

אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

מבחן בקורס פשעים נגד הפטריארכיה
מועד ב', תשס"ח
9.3.2008

ד"ר צבי טריגר
משך הבחינה: שעתיים וחצי

הפיתרון שלפניכם הוא לצורכי לימוד בלבד. את תשובתכם צריך היה לבסס על כל חומרי הלימוד הרלבנטיים, לרבות חקיקה, פסיקה, ספרות והחומר שנלמד בשיעורים.

שאלה ראשונה (50% עד שלושה עמודים)

פיתרון בנקודות

א. בדרישה מן האישה להצניע עצמה בביתה, להסתתר מאחורי בגדיה, להימנע מהתבלטות יתר ולנהוג באיפוק מיני מגולמים מאפייני השלטון הפטריארכלי הבאים:

כוח/שליטה - השלטון הפטריארכלי מבקש לרומם את הגברים ולדכא את הנשים. באמצעות מכניזם של הבניה חברתית הנשים נתבעות לוותר על קולן ועל חשיבתן העצמאית (גיליגן) ולציית לבעליהן. ההפרדה המתוארת בקטעים בין נשים לגברים משרתת את דיכויין והכפפתן לגברים. גם בעת העתיקה ביקשו להצניע נשים באמצעות הפרדתן. ביוון, למשל, נכלאו הנשים בגניקאון ונמנעה מהן השכלה, כשלא הורשו להשתתף במשתאות ובסימפוזיונים. ברומי הורשו, אמנם, הנשים ללמוד, אולם עדיין לא היו שוות זכויות. גם בעת המודרנית הוצנעה תרומתן של הנשים לפרוקייטים לאומיים דוגמת המפעל הציוני (קמיר). הפרדתן של הנשים מכלל האוכלוסייה, לאורך ההיסטוריה, אפשרה השגחה ושליטה גברית תמידית עליהן והתאכזרות כלפיהן (בבחינת "הפרד ומשול").

כבוד (Honor) - בהתאם למסורת החשיבה הפטריארכלית, כבודה של האישה ממוקם בגופה, ולפיכך אישה שאינה מצניעה עצמה מביאה לחילול גופה ולפגיעה בכבודו של בעלה.

אובייקטיפיקציה של האישה - המשפט הפטריארכלי תפס נשים כרכושם של הגברים (תחילה של האבות ולאחר מכן של הבעלים) וכאחד מאמצעי החליפין שביניהם (בבחינת אמצעי לכינון יחסים בין גברים), ועל-כן אישה שאינה מצניעה עצמה פוגעת, למעשה, ברכושו של הבעל. יתרה מכך, לנשים

יחד, עפ"י הקטעים, תפקיד פונקציונאלי "במימוש האידיאל הלאומי", שככל הנראה מתייחס להבאת ילדים.

הנהגת מנגנוני פיקוח ובקרה על מיניות האישה - מסורת החשיבה הפטריארכלית האשימה את האישה בלהיטותה אחר מין ובהכשלת הציבור (מעין לילית) וביקשה למשטר את מיניותה ולהשגיח על צניעותה (ביוון, למשל, נכלאו הנשים בגניקיאון). דיני הניאוף בעת העתיקה אף הם ביטוי מובהק לחשיבות שיוחסה למוסר המיני ולצניעותן של נשים. סנקציות חמורות הוטלו על נשים נואפות ומנגנוני פיקוח הונהגו כדי למנוע מעשי ניאוף. ברומי, למשל, האישה בעלת המעמד הגבוה ביותר הייתה זו הנשואה לגבר אחד בלבד (Univira). מעשי ניאוף שם היוו עילת גירושין, ובמקרה שהבעל תפס את אשתו עם גבר אחר בשעת מעשה, אפשר לו המשפט הרומי אף להרוג את שניהם. שתיית יין (שסימל דם) נאסרה על הנשים הרומיות ונתפסה כבלתי נשית (בבחינת חדירה של יישות זרה אל גוף האישה). הקיסר אוגוסטוס הפך, בשלב מאוחר יותר, את מעשה הניאוף לעבירה פלילית ואסר גם על קיום יחסי מין לפני הנישואין (עבירת ה-Stuprum) שהעונש בצידה היה הגליה של שני בני הזוג לשני איים בודדים נפרדים. גם במשפט העברי הוטלו סנקציות קשות על אישה נואפת ונקבע שאסורה לבעלה ולבועלה, ילדיה ממזרים והיא מאבדת כתובתה.

תרבות הבושה - הדרישה מן האישה להצניע את עצמה היא ביטוי מובהק ל'תרבות הבושה' הקיימת בקרב חברות פטריארכליות (בנדיקט).

ב. מן הקטעים עולה שהכלל מדאורייתא מקל לעומת הפרשנויות המאוחרות שלו בכל הנוגע להלכות הצניעות ביחס לנשים ולהפרדה בין נשים לגברים, משום שדרישת הצניעות מדאורייתא מופנית כלפי גברים ונשים כאחד, בעוד שהצניעות מדרבנן פותחה אך ורק בנוגע לנשים. בנוגע להפרדה בין גברים ונשים נראה שכלל אין דרישה חד משמעית במקרא להפרדה שכזו.

את הפער בין הכלל המקראי ובין הפרשנויות המאוחרות שלו ניתן להסביר באמצעות השתכללותו של השלטון הפטריארכלי שביקש להבטיח את כניעותה של האישה וכפיפותה לגבר, ושליטתם של גברים

במנגנוני הידע, ההשכלה והפרשנות. הפרדתן של נשים מגברים וההשגחה המוגברת על צניעותן שמשו אמצעי פיקוח חברתי על מיניות האישה.

אפשר גם שניסיונות המרי של הנשים כקבוצה או כבודדות הידקו את הפיקוח הפטריארכלי עליהן, בבחינת ריאקציה לתופעה החברתית של שחרור האישה. ייתכן שהעובדה שנשים החלו להתפתח ולרכוש השכלה ורכוש ולאייש עמדות מפתח בחברה הביאה להחמרת ההשגחה הפטריארכלית עליהן.

לאורך הקורס נבחנו מקרים של נשים שביקשו למרוד בסדר הפטריארכלי והביאו בפועל להידוק הפיקוח על ציבור הנשים בכללותו. לפי תפיסת הכוח של פוקו, הכוח לא פועל רק מלמעלה למטה (כמו שמרקס טען), אלא גם מלמטה למעלה. לפיכך, גם ל"מדוכאים", על-פי פוקו, יש אפשרות להתמרד ולהפעיל כוח כלפי מעלה, לכיוון ה"מדכאים". ואכן, במהלך הקורס הזכרנו כמה וכמה מקרים של מרי נשי. אלא שהדו-סיטריות של הכוח, לפי התפיסה של פוקו, גם הביאה לתגובת נגד של המערכת הפטריארכלית שמטרתה הייתה לדכא את המרי ולסתום את הפירצה בחוק שאיפשרה את המרי, לעיתים על-ידי נקיטת עמדה מפלה וקיצונית אף יותר מן העמדה המקורית. כך, למשל, סרבה וושתי להתהלך עירומה לפני המלך ושריו והביאה לפגיעה בכל נשות הממלכה (נאסר עליהן לדבר בשפת אביהן בביתן). גם ניסיון המרי של הורטנסיה שהכריזה "אין מסים ללא ייצוג" הביא לריאקציה חקיקתית שמטרתה הייתה למנוע מנשים לעסוק בעריכת דין ולהוציאן מן הספירה הציבורית.

שאלה שנייה (50%, עד שלושה עמודים)

פיתרון בנקודות

א. יש בהסדרת סוגיית ההפלות לאורך ההיסטוריה כדי ללמדנו על "חזקת ההסכמה" במשפט המקובל, לפיה כאשר אישה נישאת לגבר, היא מעניקה לו מראש הסכמה בלתי הדירה לקיום יחסי מין במהלך נישואיהם.

בהתאם למסורת הפטריארכלית, האישה מהווה אובייקט נטול רצונות ומאויים. בעולם העתיק לא ראו בה כמי שיש לו חלק ביצירת העובר. אריסטו תפס אותה כתנור לחימום הזרע, וברומי אף כונתה 'בטן' (Venter). לפיכך, כמי שמספקת את התנאים הטכניים בלבד להתפתחות העובר אך לא ליצירתו, לא

הייתה לאישה בעלות עליו. הגבר נתפס כבעלים של התינוק, ועל-כן הפלות יכלו להתבצע אך ורק בהסכמתו ומנגנוני פיקוח והשגחה הופעלו על האישה כדי לוודא, בין היתר, שלא בוצע מעשה ניאוף. במשפט הרומי: הפלה הותרה אך ורק באישור הבעל; לא היה איסור על ביצוע הפלות כשלעצמו. התפיסה העומדת בבסיס הסדר זה היא שהאישה נחזית כרכוש הבעל, ועל-כן נדרשת לאישורו כדי לבצע הפלה. עם חקיקתו של חוק ההפלות הראשון, הוצא הטיפול בסוגיית ההפלות מן המשפחה והועבר למדינה. לפי חוק זה, ביצוע הפלה ללא הסכמת הבעל ("הרעלת ילדים") ישמש עילה לגירושין. בשנת 150 לספירה נחקק "חוק השומר" המוודא שלא תתאפשר 'הברחת ילדים' אל תוך המשפחה. במאה השלישית לספירה הוציא הקיסר אנטוניוס צו בו נקבע שהפלה המתבצעת בהיעדר הסכמת הבעל תיחשב לעבירה פלילית.

במשפט העברי: ההפלה אינה נתפסת כפשע עצמאי אלא כעבירה נלווית לעבירות אחרות, ובייחוד לציווי "פרו ורבו". הציווי "פרו ורבו" חל אך ורק על הגבר ולא על האישה. ככלל, האישה העברית קודמת לעובריה ויש להצילה לפניהם. יחד עם זאת, גם היא נתונה לאובייקטיפיקציה שבאה לידי ביטוי בכך שהיא נחשבת לאמצעי להולדת ילדים, ולכן ניתן לגרשה אם לא יולדת מזה כעשר שנים. האישה משמשת מכשיר להבאת ילדים, והיא מוחזקת מסכימה תמיד לקיום יחסי מין עם בעלה נוכח הציווי המופנה כלפי הבעל: "פרו ורבו".

בימי הביניים: סוגיית ההפלות הוסדרה ברמה המדינתית ולא ברמה הפרטית. הפלה נתפסה כרצח מרגע שנודע על ההיריון ולאשה לא הייתה כל סמכות על גופה. בגלל הדוקטרינה הנוצרית, התיאולוגים הנוצרים פסקו שעדיף שהאישה תנטוש את הילד מאשר שתפיל.

בעת המודרנית: באיטליה הפשיסטית הפלה הוגדרה כפשע נגד הגזע, האומה והדורות הבאים. בשנת 1978 שונה החוק ונקבע שהפלה תתאפשר אך ורק במהלך תשעים הימים הראשונים להיריון באישור של משרד ייעוץ. לאחר תשעים הימים הראשונים ניתן לבצע הפלה אך ורק בהתקיים אחד משני חריגים: סכנה לאישה או מום קשה לעובר. ביצוע הפלה שלא בהתאם להוראות החוק נחשב לעבירה פלילית. כסוגייה מדינתית נשללה חירותה של האישה על גופה. בישראל מטיל חוק העונשין (סעיפים 313 ו-320) אחריות פלילית על רופא שביצע הפלה ללא אישור וועדת ההפלות. הוועדות משמשות מנגנון

פיקוח על מיניותה של האישה תוך בחינת מוסריותה (אמיר) ועמידה על האינטרס הגברי בביצוע ההפלה (סבירסקי). העובדה שנשים פטורות מאחריות פלילית מחזקת את תפיסתן כיצורים פסיביים וחלשים.

אנו רואים, איפוא, שאותו הגיון שמנחה את סוגיית ההפלות מנחה גם את "חזקת ההסכמה". כשם שהאישה לא נתפסה כבעלים על גופה ולא הורשתה להפיל, לאורך ההיסטוריה, ללא אישור הבעל, כך גם אפשרה "חזקת ההסכמה" לבעל לקיים יחסי מין עם אשתו ללא הסכמתה. בעת העתיקה, הבעל יכול היה אף להשאיל את אשתו לגבר אחר במטרה להדק את היחסים ביניהם (סיפור מרקיה והורטנסיוס). בהתאם למסורת החשיבה הפטריארכלית, עם נישואיה של האישה מתאפשרת לבעל נגישות מלאה לגופה בין אם לצורך סיפוק מיני ובין אם לצרכים פונקציונאליים של הבאת ילדים.

ב. בהשוואה ליחסים הומוסקסואליים, לא היוו מערכות יחסים לסביות בין נשים מושא להתעניינות רבה לאורך ההיסטוריה. על פניו, נגלה לפנינו, באופן מפתיע, תחום מסויים שבו נשים זוכות ליחס מועדף. מצד שני, ניתן לטעון שיש ביחס מועדף זה כדי להצביע על נחיתותה המימלאית של האישה. מתוקף היותן של הנשים יצורים נחותים, הלהוטים אחר מין, ומוחזקים כמי שמסכימים תמיד לקיים יחסי מין, לא איימו היחסים הלסביים על הפטריארך.

כפי שעולה מ"חזקת ההסכמה", התקשתה מסורת החשיבה הפטריארכלית לדמין אישה עצמאית ואוטונומית, ועל-כן גם לא מצאה לנכון להחמיר יתר על המידה עם לסביות. העיקר הוא שהנשים תהיינה זמינות לגברים, מערכות היחסים ביניהן היו פחות רלוונטיות.

את העניין המועט ביחסים לסביים בעת העתיקה ניתן להסביר גם באמצעות תפיסת גוף האישה כחסר. פרקטיקות מיניות בין נשים, בהיעדר חדירה, נתפסו כבלתי אפשריות. כך, למשל, מסבירים התנאים בתלמוד שקיום יחסי מין בין נשים מתאפשר רק באמצעות גניבת זרע מן הבעל.

ייתכן גם שיחסים לסביים נתפסים לגיטימיים יותר מיחסים הומוסקסואליים מפני שלסביות ממשיות להגשים את תפקידי הרבייה שהחברה ייעדה לנשים (לסלי הייזלטון).

הומוסקסואליות ולסביות ביוון וברומא: ביוון העתיקה התקיימה מערכת יחסים פדרסטית בין גברים בוגרים ובין נערים צעירים שנועדה להביא את הגברים הצעירים בסוד האחוזה הגברית ולהכשיר אותם להיות אזרחים אתונאיים. הגברים הבוגרים היו חוזרים ואילו הנאהבים הצעירים נחזרים (עד שצמח זקן

על פניהם). ההבחנה בין בן הזוג האקטיבי ובין בן הזוג הפסיבי הייתה משמעותית בהרבה מההבחנה בין המינים, והתפקיד הפסיבי הוגבל לגילאי הנעורים ולנשים. גבר בוגר ששם עצמו נחדר מלא, למעשה, תפקיד נשי כשהסכים להיבעל במקום למשול.

במובחן ממערכת היחסים הפדרסטית היוונית שנועדה להביא את הגברים הצעירים בסוד האחוה הגברית או הנערים הפלגשים שלקחו הרומאים, אין בידנו מידע רב אודות קשרים לסביים בחברה היוונית או הרומית. משירתה של סאפפו ידוע על יחסי אהבה שנרקמו בין נשים יווניות טרם נישואיהן במסגרת אגודות בהן למדו שירה, ריקוד, זמרה וכד'.

יחסים הומוסקסואליים ולסביים במשפט העברי: בעוד התורה אוסרת במפורש על משכב זכר (ויקרא יח', פס' כב), אין איסור דומה במקרא על יחסים לסביים. עם הזמן היו שפרשו את האמור בויקרא יח', פס' ג' כאיסור, בין היתר, על קיום יחסים לסביים (פירוש ספרא, למשל). התלמוד מדבר מפורשות על נשים לסביות ("נשים מסוללות") וקובע שהן פסולות לכהונה. רש"י מסביר ש"משפשפו נקבתן זו לזו" כבר אינן "בתולות שלמות" ועל-כן פסולות מלהינשא לכהן גדול. הרמב"ם קובע ביחס ל"מסוללות" כי אין במעשה שלהן משום זנות, אולם הן עוברות עבירה ולכן ראוי להלקותן וממליץ לבעלים להשגיח עליהן.

יחסים הומוסקסואליים במשפט המודרני: במשפט האירני, למשל, נענשות הנשים הלסביות אך ורק בפעם הרביעית שנתפסו, בעוד הומואים נענשים במוות בייסורים מיידית.

"חזקת ההסכמה", אם כן, חלה על נשים בלבד והיא מיועדת ליצור זמינות מינית של האישה לבעלה. ייתכן שזה יכול לשמש הסבר נוסף לשאלה מדוע מערכות משפט קדומות התעלמו בדרך כלל מיחסים לסביים, משום שלתפיסתן יחסים אלה לא פגעו בזמינותה המינית של האישה לבעלה. בנוגע לאיסור על הומוסקסואליות, גבר שהרשה לעצמו לקיים יחסי מין עם גבר אחר בתפקיד הנחדר "הוריד" את עצמו לדרגת אישה לא רק בגלל הפרקטיקה המינית, אלא גם משום שבניגוד לאישה, הוא לא אמור להיות זמין עבור גבר אחר כמו שאישה אמורה להיות זמינה לבעלה.