

FGM ("מילת נשים") בישראל: על הצורך בעיגון חקיקתי שיאסור את התופעה

מאת

לימור עציוני*

א. מבוא

FGM (Female Genital Mutilation – השחתת איבר המין הנשי) מוגדרת, ככל פעולה כירורגית הפוגעת באיבר המין הנשי, פעולה "שלא לצרכים רפואיים". מנהג זה נפוץ מאוד בקרב קהילות שונות, הרואות בו אקט מרכזי במסגרת הפרקטיקות התרבותיות והדתיות שלהן. קהילות כאלו מצויות במקומות שונים ורבים ברחבי העולם ואף בישראל. במאמר זה אעסוק בתופעה, אציג את השלכותיה החמורות ואדון באופן שבו אקט זה דורש את החברה להתמודדות אמיצה בספרות שונות.

סוגיות מעין אלו של מנהגים תרבותיים ודתיים הפוגעים בזכויות אדם הן תמיד סוגיות רגישות, שנויות במחלוקת ומעוררות דיון ער. במאמר זה אטען ש-FGM הנה אקט חמור, הפוגע בזכויות אדם בסיסיות ואלמנטריות, וככזה יש לגנות אותו באמצעות עיגון חקיקתי של איסור פלילי.

תחילה אסקור את תופעת ה-FGM בעולם, אעמוד על היקפה, על השלכותיה ועל ההצדקות השונות הניתנות לה. לאחר מכן אנתחה מבחינה נורמטיבית, לאור תאוריות פמיניסטיות, ואטען שהתבססותן של התאוריות הללו והערכים שבחובן היא שהובילה לצמיחתן של תפיסות העולם שגינו אקט זה. בהמשך המאמר אציג את תופעת ה-FGM הקיימת במדינת ישראל ואראה מדוע יש צורך לעגן בדין הפלילי הישראלי חוק חדש שיוציא מנהג זה אל מחוץ לחוק. בחלק זה אתעכב על החשיבות של חקיקת חוק חדש ואראה מדוע,

* סגנית דיקן המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מומחית למשפט פלילי. אבקש להודות לד"ר מיכאל בריס על הערותיו והארותיו המשכילות והמאירות ולעוזרת המחקר שלי, הגב' שני שורץ, על תרומתה הרבה למאמר זה.

לאור עקרון החוקיות, אין זה נכון וראוי לאכוף את האיסור על FGM באמצעות העבירות הקיימות בדין הפלילי. על מנת לעגן טענה זו אעסוק אף בחשיבותם של הערכים המוגנים באמצעות האיסור על FGM ואדון בסוגיות השונות ובקשיים שעולים מהרצון לעגן איסור מעין זה בחקיקה. לבסוף, אציג את האופן שבו שיטות משפט שונות עיגנו בחקיקה מגוון איסורים כנגד תופעה זו ואראה מדוע, גם לפי תפיסות התומכות ברלטיביזם תרבותי, מן הראוי לאסור FGM.

ב. FGM – סקירת התופעה

Female Genital Mutilation – FGM "השחתת איבר המין הנשי" או כפי שהייתה ידועה בעבר: Female Circumcision – FC "מילת נשים" מונח בו משתמשים גם כיום בישראל למרות שאינו מדויק!¹ מוגדרת כפעולה כירורגית באיבר המין הנשי, המתבצעת שלא מסיבות רפואיות אלא כחלק ממנהג דתי או ממסורת קהילתית תרבותית.² המנהג נפוץ בעיקר בקרב קהילות מוסלמיות ב-26 מדינות באפריקה, בחלק ממדינות אסיה והמזרח התיכון ובקרב קהילות מהגרים באירופה, ארצות הברית, קנדה ואוסטרליה.³ FGM מבוצעת לרוב בין גיל הינקות לגיל 15, על ידי דמות נשית בכירה בקהילה, והיא נעשית ללא הרדמה או חיטוי ובאמצעות כלים גסים, כגון תער או שבר זכוכית.⁴ לפי נתונים הנכונים לפברואר 2010 יש

1 התרגום העברי של המונח באנגלית הוא "מילת נשים", אף על פי שתרגום מילולי מדויק מאנגלית יהיה "השחתת איבר המין הנשי". מאחר שהמעשה עצמו דומה, בקווים כלליים בלבד, לברית מילה, נהוגים ההקבלה והשימוש במונח "מילת נשים", כאילו מדובר בברית מילה לנשים. כך גם באשר לשימוש במונח באנגלית: בעבר היה נהוג לכנות את התופעה Female Circumcision, אך בשנים האחרונות השתנה המונח ל-Female Genital Mutilation, או בראשי תיבות FGM (השחתת איבר המין הנשי). מדובר באקט חמור ואגרסיבי, משכך ניתן לטעון כי הטרמינולוגיה הרווחת בישראל מטעה ואף מקלה במעשה. לאורך מאמר זה אשתמש במונח FGM בלשון נקבה בהתייחסות לתופעה זו.

2 HENRY J. STEINER, PHILIP ALSTON & RYAN GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS *Female Genital Mutilation* – דוח ארגון הבריאות העולמי – IN CONTEXT, Part C (3rd ed. 2007) <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/>.

3 STEINER, ALSTON & GOODMAN, לעיל ה"ש 2, חלק ג.

4 Leigh A. Trueblood, *Female Genital Mutilation: A Discussion of international Human Rights Instruments, Cultural Sovereignty and Dominance Theory*, 28 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 437 (2000).

ברחבי העולם בין 100 ל-140 מיליון נשים שהמעשה בוצע בהן.⁵ מדי שנה מתווספות לקהילה זו כשני מיליון ילדות, 6,000 מדי יום.⁶

FGM אינה פעולה אחידה, ואופן ביצועה משתנה בין הקהילות השונות. עם זאת, ארגון הבריאות העולמי ציין ארבעה אופנים עיקריים שבהם פעולה זו מתבצעת:⁷

1. הוצאה חלקית או מלאה של הדגדגן.
2. הוצאה מלאה של הדגדגן ושל השפתיים החיצוניות.
3. הוצאה מלאה של הדגדגן, השפתיים החיצוניות, השפתיים הפנימיות ותפירה של שני שלישים מפתח הנרתיק.
4. הוצאה מלאה של הדגדגן, השפתיים החיצוניות, השפתיים הפנימיות ותפירה כמעט מלאה של פתח הנרתיק כולו, תוך השארת פתח צר באורך של חצי סנטימטר.

השכיח מבין ארבעת הסוגים הללו הוא השני, ובאופן זה מתבצעים כ-80% ממקרי ה-FGM בעולם. הרביעי הנו הקשה והקיצוני ביותר, אך שכחותו זניחה יחסית ומוערכת בכ-15% מהמקרים.⁸

1. ההשלכות הבריאותיות

FGM, כפעולה כירורגית הפוגעת בתפקוד הטבעי של איברי המין הנשיים, לא זו בלבד שאינה תורמת לנשים מבחינה בריאותית, אלא היא אף מסכנת אותן.⁹ היא גוררת אחריה הן סיבוכים קשים בטווח הקצר והן בעיות בריאותיות חוזרות ונשנות בטווח הארוך.¹⁰ 80% מהנשים שעוברות FGM מדווחות על סיבוכים, ובין 15% ל-30% ממתות מדימום או מזיהום כתוצאה של סיבוכים אלה.¹¹

5 דוח ארגון הבריאות העולמי, לעיל ה"ש 2.

6 Mary Ruth Coffey, *From Comparison to Paradox To The Dichotomous Nature of International Human Rights and Feminist Perspectives of Female Cicumcision as a Violation of the Human Rights of Women*, 4 DEPAUL INT'L L.J. 1 (2000).

7 Julie R. Hess, *United States and Africa on FGM: Cultural Comparatives, Resolutions, and Rights*, 10 ILSA J INT'L & COMP. L. 581 (2004); Cassandra Terhune, *Current International and Domestic Issues Affecting Children: Cultural and Religious Defenses to Child Abuse and Neglect*, 14 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL L. 152 (1997).

8 STEINER, ALSTON & GOODMAN, לעיל ה"ש 2, חלק ג.

9 Jaimee K. Wellerstein, *In The Name of Tradition: Eredicating the Harmful Practice of Female Genital Mutilation*, 22 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 99 (1999).

10 דוח ארגון הבריאות העולמי, לעיל ה"ש 2.

11 Hess, לעיל ה"ש 7.

אשר לסיבוכים בטווח הקצר, הסיכונים הנוצרים בעת ביצוע הפעולה נובעים, רובם ככולם, מהתנאים הסניטריים הירודים שבהם היא מבוצעת ואי־הנגישות לאנטיביוטיקה. פעולה זו מתבצעת ללא הרדמה, ולפיכך נדרשות ארבע נשים לפחות על מנת להחזיק את הילדה במשך ההליך. עובדה זו מובילה לאי־דיוקים בעת הפעולה (דיוק חיתוכם של איברים זעירים הנו קשה ומורכב, בעיקר כאשר המטופלת זזה ומתפתלת מכאבים). נוסף על כך, המכשירים המשמשים לביצוע ההליך והמקום שבו הוא נערך אינם סטריליים. דוגמה לכך היא עצירת הדימום, המתבצעת לרוב באמצעות אדמה או עפר הנזרקים לתוך הפצע או באמצעות חבישה על ידי עורות של חיות.¹² תנאים אלו מובילים ברבים מן המקרים לדימום המסתיים במוות, לזיהום בקטריאלי, לבצקות, לפצעים ולדלקות.¹³

פעולה זו גוררת אחריה כאמור אף השפעות קשות בטווח ארוך. מחקרים של ארגון הבריאות העולמי מלמדים על כך שנשים שעברו FGM סובלות מדימומים ובעיות חריפות במתן שתן, מדלקות חוזרות ונשנות בשלפוחית השתן ובדרכי השתן, מציסטות, מזיהום כרוני של הרחם והנרתיק, מקשיי פוריות ומסיבוכים בלידה המביאים לעתים אף למות הוולד.¹⁴ נוסף על כך, במקרים שבהם מבוצע הסוג הרביעי של FGM, האישה נאלצת לעבור במהלך חייה ניתוחים חוזרים ונשנים במטרה לסגור ולפתוח את פתח הנרתיק לסירוגין (לפתוח בעת נישואים ולקראת לידה ולסגור לאחריה). כל אלו נוספים כמובן לפגיעה בהנאה המינית ולכאבים והחרדות הנפשיות המלווים את האישה בעת קיום יחסי מין. במחקר שנעשה בנשים נימולות בסודן העידו 50% מהנשים הללו כי אינן נהנות ממגע מיני בכל צורה שהיא ומבצעות אקט זה אך ורק מתוך התפיסה שזהו חלק מתפקידן כנשים נשואות ומהמחויבות שלהן לבעליהן.¹⁵

מלבד ההשלכות הפיזיות הקשות, פעולה זו כרוכה אף בהשלכות פסיכולוגיות ונפשיות קשות.¹⁶ בין אלו ניתן לציין את אבדן האמון והביטחון בסביבה, תחושות של חרדה ודיכאון ותופעות של פוסט־טראומה. נוסף על כך, נשים רבות שנימולו מעידות על תחושות של השפלה ובגידה, והלחץ המופעל עליהן לעבור את ההליך מעצים תחושות אלו עוד יותר ומלווה אותן באשם.¹⁷

12 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

13 Trueblood, לעיל ה"ש 4.

14 Jessica A. Platt, *Female Circumcision: Religious Practice v. Human Rights Violation*, 3

RUTGERS J.L. & RELIG. 3 (2001–2002).

15 Efrua Dorkenoo & Scilla Elworthy, *Female Genital Mutilation Health and Medicine* (FP

Hosken – Gender Issues, 1981 – Springer).

16 Coffey, לעיל ה"ש 6.

17 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

2. ההצדקות לתופעה

בקרב הקהילות המלות את נשותיהן ניתן למצוא הצדקות שונות ומגוונות לביצוע המעשה.¹⁸ ראשית, יש המקשרים את המעשה למושגים כגון ניקיון, צניעות ונשיות.¹⁹ אלו רואים את המעשה כהליך המאפשר את הפיכת האישה לטהורה ועל ידי כך לפשלה, מוכנה וראויה להינשא.²⁰ בהקשר זה נתפס איבר המין הנשי כמזוהם, טמא ומעורר דחייה, והדגדגן נתפס כרעיל וכבעל פוטנציאל לגרום אימפוטנציה לגברים שבאים אתו במגע וכן למותם של תינוקות במהלך הלידה.²¹ אי לכך, גברים רבים אינם מוכנים להינשא לאישה שלא עברה FGM.²²

שנית, יש המקשרים את האקט למעין טקס מעבר או טקס התבגרות, שעל כל ילדה לעבור.²³ אלו מתייחסים למעשה כמסמן את הפיכת הילדה לנערה, טקס משמעותי שבאמצעותו היא מתקבלת לחברת המבוגרים והופכת לחלק מממנה.²⁴ בהקשר זה יש המעניקים ביום זה מתנות לילדה, כגון בגדים, אוכל, ממתקים וזהב. כמו כן מקיימים לכבודה אירוע חגיגי ומיוחד, שבו שרים שירים ומזמורים, רוקדים ריקודים ומלמדים אותה על מחויבותה כאישה בוגרת.²⁵ נשים רבות זוכרות אפוא את יום המעשה דווקא כיום חג, שבו זכו לתשומת לב מיוחדת.

שלישית, יש הסוברים כי המעשה והתרבות שממנה נשאב מקומם תחת חסותה של ה"הצדקה התרבותית" או ה"הגנה התרבותית" כשמה בעולם המשפט.²⁶ המחזיקים בהצדקה זו מעלים כנגד האיסור הפלילי על FGM שתי טענות עיקריות:²⁷ הטענה הראשונה הנה שבחברה מערבית אין צורך להפליל מעשה שרק המיעוט עלול לעשותו. לדידם, כיוון שמרבית האוכלוסייה לא תבצע את המעשה, אין לאיסור הפלילי על FGM בחברה מערבית

- 18 ש.ס.
19 Hess, לעיל ה"ש 7 ; Terhune, לעיל ה"ש 7.
20 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.
21 Christopher T. Paresi, *Examining the Adequacy of Federal Legislation Addressing the Problem of Female Excision in the United States*, 8 BUFF. HUM. RTS. L. REV. 163 (2002)
22 Trueblood, לעיל ה"ש 4.
23 דוח ארגון הבריאות העולמי, לעיל ה"ש 2.
24 Trueblood, לעיל ה"ש 4.
25 Paresi, לעיל ה"ש 21.
26 Anne Phillips, *When Culture Meets Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, 66 MOD. L. REV. 510 2003
27 להרחבה על גישות אלו ראו מאמרו של גיא בן דוד "רקע תרבותי כשיקול בענישה" מחקרי משפט כו 835, 846 (210).

כל הצדקה.²⁸ אלא שבימינו אלה, טענה מסוג זה מעוררת קושי: בשנים האחרונות, מהגרים מתרבויות שונות שבהן נהוג לבצע FGM מתקבלים על ידי מדינות מערביות והופכים לאזרחיהן, או מקבלים בהן מקלט, והדבר מתרחש חדשות לבקרים. פטירת ההצדקה לאיסור פלילי על FGM במדינות מערביות אלה הנה חסרת אחריות ושגויה מוסרית כלפי אותן נשים, העוללות לסבול לא רק את האכזריות שבמעשה עצמו אלא גם את אטימות מערכת החוק והמשפט למצוקתן. טענה נוספת הנה שלהטלת איסור כזה תהיה תועלת מועטה כאשר עסקינן בהישנות המעשים על ידי המבצע. מדובר במבצע שאינו מודע לכך שמעשיו, שאותם חשב למותרים, אסורים כעת על פי חוקי המדינה המערבית. הענשתו במאסר תהא אפוא מוטעית, כיוון שהפנים את הרע במעשיו ולא ישוב לעשותם עתה, כשהוא מודע לחוק. כאשר מדובר במבצע המודע לאיסור החוקי אך פועל ממניעים תרבותיים, ענישתו לא תהיה אפקטיבית, כיוון שככל שהשפעת התרבות על מעשיו גדולה יותר, כך גובר הסיכון להישנותם.²⁹ לדידי, כאשר מדובר במבצע חסר מודעות לאי-חוקיותם של מעשיו, ההנחה שלא יבצעם שוב עקב מודעותו הנוכחית לאי-החוקיות שלהם היא הנחה מוטעית. אם הסבל הפיזי והנפשי שהוא גורם לאדם אחר אינו סיבה מספקת עבורו שלא לבצע את המעשה, גם ידיעת החוק לא תעצור בפניו. לא זו אף זו, כאשר מדובר במבצע המודע לאי-חוקיות המעשה אך מונע ממניעים תרבותיים, חשיבותה של הענישה הפלילית גוברת בהיותה גורם מרתיע בפני מבצעים פוטנציאליים אחרים ואמירה חברתית-מוסרית חשובה כלפי קרבתות³⁰.FGM

פרט להצדקות המסורתיות-תרבותיות הללו, יש המצהירים במפורש על טעמים בעלי גוון מגדרי ברור של שליטה מינית.³¹ הללו תופסים את ה-FGM כחלק מגידולן הראוי של ילדות וכמאפשרת את השמירה על כבוד המשפחה.³² בהקשר זה המעשה נתפס כערוכה להתנהגות מינית נאותה של אותן ילדות, להישארותן בתולדות עד לנישואיהן, לכך שלא תיאנסנה ותהיינה נאמנות לבעליהן לאחר הנישואין.³³ מבין אלו יש הגורסים מפורשות כי הגבר הוא שצריך לשלוט במיניותה של האישה, היות שאין ביכולתה לשלוט בעצמה

28 ז'וזה ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 107, 111 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

29 בן דוד, לעיל ה"ש 27, בעמ' 846.

30 יפים בהקשר זה דבריו של השופט ס' ג'ובראן: "המשפט הפלילי מהווה את הגבול העליון של הסובלנות, אשר מעבר לו התחשבות וסובלנות כלפי תרבויות לא ליברליות ולא סובלניות אינן בגדר הרצוי". ראו ע"פ 10385/08 אזברגה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2010).

31 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

32 Platt, לעיל ה"ש 14.

33 STEINER, ALSTON & GOODMAN, לעיל ה"ש 2, חלק ג; Terhune, לעיל ה"ש 7.

בתאווה שלה. נוסף על כך, רווחת בקרבם התפיסה שתפקידן המסורתי של הנשים הוא להכניע את הנאותיהן המיניות למען ההנאה של בעליהן, והמעשה מאפשר להגשים מטרה זו. FGM נחשבת לא רק כפוגמת בדחף המיני של האישה, אלא גם כמגבירה את עוצמת האורגזמה הגברית.³⁴ גברים מקהילות המלות את נשותיהם מעידים כי הם חווים הנאה מוגברת מיחסי מין עם אישה שעברה FGM.

לבסוף, אף על פי שאין לתופעה זו עיגון דתי, לא בקוראן ולא בפתאוות, יש הנוהגים לראות באקט זה מנהג בעל ערך דתי שהנו חלק מגורלם וייעודם כמוסלמים,³⁵ ושנים של מסורת עומדות מאחוריו ומורות על החובה להמשיכו.³⁶

ג. בחינה נורמטיבית של FGM לאור תאוריות פמיניסטיות

על מנת להבין את התגובות השונות שעורר מנהג ה-FGM ברחבי העולם המערבי, יש להבין בראש ובראשונה את העולם הרעיוני הפמיניסטי. ניתן להצביע על עליית קרנה של התנועה הפמיניסטית, על מגוון זרמיה, כגורם המרכזי לחיזוק הערכים השונים המעוגנים כיום באיסורים הנקוטים ברחבי העולם כלפי ביצועה של FGM וכמניע העיקרי להוקעתה.³⁷ אי לכך, בפרק זה אבחן את התופעה לאור שני זרמים חשובים של התנועה הפמיניסטית ואראה כיצד על פי שני הזרמים הללו FGM הנה מעשה הראוי לגנאי, שיש לפעול באופן אקטיבי למיגורו.

1. הפמיניזם הליברלי

הזרם הפמיניסטי הליברלי מכונה גם ה"גל הראשון" של התנועה הפמיניסטית.³⁸ הפמיניזם הליברלי צמח מתוך התפיסה הליברלית הכללית והרחבה ששררה בעולם המערבי כבר מהמאה התשע עשרה. המחזיקים בתפיסה זו ראו את כבוד האדם כמתבסס וצומח מהאוטונומיה שלו, מהחירויות הטבעיות שלו ומיכולתו לעצב את חייו כרצונו. הגישה הפמיניסטית, שהתבססה על זרם מחשבה זה, ביססה את תפיסתה בדבר השוויון בין המינים על קריטריונים דומים, קרי על חירות הפרט וחופש הבחירה.³⁹ התפיסה הפמיניסטית

34 Trueblood, לעיל ה"ש 4.

35 Paresi, לעיל ה"ש 21; Platt, לעיל ה"ש 14.

36 Trueblood, לעיל ה"ש 4.

37 ש.ם.

38 איילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159 (1993).

39 אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 38 (2002).

הליברלית דרשה כי כל אותם ערכים ורעיונות שאפיינו את תפיסת העולם הליברלית יחולו גם על נשים, ויכללו גם אותן כקהל יעד רלוונטי לאותן התפיסות. ניתן לראות שבניתוחן של תופעות, גישה זו שמה את הדגש בעצמאותה של האישה ובהכרה בזכותה לחיים אוטונומיים שבהם תוכל לממש את עצמה באופן חופשי.⁴⁰ היא הדגישה את חשיבות השוויון הפורמלי בין הגברים לנשים בחברה ודרשה כי אף לנשים, בדומה לגברים, תינתן הזכות לריבונות עצמית, שתאפשר להן להגדיר את עצמן כרצונן ולהיות חופשיות בעיצוב חייהן.⁴¹ נוסף על כך, המצדדים בגישה זו עסקו בנוכחותן של הנשים בספרה הציבורית ולחמו עבור זכותן של הנשים לחינוך, להצבעה בבחירות, לרכישת השכלה גבוהה ועוד. זרם מחשבה זה אף הדגיש את ריבונותה של האישה על גופה ואת זכותה להכריע בנוגע אליו באופן עצמאי.⁴² היבט זה נתפס כחלק חשוב ומרכזי מהאוטונומיה של האישה ומהיותה סובייקט בחברה. גישה זו ביססה התנגדות חריפה לכל אקט פטרנליסטי כלפי נשים, והמחזיקים בה סברו כי די בהסרת המחסומים הקיימים בפני נשים בחברה כדי להביא למצב של שוויון חברתי, שבו יהיו הנשים אזרחיות שוות לגברים. ניתן אפוא להבין כיצד עולם רעיוני זה הצמיח את ההתנגדות ל-FGM. הדבר הוביל לביסוס תפיסות ערכיות שלפיהן המעשה פוגע פגיעה קשה בזכותה של האישה לריבונות על גופה, לאוטונומיה מלאה, לחירות ולשוויון. ניתן לציין כמה היבטים של FGM אשר הביאו להתנגדות העיקרית מהזווית הזו. ראשית, ברובם המוחלט של המקרים FGM מבוצעת בקטניות, הנעדרות אפשרות בחירה ונתונות למניפולציות מצד המבוגרים שמסביבן. גילן הצעיר, התלות הרבה שלהן במבוגרים וחוסר ההבנה באשר למהות המעשה והשלכותיו נתפסים כפוגעים באופן קשה בזכותה של האישה על גופה ובאוטונומיה שלה. נוסף על כך, הפגיעה הבריאותית הקשה, הן מהבחינה הפיזית והן מהבחינה הנפשית-רגשית, והעובדה שההליך הנו בלתי הפיך ובעל השלכות חמורות לעתיד, נחשבות לפגיעה באוטונומיה של האישה, לפגיעה בהיותה ריבון הזכאי לעצב את חייו כרצונו ולאקט הגובל בהתעללות.⁴³ הכאב הרב המלווה את ההליך והעובדה שמקורו אינו בצורך רפואי אלא במנהג דתי-תרבותי מטעים את הכף לשימת דגש גדולה יותר בבחירה של האישה. במסגרת התפיסות הליברליות של חופש דת ומצפון נראה שיש חשיבות יתרה לכך שהאישה תזכה לבחור בעצמה, בגיל שבו היא מסוגלת לכך, בפרקטיקות הדתיות והתרבותיות שהיא מעוניינת לקחת בהן חלק.

- 40 נעמי לבנקרון מיסוד הזנות: בין מיתוס למציאות: מחקר משווה בארבע מדינות (2007).
 41 Karin Van Marle & Elsge Bonthuys, *Feminist Theories and Concepts*, in GENDER, LAW AND JUSTICE 18 (E. Bonthuys & C. Albertyn eds., 2007).
 42 הילה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית 4 (2004).
 43 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

2. הפמיניזם הרדיקלי

גם מתוך הזרם הפמיניסטי הרדיקלי נובעת התנגדות עזה ל-FGM, אך זו מתבססת על אדנים שונים במעט מאלו של הזרם הליברלי. את הבחינה הזו אערוך דרך פריזמת הגותה של פרופ' קתרין מקינזון, הוגה חשובה שביססה זרם זה באמצעות העיסוק באספקט המיני כגורם המכריע בהבניית אי-השוויון החברתי שבין המינים. הבחירה דווקא בדרך זו נובעת ממהותה של FGM, הקשורה קשר הדוק למיניותה של האישה. מעניין לראות כיצד סוגיה זו משתלבת היטב במכלול הרעיוני של הגות פמיניסטית זו, וכיצד זו האחרונה מספקת טעמים רבים לשלילתה של הראשונה. נוסף על כך, ניתן לראות את השתרשותה של התפיסה פמיניסטית זו כגורם המרכזי שהוביל להתנגדות ל-FGM מכיוונים של התנגדות לשליטה ומשטור מיניים וראייתם כגורמים המרכזיים בהבניית אי-שוויון מגדרי.

בבסיס הגותה של פרופ' מקינזון מונחת תפיסת עולם כוללת העוסקת במושגים של צדק חברתי ושוויון, לאור סוגיות של הבניה חברתית. בכתביה מסבירה מקינזון את היעדר השוויון החברתי שבין המינים כנובע מהחלוקה הלא-שוויונית של הכוח בחברה. חלוקה זו מושפעת, לטענתה, מההבניה החברתית של החלוקה המגדרית.

לטענת מקינזון, הבניה זו מתבצעת בעיקר באמצעות הטענתם של תכנים מיניים במאפיינים של שליטה גברית וכניעות נשית. היות שהתכנים המיניים כה מרכזיים בחיים החברתיים, והיות שאלו מבטאים שליטה גברית, תופעה זו מאפשרת לשליטה הגברים להיראות טבעית, ובכך מבססת ומשמרת אותה. מקינזון מדגישה ששליטה זו אינה נשארת רק באספקט המיני, אלא מתפשטת לתחומים רבים אחרים, שדריסת רגלה ניכרת גם בהם.

נקודת המוצא של מקינזון היא שבנקודה מסוימת בהיסטוריה האנושית התעצב מערך הכוחות בין המין הגברי למין הנשי כך שזוהי הראשון קיבל לידיו את השליטה. במציאות זו הוכתר הגבר כחזק וכשולט, ואילו האישה הפכה לחלשה ונשלטת. שליטה ראשונית זו של המין הגברי אפשרה את היווצרותם של מנגנונים חברתיים רבים ומורכבים, שנתנו ביטוי לאותה העליונות ההיררכית, ובה בעת הגנו עליה ואפשרו את שימורה לאורך הדורות.⁴⁴ מכתביה של מקינזון לא ברור אם לטענתה נקודה היסטורית זו הנה ממשית או תאורטית, אך ברור שהיא מייחסת לה חשיבות רבה בדרך להבנת רובם המכריע של המנגנונים החברתיים המוכרים לנו כיום והמבטאים שליטה גברית.

מבין המנגנונים הללו, מקינזון מתמקדת בכתביה במיניות ובתשוקה המינית. לטענתה, אף שאלו נדמים כטבעיים לחלוטין, הם לאמתו של דבר תוצרים של הבניה חברתית

44 קתרין מקינזון "תשוקה וכוח" בתוך דרכים לחשיבה פמיניסטית 226, 231 (ניצה ינאי ואח' עורכות, 2007).

וממלאים תפקיד מרכזי בעיצוב הסדר החברתי הפטריארכלי הקיים ושימורו.⁴⁵ מקינון יוצאת הן נגד ההגדרה האוניברסלית של המיניות, הגורסת שהמיניות אחת היא, והן נגד זו האינדיווידואלית, שלפיה המיניות היא פרי יצירתו הפרטית של הפרט. לדבריה, המיניות והתשוקה המינית אינן תופעות טבעיות גלובליות ואף לא תופעות בחירויות פרטניות, אלא כמוהן כל תופעה חברתית אחרת, תלויה תרבות, משתנה מתוך הקשר ומקבלת משמעות לאור יחסי הכוחות שבחברה.⁴⁶

הסיבה להתמקדותה של מקינון דווקא בהיבט המיני והארוטי היא המקום שיש למיניות, לטענתה, במערך הפטריארכלי כולו. לטענת מקינון המיניות היא שיצרה מלכתחילה את החלוקה החברתית לשני המינים, קרי היא שיצרה ועיצבה את התפיסות המגדריות. לדבריה, המיניות הגדירה גבריות ונשיות, ועל ידי כך עיצבה את תפקידיהם החברתיים של שני המינים. היא גורסת כי בבסיסם של הבדלים אלו לא מונח השוני הביולוגי שבין המין הזכרי והמין הנקבי אלא סוגיית השליטה בהקשרה החברתי-תרבותי. גברים שונים מנשים, תאמר מקינון, בכך שלגברים יש כוח ולנשים אין.⁴⁷ סדר חברתי לא-שוויוני זה הוגדר על ידי הגברים, נכפה על הנשים ובסופו של דבר אומץ ושומר על ידי שני המינים גם יחד.

נוסף על תפקידה של המיניות בחלוקה המגדרית לשני מינים, יש לה, לטענת מקינון, גם תפקיד מרכזי וברור בביסוסה של ההיררכיה שבין גברים לנשים. לדידה, לאורך ההיסטוריה, ההיררכיה החברתית שבין המינים הוטענה במיניות,⁴⁸ עברה ארוטיזציה ובכך הפכה לכלי משמר בידיו של הפטריארך. "שליטה גברית היא מינית",⁴⁹ קבעה מקינון. לטענתה, מיניותו של הגבר עוצבה כך שתהא כרוכה בשליטה, מרות וכוח, ואילו מיניותה של האישה עוצבה כך שתהא כרוכה בסבילות, כניעות וציות.⁵⁰ לפי חלוקה זו, מיניותה של האישה הוחפזה, היא עוצבה כאובייקט להנאתם של גברים והכניעות הפכה למושא תשוקתה, שממנה היא מפיקה ריגושים מיניים.⁵¹ באופן טרגי, מיניותה של האישה עוצבה כך שהיא תשאף להתבטלות עצמית, תערוג אליה ותחשוק בה.⁵²

לאחר שביססה את תפקידה המרכזי של המיניות בשעבודן החברתי של נשים, מקינון מציינת את היבטיה ותצורותיה החברתיות השונות כחלק מרכזי משימור אותה מציאות

- 45 קתרין מקינון "מיניות פורנוגרפיה ושיטה: הנאה תחת פטריארכיה" בתוך ללמוד פמיניזם: מקראה 376, 380 (דלילה אמיר ואח' עורכות, 2006).
- 46 שם, בעמ' 379.
- 47 מקינון "תשוקה וכוח", לעיל ה"ש 44, בעמ' 231.
- 48 מקינון "מיניות פורנוגרפיה ושיטה: הנאה תחת פטריארכיה", לעיל ה"ש 45, בעמ' 379.
- 49 שם, בעמ' 379.
- 50 שם, בעמ' 381.
- 51 שם, בעמ' 382.
- 52 מקינון "תשוקה וכוח", לעיל ה"ש 44, בעמ' 230–231.

חברתית מדכאת. ההטרדה המינית, התקיפה המינית, האונס, הרצח בעל האופי המיני, הפורנוגרפיה והזנות, כל אלו הנם, לטענתה, תוצרים של אותה ארוטיזציה של שליטה וכניעות. הם משמרים אותה והם מכוננים אותה, בכל פעם מחדש. הם משמרים את אותו עולם דימויים המיוחס לגברים ולנשים, ובכך מנציחים את יחסי הכוח, מאפשרים את המשך שעבודן של הנשים ומונעים את ההתנגדות לו.⁵³

בעזרת ניתוחה זה של מקינון ניתן להבין באופן מעמיק יותר את התפקיד החברתי של FGM ואת הסיבות שבגינן אף הזרם הפמיניסטי הרדיקלי מגנה אקט זה נחרצות. ניתן לראות ב-FGM דוגמה מובהקת של השליטה הגברית על הנשים בחברה, באמצעות הספרה המינית, וכמנגנון נוסף ואף מרכזי של הדיכוי הפטריארכלי בחברות הללו. נוסף על הסוגיות שהזרם הליברלי מדגיש, הזרם הרדיקלי יגנה את FGM כגורם מרכזי בשימור הדימויים השונים הקיימים כלפי גברים ונשים, דימויים המאפשרים את החלוקה הלא-שוויונית של הכוח בחברה ואת אי-השוויון המגדרי.

FGM פוגעת ביכולתן של הנשים ליהנות מיחסי מין ובכך הופכת את ההנאה המינית של הגבר בלבד כמרכז האקט המיני. המיניות במקומות שבהם מבוצע המעשה בנשים נשלטת לפיכך על ידי הדימויים של האישה כאובייקט מיני שהגבר עושה בו שימוש לצורך הנאתו שלו. האישה במקומות אלו נעדרת זכות להנאה בפני עצמה, והיא משתתפת באקט המיני מתוך תפיסה חברתית הרואה בה מכשיר לסיפוק הנאותיו של הגבר שעמו היא נמצאת. היבט זה של יחסי המין אף מכתוב את שימור הדימויים של השליטה והכניעות. מיגור ההנאה הנשית מהאקט המיני ממקם את הגבר כמרכז האקט, ורצונותיו הם המכתיבים את הטון. לעומתו, האישה ממוקמת באקט המיני כפונקציה בלבד, ככלי הנע לפי בקשותיו של הגבר.⁵⁴ דימויים אלו, לפי ניתוחה של מקינון, משמרים את אי-השוויון החברתי שבין המינים, משאירים את קולן של הנשים מושחק ושוללים מהן את הזכות להגדרה עצמית עצמאית ושוות ערך בחברה שבה הן חיות.

נוסף על כך, אל מול טענות אפשריות שהנשים בוחרות באקט זה, הזרם הפמיניסטי הרדיקלי שם את הדגש בהיעדר הבחירה האמתית של הנשים הללו ובכך שבחברות שבהן נהוגה FGM, אין להן חלופות ממשיות אחרות. בחברות אלה, נשים שהמעשה אינו מבוצע בהן לרוב מנודות חברתית, מאבדות את זכותן לרשת, אינן יכולות להתחתן ולכן גם אינן יכולות להחזיק את עצמן כלכלית (בחברות הנוהגות למול את נשותיהן, נשים לרוב אינן עובדות אלא מתחננות לשם סיפוק ביטחונן הכלכלי בעתיד).⁵⁵ נוסף על כך, מנהג זה נפוץ

53 קמיר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 180, 183.

54 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

55 Coffey, לעיל ה"ש 6.

בקהילות שבהן קולן של הנשים אינו נשמע, קהילות שבהן נשים הן אינן לוקחות חלק פעיל בהחלטות, גם לא באלו הנוגעות להן עצמן, ולכן אין להן מקום אמתי בעיצוב חייהן. כל אלו, לטענת הפמיניזם הרדיקלי, מקטינים את היבט הבחירה של אקט זה עד כדי חוסר משמעות והופכים אף את המקרים שבהם FGM מתבצעת בגיל מבוגר לבעייתיים.

אלה הנמנים עם הזרם הפמיניסטי הרדיקלי יגנו אפוא את ה-FGM גם בסיטואציות שבהן אנשי הזרם הליברלי אינם יכולים לטעון כנגדה. שלא כמו התפיסה הליברלית, שתתקשה לטעון כנגד ביצוע אקט זה בשלב הבוגר של החיים, שבו האישה חופשית לבחור, הזרם הפמיניסטי הרדיקלי יסב את תשומת הלב לתנאים ולנסיבות החברתיות. בשל אלה הוא יקבע כי האמירה שנשים בוחרות שתיעשה בהן FGM הנה אמירה דמגוגית החוטאת למציאות.

לסיכום, ניתן לראות כיצד העולם הרעיוני הפמיניסטי דוחה מכול וכול את ביצועה של FGM. כך, עליית קרנה של התנועה הפמיניסטית והתבססותה של הרעיונות הפמיניסטיים הליברליים והפמיניסטיים הרדיקליים הובילו לדחייה גורפת של מנהג זה ברוב המדינות המערביות. דחייה זו והגיוני הנרחב שהתלווה אליה הובילו להתנגדות נחרצת ל-FGM גם במדינות לא-מערביות שבהן אקט זה נפוץ מאוד.

ד. FGM בישראל

מחקרים שונים מצאו בישראל שתי קהילות שבהן ממצאים המעידים על קיומו של מנהג זה. הקהילה האחת היא הקהילה האתיופית והקהילה האחרת היא הקהילה הבדואית שבנגב. בקרב הקהילה האתיופית נמצאו נשים מבוגרות הנושאות סימנים וצלקות המעידים על כך שהן עברו FGM בצעירותן. בתשובה לשאלות העידו אותן נשים כי באתיופיה משפחתן אכן הייתה שותפה לקיומו של מנהג זה, והוא היה נפוץ גם בקרב הקהילות היהודיות. עם זאת, מחקרים עדכניים שנערכו על קהילה זו מלמדים שמנהג ה-FGM פסק לחלוטין עם עלייתם של האתיופים למדינת ישראל, ואכן בקרב נשים אתיופיות צעירות לא נמצא כל סממן היכול להעיד על המשכיותו של המנהג גם בארץ.⁵⁶

האוכלוסייה האחרת שבה נמצאו סממנים FGM היא זו של השבטים הבדואיים שבנגב. בשנת 1995 מצאו חוקרים מאוניברסיטת בן-גוריון שישה שבטים בדואיים שונים בשטחי

Julia Applebaum, Hagit Cohen, Michael Matar, Yones Abu Rabia & Zeev Kaplan, 56
*Symptoms of Posttraumatic Stress Disorder After Ritual Female Genital Surgery Among
 Bedouin in Israel: Myth or Reality?*, 10 PRIM. CARE COMPANION J. CLIN. PSYCHIATRY
 (2008).

הנגב של מדינת ישראל, שבהם נפוץ מנהג זה.⁵⁷ חוקרים אלו ערכו בדיקה גינקולוגית לנשים משבטים שונים וביקשו מהן לענות על שאלון התוהה על ממדי התופעה. בתום מחקרם מצאו החוקרים כי באותם השבטים מתקיימת FGM וכי מדובר במנהג מקובל ושכיח עד מאוד. בשבטים הללו המעשה מבוצע בנשים בין הגילים 12 ל-17, דהיינו לאחר שהן מקבלות בפעם הראשונה את המחזור החודשי שלהן, אך לפני שהן נישאות.⁵⁸ השאלון שמילאו הנשים שהשתתפו במחקר לימד כי הן מתכננות להמשיך את המנהג הזה בעתיד ורואות חשיבות גדולה בכך שגם בנותיהן ונכדותיהן "תזכינה" לעבור FGM, כנהוג בשבטן. עם זאת, אותן נשים העידו כי ה־FGM שהן מתכננות עבור בנותיהן אינה כוללת הוצאה של רקמות עור, אלא רק חיתוך קל וסמלי באזור הדגדגן.⁵⁹

15 שנה מאוחר יותר, בשנת 2010, חזרו אותם חוקרים לאותם שבטים כדי לבחון את היקף התופעה ואת שכיחותה. הם רצו להשוות את תוצאות המחקר הזה לאלה של המחקר הקודם ולראות אם התרחש שינוי כלשהו במאפייני התופעה. במחקר החדש חזרו החוקרים וביצעו את אותו הליך שביצעו ב־1995 – הם ערכו בדיקה גינקולוגית שלוותה במילוי שאלון.

תוצאות מחקר זה היו מפתיעות ומתמיהות מאוד: מתוך 132 הנשים שנבדקו לא נמצאה ולו אישה אחת שעברה FGM, גם לא מצומצמת וסמלית, כזו הכוללת חיתוך דק בלבד. עם זאת, השאלונים שמילאו אותן נשים לימדו כי הן מכירות את התופעה. אלו העידו על היכרותן עם נשים צעירות שעברו FGM ואף סיפרו כי אחדות מאותן נשים שייכות לשבט שלהן.⁶⁰

מסקנת החוקרים ממחקר זה הייתה כי FGM נעלמה כליל בקרב האוכלוסייה הברואית במהלך 15 שנה. ואולם, העובדה שהנשאלות העידו שהן מכירות נשים שעברו את הטקס, והעבודה שמדובר במנהג עתיק יומין הנמשך זה מאות בשנים, מעלות תהיות בנוגע למסקנה שהעלו החוקרים.

לסיכום, מנתונים אלו ניתן ללמוד שאמנם בישראל אין תופעה רחבת היקף של FGM, אך התופעה מוכרת בנוף הישראלי. אי לכך אטען שלאור הבעייתיות הנורמטיבית של אקט זה (כפי שהוצגה בתחילת המאמר), מן הראוי לתת על כך את הדעת באמצעות עיגון חקיקתי בדין הפלילי.

A. Asali et al., *Belmaker RH, Ritual Female Genital Surgery Among Bedouin in Israel*, 57
24 ARCH. SEX BEHAV. 571 (1995)

Applebaum, Cohen, Matar, Abu Rabia & Kaplan, לעיל ה"ש 56.

www.sciencedaily.com/releases/2009/02/090220090748.htm 59

Asali et al., לעיל ה"ש 57. 60

ה. הערך החברתי המוגן באמצעות האיסור על FGM

1. הערכים המוגנים ותפקידם

ערכים חברתיים מוגנים הנם נורמות מוסריות הנהוגות ומקובלות בחברה מסוימת ומצויות בגרעינו של האיסור פלילי.⁶¹ החברה מבקשת להגן על ערכים אלו, שהנם חשובים ומרכזיים בה, והיא מעוניינת להעניק להם תוקף כדי להבטיח את התממשותם. לאמתו של דבר, ערכים אלו והרצון להגן עליהם הם הסיבה המרכזית שבגינה התנהגות מסוימת מוגדרת מלכתחילה כעבירה פלילית, המטילה על העובר עליה אחריות בפלילים.⁶² נוסף על כך, ערכים אלו נותנים את הלגיטימציה להגדרת התנהגות מסוימת כעבירה, והם המעניקים למדינה את הזכות להעניש את העובר עליה.⁶³

הגדרה זו, של עבירות על פי המשפט הפלילי ותפקידן, מעידה על הפונקציה הכפולה של הכלי הפלילי בהכוונת התנהגותם של האזרחים: הן בהטלת סנקציה על התנהגות המוגדרת כלא ראויה ופוגענית, והן ככלי שיקוף של הנורמות שאינן מקובלות באותה החברה הנתונה. שני ההיבטים הללו תלויים וקשורים זה בזה. רק כאשר נורמה מסוימת מקבלת הכרה חברתית שהיא אינה ראויה ויש לנקוט צעדים למיגורה, רק אז ניתן להכיר בה גם כנורמה משפטית, המצמיחה עבירה פלילית. זו מגדירה התנהגות מסוימת, המשקפת את אותה הנורמה, כהתנהגות אסורה שבגינה חלה סנקציה פלילית.⁶⁴

מתאור מהלך זה, ניתן להסיק שמבחינתם של דיני העונשין של מדינה מסוימת ושל העבירות המעוגנות בהם, היקפן ומידת חומרתן, ניתן להבין מהן הנורמות המקובלות באותה החברה ומהו היחס שבין הנורמות הללו לבין עצמן. מבט אל עבר דיני העונשין של חברה מסוימת יכול לספק מעין מפת דרכים של התפיסות החברתיות המקובלות באותה החברה, ולהראות אילו ערכים נחשבים לכה מהותיים בחברה נתונה, עד שזו בוחרת לנקוט צעדים פליליים כלפי הפוגע בהם.

קביעה תיאורית זו על תפקיד הדין הפלילי יכולה ללמד על תפקיד חשוב נוסף שיש להגדרת העבירה הפלילית – הפיכת נורמה חברתית רצויה לנורמה מוגנת. תפקיד זה יכול להיות לעזר כאשר חברה מזהה התנהגות המשקפת נורמה שאינה רצויה. אם נורמה זו אינה רצויה ברמה המצדיקה התערבות שלטונית לפי מכלול הערכים של אותה החברה, זו יכולה

61 לימור עציוני גילוי עריות 93 (2009).

62 מרדכי קרמיניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 187 (חיבור לשם קבלת דוקטור למשפטים, 1980).

63 לדיון מורחב על משמעותו, תפקידו וחשיבותו של הערך החברתי במוגן בדין הפלילי ניתן לפנות לעציוני, לעיל ה"ש 61, בעמ' 93–99.

64 שם, בעמ' 94.

להפוך אותה לנורמה מוגנת על ידי הבחירה להפוך את ההתנהגות המבטאת אותה לעבירה פלילית הנושאת סנקציה עונשית.

2. הערכים הראויים להגנה שבהם פוגעת FGM

FGM פוגעת באינטרסים חשובים רבים הראויים להגנה. אינטרסים אלה עומדים בבסיסה הערכי של החברה הישראלית, ועל כן הגנה עליהם אינה אלא מתן ביטוי לאותן תפישות יסוד. FGM פוגעת בערך של חיי האדם. בשל סיבוכים שונים, כמו דימומים וזיהומים המתרחשים בעקבות ביצוע ההליך, חיייהן של נשים רבות נתונים בסכנה. מדובר בסכנה ממשית, ונתוני התמותה הגבוהים כתוצאה של ההליך זה (בין 15% ל-30%) מעידים על גודל הסיכון.⁶⁵

FGM פוגעת בשלמות גופן של הנשים העוברות אותה ובזכותן לחופש מעינויים.⁶⁶ ההליך זה מטיל בגופן מום שלא לצורך, אשר לו השלכות מרחיקות לכת על תפקוד גופן בעתיד.⁶⁷ גם כאשר ההליך עצמו עובר ללא סיבוכים, הנשים העוברות אותו נותרות ובגופן פגיעה קשה במיוחד, המתבטאת באיבוד יכולתן הטבעית ליהנות מקיום יחסי מין ולהגיע לסיפוק מיני.⁶⁸

אחד הביטויים הקשים לתופעה זו היא העובדה ש-FGM פוגעת בבריאותן של הנשים העוברות אותה.⁶⁹ כאמור, נתוניו של ארגון הבריאות העולמי מלמדים ש-FGM גוררת אחריה בעיות בריאותיות קשות ורבות, פיזיות ונפשיות גם יחד. בעיות אלה עולות הן בטווח הקצר שלאחר ביצוע האקט, והן בטווח הארוך, במהלך חייהן.⁷⁰ נוסף על כך, אמנם חלקן של הבעיות הללו הן תוצאה של ביצוע לא סטרילי ולא מקצועי של ההליך, אך עם זאת יש בעיות רבות (בייחוד מאלו הבאות לידי ביטוי בטווח הארוך) שהנן אינהרנטיות לביצוע הפעולה. אי לכך, גם ביצוע FGM באופן "מערכי" ומודרני לא ימגר היבט זה.

לאור השיח החוקתי המתפתח בשנים האחרונות ניתן לטעון בביטחון רב כי FGM פוגעת בחירות של הנשים העוברות אותה, בזכותן לאוטונומיה ובכבודן. FGM נעשית ברוב המוחלט של המקרים לילדות קטנות, שאינן יכולות לתת הסכמה תקפה ומודעת לביצוע ההליך בגופן. גם במקרים שבהם FGM מתבצעת בגיל מאוחר, קשה לראות את ההסכמה הניתנת כנובעת מבחירה חופשית אמיתית, זאת לאור אופיין הפטריארכלי של החברות שבהן

65, Hess, לעיל ה"ש 7.

66, Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

67 ש.ס.

68, Dorkenoo & Elworthy, לעיל ה"ש 15.

69, Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

70, Trueblood, לעיל ה"ש 4.

מתבצע מנהג זה וההשלכות השונות שיש לבחירה שלא לעבור את ההליך בחברות אלה, כמתואר לעיל (חרם, חוסר יכולת להינשא ואיבוד הזכות לרשת).⁷¹ FGM פוגעת בזכותן של נשים לשוויון ובזכותן להיות חופשיות מהפליה. מהבחינה הנורמטיבית שנעשתה בפרק השני עולה כי התפקיד החברתי של FGM שומר על מעמדן הנחות של הנשים בחברה ומונע מהן את היכולת לזכות במעמד חברתי השווה לזה של הגברים.⁷² אי-שוויון זה אינו נשאר רק בספרה המינית, אלא הוא מקיף גם תחומים אחרים בחברה ומשפיע עליהם.⁷³ מאותו שיח חוקתי הבוחן שאלות של כבוד, חירות ואוטונומיה אישית נגזרת גם הזכות להורות. תופעת ה-FGM פוגעת בזכות להורות. לאור הנתון המלמד כי FGM מגבירה את הסיכויים לתמותת הוולד במהלך הלידה, ניתן לראות אקט זה כפוגע ביכולתה של האישה להפוך לאם. מלבד זאת, לאחר שעברה FGM, חייה של האישה הכורעת ללדת נתונים גם הם בסכנה.⁷⁴ מלבד הפגיעה בערך חיי האדם, שהוזכרה לעיל, המנהג הופך את הלידה למסוכנת לחיי האישה, ומציב בפניה בחירה בין מימוש הזכות להורות ובין סיכון חייה שלה. בכך עשויה FGM להטיל מורא על נשים יולדות, ולכן יש במנהג זה משום פגיעה נוספת, מהיבט אחר, בזכותה של האישה להורות. אם כן, ניכר כי FGM היא מעשה נפשע הפוגע בזכויות בסיסיות של האדם באשר הוא אדם, זכויות אשר קנו להן מקום של כבוד וחוסן בעולם המערבי המודרני; כל תופעה שיש בה כדי לאיין זכויות בסיסיות אלו, אין לה מקום בחברה מערבית ומודרנית ובמערכת המשפט המייצגת אותה.

3. מקומו של המשפט הפלילי

כאמור לעיל, FGM פוגעת בערכים ואינטרסים רבים אשר החברה המערבית בכלל ומדינת ישראל בפרט שואפות להגן עליהם. לאור הכרה זו ניתן ללמוד על חשיבותו של עיגון חקיקתי שיאסור על קיום מנהג זה ובכך יממש את התפקידים השונים שממלא המשפט הפלילי, כפי שפורטו לעיל. בהתאם לתפקיד הראשון שצוין, עיגון בחוק האוסר ביצוע FGM יביא להטלת סנקציה כנגד מבצעי האקט. סנקציה כזו תיצור הרתעה מביצועו, ובכך תפעל לצמצום התופעה בישראל.

71 ש.ם.

72 מקינון "תשוקה וכוח", לעיל ה"ש 44.

73 מקינון "מיניות פורנוגרפיה ושיטה: הנאה תחת פטריארכיה", לעיל ה"ש 45.

74 Coffey, לעיל ה"ש 6.

העיגון האמור יממש גם את התפקיד השני שהוזכר לעיל. איסור על FGM יהיה הצהרה חברתית שלפיה ביצוע FGM הנו נורמה שאינה מקובלת במדינת ישראל, ובכך יבטא את הוקעת האקט על ידי החברה ויוציאו מחוץ למפת הדרכים של התפיסות המקובלות בחברה. הגדרת נורמה האוסרת ביצוע FGM בישראל גם תספק הגנה לשורה ארוכה של ערכים העומדים בבסיס החברה בישראל. בין אלו ניתן לציין את הערכים של חיי האדם, שלמות הגוף, הזכות לבריאות, חירות הפרט, הזכות לאוטונומיה והזכות לשוויון. ערכים אלה נפגעים פגיעה חמורה בעת ביצוע FGM, ועל כן איסור של אקט זה ישמש מטריית הגנה לאותם ערכים.

באמצעות עיגונו של איסור מעין זה תחזוק ההגנה שניתנת לאותן נורמות. היות שנורמות אלו כבר הוכרו כנורמות מוגנות בחברה הישראלית (הגנה הבאה לידי ביטוי באיסורים פליליים רבים), ניתן לטעון שהוצאת ה-FGM אל מחוץ לחוק הנה אך המהלך הטבעי לעשותו.

4. שאלת ההפלה

שאלת ההפלה הנה רבת חשיבות, ונועדה לבחון אילו התנהגויות ראוי שתסווגנה כעבירות פליליות ואילו לאו. שינויים חברתיים ותפיסות משפטיות הנם דינמיים ומשקפים מצב קיים, היכול להשתנות בעתיד. התנהגויות המסווגות כפליליות בזמן נתון ייתכן ויסווגו כנורמליות ומקובלות חברתית ומשפטית בזמן עתידי.⁷⁵ משכך, יש לנקוט משנה זהירות כאשר ניגשים לבחון מדוע התנהגויות מסוימות אסורות.

בדיקה כזו אבקש לערוך בנוגע להפלת FGM בשני מישורים – האחד דרך בחינת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁷⁶ והאחר דרך בחינת הפרמטרים הנוספים המוצעים ב"פסקת ההפלה".⁷⁷

פסקת ההגבלה מבקשת לשמור על זכויות האדם המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ואלו הנגזרות מהן על דרך הפסיקה,⁷⁸ למשל חופש הביטוי) ומעגנת בתוכה

75 דוגמה בולטת לכך הנה האיסור הפלילי על קיום יחסים הומוסקסואליים, שעוגן בס' 351(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (בנוסחו המקורי) תחת הכותרת "סטייה מדרך הטבע", ואשר נמחק כליל עם היכנסו לתוקף של תיקון מס' 22 לחוק העונשין בשנת 1988.

76 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

77 להרחבה על "פסקת ההפלה" ראו אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2012) (להלן: הרדוף "פסקת ההפלה"); אסף הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפלה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי – המחשה באמצעות בחינת האיסור על צריכת זנות במבחני פסקת ההגבלה" הסניגור 4, 182 (2012) (להלן: הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפלה").

חמישה מבחנים לבדיקת חוקיותה של כל הוראת חוק היכולה לפגוע בזכויות אלו: מבחן הפגיעה בזכויות, מבחן ההסמכה, מבחן ההלימה, מבחן התכלית ומבחן המידתיות (המחולק לשלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה הרציונלית, מבחן ההכרחיות ומבחן המידתיות במובן הצר). סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כדלהלן⁷⁹:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה [מבחן הפגיעה בזכויות] אלא בחוק [מבחן ההסמכה] ההולם את ערכיה של מדינת ישראל [מבחן ההלימה], שנועד לתכלית ראויה [מבחן התכלית], ובמידה שאינה עולה על הנדרש [מבחן המידתיות], או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

אם כן, ניתן לראות כי יצירת עבירה פלילית ספציפית בחוק העונשין האוסרת קיום FGM עונה על דרישות מבחנים אלו. הפגיעה בזכויות חשוד או נאשם איננה שונה מזו המתרחשת בגין כל עבירה פלילית אחרת שעניינה פגיעה פיזית בגופו של אדם אחר ומעוגנת בחוק העונשין זה מכבר. עיגון עבירה חדשה בחוק העונשין עונה על מבחן ההסמכה. אין חולק על כך שאיסור פלילי על מעשה הגורם סבל, עיוות גופני ופגיעה באוטונומיה, שתוצאתו נזק פיזי, רגשי ופסיכולוגי, לעתים בלתי הפיך, אכן הולם את ערכיה של מדינת ישראל, מדינה הדוגלת בכיבוד האוטונומיה האישית, הרצון החופשי, כבוד האדם, זכויות האישה והגנה על קטינים. משכך, ירידה ניכרת בביצוע FGM בישראל, או הפסקתו המוחלטת של ההליך, הנה תכלית ראויה ליצירת נורמה פלילית חדשה. כך קבעו גם מדינות מערביות נוספות, כגון ארצות הברית, בריטניה, שוודיה, צרפת ועוד. הנורמה הפלילית החדשה תועמד במבחן המידתיות לאחר ניסוחו של המחוקק, אך לשם ההמחשה אניח כי הענישה (העתידית) המוצעת אכן תהא מידתית ביחס לחומרת העבירה.

"פסקת ההפללה" מבקשת להרחיב את מבחניה של פסקת ההגבלה באופן המתאים יותר לדין הפלילי ותכליתו, זאת על ידי בחינה קרובה יותר של הנורמה הפלילית (העתידית) המוצעת לחיקוק.⁸⁰ בהקשר זה עולות ארבע שאלות עיקריות:

האם סוג ההתנהגות הנדרן מזיק? – שאלה זו נבדקת באמצעות בחינת ההתנהגות, הנזק ועוצמת הקשר הסיבתי ביניהם. כאמור לעיל, התנהגות הכוללת חיתוך של איבר המין הנשי של קטינה שלא על ידי רופא מנתח מוסמך ולצרכים רפואיים גרידא הנה מסוכנת ואכזרית

78 ראו בהקשר זה הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 253 והערות השוליים שם. כן ראו חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל 9 (1994).

79 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

80 הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 5-6.

כשלעצמה. היא גורמת לקטינה נזק גופני חמור ובלתי הפיך (במקרים המערבים חיתוך והסרה) ונזק נפשי ורגשי חמור, שלא היו נגרמים לה לולא התנהגות זו. האם הדין הפלילי מסוגל למנוע את הנזק שבעטיו יצאה ההפללה לדרך? – שאלה זו נבדקת דרך שני משתנים: משתנה ה"אכיפות" בודק אם הדין הפלילי מסוגל למנוע את סוג ההתנהגות הנדון בעזרת מימושן של שיטות עבודתו: איתור עבריינים, תפיסתם, איסוף ראיות וענישה שתצמצם את ההתנהגות; המשתנה של מבחן "צרות-היתר" או מבחן ה"הפללה הסלקטיבית" בודק אם אותו נזק נגרם ממילא בגין סוגי התנהגות אחרים. התשובה לשאלה זו שונה בשני חלקיה: אשר לחלקה הראשון, אכן הדין הפלילי יכול למנוע את סוג ההתנהגות באמצעות מימוש שיטות עבודתו, כפי שנעשה בעבירות דומות המערבות פגיעה גופנית, אינטימית, בקטינה ואשר מתבצעות לרוב בחדרי חדרים;⁸¹ התשובה משתנה בנוגע לחלקה השני של שאלה זו. אמנם יש אלמנטים משותפים לעבירה המוצעת של FGM ולעבירות הקבועות זה מכבר בחוק העונשין, אך כפי שאבקש לטעון, לעבירה המוצעת יש מאפיינים מיוחדים וספציפיים המקנים לה אופי שונה, ומן הראוי לעגנה בחוק העונשין כעבירה בפני עצמה. אפרט זאת בהרחבה בחלק הבא.⁸²

האם יש דרכים נוספות למניעת הנזק? – למשל הסרה מראש של תנאים ותמריצים לסוג ההתנהגות הנדון, כגון בדרך של חינוך, פיקוח על ההתנהגות בזמן אמת או יצירת תמריצים שליליים כגון הטלת סנקציות לא פליליות על ההתנהגות או טיפול משקם. מן הראוי לבחון אמצעים נוספים שיישעו במיגור התנהגות זו, כפי שלא ניתן למגר פגיעה מינית דרך חינוך מיני או שיקום גרידא, או עבירות תקיפה וחבלה, אך ורק באמצעות חינוך והסברה. האמצעים המנויים לעיל הנם בעלי חשיבות וערך מוסף, אך לא די בהם כאשר מדובר בהתנהגות חמורה כזו.

לבסוף נשאלת השאלה: מהו הפתרון הטוב ביותר למניעת הנזק? – דרך הבנת פגיעתה של ההפללה הנובעת מעצם קיום האיסור והפגיעה שנובעת מאכיפת האיסור. לדידי, הערך שבקיום האיסור עולה על הפגיעה הנובעת מעצם קיומו. כחברה המקדשת את כבוד האדם והאוטונומיה האישית שלו, עלינו למגר מקרבנו כל התנהגות הפוגעת פגיעה כה חמורה באדם, במיוחד כאשר מדובר בקטינה הזקוקה להגנת החוק.

81 יש אלמנטים דומים בין אופן הפגיעה המתרחשת באמצעות FGM ובין זו המתרחשת בכמה עבירות אחרות בחוק העונשין הכוללות פגיעה גופנית, רגשית ופסיכולוגית בקטינים הנעשית בסתר, כגון: גילוי עריות (פגיעה בקטין בסתר) חבלה חמורה (פגיעה פיזית קשה) או חבלה בנסיבות מחמירות (כאשר מדובר בקטין נפגע) ובמקרים מסוימים חובת הורה או אחראי לקטין (כאשר מדובר בהורה או אחראי פוגע או שאינו מונע את הפגיעה).

82 ראו להלן, פרק ו: עקרון החוקיות והצורך בעיגון חקיקתי בישראל.

1. עקרון החוקיות והצורך בעיגון חקיקתי בישראל

מאז הקמתה של מדינת ישראל לא נקבעה נורמה האוסרת במפורש ביצוע של FGM. אף לאחר פרסומו של המחקר משנת 1995, שמצא שישה שבטים בדואיים המבצעים מנהג זה, לא נעשה ניסיון למגר את התופעה – לא באמצעות העמדה לדין פלילי ואף לא בדרכים אחרות. אמנם אפשר לטעון כי בישראל ניתן להעמיד לדין על ביצוע אקט זה באמצעות עבירות קיימות אחרות, כגון עבירת גרימת חבלה, אך להלן אבקש להראות כיצד צורה זו של העמדה לדין נוגדת את עקרון החוקיות. אטען שבהנחה שתופעת ה-FGM הנה תופעה שראוי למגרה, יש צורך בעיגון חקיקתי נפרד של עבירה חדשה.

עקרון החוקיות קובע כי לא ניתן לייחס לאדם העושה מעשה מסוים עבירה פלילית ולהענישו על כך, אלא אם ביום ביצוע המעשה ובמקום שבו נעשה כבר היה חוק תקף המגדיר אותו כעבירה פלילית שבגינה מוטל עונש.⁸³ עיקרון זה נובע מההכרה בחומרת האיסור הפלילי והשלכותיו הפוגעניות (במקרה של הפרת האיסור), ולכן קובע את התנאים שבהם מותנית פליליותו של מעשה מסוים. תנאים אלו מוודאים כי יתקיים הכלל "אין עונשין אלא אם מזהירים", ובכך מקנים לאזרחים את הביטחון הראוי בחברה דמוקרטית אל מול שרירותו של השלטון.⁸⁴ עקרון החוקיות מוודא אפוא את התקיימותה של נורמה תקפה, הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום, על מנת להעמיד לדין על עבירה פלילית.

כדי להגשים ולממש באופן מלא את התנאים שבהגדרת עקרון החוקיות, יש לקיים שלושה עקרונות הנגזרים ממנו. הראשון שבהם הנו עקרון הפומביות, הקובע שעל כל חוק להיות נגיש, כך שהאזרח יוכל, במאמץ סביר, להגיע לידיעת החוק. השני – על החוק להיות מפורט ולכלול את תיאור העבירה על כל מאפייניה, כך שהאזרח הקורא אותו יוכל לדעת ולהבין מהי ההתנהגות המותרת באותה חברה ומהי זו האסורה. השלישי – פרשנותו של החוק הפלילי צריכה להיצמד ככל הניתן ללשונו.⁸⁵ עקרונות אלו חשובים במיוחד לאור העיקרון הקובע כי אי-ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות פלילית ומענישה.

להלן אעגן את טענתי שאכיפתו של איסור ה-FGM באמצעות הדין הקיים תפגום בעקרון החוקיות. אבקש להראות שפגיעה זו מתרחשת בעיקר בהיבט הדורש מהחוק להיות ספציפי ומדויק ככל האפשר, כך שיוכל לאפשר לאזרח להכווין את התנהגותו. לאור עיקרון

83 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין 1 (כרך א, 1984).

84 שם, בעמ' 1.

85 שם, בעמ' 1. להרחבה על עקרון הפרשנות בפלילים ועל ס' 34 לכא לחוק העונשין העוסק בפרשנות ראו אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 430 (2002).

זה על החוק להעניק לאזרחים אפשרות לכלכל את צעדיהם כך שידעו איזו התנהגות נחשבת אסורה וביצועה יביא להפעלת סנקציה מצד רשויות המדינה.

מעיון בחוק העונשין עולה שהעבירה הקרובה ביותר שבאמצעותה ניתן לעגן איסור על ביצוע FGM היא עבירת "החובל בחברו חבלה חמורה"⁸⁶. בחינת לשון החוק מלמדת שמבחינה משפטית טכנית לא אמורה להיות כל בעיה בעיגון האיסור של FGM באמצעות עבירה זו.

עם זאת, בשל סוגיית הפירוט המעוגנת בעקרון החוקיות, הבעייתיות הרבה בשימוש בעבירה זו לצורך אכיפת איסור על FGM בולטת לעין. ניתן לטעון שהאיסור על גרימת חבלה חמורה הנו איסור כללי, ולכן הכנסת FGM לתחומיו נוגדת את העיקרון הנגזר מעקרון החוקיות, שלפיו החוק אמור להיות מפורט ולכלול את תיאור העבירה על כל מאפייניה. לאור האמור, נראה שהתכלית המצדיקה הוראת חוק כללית המכנסת תחתיה מנעד כה רחב של איסורים הנה היעדר יכולתו של המחוקק לצפות מראש את מגוון הדרכים המביאות לחבלה חמורה, וזאת כאשר ניתן מבחינה חברתית להיות אדישים להבדלים בהליך שבו נגרמה ובתוצאותיו.

מנגד, מנהג ה-FGM אינו מקיים תנאים אלה. ראשית, כאיסור כללי, הוא אינו כולל את תיאור העבירה על כל מאפייניה. שנית, כיוון שמדובר בהליך נפוץ בחברות מסוימות, ניתן בהחלט לצפותו מראש. נוסף על כך, מכיוון שסביר שהמחוקק מודע לקיומו, ראוי שיביע את עמדתו המפורשת כנגד ביצוע האקט. שלישית, האקט הנו בעל אופי ייחודי, והוא נושא עמו מאפיינים תרבותיים שונים. המניעים לקיומו ייחודיים, כמו גם תוצאותיו החברתיות והבריאותיות, לטווח הקצר ולטווח הארוך. ככזה, לא יהיה ראוי להכניס מנהג זה לתחומה של עבירת-סל כאיסור על גרימת חבלה חמורה, ולא ניתן לומר שעל המשפט להיות אדיש להבדל בהליך ובתוצאותיו. אין דין FGM הנעשית לעתים במטרה מוצהרת לרסן את מיניות האישה, כדין פגיעה שנעשתה כלאחר יד.

נוסף על כך, מנהג זה נפוץ בקרב שבטים בדואיים זה מאות שנים. במדינת ישראל חיה אוכלוסייה בדואית ענפה, ושישה שבטים לפחות נוהגים לקיים מנהג זה. לאורך שנות קיומן של רשויות החוק במדינת ישראל לא נעשה כל ניסיון להעמיד לדין את מבצעי המעשה, לא באמצעות הוראת החוק האוסרת גרימת חבלה חמורה ולא באמצעות הוראת חוק אחרת. כאמור, על פי עקרון החוקיות, על נורמה חברתית מוגנת להיות פומבית ונגישה לאזרח במאמץ סביר. כתוצאה של שתיקת החוק בנושא לאורך השנים, הוראת החוק האוסרת גרימת חבלה חמורה לא מימשה את ייעודה כמכוונה התנהגות בניסיון למנוע את התופעה,

ולעניי האזרח הצטיירה תמונה שלפיה אין מדובר בפעולה אסורה. לכן, בהיעדר שינוי בחקיקה, תחילת האכיפה תהווה הפרה של הכלל שלפיו "אין עונשין אלא אם מזהירים". לכאורה, ניתן כמובן לטעון שהאזהרה לאזרחים ניתנה כבר עם הכנסת האיסור לגרימת חבלה חמורה לחוק העונשין. ואולם, רשויות החוק בחרו כאמור להעלים עין מהתופעה לאורך השנים, גם לאחר שהמנהג תועד במחקרים שונים. תחילת אכיפה בכפוף להוראה זו תוביל אפוא להטלת סנקציה פלילית כנגד אזרחים בגין פעולה שמבצעה קיבלו את הרושם שהיא כלל אינה נחשבת לעבירה.

לטיעונים אלה, הנוגעים לעקרון החוקיות, ניתן להוסיף טענה כנגד הכנסת האיסור על FGM תחת חסות האיסור לגרימת חבלה חמורה. טענה זו נוגעת לשמירה על הערכים המוגנים שבבסיס האיסור הנדרש על FGM. כפי שתואר לעיל, איסור זה נועד להגן על שורה ארוכה של ערכים הנפגעים כתוצאה של ביצוע ההליך. בין השאר הוזכרו הזכות לשוויון וחירות הפרט. מנעד ערכים זה לא יקבל ביטוי בחוק אם האיסור על FGM יכלול בתוך האיסור על גרימת חבלה חמורה. איסור זה ישקף רק את הפגיעה בערכים פיזיים, כדוגמת ערך חיי האדם או שלמות הגוף. אמנם ייתכן שלהיעדר ביטוי זה לא תהיה השלכה מעשית, אולם יש חשיבות חברתית להכיר, ולו ברמה ההצהרתית, בפגיעה בשוויון הנגרמת כתוצאה של האקט. הכללת ה-FGM בהוראה זו תחטא לפיכך לתפקיד המשפט הפלילי כמסמן נורמות רצויות.

ז. משפט משווה

עיון בנעשה במדינות מערביות רבות מעלה כי תופעה אכזרית זו עלתה לסדר היום הציבורי ולשיח משפטי ענייני. בפרק זה אסקור את האופן שבו עיגנו מדינות מערביות שונות חוקים פליליים במטרה להילחם בתופעת ה-FGM. אפתח בסקירת החוק האמריקאי בנושא זה, ולאחר מכן אציג כמה ניסיונות מעניינים נוספים ממדינות מערביות אחרות בעולם.

1. עיגון חקיקתי האוסר FGM בארצות הברית

בשנת 1996 העבירה ארצות הברית את החוק הפדרלי הראשון שאסר ביצוע FGM בתחומה.⁸⁷ חקיקה זו נבעה מגורמים שונים, וביניהם הגירה מסיבית ממדינות אפריקה לתחומה של ארצות הברית ומודעות לנושא שנוצרה בקרב הציבור האמריקאי ומערכת המשפט. ראשית, בין השנים 1990 ל-1993 הייתה הגירה המונית של מהגרים ממדינות

87 Paresi, לעיל ה"ש 21.

אפריקה לתחומה של ארצות הברית. בשנים הללו הגיעו לשטחה של ארצות הברית כ- 15,000 מהגרים שברחו ממלחמות ומרעב במדינות המקור שלהם.⁸⁸ הגירה זו הביאה עמה לארצות הברית אוכלוסייה בעלת מאפיינים תרבותיים שונים מאלה הנהוגים בה, והמערכות השונות, וביניהן מערכת המשפט, נזקקו להיערכות מתאימה.

בשנת 1996 עוררה אישה צעירה מסודן סערה ציבורית בארצות הברית, כאשר ביקשה שיינתן לה מקלט מדיני לאחר שברחה מאיום של FGM כפויה במדינתה. שופט ממדינת פנסילבניה אמנם קבע בתחילה כי אין היא עונה לקריטריונים של זכאות למקלט, אך לאחר לחץ ציבורי רב, שלווה בסיקור תקשורתי נרחב, נהפכה החלטתו על ידי הטריבונל הגבוה ביותר, והיא זכתה למעמד חוקי בארצות הברית.⁸⁹ מקרה זה פתח שיח נרחב בנושא FGM ועורר את המודעות בקרב הציבור האמריקאי לתופעה זו. בעקבות מקרה זה הכירה ארצות הברית ב־FGM כמעשה רדיפה המצדיק מתן מקלט מדיני בתחומה.

האירועים הללו הובילו לחקיקה יחסית נרחבת בנושא, והסוגיה מצאה ביטוי הן בחקיקה הפדרלית⁹⁰ והן בחקיקה המדינית של חלק ממדינות ארצות הברית. החוק הפדרלי האמריקאי מופיע בפרק העוסק בתקיפה. הוא קובע איסור פלילי שבגיננו מושת עונש של עד חמש שנות מאסר ו/או קנס כספי על מבצע FGM בילדות מתחת לגיל 18, ועל אפוטרופוס המאפשר לבצע אקט זה בילדות שתחת חסותו.⁹¹ החוק מפרט מהי FGM, מסביר את ההשלכות הבריאותיות הקשות, הפיזיות והנפשיות, של ההליך ומורה על מהלכים נוספים במטרה למגר את התופעה, המקבילים לאיסור הפלילי.⁹² חוק זה מורה על איסוף נתונים סטטיסטיים על אוכלוסיות בארצות הברית הנתונות בסיכון לעבור FGM ועל יצירת תכניות חינוכיות באותן קהילות במטרה ליידע אותן בדבר האיסור הפלילי ובתקווה להוביל להזדהות ערכית עמו. החוק גם מורה על הכשרת סגל רפואי שידע להתמודד עם הבעיות הבריאותיות הספציפיות הנובעות מ־FGM.⁹³

עם זאת, על אף ההתייחסות המקיפה לתופעה, נמתחה על החוק הפדרלי האמריקאי ביקורת לא מעטה. הטענה המרכזית שנשמעה היא שחוק זה נראה כחוק סימבולי, הנעדר

88 Carol M. Messito, *Regulating Rites: Legal Responses to Female Genital Mutilation in the West*, 16 BUFF. J. PUB. INT. L. 33 (1997/1998)

89 Hope Lewis & Isabelle R. Gunning, *Cleaning Our Own House: "Exotic" and Familiar Human Rights Violations*, 4 BUFF. HUM. RTS. L. REV. 123 (1998)

90 18 U.S.C.A 116 (1996)

91 Elizabeth A. Syer, *The Status of the Crusade to Eradicate Female Genital Mutilation: A Comparative Analysis of Laws and Programs in the United States and Egypt*, 22 PENN ST. INT'L L. REV. 843 (2004)

92 Messito, לעיל ה"ש 88.

93 Paresi, לעיל ה"ש 21.

אפקטיביות ממשית במיגור התופעה.⁹⁴ ראשית, החוק לא אסר על הורים לקחת את ילדותיהם למדינות מחוץ לארצות הברית במטרה לעבור את ההליך. בכך הוא מנע למעשה את ביצוע ההליך רק בקרב משפחות עניות, שאינן יכולות להרשות לעצמן נסיעה למטרה זאת. שנית, הוא לא אסר על נשים מבוגרות לעבור FGM, ובכך לא הבטיח שהמנהג לא יבוצע אף בתחומה של ארצות הברית. שלישית, החוק לא הטיל חובת דיווח על רופאים, מורים או עובדים סוציאליים, במטרה לאתר ילדות שנמצאות בסיכון, ולפיכך הוא אינו יעיל במניעה מראש של מקרים מעין אלו. לבסוף, חוק זה לא התווה מכניזם של אכיפה ולא הטיל על הגופים שהיו אמורים לאסוף נתונים או לערוך פרויקטים חינוכיים לדווח על פעילותם. העובדה שאף לא מקרה אחד הגיע לידי התמודדות משפטית מחזקת ביקורת זו אף יותר. נוסף על החוק הפדרלי, מדינות רבות (נכון לשנת 2016, 23 במספר⁹⁵) חוקקו חוקים מדינתיים במטרה לחזק את האיסור הפדרלי ולהדגישו.

במדינת מינסוטה חוקק איסור פלילי על FGM, כתוצאה של דיווחים שונים שלימדו כי יש קהילות מהגרים ממדינות אתיופיה, סודן וסומליה, שבהן מלים את הנשים. חוק זה קבע איסור פלילי על ביצוע של FGM, והוא חל הן על קטינות והן על נשים בוגרות. לפי לשון החוק כפשוטה, ניתן לתבוע גם אישה בגירה אשר נתנה את הסכמתה לכך שהליך זה יבוצע בה. לפי חוק זה, על משרד הבריאות לספק מידע חיוני לאותן קהילות מהגרים בדבר ההשלכות הבריאותיות של FGM ולספק מידע על האיסור הפלילי וההשלכות של המעבר עליו בשטחי ארצות הברית. עם זאת, החוק אינו כולל ציון מפורש של העונש הצפוי, אלא הנו חלק מרשימה של חוקים שאינם גוררים עונש קבוע, היות שלעתים נדירות, אם בכלל, תובעים בגינם. אי לכך נראה שמכל החוקים האוסרים ביצוע FGM, חוק זה הוא היחיד המכיר באופן כה ברור ומוצהר בכך שהוא לא ייאכף.⁹⁶

94 ש.ם.

95 המדינות הן: אריזונה – A.R.S. §§ 12-513, 13-705, 13-1214, 13-3620; קליפורניה – Cal. Del. Code Tit. – דלאוור – Col. Rev. Stat. § 18-6-401; קולורדו – Pen. Code § 273a, 273.4 720 – אילנוי – O.C.G.A. § 16-5-27; ג'ורג'יה – Fla. Stat. § 794.08; 11, § 780; La. R.S. 14:43.4 – לואיזיאנה – K.S.A. § 21-5431 – קנזס – Ill. Comp. Stat. 5/12-34 Minn. Stat. § 144.3872, – מינסוטה – Md. Code Health-Gen. § 20-601, 602 – מריילנד – Nev. Rev. Stat. § 200.5083 – נבדה – Mo. Rev. Stat. § 568.065 – מיזורי – 609.2245 N.Y. Public – N.Y. Penal Law § 130.85 – ניו יורק – N.J. Stat. § 2C:24-10 – ניו ג'רזי – Health Law § 207(k); צפון דקוטה – N.D. Cent. Code § 12.1-36-01; אוקלהומה – 21 R.I. Gen. Laws § 11-5-2 – רוד איילנד – Or. Rev. Stat. § 163.207 – אורגון – Okl. St. § 760 – טנסי – Tenn. Code § 39-13-110; טקסס – Tex. Health & Safety Code § 167.001; ויסקונסין – W. Va. Code § 61-8D-3A – מערב וירג'יניה – Wis. Stat. § 146.35 – Messito, לעיל ה"ש 88.

גם במדינת קליפורניה חוקק חוק האוסר לבצע FGM, וכמו החוק הפדרלי, אף הוא חל אך ורק על קטינות ולא על בגירות. מה שמייחד חוק זה, בשונה מהחוקים במדינות אחרות, הוא העמדה הברורה שנקט אל מול טענות על אודות החופש הדתי. חוק זה מצהיר במפורש כי אמנם FGM נהוגה זה שנים רבות, אך היא אינה דרישה דתית באף אחת מהדתות המרכזיות. אי לכך, חופש הדת אינו מגן מפני האיסור הפלילי, והוא חל על בני כל הדתות והתרבויות. ניסוח זה פוטר את סוגיית חופש הדת באופן מעורר מחלוקת וקושי לא מועט, שכן מנהיגים מוסלמים רבים עדיין סבורים ש-FGM הנה חלק מרכזי מהריטואלים הדתיים שלהם.⁹⁷

גם במדינת ניו יורק חוקק חוק האוסר FGM בקטינות, והוא מפליל הן את המבצע והן את ההורים או האפוטרופוס. החוק קובע עד שנת מאסר אחת לעובר עליו ומורה על עריכת פעילויות חינוכיות יזומות בקהילות השונות שבסיכון, במטרה לעורר מודעות ולחזק, מכיוון נוסף, את הערך המוגן שמעוגן באיסור הפלילי. כמו בקליפורניה ובמינסוטה, גם בניו יורק האיסור בחקיקה נבע מדאגה ממשית שיש קהילות המבצעות מנהג זה בתחומה של המדינה. במדינות דלאוור וויסקונסין החוקים האוסרים לבצע FGM רואים באקט זה התעללות בילדים, עובדה המשפיעה על אופן עיצובו של החוק. חוקים אלו מפלילים את המבצע ואת ההורים או האפוטרופוס וקובעים עונש של עד חמש שנות מאסר. הם מציינים במפורש כי הסכמת הילד או סיבה דתית או תרבותית אינן פוטרות מהרשעה בעבירה. נוסף על כך, במדינת ויסקונסין יש אפשרות של קנס של עד 10,000 דולר. עם זאת, בשתי המדינות הללו אין תכניות חינוכיות במטרה למגר את התופעה בכלים אחרים, ואין הצהרה על כך שיש קהילות הנוהגות לבצע אקט זה. נראה שבשתי המדינות הללו חוק זה הגו סימבולי בלבד.⁹⁸ במדינות נוספות בארצות הברית נעשו ניסיונות שונים לעגן איסור מעין זה בחקיקה, אך רובם נדחו. הדחייה נבעה בעיקרה מסקפטיזם רבה הן ביחס ליכולתו של הכלי הפלילי למגר תופעה מורשת תרבותית מעין זו, והן באשר לשאלה אם יש רלוונטיות לאיסור מעין זה, קרי אם יש במדינה קהילות הנוהגות לבצע אקט זה בבנותיהן.⁹⁹

2. עיגון חקיקתי האוסר FGM במדינות שונות באירופה

גם מדינות רבות מחוץ לארצות הברית בחרו לעגן בדין הפלילי איסורים נגד FGM, ואף הן פעלו מתוך חשש ממשי שחיות בתחומיהן אוכלוסיות הלוקחות חלק במנהג זה.

97 ש.ם.

98 ש.ם.

99 ש.ם.

בשוודיה ניתן למצוא את החוק הראשון שאסר ביצוע FGM.¹⁰⁰ חוק זה חוקק כבר ב-1982, ושלא כמו החוק האמריקאי, הוא אוסר על הורים לנסוע עם בנותיהם אל מחוץ למדינה על מנת לעבור את ההליך. הוא גם אוסר את ביצוע ההליך הן על נשים בגירות והן על קטינות.

חוק דומה חוקק ב-1985 אף בבריטניה.¹⁰¹ שם נבע הצורך בו מהעובדה שקהילות גדולות של מהגרים הגיעו למדינה מסומליה, אריתריאה, אתיופיה ותימן. חוק זה דומה בהיבטים רבים לחוק השוודי. הוא קובע איסור לבצע FGM הן בקטינות והן בנשים בגירות ומורה על עונש של עד חמש שנות מאסר לעובר עליו. ב-1990 תוקן החוק והוסף לו סעיף המטיל חובת דיווח על מורים ועובדים סוציאליים כאשר הם מתוודעים לילדה הנמצאת בסיכון לעבור FGM. נוסף על כך, החוק אוסר לקיחת ילדות אל מחוץ למדינה לשם ביצוע ההליך וקובע כי בית המשפט יוכל, במקרים מסוימים, להורות על הוצאת ילדה מהבית כדי להגן עליה מפני כך. חוק זה נראה כיום כמקיף ביותר מכל החוקים הקיימים.

עם זאת, יש לציין בבריטניה לא נעשה מעולם שימוש בחוק, למרות היקפו הרחב. הפעם היחידה שבה התעוררה סוגיה משפטית הקשורה ל-FGM הייתה ב-1993, כאשר רופא הסכים לבצע את ההליך באישה בוגרת שביקשה זאת ממנו. הרופא הועמד לדין ורישיונו נשלל, אך מאחר שהעניין התעורר עוד לפני ביצוע ההליך עצמו, הוא לא הועמד לדין לפי סעיף החוק האוסר ביצוע FGM, אלא לפי סעיף חוק אחר העוסק בהתנהגות לא ראויה.¹⁰² דוגמה נוספת להתמודדות עם הסוגיה ניתן למצוא בצרפת. שם אמנם אין בנמצא חוק ספציפי האוסר לבצע FGM, אך ניתן למצוא אכיפה אינטנסיבית יחסית של האיסור לבצע FGM באמצעות חוק אחר, האוסר לפגוע בגופו של קטין מתחת לגיל 15.¹⁰³ למרות היעדר החוק הספציפי, צרפת הנה המדינה היחידה בעולם שהגישה באופן חוזר ונשנה תלונות נגד הורים על כך שאפשרו לבצע את המעשה בבנותיהן. מאז 1983 היו בצרפת 25 מקרים של העמדה לדין בגין סוגיה זו, והן הורים והן מבצעי המעשה ישבו בכלא הצרפתי בשל כך.¹⁰⁴ למשל, בשנת 1999 נגזרו שמונה שנות מאסר על אישה ממאלי שהואשמה בביצוע FGM ב-48 בנות.¹⁰⁵ עם זאת, המשמעות של היעדר חוק ספציפי היא ש-FGM אסורה לביצוע רק על

100 ct (1982:316) Prohibiting Female Genital Mutilation [Lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor]
 101 .Prohibition of Female Circumcision Act, 1985, 38, § 1(1)(a)-(b)
 102 Messito, לעיל ה"ש 88.
 103 .Criminal Code of the French Republic, Article 222
 104 Paresi, לעיל ה"ש 21.
 105 Syer, לעיל ה"ש 91.

ילדות מתחת לגיל 15, ואילו נשים מעל גיל זה יכולות לתת את הסכמן ולעבור הליך זה בצרפת מבלי להיחשב כעוברות על החוק.¹⁰⁶ לסיכום, ניתן לראות שמדינות מערביות שונות ברחבי העולם המערבי בחרו לעגן איסור ספציפי זה בדין הפלילי שלהן. הן ראו בערך המוגן על ידי הנורמה הזו חשיבות רבה ובחרו לתת לכך ביטוי בחקיקה.¹⁰⁷

3. ניסיונות התמודדות עם FGM במצרים

מצרים הנה בין המדינות שבהן שיעור הנשים שעברו FGM הוא הגבוה ביותר. על פי נתונים משנת 2004, בערך 97% מאוכלוסיית הנשים במצרים עברו הליך FGM.¹⁰⁸ ההליך מתבצע זה מאות שנים כאשר הילדה מגיעה לגיל שבע, בביתה, על ידי דמות בכירה בקהילה.¹⁰⁹ אי לכך ההתמודדות המשפטית של מצרים שונה ומרתקת, היות שלא כמו בארצות הברית ובמדינות שונות באירופה, במצרים מנהג זה מושרש עמוק מאוד בתוך התרבות וזוכה לגיטימציה יחסית רחבה בציבור.

ב-20 השנים האחרונות מצרים מנסה להתמודד עם המנהג ולמגררו באמצעות כלים משפטיים וחינוכיים שונים. עם זאת, עדיין לא חוקק סעיף חוק מפורש בחוק הפלילי המורה כי מנהג זה אסור. להלן אסקור בקצרה את הניסיונות השונים שנקטו במצרים. בשנת 1994 פרסם שר הבריאות המצרי צו שקבע כי אין לבצע FGM שלא בבתי חולים או מרפאות ובנוכחות של רופא. צו זה הורה על הרופאים לנסות ולשכנע את ההורים המגיעים עם ילדתם שלא לבצע בה את ההליך הזה, אך אם הם מתעקשים על כך, על הרופא לבצע אותו בעצמו.¹¹⁰

צו זה מעורר דילמה לא פשוטה. מחד גיסא, הוא מתמודד עם הסיכונים הבריאותיים המידיים והופך את ההליך לטראומטי פחות, הודות לכך שהוא מתבצע בסביבה היגיינית, תחת הרדמה ובאמצעות מכשירים רפואיים מתאימים. מאידך גיסא, קשה להתעלם מהעובדה שהצו מכשיר בנסיבות מסוימות את תופעת ה-FGM ונותן לה תוקף. צו זה אכן עורר מחלוקות קשות, ולבסוף בוטל בשנת 1995. במקומו הוצא צו חדש, שאסר על רופאים בבתי חולים ציבוריים לבצע FGM. בצו זה אמנם היה שינוי מגמה לעומת הקודם, אך עם זאת הוא לא אסר לבצע FGM במרפאות פרטיות או במסגרת הביתית.

106, Messito, לעיל ה"ש 88.

107, Paresi, לעיל ה"ש 21.

108, Syer, לעיל ה"ש 91.

109 Julie Dimauro, *Toward a More Effective Guarantee of Women's Human Rights: A Multicultural Dialogue in International Law*, 17 WOMEN'S RIGHTS L. REP. 333 (1996).

110, Syer, לעיל ה"ש 91.

במילים אחרות, אמנם התוקף הפומבי שניתן ל-FGM בצו הקודם בוטל, אך המעשה עדיין לא נאסר במפורש. הצו החדש החזיר למעשה את המצב שהיה קיים קודם הצו הראשון. בשנת 1996 מונה במצרים שר בריאות חדש, אשר יצא נחרצות נגד תופעה זו והוציא צו נוסף שאסר לחלוטין את ביצועו של הליך FGM במצרים, בכל מקום ועל ידי כל אדם. מניסוחו של הצו עולה כי הוא בא בתגובה לצווים הקודמים, שכן הוא מציין במפורש כי אף לרופאים בבתי החולים הציבוריים ובמרפאות פרטיות אסור לקחת חלק בביצוע של אקט מעין זה.¹¹¹

זמן מועט לאחר פרסומו אותגר צו זה בבית המשפט, וזה קבע כי הוא אינו חוקתי. ואולם, ב-1997 נהפכה החלטה זו של הערכאה הנמוכה על ידי בית המשפט העליון המצרי.¹¹² בפסיקתו ציין בית המשפט במפורש כי האסלאם אינו מורה על FGM ולכן גם אינו מגן על הזכות לבצע אותה.

בדין הפלילי המצרי קיימים סעיפי חוק אחדים שבאמצעותם ניתן להילחם בתופעה. למשל, קיים סעיף האוסר גרימת חבלה, וסעיף אחר אוסר התעללות בילדים. עם זאת, בית המשפט לא ציין בפסיקתו איזה סעיף בדין הפלילי אוסר ביצוע FGM, ובכך הקשה את אכיפתה של סוגיה זו דרך הגשת תביעה.¹¹³ ניתן לשער שהיות שמנהג זה כה מורשש מבחינה תרבותית, היה קושי לראותו כגרימת חבלה ועל אחת כמה וכמה כהתעללות. בשנת 2007 הוציא משרד הבריאות המצרי את צו מס' 271, שאסר לבצע FGM. בשנת 2008 עוגן האיסור בחוק הפלילי המצרי בסעיף 242bis, המוסיף על סעיפים 241 ו-242, שעניינם פגיעה גופנית מכוונת, גם את ה-FGM.¹¹⁴ אמנם עדיין יש מתחים רבים ובלתי פתורים בין ההכרה באקט זה כפוגע בזכויות אדם ובין הקושי לאכוף את האיסור (FGM) נתפסת בקרב רבים כמנהג בעל מקורות דתיים, ולכן האיסור החל עליה משתמע כפגיעה בדת ובמסורות),¹¹⁵ אך נעשים ניסיונות רבים להילחם בתופעה. עיקר המאמץ כיום נעשה בכלים חינוכיים ודרך מערכת הרווחה, במטרה ליידע את הציבור בדבר הנזקים וההשלכות החמורות של FGM. דרך זו נועדה למגר באמת את התופעה ולא רק להדחיקה לשוליים באמצעות נקיטת צעדי אכיפה חזקים.¹¹⁶

111 ש.ס.

112 Rachele Cassman, *Fighting to Make the Cut: Female Genital Cutting Studied Within the Context of Cultural Relativism*, 6 Nw. U. J. INT'L HUM. RTS. 128 (2007).

113 Syer, לעיל ה"ש 91.

114 דוח יוניצף משנת 2010 UNICEF - LRI http://www.unicef.org/policyanalysis/files/UNICEF_-_LRI_2010_Legislative_Reform_to_support_the_Abandonment_of_FGMC_August_2010.pdf.115 Jennifer J. Rasmussen, *The Evolution of A Successful Anti-Female Genital Mutilation Program*, 41 VAL. U. L. REV. 919 (2006).

116 Cassman, לעיל ה"ש 112.

ח. בין רלטיביזם תרבותי ופלורליזם דתי לבין תפיסה אוניברסלית של זכויות אדם

בפרקים הקודמים הראיתי כיצד התפיסה המתנגדת ל-FGM ומגנה אותה התבססה ברחבי העולם בעקבות השתרשותו של עולם התוכן הפמיניסטי. לאחר מכן הראיתי שמדינות רבות לא הסתפקו בגינוי מילולי בלבד של מנהג זה, אלא בחרו לעגן בחקיקתן במפורש איסור פלילי על FGM בתחומן. עם זאת, עדיין לא ניתן לומר שעמדה זו, הגורסת שיש להתערב במנהגי הקהילות הללו על מנת למגר את המנהג, נמצאת בלב הקונצנזוס.¹¹⁷

לאמתו של דבר, ניתן לשייך את הדיון שעדיין מתנהל בנוגע לסוגיה של איסור FGM וגינויה לדיון פילוסופי נרחב יותר. דיון זה עוסק במתח שבין התפיסה הרואה את זכויות האדם כמייצגות אמת מוחלטת ואחידה לבין תפיסה של רלטיביזם תרבותי, הרואה את האמת כדבר המשתנה בין הקהילות והחברות השונות.¹¹⁸ להלן אפרט בקצרה את שתי הגישות הללו ואראה כיצד המתח שבין שתיהן רלוונטי לסוגיה של FGM ולדיון בשאלה אם יש לעגן בחקיקה איסור פלילי שיאסור את קיומו של אקט זה.

לפי התפיסה הדוגלת ברלטיביזם תרבותי, היות שלכל קהילה וחברה תפיסת אמת שונה, לכל אחת יש זכות לעצב לעצמה את אורחות חייה לאור תפיסותיה. לפי גישה זו, אין אמת אחת שהיא מוחלטת, אלא קיימות אמתות רבות ושונות, שאין ביניהן היררכיה מובנית.¹¹⁹ אי לכך, היות שאין האמת שבידי חברה אחת גוברת על האמת שבידי החברה האחרת, אין זכות לחברה אחת לכפות את תפיסת עולמה על האחרת. שתי החברות מחזיקות באמתות שאמנם שונות זו מזו בתוכנן, אך הן זהות בערכן ובחשיבותן. מכאן שעל כל חברה לכבד את השונות של החברה האחרת ולהיות סובלנית גם כלפי נהגים שלפי הקודים שאותה היא מכירה נראים כקשים מאוד. גישה זו מכירה בכך שבתרבויות שונות קיימות תפיסות שונות באשר לשאלה מהו הטוב, הנכון והמוסרי, ומורה על כך שאת אלו יש לאפשר ואף לכבד.¹²⁰ היא אינה גורסת שאין בעולם "רע" או "לא מוסרי", אלא מדגישה שמושגי הטוב והרע הנם מושגים תלויי חברה, ולכן שיפוט ערכי יכול להיעשות רק במסגרת של כל חברה בתוכה, אך לא בין חברות שונות. במילים אחרות, כל חברה יכולה לערוך בתוכה שיפוט ערכי ולהגדיר

117 ראו למשל Terhune, לעיל ה"ש 7, והשוו James Rachels, *The Element of Moral Philosophy*, THE CHALLENGE OF CULTURAL RELATIVISM (1986).

118 ש.ם.

119 על תפיסה רלטיביסטית אחת מני רבות ראו James Dreier, *Internalism and Speaker Relativism*, 101 ETHICS 6 (1990).

120 Terhune, לעיל ה"ש 7.

מהם הטוב והרע, אך אין היא יכולה להשתמש בקנה המידה הערכי שלה כדי לנתח ולשפוט נהגים של חברה אחרת, בעלת תפיסות עולם שונות.¹²¹

התפיסה האחרת, האוניברסלית, גורסת כי יש אמת אחת מוחלטת החלה על כל בני האדם בכל עת ובכל מקום וכי יש זכויות אדם אשר הנן אינהרנטיות לכל אדם באשר הוא אדם.¹²² תפיסה זו אינה מתיימרת לרמוז שכל החברות נוהגות לפי אותה האמת, אך היא מאמינה שאמת זו קיימת ושעל כל חברה לשאוף למוצאה ולנהוג על פיה. תפיסה זו מזהה ערכים מסוימים וזכויות מסוימות עם אותה האמת, ובין אלו ניתן למנות את זכויות האדם, המעוגנות במרבית החוקות בעולם המערבי. אם כן, לפי התפיסה האוניברסלית, היות שיש נורמות, ערכים, קודים ותפיסות מוסר שהנם נכונים וראויים בכל מצב ובכל חברה, חברה אחת יכולה לדרוש מכל חברה אחרת לנהוג על פי אותה האמת ולפעול על מנת להגשימה. חשוב לציין שתפיסה זו אינה גורסת בהכרח שבכל תחומי החיים קיימת אמת אחת נכונה, אלא שיש נורמות מוסר בסיסיות וערכים בסיסיים שהנם אחידים.

דיון נרחב זה, בנוגע לשתי התפיסות הללו, רלוונטי גם לסוגיה של FGM. תפיסה הרואה זכויות אדם כמייצגות אמת מוחלטת וגלובלית תגנה את התופעה בגלל האופנים השונים שבהם היא פוגעת בזכויות מוגנות רבות.¹²³ תפיסה זו תצביע, כפי שעשיתי במאמר זה, על הזכויות השונות הנפגעות בגינה ותטען שעל מנת לספק הגנה לאותם הערכים יש לאסור ביצוע של FGM. התפיסה האחרת, זו של רלטיביזם תרבותי, תגרוס שאין לנקוט צעדים במטרה למגר תופעה זו, היות שבחברות הנוהגות לבצע אקט זה אין FGM נתפסת כאקט פוגעני שמטרתו לבזות. לפי תפיסת הטוב הנהוגה בחברות הללו, ולפי הקודים התרבותיים הקיימים שם, מדובר בטקס התבגרות שמטרתו להביא לעולם טוב, והוא משתלב במכלול תפיסות העולם של אנשי אותה חברה.¹²⁴ אי לכך, אין זה ראוי לכפות על אותה חברה תפיסת אמת הזרה לה, במיוחד כאשר לדידה תפיסת אמת מערבית אינה בהכרח נכונה יותר, טובה יותר או מוסרית יותר מזו של אלו המבצעים FGM.¹²⁵

השאלות העולות מדיון זה הן יחסית חדשות, ולא היו רלוונטיות עד לא מזמן. לפני הופעתן של קהילות המהגרים באירופה ובארצות הברית לא נאלץ העולם המערבי להתמודד עם סוגיות אלו, של מנהגים כה שונים מאלה המוכרים לו, הפוגעים בזכויות אלמנטריות, אך בו זמנית מתהדרים בתפיסת אמת שונה. עם הופעתן של קהילות מהגרים רבות ממדינות

121 Cassman, לעיל ה"ש 112.

122 Elene G. Mountis, *Cultural Relativism and Universalism: Reevaluating Gender Rights in a Multicultural Context*, 15 DICK. J. INT'L L. 113 (1996).

123 Wellerstein, לעיל ה"ש 9.

124 Cassman, לעיל ה"ש 112.

125 Terhune, לעיל ה"ש 7.

אפריקה ומאסיה הפכה שאלה זו לחשובה ומרכזית מאין כמותה.¹²⁶ האם יש תפיסה אחת נכונה של חיים? האם קיימות תפיסות מספר? האם חברה אחת יכולה לכפות את תפיסת הטוב שלה על חברה אחרת? האם חברה אחת יכולה לשפוט חברה אחרת באמצעות תפיסות הטוב שלה?

על דיון זה נשפך דיו רב, ואין בכוונתי להכריע במאמר זה בדבר קיומה של אמת מידה אוניברסלית. עם זאת, אבקש לטעון שגם לפי תפיסת עולם הדוגלת ברלטיביזם חברתי וגורסת כי יש להגן בחירוף נפש על החופש הדתי ועל הפלורליזם התרבותי, יש מקום להתערבות, כאשר מדובר בהפרות בוטות וחרירות של זכויות אדם אלמנטריות. על חברה מתוקנת להטמיע בתוכה רובד של ריאליזם מוסרי, המתווה גבול למה שהחברה מוכנה לקבל לתוכה,¹²⁷ ולקבוע מתחם סבירות מוסרי המאפשר תמרון יחסי, אך בכוחו גם לסנן החוצה תופעות חברתיות שחורגות ממנעד זה.

לדידי, כאשר יש פגיעה גורפת בזכויות אדם בסיסיות, גם תפיסה הדוגלת בפלורליזם המאפשר הגנה רחבה צריכה לנקוט צעד של התערבות. במקרים מעין אלו הטיעון המגן על רלטיביזם תרבותי אינו רלוונטי, ויש למתוח קו ברור בין המקומות שבהם יש להביע סובלנות למנהגים אחרים ושונים ובין מקומות שבהם יש להתערב, היות שהמנהגים הללו פוגעים פגיעה אנושה בזכויות אדם בסיסיות.

ארצה לטעון שלאור המאפיינים השונים של FGM, כפי שתיארתי בפרקים הקודמים, מדובר באקט הפוגע בזכויות בסיסיות ואלמנטריות רבות, ולכן יש לכלול אותו במסגרת הנורמות הדורשות התערבות ואינן זוכות להגנה, גם לפי תפיסה המכירה בשונות ובחשיבות ההגנה עליה.

ט. סיכום

במאמר זה התמקדתי בתופעת FGM הקיימת בעולם ובישראל. בחנתי את ההשלכות החמורות שיש לאקט אכזרי וכואב זה, את הפגיעה החריפה שהוא פוגע בזכויות אדם בסיסיות, ולאור אלו את הצורך בעיגון חקיקתי שיוציא פעולה זו אל מחוץ לחוק. ביקשתי להראות ש-FGM פוגעת בערכים מוגנים רבים בישראל, ערכים שהנם מרכזיים במכלול

126 ש.ם.

127 להרחבה ראו המחלוקת בין דבלין להארט על אודות סמכותה של המדינה הליברלית לאכוף על אזרחיה סטנדרט מוסרי: חיים שיין הפילוסופיה של המשפט-עיון ישראלי 99–104 (2008); Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (1963); אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית 43–52 (1975).

הנורמטיבי של המשפט הישראלי. לנוכח קביעה זאת ביקשתי לקבוע כי על אף הסוגיות המורכבות של רגישות דתית ותרבותית, יש מקום לנקוט צעדים מחמירים כלפי תופעה מעין זו.

אין ספק שתופעת FGM הנה תופעה קשה, אשר השלכותיה הנורמטיביות חמורות עד מאוד. לאור התפיסות החברתיות הרווחות בחברה המערבית, נראה שניתן לקבוע כי אין מקום למנהג מעין זה בחברה שבה לזכויות האדם תפקיד כה חשוב ומרכזי בשיח הנורמטיבי. קשה ומפתיעה המחשבה שבקרב חברה הדוגלת בערכים של שוויון, כבוד וחירות, ומנסה לעודדם בכל ספֶרה אפשרית, על אחת כמה וכמה בספֶרה המשפטית, חיות נשים רבות אשר זכויותיהן אלו נפגעות תדיר והן אינן זוכות להגנת החוק. מהלך זה דורש רגישות רבה ושימוש בכלים נוספים, לבר-משפטיים. לשם מיגורה האמתי של התופעה יש צורך בהשקעת משאבים וביצירת מערך חינוכי, דרך משרד הרווחה, במטרה ליידע את קהילות היעד השונות בדבר הנזקים הרבים ותופעות הלוואי הקשות. מן הראוי ללמוד מניסיוןן של המדינות השונות הנלחמות בתופעה זו בשנים האחרונות ולא להסתפק בחקיקה פלילית בלבד.