

דופן התא המשפחתי – איסורי בדיקות, ייסורי בדיקות ומידותיה הטובות של האישה

אייל כתבן*

בדיקות רפואיות שונות – נפשיות וגופניות – מוכרות לנו מחיי היומיום. האדם חשוף לבדיקות עוד מלפני לידתו ועד לאחר פטירתו. ברשימה זו אבקש להתמקד במעורבותן של פרקטיקות אבחוניות במערכת המשפחתית. אטען כי הפרקטיקות האבחוניות הללו משמשות אמצעי שליטה וכלי להבטחת שימורו, קיומו או פירוקו של התא המשפחתי המסורתי (מה שאכנה "יישור השורות"). טענה זו תבחן בשלוש נקודות-זמן: עבר, הווה ועתיד. בחינת "יישור השורות" בעבר תתמקד בשאלה כיצד נהפכו הפרקטיקות האבחוניות לכאלה הנתפסות כהליך רפואי מקובל, הנעדר לכאורה מרכיבים של שליטה חברתית או מטרות חברתיות אחרות; בחינת "יישור השורות" בהווה תתמקד בדרכים השונות – כפי שהן באות לידי ביטוי בחקיקה, בפסיקה ובנוהג – לשמירה על התא המשפחתי המסורתי או לפירוקו; ובחינת "יישור השורות" בעתיד (כפי שהחל לבוא לידי ביטוי מסוים גם בפסיקה ובחקיקה בהווה) תתמקד בשאלה אם האבחונים עשויים לשמש את המערכת השלטונית בהשגת יעדיה, ובכלל זה בהעמדת דור עתיד "משובח" יותר, גם בהעדר תא משפחתי מסורתי (ואולי בזכות העדר זה). כלומר, אשאל אם דווקא כאשר המדינה מאפשרת חריגה מהתא המשפחתי המסורתי

* תלמיד בתר-דוקטורט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; תלמיד מחקר לתואר שלישי, התוכנית למדע, טכנולוגיה וחברה (בתחום ההיסטוריה של הרפואה), אוניברסיטת בר-אילן. הרשימה מבוססת על פרק מעבודת הדוקטורט של המחבר, שנכתבה בהנחייתה של ד"ר רות הלפרין-קדרי, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי העמוקה לד"ר הלפרין-קדרי על ההנחיה. תודות מקרב לב לד"ר אורית קמיר, לד"ר שחר ליפשיץ ולד"ר רות זפרן על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של המאמר, וכמובן למערכת כתב-העת משפט ועסקים ולקורא/ת האנונימי/ת על הערות וההכוונה. חלק ממאמר זה נכתב בהיותי חוקר-אורח ב-Center for Clinical Bioethics באוניברסיטת Georgetown בושינגטון. אני חב חוב של כבוד לאוניברסיטת בר-אילן, שאפשרה את קיומו של המחקר באמצעות מלגת הנשיא לדוקטורנטים מצטיינים. הצעת המחקר משמשת בסיס לחיבור זה וכתה בפרס המרכז לחקר האשה ביהדות ע"ש פניה גוטספלד הלר, אוניברסיטת בר-אילן.

והמקובל, היא יכולה להעמיק את הפיקוח על הפרטים באוכלוסייה באמצעות המנגנון של אבחונים כפויים. ברקע הדברים תעמוד שאלה – העוברת לכל אורכה של הרשימה – בדבר הקשר בין כפיית בדיקות או הדרה מבדיקות לבין דיכוי והפליה של נשים. במובן זה, הרשימה תבחן את הסוגיה הביו-אתית מנקודת מבט פמיניסטית-משפטית.

מבוא – תא משפחתי כתא ביולוגי

פרק א: מהן הסיבות שבעטיין נבחרו בדיקות ואבחונים לשמש אמצעי שליטה?

1. מבוא
2. מידותיה הטובות של האישה – המדיקליזציה של המוסר
3. המבט החודר

פרק ב: אופן המעורבות החקיקתית

1. מודל ההתערבות הנגטיבי: איסורי בדיקות
2. מודל ההתערבות הפוזיטיבי: היתרי בדיקות וכפיית בדיקות
3. מודל אי-ההתערבות
4. מודל ההדרה הכפויה מבדיקות

(א) הדרת נשים מבדיקה

(ב) בדיקה לגברים בלבד – מה ההוללים מעוללים?

פרק ג: סיכום – אותה גברת בשינוי אדרת

מבוא – תא משפחתי כתא ביולוגי

"רוב האנשים אינם רואים ברפואה כלי לשליטה חברתית, ואף לא כלי להפצת ערכים פטריארכליים. אולם למעשה, הרפואה היא גם זה וגם זה, וכזו היתה מהיום הראשון למיסודה."

מרילין פרנץ¹

האנלוגיה בין התא המשפחתי לבין התא הביולוגי מרתקת, הן ברמת התא והן ברמת מרכיביו: התא הביולוגי הוא היחידה הבסיסית של הגוף; התא המשפחתי נתפס בעיני השלטון כיחידה החברתית הבסיסית, חלק מרקמה חברתית. על-מנת שהגוף יתקיים, גם מרכיביו (התאים) חייבים להתקיים, כל אחד לחוד ובהרמוניה שלמה זה עם זה, ולשם כך נועד לקרום התא

1 מרילין פרנץ' מעבר לעוצמה – על נשים, גברים ומוסר 308 (תל-אביב, תשנ"א).

תפקיד כפול – הוא מגדיר את התא כיחידה עצמאית ומפקח על כניסת חומרים לתא ועל הוצאתם ממנו (דיפוזיה או אוסמוזה) או שימורם במסגרתו; מבחינת השלטון, על-מנת שהחברה (והמדינה) תתקיים ויהיה אפשר לשלוט במרכיביה בצורה מיטבית, יש צורך בהקמת תאים משפחתיים ובפיקוח על הכניסה לאותם תאים ועל היציאה מהם.²

ברשימה זו אבקש לבחון כיצד נהפכה הבדיקה הרפואית – הגופנית או הנפשית – לאמצעי שליטה ולכלי לבחינת התא המשפחתי ולהבטחת שימורו, קיומו או פירוקו. לאחר שאציג את האינטרסים השלטוניים בקיומו של התא המשפחתי המסורתי, אבחן כיצד שימשו בדיקות ואבחונים משחר ההיסטוריה כאמצעי שליטה בפרטים באוכלוסייה (בעיקר בנשים),³ וכיצד הוסוותה פרקטיקה זו עם השנים והוצגה כהליך רפואי מקובל, הנעדר לכאורה מרכיבים של שליטה חברתית או מטרות חברתיות אחרות. השאלה הבאה שאבקש לבחון היא מהם אופני "המעורבות האבחונית" בתא המשפחתי. תוך כדי הדיון אדגים כיצד שינויים טכנולוגיים מאפשרים הקמתם של תאים משפחתיים שונים, הרחוקים מהדגם המסורתי, ואתען שמבחינת האינטרסים של המדינה, כל עוד השינויים הללו אינם מאיימים על הסדר השלטוני, הם מותרים. יתר על כן, דווקא כאשר המדינה מאפשרת חריגה מהתא המשפחתי המסורתי והמקובל, היא יכולה להעמיק את הפיקוח על הפרטים באוכלוסייה באמצעות המנגנון של אבחונים כפויים.

במרכזו של המאמר יעמדו לפיכך שלוש שאלות: הראשונה היא אם אבחונים משמשים אמצעי שלטוני לשמירה על התא המשפחתי המסורתי או לפירוקו או למניעתו, ובאילו אופנים; השנייה היא אם חל שינוי בגישה זו, כך שכיום אבחונים משמשים את המערכת השלטונית בהשגת יעדיה (הקמת דור "משובח" יותר) דווקא בהעדר תא משפחתי מסורתי; והשאלה השלישית שתעמוד ברקע הדברים לאורך הרשימה היא הקשר בין כפיית בדיקות או הדרה מבדיקות לבין דיכוי והפליה של נשים. במובן זה, הרשימה תבחן את הסוגיה הביו-אתית מנקודת מבט פמיניסטית⁴ משפטית. קשר זה שבין רפואה, משפט ופמיניזם מאפשר לחשוף רבדים שהיו סמויים עד כה בחוק. Wolf מגדירה את תפקידו של הפמיניזם במשפט באופן קולע, לדעתי:

"...to uncover gender bias in the law as written and as applied; to show how gender bias is a means of domination... to challenge the traditional

2 לגבי אנלוגיה זו, שורשיה במאה התשע-עשרה, ולגבי האינטרסים השלטוניים בקיומו ובשימורו של התא המשפחתי, ארחיב לאורך הרשימה.

3 הסיבה לכך היא שהדרישה להעמיד פרט לבדיקה או למנוע אותו מלהיבדק נשענת על יסודות פטריארכליים. כלומר, השליטה במשפחה נעשית באמצעות השליטה באישה – דבר המוביל לדיכוי ולהפליה של הנשים בחברה.

4 ראו במיוחד אצל: Susan M. Wolf, *Introduction: Gender and Feminism in Bioethics*, in FEMINISM & BIOETHICS: BEYOND REPRODUCTION 3, 8 (Susan M. Wolf ed., Oxford, 1996): "It is bioethics that sees oppression based on gender as a serious wrong and critically investigates the working of power and gender"

distinction between the public and private spheres and reconceptualize the role of the state...".⁵

אם להקיש מכך להקשר הביו-רפואי, גישה מחקרית פמיניסטית מאפשרת לבחון סוגיות שונות לא כפשוטן, אלא לנסות לאתר, למשל, אותם מקומות שבהם החוק משרת פונקציות דכאניות ומפלות הפוגעות בנשים בעקיפין או במישרין. כך, גם כאשר נדמה שהחוק נועד לקבוע הסדרים לטובתן (הבריאותית-הרפואית) של נשים, יש לבחון אם הדבר אכן כך; וכאשר החוק עורך הבחנה בין נשים וגברים לכאורה על בסיס שונותם הביולוגית, יש לבחון אם הבחנה זו אכן נדרשת באותו מקרה, ואם יש בה כדי לשרת טובה כלשהי, ובוודאי את טובתן של אותן נשים הכפופות לחוק. זו גם דרכה של רשימה זו – לנסות לחשוף פרקטיקות רפואיות שונות, שחלקן מוסדרות בחוק וחלקן בנוהג (כשהחוק אינו מתערב ואינו מונע אותן), המשרתות פונקציות סמויות דכאניות ומפלות.

באשר לשיטות המשפט ולתרבויות השונות שיידונו כאן: בחלקה הראשון של הרשימה, הדרך להוכחת הטענה כי הבדיקה משרתת אמצעים חברתיים-שלטוניים תעבור דווקא דרך מגוון של תרבויות ושיטות שהתקיימו בעבר או שקיימות בחברות בנות-זמננו שעודן מיישמות פרקטיקות אבחוניות שאינן מקובלות בעולם המערבי. בהמשך אציג את שלב הביניים של תרבויות שבהן הפרקטיקות החברתיות עוברות תהליך "הסוואה" ומוצגות כרפואיות וכנשענות על יסודות מדעיים. בדרך זו אנסה להדגים את התהליך בהתהוותו, ובכך לחשוף את האינטרסים הסמויים העומדים ברקע הדרישה לבדיקות או המניעה מבדיקות.⁶ חלקה השני של הרשימה מבוסס על הדין והנוהג כיום, בעיקר במדינת-ישראל⁷ ובארצות-הברית. מדינות אלה מייצגות לכאורה את המודרנה בהקשר זה, אך נגלה כי אותם מרכיבים פטריארכליים עודם מוטמעים בבדיקות השונות ובמניעה מבדיקות. במקרים מסוימים אביא משיטות משפט נוספות – בעיקר כאלה המצויות בהתפתחות – תהליכים המאפשרים להדגים את התהוותם של האיסורים או ההיתרים לבדיקה. הדיון בשיטות המשפט הישראלית והאמריקאית יקיף גם את השלב השלישי, כלומר, את האפשרות להיעזר בבדיקות כדי לקדם מטרות שלטוניות דווקא כאשר קיימת חריגה מהמתכונת המקובלת של התא המשפחתי.

5 שם, בעמ' 9.

6 ראו לעניין זה את המחלוקת בשאלה אם פרקטיקות אלה צריכות להיות כפופות לביקורת (מערכתית). דני רבינוביץ' "המסע המפותל להצלת נשים חומות" תיאוריה וביקורת 7, 5 (1995); ג'ון סימונס "הקואליציה הפמיניסטית באזורי הגבול" תיאוריה וביקורת 7, 20 (1997). אם להיעזר בדבריו של סימונס, "ייצוגן (העצמי) של תרבויות כחטיבות לכידות ושלמות מתערער כשמציגים אותן כבנות-כלאיים רבות-פנים, הנושאות תמיד את עקבות עברן והשפעותיו, ובה במידה את עקבותיהן והשפעותיהן של תרבויות אחרות בנות-הזמן" (שם, בעמ' 26).

7 לרבות פסיקתם של בתי-הדין הרבניים בהקשר זה, שבה ניתן לעיתים לזהות תפיסות פטריארכליות בצורה ברורה יותר.

פרק א: מהן הסיבות שבעטיין נבחרו בדיקות ואבחונים לשמש אמצעי שליטה?

1. מבוא

אנלוגיה מן הסוג שערכתי בפתח הדברים (בין התא המשפחתי לתא הביולוגי) הייתה מקובלת מאוד במאה התשע-עשרה, במיוחד בקרב הפילוסופים שעסקו ביחס בין הליברליזם והמדינה,⁸ עד כדי כך שהתא המשפחתי נתפס כחלק אינטגרלי מהמדינה. מאידך גיסא, נאלצו אותם פילוסופים להתמודד עם הקשיים העולים מתפיסה זו, כגון הצורך בהפרדה של התא המשפחתי ממעורבות המדינה במטרה לשמור ולהגן עליו,⁹ והפער בין הרצון בשחרור האישה, מחד גיסא, לבין התפיסה שלאישה יש קשר הדוק כל-כך לתא המשפחתי, שבגיניו יש למנוע את יציאתה לספרה הציבורית, לרבות לשוק העבודה, מאידך גיסא.¹⁰ זו למעשה תמצית הבעיה: כיצד ניתן לשמור על מוסד המשפחה, החשוב כל-כך לקיומה של המדינה (במובן של שליטה בפרטים, בהסדרת הילודה וב"השבחת" הדורות הבאים), מבלי שהמדינה תתערב ותחדור לתחום התא המשפחתי (מעורבות שנחשבת בלתי-מקובלת)?

לא בכדי התעורר הקושי באשר ליחס בין המשפחה והמדינה. התא המשפחתי המסורתי מקנה למדינה¹¹ שליטה טובה יותר בפרטים בחברה. למדינה קל יותר לשלוט במשפחה מאשר בפרט, ועל-כן היא מעודדת כניסה למסגרת זו ומצמצמת יציאה ממנה.¹² כפי שאראה בהמשך, מגמה זו משתנה אומנם לטובת תאים משפחתיים חלופיים, אולם אנב כן נוספות עוד ועוד בדיקות. ברשימה קודמת עמדתי על כך שמאחר שמוסד המשפחה מאפשר למדינה

J. MOREFIELD, COVENANTS WITHOUT SWORDS — IDEALIST LIBERALISM AND THE SPIRIT OF 8
EMPIRE 36 (Princeton & Oxford, 2005)

"In a paradoxical manner, then, these thinkers 43, וראו גם שם, בעמ' 45: 9
simultaneously saw the family as 'cell' in the healthy social body — that is, a
permanently enshrined social institution — and as a source of moral and civic energy
that influenced both the community at large and the state itself"

שם, בעמ' 48-51.

חשוב לציין כי המושג "מדינה" לא ישמש ברשימה זו כניסיון לטעון ל"יסוד נפשי" של 11
מתווי המדיניות, אלא לעמוד על הבניה חברתית ותרבותית המיוצגת בחקיקה הקשורה
לבדיקות ולאבחונים, אשר בחלקה מכוונת ובחלקה אינה מודעת, אך תוצאתה בכל מקרה
היא הטמעת מרכיבים פטריארכליים הנוגעים בגופן ובנפשן של נשים. עם זאת, רצונו של
המחוקק ב"ישור השורות", כפי שידגם בהמשך, ורצונו בשמירה על אינטרסים שלטוניים
או בשמירה מסורתית על מוסד המשפחה, עולים בבירור מן הדברים.

ראו אייל כתבן "אבחנה מبدלת או הבחנה מבלת? הקשר בין בדיקות רפואיות, גופניות 12
ונפשיות כפוינות לדיכוי ואפליית נשים" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם (דפנה ברק-ארז
ואח' עורכים, 2007) 849, 872.

לפקח בצורה טובה יותר על הפיריון, על המין, על הילודה ובמיוחד על בריאותם של הדורות הבאים, ומאחר שלאישה יוחסה ומיוחסת האחריות להגשמת האינטרסים הללו (או חוסר האחריות הגלום באי-מימושם), הנשים נדרשות לכופף את גופן ונפשן לבדיקות המשמשות למעשה אמצעי לשימור מוסד המשפחה ולשימור האינטרסים של המדינה במוסד זה. הבדיקות הכפויות משמשות אמצעי להמשכת השליטה במוסד המשפחה באמצעות האישה, אשר נבחרה כ"חוליה החלשה" שבאמצעותה ניתן לעשות כן.¹³

עם זאת, כפיית נשים להיבדק היא רק פן אחד של התופעה, שכן דיכויין והפלייתן של הנשים באות לידי ביטוי לא רק בהעמדתן לבדיקות, אלא גם בהדרתן מבדיקות, ולעיתים, במקרים חריגים יחסית, בהעמדתם לבדיקה של גברים בלבד. כעת השאלה היא: מדוע נעשה שימוש דווקא בבדיקות (ומכאן בהימנעות מבדיקות במקרים המתאימים) כדי להשיג את המטרה של "יישור השורות" (דהיינו, החזרת הפרטים בחברה למסגרת המשפחתית המסורתית והוצאת פרטים הפוגמים בתא המשפחתי מתוכו)? חשוב לזכור שהמעורבות השלטונית בכל הקשור לבדיקות ולאבחונים נוגעת הן במוסד המשפחה¹⁴ והן בענייניה האינטימיים ביותר של האישה – מקומות שהמדינה נמנעת מלהיכנס אליהם בדרך-כלל.¹⁵ לדעתי, אין זה מקרי שבמקומות רגישים כל-כך נבחרה פרקטיקת הבדיקות הכפויות. הבדיקות מאפשרות את חחדירה לתחום הפרטי והאינטימי ואת השגת היעדים השלטוניים תוך שימוש בהליך "הסוואה". על הליך זה, שעיקרו במדיקליזציה של המוסר, ארחיב כעת.

2. מידותיה הטובות של האישה – המדיקליזציה של המוסר

כבר עמדתי על כך שמרכיבים פטריארכליים מוטמעים בבדיקות. ההתפתחות ההיסטורית של פרקטיקת הבדיקות הכפויות משקפת מדיקליזציה של מסורת פטריארכלית. בחינה היסטורית של התפתחות הבדיקות מצביעה על שינוי של המושג "מידה" שהתרחש במסגרתן. המידה (במובן של מוסר) הנשית הוחלפה במקרים רבים במידות רפואיות (זהו הליך המדיקליזציה

13 שם, בעמ' 879. ראו גם סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מגדר ופוליטיקה 107, 109 (דפנה יורעאלי ואח' עורכות, תל-אביב, 2000), המדברת על חדירתה של המדינה למסגרת התא המשפחתי במטרה להגן על "החוליה החלשה" שבתא זה. טענתי היא שהמדינה חודרת לתא המשפחתי באמתלה של דאגה לחוליה החלשה.

14 ראו הלה קרן "שוויון בדיני חושים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא 269, 290 (תשס"א): "בצד הפרטי נמצאים המקומות שבהם מעדיפים הדינים בכלל ודיני החושים בפרט שלא לעסוק, כביכול משום שתהא זו פלישה לאזורים שהם 'פרטיים' מדי."

15 עניינים שנשים היו רוצות שיישאו פרטיים, כגון היריון, לידה ויחסי מין, נהפכים לנחלת הכלל, בזמן שמקומות שבהם נדרשת התערבות שלטונית או חברתית נותרים ללא טיפול, בטענה כי אין צורך בדיון מיוחד בהם או שהמדינה אינה מתערבת בהם. אך ראו: EMILY MARTIN, *THE WOMAN IN THE BODY* 92 (Boston, 1987), הטוענת כי דווקא את המחזור אין הנשים רואות כדבר פרטי או משפחתי, אלא כקשור לתפקוד היומיומי בעבודה ובלימודים.

של גוף האישה).¹⁶ בתקופות שבהן המרכיבים הפטריארכליים טרם הוסוו, בתקופות שבהן האישה הייתה משויכת לבעלה ולא פרצה את דלת אמות הספרה הפרטית, היה ברור גם שבדיקות היו חשופות לעין הציבור, אשר השגיח מקרוב על התאים המשפחתיים ה"שכנים". למשל, בימי הביניים נשים בדקו פיזית בני-זוג (לרבות במהלך קיום מגע מיני) אם עלתה טענה של אי-מסוגלות מינית ביחס לאחד מהם. פרקטיקה זו הופסקה לאחר שהוטחה בה ביקורת נוקבת.¹⁷ חשוב לעמוד על כמה עניינים: ראשית, הפרטי היה חשוף עדיין לציבורי; שנית, במקרה זה נבדקו שני בני-זוג; שלישית, ההליך האבחוני עבר לידיים רפואיות. זהו ראשיתו של התהליך. את המשכו ניתן לראות כיום בתורכיה, שם הנשים עומדות לבדיקת בתוליהן לפני הנישואים, אם קיים חשד שהן אינן בתולות או שהן מתרועעות עם גברים מחוץ למסגרת הנישואים, או לאחר שנישאו, אם הבעל הטרי חושד כי אשתו לא הייתה בתולה קודם לכן.¹⁸ בדיקות הבתולים בתורכיה משקפות את מצב האישה כמי שמצויה בשלב הסטטוס. היא קניינה של הוריה ושל בעלה. הבדיקה חשופה לעין הציבורית, אם כי פחות מבעבר, במיוחד לנוכח העברת סמכות הבדיקה לידי רופאים. עוד חשוב לשים לב כי האישה לבדה היא שעומדת לבדיקה.

הפרקטיקה של בדיקות הבתולים מתקיימת לא רק בתורכיה, אלא גם במקומות אחרים רבים בעולם.¹⁹ אחת הדוגמות המעניינות נוגעת בהתחדשותה של פרקטיקה זו בדרום-

16 ראו במיוחד: Abby L. Wilkerson, *Diagnosis: Difference* 16, 19–27 (N.Y., 1998).
 17 ד"ר רוני ויינשטיין מעיר כי ייתכן שהיה זה לאחר העברת הסמכות האבחונית לידי הידיים הרפואיות (הגבריות). רוני ויינשטיין "אין-אונות ושלמות המשפחה בקהילה היהודית באיטליה בראשית העת החדשה" ארוס, אירוסין ואיסורים 159, 161 (ישראל ברטל וישעיהו גפני עורכים, ירושלים, תשנ"ח). ראו בעניין זה גם: Jacqueline Murray, *On the Origins and Role of "Wise Women" in Causes for Annulment on the Grounds of Male Impotence*, 16 J. OF MEDIEVAL HISTORY 235 (1990). גם בעולם המושגים היהודי באותה תקופה ניתן לזהות את הפלישה אל חיי הזוג והמשפחה בהקשר זה, והדבר היה מקובל. ראו ויינשטיין, שם, בעמ' 166.

18 ראו: Marcia L. Pearson, *A Blemish on the Modern Face of Turkey: The Historical Background and Social, Legal, and International Implications of Virginity Testing in Turkey*, 28 N.C. J. INT'L L. & COMM. REG. 663 (2002–2003); Sahinoglu Pelin-Serap, *The Question of Virginity Testing in Turkey*, 13(3) Bioethics 256 (1999); Dilek Cindoglu, *Virginity Tests and Artificial Virginity in Modern Turkish Medicine*, 20(2) WOM. STUD. INT. FORUM 253 (1997).

19 בסין, למשל, רואים בבתולים נכס, ובהתאם גם נקבע התשלום בעד האישה המיועדת לנישואים. Xiao Zhou, *Virginity and Premarital Sex in Contemporary China*, 15 FEMINIST STUD. 279 (1989). אך אם נדמה שבדיקות הבתולים נערכות רק בחברות מסורתיות ובקרב מעמדות נמוכים, אזי זו אשליה בלבד. באנגליה נדרשה הלידי דיאנה ספנסר להיבדק לפני נישואיה לירש-העצר הנסיך צ'ארלס, כדי לברר אם היא עודנה בתולה. ראו: Kathleen Coyne Kelly, *Performing Virginity and Testing Chastity in the Middle Ages* 121 (London, 2000). כך גם בבית-המלוכה בנפאל, אם כי שם אסר בית-המשפט את הבדיקה בסופו של דבר. Rita Manchanda, *Rights-Nepal: Unmarried Mother Stakes Claim to*.

אפריקה שלאחר האפרטהייד,²⁰ שם נהפכו הטקסים של בדיקת הבתולים לשגרה בקרב נשות הזולו. הנערות ממתונות בשטח פתוח לבודקות, "שישפטו את בתוליהן".²¹ נערה שנמצאה בתולה זוכה בתרועות ובאישור תומתה. מי שאינה בתולה נחקרת בדבר הסיבה לכך.²² לא למותר לציין שבמקרה זה הגברים אינם נבדקים.²³ גם בעבר היו בדיקות הבתולים לפני הנישואים מקובלות בדרום-אפריקה,²⁴ אך כיום מטרתן למנוע קיום יחסים מחוץ למסגרת

Prenatal Property, INTER PRESS SERVICE, August 10, 1998. בדיקת נשים המתעדות להינשא לגברים מבית-המלוכה נמשכת זה אלפי שנים. חוק אתונאי אסר על מלך להינשא למי שאינה בתולה. אף-על-פי-כן הוצע למלך להינשא לאישה שהתברר כי היא פרוצה, שכן יש לזכור כי בדיקת הבתולים באותה תקופה לא הכירה את המאפיינים הפיזיים של קרום הבתולים. Giulia Sissa, *Greek Virginity* 118 (Cambridge, MA, 1990). ראו גם Kelly, שם, בעמ' 21-26. בדיקת הבתולים לפני הנישואים אומצה על-ידי מדינות ועל-ידי גורמים פרטיים למטרות שונות לגמרי. באנגליה דרשו השלטונות מנשים הודיות שהגיעו במטרה להינשא לאזרחי אנגליה לעבור בדיקות בתולים, מתוך הנחה כי האישה ההודית שומרת על תומתה עד ליום הנישואים; *Voice from Little India*, INDIAN EXPRESS, January 12, 2003; *Virginity Tests for Asians Stopped*, FACTS ON FILE WORLD NEWS DIGEST, February 9, 1979, at 96 C3. דורשי הבדיקה רותמים במקרים אלה את האיסור המוטל על נשים לקיים יחסים לפני הנישואים לטובת אינטרסים שאינם קשורים כלל למוסד הנישואים.

20 לסקירה כללית ראו: Kenneth J. Bartschi, *Legislative Responses to HIV/AIDS in Africa*, 11 CONN. J. INT'L L. 169 (1995) של Scorgie ושל Leclerc-Madlala, המביאות את המידע מן השטח: Fiona Scorgie, *Virginity Testing and the Politics of Sexual Responsibility: Implication for AIDS Intervention*, 61(1) AFRICAN STUD. 55 (2002); Suzanne Leclerc-Madlala, *Virginity Testing: Managing Sexuality in a Maturing HIV/AIDS Epidemic*, 15(4) MEDICAL ANTHROPOLOGY Q. 533 (2001).

21 ביטוי זה לקוח ממאמרה של Scorgie, שם, בעמ' 58.

22 שם. שם.

23 עם זאת, מנהיג הזולו הודיע בשנת 2005 כי יש לקיים את הטקס לגברים ולנשים, בלא הפליה. Louise Vincent, *Virginity Testing in South Africa: Re-traditioning the Postcolony*, CULTURE, HEALTH & SEXUALITY 8, 17, 19 (2006).

24 קיימים כמה הסברים לבדיקות שנערכו לפני עידן האיידס: ראשית, יש הטוענים כי הן נועדו לברר אם הנערה בשלה מבחינה פיזית להינשא. ראו Leclerc-Madlala, לעיל ה"ש 20, בעמ' 544. אולם במקרה זה אין צורך בבדיקת הבתולים, אלא בבדיקות דוגמת אלה שנערכו לנערות על-פי פקודת החוק הפלילי בארץ לצורך קבלת אישור לנישואים לפני גיל הנישואים הקבוע בחוק. שנית, יש הטוענים כי משפחתה של נערה בתולה תוגמלה ביתר נדיבות מאשר נערה שאינה בתולה, והבדיקה נערכה על-ידי האימהות כדי להוכיח כי ערכה גבוה יותר (שם). נראה כי למושג "ערך גבוה יותר" של הכלה המיועדת הייתה משמעות כלכלית אמיתית, ולא רעיונית-מוסרית בלבד, ומכאן שהרציונל השלישי לבדיקות נבע מן הצורך של החתן המיועד להגן על זכויותיו הרכושיות מפני הריונות מחוץ למסגרת הנישואים. בעלה לעתיד של נערה בתולה לא יחשוש מנטל גידול ילדיו של אחר. Scorgie, לעיל ה"ש 20, בעמ' 61.

הנישואים כמגן מפני מגפת האיידס.²⁵ במובן זה הבדיקה מהווה כביכול חלק מהרפואה המונעת. מי שמטילים את הפיקוח אינם מקבלים עוד את קיום היחסים לפני הנישואים כעובדה מוגמרת, אלא שואפים למנוע זאת לחלוטין באמצעות הבדיקה. לפרקטיקה זו קמו כצפוי תומכים ומתנגדים. הראשונים טענו כי זו למעשה חזרה למסורת שבה משתקפים ערכי המשפחה, כבוד המשפחה והצניעות.²⁶ בטיעון זה יש כדי לחשוף, לדעתי, את פרצופה האמיתי של הבדיקה כמעצבת חברה, ואת התפיסה כי שליטה בנשים או החזרת הנשים למקומן המסורתי יובילו לשליטה בחברה.²⁷ למעשה, הצורך להילחם בהתפשטות האיידס, אף שהוא אמיתי, משמש כסות להחזרת הפרקטיקה של בדיקות הבתולים שנערכו בעבר. כיום מוצגת המטרה הגלויה לבדיקה – מניעת מחלות מידבקות – אולם מטרתה הסמויה היא להחזיר את המסגרת המשפחתית. למעשה, מדובר בהסוואה של פרקטיקה ארכאית והצגתה כפרקטיקה מעין-רפואית.²⁸ פרקטיקה זו מפנימה ערכים פטריארכליים אך מאפשרת להסוותם, ובדרך זו נמנעת ביקורת אפשרית על קיומה. הראיה להצלחת הליך ה"הסוואה" היא בסיקור התקשורת של בדיקות הבתולים בתורכיה, שהינו ביקורתי מזה של המקבילה בדרום-אפריקה.²⁹

25 שם, בעמ' 64. האדרת הנערה הבתולה וגינוי הנערה שאינה בתולה נועדו לעודד את הנערות להישאר בבתוליהן עד הנישואים. נימוק נוסף להצדקת הבדיקות הוא מסוג של "טובת הנשים". הרקע לטיעון זה אינו רק מניעת תחלואה מהנבדקות, אלא גם בכך שהבדיקות מאפשרות לזהות אונס והתעללות, אשר נשמרים בדרך-כלל בחשאי, במיוחד אם אירעו במסגרת המשפחתית. הנמקה זו דומה להצדקות לעריכת בדיקות בתולים בתורכיה למאושפזות בבתי-חולים פסיכיאטריים ולאסירות, שלפיהן הבדיקות שומרות על הנבדקות מפני אונס.

26 שם, בעמ' 65, וכן Leclerc-Madlala לעיל ה"ש 20, בעמ' 533, 535.

27 Leclerc-Madlala, לעיל ה"ש 20, בעמ' 546: "A gendered epidemic requires and demands a gendered response, which virginity testing represents"

28 הרי כיום יש ליחסי מין קיום עצמאי. עובדה זו, כמו-גם טעמים המשליכים על הקיום הפיזי של הבתולים (כגון השימוש בטמפונים והחשיפה המוגברת לפגיעות חיצוניות בקרום הבתולים), משפיעים גם על המשמעות המיוחסת לשאלת הבתולים בעידן המודרני. תיאור דומה ראו אצל יועור אריאל "טענת בתולים בזמן הזה" אסיא טו (א-ב) 62 (תשנ"ז), ואצל: Bettina Arndt, *Bodies Without Evidence*, SYDNEY MORNING HERALD, September 9, 2002 at Spectrum 4 (על היעלמות המושג "בתולים" בעולם המודרני עקב שימוש בטמפונים, עיסוק בספורט ושינוי ערכים תרבותיים). חשוב לומר כי ההכרה באפשרות של פגיעה מכנית בבתולים אינה פרי הדורות האחרונים, אלא קיימת עוד מתקופת התלמוד, והשתמרה במושג "מוכת עץ". ראו ויינשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 170-171.

29 הביקורת באמצעי התקשורת מופנית בעיקר כלפי המדיניות בתורכיה, שם הבדיקות נתפסות בהקשר הסוציולוגי ובהקשר של פגיעה בזכויות האדם בכלל ובזכויות הנשים בפרט. לגבי דרום-אפריקה, לעומת זאת, הסיקור התקשורתי עוסק בהקשר האנתרופולוגי, אולי אפילו הקוריוזי, ופחות בפגיעה בזכויות האדם והאישה. השוו לאמור אצל רבינוביץ', לעיל ה"ש 6, בעמ' 10. לתיאור הפרקטיקה בדרום-אפריקה באמצעי התקשורת ראו, למשל: Anton La Guardia, *Zulu Maidens Put Safety First – Age-Old Virginity Tests are being Used to* Dean E. Murphy, *Zimbabwe*; וכן *Fight AIDS*, THE DAILY TELEGRAPH, June 10, 2000

3. המבט החודר

הליך המדיקליזציה המתואר בבדיקות הבתולים בדרום-אפריקה אינו מושלם, משום שההתמקדות באיבר המין הנשי אינה מוסווית, אלא רק הטעמים לעריכת הבדיקה. הליך מדיקליזציה מושלם עיקרו בהרחקת המאבחן-המתבונן "ממקום העברה". הדבר התאפשר באמצעות הטכנולוגיות האבחוניות המודרניות, המאפשרות חדירה לגוף הנבדק/ת אך אינן נתפסות כבעלות מאפיינים פיזיים כמו בדיקת הבתולים בתורכיה. ערכים פטריארכליים הופנמו והוטמעו בבדיקות ובמכשירי הבדיקה, והם נחזים כאמצעים "ניטרליים", אף שבפועל הם אינם כאלה. הבדיקות המודרניות מאפשרות שליטה באמצעים שאינם פיזיים ממש, ולכן הן חשופות פחות לביקורת, ובוודאי אינן נתפסות באופן אינטואיטיבי כפטריארכליות. פוקו הוא ללא ספק מקור חיוני להבנה של פרקטיקת הבדיקות הכפויות. לא זו בלבד שהוא עסק במודלים של כוח ושליטה, ובהפעלת הכוח לשם השלטת משמעת וסדר, הוא עסק גם - ואולי בעיקר - בשלטון המבט,³⁰ כלומר, בשימוש במבט כאמצעי לרכישת כוח ושליטה. פוקו היטיב להבחין בפרקטיקות של בדיקות רפואיות כחלק מאותו הליך של כוח ושליטה. בבדיקה, כך על-פי פוקו, משולבים שני מרכיבים: "התבוננות מדרגית" ("hierarchical observation") ו"שיפוט מנרמל" ("normalizing judgment"). המרכיב הראשון כולל התבוננות ("observation"), שמטרתה פיקוח המאפשר שליטה בגוף הנצפה מבלי להזדקק לכוח פיזי.³¹ המרכיב השני הוא יצירת סטנדרטיזציה ושליטה במי שסוטה מהנורמה.³²

30 *Virginity Tests Resume in S. Africa*, CHICAGO SUN-TIMES, August 6, 1999, at 41
 זו מצוין כי גם נערים נבדקים לעיתים; וכן *Virginity Tests on Comeback Trail in South Africa*, 1(1) JENDA: J. CULTURE & AFRICAN STUD. (2001)
Chief to Host Virginity, אראו גם: *Africa*, 1(1) JENDA: J. CULTURE & AFRICAN STUD. (2001)
Test Festival, AFRICA NEWS SERVICE, June 26, 2002
 בתורכיה ראו, למשל: James Dorsey, *Nurses Virginity Tests Splits Turkey*, SCOTLAND ON SUNDAY, July 22, 2001, at 17

31 חשוב לציין שהיסוד המגדרי הקשור לבדיקות נעדר מהדיון של פוקו, לכל-הפחות כאמצעי לשליטה בגוף הנשי. על כך עמדה: SANDRA L. BARTKY, *FEMININITY AND DOMINATION* 65 (N.Y., 1990). למאמר מעניין, העוסק בקצרה בקשר שבין הרפואה והפמיניזם תוך יישום דרכו של פוקו, ראו: Rosalyn Diprose, *Sexuality and the Clinical Encounter*, in VITAL SIGNS — FEMINIST RECONFIGURATION OF THE BIO/LOGICAL BODY 30 (Margrit Shildrick & Janet Price eds., 1998).

32 MICHEL FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH* 172–173 (U.S. 1977). מושג זה נובע למעשה מהמבנה המדרגי של מוסדות, הבנויים בצורה המאפשרת פיקוח באמצעות התבוננות.

32 "For the marks that once indicated status, privilege and affiliation were increasingly replaced... by a whole range of degrees of normality indicating membership of a homogeneous social body but also playing a part in classification, hierarchization "That is why, in all the (שם, בעמ' 184), ופוקו מוסיף: "The mechanisms of discipline, the examination is highly ritualized. In it are combined the

היכולת לסווג אנשים לקטגוריות מוגדרות ולמקמם בסדר החברתי על-פי קביעות חברתיות מאפשרת שליטה באותם פרטים,³³ בעיקר בפרטים הסוטים מהסטנדרט. הבדיקה עשויה למלא פונקציה נוספת – רכישת ידע המופק מגופו או מנפשו של הנבדק. ידע הוא כוח בידי המחזיק בו, ולכן מאפשר גם להעצים את שליטתו של המחזיק במי שהממצאים הופקו ממנו.³⁴ תיעוד זה, מטבע הדברים, יכול לשמש את השלטון, ומאפשר להתמודד עם החריגה מהמסגרת המשפחתית תוך המשכת השליטה באוכלוסייה. על-כן כל סטייה מנורמה משפחתית רגילה, או ליתר דיוק סטייה ממה שהמדינה מצפה שמוסד המשפחה "ייצר"³⁵ (כגון זנות או אי-פריון או יחסים שסופם בהיריון בלתי-רצוי או בעובר חולה), מאפשרת התערבות בדמות בדיקה כפויה. עם זאת, חשוב להבין שהפיקוח על הסוטים מהסטנדרט נוסף על השמירה על המסגרת המשפחתית המקובלת, ומאפשר את מקסום האינטרסים השלטוניים.

לענייננו, חשוב לשים לב לכך שהכוח הפיזי נעלם מהזירה האבחונית או ההבחנתית לטובת המבט לבדו. יש להדגיש כי היסוד הפיזי האמור מתייחס לא לעצם ההעמדה לבדיקה (בכפייה), אלא ליסוד החדירה הגלום בבדיקה עצמה. ברם, לעיתים גם אין צורך בהבאת אדם לבדיקה בכפייה או בנטרול יכולת ההתנגדות שלו. זאת, משום שהאמצעים הטכנולוגיים התפתחו במידה המאפשרת לבדוק פרטים ולהתבונן עליהם ממרחק, לעיתים בלי ידיעתם. אם בעבר נדרש מגע פיזי כמעט אינטימי עם המטופל, ובהמשך נכנס בתווך שבין המטופל למאבחן מכשור (דוגמת המסכת (סטתוסקופ)) שחייב בדרך-כלל מגע (הפעם מגע אמצעי), כיום אין כמעט צורך במגע, אך החדירה לגוף הנבדק עשויה להיות עמוקה הרבה יותר (למשל, אמצעי דימות המאפשרים כניסה לגוף באופן בלתי-נראה). העובדה שבדיקות ואבחונים נהיו פיזיים פחות אפשרה את המעבר מהידיים הבוחנות המסורתיות אל המבט הרפואי – כך ניתן להסוות אותן פרקטיקות ישנות. בדרך זו המדע והרפואה יכולים לשמש להפקת מידע על הגוף ומהגוף תוך שימוש במגע פיזי מינימלי או בלתי-מורגש – מידע המאפשר שליטה וכוח,³⁶ שלכאורה קל יותר להצדיקו לא רק ביחס לבדיקות שהיו נהוגות בעבר, אלא גם ביחס לטיפולים מסוימים³⁷ שנועדו אף הם להשגת האינטרסים השלטוניים.

ceremony of power and the form of the experiment, the deployment of force and the establishment of truth" (שם).

33 על היכולת ליצור הבחנות (ואבחנות) ראו שם, בעמ' 193: "In a system of discipline, the child is more individualized than the adult, the patient more than the healthy man, the madman and the delinquent more than the normal..."

34 לרקע כללי ראו: MICHEL FOUCAULT, POWER/KNOWLEDGE (N.Y., 1980).

35 ראו מישל פוקו, תולדות המיניות I – הרצון לדעת 8 (תל-אביב, 1996), על מיקום המיניות הלא-לגיטימית ב"אתרי סובלנות" (כגון בתי-זונות ובתי-חולים פסיכיאטריים).

36 ראו גם: DOROTHY NELKIN & LAURENCE TANCREDI, DANGEROUS DIAGNOSTICS – THE SOCIAL POWER OF BIOLOGICAL INFORMATION 159–161 (Chicago, 1989).

37 למשל, עיקורים ומניעת ילודה בקרב מי שנחשבו פגומים מבחינה פיזית או מוסרית. בדיקות מעבירות למעשה את ההתמודדות לשלב מוקדם מהשלב הטיפולי, ובכך מונעות ביקורת אפשרית. השליטה בפריון וברבייה באמצעות קידום או מניעתם אינה "המצאה" חדשה.

חשוב לזכור שכל אותם אבחונים לא היו יכולים לצמוח ללא שיתוף-פעולה בין כמה גורמים בשני מישורים: הראשון, בין הגורם הפטריארכלי לבין הגורם הרפואי-המדעי; והשני, בין הגורם החוקי-המשפטי לבין הגורם הרפואי-המדעי. בנקודת התפר רואים גם את ניצני שיתוף-הפעולה הנמשך למעשה עד ימינו. החוק החל משתף פעולה עם המדע והרפואה,³⁸ שנותרו נתונים להגמוניה הגברית. בדרך זו העמיק שיתוף-הפעולה לדיכוי האישה.³⁹ פוקו תיאר את השלבים הראשונים של הטרגספורמציה – את תחילתו של המעבר מהדתי אל הרפואי – כ"שיתוף פעולה בין טכנולוגיות כפויות של וידוי כנסייתי לתצפיות קליניות במאה ה-19".⁴⁰ את טשטוש התחומים בין המסורתי לרפואי ניתן לראות גם כיום, כאמור, בבדיקות הבתולים הנערכות לפני נישואים, או בתפיסת האישה כאחראית לבעיות הפריון ובהתאם לכך בדיקתה ואף טיפול בה עוד בטרם נבדק הגבר, או בבדיקת נשים לגילוי מחלות מין מידבקות.⁴¹ כלומר, חל תהליך שבו הוסו המרכיבים הפטריארכליים שהיו מוטמעים בבדיקות,

לסוגיה זו, על היבטיה ההיסטוריים והמודרניים, ראו: CARMEL SHALEV, BIRTH POWER — THE CASE FOR SURROGACY 12 (New Haven, 1989).

38 הללו חברו יחדיו ומיקמו את המבט הגברי על הגוף הנשי, ובמיוחד על הגוף הנשי ההריוני. כבר במאה השש-עשרה נטו המנתחים לנתח גופות של נשים יותר מאשר גופות של גברים, כי הללו עוררו בהם סקרנות רבה יותר. Jonathan Sawday, *The Body Emblazoned* 61. Sawday (London, 1995). מסביר כי הגופות שהוכאו לניתוחים (שהוצגו לראווה) היו של מוצאים להורג, ומסכת ההתעללות בגופה במסגרת הניתוחים שלאחר המוות הייתה חלק מעונשם. נשים, מסתבר, נתלו פחות, דבר שהגביר את יצר הסקרנות של המנתחים ושל הקהל. במקרה אחד נותחה גופתה של "T" ההרה. נשים אחדות, אולי מתוך מודעות פמיניסטית מוקדמת ביותר, התנגדו לכך ולשיתוף-הפעולה של החוק והמדע: "...a group of women struggled to preserve the life and the body that the law and science had demanded". שם, בעמ' 220. להתפתחות המדיקליזציה של גוף האישה ולמעורבותה של המערכת הרפואית ראו גם: BARBARA EHRENREICH & DEIRDRE ENGLISH, *For Her Own Good — 150 Years of the Experts' Advice to Women* (U.S.A., 1989).

39 "הממסד הרפואי תמך במעמד הדומיננטי בכל האמור בדיכוי נשים ומתן צידוק לדיכויין על בסיס 'מדעי'". פרנץ', לעיל ה"ש 1, בעמ' 312. על מקצוע הרפואה הנשלט על-ידי גברים ראו שם, בעמ' 321. על האמצעים המשמשים בפסיכולוגיה כותבת פרנץ' (שם, בעמ' 326) כי "דומה שהמניע המסתתר מאחורי מדיניות השימוש בהם אינו ריפוי אלא שליטה חברתית". Woliver טוענת כי טכנולוגיות הפריון החדשניות כרוכות בשליטה, בתצפית ובבדיקה גבריות. Laura R. Woliver, *Reproductive Technologies, Surrogacy Arrangements, and the Politics of Motherhood*, in *MOTHERS IN LAW — FEMINIST THEORY AND THE LEGAL REGULATION OF MOTHERHOOD* 346 (Martha Albertson Fineman & Isabel Karpin eds., N.Y., 1995).

40 "...שילוב בין עבודת המוודה ובין בדיקת הרופא... שורה של אמצעים לרשום מחדש את הליכי הוידוי בתוך שדה של תצפיות בעלות קבילות מדעית." פוקו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 47.

41 ראו כתבן, לעיל ה"ש 12, וכן: Adina Nack, *Bad Girls and Fallen Women: Chronic STD*; *Diagnoses as Gateways to Tribal Stigma*, *SYMBOLIC INTERACTION* 25, 463 (2002).

הן משום שהתהליך כולו הוצג כרפואי והן משום שההליך נעשה פולשני פחות - גם מבחינה פיזית וגם מבחינת החשיפה לעין הציבור.⁴² כך, הביקורת על קיומן של פרקטיקות פטריארכליות והתפתחותם של אמצעים טכנולוגיים אפשרו התנתקות של המין והפריון ממוסד המשפחה,⁴³ והובילו לשחרור האישה וליציאתה אל הספֶרה הציבורית. אך אותן תמורות בדיוק הביאו לידי כבילתה מחדש של האישה - האמצעים הטכנולוגיים הניבו פרקטיקות אבחוניות חדשניות שאפשרו את הגברת השליטה בנשים באמצעות בדיקות כפויות, הפעם מבלי שהתלוותה אליהן בהכרח ביקורת.⁴⁴

פרק ב: אופן המעורבות החקיקתית

מקובל לראות בדרך-כלל את התא המשפחתי כיחידה סגורה, המתרחבת מאליה (פריון ורבייה) או כתוצאה מקשרי נישואים (מפגש של שני תאים - זכרי ונקבי). זו התופעה ה"טבעית" וה"נורמלית" שהחברה חותרת אליה. מקובל פחות לשים לב לחלק אחר של האנלוגיה, הרואה את דופן התא המשפחתי - כמו זה של התא הביולוגי - ככזה אשר "פולט" חלק ממרכיביו או אינו מאפשר קיומו של תא שאינו משמש או מממש את המרכיב הפריוני. כך, למשל, מפגש של שני תאים מאותו מין אינו עומד באמות-המידה החברתיות המקובלות. הקרום או הדופן של התא המשפחתי נשלטו בעבר על-ידי הבעל או האב. שחרור האישה - גם במובן המיני, גם במובן הפריוני וגם במובן התעסוקתי (יציאתה לספֶרה הציבורית) - הקשה על המדינה לשלוט באוכלוסייה על פרטיה, במין, בפריון וברבייה. כיום המדינה מנסה לפקח על התא המשפחתי במקום שבו הגברים אינם עושים כן או במקום שבו התערבויות חיצוניות (חברתיות או טכנולוגיות) פוגעות במרקם עדין זה. לנוכח האמור בחלקה הראשון של הרשימה, אציג בחלק זה של הדיון את אופני (אי-ההתערבות השלטונית), אשר פועלת למעשה כדופן התא, ומטרתה "יישור השורות". אדגים כיצד המחוקק לעיתים אוסר עריכת בדיקה ולעיתים מתיר אותה; לעיתים מתערב ולעיתים נמנע מלהתערב (באופן סביל או פעיל). המעורבות החקיקתית נחלקת לארבע: איסור

42 עם זאת, טענה חשובה שמועלית היא שגם כיום הבדיקות והטיפולים נעשים בזירה הציבורית (בבתי-החולים, למשל). ראו SHALEV, לעיל ה"ש 37, בעמ' 16.

43 לדיון בסוגיה זו ראו פוגל-ביז'אוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 108.

44 על צמיחת צורות חדשות של שליטה על רקע התנגדותן של הנשים לפטריארכליות ראו אצל BARTKY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 80. ניתן לומר שהבדיקות נערכות כיום במסווה, כלומר, מדיניות הבדיקות נמשכת אך באופן שאינו מעורר ביקורת. השוו גם למאמרה של אורית קמיר "יש סקס אחר - הביאוהו לכאן" משפט וממשל ז' 669 (תשס"ה), המגלה כי למרות השינוי בהגדרות של עֶבֶרַת האינוס, בתי-המשפט מחפשים עדיין את המרכיבים הפיזיים והכוחניים, אף אם הם אינם אומרים זאת במפורש.

בדיקת נשים או השמטת בדיקות; התרה או כפייה של בדיקות או הוספתן;⁴⁵ אי-התערבות בבדיקות; והדרה כפויה מבדיקות. בכל המקרים מדובר בהסדרה שמטרתה "יישור השורות", דהיינו, השבת הפרטים למסגרת מוסד המשפחה או לכל-הפחות איתור ואבחון של התורגים מהנורמה וקבלת תיעוד על-אודותיהם. את הניסיון "ליישר את השורות" אדגים בהתאם למודלים הללו.

1. מודל ההתערבות הנגיבי: איסורי בדיקות

הדיון במודל זה נועד להדגים את תגובתם של המחוקק או של בתי-המשפט ובתי-הדין על האפשרות שדווקא בדיקה עשויה להפר את הסדר המשפחתי, ולפיכך יש לבטלה או להימנע מלהורות עליה מלכתחילה. הדיון נועד גם להבליט את הדרישה לבדיקה אל מול האיסור לערוך בדיקה, כאשר שניהם אינם נסמכים על יסודות רפואיים-בריאותיים, אלא על יסודות פטריארכליים המצביעים על (אי-)התערבות של המחוקק בניסיון "ליישר את השורות". המדינה (באמצעות החוק או מוסדותיה, לרבות המשפטיים והרפואיים) אוסרת בדיקות או מבטלת אותן. דוגמה לכך הן בדיקות להוכחת אבהות כאשר האם נשואה. במקרה זה איסור הבדיקה מקורו בתפיסות פטריארכליות הקושרות את האישה עם הסטטוס של בעלה. תפיסות אלה אינן מוסוות כמו הפרקטיקות שהצגתי בחלקה הקודם של הרשימה. תפיסות אלה מתקיימות כיום בארץ, הגם שניכרת שחיקתן ההדרגתית כפי שאראה, ולכן הן משמשות חיבור טוב בין עבר להווה. לכאורה נועדו איסורי הבדיקה להגן על האישה, אך בפועל, לפחות בחלק מהמקרים, הם רק חיזוק את הצגת הנשים כנחותות, כחלשות וכזקוקות להגנה. דוגמה נוספת להתערבות נגיבית כזו היא ביטול הבדיקות לפני נישואים כאשר אלה איימו על מוסד המשפחה והנישואים. דוגמות אלה יידונו כעת.⁴⁶

בכל הנוגע לבדיקות להוכחת אבהות⁴⁷ חשוב לזכור שני דברים: ראשית, אין מדובר

45 כפיית בדיקות היא אחד מאמצעי השליטה. ברשימה זו, סוגיית הכפייה היא חלק ממכלול רחב יותר המאפשר לראות כיצד המדינה, באמצעות מוסדותיה והכלים העומדים לרשותה (בעיקר באמצעות החוק), מקימה או משמרת תא משפחתי, המאפשר פיקוח שלטוני על המין, המיניות, הפיריון והרבייה.

46 דוגמה נוספת היא מניעת בדיקה של נערות לצורך קביעת בגרות מינית, והעדפת הסתמכות על קביעות פורמליסטיות האוסרות נישואים בגיל צעיר. סממני הבגרות החיצוניים שימשו יסוד לקביעת גיל הכשרות המשפטית לנישואים. על-פי ההלכה, די בבדיקת הנערה ובמציאת שתי שערות לאשר את מוכנותה וכשרותה לנישואים. ראו ס' 156(א)(2)(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, והדרישה לתעודה רפואית טרם ביאה ונישואים. כן ראו ערעור תשי"ח/122 א' נ' ב', פד"ר ג 131 (תשנ"ב). עם זאת, שאלה היא אם אין מדובר בניסיון להגן על הנערה מבחינה בריאותית.

47 בדרך-כלל מקור הדרישה באישה, אולם קיימים כמובן גם מקרים אחרים, כגון גבר המבקש להוכיח את אבהותו על ילד. ראו: Deborah A. Ellingboe, *Sex, Lies, and Genetic Tests: Challenging the Marital Presumption on Paternity Under the Minnesota Parentage Act*, 78 MINNESOTA L.R. 1013 (1994). במקרים אחרים הבדיקה נתבעת על-ידי גבר

בטכנולוגיה פריונית חדשה, אלא דווקא בטכנולוגיה שעשויה להעמיד בסכנה את התא המשפחתי המסורתי, כפי שאפרט; שנית, יש לזכור כי פעמים רבות האישה היא שמבקשת את כפיית הבדיקה, ופעמים רבות אין נענים לבקשתה. פסיקת בית-הדין הרבני, פסיקת בתי-המשפט האזרחיים בארץ ובחוץ-לארץ אינם מקילים את זיהוי הבעיות המגדריות ואת פתרון השאלה אם הבדיקה פוגעת בנשים או מיטיבה עימן.⁴⁸ אין זה פלא, משום שבסוגיה זו קיימת שניות המדגימה בצורה מרתקת את הניסיון ל"יישור השורות": בעוד המחוקק או המערכת המשפטית (כלומר, בתי-המשפט ובתי-הדין הרבניים) מאפשרים לכפות בעקיפין בדיקות כאשר התובעת היא אישה פנויה,⁴⁹ הם אוסרים בדרך-כלל את עריכתן כאשר האישה נשואה.⁵⁰ ההסבר לאיסור הוא החשש מפני "מזורו" של הילד.⁵¹ טובת הילד היא אם כן טיעון אחד להצדקת איסור הבדיקה.⁵² חשש זה עולה כאשר האם היא אשת איש. כלומר,

- המכחיש את אבהותו. על ההבחנה בין הכחשת אבהות לבין הוכחת אבהות ראו אורי זיונין הכחשת אבהות (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1984). הגבר יכול לטעון (נגטיבית) כי הוא אינו מעוניין לשאת בעלות החזקות של ילד שאינו שלו. ראו שלמה דיכובסקי "שליטת אבהות באמצעות בדיקות HLA" אסיא (5) 163 (תשמ"ו); יהודה גליק "קביעת אבהות באמצעות בדיקת רקמות" כתלנו יג 166 (תש"ן).
- 48 השאלה המגדרית בכל הקשור לבדיקות להוכחת אבהות אינה ברורה וחדה. רובין בייקר התלבט אף הוא בשאלה זו בספרו סקס בעתיד: "לחיי האיש שהמציא את בדיקות האבהות", אמרה [תלמה]. סוון הקישה את כוסה בכוסה של תלמה. 'אני מוכנה להתערב שזאת היתה אישה', אמרה. 'לא', אמרה תלמה בביטחון. 'מס הילדים – את זה בטח יצרה אישה. בדיקת האבהות – זאת עבודה של גבר. אין לי שום ספק.' רובין בייקר סקס בעתיד 49 (תל-אביב, 2000).
- 49 לעניין הוכחת אבהות ראו ע"א 548/78 נועה שרון ואח' נ' יוסף לוי, פ"ד לה(1) 736 (1980). בפסק-דין זה קבע בית-המשפט כי לסירוב לעמוד לבדיקה יש משמעות ראייתית – משמעות שכמוה ככפיית הבדיקה. עם זאת, המחוקק לא קבע את חובת הבדיקה בחוק. דיון בסוגיה זו ראו במיוחד אצל ד"ר כרמל שלו, המציגה הבחנות נוספות בהקשר הפריוני בין אישה נשואה לבין אישה פנויה, כגון בהפריה חוץ-גופית, בפונדקאות ובהזרעה מלאכותית, אשר קשורים או מובילים, כפי שאדגים, גם לכפיית בדיקות או לאיסור בדיקות. כרמל שלו "דיני פרויות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 501, 515-522, 522-526, 526-532 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה).
- 50 אף שהמקרה האחד מייצג כפיית בדיקה בעוד האחר מייצג איסור בדיקה, אציג את שני המקרים כאן משום שהם שלובים זה בזה.
- 51 לא אדון כאן בשאלת לגיטימיות הצאצא – דיון שהיה מקובל בשיטות משפט זרות. ראו SHALEV, לעיל ה"ש 37, בעמ' 30. ראו גם רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדיון הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 316 (תשס"ג). למעשה, בדיקות להוכחת האבהות שימשו במקורן בתיקים פליליים בקשר לעברות של מזורות וילדים לא-לגיטימיים, ורק אחר-כך החלו לשמש בתביעות גירושים. ראו: Shari H. Rudavsky, *Separating Spheres: Legal Ideology v. Paternity Testing in Divorce Cases*, 12(1) Sci. IN CONTEXT 123 (1999).
- 52 זאת, גם כאשר שני בני-הזוג מסכימים לבדיקה אשר תוכיח או תשלול את אבהותו של הגבר. במקרים אלה היועץ המשפטי לממשלה התנגד לעריכת הבדיקה מטעמים של טובת הילד. ע"א

ההחלטה אם להורות על הבדיקה נשענת על חוקה פטריארכלית הקשורה לסטטוס של האם⁵³ ולשיוכה או אי־שיוכה לגבר. האישה הנשואה כפופה לחוקת "רוב בעילות אחר הבעל";⁵⁴ האישה הפנויה כפופה לחוקת "כשם שזינתה עם זה, כך זינתה עם אחר".⁵⁵ שתי החוקות הפטריארכליות משיגות את המטרות והאינטרסים השלטוניים. הן "מחברות" בין הילד לבין הבעל והאישה (הנשואה), ובכך משמרות את התא המשפחתי הקיים.⁵⁶ מאידך גיסא, כאשר מדובר בנשים פנויות, יהיה להן ממי "להיפרע" ולגבות מזונות אף בהעדר תא משפחתי. אפרט מעט בשתי הסוגיות.

אם תותר בדיקה של האישה הנשואה ושל הגבר־האב הנטען, ויימצא שבעלה אינו האב הביולוגי, אזי הוא עלול למנוע תמיכה מהילדים ולהשתמש בקביעה המדעית כעילת גירושים, ובכך תיפגע המערכת המשפחתית המקובלת.⁵⁷ אם לסכם בעניין זה, החשש מפני האפשרות שהילד יוחזק כממזר מונע מלכתחילה את הצורך בבדיקה, שכן הוא מוליך לשיוך הילד לאמו ולבעלה. הדבר מחוק, ולו בעקיפין, את התא המשפחתי מנקודת־ההשקפה המסורתית. מבחינת המדינה, בכל מקרה יהיה מי שישא בהוצאות ובתוצאות, ולכן ניתן אולי להבין מדוע בתי־המשפט האזרחיים נוטים כיום לכיוון של התרת הבדיקה, אף שהיא עשויה לא לשמר את התא המשפחתי במקרה הפרטני. הבסיס לכפיית הבדיקה במקרים הללו נשען אף הוא על טובת הילד, אך הפעם על

-
- 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח', פד"י מח(1) 711 (1992); תמ"א (מחוזי ת"א) 1279/83 פלוני נ' אלמונית ואח', פ"מ התשמ"ה(3) 259 (1985).
- 53 זו כמובן מציאות לא־שוויונית. ראו גם זיונין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 76-77, הטוען כי יש לבטל את הפליית האישה, כך שתוכל לטעון שילדה אינו משויך גנטית לבעלה.
- 54 קרי, לחוקה שבעלה של האם הוא אבי הילד, אף אם האם חשודה כמי שקיימה יחסים מחוץ לנישואים. ראו אצל בניציון שרשבסקי דיני משפחה 360-361 (מהדורה רביעית, ירושלים, תשנ"ג).
- 55 ראו גם אצל שלו, לעיל ה"ש 49, בעמ' 506. כפי שציינה ד"ר כרמל שלו בעניין זה (שם, בעמ' 505), "...הבעיה של חשש ממזרות לפי ההלכה היהודית אמנם מתעוררת בהקשרים שונים. ניתן לראות בכך ביטוי לדאגה בפני פריצת הגבולות של מוסד המשפחה המסורתית..."
- 56 על הניסיון למנוע קיום יחסים מחוץ לנישואים ראו במאמרו של פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו - מצג־שווא לגבי שימוש באמצעי־מניעה" משפטים יח 459, 480 (תשמ"ט), הסותר את הטענה שלפיה "הענקת סעדים בגין מצג־שווא כמוה כעידוד ליחסי־מין שלא במסגרת נישואין (בין פנויים או בין נשוי למי שאינו בן־זוג)".
- 57 במקרה כזה גבר אחר עשוי להיות מחויב בתשלום המזונות. אך אם גברים ידעו שתיכפה עליהם בדיקה כדי לקבוע את אבהותם, הם עשויים אולי לא למצוא את היתרון בקיום יחסים עם אישה נשואה. לאמיתו של דבר, במצב־הדברים הנוכחי עומדת לגברים אפשרות אחת בכל־זאת: לקיים יחסים רק עם נשים נשואות, מאחר שעד כה עמדו במצב שבו הייתה להם "חסינות" מפני תביעה להוכחת אבהותם. זהו מוטיב נוסף המאפשר את ביצור התא המשפחתי ומונע חריגות ממנו. יש להדגיש שהשיטה כיום אינה מרתיעה גם נשים נשואות מלקיים יחסים עם אחר, מאחר שגם להן נתונה אותה "חסינות". בכך יש אולי כדי לאפשר חריגה מהמסגרת המשפחתית, אך לא כדי לפגוע בשלמות התא המשפחתי, בהעדר ראייה בדמות הבדיקה להוכחת אבהות.

זכותו להכיר את אביו.⁵⁸ בעקבות הפסיקה הוגשו גם הצעות חוק שמטרתן להתיר – או ליתר דיוק לכפות – בדיקה של גברים במטרה לברר את אבהותם.⁵⁹ מכל מקום, התוצאה היא שיהיה אפשר אולי להוכיח אבהות בבתי-המשפט האזרחיים גם במקרים שבעבר הייתה מניעה הלכתית (לא מדעית) מלהוכיחם. בכך יתייטר הקשר בין ההיתר לערוך בדיקה לבין הסטטוס של האישה, אולי על-חשבון קיומו של התא המשפחתי. מבחינת השלטון אין לכך משמעות, שהרי תתקבל ודאות ביחס לאבי הילד, אשר עתיד להשתתף בהוצאותיו.⁶⁰

הבדיקה מתאפשרת גם כאשר מדובר בנשים פנויות ובאימהות חד-הוריות, הנתפסות לעיתים כפוגמות בהסדרים החברתיים של מוסד המשפחה. כאן אין בעיה הלכתית דוגמת המזוור, אך קיים עדיין האינטרס (לפחות של המדינה) לאתר את האב. כך, נשים פנויות יכולות לתבוע מזונות, ולהתקיים כיחידה שאינה המסגרת המשפחתית הרגילה.⁶¹ האישה הפנויה יכולה לתבוע הכרת אבהות ומזונות מגבר, ובדרך זו לא תיפול למעמסה על המדינה. כלומר, מבחינת המדינה, אף שמדובר בתא שאינו תא מסורתי, הבדיקה מאפשרת לאתר את מי שמוטלת עליו האחריות לתמוך בילדים.⁶²

הבעייתיות בדוגמה הראשונה היא בתפיסת הסטטוס של האישה ובהצגתה כאחראית להפרת הסדר המשפחתי,⁶³ בעוד הגברים הבעלים יכולים רק לקדם את מוסד המשפחה אם

58 ראו תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני ואח' נ' פלוני ואח', פ"מ תשס"א 801 (2004).

59 הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), תשס"ג-2003, ס' 13ב: "בית המשפט, במסגרת שיקוליו האם להורות על בדיקה, ישקול את טובת הילד לרבות החשש למזוורות, את טיב היחסים בין הילד לבין האב הנטען, את גיל הילד, ואת שיעור הנזק אשר עשוי להיגרם אם יוכחו תוצאות הבדיקה כחיוביות." ראו גם פרוטוקול מס' 533 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 12.7.2005, הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), התשס"ג-2003, של חבר הכנסת איתן כבל (פ/769), הכנה לקריאה ראשונה – דיון והצבעה. ראו גם קישור להצעה באתר הכנסת www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/769.rtf.

60 ראו גם את העמדה המובעת אצל כרמל שלו "הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי" הריון מסוג אחר 201 (שלומית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, תשנ"ו). ראו גם SHALEV, לעיל ה"ש 37, בעמ' 32, על התפתחותן של התביעות להוכחת אבהות והטלת האחריות על האבות.

61 שמואל בניאל ומשה רונן אבות בעל כורחם 43 (תשנ"ב) טוענים כי הקלות שבה ניתן להוכיח את התביעה גרמה לכך שנשים רבות יותר מביאות ילד לעולם ללא הסכמת האב. אך השוו לאמור אצל SHALEV, לעיל ה"ש 37, בעמ' 32-33.

62 עם זאת, השקפה זו תלויה כמובן באופיו של השלטון, כמשקף את המסורתי או את החילוני, שכן אם קובעי המדיניות משקפים עמדות מסורתיות, הם יבקשו מן הסתם לצמצם כל חריגה מהמסגרת המשפחתית, בין אם המדינה תישא בנטל ובין אם לאו. בהמשך אדון באותן נשים פנויות הנבדקות בעל-כורחן כאשר הן מבקשות להביא ילדים מחוץ לנישואים, באותם מקרים שבהם הבדיקה נעשית לפני ההתעברות, ולא לאחריה.

63 מובן שניתן לטעון כי האישה, למעט במצבים חריגים, היא לבטח אימו של הילד. אך אין הדבר הופך אותה לאחראית הבלעדית לילד או להפרת הסדר המשפחתי. חריגים לקביעה שהאישה היא אימו של הילד ניתן למצוא כבר במשפט שלמה, שם נסבה המחלוקת סביב השאלה מי האם

יימנעו מהתנהגות הוללת.⁶⁴ בבדיקות להוכחת אבהות (הפוגעות בנשים כקבוצה), הגברים הם אלה שבדרך-כלל נכפים להיבדק או מנועים מלהיבדק, אך בית-המשפט ובית-הדין הרבני מורים על הבדיקה או אוסרים את קיומה על-סמך חוקות שקשורות לאישה ולסטטוס שלה. כל עוד החוקות מתייחסות לנשים בלבד, וכל עוד אין שוויון בנפקות המיוחסת לאם היולדת במסגרת מוסד הנישואים או מחוץ לו, וכל עוד האם המינית נתפסת כסוטה מן הנורמה והגבר המיני נתפס כהולל בלבד (ולכל-היותר יישא בהוצאות ממוניות, קרי, בדמי מזונות), התרת הבדיקה או איסורה על בסיס זה פגומים מיסודם. הבעיה מחריפה לנוכח העובדה שמדובר בבדיקות מדעיות המיושמות בצורה שמפנימה ערכים חברתיים ופטריוארכליים, תוך שיתוף-פעולה עם המוסדות הרפואיים או המדעיים. לפיכך, הבדיקה יכולה לקדם את מוסד המשפחה (גברים יקיימו יחסים רק במסגרת המשפחתית) או להפר את הסדר המשפחתי (אם תיסתר החוקה של "רוב בעילות אחר הבעל"). אם הנחה זו נכונה, יש בה כדי לתת הסבר נוסף לכך שבית-הדין הרבני דוחה את הסוגיות המדעיות (גנטיקה) אך מקבל את העניינים הרפואיים הקשורים לפיריון וללידה. וסטרייך טוען בעניין זה כי התייחסות שלילית מצד בית-הדין הרבני ניכרת כאשר מדובר בתחום הגנטיקה, ואילו בעניינים רפואיים של פיריון הגישה אינה מתנכרת, כהגדרתו.⁶⁵ הטעם המרכזי לדעתו הוא ב"תקשורת" הטובה יותר בין הרפואה (והרופאים) לבין בית-הדין הרבני מאשר בין המדע לבין בית-הדין הרבני.⁶⁶ לדעתי, הסבר נוסף לכך שבית-הדין הרבני אינו מקבל תוצאות של בדיקות גנטיות הוא שקבלתן תערער את היסודות המוכרים של מוסד המשפחה, ותאפשר פירוק של משפחות קיימות. לעומת זאת, בבית-הדין הרבני ניכרת נכונות להורות על בדיקות בתחום "פרו ורבו" לשני המינים. ההסבר לכך הוא שבית-הדין אינו מתנגד לראיות שיוכיחו כי לבני-זוג אין סיכוי להביא צאצאים לעולם, שכן במקרה כזה הוא יאפשר את פירוק אותה מסגרת בתקווה שבני-זוג או אחד/ת מהם יקיימו מצוות "פרו ורבו" במסגרת משפחתית אחרת או באמצעות היתר לשאת אישה נוספת.⁶⁷ סוגיה זו כמובן מורכבת יותר, אך מכל מקום, זו דוגמה לשניות הקשורה לניסיון "ליישר את השורות". המחוקק אינו רק אוסר בדיקות, אלא גם עשוי לבטל בדיקות קיימות. מאחר שהמטרה

הביולוגית. חריגים אחרים, מודרניים יותר, מקורם בטכנולוגיות הפיריון והרבייה החדשות, ההופכות את המושג הורות (אימהות ואבהות) לניזיל יותר.

64 על בדיקת גברים בלבד ראו להלן בפרק 4(ב).

65 אלימלך וסטרייך "רפואה ומדעי-הטבע בפסיקת בתי-הדין הרבניים" משפטים כו 425 (תשנ"ו). פרופ' וסטרייך מעלה כמובן גם את ההבדל בתוצאה (ממונית או ממזרות). כך גם, אגב, במשפט במצרים: Ron Shaham, *Revealing the Secrets of the Body: Medical Tests as Legal Evidence in Personal Status Disputes in Modern Egypt*, 21 *MED. & L.* 357, 363 (2002).

66 וסטרייך, שם, בעמ' 492.

67 ראו יהודית ט' שובל ועפרה אנסון העיקר הבריאות – מבנה חברתי ובריאות בישראל 166 (תשס"א); וראו במיוחד אצל יוסי גרין משפט ורפואה 583–592 (תשס"ג). גרין מיטיב להכיר ביחסו של בית-הדין הרבני לתא המשפחתי כתא שטעון חיוזק או פירוק בהתאם למצב הפיריון והרבייה של בני-הזוג.

המרכזית בבדיקות היא שמירה על הסדר המקובל של מוסד המשפחה, משהסתבר כי הבדיקות הכפויות מרתיעות את הפרטים מכניסה למסגרת הנישואים, בחר המחוקק (לפחות האמריקאי) לבטלן. כך, הבדיקות לגילוי מחלות מידבקות לפני נישואים בוטלו מפאת חששם של קובעי המדיניות כי שכרם יצא בהפסדם.⁶⁸ בראשית שנות השמונים של המאה העשרים החלו מדינות אחדות בארצות הברית לבטל את חובת הבדיקות לגילוי עגבת לפני נישואים.⁶⁹ בשלהי שנות השמונים, בעקבות התפשטות מגפת האיידס, החל "גל" חדש של חקיקה, שחייבה עריכת בדיקות HIV לעומדים להינשא.⁷⁰ שלא כבתחילת המאה העשרים, כעת נדרשו גם גברים וגם נשים להיבדק, ולשני בני הזוג יוחסה, לפחות לכאורה, התנהגות מינית פעילה לפני הנישואים. החקיקה בוטלה בסופו של דבר, ולא רק בשל מבחני עלות-תועלת,⁷¹ אלא גם בגלל התרחקותם של זוגות ממוסד הנישואים או מעברם למדינות אחרות

- 68 למשל, ILLINOIS MARRIAGE LAW 750 ILCS 5/503, שחייב מועמדים לנישואים לעמוד לבדיקה, עמד בתוקף במשך כשנה וחצי עד שבוטל בשנת 1989. הממסד הדתי מודע לאפשרות ה"ברחה" של מועמדים לנישואים מפני מוסד הנישואים משום הדרישות, ההגבלות והבעיות החמורות שמוסד זה מציב, ולא רק בתחום האבחוני, ונדמה כי הכרה זו מתחילה להוביל לקראת צמצום הדרישות הפורמליות והנוקשות המוטלות על הצדדים.
- 69 R.J. Kingon & P.J. Wiesner, *Premarital Syphilis Screening: Weighing the Benefits*, 71(2) A.J.P.H. 160 (1981) (הטוענים נגד ביטול החוקים בטיעון כי התועלת בבדיקות רבה).
- 70 J McKillip, *The Effect of Mandatory Premarital HIV Testing on Marriage: The Case of Illinois*, 81(5) AM. J. PUBLIC HEALTH 650 (1991).
- 71 ראו אצל: Martha A. Field, *Testing for AIDS: Uses and Abuses*, 16 AM. J. L. & MED. 69-77 (1990). באותה עת הייתה המחלה שכיחה יותר בקרב הומוסקסואלים ונרקומנים. Paul Cotton, *Premarital HIV Testing Hits Snags*, 29(4) MEDICAL WORLD NEWS 21 (1988) (על הבעיות, הביקורת והקשיים האדמיניסטרטיביים בתחילת יישום של החוקים בלואיזיאנה ובאילינוי); Paul Cotton, *Premarital HIV Screening Laws Facing Repeal*, 29(10) MEDICAL WORLD NEWS 48 (1988) (חודשים מספר לאחר יישום החוקים נשמעו קריאות לביטולם מטעמי עלות-תועלת, שכן מתוך 20,000 נבדקים נמצאו 5 נשאים בלבד); P.D. Cleary, M.J. Barry, K.H. Mayer, A.M. Brandt, L. Gostin & H.V. Fineberg., *Compulsory Premarital Screening for the Human Immunodeficiency Virus – Technical and Public Health Considerations*, 258(13) JAMA 1757 (1987) (המוצאים כי הבדיקה אינה אפקטיבית); B.J. Turnock & C.J. Kelly, *Mandatory Premarital Testing for Human Immunodeficiency Virus – The Illinois Experience*, 261(23) JAMA 3415 (1989) (הבדיקה אינה עומדת במבחני עלות-תועלת); וכן: *High 'I Do' Blood-Test Dues*, 135(23) SCIENCE NEWS 357 (1989); J.L. Nadler, *Premarital Screening for HIV*, 259(21) JAMA 3127 (1988); *Do You Take This Blood...*, THE ECONOMIST, February 18, 1989 at 25 (התוצאות הראשונות של בדיקות HIV לפני נישואים בארצות הברית, שמראות כי תועלתן נמוכה).
- Niccie L. McKay & Kristen M. Phillips, *An Economic Evaluation of Mandatory Premarital Testing for HIV*, 28 INQUIRY 236 (1991) (נתונים

שבהן לא נדרשה הבדיקה. מחוקקים שהפנימו את הדברים נאלצו כאמור לבטל את הדרישות המוקדמות לבדיקה לפני נישואים, הן מפני שהסיבות החברתיות הפכו את הבדיקות לבלתי-מוצדקות מבחינה רפואית (שכן הסתבר כי הבדיקות אינן משיגות את הפונקציה המניעתית) והן משום שהן גרמו לזוגות פוטנציאליים להתרחק ממוסד הנישואים.

לכאורה יש צדק בדבריו של בייקר, שצפה כי הטכנולוגיות הפריוניות ייצרו עולם טוב יותר, מאוזן יותר, השומר על כבוד האדם ועל הפרטיות.⁷² אך גדמה כי ההפך הוא הנכון, משום שביטול בדיקות נעשה רק במקרים שבהם הושגה תוצאה הפוכה מזו שהתכוון לה המחוקק. שחיקת הקשר ההכרחי בין מוסד הנישואים לבין פריון, מין ורבייה מקשה על המחוקק לחייב צדדים בבדיקות נטולות אינטרס רפואי או בריאותי. קל להבין את כניעת המחוקק ואת ביטול הדרישה לבדיקות לפני נישואים בימינו, על רקע התפתחותן של הפרקטיקות המיניות והפריוניות מחוץ למסגרת הנישואים, ומתוך ההכרה שמוסד הנישואים אינו משמש עוד למין או לפריון, אלא לזוגיות, לשותפות ולאהבה. במצב זה קשה למחוקק להצדיק בדיקת מועמדים להינשא, בעוד מי שאינם נישאים אך מקיימים יחסים אינם נבדקים. התנתקות המין מן הנישואים מקשה על המחוקק להטיל חובות בדיקה דווקא על מי שמבקש ללכת בדרך המסורתית. קשה למחוקק גם להצדיק את בדיקת המועמדים להינשא כאשר אין בכוונתם להעמיד צאצאים.⁷³

על רקע כל אלה ראוי לציין התפתחות שחלה לאחרונה ביחס לבדיקות בדרום-אפריקה, שם החליטה המדינה לאסור בחוק את טקס בדיקת הבתולים. Louise Vincent טוענת כי אפשר אומנם להבין את האיסור כהחזרה של תפיסות ליברליות,⁷⁴ אולם מסקנתה היא כי "The impending ban on virginity testing is about the disciplining of the body, not

שלהיים יש בבדיקות יתרון, המתחזק אם שיעור ה-HIV באוכלוסייה ההטרוסקסואלית עולה - שם, בעמ' 246; J.P. Allain & R. Daniels, *Compulsory Premarital Screening* for HIV, 259(7) JAMA 1011 (1988) (תגובה על מחקר של Cleary, שבו מודגשת התועלת שבבדיקה); J.R. Dykers, L.I. Stemp, B.J. Turnock, C. Silverman & C.J. Kelly, *Mandatory Premarital HIV Testing: The Illinois Experience*, 263(14) JAMA 1917 (1990) (אחד המחברים תומך בבדיקות, מחבר אחר יוצא נגדן וטוען כי בדיקות לפני נישואים שמטרתן הגנה על בן/בת-הזוג יוצאות מנקודת-הנחה של אי-קיום יחסי מין לפני הנישואים, ומחבר נוסף מייחס לבדיקות ירידה של 22% בשיעור הנישואים באילינוי).

72 בייקר, לעיל ה"ש 48.

73 Dirk C. Peterson, *For Better or for Worse? Mandatory AIDS Testing for Marriage License Applicants*, 38 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 159, 174 (1990) האמריקאי אינו מחייב במקרים מסוימים בני-זוג שכבר אינם בגיל הפריון בבדיקות לפני נישואים. Cathy J. Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 63 WASH. U. L.Q. 577, 612 (1985).

74 Vincent, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19. ראו גם רבינוביץ', לעיל ה"ש 6, בעמ' 7, העוסק אף הוא בדילמה של "התערבות בעולמה הנורמטיבי של קבוצה אחרת ונסיון להשליט את הערכים הדומיננטיים של המתערב על תרבותה [ש]עומדים בסתירה לנטייה הליברלית." עוד על ההקשר של הליברליזם ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 8.

"its emancipation".⁷⁵ הדברים נכונים, אך חשוב לשים לב שבמקרה חריג זה ביטלה המדינה את הבדיקות משום שהן מהוות איום על השליטה שלה עצמה בפרטים. כלומר, מעבר לניסיון להחדיר ערכים מערביים, ליברליים, יש בחקיקה זו כדי להבהיר עד כמה השליטה בבדיקות חשובה מבחינה שלטונית. דרך חשובה לרכישת סמכות שלטונית היא לא רק מתן הוראה על עריכת בדיקות, אלא גם ביטול בדיקות שמוחזקות בידי מי שאינם חלק מהזרוע השלטונית.

2. מודל ההתערבות הפוזיטיבי: היתרי בדיקות וכפיית בדיקות

דווקא אותן טכנולוגיות המאפשרות פרויקט רבייה מחוץ למוסד הנישואים וללא מין יצרו עולם חדש של בדיקות, המרחיבות את ההתערבות השלטונית בהליכי הפריון והרבייה. המחוקק או הממסד הרפואי (או החברה) מעבירים את הבדיקות ממוסד המשפחה אל מסגרת הקיום העצמאי של המין והפריון. המדינה מתירה (או כופה) בדיקות ומתערבת בפרטי – הן בהסדרים החוזיים והן בהסדרים המשפחתיים (לעיתים הללו מתאחדים). מה שמאפשר את ההתערבות במקרים רבים הוא התפיסה הפטריארכלית-הפטרנליסטית, הרואה באישה כמי שזקוקה להגנה. בעבר נמנעה המדינה מהתערבות בתחום הפרטי-המשפחתי, למרות אופיו הציבורי. משיצאה האישה לתחום הציבורי – הן לשוק העבודה והן להתקשרויות ולעשייה החוץ – השתנה המצב, והמדינה החלה להתערב באמתלה הנסמכת על הגישה הרואה את האישה כחסרת-אונים, והורתה על בדיקות שונות שמטרתן התערבות בתנאים החוזיים או בבחינת יכולתה של האישה להתקשר בחוזה. את ההתערבות בחופש החוזים קל יותר להצדיק על יסוד מניעים פטרנליסטיים מאשר את ההתערבות במוסד המשפחה. הסטטוס החוזי שיפר לכאורה את מעמדה של האישה במשפחה פנימה,⁷⁶ אך הכניס בדלת האחורית את עינה הפקוחה של המדינה.

סיבת ההתערבות אינה אלטרואיסטית.⁷⁷ הפרט דיני המשפחה והעמדתם על מישור חוזי, ובכלל זה העמדת נשים כצד לחוזה, לא העמידה אותן בהכרח במצב שוויוני.⁷⁸ ההפך הוא הנכון: כפיית הבדיקות מרחיקה את האישה משוויון, ממקמת אותה כצד החלש בחוזה, שנטל ההוכחה עליו או שנוקק להגנת המדינה, וגם כצד הנתון להדרה משום שהוא נבדק בעוד אחרים (הגברים) אינם נבדקים ומשום שתוצאות הבדיקות עלולות להוביל להפליה – למשל, בתעסוקה. חוזי עבודה, חוזי פונדקאות וחוזי נישואים הם דוגמות

75 Vincent, שם, בעמ' 29.

76 ראו אצל שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב).

77 ראו במיוחד פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האישה בחברה ובמשפט 19, 40 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה), על החשדנות שיש להפעיל בבחינת החקיקה הפטרנליסטית.

78 ראו: Carole Pateman, *The Sexual Contract* 214 (Stanford, 1988), על המרכיבים הפטריארכליים שחזרו לשלוט בחוזי הפונדקאות.

מובהקות להצגת האישה כצד נחות במשא-ומתן החווי, בקיומו של החוזה או בסיומו של החוזה.⁷⁹ המשותף לדוגמות אלה הוא הניסיון השלטוני להגביר את השליטה בפריון (חווי פונדקאות, שמטרתם קיום חווי למימוש הפריון, אך לפחות במקור – לשם פיתוח המשפחה המוכרת בחוק (גבר, אישה וילד)),⁸⁰ בבריאותם של הדורות הבאים (חווי עבודה שכפופים לקביעה פורמליסטית המדירה את הנשים ממקומות עבודתן)⁸¹ ובשלמותו של מוסד המשפחה לשם מימוש הפריון והרבייה והעמדת דורות בריאים בעתיד (חווי נישואים ובדיקות לפני ביאה, שאינן תקפות עוד מאחר שהוחלפו בקביעה פורמליסטית של גיל הנישואים המשרת באופן המרבי את מטרת המסגרת המשפחתית).⁸²

הפיקוח השלטוני מתקיים בעיקרו מכוח החקיקה, באמצעות מנגנון פטריארכלי במהותו: המדינה הלאימה או הפקיעה את התחומים שבהם כשלו הגברים בשמירת המסגרת המשפחתית או התעסוקתית, או באותם מקרים שבהם הטכנולוגיה חייבה זאת, וקבעה בחקיקה זכויות שגולות אליהן חובת בדיקה.⁸³ המדינה גם רותמת את מה שנתפס כמישור היחסים החווי, ומתערבת בו "לטובת האישה", מתוך הנמקה, כאמור, שהאישה מצויה בנחיתות במישור זה וזקוקה להגנה. המדינה "תופסת" את הפרטים במצוקתם (כבאותם אבחונים בהליכי פונדקאות או בטיפולי פריון שהנבדקים "נלכדים" בהם). מצב המצוקה מאפשר לשלטון להתערב ולכפות בדיקות כאשר מתרחשת חריגה מהנורמה. הבדיקות הכפויות נשענות גם על "תפיסת הנשים" בנקודות-תורפה. כלומר, כאשר האישה נמצאת במצב מצוקה, ניתן לכופף אותה להיבדק. ניתן לראות תופעה זו בשלושה מקרים לפחות: הסדרת העיסוק בזנות, הסדרת הליך הפונדקאות והסדרת ההפלות.

סוגיית ההפלות היא דוגמה מייצגת: בסעיף 316(א) לחוק העונשין (הפסקת הריון),⁸⁴ הקובע מתי הוועדה רשאית להתיר הפסקת הריון, מתכנסים למעשה אירועים מיניים שונים, שחלקם הוצגו לעיל, בתוספת אחת – סופם בהיריון.

79 פנחס שיפמן "משמורת ומוזנות ילדים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 534, 539 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) (על עמדת המיקוח הנחותה של הנשים בהליכי גירושים בעלי אופי הסכמי).

80 ראו גם: PATRICIA SPALLONE, BEYOND CONCEPTION — THE NEW POLITICS OF REPRODUCTION: 178 (1989): "It is true that reproductive technologies are potentially disruptive to patriarchal ideology... Indeed this is why IVF and the new reproductive technologies are defined and used in a specific framework — within marriage, as a 'better' alternative to adoption, controlled by the state in concert with medical scientists to guarantee the continuation of traditional norms"

81 סוגיה זו תידון בהמשך הדברים. ראו להלן הטקסט הצמוד לה"ש 97.

82 בעניין הבדיקות לפני ביאה ראו לעיל ה"ש 46.

83 דוגמה לכך היא הסדרתה החוקית של הזנות: אם העיסוק בזנות הוא "זכות" שהמדינה מעניקה, אזי זו יכולה להתנות מתן רישיון בבדיקות. כך ניתן להבין גם את מוסד המשפחה, ובמובן מסוים גם את המושג "הורות", אשר בעבר נתפס כזכות טבעית, ואילו כיום הוא נתפס כזכות הנתונה גם בשליטת המדינה. ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל ב 139 (תשמ"ט).

84 ס' 316(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

"(1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה; (2) ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין; (3) הולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; (4) המשך ההריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי."

כדי "לזכות" באישור להפלה, על האישה להוכיח באמצעות בדיקה שהיא הרה, ואז לעבור בדיקות נוספות.⁸⁵ הפנייה לוועדה אינה מרצון. הרי אם היה אפשר לבצע את ההפלה באופן חוקי ובטיחותי מבחינה רפואית, לא היו הנשים פונות להליך זה. מובן שלוועדה יש חשיבות מרובה מבחינה זו שהיא אמורה להביא בחשבון אינטרסים שונים, דוגמת זכויות העובר. מכל מקום, על הוועדה לפעול לפי תנאי החוק דלעיל, אשר משמרים, כפי שאדגים, תפיסות של המחוקק ביחס למבנה המשפחה המסורתית הרצוי. כך נתפסת האישה במלכודת הבדיקות הכפויות אם קיימה או רצתה לקיים יחסים מחוץ לנישואים או בגיל צעיר, ואם הרתה בעקבות קיום היחסים. בכך מתחזקת ההשערה שהמחוקק מבקש לפקח על גוף האישה בכל מה שקשור ליחסי מין מחוץ לנישואים. גם כאן המחוקק מנסה לתקן את התמונה שנוצרה, כלומר, את החריגה ממסגרת המשפחה: לפי חוק גיל הנישואים – אם האישה הרתה והיא מתחת לגיל נישואים, היא יכולה להינשא; ולפי חוק העונשין – אם האישה הרתה והיא מתחת לגיל הנישואים, היא יכולה להפיל. המחוקק יכול לעשות כן אם מדובר בעברה על איסור פלילי (בדרך-כלל כאשר נעשית עברה נגד גוף האישה) ואם הנערה מבקשת זכות שהמחוקק מעניק (למשל, להינשא בגיל צעיר מהגיל החוקי), והוא יכול לעשות כן אם האישה הרתה ומבקשת את הזכות להפיל באופן חוקי.⁸⁶ בכל מקרה המחוקק יכול "לתפוס" את האישה המצויה במצב קשה.⁸⁷

בהקשר של סוגיית הפונדקאות – שלפי המודל הישראלי מבטיחה את קיומו של התא המשפחתי המסורתי ומאפשרת לשמרו למרות קשיי הפיריון – מעניינת הכרתו של המחוקק באפשרות (הסבירה) כי הפונדקאית נמצאת במצב של אילוץ (כלכלי). לכן היא נבדקת באופנים שונים לברור הסכמתה להליך – ולשלילת חירותה.⁸⁸ מהוראות סעיף

85 ראו ס' 13 לתקנות העונשין (הפסקת הריון), תשל"ח-1978, ק"ת 1432. חלק מהאירועים המפורטים בסעיף קשורים להריונות שמקורם בעברות פליליות או בקיום יחסים לא במסגרת נישואים. ראו גם אצל שלו, לעיל ה"ש 49, בעמ' 510.

86 בפועל, חשוב לציין, הוועדות להפסקת הריון אינן נוקשות כדרישות המחוקק. יואב יצחק "הפלות בחסות החוק" מעריב 15.3.2002 (על כך שהוועדות להפסקת הריון משמשות חותמת גומי ואינן מפעילות שיקול-דעת באישור הבקשות המוגשות).

87 לפי הגדרת הסעיף בחוק העונשין, יכול גם "לתפוס" את האישה המבקשת להפיל בנקודה שבה קיים סיכון לבריאותה או אם ההיריון יסתיים בהולדתו של יילוד חולה. גם כאן האישה נמצאת במצוקה שמחייבת אותה לפנות לוועדה להפסקת הריון.

88 הפונדקאות מחזירה את הדיון לסוגיית הזנות: קמיר טוענת כי המסגרת החוזית של הסכמי הפונדקאות כמוה כזנות מודרנית. אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 136 (תשס"ב). אם נשווה את המקרים בכלל הקשור לבדיקות כפויות, נגלה כי בשניהם המדינה "נותנת" לאישה את "הזכות" (לעסוק בזנות או לשמש כפונדקאית), ולכן רואה את המקום להתערב

4(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד),⁸⁹ וכן מהוראות משרד הבריאות, ניתן להתרשם כי במרכז הדאגה עומד כושרם הרפואי – הפיזי והנפשי – של המעורבים בהליך הפונדקאות, כלומר, הוכחת אי-כושר או כושר להתקשר בחווה. הכושר להתקשרות חווית מורכב משניים: מצב בריאותי שיאפשר את קיום החווה בלי פגיעה בריאותית בצדדים או בעובר/יילוד העתידי; ומצב נפשי שיאפשר את מימוש החווה. המחוקק בחר לפיכך להתערב במשולש היחסים שבין בני-הזוג, האם הנושאת והעובר/היילוד, במטרה למנוע סיכון פיזי או נפשי, והכל במסגרת בחינת הסיכון החוזי. אין ספק כי התערבות המדינה רחבה ממסגרת בחינת הסיכון החוזי, והיא דומה למתן רישיון להורות: המדינה מנסה לבחון אם הנושאת המיועדת מעשנת ואם השותפים נושאים מחלות מין מידבקות. קשה להבין מדוע נדרשת בדיקה זו מהאם הנושאת אם היא אינה מעורבת בהליך עצמו. מן ההוראות השונות עולה כי יש להראות שהאישה (בת-הזוג) אינה כשירה, כאילו הייתה נכס שהתקלקל, ולעומתה יש להוכיח כי הפונדקאית היא מעין "סופר-אישה".⁹⁰ חשוב להדגיש כי בדיקת הפונדקאית נועדה לספק הגנה לבני-הזוג (ההורים לעתיד) ולמנוע מהם עוגמת-נפש כתוצאה מאי-קיומו של ההסכם כדבעי. בדיקת הפונדקאית נועדה גם להגן על הילד (לעתיד לבוא). אך בדומה לבדיקת בת-הזוג, ניתן בהחלט להצביע על כך שההתערבות נועדה גם לשרת אינטרסים סמויים, ובראשם האפשרות לוודא את בריאותם ואיכותם של הדורות הבאים – התערבות שלא הייתה מתאפשרת אלמלא הפעולה ה"חריגה" (כלומר, הזדקקותם של בני-הזוג להליך הפונדקאות).

זהו, כאמור, מצב שבו אילוץ אחד מוביל לחובה להיבדק. התערבות המדינה חורגת מהדרישות שהיא מפנה לבני-זוג "רגילים" המביאים ילדים לעולם בדרכים טבעיות. האם למדינה יש הצדקה לחקירות ולבירורים שהיא מטילה על המתקשרים בהסכמי הפונדקאות? הצדקת המדינה להתערבות בחוזים נשענת על מניעים פטרנליסטיים והגנה על המעורבים בהליך (לרבות הילד העתידי). עם זאת, לדעתי, חובת הבדיקות במסגרת הליך זה מייצגת

ולקבוע בדיקות. בשני המקרים המדינה באה מעמדה של כוח, ובמקום שבו היא יכולה להתערב – היא עושה כן. השוו, לעניין טיפולי הפרייה: George J. Annas, *The Impact of Medical Technology on the Pregnant Women's Right to Privacy*, 13 Am. J. L. & Med. 213, 220 (1987).

89 ס' 4(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176.

90 ראו הוראות משרד הבריאות, הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים: טופס מס' 7 – "דרישות רפואיות ממועמדת להיות אם נושאת" www.gov.il/FirstGov/TopNav/OfficesAndAuthorities/OAFList/OAHealth/formsItemsNo_133.htm. ראו עוד "המלצות וקווים מנחים מההיבט המשפטי" (אוגוסט 2006) http://www.health.gov.il/Download/pages/pon_mishpati.pdf (מדובר אומנם בהמלצות בלבד, אך הניסיון להתערבות בחופש החוזים ברור). ראו גם ד"ר נ' נחמני/2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד (4) 661 (1996), שבו גובש הסכם הפשרה בין בני-הזוג נחמני. הסעיפים הראשון והשני בהסכם עוסקים בתנאי של דניאל נחמני שהאם הפונדקאית תעבור בדיקות שיאשרו "כי היא מתאימה ללדת ילד בריא בגופו ובנפשו".

שלב חדש שנועד לא רק "ליישר את השורות", אלא גם להשיג מטרות שמעבר לכך. בדיקת אלה משיגות יעדים רחבים יותר מאשר החזרת הפרטים למסגרת המשפחתית, ומוכיחות כי האינטרסים השלטוניים הם בעיקרם הגנה ודאגה לדורות הבאים (כלומר, דאגה לאינטרסים של המדינה). בדוגמות הללו, לרבות באבחונים הנעשים לנשים הרות, נדמה כי המטרה אינה בהכרח למנוע את ההתרחשות המינית-הפריונית מחוץ למוסד הנישואים או לפקח עליה, אלא לאפשר את היתרון שהשלטון יכול להשיג באמצעות בדיקות, דהיינו, ניסיון להקים דור-המשך "משובח" יותר, נוסח אאוגניקה מודרנית.⁹¹

אציג שתי הוכחות לטענה זו. ראשית, העובדה שהמדינה בוחרת להתערב בתחום הפונדקאות, אף שהפעולה נשארת במסגרת המשפחתית ואף שומרת עליה, היא תמוהה. הליך זה עלול אומנם לפגוע ביציבות התא המשפחתי, אך אין הדבר הכרחי; נהפוך הוא, ברוב המקרים ההליך תורם ליציבותו. ייתכן גם שמטרת הבדיקות היא למנוע פגיעה בשלמות המשפחתית על-ידי גורם חיצוני ("האם הנושאת"). אולם ההסבר הפשוט יותר להתערבות הוא שהיא מאפשרת למדינה להגביר את שליטתה בשמירה על בריאות הדורות הבאים, מה שהיא אינה יכולה לעשות במסגרת המשפחה הרגילה (כלומר, בזו שאין במסגרתה בעיות פרייון). שנית, העובדה שהמדינה ביקשה בעבר לכפות בדיקות שונות על נשים פנויות (או בנות-זוג לסביות) המבקשות להתעבר מתרומת זרע מעידה אף היא על הניסיון "לתפוס" את הנשים במקום שניתן לבודקן ולאשר שהן כשירות לגדל ילדים.⁹² גם במקרה זה, כמו בבדיקות להוכחת אבהות הנעשות לנשים פנויות, השלטון אינו מתרכז במוסד המשפחה דווקא, אלא באפשרות להשיג יתרון ב"תפיסת" אלה שחורגים מהנורמה.⁹³

91 אאוגניקה פירושה "לידה טובה", ומשמעה השבחת הדורות הבאים ומניעת העברה של פגמים תורשתיים. ראו אצל מינה גראור ודן גראור אאוגניקה (1992). התפיסה האאוגנית מילאה תפקיד נכבד גם בקרב הוגיה של הציונות. ראו במיוחד אצל רפי פלק ציונות והביולוגיה של היהודים (2006).

92 ראו בג"ץ 998/96, 2078/96, 2444/96 טל ירוס חקק ואח' נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', תק-על (1)1997 939 (1997). בית-המשפט העליון הורה על ביטול תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978 (אשר קבעה כי "היתה האשה שבה מתכוונים להשתיל את הביצית המופרית רווקה, לא תושלת בה ביצית מופרית אלא אם כן הביצית היא שלה ואלא אם כן התקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי..."). ועל ביטולו של כלל 19(ב) לכללי ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, חוזר המנהל הכללי, מדינת ישראל, משרד הבריאות, מס' החלטה 6/89 (תשמ"ט). כמו-כן הורה בית-המשפט לשר הבריאות לפרסם נוהל שוויוני לקיום הפריה והזרעה מלאכותית, שבמסגרתו תידרש חוות-דעת סוציאלית רק במקרים מיוחדים. ראו גם תמ"ש (כ"ס) 11870/03 י.ש נ' מדינת ישראל, תק-מש 2003(3) 579 (2003). במקרה זה קבע בית-המשפט כי אין צורך בהוכחת מצבה הכלכלי של האישה לפני הפריית בורע של גפטר, כפי שאין צורך בכך לגבי זוגות המבקשים להביא ילדים. זוהי דוגמה נוספת לכך שהמדינה או מוסדותיה מבקשים לנצל את ההזדמנות ולדרוש בדיקה מקום שברגיל לא היו עושים כן.

93 גם חריגה בגיל עשויה "לתפוס" את הנשים ברשת זו. כך בנוגע למימון של בדיקת מי-שפיר לנשים הרות מעל גיל 37 לפי תקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), תש"ם-1980, ק"ת

3. מודל אי-ההתערבות

גם מודל אי-ההתערבות כולל שני פנים: הפן האחד – המדינה אינה קובעת בדיקות חדשות; הפן האחר – המדינה אינה מבטלת בדיקות קיימות. למשל, המדינה נמנעת מלקבוע בחקיקה בדיקות להוכחת אבהות כאשר מדובר באישה נשואה (בכך עסקתי קודם לכן). שאלת האבהות בכל הקשור לנשים נשואות משקפת עדיין את שלב הסטטוס. בדיקות (במיוחד לנשים נשואות) עלולות "להוציא" את הנשים משלב הסטטוס, ואז ייפרצו גבולות המשפחה המקובלת. העדר בדיקה מתיישב לפיכך היטב עם הערכים הפטריארכליים, בעוד בדיקה עלולה לסתור אותן אקסיומות פטריארכליות. באופן דומה, המדינה שומרת גם על דפוס אי-ההתערבות השני, ואינה מונעת את הבדיקות מן המישור החוזי שציינתי לעיל (בדיקות לפני נישואים, בדיקת יצאניות).

לעיתים השלטון "מאותת" לפרטים בחברה שהוא עשוי להתערב ולכפות בדיקות. "איתותים" אלה נועדו לעודד את הפרטים לערוך בדיקות מיוזמתם. דוגמה לכך היא הסוגיה של הסדרת הזנות,⁹⁴ המלמדת שבעיתות שלום בוטלו בדיקות ליצאניות משום שלמדינה לא היה אינטרס בהן, אלא אם כן הן השפיעו על הגברים, בעלי המשפחות. מבחינת המדינה, היצאניות מספקות "שקט תעשייתי" ומסייעות אולי בשימור מוסד המשפחה, אך כאשר יש בכך כדי לסכן את בריאותם של הגברים החיילים (בעיקר בתקופות מלחמה) – המדינה מתערבת. במדינת ישראל היו איתותים שונים ביחס לחיוב בדיקות ליצאניות,⁹⁵ עד שבשנת

1160. ראו אצל שלו, לעיל ה"ש 49, בעמ' 512: "...ונדמה כי הדאגה העיקרית היא לשלום העובר".

94 חשוב לשים לב שיצאניות נחשבות כיום כמי שיצאו לשוק העבודה. הליך זה מתואר אף הוא כמעבר מסטטוס של יצאניות לסטטוס של עובדות, דבר שאפשר התערבות והסדרת בדיקות פרטית, ולא שלטונית. להבחנה בין השניים ראו: Amalia L. Cabezas, *Re-Orienting Law and Sexuality: Legal Challenges to and by Sex Workers/Prostitutes*, 48 CLEV. ST. L.R. 79 (2000). הבדיקה נועדה לבחינת הסיכון החוזי (הבריאותי) של הלקוח – בדרך-כלל גבר – בלא מעורבות המדינה.

95 אם בשלהי שנות השבעים הייתה זו העגבת שהדאיגה את אנשי בריאות הציבור, ובשלהי שנות השמונים הייתה זו מגפת האיידס שזרעה פחד בציבור, בשלהי שנות התשעים התגבר שוב החשש מפני התפרצות מחלות מין, ועימו הדרישה לבדיקת העוסקים בזנות. רן רוניק "עלייה חדה בתפוצת מחלות המין בישראל ב-3 השנים האחרונות" הארץ 7.5.2002. רוניק מציין במיוחד את בעיית מחלות המין בקרב נותני שירותי מין, ומספק לה הסבר: "הצורך להודות בטיפול רפואי מנע עד עתה חלק ניכר מנותני שירותי מין לבוא לבדיקות". כן ראו משה ריינפלד "בג"ץ דחה עתירת זלמן שושי לחייב פרוצות בבדיקת איידס" הארץ 7.11.1997: "המשרד הודיע לבג"ץ כי הוא דוגל בשכנוע הפרוצות להיבדק, אך לא בעריכת הבדיקות בכפייה, וכי הוקמה ועדה לטיפול בנושא. השופטים קבעו כי ניתן להסתפק בכך." ראו בג"ץ 4337/97 וינדר זלמן נ' שר הבריאות (לא פורסם, 6.11.1997). פסק-הדין ניתן ללא נימוקים, בהסתמך על תשובת משרד הבריאות. בכנסת הוצע גם הפעם למסד את הזנות, בין היתר מתוך התפיסה כי הסדרת העיסוק בזנות תפחית את שיעור מחלות המין, גם באמצעות

1987 הורה מנכ"ל משרד הבריאות דאז על בדיקתן של יצאניות מכוח פקודת בריאות העם.⁹⁶ מכל מקום, אותם "איתותים" משיגים לא פעם את מטרתם ויוצרים הסדרה עצמית,⁹⁷ אשר זוכה בעידוד המדינה, בוודאי כאשר היא משרתת את מטרתיה.⁹⁸ על-כן ניתן להבין מדוע המדינה אינה מתערבת ואינה מחייבת גורמים פרטיים בהפסקת הבדיקות.

4. מודל ההזרה הכפויה מבדיקות

(א) הדרת נשים מבדיקה

המודל הרביעי הוא בעל מאפיינים שונים מעט, הנוגעים בהדרה מוחלטת של נשים מבדיקה, מחד גיסא, ובכפיית בדיקה על גברים, מאידך גיסא. מודל זה הוא חריג ביחס לפרקטיקה המקובלת יותר של כפיית בדיקה על נשים. הדוגמה הראשונה עניינה בהדרת נשים מעיסוק בעבודות המוגדרות כמסוכנות. דוגמה זו נראית דומה לדוגמת חוזי הפונדקאות, שם נשים נכפות להיבדק, בין היתר, מתוך הנחה כי הן אינן יכולות ואינן יודעות לכלכל את צעדיהן בספירה הציבורית (החוזית) או משום נחיתותן במערכת זו.⁹⁹ אך לא כבסוגיית הפונדקאות, בדיני העבודה נקבע כלל פורמליסטי המדיר את כלל הנשים בגיל הפריור מעבודות שונות,¹⁰⁰ אף שלא כל הנשים נפגעות באותה מידה מחשיפה לחומרים מסוכנים או לסביבת עבודה

בדיקות רפואיות. ראו את דבריה של חברת-הכנסת יהודית נאות ז"ל (ד"כ, הצעה לסדר היום – סחר בנשים בישראל, ישיבה 80, הכנסת ה-15, 2.2.2000, כ"ו בשבט תש"ס): "מיסוד הזנות לא יגדיל, לדעתי, ויש גם מחקרים על כך, את התופעה. הוא יסדיר אותה. הנשים תעבורנה בבדיקות רפואיות סדירות. אני סבורה שזה גם ימנע הפצת מחלות זיהומיות." ראו גם דין וחשבון הוועדה לבדיקת בעיות הזנות (משרד המשפטים, תשל"ז).

96 צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), התשמ"ח-1987, ק"ת 323; הכרזה לפי צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), התשמ"ח-1987, י"פ 582. הצו שונה לאחר-מכן בהכרזה לפי צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), התשמ"ח-1987, י"פ 1154.

97 למשל, הנסיונות להסדרה עצמית במכוני כושר עוד בטרם נחקק החוק בעניין זה. ראו דורות פלפל הספורט בראי המשפט 203-204 (1994). לדעתי, לא היה בכך אלא רצונם של מנהלי מכוני הכושר להגן על עצמם מפני תביעות.

98 גם בארץ מסתמן כי הזנות מסדירה את עצמה גם ללא התערבות המחוקק. כך, שתי מודעות בעיתון פרסומי באילת שהציעו "שירותי ליווי" לגברים הצהירו בוו הלשון: "הבנות נבדקו ונמצאו נקיות. ניתן לקבל תעודות."

99 על הצורך בהתערבות ציבורית מעבר להסדרים החוזיים ראו אצל גיא מונדלק "בטיחות וגיהות תעסוקתית – תפקידו של הכלל המשפטי בראייה מערכתית" ספר מנחם גולדברג 364, 376 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001).

100 ראו חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154; תקנות עבודת נשים (עבודות אסורות, עבודות מוגבלות ועבודות מסוכנות), תשס"א-2001, ק"ת 634.

לא־בטוחה.¹⁰¹ ההגדרה הגורפת בעייתית, בדומה להדרת עובדים משוק העבודה על־סמך גילם.¹⁰² כלומר, בסיטואציה המתוארת דיני העבודה לוקים בהפליה מובנית, לפחות בעיני מי שרואה כך את הטיפול המיוחד בנשים. הרציונל להדרה מעבודה הגיוני, ויש בו מן הדאגה לא רק לבריאות האישה, אלא גם – ואולי בעיקר – לבריאות הדורות הבאים. כלומר, הדגש הוא לאומי, ולא פרטי.¹⁰³ את השגת האינטרס הלאומי ביחס לנשים בחר המחוקק להשיג על־ידי איסור עבודות מוגדרות, כשטווח השנים שבו נשים מנועות מלעבוד בעבודות אלה הוא גיל הפריז. ברוב המקרים הפריז בעבודה – הפרודוקטיביות – קשור לפריז המיני, כלומר, לרה־פרודוקטיביות של האישה.¹⁰⁴ בדוגמה זו ניתן למצוא ניסיון למנוע את יציאת הנשים לספרה הציבורית לטובת מוסד המשפחה,¹⁰⁵ כמו־גם לשמור על האינטרסים

- 101 ראו ליאון־יהודה נעים פיקוח על בריאות העובד – השמירה על בריאות העובד 31 (תשס"ב). נעים מסביר כי ההתייחסות לנשים בחקיקה כיום היא כאל גברים, "פרט ל־2 תקופות בחיי האישה הקשורות ישירות לתכונותיה הגופניות־פיזיולוגיות." לשורשים ההיסטוריים בדבר ההדרה הפורמליסטית ראו: Jane Long, *The Colour of Disorder: Women's Employment and 'Protective' Intervention in the Lead Industry in Victorian England*, 7 *Wom. Hist.* R. 521, 529–530 (1998). ראו גם קרן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 303.
- 102 ראו רות בן־ישראל "גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאולוגית או פרישה תפקודית?" הפרקליט מג 251 (תשנ"ז).
- 103 הוכחה נוספת לכך ניתן למצוא בעובדה שהגנה על העובד הייתה חלק מהמאמץ המלחמתי. כלומר, המדינה מנסה לשמור על אזרחיה לצרכים הגנתיים. ראו סטיב אדלר והדרה בר־מור "חוקי הבטיחות בעבודה כמגן על העובד" שנתון משפט העבודה ג 13 (תשנ"ג): "לבסוף, מלחמת העולם השנייה אשר הגבירה את הדרישה לכוח אדם יצרני במפעלי תעשייה למטרות צבאיות מיקדה את תשומת הלב אל הצורך בנקיטת אמצעים להקטנת תאונות ומחלות כתוצאה מעבודה."
- 104 ניתן לטעון כי אין זה פלא, וכי בדיקת נשים בהקשר הפריזי־המיני עשויה להיות מוצדקת מטעמים של טובת האישה ומטעמים של שונות ביולוגית.
- 105 הקשר בין דיני העבודה לדיני המשפחה בכל הקשור לבדיקות ולאבחונים אינו מסתיים בכך. היו שביקשו, כבר בתחילת המאה העשרים, לגזור גְרָה שווה לגבי חובת הבדיקה הנ"ל מתחום דיני העבודה ולגבי הצורך בבדיקה לפני נישואים. לאחד המקורות הראשונים להעמדת הנישואים על בסיס חווי בדומה ליחסי עבודה בקשר לכפיית בדיקות, המרמז על המעבר מסטטוס לחוזה, ראו: R.L. Dickinson, *Premarital Examination as Routine Preventive*, 631, 632–633 (1928) *Gynecology*, 16 *Am. J. Obst. & Gynec.* לחייב מועמדים לנישואים בבדיקות רפואיות. Dickinson טען כי בדיקות כשירות לעבודה קיימות זה זמן בארצות־הברית, ושאל מדוע אין לנקוט פעולה דומה גם באשר למועמדים לנישואים. לקשר נוסף בין דיני המשפחה לבין דיני העבודה ביחס לבדיקות כפויות, תוך שימוש ביסודות הפטריארכליים של שלב הסטטוס, ראו את דוגמת הבדיקות בפיליפינים, שם מעבידים המעדיפים נשים לא־נשואות וללא ילדים מחייבים מועמדות לעבודה לעבור בדיקות בתולים כדי לוודא שהן אינן נשואות. R. Shah, *Manufactured Hope/Bright Dreams Lure*. *Women to Dim Factories*, St. PETERSBURG TIMES (FL), October 26, 1988, at 1A גם: Chris Skillen, *Women: Hard Labour – The Plight of Vietnamese Women Workers in the Soviet Union*, THE GUARDIAN (London), June 27, 1991

השלטוניים בבריאות הדורות הבאים – גם זאת באמצעות שמירה על הנשים בביתן. כלל מדיר זה משמעו גם החזרת האישה "למקומה הטבעי", כלומר, אל חיק המשפחה. החשש מפגיעה בפרייון הוביל להדרה מוחלטת של נשים משוק העבודה, בלא כל יכולת להיבדק כפי שגברים נבדקים לשם הערכת מצבם הבריאותי בעבודה בחומרים מסוכנים, למשל.¹⁰⁶ השאלה היא מדוע לא מתבקשת גם הדרת הגברים מעבודות אלה.¹⁰⁷

(ב) בדיקה לגברים בלבד – מה ההוללים מעוללים?

תפיסת האישה כמי שזקוקה להגנה הצמיחה גם, אף אם כיוצא-מן-הכלל, בדיקות לגברים בלבד, מתוך תפיסתם כהוללים. בארצות-הברית החלה פרקטיקת בדיקות לפני נישואים לגברים בלבד. בשלהי המאה התשע-עשרה ובראשית המאה העשרים נקבעו החוקים הראשונים לחיוב מועמדים לנישואים בבדיקות. כבר בשנת 1913 חייבה מדינת ויסקונסין גברים שביקשו להינשא להיבדק בבדיקת רופא (להבדיל מבדיקות דם) לשם גילוי מחלות מין מידבקות.¹⁰⁸ הדרישה, שהופנתה לגברים בלבד, הגיעה לדיון בבית-המשפט העליון של ויסקונסין, שקבע כי היא חוקתית.¹⁰⁹ היסוד לבדיקה היה אאווגני, שכן מחלות מין מידבקות נתפסו כסכנה לגזע ולאימהות, משום שרופאים באותה תקופה מצאו קשר בין מחלות מין מידבקות לבין פגיעה בגזע.¹¹⁰ במשך עשרות שנים אחר כך עוד דרשו מדינות בארצות-הברית את בדיקת הגבר בלבד.¹¹¹ זו אומנם התייחסות לגברים כאל קבוצת-סיכון, אך במובן הלא-מגונה של המילה. הוללות וגבריות נתפסו (ועדיין נתפסים) במובן חיובי,

106 ראו גם אצל Vincent, לעיל ה"ש 23, בעמ' 20, המדגימה כיצד החוק האוסר את בדיקת הבתולים בדרום-אפריקה אינו שולל את זכותם של הנערים לבחור אם ברצונם לעבור מילה או לא.

107 על דיני העבודה ה"מגינים" על הנשים בקשר להיריון ולפוריות, תוך התעלמות מכך שיש עבודות שמסוכנות גם לפרייון הגבר, ראו גם אצל כרמל שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי ב, חלק א 893, 905 (אהרן ברק ואליונער מזוז עורכים, תשנ"ה).

108 בספרות מוצגת החקיקה בקונטיקט משנת 1935 כראשונה שקבעה את חובת הבדיקה של מועמדים לנישואים. Lawrence O. Gostin & James G. Hodge, *Piercing the Veil of Secrecy in HIV/AIDS and Other Sexually Transmitted Diseases: Theories of Privacy and Disclosure in Partner Notification*, 5 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 9 (1998).

109 *Peterson v. Widule*, 147 N.W. 966 (1914) (להלן: עניין Peterson).

110 ALLAN M. BRANDT, NO MAGIC BULLET (1987). המשפט הבא מדגים את הלך-הרוח של בית-המשפט: "The medical evidence in the case, however, corroborates what we suppose to be common knowledge, namely, that the great majority of women who marry are pure, while a considerable percentage of men have had illicit sexual relations before marriage." עניין Peterson, שם, בעמ' 968.

111 אך עם השנים התפתחה החקיקה, והחלה לדרוש גם מבנות-הווג המיועדות להיבדק: Robert Kingsley, *The Work of the 1939 Legislature: Persons and Domestic Relations*, 13 S. CAL. L.R. 37, 39 (1939–1940).

בעוד התנהגות מינית "פרועה" של נשים נתפסת כדבר שלילי וראוי לגינוי.¹¹² בדיקות לגברים בלבד בקשר למיניותם מחזקות הבחנה זו, ומתייחסות לנשים כאל יצורים א-מיניים הזקוקים להגנת המדינה (לשם הגנה על המדינה).

פרק ג: סיכום – אותה גברת בשינוי אדרת

דופן התא הביולוגי, אשר פולט מן התא גורמים בלתי-רצויים ומכניס לתוכו גורמים רצויים, כמוהו כמחוקק והחברה, המבקשים למנוע חריגות ממסגרת התא המשפחתית, ומנסים לשמרו ולחזקו, ולעיתים לפרקו אם הוא אינו מפיך את התועלות החברתיות/ השלטוניות המתבקשות. המבט הוא אמצעי השליטה אשר מתייג את החריג והשונה ומדיר אותו או מחזיר אותו למסגרת הרצויה, ובדרך זו "מיישר את השורות". המבט הוא בעיקרו גברי (פשוטו כמשמעו, או באמצעות מערכת רפואית פטריארכלית המתאפיינת בהגמוניה גברית, שגם הנשים בה משתפות פעולה עם הפרקטיקות הגבריות).¹¹³ המבט מאפשר גם לאסוף מידע אשר באופן אחר לא היה בידי השלטון – מידע המאפשר את העמקת השליטה, המתרכזת בעיקרה בנשים. הבדיקה או איסור הבדיקה מייצגים את ההחלטה להשתמש במבט או להימנע משימוש בו, ובדרך זו מקדמים את המשפחה ומונעים את הסטייה מגבולותיה. בסיכומו של דבר, הדגם הפטריארכלי שהמדינה הקפידה ומקפידה לשמור הוא אותו דגם של סטנדרט כפול, המתייחס בסלחנות לגברים ה"הוללים". לעיתים הביא מודל זה לידי כך שגברים נבדקו ולא נשים, אך זאת מתוך התייחסות לנשים כאל צנועות וחסודות, אשר אין מעלים על הדעת כלל שיסטו ימינה או שמאלה ממקומן. בכך הייתה יותר מאשר הטרדה

112 גם Brandt מצביע על כך שהדבר מייצג את התפיסה האנכרוניסטית של סטנדרט כפול של מוסריות. BRANDT, לעיל ה"ש 110, בעמ' 149. על הסטנדרט המיני הכפול בדיני המשפחה ראו גם אצל רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 113-123 (תשנ"ג).

113 חשוב לציין שלהליך האבחוני שותפות גם נשים כבודקות, מעין "עזר כנגדן". נשים במקצועות הרפואיים (אחיות, רופאות, מיילדות) השתלבו במקור באותם מקומות שאליהם לא הורשתה עין הגברים לחדור. זהו אמצעי לרכישת תעסוקה, אך ייתכן שהתנאי לכך הוא שיתוף-פעולה עם הממסד הפטריארכלי הפטרנליסטי. דוגמה אחרת היא כמובן הנשים האפריקאיות שנרתמו לבדיקת הבתולים. תמיכת נשים בבדיקת נשים אחרות אינה חדשה. היא נשענת על ההצדקה שהבדיקות נועדו לשרת את טובת הנשים הנבדקות, וכי הבודקות, כחלק מאחוזת נשים ועזרה הדדית, הן המושיעות של אלה שאינן יכולות לדאוג לעצמן. אך ניגוד האינטרסים הגלוי מחייב בדיקה קפדנית של הטיעונים הללו. על הנשים הלבנות שמנסות לטפל בשחורות אך מתוך פטרונות, במקום לטפל בנסיבות עצמן, ראו: WILLIAM RYAN, BLAMING THE VICTIM (1976) 91; סימונס, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27.

של הגבר – הייתה בכך הפליה של האישה. כך, מותר לבדוק את הגבר במסגרת תביעות להוכחת אבהות, בין שהוא פנוי ובין שהוא נשוי, אך בתנאי, כמובן, שהאישה האם פנויה. גם בדיקות של גברים לפני הנישואים נשענו על תפיסה דומה. לסטנדרט המיני הכפול יש מטבע הדברים שני פנים: ההתייחסות הסלחנית לגברים, מצד אחד, וההתייחסות המחמירה עם נשים הסוּטות מהסטנדרט, מצד אחר. מיניות "שלילית" הובילה לבדיקות כפויות או למניעת בדיקות: בדיקות ליצאניות; הטלת האחריות לאונס על האישה (התנהגות מינית קודמת, אי-התנגדות); בדיקות לנשים בדרום-אפריקה, אשר משמרות אף הן את המודל; והעובדה שבתיקי הוכחת אבהות מאפשרים לבדוק אישה פנויה "סוטה", אך לא אישה נשואה (אף אם "סטטה").

הליך "יישור השורות" באמצעות כפיית אבחונים שונים, מניעת אבחונים או ביטול אבחונים במקרים מסוימים נשען אף הוא על התפיסות הפטריארכליות הללו ועל היכולת להשיג את האינטרסים השלטוניים באמצעות האישה וגופה. השינויים החברתיים (של שחרור האישה) הקימו אולי מחסום מפני פרקטיקות אבחוניות ארכאיות (כגון בדיקת הבתולים לפני נישואים), אך השינויים הטכנולוגיים – שהיו יכולים לסייע בשחרור האישה – סיפקו גם טכנולוגיות אבחוניות המסייעות "להסוות" אותן פרקטיקות פטריארכליות ולהופכן לפרקטיקות מדעיות-רפואיות חיוניות לכאורה. במובן זה, המדיקליזציה של המוסר היא אפוא אותה גברת בשינוי אדרת.¹¹⁴ שימור התא המשפחתי נעשה בעבר באמצעים "גסים" וברורים יותר, באמצעות בדיקות שונות, לעיתים חודרניות יותר, שהמרכיבים הפטריארכליים המוטמעים בהן היו קלים יותר לזיהוי. כיום הבדיקות "גסות" פחות ומוסוות יותר, וכדי לגלותן יש לנסות לחשוף את הקשר בינן לבין המרכיבים הפטריארכליים המוטמעים בהן.¹¹⁵ חשיפה זו עמדה במרכזה של הרשימה, ויש בה כלים כדי לנסות לחקור את ההתפתחויות של הזמן האחרון – הצפויות להתגבר בעתיד – שעיקרן שימוש הולך וגובר בטכניקות אבחוניות שמטרתן למקסם את השגת היעדים השלטוניים, אך הפעם לא דווקא תוך הישענות על מרכיבים פטריארכליים.

אם לחזור לאנלוגיה שבה פתחתי, נסיון ההתערבות לשם שימורו וחזוקו של התא המשפחתי עשוי להוביל גם לתגובת-נגד, שתוצאתה עשויה להיות ריקון התא מתוכנו, כלומר, התרחקות מהתא המשפחתי המסורתי והחלפתו במודלים חלופיים. עם זאת, מה שמייחד את המודלים החלופיים הללו הוא העובדה שהמדינה נחשבת כמי שנותנת להם

114 ראו גם: Ayse Parla, *The "Honor" of the State: Virginity Examinations in Turkey*, 27(1) FEMINIST STUD. 65 (2001). לפי Parla, בדיקות הבתולים בתורכיה באו כתגובת-נגד של השלטון על המהאות הפמיניסטיות. כך, כתגובה על הסרת הרעלה נדרשו הנשים להוכיח את מידת מוסריותן בדרכים אחרות. ראו גם אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד: ישראל בין ארבעה מושגי כבוד" *תרבות דמוקרטית* 9, 227–228 (2004), הטוענת כי זיהוי "מנטליות הדרת-כבוד עם ההיבט המסוים של שליטה פטריארכלית קנאית במיניות הנשית אפשר לישראלים יוצאי אירופה להרחיק עצמם ממנטליות הדרת-הכבוד ולא לראות את גילוייה בתרבות שלהם עצמם".

115 ראו אצל פוגל-ביואי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 114, בדבר צורות שונות של פיקוח ושליטה על גוף האישה.

"רישיון". המדינה היא שמקנה את הזכות (למשל, לפונדקאות או לטיפול הפריה וכיוצא באלה). לעיתים השירותים הרפואיים הפריוניים שהמדינה מאפשרת (לא פעם במימון מלא או חלקי) מסייעים בחיזוק התא המשפחתי, במובן זה שהתא המשפחתי מתקיים ופרודוקטיבי, וכך מתאפשר גם המשך הפיקוח השלטוני באמצעות קיומו של התא המשפחתי. יתר על כן, במקרים כאלה המדינה יכולה להעמיק את ההתערבות באמצעות בדיקות שונות המוטלות על בני-הזוג או על גורמים קרובים, והכל בשם ה"חריגה" ממסגרת התא המשפחתי ה"רגיל" והמקובל, שם המדינה מנועה בדרך-כלל מלהתערב.¹¹⁶ דווקא משום כך נדמה שהשלטון מנסה להפיק יתרון מכל חריגה ממסגרת הנורמה (לרבות חריגה מהמסגרת המשפחתית), משום שהוא זה שמקנה "זכות" או מעין "רישיון", המאפשרים פיקוח הדוק יותר מבעבר – פיקוח המאפשר יצירת דור-המשך "טוב" מבעבר. כל זאת כאשר מדובר בתא משפחתי "רגיל" אשר מסיבה כלשהי קיימת בעיה ב"פרודוקטיביות" שלו. לא כל שכן כאשר מדובר באי-קיומו של תא משפחתי מסורתי מלכתחילה. אז עשוי להתגבר הפיקוח של המדינה מבחינה אבחונית.

המגמה בפסיקה בכל הקשור לזכות להורות, לפריון ולרבייה נעשית בשנים האחרונות ליברלית יותר ויותר, לפחות במדינת-ישראל, במובן זה שגם הורות וזוגיות חלופיות נתפסות כלגיטימיות.¹¹⁷ מגמה זו הולכת ומתרחבת,¹¹⁸ עד כדי כך שכל אותו מודל פטריארכלי שבו עסקתי (של מוסד הנישואים והמשפחה המסורתיים), אשר נועד להגשים את האינטרסים השלטוניים, עשוי לאבד מחיוניותו לטובת מודלים אחרים, שיאפשרו אפילו להעמיק את השליטה בפרטים, ומכאן בחברה כולה.¹¹⁹ במקרים הללו, בין מטעמים של

116 חשוב להדגיש שהאינטרסים ברקע הבדיקות מגוונים, וכוללים, בין היתר, גם את טובת הילד, ולא רק אינטרסים שלטוניים כלכליים או את האינטרס השלטוני בבריאות הדורות הבאים.

117 ראו בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות ואח', פ"ד נז(1) 419 (2002) (להלן: פרשת משפחה חדשה), שבו מעידה השופטת שטרסברג-כהן, בפס' 9 לפסק-דינה, על "סובלנותו ופתיחותו של המשפט הישראלי כלפי תאי משפחה בלתי מסורתיים." על זכות של זוג לסביות לאמץ כל אחת את ילדי רעותה ראו ע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). לגבי מתן היתר לידועים בציבור לקבל טיפולי הפריה ראו תמ"ש (תל-אביב) 56170/04 ח.ש. ואח' נ' ב"כ היועץ"מ (פמ"מ), תק"מ 2005 (1) 406 (2005). לגבי זכאות של רווקה לטיפול הפריה מורעו של גבר נשוי שזהותו ידועה ראו ה"פ (י"ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, תק"מ 2005 (3) 1706 (2005).

118 ראו, למשל, בג"ץ 721/94 אל על נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994), ביחס להכרה בזכותו של בן-זוג מאותו מין לקבלת הטבות המוקנות לבני-זוג הטרוסקסואליים; וכן בג"ץ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק"ע 2006 (4) 1725 (2006), בדבר הזכות של בני אותו מין שנישאו בחוץ-לארץ להירשם כנשואים במרשם האוכלוסין. התפתחויות אלה אינן קשורות בהכרח לקיומן של בדיקות רפואיות או גופניות, אך מצביעות בהחלט על המגמה של בתי-המשפט בהקשר הנידון.

119 עם זאת, יש ספקות ביחס למידת הנחלתה של המשפחה הפוסט-מודרנית בחברה הישראלית בעתיד. ראו פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 128, 159.

טובת הילד ובין מטעמים אחרים, ניתן לשער שיימצא בסיס רחב יותר להטלת בדיקות נוספות ולהעמקת הפיקוח השלטוני. רמז לכך ניתן אולי למצוא בפסק-דינו של השופט חשין בפרשת משפחה חדשה:

"יתר-על-כן: הגם שתופעת האם החד-הורית תופעה מקובלת היא במקומותינו, כולנו נסכים כי במהלך הדברים הרגיל בחברתנו יהיו אלה בני-זוג שיבקשו להידרש לתהליך של פונדקאות. עוד ניתן להסכים, כי בחינת בקשתה של אישה יחידה תהא בחינה קפדנית ומדוקדקת במיוחד."¹²⁰

דעתי היא כי בחינת אופני "יישור השורות" על-ידי המדינה, על זרועותיה השונות, מלמדת שהאינטרס השלטוני במוסד המשפחה אינו הכרחי. דהיינו, אילו עמד לרשות השלטון אמצעי פיקוח אחר, טוב יותר, לשליטה באוכלוסייה, לא מן הנמנע ששלטון מערבי-חילוני היה מאמץ אותו. המדינה, מבחינתה, מבקשת להבטיח שיהיה גורם שיישא באחריות הכלכלית לטיפול בילדים, תהא אשר תהא המסגרת שבה הם נולדים, ובכך למנוע מעצמה את הנטל הכלכלי. במצב-הדברים הקיים השלטון נסמך על מוסד המשפחה ועל הנשים כציר השליטה, ומנסה למנוע או להרתיע יציאה ממוסד זה ולעודד כניסה אליו. בעתיד, ככל שתגבר הפתיחות ביחס להורות חלופית (הן מבחינה מדעית-טכנולוגית והן מבחינה חברתית) כן ייעתרו המדינה ובתי-המשפט לצרכים אלה ביתר שאת, אך לצד זה יוטלו חובות אבחוניות מוגברות, שמטרתן הפעם אינה שמירה על מסגרת התא המשפחתי, אלא סוג אחר של שליטה בפרטים כדי לקדם את האינטרסים של המדינה: אאווגניים, דמוגרפיים, כלכליים ואחרים.

120 פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 117, פס' 40 לפסק-דינו של השופט חשין.

