

הפמיניזם המשפטי בישראל – מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של אורית קמיר "פמיניזם, זכויות ומשפט"

מאת
נויה רימלט*

תקציר

מאמר זה דן בשתי סוגיות עקרוניות ביהס לכיווני התפתחותו של הפמיניזם המשפטי בישראל המתעוררות למקרא ספרה של אורית קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט. הסוגיה הראשונה נוגעת במעמדו ובחשיבותו של עקרון השוויון בכינון המצע הפמיניסטי ובאכיפתו. בהקשר זה המאמר דן באפשרות המרתו של עקרון השוויון בערך של כבוד האדם כערך חלופי מרכזי שיספק בסיס מהותי להגדרת התביעה הפמיניסטית לקידום מעמדן של נשים בחברה וקידומה היעיל במסגרת השית המשפטי הקיים. אפשרות זו עולה במסגרת ספרה של קמיר ומוצגת כאופציה ראויה לפחות בהקשר הישראלי, וזה בשל הפרשנות המצמצמת שנוצקה לעקרון השוויון בשית המשפטי – פרשנות שאינה מאפשרת לגבש פתרון ראוי, במסגרת עקרון השוויון, לכל הדילמות המטרידות נשים. המאמר מבקד מהלך אפשרי זה של מעבר משיח פמיניסטי משפטי של שוויון לשיח של כבוד האדם או כבוד האשה, וטוען כי הצעה זו אינה נותנת משקל ראוי לתמורות השונות שחלו בתכנון של המושג "שוויון" בהקשר הישראלי. כמו־כן אין היא נותנת משקל ראוי ליתרונות של השוויון על פני הכבוד בכל הנוגע בהיבט הקבוצתי וההשוואתי הטמון בו, ואינה מתמודדת די הצורך עם דילמת הסטריאוטיפיזציה שהמושג "כבוד" מעורר. המסקנה הסופית בהקשר זה היא איפוא שהמרתו של עקרון השוויון בערך של כבוד האדם, תוך הצבתו של האחרון במרכז הדיון הפמיניסטי, מעוררות דילמות לא־מעטות ועלולה להזיק למאבק הפמיניסטי יותר משתועיל.

הסוגיה השנייה שהמאמר עוסק בה נוגעת בהשקפה בין תיאוריה ופרקטיקה בתוך השיח הפמיניסטי המשפטי. באופן ספציפי, המאמר מבקש להמחיש את מהות הדיון שניתן לפתח בהקשרן של רפורמות פמיניסטיות שקרמו עור וגידים כתוצאה מפעילות פמיניסטית. הרפורמה שהמאמר מתמקד בה הינה זו שבמסגרתה הורחבה לפני שנים ספורות הזכות לחופשת לידה, שנהפכה מזכות השמורה לנשים בלבד לזכות הנתונה, במגבלות מסוימות, גם לגברים. באמצעות ניתוחה של רפורמה זו ואופן השפעתה על ציבור הנשים, המאמר מנסה להאיר את האופן שבו בחינה ביקורתית של ההשקפה בין תיאוריה לפרקטיקה בתוך

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מבקשת להודות לאמנון רייכמן ולרונית הרמתי־אלפרן על הערותיהם המחכימות. תודה מיוחדת למערכת עיוני משפט, לליאורה בילסקי, דורין לוסטיג, אורלי גל וערן וינר, על הביקורת הבונה, וכן לעוזרת המחקר המסורה שלי, סלי איזנברג, על הסיוע במחקר.

השיח הפמיניסטי יכולה להוסיף נדבך חשוב לוויכוח ביחס למעמדו ומרכזיותו של עקרון השוויון בשיתח הפמיניסטי. הטענה היא כי ניתוח פועלו של השיח הפמיניסטי בקידום הרפורמה המשפטית בעניין חופשת לידה הושף את מידת ההשפעה שיש לשיח הפמיניסטי על גיבושה של תפיסת השוויון על בסיס מין הנוהגת והנאכפת בפועל במסגרת השיח המשפטי. מכיוון שכך, המאמר טוען כי בטרם נוותר על השוויון לטובת הכבוד בשל הפרשנות המצרה שנוצקה למושג "שוויון" בשיתח המשפטי, ראוי להעריך את מידת התרומה הפמיניסטית למבנה משפטי זה ואת פוטנציאל השינוי שהשקה אחרת, התרנית וביקורתית יותר, בין פמיניזם ומשפט יכולה להביא עמה.

א. מבוא

ב. פמיניזם משפטי ראוי? – בין שוויון לכבוד

1. בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי
2. שוויון, נשים והשוואה
3. כבוד האשה וכבוד האדם
4. סיכום-ביניים

ג. השיח הפמיניסטי בין תיאוריה של שוויון מהותי לפרקטיקה של שוויון פורמלי:

חזכות לחופשת לידה בישראל כמקרה-מבחן

ד. סיכום

א. מבוא

מהו שוויון בין נשים לגברים וכיצד המשפט אמור לקדמו הלכה למעשה? שאלה זו מעסיקה את השיח הפמיניסטי המשפטי זה שנים רבות, ומהווה ציר מרכזי שסביבו התפתחו רבות מן התיאוריות הפמיניסטיות של המשפט. פמיניזם הוא מכלול של תיאוריות ורעיונות שבבסיסם עומד הגיסיון להשוף ולתאר את עמדת הנהיתות של נשים בחברה, להסביר את מקורותיה ואת תוצאותיה ולפתח אסטרטגיות לשינוי שמטרתן היא להשיג חופש ושוויון רב יותר לנשים.

בניגוד לתיאוריות ביקורתיות אחרות, התיאוריה הפמיניסטית המשפטית אינה מצטמצמת לביקורת המצב הקיים בלבד, אלא היא בעלת מכוונות (אוריינטציה) פרקטית מובהקת. לשיח הפמיניסטי יש יומרה כרוזה ומוצהרת לא רק לבקר את המצב הקיים, אלא גם להשפיע על שינויו. לשם מימוש מטרה זו, מצעם של חלק ניכר מן הזרמים הפמיניסטיים כולל אסטרטגיות ספציפיות לשינוי המתמקדות במשפט ככלי שניתן להשיג באמצעותו אותו שינוי. דהיינו המטרה היא לכוון יחסים בונים (קונסטרוקטיביים) עם מערכת המשפט ולהביא לידי קידום של כללים משפטיים רלוונטיים וראויים יותר ביחס לנשים.

ספרה המקיף והחשוב של אורית קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט,¹ שאני מבקשת

1 א' קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (תשס"ב). הספר מבוסס על סדרת הרצאות שנתנה המחברת במסגרת האוניברסיטה המשודרת.

להעמידו לבחינה ביקורתית, מציג ברהיטות את התיכור שבין תיאוריה לפרקטיקה המאפיין במיוחד את העיסוק הפמיניסטי במשפט. הספר מנסה ומצליח להציג בצורה שיטתית את גוניה של המחשבה הפמיניסטית המשפטית, חושף ומתאר את עמדת הנחיתות של נשים בחברה בכלל ובמדינת-ישראל בפרט, ומצביע הן על פרקטיקות משפטיות הנתונות לביקורת פמיניסטית והן על רפורמות משפטיות שהשיח הפמיניסטי הישראלי ניסה ומנסה לקדם כאמצעי לקידום מעמדן של נשים בחברה. הספר מאורגן ברובו סביב דיון בזכויות-יסוד ליברליות שונות, כגון הזכות לשוויון, הזכות להשתתפות אודחית, הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף ועוד. באמצעות הדיון בזכויות המסוימות הללו, קמיד מבהירה הן את מידת הפגיעה ביכולתן של נשים לממש זכויות אלה במציאות החברתית והמשפטית שבה אנו חיים והן את האופן שבו המשפט יכול לספק מסגרת מושגית להכרה בפגיעה זו וכלים רלוונטיים לתיקונה, ולו המסויים.

מתוך בהירה אידיאולוגית טכנונית, קמיד אינה מתמקדת במיוחד בעקרון השוויון על בסיס מין כמסגרת תיאורטית כללית לדיון במידת הפגיעה בזכויות-היסוד השונות של נשים. הניתוח שלה אינו מציג כמעט את הדילמות המשפטיות הנוגעות בנשים במונחים של אי-שוויון או הפליה, כמקובל בטקסטים פמיניסטיים מסורתיים, אלא קושר את הדיון הפמיניסטי למערך רחב של זכויות, ובמיוחד לערך "כבוד האדם", שבו היא רואה ערך משפטי מהותי היכול להציב אמת-מירה ראויה לטיב הרפורמות המשפטיות הדרושות לצורך קידום מעמדן של נשים בחברה. הסטת הדיון הפמיניסטי בספר מן השוויון אל הכבוד אינה מקרית. לטעמה של קמיד, ערך כבוד האדם יכול לספק, יותר מן השוויון, מסגרת תיאורטית כללית יעילה יותר לדיון במצבן החברתי של נשים, שכן הוא מאפשר התייחסות נפרדת ומיוחדת אליהן ואל צורכיהן ומצוקותיהן השונים ללא צורך בהשוואה בינן לבין גברים.

בחיבור זה אני מבקשת לדון בשתי שאלות המתעוררות למקרא ספרה של קמיד ביהס לכיווני התפתחותו של הפמיניזם המשפטי בישראל. השאלה הראשונה נוגעת במעבר האידיאולוגי שקמיד מנסה לקדם בספרה, מן השוויון אל כבוד האדם, כערך המרכזי שיכול לספק מסגרת תיאורטית כללית להשיפת מעמדן הנחות של נשים בחברה ולתיקונן. בהקשר זה אנסה להעלות שאלות ראשונות ביהס למחיר הכרוך בוגיחת הרטוריקה הפמיניסטית המסורתית של אי-שוויון והמרתה בשיח של כבוד, הנקודה השנייה, שעליה אתעכב בחלקו השני של החיבור, נוגעת בהשקפה שבין תיאוריה לפרקטיקה בתוך השית הפמיניסטי המשפטי. באופן ספציפי אבקש להמחיש בחלק זה את מהות הדיון שניתן לפתח בהקשרן של רפורמות משפטיות שקרמו עור וגידים כתוצאה מפעילות פמיניסטית. הרפורמה המשפטית שבה אתמקד הינה זו שבמסגרתה הודחבה לפני נשים ספורות הזכות לחופשת לידה, ונהפכה מזכות השמורה לנשים בלבד לזכות הנתונה, במגבלות מסוימות, גם לגברים. באמצעות ניתוח של רפורמה זו ושל אופן השפעתה על ציבור הנשים אנסה להאיר את הדילמות העכשוויות שהפמיניזם המשפטי ניצב לפנייהן במסגרת נסיונותיו לתרגם את התיאוריה הפמיניסטית לכדי פרקטיקה ראויה לנשים. כמו כן אנסה להמחיש כיצד בחינה ביקורתית זו של ההשקפה בין תיאוריה לפרקטיקה בתוך השיח הפמיניסטי יכולה להוסיף נדבך חשוב לוויכוח ביהס למעמדו ומרכזיותו של עקרון השוויון בשיח הפמיניסטי – ויכוח שאני נדרשת אליו כאמור בראשיתה של רשימה זו.

ב. פמיניזם משפטי ראוי? – בין שוויון לכבוד

כבר בשלב מוקדם של ספרה קמיר עומדת על מוגבלתו של עקרון השוויון המשפטי בהגדרתו האריסטוטלית המסורתית ככלי היכול לשרת גשים במאבק משפטי שתכליתו מיגור עמדת הנחיתות שלהן בתברה.² באופן ספציפי טענתה היא ששוויון אריסטוטלי יכול להבטיח לנשים רק יחס משפטי דומה לזה שגברים מקבלים, וזה לאתר שהראשונות יוכיחו כי הן דומות לגברים בכל הקשר רלוונטי. עם זאת, נשים אינן דומות לגברים, ולא רק בהקשרים ביולוגיים. בשל שנים של הפליה וקיפוח, הן מצויות בעמדת נחיתות וחשופות לפגיעות קשות יותר מאלה הפוגעות בגברים. יתר על-כן, כתוצר ישיר של הכניות חברתיות רבות שנים, נשים הן לעיתים בעלות צרכים, מאויים ואינטרסים שונים. אסימטר, העיקרון של יחס דומה לדומים לא רק שאינו מאפשר להכיר בשונותן הרלוונטית של נשים, אלא שהוא מדיר אותן בעצם מן המתחם הרלוונטי של עקרון השוויון בהגדרתו האריסטוטלית.³ עמדה ביקורתית זו ביחס לעקרון השוויון הפורמלי אינה חדשה. כפי שקמיר מציינת בספרה, הביקורת על תפיסת השוויון האריסטוטלית עומדת במרכז המצע של זרמים פמיניסטיים ביקורתיים מרכזיים, כגון הפמיניזם התרבותי והפמיניזם הרדיקלי, הקוראים שניתם תיגר על העיקרון של מתן יחס דומה לדומים, ומציעים תפיסה חלופית של שוויון.⁴

הפמיניזם התרבותי עוסק בדילמות של שונות מגדרית בהקשרים פסיכולוגיים-תרבותיים ובאופן שבו על המשפט להתמודד עם דילמות אלה. באופן ספציפי, הטענה היא שיש להכיר בהבדל שבין "קול" גשי ל"קול" גברי בכל הנוגע בחשיבה מוסרית, עולם ערכים, צרכים והעדפות, ולהבטיח שמערכת המשפט תכבד את שני ה"קולות" הללו ותיתן להם תוקף שווה. את שורשיו של הפמיניזם התרבותי ניתן למצוא בכתיבה של הפסיכולוגית קרול גיליגן, שטענה, על בסיס מחקרים שערכה, כי ניתן לזהות הבדלים בין נשים לבין גברים ברפואי חשיבה מוסריים.⁵ גיליגן טענה כי "הקול הנשי" משקף יותר מן

2 קמיר, שם, במיוחד בע' 61-71.

3 שם, בע' 64-67.

4 להצגה בהירה וממצה של זרמים אלה וביקורתם על עקרון השוויון האריסטוטלי ראו שם, בע' 53-59.

5 גיליגן התחילה את עבודתה בראשית שנות השבעים, לאחר החלטת בית-המשפט העליון בעניין *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) (להלן: עניין *Roe v. Wade*), שהכירה בזכותה החוקתית של אשה להפלה. קבוצת המחקר הראשונית של גיליגן היו נשים הרות שהתמודדו עם הדילמה המוסרית ביחס לביצוע הפלה. ראיונות עם הנשים הללו גילו, לטענתה של גיליגן, כי האופן שבו ניתחו הנשים את סוגיית ההפלה נבדל באופן מהותי מן הדיון הפומבי בסוגיה זו. בעוד שהדיון הציבורי והמשפטי ניתח את סוגיית ההפלות במונחים אדוקטריניים של התנגשות בין זכויות, תפסו הנשים שנדרשו לסוגיה את ליבה של הדילמה המוסרית בהקשר זה כעניין הנעוץ לא בעימות בין האם לעובר, אלא דווקא בקשר ביניהם. עובדה זו הניעה את גיליגן לעקוב באופן ספציפי יותר אחר התפתחות

"הקול הגברי" אתיקה של דאגה לזולת, והדבר בא לידי ביטוי כאשר נשים, בניגוד לגברים, נדרשות לפתרון דילמות מוסריות. ההבדל בין הקול הנשי לקול הגברי נובע לפי גיליגן מן האופן השונה שבו נשים וגברים תופסים את זהותם העצמית. לטענתה של גיליגן, בעוד גברים מגדירים את זהותם כתלויה במרחק ושמירת גבולות בינם לבין אחרים, נשים מגדירות את זהותן העצמית באמצעות מערכות היחסים המשמעותיות בחייהן. התיאורית של גיליגן ויהתה אסִיכן שוני פסיכולוגי-תרבותי בין נשים לגברים, המתבטא בקיום מקושר לאחרים של נשים והמשפיע לפיכך על שורה של נושאים שנשים נבדלות בהם מגברים.⁶ שוויון מגדרי, לפי הפמיניזם התרבותי, אינו יכול אפוא להתבטא במתן יחס דומה לנשים ולגברים בשל התעלמותה של נוסחת שוויון זו מן השוני הקיים בפועל בין גברים לנשים בכל הנוגע בצרכים ובהעדפות. במקום זאת, הדיון הפמיניסטי התרבותי טתמקד בקידום עקרון שוויון שעניינו יחס שווה בערכו, המתחשב באופן שווה בצרכים נשיים וגבריים, אולם אינו זהה בהכרח.

הפמיניזם הרדיקלי, לעומת זאת, מתמקד בשוני המטריאלי ביחסי הכוחות בין נשים לגברים ובהשפעה שיש לכך על מעמדן של נשים בחברה. הטענה בהקשר זה היא כי יש להבין את היחסים שבין גברים לנשים כיחסים בין מעמד של שליטים (גברים) לנשלטים (נשים), כאשר השיח המשפטי ותכניו הם בעצם כלי־שרת בידי המעמד השליט לשימורם של יחסי ההיררכיה בין המינים ולהנצחת נחיתותן של נשים בחברה. כמצב התברתי הקיים, טוען הפמיניזם הרדיקלי, גברים נהנים מאוטונומיה וחירות בעוד נשים כקבוצה מוכפפות לדומינציה גברית ומוחזקות במצב של היעדר כוח וקורבניות. שליטה זו מושגת ביחסים בין המינים בעיקר ובמיוחד באמצעות שליטתו של הגבר במיניות האשה, והיינו על-ידי הפיכתה לאובייקט מיני. מין, מיניות וכוח הינם אסִיכן שלושה צירים מרכזיים בניתוח זה שבאמצעותם יש להבין ולנתח את היחסים בין המינים.⁷ יתר על-כן, כל ניסיון

מוסרית של ילדים וילדות, ולנסות לזהות הבדלים בין המינים שיוכלו להסביר את העמדה המוסרית השונה שהביעו נשים הרות אלה ביחס לסוגיית ההפלות. בספרה בקול שונה (*In a Different Voice*), שפורסם בראשית שנות השמונים, הציגה גיליגן לראשונה את ממצאיה ביחס להבדלים בגישתם של ילדים וילדות לפתרון דילמות מוסריות. C. Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, 1982). שני מושאי המחקר המרכזיים של גיליגן בספרה היו שני ילדים, ג'ק ואיימי, שגיליגן ראינה כאשר היו בני אחת־עשרה וכאשר היו בני המשיעשרה. הקול המוסרי השונה שבו דיברו ילדים אלה הניח את הבסיס לספרה המקיף של גיליגן. לתרגום עברי של הספר ראו ק' גיליגן בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (ג' בן חיים תרגמה, תשנ"א).

6 מסיבה זו יש המעדיפים לכנות זרם פמיניסטי זה "פמיניזם של קשר" (Relational Feminism), ולא "פמיניזם תרבותי". ראו, למשל: K. Offen "Defining Feminism: A Comparative Historical Approach" 14 *Signs: Journal of Women in Culture & Society* (1988) 119, 135.

7 להרחבת גקורה זו ראו ג' רימלט דומות, שונות ושוויון בין המינים בראי המשפט

לקדם באופן מהותי את מעמדן של נשים בחברה חייב לפיכך להביא בכלל חשבון את ההקשר הכותני המיני המאפיין את היחסים בין המינים ואת עמדת הנחיתות הכסית שנושם מצויות בה בהשוואה לגברים. שוויון מגדרי אינו יכול אפ"כ להתבסס על מתן יחס דומה לנשים ולגברים, אלא חייב להיבחן במונחים תוצאתיים שעניינם השוואת כוחה של קבוצת הנשים לקבוצת הגברים. במילים אחרות, נורמה שוויונית הינה, לפי עמדה זו, נורמה המקעקעת את מנגנוני הכוח המגדריים ומניבה תוצאה שוויונית מכחינת עמדת הכוח היחסית של נשים וגברים.

עמדתה הביקורתית הכסית של קמיר כלפי עקרון השוויון בנוסחתו האריסטוטלית שואבת איפוא מתובנות היסוד של הפמיניזם התרבותי, ובעיקר של הפמיניזם הרדיקלי.⁸ החידוש בעמדתה הוא שהיא מטילה ספק ביכולתן של גישות פמיניסטיות אלה לקנות להן אחיזה במשפט ולחשפיע על הגדרתו של עקרון השוויון. באופן ספציפי, קמיר מסבירה:

"החשש הוא שלמרות משנתה הסדורה של מקינון וחפיסת השוויון החלופית שלה, מרבית האנושות מתזקה עדיין באינטואיציה האריסטוטלית, ואינה ממהרת להפריד בין 'שוויון' ו'דמיון'. התניה עמוקה בת אלפי שנים, הנתפסת כנאורה וצודקת, עשויה להיות חזקה ויציבה מכל הצעה חדשנית, מבריקה ככל שתהיה. מכיוון שכך, קשה לרבים להבין את הטענה הפמיניסטית כי אוגס, סתר בנשים, פורנוגרפיה והטרדה מינית - כולם מבטאים אפליה וכי שוויון האישה מחייב התמודדות משפטית אקטיבית עם התופעות הללו. הדבקות הפמיניסטית בשוויון עלולה להתפרש על ידי ציבורים רחבים, לרבות קהילות משפטיות, כדרישה ליברלית להענקת זכויות הנתונות לגברים, דרישה שאינה מתייחסת כלל למכלול הבעיות החברתיות האחרות המכבידות על נשים. לפיכך אפשר לטעון כי מן הראוי לחזק את ערך השוויון בעזרת ערכי יסוד גוספים, שהרגשיהם שונים."⁹

לשיח הפמיניסטי אין איפוא, לפי עמדתה של קמיר, סיכוי ממשי לקדם במסגרת השית המשפטי הקיים תפיסת שוויון מורכבת יותר, שהינה הכרחית לשם קידום כללים משפטיים ראויים ביחס לנשים בהתחשב בשונותן הרלוונטית מגברים. משמע, היא מטילה ספק לא רק במידת התאמתו של עקרון השוויון המשפטי המסורתי להעלאת תרומה ראויה לקידום מעמדן של נשים בחברה, אלא גם ביכולתו של השיח הפמיניסטי לקדם במסגרת המשפטית הקיימת תפיסת שוויון חלופית. דומה שמסקנה זו מכתובה את מבנה ספרה. היא מקדישה

8 האמריקני והישראלי (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, 2001) 149-201.

9 קמיר, שהיתה בעבר תלמידתה של פרופסור קתרין מקינון, אחת ההוגות הפמיניסטיות הבולטות של הפמיניזם הרדיקלי, והושפעה, כך נראה, במיוחד מעבודתה התיאורטית, מבססת את הדיון הביקורתי שלה בעיקרון השוויון במיוחד על עבודתה המחקרית של מקינון. ראו בהקשר זה קמיר, לעיל הערה 1, בע' 64-70.

9 קמיר, שם, בע' 70.

לזכות לשוויון דיון קצר באופן יחסי ופסימי ברובו, ומנסחת את עיקר המצע הפמיניסטי במונחים של זכויות ליברליות אחרות, תוך הדגשתו במיוחד של ערך כבוד האדם ככזה שיש בו כדי לספק כלי משפטי חלופי להגדרת התביעה הפמיניסטית וקידומה היעיל במסגרת השיח המשפטי הקיים. לטעמה, הערך של כבוד האדם מספק לנו מסגרת יעילה יותר מהמושג "שוויון" להכרה בשונות האנושית בכלל ובשונות הנשית בפרט, הוא משחרר אותנו מן הצורך להשוות בין נשים לגברים ומאפשר לפתח שיח משפטי שעניינו התייחסות ישירה לצורכיהן של נשים בהתבסס על כבודן ללא כל התייחסות מקבילה לגברים:

"...ערך הכבוד (באנגלית respect או dignity) אינו מכיל את האסוציאציה המיידית של השוואה בין פרטים וחיפוש אחר דימיון ביניהם לשם הצדקת מתן זכויות. ערך הכבוד מזמין התחשבות קרבית בכל פרט אנושי, מתוך הכרה בערכו המוחלט שאינו מותנה בדמיון לפרטים אחרים, ואינו וקוק לאישור כלשהו. ערך הכבוד מניח קדושת חיים וריבונות של כל אדם באשר הוא אדם (לרבות נשים), וזכות מוחלטת של כל פרט להגנה מפני ביוזי, השפלה, ופגיעה בלתי הכרחית. ערך הכבוד הוא, לכן, מסגרת מושגית יעילה להעברת המסר הפמיניסטי בעניין מצוקותיהן של נשים, צורכיהן, וההכרח להתייחס אליהן ברצינות הראויה."¹⁰

עמדה זו, חשוב לציין, מוצגת על-ידי קמיר לא בפעם הראשונה. קמיר, שנמנתה עם היוזמות הכולטות של החוק למניעת הטרדה מינית והשפיעה מהותית על אופן ניסוחו, הציגה עמדה דומה ביחס לאופן הגדרתה של הטרדה המינית.¹¹ במקום להגדיר הטרדה מינית כאי-שוויון והפליה על בסיס מין, הציגה קמיר לגסח את הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית בעיקר במונחים של פגיעה בכבוד, ועמדה זו אומצה על-ידי המחוקק וקיבלה ביטוי בנוסחו הסופי של החוק.¹² יתר על-כן, את תפיסתה התיאורטית ביחס למושג "כבוד האדם", משמעותו, תשיבותו ותרומתו-בכוח להמשגה מתודשת של דילמות הנוגעות בנשים ופתרוןן במסגרת המשפט פיתחה קמיר גם בכתבים אחרים.¹³ על-ימנת להבין כראוי את

10 קמיר, שם, בע' 71.

11 א' קמיר "איזו מן הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח) 317.

12 סעיף 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166, קובע: "חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו וכדי לקדם שוויון בין המינים."

13 O. Kamir "Honor, and Dignity Cultures: The Case of Kavod and Kvod Ha-Adam in Israeli Society and Law" *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (The Hague, D. Kretzmer & E. Klein eds., 2002) 231; א' קמיר "על פרשת דרכים: ישראל בין ארבעה מושגי כבוד" *תרבות דמוקרטית 8* (צפוי להתפרסם ב-2004); א' קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן": עבירת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון, וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" *משפט וממשל 2* (צפוי להתפרסם ב-2004).

סיב המהלך האידיאולוגי המיוצג בספר, חשוב איפוא למקמו בין כתבים אחרים של קמיר, המאירים את האופן שבו ספר זה מהווה צעד נוסף בהרחבת משנתה האידיאולוגית, שעניינה הדרתו של עקרון השוויון לשולי השיח הפמיניסטי והמרתו בערכים אחרים, ובמיוחד בערך "כבוד האדם" שביחס אליו הספר מצהיר במפורש על כוונתו להבהיר "כיצד ניתן להשתמש בו כיסוד לתיאוריה ולעשייה פמיניסטית".¹⁴ הבחירה של קמיר בערך כבוד האדם נובעת, חשוב לציין, גם מטעמים מעשיים יותר הקשורים למעמדו התוקף המרכזי של ערך זה בעקבות הקיקחו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכתלק ממנו, אבל מתבססת בעיקר על טעמים עקרוניים הקשורים לתכניו המהותיים של מושג זה. הסטת הדיון הפמיניסטי משוויון לכבוד מעוררת שאלות כבדות-משקל ביהס לתפקידו, חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון בכינון המצע הפמיניסטי ובאכיפתו. לשאלות אלה נדרשתי בעבר באופן ספציפי בהקשרו של החוק למניעת הטרדה מינית, והבעתי עמדה ביקורתית כלפי שיח הכבוד שיזמה קמיר וקרמה בהקשר ההוא.¹⁵ כיום, משנראה כי פרויקט הכבוד תופש תאוצה ומנוסח, לפחות על-ידי קמיר, במובנים רחבים שהינם רלוונטיים לשיח הפמיניסטי בכללותו, נראה כי נדרשת בהתאם גם התמודדות רחבה יותר עם דילמת השוויון הפמיניסטית שקמיר מעוררת ועם אפיק הפתרון שהיא מכוונת ומושכת אליו. באופן ספציפי, אני סבורה שקמיר אינה מעריכה כראוי תמורות שחלו בתכניו של המושג "שוויון" בהקשר הישראלי, אין היא נותנת משקל ראוי ליתרונו של השוויון על פני הכבוד בכל הגוגע בהיבט הקבוצתי וההשוואתי הטמון בו, והיא אינה מתמודדת די הצורך עם דילמת הסטריאוטיפיזציה שהמושג "כבוד" מעורר.

1. בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי

השיח הפמיניסטי המשפטי כונן עצמו מראשית דרכו סביב המושג "שוויון". עובדה זו אינה קלת-ערך בעיני, ולא בכדי ציינתי בראשית דברי כי השאלה מהו שוויון בין נשים לגברים וכיצד ניתן לקדמו הלכה למעשה הינה שאלה שניתן לראות בה ציר מכונן בהתפתחותה של התיאוריה הפמיניסטית של המשפט. אין ספק שבהגדרתו של מושג זה עשתה התיאוריה הפמיניסטית כברת דרך שהחלה באימוץ תפיסת השוויון האריסטוטלית של "יחס דומה לדומים" על-ידי הפמיניזם הליברלי,¹⁶ והמשיכה בתפיסת שוויון מורכבת

14 קמיר, לעיל הערה 1, בע' 173.

15 רימלט, לעיל הערה 7, בע' 293-351.

16 הפמיניזם הליברלי, שניתן למצוא את שורשיו בספרות פמיניסטית מן המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, מתבסס על הגדבכים המרכזיים של המחשבה הליברלית. במרכזו עומדת תפיסת האשה כיצור רציונלי שאינו נבדל מן הגבר, והזכאי לפיכך ליהנות מאותה אוטונומיה ולהגיע באופן דומה למימוש עצמי. בהתבסס על רציונל דומות זה ומכותם של עקרונות משפטיים של שוויון נגזרת התביעה הפמיניסטית הליברלית למתן זכויות וההדמניות לנשים שיהיו שוות לזכויות ולהדמניות שמהן נהנו הגברים בפועל.

יותר שהציגו הפמיניזם התרבותי והפמיניזם הרדיקלי. הפמיניזם התרבותי דיבר כאמור על שוויון על בסיס שונות, דהיינו על הכרה וכיבוד שווים של צרכים ואינטרסים נשיים. הפמיניזם הרדיקלי הגדיר שוויון במונחים של השוואת כוחה של קבוצת הנשים לכוחה של קבוצת הגברים על-ידי מיגורה של כל פרקטיקה חברתית ומשפטית המנציחה את עמדת הנחיתות וההכפפה של נשים בחברה. עם זאת, למרות ההבדלים התהומיים בין גישות פמיניסטיות ביקורתיות אלה, ניתן לומר כי שתיהן קראו לקידומה של תפיסת שוויון תוצאתית. דהיינו, הטענה היתה שיש לבחון ולהעריך קיומו של שוויון בין נשים לגברים בהתאם לתוצאה ולהשפעה שיש לפרקטיקות משפטיות שונות על נשים, כאשר השאיפה היתה להביא לידי תוצאה שוויונית, בין בכל הנוגע בהכרה בצרכים ובאינטרסים נשיים (פמיניזם תרבותי) ובין במונחים של כוח, אוטונומיה ומימוש עצמי של נשים (פמיניזם רדיקלי). בארצות-הברית לא צלח הניסיון הפמיניסטי לקדם תפיסת שוויון מהותית כזו במסגרת המשפט. הסיבות לכך הינן מורכבות והדיון המפורט בהן מצוי מתוך לגדרו של חיבור זה. עם זאת, בתמצית, חשוב להבין כי עקרון השוויון האמריקאי התפתח בדלת אמותיה של תפיסת השוויון האריסטוטלית, והשיח המשפטי שם דבק לאורך השנים ביסוד האמצעי כבסיס היחיד להצרכת קיומו של שוויון בין קבוצות ופרטים, תוך סירוב להמשיג את הדיון בשוויון במונחים תוצאתיים.¹⁷ בישראל, לעומת זאת, החל השיח המשפטי זה מכבר להסיט את הדיון בשוויון מן האמצעי אל התוצאה. בשנות השמונים נטבע לראשונה המונח "שוויון מהותי" בהקשרים כלליים,¹⁸ ואילו בשנות התשעים החל בית-המשפט מיישם תפיסה זו בהקשר של שוויון בין המינים. פסקי-הדין הבולטים בהקשר זה הם בעניין אליס מילר¹⁹ ובעניין שדולת הנשים,²⁰ שבהם הכיר בית-המשפט בקיומה של שונות רלוונטית בין המינים, בצורך להעניק לנשים ולגברים יחס שונה בגינה של שונות זו, ובעובדה שהכרה בשונות, כמו גם יחס שונה, אינם מוציאים את הסוגיה מתחום תלותו של עקרון השוויון, שכן השוויון כזכות-יסוד נמדד במידת שוויוניותה של התוצאה.²¹ תפיסה

ראו קמיר, לעיל הערה 1, בע' 32-36. לדיון מפורט יותר בפמיניזם הליברלי בארצות-הברית ובישראל וביתס-הגומלין בינו לבין השיח המשפטי ראו רימלט, לעיל הערה 7, במיוחד בע' 8-102, 206-292.

17 לניתוח מפורט של התפתחותו של עקרון השוויון על בסיס מין במשפט האמריקאי ראו רימלט, שם, במיוחד בע' 8-102.

18 ראו למשל בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(3) 17; בג"צ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297.

19 בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר).

20 בג"צ 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מת(5) 501 (להלן: עניין שדולת הנשים I); בג"צ 2761/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (להלן: עניין שדולת הנשים II).

21 ראו בהקשר זה גם י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשלה (תשנ"ט-תש"ס) 165.

דומה של שוויון הוכרה ועוגנה מאוחר יותר במסגרת חוק שיווי זכויות האישה, שעבר רפורמה מהותית לפני שנים ספורות.²² כיום החוק קובע:

"אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה כל אחד מאלה: (1) אבחנה בין אשה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשונויות העניינית שביניהם, או מאופיו או ממהותו של העניין; (2) הוראה או פעולה, שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של גשים, או הוראה או פעולה, שנועדה לקדם את שוויון.²³"

תפיסת שוויון מסוג זה אינה נותנת אומנם ביטוי מלא לתפיסת השוויון המורכבת שהורמים הפמיניסטיים הביקורתיים של המשפט, כגון הפמיניזם התרבותי והפמיניזם הרדיקלי, מציגים, אך נראה שהיא צועדת צעד ממשי בכיוון זה. את השאלה באיזו מידה יש סיכוי ממשי לקידומה של תפיסת השוויון הפמיניסטית הרדיקלית, למשל, במסגרת השיח המשפטי צריך איפוא להעריך על בסיס התפתחויות ספציפיות ובעלות משמעות במשפט הישראלי, ולא כעניין תיאורטי גרידא. הכרה בשונויות בכלל, ובשונויות על בסיס מין בפרט, מהווה כיום חלק אינטגרלי משיח השוויון בישראל, וגם אם התפתחויות אלה אינן מוכיחות בוודאות את אפשרות הפנמתה של העמדה הפמיניסטית במלואה ביחס לתכניו הראויים של המושג "שוויון", הן בוודאי אינן יכולות לתמוך במסקנה הנחרצת כי אין שום סיכוי ממשי שהשיח המשפטי הישראלי יוכל גם בעתיד להבין תביעה לשוויון על בסיס מין אלא במונחים של הענקת יחס משפטי דומה לגברים ולגבריות.

2. שוויון, נשים והשוואה

נוסף לדברים הללו, חשוב להבין ולהעריך את משמעות הוויתור על השוויון והמרתו בכבוד בכל הנוגע בהשפעתו של ויתור כזה על ניסוח הדילמה הפמיניסטית ועל התביעה לקידום מעמדן של נשים בחברה הן ברמה המהותית והן ברמה הסימבולית. קמיר צודקת אומנם בטענתה כי המושג "שוויון" מבוסס כולו על יסוד של השוואה, אולם דומה שאין היא מדייקת ביחס לטיבה, מהותה ויתרונותיה של אותה השוואה. בצד האריסטוטלי של השוויון מצויה אומנם ההשוואה המתמקדת בדומותם הפורמלית של מושאי ההשוואה, וגוררת בעקבותיה מתן יחס דומה-זוהה למושאי השוואה אלה, וסוג כזה של השוואה בוודאי אינו יכול לתת מענה הולם לצרכים ולאינטרסים נשיים, אם אנו מכירים בתוקפה וכחשיבותה של הטענה הפמיניסטית ביחס לשונויות הרלוונטיות של נשים מגברים בהקשרים רבים. בצד המהותי של השוויון מצויה עם זאת השוואה מורכבת יותר הנגזרת משני היבטיו של עקרון השוויון.²⁴ והשוואה זו לא רק שאינה תותרת תחת העמדת הפמיניסטית, גם זו הביקורתית יותר, אלא לעיתים היא תנאי הכרחי למימושה.

22 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), תש"ס-2000, ס"ח 167.

23 סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248.

24 לדיון מפורט במשמעותו של "מושג השוויון" ובטיב ההשוואה שהוא אוסף ראו זמיר וסובל, לעיל הערה 21.

ההשוואה בין פרטים או קבוצות במסגרתו של עקרון השוויון בוועדה לזהות שני רבדים אסורים של הפליה. ברובד הראשון השוויון מספק כלי מהותי לזיהוי הפליה אסורה בכל הנוגע באופן שבו טובין שונים מתחלקים בחברה או צרכים אנושיים שונים, שאינם מוגדרים באופן עצמאי זכויות יסוד מוקנות, מסופקים. בהקשרים אלה השוויון יוצר זכות משפטית עצמאית שעניינה יצירת שוויון בין פלוגי לאלמוגי או בין גברים לנשים, המתבססת על העובדה שפרט או קבוצה מסוימים נהנים מדבר-מה הנחסך מפרט או מקבוצה אחרים. ההשוואה היא החושפת בהקשרים אלה את ההפליה, ועקרון השוויון הוא שמכתיב את תיקונה. ברובד השני השוויון משמש עיקרון מסדר שני החולש על זכויות אחרות ומכתיב את היקפן באופן שמכונן סדר משפטי ומוסרי שעניינו יכולתם של פרטים וקבוצות לממש באופן שוויוני זכויות יסוד המוקנות להם, וזה בשל ההכרה בתביעתם האנושית הדומה לזכויות אלה. קמיר רואה פסול בהשתתת הדיון הפמיניסטי על השוואות מן הסוג הזה משום שהן קושרות את הדיון במעמדן של נשים כחברה למעמדם של גברים ומבססות את התביעה להכרה בצרכים ובזכויות "נשיים" על אמת-מידה גברית. השתחררות מכבליה של ההשוואה במסגרת "כבוד האדם" מאפשרת איפוא, לטעמה של קמיר, דיון גקי וישיר בצורכיהן של נשים ללא קשר לשאלה מה מקבלים או ממה נהנים גברים. עמדה זו קשה בעיני משני טעמים מרכזיים.

ראשית, חשוב לזכור כי השוואה בין נשים לגברים המכירה בתביעתם האנושית הדומה לסיפוק צורכיהם הבסיסיים ולמימוש זכויות היסוד המוקנות להם עומדת ביסודו של השית הפמיניסטי על כל זרמיו, ומתבססת על ניתוח קבוצתי של מעמד הנשים בחברה ועל התביעה לקידומו ולתיקונו של מעמד זה. התביעה הפמיניסטית, גם זו הרדיקלית, תותרת בסופו של דבר לעולם שבו ייהגו נשים וגברים מחירות דומה במימוש זכויות יסוד, מהגנה דומה על אופן מימושו של זכויות אלה ומסיפוק דומה של צרכים אנושיים בסיסיים. יתר על-כן, יסוד ההשוואה במובנו זה הינו אינטגרלי למצע הפמיניסטי בכל הנוגע בהכרה במעמדן הנחות של נשים בחברה וחשיפתו. יכולתנו להעריך ולהבין את קיפוחן והכפפתן של נשים מתבססת על ראייה השוואתית שבמסגרתה נבחנות חירותן היחסית של נשים, מידת האוטונומיה שלהן בשליטה על גופן ועל חייהן ויכולתן להגיע למימוש עצמי בספרה הציבורית – כל זה בהשוואה לגברים. מן הבחינה הזאת, שלילת יסוד ההשוואה מן העיסוק המשפטי במעמד האשה גורעת מן הפרוגרמה הפמיניסטית בשל העובדה שהיא מוחקת ומעלימה חלק מיסוד הפגיעה בנשים המתקיים במסגרת הסדר החברתי והמשפטי הקיים. המושג "כבוד האדם", כפי שקמיר מפרשת אותו, אכן יכול להאיר באופן ספציפי את ההקשרים שבהם צרכים נשיים אינם מסופקים או זכויות יסוד שלהן אינן ממומשות. המושג "שוויון" מבהיר עם זאת את החומרה היחידה הטמונה במצב כזה בשל העובדה שהוא מאפשר לחשוף את המבנה ההיררכי שהפגיעה בנשים מתקיימת במסגרתו. פגיעה זו מתקיימת בעולם שבו גברים כקבוצה נהנים מעדיפות בכל הנוגע בסיפוק צרכים ומימוש זכויות יסוד. אי-הצדק במצב זה אינו נגזר רק מעצם שלילתה של זכות כזו או אחרת או מאי-ההתחשבות בצורך אנושי כזה או אחר, אלא מן הריבוד החברתי שסדר משפטי כזה אוכף ומגציח בין קבוצות שונות בחברה. בתמצית ניתן איפוא לסכם ולומר כי יסוד ההשוואה לא רק מאיר באופן מורכב יותר את מידת קיפוחן של נשים בחברה, אלא גם מסייע בהמשגתו של קיפוח זה במונחים קבוצתיים.

זאת ועוד, בניגוד לחששותיה של קמיר, נראה כי שימוש בהשוואה בין נשים לגברים במסגרת תפיסת שוויון מהותית אינו כובל בהכרח את הדיון במעמד האשה לאמת-המידה הגברית באופן המעלים את השונות הנשית ואת הצרכים הנשיים המיוחדים הנגזרים ממנה בהקשרים שונים. כך, למשל, ניתן לטעון כי מעביד החפץ לתרום לרווחת עובדיו ולהעשיר את שעות הפנאי שלהם, ומכשיר בשבילם מגיש כדורגל שהם רשאים להשתמש בו מדי ערב מייד לאחר תום העבודה, יכול להיתפס כמפלה נשים לרעה גם אם הוא מעניק את ההטבה הזאת באופן זהה לנשים ולגברים. נשים נושאות בנטל כבד יותר של טיפול בבית ובילדים. בשל כך הן עובדות בממוצע מספר שעות קטן יותר מדי יום, ומקדישות את עיקר שעות אתר-הצהריים והערב לבית ולמשפחה.²⁵ יתר על-כן, משחק כדורגל, שתורם אולי לאיכות הבילוי בשעות הפנאי של גברים, אינו מספק בהכרח צורך דומה אצל נשים. במילים אחרות, ניתן לטעון כי נשים נבדלות מגברים הן מבחינת שעות הפנאי העומדות לרשותן והן מבחינת טיב הפעילות התורמת לרווחתן האישית בזמן הפנוי, ולפיכך הגשמת המטרה של תרומה לרווחת הפרט של העובד והעובדת יכולה וצריכה להיעשות מכוחו של עקרון השוויון על-ידי פיתוח תוכניות פנאי שונות המתחשבות בהבדלים אלה ומניבות תוצאה שווה מבחינת המימוש העצמי ותחושת הרווחה שהן תורמות לה בקרב עובדים ועובדות כאחד. באופן דומה, דיון משווה שעניינו מימוש שווה של זכויות דומות המוקנות לנשים ולגברים, כגון הזכות לחירות, לאוטונומיה על הגוף או אפילו לכבוד, אינו צריך להיתרגם במסגרת שית של שוויון זכויות להשוואה טכנית המתעלמת מהבדלים בין נשים לגברים ככל שהבדלים אלה משפיעים על אופן אכיפתן ומימשן של זכויות אלה. שית של שוויון זכויות יכול לזהות מגבלות שונות ומיוחדות המוטלות, למשל, על חירותן של נשים בהקשרים מסוימים הנובעים ממצאות חייהן השונה, ולהכתיב בהתאם לכך מסגרת אכיפה מורכבת יותר ביחס למימוש זכויות אלה. כך, למשל, בעיות חברתיות מיוחדות לנשים, כגון סחר בנשים, זנות ופורנוגרפיה, הנידונות בהרחבה בספרה של קמיר,²⁶ ניתנות להמשגה כפגיעות בזכויות-יסוד הנתונות באופן שווה לבני שני המינים, כגון הזכות לחירות או הזכות לאוטונומיה גופנית. גם בהקשרן של פגיעות מיוחדות בנשים ניתן איפוא להגדיר ולנתח את הסיטואציה לא כפגיעה בזכות נשית מיוחדת, אלא כעוצמה שונה של פגיעה בזכות דומה. יתר על-כן, דיון "שוויוני" מן הסוג הזה הינו לא רק אפשרי, אלא דומה שהוא אף רצוי יותר מפרספקטיבה נשית.

המחשה מעניינת לטענה זו מצויה, למשל, בעקרונות המשפטיים המסדירים את סוגיית ההפלות. סוגיית ההפלות היא לכאורה סוגיה משפטית ייחודית לנשים – גברים אינם מתעברים וממילא אינם נזקקים לזכות דומה להפיל את עוברם. על-פי קמיר, זה מקרה קלסי לכאורה שבו יש להמיר את רטוריקת השוויון הפמיניסטית המסורתית בהתמקדות בזכותה המיוחדת של האשה בהקשרה של סוגיה זו ללא כל השוואה וללא כל ניסיון

25 ראו בהקשר זה פרסומים של מרכז ארווה נשים בשוק העבודה של מדינת הרווחה בישראל (ש' סבירסקי, א' קונור, ב' סבירסקי וי' יחזקאל עורכים, 2001); סקרי תקצוב זמן ושוויון בין מגדרי (ג' גרוס ונ' סבירסקי עורכות, 2003).

26 ראו במיוחד פרק יא לספרה של קמיר, לעיל הערה 1, בע' 173–188.

למתוח קווים של דומות בינה לבין הגבר. ואכן סוגיית ההפלות מוצגת ומנותחת בספר במסגרת הפרק העוסק בזכות לשלוט בגוף, תוך שההתייחסות הספציפית אליה היא במונחים נשיים ייחודיים, המגדירים את הזכות כ"זכותה של אישה לסיים הריון שאינו רצוי לה".²⁷ מול זכותה של האשה לסיים הריון שאינו רצוי לה ניצבת עם זאת, בהקשרה של סוגיה זו, זכותו של העובר לחיים, או לכל הפחות האינטרס הציבורי בהגנה על חי העובר אם איננו מכירים בו כאישיות משפטית עצמאית שהיא מושא לזכויות יסוד.²⁸ במסגרת שית זכויות מקובל יש לאון בין שתי זכויות אלה או בין הזכות לבין האינטרס הציבורי על-מנת להגיע להכרעה ראויה ביחס להיקף ההגנה הראוי על זכותה של האשה, שכן הדיון המשפטי בזכות האשה להפיל את עובריה, ככל דיון בזכות אחרת, אינו יכול להתפתח במונחים מוחלטים, אלא רק תוך איוון עם זכויות ואינטרסים מתנגשים אחרים. הבעיה היא עם זאת שבעולם פטריארכלי כמו זה שאנו חיים בו, דיון משפטי שיגדיר את סוגיית ההפלות כסוגיה משפטית נשית מיוחדת וישאף לגבש כלל משפטי ספציפי ביחס לסוגיה ייחודית זו של שונות נשית עלול לקפח נשים למרות ודווקא בשל ההתמקדות הספציפית בהן בלבד. הרי אם המדובר בסוגיה נשית ייחודית, כל איוון מנומק בין הזכות הנשית לזכויות המתנגשות בה יכול להיתפס כמוצדק ונכון, ובמיוחד איוון הנותן משקל חשוב ומרכזי לזכותו של העובר לחיים. דהיינו, בשל תפיסתה של הזכות הנשית להפלה כזכות נשית מיוחדת שאינה בת-שוואה לשום זכות אחרת, לא יהא השית המשפטי מחויב להצדיק בהקשר רחב יותר ובמונחים "שוויוניים-השוואתיים" את היקפה הסופי של הזכות, ויהיה אפשר למצוא צידוק לכל צמצום שלה כתוצאה מן האיוון בינה לבין האינטרסים המתנגשים בה בנסיבות הספציפיות והשונות מאוד של סוגיית ההיריון וההפלה. במציאות המשפטית הקיימת, זה למעשה סוג הניתוח המשפטי המאפיין את סוגיית ההפלות כיום. המשפט הישראלי מטיל איסור כללי, המעוגן בחוק העונשין, על ביצוע של הפלות. לאיסור זה יש חריגים מספר שרק בהתקיימם האשה רשאית, כפוף לאישור שתקבל מוועדה רפואית, לעבור הפלה.²⁹ ההיסטוריה החקיקתית של סוגיית ההפלה מגלה כי הסוגיה נתפסה והוצגה על-ידי המחוקק כסוגיה נשית ייחודית הנוגעת באופן ספציפי בשיקולים הקשורים למערכת היחסים בין האשה לעובר ולאינטרסים חברתיים רלוונטיים. בהתאם לכך, אין כמובן זכר לשיקולי שוויון בין נשים לגברים בתקשרה של הסוגיה המסוימת. סוג דומה של שיח משפטי ניתן למצוא גם בארצות-הברית, אף ששם זכות האשה להפלה זוכה בהגנה רבה יותר מן שבהקשר הישראלי.³⁰

ברמה הבסיסית הפשטנית, סוגיית ההפלות היא אכן עניין שהינו רלוונטי לנשים

27 קמיר, שם, בע' 129.

28 במשפט האמריקאי למשל אין העובר מוכר כמושא עצמאי לזכויות וככזה שנתונה לו הזכות החוקתית לחיים. הריון בזכות להפלה מעמת אותה אפוא עם האינטרס הציבורי שבהגנה על חי העובר. ראו עניין *Roe v. Wade*, supra note 5.

29 ראו סעיפים 314 ו-316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

30 לדיון מפורט באופן התפתחותם של ההסדרים המשפטיים הנוגעים בהפלות במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי ראו רימלט, לעיל הערה 7.

בלבר, רק נשים מתעברות ונוקקות להפלה. גברים לא. ברמה העקרונית ניתן עם זאת לבחון את סוגיית ההפלות כמצויה במתחם משפטי שהינו רלוונטי לשני המינים, שהרי שאלת זכותה של אשה להפיל את עובריה בגורת בסופו של דבר מזכות-ייסוד משותפת לבני שני המינים – זכות האדם על גופו, והיא מעוררת דילמה, שאינה ייחודית בהכרח לנשים, שעניינה מידת ההגנה שיש לייחד לזכות זו כאשר היא מתנגשת עם זכותו לתיים של צד שלישי. חשיבה תיאורטית בהקשר זה קיימת, והיא מסייעת להאיר את האנלוגיה האפשרית שניתן לבסס בין סוגיית ההפלה לבין עקרונות משפטיים מוכרים ביחס לזכות האדם על גופו, ובמיוחד ביחס להיקפן של חובות ההצלה שהמשפט מוכן להטיל על אדם ביחס לצד שלישי.³¹ הטענה שנטענה בהקשר זה היא כי ניתן לבחון ולנתח את ההיריון כסיטואציה שבה גופה של האשה מוכפף לטובת העובר, והאיטור על ביצוע ההפלה מנציח הכפפה גופנית זו ונותן לה תוקף. מכיוון שכך, הזכות להפלה צריכה להתבסס על עקרונות מקובלים ביחס להיקף החובות שהמשפט מטיל בדרך-כלל על אנשים בנסיבות שבהן שעבוד גופם לטובתו של צד ג הוא תנאי הכרחי להצלחתו של אותו צד. בחינתה של סוגיית ההפלות בפרספקטיבה כזו של "שוויון זכויות" מגלה כי בהקשרים אחרים אין המשפט מכיר בחובה של אדם לשעבד את גופו בצורה כה מכבידה לטובתו של צד ג, אף לא כאשר מדובר בחובות גופניות של הורה לטובת ילדו. כך, למשל, נטען בהקשר זה כי המשפט אינו כופה על הורים תרומת כליה או אפילו תרומת דם פשוטה גם כאשר מדובר בפגיעה זעירה באוטונומיה הגופנית שלהם היכולה להביא לידי הצלת חייו של ילדם. אין איפוא לכאורה מקבילה לנטל הגופני שההיריון הכפוי מטיל על גופה של האשה מבחינת חובות ההצלה שהמשפט מכיר בהן בהקשרים אחרים.³² טיעון זה אינו נקי כמונח מספקות. יהיו שיטענו כי לא ניתן כלל להשוות את סוגיית ההפלות לסוגיות אחרות של הצלת

31 הניסיון המקיף הראשון לנתח את סוגיית ההפלות במונחים אנלוגיים לסוגיות משפטיות אחרות מצוי במאמרה של תומסון מראשית שנות השבעים: J.J. Thomson "A Defense of Abortion" 1 *Philosophy & Public Affairs* (1971) 47. ניסיון דומה ומפורט יותר מזה של תומסון ניתן למצוא במאמרו של דונלד רייגן: D.H. Regan "Rewriting Roe v. Wade" 77 *Mich. L. Rev.* (1978–1979) 1569.

32 תומסון (Thomson) השוותה בהקשר זה בין מצבה של האשה ההרה לבין מצבו של מי שנהטף וגופו חובר בכפייה לגופו של כנר מפורסם שכליותיו חדלו לתפקד. הכפפה גופו של הנחטף לגופו של הכנר נועדה לאפשר לאחרון לנצל את כליותיו המתפקדות של הנחטף ולהציל בכך את חייו. בהסתמך על הדוגמה הזאת ניסתה תומסון להוכיח כי המשפט אינו מכיר בכפיית חובות גופניות דומות לאלה המוטלות על האשה ההרה בנסיבות שבהן נאסר עליה להפיל את עובריה – Thomson, *ibid*. באופן דומה טען רייגן כי יש לנתח את סוגיית ההפלות כנופלת למתחם ההלכות המשפטיות בסוגיית "השומרוני הטוב". רייגן ניסה להוכיח כי החובות הגופניות המוטלות על אשה כתוצאה מאיסור על הפלות קשות ומכבידות יותר מכל חובה גופנית אחרת שהמשפט מכיר בה ביחסים שבין אדם לצד ג בכלל ובתחום היחסים שבין הורה לילדו בפרט. ראו: Regan, *ibid*.

חיים, שכן בהפלה, ההתערבות הנדרשת לצורך הגנה על האוטונומיה הגופנית של האשה היא התערבות פעילה הגורמת למות העובר, בעוד שההגנה על זכות ההורה לאוטונומיה גופנית במקרה של תרומת דם למשל היא הגנה סבילה המתבטאת באי־התערבות, שתוצאתה העקיפה, ולא הישירה, היא מות הילד. נוסף על כך ניתן כמובן לטעון במידה רבה של צדק כי ההיריון, כמו גם הלידה, הינם חוויות נשיות ייחודיות ככל הנוגע בסבל ובכאב המלווים אותם, ולפיכך לא ניתן להשוותם למצבים אנושיים אחרים.³³ עם זאת ספק בעיני אם הבחנות אלה שומטות כליל את הבסיס לדיון משווה מן הסוג שעליו הצבעתי לעיל. למרות ההבדלים המהותיים בין סוגיית ההפלות לבין סוגיות אנושיות אחרות של הצלת חיים, לא ניתן לבטל לחלוטין את הטענה כי בשני המקרים ניצבת התנגשות דומה ביסודה בין זכותו של אדם על גופו לבין אינטרס או זכות לחיים של צד שלישי. יתר על־כן, המשפט מתבקש כאן, כמו שם, להכריע בשאלת ההתנגשות הזאת, ואגב כך הוא מגדיר ומתווה את היקף ההגנה הניתנת לזכותו של אדם על גופו כאשר להגדרה זו יש השלכה על חייו של צד שלישי. דמיון זה מחייב לכל הפחות שסוגיית ההפלות תידון ותוכרע אגב הירשות לסוגיות משפטיות אלה גם אם בסופו של דיון תידחה ההשוואה באופן מנומק. דבר זה לא התרחש כלל כאמור בהקשרה של סוגיית ההפלות, שנתפסה ועדיין נתפסת כעניין ייחודי הרלוונטי לנשים בלבד מבחינת טיב הזכויות שהיא נוגעת בהן וטיב הדילמות המוסריות שהדיון בזכויות אלה מעורר. נוסף על כך, במקום שהזכות להפלה תעוצב ותוגדר תוך התחשבות מרבית בשונותה של האשה ובצרכיה המיוחדים, כפי שהיתה קמיר הפצה, הוגבלה הזכות באופן ממשי. הגבלה זו לא רק שהיא פוגעת באוטונומיה הגופנית של נשים, אלא היא גם בלתי־צודקת וקשה משום שהזכות הנתונה לנשים בהקשר זה צרה ומצומצמת יותר מן הזכות הנתונה לגברים בהקשרים דומים שאינם זהים כמובן.

מן האמור לעיל עולה איפוא כי אף־על־פי שהיבט השוויון אמור להיות חלק בלתי־נפרד מכל זכות אינדיווידואלית באופן ששאלת היקפה הראוי של הזכות ומידת ההגנה הניתנת לה בסיטואציה מסוימת של התנגשות אמורה להתבסס גם על שיקולים של שוויון זכויות, הרי שכפועל, כאשר שית הזכויות עוסק בדילמות מיוחדות לנשים, נעלם לעיתים מימד זה של ניתוח משווה מן הדיון. החשש שלי הוא איפוא שוויתור עקרוני על עקרונות השוויון לטובת הערך של כבוד האדם כאמת־מידה כללית וכמסגרת תיאורטית לדיון בזכויותיהן ובצורכיהן של נשים יחמיר נטייה זו, ויעמיק אגב כך את עמדת הנחיתות של נשים. נכון שהשוויון, במובן של שוויון זכויות, טבוע ממילא בכל זכות־יסוד, ובהקשר זה אין השוויון מוסיף כערך עצמאי דבר מעבר למה שזכויות־היסוד השונות דורשות מכות תביעתן העצמית. אולם סוגיית ההפלות ממתשה לטעמי כיצד הגדרה של סוגיה עקרונית במונחים ייחודיים לנשים משחררת את השיח המשפטי מכבליו של הדיון השוויוני־המשווה וכן איזו השפעה יש לדיון "מיוחד" כזה על נשים. מבחינה זו, ההיאתות הפמיניסטית בשוויון כעקרון־העל החולש על הדיון במצבן של נשים בחברה משמשת תמרור אזהרה סמלי ומעשי כאחד שתכליתו הקפדה על משטור השיח המשפטי ושמירה על אמות־מידה

.M. Ashe "Zig-Zag Stitching and the Seamless Web" 13 *Nova L. Rev.* (1989) 355 33

של שוויון והשוואה גם במסגרת העיסוק בזכויות אינדיווידואליות שונות. גם אם צודקת איפוא קמיר בטענתה כי הכבוד, יותר מן השוויון, לא רק מספק מסגרת תיאורטית לדיון בזכויות קיימות מוכרות, אלא הוא גם ובעיקר כר הולם "לפיתוח מסגרת חשיבה אשר תקדם גשים מעבר לזכויות הבסיסיות הללו",³⁴ אין זה בטוח כי בראייה פרגמטית אנו רוצים להרחיב את השית תוך יצירת זכויות מיוחדות לנשים ותוך השתחררות סמלית מתביעתו המשווה של עקרון השוויון. ההיפך מזה נכון. נדמה כי דווקא הותרתו של עקרון השוויון על כנו תבטיח בסופו של דבר צדק לקבוצת הנשים. שית הזכויות הנוכחי, חשוב לזכור, רחב דיו. קמיר עצמה עומדת בספר בהרחבה על היבטיו הרבים והמגוונים ומציגה כאמור את מכלול זכויות היסוד הזוכות בהכרה.³⁵ שית זה יכול איפוא לספק מכוח הזכויות המנויות בו הגנה, הכרה וסיפוק צרכים רבים ומגוונים של נשים. לטעמי, הבעיה אינה בעיה מושגית של קיומה של זכות כזו או אחרת, אלא בעיה של הכרה בצורך או בדילמה גשית ככאלה שתיקובם מתחייב מכוח תביעתה המהותית של זכות כזו או אחרת. מכהינה זו דומה לפיכך כי המרתו של השוויון בכבוד לא רק שאינה מוסיפה נדבך משמעותי לדיון במצב האשה, אלא דומה שהיא אף גורעת ממנו לא רק בראייה מהותית, כפי שהסברתי בראשית דברי, אלא גם בראייה סמלית ומעשית.

3. כבוד האשה וכבוד האדם

קושי שלישי ואחרון שמעוררת העמדה הדוגלת בשינויה של המסגרת התיאורטית הכללית לדיון במצבן החברתי של נשים והגדרתה מחדש במונחים של כבוד האדם, במקום במונחים של שוויון על בסיס מין, נובע מן המטען הסטריאוטיפי הפוטנציאלי שערך הכבוד מביא עמו לדיון במעמד האשה. קמיר מציגה ומנתחת את ערך כבוד האדם מתוך תפיסה מודרנית. מטריית הכבוד שהיא הפצה להעניק לנשים מושתתת על תפיסה שלפיה "כל פרט אנושי, באשר הוא, מהווה מטרה מוחלטת, ולעולם אסור שישמש אך אמצעי להשגת מטרות אחרות זולת עצמו... האדם, כאשר הוא אדם, הנו השליט העליון בחייו ובדרכו, ואילו החברה מתחייבת להכיר בו ובבכירותיו ולאפשר לו לממשן, כל עוד, כמובן, הדבר אפשרי בלא לפגוע בזכויותיהם הלגיטימיות של הפרטים האחרים המרכיבים את החברה."³⁶ החלטה של תפיסת כבוד כזו על נשים היא בוודאי עניין רצוי, אלא שאפשרות מימושה בפועל עלולה להתגלות כבעייתית בשל המטען ההיסטורי השלילי שמביא עמו

34 קמיר, לעיל הערה 1, בע' 176.

35 באופן ספציפי קמיר דנה בספר (שם) לפי הסדר, בזכות לשוויון (פרק ד), בזכות להשתתפות אזרחית בתחום הציבורי (פרק ה), בזכות לחיים, לביטחון אישי ולשלמות הגוף (פרק ו), בזכות לחירות (פרק ז), בזכות לשלוט בגוף (פרק ח), בזכות למימוש עצמי מיני, לזוגיות ולחיי משפחה (פרק ט), בזכויות כלכליות (פרק י) וכבוד האדם (פרקים יא ו"ב), העוסקים בתחולתו של ערך זה על הסוגיות של זנות, פורנוגרפיה והטרדה מינית הנוגעות באופן ספציפי לנשים.

36 קמיר, שם, בע' 173-174.

החיבור נשים-כבוד. השפה העברית אינה מבחינה בין שני מושגים שונים של כבוד הכרוכים באותה מלה. מושג הכבוד הראשון (honor) הוא בעל הטיה מגררית מובהקת. מושג זה הלש במשך שנים רבות על הווייתן המשפטית והציבורית של נשים ושימש בסיס להטלת מגבלות רבות על חירותן בשל רצון פטרנליסטי להגן, מטעמים של כבוד, על צניעותן, מיניותן ותומתן. מושג הכבוד השני (dignity/respect) הוא זה שאליו מכוונת קמיר, והוא כאמור בעל תכנים מודרניים כלליים שעניינם הגנה על כל אדם באשר הוא אדם מפני פגיעה בו והשפלתו. ברמה התאורטית אין ספק כי מושג הכבוד השני הינו ראוי והולם ביחס לנשים, אלא שהחשש הוא מעירוב מושגים בשל עומק החיבור שבין מושג הכבוד הראשון לבין נשים. עירוב מושגים זה עלול להביא לידי כך שהשימוש בערך הכבוד כמסגרת תיאורטית כללית לדיון במצבן של נשים עלול להחמיץ את העומק והמהות של הטענה הפמיניסטית בעניינים שונים הנוגעים בנשים. כך, למשל, קמיר מביאה הן את סוגיית הזנות והן את סוגיית הפורנוגרפיה כסוגיות שראוי יותר לדון בהן תחת מסגרת תיאורטית כללית של כבוד.³⁷ שימוש בערך זה יכול לחשוף לטעמה את האופן שבו פרקטיקות חברתיות אלה תורמות להשפלתן של נשים ולפגיעה בצלם האנוש שלהן. טענה זו זכונה ומוצדקת, אולם מנגד ניתן לטעון כי דווקא חיבור של סוגיות כזנות ופורנוגרפיה, הנוגעות בטבורן במיניותן של נשים, לערך של כבוד במקום ועל-השבון ערך של שוויון עלול להסיט את הדיון בסוגיות אלה לאפיקים מוסרניים ופטרנליסטיים. תביעה של נשים להגנה על כבודן בהקשר זה עלולה להתפרש כצורך חברתי להגן על נשים מטעמי מוסר וצניעות. התוצאה עלולה איפוא להיות לא רק העלמתן של היבט אי-השוויון וההפליה הגלום בתופעות אלה בשל האופן שבו הן מאפשרות דיכוי של נשים על-ידי גברים ומנציחות אותן, אלא גם הגדרתן מחדש של הדיון במונחים אנטי-פמיניסטיים בעליל.

4. סיכום-ביניים

מן האמור עד כה מתברר איפוא שהמרתו של עקרון השוויון בערך של כבוד האדם, תוך הצבתו של האחרון במרכז הדיון הפמיניסטי, מעוררת דילמות לא מועטות, ולפיכך נראה כי השינוי הקונספטואלי שקמיר מבקשת לקדם בהקשר זה אינו רצוי בהכרח, והוא עלול להזיק למאבק הפמיניסטי יותר משיועיל. עם זאת דומה שאין לחלוק על טענתה המרכזית של קמיר כי המושג "שוויון" בפרשנותו האריסטוטלית המקובלת אינו מספק מסגרת נאותה לדיון הפמיניסטי, ועל-כן, ללא הסמעה מלאה של הגדרה מהותית מורכבת למושג "שוויון" בשיח המשפטי לא תצלה ממילא גם ההישענות הפמיניסטית על מושג זה. קמיר מטילה כאמור ספק ביכולתו של השיח הפמיניסטי לקדם מהלך של קידום תפיסת שוויון מהותית על בסיס מין במסגרת השיח המשפטי, ואילו אני סבורה אחרת. אולם טענתי זו מתייבט עדיין הבהרה כיצד מהלך כזה יכול וצריך להשתלב בפעילותו המעשית של הפמיניזם המשפטי בישראל. דברים אלה מובילים אותי איפוא לנקודה השנייה שבה

37 קמיר, שם, בע' 173-188.

אני חפצה לדון בעקבות ספרה של קמיר, והיא שאלת ההשקה בין תיאוריה לפרקטיקה בתוך השיח הפמיניסטי.

ג. השיח הפמיניסטי בין תיאוריה של שוויון מהותי לפרקטיקה של שוויון פורמלי: הזכות לחופשת לידה בישראל כמקרה-מבחן

ספרה של קמיר, כמו טקסטים פמיניסטיים מרכזיים אחרים, מתמקד בעיקר בהצגת גרבייה של המחשבה הפמיניסטית, של המבנים המשפטיים שהיא מבקרת ושל הרפורמות המשפטיות שהיא מבקשת לקדם. עם זאת הספר אינו מסתפק רק בכך, ומציג ודן גם ברפורמות משפטיות שהתרחשו כתוצאה מפעילות פמיניסטית, כגון פסקי-דין שקדיאל,³⁸ פורז,³⁹ נבר,⁴⁰ אליס מילר,⁴¹ שדולת הנשים⁴² ושמרת,⁴³ או תיקוני חקיקה כגון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה,⁴⁴ חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד,⁴⁵ חוק שכר שווה לעובדת ולעובד⁴⁶ וכן הרפורמה שהלח בתוכנו של חוק שיווי זכויות האשה.⁴⁷ מהלך זה של הצצה ראשונית לתוך העשייה הפמיניסטית הפרקטית הינו מהלך ראוי. הוא מבטא הכרה חשובה בכך שלא ניתן כיום להסתפק, במסגרת דיון בפמיניזם המשפטי, בדיון בצדדיו הביקורתיים של שיח זה, שכן בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, ניתן כבר להצביע על כללים משפטיים לא-מעטים שהינם תוצר של מאבק פמיניסטי מכוון. כך, למשל, בישראל

- 38 בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני רתות, פ"ד מב(2) 221. לדיון בפסק-דין זה ראו קמיר, שם, בע' 77.
- 39 בג"צ 953/87 פורז ואח' נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309. לדיון בפסק-דין זה ראו קמיר, שם, בע' 77-78.
- 40 בג"צ 104/87 נבר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749. לדיון בפסק-הדין ראו קמיר, שם, בע' 163.
- 41 עניין מילר, לעיל הערה 19. לדיון בפסק-הדין ראו קמיר, שם, בע' 79-82.
- 42 עניין שדולת הנשים I ועניין שדולת הנשים II, לעיל הערה 20. לדיון בפסקי-הדין הללו ראו קמיר, שם, בע' 85-87.
- 43 ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי, פ"ד מח(1) 302. לדיון בפסקי-הדין ראו קמיר, שם, בע' 105-106.
- 44 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38. לדיון בחוק ראו קמיר, שם, בע' 167-168.
- 45 חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשט"ז-1987, ס"ח 48. לדיון בחוק ראו קמיר, שם, בע' 163.
- 46 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230. לדיון בחוק ראו קמיר, שם, בע' 168-169.
- 47 חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), לעיל הערה 22. לדיון בחוק ראו קמיר, שם, בע' 118, 123.

השיגו נשים שורה של הישגים בתחום החקיקה והפסיקה החל במחצית השנייה של שנות השמונים. ממועד זה ואילך החל המשפט להיות מסומן על ידי השיח הפמיניסטי כוירת פעולה חשובה שניתן לקדם באמצעותה שינוי במעמדן של נשים בישראל, ופסקי-דין רבים, כמו גם רפורמות חקיקתיות, הינם תוצר של מאבקים פמיניסטיים שונים שהתרחשו בשנים אלה.⁴⁸ התוצאה היא אם-כן שניתן כיום לראות בשיח הפמיניסטי לא רק כלי לביקורת המצב המשפטי הקיים, אלא, בהקשרים מסוימים, גם מקור להבנתו. בהקשרו של עקרון השוויון, למשל, השאלה המעניינת היא לפיכך באיזו מידה ניתן לראות בשיח הפמיניסטי האקסיביסטי שותף לתפיסת השוויון הבלתי-מספקת בכל הנוגע בנשים שהשיח המשפטי מחזיק בה בהקשרים שונים, ואיזה סוג של שינוי, אם בכלל, נדרש בכל הנוגע בהשקפה בין השיח הפמיניסטי לשיח המשפטי בישראל. במילים אחרות, לא ניתן למצוא את הוויכוח התיאורטי ביחס ליכולתו של השיח המשפטי לקדם ולאכוף תפיסה מורכבת של שוויון, שבו עסקתי בין היתר בתלקו הראשון של חיבור זה, ללא התייחסות לתרומתה של העשייה הפמיניסטית המשפטית המעשית לגיבושה של תפיסת השוויון הנוהגת על בסיס מין במסגרת השיח המשפטי. בחלק זה אתמקד לפיכך ברפורמה משפטית ספציפית שקרמה עור וגידים לפני שנים אחדות כתוצאה מפעילות פמיניסטית מאורגנת. המדובר בתיקון לחוק עבודת נשים, שהעניק גם לגברים, באופן חלקי. את הזכות לחופשת לידה. באמצעות דיון ברפורמה זו אבקש לעמוד על יחסי-הגומלין בין השיח הפמיניסטי לשיח המשפטי, ולהראות כיצד העיסוק ביחסי-גומלין אלה יכול להוסיף נדבך חשוב נוסף לוויכוח ביחס למרכזיותו של עקרון השוויון בשיח הפמיניסטי וביחס ליכולתו של השיח הפמיניסטי לקדם תפיסה מהותית של מושג זה במסגרת השיח המשפטי.

בשנת 1998 תיקן המחוקק את חוק עבודת נשים, והפך את הזכות לחופשת לידה, שהייתה נתונה עד אז לנשים בלבד, לזכות הנתונה בחלקה גם לגברים. כיום החוק קובע כי אשה יכולה לוותר על מחצית מחופשת הלידה שהיא זכאית לה, דהיינו על שישה שבועות מתוך חופשת הלידה, ובמצב כזה יהיה בעלה זכאי לחופשת לידה של ששת השבועות הנותרים.⁴⁹ בקידומה של רפורמה משפטית זו היתה מעורבת שדולת הנשים, ארגון פמיניסטי שתרגם במהלך שנות התשעים לתיקוני חקיקה שונים נוספים שהעניקו

48 לגיתוח היסטורי משפטי מפורט של התהליכים שהביאו לידי גיבושו של השיח הפמיניסטי המשפטי בישראל ושל פועלו הפרקטי בשנים אלה ראו דימלט, לעיל הערה 7, בע' 206–291.

49 סעיף 6(ח) לחוק עבודת נשים. חוק עבודת נשים (תיקון מס' 14) (הוראת שעה), התשנ"ז–1997, ס"ח 219, התקבל בכנסת ביום כ"ד בתמוז התשנ"ז, 29.7.1997. התיקון לחוק נכנס לתוקף ביום 1.5.98, והוגבל במקור לתקופה של שלוש שנים מיום תחילתו. בחוק עבודת נשים (תיקון מס' 14) (הוראת שעה), התשס"א–2001, ס"ח 516, שתחילתו ביום 1.5.2001, הוארך תוקפו של הסעיף למשך שלוש שנים נוספות, דהיינו עד 30.4.2004. עם זאת נקבע כי מעביד לא יישא באחריות לפי כל דין בשל כך שלא נתן לעובדו חופשת לידה לפי הוראות סעיף-קטן (ח) בתקופה שמיום תחילת התיקון (1.5.2001) ועד יום פרסומו של התיקון (7.8.2001).

לגברים עובדים זכויות הוריות שוות לאלה שמהן נהנו נשים עובדות, כגון זכות ליום עבודה מקוצר וסכסוד הוצאות מעון על-ידי המעביד.⁵⁰ מטרתן של רפורמות אלה היתה לעודד חלוקה שוויונית יותר של האחריות לטיפול בילדים בתוך התא המשפחתי בהנחה שחלוקה שונה כזו תאפשר לנשים להשתלב באופן ראוי יותר בשוק העבודה. דהיינו, המטרה היתה לשחרר נשים מזיהוין האוטומטי בעובדות הנופלות בתרומתן הפוטנציאלית למקום העבודה מגברים בשל התפקידים האימהיים שהן ממלאות לצד עבודתן המקצועית, ולבטל בכך את אחד הטעמים המרכזיים למעמדן הנחות בשוק העבודה.⁵¹

כיום, כשש שנים לאחר חקיקת החוק, מתברר כי שינוי מעמדה הפורמלי של הזכות לחופשת לידה מזכות נשית בלבד לזכות הורית לא שינה במאומה את דפוסי מימושה בפועל של זכות זו. מן הבחינה המעשית, הזכות ממשיכה להיות זכותן של נשים בלבד. גברים אינם מממשים זכות זו אלא בשיעורים זניחים בלבד. כך, למשל, בשנת 1999, השנה הראשונה המלאה שבה יכלו נשים לוותר על מחצית חופשת הלידה לטובתם של בני-זוגן, עשו כן מאתיים ושמונה עשרה נשים מתוך שישים וחמישה אלף שמונה מאות חמישים ושבע. דהיינו, מבין הנהגים מחופשת לידה היוו גברים פחות משליש האתון. נתונים דומים נרשמו גם בשנים 2000, 2001 ו-2002,⁵² מבלי שחלוף הזמן והגברת המודעות הציבורית לקיומה של הזכות שינו במשהו את מאפייניה המגדריים הכרויים. בניגוד ליומרה המוצהרת להשפיע באמצעות המשפט על דפוסי חלוקת האחריות בתוך התא המשפחתי, לא הצליחה יוזמה פמיניסטית זו להשפיע על הסדר התברתי הקיים,

50 *The Israel's Women's Network* (דו"ח תקופתי שפורסם על-ידי שדולת הנשים בישראל, ירושלים, 1998).

51 ר' בן ישראל שווין הודמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב, תשנ"ה) 640-641. לאחר קבלת התיקון לחוק עבודת נשים בנושא חופשת הלידה בכנסת בקריאות שנייה ושלישית, בדרך חברי-הכנסת פורז, יוזם החוק, את חברי הכנסת על קבלת התיקון, והסביר: "אני רק רוצה להסביר דבר אחד, שהוא מאוד מאוד חשוב. כשאומרים חופשת לידה לאב, הדבר הזה מסעה. בעצם מה שחשוב פה יותר הוא מתן אפשרות לאשה לתורר לעבודה בתום תורר ותצי. אחת הסיבות לכך שנשים לא התקדמו בעבודה היתה שמעסיקים אמרו: היא כל הזמן יולדת והולכת לחופשות לידה של שלושה חודשים, אי אפשר לסמוך עליה, צריך להביא מחליף, ולכן הבה נמנה גבר... מבחינה זאת, אני חושב שהחוק הזה הוא בשורה בעיקר לעניין קידום מעמד האשה...". ד"כ 163 (תשנ"ז) 8612.

52 בשנת 2000, מתוך סך של שבעים אלף שש מאות ארבעים ואחד (70,641) נהגים בפועל מחופשת לידה בתשלום היו רק מאתיים שישים ושלושה (263) גברים; בשנת 2001, מתוך סך של שבעים ואחד אלף שש מאות ארבעים ואחד (71,641) נהגים מחופשת לידה היו רק מאה שישים ואחד (161) גברים; ובשנת 2002 מנו הגברים מאה חמישים וארבעה (154) מתוך סך כולל של שבעים ושניים אלף שלוש מאות שבעים ושבעה (72,377) נהגים. הנתונים נמסרו בעל-פה על-ידי גב' תמי אליאב, מנהלת מחלקת המחקר בביטוח הלאומי (גי' ר'). פרסום רשמי של המוסד לביטוח לאומי ביחס לשנים אלה טרם יצא לאור.

וממילא גם המטרה של שילוב ראוי יותר של נשים בשוק העבודה לא יכלה להתממש. השאלה הנשאלת בנסיבות אלה היא: מדוע? ליבונה של שאלה זו חשוב והכרחי, שכן אם המודל החוקי הנוכחי אינו מצליח להשיג את השינוי המקווה, נדרשת חשיבה מחודשת בתוך השיטה הפמיניסטי ביחס לתלופות ראויות יותר. עם זאת, כדי לגבש תלופות כאלה, חשוב להבין תחילה את מקור כשליו של ההסדר הקיים.

התשובה המקובלת לשאלה זו מתבססת על טעמים כלכליים. בשנת 2001 שינה המחוקק את ההסדר הכספי הנוהג ביחס לתשלום דמי לידה תוך שהוא יוצר הפליה לרעה של גברים בהשוואה לנשים. החל במועד זה ואילך הוגבלה תקרת הפיצוי לגברים הנוטלים חופשת לידה לפי שניים מן השכר הממוצע במשק, גם אם משכורתם גבוהה יותר בפועל.⁵³ תקרת הפיצוי לנשים לא שונתה, והיא מאפשרת לנשים ליהנות מדמי לידה בגובה של עד לפי חמישה מן השכר הממוצע במשק, הכל בהתאם לגובה שכרן בפועל.⁵⁴ עובדה זו מספקת לכאורה הסבר כלכלי פשוט ונוח לשאלה מדוע נשים, ולא גברים, הן הנוטלות חופשת לידה. אני סבורה עם זאת כי לא ניתן להבין ולנתח את הסוגיה של חופשת הלידה על רקע זה, וכי ההסבר הכלכלי מצוי, אם בכלל, בשולי התופעה. התיקון המפלה בחוק נעשה רק באמצע שנת 2001 – כשלוש שנים לאחר הענקת הזכות לחופשת לידה גם לגברים, ואילו הדפוס שלפיו גברים אינם נוטלים חופשת לידה התגלה והתגבש כאמור גם בשנים שלפני יצירת ההפליה הכלכלית, מבלי שהמועד של יצירת ההפליה ישפיע בצורה מהותית על מספרם הנמוך ממילא של הגברים שנטלו חופשת לידה. גם כאשר יכלו לקבל פיצוי מלא בגין אובדן השכר הנגרם להם לא מיהרו גברים ליטול חופשת לידה, ונשים לא מיהרו לוותר על חופשת הלידה לטובת בני-זוגן. יתר על-כך, חלק לא מבוטל מן הגברים בשוק העבודה אינם מרוויחים יותר מאשר פי שניים מן השכר הממוצע במשק, ולפיכך, למרות קיומה של הפליה פורמלית, יכלו לכאורה גברים רבים בהרבה ליהנות מן ההסדר הקיים מבלי להיפגע כלכלית.⁵⁵ דבר זה לא התרחש, כאמור. גם אלה שלא הושפעו מן

53 חוק עבודת נשים (תיקון מס' 14) (הוראת שעה) (תיקון), התשס"א-2001, ס"ח 516, התקבל בכנסת ביום 25.7.2001. הסדר זה מעוגן כיום בסעיף 49(ד) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

54 תוקפה החוקתי של הפליה זו בין נשים לגברים עומד כיום למכתן בג"צ במסגרת עתירה שהוגשה בסוגיה זו (ראו בג"צ 8875/02 שלומי פרידמן, עו"ד נ' שר העבודה והרווחה). ביום 5.3.03 ניתן צו על-תנאי בעתירה זו, המורה למשיבים "להתייבב [בתוך תשעים יום – נ' ר'] וליתן טעם: מדוע לא יימנעו מלהפלות גברים לעומת נשים בקבלת דמי לידה מופתעים במקרים בהם יוצאים הם לחופשת לידה בעת שנולד להם ילד/ה". פסקדין סופי בעתירה טרם ניתן.

55 ההכנסה הממוצעת של גברים שכירים בשנת 1999 הסתכמה ב־7,833 ש"ח. בתקופה הנתונה עמד השכר הממוצע במשק על סך של כ־7,000 ש"ח. נתון זה יכול להמחיש היטב שחלק גדול מאוכלוסיית הגברים העובדים, השכירים לפחות, אינו חורג במשכורתו מתקרת הפיצוי לדמי לידה המוגדרת כיום בחוק. יתר על-כך, בעת הדיונים בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת בהצעה להגביל את דמי הלידה המשולמים לגברים

ההשלכות הכלכליות של ההסדר החדש לא מיהרו ליטול חופשת לידה. מכיוון שכך, אני סבורה כי יש לחפש את התשובה לשאלה מדוע לא שינתה הרפורמה המשפטית בעניין חופשת לידה את דפוסייה המגדריים המסורתיים של התופעה בטעמים מהותיים יותר, הקשורים להבדלים בין המינים.

ההסדר הנוכחי בסוגיה של חופשת הלידה מתבסס, כך ניתן ללמוד מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, על הגזות של דמיון בין נשים לבין גברים בכל הנוגע בצורכיהם והעדפותיהם ההוריות. ההנחה הבסיסית העומדת ביסודו היא כי למעט הבדלים ביולוגיים הנוגעים ביכולת ההולדה של נשים, אין הבדלים אחרים בין נשים לבין גברים בהקשרים אלה. מכיוון שכך, דגם החוק שגובש בסופו של דבר תותר להעניק לבני שני המינים שוויון פורמלי במימוש הזכות לחופשת לידה, תוך יצירת חריג המתחשב בצרכיה הביולוגיים השונים של האשה. דהיינו, העובדה שששת השבועות הראשונים של חופשת הלידה נותרו בגדר זכותן של נשים בלבד נועדה לתת מענה לצרכיה הביולוגיים המובחנים של האשה לאחר הלידה, מתוך הנחה שלמעט הבדל ביולוגי זה, לא מתקיימת כל שונות רלוונטית אחרת בין נשים לגברים בכל הנוגע בחופשת לידה.⁵⁶ למעט החריג הביולוגי, הזכות במתכונתה הנוכחית מתבססת איפוא על עיקרון אריסטוטלי של שוויון שלפיו נשים וגברים זוכים בהם דומה מכוח דומותם הרלוונטיות.

עם זאת, בפועל, הדיון בחופשת לידה יכול להיערך על בסיס הנחות תיאורטיות נוספות ביחס לטיבה ומשמעותה של השונות הנשית בכלל ובהקשרים של לידה והורות בפרט. יתר על-כן, ההידרשות לדיון בסוגיית השונות הנשית בהקשרו של הסדר משפטי, כגון חופשת לידה, יכולה לסייע בגיבוש הסברים לעובדת קיומו של הפער בין ההסדר המשפטי "השוויוני" הרשמי בעניין חופשת לידה לבין הפרקטיקה בעלת ההטיה המגדרית המובהקת הנוהגת בפועל בהקשר זה. ראשית, ייתכן שנשים פשוט אינן תפוצות לוותר על חוויית השהות עם הרך הנולד, הטיפול בו והגנתו. ייתכן שנשים נבדלות מגברים בעוצמתו של האינסטינקט האימהי. הצורך לשהות בחברת התינוק בחודשים הראשונים לחייו עמוק ויותר אצלן, ולפיכך רובו המכריע של ציבור הנשים אינו מממש כלל את

העדיף נציג הלשכה המשפטית במשרד העבודה והרווחה, עורך-דין מיכאל אטלן, כי כשמונים אחוז מן הגברים השכירים לא ייפגעו מתקרה זו ויוכלו לקבל פיצוי מלא בגין אובדן שכרם בתקופה של חופשת הלידה (פרוטוקול מס' 351 משיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום כ"ה בתמוז, התשס"א, 19.7.01 (פורסם באתר האינטרנט <http://knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2001-07-19-03.html>)).

56 בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית שהוגשה לכנסת הובהר כי הטעם לכך שהאב לא יוכל בכל מקרה לקבל חופשת לידה כששת השבועות הראשונים לאחר הלידה נעוץ ברצון "לאפשר לאם לנוח ולהתאושש מן הלידה" – הצעת חוק עבודת נשים (תיקון מס' 13 – חופשת לידה לאב), התשנ"ו-1996, ה"ח 397, 398. חברת-הכנסת פורז, יוזם התיקון לחוק, תוסיף והסביר לאחר קבלת התיקון בכנסת כי המצב החוקי הקודם, שלפיו ניתנה חופשת לידה רק לנשים והיה אסור להעסיקן בתקופה זו, לא היה מוצדק, שכן "אנחנו יודעים שמבחינה רפואית הדבר הזה איננו הכרחי". ד"כ 165, לעיל הערה 51.

האופציה הנתונה לו לוותר על מחצית מהופשת הלידה לטובת האב ולטובת חזרה מוקדמת יותר למקום העבודה. מובן שניתן לטעון כי שוגות תרבותית-פסיכולוגית זו בין נשים לבין גברים היא תוצר של הבניות חברתיות רבות עוצמה. זרי תפיסות חברתיות רווחות רואות באשה כמתאימה יותר לטיפול בילדים וגידולם, ותפיסות אלה מעצבות ומכוונות את זהותה העצמית של כל אשה מן הגיל הרך ביותר.⁵⁷ אולם העובדה שמדובר בהבניות חברתיות אינה גורעת מן התוקף שבטענה כי בכגרותן, ומתוך זהותן הנשית והאימהית, נשים חפצות יותר מגברים בחוויית השהות עם הרך הנולד. זו כאמור עמדתו של הפמיניזם התרבותי שהזכרה בתלקו הראשון של חיבור זה. מנגד, ייתכן שהמציאות המתקיימת בפועל, שבה רק נשים ממשות את הזכות לחופשת לידה, היא תוצר של הפערים ביחסי הכוחות בין נשים לבין גברים ככל שאלה משפיעים על עיצובה של מערכת הנורמות והערכים שאנו חיים עליהם. פערים אלה מביאים לידי כך שבמציאות החברתית שבה אנו חיים, פרקטיקת התנהגות המוזהה כנשית, כגון נטילת הופשת לידה, מתויגת כשולית ונחזתה יותר בהשוואה לדפוסי התנהגות המוזהים כגבריים. כחלק מאותה הפרדה היררכית בין "גברי" ל"נשי", עובד נטול כל מחויבות משפחתית המקדיש את כל מרצו למקום עבודתו וערוך בכל עת להיקרא לעבודה מייצג את דמות העובד האידיאלי בהשוואה למי שנושא בנטל כפול של הורות ועבודה. במצב דברים זה, מימוש הזכות לחופשת לידה ממקם כל עובד במעמד של עובד שולי התורג בהתנהגותו מנורמות העבודה המקובלות במקום העבודה. גברים אינם חפצים איפוא ליטול חופשת לידה בשל התיג החברתי וההשלכות הכלכליות שיש לבהירה כוו במקום העבודה. כאשר נורמות עבודה מקובלות הן יום עבודה ארוך, נסיעות לחוץ-לארץ במקרה הצורך, עבודה בסופי שבוע וישיבות עבודה בשעות המאוחרות של היום, מי שנוטל חופשת לידה, עוזב את מקום העבודה בשעה ארבע אחר-הצהריים או נאלץ ליטול חופשות בלתי-צפויות לצורך טיפול בילדים מתויג כעובד שאינו מסור למקום העבודה, ועובדה זו משפיעה על סיכויי קידומו ותגמוליו. יתר על-כן, בשל יחסי הכוחות הבלתי-שוויוניים בתוך התא המשפחתי, גברים הם אלה שמכתיבים את הסדר ותלוקת העבודה בתוך התא המשפחתי, ובכלל זה את ההחלטה מי מבני-הזוג ייטול חופשת לידה. עמדה אתרונה זו, הרואה את לב ההבדל בין נשים לגברים כטמון בפערים ביחסי הכוח ביניהם, שואבת את תוקפה כאמור מן התובנות שהפמיניזם הרדיקלי מציע לנו, כפי שגם הן נידונו לעיל.

מן האמור עד כה מתברר אם-כן כי המרתן של הנחות ה"דומות" בין המינים שההסדר החוקי הנוכחי בנושא חופשת לידה מתבסס עליהן בהנחות חלופיות של "שונות", אם בתחום התרבותי-הפסיכולוגי ואם בתחום של יחסי הכוח, מסייעת בגיבושם של הסברים למצב הקיים שבו לא שינתה השוואה פורמלית של הזכות לחופשת לידה במאומה את

57 ניסיון פמיניסטי מקיף להסביר את אופן היווצרותה של ההבניה האימהית אצל נשים החל בגיל הינקות מצוי אצל צ'ודורו, שכניחה את התהליך "שעתוק האימהות". ראו: N. Chodorow "Family Structure and Feminine Personality" *Feminist Philosophies* (New York, J.A. Kourany & J.P. Sterba & R. Tong eds., 1993) 309.

דפוסי מימושה בפועל של הזכות. עובדה זו אינה מפתיעה כאמור בהתחשב בעובדה שהעיסוק בסוגיית השונות המגדרית עומד במרכז התיאוריה הפמיניסטית של המשפט ומאפיין במידה רבה את כיווני התפתחותה. ניתוח מציאות חייהן של נשים מפרספקטיבה של שונות מאפיינת זרמים ביקורתיים כגון הפמיניזם התרבותי והפמיניזם הרדיקלי, המספקים לנו, כפי שהסברתי, כלים חשובים לניתוח יחסי-הגומלין בין ההסדר המשפטי הנוהג בעניין חופשת לידה לבין המציאות שהוא אוכף בפועל.

התוצאה היא אס-כך כי אף-על-פי שהחוק הנוכחי יוצר מראית-עין של שוויון בין נשים לגברים בכל הנוגע במימוש האפשרות לצאת לחופשת לידה, הנתונים מראים כי חופשת לידה נותרה כשהיתה בעבר – פרקטיקה נשית מובהקת. זאת ועוד, הרפורמה המשפטית הותירה את חופשת הלידה כפרקטיקה ביתית השמורה באופן בלעדי לתחום הספרה הפרטית והמשפחה. יציאתה של אשה עובדת לחופשת לידה מוציאה אותה אס-כך ממקום העבודה וממקמת אותה מחדש בביתה. הטיפול בילדים נשמר מכוחו של הסדר משפטי זה לספרה הביתית, הממשיכה להיות מוזהה עם נשים ונשיות מבלי שהדבר ישפיע על המבנה של מקום העבודה ועל הערכים "הגבריים" שהוא מבוסס עליהם. האשה העובדת נדרשת איפוא לבחור בין הדרתה לספרה נפרדת לצורך מימוש אימהותה בשבועות הראשונים לאחר הלידה לבין ויתור על ערך נשי זה לטובת דפוס עבודה גברי, שאין בו מקום להורות פעילה. בחירה באפשרות הראשונה משמעה תיוגה של האשה במעמד של עובדת שולית ונחותה. האשה ממשיכה להיות מסומנת במקום העבודה כעובדת הנופלת מהגבר בתרומתה הפוטנציאלית למקום העבודה בשל היעדרו של דצף תעסוקתי בעבודתה, וכך נשמר אחד הטעמים המרכזיים להפלייתן לרעה של נשים בשוק העבודה. לא זו אף זו, חופשת לידה במתכונתה הנוכחית מנתקת את האשה לחלוטין מכל הוויה ציבורית. היא שוללת מן האשה לחלוטין את האפשרות לשמור על קשר, ולו חלקי, עם מקום העבודה, ומגבילה אותה לפעילות ביתית ומשפחתית בלבד. לנשים המורגלות בהתנהלות בספרה הציבורית, ניתוק פתאומי ומוהלט כזה מכל הוויה ציבורית של פעילות מקצועית עלול להיות קשה ומתסכל. מנגד, בחירה באפשרות השנייה של ויתור על חופשת הלידה לטובת דפוס עבודה גברי, שאין בו מקום להורות פעילה, להנקה ולשהות משמעותית עם הרך הנולד, דורשת ויתור כואב ואולי בלתי-אפשרי מבחינתן של נשים רבות הרואות באימהותן גרעין מרכזי של זהותן ותפיסתן העצמית.

מפרספקטיבה פמיניסטית ביקורתית ניתן איפוא לסכם ולומר כי ההסדר המשפטי והחברתי ביחס לחופשת לידה אינו שוויוני כפי שהוא מתווה להיות. לערכים וצרכים נשיים יש מקום במסגרת הסדר זה רק בספרה הפרטית של הבית והמשפחה, והם מודרים מכל נוכחות או השפעה במרחב הציבורי של מקום העבודה המבוסס כולו על דפוסי התנהגות וערכים גבריים. זאת ועוד, במקום לקעקע את המנגנונים התורמים להדרתן של נשים לספרה הביתית, ההסדר המשפטי הקיים משמר מנגנונים אלה ומשעתק בכך את עמדת הנחיתות הכלכלית והמעמדית של נשים בחברה. דהיינו, מכיוון שההסדר הנוכחי אינו מטפל כלל באותם מבנים חברתיים כוחניים המשפיעים על החלטתן של נשים לצאת לחופשת לידה, ומתרגמים בחירות אלה למונחים של שוליות ונחיתות חברתית, ממילא נשמר במסגרת זו הסדר החברתי המגדרי ההיררכי הקיים.

השאלה הנשאלת בנסיבות אלה היא: האם ניתן להצביע על הסדר משפטי חלופי שיוכל

להתמודד באופן ראוי יותר עם דילמת "השונוּת הנשית" כפי שהיא נחשפת בהקשרה של חופשת לידה, ולהביא לידי תוצאה שוויונית יותר מן הבחינה המגדרית? על-פי הפמיניזם התרבותי, פתרון משפטי "שוויוני" הולם לסוגיה של חופשת הלידה הוא כזה שמתחשב ומכבד באופן שווה בחירות והעדפות של נשים. על-פי הפמיניזם הרדיקלי יושג השוויון המגדרי באמצעות שבירת מנגנוני הכוח שמכתיבים ומעצבים בחירות והעדפות אלה. נראה על-פניו שמדובר בסוגים שונים של פתרונות משפטיים, אבל למעשה ניתן לחשוב בהקשרה של חופשת הלידה על פתרון משפטי שינסה להתמודד במשותף עם שני האתגרים שזרמים אלה מציבים. פתרון משפטי כזה צריך להתמקד בשינוי המבנה של מקום העבודה והפיכתו לכוה המותאם גם לצרכים הוריים. דהיינו, המטרה צריכה להיות שבירת ההפרדה בין הבית לעבודה באמצעות "ביות" מקום העבודה. במקום לשלוח נשים (או גברים) הביתה לצורך חופשת לידה, צריך אולי לחייב כל מעביד להקים מתקנים לטיפול בילדים מן הגיל הרך ביותר בתוך מקום העבודה וכחלק בלתי-נפרד ממנו. במסגרת הסדר משפטי כזה, נשים לאחר לידה יוכלו איפוא להמשיך לעבוד, אך גם להיניק את ילדיהן ולשהות עמם באותו מקום. היכולת לטפל בילדים במסגרת מקום העבודה מבלי לשלם על כך מחיר של הרחקה, ולו זמנית, מן העיסוק המקצועי יכולה לעודד גם גברים ליטול חלק פעיל יותר בטיפול בילדים. מעורבות גברית גדולה יותר בטיפול בילדים ומתן לגיטימציה לצרכים המזוהים כנשיים במסגרת מקום העבודה עשויים לתרום לשבירת ההפרדה ההיררכית בין עיסוק נשי זה והערכים העומדים בבסיסו לבין הגורמות המקובלות במקום העבודה. הם גם יכולים לסייע במיגור המבנים התברתיים שמכוחם כמעט רק נשים עסוקות בטיפול בילדים. בראייה פמיניסטית ביקורתית, זה שוויון אמיתי בין נשים לבין גברים. העולה מן המקובץ הוא כי שימוש בכלים פמיניסטיים ביקורתיים המתבססים על תפיסת שוויון מהותית תוצאתית משנה את הדיון בחופשת לידה מיסודו. הוא מאיר את מגבלותיו של ההסדר ה"שוויוני" הנוכחי ומסייע בהתוויית פתרון משפטי ראוי יותר מבחינתן של נשים, תוך שימוש בתפיסת שוויון על בסיס מין רחבה ומורכבת יותר. למרות זאת, השיח הפמיניסטי הישראלי לא נדרש כלל לפרספקטיבות הללו של שוויון מגדרי כאשר הוא גיבש את ההסדר הנוכחי ביחס לחופשת לידה. היוזמה לתיקונו של ההסדר בעניין חופשת לידה באה כאמור מכיוונו של ארגונים פמיניסטיים. ארגונים אלה, ובראשם שדולת הנשים, הם שהכתיבו את עקרון היחס הדומה שההסדר הקיים מתבסס עליו. התנהלות זו של השיח הפמיניסטי האקטיביסטי ביחס לחופשת לידה אינה מפתיעה. למעשה, כפי שציינו כותבות פמיניסטיות שונות, רוב המאבקים הפמיניסטיים שהתנהלו בישראל, ובמיוחד אלה שהתמקדו בחירות נשים לטפחה הציבורית, בביסוסן שם, בשיפור מעמדן בשוק העבודה ובניכוס עמדות כוח והשפעה לנשים, הם מן הסוג הליברלי, מן הבחינה שהשוויון שניסו לקדם ביחס לנשים היה שוויון אריסטוטלי של יחס דומה לדומים.⁵⁸ ניתן לראות איפוא את הרפורמה החקיקתית בסוגיה של חופשת הלידה כחלק ממערך רחב בהרבה של שינויי חקיקה ופסיקה שהתגבשו כחלק וכתוצאה של פעילות

58 ל' בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה (תשס"ב) N. Rimall "When a Feminist Struggle Becomes a Symbol of the Agenda as a 523

פמיניסטית משפטית. שינויי חקיקה ופסיקה אלה התיימרו כולם להעניק לנשים דריסת-רגל גדולה יותר בספרה הציבורית באמצעות דגם משפטי שמרכזו מתן יחס דומה לנשים ולגברים המתבסס על דומותם הרלוונטית של בני שני המינים.

השאלה הנשאלת בנוסבות אלה היא: כיצד קרה שלמרות עושרה של התיאוריה הפמיניסטית והמורכבות של תפיסת השוויון שהיא מציגה, בחר הפמיניזם האקטיביסטי בישראל בהקשרים רבים לפסוע על גתיב צר של תפיסת שוויון אריסטוטלית שאינה נותנת ביטוי לעמדה מורכבת זו של שוויון ואינה מנסה ליישמה.

את התשובה לשאלה זו דומה שיש לצגן בטעמים טקטיים יותר מאשר בטעמים מהותיים, ועובדה זו מחזירה אותנו לדיון בשוויון שבו פתחנו חיבור זה. כפי שקמיר טוענת בספרה, ההגדרה האריסטוטלית של שוויון שעניינה מתן יחס דומה לדומים היא המושרשת ביותר בשיח המשפטי. גם אם בהקשרים מסוימים, וכפי שטענתי לעיל, תרג השיח המשפטי מתפיסה זו לטובת תפיסת שוויון מורכבת יותר, הרי שבסופו של דבר ניתן להסכים עם קמיר כי הנטייה המשפטית הטבעית היא לבסס תביעת שוויון במונחים אריסטוטליים. בנוסבות אלה קל להבין מדוע זכתה העמדה הפמיניסטית הליברלית במעמד של בכורה בכל הנוגע בקידומן של רפורמות משפטיות רבות הנוגעות בנשים. אם תפיסת שוויון שעניינה "יחס דומה לדומים" היא הנהירה והמוכנת ביותר לשיח המשפטי, גדולים סיכוייה של תביעה פמיניסטית שתזווח במונחים אלה להתקבל ולהיאכף. המרת העיקרון המשפטי של חופשת לידה הנתונה רק לנשים בעיקרון משפטי שלפיו הזכות שמורה לנשים ולגברים כאחד היא איפוא מהלך משפטי טבעי וברור לשיח משפטי התופס את השוויון בין המינים כמתבטא בראש ובראשונה ביחס המשפטי הדומה שגברים ונשים זוכים בו. דהיינו, ניתן להבין ולהסביר את התנהלותו הפרקטית של הפמיניזם המשפטי בישראל בשנים האחרונות כהתנהלות פרגמטית בתוך שיח משפטי קיים העושה שימוש מרבי בעקרונות משפטיים מוכרים ומקובלים. הסבר זה, נכון ככל שיהיה, אינו פותר עם זאת את הדילמות שהתנהלות פמיניסטית זו מעוררת, כמו גם את הקושי שיוצרים הכללים המשפטיים שהינם תוצר שלה. כפי שהשף הדיון לעיל, מתן יחס משפטי דומה לנשים ולגברים בהקשרה של חופשת לידה, למשל, לא רק שאינו מקדם באופן מהותי את השוויון על בסיס מין, אלא שהוא מסייע בהסוואת מציאות של אי-שוויון מגדרי באמצעות רטוריקה פורמליסטית של שוויון המתעלמת מהבדלים מהותיים בין נשים לגברים. יתר על-כן, תפקידו של השיח הפמיניסטי הוא לקרוא תיגר על מבנים משפטיים קיימים ומקובלים. בהקשרו של עקרון השוויון, וכפי שטענתי והמחשתי בתלקו הראשון של חיבור זה, חלה כבר פריצת-דרך משמעותית בהגדרתו של מושג זה ובהתאמת תכניו המהותיים למציאות חייהן של נשים. השיח המשפטי הישראלי מצוי איפוא בעיצומו של מהלך שעניינו הסטת הדיון בשוויון מיסוד האמצעי ליסוד התוצאה, ותפקידו של השיח הפמיניסטי הוא לתמוך במהלך זה ולחזקו. במקום זאת אנו עדים בהקשרים רבים לעובדה שהשיח הפמיניסטי ממלא תפקיד הפוך. במקום להיות גורם של שינוי, דומה שהשיח הפמיניסטי ממלא תפקיד של שיטור

והנצחה. בסרם נקבל את עמדתה הפסימית של קמיר ביחס לסיכויי הפנמתה של תפיסת שוויון מורכבת יותר בתוך השיח המשפטי, ראוי איפוא שבחן את יחסי הגומלין המורכבים בין השיח הפמיניסטי לשיח המשפטי באופן שנוכל להעריך את מידת התרומה הפמיניסטית למבנה זה ואת פוטנציאל השינוי שהשקה אחרת, התרנית וביקורתית יותר, בין פמיניזם למשפט יכולה להביא עמה.

ד. סיכום

ספרה של אורית קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט, מציף ומעלה על פני השטח שתי סוגיות מהותיות הנוגעות בכיווני ההתפתחות העתידיים של הפמיניזם המשפטי בישראל. בחיבור זה ביקשתי להציג סוגיות אלה ולנסות לעורר בעניינן דיון רחב יותר ושונה מזה של קמיר. בחלקו הראשון של החיבור העליתי הרהורים ביקורתיים ביחס לשינוי הקונסטטואלי שקמיר מנסה לקדם בספרה, שעניינו המרת השוויון בכבוד והצבתו של האחרון כעקרון-על וכאמת-מידה כללית לדיון במצבן החברתי של נשים. בהקשר זה טענתי כי מן הבחינה המהותית, בישראל, המושג "שוויון" יכול להכיל את התכנים המורכבים הדרושים לצורך התמודדות ראויה עם סוגיות נשיות שונות, וכי בכל מקרה, מסוננת השוויון או ההשוואה שקמיר מבקשת להינתק ממנה מהווה דווקא נדבך חשוב ומועיל בגיבושם של כללים משפטיים ראויים ביחס לנשים הן ברמה המהותית והן ברמה הסמלית. יתר על-כן, המושג "כבוד", בניגוד למושג "שוויון", עלול להחזיר את הדיון המשפטי בנשים לאפיקים ישנים ובלתי-רצויים בשל בלבול בין חדש לישן ובין מודרני לפטרנליסטי בהקשרו של מושג זה. מסקנה זו הובילה אותי לדיון בחלקו השני של החיבור, שבו ניתחתי מקרה ספציפי – הרפורמה המשפטית שקרמה עור וגידים בהשראה פמיניסטית. באמצעות ניתוח המקרה הספציפי – זה הנוגע בתיקון לחוק בסוגיית חופשת הלידה, ביקשתי להראות כיצד עלינו להעריך ולנתח את מידת ההשפעה שהיתה לשיח הפמיניסטי על גיבושה ועיצובה של תפיסת השוויון על בסיס מין הנוהגת והנאכפת במסגרת השיח המשפטי ואילו מסקנות צריכות להיגזר מכך ביחס לפמיניזם האקטיביסטי בעתיד. הדילמה שתחף דיון זה היתה שהשיח הפמיניסטי בישראל, למרות עושרו וגיוונו התיאורטי בכל הנוגע במשמעות שהוא מציץ לצקת למושג "שוויון האשה", היה שותף בהקשרה של הזכות לחופשת לידה לעיגונה של תפיסת שוויון פורמלית צרה, שהביאה בעצם להנצחת מציאות של אי-שוויון ביחס למימושה ואופן אכיפתה של זכות זו. המגמה המשפטית המסתמנת בעקבות עיון ברפורמות משפטיות, כמו זו הנוגעת בחופשת לידה, מעוררת איפוא קושי כפול. מחד גיסא, עיון ברפורמות אלה מגלה החלטה של תפיסת שוויון צרה על סוגיות אלה, אף שמן הבחינה הפוטנציאלית כבר גילה השיח המשפטי הישראלי את יכולתו בגיבושה והצגתה של תפיסת שוויון מורכבת בהרבה. מאידך גיסא, השיח הפמיניסטי, שהינו שותף פעיל כיום בגיבושן של רפורמות משפטיות רבות הנוגעות בנשים, אינו מנסה אפילו, כך נראה, להציג ולקדם בעניינן של רפורמות משפטיות אלה תפיסת שוויון רחבה יותר, שיהא בה כדי ליצור חיבור נכון יותר בין שוויון ושונה – חיבור שהינו הכרחי לצורך טיפול משפטי ראוי בסוגיות רבות הנוגעות בנשים. תפיסת

השוויון המשפטית הצרה שקמיר מלינה עליה, ובצדק, בספרה התבררה איפוא ככזו שהביקורת עליה אינה יכולה להיות מנותקת לגמרי מניחוח מקיף יותר של פועלו הפרקטי של הפמיניזם המשפטי בישראל.

האם הערך "כבוד האדם" צריך איפוא לתפוס את מקום השוויון במרכז העיסוק הפמיניסטי? מהו הכיוון שהפמיניזם המשפטי בישראל צריך לצעור אליו? וכיצד ראוי לסמן את נקודת ההשקה הראויה בין תיאוריה לפרקטיקה במסגרת שיח זה? ספרה של קמיר מעורר שאלות חשובות אלה ומניח בסיס מהותי לדיון בהן. עתה יש לקוות שהספר ישמש לא רק טקסט תיאורטי, אלא יהווה נקודת-מוצא לעיון ודיון שיהיו לו נפקויות מעשיות מועילות בכל הנוגע בחיבור שבין פמיניזם, זכויות ומשפט.