

השתלת רקמות עובריות - עיון ראשוני בהיבטים המשפטיים של התהליך

ד"ר פנינה גרין * וד"ר יוסי גרין **

יצירת הריון במטרה להפיל את העובר במכוון, על מנת להשתמש באבריו להשתלה בגופם של חולים, מעוררת בעיות משפטיות סבוכות. אין חולק כי ברכה רבה טמונה בטכנולוגיה ההשתלות. הקושי נעוץ במחיר שהחברה מוכנה לשלם בעד השתכללותה של טכנולוגיה זו. לא ניתן למנוע מאשה להרות, אך ניתן למנוע ממנה להפסיק הריון תקין כדי לעשות שימוש ברקמות עובר. האמנם? האם ניתן למנוע מבני זוג להציל בדרך זו חיים של בן משפחה קרוב? מטרת מאמר זה להעמיד שאלה זו לדיון קודם הכנסתה כשיטת טיפול בארץ.

א. אקדמות מילין

ב. השתלת רקמות עובר - ההיבט הרפואי

ג. התהליך, סיווגו והשלכותיו המשפטיות

ד. על האוטונומיה בכלל ושל נושאת הריון בפרט להפסיק הריון

ה. על מעמדו המשפטי של העובר וזכותו להיוולד

ו. סוף דבר

א. אקדמות מילין

השתלת אברים, הן מתורם חי והן מן הנפטר, מקובלת בכל העולם, כולל בישראל. הבעיות המשפטיות, המוסריות, ההלכתיות והפילוסופיות שהתעוררו עם יישום טכניקה רפואית זו נידונו בהרחבה בעבר¹ ולא כאן המקום לחזור עליהן. לעומת זאת, השתלת רקמות מן העובר היא טכנולוגיה חדשה יחסית וייחודית הן מבחינת ההתוויות הרפואיות² והן מבחינת

* מחלקה פנימית ב', מרכז רפואי רבין, קמפוס בילינסון והפקולטה לרפואה ע"ש סאקלר, אוניברסיטת תל - אביב.
** המרכז למשפט ורפואה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

1 ראה: דוד פרנקל, "האספקטים המשפטיים של השתלות אברים", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, תשל"ז. וכן: R. Rhodes A Review of Ethical Issues in Transplantation Mt. Sinai J. Med (1994) vol 61, p 77.

A. Carmi "Organ Transplantation in the Mirror of the Recent World-Wide Legislation." Med. Law (1996), vol 15, p 341.

A. Spital. "Ethical and Policy Issues in Altruistic Living and Cadaveric Organ Donation" Clin. Transplant. Vol 11, p 77.

2 סקירה מקיפה על השימוש באברים ורקמות עובר ראה בדו"ח המחקר הרב תחומי שנוהל במרכז לאתיקה ביו רפואית באוניברסיטת מינסוטה: D. E. Wawter et al., "The Use of Human Fetal Tissue: Scientific, Ethical, and Policy Concerns", University of Minnesota, Minneapolis 1990, p 21 - 128.

השלכות הפרוצדורה בעיתית במיוחד כאשר העובר מופל במכוון כדי להשתמש באבריו להשתלה. הוא הדין כאשר יוצרים הריון מכוון על מנת להפיל את העובר כדי להשתמש באבריו לאותה מטרה⁴. פחות בעיתית נטילת רקמה מעובר המופל ספונטנית או מהריון מחוץ לרחם; דא עקא, כיום ברור, כי הרקמה העוברית המושגת בדרכים אלו אינה מתאימה בדרך כלל להשתלה⁵. אולם, מכיון שמטבעו מפגר המשפט אחר ההתקדמות הטכנולוגית⁶, ומכיון שהטכנולוגיה מיושמת כבר בעולם, מן הראוי להקדים ולבחון את השלכותיה המשפטיות וההלכתיות ולהתמודד עמן. לבירור ראשוני של מקצת מן השאלות המשפטיות המתעוררות, הכרוכות ביישומה של טכנולוגיה זאת בארץ, נייחד רשימה זו. במאמר זה מבקשים אנו למצוא את הבסיס המשפטי, ככל שהוא קיים⁷, לזכותה⁸ של אשה⁹, להרות במטרה להפסיק את ההריון במועד הרלבנטי להשתלה,

- 3 ראה: Clinical, Robert E. Hurd, "Ethical Issues Surrounding the Transplantation of Human Fetal Tissues", *Research*, (1992) vol 40 (4) p 661.
- 4 ראה לעיל הערה קודמת. על מנת לפתור, ולו חלקית, חששות מוסריים הכרוכים בנטילת רקמה עוברית לצורכי השתלה, הוצע להקים בנק לרקמה עוברית שיהווה מחסום בין מבצעי ההפלה ונטולי הרקמה להשתלה, לבין המקבלים ומשתילים רקמות אלה: C. B. Cohen and A. R. Jonsen, "The Future of the Fetal Tissue Bank" *Science* (1993), vol 262, p 1663. G. B. Mychaliska: לאחרונה: et al., "The Biology and Ethics of Banking Fetal Liver Hematopoietic Stem Cells for in Utero Transplantation" *J. Pediatr. Surg.* (1998), vol 33, p 394.
- 5 ראה: D. J. Garry et al "Are There Really Alternatives to the use of Fetal Tissue from Elective Abortions in Transplantation Research?" *N Eng J Med* (1992), vol 327, p 1592.
- O. W. Branch, L. Ducat et al. "Suitability of Fetal Tissues From Spontaneous Abortions and From Ectopic Pregnancies for Transplantation" *JAMA* (1995) vol 273, p 66.
- B. E. Hainline et al, "Fetal Tissue Derived from Spontaneous Pregnancy Losses is Insufficient for Human Transplantation" *Obstet Gynecol* (1995) vol 85, p 619.
- 6 ראה בענין זה דברי השופט טל בדנ"א 2401/95 רוחי נחמני נ. דניאל נחמני ואח', פד"י 41(4) 661.
- 7 הלכה פסוקה היא, ככל שהדבר נוגע להתערבות המחוקק בתכנון המשפחה, יצירת הריון והפסקתו, כי "התערבות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני" (ע.א. 413/80, פלוני נ. פלוגי, פד"י ל"ה(3) 57, 81. לפיכך, לא ניתן למנוע מאשה להרות, ותהיה מטרתה אשר תהיה, אלא בתנאים מאד מסויימים: מנשים המתקשות להרות בדרך הטבע או מנשים הנתונות במשמורת או מחולות נפש המאושפזות בבתי חולים. לכן, התערבות המדינה יכול שתבוא רק בעת הגשת הבקשה להפסקת ההריון.
- 8 יוער, כי כוונתנו לזכות במונח חירות. לענין הזכויות, משמעותן והיקפן ראה, ע"פ 99/51 פודמסקי נ. היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ו' 341. בפסק דינו מרחיב השופט אגרנט בענין סיווגן של זכויות. ככל שהדבר נוגע לענייננו, יש להבחין בין הזכויות שבצידן קיימות חובות (rights entailing legal obligations) לזכויות החופש או ההיתרים שאין מולן חובות (legal liberties or legal priveleges). שאלת סיווגן של זכויות נידונה גם בפסק דינה של השופטת שטרסברג - כהן (בפרשת נחמני, לעיל הערה 6) בהקשר לזכות להיות הורה. השופטת פוסקת כי זכות זו על פי טיבה, מהותה ומאפייניה הינה זכות מסוג חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני הזוג בינם לבין עצמם. הוא הדין בזכות לאי הורות שאף היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. ראה עוד, ח. ה. כהן, המשפט, תל אביב, 1991, 512.
- 9 לענין זה אין הבדל בין אשה נשואה לשאינה נשואה. שכן, לגבי ההחלטה על הפסקת ההריון בן הזוג חסר מעמד בפני הועדה להפסקת הריון. ראה, בפרשת פלוני, לעיל הערה 7.

באופן בלתי תלוי ברצון בעלה¹⁰, והכל כדי ליטול מהעובר המופל אברים ורקמות להשתלה¹¹.

ב. השתלת רקמות עובר - ההיבט הרפואי

לתאים עובריים ארבע תכונות בסיסיות המקנות להם יתרון לעומת רקמה מן הבוגר בעת השתלה: היכולת לגדול ולהתרבות, היכולת לעבור התמיינות, היכולת לייצר גורמי גדילה והתכונה של אנטיגניות מופחתת לעומת רקמה מן הבוגר¹².
רקמות עובריות מגוונות נוסו לצורך השתלה. לדוגמה, כבד עובר מהווה מוקד חשוב של בניית תאי דם בעובר ונמצא שימושי במקרים של חסר היסוני מולד ומספר מחלות מטבוליות מולדות. הגיל האופטימלי של קצירת כבד להשתלה הנו 8-13 שבועות¹³. לעומת זאת, נסיונות לרפא סכרת באמצעות השתלת לבלב עוברי לא צלחו לפי שעה¹⁴, אך הפוטנציאל קיים וממשיכים לנסות¹⁵.
השתלת רקמה עצבית היתה אחד היעדים העיקריים של השתלת רקמה עוברית¹⁶. נסויים בבעלי חיים הצביעו על כך שהשתלת רקמת עצב עוברית לחולי פרקינסון עשויה להוות טיפול יעיל

10 גדר הספק נעוץ בכך שעל פי ההלכה הנוהגת כיום במשפט הישראלי, בן הזוג, גם אם הוא אבי העובר חסר מעמד ביחס להחלטה על הפסקת הריון של בת הזוג. ראה, בפרשת פלוגית, לעיל הערה 7. יחד עם זאת, ראוי להזכיר כי יש מקום לשקול בחינה מחודשת של הלכה זו. ראה, מ"א (ת"א) 3582/93 שלמה רון שיבק נ. דנה רון שיבק, פס"מ נ"ד (1), 18: כ. שלו, "דיני פרויות וזכות הפרט להיות הורה", בתוך: מעמד האשה בחברה ובמשפט (הוצאת שוקן, ירושלים, תשנ"ה - 1995) 503.

11 יוער, כי ביסוד הדברים ההנחה כי יש להתייחס, בנסיבות הדיון, לכניסה להריון ולהפסקתו כשלמות אחת. לאמור, הכניסה להריון לא נועדה להרחבת המשפחה, אלא באה על מנת להפסיקו במועד שיקבעו הרופאים כמתאים לנטילת הרקמה ו/או אברים מהעובר שהופל. שהרי, בפרשת פלוגית (לעיל הערה 7) נקבע כי התעברות, הריון ולידה הם ארועים אינטימיים שבין בני הזוג, שהמדינה רשאית להתערב רק משיקולים כבדי משקל. דא עקא, דברים אלה לא נאמרו אלא בהתייחס להריון שנוצר בדרך הטבע וללא כוונה מראש להפסיקו. לא כן ביחס להריון שתכליתו איננה הרחבת המשפחה ומימוש הזכות להורות, כי אם מימוש הזכות להחליט ולפעול בגוף האדם על ידי שימוש באבריו להשתלה. אמנם, לענין הזכות להורות מוסיפה השופטת שטרסברג - כהן כי התוצאה הנגזרת מתפיסת הבחירה החופשית כחרות, היא, שכל אדם חופשי לבחור ולהחליט אם להיות הורה אם לאו, ושאדם הרוצה להיות הורה אינו יכול לכפות על אחר להופכו לכוזה ולהפוך עצמו להורה, ושאינן המדינה זכאית לכפות על אדם הורות, לא באופן ישיר ולא באמצעות בתי המשפט. אך האם זכאית המדינה להתערב בנסיבות אלה כדי למנוע את הפסקת ההריון שלא נוצר להולדת ילד? ראה בקורת, ד. ברק - ארו, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ (1), 197. ראה עוד, פ. שיפמן, "הורה בעל כרחו - מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה", משפטים י"ח (תשמ"ח - תשמ"ט), 459.

12 סיכום ההתוויות הרפואיות להשתלת רקמה עוברית של המועצה המדעית והמועצה האתית והמשפטית של איגוד הרפואה האמריקאי: Council report: "Medical Applications of Fetal Tissue Transplantation". JAMA, (1990), vol 263, p 565.

13 לעיל הערה 5.

14 נכון לשנת 1990.

15 ראה לעיל הערה 5. הדיווחים הרבים מהשנים האחרונות עדיין עוסקים בשכלול טכנולוגיית השתלה של תאי לבלב עוברי כשהשתלות עדיין מתבצעות רק בבעלי חיים. לדוגמה: B. E. Tuch, J. Beretov et al., "Preventing the Rejection of Grafted Human Fetal Pancreas", Transplant Proc. (1994), vol 26, p 704.

16 ראה: J. E. Ahlskog: "Cerebral Transplantation for Parkinson's Disease: Current Progress and Future Prospects" Mayo Clin. Proc. (1993), vol 68, p 578.

למחלה ניוונית זאת¹⁷. אמנם, בוצעו בעשור האחרון מספר רב של השתלות כאלה גם בבני אדם¹⁸, אך אלה לא הביאו לריפוי, אלא רק להקלה בחלק מהתסמינים. בכל זאת נמשכים מאמצי ההשתלה תוך שיפור שיטות בחולי פרקינסון¹⁹ ואף נוסתה השיטה (בהצלחה מאד מוגבלת לפי שעה) בחולי מחלת הנטינגטון.²⁰ להשתלת רקמת מח עוברי משתמשים ברקמה מ-6²¹ 4-6 עוברים בני 6.5 - 9 שבועות הריון לכל השתלה.²¹

נוכח הצלחת השתלת כבד עוברי לטיפול בילדים, נוסתה השיטה גם בעוברים הסובלים ממחלות שונות.²² בכך הורחבו ההתוויות הרפואיות של השתלת רקמה עוברית גם להשתלה מעובר לעובר. עוד ראוי לציין, כי בשיטות ההפלה החוקיות הנהוגות כיום, הסכנה לאשה ההרה מזערית²³ וכן אין פגיעה ביכולתה להרות בעתיד.²⁴

ג. התהליך, סיווגו והשלכותיו המשפטיות

טבעו של המחקר המדעי שיכול, שיתקדם, יתפתח וישתכלל ללא קשר להשלכותיו המשפטיות. אולם, אין החברה יכולה להותיר את ההתקדמות המדעית, על אחת כמה וכמה בתחום הרפואה, ללא פיקוח ובקרה משפטית. ברבות מן הטכנולוגיות הרפואיות המתקדמות הקושי ביישומן והפיכתן לשיטות טיפול איננו קושי טכני בלבד. הקושי הוא ערכי קונספטואלי. לכן, חשוב ביותר, כי מערכת המשפט תקבע את עמדתה כלפי התהליך בטרם יוכר כשיטת טיפול.²⁵

-
- 17 ראה לעיל הערה 5.
- 18 סיכום מצבם הרפואי של מעל 200 חולי פרקינסון שקבלו שתלים של רקמת מח עוברית העלה, כי אמנם הושג שיפור ארוך-טווח בעל כרח טיפולי, אך לא הושג ריפוי: O. Lindvall, "Neural transplantation: a hope for patients with Parkinson's disease". (*Neuroreport* (1997) vol 8, p III.
- 19 בחלק מהחולים שהושתלו בשנים האחרונות נצפו שיפור קליני ועדות המייתית לקליטת השתל שנתיים עד שש שנים ממועד ההשתלה: G. K. Wenning, P. Odin et al., "Short - and Long-Term Survival and Function of: Unilateral Intrastratial Dopaminergic Grafts in Parkinson's Disease". *Ann. Neurol.*(1997), vol 42, p 95.
- 20 מחלת הנטינגטון הנה מחלה ניוונית תורשתית של מערכת העצבים המרכזית, ללא טיפול ידוע עד כה. בשלושה חולים בהם בוצעה השתלת רקמה עוברית נצפה שיפור קל ביותר בהפרעות התנועה: L. M. Philpott, O. V. Kopyov et al., "Neuropsychological Functioning Following Fetal Striatal Transplantation in Huntington's Chorea: Three case Presentations" *Cell. Transplant.* (1997), vol 6, p 203.
- 21 ראה: J. V. Rosenfeld, "Current Issues in Neural Transplantation", *Ann. Acad. Med. Singapore* (1993) vol 22, p 464.
- J. H. Kordower, J. M. Rosenstein et al., "Functional Fetal Nigral Grafts in a Patient With Parkinson's Disease: Chemoanatomic, Ultrastructural, and Metabolic Studies." *J. Comp. Neurol.* (1996), vol 370, p 203.
- 22 ראה: J. L. Touraine, "In utero transplantation of fetal liver stem cells into human fetuses" *J Hematother* (1996) vol 5, p 195.
- 23 בעוד שהקבוצה הצרפתית הני"ל דווחה על הצלחה יפה של השיטה (ארבע הצלחות מתוך שש השתלות), קבוצה אמריקאית מסרה דיווח פחות מרשים (ארבע הצלחות מתוך 21 השתלות), אך עדיין אופטימי: A. W. Flake and E. D. Zanjani, "In Utero Hematopoietic Stem Cell Transplantation. A Status Report", *JAMA* (1997) vol 278, p 932.
- 23 הסיכון לתמותה מהפלות חוקיות הנו 0.4 ל - 100,000 הפלות, בעוד שתמותת אמהות כוללת הנה 7 - 8 ל-100,000 לידות חי: J. S. Berek, Williams & Wilkins, *Novak's Gynecology*, 12th edition, 1996, p 265.
- 24 לעיל הערה 23, בע' 269.
- 25 למותר לציין, כי אין כוונתנו לעיגון חוקי להנחיות קליניות לרופאים ולהתערבות בשיקול דעתם הרפואי, אלא לקביעת המסגרת החוקית של התהליך והשלכותיו.

ארבעה שלבים בתהליך: יצירת ההריון, הפסקתו, נטילת הרקמה מהעובר המופל והשתלתה בגופו של החולה המושתל. בתהליך מעורבים חמישה בעלי אינטרסים: נושאת ההריון, אבי העובר,²⁶ העובר, החולה המושתל והצוות הרפואי.²⁷ לכל אחד מהם אינטרס ברור הראוי להגנה. הפסקת ההריון, נטילת הרקמה מהעובר המופל והשתלתה בגופו של הנתרם, מחייבים קבלת הסכמה מודעת עובר לביצועו; הסכמה להפסקת ההריון מנושאת ההריון,²⁸ הסכמה לביצוע ההשתלה מן המושתל.²⁹ אך מי המוסמך, אם בכלל, ליתן הסכמה,³⁰ לנטילת השתל מהעובר המופל: האם נושאת ההריון?³¹ או שמא אבי העובר?³² ואולי בית המשפט?³³

כדי לקבוע עמדה בשאלת ההסכמה, צריכים אנו להקדים ולברר מה מהות ההתערבות החודרנית לנטילת השתל מהעובר המופל. האם ענייננו בפעולה אחת אשר ראשיתה בהפסקת ההריון וסופה בנטילת השתל מהעובר המופל וכולה בתחום האינטימי שבין בני זוג? האם ענייננו בתהליך רב שלבי המחייב לראות כל שלב ושלב בתהליך כפרוצדורה עצמאית ובלתי תלויה בזו שקדמה לה? מההגדרה תיגזר גם דרישת ההסכמה. כך למשל, פרשנות דווקנית טוביל למסקנה, כי יש לקבל הסכמה לא רק להפסיק את ההריון אלא גם ליטול את הרקמה. על פי פרשנות מרחיבה, ניתן להסתפק בהסכמת נושאת ההריון כדי להשתמש באברי העובר המופל. ובמילים אחרות, האם

- 26 שאיננו בהכרח בן זוגה. אם ההריון מושג בדרך של הפריה חוץ גופית מעורב תורם זר שזרעו נלקח מבנק זרע.
- 27 למעשה, הכוונה לשני צוותים רפואיים: הצוות המבצע את הפסקת ההריון והצוות המשתל. כמו כן מעורבים חברי הועדה להפסקת הריון אשר סמכותם הוגדרה בסימן י' לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין) ובתקנות העונשין (הפסקת הריון), תשל"ח - 1978 (להלן - תקנות העונשין (הפסקת הריון)).
- 28 סעיף 316 (א) (3) לחוק העונשין. לענין זה, הסכמתה של קטינה איננה טעונה אישור נציגה (שם, ס"ק ב). על נוהל קבלת ההסכמה המודעת של נושאת ההריון עובר להפסקתו ראה, תקנה 13 לתקנות העונשין (הפסקת הריון). ראה עוד, א. שוחטמן, "על דרישת ההסכמה המודעת בהפסקות הריון", משפטים כ"ט (תשנ"ט), 737.
- 29 סעיף 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996 (להלן - חוק זכויות החולה).
- 30 ככל שתידרש הסכמה נפרדת מההסכמה להפסקת הריון.
- 31 בהנחה כי ההסכמה להפסקת הריון משתרעת גם על נטילת הרקמה.
- 32 בהתבסס על שתי הנחות חלופיות: ההנחה האחת, כי העובר המופל אינו אלא רקמה הנלקחת מגוף נושאת ההריון, ומשנעקרה מגוף האדם אף רקמה מקבלת בעלות מכח הסכם הנישואין. ההנחה האחרת, מכח היותו אפוטרופוס על העובר כמשמעותו בסעיף 33(א)6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב - 1962 (להלן - חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות). יחד עם זאת, השאלה מי המוסמך, אם בכלל, ליתן הסכמה לפרוצדורה זו אינה מן הקלות להכרעה. אמנם, לכאורה, התשובה המתבקשת היא, כי תהא זו נושאת ההריון. אולם, קשה לשלול במקרים מסויימים את הדרישה לקבל גם את הסכמת אבי העובר להפסקת הריון. שהרי, אם ההריון נוצר אך ורק לצורך ההשתלה, ובהסכמה, מדוע לשלול ממנו מעמד ביחס להפסקתו? כך למשל, האם לא ניתן להצדיק בשינוי נסיבות בשל מות המועמד להשתלה קודם הבשלת אברי העובר להשתלה, הותרת ההחלטה על הפסקת הריון או המשכתו בידי נושאת ההריון בלבד? האין הגיון לשתף את אבי העובר בהחלטה? סוגיה זו לא נידונה עד כה, לכן ניתן לטעון מחד גיסא, כי בהסכמה ליצירת ההריון גלומה הסכמה מכללא להפסיקו על פי בקשת נושאת ההריון בלבד. והאריה, שאם ההריון ייוצר בדרך של הפריה חוץ גופית שלא מזרעו של בן הזוג, אין צורך בהסכמתו. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי ביצירת ההריון גלומה הסכמה מכללא שבנסיבותיו המיוחדות הפסקתו מחייבת לקבל גם את הסכמת בן הזוג. כפועל יוצא מהאמור לעיל, ברור גם, כי במוקדם או במאוחר תתעורר השאלה, האם להתיר הפריה חוץ גופית לריווקה המבקשת לתרום את רקמת העובר להשתלה? לכאורה, רעיון אלטרואיסטי חשוב. למעשה פתח למיסחור באברים. על סחר באברים ראה, י. ויסמן, "אברים כנכסים", משפטים ט"ז (תשמ"ו), 500; ג. טדסקי, "קנין ועבירות - הבעלות על השתל המופק מן החי", הפרקליט ל"ח (תשמ"ט), 281; י. פוטשבוזקי, "מיסוי עסקאות באברי אדם", מיסים, (2) (1988), 6.
- 33 בהסתמך, בדוחק רב יש לומר, על הוראות סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

משתרעת ההסכמה להפסקת ההריון בנסיבות המיוחדות גם על נטילת הרקמה מהעובר המופל? ניתן להצביע על שלוש גישות ביחס להשתלת רקמת עובר והפסקת ההריון הכרוכה בו³⁴: הגישה האחת, רואה בהפסקת ההריון תהליך כירורגי בגוף נושאת ההריון בדומה להתערבויות חודרניות אחרות, אשר במהלכן נלקחות דוגמאות פתולוגיות (pathological specimen) הנשלחות לבדיקות או למעקב ללא צורך בהסכמה נוספת. רקמת העובר הינה דוגמא פתולוגית ככל דוגמא אחרת הניטלת מגוף האדם, בין לבדיקה בין להשתלה. לפיכך, יחולו על ההסכמה הוראות חוק זכויות החולה³⁵ הכולל הוראה בדבר שמירת דינים³⁶. הווה אומר, לנטילת הרקמה להשתלה די בהסכמת נושאת ההריון להפסקתו³⁷.

הגישה האחרת מציעה לראות בעובר המופל עצמו מושא למחקר, ובתור שכזה ליתן לו את ההגנה שהוא ראוי לה. הגנה זו תינתן לעובר אף שהוא עצמו אינו מעורב ואינו צד בתהליך מתן ההסכמה לשימוש באבריו. ההנחה עליה מושתתת גישה זו, היא, כי יש להבחין בין עובר "מת" שאינו יכול לשמש מקור להשתלה, לעובר "חי", היכול לשמש מקור להשתלה. לפי גישה זו, תסווג נטילת הרקמה מן העובר המופל, כהשתלה מן ה"חי" ויחולו עליה הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות³⁸.

הגישה השלישית מתייחסת לעובר המופל כאל ישות חסרת חיוניות ויכולת לשרוד מחוץ לרחם (nonviable), ועל כן רואה בו מקור לנטילת רקמות מן המת³⁹. יתרה מזו, מכיון שמדובר בנטילת רקמת מוח מגוף העובר ניתן לדמות את הפסקת התפתחותו של העובר לנטילת אבר להשתלה מגופו של תורם אשר מת מוות מוחי⁴⁰. לפי זה, דין ההסכמה לנטילת רקמת העובר כדין הסכמה לנטילת אבר לתרומה לאחר מות התורם ויחולו הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה⁴¹.

נפקות משפטית בין שלוש הגישות, יכול שתמצא את ביטוייה בשני היבטים: ההיבט האחד, הנוגע לזהות "תורם הרקמה העוברית". לפי שתי הגישות הראשונות, נושאת ההריון היא התורמת (מגופה) את הרקמה העוברית. לפי הגישה השלישית, התורם הוא העובר המופל. ההיבט האחר נוגע למעמדו ו/או "זכויותיו" של העובר המופל באמצעות אפוסטרופסות⁴². לפי שתי הגישות הראשונות,

34 ראה: Turner AD & Kearney, "Scientific and Ethical Concerns in Neural Fetal Tissue Transplantation" *Neurosurgery* (1993) vol 33, p 1031.

35 סעיפים 13 - 15 לחוק זכויות החולה.

36 סעיף 29 לחוק זכויות החולה.

37 יוער, כי, בגישה זו מובלעת ההנחה שהיפלטות העובר מהרחם אינה מנתקת את הקשר בינו לבין נושאת ההריון. לאמור, מן הבחינה המשפטית נטילת הרקמה מגוף העובר הינה חלק מתהליך הפסקת ההריון. הרצינול העומד ביסוד גישה זו הוא שהעובר ממשיך להיות חלק מגוף נושאת ההריון עד לקבורתו. מכיון שהפסקת ההריון נועדה לשימוש ברקמת העובר, אין נפקא מינה לעובדת הימצאות העובר מחוץ לגופה של האם. אין ספק כי זו פרשנות מרחיבה. יחד עם זאת, אם היפלטות העובר מגוף האם מנתקת את הקשר בינו לבין האם, כי אז תידרשנה, כאמור, שתי הסכמות: הסכמה להפסקת ההריון והסכמה לנטילת השתל.

38 סעיף 33(א6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות. דומה, כי אין בגישה זו פתרון לבעיה, כיון שספק בעינינו אם ועדת הליטינקי תתיר הפסקת הריון יזומה לצורך מחקר בעוברים. ראה לענין זה, פקודת בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם), תשמ"א - 1980.

39 גישה זו אומצה על ידי ה - NIH Advisory Panel שהמליצה לראות בנטילת רקמת העובר כנטילת אבר להשתלה מגויה.

40 ביסוד גישה זו ההגדרה, כי לעובר אין היכולת לשרוד מחוץ לרחם אף כי תאים מסויימים יכולים בתנאי שימור מיוחדים "להשאר בחיים" כמה שעות.

41 חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג - 1953 ובעיקר סעיפים 6 - 6א.

42 על פי הוראות סעיף 33(א6) לחוק הכשרות המשפטית.

הן לעובר והן לבעל אמו (ו/או אביו) אין מעמד ביחס לנטילת הרקמה. לפי הגישה השלישית, יהיה לעובר המופל, באמצעות אפוטרופוס שימונה להגן על זכויותיו, מעמד ביחס לעקירת השתל מגופו.

בכל הכבוד הראוי, קשה להתייחס לעובר מתפתח כאל רקמה פתולוגית. לפיכך, מתקשים אנו לקבל את הגישה הראשונה. יחד עם זאת, אין בכך, כדי לשלול את הפרוצדורה בלא לדון בשתי סוגיות השזורות זו בזו והמשליכות על מידת האיוון ביניהן: הסוגיה האחת, נוגעת לאוטונומיה של נושאת ההריון להפסיקו, לרבות, לצורך שימוש באברי העובר המופל. האם ניתן לפגוע, ובאילו תנאים, באוטונומיה של נושאת ההריון להחליט על הפסקת הריונה, גם כאשר יצירת ההריון, מלכתחילה, לא נועדה להביאו ללידה חי⁴³? הסוגיה האחרת, נוגעת למעמדו המשפטי של העובר. כלומר, האם לעובר שנוצר, ותהיה סיבת היווצרותו אשר תהיה, זכות מוגנת להיוולד⁴⁴? אם כן, בהסדר החוקי הנוהג כיום בישראל, ובהתחשב באמור לעיל, האפשרות היחידה להשתמש ברקמת עובר להשתלה, אם בכלל, היא מעובר שהופל ספונטנית⁴⁵. אולם, אם לעובר שהורה במטרה להרחיב את המשפחה אין זכות מוקנית להיוולד, על אחת כמה וכמה שלעובר שהורה לצורך השתלת אבריו אין זכות מוגנת להיוולד.

ככלל, אין המחוקק מעודד הפסקת הריון, הגם שהוא מגלה הבנה לזכות האשה לשלוט בגופה ובחייה, עד שהוא מוכן לכבד את רצון נושאת הריון להפסיקו. אף על פי כן, קשה להתעלם מהסיכויים הטמונים בפרוצדורה זו להציל ו/או להאריך חיים ו/או לשפר את איכות חיי החולים במחלות חשוכות המרפא, כמו גם לתיקון פגמים גנטיים.

אמנם, המחשבה, כי בני זוג יוצרים הריון, או נכון יותר לומר יוצרים חיים, על מנת לקפחם, מעוררת התנגדות, שלא לומר סלידה. האפשרות כי בני זוג ייצרו עוברים כדי שישמשו "חלקי חילוף" ו"בנק אברים ורקמות", צריכה להדיר שינה מעיני חכמי ההלכה והמשפט. דא עקא, אין המדובר בהפסקת הריון "שרירותית". אין הכוונה ליצור חיים על מנת להפסיקם בשל גחמה זו או אחרת של אחד מבני הזוג. אין הפלת העובר באה לשם השחתה ופגיעה בו, או משיקולי נוחות גרידא. הפסקת ההריון נועדה להציל ו/או להקל על סבלם של קרובי נושאת ההריון⁴⁶.

43 כך למשל, יכול שתתעורר השאלה, כאשר רקמת העובר נדרשת להצלה עצמית או במקרה שבני זוג, או אחד מהם, מתמנים כאפוטרופוסים על אחד מהוריהם החולים. אם יתברר כי ניתן להציל את נושאת ההריון או אחד מהוריה ו/או לשפר את איכות חייהם על ידי נטילת אבר מעובר שהופל, הגינתן להצדיק יצירת הריון על מנת להפסיקו בצורה יזומה כדי ליטול מאברי העובר המופל? לכאורה, לפחות לגבי ההורה, התשובה שלילית. שכן, על האפוטרופוס לפעול לטובת החסוי (סעיף 41 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות) ומה לנו פעולה חשובה יותר לטובת החסוי מאשר רפיון או שיפור איכות חייו? ולא היא. מכיון שעל בני הזוג ליתן את ההסכמה לביצוע ההשתלה, הרי שהם בעלי אינטרסים (ואף זאת בהנחה שהסכמת אפוטרופוס משתרעת על פעולות בגופו של החסוי) בתהליך. כפי שיתבאר בהמשך, חייב להיות נתק מוחלט בין ההחלטה על התרומה להחלטה על ההשתלה. לפיכך, מנועים בני הזוג מיצירת ההריון לצורך השימוש ברקמת העובר לקרוב משפחתם החסוי. הפתרון יכול שיהיה בהעברת ההכרעה לבית המשפט. ראה לענין זה, ד. פרנקל, "פסולי דין בתורמי אברים", משפטיים ג (תש"א), 238.

44 ובלבד שאינו מסכן את נושאת ההריון.

45 שאלה מעניינת שתעורר אם מותר להשתמש ברקמת עובר שהופל שלא כחוק. האם יוחל עקרון הפרי המורעל גם במקרה זה, או שמא מכיון שברפיון עסקינו, יותר השימוש? שאלה זו קובעת דיון לעצמה ולא כאן המקום להרחיב בה.

46 לחידוד הבעיה נעיר, כי לדעתנו, יש יסוד לסברה כי המחוקק לא ישלול הפסקת הריון לצורך שימוש ברקמת העובר לצורך השתלה בנופה של נושאת ההריון עצמה. אך האם עדיפה נושאת ההריון על כל חולה אחר?

מן המפורסמות, שאין הורגים אדם כדי להציל אדם אחר, על אחת כמה וכמה כדי לשפר את איכות חייו. על כן, יאמרו התומכים בפרוצדורה, כי, במתח שבין החולה החי הזקוק להשתלה לבין העובר המתפתח - העדיפות לראשון, כיון שעובר איננו בכלל אדם⁴⁷. יאמרו השוללים, כי חיי אדם מתחילים מרגע ההפריה. על כן, גם אם אין חיי העובר חיים אנושיים, הרי שמאותו רגע שנוצר רכש העובר המתפתח זכות מוגנת להיוולד, זכות שאין פוגעים בה אלא לתכלית ראויה. היעלה על הדעת כי הפלה יזומה של עובר כדי להשתמש באבריו להשתלה, הינה תכלית ראויה? אשר על כן, בהתנגשות בין בעלי האינטרסים המעורבים בתהליך, לאינטרס של העובר שהורה - העדיפות לעובר על פני המושתל⁴⁸.

נמצא, כי, כל פתרון טמון בשיקול מכלול האינטרסים המתחרים ואיזון ביניהם. אך האם הדבר אפשרי? האם ניתן לאזן בין אינטרסים של עובר בגיל שבעה שבועות שאינו מסכן את אמו או את עצמו, לאינטרסים של חולה המצפה להשתלת רקמת העובר? האם אפשרי איזון בין האינטרסים של עובר שהינו ישות חיה וקיימת התופסת מקום, הנראית על גבי צג בכדיקת אולטרא - סאונד, ובודאי ישות בעלת פוטנציאל חיים לבין האינטרסים של החולה המצפה לאבריו? הרשאית שיטת משפט כלשהי להתייחס לעובר כאל חפץ אשר להוריו (יוצרים) יש זכות קנין בו? היכולה שיטת משפט לראות בעובר מאגר אברים ורקמות להשתלה?

תשובה חיובית לשאלות אלה, קרי, התרת התהליך, תחייבת הגמשת עקרונות משפטיים מקובלים, כמו גם הנחת תשתית חקיקתית אשר תסדיר את השימוש באברי העובר להשתלה. ביסודה תהיה הקביעה, כי הפסקת ההריון איננה מכוונת להשחית את העובר או להורגו משיקולים זרים או מטעמים אנוכיים של מי מהמעורבים ביצירתו, אלא הפלת העובר בנסיבות מיוחדות אלה, הינה סתירה לצורך תיקון ובניה. הווה אומר, אין להתייחס לעובר המתפתח במקרה המסוים נשוא דיוננו, כאל אישיות משפטית העומדת בפני עצמה, אלא כאישיות הנבחנת ביחס לחולה הזקוק לאבריו. לפיכך, בהנחה, כי העובר הוא חלק בלתי נפרד מנושאת ההריון⁴⁹, הרי שזו מחזיקה באמצעי הצלה. היעלה על הדעת למנוע ממי שמחזיק באמצעי הצלה לעשות בו שימוש כדי להציל חיים? ולפי, הטלת איסור על הפסקת הריון יזומה עלולה לגרום לנושאת ההריון לפגיעה נפשית, שהיא כשלעצמה מהווה הצדק להפסקת הריון.

47 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

48 על איזון אינטרסים ראה, א. ברק, פרשנות שיפוטית, כרך ג (תשנ"ד), 281. יחד עם זאת, לא נוכל להתחמק מהשאלה אם יש מקום לאיזון האינטרסים בסוגיה כאובה זו. גדר הספק איננו בשל אי היכולת לאזן, אלא בשל הספקות המקננים בלבנו אם הנושא שפית.

49 לענין זה במשפט העברי, ראה בהרחבה, הרב י. שפרן, "הצלת עובר מגופה של נפטרת", אסיא, חוב' מ"ט - נ, תמוז תש"נ, 95, 108.

ד. על האוטונומיה בכלל ושל נושאת הריון בפרט להפסיק הריון⁵⁰.

"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"⁵¹. הוראה זו מעגנת בחוק יסוד את הזכות לפרטיות אותה יש לפרש מתוך "מבט רחב" ולא טכני.⁵² הזכות לפרטיות משתרעת, בין השאר – ובלא כל נסיון לדון בזכות על כל היבטיה – על זכותו של אדם לנהל את חייו ולפתח את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו⁵³.

ככל שהדבר נוגע לענייננו, הזכות לפרטיות פירושה זכות האדם, להחליט מה יעשה בגופו ויותר מכך מה לא יעשה בגופו לרבות זכותה של נושאת הריון⁵⁴. חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט. במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו, ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו ואף לתת להם ביטוי גלוי. בעידן שבו "כבוד האדם" הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית⁵⁵. הווה אומר, שאין לצמצם את האוטונומיה של הפרט להחליט על טיפול רפואי בו עצמו⁵⁶. ההיפך הוא הנכון, כל אדם בוגר, צלול וכשיר

50 יוער, כי מבין כל המעורבים בתהליך ניתן לדבר רק על אוטונומיה של נושאת הריון. לעובר אין אוטונומיה שהרי חסר הוא את היכולת לבטא רצון ולהחליט. אף לאפוטרופוס על עובר אין הסמכות למנוע את הפסקת התפתחותו של העובר גם אם יטען כי הוא משקף רצון העובר. אמנם, אם נתייחס לעובר כאל "אדם" או כישות עצמאית חיה וקיימת ולא כאל אמצעי לריפוי אחרים, אפשר שניתן יהיה לייחס לו "אוטונומיה קונסטרוקטיבית" במובן זה שעל פי מבחן אובייקטיבי של "טובת העובר", יודה היילוד שיוולד מאותו הריון, כי טוב לו שלא הופסקה התפתחותו משהופסקה. לפיכך, כאשר "רצון" העובר יתנגש עם רצון אמו תתקבל ההכרעה על פי עקרונות איוון האינטרסים. למותר לציין, כי בדברים אלה מובלעת ההנחה, כי "טובת הילד" משתרעת עד השלב העוברי. עוד יוער, אף כי איננו רואים צורך להרחיב בסוגיה זו כאן, כי בהקשר נשוא דיוננו אין לדבר על האוטונומיה של הרופא. יש לזכור, כי הדין איננו מטיל חובה על הרופא להפסיק הריונה של אשה. לפיכך, האוטונומיה של הרופא תבטא באפשרות לסרב להפסיק הריון חסר הצדק (חוקי או הלכתי) בלא שישא באחריות כלשהי. על מעמדו של הרופא ביחס להפסקת הריון ראה, ר. ישי, "מעמדו של הרופא והפסקת הריון", הרפואה, כרך 117, חוב' י"א, 392.

51 סעיף 7 (א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב – 1992 (להלן – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

52 בג"צ 2481/93 דיין נ. מפקד מחוז ירושלים ואח', פד"י מ"ח 470 (2). יצויין, כי עיגון הזכות בחוק יסוד מבטאת את השקפת המחוקק בדבר מקומה וחשיבותה של הזכות, אף שעוד קודם לחקיקת חוק היסוד עיצב בית המשפט העליון את מעמדה של הזכות לפרטיות כאחת מזכויות היסוד החקוקות עלי ספר (בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ. גרי ואח', פד"י ט"ז 2407), ואף נבקע כחלק מן המשפט הנוהג בארץ. ראה, א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (ירושלים ותל אביב, 1991), כרך ב', 711; עב 3/84 ניימן נ. יר"ר ועדת הבחירות המרכזית, פד"י ל"ט (2) 225, 260; ע"פ 3632/92 א. 3849. בן עמרם ואח' נ. מדינת ישראל, פד"י מ"ו 487 (4). עוד יצויין, כי האוטונומיה של החולה כנגזרת מזכותו לפרטיות הוכרה גם בחוק זכויות החולה תשנ"ו – 1996, המחייב קבלת הסכמתו המודעת של החולה עובר לטיפול הרפואי (סעיף 13 לחוק). עם זאת, בשל היות הזכות לפרטיות ונגזרותיה, ככל הזכויות האחרות זכות יחסית – הוגבלה הזכות לתכלית שמצא המחוקק ראוי. ראה, סעיף 15 לחוק הנ"ל. על הזכות לפרטיות בכללותה ראה, ר. גביוון, "הזכות לפרטיות", בתוך: זכויות האדם והאזרח בישראל, מקראה, ירושלים, 303, 1992; ר. גביוון, "הזכות לכבוד, לשם טוב ולפרטיות", שם, 263.

53 גביוון, שם.

54 ראה, ע"א 4837/92 אליהו חברה לבטוח נ. בורבה, פד"י מ"ט (2) 257, 261.

55 ע"א 7155/96 פלוני נ. היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נ"א (1) 160, 175.

56 על הזכות לאוטונומיה בפסיקה ראה בהרחבה ע"א 2781/93 מיאסה עלי דאקה נ. ביה"ח כרמל (טרם פורסם).

אוטונומי להחליט אם לתרום מאברי גופו להצלת חייו של חולה או לשיפור איכות חייו על ידי תרומתו, ובלבד, שיתאים לתרום על פי מבחנים רפואיים, על אחת כמה וכמה אם אין בתרומה כדי לסכן את חייו.⁵⁷

ולא זו אף זו. כל אדם נברא בצלם. לפיכך, "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"⁵⁸. ואכן, "ביסוד כבוד האדם כערך חוקתי על חוקי עומדת התפיסה, כי האדם הוא יצור חופשי, אשר לו נתון החופש הכללי לעצב את אישיותו ... מתפיסה זו של כבוד האדם וחירותו, הקושרת אותו עם האוטונומיה של הרצון הפרטי, יש להסיק כי כבוד האדם הוא חופש הפעולה (הפיזית והמשפטית) של הפרט"⁵⁹. חופש הבחירה ניתן לאדם לפתח את אישיותו ולקבוע את גורלו.⁶⁰ הגנה על כבודו וחירותו של האדם פירושה, איפוא, הגנה על זכותו למימוש עצמי ולהגשמה.

מהזכות להגשמה עצמית ולחירות נגזרת לא רק הזכות להורות, אלא גם הזכות להרות, זכות אנושית יסודית לה זכאית כל אשה.⁶¹ הווה אומר, הזכות להרות, ותהיינה הסיבות להריון אשר תהיינה, הינה זכות מוגנת. כבודו של האדם הוא גם שלא לכפות עליו להיות הורה. כבודה של האשה כאדם להחליט אם רצונה להרות וכן זכותה להחליט מה יעשה בגופה.⁶² על כן, זכותה של נושאת ההריון להחליט על הפסקתו היוזמה של ההריון.

ההתערבות החודרנית לצורך הפסקת ההריון נעשית בגופה של נושאת ההריון והיא מהווה פגיעה בשלמותה הגופנית.⁶³ אשר על כן, ההסכמה עובר להתערבות חייבת להינתן על ידי נושאת ההריון מכח האוטונומיה השמורה לה להחליט בלבדית על הפסקת ההריון.⁶⁴ אבי העובר איננו יכול לכפות על בת זוגו ההרה להפסיקו או להימנע מהפסקתו.⁶⁵

57 אמנם הוגבלה הזכות לתרום אברים מסויימים רק לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, אך אין בכך כדי לשלול את העקרון המתיר תרומת אברים. יתרה מזו, בימים אלה מונחת על שולחן הכנסת הצעת חוק להסרת מגבלה זו.

58 סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

59 ברק, לעיל הערה 48 בעמ' 340. כיוצא בזה הביע השופט ברק את דעתו כי ביסוד תפיסתו של חוק – היסוד (כבוד האדם וחירותו – ג.) את כבוד האדם וחירותו עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו הוא, וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי. ראה, א. ברק, "זכויות אדם מוגנות: היקף ההגבלות", משפט וממשל א' (תשנ"ג), 253, 261.

60 א. ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מ"א (תשנ"א) 271, 279.

61 פרשת נחמני, לעיל הערה 33.

62 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ. גלעד, פד"י מ"ט (2) 516, 526.

63 תמ"א 540/86 (ב"ש) פלוני נ. אלמוני, פ"מ מ"ח (1) 177, 190. וראה דברי השופט אלון, לעיל הערה 7 בעמ' 91: "הקפדה מיוחדת זו (לקבל את הסכמתה המודעת של נושאת ההריון עובר להפסקתו – ג.) מובנת וברורה היא על פניה, שהרי האשה היא אשר תעבור טראומה קשה זו של הפסקת ההריון שבגופה".

64 בהקשר זה ראוי להזכיר, כי אין לשלול את הדעה שמשחרתה אשה, למעט הריון שנוצר באונס או במירמה, ניתן לראותה כמי שהסכימה לשמש אכסניה עד לידת התינוק. ואכן, לדעת פרופ' שיפמן אין חוק העונשין, מעדיף את זכותה של האשה לשלוט על גופה, אלא מאזן בין האינטרס שלה להחליט על גורל ההריון לאינטרס של העובר להיוולד. ראה, פ. שיפמן, דיני משפחה בישראל, כרך ב' (ירושלים, תשמ"ט), 203.

65 פרשת פלונית, לעיל הערה 7; רע"א 5942/92 פלוני נ. אלמוני, פד"י מ"ח (3) 837. יחד עם זאת, ובכל הכבוד הראוי, יש מקום להרהר האמנם אין מכח אבהותו של אבי הילד שום זכות להגן עליו מפני הריגתו? ואכן, בית המשפט המחוזי, הגם שאינו חורג מהלכת פלוני המחייבת, מביע את דעתו, כי קיימת גם קיימת לאב זכות, מכח אבהותו ונישואיו, לתבוע את לידתו של ילדו. אלא שזכותה של האשה, בהיות העובר חלק מגופה וקיומו תלוי בה, זכות עדיפה היא. ייתכן שניתן לעשות הבחנה לגבי עובר כל עוד קיומו תלוי באמו ועובר שהגיע לשלב שהוא יכול לחיות בזכות עצמו, שאז זכותו של האב מתחזקת ועשויה להיות שווה, או כמעט שווה, לזו של האם. ראה, שיבן לעיל הערה 10.

אולם, כבודה של אשה הוא שלא לנצל לרעה את כושרה להרות, ללדת ולהפסיק הריון תקין שאינו מסכן אותה או את עובריה. אשר על כן, השאלה איננה אם זכותה של נושאת הריון להפסיק את הריונה, אלא אם אין בהפסקת ההריון שיקולים זרים (להריון עצמו) הגזמה וניצול לרעה של האוטונומיה ו/או הזכות להרות.

התשובה הפורמלית ברורה: כל עוד הפסקת הריון לצורך תרומת אברי העובר איננה בכלל ההצדקים להפסקת הריון הקבועים בחוק⁶⁶, הפלה יזומה של העובר לצורך השימוש ברקמות העובר אסורה. אף על פי כן, ולאור הנחת היסוד בדבר הגמשת עקרונות משפטיים להצלת חיים, אסור ולא ניתן להתעלם מהסיכוי הטמון בהשתלת רקמות העובר, ולכן אין די בנימוק הפורמלי לאסור את המעשה. ולפי שקיים, כאמור, מתח בין זכויותיהם של החיים לזכויותיו של מי שעתידי לחיות, אין מנוס ממצייאת האיזון הראוי בין השמירה על האוטונומיה של האדם כאדם, לבין הגבלת כוחו להפוך את אבריו או יוצאי חלציו (בכח) למאגר אברים להשתלה. כך למשל, אפשר שמשנוצרו חיים שאינם פגומים ואינם מסכנים את חיי נושאת ההריון, תופקע סמכותה של נושאת ההריון להחליט בלבדית על עתיד ההריון וההחלטה תימסר לבית המשפט. איננו רואים בכך פגיעה באוטונומיה של בני הזוג⁶⁷. לא כן הדבר, אם נראה בנטילת האברים או הרקמות מהעובר המופל נטילת שתל להשתלה מגוף החי או מ"שאריות רקמה" שנותרו מניתוחים⁶⁸. הטלת איסור על התרומה או הגבלת סמכותה של נושאת ההריון להפסיקו תהווה, ללא ספק, פגיעה במידה שאינה ראויה בזכותה של נושאת ההריון לפרטיות.

אלא שאין ברצוננו ללכת בדרך הקלה ולקבוע כי העובר המתפתח הינו אבר ראוי להשתלה כשאר האברים העשויים להילקח לתרומה (כליה, מח עצם וכיו"ב). לפיכך, יש לבחון את ההסכמה גם לאור דיני החוזים. הסכמה, קרי חוזה רפואי בין חולה לרופא, להתערבות פולשנית שמטרתה בלתי חוקית, בלתי מוסרית או נוגדת את תקנת הציבור – בטלה⁶⁹. לכן, לכאורה, הסכמת נושאת ההריון להפלת העובר לצורך נטילת אבריו להשתלה לאחר הפלתו או הריגתו, הסכמה הנדרשת מכח דוקטרינת ה"הסכמה המודעת", חסרת תוקף משפטי. הרופא המבצע את ההפלה עלול לחשוף עצמו לתביעה פלילית ואף אזרחית.

כבר נתבאר, כי ניתן להצדיק משפטית ומוסרית המתת עובר המסכן את חיי אמו, אם אין דרך אחרת להצילה⁷⁰. בהתנגשות בין חיי נושאת הריון לחיי עובריה – עדיפים חיי האם כל עוד לא יצא

66 ראה סעיף 316 לחוק העונשין.

67 ההנחה המובלעת בגישה זו היא כי העובר איננו חלק בלתי נפרד מאמו גם לפני שיצא לאויר העולם. לכן יש צורך באיזון בין זכויותיו לזכויות אמו. השאלה תהיה על פי אילו אמות מידה יחליט בית המשפט? למותר לציין, כי העברת ההחלטה לבית המשפט תמנע את ניהוד העניינים בו מצויים נושאת ההריון ובן זוגה. שאלה אחרת היא באיזה שלב תבוא התערבות בית המשפט: האם קודם יצירת ההריון, או בשעה שנדרשת הפסקתו? לכאורה, כפי שכבר נאמר, אין מערכת המשפט מתערבת בתחום האינטימי של בני הזוג המבקשים ליצור הריון. אולם, התערבות בשעה שכבר נוצר ההריון מטה במידה רבה את ההחלטה למנוע את הפסקתו. ואכן, בנסיבות מיוחדות של הפרוצדורה דומה כי האמצעי היעיל באמצעותו ניתן לשלוט, אם בכלל, על התפתחות ההריון והפסקתו לצורך שימוש באברי העובר הוא בפיקוח על הפסקת ההריון ומניעתו.

68 ראה, D.E Vawter, "Ethical and Policy Issues in Human Fetal Tissue Transplants" *Cell Transplant*, 1995, Vol 4, 479.

69 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973.

70 סעיף 316 (א) (4) לחוק העונשין.

העובר מרחם אמו. אם נאמץ פרשנות מרחיבה⁷¹, לפיה, הצלת חיים עכשוויים, אנושיים וקיימים עדיפים תמיד על חיים עתידיים, כי אז על דרך ההיקש, נוכל להצדיק את הפסקת ההריון לטובת הסיכוי להציל חולה באברי העובר המופלג⁷². אולם אם ננקוט דרך פרשנות מצמצמת, נשמש הבסיס העיוני להיקש מהצלת חייה של נושאת ההריון להצלת חיי אחרים כיון שהמקרה הפרטי (הצלת חיי האם) אינו מלמד על חובת ההצלה בכלל.

יחד עם זאת, כפי שכבר הוזכר, הכירה הפסיקה בישראל באפשרות להתערב בהחלטות הנוגעות להריון בשלבי השונים: "התערבות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי"⁷³. בית המשפט אינו מגדיר ואינו מפרש מהם "טעמים כבדי משקל" ומהו "אינטרס ציבורי". הוא מסתפק בקביעת המסגרת אותה ימלאו המחוקק ובתי המשפט תוכן. לפיכך, שומה עלינו לברר האם הפסקת הריון על מנת להשתמש ברקמת העובר הינה טעם כבד משקל.

אנו בדעה כי לא ניתן, ואין זה ראוי, להתכחש לעובדת היות העובר ישות חיה, קיימת ומתפתחת. לכן ההגנה על חייו מפני הפסקת התפתחותו הינה אינטרס ציבורי וטעם כבד משקל המצדיק את הגבלת האוטונומיה של נושאת ההריון. כל פרשנות (מרחיבה) אחרת תוביל בהכרח למסקנה, שהיא לדעתנו מרחיקת לכת, כי העובר אינו אלא אמצעי ו/או בנק אברים להשתלה. גם אם חיי עובר חסרי ערך ביחס לחיי אמו שהוא מסכנם, ספק רב אם הם חסרי ערך ביחס לחיי הזולת שאינו מסכנם⁷⁴.

71 על פרשנות "מרחיבה" ראה, ברק, לעיל הערה 93, ה"ש 48 בעמ' 258.

72 אין להתעלם מהבעייתיות שבפרשנות זו. ראשית, יש להעיר כי בפרשנות זו מובלעת ההנחה שהעובר הוא ישות עצמאית. למותר לציין, כי אליבא דהמחוקקים בדעה, כי עובר אינו נחשב לישות עצמאית, ודאי עדיפה הצלת חיים קיימים. אולם הקושי העיקרי נעוץ בהיקש המונח ביסודה של הפרשנות המרחיבה. ספק רב אם קיים דמיון בין שני המצבים המאשש את ההיקש. ההיתר לפגוע בעובר המסכן את אמו בלידתה מעוגן בסכנה הישירה שהוא גורם לחיי אמו מה שאין כן בנידון דידן. אמנם, ניתן לומר, כי בכל מקום שאבריו של עובר מתאימים להשתלה, ההימנעות מנטילתם מסכנת את חיי המושלל בכח, אך זו מסקנה מרחיקת לכת. האם קיימת מערכת יחסים כלשהי בין העובר המצוי ברחם לאדם שלישי? אם על אמו ההרה אין חובת הצלת החולה באבריה, קל וחומר על העובר, בין אם הוא ישות עצמאית ובין אם הוא חלק בלתי נפרד מאמו. אולם, ניתן לדעתנו לבסס את הפרשנות המרחיבה אם נאמץ נקודת מבט שונה: הפגיעה בעובר המסכן את היולדת, לרבות פגיעה באבריו, היא היא הצלתה של האם. הפסקת ההריון ונטילת הרקמה מהעובר היא היא הצלת המושלל. העובר, על פי פרשנות זו, "מחזיק" באמצעי ההצלה (הוא עצמו או אחד מאבריו). "החזקה" זו היא הבסיס להיקש. לא נכחד כי גם פרשנות זו בעייתית, שכן, גם אם נקבל שיש חובת הצלה, לפחות מוסרית, אין חולק כי על העובר, כאמור, אין רובצת חובת הצלה ואם כן אין בסיס להיקש.

73 לעיל ליד הערה 7. השווה לדברי השופט Blackmun בפרשת Row (Row v. Wade 410 U.S. (1973), 113) Blackmun: "The right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation".

74 בקורת על הדברים ראה: R. H. Mnodrin & D. Kelly Weisberg, *Child, Family and State*, (3th ed. 1995) 30.

75 דומה כי במצב השורר כיום, הן מבחינת הידע הרפואי והן בשל היחס לחיי אדם, ההסכמה להפסיק הריון על מנת להשתמש באברי העובר חסרת תוקף משפטי בשל היותה נוגדת את תקנת הציבור. נפסדותה של ההסכמה נעוצה בערעור ערכי היסוד של החברה. אולם בהתחשב בעובדה כי תקנת הציבור משקפת את אושיות היסוד של ערכי החברה ואת תפיסות העולם של החברה באותה תקופה, היא גמישה מטבעה ויכול שתתנהג על פי המקום והזמן. הווה אומר, שבעתיד הלא רחוק אפשר והסכמה שכזו לא תעמוד בסתירה לתקנת הציבור ולא תאויין. על תקנת הציבור ראה, ע"א 148/77 רוט נ. ישופה, פד"י ל"ג (1) 617, 622; ע"א 661/88 חיימוב נ. חמיד ואח', פד"י מ"ד (1) 75, 84.

יתרה מזו. בהנחה שטובת הילד משתרעת גם על השלב העוברי⁷⁵, מתחייב מענה לשאלה נוספת: את מי "משרת" ההריון שנוצר? את הוריו? את העובר עצמו? אין ספק כי הריון רצוני "משרת" את יוצריו, והיהו שיקוליהם אשר יהיו. בני זוג אוטונומיים להחליט על יצירת הריון, ובלבד שלא יעמוד בניגוד לאינטרס הציבורי⁷⁶. אך האם מתחייבת מכך המסקנה שדין אחד ליצירת ההריון ולהפסקת הריון? האם גם הפסקת הריון "משרתת" את יוצריו?

ביחס לאבי העובר התשובה ברורה: תפקידו "הסתיים" ביצירת העובר. אבי העובר חסר מעמד⁷⁷ ביחס להחלטה על גורלו⁷⁸. הוא הדין ביחס לאם. אנו נוטים לדעה, כי אף שלנושאת ההריון מעמד ביחס להחלטה על גורל ההריון, הרי משהשתתפה מרצונה ביצירת חיים ומשנוצר עובר שאינו פגום ואינו מסכן אותה, הוגבלה סמכות החלטה על הפסקת ההריון. הגבלה זו מתבטאת בחובתה לשקול ולהתחשב באינטרס של הישות החיה והמתפתחת ברחמה ובטובתו לרבות בזכותו להיוולד⁷⁹. חזקה על עובר שהורה, שכוונת הוריו היתה להביאו לעולם ועל כן קנה זכות להיוולד. אולם, כאשר ההריון נוצר מלכתחילה במטרה להפסיקו, יש הגיון בטענה, כי ההחלטה אם להמשיך בהריון תיוותר בסמכות ההורים.

יחד עם זאת, אין להרוס את עולמם של ההורים כדי לבנות על הריסותיו את עולמו של הילד⁸⁰. לפיכך, ככל שתהא האוטונומיה של ההורה, להחליט בכל הנוגע לילדו, זכות חוקתית מוגנת, יכול שתידחה בפני טובת ילדו⁸¹. ולפי שההגנה על הילד חסר הישע היא בראש ובראשונה על חיו וכבודו, והיא משתרעת גם על השלב העוברי, הרי משנוצר העובר יש להגביל את האוטונומיה של נושאת ההריון להחליט על גורלו.

75 אמנם ה"סעיף הסוציאלי" בוטל, אך אין ספק כי טובת הילד (שיוולד למשפחה חמה ואוהבת הרוצה בו, שיוולד בריא או לאם בריאה) נשקלת, גם אם אין הדבר נאמר במפורש (סעיף 316 (א) (2) - (4) לחוק העונשין). לכן, ברור לנו, כי טובת הילד משתרעת גם על השלב העוברי.

76 ואכן, גם הזכות להוליד ילדים, כמו גם להפסיק הריון איננה זכות מוחלטת. יחסיתה של הזכות פירושה שיש נסיבות בהן מוצדקת הפגיעה בזכות. כך למשל, ברור כי המדינה תתערב ותמנע, ככל שהדבר באפשרותה, מנשאי מחלות מידבקות או מחולי נפש להוליד ילדים, על אף הפגיעה בזכות ההורות. מניעת מחלות מידבקות וההגנה על חיי האזרחים הוא אינטרס ציבורי מובהק שאינו פחות מזכות ההולדה.

77 על פי המשפט הישראלי (לעיל הערה 7). אולם על פי המשפט העברי לאב יש מעמד מכה הנישואין, מכה "בעלותו" על העובר. ראה, י. גרין, הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה, (תל אביב, 1995), 115 ואילך.

78 לעיל הערה 7.

79 זו מסקנה הכרחית לכל המקבל את גישתו של פרופ' ליבוביץ הרואה בחיי האורגניזם האנושי רצף אחד משעת ההפריה שקדמה ללידה עד מאה ועשרים שנה שלאחר הלידה. לכן לא ניתן לנמק נימוק רציונלי הבדלה בין העובר ברחם אמו ובין היילוד, ולהחיל על זה האחרון בלבד את הגנת החיים מטעמי חוק ומוסר. ראה, י. ליבוביץ, "הרפואה וערכי החיים", בתוך: דברי הקתדרה לרפואה לתולדות הרפואה ע"ש ט. מישן, 1.

80 ת"א (נצ') 14/84 היעוץ המשפטי לממשלה נ. אלמונית, פס"מ מ"ז (1) 33.

81 ראה, ע"א 2266/93 פלוני נ. אלמוני, פד"מ מ"ט (1) 221.

ה. על מעמדו המשפטי של העובר וזכותו להיוולד

כאמור, שתלים ורקמות להשתלה לצורך ההשתלה נלקחים מהעובר בן השבעה עד שנים עשר שבועות⁸². נטילת הרקמה מחייבת המתה מוקדמת של העובר, בשלב שיש לו צורת אדם, מח ומערכת עצבים⁸³, למרות שאיננו מסכן את חיי אמו, אינו פגום, הורתו אינה ביחסים אסורים ואין כל סיבה רפואית ישירה להפסקת התפתחותו. האין מוקנית לעובר במצב זה הזכות להיוולד, בין שנרכשה הזכות ברגע היווצרותו ובין שנרשמה בשלב מאוחר יותר, ובלבד שהתפתחותו תקינה ואינו מסכן את אמו?

המחוקק הישראלי התיר להפסיק הריון, לאחר קבלת הסכמתה המודעת של נושאת ההריון⁸⁴ במקרים הבאים: נושאת ההריון מתחת לגיל המותר לנישואין או מעל גיל ארבעים⁸⁵, ההריון הוא תוצאה של יחסים אסורים⁸⁶, היילוד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי⁸⁷ או כאשר המשך ההריון עלול לסכן את חיי נושאת ההריון או לגרום לה נזק גופני או נפשי⁸⁸. יושם לב כי המחוקק איננו מגדיר מהו נזק נפשי. הוא אף איננו נוקב בגיל ההריון⁸⁹ בו ניתן להפסיקו, למעט הקביעה כי הריון שגילו מעל עשרה שבועות ניתן להפסיק רק בבית חולים מוכר⁹⁰.

אין הפסקת הריון לצורך השימוש ברקמת העובר בכלל הסיבות המצדיקות הפסקת הריון. אמנם, קודם ביטול הסעיף הסוציאלי⁹¹ ניתן היה להצדיק הפסקת ההריון יזומה ע"י פרשנות מרחיבה. לאמור, להצדיק הפסקת הריון שנוצר על מנת להציל חיים מקום שנושאת ההריון עלולה להיפגע נפשית אם תהלך כל ימי חייה בהרגשה שהיא ביכולתה להציל קרוב משפחה ולא עשתה כן. לאחר ביטול הסעיף הסוציאלי ספק רב אם ניתן להגמיש את ההיתר ולהכלילו, אפילו

82 לעיל הערה 3.

83 ראה, P. Williams, C. P. Wendel - Smith, Basic Human Embryology, London 1996, p 52-58.

84 סעיף 316 (א) (1) לחוק העונשין.

85 סעיף 316 (א) (1) לחוק העונשין.

86 סעיף (2) 316 לחוק העונשין. בהיגד "יחסים אסורים" הכוונה להריון שנוצר מיחסים אסורים בחוק הפלילי, או כתוצאה מגילוי עריות, או שלא מנישואין.

87 סעיף (3) 316 לחוק העונשין.

88 סעיף (4) 316 לחוק העונשין.

89 בהקשר זה יוער, כי המחוקק אינו מגדיר מהו הריון אלא מונה רק את ההצדקים להפסקתו ואת הדרישות הצריכות להתמלא עובר לביצוע ההפלה. עם התקדמות הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה ורבייה והכנסת שיטות ההפריה החוץ גופית כשיטות טיפול, נחיצותה של ההגדרה איננה מוטלת בספק. היכולת להקפיד ביציות מופרות ולהפשירן אחר זמן, יכול שתביא בני זוג, כפי שאכן קרה אצל בני הזוג נחמני, לאי הסכמה בדבר המשך התהליך, אף שראשיתו בהסכמה מודעת. ראה, פרשת נחמני, לעיל הערה 6; ע"א 5587/93 נחמני נ. נחמני, פד"י מ"ט (1) 485.

90 תקנות העונשין (הפסקת הריון). יחד עם זאת, במדינות שונות נקבע הגבול להפסקת הריון על פי מבחן החיות (Viable) של העובר אף אם ננקב גיל הריון (24 שבועות). ראה, פרשת Row לעיל הערה 73. לענין מבחן החיות וההצדקה להמית עובר ראה, י. שנקר, "האם יש הצדקה להמתת עובר בר חיות ברחם מסיבות רפואיות?", הרפואה, כרך 131, חוברת ג - ד (אוגוסט 1996), 101. עובר בר חיות מוגדר מן הבחינה הרפואית כשלב שבו מסוגל העובר להתקיים מחוץ לרחם באופן עצמאי או בעזרת תמיכה ע"י מיכשור. עובר שאינו בר חיות הוא עובר שהגיע לשלב שאין ביכולתו להתקיים מחוץ לרחם.

91 בסעיף (5) 316 לחוק העונשין שבוטל הוסמכה הועדה להפסקת הריונות להתיר הפסקתו אם "המשך ההריון עלול לגרום נזק חמור לאשה או לילדיה, מחמת תנאי המשפחתיים או החברתיים הקשים של האשה ושל סביבתה".

בפרשנות מקילה, בסמכות הועדה. יחד עם זאת, לא בהכרח משמעות מכך שלילת התהליך, כיון שבעת שחוקק חוק העונשין, לרבות תיקוניו השונים, פרוצדורה זו לא היתה ידועה. לכן, עומדת בעינה השאלה אם יש מקום להתיר את המתת העובר לצורך הצלת הזולת?

העובר אינו בכלל "אדם" כמשמעותו בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות⁹² ואין הדין מקנה לו הגנה כ"אדם"⁹³. אף על פי כן, ולמרות שהמחוקק איננו מגדיר מהו עובר, הוא קובע את כשירותו לזכויות וחובות אשר יבשילו ויתגבשו עם לידתו⁹⁴.

ואכן, המחוקק המתיר הפסקת הריון, מכיר בקיום אינטרסים של העובר ובצורך להגן עליהם⁹⁵. כך למשל, הותר למנות אפוסטרופוס לעובר⁹⁶ על מנת להגן על חלק מזכויותיו עד שיוולד⁹⁷. הרציונל העומד ביסוד הדברים הוא, כי גם אם העובר איננו יכול להחשב כאישיות משפטית עצמאית, אי אפשר להתעלם מעובדת קיומו הפיסי. העובר הוא ישות פיזית, חיה, קיימת ותופסת מקום. האם די בקיום הפיסי של העובר כדי שהמשפט יכיר בו כראוי להגנה?

ההגנה על חיי אדם נקבעה בחוק יסוד: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"⁹⁸. וכן אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם⁹⁹. וגם אם תאמר שעובר איננו בכלל "אדם" לענין חובות וזכויות, האין הוא "אדם" לענין ההגנה על חייו, גופו וכבודו?¹⁰⁰

92 סעיף 1 לחוק כשרות המשפטית והאפוסטרופוסית.

93 ראה לענין זה סעיף 308 לחוק העונשין: "משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת". ראה ב"ש (חיפה) 290/78 כהן נ. אוהנה, פס"מ תשל"ט (א) 171; תפ"ח 854/80 מדינת ישראל נ. דולברג, פס"מ תשמ"ז (2) 446. וראה, ג. טדסקי, "על בעית הנזיקין בגין הולדה", מסות במשפט (ירושלים תשל"ח), 269; א. ברק, דיני הנזיקין (בעריכת טדסקי), 352; פ. שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים), כרך ב', 206 ה"ש 14.

94 ראה למשל, נזיקין ע"א 518/82 זייצוב נ. כץ, פד"מ (2) 85; ת"א (חיפה) 790/90 מדינת ישראל נ. אזולאי, פס"מ תשנ"א (ב) 29; ת"א 1165/92 פלוני נ. ד"ר שלו ואח', פס"מ נ"ה (3) 197. אמנם, בהקשר לדין הפלילי, יש הסבורים כי יש לאבחן בין "אדם" לענין גרימת מוות (סימן א' לפרק י' - הערה קודמת) ל"אדם" לענין האחריות לשלומו (סימן ג' לפרק י'). ראה, א. בן דרור, אימוץ ופונדקאות, תל אביב, תשנ"ד, 328.

95 ראה סעיף 3 (ב) 1 - ו 42 (ג) לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965 (להלן: חוק הירושה). סעיף 44 (א), לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א - 1981. וראה עוד לענין זה, י. אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב - 1962, פירוש לחוקי החוזים, מהדורה שניה, תשנ"ה, 32.

96 סעיף 33 (א) 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות. אין ספק שתכלית מינוי האפוסטרופוס הינה להגן על זכויותיו הממוניות של העובר. ראה, סעיף 42 (ג) לחוק הירושה; סעיף 57 (ד) לחוק הירושה וסעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אין האפוסטרופוס מוסמך מכה מינויו להגן על עובר מפני הפסקת התפתחותו. ראה לענין זה, פרשת פלונית, לעיל הערה 7.

97 אין ספק שתכלית מינוי האפוסטרופוס הינה להגן על זכויותיו הממוניות של העובר. ראה, סעיף 42 (ג) לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965; סעיף 57 (ד) לאותו חוק וסעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אין האפוסטרופוס מוסמך מכה מינויו להגן על עובר מפני הפסקת התפתחותו. ראה לענין זה, פרשת פלונית, לעיל הערה 7.

98 סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

99 סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

100 בהקשר זה חשוב לציין, כי שאלה זו הינה בתחום הדיון הערכי כפי שהסביר הנשיא שמגר (בפרשת פלוני, לעיל הערה 65) הסבור, כי אין די בהסתמכות הפורמלית על החוק. "כבוד האדם וההימנעות מן הפגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם, הם ערכים שיש להשרישם בתוך כל מרכיבי החברה מעל ומעבר לתחומיהן של החובות המשפטיות המוטלות על רשויות השלטון ... כבוד האדם, בהקשר החוקתי, הוא מושג משפטי, אולם ביטויו המעשי, כאמור, בהווה האנושית היום-יומית וביחסם של המדינה והחברה, ובכלל זה בתי המשפט, אל הפרט החי בה. כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ... להינות מן השוויון אשר בין בני האדם."

דומה, כי כדי להשיב על כך יש לנקוט עמדה בסוגיית תחילת החיים. מתי מתחילים חיי אדם? והאם מרגע היווצרותם נחשבים הם כחיים אנושיים לצורך הגנה עליהם, אף שייתכן שאינם כאלה לעניינים אחרים?

מבחינה ביולוגית השלב המוקדם ביותר בהתפתחות העובר הוא, השלב שבו תא הזרע חודר לביצית ומתחיל את תהליך ההפריה¹⁰¹. מרגע זה השאלה הצריכה לענייננו היא, האם משעה שהתקיים "מפגש המוצלח" בין הזרע והביצית, ובמשך כל ההתפתחות ברחם, מתפתח העובר ברצף התפתחותי אחד אשר אי אפשר להפריד בין שלבי התפתחותו השונים מבחינת מה שמוגדר כפוטנציאל להיות אדם שלם (prospective human being)? או שמא ניתן להבחין בין שלבי ההתפתחות השונים ולחלק ביניהם, כך שרק משלב מסוים בהתפתחותו מוכר העובר כפוטנציאל של human being, שלב שבו הוא רוכש מעמד חוקי?

למעשה, מן הבחינה הביולוגית התפתחות העובר היא תהליך המשכי אחד¹⁰². קיימים אמנם הבדלים מהותיים בגילאים השונים של ההריון מבחינת כושר העובר לתפקד ולשרוד, אבל אין קווים ביולוגיים מהותיים המפרידים בין שלבי ההתפתחות השונים. ההתקדמות הטכנולוגית הביאה לכך שגיל ההריון בו מוגדר העובר כבר קיימא הולך ויורד. מציאות זו מחזקת ללא ספק את הקביעה, כי בהתפתחות העובר מדובר על רצף התפתחותי אחד, ושלבחינה ביולוגית קשה למתוח קו מפריד ולומר שעובר בגיל צעיר שונה מאד בפוטנציאל שלו להיוולד מעובר בגיל מתקדם יותר¹⁰³.

אכן, מן הבחינה הרפואית מתחילים חיי האדם ממועד ההפריה¹⁰⁴. אולם מן הבחינה המשפטית אין די בקביעה זו, שכן השאלה המתבקשת בעקבותיה היא מה טיבם של חיים אלה: האם הם חיים עצמאיים הראויים להגנה ובאיזה היקף, או שמא אינם כאלה כל עוד העובר הוא חלק בלתי נפרד מאמו.

לכאורה, אם הורות במשפט הישראלי הינה קביעה עובדתית ביולוגית, גם ההתייחסות לעובר צריכה להיות קביעה עובדתית ביולוגית. לפיכך, אם תחילת החיים על פי הגדרות ביולוגיות בסמוך להפריה, והאורגן המתפתח ברחמה של אשה הוא יצור חי (homo sapiens), כי אז העובר ראוי להגנת הדין מרגע היווצרותו¹⁰⁵. ולא היא. אין הכרח לשלול מועדים אחרים בהם תראה

101 פרופ' א. אורנוי, "היילוד הפגום - רקע מדעי (טרטולוגיה)", ספר הכינוס הבינלאומי הראשון לרפואה אתיקה והלכה, ירושלים, תשנ"ג, 246.

102 לעיל הערה 101 בעמ' 248.

103 שם. דברים מפורשים יותר מביע פרופ' ליבוביץ הסבור כי "מבחינה אובייקטיבית אין תהליך התקדמות העובר ניתן לחלוקה לשלבים נפרדים, אלא תהליך ההתפתחות הוא רציף מראשיתו ועד סופו. מה נשתנה עובר של 11 שבועות מעובר של 13 שבועות? כוזה, וכזה, ואפילו השלבים הקודמים להם, יצורים אנושיים ספציפיים הם, גם כשעדיין אין להם דימוי לאדם; הם יצורים אנושיים ספציפיים משום שגלומים בהם כל הגורמים שמחמתם דרך ההתפתחות מובילה בהכרח לאדם ואינה יכולה להוביל לשום דבר אחר, כיצד נוכל להנעז מלראות בהם את האדם?". ראה, לעיל הערה 79. לעומת זאת, יש הסבורים כי לעובדה שלעובר פוטנציאל להתפתח והוא בבחינת אישיות פוטנציאלית (potential person) אין זכות מוקנית להיוולד. ראה, D. Heyd, "Valid? IS. L.R. vol 21, 574", Are Wrongful Life Claims Philosophically. וראה עוד, א. שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב, ערך "הפלה", 105; כרך ה, ערך "אבר", 148.

104 ראה, M. L. Pernoll & R. C. Benson, Current Obstetric & Gynecologic diagnosis & Treatment 1987 (California, 1987), 161.

105 בהנחה שההריון הינו תהליך, שראשיתו בהפריה וסופו בלידה, כי אז ככל שגיל ההריון מתקדם מתוסף שלב בהתפתחות, אך לא נוצרים חיים. על מעמד העובר וההגנה על זכותו לחיים ראה בהרחבה, י. דייזיס, דין ופסיקה במשפט הרפואי (ירושלים, 208 (1999) - 217; ש. ילינק, הולדה בעולה (תל אביב, 1997) 104.

מערכת המשפט את תחילת החיים. אפשר בהחלט שהעובר ירכוש את הזכות לחיים מהרגע שבו נוצר מכה פוטנציאל החיים שיש בו להתפתח, אך אפשר גם שירכוש את הזכות להיוולד רק בשלב שבו יהיה מסוגל להתקיים מחוץ לרחם, לגדול ולהתפתח באופן תקין¹⁰⁶.

106 שנקר, לעיל הערה 90. ואכן, קשה לשלול מאורגן תופס מקום, חי ונושם שאיננו מסכן את אמו או אינו נושא מחלות את הזכות להמשיך ולהתפתח. לפי גישה זו יקשה להבין את החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים שלא קיבל בקשה של פרופ' שנקר להתיר לילד עובר בחודש התשיעי בשל התנגדות אביו. ראה, תמ"א. (י"ם) 38/89 ביהמ"ח היטה נ. חיים ממון, פורסם באסיא, חובי מ"ט - ג, תמוז תש"ג - יולי 96, 1990. ביהמ"ש נבקש להתיר לרופאים להוציא עובר מגופה של אשה נשואה, אם לשניים שהיתה בשבוע ה-26 להריונה. נושאת ההריון הובאה לבית החולים מחוסרת הכרה לאחר שנפלה ונחבלה בראשה. מצבה התדרדר עד למוות מוחי. סריקת על קול של העובר הראתה עובר חיוני במשקל מוערך של 1150 - 950 גרם. כשבקשו רופאי בית החולים לילד את האשה כדי להציל את העובר נתקלו בהתנגדות בעלה. הרופאים פנו, כאמור, לבית המשפט בבקשה שיורה להוציא את היילוד מגופה של האשה כדי לאפשר לו חיים. בעת הדיון אמר הבעל שהוא מתנה את הסכמתו לילד את אשתו "אם מבית החולים מבטיחים לי שהעובר יהיה בריא ושלם בנפשו ... אם לא, אני מבקש שבית המשפט יתן דעתו על כך, אם הולד יצא נכה או גנוע". בהחלטתו דחה בית המשפט את בקשת הרופאים משני טעמים: הטעם האחד, שחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות, עליו הושתתה הבקשה, אינו חל על עובר. הטעם השני, ההתערבות הרפואית איננה דרושה לשמירת שלומה של האם הנושאת את היילוד. הרופאים לא ערערו על ההחלטה והעובר נפטר יחד עם אמו. ואולם, במקרה דומה פסק אותו בית משפט לילד אשה שלא ניתן לקבל הסכמתה חרף התנגדות בעלה. ראה, תמ"א. (י"ם) 103/92 היועץ המשפטי לממשלה נ. פלונית (לא פורסם). הבקשה נסבה בעניינה של חולה בסביבות השבוע ה-28 להריונה. החולה מאושפזת במצב קשה אך יציב, בשל סיבוך קשה בריאותיה כתוצאה מכשולן גשימתי בנוסף לפגיעות במערכות אחרות. הרופאים חששו כי בכל רגע תבוא התדרדרות במצבה של החולה העלולה להסתיים במוות. סריקת על קול של העובר הראתה על עובר בחיים שמשקלו מוערך בכקילוגרם אחד. לדעת הרופאים אם יקבע מותה הקליני של החולה ניתן יהיה להוציא את העובר דרך חיתוך דופן כאשר הוא בחיים ובריא עם סיכוי לתוחלת חיים של אדם רגיל. יחד עם זאת, אף שהעובר יוולד חי, קיימים סיכונים של כ-20% שהוא ימות לאחר הלידה בגלל פגותו וסיכון של 40% שיסבול בהפרעות בהתפתחותו שקשה להעריך היום. אולם בעלה הביע התנגדות נחרצת להתערבות שתידרש להצלת העובר אם וכאשר תמות החולה מוות קליני. מכאן פניית הרופאים לבית המשפט. בית המשפט נענה כאמור לבקשה והתיר להציל את העובר. בית המשפט קבע כי זו חובתם המשפטית של הרופאים ולא רק חובתם המוסרית שלא להניח לעובר למות לאט לאט במעי אמו כשבידם להצילו. בית המשפט פסק כי התשובה המשפטית איננה מצויה בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות משום שהצלת העובר תעשה לאחר מותה (הקליני) של נושאת ההריון. הפתרון מצוי בסעיף 6ג' לחוק האנטומיה והפתולוגיה הקובע, כי "הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח לענין חוק זה". ולפי שהמוות המוחי נחשב כקריטריון מקובל גם במשפט הישראלי (ראה ע"פ 341/82 בלקר נ. מדינת ישראל, פ"ד מ"א 1 (1), אין מניעה תותר ההתערבות להצלת העובר. גם על החלטה זו לא הוגש ערעור וגם לא היה צורך בכך, כיון שהאשה ילדה זמן קצר לאחר מתן ההחלטה בלידה טבעית. מכל מקום, ברור, כי אין הלכה מחייבת במשפט הישראלי ככל שהדבר נוגע לזכות עובר להיוולד. ראה עוד בהקשר לשאלה אם לילד עובר דברים שנאמרו ביום עיון מטעם האגודה לרפואה ולמשפט: "האם לילד עובר שאמו נפטרה?", רפואה ומשפט, גליון 21, נובמבר 9, 1999. לעומת זאת במשפט העברי ההלכה ברורה: יש להתערב וליילד את העובר כדי להצילו. ראה, שו"ת ציצן אליעזר, חלק י"ח, סימן ל; שו"ת שבט הלוי, חלק ו, אורח חיים, סימן כ"ז. הרי"א וולדינברג מנמק את גישתו הוראה המתירה לחלל שבת להצלת עובר המצוי ברחמה של נפטרת כנפסק בשולחן ערוך: "היושבת על המשבר ומתה, מביאין סכין בשבת אפילו דרך רשות הרבים וקורעים בטנה ומוציאים הולד שמא ימצא חי" (אורח חיים, סימן ש"ל, ה. וכך נפסק ברמב"ם, שבת ב, ט"ו. מקור הדברים בסוגית הגמרא בערך ז, א). אם בשבת כן, בימות החול לא כל שכן. עוד מדמה ה"א וולדינברג את העובר בן שבעת החדשים המצוי ברחמה של נושאת הריון שנפטרה, לחי שאינו יכול לצאת בשל הדלת הגעולה בפניו. לפיכך, חייבים להצילו - כשם שחייבים להציל כל אדם הנתון בסכנה - באופן בלתי תלוי בהסכמת החולה או אפוסטרופסיו (רמב"ן, תורת האדם, מ"ב. השווה תוס' נדה מ"ד, ד"ה: "איהו"). הר"ש וזנר מבסס את פסיקתו על ההתקדמות הגדולה בטכנולוגיה הרפואית המאפשרת לקבוע בודאות את מיתת האם.

פרופ' ברק מתחבט בשאלה אדם - ממת. לאמור, מהו המועד שממנו מכיר המשפט באדם כנושא זכויות¹⁰⁷. לדעתו, הדרך הראויה היא לנתח כל זכות אדם בנפרד, תוך בחינה אם התכלית העומדת ביסודה משתרעת גם לעניינו של העובר¹⁰⁸.

הרציונל העומד ביסוד ההגנה על חיי אדם הוא ההכרה בקדושתם. חיי אדם הוכרו כערך עליון בסולם הערכים של מדינת ישראל¹⁰⁹ וקדושתם הינה מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה¹¹⁰. הנסיון לפרוט את קדושתם, לאבחנם ולסווגם על פי אמות מידה שונות, ותהא חשיבותם אשר תהא, תהפוך את החיים מערך עליון לערך יחסי¹¹¹. אשר על כן, שמירה על חיי העובר והקניית הגנה עליהם, למעט המקרים שהותרו בחוק¹¹², תבטא את השקפת החברה בדבר חשיבותם¹¹³. זילות חיי אדם הינה, לדעתנו, תכלית ראויה להגנה מפניה, תכלית היכולה להשתרע גם לעניינו של העובר¹¹⁴.

לפיכך, כאשר העובר מסכן את חיי אמו ואין אפשרות לקיים את חיי שניהם¹¹⁵ - חיי האם קודמים. זכות העובר להיוולד נדחית בפני זכות האם לחיות. במתח שבין חיים עתידיים לחיים

- 107 א. ברק, פרשנות חוקתית, חלק שלישי, 436.
- 108 פרופ' ברק מזכיר בהקשר זה את שתי גישות. את הגישה השלטת בכמה "מדינות נאורות" כמו קנדה המעניקות הגנה חוקתית ל"כל אדם" (everyone), למעט עובר שאיננו נהנה מזכויות אדם עד להינתקות מאמו. הגישה האחרת מקובלת בגרמניה, בה נפסק כי ההגנה קבועה בחוק יסוד ומוענקת "לכל אחד" (Jeder) לרבות עובר ובכך נשללת הזכות מנושאת ההריון לבצע הפלה כרצונה. ברק, לעיל הערה 107, ליד ה"ש 208 - 210.
- 109 ע"א 461/62 צים נ. מויאר, פד"י י"ז 1319 (2); ע"א 480/85 קורטאם נ. מדינת ישראל, פד"י מ (3) 673.
- 110 פרשת צים, לעיל הערה 109 בעמ' 1337. בית המשפט חוזר על הדברים ומביאם בע"א 2495/92 בן לולו נ. ארש, פד"י נ"א (1) 577, 590.
- 111 יוער, כי נקטנו במונחים "ערך עליון" ו"יחסי" להבדיל מ"מוחלט" בעקבות הכרת מערכת המשפט בזכות הפרטיות ובדוקטרינת ה"הסכמה המודעת". הכרה זו פירושה כי אין חובה לקיים ולשמר חיים בכל תנאי ובכל מצב. בכך הפכו חיי אדם, בין שגורה בזהה ובין שלא נודה בכך לערך יחסי. כוונתנו במונחים אלה לבטא את היחס לחיי אדם כאשר ה"ערך העליון" הוא השמירה על חיי אדם למעט במקרים שהחוק מתיר להימנע משמירתם, לעומת ה"יחסי" שהוא מתן ההחלטה בידי הפרט. ראה, ה"פ (ת"א) 1141/90 אייל נ. ד"ר וילנסקי ואח', פס"מ תשנ"א (187 (3); ה"פ (ת"א) 759/92 צדוק ואח' נ. בית האלה בע"מ ואח', פס"מ תשנ"ב (2) 485; ה"פ (ת"א) 498/93 צעדי ואח' נ. קופת חולים ומדינת ישראל, (לא פורסם); ת.א (ת"א) 998/93 רודני נ. קופת חולים (לא פורסם).
- 112 אנו סבורים, כי עקרון קדושת החיים משמעו שלחיי אדם מרגע יצירתו יש ערך אינסופי שאינו ניתן לחלוקה. הווה אומר, לענין הצלה - חיי הכל, לרבות עובר, שווים.
- 113 מעניינת בהקשר זה גישתו של פרופ' ליבוויץ (לעיל הערה 79) הסובר, שזכותו של אדם לחיות איננה על בסיס רציונלי, "זהו פוסטולט המקובל עלינו. מדוע? משום שקבלנוהו עלינו, וזהו סוד תקפותו. אסור ליטול חיינו של אדם משום שאנחנו מכירים שאסור ליטול חיינו של אדם. בו ברגע שאני מציג את השאלה מדוע אסור ליטול חיינו של אדם? - פג תוקפו של האיסור הזה, משום שאיננו ניתן להנמקה. עקרונות ערכיים יסודיים, עצם מושגי הטוב והרע, החיוב והאיסור, אינם מעוגנים במציאות כלל ואינם ניתנים לביסוס רציונלי, אלא תוקפם נובע מהסכמת בני אדם, והסכמה זו אינה מחוייבת המציאות ולא מחוייבת ההגיון, אלא נובעת מרצוננו לקיים את העקרון הזה".
- 114 ראה עוד לענין זה ל. שלף, "בין קדושת האדם לכבוד האדם - על ייסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי", משפטים כ"ד (תשנ"ד), 207.
- 115 לפי המשפט העברי רק ביושבת על המשבר. ראה, אהלות פרק ז' משנה ז'.

עכשויים (של נושאת ההריון) – נוטה הכף לטובת החיים העכשויים ללא קשר לשאלת תחילת החיים. אולם, כשאין העובר מסכן את חיי אמו, הרי לדעת הסבורים שחיי אדם מתחילים בשעת ההפריה, ושהתפתחות העובר הוא תהליך המשכי אחד, ראוי העובר להגנת הדין מפני הפסקת התפתחותו. הרציונל העומד ביסוד העדפה זו הוא, שכל עוד חיי העובר עומדים בפני עצמם – שווים הם לחייו של כל אדם. אולם כאשר חיי עובר מתנגשים עם חיי אחר/ת ולא ניתן לקיים חיי שניהם, כי אז בהשוואה לחיים קיימים, בתנאים ובנסיבות מסויימים ומוגדרים – יידחו חיי העובר¹¹⁶.

1. סוף דבר

מטרתו של מאמר זה היתה להעלות לדיון את השלכותיה של פרוצדורה רפואית חדשנית ההולכת ומשתכללת לקראת הפיכתה לשיטת טיפול: שימוש בריקמת עובר לצורך השתלתה. פרוצדורה זו הכרוכה בהפסקת הריון מכוונת, לעתים הריון שנוצר במכוון למטרה זו, תגלגל בעתיד הקרוב ביותר לפיתחה של מערכת המשפט את אחת הבעיות היותר קשות: האם להתיר פגיעה בעובר להצלת חייו, או שיפור איכות חייו, של חולה שניתן להצילו באברי העובר המופל. ייחודו של התהליך בהחלטה רצונית, בשיתוף הרופאים, להפסיק הריון תקין המתפתח על מנת להשתמש ברקמת העובר להצלת חיים או שיפור איכותם. לכאורה, לא הרי הריון הנוצר מלכתחילה על מנת להפסיקו על פי בחירה כהריון הנוצר להרחבת המשפחה. דא עקא, אין המדובר בהחלטה על הפסקת הריון תקין בלבד, החלטה הנתונה בידי נושאת ההריון, אלא בהמתת עובר ושימוש באבריו. על כן, סבורים אנו שאין הפתרון יכול להימצא בהחלטה שהיא פרי איזון בין אינטרסים מתחרים, אלא במהפך חשיבתי ובאימוץ הגדרות חדשות כתוצאה מחשיבה מחודשת. כך למשל, חשיבה כזו יכול שתקבע כי בגיל הריון הרלבנטי להשתלה אין להתייחס לעובר המופל כאל ישות עצמאית, אלא כאל רקמה מגוף אמו ההרה. מסופקים אנו אם ניתן להגן על קביעה שכזו, אך היא תנאי להפסקת הריון מכוונת לצורך שימוש באברי העובר המופל.

מודעים אנו לזכותה של אשה על גופה וכפועל יוצא מכך לזכותה להפסיק הריון. איננו חולקים גם על זכותה, שהיא חובתה, להציל חיי קרובה. אך מכאן ועד התרת הפסקת הריון תקין להצלת חיי צד שהעובר אינו חב כלפיו חובה כלשהי המרחק גדול. איננו מקבלים את ההשקפה, כי עובר ברחם אמו כמוהו כשאר אבריה. מרגע היווצרותו חייבת מערכת המשפט להגן על זכותו של העובר להתפתח, למעט עובר שאובחן כפגום או כמסכן את חיי אמו. לכן, הפתרון האפשרי הוא נטילת שתלים ורקמות מעוברים שהופלו ספונטנית ונמצאו כשירים לכך.

116 חשוב להדגיש, כי ההכרעה לטובת חיי אדם איננה משום שחיי עובר אינם ראויים להגנה, אלא מפני שבאותם התנאים שלא ניתן לשמר את חיי שניהם – חייו של הנמצא מחוץ לרחם קודמים.