**ביקורת פמיניסטית על המשפט – מבחן בית**

שאלה 2:

בבג"ץ 3865/20 **שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע** (פורסם בנבו, 07.10.20) (להלן: ״**פסה״ד**״), פוסק השופט גרוסקופף כי איסור גורף על רחצה מעורבת (גברים ונשים) בבריכה ציבורית פוגעת בזכות לשוויון ומפלה, ועל כן – אסורה. הכרעתו של גרוסקופף מבוססת על נימוקים שונים מאלו של השופט עמית, המכריע בהתבסס על הקביעה כי הקצאת משאבים ציבוריים צריכה להיעשות בצורה הוגנת.

בעיניי, יהיה קשה מאוד להעריך האם קביעתו של גרוסקופף הייתה משתנה אילו היה מדובר באתר או שירות שונה, כדוגמת ספרייה עירונית, וזאת מאחר שגרוסקופף מנתח את המקרה לפי העיקרון והחריג של מתן שירותים באופן שוויוני, הבאים לידי ביטוי בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: ״**החוק**״). לפי חוק זה, הפליה ע״י הבחנה בין מגדרים הינה אסורה, אלא במקרים חריגים אותם הגדיר החוק – בהם ההפרדה תיחשב למוצדקת בהתחשב בנסיבות,[[1]](#footnote-1) וזאת בתנאי שהחריג יחול באופן מצומצם בלבד תוך הכרה כי אין זהו הכלל.[[2]](#footnote-2) כך, הוכרע כי המקרה שלפנינו לא עומד בגדרי החריג מאחר שלמעשה החריג, שחייה בהפרדה, הפך לכלל ושלל את השחייה המשותפת לחלוטין. מדבריו של גרוסקופף ניתן להבין כי הוא מכיר בכך שהחוק לא מספק לציבור ולבתי המשפט תשובה חד משמעית בדבר לגיטימיות ההפרדה וההבחנה בין נשים לגברים אלא מותיר להם שק״ד רחב העלול להוביל לחוסר וודאות ולתשובות שונות במקרים שונים, כאשר במקרים רבים תתאפשר ההפרדה הבעייתית. לדוגמה, אם ננסה לבחון את דוגמת הספרייה העירונית, יהיה על ביהמ״ש לבחון בין היתר האם קיימת אלטרנטיבה לשירות המופרד, כך שאם ישנה ספרייה נוספת בקרבת מקום, ייתכן וביהמ״ש יאפשר את ההפרדה.

לצד הבנה זו, פסיקתו של גרוסקופף בכל זאת מספקת מעט וודאות מאחר שהניתוח שנעשה על ידו משתדל בזהירות רבה שלא להתייחס ללבוש ולהופעה במקום הציבורי בו עוסקת העתירה הינו בריכה ציבורית, אליה בדרך כלל מגיעים בלבוש קצר או מינימלי כדוגמת בגד ים. לבוש זה עלול להיתפס על ידי הציבור הדתי-חרדי כלא צנוע עבור נשים ועל כן חל איסור לגברים להיחשף לכך, כאשר בשנים האחרונות עולה לשיח הציבורי חשיבותה של הצניעות למגזר ביתר שאת. זאת כמובן מעבר להדרת הנשים הכללית הגואה לאחרונה בציבור הישראלי.[[3]](#footnote-3) בהתייחסותו לאופי המקום הציבורי מפרט גרוסקופף רק מקרים בהם מתקיימת פגיעה בציבור המעוניין ברחצה המעורבת כדוגמת המניעה מאם ללמד את בנה לשחות,[[4]](#footnote-4) מבלי לפרט את הפגיעה לכאורה אליה טוענים מבקשי ההפרדה. לדעתי בכך מעניק גרוסקופף פן ״אוניברסלי״ לקביעתו בכך שהוא אינו מעניק חשיבות לסיבה בגינה נדרשת ההפרדה או לרגישות הרבה המוענקת לה בציבור הדורש זאת.

אם ננסה לבחון את הכרעתו של גרוסקופף מנק׳ מבט פמיניסטית, על אף שלילתו של גרוסקופף את קביעת "נפרד אך שווה" (“separate but equal”) האריסטוטלית, יש לשייכו לזרם הליברלי. גישה זו מאופיינת בכך שהיא גורסת כי על המשפט להשוות בין גברים לנשים בכל מקום בו ההבדלים הטבעיים ביניהם אינם רלוונטיים, תוך הענקת זכויות פורמליות ומהותיות לנשים. בפסיקה זו גרוסקופף מחזיק בעמדה לפיה אין בין נשים לגברים הבדלים מהותיים המצדיקים את ההפרדה בעת השחייה בבריכה, למעט חריגים, ועל כן יש לאפשרה תוך ביטול החלטתה של הנהלת הבריכה. עם זאת, באימוצם של החריגים המובאים בחוק נדמה כי גרוסקופף מנסה להגיע לתוצאה הרצויה לו, מבלי לערר את הנחת הבסיס של החריג, הקובעות כי במקרים מסוימים, המעוגנים ברשימה ארוכה של שיקולים, כן יתאפשר לבצע הפליה זו, אך לא בענייננו. על אף התקדימים בהם פסל ביהמ״ש העליון חקיקה של הכנסת על בסיס כבוד האדם, נדמה כי המקרה הזה אינו מהווה ״מקרה דגל״ בו ירצו שופטי העליון להתערב, תוך ההבנה כי העניין יגרור רעש וביקורת ציבורית רחבה על ״פגיעה ברגשות החרדים״. קל וחמור במקרה בו הדבר לא נדרש לצורך קבלת ההכרעה הרצויה. ניתן אף להניח כי התרעומת האפשרית על ביטול החריג תגיע גם מקרב החברה החילונית, אשר לדעתו של טריגר נכונה יותר לקבל הפרדה בין נשים לגברים לצורך קידום החברה הדתית-חרדית באוכלוסייה הכללית.[[5]](#footnote-5) חיזוק לכך ניתן למצוא במאמרה של שטופלר הטוענת כי בשנים האחרונות ישנה נחישות פחותה להילחם בהפליה ובהפרדה של נשים ואף ניתן להבחין בקבלה ממוסדת שלה, כפי שיתכן ומתקיים בענייננו,[[6]](#footnote-6) מעצם מתן הגושפנקא של ביהמ״ש העליון לחריג הנ״ל. בכך עמדתו של גרוסקופף, בה פסק כנגד ההפרדה בין נשים לגברים רק באופן חלקי, מהווה עוד דוגמה לעמדה שהובאה בספרה של קמיר, לפיה הפמיניזם הליברלי נתפס כמובן מאליו ואף אינו מהווה פמיניזם כלל,[[7]](#footnote-7) וכך גם פס״ד זה.

תשובתי לא הייתה משתנה אילו היה מדובר על יישוב בעל רוב חילוני, מאחר שגם במקרים אלו, בהם ישנו מיעוט דתי-חרדי, מחייב אותנו החוק, באמצעות החריג, להתחשב בעובדה כי יתכן וציבור זה ימנע מצריכת השירות כל עוד לא תיעשה ההפרדה האמורה. למעשה, פרקטיקת השחייה בהפרדה נהוגה בערים רבות בארץ, גם באלו הנחשבות כ-״חילוניות״.[[8]](#footnote-8) גם במקרה זה אנחנו נשארים עם חוסר וודאות לגבי תחולת החוק כאשר הוא מאפשר, ולמעשה אף ״ממסד״, הפרה והדרה של נשים מהמרחב הציבורי, אפילו אם באופן חלקי ומצומצם. ניתן רק להניח כי הפרדה זו תלך ותתפתח גם לתחומים אחרים כדוגמת צבא, לימודים ותעסוקה, כפי שכבר ניתן לראות כיום מהמגמה הקיימת באקדמיה.[[9]](#footnote-9) בכך למעשה עשויה להתאפשר הפליית נשים המבוססת על אורחות חיים ותפיסות פטריארכליות גם בעיר אשר רובה ככולה חילונית, בניגוד למקרה המופיע בפהס״ד. יתר על כן, כפי שכבר ציינת קודם, נדמה כי הפרדה מגדרית כבר אינה מעוררת את אותו קול זעקה שקם בעבר בציבור החילוני, על אף שלטענתו של טריגר, הפרדה זו אף מהווה הטרדה מינית של נשים,[[10]](#footnote-10) הנתפסת כדבר אסור ומוקצה בציבור החילוני והדתי גם יחד.

שאלה 1:

״מחאת המכנסונים״ העלתה השנה שוב לכותרות בתקשורת ובאה לידי גם בשני פסקי דין שנינתו בנושא. האחד - ת"א (תא) 2320-04-19 **שמחי נ' אגד** (להלן: ״פס״ד שמחי״), ניתן בבית-משפט השלום ע״י שופטת ועסק בפיצויים אזרחיים בגין סירובו של נהג אגד להעלות נוסעות בגלל שלבושה היה לא הולם לעמדתו. פסק הדין השני - בג"ץ 4100/20 **אלון נ' שר החינוך** (להלן: ״פס״ד אלון״) ניתן על ידי 3 שופטי עליון, בו נידון סעד של התערבות בהחלטת משרד החינוך המאפשר לכל בית ספר להחליט באופן עצמאי בענייני תלבושת אחידה.

בעיני, מעבר לכך שתביעתה של שמחי התקבלה בעוד עתירתה של אלון נדחתה, ניתן לראות שוני רב בטענות, באופן הניתוח, התיאור וההתייחסות של השופטים והשופטת בפסקי דין אלו. ראשית, ניתן להבחין כבר בסקירת כתבי הטענות כי בפס״ד שמחי נטען ״להפליה על רקע קוד לבוש״ בניגוד לסעיף 3 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ול- ״התייחסות מבזה או משפילה״ מכוח סעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998. זאת לצד טענות להפרת חובה חקוקה ולחוסר תום לב. מנגד, בפס״ד אלון נטען כי ישנה הפליה ופגיעה בזכויות הפרט, אשר לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, כאשר הסיבה העיקרית לכך היא האפשרות של כל בית ספר להחליט בעצמו כיצד ינהג בנושא הלבוש, מבלי שיש להם סמכות לכך. לדעתי ניתן לראות כיצד הטיעונים בפס״ד שמחי פרסונאליים ו-״פגיעים״ יותר בעוד הטיעונים בפס״ד אלון נדמים כקרים ופרוצדוראליים יותר, מנותקים מעלמה אלון אלא נוגעים לשאלות של סמכות.

כך שונה גם ההכרעה שנינתה בשני ההליכים, כאשר בפס״ד שמחי נדמה כי השופטת פסקה מדם ליבה ועם אמוציות רבות, תוך התייחסות לתחושותיה ורגשותיה של התובעת, בעוד בפס״ד אלון ההכרעה נכתבה באופן מעט נטול רגש ואמפתיה לסיטואציה תוך בחינת החקיקה והתקנות, מבלי לתת את הדעת לתחושות של העותרת וחברותיה. ניתן לראות דוגמה לכך ברטוריקה בה בוחרת להתנסח השופטת בפס״ד אלון, למשל: ״בכך לא תמו תלאות התובעת...״ או ״בוודאי שאין רלבנטיות לשיפוטיות הנהג בשאלה האם לבוש הנוסעת "הולם" אם לאו!״. הבדל נוסף ניתן למצוא בהימנעותם הזהירה של שופטי בג״צ להתייחס למיניותה של הנערה כאשר אפילו המילה ״צניעות״ התפרשה במובן של ״הצנעת לכת״, בעוד השופטת בפס״ד שמחי התייחסה לכך שהערה על אורך המכנסיים של אישה או נערה יכולה להוות השפלה על רקע מיניותה.

ניתן לטעון כי הבדלים אלו נובעים מהשוני בהליך, כאשר פס״ד שמחי הינו תביעת פיצויים אישית בעוד פס״ד אלון הינו עתירה לבג״צ העשויה להיחשב ״עתירה ייצוגית חוקתית״ בעקבות השפעתה על כלל הציבור.[[11]](#footnote-11) עם זאת, בעיניי ניתן ללמוד הרבה מהדרך בה בחר השופט להתנסח, אפילו בתיאור טענות הצדדים, כאשר צורת התנסחות זו מעידה על אופן ההתייחסות של השופט לפרשה כולה. ניתן לראות שוני זה אף בבחירתם של שופטי העליון להשתמש במושג ״שרוולי הבגדים״ – ניסוח ניטראלי ומעט מרוחק לטעמי. בעוד השופטת בפס״ד שמחי, בחרה להשתמש במושג המעט מתבקש ״מכנסיים קצרים״, ואף ציטטה את נהג האוטובוס אשר קבע כי מכנסייה של שמחי הם ״כמו תחתונים״. מכך אני מבקשת להסיק כי שופטי העליון בפס״ד אלון ביקשו להישאר מרוחקים לסיטואציה ולעצם היותה של העתירה בעלת השפעה על נשים, על אף שהיא מוכרעת על ידי גברים, תוך ניסיון לשמור על עיוורון מגדרי המזוהה עם הפמיניזם הליברלי. בפס״ד שמחי השופטת ככל הנראה חשה אמפטיה והזדהות עם התובעת ועל כן התנסחה בהתאם, כאשר לנגד עיניה עומדת התובעת כאישה וכבת אדם, מעבר להיותה כפופה לשלטון החוק.

לאור זאת היה זה כמעט מפתיע לקרוא את פסיקתו של השופט עמית, לאחר קריאת נימוקיהם של יתר השופטים, בה לראשונה ניתנה התייחסות למיניותה של אלון ולכך שמציאות לחוד ותקנות לחוד, כאשר אין היצע מספק למכנסי בנות העומדים בתקנות. היה מרענן לחוש את האמפתיה של השופט עמית לתחושות המבוכה וחוסר הנוחות בקרב בנות אלו, בין אם מעצם מדידת אורך המכנסיים ובין אם בגלל האילוץ ללבוש מכנסיים ארוכים בקיץ תוך סירובו להתייחס לעתירה זו כנושא חסר מגדר.

בעיניי, בעקבות דיון זה מתעוררת השאלה התורת משפטית - האם על שופטים להתייחס בפסיקתם גם להיבטים חוץ משפטיים כדוגמת שיקולים חברתיים, פסיכולוגיים או פמיניסטיים, או שמא עליהם לפסוק בצורה משפטית ורציונאלית גרידא? כמו כן, אפילו אם נקבע שאנו מעדיפים ששופטים יכריעו בצורה נקייה משיקולים נוספים למשפט, עלינו לבחון כיצד נראה המשפט והאם הוא מתאים את עצמו לנשים כמו שהוא מתאים לגברים. בעיניי ניתן להאיר על פרשה זו באמצעות גישת הפמיניזם התרבותי. בספרה של קמיר מתוארת גישת הפמיניזם התרבותי ככזו המבקשת ״לרכך״ את המשפט כך שיותאם גם לתפיסות הצדק והערכים של נשים. לפי גישה זו נשים נוטות לראות את האנשים וצרכיהם בתוך הסיטואציה בעוד גברים מעדיפים להתרחק מהיקשרות שכזו ולפסוק לפי מושגים ותיואריות מופשטות.[[12]](#footnote-12) על אף הביקורת הרבה שיש כלפי גישת הפמיניזם התרבותי, בטענה כי הפטריארכיה היא זו שגרמה לנשים לפתח תכונות אופי טיפוליות ו-״חמות״ יותר, בעיניי ההשוואה בין שני פסקי הדין הללו מהווה דוגמה חדה לתפיסה זו. מאחר וגישת הפמיניזם התרבותי לא שואפת לשנות הסדרים חוקיים, בחרה השופטת בפס״ד שמחי לבטא את תחושותיה ועמדותיה ביחס לסוגיה דרך פסק דינה, כחלק מההבנה כי המשפט הוא אמצעי לשינוי חברתי.

ניתן לראות את פרשת המכנסונים באופן כללי גם דרך משקפיים של פמיניזם רדיקלי, כביטוי לרצון לשלוט על מיניותה של האישה במרחב הציבורי. עד כמה מותר לאישה לחשוף את גופה עד שהעניין יפריע לגברים או למערכת, בין אם בגלל הלכות חיו של נהג אוטובוס ובין אם בגלל סטנדרטים של ״הצנעת לכת״ בבתי הספר ובמשרד החינוך? הפמיניזם הרדיקלי של קתרין מקינון מחזק את עמדתה של השופטת בפס״ד שמחי לפיה הערות על אורך המכנסיים מהווה הערה על רקע מיני, מאחר ששליטה על מיניותן של נשים, ובין היתר על ״אורך שרווליהן״ מהווה נדבך נוסף בדיכוי שלהן, הדורש את התערבותה של המערכת המשפטית.[[13]](#footnote-13) בעיניי אפילו אם ההכרעה הסופית בעתירה של אלון הייתה נשארת בעינה, היה עדיף אילו השופטים בתיק היו רואים לנגד עיניהם אישה ואדם, כפי שראתה השופטת בפס״ד שמחי.

ציון מבחן: 90.25

כל הכבוד על ניתוחים מקוריים ומעמיקים מאוד!

1. סעיף 3(ד)(3) לחוק. [↑](#footnote-ref-1)
2. פס׳ 9 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. [↑](#footnote-ref-2)
3. יופי תירוש ״הרב תרבותיות הפכה את הנשים לפוגעות, ואת הגברים לקורבנותיהן״, **הארץ** (24.8.2018).

https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1657784/course/section/813693/יופי%20תירוש%20הארץ%20הרב%20תרבותיות%20הפכה%20את%20הנשים%20לפוגעות%202018.pdf [↑](#footnote-ref-3)
4. פס׳ 13 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. [↑](#footnote-ref-4)
5. צביקה טריגר "קוֹל בְּמַרְצָה ערווה: סובלנות פטריארכלית והפרדה בין המינים באקדמיה כהטרדה מינית ממוסדת", **משפטים**

 **על אתר** יד (תש"פ) 89 (להלן: ״**טריגר**״). [↑](#footnote-ref-5)
6. גילה שטופלר "רב-תרבותיות והדרת נשים במדינה יהודית ודמוקרטית" **ICON-S-IL Blog** (11.12.2018) (להלן: ״**שטופלר**״).

 רב-תרבותיות-והדרת-נשים-במדינה-יהודית-וisraeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/12/11/ [↑](#footnote-ref-6)
7. אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** (אוניברסיטה משודרת, משרד הבטחון ההוצ"ל, 2002) (להלן: ״**קמיר**״). [↑](#footnote-ref-7)
8. ניתןן להתרשם מכך מפרסום באתר כיפה, הסוקר את רשימת הבריכות הנפרדות ברחבי הארץ, בין היתר בערים ״חילוניות״

 כדוגמת חולון. ראו חדשות כיפה ״מיוחד לקיץ: רשימת בריכות נפרדות 2019״ **כיפה** (16.05.19).

https://www.kipa.co.il/תרבות/מיוחד-לקיץ-רשימת-בריכות-נפרדות/ [↑](#footnote-ref-8)
9. טריגר, לעיל ה״ש 5. [↑](#footnote-ref-9)
10. שם. [↑](#footnote-ref-10)
11. נאמר על ידי ד״ר אהרונסון בקורס סדר דין אזרחי בפקולטה למשפטים באוני׳ בר אילן. [↑](#footnote-ref-11)
12. קמיר, לעיל ה״ש 7. [↑](#footnote-ref-12)
13. דפנה ברק-ארז "הפמיניזם המשפטי של קתרין מקינון והמעבר מן השוליים למרכז מביקורת אל יצירת עולם מושגים משפטי

 חדש", מתוך קתרין מקינון **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה** (עריכה: דפנה ברק-ארז. ת"א: רסלינג, 2005). [↑](#footnote-ref-13)