

פרשנות, שוויון והעצמה

דפנה ברק־ארז*

נקודת המוצא של המאמר היא שלפרשנות יש ממד ערכי, ולכן היא עשויה לשמש הן ככלי רגריסיבי והן כאמצעי לתיקון פערי כוחות ולצמצום של אי שוויון. בהתאם לכך המאמר בוחן את תפקידן ותרומתן של בחירות פרשניות המסייעות להעצמתם של צדדים מוחלשים במשפט, ובעיקר לקידומו של ערך השוויון. הדיון מתמקד בשני מקרי מבחן, זה של פרשנות המקדמת עקרונות של צדק חברתי וזה של פרשנות פמיניסטית המכוונת לצמצום של אי שוויון מגדרי. בהמשך נבחנת הדילמה של פרשנויות סותרות, המתעוררת גם במקרים שבהם יש הסכמה על הערכים שביסוד ההליך הפרשני, תוך התמקדות במקרים שבהם ישנן כמה אוכלוסיות מוחלשות בעלות אינטרסים מנוגדים, או באלה שבהם ניתן להתבונן בשאלה הפרשנית מכמה נקודות מבט פמיניסטיות. המאמר אינו מציג פתרון כולל למצבים אלה, אך הוא מצביע על עקרונות שצפויים לסייע בהתמודדות עם – באמצעות מתן משקל לדפיציט הדמוקרטי (במקרה הראשון) ול"שאלת האשה" (במקרה השני). המאמר מדגיש את חשיבות השימוש בפרשנות לקידום שוויון לנוכח התפקיד המרכזי שיש לה בפיתוח המשפט.

מבוא: פרשנות ושפיטה

גיבוש של עמדה פרשנית ביחס לנורמות הוא חלק בלתי נפרד מהעשייה המשפטית. על פי שיטתו של התאורטיקן רונלד דבורקין, העיסוק במשפט הוא תהליך פרשני, כך שכל פעולה משפטית היא למעשה פעולה פרשנית.¹ ההחלטה לפעול בדרך מסוימת מחייבת להקדים ולבחון האם דרך הפעולה הנדונה היא חוקית על פי הדין הנוהג, ותהליך בחינה זה הוא בהכרח (גם) תהליך פרשני. אף באותם מקרים שבהם ההחלטה לפעול לא התקבלה על יסוד מודעות לנורמה המשפטית הרלוונטית, מתעוררת בדיעבד השאלה האם הפעולה תאמה נורמה זו. על כן, פרשנות אינה נחלתם של שופטים בלבד. היא מתבצעת – לעתים ללא מודעות מלאה – באופן יומיומי, על ידי כל אדם, ולא כל שכן על ידי בעלי תפקידים במגזר הציבורי והפרטי, לעיתים – אך לא תמיד – תוך הסתייעות במשפטנים. לצד זאת, אין ספק שלפרשנות יש תפקיד מרכזי בעבודה השיפוטית.² בתי המשפט נדרשים לפרשנות הנורמה שאותה הם מחילים בעניין שבו הם נדרשים להכריע. בנוסף לכך, במסגרת "חלוקת העבודה" המוסדית-חוקתית בין הרשויות, פרשנותם של בתי המשפט היא הפרשנות המחייבת.³

לאורך השנים התפתחו גישות שונות באשר לדרכי הפרשנות שינחו את בתי המשפט. במשפט החוקתי של ארצות הברית התגבשו אסכולות יריבות לגבי דרך פרשנותה של החוקה, כדוגמת הפרשנות המילולית-טקסטואלית, המתמקדת בלשון הטקסט, והפרשנות ה"מקורית"-

* שופטת בית המשפט העליון. תודתי לשחר טל על עזרתה במחקר ולנטע זיו, צבי טריגר, טל מזרחי, שרית עבדיאן, גיא פריבר וירון קובו על הערותיהם. זוהי זכות מיוחדת לפרסם את המאמר הנוכחי בספר היוצא לאור לכבודו של השופט יורם דנציגר, שחלק חשוב בעבודתו השיפוטית נסב על תחום הפרשנות.

¹ Ronald Dworkin, *Law and Interpretation*, 60 TEX. L. REV. 527 (1982)

² על רקע זה, הקדיש אהרן ברק חלק נכבד מכתובתו לאחר מינויו לשפיטה לעבודת הפרשנות. אהרן ברק **פרשנות במשפט** – תורת הפרשנות הכללית (1992) (להלן: **ברק תורת הפרשנות הכללית**); אהרן ברק **פרשנות במשפט** – פרשנות החקיקה (1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט** – פרשנות חוקתית (1994); אהרן ברק **פרשנות במשפט** – פרשנות החוזה (2011) (להלן: **ברק פרשנות החוזה**).

³ זאת, כמובן, בהתאם לכללי ההיררכיה השיפוטית, אשר מקנים מעמד של תקדים מחייב במובן המלא של המילה רק לפסיקתו של בית המשפט העליון. סי' 20 לחוק יסוד: השפיטה.

אוריגינליסטית, המתמקדת בהיסטוריה של הטקסט.⁴ בהקשר אחר, מחלוקת שזכתה לתהודה רבה יחסית בדיני החוזים של ישראל נסבה על הגישה שצריכה לחול על פרשנות החוזה – מהיבט היחס בין לשון החוזה לבין הנסיבות שאפפו את כריתתו.⁵ במהלך השנים התפתחו כללי עזר שונים שנועדו לסייע בפרשנות, ויש אף שהצביעו על כך שכללים אלה אינם עולים תמיד בקנה אחד זה עם זה.⁶ היריעה הנוכחית תקצר מלבחון את תורת הפרשנות במלואה. תחת זאת, אבקש לייחד את הדיון לתרומה שיכולה להיות לבחירות פרשניות להעצמתם של צדדים מוחלשים במשפט, ובעיקר לקידום של ערך השוויון.

מהלך הדברים, בהמשך למבוא זה, יהא כדלקמן: בפרק א' אציג, באופן כללי, את הקשר בין פרשנות לבין קידום ערכים במשפט. בפרק ב' אתייחס לאופן שבו פרשנות יכולה לשמש ככלי רגריסיבי, או לעומת זאת כאמצעי לתיקון של פערי כוחות ולצמצום אי שוויון. פרקים ג' ו-ד' ירחיבו את הטיעון בעניין זה באמצעות הדגמה משני מקרי מבחן – האחד, פרשנות המקדמת עקרונות של צדק חברתי, והשני, פרשנות פמיניסטית המכוונת לצמצום של אי שוויון מגדרי. בהמשך לכך, בפרק ה' אדרש בהרחבה לדילמה של פרשניות סותרות גם כאשר קיימת הסכמה על הערכים שביסוד ההליך הפרשני, תוך התמקדות במקרים שבהם ישנן כמה אוכלוסיות מוחלשות בעלות אינטרסים מנוגדים, או שבהם עשויות להתנגש גישות פמיניסטיות שונות. בהקשר זה אציע עקרונות שיש בהם כדי לסייע להתמודד עם דילמות אלה – באמצעות מתן משקל לדפיציט הדמוקרטי (במקרה הראשון) ול"שאלת האשה" (במקרה השני). בסיכום אחזור ואתייחס לתרומתה של הפרשנות כמישור פעולה משפטי שאינו רק נדרש ברמה המעשית, אלא חשוב ברמה הערכית.

א. פרשנות וערכים

באופן כללי, ניתן לאפיין את התפתחותו של הדיון בפרשנות משפטית כמצויה בסימן של מעבר מכללים פורמליים הנצמדים ללשון הטקסט בלבד אל עקרונות רחבים יותר. עם זאת, יש לומר דברים אלה בכל הזהירות הראויה. מחד גיסא, התובנה שיש ללכת אל מעבר ללשון הטקסט הייתה מוכרת גם בשיטות משפט מסורתיות. כך למשל, גם בעולמו של המשפט העברי מקובל להסתנייג ממי שפועל על פי הכללים, אך בניגוד לרוחם, בבחינת "נבל ברשות התורה".⁷ מאידך גיסא, בתחום הפרשנות נודעת חשיבות רבה לוודאות משפטית וליציבות, שיקולים אשר מצדדים במתן משקל משמעותי ללשון הנורמה שאותה מפרשים ובהתייחסות אליה כנקודת מוצא חשובה.

במשפט הישראלי מושלת בכיפה גישת הפרשנות התכליתית, דהיינו, הפרשנות המנסה להתחקות אחר המשמעות שמשרתת את התכלית שלשמה נוצרה הנורמה המשפטית שאותה יש

⁴ ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1998); לדיון בגישה זו בהקשר הישראלי תוך שימוש במונח "מקורנות", רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות: לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי?" **משפטים על אתר** יב 67 (תשע"ח).

⁵ לגישות השונות בנושא, ראו ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995); דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006); ע"א 5856/06 **לוי נ' נורקייט בע"מ** (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 **בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ** (פורסם בנבו, 13.2.2008); ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**, פ"ד סג(3) 577 (2010).

⁶ למאמר המפורסם של לוולין המראה כי לכל כלל פרשנות קיים "תאוס", כלומר – כלל פרשנות המורה את היפוכו, ראו Karl N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons of About How Statutes are to be Construed*, 3 VAND. L. REV. 395 (1950).

⁷ פירוש הרמב"ן לספר ויקרא יט 2.

לפרש.⁸ בהקשר זה, לשונה של הנורמה, ההיסטוריה שלה ושאר הנסיבות הן אמצעים המסייעים בחשיפת התכלית. גישה זו יושמה בהקשרם של ענפי המשפט השונים, בשים לב לשיקולים המיוחדים החלים עליהם, כדוגמת אוטונומיית הרצון (המדגישה את ההתחקות אחר כוונת הצדדים) בתחום דיני החוזים,⁹ עקרון החוקיות והחשש מפני הפללה ללא אזהרה נאותה בתחום המשפט הפלילי¹⁰ ועוד.

אם כן, הבחירה הפרשנית אינה ניטרלית לחלוטין, וודאי שאינה טכנית. כך, למשל, בהקשרה של גישת הפרשנות התכליתית ההנחה היא שהפרשנות אמורה לשרת לא רק את התכלית הספציפית של החוק, אלא על פי רוב גם את התכליות הכלליות של שיטת המשפט, דהיינו את ערכיה.¹¹ גם כללי פרשנות "מסורתיים" וותיקים יותר נהגו לתת עדיפות לשיקולים שעניינם חתירה לצדק. כך למשל, בפרשנות חוזים נוהג הכלל הגורס כי כאשר עומדת בחירה בין שתי פרשנויות שקולות מכל בחינה אחרת – יש להעדיף את הפרשנות שהיא "נגד המנסח".¹² מקורו של הכלל הוא בתפיסה לפיה מאחר שמנסח המסמך הוא על פי רוב הצד החזק והמיומן יותר, חזקה עליו כי ניסח את החוזה באופן המיטיב עמו. התוצאה היא שכלל הפרשנות נגד המנסח הוא כלל המעצים (יחסית) את הצד החלש.¹³ אכן, אפשר לטעון כי כלל זה מבטא גם טעמים תועלתניים לפיהם כדאי לתמרץ את מנסח המסמך להבהיר את כוונתו, אולם דומה שלא הם בלבד עומדים ביסודו. באותו אופן, ידוע במשפט הפלילי הכלל לפיו בנסיבות שבהן ישנן מספר אפשרויות פרשניות סבירות אשר עשויות להגשים את תכלית החקיקה, תיבחר מביניהן הפרשנות המקלה ביותר עם הנאשם.¹⁴ כלל זה מבטא את עקרון החוקיות המחייב כי אחריות פלילית תהיה מבוססת על נורמה חקוקה ברורה, ויש בו גם תמיכה בפרט מול עוצמתו של השלטון.

המשך הדברים יתמקד כאמור בפוטנציאל הטמון בבחירות פרשניות להעצמתם של צדדים מוחלשים באמצעות המשפט,¹⁵ ובעיקר לקידום של ערך השוויון. להשקפתי, פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות באמצעותן המשפט מתפתח, ועל כן היא אמורה לשמש אמצעי רב-ערך לתיקון של הטיות לא-צודקות שקיימות בו. אכן, גם לגבי משמעותו של ערך השוויון והדרכים הראויות ליישומן קיימים חילוקי דעות. אימוץ נקודת מוצא פרשנית של "קידום שוויון" או "העצמה" אינו מכתוב, כשלעצמו, את התוצאה של התהליך הפרשני. עמדות שונות באשר למשמעותם של יעדים אלה ולדרך החתירה אליהם צפויות אף להשתקף במלאכת הפרשנות. יחד עם זאת, נודעת חשיבות לעצם הקביעה כי השוויון, בכפוף למחלוקות הקיימות באשר למשמעות שיש ליצוק לתוכו, הוא עיקרון רלוונטי לפרשנות.

⁸ אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003) (להלן: ברק **פרשנות תכליתית במשפט**).

⁹ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98–99; גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" **קריית המשפט** י 1 (2014).

¹⁰ ש"ז פלר **יסודות דיני עונשין** כרך א 4–5 (1984).

¹¹ ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 133–134.

¹² כיום, כלל זה אף זכה לעיגון חקיקתי בס' 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים), המורה כי "חוזה הניתן לפירוש שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו". ע"א 779/89 שלו נ' **סלע חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מח(1) 221, 240–241 (1993); רע"א 1185/97 **ירשי ומנהלי עזבון מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145, 159–160 (1998).

¹³ גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 436–440 (2005).

¹⁴ כלל זה, המכונה "כלל הפרשנות המקלה", מעוגן בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: חוק העונשין). עוד בטרם עיגונו של הכלל בחקיקה הוא היה מקובל בפסיקה שנים רבות. ע"פ 53/54 **אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח 785 (1954); ע"פ 77/64 **ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(2) 70 (1964). ראו גם: אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347 (2002); יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 110–135 (מהדורה שלישית, 2014).

¹⁵ מימי אייזנשטדט וגיא ומונדלק "העצמה במשפט" **העצמה במשפט** (משפט, חברה ותרבות, מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008). (להלן: **העצמה במשפט**).

ב. פרשנות ככלי רגריסיבי או כאמצעי לתיקון של פערי כוח

למעשה, החתירה לפרשנות שוויונית חשובה במיוחד על רקע העובדה שבעבר גישות מפלות וסטריאוטיפים הותירו חותמם על המסורת המשפטית, גם בתחום הפרשנות. אחת הדוגמאות המפורסמות לכך היא פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין **דרד סקוט**,¹⁶ שנסב על תביעה של אדם שנסחר כעבד להכרה בחירותו לאחר שהובא על ידי אדוניו והתגורר עמם באזורים של ארצות הברית שבהם כבר לא נהגה עבדות באותה עת. בפסק הדין נקבע כי בית המשפט הפדרלי אינו מוסמך לדון בהליך מאחר שהתובע אינו "אזרח" כמובנו של מונח זה בחוקה האמריקנית. למעשה, בית המשפט העליון של ארצות הברית הוסיף וקבע כי הענקת חירות לעבד תפגע ב"קניין" של אדונו. ההכרעה בפסק הדין נדרשה לשאלות פרשניות: מהי הפרשנות המתאימה למונח "אזרח" והאם זו כוללת גם מי שהובאו לטריטוריה האמריקנית כעבדים? מהי הפרשנות הראויה למונח "קניין" והאם ראוי להחילו גם על בני אדם? תוצאתו של פסק הדין, שניתן בתקופה שקדמה למלחמת האזרחים בארצות הברית, הייתה תולדה של בחירה פרשנית – בחירה בלתי הכרחית ובלתי צודקת.

דוגמה נוספת, עדכנית יותר, ניתן להביא מדעת המיעוט של השופט קדמי בעניין **דנילוביץ**,¹⁷ שבו נדונה השאלה האם הטבות הניתנות לעובד בהסכם הקיבוצי עבור בן או בת זוג חלות גם במקרה שבו העובד הנוגע בדבר נמצא בזוגיות קבועה עם בן זוג מאותו מין. בסופו של דבר, שאלת פרשנותו של הטקסט לא עמדה במרכזו של פסק הדין, לאחר ששופטי הרוב, המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק והשופטת דורנר, כל אחד בדרכו, סברו שתחולתו של עקרון השוויון מחייבת במקרה זה את הענקת ההטבה גם לעובד בגין בן זוג מאותו מין. עם זאת, מעניין לשים לב לכך שדעת המיעוט – שתמכה באי תחולת ההטבה במקרה זה – התמקדה בשאלה הפרשנית ועמדה על מתן משמעות לשונית מסורתית למונח "זוג" לפיה מדובר בפרטים משני המינים.¹⁸

המשך הדברים יעסוק בשני הקשרים משפטיים שבהם בולט תפקידה של הפרשנות בתיקון של פערי כוח בין צדדים – קידום צדק חברתי על רקע מוחלשות כלכלית (יחסית או אבסולוטית) ושוויון זכויות לקבוצות שסבלו מהפליה היסטורית (תוך התמקדות בדוגמה של נשים).

ג. מקרה מבחן ראשון: פרשנות וצדק חברתי

שאלות פרשניות שברקען מוחלשות חברתית או כלכלית יכולות להתעורר הן במערכת היחסים שבין האזרח לשלטון והן במערכות יחסים פרטיות.

במישור החוקתי, הדוגמה המובהקת לבחירה פרשנית שיש לה משמעות חברתית היא זו שעניינה תוכנה של זכות היסוד ל"כבוד האדם", כעיונה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד

¹⁶ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).

¹⁷ בני"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

¹⁸ שם, בעמ' 773; אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז' 195, 209–210 (2002); מיכל אלברשטיין "מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כז 349, 394–404 (2011). להשלמת התמונה יצוין כי יש מקרים שבהם בית המשפט נדרש לפרש את המונח "בן זוג" לא בעמדו לבדו, אלא בהקשר לשוני שאינו ניטרלי, כדוגמת "איש ואשה שהם בני זוג" בס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 או "איש ואשתו יחד" בס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981. ראו עוד פנחס שיפמן "מעמדם המשפטי של זוגות בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטיה מינית והיות מגדרית 309, 318 (עיב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים), 2016.

זה אינו כולל הגנה מפורשת על הזכויות החברתיות, דהיינו הזכויות מתחום הרווחה, כדוגמת הזכות לחינוך, לבריאות ולביטחון סוציאלי. על כן, לאורך השנים התעוררה שאלת היקף פרשנותה ופריסתה של הזכות לכבוד. בעניין זה הובעו עמדות שונות, ובתחילת דרכה של הפסיקה העמדה ששלטה בכיפה צידדה בכך שהזכות לכבוד אינה משתרעת גם על הזכויות החברתיות (אלא רק על זכויות אזרחיות-פוליטיות). אולם, בסופו של דבר, בין השאר בהמשך לביקורת שנמתחה על כך, נקבע בעניין **מחויבות לשלום וצדק חברתי**¹⁹ כי הזכות לכבוד כוללת בתוכה גם מרכיב של הגנה על "הזכות לקיום מינימלי בכבוד". קביעה זו היא דוגמה לקידום השוויון החברתי באמצעות כללי פרשנות. מעבר לכך, יש לזכור כי המרחב הפרשני בתחום זה כולל אף את האפשרות של הגנה נרחבת יותר על זכויות חברתיות. כידוע, בעניין **מחויבות לשלום וצדק חברתי** נחלקו הדעות – בעוד דעת הרוב צידדה בהגנה על "הזכות לקיום מינימלי בכבוד", סבר השופט לוי בדעת המיעוט כי יש לפרש את הזכות לכבוד כמחייבת הגנה על הזכות לקיום "נאות" בכבוד (המביא בחשבון אף את המציאות הכלכלית היחסית).²⁰

במישור של פרשנות החקיקה, ובהמשך ישיר לדיון בזכויות חברתיות, ניתן להדגים את הדברים מפסק הדין בעניין **יתד**.²¹ באותו מקרה התעוררה השאלה האם חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988²² מקנה זכות לחינוך מיוחד רק לילדים בעלי צרכים מיוחדים שלומדים במוסדות נפרדים המיועדים ל"חינוך מיוחד", או גם לילדים המשולבים במסגרות החינוך ה"רגילות". לצורך מענה על שאלה זו נדרש בית המשפט העליון לפרש את סעיף 7 לחוק חינוך מיוחד, המקנה קדימות להשמה במסגרת חינוכית שאינה מוסד לחינוך מיוחד. השופט דורנר קבעה כי חובת המימון המוטלת על המדינה חלה גם על מי שלומדים במוסד חינוכי רגיל, ואף הדגישה כי הפירוש ההפוך – שעל פיו פעלה המדינה עד לאותו שלב – הוא מפלה ובלתי סביר. המסקנה שאלה הגיעה השופט דורנר התבססה על החזקה שלפיה פירושם של דינים תואם את ערכי היסוד של השיטה, ובכלל זה המחויבות לערך השוויון, וכן על פרשנות תכליתית של חוק חינוך מיוחד, שמטרתו לסייע לילדים בעלי צרכים מיוחדים להשתלב בחברה. בית המשפט העליון חזר ואישר פרשנות זו בעניין **מרציאנו**,²³ שהתדיינות בו הייתה למעשה המשך ישיר של ההתדיינות בעניין **יתד**. בעוד פסק הדין בעניין **יתד** עסק במישור העקרוני של שאלת שילובם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים במערכת החינוך הרגילה, פסק הדין בעניין **מרציאנו** עסק במישור המעשי-תקציבי שלה, ובאופן ספציפי קבע כי על המדינה להקצות את הסכום הנדרש לשילובם של הילדים במסגרות החינוך הרגיל.

פרשנות מעצימה במישור המינהלי של עבודת הרשות המבצעת ניתן להביא מעניין **אמזלג**,²⁴ שבו נדונה שאלת זכאותה של דיירת במסגרת של דיור ציבורי לרכוש את דירתה. המערערת נפצעה בתאונת דרכים, ולכן שהתה מחוץ לדירה במשך תקופה ארוכה יחסית עד אשר החלימה. עמדתה של חברת "עמידר" הייתה שבנסיבות אלה חל הכלל שעניינו "נטישה" של הדירה המהווה הפרה יסודית השוללת את הזכאות לרכוש את הדירה. הנוהל הרלוונטי קבע כי "לא תחשב כנטישה" הפסקת מגורים

¹⁹ בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012).

²⁰ דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 755-761 (2016); דפנה ברק-ארז "זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" ספר אדמונד לוי 53 (אוהד גורדון עורך, 2017).

²¹ בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

²² חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק חינוך מיוחד).

²³ בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270, 278 (2003).

²⁴ עע"ם 5017/12 אמזלג נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2013) (להלן: עניין אמזלג).

מכמה עילות, ובהן "אשפוז בבית חולים", כאשר תקופת ההיעדרות נופלת משה חודשים. מאחר שבמקרה זה תקופת ההיעדרות עלתה על ששה חודשים, נקבע כי מדובר בנטישה, ועמדה זו אף אושרה בפסיקתו של בית המשפט העליון בדעת רוב. לעומת זאת, אני סברתי כי יש לפרש את הנוהל כקובע "חזקה ממעטת", דהיינו שעזיבה מטעמי אשפוז לתקופה של פחות משה חודשים לא תיחשב אף פעם כנטישה, כדי לחסוך "תלאות ביורוקרטיות" וכי הנוהל נותר פתוח לפרשנות בכל הנוגע לתקופה ארוכה יותר.²⁵ אני סבורה שפרשנות זו אינה רק תואמת את ניסיון החיים, אלא גם מתיישבת עם מציאות החיים של דיירי הדיור הציבורי ומעצימה אותם כמי שיש להם "בית" במלוא מובן המילה, על מכלול המשמעויות הרגשיות והאחרות הנובעות מכך.

תחום הדיור הציבורי מזמן לעתים גם דוגמאות המשלבות בין עקרונות המשפט המינהלי לבין פרשנות החוזים הנעשים בין החברות המשכנות לבין שוכרי הדירות. כך למשל, בעניין **יהודאי**²⁶ נבחנה השאלה האם הדיירת זכאית להוסיף ולהתגורר בדירה בנסיבות שבהן פונתה אליה מנכס אחר, התגוררה בה בפועל במשך עשרות שנים ושילמה את דמי השכירות לחברה המשכנת באמצעות כספי פיקדון שהתקבלו תמורת הפינוי ונוהלו בחשבון שהיה בשליטה מלאה של החברה. פסק הדין הכיר בזכאותה של הדיירת להוסיף ולהתגורר בדירה עד אריכות ימיה, גם ללא תשלומים נוספים, בהתחשב במערכת החוזית המורכבת בין הצדדים שכללה שילוב בין חוזה הפינוי, חוזה הפיקדון וחווה השכירות, אופייה של המערכת החוזית כ"חוזה יחס", חובותיה המיוחדות של החברה המשכנת לפי המשפט הציבורי, ומה שחשוב במיוחד בהקשר הנוכחי – פערי הכוחות בין הצדדים.

מתחום המשפט הפרטי נוח להביא דוגמאות מדיני הצרכנות, המתאפיינים אף הם בפערי כוח מובנים. כפי שצוין בפתח הדברים, דיני החוזים המסורתיים הכירו בפערי כוח שעשויים להיות קיימים גם במערכות חוזיות בהחילם על חוזים שנוסחו על ידי צד אחד, וכאלה הם מרבית החוזים הצרכניים, את כלל הפרשנות נגד המנסח.²⁷ אולם בכך בלבד אין די. היקף תחולתו של כלל זה הוא צר יחסית, ולא ניתן להסתפק אך בו. על רקע זה ניתן לציין את פסק הדין בעניין **רוזנברג**.²⁸ באותו מקרה התעוררה שאלה פרשנית בתחום דיני הצרכנות שלא נסבה על חוזה הצרכנות עצמו, אלא על החקיקה בנושא. באופן יותר ספציפי, נבחנה פרשנותו של ההסדר שעניינו הודעה לצרכן על סיומה של תקופה שבה הוא זכה ב"מחיר מוזל" ומעבר למתן השירות בתמורה ל"מחיר רגיל".²⁹ בנסיבות העניין, המשיבה, חברה המספקת שירותי תקשורת, הודיעה על כך לצרכן באמצעות משלוח הודעה לתיבת דואר אלקטרוני שפתחה עבורו. בפסק דיני בעניין זה קבעתי כי משלוח הודעה בדרך מקובלת הוא משלוח הודעה לכתובת שידוע כי הצד השני לחוזה נוהג לעשות בה שימוש או הודיע על כך שהיא משמשת אותו לצורך ההתקשרות, וכי זו הפרשנות המתבקשת גם לחקיקה בנושא, שהרי "הודעה לכתובת שהמבקש לא פתח לעצמו ולא אישר כי ברצונו לקבל אליה הודעות, משולה להכנסתה של הודעה לפתק בבקבוק והשלכתו למרחבי הים, או שמא נאמר מרחבי האינטרנט. בכך אין די".³⁰ אף

²⁵ שם, פסי' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

²⁶ ע"א 483/16 יהודאי נ' חלמיש - חברה ממשלתית - עירונית לדיור שיקום ולהתחדשות שכונות בתל אביב בע"מ (פורסם בנבו, 3.10.2017).

²⁷ סי' 25(ב1) לחוק החוזים.

²⁸ ע"א 8190/14 רוזנברג נ' בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 3.6.2015) (להלן: עניין רוזנברג).

²⁹ סי' 13א(ד)(2)(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

³⁰ עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 828, פסי' 38 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

פרשנות זו אינה ניטרלית. זוהי פרשנות תכליתית המבקשת לקדם את התכלית של הגנת הצרכן העומדת ביסוד החקיקה, וכך גם מדגימה את התפיסה של פרשנות המעצימה את הצד החלש בסכסוך.

לבסוף, מתחום דיני העבודה ניתן להתייחס לדוגמה של פרשנות המונח "עובד" לצורך תחולתם של חוקי המגן. התשובה שניתנה בפסיקה לשאלה זו, עוד לפני שנים רבות, היא כי הגדרתו של אדם כעובד תיעשה בהתאם לנסיבות ההתקשרות הקונקרטיות בין שני הצדדים, ולא על פי אופן הגדרת היחסים בחוזה העבודה שנחתם בין הצדדים.³¹ קביעתו של כלל זה התבססה על "תכלית-העל" של דיני העבודה – הגנה על עובדים לנוכח פערי הכוחות בינם לבין המעסיק.³² במלים אחרות, פרשנות זו נותנת תוקף להכרה בכך שבמציאות החיים עובדים נאלצים לחתום על חוזה שנוסח על ידי המעסיק, שלפיו הם מבצעים את עבודתם כ"קבלנים עצמאיים", ולא כעובדים.

אכן, הדוגמאות שהובאו כאן הן שונות זו מזו מבחינת ההקשר הפרשני. נורמה שלטונית נקבעת באופן חד-צדדי לכל דבר ועניין, ואילו ביסודן של מערכות יחסים חוזיות מונחת הסכמה. אולם, כפי שהוסבר, במערכות היחסים שנבחנו, יסוד המוחלשות של הצדדים הוא הדומיננטי ומטשטש את ההבדלים הקיימים לכאורה בין הנורמות שנדרשות לפרשנות.

ד. מקרה מבחן שני: פרשנות ופמיניזם

המאבק על קידומו של ערך השוויון בין נשים לגברים ישמש כמקרה המבחן השני.³³ התנועה הפמיניסטית השכיחה לחשוף את התפקיד שהיה לעמדות חברתיות מפלות בעיצוב הנורמות המשפטיות ובפרשנותן. בהתאם לכך היא אתגרה את הסדר המשפטי – הצביעה על השפעתם השלילית של סטריאוטיפים וקונבנציות מפלות על הפרשנות המשפטית הנוהגת של הנורמות המשפטיות וקראה לשינוים.

למעשה, דוגמאות להשפעתה של הפרשנות על קביעת תוצאתה השוויונית או המפלה של הנורמה קיימות גם במקורות היהדות. כך למשל, הפסוק "שום תשים עליך מלך"³⁴ פורש באופן השולל מילוי תפקידי שלטון על ידי נשים, תוך הדגשת המילה "מלך", להבדיל מ"מלכה",³⁵ לאור המגדריות הטבועה בכל מילה כמעט בשפה העברית.³⁶ במקביל, ניתן להצביע על דוגמאות מן המשפט העברי לקידומו של ערך השוויון בהקשר המגדרי גם במסגרת נורמות משפטיות שביסודן אינן שוויוניות. דוגמה כזו ניתן להביא מסיפורן של בנות צלפחד, שאתגרו את דיני הירושה המקראיים בנסיבות שבהן אין לאב המת יורש זכר. דרישתן של בנות צלפחד התקבלה, והחוק המקראי שונה ביחס למקרים מסוג זה.³⁷ למעשה, הסיפור מדגים הן את הפוטנציאל הטמון ברפורמה המבוססת על פרשנות והן את

³¹ מבחן זה כונה, בתחילה, "מבחן ההשתלבות", ובהמשך נוספו לו מספר מבחני משנה והוא הפך למה שמכונה "המבחן המעורב". במסגרת המבחן המעורב נבחנות, בין היתר, השאלות האם מבצע העבודה משתלב בעסקו של נותן העבודה מחד גיסא, והאם מבצע העבודה מנהל עסק עצמאי משל עצמו מאידך גיסא. כן נבחנת סוגיית הכפיפות בין הצדדים, הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, אופן ביצועם של תשלומי המסים וכיוצא באלה. דב"ע (ארצ'ל) לא/27-3 עיריית נתניה נ' בירגר פד"ע (ג) 177, 190 (1971); דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998).

³² גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 261 (2016).

³³ חלק זה של המאמר מהווה הרחבה של דברים שכתבתי בעבר. ראו דפנה ברק'ארז "פרשנות פמיניסטית" המשפט טז (2011).

³⁴ דברים יז 15.

³⁵ פירוש רמב"ן לספר דברים יז 15.

³⁶ רות הלפרין-קדרי "יושינתם לבניך – ולא לבנותיך" – הרהורים מן העבר השני של המחיצה: על הכללה והדרה של נשים בשפת ההלכה" מחקרי משפט יח 353 (2002); שולמית אלמוג "ואותן השמות עומדים לדורותי" – על עברית, מגדר ומשפט" מחקרי משפט יח 373 (2002).

³⁷ במדבר כז 11–1.

מגבלותיה. במקרה של בנות צלפחד, האתגר הפמיניסטי הוביל אמנם לחוק מפלה פחות, אך המבנה המגדרי שביסוד דיני הירושה נותר על כנו.

בחינת האפשרות של תיקון הפליה נגד נשים באמצעות פרשנות מתחילה במקום שבו נעשה בעבר שימוש בפרשנות דווקא לקיבוע ההפליה נגד נשים.³⁸ הדוגמאות הקלאסיות לכך לקוחות ממקרים שבהם מסמכים ניטרליים לכאורה פורשו ככאלה שאינם חלים על נשים, או כחלים עליהן באופן שונה מאשר על גברים, בהשפעת הרקע התרבותי של החברה והתקופה. כך אירע למשל בארצות הברית במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, כאשר החלו להגיע אל בית המשפט העליון הליכים משפטיים שבהם טענו נשים לזכות לשוויון על פי התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית (המקנה זכות לשוויון במתכונת של "הגנה שווה" של החוק - equal protection of the laws). הוראה חוקתית זו פורשה ככזו שאינה חלה על נשים, חרף הלשון הניטרלית שלה. בהתאם לפרשנות זו נדחו טענותיהן של מירה ברדוול, שדרשה להכיר בזכותה להתקבל ללשכת עורכי הדין של אילינוי,³⁹ ושל וירגיניה מיינור, שדרשה להכיר בזכותה להצביע בבחירות.⁴⁰ למעשה, טענות המבוססות על זכותן של נשים לשוויון על פי החוקה החלו להתקבל בזירה המשפטית האמריקנית רק בשנות השבעים של המאה העשרים – כמאה שנים מאוחר יותר – כאשר ניתן פסק הדין בעניין **ריד**, שבו נקבע לראשונה כי התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית אוסר על הפליה המבוססת על מין.⁴¹

הצגתם של המקרים השונים שבהם פרשנות משפטית תרמה לקידומו של שוויון מגדרי בהיבטים שונים תתבצע תוך הדגשת ריבוי הפנים של תפיסות השוויון, המתבטא גם בריבוי הפנים של התאוריה הפמיניסטית עצמה.

(1) פמיניזם ליברלי ופרשנות

הזרם הוותיק ביותר בתאוריה הפמיניסטית, שעליו התבססו גם המאבקים החברתיים והמשפטיים הידועים בארצות הברית בראשית המאה הקודמת, הוא הפמיניזם הליברלי. תאוריה זו, המתמקדת במאבק על שוויון הזדמנויות ודוחה הבחנות סטריאוטיפיות בין נשים לגברים,⁴² יכולה לשמש מקור השראה לשימוש באמצעים פרשניים המכוונים להשגת שוויון הזדמנויות פורמלי. ככלל, הפמיניזם הליברלי יקפיד על כך שטקסטים ניטרליים מבחינה מגדרית ייקראו כחלים על נשים וגברים (בניגוד לתקדימים ההיסטוריים שהוזכרו, ושהם גם ניסוח ניטרלי פורש באופן מפלה).⁴³ בנוסף, הפמיניזם הליברלי ישאף להעניק משמעות מצומצמת ככל שניתן לחריגים המכירים בתחולה של כללים שונים על נשים וגברים.⁴⁴

³⁸ השוו לעיל גם בפרק ב' למאמר.

³⁹ Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130 (1873) (להלן: עניין **ברדוול**).

⁴⁰ Adam Winkler, *A Revolution Too* גם Minor v. Happersett, 88 U.S. 162 (1875) (להלן: עניין **מיינור**). ראו גם *Soon: Woman Suffragists and the "Living Constitution"*, 76 N.Y.U. L. REV. 1456 (2001). זכות הבחירה לנשים בארצות הברית עוגנה לבסוף, כידוע, בתיקון ה-19 לחוקה האמריקנית, בו נקבע כי: "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex".

⁴¹ Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971) (להלן: עניין **ריד**). להרחבה ראו להלן בגוף טקסט הצמוד לה"ש 45–46.

⁴² אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** 52–53 (2002).

⁴³ עניין **ברדוול**, לעיל ה"ש 939; עניין **מיינור**, לעיל ה"ש 40.

⁴⁴ Daphne Barak-Erez, *Can Equality Survive Exceptions?* 107 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 134, 136 (2009).

כאמור, בארצות הברית, פסק הדין שציין את תחילת השינוי הוא פסק הדין בעניין **ריד**, שבו נבחנה שאלת ההפליה על רקע הוראת חוק של מדינת איידהו שקבעה כי גברים יהיו עדיפים על נשים בהקשר של מינוי מנהל עיזבון.⁴⁵ ההנמקה הפרשנית בעניין **ריד** התבססה במידה רבה על עקרונות של שוויון אריסטוטלי, הדורש יחס שווה לשווים, ואוסר על יחס שונה בהיעדר שוני רלוונטי.⁴⁶ מהלך פרשני כזה כבר מביא לידי ביטוי את הרעיון – המהפכני! – שנשים וגברים הם שווים אלה לאלה.

גם בישראל פסיקתו של בית המשפט העליון בתחום של שוויון התמקדה בפיתוח אסטרטגיית פרשניות אלה. פיתוח זה היה בעל חשיבות רבה בתקופה שקדמה לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בתקופה זו עקרון השוויון היה בעל מעמד פרשני, אך לא יכול היה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה. כך, בפסק הדין הידוע בעניין **אליס מילר**,⁴⁷ נפסק כי ההסדרים המיוחדים בחוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו–1986⁴⁸ לגבי שירותן של נשים אינם מצדיקים סירוב כללי וגורף לשקול את מועמדותן לקורס טיס צבאי.⁴⁹ הכרעה זו התבססה בעיקרו של דבר על פרשנות תכליתית, אשר הביאה בחשבון הן את לשון החוק והן את תכליתו, תוך אימוץ חזקה פרשנית שלפיה החוק "מתיישב עם כיבוד הזכות לשוויון בין המינים ואף מכוון להגשימה".⁵⁰ באותו אופן, בעניין **שקדיאל**⁵¹ ובעניין **פורז**⁵² בית המשפט העליון דחה את האפשרות של הבחנה בין גברים לנשים לצורך מילוי תפקידים בתחום של שירותי הדת היהודיים, למרות שהחקיקה מכירה בהבחנה זו לצורך מינוי לתפקידי רבנים ודיינים. בשני המקרים האמורים סייע הכלי הפרשני לחתור להשגת שוויון בין נשים לגברים בספירות שמאופיינות באופן מסורתי בחוסר שוויון מגדרי – הצבא ומוסדות דתיים.⁵³

כמובן, פרשנות התומכת בשוויון הזדמנויות, ברוח הפמיניזם הליברלי, היא מועילה במיוחד כאשר שיטת המשפט מכירה במפורש בכוח הפרשני לעדכן כללים מסורתיים ואף לשנותם. ניתן להביא דוגמה לכך מעניין **שילובנה**,⁵⁴ שנדון בבית המשפט החוקתי של דרום אפריקה. במקרה זה, בית המשפט החוקתי סמך את ידיו על פרשנות של הדין המנהגי שתמכה בזכותן של נשים לרשת תפקיד

⁴⁵ עניין **ריד**, לעיל ה"ש 141.

⁴⁶ שם, דבריו של הנשיא בורגר: "The Equal Protection Clause of that amendment does, however, deny to States the power to legislate that different treatment be accorded to persons placed by a statute into different classes on the basis of criteria wholly unrelated to the objective of that statute. A classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similarly circumstanced shall be treated alike".

⁴⁷ בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: עניין **מילר**).

⁴⁸ חוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו–1986 (להלן: חוק שירות בטחון). חוק זה קובע תקופת שירות חובה ארוכה יותר לגברים. בנוסף לכך, קיימים כמה חריגים שחלים רק על שירותן של נשים. נשים בהיריון, נשים נשואות ואימהות, כולן פטורות משירות, כמו גם נשים שמצהירות שאינן יכולות לשרת מסיבות דתיות או מצפוניות.

⁴⁹ העותרת, שלא התקבלה לקורס טיס, לא קראה תיגר על ההסדר הסטטוטורי החל על שירות צבאי של נשים. בהתאם לכך, בית המשפט העליון, שסירב להצדיק את מדיניות הצבא במקרה זה, נקט בכך עמדה פרשנית שלא נתנה משקל לחריג, אלא לכלל. פסק הדין אינו מתעלם מן השוני במסגרת החוקית שחלה על נשים וגברים, אך בסופו של דבר מדגיש את השוויון הבסיסי ביניהם. להיסטוריה של ההתדיינות, ראו נטע זיו "אליס מילר – הסיפור מאחורי העתירה, או: אשה תעלה למטוס עם 'סל-קלי'!" **מעשי משפט** (טרם פורסם).

⁵⁰ עניין **מילר**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 110. להרחבה ראו גם דפנה ברק-ארז "על טייסות וסרבניות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 65 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007) (להלן: דפנה ברק-ארז "על טייסות וסרבניות מצפון").

⁵¹ בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988).

⁵² בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988).

⁵³ אין בכך כדי לומר שהסדרים מפלים אינם קיימים גם בהקשרים "אזרחיים" רגילים יותר. כך, למשל, בית המשפט העליון נדרש להסדרים לא שוויוניים לכאורה בתחום דיני המס ופירש אותם באופן שחתר לשוויון. באופן יותר ספציפי, הסדרים שקבעו חוקה בדבר תלות של הכנסת האשה בהכנסתו של בעלה פורשה כחזקה עובדתית בלבד הניתנת לסתירה.

ראו סעיפים 64–66 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א–1961; ע"א 900/01 **קלס נ' פקיד-שומה תל אביב 4**, פ"ד נ"ז(3) 750 (2003). גישה דומה, המתנגדת להכרה בחזקות בלתי ניתנות לסתירה יושמה גם בתחום של מס שבח מקרקעין.

ראו ע"א 3185/03 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' פלם**, פ"ד נט(1) 123 (2004).

⁵⁴ *Shilubana v. Nwamitwa* 2008 (9) BCLR 914 (CC) (S. Afr.).

של ראש-השבט. בית המשפט קבע כי ההכרה בדין המנהגי בחוקה הדרום אפריקאית⁵⁵ כפופה לכוח לפרשו בדרך שמקדמת שוויון בין המינים.⁵⁶

(2) פמיניזם תרבותי ופרשנות

הפרספקטיבה של הפמיניזם התרבותי מתמקדת בסדר עדיפויות ערכי שונה: הדגשת ערכים של דאגה לזולת ושיתוף פעולה, שהוצגו כמזוהים עם חוויית החיים הנשית, על פני ערכים של תחרותיות ועימות.⁵⁷ חשוב להדגיש כי אין להבין גישה זו כנוקטת עמדה מהותנית בשאלת "טבען" של הנשים, אלא רק כמצביעה על אתיקה שונה, הנובעת גם מחשיפה לסוציאליזציה אחרת.

מה עשויה להיות התרומה הפרשנית של גישת הפמיניזם התרבותי? באופן כללי, זו תבוא לידי ביטוי באימוץ מסקנות פרשניות המתיישבות עם הכרה בחובות פוזיטיביות כלפי אנשים אחרים, או בכאלה שמייחסות משקל וערך למערכות יחסים בין בני אדם. הסוגיה של הכרה בחובות פוזיטיביות רלוונטית הן למשפט הציבורי והן למשפט הפרטי. כך למשל, בתחום הציבורי-חוקתי יש מקום לטענה שהעמדה של הכרה בחובות המדינה כלפי יחידים, בגדרה של הזכות לכבוד, מתיישבת עם תפיסתו של הפמיניזם התרבותי.⁵⁸ בתחום המשפט הפרטי, דוגמה זו נדונה בנוגע לפרשנותה של חובת הזהירות בניזיקין ככוללת גם חובות עשה, ולא רק הימנעות מנזק.⁵⁹

המישור הנוסף שראוי להזכיר כאן הוא זה של התחשבות בטיבן ואופיין של מערכות יחסים בין בני אדם לצורך הדיון המשפטי. דוגמה לכך אפשר להביא מן הסוגיה של חלוקת רכוש בין בני זוג בנסיבות של נקיטת אלימות קיצונית מצד אחד מהם. השאלה התעוררה במקרה שבו בני זוג התגרשו לאחר אירוע שבו הגבר תקף את אשתו ואף הורשע בגין תקיפה זו בעבירה של ניסיון רצח.⁶⁰ על הפרק עמדה שאלת פרשנותה ויישומה של ההוראה המאפשרת לחרוג מן הכלל של איזון משאבים שווה בין בני הזוג כאשר מתקיימות "נסיבות מיוחדות", וזאת כאשר נקודת המוצא היא שברגיל איזון המשאבים נעשה ללא התחשבות בשאלות של אשם ביחסים.⁶¹ בחוות דעתי באותו עניין סברתי כי במקרה הקיצוני שנדון נכון היה שלא לאפשר לבן הזוג שהורשע בניסיון רצח לקבל חלק בזכויות הפנסיה של אשתו לשעבר. אחד הטעמים לכך היה הקביעה שהשיתוף בזכויות הכספיות בתחום זה

⁵⁵ S. Afr. Const., 1996.

⁵⁶ במקרה זה, מלאכתו של בית המשפט החוקתי הייתה קלה יחסית, משום שבעלי הסמכות השבטית החליטו להכיר בזכותה של אשה לרשת את תפקיד ראש השבט. בנסיבות אלה, בית המשפט היה צריך לסמוך ידיו על החלטה זו (תוך דחיית טענותיו של גבר, שהיה זכאי לרשת את התפקיד אילו לא יושם במקרה זה עקרון השוויון).

⁵⁷ פרספקטיבה זו מזוהה במידה רבה עם כתיבתה של הפסיכולוגית קרול גיליגן. ראו CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE (1982). ראו גם נויא רימלט **הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה** 59–89 (2010).

⁵⁸ דפנה ברק-ארז "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 855 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם הדיון בעניין פרשנותה של הזכות החוקתית לכבוד, לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 19–20.

⁵⁹ Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. 3, 30–36 (1988).

Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 DUKE L. J. 848 (1990). הדגש בהקשר הנוכחי הוא על פרשנות, להבדיל מאשר על יצירת נורמות חדשות. בהקשר דומה ניתן להזכיר את ע"פ 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד (נ) 534 (2002), שבו נדונה הרשתתו של אדם בגרימת מותה של אשתו גלינה ברשלנות, לאחר שזו התאבדה בקפיצה מחלון ביתם. הרקע להתאבדות היה האלימות הפיזית וההתעללות ארוכת השנים שהפעיל הנאשם כלפי גלינה, שהגיעה לשיא ביום ההתאבדות, לאחר שגלינה התלוננה בפני גורמי הרווחה על האלימות האמורה, ובעקבות זאת הגיעו שוטרים לדירת המגורים של הזוג (אולם הם עזבו לאחר זמן קצר). בפסק הדין מיקדה השופטת דורנר את הדיון בשאלת הצפיות הסבירה להתאבדותה של אשה שהיא קורבן לאלימות במשפחה וקבעה כי "לאדם מן הישוב בתקופתנו ישנה יכולת לצפות כי התנהגותו האלימה והתעללותו בבת-זוגו עשויות להביא להתאבדותה". יש מקום לטענה כי בפסק הדין ניתן ביטוי לחוויית החיים הנשית, במסגרת פרשנותו של רכיב הצפיות (אם כי יש שיאמרו כי מדובר בשלב של קביעת הנורמה, להבדיל מפרשנותה). על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף, שנדחתה. ראו ד"פ 983/02 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד (נ) 385 (2002).

⁶⁰ בע"מ 7272/10 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 7.1.2014). (להלן: עניין פלוני).

⁶¹ ס' 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973.

מבוסס על קיומה של מערכת יחסים, ולכן פעולה שיש בה שלילת האנושיות עצמה של בן הזוג האחר שומטת את הבסיס למערכת יחסים שמצדיקה את אותו שיתוף.⁶² אני סבורה כי עמדה פרשנית זו קרובה, ברוחה, לתפיסה המדגישה אתיקה של דאגה לזולת ובוחנת את טיב הקשר בין בני אדם, להבדיל מאשר שיח זכויות "נטו".⁶³ דוגמה נוספת נסבה על הדיון במידת נכונותם של דיני הניזוקין לפצות את בני המשפחה של מי שהיו הנפגעים הישירים מאירוע ניזוקי – תוך הכרה במשמעות הקשרים הרגשיים והאחרים ביניהם. בהקשר זה יש רלוונטיות להכרה (החלקית) שניתנה בהלכת **אלסוחה** לאפשרות לפצות את קרוביהם של ניזוקים ישירים ממעשי עוולה בגין נזקים נפשיים שנגרמו להם, תוך הגדרתם כ"ניזוקים עקיפים".⁶⁴ עוד ניתן להזכיר את המחלוקת שהתעוררה בפסק הדין בעניין **לוי** בכל הנוגע לטיב הנזק שנגרם לזוג הורים שאיבדו, בעקבות רשלנות רפואית, את העובר שנשאה האם בבטנה. ככלל, כל חברי ההרכב הסכימו כי יש לפצות את ההורים על הנזק שנגרם להם. עם זאת, השופט ריבלין, שכתב את דעת הרוב, סבר שיש לעשות כן בדרך של הגמשה מסוימת של התנאים להכרה ב"ניזוקים עקיפים", ואילו השופטת (כתוארה אז) חיות סברה, בדעת המיעוט, כי "נוק לא-ממוני שנגרם להורים המאבדים את ילדם במהלך הלידה כתוצאה מרשלנות רפואית איננו נזק משני וההורים שניזוקו כתוצאה מעוולה זו אינם ניזוקים משניים כי אם ניזוקים עיקריים הניצבים במעגל הסיכון הראשוני".⁶⁵ בהמשך לכך, השופטת חיות סברה כי יש לסווג את האם כניזוקה העיקרית, ובהתאם לכך אף לפסוק לה פיצוי גבוה יותר מהאב.⁶⁶

(3) פמיניזם רדיקלי ופרשנות

הפמיניזם ה"רדיקלי" (או בשמו המקורי: פמיניזם של שליטה) מתמקד בשחרורן של נשים מהכפפה חברתית לגברים, הקשורה במסורת הפטריארכלית, ולה גילויים שונים, בין השאר של אלימות ואלימות מינית. בהתאם לכך, הוא תומך בטיפולן של פרשנויות שנועדו לפרוק מכללים משפטיים קיימים משמעויות המחזקות הכפפה זו.

דוגמאות רבות לכך ניתן למצוא במקורות לתאוריה הרדיקלית – כתיבתה של המשפטנית האמריקנית קתרין מקינון.⁶⁷ הדיון המשפטי באיסור על הטרדה מינית בעבודה מבוסס למעשה על

⁶² בעניין זה אמרתי כך: "לכאורה, אלימות המבקשת ליטול את הנפש או התעללות קשה וקיצונית אינה רק בגדר "אשם" במערכת היחסים בין בני הזוג. ראשית, היא פוגעת קשות בזכות לחיים ולשלמות הגוף, עד כדי איונה, ומהווה הפרה של נורמות יסוד של המשפט הפלילי. שנית, היא מבטאת שלילה מוחלטת של אנושיותו של הקורבן, מנקודת מבטו של התוקף. בכך, נשמט תנאי מקדמי בסיסי לקיומה של מערכת יחסים כלשהי בין בני הזוג". ראו עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 60, פסי 38 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁶³ שני השופטים האחרים – השופטים מלצר והנדל – הסכימו בעניין זה באשר לתוצאה, אך ביססו אותה על טעמים מעט שונים. השופט הנדל ביסס את עמדתו על הזיקה שבין הפעלת האלימות לבין מצבו הכלכלי של הקורבן, דהיינו על יכולתו להיות עצמאי ולכלכל את עצמו. השופט מלצר סבר אף הוא כי ברגיל נכון יהיה לסייג את זכותו של בן הזוג האלים על יסוד הרציונל ה"כלכלי", אך הוסיף כי יהיו מקרים של אלימות קשה או מתמשכת שבהם נכון יהיה לסייג את זכותו של בן הזוג האלים אף מבלי שנגרם לקורבן נזק כלכלי מוכח.

⁶⁴ רע"א 444/87 **אלסוחה נ' עזבון דהאן**, פ"ד מד(3) 397 (1990). פסק הדין קבע ארבעה תנאים לפיצוי של ניזוקים עקיפים או משניים, בשל נזק נפשי שנגרם להם בעקבות עוולה שהסבה במישרין נזק לאדם אחר: המדובר בקרוב משפחה מדרגה ראשונה של הניזוק העיקרי (הגם שנקבע כי ישנה אפשרות, במקרים המתאימים, לפצות גם נפגע אחר); ככלל על הניזוק המשני להתרשם בעצמו מן האירוע (אם כי לא נשללה על הסף זכותו של קרוב שהתרשם מן האירוע מכלי שני ונזקו היה צפוי בנסיבות העניין); קרבה במקום ובזמן בין היווצרות נזקו של הניזוק המשני לבין הפגיעה בניזוק העיקרי; וכן הוכחתה של פגיעה נפשית חמורה, שיש בה משום נכות ניכרת.

⁶⁵ ע"א 754/05 **לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק**, פ"ד סב(2) 218 (2007).

⁶⁶ באופן כללי, ראו יפעת ביטון "מחירן של דמעות – אינטרסים מיוחסי מגדר בעולות הרשלנות" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 233 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007); יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הניזוקין: חשיפתם, שינויים, הרחבתם" **המשפט** טז 53 (2011) (להלן: ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הניזוקין"); יפעת ביטון "היריון זה לא מחלה! תיעול מחדש בתעלת הלידה של נזקי אבדן העובר או פגיעה בה" **מחקרי משפט** כט 107 (2013).

⁶⁷ קתרין מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית" **פמיניזם משפטי בתאוריה ובפרקטיקה** (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

פיתוח פרשני של מקינון, שטענה כי יש לראות בפרקטיקה של הטרדה מינית סוג של פגיעה בשוויון.⁶⁸ בכך היא פתחה את הדלת לשימוש בחקיקה הפדרלית בנושא של איסור הפליה בעבודה לצורך הגשת תביעות שעילתן הטרדה מינית. בשונה ממדינות אחרות, כדוגמת ישראל, שבהן נחקקו חוקים מיוחדים שקבעו במפורש את האיסור על הטרדה מינית,⁶⁹ בארצות הברית ההליכים המשפטיים בתחום זה מבוססים על עקרון השוויון.⁷⁰ טיעון פרשני נוסף של מקינון הוא שפורנוגרפיה אינה ביטוי, אלא פעולה (ולכן אינה צריכה ליהנות מן ההגנה החוקתית השמורה לחופש הביטוי).⁷¹ גישה זו עמדה במוקד של מחלוקת לא פשוטה, ולא התקבלה במשפט האמריקני עצמו.⁷² אולם, היא מדגימה את הפוטנציאל הפרשני של הפמיניזם הרדיקלי להציג חלופות לתפיסות פרשניות מקובלות של מונחים משפטיים.⁷³

במשפט הישראלי ניתן להצביע גם כן על השפעת העמדה הדוחה הכפפה ופטריארכליות על מסקנות פרשניות. דוגמה מובהקת לכך אפשר להביא מן ההתפתחות שחלה במשמעות שניתנה למרכיב ה"הסכמה" בעבירת האונס. בעבר, התנאי של היעדר הסכמה פורש באופן שדחה את תחולת העבירה במקרים שבהם הקורבן שתקה ולא התנגדה באופן אקטיבי. רק בהמשך, שונתה גישה פרשנית זו והעבירה הוחלה גם במצבים אחרים של אי הסכמה. פסק הדין בעניין פרשת האונס הקבוצתי בקיבוץ שמרת מהווה דוגמה מאירת עיניים לשינוי זה.⁷⁴ באותו מקרה, בית המשפט העליון פירש את מושג ההסכמה תוך התייחסות למציאות של כפייה חברתית ודחה את הטענה כי נערה שנאנסה על ידי חבורה של בני נוער שהכירה נתנה את הסכמתה למעשים אלה בכך שלא התנגדה באופן אקטיבי לתוקפיה.⁷⁵ רכיב נוסף שהיה בעבר חלק מעבירת האונס הוא הדרישה לשימוש בכוח מצד האנס. רכיב זה בוטל, בין היתר נוכח ההבנה שאונס אינו חייב להיות מלווה בהפעלת כוח פיזי מצד התוקף. בפסק הדין בעניין טייב סבר השופט (כתוארו אז) חשין, בדעת מיעוט, כי יש לצמצם את דרישת השימוש בכוח בכלים פרשניים, כך ש"נראה במעשה האישות עצמו מעשה של שימוש בכוח".⁷⁶ כשנה לאחר מכן תוקן חוק העונשין ורכיב זה, כאמור, בוטל.⁷⁷

CATHARINE A. MACKINNON, SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN: A CASE OF SEX⁶⁸ DISCRIMINATION (1979).

⁶⁹ החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

⁷⁰ גישתה של מקינון בעניין זה התקבלה על-ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית ב- Meritor Saving v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986). לדיון בהקשר זה סביב החוק הישראלי ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים 317 (1998). קמיר, שנטלה חלק בניסוח החוק, תמכה בביסוסו על ערך הכבוד, להבדיל מהחוק האמריקני. לכתיבה נוספת של קמיר שעניינה פרשנות פמיניסטית של ערך הכבוד, להבדיל מפרשנות פטריאכלית שלו, ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2004); אורית קמיר **כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי, משפט וחברתי** (2007).

⁷¹ CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS (1993).

⁷² לדחיית עמדתה של מקינון בפסיקה האמריקנית, ראו American Booksellers v. Hudnut 771 F.2d 323 (1985) ו-R v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452. לעומת זאת, לעמדתו של המשפט הקנדי, ראו

⁷³ ראו עוד בטקסט הצמוד לה"ש 108 להלן.

⁷⁴ ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993).

⁷⁵ זכורים במיוחד מפסק הדין דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין, בפרפרזה על השיר המוכר "כשאת אומרת לא, למה את מתכוונת": "ועל כך נאמר אנו, בלשון צלולה ובלא פקפק וגמגום: כשאישה אומרת 'לא' היא מתכוונת ל'לא' כמשמעותו בחיי יום-יום וכהוראתו במילון. כך אישה, כך גבר, כך ילד, כך ילדה, כך זקן, כך זקנה, כך כל אדם. 'לא' הוא לעולם 'לא', ואין 'לא' שהוא 'כן'. אין עיוור פיקח ואין שיכור פיכה, אין חכם טיפש ואין ותרן עיקש, אין שחור שהוא לבן ואין לילה שהוא יום – והכול אם מדברים אנו בלשון בני-אדם. 'לא' הוא 'לא'. אישה האומרת 'לא' והגבר מתייחד עמה על-אף אותו 'לא', הייחוד הוא שלא בהסכמתה והמעשה הוא מעשה אינוס" שם, בעמ' 378.

⁷⁶ ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 326 (2000).

⁷⁷ רכיב נוסף שבוטל בעבירת האינוס וניתן להזכירו גם כן הוא כמונח הדרישה כי הבעילה תהיה "שלא כדין". סעיף זה, שהתקבל "בירושה" מן הדין האנגלי ("Unlawful sexual intercourse") נועד להחריג מתחולת העבירה מעשה אינוס שמתבצע בין בני זוג נשואים. עד לביטולו בשנת 1988, פרשנותו של רכיב זה עוררה מחלוקת בפסיקה, ובין היתר נקבע כי "שלא כדין" הוא למעשה חסר משמעות. ראו ד"ר 37/80 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 371 (1980).

עקרונותיו של הפמיניזם הרדיקלי אינם רלוונטיים אך לתחום הפלילי. כאמור, גישה זו מבקשת לפרק מנגנונים של הכפפה בכל תחומי המשפט והחיים. בהקשר זה מעניין לבחון את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניינה של **אורית גורן**.⁷⁸ באותו מקרה נדונה שאלת היחס בין הוראותיו של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו–1996 לבין חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988,⁷⁹ על רקע עניינה של עובדת שגילתה שהיא משתכרת משמעותית פחות מגבר העובד לצדה באותו התפקיד בדיוק. נוכח העובדה ששני החוקים שתקו האחד ביחס לשני, נדרש בית המשפט לבחור באחת משתי הפרשנויות: זו המאפשרת את קיומן של עילות התביעה לפי שני החוקים יחד, או זו שלפיה עילה אחת שוללת את השנייה. בסופו של דבר, נקבע כי הוכחת הפרשי שכר אמנם אינה מבססת באופן אוטומטי עילת תביעה גם לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אולם יש בה כדי להעביר את הנטל למעסיק להוכיח כי פערי השכר אינם עולים כדי הפליה בעבודה. קביעה זו התבססה במידה לא מבוטלת, ואף באופן מוצהר, על ההנחה כי בשוק העבודה נשים מגיעות לשולחן המשא ומתן בעמדת נחיתות מובנית. גישה זו רואה את פערי השכר בשוק העבודה כביטוי אחד (אך לא בודד) לפערי כוח כלליים בין נשים לגברים בחברה.⁸⁰

כאמור, נוכח העובדה שהפמיניזם הרדיקלי מזהה את האלימות המינית כמוקד דיכוי מרכזי של נשים, הדיון בתופעות של זנות ופורנוגרפיה מקבל במסגרתו מקום משמעותי. על רקע זה, מעניין לבחון גם את פסק דינו של בית המשפט העליון במקרה שבו נדונה תביעת פיצויים של בחור צעיר שנפצע קשה בתאונת דרכים וביקש לקבל פיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה בתפקוד המיני – בדמות של מימון שירותי ליווי. עד לאותו מקרה, היה זה סעד שנפסק לא פעם בערכאות הדיוניות. השופט ריבלין קבע כי הצורך לסיפוק צרכי מין של ניזוקים בדרך של פנייה לשירותי ליווי אינו מצדיק פיצוי על פי עקרונות המשפט הישראלי. קביעה זו התבססה על ניתוח מעמיק של תופעת הסחר בנשים לצרכי זנות והשלכותיה השליליות.⁸¹ פסק דין משמש דוגמה למקרה שבו לא התבצע מהלך פרשני "קלאסי" של הוראת חוק, אלא דווקא של העקרונות הכלליים של דיני הנזיקין.

ה. הדילמה של פרשנויות סותרות

שאלות נוספות מתעוררות במצבים שבהם החתירה לשוויון עשויה להוביל לתוצאות סותרות. קושי זה אינו מקרי, בשים לב לריבוי התפיסות ביחס לשוויון, כפי שכבר צוין לעיל. לדיון בכך אעבור כעת.

(1) ריבוי של אוכלוסיות מוחלשות והדפיציט הדמוקרטי

שימוש בפרשנות לצורך העצמה וקידום אוכלוסיות מוחלשות יכול להיות פשוט יותר בסיטואציות שבהן קיימים פערי כוחות מובהקים בין צד מוחלש לצד חזק. לצד זאת, לעיתים המשפט

⁷⁸ בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 17.5.2012) (להלן: עניין גורן).

⁷⁹ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

⁸⁰ הנשיאה ביניש כתבה בעניין זה: "אכן, כאשר השכר נקבע כתוצאה של משא ומתן פרטני בין העובדת למעביד אין לומר בהכרח כי מינה של העובדת שימש כשיקול בקביעת שכרה, או כי העובדת הופלתה לרעה "מחמת" מינה; אף כי יש לשקול, בין היתר, גם את הנחיתות המובנית של עובדת במשא ומתן ולבחון אם נתון זה נשקל במהלך קביעת השכר". עניין גורן, לעיל ה"ש 78, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. בדומה לכך, קבע השופט הנדל: "העובדה שהעותרת הייתה נכונה להסתפק בשכר מופחת איננה בעלת משקל ראייתי מספק כדי לקבוע שלא התקיים חוסר שוויון, נוכח הפער של 35% בין שכרה לשכר העובד המקביל. אולם עובדה זו כן משקפת את יחסי הכוחות בינה לבין המעביד, ובעיקר בינה לבין עובד גבר אחר. המצב בו עובדת ביקשה לעצמה שכר פחות ביחס לעובד יכול להיות מוסבר, לפי הפמיניזם הרדיקלי, כתולדה של הכפפה חברתית של נשים ביחס לשאיפותיהן המקצועיות ומעמדן בשוק העבודה". שם, פסק דינו של השופט הנדל.

⁸¹ ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310 (2006). ראו גם ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין", לעיל ה"ש 66, בעמ' 69–66.

נדרש להתמודד עם סיטואציות מורכבות יותר, כאשר משני צדי המתרס של מחלוקת משפטית ניצבות אוכלוסיות מוחלשות. מקרים מסוג זה מעוררים קושי מיוחד. ניתן להדגים את הדילמה באמצעות פרשת גלוטן, שנסבה על שאלת זכאותן של עובדות סיעוד לתשלום עבור שעות נוספות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.⁸² ההתדיינות בפרשה זו החלה בתביעה שהגישה לבית הדין לעבודה עובדת סיעוד בשם יולנדה גלוטן, מהגרת עבודה מהפיליפינים, כנגד מעסיקתה – אשה קשישה – לקבלת גמול עבור שעות נוספות וזכויות סוציאליות נוספות. בית הדין האזורי לעבודה דחה את תביעתה לתשלום שעות נוספות, ועל כך הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה. בערעור נקבע כי בעניינה של גלוטן חלים החריגים הקבועים בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, המוציאים מכלל תחולתו עובדים בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי, וכן עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם. לפיכך, נקבע כי גלוטן אינה זכאית לתשלום עבור שעות נוספות. השאלה שעמדה במרכזה של ההתדיינות נסבה אפוא על פרשנותו של חוק שעות עבודה ומנוחה, מהיבט תחולתו על עבודת טיפול מהסוג המתואר, המתאפיינת בשהות צמודה למעסיק לאורך כל שעות היממה, גם כאשר העובד נמצא בסביבה באופן פסיבי בלבד.

העובדת הגישה עתירה לבג"ץ, שבה הועמדה לדיון השאלה הפרשנית.⁸³ בפתח פסק הדין ציין המשנה לנשיאה ריבלין כי "העתירה מבקשת להיטיב עם קבוצה חלשה וראויה להגנה, קבוצת עובדי הסיעוד הזרים, והיא עשויה לפגוע, שלא מרצון כמובן, בקבוצה זו עצמה ובקבוצת אוכלוסין חלשה לא פחות".⁸⁴ בעיקרו של דבר, העתירה נדחתה פה אחד, תוך שצוין כי מן הראוי שהמחוקק ידרש לסוגיה ויקדם פתרון שיענה על הקשיים הכרוכים בתבנית ההעסקה הייחודית של עובדות הסיעוד, שלמעשה אינה מותאמת לעקרונותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה.⁸⁵

דיון נוסף בנושא התקיים בסופו של דבר בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שבו נחלקו הדעות.⁸⁶ דעת הרוב, מפי הנשיא גרוניס, קבעה כי יש לדחות את הדיון הנוסף, ולהותיר על כנה את הקביעה שלפיה לחוק שעות עבודה ומנוחה אין תחולה על עובדי ועובדות סיעוד. פסק דינו של הנשיא גרוניס, בהסכמתם של ארבעה שופטים נוספים, התבסס על הגישה שלפיה בית המשפט אינו יכול לפתור את הסוגיה המורכבת שלפניו בכלים פרשניים, והפתרון לה אמור להימצא בהסדר חקיקתי מיוחד.⁸⁷ פסק הדין ניתן כנגד דעת המיעוט של המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, חיות והנדל, שסברו כי יש מקום לקבל את העתירה, ולקבוע כי גלוטן זכאית לתשלום שעות נוספות. השופטת ארבל ציינה בחוות דעתה כי "מדובר בשתי אוכלוסיות חלשות בחברה הישראלית, אשר אל לנו לקפח זכויותיה של מי מהן. בהעדר הסדרה חקיקתית ייחודית לסוגיה שעל הפרק אין מנוס ממציאת פתרון בדין הקיים שיהיה מאוזן וצודק. איני סבורה כי ניתן להותיר את העובדים הסיעודיים ללא הגנה בסיסית של חוקי המגן. משמעות הדברים היא כי עובד סיעודי, העושה לעיתים עבודת קודש קשה, מסורה ותובענית, אשר עובדים ישראלים רבים אינם מוכנים לה, לא יזכה להגנת הדין מעבר לשכר

⁸² חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

⁸³ בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209 (2009).

⁸⁴ שם, בעמ' 216.

⁸⁵ שם, בעמ' 243-245.

⁸⁶ דג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013).

⁸⁷ לצד זאת בהחיר הנשיא גרוניס כי "פסק דינו אינו מייסד הלכה עקרונית וגורפת, לפיה כל אימת שהמציאות בשוק העבודה אינה תואמת את רוח חוקי העבודה, המסקנה תהא כי אין לחוקים אלה תחולה. קביעותינו בפסק הדין מיוחדות לסוגיה הספציפית אשר באה בפנינו במסגרת הליך זה, אשר כפי שפורט בפסק הדין, מעלה בעיות ייחודיות וחריגות. אין בפסיקתנו זו כדי לפגום בקוגנטיות של חוקי המגן באופן כללי או להביא למהפכה בדיני העבודה, על דרך ערעור על מושכלות יסוד באשר למעמדן של חוקי המגן וכללי הפרשנות הנוגעים להם". שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

מינימום עבור מחויבות למטופל במשך 24 שעות ביממה, 6 או 7 ימים בשבוע, ללא כל תחולה של הזכויות המוענקות בחוק שעות עבודה ומנוחה.⁸⁸ השופטת חיות הוסיפה וציינה כי לשיטתה, לא ניתן להוציא מגזר שלם של עובדים מגדר תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה בלא שנקבעה לכך הוראת החרגה מפורשת בחוק עצמו.⁸⁹ המשנה לנשיא נאור הבהירה כי אין לומר שהנושא אינו מסור להכרעתו של בית המשפט מאחר שגם אם אין בידי בית המשפט לפתור את הסוגיה על כל היבטיה, עליו לפעול "בדרך המלך" של המלאכה השיפוטית – פרשנות החוק.⁹⁰ השופט הנדל, שנתר אף הוא במיעוט, הציג גישה מעט שונה: הוא הסכים כי חוק שעות עבודה ומנוחה אכן לא חל על תחום הסיעוד, אך סבר כי אין בכך כדי לשלול את זכאותן של עובדות הסיעוד לגמול בגין שעות נוספות, תחת משטר חקיקת המגן בכללותו.⁹¹

הדעות הרבות וגלגוליו הרבים של ההליך בעניין **גלוטן** מדגימים את מורכבותו. בנסיבות העניין עמד בית המשפט בפני דילמה, שהובנה כמחייבת הכרעה ב"מאבק" בין שתי אוכלוסיות מוחלשות, הזקוקות להגנתו. מחד גיסא – עובדי ועובדות הסיעוד, שעובדים שעות ארוכות בבית המטופל, ברובם מהגרי עבודה החשופים לפגיעה ולניצול; מאידך גיסא – ציבור המטופלים הסיעודיים, לרוב אנשים קשישים או נכים שידם אינה משגת, ותלותם בעבודת הסיעוד היא רבה. זוהי הכרעה קשה.⁹²

לשיטתי, במקרים מסוג זה יש מקום לשקול הכרעה המתחשבת בדפיציט הדמוקרטי,⁹³ דהיינו בפער בין מידת ההשפעה של הסדרים והחלטות על קבוצה מסוימת לבין האופן שבו אותה קבוצה יכולה לקחת חלק בעיצובם של ההסדרים האמורים. לצורך העניין, בהקשרם של מהגרי עבודה הדפיציט הדמוקרטי הוא בעל עוצמה רבה. הם אינם בעלי זכות בחירה ואין להם כוח שוק של ממש במגזר הפרטי או בספירה הציבורית.⁹⁴ לעומת זאת, הדפיציט הדמוקרטי הוא בעל עוצמה פחותה בכל הנוגע לציבור המטופלים הסיעודיים. אכן, אף הם ללא ספק קבוצה מוחלשת הנזקקת להגנה של המשפט, אולם מבחינת עוצמת הקשר שלהם לקהילה וליכולת המעורבות בה, יש להם יתרון מסוים. אימוץ נקודת המבט של התחשבות בדפיציט הדמוקרטי מספק משנה תמיכה לדעת המיעוט בדיון הנוסף בעניין **גלוטן**. אני סבורה שעיקרון פרשני זה עשוי לסייע, או לכל הפחות לשמש אמת מידה מנחה, גם במקרים עתידיים שבהם יידרש בית המשפט לדילמה הכרוכה בהתנגשות אינטרסים בין מספר אוכלוסיות מוחלשות. במונח מסוים, וזאת במישור הרעיוני, מתן משקל לדפיציט הדמוקרטי

⁸⁸ שם, פסי' 38 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁸⁹ שם, פסי' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁹⁰ שם, פסי' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

⁹¹ שם, פסי' 6 לפסק דינו של השופט הנדל. במישור המעשי, השופט הנדל הציע כי לעובדים בענף הסיעוד יתווסף רכיב גלובלי של גמול, שיפצה על היעדר הגמול לשעות נוספות.

⁹² אפשר כמונח לחלוק על "מסגור" זה של המחלוקת בפסק הדין, דהיינו כעימות חזיתי בין מבוגרים הנזקקים לטיפול סיעודי לבין מהגרי העבודה המטופלים בהם. ברקע הדברים קיים גם תפקידה של המדינה להבטיח את הזכות לקיום בכבוד, ולכן ניתן לחשוב גם על חלופות נוספות למתן מענה לסוגיה, באופן שאינו מצריך עימות כאמור, כדוגמת "פיזור" העלויות הנוספות הכרוכות בתשלום שעות נוספות בין משלמי המסים. בדומה לכך, בפסקי דין שעסקו בנושא של דיור ציבורי ציינתי לא אחת כי השיקול של מחסור ביחידות דיור במסגרת הדיור הציבורי אינו "גזירת גורל", וכי עם מחסור זה ניתן להתמודד בדרכים שונות, ולא רק על דרך פרשנות מצמצמת של הזכאות לדיור ציבורי על מנת "לפנות" דירות לנזקקים חדשים. ראו למשל עניין **אמזלג**, לעיל ה"ש 24, פסי' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (דעת מיעוט); ע"ם 5667/13 **אליה נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון**, פסי' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.7.2014).

⁹³ גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חווה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" **עיוני משפט** כז 423 (2003).

⁹⁴ שם.

מבוסס על היגיון דומה לזה של כלל הפרשנות נגד המנסח – כאשר במקרה זה המנסח הוא הכנסת, המייצגת בראש ובראשונה את מי שזכאים להשתתף בבחירות.⁹⁵

במישור העקרוני הרחב יותר יש כמובן מקום להתנגד לעצם הפורמולציה של הדיון ככזה שמחייב הכרעה בין אוכלוסיות מוחלשות. לאמיתו של דבר, זהו מקרה שבו נדרשת המדינה לקבוע סדרי עדיפויות והסדרים הוגנים לכלל האוכלוסיות המוחלשות. הבחירה אינה דווקא בין שתי קבוצות מוחלשות, אלא בקביעת הסדרים שאמורים להתחרות מול נושאים אחרים שיש להם עלות ציבורית.

(2) פרשנויות פמיניסטיות מתחרות ו"שאלת האשה"

אף אימוץ עמדה של קידום שוויון זכויות של נשים אינו מוביל בהכרח למסקנה משפטית ברורה, בשים לב לדגשים השונים בתאוריה הפמיניסטית עצמה. במובן זה, גם כאן עשויות להתעורר מחלוקות המבוססות על גישות פרשניות מתחרות.

ניתן להדגים את פוטנציאל המחלוקת באמצעות כמה פסקי דין חשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון ואשר מציגים מתח בין גישות פמיניסטיות מתחרות.

הדוגמה הראשונה היא פרשת **נחמני**, שעסקה במחלוקת בין בני זוג לגבי האפשרות להמשיך בהליך פונדקאות.⁹⁶ הצדדים להתדיינות היו רותי נחמני ובעלה בנפרד דני נחמני. רותי, שעברה כריתת רחם, לא יכולה הייתה להרות בעצמה, ולכן בני הזוג החלו בהליך של הפריה חוץ גופית שהיה מבוסס על הפריית הביציות שנשאבו מרותי בזרעו של דני. הליך זה נועד להיות מושלם באמצעות הליך של פונדקאות. במהלך הטיפול, ועוד קודם לתחילתו של הליך הפונדקאות, מערכת היחסים בין בני הזוג עלתה על שרטון, ודני – שהפך בינתיים לאב במסגרת יחידה משפחתית חדשה – רצה להפסיק את ההליך. לעומתו, רותי ביקשה להמשיך בהליך, מה גם שבהתחשב בגילה ובמצב בריאותה, זו הייתה האפשרות היחידה מבחינתה להגשים הורות גנטית.

המחלוקת בין בני הזוג נדונה בבית המשפט העליון פעמיים, תחילה במסגרת ערעור אזרחי ובהמשך בדיון נוסף. בהליך הראשון, דעת הרוב קיבלה את טיעוניה של דני. פסק הדין – שנכתב על ידי השופטת היחידה בהרכב, השופטת שטרסברג-כהן, בהסכמתם של שלושה שופטים נוספים – קבע כי עקרון כבוד האדם מחייב שלא לכפות הורות. השופטת שטרסברג-כהן הוסיפה כי תוצאה זו מתחייבת גם מעקרון השוויון – בהשוואה לזכות האשה להפסיק את הריונה לפי שיקול-דעתה.⁹⁷ לעומת זאת, דעת המיעוט של השופט טל הייתה מבוססת על מתן עדיפות מוקדמת להורות, וכן על הפעלתה של דוקטרינת ההשתק. לגישתו של השופט טל, בפני בית המשפט ניצבו למעשה שתי ברירות: האחת –

⁹⁵ כבר בפסק דין שניתן לפני שנים רבות – רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו**, פ"ד מח(4) 70 (1994) – אימץ הנשיא שמגר פרשנות לתקנות שהביאה בחשבון את ההשפעה היתרה שהייתה לחברות הביטוח על ניסוחן, באופן שהצדיק בחירה בפרשנות "נגד המנסח", במובן של נגד הגורם שלו הייתה השפעה על הליך חקיקת המשנה. במקרה זה העימות הפוטנציאלי לא היה בין שתי אוכלוסיות מוחלשות, אלא בין קבוצת אינטרס מאורגנת לציבור הצרכנים. לטיעון כללי יותר בזכות התחשבות פרשנית בהשפעתן של קבוצות אינטרס על הליך החקיקה, ראו עוד עמ"ח כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317 (התשס"ח).

⁹⁶ ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485 (1995); דני"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661 (1996).
⁹⁷ זכות זו כפופה לקבלת אישור להפסקת היריון מוועדה רפואית לפי ס' 316 לחוק העונשין. על פי ההסדר הקבוע בסעיף, הוועדה רשאית לתת אישור להפסקת היריון לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה ההרה ואם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחרת מאלה: האשה היא למטה מגיל הנישואין, או שמלאו לה 40 שנים; ההיריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי, מגילוי עריות או מיחסים מחוץ לנישואין; הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; והמשך ההיריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לה נזק גופני או נפשי. כמו כן, קיים בחוק הסדר מיוחד המאפשר הפסקת ההיריון ללא אישור ועדה רפואית במקרים מיוחדים, כאשר היה צורך להפסיק את ההיריון מיד, לשם הצלת חייה של האשה או כדי למנוע ממנה נזק חמור שאין לתקנו (ס' 317 לחוק העונשין). על הסדר זה נמתחה לאורך השנים ביקורת לא מעטה. להרחבה, ראו נויה רימלט "מגישות חלקיות, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת: לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות היריון בישראל" **עיוני משפט** לט 415 (2016). כן ראו להלן בגוף הטקסט הצמוד לה"ש 127–131.

הורות כפויה; השנייה – עקרות. הוא סבר שהראשונה מביניהן היא הרע במיעוטו. אכן, הורות כפויה מטילה נטל נפשי ומחויבויות כספיות, אך עקרות כפויה שוללת את זכות היסוד הבסיסית להורות. יתר על כן, במקרה זה, האשה עברה תהליך קשה וחודרני שהתבסס על הסכמתו של דני להפוך לאב תוך הסתייעות בהפריה חוץ גופית ופונדקאות. השלמתו של הליך ההפריה שללה מן מהאשה אפשרויות אחרות שהיו יכולות להיות פתוחות בפניה, כמו הפריה על ידי תרומת-זרע, ולכן יש להתחשב בשינוי מצבה לרעה בשל כך שהסתמכה על הסכמתו של בן זוגה לתהליך.

ניתן לומר, כי השופטת שטרסברג-כהן כתבה את פסק דינה מנקודת מבט של פמיניזם ליברלי מסורתי. היא סירבה להכריע בעניין על בסיס הסטריאוטיפ החברתי של אימהות.⁹⁸ בנוסף, היא נתנה בכורה לזכות השלילית (הגנה מפני הורות כפויה) על-פני הזכות החיובית (הזכות להיות הורה) שגוררת עמה, לכאורה, נטלים. לעומת זאת, השקפה פמיניסטית שונה יכולה להוביל לפרשנות אחרת של איזון בין הזכויות. מנקודת מבט של אתיקה של דאגה, יש מקום לטענה שהאפשרות של חיי עקרות עשויה להיות מאיימת יותר ממצב של הורות בלתי רצויה, או אף להדגיש את המשקל המיוחד שיש לייחס להתחייבות שניתנה בגדרה של מערכת יחסים. הצגתו של טיעון זה אינה מבקשת להכריע בין שתי האפשרויות, אלא לחשוף את העובדה שפרשת **נחמני** חייבה לא רק להכריע באשר לאימוצה של השקפה פמיניסטית, אלא להכריע בין השקפות פמיניסטיות מתחרות.⁹⁹

דוגמה נוספת לקוחה מעניין **מילוא**, שנסב על בקשתה של העותרת לקבל פטור מלא משירות צבאי בגין טעמים מצפוניים "נוכח התנגדותה למדיניות צה"ל בשטחים".¹⁰⁰ העותרת ביססה את בקשתה על סעיף 39 לחוק שירות בטחון, המקנה לנשים פטור מיוחד משירות צבאי מחמת "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי".¹⁰¹ ועדת הפטור סירבה לאשר את בקשתה, מאחר שזו התבססה על ביקורת על מדיניות צה"ל בשטחים, ולא על התנגדות גורפת לשירות צבאי, כלומר הייתה זו סרבנות מצפון סלקטיבית. הכרעה זו תאמה את המדיניות הכללית שלא להכיר בסרבנות מצפון סלקטיבית, היינו, להיענות לבקשות שלא לשרת רק כאשר הן מבוססות על טעמים פציפיסטיים כלליים.¹⁰² הדיון בעתירה נדרש לכך שבניגוד להסדר בעניינין של נשים, חוק שירות בטחון אינו כולל הסדר כללי של פטור מטעמי מצפון, ולכאורה אינו מעניק כלל פטור מטעמי מצפון לגברים, שכן הפטור הניתן לגברים מבוסס על הסמכות הכללית לפטור משירות כעניין של שיקול דעת.¹⁰³ השאלה שהתעוררה בעניין **מילוא** הייתה, אפוא, כיצד לפרש את הפטור הסטטוטורי שחל על נשים בלבד: האם פטור זה חל רק על סרבניות מטעמי מצפון פציפיסטיים, בהתאם למדיניות הכללית שנהוגה כלפי גברים, או שמא הוא חל גם על סרבניות מטעמי מצפון אחרים, בעלי אופי סלקטיבי יותר? יתר על כן, האם החוק התכוון להעניק לנשים פטור מטעמי מצפון שהוא נפרד ועצמאי מהפטור המוענק מטעמי דת?

⁹⁸ דחייתו של סטריאוטיפ זה מתיישבת גם עם גישתו של הפמיניזם הרדיקלי.
⁹⁹ לימים, פסק הדין המקורי בערעור האזרחי שונה בדיון הנוסף, אך ללא התייחסות ישירה להנמקתו. בדיון הנוסף, רבים משופטי הרוב (החדשים) הונחו על-ידי שיקולי "צדק", והניחו שהמקרה נדון לרקעה של לקונה משפטית. לדיון מורחב בפרשה בהתייחס לבחירות הנורמטיביות של בית המשפט ולאיוון המקורי בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להפוך להורה: דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197 (1996); Daphne Barak-
¹⁰⁰ בג"ץ 2383/04 **מילוא נ' שר הביטחון**, נט(1) 166 (2004) (להלן: **עניין מילוא**).
¹⁰¹ סי' 39(ג) לחוק שירות בטחון.
¹⁰² בג"ץ 7622/02 **זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נז(1) 726 (2002).
¹⁰³ סי' 36 לחוק שירות בטחון.

בתשובה לשאלות אלה, אימץ בית המשפט העליון פרשנות מצמצמת לסעיף 39 לחוק שירות בטחון ודחה את עתירתה של מילוא. גם במקרה זה פסק הדין נכתב על ידי השופטת בהרכב, השופטת פרוקצ'יה. פסק הדין קבע כי יש לפרש את סעיף 39 כמקנה לנשים פטור משירות, רק כאשר טעמי הסירוב שלהן קשורים במסורת קהילתית או דתית. על פי השופטת פרוקצ'יה, "פטור מטעמי מצפון" בהקשר המיוחד של הוראה זו קשור קשר הדוק עם טעמים שבהכרה דתית, מסורתית או מינהגית-עדתית, המונעים מאשה מלשרת שירות בטחון באשר הוא שירות ביטחון".¹⁰⁴ היא המשיכה והסבירה כי "הפטור מטעמי מצפון הניתן לאשה מכח הדין נועד להגן על מעמדן של נשים בעדות מסורתיות אשר על פי תפיסת בני העדה שירותן בצבא אינו מתיישב עם שמירה על כבודן וצניעותן, ופעמים אף סותר הוראות מפורשות בציוויי הדת החלים עליהן".¹⁰⁵ פרשנות זו חיברה בין "טעמים שבמצפון" בסעיף 39 לבין "טעמים שבהווי משפחתי דתי", ולמעשה ביטלה את האפשרות לפטור עצמאי מסיבות מצפוניות שאינן דתיות במסגרת סעיף 39. בהתאם לכך, פטור מטעמי מצפון לנשים לא-דתיות, במידה שהוא קיים, מעוגן בסעיף 36, המאפשר לתת פטור מ"טעמים אחרים" וזהה בהיקפו לפטור שמוענק לגברים. בית המשפט קבע, למעשה, שלמרות ההוראה המיוחדת לנשים בעניין זה, דינן יהיה לעניין פטור מטעמי מצפון זהה לדינם של גברים.

כמו פרשת **נחמני**, גם עניין **מילוא** נתן ביטוי לעימות בין השקפות פמיניסטיות שונות. הנמקתו של בית המשפט מייצגת גישה פמיניסטית ליברלית בכל הנוגע להסדר הכללי החל על סרבנות מצפון (לצד הכרה בחריג של פטור מיוחד מחובת השירות לנשים בחברות מסורתיות).¹⁰⁶ בניגוד לכך, העמדה שיוצגה על ידי העותרת הייתה קרובה יותר לפמיניזם התרבותי – הן מבחינת התנגדותה למה שנתפס בעיניה כמיליטריזם והן מבחינת הנכונות לבסס את הטעון המשפטי על סעיפי חוק שמבחינים בין נשים וגברים ולתת להם פרשנות רחבה.¹⁰⁷

כדוגמה שלישית ישמש עניין **ש.י.ן**,¹⁰⁸ שנסב על עתירה נגד החלטתה של המועצה לשידורי כבלים ולוויין לאשר את עלייתו לאוויר של ערוץ פלייבוי, המשדר תכנים פורנוגרפיים. המחלוקת בפסק הדין נסבה על השאלה האם החלטה זו עמדה בניגוד להוראת החוק האוסרת על "הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול" כמו גם על "הצגת אדם או איבר מאבריו כחפץ זמין לשימוש מיני".¹⁰⁹ בהשראתו של הפמיניזם הרדיקלי, העותרות טענו שהחוק נועד למנוע כל הצגה של נשים כאובייקטים מיניים, וששידוריו של ערוץ הפלייבוי נופלים לגדר זה. בכך, הן דחו הבחנות שהוצגו בפני בית המשפט בין סוגים שונים של פורנוגרפיה וארוטיקה, והתנגדו לטיעון שהצגת נשים כאובייקטים מיניים צריכה לחסות תחת כנפי ההגנה על חופש הביטוי. בית המשפט העליון דחה את העתירה בפסק דין שניתן בהשראת התפיסה הליברלית-מסורתית בדבר חשיבותו של חופש הביטוי

¹⁰⁴ עניין **מילוא**, לעיל ה"ש 100, בעמ' 186.

¹⁰⁵ שם. עניין זה כשלעצמו, כמובן, עשוי לעורר מורכבויות אחרות מן ההיבט של רב-תרבותיות ומגדר, הנוגעות לשאלה הרחבה יותר של שילוב נשים בצבא.

¹⁰⁶ השופטת פרוקצ'יה תמכה באופן החלטי בקידום תפיסה שוויונית, ולא היה נכון לתת משקל לכך שדווקא בהקשרו של חוק שירות בטחון קיימות הבחנות רבות בין גברים לנשים, לרבות בכל הנוגע לפטור משירות צבאי, שעמד במרכז הדין. פסק הדין הוביל לשוויון בכל הנוגע לפטור מטעמי מצפון, אך שוויון זה הוחל על הקשר משפטי שעדיין רואה בשירותן של נשים בצבא "משהו שונה".

¹⁰⁷ לשם שלמות התמונה, חשוב לציין כי עתירתה של לאורה מילוא לא הוגדרה על-ידיה כעתירה פמיניסטית. היא גם לא טענה במישרין כי יש הצדקה מהותית להענקת פטורים משירות בהיקף שונה לנשים. אולם, בפועל, היא דרשה לקבל פטור על סמך הוראת חוק שחלה על נשים בלבד. כמו כן, היא בחרה לקיים מאבק משפטי בנושא, ולא ניסתה להימנע משירות בדרכי עקיפין. המשמעות הציבורית של מאבק נקבעת לא רק על-פי הצהרותיו של העותר. בהקשר זה, חשוב להוסיף כי בפועל המאבק של לאורה מילוא היה סנונית ראשונה שבעקבותיה הגיעו טענות סרבנות של צעירות אחרות. ראו עוד ברק' ארז "על טייסות וסרבניות מצפון", לעיל ה"ש 50.

¹⁰⁸ בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004) (להלן: עניין ש.י.ן).

¹⁰⁹ ס' 6כה(2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

וההגנה ה"שליטת" עליו. בעשותו כן הוא סרב לקבל טיעוני נגד ששאבו מבית מדרשו של הפמיניזם הרדיקלי, בדבר התרומה המשמעותית של פורנוגרפיה לדיכוי של נשים ולתופעות של אלימות מינית והפליה נגד נשים. בהקשר זה נדחתה גם הטענה לצורך בהגנה "חיובית" על כבודן של נשים.

פסק הדין המרכזי נכתב על ידי השופטת דורנר, המזוהה במידה רבה עם תמיכה בזכות לשוויון, ובכלל זה שוויון מגדרי, כמי שהייתה שותפה חשובה לדעת הרוב בעניין **מילר**.¹¹⁰ השופטת דורנר הסבירה כי גם פורנוגרפיה צריכה ליהנות מן ההגנה הפרוסה על פני הזכות לחופש ביטוי. לדבריה: "הביטוי הארוטי והפורנוגרפי – ובכללו אף כל תיאור של אקט מיני, קל כקשה – אינו שונה מכל ביטוי הראוי להגנה והוא מהווה חלק מן היצירה האנושית בתקופה המודרנית, מקדם את השיח הציבורי, ומשפיע על העמדות המשתנות בו".¹¹¹ השופטת דורנר ציינה כי את הזכות לחופש ביטוי יש לאזן מול זכויות אחרות, כדוגמת הזכות לכבוד האדם, שמגנה כמובן גם על כבודן של נשים. בהמשך לכך, השופטת דורנר עוררה את השאלה האם שידורים פורנוגרפיים פוגעים בזכותן של נשים לכבוד, ובהקשר זה נדרשה למחלוקת הקיימת באשר להתנגדות לפורנוגרפיה בקרב המחזיקים בדעות פמיניסטיות.¹¹² לצורך הדיון, היא הייתה נכונה להניח קיומה של פגיעה כזו, אם כי לא הכריעה בעניין, ובסופו של דבר קבעה כי בהתחשב במציאות הקיימת שבה פורנוגרפיה היא חוקית וזמינה באמצעי תקשורת אחרים שאינם שידורי טלוויזיה, הפגיעה הנוספת שנגרמת בגין השידורים השנויים במחלוקת "אינה יכולה להיות קשה במיוחד".¹¹³ פסק דינה של השופטת דורנר זכה להסכמתם של עשרת השופטים האחרים בהרכב, בכפוף להסתייגויות מסוימות של שניים מהם בהתייחס לשידורים של פורנוגרפיה מפורשת או קשה (hardcore).

ללא ספק, פסק הדין בעניין **ש.י.ן** חוזר ומדגים את פוטנציאל העימות בין תפיסות פמיניסטיות מתחרות. באופן ספציפי, מדובר בדוגמה מובהקת לעימות ישיר בין הפמיניזם הרדיקלי לפמיניזם הליברלי. ככלל, הפמיניזם הרדיקלי הוא תאוריה שאינה נרתעת מפטרנליזם, בין היתר בשל כך שהיא מבוססת על מודל של פירוק המנגנונים הקיימים והרכבתם מחדש, על המחירים הכרוכים בכך, ואילו הפמיניזם הליברלי מבוסס בין היתר על עקרונות של אי התערבות בחירות הפרט, ובכלל זה על הימנעות מפטרנליזם.¹¹⁴ חשוב להבהיר כי ההגנה הליברלית על חופש הביטוי לא נדונה בפסק הדין בזיקה ישירה לפמיניזם הליברלי, אך מבחינה תאורטית קיים קשר ברור בין תפיסה ליברלית כללית לבין הפמיניזם הליברלי השואב ממנה וחותר לשוויון מגדרי על יסוד עמדות שמדגישות חופש בחירה ושוויון הזדמנויות פורמלי בין גברים לנשים.

כדוגמה רביעית ישמש פסק הדין שנסב על חלוקת נטל תשלומי המזונות לילדים קטינים במצבים של משמורת משותפת.¹¹⁵ שאלה עקרונית זו נבחנה על רקע הגישה המסורתית לפסיקת מזונות המבוססת על הדין הדתי – שמטיל את עול התשלום בעיקרו (במסגרת הדין, להבדיל מדיני צדקה) על האב. כוח מניע חשוב של ההתדיינות בנושא היה החתירה העדכנית לשוויון מגדרי, שאומצה בהקשר זה לא רק על ידי פמיניסטיות מהאסכולה של פמיניזם ליברלי, אלא גם על ידי ארגוני הגברים.

¹¹⁰ עניין **מילר**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 128–145.

¹¹¹ עניין **ש.י.ן**, לעיל ה"ש 108, בעמ' 81.

¹¹² שם, בעמ' 85.

¹¹³ שם.

¹¹⁴ הבחירה בין תפיסות מנוגדות אלה עשויה להשתנות בין שיטות משפט שונות. כפי שכבר צוין, בארצות הברית, נדחתה הגישה המצדדת בהגבלתם של פרסומים פורנוגרפיים, ואילו בקנדה התקבלה גישה זו. להצגתה של הכרעת דין חלופית לאורה של השקפה פמיניסטית-רדיקלית, השוו: אורית קמיר "על פורנוגרפיה (הזניה מתועדת) וכבוד האדם: פסק הדין שלא נכתב" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 247 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

¹¹⁵ בע"מ 919/15 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 19.7.2017).

מנגד, הוצגו תפיסות שוויון מתחרות המביאות בחשבון את חלוקת התפקידים המסורתית דה-פקטו ברבים מן התאים המשפחתיים, שבהם עובר לגירושין האם משמשת כגורם המטפל העיקרי (כאמור, כעניין עובדתי, להבדיל מאשר על בסיס תפיסה נורמטיבית המצדדת בכך). פסק דינו של בית המשפט העליון בנושא הושפע על ידי הטענות הנוגדים, ואף ניתנו בו מספר דגשים בסוגיה בחוות הדעת השונות. עם זאת, בסופו של דבר אומצה בו גישה ששיקפה לא רק שיקולים של שוויון פורמלי (המתבטא בהתחשבות בהכנסותיהם של שני ההורים ובחלוקה של זמני השהייה של הקטינים ביניהם), אלא גם שיקולים שעניינם העבר המשפחתי וחלוקת התפקידים בו (המתבטאים למעשה הן היבטים של פמיניזם תרבותי והן היבטים של פמיניזם רדיקלי).¹¹⁶

מחלוקות בין הגישות הפמיניסטיות השונות עשויות להתעורר גם ביחס לסוגיות עקרוניות שעניינן דרכי הפעולה המתאימות לקידום שוויון. כך למשל, בעניין **קול ברמה**¹¹⁷ שנסב על בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד תחנת רדיו חרדית שלא אפשרה לנשים להתראיין בתכניות, נבחנה הסוגיה של הגשת הבקשה על ידי עמותת "קולך", ארגון זכויות המייצג נשים. הדיון התמקד למעשה בפרשנותו של סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, הקובע כי גם "ארגון" (כמשמעו בסעיף ההגדרות לחוק) יכול להגיש תובענה ייצוגית בגין הפליה במקומות ושירותים ציבוריים כאשר התובענה עוסקת בתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק ובלבד שקיים קושי להגיש את הבקשה בידי תובע בעל עילת תביעה אישית.¹¹⁸ התובענה שהגשתה התבקשה במקרה זה נועדה באופן ברור לקדם את השוויון הפורמלי. עם זאת, ההכרה באפשרות להגישה באמצעות ארגון נשים, להבדיל מאשר על ידי תובעות אינדיבידואליות, היא הודאה בכך שקידום השוויון אינו יכול להתבסס רק על כלים משפטיים מבית מדרשו של הפמיניזם הליברלי. דוגמה אחרת שנסבה על בחירה בדרכי פעולה מתאימות נוגעת לשאלת התמיכה במדיניות של העדפה מתקנת, המאפשרת להעדיף אשה (למשל, בהתמודדות על משרה) על בסיס התחשבות בהפליה המורשת של ציבור הנשים. בהקשר זה השאלה היא האם השוויון נבחן רק בפרספקטיבה אישית הממוקדת באדם ספציפי, או שמא גם בהקשר הרחב יותר של הרקע החברתי והקבוצתי שבו הוא גדל? שיטות משפט שונות אימצו במהלך השנים את הרעיון של העדפה מתקנת, גם אם במידה משתנה. במשפט הישראלי הוא זכה לאימוץ ברור גם בחקיקה, בעיקר בכל הנוגע למינויים בשירות הציבורי.¹¹⁹ לענייננו, השאלה הפרשנית המעניינת – שיש לה אף חשיבות מעשית – היא האם ההכרה בעקרון ההעדפה המתקנת היא חריג (לגיטימי) לעקרון השוויון, או ביטוי לעקרון השוויון עצמו. לשאלה זו עשויה להיות חשיבות הן מבחינת הגישה ליישומה של העיקרון (האם זו תהא "חשדנית" ומצמצמת שהרי מדובר בחריג לשוויון) והן מבחינת האפשרויות להרחבה של היקף תחולתו. בישראל, בית המשפט העליון קיבל את העמדה שההעדפה המתקנת היא ביטוי לעקרון השוויון ולא חריג לו,¹²⁰ בשונה מעמדתו המסורתית של בית המשפט העליון של ארצות

¹¹⁶ שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013).
¹¹⁷ רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות** (פורסם בנבו, 9.12.2015).
¹¹⁸ שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט דניאל דניצ'ר שכתב את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין. השופט דניצ'ר קבע כי "לעניין דרישת החוק להוכיח קושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית, בעיקרו של דבר מקובלת עלי הגישה הפרשנית שלפיה את המונח 'קושי' יש לפרש בכל עניין לפי נסיבותיו". בהמשך לכך, הוא מנה את האינדיקציות המעידות בהקשר הנדון על קושי כאמור, ובכלל זה חשש מפני חסמים תרבותיים המרתיעים תובעים בעלי עילה אישית לפנות לערכאות.
¹¹⁹ שני החוקים ש"פרצו את הדרך" לכך היו חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג–1993 וכן חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 7), התשנ"ה–1995. בעקבותיהם התקבלו גם תיקונים נוספים שעדכנו את היקפם.
¹²⁰ בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (1994). להרחבה ראו סוזי נבות ומורן קנדלשטיין-היינה "העדפה מתקנת כהפליה חוקתית" **ספר אליהו מצא** 145 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים), 2015.

הברית, שהתבטאה ביישום מצמצם מאד של היקף השימוש בהעדפה מתקנת.¹²¹ אפשר להוסיף כי תאוריות פמיניסטיות אחרות עשויות לתמוך בהעדפה מתקנת גם מההיבט של הכלת קולותיהן של נשים מרקעים שונים.¹²² בהתאם לכך, כאשר חותרים לייצוג הולם, נדרשת מודעות למגוון ולשונות בקרב קבוצת הנשים.¹²³ כמובן, ההכרעה בשאלה זו אינה רלוונטית רק להעדפה מתקנת של נשים, אלא גם של יחידים מקבוצות מוחלשות אחרות שסבלו מקיפוח היסטורי.

בשלב זה, כפי שהוצע במסגרת הדיון בפרשנות המגנה על אוכלוסיות מוחלשות, במקום להכריע בין הגישות הפמיניסטיות המתחרות, אבקש להציע עקרון-על פרשני שהשימוש בו עשוי לעמעם את הצורך בבחירה ביניהן. על פי עיקרון זה, יש להעדיף אותה חלופה פרשנית שאינה כרוכה בהטלת נטלים חברתיים לא-מידתיים על נשים. עמדה פרשנית זו מוצעת בהשראת כתיבתה של קתרין ברטלט, שגרסה כי תורת משפט פמיניסטית צריכה להיות מבוססת על "שאלת האשה", היינו על בחינת ההשפעה של כללים משפטיים נוהגים על מצבן של נשים בחברה.¹²⁴ הצגתה של שאלה זו מאפשרת לחשוף את האופי המוטא או המפלה באופן סמוי של כללים משפטיים הנחזים כניטרליים על פניהם. ברטלט עשתה שימוש במתודה זו לשם דיון ביקורתי במשפט הקיים. כך למשל, הצגתה של "שאלת האשה" מחדדת את העובדה שהוצאתם של הריונות מן הכיסוי של ביטוח רפואי מהווה כלל המפלה נשים.¹²⁵ אולם, למעשה, ניתן להרחיב את השימוש במתודה זו גם לשם דיון פרשני. חשוב, כמובן, להדגיש שהכרה בהשפעה הבלתי מידתית של כלל מסוים על נשים אינה תמיד מספיקה. יש גם לשלול את הלגיטימיות של תוצאה זו.¹²⁶

הצגתה של "שאלת האשה" מספקת זווית מועילה להתבוננות נוספת במחלוקות בסוגיה של הפלות. בישראל, חוק העונשין קובע איסור פלילי על הפלות, אך מגביל אותו בסייגים, ובכלל זה ביצוע הפלה על פי אישור של ועדה להפסקת הריון בגדר אחת מן העילות המוכרות בחוק.¹²⁷ חוקתיותו של

¹²¹ מאחר שבית המשפט העליון האמריקני רואה בהעדפה מתקנת חריג לעקרון השוויון, הרי שעל תוכניות העדפה מתקנת על בסיס גזע, שהן הרווחות ביותר שם, הוחלה גישה של ביקורת שיפוטית קפדנית (strict scrutiny), בהתאם לכלל שיושם בכל הקשר שבו הועלתה טענה של הפליה גזעית.

¹²² Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139 (1989); PATRICIA J. WILLIAMS, *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS: A DIARY OF A LAW PROFESSOR* (1991).

¹²³ הבטחת ייצוג הולם של נשים המגיעות מרקעים שונים אינה נדרשת, בדרך כלל, בחקיקה במפורש. חריג לכך הוא ס' 1ג6(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. החוק מורה כי "בוועדה ציבורית ובצוות שמינו הממשלה, ראש הממשלה, שר, סגן שר או מנהל כללי של משרד ממשלתי... יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסיה"; בג"ץ 3974/08 עמותת איתן – משפטניות למען צדק חברתי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.2008). (עתירה למנות אישה בדואית לוועדה ציבורית שתפקידה היה להציע מדיניות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב. הוועדה כללה אשה יהודיה); בג"ץ 2475/09 עמותת איתן, משפטניות למען צדק חברתי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 29.3.2009). (עתירה נגד הרכב הוועדה לבחינת המבנה המוניציפלי הרצוי בכל הנוגע לתחום העיריות רמלה ולוד. העותרות ביקשו למנות לוועדה אשה ערביה. בנסיבות הענין, בית המשפט נמנע ממתן צו ביניים בנסיבות שבהן מונתה בינתיים לוועדה אשה); בג"ץ 2475/09 עמותת איתן משפטניות למען צדק חברתי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.1.2010). (בהמשך להחלטתו הקודמת בעניין זה, בית המשפט פסק כי הסוגיה העקרונית היא בעלת חשיבות, ובכלל זה השאלה "באיזו מידה יש לתת ביטוי בהליך המינוי להיבט המגזרי שבין קבוצות נשים שונות". בהמשך לכך, הוא קבע כי על המדינה לגבש נוהל שיביא לידי ביטוי את כללי היישום הראויים של הדין בנושא).

¹²⁴ Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV. 829, 837-849 (1990) (להלן: ברטלט). הצעתה של ברטלט מהווה הרחבה ושכלול של כתיבה קודמת בנושא, כדוגמת Heather Wishik, *To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence*, 1 BERKELEY WOMEN'S L. J. 64 (1985). כפי שברטלט עצמה מציינת ההתייחסות ל"שאלת האשה" קיבלה השראה ראשונית מכתבתה של סימון דה בובואר, שהציגה בספרה את השאלה המפורסמת "מהי אישה?". ראו סימון דה בובואר *המין השני* כרך ראשון: העובדות והמיתוסים 11 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001).

¹²⁵ דוגמה מפורסמת זו מבוססת על פסק הדין האמריקני *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), שבו בית המשפט העליון של ארצות הברית כשל בזיהוי אופיו המפלה של הכלל, אשר הוצג בפסק הדין כמבחין בין שתי קבוצות אנשים – אנשים בהיריון ואנשים שאינם בהיריון.

¹²⁶ כפי שהבחנה נחשבת להפליה רק אם אינה מבוססת על "שוני רלוונטי".
¹²⁷ ס' 312-321 לחוק העונשין.

הסדר זה לא נדונה בבג"ץ מאחר שהחקיקה האמורה חוסה תחת כנפיה של פסקת "שמירת הדינים" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁸ אולם, במדינות אחרות – כדוגמת ארצות הברית וגרמניה – המחלוקת בסוגיית ההפלות נדונה כמחלוקת פרשנית באשר למשמעותם של טקסטים חוקתיים שאינם נוקטים עמדה מפורשת בנושא. כידוע, בארצות הברית בית המשפט העליון הכיר בזכות להפלה בשלבים הראשונים של ההיריון, על בסיס הכרה בזכות החוקתית הבלתי כתובה לפרטיות.¹²⁹ לעומת זאת, בגרמניה, בית המשפט החוקתי סרב להכיר בזכות אוניברסלית להפיל, אך כיבד את בחירתו של המחוקק לאפשר בחירה בהפלה בשלבים הראשונים להיריון, בכפוף לקבלת ייעוץ קודם לכן.¹³⁰ הפנייה ל"שאלת האשה" מאפשרת לראות מעבר להבדלים אלה את המכנה המשותף לשתי ההחלטות: התנגדות לעמדה השוללת באופן גורף בחירה בהפלה. שלילה גורפת כזו של הבחירה בהפלה, גם בנסיבות בריאותיות או משפחתיות קשות, כרוכה בהטלתו של נטל חברתי לא-מידתי על נשים, בהתחשב בכך שהריונות משפיעים במישורין על בריאותן של נשים, ולא על בריאותם של גברים, ושמבחינה חברתית הטיפול בילדים נעשה, לעת עתה, יותר על ידי נשים.¹³¹ השאלה גם מאפשרת להימנע מהכרעה באשר לתשובה נשית "נכונה" לשאלת ההפלות – הכרעה שהייתה עשויה להתמקד בהבדלים בין גישות פמיניסטיות שונות, למשל בין עמדה הקוראת לנשים להקריב מעצמן ולהתנגד להפלות בשם אתיקה של אימהות והתחשבות בזולת לבין עמדה רדיקלית המדגישה הכרה נרחבת בזכות להפיל על רקע חשיפה של נשים רבות למין כפוי ולהריונות לא רצויים כתוצאה ממנו.

הקשר נוסף שבו איתורו של נטל לא-מידתי שבו נושאות נשים יכול להשפיע על בחירות פרשניות הוא הדיון באיסורים הפליליים על אלימות המכוונת כלפי נשים. אלימות במשפחה פוגעת בנשים ובילדים באופן לא-מידתי, ולכן בחירה בחלופות פרשניות המקדמות אכיפה של איסורים אלו היא בחירה פמיניסטית.¹³² הוא הדין באימוץ של פרשנות המעודדת הגשת תלונות בגין אלימות כלפי נשים, ולמצער אינה יוצרת הרתעה מפני הגשתן.¹³³ בדומה לכך, פרשנותה של ההגנה העצמית במשפט הפלילי באופן שמתחשב בנחיתות הפיזית של נשים ובחוסר ניסיון היחסי במאבקים פיזיים, צפויה

¹²⁸ סי' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹²⁹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

¹³⁰ Gerald L. Neuman, *Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and The Right to Protection in the United States and Germany*, 43 AM. J. COMP. L. 273 (1995)

¹³¹ להכרה במעמד המיוחד של האשה בכל הנוגע לעובר מבחינת כללי האחריות שעניינם פגיעה בעובר, ראו רע"פ 7036/11 **מדינת ישראל נ' חורי** (פורסם בנבו, 24.4.2014); דלילה אמיר וניבה שושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל: מדיניות ההפלות כמקרה בוחן" **העצמה במשפט** 279, 282, ה"ש 15 (התשס"ח).

¹³² ראו Sheilah L. Martin, *Some Constitutional Considerations on Sexual Violence Against Women*, 32 ALTA. L. REV. 535 (1994).

¹³³ דוגמה אפשרית לכך נסבה על פסק הדין שניתן בע"א 7426/14 **פלוגית נ' דניאל** (פורסם בנבו, 14.3.2016). שם, פסי' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. באותו מקרה נדון ערעורן של מספר נשים אשר טענו כי המשיב ביצע בהן מעשי אונס, ובשל כך הגישו תלונות במשטרה וכן תביעות אזרחיות כנגדו. בנוסף, הן פעלו במישורים נוספים כגון פניה ללשכת עורכי הדין בתלונה על המשיב, שהוא עורך דין, ועריכת הפגנות מול ביתו. המשיב הגיש תביעה כנגד אותן נשים, שבה טען כי הטענות נגדו הן כוזבות וכי הפרסומים שנעשו בקשר אליהן עלו כדי הוצאת לשון הרע. בית המשפט המחוזי דחה את תביעותיהן של הנשים ומנגד קיבל את התביעה שכנגד של המשיב, ועל כן חייב אותן בפיצויים בסך כולל של למעלה ממיליון שקל. שני הצדדים ערערו לבית המשפט העליון, שדחה פה אחד את ערעורו של המשיב, וקיבל חלקית ברוב קולות (השופטים עמית ושהם) את ערעורן של הנשים, תוך הפחתת הפיצוי שהושת עליהן. באותו מקרה סברתי, בדעת מיעוט, כי לנשים המערערות עומדת הגנת תום הלב ביחס להגשתן של התלונות למשטרה וללשכת עורכי הדין, ועל כן יש מקום לפסיקת פיצוי נמוך יותר מזה שקבעה דעת הרוב. בחוות דעתי התייחסתי לטענה שהועלתה באשר לכך שהנשים "תזמנו" לכאורה את הגשת תלונותיהן נגד המשיב בהתאם למועד הגשת התלונות זו של רעותה וכן בהתאם לאירועים חיצוניים שהתרחשו באותה תקופה. בעניין זה ציינתי כי "ניסיון החיים מלמד כי לעתים תלונה של מתלוננת אחת מהווה 'רוח גבית' עבור מתלוננות אחרות שקודם לכן החרישו מתוך חשש למצוא עצמן בודדות במערכה ומותקפות". שם, בפסי' 27 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. עניין נוסף שאליו התייחסתי הוא העובדה שהנשים נשארו ביחסי קרבה עם המשיב גם לאחר הפגיעה הנטענת מצדו, על אף שלא היו ביניהם יחסי תלות או משפחה פורמאליים. בהקשר זה הדגשתי כי אין מקום לזקוף זאת לחובתן, בהתחשב בכך שלא אחת תלות רגשית, נפשית או חברתית עשויה לגרום לקורבן שלא לנתק את הקשר עם מי שפגע בו. זהו מקרה שבו אפשר להבין את המחלוקת שהתגלעה בפסק הדין בכל הנוגע להטלת האחריות בגין התלונות במשטרה כמחלוקת פרשנית שעניינה יסוד "תום הלב" בהגנה שחלה על הגשת תלונות מסוג זה.

לתרום ליישום שלה באופן שלא יכביד יותר על נאשמות העומדות לדין בשל כך שהתגוננו תוך שימוש בנשק בנסיבות כאלה (כשם שיתרום גם לאי-הכבדה על נאשמים שאינם מתאימים לסטריאוטיפ הגברי).¹³⁴ הדברים אמורים בפרט בכל הנוגע לסיטואציות שבהן נשים נוקטות באלימות במסגרת הגנה עצמית מפני תקיפה מינית, חד פעמית או כזו שחוזרת על עצמה.

על רקע כל האמור, אני סבורה כי הגישה המוצעת, המתמקדת כאמור באיתור כללים התורמים לחלוקת נטלים חברתיים באופן לא-מידתי ובפרשנותם באופן שמתקן זאת, היא בעלת יתרונות ברורים. ראשית, גישה זו היא בעלת נטייה פחותה לעורר את הבדלי ההשקפות הקיימים בתוך הקהילה הפמיניסטית, גם אם אינה יכולה להעלים אותם לחלוטין. שנית, הצגתה של "שאלת האשה" היא מתודה שמתאימה עצמה להקשר ונמנעת מהנחות מקדימות לגבי "נשים" כקטגוריה חברתית. על פיה, איתורו של נטל שאינו פרופורציוני מהיבטן של קבוצות נשים מסוימות היא טעם מספק לבחירה בחלופה פרשנית אחרת. גמישות זו המתאפיינת בהתאמה להקשר מאפשרת שימוש מועיל ב"שאלת האשה" גם מהיבטן של תאוריות פוסט-מודרניות המסתייגות מהגדרות מקובעות למושג "אשה",¹³⁵ כמו גם מהיבטה של הביקורת המתמקדת בפרספקטיבה של נשים שלהן השתייכות זהותית או מעמדית נוספת.¹³⁶ מעבר לכך, זוהי גישה המשקפת את המסורת הפמיניסטית של התמקדות בפרקטיקה ובעובדות.¹³⁷

לבסוף, אבקש להוסיף כי לשיטתי השימוש ב"שאלת האשה" מבטא גישה כללית יותר, שהבעתי בעבר, ולפיה ביסודה של החשיבה על כללים משפטיים, הענקת זכויות והטלת חובות צריכה לעמוד התבוננות בהשפעתם של כללים אלה על הפרט שבעניינו נדרשת הכרעה. במילים אחרות, השימוש ב"שאלת האשה" מביא לידי ביטוי גם את התפיסה הרחבה יותר שלפיה במסגרת העיסוק המשפטי – בפרשנות ובהקשרים אחרים – יש "לשים את האדם במרכז".¹³⁸

סיכום

העיסוק בכללי פרשנות הוא חשוב לא רק משום שאלה הם "כלי העבודה" של הפרקטיקה המשפטית בכלל והשיפוטית בפרט, אלא גם מכיוון שהם אמצעים רבי ערך לחתירה לצדק חברתי ובין-אישי במסגרת המשפט. באופן יותר ספציפי, הגישה שהוצעה במאמר התמקדה בשימוש בפרשנות ככלי מעצים, המבקש למנוע חלוקה לא-מידתית של נטלים חברתיים. כפי שציין אהרן ברק בספרו על פרשנות במשפט, "הפרשנות יורדת לשורש המבנה החברתי ולבסיס היציבות החברתית ומערך הכוחות בחברה נתונה. היא מצויה ב'תפר' שבין תורת משפט לבין משפט חוקתי. היא קשורה קשר אמיץ

¹³⁴ השוו דפנה ברק־ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115, 122–123 (1997). ראו גם חוה דיין ועמנואל גרוס "הגנה עצמית בנסיבות של אלימות במשפחה: הצעה לתיקון חוק העונשין" הארת דין ו 1 (התשע"ב).

¹³⁵ לביקורת הפוסט-מודרנית על פמיניזם, ראו Judith Butler, Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity (1990).

¹³⁶ ראו Angela Harris, Race and Essentialism in Feminist Legal Theory, 42 STAN. L. REV. 581 (1990); Williams, לעיל ה"ש 122.

¹³⁷ ברטלט, לעיל ה"ש 124, בעמ' 849. ברטלט עצמה מאפיינת את המתודה המשפטית שלה "טיעון פמיניסטי פרקטי" (feminist practical reasoning).

¹³⁸ להרחבה על גישה זו, ראו דפנה ברק־ארז "פתח-דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5 (2016).

לבעיות יסוד של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון החוק".¹³⁹ מי שמבקש להשתתף ביצירתו של עולם משפטי טוב יותר, אינו יכול אפוא להתעלם מנתיב חשוב זה שבו המשפט מתפתח וצומח.

¹³⁹ ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 51.