

## פרשנות פמיניסטית

### דפנה ברק-ארז\*

המאמר בוחן את הפוטנציאל הטמון בחשיבה הפמיניסטית לצורכי פרשנות משפטית. בעבר, גישות מפלות וסטראוטיפים הותירו חותמם על המסורת המשפטית, ובכלל זה על הפרשנות המשפטית. כיום, החשיבה הפמיניסטית יכולה לשמש משקל נגד למסורת זו. פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות שבאמצעותן המשפט מתפתח, ולכן היא אמורה לשמש אמצעי רב-ערך לתיקון של הטיות לא צודקות שקיימות בו. המאמר בוחן את האתגר של פרשנות פמיניסטית מתוך מודעות לריבוי הפנים בחשיבה הפמיניסטית. מוצגות בו דוגמאות לדגשים פרשניים שונים שצפויים לנבוע מיישומן של גישות פמיניסטיות שונות (חתימה לפרשנות שתמוך בניטרליות מגדרית מנקודת המבט של הפמיניזם הליברלי; חתימה לפרשנות שתנטרל את היתרון הנובע מהכפפה חברתית מנקודת המבט של הפמיניזם הרדיקלי ועוד). בהמשך לכך, המאמר דן במתחים שעשויים לנבוע מיישומן של גישות פמיניסטיות שונות בהקשרים פרשניים, תוך הדגמה מפסקי דין בולטים של בית המשפט העליון. לבסוף, המאמר מתמקד בגישה פרשנית שהשימוש בה עשוי לעמעם את הצורך בבחירה בין התפיסות הפמיניסטיות השונות. גישה זו מבוססת על "שאלת האישה", היינו על בחינת ההשפעה של כלים משפטיים נוהגים על מצבן של נשים בחברה, וקוראת להעדפתה של פרשנות שאינה כרוכה בהטלת נטל חברתי לא-פרופורציוני על נשים.

א. מבוא. ב. ריבוי הפנים של הפרשנות הפמיניסטית. ג. פרשנויות פמיניסטיות סותרות. ד. פרשנות ו"שאלת האישה": מתאוריה להקשר. ה. סיכום.

\* פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וגיודי קולטון, מנהלת מרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המאמר מהווה פיתוח של "Her-meneutics: Feminism and Interpretation", שעתיד להתפרסם כפרק בספר - FEMINIST CONSTITUTIONALISM (Beverly Baines, Daphne Barak Erez & Tsvi Kahana eds., forthcoming). אני מודה לעפרה בלוך על עזרתה בהכנת גרסה מורחבת זו של הדברים.

## א. מבוא

מהו הקשר בין פמיניזם לפרשנות? גישות מפלות וסטראוטיפים הותירו חותמם על המסורת המשפטית. על רקע זה, לפמיניזם חייב להיות חלק חשוב ביצירת משקל נגד למסורת זו. פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות שבאמצעותן המשפט מתפתח, ולכן היא אמורה לשמש אמצעי רב-ערך לתיקון של הטיות לא צודקות שקיימות בו. באופן שאפתני אף יותר ניתן להציג את הקשר בין פמיניזם לפרשנות באופן הבא: הביקורת הפמיניסטית היא פרספקטיבה פרשנית חדשה על הידע האנושי בכלל, ועל הספֶרה המשפטית בפרט. הדוגמאות הקלאסיות להשפעתם השלילית של סטראוטיפים וגישות מפלות על הפרשנות המשפטית לקוחות ממקרים שבהם מסמכים ניטרליים לכאורה פורשו כלא חלים על נשים או כחלים עליהן באופן שונה, 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 ההוראה החוקתית המקנה זכות לשוויון (equal protection of the laws). הוראה זו פורשה כלא חלה על נשים – וכך נדחו טענותיהן של מירה ברדוול, שדרשה להכיר בזכותה להתקבל ללשכת עורכי הדין של אילינוי<sup>1</sup>, ושל וירג'יניה מיינור, שדרשה להכיר בזכותה להצביע בבחירות<sup>2</sup>. זאת, חרף העובדה שהחוקה האמריקנית מנוסחת בלשון ניטרלית המקנה את הזכויות המעוגנות בה ל"כל אדם", ולכן ניתן היה לפרשה כמקנה זכויות שוות גם לנשים. למעשה, טענות המבוססות על זכותן של נשים לשוויון על פי החוקה החלו צולחות בזירה המשפטית האמריקנית רק בשנות השבעים של המאה העשרים – כמאה שנים מאוחר יותר<sup>3</sup>. דוגמאות להשפעתה של הפרשנות על קביעת תוצאתה השוויונית או המפלה של הנורמה קיימות למכביר גם במקורות היהדות. כך, למשל, הפסוק "שום תשים עליך מלך"<sup>4</sup> פורש באופן השולל מילוי תפקידי שלטון על ידי נשים, תוך הדגשת המילה "מלך" להבדיל מ"מלכה"<sup>5</sup>, לאור המגדריות הטבועה בכל מילה כמעט בשפה העברית. במקביל, ניתן להצביע על דוגמאות לקידומו של ערך השוויון גם במסגרת נורמות משפטיות שביסודן אינן שוויוניות. דוגמה כזו ניתן להביא מסיפורן של בנות צלפחד, שאתגרו את דיני הירושה

1. Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130 (1873).

2. Adam Winkler, *A Revolution Too*: Minor v. Happersett, 88 U.S. 162 (1875).  
Soon: Woman Suffragists and the "Living Constitution", 76 N.Y.U. L. Rev. 1456 (2001).

3. Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971): פסק הדין שמציין את תחילת השינוי הוא:

4. דברים יז 15.

5. פירוש רמב"ן על התורה, דברים יז, 15.

המקראיים בנסיבות שבהן אין לאב המת יורש זכר. דרישתן של בנות צלפחד התקבלה, והחוק המקראי שונה בנוגע למקרים מסוג זה<sup>6</sup>. למעשה, הסיפור מדגים הן את הפוטנציאל הטמון ברפורמה המבוססת על פרשנות והן את מגבלותיה. במקרה של בנות צלפחד, האתגר הפמיניסטי הוביל אמנם לחוק שוויוני יותר, אך המבנה המגדרי שביסוד דיני הירושה נותר על כנו.

מאמר זה בוחן את התרומה הפוטנציאלית של פרשנות פמיניסטית למשפט. לאחר המבוא (פרק א') המאמר פותח בהצגת הגיוון הקיים בחשיבה הפמיניסטית, ובהתאם לכך מצביע על ריבוי הכיוונים הפרשניים הנובעים באופן פוטנציאלי מאימוץ גישה פמיניסטית לפרשנות (בפרק ב'). בהמשך לכך, המאמר דן גם במתחים שעשויים לנבוע מיישומן של גישות פמיניסטיות שונות בהקשרים פרשניים (בפרק ג'). לבסוף (בפרק ד'), המאמר מצביע על נקודות ההסכמה שאליהן יכול להוביל אימוץ של גישה פמיניסטית לפרשנות – תוך חתירה להימנעות מפרשנות שתטיל נטל חברתי כבד ובלתי־שקול על נשים – ומסכם את הדיון (בפרק ה') באמצעות הדגשת הפוטנציאל הטמון בפרשנות פמיניסטית.

## ב. ריבוי הפנים של הפרשנות הפמיניסטית

”פמיניזם” אינו תאוריה אחת, ולכן חשוב להדגיש כבר בשלב זה, שגישה פמיניסטית לפרשנות יכולה להוביל לכיוונים שונים, בהתאם לתאוריה הפמיניסטית שמשמשת כמקור השראה למהלך הפרשני.

1. **פמיניזם ליברלי ופרשנות** – הפמיניזם הליברלי אשר מתמקד במאבק על שוויון הזדמנויות ודוחה הבחנות סטראוטיפיות בין נשים לגברים, יכול לשמש מקור השראה לשימוש באמצעים פרשניים המכוונים להשגת שוויון הזדמנויות פורמלי. ראשית, הפמיניזם הליברלי יקפיד על כך שטקסטים ניטרליים מבחינה מגדרית ייקראו כחלים על נשים וגברים (בניגוד לתקדימים ההיסטוריים שהוזכרו, ושבהם גם ניסוח ניטרלי פורש באופן מפלה)<sup>7</sup>. שנית, הוא ישאף להעניק משמעות מצומצמת ככל שניתן לחריגים המכירים בתחולה של כללים שונים על נשים וגברים<sup>8</sup>. בתקופה שקדמה לחקיקת חוקי־היסוד על זכויות האדם – כאשר בית המשפט העליון היה מנוע מלמתוח ביקורת שיפוטית על חוקים – פסיקתו

6 במדבר כז 1–11.

7 ראו: עניין *Bradwell*, לעיל ה”ש 1; עניין *Minor*, לעיל ה”ש 2.

8 לטכניקות פרשנות אלו, ראו גם: Daphne Barak-Erez, *Can Equality Survive Exceptions?* 107 MICH. L. REV. FIRST IMPRESSIONS 134, 136 (2009).

בתחום של שוויון התמקדה בפיתוח אסטרטגיות פרשניות אלה. כך, בעניין **מילר**<sup>9</sup> נפסק כי ההסדרים המיוחדים בחוק שירות ביטחון<sup>10</sup> לגבי שירותן של נשים אינם מצדיקים סירוב כללי וגורף לשקול את מועמדותן לקורס טיס צבאי<sup>11</sup>. באותו אופן, בעניין **שקדיאל**<sup>12</sup> ובעניין **פורז**<sup>13</sup> בית המשפט העליון דחה את האפשרות של הבחנה בין גברים לנשים לצורך מילוי תפקידים בתחום של שירותי הדת היהודיים, אף שהחקיקה מכירה בהבחנה זו לצורך מינוי לתפקידי רבנים ודיינים. בתחום משפטי אחר לחלוטין, בית המשפט העליון פירש הוראות חוק מפלות בנוגע למיסוי של נשים נשואות<sup>14</sup> כיוצרות חזקה עובדתית בלבד, הניתנת לסתירה במקרים שבהם ניתן להוכיח כי הכנסתה של האישה אינה תלויה בזו של בעלה<sup>15</sup>.

פרשנות התומכת בשוויון הזדמנויות, ברוח הפמיניזם הליברלי, מועילה במיוחד כאשר שיטת המשפט מכירה במפורש בכוח הפרשני לעדכן כללים מסורתיים ואף לשנותם. ניתן להביא דוגמה לכך מעניין **שילובנת**<sup>16</sup>, 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 את תפקיד ראש השבט. בית המשפט קבע כי ההכרה בדין המנהגי בחוקה הדרום-אפריקנית<sup>17</sup> כפופה לכוח לפרשו בדרך שמקדמת שוויון בין המינים<sup>18</sup>.

- 9 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).
- 10 חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: "חוק שירות ביטחון") קובע תקופת שירות חובה של שנתיים לנשים, בשונה מתקופת שירות החובה של גברים שהיא שלוש שנים. נוסף לכך, יש כמה חריגים שחלים עליהן – נשים בהיריון, נשים נשואות ואימהות, כולן פטורות משירות, כמו גם נשים שמצהירות שאינן יכולות לשרת מסיבות דתיות או מצפוניות.
- 11 העותרת, שלא התקבלה לקורס טיס, לא קראה תיגר על ההסדר הסטטוטורי החל על שירות צבאי של נשים. בית המשפט העליון, שסירב להצדיק את מדיניות הצבא במקרה זה, נקט בכך עמדה פרשנית שלא נתנה משקל לחריג, אלא לכלל.
- 12 בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988).
- 13 בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988).
- 14 ס' 66–64 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.
- 15 ראו ע"א 900/01 **קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4**, פ"ד נו(3) 750 (2003). גישה דומה, המתנגדת להכרה בחזקות בלתי-ניתנות לסתירה יושמה גם בע"א 3185/03 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' פלם**, פ"ד נט(1) 123 (2004).
- 16 *Shilubana v. Nwamitwa*, 2008 (9) BCLR 914 (CC) (S. Afr.).
- 17 S. Afr. Const. 1996, § 211.
- 18 במקרה זה, מלאכתו של בית המשפט החוקתי הייתה קלה יחסית, משום שבעלי הסמכות השבטית החליטו להכיר בזכותה של אישה לרשת את תפקיד ראש השבט. בנסיבות אלה, בית המשפט היה צריך רק לסמוך ידיו על ההחלטה (תוך דחיית טענותיו של גבר, שהיה זכאי לרשת את התפקיד אילו לא יושם במקרה זה עקרון השוויון).

2. **פמיניזם תרבותי ופרשנות** – הפרספקטיבה של הפמיניזם התרבותי מדגישה את “הקול השונה” של נשים ומתמקדת בדבקותן באתיקה של דאגה לזולת<sup>19</sup>. לפיכך, הפמיניזם התרבותי יכול לשמש כמקור השראה לפרשנות שמבקשת לקדם במסגרת המשפט הקיים הכרה בחובות פוזיטיביות (חיוביות) לפעול, להבדיל מחובה להימנע מגרימת נזק בלבד. בעבר, גישה זו יושמה על ידי כותבות שביקשו לפתח את דיני הנזיקין במתכונת שמכירה בחובה להגיש עזרה (בניגוד לתפיסה המסורתית של המשפט המקובל)<sup>20</sup>. למעשה, גישה זו יכולה לתרום גם לדיון החוקתי, שבו היא צפויה לחזק את הקריאה להכיר בחובות חיוביות של המדינה כלפי אוכלוסיות מוחלשות, למשל באמצעות הגנה על זכויות חברתיות. מאחר שחוקות רבות אינן כוללות הכרה מפורשת בזכויות חברתיות, נכונות פרשנית לקרוא אל תוכן גם חובות חיוביות היא בעלת חשיבות רבה. כך, למשל, סעיף 21 לחוקה ההודית, שמגן על הזכות לחיים ועל החירות האישית, פורש כבסיס להגנה גם על זכויות חברתיות, כמו הזכות לקורת גג<sup>21</sup>. פרשנות זו לא הונחתה על ידי גישה פמיניסטית באופן ישיר, אך היא מהווה דוגמה מאירת עיניים לנכונות להכיר בזכויות הכרוכות בדאגה לזולת במסגרת מסמכים חוקתיים קיימים, הפתוחים לפרשנויות שונות.

גישה מהוססת יותר להתלבטות פרשנית באשר להכרה בזכויות חברתיות במסגרת טקסטים שאינם מכירים בהן במפורש באה לידי ביטוי בפסיקה בקנדה ובישראל. בקנדה, שאלת המעמד החוקתי של הזכויות החברתיות הושארה בצריך עיון בפסק הדין בעניין **גוזלין**<sup>22</sup>. במקרה זה, ההליך נסב על חקיקת רווחה שקבעה, באופן נוקשה, כי קצבת הרווחה שלה זכאים נתמכים מתחת לגיל שלושים תהיה כשליש מגובה הקצבה של נתמכים מבוגרים יותר. בית המשפט העליון של קנדה קבע כי חקיקה זו לא הפרה את זכותה של המערערת לחיים, לחירות ולביטחון על פי סעיף 7 של הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות. עם זאת, הוא הוסיף וציין כי אינו שולל את האפשרות של קריאת סעיף זה כמטיל חובות חיוביות על המדינה. השופטת אבלה אף הוסיפה וקבעה שסעיף 7 מטיל על המדינה חובה חיובית לספק לאזרחיה את אמצעי המחיה הבסיסיים<sup>23</sup>. בישראל, שאלת ההכרה בזכויות חברתיות נדונה,

- 19 קרול גיליגן **בקול שונה** – **התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה** (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).
- 20 ראו: Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. : 3, 30–36 (1988).
- 21 Jayna Kothari, *Social Rights Litigation in India*: art. 21 INDIA CONST. : 21 *Developments of the Last Decade*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 171 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).
- 22 *Gosselin v. Quebec (A.G.)* 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429.
- 23 **שם**, פס' 82. **לפירוט**, ראו: **POVERTY: RIGHTS, SOCIAL CITIZENSHIP, AND LEGAL ACTIVISM**: 82. **לפירוט**, ראו: (Margot Young, Susan B. Boyd, Gwen Brodsky & Shelagh Day eds., 2007).

כידוע, בעניין מחויבות<sup>24</sup>, שנסב על קיצוץ משמעותי בקצבאות הבטחת ההכנסה, ובנוסף לכך ביטול הטבות נוספות שלהן היו זכאים מקבלי הקצבאות. העתירה התבססה על הטענה, ששינויים אלו הובילו לפגיעה ברכיב החברתי של הזכות החוקתית לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון דחה את העתירה. דעת הרוב, שנכתבה על ידי הנשיא דאז אהרן ברק, הכירה בזכות החוקתית לכבוד, אך במתכונת מהוססת המוגבלת להכרה בחובה החיובית להבטיח קיום מינימלי בכבוד<sup>25</sup>.

ניתן להוסיף, כי הפמיניזם התרבותי יכול להעלות תרומה גם לניסוחם של טקסטים חוקתיים, ולא רק לפיתוח חלופות פרשניות למסמכים חוקתיים קיימים. הפמיניזם התרבותי מעלה על נס את ההתנגדות להכרעות נורמטיביות בינריות, ולכן יכול לשמש מקור השראה לניסוח מורכב ומגוון של מסמכים חוקתיים חדשים<sup>26</sup>. כך, למשל, ניתן לראות במודל החוקתי של "פסקת התגברות"<sup>27</sup> סוג של פשרה הנמנעת מהכרעה חד-משמעית שעניינה קבלה מלאה של ביקורת שיפוטית על חקיקה או דחייתה.

**3. פמיניזם רדיקלי ופרשנות** – הפמיניזם הרדיקלי מתמקד בשחרורן של נשים מהכפפתן החברתית לגברים. לפיכך הוא משמש מקור השראה לפרשנויות המבקשות לפרוק כללים משפטיים קיימים ממשמעויות המחזקות הכפפה זו. דוגמאות רבות לכך ניתן למצוא בכתיבתה של קתרין מקינון – ששימשה בסיס לפרשנות הפרקטיקה של הטרדה מינית כסוג של פגיעה בשוויון<sup>28</sup> או לטענה כי פורנוגרפיה אינה ביטוי, אלא פעולה (ולכן אינה צריכה ליהנות מן ההגנה החוקתית השמורה לחופש הביטוי)<sup>29</sup>. בשני המקרים,

24 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 12.12.2005).

25 שם, פס' 14–16. דעת המיעוט של השופט אדמונד לוי, הייתה מוכנה להכיר בזכות לקיום בכבוד מעבר לסטנדרט המינימלי. השופט לוי פרש את עקרון כבוד האדם כמשתרע על הזכות לרמת חיים נאותה, בניגוד לגישה המינימלית שנקט הנשיא דאז ברק. לפירוט נוסף, ראו 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).

26 לטיעון נגד "שלמות חקיקתית" (אם כי לא מפרספקטיבה פמיניסטית), ראו: Andrei Marmor, *Should We Value Legislative Integrity?*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 125, 132–133 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).

27 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

28 ראו: CATHARINE A. MACKINNON, *SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN: A CASE OF SEX DISCRIMINATION* (1979). גישתה של מקינון בעניין זה התקבלה על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין Meritor Saving v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986).

29 ראו: CATHARINE A. MACKINNON, *ONLY WORDS* (1993). השקפתה של מקינון בנושא זה נדחתה בארצות-הברית (ראו: American Booksellers Association, Inc v. William H.

הפרשנות הפמיניסטית הרדיקלית ביקשה לקדם שינוי חברתי תוך קריאת תיגר על הפרשנות הנוהגת לתופעות חברתיות קיימות. דוגמה נוספת לקוחה מכתבתה של אורית קמיר, שפיתחה מודל פרשני לעיקרון של כבוד האדם, שמאפשר הגנה על כבוד האדם של נשים תוך דחיית משמעויות פטריארכליות של מושג הכבוד<sup>30</sup>.

דוגמאות רבות נסבות על הדיונים בעברת האונס, שכוללת מרכיב של היעדר "הסכמה", אשר טעון, כמובן, פרשנות. בעבר, תנאי זה פורש באופן שדחה את תחולת העברה במקרים שבהם הקרבן שתקה ולא התנגדה באופן אקטיבי. רק בהמשך שונתה גישה פרשנית זו, והעברה הוחלה גם במצבים אחרים של אי-הסכמה. פסק הדין בעניין **קיבוץ שמרת**<sup>31</sup> מהווה דוגמה מאירת עיניים לשינוי זה. בנסיבות העניין, בית המשפט העליון פירש את מושג ההסכמה תוך התייחסות למציאות של כפייה חברתית, ודחה את הטענות שלפיו נערה שנאנסה על ידי חבורת בני נוער שהכירה, נתנה את הסכמתה למעשים אלה בכך שלא התנגדה באופן אקטיבי לתוקפים.

**4. הגיוון בקבוצת הנשים ופרשנות – הרחבתה של תורת המשפט הפמיניסטית לקראת הכלת קולותיהן של נשים מרקעים שונים**<sup>32</sup> רלוונטית אף היא לפיתוחה של פרשנות פמיניסטית. קולות אלה חשובים, לדוגמה, לעיצוב תכניות של העדפה מתקנת המיועדות להבטחת ייצוג הולם של נשים. כאשר חותרים לייצוג הולם, נדרשת מודעות למגוון ולשונויות בקרב קבוצת הנשים. מודעות זו צפויה לתמוך בהתחשבות במאפיינים נוספים של נשים, כמו שיוך קבוצתי-אתני, כחלק מן החובה לקדם ייצוג הולם<sup>33</sup>.

R. v. (1985) 771 F.2d 323 (Hudnut), אך השפיעה על התפתחות המשפט בקנדה (ראו: Butler [1992] 1 S.C.R. 452, שנדון להלן ביתר הרחבה).

30 ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** (2004); אורית קמיר **כבוד אדם וחווה – פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** (2007).

31 ראו ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993) (להלן: **עניין קיבוץ שמרת**). המקרה התפרסם בשם "האונס בקיבוץ שמרת", שם התרחש האונס.

32 ראו: Kimberle 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; PATRICIA J. WILLIAMS, *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS: A DIARY OF A LAW PROFESSOR* (1991).

33 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 המורה כי "בוועדה ציבורית ובצוות שמינו הממשלה, ראש הממשלה, שר, סגן שר או מנהל כללי של משרד ממשלתי [...] יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה". ראו עוד בג"ץ 3974/08 **עמותת איתך – משפטניות למען צדק חברתי נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 2.6.2008) (עתירה למנות אישה בדו"ת לוועדה ציבורית שתפקידה היה להציע מדיניות להסדרת ההתיישבות הברווית בנגב. הוועדה כללה אישה

## ג. פרשנויות פמיניסטיות סותרות

הגישות הפרשניות שהוצעו עד כה מוסיפות פרספקטיבות חשובות לזירה הפרשנית. במקביל לכך, הן גם צפויות לעורר מחלוקות, ובכלל זה מחלוקות פמיניסטיות פנימיות. למעשה, הן מייבאות אל הזירה הפרשנית את המחלוקות בין הגישות הפמיניסטיות השונות. יישומן של גישות אלה אף עשוי להוביל למסקנות פרשניות מנוגדות.

ניתן להדגים את פוטנציאל המחלוקת באמצעות כמה פסקי דין חשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון – פרשת נחמני<sup>34</sup>, שעסקה במחלוקת בין בני זוג לגבי האפשרות להמשיך בהליך פונדקאות, עניין מילוא<sup>35</sup>, שנסב על סרבנות לשרת בצבא, ועניין ש.ג.ן<sup>36</sup> שבחן הגבלות על שידורים פורנוגרפיים. בכל שלושת המקרים פסקי הדין העיקריים אף נכתבו על ידי שופטות. הם מציגים מתח בין גישות פמיניסטיות מתחרות – בין העמדות הליברליות, ששימשו בסיס להכרעה השיפוטית, לבין תפיסות מתחרות שנטענו בשמן של המתדיינות שבו בפני בית המשפט, והיו קרובות יותר לגישות פמיניסטיות אחרות – פמיניזם תרבותי בשני המקרים הראשונים ופמיניזם רדיקלי בשלישי.

בפרשת נחמני הצדדים להתדיינות היו רותי נחמני ובעלה בנפרד דני נחמני. רותי, שעברה כריתת רחם, לא יכלה להרות בעצמה, ולכן היא ובעלה החלו בהליך של הפריה חוץ-גופית, שנועד להיות מושלם באמצעות פונדקאות. במהלך הטיפולים, ועוד קודם לתחילתו של הליך הפונדקאות, מערכת היחסים בין הזוג עלתה על שרטון, ודני (שהפך בינתיים לאב במסגרת יחידה משפחתית חדשה) רצה להפסיק את ההליך. לעומתו, רותי ביקשה להמשיך בהליך, מה גם שעל פי כל ההערכות סיכוייה להפוך לאם ביולוגית בדרכים אחרות היו דלים, בהתחשב בגילה ובמצב בריאותה.

34 יהודייה); בג"ץ 2475/09 עמותת איתך, משפטניות למען צדק חברתי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 29.3.2009) (עתירה נגד הרכב הוועדה לבחינת המבנה המוניציפלי בתחום העיריות רמלה ולוד. העותרות ביקשו למנות לוועדה אישה ערבייה. בית המשפט נמנע ממתן צו ביניים בנסיבות שבהן מונתה בינתיים לוועדה אישה); בג"ץ 2475/09 עמותת איתך 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). ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) וכן דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

35 בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166 (2004).

36 בג"ץ 5432/03 ש.ג.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).



המחלוקת בין בני הזוג נדונה בבית המשפט העליון פעמיים – תחילה במסגרת ערעור אזרחי ובהמשך בדיון נוסף. בהליך הראשון, דעת הרוב קיבלה את טיעונו 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 האישה להפסיק את הריונה לפי שיקול דעתה. לעומת זאת, דעת המיעוט של השופט טל הייתה מבוססת על מתן עדיפות מוקדמת להורות, וכן על הפעלת דוקטרינת ההשתק. לגישתו של השופט טל, בפני בית המשפט ניצבו למעשה שתי ברורות: האחת – 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, האישה עברה תהליך קשה וחודרני שהתבסס על הסכמת הגבר להפוך לאב תוך הסתייעות בהפריה חוץ-גופית ופונדקאות. השלמתו של הליך ההפריה שללה מן מהאישה אפשרויות אחרות שהיו יכולות להיות פתוחות בפניה, כמו הפריה על ידי תרומת זרע, ולכן יש להתחשב בשינוי מצבה לרעה עקב הסתמכותה 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 הסטראוטיפ החברתי של אימהות<sup>37</sup>. בנוסף, היא נתנה בכורה לזכות השלילית (הגנה מפני הורות כפויה) על פני הזכות החיובית (הזכות להיות הורה) שמטילה, לכאורה, נטל. עם זאת, השקפה פמיניסטית שונה יכלה להוביל לפרשנות אחרת של איזון הזכויות. מנקודת המבט של אתיקה של דאגה, האפשרות של חיי עקרות מאיימת יותר מן האפשרות של הורות בלתי-רצויה. 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<sup>38</sup>.

37 דחיתו של סטראוטיפ זה מתיישבת גם עם גישתו של הפמיניזם הרדיקלי.

38 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 נפל במסגרת לקונה משפטית. לדיון מורחב בפרשה בהתייחס לבהירות הנורמטיביות של בית המשפט ולאיוון המקורי בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להפוך להורה, ראו דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עינוי משפט כ** Daphne Barak-Erez & Ron Shapira, *The Delusion of Symmetric Rights*, 19; (1996) 197 OXFORD J. LEGAL STUD. 297 (1999).

דוגמה נוספת לקוחה מעניין מילוא, שנסב על בקשת העותרת לקבל פטור מלא משירות צבאי בגין טעמים מצפוניים "נוכח התנגדותה למדיניות צה"ל בשטחים"<sup>39</sup>. היא ביססה את בקשתה על ההוראה בחוק שירות ביטחון המקנה לנשים פטור מיוחד משירות צבאי מחמת "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי"<sup>40</sup>. ועדת הפטור סירבה לאשר את הבקשה. החלטה זו תאמה את המדיניות הכללית שלא להכיר בסרבנות מצפון סלקטיבית, היינו להיענות לבקשות שלא לשרת רק כאשר הן מבוססות על טעמים פציפיסטיים כלליים<sup>41</sup>.

הדין בעתירה נסב, בין היתר, על כך שבניגוד להסדר בעניינן של נשים, חוק שירות ביטחון אינו כולל הסדר כללי של פטור מטעמי מצפון, ולכאורה אינו מעניק כלל פטור מטעמי מצפון לגברים; הפטור הניתן לגברים מבוסס על הסמכות הכללית לפטור משירות כעניין של שיקול דעת<sup>42</sup>. השאלה שהתעוררה בעניין מילוא הייתה אפוא כיצד לפרש את הפטור הסטטוטורי שחל על נשים בלבד? האם פטור זה חל רק על סרבנות מטעמי מצפון פציפיסטיים, בהתאם למדיניות הכללית שנהוגה כלפי גברים, או אולי חל גם על סרבנות 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? בית המשפט העליון דחה את עתירתה של לאורה מילוא ואימץ פרשנות מצמצמת לסעיף 39. 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 לטעמים שבהכרה דתית, מסורתית או מינהגית-עדתית, המונעים מאשה מלשרת שירות ביטחון באשר הוא שירות ביטחון"<sup>43</sup>. 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 בציווי הדת החלים עליהן"<sup>44</sup>. 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 יכול להיות

39 עניין מילוא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 170.

40 ס' 39(ג) לחוק שירות ביטחון.

41 ראו למשל בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726 (2002).

42 ס' 36 לחוק שירות ביטחון.

43 עניין מילוא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 186.

44 שם.

מעוגן רק בסעיף כללי 36, המאפשר לתת פטור מ"טעמים אחרים" ולכן זהה בהיקפו לפטור שמוענק לגברים. בית המשפט קבע, למעשה, שלמרות ההוראה המיוחדת לנשים בעניין זה, דינן לעניין פטור מטעמי מצפון יהיה זהה לדינם של גברים.

כמו פרשת נחמני, גם עניין מילוא נתן ביטוי לעימות בין השקפות פמיניסטיות שונות. הנמקת בית המשפט מייצגת גישה פמיניסטית ליברלית קלאסית<sup>45</sup>. בניגוד לכך, העמדה שיוצגה על ידי העותרת הייתה קרובה יותר לפמיניזם התרבותי – הן מבחינת התנגדותה למה שנתפס בעיניה כמיליטריזם כוחני והן מבחינת הנכונות לבסס את הטיעון המשפטי על סעיפי חוק שמבחינים בין נשים לגברים<sup>46</sup>.

כדוגמה שלישית ואחרונה ישמש עניין ש.י.ן, שנסב על עתירה נגד ההכרה בחוקיות השידורים של ערוץ "פלייבוי". בית המשפט העליון דחה את העתירה בפסק דין שניתן בהשראת התפיסה הליברלית המסורתית בדבר חשיבותו של חופש הביטוי. בעשותו כן הוא סירב לקבל טיעוני נגד ששאבו מבית מדרשו של הפמיניזם הרדיקלי.

באופן ספציפי יותר, העתירה נסבה על החלטתה של המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין לאשר את ערוץ "פלייבוי" לשידור באמצעות כבלים ולוויין. המחלוקת בפסק הדין נסבה על השאלה אם החלטה זו עמדה בניגוד להוראת החוק האוסרת "הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול" כמו גם "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני"<sup>47</sup>. בהשראת הפמיניזם הרדיקלי, העותרות טענו שהחוק נועד למנוע כל הצגה של נשים כאובייקטים מיניים, ושידוריו של הערוץ נופלים לגדר זה. בכך הן דחו הבחנות שהוצגו בפני בית המשפט בין סוגים שונים של פורנוגרפיה וארוטיקה,

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

46 לשם שלמות התמונה, חשוב לציין כי עתירתה של לאורה מילוא לא הוגדרה על ידה 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: דפנה ברק-ארוז "על טייסות וסרבנות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 65 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

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

והתנגדו לטיעון שהצגת נשים כאובייקטים מיניים צריכה לחסות תחת כנפי ההגנה על חופש הביטוי.

כאמור, בית המשפט העליון דחה את העתירה בפסק דין שנכתב בהשראתה של מסורת החשיבה הליברלית, ובכלל זה, הפמיניזם הליברלי. פסק הדין המרכזי נכתב על ידי השופטת דורנר, המזוהה במידה רבה עם תמיכה בזכות לשוויון, ובכלל זה שוויון נשים, גם כמי שהייתה שותפה חשובה לדעת הרוב בעניין מילר<sup>48</sup>. השופטת דורנר הסבירה כי פורנוגרפיה צריכה ליהנות מן ההגנה הפרוסה על פני הזכות לחופש ביטוי. לדבריה: "הביטוי הארטי 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"<sup>49</sup>.

השופטת דורנר ציינה, כי את הזכות לחופש ביטוי יש לאזן מול זכויות אחרות, כדוגמת הזכות לכבוד האדם, שמגנה כמובן גם על כבודן של נשים. השופטת דורנר עוררה את השאלה אם שידורים פורנוגרפיים פוגעים בזכותן של נשים לכבוד, ובהקשר זה נדרשה למחלוקת הקיימת באשר להתנגדות לפורנוגרפיה בקרב המחזיקים בדעות פמיניסטיות<sup>50</sup>. 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"<sup>51</sup>.

פסק דינה של השופטת דורנר זכה להסכמתם של עשרת השופטים האחרים בהרכב, בכפוף להסתייגויות מסוימות של שניים מהם בנוגע לשידורים של פורנוגרפיה קשה. ללא ספק, פסק הדין חוזר ומדגים את פוטנציאל העימות בין תפיסות פמיניסטיות מתחרות<sup>52</sup>. 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

48 עניין מילר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 128–145.

49 עניין ש.י.ן, ה"ש 36, בעמ' 81.

50 שם, בעמ' 85.

51 שם.

52 הבחירה בין תפיסות מנוגדות אלה עשויה להשתנות בין שיטות משפט שונות. כפי שכבר צוין, בארצות-הברית נדחתה הגישה המצדדת בהגבלת פרסומים פורנוגרפיים, ואילו בקנדה היא התקבלה. השוו לעיל ה"ש 29. להצגת הכרעת דין חלופית לאורה של השקפה פמיניסטית-רדיקלית, השוו: אורית קמיר "על פורנוגרפיה (הזניה מתועדת) וכבוד האדם: פסק הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי-הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי ואח)" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 247 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

הפמיניזם הליברלי השואב ממנה וחותר לשוויון נשים על יסוד עמדות שמדגישות חופש בחירה ושוויון הזדמנויות פורמלי בין גברים לנשים.

#### ד. פרשנות ו"שאלת האישה": מתאוריה להקשר

במקום להכריע בין הגישות הפמיניסטיות שהוצגו, אבקש להתמקד בעקרון-על פרשני שהשימוש בו עשוי לעמעם את הצורך בבחירה ביניהן. על פי עיקרון זה, יש להעדיף את החלופה הפרשנית שאינה כרוכה בהטלת נטל חברתי לא פרופורציוני על נשים. עמדה פרשנית זו מונחית על ידי כתיבתה של קתרין ברטלט, שגרסה כי תורת משפט פמיניסטית צריכה להיות מבוססת על "שאלת האישה", היינו על בחינת ההשפעה של כללים משפטיים נוהגים על מצבן של נשים בחברה<sup>53</sup>. הצגת שאלה זו מאפשרת לחשוף את האופי המוטה או המפלה באופן סמוי של כללים משפטיים הנחזים כניטרליים לכאורה. ברטלט השתמשה במתודה זו לשם דיון ביקורתי במשפט הקיים. כך, למשל, הצגת "שאלת האישה" מחדדת את העובדה שהוצאת הריונות מכיסוי הביטוח הרפואי מהווה כלל המפלה נשים<sup>54</sup>. אולם, למעשה, ניתן להרחיב את השימוש במתודה זו גם לשם דיון פרשני. כפי שצוין, בהקשר הפרשני, "שאלת האישה" מסייעת להימנע מחלופות פרשניות שמטילות נטל לא פרופורציוני על נשים. חשוב, כמובן, להדגיש שהכרה בהשפעה הבלתי-פרופורציונית של כלל על נשים אינה תמיד מספיקה. יש גם לשלול את הלגיטימיות של תוצאה זו<sup>55</sup>. הצגתה של "שאלת האישה" יכולה לפתוח פתח להתמודדות חדשה עם שאלות פרשניות הנוגעות לזכות להפיל. בישראל סוגיית ההפלות לא התעוררה כשאלה של פרשנות חוקתית, בהתחשב בכך שהחקיקה בנושא חוסה תחת כנפיה של פסקת "שמירת הדינים"

53 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV. 829, 837-849 (1990). 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 האישה" קיבלה השראה ראשונית מכתבתה של סימון דה בובואר, שהציגה בספרה את השאלה המפורסמת "מהי אישה?". ראו סימון דה בובואר **המיין השני** – כרך ראשון: העובדות והמיתוסים 11 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001).

54 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.

55 כפי שהבחנה נחשבת להפליה רק אם אינה "רלוונטית".

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>56</sup>. אולם במדינות אחרות – כדוגמת ארצות-הברית וגרמניה – המחלוקת 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<sup>57</sup>. לעומת זאת, בגרמניה, בית המשפט החוקתי סירב להכיר בזכות אוניברסלית להפלה, אך כיבד את בחירת המחוקק לאפשר בחירה בהפלה בשלבים הראשונים להיריון, בכפוף לקבלת ייעוץ קודם לכן<sup>58</sup>. הפנייה ל"שאלת האישה" 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 בהטלת נטל חברתי לא פרופורציוני 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.

הצגת "שאלת האישה" מציעה פרספקטיבה נוספת גם על מעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות. אי-הכרה בזכויות חברתיות היא החלטה הפוגעת יותר ובאופן לא פרופורציוני בנשים, לצד קבוצות מוחלשות אחרות – בהתחשב בכך שבאופן כללי נשים הן עניות יותר ונושאות יותר בעול הטיפול בבני משפחה תלויים<sup>59</sup>. על כן, בחירה בחלופה פרשנית המקדמת את ההגנה על זכויות חברתיות במסגרת טקסטים חוקתיים עמומים היא בחירה פמיניסטית, גם מפני שהיא בעלת השפעה חיובית על תנאי החיים של נשים. על פי גישה זו, הגנה על זכויות חברתיות אינה רק עניין של אתיקה של דאגה לזולת, ברוח הפמיניזם התרבותי<sup>60</sup>, אלא אינטרס מוחשי של קבוצת הנשים<sup>61</sup>.

הקשר נוסף שבו איתור נטל לא פרופורציוני שבו נושאות נשים יכול להשפיע על בחירות פרשניות הוא הדיון באיסורים הפליליים בתחום של אלימות במשפחה. אלימות במשפחה פוגעת בנשים וילדים באופן לא פרופורציוני, ולכן בחירה בחלופות פרשניות

56 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 57 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)  
 58 ראו: 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).  
 59 ראו דפנה ברק-ארז "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 855 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).  
 60 ראו לעיל ה"ש 19–25.  
 61 ראו גם: Daphne Barak-Erez, *Social Rights as Women's Rights*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 397 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).

המקדמות אכיפה של איסורים אלו היא בחירה פמיניסטית<sup>62</sup>. בדומה לכך, פרשנות ההגנה העצמית במשפט הפלילי, באופן שמתחשב בנחיתות הפיזית של נשים ובחוסר ניסיוןן היחסי במאבקים פיזיים, צפויה לתרום ליישום שלה באופן שלא יכביד יותר על נאשמים ונאשמות העומדים לדין בשל כך שהתגוננו תוך שימוש בנשק בנסיבות כאלה<sup>63</sup>. הגישה המוצעת, המתמקדת באיתור כללים התורמים לחלוקתם של נטלים חברתיים באופן לא פרופורציוני, אך פתוחים לפרשנות המוחקת הטיה זו, היא בעלת יתרונות ברורים. ראשית, כפי שכבר נטען, היא בעלת נטייה פחותה לעורר את הבדלי ההשקפות הקיימים בתוך הקהילה הפמיניסטית, אם כי אינה יכולה להעלים אותם לחלוטין. שנית, הצגת "שאלת האישה" היא מתודה שמתאימה עצמה להקשר ונמנעת מהנחות מקדימות לגבי "נשים" כקטגוריה חברתית. על פיה, איתורו של נטל לא פרופורציוני מההיבט של קבוצות נשים מסוימות היא טעם מספק לבחירה בחלופה פרשנית אחרת. גמישות זו, המתאפיינת בהתאמה להקשר, מאפשרת שימוש מועיל ב"שאלת האישה" גם מן ההיבט של תאוריות פוסט-מודרניות המסתייגות מהגדרות מקובעות למושג "אישה"<sup>64</sup>, כמו גם מהיבטה של הביקורת המתמקדת בפרספקטיבה של נשים שלהן השתייכות משמעותית נוספת של זהות או מעמד<sup>65</sup>. מעבר לכך, זוהי גישה המשקפת את המסורת הפמיניסטית של התמקדות בפרקטיקה ובעובדות<sup>66</sup>.

## ה. סיכום

מאמר זה ביקש להציג את חשיבות הפרספקטיבה הפמיניסטית גם לשיח הפרשני. כנקודת מוצא לדין שימשה ההכרה בכך שעיסוק בפרשנות צריך להיות מוקד חשוב של הפמיניזם המשפטי, בהתחשב במקומה המרכזי של הפרשנות בעולם המשפט ובתפקיד שיש לה בקידומן של רפורמות. בהמשך לכך, נבחנו גישות פרשניות הנובעות מתפיסות פמיניסטיות שונות, וכן נדון הפוטנציאל לעימות ביניהן. על רקע זה, הוצגה תרומתה הפוטנציאלית של גישה פרשנית המונחית על ידי "שאלת האישה", גישה המתמקדת בדחיית פרשנויות

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

63 השוו דפנה ברק-ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115, 123–122 (1997).

64 לביקורת הפוסט-מודרנית על פמיניזם, ראו: JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY* (1990).

65 ראו לעיל ה"ש 32.

66 ברטלט עצמה מאפיינת את המתודה המשפטית שלה כ"טיעון פמיניסטי פרקטי". ראו Bartlett, לעיל ה"ש 53, בעמ' 849.

המובילות לנשיאת נטלים חברתיים על ידי נשים באופן לא פרופורציוני. בפרק הראשון בספרו המונומנטלי על פרשנות במשפט נדרש אהרן ברק לחשיבותה של הפרשנות<sup>67</sup>. לדבריו, "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 לבעיות יסוד של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון החוק"<sup>68</sup>. הביקורת הפמיניסטית של המשפט, המבקשת להשתתף ביצירת עולם משפטי טוב יותר, אינה יכולה אפוא להתעלם מנתיב חשוב זה שבו המשפט מתפתח וצומח.

67 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992).

68 שם, בעמ' 51.