת הסובלת מתסמונת גמילה, שכן "...תסמונת הגמילה שנתגלתה אצלה סמוך לאחר הולדתה העידה על הפגיעה שספגה בעודנה במעי-אימה".²⁵² קביעה זו הינה בעייתית על פניה. השאלה היא כמובן באיזו מידה השימוש בסמים במהלך ההיריון הינו רלוונטי לצורך הערכת המסוגלות ההורית, ובאיזו מידה בית-המשפט רשאי להסיק מהתנהגות זו מסקנות לצורך הדיון ביכולת התפקוד של האם.²⁵³ הפסיקה בישראל לא הרחיבה עדיין את הדיון במצב בו הקטין נולד עם תסמונת גמילה. חיפוש במאגר פסקי-הדין של בית-המשפט העליון מגלה ממצא מעניין, לפיו היתה עד לשנת 1991 התייחסות מפורשת לנושא זה רק בפסקי-דין אחד.²⁵⁴ מאותה שנה נמצאה התייחסות כזו בקרוב לתריסר פסקי-דין. בכמה מן המקרים בהם נולד הקטין עם תסמונת גמילה ציין בית-המשפט עובדה זו, אך פרט לכך לא נתן לה בדרך-כלל נפקות מיוחדת.²⁵⁵ עם זאת, באחד המקרים התחשב בית-המשפט במצבו של קטין שנולד עם תסמונת גמילה כאשר דן בהכרזתו ככר-אימוץ. נתון זה חיזק שם את חששו של בית-המשפט מפני גרימת טראומה של ניתוק לילד שהוא בעל "צרכים מיוחדים, בין היתר עקב זה שנולד עם תסמונת גמילה".²⁵⁶ חריג נוסף הוא אותו פסק-דין מחוזי בו צויינה הפגיעה בתינוקת במהלך ההיריון כעילה המעידה על חוסר מסוגלות הורית.²⁵⁷ פסקי-הדין מרחיקי-הלכת מבחינת מתן משקל שלילי ביותר ללידת תינוק מכור לסמים הוא דווקא פסקי-הדין המוקדם יחסית, משנת 1989. השופט חלימה, שנתן את פסקי-הדין, ראה

252 ע"א 2447/93 פלוני נ' מ"י, תק-על 94 (1) 443 (להלן: ע"א 2447/93), בפסקה 4 לפסק-דינו של השופט מצא, המתארת את פסיקת בית-המשפט המחוזי עליה ערער האב.

253 "למצבו ולהתנהגותו של ההורה בעבר רלוונטיות רבה... שכן התנהגות בעבר יש בה כדי ללמד, לעתים קרובות על ההווה והעתיד." מתוך ע"א 3763/92 פלונית נ' הי"מ, פ"ד (מז) 869, 873 (להלן: ע"א 3763/92). ראוי לציין כי אף-על-פי שלכאורה נבחנת כאן רק התנהגות האם, ובאופן תיאורטי ייתכן שהאב כשיר לגדל את הילד, וזהו אכן אפשרות תיאורטית בעיקרה, מכיוון שמנסיונם של העובדים בשטח, באופן מעשי, באותם מקרים בהם בני-הזוג חיים יחדיו, אין כמעט מצבים בהם רק האשה מכורה, והאיש אינו משתמש בסמים. לפי דבריה של גלסר, מצבים הפוכים קיימים בהחלט, אך התמכרות של האשה קשורה תמיד להתמכרות האיש (פגישה עם שרהלי גלסר, לעיל הערה 230. כך גם עולה מדו"ח סיכום הריונות, לעיל הערה 230).

254 ע"א 211/89 פלונית נ' הי"מ, פ"ד (מג) 777 (להלן: ע"א 211/89).

255 ראו, בין היתר: ע"א 426/93 פלוני נ' הי"מ, תק-על 94 (2) 2304; ע"א 6726/93 פלוני נ' הי"מ, תק-על 95 (2) 200; ע"א 3608/91 פלוני נ' הי"מ, תק-על 92 (1) 689; ע"א 3942/93 פלונית נ' הי"מ, תק-על 94 (1) 126; ע"א 2678/93 פלונית נ' הי"מ, תק-על 94 (1) 1608; ע"א 4493/94 פלונית נ' הי"מ, תק-על 95 (1) 343.

256 ע"א 284/94 פלונית נ' הי"מ, תק-על 95 (1) 371, בפסקה 17 לפסק-דינו של השופט ד' לוי; כך עולה גם מע"א 3310/94 פלונית נ' הי"מ, תק-על 94 (3) 1024, בפסקה 6 ואילך לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז).

257 לערעור על פסקי-הדין המחוזי, ראו ע"א 2447/93, לעיל הערה 252, שם.

בעובדה זו חיוק משמעותי לאי־מסוגלות האם לתפקד כהורה לילדה.²⁵⁸ מכל מקום, אין ספק כי בשנים האחרונות גוברת נוכחותה של תופעת התינוקות הנולדים מכורים לסמים בפסיקת בתי־המשפט בישראל, ויש להניח כי הסיבה לכך אינה התגברות התופעה עצמה, אלא העלייה במודעות אליה ולהשלכותיה החברתיות והמשפטיות מצד הגורמים המטפלים.

עם זאת קשה להצביע על התפתחותה של התייחסות ערכית מגובשת לתופעה כעומדת בפני עצמה. נראה כי הסיבה לכך היא, נוסף להבחנה שהמודעות לעצם התופעה החלה להתפתח רק לאחרונה, שברוב המקרים מדובר בצירוף של עילות התערבות מהותיות אחרות. אולם כפי שראינו, קיימים ניצני התייחסות שופטת ומבקרת, המייחסת משקל שלילי לעובדת השימוש בסמים במהלך ההיריון, ומשליכה ממנה לשאלת המסוגלות ההורית ולהוצאת הילד מרשות האם.

אחת השאלות המרכזיות בעת בחינת המצב הקיים בשטח היא: אילו מערכות תמיכה וטיפול קיימות לגבי נשים מכורות לסמים בכלל, ולגבי נשים הרות המכורות לסמים או אימהות לתינוקות רכים המכורות לסמים בפרט? לא ניתן להעמיט בחשיבותו של נתון זה ובמשמעותו להבנת התייחסות החברתית־המשפטית הקיימת בהווה ולגיבוש תפיסה חלופית. שאלת קיומם או היעדרם של משאבים טיפוליים מתאימים לצרכים הייחודיים של קבוצה זו היא אינטגרלית לעיצוב המשפטי של מערכת היחסים בין האם לעובר בהקשר הזה. לנוכח השינויים החלים בתפיסת המתמכר כחולה הזקוק לטיפול, ולא כעבריין הראוי לענישה,²⁵⁹ לא ראוי, מבחינה מוסרית ומשפטית כאחת, לפעול בכיוון של הטלת סנקציות כלשהן (פליליות או אזרחיות) על נשים אלה מבלי שהחברה תקצה משאבים הולמים לטיפול משקם ומונע.²⁶⁰ חברה שאינה מקנה את הדרוש לגמילה ולמניעה ובכל זאת נוקטת בדרכי התערבות בעלות אופי ענישתי מקבלת בכך החלטה ערכית של הסרת

258 "מצבה העכשווי של המערערת... [הינו ש]מבחינת מצבה הנפשי... וכל יתר נסיבותיה, ...אינה מתאימה ואינה מסוגלת כעת לתפקד כהורה. והעובדה שהילדה נולדה כשהיא מכורה לסמים אומרת דרשני." ע"א 211/89, לעיל הערה 254, בע' 782. השופט חלימה אף התייחס לעובדת היות האם בתהליך גמילה באמצעות מתדון, אך פסל עובדה זו מלשמש ראיה לאפשרות של תפקוד הורות תקין בקרוב עקב משך הזמן הארוך שתהליך זה נמשך עד שהמתמכר אכן נגמל גם מבחינה פיסיית וגם מבחינה נפשית. שם, בע' 781.

259 ראו על כך בהרחבה בספרם של סבה, ארנפלד, לעיל הערה 164; א' שלוי, פ' יחזקאלי "דגם לטיפול מערכתי משולב בתחנת באר שבע בעבירות שמוש בסמים ובעבירות אלימות בין בני זוג" פלילים ד (תשנ"ד) 223; Oberman, *supra* note 36, at p. 519; King, *supra* note 91, at p. 607.

260 ראו בהקשר זה את דבריה של רוטלוי, לעיל הערה 228, המתייחסים במשתמע לסתירה הקיימת בהתייחסות החברה הישראלית אל המכורים לסמים המקבלים סעד כלכלי לעומת התייחסותה אל התנהגות האשה ההרה המכורה לסמים, הנתפסת כרצונית, נשלטת וראויה לענישה. השוו לעמדתה הרשמית של האגודה האמריקאית לרפואה כפי שהיא מובאת בהמלצת ה־AMA: "It would be an injustice to punish a pregnant woman for not

אחריות מעצמה והטלתה באופן בלעדי על האשה, תוך העמדתה כגורם בלבדי המשפיע על שלום העובר והתינוק, והניצב, כנקודת-מוצא, כיריבות לו.
 על רקע התיאורים העגומים של המצב בהקשר זה בארצות-הברית,²⁶¹ ראוי לבחון את המציאות הישראלית. מתשובתה של הרשות למלחמה בסמים לפנייתי אליה עולה שקיימת בישראל רק תוכנית אחת המיועדת לגמילה לנשים בלבד, למרות הנתונים המראים כי יותר מ-20% מבין המכורים לסמים בישראל הם נשים.²⁶² נשים אינן מנועות כמובן מלפנות לתוכניות הגמילה הרגילות, אך יש לזכור כי בשנים האחרונות גובר השכנוע בדבר הצורך לגבש תוכניות המותאמות לצורכיהן הייחודיים של נשים מכורות, בהשוואה לגברים מכורים.²⁶³ הצרכים הייחודיים באים לידי ביטוי במלוא עוצמתם כאשר מדובר

receiving treatment for her substance abuse when treatment is not an available option for her." *Supra* note 97, at p. 2669

261 ראו לעיל הערות 101-102 והטקסט להן; כן ראו באופן כללי את המלצת ה-AMA, *ibid*,
 262 מדברים שאמרה דוקטור רחל ברהמבורגר, רכות מחקר ומידע ברשות למלחמה בסמים, עולה כי היחס של 1:5 בין שימוש של גברים לשימוש של נשים היה בעבר, ואילו בשנים האחרונות ישנה התקרבות, והיחס עומד על 1:3 או אפילו 1:2. ראו ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 15.2.1994, פרוטוקול מס' 57, ע' 23 (דברי ר' בר-המבורגר). התוכנית האחת המיוחדת לנשים היא התוכנית באילנות (אזור לב-השרון), שהוקמה על-ידי איתן סלע לפני כשנתיים וחצי. בראיון טלפוני עימו, 31.3.1995 (להלן: ראיון טלפוני עם איתן סלע), הסביר לי סלע כי התוכנית מיועדת לנשים עם ילדים בגילאי ארבעה חודשים עד חמש שנים, והיא עתידה לקלוט עד עשרים נשים ושלושים ילדים בעתיד. הטיפול נמשך כשנה וחצי. עד כה השתתפו בתוכנית חמש-עשרה נשים, ובשלב זה ניתן להצביע על ארבע נשים שסיימו אותה בהצלחה ועברו כבר את שלב השיקום הכללי. בשני מקרים המליצו המטפלים על מסירת ילדי המטופלות לאימוץ. לדברי סלע, גישת שירותי הרווחה היא סטיגמטית מדי, והנטייה היא להוציא לאימוץ את ילדי הנשים המכורות באופן מיידי, ללא כל התייחסות אמיתית לתפקודן האימהי בפועל. גישה שיקומית של טיפול באם ובילד גם יחד מאפשרת טיפול כבעיית ההתמכרות הבסיסית תוך שמירה על היחידה הראשונית של האם והילד, חיווקה וטיפוחה באמצעות הקניית כישורי הורות ועוד.

263 ראו, למשל: King, *supra* note 91, at pp. 607-608; יש לציין כי עד לחוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (מס' 14), תשנ"ג-1993, ס"ח 126 (להלן: החוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (מס' 14)), שהוסיף את סעיפים 10(ג)-(ד) לפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, נ"ח 459 (להלן: פקודת בתי-הסוהר), רק אסירים גברים המכורים לסמים יכלו להשתתף בתוכנית גמילה בתקופת הריצוי של עונש המאסר. על-פי נוסחו הקודם של סעיף 10 לפקודת בתי-הסוהר לא ניתן לשכן אסירים ואסירות במתקן כליאה אחד, ולפיכך עמד השימוש במתקן הכליאה השיקומי שנועד לאפשר תהליך גמילה מסמים לאסירים, להיות מוקצה לאסירים גברים בלבד, תוך הוצאת האסירות מטיפול הגמילה. כדי למנוע זאת, יזמו חברות-הכנסת נעמי בלומנטל ונעמי חזן, בעידוד שירות בתי-

בנשים הרות. כזכור, גמילה מלאה אסורה במהלך ההיריון, עקב החשש מפני הפגיעה בעובר, כך שהטיפול המומלץ הוא מְעַבֵּר לשימוש במתדון על בסיס קבוע ומסודר, ומְעַבֵּר לפיקוח על הספקת הסם, מושגת גם המטרה של קשירת האשה לתהליך טיפולי, יצירת קשרי אמון עם הממסד הטיפולי והודמנות לפתח כישורי הרות עתידיים. הבעיה היא שהתוכנית המיוחדת לנשים פועלת בדרך של גמילה ללא תחליפי סם, כך שאין אפשרות לקלוט במסגרת זו את הנשים ההרות.²⁶⁴ המסקנה היא אם-כך שבמצב הקיים אין כל תוכנית טיפולית המיועדת לענות באופן מיוחד על צורכי נשים הרות המכורות לסמים. בהקשר לכך יש לציין כי המחקר שערכו גלסר ובראל²⁶⁵ כלל גם קשר לתוכנית לגמילה מסמים בניהולו של מיקי רייטר, שהתחייב לקלוט מיידית כל אשה שתופנה על-ידי הגורמים האחראים למחקר. לדברי גלסר, מבין שלושים וארבע נשים איתן עבדו במשך שנתיים, לא היתה אף מועמדת מתאימה. לדבריה, הנשים גילו חוסר נכונות להיגמל. אבחנה זו עומדת בסתירה לאבחנה אחרת, המובעת לעיתים קרובות בהקשר זה, ואשר גם היא הובעה על-ידי גלסר, הגורסת כי חוויית ההיריון ותקופת ההיריון מהווה הודמנות שאין טובה ממנה מבחינת האשה לעשות שינויים ותיקונים בחייה.²⁶⁶ גלסר ניסתה להסביר סתירה זו בגורמים חיצוניים, כמו היעדר קשר בונה של אשה-רופא, מגבלות הקשורות לצורכי ילדים אחרים של אותן נשים, ומעל לכל, עובדת היותם של בני-זוג נרקומנים בעצמם, דבר המהווה כפי הנראה מחסום מעשי חזק ביותר מפני פנייה לגורמי סיוע חיצוניים.²⁶⁷ רתיעה כזו מפני הצטרפות לתוכניות גמילה של נשים מוכרת בספרות. כך, לדוגמה, מציינת Oberman:

"Among the barriers women face to entering treatment are the lack of

הסוהר, את החוק לתיקון פקודת בתי-הסוהר (מס' 14), הקובע כי הפרדה בין המינים לא תחול בחלקי בתי-הסוהר שאסירים מוחזקים בהם לצורך טיפול רפואי חיוני או טיפול גמילה או שיקום מסמים. במהלך שנת 1995 החלה הפעלת תוכנית לגמילה מסמים בבית-הסוהר נוה-תרצה עצמו. בכלל גם קיים זה שנים מספר אגף מיוחד לאסירות נקיות מסמים, שניתן לשכן בו עד שישים אסירות (אוכלוסיית בית-הסוהר כולה נעה בין מאה ושבעים למאה ושמונים אסירות בכל זמן נתון), וביניהן כאלה הנמצאות בשלבי גמילה מתקדמים. עם זאת, לדברי סג"ד בטי להט, מנהלת נוה-תרצה, המשאבים המופנים לטיפול בגברים עולים לאין שיעור על אלה המופנים לטיפול בנשים, ורשויות נוה-תרצה נאבקות כעת על הקצאת משאבים מוגברת, גם כדי לפצות על הזנחת האסירות בעבר. מכתב מאת סג"ד בטי להט, 2.1.1997, וכן ראיון טלפוני, ינואר 1997.

264 ראיון טלפוני עם איתן סלע, לעיל הערה 262.

265 על המחקר, ראו לעיל טקסט להערה 230 ואילך.

266 M. Rosenbaum & S. Murphy "Women and Addiction: Process, Treatment, and Outcome" *Collection and Interpretation of Data from Hidden Population*

(NIDA Research Monograph #98) 120, 123; Johnsen, *supra* note 15, at p. 575

267 לדברי גלסר, מבין כל המקרים בהם טיפלו, לא נמצא מקרה בו האשה משתמשת בסמים והאיש אינו משתמש בהם.

economic resources and the burden of child related responsibilities. In addition, there are barriers to engagement in treatment, primarily arising out of the psychosocial make-up of drug dependent women."²⁶⁸

כך שנוסף למגבלות המבניות של היעדר תוכניות גמילה מיוחדות לנשים, העונות על הצרכים הייחודיים להן, קיימים גורמים מעכבים מקדמיים לעצם ההגעה לתוכניות הגמילה. אין ספק שזה אחד המכשולים החברתיים שיש להתגבר עליהם לפני כל יתר המכשולים. לא ייתכן להשלים עם מחסומים חיצוניים, שבחלקם הינם בני-הסרה, המסכלים מעיקרה כל אפשרות ותקווה לשיקום.

פרק 2: ביקורת התיקון לחוק הנוער

מבין האפשרויות השונות להתערבות המדינה במצבי שימוש בסמים על-ידי נשים הוות, הדרך הננקטת בישראל היא דרך ההתערבות העקיפה במישור האזרחי, באמצעות הליכי הגנה על קטינים. דרך של העמדה לדין פלילי לא הועלתה בשום שלב של גיבוש המדיניות. גם בארצות-הברית, כך ראינו, הפעלת המנגנון הפלילי מלווה בביקורות רבות, ובאופן כללי אין היא זוכה באישור. אלא שבהפרדה זו בין הפלילי לאזרחי יש גורם מסוים של הטעיה. ההבחנה בין התחומים בהקשר הזה אינה חדה ואינה ברורה כלל. הגבולות האמיתיים מטושטשים מאוד. הטרמינולוגיה השונה מבחינה קטיגוריאלי מעבירה מסר של פעילות במסגרת ציבורית מלווה בהליך ענישתי, לעומת מה שמתרחש במסגרת פרטית ואינו מלווה בכל יסוד ענישתי שהוא. זהו מסר מטעה. כוח הפיקוח החברתי של המדינה אינו מתמצה כלל במישור הפלילי. מדינת-הסעד מפעילה מנגנוני התערבות ופיקוח מינהליים שהינם לעיתים בעלי אפקט ענישתי לא-פחות מזה המושג במישור הפלילי. כפי ש-Maher מתארת זאת:

"...within the law, this power to punish is not situated in a particular realm or locale but rather is dispersed throughout a range of sites which can be broadly defined as constituting formal and informal strategies of state intervention."²⁶⁹

גם אם מבחינה פורמלית הסיווגים אכן שונים באופן ברור ותואם את המסר הזה, הדמיון והקרבה מבחינת האפקט המעשי של ההליכים והשפעתם המהותית על החשופים להם עולים על השוני ביניהם. הוצאת ילד מרשות אימו, במיוחד כאשר היא נעשית בהתבסס רק על הראיה של שימוש בסמים במהלך היריון, מהווה ענישה.²⁷⁰ מנקודת-

²⁶⁸ Oberman, *supra* note 36, at p. 547.

²⁶⁹ Maher, *supra* note 1, at p. 159.

²⁷⁰ הדברים מקבלים כמובן משנה תוקף כאשר התהליך מגיע עד כדי הכרזה על הילד כעל בר-אימוץ, אך כפי שכבר ראינו, לא ניתן בישראל אף פסק-דין הסומך רק על עובדה זו לצורך הסקת חוסר מסוגלות הורית והכרזה על הילד כעל בר-אימוץ.

המבט של האשה שההליך מכוון נגדה, היא ניצבת מול המדינה המאשימה, התנהגותה נשפטת על-פי אמות-מידה נוקשות המשקפות את ערכי המעמד השליט המעצב את ההתנהגות הנורמטיבית, והיא נענשת בהגבלה או שלילה של אחת מזכויותיה הבסיסיות ביותר. המטרה שההליך הזה ננקט לשמה, קרי: ההגנה על הקטין הנזקק, אינה משנה את אופי ההליך כפי שהאשה חווה ותופסת אותו. הפגיעה שהיא חווה יכולה להיחשב אף לחמורה הרבה יותר מכל פגיעה הבאה בסיומו של הליך פלילי.²⁷¹

בהקשר של הליכי אימוץ, בית-המשפט הדגיש אומנם כי מטרתו של הליך האימוץ אינה להעניש את הורי הקטין, אלא לדאוג לצרכיו,²⁷² אך בית-המשפט עצמו אמר כי "אכן, דיני האימוץ אין בהם משום דיני עונשין, אבל יש בהם משום דיני נפשות".²⁷³ מבחינה פורמלית, בית-המשפט נמנע אומנם מלערוך השוואות ממשיות לדיני עונשין שיעגנו את זכויותיהם של ההורים גם מבחינה דיונית, כפי שהדבר נעשה במשפט פלילי.²⁷⁴ כך, למשל, אין צורך בהבאת ראיות שיוכיחו מעל לספק סביר כי התקיימו העילות להכרזת קטין כבר-אימוץ. כמו-כן ציין בית-המשפט העליון כי להורים אין זכויות מוקנות כמו במשפט פלילי, ולכן, בתקופת המעבר, כשנחקק חוק האימוץ, לא רכשו ההורים זכויות מוקנות על-פי החוק הקודם, אלא עניינם נידון על-פי הוראות החוק החדש.²⁷⁵ אך כל אלה הן, כאמור, התייחסויות פורמליות להבחנות בין התחומים, בעוד שאני מבקשת לעבור אל מעבר להיבט הפורמלי, ולהדגיש את ההיבט המהותי, הרגשי, הפרטיקולריסטי והממשי. אלה הם כמובן היבטים הנתפסים בדרך-כלל כ"נשיים" וכבלתי-רלוונטיים לעולם המשפט ה"גברי",²⁷⁶ אך מבלי לבקר כאן בדרך זו או אחרת את הטיפולוגיה הזו, דווקא היא זו שמקנה לדעתי משנה חשיבות להיבטים האלה בדיון הנוכחי. אלה הם ההיבטים המסייעים להסיר את המסווה מן האיצטלה הניטרלית והבלתי-מעורבת, ולחשוף את המימד הענישתי והשופט שבהליכים האמורים. אלה הן, אחרי הכל, חלק ממטרותיה של הביקורת הפמיניסטית של המשפט.

גם אם נבחר ללכת בדרך של ביקורת מסורתית, מן הפן החוקתי, למשל, דומה כי הדבר אפשרי. כבר הזכרתי כי חלק מן הביקורת החוקתית נע סביב הטיעונים של הפגיעה בזכות לפרטיות, הפגיעה בחירויות ההולדה והפגיעה בזכות לשוויון.²⁷⁷ לגבי כל אחת מזכויות אלה נראה כי ניתן לגבש טיעון חזק בדבר הספק בחוקתיות של מדיניות

Oberman, *supra* note 36, especially at p. 508; R. Harris "A Covert Attack: The Termination of the Parental Rights of Substance Abusers and its Effect on *Roe v.*

Wade" 17 *S.U. L. Rev.* (1990) 325, 326; Stovall, *supra* note 43, at p. 1282 and

forth, בפרק שכותרתו "Indirect Punishment through Abuse and Neglect Laws".

272 ראו ע"א 680/77, לעיל הערה 246, בע' 402; ע"א 577/83, לעיל הערה 246, בע' 469.

273 ע"א 3763/92, לעיל הערה 253, בע' 876.

274 ד' רייפן הקטין ובית המשפט לנוער (1978) במיוחד בע' 238-245.

275 ע"א 310/82 פלונית נ' הי"מ, פ"ד לז(4) 421, 423-424.

276 ראו באופן כללי: Olsen, *supra* note 168.

277 לדיון בנושא זה, ראו לעיל חלק שני, בראשית פרק 2.

ההתערבות המובעת בסעיף 7(2) לחוק הנוער, אם אכן ייושם בצורה הקיצונית של הוצאת יילוד שגילה תסמונת גמילה מרשות האם, מבלי שיוחזר אליה עם תום תהליך הגמילה.²⁷⁸ הפגיעה בזכות לפרטיות מתרחשת במהלך האשפוז לצורך הלידה, כאשר מתבצעות בדיקות טוקסיקולוגיות של האם ושל היילוד ללא יידוע האם,²⁷⁹ וכן בהקשר של הדיווח לרשויות הרווחה על-ידי הגורמים הרפואיים המטפלים. לזכות לפרטיות יש גם פן מהותי יותר, הפן של חירויות ההולדה.²⁸⁰ מדובר בפגיעה בזכות-יסוד – הזכות להורות ולגידול הילדים שהאיש/האשה הוליד/ילדה. זכות זו עומדת בפני עצמה, ומהווה בוודאי חלק מן הזכות הכללית לכבוד האדם.²⁸¹ ככל זכות-יסוד, גם זכות זו אינה בלתי-מוגבלת, וניתן לסייגה בהתאם לתנאים המפורטים בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁸² אלא שלדעתי, ניתן בהחלט לטעון שפגיעה זו אינה עונה על תנאי פסקת ההגבלה. דברים אלה אמורים במיוחד באשר לתנאי ה"צמידות", או הקשר שבין הפגיעה בזכות לבין השגת המטרה של הגנת הילדים, וכן באשר להגבלת הפגיעה בזכות ב"מידה שאינה עולה על הנדרש". לדעתי, שני תנאים אלה אינם מתקיימים בהקשר הנוכחי.

מלבד הפגיעה בזכות להורות, סעיף 7(2) לחוק הנוער יוצר גם הפליה בלתי-מוצדקת בין נשים לגברים. תסמונת גמילה מתגלה ביילוד בעקבות שימוש בסמים במהלך ההיריון על-ידי האשה בלבד.²⁸³ צריכת סמים על-ידי האיש אינה משפיעה בדרך של התמכרות העובר לסמים המתבטאת בתסמונת גמילה לאחר הלידה. עם זאת, לא מעט התנהגויות של האיש, וצריכת סמים ביניהן, משפיעות לרעה על העובר במידה שאינה נופלת מהשפעתה

278 השוו לניתוח החוקתי אצל: Oberman, *supra* note 36, at pp. 543–545.

279 לעניין ביצוע בדיקה טוקסיקולוגית של היילוד, ראו לעיל הערה 239, והטקסט לה. באשר לביצוע בדיקה כזו אצל האם ללא יידועה באשר למטרת הבדיקה ולהשלכותיה, נראה כי פרקטיקה כזו אינה נהוגה כיום, אך הדבר מופיע בהמלצות ועדת אידלמן שמינה משרד הבריאות, לעיל הערה 237, המלצה מספר 2: "אימהות תחולקנה לתת קבוצות כדלהלן: א. אימהות המודות בשימוש בסמים... ג. אימהות חשודות על סמך נתונים רפואיים/סעודיים בשימוש בסמים בעת ההערכה במרפאה טרום לידתית... אימהות שהן בקטגוריה א' ו-ג' צריכות לבצע בדיקת שתן כדי לקבוע באיזה סמים השתמשו. בדיקות באימהות אלה לא ידרשו הסכמת הנבדקות לבצוע הבדיקות מאחר ויש הצדקה רפואית לביצוען." [ההדגשה במקור]. ראו גם את הצעת החוק הפרטית מטעם חברת-הכנסת נעמי בלומנטל, שלא אומצה: הצעת חוק חיוב בדיקת שתן לגילוי שימוש בסמים מסוכנים לפני לידה, תשנ"ד-1993.

280 ראו: Dobson & Eby, *supra* note 20.

281 ה"פ (ח"י) 599/92 נחמני נ' נחמני, פ"מ תשנ"ד (1) 142, ראו במיוחד בע' 161; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (להלן: עניין נחמני), ראו במיוחד פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, בע' 499–500; בג"צ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות, תק-על 95 (2) 1073 (להלן: עניין זברו).

282 ס"ח תשנ"ב 150.

283 בדרך-כלל בעקבות שימוש אינטנסיבי בסמים בחלקו האחרון של ההיריון.

של צריכת סמים על-ידי האשה.²⁸⁴ סעיף 2(7) לחוק הנוער מניח למעשה כי רק התנהגותה של האשה יכולה להזיק לעובר. המסר של הסעיף הוא כי התנהגות שלילית של האשה מהווה גורם מזיק בלבדי. בהטמעת המיתוס הזה, כפי שמכנה אותו Oberman, מקבע התיקון לחוק את תפקידי המינים המסורתיים המחולקים על בסיס המגדר.²⁸⁵ המעניין הוא שהרמה המחקרית בישראל אכן מוכיחה את ההשפעה השלילית שנגרמת לילד מצריכת סמים על-ידי האב קודם ללידה. הכוונה היא למחקרו של פרופסור אור-נוי, שעקב אחר התפתחותם של ילדים שנולדו לאימהות מכורות להרואין ואשר גדלו במשפחתם הביולוגית או הועברו בגיל צעיר לאימוץ.²⁸⁶ המחקר כלל שלוש קבוצות-ביקורת עיקריות: ילדים עם חסך סביבתי, ילדים שנולדו לאבות מכורים להרואין וילדים שנולדו לאוכלוסייה נורמלית.²⁸⁷ בכך ייחודו של מחקר זה בהשוואה למחקרים הסטנדרטיים שנערכו בעיקר בארצות-הברית ואשר התמקדו רובם ככולם בהתנהגויות האם במהלך ההיריון המשפיעות באופן ישיר על העובר, כך שניתן לתארן כגורמים טרום-לידהיים בעלי השלכות מולדות, ללא מתן אפשרות מחקרית לבדוד את הגורמים "האימהיים" מן

284 ראו: Jonsen, *supra* note 15; כן ראו באופן כללי: King, *supra* note 91.

285 השו עמ: Oberman, *supra* note 36, at pp. 544-545.

286 המחקר נערך מטעם הרשות למלחמה בסמים ונמשך כארבע שנים. סיכום המחקר הוגש על-ידי פרופסור אור-נוי בספטמבר 1995. ראו דו"ח מחקר מסכם: "מעקב אחר התפתחותם של ילדים אשר נולדו לאמהות או לאבות מכורים לסמים בגיל טרום בית ספר" (הפקולטה לרפואה של האוניברסיטה העברית והרסה ירושלים, המכון להתפתחות הילד, משרד הבריאות. אחראית: דוקטור רחל בריהמבורגר, הרשות למלחמה בסמים, 1995) (להלן: אור-נוי דו"ח מחקר מסכם); המחקר פורסם: A. Ornoy, V. Michailovskaya, I. Lukashov, R. Bar-Hamburger & S. Harel "The Development Outcome of Children Born to Heroin-Dependent Mothers, Raised at Home or Adopted" 20 *Int'l J. Child Abuse & Neglect* (1996) 385; ראו גם אור-נוי, לעיל הערה 245; ראיון טלפוני עם אור-נוי, 19.3.1996.

287 המחקר כלל בסך-הכל שלוש מאות שלושים ותשעה ילדים בגילאי חצי שנה עד שש שנים, שהשתייכו לחמש קבוצות: קבוצת-המחקר (להלן: קבוצה 1) כללה שמונים ושלושה ילדים; הקבוצה של הילדים שנולדו לאבות מכורים (להלן: קבוצה 2) כללה שבעים וששה ילדים; הקבוצה של הילדים שסבלו מחסך סביבתי קשה (להלן: קבוצה 3) כללה חמישים ילדים; קבוצת-ביקורת לקבוצה 3 כללה חמישים ילדים שנולדו להורים במעמד חברתי-כלכלי רגיל, אך הופנו להערכה התפתחותית בגלל חשד לאיחור התפתחותי, שהתברר כמוטעה (להלן: קבוצה 4); הקבוצה של הילדים הבריאים שנבדקו בגני-ילדים ובמעונות-יום רגילים (להלן: קבוצה 5) כללה שמונים ילדים. ראו אור-נוי דו"ח מחקר מסכם, שם, בע' 5-6. כל הילדים עברו הערכה רפואית נוירולוגית התפתחותית והערכה פסיכולוגית התפתחותית, והתוצאות הושוו בין כל הקבוצות. לתיאור מפורט של שיטת המחקר, הבדיקות שנערכו לילדים ותוצאותיהן המדויקות, ראו: Ornoy, Michailovskaya, Lukashov, Bar-Hamburger & Harel, *ibid*, at pp. 387-389.

הגורמים הסביבתיים האחרים, או ה"אבהיים", המשפיעים בוודאי לרעה על תקינות ההתפתחות של העובר.²⁸⁸ אכן, אחד הממצאים המשמעותיים ביותר של אור־נוי הוא כי רמות פגיעה גבוהות לא־פחות נמצאו אצל ילדים שנולדו לאבות מכורים לסמים. לפי מחקרו של אור־נוי, פגיעה זו מנותקת אומנם, כנראה, מבחינה רפואית מתהליך ההתפתחות של העובר עצמו, והיא מהווה למעשה השפעה סביבתית-חברתית, לאו דווקא פיסיולוגית;²⁸⁹ אך בכל אופן יש השפעה, והיא קיימת בין שנייחס אותה לגורם פיסיולוגי מולד ובין שנייחס אותה לגורם סביבתי. השאלה היא אם ההכרה בהשפעה זו צריכה לקבל ביטוי כלשהו בחקיקה. הטענה היא שהתעלמות מהכרה זו, על רקע חקיקתו של סעיף 7(2) לחוק הנוער, מהווה אפליה על בסיס מין. במאמרה של Oberman יש המחשה צינית מצוינת לטענה זו. Oberman מציעה שלאור המחקרים הקושרים בין צריכת סמים לבין התעללות בילדים, ועל רקע המטרה של מניעת התעללות והזנחה עתידיים העומדת לכאורה בבסיס החוקים המחייבים בדיקה טוקסיקולוגית ודיווח על כל אשה הרה החשודה בשימוש בסמים, יש לנקוט במדיניות דומה גם כלפי גברים. דהיינו, יש לחייבם להיבדק לשם איתור שימוש בסמים, וכלפי המשתמשים שהם אבות לילדים יש להפעיל את כל האמצעים לבדיקת המסוגלות ההורית שלהם. יוזמת פעולה זו, טוענת Oberman, תואמת במדויק את המדיניות המופעלת כלפי הנשים. והיא מוסיפה:

"Before dismissing this suggestion as absurd, recognize that it is perfectly consistent with the policy underlying the newborn toxicology screening laws. The reason it would never be pursued is not because of logistical difficulties, but rather because of its *infringement on male autonomy*."²⁹⁰
[ההדגשה שלי.]

רמת התשתית המחקרית בארץ מחזקת כאמור את טיעון האפליה. ממצאיו האחרים של אור־נוי הם כי מקרב הילדים שנולדו לאימהות מכורות לסמים, אלה שהוצאו לאימוץ מייד אחרי הלידה, או עד גיל שנה, תפקדו באופן שווה לילדים מקבוצת הביקורת.²⁹¹ בכל

288 כוכור, חלק ניכר מן הביקורת שהובעה בספרות נגד המדיניות המבוססת במידה רבה על המחקרים הסטנדרטיים אכן מופנית נגד אפיון מחקרי זה. ראו, למשל: Oberman, *supra*, note 36, at p. 538; ראו גם באופן כללי: King, *supra* note 91.

289 מאידך גיסא, קיימים מחקרים אחרים הקושרים בין צריכת סמים על-ידי הגבר לבין פגיעה בתאי הזרע עצמם: Yazigi, Odem & Polakoski, *supra* note 161.
290 Oberman, *supra* note 36, at p. 538.

291 יש לציין כי חמישה מתוך שמונים ושלושה ילדים מקבוצה 1 סבלו מהפרעות נוירולוגיות (ארבעה מתוכם סבלו משיחוק מוחין (CP)), ושישה מתוך שבעים ושישה ילדים מקבוצה 2 סבלו משינויים נוירולוגיים משמעותיים, כולל פיגור, פגמים כרומוזומליים ושיתוק מוחין. Ornoy, Michailevskaya, Lukashov, Bar-Hamburger & Harel, *supra* note 286, at pp. 389–391; אך לדברי אור־נוי, המדגם קטן מכדי שיוסקו מכך מסקנות לגבי אי-סיווג ההרואין כחומר טרטוגני. *Ibid*, at p. 393.

מקרה, התפקוד הנמוך ביותר התגלה אצל קבוצת הביקורת של ילדים בעלי חסך סביבתי קשה. מסתבר איפוא כי תרומת המחקר בארץ לצורכי הרמה של גיבוש המדיניות היא, בין השאר, שטטוש ההבחנות החדות בין גורמים טרום-לידתיים לפוסט-לידתיים, ובעיקר בכך שהוא מרמז על המשקל הרב יותר שיש לגורמים הסביבתיים, המסווגים בעיקר כפוסט-לידתיים, ואשר לענייננו, לא ניתן לייחסם לכאלה המצויים בשליטת האשה-האם. המסקנה הברורה אולי ביותר ממחקרו של אורנוי היא כי לפחות בהקשר הישראלי, הגורם הסביבתי הוא בעל ההשפעה המשמעותית ביותר מבחינת התפתחות הילד.²⁹² ההשלכה המעשית של מסקנה זו היא הצגת ההתערבויות שלאחר הלידה, הנובעות לכאורה מן הרצון לנטרל את ההשפעות הפוסט-לידתיות, באור בעייתי ביותר מבחינה מתודית. לאור המחקר לא ניתן לייחס את ההשפעות הפוסט-לידתיות להתנהגויות הטרומ-לידתיות בלבד, וגם לא בעיקר, אלא דווקא לגורמים הסביבתיים הפוסט-לידתיים. במילים אחרות, המחקר מוכיח שאין לבא דבר באשר להתפתחות העתידית מעצם העובדה שתינוק נולד עם תסמונת גמילה. השימוש בסמים במהלך ההיריון עלידי האם, כשלעצמו, אינו פוגע כמעט ברמה התפקודית של הילד, ויעידו על כך הממצאים בדבר התפקוד התקין של הילדים שזכו בתנאי התפתחות סביבתיים נאותים. השימוש בסמים עלידי האב מהווה גורם ברי-סיכון במידה דומה לזו של האם, והגורם המסוכן מכולם הוא החסך הסביבתי החמור כבר במהלך ההיריון.²⁹³ התוצאות החיוביות של קבוצת הילדים שנמסרו לאימוץ היו צריכות אם-כך, לכאורה, להוליך למסקנה שרצוי למסור לאימוץ

292 כפי שמסכם זאת אורנוי: "מתוצאות מחקר זה נראה כי לילדים אשר נולדו לאמהות מכורות להרואין יש פוטנציאל התפתחותי תקין במידה ואין הם סובלים מנזקים נוירולוגיים קשים. זאת למרות שהם נחשפו ברחם להרואין, אופיאטים אחרים כמתדון ואולי גם לתרופות אחרות המשפיעות על מערכת העצבים המרכזית. גם העובדה שלמרבית הילדים היתה תסמונת גמילה לאחר הלידה לא גרמה לנוק משמעותי למערכת העצבים, שכן הילדים אשר הועברו לאימוץ גילו כולם פרט לאחד סמני גמילה, והתפתחותם הקוגניטיבית היתה תקינה. בשל עובדה זו גם לא ניתן לכן להשוות בין הילדים אשר נולדו עם או בלי סמני גמילה. התפתחות הילדים שנולדו לאמהות מכורות להרואין הוכתבה בראש וראשונה ע"י תנאי הסביבה בה גדלו הילדים. לא רק שהילדים שנולדו לאמהות מכורות והעברו לאימוץ תפקדו באופן תקין, אלא שגם ילדים שלא נחשפו ברחם להרואין - אלו שנולדו לאבות מכורים והילדים עם חסך סביבתי קשה אף תפקדו פחות טוב מהילדים שנולדו לאמהות מכורות. יש לזכור אבל כי המדגם שלנו קטן יחסית והיו לנו 6% של ילדים אשר נולדו לאמהות מכורות להרואין וסבלו מבעיות ניאורולוגיות משמעותיות." [ההדגשות שלי]. אורנוי דו"ח מחקר מסכם, לעיל הערה 286, בע' 12.

293 מעניין להתחקות אחר הסיבה לכך שלגבי קבוצות אלה לא נבדקו ילדים שנמסרו לאימוץ. ייתכן שגם לגביהם היו התוצאות טובות יותר, דבר שהיה מעיד שגם לגביהם הגורמים הסביבתיים שלאחר הלידה משמעותיים הרבה יותר מן הגורמים הטרומ-לידתיים.

כל ילד שנולד בנסיבות של הקבוצות בעלות התוצאות השליליות.²⁹⁴ אך מובן שלא זו המדיניות הננקטת: אין המדינה מתערבת להוצאת ילדים מרשות הוריהם על-סמך מחקרים סטטיסטיים, גם אם הם מצביעים בבירור על סיכויי התפתחות טובים בהרבה אצל משפחה מאמצת.²⁹⁵ נתונים כאלה, כשלעצמם, אינם מצדיקים הוצאת ילד מסוים מרשות הוריו ומסירתו לאימוץ. מן הראוי שזו תהיה גם המדיניות בנוגע לקבוצת הילדים הנולדים לאימהות מכורות לסמים.

מדברי הביקורת שהופנו עד כה נגד הוספת סעיף 2(7) לחוק הנוער היה עלול להיווצר רושם כי העמדה שאני מציגה מתנגדת לכל התערבות משפטית מצד המדינה בכל דרך שהיא; ולא היא. הליכי הגנת ילדים, אם הם מיושמים בצורה נכונה, תוך בדיקה אמיתית של היכולת התפקודית של האם וללא הכרות נזקקות אוטומטית על בסיס תסמונת גמילה של היילוד, יכולים בהחלט לספק כלי הולם להתערבות המדינה. מובן כי יש נשים שהתמכרותן לסמים מונעת מהן כל נשיאה באחריות לשלום ילדיהן, ואין בדברים הנאמרים כאן כל כוונה לקרוא להשאת תינוקות בידי נשים המצויות במצב כזה. אלא שעל רשויות המדינה לנקוט משנה זהירות באיתור ובוזיהוי מדויק של נשים אלה מבלי ליצור כל הכללות וחוקות מקדימות. הנקודה המרכזית השונה כאן, בהשוואה למצב

294 מעבר לקבוצות שנבחנו במחקרו של אורנוי כקבוצת-ביקורת, ניתן להצביע בבירור על קבוצות אחרות העונות על אותה הגדרה: נשים הנוטלות כדורי הרגעה "חוקיים", ולא סמי-רחוב, נשים הצורכות אלכוהול, נשים המעשנות סיגריות, נשים חולות-נפש, נשים חולות סכרת ועוד. מבחינה תפקודית, מעשית ונפשית, אין ספק כי יכולתן, באופן כללי, ולא פרטני, אינה טובה יותר מיכולתה של האם המכורה לסמים. ראו, למשל, את דבריה של דוקטור עדיה ברקאי, מנהלת המחלקה לבריאות האם והילד במשרד הבריאות, המתארת את האם חולת הסכרת ואת תלותה באינסולין שהיא מזריקה לעצמה מזווית-הראייה של המתבונן מבחוץ, הרואה התנהגות בעלת דפוסי דמיון להתנהגותה של האם המכורה לסמים. ע' ברקאי "נשים מכורות וילדיהן משפחות בסיכון גבוה" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 105. לגבי חלק מן הקטיגוריות האלה קיימים גם נזקים ברורים ומוכחים שנגרמו כבר ליילוד עקב אפיוני האם. ראו, למשל, סיכום הידע הרפואי בנושא, לעיל הערה 86. יחד עם זאת אין איש מעלה על דעתו להכריז, בצורה קטיגורית, על כל תינוק הנולד לנשים בקבוצות אלה כעל קטין נזקק. באשר לאי-נקיטה באמצעים דומים כלפי קבוצות אחרות באוכלוסייה, כגון קבוצת חולי-הנפש, ראו ישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, בע' 25-26 (דברי ח' גלסר), בע' 22 (דברי מ' צ'ליק).

295 ראו בפסק-דינו של השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 232/85, לעיל הערה 246, בע' 8, המצטט בהסכמה מדברי השופט ויתקון בע"א 680/77, לעיל הערה 246, בע' 399: "מעולם לא גרסנו שהורים 'גרועים' אינם ראויים לגדל את ילדיהם או שהמדינה רשאית ליטול מהם את הזכות הזאת ולמסור את בניהם 'לטובתם' להורים אחרים, טובים מהם: כולנו יודעים, לאן הלך מחשבה שכזה עלול להובילנו."

הקיים כיום בעקבות התיקון לחוק הנוער, היא הצורך בבחינה תפקודית אמיתית, מבלי להסתפק בשום אופן בעובדת הולדתו של תינוק מכור לסמים. סעיף 2(7) לחוק הנוער יוצר למעשה חזקת נזקקות על-סמך עובדה זו, בעוד שהיא מעידה, לכל היותר, שהעובר נחשף לכמות מסוימת של סם במהלך ההיריון. תוצאה חיובית של בדיקה טוקסיקולוגית מעידה רק שהאם נטלה סם במהלך ארבעים ושמונה השעות שקדמו ללידה,²⁹⁶ כך שממצאים רפואיים אלה נותנים תמונה חלקית ביותר. כפי שכבר ראינו, אפילו מידת ודאותם של ממצאים אלה לגבי נזקים שנגרמו לתינוק כתוצאה מהחשיפה לסם אינה ברורה. אין בהם דבר המלמד על גורמים חיצוניים אחרים, סביבתיים, שהשפעתם השלילית על בריאותו והתפתחותו של התינוק, בעבר ובעתיד, גדולה בהרבה מן הנתון של השימוש בסמים במהלך ההיריון.²⁹⁷ והחשוב מכל בהקשר הנוכחי, אין בממצאים רפואיים אלה, לא באבחון תסמונת גמילה כוללת, בוודאי לא בתוצאה חיובית של בדיקה טוקסיקולוגית בלבד, כדי ללמד בהכרח על תפקודה העיתי של האשה כאם. אכן, מחקרים רבים מצביעים על קשר הדוק בין שימוש בסמים לבין התעללות בילדים והזנחתם,²⁹⁸ אך יותר ויותר מחקרים מעמידים לאחורונה בספק את הדעה המקובלת ביחס ליכולת התפקודית של אשה המכורה לסמים כאם, וחושפים אותה כדעה קדומה, היוצרת הכללות יתרה.²⁹⁹ יש לציין כי מחקרים שבדקו את שיעור ההזנחה של ילדים וההתעללות

296 Oberman, *supra* note 36, at p. 538; וכן ראו: Kimmel, *supra* note 74, at p. 508, especially at notes 258–260 and the text next to them חשופות לטעויות רבות, והן תוצאות חיוביות והן תוצאות שליליות עשויות להיות מוטעות. כמו-כן תיתכן תוצאה חיובית של בדיקה טוקסיקולוגית מבלי שהתינוק יגלה אפיונים אחרים של תסמונת גמילה. חשוב להבהיר שעצם גילוי סימני גמילה אצל התינוק אינו מעיד בהכרח על התמכרות מצד האם, וגם ההיפך נכון כמו-כן: תיתכן התמכרות של האם מבלי שהתינוק יגלה סימני גמילה לאחר הלידה. לנתונים ראו: B.I. Robin-Vergeer "The Problem of the Drug-Exposed Newborn: A Return to Principled Intervention" 42 *Stan. L. Rev.* (1990) 745, 765–769.

297 ראו ממצאי אור-נוי דו"ח מחקר מסכם, לעיל הערה 286; כדאי לחזור ולהדגיש שמחקרו של אור-נוי עולה בבירור כי למצב של תסמונת גמילה כשלעצמו אין כל השלכות שליליות לאחר-מכן, דברים הנתמכים במחקרים המצוטטים בין היתר אצל: Kimmel, *ibid*, at p. 509.

298 ראו על כך בהרחבה אצל: Robin-Vergeer, *supra* note 296; המלצת ה-AMA, *supra* J. Howard "Chronic Drug Users as Parents" 43 *Hastings L.J.* (1992) 645; note 97, at p. 2669 text next to note 64.

299 ראו: Oberman, *supra* note 36; Kimmel, *supra* note 74, at p. 490; N. Ruhle "Perinatal Substance Abuse: Personal Triumphs and Tragedies" 43 *Hastings L.J.* (1992) 549; מ' רייטר "מכורים כהורים" תינוקות מכורים וילדים בצל סמים – היבטים משפטיים, רפואיים וטיפוליים (מ' גילת, י' קדמן עורכים, תשנ"ב) 61, בעיקר בע'

בהם בקרב ילדים שנחשפו לסמים כבר במהלך ההיריון, לעומת ילדים שהוריהם החלו לצרוך סמים רק לאחר הולדתם, מחזקים את הטענה שעצם השימוש בסמים במהלך ההיריון אינו מהווה אינדיקטור לפוטנציאל גבוה יותר לפגיעה עתידית בילד.³⁰⁰ אין ספק שבמקרים רבים שימוש בסמים על-ידי ההורים מרע עם הילד, מזיק לו ופוגע בכישורי ההורות, אך מכאן ועד הקביעה כי המצב מגיע תמיד עד כדי הצדקת התערבות המדינה בדרך של הוצאה מרשות ההורים המרחק גדול. כפי שמסכמת Robin-Vergeer לאחר סקירת המחקרים העדכניים בנושא:

"Thus, while drug use may have some bearing on parental fitness, automatic removal of children whose parents are drug users is grossly over-inclusive."³⁰¹

לסיכום, התמקדות בהתנהגות האשה במהלך ההיריון ללא כל התייחסות לתנאים החברתיים-הסביבתיים הקשורים בכך ומבלי לנקוט כל אמצעים דומים ביחס לגורמים אחרים מהווים סכנה פוטנציאלית לשלום העובר, הסתמכות על נתונים סטטיסטיים בדבר הקשר שבין שימוש בסמים לבין הזנחת ילדים והתעללות בהם על-מנת להוציא תינוק בן-יומו מחזקת האם שצרכה סמים במהלך ההיריון מבלי להתייחס כלל למצבה הנוכחי מבחינת שימוש בסמים ומבחינת יכולת תפקודית – כל אלה מהווים פגיעה בזכות-היסוד להורות במידה העולה על הנדרש וללא כל הצדקה שבדין, ומהווים אף אפליה בלתי-מוצדקת על בסיס מין. לאור המסקנות מן התשתית המחקרית, אין כל סיבה לנקוט כלפי קבוצת הנשים שצרכו סמים במהלך ההיריון התערבות נמרצת יותר מאשר כלפי שאר קבוצות הסיכון. לפיכך אין לקבל את הפעלת אמת-המידה של תסמונת הגמילה אצל היילוד כאמת-מידה בלבדית ומיידית להוצאה מרשות האם. יש להתייחס ליילוד כזה כפי שמתייחסים לתינוק בקבוצות הסיכון האחרות שנסקרו כאן. אם אכן יש לתינוק כזה צרכים מיוחדים שאין לתינוקות בקבוצות האחרות,³⁰² יש לנקוט לגבי בדרכי טיפול במסגרות אחרות של החוק,³⁰³ ולא באמצעות המנגנון של הכרות נוקות, לנוכח

300 Robin-Vergeer, *supra* note 296, at p. 772 at note 116 (אשר מצטטת גם מדברי Chasnoff); גם מחקרו של אור-נוי מאשש טענה זו, שכן את קבוצת הנבדקים שאבותיהם, ולא אימותיהם, צרכו סמים ניתן לראות כמקבילה לקבוצת הילדים שנחשפו לסם רק לאחר לידתם. אור-נוי דו"ח מחקר מסכם, לעיל הערה 286.

301 Robin-Vergeer, *ibid*, at p. 768; זוהי גם מסקנתו של דוקטור מיכאל רייטר, בסיום הרצאתו, לעיל הערה 299, בע' 65.

302 הכוונה היא, כמובן, לצרכים רפואיים של טיפול גמילה מבוקר ותחת השגחה רפואית, שיכול להימשך, על-פי מקורות רפואיים שונים, עד שלושה שבועות. ראו סקירה רפואית כללית, לעיל חלק ראשון, בפרק 2.

303 סעיף 11 לחוק הנוער מאפשר לנקוט באמצעי זמני של הוצאה מרשות ההורה לשם ביצוע טיפול רפואי דחוף כאשר אין שיתוף-פעולה מצד ההורה לצורך טיפול הגמילה.

ההשלכות העתידיות הצפויות של הפעלת מנגנון כזה. ומעבר לכל זאת, אסור שהתערבות המדינה במצבים הקשים תיעצר בנטילת התינוקות מרשות אימותיהם, כאילו בכך באה המצוקה על פתרונה.

אין בדברי משום התנגדות עקרונית לפעולות הנעשות לשם הגנה על ילדים הנחשפים לסמים בדרכים שונות: הקריאה היא להיות זהירים יותר בסטיגמטיזציה, המוליכה לקלות יתרה בהתערבות בתוך המשפחה במקרים האלה, ויותר מכך, זוהי קריאה להפניית תשומת-לב ומשאבים לגיבוש דרכי פעולה חלופיות, ראשית במישור השיקומי של נסיונות טיפול ושיקום ללא פירוק יחידת האם והילד,³⁰⁴ ומעל לכל - במישור המניעתי מלכתחילה.

ו. סיום: הרורים ראשונים על עיצוב האימהות בישראל

מהו המסר העולה מצירוף כלל ההתייחסויות לנושא בישראל? אילו תפיסות ערכיות-חברתיות ביחס לאימהות ניתן לאתר מן התמונה שנסקרה לעיל? האם, למשל, ניתן לאתר גם בטיפול הישראלי בנושא אותו גורם הכעס שייחסתי לו מרכזיות בגיבוש המדיניות בארצות-הברית? האם גם אצלנו משתקפת הטלת אחריות מוחלטת ובלבדית על האשה-האם? במילים אחרות: מהי המגמה המסתמנת בישראל באשר לתפיסת האימהות בכלל ויחסי אם-עובר בפרט? אימוצו של איזה מבין שני המודלים שנבחנו כאן מסתמן בישראל?

נראה לי שלאור בחינה ביקורתית של הקשר השימוש בסמים על-ידי נשים הרות - במיוחד על רקע התשתית המחקרית שהוצגה לעיל, וכן על רקע סדרת הסדרים משפטיים וחברתיים נוספים שאזכיר להלן ואשר יוצרים יחדיו את מה שאכנה "תחילת עיצוב האימהות בחברה הישראלית" - התשובה ברורה למדי: המגמה המסתמנת היא אימוץ מודל הנפרדות האדוורסרי, ולא מודל הקשר.

התיקון לחוק הנוער הוא הדרך היחידה, עד כה, בה בחרה מערכת המשפט הישראלית לטפל בתופעה של צריכת סמים על-ידי נשים הרות. כפי שראינו עד כה, תגובה זו יכולה לסמן תחילתו של תהליך רדיפה והענשת הנשים ה"סוטות". עם זאת היא יכולה גם להצביע על מגמה של התייחסות טיפולית לבעיית השימוש בסמים מצד נשים הרות ומצד נשים בכלל. את תקיפת הנושא מזווית ההתערבות לצורך הגנה על קטינים ניתן לראות כפתח לגישה הענישתית וכהתחלה של החדרת קרימינליזציה לתחום הלידה הנשית, אך ניתן גם לראות בה תחילתה של גישה טיפולית והתוויית דרך לכניסה לתוך המסגרת המשפחתית לצורך הטיפול. במצב אידיאלי, דרך פעולה כזו יכולה להיות צעד ראשון בתחילתו של תהליך שנועד לשקם את המשפחה כולה ולאפשר לילד לשוב אליה.³⁰⁵ אלא

304 ראו דברים שנאמרו בישיבת ועדת הכנסת למלחמה בנגע הסמים, 1.6.1993, פרוטוקול מס' 29, ע' 22 (דברי ח' גלטר, ש' גלטר).

305 ראו דף עמדה של המועצה הלאומית לשלום הילד, לעיל הערה 69, בע' 19-23.

שהמציאות מראה כי הוצאת הילד מרשות האם היא בדרך-כלל הצעד היחיד שננקט, ולא תחילתו של תהליך שיקומי. כך הדבר בנסיבות של מצוקה כללית וכך הדבר גם בנושא זה של מצוקת תינוקות הנולדים מכורים לסמים. נראה כי לאור בדיקת ההתייחסויות של גורמי הרווחה לתופעה זו, לנוכח היעדר תוכניות טיפוליות ייחודיות לנשים בכלל ולנשים הרות בפרט ובהתחשב בהיעדר כל שיתוף-פעולה מובנה בין רשויות המבחן (המופקדות על שיקום האם) לבין רשויות הרווחה (המופקדות על הגנת הקטינים), ניתן לסכם ולומר שהגישה העולה מן ההתייחסויות המשפטיות והחברתיות עד כה היא גישה של צמצום הנזק לאחר מעשה, תוך הבעת עמדה מאשימה ומענישה כלפי הנשים. ההנחה המובלעת היא כי נשים שהמשיכו לצרוך סמים במהלך ההיריון מגלות בכך מידה כה גבוהה של אנוכיות מצד אחד ואדישות כלפי גורל ילדיהן העתידיים מצד אחר, שיש בה כדי להצביע על סכנת הזנחה גבוהה בהרבה מזו הקיימת במצב "רגיל" של שימוש בסמים על-ידי האם. אלא שהנחה מובלעת זו מבטאת, למעשה, דעה קדומה כלפי אנשים ונשים המכורים לסמים, והיא משקפת עמדה ערכית, שופטת ומענישה ביחס להתנהגות האם, שאינה רלוונטית לשאלת היכולת התפקודית שלה. ניכרת כאן העדפה ברורה של התייחסות ענישתית על גיבוש גישה מניעתית שתביא לידי צמצום ממדי התופעה מראש, באמצעות שימוש בכלים הסברתיים ופעולות לניטרול הגורמים הסביבתיים הגורמים להתרחשות התופעה מלכתחילה.

אין לראות בפגיעה שנגרמה לעובר עצמו כבר במהלך ההיריון משום התעללות שכבר התרחשה ושיש להעניש עליה. ראשית, מבחינה פורמלית, הדבר אינו מוגדר כעבירה. אך גם מבחינה מהותית אין לראות בפגיעה זו תחזית בדבר פגיעה עתידית ודאית, שכן הפגיעה בשלב ההיריון התרחשה רק בגלל המצב הפיסיולוגי הייחודי להיריון, בו האשה והעובר מהווים יחידה פיזית אחת, מצב שלא יחזור יותר לאחר הלידה. המבקשים ללמוד מצריכת הסמים במהלך ההיריון על פוטנציאל ודאי להתעללות עתידית ורואים בה התעללות שכבר התרחשה בפועל מטשטשים למעשה את הגבולות בין יחידת אם-עובר ליחידת אם-ילד: הם תופסים את העובר כילד בריקיימא לצורך יצירת חובות טיפול ושמירה הורית כלפיו, ואילו הילד העתידי מדומה לעובר מבחינת פגיעותו, תלותו באם והיותו נתון להשפעתה הגופנית באופן מוחלט. הקשר הסימביוטי אינו מסתיים עם הלידה, והיכולת הטוטלית והבלעדית לגרום נזק, כביכול, מלווה את האשה לעד. דבר זה מחייב כמובן יצירת מנגנוני שליטה ופיקוח מצד החברה החיצונית לקשר הזה. סעיף 2(ז) לחוק הנוער הוא חלק ממגמה סמויה, ואולי בלתי-מודעת, של יצירת מנגנונים כאלה.

אלה הם, לדעתי, המסרים והתפיסות החברתיות המשקפים מן הדרך בה בחרה מערכת החברה והמשפט בישראל להתמודד עם בעיית השימוש בסמים על-ידי נשים הרות. מסרים ותפיסות אלה מתחברים במישרין לאידיאולוגיה העומדת בבסיס המודל האדוורסרי שנסקף לעיל. כל המרכיבים של המדיניות שנבחרה בישראל תואמים את מאפייני המודל האדוורסרי: התמקדות בכוח המזיק של האם באופן בלבדי, נקיטה באמצעים ענישתיים כלפיה, היעדר תוכניות תמיכה כוללניות, ניסוח מערכת היחסים במונחים של יריבות והצגת הבעיה כולה כמצב בו העובר זקוק להגנה מפני אימו. כאשר בוחנים מסקנה זו על רקע שאר הערכים והתפיסות המנחים בתחום ההולדה, האימהות

וההורות בישראל, מתקבלת תמונה שראוי לראות בה תמרור אזהרה. התבטאותו האגבית של הנשיא שמגר בעניין פלוגנית, שהזהיר מפני ההשלכות השליליות העלולות להיות להתרת פיקוח על העובר הגדל ברחם אימו, נותרה בודדה.³⁰⁶ התחושה היא כי אנו נמצאים בנקודת-מפנה בנושא זה של תפיסת ההורות, האימהות וההולדה בישראל.

ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום ההולדה, כגון טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית ונושא הסדרי הפונדקאות, הוליכו להעלאת השאלות הערכיות הכרוכות בהן לסדר-היום הציבורי בישראל. דומה כי יותר מכל תרם לכך עניין נחמני הידוע, שבמרכבותו הייחודית דרש התייחסות לרבות מן הסוגיות המתעוררות בנושא הרחב של ההולדה וההורות.³⁰⁷ שתי הערכאות שהתייחסו לפרשה עד כה אכן עשו זאת מתוך הכרה מלאה במשמעות החברתית שתהיה לפסיקתם. ניתן לומר כי בשתי הערכאות הוצאה הפרשה מן ההקשר הפרטי של הסכסוך בין בני-הזוג הבודדים ומוקמה בהקשר הרחב של מאבקי הכוח בין המינים בכלל ומאבקי השליטה על תחום ההולדה בפרט. אתייחס רק להיבטים אחדים החשובים לדיונו.

פסק-הדין בעניין נחמני הוא למעשה פסק-דין על אימהות. הן דעת הרוב והן דעת המיעוט - ובהתאם לכך גם השלמים עם התוצאה הסופית וגם המבקרים אותה - כולם נעו סביב הציר המרכזי של משמעות האימהות, טיבה, מקומה בחיי האשה והשוואתה לאבהות. באופן שהוא אולי פרדוקסלי, גם דעת הרוב, שנתפסה כ"משחררת" את הנשים מן הנטל הכובל של האימהות, מחזקת את העיסוק, האובססיבי כמעט, במהות האימהות, ותורמת בכך לקיבוע מרכזיותה לגבי ההווה הנשית. מעבר לכך, בהנמקה ה"שוויונית" והסימטרית של השופטת שטרסברג-כהן³⁰⁸ יש במובן מסוים הגשמת חזונה של שולמית פיירסטון (Shulamith Firestone) בדבר השחרור האולטימטיבי שיביאו עימן הטכנולוגיות החדשות של ההולדה לנשים.³⁰⁹ אך קשה לא לראות את האירוניה שבהפעלת החזון ה"שוויוני", הניטרלי וה"משוחרר" דווקא במקום בו תוצאת הפעלתו פוגעת באשה. דומה כי בכך, בין השאר, מגולם הבלבול השורר באשר לשינויים החלים (אם הם חלים) בנוגע להורות הנשית לעומת ההורות הגברית. סיגל דוידוב-מוטולה כבר

306 לעיל טקסט להערה 222; כן ראו לעיל טקסט להערה 221 ואילך.

307 עניין נחמני, לעיל הערה 281 (דברים אלה נכתבו לפני שניתן פסק-הדין בדיון הנוסף בעניין נחמני); על גלגוליו הקודמים של עניין נחמני הרבו לכתוב. להתייחסויות לשלב הפסיקה בבית-המשפט המחוזי, ראו ח' גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83; א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453. לדיון בפסק-הדין בערעור בבית-המשפט העליון, ראו ד' ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197; ס' דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221.

308 עניין נחמני, שם, בע' 499-500.

309 S. Firestone *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution* (1970) 309.

עמדה על כך במאמר ביקורתה על פסק-הדין, בהצביעה על המלכוד הקיים, כאשר מצד אחד, חתירה לחלוקה שווה של נטל ההורות ושל משמעויותיה בחיי היומיום היא בוודאי מטרה שהתפיסה הפמיניסטית שואפת לקדם, אך מצד אחר, כל עוד מטרה זו לא הושגה ומציאות החיים רחוקה מלהיות שוויונית בתחום זה (כמו בתחומים אחרים), הכרעה מתוך הנחת שוויוניות מניבה תוצאה מעוותת.³¹⁰ הנקודה המשמעותית לענייננו היא, לדעתי, התוצאה. נכון למועד כתיבת שורות אלה, כאשר תוצאת הדיון הנוסף אינה ידועה עדיין, התוצאה היא שבמהלך מאבק בו תפיסת האימהות מילאה מקום מרכזי, האינטרס שהביעה האשה, האם הפוטנציאלית, נחל מפלה.³¹¹ גם בהקשר הנוסף, שאבקש לדלות ממנו הארות לשאלת עיצוב האימהות בחברה הישראלית, יש חשיבות מיוחדת לתוצאה הסופית.

ההתפתחות המשמעותית ביותר שחלה לאחרונה בתחום היא קבלת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.³¹² משמעותית במיוחד היא העובדה שבקרב שפע הצעות-החוק שנידונו בשלבים השונים של חקיקת החוק בעקבות עניין זברו,³¹³ לא עלתה כלל הצעת-חוק שמטרתה לעגן בחוק את האי-אפשרות לערוך הסדרי נשיאת עוברים בארץ, או במילים אחרות, להעלות את התקנה שקבעה זאת לדרגה של חוק, כך שהגבלת חירויות ההולדה תיעשה בחוק, ולא בחקיקת-משנה. אך הדבר המשמעותי עוד יותר, לדעתי, מבחינת התוצאה הסופית הינה ההסתייגות בסעיף 2(4) רישא לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, שהוספה ממש ערב הקריאה השלישית בכנסת, שאינה מאפשרת להתקשר בהסדר פונדקאות במקום בו הביצית היא של בת-הזוג המזמינה, אך הזרע מיועד להילקח מתורם, ולא מבן-הזוג המזמין.³¹⁴ במילים אחרות, בכל מקרה של הסדר נשיאת עוברים בהתאם לחוק החדש חייב להישמר קשר גנטי עם האיש-

310 דוידוב-מוטולה, לעיל הערה 307, בע' 235; השוו גם למלכוד הפנימי שמצביעה עליו Daniels, *supra* note 24, at p. 141. זוהי למעשה בעיה מתודולוגית המוכרת היטב לתנועות רעיוניות החותרות לשינוי חברתי באמצעות עולם המשפט: היש לבכר עשיית צדק פרטי בהסתמך על טיעונים המבוססים על מציאות (שלילית) מסוימת, ולהסתכן בכך בהעמקת הקיבוע של מציאות זו, או לחתור לתוצאה שתתבסס על תמונת מציאות נכונה וצודקת יותר, גם אם אינה קיימת עדיין, תוך תקווה שהדבר יסייע בקידום מציאות כזו ותוך השלמה עם כך שעלול להיגרם עיוות במקרה הפרטי הנידון? השוואה לשאלה דומה ראו אצל שלו, לעיל הערה 171, בע' 908.

311 אדגיש שאין בכוונתי להיכנס כאן לוויכוח המהותי עצמו, וברור לי שהצגת התוצאה לבדה, במנותק מן ההנמקות המהותיות, הינה פשטנית וגורמת להן עוול. עם זאת נראה לי שהדבר נחוץ לצורך המטרה שלי כאן: העלאת הרהורים ראשונים על עיצוב האימהות בישראל.

312 ס"ח 176 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים).

313 לעיל הערה 281.

314 הנוסח המדויק של הסעיף הינו: "2. השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על-מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים לא תבוצע אלא בהתקיים כל אלה: ... (4) הזרע המשמש להפריה החוץ-גופית הוא של האב המיועד..."

האב המיועד, אך לא עם האשה-האם המיועדת, ובמקום בו בני-הזוג מבקשים להשתמש בהסדר פונדקאות כדי שיתקיים קשר גנטי עם האשה בלבד,³¹⁵ אין החוק מאפשר זאת.³¹⁶ הנקודה החשובה לענייננו היא, כאמור, העובדה שאינטרס בלבדי וייחודי לאשה, לאם הפוטנציאלית, אינו זוכה בהכרה ובהגנה. כך בשני ההקשרים החדשניים - פסק-הדין בעניין נחמני וחוק הסכמים לנשיאת עוברים - שהינם מרכזיים לפוליטיקה של ההורות וההולדה, נכשלה העמדה המייצגת את אינטרס האשה המעורבת בנושא. באופן כמעט ציני, נמנעת מן הנשים היכולת לגבש לעצמן את עמדותיהן ורצונותיהן ביחס להתפתחויות הנובעות מאפשרויות ההולדה החדשות, ובכך מודגמת הפקעת השליטה על הטכנולוגיות החדשות בהולדה מן הנשים.

נושא הפונדקאות רלוונטי לשאלת עיצוב האימהות לא רק בהקשר המצומצם של המגבלה המסוימת שהוצגה לעיל. שהיא משמעותית כשלעצמה, כאמור, אלא כמובן גם בהשלכות הכלליות שלו על הנשים ועל האימהות. העמדות הפמיניסטיות ביחס לשאלת הפונדקאות שונות ומגוונות, ולא זה המקום לדון בשאלה המפלגת את ההגות הפמיניסטית זה למעלה מעשור. נראה לי שגם מבלי להיכנס כאן לעובי הקורה, ההקשר המרכזי של המאמר, המצביע על מגמת הפיקוח וההתערבות במערכת אם-עובר, מאיר היבט חשוב של אחת הסכנות הפוטנציאליות של לגיטימציה הפונדקאות. התקשרויות בהסכמים לנשיאת עוברים טומנות בחובן פוטנציאל רב לפיקוח, שליטה והגבלת ההתנהגות של האם הנושאת במהלך ההיריון והלידה, במגמה להשיג כמובן את המטרה המיוחלת של מסירת תינוק בריא ושלם, מושלם ככל האפשר. החוק שהתקבל שותק בנקודה זו, ולפיכך נראה כי הסכנה נותרת בעינה.³¹⁷ חשובה עוד יותר היא הרמה הרעיונית, שמבחינתה, מתן לגיטימציה עקרונית להסדר נשיאת עוברים בתמורה מכשיר את התפיסה של ראיית האם הנושאת כאחראית לספק "מוצר" לא-פגום, ולשם כך ניתן להטיל עליה פיקוח והגבלות שונות. המרחק מאימוץ תפיסה זו ביחס ל"אס-פונדקאית" ועד להחלתה ביחס לכל אשה הרה אינו כה גדול כפי שהיינו רוצים אולי לחשוב. אישור

315 כאשר אין לאיש תאי זרע חיים, למשל, או שהוא נושא מחלה גנטית וכיוצא באלה. יש להדגיש שבכל מקרה החוק עוסק בהתקשרות עם "בני-זוג", ואין הוא מאפשר כלל, על פניו, התקשרות בהסדרי נשיאת עוברים ליחידים או ליחידות. סעיף ההגדרות, סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים: "הורים מיועדים - איש ואישה שהם בני-זוג."

316 הסיבה למגבלה זו, שלא הופיעה בשום שלב של הצעת-החוק ונוספה רק בישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, ערב הקריאה השלישית בכנסת, לבקשתו של השר הרב עמיטל, הינה דתית-הלכתית בעיקרה, ולא כאן המקום לפרטה. ראו ישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, 18.12.1995, פרוטוקול מס' 416א, ע' 6-7 (דברי השר סנה); וכן ישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, 26.12.1995, פרוטוקול מס' 422, ע' 26-30.

317 אין בסעיפים הדנים בתוכן ההסכם כל התייחסות לתנאים המסדירים את מהלך ההיריון עצמו, וההתייחסות המגינה היחידה מצויה בסעיף 5(א)(3) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, המתייחס יותר להגנה על הילד שייוולד, ופוטר בצורה לקונית את אפשרות הפגיעה או הקיפוח של זכויות "אחד מהצדדים".

לכך כבר ניתן לראות בדברים שכתב עורך-דין אמנון בן-דרור, אחד ממקדמי ההסדר החוקי החדש בתחום.³¹⁸ תחת הכותרת "הטלת הגבלות על האם החילופית/פונדקאית במהלך ההריון", בן-דרור מפנה להתפתחויות במערכת המשפט האמריקאית המטילות סנקציות על נשים הרות הצורכות סמים, ומסכם כך:

"הסכמי אימהות חילופית/פונדקאית רבים כוללים הגבלות ספציפיות והנחיות בהתייחס להתנהגות האם החילופית/פונדקאית במהלך ההריון... יש הטוענים, כי סעיפים אלה [כדוגמת התחייבות לתזונה נכונה ולהימנעות מעישון וצריכת סמים] המצויים בהסכמי אימהות חילופית/פונדקאית, פוגעים בזכותה של האם החילופית/פונדקאית על גופה. אנו סבורים כי יש לזכור, שסעיפים אלה בהתייחס לאם חילופית/פונדקאית מצויים במישור החוץ, והאם החילופית/פונדקאית חתמה עליהם כחלק מההתקשרות החוזית הכוללת. בכך, בוודאי, אין לראות פגיעה בלתי מוצדקת בזכותה על גופה."³¹⁹

היבט כללי נוסף של ההתייחסות הערכית לנושא הפונדקאות ולהשלכותיו על הנשים ועל תפיסת האימהות נוגע באפקט של פיצול (מקטוע - פרגמנטציה) האימהות לחלקים. אחת ההשלכות המעשיות ביותר, שהיא אולי גם הסמלית ביותר, נובעת מטכנולוגיית ה-IVF,³²⁰ ובמיוחד יישומה בהסדרי נשיאת עוברים: הפיצול וההפרדה הברורים כל-כך בין כל מרכיבי האימהות, עד כדי חלוקתה בין שלוש נשים שונות: תורמת הביצית, נושאת ההריון והיולדת והאם החברתית. רבים מן הקולות המתנגדים לרעיון הפונדקאות, ובמידה לא-מעטה להתפתחות הכללית של הטכנולוגיות החדשות בתחום ההולדה, נובעים מן החשש הכבד באשר להשלכות הצפויות מפיצול האימהות בצורה כזו ומיצירת יריבויות אפשריות בין קבוצות שונות של נשים על רקע זה.³²¹ החשש הוא, בין השאר, מפני פיתוח של מהות האימהות לרכיבים טכניים בסיסיים, והכנסת הגורם הכלכלי לתמונה מאיים אף במסחורה המלא. הפיצול בתוך האימהות הוא היוצר את הפיתוח, והוא גם הגורם להפחתה בעוצמת האימהות ובכוחה הפוטנציאלי. כפי שניסח זאת ז'וזה ברונר: "מובן שבמקום שאין אמא, גם לא נותר קולה."³²² אך אין כאן רק קטיעה של האימהות, אלא גם פיצול והפרדה בין האם לעובר. השימוש בהליך ה-IVF באורח כמעט סטנדרטי, ובהליכים קיצוניים יותר, כגון embryo flushing,³²³ מביא לידי קבלת

318 א' בן-דרור אימוץ ופונדקאות (תשנ"ה).

319 שם, בע' 340-342.

320 הליך ה-IVF (In Vitro Fertilisation) - הפריה חוץ-גופית - מתאר תהליך שבו מפגישים בין זרע לבין ביצית בצלוחית מעבדה כדי להביא לידי הפריה מחוץ לגוף האשה.

321 ראו: Katz-Rothman, *supra* note 122, especially chapters on "Motherhood in a technological society", at pp. 58-64, and "On surrogacy", at pp. 229-245.

322 ברונר, לעיל הערה 141, בע' 7.

323 בהליך ה-embryo flushing, ביצית מופרית "נשאבת" מרחמה של האשה בו הופרתה

רעיון הנפרדות והניתוק בין האם לעובר והיות העובר יחידה נפרדת ועצמאית כדבר מובן מאליו כמעט. כך שגם מכיוון זה, ההתפתחות האחרונה של מיסוד הפונדקאות בישראל מהווה נדבך נוסף בעיצוב האימהות בפסים של אדוורסריות.

התפתחויות אחרונות אלה והמשמעויות שניתן לייחס להן, לדעתי, מצטרפות להיבטים קיימים בהסדרים חוקיים הנוגעים בשאלה של תפיסת האימהות ועיצובה, כגון ההגבלות הקיימות על עבודה שכרוכה בה חשיפה לחומרים מסוכנים,³²⁴ ההגבלות הקיימות על שעות עבודה נוספות במהלך חודשי ההיריון האחרונים,³²⁵ ועוד. התמונה המתקבלת מן התצפיה כולו קרובה הרבה יותר למודל האדוורסרי, שנסקף לעיל, מאשר לכל מודל אחר. המסרים החבויים הם מסרים של התייחסות לאשה על-פי כישורי ההולדה שלה, התייחסות לאימהות כבעלת כוח בלתי-מוגבל לגרימת נזק לצאצא, הצורך לשלוט באימהות ובעוצמתה על-ידי פיקוח והגבלה ובאמצעות פיצול האימהות עצמה, ודחיית הנסיונות של הנשים להגדיר לעצמן את הצרכים והאינטרסים שלהן בקשר לאימהות. כל אלה הם מסרים הפוכים לחלוטין מן המסרים הרצויים של מודל הקשר, העדיף, לדעתי. איני גורסת כי במודל הקשר ימצאו תשובות לכל הדילמות, וכי יש בו פתרון-קסם אנליטי לכל הלבטים. להיפך, גם באימוץ מודל הקשר והתפיסה של הפמיניזם ההתייחסותי, שממנה הוא נגזר, לדעתי, אי-אפשר לא לעמוד לפני דילמות מושגיות-תפיסתיות. העמדה הפמיניסטית לעולם אינה פשוטה וחד-משמעית, כי אם מורכבת ומלאה לבטים פנימיים, הנתפסים לעיתים כסתירות פנימיות. כך לגבי כל עמדה פמיניסטית שהיא, ובוודאי שכך לגבי עמדה פמיניסטית מזווית הזרם ההתייחסותי שנדון כאן, שהוא אולי המורכב מכולם. הנושא הנידון במאמר זה, בנושאים קשים אחרים הנידונים בחשיבה הפמיניסטית, מגלם לגבי הפמיניזם ההתייחסותי שורה של התלבטויות ומלכודים עצמיים: החל בצורך לעמוד על משמעות הקשר הייחודי בין האם לעובר ואי-התאמתו לניתוח בטרמינולוגיה של זכויות הפרט, מבלי להרפות מן האחזיה במשהו לפחות מן ההשקפה הליברלית, המדגישה את אוטונומיית הפרט וחירויותיו;³²⁶ המשך בהדגשת אותו הקשר כאמור מבלי להיקלע לסכנות הטמונות בהדגשת-יתר של האימהות ותכונותיה הייחודיות לנשים; המשך בניסיון להסיר מן הנשים את האחריות למצב שאינו בשליטתן מלכתחילה מבלי לחטוא בדרך של חזרה על סטריאוטיפים מוכרים והרסניים של נשים החסרות כישורי רציונליזציה ויכולת פעולה עצמית; וכלה בעמידה על הצורך

לפני שתהליך ההשרשה מתרחש כדי להעבירה לרחמה של אשה אחרת, שתישא את ההיריון.

324 ראו תקנות עבודת נשים (עבודות בקרינה מייננת), תשל"ט-1979, ק"ת 690, שהותקנו מכוח חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 158 (להלן: חוק עבודת נשים); ראו גם המלצות כלליות של הוועדה המייעצת למכון לפיריון העבודה והייצור בנושא: חשיפת נשים עובדות לחומרים מסוכנים לעובר ותינוק (מידע בדבר סכנות החשיפה לחומרים מסוכנים), 24.1.1995.

325 סעיף 10 לחוק עבודת נשים.

326 השוו: Hanigsberg, *supra* note 64, at p. 48.

להגביר את שליטת הנשים בכישורי ההולדה שלהן באמצעות קידום המודעות לתכנון ילודה והגברת הנגישות לאמצעי-מניעה, מבלי לחצות את הקו שמעבר לו מדובר כבר בהגבלה מכוונת של חירויות ההולדה על גבול היוג'ניקס.³²⁷ ולמרות כל הלבטים האלה ואחרים, ואולי דווקא בגללם, דגם החשיבה המתאים ביותר להקשר הנידון במאמר זה הוא זה שמציע הפמיניזם ההתייחסותי. דווקא קיומם של הלבטים הללו מדגים את רב-ממדיותו של הפמיניזם ההתייחסותי, את רוחב פרישתו ואת יכולתו להכיל שיקולים ואינטרסים כה רבים ומגוונים, שנתפסים אף כסותרים. האיזון המוצע ביניהם על-ידי הפמיניזם ההתייחסותי יונק את תקפותו מכיבוד נקודת-המבט הנשית, שגם היא אינה חד-גונית כמובן, אך יש בה כדי להאיר אותם מרכיבים ייחודיים לנושא שאינם זוכים בדרך-כלל בהתייחסות הראויה, ודווקא בהם טמון המפתח להתמודדות הנכונה.

King, *supra*: Eugenics 327 note 91, at p. 610: "Coercing reproductive decisions – whether to delay or prevent conception – as the primary solution to women's drug abuse squarely poses the question of what motivation really underlies the punitive approaches we have taken in current drug policies for women. For some people, drug-abusing women should not be permitted to parent because they will expose future children to serious physical and psychological harm. Preventing or delaying reproduction is, therefore, an especially effective way of preventing future child abuse. For other people, drug-abusing women do not deserve to be parents. Their past conduct is so egregious that they merit severe sanctions"