

אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידאל השוויון למציאות האימהית

מאת

נויה רימלט*

מאמר זה בוחן את מקומה ואת משמעותה של האימהות הנשית בשיח המשפטי העכשווי. בחינה זו נעשית על רקע שינויים שחלו מאז שנות השמונים ביחסו של המשפט לסוגיית אימהותן של נשים. שינויים אלה, שבמרכזם מעבר ממודל אימהי של זכויות וחובות למודל הורי שוויוני, התרחשו בתמיכתו ובעידודו של השיח הפמיניסטי. ההנחה הייתה שעיונו הפורמלי של מודל של הורות שוויונית בדברי חקיקה שונים יסייע לערער תפיסות מסורתיות ביחס לאימהותן הטבועה של נשים ויקדם בסופו של דבר את השוויון המגדרי בחברה. על רקע הדברים הללו, השאלות העומדות במרכזו של מאמר זה הן אם עיונו של אידאל ההורות השוויונית במשפט אכן הביא למיגור האידאולוגיה האימהית הישנה, ואם המצב הקיים – שבו השיח המשפטי מתבסס ברמה הגלויה והמפורשת על רטוריקה ניטרלית של הורות – אכן ראוי ורצוי מבחינתן של נשים. באמצעות ניתוח של ארבע פרשות שעסקו במישרין או בעקיפין באימהותן של נשים ונדונו בבתי משפט שונים בעשור וחצי האחרון, המאמר מצביע על כך שברמה ההצהרתית בתי המשפט נאחזים בשיח השוויון ההורי החדש ועושים בו שימוש כמסגרת לדיון כשהם נדרשים להתמודד עם סוגיות הנוגעות להורות ולטיפול בילדים. עם זאת, שיח שוויון זה בעייתי משני טעמים: ראשית, הוא מבלבל בין מודל ההורות השוויונית כאידאל שראוי להגשימו לבין המציאות החברתית בפועל, שעדיין משקפת חוסר שוויון ממשי בין נשים לגברים בזירה המשפחתית. הדיבור על שוויון מעלים אפוא מציאות של חוסר שוויון, ומגביל את יכולתם של בתי המשפט לתת מענה ראוי לדילמות מגדריות, שהן תוצר של מציאות לא שוויונית זו. שנית, מתברר כי במקרים רבים הדיבור על שוויון הוא דיבור ריק מתוכן שאינו מעיד על שינוי תפיסתי מהותי. שופטים מסוימים עדיין אוחזים בתפיסות סטראוטיפיות ומציבים ציפיות מובחנות לגבי אימהותן של נשים בהשוואה לתפקודם ההורי הראוי של גברים, והבחנות אלה מכפיפות נשים למערכת

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה נכתב הודות למענק מחקר שקיבלתי ממרכז מינרבה לזכויות האדם. אני מודה למערכת כתב העת **משפטים** ולקורא/ת האנונימית/ת מטעמה על ההערות המצוינות. תודה מיוחדת שלוחה לפאינה מילמן-סיוון ולרונית הרמתי-אלפרן, שסייעו לי מאוד בחידוד הטיעונים שבמאמר. אני מבקשת להודות גם לחברי "פורום משפט וחברה" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הביקורת הבונה שקיבלתי לגרסה מוקדמת של המאמר. כתמיד, מאמר זה לא היה תם ונשלם ללא עזרות המחקר המסורות שלי טלי אייזנברג, הדס אגמון וענבל גלון, שליוו אותי במשך התקופה הארוכה שבה נכתב וסייעו לי מאוד.

ממשטרת של כללים ביחס להתנהגותן האימהית הראויה. זאת ועוד: חלק אחר של הדילמה צץ במפגש בין ארגונים פמיניסטיים לבין בתי המשפט. כמשתתפים פעילים בזירה המשפטית, גורמים פמיניסטיים נוטלים היום חלק פעיל בכינונו של שיח השוויון ההורי. במצב דברים זה המאבק הפמיניסטי צריך לא רק לבקר את השיח השיפוטי הנוהג אלא גם להכיר באופן שבו דפוסי השתתפותו בעיצוב המשפט תורמים לכינונו של שיח בעייתי זה.

מבוא. א. נשים ואימהות: רקע היסטורי. ב. אמא רעה, אמא טובה, אמא לא רלוונטית. 1. אמא רעה; 2. אמא טובה; 3. אמא לא רלוונטית; ג. במקום סיכום: נשים בישראל בין שלושה מודלים של אימהות.

מבוא

כשדנים על מקומה של האשה יש לזכור שני דברים – ושניהם יחד.

הדבר הראשון הייעוד המיוחד של האשה ייעוד האימהות. אין בחיים ייעוד גדול מזה [...] לכל אחד מאיתנו היתה אם – וכל איש יודע שלא היתה נפש יקרה, אהובה ונאמנה בחייו כמו האם. עלינו לתת כבוד ויקר לאימהות, ולהעמיד האשה בתנאים הנוחים והרצויים ביותר כשעליה להיות לאם [...] לא רק הבן חייב בכבוד האם – אלא המדינה כולה, החברה כולה, חייבת בכבוד האימהות ובזכות האם [...]

אלא שיש לזכור גם דבר שני: האשה אינה אשה בלבד היא גם אשיות, בדיוק כמו הגבר ולאשיות זו מגיעות כל החובות המגיעות לאשיותו של הגבר – מלבד אלה המתייחסות לאימהות. מעבר לאימהות דין האשה כדין אדם¹ [...]

הדברים הללו, שנאמרו על-ידי ראש הממשלה הראשון דוד בן-גוריון בשנת 1949, בעת הדיון בכנסת על חוק שירות בטחון, נותנים ביטוי למתח בסיסי שאפיין את הדיון בעקרון השוויון על בסיס מין בעשורים הראשונים לקיומה של מדינת ישראל. מצד אחד הביעה מדינת ישראל כבר בראשית דרכה מחויבות פורמלית לקידום עקרון השוויון בין המינים; מן הצד האחר רווח בשנים אלו שיח משפטי וציבורי גלוי בסוגיית האימהות הנשית. במרכזו של שיח זה עמדה תפיסה שהבחינה בין נשים לגברים וייחודה לנשים תפקיד בספירה הביתית. הדיון בשוויון על בסיס מין נעצר אפוא בפתחה של האימהות הנשית,

1 ד"כ 2, 1568, 1569-1568 (התש"ט) (ההדגשות הוספו).

שמוקמה על-פי מהותה המיוחדת בספרה נפרדת שאינה כפופה לתביעתו ולעקרונותיו של השוויון. היטיב לנסח זאת בן-גוריון: "מעבר לאימהות – דין האשה כדין אדם".² הספרות הפמיניסטית, שבחנה את התפקיד שמילא המשפט בראשית ימי המדינה בכינון מושג האימהות, מתחה ביקורת נרחבת על שיח משפטי וציבורי גלוי זה, שבמרכזו תפיסת האשה כאם. נטען כי קריאה מעמיקה בטקסט ובהיסטוריה החקיקתית של חוקים שהתקבלו בתקופה הפורמטיבית של המדינה – כגון חוק שירות בטחון, התש"ט-1949 או חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951³ – וניתוח התבטאויות כמו זו של בן-גוריון שצוטטה לעיל ביחס לתפקידן ולמהותן של נשים, יכולים להמחיש את האופן שבו הובנתה מערכת המשמעויות של הנשיות (womanhood) הישראלית היהודית במדינה החדשה. כאמור, מערכת משמעויות זו שמה במרכזה את זיהויה של האשה כאם תוך הדגשת תפקידה החברתי המיוחד, ובאופן זה השיח המשפטי לא רק שיקף מציאות חברתית-תרבותית נתונה, אלא למעשה ייצר וכוון את הסובייקט הנשי במובחן מן הסובייקט הגברי.⁴ תהליך זה הביא להנצחתן של תפיסות סטראוטיפיות ביחס לנשים, תוך שהאידאולוגיה האימהית, הכובלת נשים בתפקידי האימהות המסורתית, משמשת צידוק להדרתן מתפקידים של עצמה, כוח והשפעה בספרה הציבורית, ומסייעת בתרגומן של תפיסות סטראוטיפיות אלה לעמדת נחיתות חברתית ופוליטית של נשים כקבוצה. בנסיבות אלה ניתן להצביע מאז ראשית שנות השמונים על ניסיון פמיניסטי מודע למגר את התפיסות המגדריות הישנות שבמרכזן דמותה של האשה כאם ולהמירן בשיח משפטי ניטרלי של זכויות, המתנער במכוון מההנחות המגדריות הישנות. ברמה הפורמלית נחל ניסיון זה הצלחה רבה. כך, למשל, חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954,⁵ שהתבסס בעבר על מודל "אימהי" של זכויות שהקנה את הזכויות הסוציאליות הקשורות לטיפול בילדים לנשים עובדות בלבד, תוקן בהדרגה בשנים אלה בעידודו של השיח הפמיניסטי, באופן שהמודל האימהי המקורי הומר במודל ניטרלי ושוויוני של הורות המעניק לנשים ולגברים עובדים כאחד את שלל הזכויות הקשורות בטיפול בילדים. ההנחה שעמדה ביסודן של רפורמות חקיקה אלה הייתה כי הן תחוללנה שינוי בתפיסות המגדריות שעליהן מתבסס המשפט ושאותן הוא אוכף, וששינוי זה יקדם בתורו את מעמדן של נשים בחברה.

2 שם, בעמ' 1569.

3 ס"ח 271 וס"ח 248, בהתאמה.

4 ראו, למשל, ניצה ברקוביץ' "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב 277 (1999); פנינה להב "כשהפאליטיב רק מקלקל": הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה" זמנים 47, 149 (1993); פרנסיס רדאי "נשים במשפט הישראלי" אריאלה פרידמן, רות שריפט ודפנה יזרעאלי נשים במלכוד 172 (1982).

5 ס"ח 154.

על רקע הדברים הללו אני מבקשת לבחון במאמר זה כיצד השפיע עיגונו הפורמלי של אידאל ההורות השוויונית בחקיקה על האופן שבו מתמודדים כיום בתי המשפט עם סוגיות שונות הנוגעות להורות ולטיפול בילדים. האם שיח השוויון החדש הביא לדחיקתה של האידאולוגיה האימהית מחוץ לגדרו של השיח השיפוטי? האם בעולם המשפטי שהעלה על נס את אידאל ההורות השוויונית, הדיון וההכרעה השיפוטיים בדילמות הוריות ספציפיות – שהן חלק ממציאות חיהן העכשוויות של נשים – אכן מביאים לתוצאה של צדק ושוויון מגדרי מהותי?

מנקודת ראותה של התאוריה והפרקטיקה הפמיניסטיות, לברורן של שאלות אלה חשיבות עקרונית רבה, שכן כיום השיח הפמיניסטי עסוק בדיון מורכב וביקורתי יותר בכל הנוגע למידה ולאופן שבהם צריכים כללים משפטיים, המסדירים סוגיות של הורות וטיפול בילדים, לבטא את האידאל של הורות שוויונית ולתת לו תוקף. בעוד שבעבר היה השיח הפמיניסטי חיל החלוץ בקידומה של התפיסה שייחסה חשיבות סימבולית מרובה לכינונו של שיח משפטי ניטרלי מבחינה מגדרית, המעמיד במרכזו אידאל של הורות שוויונית, כיום החלו מסתמנים סימני שאלה ביחס לצדקתו של מהלך זה. דוגמה חשובה ומעניינת לכך ניתן למצוא בדיון המתנהל בימים אלה ביחס להצעה לבטל את חזקת הגיל הרך, המעניקה עדיפות לאם בקבלת משמורת על ילדים עד גיל שש בעת גירושין.⁶ הכוונה המסתמנת כרגע היא להמיר את חזקת הגיל הרך בעקרון משמורת ניטרלי ושוויוני מבחינה מגדרית, המתבסס על שיקולים הקשורים בטובת הילד.⁷ עם זאת, בעוד העמדה הרווחת רואה בביטולה של חזקת הגיל הרך המשך טבעי למהלך המשפטי המתנהל זה כשני עשורים – של מעבר ממודל אימהי של זכויות וחובות למודל הורי ניטרלי – גורמים

6 מדובר בעיקרון המעוגן בס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380. סעיף זה קובע כי בהיעדר הסכמה בין ההורים בשאלה מי יחזיק בקטין, על בית המשפט להכריע "כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

7 הדיון בסוגיה זו מתנהל בימים אלה בין כותליה של ועדת שניט. הוועדה, שהוקמה בשנת 2005 על-ידי שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, נתבקשה בכתב המינוי שלה לבחון את הכללים הקבועים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ביחס לשיתוף ולחלוקה של האחריות ההורית בתקופת הגירושין ולאחריה. בפרט נתבקשה הוועדה לתת את המלצותיה לעניין הצידוק להמשך תחולתה של חזקת הגיל הרך שבחוק. דו"ח הביניים של הוועדה, שפורסם לפני יותר משנה, מגלה כי עמדת הרוב בקרב חברי הוועדה תומכת בשלב זה בביטול חזקת הגיל הרך ובהמרתה בעקרון משמורת ניטרלי ושוויוני מבחינה מגדרית, המתבסס על שיקולים הקשורים בטובת הילד. לעומת זאת, דעת המיעוט בוועדה, שזכתה לתמיכה של שלוש חברות ועדה בלבד, גורסת שראוי כי החוק ייתן עדיפות לאם כמטפלת עיקרית משום שבמצואות הישראלית זה המצב בפועל ברובם המכריע של המקרים. דו"ח הביניים פורסם ביום 28.4.2008 ומופיע באתר משרד המשפטים: הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח ביניים (2008). <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf>

פמיניסטיים רבים מביעים התנגדות למהלך זה. עיון בדר"ח הביניים של הוועדה המגבשת את המלצותיה בסוגיה בימים אלה מגלה כי כל ארגוני הנשים שהופיעו בפני הוועדה התנגדו לביטולה של חזקת הגיל הרך.⁸ ביסודה של התנגדות זו עומדים ספקות חדשים ביחס ליכולתו של המשפט לקדם ולהוביל מהלך של שינוי חברתי. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא אם ביטולה של חזקת הגיל הרך צריך להיות המהלך הראשון לקראת כינונה של מציאות חברתית של שוויון מגדרי, או שמא השינוי המשפטי צריך לבוא רק כצעד שני, המשקף ונותן תוקף לתהליכים של שינוי חברתי שכבר התרחשו ביחס לתפקודם ההורי של נשים וגברים. במילים אחרות, בניגוד לעמדה הפמיניסטית המסורתית, הטענה הנשמעת כיום בתוך השיח הפמיניסטי היא כי לאור העובדה שנשים הן עדיין המטפלות העיקריות בילדים לפני גירושין ואחריהם, ביטולה של חזקת הגיל הרך צריך להתרחש רק לאחר שהמציאות תשקף ותבטא בפועל מעבר ממודל אימהי של טיפול בילדים למודל הורי שוויוני.

על רקע הדברים הללו מאמר זה מבקש להוסיף עוד נדבך לשיח הקיים באמצעות בחינת יחסם של בתי המשפט לסוגיות שונות הקשורות לאימהות הנשית בעולם המשפטי העכשווי, שהעלה על נס את האידאל של הורות שוויונית. בעוד שהדיון הפמיניסטי ביחס לחסרונות וליתרונות הכרוכים במעבר ממודל אימהי למודל הורי שוויוני – המתמקד כרגע בהצעה לבטל את חזקת הגיל הרך – הוא דיון תאורטי עקרוני, מאמר זה מסיט את הדיון לעולם המציאות ובוחן כיצד כבר השפיע עיגונו הפורמלי של אידאל ההורות השוויונית בהקשרים משפטיים שונים על האופן שבו מכריעים כיום בתי המשפט בדילמות ספציפיות הנוגעות לטיפול בילדים. אם כן, מכיוון שהמהלך המשפטי לקראת ביטולה של חזקת הגיל הרך הוא חוליה משמעותית נוספת, ובמידה רבה גם תוצר של תהליך רחב יותר המתרחש זה יותר משני עשורים, המטרה היא לזהות את עקבותיו של מהלך זה בפסיקה ולהעריך את תוצאותיו ותרומתו לקידומו של שוויון מגדרי.

חלקו הראשון של המאמר מוקדש להצגת ההקשר ההיסטורי הישראלי של החיבור בין נשים לאימהות ושל ביטויי המשפטיים בחקיקה ובפסיקה. הדיון ההיסטורי משמש רקע להבנת הביקורת הפמיניסטית שהופנתה בזמנו נגד הסדרים משפטיים "אימהיים" ספציפיים שהתגבשו בשנותיה הראשונות של המדינה, ולהצגת הרפורמות המשפטיות שהתחוללו בסופו של דבר כתוצאה מביקורת זו. החלק השני מוקדש לדיון במקומה של האימהות הנשית בדיון השיפוטי העכשווי. בחלק זה אינני מציגה סקירה מקיפה של כל הפסיקה העכשווית הנוגעת באימהות. באמצעות ניתוח מעמיק של ארבע פרשות, שנדונו בבתי המשפט בעשור וחצי האחרון, מטרתי היא להאיר נקודות חשובות שטרם זכו לעיון ביקורתי בספרות המשפטית והפמיניסטית, ולשרטט אגב כך תמונה מורכבת ביחס למאפייניו הנוכחיים של השיח המשפטי העוסק במישרין או בעקיפין באימהות של

נשים. באופן ספציפי, הדיון בחלק זה מבקש להציע קריאה ביקורתית של הדיון השיפוטי שהתגבש בעניינן של ארבע נשים: גלינה (שם בדוי), אירנה (שם בדוי), רות נחמני ואיילת טננבאום, שהיבטים שונים של אימהותן הם שהביאו את העניין לפתחה של מערכת המשפט. גלינה ואירנה הועמדו לדיון פלילי בגין עבירות של התעללות ופגיעה בילדיהן הקטינים; עניינה של רות נחמני הגיע לדיון משפטי בשל רצונה לממש את זכותה לאימהות ואילו איילת טננבאום נאלצה לעזוב מקום עבודה לאחר שהעדיפה את חובותיה האימהיות על פני חובותיה למקום עבודתה.

על פני הדברים נבדלות פרשות אלה בדילמה הספציפית שבה הן עוסקות. הן נדונו על-ידי ערכאות שונות בשנים שונות, ועניינה של פרשה אחת לא נכרך מבחינה פורמלית בעניינה של פרשה אחרת. באמצעות הצבתן זו בצד זו המאמר מצביע על חוט המקשר ביניהן; יחד הן מאירות כיצד השפיע עיגונו הפורמלי של מודל ההורות השוויונית בחקיקה על האופן שבו נדרשים בתי המשפט לסוגיות אינדיבידואליות הנוגעות להורות ולטיפול בילדים, ומכריעים בהן. ברמה המוצהרת, כך מתברר, קנה לו מודל ההורות השוויונית אחיזה חזקה בשיח השיפוטי. בכל אחת מן הפרשות הנדונות ניכרת ההקפדה על שיח ניטרלי מבחינה מגדרית לא רק מצדו של בית המשפט, אלא גם מצדם של גורמים שונים המעורבים באופן ישיר או עקיף בהליך השיפוטי. עם זאת, ברמה האינדיבידואלית, שיח השוויון החדש אינו מביא בהכרח לתוצאה של שוויון מהותי וצדק מגדרי כשאלו נבחנים מנקודת ראותה של האשה הספציפית העומדת במרכזה של כל אחת מן הפרשות הנדונות. למעשה נראה כי שיח השוויון החדש מגביל את יכולתם של בתי המשפט להכריע באופן ראוי בסוגיות ספציפיות הנוגעות לאימהותן של נשים, בשל ארבע דילמות מרכזיות שראוי לתת עליהן את הדעת בהקשר זה.

ראשית, כל אחת מהפרשות חושפת ומאירה כי אף-על-פי שהמשפט הביע בהקשרם של כללים משפטיים שונים מחויבות פורמלית לעיקרון של הורות שוויונית כבר לפני כשני עשורים, המציאות המשפחתית בישראל עדיין משקפת דפוסיים מגדריים מסורתיים והלכה למעשה נשים הן אלה שנוכחותן ממשכה להיות דומיננטית ובעלת משמעות והשפעה גדולות יותר בזירת הטיפול בילדים. עם זאת בתי המשפט, הנחשפים למציאות מוטת-מגדר זו במסגרת הדיון במקרים שונים, אינם עומדים על משמעותה וחשיבותה לצורך ניתוח משפטי ראוי של המקרה הקונקרטי שבו הם עוסקים. במקום זאת הם נאחזים ברטוריקת שוויון עיוורת-מגדר כמסגרת משפטית פורמלית לדיון ולניתוח. רטוריקה זו, המבטאת ומשקפת את אידאל ההורות השוויונית, יוצרת אם כן פער בעייתי בין השיח המשפטי הפורמלי בסוגיות של הורות וטיפול בילדים, המבוסס על אידאל של אחריות הורית שווה, לבין המציאות המגדרית שעמה הוא נועד להתמודד. התוצאה היא שהכרעתם של בתי המשפט במקרים השונים מביאה לתוצאה בעייתית במקרה הספציפי, בשל חוסר יכולתם להפריד בין הדיבור על הורות שוויונית כאידאל לבין ההתמודדות עם מציאות שבה אידאל זה טרם בא לידי מימוש. יתרה מזו: במובן הרחב יותר בתי המשפט

מכשילים התמודדות ראויה עם המציאות המשפחתית הלא שוויונית הנוהגת בישראל, שכן הם תורמים בפסיקתם לכינונו של שיח מגדרי ניטרלי כוזב, המטשטש את הגבולות בין מצוי לרצוי בכל הנוגע להורות ולטיפול בילדים, ומעלים דילמות מגדריות משמעותיות הנוגעות לאימהותן של נשים, שראוי לתת עליהן את הדעת בהקשרים אלו. הדילמה השנייה הנחשפת כתוצאה מהניתוח המשותף של ארבע הפרשות הנדונות במאמר זה נוגעת לקיומו של רובד סמוי של הנחות ותפיסות מגדריות סטראוטיפיות הממשיכות להנחות את פסיקתם של בתי המשפט כשהם נדרשים לסוגיות שונות שבמרכזן תפקודן האימהי של נשים. היינו: למרות היומרה המוצהרת לשרטט במקרים הללו קו של דמיון ושוויון בין גברים לנשים בכל הקשור ליחס המשפט ולטיפולו בסוגיות הנוגעות להורות ולטיפול בילדים, בפועל השיח השיפוטי עדיין אוהז בתפיסות סטראוטיפיות מוטות-מגדר ומציב – גם אם באופן סמוי ולעתים לא מודע – ציפיות מובחנות ושונות ביחס לאימהותן הראויה של נשים בהשוואה לתפקודם ההורי הראוי של גברים. ביסודן של תפיסות אלה עומדת הבחנה דיכוטומית ברורה בין דפוסים של "אימהות טובה" לדפוסים של "אימהות רעה". הבחנה זו כופפת נשים למערכת ציפיות ממשטרת ביחס להתנהגותן האימהית הראויה. כך נחשפות האימהות המתעללות לגינוי ולהקעה מיוחדים, ואילו כמיהתה האימהית של רות נחמני – שהיא ביטוי כה ברור לאימהות טובה וראויה במובן המסורתי – זוכה להזדהות ולתמיכה אפילו ברמה הגלויה. מאחורי מה שנחזה להיות שיח הורי שוויוני וניטרלי מבחינה מגדרית מסתתרת אם כן אידאולוגיה אימהית הממשיכה להנחות את השיח השיפוטי ולהשפיע על תכנון, אלא שהשפעה זו היא פחות גלויה וברורה מבעבר. אם כן, אותה רטוריקה שבמרכזה אידאל של הורות שוויונית, שבה נאחזים בתי המשפט כשהם נדרשים להתמודד עם סוגיות הנוגעות למשפחה ולטיפול בילדים, היא רטוריקה כוזבת – ולא רק משום שהיא מתעלמת מחוסר השוויון המגדרי הממשיך להתקיים בפועל בכל הנוגע לתפקודם ההורי של נשים וגברים, ולפיכך מונעת התמודדות עם דילמות שהן חלק ממצאיאות חייהן של נשים שראוי לתת עליה את הדעת; זוהי רטוריקה כוזבת גם משום שהיא אינה מעידה על נסיגה מתפיסות סטראוטיפיות ביחס לאימהותן הטבועה של נשים, שאותן, במקור, נועד למגר אידאל ההורות השוויונית.

עם זאת, מתברר כי את אותותיו של המשטר האידאולוגי המשפטי "הישן", המעלה על נס את האימהות הטובה, ניתן לזהות בעיקר בספרה הפרטית של הבית והמשפחה. בהקשר זה נחשפת הדילמה השלישית שעליה עומד המאמר, הנוגעת להבחנה של בתי המשפט בין ייצוגיה של האימהות במרחב הפרטי לבין ביטוייה במרחב הציבורי. השיח האידאולוגי, שבמסגרתו האימהות הרעה מקבלת יחס של גינוי ואילו האימהות הטובה זוכה לתמיכה ולהזדהות, מוגבל לספרה הפרטית של הבית והמשפחה. משמע, התנהגותה האימהית של האשה נבחנת, מבוקרת ונשפטת באותם תחומים והקשרים שביחס אליהם היא הוכפפה מקדמת דנא למערכת ציפיות ממשטרת ביחס להתנהגותה

האימהית הראויה. מנגד, כאשר מתעוררות שאלות ביחס לאימהותן של נשים בספרה הציבורית, השיח האימהי מְפנה לחלוטין את מקומו לטובת שיח רשמי של שוויון וניטרליות מגדרית, שבמסגרתו נעלמת זהותן האימהית של נשים. אותם מפגנים של אימהות – שבהקשרים אחרים מסומנים כרלוונטיים להערכת התנהגותה של האשה – נהפכים ללא רלוונטיים. כך, איילת טננבאום, המבקשת להביא את אימהותה הפעילה לתוך מקום העבודה ולקרוא תיגר על האופן ה"גברי" שבו מקום זה מתנהל, מוכפפת לשיח ניטרלי, עיוור-מגדר, ההופך את סוגיית האימהות הנשית ללא רלוונטית לצורך הערכת תפקודה המקצועי. אם כן, בסופו של יום האהדה לאימהות הטובה מוגבלת לספרה הפרטית. לעומת זאת נכבשה הספרה הציבורית לגמרי ברטוריקה עיוורת-מגדר המגלה עוינות כלפי כל מפגן של אימהות פעילה ומשמרת את שוק העבודה כמרחב המותאם לצרכים ולאינטרסים גבריים. כך, אם בעבר היו אלה תפיסות סטראוטיפיות ביחס למהותן האימהית של נשים ששימשו בסיס לביותן ולדחיקתן מהמרחב הציבורי, כיום מושגת הדרתן של נשים שהן אימהות משוק העבודה באמצעות רטוריקה הפוכה של שוויון, ניטרליות ודומות מגדרית.

עניינה של איילת טננבאום ממחיש גם את הדילמה הרביעית והאחרונה שעליה עומד המאמר. דילמה זו נוגעת לאופיו של המאבק הפמיניסטי העכשווי לשוויון ולאופן שבו מאבק זה משפיע על פסיקתם של בתי המשפט כשהם נדרשים להתמודד ולהכריע בסוגיות משפטיות הקשורות לאימהותן של נשים. מכיוון שאידאל ההורות השוויונית קנה לו במקור אחיזה בשיח המשפטי בעידודו של השיח הפמיניסטי, המאבק הפמיניסטי לשוויון מוצא עצמו היום שבוי בסד רטורי של ניטרליות מגדרית שהוא מחויב לו אידאולוגית. עם זאת, סד רטורי זה מטיל מגבלה ממשית על יכולתם של ארגוני הנשים לתת מענה ראוי לדילמות של נשים המפגינות דפוסי התנהגות מסורתיים של נשיות ואימהות. המפתח להבנת מגבלותיו של המרחב הרטורי שבו מתנהל כיום הדיון המשפטי בסוגיות של הורות וטיפול בילדים נמצא אפוא לא רק בניחוח האופן שבו שופטים מכריעים בתיקים שונים הנוגעים לתפקודן של אימהות, אלא גם באופן שבו התובעים וארגוני הזכויות המעורבים בתיקים אלה ממשיגים את תביעתם בפני בית המשפט.

מסקנות אלה ביחס לדילמות העכשוויות המאפיינות את הדיון וההכרעה השיפוטית בסוגיות של הורות וטיפול בילדים מתבססות כאמור על ארבע פרשות בלבד, ולפיכך נשאלת השאלה עד כמה הן משקפות את מלוא פניו של הדיון השיפוטי בסוגיות של הורות ואימהות. אני סבורה שקיומו של דפוס מגדרי העובר כחוט השני ומקשר בין פרשות הנבדלות זו מזו בזמן, במקום ובמהות הסכסוך שבו הן עוסקות, מניח בסיס לטענה שמדובר בדפוס מהותי החורג מן הפרשות הספציפיות ומציב לפיכך אתגר לא פשוט לא רק לפני השיח הפמיניסטי אלא גם לפני בתי המשפט. במיוחד צריכים גורמים אלה להיות מוטרדים מהעובדה שברמה האינדיבידואלית ומבחינתן של נשים ספציפיות

המגיעות כיום לבתי המשפט, "שיח ההורות השוויונית" אינו מקדם – ולעתים אף מכשיל – תוצאה משפטית המתיישבת באופן מהותי עם עקרונות של צדק ושוויון מגדרי.

א. נשים ואימהות: רקע היסטורי

ברמה הפורמלית זכה עקרון השוויון בכלל, ועקרון השוויון בין המינים בפרט, להכרה במשפט הישראלי כבר בשנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל. מגילת העצמאות הצהירה כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"; קווי היסוד של הממשלה הנבחרת הראשונה של מדינת ישראל אימצו את העיקרון של שוויון האשה;⁹ ודברי חקיקה ספציפיים נתנו במשך השנים ביטוי לאספקטים מסוימים של הצהרה זו.¹⁰

עם זאת, בפועל היה המסד הפוליטי בתקופה הרלוונטית שבוי בתפיסה שמרנית פטרנליסטית ביחס לתפקידן של נשים בחברה. האשה נתפסה בראש ובראשונה כאם וכרעיה האחראית לא רק להבאתם של ילדים לעולם, אלא גם לגידולם וחינוכם. תפיסה זו ניזונה מתפיסת האשה בהלכה היהודית, המתייחסת לנשים באופן שונה מאשר לגברים ורואה את האשה כמי שאחריותה הראשונית היא טיפול במשק הבית ובמשפחה.¹¹ זאת ועוד: התפיסה האימהית של האשה זכתה לגיבוי וחיזוק באתוס הלאומי של הקמת המדינה, שלפיו מדינת ישראל נועדה להביא לחידושו של העם היהודי בארצו, ולפיכך תפקידן של הנשים כיוולדות וכאמהות נתפס כבעל חשיבות גם מפרספקטיבה לאומית. בנסיבות אלה אין זה מפתיע לגלות כי תפיסות ביחס לתפקידן האימהי של נשים זכו לאישוש ולתמיכה גם במסגרת חוק שיווי זכויות האשה, שמטרתו המוצהרת הייתה דווקא לתת ביטוי ולחזק את העיקרון של שוויון האשה. באופן ספציפי נקבע בסעיף 1 לחוק המקורי כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". הצהרה כללית זו ביחס לחובה לתת ביטוי לעקרון השוויון בין המינים בצורה של מתן

9 באופן ספציפי נכתב בקווי היסוד של הממשלה הנבחרת הראשונה: "יקיים שוויון מלא וגמור של האישה – שוויון בזכויות ובחובות, בחיי המדינה, החברה והמשק ובכל מערכת החוקים".

10 כך, למשל, בתחום ההכרה בשוויון בין המינים קיבלה הכנסת את חוק שיווי זכויות האשה, ובתחום איסור ההפליה בקבלה לעבודה מטעמים של גיל, מין, העדפה מינית, גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, השקפה וחברות במפלגה עוגן עקרון השוויון בס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ס"ח 32, ומאוחר יותר בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

11 ראו יהודית בובר אגסי "מעמד האשה בישראל" נשים במלכוד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 210; Dafna N. Izraeli, *Women and Work: From Collective to Career*, in CALLING THE EQUALITY BLUFF: WOMEN IN ISRAEL 165 (Barbara Swirski & Marilyn P. Safir eds., 1991).

יחס דומה לנשים ולגברים נתמכה בכמה הוראות ספציפיות בחוק שיצקו תוכן קונקרטי לחובה זו.¹² עם זאת, לצד הוראת השוויון הכללית נקבע בחוק חריג, שעוגן בסעיף 6 וקבע: "אין חוק זה בא לפגוע בכל הוראת חוק הבאה להגן על האשה באשר היא אשה". ברמה המוצהרת נועדה הוראה זו לעסוק רק בעניינים הנוגעים לשונות הביולוגית בין נשים לגברים,¹³ אולם בפועל היה פועלה נרחב יותר. הדוגמה הבולטת ביותר לחקיקה שנהנתה מהגנתו הסימבולית של סעיף 6 הייתה חוק שירות בטחון, שקבע תקופת שירות מקוצרת לנשים בסדיר ובמילואים והעניק להן פטור מוחלט משירות צבאי במצב של נישואין, היריון והורות – זאת בשם האימהות וכדי לאפשר ולעודד את מימושה על-ידי כל אשה.¹⁴ אם כן, גם כשנדרש המחוקק באופן ישיר להסדרתו ולעיגונו של עקרון השוויון בין המינים בחוק, הכתיבה האידאולוגיה האימהית את היקפו ואת תוכנו של עיקרון זה.

גם חוק עבודת נשים שנחקק בשנת 1954 נתן ביטוי להנחות האלה כשהעניק לנשים עובדות בלבד – ולא לגברים עובדים – מערך של זכויות לטיפול בילדים במסגרת מקום העבודה וכחלק ממנו. כך, למשל, ניתנה רק לנשים האפשרות להיעדר מהעבודה לצורך טיפול בילד חולה, לחופשת לידה, ליום עבודה מקוצר כשהילדים רכים בשנים ועוד. בד בבד הוטלו גם מגבלות על העסקת נשים כגון איסור על עבודה בלילה,¹⁵ וכן ניתן היתר לשר העבודה והרווחה לאסור או להגביל העסקת נשים במקומות עבודה העלולים לפגוע

12 כך, למשל, נקבע בס' 2 לחוק כי "לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים, כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין". ס' 3 לחוק הוסיף ברוח זו כי "האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי".

13 ביטוי מפורש לדברים ניתן למצוא בדבריו של ראש הממשלה דאז דוד בן-גוריון, שהסביר בעת הדיונים על החוק בכנסת: "החוק המוצע על-ידי הממשלה רוצה לקבוע עקרון פשוט וברור: לאשה יש כל הזכויות שיש לגבר. יש מקרים שמקנים לאשה זכויות יתר – כשהאשה היא בהריון או בלידה. כי רק האשה יכולה להרות וללדת. אבל בדרך כלל אנו רוצים שתהיה שוות-זכויות". ד"כ 9, 2181 (התשי"א).

14 הבחנות אלו בין נשים לגברים עוגנו במקור בחוק כבר בשנת 1949, עם חקיקתו של חוק שירות בטחון, והועתקו כמעט כלשונן לכל גרסה מאוחרת של חוק זה עד לעיגונו הנוכחי בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 107. לדיון מפורט בהקשר המגדרי הנורמטיבי שעל בסיסו יש להבין את סעיפי הפטור המיוחדים שגובשו ביחס לנשים, וכיצד השפיעה אימהותן בפועל או בפוטנציה של נשים על גיבושו של סעיף הפטור בעניין נישואין, הורות ולידה, ראו נויה רימלט "על מצפון מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"ץ לאורה מילוא" עיוני משפט כט 449 (2006); Noya Rimalt, *Equality with a Vengeance: Female Conscientious Objectors in Pursuit of a Voice and Substantive Gender Equality*, 16 COLUM. J. GENDER & L. 99 (2007); וכן ברקוביץ, לעיל ה"ש 4.

15 ס' 2 ו-1 (בהתאמה) לחוק עבודת נשים (לפני תיקונו בשנת 1986).

במיוחד בכריאות האשה. הגבלות מסוג זה באו לידי ביטוי בשורה של תקנות שהתקין השר במשך השנים. תקנות אלו אסרו על העסקת נשים בגיל הפוריות בעבודות בקרינה מייננת ובחשיפה לאדי עופרת.¹⁶ כמו כן הטיל החוק מגבלות על העסקת נשים הרות¹⁷ ואסר על העסקת נשים בחופשת לידה.¹⁸

עיון בהיסטוריה החקיקתית של חוקים אלו מגלה כי חקיקה זו נועדה בעיקרה לאפשר לנשים להמשיך ולמלא את התפקיד החברתי-הלאומי המיוחד השמור להן בהבאת ילדים לעולם, בהגנה על שלומם ובגידולם.¹⁹ שולמית אלוני היטיבה לתאר היבט זה בחקיקה הרלוונטית:

נראה שכל הקשור בפרייה ורבייה, בילדים ובאמהות ניתנה עליו הדעת –
ובלבד שתרכינה בנות ישראל להביא ילדים לעולם, אפילו אם בחרו
בקריירה מקצועית. פחות נעשה בתחום שירותים המעודדים את עקרת

16 תקנות עבודת נשים (עבודות בקרינה מייננת), התשל"ט-1979, ק"ת 690; תקנות עבודת נשים (עבודות אסורות ועבודות מוגבלות), התש"ם-1979, ק"ת 173; תקנות עבודת נשים (עבודת לילה בשירותי המדינה), התשט"ז-1955, ק"ת 68; תקנות עבודת נשים (תנאים לעבודת לילה), התשמ"ו-1986, ק"ת 835.

17 ס' 10 לחוק עבודת נשים אוסר להעביד אשה שעות נוספות ובימי המנוחה השבועית מהחודש החמישי להריונה ואילך.

18 שם, ס' 8.

19 ביטוי לדברים הללו ניתן למצוא למשל בדברים שאמרה שרת העבודה והרווחה דאז, גולדה מאיר, כשהביאה את חוק עבודת נשים לקריאה ראשונה: "הפרק החשוב ביותר בחוק המוצע הוא הדין בהגנת האימהות, היינו בזכויות האשה העובדת בקשר להריון וללידה. בקביעת זכויות אלה ישנו ביטוי לא רק לדאגה לאשה העובדת, אלא במידה לא פחותה, דאגה לתינוק הנולד. חוסר הגנה של האשה בעת ההריון וסמוך אחרי הלידה מסכן במידה רבה את שלום התינוק"; ד"כ 13, 349 (התשי"ד). חברות הכנסת בת-שבע כצנלסון ובבה אידלסון החרו-החזיקו אחריה. בת-שבע כצנלסון הציעה, למשל, להרחיב את ההגדרה של אשה עובדת הזכאית לחופשת לידה גם על מי שעובדת במשק ביתה מן הטעם ש"לשלמות גופה וחוסן עצבי יש השפעת-מה על חיי כולנו, גורל ילדינו ועתיד האומה כולה. הלא ברור לכולנו פירוש הדבר: אם בבית – פחות דמי אשפוז, אם בבית – פחות מקרי אסון, פחות תאונות וגם קימוץ בתקציב הוצאות המשפחה" (שם, בעמ' 354). בבה אידלסון, שנדרשה לאפשרות להפוך את חופשת הלידה לאופציה ולא לחובה, הוסיפה: "אין להמיר את חופשת הלידה לא כולה ולא מקצתה בשכר [...] יש לאסור את הדבר הזה, כי אנו מניחים ביסוד החוק את ענין בריאותו של הילד ובריאותה של האם כאחד" (שם, בעמ' 353). עוד אמרה בבה אידלסון בהקשר זה כי "אני מקווה שחוק זה, אשר מניח יסודות רציניים להגנת אמהות עובדות והגנת הנולדים, יביא לכך שכל ילד שיוולד בארץ יהיה אזרח רצוי בה. המדינה, נותני העבודה והאם עצמה ידאגו שהוא יישאר בחיים ויקבל את כל המגיע לו" (שם).

הבית לצאת לעבודה והמשחררים את האם העובדת מתפקידה הכפול –
עקרת בית ואיש עובד.²⁰

אם כן, חקיקה זו נולדה על רקע תפיסה אידאולוגית מסוימת ביחס לתפקידן המיוחד של נשים בחברה; לא זו אף זו: כחלק מקידומה של אידאולוגיה זו ואכיפתה היא יצרה מנגנון שמשטר והגביל את התנהלותן של נשים בשוק העבודה בשם האימהות ומכוחה.²¹

גם בתי המשפט נתנו אישור ואישור לתפיסות אלה ביחס לתפקידה האימהי המובחן של האשה בחברה. בפרשת שטיינברג דחה בית המשפט את הטענה כי חוק שירות בטחון, המעניק לנשים זכות ייחודית להשתחרר מצה"ל, מפלה גברים לרעה.²² בית המשפט הסביר כי ההבדלים בין המינים ובכלל זה "תפקידה המיוחד של אשה נשואה בקרב ביתה"²³ הופכים את ההבחנה שיצר החוק בין נשים לגברים להבחנה מותרת שאינה הפליה פסולה. יתרה מזו: בתי המשפט הוסיפו ועשו שימוש באימהות הנשית כשונות רלוונטיות המצדיקה את קיפוח האשה בשוק העבודה. כך, למשל, בפרשת ליפשיץ-אבירם נדחתה הטענה כי אי-הכרה בחופשת לידה לצורך קיצור תקופת ההתמחות בעריכת-דין, לעומת הכרה בשירות מילואים לצורך אותה מטרה, מהווה הפליה פסולה על בסיס מין.²⁴ בית המשפט קבע כי אין מדובר בהפליית לרעה של היולדת לעומת איש המילואים שכן "כידוע אין הפליה לרעה אלא מקום שהנתונים שווים; מה שאין כן כאן, כי אפילו ניתן לגלות צד שווה בכך שכזה כן גם זו ממלאת תפקיד ראוי לעידוד מבחינה לאומית, יתר הנתונים שונים אלה מאלה".²⁵ בכך אישש ואשרר אפוא בית המשפט מציאות תעסוקתית שבה האם היולדת מודרת משוק התעסוקה ומקופחת במניין זכויותיה בו בהשוואה לכל עובד אחר הנאלץ להיעדר ממקום העבודה למשך תקופה מסוימת.

מציאות משפטית זו, שבה המשפט נותן ביטוי גלוי לאידאולוגיה האימהית, הולידה בראשית שנות השמונים שיח פמיניסטי תאורטי ביקורתי, שלווח בצמיחתן של התארגנויות פמיניסטיות ששמו להן למטרה לא רק לבקר אלא גם לחולל שינוי של ממש במבנים משפטיים אלה. התביעה הפמיניסטית לשינוי נסמכה על ההנחה שלפיה החיבור הגלוי שהמשפט יוצר בין נשים לאימהות מנציח מערך של סטראוטיפים הכובלים נשים בתפקידי האימהות המסורתית בספרה הפרטית מחד גיסא, ומצדיקים הדרה שלהן

20 שולמית אלוני נשים כבני אדם 25 (1976).

21 חנה הרצוג נשים ריאליות: נשים בפוליטיקה המקומית בישראל 330 (1994).

22 ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 1061 (1951).

23 שם, בעמ' 1068.

24 בג"ץ 335/76 ליפשיץ-אבירם נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד לא (1) 250 (1976).

25 שם, בעמ' 252.

מתפקידים של כוח ועצמה בספרה הציבורית מאידך גיסא.²⁶ עמדה זו ניתחה את החוק ואת השיח המשפטי ככאלה שלא רק משקפים מערך של תפיסות חברתיות נתונות, אלא גם מייצרים ומכוננים קטגוריות שונות של גברים ונשים ויחסים של אי-שוויון בין שתי קטגוריות אלו, כשבהקשר זה האידאולוגיה האימהית מסייעת בהפיכתה של השונות הביולוגית הנשית לעמדת נחיתות חברתית ופוליטית.²⁷ לפיכך, המסקנה הפמיניסטית שתורגמה למונחים של מאבק לקידומה של רפורמה משפטית, הייתה כי יש להמיר את הזיהוי האימהי של נשים במערך של כללים שוויוניים וניטרליים מבחינה מגדרית, שבמרכזם תפיסת האדם כהורה.²⁸

עמדה פמיניסטית ביקורתית זו, ששמה דגש על מיגורן של תפיסות חברתיות מסורתיות ביחס לאימהותן של נשים וראתה בכך אמצעי הכרחי לקידום מעמדן השוויוני בחברה הישראלית, לא הייתה חדשה. ניתן לראות בה המשך ישיר של תאוריות פמיניסטיות שונות שדנו מאז אמצע המאה העשרים במשמעותו החברתית של מוסד האימהות, והצביעו על האופן שבו הנצחתו של מוסד זה במשמעותו המסורתית תורמת לשימורו של הסדר החברתי הפטריארכלי.²⁹ יתרה מזו: את הקריאה הפמיניסטית לקדם באמצעות המשפט מודל של הורות שוויונית ניתן למקם על ציר של זמן ולקשר להתפתחויות שחלו בתוך השיח הפמיניסטי בנוגע לשאלה כיצד ראוי להתמודד עם שאלת האימהות הנשית.

תחילתו של הדיון הפמיניסטי המודרני באימהות הנשית אופיינה בשלילה מוחלטת של מוסד זה. סימון דה-בובואר, שהייתה הראשונה מההוגות הפמיניסטיות במאה העשרים שעסקה במשמעות החברתית של מוסד האימהות, ראתה באימהות תהליך גופני המונע חירות מנשים. לפיכך מסקנתה הייתה שעל נשים להשתחרר כליל מהתהליכים הגופניים, בעיקר אלה הקשורים בלידה, שבהם ראתה את שורש שעבודן לגברים.³⁰ לפי

26 רדאי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 172; Dafna N. Izraeli, *Culture, Policy, and Women in Dual-Earner Families in Israel*, in *DUAL-EARNER FAMILIES: INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 19 (Suzan Lewis, Dafna N. Izraeli & Helen Hootsmans eds., 1992); Sylvie Fogiel-Bijaoui, *Women in Israel: The Politics of Citizenship as a Non-issue*, 12 *ISR. SOC. SCI. RES.* 1 (1997)

27 ברקוביץ', לעיל ה"ש 4; להב, לעיל ה"ש 4.

28 לדוגמה מהעת האחרונה של עמדה פמיניסטית, העומדת על החשיבות הטמונה בקידום של כללים משפטיים ניטרליים מבחינה מגדרית ועל האופן שבו לשון החוק יכולה וצריכה לתרום למיגורם של סטראוטיפים ביחס למהותן השונה של נשים, ראו Cynthia L. Starnes, *Pity, Partnership, and Divorce Discourse*, 90 *IOWA L. REV.* 1513 (2005).

29 לדין כללי בהשקפות הפמיניסטיות השונות ביחס למוסד האימהות, שהתגבשו מאז אמצע המאה העשרים, ראו ז'וזה ברונר "קולה של אמא, או: דיאלקטיקות של תודעה עצמית פמיניסטית" זמנים 4, 46/47 (1993).

30 סימון דה בובואר המין השני (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001).

דה-בובואר, פירושה של האימהות הוא הגשמת תפקיד ביולוגי נטול כל חירות.³¹ לכן, אם ברצונן של נשים להיות יצורים חופשיים ויצירתיים ולא כלי קיבול סבילים של הביולוגיה, עליהן לחקות את הגבריות כאידאל. בתמצית, טענתה הייתה אפוא כי נשים מתודעות לעצמן כסובייקטים עצמאיים באמצעות סירובן ליהפך לאימהות, ובכך הן מקעקעות במידת האפשר את האחרות המבחינה אותן מן הגברים והופכת אותן למין השני. עמדה זו, שביקשה לקעקע צורות מסורתיות של לידה ואימהות, באה לידי ביטוי גם בכתיבתה של שולמית פיירסטון.³² לעומת דה-בובואר, שביקשה למגר כליל את מוסד האימהות, פיירסטון טענה כי יש לשחרר נשים מהיבטיו הביולוגיים המגבילים של מוסד זה באמצעות שידוד מערכות טכנולוגי – ובה בעת לשנות את המבנה החברתי של דפוסי גידול הילדים ולהגיע לחלוקה שווה יותר של הנטל בין המינים. היינו, לדידה המטרה הייתה להמיר את תהליך הלידה המסורתי בהליך רביה מסוג אחר, כך שילדים ייוולדו לשני המינים במשותף או במנותק משניהם, ובה בעת לשנות את תפקידם החברתי של גברים בהקשר זה. באופן כזה, סברה פיירסטון, עריצות המשפחה הביולוגית תופר, נשים ישתחררו מרודנות הרבייה ויתאפשר שילובן המלא בספרה הציבורית. נתיב חדש זה במחשבה הפמיניסטית, שבמרכזו ניסיון לשנות את תכניו ואופיו של מוסד האימהות ולא לבטלו כליל, זכה לפיתוח משמעותי בכתיבתה של ננסי צ'ודורו שנים ספורות לאחר מכן.³³ נאמנה להיגיון הפרוידיאני המייחס לשנות החיים הראשונות השפעה מכרעת על תקופת הבגרות, קראה צ'ודורו לקידומו של דפוס של הורות משותפת החל בגיל הרך ביותר. לטענתה, התודעה העצמית הנשית והגברית תשתנה כשגברים יחברו לנשים ויהפכו את עבודת האימהות – שהייתה נשית עד כה – לעבודת הורות, שכן הורות משותפת תצמיח תודעה עצמית שונה בילדים ותאפשר להם לגדול משוחררים מתפיסות מסורתיות ופטריארכליות של גבריות ונשיות. אם כן, אם בראשית דרכה התמקדה התאוריה הפמיניסטית בת-זמננו בשלילת האימהות, השלב השני בניתוח הפמיניסטי הביקורתי ביקש לעצב מחדש את דמותו ומאפייניו של מוסד האימהות על-פי עקרונות של שוויון, תוך המרתו של הדפוס האימהי המסורתי בדפוס הורי שבו גברים משתתפים עם נשים בתהליך גידולם של ילדים.³⁴

מבחינה זו ניתן לראות בעמדה הפמיניסטית, שביקשה לקדם באמצעות המשפט בישראל דפוס של הורות שוויונית ולעודדו, ביטוי לאימוץ מהותי של התפיסה

31 שם, כרך שני – המציאות היומיומית, בעמ' 336-397.

32 SHULAMITH FIRESTONE, THE DIALECTIC OF SEX (1970).

33 NANCY CHODOROW, THE REPRODUCTION OF MOTHERING: PSYCHOANALYSIS AND THE SOCIALIZATION OF GENDER (1978).

34 לסקירה מקיפה יותר של הזרמים השונים בתאוריה הפמיניסטית ושל התייחסותם לסוגיית האימהות ראו דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 699 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007).

התאורטית שראתה בדפוס הורות שוויוניים בתוך המשפחה את המפתח לקידום מעמדן השוויוני של נשים בחברה. עמדה זו תרמה לכך שהמאבק הפמיניסטי בישראל תועל מאז שנות השמונים לקידומן של רפורמות משפטיות שתכליתן הייתה עיגונו של אידאל ההורות השוויונית בהקשרם של כללים משפטיים שונים. כך, למשל, המודל של האם העובדת, שעליו התבסס במקור חוק עבודת נשים, עבר רפורמות משמעותיות בשנים אלו, תוך שמערך הזכויות המעוגן בחוק מוענק גם לגברים.³⁵ המגמה של מעבר ממודל של זכויות אימהיות למודל של זכויות הוריות נמשכה גם בשנות התשעים והגיעה לשיאה בשנת 1998, כשהזכות לחופשת לידה הוענקה באופן חלקי גם לגברים.³⁶ בד בבד בוטלו בשנים אלה הגבלות מיוחדות על תעסוקת נשים כגון האיסור על עבודת לילה.³⁷ זאת ועוד: תיקוני חקיקה אלה לוו בצמיחתו של שיח שיפוטי שעמד על החשיבות שבהתנערות מתפיסות סטראוטיפיות ביחס לתפקידן האימהי של נשים ועל הצורך בקידומם של דפוסים שוויוניים של הורות כאמצעי לקידום מעמדן של נשים בחברה. כך, למשל, בפסק הדין בעניינו של מנחם יהב – עורך־דין שתבע להחיל עליו את ההסדר שהעניק גם לאבות ולא רק לאמהות את הזכות ליום עבודה מקוצר – קיבל בית הדין האזורי לעבודה את התביעה וקבע:

אין זה סוד כי התפיסה שהייתה קיימת בעבר הלא רחוק, ובמגזרים מסוימים עד עצם היום הזה, גורסת כי האשה הינה האחראית למשק הבית ולטיפול בילדים, בעוד הגבר הוא הנושא בעול הפרנסה. [...] אחת ממטרותיו של החוק היתה להעניק זכויות הוריות הקיימות בחקיקה ובהסכמים קיבוציים לכל אחד מבני הזוג באופן שכל אחד מהם יוכל לשאת באחריות לטיפול בילדים. [...] כדי לעודד השתלבות נשים בתפקידים בכירים – יש להרחיב ככל האפשר את מעגל בני הזוג היכולים,

35 בעניין זה ראו, למשל, את ס' 7(ד) לחוק עבודת נשים, המקנה כיום לכל אחד מההורים את הזכות לקחת חופשה לצורך טיפול בילדים. באופן דומה ס' 7 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, ס"ח 404, לאחר שתוקן בתשנ"ה (חוק פיצויי פיטורים (תיקון מס' 6), התשנ"ה-1995, ס"ח 178) מאפשר כיום לכל אחד מההורים לקבל פיצויי פיטורין כשהם מתפטרים לצורך טיפול בילוד. גם חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993, ס"ח 134, מקנה זכות הורית שוויונית לנצל ימי מחלה אם נוצר צורך להיעדר מהעבודה לצורך טיפול בילד חולה.

36 ס' 6(ח) לחוק עבודת נשים. נתקבל כהוראת שעה, בחוק עבודת נשים (תיקון מס' 14) (הוראת שעה), התשנ"ז-1997, ס"ח 219, בתאריך 29.7.1997, נכנס לתוקף ביום 1.5.1998, והוגבל במקור לתקופה של שלוש שנים מיום תחילתו. הוראת שעה זו הוארכה כמה פעמים. כיום מעוגן התיקון בס' 6(ח) לחוק עבודת נשים (תיקון מס' 38), התשס"ז-2007, ס"ח 360. חופשת הלידה עצמה הוארכה לאחרונה לארבעה-עשר שבועות, ראו ס' 6(ב) לחוק עבודת נשים, (תיקון מס' 37), התשס"ז-2007, ס"ח 306.

37 חוק עבודת נשים (תיקון מס' 7), התשמ"ו-1986, ס"ח 141.

המוכנים ומסוגלים לטפל בילדים כאשר בת זוגם נמצאת במקום עבודתה. [...] נשוב ונציין כי ככל שגברים רבים יותר ייטלו על עצמם את הטיפול בילדים – יתרחב מעגל הנשים שיוכלו לעבוד בתפקידים בכירים, שיביא בסופו של דבר לצמצום ואולי אף לביטול סטריאוטיפ העבר שלפיו תפקידה המרכזי של האשה הינו הטיפול בבית וגידול הילדים [...] ³⁸

הנה כי כן אנו רואים כי הליך הרפורמה והמעבר ממודל אימהי למודל הורי לא נעצר בפתחו של המחוקק. בתי המשפט שנדרשו לרפורמות אלו לא רק נתנו להן תוקף באמצעות אכיפתן במקרים ספציפיים, אלא גם ליוו אכיפה זו בהתנערות מופגנת מן השיח האימהי הישן שנתפס והוצג כאנכרוניסטי, סטראוטיפי ומפלה כלפי נשים. יתרה מזו: על פני הדברים נראה כי בהקשר זה ניתן להצביע על שיתוף פעולה מוצלח בין המאבק הפמיניסטי למערכת המשפט בכל הנוגע לקידומו של האידאל של הורות שוויונית ואכיפתו, תוך שבתי המשפט ממלאים לכאורה תפקיד חשוב בתרגומו של אידאל זה מחזון למציאות.

עם זאת, מאמר זה מבקש כאמור להציע קריאה ביקורתית יותר של השיח השיפוטי העכשווי ולבחון עד כמה השינוי הרטורי המוצהר בשיח השיפוטי מבטא שינוי נורמטיבי אמיתי שהתחולל בהקשר זה, והאם העמדה ההורית השוויונית החדשה שאותה מנסים בתי המשפט לאכוף אכן תורמת לקידום מעמדן השוויוני של נשים. כדי לברר שאלות אלו אנסה לחשוף בחלקו הבא של המאמר ייצוגים מסורתיים של האימהות הנשית הממשיכים להתקיים בשיח השיפוטי העכשווי, נוסף על ייצוגים חדשים של ההורות השוויונית שבהם בתי המשפט מתהדרים בגלוי. באמצעות עימות זה בין ישן לחדש ובין גלוי לסמוי אבקש בחלק הבא לעמוד באופן מורכב יותר על מקומה ומשמעותה של האימהות הנשית בשיח המשפטי העכשווי.

ב. אמא רעה, אמא טובה, אמא לא רלוונטית

1. אמא רעה

(א) פרשת ההורים המזניחים והמתעללים ואידאל ההורות השוויונית גלינה ואנדר (שמות בדויים), "פלונית" ו"אלמוני" בלשונם של הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו בעניינם, ³⁹ הורשעו לפני שנים ספורות בעבירות של הזנחת בתם הפעוטה, הפרת

38 עב' 31993/96 יהב – מדינת ישראל, פס' 11-13 (פורסם בנבו, 25.11.1999).

39 ת"פ (מחוזי חי') 178/02 מדינת ישראל נ' פלונית, פ"מ התשס"ג(2) 769 (2003) (להלן: הכרעת הדין בעניין פלונית).

חובותיהם ההוריות כלפיה והתעללות בה.⁴⁰ ברמה המפורשת והגלויה, פסק הדין בפרשה זו, שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי בחיפה, אינו פסק דין על אימהות. זוהי פסיקה העוסקת באופן פורמלי בהזנחה הורית קשה של האם והאב כאחד. בפתח הכרעת הדין שרטט בית המשפט את המסגרת העובדתית הרלוונטית, והדגיש את האחריות הפלילית השווה המיוחסת לשני ההורים, כפי שזו באה לידי ביטוי בכתב האישום המשותף שהוגש נגדם:

התינוקת הוזנחה ע"י הוריה, מסמוך למועד לידתה ועד שנלקחה מהם ב-9.4.01. הם לא דאגו לצרכי מחייתה, לא סיפקו לה מזון, לבוש, צרכי לינה וצרכי חיים חיוניים אחרים, במידה הדרושה לשמירת שלומה ובריאותה. כמו כן, נטען [בכתב האישום] כי הנאשמים נהגו בהזדמנויות רבות וכעניין שבשגרה, להכות את התינוקת, תוך שהם גורמים לה חבלות של ממש בכל חלקי גופה.⁴¹

זאת ועוד: אם בסופו של דבר הבחין בית המשפט בין האם לאב בגזר הדין וגזר על האם עונש חמור יותר, על פניו נעשה הדבר בהתאם לחומרה היחסית של מעשיה וללא קשר לזהותה המגדרית.⁴² בית המשפט גזר על האם – שהוכח כי נוסף על הזנחה גם נקטה אלימות כלפי הילדה וגרמה לה חבלות של ממש – עונש של מאסר בפועל למשך תשעה חודשים וכן תשעה חודשי מאסר על תנאי. לעומת זאת, האב – שביחס אליו נקבע שעיקר פשעו בהקשרה של האלימות שננקטה כלפי הילדה התבטא במחדלו למנוע את האלימות מצד האם ולהפסיקה – נידון לשמונה חודשי מאסר על תנאי בלבד.⁴³

למרות הדברים הללו, עיון מעמיק במסכת העובדות של פרשה זו, כפי שנפרשה על-ידי בית המשפט, חושף רובד מגדרי שלא ניתן להתעלם ממנו בכל הנוגע להתנהלותם ההורית של גלינה ושל אנדרי ובכל הנוגע ליחס הרשויות כלפיהם. רובד זה מאיר באור אחר את הכרעת הדין וגזר הדין בפרשה זו ומערער את מראית העין של יחס שיפוטי נקי מהטיות מגדריות.

גלינה ואנדרי הביאו את בתם לעולם בעודם צעירים ביותר: גלינה הייתה אז כבת 18.5 ואנדרי כבן 16.5. עצמת ההזנחה של ילדתם הקטנה והתעללות בה נחשפו רק כשניסתה גלינה לשלוח יד בנפשה לאחר שקצה בחיי העוני הנורא, המצוקה והמחסור

40 באופן ספציפי הואשמו גלינה ואנדרי בעבירות הבאות: תקיפת קטין חסר ישע, התעללות בקטין, הזנחת ילד, הפרת חובה של הורה ונטישת מושגח.

41 הכרעת הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 771.

42 ת"פ (מחוזי חי') 178/02 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.11.2003) (להלן: גזר הדין בעניין פלונית).

43 שם.

שהיו מנת חלקם של בני הזוג והתינוקת.⁴⁴ היא נאספה על-ידי אדם זר שלקח אותה לתחנת המשטרה ושם החלו להתברר קורותיה של משפחה זו. שוטרים שיצאו לבית, לאחר שהתברר כי הפעוטה הושארה שם לבדה, מצאו אותה עירומה, מכוסה בצואה ומוכה. כך החלה להתגלגל פרשה זו, שהביאה להגשת כתבי אישום נגד שני ההורים.⁴⁵ העובדה שניסיון ההתאבדות של גלינה הוא שהביא את הפרשה לפתחו של בית המשפט אינה טריביאלית: לדעתי היא נקודת מוצא הכרחית לפענוח המסכת העובדתית הנפרשת בפסק הדין ומתעדת את קורותיה של התינוקת מ' מיום היוולדה ועד שנלקחה מהוריה בהיותה כבת שנתיים.

התמונה המתגלה מהכרעת הדין בעניינם של גלינה ואנדרי היא תמונה של הורים צעירים מאוד, כמעט ילדים בעצמם, שחיו בתנאי מחסור קשים, נטולי יכולת לפרנס את עצמם ואת ילדם. כחלק ממצוקה נוראה זו, שהגיעה עד כדי חרפת רעב של ממש, נולדה וצמחה הזנחתה הקשה של הילדה ואף פרצי האלימות כנגדה. עם זאת, כדי לשרטט באופן מדויק ככל האפשר את סיפורה של משפחה זו, יש צורך להבחין בין בני הזוג ולייחד דיון נפרד לכל אחד מבחינת תפקודו ההורי. כאשר קוראים בדקדקנות את הכרעת הדין מתברר כי מיום לידתה של התינוקת הייתה גלינה הדמות הפעילה והמשמעותית בטיפול בה. אחות טיפת חלב, פקידת הסעד והעובדת הסוציאלית שביקרו בבית דיווחו תמיד על מגעים עם האם ששהתה שם. בביקורים אלה, שהחלו לאחר לידתה של התינוקת, התגלה כי "חדרה של התינוקת ומיטתה היו נקיים" ו"חדרה של התינוקת היה מחומם", אף כי בשאר הדירה "היה קר מאוד".⁴⁶ גלינה היא גם זו שהביאה את בתה מדי פעם לטיפת חלב והיא זו שדיווחה לאחות טיפת חלב כי אין לה אוכל עבור התינוקת. הסומכת שהוצמדה לגלינה העידה כי התרשמה מהשתדלותה של גלינה לטפל בתינוקת. עוד סיפרה הסומכת כי "לאחר אחד החיסונים, התינוקת בכתה והנאשמת בכתה איתה במשך חצי יום".⁴⁷ לעומת זאת, ביחס לאנדרי התברר כי הוא "אף פעם לא היה בבית"⁴⁸ כשבאו נציגי רשויות הרווחה לביקור ולפיקוח. יתרה מזו: גם כשהיה בבית, כפי שהעידה הסומכת שהוצמדה לבני הזוג, היא "לא הבחינה, אך לא פעם, שהנאשם לקח את התינוקת לידיו".⁴⁹ מציאות זו חזרה על עצמה גם כשעברה המשפחה להתגורר במקום יישוב אחר. שוב הייתה זו גלינה שהתייצבה ביזמתה בטיפת חלב ושוב הייתה זו היא שקיבלה את פניה של אחות טיפת חלב כשזו באה לביקר. זאת ועוד: גלינה אף הייתה זו שהוטרדה מהתפתחותה האטית של התינוקת. היא העלתה סוגיה זו בשיחה עם פקידת

44 הכרעת הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 772.

45 שם, בעמ' 771.

46 שם, בעמ' 774-775.

47 שם, בעמ' 776.

48 שם, בעמ' 775.

49 שם, בעמ' 772.

הסעד ואף לקחה את בתה לבדיקה חד-פעמית במכון להתפתחות הילד לאחר שקיבלה הפניה למכון זה. נוסף על כל אלה התברר כי בכל הנוגע לפרנסת המשפחה הייתה זו גלינה שראתה עצמה אחראית לשאת בנטל הדאגה החומרית לילדה ולמשפחה כולה. כאשר התגוררו בחיפה, היא זו שפרנסה את המשפחה מעבודתה כמלצרית במסעדה. מאוחר יותר, כשנאלצה לעזוב את העבודה, לא היה להם כסף למים, לחשמל ולאוכל ואז, כעדותה, "לא אכלנו שבוע לפעמים [...] מה שיכולתי לקנות הייתי קונה לילדה".⁵⁰ בהמשך סירבו למכור לה בהקפה ואז לקחה משכנה דייסה; כפי שהעידה בבית המשפט: "הייתי מבשלת על מים כי לא היה לי חלב כדי שתאכל משהו".⁵¹ בליט ברירה החליטה גלינה לעבוד כנערת ליווי, אך לא הייתה מסוגלת לממש החלטה זו בשל זיכרונות העבר הקשים שהיו לה מאביה חולה הנפש שנהג לאנוס אותה בילדותה. "אוכל תמיד דאגתי שיהיה לה",⁵² סיפרה גלינה בעדותה, "השגתי לה גם גרבר, הילדה לא אכלה חלב, אבל השגתי לה אוכל. לפחות פעמיים ביום, היא הייתה אוכלת".⁵³ עוד סיפרה גלינה כי לא היה ביכולתה לממן קניית טיטולים ולכן הניחה את הילדה ללא טיטול ו"כשהייתה עושה צואה הייתי מנקה". בית המשפט הוסיף וציין בהקשר זה, בהתבסס על עדותה של האם, כי "כשהמזון נרטב משתן, הייתה הנאשמת מייבשת אותו".⁵⁴ מן העדויות התברר גם כי "במהלך החודשים לפני שהחליטה להתאבד, היא הייתה מתעוררת מאוחר בבוקר ויוצאת לחפש אוכל עבור הילדה. במהלך היעדרותה מן הבית, נשאר הנאשם עם התינוקת אך הלה לא ידע כיצד להתייחס לתינוקת":⁵⁵ "הוא פשוט שם אותה במיטה וניסה לא להתקרב אליה", הסבירה גלינה בעדותה, "הוא ניסה לעשות משהו. אני חושבת שהוא היה ילד. הוא קטן ממני בשנתיים [...] לפעמים הבחורים הצעירים מאוד מפחדים ממגע עם הילד ואני ראיתי את זה יותר מפעם אחת".⁵⁶

אנדרוי מצדו הודה בעדותו כי "בדרך כלל לא היה זה הוא שטיפל בתינוקת". הוא הגדיר את עצמו כ"חרא של אבא", והוסיף: "לא עבדתי, לא טיפלתי כמו שצריך".⁵⁷ בהכרעת הדין נקבע כממצא עובדתי כי "מחומר החקירה עולה כי הנאשם מיעט, ככלל, ליצור מגע פיזי ורגשי עם התינוקת".⁵⁸ כמו כן נקבע כי "הנאשם לא עבד כלל בתקופה

50 שם, בעמ' 778.

51 שם.

52 שם, בעמ' 780.

53 שם.

54 שם.

55 שם.

56 שם.

57 שם, בעמ' 781.

58 שם, בעמ' 789.

הרלוונטית ואת רוב שעות היום בילה בביתו.⁵⁹ ביחס ליום שבו החליטה לשים קץ לחייה סיפרה גלינה: "יום אחד קמתי, והרגשתי מאוד לא טוב, פתאום התחלתי להיזכר בכל מה שאבא שלי עשה לי, אפילו דייסה לא הייתה לי ולא היה לי מה להלביש לילדה, אז נתתי לה מכות אני חושבת די חזקות וסגרתי את הדלת שהוא [הנאשם] לא ישמע וברחתי מהבית [...] ורציתי להתאבד [...]".⁶⁰ במשטרה ובבדיקה הפסיכיאטרית הוסיפה גלינה וסיפרה כי ביקשה להתאבד בשל העובדה שסיפרה לנאשם דבר שקר כי היא עובדת, ולא היה ביכולתה להביא כסף לביתם. בנוסף סיפרה כי ייתכן שהרביצה לתינוקת משום שהאחרונה בכתה לאחר שקיבלה דייסה ללא מלח וללא סוכר. באותה עת אנדרי ישן והתעורר רק לאחר שגלינה כבר עזבה את הבית.

התמונה המצטיירת מן התיאור שלעיל היא כי הדמות ההורית הפעילה מבין בני הזוג הייתה גלינה. את מה שניתן היה לעשות עבור הילדה בנסיבות הקשות מנשוא שבהן חיו עשתה היא. יתרה מזו: על פני הדברים ניכר כי את מעגל האלימות שנקטה כלפי התינוקת לא ניתן להבין במנותק מתפקודה האימהי הפעיל יותר. בהכרעת הדין נקבע כממצא עובדתי כי את האלימות הקשה ביותר ספגה התינוקת ביום שבו חשבה גלינה להתאבד.⁶¹ עוד נקבע כי הנאשמת החלה להרביץ לתינוקת כחודש לפני אותו אירוע, בשלב שבו כבר הידרדר מצבה של המשפחה לכלל ייאוש מבחינת המצוקה הכלכלית שבה היו שרויים.⁶² אימהות הפעילה יותר של גלינה התבטאה גם בעצמת הקשר שלה לילדה בהשוואה לקשר של האב. בעוד אנדרי הודה שכאשר הגיעו מים עד נפש הוא הגיע למסקנה ש"יש למסור את הילדה",⁶³ גלינה הדפה בתוקף כל אפשרות כזו והתעקשה על זכותה וחובתה לגדל את ילדה. כמענה לשאלה של באת כוח המדינה מדוע לא ביקשה מן הרשויות לקחת מהם את הילדה כשלא היה אוכל בבית ולא כסף עבור לבוש לילדה השיבה גלינה:

כי זו ילדה שלי, היא שלי. אני הולדתי אותה ואני הרגשתי את הכאב הזה מה זה ללדת. היא לא עלתה במשקל והגובה שלה לא בגלל שהיא לא אכלה. אני עשיתי מה שיכולתי, האכלתי אותה עם מה שיכולתי, אבל טיטולים למשל ברוסיה לא היו טיטולים. אוכל תמיד דאגתי שיהיה לה. השגתי לה גם גרבר, הילדה לא אכלה חלב, אבל השגתי לה אוכל. לפחות פעמיים ביום, היא הייתה אוכלת.⁶⁴

59 שם, בעמ' 791.

60 פרוטוקול מיום 27.3.2003 בבית המשפט המחוזי בחיפה, ת"פ (מחוזי חי') 178/02 מדינת ישראל נ' פלונית (חקירה ראשית של א.ו.; עותק נמצא בידי המחברת).

61 הכרעת הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 794.

62 שם, בעמ' 782.

63 שם, בעמ' 781.

64 שם, בעמ' 779.

חשוב לציין כי הסיפור שמתעדת הכרעת הדין, ובמרכזו הבדלים ברורים בין תפיסת המחויבות ההורית של גלינה לזו של אנדרי, כפי שזו השליכה גם על תפקודם ההורי בפועל, כולל גם רובד מגדרי נוסף הנוגע ליחס של רשויות הרווחה כלפי הורים אלה. למעשה נראה שמעורבותה האימהית הפעילה בהרבה של האם בטיפול בילדה ובדאגה לה מאז נולדה נתפסה כטבעית ומוכנת מאליה על-ידי כל הגורמים המעורבים בטיפול בבני הזוג ובפיקוח עליהם. יתרה מזו: נראה כי תפיסות מסורתיות ביחס לאימהותן הטבועה של נשים הביאו מראשית הדרך לכך שרף הציפיות ביחס לתפקודה ההורי של גלינה היה גבוה יותר. מתוך הכרעת הדין מתברר שכאשר נודע לרשויות הרווחה שגלינה בהיריון וכי היא ואנדרי מתעתדים לגדל את הילד, מצאה העובדת הסוציאלית לנכון להזהיר דווקא אותה. בעדותה בבית המשפט סיפרה העובדת הסוציאלית "גם הזהרתי אותה שאני לא אתן להם להביא תינוק לבית כזה".⁶⁵ בהמשך סיפרה העובדת הסוציאלית שכאשר ביקרה בבית הנאשמים והבחינה כי התינוקת אינה מחייכת, מצאה לנכון להסביר דווקא לנאשמת "שצריך להתייחס יותר לתינוקת, לקחת אותה ללטפה" – אבל, הוסיפה עדה זו בהתייחסה רק לנאשמת – "זה לא כל כך היה".⁶⁶ העדה הוסיפה וסיפרה כי שוחחה עם הנאשמת על כך שהיא אינה יודעת להעניק אהבה בשל כך שלא קיבלה אהבה בילדותה. לעומת זאת ביחס לנאשם ציינה העובדת הסוציאלית בקצרה כי "אני לא יכולה להגיד שהיה שיתוף פעולה עם ס".⁶⁷ אחות טיפת חלב בצפת, שהכירה את המשפחה מביקוריה של הנאשמת בטיפת חלב, מיקדה גם היא את תלונותיה בהתנהגותה של גלינה ודיווחה על כך שגלינה לא תמיד הקפידה להגיע לטיפת חלב ולא רצתה בהתערבותה של לשכת הרווחה.⁶⁸ גם עובדת סוציאלית נוספת שביקרה בבית מצאה לנכון להלין רק על התנהגותה של האם. בדו"ח שכתבה עובדת זו על מצבה של המשפחה צוין כי האם "לא מתפקדת וגם לא מביעה רצון ללמוד כיצד לתפקד".⁶⁹ לאחר שעברה המשפחה מצפת לחיפה וגלינה יצרה ביזמתה קשר עם תחנת טיפת חלב במקום מגוריה החדש, חזר על עצמו אותו דפוס יחסים מוטא-מגדר עם רשויות הרווחה, שבמסגרתו כל מי שבא במגע עם המשפחה התמקד בעיקר בניסיון להשפיע על תפקודה האימהי של גלינה ולשפרו. אחות טיפת חלב בחיפה העידה, למשל, שבפגישתה עם גלינה היא הסבירה לה "כמה חשוב לנקות את התינוקת ולשמור על ההיגיינה שלה",⁷⁰ אולם הוסיפה כי בביקוריה של האם בטיפת חלב "היה קשה להגיע עימה לשיתוף פעולה בכל הקשור להתפתחות

65 שם, בעמ' 774.

66 שם.

67 שם.

68 שם, בעמ' 775.

69 שם.

70 שם, בעמ' 776.

התינוקת".⁷¹ בעקבות שיתוף הפעולה החלקי והלא מספק של גלינה עם הגורמים האחראיים בטיפת חלב העבירה אותה אחות דיווח מבקר ושופט על תפקודה של גלינה, וכך גם עשו גורמים טיפוליים נוספים שפגשו את גלינה בכל פעם שזו יצרה איתם קשר ביוזמתה.

בכל ההתרחשויות הללו היה אנדרי גורם נעלם, מעין נוכח־נפקד שרף הציפיות ביחס לתפקודו ההורי היה נמוך לאין שיעור מרף הציפיות שהוצב לגלינה. נראה, כי העובדה שגלינה לבדה נשאה בנטל הטיפול, ההשגחה והדאגה הפיזית והכלכלית לתינוקת נתפסה על-ידי כל הגורמים הטיפוליים כחלק טבעי מהדינמיקה המשפחתית. בהתאם לכך – ומכיוון שרק היא הייתה נוכחת בפועל בזירה ההורית – הופנה כל מנגנון האכיפה, המשטור והפיקוח של רשויות הרווחה כלפיה בלבד, וכאשר נכשלה ולא עמדה בסטנדרטים מקובלים של אימהות ראויה היא זו שספגה נזיפות, ניסיונות לתיקון וחינוך ולבסוף גם ציונים שליליים במיוחד ביחס לתפקודה האימהי.⁷²

למרות הדברים הללו, בית המשפט, שנדרש למסכת עובדתית זו ותיעד אותה בפרוטרוט, נמנע מלייחס נפקות כלשהי להיבטיה המגדריים ככל שאלה עשויים להשליך על היקף האחריות הפלילית בתיק או על מידת העונש. כאשר הגיע שלב ההכרעה בסוגיית האחריות בעבירות של הזנחת ילד והפרת חובה של הורה, נקט בית המשפט לשון רבים ניטרלית וא־מגדרית המשרטטת דפוס אחיד של תפקוד הורי כושל, שבו נטלו חלק שני ההורים במשותף:

מחומר הראיות מצטיירת תמונה עגומה של גידול תינוקת, על-ידי ההורים הביולוגים, בחוסר יכולת ובחוסר אמצעים משוועים [...] במצב עניינים זה, בהיות הנאשמים חסרי אמצעים, עד כדי חרפת רעב, נכשלו כשלון חרוץ בכל הקשור לטיפול בתינוקת. הנאשמת והנאשם, הן בשל גילם הצעיר והן בשל חוסר הכשרתם ועברה הטראומטי של הנאשמת, היו חסרי ידע בסיסי והבנה מינימאלית בכל הקשור לגידול התינוקת. במצב זה, הייתה חשיבות עלילאית לשיתוף פעולה ביניהם, לבין העובדים

71 שם, בעמ' 777.

72 מעניין לציין כי הספרות הפמיניסטית והמשפטית עומדת על דפוס דומה בכל הנוגע ליחסו של המשפט לאימהות ולאבהות גם בהקשרים אחרים. כך, למשל, הצביעה דפנה הקר על האופן שבו הדיון השיפוטי בשאלות של גירושין ומשמורת נוטה להבדיל ולהבחין בין תפקוד אימהי תקין לבין תפקוד אבהי ולכפוף אותם לסטנדרט שונה של שיפוט. האבהות נתפסת בהקשר זה כתפקיד שהוא בבחינת פריבילגיה, ולכן בדרך כלל לא נלוות להזנחה של החובות האבהיות סנקציות או השלכות שליליות אחרות. לעומת זאת האימהות, הנתפסת כחובה מתמשכת, מוכפפת למערך של דרישות וכללים מחמירים שהופכים את המשימה האימהית לכזו שקשה מאוד למלאה באופן מספק מנקודת ראות חברתית ומשפטית. ראו דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 35-40, 77-89 (2008) (להלן: הקר הורות במשפט).

הסוציאליים, שניסו ללוות את הנאשמים ולהדריכם. העובדים הסוציאליים היו ערים לקשייהם של הנאשמים ואכן ניסו לסייע, כמיטב יכולתם, אך נתקלו ביחס שלילי מצד שני הנאשמים [...] מחומר החקירה עולה כי הנאשמים והתינוקת סבלו מידי פעם חרפת רעב [...] עוד עולה מחומר החקירה כי הנאשמים התקשו גם לרכוש טיטולים ובגדים עבור התינוקת. עובדה זו אילצה אותם להשאיר את התינוקת, במיטתה, ללא חיתולים, באופן שגרם למזון מיטתה לספוג שתן ולתינוקת להתלכלך מצואה ומשתן [...]. חרף המצוקה הנוראה דלעיל, נראה כי הנאשמים נמנעו מלשתף את רשויות הרווחה במלוא חומרת המצב וניסו להסתדר בכוחות עצמם. למרבה הצער, היו כוחות אלו דלים עד מאוד.⁷³

הנה כי כן, אנו רואים כי בסכמו את מהלך העניינים שהביא להזנחתה הקשה של התינוקת, נעלמה לגמרי מתודעתו של בית המשפט ההטיה המגדרית של האירועים, ובמקומה נוסחו הדברים והוצגו ככישלון שווה-משקל של שני הורים. מעורבותה הפעילה בהרבה של גלינה בטיפול בילדה, שהפחיתה, או לכל הפחות ניסתה להפחית את עצמת ההזנחה ואפשרה להעניק ולספק לתינוקת צרכים מסוימים בנסיבות חייהם הקשות להחריד של בני הזוג, הודרה לגמרי מן הסיפור. התוצאה הייתה לא רק הרשתתם השווה של שני ההורים בעבירות של הזנחת ילד והפרת חובה של הורה, אלא שהרשעה זו אף התבססה על רטוריקה זהה של גינוי והוקעת יכולתם ותפקודם ההורי של "הנאשמים". שני ההורים הוגדרו כבעלי כוחות הוריים "דלים מאוד" וסווגו כמי שנכשלו "כישלון חרוץ בכל הנוגע לטיפול בתינוקת".⁷⁴

מבחינה זו נראה כי ניתן למתוח קו של דמיון בין האופן שבו שפט בית המשפט את האירועים שנפרשו בפניו לבין יחסן של רשויות הרווחה כלפי אותה תמונת מציאות מגדרית. כאמור, רשויות הרווחה קיבלו כטבעית ומובנת מאליה את נוכחותה הדומיננטית יותר של גלינה בזירה ההורית. כאשר היה צריך להעביר מסר מתנן או מבקר ביחס לטיפול בתינוקת נעשה הדבר באמצעותה, ואיש לא ראה בדפוס התנהלות משפחתי זה – שבו האם, בעידודן של רשויות הרווחה, היא זו שלוקחת אחריות בלעדית גם אם באופן קלוקל על הטיפול היומיומי בתינוקת – דפוס חריג או יוצא דופן, אלא דפוס ברור ומובן מאליה. באופן דומה, בית המשפט שנחשף להטיה המגדרית הברורה של האירועים, לא ייחס לה כל חשיבות כשסיכם והעריך בסופו של דבר את תפקודם ההורי של שני הנאשמים. הסבר אפשרי לכך הוא שהתנהלותה האימהית הפעילה יותר של גלינה עלתה בקנה אחד עם תמונת מציאות בעלת הטיה מגדרית מובהקת שאנו מורגלים

73 הכרעת הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 785-786 (ההדגשות הוספו).

74 שם.

אליה, לפיה נשים הן אלה שממשיכות לשאת בעיקר הנטל של טיפול בבית ובמשפחה.⁷⁵ תמונת מציאות זו נתפסת גם כטבעית והגיונית בשל תפיסות סטראוטיפיות מושרשות ביחס למהותן האימהית הטבועה של נשים.⁷⁶ נראה, כי עמדות מסורתיות אלה ביחס

75 בהקשר זה מתברר כי נשים בישראל מבצעות את מרבית עבודות הבית, בין שהן עובדות בשכר ובין שלא. בסקר שנערך בישראל בשנת 2002 ובחן את עמדות הציבור הישראלי כלפי תפקידי מין, חלוקת עבודה במשפחה ותעסוקת נשים, דיווחו 80% מהנחקרים כי בביתם האשה היא זו שתמיד או בדרך כלל מכבסת את הכביסה ומכינה את הארוחות. מתשובות הנשאלים עלה גם כי נשים מקדישות לעבודות הבית פי 2.5 יותר זמן מגברים, והסקר מציין כי תמונת מציאות זו עולה ממרבית המחקרים שבחנו את חלוקת עבודת הבית בין בני הזוג. ראו אניה גליקמן, ענת אורן ונח לויין-אפשטיין "משפחה ישראלית חדשה? תפקידי מין וחלוקת עבודה במשפחה בראשית המאה ה-21" דעות בעם 8, 1, 4-5 (2003) (להלן: "משפחה ישראלית חדשה?"). יתרה מזו: מתברר כי האימהות והמצב המשפחתי הם הגורמים המשפיעים יותר מכל על דפוסי התעסוקה של נשים, ויש בהקשר זה הבדלים ברורים בין נשים לבין גברים. כך, למשל, שיעור ההשתתפות של נשים נשואות בכוח העבודה נמוך במידה ניכרת מזה של גברים נשואים (57.1% לעומת 70.8% בהתאמה) ומזה של נשים לא נשואות (69.4% לעומת 79.1% בהתאמה בגילאי 35-44, ו-66.1% לעומת 81.3% בהתאמה בגילאי 25-34). ההנחה המקובלת היא כי הפרש זה בשיעור ההשתתפות בשוק העבודה משקף כנראה חלוקת תפקידי מסורתית, ונובע מכך שנשים נשואות נוטות יותר מנשים לא נשואות להישאר בבית ולטפל בילדים. ראו נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 120, 127 (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2007) (להלן: דו-שנתון סטטיסטי); חיה שטייר נשים בתעסוקה חלקית בישראל (1995). נתונים אלה נתמכים בנתונים נוספים שלפיהם אחוז ההשתתפות של אימהות בכוח העבודה יורד במידה מובהקת ככל שעולה מספר הילדים שלהן. כך, למשל, בשנת 2005, בקרב אמהות לארבעה ילדים ומעלה, כמעט 55% מהמשתתפות בכוח העבודה עבדו במשרה חלקית. בחינת הסיבות לאבטלה בקרב נשים שהן אימהות מגלה כי שיקולים הקשורים לילדים מהווים את עיקר הסיבות להיעדר תעסוקה בהקשרים אלה. כך, למשל, הסקר החברתי משנת 2005 מגלה כי בקרב האימהות שהיו לא מועסקות, 42.4% דיווחו כי נשאר בבית מפני שהיה להן חשוב להישאר בבית לטפל בילדים. 9.7% נוספים דיווחו כי משפחתן ציפתה מהן להישאר בבית ולטפל בילדים. 8.7% נוספות מסרו כי לא מצאו מסגרת מתאימה לילדיהן. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שאלון סקר חברתי 2005 (מחולל הלוחות של הסקר החברתי באתר הלשכה, surveys.cbs.gov.il/Survey/survey.htm) (להלן: הסקר החברתי ל-2005), וכן, מרכז רקמן לקידום האשה שנתון נשים ומשפחה בישראל 135 (2007).

76 מהסקר החברתי ל-2005, שם, התברר כי בקרב זוגות נשואים עם ילדים או בלי ילדים כ-30% מן הגברים וכ-25% מהנשים האמינו שכשיש ילדים קטנים על אחד מבני הזוג לא לעבוד כלל. גברים יותר מנשים האמינו כי אם אחד מבני הזוג מפסיק לעבוד או מפחית מעבודתו זו צריכה להיות האשה, אולם הפערים בין המינים לא היו גדולים ובסך הכל שיעור גבוה מאוד של גברים ונשים נשואים עם ילדים (81% ו-77% בהתאמה) ביטאו עמדות מסורתיות לגבי חלוקת התפקידי מין בין בני זוג. עוד התברר כי ההורות בפועל מעצימה עמדות מגדריות מסורתיות ולא להפך. לפירוט נתוני הסקר וניתוח משמעותם ראו שנתון נשים ומשפחה בישראל, לעיל ה"ש 75. הדו"ח משנת 2002 ביחס לעמדות הציבור הישראלי כלפי תפקידי מין וחלוקת עבודה במשפחה חושף תמונה דומה. 43% מהנשאלים הסכימו עם הטענה ש"לעבוד מחוץ לבית זה בסדר, אבל מה שרוב הנשים רוצות באמת זה בית

לתפקידן האימהי של נשים הביאו לכך שמאמצי הנאשים והכושלים ברובם של גלינה לדאוג לצרכיה של התינוקת לא רק שלא זכו להכרה של הרשויות ושל בית המשפט, אלא אף נזקפו לחובתה בשל כישלונה להתאים את עצמה לרף הציפיות ההורי הגבוה יותר שהוצב לה. כך, כשם שמגיעה עם רשויות הרווחה הולידו לא פעם דו"חות ביקורת ספציפיים דווקא נגדה מצד הגורמים המטפלים, גם בית המשפט מצא לנכון לחרוג פעם אחת מן הרטוריקה הניטרלית והשוויונית בכל הנוגע לתפקודם ההורי של גלינה ואנדרוי, ולהטיל אשם מיוחד על גלינה בכל הנוגע להזנחתה של התינוקת:

הנאשמת אמנם תולה את האשם בשירותי הרווחה ש"אף פעם לא שאלו אם יש מה לאכול, כאילו זה לא עניין אותם", אך נראה כי בהימנעותה ובחוסר יכולתה לספק מלוא צרכי האכילה והלבוש של התינוקת, חטאה הנאשמת כלפי התינוקת ולא מילאה חובותיה כאם. נימוקה של האם כי "האכלתי אותה עם מה שיכולתי..." לאו נימוק הוא להימנעותה מלהעלות את מלוא חומרת המצב כלפי רשויות הרווחה.⁷⁷

חשוב לציין כי עצמה דומה של גינוי לא הוצמדה למחדליו של האב בכל הנוגע לקשר עם רשויות הרווחה; ממנו נחסך התיוג של מי "שלא מילא את חובותיו כאב". במקום זה הסתפק בית המשפט בקביעה כי "גם הנאשם נמנע מלדווח על מלוא מחסורם לשירותי הרווחה".⁷⁸ אם כן, גם ביחס למחדל שבהיעדר דיווח מספק לרשויות הרווחה מתח בית המשפט קו של דמיון והשוואה בין ההורים בכך שהרשיע את שניהם בעבירה זו. העובדה שהמידע שהיה בידי הרשויות בנוגע למצבה של המשפחה הגיע בעיקר דרך מגעיה של גלינה עם גורמי הרווחה השונים נעלמה במסגרתו של מצג שוויוני זה של אחריות פלילית דומה. בנוסף, היא – שהעידה לא רק ש"התלוננה בטיפת חלב ובשירותי הרווחה

וילדים". 42% הביעו תמיכה בטענה ש"ילד בגיל הגן עלול לסבול במידה שהאם עוברת" ו-39% הסכימו כי "בסיכומו של דבר, כאשר אישה מועסקת במשרה מלאה, חיי המשפחה סובלים". ראו "משפחה ישראלית חדשה?", לעיל ה"ש 75. דפנה הקר, שערכה בשנים 2001-2003 יותר מארבעים ראיונות עומק עם הורים גרושים ועם אנשי מקצוע המעורים בשדה המשפטי המעצב הסדרי משמורת וראייה, כחלק ממחקר שבחן תפיסות של הורות במשפט כפי שאלו באות לידי ביטוי ומשפיעות על עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים, מצאה כי כל הגורמים הללו שבויים במיתוס הפטריארכלי הרואה את הנשים כאחראיות הבלעדיות על הטיפול היומיומי בילדים ופותר את הגברים מאחריות זו. מסקנתה היא אפוא שמיתוס האימהות חי וקיים בחברה הישראלית. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 28.

77 הכרעת הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 786 (ההדגשות הוספו).

78 שם.

שהמצב קשה וביקשה עזרה", אלא גם הוסיפה: "האכלתי אותה עם מה שיכולתי"⁷⁹ – נזופה בחומרה מיוחדת על כך ש"לא מילאה חובותיה כאם".⁸⁰

לאחר שהכריע בית המשפט בשאלת אחריותם של שני ההורים בעבירות של הזנחת ילד והפרת חובה של הורה והרשיעם בעבירות אלה, נדונה בנפרד אחריותם של גלינה ואנדרי לעבירת ההתעללות. בניגוד לדין שקדם לכך, שבמסגרתו נכרך כאמור ללא הבחנה תפקודם ההורי של האב והאם תחת אותה רטוריקה מגנה, בכל הנוגע לעבירת ההתעללות נשא הדין אופי שונה בתכלית. כאן בחן בית המשפט את מידת האחריות והאשם הגלומים במעשיהם של גלינה ואנדרי, תוך התייחסות אינדיבידואלית מדוקדקת למעשיו ולמחדליו של כל אחד מהם בנפרד. אשר לגלינה נקבע כי ביום שבו החליטה להתאבד הנחיתה על התינוקת מכות נמרצות שגרמו לשבר בצלעותיה. עוד נקבע כי האם החלה לנקוט אלימות כלפי הילדה כחודש לפני אותו אירוע.⁸¹ לעומת זאת, האמין בית המשפט לאנדרי כי הוא עצמו לא הכה את התינוקת אלא לכל היותר "טפח קלות מאוד על ישבנה".⁸² מסקנה זו מצאה לה תימוכין בעובדה ש"הנאשם מיעט, ככלל, ליצור מגע פיזי (ורגשי) עם התינוקת". באופן ספציפי חזר והזכיר בית המשפט בהקשר זה כי חוסר הקשר הרגשי והפיזי של הנאשם לתינוקת "עולה מפורשות כמפורט לעיל, מעדויותיהן של העובדת הסוציאלית, גב' גליסר, מעדותה של אחות טיפת חלב, גב' וידאל ומעדותה של הנאשמת". עוד ציין בית המשפט וקבע כי "מעדותה של הנאשמת עולה גם, כי הנאשם פחד ממגע עם התינוקת ופחדו ממגע זה, מתיישב לוגית עם מסקנתי כי הנאשם לא היכה את התינוקת, אף שטפח קלות מאוד על ישבנה".⁸³

להכרעה משפטית ועובדתית זו ביחס למידת האלימות השונה שנקטו ההורים כלפי התינוקת הייתה נפקות דרמטית בשלב גזר הדין. למרות ששני ההורים הורשעו במשותף גם בעבירה של התעללות – גלינה בשל האלימות שנקטה בפועל כלפי הילדה ואנדרי בשל כך שלא עשה די כדי למנוע את האלימות – בשלב גזר הדין הגיע בית המשפט למסקנה כי תרומתה המשמעותית בהרבה של גלינה למעגל האלימות מחייבת הטלת עונש חמור בהרבה בהשוואה לעונשו הראוי של האב. על גלינה נגזרו אפוא תשעה חודשי מאסר לריצוי בפועל ועוד תשעה חודשי מאסר על תנאי, ואילו על אנדרי נגזרו רק שמונה חודשי מאסר על תנאי.⁸⁴

תוצאה עונשית זו נגזרת כמובן מן המבנה הלוגי של הכרעת הדין. אם היקף האחריות של שני ההורים בכל הנוגע להזנחת הילדה הוא שווה, ואם נוסף על כך חטאה הנאשמת

79 שם, בעמ' 779.

80 שם, בעמ' 783.

81 שם, בעמ' 789.

82 שם, בעמ' 789.

83 שם.

84 גזר הדין בעניין פלונית, לעיל ה"ש 42, בעמ' 5.

באלימות כלפי הילדה – דבר שהנאשם לא עשה – הרי ברורה ומוצדקת התוצאה של ענישה מחמירה יותר כלפי האם. עם זאת, כפי שהדיון לעיל ניסה להראות, תוצאה עונשית זו כלל אינה מביאה בחשבון שתי עובדות רלוונטיות שהיה בהן כדי לאזן את החומרה שבמעשיה של גלינה עם ממד של קולה. ראשית, גם אם חטאה גלינה בהזנחה קשה של בתה, ניתן היה להכיר במאמציה לטפל בילדה כנימוק שגם אם אינו משליך על עצם אחריותה הפלילית, יש בו כדי להשליך על חומרת ענישתה. משמע, כשם שעמד גזר הדין על ההבדלים בין האם לאב בכל הנוגע לתרומתם השונה למעגל האלימות וגזר מהם מסקנות רלוונטיות לגבי רמת הענישה ההולמת לכל אחד מן הנאשמים, דיון דומה ומסקנות רלוונטיות ניתן היה להחיל גם על מעשי ההזנחה. שנית, כחלק משיקולי הענישה בעניינה של גלינה יכול היה בית המשפט לשרטט קשר מורכב יותר בין מעשי האלימות שנקטה כלפי הילדה בסופו של דבר, לבין תפקודה האימהי הפעיל לכל אורך התקופה שבה שהתה הילדה עם הוריה. השופט אמנם הכיר בכך שאת האלימות הקשה ביותר ספגה הפעוטה ביום שבו חשבה אמה להתאבד, אולם משמעותה של עובדה זו – ככל שזו קשורה לתפיסת האימהות של גלינה ונגזרת בחלקה מהתפקיד הפעיל בהרבה שגלינה נטלה על עצמה בכל הנוגע לטיפול בילדה, בהשוואה ליחסו המתנכר של האב – לא זכתה להכרה בשלב הענישה. הרי גלינה הכתה את הילדה באותו יום לאחר שהייתה זו היא שקמה אל בתה בבוקר להאכילה בעוד הנאשם נם את שנתו; היא שנתנה דעתה לכך שאין לה במה להאכיל את הילדה או במה להלבישה; היא שנאלצה להתמודד עם בכיה של ילדה רעבה, עירומה ומוזנחת; והיא, לאחר שהכתה את הילדה, גם זו שהחליטה לשים קץ לחייה. היינו: העמדתם של מעשי האלימות של גלינה בהקשר הרחב שבו התרחשו יכולה הייתה לשפוך אור אחר על מידת החומרה הטמונה בהם ולהוסיף נימוק רלוונטי לעניין ענישתה, אולם זה לא קרה. לעומת זאת, בעניינו של אנדרי לא התקשה כאמור בית המשפט להבחין בקיומו של קו מקשר בין דפוסי התנהלותו האבהית לבין מעשי האלימות בילדה. כך, יחסו המתנכר של אנדרי כלפי בתו והעובדה שמעולם לא התייחס אליה או דאג לצרכיה שימשו כאמור ראייה חשובה לעניין המסקנה שהוא גם לא הכה אותה, שהרי מי שלא הבחין כלל בקיומה של הילדה גם לא נחשד בכך שטרח להכותה. היגיון שיפוטי זה לא פעל על דרך ההיפוך לטובתה של גלינה.

בפתח גזר הדין סיכם בית המשפט את תמצית ההשתלשלות העובדתית הרלוונטית בפרשה זו כפי שהיא עולה מהכרעת הדין במילים אלו:

המדובר במסכת קשה של אלימות והתעללות הנאשמת בבתה התינוקת ובחדלונו של האב למנוע את ההתעללות והאלימות. לכך יש להוסיף את הזנחת התינוקת האומללה על ידי הוריה – הנאשמים, עד כדי הבאתה לחרפת רעב ואת הפרת חובתם כהורים לדאוג לבריאות התינוקת ולמנוע

פגיעה בשלמותה ובריאותה, מה שהביא בסופו של דבר לפיגור בהתפתחותה של התינוקת.⁸⁵

על תפיסה זו של חומרה יחסית, המבחינה בין האם לאב, חזר בית המשפט גם בסיכום גזר הדין:

יש להגיב בחומרה רבה על מעשיהם של הנאשמים ובפרט על מעשי ההתעללות והאלימות של הנאשמת שגרמה לבתה שבר בצלע וכווייה ואף נשכה אותה והטביעה בגופה סימני אלימות נוספים. [...] אחרי ככלות הכל, הנאשמים הפרו חובה בסיסית של הורים לדאוג לצאצא, עצם מעצמם ובשר מבשרם ותחת זאת התייחסו אל בתם כאילו הייתה שק חבטות נטול רגשות, תחושות ומאויים.⁸⁶

אם כן, בסופו של דבר התבסס הדין הענישתי על שני אדנים מרכזיים: בכל הנוגע לעבירת ההתעללות חזר בית המשפט והזכיר את האלימות שנקטה גלינה כלפי בתה ואת הפגיעות הגופניות שפגעה בה, ואילו בכל הנוגע לעבירות של הזנחת ילד והפרת חובה של הורה הודגשה דווקא תרומתם הדומה ואחריותם השווה של שני ההורים. כל העובדות הרלוונטיות הנוגעות לעצם הטיפול בפעוטה מיום שנולדה נזקפו אפוא רק לחובתה של גלינה. עובדה זו מעוררת קושי לא רק משום שהיא מתעלמת מתמונה מגדרית מורכבת בהרבה בכל הנוגע לתפקודה של האם בהשוואה לתפקודו של האב, אלא גם משום ש"האם הרעה" היא בעצם היחידה שנדרשה לשלם באופן ממשי את מחירן של הפגיעה בתינוקת והזנחתה.

(ב) האם המתעללת כמודל להתנהגות הורית פסולה

פרשת אירנה (שם בדוי) האם המתעללת היא אחד מציוני הדרך המרכזיים בפסיקתו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לשרטוט גבולות המותר והאסור ביחסים בין הורים לילדים, כמו גם בנוגע להגדרתה של עבירת ההתעללות.⁸⁷ פסק דין זה הטיל לראשונה איסור על שימוש בענישה גופנית כאמצעי חינוכי מצד הורים כלפי ילדיהם, וקבע אמות-מידה עקרוניות להכרעה בדבר סוג הפגיעות בילדים שייכנסו בגדרה של עבירת ההתעללות שבחוק העונשין.⁸⁸

85 שם, בעמ' 1.

86 שם, בעמ' 3-4.

87 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000) (להלן: הערעור בעניין פלונית).

88 שם, בעמ' 187-188.

על-פי המתואר בפסק הדין המחוזי שדן והכריע בעניינה של אירנה בערכאה הראשונה,⁸⁹ ובפסק הדין של בית המשפט העליון שנדרש לעניין בעקבות ערעורה של האם,⁹⁰ מדובר באם שנהגה בהזדמנויות שונות להכות את שני ילדיה הקטינים, בני השש והשמונה, בישבנם וכן לסטור על פניהם. לבנה הקטן נהגה לתת מדי פעם "כאפות" בעורפו, ופעם הכתה אותו בפניו וגרמה לשן חלב שהתנדדה בפיו ליפול. היא נהגה מדי פעם גם להשליך לעבר ילדיה כפכף גומי כשרצתה להסב את תשומת לבם ולגרום להם לבצע משימה כלשהי בבית. במקרים אחרים הכתה את הילדים באמצעות אותו כפכף.⁹¹ אירנה לא הכחישה כי היא מכה את ילדיה. היא גם הודתה כי "דרך החינוך בה היא נוקטת קשה מן המקובל", אולם טענה כי מדובר באמצעי חינוכי לגיטימי, שכן היא נוקטת בענישה גופנית "רק כאשר הדבר בלתי נמנע".⁹²

לאחר שבית המשפט פסק ברמה העקרונית כי ענישה גופנית של ילדים אסורה ולכן כפופה להוראות המשפט הפלילי, התמקדה המחלוקת המשפטית בשאלה אם ראוי לסווג את מעשיה של האם כהתעללות ולהרשיעה בעבירה חמורה זו, שהעונש המרבי בצדה הוא תשע שנות מאסר, או שמא יש להסתפק בהרשעתה בעבירה קלה יותר של תקיפת קטין. בהקשר זה נחלקו הדעות בבית המשפט העליון. השופטים ביניש וברק אימצו את הכרעתו של בית המשפט המחוזי מפי השופטת רוטלוי, שקבעה כי ראוי לצקת פרשנות מרחיבה למונח "התעללות" הקבוע בחוק העונשין כך שהמכות שהכתה אירנה את ילדיה ייכנסו לגדר עבירה זו.⁹³ השופט אנגלרד, שנותר בדעת מיעוט, סבר כי מעשיה של אירנה אינם חמורים דיים ולכן לא ניתן להגדירם כהתעללות אלא כתקיפה בלבד.⁹⁴

89 ת"פ (מחוזי ת"א) 511/95 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 15.9.1997) (להלן: הדיון במחוזי בעניין פלונית).

90 הערעור בעניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בעמ' 145.

91 שם, בעמ' 157-159.

92 שם, בעמ' 160-161.

93 שם, בעמ' 187-188.

94 באופן ספציפי הסביר השופט אנגלרד בהקשר זה כי השוואה בין מעשיה של אירנה לבין מקרים אחרים שבהם הורשעו הורים בהתעללות בילדיהם גילתה הבדל בין המעשים. מעשיה של אירנה לא הגיעו לאותה רמה של חומרה מיוחדת, אכזריות והשפלה הדרושות לצורך הרשעה בעבירה של התעללות, בניגוד למעשים של הורים אחרים. השופט הזכיר בהקשר זה מקרה של אב שגזז את שערות ראשה של בת זקוניתו תוך שהוא מפעיל עליה כוח ופוצע אותה בגולגולתה; מקרה של אם שהכתה את בניה באמצעות מקל וחגורה וכן נשכה, צבטה, הטיחה ראשם בקיר ואף גרמה כווייה לאחד מבניה באמצעות סכין לוחטת; במקרה אחר דובר באב שנהג לנעול את ילדיו יום שלם בחדרם, להשפילם ואף לבעוט בהם ולהכותם. על בסיס השוואה עם מקרים כאלה ואחרים סבר כאמור השופט אנגלרד כי ראוי וצריך היה בסופו של דבר להסתפק בהרשעתה של אירנה בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות. "הפכתי בעובדות והפכתי בהן ולא השתכנעתי כי לפנינו מקרה של התעללות", סיכם שופט המיעוט את עמדתו בסוגיה. הוא אף הוסיף והביע את דעתו כי הרשעתם של אנשים כמו

עבירת ההתעללות היא עבירה חדשה יחסית בחוק העונשין. היא כלולה בסימן שהוסף לחוק העונשין בראשית שנות התשעים וכותרתו "פגיעה בקטינים וחסרי ישע". מהעבירות המנויות בסימן זה, עבירת ההתעללות – לצד עבירה של תקיפה הגורמת חבלה חמורה – היא העבירה החמורה ביותר. החלטתם של שופטי הרוב לתייג את אירנה כ"אם מתעללת" ולא כאם אלימה סתם, הטילה עליה אפוא את הקלון המרבי שניתן להטיל על הורה שפגע בילדיו מבחינת חומרת העבירה ומבחינת הסטיגמה המוסרית הנלווית להרשעה מסוג זה.

חשוב לציין כי עמדתם של שופטי הרוב בעניינה של אירנה, שתמכה בהרשעתה דווקא בעבירה של התעללות, התבססה על מהלך פרשני לא פשוט. המונח "התעללות" אינו מוגדר בחוק העונשין;⁹⁵ כל שקובעת הוראת החוק הרלוונטית הוא: "העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית, או מינית, דינו מאסר שבע שנים; היה התוקף אחראי על הקטין או חסר הישע דינו מאסר תשע שנים".⁹⁶ גם בדברי ההסבר להצעת החוק שעיגנה את עבירת ההתעללות בחוק העונשין ובדברי הכנסת לא ניתנה למונח זה כל הגדרה.⁹⁷ בנסיבות אלה, וכדי להגדיר את קו הגבול בין עבירת ההתעללות לבין עבירת התקיפה ולמקם את מעשיה של אירנה בגדרה של עבירת ההתעללות, נדרשו שופטי הרוב לשרטט ולהגדיר את גבולותיה של העבירה. השופטת ביניש, שכתבה את דעת הרוב, דחתה את האפשרות לתחום את העבירה לגבולות המצומצמים של ההגדרה המילונית של "התעללות", הקובעת כי התעללות היא "התנהגות קשה ואכזרית; יחס בלתי אנושי".⁹⁸ במקום זאת נקבע כי כל אלימות שיטתית ומתמשכת לשם השלטת מרות, גם כשלא מדובר במעשים אכזריים, ראויה להיחשב כהתעללות. השופטת ביניש הוסיפה וקבעה כי "התעללות, והתעללות גופנית בגדרה, מתייחסת למקרים שמחמת אופיים וטיבם – המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליהם כאל מקרי תקיפה בלבד".⁹⁹ בנסיבות אלה הסבירה השופטת ביניש כי היא אינה יכולה ולכן אינה מתיימרת לתת "הגדרה כוללת"¹⁰⁰ להתעללות, ולפיכך הסתפקה בהצגת "התכונות המאפיינות מקרים של התעללות גופנית".¹⁰¹ בין תכונות מאפיינות אלה היא הצביעה למשל על

אירנה בעבירת ההתעללות, תוך כריכת מעשיה עם מעשים חמורים ואכזריים בהרבה תחת כותרת אחת של "התעללות", יוצרת לטעמו פחות במשמעותה המוסרית של העבירה (שם, בעמ' 198).

95 ס' 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

96 שם.

97 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשמ"ט-1989, ה"ח 146; ד"כ 115, 609 (התש"ן).

98 הערעור בעניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בעמ' 167.

99 שם, בעמ' 168 (ההדגשה הוספה).

100 שם.

101 באופן ספציפי קבעה השופטת ביניש בהקשר זה: "פסיקתנו, אשר אישרה פעמים רבות הרשעות בעבירה של התעללות, מיעטה לדון במשמעות הביטוי, וטרם ניתנה לו הגדרה ממצה. עם זאת, הפסיקה העניקה תוכן לעבירת ההתעללות תוך צעידה ממקרה למקרה. אף אנו לא נתיימר ליתן

מקרים שבהם מתקיימת "התנהגות הטומנת בחובה אכזריות, הטלת אימה, או השפלה", וכן על מקרים שבהם נועדה ההתנהגות להביא "להטלת מרות, להפחדה, לענישה או לסחיטה"¹⁰². אם כן, הרשעתה של אירנה בעבירת ההתעללות הייתה כרוכה במהלך פרשני לא פשוט שבמסגרתו נדרשו שופטי הרוב לצקת תוכן לעבירה נטולת גבולות ברורים. זאת ועוד: הפרשנות המרחיבה והעמומה שנוצקה בסופו של דבר לעבירה הייתה בעייתית בשל כך שלא תאמה את העיקרון של פרשנות מצמצמת בפלילים ופגעה בעקרון החוקיות בפלילים: במקום לתחום את גבולותיה של העבירה באופן צר ומצמצם, שרטט אותם בית המשפט בהרחבה. תהליך פרשני זה גם הותיר במודע שוליים עמומים ביחס לגדרה המדויקת ולהיקפה של עבירה זו, כאשר "המצפון והרגש" נותרים בסופו של דבר הכלים המרכזיים לזיהוי קו הגבול בין מותר לאסור בהקשר זה.¹⁰³

ברמה המפורשת והגלויה, פסקי הדין בעניינה של אירנה אינם פסקי דין על אימהות או על אמהות אלימות. כמו פסק הדין בעניינם של גלינה ואנדרי, הן הכרעת הדין במחוזי והן פסק הדין של בית המשפט העליון בערעור עוסקים במוצהר בשיח ניטרלי שעניינו דפוסי הורות ראויים בעידן הנוכחי, שבו מתקיימת הכרה הולכת וגוברת בזכויות הילד ובחובה ובצורך להגן על כבודו ועל שלומו כאדם.¹⁰⁴ למרות נסיבות המקרה הספציפיות העוסקות באם שהכתה את ילדיה, המסקנות העקרוניות של שתי הערכאות ביחס לעצם

הגדרה כוללת, ונסתפק בהצגת יסודות העבירה והתכונות המאפיינות, לשיטתנו, מקרים של 'התעללות גופנית' (שם).

102 שם, בעמ' 170.

103 השופט אנגלרד, שנותר כאמור בדעת מיעוט בבית המשפט העליון, הדגיש פגיעה זו בעקרון החוקיות ובעקרון של פרשנות מצמצמת בפלילים הנגזר ממנו והסביר: "בעיניי יש חשיבות מכרעת לעקרון החוקיות בפלילים, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק העונשין. היבט נוסף של עיקרון זה הוא כלל הפרשנות, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, ולפיו 'ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין'. על-פי עקרון החוקיות, מן הראוי כי היסוד העובדתי בעבירות יוגדר בברור, ככל האפשר, כך שהכפוף לסנקציה הפלילית ידע מראש את תחומי האסור והמותר. לכן, יש להימנע, ככל האפשר, מהגדרות סתמיות, שמשמעותן אינה ברורה" (שם, בעמ' 191).

104 כך, למשל, ניסחה השופטת ביניש את מסקנתה באשר לאיסור המוחלט על ענישה גופנית של ילדים: "בהתאם לכלל האמור, יש לקבוע, כי ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכל וכל, והיא שריד לתפיסה חברתית-חינוכית שאבד עליה כלח. הילד אינו רכוש הורה; אסור כי ישמש שק אגרוף, שבו יכול ההורה לחבוט כרצונו, כך גם כאשר ההורה מאמין בתום-לב שמפעיל הוא את חובתו וזכותו לחינוך ילדו. הילד תלוי בהורה, וזקוק לאהבתו, להגנתו ולמגעו הרך. הפעלת ענישה הגורמת לכאב ולהשפלה אינה תורמת לאישיותו של הילד ולחינוכו, אלא פוגעת היא בזכויותיו כאדם. היא פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו ובהתפתחותו התקינה. היא מרחיקה אותנו משאיפתנו לחברה נקייה מאלימות. אשר-על-כן, נדע כי שימוש מצד ההורים בעונשים גופניים או באמצעים המבזים ומשפילים את הילד כשיטת חינוך, הינו אסור בחברתנו כיום" (שם, בעמ' 185).

הפסול שבפרקטיקות של "ענישה חינוכית" מצד הורים כלפי ילדיהם וביחס לטיב ההתנהגות ההורית שניתן להגדירה כהתעללות הן מסקנות א־מגדריות המכוונות כלפי אבות ואמהות כאחד.¹⁰⁵

עם זאת, נראה שכאשר אנו נדרשים באופן מדוקדק יותר לנסיבותיה העובדתיות של פרשה זו, ניתן להטיל ספק במראית העין של ניטרליות מגדרית המאפיינת את פסק הדין ולעורר שאלות ביקורתיות ביחס להטיותיו המגדריות הסמויות. במיוחד צפות ועולות הטיותיו המגדריות של הדיון השיפוטי בפרשה זו כשבוחנים באופן ביקורתי, ומנסים לפענח, את טיבו של מסר ההרתעה שמשדרת פרשה זו, הן ברמה הכללית והן ברמה האישית.

ברמה הכללית חשוב לציין כי עניינה של אירנה אינו עולה בקנה אחד עם הפרופיל הטיפוסי של מקרי התעללות בילדים על-ידי הוריהם, שנדונו לפני שפרשה זו הגיעה להכרעה שיפוטית ולאחריה. אף-על-פי שמאז חקיקתה של עבירת ההתעללות ועד היום לא נפקד מקומן של אמהות מתעללות בקרב אלה שהואשמו והורשעו בעבירה זו, מבחינה מספרית הרוב המוחלט של הנאשמים והמורשעים בעבירה זו הם אבות ולא אמהות.¹⁰⁶ בחינת זהותם של מי שהועמדו לדין בגין התעללות בשנים שחלפו מאז נחקקה העבירה ועד מחצית שנת 2007 מעלה כי ב-183 פרשות שהגיעו לבתי המשפט היו מעורבים 124 אבות ו-16 אמהות. גם בפרשות שבהן לא היה המתעלל הורה ביולוגי, אלא בן זוג שחי עם ההורה הביולוגי, נמצא פער ניכר בין נשים לגברים: גם בקרב קבוצה זו המתעללים היו בעיקר גברים שחיו עם האם הביולוגית ולא להפך.

לעובדה זו, שעניינה ההטיה המגדרית המובהקת המאפיינת את מקרי הפגיעה וההתעללות של הורים בילדיהם, אין כל זכר בפסקי הדין המחוזי והעליון שדנו בעניינה של אירנה. שני פסקי הדין נקטו כאמור לשון ניטרלית מבחינה מגדרית כשגינו את התופעה של "הורים" הנוקטים אלימות כלפי ילדיהם, והמשיגו את הדילמה שמעוררת פרשה זו במונחים כלליים שעניינם דפוסים ראויים של הורות בעידן העכשווי. דיבור ניטרלי זה על הורים הפוגעים בילדיהם, שאינו מבחין בין אבות לאמהות, מתיישב כמובן עם המגמה הכללית המאפיינת את השיח המשפטי בעשורים האחרונים – מעבר מהתמקדות באימהותן של נשים להתמקדות בהורותם של גברים ונשים כאחד, הן בצד הזכויות והן בצד החובות. עם זאת, להמשגה של התופעה של פגיעה והתעללות בילדים

105 ש.ם.

106 בחיפוש מקיף של כל הפסיקה העוסקת בעבירת ההתעללות ופורסמה במאגרי המידע של תקדין, פדאור ונבו מאז חקיקת העבירה ועד ה-31.5.2007 נמצאו 201 פסקי דין שעסקו ב-183 פרשות שונות של התעללות. מספר זה כולל גם נאשמים שהואשמו במקור בהתעללות אולם בסופו של דבר הורשעו בעבירה פחותה כגון תקיפה. פילוח הפרשות הללו בהתאם לזהות הנאשמים חשף את התמונה המגדרית הבאה: 124 אבות, 16 אמהות, חמישה אבות חורגים, אם חורגת אחת, תשעה בני זוג של האם ו-33 אחרים (אדם זר או קרוב משפחה מדרגה רחוקה יותר כגון דוד או סב).

במונחים ניטרליים מבחינה מגדרית יש מחיר. מדובר בדיבור כוזב, המעלים את היבטיה האמיתיים של בעיה חברתית כואבת ולכן יכול לחתור תחת המסר העקרוני של גינוי הבעיה והרתעה מפני הישנותה – המסר שביקשו שתי הערכאות להעביר באמצעות ההכרעה בפרשה זו. משמע, מכיוון שלצד ההכרעה הספציפית בעניינה של אירנה ביקש פסק הדין במוצהר לקדם שינוי בטיפול החברתי והמשפטי בתופעה של אלימות הורית, תיאור מדויק המתייחס במפורש לפניה האמיתיים של התופעה ולא מטשטש אותם היה מסייע להפוך את הטקסט השיפוטי למצע אפקטיבי יותר לשינוי חברתי. יתרה מזו: על פני הדברים נראה כי מכיוון שעיקר הדילמה של פגיעה והתעללות של הורים בילדיהם, כפי שהיא משתקפת בפסיקת בתי המשפט, מתבטאת בהתנהגות אלימה של אבות, ראוי היה שפסק הדין העקרוני המנחה בעניין גבולותיה של עבירת ההתעללות – שנועד בין היתר להרתיע מפני הישנותם של מקרי התעללות ופגיעה בילדים – יתבסס על פרשה התואמת את הפרופיל הטיפוסי של מקרים כאלה, ולא יקבע תקדים על בסיס מקרה שמבחינת נסיבותיו העובדתיות נמצא בשוליים של התופעה. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שרובם המוחלט של הערעורים שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בסוגיות של התעללות בילדים על-ידי הוריהם גם עסקו בפועל באבות מתעללים ולא באמהות מתעללות.

למעשה, מאז חקיקת סעיף ההתעללות בחוק העונשין בראשית שנות התשעים ועד ה-31.5.2007, הגיעו להכרעתו של בית המשפט העליון שלושים ושישה תיקים שעסקו באבות מתעללים, חמישה תיקים שבהם היו האב והאם מעורבים יחד במעשי ההתעללות ומקרה אחד בלבד שעסק רק באם מתעללת.¹⁰⁷ מקרה חריג ויחיד זה היה ערעורה של אירנה – ודווקא הוא נהפך לפסק הדין המנחה לעניין הגדרת גבולותיה של עבירת ההתעללות, למרות שהמדובר היה בסוגיה שלא חייבה הכרעתו של בית המשפט דווקא בהקשרה של פרשה זו. כזכור, בעניינה של אירנה השאלה המשפטית היחידה שחייבה הכרעה של בית המשפט הייתה שאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית כפרקטיקה חינוכית, שכן זו הייתה טענת ההגנה של אירנה. לעומת זאת, קביעה עקרונית ביחס לגבולותיה של עבירת ההתעללות לא נדרשה בפרשה זו שכן ניתן היה להרשיע את אירנה בתקיפה תוך דחייתו של הדיון העקרוני לפרשה אחרת, המשקפת טוב יותר את המציאות החברתית בנוגע להתעללות בילדים, ושהצבתה כספינת הדגל של הדיון השיפוטי בסוגיה הייתה מעבירה – לפחות ברמה הסימבולית – מסר אפקטיבי יותר של גינוי התופעה והרתעה כללית מפני הישנותה.¹⁰⁸

107 ראו לעיל ה"ש 106. מבין חמשת המקרים שבהם היו מעורבים שני ההורים במעשי התעללות בילדים חשוב לציין כי בחלקם הנאשם היה אב חורג ולא אב ביולוגי.

108 בהקשר זה חשוב לציין כי מטבע הדברים השאלה אם ההרשעה והענישה הפלילית משרתות גם מטרה של הרתעה כללית החורגת מעניינו האינדיבידואלי של העבריין הספציפי היא שאלה שלא ניתן לתת לה תשובה אמפירית חד-משמעית. עם זאת, ההנחה העומדת ביסוד חלק ניכר מהספרות

סימני שאלה דומים מתעוררים גם באשר להיבט ההרתעה האישיית שבפרשה זו. לאחר שהורשעה בעבירה החמורה של התעללות, ולאחר שנדחתה כאמור האפשרות להרשיע אותה 'רק' בעבירה של תקיפה, גזר בית המשפט המחוזי על אירנה עונש קל במיוחד – שנים-עשר חודשי מאסר על תנאי בלבד, וכן העמדה בפיקוח של קצין מבחן למשך כשמונה-עשר חודשים.¹⁰⁹ עונש זה נגזר על הנאשמת אף-על-פי שהשופטת רוטלוי ציינה במפורש בהכרעת הדין את העובדות הבאות:

הנאשמת אף אינה מביעה חרטה על שהכתה את ילדיה. חלק מפירוט ההאשמות הכחישה ובחלקן הודתה וטענה כי זוהי דרך החינוך המועדפת עליה וכי אינה מוכנה להתחייב להפסיק להכות את ילדיה כאשר הדבר נראה לה כהכרחי ונחוץ, ואף לא להגיע לשיחות אצל גורמי הרווחה ש"אינם אמינים עליה".¹¹⁰

אם כן, לאחר שבית המשפט המחוזי מצא שמעשיה של הנאשמת חמורים עד כדי כך שהם מחייבים את תיוגה כ"אם מתעללת", ולאחר שנאשמת זו סירבה להתחייב להפסיק להכות את ילדיה או להגיע לשיחות עם גורמי הרווחה – בית המשפט הסתפק בעונש של מאסר על תנאי, שמשמעותו המעשית הייתה כי האם המתעללת נשלחה חזרה הביתה להמשיך לטפל בילדיה.¹¹¹

הפילית העוסקת במטרות הענישה היא שהרתעה כללית היא מטרה לגיטימית שהענישה הפלילית נועדה לשרת. לדיון כללי בענישה הפלילית ובמטרותיה ראו GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 30-40 (1998).

109 הערעור בעניין פלוני, לעיל ה"ש 87, בעמ' 157.

110 הדיון במחוזי בעניין פלוני, לעיל ה"ש 89, בפס' 33.

111 בהקשר זה מעניין לציין כי ביום שבו הורשעה אירנה בבית המשפט המחוזי בעבירת ההתעללות הרשיעה אותה שופטת בהתעללות גם אב שהכה את ילדיו, וגם בעניינו נזקק בית המשפט לאותה פרשנות מרחיבה כדי לסווג את מעשיו כהתעללות; ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 64/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.9.1997). גזר הדין שניתן בעניינו של אותו פלוני מגלה כי הנאשם, שהתחכש בתחילת הדרך למעשיו, הודה בהם בסופו של דבר ואף החל במאמצים לשנות את התנהגותו האלימה תוך שהוא נעזר בגורמים טיפוליים שונים בקהילה. בעניין הטיעונים לעונש הייתה בסופו של דבר הסכמה בין הסנגור לבא כוח התביעה שיש להסתפק בעונש של מאסר על תנאי בצירוף פיקוח של קצין מבחן. השופטת אימצה הסכמה זו וגזרה על הנאשם עונש של שנת מאסר על תנאי וכן פיקוח של קצין מבחן למשך שנתיים. לדבריה, בהקשר זה העונש הסלחני מתבקש לאור התנהגותו של הנאשם שכאמור נטל אחריות על מעשיו וניסה לשנותם; ראו גזר הדין בת"פ (מחוזי ת"א) 64/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.1.1998). על רקע זה ניכרת ביתר שאת סלחנותה של השופטת רוטלוי בגזירת עונשה של אירנה, שהרי בסופו של יום אותו עונש נגזר על האב המתעלל שנטל אחריות על מעשיו וביקש לשנותם ועל האם המתעללת שהמשיכה כל הדרך להתעקש על זכותה להכות את ילדיה.

זאת ועוד: בבית המשפט העליון הוקצנה התמונה עוד יותר משהתברר שהעונש של העמדה בפיקוח של קצין מבחן שגזרה השופטת רוטלוי על אירנה נותר בבחינת אות מתה בגזר הדין, הואיל ואירנה סירבה לשתף פעולה עם קצינת המבחן וזו ביקשה לשחרר אותה מתפקידה. השופטת ביניש קבעה במפורש בהקשר זה כי "מהצהרותיה של המערערת בעת הדיון בפנינו עלה ספק אם יכולה היא לעמוד בהתחייבות כלפי שירות המבחן".¹¹² למרות הדברים הללו, נמנע בית המשפט העליון מלהתערב בגזר הדין, כך שבסופו של דבר הושט על אירנה עונש של מאסר על תנאי בלבד.¹¹³ אם כן, גם במישור ההרתעה האישית פסק הדין של בית המשפט העליון מעורר קושי ממשי, שהרי לכאורה אין קשר הגיוני בין התנהגותה הפוגענית של אירנה כלפי ילדיה לבין העונש הקל להפליא שנגזר עליה בסופו של דבר.

נראה אפוא כי הן במישור ההרתעה הכללית ובמיוחד במישור ההרתעה האישית נכשל פסק הדין בהעברת מסר ברור ואפקטיבי. עם זאת, כאשר אנו נדרשים להיבטיה המגדריים של פרשה זו מצטיירת תמונה מורכבת יותר ביחס למקומן של ההרתעה הכללית וההרתעה האישית בהקשר זה. בכל הנוגע להיבט ההרתעה הכללית טענתי היא כי אלימות אימהית – גם אם היא קטנה לאין שיעור בהיקפה מהתופעה המקבילה של אבות אלימים – נתפסת כמאיימת יותר על הסדר החברתי בשל מאפייניה המגדריים של המציאות המשפחתית בישראל. המחשה חשובה למאפייניה של מציאות מגדרית זו ולמשמעות שיש לה מנקודת ראות חברתית רחבה יותר ניתן למצוא בעניינה של אירנה עצמה.

אירנה היא אם חד-הורית, עולה מחבר העמים. האב, כך מתברר ממשפט אקראי בפסק הדין, יצא מן התמונה והקשר עמו נותק.¹¹⁴ אירנה היא אפוא הדמות ההורית המשמעותית היחידה בחייהם של ילדיה. מצב זה של משפחה חד-הורית שבראשה עומדת אשה אינו חריג במדינת ישראל. למעשה, רובן המכריע של המשפחות החד-הוריות בישראל הן משפחות שבראשן עומדת אשה, ושיעורן של האימהות

112 הערעור בעניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בעמ' 188.

113 בפסק הדין של בית המשפט העליון, שניתן ביום 25.1.2000, קבעה במקור השופטת ביניש כי בשל סירובה של אירנה לשתף פעולה עם שירותי המבחן "ראוי לשקול מחדש מהו העונש האפקטיבי שניתן לגזור על המערערת" (שם, בעמ' 188). לפיכך נקבע כי בטרם ינקוט בית המשפט עמדה ביחס לערעור על גזר הדין "יש לקבל תסקיר מעודכן של שירות המבחן ביחס לאפשרויות הפיקוח על המערערת" (שם). מעיון בתיק בבית המשפט העליון, לאחר מתן פסק הדין הנ"ל, לא ניתן היה למצוא אינדיקציה להגשה של חוות דעת עדכנית כזו של שירות המבחן. כל מה שנמצא בהקשר זה בתיק בית המשפט הוא החלטה בכתב יד מיום 10.7.2002 שבה כתבו השופטים: "לא מצאנו ממש בערעור על גזר הדין והוא נדחה".

114 הדיון במחוזי בעניין פלונית, לעיל ה"ש 89, פס' 27.

החד-הוריות שהן עולות מחבר העמים בקרב קבוצה זו גבוה במיוחד.¹¹⁵ במצב דברים זה, שבו היחידה המשפחתית כולה מוטלת על כתפיה של האם, אמהות המועלות בתפקידן עלולות לפרק את המסגרת המשפחתית, להותיר את הילדים ללא דמות מטפלת ולהטיל את נטל הטיפול בהם על רשויות המדינה. את הבחירה בפרשה שבמרכזה אם אלימה כדי להעביר באמצעותה מסר חינוכי באשר להתנהגות הורית ראויה ניתן אפוא להבין גם על רקע זה. בהתנהגותן האלימה כלפי ילדיהן ובהיותן מטפלות יחידות בילדיהן, אמהות כמו אירנה מסכנות את יציבותן של התא המשפחתי כולו; היינו: אמהות אלימות מאיימות יותר על הסדר הציבורי בשל העובדה כי נשים הן אלו שעדיין נושאות, לעתים קרובות לבדן, בנטל הטיפול בילדים. אשה המועלת בתפקידה האימהי, במיוחד אם היא אם חד-הורית, מהווה איום של ממש על שלמותה של היחידה המשפחתית שהיא אחראית לה. את התהייה שמעוררת הבחירה להפוך דווקא את עניינה של אירנה לטקסט המנחה בעניין גבולותיה הפרשניים של עבירת ההתעללות ניתן ליישב אפוא באמצעות הסבר המתמקד לא בהיקפה של תופעת האמהות המתעללות בהשוואה לאבות המתעללים, אלא בסוג האיום המיוחד שאלימות נשית כזו יוצרת על רקע המציאות המגדרית ההורית בישראל.

דברים אלה יכולים לספק מענה גם לתהיות בנוגע להיבט ההרתעה האישית שבפרשה זו, המתעוררות בשל העונש הקל להפליא שהושת על אירנה בסופו של דבר. כאמור, במקרים כגון אלה, שליחתה לכלא של האם החד-הורית עלולה להותיר את הילדים ללא דמות מטפלת ודואגת. בעניינה של אירנה אין ספק כי לו היו מעשיה חמורים דיים לא היה בית המשפט מהסס להשית עליה סנקציה של מאסר גם במחיר של פירוק התא המשפחתי, אלא שבפרשה זו ספק אם זה היה המצב, הן לאור טיב המעשים שבגינם הועמדה לדין, והן לאור עובדות נוספות העולות מפסקי הדין ביחס לתפקודה האימהי באופן כללי. קריאה דקדקנית של פסקי הדין חושפת תמונה של אם הסובלת אמנם מקשיים בתפקודה האימהי, אך לא נמצאה עילה, כך נראה, להוצאתם של הילדים מחזקתה – למרות המעקב השוטף והפיקוח של רשויות הרווחה על תפקודה.¹¹⁶ התמונה היא אפוא מורכבת. בית המשפט המחוזי ציין באופן כללי כי ניכר שהילדים אוהבים את

115 הנתונים מגלים כי בשנת 2004 היו בישראל 103,000 משפחות חד-הוריות עם ילדים עד גיל 17, שהיוו 6.4% מכלל המשפחות. בראש 92% מהמשפחות החד-הוריות עומדת אשה. בקרב האימהות החד-הוריות ניתן לזהות שלוש קבוצות דומיננטיות: נשים גרושות, נשים רווקות שבחרו להקים משפחה ללא בן/בת זוג ועולות מחבר העמים. אירנה נמנית עם הקבוצה האחרונה, ובהקשר זה מתברר כי 20% מכלל המשפחות מחבר העמים הן משפחות חד-הוריות וכי קבוצה זו מהווה רבע מכלל המשפחות החד-הוריות בישראל. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל (2006).

116 הכרעת הדין מגלה כי אירנה הייתה מוכרת לשירותי הרווחה עוד לפני העמדתה לדין. למעשה כל התהליך של חשיפת האלימות והגשת כתב האישום נגדה התרחש בין היתר בעקבות היכרותם של שירותי הרווחה את המשפחה; ראו הערעור בעניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בעמ' 157, 187-188.

האם, ובהקשר הספציפי של אירוע אחד שבו הכתה את בנה הקטן בפניו וגרמה לשן חלב שהתנדנדה בפיו ליפול, שתי הערכאות מזכירות גם את דאגתה וחרדתה של האם לאחר האירוע.¹¹⁷ אם כן, את הוקעתה של אירנה כ"אם מתעללת" לצד העונש הקל שהוטל עליה ניתן להבין דווקא על רקע היותה אם חד-הורית, שמנקודת ראות חברתית מסוגלת וצריכה להמשיך ולמלא את תפקידה כאם במשרה מלאה. עם זאת, גם אם העונש הקל של מאסר על תנאי בלבד נועד לאפשר לאירנה להמשיך למלא באופן שוטף את חובותיה האימהיות כלפי ילדיה, אין ספק שמנקודת ראות ציבורית נדרש תיקון של התנהלות האימהית: ככלות הכול, היא הכתה את ילדיה ופגעה בהם. כאמור, אירנה סירבה להביע חרטה על מעשיה כבר במהלך הדיונים בבית המשפט המחוזי, וגם לאחר מתן גזר הדין לא שיתפה פעולה עם רשויות המבחן. בכך היא סיכלה את הניסיון להכפיפה למשטר של פיקוח חיצוני על תפקודה האימהי, שהיה אמור להשלים וללוות את שובה המיידית לביתה לצורך טיפול שוטף בילדיה. בנסיבות אלה נראה כי הקלון המיוחד הכרוך בהרשעה בעבירה של "התעללות" היה למעשה השוט האחרון שנותר בידיו של בית המשפט לצורך הטלת מורא על האם האלימה. כפי שיתברר להלן, בחינה מדוקדקת של האופן שבו התגלגל עניינה של אם זו בערכאות השיפוטיות השונות מגלה כי מנקודת ראותה של אירנה, שוט זה היה אפקטיבי במיוחד.

אירנה, מתברר, התקוממה מאוד על עצם הרשעתה הפלילית, ובמיוחד על תיוגה כאם מתעללת. למסקנה זו ניתן להגיע אם בוחנים את מאבקה העיקש נגד הרשעתה בעבירה של התעללות. אף-על-פי שיצאה פטורה מעונש של ממש בבית המשפט המחוזי, ואף-על-פי שנחלצה ללא קושי מפיקוחם של שירותי המבחן, טרחה אירנה וערערה לבית המשפט העליון על עצם הרשעתה בעבירה של התעללות ועל העונש שנגזר עליה.¹¹⁸ יתרה מזו: לאחר שנדחה ערעורה לבית המשפט העליון גייסה אירנה את הסנגוריה הציבורית וזו הגישה בשמה בקשה לדיון נוסף, שנדחתה בסופו של דבר על הסף מטעמים טכניים של שיהוי בהגשת הבקשה.¹¹⁹ מהלך זה של גיוס סיוע משפטי ופנייה חוזרת ונשנית לערכאות שיפוטיות, מצדה של מי שחיה בשולי החברה – אם חד-הורית, עולה חדשה, הנוזקת לסיוע של רשויות הרווחה ומתמודדת לבדה עם קשיי פרנסה – אינו עניין טריביאלי. יש בכך כדי להעיד עד כמה חרה לאירנה עצם הרשעתה בעבירת ההתעללות. ההרשעה בהתעללות הצליחה אם כן לבייש את תפיסתה האימהית של אירנה ולגרום לה לחוש קלון גם כשלא נלוותה לכך סנקציה עונשית של ממש. כאשר מזהים היבט מגדרי זה בדיון השיפוטי מזהים גם ביתר קלות היכן נמצא היבט ההרתעה האישית בפרשה זו.

117 שם, בעמ' 161.

118 שם, בעמ' 157.

119 ב"ש"פ 5497/00 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.8.2000).

2. אמא טובה

אל מול פסקי הדין בעניינן של ה"אמהות הרעות" בולטים על דרך ההיפוך פסקי הדין העקרוניים בעניינה של רות נחמני, אם בפוטנציה, שנלחמה ללא לאות, בשתי ערכאות שיפוטיות, על זכותה ליהפך לאם בפועל לאחר שאיבדה את יכולתה ללדת ילדים בעקבות ניתוח שעברה. נחושה בדעתה להיות לאם למרות הקושי הביולוגי עברה רות תהליך של שאיבת ביציות שהופרו מאוחר יותר בזרעו של בעלה – דני נחמני. המטרה הייתה להשתיל את הביציות ברחמה של אם פונדקאית וכך לזכות בילד הנכסף – אולם אז התפרקו חיי הנישואין של בני הזוג נחמני. דני נחמני עזב את הבית וסירב לאפשר לרות נחמני לעשות שימוש בביציות המופרות. רות מצדה פנתה לבית המשפט וביקשה לאפשר לה לממש את זכותה לאימהות בניגוד לרצונו של הבעל לשעבר. תביעתה של רות נחמני זכתה ליחס של אהדה. היא זכתה תחילה בתביעתה בבית המשפט המחוזי;¹²⁰ לאחר שבית המשפט העליון הפך בערעור את ההחלטה ופסק לטובת הבעל,¹²¹ נעתר נשיא בית המשפט העליון לבקשתה לקיים דיון נוסף בעניינה.¹²² בדיון הנוסף, שבו נטלו חלק אחד-עשר שופטים, התהפכה שוב הכף לטובתה של רות נחמני, כששבעה שופטים החליטו שיש לאפשר לה לממש את אימהותה בפוטנציה גם במחיר של כפיית אבהות על הבעל הסרבן.¹²³

למרות שהתוצאה הסופית בדיון הנוסף בעניין נחמני העדיפה את זכותה של האשה למימוש אימהותה, חשוב להכיר בכך שפסקי הדין בפרשה זו, כיאה לרוח התקופה, נסמכים ברמה הגלויה והמוצהרת על רטוריקה ניטרלית של זכויות הוריות הנוהרת במודע, כך נראה, מכל הטיה מגדרית. הזכות הכללית להורות של הגבר והאשה כאחד, כמו גם עקרון השוויון בין המינים, הם שני האדנים המרכזיים שעליהם נסמכת חוות הדעת של רוב השופטים בפרשה – שופטי רוב ושופטי המיעוט כאחד. השופטת שטרסברג-כהן, שנותרה בסופו של דבר בדעת מיעוט בדיון הנוסף, הבהירה בהקשר זה:

יש לבחון את המקרה על בסיס של שוויונות מלאה בין המינים. במה דברים אמורים? טול את המקרה ההפוך; מצב התחלתי זהה, אלא שהאשה היא זו שעזבה את הבעל ויצרה קשר עם חבר לחיים ממנו נולד לה ילד. בהמשך הבעל הוא זה שנעשה עקר ומבקש לממש את הורותו ולהיות לאב באמצעות הביציות המופרות, ואילו האישה מתנגדת שביציות שלה המופרות בזרעו של הבעל, בהסכמה, תושלנה ברחמה של פונדקאית מאותם טעמים שהבעל מעלה כיום להתנגדותו. מה נאמר

120 ה"פ (מחוזי חי') 599/92 נחמני נ' נחמני, פ"מ התשנ"ד(1) 142 (1993).

121 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: הערעור בעניין נחמני).

122 בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996).

123 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: הדיון הנוסף בעניין נחמני).

אז? דומה שהפתרון הנכון צריך להתאים לשתי הסיטואציות ולשני המינים ולהישקל על בסיס עקרוני שוויוני.¹²⁴

חשוב לציין כי לרטרקט השוויון הזו הצטרפו כמעט כל שופטי הרוב, שטרחו להצהיר במפורש כי אילו היו הנסיבות הפוכות היו הם תומכים באופן דומה במימוש הורותו של דני נחמני. בכך הם ביקשו להדוף כל חשד או טענה ביחס להעדפת האימהות שעליה מבוססת בפועל הכרעת הרוב.¹²⁵ הגדילה לעשות בהקשר זה השופטת דורנר, אחת משופטי הרוב, שהצהירה פעמיים בפסק דינה:

אין אני סבורה כי יש להבחין בכמיהה להורות בין איש לבין אישה. האיזון הראוי בין זכויות השניים אינו מושפע אפוא על-ידי מינו של בן הזוג המבקש כי הביציות יושטלו או של זה המתנגד לכך.¹²⁶

ובהמשך:

אינני סבורה כי קיימים הבדלים במידת החשיבות שמייחסים נשים וגברים להולדת ילדים. על-כן לו היו מתחלפים היוצרות ובנסיבות דומות הגבר היה רוצה להמשיך בתהליך והאישה הייתה מסרבת, התוצאה שאליה הגעתי – כלומר, איפשר השתלת הביציות המוקפאות ברחם אישה פונדקאית – לא הייתה משתנה.¹²⁷

כך אנו מוצאים, שזורות לאורך חוות הדעת השונות, אמירות נורמטיביות באשר לחשיבות היחסית של "הזכות להיות הורה" ושל "הזכות שלא להיות הורה" ובאשר למשמעות ולתוצאה של האיזון ביניהן. השופטת שטרסברג-כהן הכריזה כי "דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט",¹²⁸ והוסיפה: "השוויון בהקשר להורות מוצא את ביטויו בדברי חקיקה שמגמתם מהבחינה החברתית

124 הערעור בעניין נחמני, לעיל ה"ש 121, בעמ' 497.

125 כך, למשל, קבע השופט בך: "לו היינו נתקלים במצב הפוך, היינו מצב שבו לא היה הגבר מסוגל להוליד ילדים, והסיכוי היחיד שלו להגיע להורות היה בהשתלת הביצית של בת-זוגו שהופרתה על-ידיו בגופה של פונדקאית, כי אז נראה לי כי מן הדין היה להגיע לאותה מסקנה, ולפיה אין להרשות לאישה, בעלת הביצית, להתנגד למימוש ההולדה" (הדין הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 740). השופט מצא הוסיף בהקשר זה: "מסקנתי, שהדין בסכסוך הנדון הוא עם רותי, סומכת, אך ורק, על האיזון האובייקטיבי בין זכויותיהם המתנגשות, כביטוי בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי" (שם, בעמ' 756).

126 שם, בעמ' 713.

127 שם, בעמ' 717.

128 שם, בעמ' 675.

היא ייחוס תפקידי הורות שווים לשני ההורים.¹²⁹ השופט טל החרה-החזיק אחריה: "שתיים הן הזכויות העיקריות המתחרות זו בזו: הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה",¹³⁰ והשופטים דורנר, גולדברג, קדמי, טירקל ומצא חזרו ואימצו משוואה ניטרלית זו.¹³¹

רטוריקה מוצהרת זו של שוויון ושל ניטרליות מגדרית בפרשת נחמני היא מטרידה, שכן נראה כי למרות המאמץ הרטורי שהשקיעו השופטים בביסוסה של הכרעת הדין בעניין נחמני על שיח ניטרלי של זכויות, קשה להימנע מהמסקנה שבסופו של דבר הכמיהה לאימהות והזדהות השופטים עם כמיהה זו הן שהכריעו את הכף השיפוטית לטובתה של רות נחמני. אצל חלק מהשופטים ההטיה המגדרית מבצבצת במפורש מהטקסט השיפוטי, למרות המאמץ הגלוי להסוותה. פסק דינו של השופט טירקל הוא דוגמה מעניינת במיוחד לכך. לאחר שקבע כי "השאלה העיקרית שהועמדה להכרעתנו בסכסוך זה היא איזו מן הזכויות עדיפה: הזכות להיות הורה או הזכות שלא להיות הורה",¹³² הוסיף וציין:

זעקתה של רחל אמנו – "הבה-לי בנים ואם-אין מתה אנכי" (בראשית ל א), שאותה הזכיר חברי, השופט טל, בחוות-דעתו, זעקת הדממה של חנה ה"מדברת על-לבה רק שפתיה נעות וקולה לא יישמע" (שמואל א, א יג) ומתפללת "אל-הנער הזה" (שמואל א א כז), ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים של עוצמתה של הכמיהה לילד, שאין עזה ממנה.¹³³

אם כן, למרות הדיבור הניטרלי על "הזכות להיות הורה", בפועל נראה כי השופט טירקל שיווה לנגד עיניו את הכמיהה הנשית המיוחדת לאימהות¹³⁴ כשהגיע להכרעה סופית

129 הערעור בעניין נחמני, לעיל ה"ש 121, בעמ' 501.

130 הדיון הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 696.

131 "במקרה שלפנינו, נדרשים אנו לאזן בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להיות הורה" (שם, בעמ' 717, מתוך פסק דינה של השופטת דורנר); "רותי נחמני (להלן – רותי) מבקשת לממש את זכותה החיובית להיות הורה, ומנגד נאחז דני נחמני (להלן – דני) בזכותו השלילית שלא להיות הורה" (שם, בעמ' 718, מתוך פסק דינו של השופט גולדברג); "אכן, זכות יסוד היא לאדם – גבר או אישה – לבחור אם להיות הורה אם לאו" (שם, בעמ' 727, מתוך פסק דינו של השופט קדמי); "השאלה העיקרית שהועמדה להכרעתנו בסכסוך זה היא איזו מן הזכויות עדיפה: הזכות להיות הורה, או הזכות שלא להיות הורה" (שם, בעמ' 730, מתוך פסק דינו של השופט טירקל); "כלום הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שתי פניה של אותה זכות?" (שם, בעמ' 743, מתוך פסק דינו של השופט מצא).

132 שם, בעמ' 730.

133 שם, בעמ' 731.

134 שם, בעמ' 736.

בסוגיה. השופט טל היה גלוי יותר מהשופט טירקל, ונתן בפסק הדין הראשון בערעור ביטוי מפורש להטיה המגדרית העומדת ביסוד החלטתו: "זכותה של האישה וכמיהתה להיות לאם גם הן מזכויות היסוד הנוגעות לחירותה ולכבודה, לצנעתה ולאוטונומיה שלה, ומנין לנו שעליהן להידחות מפני אלה של האישה. מי שקל בפלס הורות, ואמהות במאזניים.¹³⁵ לעומת זאת, בשלב הדיון הנוסף טרח השופט טל להתנער מאותה הטיה מגדרית שבאה לידי ביטוי בפסק דינו הראשון וביסס את חוות דעתו על רטוריקה ניטרלית של שוויון, שהקפידה ליצור סימטריה בין הגבר לאשה בכל הנוגע להגנה על זכותם להורות.¹³⁶ בכך התאים את עצמו השופט טל לרטוריקת השוויון הדומיננטית של חבריו להרכב, ולא זו אף זו: הוא גם גילה במשתמע את דעתו כי במסגרת שיח הזכויות הקיים, הכרעה לטובתה של רות נחמני בשם "הזכות להורות" היא לגיטימית יותר מהכרעה המעמידה במרכז את "הזכות לאימהות".

עם זאת, מעבר זה משיח מגדרי גלוי לשיח שוויון ניטרלי אינו מלמד בהכרח כי הן השופט טל והן שופטי הרוב האחרים לא הושפעו בפועל מהעובדה שהייתה זו אכן האימהות – ולא סתם ההורות – שגורלה נחרץ במסגרת הליך משפטי זה. השופט ברק, שנותר בדעת מיעוט, היה נחרץ ביחס למשוא הפנים המגדרי שעליו התבססה הכרעת הרוב, וסבר כי אף-על-פי שחבריו להרכב סירבו להודות בכך, בפסיקתם לטובתה של רות נחמני הם הונעו בסופו של דבר מטעמים מוטי-מגדר מובהקים, שבמרכזם הרצון לסייע לה כאשה וכאם בפוטנציה:

נניח, למשל, כי התפקידים מתהפכים, וכי דני נחמני הוא זה המבקש להמשיך בתהליך ההפרייה, ואילו רות נחמני היא זו המסרבת להיות אם לילדם המשותף. חושש אני כי אילו מקרה זה היה עומד להכרעתנו, הלכה למעשה, הייתה בקשתו של דני נחמני נדחית. היינו מציינים כי אין לכפות אימהות על אישה שאינה רוצה בכך; כי אימהות היא קשר כה אינטימי וטבעי עד כי בלא רצון האישה אין לכפות זאת עליה; כי כשם שאישה רשאית להחליט על הפלת ילדה בלא הסכמת בעלה, כן רשאית היא

135 הערעור בעניין נחמני, לעיל ה"ש 121, בעמ' 524 (דעת מיעוט).

136 בדיון הנוסף הוסיף והבהיר השופט טל: "חלק ניכר מפסק-דין הרוב בע"א 5587/93 נושא דיונו הוקדש לעיקרון השוויון בין המינים. עיקרון זה הוא עקרון יסוד במשפט, ועל-כן שומה עלינו לבדוק אם הפתרון המוצע כאן עומד במבחן השוויון [...] התשובה לשאלתנו היא ברורה וחד-משמעית. במקרה ה"הפוך", כאשר אישה רוצה להמשיך בתהליך על-ידי פונדקאית אחרת לא תוכל האישה להתנגד. [...] מכאן שהפתרון המוצע עומד במבחן השוויון ואינו מפלה כלל בין המינים" (הדיון הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 705). בסיכום פסק דינו, וכדי להסיר כל ספק ביחס לניטרליות המגדרית שעליה התבססה ההחלטה, סיכם השופט: "מקום שאין הסכמה בין הצדדים, דוגמת המקרה שלפנינו, יש לאפשר לבן/בת הזוג המבקשים להמשיך בתהליך ההשתלה לעשות כן חרף התנגדותם של בת/בן הזוג האחר" (שם, בעמ' 707).

להתנגד להמשך תהליך הפריה הנערך מחוץ לגופה; כי זעקתה של רות נחמני – כזעקתה של רחל אמנו – "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי" (בראשית ל, א) אינה חזקה יותר מזעקתה של אישה "איני יכולה להיות אם בנו של דני, ואם כן מתה אנוכי"; אם אמנם כך היינו מחליטים, כי אז מצביע הדבר כי בעומק תחושתנו איננו מתייחסים יחס שווה לרות ולדני וכי הצדק נפגם.¹³⁷

אם כן, ביקורת זו של השופט ברק מחזקת את הטענה בדבר קיומו של רובד מגדרי נוסף בפרשת נחמני, והיא משרטטת קו של דמיון בין עניינין של "האימהות הרעות" לבין עניינה של "האם הטובה". בשתי הקטגוריות נראה כי לא ניתן לנתח באופן שלם את הדיון השיפוטי והכרעותיו הנורמטיביות בלי להתייחס למקומן ותפקידן – הסמוי לעתים מהעין – של תפיסות חברתיות ביחס לאימהותן הטבועה של נשים. עם זאת, ייחודו של פסק הדין בעניין נחמני הוא שהשופט ברק לא רק שייחס לחבריו להרכב תפיסות חברתיות אלה בגלוי, אלא הוא הוסיף וביקר משוא פנים מגדרי זה בשם תפיסת השוויון שבמרכזה מתן יחס דומה לגברים ולנשים. אם אכן ייחסו רוב השופטים בסתר לבם משקל שונה לכמיהה הנשית לאימהות בהשוואה לכמיהה הגברית המקבילה, קבע ברק, מדובר בהפליה אסורה, החורגת מתביעתו של עקרון השוויון הפורמלי.¹³⁸

מסקנה זו של השופט ברק משקפת ללא ספק את רוחו של שיח השוויון המגדרי העכשווי, ואוכפת כלשונה את תפיסת ההורות הניטרלית והשוויונית העומדת במרכזו. יתרה מזו: בספרות שנכתבה בעקבות פרשת נחמני זכתה עמדה זו לתמיכה, כמשקפת מהלך פמיניסטי ראוי שעניינו התרחקות של המשפט מתפיסות מסורתיות סטראוטיפיות המייחסות ערך עליון להגשמת האימהות.¹³⁹ עם זאת על מסקנות אלה ניתן לחלוק. השאלה החשובה שיש לברר בנסיבותיה של פרשת נחמני היא עד כמה משוואת השוויון הפורמלית בין נשים לגברים שבה צידד השופט ברק, ושזכתה לתמיכה בשיח הפמיניסטי, אכן נותנת כלים ראויים יותר להכרעה בפרשה זו בהשוואה לתפיסה מוטת-המגדר שהנחתה, גם אם באופן סמוי, את רוב שופטי ההרכב.

137 שם, בעמ' 786.

138 שם.

139 ראו דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני (ביקורות ותגובות)" עיוני משפט כ 197 (1996) (להלן: ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות"). גם סיגל דוידוב-מוטלה ציינה בהקשר זה כי "פסק-הדין אינו נותן משקל רב מדי לכמיהתה של רותי נחמני לאימהות, ובכך הוא נוגס בסטראוטיפים לעניין הקשר הייחודי והבלעדי שבין נשים לבין הורות ולעניין חשיבות האימהות לאשה לצורך הגשמתה העצמית". עם זאת דוידוב-מוטלה הכירה בהקשר זה בכך שגם אם הדיבור הניטרלי על הורות שווה הוא הישג פמיניסטי חשוב, יש להכיר בכך שבמצאיות יש עדיין הבדל ניכר בין תפקידי האב לתפקידי האם. סיגל דוידוב-מוטלה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 236-237 (1996).

באופן תאורטי אמנם אין ספק שאת תביעתה של רות נחמני להיות לאם ניתן היה להמשיג ככזו הנופלת במתחם הכללי של הזכות להורות ומהווה תוצר של צורך אנושי נטול מאפיינים מגדריים, כפי שסבר השופט ברק וכפי שהתעקשו לטעון שופטים אחרים, כמו השופט דורנר, שהכבירה כאמור מילים על היבטיה הניטרליים של הכמיהה ההורית. עם זאת, בהקשר זה דומה שנדרשת התמודדות מורכבת יותר עם מאפייניה של מציאות חייהן של נשים בפועל ועם הפער הלכאורי בין מציאות זו לבין שיח השוויון הניטרלי בסוגיית ההורות. היינו, גם אם צדק השופט ברק כי מחיקת כל הבחנה בין דני נחמני לרות נחמני היא נגזרת הכרחית של שיח השוויון ההורי הניטרלי הנוכחי, עדיין ראוי היה להכיר בכך ששיח זה מתעלם ממאפייניה של המציאות החברתית בפועל.¹⁴⁰ חשוב לזכור כי מציאות זו – שבה נשים ממשיכות למלא תפקיד אימהי פעיל בהרבה מזה של גברים – צפה ועלתה הלכה למעשה בעניינן של שתי ה"אמהות הרעות": אירנה, האם החד-הורית שגידלה לבדה את ילדיה, וגלינה, שהתנהלותה האימהית – עלובה ככל שתהא – עדיין הייתה פעילה ודואגת לאין ערוך בהשוואה לתפקודו ההורי של האב. גיבוי נוסף לתמונת מציאות זו נמצא בנתונים שונים המגלים כי למרות המעבר הפורמלי למודל הורי של זכויות שוות לנשים ולגברים במקום העבודה, עדיין מתקיימת בהקשר זה הטיה מגדרית מובהקת. נשים הן לא רק אלה שמממשות זכויות הוריות במספרים גדולים בהרבה מגברים¹⁴¹ ומוכנות יותר מגברים "להקריב" את קידומן המקצועי אם הדבר נחוץ לצורך טיפול בילדיהן,¹⁴² אלא שגם מבחינת תפיסת ההורות הסובייקטיבית אנו עדים

140 ראו לעיל ה"ש 75 והטקסט הצמוד לה.

141 הדוגמה המובהקת בהקשר זה היא הזכות לחופשת לידה. כיום, עשור מאז תוקנה החקיקה הרלוונטית, מתברר כי שינוי מעמדה הפורמלי של הזכות לחופשת לידה מזכות נשית בלבד לזכות הורית, לא שינה במאומה את דפוסי מימושה בפועל של זכות זו. מבחינה מעשית הזכות ממשיכה להיות זכותן של אימהות בלבד; אבות 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 218 נשים מתוך 65,857; היינו: מבין ההורים שנטלו חופשת לידה היו האבות פחות משליש האחוז. נתונים דומים נרשמו גם בשנים הבאות: בשנת 2000, מתוך סך של 70,641 נהנים בפועל מחופשת לידה בתשלום רק 263 היו גברים; בשנת 2001, מתוך סך 71,641 נהנים מחופשת לידה רק 161 היו גברים; בשנת 2002 נרשם המספר של 154 גברים מתוך סך כולל של 72,377 נהנים. גם בשנים 2003-2005 נרשם דפוס דומה: שיעורם הממוצע של האבות שנטלו חופשת לידה נע בין חמישית לשליש האחוז, ובמספרים מוחלטים: 128, 150 ו-157 גברים בהתאמה. ראו דו-שנתון סטטיסטי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 145. לניתוח משמעותם של נתונים אלה ראו נויה רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל – מנין ולאן: הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של אורית קמיר 'פמיניזם זכויות ומשפט'" עיוני משפט כז 884 (2004) (להלן: רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל").

142 נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה העוסקים בקשיים המשפיעים על מצב התעסוקה של נשים וגברים מגלים כי בשנת 2004 ויתרו 21% מהנשים העובדות (לעומת 8.9% מהגברים העובדים) על

בהקשר זה להבדלים משמעותיים בין נשים לגברים.¹⁴³ אם כן, מתברר כי אף ש"המודל האימהי" של הורות הוצא באופן רשמי אל מחוץ לחוק, מודל זה ממשיך במידה רבה לשלוט בעולם המציאות, תוך שהוא משפיע על התנהלותן של נשים בספרה הפרטית והציבורית ומדריך אותה. בהקשר זה ניתן אפוא לטעון כי אין זה מקרה שאת הסוגיה המשפטית המורכבת ביחס למימוש הזכות להורות הביאה לפתחו של בית המשפט העליון דווקא אשה, ואין זה מקרה שבסופו של יום הייתה זו הכמיהה לאימהות – ולא הכמיהה לאבהות – שהולידה דיון שיפוטי סבוך זה.

מבחינה זו נראה כי הסרת מעטה הניטרליות מהדיון בפרשת נחמני הייתה חיונית לא רק כדי לחשוף את משוא הפנים המגדרי הסמוי של רוב השופטים, כפי שסבר השופט ברק: הסרת הכסות הניטרלית מפסק הדין הייתה צעד הכרחי ראשון לדיון גלוי במהותה של כמיהה אימהית מסוג זה שהפגינה רות נחמני, בנסיבות היווצרותה בשיח המשפטי והציבורי בישראל, בעצמתה ובמשמעותה העכשווית ובהשלכות שיש להכרה בכמיהה אימהית זו בהקשרה של הפרשה הספציפית. בעניינה של רות נחמני צריכה הייתה אפוא להתעורר השאלה עד כמה ניתן וצריך היה לנתק את תביעתה למימוש אימהותה ממרכזיותן של תפיסות חברתיות הקושרות בין נשים לאימהות, ועדיין רואות את מימושה השלם והמלא של כל אשה בכך שהיא מביאה ילדים לעולם. משמע, אם תפיסות חברתיות בדבר מרכזיותה של האימהות בחיי האשה הן עדיין תפיסות רווחות, כי אז ניתן היה לטעון שלא ניתן להפריד בין עצמת מצוקתה האישית של רות נחמני וכמיהתה לילד משלה לבין תפיסות חברתיות שעליהן חונכה וגודלה, כמו כל אשה ישראלית, בדבר

שינוי בתפקיד בעבודה כ-12 החודשים שקדמו לריאיון בגלל מחויבות לטיפול בילדים. נתון דומה של 19.7% מהנשים העובדות (לעומת 6.2% מהגברים העובדים) נרשם ביחס למי שעזבו מקום עבודה שהיו מרוצים ממנו משום שמנע גמישות בטיפול בילדים; הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לוח 8, 61 (2004).

143 דוגמה מעניינת לכך ניתן למצוא במחקר מן העת האחרונה שבחן תפיסות של הורות בקרב זוגות הטרוסקסואלים הנמצאים בשלב של כניסה להורות. המטרה הייתה לבדוק את השיח על אודות ההורות ואת הפרקטיקה הנוהגת בהקשר זה בעידן העכשווי, שמנשבת בו רוח של שאיפה להורות משותפת המאגדת מעורבות של שני בני הזוג בטיפול בתינוק ללא הבחנה מגדרית. המחקר, שהתבסס על ראיונות עומק עם זוגות בשלב ההיריון ולאחר לידת הילד הראשון, מצא כי הן גברים והן נשים מביעים בשלב זה תפיסות מהותניות ביחס לזהות נשית וזהות גברית – תפיסות שיש להן השלכה משמעותית מאוחר יותר בעידוד חלוקה בינארית בין נשים לגברים בנושא ההורות בפרקטיקה. אחד המוטיבים שחזרו על עצמם בראיונות אלו הוא תפיסת האימהות כטבעית ומובנית בזהות הנשית, ותפיסת האבהות כנלמדת וככזו שאינה מושרשת בלבה של הזהות הגברית. תפיסות אלה חיזקו אצל רוב הזוגות לאחר הלידה דקות במודל האימהות האינטנסיבית, שהדירה את השתתפותו האמיתית של הגבר כאב, ומיקמה את האשה כדמות עיקרית בלעדית בטיפול בתינוק, כשבתוך כך משוכפל ומונצח המודל של הורות מסורתית. ראו מרים קוטן-פלג הורות חדשה בישראל, אימהות, אבהות ומה שביניהם (עבודת גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת חיפה, 2004).

חשיבותה ומרכזיותה של האימהות בכינון זהותה ותפיסתה העצמית. יתרה מזו: אם אנו נכונים להכיר בקיומן של תפיסות מגדריות רווחות אלה, כי אז המסקנה הנגזרת מכך היא שהקושי שעמו צריכה הייתה להתמודד בגלוי פרשת נחמני הוא האופן השונה והנפרד שבו תפיסות וציפיות מגדריות אלה ממשכות לעצב ולכונן את תודעתן של נשים ולהעצים ולהנציח את מרכזיות האימהות בחייהן. ללא דיון גלוי ופתוח במציאות חייהן הממשית של נשים, בפער שבינה לבין אידאל ההורות השוויונית, באופן שבו הדבר צריך להשפיע על המאבק המשפטי לקידום שוויון מגדרי ועל ההכרעה בעניין תביעתה האימהית של רות נחמני – פסק הדין בעניין נחמני נותר פסק דין כוזב מבחינת הדילמה שהציג ומבחינת הכלים שסיפק להתמודדות עמה. העובדה שהחיבור בין נשים לאימהות משתרבב לו מבין שורות פסק הדין אך לא זוכה לדיון של ממש מותירה את הזיהוי האימהי של נשים כזיהוי סטראוטיפי – טבעי וחסין מכל ניתוח ביקורתי ומורכב יותר. התייחסות ישירה, כנה ופתוחה לדילמה האימהית שעוררה פרשת נחמני הייתה עשויה אם כן להתמודד באופן ראוי יותר עם הקושי שבמציאת איזון משפטי הולם בין קידום המצע הפמיניסטי העקרוני, המתמקד במיגורן של תפיסות פטריארכליות ביחס לאימהותן של נשים, לבין הצורך לתת מענה של צדק, הוגנות ושוויון במקרה האינדיבידואלי.

הניסיון של השופטים השונים בפרשת נחמני להיצמד בכל מחיר למסגרת ניתוח הנאחזת באופן גלוי בעיקרון של עיוורון מגדרי מתגלה אפוא כבלתי-משכנע ובלתי-יעיל. זאת עוד, השימוש בעיקרון של עיוורון מגדרי בהקשר זה ממחיש ביתר שאת עד כמה בעייתי הניסיון לכפות תפיסת שוויון פורמלית על מציאות שבה מתקיים עדיין חוסר שוויון מהותי בין נשים לגברים. דוגמה חשובה לכך היא השימוש שעושים השופטים השונים בסוגיית ההפלות כדי לחזק את משוואת השוויון הפורמלי שעליה התבססה התוצאה המשפטית שאליה הגיעו.

השופטת שטרסברג-כהן, למשל, הגיעה למסקנה שכשם שיש לאשה אוטונומיה על-פי דין להחליט על הפלה – היינו: להחליט שלא להיות אם – כך צריכה להיות לדני נחמני הזכות לממש את זכותו שלא להיות הורה.¹⁴⁴ היינו, את הכרעתה בדבר העדפת

144 בפסק הדין הראשון בערעור בבית המשפט העליון, כאשר ייצגה עדיין את דעת הרוב, קבעה השופטת שטרסברג-כהן: "אישה זכאית – בתנאים מסוימים – לבצע הפלה. אין היא זקוקה להסכמת בעלה, והיא רשאית לבצעה למרות התנגדותו. [...] ניתן אפוא לומר, כי כשם שלא ניתן לכפות הורות על האישה שאינה רוצה בה, כך לא ניתן לעשות זאת לגבי הבעל" (הערעור בעניין נחמני, לעיל ה"ש 121, בעמ' 501-502). בדיון הנוסף חזרה השופטת שטרסברג-כהן על אנלוגיה זו של שוויון מגדרי והסבירה: "ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להבאת ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסודי בשיטתנו. מתן אפשרות לאישה להפסיק היריון בלתי רצוי ומתן אפשרות לבעל וגם לאישה אם רצונה בכך – להפסיק תהליך הפריה חוץ-גופית נותנים ביטוי לערך זה. [...] זכות האישה שלא להפוך לאם בעל-כורחה וזכותה על גופה. שתי זכויות אלה נותנות בידה את הזכות להפלה ללא הסכמת הבעל. זכות האישה על גופה ניזונה מאותם ערכי יסוד של חירויות הפרט והאוטונומיה האישית, העומדות

זכותו של דני נחמני שלא להיות הורה גזרה השופטת על דרך אנלוגיה ושוויון מהדין המתיר לאשה לבצע הפלה כשהיא חפצה בכך. עם זאת, לאנלוגיה זו היה אולי תוקף אם הדין בישראל היה אכן מעניק לכל אשה את הזכות לבצע הפלה;¹⁴⁵ בפועל חוק העונשין הישראלי מגביל את ביצוען של הפלות לנסיבות מסוימות ומפקיד את שיקול הדעת ביחס למתן אישור להפלה בידיה של ועדה סטטוטורית.¹⁴⁶ הנסיבות שבהן הוועדה מוסמכת לאשר לאשה לבצע הפלה מוגבלות לטעמים פטרנליסטיים של הגנה על בריאות האם, קידום האינטרס החברתי שבהולדת ילדים בריאים או הגנה על המוסר הציבורי. שיקולים הקשורים לרצון האשה, לכבודה ולחירותה לבחור שלא להיות לאם אינם חלק ממניין השיקולים הלגיטימיים שהחוק מונה לביצוע הפלה. מדובר בהסדר חוקי שבו שיקול הדעת הסופי בדבר ביצועה של הפלה מסור לוועדה ולא לאשה, ובכל מקרה שיקול דעת זה מוגבל ותחום למעריך של קריטריונים שאינו כולל הכרה בחירותה של האשה לבחור לבצע הפלה.¹⁴⁷ לטענה כאילו זכותו של דני נחמני לבחור שלא להיות הורה נגזרת בהכרח מזכותה המקבילה של האשה בדין הישראלי אין אפוא כל בסיס משפטי עד עצם

בבסיס זכותו של האדם שלא להיות הורה בעל-כורחו" (הדיון הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 679-680).

145 בהקשר זה חשוב לציין כי בכל מקרה יש הבדל מהותי בין נשים לגברים בכל הנוגע לסוגיית ההפלות. היריון מתרחש בגופה של אשה. הפסקתו בכפייה כרוכה בהתערבות פולשנית בגופה של האשה ומניעת הפסקתו של ההיריון כאשר האשה חפצה בכך מהווה גם היא התערבות קשה ופגיעה בחירותה הגופנית. הזכות להפלה מתבססת אפוא בעיקר ונגזרת מזכותה של האשה על גופה, וההשוואה הרלוונטית היא למקרים אחרים שבהם נמנע המשפט מהכפפת גופו של אדם בכפייה לטובתו של צד ג' ומכבד את זכותו של האדם על גופו. מבחינה זו עצם האנלוגיה בין הזכות להפלה לבין זכותו של דני נחמני לבחור שלא להיות אב היא בעייתית, שכן היא אינה נותנת את הדעת להיבטים הגופניים המיוחדים של ההיריון וההפלה. לדיון מפורט באופן שבו ניתן להמשיג את סוגיית ההפלות כסוגיה של שוויון ראו רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל", לעיל ה"ש 141, בעמ' 857.

146 באופן ספציפי ס' 316 לחוק העונשין קובע: "(א) הועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה: (1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה; (2) ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין; (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; (4) המשך ההריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי; (5) (בוטל) (ב) לענין סעיף זה, 'הסכמה מודעת' של אשה להפסקת הריונה – הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההריון; לענין זה הסכמתה של קטינה אינה טעונה אישור נציגה. (ג) לא תסרב הועדה לתת אישור בטרם נתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לוועדה את נימוקה. (ד) האישור יהיה בכתב ויפרש את הסיבה המצדיקה את הפסקת ההריון."

147 תיאור מפורט של ההיסטוריה החקיקתית של ההסדר המשפטי בנוגע להפלות ולהנחות המגדריות העומדות ביסודו ראו נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה, המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית פרק 4 (צפוי להתפרסם ב-2010).

היום הזה.¹⁴⁸ לנשים בישראל אין זכות לבחור לא להביא ילד לעולם מרגע שנכנסו להיריון, ולפיכך העדפת זכותו של דני נחמני שלא להיות הורה מזכותה לאימהות של רות נחמני בהתבסס על משוואה משפטית כוזבת, כפי שעשתה שופטת המיעוט, הביאה לתוצאה שיש בה משום הפליה על בסיס מין שכן היא העניקה לגברים זכות שבפועל נשללת מנשים.

הצגה מדויקת יותר של הדין הקיים בסוגיית ההפלות מופיעה בפסק דינה של השופטת דורנר, אולם הכרה זו במצב המשפטי לאשורו מובילה גם היא למסקנה בעייתית. השופטת דורנר הכירה בכך שבפועל זכותה של האשה לבצע הפלה מוגבלת מאוד. הגבלה זו, כמו גם העובדה ש"משהרתה אשה לגבר, אין בכוחו לכפות עליה הפלה",¹⁴⁹ שיקפה לטעמה את העיקרון המשפטי המנחה הנהנה ממעמד של בכורה בדין הישראלי ולפיו "משהרתה אישה, לא היא ולא בן זוגה אינם זכאים שלא להיות הורים".¹⁵⁰ מכאן נגזרה אפוא לטעמה מסקנת השוויון האנלוגית כי בהתנגשות בין זכותה של רות להיות הורה לבין זכותו של דני שלא להיות הורה יש להעדיף את זכותה של הראשונה. היינו, כפי שנשים (וגברים) נכפים להיות הורים מכוח הכלל המטיל מגבלות מהותיות על ביצוען של הפלות, כך מוצדק לכפות הורות על הגבר המסרב להיות אב. מסקנה זו ביחס לאופן שבו הדין הקיים בסוגיית ההפלות משליך על ההכרעה בעניין נחמני מעוררת קושי לא מבוטל, שכן נעדר ממנה כל דיון נורמטיבי בתוקפו של הדין הקיים. העובדה שחוק העונשין בישראל מטיל מגבלות מהותיות על זכותן של נשים לבצע הפלות אינה הופכת בהכרח כלל משפטי זה לצודק, ראוי או כזה שעומד באמות-מידה חוקתיות. במידה רבה של תוקף ניתן לטעון כי שלילת זכותה של האשה להפלה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדין הישראלי, פוגעת באוטונומיה הגופנית של נשים, בחירותן ובכבודן כבני אדם וכופפת אותן למשטר של ילודה, המבטא במשתמע ומקדם אידאולוגיה מסוימת ביחס לתפקידן האימהי של נשים בחברה.¹⁵¹ ניתן להוסיף ולטעון כי בהקשר זה אין כל סימטריה בין הגבר לאשה, כפי שטוענת השופטת דורנר. מן הגבר אמנם נשללת הזכות לכפות על האשה הפלה באופן שאכן פוגע בזכותו שלא להיות הורה, אולם פגיעה זו אינה שקולה כלל לפגיעה לה מוכפפת האשה במסגרת הדין הקיים בסוגיית ההפלות. אשה שנשללת ממנה הזכות להפלה מוכפפת בראש וראשונה לפגיעה קשה באוטונומיה הגופנית שלה. כפיית האימהות מושגת כאן באמצעות התערבות גסה בחירות הבסיסית של אדם על גופו, שבמרכזה כפייה גופנית, שעל פניו אין לה מקבילה בדין הישראלי.¹⁵²

148 ראו גם ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות", לעיל ה"ש 139.

149 הדין הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 715.

150 ש.ם.

151 ראו גם רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל", לעיל ה"ש 141.

152 ש.ם.

השימוש של השופטת דורנר בדין הקיים בסוגיית ההפלות בישראל כאמצעי לתמוך בתוצאה המשפטית בעניין נחמני, בלי להעביר תחילה הסדר זה במסגרת נורמטיבית ביקורתית, ראוי אפוא גם הוא לביקורת. שימוש זה העלה את האיסור הנוהג על ביצוען של הפלות לדרגת דין ראוי, ובכך העניק תוקף מחודש ולגיטימציה להסדר משפטי שתוצאותיו הן פוגעניות במיוחד עבור נשים. אם כן, רטוריקת השוויון המגדרית הפורמלית לא עמדה במבחן השוויון המהותי גם בהקשר זה. תחת היומרה המוצהרת לקדם באופן שווה את זכות הגבר ואת זכות האשה ולשרטט משוואה מדויקת של יחס דומה לדומים, הכשיר הדיבור על שוויון הסדר משפטי פוגעני ומפלה כנגד נשים.

3. אמא לא רלוונטית

על-פי אמות-מידה דיכוטומיות של "אמא טובה" או "אמא רעה", איילת טננבאום היא אמא טובה במיוחד. טננבאום, אם לתינוק בן פחות משנה, שירתה כחוקרת אלימות במשפחה במשטרת ישראל. לאחר שילדה את בנה הבכור סירבה טננבאום כמה פעמים לצאת לקורס הכשרה מקצועית לחוקרי אלימות במשפחה. הקורס, הנערך בתנאי פנימייה בשפרעם ונמשך שבעה חודשים, היה כופה על האם הטרייה תקופות ממושכות של פרידה וניתוק מבנה הפעוט; טננבאום חשה כי בשל גילו הרך של הפעוט הפרידה תהיה קשה לו ולה כאחד. מעניין לציין כי אביו של התינוק לא היה חדור בתחושות דומות, או לפחות לא נתן ביטוי גלוי לדאגות הוריות מן הסוג הזה. האב, שוטר גם הוא, יצא לקורס מקצועי אחר בתנאי פנימייה כשהפעוט היה בן חודשים ספורים, בלי שבהקשר זה יתעורר קושי כלשהו מבחינת נכונותו להשתתף בקורס ומבחינת תפקודו התקין במסגרת הקורס. לעומתו כאמור סירבה האם להשלים עם ההיעדרות הממושכת מביתה במשך חודשי הקורס הארוכים, ובסופו של דבר נאלצה לעזוב את המשטרה, מאחר שלא יכלה להמשיך לשרת בתפקיד של חוקרת אלימות במשפחה ללא הכשרה מקצועית הולמת ולאחר שלא נמצא לה תפקיד הולם אחר.

איילת טננבאום עתרה לבג"ץ בדרישה שיתאפשר לה להשתתף בקורס המקצועי הנדרש לצורך הכשרתה כחוקרת אלימות במשפחה שלא בתנאי פנימייה.¹⁵³ טענתה הייתה כי המדיניות של משטרת ישראל לערוך את מרבית קורסי ההכשרה לתפקידים ייעודיים בתנאי פנימייה ובמשך חודשים ארוכים מפלה לרעה שוטרים שהם הורים לילדים קטנים, ובמיוחד אימהות.¹⁵⁴ בהמלצת בית המשפט היא נאלצה בסופו של דבר למשוך את עתירתה, וזו נמחקה בלי ששלושת שופטי ההרכב ימצאו לנכון לדון לגופו של

153 עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים 5235/01 טננבאום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל (להלן: העתירה בעניין טננבאום).

154 שם, פס' 25.

עניין בטענותיה.¹⁵⁵ אם כן, פרשה זו של אם מסורה במיוחד, שהייתה נכונה לשלם מחיר מקצועי כבד כדי להבטיח את תפקודה האימהי הפעיל, לא הניבה דיון שיפוטי מפורט כפי שקרה בעניינן של גלינה, אירנה או רות נחמני. עם זאת, דווקא השתיקה השיפוטית, שבאה לידי ביטוי בחוסר הנכונות של בית המשפט לדון בעתירה לגופה, מאירה זווית נוספת ביחס למעמדה המורכב של האימהות במסגרת שיח השוויון ההורי הניטרלי החדש וביחס לאופן שבו שיח זה מציב כיום מגבלות של ממש לפני המאבק הפמיניסטי לקידום מעמדן של נשים בחברה – ומכשילו הלכה למעשה.

את ייצוגה של איילת טננבאום בבית המשפט העליון לקחה על עצמה האגודה לזכויות האזרח, שאף הצטרפה כעותרת נוספת בעתירה. פרקליטה של טננבאום סיכמו בכתב העתירה את הדילמה העקרונית שמעוררת פרשה זו וקבעו:

המצב הקיים היום, בו נערכים קורס השיטור הבסיסי וההשלמות המגוריות במסגרת פנימייה בלבד, פוגע פגיעה קשה בשוטרים, הורים לילדים קטנים, אשר נדרשים להיפרד מילדיהם לתקופה ארוכה. כתוצאה מכך מתקשים שוטרים רבים ובעיקר שוטרות ליטול חלק בקורסי ההכשרה וקידומם המקצועי מתעכב אם לא נעצר לחלוטין. מדיניות זו של משטרת ישראל מפלה לרעה שוטרים מחמת הורותם, הינה בלתי סבירה ומנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁵⁶

התייחסות זו לעניינה של טננבאום בעיקר במונחים ניטרליים מבחינה מגדרית, המדגישים ומעמידים במרכז את חובת ההגנה על "הזכות להורות" של כל מי שהם "הורים לילדים קטנים", עוברת כחוט השני בעתירה כולה. פעמים ספורות הוסיפה העתירה וציינה בקצרה כי מדיניות המשטרה לערוך את מרבית קורסי ההכשרה לתפקידים ייעודיים בתנאי פנימייה בלבד פוגעת בעיקר בשוטרות,¹⁵⁷ אולם רובו ככולו של הטיעון מוקדש להדגשת ההיבטים הכלליים של הסוגיה, הרלוונטיים לנשים ולגברים כאחד, תוך שניכר היטב ממבנה העתירה ומתכניה שהיא משתדלת להצניע את הממד האימהי שבפרשה ולייחד לו מקום שולי ככל האפשר במסגרת הטיעון המשפטי הכללי בדבר חשיבותה ומרכזיותה של הזכות להורות של נשים וגברים כאחד. מבחינה זו יש דמיון רב בין שיח השוויון ההורי הניטרלי המאפיין את הדיון השיפוטי בעניינן של גלינה, אירנה או רות נחמני, לבין שיח השוויון המגדרי שבו נאחזו איילת טננבאום ופרקליטה מהאגודה לזכויות האזרח. כאן כמו שם נחשפו גבולותיו ומאפייניו של

155 בג"ץ 5235/01 טננבאום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל (פורסם נבו, 10.2.2002) (להלן: עניין טננבאום).

156 העתירה בעניין טננבאום, לעיל ה"ש 153, בעמ' 17-18 (ההדגשות הוספו).

157 שם, פס' 49.

המרחב הרטורי שבו מתנהל כיום הדיון המשפטי בסוגיות של הורות וטיפול בילדים, כשבעניינה של איילת טננבאום התברר כי השפעתו של שיח השוויון ההורי הניטרלי ניכרת לא רק באופן שבו שופטים עוסקים בהיבטים שונים הנוגעים לתפקודן של אימהות, אלא גם באופן שבו התובעים וארגוני הזכויות המעורבים בתיקים אלה ממשיגים את תביעתם בפני בית המשפט.¹⁵⁸

אם כן, בהקשר זה נחשפה דילמה נוספת הנוגעת לאופיו של המאבק הפמיניסטי העכשווי לשוויון. מצד אחד מאבק זה שבוי בסדר רטורי של ניטרליות מגדרית שהוא מחויב לו אידאולוגית, שהרי סדר זה הוא במידה רבה תוצר של המאבק הפמיניסטי עצמו; מן הצד השני, סדר רטורי זה מטיל מגבלה ממשית על יכולתם של ארגוני הנשים לתת מענה ראוי לדילמות ממשיות שהן חלק ממצאות חייהן של נשים בפועל. דברים אלה באים לידי ביטוי מוחשי בפער המתגלה בעתירתה של טננבאום בין המסגרת העובדתית לבין אופן הצגתו של הטיעון המשפטי. החלק העובדתי של העתירה חושף פגיעה במי שביקשה להתאים את מקום העבודה לצרכיה האימהיים – שנבדלו בבירור מצרכיו האבהיים של בן זוגה – וכשלה בדיוק בשל הפרופיל האימהי המובחן שלה,¹⁵⁹ ואילו הטיעון המשפטי משטיח ומטשטש מציאות מגדרית מובהקת זו. התוצאה היא שאף-על-פי שפרשת טננבאום עסקה בבירור באשה, שהפגיעה בה בשוק העבודה התרחשה על רקע ובשל התנהלותה האימהית, כאשר נדרשו פרקליטיה למסקנות המשפטיות הנגזרות מתמונת מציאות מוטת-מגדר זו הם נקטו לשון ניטרלית ונקייה מכל הטיה מגדרית וסיכמו:

מן החלק העובדתי של העתירה עולה הפגיעה הקשה בשוטרים ובשוטרות, הורים לילדים קטנים, אשר מתקשים ליטול חלק בקורסי הדרכה, בשל היותם בתנאי פנימייה. כתוצאה ממדיניות זו של משטרת

158 בהקשר זה מעניין לציין כי גם בספרות הפמיניסטית העכשווית אנו עדים לשניות מן הסוג הזה, המנסה להמשיג דילמות אימהיות כדילמות הוריות ולקדם פתרון לסוגיות שמבחינת המציאות הנוהגת הן סוגיות נשיות בעיקרן, באמצעות רטוריקה ניטרלית מבחינה מגדרית. היינו, למרות שהשיח הפמיניסטי מכיר בכך שרבות מהדילמות המתעוררות בהקשר של הורות ועבודה הן דילמות של נשים בלבד, הרי שנאמן לחזון ההורות השוויונית נטייתו היא להציג את הדילמה ככזו הנוגעת ל"הורות פעילה". הקריאה העולה משיח זה היא קריאה המבקשת להתמודד עם דילמות אלה באמצעות קידומו של חזון זה ואכיפתו הלכה למעשה. ראו, למשל, בהקשר זה את מאמרו של דפנה הקר ומיכל פרנקל, המבקר את עמדתו של בית המשפט בפרשת טננבאום ככזו שאינה נותנת משקל ראוי לצרכים של הורים עם ילדים במקום העבודה; דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005).

159 העתירה בעניין טננבאום, לעיל ה"ש 153, בפס' 1-21 לכתב העתירה.

ישראל, מתקשים הורים לילדים קטנים להשתלב במשטרה בתפקידים ייעודיים, וקידומם בסולם הדרגות מתעכב.¹⁶⁰

המחשה מעניינת נוספת לפער שבין ההיבט העובדתי האימהי הברור של פרשת טננבאום לבין הניסיון לכפות עליה רטוריקה ניטרלית מבחינה מגדרית מספק גם תצהיר התשובה של משטרת ישראל שניתן בתגובה לעתירה.¹⁶¹ כמסגרת משפטית לדיון אימצה המשטרה את שיח ההורות הניטרלי שעליו הסתמכה עתירתה של טננבאום:

בקצירת האומר, אפוא העתירה מעוררת שתי שאלות עקרוניות לאמור – האם מדיניות המשטרה בקיום קורסים בתנאי פנימייה הינה סבירה ונדרשת לאור צרכי המשטרה ויעדיה, והאם נכון לשחרר מחובה זו הורים, ולבנות עבורם מערך אחר של הדרכה כך שתיכון מדיניות הורית שתשחרר הורים מהשתתפות בהדרכות בתנאי פנימייה.¹⁶²

המשטרה הוסיפה והסבירה בהקשר זה כי העתירה אינה מגלה כל היבט עקרוני של פגיעה בזכויות שכן מדובר "ביחס שוויוני לכלל השוטרים על פי המדיניות הפורמלית של המשטרה".¹⁶³ לפיכך, אם נאלצה העותרת בסופו של דבר לעזוב את המשטרה הרי היה זה משום ש"תפקודה היה לקוי עוד טרם נישאה וטרם הייתה לאם".¹⁶⁴ תצהיר התשובה הוסיף וקבע כי "מקום העבודה אינו בגדר 'תוכנית כבקשתך' המסוגל לספק מענה לכל צורך של הפרט באשר הוא"¹⁶⁵ – ובכך המשיג את תביעתה האימהית של טננבאום כגחמה אקראית ולא מוצדקת. עניין טננבאום הוצג אפוא כבעיה פרטית של שוטרת בעייתית, שאין כל בסיס לניסיונותיה להלביש את עתירתה "בלבוש של עתירה ציבורית שביסודה פגיעה בעקרונות של שוויון וצדק וחברתי".¹⁶⁶

עם זאת, כשנדרשה המשטרה לנתונים העובדתיים הרלוונטיים ביחס להשתתפותם של שוטרים ושוטרות שהם הורים לילדים בקורסים הנערכים בתנאי פנימייה, צפה ועלתה תמונה עובדתית שאינה עולה בקנה אחד עם שיח ההורות הניטרלי ואינה תומכת בו. מן העובדות המפורטות בתצהיר התברר כי לא רק שדפוסי ההשתתפות של שוטרים בקורסים המקצועיים הם בעלי הטיה מגדרית מובהקת, אלא שמתמונה עובדתית זו ניתן גם להסיק על קיומה של דילמה עקרונית של פגיעה בשוויון. כך, למשל, התברר כי בשנת

160 שם, בפס' 25 (הסעיף הפותח את הטיעון המשפטי בעתירה; ההדגשות הוספו).

161 תצהיר תשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 5235/01 טננבאום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל (להלן: התשובה לעתירה בעניין טננבאום).

162 שם, פס' 4 (ההדגשות הוספו).

163 שם, פס' 9.

164 שם, פס' 10.

165 שם, פס' 32.

166 שם, פס' 7.

2001, שבה הוגשה העתירה של טננבאום, היו נשים מיעוט מבוטל בכל קורסי ההכשרה לקצינים בכירים במשטרה. מתוך 228 משתתפים בתשעה קורסים שנערכו בתנאי פנימייה בין אוקטובר 2000 ליוני 2001, ונמשכו בממוצע כשישה שבועות, רק עשרים וחמש היו נשים.¹⁶⁷ עוד התברר כי בקרב אלה שהשתתפו בקורסים המקצועיים משנת 1996 ואילך, אחוז הרווקות בקרב הנשים היה גבוה בצורה ניכרת מאחוז הרווקים הגברים.¹⁶⁸ כמו כן, בחינת ההתפלגות של מספר הילדים של כלל השוטרות שיצאו לקורסים בתנאי פנימייה משנת 1996 ואילך גילתה כי נשים ללא ילדים היו רוב ברור בין המשתתפות בקורסים הללו בכל קטגוריה מקצועית,¹⁶⁹ ולמעשה ניתן היה להצביע על קשר שלילי בין מספר הילדים שהיו לשוטרת לבין סיכויי השתתפותה בקורס מקצועי כזה או אחר. רוב מכריע (87%) מן השוטרות שיצאו לקורסים בתנאי פנימייה בשפרעם משנת 1996 היו צעירות שגילן נע בין 20 ל-25,¹⁷⁰ גיל שבו לרוב הנשים עדיין אין ילדים. המשטרה צירפה נתונים אלה לתצהיר התשובה שלה כדי להמחיש את טענתה שילדים אינם מכבידים על צאתן של נשים לקורסים המקצועיים בתנאי פנימייה, שכן רוב המשתתפות בפועל בקורסים הן ממילא רווקות או נטולות ילדים; אולם מובן שמהנתונים הללו ניתן היה לגזור מסקנה הפוכה בתכלית, שלפיה תנאי מקדים לשהות בתנאי פנימייה למשך שבועות או חודשים ארוכים הרחק מהבית ומהילדים הוא שיוצר מחסום אפקטיבי בעל הטיה מגדרית מובהקת, המונע השתתפות של שוטרות שהן אמהות בקורסי הכשרה אלה.

על פני הדברים נראה שעתירתה של איילת טננבאום הציפה על פני השטח דילמה מגדרית עקרונית שמשמעותה ותוצאותיה חורגות בהחלט מעניינה הפרטי של אם זו, שהרי נתוני המשטרה עצמה גילו שסיכוייה של שוטרת שהיא אם לילדים קטנים להשתתף בקורס מקצועי בתנאי פנימייה נמוכים לאין שיעור מסיכוייו של שוטר במצב משפחתי דומה. משמע, עניינה של טננבאום לא היה עניין פרטי חריג כפי שטענה המשטרה, אלא דוגמה להשפעה של מדיניות המשטרה, המגבילה את כל הקורסים המקצועיים שלה לתנאי פנימייה בבסיס בשפרעם, על ציבור השוטרות שהן אמהות. יתרה מזו: פרשת טננבאום המחישה את הקושי שבמתן יחס דומה לנשים וגברים במציאות חברתית שבה האם והאב נבדלים בתפיסת ההורות שלהם ובאופן שבו תפיסה זו משפיעה על התנהלותם המקצועית ועל נכונותם להתפשר על עתידם המקצועי. משמע, כדי לקיים דיון ראוי בעתירתה של טננבאום נדרשה התייחסות גלויה לצרכים ולאינטרסים האימהיים המובחנים של נשים בהשוואה לגברים, שבצדה בחינת הנפקות המשפטית של הבדלים מגדריים אלה. אולם, מתברר, שבעידן השוויון ההורי הניטרלי שבו הזכות לאימהות נהפכה באופן רשמי לזכות להורות, דיון גלוי וישיר בדפוסי

167 שם, פס' 75.

168 שם, פס' 78.

169 שם, פס' 77.

170 שם, פס' 76.

אימהות מסורים במיוחד – מסוג אלה שהפגינה איילת טננבאום – מעורר קושי אידאולוגי לא מבוטל מנקודת ראותם של ארגוני זכויות הפועלים לקידום מעמדן של נשים בשוק העבודה. במשך שנים הייתה הטענה הפמיניסטית הביקורתית שתפיסות של אימהות נכפו על נשים ושימשו אמצעי להצרת צעדיהן במרחב הציבורי; המעבר ההדרגתי למודל הורי של זכויות, שהחליף את המודל האימהי הסטראוטיפי הישן, נועד אפוא – בעידודו של השיח הפמיניסטי – לשחרר נשים ממגבלותיהן של תפיסות אלה ולאפשר להן התנהלות חופשית ושוויונית יותר בשוק העבודה. גם לאיילת טננבאום ניתנה אפשרות לאמץ את המודל ההורי השוויוני. בתצהיר התשובה של המשטרה נאמר כי לעותרת הוסבר שעליה "למצוא פתרון לטיפול בילד" וכי "עם כל ההבנה, קיים במערכת המשטרית שוויון בזכויות ובחובות ועל העותרת להתארגן לקראת יציאה לקורס כפי שעושים אחרים", אולם היא סירבה לצאת לקורס בתנאים אלה וביקשה לחכות "עד שילדה יגדל".¹⁷¹ עותרת זו בחרה להסתגר מרצונה לכאורה בד' אמותיה של האימהות המסורתית תוך שהיא מתעקשת להציב את עצמה בדיוק באותו מקום שממנו ניסה המאבק הפמיניסטי לחלץ נשים ולהעניק להן אפשרויות בחירה אחרות.

העובדה הזו מסבירה בראש וראשונה את העמדה האמביוולנטית כלפי האימהות המבצבצת מתוך כתב העתירה ועיקרי הטיעון שהגישה האגודה לזכויות האזרח בשמה של טננבאום. כאמור, בכתב העתירה הצניעה האגודה מאוד את הממד האימהי שבטיעון המשפטי, אולם לא זנחה אותו לחלוטין. באופן כזה העתירה סיפקה הודאה משתמעת ביחס לפער הבלתי ניתן לגישור בין עולם המציאות "האימהי" שממנו באה טננבאום לבין השיח המשפטי החדש, שבו אידאל של הורות שוויונית מהווה את המסגרת לדיון בזכויותיהן של נשים. עם זאת, לאחר הגשת תצהיר התשובה של המשטרה, שהעובדות שנכללו בו חידדו ביתר שאת את הצורך בדיון גלוי בהיבטיה האימהיים של המציאות ההורית, אימצה האגודה לשון מפורשת יותר מבחינה מגדרית, והסבירה בעיקרי הטיעון שהוגשו לבית המשפט:

במציאות החברתית הקיימת ישנה חפיפה בין פגיעה והפליה על רקע הורות לבין פגיעה והפליה על רקע מין, שכן אף כי המשפט החל לאמץ תפיסה שוויונית של הורות, החברה עודנה רואה באם הנושאת העיקרית בגידול הילדים ובפועל הפליה בשוק העבודה הקשורה להורות ממשכיה להשפיע בעיקר על עובדות ובענייננו על שוטרות.¹⁷²

בהמשך נהפכו עיקרי הטיעון למפורשים עוד יותר:

171 שם, פס' 23-25.

172 העתירה בעניין טננבאום, לעיל ה"ש 153, פס' 9.

העותרות יטענו כי מדיניות הקורסים של המשיבים מבטאת שוויון פורמלי בלבד. מדיניות זו מתעלמת מהקושי הרב הנגרם להורים לילדים קטנים, ובמיוחד לאימהות, הנדרשות להיפרד מילדיהם למשך תקופה כה ארוכה.¹⁷³

שינוי חזית חלקי זה, בשלב שבו נעשה, כבר לא הצליח לשנות את אופי הדיון בעניינה של טננבאום ולהעלותו על פסים עקרוניים. נראה כי עמדתה של משטרת ישראל, שלפיה פרשת טננבאום אינה מעוררת כלל דילמה של הפליה על בסיס מין משום ש"השהות בתנאי פנימייה והריחוק מהבית מקשים על כלל השוטרים אבות ואימהות כאחד ואף בטרם היותם הורים",¹⁷⁴ נתפסה על-ידי בית המשפט כסבירה והגיונית יותר – וכך גם המסקנה שנגזרה ממנה שלפיה דפוס האימהות המסור במיוחד שעליו התעקשה טננבאום הצביע על בעיה פרטית של אשה חריגה, שאינה מעוררת כל שאלה עקרונית רחבה יותר ביחס למדיניות ההכשרה המקצועית של המשטרה. בנסיבות אלה, לאחר שמשטרת ישראל הכריזה על נכונותה לנסות לקלוט מחדש את העותרת לשורותיה "לפנים משורת הדין" וביקשה מבית המשפט להימנע מלהתערב בפרשה זו,¹⁷⁵ אימצו שלושת שופטי ההרכב את ההצעה. בפסק דין של שלוש שורות שסתם את הגולל על פרשה זו קבע בית המשפט: "על פי המלצתנו, חזרו בהם העותרים מעתירתם. רשמנו לפנינו את דברי באת כוח המדינה, כי המשטרה תעשה כל שניתן על מנת לקלוט את העותרת 1 חזרה לשורותיה, אם העותרת 1 תפנה אליה. בכפפות לדברים הללו אנו מוחקים את העתירה".¹⁷⁶ אף-על-פי שברמה הפורמלית לא דחה בית המשפט את העתירה אלא המליץ לעותרים למשוך אותה ואז מחק אותה, לדינמיקה זו יש משמעות לא מבוטלת מבחינת המסר הנורמטיבי שהיא משדרת. הסירוב לדון בעתירה לגופה לא רק הותיר את מדיניות ההורות השוויונית של המשטרה חסינה מביקורת – הוא גם אותה כי מנקודת ראותו של בית המשפט אין בה כל פסול עקרוני המצדיק דיון שיפוטי לגופו של עניין. העובדה שהשופטים ציינו כי הם רשמו לפנייהם את נכונות המשטרה לנסות לקלוט מחדש את איילת טננבאום הסיטה את הדיון מן הרמה העקרונית לרמה האינדיבידואלית ואימצה את עמדתם של המשיבים בעתירה, שטענו כאמור לאורך כל הדרך כי מדובר בבעיה אישית של אשה ואם בעייתית, ולא בבעיה מערכתית הנוגעת לשוויון ההזדמנויות של נשים כקבוצה בשוק העבודה.

התוצאה הזו מעניינת שכן היא מאירה קושי נוסף המאפיין את היחס השיפוטי לאימהות הנשית במסגרת שיח השוויון החדש ומצביעה על הבדל חשוב בין איילת

173 שם, פס' 24.

174 התשובה לעתירה בעניין טננבאום, לעיל ה"ש 161, פס' 149.

175 שם.

176 עניין טננבאום, לעיל ה"ש 155.

טננבאום לבין גלינה, אירנה ורות. הבדל זה נוגע להבחנה שיוצרים בתי המשפט בין ייצוגיה של האימהות במרחב הפרטי לבין ביטוייה במרחב הציבורי. בכל הנוגע לאימהותן הפעילה של נשים בביתן, השיח המשפטי מתקשה עדיין להבליג על תפיסות מושרשות באשר לאימהות הראויה והלא ראויה של נשים. כך, אירנה האם המתעללת סופגת גינוי והוקעה מיוחדים, אימהותה הפעילה של גלינה נתפסת כמובנת מאליה וכלא ראויה כלל להתחשבות מיוחדת, וכמיהתה האימהית של רות נחמני – המהווה ביטוי כה ברור לאימהות טובה וראויה במובן המסורתי – זוכה להזדהות ולתמיכה אפילו ברמה הגלויה. עם זאת, קיומו של שיח דיכוטומי מסווג ושופט זה, שבמסגרתו אירנה וגלינה מסווגות כ"אמהות רעות", בעוד רות נתפסת על דרך ההיפוך ומסומנת כ"אמא טובה", מוגבל לספרה הפרטית של הבית והמשפחה. במילים אחרות, התנהגותה האימהית של האשה נבחנת, מבוקרת ונשפטת באותם תחומים והקשרים שביחס אליהם היא הוכפפה מקדמת דנא למערכת ציפיות ממשטרת ביחס להתנהגותה האימהית הראויה. מנגד, כאשר מתעוררות שאלות ביחס לאימהותן של נשים בספרה הציבורית, השיח האימהי מפנה את מקומו לטובת שיח מגדרי ניטרלי לחלוטין, שבמסגרתו נעלמת זהותן האימהית של נשים ואותם מפגנים של אימהות שבהקשרים אחרים מסומנים כרלוונטיים להערכת התנהגותה של האשה נהפכים ללא רלוונטיים. כך איילת טננבאום – האם המסורה במיוחד, המבקשת להביא את אימהותה הפעילה לתוך מקום העבודה ולקרוא תיגר על האופן ה"גברי" שבו מתנהל מקום זה – מוכפפת לשיח ניטרלי, עיוור-מגדר, ההופך את סוגיית האימהות הנשית ללא רלוונטית. אם כן, בסופו של יום האהדה לאימהות הטובה מוגבלת לספרה הפרטית. הספרה הציבורית נכבשה לגמרי ברטוריקה עיוורת-מגדר המגלה עוינות כלפי כל מפגן של אימהות פעילה, ועובדה זו מנציחה, כך ניתן לטעון, את תהליך ההדרה המסורתי של אימהות משוק העבודה ומשמרת מרחב ציבורי זה כמרחב המותאם לצרכים ולאינטרסים גבריים. משמע, אם בעבר הודרו נשים משוק העבודה על-בסיס תפיסות סטראוטיפיות גלויות בדבר ייעודן המובחן בחברה והתאמתן הטבעית לספרה הפרטית, עניינה של איילת טננבאום ממחיש כיצד ניתן להשיג מטרה זו גם באמצעות רטוריקה הפוכה של דומות ושוויון מגדרי, המציגה את האשה העובדת כדומה לגבר ומתעלמת ממצואות של אי-שוויון שעדיין כובלת נשים בתפקידי האימהות המסורתיים ומשפיעה על התנהלותן בשוק העבודה.

ג. במקום סיכום: נשים בישראל בין שלושה מודלים של אימהות

לפני שנים אחדות נדרש בית הדין הארצי לעבודה לעניינו של אלכסנדר מוסקלנקו, שוטר ואב לילדים קטנים, שביקש ליהנות מהזכות ליום עבודה מקוצר שבעבר הייתה שמורה

לנשים בלבד. בית הדין הארצי אישר ברוב דעות את פסיקתו של בית הדין האזורי שפסק לטובתו של האב, ונציגת העובדים שהצטרפה לדעת הרוב הסבירה:

ברבע האחרון של המאה ה-20 השתנתה תפיסת השוויון בחברה ועימה השתנו אף הדפוסים הן בחלוקת האחריות המשפחתית והן בהסדרים של שוק העבודה. [...] תפיסת השוויון השתנתה, ועתה מקובלת התפיסה של אחריות הורית משותפת, דהיינו שני ההורים אחראים במשותף על ניהול משק הבית והטיפול במשפחה. הדבר מטיל על כתפי שניהם נטל נוסף על נטל היותם אנשים עובדים, אך נטל זה אמור להיות קטן יותר, באשר הוא מתחלק בין שני אנשים ואינו מוטל באופן בלעדי על האישה.¹⁷⁷

פסק הדין בעניין מוסקלנקו פסע בנתיב שאותו התווה שנים ספורות קודם לכן פסק הדין בעניין יהב בכל הנוגע להשוואת הזכויות ההוריות בין נשים לגברים¹⁷⁸ – ואף צעד בהקשר זה צעד משמעותי קדימה. אם בעניינו של מנחם יהב התייחס בית המשפט לדפוס ההורות השוויונית כאל חזון אידילי שראוי להגשימו, בעניין מוסקלנקו כבר נקבע כי ההתפתחויות שחלו בתפיסת ההורות הרווחת בחברה הביאו עמן גם שינויים בדפוסי חלוקת האחריות במשפחה, ועתה "שני ההורים אחראים במשותף על ניהול משק הבית והטיפול במשפחה". אם כן, בלשונו של בית הדין נהפך החזון למציאות של שוויון מגדרי המתקיימת בפועל.

תפיסה שיפוטית זו, המטשטשת את הגבולות בין אידאל השוויון לבין המציאות בפועל, אינה מפתיעה. מאמר זה מגלה שהיא עולה בקנה אחד עם האופן שבו בתי המשפט מתמודדים היום עם דילמות הוריות, ונראה כי במידה רבה ניתן לראות בה תוצר של רפורמות משפטיות משני העשורים האחרונים, שניסו לקדם את השוויון המגדרי באמצעות המרתו של המודל האימהי של זכויות במודל הורי ניטרלי ושוויוני. התקינות הפוליטית החדשה והעיוורון המגדרי שהתבססו במרחב המשפטי מהווים כעת מכשול של ממש לפני דיון מגדרי גלוי במציאות חייהן האמיתית של נשים, ובמיוחד בעובדה שבכל הנוגע לחלוקת האחריות ההורית ממשיכים להתקיים הבדלים ממשיים בין נשים לבין גברים. זאת ועוד: בהקשר זה מתברר גם כי הדילמה המשתקפת היום בפסיקה הנדרשת לסוגיות של הורות וטיפול בילדים היא מורכבת אף יותר. ניתן לראות כי המעבר לשיח השוויון ההורי שאימצו בתי המשפט, בהשראת תיקוני חקיקה שונים, הוא בעייתי לא רק משום שהוא מבלבל בין אידאל השוויון למציאות הקיימת של חוסר שוויון, באופן שמעוור את בתי המשפט ומגביל את יכולתם להבחין בדילמות מגדריות שהן תוצר של מציאות חברתית זו ולהתמודד עמן באופן ראוי, אלא גם משום שהדיבור על שוויון הוא לעתים דיבור ריק מתוכן שאינו מעיד על שינוי תפיסתי מהותי. שופטים מסוימים עדיין

177 ע"ע (ארצי) 1155/02 מדינת ישראל – מוסקלנקו, פד"ע לט 337, 353-354 (2003).

178 עניין יהב, לעיל ה"ש 38.

אוחזים בתפיסות סטראוטיפיות ומציבים – גם אם באופן בלתי-מודע – ציפיות מובחנות ביחס לאימהותן של נשים בהשוואה לתפקודם ההורי הראוי של גברים. הבחנות אלה מכפיות נשים למערכת ממשטרת של כללים ביחס להתנהגותן האימהית הראויה. אתגר לא פשוט ניצב היום לפני השיח הפמיניסטי, ובמיוחד לפני הכוחות הפמיניסטיים האקטיביסטיים, הרואים במשפט כלי חשוב לקידום מעמדן של נשים. מצד אחד מתברר כי המהלך המשפטי הסימבולי של מעבר מ"מודל אימהי" של זכויות ל"מודל הורי" לא תרם לשינוי המציאות החברתית ואף הכשיל את בתי המשפט מלהתמודד באופן ראוי עם המציאות הבלתי-שוויונית הנוהגת, שבמרכזה עדיין דפוסים של אימהות מסורתית. מנגד, החזרה לאחור אינה נתפסת כפתרון ראוי, שהרי היוזמה לשינוי ולרפורמה בחקיקה נולדה מלכתחילה על רקע דילמות שעורר המודל האימהי המסורתי ובמרכזן האופן שבו חיזק מודל זה תפיסות פטריארכליות באשר לתפקידן של נשים בחברה. הדילמה היא אפוא מורכבת; היא מתרכזת בעיקר בשאלה כיצד ניתן לקדם באמצעות המשפט שיח של שוויון מגדרי בלי ליפול למלכודת שבה הדיבור על שוויון כאידאל מעלים את אי-השוויון המגדרי בפועל ואת הדילמות הספציפיות המתעוררות במסגרתה של מציאות לא שוויונית זו.

מאמר זה אינו מתיימר לספק תשובה לשאלה מורכבת זו; מטרתו להניח את התשתית להבנת ההקשר שממנו נגזרת שאלה זו מלכתחילה. חשיפת דמותו ותוצאותיו של שיח השוויון החדש שבו נאחזים בתי המשפט מיועדת אפוא להצביע על הדילמה שעמה צריך היום השיח הפמיניסטי להתמודד ולהאיר את פניה המורכבות. האופן שבו הפמיניזם המשפטי יכול וצריך להתמודד עם דילמה זו נמצא מחוץ לגדרו של המאמר, והוא צריך לעמוד במרכזו של מחקר ודיון עתידי. עם זאת נראה שכבר בשלב זה ניתן לגזור מן המאמר שתי תובנות מרכזיות היכולות להניח בסיס ראשוני לדיון באופן שבו ניתן להתמודד עם מה שנראה כמו "מלכודת השוויון" הניצבת לפניו של השיח הפמיניסטי. ראשית מתברר כאמור כי חלק משמעותי מן הדילמה שמעורר שיח השוויון ההורי החדש בא לידי ביטוי בפסיקתם של בתי המשפט. למרות שמקור ההשראה לשיח השיפוטי הנוהג הוא תיקוני חקיקה שעייגנו את מודל ההורות השוויונית בהקשרים ספציפיים, חשוב להכיר בכך שהבעיה נגזרת ברוב המקרים לא מעצם קיומו של כלל משפטי פורמלי כזה או אחר המנסה לקדם התנהלות הורית שוויונית יותר, אלא מן האופן שבו מהלך זה מפורש על-ידי בתי המשפט ומשפיע על פסיקתם בסוגיות של הורות וטיפול בילדים. משמע, לא רק שיח השוויון הבעייתי שהוליד אידאל ההורות השוויונית אינו תוצר הכרחי של רפורמות משפטיות ספציפיות שנתנו לו ביטוי בישראל, אלא עייגנו של אידאל זה כמודל שיש לשאוף אליו בהקשרים מסוימים יכול להוות עדיין מטרה ראויה מנקודת ראות פמיניסטית. תיקון החוק שהעניק גם לגברים חופשת לידה הוא תיקון חוק חשוב, גם אם עשר שנים לאחר חקיקתו מתברר שחופשת הלידה ממשיכה

להיות פרקטיקה נשית בעיקרה.¹⁷⁹ לכלל משפטי זה חשיבות סימבולית ופרקטית, שכן הוא תורם – גם אם באופן מוגבל – לרמה הסמלית שבה מיוצגים שני המינים בשיח המשפטי, ופותח מבחינה מעשית אפשרויות התנהגות הוריות שונות לפני גברים ונשים. הבעיה אינה נעוצה אפוא בעצם הניסיון לעודד דפוסי הורות שוויוניים יותר בהקשרה של חופשת הלידה, אלא במשמעות המוגזמת שבתי המשפט יוצקים לרפורמות משפטיות ספציפיות ומוגבלות בהיקפן מן הסוג הזה, תוך טשטוש הגבולות בין אידאל למציאות. כך, למשל, בעניין מוסקלנקו¹⁸⁰ חשוב להכיר בכך שהקפיצה מהדיון בהסדר המשפטי הספציפי שהעניק גם לאבות זכות ליום עבודה מקוצר, להכרזה כללית על שינויים מהפכניים בדפוסי המשפחתיות בישראל, אינה נגזרת הכרחית של החקיקה ואינה צריכה להוביל למסקנה שיש למחוק מספר החוקים כל הסדר משפטי מן הסוג הזה. יתרה מזו: עיגונו של מודל אידיאלי של שוויון בהקשרה של חופשת הלידה לא צריך למנוע את גיבושם של כללים משפטיים משלימים אחרים המכירים במציאות הבלתי-שוויונית הנוהגת ולכן מקדמים הסדרים משפטיים נוספים שיהיה בהם כדי להתמודד עם מציאות זו ולתת לה מענה משפטי ישיר. כך, למשל, אם נשים ממשיכות להיות אלה הנושאות בנטל הטיפול בילדים וממשיכות לדבוק בדפוסי התנהלות אימהיים מסורתיים, כלל משפטי שיטיל על מעבידים חובה להתאים את מקום העבודה לצרכים של אנשים עם ילדים יכול למלא חלק חשוב בהקשר זה.¹⁸¹ כלל כזה אינו צריך כמובן להיות כלל מיוחד לנשים; ניתן לנסחו ככלל ניטרלי מבחינה מגדרית, אולם מבחינת השפעתו הלכה ולמעשה ניתן להניח שהוא יספק מענה מובהק יותר לצרכים של נשים – וככזה יוכל לתרום ולסייע בשילובן השוויוני בשוק העבודה. מבחינה זו ההסדרים המשפטיים צריכים להבחין בין כללי "בחירה" הצהרתיים – המאפשרים לגברים ולנשים כאחד לאמץ פרקטיקות הוריות כגון חופשת לידה או יום עבודה מקוצר – לבין כללים משפטיים המבטיחים כי גם אלה ש"בחרו" להציב את עצמם במשבצת ההורית לא ישלמו על כך מחיר בשוק העבודה, כפי שקרה למשל בעניינה של איילת טננבאום. מנגד, אין ספק כי המהלך לקראת עיגונו של אידאל השוויון ההורי במשפט צריך להיות זהיר וממוקד ולהבחין בין הקשרים משפטיים שונים תוך בחינה מתמדת של מידת השפעתה הפוטנציאלית של רפורמה משפטית כזו או אחרת ותרומתה לקידומו של שוויון מגדרי מהותי. הספרות הפמיניסטית בארצות-הברית, למשל, מספקת ניתוח ביקורתי מקיף של רפורמות "שוויון" שהתרחשו שם בדיני גירושין, ובמיוחד בדיני משמורת של ילדים, ומספקת טיעון מקיף ומשכנע מדוע על רקע מציאות אי-השוויון הנוהגת, ראוי היה

179 ראו רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל", לעיל ה"ש 141.

180 עניין מוסקלנקו, לעיל ה"ש 177.

181 להצעה מפורטת ברוח זו ראו רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל" לעיל ה"ש 141, בעמ' 875-881.

שרפורמות חקיקתיות מסוימות לא יתרחשו בעיתוי שבו התרחשו.¹⁸² אם כן, מה שנדרש הוא מהלך מורכב הנמנע מהכללות גורפות. השאלה אינה אם ראוי להשלים מהלך כולל של מעבר ממודל אימהי של זכויות למודל הורי או לבטלו כליל, אלא אם ראוי בהקשרים מסוימים לתמוך במהלך זה, תוך השלמתו בהסדרים משפטיים פוזיטיביים נוספים, המתחשבים במציאות המגדרית הבלתי-שוויונית הנוהגת, וכיצד ניתן לתמוך מהלך חקיקתי זה בדברי הסבר ובנתונים שיסייעו לגיבושו של שיח משפטי המתמודד באופן ראוי יותר עם דילמות הנוגעות לאימהותן של נשים בעולם שבו השוויון ההורי הוא עדיין חזון ולא מציאות.

התובנה השנייה העולה ממאמר זה נוגעת לתפקידם של ארגונים פמיניסטיים בהובלת רפורמות משפטיות הנוגעות לנשים, כמו גם למעורבותם בעיצוב המשפט בהקשרים אלה, הן ברמת המחוקק והן ברמת בתי המשפט. כאמור, המרתו של המודל האימהי של זכויות במודל הורי ועיגונו בחקיקה, בעיקר בתחום דיני העבודה, נעשו בתמיכתו ולעתים ביוזמתו של השיח הפמיניסטי. ארגונים פמיניסטיים מהווים היום שחקנים חשובים גם בזירה השיפוטית. בעניינה של איילת טננבאום, למשל, לא ניתן לנתק את הכרעתו (או את אי-הכרעתו) של בית המשפט מן הטיעונים שהשמיעו בפניו מי שייצגו את עניינה של העותרת. כמי שתורמים היום לדיון המשפטי בשוויון מגדרי, צריכים אפוא ארגוני זכויות פמיניסטיים לא רק לבקר את השיח הנוהג, אלא גם להכיר באופן שבו דפוסי השתתפותם בעיצוב המשפט תרמו ועדיין תורמים לכינונו.

כדי לעמוד על חשיבותן של תובנות אלה ועל תרומתן לשיח הנוהג ראוי לבחון אותן בהקשרו של המאבק הפמיניסטי המתנהל בימים אלה נגד ביטולה של החקיקה המעגנת את חזקת הגיל הרך, המעניקה עדיפות אוטומטית לאימהות בקבלת משמורת על ילדיהן הקטנים בעת גירושין.¹⁸³ בהקשר זה, למשל, ניתן להגיע למסקנה שהדומיננטיות של אידאל השוויון ההורי בשיח המשפטי יכולה להסביר הן את עצם היוזמה לביטולה של חזקת הגיל הרך והן את עצמת הקושי שעמו השיח הפמיניסטי נדרש להתמודד היום בבואו להגן על חזקה זו. השיח הפמיניסטי של היום צריך להילחם במגמה משפטית, שהיא בין השאר תוצר של מעשה ידיו. רבים מן התומכים בביטולה של חזקת הגיל הרך רואים בכך המשך טבעי ותוצר הכרחי של מחויבות המשפט לקידום השוויון בין המינים. על רקע עמדה זו – החוזרת ומביעה, כמו בתי המשפט, מחויבות פורמלית לעקרון

182 מרתה פיינמן, חוקרת פמיניסטית בולטת, חקרה את הרפורמה בדיני הגירושין בארצות-הברית וביקרה את תוצאותיה הבעייתיות מבחינתן של נשים; ראו MARTHA A. FINEMAN, THE ILLUSION OF EQUALITY: THE RHETORIC AND REALITY OF DIVORCE REFORM (1991); MARTHA A. FINEMAN, THE NEUTERED MOTHER, THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES (1995).

183 כאמור, נושא זה נדון בוועדת שניט, שהגישה בינתיים דו"ח ביניים בסוגיה. עיקר המלצותיה של הוועדה הוא ביטול של חזקת הגיל הרך והמרתה בעקרון משמורת ניטרלי המתמקד בטובת הילד; ראו ועדת שניט דו"ח הביניים, לעיל ה"ש 7, והטקסט שלידה.

השוויון המגדרי – קשה בהרבה להסביר כיצד מתיישבת דווקא התמיכה במודל אימהי של משמורת עם גישה פמיניסטית; קשה עוד יותר לגייס תמיכה משפטית לגישה זו. לגופו של עניין אין ספק שיש ממש בעמדה הפמיניסטית המתנגדת לביטולה של חזקת הגיל הרך. המסקנות העולות ממאמר זה מניחות בסיס לחשש שהביעה בהקשר זה השדולה הפמיניסטית, שעיקרו של מודל משמורת ניטרלי מבחינה מגדרית בחוק, על רקע מציאות שבה אימהות הן הנושאות בפועל בנטל הטיפול בילדים, יעלים את מצבן הספציפי של נשים, ייצור מראית עין של סימטריה ושוויון ויכשיל את בתי המשפט יותר משיסייע להם בהתוויית פתרונות משמורת הוגנים וצודקים.¹⁸⁴ מנגד, כפי שנאמר לעיל, אין זה ברור כי הדילמה בהקשר זה מצויה בהכרח בעצם ההצעה לשינוי החקיקה. כאמור, הקשר בין חקיקת שוויון לבין פסיקה עיוורת-מגדר אינו הכרחי, גם אם המציאות השיפוטית מלמדת כי בתי המשפט נופלים בנקל למלכודת שוויון זו.

אם כן, כאשר השיח הפמיניסטי נאבק בימים אלה בביטולה של חזקת הגיל הרך, ראשית חשוב למקם התפתחות משפטית אחרונה זו על ציר של זמן ולהבין את הקשר בינה לבין פסיקה כמו זו שניתנה בעניינין של גלינה, אירנה, רות נחמני או איילת טננבאום. מה שברור כבר בשלב זה הוא כי שינויים שעברו על השיח המשפטי בשנים האחרונות ביוזמתו ובתמיכתו של השיח הפמיניסטי – ונועדו לקדם את השוויון המגדרי באמצעות המרתו של המודל האימהי של זכויות וחובות במודל הורי ניטרלי ושוויוני – לא פתרו את הקשיים הישנים ואף עוררו דילמות חדשות ומורכבות לא פחות מאלה שעמן נדרש הפמיניזם המשפטי להתמודד בעבר.