

דוחין נפש מפני נפש: מאת: דניאל סינקלר*

היבטים משפטיים והלכתיים בסוגיית הפרדת תאומים סיאמיים¹

1. הקדמה

נושא מאמר זה הוא פסק הדין מספטמבר 2000 של בית המשפט לערעורים באנגליה בעניין ניתוח להפרדת שתי תאומות סיאמיות שתוצאתו הישירה הנה מותה של אחת מהתאומות דקות ספרות לאחר ניתוח ההפרדה, כשללא ההפרדה היו צפויות שתיהן למות בפרק זמן של כשישה חודשים. בפסיקתו, דן בית המשפט בהגנת הצורך בהקשר של רצח, ויישם אותה במקרה זה על אף ההתנגדות המסורתית של המשפט המקובל להגנה זו. בית המשפט נעזר, בין היתר, גם בעמדת המשפט העברי לגבי הפרדת תאומים סיאמיים הכרוכה במותו של אחד מהם, כדי להגיע להחלטתו בפרשה זו. בראשית המאמר נערוך סקירה קצרה של תופעת התאומים הסיאמיים בהיסטוריה וברפואה ונעמוד על הגישה העקרונית של ההלכה היהודית לגבי תאומים אלה. נמשיך עם תיאור פרטי המקרה ופסק הדין של בית משפט קמא במחלקת המשפחה של ה-Court בלונדון, הן באשר לאלמנט של דיני המשפחה במקרה והן באשר לאספקט של המשפט הפלילי שהוא מעלה. בהמשך, נפנה להחלטה של בית המשפט לערעורים ונחלק את הדיון לשני חלקים. הפרק הרביעי יעסוק במבחן של "טובת הילד" והפרק שלאחריו יוקדש למשפט הפלילי ולהגנת הצורך. הפרק השישי יעסוק בעמדת המשפט העברי לגבי הפרדת תאומים סיאמיים והשימוש שנעשה בעמדה זו בפסק הדין של בית המשפט לערעורים. הפרק השביעי יסכם את המאמר וידון בהתייחסות בתי המשפט למשפט העברי בשאלות של חיים ומוות.

2. תאומים סיאמיים ברפואה, בהיסטוריה ובהלכה היהודית

כשביצית אחת מופרית ומתחלקת לשני עוברים התוצאה היא תאומים זהים. אולם, במספר קטן מאוד של מקרים - והסיבה לכך עדיין אינה ברורה - חלוקה זו אינה מתבצעת בשלמות, והעוברים נשארים מחוברים. התוצאה היא תאומים סיאמיים. ההסתברות ללידת תאומים כאלה היא אחת לחמישים אלף לידות. רובם נולדים ללא רוח חיים או מתים סמוך ללידה. מעטים הם השורדים משך שנה שלמה².

* פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. ברצוני להודות לחבר מערכת כתב המשפט, מר נועם חנוכה, על עזרתו הנאמנה בהכנת המאמר לפרסום. המאמר מבוסס על הרצאתי בכנס בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן בנובמבר 2001. תודתי לפרופ' א' אנקר ולפרופ' א' וסטרייך, ממארגני הסקס.

הפרדת תאומים סיאמיים על ידי ניתוח התחילה בסוף המאה ה-17 אך ניתוחים קדומים אלה נכשלו והתאומים נפטרו³. ההפרדה המוצלחת הראשונה של תאומים ללא איבר חיוני משותף, בוצעה באנגליה בשנת 1912⁴. בעיה מיוחדת הנה תאומים בעלי איבר חיוני משותף, דוגמת לב משותף או שני לבבות כשאחד חלש מאוד ולמעשה רק הלב השני מספק דם לשניהם. ללא הפרדה, לא ישרדו תאומים כאלה יותר מתשעה חודשים, אולם, מחיר ההפרדה הוא מותו של תאום אחד. מכל מקום, הניסיונות להפריד תאומים כאלה לא עלו יפה ואף לא זכו לתשומת לב רבה⁵. המקרה הראשון שזכה למידה מסוימת של הצלחה ולתשומת לב רבה, הן מבחינה רפואית והן מבחינה מוסרית-משפטית, הוא המקרה בו הופרדו תאומות סיאמיות בפילדלפיה בשנת 1977 כפי שהוזכר בפרשת התאומות הסיאמיות⁶. מאז, בוצעו מספר ניתוחים כאלה הן בארצות-הברית והן באירופה אך לרוב, התאום שלמען הצלתו בוצע הניתוח נפטר גם הוא זמן מועט לאחר ההפרדה⁷.

השם "תאומים סיאמיים" לקוח מהתאומים המחוברים המפורסמים ביותר בעידן המודרני אנג (Eng) ושנג (Cheng) שנולדו בסיאם ב-1811, כשהם מחוברים באזור החזה ובעלי מערכת שלמה ועצמאית של איברים פנימיים וגפיים. הם נתגלו על ידי איש עסקים בריטי ב-1824 והוצגו בקרקס של P.T. Barnum באנגליה ובארצות-הברית. לבסוף, התיישבו במדינת צפון קרוליינה שבארצות-הברית ועסקו בחקלאות. בגיל 44 התחתנו עם שתי אחיות בריטיות בנות 26 ו-28. הנשים גרו בשני בתים שונים והתאומים החליפו בית מדי שבוע. לאנג היו שלושה ילדים ולשנג, חמישה, כולם ילדים נורמליים. האחים חיו עד 1874 ונפטרו בהפרש של שלוש שעות זה מזה.

קיימות עדויות היסטוריות לקיומם של תאומים מחוברים כבר מהמאה העשירית. באנגליה חיו תאומות מפורסמות, ה-Biddenden Maids, שנולדו בשנת 1100 כשהן מחוברות בכתפיים ובריכיים. הן נפטרו ב-1134. הן זכורות עד היום מאחר שבצוואתן, הורישו קרקעות רבות לכנסייה וציוו שההכנסות מהשכרתן תוקדשנה לחלוקת לחם וגבינה לעניים ועוגיות למבקרים באזור, בכל שנה, ביום הראשון של חג הפסחא. על העוגיות, ציוו, יש לצייר את דמויותיהן המחוברות ואכן כך נעשה.

ה"אחים הסקוטיים" היו אטרקציה גדולה בחצר המלוכה של מלך סקוטלנד, גיימס השלישי. תאומים סיאמיים אלה קיבלו חינוך מעולה; הם ידעו לנגן ושלטו במספר שפות⁸.

הכי מקרי שני בריאות כדכתיב: 'זכר ונקבה בראם'. לכן, על כל תאום - אילו היה יהודי - חלה חובת הנחת תפילין; כל תאום יורש את אביו וכל תאום זקוק לפדיון הבן אם יצאו מהרחם בלידה רגילה כשראשם תחילה. אולם, הוא נוטה לאסור עליהם נישואין מטעמי צניעות¹³.

יש לציין, שבמסורת היהודית קיימת התייחסות הלכתית ואגדית ענפה לתופעה של ילדים בעלי יותר מראש אחד, ועל אף שיש להבחין בין ילדים אלה ובין תאומים סיאמיים, פרשה ההלכה כי יש להתייחס לשני הראשים כאל שתי ישויות נפרדות¹⁴.



איור: עמרם פרת

1. המאמר ידון בעיקרו בפסק הדין של בית המשפט לערעורים באנגליה: *Re A (Children)* 2 WLR 480 [2001] (להלן: פרשת התאומות הסיאמיות).
2. ראו: J. Hanson "Incidence of Conjoined Twinning" 2 *Lancet* (1975) 1257; E. Potter & J. Craig *The Pathology of the Fetus and the Infant* (Chicago, 1995) 220. להעיר שמספר התאומות עולה בהרבה על מספר התאומים, לעניין זה ראו: L. Edmonds & P. Layde "Conjoined Twins in the United States, 1970-1977" 25 *Teratology* (1982) 302.
3. Hanson, *ibid*, at p. 178.
4. I. Aird "The Conjoined Twins of Kano" 1 *Brit. Medical J.* (1954) 832.
5. W. Riker & H. Traisman "Conjoined Twins: Reports of Three Cases" 126 *III. Medical J.* (1964) 450.
6. *Re A (Children)*, *supra* note 1, at p. 542. (להלן: עניין התאומות מפילדלפיה).
7. ראו: D. Thomasma "The Ethics of Caring for Conjoined Twins: The Lakeburg Twins" 26 *Hast. Center Rep.* (1996) 4.
8. G. Gould & W. Pyle *Anomalies and Curiosities of Medicine* (New-York, 1896) 172, 184.
9. הלכות קטנות א, רמה.
10. קהלת, א, ט.
11. תלמוד בבלי: עירובין, יח, א.
12. בראשית, ה, ב.
13. שו"ת שבות יעקב א, ד.
14. תלמוד בבלי: מנחות לו, א; ראו שו"ת חתם סופר, יורה דעה, רצד לגבי יישום העיקרון ההלכתי "יתור כנטול דמי" (איבר נוסף נחשב כאיבר חסר), לגבי אדם עם שני ראשים וביורור הלכתי בשאלה אם אדם כזה הוא טריפה או לא (ראו להלן הערות 63-65). לפי דעות פוסקים אחרונים רבים אין אדם בעל שני ראשים מוגדר כטריפה, ראו שו"ת אבני נזר, יורה דעה, שצט; חזון איש, מנחות מב, ד; נשמת אברהם, יורה דעה שה, יב, 3. לחומר אגדי יהודי בנושא זה, ראו י' זלוטניק "אנשים בעלי שני ראשים" סיני יט (תש"ו) 17.

תאומים סיאמיים זכו להתייחסות גם בספרות ההלכה. הרב יעקב חגיז, שחי בירושלים בסוף המאה ה-17, מספר ש"זכרוננו שראיתי במדינת איטליה גוי אחד כבן כ"ה שנה שנולד דבוק עם תאמו עד הטבור חזה כנגד חזה... נסתפקנו ההורגו מאי ואם מלין אותם". לפי הרב חגיז לו רצו להתגייר היה צורך לימול את שניהם, ומכאן נגזר, כי יש לראותם כשתי ישויות נפרדות ואין להרוג מי מהן⁹. בתחילת המאה ה-18, התפרסם ספר תשובות של הפוסק החשוב, רבי יעקב ריישר ממיץ, ובו דיון ארוך בנושא תאומים סיאמיים בהלכה. גם הרב ריישר מתייחס למקרה שראה, ומספר על "שני נערים גוים זכרים שדבוקים זה בזה... וכל אחד ואחד מהם היה לו כל איבריו וחושיו כמו שאר כל אדם... וקדקד ראשיהם דבוקים יחד... וכל אחד ואחד יונק ואוכל ושותה ומדבר וחושיו בפני עצמו והם כמו בני שנה ויותר". לפי הרב ריישר, "אין חדש תחת השמש"¹⁰, שכן תופעה זו נדונה כבר במקורות היהודיים במסורת תלמודית לפיה אדם וחווה נבראו מחוברים ממש כמו תאומים סיאמיים¹¹. מסורת זו נובעת מהפסוק בעניין בריאת אדם וחווה האומר: "זכר ונקבה בראם"¹², וההסבר התלמודי הוא שבתחילה, נבראו אדם וחווה יחד - "דיו פרצוף פנים היו לו לאדם הראשון" - ורק אחר כך, נפרדו. הרב ריישר מסכם ש"אף על פי שהיה דבוקים כל הגוף אפילו

לקבוע בוודאות אם תוכל לחיות חיים נורמליים בעתיד. יתרה מזאת, אין הם מסוגלים להרשות לעצמם, מבחינה כלכלית, לחיות באנגליה תקופה ארוכה ואף אין ברצונם למסור את ג'ודי לאימוץ. הטיפול בג'ודי עצמו מכוסה על ידי הביטוח הרפואי הלאומי של אנגליה על פי הסדר מיוחד בין מלטה, שהייתה פעם מושבה בריטית, ואנגליה. הרופאים משוכנעים שבאמצעות הניתוח ביכולתם לספק חיים סבירים לג'ודי. יש סיכוי טוב שהיא תלך בצורה נורמלית ושמערכות

ההפרשה והמין שלה תתפקדנה בצורה משביעת רצון. כמובן שלא ניתן לצפות מראש את התוצאה בצורה ודאית, ובהחלט אפשר שהתקדמותה תלווה בסדרה של ניתוחים וטיפולים מורכבים לטווח הארוך.

לאור סירוב ההורים להסכים לניתוח, פנו רופאי בית החולים שבו אושפזו התאומות למחלקה לדיני משפחה של ה-High Court, בבקשה לקבוע שההפרדה אכן חוקית על פי משפט אנגליה ולהתיר להם לבצע אותה גם בניגוד לרצון ההורים. בית משפט קמא החליט שאכן ההפרדה

היא חוקית ושיש לבצע אותה על אף התנגדות ההורים. הנימוקים העיקריים של השופט, שהובאו ונדונו בערעור, היו:

א. מבחינת דיני משפחה ותחום משפט הרפואה, על בית המשפט ליישם את המבחן של "טובת הילד". על פי מבחן זה, טובת ג'ודי היא לחיות וטובת מרי היא למות שכן אם תמשיך לחיות כשהיא מחוברת לאחותה היא תסבול, בין השאר, כתוצאה מההבדל הגדול בין התפתחותה והתפתחות אחותה. ג'ודי אקטיבית הרבה יותר והיא עשויה לגרום את מרי למקומות ולמצבים שאין היא רוצה או יכולה להיכנס אליהם או להתמודד עמם.

ב. במישור של המשפט הפלילי, הניתוח מותר שכן אין הוא מעשה אקטיבי. הוא דומה להפסקת טיפול רפואי של חולה חשוך מרפא על ידי ניתוק הצינור המספק לו מזון נוזלי. דבר זה מותר כשרופאיו מחליטים שהניתוק הוא לטובתו⁶¹. במקרה זה, מדובר בנימוק מרי מלבה של ג'ודי המספק לה דם מחומצן ולא ממכונת הנשמה מלאכותית או ממכשיר רפואי אחר אך העיקרון זהה. כיוון שהמשך האספקה אינו מטובתה של מרי, מותר לנתק אותה מג'ודי.

ההורים ביקשו רשות לערער לבית משפט לערעורים והרשות ניתנה.

בית המשפט לערעורים באנגליה התייחס למקרה באופן דומה ודחה לחלוטין כל הצעה לשלילת ההגנה של המשפט הפלילי מתאומים סיאמיים בטענה שאין הם נחשבים בגדר אדם אלא מפלצת - יצור שאינו בן אנוש. ההנחה שעליה מבוסס פסק הדין בפרשת התאומות הסיאמיות היא שתאומים אלה הם בני אדם לכל דבר, ולפיכך, מי שהורג תאום שכזה, ככוונה לשים קץ לחייו, עובר על איסור הרצח.



התאומים הסיאמיים, אנג'ושנג 1811 - 1874

3. המקרה באנגליה ופסק הדין של בית משפט קמא כפי שהוצג על ידי Lord Justice Ward⁶²

מרי (Mary) וג'ודי (Jodie) הן תאומות סיאמיות המחוברות בחלק התחתון של הבטן. לכל אחת מוח, לב, ריאות וגפיים משלה וכן האיברים הפנימיים החיוניים. קיימת אפשרות להפרידן על ידי ניתוח ארוך ומורכב אבל כתוצאה מניתוח זה, מרי, התאומה החלשה, תמות. לבה וריאותיה של מרי לקויים וחלשים ואינם

מסוגלים לספק די דם לגופה. גם מוחה אינו מפותח כמו זה של אחותה. למעשה, היא מקבלת את אספקת דמה מג'ודי שלבה וריאותיה מתפקדים בצורה נורמלית. לפי דעת המומחים, אילו נולדה מרי לבדה לא הייתה שורדת והייתה נפטרת מיד לאחר הלידה. היא חיה אך ורק בזכות העורק המשותף שלה עם ג'ודי המספק לה דם מלב אחותה. כריתת עורק זה, כך שיספק דם לג'ודי בלבד, מהווה חלק חשוב מההפרדה בין שתי התאומות. התוצאה הבלתי נמנעת של ההפרדה תהיה מותה של מרי דקות ספורות לאחר כריתת העורק המשותף.

רוב המומחים אף קובעים שללא הפרדה, תמותנה שתי התאומות בתוך כחצי שנה. ג'ודי תמות מאחר שלבה לא יוכל לשאת במאמץ של אספקת דם לשתי תינוקות מתפתחות ומרי תמות מאחר שאינה בעלת יכולת פיזית לשרוד בכוחות עצמה. חלק מהמומחים צופים לתאומות תוחלת חיים ארוכה יותר אך ישנה הסכמה שללא הפרדה אין לאף אחת מהן סיכוי של ממש לשרוד למשך זמן.

ההורים, המתנגדים להפרדה, הם תושבי אי קטן סמוך למלטה אשר הגיעו לאנגליה על מנת לקבל עזרה רפואית מתקדמת יותר מזו המוצעת במקום מגוריהם. התנגדותם העיקרית נובעת ממניעים דתיים. הם קתולים אדוקים, ולפי אמונתם אסור להרוג אדם אחד על מנת להציל אחר. לגישתם, הדרך הנכונה במצב הנוכחי היא להשאיר את הדבר בידי האל ולא להתערב - בבחינת "שב ואל תעשה". בנוסף, הם טוענים כי ההפרדה כלל אינה פשוטה וגם המומחים מסכימים שבהחלט קיימת אפשרות שג'ודי תהיה זקוקה לטיפולים רבים במשך השנים שלאחר הניתוח. כמו כן, לא ניתן

it than by choosing the lesser of the two evils and so finding the least detrimental alternative"²².

יישום מבחן זה מוביל למסקנה שיש לנתח כי ממילא מרי תמות והסיכוי היחיד לשרוד הוא של ג'ודי. בלשונו של Lord Justice Ward מרי היא "מיועדת למות" - על פי מטבע הלשון שהטביעו הרבנים שעסקו בעניין התאומות מפילדלפיה ב-1977 - ולכן האיזון נוטה לטובת ג'ודי²³ ויש לאשר את ההפרדה. נתייחס למושג של "מיועדות למות" - "designated for death" ולעניין התאומות מפילדלפיה והשימוש שנעשה בו על ידי בית המשפט לערעורים במקרה שלנו בפרק השישי להלן.

בהמשך החלטה זו לגבי היישום הנכון של מבחן "טובת הילד" במקרים כאלה, העיר בית המשפט שבמידה וההורים אינם מוכנים לעשות איזון כזה ולשים על כף המאזניים את הטוב הפוטנציאלי של מעשה מסוים לילד אחד והרע הפוטנציאלי של אותו המעשה לילד אחר, אזי הם מתרשלים במילוי חובותיהם כהורים. במקרה שכזה אין לעמוד מן הצד ולתת לגורל לפעול בצורה שרירותית. Lord Justice Ward נתן כדוגמה שני הורים הנמצאים בשערי מחנה ריכוז והם נדרשים לבחור בין שני ילדיהם²⁴. ילד אחד ישוחרר וילך לחופשי והאחר ייכנס למחנה וילך אל מותו. אם לא יחליטו, אזי שני הילדים ימותו. לדעת השופט, הורים רחמניים ומלאי אהבה לשני ילדיהם חייבים לבחור את הילד החזק יותר, המסוגל לשרוד בצורה טובה יותר, לשחררו ולא להניח לשניהם למות. עליהם לעמוד ולראות את הילד החלש יותר - המיועד למות - עובר דרך השער אל מותו²⁵.

15. פרשת התאומות הסיאמייות, לעיל הערה 1, בע' 507.

16. Airedale National Health Trust v. Bland (1993) 1 All E.R. 821.

17. פרשת התאומות הסיאמייות, לעיל הערה 1, בע' 512.

18. "The question is always whether the treatment would be worthwhile, not whether the patient's life would be worthwhile. Were one to engage in judgments of the latter sort, and to conclude that certain lives were not worth living, one would forfeit any principled basis for objecting to intentional killing". J. Keown "Restoring Moral and Intellectual Shape to the Law After Bland" 113 L. Q. Rev. (1997) 485 (הדגשות שלי - ד.ס.).

19. Children Act, 1989, ch. 1, §1: "When a court determines any question with respect to the upbringing of a child;... the child's welfare shall be the court's paramount consideration".

20. Re B (A Minor) (1981) 1 W.L.R. 1424 "in making the decision this court's first and paramount consideration is the welfare of this unhappy little baby".

21. Birmingham City Council v. H (A Minor) (1993) 1 F.L.R. 883.

22. פרשת התאומות הסיאמייות, לעיל הערה 1, בע' 525.

23. Ibid, at p. 529.

24. Ibid, ibid.

25. Ibid, ibid.

4. פסק הדין של בית המשפט לערעורים: מבחן "טובת הילד"

שלושת השופטים אשר ישבו בהרכב הסכימו פה אחד עם השופט קמא לפיו יש לראות כל תאומה כאדם נפרד ויש להימנע משימוש במונחים כגון "בריות משונות" או "מפלצות" בקשר לתאומים סיאמיים. גם בית המשפט לערעורים נעתר לבקשת הרופאים והחליט שהניתוח מותר על פי המשפט האנגלי ושיש לבצעו על אף התנגדות ההורים, אולם שופטי הערעור חלקו על נימוקי השופט קמא. לפי דעתם, בית משפט אינו צריך ליישם את המבחן של טובת הילד במקרים אלה על ידי החלטה המבוססת על איכות החיים של מרי. תפקיד בית המשפט במקרים טראגיים אלה מצומצם למתן תשובה לשאלה האם הטיפול הרפואי המוצע הוא לטובת מי שמקבל אותו אם לאו. בית המשפט לערעורים קבע כי השופט טעה כשהחליט שהניתוח הוא לטובת מרי בהתייחסו לאיכות חייה הירודה כשהיא מחוברת לג'ודי מאחר שהשאלה נוגעת לטיפול ולא לאיכות החיים¹⁸. ברור, שבנסיבות של המקרה שלנו לא תצמח למרי כל תועלת מהניתוח שכן דקות ספורות אחרי כריתת העורק היא תמות. היא לא תזכה ליהנות אף לרגע מהיפרדותה מאחותה. אין ההפרדה לטובתה ואין זה הנימוק להתרתה.

במישור המשפט הפלילי, קבעו שופטי הערעור שאכן הניתוח הוא מעשה ישיר המכוון להביא למותה של מרי. אין להשוותו עם המקרה של חולה חשוך מרפא המחובר לצינור המספק לו מזון נוזלי. בכלל, אין המדובר בהפסקת טיפול רפואי שכן מרי אינה מקבלת כל טיפול שכזה. הטבע קשר אותה עם לב אחותה והרופאים רוצים להתערב ולכרות את מקור חייה. אין ספק שמדובר במעשה של "הריגה בידיים".

למרות ביקורת זו אישרו שלושת שופטי הערעור את הניתוח. הכול הסכימו שהמבחן הרלוונטי על פי דיני המשפחה¹⁹ ודיני הרפואה והמשפט²⁰ הוא מבחן "טובת הילד", אך במקרה זה יש התנגשות בין טובת מרי לבין טובת ג'ודי. טובת מרי דורשת הימנעות מהניתוח; אין לטעון שהניתוח הוא לטובתה. טובת ג'ודי דורשת את קיומו של הניתוח. החלטת השופטים קבעה שיש לפעול על פי העיקרון של "הרע במיעוטו". יש לאזן בין הטובות הפוטנציאליות של שתי הילדות כתוצאה מהניתוח ולעשות את המעשה הכי פחות פוגעני כלפי שתיהן.

מבחן זה נמצא בפסק דין אחר של בית המשפט לערעורים שעסק באם ובבנה הקטינים. שם הייתה התנגשות בין טובת האם - קטינה אחת - ולטובת בנה - קטין אחר. בית המשפט החליט שם שכשמדובר ביותר מקטין אחד ובטובתו, כי אז יש לאזן בין הנזק הפוטנציאלי של האחד והטובה הפוטנציאלית של משנהו²¹.

מכאן, השופט קמא טעה בכך שהחליט שהניתוח הוא לטובת שתי הילדות בעוד שהאמת היא כי קיימת התנגשות מוחלטת בין שתי הטובות ויש לעשות איזון ביניהן ולבחור ברע במיעוטו:

"Given the conflict of duty, I can see no other way of dealing with

"I can conceive of no situation where it would be proper... to order a doctor, whether directly or indirectly, to treat a child in a manner contrary to his or her clinical judgment. I would go further. I find it difficult to conceive of a situation where it would be a proper exercise of the jurisdiction²⁹ to make an order positively requiring a doctor to adopt a particular course of treatment in relation to a child"³⁰.

נטייה זו חזקה במיוחד כשדעות ההורים מתנגשות עם דעות הרופאים בגלל אמונותיהם הדתיות. בפסק דין

שדן בבקשה של הורים יהודים דתיים באשר לטיפול הרפואי של ילדם החליט בית המשפט, בעקבות לורד Donaldson, שאין להכריח את הרופאים לקבלה:

"To follow the wishes of the parents would be tantamount to requiring the doctors to undertake a course of treatment which they are unwilling to do. The court could not consider making an order which would require them to do so"³¹.

פסק דין זה מצטרף לשורה של פסקים בהם מתעלמים בתי המשפט באנגליה מהשיקולים הדתיים והתרבותיים של הורים בהחלטותיהם לגבי הטיפול הרפואי בילדיהם. לדברי שני מלומדים אנגליים בתחום המשפט והרפואה, התעלמות זו מהווה פטרנליזם בוטה במקרה הטוב, ואימפריאליזם תרבותי במקרה הגרוע:

"That the values of the parents... are completely ignored is at best paternalistic and, at worst, culturally imperialistic"³².

מן הראוי לציין פסק דין אחר שנפסק באותה השנה, בפרשת Re T³³, במסגרתו אכן דחה בית המשפט לערעורים את דעת הרופאים וקיבל את עמדת ההורים. במקרה זה, סבל הילד ממחלה בכבד והיה זקוק להשתלת כבד כדי לשרוד. הרופאים תמכו בהשתלה אולם ההורים התנגדו בשל צערם וסבלו של הילד בטיפול קודם שנכשל. בית המשפט לערעורים ביטל את החלטת השופט קמא לטובת הרופאים שכן במקרה זה עבדו ההורים בתחום הרפואה, וקבע שאין לכפות החלטה על הורים שצריכים למלא תפקיד מרכזי בטיפול בילד לאחר ההשתלה ובמשך תקופה ארוכה של טיפול רפואי אינטנסיבי. לכאורה, ההבדל היחיד בין שני פסקי הדין הוא זה שבראשון שיקול ההורים הוא בעל אופי דתי, ובשני הוא בעל אופי רפואי. בראשון נוטה הכף לטובת הרופאים אך בשני, היא נוטה



ארכיון הארץ

יש להעיר שלטעמנו, דוגמה זו מביעה מידה מסוימת של אטימות רגשית מצד השופט ומסקנתו אינה נראית נכונה כלל במישור הרגשי. ברור שמטרתו היא למצוא טענה חזקה שעל פיה יש להתיר את ההפרדה אך קשה לקבל שהדרך הנכונה היא להפוך הורים שאינם מוכנים לעשות בחירה כדוגמת Sophie's Choice²⁶ לעבריינים. נראה כי עדיף לאפשר במקרים כגון אלה להורים להסתמך על העיקרון של "שב ואל תעשה"²⁷, דהיינו, מתן אפשרות של הימנעות מעשייה, אלא אם הם מוכנים לבחור באפשרות החלופית של ביצוע מעשה של בחירה במוט אחד הילדים.

מההחלטה בפרשת התאומות הסיאמיות, נראה כי החלטת ההורים שלא להסכים לניתוח נוגדת את העיקרון של טובת הילדים, שכן היא מתעלמת מהחובה להציל את ג'ודי, ולכן, אין לפעול בהתאם לרצונם. בית המשפט רשאי לבטל רצונם של הורים, אחרי ששקל אותו בכובד ראש והגיע למסקנה שרצונם אינו עולה בקנה אחד עם "טובת הילד". עיקרון זה נקבע במשפט האנגלי כבר בסוף המאה ה-19:

"In exercising the jurisdiction to control or to ignore the parental right, the court must act cautiously, not as if it were a private person acting with regard to his own child, and acting in opposition to the parent only when judicially satisfied that the welfare of the child requires that the parental right should be suspended or superseded"²⁸.
לגבי הדרישה לכבד את רצון ההורים, יש להעיר שבשאלות של טיפול רפואי בילדים, בתי משפט באנגליה נוטים לטובת הרופאים באופן ברור, והדבר עולה גם מדבריו של לורד Donaldson, נשיא בית המשפט לערעורים, כי אין הוא יכול לחשוב אף על מקרה אחד שבו מן הראוי הוא שבית משפט יתערב בשיפוטו הקליני של רופא:

הביקורת שהבאנו לעיל ישימה גם כאן. קשה לקבל קיומה של חובה על הורים להרוג ילד אחד על מנת להציל את השני הן מבחינה רגשית והן מבחינה משפטית. רשות - כן, אך חובה - ודאי שלא. גישה מקובלת יותר ותרומה חשובה לתורת המשפט הפלילי נמצאת בהחלטה של Lord Justice Brooke שהסתמך על הגנת הצורך (Necessity)³⁶. גישה זו אינה הופכת הורים שאינם מוכנים להחליט מי מבין ילדיהם ימות ומי יחיה לעבריינים, אך היא בהחלט מעניקה הגנה להורים וגם לרופאים המוכנים לעשות החלטה שכזו מתוך אמונה שהם פועלים מתוך מניעים מוסריים לחלוטין. להגנה זו מספר מובנים והמובן שמוזכר בפרשת התאומות הסיאמיות הוא הריגה או גרימת מותו של אדם בקור רוח יחסי, מתוך מטרה להציל חיים של אדם אחר. להגנה זו היסטוריה ארוכה ובתקופה שלפני מלחמת האזרחים האנגלית היא נזכרת כחלק מהמשפט המקובל על ידי המלומד הקלאסי ואיש המסורת המשפטית הרומית והקתולית Francis Bacon³⁷. לפי Bacon, הגנת הצורך קמה בעת גרימה ישירה למותו של אדם חף מפשע על ידי אדם אחר הפועל למען הצלת חייו או חיי אחרים³⁸. אולם, לאחר מלחמה זו ועליית הפרוטסטנטים האדוקים לשלטון שבאה בעקבותיה, נשמטה הגנה זו מספרי המשפט המקובל ולפי Matthew Hale אסור לאדם לשרוד על חשבון חיי אחר החף מפשע, אלא עליו לקבל את מותו ולא להרוג את השני כדי להציל את חייו³⁹. גם William Blackstone סובר שאין הגנת

לטובת ההורים. אם כן, המסקנה היא שלמרות שחלה נסיגה מהעמדה הנוקשה של לורד Donaldson לגבי המעמד המכריע של דעת הרופאים בעניין הטיפול הרפואי בילד לעומת דעת הוריו, שיקולים הוריים-דתיים עדיין לא זוכים להערכה רצינית על ידי בית המשפט. לענייננו, פרשת התאומות הסיאמיות ממשיכה את הקו של פסקים שבהם מעדיף בית המשפט את דעתם הקלינית של הרופאים המטפלים ודוחה את שיקוליהם ההוריים-דתיים של ההורים לגבי הטיפול הרפואי בילדם. יש לציין שגם במקרה הזה, תיוקק הילדה לטיפולים רבים לאחר הניתוח שבית המשפט כופה על ההורים. הטענה שהתקבלה בפרשת Re T לגבי התוצאה השלילית של כפיית טיפול רפואי על הורים, שיצטרכו לתמוך בילד באורח אינטנסיבי לאחר אותו הטיפול, לא נשמעה על ידי בית המשפט במקרה הנוכחי.

5. פרשת התאומות הסיאמיות: המשפט הפלילי והגנת הצורך

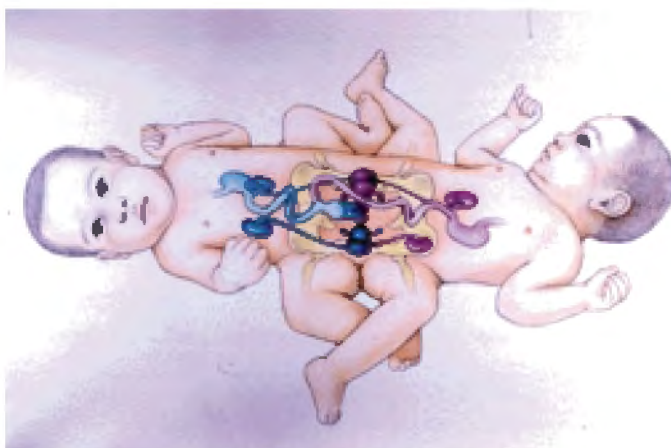
מובן ששום הצעה מעשית המבוססת על ניתוח ויישום של עקרון "טובת הילד" בדיני משפחה או בדיני משפט ורפואה אינה יכולה להצדיק מעשה פלילי. אם הריגת מרי על ידי כריתת העורק המשותף מהווה רצח או הריגה במשפט הפלילי אזי העובדה שהמניע של הרופאים המבצעים את הכריתה הוא טובת הילד אינה משחררת אותם מאחריות פלילית בגין עצם המעשה. לכאורה, כל האלמנטים הנדרשים ליצירת פשע נמצאים במקרה הנדון. בית המשפט קבע שכל תאומה היא אדם לכל דבר, ועל כן זכאית להגנה של המשפט הפלילי. כמו כן מקובל עליו שכריתת העורק אינה דומה להפסקת הטיפול הרפואי של חולה סופני מאחר שהיא מהווה התערבות פיזית ישירה מתוך כוונה להביא למותה של מרי. הרכיב החשוב ביצירת הפשע של רצח והריגה הוא הכוונה ולא המניע. ברגע שהוכח שהרופאים מבינים שהתוצאה הישירה של הכריתה היא מותה של מרי, ניתן לייחס להם את הכוונה להרוג, ובנסיבות מסוימות, אף לרצוח⁴⁰. בנסיבות המקרה הנדון, כוונה זו קיימת, ולכן לא תהיה כל סיבה שלא להאשימם בעבירה פלילית חמורה.

אולם, בית המשפט אישר את ההפרדה והשאלה היא על סמך מה אושר הניתוח? לפי Lord Justice Ward, ההחלטה מתבססת על ההיגיון לפיו במצב בו קיימות שתי חובות משפטיות שוות המתנגשות זו בזו, אין מנוס מלבחור את הרע במיעוטו. קיימת חובה שלא להרוג את מרי. קיימת גם חובה שלא להרוג את ג'ודי, והשופט הדגיש שניתן להרוג גם על ידי מחדל במידה והנאשם מודע לכך שעל ידי מחדלו הוא יגרום למותו של הקרבן. ההתנגשות כאן היא משפטית טהורה ולא בין המשפט לבין המוסר. לדעת השופט Ward אי-התערבות למען הצלת חייה של ג'ודי מהווה פשע, על אף שלמעשה, לא היו מגישים כתב אישום נגד רופאים שנקלעו למצב כזה⁴¹. כמו כן טען השופט שבחירה בהצלת חיי ג'ודי אינה פוגעת בעקרון קדושת החיים, שכן מרי תמות ממילא והחיים הבלעדיים שניתן להגן עליהם בצורה משמעותית במקרה זה הם חייה של ג'ודי.

26. S. William Sophie's Choice (Toronto, 1983).
 27. ראו מ' אלון המשפט העברי (תשנ"ב, כרך א) 414.
 28. R. v. Gyngall (1893) 2 Q.B. 232.
 29. הכוונה היא לסמכות ה-Parens Patriae של בתי המשפט באנגליה להגן על האינטרסים של החלשים בחברה כגון ילדים וחולי נפש.
 30. Re J 2 (A Minor) (1992) 2 F.L.R. 165, 172.
 31. Re C (A Minor) (1997) 40 B.M.L.R. 31, 37.
 32. J. Mason & R.M. Smith Law and Medical Ethics (London, 5th ed., 1999) 251.
 33. Re T (A Minor) (1997) 1 All E.R. 906 (להלן: פרשת Re T).
 34. ראו: R. v. Hyam (1975) A.C. 55, 74; R. v. Woolin (1999) 1 A.C. 82, 96.
 35. פרשת התאומות הסיאמיות, לעיל הערה 1, בע' 531.
 36. Ibid, at p. 552.
 37. ראו: D. Coquillette The Anglo-American Legal Heritage (Durham, 1999) 311-361.
 38. "Necessitas inducit privilegium quoad jura privata". F. Bacon Elements of the Common Laws of England (1630) cited by J. Coleridge in R. v. Dudley and Thomas (1884) 14 Q.B.D. 273, 285. מעניין לציין שאותו רעיון מופיע אצל Hobbes שהיה, בין השאר, גם מזכירו של Bacon ראו: Leviathan 2:27, 160.
 39. "If a man be desperately assaulted and in peril of death and cannot otherwise escape, unless... he will kill an innocent person then present,... he ought rather to die himself, than kill an innocent" (Pleas of the Crown (1736) 1:51).

האנגלי באותם הימים, שופט שמצא אדם אשם ברצח היה מוכרח לגזור עליו עונש מוות. ואכן לורד Coleridge ציווה כי Dudley ו־Stephens ייתלו עד צאת נשימתם האחרונה. אולם, מיד עם סיום המשפט, חננה אותם המלכה ויקטוריה, צעד שהיה צפוי לאור האהדה הציבורית למלחים שגברה ככל שהמשפט נמשך שכן אנשים רבים שאלו עצמם מה היו הם עושים אילו נקלעו למצב דומה. יש לציין שהנאשמים כבר בילו שישה חודשים בבית סוהר לפני המשפט ותקופה זו נראתה כעונש מספק בנסיבות המיוחדות של המעשה. פסק הדין בעניין **Dudley and Stephens** המשיך להוות תקדים, והכלל שאין להכיר בצורך כהגנה לרצח יושם ב־1987 על ידי בית הלורדים בפסק הדין **R. v. Howe**.⁴⁶ בפסק דין זה ביקר לורד Hailsham את גישת Bacon וחלק על פסק דין דרום אפריקאי - **S. v. Goliath**⁴⁷ שהכיר בהגנת הצורך לגבי רצח. לורד Hailsham העיר שפסק הדין מדרום אפריקה התבסס על משפט רומי־הולנדי, ולכן אין להסתמך עליו כתקדים במשפט המקובל. הוא גם הסביר שבאותם מקרים בודדים שבהם נימוקי של לורד Coleridge לדחיית הגנת הצורך אינם רלוונטיים, יש להסתמך על הפתרון החוץ משפטי של החנינה. לדעתו, זה הפתרון הנובע מעקרון קדושת חיי האדם וכל הקלה ברצח והריגה עלולה לפגוע בערך חברתי בסיסי זה.

כדי להגיע למסקנה שאכן יש ליישם את הגנת הצורך במקרה של מרי וג'ודי, הצביע Lord Justice Brooke על מספר הצעות של ה־Law Commission בשנים האחרונות להכיר בהגנת הצורך; על דעותיהם של מספר מלומדים במשפט המקובל התומכים בהכרה בהגנה זו במשפט האנגלי ובחוות הדעת הרבנית שפורסמה במקרה של **התאומות מפילדלפיה**. כבר ב־1985 הציעה ה־Law Commission להכיר בהגנת הצורך במשפט המקובל בתור הגנה במקרים חריגים כשהריגת אדם אחד תביא להצלת הרבים.⁴⁸ בשנת 1993 התייחסה ה־Law Commission להקשר הרפואי ולגישתה, אכן קיימים מצבים בהם רשאי רופא להפעיל את הערכתו המקצועית על מנת להחליט על מותו של אחד בכדי להציל את חיי האחר במקרים בהם ימותו שניהם ממילא אם לא ייעשה דבר.⁴⁹ הדעה האקדמית העיקרית שצוטטה על ידי השופט Brookes וגם על ידי עמיתיו התייחסה למקרה של מעבורת שטבעה בים הצפוני ב־1987.⁵⁰ באותו מקרה, הצליחו מספר נוסעים לשרוד במים הקרים של הים הצפוני וחיכו לעלות בסולם כדי להגיע למקום בטוח. צעיר אחד שכבר עלה בסולם חסם את דרכם. הוא היה משותק מקור ומפחד, ולא היה מסוגל לזוז. לבסוף, אחד מהנוסעים דחף אותו לים



הצורך קמה במקרה שאדם הורג כדי להציל את עצמו או אחרים על חשבון חייו של אדם אחר החף מפשע.⁴⁰ יש מקום לחקור את הסיבות להתפתחות זו. ייתכן שהיא תוצאה של דחיית המורשת הרומית־קתולית על ידי הפרוטסטנטים שוחרי המשפט המקובל הטהור בסגנונו של Edward Coke⁴¹ והסלידה הפרוטסטנטית מהחשיבה המורכבת והמתוחכמת מדי של הקזואיסטיקים הקתוליים.⁴² סיבה נוספת עשויה להיות התגובה הנגדית לרעיון "חוק הטבע" (Natural Law) שהובא על ידי Bacon על מנת לבסס את טענתו בעניין הגנת הצורך. ברם, נושא זה חורג מגבולות נושא מאמר זה ולכן נסתפק בהגנת השאלה בלבד. מכל מקום, המסקנה היא שמאז מלחמת האזרחים ואילך, לא נראה שיש מקום במשפט הפילי האנגלי להגנת הצורך במובן ששופטי בית המשפט לערעורים מנסים ליישם אותו בפרשת התאומות הסיאמיים.

מסקנה זו מתחזקת לאור התקדים המנחה בתחום זה מהמאה ה־19, הלא הוא פסק הדין המפורסם **R. v. Dudley and Stephens**. במקרה זה, ספינה שהייתה בדרכה מאנגליה לאוסטרליה טבעה בלב ים ושלושה מלחים ונער סיפון הצליחו להיכנס לסירת ההצלה ולשרוד מספר ימים בלב האוקיינוס. כיוון שלא היו מים לשתות או מזון לאכול הרגו שני הנאשמים את נער הסיפון, שתו את דמו ואכלו את בשרו על מנת לשרוד. לא עברו ימים רבים עד שספינה שנקרתה למקום הצילה אותם. כשהגיעו לאנגליה, הואשמו ברצח ובמשפט מיוחד בלונדון קבע הלורד Coleridge שאין להצדיק את מעשיהם בעזרת הגנת הצורך. הנימוקים שהציג לדחיית ההגנה היו היעדר הצורך במקרה זה, דהיינו, לא הייתה כל סיבה אובייקטיבית להרוג את הנער. הנימוק השני היה חששו מפני ההשפעה השלילית של ההכרה בהגנה זו על מוסר הציבור. לדעתו, יש לחזק את ערך חיי האדם ככל הניתן ומסר מבית המשפט לפיו יש מצבים בהם יכול אדם להחליט שאחר ימות כדי להציל את חייו או את חייהם של אחרים - עלול לפגוע קשות במוסר הציבורי. סיפורו של פסק דין זה מרתק מבחינת היחס בין המוסר של הממסד הוויקטוריאני, מנהגי המלחים במצבים קשים כמו זה שבמקרה הנדון ופעולת מערכת

המשפט באנגליה באותם הימים, אך לא כאן המקום להיכנס לנושא זה.⁴⁴ השורה התחתונה לענייננו היא שבת המשפט דחה את הגנת הצורך בהקשר של רצח. במשפט הקולע של השופט Cardozo, נקבע שהמשפט המקובל אינו מכיר בעיקרון של "Human Jettison" (השלכת מטען אנושי לים) במקרים כאלה.⁴⁵ על פי המשפט הפילי

לענייני משפחה בפילדלפיה תמכו בהחלטתו⁵³ והפרדה בוצעה; התאומה החלשה נפטרה מיד והשנייה כחודש וחצי לאחר מכן עקב מחלת צהבת B שקיבלה כתוצאה מעירוי דם.

טרם הסכמת ההורים לניתוח פנו ההורים אל הרב משה פיינשטיין כדי לקבל פסק הלכה לגבי ההפרדה⁵⁴ ומסקנתו הייתה שהניתוח מותר⁵⁵. למרות היעדר תשובה של הרב פיינשטיין עצמו, ניתן ללמוד על הנימוקים להפרדה ממאמר שנכתב על המקרה על ידי פרופסור למשפטים מאוניברסיטת בוסטון שעליהם לטענתו, הסתמכו "חכמי ההלכה" שהיו מעורבים בפרשה⁵⁶. הנימוק הראשון הוא המקרה התלמודי של הנוסעים היהודיים שאוימו על ידי גויים שאם לא ימסרו את אחד מהם כדי שיוצא להורג על ידם אזי ייהרגו כולם. אם הגויים המאיימים על הנוסעים בחרו באדם ספציפי אזי מותר למסרו מאחר והוא "מיועד למות"⁵⁷. בגזירה שווה, התאומה שאינה מסוגלת לשרוד היא ה"מיועדת למות" ולכן יש להפרידן ולגרום למותה.

והוא טבע. הקבוצה ניצלה הודות למעשה זה של דחיפת הצעיר שכן כל רגע בקור העז של המים סיכן את חיי כולם. שני נימוקים ניתנו כדי להבחין בין מקרה זה ובין עניין *Dudley and Stephens*. במקרה זה אכן הייתה סיבה אובייקטיבית לגרום למותו דווקא של הצעיר ולא של בן קבוצה אחר. כמו כן הוא היווה איום - בלי כוונה כמובן - על הקבוצה כולה בצורה ישירה בניגוד לנער הסיפון בעניין *Dudley and Stephens*. הדעה האקדמית לגבי מעשה זה הייתה שיש להפעיל את הגנת הצורך לטובת הדוחף על פי המשפט המקובל⁵⁸. השופט *Brookes* וגם השופט *Ward* הביאו את המושג של "מיועדות למות" כפי שיושם בפרשת התאומות מפילדלפיה, ולשימוש הזה בהלכה היהודית נקדיש את החלק הבא.

6. הפרדת התאומות הסיאמיות בפילדלפיה ב-1977 ועמדת ההלכה היהודית

עמדת ההלכה היהודית בסוגיה זו באה לידי ביטוי במקרה שאירע בפילדלפיה בשנת 1977. נתחיל עם תיאור המקרה ולאחר מכן ננתח את המצב ההלכתי. יש לציין, שעל אף האופי המודרני המובהק של המקרה - הפרדה מוצלחת של תאומים סיאמיים, המחוברים באופן דומה, בדרך של ניתוח, כמעט ולא בוצעה עד למקרה התאומות מפילדלפיה - למשפט העברי יש תשובה מתוככמת לבעיה המוסרית העולה ממנו. דבר זה אינו צריך להפתיע, שכן בדומה למערכות דתיות אחרות, המשפט העברי הוא מערכת עתיקה עם אוצר עשיר של עקרונות ברמות שונות, והיסטוריה ארוכה של חשיבה קזואליסטית, במיוחד בתחום של שאלות הנוגעות לחיים ולמוות. אוצר בלום זה עומד לרשותו של פוסק ההלכה כשהוא בא לפתור מקרה מודרני הנוצר על ידי ההתפתחויות החדשות ביותר בתחומי המדע והרפואה.

פרטי המקרה הם כדלקמן: שתי תאומות ננות להורים יהודים אורתודוקסים, תושבי העיר לייקווד במדינת ניו-ג'רסי, נולדו מחוברות באזור החזה. לבותיהן של האחיות היו מחוברים ובעוד לב אחד תפקד בצורה נורמלית היה השני פרימיטיבי ובעל שני חדרים בלבד. כמובן, שלב של שני חדרים בלבד אינו יכול לספק את הצרכים של אף אחת מהתאומות והלב הבריא עבד תחת עומס מוגבר שכן היה עליו לספק דם לשתי האחיות. הרופא, ד"ר *Everett Koop*, שבבוא הזמן מונה לתפקיד *Surgeon General* של ארצות הברית על ידי הנשיא רייגן, קבע שבלא הפרדה תמותנה שתי התאומות בעוד כתשעה חודשים, ולכן הציע להפריד את האחיות על ידי ניתוח. כמובן, שברגע שההפרדה תבוצע, בעלת הלב הקטן תמות. ד"ר *Koop* קבע שבהחלט ניתן לשייך את הלבבות לשתי האחיות ולזהות בבירור מי מהן בעלת הלב הנורמלי ומי היא בעלת הלב הקטן⁵². ד"ר *Koop* הציע להקריב את בעלת הלב הקטן על מנת להציל את בעלת הלב המתפקד. אחרי קבלת הסכמת ההורים, בעקבות חוות דעת הלכתית לטיפול, פנה הרופא לבית המשפט על מנת לזכות בחסינות פלילית למעשיו ושלושת שופטי בית המשפט

40. Commentaries on the Laws of England (1857) 4, 28.
 41. היריבות בין *Bacon* ו-*Coke* הייתה מרה וקשה והרסה גם את החיים האישיים וגם את החיים המקצועיים של שניהם, ראו: *D. Coquillette Francis Bacon* (Edinburgh, 1992) 221.
 42. ראו: *A. Jonsen & S. Toulmin The Abuse of Casuistry* (California, 1988) 278.
 43. *R. v. Dudley and Stephens, supra* note 38 (להלן: עניין *Dudley and Stephens*).
 44. ראו: *A. Simpson Cannibalism and the Common Law* (Chicago, 1984) 113.
 45. *B. Cardozo Law and Literature* (New-York, 1931) 113.
 46. *R. v. Howe* (1987) 1 A.C. 4171 (להלן: עניין *Howe*).
 47. *S. v. Goliath* (1972) 3 SA 1, 465, 480.
 48. ראו: 1, 177, Law Commission no. 1977, *A Criminal Code for England and Wales, 1989*, 45(c), 4(4).
 49. ראו: *Offences Against the Person and General Principles, 1993, Law Commission* no. 218, 35:6.
 50. פרשת התאומות הסיאמיות, לעיל הערה 1, בע' 562.
 51. ראו: *J. Smith Justification and Excuse in the Criminal Law* (London, 1989) 153-154; *A. Ashworth Principles of Criminal Law* (Oxford, 3rd ed., 1999) 77-78.
 52. יש מקום לפקפק בקביעה זו שכן ייתכן שמדובר בלב אחד בעל שישה חדרים. ראו: *D. Drake "The Twins Decision: One Must Die So One Can Live" Philadelphia Inquirer* 6/10/1977.
 53. יש לציין כי בקשתו התקבלה לאחר דיון קצר שארך דקות ספורות בלבד, ראו: *Drake, Ibid; G. Annas "Siamese Twins: Killing One To Save The Other" 17 Hast. Center Rep.* (1987) 27-28.
 54. בעניין תאומים סיאמיים בהלכה בכלל, ראו: *J.D. Bleich Bioethical Dilemmas* (Hoboken, 1998) 283.
 55. אם כי, אין לנו תשובה כתובה של הרב פיינשטיין עצמו בנדון; חתנו, ר' משה דוד טנדלר ניסה לשחזר את הפסק במאמרו "כשדוחין נפש מפני נפש" לתורה והוראה: ספר זיכרון (ניו-יורק, תשמ"ט) 114.
 56. *Annas, supra* note 53.
 57. תוספתא: תרומות, ז, כג; תלמוד ירושלמי: תרומות, ת, י (להלן: "מקרה הנוסעים"). ראו גם א' אנקר "רצח מתוך הכרח וצורך במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 162-168; *D. Daube Collaboration With Tyranny* (London, 1965).

הנבחר למות או הטריפה להריגה על ידי אחר. איך נוכל ללמוד שהוא הדין גם בהריגת מרי במישרין תוך כריתת העורק המשותף עם ג'ודי? כאן, נראה שמקרה "המצנח" הוא רלוונטי. הבעיטה היא מעשה ישיר והסיבה להתירו היא היות האדם השני רודף אחרי האדם הראשון. דין רודף רלוונטי במקרה שבו א' רודף את ב' בכוונה להורגו.⁶⁶ ג' העומד בצד רשאי להתערב ואף להרוג את א' אם זו הדרך היחידה למנוע ממנו מלבצע את זממו. הרמב"ם מבסס את ההיתר להרוג עובר המסכן את חיי אמו עד הלידה ועד בכלל על דין רודף.⁶⁹ מובן, שהשאלה המתבקשת היא כיצד יכול עובר להיות רודף והלא אין הוא מתכוון להרוג את אמו? התשובה המקובלת היא כי קיים "רודף אובייקטיבי" לגמרי וההצדקה להריגתו מבוססת גם על הצלת הנרדף וגם על נימוק נוסף.⁷⁰ במקרה של עובר, נימוק זה הוא כי במשפט העברי אין עובר נחשב לנפש אדם ואין עונש מוות בגין הריגתו.⁷¹ במובן שהעובר מסכן את אמו הוא רודף אובייקטיבי ועל כן יש להורגו כדי להציל את אמו שהנה "אדם" במלוא מובן המלה.

יש לציין שהרב אפרתי השתמש בהנמקה זו בפסק הנוזר לעיל במקרה "התינוק"⁷². אולם, כיוון שמדובר בתינוק ולא בעובר, יש מקום לשאול על נכונות יישום זה. לכאורה, חסר הדבר הנוסף הנדרש להתיר הריגת הרודף האובייקטיבי. אותה השאלה כמובן, מתעוררת גם במקרה של התאומות.

ברצוננו להציע פתרון לשני המקרים והוא שילוב הדין של מסירת האדם המיועד למות שמקורו במקרה "הנוסעים", עם המושג של רודף אובייקטיבי. במקרה "התינוק", בכייתו היא שהפכה אותו למי שמיועד למות וגם לרודף אובייקטיבי. במקרה שלנו, העובדה שמרי תמות בוודאות גמורה בפרק זמן של שנה הופכת אותה לטריפה ולשיטת הרב מאירי יש למסור טריפה כדי להציל שלם. דין רודף אובייקטיבי מלמד אותנו שניתן להרוג מאיים אובייקטיבי בידיים.

ניתן, אם כן, ניתן ליישם דין רודף בפרשת התאומות הסיאמיים מתוך שמרי היא טריפה ולכן בדומה לעובר המסכן את חיי אמו מותר להורגה כדי להציל את חיי אחותה. התוצאה של שילוב זה היא שיש להרוג את מרי מאחר שהיא המאיימת, ללא כוונה רעה, על קיומה של ג'ודי והן מאחר שללא הניתוח היא תמות בתוך שנה. אין ספק שהגורם החשוב בגישת ההלכה לנושא זה הוא המושג של אדם טריפה, דהיינו, אדם המיועד למות. ללא מושג זה, קשה ליישם את הנימוק של מקרה "הנוסעים" וגם את זה של דין הרודף. נראה שניתוח זה עמד בבסיס החלטת "חכמי ההלכה" שצוטטו על ידי פרופ' Annas ובסופו של דבר צדק בית המשפט לערעורים בהיעזרותו בעיקרון של "מיועד למות" בתור עיקרון הלכתי המתאים למצב של התאומות.

לסיכום חלק זה, יש לומר שלחכמי ההלכה תפקיד חשוב בהחזרת גישת Bacon לחיק המשפט המקובל, לפחות בעניין הגנת הצורך במקרה של רצח ובנסיבות הספציפיות של פרשת התאומות הסיאמיים בפסק דין זה.

הנימוק השני הוא המקרה של אדם שקפץ ממטוס בוער והמצנח שלו נפתח. אחריו קפץ אדם אחר אך מצנחו לא נפתח.⁵⁸ האדם השני הצליח להחזיק בגולו של הראשון. מצנח אחד אינו מסוגל לשאת שני אנשים ושניהם ימותו כשיגיעו לקרקע. לפי ההלכה, מותר לראשון לבעוט בשני ולגרום לו ליפול למותו. נראה שההסבר להיתר היא העובדה שהאדם השני הוא "מיועד למות". כך גם בפרשת התאומות הסיאמיים, זו שלבה חלש מדי מכדי להחזיקה בחיים "מיועדת למות" וניתן לגרום למותה על ידי ההפרדה.

מבחינת ההלכה, שני הנימוקים הללו זקוקים להבהרות מסוימות לפני שניתן ליישם אותם בפרשת התאומות הסיאמיים. לגבי הנימוק הראשון (מקרה "הנוסעים") נפסק על ידי הרמב"ם שבחירת הקרבן על ידי הגויים אינה מספיקה ותותר רק אם חייב במיתה עובר פשע שביצע.⁵⁹ בלא עבר פלילי זה אין למסור אדם אפילו אם הוא "מיועד למות".⁶⁰ מובן, שחיוב כזה אינו יכול להיות רלוונטי לגבי התאומות ולכן קיים קושי ליישם נימוק זה בפרשת התאומות הסיאמיים.

תשובה אחת לקושייה זו ניתנה על ידי הרב שמעון אפרתי, שכתב פסק הלכה בעניין מקרה טראגי שארע בשואה.⁶¹ במקרה זה הסתתרה קבוצה של יהודים בבונקר תתי-קרקעי בזמן טיהור אחת מהגטאות של מזרח אירופה. המסתתרים שמעו חיילים גרמנים צועדים מעליהם ובאותו רגע, התחיל תינוק לבכות. מיד דחף אביו סמרטוט לתוך פיו כדי להשתיקו ולמנוע את גילוי של מקום המחבוא. כשהאיום עבר הוצא הסמרטוט מפי התינוק, ונמצא שהוא מת כתוצאה מחניקה. הרב אפרתי חידד את דברי הרמב"ם וטען שאם עונש המוות נגזר על ידי המציאות, היינו, אין שום סיכוי שהאדם הנבחר יוכל להימלט אם לא ימסרוהו, אזי נראה, כי גם הרמב"ם היה מסכים שמותר למסור.⁶²

גישה אחרת מבוססת על הפרשנות של הרב מנחם המאירי למקרה "הנוסעים" לפי הרב מאירי, אם בקבוצה יש טריפה (אדם הסובל ממחלה שבוודאות מוחלטת תגרום למותו תוך שנה) אזי יש למסורו על אף שהגויים לא בחרו בו ועל אף שאין הוא חייב מיתה בגין פשע חמור שביצע. נימוקו הוא "שהרי ההורגו [של אדם טריפה] פטור"⁶³ לפי ההלכה התלמודית. הרמב"ם מביא הלכה זו - אין עונש מוות על ידי בית דין של בשר ודם בגין הריגת טריפה.⁶⁴ הסיבה לכך היא שאדם כזה הוא "גברא קטילא" - אדם מת - ואין לדון את הורגו למותו בגין הריגת אדם מת.⁶⁵ מובן, שהשימוש בפטור זה מעונש מוות נעשה אך ורק במצב שיש להציל חיי אדם כגון במקרה "הנוסעים", ורק במקרה כזה ניתן להסתמך על הפטור ולמסור את הטריפה למותו.⁶⁶ בפרשת התאומות הסיאמיים, מרי היא טריפה שכן מותה הוודאי יתרחש בתוך פחות משנה ואין כל דרך רפואית ידועה להצילה. קיימת אפשרות להציל את ג'ודי על ידי הקרבת מרי, ונראה שגם הרמב"ם היה מסכים שבנסיבות אלה, על אף שאין מרי חייבת מיתה, יש ליישם את הפטור להורג טריפה מעונש מוות על ידי בית דין אנושי,⁶⁷ ולמסור את מרי למותה.

אולם, ניתוח זה של מקרה "הנוסעים", מתייחס אך ורק למסירת

העברי. בית המשפט הגיע למסקנה הנכונה על פי המשפט העברי אך, כפי שהראינו בגוף המאמר, הוא לא שם לב לבעיות העומדות לפני כל ניסיון הלכתי להגיע למקום שאליו הוא אכן הגיע, דהיינו, היתר הפרדה. כתוצאה מכך, איבד המשפט העברי מהמורכבות שלו בצורה שבה היא צוטטה בפסק דין זה. אולם, אין ביקורת זו מורידה מתורתו החשובה של המשפט העברי לפסק דין זה ובמיוחד לפתיחת המשפט המקובל לצורך לאמץ את הגנת הצורך לגבי שאלות קשות העולות בענייני חיים ומוות הדורשות פתרונות מורכבים מעין אלה שההלכה היהודית עוסקת בהם זה זמן רב ♦

יש להוסיף שבעיקרון, המצב במשפט הישראלי דומה למצב באנגליה. המונחים ומושגי היסוד של החקיקה הישראלית בנושא זה לקוחים מהמשפט המקובל ויש להבנים על פי אותה מערכת משפט⁷³. אפילו אם נטען שהמשפט הישראלי היה משתחרר מהמסורת של המשפט המקובל לגבי אי-הקמת הגנת הצורך לרצח, יש לציין שעל פי הגנת הצורך בחוק העונשין, ההגנה מושטת אך ורק כשהנאשם פעל בניגוד לחוק כדי להסיר איום "בשעת המעשה" על חייו⁷⁴. ניסוח זה מדגיש את האלמנט של הצלה מידית, המזוהה עם ההגנה הקלאסית של הגנה עצמית, ושאיננה שייכת למקרה שלנו, בו החליטו הרופאים לפעול לפני האיום האמיתי לחיי ג'ודי שכן רצו לפעול בזמן האופטימלי לביצוע הניתוח המורכב הזה ולא להתנתן עד שיהיה איום מדי על חייה!

7. סיכום

פסק הדין של בית המשפט לערעורים תורם רבות לשיקום הגנת הצורך במובנה הקלאסי במשפט המקובל. בית המשפט נטש את הקו הפשטני של עניין *Dudley and Stephens* הנוטה להרשיע ברצח תוך תקווה שהחנינה תפתור כל בעיה קשה. במיוחד בתחום הרפואה, אין לדבוק בהסדר כה בלתי משיביע רצון, הן מבחינה אנליטית והן מבחינה מקצועית⁷⁵. המציאות הרפואית המודרנית דורשת חשיבה מורכבת ודחיית תורות פשטניות גם לגבי שאלות של חיים ומוות. אין מקום היום לדבריו הפשטניים והקשים של הלורד Hailsham בעניין *Howe* נגד הגנת הצורך במשפט הפלילי, לפחות כל זמן שמשפט זה מתערב בנושאים רפואיים טרגיים כמו בפרשת התאומות הסיאמיות. בספרם על הקזואיסטיקה⁷⁶, טוענים המלומדים *Jonsen* ו-*Toulmin* שבעידן הרפואי המודרני לא ניתן להסתמך על עקרונות פשוטים שאינם מתייחסים בצורה עמוקה לנסיבות של כל מקרה ומקרה. לכן הם מציעים לאמץ את הקזואיסטיקה "הטובה" דווקא בתחום זה ואולי החלטה זו המסתמכת על החשיבה המורכבת והמעוגנת במקרה הספציפי העומד בפני בית המשפט תפלט את הדרך לגישה חדשה במשפט הביורפואי בכלל.

תופעה פחות חיובית בפסק הדין היא ההתעלמות מהאמונות הדתיות של ההורים בתהליך יישום מבחן "טובת הילד". פסק דין זה מצטרף לשורה ארוכה של פסקים דומים במשפט האנגלר-אמריקאי. גם אם בית המשפט אינו מקבל, בסופו של דבר, את החלטת ההורים, יש להפגין בה התעניינות רצינית יותר מאשר היה נהוג עד עכשיו. ככל שחברות מערביות נפתחות יותר לתרבויות ממקומות שונים כך יגדל הצורך לפתח גישה פתוחה יותר.

טענת השופט *Wade* לגבי החובה החזקה הרובצת על ההורים לבחור בין ילדיהם במצב של חיים ומוות נראית קשה מדי ובלתי משכנעת, ולפיכך יש להעדיף את גישת השופט *Brookes* שאישר את הפרדה על פי הגנת הצורך.

לבסוף אתייחס לשימוש שעשה בית המשפט האנגלי במשפט

58. להלן: "מקרה המצנח".
59. התקדים המקראי לדרישה זו הוא הסיפור של הריגת שבע בן בכרי כדי להציל עיר שלמה בשמואל ב, כ. במקרה של שבע בן בכרי, הפשע היה מרד נגד המלך דוד.
60. רמב"ם: הלכות יסודי התורה, ה, ה.
61. להלן: "מקרה התינוק".
62. שו"ת ממיא ההריגה, א'.
63. מאירי, בית הבחירה, סנהדרין, עב, א.
64. רמב"ם: הלכות רוצח, א, ה, על פי סנהדרין, עח, ב.
65. יד רמה, סנהדרין עח, ב.
66. לניתוח מלא של נקודה זו, ראו ד' סינקלר "הזכות לחיים: ההגנה על חייהם של החולה-אנוש, העובר והגוי בהלכה" *זכויות האדם ביהדות* (תשנ"ב) 33.
67. ההורג את הטריפה צפוי לעונש מן השמים (הרמב"ם: הלכות רוצח, א, ח) אבל אין לצפות לעונש כזה כשהמוסר פעל מתוך כוונה להציל חי אדם.
68. בעניין הכוונה הפלילית של רודף במשפט העברי, ראו ד' פרימר "הגדרת דין רודף" אור המורח לא (1983) 325.
69. הרמב"ם: הלכות רוצח, א, ט על פי אוהלות, ו, ז.
70. חידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות רוצח, א, ט.
71. ראו דיון כללי בנושא במאמרו של ד' סינקלר "היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי" *שנתון המשפט העברי* ה (תשל"ח) 177.
72. ראו, לעיל הערה 61.
73. ראו אנקר, לעיל הערה 57, וכן מאמרו: *A. Enker "Duress, Self-Defence and Necessity"* 30 *Isr. L. Rev.* (1996) 188.
74. סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ד-1977.
75. "When, however, all is said and done, probably the most persistent English attitude to the problem raised by the necessity plea - intellectually unsatisfying though it may be - is that hard cases are best dealt with by the prerogative of mercy". P. Glazebrook "The Necessity Plea in English Criminal law" *Cam. L. J.* (1972a) 117-119.
76. *Jonsen & Toulmin, supra* note 42.