

פמיניזם משפטי

(ליבידו) סדרה לתרגום

עורכי הסדרה

יצחק בנימיני ועידן צבעוני

ועדה אקדמית

פרופ' אליעזר (אד) גרינשטיין

ד"ר רות הכהן-פינצ'ובר

פרופ' חנון חבר

**כמיניזם משפטי
בתיאוריה ובפרקטיקה**

קתרין מקינון

עריכה פרופ' דפנה ברק-ארז

תרגום מאנגלית עידית שורר

דסלינג

Legal Feminism in Theory and Practice

Catharine A. MacKinnon

(Libido) Translation Series in Resling Publishing

Series Editors: Itzhak Benyamini and Idan Zivoni

Academic Board: Prof. Ed Greenstein, Dr. Ruth HaCohen, Prof. Hannan Hever

Editor: Prof. Daphne Barak-Erez

Translation: Idit Shorer

Cover Design: Michal Sahar

Language editor: Morag Segal

1. "Difference and Dominance: On Sex Discrimination," in MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 32-45 (Harvard University Press 1987); 2. "Whose Culture? A Case Note on *Martinez v. Santa Clara Pueblo*," in MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 63-69 (Harvard University Press 1987). Reprinted in permission from *FEMINISM UN MODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* by Catharine A. MacKinnon, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Copyright © 1987 by the President and Fellows of Harvard College.
3. "Beyond Moralism: Directions in Sexual Harassment Law" [originally, Afterword, in MacKinnon & Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law* 672-704 (Yale University Press 2004)].
4. "Unequal Sex" [originally, *A Sex Equality Approach to Sexual Assault*, 989 *Annals of the New York Academy of Sciences* 265-275 (June, 2003)]; 5. "Not a Moral Issue," in MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 146-162 (Harvard University Press 1987) Reprinted in permission from *FEMINISM UN MODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* by Catharine A. MacKinnon, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Copyright © 1987 by the President and Fellows of Harvard College.
6. "Defamation and Discrimination," in MacKinnon, *Only Words* 3-28 (HarperCollinsPublishers 1994) Reprinted by permission from *ONLY WORDS* by Catharine MacKinnon, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Copyright © 1993 by Catharine A. MacKinnon.
7. "Rape, Genocide, and Women's Human Rights," in A. Stiglmeier, ed., *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina* 183-196 (University of Nebraska Press 1993).
8. "Postmodernism and Human Rights" [originally *Points Against Postmodernism*, 75 *Chicago-Kent L. Rev.* 687 (2000)].
9. "Genocide's Sexuality," in Stephen Macedo and Melissa S. Williams, eds., *NOMOS XLVI: Political Exclusion and Domination* (NYU Press 2005).

All Hebrew rights reserved by
© RESLING Publishing, 2005

Resling, Itamar Ben-Avi 3, Tel-Aviv 64736
izik-b@zahav.net.il
www.resling.co.il
Printed in Israel, 2005

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או בכל אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

עיצוב עטיפה: מיכל סהר

סדר דפוס: סטודיו FOFY

עריכת לשון: מורג סגל

www.resling.co.il
info@resling.co.il

רסלינג, איתמר בן-אבי 3, תל אביב 64736
טל: 03-6956704 פקס: 03-6956761

נדפס בדפוס חדקל בע"מ, תל אביב
© כל הזכויות שמורות להוצאת רסלינג
נדפס בישראל, 2005

תוכן העניינים

דפנה ברק-ארז מבוא הפמיניזם המשפטי של קתרין מקינון והמעבר מן מהשוליים למרכז מביקורת אל יצירת עולם מושגים משפטי חדש / 7

1 שוני ושליטה: על אפליה מינית / 23

2 התרבות של מי? הערה על פסק דין מרטינז נגד פואבלו סנטה קלרה / 35

3 מעבר למוסרנות: מגמות בדיני הטרדה מינית / 41

4 מין לא שוויוני / 63

5 לא בעיה מוסרית / 73

6 לשון הרע ואפליה / 89

7 אונס, השמדת עם וזכויות האדם של הנשים / 109

8 פוסט-מודרניזם וזכויות אדם / 121

9 המיניות של השמדת עם / 141

הערות / 165



הפמיניזם המשפטי של קטרין מקינון והמעבר מן המשוליים למרכז

מביקורת אל יצירת עולם מושגים משפטי חדש

מבוא

דפנה ברק-ארז¹

קטרין מקינון הניחה את הבסיס הראשוני לכתיבתה המשפטית הפמיניסטית בעשור שבין אמצע שנות ה-70 לאמצע שנות ה-80 של המאה ה-20. כתיבתה התהוותה בעולם משפטי שכבר היה רווי בפעילות ציבורית ומשפטית לקידום זכויות נשים, אך פעילות זו התמקדה במאבקים שמקינון הצביעה עליהם כחלקיים ומוגבלים מראש מבחינת מידת השינוי שהם יכולים לחולל. כיום, כשלושים שנה לאחר מכן, קשה לדמיין את החשיבה הפמיניסטית בכלל ואת הפמיניזם המשפטי בפרט ללא קטרין מקינון.

את הכתיבה של מקינון יש להבין בהקשר האמריקאי, שבו הפעילות הפמיניסטית בשנות ה-70 לקידום זכויותיהן של נשים הייתה המשך ישיר למאבקי זכויות האזרח של שנות ה-60. באופן ספציפי יותר, פעילות זו התמקדה במאבקים לביטולם של הבחנות משפטיות בין גברים לנשים ושל כללים משפטיים שונים ביחס אליהם, שהיו מבוססים על פי רוב על הבחנות סטריאוטיפיות (למשל, הנחות בדבר תפקידם של גברים כמפרנסים ומעמדותן של נשים כתלויות בהן).² מאבקי שוויון אלה היו מבוססים על המסורת הליברלית המכירה בשוויון בין בני אדם וקוראת להתעלמות מהבחנות קבוצתיות מולדות. הם חתרו להחלת הלקחים המתחייבים מן המסורת המשפטית הליברלית גם על היחס לנשים (לאחר שהוחלו על אנשים מקבוצות מודרות אחרות, כמו מיעוטים אתניים וגזעיים). בהתאם לכך, מקובל להתייחס לגישה פמיניסטית זו בשם "פמיניזם של שוויון" או "פמיניזם ליברלי". לצדו של הפמיניזם הליברלי, שהיה מבוסס על שלילת כל שוני בין גברים לנשים, ובמידה מסוימת בתגובה לו, התפתחה כתיבה פמיניסטית שקראה להכיר בשוני בין נשים לגברים, אך שללה מכול וכול את פחיתות הערך שיוחסה לשוני זה בחברות מסורתיות, ולעתים אף הדגישה את עדיפותם של דפוסי ההתנהגות והחשיבה הנשיים. גישה זו הצביעה על שונותן של נשים – המתבטאת הן במאפיינים ביולוגיים הקשורים בהיריון ולידה ומחייבים הכרה בהסדרים משפטיים מיוחדים (למשל, חופשת לידה) והן

במאפיינים חברתיים ופסיכולוגיים, כמו למשל העדפתן של נשים לטפל בקרובים להן, גם על חשבון הישגיות אישית. גישה פמיניסטית זו מכונה "פמיניזם של שוני", ומאחר שמודגשת בה ההתייחסות לייחוד המחשבתי והפסיכולוגי של נשים, עד כדי גיבושה של תרבות חלופית, נהוג לכנותה גם בשם "פמיניזם תרבותי"³.

הפמיניזם הליברלי והפמיניזם התרבותי נקלעו לוויכוח בלתי פוסק, שעסק בהשוואה בין גברים לנשים והתמקד בשאלה האם נשים זהות לגברים (ולכן זכאיות לשוויון זכויות מלא כטענת הפמיניזם הליברלי), או שונות מגברים (אך יחד עם זאת זכאיות לשוויון, בכפוף להסדרים המתחשבים בשונותן, ברוחו של הפמיניזם התרבותי).⁴ אל מרכז של הזירה שעסקה בוויכוח זה התפרצה בסערה כתיבתה של מקינון, שקראה להחליף את השאלה שבה התמקדו הזרמים הפמיניסטיים האחרים – הפמיניזם הליברלי והפמיניזם התרבותי. לטענתה, השאלה החשובה אינה האם נשים זהות לגברים או שונות מהם. לשיטתה, חשוב לבחון כיצד נוצר השוני ומהם יחסי הכוח שהוא מבנה. בייחוד חשוב לראות כיצד טענת השוני משמשת אמתלה להצדקת פערי הכוח בין גברים לנשים. במילים אחרות, במרכז הדיון צריכה לעמוד השאלה הפוליטית העוסקת בחלוקת הכוח בחברה, ולא השאלה המשפטית של השוני. האתגר שיש להתמודד עמו הוא דיכוי החברתי של נשים, הנמצאות בעמדת נחיתות פוליטית, מעמדית וכלכלית. לשיטתה של מקינון, כל עוד לא יבוטל הדיכוי לא יושג שוויון – לא לפי גישת הזהות ולא לפי גישת השוני. השינויים המשפטיים חייבים לנבוע, קודם כול, משינוי תודעתי⁵ וממאבק לשינוי מערכתי נרחב יותר. עמדתה של מקינון כוללת אפוא קריאת תיגר כללית על המצב החברתי והפוליטי, ולא רק תביעה לתיקון עוולות מסוימות במסגרת הסדר החברתי והמשפטי הקיים. זוהי תפיסה טוטלית, הדומה מבחינת הנחותיה הבסיסיות למרקסיזם. בשונה מן המרקסיזם, מקינון מגדירה את דיכוי של נשים (ולא את הדיכוי המעמדי) כבעיה החברתית המרכזית.⁶

מקינון לא הייתה הכותבת הפמיניסטית הראשונה שהתייחסה לדיכוי החברתי של נשים. קדמו לה רבות אחרות. עם זאת, לכתיבתה הייתה תרומה מכרעת. היא הציבה את בעיית הדיכוי החברתי של נשים במרכז של הדיון במאבק לשוויון משפטי. קודם לכן היה העיסוק בדיכוי החברתי של נשים מחוץ למשפט, ואילו הוויכוחים המשפטיים התמקדו בשאלות שעניינן השוואת ההסדרים המשפטיים של גברים ונשים. מקינון טענה שיש להבין את המשפט כחלק בלתי נפרד מן המערכת החברתית המדכאת את הנשים, ובהמשך לכך, שצריך להיאבק בדיכוי זה גם באמצעות שינוי המשפט. תפיסתה השונה של מקינון את בעיית אי-השוויון של נשים הובילה אותה להציע הסדרים משפטיים בתחומים שלא היו מזוהים קודם לכן באופן ישיר עם סוגיית השוויון. מקינון קראה לשורה ארוכה של רפורמות בתחומים שבהם זיהתה דיכוי נשים באמצעות מין ואלמות, ובעיקר אונס, פורנוגרפיה, זנות והטרדה מינית. לשיטתה, במציאות החברתית השוררת, המיניות היא אתר מכונן של הכפפת נשים ודיכוי, ולכן היא חייבת להיות גם תחום מרכזי להתערבות. כך למשל, בהקשר של עברת האונס, מקינון הציגה

ביקורת קשה על הפרשנויות המסורתיות ליסוד ההסכמה, אשר זיהו הסכמה למגע מיני גם בתנאים של כפייה וחוסר בחירה של ממש (בעיקר במקרים של אונס במשפחה או בין אנשים שיש ביניהם קרבה קודמת). מקינון כפרה במידה רבה באפשרות של הסכמה חופשית של נשים ליחסי מין בתנאים של דיכוי חברתי וחוסר שוויון וקראה תיגר על ההבחנות המסורתיות בין אונס לבין מין בהסכמה. בכך הרחיקה לכת הרכה מעבר לנכונות הליברלית להודות במגבלותיה של ההסכמה במצבים קיצוניים של אי-שוויון או הפעלת כוח. בדומה לכך, בהתייחסותה לטיפולו של המשפט בנושא הזנות, הצביעה מקינון על חוסר ברירה, כפייה ומצוקה אצל נשים העוסקות בזנות. גם כאן היא קראה שלא להכיר בהסכמה הניתנת בתנאים של דיכוי, ולכן התנגדה בתוקף ללגליזציה של הזנות (המזוהה לרוב עם חשיבה ליברלית הדוגלת בחופש בחירה).

כרבים מן התחומים שבהם עסקה לא הסתפקה מקינון בקריאה לשינוי במצב המשפטי, אלא יצרה קטגוריות משפטיות חדשות שיסייעו בהגדרת הבעיה ובהתמודדות עמה בעזרת כלים משפטיים חדשים. ספרה הראשון, שפורסם לקראת סוף שנות ה-70 ועסק בהטרדה מינית של נשים בעבודה,⁷ מייצג אסטרטגיה זו במיטבה. בספר זה היא מגדירה את תופעת ההטרדה המינית כבעיה מערכתית שנשים סובלות ממנה ושהמשפט צריך לעסוק בה, וזאת בניגוד להתייחסות המסורתית להטרדה מינית כאל בעיה "אישית" וכטרדה שאין לה שם משפטי וממילא אינה מקנה עילה שניתן לתבוע בגינה. מקינון תבעה להכיר בעילת תביעה בגין הטרדה מינית בעבודה, ובאופן קונקרטי יותר קראה לעגן אותה במסגרת עילת התביעה המוכרת בגין אפליה בעבודה. לשיטתה, הטרדה מינית בעבודה מכוננת כלפי נשים וקשורה בהיותן נשים, ולכן יש לראות בה אפליה על בסיס מין. לפי גישה זו, הטרדה מינית בעבודה יכלה לשמש בסיס לתביעה ללא צורך בשינוי חקיקה, על סמך החקיקה הפדרלית הקיימת האוסרת על אפליה בעבודה מחמת "מין".⁸

תחום נוסף שבו בלטה החדשנות המושגית של מקינון הוא המאבק נגד פרסומים פורנוגרפיים. מקינון התנערה מן הקטגוריה המסורתית של הגבלות על פרסום "חומר תועבה", וקראה לדיון מחודש ונפרד בבעיית הפורנוגרפיה. השוני בין "תועבה" ל"פורנוגרפיה" אינו סמנטי, כי אם מהותי. בעוד שהאיסורים המסורתיים על חומר תועבה נועדו להגן על מוסריותו של הצופה או המתבונן, ההתנגדות לפורנוגרפיה נובעת מטעמים שונים לגמרי הקשורים בטענה שהפורנוגרפיה פוגעת בנשים: פגיעות תוך כדי תהליכי הייצור של הפורנוגרפיה; פגיעות פיזיות בנשים בהשראתם של חומרים פורנוגרפיים; ופגיעות המתבטאות בהתייחסות החברתית לנשים בשל הצגתן המשפילה בתעשיית הפורנוגרפיה. התייחסותה של מקינון לתופעת הפורנוגרפיה לא הייתה מוגבלת למישור המושגי, וגם כאן היא ביקשה להציע פתרונות משפטיים מעשיים. בהקשר זה, הפתרון המוצע לא היה פרשני כי אם חקיקתי. מקינון, יחד עם אנדריאה דבורקין, שותפתה לפעילות האנטי פורנוגרפית,⁹ הציעה מודל חקיקתי המכיר בעילת תביעה אזרחית של נשים שנפגעו על ידי פורנוגרפיה. ההצעה לא הוצגה כמודל לדיון אקדמי בלבד, אלא קודמה כתוכנית פעולה אקטיביסטית. מקינון ודבורקין פעלו

למען אימוץ חקיקה לפי המודל שהציעו. ניסיון החקיקה הראשון קודם במיניאפוליס, מינסוטה, במתכונת של חקיקה עירונית. בסופו של דבר חקיקה זו לא נכנסה לתוקף, לאחר שראש העיר השתמש בזכות הווטו שלו נגדה. בהמשך לכך נעשה ניסיון נוסף של חקיקה באינדיאנפוליס, אינדיאנה, אולם עד מהרה הועלו טענות חוקתיות נגדה במקרה מבחן שהגיע לדיון בבית משפט פדרלי והיא נפסלה כמנוגדת לתיקון הראשון לחוקה המגן על חופש הביטוי.¹⁰ מאז ניתן פסק דין זה רווחת הסברה שגישתה של מקינון אינה בעלת סיכוי להתקבל בארצות הברית, על בסיס ההנחות החוקתיות הקיימות, אך האתגר שהציבה נותר בעינו במישור התיאורטי.

תחום חדש של פעילות משפטית, שגם בו ניכרה תרומה איכותית של מקינון הן בהמשגה משפטית חדשה של תופעות חברתיות והן במישור האקטיביסטי, הוא המאבק בפשעי מלחמה נגד נשים, בעיקר פשעי מלחמה מיניים. מקינון החלה לעסוק בתחום זה בשלב מתקדם יותר בקריירה שלה, בתגובה לזוועות המלחמה ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה. גם ללא קשר לעיסוק הגובר של מקינון בבעיות אלה, התפתחה ביקורת אקדמית על הגישות המסורתיות של המשפט הבינלאומי, שהזניח את הפגיעות המיוחדות שמהן סבלו נשים בתקופות מלחמה. ביקורת זו הצביעה על כך שהתעללות מינית אינה פחותת משקל בהשוואה לעינויים ולפשעי המלחמה "המסורתיים" שבהם עסק תמיד המשפט הבינלאומי. עם זאת, גם בהקשר זה הייתה למקינון תרומה ייחודית. את הביקורת שפיתחה לגבי יחסי מין המתקיימים בתנאים שבהם לא יכולה להתגבש הסכמה משמעותית היא יישמה באשר לתנאים השוררים באזורי לחימה. ביקורת זו יכלה לשמש בסיס תיאורטי להבנה שיחסי מין בין נשים לחיילים כובשים חשודים מראש כיחסי מין בכפייה. מעבר לכך, מקינון השכילה למקם את מעשי האונס השיטתיים ביוגוסלביה וברואנדה כמערכת מכוונת של פגיעה בקבוצה האתנית שעמה נמנו הנשים שסבלו מהתעללות. היא אף קראה לראות בהם וריאציה של הפשע של השמדת עם. אכן, לא כל ההצעות הקונקרטיות של מקינון התקבלו במישור הדוקטרינה של המשפט הבינלאומי הפלילי, אולם לא ניתן להטיל ספק בכך שגם בתחום זה הייתה למקינון שותפה לתהליך של מתן שם למעשי דיכוי כלפי נשים ולראשית האכיפה נגדם.

מעבר לחידושים בכל אחת מן הסוגיות המשפטיות הספציפיות שבהן עסקה, קראה מקינון לחשיבה מחודשת על חלק מהנחות היסוד של המשפט, שהשפיעו באופן מערכתי על הגנת זכויותיהן של נשים. הנחת יסוד מסוג זה שהפכה נושא לביקורת מרכזית הייתה ההבחנה בעלת השורשים העמוקים במסורת הליברלית בין התחום הפרטי לתחום הציבורי. בהתאם למסורת זו, על פי רוב, הגבלתן של חירויות יכולה להיעשות רק ברשות הרבים, ואילו בתחום הפרטי יש לקדש את האוטונומיה של כל אדם, ברוח המימרה "ביתו של אדם הוא מבצרו". על פי מקינון, התמודדות עם הדיכוי החברתי של נשים אינה מאפשרת להותיר את התחום הפרטי מחוץ להישג ידו של המשפט, מאחר שחלק גדול מן הדיכוי נעשה בתחום הפרטי ונהנה מחסינותו. מקינון הצביעה על כך שהאוטונומיה הפרטית הייתה, במקרים רבים, החופש להתעלל, להכות ולאנוס את בני

המשפחה החלשים – נשים, וגם ילדים. שחרורם של אלה מאימת הטרור הביתי חייב להיות כרוך בפתיחת דלתות הבית בפני התערבותו של המשפט. בדומה לכך, לשיטתה של מקינון, גם המלחמה בפורנוגרפיה אינה יכולה להשאיר את התחום הפרטי מחוץ להישג ידו של המשפט. תעשיית הפורנוגרפיה פועלת בתחום הפרטי ונצרכת בתחום הפרטי, אך עובדה זו אינה ממעטת את נזקיה. ההתנגדות להבחנה בין הפרטי לציבורי באה לידי ביטוי גם בנושאים אחרים, שפעילותה המשפטית של מקינון לא התמקדה בהם, אך היא התייחסה אליהם מעת לעת בתגובה לאירועים בזירה הציבורית. כך למשל היא יישמה את הביקורת על ההבחנה בין התחום הפרטי לתחום הציבורי גם בהקשר של דיני ההפלות. התקדים האמריקאי הקלאסי שהכיר בזכות להפיל מבוסס על הזכות החוקתית לפרטיות,¹¹ שהבחירה בהפלה התפרשה כחוסה בצל. בסיס זה להכרה בזכות להפיל נחשב בעייתי מכמה בחינות, בין השאר על רקע ספקות באשר לעצם ההכרה בזכות לפרטיות, שאינה נזכרת במפורש בחוקה האמריקאית. מקינון הציעה ביקורת אחרת על הנמקתו של פסק הדין, שמקורה בקריאת התיגר על ההבחנה בין התחום הפרטי לתחום הציבורי. לשיטתה, מיקומה של הזכות להפיל בתחום הפרטי פוטרת לכאורה את המדינה מאחריות לטיפול בנושא ההפלות, בכלל זה במקרים שבהם התערבותה חיונית (בהתחשב בשכחותם של יחסי מין שאינם מבוססים על הסכמה אמיתית או בשל מחסור כלכלי).

הביקורת מחוץ ומבית

כתיבתה של מקינון משכה תשומת לב רבה כבר מתחילתה. היא השפיעה על דורות של פמיניסטיות, אך בה במידה עוררה ביקורת רבה ואף אנטגוניזם. מחוץ למסגרת הפמיניסטית נחשבו עמדותיה של מקינון מקוממות ותוארו כנגועות בשנאת גברים. ביקורתה של מקינון על דיכוי נשים בחברה הצביעה בבירור על מי שלשיטתה הם האשמים וגם הנהנים הישירים ממנו – הגברים, ובעיקר הגברים הנענים לחלוקת התפקידים המסורתית בחברה.¹² מבחינה זו, הפמיניזם הרדיקלי – הן של מקינון והן של כותבות אחרות – נחשב מאיים יותר על הלכידות החברתית ועל סדרי החברה בהשוואה למאבקים הקלאסיים למען שוויון זכויות של נשים, שקיבלו את הסדר החברתי כפי שהוא ורק תבעו להחיל את כלליו על גברים ונשים באופן שווה. באופן ספציפי יותר, כתיבתה של מקינון איימה על התפיסה המסורתית של יחסים בין המינים. לטענתה, הדיכוי החברתי של נשים מציב אותן בעמדה של חוסר יכולת אמיתית לקבל החלטות. מכאן נבעה המסקנה כי מקרים רבים של קיום יחסי מין בין גברים לנשים אינם מבוססים על הסכמה במובנה המלא. כתיבתה של מקינון רוויה חשדנות בסיסית באשר לתקינותם של יחסים הטרנסקסואליים בין גברים לנשים. למעשה עולה ממנה כי מערכות היחסים המיניות בין גברים לנשים בחברה הן אתר של דיכוי ובסיס

לכינונו ולהעמקתו גם יחד. היא אף מצביעה על כך שהשליטה והכוח הגבריים מובנים כארוטיים עבור בני שני המינים, ועל כן קשה מאוד להשתחרר מהקבלה החברתית הנרחבת שלהם. מקינון אמנם מדגישה כי ביקורתה מכוונת לנסיבות חברתיות נתונות, שבהן נשים אינן חופשיות לקבל החלטות, אך גם כך כתיבתה הטילה צל של אי־תקינות על מערכות היחסים האישיות הדומיננטיות בחברה. היא נחשבה מטרידה במיוחד מאחר שלא הגבילה עצמה למצבים שבשולי החברה, אלא התמקדה בביקורת על המיינסטרים, הכולל את החברה הבורגנית התקינה. חריגתה של הביקורת מן המצבים שבשולי החברה הלגיטימית – פורנוגרפיה וזנות – אל המצבים שכלכה – יחסי מין הטרנסקסואליים, אף בתוך המשפחה – הייתה מאיימת.

נוסף על ביקורת זו שבאה בעיקר מחוץ, הפכה כתיבתה של מקינון להיות מסומנת כעמדה יריבה גם מבית – בקרב חוגים פמיניסטיים וקוויריים. הטענה המשתמעת ממנה שלפיה דיכוי של נשים בחברה היא המצוקה הדומיננטית בחייהן, מצוקה המשותפת לכל הנשים ויש להתרכז קודם כול במאבק לביטולה, קוממה כנגדה, בראש ובראשונה, פמיניסטיות השייכות לקבוצות מיעוט מקופחות אחרות. בארצות הברית הגיעה הביקורת בעיקר מעברן של הפמיניסטיות השחורות, שהצגת הטענה של הקיפוח הנשי האחד והמשותף עוררה את התנגדותן כמי ששייכות לקבוצת מיעוט שסבלה קיפוח ודיכוי היסטוריים. לשיטתן, התיאוריה של מקינון התעלמה מדפוסי קיפוח חברתיים אחרים, וחמור מכך: התעלמה מדפוסי הקיפוח המיוחדים להן כנשים שחורות – שאינם דומים לאלה שנשים לבנות סובלות מהם, ואף נבדלים מדפוסי דיכוי של גברים שחורים. טענה זו הודגמה למשל בהתייחסות לכך שנשים שחורות בארצות הברית סבלו מהפקרתן לעברות מין בחסות החוק בתקופת העבדות (שבה נחשבו לרכוש בעליהן) וגם לאחר מכן (בשל הגישה הסטריאוטיפית לגבי מיניותן של נשים שחורות).¹³ היומרה המשתמעת מכתיבתה של מקינון לדבר בשם כל הנשים, בהתעלם מדפוסי קיפוח פרטיקולריים של נשים מחוץ למעגל של נשים לבנות בנות המעמד הבינוני, נחשבה בעיני הפמיניסטיות השחורות מרגיזה במיוחד, אף על פי שגם הפמיניזם הליברלי והפמיניזם התרבותי לא הדגישו את המאבק על זכויותיהן של הנשים "האחרות". אולם, בשונה מזרמים פמיניסטיים אלה, מקינון התיימרה לדבר בשם הקיפוח האחד של כלל הנשים, ובכך חשפה עצמה לביקורת מיוחדת. כל זאת חרף העובדה שהנושאים שבחרה לעסוק בהם – אלימות, פורנוגרפיה, ניצול מיני ועוד – היו קרובים למציאות חייהן של נשים מקבוצות מיעוט מוחלשות, יותר מאשר חלק מן היעדים שבהם התמקדו הפמיניזם הליברלי והתרבותי, כמו למשל זכויות בעולם העבודה הנורמטיבי. ביקורת נוספת שהתמקדה באופי המכליל של כתיבתה של מקינון הגיעה מעברה של הכתיבה ההומוריסטית והקווירית. זו הצביעה על כך שההתמקדות בדיכוי של נשים על ידי גברים מעלימה את הדפוס של מערכות יחסים בין בני אותו מין. ביקורת אחרת שנידונה בכתיבה הפמיניסטית והקווירית התמקדה בעוניות המשתמעת מדבריה של מקינון כלפי המיניות (אם כי מעולם לא על ידי הבעת שלילה גורפת ביחס

אליה) ובתמיכתה בהתערבות משפטית בחלק מן הבחירות המיניות של אנשים. העמדה הקווירית העלתה חששות מפני חיזוק הפיקוח החברתי והמדינתי על המיניות, ¹⁴ פיקוח ששימש באופן היסטורי לשם דיכוי דפוסי מיניות הנחשבים לא נורמטיביים. באופן כללי ניתן לומר שהקהילה ההומו-לסבית גילתה חשדנות ביחס לקריאה לערב את המדינה מחדש בכל תחומי החיים (גם אם מטעמים שונים מאלה שהנחו את התיאוריה הליברלית המסורתית). אכן, גם הפמיניזם המשפטי שקדם למקינן ביקש לקדם זכויות נשים באמצעות התערבותו של המשפט בתחום הפרטי (למשל, בעולם העבודה), אך הרפורמות שהיא הציעה העצימו במידה רבה את הקריאה להתערבות המדינה. ¹⁵ הביקורת על מקינן פותחה גם בכתיבה הפמיניסטית שצידדה בעמדה של "פרו-סקס", עמדה המסתייגת מן החשדנות החד-משמעית של מקינן כלפי מיניות כאמצעי לדיכוי נשים, ומצביעה על הפוטנציאל שטמון בה גם לשחרור ולביטוי עצמי. ¹⁶ למעשה, נשים רבות מצאו עצמן מוטרדות מכך שלא הצליחו ליישב את שביעות רצונן ממערכות היחסים האישיות שלהן עם התביעה המשתמעת מכתובתה של מקינן: להתנער מכל הזדהות עם הסדר החברתי הקיים.

ההשפעה על המשפט בארצות הברית ובעולם

התואר "רדיקלי", שמתלווה לפמיניזם של מקינן ושל כותבות קרובות לה, עשוי לעורר את הרושם שהוא נותר קול ביקורתי בשולי המשפט. רושם זה, אם התעורר, הנו מוטעה. מלבד האתגרים התיאורטיים שהציגה מקינן, טעם מרכזי נוסף לחשיבות העיסוק בכתיבתה הוא ההשפעה המעשית העצומה שהייתה לה. היא שימשה מנוף לשינויים מהפכניים במשפט – הן בארצות הברית והן מחוצה לה. בחלק מן המקרים היו אלה שינויים ארוכי טווח. ¹⁷ במקרים אחרים היו השינויים שניסחה לקדם "כישלונות מפוארים" – כאלה שלא הצליחו להביא לשינוי במשפט הפוזיטיבי אך הנחילו מורשת של דיון בהם באקדמיה ומחוצה לה.

ההישג הבולט הראשון של ההמשגה החדשה שהציעה מקינן ביחס לתופעות חברתיות היה, כאמור, בתחום ההטרדות המיניות. מקינן נתנה שם לתופעה חברתית שנחשבה עד אז כמצויה מחוץ לתחום השגתו ותפיסתו של המשפט. היא לא רק קראה לטיפול משפטי בבעיית ההטרדות המיניות, אלא גם הציעה תזה קונקרטיית הניתנת ליישום במסגרת הדין הקיים: התייחסות להטרדה מינית כאל אפליה, שניתן להחיל עליה את החקיקה הפדרלית האוסרת על אפליה בעבודה. גישה זו התקבלה בבית המשפט העליון של ארצות הברית במחצית השנייה של שנות ה-80, ¹⁸ וכיום הטיפול בהטרדות מיניות מהווה ענף משפטי מכובד ומסועף במשפט האמריקאי.

הישג בולט נוסף של מקינן מבחינת השפעתה על המציאות המשפטית הנוהגת בא לידי ביטוי דווקא במישור הבינלאומי וקשור בפעילותה המאוחרת יותר, בשנות ה-90,

על רקע המלחמות ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה. מקינון ופעילות פמיניסטיות נוספות העלו על סדר היום המשפטי את הטיפול במצוקות המיוחדות של נשים בתקופות מלחמה. בשונה ממשפטי נירנברג וטוקיו, שלא התייחסו לפשעי המלחמה המיניים נגד נשים במהלך מלחמת העולם השנייה, עתה, גם בזכות הפעילות הפמיניסטית, הוכרו פשעים אלה כבסיס לאישומים של פושעי מלחמה.

קיימים הקשרים אחרים שבהם הטביעה פעילותה של מקינון את חותמה אך לא הפכה להיות חלק מן הזרם המרכזי של המשפט האמריקאי. בכל הנוגע ליישומן של עברות אונס במשפט הפנימי תרמה פעילותה הפמיניסטית של מקינון ואחרות לנכונות גוברת להפללה במקרים של אונס בין מכרים ואונס במשפחה, אך לא במידה מספקת. בתחומים מרכזיים אחרים של פעילותה – בעיקר החקיקה נגד פורנוגרפיה – גישתה של מקינון נותרה, מבחינה מעשית, "מחוץ לתחום". היוזמה לחקיקה שתכיר בנזקי הפורנוגרפיה ובעילת תביעה בגינם נכשלה כאמור. קולה של מקינון בתחום זה אמנם השפיע על הפמיניזם (לצד הביקורת שעורר),¹⁹ אך מבחינת המשפט הנוהג נותר קול קורא במדבר. מקרה נוסף שבו נכשלה יוזמה הקרובה לתפיסותיה של מקינון היה פסילת חוק פדרלי שהכיר בעילת תביעה אזרחית של קורבנות אלימות במשפחה על רקע הטיפול המדינתי הלא מספק בבעיה חברתית זו.²⁰ העילה החוקתית לפסילתו של החוק על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית לא ביטאה במישורן התנגדות להסדריו המהותיים, אלא התבססה על חריגתו של הממשל הפדרלי אל מחוץ לתחומי סמכותו, לעניינים שבסמכות המדינות. עם זאת, פסק הדין מדגים בעייתיות בסיסית שחשפה כתיבתה של מקינון – הותרת עניינן של נשים מחוץ לתחום השגתו של המשפט. גם כאן נותרו בעיותיהן של נשים בתחום הפרטי, במוכנו הרחב, במקרה זה בתחומן של מדינות ארצות הברית, להבדיל מתחומי סמכותו של הממשל הפדרלי.

השפעה על הפמיניזם והמשפט בישראל

השפעתה המשמעותית של מקינון מחוץ לגבולות ארצות הברית בולטת גם בישראל, ואולי ביתר שאת, לנוכח השפעתם הגוברת של המשפט האמריקאי ושל הגישות האקדמיות האמריקאיות בישראל גם בהקשרים אחרים.

במיוחד הושפע מן הפמיניזם הרדיקלי הטיפול באלימות במשפחה, בעברות מין ובהטרדות מיניות. בכל הנוגע לאלימות במשפחה, השינוי שהתחולל הוא בעיקר שינוי תודעתי ומערכתי, להבדיל משינוי פורמלי במשפט הפוזיטיבי. בעקבות מאבקים חברתיים על רקע טרגדיות אישיות שזכו לחשיפה תקשורתית (בעיקר המקרה של כרמלה בוחבוט),²¹ אלימות במשפחה מוגדרת כיום על ידי רשויות אכיפת החוק כנושא הזוכה לעדיפות. נשים המגיעות למשטרה כדי להתלונן על אלימות כלפיהן אינן משלחות עוד לביתן כדי להשיג "שלום בית". המודעות הגוברת הביאה גם לשינויים

משפטיים מסוימים,²² אך העיקר בהקשר זה הוא בשינוי התודעה. הלכה למעשה, אלימות במשפחה נותרה בעיה חברתית כואבת, ונשים רבות נרצחות בידי בני זוג ובני זוג לשעבר. עם זאת היא אינה מוגדרת עוד כעניין "פרטי" המחייב שלום בית.

שינוי תודעתי שהיה מלווה בשינוי משפטי התחולל במהלך שנות ה-90 גם בתחום של עברות מין. כנקודת ציון משמשת פרשת "האונס בשומרת", מקרה של אונס קבוצתי של נערה צעירה בידי חברות בחורים מקיבוץ שומרת, שניצלו את חולשתה החברתית. בית המשפט המחוזי בחיפה זיכה את הנאשמים, אך ערעור המדינה התקבל והם הורשעו בבית המשפט העליון בפסק דין שהיה משמעותי מבחינה משפטית, חינוכית וחברתית.²³ בית המשפט העליון שלל את טענת ההגנה שהתבססה על הסכמה, וקבע שדי היה באי-הסכמתה לקיום יחסי המין, גם אם לא הובעה על דרך של התנגדות פיזית. הנורמות שהנחיל פסק הדין (ללא שינוי משפטי פורמלי) לא נקלטו באופן מושלם, אך ניתן לראות בו נקודת מפנה. במקביל חשוב לזכור כי השפעתו של פסק הדין על המציאות הממשית ואף על המציאות המשפטית מוגבלת, וכי הוא נטוע בתוך ההגדרה המסורתית של עברת האונס, המעמידה את ההבחנה בין אונס למין תקין על יסוד ההסכמה (שכה חשוד בעיני מקינן).²⁴

במישור החקיקתי יש לציין בעיקר את חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998. חוק זה תרם להכרה בכך שהטרדה מינית היא בעיה חברתית מרכזית שיש לטפל בה באמצעים משפטיים. הוראה בעלת תחולה מוגבלת לגבי הטרדה מינית בעבודה כבר הופיעה קודם לכן בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988,²⁵ אך החוק החדש הוא מקיף יותר מכל הבחינות, לרבות מידת הפרישה שלו על פני דפוסי הטרדה שונים וההסדרים הנוספים שנקבעו בו לגבי מחויבותן של מערכות מוסדיות לטפל בהטרדות מיניות. הרוח החיה שעמדה מאחורי ניסוח החוק והטמעת המודעות לו הייתה אורית קמיר, תלמידתה המובהקת של מקינן.²⁶ החוק הישראלי אינו מבוסס על המשגתה של ההטרדה המינית כאפליה, אלא על הערך של כבוד האדם, שהפך לעיקרון משפטי מנחה בזכות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁷ עם זאת, ההתמקדות בנושא ההטרדה המינית והנהגת מערך שלם של אמצעים משפטיים לצורך הדברתה שאבו את השראתן מכתובתה של מקינן.

השפעתה של מקינן על התפתחותו של המשפט הישראלי ניתנת לאיתור בתחומים נוספים, אך באופן מועט יותר. בכל הנוגע לפרסומים פורנוגרפיים, המשפט הישראלי פתוח יותר לכאורה לאפשרות של הטלת הגבלות עליהם, בעיקר בשל היעדר עיגון חוקתי מפורש לעקרון חופש הביטוי. כך למשל ניתן להצביע על תיקונו של חוק העונשין, תשל"ז – 1977 באופן שאוסר על פרסום חוצות פוגע.²⁸ האיסור חל הן על מקרים של פגיעה במוסר הציבורי והן על הצגה משפילה ופוגענית של נשים ללא קשר להיבט המוסרי. ההפנמה של העמדה האנטי פורנוגרפית בישראל היא חלקית ביותר. בתחום הפרטי מוסיפים לשרור האיסורים המסורתיים על פרסומי תועבה, ולא

מעבר לכך.²⁹ בכל הנוגע לסרטי קולנוע עדיין קיימת בישראל סמכות לביקורת מקדימה של סרטים, שמאפשרת אף להטיל איסור על הצגת סרטים או חלקים מהם. אולם בפועל סמכות זו כמעט אינה מופעלת, ונטייתו של בית המשפט היא שלא לאפשר פסילת סרטים, להבדיל מהטלת מגבלות על גיל הצופים בהם. במקרה האחרון שבו התערבה המועצה לביקורת סרטים בהחלטה על פסילת סרט בשל קטעי מין ואלומות (בסרט "אימפריית החושים"), התערב בית המשפט העליון בהחלטה זו בשם חופש הביטוי.³⁰ בתחום שידורי הטלוויזיה התקבלה בישראל חקיקה חדשה המטילה הגבלות על שידורים פורנוגרפיים בטלוויזיה. אולם חקיקה זו אינה חלה על מכלול הסרטים הפורנוגרפיים, אלא רק על אלה המאופיינים כאסורים בחוק (בשל השפלה, ביזוי, אלימות וכדומה). על רקע זה הכשיר בית המשפט העליון את שידוריו של ערוץ פורנוגרפי שתכניו נחשבים קלים בפסק דין הנותן מקום של כבוד לחופש הביטוי גם בהקשרם של שידורים פורנוגרפיים.³¹

תחום נוסף שבו השפעתו של הפמיניזם הרדיקלי, ובכלל זה של מקינון, היא חלקית בלבד הוא הטיפול בעברות זנות. באופן מסורתי, המשפט בישראל אינו מכיר בחוקיותן של פעולות הקשורות בזנות, ובעיקר בסרסרות (אם כי מעשה הזנות עצמו אינו מהווה עברה). בכך הוא דוחה את הגישה הליברלית שניתחה את הזנות לפי מודל הבחירה החופשית. ההסדרים המקוריים בתחום זה הם מתקופת המנדט, ונובעים מיחס של הסתייגות מוסרית מעולם הזנות. עם זאת, בדיעבד, הם משרתים גם עמדות הקרובות לאלה של מקינון. בשנת 2000 נחקקו בחוק העונשין, תשל"ז – 1977 איסורים מיוחדים על סחר בנשים, כדי למגר תופעה חברתית וכלכלית חדשה זו. איסורים אלה נועדו להחמיר את האכיפה נגד ניצול נשים והתייחסות אליהן כאל הפצים עוברים לסוחר. מבחינה זו הם תואמים את קריאתה של מקינון להתייחסות חמורה לניצולן של נשים על ידי תעשיית המין. עם זאת ניתן לטעון שההתייחסות החמורה לתופעת הסחר בנשים זורה בדיעבד אור של לגיטימיות על הזנות "הרגילה" על יסוד ההנחה שמקורה בבחירה רצונית, בה בשעה שלפי מקינון גם בהקשר של זנות מסורתית אין בחירה ואין רצון.

חרף השפעתו המשמעותית של הפמיניזם של מקינון גם בזירה הישראלית, חשוב לציין כי הוא רחוק, ואף מנוכר, מכמה תחומי פעולה מרכזיים אחרים של הפמיניזם המקומי. לנוכח מקומם המרכזי של המשפחתיות וגידול הילדים בישראל, מאבקים פמיניסטיים רבים התמקדו בהרחבת האופציה המשפחתית גם לנשים שחיהן אינם מתנהלים במסגרת המסורתית של נישואים (כגון טיפולי הפריה לנשים שאינן נשואות, ואף במסגרת תא משפחתי לסבי).³² מאבקים אלה הושפעו מזרמים פמיניסטיים אחרים, בעיקר מקריאתו של הפמיניזם הליברלי לשוויון זכויות כללי ומן התביעה להכיר בחשיבותו של הקשר המשפחתי, במובנו הרחב, בהשראת הפמיניזם התרבותי. מאבקים אחרים התמקדו בקשיים המיוחדים שניצבים בדרכן של נשים לשוויון בשל מעמדה של הדרת במשפט המדינה ככלל ובריני המשפחה בפרט.³³

אתגרים חדשים עם המעבר מן השוליים למרכז

התבוננות לאחור – בתקופה שחלפה מאז החלה מקינון לפתח את כתיבתה המשפטית פמיניסטית ועד היום – מצביעה על תרומתה העצומה לאתגור החשיבה המשפטית ולהטמעתם של מושגים והסדרים משפטיים חדשים – חלקם בתוך המשפט הנוהג וחלקם בדיון האקדמי ובהצעות לרפורמות משפטיות. מקינון הציבה על סדר היום נושאים חדשים, הגדירה מחדש בעיות ישנות, והציעה דרכים קונקרטיות להתמודדות עמם. כפי שכבר צוין, בחלק מן התחומים שבהם טיפלה נחלה כישלונות חרוצים, אך היו אלה "כישלונות מפוארים" שנחשבים אף הם ציוני דרך משפטיים. בצד החובה ניתן להצביע בעיקר על האופי האימפריאליסטי של הטענות שהציגה מקינון (לגבי דיכוי נשים, לגבי אופיים של יחסי מין הטרוסקסואליים ועוד) ועל סגנון הקיצוני. בעקבות אלה זכתה הן לתומכים ולתומכות מובהקים והן למעגלי ביקורת נרחבים – הן בקרב מי שנמצא מלכתחילה מחוץ למאבק הפמיניסטי והן בקרב מי שמזהות ומזהים עצמם עם מאבק זה.

עד כה עסק הדיון בעבר ובהווה. על רקע כל אלה מתעוררת השאלה מה צופנת כתיבתה של מקינון מבחינת עתידו של המאבק הפמיניסטי. בעיקרו של דבר, כתיבתה מוסיפה להיות רלוונטית מאוד, מכיוון שהבעיות הבסיסיות שעליהן הצביעה לא נעלמו, אם כי המודעות אליהן גברה ואף המשפט החל לעסוק בהן, ולו באופן חלקי. נשים הן עדיין קורבנות של אלימות בכלל ואלימות מינית בפרט, נדחקות מעולם העבודה גם באמצעות התייחסות מינית אליהן וסובלות מפגיעה של תעשיית המין. ההתמודדות עם בעיות אלה יכולה להסתייע בכתיבתה של מקינון, גם אם מתוך תשומת לב מלאה להסתייגויות שהיא מעוררת.

הסתייגות ראשונה מתייחסת לרדיקליות המאפיינת את כתיבתה של מקינון, רדיקליות של מהפכנים. הביקורת שהטיחו במקינון נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט ולקבוצות מקופחות אחרות אינה נטולת יסוד. לא כל הנשים סובלות באותה מידה. לא כל הנשים מדוכאות, ולא כולן מדוכאות באותו אופן. אף על פי שמערכות יחסים הטרוסקסואליות רבות אינן מושתתות על בחירה במובנה המלא, קשה להשלים עם החשדנות הגורפת של מקינון כלפי מערכות יחסים אלה בכללותן. הסתייגות אחרת, הפוכה באופייה, מתייחסת לנכונותה של מקינון לקדם את היוזמות האקטיביסטיות שלה באמצעות קואליציה עם גורמים שמרניים, הדוגלים בתפיסות פטריארכליות ולא-שוויוניות, כמו למשל במסגרת המאבק נגד הפורנוגרפיה. מאבק זה נוהל בשיתוף פעולה הדוק עם חוגים פונדמנטליסטיים. יש הרואים בקואליציית קצוות זו יתרון. אחרים רואים בה פגיעה אנושה באפשרות לקדם שוויון ואוטונומיה לנשים בטווח הארוך יותר.

שאלות נוספות מתייחסות למשמעויות הנובעות מאימוצה של מקינון, ולו באופן חלקי, על ידי הממסד המשפטי. חרף היותה מהפכנית, ואף קיצונית לעתים, הפכה

כתיבתה בהדרגה, לפחות בהקשרים מסוימים, לחלק מן המקובל והמוסכם. לא כל כתיבתה ולא כל פרטי טיעוניה הוטמעו בתוך המשפט, אך טענות בסיסיות רבות שלה התקבלו. הטיפול בהטרדה מינית במסגרת המשפט הוא כיום קונצנזוס, גם אם קיימים חילוקי דעות בדבר היישום הנכון של דיני ההטרדה המינית במקרים מסוימים. ההכרה במקרים של אונס בין מכרים ושל אונס ואליםות במשפחה כמצדדיקים התערבות בתחום "הפרטי" של דיני המשפחה הפכה אף היא לקונצנזוס. העמדתם לדין של פושעי מלחמה בגין מעשי אונס מאורגנים היא היום הקו הרשמי של המשפט הבינלאומי, גם אם יש ויכוחים באשר לרוחב הגדרתן של עברות מין בתקופת מלחמה. הפיכתה של מקינון לחלק מן הקונצנזוס, בטובתה ושלא בטובתה, היא מחייבת. ראשית, היא מחייבת לאחריות ביישום הצעותיה. מי שנמצא באופוזיציה יכול להמעיט בחשיבותו של חופש הביטוי בשם המאבק המוצדק נגד הפקרתן של נשים בתעשיית הפורנוגרפיה. בדומה לכך, מי שנמצא באופוזיציה יכול לקרוא לאכיפה נוקשה נגד עברייני מין. לעומת זאת, מי שהופך להיות חלק מן הממסד המשפטי – חייב להציע פתרונות שיביאו בחשבון גם ערכים נוגדים, כמו חופש הביטוי (במקרה של פורנוגרפיה) או זכויות חשודים (בהקשר של עברות מין). אכן, מקינון עצמה אינה מכהנת בתפקידים רשמיים, אך מי שמסתמכים על כתיבתה במילוי תפקידים אלה צריכים לזכור שרעיונותיה הם אופוזיציוניים ברוחם. יישומם בשלב קבלת ההחלטות מחייב התאמה ואיזונים.³⁴ לא ברור באיזו מידה המתודה של איזונים מקובלת על מקינון, אך היא חשובה לפחות מבחינת מי שמבקשים ללמוד ממנה ולהפיק ממנה הסדרים משפטיים אופרטיביים. שנית, התקרבותה של מקינון אל הקונצנזוס המשפטי מעוררת סקרנות באשר לפוטנציאל התרומה שלה מעבר לתחומים המסורתיים שבהם עסקה – הקשורים כולם במין, באליםות ובעברות מין כלפי נשים. גם בהנחה שהדיכוי החברתי של נשים באמצעות מין ואליםות הוא בעייתן המרכזית ושלא ניתן לקדם את זכויותיהן של נשים בלי להתייחס אליו – חייחן של נשים מתנהלים בינתיים גם במחוזות אחרים. הן ממשיכות לצאת לעולם העבודה ולהישף בו לא רק להטרדות מיניות אלא גם לאי־שוויון הזדמנויות ולמדיניות שכר מפלה. הן ממשיכות לסבול מתת־ייצוג בתפקידים בכירים, ובכלל זה בעולם הפוליטי. הן מוסיפות להיתקל בגישה לא־שוויונית של דיני המשפחה. כתיבתה של מקינון לא עסקה כלל בנושאים אלה – הן מאחר שטופלו בהרחבה על ידי הפמיניזם שקדם לה והן משום שלא ראתה בהם את לב הבעיה. אולם בעיות אלה ממשיכות להיות חלק מחייהן של נשים, ולא ניתן להשהות את העיסוק בהן עד אשר יסתיים המאבק העיקרי נגד דיכוי של נשים.³⁵

עוד שאלה אשר מרחפת מעל כתיבתה של מקינון מתייחסת למתח בין הביקורת התיאורטית שלה על הסדר החברתי, והמערכת המשפטית כחלק ממנו, לבין הצעותיה המעשיות לרפורמות משפטיות. הכתיבה התיאורטית של מקינון קראה תיגר על הנחות היסוד של השיטה. היא ביקרה את הגישות הפמיניסטיות שקדמו לה על כך שהסתפקו ברפורמות נקודתיות. לעומת זאת, במישור המעשי, מקינון לא ויתרה על פעילות לקידום

רפורמות משפטיות ספציפיות, באופן שלכאורה מאשר את הסדר הקיים ומבטא נכונות להתבסס על הגינותן הבסיסית של המערכת השלטונית והמערכת המשפטית. כך למשל, קריאה לרפורמה בתחום של דיני האונס יוצאת מנקודת הנחה שהמערכת המשפטית מסוגלת להבחין בין מין כפוי לבין מין רצוי ושוויוני, אף על פי שהיא ממוקמת בחברה שבה עדיין שורר דיכוי של נשים. בדומה לכך, אקטיביזם משפטי המתמקד במין כפוי שמתרחש באזורי לחימה מאשר בעקיפין את הלגיטימיות של מערכות יחסים מיניות לא-שוויוניות בין נשים לגברים בימי שלום, וזאת בניגוד לביקורת הבסיסית של מקינזון על דפוסי המיניות המקובלים. תשובה חלקית לתהיות אלה יכולה להיות שהרפורמות המוצעות על ידי מקינזון, בשונה מהמאבק של הפמיניזם הליברלי למען שוויון זכויות לנשים, מתמקדות בתחומים שנמצאים בלב דיכוי הנשים, ולכן עשויות לחולל מהפך מחשבתי. כנקודת מוצא לדיון, זו תשובה אפשרית, אולם היא אינה מיישבת באופן מלא את המתח הקיים בין התיאוריה של מקינזון לבין הפרקטיקה שלה. דברים אלה אינם צריכים להתפרש כקריאה להתבצרות במגדל השן התיאורטי, אלא כביטוי לעול הנוסף המוטל על מי שנמצא בעמדת השפעה, ולא רק בעמדת ביקורת.

הערות

דפנה ברק-ארז **מבוא**

1. פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. אני מודה לישי בלנק, אייל גרוס, צבי טריגר ויופי תירוש על הערותיהם.
2. ראו למשל: *Reed v. Reed* 404 U.S. 71 (1971); *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973); *Weinberger v. Weisenfeld* 420 U.S. 636 (1975); *Craig v. Boren* 429 U.S. 190 (1977); *Califano v. Goldfarb* 430 U.S. 199 (1976).
3. ספר מרכזי המייצג גישה זו, שפורסם במחצית הראשונה של שנות ה-80, הוא Carol Gilligan, *In a Different Voice* (1982). ספר זה תורגם לעברית רק באמצע שנות ה-90 (ראו: קרול גיליגן, בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה [תרגום: נעמי בן-חיים, תשנ"ו]).
4. ויכוח זה גם החמיץ את התובנה של סימון דה בובואר לגבי חוסר התוחלת שבהשוואת האישה לגבר כמשקף אמת מידה ניטרלית, בה בשעה שנשים שונות מגברים בדיוק במידה שבה גברים שונים מנשים: "רק באופן רשמי, במסמכי העיריות ובתעודות הזהות, נראים הטורים 'זכר' ו'נקבה' כסימטריים. היחס בין שני המינים אינו יחס של שני קטבים חשמליים: הגבר מייצג בריזמנית את החיובי ואת הניטרלי [...] האישה נתפסת כשלילי עד כדי כך שכל הגדרה מיוחסת לה כמגבלה, בלי כל הדריות". סימון דה בובואר, המין השני, כרך ראשון: עובדות ומיתוסים 11-12 (תרגום: שרון פרמינגר, תשס"א).
5. השינוי התודעתי הנדרש קשור בפעילות פמיניסטית ברמת "השטח" במתכונת של העלאת מודעות (consciousness raising).
6. רעיונות אלה פותחו על ידי מקינן בעיקר בספר Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989). הפרק הראשון בספר פותח במשפט: "Sexuality is to Feminism what work is to Marxism: that which is most one's own, yet most taken away". שם, עמ' 3.

קטרין מקינון

7. Catharine A. MacKinnon, *The Sexual Harassment of Working Women* (1979).
8. החקיקה הפדרלית האוסרת על אפליה בעבודה ידועה בשמה הקצר Title VII. איסור נוסף על אפליה מטעמי מין נקבע בחקיקה הפדרלית המתייחסת לפעילות חינוכית שמתקצבת על ידי הממשל הפדרלי. זו ידועה בשמה הקצר Title IX.
9. ראו: Andrea Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women* (1981).
10. *American Booksellers v. Hudnut* 771 F.2D 323 (1985).
11. *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
12. בהקשר זה יש להדגיש כי גם הגברים לכודים במסגרת המודל החברתי המסורתי, שמתווה ציפיות להתנהגות גברית "נאותה", המבוססת על כוח, שליטה עצמית, מעמד מקצועי ומיניות הטרוסקסואלית.
13. ראו למשל: Angela G. Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", 42 *Stan. L. Rev.* 581 (1990).
14. לפיקוח על המיניות ראו: מישל פוקו, תולדות המיניות. הרצון לדעת (תרגום: גבריאל אש, 1996).
15. לביקורת על ההסתמכות הפמיניסטית הגוברת על רגולציה מדינתית ראו: Wendy Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity* (1995) בעיקר פרק 7 (עמ' 196-166).
16. קובץ מאמרים קלאסי שנותן ביטוי לעמדה זו הוא Carole S. Vance (ed.), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (1989).
17. ריצ'רד פוזנר, מן המלומדים הבולטים באקדמיה המשפטית האמריקאית, התייחס בכתיבתו אל מקינון כדוגמה מובהקת לתופעה של אקדמאי בעל שליחות מוסרית (moral entrepreneurship) שהצליח להטביע חותם משמעותי. לדעתו, השפעתה של מקינון חבה עצמה לא רק לעוצמת הטיעונים שהציגה אלא גם לאישיותה, ללהט שלה ולמחיר האישי ששילמה בכך שנמנעה ממנה משרה אקדמית בעלת קביעות עד לשלב מאוחר בקריירה שלה. ראו: Richard Posner, "1997 Oliver Wendell Holmes Lectures: The Problematics of Moral and Legal Theory", 111 *Harv. L. Rev.* 1637, 1667 (1998).
18. ראו: *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986).
19. ראו: עמליה זיו, "בין סחורות מיניות לסובייקטים מיניים: המחלוקת הפמיניסטית על הפורנוגרפיה", תיאוריה וביקורת 25 (2004) 163.
20. *United States v. Morrison* 120 S.Ct. 1740 (2000).
21. ע"פ 6353/94 כוחבט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647.
22. למשל: החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א – 1991, המאפשר להוציא צווי הרחקה נגד בני משפחה אלימים, ו-300א שהוסף בחוק העונשין, תשל"ז – 1977, ומאפשר להפחית מעונשו של מי שהיה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו" (סעיף קטן אג).
23. ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302.
24. בהקשר זה ניתן להזכיר את הצעתה של אורית קמיר לרפורמה מקיפה בניסוחה של עברת האונס, כך שלא תהיה מושתתת על יסוד ההסכמה אלא על תפיסה חדשה של "כפייה מינית". ראו: אורית קמיר, "יש סקס אחר – הביאווה לכאן: עברת האיננוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity) והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד

- האדם", משפט וממשל ז (תשס"ה) 669.
25. סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988.
26. ראו: אורית קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט (תשס"ב); אורית קמיר "קטרין מקינון: הפמיניזם הבלתי מוגבל", מבוא ללימודי מיגדר (יחידה 12, האוניברסיטה הפתוחה).
27. ראו: אורית קמיר, "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם", משפטים כט (תשנ"ח) 317.
28. סעיף 214א לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.
29. סעיף 214 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.
30. בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661.
31. בג"צ 5432, 5432/03 ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65.
32. ראו: ליאורה בילסקי, "פמיניזם ומשפחתיות בישראל: קריאה חדשה במגילת רות", אביעד קליינברג (עורך), על אהבת אם ועל מורא אב: מבט אחר על המשפחה (2004) 194.
33. ראו למשל: פרנסס רדאי, "על השוויון", פרנסס רדאי ואחרות (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט (תשנ"ה) 19.
34. ג'נט היילי (Halley) השתמשה בהקשר זה במונח *governance feminism*, היינו פמיניזם שולט. בהמשך לכך היא הציגה ביקורת חריפה על העוול שלדעתה נגרם לגברים ולאינטרסים חברתיים אחרים בשל יישום הגישה הפמיניסטית הרדיקלית. ראו: Janet Halley, "Take a Break from Feminism?", Karen Knop (ed.), *Gender and Human Rights* (2004) 57, 65-66. גם בלי לקבל ביקורת זו של היילי ניתן לשאוב ממנה את התובנה הבסיסית באשר לאחריות הנוספת המתחייבת עם המעבר מעמדה אופוזיציונית לעמדה של שליטה והשפעה.
35. צעד חשוב של מקינון ככיוון זה הוא הוצאת ספר לימוד בנושא של שוויון בין נשים לגברים, שמקיף מכלול רחב של נושאים, ולא רק את התחומים שבהם התמקדה הכתיבה התיאורטית שלה. מדובר בספר במתכונת של *casebook*, כלומר באסופה של חומרים משפטיים לצורך לימוד שיטתי בקורס במסגרת בית ספר למשפטים, בצירוף הערות, פרשנויות ושאלות לדוגמה. ראו: Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (2001). הוצאת הספר מדגימה פעם נוספת את קבלתה של מקינון על ידי הממסד המשפטי והאקדמי.

1 שוני ושליטה: על אפליה מינית

1. גרסאות של הרצאות אלה נשאתי במקומות הבאים: הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת הארוורד, בקיימברידג' במסצ'וסטס, ב-24 באוקטובר 1984; בכנס על היסודות המוסריים של מדיניות וזכויות האזרח, שהתקיים במרכז לפילוסופיה ולמדיניות ציבורית, באוניברסיטת מרילנד, בקולג' פארק, במרילנד, ב-19 באוקטובר 1984; וב-James McCormick Mitchell Lecture, בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה של מדינת ניו יורק בבאפלו, ניו יורק, ב-19 באוקטובר 1984. אני מודה לסטודנטים למשפטים באוניברסיטת הארוורד על תגובותיהם לרבים מהרעיונות הראשוניים שלי. פורסם כפרק בספר Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard University Press, 1987).