

גבולות השוויון – הרהורים בשולי ספרה של רות הלפרין-קדרי

Women in Israel – A state of Their Own

גילה שטופלר*

א.מבוא. ב. ליברליזם. ג. ישראל: 1. העתירה נגד שידורי ערוץ פלייבוי; 2. עתירות ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית. ד. אמנת הנשים. ה. סיכום.

א. מבוא

כל התאוריות הפוליטיות הסבירות מבוססות, לדעת רונלד דבורקין (Dworkin), על אידאל אחד – השוויון.¹ לדבריו, שום תאוריה פוליטית, המכבדת את הנחות היסוד שעליהן מבוססת התרבות הפוליטית המודרנית, אינה יכולה לדחות את השוויון, כאידאל נורמטיבי, מפני אידאל החירות.² כל תחרות אמיתית בין שוויון לחירות היא תחרות שבה על החירות להפסיד.³ אף על פי כן, לא זו בלבד שבפועל רחוקים אנו, בתרבות המערבית בכלל ובישראל בפרט, מהגשמת אידאל השוויון בתחומים רבים, אלא שתאוריות פוליטיות לסוגיהן מפרשות אידאל זה באופן שונה זו מזו ומציבות לו, כל אחת מנימוקה היא, גבולות אחרים.

בספרה "Women in Israel - A State of Their Own" סוקרת רות הלפרין-קדרי את מצב הנשים בישראל וקובעת כי אף שמעת הקמתה שלט במדינת ישראל מיתוס ישראל היא מדינה שבה מתקיים שוויון בין המינים, ולמרות התקדמות ניכרת בשנים האחרונות לעבר עיגון עקרון השוויון המהותי בחקיקה, עדיין קיימת הפליה משמעותית של נשים בישראל.⁴ הלפרין קדרי מחלקת לשלושה שלבים את ההתקדמות שחלה במעמד האישה במשפט הישראלי. את השלב הראשון, שהמשיך כרבע מאה, מתארת הלפרין קדרי כשלב שמאפייניו עולים בקנה אחד עם תפיסת הפמיניזם הליברלי, אם כי לא בהכרח נובעים ממנה.⁵ הפמיניזם הליברלי, אשר מסיבות כרונולוגיות מכונה גם "פמיניזם מדור ראשון", מתמקד בצורך להבטיח לנשים,

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן. ברצוני להודות למשה כהן-אליה ולמערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות.

כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בינואר 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.
¹ ראו: Ronald Dworkin, "What is Equality Part 3: The Place of Liberty", 73 Iowa L. Rev. (1987-1988) 1, p.

² שם.

³ שם, שם.

⁴ ראו: Ruth Halperin-Kaddari, *Women in israel: A State of Their Own* (University of Pennsylvania Press, 2004), 287-291.

⁵ שם, בעמ' 17.

באמצעות החקיקה והמשפט, זכויות שוות לזכויותיהם של גברים. באמצעות שימוש בעקרונות ליברליים הנוהגים בחברה הדמוקרטית המערבית ובלי לנסות לקרוא תיגר על הנחות היסוד שבבסיס המבנה הליברלי, כגון ההבחנה בין הפרטי לציבורי, מצמצם עצמו הפמיניזם הליברלי לפעולות שמטרתן מחיקת ההבחנות המשפטיות בין גברים לנשים והשוואת זכויותיהם על פי חוק.⁶ חוקים כגון חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951⁷ המבטיח כי "דין אחד יהיה לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית", וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964,⁸ שבו נקבעה זכותה של אישה לקבל שכר שווה לשכרו של גבר בעבור עבודה שווה, הם דוגמאות לחקיקה המבטאת תפיסה זו.⁹

השלב השני החל, לדברי הלפרין-קדרי, בעקבות מלחמת יום כיפור, לאחר שהמיתוס של ישראל כמדינה המעניקה שוויון לנשים התנפץ עם מיתוסים מרכזיים אחרים שעמדו בבסיס האידאולוגיה המייסדת של המדינה. בשלב זה קפא מעמד האישה בישראל במידה רבה על שמריו, כאשר המלצותיה המפורטות של הוועדה הלאומית לבדיקת מעמד האישה, אשר הוקמה באותן שנים, לא יושמו וגם בתחום החקיקה לא חלה כל התקדמות של ממש.¹⁰ רק בשלב השלישי, אשר החל בסוף שנות השמונים ונמשך עד היום, החל, לדברי הלפרין-קדרי, להתחולל שינוי של ממש במעמד האישה בישראל. אף ששנות התשעים היו שנים של רפורמה בחקיקה ובפסיקה בדבר מעמד האישה בישראל, הרפורמות בחקיקה נערכו לרוב בלא תכנון מוקדם מספק ובלא הסתמכות מספקת על עובדות ומחקרים.¹¹ עם זאת, גורסת הלפרין-קדרי, בשנים אלה ניתן לזהות שינוי עמוק שהתחולל בתפיסת השוויון במשפט הישראלי. לראשונה הכיר המחוקק הישראלי בכך שהשוויון הפורמלי, המבטיח יחס שווה אל שווים, אינו יכול לתקן את תוצאותיה של הפליה קודמת ואינו נותן תשובה הולמת על מקרים שבהם קיימים הבדלים עובדתיים בין מצבם של גברים למצבן של נשים, ואימץ את רעיון השוויון המהותי. דוגמאות למגמה זו ניתן למצוא בחקיקה הקובעת את עקרון ההעדפה המתקנת כגון התיקון משנת 1995 לחוק שירות המדינה (מינויים)¹² שבו נקבעה חובת ייצוג הולם לנשים בשירות המדינה, וכן בחקיקה כגון חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996,¹³ הקובע את זכותן של נשים לשכר שווה עבור עבודות שוות ערך מתוך הכרה בכך שהפליה רבת שנים בחברה ובשוק העבודה הביאה לידי הפרדה רחבת היקף בין גברים לנשים בשוק העבודה שאפשרה והזינה את הפלייתן של נשים בתחום השכר והתקיימה באין מפריע לצד הוראות שהבטיחו לנשים שוויון פורמלי בדמות שכר שווה עבור עבודה שווה.¹⁴

⁶ שם, בעמ' 15-16.

⁷ חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ס"ח 248.

⁸ חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166.

⁹ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 17.

¹⁰ שם, בעמ' 17.

¹¹ שם, בעמ' 18.

¹² חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86.

¹³ חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, ס"ח 230.

¹⁴ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 18-19.

השינוי שהתחולל, לטענת הלפרין-קדרי, בשלב השלישי לא הצטמצם להכרה בשוויון המהותי, המתיישבת במידה רבה גם עם תפיסת הפמיניזם הליברלי, אלא היה עמוק ונרחב יותר. לדבריה, מאפייניו של שלב זה בהתפתחות המשפטית של מעמד האישה בישראל עולים בקנה אחד עם מאפייני הפמיניזם מדור שני – הפמיניזם התרבותי והפמיניזם הרדיקלי. על פי הפמיניזם התרבותי קיימים מובנים רבים שבהם נשים וגברים הם שונים זה מזה, אולם שונות זו אינה מצדיקה את הפלייתן של נשים, אלא מחייבת שינוי החוק באופן כזה שיבטיח שוויון בין נשים לגברים בלי לדרוש זהות ביניהם שתתבסס על המודל הגברי. יתרה מזו, שלא כפמיניזם הליברלי, אשר אינו קורא תיגר על מערכת המשפט עצמה, הפמיניזם התרבותי גורס, כי מפני שאופיו של המשפט עצמו הנו גברי, יש לשנות את המשפט מן היסוד, כך שיבטא גם תכונות הנתפסות כנשיות.¹⁵ ביסוד הפמיניזם הרדיקלי עומדת ההנחה שיש לנתח את היחסים בין המינים מנקודת המבט של פערי הכוחות ביניהם. שלא כפמיניזם הליברלי, הפמיניזם הרדיקלי אינו מסתפק בהשגת שוויון משפטי פורמלי לנשים, אלא מצביע על פערי הכוחות בין גברים לנשים בחברה כאחראים להתמשכות הפלייתן של נשים וכמחייבים שינוי. בבחנה את היחסים בין המינים דרך פריזמה של פערי הכוחות הקיימים בין גברים לנשים בחברה יכול הפמיניזם הרדיקלי לנתח תופעות כגון אונס, אלימות כלפי נשים, זנות ופורנוגרפיה, אשר בניתוח המשפטי המסורתי לא נחשבו להפליה מטעמי מין, ולזהותן כתופעות הנובעות מהפלייתן של נשים ואשר נועדו לשמרה ולחזקה.¹⁶ לדעת הלפרין-קדרי יש להבין את השלב השלישי בהתפתחות מעמד האישה בישראל כניסיון לקבוע נורמות חוקיות אשר יביאו לידי שינוי כולל ביחסי הכוחות בין נשים לגברים בחברה הישראלית.¹⁷ כך, למשל, היא רואה בתיקון הנרחב לחוק שיווי זכויות האישה משנת 2000, ובהוראות אשר הוכנסו בו, למעט ההוראות המותירות על כנו את הדין האישי הדתי המפלה נשים, ניסיון מעין זה.¹⁸ חוקים נוספים המשקפים לדברי הלפרין-קדרי עקרונות של הפמיניזם מדור שני הם החוק למניעת הטרדה מינית, וחוק הרשות לקידום מעמד האישה, תשנ"ח-1998.¹⁹ יחדיו, שלישית חוקים זו מבטאת, לדברי הלפרין-קדרי, חזון של שינוי חברתי נרחב באמצעות שינוי עמוק ביחסים בין המינים וביחסי הכוחות ביניהם.

והנה, למרות ההתקדמות הניכרת בתפיסת השוויון במשפט הישראלי, שפע הנתונים שמביאה הלפרין-קדרי בספרה, כמו גם נתונים הנאספים ומתפרסמים על ידי גורמים אחרים, כגון שדולת הנשים בישראל, מראים, כי הפליית נשים בישראל נותרה כמעט בלא שינוי.²⁰ לדעת הלפרין-קדרי שתי סיבות מרכזיות גורמות

¹⁵ שם, בעמ' 16.

¹⁶ שם, שם.

¹⁷ שם, בעמ' 17-18.

¹⁸ שם, בעמ' 20-21.

¹⁹ החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 166; חוק הרשות לקידום מעמד האישה, תשנ"ח-1998, ס"ח 171.

²⁰ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 13. ראו גם אתר שדולת הנשים בישראל, המרכז למידע ולחקר מדיניות, נשים בישראל, ריכוז נתונים ומידע – 2002 (איסוף, ריכוז וניתוח הנתונים: אגט נירה קראוס):

[URL: <http://www.iwn.org.il/DataBook.htm>]

להתמשכות הפליית הנשים בישראל. הראשונה הנה מעמד הדת במדינת ישראל, שהשפעתה השלילית על מעמד האישה מתפשטת מעבר לתחולתו הישירה של הדין הדתי המפלה בסוגיית הנישואין והגירושין.²¹ השנייה הנה הפער בין החקיקה המתקדמת, כגון החוק למניעת הטרדה מינית, חוק הרשות לקידום מעמד האישה וחוק שיווי זכויות האישה המתוקן, ובין המציאות החברתית. מכיוון שלדבריה אין בעתיד הנראה לעין סיכוי לשנות את החקיקה הדתית,²² ומכיוון שחקיקה מתקדמת בתחומים אחרים כבר קיימת, הדרך להשגת שוויון לנשים אינה באמצעות חקיקה נוספת אלא באמצעות יצירת שינוי חברתי, אשר אותו יש ליצור באמצעות יישום החקיקה המתקדמת הקיימת ובאמצעות השקעת משאבים וחינוך הציבור.²³

בדין הישראלי הנוגע לזכויות נשים מתקיימים זה לצד זה אלמנטים רגרסיביים כגון דיני המעמד האישי ואלמנטים פרוגרסיביים כגון החוק למניעת הטרדה מינית. ברי שכל עוד לא ינותק החוק הישראלי מדינים דתיים פטריארכליים, מחויבותו לשוויון נשים תיוותר במופגן חלקית בלבד. יתרה מזו, אמנם רבות מהיוזמות ומהמנסחות של החקיקה המתקדמת, אשר אותן מציינת הלפרין-קדרי לשבת, היו בוודאי מונעות על ידי תפיסות פמיניסטיות מדור שני, אך בשל אילוצים מאילוצים שונים בתהליך החקיקה ספק אם ניתן לראות בתוצאה הסופית, למעט החוק למניעת הטרדה מינית, כלי משפטי המאפשר יישום אמיתי של עקרונות הדור השני של הפמיניזם. כפי שהלפרין-קדרי עצמה מציינת, חוק שיווי זכויות האישה המתוקן הותיר על כנם את דיני הנישואין והגירושין המפלים ואף נתן לראשונה מעמד חוקי להפליית נשים במינוי לתפקידים דתיים לרבות מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים לבתי דין רבניים.²⁴ אך יתרה מזו, סעיף 7א(א)(1) לחוק שיווי זכויות האישה המתוקן הנו סעיף שמירת דינים, הקובע כי אין בהוראות החוק המתקן כדי לפגוע בהוראות דין כלשהו שהיה קיים ערב תחילת תוקפו של החוק המתקן. מגדיל לעשות סעיף 6א לחוק שיווי זכויות האישה המתוקן אשר באותה נשימה קובע, לראשונה בחוק הישראלי, כי לכל אישה זכות מלאה על גופה, אך מסייג את הזכות בכך שאין בה כדי להתיר איסורים שנקבעו בדין. כך, לא זו בלבד שהסעיף מותיר על כנו את ההסדר הקיים בעניין הפלות, המפקיע לחלוטין מידי האישה את הזכות להחליט על ביצוע הפלה ומעבירה לידי ועדה שגם סמכותה לאשר את הפלה כפופה לתנאים הקבועים בחוק, אלא שהוא אף מאפשר לאיסורים עתידיים שייקבעו בכל דין לגבור על זכותה של אישה על גופה.²⁵ באותו אופן, וכפי שעולה מדברי הלפרין-קדרי עצמה, מכיוון שתנאי הכרחי למימוש ההבטחה הטמונה בקיומה של רשות לקידום מעמד האישה הנו

²¹ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 166-167.

²² ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 172.

²³ שם, בעמ' 288.

²⁴ סעיפים 5 ו-7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

²⁵ סעיף 6א לחוק שיווי זכויות האישה. ההסדר הנוגע להפלות קבוע בסעיפים 321-312 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, וכן בתקנות העונשין (הפסקת הריון), תשל"ח-1978, ק"ת 1432.

הענקת סמכויות אכיפה נרחבות לרשות, ואילו חוק הרשות לקידום מעמד האישה לא מעניק לרשות כל סמכויות אכיפה, אין בהקמתה כדי להבטיח כל שינוי אמיתי במעמד האישה בישראל.²⁶

אף כי אכן חלה התקדמות ניכרת בתפיסת השוויון של המחוקק הישראלי, אשר אותה יש, לדעתי, לזקוף בעיקר לזכותם של ארגוני נשים וחברות כנסת פמיניסטיות, אני סבורה כי מחויבותו של הדין הישראלי לשוויון נשים נותרה חלקית בלבד לא רק בשל תחולתו והשפעתו של הדין הדתי הפטריארכלי, ולא רק בשל אילוצים פוליטיים או תקציביים, אלא גם בשל כך שהמשפט הישראלי מבוסס במידה רבה על עקרונות ליברליים אשר במכוון או שלא במכוון מונעים נקיטת הצעדים הדרושים לשם השגת השוויון לנשים. גם המחויבות לזכויות נשים בקרב העילית, אשר עליה למדה הלפרין-קדרי מהחקיקה המתקדמת של השנים האחרונות, הנה במידה רבה מחויבות חלקית בלבד, המתמוססת טרם הוצאתה מהכוח אל הפועל לא רק משום שטרם נוצר השינוי החברתי אשר יקרב את כלל החברה לנקודת המבט הפמיניסטית של העילית, אלא גם משום שהעילית עצמה אינה בהכרח מוכנה לשאת בתוצאות יישומם בפועל של החוקים אשר אותם אימצה ברמת ההצהרה.²⁷ כפי שאטען להלן, תופעה זו אינה ייחודית לישראל, והיא נובעת מחוסר התאמה ניכר בין העקרונות הליברליים הרווחים במדינות מערביות רבות, המעניקים משקל רב לחירויות שליליות כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וחופש הדת, ומצדדים בהבחנה קפדנית בין הפרטי לציבורי, ובין ההתערבות הנדרשת מן המדינה כדי ליצור את השינויים המקיפים המתחייבים במבנה החברתי הנחוצים להבטחת שוויון לנשים. חוסר התאמה זה מביא לידי כך שכל ניסיון ליישם במדינה, המושתתת על עקרונות ליברליים, אג'נדה פמיניסטית החורגת מעבר לפמיניזם הליברלי נדון לקשיים ניכרים. קשיים אלה גוברים בשנים האחרונות עם השתרשותו של השיח הרב תרבותי וצמיחתו של ליברליזם, שאותו אכנה "ליברליזם של פשרה", המנסה, בתגובה על הביקורת הרב תרבותית, לפשר בין המחויבות הליברלית לזכויות הפרט ובין קיומן של קהילות שאינן ליברליות בתחומי דמוקרטיה ליברליות מודרניות.²⁸ לא זו בלבד שה"ליברליזם של פשרה" מנסה לתת הצדקה תאורטית להרחבת התחום הפרטי, החף מחובת השוויון, מתחום הבית והמשפחה למלוא תחומה של הקהילה אלא שהוא אף נוטה להצדיק מתן סיוע ציבורי לקהילות לצורך שימור אורח חייהן המפלה, ובכך מרחיב אף יותר את אי-ההתאמה בין הפמיניזם הפרוגרסיבי²⁹ ובין התאוריה והפרקטיקה הליברלית.³⁰

²⁶ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 23.

²⁷ שם, בעמ' 290.

²⁸ בדברי על ליברליזם של פשרה אין כוונתי למכלול ההיבטים הנוגעים להתאמת התאוריה הליברלית לחיים בחברה רב תרבותית, כי אם רק לאותם היבטים הנוגעים להתאמת התאוריה הליברלית כדי לאפשר לקבוצות במדינה הליברלית לקיים אורח חיים שאינן ליברלי.

²⁹ בדברה על פמיניזם מדור שני מתייחסת הלפרין-קדרי לפמיניזם רדיקלי ולפמיניזם תרבותי. ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 15-17. לעומת זאת, בדברי על פמיניזם פרוגרסיבי כוונתי לכותבות פמיניסטיות מכל הזרמים, ובכלל זה מהזרם הפמיניסטי ליברלי, כגון Susan Okin, התוקפות את ההבחנה בין הפרטי לציבורי ורואות ביחסי הכוחות בתחום הפרטי (משפחה וקהילה), ובסירוב המדינה להתערב בנעשה בו, אבן נגף מרכזית בדרכן של נשים לשוויון. ראו, למשל: Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (Basic Books, 1989) (להלן: *Justice, Gender, and the Family*); וכן: Susan

רשימה זו תחולק לשלושה חלקים. החלק הראשון יציג בקצרה את העקרונות בתאוריה הליברלית הנוגעים לדיונו. עקרונות אלה הנם ההבחנה בין הפרטי לציבורי (כלומר בין הבית והמשפחה לבין העולם שמחוץ להם), הדגש על חירויות כגון חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתאגדות כחירויות שליליות המונעות התערבות המדינה לשם הגבלתן, וכן הנטייה במסגרת ה"ליברליזם של פשרה" להרחיב את גבולות הפרטי מתחומי הבית והמשפחה לתחומי הקהילה. בחלק השני אבחן שני עניינים שנדונו בבית המשפט העליון, המדגימים את הקושי שבית המשפט ניצב לפניו בבואו לפשר בין תביעות השוויון של הפמיניזם הפרוגרסיבי ובין העקרונות הליברליים האמורים. עניינים אלה הנם עתירה של ארגוני נשים שבה נתבקש בית המשפט העליון לבטל את החלטת מועצת הרשות השנייה לאפשר את שידורי ערוץ פלייבוי, ועתירותיה של שדולת הנשים בנוגע להפרדה בין גברים לנשים באוטובוסים ובהכשרה מקצועית כדי להתאימם לאורח החיים החרדי. בחלקה השלישי של הרשימה אביא את אמנת הנשים, שהדוח שכתבה הלפרין-קדרי מטעם ישראל לוועדה המפקחת על ביצועה משמש בסיס לספר, כדוגמה מהמישור הבינלאומי לקושי להוציא מן הכוח אל הפועל את המחויבות לזכות של נשים לשוויון. קושי זה נובע הן מהסתירה בין הוראות אמנת הנשים לנורמות דתיות ותרבותיות והן מהסתירה בין הוראות האמנה לעקרונות הליברליים שהוזכרו לעיל. אף כי ישראל חתמה על האמנה, היא הסתייגה מחלק מהוראותיה בשל הסתירה בינה לבין נורמות דתיות ונמנעת מלקיים חלק אחר בשל העקרונות הליברליים האמורים.

ב. ליברליזם

העיקרון הליברלי הראשון הרלוונטי לענייננו הנו חשיבות ההבחנה בין הפרטי (במובן הבית והמשפחה) לציבורי בתאוריה הליברלית. התאוריה הליברלית פותחה כמתחרה לתאוריה הפטריארכלית הקלאסית אשר שלטה בכיפה עד המאה ה-17. התאוריה הפטריארכלית של פילמר גרסה, כי זכותם של מלכים ושל אבות לשליטה פוליטית על נתיניהם/ילדיהם מבוססת על זכותם הפטריארכלית, וכי זכות פטריארכלית זו נובעת ישירות מזכותו הפטריארכלית והפוליטית של האדם הראשון לשלוט על ילדיו.³¹ כדי להצדיק את שליטתו הבלעדית של אדם על ילדיו הסתמך פילמר על הטענה שאלוהים העניק לאדם שליטה מוחלטת על חווה אשר בגללה לא היו לחווה כל זכויות עצמאיות על ילדיה. שליטתו המוחלטת של אדם על משפחתו העניקה, על פי פילמר, הן שליטה מוחלטת לכל מלך על נתיניו, שכן המלכים נחשבו לצאצאים ישירים של אדם, והן שליטה

Moller Okin, "Justice and Gender: An Unfinished Debate", 72 *Fordham L. Rev.* (2003-2004) 1537 (להלן: "Justice and Gender: An Unfinished Debate").

³⁰ כמובן כל תאוריה פוליטית התאוריה הליברלית אינה עשויה מקשה אחת וקיימים הבדלים אידאולוגיים רבים בין ההוגים השונים המשויכים לזרם הליברלי, למשל בכל הנוגע למאפייניה הראויים של כלכלת השוק. ראו: John Gray, *Liberalism*, 2nd edition (New Press, 1995). עם זאת, בתחומים הנוגעים לענייננו, ואשר יידונו לעיל, ניתן לזהות מאפיינים עיקריים המשותפים לזרם המרכזי של התאוריה הליברלית ועליהם ייסוב הדיון.

³¹ ראו: Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Polity Press, 1988), 82-83.

מוחלטת לכל אב על אישתו וילדיו.³² לעומת תאוריה זו, המניחה ומצדיקה היררכיה ברורה בין מלך לנתיניו ובין אב לבניו, הציע לוק את התאוריה הליברלית הקלאסית ולפיה החברה הפוליטית מבוססת על אמנה חברתית בין אנשים שווים וחופשיים. אולם, על פי לוק, בעוד התחום הציבורי-פוליטי הוא תחום שבו גברים פועלים כאזרחים חופשיים ושווי זכויות, התחום הפרטי, תחומה של המשפחה, אשר אליו בלבד הוגבלו הנשים, נשאר כפוף לעקרונות הפטריארכליים המסורתיים, ושליטתם של גברים על נשים נתפסת כטבעית וכחסרת כל נגיעה לתחום הציבורי הפוליטי.³³ כך, שלא כפטריארכליזם הקלאסי, שבו האישי והפוליטי היו שזורים זה בזה וההיררכיה המשפחתית (בין גברים לבין עצמם ובין גברים לנשים) שימשה הצדקה להיררכיה הציבורית-פוליטית, בליברליזם הקלאסי נותק הקשר בין התחום הפרטי לציבורי כדי לאפשר לתחום הפרט להוסיף ולהתבסס על היררכיה "טבעית" (בין גברים לנשים), בעוד התחום הציבורי מבוסס על חופש ושוויון (בין גברים לבין עצמם). זכותם של גברים להוסיף ולשלוט על נשים ולהגבילן לתחום הפרט בעוד הם פועלים בתחום הציבורי כאזרחים שווים וחופשיים מבוססת, אליבא דלוק, על הסדר האלוהי ועל חוקי הטבע.³⁴

בשנים שעברו מאז ימי לוק נמחקה מהתאוריה הליברלית ההנחה שהסדר האלוהי דורש הגבלתן של נשים לתחום הפרט. מתוך מאבקים בלתי פוסקים הצליחו נשים לפרוץ את התחום הפרטי ולתבוע שוויון בתחום הציבורי ובמידה מסוימת אף להשיגו. עם זאת, נסיונותיהן לדרוש חופש ושוויון בתחום הפרט ולטעון כי בלא הבטחת חופש ושוויון לנשים בתחום הפרט לא יתקיים שוויון אמיתי גם בתחום הציבורי נחלו הצלחה חלקית ביותר, שהתבטאה בעיקר בתחום של מניעת אלימות במשפחה והגנה על חסרי ישע. כך, למשל, בישראל, רק מסוף שנות השמונים ואילך, בשלב השלישי של התפתחות מעמד האישה בישראל על פי חלוקתה של הלפרין-קדרי, אושרו חוקים כגון החוק למניעת אלימות במשפחה המאפשר הוצאת צו הגנה נגד בן זוג או בן משפחה אלים, וסדרת התיקונים לחוק העונשין המרחיבים את ההגנה מפני עברות מין בכלל ובמשפחה בפרט, ואת ההגנה על קטינים וחסרי ישע מפני עברות מין, התעללות והזנחה.³⁵ אולם יישום לא מספק של החקיקה על ידי המשטרה ובתי המשפט, והיעדר תקצוב על ידי הממשלה גרמו לכך שאפילו זכותם של נשים וילדים להגנה מפני אלימות מינית ואחרת בתוך ביתם נותרה ברמת ההצהרה בלבד.³⁶ כדברי הלפרין-קדרי, שינוי אמיתי,

³² שם, בעמ' 87.

³³ שם, בעמ' 90-91.

³⁴ ראו: Zillah R. Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism* (Northeastern University Press, 1993), 41-42.

³⁵ החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, ס"ח 138, ראו סימן ה' ובעיקר סעיפים 351, 354-355, וכן ראו חוק העונשין, סימן ו'; ראו גם: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 175-204.

³⁶ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 175-204. כך, למשל, מחקרם של איצקוביץ' וגריפל מאוניברסיטת חיפה מצא כי מתוך 1000 מקרים של תלונות על אלימות במשפחה שנבדקו רק 14.5% הועמדו לדין, רק 6% הורשעו, ורק 1.2% מכלל התלונות הסתיימו בשליחת הגברים האלימים למאסר (12 מתוך 995 תלונות). בהתחשב בכך שמדיניותה המוצהרת של המשטרה הנה למצות את הדין עם הגברים האלימים, ברי שהצלחתה הנה לכל היותר חלקית. ראו שם, בעמ' 176.

שמטרתו לטפל בגורמים החברתיים המביאים לידי אלימות כלפי נשים ולא רק בתוצאותיה, מצריך נקיטת צעדים אשר אותם אף מנהיג עכשווי אינו מוכן לנקוט.³⁷

הדרישה הפמיניסטית-פרוגרסיבית למעורבות המדינה בתחום הפרט מתנגשת ישירות בעקרונות בסיס בתאוריה הליברלית. כך, ישעיהו ברלין, מגדולי ההוגים הליברלים, גרס כי חברה יכולה להיות חופשית רק אם מוסכם על הכול כי:

[T]here are frontiers, not artificially drawn, within which men should be inviolable, these frontiers being defined in terms of rules so long and widely accepted that their observance has entered into the very conception of what it is to be a normal human being...³⁸ (ההדגשה שלי – ג"ש).

העובדה שגבולות התחום הפרטי נקבעו במכוון כדי לאפשר את המשך שליטתם של גברים על נשים בתחום הפרט ושההסכמה הרחבה עליהם הייתה במשך שנים רבות הסכמה בין גברים לבין עצמם, כלל אינה מוזכרת על ידי ברלין. גם ליברל כמו Dworkin, המבסס את התאוריה הליברלית על מחויבות לשוויון מקפיד להגביל את השוויון לתחום הציבורי פוליטי בלבד:

The liberal conception of equality is a principle of political organization that is required by justice, not a way of life for individuals, and liberals, as such, are indifferent as to whether people choose to ... behave as liberals are supposed to prefer.³⁹

תוצאתה של אידאולוגיה ליברלית זו הנה שבצאתן מתחום הפרט - שבו הן מבלות חלק ניכר מזמנן בגידול הילדים ובדאגה לבית, ובו רבות מהן מקבלות מסרים גלויים וסמויים בדבר נחיתותן - ובבואן ליטול חלק בתחרות החופשית והשווה בתחום הציבורי, מצויות רוב הנשים בעמדת נחיתות קשה אשר תוצאותיה מתבטאות בפערים המתמשכים בין נשים לגברים. כך, האמרה הפמיניסטית הנודעת "האישי הוא הפוליטי" אינה מתמצית בטענה שהאישי גם הוא פוליטי ולכן נשים זכאיות לשוויון בתחום הפרטי נוסף על שוויון בתחום הציבורי; הנקודה המרכזית באמרה זו, הנתמכת בסטיסטיקות המצביעות על התמשכות הפערים בין נשים לגברים גם בדמוקרטיות מערביות ליברליות הנה שהאישי הוא הקובע את הפוליטי, ובלא שוויון בתחום הפרטי לא ייתכן שוויון בתחום הציבורי.

³⁷ שם, בעמ' 187.

³⁸ Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", *Liberalism and its Critics* (Michael Sandel - ed., New York: York University Press, 1984) 15, p. 28.

³⁹ Ronald Dworkin, "Liberalism", *Liberalism and its Critics* (Michael Sandel - ed., New York: University Press, 1984) 60, pp. 77-78.

העיקרון השני בתאוריה הליברלית הרלוונטי לדיונונו הנו חשיבות ההגנה על חירויות יסוד שליליות כגון חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתאגדות. ההגנה על חירויות יסוד אלה כחירויות שליליות, שמשמעה ההגנה על זכותו של הפרט להיות חופשי מהתערבות המדינה ומהתערבותם של פרטים אחרים בחירויות אלה, עומדת במרכז של התאוריה הליברלית הקלאסית ובמידה רבה אף במרכזו של הליברליזם המודרני.⁴⁰ אולם על פי התפיסה הפמיניסטית-פרוגרסיבית חירות אמיתית אינה מושגת רק באמצעות אי-התערבות המדינה במעשי הפרט (חירות שלילית), אלא לעתים דווקא באמצעות מעורבות המדינה במעשי הפרט שנועדה להבטיח כי כל הפרטים יזכו ביכולות ובטובין מסוימים שהנם הכרחיים כדי לאפשר לכולם ליהנות מחירות באופן שווה (חירות חיובית).⁴¹ על פי גישה זו, בעוד החירות השלילית היא החירות היחידה שלה זקוקים החזקים, החירות החיובית היא תנאי הכרחי ליכולתם של החלשים להגיע למצב שבו יוכלו גם הם ליהנות מחירות שלילית. ואולם, ככל שהחתיירה להשגת חירות שווה לכול תחייב מעורבות המדינה במעשי הפרט, ובעיקר במעשיו בתחום הפרטי – בית, משפחה וקהילה, לשם הגבלת חירותם וכוחם של החזקים וכדי להבטיח חירות וכוח שווים לחלשים, תהיה התערבות זו נוגדת את עקרונות הליברליזם. התוצאה הנה שלא אחת בהתנגשות בין זכותו של פלוני לחירויות כגון חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתאגדות, ובין זכותה של אלמונית לשוויון, הזכות לשוויון נסוגה. לא זו בלבד, אלא שבשל החשיבות העליונה שמייחסים ליברלים לחירויות אלה במובן השלילי, גם ליברלים המקבלים את הטענה הפמיניסטית-פרוגרסיבית שיש להבין תופעות כגון זנות ופורנוגרפיה מנקודת המבט של פערי כוחות בין גברים לנשים בחברה, לא בהכרח יסכימו כי התוצאה המתחייבת הנה הטלת הגבלות על חירויות כגון חופש הביטוי, ובוודאי שכך במקרים שבהם הגבלות אלה יוטלו בתחום הפרט.⁴²

עיקרון נוסף הרלוונטי לדיונונו, אשר יוזכר כאן בקצרה וידון בהרחבה בהמשך, מקורו בניסיונותיהם של ליברלים מודרניים כגון קימליקה (Kymlicka) ורולס (Rawls) להתאים, כל אחד בדרכו שלו, את עקרונות התאוריה הליברלית למציאות החיים הרב תרבותית שבה קהילות לא ליברליות החיות במדינות ליברליות תובעות הכרה בזכותן לדבוק באורח חייהן, אף אם זה אינו ליברלי. תוצאת ניסיונות אלה, שאותם אכנה כאמור "ליברליזם של פשרה", הנה הרחבת התחום הפרטי של הבית והמשפחה, שבו נמנעת המדינה מלאכוף

⁴⁰ ראו: John Gray (לעיל, הערה 30) בעמ' 56-60. יש לציין כי ליברלים מודרניים כגון Rawls מצדדים בתפיסה חיובית של חירות בכל הנוגע לחובת המדינה להתערב בכלכלת השוק לשם הגברת השוויון הכלכלי. שם, שם.

⁴¹ ראו: Nicola Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy", *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks* (Frances Olsen - ed., Dartmouth, 1995) 355, p. 359

⁴² ראו, למשל, אלון הראל, "הערות על פורנוגרפיה ושוויון מגדרי", *מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום* (מאיר חובב, לסלי סבה, מנחם אמיר - עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ג) 589, בעמ' 592-593. לטענת הראל הכלי למאבק ביצירה הפורנוגרפית בפרט וביצירה האנושית המקבעת היררכיה מגדרית בכלל הוא יצירה אנושית אלטרנטיבית ולא הגבלה של חופש הביטוי. ראו גם: *American Booksellers Association inc. v. Hudnut 771* (1985), 329 F.2d. 323.

את חובת השוויון, כך שיכלול את הקהילה ואף את המרחב הציבורי שבו מתנהלים חיי הקהילה ואת השירותים הציבוריים המוענקים לה.

ג. ישראל

גם בישראל ההתנגשות בין האידאולוגיה הליברלית לתביעות הפמיניסטיות מסתיימת לא אחת בדחייתן של האחרונות. ברשימה זו ברצוני לדון בשתי דוגמאות להתנגשות זו כפי שבאה לידי ביטוי בעתירות לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון הנו מוקד מתאים במיוחד לבחינת טענתי שהאידאולוגיה הליברלית עשויה להיות מכשול בדרך להשגת שוויון לנשים, לא רק משום שפסיקותיו נוטות לכיוון הליברלי, אלא גם כיוון שהשפעתו של בית המשפט על הוצאת מדיניות מן הכוח אל הפועל הנה לעתים קרובות מכרעת. בכך שונה בית המשפט מהמחוקק, אשר החוקים שהוא מחוקק נותרים לעתים קרובות ברמת ההצהרה בלבד, בין משום שהמחוקק עצמו אינו מקציב להם את התקציב הדרוש כדי להוציאם מן הכוח אל הפועל (כפי שקורה פעם אחר פעם בחקיקה הנוגעת למעמד ולצרכים של נשים בישראל)⁴³ ובין משום אופן יישומם ופירושם על ידי הרשות המבצעת והרשות השופטת. העתירה הראשונה שאדון בה הנה עתירה שהוגשה על ידי תנועות נשים פמיניסטיות וחברות וחברי כנסת נגד אישור שידורי ערוץ פלייבוי על ידי מועצת הרשות השנייה.⁴⁴ העתירה השנייה שאדון בה הנה עתירה שהוגשה על ידי שדולת הנשים נגד הפרדה בין גברים לנשים שהונהגה לפני שנים מספר בקווי אוטובוס המשמשים בעיקר נוסעים חרדים, על פי בקשת מנהיגי הקהילה החרדית.⁴⁵ עתירה זו תידון עם עתירה דומה שהוגשה גם היא על ידי שדולת הנשים נגד הפרדה בין גברים לנשים בקורסי הכשרה מקצועית של משרד העבודה והרווחה אשר נועדו לשמש בעיקר את האוכלוסיה החרדית.⁴⁶ לכאורה, נושאי עתירות אלה שונים, ואף מנוגדים. הראשונה, עתירה נגד שידורי פורנוגרפיה שמקורם בחברה הליברלית המודרנית, הפתוחה והמתירנית אשר כמעט אינה מטילה הגבלות כלשהן על החופש של נשים להשתמש בגופן כראות עיניהן, להציגו ולמכרו. האחרות, עתירות נגד נוהג ההפרדה בחברה החרדית, הסגורה והשמרנית, המצרה את צעדיהן של נשים ושולטת על גופן באופן כה מוחלט, עד כי היא מטילה איסור על ישיבתן בסמוך לגברים בתחבורה ציבורית ובקורסי הכשרה מקצועית. בחינה מדוקדקת יותר של הרציונל העומד ביסוד פורנוגרפיה מחד גיסא והפרדת נשים בתחבורה הציבורית ובהכשרה המקצועית מאידך גיסא

⁴³ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 290.

⁴⁴ ראו בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65. (להלן: עתירת פלייבוי).

⁴⁵ ראו בג"ץ 5079/97 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה (טרם פורסם, עותק שמור במערכת) (להלן: עתירת ההפרדה באוטובוסים).

⁴⁶ ראו בג"ץ 7942/98 עובדיה נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם, עותק שמור במערכת) (להלן: עתירת ההפרדה בהכשרה מקצועית). עתירה זו הוגשה על ידי שדולת הנשים בשם עותרת חילונית שנמנעה ממנה הכניסה לקורס הכשרה מקצועית של משרד העבודה מכיוון שהקורס הוקצה לגברים בלבד על פי מדיניות של משרד העבודה להפריד בקורסים מסוימים בין גברים לנשים כדי לעודד השתתפות חרדים בקורסי הכשרה מקצועית.

תעלה כי הרציונל הוא זהה וכי שתי תופעות פסולות אלה הנן למעשה שני צדדים של אותו מטבע - תפיסתה של האישה כחפץ מיני.

הבסיס המשותף להפלייתה של האישה בחברה המסורתית ובחברה המודרנית הנו תפיסתה של האישה ככלי שרת בידי החברה ובידי גברים לשם מתן שירותים מיניים, בין לשם סיפוק מיני, בין לשם פרייה ורבייה ובין לשניהם. ההבדל בין החברה המסורתית למודרנית הנו שבראשונה, תפיסתה של האישה כחפץ מיני מחייבת הגבלתה לתחום הפרטי והטלת הגבלות חריפות על תנועתה בתחום הציבורי, בין שהיא מעוניינת בכך ובין לאו, ואילו בשנייה תפיסתה של האישה כחפץ מיני מחייבת שמיניותה תהיה נגישה לכול, בין שהיא מעוניינת בכך ובין לאו. ההגבלות של הנגישות לאישה כחפץ מיני בחברה המסורתית מושגות באמצעים לגיטימיים לכאורה מנקודת מבט ליברלית, כגון חינוך לצניעות ולציות מוחלט לאב, לבעל ולרב, הגבלתה הוולונטרית של האישה לתחום הפרט בלבד, וכשלא ניתן להגבילה לתחום הפרט, הפרדתה הוולונטרית מגברים בתחום הציבורי-קהילתי.⁴⁷ באותו אופן, הנגישות לאישה כחפץ מיני בחברה המודרנית מושגת באמצעים לגיטימיים לכאורה מנקודת מבט ליברלית כגון פורנוגרפיה, זנות, וקלישאות מסוג "כשאת אומרת לא למה את מתכוונת". השליטה על מיניות האישה בחברה המסורתית מבוססת בעיקרה על פטריארכליות פרטית - שליטה המתרחשת בתחום הפרט שאליו בלבד מוגבלת האישה, על ידי הגברים שעמם האישה נמצאת בקשרים אינטימיים אקסקלוסיביים. בחברה המודרנית, שבה נשים נמצאות חלק ניכר מזמןן בתחום הציבורי, השליטה על מיניות האישה מתבססת על שילוב בין פטריארכליות פרטית לפטריארכליות ציבורית, אשר פורנוגרפיה הנה אחד הביטויים שלו.⁴⁸ גם בחברה החרדית בישראל, שבה נשים רבות יוצאות לתחום הציבורי כדי לפרנס את המשפחה, מתבססת השליטה על מיניות האישה על שילוב בין פטריארכליות פרטית לציבורית, כפי שמוכיח עניין ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית. אם כך, אף כי מוקד הניצול המיני הוא בתחום הפרט, מנגנוני השליטה המאפשרים את קיומו פועלים הן בתחום הפרטי והן בתחום הציבורי. עם זאת, כפי שנראה במקרים שידדונו לעיל, בעוד הפמיניסטיות נוטות להדגיש את ההיבטים הציבוריים של העתירות כדי לשכנע את בית המשפט להתערב, נוטה בית המשפט להסתמך דווקא על ההיבטים הפרטיים שלהן כדי להימנע מהתערבות.

העתירה נגד שידורי ערוץ פלייבוי חושפת את ההתנגשות החזיתית בין הפרדיגמה הליברלית המקדשת את חופש הביטוי כחירות שלילית וקוראת להפרדה נוקשה בין תחום הפרט לתחום הציבורי, ובין התביעה הפמיניסטית ליצירת התנאים הדרושים לשם הבטחת זכותן של נשים לחופש ולשוויון בתחום הפרט ובתחום

⁴⁷ הסדר ההפרדה באוטובוסים היה לכאורה וולונטרי שכן ברמת ההצהרה נשמרה זכותן של הנשים לסרב לשבת בחלק האחורי של האוטובוס. בפועל ההסדר נאכף על ידי סדרנים גברים מיוחדים שמונו על ידי מנהיגי העדה החרדית. ראו: Gila Stopler, "The Free Exercise of Discrimination: Religious Liberty, Civic Community and Women's Equality", 10 *Wm. & Mary J. of Women & L.* (2003-2004) 459, p. 492.
⁴⁸ על פטריארכליות פרטית וציבורית ראו: Sylvia Walby, *Theorizing Patriarchy* (Basil Blackwell, 1990). על מעבר מפטריארכליות פרטית לציבורית בתחום המיניות ראו שם, בעמ' 172-123.

הציבורי כאחד. העתירות נגד ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית חושפות את ההתנגשות בין תביעה פמיניסטית זו ובין נטייתו של ה"ליברליזם של פשרה" להגמיש עוד יותר את מחויבותו לעקרון השוויון (ולזכויות יסוד נוספות) כדי להתאים עצמו למציאות החיים בחברה ליברלית רב תרבותית שבה ישנן גם תרבויות שאינן ליברליות, באמצעות הרחבת התחום הפרטי, הפטור מחובות השוויון, למרחב הציבורי הקהילתי ואף לשירותים הציבוריים הניתנים לקהילה. כך מעמידות עתירות אלה את בית המשפט העליון, המחויב בה בעת הן לעקרונות העומדים בבסיס האידאולוגיה הליברלית כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש הדת והסובלנות, והן לזכותן של נשים לשוויון, במצב בעייתי. לכאורה, אין כל ייחוד בעתירות אלה, שכן כל עתירה מציגה לפני בית המשפט מצב של התנגשות בין זכויות יסוד אשר על בית המשפט לפתור על פי מבחני האיזון שנקבעו בפסיקה ובחוקי היסוד. אולם התנהלותו של בית המשפט בעתירות אלה מצביעה על כך שלבית המשפט יש קושי ממשי לאזן בין האינטרסים השונים במקרים אלה, עד כדי כך שהוא בוחר להימנע מלעשות כן, אם באמצעות שכנוע העותרות למחוק את העתירה, כפי שנעשה בעתירות ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית, ואם באמצעות הימנעות מדיון מפורש בטענתן המרכזית של העותרות – טענת הפגיעה בזכותן של נשים לשוויון – כפי שנעשה בפסק הדין בעתירת הפורנוגרפיה. הדיון אשר יובא להלן אינו מתיימר למצות את טיעוני הצדדים בעניינים אלה ומטרתו אינה אלא להדגים את הטענה, כי הסתירה הקיימת בין עקרונות ליברליים מרכזיים ובין הצעדים הדרושים לשם השגת שוויון לנשים מהווה מכשול משמעותי בדרך להשגת השוויון המיוחל, וכי בית המשפט העליון, בד בבד עם דחיית העתירות, עושה מאמץ ניכר לטשטש את קיומה של הסתירה ואת תוצאותיה.

1. העתירה נגד שידורי ערוץ פלייבוי

הטענה כי פורנוגרפיה פוגעת בזכותן של נשים לשוויון הועלתה לראשונה על ידי קתרין מקינן בשנות השמונים, ומאז נהפכה לטענה המרכזית בדיונים הנוגעים להטלת מגבלות על פורנוגרפיה.⁴⁹ טענה זו הנה גם טענת המרכזית של העותרות בבג"ץ פלייבוי:

מכל מה שנאמר עד עתה עולה מעצמו איזון הערכים המתבקש כאן. ערך כבוד האשה, עקרון השוויון לנשים בכל תחומי החיים, הם עקרונות יסוד שאין חשובים מהם, ואין קרובים מהם ללב ליבו של ערך "כבוד האדם". כבוד האשה, הבטחת מעמדן השווה של נשים, הבטחת שלומן הפיסי, חופשיותן מהטרדה מינית ומפגיעה על רקע מיני, הם בלבו של האינטרס הציבורי ושל שלום הציבור... חופש הביטוי אף הוא ערך חשוב לא פחות,

⁴⁹ על פורנוגרפיה כפוגעת בזכותן של נשים לשוויון ראו: Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*; על טענת הפגיעה בשוויון ובזכויות האדם של נשים כטענה המרכזית בדיונים בין פמיניסטיות לליברלים בנוגע להטלת מגבלות על פורנוגרפיה ראו: Caroline West, "Pornography and Censorship", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta – ed., summer 2004), sec 4(1). ניתן לצפייה באתר האנציקלופדיה הנ"ל בכתובת: [URL: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2004/entries/pornography-censorship>] (נצפה לאחרונה בפברואר 2005).

אולם בהקשר של הביטוי הפורנוגרפי, כאשר ההגבלה מוגדרת מראש כשמורה למשדירים חסרי כל ערך אחר, משקלו מצומצם ביותר וכך גם היקף ההגנה שהוא מספק לו... התפיסה המתבטאת בהחלטת המועצה, של העדפה של זכויות כלכליות, של חברות בעלות אישיות משפטית מופשטת, עתירות הון וכוח, על פני זכויותיהם של אנשים ונשים בשר ודם, לכבוד, לשוויון, לחופש מהשפלה, ניצול ואלימות, וכל זאת במסווה של שמירה על זכויות יסוד – שמה ללעג את תפיסת זכויות היסוד של האדם כולה.⁵⁰

באופן מסורתי ההתנגדות לפורנוגרפיה באה מצד חוגים שמרניים אשר ראו בפורנוגרפיה ביטוי בלתי מוסרי – "תועבה" – ואשר ראו בהגבלתה אמצעי להשליט את ערכי המוסר בקרב העם.⁵¹ גם חוק העונשין הישראלי ביטא גישה דומה עד שנת 1991, שבה בוטל האיסור להחזיק חומרים פורנוגרפיים לצריכה פרטית.⁵² הניסיון להגביל את חופש הביטוי ואת זכותם של אנשים לעשות בין כותלי בתייהם את הישר בעיניהם כדי לאכוף ערכי מוסר על החברה פסול מכול וכול בעיני ליברלים, בהיותו פוגע בחופש הביטוי, בזכות הפרטיות ובחובתה של המדינה לשמור על נייטרליות ולא להשתמש בחוק ככלי לאכיפת מוסר.⁵³ עם זאת, ההנחה העומדת ביסוד הסירוב הליברלי לאסור פורנוגרפיה הנה שפורנוגרפיה אינה גורמת נזק לאנשים.⁵⁴ הנחה זו התבססה בעיקרה על הטענה שאין ממצאים אמפיריים חד-משמעיים הקושרים באופן ישיר בין צפייה בפורנוגרפיה לאלימות כלפי נשים.⁵⁵ אולם כיום קיימים מחקרים רבים המצביעים על הקשר בין צפייה בפורנוגרפיה להגברת התוקפנות המינית כלפי נשים ולאיימוץ תפיסות כגון התפיסה שנשים נהנות מאונס או התפיסה הגורסת שבאומרן לא אין נשים מתכוונות לכך באמת.⁵⁶ מחקרים אלה נוטים לאשש את האמירה הפרובוקטיבית ולפיה "פורנוגרפיה היא התאוריה, אונס הוא הפרקטיקה".⁵⁷ יתרה מזו, כיום מקובלת התפיסה שהנזק הנגרם לנשים מפורנוגרפיה אינו מתמצה רק בהגברת התוקפנות המינית כלפיהן אלא גם בפגיעה בזכותן לשוויון ובקיבוע מעמדן הנחות בחברה. כך, למשל, בבג"ץ חברת סטיישן פילם קבע הנשיא ברק, כי ניתן "להצדיק הגבלה של הביטוי הפורנוגרפי עד כמה שיש בביטוי זה כדי להשפיל את האשה ולדמותה ל"שפחת מין", דבר הפוגע – במישורין ובעקיפין – במעמד השוויוני של האשה בחברה שלנו ומעודד אלימות בכלל ואלימות כלפי נשים

⁵⁰ סעיפים 317, 318, 321 לסיכומי העותרות בעתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44). ניתן לצפות במאגר המשפטי נבו: [URL: www.nevo.co.il/psika_word/kitvey/0304332-a-kt-a.doc] (נצפה לאחרונה בפברואר 2005).

⁵¹ ראו, למשל: West (לעיל, הערה 49), בסעיף 2.1.

⁵² ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 224-225.

⁵³ ראו: West (לעיל, הערה 49), בסעיף 2.2.

⁵⁴ שם, שם. ראו גם: Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985) 335, pp. 354-355.

⁵⁵ ראו: Ronald Dworkin, "Women and Pornography", 40 *New York Review of Books* 17 (1993), sec. 2.

⁵⁶ ראו סעיף 4.א לתצהיר התשובה מטעם המשיבות 19-8 בבג"ץ 8003/01 [העותרות גם בעתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44)] המצורף לסיכומי העותרות כנספח ו'. את תצהיר התשובה ניתן למצוא במאגר המשפטי נבו:

[URL: www.nevo.co.il/psika_word/kitvey/0304332-a-kt-b.doc] (נצפה לאחרונה בפברואר 2005); ראו גם: West (לעיל, הערה 49), בסעיף 5.1.

⁵⁷ אמרה זו נאמרה על ידי רובין מורגן, עורכת המגזין הפמיניסטי Ms. ב-1974. האמרה מצוטטת במאמר של ויקי שירן, "המאבק הפמיניסטי נגד הפורנו בישראל", *מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום* (מאיר חובב, לסלי סכה, מנחם אמיר – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ג) 605, בעמ' 610.

בפרט.⁵⁸ נראה, כי תפיסה זו, המכונה על ידי העותרות "גישת הנזק" כדי להבדילה מהתפיסה הדתית-שמרנית המבקשת להגביל את הפורנוגרפיה כדי לאכוף ערכי מוסר, היא הגישה אשר אומצה על ידי המחוקק ואשר עמדה בבסיס סעיף 6 כה לחוק התקשורת (בזק ושידורים).⁵⁹ גישה דומה בכל הנוגע לנזק הנגרם לקטינים מחומרים פורנוגרפיים המערבים קטינים, הביאה ב-1998 לידי תיקון חוק העונשין כך שיאסור כל שימוש בקטינים בתעשיית הפורנוגרפיה ואף יאסור החזקה פרטית של חומרים פורנוגרפיים שבהם נעשה שימוש כזה.⁶⁰ לעומת זאת הניסיון לכלול בתיקון של 1998 החמרה של ההגבלות החלות על פורנוגרפיה שבה אין מעורבים קטינים נכשל ברובו.⁶¹ אין ספק כי בשל מעמדם המיוחד של קטינים כתלויים הזקוקים להגנת האחראים להם ולהגנת המדינה, ובשל האיסור המוחלט לקיים יחסי מין עם קטינים מתחת לגיל ארבע עשרה, קל בהרבה להצביע באופן חד-משמעי על הנזק הנגרם מפורנוגרפיה שבה מעורבים קטינים ואף לשכנע בצדקת החזרה לתחום הפרט כדי למנוע את השימוש בה. עם זאת, ההתגייסות הפמיניסטית חסרת התקדים לטובת חקיקה האוסרת שידורי פורנוגרפיה בערוצי הכבלים והלוויין הביאה לידי כך שבסעיף 6 כה לחוק התקשורת לראשונה אימץ המחוקק הישראלי את עקרון הנזק גם לעניין השפעת תעשיית הפורנוגרפיה על נשים.⁶²

מהאמור עולה, כי הטענה המרכזית שבית המשפט העליון נדרש להתמודד עמה בפסק דינו הייתה טענת הנזק הנגרם לנשים מפורנוגרפיה, הפוגעת בזכותן לשוויון ולכבוד, מקבעת את מעמדן הנמוך בחברה, ומעודדת אלימות מינית כלפיהן. הצורך להתמודד עם טענות כבדות משקל אלה נבע לא רק מכך שאלה היו הטענות שעליהן התבססה עתירתן של העותרות אלא גם מכך שכפי שהראו העותרות, אלה הם השיקולים שעליהם התבססה החקיקה שאותה נדרש בית המשפט לפרש. עם כל הכבוד הראוי, ברצוני לטעון כי בפסק דינו נמנע בית המשפט העליון מלתת לטענות אלה את המשקל הראוי להן. השערתי הנה שהימנעות זו נובעת מהקושי האמיתי של בית המשפט ליישב את ההתנגשות החזיתית בין העקרונות הליברליים המדגישים את כיבוד הפרדה בין הפרטי לציבורי ואת השמירה על חירויות שליליות כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק מצד אחד, ובין עקרון השוויון לנשים, המחייב חזרה אל תחום הפרט כדי להביא לידי הגשתו מצד אחר. השערה זו מתבססת הן על בחינה צורנית של פסק הדין, והן על בחינה מהותית שלו. בחינה צורנית של פסק הדין מעלה שהמילה שוויון אינה מופיעה בו ולו פעם אחת, לא בפסק דינה של השופטת דורנר, ולא בהערותיהם של השופטים האחרים, אשר הצטרפו כולם לפסיקתה. השמטה זו מתמיהה במיוחד בהתחשב בכך שבהכירו בחשיבותה העליונה של העתירה, ישב בה בית המשפט העליון בהרכב של אחד עשר שופטים, וארבעה שופטים ראו לנכון להוסיף הערות מהותיות לפסק דינה הארוך והמנומק של השופטת דורנר. עם זאת, השמטה

⁵⁸ בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, בעמ' 678.

⁵⁹ ראו דברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, ה"ח 369. לחוק עצמו ראו חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, ס"ח 218; ראו גם סעיפים 171, 172 לסיכומי העותרות. ניתן לצפייה במאגר המשפטי נבו: [URL: www.nevo.co.il/psika_word/kitvey/0304332-a-kt-a.doc] (נצפה לאחרונה בפברואר 2005).

⁶⁰ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 224-226.

⁶¹ שם, בעמ' 225.

⁶² ראו שירן (לעיל, הערה 57), בעמ' 619-627.

זו עולה בקנה אחד עם ההשערה שבית המשפט מבכר להצניע את ההתנגשות החזיתית האמורה בין ההגדרה הליברלית של חירות ובין זכותן של נשים לשוויון, על ידי המנעות מאזכור עקרון השוויון בפסק הדין.⁶³

בחינה מהותית של פסק הדין מעלה, כי לא רק מקומו של עקרון השוויון נפקד ממנו, אלא גם ההתייחסות בפסק הדין לעקרון כבוד האדם אינה משקפת כראוי את עצמת הפגיעה אשר לה טוענות העותרות ונוטה ליצור זיהוי בין הפגיעה בכבוד האישה לפגיעה ברגשות, עד כדי כך שנוצר הרושם שטענתן של העותרות לפגיעה בכבוד הנה טענה הנוגעת לעלבון שחשות נשים בשל פורנוגרפיה ולא לפגיעה המהותית בזכותן לשוויון בכל תחומי החיים הנגרמת עקב פורנוגרפיה. ודוק, אין בדברים אלה כדי להביע עמדה בשאלת צדקתו של פסק הדין אלא כדי להפנות את תשומת הלב לכך שבית המשפט נמנע מלבצע בחינה אמיתית של הזכויות העומדות על הפרק, שהייתה עשויה להביא לידי קבלת העתירה, או לחילופין, לספק נימוק משכנע יותר לדחייתה. בפסק דינה מייחדת השופטת דורנר סעיף אחד לטענת הפגיעה ברגשות, ובו היא מציינת, כי היא מוכנה להניח שאכן מתקיימת פגיעה ברגשות כתוצאה משידור ערוץ פלייבוי, וסעיף אחד נוסף היא מייחדת לטענת הפגיעה בכבוד, ובו היא מזכירה כי קיימים ויכוחים באשר לאופי הזכויות שבמחלוקת והפגיעות בהן (מבלי לציין מה הן אותן זכויות – למשל, שוויון) ומוסיפה כי היא מוכנה להניח, כי אכן מתקיימת פגיעה בכבוד האישה עקב שידורי הערוץ.⁶⁴ מיד לאחר מכן ממשיכה השופטת דורנר וקובעת, כי את האיזון החוקתי בין חופש הביטוי וחופש העיסוק מחד גיסא, ובין הזכות לכבוד והאינטרס הציבורי להגנה מפני הפגיעה ברגשות מאידך גיסא, יש לעשות "על רקע המציאות החברתית הקיימת, המגלמת את השקפות החברה באשר למותר ולאסור בה." או כדברי השופט חשין בפסק דינו "השקפותיה של החברה מעת-לעת הן שתקבענה ותכרענה. VOX POPULI, VOX DEI: קול העם – קול האלוהים הוא." לא ברור כלל כיצד אמירות אלה יכולות להתיישב עם ההנחה שפורנוגרפיה פוגעת בזכותן החוקתית של נשים לכבוד האדם. הייתכן, שפגיעה בזכות יסוד חוקתית תיחשב מוצדקת מן הטעם שהיא נחשבת למוצדקת בעיני "העם"? מוסיפה השופטת דורנר וקובעת, כי בקביעת האיזון החוקתי, אין להתעלם מכך שפורנוגרפיה, ואף פורנוגרפיה קשה, הנה חוקית וזמינה "תחת כל עץ רענן". האם העובדה שהפגיעה בזכותן החוקתית של נשים לכבוד, שאותה מוכנה השופטת דורנר להניח, הנה פגיעה המתרחשת לדבריה "תחת כל עץ רענן", יכולה להצדיק את אישורה על ידי בית המשפט? האם היה עולה על הדעת, למשל, כי בזמנים של התגברות התבטאויות גזעניות נגד ערבים, יקבע בית המשפט כי זכותם החוקתית של ערבים לכבוד ולשוויון צריכה לסגת מפני זכותם של הדוברים הגזעניים לחופש הביטוי דווקא משום שדיבור גזעני נשמע תחת כל עץ רענן? השקפות החברה באשר למותר ולאסור בה אינן יכולות לשמש להצדקת פגיעה בזכות חוקתית אך הן יכולות לשמש מדד לצורך בהגנה מפני פגיעה ברגשות, שכן המבחן המקובל באשר לאינטרס זה הנו ההשקפות המקובלות בחברה. השימוש שעשה בית המשפט במבחן זה מחזק

⁶³ על נטיותיו של בית המשפט לפסוק על פי עקרונות ליברליים ונאו ליברליים ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", *משפט וממשל* ד (תשנ"ז) 133; פרנסס רדאי, "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכח", *משפטים* כג (תשנ"ד) 21.
⁶⁴ ראו עתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44), בעמ' 83-85.

את ההרגשה כי בית המשפט התייחס לפגיעה בכבודן של נשים כפגיעה ברגשותיהן ולא כפגיעה בזכותן החוקתית לשוויון שהיא הפגיעה שנטענה על ידי העותרות והיא הפגיעה אשר שימשה בסיס לחוק האוסר שידורים פורנוגרפיים.

בית המשפט גם נמנע מלהתמודד עם טענתן של העותרות ששידורים פורנוגרפיים פוגעים בחופש הביטוי של נשים כחירות חיובית.⁶⁵ בעוד חופש הביטוי כחירות שלילית משמעו זכותו של כל אדם לומר את כל אשר עולה על רוחו בלא התערבות המדינה, חופש הביטוי כחירות חיובית משמעו זכותם של בני החברה לכך שלכל אחד מהם תישמר יכולת אמיתית ליטול חלק בדיאלוג החברתי.⁶⁶ הבנת חופש הביטוי כחירות חיובית עשויה לחייב את המדינה לנקוט צעדים כדי להגביל את חופש הביטוי של אנשים מסוימים הפוגעים באמצעות ביטוייהם ביכולתם האמיתית של אחרים ליטול חלק בדיאלוג החברתי. על פי הטענה הפמיניסטית, שידורים פורנוגרפיים פוגעים בחופש הביטוי של נשים כחירות חיובית בכך שהם מסייעים ביצירת אקלים חברתי עוין ובלתי קשוב לנשים הגורם להשתקתן (המתבטאת, למשל, באי-דיווח על אונס ופגיעות מיניות) ומביא לידי עיוות דמותן וערעור אמינותן (המתבטאים בכך שגם כאשר נשים מדווחות על פגיעות מיניות הן נתקלות בחוסר אמון ובזלזול הנובעים מתפיסות המועברות באמצעות פורנוגרפיה ולפיהן נשים תמיד תהיינה מעוניינות במין עם כל גבר וגם סירובן המפורש מהווה רק חלק מהמשחק המקדים).⁶⁷ הימנעות בית המשפט מלדון בטענה זו הנה משמעותית בהתחשב במרכזיותו של הדיון בפסק הדין בחופש הביטוי של יוצרי הפורנוגרפיה ומשדריה ובחשיבות הרבה שבית המשפט מייחס לזכות לחופש הביטוי. עם זאת, המנעות זו משקפת את הקושי של בית המשפט העליון להתמודד עם טענות הנוגעות לממד החיובי של חירויות יסוד כגון חופש הביטוי, שהתאוריה הליברלית רואה בהן חירויות שליליות בלבד.⁶⁸

קיים קושי אמיתי ורב ליישב בין גישה ליברלית המדגישה את החירות השלילית ואת ההפרדה בין הפרטי לציבורי ובין הרצון להשיג שוויון אמיתי לנשים. כמי שרואה עצמו מחויב לעקרון השוויון לנשים, כפי שיעידו פסיקותיו הרבות המקדמות את שוויון האישה בתחום הציבורי, מבכר בית המשפט לטשטש את הבעיה ולא להתמודד עמה ישירות. ניסיונותיהם של מלומדים כגון Dworkin להתמודד ישירות עם הבעיה גם הם לא צלחו. Dworkin, אבי הליברליזם השוויוני, הדוגל בהתערבות נמרצת של המדינה בשוק, בהעדפה מתקנת ובחלוקה מחדש של העושר כדי להשיג שוויון כלכלי,⁶⁹ גורס במאמר ביקורת על מק'קיננון, כי אם אכן הגנה על הביטוי הפורנוגרפי מביאה לידי קונפליקט בין חופש הביטוי של יוצרי הפורנוגרפיה וצרכניה ובין זכותן

⁶⁵ שם, בעמ' 76--77.

⁶⁶ ראו גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", **שנתון משפט העבודה ז** (תשנ"ט) 65, בעמ' 109.

⁶⁷ ראו: West (לעיל, הערה 49), בסעיף 4.1.

⁶⁸ על יחסו של בית המשפט העליון לממד החיובי של הזכויות הליברליות, שאותו מכנה מונדלק "הממד החברתי" ראו מונדלק (לעיל, הערה 66), בעמ' 110-120.

⁶⁹ ראו, למשל: Dworkin (לעיל, הערה 54), בעמ' 181-334.

של נשים לשוויון, הרי על חופש הביטוי לגבור.⁷⁰ בהבינו שעמדה כזו מנוגדת ניגוד גמור למשנתו הסדורה שההגנה על זכויות כגון חופש הביטוי וההכרה בהן כזכויות יסוד מוצדקת רק ככל שהיא מאפשרת למיעוטים מופלים ליהנות מהן בשוויון, מנסה Dworkin להצדיק את ההגנה על חופש הביטוי של יוצרי פורנוגרפיה וצרכניה בכך שהשוויון מחייב שלכל אחד, לא משנה עד כמה אקסצנטרי או נתעב הוא (כדבריו), יינתן סיכוי שווה להשפיע על סביבתו המוסרית באמצעות ביטוי.⁷¹ לדבריו:

Only one answer is consistent with the ideals of political equality: that no one may be prevented from influencing the shared moral environment, through his own private choices, tastes, opinions, and example, just because these tastes or opinions disgust those who have the power to shut him up or lock him up. Of course, the ways in which anyone may exercise that influence must be limited in order to protect the security and interests of others. People may not try to mold the moral climate by intimidating women with sexual demands or by burning a cross on a black family's lawn, or by refusing to hire women or blacks at all, or by making their working conditions so humiliating as to be intolerable. But we cannot count, among the kinds of interests that may be protected in this way, a right not to be insulted or damaged just by the fact that others have hostile or uncongenial tastes, or that they are free to express or indulge them in private.⁷²

בדבריו אלה טועה Dworkin כפי שטעה בית המשפט העליון בבג"ץ פלייבוי בערבו בין טענת הפגיעה בזכות היסוד של נשים לשוויון עקב פורנוגרפיה, ובין טענת הפגיעה ברגשות. Dworkin טוען כי עקרון השוויון מחייב שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש הביטוי רק בשל כך שביטוי גורם לפגיעה ברגשות של אנשים אחרים. אולם אין בכך כלל כדי לתת מענה על טענת הפגיעה בזכות היסוד של נשים לשוויון הנגרמת על ידי הפורנוגרפיה. יתרה מזו, נדמה כי טענת Dworkin שעקרון השוויון הוא המחייב מתן חופש ביטוי ליוצרי פורנוגרפיה וצרכניה היא בבחינת תרתי דסתרי. את טענותיו בדבר זכותם של יוצרים וצרכנים של פורנוגרפיה לחופש הביטוי מבסס Dworkin על טענה אמפירית מוטעית בעליל ולפיה יוצרי הפורנוגרפיה וצרכניה הנם מיעוט קטן ונרדף וככאלה הנם זכאים להגנה על זכויותיהם מפני עריצות הרוב.⁷³ כל הנתונים, גם בארץ וגם בעולם, מצביעים על ההפך הגמור. כך, על פי הנתונים, רווחי תעשיית הפורנוגרפיה העולמית בשנת 2003

⁷⁰ ראו: Dworkin (לעיל, הערה 55), בסעיף 3.

⁷¹ שם, שם.

⁷² שם, שם.

⁷³ שם, שם. ראו גם: Dworkin (לעיל, הערה 54), בעמ' 335.

הגיעו ל-34 מיליארד דולר לשנה, ורווחיה בארצות הברית ללמעלה מ-8 מיליארד דולר.⁷⁴ לשם השוואה, רווחי תעשיית הפורנוגרפיה בארצות הברית גבוהים מרווחיהן המשותפים של שלוש רשתות הטלוויזיה האמריקניות המצליחות ABC, CBS ו-NBC, אשר הסתכמו ביחד ב-6.2 מיליארד דולר בשנה זו.⁷⁵ על פי הנתונים המופיעים בפסק הדין בעניין פלייבוי שידורי ערוצי המבוגרים בכלל וערוץ פלייבוי בפרט נחלו הצלחה רבתי בארץ לפני שהוחלט על הגבלתם ולמעלה מ-50% ממנויי הלווין וכ-65% ממנויי הכבלים רכשו את שידורי ערוץ פלייבוי. כדברי בית המשפט, הפורנוגרפיה נמצאת "תחת כל עץ רענן".⁷⁶ מכאן עולה, כי חששו של Dworkin, שהגבלתה של הפורנוגרפיה תבטא את רגשות הסלידה של הרוב ממיעות נרדף של יצרני פורנוגרפיה וצרכניה אין לו על מה לסמוך. נהפוך הוא, המציאות הנה שתעשייה פורנוגרפית משומנת היטב המגלגלת מיליוני דולרים בשנה והנתמכת בידי רוב גברי מוצק משתמשת בזכויות היסוד כחרב שמטרתה לשמר את זכותה לפגוע באוכלוסיית הנשים, שהנה לכל הדעות אוכלוסייה הסובלת מנחיתות חברתית מתמשכת.⁷⁷ העותרות ניסו להדגיש מציאות זו, כמו גם את העובדה ששידורי הטלוויזיה הנם משאב ציבורי, כדי לטעון בבית המשפט כי האספקטים הציבוריים של הפורנוגרפיה בכלל ושל שידור ערוץ פלייבוי בערוצי הלווין והכבלים בפרט, מצדיקים את התערבותו.⁷⁸ אולם בית המשפט בפסק דינו העדיף להסתמך על כך שהמועצה הטילה הגבלות שונות על שידורי הערוץ, המותרות את שידוריו בתחום הפרט ולבחירתו החופשית, ונמנע מלהתייחס להיבט הציבורי של שידורי הערוץ.⁷⁹ מנקודת ראות זו בג"ץ פלייבוי מהווה חיזוק לטענה שהמהפכה החוקתית כיום טומנת בחובה בעיקר הבטחה לעשירים ולחזקים להגן על זכויותיהם כנגד החלשים.⁸⁰ במובנים רבים, ובוודאי במובן של הבטחת שוויון לנשים, שינוי פערי הכוחות בחברה מצריך סטייה מהפרדיגמה הליברלית שאותה אין בית המשפט העליון מוכן, לפחות בשלב זה, לבצע.

אין ספק כי שסעיף 6כה (2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, אשר נחקק כאמור בעקבות התגייסות פמיניסטית חסרת תקדים,⁸¹ הנו אחד מדברי החקיקה המתקדמים המצביעים על ניצני קליטתה של האג'נדה הפמיניסטית הפרוגרסיבית בבית המחוקקים הישראלי. דווקא בשל כך מעניין במיוחד לראות כיצד אותה אג'נדה פמיניסטית פרוגרסיבית מתמוססת כאשר הנסיונות להוציאה מן הכוח אל הפועל מסוכלים על ידי

⁷⁴ ראו: West (לעיל, הערה 49), בסעיף 1.

⁷⁵ שם, שם.

⁷⁶ ראו עתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44), בעמ' 85-86.

⁷⁷ כמאמר העותרות בסיכומיהן שצוטטו לעיל: " התפיסה המתבטאת בהחלטת המועצה, של העדפה של זכויות כלכליות, של חברות בעלות אישיות משפטית מופשטת, עתירות הון וכוה, על פני זכויותיהם של אנשים ונשים בשר ודם, לכבוד, לשוויון, לחופש מהשפלה, ניצול ואלימות, וכל זאת במסווה של שמירה על זכויות יסוד – שמה ללעג את תפיסת זכויות היסוד של האדם כולה", סעיף 321 לסיכומי העותרות בעתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44). ניתן לצפות במאגר המשפטי נבו:

[URL: www.nevo.co.il/psika_word/kitvey/0304332-a-kt-a.doc]

⁷⁸ שם, בסעיף 214-217.

⁷⁹ ראו עתירת פלייבוי (לעיל, הערה 44), בעמ' 83-83 (פסק דינה של השופטת דורנר), בעמ' 94-95 (פסק דינו של השופט

טירקל) וכן בעמ' 95-96 (פסק דינה של השופטת בייניש).

⁸⁰ ראו מרמור (לעיל, הערה 63); רדאי (לעיל, הערה 63).

⁸¹ ראו שירן (לעיל, הערה 57), בעמ' 619-627.

הרשות המבצעת בתמיכת בית המשפט העליון. במאמרה בסוגיית הפרטת זכויות האדם מבדילה פרנסס רדאי בין מושגי הצדק המשמשים את המחוקק ואת בית המשפט בשקלם שיקולים של החלת זכויות האדם במשפט הפרטי. לדברי רדאי, המחוקק, בהפריטו את זכויות האדם, נוקט מדיניות רווחה הבאה לפצות את בני הקבוצות החלשות על חולשתם היחסית לעומת כוחם הסוציו-כלכלי העדיף של העומדים מולם, וזאת כדי להשיג צדק קהילתי.⁸² בית המשפט, לעומת זאת, בוחן את ההצדקה שבהפרטת זכויות האדם מנקודת מבט אינדיבידואליסטית פורמלית, שאותה רדאי מכנה "הגישה הליברלית להפרטת זכויות האדם", אשר לא רק אינה תואמת את מדיניות הרווחה הדמוקרטית, אלא אף עשויה לחתור תחתיה.⁸³ לדעת רדאי אין זה בסמכותו של בית המשפט לדחות את הגישה המהותית-מפצה של המחוקק להפרטת זכויות האדם לטובת הגרסה האינדיבידואליסטית-פורמלית של בית המשפט אלא אם יש בידו להראות, כי מדיניות החקיקה אינה לתכלית ראויה. "אם הדוקטרינה השיפוטית תבחר בגרסה של הפרטת זכויות האדם המתנגשת עם המדיניות החקיקתית, עליה להצדיק זאת על-ידי הקביעה שהמדיניות החקיקתית איננה לתכלית ראויה." ⁸⁴ בבג"ץ פלייבוי לא נוצרה לכאורה התנגשות חזיתית בין המחוקק לבין בית המשפט שכן בית המשפט לא פסל את סעיף 6כ6 (2) אלא רק פירש אותו פירוש צר. אולם די היה בכך כדי לאפשר לבית המשפט העליון לסכל את מה שנראה על פניו ככוונת המחוקק להשיג צדק קהילתי באמצעות הגבלת כוחה הסוציו-כלכלי הרב של תעשיית הפורנוגרפיה לפגוע בזכויות נשים. על ידי הימנעות מדיון אמיתי בטענות העותרות ומתן פרשנות מצרה לסעיף 6כ6 (2) החזיר בית המשפט העליון את ההתמודדות בין תעשיית הפורנוגרפיה לתנועות הפמיניסטיות לפסים הליברליים המקובלים, השמים דגש על חופש הביטוי כחירות שלילית ועל הימנעות המדינה מלהתערב בתחום הפרט, שבהם סיכויי ההצלחה של האחרונות הנם קלושים.

2. עתירות ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית

בדיונה הנוגע ליחסי דת ומדינה בישראל והשפעתם על מעמד האישה מציינת הלפרין-קדרי כי קיימת הסכמה רחבה לכך שמקומה של הדת במדינת ישראל הנו גורם מרכזי הפוגע במעמד האישה.⁸⁵ הלפרין-קדרי מסווגת לשלושה את הביטויים השונים למעמד הדת במדינה – ביטויים רשמיים כגון חקיקת המעמד האישי המפלה נשים לרעה, ביטויים רשמיים למחצה כגון שלילת זכותן השווה של נשים למלא תפקידים במוסדות דתיים הקשורים למדינה, כגון דיינות או טוענות רבניות, וביטויים בלתי רשמיים כגון ההפרדה בין גברים לנשים באוטובוסים ובהכשרה מקצועית.⁸⁶ בדיון להלן ברצוני להתמקד בהפרדה בין גברים לנשים באוטובוסים ובהכשרה מקצועית, שכן, כפי שמציינת הלפרין-קדרי, עניין זה מייצג בצורה הטובה ביותר את הקונפליקט

⁸² ראו רדאי (לעיל, הערה 63), בעמ' 47.

⁸³ שם, בעמ' 53.

⁸⁴ שם, בעמ' 52.

⁸⁵ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 166.

⁸⁶ שם, בעמ' 166-172.

בין רב תרבותיות לזכויות נשים בהקשר הישראלי.⁸⁷ בשל כך מאפשר הדיון בעניין זה להדגים את חוסר ההתאמה הבולט בין התאוריה הליברלית המודרנית, הנוטה להרחיב את התחום הפרטי, הפטור מחובות השוויון, כדי לאפשר קיומן של קהילות לא ליברליות במדינה הליברלית, ובין הצעדים הנחוצים על פי הגישה הפמיניסטית-פרוגרסיבית לקידום מעמד האישה.

אותן תפיסות עולם מתחרות, שניתן לכנותן בהכללה – פמיניסטית, דתית וליברלית – המעורבות בוויכוח בעניין הפורנוגרפיה, הן תפיסות העולם המעורבות גם בוויכוח בעניין הפרדה בין גברים לנשים באוטובוסים ובהכשרה מקצועית. אולם בנושא הפורנוגרפיה נרקמה ברית בין הפמיניסטיות לדתיים נגד הליברלים, אשר אפשרה את אישור החוק המגביל שידורים פורנוגרפיים (אף אם לא את יישומו המלא), ואילו בנושא הפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית הברית הברורה הנה בין הדתיים לליברלים נגד הפמיניסטיות. ברית דתית-ליברלית זו אפשרה לשלוש הרשויות, המחוקקת המבצעת והשופטת, להציג חזית אחידה בסוגיית הפרדה ולהחזירה למציאות הישראלית תוך טשטוש ההתנגדות הפמיניסטית וכמעט בלא דיון ציבורי.⁸⁸ ההתנגשות בין זכותן של נשים לשוויון, ובין עקרונות ליברליים המקשים את מימושה, ואשר גבולותיהם מורחבים לשם התאמתם לחיים בחברה רב תרבותית ובה מיעוטים לא ליברליים, מעוררת קושי אמיתי. נראה כי דווקא קושי זה הוא שהביא את בית המשפט העליון לידי כך שישכנע את העותרות להסיר את עתירתן בעניין הפרדה באוטובוסים, כמו גם את עתירתן בנוגע להפרדה בין נשים לגברים מטעמי דת בקורסי הכשרה מקצועית המוצעים על ידי משרד העבודה והרווחה, כדי שלא ייאלץ להכריע בהתנגשות ברורה זו. דא עקא, שבמשכו את ידיו מהעניין, סגר בית המשפט בפני העותרות את הדרך לביטול הפרקטיקות המפלות הללו ובכך צירף בית המשפט את עצמו, בלא צורך לנמק, לאלה המכרסמים בזכותן של נשים לשוויון. טענתי הנה כי את מעשיו אלה של בית המשפט יש להבין לא רק על רקע שיקולים פוליטיים כגון העדפתו שלא להחריף את יחסיו

⁸⁷ שם, בעמ' 171.

⁸⁸ הפרדה בין נשים לגברים החלה כיזמה של הרשות המבצעת – משרד התחבורה ומשרד העבודה – אשר החלו ליישם את ההפרדה באוטובוסים הנוסעים בעיקר בשכונות חרדיות ובקורסי הכשרה מקצועית המיועדים בעיקר לאוכלוסייה החרדית ואשר מפרידים בין גברים לנשים. בעקבות יזמות אלה הוגשו שתי עתירות: עתירת **ההפרדה באוטובוסים** (לעיל, הערה 45) ועתירת **ההפרדה בהכשרה מקצועית** (לעיל, הערה 48). בשני המקרים נמנע בית המשפט העליון מלדון בעתירות ושכנע את העותרות להסירן. בשנת 2000, עם קבלת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ה 58, נקבע בסעיף 3(ד)3(3) לו, כי קיומן של מסגרות נפרדות לגברים ולנשים לא ייחשב להפליה אם אי-הפרדה ימנע מחלק מהציבור את הספקת המוצר או שימוש בשירות הציבורי ובלבד שההפרדה מוצדקת בהתחשב בפרמטרים כגון אופי המוצר או השירות, קיומה של חלופה סבירה וצורכי הציבור העלול להיפגע מההפרדה. התפתחויות אלה כמעט לא זכו להתייחסות בכתיבה האקדמית. למאמרים נדירים בעברית ראו נוי רימלט, "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים", **עלי משפט** ג (תשס"ג) 99 (מאמר המנתח את הרציונל ההלכתי המפלה העומד ביסוד ההפרדה ותוקף את תמיכת רשויות המדינה בפרקטיקה זו). ראו גם אלון הראל ואהרון שגור, "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית", **עלי משפט** ג (תשס"ג) 71 (מאמר המטיל ספק בהיות ההפרדה נובעת מטעמים מפלים ומצדד בהכרת החוק בלגיטימיות של פרקטיקת ההפרדה כמשקפת את הצרכים הדתיים והתרבותיים של הציבור החרדי). להריגים באנגלית ראו התייחסותה של רות הלפרין קדרי אל ההפרדה באוטובוסים ב: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 171-172; ראו גם: Ruth Halperin-Kaddari, "Women, Religion and Multiculturalism in Israel", 5 *UCLA J. Int'l L.* (2000-2001) 339, pp. 362-364 Gila Stopler, "Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate Against Women", 12 *Colum. J. Gender & L.* (2003) 154, pp. 171-172, 205, 208-209; וכן: Stopler (לעיל, הערה 47), בעמ' 492-495.

המתוחים ממילא עם הקהילה החרדית,⁸⁹ אלא גם על רקע האידיאולוגיה שאותה כיניתי "ליברליזם של פשרה", המגמישה את המחויבות הליברלית לזכותם של יחידים לשוויון (כמו גם לזכויות אינדיבידואליות אחרות) כדי להתמודד עם דרישותיהן של קהילות לא ליברליות להכרה בזכותן לשמר את אורח חייהן, גם כאשר הוא מצמצם את זכויותיהם של יחידים בקהילה. הגמשת המחויבות הליברלית לזכותם לשוויון של יחידים בקהילות לא ליברליות נעשית באמצעות הרחבת המרחב הפרטי, הפטור מחובות השוויון, כך שיכלול את תחומי הקהילה ואפילו את השירותים הציבוריים הניתנים לקהילה. הרחבה זו באה לרוב על חשבון זכותן של נשים לשוויון שכן רוב הקהילות שאינן ליברליות נוקטות הפלייה כלפי נשים.⁹⁰

הטענה בדבר זכותם של מיעוטים להגנה על תרבותם ואורח חייהם (הזכות לתרבות) ובדבר חובתה של חברה ליברלית ובה מיעוטים מתרבויות שונות לספק את התנאים הנדרשים לקיומה של חברה רב תרבותית, הנה טענה חדשה יחסית בתאוריה הליברלית. הביסוס הראשוני לה ניתן על ידי Kymlicka והיא זוכה בעשור האחרון לפריחה ברחבי העולם, לרבות בישראל.⁹¹ בעבר, האידאל הרווח בתאוריה הליברלית היה אידאל האזרחות השווה אשר הובן כחובתה של המדינה לספק לכל אזרחיה זכויות שוות ולפעול להטמעתן של קבוצות מיעוט בחברה הכללית כאמצעי ליצירת סולידריות ושוויון. הגישה הרב תרבותית יוצאת נגד אידאל זה וגורסת, כי יצירת מודל אחיד של אזרחות המבוסס על קבוצת הרוב ואשר אינו מכיר בייחודן של קבוצות המיעוט ואינו מספק להן את הכלים לשמור על ייחוד זה, יוצרת הפליה של קבוצות המיעוט.⁹² לפיכך, מבוססת הגישה הרב תרבותית על הדרישה להוסיף לזכויות המשותפות המגיעות לכל אזרח במדינה זכויות פרטיקולריות לחברי קבוצות המיעוט שמטרתן לאפשר להם לקיים את אורח חייהם המיוחד, מתוך הנחה שרק כך יושג שוויון אמיתי בין כל אזרחי המדינה.⁹³ לפי Kymlicka, ההצדקה הליברלית להעניק לקבוצות מיעוט זכויות מיוחדות שנועדו לסייע בשימורן הנה שהתרבות, החברה והשפה שבתוכן האדם חי ומתפתח מהוות מסגרת הכרחית לפיתוח יכולתו האוטונומית לבחור ולשנות את דרך חייו ואת ערכיו. הזכות לחירות במובן זכותו של אדם להחליט החלטות עצמאיות ולעצב את חייו כראות עיניו הנה הזכות המרכזית שעליה בא הליברליזם להגן. לכן, טוען Kymlicka, כדי שתרכויות המיעוט יוכלו לספק לחבריהן מסגרת חיונית זו, יש לספק להן הגנה מפני השחתתן על ידי תרבות הרוב הדומיננטית.⁹⁴

⁸⁹ ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 172.

⁹⁰ ראו סוזן מולר אוקין, "הרהורים על פמיניזם ורב-תרבותיות", פוליטיקה 1 (תשנ"ח) 9, בעמ' 13-14.

⁹¹ ראו, למשל, מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר - עורכים, רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (רמות, תשנ"ח).

⁹² ראו: Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction* (Clarendon Press, 2002), 327-376.

⁹³ ראו: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Clarendon Press, 1995), 126.

⁹⁴ שם, שם.

בהיותו מודע לכך שההגנה על אורח חייהן של קבוצות לא ליברליות עלולה להביא לידי פגיעה בזכויות היסוד של פרטים החברים בקבוצה, מבצע Kymlicka הבחנה בין שני סוגי זכויות מיוחדות שקבוצות מיעוט עשויות לדרוש. סוג אחד של זכות הנדרשת על ידי קבוצות מיעוט לא ליברליות הנו הזכות להגביל חלק מזכויות היסוד של חבריהן כדי לשמר את אורח חייהן. Kymlicka מכנה דרישות אלה דרישות להטלת "הגבלות פנימיות".⁹⁵ דרישתם של מנהיגי הקהילה החרדית לחייב נשים לשבת בירכתי האוטובוס ובנפרד מגברים בתחבורה הציבורית, כמו גם להפרידן בקורסי הכשרה מקצועית, הנה דרישה להגבלה פנימית, שכן היא פוגעת בזכותן של נשים לשוויון, כדי לשמר את אורח החיים הפטריארכלי של הקהילה, המחייב הרחקת נשים מגברים מטעמי צניעות ואגב כך מאפשר הרחקתן ממוקדי הכוח וממוקדי קבלת ההחלטות של הקהילה.⁹⁶ סוג שני של זכות הנדרשת על ידי קבוצות מיעוט הנו הזכות ל"הגנות חיצוניות". זכות זו משמעה הזכות להגנה מפני חדרתן של השפעות חיצוניות אל תחום הקהילה אשר יפגעו באורח חייה ובתרבותה של הקהילה. לדעת Kymlicka, הגנה ליברלית על זכויות מיעוט אינה יכולה להצדיק מתן זכות לקבוצה להטיל מגבלות פנימיות אלא במקרים קיצוניים. לעומת זאת, הגנה ליברלית על זכויות מיעוט כן תצדיק מתן הגנות מיוחדות לקבוצת המיעוט מפני השפעות חיצוניות אולם זאת רק כל עוד הגנות אלה מקדמות שוויון בין קבוצות באמצעות פיצוי הקבוצות החלשות על נחיתותן היחסית לעומת תרבות הרוב.⁹⁷ אף כי Kymlicka גורס, כי אין לאפשר לקבוצות לא ליברליות להטיל מגבלות פנימיות על חבריהן שיפגעו בזכויות היסוד שלהם, הוא אינו מציע לאסור עליהן להטיל מגבלות כאלה. לדידו, אף כי ברור שמגבלות כאלה אינן מתיישבות עם המחויבות הליברלית לשמירה על זכויותיהם של כל הפרטים בחברה, אין החברה הליברלית מוסמכת לאכוף את דעותיה הליברליות על מיעוטים שאינם ליברליים החיים בתוכה אלא במקרים של הפרת זכויות אדם שיטתית ובוטה כגון עבדות, רצח עם או עינויים המוניים.⁹⁸ לפיכך, על פי גישת Kymlicka אין החברה הליברלית רשאית לכפות על החברה החרדית ביטול הפרדה בין גברים לנשים במסגרותיה החברתיות אף אם ההפרדה נובעת מטעמים מפלים ואף אם תוצאתה הנה הרחבת הפליית נשים והעמקתה.⁹⁹ עם זאת, לא ברור אם על פי גישתו

⁹⁵ שם, בעמ' 152.

⁹⁶ לניתוח מאלף של הטעמים המפלים שבבסיס דרישת ההפרדה ביהדות ושל תוצאותיה המפלות ראו רימלט (לעיל, הערה 88).

⁹⁷ ראו: Kymlicka (לעיל, הערה 93), בעמ' 152.

⁹⁸ שם, בעמ' 164-170. Kymlicka מבדיל בין סוגים שונים של מיעוטים לעניין מידת החופש שהיה מעניק להם להטיל מגבלות פנימיות על חבריהם, כאשר קבוצות של מהגרים שזה עתה באו זכאיות למידת החופש הקטנה ביותר ואילו קבוצות של מיעוטים לאומיים זכאיות למידת החופש הגדולה ביותר. כן הוא מציע לנסות לשנות את נוהגיהם של המיעוטים שאינם ליברליים באמצעות מתן תמריצים לשינויים ליברליים, סיוע לאלו המנסים לשנות את קבוצת המיעוט מבפנים וכו'.

⁹⁹ אף אם נתקבל טענת המצדדים בהפרדה כי מקורה בדרישת הצניעות, הרי דרישה זו היא עצמה דרישה מפלה שמקורה ומטרתה הנו יצירת מנגנון לשליטה פטריארכלית של גברים על נשים. כך, למשל, כותבת אורה כהן, אשר כתבה עבודת מחקר באוניברסיטת בר אילן על מניעה ומקורותיה של הדרישה לצניעות האישה בעידן המודרני במגזר החרדי "הגישה החרדית מאופינת ביחס פטרוני ומתנשא כלפי האישה. מלוא כובד האחריות בנושא הצניעות, מוטל עליה. חסרון ידיעה, נטען, אינו פוטר את האישה וחובה עליה ללמוד ולברר אם התנהגותה כשורה, ואם הופעתה החיצונית מתאימה. עליה להזהר בכל מצב, גם כשאין איש עמה בבית. נוצר הרושם שמדובר ביצור מוגבל ביכולתו האינטלקטואלית ובשיקול דעתו: 'ובודאי שאין כוונת הנשים להכשיל בלבושן, אלא שחוסר ידיעתן בטבע האנשים הוא בעוכריהן. נשים רבות אינן מבינות מה מכשיל את האנשים, והן אינן מעלות על דעתן שלבוש מתבלט, שיחה יתירה ושוטטות ברחובות, גורמים מכשול לרבים! בשל מגבלותיה והקושי שלה להבין את חשיבות הנושא, יש צורך לעזור לה ולדאוג לחינוכה מגיל צעיר, כי ההרגל הופך לטבע: 'ולכן חובת האב או הבעל להעמידם על כך ולבאר להן הדברים המכשילים. המעלימים עין ואינם מוחים בבנותיהם עוון הרבים תלוי בצוארם, ואחת מסתכלת בחברתה...! וראשית לכל, חינוך לצניעות בלבוש:

החברה הליברלית צריכה לסייע לחברה החרדית בביצוע הפרדה זו באמצעות הנהגתה בתחבורה ציבורית ובהכשרה מקצועית הממומנות על ידי המדינה, אף כי ניתן לטעון שמשום שתחבורה ציבורית והכשרה מקצועית הנן בגדר שירותים חיוניים, הנהגת הפרדה בהן מהווה מעין "הגנה חיצונית" מפני חזירת תרבות הרוב.¹⁰⁰ בין כך ובין כך, גישתו של Kymlicka הנה דוגמה להצדקה תאורטית אפשרית לליברליזם של פשרה, המבוססת על הבחנה בין התחום הפנימי (פרטי) של הקהילה ובין העולם החיצון ועל סירוב לכפות ביטולם של נהגים שאינם ליברליים בתוך תחומה הפנימי של הקהילה, למרות הביקורת עליהם.¹⁰¹

ההצדקה הליברלית לרב תרבותיות שמציע Kymlicka זכתה לביקורת רבה הן מצד ליברלים והן מצד מי שאינם ליברלים.¹⁰² הביקורת הליברלית מתמקדת בעיקר בשאלה כיצד ניתן להצדיק, בשם תאוריה ליברלית, המעמידה את עקרון האוטונומיה במרכזה, מתן הגנה לתרבותן של קבוצות תרבותיות שאינן ליברליות ואשר

'אך האמת כי האב צריך לחנך את בתו לבגדים צנועים מקטנותה. ולא יכול לסמוך על אישתו בזה, כי הנשים עצמן צריכות תלמוד'". ראו אורה כהן, **צניעות האישה בעידן המודרני: רצף או תמורה בהלכה היהודית?** (הוצאת כרמך בית אל, 2001), 155. ראו גם רימלט, (לעיל, הערה 88), בעמ' 107-109.

¹⁰⁰ אחת הביקורות על ההבחנה שמבצע Kymlicka בין הגנות חיצוניות להבחנות פנימיות הנה שבמקרים רבים ההבחנה הנה קשה לביצוע ואותה פרקטיקה יכולה להתפרש הן כמגבלה פנימית אסורה והן כהבחנה חיצונית מותרת. לדעתי, מכיוון שמטרתו הסופית של Kymlicka בהענקת זכויות למיעוטים תרבותיים הנה להביא לידי ליברליזציה של מיעוטים אלה (שם), קשה להצדיק על בסיסה מתן עזרת המדינה לקהילת המיעוט להעמקת נוהגיה המפלים, אף אם לא ניתן למנוע ממנה להמשיך ולקיימם בכוחות עצמה. בעניין ההפרדה בהכשרה מקצועית ניתן לטעון, כי דווקא ההפרדה היא שתביא בטווח הרחוק לידי ליברליזציה שכן תשפר את מעמד האישה ותביא לידי שוויון רב יותר בין גברים לנשים בקהילה החרדית. אולם יש לזכור, כי השכלתה הכללית של האישה החרדית רחבה משל הגבר החרדי ועיקר עול הפרנסה מוטל על כתפיה מזה זמן, ולא נראה כי הדבר הביא לידי שיפור במעמדה. ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 93.

¹⁰¹ Kymlicka מצדיק את סירובו להתערב בהפרות זכויות אדם בקרב מיעוטים בתוך המדינה על בסיס השוואה בין מיעוטים אלה למדינות ריבוניות. לטענתו, כפי שאין מדינות ליברליות מתערבות בהפרת זכויות אדם במדינות אחרות אין הן צריכות להתערב בהפרת זכויות אדם בקהילות מיעוט שבתוכן. לדעתו טענת אי-ההתערבות חזקה במיוחד בעניין מיעוטים לאומיים שחיו בגבולות המדינה עוד לפני התהוותה וחזקה פחות (אם כי הוא אינו קובע אמת מידה מדויקת) בעניין מיעוטים דתיים שהיגרו אליה והחיים בה זה שנים רבות. ראו: Kymlicka (לעיל, הערה 93), בעמ' 164-170.

¹⁰² אחד ממבקריו הליברלים של Kymlicka הוא Kukathas, המתנגד למתן יחס מיוחד לקהילות תרבותיות, אך מציע צידוק ליברלי אחר למתן האפשרות לקהילות להפר את זכויות האדם של חבריהן, אשר מבוסס על הכרה במרכזיותו של חופש ההתאגדות. Kukathas גורס, כי על הליברליזם להתייחס אל קהילות מיעוט באותו אופן שבו הוא מתייחס לכל התארגנות פרטית. בשל כך, אף כי ברי שקהילות מיעוט אינן התארגנות פרטית וולונטרית, שכן רוב חבריהן נולדים לתוכן ואינם בוחרים להשתייך אליהן, בכל זאת יש להתייחס אליהן כמו אל ארגונים וולונטריים, כל עוד נשמרת זכותם של חברי הקהילה לצאת את הקהילה. לפי Kukathas, זכות היציאה הנה זכותם החשובה ביותר של חברי הקהילה, אך זו גם זכותם היחידה, שכן כל עוד הם בוחרים להישאר בקהילה, הקהילה רשאית לפגוע בזכויות היסוד שלהם בכל צורה שהיא, מתוך ההנחה הליברלית שפגיעה זו מתרחשת בהסכמתם. זכות היסוד של חברי הקהילה להתאגדות אוסרת על גורמים חיצוניים להתערב בקהילה, ומאפשרת לה לנהל את חייה כראות עיניה ובלא הגבלה, כאמור, תוך שמירת זכות היציאה של חבריה. על פי תאוריה זו, חופש ההתאגדות הנו הזכות החשובה ביותר אשר מפניה זכויות ליברליות אחרות צריכות לסגת. החברה הליברלית נתפסת כארגון חברתי המורכב מארגונים חברתיים אחרים, אשר אינם חייבים בהכרח להיות ליברליים. הערובה לכך שזכויותיהם של חברי הקהילות שאינן ליברליות לא תופרנה יתר על המידה נעוצה בכך שנשמרת זכותם לצאת מקהילתם ושמוחץ לקהילה קיימת חברה ליברלית המוכנה לקלטם. ראו: Chandran Kukathas, "Are there any Cultural Rights?", 20 Political Theory (1992) 105 מבסס זכות כמעט בלתי מוגבלת של הקהילה להפר את זכויות האדם של חבריה על זכותם הלכאורית לצאת את הקהילה. על פי תאוריה כזו, אומר Kymlicka, ניתן גם להצדיק את משטר ההפרדה הגזעית בדרום ארצות הברית על בסיס יכולתם של השחורים, שאינם מרוצים ממנו, להגר צפונה. Kymlicka (לעיל, הערה 93), בעמ' 234, ה"ש 18.

תרבותן רואה לעצמה חובה לדכא את היכולת האוטונומית של הפרטים החברים בקבוצה או של חלקם.¹⁰³ תשובה אפשרית אחת שמציעה יעל תמיר גורסת, כי אף שליברלים המעמידים את ערך האוטונומיה של הפרט במרכז האידאולוגיה הליברלית אכן אינם יכולים לתמוך במתן זכויות תרבותיות לקבוצות שאינן ליברליות, או אפילו בהכרה בהן כקבוצות שוות ערך לקבוצות ליברליות, בכל זאת ליברלים המעמידים ערכים אחרים במרכז האידאולוגיה הליברלית, כגון ליברליזם הנגזר מתאוריה של זכויות, עשויים לתמוך בהכרה בקבוצות לא ליברליות כשוות מעמד בתנאים מסוימים.¹⁰⁴ כדוגמה נותנת תמיר את ניסיונו של Rawls להגדיר באילו תנאים חברות שאינן ליברליות ייחשבו לחברות לגיטימיות.¹⁰⁵ תמיר דנה במשנתו של Rawls ככל שהיא נוגעת למישור הבינלאומי. עם זאת, הליברליזם הפוליטי המוצע על ידי Rawls והמבוסס על סובלנות כערך הליברלי הבסיסי, נועד בעיקרו לפתור דווקא את הקושי בקיום משותף של קהילות בעלות תפיסות עולם נבדלות ומנוגדות בתוך תחומיהן של מדינות דמוקרטיות.¹⁰⁶ הפתרון המוצע על ידי Rawls הנו לדרוש מחברי החברה שפעולותיהם בתחום הפוליטי יתאמו עקרונות ליברליים, תוך מתן חופש לכל אדם, בתחום שאינו פוליטי, לפעול על סמך תפיסת העולם הקומפרהנסיבית שלה הוא מחויב, ואין זה משנה כיצד הוא הגיע אליה, כל עוד תפיסת עולם זו הנה סבירה.¹⁰⁷ בלב הליברליזם הפוליטי של Rawls, כמו גם בלב הליברליזם המעוגן בזכויות של תמיר, "מצויה התייחסות למתן יחס שווה לכל האזרחים, להעדפותיהם ולאינטרסים שלהם, ללא כל קשר לדרך בה עוצבו או למטרות שהם משרתים."¹⁰⁸ כך, זכותה של המדינה, כמו גם חובתה, לאכוף את עקרון השוויון מתחילה רק היכן שהתחום הפרטי (הלא פוליטי) נגמר, והתחום הפרטי משמעו לא רק תחום הבית והמשפחה אלא גם תחומה של הקהילה שבה עוצבו האזרחים ואשר את מטרותיה הם משרתים.¹⁰⁹ כדברי תמיר, "מבחינה מסוימת, ליברליזם זה ממשיך את הליברליזם המסורתי שהיה מחויב להגנת הקבץ של חירויות שנועד להגן על יכולתם של פרטים לממש את העדפותיהם ללא קשר לשאלה אם הללו עוצבו באורח אוטונומי או הוכתבו להם על-ידי ההיסטוריה שלהם, דתם או תרבותם."¹¹⁰ לכן, מבחינת הליברליזם הפוליטי של Rawls והליברליזם המעוגן בזכויות של תמיר, שניהם דוגמאות מובהקות לליברליזם של פשרה, כל תרבות שהפרטים החברים בה רוצים לחיות בה, על פי ערכיהם, מסורתם והעדפותיהם ובלתי לפגוע באחרים,

¹⁰³ ראו, למשל, יעל תמיר, "שני מושגים של רב תרבותיות", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל ריון-צבי** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר - עורכים, רמות, תשנ"ח) 79, בעמ' 87.

¹⁰⁴ שם, שם.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 86.

¹⁰⁶ ראו: John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Harvard University Press, 2001), 5-8.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 32-38. Rawls מגדיר תפיסה קומפרהנסיבית כסבירה אם היא מכירה בחופש המצפון. שם, בעמ' 191. כפי שמציינת Okin בביקורתה על Rawls, הוא סבור כי רוב הדתות המרכזיות הן סבירות, למרות הפליית הנשים הברורה שהן נוקטות. ראו: "Justice and Gender: An Unfinished Debate" (לעיל, הערה 29).

¹⁰⁸ ראו תמיר (לעיל, הערה 103), בעמ' 87. עמדה דומה מביע Rawls: "Whatever comprehensive religious, philosophical, or moral views we hold are also freely accepted [...] as free and equal citizens, whether we affirm these views is regarded as within our political competence..." ראו: Rawls (לעיל, הערה 106), בעמ' 93.

¹⁰⁹ על ההבחנה בין התחום הפוליטי לשאינו פוליטי ראו: Rawls (לעיל, הערה 106), בעמ' 182.

¹¹⁰ ראו תמיר (לעיל, הערה 103), בעמ' 87-88.

היא תרבות שיש לכבדה, אף אם היא אינה מכבדת את זכויות האדם של חבריה במובן הליברלי.¹¹¹ שלא כ-Kymlicka, שסירובו להתערב בנוהגיהן של קבוצות לא ליברליות חל רק על קבוצות כגון מיעוטים לאומיים וקהילות שמקיימות אורח חיים לא ליברלי זה שנים רבות בלא הפרעה, Rawls ותמיר מכירים בזכותה של כל קהילה, בלא קשר לרקע להתהוותה, לנהוג באופן שאינו ליברלי, בכפוף לקיומה של זכות היציאה.¹¹²

לכאורה, מעלתו הגדולה של ה"ליברליזם של פשרה" הנה העובדה שהוא מאפשר קיום בצוותא לקבוצות בעלות תרבויות ומנהגים מגוונים ואף סותרים, ובכך נותן מענה על בעיה פוליטית-חברתית בוערת של החיים בחברה המודרנית.¹¹³ עקרונותיו של ה"ליברליזם של פשרה" משמשים רקע תאורטי מתאים להצדקת פוליטיקה של הסדרה ככלי לשמירת אחדות בחברה המפולגת על רקע דתי ואידאולוגי. פוליטיקה של הסדרה משמעה שיתוף פעולה של מנהיגי הקבוצות היריבות בחברה כדי למצוא פתרונות פרגמטיים לבעיות, אשר יהיו מקובלים על שני הצדדים.¹¹⁴ בישראל פוליטיקה של הסדרה מאפיינת את יחסי השלטון עם מנהיגי הציבור הדתי אורתודוקסי.¹¹⁵ רוב הפתרונות המוצעים במסגרת זו הם פתרונות של פשרה בין תפיסות עולם מתנגשות. אולם חלקם משקפים ויתור חד-צדדי של אחד המחנות, הנובע מההכרה בחשיבות המכרעת שמייחס הצד האחר לעניין.¹¹⁶ נראה כי בעניין ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית אומץ פתרון מן הסוג השני, במידה רבה בשל התפיסה הרואה במרחב הקהילתי ובכללו השירותים הציבוריים המסופקים לקהילה, מרחב פרטי.

חסרונו הגדול של ה"ליברליזם של פשרה", לפחות מנקודת מבט פמיניסטית, הנו שתוצאתו היא שימור הסטטוס קוו, על כל מגבלותיו בכל הנוגע להבטחת שוויון לנשים, ולעתים, כמו בעניין ההפרדה באוטובוסים ובהכשרה מקצועית, אף החמרת מגבלות אלה.¹¹⁷ ברי שכלל שמתרחב התחום הנתפס כפרטי, אשר בו לא

¹¹¹ שם, בעמ' 88. הגדרת הליברליזם שמציעה תמיר כליברליזם של זכויות נראית לי מטעה, לפחות ככל שהיא מתייחסת לזכויות במובן הליברלי – כהגנות מוגדרות ואוניברסליות המגיעות ליחיד מפני החברה ואשר הגדרתן קודמת להגדרת הטוב החברתי. במובן זה, ליברליזם של זכויות היה דורש מחברות לא ליברליות דרישות קפדניות לפחות כמו הליברליזם המבוסס על אוטונומיה, ולו בגלל שאוטונומיה היא אחת הזכויות הליברליות (בין שהיא המרכזית ובין לאו).

¹¹² ראו: Rawls (לעיל, הערה 106), בעמ' 93. לביקורת על זכות היציאה כמענה הולם על הפליה ראו: Stopler (לעיל, הערה 47) בעמ' 513-523.

¹¹³ לביקורת על ההנחה שעקרונות הצדק שמציע הליברליזם הפוליטי כבסיס לסולידריות חברתית אכן יכולים לשמש ככאלה ראו: Kymlicka (לעיל, הערה 92), בעמ' 253-254.

¹¹⁴ ראו אליעזר דון-יחיא, הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1997), 7.

¹¹⁵ שם, בעמ' 17.

¹¹⁶ שם, בעמ' 19.

¹¹⁷ הביקורת הפמיניסטית על הליברליזם הפוליטי של Rawls אינן תמימות דעים באשר לאפשרויות הגלומות בו לשם קידום מעמדן של נשים. אף כי על פי פרשנותה המקובלת, התאוריה של Rawls מסייעת בעיקר לשימור הסטטוס קוו ובכך פוגעת ביכולתן של נשים להשיג שוויון, הרי קיימת כתיבה פמיניסטית המנסה, באמצעות ביקורת על הסתירות הפנימיות המתגלות בנסיון ליישם את הליברליזם הפוליטי על זכותן של נשים לשוויון, להציע דרכי פרשנות לתאוריה המאפשרות יישוב הסתירות וקידום זכותן של נשים לשוויון. ראו לדוגמה: "Justice and Gender: An Unfinished Debate" (לעיל, הערה 29); וגם: Linda C. McClain, "Negotiating Gender and (Free and Equal) Citizenship: The Place of Associations", 72 *Fordham L. Rev.* 1569 (2003-2004); וגם: Tracy E. Higgins, "Why Feminists Can't (or Shouldn't) be Liberals?", 72 *Fordham*

נאכפות חובות השוויון, כך קטנה האפשרות להתמודד עם הפליה בכלל ועם הפליית נשים בפרט. שלא כ-Rawls, השואף להגיע לקונצנזוס המבוסס על תפיסות עולם חופפות ומניח, בלא ביסוס מספיק, שקונצנזוס כזה אפשרי גם עם תפיסות עולם שאינן ליברליות, ושלא כ-Kymlicka, המקווה להביא באמצעות חינוך ומתן תמריצים לידי ליברליזציה של תרבויות מיעוט לא ליברליות, תמיר מבהירה, כי במקרי התנגשות בין תפיסות ליברליות לאלה שאינן ליברליות, פשרה שאף אחד מהצדדים אינו שלם עמה הנה המרב שאליו ניתן להגיע באמצעות יישום עקרונות ה"ליברליזם של פשרה".¹¹⁸ לדבריה "אם העימות כולל תרבויות ליברליות ולא-ליברליות גם יחד, כל שהוא יכול להוביל אליו אינו אלא מודוס ויוונדי שמונע מנקודת-המבט של הקהילה הליברלית על ידי הכבוד לאחר, ומנקודת-המבט של הקהילה הלא-ליברלית על ידי הכרה במצב הנחיתות שהן מצויות בו."¹¹⁹ אם זו תוצאת ה"ליברליזם של פשרה" הרי ברור מדוע קיימת סתירה עמוקה בינו לבין אג'נדה פמיניסטית פרוגרסיבית. התפיסה הפמיניסטית פרוגרסיבית מצביעה על כך שתיחומו של מרחב פרטי הפטור מחובות השוויון מביא לידי המשך קיומה של הפליית נשים במרחב הפרטי והציבורי כאחד, ואילו ה"ליברליזם של פשרה" נוסח Rawls, Kymlicka ותמיר חותר להרחבה נוספת של מרחב פטור זה לכיוון המרחב הציבורי, כדי לאפשר לקהילות לא ליברליות לשמר את אורח חייהן הלא שוויוני. כך, אותם אוטובוסים וקורסי הכשרה מקצועית מופרדים הנחשבים על ידי מצדדי ההפרדה למרחב קהילתי פרטי שבו זכאית הקהילה לקיים את אורח חייה, נתפסים על ידי מתנגדות ההפרדה לחלק מהמרחב הציבורי-מדינתי שעד לאחרונה לא היה חולק שחובות השוויון צריכות לחול עליו.

את שתי העתירות אשר הוגשו לבית המשפט העליון נגד הפרדת נשים באוטובוסים ונגד ההפרדה בקורסי ההכשרה המקצועית משכו העותרות "בעצת בית המשפט"¹²⁰ ובכך נחסך מבית המשפט הצורך להכריע בסוגיות אלה. עם זאת, תהיה זו טעות לראות את בית המשפט במקרה זה כגורם ניטרלי שכן אין לשכוח, שבית המשפט מודע לכך שסירובו להתערב יביא לידי השתרשותו ושגשוגו של נוהג הפרדת נשים מטעמי דת, כפי שאכן קרה בפועל.¹²¹ הלפרין-קדרי משערת כי סירובו של בית המשפט לדון בעתירת ההפרדה

Gila Stopler, "The Liberal Bind: The Conflict Between Women's Rights and *L. Rev.* (2003-2004) 1629 וגם: "Patriarchal Religion in the Liberal State", 31 *Social Theory and Practice* (forthcoming April 2005)

¹¹⁸ ראו תמיר (לעיל, הערה 103), בעמ' 91. יש לציין שהנחתו של Rawls, כי ניתן להגיע לקונצנזוס של תפיסות עולם חופפות מבוססת על הנחה שהתאוריות הקומפרהנסיביות המערבות הן גמישות וחלקיות. Rawls (לעיל, הערה 106), בעמ' 193. הנחה זו עומדת כמובן ברוב המקרים, לרבות המקרה של ישראל, בסתירה למציאות, שבה תאוריות קומפרהנסיביות כמו הדת היהודית בגרסתה האורתודוקסית ובוודאי בגרסתה החרדית-אורתודוקסית, הן תאוריות קומפרהנסיביות שלמות ונוקשות שאינן מותירות מקום לכל גמישות או התאמה.

¹¹⁹ ראו תמיר (לעיל, הערה 103), בעמ' 91.

¹²⁰ ראו עתירת ההפרדה בהכשרה מקצועית (לעיל, הערה 46).

¹²¹ הפרדת נשים באוטובוסים מקובלת כיום הן בתחבורה ציבורית הנוסעת בתוך ריכוזי אוכלוסייה חרדית והן בכזו הנוסעת ביניהם. גם הפרדת נשים בהכשרה מקצועית נהפכה לתופעה של קבע המתרחבת והולכת. ראו יעקב לופו, **מפנה בחברה החרדית: הכשרה מקצועית ולימודים אקדמיים** (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות בע"מ, ירושלים, 2003). בנוסף, גם הפרדת בנות בחינוך הממלכתי-דתי מתרחבת. ההפרדה בין בנים לבנות תמיד הייתה מוחלטת בחינוך החרדי ומקובלת בחינוך הממלכתי-דתי ברמת התיכון, אך בשנים האחרונות היא החלה להתפשט גם בחינוך היסודי בבתי הספר הממלכתיים-דתיים. כ-90% מהכיתות בבתי

באוטובוסים נבע מאי-רצונו לדון בנושא רגיש כרב תרבותיות, ומהמתח חסר התקדים אשר שרר בין בית המשפט העליון לקהילה החרדית בשנות התשעים.¹²² אכן, דיון בנושא ההפרדה היה מעלה במלוא חריפותה את ההתנגשות בין רצונם של מנהיגי הקהילה החרדית, בתמיכת המדינה, להרחיב את תחולת הנהגים הפטריארכליים הנהגים בקהילה החרדית לתחומים חדשים כגון תחבורה ציבורית והכשרה מקצועית, לבין האידיאולוגיה הפמיניסטית-פרוגרסיבית התובעת מהמדינה לפעול לשם ביטולן של פרקטיקות פטריארכליות קיימות ובוודאי להימנע מכל סיוע להרחבתן. אולם דיון כזה היה גם חושף את הסתירה שאיננה ניתנת ליישוב בין העקרונות הגלומים ב"ליברליזם של פשרה" ובין התביעות הפמיניסטיות לשוויון. מסירובו של בית המשפט לדון בשתי העתירות, תוך השארת ההפרדה על כנה, עולה כי רבים הסיכויים שבהתנגשות זו היה בית המשפט מעדיף את דרכו של ה"ליברליזם של פשרה", הן כבחירה פרקטית והן כבחירה אידיאולוגית.

ד. אמנת הנשים

לסיום ברצוני להצביע על כך שהפער בין רטוריקת השוויון לנשים ובין קיומו של שוויון בפועל, והיחס האמביוולנטי לאמצעים הדרושים לשם השגת שוויון לנשים, אינם יחודיים לישראל, אלא מהווים מאפיין מרכזי ביחסן של מדינות רבות לזכותן של נשים לשוויון. נראה כי שוויון לנשים הנו אחד התחומים שבהם המחלוקת בדבר ההיקף והמהות של אידאל השוויון ובדבר האמצעים הדרושים לשם הוצאתו מן הכוח אל הפועל, היא חריפה במיוחד. ברמה המושגית קיימת הסכמה כמעט כללית שראוי כי יתקיים שוויון בין נשים לגברים, אם כי קיימות פרשנויות שונות ואף סותרות בדבר תוכנו של עיקרון זה. כך, למשל, האידאל של שוויון מתוך שונות והשלמה, שהנו האידאל השולט בגרסאות המסורתיות של רוב, אם לא כל, הדתות הגדולות,¹²³ סותר ישירות כמעט כל צורה של שוויון מודרני, ובכלל זה אפילו את השוויון הליברלי הפורמלי, הגורס כי נשים זכאיות ליחס שווה לגברים בגישה לשוק העבודה, לעמדות הנהגה וכו'. יתרה מזו, ברמה הפרקטית ניטשים ויכוחים מרים גם בין אלה שגישותיהם בעניין שוויון בין נשים לגברים קרובות ואולי אף זהות, בדבר מהות הפעולה הנדרשת לשם השגת השוויון בכל מקרה ומקרה. כך למשל, שאלת היחס הראוי לפורנוגרפיה מעוררת מחלוקת קשה גם בתוך השיח הפמיניסטי עצמו.

הספר הממלכתיים-דתיים התיכוניים מופרדות וכ-35% מהכיתות בבתי הספר היסודיים. ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 91.

¹²² שם, בעמ' 172.

¹²³ ראו: Stopler (לעיל, הערה 88), בעמ' 174-177. כך, למשל, עמדת הוותיקן הנה כי אף שנשים וגברים הנם בני אדם בה במידה, הם בעלי תפקידים שונים ומשלימים. על כן מתנגד הוותיקן לשוויון זכויות לנשים ובמקום זאת מקדם את האידאל המוגבל בהרבה ולפיו לנשים ולגברים זכות שווה לכבוד בכל תחומי החיים, בלי שזכות זו תבטא זכות לשוויון בתפקידים ובעמדות; עמדה דומה מביעה מצרים בהסתייגותה מסעיף 16 לאמנת הנשים, המבטיחה שוויון לנשים בנישואין ובמשפחה. על פי ההסתייגות, הנובעת מחוקי השריעה האיסלאמית, קובעת מצרים כי מה שמבטיחה שוויון אמיתי בין גברים לנשים הוא היותם משלימים זה את זה, השלמה המושגת באמצעות מתן זכויות לנשים המקבילות לאלה הניתנות לגברים כדי להבטיח יצירת איוון הולם בין הצדדים; האידאל של שוויון מתוך שונות הנו אידאל מרכזי גם ביהדות האורתודוקסית הגורסת כי אף שנשים הנן שוות לכאורה לגברים, הרי יכולתן ללדת ילדים מכתובה להן תפקידים שונים וחובות דתיות שונות מתפקידי הגברים וחובותיהם.

דוגמה טובה ליחס הדואלי שממנו סובלת זכותן של נשים לשוויון הנה קורותיה של האמנה בדבר ביטול הפליית נשים לצורותיה, שהדו"ח אשר הוגש מטעם ישראל לוועדה המפקחת על ביצועה היווה בסיס לספרה של הלפרין-קדרי.¹²⁴ אמנת הנשים הנה האמנה הבינלאומית המרכזית העוסקת בזכויות נשים. סעיף 2 לאמנת הנשים הוא לב האמנה. הסעיף קובע, כי המדינות שהן צד לאמנה מגנות הפליית נשים לצורותיה ומסכימות לנקוט אמצעים מתאימים ובלא דיחוי, למימוש מדיניות של ביטול הפליית נשים. על המדינות לעגן את עקרון השוויון בין המינים בחוקה או בחקיקה הלאומית, לאמץ אמצעים נאותים, לרבות הוראות עונשיות אשר יאסרו הפליית נשים ולהימנע מכל מעשה או נוהג של הפליה על ידי רשויות ומוסדות ציבור.¹²⁵ בנוסף, קובע הסעיף כי על המדינות "לנקוט את כל האמצעים המתאימים כדי לבטל אפליה נגד נשים בידי בני אדם, ארגונים ומפעלים"¹²⁶ וכן כי עליהן "לנקוט את כל הצעדים המתאימים, לרבות חקיקה, כדי לשנות או לבטל חוקים, תקנות, מנהגים ונוהגים קיימים המהווים אפליה נגד נשים".¹²⁷ ברוח דומה קובע סעיף 5 לאמנה, כי המדינות שהן צדדים לאמנה ינקטו את הצעדים המתאימים "כדי לשנות את דפוסי ההתנהגות החברתית והתרבותית של גברים ונשים, במגמה להשיג את ביעורם של דעות קדומות ומנהגים מקובלים ואחרים המבוססים על רעיון נחיתותו או עליונותו של אחד המינים, או על תפקידים סטראוטיפיים לגברים ולנשים".¹²⁸

במה שנראה לכאורה כמפגן מרשים של תמימות דעים באשר לחשיבות ההכרה בזכותן של נשים לשוויון, כמעט כל מדינות העולם חתומות עליה.¹²⁹ עם זאת, אמנת הנשים הנה אמנת זכויות האדם עם מספר ההסתייגויות הגדול ביותר ולא זו בלבד אלא שרבות מההסתייגויות לאמנת הנשים הנן מהותיות באופיין, עד כדי סיכול מטרתה של האמנה.¹³⁰ המשפט הבינלאומי מאפשר למדינות להצטרף לכל אמנה תוך הסתייגות מסעיפים מסוימים בה וכל עוד ההסתייגות אינה סותרת את מטרתה של האמנה, כדי ליצור איזון בין הרצון לגרום למדינות רבות ככל האפשר להצטרף לאמנה ובין הצורך לשמור על שלמותה ועל כוחה המחייב של האמנה.¹³¹ עם זאת, במקרה של אמנת הנשים, כמותן ואופיין של ההסתייגויות והיעדר מנגנון יעיל לשליטה על תוכןן, יוצרים רושם שהאמנה אינה מחייבת באותו אופן ובאותה עצמה כמו אמנות בינלאומיות אחרות

¹²⁴ האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (כ"א 31, עמ' 179), (להלן: אמנת הנשים). הדו"ח הרשמי של ישראל נכתב על ידי הלפרין-קדרי והוגש לוועדה ב-1997. ראו: Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 4), בעמ' 3.

¹²⁵ סעיף 2 (א)-(ד) לאמנת הנשים (לעיל, הערה 124).

¹²⁶ סעיף 2 (ה) לאמנת הנשים (לעיל, הערה 124).

¹²⁷ סעיף 2 (ו) לאמנת הנשים (לעיל, הערה 124).

¹²⁸ סעיף 5 (א) לאמנת הנשים (לעיל, הערה 124).

¹²⁹ ראו: Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, (Manchester University Press, 2000), 217. על פי אתר האינטרנט של המחלקה לקידום נשים באו"ם, עד 20 באוקטובר 2004, 179 מדינות חתמו על האמנה. ראו:

[URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm>].

¹³⁰ ראו: Charlesworth and Chinkin (לעיל, הערה 129), בעמ' 102-113. מבדיקה שערכה הח"מ באתר האינטרנט של

המחלקה לקידום נשים באו"ם מעל 70 מדינות הגישו הסתייגויות לאמנה. ראו:

[URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>].

¹³¹ ראו: Charlesworth and Chinkin (לעיל, הערה 129), בעמ' 102-103.

ושאת קיום ההתחייבויות המדינתיות הקבועות באמנה זו יש לבחון בעין סלחנית בהתאם לרגישויות הלאומיות, התרבותיות והדתיות של כל מדינה.¹³² כך נוצרת דואליות ביחס לזכותן של נשים לשוויון במישור הבינלאומי. מחד גיסא קיים מיתוס השוויון, ולפיו כמעט כל מדינות העולם מגלות מחויבות עמוקה וגורפת לזכותן של נשים לשוויון, המשתקפת מסעיפיה המפורטים והמקיפים של האמנה. מאידך גיסא, המציאות הנה שרבות מהמדינות אינן חשות כל מחויבות לקיים את סעיפי האמנה, אם בשל ההסתייגויות שהגישו, ואם בשל התדמית הבלתי מחייבת אשר נוצרה לאמנה עקב ריבוי ההסתייגויות.

רוב ההסתייגויות המהותיות מהאמנה נובעות מהתנגשות בין סעיפי האמנה לנורמות דתיות ותרבותיות. לדוגמה, ערב הסעודית, אשר אָשררה את האמנה בשנת 2000, צירפה לאשרור הסתייגות שבה היא קובעת, בין השאר, כי:

"In case of contradiction between any term of the Convention and the norms of Islamic law, the Kingdom is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention."¹³³ המשמעות של הסתייגות מעין זו היא שאף כי ערב הסעודית חתומה על האמנה, הרי בפועל אין היא רואה עצמה מחויבת לקיים אף אחת מהוראותיה המהותיות.¹³⁴ קשה לתאר דוגמה בוטה להבדל שבין המישור ההצהרתי למישור המעשי, יותר מאשרורה של אמנת הנשים על ידי מדינה שבה נשים אינן רשאיות אפילו לנהוג, ואשר הסתייגותה מוכיחה כי אין לה כל כוונה לשנות מצב זה. עם זאת, דווקא משום שדוגמה זו היא קיצונית, היא מוכיחה כי בכל הנוגע לזכויות נשים הנורמה של "הצהרות לחוד ומעשים לחוד" היא השלטת, שאם לא כן חזקה על המדינות שהן צדדים לאמנה, כי היו מתנגדות להצטרפותה של ערב הסעודית לאמנה בתנאים שבהם היא הצטרפה.¹³⁵

אולם מסורות דתיות ותרבותיות אינן המכשול היחיד העומד בדרכה של אמנת הנשים להשגת שוויון לנשים. מכשול חשוב לא פחות הנו האידיאולוגיה הליברלית עצמה. אין זה מקרה, שאחת מהמדינות הספורות המסרבות לחתום על אמנת הנשים הנה ארצות הברית. במובנים חשובים מאוד אידאל השוויון לנשים, כפי שהוא מקודם על ידי אמנת הנשים, סותר עקרונות ליברליים בסיסיים, כפי שהם מפורשים על ידי המשפט האמריקני. בתקופת ממשל קלינטון הכין משרד החוץ האמריקני מסמך המפרט שורה של הסתייגויות, הבנות

¹³² שם, בעמ' 107-108.

¹³³ נוסחה המלא של ההסתייגות מופיע באתר האינטרנט של המחלקה לקידום נשים באו"ם (לעיל, הערה 130).

¹³⁴ כך מציינות המדינות הספורות כגון פינלנד אשר הגישו התנגדות להסתייגות של ערב הסעודית. נוסח ההתנגדויות מופיע באתר האינטרנט של המחלקה לקידום נשים באום (לעיל, הערה 126).

¹³⁵ האם ניתן לתאר, למשל, את דרום אפריקה בימי האפרטהייד מצטרפת לאמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית תוך הגשת הסתייגות שאין בכוונתה למלא אחר הוראות האמנה ככל שאין הן עולות בקנה אחד עם הוראות החוק הדרום אפריקני? על פי אמנת וינה כל מדינה שהיא צד לאמנה יכולה להתנגד להסתייגויות המוגשות על ידי מדינה מצטרפת ואף להכריז כי בשל אופי ההסתייגויות לא יהיה תוקף לאמנה בינה לבין המדינה המצטרפת. ראו: Charlesworth and Chinkin (לעיל, הערה 129), בעמ' 107.

והצהרות האמורות ללוות את אשרור האמנה לכשתחליט ארצות הברית לאשררה.¹³⁶ ההסתייגות הראשונה קובעת, כי ארצות הברית אינה מוכנה לקבל עליה כל התחייבות על פי האמנה שפירושה לחוקק חוקים או לנקוט כל פעולה אחרת בנוגע להתנהגות פרטית אלא אם כן מדובר בהתחייבויות שלהן היא מחויבת על פי החוקה האמריקנית וחוקי המדינה.¹³⁷ על פי ההסתייגות, הסיבה להגשתה הנה שהאמנה, על פי נוסחה, דורשת רגולציה נרחבת של התנהגות פרטית לפי סעיפים 2,3 ו-5 לאמנה. ההסתייגות ממשיכה וקובעת, כי אף שארצות הברית מעניקה הגנה רחבה לנשים מפני הפליה, היא גם מחויבת לזכות היחיד לפרטיות ולחופש ממעורבות של המדינה בענייניו, שהנה זכות יסוד במדינה חופשית ודמוקרטית.¹³⁸

כאמור, על פי הגישה הפמיניסטית-פרוגרסיבית, חשיבות המאבק בהפליית נשים בתחום הפרטי אינה יכולה להיות מוטלת בספק. מעמדן של נשים, יותר משל כל קבוצה מופלית אחרת, מושפע בראש ובראשונה מהמתרחש בתחום הפרט ובכלל זה הבית, המשפחה והקהילה.¹³⁹ לפיכך, הימנעות ממאבק בהפליה בתחום הפרטי משמעה במידה רבה סיכול האפשרות להשיג שוויון לנשים.¹⁴⁰ ואולם מבחינת הממשל האמריקני, אכיפת עקרון השוויון בתחום הפרטי עלולה להתנגש עם הזכויות הקבועות בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית – חופש הביטוי, חופש הדת וחופש ההתאגדות – כפי שהן פורשו על ידי בית המשפט העליון האמריקני.¹⁴¹ מכיוון שבהתאם למסורת הליברלית הקלאסית החוקה האמריקנית הנה מסמך שנועד בראש ובראשונה להגן על החירויות השליליות ולצמצם את כוחה של המדינה באמצעות יצירת דיכוטומיה ברורה ונחרצת בין התחום הציבורי לתחום הפרטי, אין החוקה האמריקנית משמשת רק כמגן לזכויות נשים אלא לעתים תכופות אף כמכשול להן.¹⁴²

ביחסה של ישראל לאג'נדה הפמיניסטית-פרוגרסיבית של אמנת הנשים באות לידי ביטוי הן ההתנגשות בין אמנת הנשים ובין מסורות דתיות והן התנגשותה עם האידאולוגיה הליברלית. בשל ההתנגשות בין הוראות האמנה לנומרות דתיות הסתייגה ישראל מסעיף 7 לאמנה, ככל שהסעיף מחייב מינוי שוויוני של נשים לכהונה כדיינות בבתי הדין הדתיים, ומסעיף 16 לאמנה, המחייב שוויון בין נשים לגברים בנישואין וגירושין ובחיי

¹³⁶ Ann Elizabeth Mayer, "Reflections on the Proposed United States Reservations to CEDAW: Should the Constitution be an Obstacle to Human Rights?", 23 *HASTINGS CONST. L. Q.* (1995-1996) 727, p. 798.

¹³⁷ שם, בעמ' 800.

¹³⁸ שם, שם.

¹³⁹ ראו: Catharine MacKinnon, *Toward A feminist Justice, Gender, and the Family* (לעיל, הערה 29); וכן: *Theory of the State*, 164-165; Lacey (לעיל, הערה 41), בעמ' 356; ראו גם אורית קמיר, **פמיניזם, זכויות ומשפט** (אוניברסיטה משודרת, תשס"ב), 72-75.

¹⁴⁰ בהקשר זה חשוב לציין שאמנת הנשים עצמה חשופה לביקורת מצד פמיניסטיות דווקא על כך שהיא משקפת יתר על המידה את התפיסה הליברלית של זכויות נשים ואינה שמה דגש מספיק על הפליה בתחום הפרט. הדוגמה העיקרית לכך הנה היעדר כל התייחסות באמנת הנשים לאלימות כלפי נשים. ראו: Charlesworth and Chinkin (לעיל, הערה 129), בעמ' 231.

¹⁴¹ ראו: Mayer (לעיל, הערה 136), בעמ' 800-801.

¹⁴² ראו: Mary E. Becker, "The Politics of Women's Wrongs and the Bill of "Rights": A Bicentennial Perspective" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 453, p. 456; Stopler (לעיל, הערה 47), בעמ' 481-483, 498-500.

משפחה.¹⁴³ על פי נוסחה, הסתייגותה של ישראל חלה אם דיני המעמד האישי המחייבים את העדות הדתיות בישראל אינם תואמים את הוראות הסעיף. אף כי הוועדה הממונה על ביצוע אמנת הנשים הכריזה כי ההסתייגות מסעיף 16 אינה עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה ולפיכך אינה מותרת וקראה למדינות שהסתייגו מהסעיף לחזור בהן מהסתייגויותיהן, לא חזרה בה ישראל מההסתייגות.¹⁴⁴

באשר להתנגשות בין סעיפי האמנה לאידאולוגיה הליברלית, הרי אף כי ישראל, שלא כארצות הברית, חתמה על האמנה ולא הסתייגה מסעיפים 2 ו-5, הרי בפועל אין היא ממלאת את מלוא התחייבויותיה לפי סעיפים אלה. כפי שמציינת תמיר, ה"ליברליזם של פשרה", שמטרתו לאפשר לקבוצות לא ליברליות במדינה הליברלית לשמר את אורח חייהן, הנו במידה רבה ממשיכו של הליברליזם הקלאסי בנוסח ארצות הברית המקדש את חירויות הביטוי, הדת וההתאגדות כחירויות שליליות והמקפיד שלא להתערב בנעשה בתחום הפרטי של הבית, המשפחה וההתארגנויות הקהילתיות.¹⁴⁵ עם זאת, בליברליזם הקלאסי ההפרדה בין הפרטי לציבורי מתבטאת לרוב גם בהיעדר תקצוב ציבורי של גופים פרטיים, ואילו ה"ליברליזם של פשרה", ככל שהוא מבוסס על ההנחה שכדי להגיע לשוויון יש צורך לתת יחס מיוחד לקהילות מיעוט, תומך במתן תקצוב ציבורי לקהילות מיעוט כדי לאפשר להן לשמור על אורח חייהן. תוצאתה של תמיכה זו הנה שימוש בכספי ציבור לשם שימורם ואף הרחבתם של נהגים מפלים, כפי שאכן קורה בסוגיית ההפרדה בתחבורה הציבורית ובהכשרה המקצועית בין נשים לגברים. ברי שפעולות אלה סותרות את התחייבויותיה של ישראל על פי סעיפים 2 ו-5 לאמנה להימנע מהפליית נשים על ידי מוסדות ציבור, לנקוט צעדים כדי לבטל את הפלייתן בידי בני אדם וארגונים ולשנות את דפוסי ההתנהגות החברתית והתרבותית של גברים ונשים כדי לבער דעות קדומות ומנהגים מפלים. במובן זה ה"ליברליזם של פשרה" בעייתי אף יותר מהליברליזם הקלאסי שכן, לא זו בלבד שהוא מאפשר קיומם של נהגים מפלים, אלא שהוא מאפשר שימורם והרחבתם באמצעות מימון ציבורי. עובדה זו הופכת את ההתנגשות בינו ובין הפמיניזם הפרוגרסיבי נוסח אמנת הנשים לחריפה במיוחד.

¹⁴³ נוסחה המלא של ההסתייגות מופיע באתר האינטרנט של המחלקה לקידום נשים באו"ם (לעיל, הערה 130).
¹⁴⁴ עמדתה של הוועדה הנה כדלקמן:

Articles 2 and 16 are considered by the Committee to be core provisions of the Convention. Although "some States parties have withdrawn reservations to those articles, the Committee is particularly concerned at the number and extent of reservations entered to those articles [...] The Committee also remains convinced that reservations to article 16, whether lodged for national, traditional, religious or cultural reasons, are incompatible with the Convention and therefore impermissible and should be reviewed and modified or withdrawn". ראו באתר האינטרנט של המחלקה לקידום נשים באו"ם: [URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm>].

¹⁴⁵ ראו תמיר (לעיל, הערה 103), 87-88.

ה. סיכום

רשימה זו בחנה את גבולות זכותן של נשים לשוויון בתאוריה הליברלית והראתה כיצד גבולות אלה מתבטאים בפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ פלייבוי ובהימנעותו מלפסוק בשתי העתירות שהוגשו לבג"ץ בנוגע להפרדת נשים בתחבורה ציבורית ובהכשרה מקצועית מטעמי דת. טענתי המרכזית הייתה כי הליברליזם בפרשנותו המקובלת מציב גבולות ברורים לאפשרות להשיג שוויון לנשים. בנותנו עדיפות ברורה לחירויות השליליות ולקיום ההפרדה בין הפרטי לציבורי, כמו גם בבכרו להגיע לפשרה עם תרבויות לא ליברליות באשר להיקף חובתן לכבד את זכות חברותיהן לשוויון, מונע הליברליזם את נקיטת הצעדים הדרושים להשגת שוויון לנשים, כפי שהם מפורטים באמנת הנשים ובאים לידי ביטוי בדרישותיו של הפמיניזם הפרוגרסיבי. התנגשות זו בין הליברליזם לבין הפמיניזם הפרוגרסיבי אינה מקרית וחולפת, אלא הנה התנגשות אידאולוגית עמוקה ששורשיה נעוצים במקורותיו הפטריארכליים של הליברליזם.

הנחת היסוד של הליברליזם הנה, כי כל בני האדם הם שווים בתחום הציבורי (או בתחום הפוליטי אליבא דרולס) וחופשיים בתחום הפרט (או בתחום הלא פוליטי). הליברליזם השוויוני של Dworkin ו Rawls מכיר בכך שכדי לקיים שוויון בתחום הציבורי יש צורך בהתערבות רחבת היקף של המדינה בתחום זה והוא אף מוכן לנקוט צעדים נמרצים כדי להבטיח שוויון זה. אולם אף כי הוא מכיר בחצי פה בכך שקיומו של החופש בתחום הפרט (המשפחה והקהילה) אינו מובטח במידה שווה לכולם,¹⁴⁶ אין הוא מוכן לנקוט את הצעדים הדרושים כדי לתקן מצב זה, שכן צעדים אלה יחייבו חדירת המדינה לתחום הפרט באופן הנוגד את המחויבות הליברלית העמוקה לשמירה על תחום פרטי שלתוכו אין המדינה רשאית להיכנס, החיוני לקיומו של האדם כישות אוטונומית. אולם דווקא ההכרה בחשיבות העליונה של התחום הפרטי כבסיס להתפתחות אישית אוטונומית ולפיתוח היכולות הנדרשות לשם מימוש הזכויות השוות בתחום הציבורי, היא הגורמת לפמיניזם הפרוגרסיבי לדרוש את התערבות המדינה בתחום הפרט (המשפחה והקהילה) כדי להגן על נשים מפני ניצול לרעה של יחסי כוחות לא שוויוניים.

הגברת דרישותיהן של קבוצות מיעוט להכיר בזכותן לתרבות ופריחתו של ה"ליברליזם של פשרה" ככלי להשגת דו קיום בין תרבויות ליברליות לתרבויות שאינן ליברליות באמצעות הכרה בזכותן של האחרונות

¹⁴⁶ כך, למשל, Rawls בספרו הראשון – תאוריה של צדק – התייחס לבני האדם הנמצאים במצב הראשוני, תחת מסך הבערות, ואשר אמורים לקבוע את הכללים לקיומה של חברה צודקת, כאל ראשי משפחות. רק לאחר ביקורת פמיניסטית נוקבת על הנחתו של Rawls כי קיימת זהות אינטרסים מוחלטת בין גברים לנשים במשפחה וכי אין צורך במסך של בערות בדבר מינם של המשתתפים במצב הראשוני, החל Rawls להתייחס לבעיית השוויון לנשים, אולם גם זאת בצורה חלקית ובלתי מספקת. ראו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971). לסקירת התפתחות הביקורת הפמיניסטית על Rawls והשפעתה על כתביו ראו: "Justice and Gender: An Unfinished Debate" (לעיל, הערה 29).

להטיל מגבלות מסוימות על זכויות היסוד של חבריהן וחברותיהן, מגבירה עוד יותר את המתח הבלתי נמנע בין ליברליזם לפמיניזם. לא זו בלבד שהתפתחויות אלה מונעות קידום זכותן לשוויון של נשים בתוך קהילות המיעוט אלא שהן אף משליכות באופן ישיר על החתירה לשוויון בחברה בכלל. זאת כיוון שבחברה פלורליסטית שבה מוכרת זכותן של קבוצות תרבותיות לקיים ואף להגביר את מנהגיהן המפלים על אף פגיעתם בשוויון, קשה פי כמה להבהיר מדוע יש לאסור דווקא את שידורי הפורנוגרפיה.

לאור האמור, אין תמה כי גם במדינות ליברליות דמוקרטיות הפערים בין גברים לנשים, לרעתן של נשים, אינם נמחקים. אף כי אין חולק שמרבית הליברלים אכן מאמינים בחשיבות מחיקת פערים אלה, יש להבין כי מחיקה מעין זו לא תאפשר עד אשר הליברליזם יתקדם ככרת דרך אידאולוגית משמעותית לעבר הפמיניזם הפרוגרסיבי, ועד אשר התקדמות זו תיושם הלכה למעשה בפעולות רשויות השלטון.