

על השוויון

מאת

פרנסס רדאי*

התבוננות בהיסטוריה של מעמד הנשים חושפת מעמד סוציאלכלכלי נחות בחברות פטריארכליות. המיוחד במעמדן זה לעומת מעמדות אחרים, על פי ניתוח מרקסיסטי, הוא בהיקף משמעותו. מעמדן של נשים היה נחות בחיים הציבוריים, הפוליטיים והכלכליים, בתחום הביתי והפרטי, ובשליטתן על יכולת הפרדן ועל המיניות של עצמן.

במאה העשרים חל שינוי בסיסי בחברה ובמשפט. חל מעבר להכרה בנשים כשותפות אוטונומיות במוסדות החברה החדית – בחיים הציבוריים והמשפחתיים. תפקיד המשפט היה לתת ביטוי לשינויים אלה כשהתחוללו, ולפעמים אף להקדים אותם ולעודדם.

בתחומים מסוימים נראה כאילו השוויון הושג ואין עוד דרך עלי; בתחומים אחרים לא שונה דבר, והנשים עדיין לנדות בעולם פטריארכלי, הממשיך להתקיים על פי הקתצנוז החברתי.

ישראל היתה בין המדינות המובילות בשנים 1948-1964, אך מאז עברה להיות בין המפגרות בקביעת מושג השוויון בין המינים וביישומו. רק בשנים האחרונות נעשו צעדים רציניים לקראת הבטחת עקרון השוויון בין המינים – הן בחקיקה והן בפסיקה כיתהמשפט העליון, אולם צעדים אלה אינם נוגעים בדיני האישות. מטרת המאמר היא לבחון את שנעשה ואת שלא נעשה בתחום השוויון בין מינים בשיטת הישראלי.

פרופ' פרנסס רדאי, ראש הקתורה לדיני עבודה על שם אליאס ליברמן; יו"ר מרכז לייפר ללימודי מעמד האשה בישראל ובעולם; ליד האוניברסיטה העברית, ירושלים. חיבור זה הוא פרק בספר מעמד האשה בחברה ובמשפט העתיד לראות אור בהוצאת שוקן. תודתי העמוקה נתונה לאריה לפידות, טפן אולר, עדה שמיר, ציפורה האופטמן, לסלי סבה, מיכל ליבן, רבקה מקייס, רחל בנדימן, נטע דרגולדמן, אהרן ליש, אליאב שוחטמן, יוסף מגולסון, כרמל שלו, פנחס שיפמן ורות (דורמן) רחנברג, שנטלו חלק בכתיבת הספר, ואשר רעיונותיהם העשירי ושמשו מקור גירי חשוב לרעיונות בחיבור זה.

א. פמיניזם ומשפט — רקע מושגי

חיבור זה עוסק בדרך שבה מתייחס המשפט לנשים כאל מעמד חברתי. הצורך לבחון את עמדת המשפט כלפי נשים נובע מהעובדה, שמערכות של ארגון חברתי ושל תיאוריה חברתית — דת, פילוסופיה ומשפט — משקפות את היות הגבר נושאן. האשה, כפי שמסבירה זאת סימון דה בובואר, היא "האחר" (the other) במערכות אלו; וכדברי פולן דה באר בעניין המשפט: "בהיותם גברים, נתנו אלו שיצרו וריכוזו את החוקים עדיפות למינם שלהם, ומשפטנים העלו את החוקים הללו לדרגת עקרוניות".¹ לפיכך, ניתוח המשפט, כפשוטו, הוא ניתוח של המשפט הגברי, בעוד שניתוח הדרך שבה משפיע המשפט על נשים הוא סוגיה מוצנעת ונפרדת.

1. "האחר" וערכים פטריארכליים במשפט

התפיסה, שקיימת זווית ראייה של "האחר", נראית זרה לעוסקים במשפט. הם מורגלים לרעיון, שחשיבה משפטית היא אובייקטיבית, ולאחיקה של הציווי המוחלט. קבלת שלטון החוק מרמזת על ההנחה, שכולם שווים בפני החוק ושהצדק עיוור — כפי שהוא אכן מוצג באופן ציורי — להבדלים אי-רלבנטיים בין הכפופים לחוק. אכן, חלק ניכר מהניתוח המשפטי נעשה כאילו השופטים והמחוקקים עומדים ב"מצב המקורי" של רולז,² ואינם מושפעים כלל ממעמדם החברתי והאישי, ממינם, מגילם או מאישיותם.

אך המשפט הוא תוצר החשיבה האנושית והוא משקף את מגבלות התפיסה האנושית. לא ניתן להתעלם מהעובדה, שזו האחרונה מעוצבת ומוגבלת על-ידי הניסיון האנושי, ואין דבר המשאיר את חותמו על ניסיון זה יותר מן הסוציאליזציה לתפקידי המינים בחברה.

אכן, האפיסטמולוגיה הגברית חודרת למושגי הצדק והשפה עצמם,³ שהם כלי העבודה המשפטיים. אחת התרומות החשובות ביותר של המחשבה המשפטית הפמיניסטית כמאה זו היא פיתוח ההבנה שבמהלך ההיסטוריה שיקף החוק, גם אם לא במודע, את הסוציאליזציה של יוצריו בחברות פטריארכליות — את תפיסת האשה כ"האחר".⁴

1 S. De Beauvoir *The Second Sex* (New York, 1972) 681 (להלן, De Beauvoir).

2 J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge Mass.) 137-138. אף שיש לציין, כי רולז

עצמו לא כלל את המקום ברשימת התכונות שיש לנטרל במצב המקורי כדי לאפשר קביעת צדק באמנה חברתית — S.M. Okin *Justice, Gender and the Family*, (U.S., 1989) 89-109 (להלן — Okin 1989).

3 Okin 1989.

4 דאו למשל: D.L. Rhode *Justice and Gender* (Cambridge Mass., 1989) (להלן —

Mackinnon, C. *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass., 1987); T.S. (Rhode 1989

Dahl *Womens Law: An Introduction to Feminist Jurisprudence* (Denmark, 1987); R.

West "Jurisprudence and Gender", 1 *L. Rev* (1988) 55

לכן, לא רק שיש לצפות לכך שהחוק ייתן ביטוי לערכים פטריארכליים, אלא שאף קשה להעלות על הדעת אפשרות אחרת.

2. נשים כמעמד נחות

אפשר להקשות: מדוע ספר על נשים כמעמד נפרד? האם הנושא אינו בא לכלל מיצוי בספר הדן במשפט כביטוי לאינטרסים של העלית השלטת, בספר על עוני או בספר על אפליה קבוצתית? התשובה היא לא; לא ניתן להקיש על מצב הנשים באופן מלא ממצבה של כל קבוצה חברתית אחרת. היקש כזה אפשרי ומועיל חלקית, בכך שהוא חושף את מנגנוני הכוח והאינטרסים המשפיעים על קביעת המדיניות המשפטית. אך ניסיון לתת תמונה מלאה על מצב הנשים במסגרת כזו יהיה בו משום הפחתה (reductionism). הסבר כזה מתעלם מההבדל המהותי בהיקף התפשטותה של השליטה על נשים לעומת התפשטותה של השליטה על הקבוצות והמעמדות האחרים. מניעת ביטוי האינטרסים של נשים – המוכרת כתופעת ה"השתקה" – הייתה מקיפה ומוחלטת הרבה יותר ממניעת ביטויים של האינטרסים של כל קבוצה אחרת. היא התפשטה לא רק במישורי הכלכלה והכוח הפוליטי-מוסרי, אלא גם בכל מישורי ההתבטאות החברתית, בתחום הפרטי ולא רק בתחום הציבורי. להשתקת נשים שורשים במסגרות היסודיות ביותר – התרבות בכל תחומיה והמשפחה.⁵

הספרות הפמיניסטית הפוליטית-פילוסופית הבהירה, שנשים מהוות מעמד נפרד, שאינו ניתן להסבר מלא על ידי המודל המרקסיסטי הכלכלי.⁶ שלא כמעמד הפועלים הגברי, מהוות הנשים מעמד כלכלי ומעמד ביתי כאחד – הן נתונות לשליטה הן מבחינת יכולת הייצור שלהן והן מבחינת יכולת הפריה שלהן (productive and reproductive functions). כפיפותן מגיעה לתחומים הפרטיים ביותר של חייהן. משמעות ההשתייכות למעמד הנשים אינה רק בתחום הכלכלי-חברתי, אלא גם בשלילת האוטונומיה בחיי המשפחה ובחיי הפרטיות. כמעמד, הנשים כפופות לאלימות מינית משפילה, שהיא נרשאת לאמביבלנטיות חברתית ומשפטית. השעבוד של הנשים כמעמד מצא ביטוי בנורמות משפטיות; בבית המשפט העליון בארצות הברית, השווה השופט ברנן את מצבן החברתי-משפטי של הנשים עד למאה העשרים לזה של העבדים:

במהלך רוב המאה התשע עשרה היה מצבן של הנשים בחברתנו בר-השוואה לזה של השחורים על-פי הקודים של העבדות בימי טרום מלחמת האזרחים. עבדים ונשים לא יכלו למלא תפקידים ציבוריים, לשבת בחבר מושבעים או לתבוע בשם עצמן. מנשים נשואות נשללה באופן מסורתי

5. Firestone *The Dialectic of Sex: the Case for the Feminist Revolution* (U.S., 1970) ראו,

6. C.A. MacKinnon *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass., 1989),

A. Brittan, and M. Maynard, *Sexism, Racism*; (MacKinnon 1989 – להלן) Ch. 2

(Brittan & Maynard – להלן) *and Oppression* G.B. Basil Blackwell 1984, Ch. 2

הכשרות המשפטית להחזיק רכוש או להעבירו או לשמש כאפוטרופסיות של ילדיהן שלהן. ואם כי לשחורים הוענקה הזכות לבחור ב-1870, מגשים נמנעה אפילו זכות זו (שהיא כשלעצמה מגינה על חירויות אזרחיות ופוליטיות בסיסיות) עד קבלת התיקון התשעה-עשר, יובל שנים מאוחר יותר.⁷

נשים אכן מהוות מעמד, שהכניסה לתחום הציבורי נשללה ממנו על-פי דין עד לאחרונה (ב"ציבורי" כוונתי לכל מסגרת ארגונית-חברתית שאינה משפחתית, ולא רק ל"ציבורי" במובן המשפטי הצר של המילה), ושהוכפף לסמכות הגברים במסגרת הפרטית על-פי דת ועל-פי דין.

3. מקורות המחשבה השוויונית

המאה האחרונה הביאה עמה שינוי בתפיסה של מקום הנשים בחברה. שינוי זה אינו פרי מחשבה חדשה לגמרי; לפחות מאז המאה ה-18 נשמעו פה ושם קולות, שהטיפו להכרה בעובדה, שהכפפת הנשים לגברים מנוגדת לצדק ושהנסיונות להגדיר נשים כנחותות מלידה אינם מתיישבים עם המציאות ועם ההיגיון הפשוט. יש תיעוד של דרישות פוליטיות לשוויון לנשים מימי המהפכה הצרפתית,⁸ ובמכתביה של אביגיל אדמס לבעלה המפורסם, ג'ון אדמס, ב-1776. כמאה התשע-עשרה כתב ג'ון סטיוארט מיל את חיבורו הפמיניסטי על חוסר ההיגיון בתפיסה הגורסת את נחיתות הנשים.⁹

עם זאת, רק במאה העשרים הגיעו רעיונות אלו לידי ביטוי בהצהרות רשמיות, הן בעולם הפוליטי והן בעולם המשפטי. רק במאה השנים האחרונות החלו מוסדות מדינה – בחוקים, באמנות בינלאומיות ובפסיקה של בתי-משפט – להעניק לנשים את הזכות לשוויון במוסדות חברתיים, מהמשפחה ועד למערכת הפוליטית. אפשר לכנות התפתחות זו כ"התאזרחות" הנשים.

כיצד ניתן להסביר שינוי זה בתפיסה של מקום הנשים בחברה? יש מספר רב של הסברים אפשריים. כך, למשל, אפשר לראותו כתנועת מטוטלת: יש אנתרופולוגים הטוענים, שבתקופה שקדמה לימי התנ"ך החברות לא היו פטריארכליות, או שהיו אפילו מטריארכליות¹⁰. אולי ניתן להסביר את השינוי

7. *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973) 685.

8. B.G. Smith *Changing Lives Women in European History Since 1700* (Lexington, Mass. D.C. 1989) 100-122.

9. J.S. Mill *On the Subjection of Women* in 1867 in Fawcett M., ed., *On Liberty, Representative Government, the Subjection of Women*, (London, 1912).

10. D.E. Gould *The First Sex* (New York, 1971); M.I. Gage *Women, Church and State*,

E. Croll, *Feminism and Socialism in China* (New York, ; (Gage, להלן, (Mass., 1980) 1980) 12.

במושגיהם הנאורים של אותם בודדים, שהטיפו לשוויון בין המינים. אפשר גם לייחס אותו להשפעת הניתוח המרקסיסטי על החשיבה הפוליטית¹¹; אפשר ליחס את השינוי לפעילות הארגונים הפוליטיים של הנשים — מהסופרז'יסטיות, שאסרו עצמן בשלשלאות לגדר בית הנבחרים באנגליה, ועד סטנטון ואנטוני בכנס שבמפלי סנקה בארצות-הברית. אפשר גם לתת הסברים פוליטיים ספציפיים. למשל, בארצות-הברית, היכולה להיחשב ערש הפמיניזם, השתורר הכלכלי והפוליטי של הנשים נבנה מהמאבק המוצלח לזכויות אזרחיות לשחורים.

יש להניח, שלכל התופעות הללו היה חלק בשינוי. עם זאת נראה, שאת המקור לכל התופעות יש לתלות בשינויים חברתיים-כלכליים — ולא רק בשינויי החפיסה המודעים או במאבקים הארגוניים-פוליטיים. השינוי החברתי-כלכלי שהביא להתאזרחות האשה הגו המעבר, לאחר המהפכה התעשייתית, מחברה פיאודלית לשוק כלכלי חפשי. התפתחות הליברליזם והאינדיבידואליזם גררה בעקבותיה את הרס המסגרות הקיימות של סטטוס חברתי ומשפחתי, ואיתן המסגרות המגדירות את מעמדה של האשה כנתן קבוע שאינו ניתן לשינוי.

אפשר להבין את השינוי בתפיסת מקומן של הנשים בפרספקטיבה חברתית-משפטית כחלק מן המעבר מחברה מעמדית לחברה חזית¹²: המעבר מחברה מעמדית שבה הפרט נתפס כבעל סטטוס מלידה, סטטוס הקובע את ציפיותיו, את זכויותיו ואת וחובותיו במוסדות החברתיים — לחברה חזית, שבה חייב הפרט לקבוע את מעמדו על פי יזמה אישית. ציפיותיהם של פרטים בחברה חזית הפכו לפונקציה של הישגיהם — ולא של זכויותיהם מלידה. החברה החדשה היא תחרותית. ההנחה הפילוסופית היא, שכל אחד הוא גורם חפשי, המסוגל לקבוע את מסגרתו החברתית על-ידי כניסה ליחסים חזיתיים מנקודת מוצא של האוטונומיה של הפרט. חברה חזית מעין זו תלויה לצורך לגיטימציה בהבטחת שוויון הזדמנויות לכל פרטיה, וזאת כדי לאפשר השתתפות ותחרות אמיתיות בתהליך הקביעה החזיתית. הרעיון של שוויון הזדמנויות יושם בתחילה רק על גברים — בצרפת, במאה ה-18 על ה-third estate — אלו שלא היה להם לא תואר ולא רכוש; ובארצות-הברית, במאה ה-19 — על שחורים, שהיו עבדים משוחררים. רק בתחילת המאה העשרים החלה להתפתח ההכרה הכללית בכך, שגם לנשים זכות להיות שותפות פעילות בחברה, שותפות בעלות אוטונומיה, ולכן זכאיות לשוויון הזדמנויות¹³.

11 Brittan & Maynard, Ch. 2

12 H.J. Maine *Ancient Law* (London, 1984) 172-174

13 כך ניתנה לנשים זכות ההצבעה רק במאה העשרים: בבריטניה — 1919, בארצות הברית — 1920, בצרפת — 1944, בסין — 1946; בשווייץ קיבלו נשים את הזכות לבחור רק ב-1971.

4. החברה הליברלית ואי-השוויון בכוח המיקוח

כמובן, הפער בין החזון של שוויון הזדמנויות בחברה ליברלית ובין מימושו הוא גדול¹⁴. למרות ההתקדמות, מורשת העבר קיימת ועדיין מותירה חותמה בכלכלה ובפוליטיקה, בסטראוטיפים חברתיים, בדעות קדומות ובתפיסות משפטיות שטרם נעלמו. למעשה, אין שוויון אמיתי בכוח המיקוח בהליך המשא-ומתן החוזי. היצמדות הדוקה למודל הליברלי עלולה לגרום להתעלמות מהצורך לתקן את אי-השוויון ולהגן על אלו שאינם חזקים דיים כדי להתבסס בתהליך תחרותי. הגישה במדינות סוציאליסטיות ובמדינות רווחה מפרשת את השוויון כך, שאפשר יהיה להיטיב עם אלו שמצבם הוא הרע ביותר – גם אם הדבר מחייב העדפה מתקנת או פיצוי סוציאלי. זו הגישה המקובלת על פי רוב במדינות מערב-אירופה וסקנדינביה. לעומת זאת, בארצות-הברית ההיצמדות לפילוסופיה הקפיטליסטית-ליברלית הייתה נוקשה יותר: כישלון הפרט להצליח במסגרת השיטה נחשב לאשמה – ולא לחוסר מזל או להזדמנות מוגבלת¹⁵.

ההבדל בין שני הדגמים של תפיסה ליברלית הוא קריטי לגבי הנשים. הנשים הן הקבוצה החלשה ביותר מבחינה חברתית-כלכלית בכל אחד מן המעמדות החברתיים, בעבר ובהווה. מעבר חד לשוק חפשי אינו מביא בחשבון הכרה בצורכיהן ההיסטוריים והחברתיים-כלכליים המיוחדים, ואינו ממציא כלים שיאפשרו להן להתחרות מתוך שוויון בנקודת המוצא¹⁶. לעומת זאת, במדינת רווחה בשלה, העיקרון של התאמה ופיצוי לקבוצות שאינן בעלות כוח מיקוח חזק, כמו מעמד העובדים, מבוסס היטב, וניתן לישמו בשינויים המחויבים גם לגבי הנשים כמעמד.

5. התיתכן הסכמה לאי-שוויון?

אך מה אם ייטען כי נשים מעדיפות את המסורת של אי-השוויון, ושהן מסכימות לא להתמודד כשוות בחברה תחרותית? תיאורטית, האפשרות של הסכמה לאי-שוויון קיימת, וצריך לכבד את הבחירה האינדיבידואלית במצב של אי-שוויון. בדרך כלל יש לכבד את האוטונומיה של היחיד לבחור את דרכו. עם זאת, יש מקום לחשד שבחירת נשים באי-השוויון אינה נובעת מהפעלת אוטונומיה אמיתית, אלא מהווה אשליה:

מה שמסמל באופן מחר את מצב האשה הוא שהיא – תפשייה ואוטונומית ככל בני האדם – בכל זאת מוצאת עצמה חיה בעולם שבו גברים מחייבים אותה לקבל על עצמה את מעמד האחר... כיצד יכולה

C. Pateman, *The Sexual Contract*, (Stanford, 1988) 14

Rhode 1989, 36-44 15

Z.R. Einstein, *The Radical Future of Liberal Feminism* (Boston, 1981) ראו 16

האשה, במצבה, להגיע להגשמת הפוטנציאל שלה? אילו דרכים פתוחות בפניה? אילו חסומות? כיצד ניתן להחזיר לה את עצמאותה מתוך מצב של תלות? אילו נסיבות מגבילות את חירות האשה, וכיצד ניתן להתגבר עליהן?¹⁷

הטענה, שאשה חפשייה לבחור בין שוויון לאי-שוויון בחברה, שמחנכת גברים ונשים לשליטת הגברים בנשים, אין לה סימוכין. אפשר להניח שרק קרבות אפליה מעטים יהיו מסוגלים לשחרר את עצמם מדפוסי החיים המפלים. צריך להפעיל כלים משפטיים מגוונים להתמודדות עם עובדה זו. כך, למשל, צריך לעצב כללי ראיות ולפרש מושגים הקשורים בכוונה ובהסכמה בדרך המתחשבת בעובדת רקע זו. במקרים המתאימים ניתן לראות את ההסכמה לאי-שוויון כמנוגדת לתקנת הציבור¹⁸. כל עוד ההתערבות המשפטית באה לאושש את האוטונומיה של האשה, אין לראות בה התערבות פטרנליסטית פסולה¹⁹.

אם ייאמר שבכל זאת בתחומי חיים מסוימים, כגון המשפחה, יש נשים המעדיפות את המסורת הבלתי-שוויונית – תפקיד המשפט להבטיח שההסכמה תהיה רצונית ומודעת, ומצד שני – שהאשה תוכל לחזור בה, להשתחרר מהמסורת הבלתי-שוויונית וליהנות מהזכות לשוויון, על אף הסכמתה המקורית, בכל עת שתהיה מעוניינת בכך.

6. מאפייני החברה הישראלית

מה מקומה של שיטת המשפט הישראלית בהתפתחות העמדות בעולם לגבי מעמד הנשים במשפט ובחברה? התשובה מורכבת. שיטתנו מבוססת על מספר הנחות, הסותרות זו את זו באופן בסיסי.

המדינה נוצרה על יסוד עקרון השוויון ועל יסוד הסלידה מאפליה קבוצתית, המבוססים על הניסיון ההיסטורי של העם היהודי כקרבן אפליה. הכרזת העצמאות היתה אחד המסמכים החוקתיים הראשונים, שבהם נכלל מין כקריטריון פסול לאפליה קבוצתית. ההנחה שנבעה מכך הייתה הבטחת שוויון לנשים בחיי הכלכלה והפוליטיקה של המדינה, תוך יצירת מיתוס של שוויון בפועל. הייתה זו מדינת חלוצים, שנדרשה להקים תשתית כלכלית בסיסית. האופי החלוצי של החברה יצר גם את דמות האשה החלוצית כשותפה במאבק לקיום. היו נשים בכנסת ובממשלה מיד לאחר קום המדינה. במסגרת ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל הוקמו ארגון נעמ"ת והמחלקה לעובדת השכירה, ויש להניח שנעמ"ת היה בין ארגוני הנשים הגדולים ביותר בעולם מבחינה מספרית ביחס לאוכלוסייה שהוא משרת. נשים שירתו בצבא החל ממלחמת העצמאות.

De Beauvoir, 689. 17

ד"ר 22/82, בית יולס נ' רביב, פ"ד מ"ג (1) 441 בעמ' 462, מפי הנשיא שמגר; וראו דברי המשנה לנשיא אלוך שם, בעמ' 468-469. 18

ראו להלן, פסקה 2 (2) על הפטרנליזם. 19

בקיבוצים, ולא רק בהם, עבדו נשים בעבודה פיזית והשתתפות בהגנה עצמית. בשנות ההתהוות חיזקו גורמים אלו מיתוס של שוויון בין המינים – נשים היו מעורבות בחיים הפוליטיים, הכלכליים, הצבאיים והמקצועיים; אבל הייתה זו אך אשליה לחשוב שהשוויון היה לעבודה. נשים היו נוכחות, אך אין להסיק מכך שהן היו שותפות לכוח השליטה.

החברה אימצה תפיסה של נשים כאימהות עובדות. מרכזיות המשפחה והמדיניות לעידוד משפחות ברוכות ילדים – שכונתה "הגירה פנימית" – הובילו לקונצנזוס לגבי חשיבות ההורות.²⁰ הסטריאוטיפ החברתי של הורות שרווח אז, ובמידה רבה רווח גם היום, היה, שההורות היא בראש ובראשונה תפקידן של הנשים.²¹ הפילוסופיה החברתית-כלכלית של המדינה הייתה סוציאליסטית, ומכאן שהסדרים, המתחשבים בעובדת שהיא אם לילדים, היו חלק טבעי של מערכת חוקי המגן בתחום העבודה. נעמ"ת השתמשה בכוחה ובחקיקה להקמת מסגרת בסיסית רחבה של מוסדות לטיפול בילדים של אימהות עובדות, המתפקדים מינקות ועד הכניסה למערכת חינוך החובה. כך התמסד המושג "אם עובדת".

יחד עם זאת, שולבו במשפט העברי נורמות פטריארכליות נחרצות, שאף הועמדו כביכול מעבר להישג ידה של הביקורת הדמוקרטית. הכוונה היא לאימוץ ההסדר המנדטורי, שלפיו הדין האישי הוא הדין הדתי – היהודי, המוסלמי והנוצרי. המשפט העברי, שהחזיק מעמד במשך אלפיים שנות גלות ונחשב סמל להשרדות הלאומית ולמורשת התרבותית, נתמך גם על ידי כוח פוליטי, שכן המפלגות הדתיות תבעו שילוב של היבטים שונים של המשפט העברי בשיטת המשפט החילונית, בתמורה לשיתוף פעולה פוליטי מצדן.²²

אימוץ הדין הדתי לא רק שהנציח את כפיפות הנשים לגברים במשפחה, אלא גם שלל מהן את הזכות להשתתף כדיוניות וכפרשניות רשמיות בהכרעה ובניהול העניינים החשובים ביותר בדיני המשפחה. משמעות האימוץ הגורף של שיטת משפט פטריארכלית היא, שכל מאבק לשיפור מעמד הנשים במשפחה צריך לחתור להפרדת הדת מהמדינה לצורך ביטול המונופול הדתי על דיני המשפחה; ולא – יהא על הנשים להסתפק במאבקים שוליים למען הצדק דרך התערבות חקיקתית עקיפה, או על ידי הפעלה עקיפה עוד יותר של השפעה במסדר הדתי. זוהי במידה רבה הדרך שבה פעלו תנועות הנשים בעולם בתקופה שלפני קבלת זכות ההצבעה. גורם נוסף, הממלא חלק חשוב בעיצוב מעמדן של נשים בחברה, הוא הצבא; לצבא תפקיד מכריע בהתפתחות הפסיכולוגיה החברתית של הנוער. באופן בלתי נמנע הוא גם מתפקד כמועדון רב-השפעה בהכנסת חבריו למוסדות פוליטיים וכלכליים בחברה. ביסודו הצבא הוא מוסד גברי. יש קונצנזוס כמעט מלא שעליו

20 "בוכר-אגסי 'מעמד האשה בישראל', בתוך נשים במלכוד (ד' יזרעאלי ואח'), עורכת, הקיבוץ המאוחד, תשמ"ב, 210-225-226.

21 ד' יזרעאלי 'נשים בעולם העבודה' שם, בעמ' 113.

22 P. Strum *Women and the Politics of Religion in Israel* Paper presented to the XIVth Congress, Political Science Assoc., August 1988

להישאר כך – שאין לגייס נשים ליחידות קרביות ואין לחייבן בשירות סדיר או בשירות מילואים מלא. ייתכן שההסכמה החברתית בעניין זה תשתנה, אך לעת עתה דוחק ההווי הגברי של השירות בצבא את הנשים לשולי החברה, פסיכולוגית ומעשית, ומחזק את הגישה הפטרנליסטית כלפיהן.

7. תפקיד המשפט

עקב השינויים החברתיים-כלכליים ועקב השינוי בתפיסת מקומן של הנשים בחברה נוצר פער בין המציאות – היחס כלפי נשים בחברה – לבין עקרון השוויון המקובל כעקרון יסוד של שיטת המשפט. במשפט עצמו שרדו הוראות פטריארכליות שאינן הולמות עידן של הכרה בזכות לשוויון הזדמנויות לנשים. תפקיד המשפט הוא להסיר פערים אלה ולקדם את עקרון השוויון בין המינים. לשם כך יש להביא לביטול כל גושפנקה משפטית לא-שוויון; ליצור נורמות שמטרתן לשלול אפליה המופעלת נגד נשים; להעניק משמעות מעשית למושג שוויון ההזדמנויות.

פיתוח הכלים המשפטיים הנדרשים לכך מצריך התמודדות עם מושג השוויון בין המינים בתחומים השונים של החיים – התחום הציבורי, התחום המשפחתי, המסורת ותופעת האלימות נגד נשים. בכל תחום ייצבה הפטריארכליות את הנורמות הראשוניות, ובכל תחום תפקיד המשפט ליצור שוויון. עם זאת, אין כאן תחומי צדק הניתנים להפרדה. להיפך, השגת השוויון המהותי בתחום אחד עבור האשה תלוי בהשגתו גם בתחומים האחרים. ההזדמנות השווה אינה ניתנת לחלוקה בין תחומים; אי-שוויון בתחום אחד יגרור אחריו אי-שוויון בתחום אחר.²³

ב. התחום הציבורי²⁴ והכלכלי

הזכות הפורמלית לשוויון בין המינים בתחום הציבורי התקבלה, כאמור, בעולם המערבי במהלך המאה הזו, אך המציאות החברתית-פוליטית נשרכת לאטה מאחורי הזכות הפורמלית. ייצוג נשים בכל הרמות של קבלת החלטות פוליטיות ובדרגים המקצועיים הגבוהים נמוך מאוד ביחס לחלקן בחברה, וכזהו גם מצבן בתחום ההון וההכנסה. הכישלון בתרגום הזכויות הפורמליות לעובדות בשטח הוביל לכך שמושג השוויון עצמו עבר הערכה מחודשת. מאז שנות השישים החלו להגדיר באמנות בינלאומיות, בחוקות ובחקקים במדינות שונות את תפקיד המשפט לא רק כהסרת מחסומים מפלים, אלא גם כהבטחת הזדמנות שווה לנטילת חלק

23 Okin 1989

24 כפי שציינו, הכוונה כאן לכל מסגרת ארגונית-חברתית שאינה משפחתית – ולא רק לתחום הציבורי במובן המשפטי הצר של המילה. במובנו הרחב כולל "ציבור" ארגונים כלכליים, מועדונים ועמותות ולא רק רשויות ציבוריות.

בחיים הציבוריים²⁵. בנוסף, הזכות לשוויון הזדמנויות הורחבה מהזירה הפוליטית לשוק הכלכלי – הוטלה החובה להעניק הזדמנות שווה לנשים לא רק על רשויות ציבוריות, אלא גם על גורמים פרטיים בשוק²⁶ נבחן עתה, במישור המושגי, עד כמה הרחיקה שיטת המשפט הישראלית לכת בהבטחת שוויון הזדמנויות בתחום הציבורי.

1. היקף הזכות החוקתית לשוויון

א. העיקרון הבסיסי של שוויון בין המינים

זכות הנשים להשתתף בחיים הציבוריים הוכרה בד בבד עם הקמת המדינה. היא הובטחה מפורשות בהכרזת העצמאות ובחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן, חוק שיווי זכויות האשה). אמנם, אין אלה מסמכים חוקתיים, אך בעיני בית המשפט העליון הם מהווים הצהרת בסיסית של שוויון המחייבת את המשפט הישראלי²⁷. עקרון השוויון מחייב את כל רשויות השלטון ומגן על הנשים בכל "פעולה משפטית" – מושג שפורש בהרחבה על ידי בתי המשפט. היקף עקרון השוויון וטיבו נקבעו בחלקם על ידי חוק שיווי זכויות האשה ובחלקם – על ידי פרשנותו של העיקרון בבית המשפט העליון.

ב. פרשנות החקיקה על פי עקרון השוויון

כיוון שחוק שיווי זכויות האשה אינו מסמך חוקתי, שלאורו ניתן להכריז על חוק מדינה כבלתי חוקתי ולפיכך בטל, לא מצא בית המשפט העליון לנכון להשתמש בהוראותיו לביטול אפליה בחקיקה מאוחרת לו. בבית המשפט הובעו דעות שונות באשר לניסוח החקיקתי שיוכל לגבור על עקרון השוויון. בפסק דין לובינסקי²⁸ היתה עמדת הרוב, שניתן לסטות מעקרונות החוק או לשוללם על ידי חקיקה מאוחרת, אפילו במשתמע. גם השופט ברק, בפסק דין שקדיאל לא השתכנע שנדרשת לשון מפורשת כדי לרחות את חוקת השוויון שבחוק:

25 ראו במיוחד את אמנת האו"ם משנת 1979 לחיסול כל צורות האפליה נגד נשים, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (1979). אושרה על ידי ישראל ב-1991: כתבי אמנה, כרך 31, עמ' 1035.

26 בין החוקים המקיפים הראשונים, החקיקה בארצות הברית של ה-Civil Rights Acts 42-42 U.S.C. (1971) et seq. 360 et seq 2000e-2000e17 המעניקה זכויות לתביעה נגד אפליה בתחומי העבודה, החינוך, הדיור והאשראי, אף כשהאפליה היא מצד גורמים פרטיים בשוק.

27 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221 (להלן – שקדיאל); ובג"ץ 1/88 פורד ואח' נ' מרעצת עיריית ת"א ואח', פ"ד מב (2) 309 (להלן – פורד).

28 ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה ת"א, פ"ד טז (1) 403 (להלן – לובינסקי). באותו מקרה תוקנה פקודת מס הכנסה, שנחקקה לפני התוק, לאחר צאתו, באופן שהשאייר על כנו את הכלל, שהכנסת אשה מיוחסת, לצורכי מס, לבעלה. נקבע שהחייקן גובר על חוק שיווי זכויות האשה במשתמע; לובינסקי, 408-409.

אין אני סבור, כי לשם שלילתה של חוקת השוויון דרושה לשון מפורשת, הקובעת כי חוקה זו נשללת. לדעתי, גם בהיעדר לשון מפורשת שכזו ניתן לשלול את חוקת השוויון, ובלבד שיש לכך עיגון לשוני "חזק" ותכלית חקיקתית "נחושה"²⁹.

במקרים אלה הסתייג בית המשפט מהקביעה, שהזכות לשוויון שבחוק שיווי זכויות האשה ניתנת לסתירה רק על ידי חקיקה הקובעת מפורשות יחס מפלה על בסיס מיני. אך בפסק דין נבו³⁰ הורה השופט כן, שלא כמו באמירות הקודמות:

חוק שיווי זכויות האשה מצהיר על ערך אשר מן הדין שיקף את כל מערכת המשפט שלנו. על כן, מקום שלא נקבע מפורשות [ההדגשה במקור] דבר הסותר חוק זה, הרי יש להעדיף פירוש לחוק, התואם את עקרון השוויון בין המינים³¹.

לאור פיתוח הביקורת השיפוטית על החקיקה בשיטת המשפט בשנים האחרונות – ביקורת המעניקה, באמצעות הפסיקה, עליונות לזכויות היסוד של האדם בתחומים כחופש הביטוי³² ולאור חקיקתם של חוקי יסוד בתחומים רבים של כבוד האדם וחירותו ושל חופש העיסוק – יש להעדיף את הגישה בכג"ץ נבו. הזכות לשוויון בין המינים נמנית עם זכויות היסוד, ואף אם אין חוק יסוד המאפשר ביטול חקיקה הסותרת זכות זו, ניתן לפחות להטיל על המחוקק את הצורך לכבד את הזכות לשוויון, אלא אם כן בחר בהסדר נוגד במפורש ובמכוון.

ג. תפקידים ציבוריים בענייני נישואין וגירושין

סמכות השיפוט הבלעדית בענייני נישואין וגירושין נתונה לבתי הדין הרבניים, המוסלמיים והנוצריים, שבהם מכהנים דיינים גברים בלבד³³. לכן, למרות

29 שקדאל, בעמ' 275; עם זאת, לגופו של עניין, השופט ברק לא מצא בחוק שירותי הדת היהודיים נוסח משולב, התשל"א-1971 מטרה חקיקתית, שתצדיק לשלול מנשים את החברות במועצות דתיות.

30 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מר (4) 749 (להלן – נבו).

31 נבו בעמ' 764. השופט כן הבחין בין גישתו לבין זו של השופט ברק בפסק דין פורז, שלפיה "חוקה על המחוקקן כי ביקש לקיים את שני החוקים גם יחד, זה בצד זה...", באמרו: "כך דברי השופט ברק בפורזן כדוגנו בפירוש חוק שירותי הדת היהודיים נוסח משולב, תשל"א-1971, אל מול חוק שיווי זכויות האשה שקדם לו. דברים אלה נכונים הם כל עת שנשקול שני חוקים אשר תיתכן סתירה ביניהם. אך במקרה דנן יש ליתן אף יתר משקל לכף המאזניים הגושאת את חוק שיווי זכויות האשה. חוק זה משקף ערך חשוב ומרכזי, עיקרון המעצב את החיים במדינתנו כמדינה מתוקנת. חוק שיווי זכויות האשה מצהיר על ערך אשר מן הדין שיקף את כל מערכת המשפט שלנו."

32 ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד ל"ט (2) 225, 266-277, 279-280. "ההגבלות חייבות להתבסס על הוראה חקוקה מפורשת".

33 חוק הדיינים, התשט"ו-1955 (חוק בתי הדין הדרוזים, התשכ"ג-1962, סעיף 4).

הקונסנזוס הלאומי והבין-לאומי – שאין למנוע מגשים את חלקן בזירה הציבורית – החקיקה עצמה, שער כה כמעט שלא קמו לה עוררין, משמרת את הרחקתן משיפוט בענייני נישואין וגירושין. בנוסף, מגביל חוק שיווי זכויות האשה עצמו את תחולתו המהותית של עקרון השוויון על דיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין.³⁴ ההסבר הניתן לחריגים אלה – שזהו הכרח בליגונה של מדינה יהודית, או שהסדר זוכה לתמיכת המיעוט המוסלמי והנוצרי, כי גם מיעוטים אלה מעוניינים באוטונומיה דתית – אינו משנה את התוצאה הסופית: הרחקת נשים מתחום חשוב של החיים החברתיים-ציבוריים. ייתכן שניתן לתקוף הסדרים אלה על בסיס פסק דין שקדיאל ופורז המתוארים להלן, היות שחוק הדיינים איננו קובע מפורשות שאין לבחור דיינית או טוענת רבנית. ניתן היה לומר, שבחירה והסמכה של גברים ובחירתם בלבד לתפקיד זה היא מילוי תפקיד על פי חוק בדרך מפלה. עם זאת, סיכויי ההצלחה של מהלך כזה במישור המעשי הם אפסיים. כל עוד מקנים לבתי הדין הדתיים את הסמכות המהותית לדון במעמד האישי, יהא זה בלתי אפשרי לקבוע הרכב דיינים על בסיס שאיננו על פי ההלכה.

רק אם ניתן יהיה להראות שיש זרמים בהלכה המאפשרים מינוי דייניות, כפי שהיה בפסקי דין שקדיאל ופורז, יהפוך מהלך זה לבר-סיכוי.

ד. תפקידים ציבוריים במתן שירותי דת

ב־1988 שלל בית המשפט העליון שני נסיונות של רשויות מדינה לדחוק את רגלי הגושים מחיי הציבור, מעבר לחריגים שנידונו לעיל. ההחלטה הראשונה היתה בעניין שקדיאל, שנבחרה על פי חוק למועצה הדתית בירוחם. משרד הדתות והממסד הרבני החליטו למנוע את חברותה במועצה בשל היותה אשה. ההחלטה השנייה, בעניין פורז, נגעה לסירובה של עיריית תל אביב למנות נשים לגוף הבחור את רב העיר, בטענה שהממסד הדתי מתנגד לבחירתם של רבנים מקומיים על ידי נשים. בשני המקרים חזר בג"ץ ואישר את איסור האפליה על בסיס מין כעקרון יסוד של שיטת המשפט. נקבע כי המועצה הדתית והגוף הבחור הם גופים ציבוריים, ולנשים זכות לבחור ולהיבחר לגופים אלו. לפיכך על פי הכרעה לגופו של עניין, נאכפה זכות הנשים להשתתף בחיי הציבור בשני המקרים.

בנימוקיו לא קבע בית המשפט באופן מוחלט, שרק הוראה מפורשת של החוק תאפשר הרחקת נשים מתפקידים ציבוריים. אדרבה, בשני המקרים נשענה ההחלטה על היעדר איסור הלכתי שנשים תבחרנה או תיבחרנה. המשנה לנשיא אלון אומר:

אי-אפליית אשה באשר היא אשה עקרון יסוד הוא במערכת המשפט הישראלית. כדי להעלות שאלה של איזון ושיקול נגד עקרון יסוד, צריך היה לטעון לפחות, כי מבחינה הלכתית חברותה של אשה במועצה דתית אסורה

34 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, סעיף 5.

היא, ומתוך כך עלול הדבר להביא לשיתוק עבודתה של המועצה הדתית. אילו נטענה טענה כזו, מקום היה לחשוב ולנסות לאזן ולפשר בין שני הקטבים.³⁵

בפסק דין שקדיאל נוקט השופט ברק עמדה אמביבלנטית בעניין עליונות עקרון השוויון על פני עקרונות הלכתיים המנוגדים לו. מחד הוא אומר "תהיה מהותו של איזון זה אשר תהא, אין האיזון יכול להתבסס על שלילתו של עקרון השוויון", אך מאידך הוא מצביע על אפשרות של חריגה מעקרון השוויון: "... אם תהיה ראייה לכך כי אכן האינטרס הציבורי בקיום שירותי דת ייפגע אם יינתן תוקף מלא לעקרון השוויון." האמביבלנטיות מתחזקת בציינו ש"איזון עם עקרון השוויון הנו אמצעי אחרון ולא ראשון".³⁶

בפסק דין פורז מחליש השופט ברק עוד יותר את עדיפות עקרון השוויון בעימות עם עקרונות הלכתיים:

איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין הצורך להבטיח את פעילותו התקינה של רב העיר מחייב הכרה הדדית בחשיבותם של שני שיקולים אלה... השופט אלון הראה... כי אין בהלכה היהודית איסור על שיתופן של נשים בבחירת נושאי משרה ציבוריים. יש להניח כי רבנים מסוימים סבורים כמוהו, ועל כן יהיו מועמדים למשרת רב העיר... אין פוגעים בעקרון השוויון, כל עוד ניתן לקיים את תפקודו כראוי של רב העיר באמצעים אחרים.³⁷

לעניות דעתי, בית המשפט העליון מוסמך היה לקבוע כללי פרשנות פחות פשרניים בעניין זה ואף לתת עדיפות ברורה לעקרון השוויון, מלבד אם נקבע אחרת מפורשות על ידי המחוקק. כפי שנאמר מפי בית המשפט העליון לא פעם, חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק אידיאולוגי, המצהיר על תפיסות יסוד במשפט הישראלי.³⁸ בהוצאת ענייני נישואין וגירושין מתחולת החוק התכונה הכנסת ללא ספק, שבתחום משפטי זה לא תהיה לעקרון השוויון עדיפות על פני עקרונות הלכתיים. כלל הפרשנות, שמכלל הן נלמד לאו, מוביל למסקנה שבעניינים אחרים של ארגון חברתי, בהיעדר קביעה אחרת בחקיקה, יועדף עקרון השוויון. לפיכך, אם אין אפשרות בפועל להשיג מטרה חקיקתית ספציפית, כמו מינוי רב מקומי, מבלי להפלות נשים, רק הכנסת יכולה לקבוע אם מטרת החוק צריכה לגבור על עקרון השוויון אם לאו, ואין זה מתפקידו של בית המשפט העליון.³⁹ יש לציין שאפילו אם

35 שקדיאל, בעמ' 242-243.

36 שם, בעמ' 277.

37 פורז, בעמ' 336-337.

38 ראו, למשל, את דברי השופט כהן בעניין לובינסקי, בעמ' 408; וראו את דברי השופט כץ בעניין נבו לעיל, בטקסט ליד הערה 31.

39 השופט ברק מציין, שהרבנים עצמם קשורים בעקרון השוויון: שקדיאל, בעמ' 277.

הכנסת היא הקובעת נורמות מפלות להשגת המטרה של יעילות שירותי הדת, ייתכן שהחקיקה תהיה נתונה לביקורת שיפוטית בשל פגיעתה בעקרון יסוד – השוויון.⁴⁰

ה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

העקרונות שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴¹ הם עקרונות רלבנטיים לסוגיה של שוויון בין המינים. החוק קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."⁴² מהי זכותה של האשה לשוויון, אם לא הזכות לכבודה כאדם באשר היא אדם? החוק קובע עוד: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת הפרט."⁴³ כפי שהסתבר מהתפתחות הפסיקה כארצות-הברית, הזכות לפרטיות, להגברת האוטונומיה של האשה ולפיתוח זכותה להחליט על גורלה היא רלבנטית⁴⁴. אכן, בקביעתו כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש"⁴⁵, מעניק החוק לנשים כלי חוקתי טקטי נוסף לצורך מאבקן המשפטי על השוויון. עם זאת, החוק מדרגיש וממחיש את קיפוחן החוקתי של הנשים. הוא אינו קובע מפורשות ובאופן מכליל את הזכות היסודית והראשונית לשוויון. ההגנה על עקרון השוויון בין המינים היא לכל היותר עקיפה. העדרו על ביטוי מפורש לעקרון השוויון אינו מקרי. הוא נובע מן הרצון להמשיך ולהימנע ממתן עדיפות לזכות השוויון בעניין נישואין וגירושין. יתרה מזאת: החוק אינו מעניק כלי למאבק נגד אי-השוויון הקיים בחקיקה או בפסיקה, כי הוא קובע במפורש שאין בו "כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד"⁴⁶. כך נשארת החקיקה משנת 1951 ועד שנת 1992 מחוסנת באי-שוויוניותה – מחוסנת מחוק שיורי זכויות האשה, מחד, ומחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מאידך.

2. מהות הבטחת השוויון

א. אפליה קבוצתית

המושג הקלאסי של שוויון הוא זה שקבע השופט אגרנט בפסק דין בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל: "יחס שווה אל בני האדם, אשר לא קיימים ביניהם

- | | |
|----|--|
| 40 | בג"ץ 14/86 לאור נ' המרעצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מ"א (1) 421. |
| 41 | ס"ח 1391, התשנ"ב-25.3.1992, עמ' 150. |
| 42 | שם, סעיף 2. ראו מאמרה המאלף של י' קרפ, המנתח את הבסיס למסקנה, שהתוק מכליל את עקרון השוויון: י' קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקיו כוח", משפט וממשל, א (חיפה, תשנ"ג), עמ' 323, 345-361. |
| 43 | שם, סעיף 7(א). |
| 44 | למשל, בעניין הזכות להחליט על הפלה. |
| 45 | שם, סעיף 8. |
| 46 | שם, סעיף 10. |

הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה.⁴⁷ תועלתה של הגדרה זו תלויה תמיד ביכולתם של בתי המשפט לקבוע אם המעשה הנדון הוא בבחינת אפליה או הבחנה בין שונים. אולם כשמדובר בדמיון ובשוני בין נשים לבין גברים, מבוססת יכולתם של בתי המשפט להשוות בין המינים על אותם סטריאוטיפים ודעות קדומות שאותם מגסים לבטל באמצעות ההשוואה. בשל הקושי לסלק דעות קדומות המבוססות על סטריאוטיפ, התועלת בהגדרה הקלאסית של שוויון במאבק נגד אפליה מינית מעטה.⁴⁸

מבחינה זו, אפליה מינית היא אך דוגמה לאפליה קבוצתית. זו מכוונת נגד פרטים עקב היותם חברים בקבוצה המזוהה על בסיס גזע, דת, לאום או מין. היא מבוססת על דעות קדומות מושרשות, היסטוריות ועכשוויות. המשפט אינו יכול לבטל את התופעה באותם כלים שבהם הוא מתמודד עם אפליה אינדיבידואלית אקראית. זו האחרונה דומה לשרירותיות בהחלטות מנהליות, וניתן להגדירה ולתקנה באופן נקודתי בבית המשפט. אפליה קבוצתית כחלק מהמבנה החברתי אינה אישית ואינה נקודתית, וכדי לזהותה ולהתמודד איתה יש צורך, לעתים, להתכחש לקונצנזוס החברתי. מסיבה זו פיתח בית המשפט העליון בארצות-הברית את דוקטרינת הסיווג החשוד, בברקו סיווגים על בסיס גזע,⁴⁹ ואת דוקטרינת הביקורת המוגברת לסיווגים על פי מין.⁵⁰ סטנדרטים אלו של ביקורת מעבירים אל זה שנגדו נטענת האפליה נטל שכנוע כבד במיוחד, להצדקת שימוש בסיווג על פי גזע או מין. באשר לסיווג על פי מין צריכות הרשויות להראות מטרה מדינית חשובה ביותר, ולא להסתפק במטרה חקיקתית רציונלית.

עד פסק דין נבו ב-1990 לא ביטא בית המשפט העליון שום גישה שיפוטית מיוחדת לבעיית האפליה הקבוצתית. הסטנדרטים להצדקת סיווג על פי מין היו, במקרה הטוב, מעורפלים:

★ בפסק דין לובינסקי קבע השופט ויתקון, שהמדיניות של מיסוי היחידה המשפחתית מצדיקה את חישוב הכנסתה של אשה נשואה מרכושה, כחלק מהכנסתו של בעלה. השופט הסיק שאין בכך אפליה, כי המדיניות של מיסוי יחידת המשפחה הינה לגיטימית. הוא לא בחן את השאלה מדוע אין סימטריה בין גברים נשואים ובין

47 ד"צ 10/69 פ"ד כה (1) 7, 35; וראו גם ע"א 112/50 יוסיפוץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 481, 490; בג"ץ 30/55 הוועדה להגנת אדמות נצרת נ' שר האוצר, פ"ד ט' 1261, 1265.

48 ראו מקרים שבהם התקבל יחס שונה לנשים ולגברים כמוצדק, גם אם לא היה מבוסס על שוני ביולוגי, אלא על שתי חברתי המיוחס לשני המינים על ידי השופטים עצמם: ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה' 1061, 1067-1068; בג"ץ 131/81 דובר ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואח', פ"ד לה (4) 263, 267; כמו כן ראו בעניין אפליה סמויה על בסיס דת: בג"צ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח (3) 113, והערותיו של פרופ' קרצמר: D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel*, (Boulder, San Francisco, Oxford, 1990) 106-107.

49 *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967)

50 *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973); *Craig v. Boren* 429 U.S. 190 (1976)

נשים נשואות מבחינה זו.

★ בפסק דין ליפשיץ-אבירם⁵¹ דחה השופט לגדוי – בהחלטה בת עמוד אחד – את הטענה, שיחס שונה לחופשת לידה ולשירות מילואים לצורך קיצור תקופת ההתמחות המשפטית הוא הסדר מפלה. לשיטתו, אין אפליה כי קיצור ההתמחות עקב מילואים הוא "פריבילגיה"; השוני ביחס הוא בין חיילים – נשים וגברים – מצד אחד, ובין מי שבהריון, מצד שני; ואין להשוות בין ההיעדרות עקב מילואים לבין חופשת הלידה, מלבד העובדה ששתיהן משרתות מטרות לאומיות חשובות. השופט לגדוי לא התייחס לעובדה שבשני המקרים ההיעדרות מתחייבת על פי חוק. ★ בפסק דין שקדיאל רומז המשנה לנשיא אלון על תפיסתו בעניין תפקידם של בתי המשפט ביישום עקרון השוויון, ומעדיף את הגישה ההלכתית של "נגיח הדבר לזמן שיבוא ויכריע" על פני גישה אחרת בהלכה המחייבת קידום פעיל יותר של צדק חברתי. הוא מציין כעובדה חברתית, שנשים נוטלות חלק בכל הפעילויות החינוכיות, התרבותיות, החברתיות והפוליטיות; נשים, גם דתיות, מצביעות ומכהנות בכנסת; לפיכך יהיה זה עלבון לנשים דתיות אם תימנע מהן הגישה לגופים המטפלים בעניינים דתיים⁵². תפיסה זאת רחוקה, כמובן, מגישת הסיווג החשוד, והיא נוטה להעניק לבתי המשפט את התפקיד לתת ביטוי לשינויים שכבר התרחשו בסטטוס קוו החברתי, ולא דורשת מהם לשנות אותם באופן רדיקלי על פי עקרונות צדק מופשטים.

★ בפסק דין פורז מכנה השופט ברק את עקרון השוויון בין המינים "אחד מעקרונות היסוד של המשטר והחברה"⁵³, אבל בכל זאת, בקביעת האיזון בין "העיקרון הכללי של השוויון, מזה, לבין השיקול הפרטיקולרי של מינוי אסיפה בוחרת, שתוכל למלא כראוי את תפקידה, מזה", הוא קובע שהאיזון אינו אנכי אלא אפקי: "באיזון אנכי... מתנגשים שיקולים בעלי מעמד שונה, והאיזון מתבצע על ידי נוסחת הסתברות... בענייננו... אין לנו עניין בהתנגשות, שבה ידו של אחד העקרונות על העליונה"⁵⁴. היות שאמירות אלו אינן עקביות, לא ברור אם עקרון השוויון עומד באותו מישור עם מטרות מדיניות אחרות, תהא חשיבותן אשר תהא, או שהוא עדיף עליהן. האם אותו "עקרון יסוד של שוויון" הוא רק מטרה חקיקתית נוספת – שאנו, כדברי השופט ברק:

בהיעדר חוקה פורמלית מהווה חקיקת הכנסת את הנורמה המשפטית העליונה אמן המחוקק בעצמו, בחקקו את החוק החדש... לא פעלן לבטל או לצמצם במו ידיו את החוק הישן... חזקה עליו כי ביקש לקיים את שני

51 בג"ץ 335/76 ליפשיץ-אבירם נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד לא(1) 250 (להלן ליפשיץ-אבירם). במסגרת הנוכחית בוודאי אין מקום להרחיב את הדיבור על הנימוקים הרבים שאפשר להעלות כדי להראות הבחנה ודמיון בין שתי הקבוצות לעניין קיצור הסטאז.

52 שקדיאל, בעמ' 264-268.

53 פורז, בעמ' 333.

54 שם, בעמ' 336.

החוקים גם יחד, זה בצד זה, כל אחד על פי היקף המתבקש בפירושו הוא.⁵⁵

או שהשופט ברק מוכן, למרות הכול, לפרש את שני החוקים, שאחד מהם הוא חוק שיווי זכויות האשה, לאור ההנחה שהמחוקק נתן עדיפות לשוויון? רק גישה אחרונה זו יכולה לתת משמעות אמיתית לייחודו של השוויון כ"עיקרון יסודי".
★ בפרשת נבו הציג השופט כץ, לראשונה בבית המשפט העליון, את התפיסה, שאפליה קבוצתית היא תופעה חברתית המחייבת התייחסות שיפוטית מיוחדת. הוא מכיר במשמעותה החברתית של אפליה זו: "האפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבציה להשתתף בחיי החברה ולתרום לה."⁵⁶ באשר לתפקיד בתי המשפט בביטול האפליה הקבוצתית, הוא מאמץ גישה שאינה שונה בהרבה מזו של בית המשפט העליון בארצות-הברית, ואומר:

...לא תמיד קיימת עירנות מספקת לנושא האפליה כאשר זו פועלת נגד נשים... לכן, כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות שאין מקורן אלא בדעה קדומה.⁵⁷

לאור העובדה שאפליה קבוצתית מושרשת כה עמוק במוסדות החברה ובפסיכולוגיה של האדם, הפעלת הביקורת השיפוטית תצליח לעקור אותה רק אם יופעלו מבחנים של בדיקה קפדנית. ההליכה אחרי שינויים חברתיים שכבר התרחשו והאיזון האפקטי שעליהם התבססו השופטים בפורז ובשקדיאל אינם יכולים להשיג תוצאה זו. לצורך יצירת כלים אפקטיביים להתמודדות עם הבעיה של אפליה נגד נשים יש לאמץ טכניקות שיפוטיות המעבירות את הנטל להצדקת מדיניות המקפת נשים על יוצר המדיניות.

ב. העדפה מתקנת

אמצעי נוסף כנגד התוצאות הנמשכות של אפליה קבוצתית הוא העדפה מתקנת: חברי הקבוצה, שלגביה יש סטיגמה, זוכים לעדיפות שתאפשר להם כניסה לפעילות ולתפקידים ציבוריים שבאופן מסרתי נמנעו מהם.

המושג של העדפה מתקנת יכול לכלול מגוון אמצעים – מקביעת מכסות להשתתפות נשים במוסדות או תפקידים למיניהם ועד להעברת נטל ההוכחה למוסד או למעסיק, כשהללו טוענים שאשה מועמדת אינה מתאימה לקבלה למוסד

55 שם, בעמ' 334. יש לציין כי במקרה זה פירש השופט ברק את החקיקה על פי עקרון השוויון, אולם הדבר התאפשר בגלל אפשרות בהלכה לפרש את חוק שירותי הדת בדרך שוויונית ולא בגלל עקרון השוויון.

56 נבו, בעמ' 760.

57 שם, בעמ' 760-761. וכן בעניין ליפשיץ-אבירם.

או לתפקיד מסוים בגלל נחיתות כישוריה ולא בשל היותה אשה. הרעיון המשותף לכל מושגי ההעדפה המתקנת הוא קידום נשים למצב של שוויון בהזדמנות ובתוצאה.

אין זה המקום לדיון משפטי-פילוסופי בעניין ההצדקה החברתית לשיטה כדוקטרינת רווחה, כפיצוי חברתי, כדרישה פוליטית או כשוויון סוציו-דנמי.⁵⁸ די לומר כאן, שהשיטה אושרה בשנת 1979 באמנה של האו"ם לביטול אפליה נגד נשים.⁵⁹ יתרה מזו, ההעדפה המתקנת משמשת עקרון חוקתי במדינות שונות, ביניהן ארצות-הברית, נורווגיה וקנדה. מגילת הזכויות הקנדית קובעת, שבכל הנוגע ל"תכניות העדפה מתקנת", הזכות לשוויון בפני החוק ולהנאה שווה מהחוק "אינה גורעת מכל חוק, תכנית או פעולה שמטרתם שיפור המצב של פרטים מקופחים או של קבוצות מקופחות, כולל אלו המקופחים בגלל גזע, מוצא לאומי או אתני, צבע עור, דת, מין, גיל או נכות נפשית או פיזית".⁶⁰

חוק נורווגי משנת 1978 קובע:

כשרשות ממשלתית ממנה או בוחרת ועדות, מועצות וכו', שבהן ארבעה חברים או יותר, כל מין ייוצג על ידי 40% לפחות מחברי הוועדה. בוועדות שבהן פחות מארבעה חברים, שני המינים יהיו מיוצגים.⁶¹

בבית המשפט העליון בארצות הברית הסביר השופט ברנן, שתכניות העדפה מתקנת, המבוססות על סיווג על-פי גזע, אינן חשודות: סיווג על פי גזע חשוד רק כאשר הוא:

נובע מההנחה שגזע אחד הוא נחות לאחר... גם היום, אפליה האסורה באופן פורמלי עדיין אינה נחלת העבר. על רקע זה, הטענות שהחוק צריך להיות עיוור-צבעים או שגורם הגזע כבר אינו רלבנטי למדיניות ציבורית הן יותר שאיפות מאשר תיאור של המציאות... איננו יכולים לאפשר לעיוורון צבעים ליהפך לקוצר ראייה המסתיר את המציאות, שרבים ש"נולדו שווים" קיבלו בתקופתנו יחס של נחותים, הן מצד החוק והן מצד אזרחים אחרים.⁶²

השופט סטיבנס יישם נימוק זה להעדפה מתקנת על בסיס מין בפסק-דין אחר, באמרו כי:

- | | |
|----|---|
| 58 | ראו F. Raday Socio-Dynamic Equality: The Contribution of the Adversarial Process in Slonim ed. <i>The Constitutional Bases of Political and Social Change in the United States</i> , (New York, 1990) 141 |
| 59 | ראו לעיל, הערה 25. |
| 60 | The Canada Charter of Rights and Freedoms, Canada Act, 1982 s. 15(2) |
| 61 | סעיף 21, Act No. 45 of June 1978 Relating to equal status between sexes |
| 62 | <i>Univ. of California Regents v. Bakke</i> , 438 U.S. 265, 327 (1978) |

[כוננת איסור האפליה בעבודה] הייתה רק להגן על קבוצות מקופחות באופן היסטורי מפני אפליה, ולא לחבל במאמצי הדרג המנהל להיטיב עם חברי קבוצות מקופחות, מאמצים העולים בקנה אחד עם המטרה השלטת⁶³.

מושג ההעדפה המתקנת כמעט שאינו מוכר בישראל. הצעד הראשון בכיוון זה הוא החלטת הממשלה ב"1985, לפיה רשויות ממשלתיות ישתדלו ליצור איוון בייצוג של נשים בעמדות בכירות, ובכל ועדה ממנה יהיו נשים, אלא אם תהיינה סיבות להימנע מכך, סיבות שיירשמו⁶⁴. במקרה היחיד שנדונה בו אכיפת הוראה זו פסק בית הדין האזורי לעבודה, שאימינו של אשה גורע מתוקף ההחלטה, שכן פנו לאשה אחת בבקשה שתצטרף לוועדת המכרזים, אך היא לא יכלה להופיע⁶⁵. הוראות התקשי"ר שונו בעת הדיון באותו עניין: בנוסח החדש נקבע, כי אי-השתתפותה של אשה בוועדה אין בה כשלעצמה לפסול את המכרז אם התקיים – ובכך נשללה מההחלטה הממשלתית כל אפשרות לאכיפה משפטית. במפלגת העבודה נקבע בתקנון שריון של 20% לנשים ברשימות המועמדים, אולם בפועל בוצע שריון של 10% בלבד בהכנסת חברות המפלגה לכנסת בשנת 1992⁶⁶. בנוסף, בשנת 1993 נחקק תיקון לחוק החברות הממשלתיות הקובע, כי "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה"⁶⁷.

בבתי המשפט טרם התלבנה הסוגיה של העדפה מתקנת לקבוצות מקופחות. אמנם במקרים בודדים התייחס בית-המשפט לשוויון "מטריאלי" ולא "פורמלי"⁶⁸, או ל"שוויון בתוצאה"⁶⁹, אך הדברים נאמרו לא בהקשר של יחס מפצה למקופחים: "השוויון המטריאלי" שימש כדי להעניק למפלגות המכוססות יותר זמן לשם שידורי תעמולה מאשר לאלו החדשות, ודרישת ה"שוויון בתוצאה" הביאה להעדפת קבוצת שחייה, שכבר הוכיחה את עצמה, על פני קבוצות אחרות, לצורך הקצאת זמן לשימוש במתקני ספורט. עם זאת, תפיסת מושג השוויון בפסקי דין אלה מהווה תשתית לפיתוח דוקטרינה של העדפה מתקנת. בין היתר אומרת השופטת נתניהו:

יחס של שוויון אינו מוביל תמיד לתוצאה צודקת, ולעתים יש לנהוג בחוסר

⁶³ *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County*, 480 U.S. 616 (1987), 646

⁶⁴ התלטת ממשלה מיום 28.4.85 בדבר שוויון הזדמנויות לנשים בשירות המדינה וברשויות הכפופות למשרדי הממשלה.

⁶⁵ מז/428-3 יצחק ויצמן ואח' ג' מ"י ואח', בית הדין האזורי לעבודה ירושלים, 25.4.89.

⁶⁶ ראו הטקסט ליד הערה 72 להלן.

⁶⁷ חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, סעיף 18 (ב) (תיקון תשנ"ג); ס"ח 1417, התשנ"ג[26.3.93].

⁶⁸ דברי השופט ברק בבג"ץ 246/81, 260 דרך ארץ ג' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 11.

⁶⁹ דברי השופטת נתניהו בבג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה ג' עיריית נהריה ואח', פ"ד לז(3) 17, 21 (להלן – אליצור).

שוויון כדי להשיג צדק, הכול בהתאם למטרה שאליה אנו שואפים להגיע. כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחד נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון⁷⁰.

לגבי אפליה מינית אומר השופט ברק בפסק דין שקדיאל, ש"מעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי הוא, כי יובטח שוויון בין גבר לאשה, וכי הגבר לא יופלה משום היותו גבר, והאשה לא תופלה משום היותה אשה"⁷¹, לא נראה שהשופט ברק מביא בחשבון את האפשרות של צורך בהעדפה מתקנת. אין ללמוד מכך, שהשופט ברק פסל את האפשרות של הכרה בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, כי לא זו הייתה הסוגיה שעמדה לדיון.

ב-1989 התקרב השופט אור לאימץ הדוקטרינה של העדפה מתקנת בפסק דין אביטן⁷². העותר, יהודי תושב באר שבע, טען שהופלה על ידי מנהל מקרקעי ישראל, אשר סירב להחכיר לו אדמה ביישוב שגב-שלום באותם תנאים שבהם החכיר חלקות באותו אזור לבדווים. בית המשפט פסק שמדיניות המנהל היתה לגיטימית, ובסופו של דבר אישר את מה שהיווה, למעשה, תוכנית העדפה מתקנת לבדווים. עם זאת, בית המשפט לא הצהיר בבירור על רציונל ההעדפה המתקנת. השופט אור קבע, שמדיניות המנהל אינה מבוססת על מוצא לאומי, אלא על מעמד הקודם של הבדווים כנוודים, ועל קשייהם בהסתגלות ליישוב קבע. הוא לא הסביר כיצד ניתוח זה מתיישב עם העובדה שהסובסידיה בדמי החכירה הוצעה לבדווים ככאלו, ולא רק לאלו שעד לאחרונה היו נוודים. בית המשפט הגדיר את הקבוצה הזכאית על פי היות חבריה נוודים – ולא על פי מוצאם הלאומי או האתני. בכך נמנע בית המשפט מלדון באפליה קבוצתית בכלל ובהעדפה מתקנת לקבוצות מקופחות בפרט⁷³. עם זאת, באמרו, בהקשר זה, כי "הרעיון של עידוד והקלות למגזרים הזקוקים והראויים לכך ידוע ומקובל גם בענייני שיכון ודיור ויש לראותו בחיוב..."⁷⁴, סלל בית-המשפט, בין היתר, את הדרך לדוקטרינת העדפה מתקנת אמיתית – דוקטרינה שבה תיקון עוולות שנגרמו על ידי אפליה המבוססת על סיווג לאומי, אתני, דתי או מיני, נחשב לפעולה שוויונית.

ג. פטרנליזם כלפי נשים

אין לבלבל בין העדפה מתקנת לבין פטרנליזם. פטרנליזם הוא הגנה כפויה המגבילה את האוטונומיה של הנהנה. הניסיון ההיסטורי מלמד על סכנות

70	אליצור, בעמ' 21.
71	שקדיאל, בעמ' 274.
72	בג"ץ 335/89, 528/88 אליצור אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג(4) 297 (להלן – אביטן).
73	אביטן, בעמ' 304.
74	שם, בעמ' 303.

הפטרנליזם למעמד הנשים. הגנות פטרנליסטיות שימשו כדי להנציח את דחיקת הנשים מהזירה הציבורית. המילה פטרנליזם (שמקורה, מבחינה אפיסטמולוגית, במשטר השליטה הגברית במשפחה), מצביעה על הסכנה האינהרנטית של הגבלת האוטונומיה של נשים – בדומה להתייחסות לילדים – על סמך ההנחה הסטריאוטיפית כאילו הן זכאיות לפחות אוטונומיה מאשר גברים. הכלל המנחה בחברה ליברלית הוא ללא ספק הזכות להחלטה אוטונומית. אכן, האפשרויות של נשים ליטול חלק בחיים הפוליטיים והכלכליים תלויות בהיקף האוטונומיה שלהן. הניסיון המר של נשים עם פטרנליזם הביא לגישה האבסולוטית, בעיקר של תנועות פמיניסטיות מסוימות בארצות הברית, שלפיה אין מקום להגנה פטרנליסטית כלשהי על נשים, משום שהגנה כזו מנציחה סטריאוטיפים ומקטינה את שוויון ההזדמנויות שלהן.

לעומת גישה זאת, ניתן ליצור הבחנה בין פטרנליזם המחזק סטראוטיפים וחותר תחת האוטונומיה של האדם ה"מוגן", לבין פטרנליזם לגיטימי – אף לנשים. לפי גישה כזו, פטרנליזם יכול להוות אמצעי לגיטימי כשהוא מיועד להגביר את האוטונומיה של פרטים חלשים בחברה הליברלית ולמנוע את ניצולם על ידי אחרים. כאלה הם החוקים הכופים תנאי עבודה מינימליים על עובדים ועל מעבידיהם, במטרה להגן על העובדים. הפטרנליזם כלפי נשים יכול להיחשב לגיטימי רק אם הוא מהווה יישום ישיר של מדיניות הפטרנליזם כלפי כל פרט באותה חברה, וכל הגנה פטרנליסטית הכפויה על נשים בלבד היא לכאורה חשודה. היא מדליקה אור אדום, שמא היא נובעת מגישה סטריאוטיפית ובלתי-שוויונית כלפי נשים ומחוסר הכרה באוטונומיה שלהן, ולא מהצורך להגן על נשים בשל שוני אובייקטיבי בינן לבין גברים, כמו השוני הביולוגי, או מהרצון להגביר את עצמתן כדי שיוכלו להתגבר על קיפוחן הסוציאלכלי.

בשיטת המשפט הישראלית ניתן למצוא מקרים של ביטול פטרנליזם בתחום הציבורי והכלכלי, כשזה חתר תחת האוטונומיה של נשים. בתחום התעסוקה, למשל, ההגנות הכפויות על נשים בשל היותן נשים – כגון איסור עבודת לילה או כפיית פרישה מוקדמת – בוטלו או הפכו לאופציות, והגנות מיוחדות שאפשרו לאשה עובדת לטפל בילדיה הפכו לזכויות הוריות. לעומת זאת, הגנות על נשים עובדות בשל היריון, לידה או הנקה נשמרו ובחלקן נשארו הגנות כפויות. אף אם הגנות אלה פוגעות באוטונומיה של נשים, כאשר הן נובעות עקרונית משוני ביולוגי ולא מסטריאוטיפ, הן מתייטבות עם המדיניות הפטרנליסטית הכללית הנהוגה במשפט העבודה להבטחת עובדים נגד ניצול על ידי מעבידיהם⁷⁵. השתתפות הנשים בתחום השירות הצבאי מוגבלת בחלקה מטעמים פטרנליסטיים. הן אופי השירות והן אורכו מוגדרים על פי סממנים מיניים. נשים משרתות שירות חובה קצר יותר, ואינן מגויסות ליחידות קרביות. בגות

75 יש לציין שהגנות אלה אינן חמיר מתוכננות היטב למטרתן, ולכן נוצר פער בין השתי הביולוגי ובין יישום ההגנה.

דחיות ונשים נשואות פטורות לגמרי משירות. הפטרנליזם כלפי נשים לעניין השירות הצבאי נשען על מוסכמה שלה תמיכה רחבה בחברה, נתמך על ידי טענות של יעילות בטחונית. התמיכה בהקלות על בנות איננה נובעת רק מגישה מסורתית או סטריאוטיפית כלפי נשים; היא מתבססת גם על הצורך לחסוך מנשים נטל נוסף לנטל הבלתי שווה שהן כבר נושאות בהתמודדותן בתחרות הסוציו-כלכלית. לנטל של התמודדות באפליה נגדן ושל התפקיד הכפול המוטל עליהן בחברה בלתי שוויונית ייתוסף הנטל של שירות צבאי ארוך ושל שירות מילואים מתמשך. אולם אין זה ברור שהמדיניות נובעת מהבדלים ביכולת התפקוד של נשים וגברים, או שהיא תורמת לעצמת הנשים. להפך, פטרנליזם זה גובה מהן מחיר. המגבלות על השירות הצבאי מציבות קשיים בקידום הנשים בתחום הציבורי בכלל – בפוליטיקה ובעולם העסקים⁷⁶. לכן, המדיניות של פטרנליזם כלפי נשים לעניין השירות הצבאי יוצרת דילמה אמיתית.

ההנחיות החקיקתיות הכלליות בעניין פטרנליזם כלפי נשים עדיין נותרות גושפנקה לקונספציה פטרנליסטית בלתי מבוקרת. חוק שיווי זכויות האשה משנת 1951 נותן גושפנקה להגנה על אשה "באשר היא אשה", וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה משנת 1988 נותן גושפנקה ל"זכויות יתר". אין בהוראות אלה הבחנה ברורה בין פטרנליזם המחזק סטריאוטיפים לבין אמצעים המיועדים לקדם את שוויון ההזדמנויות של הנשים. יחד עם זאת, ניתן לפרש את המושג "הגנה" או "זכות" בראייה שוויונית ולפתח כלים שיפוטניים ליישום ההבחנה האמורה כדי לקדם שוויון הזדמנויות במקום לסכל אותו. אין להתייחס אל כפייה המגבילה את ההזדמנויות של נשים לשפר את מצבן כאל "הגנה" או "זכות".

3. שוויון הזדמנויות כלכלי

בחברה הפתוחה לנשים צריך להתקיים לא רק שוויון הזדמנויות בפוליטיקה ובכל הקשור לרשויות המדינה, אלא גם שוויון הזדמנויות ליטול חלק במוסדות הכלכליים של החברה. לכן התגבשה בעשרים השנים האחרונות ההכרה הכללית, שנשים זכאיות להזדמנות שווה בתעסוקה, בדיור, בחינוך, בביטוח, באשראי ובספורט. הרחבת הזכות להשתתף בחיי הציבור מן המישור הפוליטי והממלכתי אל הכלכלי מחייבת העתקתם של עקרונות המשפט הציבורי לתחום המסחרי. יש להביא לכך, שלא רק רשויות המדינה אלא גם הפרט, בעיסוקיו הכלכליים במשק, יתייחס באופן שווה לגברים ולנשים.

בשנים האחרונות אימץ המשפט הישראלי חלק מהאמצעים, שרווחו באירופה ובצפון אמריקה מאז שנות השישים, להבטחת הזדמנות שווה בתחום הכלכלי. הצעדים המשמעותיים ביותר לביטול האפליה הכלכלית היו בתחום דיני העבודה. אמנם כל העקרונות שנקבעו באמנות הבינלאומיות להעסקת עובדות, כמו שכר שווה לעובדת ולעובד וחופשת לידה בתשלום, קיבלו גושפנקה חקיקתית

Strum, op. cit. 76

בשנות החמישים ובשנות השישים המוקדמות, אך רק ההוראות המגילות, כמו תשלום חופשת לידה על ידי הביטוח הלאומי, אכן הופעלו למעשה. עד שנות השמונים רק שני מקרים, המתייחסים לשכר שווה ולהזדמנות שווה, הגיעו להתדיינות בבית-הדין לעבודה. בראשון, כ"ב-1973, נפסק בהחלטה מהפכנית, שאפליה בקידום מנוגדת לחקנת הציבור ובטלה, ובשני, כ"ב-1978, נפסק שהתובעת זכאית לשכר שווה לזה של עובד אותו החליפה בזמן שירותו במילואים. עם זאת, גם לאחר פסיקה זו נמנעו נשים מלפנות לבית-הדין, הן משום שההגדרה ואמצעי האכיפה של הזכויות לשכר שווה, לקידום ולתנאי עבודה שווים היו בלתי-מתאימים, והן בגלל היעדר מודעות מספקת בקרב הציבור ובקרב המשפטים לבעיה של אפליה מינית.

כ"ב-1982 החל מאבק בבית-הדין לעבודה נגד כפיית פרישה מוקדמת על נשים, שהביא לפיתרון הבעיה על ידי חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987, ובעקבותיו – לחקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ההופך זכויות אימהיות לזכויות הוריות ואוסר על אפליה – על בסיס מין, הורות, מעמד אישי או נטייה מינית – בקבלה לעבודה, בתנאי עבודה, בקידום, בהכשרה מקצועית ובפיטורין. הטרדה מינית בעבודה נאסרה אף היא. בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הוספו גם אמצעי אכיפה אפקטיביים יותר מאלו שננקטו בעבר, להגנת קרבנות אפליה התובעים על פי⁷⁷. מאז חקיקת החוק בשנת 1988 הוגשו כ-20 תביעות נגד אפליה בעבודה, וזה מספר מזערי הטעון הסבר.

פרשת נבו העמיקה את אבני היסוד של השוויון הכלכלי, משנפסק בבג"ץ, שכפיית פרישה מוקדמת על נשים מהווה, הן על פי עקרונות חוקיים והן על פי עקרונות פסיקטיים, סטייה מזכות יסודית לשוויון. מפסק דינו של השופט כן השתמע, שהתובעת זכאית לפיצויים על הנזק שנגרם לה מן האפליה, למרות שהחוק מ-1987 לא חל בעניינה. נראה שפסיקה זו אינה מוגבלת לאפליה בעבודה, אלא קובעת עקרונות כלליים שניתן לישמם כדי לבטל סוגים נוספים של אפליה בחיים הכלכליים.

בשנת 1992 תוקנה פקודת מס הכנסה, ובוטלו ההוראות, המייחסות את הכנסתן של נשים נשואות לבעליהן לצרכי מס הכנסה, ומעניקות לבעל בלבד את הזכות לערער על שומת הכנסתו. במקום הקביעה המוחלטת שהבעל הוא הנישום, נקבע כי בן הזוג, בעל ההכנסה הגבוהה יותר, ייקבע כנישום, אך בני הזוג יכולים (אם רצונם בכך) לבחור אחרת. בכל מקרה ניתן להפריד, לצורכי חישוב המס, את הכנסתו של בן הזוג שאינו רשום כנישום⁷⁸.

בשנים האחרונות תוקנו מקרים מגוונים של אפליה כלכלית גם מחוץ לתחום דיני העבודה כתוצאה מהתדיינות בבית-המשפט. בית-המשפט המחוזי בתל אביב פסק, שהחלטת אגודה שיתופית להגביל את הזכות להיות מועסק כחבר-עובד

77 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ובמיוחד סעיפים 2, 6, 7, 9, 10.

78 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף 64 וסעיף 66.

לאבות המשפחה בלבד היא החלטה מפלה ובטלה⁷⁹. עתירה לבג"ץ לביטול מדיניות מפלה של משרד הקליטה בהוצאת תעודות עולה והטבות משפחתיות על שם אבי המשפחה בלבד הסתיימה מחוץ לכותלי בית המשפט בהסכם להנהיג הסדר שוויוני⁸⁰. בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב נפסק, שכללי איגוד הכדורסל מפלים בכך שהם מציינים בפני קבוצות הנשים מגבלות ברכישת שחקניות זרות, מגבלות שאינן מוטלות על קבוצות הגברים⁸¹.

עומדות על הפרק תביעות בסוגיות כלכליות מגוונות. ביניהן: בביטוח בריאות – נשים נאבקות לפסול את נוהל הקופות להגדיל את דמי הביטוח כשהמבטח הוא אשה המבטחת את בן זוגה, ולא ההפך; בקידום בעבודה – נשים נאבקות על זכותן לקידום ולתפקיד מנהלת תחנה בחברת "אל-על"; בביטוח פנסיוני – נשים עובדות ואלמנים נאבקים על השוואת זכויות אלמן לפנסיה שארים לאלה של אלמנה.

לעומת ההתקדמות לקראת ביטול האפליה בתחומים אלה של החיים הכלכליים, ממשיך הביטוח הלאומי להגדיר את תפקיד ניהול משק הבית – תפקיד שמעמדו נמוך יותר לצורכי ביטוח לאומי – כתפקיד נשי. בכך מפגרת החקיקה אחר הדינמיקה החברתית, אולם בהיותה מאוחרת לחוק שינוי זכויות האשה וקודמת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין היא כפופה, לכאורה, לביקורת שיפוטית לאור העיקרון החוקתי של שוויון. לעומת הקושי לתקוף את אי-השוויון בחקיקה זו לפי עקרונות שוויון האשה ולפי העיקרון החוקתי של כבוד האדם – ייתכן כי ניתן לתקוף אותו על-פי חוק יסוד: חופש העיסוק⁸². חוק זה מעניק זכות "לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד", ואין מגבילים זכות זו אלא "לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל"⁸³. בהיות עבודת בית לכל הפחות עיסוק, אם לא משלח יד, ניתן לנסות ולתקוף את ההוראות בחוק הביטוח הלאומי כהגבלה על חופש העיסוק, שאינה עומדת בקריטריונים שבחוק היסוד.

ג. התחום הביתי והפרטי

בשיטות משפט עתיקות ומודרניות, היו הנשים כפופות לבעליהן במסגרת הביתית – המשפחה, ואישיותן המשפטית נשללה מהן בתחומים רבים: בכניסה ליחסים חיים, בבעלות או בשליטה ברכוש, באפטרופסות על ילדיהן בגירושין.

- | | |
|----|---|
| 79 | ע"א 89/85 בית חרות נ' גלזמן, פ"ד מא(3) 526. |
| 80 | בג"ץ 5101/90 אילנה אפשטיין נ' המשרד לקליטת עליה ואחי' (טרם פורסם). |
| 81 | ה"פ 374/89, לכן נ' איגוד הכדורסל בישראל, ב"מ מחוזי תל אביב 9.1.90 (טרם פורסם). לאחר החלטה בבית-המשפט העליון, שהסעדים במסגרת האיגוד לא מוצו ולפיכך לא היתה לבית-המשפט המחוזי סמכות, שנוו הכללים על ידי בית הדין העליון באיגוד הכדורסל. |
| 82 | ט"ח 1387, התשנ"ב-12.3.92. |
| 83 | שם, טעיה 1. |

ובאזרחות או תושבות, שנקבעה לפי זו של בעליהן. המעמד של ה-pater familias הרומי היה דוגמה מובהקת לשיטה היררכית של שליטת הגבר במשפחה.⁸⁴ על המשפט האנגלי המקובל כתב בלקסטון ב-1765:⁸⁵

על ידי נישואין נעשים הבעל והאשה אדם אחד בפני החוק; כלומר, עצם הקיום המשפטי של האשה מושעה במהלך הנישואין, או לפחות משולב בזה של הבעל.

בתארו את זכות הבעל להגביל את חירותה של אשתו עקב התנהגות חריגה במיוחד מצדה, הוא מסביר:

אפילו המגבלות שמוטלות על האשה נועדו ברובן להגנתה ולטובתה – ער כדי כך מטפחים חוקי אנגליה את המין הנשי.

תיאורו של בלקסטון משקף בעיקרו את המעמד המשפטי של הנשים בכל השיטות הפטריארכליות. המשפחה על פי שיטות אלו היא מערכת היררכית שבראשה הבעל והאב, והשליטה והפיקוח שכירו נומקו לא פעם בכך שהם מיטיבים עם האשה הכפופה להם. דיני המשפחה בשיטות אלו שירתו מטרות פטריארכליות כמו שמירה על שליטת הגבר ברכוש המשפחתי, והבטחת השושלת הגברית על ידי שליטה באשה, שליטה המקטינה מאד את הסיכויים לממורות הילדים.⁸⁶ רק במחצית השנייה של המאה התשע עשרה נעשו הצעדים הראשונים במדינות המשפט המקובל להעניק אוטונומיה משפטית לנשים נשואות. עד תום אותה מאה התקבלו באנגליה, וכרוב המדינות בארצות הברית, חוקים הנותנים לנשים נשואות זכויות להחזיק ברכוש ולחתום על חוזים. מאותה עת החל מעבר הדרגתי למודל של נישואין כמפעל משותף של שני שותפים שווים.⁸⁷ מודל זה הוביל בהרכב שיטות משפט להתפתחות התפיסה החוזית של הנישואין: הסדר הסכמי בין בני הזוג, ולא סטטוס של כפיפות שאין לבטלו. אמנת האו"ם לביטול כל צורות האפליה נגד נשים מ-1979 קובעת, שהמדינות החתומות על האמנה ינקטו בכל האמצעים המתאימים כדי לבטל אפליה נגד נשים בכל

- L.C. Ruggini "Judicial Status and Historical Role of Women in Roman Patriarchal Society" 71 *Klio* (1982) 2, p. 604 84
 Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (1765) 442-445 85
 C. Shalev, *Birth Power — The Case for Surrogacy* (New Haven, 1989) Ch. 2 86
International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 87
 Tübingen Mouton, The Hague, Paris, 1974, vol. IV, Aleck Chloros (editor)
 "Persons and Family" Ch. 1, 13

הנוגע לנישואין וליחסי משפחה, ובמיוחד יבטיחו, בין השאר, "זכות שווה להינשא" ו"זכויות וחובות שוות במהלך הנישואין ובפקיעתם"⁸⁸. דיני המשפחה בישראל הם קובץ מזור של שיטות מנוגדות זו לזו. הדין האישי הדתי הוא השולט במעמד האישי של העדות השונות בישראל⁸⁹. לבתי הדין הרבניים יש סמכות שיפוט ייחודית בשאלות נישואין וגירושין ליהודים, ובהם חל המשפט העברי⁹⁰. על המוסלמים חל המשפט המוסלמי בבתי-הדין השרעיים, שגם להם סמכות שיפוט ייחודית⁹¹. מן המאמרים הדנים במשפט העברי ובמשפט המוסלמי ברור, שהנורמות המשפטיות בבתי דין אלו הן פטריארכליות. לעומת זאת, סוגיות אחרות בדיני משפחה – בעלות על רכוש, מזונות, משמורת ילדים וזכות האשה על יכולת הפריור של ה – מוסדות חלקית על ידי נורמות חילוניות והן כפופות לעקרון השוויון. עם זאת, נורמות אלו עשויות להידחות בעקבות סמכות בתי הדין הדתיים בענייני גירושין או בשל סתטנות, במיוחד על רקע הצורך לקבל גט כדת משה וישראל⁹².

1. פטריארכליות בעניין נישואין וגירושין

א. דין אישי-דתי ומושג השוויון

הדין האישי-הדתי חל על כל תושבי הקבע בישראל, על פי עדתם וללא קשר לאמונתם הדתית האישית. לפיכך, כל הנשים בישראל, דתיות וחילוניות כאחת, כפופות לשיטות פטריארכליות בקביעת מעמדן האישי. רק בעניין הביגמיה גוברים מושגי הצדק והשוויון החילוניים על הנורמות הדתיות בקביעת המעמד האישי בנישואין וגירושין⁹³. ואף כאן יש סייג, המאפשר לגבר נשוי להינשא שנית אם ניתן לו היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני, ופסק-הדין אושר בידי שני הרבנים הראשיים לישראל⁹⁴.

הנורמות בעניין המעמד האישי בשיטות הדתיות נקבעות על-ידי מוסדות גבריים, ואין לנשים חלק בקביעתן. הדרך הדמוקרטית להשפיע על תוכן הנורמות

- | | |
|----|--|
| 88 | ראו לעיל הערה 25, סעיף 16 לאמנה. |
| 89 | דבר המלך במועצה על א"י, 1947-1922, סעיף 151(1). |
| 90 | חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, סעיפים 1, 2. |
| 91 | דבר המלך במועצה על א"י, 1947-1922, סעיף 52. |
| 92 | A. Rosen-Zvi "Israel: Inter Family Agreements and Parent Child Relationships: Developments within an Anachronistic System" 28 <i>J. of Family Law</i> (1989-1990) 526 (להלן – רחף-צבי). |
| 93 | יש לציין כי בסעיף 8(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, נקבע, כי אסור לאיש להחזיר את קשר הנישואין בעל-כרתה של האשה, באין פסק דין של בית דין מוסמך. הוראה זו אינה גוברת על הדין הדתי, אך היא מטילה חובה להיזקק לערכאה מוסמכת כדי להפעיל אותה. |
| 94 | חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 175-180. |

קשה: אין אפשרות לתקן באופן חלקי נורמה זו או אחרת באמצעות הכנסת, והדרך היחידה היא להביא לשינוי תפיסה יסודי ולביטול המתופול הדתי על ענייני נישואין וגירושין.

באשר למשפט העברי, יש עמדה דתית ואף אקדמית, שההלכה מגינה על נשים, ואם כי היא מגדירה תפקידים שונים לגברים ולנשים במשפחה, היא אינה מכפיפה את האחת לאחר, אלא חולקת כבוד רב לכוחה של האשה בביתה פנימה.⁹⁵

לעמדה זו יש תימוכין בהוראות הלכתיות רבות. אולם, למרות הרגישות הגבוהה יחסית לצורך להגן על נשים מפני ניצול על ידי גברים במסגרת המשפחה — בהתחשב בתקופה שבה התפתחה ההלכה ולמעשה אף במאה העשרים, למשל באיסור אונס על ידי בעל — ההלכה בכל זאת מכפיפה נשים לגברים במסגרת הנישואין.

תפיסת מוסר הנישואין משתקפת בטקס, שבו האשה "נקנית" על ידי הבעל בטקס חד צדדי. הגירושין אינם מעשה שיפוטי והם אפשריים רק בהסכמת הבעל. עילות הגירושין מעניקות לאשה רק זכות להמלצה, לחיוב או לכפיית גט על ידי בית הדין, אך לא את הגט עצמו. סירוב הבעל למלא את פסק הרבנים, הכופה מתן גט, גורר עמו ענישה; אך הרבנים נרתעים מכפיית הבעל או אפילו מחיובו לתת גט, מחשש לבטלות הגט אם לא ניתן מרצונו החופשי.⁹⁶ בסופו של דבר, לבעל יש שליטה בחירותה של אשתו — ראיה מובהקת לפטריארכליות של השיטה.

אמנם, על פי חרם דרבנו גרשום מהמאה האחת עשרה, הורחבה דרישת ההסכמה לגירושין והוחלה גם על נשים, אך מכך לא נובעת סימטריה בתוצאותיו של העדר הסכמה, סימטריה שתשלול את הפטריארכליות של השיטה.⁹⁷

ראשית, במקרים מסוימים יכול גבר מסורב גט, שלא כאשה מסורבת גט, לקבל היתר של מאה רבנים לשאת אשה שנייה, שמשמעותו בפועל היא גירושין לגבר, בעוד שהאשה מנועה מלהינשא שוב.⁹⁸ שנית, כיוון שעל גברים לא נאסרו הביגמיה או הניאוף, סירוב האשה למתן הגט לא ימנע מהבעל הקמת משפחה חדשה ללא סכנה של ביטול זכויותיו מהנישואין או של הטלת "ממורות" על ילדיו מבח זוגו החדשה. זאת, בשעה שאשה נשואה, שקיימה יחסי מין עם גבר אחר, תיחשב נואפת עם כל ההשלכות החמורות של הדבר. ואם תלד לגבר שאינו בעלה, תיענש על ידי כך שילדה ייחשב ל"ממזר", ושהיא תהיה אסורה לו לאשה אף אם תצליח להשתחרר מנישואיה הקודמים.

95 ראו לדוגמה: M. Meizelman *Jewish Women in Jewish Law* (New York, 1978) 12-18.

96 פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל, (ירושלים, תשמ"ד-1984, כרך א) 297 (להלן — שיפמן).

97 רוזן-צבי, בעמ' 527.

98 שיפמן, חלק א, בעמ' 178-179.

פרופ' שוחטמן מסכם את האפליה הנוצרת במילים אלו:

ההלכה, המאפשרת לבעל לקבל היתר נישואין, שעל פיו יוכל לשאת אשה על אשתו, ושוללת מן האשה את האפשרות לקבל היתר דומה, שעל פיו תוכל להינשא לאחר בעודה נשואה לבעלה הראשון, היא מן ההלכות הקשות ביותר מבחינת מה שנראה כאפליית של האשה. שהרי אותן מצוקות עצמן, שבשלהן ניתן להשיג היתר נישואין עבור הבעל, יכולות להיות גם נחלתה של האשה, ומדוע לא תוכל האשה שבעלה לקה בנפשו ואינו יכול לגרש, או שאינה יכולה ללדת ילדים בגלל עקרותו של הבעל, והלה מסרב לגרש, לקבל אף היא היתר נישואין?

שליטתו של הגבר בחירותה של אשתו משפיעה לא רק במצב של גירושין. יש לה השלכות גם על מערכת היחסים במהלך הנישואין. היריעה כי במקרה שהנישואין יעלו על שרטון, הזכות להפקיעם או לא להפקיעם נתונה בסופו של דבר בידי הגבר, משפיעה על היחסים, במדע או שלא במדע, ומעצבת את ציפיותיהן של הנשים ואת התנהגותן⁹⁹.

גם המשפט המוסלמי הוא ללא ספק פטריארכלי, כפי שמדגימות נורמות לגבי פוליגמיה, משמורת ילדים וענישת נשים שביזו את כבוד המשפחה על ידי אי ציות בהתנהגותן המינית¹⁰⁰. (בספר זה לא נכלל מאמר על מהות המשפט הנוצרי, אולם הספרות הזרה מלמדת שגם המשפט הנוצרי הוא פטריארכלי.¹⁰¹)

אכן, כל השיטות הדתיות המסדירות את חיי הנישואין של נשים בישראל הן פטריארכליות.

ב. פטריארכליות מתוך הסכמה – ונשים במסורת

כאמור, שיטת המשפט הישראלית כופה את הדין הדתי הפטריארכלי על כל אזרחי המדינה, מסורתיים ולא-מסורתיים כאחד. יש לבחון מה משמעות הדבר לגבי נשים חילוניות לעומת נשים מסורתיות.

לעניין נשים חילוניות, ברור שמשטר כזה פוגע בזכותן לשוויון במסגרת המשפחה, ללא הסכמתן האידיאולוגית. עם זאת, לכאורה, הפיתרון עבורן הוא להסדיר את מעמדם האישי שלא במסגרת הדין הדתי, למשל על ידי נישואין אזרחיים בחו"ל או על ידי אמנות נישואין היוצרות מערכות יחסים דמויות-נישואין. יש הטוענים שנשים חילוניות, שאינן בוחרות בפיתרון פרגמטי זה, למעשה מקבלות על עצמן את הנורמות של הדין הדתי, אך טענה זו אינה פשוטה משום שדרכי הפעולה המוזכרות הן בעייתיות.

99 רחף צבי, בעמ' 528.

100 לחיבור המצב בשטח, ראו א' דיין "אביה, אחיה, בעלה" הארץ, 13.9.91, 4.

101 Gage

ראשית, קיים סיכון כלכלי: אם כי ההסדרים האזרחיים שלעיל, ולמעשה כל מערכת יחסים של גבר ואשה החיים יחד כבעל ואשה, מעניקים זכויות כלכליות כמעט כמו בנישואין, קיימים בכל זאת מוסדות כלכליים, כמו תכניות פנסיה מסרימות, שאינם מכירים בבני זוג שלא מנישואין פורמליים. שנית, יש סיכון מסוים של צורך גירושין יוצר הטקס האזרחי על ידי הממסד הדתי, ולכן יידרשו גירושין דתיים – ואז הנישואין האזרחיים לא שחררו את הזוג מהשיפוט הדתי.

שלישית, קיים מחסום פסיכולוגי: רוב האוכלוסייה החילונית מעוניין בנישואין מסורתיים, ב"חתונה לבנה", והרומנטיות והשמרנות החברתית המתלוות לה חזקות יותר, בעת הנישואין, מן השיקולים הרציונליים של הימנעות מקשרים פטריארכליים של משטר נישואין דתי. לכן, אין לראות בהחלטת האשה החילונית להינשא בטקס דתי מעין הסכמה חופשית לנומנות של הדין הדתי, השוללות את זכותה לשוויון.

גם בחברה הדתית, השומרת מצוות, אי השוויון שבנורמות כופה על הנשים שליטה גברית. אף שהמשפט אינו יכול לכפות דפוסי שוויוניים על חברה זו, עליו לאפשר לנשים דתיות, כמו לנשים חילוניות, בחירה בכל עת בין משטר שוויוני לבין משטר פטריארכלי. יש הטוענים, שכיוון שנשים מסורתיות בחרו בגורלן והן שמחות בחלקן, על המשפט לכבד את בחירתן ואת ערכיהן.

עניין האשליה של הבחירה האוטונומית במצב של אי שוויון חברתי עמוק כבר נידון לעיל¹⁰². בעניין נשים דתיות ההסכמה לדרך חיים דתית אי שוויונית באה במסגרת חברתית, המוציאה כמעט מכלל אפשרות את הסירוב להשתלב. מצד אחד, אין ספק שהאמונה הדתית נותנת להסכמה זו לגיטימיות סובייקטיבית שקשה להתעלם ממנה. כאן תפקידו של המשפט לא רק לכבד את זכות האשה לאוטונומיה, אלא גם את חופש הדת שלה. אולם בחברה פלורליסטית אין הדבר מכתוב השלמה טוטלית עם אי-השוויון של האשה הדתית. באיזון בין שיקולים אלה, עקרון השוויון מצריך מתן הזדמנות לנשים דתיות לצאת מן המסגרת של אי השוויון לפי רצונן. הדבר מחייב את שיטת המשפט לחודא כי ההסכמה לאי-השוויון ניתנה מדעת, ואף אחרי הסכמה כזו להמציא דרך מוצא. רק אם קיימים תנאים מצטברים אלה, אפשר יהיה להניח, מבחינה משפטית, שנשים שאינן מנצלות את האופציה לשנות את אורח חייהן, אכן עושות זאת מתוך ברירה ולא מתוך כפייה.

הוא אומר: במקרה של נשים שנישאו בטקס דתי ולאחר מכן חפצות להתגרש בגירושין אזרחיים על אף הסכמתן המקורית, על שיטת המשפט לאפשר בחירה בין גירושין דתיים וגירושין אזרחיים, אם אין במסגרת הדתית כדי להבטיח לאשה שוויון. לעומת זאת, המקרים של פוליגמיה ושל ביצוע מילת נשים (קליטורדקטמי) אינם מאפשרים הזדמנות לבחור מחדש, ולכן אין די בכך שתשמר לאשה אופציה פתוחה לחרטה. במקרים אלה הנוק החברתי, ובמקרה של

102 ראו לעיל, ההסכמה לאי השוויון, פרק א פסקה 5.

מילת נשים – הבריות, מצדיקים התערבות מראש כדי למנוע מהאשה להסכים לכאורה לאישויון בלתי הפיך.

2. זכויות הקשורות לנישואין – רכוש ומשמורת

בתי הדין הדתיים – בריונם בנושאי המעמד האישי ודיני המשפחה (חוץ מהיתר ואיסור נישואין וגירושין) – כפופים לעקרון השוויון, אלא אם כן הסכימו כל הצדדים להתדיין לפי דיני דתם¹⁰³. אולם למרות כפיפות זו, אין להסיק כי בתי הדין הדתיים יפעילו קריטריון של שוויון בין המינים במהלך הדיונים בפניהם, בהחלטותיהם ובפסקי הדין שלהם. דוגמה לקצרה, הנוצר כתוצאה מהניסיון "להלביש" שיויר זכויות האשה על מערכת פטריארכלית, היא החלטת בית המשפט הגבוה לצדק לאפשר לבית דין מוסלמי להביא בחשבון, בשקלו מהי טובת הילד, את הדין המוסלמי המעניק את המשמורת למשפחת האב, במקרה שהאם נישאת מחדש לאחר התאלמנות או גירושין¹⁰⁴.

לצד שיטת המשפט האישי, המפנה שאלות של מעמד אישי לשיפוט דתי, קיים המשפט האזרחי, המטפל בסוגיות רכוש של בני הזוג, מזונות ומשמורת. במסגרת זו, שהיא תוצר הפסיקה האזרחית והחקיקה, נוצרו נורמות חילוניות, הכפופות לרשימת השוויון בין המינים, כפי שהוכטחה בחוק שיויר זכויות האשה. אולם, כפי שכבר צייננו, התוצאות בתחומים אלה אינן מנותקות מהנורמות הדתיות. התלות נובעת, חלקית, מהקניית סמכות לבתי הדין הדתיים לרון בעניינים אלה במסגרת הדיון בגירושין, וחלקית – ממציאות המשא ומתן בהליך הגירושין, הליך שבסופו יש לפנות לבית הדין הדתי לפסיקה בשאלות המעמד האישי.

א. אופי השוויון ביחסים בין בני זוג

מהו שוויון בתחום דיני המשפחה? בשיטות משפט רבות התפרש המעבר מיחידה משפחתית היררכית למסגרת של שותפות כמעבר ממעמד לחוזה. אולם בעיצובו של מודל חדש של דיני המשפחה יש לשוויוניות התחית הטהורה כמה חסרונות: לצורך קביעת הזכויות והחובות במסגרת חזית כל אדם נחשב ליחידה חברתית כלכלית עצמאית. השיטה מתעלמת מהעובדה שגם בחברה חזית ממשיכה המשפחה לתפקד כיחידה חברתית-כלכלית, המשפיעה רבות על ההגדרה העצמית של חברה. לכן יישום עקרונות חזיים של אינדיבידואליות עלול לגרום לאי-שוויון קשה על בסיס מיני¹⁰⁵.

ייתכן שיש צורך בהתערבות חקיקתית בגלל אי-השוויון בכוח המיקוח בין בני המשפחה. הסוציאליזציה של גברים ונשים לתפקידים חברתיים-כלכליים שונים

103 חוק שיויר זכויות האשה, התשי"א-1951, סעיף 2; וראו להלן, הדין בזכויות האדם בתחום הביחוד הפרטי.

104 בג"ץ 187/54 חלימה ברייה ג' קארי בית הדין השרעי המסלמי, עכו ואח', פ"ד ט 1193.

105 L. Weizman *The Divorce Revolution* (New York, 1985)

והאפליה נגד נשים בשוק העבודה, יחד עם תרומתן הנמוכה של הנשים להכנסה הכספית של המשפחה, חוברות יחדיו ויוצרות פער בעמדות המיקוח, בסתירה להנחת האוטונומיה החוזית. בדרך כלל, אם כי לא תמיד, מוביל אי-שוויון כזה לקיפוח האשה¹⁰⁶.

במודל שוויוני באמת של הסדרת הרכוש מהנישואין, הקריטריון להתערבות חקיקתית צריך לשלב שיקולים של עצמאות הפרט עם שיקולים הרואים את המשפחה כיחידה. הדינמיקה של חיי המשפחה משפיעה על ההודמנויות ועל הבחירות של בני המשפחה. הם מאבדים קמעה מייחודם הכלכלי האיש. אם המשפחה היא יחידה חברתית-כלכלית, אזי מן ההיגיון הוא לראות מאמץ שווה של חברי היחידה בבחינת תרומה שווה להצלחת היחידה, תרומה המזכה אותם בחלק שווה מן הרכוש שהצטבר.

ב. רכוש מהנישואין

בתי המשפט האזרחיים פיתחו משטר של שיתוף בנכסים בין בני זוג, שלפיו הרכוש המשותף נחלק באופן שווה בפקיעת הנישואין, אם עקב גירושין ואם עקב פטירה. בשנים האחרונות נוטים בתי המשפט להקל בהדרגה את הנטל שבן הזוג הטוען לתחולת החזקה נושא בו. מיישום התנאים הבסיסיים להפעלת חוקת השיתוף צומח מודל המתייחס למשפחה כאל יחידה חברתית-כלכלית שוויונית. כך עולה ממאמרו של י' מנדלסון על הרכוש בנישואין:

1. התנאי העיקרי להפעלת החזקה הוא הוכחת מאמץ משותף — או תרומה משותפת — ואין נפקא מינה אם המאמץ נעשה במסגרת עבודות הבית או בתחום העסקי.

2. אין צורך בהוכחת כוונה משותפת כדי שתופעל החזקה. אמנם, ניתן לסתור את החזקה על ידי הוכחת הסכם בין הצדדים, אך על המבקש לעשות כן מוטל עול הוכחה כבד. למשל, לא די ברישום נפרד של נכסים כדי לסתור את חוקת השיתוף.

3. חוקת השיתוף נוגעת לסוגי נכסים שונים. בית המגורים המשותף נחשב כמעט תמיד לרכוש משותף. בעבר היתה נטייה להבחין בין בית המגורים המשותף לבין נכסים עסקיים של מי מבני הזוג, אך הבחנה זו נזנחה כמעט לחלוטין. לאחרונה נפסק, שקרנות פנסיה גם הן נכללות ברכוש הכפוף לחוקת השיתוף. חוק יחסי ממון, התשל"ג-1973, קובע לגבי בני הזוג שעליהם הוא חל, כי בפקיעת הנישואין נעשה איזון משאבים מידי, ללא צורך בהוכחת מאמץ משותף. ניתן לסטות מהוראות החוק רק על ידי הסכם ממון בין בני הזוג. ב-1990 תוקנה הגדרת הרכוש הכפוף לאיזון המשאבים. ייתכן שהתיקון מאפשר תביעה לאיזון שווים של הון אנושי, כגון ערכם של רשיונות מקצועיים, או של מוניטין בעסקים או במקצוע. הרחבת המושג של רכוש מהנישואין לצורך שיתוף במשאבים חיונית

להשגת שוויון ביחידת המשפחה, שכן במקרים רבים ההון האנושי מהווה חלק ניכר מהרכוש של בני הזוג.¹⁰⁷

בהיעדר התגאה חוזית, מבוסס ההסדר השיורי שבחוק ובפסיקה לא על הוכחת כוונה משותפת ולא על חזקה מכללא, אלא על חפיסת הנישואין כשותפות, שבה כל צד תורם ליצירת הרכוש המשפחתי. התוצאה הנובעת מכך היא, כי משטר הרכוש האזרחי בנישואין קרוב יותר למודל החברתי-כלכלי של הנישואין מאשר למודל החוזי הטהור. ניתן לייחס תופעה זו במשפט הישראלי לחשיבותו הגדולה של מוסד המשפחה, הן במסורת היהודית והן בחברה העכשווית. עם זאת, אפשר לייחסה לעובדה, שישראל טרם הגיעה לשלב של שוויון חזי בדני המשפחה; אדרבה, יסודות דיני המשפחה שבוים עדיין בגורמות פטריארכליות.

ג. הורות

זניחת התפיסה ההיררכית, שבה מוגדרים התפקידים במסגרת המשפחתית על פי מין, מחייבת הערכה מחדש של סוגיית ההורות. כיצד צריך המשפט להסדיר את יחסי ההורות, בנתנו ביטוי לתפיסת המשפחה כיתידה חברתית-כלכלית שוויונית? בשיטות המשפט הרומי והמקובל, האפוטרופסות והמשמורת על הילדים ניתנו לאבות. רק במאה שלנו פיתח המשפט המקובל את מה שמוכר כיום כחוקת השנים הרכות, לפיה המשמורת על ילדים צעירים ניתנת לאם, אלא אם כן נמצא שהיא אינה יכולה לעמוד במתחייב מכך.¹⁰⁸

אמנם יש בין משפטי המערב הסוברים שזהו חידוש של הזמנים המודרניים, אך למעשה משקפת חזקה זו עקרונות עתיקים של המשפט העברי. כמשתמע ממאמרו של שיפמן, המשפט הישראלי מעגן את העיקרון של המשפט העברי, לפיו משמורת ילדים עד לגיל שש ניתנת בדרך כלל לאם, בהנחה שטובת הילד מחייבת זאת.¹⁰⁹ שיפמן מציין שכך עלולים להיפגע אינטרסים של נשים, שזכות לא רק במשמורת, אלא גם בעול הטיפול בילדים. מטעם זה, בין השאר, פוחד בשנים האחרונות כוחה של חוקת השנים הרכות מחוץ לישראל. בתי המשפט האמריקניים החלו לראות את הרברים באור אחר במהלך שנות השמונים: "חוקת השנים הרכות מייצגת סיווג המבוסס על מין, סיווג שאינו חוקתי, המפלה בין אבות לאימהות בהליכי משמורת על ילדים, מטעמי מין בלבד."¹¹⁰

ביטול חוקת השנים הרכות בבתי המשפט בארצות הברית נעשה על רקע תיאורטי של שוויון בין המינים, ולא על בסיס נתונים אמפיריים. אין ראיה אמפירית ששנותה דרך החיים, שעל פיה אימהות – ולא אבות – הן המטפלות העיקריות בילדיהם. התוצאה של החינוך, הסטריאוטיפ וההתנהגות החברתיים

107 ראו המלצותיו של מגדלסון להרחיב את הגדרת נכסי הנישואין.

108 Rhode 1989, 154-155

109 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, סעיף 25.

110 Devine v. Devine, Supreme Court of Alabama, 398 So. 2d 686 (1981)

היא, שנשים רואות את הטיפול בילדים כחלק מרכזי יותר בחייהן מאשר גברים. יוצא מזה שעל פי רוב נשים הן המעוניינות לקבל את המשמורת. כפי שהסברנו, אין הסכמה זו מבוססת על אוטונומיה ועל חופש בחירה מלאים אלא על תפיסה חברתית סטריאוטיפית שתפקיד הטיפול בילדים הוא של האם. עם זאת, יש משמעות משפטית לעובדה זו. ביטול חזקת השנים הרכות והתעלמות מההבדל החברתי הקיים כיום בין המינים בעניין הורות יגרמו לייקור ההליך המשפטי להשגת משמורת על ידי נשים, ולמעשה יביאו לנכונותן לוותר על זכויות כלכליות כדי להימנע מהתדיינות משפטית בעניין המשמורת.¹¹¹ לכן יש סכנה, ששינוי המצב המשפטי לפני שינוי העובדות החברתיות לא יקדם את השוויון, אלא רק יחמיר את אי-השוויון.

3. שליטת הנשים ביכולת הפיריון שלהן

תהא העמדה לגבי שיקולים המבוססים על מין בנוגע לגידול ילדים אשר תהא, ברור שלא ניתן להתייחס ליכולת הפיריון של גברים ונשים במנותק מהסיווג המיני. היריון ולידה משפיעים על דמותה הפיזית, הנפשית, החברתית והכלכלית של האשה באופן מרחיק לכת. לא תהא זו הגזמה אם נאמר, שהנורמות החברתיות בסוגיה זו קובעות, בעצם, את האוטונומיה של הנשים כקבוצה. הדרך להסדרת מניעת היריון, הפלה ואימהות פונדקאית חשובה הרבה מעבר לגבולות דיני המשפחה, אם כי זהו התחום שבו הן מסווגות באופן ראשוני.

מסגרת הדין בנושאים אלו, כפי שהם מוצגים על ידי כרמל שלן, היא המאבק בין זכות האשה לפרטיות לבין אינטרסים חברתיים המוגדרים לזכות זו, כגון אינטרסים של האב, אינטרסים של העובר, נהגים חברתיים לגבי המשפחה ונורמות חברתיות. כאן לא מדובר על שוויון בין המינים ולכן האינטרס של האב הוא רק אחד מבין האינטרסים החברתיים אותם יש להביא בחשבון, ולא אינטרס שווה ערך לאינטרס של האשה לאוטונומיה. לאינטרס של האם והאב בהורות הפוטנציאלית שלהם מיתוסף האינטרס של האשה בשליטתה על גופה, ואינטרס זה אינו ניתן לאיזון נגד אינטרס של פרט אחר, אף אם הוא אב פוטנציאלי.¹¹²

ביחסים בין האשה ובין החברה משקף המשפט בישראל עמדת פשרה: אין מחלוקת לגבי זכות הנשים להחליט על מניעת היריון. עם זאת, אין הביטוח הרפואי מכסה הוצאות למניעת היריון. לאשה יש זכות להפלה בנסיבות המוגדרות בחוק, יש טווח עילות רחב המאפשר הפסקת היריון חוקית, אך אין לה זכות להחליט עבור עצמה אם להפסיק את ההריון אם לאו: ההחלטה נעשית על ידי ועדה. גם לגבי אימהות פונדקאית הוגבלה יכולת של הנשים לבחור, אך כפי שמציינת שלן, התקנות המסדירות את הנושא מתייחסות לאחריות המקצועית של רופאים הנותנים

Rhode 1989, 158 111

112 בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד ל"ה(3) 57 קבעו השופטים שמגר ובן-עיתו, שלאב אין זכות להטיל וטו על החלטת האשה להפסיק את ההריון.

טיפול פרוץ, ואין כללים מהותיים לגבי הזכויות והחובות הנובעות מהסדרי פונדקאות¹¹³.

מחד, פשרה כזו מעוררת דאגה, כיוון שאין היא מבטאת את זכות הנשים לאוטונומיה בשליטה על יכולת הפריון שלהן. מאידך, מבחינה מעשית, נותר לנשים מרחב תמרון מסוים, ואין סממנים של גישה פטריארכלית מובהקת. הסיבה לכך אינה שהחוק בסוגיות הפריון הוא לגמרי חילוני. למפלגות הדתיות ולממסד הדתי השפעה על קביעת הנורמות, אך השפעת המשפט העברי אינה מביאה להגבלת האוטונומיה של האשה כפי שקורה לגבי המעמד האישי. אף שלגבי יכולת הפריון, העימות בין המטרות הדתיות ובין המטרות הפמיניסטיות פחות חריף, הרי המקורות האידיאולוגיים של העמדות שונים מאוד זה מזה. הגורמות הדתיות מבוססות על הגנת הנשים או מוסד המשפחה, ולא על זכותן לאוטונומיה¹¹⁴.

4. זכויות האדם בתחום הביתי והפרטי

אין ספק, כי בדיני המשפחה בישראל יש פגיעה בזכויות האדם של האשה, באוטונומיה, בחירות, בשוויון, בזכות להקים משפחה ובכבוד האדם. ההסדר החקיקתי מסמך את המערכות הדתיות הפטריארכליות להסדיר את מעמד האישי של נשים בתחום המשפחה. הסדר זה משאיר אותן ללא מפלט כשמערכות אלה פוגעות בזכויות האדם שלהן. ככל הנראה, זו הפגיעה החמורה ביותר בזכויות האדם על פי דין בשיטת המשפט הישראלית.

במישור החוקתי, כישלון הנסיונות לחוקק בכנסת את מגילת זכויות האדם מהווה ראיה מוחצת להצלחתם של הגורמים המעוניינים לשמר את המצב הקיים. גורמים אלה הצליחו להכשיל כל ניסיון להעניק מפורשות זכות חוקתית לשוויון בתחום ההיתר והאיסור בנישואין וגירושין. עם זאת, בשנת 1991 עבר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכנסת, ללא שגורמים אלה היו מודעים לפוטנציאל שלו להעניק זכויות לנשים בתחום דיני המשפחה. לכן לא נמצא בו את סעיף אי-התחולה (exclusional clause), המצוי בחוק שיוז זכויות האשה ובהצעות חוקי יסוד: זכויות האדם למיניהם לפני ואחרי 1991. כך, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו מוציא מתחום הבטחת הזכויות על פיו את ההיתר והאיסור בנישואין ובגירושין. לכאורה, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא החוק היחיד שאינו מאשר בדרך השלילה את אי השוויון של הנשים בתחום המשפחה.

113 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987.

114 ואכן, המפלגות הדתיות מאיימות שוב ושוב לגזול מן האוטונומיה של הנשים, כפי שעשו בביטול העילה הסוציאלית להפסקת הריץ, וכפי שהן עושות כשהן מנסות לצמצם את מספר בתי-החולים והמרפאות הרשאים להקים ועדות הפלה.

מבחינה מושגית, אין ספק שהפגיעות בכבוד האדם בהסדרי המשפט הקיימים, נתונות לביקורת בג"ץ¹¹⁵. עם זאת, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שומר על תוקפה של החקיקה שהייתה קיימת ערב כניסתו לתוקף. בין שני פרמטרים אלה ייתכן שיש פוטנציאל לפסול הלכות שייקבעו בבתי הדין הדתיים, כשאלה אינן יישום של הדין הקיים מלפני שנת 1991. למשל, קביעת בית דין רבני שיחייב את הבעל לתת גט אם האשה תשלם לו סכום כסף¹¹⁶; סירוב בית הדין לכפות גט על בעל אלים, אף אם יש עילה ברורה לכך על פי דין תורה; או שלילת זכויותיה של אם מוסלמית למשמורת על ילדיה מטעמים של השקפת הדין המוסלמי על טובת הילד. בכל המקרים הללו ניתן אולי לטעון שהדין הקיים לא פסל את יישומו של עקרון השוויון וכבוד האדם של האשה, ולכל היותר איפשר הדין החלטות שתוצאתן הייתה פגיעה בכבוד האדם של האשה. על בסיס זה ניתן לנסות ולטעון, שבפסילת החלטות עתידיות כגון אלו לא יהיה משום "פגיעה בדין הקיים" ערב החקיקה. בתחום שליטת האשה על גופה ניתן יהיה לתקוף כל שינוי, המגביל את האוטונומיה שלה, גם אם השינוי יעוגן בחקיקה עתידית או בכללים קיימים שאינם מעוגנים בחקיקה.

ד. אלימות כלפי נשים

בעוד שדחיקת הנשים מהמסגרת הציבורית והכפפתן לשליטה גברית במסגרת הפרטית נעשו בהרשאה מפורשת של החוק, ההתייחסות של המשפט לאלימות כלפי נשים היא פחות גלויה. בדיקת ההסדרים המשפטיים בנוגע לאלימות כלפי נשים מגלה איסורים על שימוש באלימות כלפיהן, כגון איסור האונס, שהוא עתיק כשיטות המשפט עצמן. אפשר לטעון, שהנורמות המשפטיות שיקפו תמיד סלידה חברתית מאלימות כלפי נשים, אך בבחינה מעמיקה יותר יש מקום לספק אם הנורמות פותחו דווקא כדי להגן על כבוד הגוף ועל פרטיות האשה. הועלו הסברים חלופיים, כמו זה, שהנורמות פותחו על ידי הגברים כדי להגן על האינטרסים שלהם ביחס לנשים "שלהם" מבחינה רכושית. במסגרת זו היווה האונס עבירה נגד רכושו של האב או של בעלה של הנאנסת¹¹⁷. פרשנות זו מתיישבת עם מקור האיסור, שהיה עבירה נגד הבתולין¹¹⁸. בהתחשב בהסברים אלו, רק בחינה מעמיקה יותר של כל שיטת משפט יכולה לחשוף את הנורמה החברתית שאותה החוק משקף באמת.

- 115 ניתנה פרשנות רחבה למושג "כבוד האדם" בבג"ץ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א (ירושלים) נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו (2) 464, ובבג"ץ בעניין יבא בשר לא כשר; בג"ץ 93/3872 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות (טרם פורסם).
116 בד"ר אוזרי (י"ם) תשנ"א נהדר מירי נ' נהדר מורד (עדיין בדיון).
117 S. Brownmiller *Against Our Will Men, Women and Rape* (New York, 1975) (להלן Ch., 1 2. (Brownmiller 1975 —
118 J. Temkin *Rape and the Legal Process* (London, 1987) 26

לאלימות כלפי נשים פנים רבות. בתחום הציבורי הן חשופות לתופעות של אונס על ידי יחידים או קבוצות, לפורנוגרפיה ולהטרדה מינית. כל צורות האלימות האלה מתרחשות, בין היתר, במסגרת הציבורית – ברחוב, במקום העבודה, בצבא ובתחבורה הציבורית – ומפריעות לנשים לתפקד ביעילות מלאה במסגרת זו. הן גם קרבנות לאלימות במשפחה. בביתן הן חשופות לאונס, לחטיפה, לגילוי עריות ולעיתים גם לרצח על ידי בני זוג, אבות או אחים. החשיפה לאלימות בבית מנטרלת את קרבנותיה מיכולתן לתפקד בכל תחומי חייהן.

אמנם, נשים אינן הקרבנות היחידים של אלימות, גם לא של אלימות מהסוג שתואר. האם אפשר, לפיכך, לטעון שהאלימות נגזר מהוזה רק מקרה רגיל של תקיפה, ויש לבחנה כמנותקת מההקשר של סיווג על פי מין? העובדות מוכיחות שלא כך הדבר. אין ספק שמבחינה אמפירית התופעה של אלימות ושל אלימות מינית כלפי נשים היא תופעה מיוחדת בהיקפה. יש גם הבדל אידיאולוגי, המבחין בין אלימות זו לבין תופעות אלימות אחרות, הבדל המשתקף בנורמות המשפטיות וכישומו: גישת התכרה לאלימות זו. קיימת הנחה מקובלת אצל ציבור רחב, שהרבה נשים, שהן קרבנות לאלימות, אשמות בכך, כביכול; ושהנשים בעצם רוצות, מגרות או מחפשות, כביכול, אלימות נגדן.¹¹⁹

1. הסובלנות הסוציאל-משפטית כלפי אלימות מינית

מעבר לאיסור לכאורה על אלימות מינית כלפי נשים, מתברר שעד רמה מסוימת אלימות זו נחשבת לפעילות לא־עבריינית. הדבר ניכר במיוחד במאמרה של צ' האופטמן על אונס. היא מראה, שהמשפט הפלילי אינו רואה ב"שימוש בכוח, גרימת נזק פיזי או הפעלת צורות אחרות של לחץ" גורמים שדי בהם כדי להפוך יחסי מין לאונס. גם אם יסודות אלה קיימים במידה כלשהי, עדיין התביעה צריכה להרים את נטל השכנוע, מעבר לספק סביר, שהאקט המיני נעשה ללא "הסכמה חפשית" של האשה. האופטמן מסבירה, שפרשנותם של בתי המשפט לדרישת ההסכמה אוששה את הרעיון שנשים נעתרות לאלימות מינית, ועליהן להתנגד באופן פעיל כדי לסתור הנחה זו: לא די בהעדר ראייה ל"הסכמה חפשית". יש לציין כי הלגיטימציה שניתנה למעשי כפייה בנוגע לאונס אינה אופיינית למשפט הישראלי בלבד.¹²⁰

אילו הניחה התכרה, שנשים אינן נעתרות לאלימות מינית ואינן מוכנות לקבלה, היה ניסוח פשע האונס אחר. אם אדם פוגע באחר תוך גרימת נזק פיזי, ברור שהיתה תקיפה, ואין צורך להוכיח א־הסכמה או התנגדות. כתכרה הרואה קיום יחסי מין כהתנהגות מוסכמת באופן הודי ובלתי אלימה ביסודה, לא היה כל צורך להוכיח א־הסכמה לכפיית יחסי מין תוך גרימת נזק פיזי. רק במקרים יוצאי דופן של התנהגות מזויסטית מצד המתלוננת היה מקום לטענת הסכמה בתור הגנה.

Rhode 1989, 231 119

Mackinnon 1989, Chap. 9 120

על פי ממצאים של מחקר אמפירי שנעשה בישראל, גם ההתנהגות של הגורמים השונים – פרקליטים ושופטים בבתי משפט – מעידה על הנטייה להטיל על האשה את האחריות על אינוסה ולהפוך אותה – הקרבן – לנאשמת.¹²¹ תיקונים בחוק העונשין ובדיני ראיות בענייני אונס מאז 1988 בישראל, תיקונים המשקפים שינויים בגישה המשפטית גם במקומות אחרים, מעידים על התפתחות המודעות לנטייה זו וניסיון לצמצם אותה: כך, בין היתר, ביטול הדרישה לעדות מסייעת ופסילת החקירה על העבר המיני של הקרבן. אין עדיין ראייה אמפירית לכך שניהול הדיון השתנה כתוצאה מתיקונים אלה; אולם בימים אלה, בעת הכנסת מאמר זה לדפוס, ניתן פסק דין מהפכני בבית המשפט העליון בעניין אונס שומרת.¹²² בית המשפט הפך את החלטתו של בית המשפט המחוזי, שזיכה ארבעה נערים שהואשמו באונס ילדה בת ארבע עשרה בשרשרת של אירועים שנמשכו ימים מספר.

בית המשפט העליון קבע מספר עקרונות לעניין הוכחת עבירת האינוס, המשנים את אופיה המהותי של העבירה. לעניין ההסכמה קבעו השופטים שמגר וחשין אמות מידה לבחינת סוגיית ההסכמה לבעילה, שבהן כבוד האדם ושוויון האשה הם ערכי יסוד. כך מסבירים השופטים, כי משמעות תיקון עבירת האינוס בחוק העונשין מבעילה "נגד רצון" האשה לבעילה "ללא הסכמתה החפשית" היא שאין צורך להוכיח התנגדות לאונס, אלא שמספיק להראות שהיאשה לא הסכימה. הנשיא שמגר קובע: "אשה, האומרת 'לא', מבטאת אי הסכמה, ויש לפרש את התיקון הנ"ל לחוק כרצון להשתחרר, לגבי העבירה התדירה והחמורה שבפנינו, מדרוסי מחשבה גושנים¹²³". השופט חשין מציין: "... כבוד האדם – כבוד האשה כאדם וכבוד הגבר כאדם – יחייבנו לומר כי מעשה אישות מחייב הסכמה בין שניים השווים זה לזה¹²⁴". השופט חשין מוסיף: "גבר היוזם מגע אישות עם אשה, עליו הנטל לבקש הסכמתה של האשה, ועליו הנטל לקבל הסכמתה¹²⁵". בעניין הראיות דחה בית המשפט את הדרישה לתלונה מידית שהייתה, כדבריו, כלל מימי הביניים, כש"בימינו השכלנו ללמוד, כי רק חלק מקרבנות האינוס נוטה להתלונן בכלל, וכי לגבי אחרות חולף לעתים זמן של היסוס, התלבטות או צורך בהתייעצות.¹²⁶"

לעניין עובדות המקרה מגיע הנשיא שמגר למסקנה כי:

פרשת השדות אירעה כפי שתואר על-ידי המתלוננת, וראשית זו... היא

- | | |
|--|-----|
| L. Plesner Rhetoric in the Service of Justice: The Sociolinguistic Construction of Stereotypes in an Israeli Rape Trial 4 Text, (1984) 173 | 121 |
| ע"פ 5162/92 מ"י נ' בארי ואח', (טרם פורסם). | 122 |
| פיסקה 92 בפסק הדין של הנשיא שמגר. | 123 |
| פיסקה 5 בפסק הדין של השופט חשין. | 124 |
| פיסקה 10 בפסק הדין. | 125 |
| פיסקה 102 בפסק הדין של הנשיא שמגר. | 126 |

הפתח לכל שאירע לאחר מכן בשרשרת אופיינית ל-"adolescent group rapes", כאשר כל האחרים יוצאים מתוך הנחה שניזונה מסיפור השדות, כי המתלוננת מופקרת לכל, כי אין צורך בהסכמתה, וכי חייבת היא להישמע לכל דרישה... תיאוריה של שרשרת האירועים, המתוארת כ"הסכמה חופשית" של בת ארבע עשרה וחצי, היא נטולת היגיון ונטולת יסוד במערכת הנסיבות שתיאורה הובא בפני בית המשפט. אגב, הקריאה "זונה תצאי החוצה" הוא ביטוי שמשתלב היטב עם היחס אליה כפי שנגלה מן העדויות של שלום, אריק וצפריר¹²⁷.

החלטת בית המשפט העליון בעניין אונס שומרת מהווה המחשה דרמטית של כל מה שניסיתי לטעון במאמרי זה. במישור הפילוסופי הכירו השופטים שמגר וחשין בקיומו של קשר עמוק בין חיזוק ערכי השוויון וכבוד האדם ובין שלילת הסובלנות הסוציו-משפטית כלפי אלימות מינית נגד נשים. במישור האמפירי הדגים פסק-הדין היטב, שגם בימינו בית משפט מחוץ עשוי לזכות נאשמים בגלל אותם סטראוטיפים שנדחו על ידי בית המשפט העליון ועשוי למצוא "הסכמה חפשית" של בת ארבע עשרה וחצי, אף כאשר המסקנה "נטולה היגיון ויסוד". ברם, טעותו של בית המשפט המחוזי היתה טעות קונסטואלית, הנובעת מהסובלנות הסוציו-משפטית לאלימות מינית השוררת בחברה, ולא מטעות מקצועיות של רשלנות או של הבנה משפטית. ההנחיות של בית המשפט העליון הן אבני דרך שאין טובות מהן לשינוי המצב, אך עם זאת הדרך עצמה עדיין ארוכה. ברוב שיטות המשפט (ויש לציין שהמשפט העברי אינו נמנה עמן), כאשר גבר כפה יחסי מין על אשתו במסגרת הנישואין, לא נחשבה התנהגות זו לפלילית כלל ועיקר. רק לאחרונה, מאז שנות ה-80, הורחבה הזכות שלא להיאנס גם לנשים נשואות, וגם זאת, רק בשיטות משפט מסוימות¹²⁸.

המשפט הישראלי, בפסיקת בית המשפט העליון, אימץ את גישת המשפט העברי לגבי יהודים, זאת למרות ספקות הנובעים מניסוח חוקי העונשין דאז, ניסוח המבוסס על גישתו של המשפט האנגלי, שהוציא כפיית יחסי מין בתוך הנישואין מהגדרת האונס¹²⁹.

עדות נוספת לסובלנות החברתית כלפי אלימות מינית נגד נשים מצויה בהתייחסות לפורנוגרפיה. לצורך הדיון באלימות נגד נשים אפשר להגדיר פורנוגרפיה כהצגת יחסי מין כפויים על אשה ללא הסכמתה, כחומר מגרה ומהנה, וזה להבדיל מארוטיקה. ברוב שיטות המשפט והאמנות הבינלאומיות, שמצאו לנכון לאסור התבטאות המסיתה לשנאה על רקע גזעי, לא נקבעו הוראות דומות לגבי התעללות בנשים על רקע מיני כמו זו המצויה בפורנוגרפיה. בסוגיית

127 פסקה 104 בפסק הדין של הנשיא שמגר.

128 Rhode 1989, 249-251

129 ע"פ 91/80 כהן ג' מ"י, פ"ד לה(3) 281; כיום שונה נוסח החוק; קיים איסור על בעילת אשה בעל-כרח, ואין צורך להוכיח, שהבעילה הייתה שלא כדין; סעיף 351 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ראו ד"כ 105 (תש"ט).

הפורנוגרפיה, ממתואר במאמרה של נ' גולדמן-זיו, מועלית, לרוב בהצלחה, טענת חופש הביטוי נגד האיסור¹³⁰.

בדומה להטרדה מינית, גם בנושא אלימות נגד נשים במשפחה לא נאספו נתונים או מידע ולא פותחו כלים משפטיים לטיפול בבעיה עד לשנות השבעים. נכון שהיו מסגרות שונות שנתנו סער משפטי לקרבנות אלימות במשפחה, כגון תקיפה פלילית ואזרחית, עילות גירושין או עילות לתביעת משמורת על ילדים. עם זאת, לא הייתה הכרה חברתית בכך שאלימות נגד בני זוג – והכוונה היא כמעט כלפי נשים בלבד – היא כשלעצמה התנהגות פלילית. החברה ונציגיה, המשטרה והשופטים, העדיפו בדרך כלל לראות באלימות כזו סכסוך משפחתי. רק לאחרונה החלו לראות בכך סטייה חברתית¹³¹. בישראל, בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"ב-1991, התייחס המחוקק לראשונה לתופעה זו כאל בעיה מיוחדת, הדורשת סעדים משפטיים ספציפיים ורחופים.

כפי שראינו, יש ביטוי חקיקתי חדש לנכונותה של שיטת המשפט למנוע אלימות ואלימות מינית כלפי נשים – בתחום האונס, האלימות במשפחה וההטרדה המינית. נותר לנו לראות כיצד ישפיע שינוי זה על רשויות האכיפה ועל קבלת ההחלטות השיפוטיות. כדי להפוך את הסלידה מאלימות נגד נשים, שבאה לידי ביטוי בחקיקה בשנים האחרונות, להרתעה אפקטיבית, יש צורך במנגנוני אכיפה יעילים ומשכנעים – דבר שלא היה מצוי בדרך כלל בעבר¹³².

2. אלימות מינית ומעמד הנשים

כדי ליצור כלים למאבק נגד הסובלנות החברתית-משפטית המסורתית לאלימות כלפי נשים, רצוי להבין את התיאוריות הסוציולוגיות הפמיניסטיות המנתחות אותה כבעיה חברתית, ולא כתופעה של פשע אינדיבידואלי מבודד. יש הרואים באלימות המינית שבמעשה האונס הפעלה ממוסדת של כוח, ללא קשר

130 לכלל זה מהווה קנדה חריג לאור פסיקתו של בית המשפט העליון בשנת 1992: *Butler v. The Queen*, Supreme Ct. of Canada, 27.2.92. סובלנות יחסית זו כלפי הפורנוגרפיה, שהיא תעשייה של מיליוני דולרים המיוערת בעיקר לשוק הגברי, מעידה שאין סלידה חברתית מהפנטזיה הנפוצה של אלימות מינית נגד נשים.

גם התופעה של הטרדה מינית וחוסר הטיפול בה עד לשנים האחרונות מעידים על הסובלנות הסוציאל-משפטית כלפי האלימות נגד נשים. מחקרים מראים, שהטרדה מינית נפוצה וחמיד הייתה נפוצה, אך היא הייתה מקובלת בכל מקום כעובדת חיים ללא תרופה חברתית או משפטית עד שנות השבעים. אז החלו להכיר בה כסוג של אפליה וכמעשה מזיק שיש להרתיעו בסנקציה משפטית. במשפט הישראלי נאסרה הטרדה מינית בעבודה בשנת 1988. התפתחות חדשה זו מתועדת להלן, במאמרה של ר' בנוימן.

131 דו"ח הוצעה בראשות יהודית קרפ בנושא אלימות בין בני זוג.

132 דו"ח קרפ מציין, כי קרבנות האלימות במשפחה זוכים ליחס של חוסר שכנוע – ורוב הקרבנות הן נשים.

ליצר המיני ככזה¹³³. תיאורטיקנים אלו מדגישים, שלא המעשה המיני האינדיבידואלי מאפיין את האונס כתופעה; אונס כולל אונס קבוצתי ואונס בעתות מלחמה, המזוהים עם מאבקי כוח בין גברים לבין עצמם ואינם ביטוי לקשר מיני עם הנשים הקרבנות¹³⁴. ביניהם טוענת מקינן, כי הבעיה האמיחית היא, שבכל מערכת יחסים מינית בחברת בלתי שוויונית יש אלימות, ולכן קשה להבחין בגבול שבין אונס ובין יחסי מין נורמליים. לדבריה, כל קשר מיני בין גבר לבין אשה בחברה פטריארכלית הוא תוצאה של שליטת הגבר באשה, ולכן הוא נובע מכפייה ולא מתוך הסכמה¹³⁵.

על אף חילוקי הדעות הפנימיים, שותפות בראונמילר, מקינן וטמקין לדעה, שבסוג זה של אלימות, שליטת הגבר באשה היא יסוד מרכזי. לכן יהא טבעה של האלימות אשר יהא, ניתן לראות בה תופעה המזוהה עם מעמדה של נשים כקבוצה כפופה לכוח הגברי. בריטן ומיינהרד רואים באלימות כלפי חברי קבוצות מדוכאות תופעת לוואי אינהרנטית לדיכוי, ואלימות מינית כלפי נשים היא חלק מתבנית¹³⁶.

גם אם יש מחלוקת בשאלה מהו הגורם החברתי-פסיכולוגי לאלימות כלפי נשים, ברור שהאלימות נגד נשים היא עובדה, שתוצאותיה הפיזיות אינן ממצות את השלכותיה החברתיות. להשלכות אלו יש אפקט מעמדי. חירות התנועה של נשים, חירות הפעולה שלהן וביטחון העצמי מחוץ לבית מוגבלים כתוצאה מתופעת האלימות במקומות ציבוריים. כאשר נשים נחשפות לאלימות במסגרת המשפחה, חופש הפעולה שלהן מוגבל. הן מוצאות עצמן חסרות אונים לממש את זכויותיהן לשוויון לא רק בתחום המשפחה, אלא אף בתפקודן במסגרות ציבוריות. לא ברור מהו הגורם ומהי התוצאה בתופעות מעמדיות אלו: אי אפשר לומר אם האלימות כלפי נשים גורמת להנצחת כפיפותן, או שהיא תופעת לוואי לחולשתן החברתית-כלכלית כמעמד. אולם ברור, שתופעת האלימות כלפי נשים מהווה ביטוי לכפיפותן לגברים.

הערת סיכום

בבואי, בסוף המאה העשרים, לכתוב פרק "על השוויון" בספר משפטי, העוסק בנשים כבמעמד בחברה, אני מוצאת את עצמי מתבוננת במהפכה חברתית לא מושלמת. במצב הביניים יש הרבה אמביבלנטיות. בתחומים מסוימים נראה כאילו השוויון הושג ואין עודדין עליו; בתחומים אחרים לא שונה דבר, והנשים עדיין לכודות בעולם פטריארכלי, הממשיך להתקיים על פי הקונצנוס החברתי. ברם, גם

Brownmiller 1975, Ch. 3	133
Phyllis Chesler, <i>About Men</i>	134
Mackinnon 1989, Ch. 9	135
Brittan and Maynard	136

אם זה המצב בתחומים שונים של החיים, הרי במובן אחר הגענו לשלמות – בשינוי תפיסה המאפשר את ניתוח הסוגיה כולה. המחשבה הפמיניסטית פתחה דרכי ראייה שלא עמדו קודם לרשותנו. אף אם אין פיתרונות מוסכמים על כל זרמי הפמיניזם, סיפקה לנו הפילוסופיה הפמיניסטית את הכלים לאבחון.

התבוננות בהיסטוריה של מעמד הנשים חושפת מעמד סוציורכלכלי נחות בחברות פטריארכליות. המיוחד במעמדן זה לעומת מעמדות אחרים, על פי ניתוח מרקסיסטי, הוא בהיקף משמעותו. מעמדן של נשים היה נחות בחיים הציבוריים, הפוליטיים והכלכליים, בתחום הביתי והפרטי, ובשליטתן על יכולת הפריון ועל המיניות של עצמן. מעמדן הנחות של נשים היה תופעה חברתית ראשונית המגולמת בכל התבטאות של התרבות האנושית. התבוננות בהיסטוריה של המשפט מגלה שגם המשפט היה כלי לביטוי הנחיתות ולביצוע השלכותיה.

במאה העשרים חל שינוי בסיסי בחברה ובמשפט. חל מעבר להכרה בנשים כשותפות אוטונומיות במוסדות החברה החזית – בחיים הציבוריים והמשפחתיים. המעבר אירע באופן אקראי בתחומים שונים של החיים. תפקיד המשפט היה לתת ביטוי לשינויים אלה כשהתחוללו, ולפעמים אף להקדים אותם ולעודדם. באמנות הבינלאומיות ובשיטות המשפט של העולם המפותח התפתחה ההכרה העקרונית בזכות היסוד לשוויון בין המינים בכל תחומי החיים. עם זאת, מוסדות החברה – והמשפט ביניהם – עדיין לא הגיעו ליישום מלא של מושג השוויון.

ישראל היתה בין המדינות המובילות בשנים 1948-1964, אך מאז עברה להיות בין המפגרות בקביעת מושג השוויון בין המינים וביישומו. רק בשנים האחרונות נעשו צעדים רציניים לקראת הבטחת עקרון השוויון בין המינים – הן בחקיקה והן בפסיקת בית המשפט העליון, אולם צעדים אלה אינם נוגעים בדיני האישות. מעמדן של נשים במשפחה נקבע עדיין על פי הנורמות הפטריארכליות של שיטות המשפט הרחיות של העדות השונות. כל עוד הנשים נתונות לשליטה פטריארכלית בעניינים מרכזיים של חייהן הסוציורכלכליים, לא יהיה אפשר להתקדם לשוויון ולשיתוף פעולה אמיתי בין המינים.

