

זכויות נשים, משפט וצדק במדינת ישראל

מאת

גילה שטופלר*

מבוא. א. אהבה וצדק. ב. נישואין וגירושין – צדק קהילתני מול צדק ליברלי.
ג. פורנוגרפיה – צדק ליברלי מול צדק קהילתני וצדק פמיניסטי. ד. סיכום.

מבוא

אחת השאלות השנויות במחלוקת בפילוסופיה של המשפט היא מהו היחס בין משפט לבין צדק. פילוסופים של המשפט מן הזרם הפוזיטיביסטי, כגון הארט, טוענים כי אין כל קשר הכרחי בין משפט לצדק¹, ואילו אחרים, כגון רונלד דבורקין, גורסים כי קיים קשר בלתי ניתן לניתוק בין השניים, וכי יש להבין את המשפט כנגזרת של הצדק². דבורקין דוגל בתפיסה שאותה הוא מכנה "משפט כישרה" (law as integrity), שלפיה נורמות משפטיות הן ראויות אם הן משקפות את תפיסת הצדק של הקהילה³. לגישתו, תפיסת הצדק של הקהילה צריכה להיות תפיסה אחידה וקוהרנטית, המוחלת באמצעות המשפט על כולם באופן דומה⁴. לדעת אהרן ברק, הצדק הוא מטרת המשפט ואמת מידה להערכתו⁵. עם זאת, לדידו, הצדק הוא רק אחד מהערכים שאותם בא המשפט בחברה דמוקרטית לשרת. ברק מעיד על עצמו כי פילוסופיית המשפט שלו היא אקלקטית במכוון ומבוססת על איזון בין תורות

* מרצה בכירה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן.
1 H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 529 (1958).
2 RONALD DWORCKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986).
3 שם, בעמ' 225, 243, 404–407.
4 שם.
5 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 154–155 (2004).

משפט שונות ועל איזון בין ערכים, שנועד לתת ביטוי לסובלנות ולפלורליזם המאפיינים חברה דמוקרטית.⁶

במאמר זה אבקש לטעון כי אף אם בצורתו האידאלית המשפט, ובפרט ההסדרים המשפטיים הקובעים את היקף זכויות האדם, אמור להיות מימוש של עקרונות צדק אוניברסליים, המציאות שונה מאוד, משתי סיבות: ראשית, בשל קיומן של תאוריות רבות של צדק המתחרות זו בזו ודורשות כל אחת כי הצדק, כפי שהן מבינות אותו, יבוא לידי ביטוי דרך המשפט, קשה לדבר על תאוריה אוניברסלית של צדק שאותה אפשר להחיל במשפט; שנית, המשפט בכל מדינה, ובוודאי בישראל, אינו משקף תאוריה אחת של צדק אלא כמה וכמה פשרות ואיזונים בין תאוריות שונות ומנוגדות של צדק חברתי. בהקשר זה חשוב להבחין בין הצדק כמושג (concept) לבין קיומן של תאוריות או תפיסות שונות של צדק (conceptions).⁷ על פי הגדרתו של יוסי דהאן, הצדק כמושג מתייחס "לאמות המידה לחלוקה של טובין חברתיים וכלכליים מצד אחד, ולחובות, עלויות ומחירים חברתיים וכלכליים, שבהם צריכים לשאת האזרחים, מצד שני".⁸ תאוריות או תפיסות שונות של צדק חברתי יתייחסו כולן לאמות מידה אלה, אך ייתנו תשובות שונות לשאלה אילו הן אמות המידה הראויות לחלוקה של אותם טובין בין האזרחים, ולקביעת החובות, העלויות והמחירים שבהם צריכים האזרחים לשאת.⁹

המתח בין תפיסות הצדק השונות המתקיימות זו בצד זו בחברה ובמשפט הישראלי בא לידי ביטוי הן בפן הלאומי-דתי והן בפן הכלכלי-חברתי. בפן הלאומי-דתי מתבטא המתח בהגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, המנסה לשלב תפיסה פרטיקולריסטית קהילתנית המעמידה במרכזה את טובת הקהילה האתנית-לאומית-דתית היהודית עם תפיסה אוניברסלית ליברל-דמוקרטית, המעמידה במרכזה את זכויות הפרט וחירויותיו באשר הוא, ללא תלות בהשתייכותו הלאומית והדתית.¹⁰ בפן הכלכלי-חברתי המתח מתבטא בניגוד שבין התפיסה הסוציאליסטית קולקטיביסטית שאפיינה את מדינת ישראל בעשורים

6 שם, בעמ' 174–175, 265.

7 יוסי דהאן תיאוריות של צדק חברתי 28–29 (2007).

8 שם, בעמ' 19.

9 שם, בעמ' 28–29.

10 קיימת כתיבה ענפה בנושא היחס בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית ועל ההתנגשות האפשרית ביניהם. ראו למשל יוסי דוד מדינת ישראל: בין יהדות לדמוקרטיה קובץ ראיונות ומאמרים (2000); מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (1998); המאמרים המופיעים בעיוני משפט יט (1995).

הראשונים לקיומה לבין כלכלת השוק החופשי והאידיאולוגיה הנאו-ליברלית שקנתה לה שליטה הן בחברה הישראלית והן במשפט הישראלי בעשורים האחרונים¹¹. במאמר זה אבקש לטעון כי היות המשפט בישראל משקף פשרות ואיזונים בין תאוריות שונות ומנוגדות של צדק בא לידי ביטוי בולט בתחום זכויות הנשים. אראה כי בתחום זה המשפט הישראלי אינו מבוסס על תפיסת צדק קוהרנטית ואחידה כחזונו של דבורקין אלא על אוסף אקלקטי של פשרות נקודתיות בין תאוריות של צדק חברתי, שכדרכן של פשרות נוטות להחליש את החלשות ולחזק את החזקים. כל אחת מתפיסות הצדק האמורות – התפיסה הקהילתנית-לאומית-דתית, התפיסה הליברלית, התפיסה הסוציאליסטית-קולקטיביסטית והתפיסה הנאו-ליברלית – היא בעלת מאפיינים פטריארכליים במידה זו או אחרת. הסדרים חברתיים הם פטריארכליים אם הם מקדמים את שליטתם של גברים בנשים ואת ניצולן ודיכוי¹². אפילו התפיסה הליברלית, האמורה לכאורה להיות מבוססת על ההכרה בחירות ובשוויון של כל פרט ופרט, בנויה, הן היסטורית והן תאורטית, על הנחות יסוד המשמרות את דיכוי של נשים ואף מעמיקות אותו. ג'ון לוק, אבי התאוריה הליברלית הקלאסית, גרס כי החברה הפוליטית מבוססת על אמנה חברתית בין אנשים שווים וחופשיים. אולם האמנה החברתית חלה בתחום הציבורי-פוליטי, שבו פועלים גברים כאזרחים שווים וחופשיים, ואילו בתחום הפרטי – תחום הבית והמשפחה – שבו מצויות הנשים, חלה אליבא דלוק הייררכייה טבעית בין גברים לנשים, המבוססת על הסדר האלוהי ועל חוקי הטבע, ואשר מצדיקה את שליטתם של גברים על נשים ואת הגבלתן של הנשים לתחום הפרטי¹³. אף כי הליברליזם התקדם כברת דרך מאז, ונשים הצליחו לפרוץ את התחום הפרטי ולקדם את זכותן לשוויון בתחום הציבורי, התאוריה הליברלית נותרה רוויה בחסמים להשגת שוויון מלא לנשים. ההפרדה בין הפרטי לציבורי, השומטת את הקרקע מתחת לרגלי התביעה הפמיניסטית להתערבות בתחום הפרטי לשם הבטחת שוויון לנשים, בעינה עומדת, ואף זכתה לחיזוק ניכר בדמות התאוריה הרב-תרבותית, המרחיבה את התחום הפרטי החף מהתערבות המדינה למרחב הקהילתי כולו¹⁴. הדגשתה של התאוריה הליברלית את החירות

11 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 155–160 (2008); אנדרה מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1998); דני גוטוויץ "מ'מהפכה חוקתית' להפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר הפרטה הישראלי" מעשי משפט א 47 (2008).

12 SYLVIA WALBY, THEORIZING PATRIARCHY 20 (1990).

13 CAROLE PETMAN, THE SEXUAL CONTRACT 90–91 (1988); ZILLAH R. EINSTEIN, THE RADICAL FUTURE OF LIBERAL FEMINISM 41–42 (1993); גילה שטופלר "גבולות השוויון – הרהורים בשולי ספרה של רות הלפרין-קדרי "Women in Israel – A State of Their Own" משפט וממשל ח 391, 398–401 (2005).

14 שטופלר, שם, בעמ' 413–421.

השלילית – החופש מפני התערבות המדינה – בתחומים כגון חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתארגנות, והתנגדותה לגישה של חירות חיובית – הקוראת למעורבות פעילה של המדינה כדי להבטיח חירות שווה לכול – מקבעות שתיהן את פערי הכוחות הקיימים בין גברים לנשים ואף מאפשרות העמקתם¹⁵.

כפי שראינו לעניין התפיסה הליברלית, בכל אחת מתפיסות הצדק שנמנו לעיל אפשר למצוא מרכיבים נכבדים המכשילים את יכולתן של נשים להשיג צדק, אך גם מרכיבים שבאמצעות פרשנות נכונה שלהם וניצול נכון שלהם יאפשרו את קידום היעד של השגת צדק לנשים. הטייתן הפטריארכלית של תפיסות צדק אלה נובעת מכך שלאורך ההיסטוריה תאוריות של צדק חברתי נהגו על ידי גברים בשביל גברים ויושמו בפועל על ידי גברים. אף כי רבים מתומכי תפיסות צדק אלה טוענים כי אפשר בקלות לתקן את הטייתן הפטריארכלית באמצעות החלתן באופן שווה על כולם ללא הבדל מין, העמדה הפמיניסטית, שבה מצדד גם מאמר זה, היא שגישה זו של "הוסף נשים וערבב" ("add women and stir") היא מוטעית ומטעה, ותוצאתה היא רק הסוואת ההפליה אך לא מיגורה¹⁶. על פי עמדה זו יצירת שינוי אמתי ועמוק במעמד האישה מחייבת שינויים יסודיים בתפיסות הצדק הקיימות.

גם כיום הדיון בשאלות של צדק חברתי נעשה פעמים רבות מנקודת המבט הגברית. כלומר, בחינת השלכות של ההסדרים החברתיים נעשית לרוב מתוך ההנחה הסמויה שהאדם המושפע מהסדר הוא גבר. לכן אחת הדרכים שבהן הפמיניזם מנסה לחשוף הסדרים חברתיים ומשפטיים בעייתיים היא הצבת "שאלת האישה" (asking the woman "question"). מטרת "שאלת האישה" היא לזהות את השלכותיהם של הסדרים, כללים ונהגים על נשים, במובחן מגברים, אף אם ההסדרים, הכללים או הנהגים נראים על פניהם ניטרליים ושוויוניים¹⁷. על ידי הצבת "שאלת האישה" וחשיפת האופן שבו הסדרים חברתיים ומשפטיים משפיעים על נשים אפשר להצביע על הדרכים שבהן החלטות פוליטיות ומבנים ארגוניים תורמים לדיכוי של נשים, ולהראות כי מעמדן ומיקומן של נשים בחברה אינו נובע מאופיין השונה או מתכונותיהן וכישוריהן המולדים אלא מהפלייתן¹⁸. אם בחינת "שאלת האישה" מעלה כי הסדר חברתי או משפטי מסוים משפיע לרעה על נשים, הרי שתפיסת צדק פמיניסטית תראה בהסדר זה הסדר מפלה ובעייתי שיש לחתור לשנותו אף אם אינו מעורר בעייתיות מבחינות אחרות.

15 שם, בעמ' 400–401.

16 SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY 11 (1989)

17 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, in FEMINIST LEGAL THEORY – READINGS

18 IN LAW AND GENDER 370, 371 (Katharine T. Bartlett & Rosanne Kennedy eds., 1991)

18 שם, בעמ' 373.

להלן אדון בשלושה הסדרים חברתיים ומשפטיים הנהוגים בישראל ואחשוף את הבעייתיות הטמונה בהם מנקודת המבט של תפיסת הצדק הפמיניסטית¹⁹. הדיון ייערך באמצעות שלוש דוגמאות, שניתוחן ייעשה תוך התייחסות לאופן שבו המארג המורכב של תפיסות הצדק המתמודדות בזירה החברתית והמשפטית בישראל משפיע על זכויותיהן של נשים. שלוש הדוגמאות שבהן אדון הן פסק הדין בעניין אופיר, שבו נדונה שלילת זכאותה של אם לדמי אבטלה כיוון שסירבה לעבודה בשעות הערב בשל הצורך לטפל בילדיה הקטנים; דיני המעמד האישי והאופן שבו מנסה בית המשפט העליון להתמודד עם ההפליה הטבועה בהם נגד נשים; פסק הדין בעניין ש.י.ן, שבו אישר בג"ץ את הקרנת ערוץ פלייבוי בישראל²⁰. בחרתי בשלוש דוגמאות אלה כיוון שכל אחת מהן חושפת פן אחר של הבעייתיות הטמונה במארג תפיסות הצדק הבא לידי ביטוי במשפט הישראלי מבחינתן של נשים.

א. אהבה וצדק

בטרם אדון בפסק הדין בעניין אופיר אניח מסד תאורטי לדיון באמצעות ההבחנה בין אהבה לצדק. ההבחנה הדיכוטומית הנעשית על ידי הפילוסופיה, המדינה ומערכת המשפט בין אהבה לצדק היא דוגמה לאופן שבו תפיסות מקובלות וניטרליות לכאורה של צדק עשויות להביא לפגיעה בנשים בה בעת שהן מסייעות לגברים ומשמרות את המבנה החברתי הפטריארכלי. הבחנה זו היא נגזרת של ההבחנה שעליה עמדנו לעיל, בין הפרטי לציבורי. בבסיס ההבחנה עומדת הטענה שבתחום הציבורי – השוק, הפוליטיקה, היחסים החברתיים – צריכים לחול עקרונות של צדק כדי להבטיח יחסים הוגנים בין אנשים וחלוקה הוגנת של חובות וזכויות, ואילו בתחום הפרטי, בתחום המשפחה, אין צורך בהחלת עקרונות הצדק,

19 מאמר זה אינו טוען כי קיימת תפיסת צדק פמיניסטית אחת אחידה. בתוך הפילוסופיה הפמיניסטית קיימים זרמים רבים ומגוונים של פמיניזם, כגון פמיניזם ליברלי, פמיניזם רדיקלי, פמיניזם תרבותי, פמיניזם מרקסיסטי, פמיניזם פוסט-מודרני ועוד. אף כי זרמים אלה מייצגים גישות, פרספקטיבות ודרכי מחשבה רבות, מגוונות, ולעתים סותרות, הם כולם יוצאים מהנחת יסוד שלפיה נשים סובלות מדיכוי חברתי, ומנסים להציע דרכים לשינויה של החברה ולהפסקת הדיכוי. בדברי על תפיסת הצדק הפמיניסטית כוונתי היא לגרעין מרכזי משותף זה. במקום שהדבר יהיה רלוונטי אתיחס להבדלים בין הזרמים השונים בפמיניזם. על הזרמים השונים בפמיניזם ראו למשל ROSMARIE PUTNAM TONG, FEMINIST THOUGHT – A MORE COMPREHENSIVE INTRODUCTION (2nd ed. 1998).

20 עב' (אזורי חי') 3696/04 אופיר נ' שירות התעסוקה (פורסם בנבו, 19.5.2005); ע"ע (ארצי) 466/05 אופיר נ' שירות התעסוקה (פורסם בנבו, 24.11.2005); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).

שכן בתחום המשפחה שוררים יחסים המבוססים על רגש נעלה יותר, הוא רגש האהבה. למשל, אף כי ג'ון רולס, הפילוסוף הליברלי המשפיע ביותר בזמננו, גורס כי צדק הוא המעלה העליונה של מוסדות חברתיים, הוא סבור כי לעקרונות הצדק אין, ולא צריכה להיות, תחולה ישירה בתוך המשפחה²¹. הפילוסוף הקהילתן מייקל סנדל גורס כי החלת עקרונות הצדק במשפחה לא רק שאינה ראויה אלא אף תפגע במערכת היחסים האידיאלית הקיימת במשפחה ותהרוס את אלמנט הנתינה וההקרבה שהוא כה חשוב בחיים המשפחתיים. לדבריו, יחסים משפחתיים ראויים מבוססים על חיבה ספונטנית ועל רוח של נדיבות, ולכן בני המשפחה אינם תובעים לקבל את המגיע להם על פי עקרונות של צדק, כיוון שלעקרונות אלה אין משמעות בעיניהם בתוך המסגרת המשפחתית. התעקשות על קיום עקרונות הצדק במסגרת המשפחתית תביא לאבדן החיבה הספונטנית והנדיבות, שהן מעלות נעלות יותר מצדק, ולכן אינה ראויה²².

פילוסופיות פמיניסטיות, ובראשן סוזן אוקין, התוקפות את ההנחה שעקרונות הצדק אינם צריכים לחול במשפחה, טוענות כי הצגת המשפחה כמוסד חברתי ששורת בו מערכת יחסים אידיאלית המבוססת על יחסי חיבה ונדיבות, שיועמדו בסכנה בשל החלת עקרונות הצדק, היא הצגה מטעה ולא מציאותית של הדברים, שתוצאתה היא הצדקת דיכוי של נשים במשפחה וטשטושן. אוקין מציינת שבמאה השמונה-עשרה ההנחה שהמשפחה היא מוסד אידיאלי שבין חבריו שורת זהות אינטרסים מוחלטת עמדה בבסיס ההצדקה התאורטית לעיקרון המשפטי של הכסות (coverture) שבמסגרתו איבדה האישה את אישיותה המשפטית ואת רכושה, שעברו לשליטתו המוחלטת והבלעדית של בעלה, שהיה המוסמך הבלעדי לבצע פעולות משפטיות בשם האישה ולנהל את רכושה. מיותר לציין כי מצב זה, שהוצג כמצב הרמוני ואידיאלי שנועד למנוע חיכוכים במשפחה, הפר הפרה חמורה את זכויות היסוד של נשים נשואות, שנושלו מאישיותן המשפטית ומזכויותיהן הרכושיות והוכפפו לחלוטין לשליטת בעליהן²³.

כך ההימנעות מהחלת עקרונות הצדק במשפחה כדי להותיר לכאורה מקום ליחסי חיבה ונדיבות פותחת למעשה פתח לניצולן של נשים בתוך התא המשפחתי ולהצגת ניצול זה כיחסי אהבה. על פי הביקורת הפמיניסטית, ההבחנה בין אהבה לצדק משלימה את ההבחנה בין הפרטי לציבורי, שאחת ממטרותיה היא לשמר את נחיתות האישה. שימור נחיתותה של האישה מושג על ידי דחיקתה לתחום הפרטי של המשפחה ועל ידי הימנעות מהחלתם של כללי הצדק בתוך המשפחה באופן המאפשר לצד החזק, הגבר, לדרוש מהצד החלש,

21. JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS – A RESTATEMENT 163–165 (2001)

22. MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE 33–34 (2nd ed. 1998)

23. OKIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 30.

האישה, הקרבה ללא מתן תמורה הולמת מצדו. וכך במקום שנשים יזכו להגנת הצדק בתוך תחומי המשפחה, מוטלות עליהן במסגרתה חובות האהבה, המקימות להן חובה מוסרית לטפל – ללא תמורה – בילדים, בקשישים, בחולים ובמשפחה בכלל²⁴. ניסיון של נשים להתנגד להטלת חובות אלה עליהן במסגרת המשפחה בטענה שהן מנוגדות לצדק, נדחה בתשובה שלא זו בלבד שאין עקרונות הצדק חלים במשפחה, אלא שהחלתם אף אינה ראויה, שכן היא תסכן הן את המשפחה והן את החברה.

יתרה מזו, הניתוק בין אהבה לצדק והטלת חובות האהבה על האישה הם בעלי השפעה מכרעת על זכויות האישה לא רק במישור הפרטי אלא אף במישור הציבורי. מניתוח של הסוציולוגית ניצה ברקוביץ' את הדיון בכנסת בשאלת חקיקת חוק שוויון זכויות האישה בשנת 1951 עולה קשר ברור בין חובתן של נשים למלא את חובות האהבה שלהן, ובראשן האימהות, לבין זכותן לשוויון²⁵. העמדות השונות שהועלו בדיון בעד ונגד חקיקת החוק ממחישות היטב את תפיסות הצדק השונות שהתמודדו בזירה הציבורית באותה עת ואת השפעתן על עיצוב זכותן של נשים לשוויון. אף כי הצעת החוק הראשונה בנושא הוגשה על ידי חברת הכנסת הפמיניסטית רחל כגן, נציגת ויצ"ו בכנסת, ההצעה נזנחה בלחץ גורמים דתיים, ואל שולחן הכנסת הגיעה הצעה חלופית, מקיפה פחות ורדיקלית פחות, שהוגשה בתגובה על ידי הממשלה²⁶. מפרספקטיבה פמיניסטית הפגמים בהצעת החוק של הממשלה, שעל חלקם נעמוד בהמשך, היו כה חמורים, שחברת הכנסת רחל כגן, יוזמת ההצעה המקורית, נמנעה מלהצביע בעד החוק בטענה ש"זו גניבת דעת לתת לו שם של חוק שוויון האישה"²⁷. הוויכוח העיקרי בנושא הצעת החוק התנהל בין חברי הכנסת של מפא"י, מצדדי התפיסה הציונית-קולקטיביסטית, לבין חברי הכנסת הדתיים. כצפוי, חברי הכנסת הדתיים התנגדו להצעת החוק בשל תפיסתם שנשים שונות מגברים, שוני הנובע הן מהטבע והן מההלכה, ואשר מהווה בסיס למבנה החברתי. לטענתם, קבלת החוק תפגע בהרמוניה במשפחה ותשחית את המשפחה היהודית²⁸. גם חברי הכנסת של מפא"י, אשר תמכו בהצעת החוק, לא עשו זאת מתוך התפיסה שלאישה כפרט מגיעות זכויות שוות לאלה של הגבר, אלא משום שגרסו שהצעת החוק דווקא תחזק את מוסד המשפחה, ובעיקר כיוון שגרסו שנשים יהודיות ציוניות ממלאות במסירות את חובתן בבניין הארץ לצד הגברים, ובשל כך

24 דנה פריבך חפץ וגילה שטופלר "בין אהבה לצדק: משוויון לנשים במשפחה ועד מדינת הרווחה" עבודה חברה ומשפט יב 261 (2010).

25 ניצה ברקוביץ' "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב 277 (1999).

26 שם, בעמ' 292–293.

27 שם, בעמ' 299.

28 שם, בעמ' 296–297.

מגיע להן יחס שווה²⁹. ומהי חובתן של הנשים היהודיות אליבא דמצדדי התפיסה הציונית-קולקטיביסטית? חובה זו היא בראש ובראשונה החובה להיות אימהות, ומילויה הוא המצדיק לתת לנשים זכויות שוות. כדברי ראש הממשלה דוד בן-גוריון בדיון³⁰:

"מכיוון שאני מניח שלכל אדם יש או הייתה אמא, הרי אם אדבר על אמא שלי, אני מדבר על כל אמא ואמא [...] אי אפשר להשלים עם כך שאמא שלי, שאחות שלי, שאף היא אמא, שהבת שלי, שאף היא תהיה לאמא, תהא גרועה ונחותת ערך ממישהו אחר. זהו הנימוק הפשוט והאנושי של הצעת החוק"³¹.

כלומר, זכותן של נשים לשוויון מבוססת על היותן אימהות וכפופה למילוי חובתן זו. להבחנה בין אהבה לצדק יש משמעות לא רק במישור היחסים בין גברים לנשים ובשאלת מקומן של נשים בחברה, אלא גם לעניין עיצובה של מדיניות הרווחה. כאמור, ההבחנה הדיכוטומית בין אהבה לצדק ודחיקת הצדק מהתחום הפרטי נותנת הצדקה פילוסופית לניצול של נשים לשם טיפול בילדים, קשישים וחולים. תפקידי הטיפול שנשים מבצעות בתחום הפרטי ללא תמורה נתפסים כחלק מחובות האהבה של נשים שאין להן זכות להתנגד לביצועם ואף אין עומדת להן זכות לתמורה בגינם. הטלת חובות טיפוליות על כתפיהן של נשים בתחומי המשפחה פוטרת את המדינה מהצורך להתמודד עם חובות אלה: אם נשים מטפלות בילדים, בחולים ובקשישים במסגרת הביתית, חובתה המעשית של המדינה לספק צרכים אלה באמצעות מעונות יום ושירותי רווחה וסיעוד מצטמצמת עד מאוד. אך יתרה מזו, התפיסה המקדשת את ההבחנה בין אהבה לצדק ורווחה את החלת עקרונות הצדק במשפחה פוטרת את המדינה לא רק מחובתה המעשית אלא גם מחובתה המוסרית לדאוג לחובות הטיפוליות, שכן חובה מוסרית זו מוטלת על כתפי הנשים. בנוסף, היא מאפשרת למדינה לנקוט עמדה שלפיה הנשים המבצעות את אותן חובות טיפוליות עושות זאת כחלק מהותי וטבעי מתפקידן הפרטי במשפחה ואינן זכאיות לקבל זכויות סוציאליות מהמדינה תמורת עבודתן זו. בכך מעמידה המדינה נשים רבות במצב בלתי נסבל, שבו עליהן לבחור בין מילוי חובותיהן הטיפוליות, למשל כלפי ילדיהן, תוך הידרדרות לעוני, לבין הזנחת הילדים כדי לצאת לעבודה ולהתפרנס. מצב זה הוא ביטוי אחד מיני רבים ל"המלכוד הכפול" (double bind) שבו נתונות נשים בחברה הפטריארכאלית³². "מלכוד כפול" הוא מצב שבו האישה מצויה בדילמה ועליה לבחור בין שתי דרכי פעולה אפשריות,

29 שם, בעמ' 292–298.

30 שם, בעמ' 296.

31 ד"כ 9, 2131 (תשי"א).

32 Margaret Jane Radin, *The Pragmatist and the Feminist*, 63 S. CAL. L. REV. 1699 (1990).

בידיעה כי אף אחת מהדרכים לא תספק פתרון הולם לבעיה, וכי כל דרך שבה תבחר תגבה ממנה מחיר כבד. מצבי המלכוד הכפול שבהם נשים מוצאות עצמן נובעים מהמבנה החברתי הפטריארכלי ומהתפיסות המכתיבות אותו, והדרך היחידה למניעתם היא שינוי מבני ותפיסתי מקיף³³.

דוגמה טובה למלכוד זה הוא פסק הדין בעניינה של דפנה אופיר. דפנה אופיר היא אם חד-הורית לשלושה ילדים, שהקטן שבהם בן שש. אופיר פנתה לשירות התעסוקה לאחר שפוטרה מעבודתה כמנהלת יחסי ציבור והופנתה לעבודה כאשת מכירות בגן אירועים בין השעות אחת בצהריים לעשר בערב³⁴. אף כי המעסיקה רצתה לקבלה לעבודה, סירבה אופיר לעבודה בנימוק שאינה יכולה לעבוד בשעות הערב מכיוון שעליה לטפל בילדיה. עקב סירובה שלל ממנה שירות התעסוקה את דמי האבטלה. אופיר ערערה לוועדת הערר, אך ערעורה נדחה. גם ערעורה על החלטת ועדת הערר לבית הדין האזורי לעבודה נדחה. שופטת בית הדין האזורי לעבודה שוכנעה כי העבודה שהוצעה לה "הייתה, לגביה 'עבודה מתאימה', בהתחשב בכישוריה, בניסיונה המקצועי, בגילה ובמצבה המשפחתי, וכי לא הייתה הצדקה לסירוב המערערת לקבל את הצעת העבודה"³⁵. אופיר ערערה על החלטת בית הדין האזורי לעבודה לבית הדין הארצי לעבודה, ורק בעקבות המלצתו של בית הדין הארצי הסכים שירות התעסוקה לבטל את הסירוב שנרשם לה ולשלם לה דמי אבטלה. עם זאת הדגיש בית הדין הארצי בפסק דינו שהסכמתו של שירות התעסוקה ניתנה בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, ולא תהווה תקדים למקרים עתידיים³⁶.

אם נשוב לדיכוטומיה שבין אהבה לצדק, הרי מקרה דפנה אופיר ממחיש כיצד החובות הטיפוליות של אם כלפי ילדיה אינן מקימות לה כל זכויות ואינן נתפסות כרלוונטיות להשלטת הצדק במרחב הציבורי. על דפנה אופיר היה להגיע עד בית הדין הארצי לעבודה כדי שזה יחייב את שירות התעסוקה להכיר, לפנים משורת הדין ובאופן שלא ייחשב, באי-הצדק שבמניעת דמי אבטלה ממנה רק משום שהחברה מצפה ממנה למלא את חובות האהבה שלה ללא כל סיוע או הכרה. גם לאחר הסדרת עניינה הפרטני של דפנה אופיר נותר המצב החוקי בעינו, והניתוק בין המרחב הציבורי, המדינתי, שבו שולט הצדק, לבין המרחב הפרטי, שבו מוטלות על כתפי נשים "חובות האהבה", מוסיף לאפשר למדינה לא רק להתנער מחובותיה הטיפוליות אלא אף להתנער מחובות ההגיונות הבסיסית ביותר כלפי

33 שם, בעמ' 1704.

34 עב' (אזורי חי') 3696/04, לעיל ה"ש 20. לתובעת הוצע כי בתקופה הראשונה תעבוד עד השעה שש בערב בלבד, אולם לטענתה הובהר לה כי לאחר מכן תיאלץ לעבוד עד השעה עשר, שכן שעות הערב הן שעות העבודה הלחוצות של אנשי מכירות.

35 שם, פס' 5.

36 ע"ע (ארצי) 466/05, לעיל ה"ש 20.

הנשים הנושאות בנטל הטיפולי ולשלול מהן דמי אבטלה מכיוון שנבצר מהן לעבוד בשעות הערב שבהן עליהן לטפל בילדיהן.

צריך לציין שתפיסה זו – הרואה בהטלת הנטל הטיפולי על האישה עניין מתבקש וטבעי – נובעת לא רק מהגישה הציונית-קולקטיביסטית, הרואה באימהות את חובתה הלאומית של האישה, ומהגישה הקהילתנית-דתית, הרואה באימהות את שליחותה הדתית ואת ייעודה העיקרי של האישה, אלא היא נובעת גם מהתעצמות האידאולוגיה הנאו-ליברלית בישראל, הפועלת לצמצום מדינת הרווחה³⁷. כך האימהות היא גם חובה קהילתית לאומית ודתית של האישה היהודייה לשם חיזוקה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ובהתאמה, של האישה הפלסטינית לשם חיזוק הקהילה הפלסטינית), אך גם בחירה חופשית של האישה, שעם תוצאותיה הכלכליות עליה להתמודד לבדה, כתפיסת הגישה הנאו-ליברלית. בדוגמה זו המדינה, על כל זרועותיה – המחוקק, המוסד לביטוח לאומי ובית המשפט – מציגה עמדה אחידה המאמצת את ההבחנה בין אהבה לצדק. הסיבה לחזית אחידה זו היא שהעמדה האמורה עולה בקנה אחד עם כל תפיסות הצדק שמתמודדות בזירה הישראלית, אשר למרות הניגודים הבולטים ביניהן, דבר אחד שסביבו הן מתאחדות הוא הטלת חובות האהבה (כגון אימהות) על כתפיהן של נשים וסירוב להכיר באי-הצדק הנגרם להן בשל כך. אולם כפי שנראה בדוגמאות הבאות, קיימים מקרים שבהם כיוון שזרועות המדינה השונות מחילות תפיסות צדק שונות על אותו עניין, ונאבקות זו בזו על השלטת תפיסתן, ניסיונה של זרוע אחת לקדם שוויון לנשים מסוכל על ידי הזרוע השנייה.

ב. נישואין וגירושין – צדק קהילתני מול צדק ליברלי

אחת התוכנות באשר לשיקולי הצדק שנשקלים על ידי זרועות המדינה השונות היא כייס הבדל בין השיקולים ששוקל המחוקק לאלה הנשקלים על ידי בית המשפט. המחוקק נבחר באופן דמוקרטי ומושפע מכוחם הקבוצתי של הבוחרים, ודברי החקיקה היוצאים מתחת ידו הם הסדרה ברמת המקרו ולא ברמה האינדיווידואלית, ולכן הוא נוטה לשקול שיקולי צדק קהילתניים המתמקדים באינטרסים של הקהילה ובשיקולים קיבוציים וחברתיים-כלכליים³⁸. לעומת זאת בית המשפט, הפוסק ברמה האינדיווידואלית, נוטה לשקול שיקולי צדק ליברליים המתמקדים בזכויות הפרט, ובשנים האחרונות אף שיקולים

37 על השתלטות האידאולוגיה הנאו-ליברלית, משטר הפרטה וצמצום מדינת הרווחה ראו גוטוויין, לעיל ה"ש 11 בעמ' 49–51.

38 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, 48–49 (1994).

נאו-ליברליים המתמקדים בחופש הכלכלי של הפרט³⁹. להלן אביא שתי דוגמאות שבהן אפשר לראות היטב את ההבדל בין תפיסת הצדק השלטת אצל המחוקק לתפיסת הצדק השלטת בבית המשפט, וכיצד הבדל זה משליך על קידום תפיסת הצדק הפמיניסטית. בסוגיה הראשונה – דיני המשפחה – מנסה בית המשפט, המונע על ידי תפיסת צדק ליברלית, לצמצם את הנזק לזכויות הנשים שנגרם מיישום תפיסת הצדק הקהילתית של המחוקק בדינים אלה, ואילו בסוגיה השנייה – מתן היתר לשידורי ערוץ פלייבוי הפורנוגרפי – ניסיונו של המחוקק לקדם זכויות נשים, המונע על ידי תפיסת צדק קהילתית-חברתית, נבלם על ידי תפיסת הצדק הליברלית-אינדיווידואליסטית של בית המשפט.

ההפליה נגד נשים בדיני המעמד האישי היא קרוב לוודאי הפגיעה החמורה ביותר בזכויות האישה בישראל. בישראל דיני המעמד האישי נקבעים על ידי הדין הדתי וככאלה פוגעים בזכויות של כלל האוכלוסייה לחופש הדת והמצפון ובזכות להינשא, אך אם נשאל את שאלת האישה – כיצד משפיע הסדר זה על זכויותיהן של נשים במובחן מגברים – ברי כי זכויותיהן של נשים נפגעות פגיעה חמורה בהרבה מאלה של גברים, כיוון שהדינים הדתיים החלים על נישואין, ובוודאי על גירושין, הם פטריארכליים ומפלים נשים מכל הדתות. למעשה, הפגיעה בזכויות נשים בשל החלת דיני מעמד אישי דתיים היא כה ברורה וחד-משמעית, שכדי למנוע התנגשות בין דינים אלה לבין חוק שיווי זכויות האישה נקבע בסעיף 5 לו, עם חקיקתו בשנת 1951, כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין"⁴⁰. כאמור, השארת דיני המעמד האישי מחוץ לתחולת החוק הביאה את חברת הכנסת הפמיניסטית רחל כגן, יוזמת הצעת החוק המקורית שבלחץ הדתיים הוחלפה בהצעת החוק הממשלתית, להימנע מלהצביע בעד החוק⁴¹.

כאשר המחוקק החליט בשנותיה הראשונות של המדינה שבישראל יוכרו רק נישואין וגירושין דתיים, הוא נתן משקל מכריע לתפיסת הצדק הקהילתית, הרואה בהשגת יעדי הקהילה יעד שחשיבותו עולה על חשיבות שמירת זכויות הפרט. מהדיונים בכנסת סביב חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים בשנת 1953, שקבע כי נישואין וגירושין בישראל ייערכו על פי דין תורה והקנה את הסמכות בענייני נישואין וגירושין לבתי הדין הרבניים, עולים שני שיקולים שהכנסת ראתה לנגד עיניה בעת חקיקת החוק, שניהם שיקולים קהילתיים אתניים-לאומיים ודתיים שנועדו לשמר את דמותה וגבולותיה של הקהילה היהודית בישראל. השיקול הראשון שעליו הצהירו חברי הכנסת בדיון הוא שימור אחדות העם היהודי ומניעת פיצול העם לשתי קבוצות – דתיים, הנישאים בנישואין דתיים, וחילוניים, הנישאים

39 מרמור, לעיל ה"ש 11; גוטווין, לעיל ה"ש 11.

40 חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951.

41 ברקוביץ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 299.

בנישואין אזרחיים. לטענת מצדדי החוק, התרת נישואין אזרחיים תביא למצב שבו יהודים דתיים לא יוכלו להינשא ליהודים חילוניים כיוון שעל פי הדין הדתי חל איסור חיתון עם יהודים שאינם נוהגים לפי הדין הדתי, ולכן כדי למנוע פיצול מסוג זה, יש למנוע אפשרות לנישואין אזרחיים בישראל⁴². שיקול שני של מצדדי החוק היה כי מניעת האפשרות להתחתן בנישואין אזרחיים נחוצה לצורך שימור גבולות הקהילה האתנית היהודית, כדי למנוע התבוללות, נישואי תערובת ודילול דמוגרפי של היהודים, שכן הגבלת הנישואין בישראל לנישואין דתיים בלבד תבטיח כי מי שאינם בני אותה דת לא יוכלו להינשא זה לזה⁴³. לשם השגת מטרת אלה היה המחוקק מוכן להקריב את זכויות הפרט, ובעיקר את זכותן של נשים לשוויון בנישואין ובגירושין, והניסיונות שנעשו במשך השנים מצד תנועות ופעילות פמיניסטיות להביא לשינוי המצב לא צלחו. אפילו בשנת 2000, כאשר חוק שיווי זכויות האישה תוקן כדי להרחיב את ההגנה שמעניק החוק לזכותן של נשים לשוויון, נותרה ההחרגה של דיני המעמד האישי מתחולת החוק בעינה.

בתוך מסגרת נתונה זו, הקובעת החלת דינים דתיים על ענייני נישואין וגירושין, פעל בית המשפט העליון במידה לא קטנה של נחישות בניסיון להקל את תוצאותיה הקשות של ההפליה הטבועה בדיני המעמד האישי הדתיים כלפי נשים. בעשותו כן פעל בית המשפט מכוח תפיסת צדק ליברלית, המעמידה במרכז את זכויות הפרט ודוחה הפליה מכוונת כנגד פרטים, ובכללם נשים, על רקע השתייכותם הקבוצתית. בפסק הדין בעניין בבלי למשל פסק בית המשפט העליון שבית הדין הרבני כפוף להלכת שיתוף הנכסים האזרחית ולחובה לחלק רכוש באופן שוויוני בין הגבר לאישה עם פירוק הנישואין⁴⁴. בעשותו כן הכפיף בית המשפט העליון את בית הדין הרבני לכללי המשפט האזרחי ולחובת השוויון הקבועה בחוק שיווי זכויות האישה, וקבע כי על בית הדין הרבני לכבד את עקרון השוויון בין המינים בכל עניין אשר אינו מצוי בגדר החריג של "דיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין", הקבוע בסעיף 5 לחוק⁴⁵. בבג"ץ לב ביטל בית המשפט העליון צו עיכוב יציאה מהארץ שהוציא בית הדין הרבני נגד אישה. בית הדין הרבני נימק את הצו בקיום האפשרות שיציאת האישה מהארץ תסכל את ההליך השיפוטי לשלום הבית שאותו הגיש בעלה. בבטלו את הצו קבע בית המשפט העליון כי יציאתה מהארץ לא תסכל את ההליך השיפוטי לשלום בית, וכי

42 צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" משפטים על אהבה 173, 198–204 (חנה נוה ואורנה בן-נפתלי עורכות, 2005).

43 שם, בעמ' 204–207.

44 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

45 שם.

במסגרת הפעלת סמכותו הטבועה כפוף בית הדין הרבני לעקרונות המשפט הישראלי, ובהם לחובה להגן על זכויות האדם ולכבדן⁴⁶.

נוסף על ניסיונותיו לכפות על מערכת בתי הדין הרבניים לכבד את זכותן של נשים לשוויון בעניינים שאינם קשורים ישירות לדיני הנישואין והגירושין, ניסה בית המשפט העליון ליצור מערכת אזרחית חלופית למערכת הדתית-מדינתית, שתאפשר למעוניינים בכך ליצור קשרי זוגיות תוך היזקקות מינימלית למערכת הדתית. הכוונה היא לא רק להכרה הרחבה והמקיפה שהעניק בית המשפט לאורך השנים לזכויותיהם של ידועים בציבור, אלא אף להכרה שנתן לתוקפם של נישואין אזרחיים ולסמכותו של בית הדין הרבני להתירם באמצעות פסק גירושין וללא צורך בגט⁴⁷. אמנם הליך זה מחייב בני זוג יהודיים שנישאו בנישואין אזרחיים לפנות לבית הדין הרבני לשם התרתם, אולם עמדת בית הדין הרבני, שאותה מסר בית הדין לבית המשפט העליון בפסק דין משלים בעניין, היא כי נישואין מעין אלה הם בגדר "נישואי בני נח" ולא נישואין "כדת משה וישראל", וכי ככלל הם יותרו ללא צורך ב"גט לחומרה". משמעות הדבר היא כי נישואין מעין אלה אינם יכולים להביא לעגינותה של האישה, וכן לפי החלטת בית המשפט העליון, כי הסדרת החובות והזכויות של הצדדים בינם לבין עצמם תיעשה על ידי בית משפט אזרחי⁴⁸. בכך נסללת הדרך לקיום קשר נישואין אזרחי בין בני זוג יהודיים תושבי ישראל הנישאים בחו"ל, שניתוקו אינו כפוף לכאורה לדין הדתי הפטריארכלי⁴⁹.

עם זאת אף כי החלת תפיסת צדק ליברלית על ענייני מעמד אישי, במקום שהדבר אפשרי, על ידי בתי המשפט האזרחיים מביאה לשיפור במצבן של נשים ולהגברת השוויון בהליכי נישואין וגירושין, אין לשכוח כי תפיסת הצדק הליברלית עצמה מוגבלת ביכולתה להבטיח השגת שוויון אמתי לנשים. הלפרין-קדרי מצביעה על כך שהתפיסה הליברלית שמחיל בית המשפט העליון, וביתר שאת בתי המשפט למשפחה, על שאלת מזונות האישה מבוססת על תפיסת שוויון כלכלית ליברלית המתעלמת מאי-השוויון המהותי הקיים לרוב בין הגבר לאישה ביחסים הזוגיים⁵⁰. היא מצביעה על כך שבתי המשפט למשפחה אימצו בהתלהבות את התפיסה הכלכלית פורמליסטית שלפיה שוויון בין המינים מחייב קיזוז כושר השתכרותה של האישה מחובת המזונות של האיש, אך סירבו לקבל את הטענה הפמיניסטית

46 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).

47 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006).

48 שם. וראו גם רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).

49 זאת בהנחה שבית הדין הרבני לא ישנה את עמדתו בסוגיה בשל המציאות שנוצרה בעקבות פסק הדין.

50 רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007).

שלפיה בעת קביעת זכויותיהם הכלכליות של בני הזוג בעת פירוק המשפחה יש להביא בחשבון נסיבות כגון אלימות מתמשכת של הגבר כלפי אשתו⁵¹. יתרה מזו, על רקע העובדה שהליכי הגירושין בישראל נקבעים על ידי תפיסות דתיות הנותנות מעמד נחות לנשים בנישואין ובגירושין, החלת תפיסה ליברלית של שוויון וחופש חוזים על הסכמי הגירושין עלולה לגרום לעוול קשה לנשים. דוגמה לכך הוא פסק דין פגס, שבו דחה בית המשפט העליון תביעתה של אישה לבטל הסכם גירושין בעילות של כפייה ועושק, אף כי כדי לקבל את הסכמת בעלה לגירושין לאחר חמש-עשרה שנות נישואין שבהן נהג בה באלימות, חתמה האישה על הסכם שבו ויתרה על כל חלקה ברכוש המשותף והסתפקה בדמי מזונות זעומים לילדים⁵². טענתה כי נאלצה להסכים לתנאי הבעל בעל כורחה, שכן רק כך ניאות לתת לה גט, נדחתה על ידי בית המשפט העליון, שהתייחס אל הסכם הגירושין כאל חוזה מסחרי שנכרת בין צדדים שווים, בהסכמה הדדית ומתוך רצון חופשי, מבלי להביא כלל בחשבון את המלכוד הכפול שבו נתונה אישה שבעלה האלים מאיים לעגנה אם לא תוותר על חלקה ברכוש.

לסיכום, יכולתו של בית המשפט העליון להקל את ההפליה שממנה סובלות נשים בהליכי הגירושין היא מצומצמת, הן משום שתפיסתו הליברלית המבליטה נימוקים כלכליים ואת חופש החוזים אינה מספקת הגנה ראויה לנשים במצב המשפטי הנתון אפילו בגדרי המערכת האזרחית; הן משום שבפועל בתי הדין הרבניים, המונעים מתפיסת צדק דתית פטריארכלית, נמנעים ככל האפשר מיישום פסיקותיו בתוך המערכת הדתית⁵³; הן משום שכל עוד המחוקק מסרב להנהיג נישואים אזרחיים בישראל משיקולי צדק קהילתיים שנמנו לעיל, נותר הדין הדתי דרך המלך לנישואין וגירושין בישראל עם כל הבעייתיות הטמונה בו.

ג. פורנוגרפיה – צדק ליברלי מול צדק קהילתני וצדק פמיניסטי

דוגמה שנייה להבדל בין תפיסת הצדק של המחוקק לבין תפיסת הצדק של בית המשפט ולהשלכות הבדל זה על זכותן של נשים לשוויון נוגעת לסוגיית הפורנוגרפיה בכלל ולהשתלשלות העניינים שהובילה לאישור שידורי ערוצים פורנוגרפיים בערוצי הכבלים והלוויין בישראל בפרט. שלוש תפיסות צדק מרכזיות מעורבות בוויכוח על הפורנוגרפיה –

51 שם, בעמ' 683–687.

52 ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.2004). לניתוח פסק הדין ראו רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 156–157 (2001).

53 שם, בעמ' 112, 134–135.

תפיסת הצדק הדתית-שמרנית, תפיסת הצדק הליברלית ותפיסת הצדק הפמיניסטית. במקור ניטש הוויכוח על הגבלת הפורנוגרפיה בין תפיסת הצדק הדתית-שמרנית לבין זו הליברלית. על פי תפיסת הצדק הדתית-שמרנית, המבקשת לאכוף ערכי מוסר משותפים על כלל החברה, פורנוגרפיה משחיתה את המוסר והיא בבחינת תועבה, ולכן המדינה, אשר לה אינטרס לגיטימי לשמור על המוסר הציבורי, רשאית לאסור הפצתה⁵⁴. איסורים פליליים המבוססים על ראיית פורנוגרפיה כחומר תועבה אפשר למצוא במדינות שונות בעולם כבר מאמצע המאה השמונה-עשרה, וסעיף 214 לחוק העונשין הישראלי, האוסר על פרסומי תועבה והצגות תועבה, מבטא עמדה דומה⁵⁵. לעומת זאת תפיסת הצדק הליברלית, השמה דגש בחירות הפרט לחשוב ולפעול כרצונו, ובאוטונומיה של הרצון הפרטי, גורסת כי אין זה מתפקידה של המדינה לכפות על אזרחיה תפיסות מוסריות באמצעות הטלת מגבלות על פורנוגרפיה. ניסיונה של המדינה לעשות כן יהיה הפרה של חופש הביטוי, של הזכות לפרטיות ושל חובת המדינה לשמור על ניטרליות בין תפיסות מוסריות ולא להשתמש בחוק ככלי לאכיפת מוסר⁵⁶.

בשל "צעירותה" היחסית נכנסה תפיסת הצדק הפמיניסטית לזירת המאבק על הגבלת הפורנוגרפיה רק בשלב מאוחר. חשוב להדגיש כי בתוך הפמיניזם עצמו קיימים חילוקי דעות בין פמיניסטיות המצדדות בהטלת מגבלות על פורנוגרפיה לאלה המתנגדות לכך – המתנגדות מבססות את עמדתן על התפיסה הליברלית בדבר חשיבותו של חופש הביטוי וכן על החשש שהטלת מגבלות על פורנוגרפיה תיתן לגיטימציה לתפיסה השמרנית שלפיה יש להגביל את חירותן של נשים להשתמש בגופן לפי רצונן לשם הגנה על אינטרסים חברתיים⁵⁷. תפיסת הצדק הפמיניסטית, הדוגלת בהטלת מגבלות על פורנוגרפיה, הביאה אל הוויכוח על הפורנוגרפיה נימוקים חדשים ושונים מאלה שהועלו בשיח על פורנוגרפיה עד אותה עת. הנימוקים מתמקדים בניסיון של נשים ובהשפעת הפורנוגרפיה על מעמדן ועל זכויותיהן. תעשיית הפורנוגרפיה היא רחבת היקף ורווחיה נמדדים במיליארדי דולרים בשנה ברחבי העולם⁵⁸. על פי העמדה הליברלית, תעשיית הפורנוגרפיה היא תעשייה כלכלית לכל

54 נטע זיו גולדמן "פורנוגרפיה, חופש הביטוי וזכויות נשים" מעמד האישה בחברה ובמשפט 344, 339 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

55 חוק העונשין, התשל"ז-1977. כן ראו רם ריבלין פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון – הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה ועבירות קרובות 17-18, 123 (נייר עמדה מס' 41, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/PP_41/A_identity/Publications_Catalog_2041_ChapterA.aspx.

56 שטופלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 405.

57 זיו גולדמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 353-355.

58 ויקי שירן "המאבק הפמיניסטי נגד הפורנו בישראל" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 605, 606-609 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

דבר, שמועסקים בה אנשים, נשים וגברים – באופן חוקי, על פי בחירתם ומרצונם החופשי – כדי להתפרנס. הטענה הפמיניסטית היא שכאשר נשאל את שאלת האישה – האם וכיצד משפיעה תעשיית הפורנוגרפיה על נשים, במובחן מגברים – נראה כי התמונה אינה כה פשוטה. לפי גישה זו, הפסול בפורנוגרפיה אינו נובע מהפגיעה במוסר, המצויה במוקד הגישה הדתית-שמרנית, אלא מהנזק לנשים ומהפגיעה בזכויות היסוד שלהן שנגרמים מהעיסוק בפורנוגרפיה, מתוכני הפורנוגרפיה, מתפוצתם רחבת ההיקף ומהפיכתם למוצר צריכה שווה לכל נפש המצוי כמעט בכל בית. לעומת התפיסה הליברלית המגולמת בפסק דין ש.י.ג., שלפיה הימצאותה של הפורנוגרפיה "תחת כל עץ רענן", מצדיקה לאפשר את המשך הפצתה, ובלשונו של השופט חשין "vox populi, vox dei – קול העם קול האלוהים הוא", לפי העמדה הפמיניסטית, זמינותה של פורנוגרפיה רק מחריפה את הנזק הנגרם לנשים ומגבירה את הצורך לאסור על הפצתה בערוצי הכבלים והלוויין⁵⁹. תעשיית הפורנוגרפיה מבוססת על הצגתן של נשים כחפצים זמינים לשימוש מיני וכנהנות מאלומות מינית, ואף קיימים מחקרים אמפיריים המעידים שצפייה בפורנוגרפיה אלימה מעודדת תקיפות מיניות ואלומות מינית כלפי נשים ומעלה את הסיכוי להתרחשותן⁶⁰. נסיבות אלה הן שהולידו את האמירה הפמיניסטית הפרובוקטיבית ש"פורנוגרפיה היא התאוריה, אונס הוא הפרקטיקה"⁶¹. לכן הטענה הפמיניסטית היא שבחברתנו הפטריארכלית, שבה היחסים החברתיים עדיין מבוססים במידה רבה על שליטת המין הגברי במין הנשי וניצולו, פורנוגרפיה משמשת מנגנון לשימור שליטתם של גברים בנשים וגורמת נזק לנשים ופגיעה בזכויות היסוד שלהן לשוויון, לכבוד האדם ולשלמות הגוף.

חזית המאבק הפמיניסטי נגד פורנוגרפיה בישראל התגבשה סביב הקרנתם של ערוצי פורנוגרפיה על ידי חברות הכבלים והלוויין⁶². בהתגייסות חסרת תקדים הצליחה קואליציה של ארגונים פמיניסטיים בישראל להביא לחקיקת סעיף 6 ככה לחוק התקשורת, האוסר על שידורי פורנוגרפיה בערוצי הכבלים והלוויין המציגים אדם או איבר מאבריו כחפץ זמין לשימוש מיני⁶³. בניגוד לסעיף 214 לחוק העונשין, שבו בוסס האיסור על פרסומי תועבה על התפיסה הדתית שמרנית, בסעיף 6 ככה לחוק התקשורת מאמץ המחוקק הישראלי לראשונה

59 עניין ש.י.ג., לעיל ה"ש 20, פס' 17 לדברי השופט דורנר, פס' 3 לדברי השופט חשין.
60 שטופלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 405; אורית קמיר "על פורנוגרפיה [הזניה מתועדת] וכבוד האדם: פסק הדין שלא נכתב [בעניין הארגונים החברתיים וחברי-הכנסת נ' ערוץ פלייבוי ואח']" שקט, מדברים – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 247, 265–269 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

61 אמירה זו נאמרה על ידי רובין מורגן, עורכת המגזין הפמיניסטי Ms., והיא מצוטטת אצל שירן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 610.

62 על התפתחות המאבק עד להגשת העתירה ראו שם.

63 חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982, ס"ח 218.

את התפיסה הפמיניסטית שלפיה פורנוגרפיה גורמת נזק לנשים באמצעות הצגתן כחפצים זמינים לשימוש מיני, ומטיל איסור על שידורים המציגים "אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני"⁶⁴. בחוקקו את החוק העדיף המחוקק את תפיסת הצדק הקהילתית-חברתית, המביאה בחשבון את הצורך להגביל את כוחה הכלכלי של תעשיית הפורנוגרפיה ואת חופש העיסוק של העוסקים בה כדי להגן על זכויותיהן של נשים לכבוד, לשוויון ולחופש מהשפלה, ניצול ואלימות. חשוב לציין כי העדפתו זו של המחוקק לא נבעה ממניעים פמיניסטיים טהורים אלא הייתה תוצאה של קואליציה בין חברי כנסת שתמכו בגישה הקהילתית-חברתית מטעמים פמיניסטיים, לבין חברי הכנסת הדתיים, שתמכו באיסור הפורנוגרפיה דווקא מטעמיה של תפיסת צדק קהילתית-דתית-פטריארכלית, שרואה בצניעות האישה ערך עליון ושדוגמה להשלכותיה השליליות על זכויותיהן של נשים הבאנו לעיל. אף על פי ששתי תפיסות צדק אלה הן סותרות ומנוגדות, במקרה זה הן הובילו לתוצאה זהה, אם כי לא ממניעים זהים, שיישומה היה יכול להביא לידי הגנה טובה יותר על זכויותיהן של נשים. אך עד מהרה סוכל ניצחונה של התפיסה הפמיניסטית, כאשר החלטת המועצה לשידורי כבלים ולוויין לאשר שידורי ערוצי פורנוגרפיה בכבלים ובלוויין אילצה את ארגוני הנשים – בצירוף חמישים ושניים חברי כנסת – לעתור לבג"ץ בדרישה שיוורה למועצה לכבד את החוק ולאסור על שידור הערוצים. בנתנו פרשנות מצמצמת לסעיף החוק החליט בית המשפט לאשר את החלטת המועצה לאפשר את השידורים ודחה את העתירה. החלטתו של בית המשפט היא אימוץ גורף של התפיסות הליברלית והנאו-ליברלית המנחות אותו, תוך התעלמות מהתפיסה הפמיניסטית אף ללא ניסיון אמיתי להתמודד עמה⁶⁵.

במרכז החלטתו שם בית המשפט את החירויות השליליות של הפרט – חופש הביטוי של יצרני הפורנוגרפיה וצרכניה, חופש העיסוק של יצרני הפורנוגרפיה וחופש הפרט לצרוך פורנוגרפיה. טענת העותרות כי שידורי הטלוויזיה, ובכללם ערוצי הכבלים והלוויין, הם משאב ציבורי המצוי בפיקוחה ובשליטתה של המדינה לא זכתה להתייחסות בית המשפט, אשר הדגיש כי הצפייה בערוצים נעשית בתחום הפרט. כמו כן נמנע בית המשפט מלדון בטענת העותרות כי התרת הפורנוגרפיה פוגעת בחופש הביטוי של נשים במובנו כחירות חיובית, שכן היא מעוותת את דמותן ואת מסריהן ויוצרת אקלים חברתי עוין ובלתי קשוב להן, באמצעות הצגתן כחפץ זמין לשימוש מיני⁶⁶. יתרה מזו, אף כי טענתן המרכזית של העותרות נסבה על הפגיעה בזכותן של נשים לשוויון ולכבוד האדם בעקבות שידורי

64 ס' 6(1)(3). כן אוסר הסעיף על הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול, וכן הצגת יחסי מין עם קטין או אדם הנחזה לקטין.

65 לניתוח מפורט של פסק הדין ראו שטופלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 406–412.

66 חופש הביטוי כחירות חיובית משמעו זכותו של כל אדם כי המדינה תגן על יכולתו להשתתף באופן אמיתי ושוויוני בדיאלוג החברתי.

הפורנוגרפיה, נמנע בית המשפט לחלוטין מלהתייחס לטענת הפגיעה בשוויון, והמילה "שוויון" אינה מופיעה ולו פעם אחת בפסק הדין. לעומת זאת על בסיס תפיסת הצדק הנאור-ליברלית, המקדשת את החירות הכלכלית ואת חופש העיסוק של התאגידים הגדולים, הדגיש בית המשפט את זכותם של ערוצי הכבלים והלוויין לחופש העיסוק הדגשה ניכרת. ובפרפרזה על דברי העותרות בסיכומיהן אפשר לומר כי תפיסת בית המשפט מבטאת "העדפה של זכויות כלכליות, של חברות בעלות אישיות משפטית מופשטת, עתירות הון וכוח, על פני זכויותיהם של אנשים ונשים בשר ודם, לכבוד, לשוויון, לחופש מהשפלה, ניצול ואלמות"⁶⁷.

וכך בניגוד לנושא הנישואין והגירושין, שבו פעולת המחוקק הגבילה את יכולתו של בית המשפט לקדם זכויות נשים, כאן אנו רואים כי דווקא פעולת בית המשפט סיכלה את ניסיונו של המחוקק לקדם זכויות נשים. המשותף לשני המקרים הוא שבשניהם נמנע מימושה של תפיסת הצדק הפמיניסטית במשפט הישראלי.

ד. סיכום

המשפט הישראלי רואה עצמו מודרך על ידי עקרונות של צדק. על פי חוק-יסוד: השפיטה, בית המשפט העליון יושב גם כבית המשפט הגבוה לצדק, ומתפקידו לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר"⁶⁸. חוק יסודות המשפט קובע כי "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"⁶⁹. אולם הוראות אלה מחילות את הצדק במשפט הישראלי רק באופן שיוורי. סמכותו של בג"ץ ליתן סעד מן הצדק מוגבלת לעניינים שאינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, והפניה לעקרונות הצדק של מורשת ישראל תיעשה על פי חוק יסודות המשפט רק לאחר שלא נמצאה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או על דרך של היקש. יתרה מזו, מושג הצדק שאילו מפנים חוקים אלה הוא ערטילאי ובלתי מוגדר.

67 העותרות אמרו דברים אלה על התפיסה המתבטאת בהחלטת המועצה לשידורי כבלים ולוויין שאותה תקפו בעתירה. סעיף 321 לסיכומים בכתב מטעם העותרות בבג"ץ 5432/03 (פורסם בנוב, www.nevo.co.il/psika_word/kitvey/0304332-a-kt-a.doc).

68 ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

69 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163.

בפועל המשפט הישראלי הוא פשרה בין כוחות ואינטרסים מתחרים בחברה המנסים לבסס את הלגיטימיות שלהם באמצעות התבססות על תפיסות שונות של צדק. דוקטרינות משפטיות שמטרתן לכאורה להביא לעשיית צדק אוכפות למעשה את הפשרה האמורה ומנסחות אותה במונחים משפטיים. לפיכך משפט הצדק הוא גם משפט אי-הצדק, שכן המשפט מציין נקודת סף, הוא קובע מה יעבור את הסף, ייחשב כנדרש לעשיית צדק במובן המשפטי ולכן יזכה לסעד, אך באותו זמן הוא גם קובע מה לא יעבור את הסף, או במילים אחרות: אילו צורות של אי-צדק לא יוכרו כמקימות זכות לסעד משפטי⁷⁰. כך המשפט הישראלי, המאמץ את הדיכוטומיה בין אהבה לצדק, אינו רואה אי-צדק בשלילת דמי אבטלה מאם חד-הורית לשלושה ילדים שאינה מסכימה לצאת לעבודה בשעות הערב כיוון שעליה לטפל בילדיה⁷¹. המשפט הישראלי, אשר מתבסס על תפיסת צדק פטריארכלית דתית בתחומי המעמד האישי אך מיישם במסגרתה עקרונות ליברליים של חופש החוזים, גם אינו רואה אי-צדק בכך שאישה נאלצת לוותר על כל חלקה ברכוש המשותף כדי לזכות בהסכמת בעלה לגירושין, שכן ההנחה המשפטית היא כי האישה ויתרה על רכושה מרצונה החופשי, וכי לא טמונה כל כפייה בכוחו של בעל אלים לאיים על אשתו כי יעגן אותה לנישואין אם לא תוותר על רכושה⁷². בנוסף, המשפט הישראלי, המאמץ את תפיסת הצדק הנאו-ליברלית גם אינו רואה אי-צדק בהעדפת זכויותיהן הכלכליות של חברות עתירות הון וכוח על פני זכויותיהן של נשים לכבוד, לשוויון, לחופש מהשפלה, ניצול ואלומות ובהתרת שידורי פורנוגרפיה בערוצי הכבלים והלוויין על אף היותם בפיקוח ציבורי.

בפתח ספרו "תאוריות של צדק חברתי" טוען יוסי דהאן כי "בחברה דמוקרטית וגם בחברה לא דמוקרטית, אנשים מעוניינים להרגיש כי חייהם מתנהלים במסגרת של חברה שהיא צודקת, שהיקף החירויות שלהם, ההזדמנויות שהם נהנים מהן, והמצב החברתי והכלכלי שלהם ושל אחרים נקבע על ידי מוסדות הפועלים על פי כללים מוסריים. הם רוצים לחיות בחברה שמוסדותיה פועלים באופן צודק"⁷³. במאמר זה ביקשתי להראות כי לא זו בלבד שהמשפט הישראלי אינו פועל על פי תפיסה קוהרנטית של צדק, ושהוא מגלם פשרה בין תפיסות שונות של צדק שמידת השפעתן על המשפט הישראלי תלויה במידת כוחן של הקבוצות החברתיות המקדמות אותן, אלא אף זו: בכל הנוגע לזכויותיהן של נשים, שהן קבוצה חברתית מוחלשת, מתממשת הסכנה המאפיינת פשרות מעין אלה, שכן הפשרה שמייצג המשפט הישראלי מותירה נשים לא אחת מעברו הלא נכון של הסף וללא סעד משפטי.

70 לטיעון דומה בהקשר מעט שונה ראו Jack M. Balkin, *Plessy, Brown, and Grutter: a Play in Three Acts*, 26 CARDOZO L. REV. 101, 103 (2005).

71 ראו עב' (אזורי חי') 3696/04, לעיל ה"ש 20.

72 ראו עניין פגס, ה"ש 52 לעיל והטקסט הנלווה.

73 דהאן לעיל ה"ש 7, בעמ' 9.