

כסף, חוזים ומגדר

צבי טריגר*

הטיעון המרכזי של מאמר זה הוא שדיני החוזים הישראליים מתפתחים על בסיס דגם "גברי". במילה "גברי" הכוונה לכל אותם ערכים שהתרבות הפטריארכלית רואה בהם ערכים גבריים, כגון רציונליות, אקטיביות ואוטונומיה. המאמר מבסס את הטיעון באמצעות התחקות אחר השורשים ההיסטוריים והתרבותיים של היחס בין נשים לבין כסף ובין נשים לבין דיני החוזים.

נוסף על כך נבחנת השתתפותן של נשים כמתדיינות בתיקים חוזיים בבית-המשפט העליון, בהשוואה להשתתפותם של מתדיינים גברים בתיקים כאלה, ומתברר כי הפער בין מספר הנשים המתדיינות לבין מספר הגברים המתדיינים הוא משמעותי מבחינה סטטיסטית.

הבנת החוזה כתבנית גברית עשויה להבהיר מדוע נשים הודרו מהעולם החוזי, מדוע הן נכשלו כאשר ניסו להתקבל אליו, ומדוע אין די ב"ייצוג הולם" של נשים בעולם החוזי, אלא יש צורך בבנייה מחודשת של תיאוריה חוזית שאינה "גברית" ואינה "נשית", אלא אנושית.

מבוא

- פרק א: נשים וכסף – רקע תרבותי והיסטורי
1. היחסים המסוכנים בין נשים לכסף
 2. נשים וכסף – אין כמו בבית

* פרופסור-חבר, בית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. תודה למור מחלוף על הסיוע במחקר בשלביו הראשונים, לדוד קרייזנובסקי על העזרה המעולה במחקר ובאיסוף השקדני של הנתונים הכמותיים, ולנטלי פלד על הסיוע הנוסף במחקר. תודה לפרופ' אילה כהן, ראש המעבדה לסטטיסטיקה בטכניון, על הייעוץ בניתוח הנתונים ועל הערותיה לטיוטת המאמר. תודה למני מאוטנר, לעמליה רוזנבלום ולמשתתפי הסמינר המחלקתי בבית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס על הערותיהם לטיוטת המאמר. תודה מיוחדת לרות זפרן על ההזמנה להשתתף ביום-העיון ועל התמיכה, הסבלנות והעידוד, וכן לעורכת רעות עבודי ולחברי המערכת יהונתן סמט ומור גנון על עבודתם המעולה על המאמר. המחקר נערך בסיוע מענק שניתן על-ידי קרן המחקר של בית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

3. נשים, חוזים ומסחר
4. יהודים, נשים וכסף – בין מיזוגיניה לאנטישמיות (הערת-אגב)
- פרק ב: עיצוב דיני החוזים בפרספקטיבה ממוגדרת
1. "גבריותה" של התיאוריה הקלסית של החוזה
 2. הדגם ה"גברי" שלאורו מתעצבים דיני החוזים של ישראל
 3. נוכחות של גברים ונשים בתיקים בעלי היבטים חוזיים
 4. הפוטנציאל של חוזה היחס לשמש דגם אנושי (נשי+גברי) הולם
 5. מה ניתן ללמוד מחוזה הנישואים הישראלי על התפתחותם של דיני החוזים בישראל?
- פרק ג: כסף ומגדר בדיני החוזים הישראליים – בחינה ראשונית סיכום

מבוא

הטיעון המרכזי של מאמר זה הוא שדיני החוזים הישראליים מתפתחים על בסיס דגם "גברי". במילה "גברי" כוונתי לכל אותם ערכים שהתרבות הפטריארכלית רואה בהם ערכים גבריים, כגון רציונליות, אקטיביות ואוטונומיה. המאמר מבסס את הטיעון באמצעות התחקות אחר השורשים ההיסטוריים והתרבותיים של היחס בין נשים לבין כסף ובין נשים לבין דיני החוזים. נוסף על כך נבחנת השתתפותן של נשים כמתדיינות בתיקים חוזיים בבית-המשפט העליון, בהשוואה להשתתפותן של מתדיינים גברים בתיקים כאלה. הנחת-המוצא של הדיון המוצע במאמר מסתמכת על הגישה המכוננת למשפט, שלפיה המשפט אינו רק מנגנון ליישוב סכסוכים המתקיים מחוץ לחברה ולתרבות ובמנותק מהן, אלא מוסד המשתתף באופן פעיל גם ביצירת יחסים חברתיים.¹ הבנת החוזה כתבנית גברית עשויה להבהיר מדוע נשים הודרו מהעולם החוזי, מדוע הן נכשלו כאשר ניסו להתקבל אליו, ומדוע אין די ב"ייצוג הולם" של נשים בעולם החוזי, אלא יש צורך בבנייה מחודשת של תיאוריה חוזית שאינה "גברית" ואינה "נשית", אלא אנושית.

פרק א בוחן את היחסים הבעייתיים – לשיטתה של התרבות הפטריארכלית – בין נשים לבין כסף (נשים חסרות אחריות) לעומת היחסים שבין גברים לבין כסף (כסף, והרבה, הוא עניין "גברי", וגברים יודעים כיצד "לעשות כסף"). בשולי הפרק מובאת אנלוגיה בין התבנית התרבותית שרואה ביחסים שבין נשים לבין כסף יחסים מסוכנים לבין התבנית התרבותית האנטישמית, אשר מסיבות שונות מגיעה למסקנה זהה באשר לקשר שבין יהודים לבין כסף.

1 לסקירת הגישה המכוננת למשפט, על מקורותיה בכתיבתו של קליפורד גירץ ועל יישומיה הביקורתיים, ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 46–55 (2008).

פרק ב מציג את דיני החוזים הישראליים ככאלה שעוצבו על בסיס דגם תרבותי גברי. הצגה זו מסתמכת, בין היתר, על ממצאיו של פרופ' מאוטנר בדבר התבססותם של דיני החוזים הישראליים על הדגם של עסקת המקרקעין,² וכן על בחינה של ייצוג נשים כמתדיינות בכל התיקים בעלי היבטים חוזיים שנידונו בבית-המשפט העליון והתפרסמו בפד"י בין השנים 1949–2006. הפרק דן בשאלה מהו "דגם גברי", מדוע הוא חלקי מבחינת החוויה האנושית (בפרט כאשר מדובר ביסודות חשובים כגון "רצון חופשי" ו"גמירת-דעת") ומדוע הוא פוגע בצרכנים של דיני החוזים בישראל – גברים ונשים כאחד.

הפרק השלישי מציג מתווה ראשוני לחשיבה על דגם חדש של התיאוריה החוזית: לא דגם נשי, אלא דגם השואב השראה מהביקורת הפמיניסטית, כלומר, דגם אנושי אשר רגיש להקשרים שונים ולחוויות חוזיות ואנושיות שונות. דגם זה מתיימר לספק פתרונות קונקרטיים לבעיית הרצון החופשי וגמירת-הדעת, אך אינו מתיימר להציע פתרון מופשט שאמור להקיף את כל המצבים, כפי שחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, עושה כיום.

פרק א: נשים וכסף – רקע תרבותי והיסטורי

נשים מהוות כ-40% מכוח העבודה בעולם, אבל מחזיקות בפחות מ-1% מן ההון בעולם.³ נשים שכירות בגרמניה, למשל, מרוויחות 62 סנט על כל דולר שגבר משתכר. בהודו משכורתן היא 64 סנט על כל דולר של גבר, ובמצרים ובמקסיקו – 80 סנט. ההכנסה של נשים עצמאיות ויזמות היא 34 סנט לכל דולר של גבר באתיופיה ו-12 סנט בבנגלדש.⁴ לפי מדד ה-High Net Worth Individuals (HNWI), בשנת 2010 היו כ-10.9 מיליון HNWIs ברחבי העולם, מתוכם כ-27% נשים. באמריקה הצפונית כ-38% מה-HNWIs הן נשים, ובמזרח התיכון – כ-14%.⁵

- 2 מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" עיוני משפט לד' 527, 528 (2011).
- 3 THE WORLD DEVELOPMENT REPORT 2012: GENDER EQUALITY AND DEVELOPMENT (2012), siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/; Sudeep Reddy, *New Facts on the Gender* 7786210-1315936222006/Complete-Report.pdf *Gap from the World Bank*, WALL ST. J. (Sept. 18, 2011), blogs.wsj.com/economics/2011/09/18/new-facts-on-the-gender-gap-from-the-world-bank.
- 4 ש.ם.
- 5 CAPGEMINI & MERRILL LYNCH, WORLD WEALTH REPORT 4 n. 1–2 (2011): "HNWIs are defined as those having investable assets of US\$1 million or more, excluding primary residence, collectibles, consumables, and consumer durables... Ultra-HNWIs are defined as those having investable assets of US\$30 million or more, excluding primary residence, collectibles, consumables, and consumer durables".

פרק זה עוסק ביחסים המסוכנים – לשיטתה של התרבות הפטריארכלית – שבין נשים לכסף. בחלקו הראשון אעמוד על כמה מגמות מרכזיות בתרבותנו המכוננות את הקשר שבין נשים לכסף כקשר בעייתי ומסוכן. חלקו השני של הפרק יבחן כיצד תפיסת היחס המסוכן בין נשים לבין כסף תורגמה להקשר העיקרי שבמסגרתו הורשו נשים להחזיק בכסף ולהשתמש בו – ניהול משק הבית. לבסוף, בתת-פרק השלישי אשווה בין תפיסת הקשר בין נשים לכסף לבין האופן שבו תרבות המערב התבוננה (ומתבוננת עדיין) על הקשר שבין יהודים לבין כסף – חוט דק של דמיון קורש בין מיוזגיניה (שנאת נשים) לבין אנטישמיות, והכסף הוא אחד המכנים המשותפים של שתי דעות קדומות אלה.

1. היחסים המסוכנים בין נשים לכסף

מושג הכסף נחקר מזוויות רבות ושונות: פילוסופיות, סוציולוגיות, היסטוריות, פסיכולוגיות ואחרות.⁶ אולם הפרספקטיבה המגדרית בחקר מושג הכסף הוזנחה יחסית.⁷ כסף, כפי שיודגם בהמשכו של פרק זה, מקודד בתרבות הפטריארכלית כערך "גברי". לכן אין זה מפתיע שגם החוזה – אחד המכשירים המרכזיים להעברת כסף מיד ליד – מעוצב לפי דגם גברי. כתוצאה מעיצובם הפטריארכלי של הכסף ושל החוזה, שאלת כשרותן המשפטית של נשים לכרות חוזים הייתה שנויה במחלוקת קשה לאורך ההיסטוריה האנושית. גם כיום, כפי שאדגים, דיני החוזים מעוצבים עדיין לפי דגם גברי. נוסף על כך, השתתפותן של נשים בחיים החוזיים פחותה באופן משמעותי מזו של גברים.

מטבע הדברים, סוג כזה של חקירה מסתכל על הכסף או על החוזה (פרגוסון מגדיר כסף כ"מערכת היחסים המגובשת בין לווה למלווה"⁸) כעל רעיון, ולא כעל ממשות פיזית, ואף לא מספרית או חשבונאית. הנייר שעליו מודפס הכסף (או החוזה) אוצר בחובו עולם שלם של ערכים. אבל השטר עצמו, למשל, אינו הכסף, ממש כשם שהמכונה שמדפיסה את שטרות הכסף משכפלת את הרעיון ואת הערכים, אבל לא "מייצרת" כסף. את הכסף כרעיון וכאמצעי מייצרים בני-האדם (ואכן, כיום רוב הכסף בעולם קיים בעולם הדיגיטלי, ולא כממשות חפצית⁹).

6 ראו, למשל, קרל מרקס **הקפיטל** – ביקורת הכלכלה המדינית 76–118 (צבי וויסלבסקי ויצחק מן מתרגמים, 2011); GEORG SIMMEL, THE PHILOSOPHY OF MONEY 290–291 (Tom Bottomore; 1978) & David Frisby trans., 1978); גיאורג זימל **כיצד תיתכן חברה** 224 ("מקומו של הכסף על רצף המטרות") (מרים קראוס מתרגמת, עמוס מורס-רייך עורך מדעי, 2012); מרגרט אטווד **חוב – צלו האפל של העושר** (ברוריה בן-ברוך מתרגמת, 2011).

7 ראו, עם זאת, בכתביה של ויויאנה זליצר, המתייחסת גם להיבטים מגדריים של הכסף: VIVIANA A. ZELIZER, THE SOCIAL MEANING OF MONEY 90 (1994); VIVIANA A. ZELIZER, THE PURCHASE OF INTIMACY 78–92 (2005).

8 ניל פרגוסון **עלייתו של הכסף – היסטוריה פיננסית של העולם** 258 (יאיר לוינשטיין מתרגם, 2011).
9 שם, בעמ' 29–30. בפתח ספרו על "הבנייה המציאות החברתית" כותב ג'ון סרל: "ספר זה הוא על

העולם הפטריארכלי מתבסס על דיכוטומיה – שנחקרה היטב – בין ערכים שנתפסים כערכים גבריים לבין ערכים שנתפסים כערכים נשיים. יתרה מזו, בין הערכים הללו מתקיים מדרג: הערכים ה"גבריים" נחשבים עליונים ועדיפים על אלה ה"נשיים". בין הערכים ה"גבריים" ניתן למנות את הרציונל, השכל, התרבות והרוחניות. גם אובייקטיביות, אקטיביות ועצמאות הן ערכים שהתרבות הפטריארכלית מקשרת עם גבריות. בין הערכים ה"נשיים" נמצאים הרגש (ההפך מרציונליות), הטבע ("אימא אדמה") והארציות. "נשיות" מאופיינת על-ידי התרבות הפטריארכלית כפסיבית. גם סובייקטיביות ותלותיות הן תכונות "נשיות" לפי השקפת-עולם זו.¹⁰

התרבות רוויה דימויים שמבטאים את העדר המיומנות הלכאורית של נשים בכל הקשור לכסף ולפיננסים, וכן את רדיפתן אחר כסף למרות חוסר המיומנות. בתרבות הפופולרית קיימים שפע של ייצוגי נשים ברוח זו. אחת הדוגמאות הבולטות לכך מן השנים האחרונות היא סדרת הטלוויזיה "מעושרות".¹¹ רוב הנשים גיבורות העונה הראשונה נהפכו לעשירות, ובעקבות זאת ל"מעושרות", עקב נישואים למיליונר או למיליארדר. הן מעבירות את ימיהן בין קניות (הן קונות רק "מותגים") לבין טיפולי יופי וישיבה במסעדות ובבתי-קפה. בלילות הן נוכחות בפתחות של תערוכות והשקות של מוצרים שונים. הן נהנות ממעמדן כ"מעושרות", אבל סובלות תדיר מהיחס אליהן כאל מי שנישאו לבעליהן בשל עושרם, ולא מאהבה. במקרים רבים הגבר שהן נשואות לו הוא לא רק עשיר מופלג, אלא גם מבוגר מהן בעשורים אחדים. "המעושרות", "רעיות הפרס" (trophy wives) או "כורות הזהב" (gold diggers), כפי שהן מכונות בסלנג האנגלי,¹² מוצגות אם כן כאינטרסנטיות מובהקות, כמי שמוכנות לוותר על אהבה ועל מערכת יחסים בשביל כסף, ובמקרה הגרוע – כמי שמוכרות את עצמן, תמורת תשלום, לגבר שבאופן רגיל הן לא היו שוקלות לצאת איתו.

בקוטב הנגדי ל"רעיות הפרס" ה"מעושרות" נמצאות הנשים העוסקות בזנות.¹³

חידה שהטרידה אותי במשך זמן רב: יש חלקים של העולם הממשי, עובדות ממשיות בעולם, שהן עובדות רק מתוך הסכמה אנושית. במובן מסוים, יש דברים שקיימים רק משום שאנחנו מאמינים שהם קיימים. אני חושב על דברים כמו כסף, קניין, ממשלות ונישואים. ועדיין עובדות רבות בנוגע לאותם דברים הן עובדות 'אובייקטיביות', במובן זה שאין הן עניין של ההעדפות, ההערכות או הגישות המוסריות שלי או שלך". ראו: JOHN R. SEARLE, THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY 1 (1995) (התרגום לעברית של פסקה זו לקוח מנועם יורן "כסף" **מפתח** 4, 31, 35 (2011)).

10 צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" **עיוני משפט** לה 703, 713–715 (2013).

11 "מעושרות" (ערוץ 10, בבימויה של ארנה בן-דור, שודרה החל באוקטובר 2011).

12 יש מחלוקת על מקור הביטוי "רעיית פרס" בשפה האנגלית. ראו, למשל: William Safire, *On Language: Trophy Wife*, N.Y. TIMES (May 1, 1994), www.nytimes.com/1994/05/01/magazine/on-language-trophy-wife.html. ספייר טוען כי מקור הביטוי הוא בכתבה שהתפרסמה בעיתון FORTUNE בשנת 1989. אחרים מייחסים את הביטוי לכותבים מוקדמים יותר, החל בשנות השישים של המאה שעברה.

13 הספרות על נשים שעוסקות בזנות בהקשר של מין תמורת כסף היא ענפה, ופסקות קצרות אלה לא

היחס אליהן בתרבות נע מהוקעתן כמי שמרוויחות את לחמן באופן לא-מוסרי (יש התולים בנשים העוסקות בזנות את האשם בהתפוררות מוסד המשפחה), דרך ראייתן כרע הכרחי שיש להכיר בו ולהסדירו, וכלה בתפיסת העיסוק בזנות כעיסוק לגיטימי לכל דבר ועניין, תוך הצעה לנקוט מונח חדש ונקי ממצען היסטורי שלילי ומוסרני ביחס לכל הנשים (והגברים) בתעשיית הזנות והפורנוגרפיה – "עובדי מיין" (sex workers). בתרבות הפטריארכלית היחס לנשים העוסקות בזנות הוא דו-ערכי באופן מובהק: הן נחשבות פגומות מוסרית וגורם שמדרדר גברים מבחינה מוסרית, אך גם גורם הכרחי, שכן "גברים תמיד יישארו גברים"¹⁴.

שני הדימויים הללו – המעושרת והזונה – קושרים בין כסף לבין מיין. אין זה מקרי שרוב המעושרים ורוב העוסקים בזנות הם נשים; המיין הוא אחד המשאבים העיקריים שהתרבות הפטריארכלית מעמידה לרשות נשים, והוא משמש הן אמצעי להכפפתן לגברים והן – לפחות לגבי נשים מסוימות – מקור להישרדות, מצד אחד, ולכוח ולקידום, מצד אחר. שימוש במיניות הוא אמצעי לגיטימי, הגם שהיחס אליו הוא דו-ערכי בתרבות הפטריארכלית, ולעיתים אף שלילי ממש.¹⁵ עם זאת, גבולות השימוש במיניות כמשאב מוגדרים ותחומים היטב, ואל לה לאישה המשתמשת כך במיניותה לחצותם. כך, למשל, שחקנית או דוגמנית שנשאלת "האם תסכימי להצטלם בעירום?" חייבת להשיב: "כן, אם זה יהיה אומנותי" או "כן, אם זה נובע מדרישות התפקיד". אם היא תשיב בשלילה, היא לא תקבל הצעות עבודה בעתיד ולא תוכל להתפרנס מעיסוק במקצועה; אם היא תשיב "כן" בלא הסתייגות, היא תיחשב זולה.¹⁶

בצד הקישור בין כסף למיניות בכל הנוגע בנשים קיים גם הדימוי התרבותי של האישה חסרת השליטה העצמית וחסרת האחריות בכל הנוגע בכסף. קרי ברדשו, למשל, גיבורת הסדרה "סקס והעיר הגדולה", מכורה לקניית נעליים, ולא סתם נעליים, אלא נעלי מעצבים יקרות, כאלה שאינן עולות פחות מארבע מאות דולרים לזוג. זאת, אף שהיא מתפרנסת מכתיבת טור שבועי בעיתון לא-יוקרתי וחיה באחת הערים היקרות בעולם – ניו-יורק. לא אחת לאורך הסדרה התמכרותה לרכישת נעליים יקרות מסבכת אותה כלכלית. התמכרות לקניות וגנבה כפייתית (קלפטומניה) אף נחשבות הפרעות

נועדו, מטבע הדברים, לנתח ספרות זו ולייצגה במלואה, שכן לא זה נושא המאמר. להרחבה בנושא זה ראו, למשל, שולמית אלמוג **נשים מופקרות** (שולי נוסבאום עורכת, 2008); נעמי לבנקרון "העו, הקליניקה והסחר בנשים" **מעשי משפט** א 79 (2008); נעמי לבנקרון ויוסי דהאן "סחר בנשים בישראל בחסות שלטון החוק" **תיאוריה וביקורת** 24, 9 (2004); נוייה רימלט "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפלת צרכני זנות" **משפט וממשל** יג 439 (2010); CATHERINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 151–161 (2005).

14 צבי טריגר **פשעים נגד הפטריארכיה – ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות** פרק 13 (2014).

15 לשם השוואה, גברים שמשתמשים במיניותם, כגון כאלה שעוסקים בזנות או נישאים לאישה עשירה מהם, נחשבים פגומים בגבריותם.

16 עמליה רוזנבלום וצבי טריגר **ללא מילים – התרבות הישראלית בראי השפה** 61–67 (רונית מטלון עורכת, 2007).

פסיכיאטריות "נשיות" בעיקרן.¹⁷ סופה של קרי ברדשו, אגב, הוא נישואים לעשיר מופלג, כלומר, היא נהפכת ל"מעושרת".

הקישור התרבותי בין נשים לבין חוסר אחריות כלכלי בא בעבר לידי ביטוי משפטי, בין היתר, בחוק שאסר על נשים להיות בעלות חשבון בנק או כרטיס אשראי בלא חתימה או ערבות של הבעל. לעיתים כרטיס האשראי שניתן לאישה היה על-שם הבעל, ולא על שמה שלה.¹⁸ איסור זה עמד בתוקפו במדינות מסוימות בארצות-הברית עד לאמצע שנות השבעים של המאה העשרים. כך, למשל, בקשתה של קתרין קירשבאום, ראש עיריית דונפורט שבמדינה אייווה בארצות-הברית, לקבל כרטיס אשראי מ-Bank of America סורבה, משום שבעלה של קירשבאום לא חתם על טופס הבקשה. בילי ג'ין קינג, טניסאית מצליחה שזכתה בשלושה תארים בטורניר וימבלדון, סורבה גם היא על-ידי הבנק, משום שבעלה – סטודנט מובטל שהיא פרנסה מהכנסותיה ממשחקי הטניס – היה חייב להיות זה שהכרטיס יונפק על שמו. רק בשנת 1974 אסר הקונגרס האמריקאי הפליה מגדרית במתן אשראי.¹⁹

מופע תרבותי נוסף של חוסר האחריות הלכאורי של נשים בכל הנוגע בכסף, בניהול ובכריתת חוזים הוא "סיפורי המוסר" שמופיעים מדי פעם בתקשורת על רעיותיהם של גברים רמי מעלה (הן לעולם "רעיות" בסיפורים הללו, לא "נשים"), שכמעט הכשילו את בעליהן בעברה על החוק בשל קלות-דעתן. הסיפור הטיפוסי הוא של העסקת עובדת משק-בית (שוב – אישה) שהיא מהגרת-עבודה בלא אישורים מתאימים.²⁰ אומנם, "ביתו של אדם – מבצרו", אולם גברים אלה פטורים כאשר נוח להם מקבלת אחריות על המתרחש במבצרם. רעיותיהם נדרשות ליטול על עצמן את האחריות לעברה על החוק, בין מכוח הדגם התרבותי שרואה בהן אחריות בלעדיות לניהול משק-הבית ובין מכוח הדגם התרבותי הרואה בהקרבה עצמית חלק מהתכונות ה"נשיות" הראויות.

קתרין חכים מכנה את ההון שנשים אלה – המעושרות, כורות הזהב ורעיות הפרס – אוחזות בו "הון אירוטי".²¹ "הון אירוטי" הוא הנכס הרביעי – אחיהם הצעיר של ההון הכלכלי, ההון התרבותי וההון החברתי. אומנם, גם לגברים מסוימים יש הון אירוטי

17 Catherine Hakim, *Erotic Capital*, 26 EUR. SOC. REV. 499, 500 (2010)

18 Gail Collins, *Where Credit is Due*, N.Y. TIMES (Aug. 23, 2013), www.nytimes.com/2013/08/24/opinion/collins-where-credit-is-due.html?_r=2&

19 GAIL COLLINS, WHEN EVERYTHING CHANGED: THE AMAZING JOURNEY OF AMERICAN WOMEN FROM 1960 TO THE PRESENT 250 (2009)

20 למשל, רעיותיהם של אהוד ברק (נילי פריאל) ושל היועץ המשפטי לממשלה (אביבה ויינשטיין). ראו עפרה אידלמן "אישום: נילי פריאל העסיקה עובדת זרה" **הארץ** 13.3.2011 www.haaretz.co.il/news/law/1.1166469; ענת רואה "היועמ"ש סגר תיק החקירה נגד אהוד ברק על העסקת עובדת זרה" **כלכליסט** 13.10.2010 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3420309,00.html; עפרה אידלמן וטלילה נשר "רעיית היועץ המשפטי תואשם בהעסקת עובד זר בניגוד לחוק" **הארץ** 24.1.2013 www.haaretz.co.il/news/law/1.1913859

21 Catherine Hakim, *Have You Got Erotic Capital?*, PROSPECT MAG. (Mar. 24, 2010), www.prospectmagazine.co.uk/magazine/have-you-got-erotic-capital

(דייוויד בקהם הוא אחת הדוגמאות שהיא מונה), אולם בעבור נשים ההון האירוטי הוא מפתח חשוב להצלחה כלכלית, הרבה יותר מאשר לגברים.²² הפטריארכייה, לשיטתה של חכים, לא רק שללה מנשים את צורות ההון ה"גבריות" והמקובלות יותר מבחינה חברתית (ההון הכלכלי, התרבותי והחברתי), אלא גם הגבילה את יכולתן של נשים להשתמש בסוג ההון היחיד שנוותר להן – ההון האירוטי – כדי להופכו לסוגי הון אחרים, כגון הון כלכלי, וזאת באמצעות תפיסה מוסרנית ופיתוח ראייה של ההון האירוטי ושל השימוש בו כלא-מוסריים.²³ גם התיאוריה הפמיניסטית, לטענתה, אימצה את נקודת-המבט הפטריארכלית בכל הנוגע בהון האירוטי, ובמקום לחגוג את סוג ההון הזה, המייחד בעיקר נשים, ואשר עשוי להוות בעבורן מקור לעוצמה, הן ראו בשימוש בו תוצר של דיכוי פטריארכלי.²⁴

בניגוד לעמדתה של חכים, אני סבור כי אי-אפשר לנתק את ההון האירוטי מן ההקשר ההיסטורי והתרבותי שלו. ראשית, נשים נאלצו לפתח את סוג ההון הזה מלכתחילה משום שנאסרה עליהן גישה לסוגים אחרים של הון. תפיסתה של חכים, שרואה בהון האירוטי מאפיין של נשים (בעיקר), יש בה מן המהותנות, שכן היא מתעלמת מכך שייתכן מאוד שגישה שווה לסוגי ההון האחרים לא הייתה מביאה אותן לידי היוקקות כה רבה לשימוש בהון אירוטי בהשוואה לגברים. שנית, ההון האירוטי תלוי במראה חיצוני ובנורמות פטריארכליות של מיניות נשית שיכולה לשמש הון אירוטי, בעוד סוגים אחרים של הון אינם תלויים בהם בהכרח. אם אנו מקבלים את חלוקת המשאבים הפטריארכלית המסורתית, שלפיה כישרון, השכלה ועבודה קשה יניבו לגברים כסף, בעוד נשים שמעוניינות בהצלחה כלכלית צריכות להתמקד במראן החיצוני, אזי מה באשר לנשים שאינן מסוגלות לגייס הון אירוטי? הקישור בין נשיות לבין מראה חיצוני כאמצעי להשגת הצלחה כלכלית הוא פטריארכלי לא פחות מאשר תפיסת ההון האירוטי על-ידי התיאוריה הפמיניסטית כתוצר של דיכוי.

היבט חשוב נוסף שמדגים את היחסים המסוכנים בין נשים לכסף, כפי שהפטריארכייה עיצבה אותם, קשור לכך שהשוק מעניק ערך פחות לעיסוקים המקודדים בתרבות כ"נשיים" (למשל, הוראה, טיפול בילדים, מזפירות, ניקיון) מאשר לעיסוקים המקודדים כ"גבריים".²⁵ בהקשרים מסוימים אין זה משנה אם העובד הוא גבר או אישה – אם הוא עוסק בעיסוק "נשי" כהוראה או ניקיון, משכורתו תהיה בהתאם. אי-אפשר להסביר את הפערים הללו בבחירתן של נשים לעבוד בעבודות שמשתלם בגינן שכר נמוך, שכן גם בעבודות אלה יש פערי שכר בין גברים לנשים באותה עמדה.²⁶ זאת ועוד,

22 שם.

23 Hakim, לעיל ה"ש 17, בעמ' 510.

24 שם, בעמ' 511.

25 על היוקרה הפחותה של מקצועות "נשיים" לעומת מקצועות "גבריים", ועל המתח ש"פמיניזציה" של מקצוע יוצרת כתוצאה מכך, ראו, למשל, אייל כתבן "טיפול שורש: תהליך הדה-פמיניזציה של רפואת השיניים בארץ-ישראל וחקיקה בין מזרח למערב" המשפט טז 173 (2011).

26 Claire Cain Miller, *Pay Gap is Because of Gender, Not Jobs*, N.Y. TIMES (Apr. 23, 2014), www.nytimes.com/2014/04/24/upshot/the-pay-gap-is-because-of-gender-not-jobs.html

גם כאשר אישה עוסקת בעיסוק "גברי", היא תקבל עדיין תגמול פחות מעמיתיה הגברים, כפי שמחקרים מראים שוב ושוב.²⁷ הפערים המגדריים מתחילים כבר בשלב המשא-ומתן עם המעביד, שבו מועמדות נוטות לבקש שכר נמוך יותר ממועמדים לעבודה.²⁸ בישראל, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד משנת 1964,²⁹ והחוק שהחליפו בשנת 1996,³⁰ נועדו להתמודד עם כשל זה, אולם עד כה נחלו הצלחה מוגבלת בלבד.³¹ לשם השוואה, ההקשרים שהתרבות עוסקת בהם בכל הנוגע בגברים וכסף הם חיוביים בעיקרם: תפקידם של גברים הוא להרוויח כסף; המגע הגברי (בניגוד לנשי) בתחום עיסוק מסוים מעלה את יוקרתו, וכתוצאה מכך את תפוקתו הפיננסית; וככל שהדבר נוגע בהתנהלות בעייתית, אין דימוי תרבותי שלילי שקושר בין המהות הגברית לבין קשיים בכל הנוגע בכסף (כמו דימוי האישה חסרת האחריות והלא-רציונלית). גברים שהתנהלותם הכלכלית בעייתית מתחלקים לשניים: אלה שמוקעים על-ידי החברה כמועלים, כבוגדים וכמושחתים (צ'רלס פונזי, ברנרד מיידוף, ובעת העתיקה – יהודה איש קריות, למשל); ואלה שעושרם הוא מושא להערצה בעיני רבים, למרות הביקורת שנשמעת על הדרך שבה הוא נצבר (ארקדי גאידמק, נוחי דנקנר, הבנקאים בוול-סטריט). בשני המקרים מדובר בחריגות מנורמות של גבריות וכסף, ולא בסטריאוטיפ הנקשר

27 ראו, לדוגמה, את הנתונים המופיעים בתחילת פרק זה. למרבה האירוניה, אפילו בטקס הדלקת המשואות שהתקיים בערב יום העצמאות השישים ושישה של ישראל, ואשר נושאו היה "זמן נשים – הישגים ואתגרים", הודגם היטב הנוהג לתגמל נשים פחות מאשר גברים בעבור אותה עבודה. ראו, למשל, יהונתן ליס "טקס המשואות הוקדש לנשים – הקריינית קיבלה 4,000 שקלים פחות מהקריין" **הארץ** 7.5.2014 www.haaretz.co.il/news/education/1.2314811. דבר הפער, כמרגם צילום החוזה עצמו, נחשפו לראשונה בציוץ טוויטר של חיים ריבלין, כתב הרווחה של חדשות ערוץ 2 twitter.com/LifeRivlin/status/463728855786606592/photo/1. דוח של הביטוח הלאומי משנת 2013 מוצא כי מצבן של הנשים בשוק העבודה הורע מבחינת פערי השכר אך הוטב במובן זה שיש פחות נשים עניות. מירי אנדבלד ודניאל גוטליב **מעמון הכלכלי-חברתי של נשים בישראל 1997–2011** 23 (המוסד לביטוח לאומי, 2013) www.btl.gov.il/Publications/research/Documents/mechkar_113.pdf.

28 שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומנסטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" **הפרקליט** נ 501, 503, 512–513 (2012). תודה ליהונתן סמט ולמור גנון על ההפניה למחקר זה. במקרה של פער השכר בין הקריין לקריינית בטקס הדלקת המשואות שתואר לעיל בה"ש 27, אחד ההסברים שניתנו לפער היה ששכרה של הקריינית בוסס על דרישתה שלה. ראו לי-אור אברבך "כך חוסל פער שכר של 54% בין המנחים בטקס יום העצמאות" **גלובס** 7.5.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000936558.

29 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964, ס"ח 166.

30 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

31 המצב דומה במדינות נוספות, לרבות בארצות-הברית. החוק המקביל שם הוא The Equal Pay Act, 29 U.S.C. § 206 (1963), וגם הוא לא הצליח למחוק את פערי השכר בין נשים לגברים בתפקידים זהים. ראו: Jessica Bennett, *How to Attack the Gender Wage Gap? Speak Up*, N.Y. TIMES (Dec. 15, 2012), www.nytimes.com/2012/12/16/business/to-solve-the-gender-wage-gap-learn-to-speak-up.html.

למהות גברית כלשהי. הקישור התרבותי בין גברים לכסף הוא חיובי בעיקרו; ההערכה בתרבות למה שמקודד כ"גברי" וההערכה לכסף קשורות זו לזו בקשר הדוק. נשים היו פעילות בחיי המסחר בתרבויות שונות ובתקופות שונות בהיסטוריה האנושית. לעיתים הן נאלצו לאמץ דפוסי התנהגות "גבריים" כדי להשתלב בחיי המסחר ולהוות צדדים לגיטימיים למשאומתן ולכריתת חוזים. יש לא מעט נשים כאלה גם בישראל של ימינו: זהבית כהן (מנכ"ל קרן ההשקעות הפרטית אייפקס פרטנרס ישראל), רקפת רוסק עמינח (מנכ"ל בנק לאומי), שרי אריסון (בעלת קבוצת אריסון ובעלת השליטה בבנק הפועלים) וקרנית פלוג (נגידת בנק ישראל), למשל. אולם ספק אם הן מוכיחות את מותם של הסטריאוטיפים הפטריארכליים בדבר הקשר בין גברים לנשים. זהבית כהן הקפידה להתנער מהפמיניזם;³² רקפת רוסק עמינח הואשמה בהתנהלות זהה להתנהלותם של הטייקונים הגברים החברים ב"מועדון" הפיננסי ששולט בכלכלת ישראל, ובפרט במשואפנים כלפי בעלי ממון;³³ גם בשרי אריסון הוטחה ביקורת בשל התנהלותה הקפיטליסטית-הטיפוסית (שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בהעברת מאות עובדים של בנק הפועלים למודל של העסקה דרך חברת כוח-אדם), אשר מנוגדת לכאורה לאידיאולוגיה שהיא מטיפה לה;³⁴ וקרנית פלוג הוצגה על-ידי ראשי המשק כמי שהייתה הבחירה האחרונה לתפקיד נגידת בנק ישראל.³⁵

32 שלומי שפר "זהבית יוסף כהן בכנס הנשים של TheMarker: הכנסנו חמש נשים ישראליות לבית ספר למינהל עסקים של וורטון" **TheMarker** 19.2.2007 www.themarker.com/markets/1.490412. באוקטובר 2011, חודשיים לאחר "המחאה החברתית" שהחלה בחרם על גבינת הקוטג' של "תנובה" בשל מחירה הגבוה, התפטרה כהן מראשות "תנובה". ההתפטרות באה אומנם בעקבות חקירה שנפתחה ברשות ההגבלים העסקיים נגד "תנובה", אולם עם התפטרותה פורסם כי הוזלו מחירים של מוצרי "תנובה" רבים, וההתפטרות נתפסה גם כתגובה על המחאה החברתית בכלל ועל המחאה נגד מחיר הקוטג' של "תנובה" כסמל לחמדנות התאגידית שאחראית ליוקר המחיה בישראל. האשמת כהן, כמי שעמדה בראש "תנובה", באטימות חברתית ותפיסתה כרודפת בצע בצבור עשויות להצביע – אם ההאשמות הללו נכונות – על כך שהיא השתלבה היטב בעולם התאגידים הגברי, ואינה מהווה דוגמה לשינוי הערכים שיכול לקרות כתוצאה מייצוג גובר של נשים בעולם זה. התנערותה מהתווית "פמיניסטית" מחזקת רושם זה. למחקרים המאששים טענה זו בנוגע לשופטות ראו להלן ה"ש 135 ו-136.

33 ראו, למשל, גיא רולניק "המועדון ששולט במדינה מגיע לאילנה דיין" **TheMarker** 2.5.2014 www.themarker.com/markerweek/thisweek/1.2310730.

34 "שרי אריסון לא צוחקת" **הארץ** 28.1.2003 www.haaretz.co.il/misc/1.858029; מתן חודורוב "שרי אריסון על המחאה החברתית: 'עדיף להיות יותר חיוביים'" **נענע 10** 5.3.2013 pelephoneportal.invokemobile.com/nana/iarticle.aspx?ServiceID=126&ArticleID=962772.

35 "נתניהו ולפיד החליטו: פלוג – הנגידיה הבאה" **ynet** 20.10.2013 www.ynet.co.il/articles/20.10.2013 www.0,7340,L-4442197,00.html. בבנקים מרכזיים בעולם, נשים בתפקידי-מפתח מהוות מיעוט קטן ביותר. ראו: Annie Lowrey, *A Study in Scarcity: Women at Central Banks*, N.Y. TIMES (Oct. 8, 2013), economix.blogs.nytimes.com/2013/10/08/a-study-in-scarcity-women-at-central-banks/?_php=true&_type=blogs&_r=0.

נוסף על כך, נשים ש"פולשות" לתחום ה"גברי" נשפטות בחומרה ונענשות בחומרה אם הן נכשלות. כך, בעקבות פרשת מרתה סטיוארט, אשר נתבעה בגין שקר לרשויות האמריקאיות בנוגע לשימוש במידע פנים (ולא בגין עצם השימוש במידע פנים) ונידונה לשלושה חודשי מאסר, היו שהצביעו על כך שבתי-המשפט מענישים נשות עסקים בגין עברות על חוקי מס ועל חוקי ניירות-ערך בחומרה יתרה בהשוואה לגברים.³⁶ ההבדלים בין התבניות התרבותיות שעוסקות בקשר שבין כסף לגברים (חיובי) לבין אלה העוסקות בקשר שבין כסף לנשים (שלילי) הם פרדוקסליים לנוכח מחקר שבדק לאחרונה את עוצמתן של אמות-המידה האתיות והמוסריות ביחס לחשיפה לכסף. ממצאי המחקר העלו כי ככל שאדם נחשף יותר לכסף כן הוא נוטה יותר להשעות שיקולים מוסריים ואתיים ולתת עדיפות לשיקולי עלות-תועלת.³⁷ לפיכך הפוטנציאל השלילי גלום דווקא באלה שכבר חשופים לכסף – הגברים (ואכן, רוב המועלים הם כאמור גברים).

לסיכום, הקשר בין נשים לכסף הוא קשר סבוך ומורכב, והוא מניח מימד של סכנה שנקשר לדימויים פטריארכליים של האישה כחסרת אחריות, קלת-דעת, אימפולסיבית, נוטה להתמכרות, חלשה ומינית. כאשר היא "נוגעת" בתחום מניב ערך, הוא מתויג מייד כ"נשי", ומפסיק להיות רווחי כשהיה כל עוד נתפס בתרבות כ"גברי". התת-פרק הבא יעסוק בהקשר העיקרי שבו קיבלו נשים כסף וזכו לכרות חוזים ולסחור – ניהול משק-הבית.

2. נשים וכסף – אין כמו בבית

לאורך מרבית ההיסטוריה האנושית התקיים עיקר הקשר בין נשים לכסף במסגרת מוסד המשפחה. נשים "מהוגנות" קיבלו כסף או הרוויחו כסף בבית. באנגליה ובארצות-הברית, למשל, עד המאה העשרים, נשים ממעמד הפועלים קיבלו לרוב כסף והשתמשו בו בעיקר במסגרת תפקידן כרעיות וכאימהות, קרי, כמנהלות משק-הבית. בשל הסודיות שאפפה את מוסד המשפחה בתרבות האנגלו-אמריקאית (מתוקף התפיסה ש"ביתו של אדם – מבצרו", ולכן אין הוא חייב לתת דין-וחשבון לאיש), השימוש בכסף והעברתו בין בני המשפחה היו תחום שלא נחקר דיו עד לשנות התשעים של המאה שעברה. אפילו בין בני המשפחה עצמם – הבעל והאישה או ההורים והילדים – נעשה שימוש לעיתים מזומנות בסודיות, בחוסר כנות ואף בהטעיות מכוונות בכל הנוגע בכסף.³⁸ בחברה שבה נשים – לפחות ממעמד הפועלים ומעלה – לא עבדו, ולכן הסתמכו על משכורתם של

36 ראו, למשל: Joan MacLeod Heminway, *Martha Stewart and the Forbidden Fruit: A New Story of Eve*, 2009 MICH. ST. L. REV. 1017, 1021.

37 Maryam Kouchaki, Kristin Smith-Crowe, Arthur P. Brief & Carlos Sousa, *Seeing Green: Mere Exposure to Money Triggers a Business Decision Frame and Unethical Outcomes*, 121 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 53, 59 (2013).

38 ZELIZER, *THE SOCIAL MEANING OF MONEY*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 43.

הבעלים לצורך כלכלת הבית (שהייתה כאמור באחריותן),³⁹ נשים אנגליות ואמריקאיות נמצאו במשא-ומתן מתמיד לא רק בנוגע לגובה הסכומים שהבעלים מעבירים לשימושן, אלא גם בנוגע להגדרתם: האם מדובר במשכורת? בקצבה? בדמי-כיס?⁴⁰ את השיח הרווח בעיתונות ובכתבי-העת של מפנה המאה העשרים אפף חשד מתמיד בנוגע ליכולתן של נשים ולרצונן לנהל תקציב ביתי מאוזן ולא-בזבזני, ולמתוח סכומים מזעריים כך שיספיקו בכל-זאת לרכישת כל הנחוץ לניהול משק-הבית.⁴¹ באנגליה של המאה התשע-עשרה, למשל, הכסף שנתן הבעל לאשתו עקרת-הבית לצורך כלכלת המשפחה נתפס כמתנה, ולא כתשלום.⁴² ביקורת על התפיסה של כספים לניהול משק-הבית כמתנה שהבעל נותן לאשתו הובילה לשינוי הגישה במאה העשרים, והכספים הללו החלו להיתפס בהדרגה ככספים שהמשפחה זכאית להם. אוצר-המילים של המתנה יוחד מעתה למתנות לחגים, למתנות שהמשפחה נותנת כאשר היא מוזמנת לאירוע וכדומה, ולא עוד לכסף המשמש לניהול משק-הבית. עקרות-הבית הופקדו גם על רכישת המתנות, שהייתה מטלה מורכבת הן מבחינה כלכלית (למשל, כאשר היה צריך לתמרן בין הדאגה לילדים, לבעל ולבית לבין החובה להעניק מתנה) והן מבחינה חברתית.⁴³ לעיתים כושר התמרון וההמצאה של עקרת-הבית לא הספיק, בעיקר לקראת חג המולד, והיא נאלצה לחפש עבודה זמנית כדי להרוויח סכומי כסף נוספים לצורך קניית מתנות לחג (נשים היו לא רק אלה שקנו את המתנות, אלא גם אלה שמכרו אותן – כבר בראשית המאה העשרים הן היו רוב המוכרות בחנויות המתנות).⁴⁴ במקביל ניתן למצוא בעיתוני נשים מאותה תקופה טורי ייעוץ זוגי המאמצים את עולם המונחים החוזי לצורך דיון במערכת היחסים הזוגית. כך, למשל, מופיעים בטורים אלה, שנכתבו לרוב על-ידי פסיכולוגיות, מונחים כגון "השקעה", "רווח", "הפסד", "אינטרס" (מילה שבאנגלית מציינת גם "עניין" וגם "ריבית"⁴⁵) ו"חליפין".⁴⁶ כלי משפטי שאפשר לנשים לרכוש את הדרוש לניהול משק-הבית היה "דוקטרינת

39 נשים לא מעטות מהמעמדות הגבוהים לא קיבלו כלל כסף לניהול משק-הבית, שכן היו להן משרתים וסוכני-בית, והם אלה שקיבלו את הכסף. במובן זה, עצמאותן הכלכלית הייתה פחותה אף מזו של עמיתותיהן מהמעמדות הנמוכים יותר, שהיו נטולות עובדי משק-בית, ואשר קבעו וניהלו בפועל את משטר ההוצאות של משק-הבית. שם, בעמ' 56.

40 שם, בעמ' 43.

41 לשם השוואה, על היצירתיות של עקרות-הבית הישראליות בתקופת הצנע, לנוכח המשאבים המוגבלים שעמדו לרשותן (לא רק בשל משכורת הבעל, אלא גם בשל חוקי המדינה בנוגע למשטר הצנע) לצורך ניהול משק-הבית, ראו אורית רוזין **חובת האהבה הקשה – יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים** 25–32 (2008).

42 ZELIZER, THE SOCIAL MEANING OF MONEY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 86.

43 שם.

44 שם, בעמ' 87.

45 RAYMOND WILLIAMS, KEYWORDS: A VOCABULARY OF CULTURE AND SOCIETY 171–173 (Rev. ed. 1983).

46 אווה אילוז **תרבות הקפיטליזם** 89 (2002).

המצרכים ההכרחיים" (doctrine of necessities). מכוח דוקטרינה זו, כאשר סירב הבעל לתת לאשתו מספיק כסף לכלכלת הבית, יכלה האישה לתמרן באמצעות יצירת חבות חוזית ישירה של הבעל כלפי ספקים של מצרכים חיוניים.⁴⁷ עם זאת, הבעל היה יכול לטעון טענות הגנה שונות, כגון שהוא כבר סיפק לאשתו את המצרכים החיוניים שרכשה מהספק. לכן ספקים רבים נרתעו ממכירות כאלה באמצעות חיוב הבעל, מחשש שהבעל לא יכבד את החוזה ויסרב לשלם.⁴⁸ כפי שלנור ויצמן מציינת, דוקטרינה זו התבססה על דמות של רעיה-עקרת-בית בזבזנית וחסרת גבולות, ומטרתה הייתה להגן דווקא על הבעל מפני רעייתו, באמצעות מתן פטור מתשלום כאשר הוא סבור כי היא לא רכשה מצרכי-יסוד.⁴⁹ ביקורת על החד-צדדיות של הסדר הקצבה שהבעל נותן לרעייתו לצורך ניהול משק-הבית החלה להישמע בשנות העשרים של המאה שעברה, ויחד איתה קריאה למעבר לחשבונות בנק משותפים ששני בני-הזוג יכולים למשוך מהם כסף לצורכיהם.⁵⁰ זליצר טוענת שעל-אף הדימוי הרווח של כלכלת המשפחה כשולית בהקשר הרחב של כלכלת השוק, כלכלה זו ממלאת מקום מרכזי, הרחק מ"הפריפריה של חיי הכלכלה".⁵¹ זליצר סבורה שהכלכלה המשפחתית היא מקור לא-אכזב לזימות, לאלתורים וליצירתיות כלכליים: מדובר בהשקעה ניכרת ביצירת כסף שאמור לסייע בניהול יחסים חברתיים מורכבים, המושתתים ב-זימנות על אינטימיות ואי-שוויון, על אהבה ויחסי כוח, על טיפול ושלטיה, על סולידריות ומחלוקות.⁵² מכיוון שהספירה הפרטית, ובתוכה כלכלת המשפחה, מוקצית לנשים, נשים הן שמופקדות על ניהול הכלכלה המורכבת והחשובה הזו.

היו אף שטענו כי עליית הקפיטליזם והיתכנותה של כלכלה קפיטליסטית נשענות על "ספירה פרטית שבה נשים אחראיות לתחזוקת הבית ולגידול הילדים".⁵³ מחקר אמריקאי שבחן את השווי הכלכלי של עבודת עקרת-הבית, על-ידי פירוק עבודתה לגורמים ובהינתן שוויים בנפרד (בישול, ניקיון, טיפול בילדים, הסעה, כביסה וטיפול בגינה), מצא

47 שם, בעמ' 49.

48 שם. דוקטרינה זו מזכירה את יחסו של המשפט הישראלי לחוזים שקטינים כורתים ולסמכותם של ההורים לבטל חוזים אלה בנסיבות מסוימות. ראו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס' 4-6.

49 LENORE J. WEIZMAN, THE MARRIAGE CONTRACT: SPOUSES, LOVERS, AND THE LAW (1981). לפסיקה העוסקת ב"בזבזנות" של עקרות-בית ובצורך להגן על הבעלים מפניה ראו, למשל: Ryon v. John Wanamaker, New York, Inc., 190 N.Y.S. 250 (1921); Saks et al. v. Huddleston et ux., 36 F.2d 537 (D.C. Cir. 1929). לדיון משפטי מאותה תקופה בתופעה ראו: W.A.S., Charge It to My Husband, 26 L. NOTES 26 (1922).

50 ZELIZER, THE SOCIAL MEANING OF MONEY : Editorial, N.Y. TIMES (Mar. 2, 1925). ראו גם: לעיל ה"ש 7, בעמ' 54-55.

51 ZELIZER, THE SOCIAL MEANING OF MONEY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 204.

52 שם.

53 אילוז, לעיל ה"ש 46, בעמ' 88.

כי השווי הכולל של עבודת עקרת-הבית האמריקאית עולה על 96,000 דולרים בשנה.⁵⁴ האירוניה היא שהתרבות רואה בעבודת עקרת-הבית עבודה נטולת ערך כלכלי. הערך הכלכלי הגבוה של עבודת עקרת-הבית מתעל נשים רבות לעזוב את מקומות העבודה שלהן, שכן על-פירוב נשים משתכרות פחות מבני-זוגן. אולם בעוד יש קשר בין הכנסות נמוכות של נשים לבין נטייתן להיות עקרות-בית, קשר כזה אינו מתקיים אצל גברים. מחקר מסוף שנות השמונים שבחן זוגות שבהם גם הגבר וגם האישה עובדים מחוץ לבית מצא שגם כאשר גברים אמריקאים מרוויחים פחות מאשר רעיותיהם, הם אינם משתתפים כלל בעבודות משק-הבית.⁵⁵ ממצא דומה חזר על עצמו גם בגרסה מעודכנת של המחקר שפורסמה ב-2012.⁵⁶ זהו ממצא מעניין, שכן בארצות-הברית אחוז הנשים שהכנסתן עולה על הכנסת בן-זוגן (כלומר, שהן אחראיות ליותר מ-50% מהכנסות המשפחה), בקרב משפחות עם ילדים החיים בבית, עלה מ-3.5% בשנת 1960 ל-15% בשנת 2011.⁵⁷

לנוכח חשיבותה של כלכלת המשפחה ולנוכח מורכבותה, היחס המזלזל של דיני החוזים במשפט האנגלו-אמריקאי, וסיווגן של עסקות שנעשות במסגרת כלכלה זו כהסכמים שדיני החוזים אינם חלים עליהם,⁵⁸ מבטאים בצורה המרתקת ביותר את

-
- 54 נכון לינואר 2012. Janice D'Arcy, *A Homemaker's Real Salary*, WASH. POST (Feb. 1, 2012), www.washingtonpost.com/blogs/on-parenting/post/a-homemakers-real-salary/2012/02/01/gIQA7czhQ_blog.html. בשנת 2009 מצא מחקר דומה כי ערכה של עבודת עקרת-הבית גבוה מ-122,000 דולר (הפער נובע מכך שמחקר זה הוסיף לתפקידים שנכללו במחקר משנת 2012 גם פסיכולוג ומנכ"ל), בעוד שההכנסה החצינית של נשים באותה שנה הייתה קצת מעל 48,000 דולר. הפער בין השווי של עבודת עקרת-הבית לבין פוטנציאל ההשתכרות של נשים בשוק העבודה מתעל נשים רבות להישאר בבית. Nancy Folbre, *Mothers' Pay*, N.Y. TIMES (May 11, 2009), economix.blogs.nytimes.com/2009/05/11/mothers-pay/?smid=pl-share&_r=0.
- 55 ARLIE RUSSELL HOCHSCHILD & ANNE MACHUNG, *THE SECOND SHIFT* 221 (1990).
- 56 ARLIE RUSSELL HOCHSCHILD & ANNE MACHUNG, *THE SECOND SHIFT: WORKING FAMILIES AND THE REVOLUTION AT HOME* 217–221 (2012).
- 57 Wendy Wang, Kim Parker & Paul Taylor, *Breadwinner Moms*, PEW RES. CENTER (May 29, 2013), www.pewsocialtrends.org/files/2013/05/Breadwinner_moms_final.pdf.
- 58 השיח החוזי האנגלו-אמריקאי הוא מתוחכם יותר, והזלזול בעסקות ה"נשיות" סמוי: הוא מתקיים תחת אצטלה של האדרת הספירה הפרטית כאינטימית וכמושגתת על אהבה ועל אמון. האידיאליזציה הזו של הספירה הפרטית, שבשמה האינטרסים של נשים מופקרים לגחמותיהם של בני-זוגן, מזכירה את האידיאליזציה של נשים בתרבויות ובמערכות משפט רבות, לרבות במשפט העברי, שמשמשת נימוק להפליה נגדן: נשים מצוירות כעדינות, תמימות ושבריריות, וכמי שאינן "שפלות" דיין להתנהל בהצלחה מחוץ לבית, ולכן, לשם "הגנה" עליהן, יש להשאירן בבית ולשלול מהן זכויות שונות בספירה הציבורית. באנגליה ובארצות-הברית של המאה התשע-עשרה תוארה דמותה האידיאלית של הרעיה הוויקטוריאנית כ"מלאך שבבית" – "האשה הפועלת ומדברת רק למען זולתה". קרול גיליגן בקול שונה – *התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה* 14 (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995). וירגיניה וולף קראה להרוג את המלאך שבבית: וירגיניה וולף "מקצועות לנשים"

הפטריארכליות של דיני החוזים הקלסיים, ומדגימים את העובדה שדיני החוזים משרתים אינטרסים גבריים. למשל, התחייבות של בעל לאשתו לשלם לה קצבה חודשית לא חייבה אותו כלל במישור המשפטי. פרשה מפורסמת מאוד בהקשר זה במשפט האנגלי היא פרשת בלפור, המבטאת את העיקרון ששלט בכיפה ולפיו הסכמים בין בעל לאישה "מוגנים" מפני תחולתם של דיני החוזים, ובית-המשפט לא יתערב ויאכוף אותם, שכן לא הייתה כוונה ליצירת יחסים משפטיים בין בני-הזוג.⁵⁹

האם הצירוף של מתן "פטור" מדיני החוזים לספירה שבה הגברים שולטים (המשפחה) ואי-מתן פטור כזה לספירה שבה גברים מתחרים בגברים אחרים הוא מקרי? יש הסבורים שלא.⁶⁰ ניתוח חוזי של הסיטואציה המשפחתית מגלה כי גם שם נוצרים מצגים ויש הסתמכות על מצגים אלה, ולכן אין זה ברור מדוע הסתמכות זו אינה בת-הגנה ממש כמו הסתמכותו של סוחר על המצגים שיצר ספק במסגרת החוזה שנחתם ביניהם בחנותו של הסוחר.

לאחרונה נשמע טיעון נוסף בנוגע לקשר שבין נשים נשואות לכסף, אשר פגיע גם הוא לפרשנות מיזוגינית: הטענה היא שהעלייה בעצמאות הכלכלית של נשים בעשורים האחרונים אחראית לפגיעה ביציבותו של מוסד המשפחה. גברים אינם מתלהבים, בלשון המעטה, מכך שנשותיהם משתכרות היטב, אולי אף יותר מהם. נשים, מצידן, חוששות פחות מן ההשלכות הכלכליות של גירושים, ולכן הן יוזמות יותר ויותר פרידות וגירושים כאשר הן אינן מרוצות בחיי הנישואים שלהן. כך לפי מחקר אמריקאי שממצאיו דווחו במאמר ביוני 2013.⁶¹ שלושת הכלכלנים שערכו את המחקר, מבית-הספר למנהל עסקים באוניברסיטת שיקגו, מצאו שעמדות מסורתיות בנוגע לחלוקת העבודה בין המינים מכתבות עדיין את הנורמה שלפיה הבעל צריך להשתכר יותר מהאישה. נוסף על כך נמצא כי עמדות אלה משפיעות על בחירת בן-הזוג או בת-הזוג לנישואים, וכאמור – גם

מות העש 217 (כרמית גיא מתרגמת, 2008). גם ההלכה היהודית מקצה לנשים תפקיד נחות במדרג החברתי ובו-בזמן מאדירה אותו.

59 Balfour v. Balfour, [1919] 2 K.B. 571. ראו גם הלה קרן **דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית** 91–90 (2004). במקרה זה נידון הסכם בין בעל לבין אשתו שלפיו הוא ישלם לה קצבה חודשית של 30 ליש"ט כל עוד הם חיים בנפרד. הבעל שימש מהנדס אזרחי בצילון (כיום סרי-לנקה), והאישה נאלצה לעזוב את צילון ולחזור לחיות באנגליה מסיבות בריאותיות. עם חזרת הבעל לצילון מחופשה באנגליה, הוא הודיע לאשתו כי עליהם להישאר פרודים, והפר את ההסכם לתשלום הקצבה החודשית. ערכאת הערעור פסקה כי ההסכם בין בני-הזוג אינו אכיף. לפרשה דומה במשפט האמריקאי ראו: Miller v. Miller, 78 Iowa 177 (1889). בפרשה זו כרתו בני-הזוג את החוזה ביניהם בכתב ובלשון משפטית – דבר שהיווה אינדיקציה חזקה לרצונם המשותף שיחולו עליהם דיני החוזים – ובכל-זאת סירב בית-המשפט לאכוף את החוזה בשל אותה השקפת-עולם כי מדובר בהסכמה בתוך המשפחה. קרן, לעיל, בעמ' 104.

60 קרן, שם, בעמ' 101.

61 Richard H. Thaler, *Breadwinning Wives and Nervous Husbands*, N.Y. TIMES (June 1, 2013), www.nytimes.com/2013/06/02/business/breadwinner-wives-and-nervous-husbands.html?_r=0&adxnnl=1&adxnnlx=1384434654-2gTXflw+u4claakxfSHNAw

על ההחלטה אם להתגרש.⁶² לפי המחקר, זוגות שבהם האישה משתכרת יותר מהבעל הם מאושרים פחות מזוגות שבהם הבעל הוא המפרנס העיקרי. חיי הנישואים של זוגות שבהם האישה היא המפרנסת העיקרית מלאים יותר בחיכוכים, ויסתיימו בסבירות גבוהה יותר בגירושים.⁶³ נשים שמשתכרות יותר מבעליהן נוטות, על-פי המחקר, לבצע חלק גדול יותר ממטלות הבית (יש הסבורים שכ"פיצוי" על כך שהן מרוויחות יותר מבן-הזוג), כך שאי-אפשר להסביר את המרמור שחשים בעלים שנשותיהם מרוויחות יותר בכך שהם חשים כי הן "מזניחות" את תפקידן המסורתי כרעות לדאוג למשק-הבית.⁶⁴ המסקנה המתבקשת היא שעצם העובדה שאישה מרוויחה יותר מבן-זוגה נתפסת על-ידיו כפוגענית ומאיימת, וכל "פיצוי" שלה במונחים פטריארכליים – דאגה יתרה למלאכות הבית וכדומה – אין בו כדי לאיץ את הפגיעה בכבודו. גם עצם יציאתן של נשים לעבודה והעלייה המתמדת במספר הנשים העובדות הוכחו כבעלי פוטנציאל דווקא לפגוע בשוויון, ולא לחזקו, משום שרוב הנשים העובדות מועסקות בתפקידים זוטרים, בביטחון תעסוקתי רעוע ובשכר נמוך במידה משמעותית מזה של עמיתיהן הגברים.⁶⁵ השכבה העליונה של נשים שהצליחו להתברג אל תוך האליטה הגברית היא יוצאת-מן-הכלל שאינה מעידה על הכלל.⁶⁶

בעיה נוספת שקשורה ליחסים הטעונים של נשים נשואות עם בעליהן סביב סוגיית הכסף היא בעיית הידע שלהן בנוגע לפיננסים המשפחתיים. מחקרים בארצות-הברית הראו כי גם נשים משכילות וכאלה שמשתכרות היטב, לעיתים יותר מאשר בעליהן, נוטות לא להכיר את המצב הכלכלי של היחידה המשפחתית ולא לדעת אילו נכסים – נזילים ולא-נזילים – מצויים בידי המשפחה ועל שם מי הם רשומים.⁶⁷ נטייה זו, בעיקר של נשים שמשתכרות יותר מבעליהן, להניח לגבר לנהל את ענייניה הכספיים של המשפחה עשויה להיות חלק ממנגנון הפיצוי שתואר לעיל. כלומר, כדי לשכך את הפגיעה לכאורה בכבודו של הגבר הגלומה בכך שהוא אינו המפרנס העיקרי כנדרש בעולם הפטריארכלי, האישה מעבירה לו את סמכויות הניהול הפיננסי. האירוניה בכך, כפי שהעירה מחברת של ספר הדרכה לנשים מתגרשות,⁶⁸ היא שנשים מצפות מעצמן לתכנן את מסיבת חתונתן לפרטי-פרטים, לשלוט ברזי התקציב, ולהפיק את האירוע

Marianne Bertrand, Emir Kamenica & Jessica Pan, *Gender Identity and Relative Income within Households* (NBER, Working Paper No. 19023, 2013), available at faculty.chicagobooth.edu/emir.kamenica/documents/identity.pdf

שם, בעמ' 4.

שם, בעמ' 26–27.

ALISON WOLF, THE XX FACTOR: HOW THE RISE OF WORKING WOMEN HAS CREATED A FAR LESS EQUAL WORLD 24–63 (2013).

שם, בעמ' 24–42.

M.P. Dunleavy, *Divorced from Fiscal Reality*, N.Y. TIMES (Aug. 27, 2005), www.nytimes.com/2005/08/27/business/27instinct.html

GAYLE ROSENWALD SMITH, DIVORCE AND MONEY: EVERYTHING YOU NEED TO KNOW (2004).

המורכב (שתכנונו אורך לעיתים יותר משנה) בעצמן, בדרך-כלל בלא מעורבות של בן-הזוג, ואף-על-פי-כן מרגע הנישואים הן שוקעות בבורות בכל הנוגע בכלכלת המשפחה, ואינן מסוגלות להגן על האינטרסים הכלכליים שלהן לעת גירושים.⁶⁹ כתוצאה מכך, נשים גרושות חוות ירידה של כ-27% ברמת חייהן כתוצאה מהגירושים, בעוד רמת חייהם של גברים דווקא עולה ב-10% כתוצאה מהגירושים.⁷⁰

3. נשים, חוזים ומסחר

במשפט היווני היו הנשים במעמד של קטינים. הוראת חוק אתונאי מהמאה הרביעית לפני הספירה קובעת כי "החוק אוסר מפורשות על ילדים ונשים להיות כשירים לזכות חוזה אשר [שוויון] עולה על בושל [יחידת מידה השווה לכ-35 ליטרים] שעורה".⁷¹ גם במשפט העברי נשים אינן עצמאיות כלכלית. נשים נשואות נהפכות במובנים רבים לקניינו של הבעל, מכוח תפיסת הנישואים כ"מעשה קניין". על רכושה של אישה נשואה חל הכלל "מה שקנתה אשה קנה בעלה".⁷² חלוקת העבודה המגדרית המוכרת חלה גם במשפט העברי: "דרכה של אשה להיות יושבת בתוך ביתה ודרכו של איש להיות יוצא לשוק ולמד בינה מבני אדם..."⁷³

אולם למרות הדינים הכתובים, המציאות הייתה מעט מורכבת יותר: היו גם נשים ש"יצאו לשוק ולמדו בינה מבני-אדם", והמשפט העברי העניק לנשים אפשרויות להתקשר בעסקות, אף אם בצמצום ובכפוף לרצון הבעל ולהסכמתו.⁷⁴ בשני התלמודים מופיעים סיפורים על נשים עצמאיות כלכלית שהיו מעורבות בחיי המסחר במגוון של עסקות (קנייה, מכירה וחכירה של נדל"ן, הלוואות, השכרה ועוד). חלקן אף מתגלות בסיפורים אלה כסוחרות ממולחות הבקאות בהלכות המסחר, ואחדות אף אינן מהססות לפנות לבית-הדין כאשר הצד האחר לעסקה אינו ממלא את חלקו.⁷⁵ זאת ועוד, נשים בחברה היהודית בכבל נחשבו אחראיות ואמינות, ולכן היה מקובל להפקיד בידיהן פקדונות. דבר זה אף מצא ביטוי בהלכה: "שבועת הפקדון נוהגת באנשים ובנשים".⁷⁶ גם מסמכיה של בכחא, אשת עסקים יהודייה אמידה מן המאה השנייה לספירה, מעידים

69 מצוטטת אצל Dunleavy, לעיל ה"ש 67.

70 Richard R. Peterson, *A Re-Evaluation of the Economic Consequences of Divorce*, 61 AM. SOC. REV. 528, 533 (1996). נתונים אלה חוזרים על עצמם גם בתחילת שנות האלפיים. ראו, למשל, Dunleavy, לעיל ה"ש 67.

71 MARY R. LEFKOWITZ & MAUREEN B. FANT, *WOMEN'S LIFE IN GREECE & ROME: A SOURCE BOOK IN TRANSLATION* 64 (2nd ed. 1992).

72 בבלי, גיטין עז, ע"א וע"ב, מצוטט אצל שולמית ולר נשים בחברה היהודית בתקופת המשנה והתלמוד 57 (2000).

73 בראשית רבה יח, א, מצוטט שם, בעמ' 58.

74 ולר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 57.

75 שם, בעמ' 59-83.

76 בבלי, שבועות לו, ע"ב, מצוטט שם, בעמ' 75.

כי התקיים פער בין המשפט לבין יישומו, וכי נשים מסוימות היו בעלות נכסים ונהגו להתדיין תדירות בבתי המשפט.⁷⁷ אולם סיפורים אלה אינם מייצגים ככל הנראה את מציאות חייהן של רוב הנשים. הנשים העצמאיות המתוארות בהם היו בעלות נכסים, ולכן סביר שהן הצליחו להשתלב בחיי המסחר בזכות מעמדן הכלכלי והחברתי. נוסף על כך, גם נשים אלה לא יכלו לקנות בעצמן בעסקות רכישה, אלא היו חייבות להיעזר בשליח.⁷⁸ "המסקנה העולה מהסתייגויות אלה", קובעת ולר, "היא שהחברה הגברית הייתה סובלנית לגבי נשים שהשתתפו בפעילות הכלכלית, בעיקר כאשר השתתפותן הייתה מוגבלת ובלתי מאיימת. עם זאת, חשוב לציין שבחברה זו לא מנעו מנשים, שיכלו ורצו בכך, להשתייך למגזר העסקי, לדעת את כלליו, ולפעול בו."⁷⁹

באירופה של המאה התשע-עשרה נשים יהודיות סחרו, עבדו ופרנסו את משפחותיהן (במיוחד כאשר הבעלים היו תלמידי ישיבה). אולם על היישום המתירני חלשו יחסי הממון ההלכתיים, וכל סכסוך בין הבעל והאישה היה כפוף לדיני הנישואים והגירושים, שבהם האישה סובלת מנחיתות מובנית בשל הגדרת הנישואים כ"מעשה קניין".

במדינות המשפט המקובל זכו נשים נשואות באוטונומיה משפטית רק במהלך המחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, וגם זאת באופן הדרגתי.⁸⁰ עד תחילת המאה העשרים כבר הוגדרו הנשים באנגליה וברוב מדינות ארצות-הברית כשירות מבחינה משפטית, ויכלו להיות בעלות נכסים ולהתקשר בעסקות.⁸¹ במשפט הצרפתי נותרו על כנן ההוראות שהגבילו את האוטונומיה המשפטית של נשים עד אמצע המאה העשרים.⁸²

מעמדן של נשים יהודיות בדיני החוזים היה רעוע גם בשנים שלפני קום המדינה. אומנם, באופן פורמלי נהנו נשים מכשירות משפטית מלאה ועסקו במסחר, בהלוואות ובהשכרת נכסים. כמה מהן אף היו מתדיינות – תובעות או נתבעות – בסכסוכים חוזיים שהתגלעו בתקופת היישוב.⁸³ אולם היו מוסדות דוגמת הקרן הקיימת לישראל שסירבו לאפשר לנשים נשואות לחתום על חוזה חכירה לצד בעליהן, בנימוק ש"שתי חתימות של האיש והאשה כשותפים למשק אחד מסבכות מאד את החוזה מבחינה משפטית".⁸⁴ רק

77 יגאל ידין **החיפושים אחר בר כוכבא** 222–223 (1973).

78 ולר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 83.

79 שם.

80 פרנסס רדאי "על השוויון" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 19, 45 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

81 שם.

82 ולר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 102.

83 ראו, למשל: CA 233/38 Banco di Roma v. Marie Michel Morcos, (1938) 5 P.L.R. 565; ע"א 169/47 **דוידסון נ' ויינשטיין** (לא פורסם); ע"א 107/47 **פוחובסקי נ' חברת אינטרנציונל** (לא פורסם).

84 מצוטט אצל צבי טריגר "על החתום: נשים, חתימה על חוזים והשוק" **מגדר וקפיטליזם** (דנה אולמרט, רונה ברייר-גארב, ארנה קזין ויפוי תירוש עורכות, טרם פורסם). ראו גם בת-שבע מרגלית-שטרן "את היית בין הכובשים": תנועת הפועלות וחברות המושבים – בין העצמה להכפפה" **בין**

לאחר מאבק משפטי התאפשר לנשים לחתום על חוזה חכירה לצד בעליהן. גם בתחומים אחרים נאלצו נשים להיאבק על מקומן מחוץ לבית. כך, למשל, הן נאלצו לנהל מאבק על-מנת שיתאפשר להן לעסוק בעריכת-דין⁸⁵ וברפואת שיניים.⁸⁶

4. יהודים, נשים וכסף – בין מיזוגיניה לאנטישמיות (הערת-אגב)

כשם שביקשה הפטריארכייה להגביל את אפשרות הגישה של נשים לכסף, בטענה שהן אינן מסוגלות ואינן יודעות כיצד להשתמש בו, כך ביקשו אנטישמים באירופה להגביל את אפשרות הגישה של יהודים לכסף, בשל המומחיות הרבה שצברו הללו בתחום הפיננסי. בשני המקרים פעלה אידיאולוגיה (פטריארכייה, אנטישמיות) באופן שיצר אפיון מסוים לקשר שבין קבוצת מיעוט לבין כסף, ולאחר-מכן הצמידה לקבוצה את הסטריאוטיפ שנוצר כתוצאה מכפייה זו: נשים חסרות אחריות בכל הנוגע בכסף, ויהודים הם חמדנים. כך דבקה בקבוצות אלה "אשמה", שהיא בעצם תוצר של האופן שבו כיוונה האידיאולוגיה השלטת, באמצעים כופים, את התנהלותן הכלכלית.

לאורך ההיסטוריה האנושית, וכחלק מהאידיאולוגיה הפטריארכלית, לא הורשו נשים להיות עצמאיות כלכלית. בפרט, הן לא יכלו לזכות חוזים ולהשתתף בחיי המסחר. כתוצאה מכך הן לא רכשו ידע ומיומנות בשימוש במכשירים פיננסיים ובניהול משא-ומתן לצורך כריתת חוזים. במעגל-קסמים, בורותן (הכפוויה) בעניינים אלה שימשה "הוכחה" לכך שנשים, מעצם טבען, אינן מסוגלות לעסוק בכספים.

מעגל-קסמים דומה של כפייה ואז ייחוס תוצריה לנכפים כתכונה מהותית שלהם מאפיין את האופן שבו תפסה תרבות המערב את הקשר בין יהודים לכסף: בשל יחסה המורכב של הנצרות ליהודים, בצירוף האיסור שהוטל על נוצרים להלוות בריבית לאחיהם הנוצרים וההיתר שיש ליהודים להלוות בריבית ללא-יהודים, הוגבלו יהודים באירופה של ימי-הביניים לעיסוק בהלוואה בריבית.⁸⁷ איש אינו אוהב נושים, ומכיוון שיהודים רבים התפרנסו מהלוואה בריבית, היותם נושים החלה נקשרת למהות היהודית, והכורח לעסוק בהלוואה בריבית נהפך לאשמה: יהודים, לפי הסטריאוטיפ האנטישמי, אובססיביים בכל הנוגע בכסף; הם עוסקים בהלוואה בריבית כי זו המהות שלהם, והם אף מסוגלים להגיע לדרגות של אכזריות קיצונית בכל הנוגע בכסף שמגיע להם,

הפרטי לציבורי: נשים בקיבוץ ובמושב 190 (סילביה פוגל-ביזאוי ורחל שרעבי עורכות, 2013).

85 אייל כתבן "לא עוד פטרוזיליה לייפוי הסלט": כניסתן של נשים לתפקידי שיפוט ופרקליטות בארץ-ישראל ובמדינת-ישראל "עיוני משפט לב 69 (2010).

86 כתבן, לעיל ה"ש 25.

87 JERRY Z. MULLER, CAPITALISM AND THE JEWS 8 (2010)

לדעתם.⁸⁸ הדימוי המפורסם ביותר ליהודי כזה הוא שיילוק, גיבור "הסוחר מוונציה" של שייקספיר.⁸⁹

הערת-אגב זו מדגימה את המתודולוגיה העומדת בבסיס המאמר כולו – מתודולוגיה המכונה "ביקורת האידיאולוגיה": חשיפה של מה שמוצג כתופעה נתונה, "אובייקטיבית" (הבדלים בין המינים, הבדלים אתניים, ייחוס תכונות אופי מולדות לגברים, לנשים או ליהודים וכדומה), כבחירה אנושית.⁹⁰ ההבנה שהאידיאולוגיה הפטריארכלית (או האנטישמית) מושקעת במיסוך מרכיב הבחירה הזו בנוגע לייצוג נשים ויהודים, וטוענת לקיומן של תכונות מהותיות, מולדות, שאינן תוצר של הבחירה האידיאולוגית, ואשר מצדיקות לכאורה יחס שונה לשונים, היא שלב הכרחי בדרך להצעת חלופה שוויונית ולטיפול בתשתית המפלה של דיני החוזים.

פרק ב: עיצוב דיני החוזים בפרספקטיבה ממוגדרת

פרק זה עוסק באופן התעצבותם של דיני החוזים הישראליים מנקודת-מבט המביאה בחשבון את המגדור הסמוי מן העין של תהליכי עיצובם. בחלק הראשון אציג ביקורת פמיניסטית על עקרון חופש החוזים. בחלק השני אטען כי דיני החוזים הישראליים (אבל גם אלה האנגלו-אמריקאיים) התעצבו לאור דגם "גברי", המניח קיומה של פעילות כלכלית משמעותית בספירה הציבורית בלבד, בין זרים וללא כל מורכבות בשאלות של כוונה או גמירת-דעת. בחלק השלישי אציג את ממצאי המחקר שבחן את ייצוגם של גברים ושל נשים בתיקים חוזיים בבית-המשפט העליון. החלק הרביעי מציג דגם חוזי חלופי שזוהה כבר בשנות השבעים במחקר הסוציולוגי של דיני החוזים – דגם חוזה היחס – ובוחרן אותו מנקודת-מבט פמיניסטית. לבסוף, אנתח את חוזה הנישואים הישראלי כאחד האתרים המרכזיים שבהם נשים פעילות במישור החוזי, ואת חשיבותו להבנת הדגם ה"גברי" של דיני החוזים בכלל.

88 שם, בעמ' 9. מולר טוען כי הקישור הנוצרי בין מיעוט שנחשב בעייתי מבחינה תיאולוגית (כלומר, היהודים) לבין כסף יצר מעגל-קסמים נוסף: הילה של חשדנות כלפי כסף וכלפי עשיית כסף באופן כללי.

89 לדיון מרתק בהיבטים של חופש החוזים, בחוזה שנוגד את תקנת הציבור ובשאלות חוזיות נוספות המשתקפות במחזה "הסוחר מוונציה", ראו נילי כהן "משפט ומשחק – 'הסוחר מוונציה' ו'התקלה'" הפרקליט נא 407, 409, 422 (2012).

90 לדיון במתודולוגיה של "ביקורת האידיאולוגיה", מבית-מדרשה של אסכולת פרנקפורט, ראו צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173, 195 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

1. "גבריותה" של התיאוריה הקלסית של החוזה

המשפט בכללותו – כמעט בכל חברה אנושית משחר ההיסטוריה – עוצב על-ידי גברים. גברים הם שהיו חכמי המשפט, השופטים ועורכי-הדין.⁹¹ בשיטות משפט רבות נאסר על נשים להעיד או להתדיין (כמו במשפט העברי), וגם כאשר הותר להן להעיד, לעיתים עצם נשיותן הפחיתה מאמינות עדותן. גברים הם גם עיקר צרכני המשפט, בין היתר כתוצאה מהדרת תחומים שלמים של החיים (כגון מה שקורה בבית) מעולם המשפט. במשפט המקובל ובשיטות המשפט שנולדו מתוכו יש לכך חשיבות מכרעת, שכן צרכני המשפט הם שמפעילים את יוצריו באמצעות הגשת תביעות. הביקורת הפמיניסטית הסיקה מכך שהמשפט עוצב לפי דגם גברי, מנקודת-מבטם של גברים ולשימושם של גברים.⁹² אפילו אופן כריתת החוזים הוא גברי: חוזים בכתב יכלו לאורך רוב שנות ההיסטוריה האנושית להיכרת רק בין גברים, שכן רוב הנשים לא למדו קרוא וכתוב; ודרך כריתת החוזה בהתנהגות – באמצעות לחיצת-יד – נחשבת גם היא ל"גברית" באופן מובהק.⁹³ תימוכין חשובים לכך שדיני החוזים התפתחו על בסיס דגם גברי ניתן למצוא בממצאיו של פיטר גודריץ', שלפיהם דיני החוזים האנגליים הם צאצאיו של חוזה הנישואים.⁹⁴ אפילו המילה האנגלית contract שימשה במקורה בשפה האנגלית מילה נרדפת לחוזה הנישואים.⁹⁵

כידוע, חוזה הנישואים במשפט המקובל היה חוזה פטריארכלי לכל דבר ועניין. דוקטרינה מרכזית במסגרת דיני הנישואים הייתה דוקטרינת ה-coverture, שקבעה כי אישיותה המשפטית (החלקית ממילא) של האישה מתמזגת עם נישואיה בזו של בעלה, והיא נהפכת ל-femme couverte ("אישה חוסה").⁹⁶ המקור להיבלעות האישות

91 לאורך ההיסטוריה נרשמו מקרים ספורים שחרגו מדפוס זה. ברומי, למשל, יכלו נשים בתקופות מסוימות לשמש עורכות-דין. הידועות מביניהן היו אפרניה (Afrania) והורטנוזיה (Hortensia). אולם האחרונה, כנאום מפורסם שנשאה בשנת 42 לפני הספירה, תבעה שוויון בין גברים לנשים בענייני מיסוי, ובתגובה על נאומה נאסר על נשים ללמוד עריכת-דין. ראו טריגר, לעיל ה"ש 14, פרק 11.

92 ראו, למשל, קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 6. זו הנחת-המוצא גם בבסיס כתיבתה של קתרין מקינון. אוסף מאמריה משנת 2005 נקרא בהתאם – "חיי נשים, חוקי גברים". ראו MACKINNON, לעיל ה"ש 13.

93 בנוגע לגבריותה של לחיצת-היד ראו, למשל: William F. Chaplin et al., *Handshaking, Gender, Personality, and First Impressions*, 79 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 110 (2000). תודה ליהונתן סמט ולמור גנון על הפניית תשומת-ליבי למשמעות הממוגדרת של לחיצת-היד.

94 PETER GOODRICH, *OEDIPUS LEX: PSYCHOANALYSIS, HISTORY, LAW* 205 (1995). ראו דיון גם אצל קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 110.

95 GOODRICH, שם; קרן, שם. מקור המילה האנגלית הוא בפועל הלטיני *contrahere*, שמשמעותו המילולית היא "להתאחד". הפועל שימש גם במשמעות המטפורית "להגיע להסכמה". רק במאה השש-עשרה נקלטה המילה *contract* לשפה האנגלית במשמעות של "הסכמה הדדית". ראו: JOHN AYTO, *DICTIONARY OF WORD ORIGINS: THE HISTORIES OF MORE THAN 8,000 ENGLISH-LANGUAGE WORDS* 134 (1990).

96 "[B]y Marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and

המשפטית של האישה בזו של בעלה במשפט המקובל היה הפסוק "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד", מספר בראשית.⁹⁷ לא במקרה האישה היא שמתמזגת אל תוך הבעל, ולא להפך; ה"אחד" הוא הבעל – "The man is the One".⁹⁸ מכוח דוקטרינה זו, לאישה נשואה לא הייתה כשרות משפטית לקנות או למכור רכוש, להיות בעלת נדל"ן או לערוך צוואה. מעמדה היה טוב אך במעט מזה של עבד או חולה רוח.⁹⁹

העובדה שדיני החוזים האנגלו-אמריקאיים מבוססים על דין הנישואים במשפט המקובל מחזקת את הטענה שהדגם הבסיסי ביותר של דיני החוזים הוא דגם גברי-פטריארכלי. במסגרת דגם זה, מין הוא אמת-מידה לקיומה (או להעדרה) של כשרות משפטית, ולא רק גיל או מצב נפשי. רק אחד המינים – הגבר – הוא בעל כשרות משפטית מלאה. האישה נעדרת כשרות משפטית מלאה, וכריתת חוזים וביצועם הינן טריטוריות גבריות בלעדיות. כתוצאה מכך, דיני החוזים, שעוצבו על בסיס דין הנישואים, עוצבו כך שהם משרתים אינטרסים גבריים ומגבילים או מבטלים כליל אינטרסים של נשים, ובראש ובראשונה את יכולתן להגן על האינטרסים שלהן במסגרת העסקות המעטות שהתרבות הפטריארכלית מאפשרת להן (או דורשת מהן) לבצע (למשל, במסגרת ניהול משק-הבית). הוצאת ההסכמים בתוך המשפחה מתחום תחולתם

של דיני החוזים היא לפיכך אירונית במיוחד לנוכח מקורם של דיני החוזים.¹⁰⁰ על רקע זה ניתן לגשת כעת לקריאה מחודשת של התיאוריה הקלסית של החוזה. כהן ופרידמן מציינים בפתח ספרם כי "החוזה הינו כלי המשמש למימוש הפוטנציאל הכלכלי שבו ולרכישת נכסים ושירותים בגדר אפשרויותיו. זהו גם אמצעי להשגת שיתוף פעולה בתחום הכלכלי בין אדם לחברו".¹⁰¹ בתחילת הקורס בדיני חוזים התלמידים והתלמידות משננים לרוב את העיקרון שלפיו חופש החוזים נועד להגשים את זכותו של כל אדם לתכנן את חייו כראות עיניו ולהגשים תכנון זה. העידן של חופש החוזים ושל התיאוריה הקלסית של דיני החוזים¹⁰² מאופיין במעבר של חברות מתקדמות מסטטוס לחוזה,

consolidated into that of the husband, under whose wing, protection, and cover she performs everything." 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 442 (1979); SEX DISCRIMINATION AND THE LAW: HISTORY, PRACTICE AND THEORY 17–18 (Susan Deller Ross et al. eds., 2nd ed. 1996).

97 בראשית ב 24. ראו גם מנחם אלון **מעמד האישה: משפט ושיפוט, מסורת ותמורה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית** 35 (2005).

98 Glanville L. Williams, *The Legal Unity of Husband and Wife*, 10 MOD. L. REV. 16, 17 (1947).

99 JOANNA L. GROSSMAN & LAWRENCE M. FRIEDMAN, *INSIDE THE CASTLE: LAW AND THE FAMILY IN 20TH CENTURY AMERICA* 4 (2011).

100 ראו גם קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 110.

101 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך 4 (1991).

102 כפי שתוארה בספרו של לנגדל – "מגלה" דין החוזים הקלסי, לדבריו של גילמור. CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, *SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS* (1871) ראו

כאמרתו המפורסמת של מייך משנת 1861.¹⁰³ כלומר, אם בעבר המעמד החברתי של תוכו נולדו אנשים קבע מראש את סיפור חייהם, ולא הייתה להם כל שליטה בעיצובו, בחברות מודרניות יורד תפקידו של המעמד ועולה תפקידו של החוזה בעיצוב חיי הפרט. פרידמן וכהן רואים בתפיסה זו של החוזה "אידיאליזציה":

"החוזה מבטא את אישיות האדם ואת הכוח היוצר של רצונו, והוא מזוהה עם צדק, יעילות כלכלית וקידמה. מכאן גם נגזרת ההשקפה בדבר תפקידה של החברה ושל המערכת המשפטית. יש להבטיח לאדם את ביטחונו האישי ולהגן על קניינו, אך אין זה מתפקידה של החברה להגביל את הפרט (כל עוד אין הוא פוגע בזולת) או להתערב בחופש החוזה שלו. זוהי, במילים אחרות, ההשקפה בדבר אי התערבות בחופש הפעולה (laissez-faire), שקנתה לה במאה ה-19 חסידים רבים."¹⁰⁴

האידיאליזציה בתפיסת החוזה כמקדם את תורת הרצון באה לידי ביטוי בכך שתפיסה זו לא הביאה בחשבון את אינטרס ההסתמכות של מקבל ההבטחה. בפועל דיני החוזים הקלאסיים דווקא הקנו חשיבות לאינטרס ההסתמכות של מקבל ההבטחה, ולכן, לפי כהן ופרידמן, יש לראות בהצגת דיני החוזים כמקדמים את הרצון החופשי משום הצהרה בלבד, שכן בפועל ההסתמכות של הזולת חישקה את הרצון החופשי כבר בדיני החוזים של המאה התשע-עשרה.¹⁰⁵ אולם דבר אחד נותר משותף הן לתפיסה האידיאלית של חופש החוזים והן לזו המרוככת, המקנה חשיבות להסתמכות הזולת: שתיהן רואות בחברה אוסף של פרטים שפועלים למען עצמם. עקרון ההסתמכות נועד אך להציב להם גבולות ותו לא.

האידיאליזציה של החוזה באה לידי ביטוי בהיבט נוסף, אשר לא נידון אצל פרידמן וכהן: אומנם, התיאוריה הקלאסית של דיני החוזים עוסקת בפרט, באדם. אלא שה"אדם" באותו סיפור שמסופר על החוזה כמכשיר לקידום שאיפותיו הוא גבר. הניטרליות המגדרית של אידיאל החוזה היא כוזבת. זהו דגם שמעוצב על-פי דמות הגבר ומותאם למאפייניו החברתיים, וככזה הוא אינו דגם אנושי אוניוורסלי. כל ההוגים שהתיאוריה הקלאסית של החוזה נשענת על תפיסתיהם – הובס, לוק, קנט, סמית ואחרים¹⁰⁶ –

גם: GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 5 (1995) (כפי שמציינת קרן, לעיל ה"ש 59, גילמור משתמש בשמותיו הפרטיים של לנגדל – כריסטופר קולומבוס – כדי לעורר באמצעותם את הקונוטציה של רעיון גילוי הארץ הלא-נודעת).

103 "[T]he movement of the progressive societies has hitherto been from Status to Contract" 103 מצוטט אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 19.

104 שם, בעמ' 19–20.

105 שם, בעמ' 23–24. ראו גם GILMORE, לעיל ה"ש 102, בעמ' 71; P.S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 2 (1979).

106 על השפעותיהם של הובס, לוק, קנט וסמית על תורת הרצון החופשי ועל תפיסת החוזה כמכשיר המיועד לקדם את שאיפותיו של האדם, ראו דיון אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 16–19.

משתמשים בלשון זכר לתיאור גנרי של האדם; וכפי שהראתה הביקורת הפמיניסטית, אין מדובר בנוחות לשונית גרידא או בחוסר תקינות פוליטית שמנותק מהמצב המשפטי המהותי, אלא בתפיסה ממשית שלפיה מי שנהנים מכל הזכויות והחירויות, ובכלל זה מחופש החושים, הם גברים בלבד.¹⁰⁷ כאשר קנט, למשל, מדבר על "כל היצורים הרציונליים", הוא מתכוון לגברים בלבד.¹⁰⁸

למעשה, הסיפור על מעבר מסטטוס לחוזה מסופר אך ורק על גברים. החלת דיני החושים על טריטוריות גבריות בלבד (ולא על הבית, למשל, כפי שיתואר בהמשך) משעבדת נשים למעמדן כעקרות-בית, ואינה מאפשרת להן להגדיר לעצמן מטרות ושאיפות שונות, ולהפעיל כלים חוזיים לשם הגשמת מטרות אלה. נשים נותרו כלאות בסטטוס שלהן כנשים.

אחד המאפיינים החשובים של החשיבה הליברלית הקלסית הוא שהיא אינה כופרת בחלוקת העבודה המגדרית ובנחיתותן החברתית והמעמדית של נשים.¹⁰⁹ למעשה, החשיבה הליברלית מאפשרת את המשך קיומה של הפליית נשים דווקא "במסגרת סדר שהובנה לכאורה כאוניברסלי, שוויוני ואינדיבידואלי".¹¹⁰ אביא כעת שתי דוגמאות למושגים חוזיים מרכזיים אשר מנוסחים באופן אוניוורסלי אולם בנויים על בסיס הפליית נשים ומנציחים אותה: מושג ההסתמכות החוזית ורעיון הרצון החופשי (או יסוד גמירת-הדעת).

ראשית, כפי שהדגמתי לעיל, החד-צדדיות הגברית מתקיימת ברעיון ההסתמכות: כזכור, בעליהן של גב' בלפור, גב' מילר¹¹¹ ונשים רבות אחרות, שהתחייבו לשלם להן קצבאות חודשיות, התנערו מאחריותם במשך שנים רבות בגיבוי בתי-המשפט באנגליה ובארצות-הברית, מכוח הדוקטרינה שלפיה הסכמים בין בעל לאישה מתקיימים בספירה הפרטית, המשפחתית, שדיני החושים אינם חולשים עליה. אינטרס ההסתמכות של מקבלות ההבטחה לא היה רלוונטי בתפיסה משפטית זו, שבה חיי המשפחה הם אקס-טריטוריה משפטית.¹¹² מכיוון שעיקר העסקות שעשו נשים ורוב המצבים שבהם הן

107 ראו, למשל: SUSAN MOLLER OKIN, WOMEN IN WESTERN POLITICAL THOUGHT 6 (1992);

SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY 10 (1989).

108 OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY, שם, בעמ' 10–11. למען הסר ספק, אוקין מבהירה כי גם כותבים מודרניים, למרות הלשון התקינה פוליטית שהם נוקטים, אינם בהכרח שוויוניים בתפיסתם. היא סבורה כי השימוש בלשון נקבה במקום בלשון זכר בכתיבה הפילוסופית מהווה גם הוא מה שהיא מכנה "ניטרליות מגדרית כוזבת". שם.

109 OKIN, WOMEN IN WESTERN POLITICAL THOUGHT, לעיל ה"ש 107, בעמ' 282.

110 סילביה פוגל-ביזאוי דמוקרטיה ופמיניזם – מגדר, אורחות וזכויות אדם 32 (2011). ראו גם חנה הרצוג נשים ריאליות – נשים בפוליטיקה המקומית בישראל 34 (1994).

111 ראו לעיל ה"ש 59.

112 על המיתוס בדבר אי-התערבותו של המשפט בחיי המשפחה ראו, למשל, איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 275, 285 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

החזיקו בכסף היו בהקשר המשפחתי, עוצבה דוקטרינת הכוונה ליצירת יחסים משפטיים כך שהסתמכות של צד לחוזה שהוא אישה אינה רלוונטית כלל בפועל.¹¹³ שנית, התפיסה הצרה של מושג הרצון החופשי ויסוד גמירת-הדעת (ומכאן גם של עילות העושה והכפייה) מושתתת על דגם תרבותי ומשפטי גברי. עיצובם של מושגים אלה הוא גברי באופן מובהק. הוא מניח צדדים שווי-כוחות שעוסקים בכריתת חוזה, בדרך-כלל בהקשר מסחרי, והוא מתמקד בביטוי החיצוני של ההסכמה, שכן הביטוי החיצוני ("מצג") הוא מה שהצד האחר מסתמך עליו. כתוצאה מכך, למשל, בתי-המשפט מתקשים לראות מקרים שבהם נשים חותמות על הסכמי גירושים עושים כמקרים שבהם נפל פגם ברצונה של האישה. הצרת המבט אל תהליך כריתת החוזה, והתעלמות מן ההקשר החברתי והמשפטי הרחב – למשל, שאישה יהודייה בישראל פגיעה לטרבנות-גט, לעיתים בגיבוי בית-הדין הרבני, אם לא תסכים לחתום על הסכם גירושים חד-צדדי לטובת בעלה – היא דוגמה מובהקת לכישלון של דיני החוזים בכל הנוגע בקידום האידיאל של חוזה כמכשיר לקידום החירות החיובית של האדם. ההתעלמות מן ההקשר ושימת הדגש במצג שהאישה יוצרת (הנובע, מבחינתה, מסיבות הישרדותיות) נובעות מתפיסה פטריארכלית של תורת הרצון החופשי.¹¹⁴

113 בכמה מקרים בשנים האחרונות החיל אומנם בית-המשפט העליון הישראלי את דיני החוזים בתוך המשפחה. ראו, למשל, ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004); ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013). אולם הדבר נעשה במסגרת הקיימת של ההמשגה הגברית של מושגים כ"תום-לב" ועקרונות כגון "הבטחות יש לקיים", מבלי לטפל ביסודות ההיסטוריים שעל בסיסם עוצבו דוקטרינות אלה, ומבלי להתאימן להבנה מורכבת יותר של ההסכמים בתוך המשפחה.

114 לפסקי-דין שבהם נדחתה טענת עושה של אישה אשר חתמה על הסכם גירושים מקפח ולאחר-מכן ניסתה לבטלו מכוח עילת העושה ראו, למשל, ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994); בג"ץ 5548/00 אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 29.5.2001); בע"מ 974/11 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.3.2012). ראו גם הלה קרן "הצעת חוק הממונות ובעיית האונס החוזי: היש חדש תחת השמש?" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 287 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-דביר, יפעת ביטון ודנה פוגין עורכות, 2007). בע"מ 4977/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 16.8.2007) נדחתה טענת עושה של גבר נגד אשתו לשעבר. עם זאת, רוב התביעות לביטול הסכם גירושים בטענת עושה שהגיעו לבית-המשפט העליון הן של נשים. אומנם, קשה להצליח בטענת עושה בתביעות חוזיות בכלל, אלא שזו בדיוק הבעיה: החלת דוקטרינת העושה על חוזים בין זרים צריכה להיות שונה בתכלית מהחלטה על חוזים בין בני משפחה ולהביא בחשבון את ההקשרים השונים בכל אחד מהמקרים. נוסף על כך קיים קושי כללי – שאינו קשור רק לדיני החוזים – לקבל רשות ערעור לבית-המשפט העליון על פסקי-דין בענייני משפחה, המתחילים את דרכם בערכאה הראשונה בבית-המשפט לענייני משפחה, שהוא בדרגת בית-משפט שלום. התוצאה היא מיעוט דיון והכרעה בבית-המשפט העליון דווקא בשאלות שרלוונטיות לכלל הציבור. ר"ע 103/82 חנין חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982), שקבע את אמות-המידה הנוקשות למתן רשות ערעור, מצוטט לעיפה בפסיקתו של בית-המשפט העליון, ומהווה אסמכתה להדרת דיני המשפחה מבית-המשפט העליון, באופן שמתעלם מייחודו של תחום זה, אשר לעולם מתחיל את דרכו בערכאה הראשונה בדרגת בית-משפט שלום, בניגוד לכל תחומי המשפט האזרחי האחרים.

התשתית התרבותית של "הרצון החופשי" כתבנית גברית נעוצה, לדעתי, בהבניה החברתית השונה של נשים ושל גברים ביחס למקומם במערכות יחסים, כפי שטענה קרול גיליגן. בעוד גברים מחונכים מגיל רך לעמוד על זכויותיהם, נשים מחונכות לשמור על מערכות יחסים, גם במחיר של מחיקת צורכיהן.¹¹⁵ ההקשר של הסכמי גירושים מדגים באופן מרתק את הפער שבין רצון חופשי גברי לבין רצון חופשי נשי: לנוכח הכוח המוחלט של הגבר היהודי במשפט הישראלי לשלוט בגירושים, יש גברים שמציבים בפני האישה את הבררה הבאה (או כל גרסה דומה שלה): ותרי על חלקך ברכוש המשותף או על מזונותיך (או על שניהם), ואני בתמורה אסכים לתת לך גט ולא אלחם על משמורת הילדים. האם ניתן ברצינות לטעון שאישה המסכימה לתנאים אלה עושה זאת ברצון מלא שאין בו פגם? גבר יהודי נשוי בישראל יכול לחיות עם אישה אחרת בלא גירושים; בנסיבות מסוימות הוא יכול לקבל היתר לשאת אישה נוספת (שהרי הדת היהודית היא פוליגמית, ולכן למרות הפללת ריבוי נשים בחוק העונשין,¹¹⁶ נישואים נוספים שנערכים כדת משה וישראל תקפים), ואף להוליד איתה ילדים מבלי שהללו ייחשבו ממזרים (כל עוד בת-זוגו אינה "אשת איש"). לעומתו, אישה נשואה שבעלה מסרב לתת לה גט אסורה על גברים אחרים לפי ההלכה (ולפי המשפט הישראלי, שכן הוא קלט דינים אלה לתוכו). אם היא תחיה עם גבר אחר, היא לא תוכל להינשא לו גם אם בסופו של דבר תקבל את הגט ("אסורה לבעלה ובעלה"), ואם היא תהרה לגבר אחר בעודה נשואה לבעלה סרבן-הגט, ייענשו גם הילדים, באשר הם יוכתמו בכתם הממזרות. מבחינת הסכנה שבאובדן מערכת היחסים עם הילדים – בין שבני-הזוג נישאו בנישואים דתיים או אזרחיים ובין חיו כידועים בציבור – האיום של הבעל כתביעת משמורת בלעדית עלול גם הוא לגרום לאישה להסכים להסכם גירושים מקפח, מחשש לאובדן הילדים.¹¹⁷

תיאוריית הרצון החופשי הקלסית, ומכוחה תפיסת גמירת-הדעת והדגש של שתיהן במצגים חיצוניים, בנויים אם כן על המאפיינים ודרכי ההתנהגות של מחצית האוכלוסייה – הגברים. כיצד ניתן לדבר על שוויון בכוח המיקוח בהקשר הישראלי, שבו נשים הן מושא לקניין של גברים כל עוד הן אינן נשואות, וקניינם של גברים ממש עם נישואיהן?¹¹⁸ מערכת המשפט הישראלית עצמה פוגמת ברצון החופשי של נשים, ולאחר-מכן מענישה אותן שוב כאשר היא מתעלמת מהפגיעה שהיא עצמה יצרה. כפי שאסביר בהמשך, בעיה זו מאפיינת כיום גם גברים, ואינה ייחודית לנשים. ייתכן שהעיוורון כלפי שלילת הרצון החופשי המלא מנשים על-ידי מערכת המשפט אפשר במידה רבה את הפגיעה הקשה ברצון החופשי של כולם – גברים ונשים כאחד.

115 קרול גיליגן **מצטרפת להתנגדות** פרק 1 (דנה ג' פלג מתרגמת, צפוי להתפרסם ב-2014).

116 סי' ח לפרק ח לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

117 קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 76.

118 צבי טריגר "המשפט הישראלי הוא אחד": דיני המשפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של

רצף אחד "ספר דליה דורנר" 363 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

2. הדגם ה"גברי" שלאורו מתעצבים דיני החוזים של ישראל

מנחם מאוטנר הראה כיצד דיני החוזים של ישראל התפתחו על בסיס הדגם של עסקת מקרקעין.¹¹⁹ הוא הסיק זאת מכך שהייצוג של דגם זה בפסיקתו של בית-המשפט העליון הוא הגבוה ביותר מבין כל סוגי העסקות שנידונים בבית-המשפט העליון.¹²⁰ כפועל יוצא מן הדומיננטיות של עסקת המקרקעין בפסיקתו של בית-המשפט העליון, תרומתן של עסקות חוזיות אחרות, שאינן עסקות במקרקעין, ליצירת הלכות משפטיות מחייבות בדיני החוזים היא נמוכה יחסית.¹²¹ מאוטנר סבור כי החלת הלכות שנוצרו על בסיס עסקת המקרקעין על חוזים אחרים, שבמסגרתם עשויים לחול שיקולים שונים של מדיניות משפטית, הינה בעייתית: "חשיבה על כל הסוגים הרבים והמגוונים של החוזים באמצעות דין חוזים אחד... אינה יכולה לא להוליד תוצאות נורמטיביות שגויות."¹²² בהשאלה ממאוטנר, ובהמשך לטיעונו, בחלק זה אני מבקש לטעון כי דגם עסקת המקרקעין הוא בעייתי גם משום שהוא "גברי", ויתרה מזו – הדגם החוזי בכללותו הוא דגם "גברי". ממש כשם ש"חוזי המקרקעין הם המעצבים את האופן שבו אנחנו תופסים את המושג 'חווה',¹²³ אני סבור כי הנחת ה"גבריות" של הצדדים לחוזה מובלעת גם היא בתוך הגדרת החווה, בעיקר דרך הבנה מצומצמת של מושגי גמירת-הדעת, ההסתמכות והכוונה להתקשר בחווה מחייב. גם חשיבה כזו "אינה יכולה לא להוליד תוצאות נורמטיביות שגויות".

ראשית, ממצאיו של מאוטנר, שלפיהם דיני החוזים הישראליים מבוססים על דגם עסקת המקרקעין, מוכיחים כי דיני החוזים הישראליים מבוססים גם על דגם גברי, שכן עסקת המקרקעין – להבדיל מהסכמים בין בני-זוג או הסכמי גירושים, למשל – היא טריטוריה תרבותית גברית. עסקת המקרקעין מתרחשת בספֶרה הציבורית, מחוץ לבית, ולכן דיני החוזים מחילים את עצמם עליה בלא היסוס, מכוח דוקטרינת הכוונה ליצירת יחסים משפטיים. לעומתה, "ההבטחות הלא-משפטיות, שבסיסן מוסרי בלבד",¹²⁴ מתקיימות בספֶרה הפרטית, בבית, שהוא הטריטוריה הנשית בתרבות. גם הסכם הגירושים, שבא לעולם על רקע קריסת הספֶרה הפרטית, אינו יכול להיבחן לפי אמות-

119 מאוטנר, לעיל ה"ש 2. זאת, להבדיל מדין החוזים האנגלו-אמריקאי, שהתפתח על בסיס הדגם של עסקת מכר טובין. שם, בעמ' 533.

120 שם, בעמ' 547. כך, למשל, מתוך 1,729 חוזים שנידונו בכל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שהתפרסמו בפד"י מכרך א ועד כרך ס, 443 חוזים עסקו בקניית מקרקעין (יותר מרבע מהחוזים שנידונו), ורק 43 חוזים (כ-2.49% מכלל החוזים) היו הסכמי גירושים. שם, בעמ' 545. סך כל החוזים שעניינם מקרקעין בפסיקת בית-המשפט העליון שפורסמה בפד"י בטווח השנים שצוין לעיל עומד על 36.5% מכלל העסקות שנידונו בבית-משפט זה.

121 שם, בעמ' 559.

122 שם, בעמ' 532.

123 שם, בעמ' 530.

124 אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כב 647, 663 (1999).

המידה המשמעות לבחינת עסקות בין זרים, במיוחד כאשר לזוג יש ילדים. בניגוד לעסקות מקרקעין רבות, שבהן הצדדים זרים זה לזה לפני העסקה, במהלכה ועם השלמתה, ואז הם אמורים להיפרד לחלוטין זה מזה, כאן הצדדים קשורים זה לזה לא רק בעבודות משפטיים, אלא גם משפחתיים ורגשיים, לשארית חייהם. לכן זה משונה לבחון את שאלת גמירת-הדעת (או טענת העושה) של אחד הצדדים תוך הסתמכות על אסמכתות בשאלה זו מסכסוכי מקרקעין.¹²⁵

דין חוזים שאינו כולל בין מקורות התפתחותו את הספרה הפרטית (ולמעשה מדיר אותה, שכן הוא אינו מחיל את עצמו עליה) הוא דין שמבוסס בהכרח באופן בלעדי על דגם תרבותי גברי. אף שנשים ממלאות תפקיד מרכזי בכלכלה הקפיטליסטית, בעיקר (עדיין) כעקרות-בית וכמי שמאפשרות בכך את עולם העסקים שמתקיים מחוץ למשק-הבית, דיני החוזים לא התעצבו באופן שמבטא הן את העובדה שנשים עושות עסקות אחרות מאלה שגברים עושים (בשל אכיפה פטריארכלית של חלוקת התפקידים המסורתית בין המינים) והן את העובדה שכאשר נשים עושות עסקות, הן עושות אותן ותופסות אותן בצורה אחרת (שוב, בשל הציפיות התרבותיות מהן והמגבלות שהתרבות מציבה בפניהן, כפי שתואר בפרק א של מאמר זה).¹²⁶

שנית, אני סבור שקיים מובן נוסף שלפיו דיני החוזים התפתחו על-פי דגם "גברי". במונח "דגם גברי" אני מכוון לקיומה של מהות גברית כלשהי או להעדרן המוחלט של נשים מדיני החוזים או מעיצובם, אלא ל"גבריות" כפי שהתרבות מגדירה אותה: אקטיביות, רציונליות וכדומה. הדגם הגברי של דיני החוזים מתאפיין בהבנה חלקית של מושגי האוטונומיה והרצון הפרטי.

אפשר אולי להבין את גבריותו של מושג גמירת-הדעת, ואת יחסו הספקני של בית-המשפט לעילות כגון עושה או כפייה ולהיתכנותה של כריתת חוזה מתוך העדר גמירת-דעת וכוונה מלאה להתקשר בחוזה, גם כתוצר היותם של גברים "שחקנים חוזרים" במערכת המשפט, במיוחד לנוכח העדרן של נשים מן הספרה הכלכלית שמחוץ לבית. במונח "שחקנים חוזרים" אני מכוון למשהו שונה במעט מזה שאליו כיוון גלנטר, שטבע את המונח,¹²⁷ שכן אני סבור כי ניתן לבחון לא רק פרטים או תאגידים כ"שחקנים חוזרים" במערכת המשפט, אלא גם קבוצות חברתיות. במובן זה, הגברים, בשל שליטתם בכלכלה ובחיי המסחר, מהווים "שחקנים חוזרים" כקבוצה חברתית, גם אם גברים רבים אינם כאלה בעצמם, בעוד נשים (שוב, כקבוצה חברתית) מהוות ברוב המקרים

125 כפי שקרה, למשל, בפרשת פגס, לעיל ה"ש 114, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.
126 יתרה מזו, כפי שמאוטנר טוען, יותר ויותר חוזים שנכרתים כיום הם חוזים למתן שירותים, ובמובן זה הם רחוקים מאוד מהדגם ה"גברי" של חוזה עסקה המשמש בסיס לתיאוריה הקלסית של דיני החוזים ולניתוח הכלכלי שלהם. ראו צבי טריגר ומנחם מאוטנר "דיאלוג על החינוך המשפטי" המשפט יט 95, 79 (2014).

127 מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" מעשי משפט ד 15 (ישי מישורי מתרגם, 2011). זהו תרגום של גרסה מקוצרת, משנת 1995, של המאמר המלא: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

"שחקניות מזדמנות". משום כך ניתן לשער שהגברים, כשחקנים חוזרים, תורמים יותר לעיצוב המשפט בכלל, ולעיצוב דיני החוזים בפרט, בצלם ערכיהם ובדמותם.¹²⁸

3. נוכחות של גברים ונשים בתיקים בעלי היבטים חוזיים

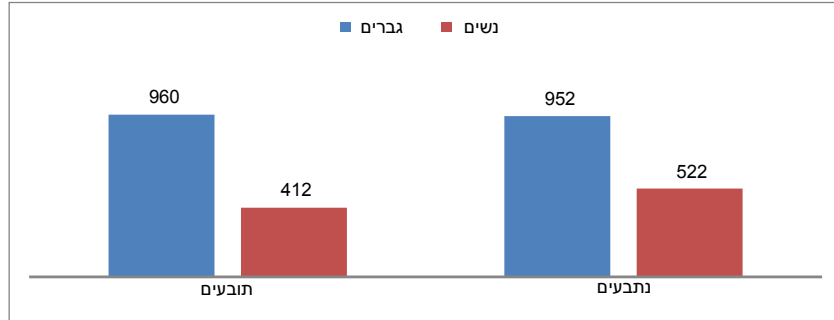
בבואי לבחון את הדברים אמפירית שיערתי כי התובנה שלבתי-המשפט מגיעים סכסוכים חוזיים "גבריים" – ושחוזים הנכרתים באופן טיפוסי על-ידי נשים מגיעים פחות להכרעה שיפוטית, בין בשל היותם "בלתי-שפיטים" לפי הדוקטרינה הקיימת ובין בשל היותם פחותי ערך חברתי (בשל הדרת הספירה הפרטית מהתחום היוקרתי לכאורה של העולם הכלכלי) – אמורה לבוא לידי ביטוי במספרי התובעות והנתבעות לעומת התובעים והנתבעים. פער מספרי לרעת נשים עשוי לחזק טענה זו, והערכתי כי פער כזה אכן יימצא.

בדיקה של פסקי-הדין החוזיים של בית-המשפט העליון מקום המדינה ועד לתחילת שנות האלפיים מאששת את ההשערה כי הגברים כמתדיינים הם שחקנים חוזרים בפיתוח דיני החוזים בישראל, וכי נוכחותן של הנשים בתחום זה פחותה. גברים תובעים יותר ונתבעים יותר מאשר נשים: בשני העשורים הראשונים למדינה היה סך כל הגברים המתדיינים גבוה פי ארבעה מסך הנשים המתדיינות; ובשני העשורים האחרונים סך כל הגברים המתדיינים כמעט כפול מסך הנשים המתדיינות. הפערים הללו מובהקים מבחינה סטטיסטית.

הבדיקה הקיפה את כל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שפורסמו בפד"י בין השנים 1949 ל-2006 ואשר קודדו על-ידי עורכי הפד"י כעוסקים, בין היתר, בדיני חוזים. בסך-הכל נבדקו 1,629 פסקי-דין. בבדיקה נרשם מינם של התובעים והנתבעים. תרשים 1 מציג את התוצאות.

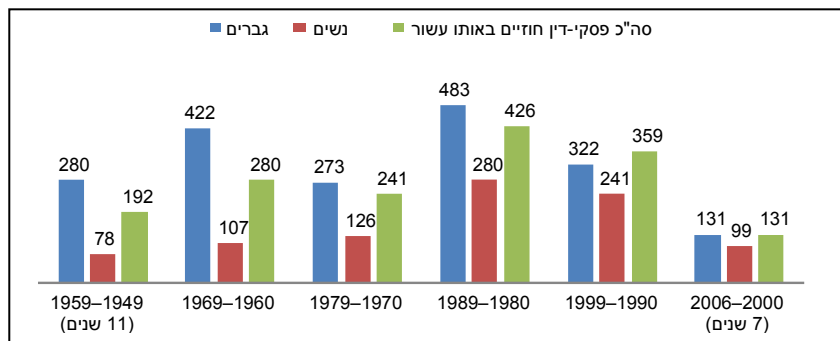
128 ביטוי נוסף ל"גבריות" של המשפט נמצא בעצם האדוורסריות של ההליך. גם כאשר מדובר בחוזי יחס, שהצדדים ראו בהם מכשיר לשיתוף-פעולה כל עוד לא היו מסוכסכים, דפוס פעולה זה ננטש כאשר הם נכנסים אל בין כותלי בית-המשפט. בתי-המשפט, בשל אופן עיצובו של ההליך האדוורסרי, מעודדים (לא במתכוון) הסלמה של הסכסוכים, ומרחיקים את האפשרות לפתור אותם באמצעים שהצדדים השתמשו בהם במהלך יחסיהם התקינים. Linda Mulcahy, *The Limitations of Love and Altruism – Feminist Perspectives on Contract Law*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON CONTRACT LAW 1 (Linda Mulcahy & Sally Wheeler eds., 2005). גישות חדשות לפתרון סכסוכים, כגון גישור או הליך שפיטה טיפולי (שרלוונטי במיוחד למערכות יחסים מתמשכות אשר יש לצדדים עניין – כלכלי או רגשי – בהמשכותן), תופסות בהדרגה מקום גם במערכת הישראלית, אולם הן רחוקות עדיין מלהוות דרך-המלך לפתרון סכסוכים. לדיון בהליכים אלה ראו, למשל, קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" המשפט טז 525 (2011).

תרשים 1: מספר התובעים ומספר הנתבעים בתיקים חוזיים בחלוקה לנשים וגברים, 2006–1949



ניתן לראות כי מספר הגברים הנתבעים בסכסוכים בעלי היבט חוזי כלשהו כמעט כפול ממספר הנשים, ואילו כאשר מדובר בהגשת תביעה, מספר הגברים שמתתפים בייזום תביעה¹²⁹ גדול יותר מפי שניים ממספר הנשים. האם ניתן להצביע על מגמות בהשתתפות גברים ונשים בתביעות בעלות היבטים חוזיים לפי עשורים? תרשים 2 מציג את הנתונים המספריים שעולים מן המחקר.

תרשים 2: מספר המתדיינים בתיקים חוזיים בחלוקה לנשים וגברים לפי עשורים

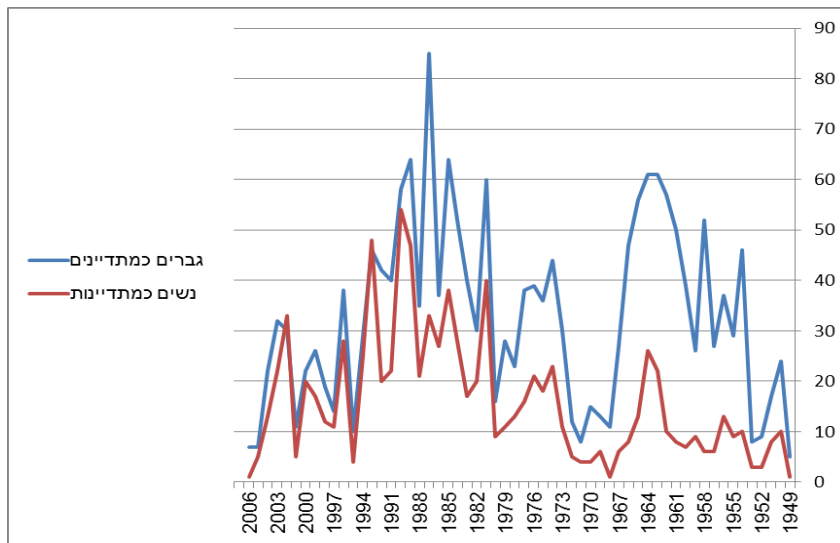


אף-על-פי ששיעור הייצוג של נשים בתביעות חוזיות עולה בעקביות לאורך העשורים, ניתן לראות כי המין הגברי הוא שחקן חוזר מובהק. רק בשנים 2006–2000 מספר הנשים המתדיינות מתקרב באופן משמעותי למספר הגברים המתדיינים בתיקים בעלי היבטים חוזיים. תרשים 3 מציג את השוואת סך כל המתדיינים (תובעים ונתבעים) לפי מין בתקופת המחקר – 2006–1949, ותרשימים 4 ו-5 מציגים אותה השוואה לגבי תובעים ולגבי נתבעים בנפרד.

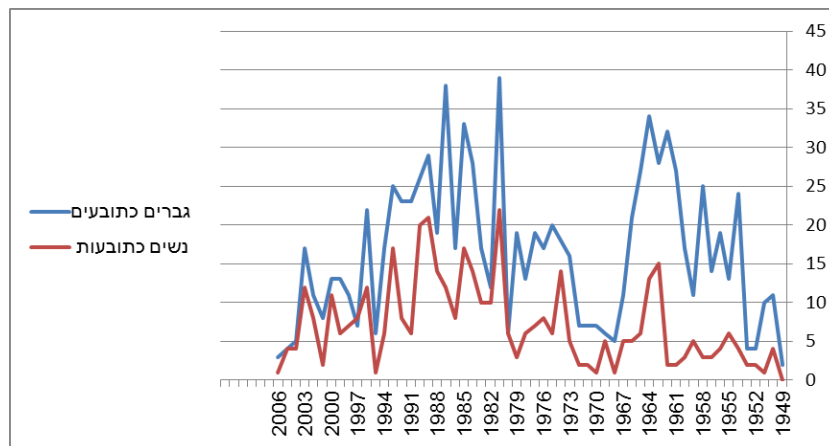
¹²⁹ בפסקי-דין רבים יש יותר מתובע אחד ומנתבע אחד. המחקר הנוכחי בחן את מספר התובעים והנתבעים לפי מינם באופן כולל.

המסקנה שעולה באופן ברור מתרשימים 3–5 היא עליונותם המספרית של גברים על נשים כתובעים וכמערערים בתביעות בעלות היבטים חוזיים. הם רוב היוזמים של ההליך המשפטי בסכסוכים חוזיים, בין שמדובר בתביעה ובין שמדובר בערעור. הפעמים היחידות שבהן נשים זוכות בעליונות מספרית בתקופת המחקר הן כנתבעות או כמשיבות. אף-על-פי-כן, הייצוג המספרי של נשים כמתדיינות בתביעות חוזיות הולך ומתקרב לזה של גברים.

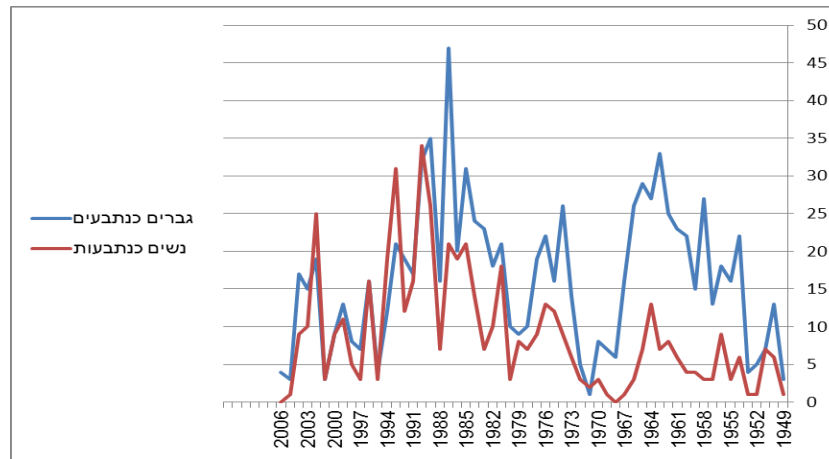
תרשים 3: השוואת מספרי המתדיינים בתיקים חוזיים לפי מין, 1949–2006



תרשים 4: השוואת מספרי התובעים בתיקים חוזיים לפי מין, 1949–2006



תרשים 5: השוואת מספרי הנתבעים בתיקים חוזיים לפי מין, 1949–2006¹³⁰



מכיוון שמחקר זה בוחן רק את הייצוג המספרי בקרב המתדיינים,¹³¹ אעלה כמה השערות ראשוניות בנוגע לסיבות האפשריות לצמצום הפער בין נשים לגברים כמתדיינים. ראשית, ייתכן שהדבר משקף את העלייה של ייצוג נשים כשחקניות בספירה הציבורית. השערה זו מתיישבת עם עליית השתתפותן של נשים בשוק העבודה ועם השיפור המסוים שחל אצל חלק מהנשים בכל הנוגע בעצמאות כלכלית. שנית, ייתכן שיש מרכיב דורי: ישראל נהפכת בהדרגה לחברה ליטיגטורית – כזו שמעבירה יותר ויותר סכסוכים לבתי-המשפט – ונשים מושפעות גם הן מתהליך זה. אם השערה זו נכונה, הדבר מצביע על מגמה אנטי-פמיניסטית, שנשים שותפות לה, בדמות נטייה הולכת וגוברת לאדוורסריות והעדפתה על יישוב סכסוכים בדרכים אחרות. כך או כך, איני סבור כי די להמתין עוד כמה שנים עד שהמספרים ישתוו מעצמם, שכן, כפי שנטען במאמר זה, דרוש ייצוג רעיוני, ולא רק מספרי.

שינוי משמעותי נוסף בנוכחות של נשים ביצירת דיני החוזים קשור לעלייה במספר השופטות ועורכות-הדין. מחקר שנערך בשנת 2008 באמצעות ספירת השופטות

130 ניתן לראות כי למן קום המדינה היו לא מעט שנים שבהן מספר הנתבעות היה זהה כמעט למספר הנתבעים (שנים כאלה נרשמו למעשה בכל העשורים, למעט בשנות השישים), ולפעמים הוא אף עלה על מספר הנתבעים (בשנות התשעים ובתחילת שנות האלפיים). המשמעות האפשרית של שוויון חלקי זה תידון במאמר נפרד. מחקר זה התמקד בבדיקת הנוכחות הכללית של נשים כמתדיינות בתיקים חוזיים בהשוואה לזו של גברים. מכל מקום, ייתכן מאוד שהשוויון בשנים מסוימות בין מספר הנתבעות לבין מספר הנתבעים דווקא מחזק את הטענה במאמר זה, שכן הדבר מבליט עוד יותר את העובדה שנשים יזמו פחות תביעות חוזיות מאשר גברים בתקופת המחקר.

131 לאפיון תוכני של התביעות והערעורים יוקדש מחקר נפרד.

והשופטים באתר הנהלת בתי-המשפט מצא כי נשים מהוות 51% מהשופטים.¹³² בחלוקה לפי ערכאות נמצא כי בבית-המשפט העליון נשים מהוות 43% מכלל השופטים; בבית-המשפט המחוזי – 44%; בבית-הדין האזורי לעבודה – 73%; בבית-המשפט לנוער – 73%; ובבית-המשפט לענייני משפחה 59% מכלל השופטים.¹³³ בערכאות הגבוהות נשים הן עדיין מיעוט: בבית-המשפט העליון 57% מכלל השופטים הם גברים; בבית-הדין הארצי לעבודה – 57%; ובבית-המשפט המחוזי – 56% מכלל השופטים. כפי שקמיר מציינת, "למרות העליה המשמעותית במספרן של נשים שופטות – הן עדיין נדחקות לתחומים נשיים סטראוטיפיים כמו משפחה, טף וישוב סכסוכים במקום העבודה", ומה שאינו מוזכר במחקר הוא שבערכאות הדתיות אחוז הגברים הוא 100%.¹³⁴ ובכל-זאת, נוכחותן של נשים בעיצוב המשפט – בין כיוזמות הליכים משפטיים כתובעות ובין כעורכות-דין או כשופטות – עלתה בצורה משמעותית. האם הדבר עשוי לשנות את הדגם הגברי שלפיו דיני החוזים מעוצבים לטענתי?

אומנם, הדגם הגברי של דיני החוזים עוצב בהעדרן של נשים, ודחיקתן אל מחוץ לדיני החוזים הוצדקה באופן מעגלי בכך שנשים אינן משתתפות כלל בחיי המסחר, וזאת תוך התעלמות מן העובדה שפשוט נאסר עליהן לעשות זאת. אולם נוכחותן העולה של נשים בעיצוב הדין לא תתקן מעצמה את העוול ולא תתרום בהכרח לעיצוב דגם אנושי, אוניוורסלי באמת, של דיני החוזים, בלא מודעות לשורשים הפטריארכליים של דיני החוזים. זו אינה (רק) שאלה של ייצוג הולם פרסונלי, אם כי הייצוג הפרסונלי חשוב. זוהי בעיקר שאלה של ייצוג הולם רעיוני, ונוכחותן של נשים אינה ערובה (למרבח הצער) לקידום רעיונות פמיניסטיים. אלפי שנות דיכוי גרמו לכך שנשים רבות הפנימו את עולם הערכים הפטריארכלי, והן נרתעות מזיהוי עם סדר-יום פמיניסטי מחשש להגחכה או להאשמה בחוסר אובייקטיביות.¹³⁵ אולם שורה הולכת וגדלה של מחקרים

132 הילה רו "מחקר חדש קובע: בישראל יותר שופטות משופטים; מתוך 661 בעלי תפקיד שיפוטי – 340 הן נשים" *TheMarker* 28.5.2008 www.themarker.com/law/1.502722

133 לביקורת על דרך הצגת המחקר בעיתונות ועל המניעים שמאחוריו ראו אורית קמיר "הנשים השתלטו על השפיטה", 'הורות שווה', חזקת הגיל הרך והטעיה עיתונאית" *2nd Opinion* 6.6.2008. 2nd-ops.com/orit/?p=44755

134 שם.

135 להתרחקות מזיהוי עם פמיניזם באופן כללי ראו רוזנבלום וטריגר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 67–70 ("אני לא פמיניסטית"). למחקרים על פסיקה שמרנית של שופטות בתיקים של הטרדה מינית, הפליה בעבודה ובשכר עבודה, הפלות, זכויות של אימהות ומאבקי משמורת, כנראה כדי להוכיח "אובייקטיביות", ראו, למשל: Theresa M. Beiner, *Diversity on the Bench and the Quest for Justice for All*, 33 OHIO N.U. L. REV. 481, 484 (2007). ביינר מסתמכת, בין היתר, על המחקר הבא של סגל: Jennifer A. Segal, *Representative Decision Making on the Federal Bench: Clinton's District Court Appointees*, 53 POL. RES. Q. 137, 142 (2000). סגל מראים כי ייצוג סמלי לא היתרגם, בקבוצה שנבדקה, לייצוג רעיוני. שם, בעמ' 144–147. מחקרה של סגל העלה ממצאים דומים באשר לשופטים שחורים ולפסיקותיהם בנושאים של הפליה על בסיס גזעי. גם הם נטו להיות שמרנים יותר בפסיקותיהם מן השופטים הלבנים שישבו בדין באותם תיקים. סגל סבורה כי גם השופטות וגם השופטים השחורים היו מודעים לציפיות מהם, מחד

אמריקאיים בתחום השפיטה מצביעים על כך שבטווח הארוך גיוון דמוגרפי של שופטים ומינויים של שופטים ושופטות מקבוצות מוחלשות (נשים, שחורים וכדומה) משפיעים באופן מהותי על פיתוח הדוקטרינה באופן שמודע יותר להפליה ולהשלכותיה.¹³⁶ כך או כך, מחקר זה עוסק כאמור בתתי-יצוג בדוקטרינות חוזיות של נשים כמתדיינות ושל מחלוקות חוזיות אשר בשל סיבות היסטוריות, תרבותיות וחברתיות הן בעיקר נחלתן של נשים.

4. הפוטנציאל של חוזה היחס לשמש דגם אנושי (נשי+גברי) הולם

דגם החוזה הטיפוסי שחוק החוזים (חלק כללי) יוצר הוא חוזה עסקה: חוזה שכריתתו וביצועו קצרים ופשוטים, ואשר נכרת בין זרים בדרך של הצעה וקיבול, קרי, אין בו סממנים כלשהם של שיתוף-פעולה, גמישות או ערבות הדדית. אומנם, החוק מטיל חובה לנהל את המשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת (סעיף 12 לחוק), ואף לבצע את החוזה ולעמוד על זכויות הנובעות ממנו בתום-לב ובדרך מקובלת (סעיף 39 לחוק); אולם יציקת התוכן הרואה בחוזה מכשיר לשיתוף-פעולה, תוך הבנה רחבה של מושג תום-הלב, נעשתה על-ידי בית-המשפט העליון, ואינה קיימת בחוק. בניגוד לדגם טיפוסי זה, המתיימר לייצג את האופן שבו חוזים נכרתים בישראל, אימץ בית-המשפט העליון את הגישה שלפיה לעיתים חוזה נכרת באופן שונה מזה המתואר בחוק החוזים.¹³⁷ דגם החוזים הזה זכה במחקר הסוציולוגי בשם "חוזה

גיסא, אך גם לחשדות כלפיהם, מאידך גיסא, עם מינוים לתפקידי שפיטה, וכדי להוכיח שהם אינם מעדיפים את חברי הקבוצה שהם משתייכים אליה רק משום השתייכותם, הם נטו כנראה לפסיקה שמרנית יותר. שם, בעמ' 147.

136 ראו, למשל: Sherrilyn A. Ifill, *Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence*, 57 WASH. & LEE L. REV. 405, 412–413 (2000); Michael E. Solimine & Susan E. Wheatley, *Rethinking Feminist Judging*, 70 IND. L.J. 891, 896–897 (1995); Theresa M. Beiner, *Female Judging*, 36 U. TOL. L. REV. 821 (2005). למחקר השוואתי שבחן את השפעת מינוין של שופטות על הפסיקה בארצות-הברית, באנגליה ובאיחוד האירופי ראו: SALLY J. KENNEY, *GENDER & JUSTICE: WHY WOMEN IN THE JUDICIARY REALLY MATTER* (2013). קנדי בוחנת בספרה את המתח שבין ייצוג פרסונלי בקרב שופטים לבין תוצאות הפסיקה, את הסכנות שבייחוס יתר אהדה לזכויות נשים לשופטות, ואת המורכבות הכרוכה בטיעון בדבר ייצוג הולם בכל הנוגע בביקורת מכיוון הפמיניזם על המהותנות של תפיסת-עולם זו.

137 מאוטנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288–293; מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" *עיוני משפט* כט 17, 39–45 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית"). כפי שמציין מאוטנר (שם, בעמ' 40), בע"א 3912/90, *Eximin S.A.*, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 82 (1993), יש פסקה שבה הנשיא שמגר כותב שבע פעמים כי החוזה הוא מכשיר לשיתוף-פעולה. ראו גם רע"א 1185/97 *עזבון מילגרום נ' מרכז משען*, פ"ד נב(4) 145 (1998).

יחס¹³⁸. חוזה יחס מסדיר יחסים חוזיים ארוכי-טווח (למשל, חוזי עבודה, חוזי שכירות, חוזי זכיינות, חוזי נישואים ועוד). ספרות משפטית וסוציולוגית עשירה ורבה פיתחה תובנות אלה, וניתחה ממצאים אמפיריים בדבר היות החוזה מכשיר לשיתוף-פעולה.¹³⁹ האם ניתן לראות בחוזה היחס משום מודל אנושי מלא יותר שמביא בחשבון את מורכבותם של היחסים האנושיים, אשר המודל הקלסי, ה"גברי", מחמיץ בשל חלקיותו? לכאורה, באימוצו של חוזה היחס על-ידי בית-המשפט העליון יש משום תמיכה בטענה שהדגם ה"גברי" של חוזה העסקה איבד את הבכורה כגורם המרכזי בהבנת חוזים ובפרשנותם. אכן, ביסודו של דבר ייתכן שמדובר בצעד חשוב בכיוון נכון, אולם אני סבור שגם דגם חוזה היחס פועל במסגרת הדפוס ה"גברי" של החשיבה החוזית, משום שגם הוא נסמך על הבנה חלקית של מושגי הכוונה וגמירת-הדעת. במובנים רבים, כפי שטוען מאוטנר, דין החוזים הישראלי נסמך עדיין "במידה משמעותית על רובד התשתית של התיאוריה הקלסית"¹⁴⁰ של דיני החוזים.

חוזה היחס אינו יכול לשמש דגם "נשי" חלופי גם משום שההקשר התרבותי שבו הוא מתקיים – מערכת יחסים עסקית מתמשכת שבמסגרתה פנייה לבית-המשפט במקרה של התגלעות סכסוך בין הצדדים תהיה צעד אחרון בלבד וייעשה כל מאמץ להימנע ממנה¹⁴¹ – הוא דגם "גברי" המניח שפה וקודים תרבותיים פנימיים לעולם העסקי, הנשלט לחלוטין כמעט על-ידי גברים.¹⁴² למרות זאת, היו שזיהו פוטנציאל פמיניסטי בדגם חוזה היחס, ולו רק משום שהוא מציג מבט מורכב יותר על העסקה החוזית מזה שדגם חוזה העסקה מציג, ומכיר בכך שבמהלך ביצוע החוזה עשויים להיווצר יחסים ומחויבויות בין-אישיים שדין החוזים הקלסי אינו מסוגל לזהות ולהכיר בהם.¹⁴³

138 Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963). מקולי ראיין לצורך מחקרו אנשי עסקים בוויסקונסין, והראה כי רק לעיתים רחוקות הם נעזרים באמצעים משפטיים כדי לשנות חוזים ארוכי-טווח, וכי לחיצות-יד ו"מילה של גבר" משמשות אותם הרבה יותר מאשר שינוי פורמלי של החוזה. נוסף על כך הוא מצא כי לדעת רוב אנשי העסקים, סנקציות חברתיות – כגון אובדן מוניטין או אובדן עסקות חוזרות – הן אפקטיביות הרבה יותר מאלה המשפטיות, ולכן הם נמנעים ממשפוט של יחסים חוזיים קיימים כאשר צריך לשנות את תוכני החוזים.

139 ראו, למשל, נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" **הפרקליט** לז' 13 (1986); גבריאלה שלו **דיני חוזים** 9 (מהדורה שנייה, 1995); מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 137, בעמ' 39–42; עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 39–69, 179–220 (2007).

140 מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 533.

141 Macaulay, לעיל ה"ש 138.

142 ראו לעיל פרק א.

143 קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 127–130; Patricia A. Tidwell & Peter Linzer, *The Flesh-Colored Band Aid – Contracts, Feminism, Dialogue, and Norms*, 28 HOUS. L. REV. 791, 794–800, 814 (1991).

5. מה ניתן ללמוד מחוזה הנישואים הישראלי על התפתחותם של דיני החוזים בישראל?

חוזה הנישואים הישראלי הוא חריג בולט (ובוטה) לעקרון חופש החוזים. מדובר בחוזה שהצדדים אינם חופשיים באשר לצורתו (הוא חייב להיערך לפי הדין הדתי; הכתובה, שמעגנת את זכויותיה הממוניות של הכלה, נחתמת על-ידי החתן ואבי הכלה, אבל לא על-ידי הכלה, והיא אינה צד לה; החתן מקדש את הכלה, אך הכלה אינה יכולה לקדש את החתן, ועוד), באשר לבחירת הצד האחר (ניתן לבחור רק בצד שכשיר לנישואים לפי הדין הדתי, דהיינו, בן/בת המין הנגדי שאינו כפוף לאיסורי חיתון דתיים, כגון ממזרות או כהן עם גרושה או אלמנה) ובאשר לתנאי החוזה (למשל, גבר יכול לשכב עם אישה שאינה אשתו בלי השלכות כלכליות, בעוד אישה אינה יכולה לשכב עם גבר שאינו בעלה בלא השלכות כלכליות ואחרות).

במסגרת חוזה זה, מעמדה המשפטי של האישה מוגבל באופן משמעותי. בדין העברי, למשל, שבו הנישואים מכונים "מעשה קניין", הגבר רוכש בעלות באישה עם נישואיהם.¹⁴⁴ לא רק שאין הצדדים חופשיים להתנות על מרכיב הקניין שבנישואים בישראל, אלא שכתוצאה מכירתו של חוזה זה האישה מאבדת מאישיותה המשפטית. הדבר בא לידי ביטוי בצורה המובהקת ביותר בפגיעותה במהלך הגט ובסכנה של סרבנות-גט או עגינות שיפגעו בחירותה להיכנס למערכת יחסים חדשה (בשל חשש "אשת איש") ואולי להוליד ילדים עם גבר אחר (בשל חשש ממזרות). מכיוון שדיני הנישואים והגירושים הדתיים נקלטו אל המשפט הישראלי, והם היחידים שמכוחם ניתן להתחתן ולהתגרש בארץ,¹⁴⁵ מדובר בחלק מהדין הישראלי לכל דבר ועניין. לכאורה, זהו דין חוזים שפטור מכללי הפרשנות במשפט הישראלי, ולכן גם מכפיפות לעקרונות הכלליים של דיני החוזים, כפי שהם באים לידי ביטוי בחוק החוזים (חלק כללי).¹⁴⁶

144 בבלי, קידושין ב, ע"א. כפי שמצינת רות הלפרין-קדרי, "...לפי ההלכה אין איש מקודש לאישה כלל. קידושיו עם אשה אחרת ייתפסו, הגם שיהיו אסורים, בהיותם נוגדים את חרם דרבנו גרשום. כל קשר מיני שלו עם אישה אחרת איננו אסור מדאורייתא (ולפיכך אין כל פסול בילדים שנולדים מקשר כזה), איננו נושא עמו כל סנקציה ממונית, ולכל היותר יכול להוות בסיס לקיומה של עילת גירושין שהשימוש בה אינו רב". רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105, 119 ה"ש (2001).

145 בנוגע ליהודים – מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, וס' 5 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האשה).

146 אוימן, בפועל גם המחוקק וגם בית-המשפט העליון התערבו בדין הדתי: ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה שיקם באופן מוגבל היבט מסוים בכשרותה המשפטית הפגומה של האישה הנשואה במשפט העברי, וביטל את המוסדות של "נכסי צאן ברזל" ו"נכסי מלוג"; ובית-המשפט העליון החיל את עקרון תום-הלב על נסיונות השתמטות ממזונות שהושתתו על הטענה כי מדובר בנישואים אסורים לפי הדין העברי (ראו, למשל, ע"א 4590/92 **כהנא נ' כהנא** (פורסם בתקדין, 30.1.1994)). אולם עקרון תום-הלב החוזי אינו מוחל על-ידי בתי-הדין הרבניים, שגם הם ערכאה ישראלית. למעשה,

גם תשתיתם התרבותית של ההיבטים האזרחיים של הנישואים היא פטריארכלית, ולכן במקרה זה ויתור על עקרונות דתיים אינו בהכרח פתרון מספק לבעיה. כך, למשל, חזקת שיתוף הנכסים, שהיא חזקה קניינית (ולא חוזית) מהפכנית מבחינת מעמדה הכלכלי של אישה נשואה, התפתחה על בסיס תפיסה נוקשה של חלוקת עבודה מסורתית בין המינים. זוהי חזקה שמכוחה, בהתקיים תנאיה של החזקה, רכוש שנצבר במהלך הנישואים שייך בחלקים שווים לשני בני-הזוג, בלא קשר לזהותו של בן-הזוג שמהכנסתו נרכש הנכס. הנה, למשל, ביטוי אופייני של עקרונות חזקת השיתוף בפסיקת בית-המשפט העליון, מפי השופט אֶלון, שכתב את דעת הרוב בפרשת **ליברמן**:

"מרכיב חשוב ומהותי ביצירת החזקה בדבר שיתוף נכסים בין בני הזוג הוא המאמץ המשותף, זה של האישה בתוככי הבית, שבא לידי ביטוי בגידול הילדים ובניהול משק הבית, וזה של הבעל מחוץ לבית המשתכר בעבודה או מניהול עסק..."¹⁴⁷

גם השופט דב לוין, מחבר דעת המיעוט באותה פרשה, כתב דברים ברוח דומה "על חלקה המבורך של 'אשת החיל' בקיום המסגרת המשפחתית האמיצה וההרמונית"¹⁴⁸. לדבריו:

"אין להקל ראש ולהמעיט בתרומה הנכבדה, שתורמת בת הזוג לצמיחת הנטע המשפחתי ולבלובו בעשייתה החיובית והברוכה בביתה פנימה: ניהול משק הבית, סיפוק כל צרכיו של הבעל וצורכי הילדים, גידול הילדים וחינוכם, יצירת אותו קן חם לחיי המשפחה – בכל אלה יש תרומה של ממש ליצירת אווירה טובה, המסייעת בקידום הישגי המשפחה גם בתחום הכלכלי. ניתן לומר, כי עשיית האישה בבית ופעילות הבעל בעסקיו הן כשתי זרועות הפועלות יחדיו,

בתי-הדין הרבניים, בניגוד להלכת בבלי (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)), מסרבים לרוב להחיל את הדין הטריטוריאלי על שאלות שאינן שאלות של מעמד אישי, לא כל שכן להחילו על חוזה הנישואים. גם בתי-המשפט האזרחיים, למעט החלת עקרון תום-הלב החוזי בסוגיית המזונות, לא הרחיבו באופן משמעותי את תחולתם של העקרונות החוזיים הכלליים על חוזה הנישואים. בנוגע להסכמות שבין ידועים בציבור, ההסדרה האזרחית בכלל, והחוזית בפרט, היא מעט נרחבת יותר. לדיון בהסדרה הקיימת והרצויה של דיני הידועים בציבור ראו, למשל, שחר ליפשיץ "הסדרה אזרחית של הזוגיות: בין תחליף ותגובת נגד לחלופה עצמאית" **ספר דניאל: עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 549 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008). בנוגע לנישואים אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ ראו שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים י** 447 (2009).

147 ע"א 630/79 **ליברמן נ' ליברמן**, פ"ד לה(4) 367, 359 (1981).

148 שם, בעמ' 365.

החובקות את גזעו האיתן של קן המשפחה על כל מרכיביו ומשתלבות זו בזו.¹⁴⁹

העלאתו על נס של תפקידה החשוב לכאורה של האישה במסגרת חלוקת תפקידים זו חוזרת שוב ושוב כהצדקה לאי־החלתם של דיני החוזים על הספֶרה המשפחתית, וגם כאשר בית־המשפט יוצר חזקה מהפכנית דוגמת חזקת השיתוף, אשר כופרת בהעדר הערך הכלכלי המיוחד בתרבות לעבודות הבית, הדבר נעשה בנימה פטרונית ומתנשאת כלפי האישה, תוך חלוקה נוקשה בין תפקידים "גבריים" לבין תפקידים "נשיים" ותחושה שבית־המשפט והדין עושים עימה חסד. נוסף על כך, החזקה שבית־המשפט יוצר כאן אינה פתרון חוזי לפגיעותן של הנשים במסגרת הנישואים הדתיים, אלא פתרון קנייני; חזקת השיתוף כשלעצמה לא החילה את דיני החוזים על עצם הכניסה לקשר הנישואים או על ההתחייבויות בין בני־הזוג, אלא נועדה רק למנוע את החלת הדין העברי על חלוקת הרכוש בין בני־הזוג, שהוא דין רישום הבעלות בנכס (כלומר, כל צד מקבל את הרכוש שרשום על שמו).

מכיוון שהדגם הגברי של דיני החוזים אינו דגם אנושי מלא, "גבריותם" של דיני החוזים באה לידי ביטוי בבעיות שכולם סובלים מהן במישור החוזי, בלא קשר למינם. בכך עוסק הפרק הבא.

פרק ג: כסף ומגדר בדיני החוזים הישראליים – בחינה ראשונית

בעבר נחשב רצון חופשי פגום מאפיין "נשי" שנובע ממאפיינים ביולוגיים של האישה. המחזור החודשי, העדר פין ומאפיינים פיזיולוגיים נוספים נקשרו לתכונות אופי החל בעת העתיקה ועד לעת המודרנית.¹⁵⁰ למעשה, בשיטות משפט שונות לאורך ההיסטוריה נחשב רצונן של נשים פגום עד כדי כך שנשללה מהן כל כשרות משפטית, והתייחסו אליהן כאל קטינים. ברוח זו, רצון חופשי פגום אצל גבר ביטא פגם ב"גבריותו". כיום רצון חופשי פגום הוא מאפיין אנושי. כפי שתיארו זאת בוקשפן ואחרים, ריבוי החוזים האחידים והריכוזיות במשק מצמצמים את האוטונומיה של הרצון החופשי ושוחקים אותה באופן משמעותי.¹⁵¹ גם המעבר ל"חוזים אישיים", למרות שמם היוקרתי בעיני אחדים, מבטא פגיעה בכושר המיקוח של עובדים. למעשה, אין דבר אישי פחות מ"חוזה אישי", שכן במקרים רבים אלה חוזים אחידים במסווה, אשר כל מטרתם לרופף

149 ש.ם.

150 כפי שמצוטט אצל סימון דה בובואר **המין השני** כרך ראשון – העובדות והמיתוסים 12 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001); זיגמונד פרויד "ההרצאה השלושים ושלוש: הנשיות" **תרבות בלא נחת ומסות אחרות** 267, 279 (אריה בר מתרגם, 1968). ראו גם טריגר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 141.

151 בוקשפן, לעיל ה"ש 139, בעמ' 39–69, 179–220.

את הביטחון התעסוקתי של העובדים החתומים עליהם,¹⁵² ובמקרה של עובדות גם להרע את תנאי העסקה שלהן, וזאת לנוכח המחקרים המצביעים על נטייתן של נשים לדרוש משכורת נמוכה מזו שגברים דורשים במהלך המשא-ומתן עם המעביד.¹⁵³ התוצאה היא שהמצב ה"נשי" דיני החוזים – התפיסה הנורמטיבית בדבר היות האישה נחותה מבחינה קוגניטיבית, ולמעשה במעמד של קטינות – נהפך במידה רבה למצב האנושי, אשר נשים וגברים כאחד סובלים ממנו. המצב האנושי, בניגוד למצב ה"נשי", אינו תפיסה נורמטיבית בדבר יכולותיו וכשירותו של הפרט, כי אם הבחנה פוזיטיביסטית באשר למידת יכולתו להשפיע על החוזים שאנו כורתים, לנהל משא-ומתן אפקטיבי ולהשתתף בגיבוש החוזה הסופי. המסקנה היא שהתיאוריה הפמיניסטית של דיני החוזים רלוונטית כיום יותר מתמיד גם לגברים.

אני מסכים לחלוטין עם טענתה של הלה קרן שאימוץ התובנות הפמיניסטיות ככלי חשוב לניתוח דיני החוזים "פדאי לכולנו", שכן ההגמוניה של הפרספקטיבה הגברית גרמה ל"החמצת ניסיון חיים של כמחצית מהאנושות" ול"החמצת הסיכוי לדין עשיר יותר".¹⁵⁴ קרן מדגישה כי היא אינה סבורה שאימוץ כזה של פרספקטיבה פמיניסטית יניב דין "נכון" יותר, שכן לדבריה התפיסה שיש דין נכון ודין שגוי היא תפיסה גברית במהותה.¹⁵⁵ אולם אני, בניגוד לקרן, סבור שאימוץ הפרספקטיבה הפמיניסטית אכן יניב דין נכון יותר, ואף ארחיק לכת ואכתוב – צודק יותר. זאת, משום שדין החוזים כיום אינו מתמודד עם המצב האנושי החדש שבו אין לנו עוד – גברים ונשים – רצון חופשי כמובנו במאה התשע-עשרה ואפילו במאה העשרים, עד לעליית הנאזי-ליברליזם בעשוריה האחרונים. אני מבין את הפמיניזם כתיאוריה שמקבלת בהכרח כל "אמת", ואיני מבין את "המהות הגברית" כשוללת פרספקטיבות של האחר (כל עוד הוא אינו אישה!). מחויבות לפמיניזם בכלל, ולפמיניזם חוזי בפרט, צריכה לחפש ולהציע דין חוזים נכון וצודק יותר מבלי להצטנע. התהליך – ברוח פמיניסטית – צריך להיות דיאלוגי ושיתופי, כזה שאינו מזניח פרספקטיבות של מי שאינם גברים בעלי שררה, אלא נותן מקום של כבוד לניסיון החיים ולצרכים של נשים, של הומואים ולסביות, של מי שאינם שייכים לקולקטיב הדתי או הלאומי וכן הלאה. אבל בסופו של דבר המשפט צריך להכריע ולהציע לנו דין חוזים צודק וראוי יותר שיהיה אפשר לפעול לפיו ולהסתמך עליו.

לפיכך הצעתי היא בשלב הראשון להיות מודעים לשורשים הפטריארכליים של דיני החוזים ולכך שהם התעצבו על בסיס דגם גברי. תשתית זו מסכלת את היכולת להכיל

152 בארצות-הברית מכנים צורת העסקה דומה "employment at will", כלומר "העסקה מרצון", כדי לעגן את זכותו של המעביד לסיים את העסקה גם ללא כל עילת פיטורים (באופן תיאורטי מדובר ב"רצון" הדדי, אולם בפועל מדובר בדרך-כלל באינטרס של המעבידים).

153 ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 503, 512–513. לדיון בסוגיות קשורות ראו, למשל, נויה רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד 299, 301 (2008).

154 קרן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 13.

155 שם.

מושגים מורכבים של רצון חופשי וגמירת-דעת, כאלה שהם תלויי-הקשר ומשקפים את החוויה האנושית של ימינו: ריבוי חוזים אחידים, חוזים אישיים ושליטה של תאגידים רבי עוצמה בחיי הכלכלה. למעשה, מושג הרצון החופשי מייצג כיום דווקא את הרצון החופשי של תאגידים אלה – אם ניתן בכלל לייחס להם רצון חופשי.

בשלב השני, ובהתבסס על תובנה זו, יהיה אפשר להמשיג מחדש את יסוד גמירת-הדעת הנחוץ לכריתת חוזה. יסוד זה יצטרך להיות שונה בסוגים שונים של חוזים (בין אנשים פרטיים, בין תאגידים, בין אנשים לתאגידים, בין זרים, בין בני משפחה וכולי), תוך הכרה בהקשר המיוחד של כל אחת מהסיטואציות הללו ובמגבלות השונות המוטלות על הרצון החופשי בהקשרים שונים. נצטרך לעבור מעולם של "כריתת חוזה – כיצד?" (ככותרתו של סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי)) לעולם של "כריתת חוזה בין זרים – כיצד?", "כריתת חוזה בין בני משפחה או מכרים – כיצד?" וכולי. אחד הפרויקטים הפמיניסטיים המרכזיים הוא הכנסת ההקשר לתמונה. עולם כזה – שאינו מתיימר להציע דין חוזים כללי ברמת הפשטה גבוהה שנכון לכל ההקשרים, בכל הזמנים ובכל התקופות – יהיה עולם חוזי פמיניסטי.

דגם חוזי פמיניסטי אינו דגם חוזי "נשי"; אין טעם בהחלפת מדרג אחד במדרג אחר, שכן התוצאה תהיה עדיין בעייתית ומפלה. דגם חוזי פמיניסטי הוא דגם חוזי **אנושי**, שכן הוא מביא בחשבון גם את מה שהתרבות מקודדת כ"גברי" וגם את מה שהיא מקודדת כ"נשי", כלומר, את מלוא קשת ההתנהלויות האנושיות, בין שהן נובעות מהבניה חברתית (תיעול של גברים או נשים לנהוג בדרך מסוימת) ובין שהן נובעות מהבדלים מהותיים – אם קיימים כאלה – בין בני-אדם בשל תכונותיהם הקבוצתיות (מין, לאום, אתניות וכדומה). אין זה דגם משולל פתרונות, בנוסח "הכל הולך", אלא שהוא מוותר מראש על רמת הפשטה גבוהה ועל יומרה לכלליות בכל הנוגע בחוויה האנושית והמורכבת כל-כך של גמירת-דעת, ומציע שורה של חזקות באשר לגמירת-הדעת לפי הקשרים שבין הצדדים לחוזה.

סיכום

במאמר זה טענתי כי דיני החוזים הישראליים התעצבו על בסיס דגם גברי, בשל ההסתמכות על התיאוריה הקלסית של דיני החוזים מהמשפט המקובל, אשר ינקה בתורה מחוזה הנישואים בשיטת משפט זו. אין זה מקרי, לפיכך, שהשתתפותן של נשים כמתדיינות בתיקים בעלי היבטים חוזיים הייתה פחותה בהרבה מזו של גברים בששת העשורים הראשונים למדינה. יש קשר ישיר בין חוזה הנישואים במשפט המקובל, התיאוריה הקלסית של החוזה וחוזה הנישואים הישראלי, שעדיין יכול להיכרת אך ורק לפי המשפט הדתי: שלושתם מושתתים על הנחת נחיתותה של האישה, ייחוס אישיות משפטית פגומה לנשים ושימוש בכך כדי להצדיק את הדרתן מהעולם שמחוץ לבית – זה שבמסגרתו כורתים חוזים, עושים עסקים ומרוויחים כסף. כדי להבטיח את נחיתותן

המשפטית של נשים, וידא המשפט שגם בתוך הבית לא תהיה תחולה לדיני החוזים, על ההגנות שהם מעניקים למקבלת ההבטחה בשל הסתמכותה או במקרה של פגם כלשהו ברצון שעולה כדי עושק. כך חיסן את עצמו הדגם הגברי של דיני החוזים מפני ביקורת והתפתחות שאינן עולות בקנה אחד עם ערכים פטריארכליים.

לבסוף טענתי כי הניתוח הפמיניסטי יכול לתרום להצעת דגם אנושי-כללי באמת (לא "גברי" ולא "נשי") לעיצוב מחדש של דיני החוזים, וזאת באמצעות התמקדות בפירוק מושגי הרצון החופשי וגמירת-הדעת והרכבתם מחדש תוך ראייה הקשירת ומורכבת. מחקר ראשוני זה מהווה בסיס להמשך הבדיקה בעתיד, הן ברמה האמפירית והן ברמה התיאורטית. מטרתו להצביע על בעיות בעיצובם של דיני החוזים הישראליים מפרספקטיבה מגדרית, ולהוסיף על הכתיבה הפמיניסטית הביקורתית הקיימת בתחום את ההיבט האמפירי (המחזק את הביקורת הקיימת). השאלות שהמחקר מעורר בשני המישורים – האמפירי והתיאורטי – ואשר אינן זוכות כאן במענה יידונו במאמר נפרד.

מחקר זה החל את דרכו כהרצאה בכנס שהתקיים לכבוד השופטת פרוקצ'יה במאי 2012, והוא שואב השראה מתרומתה החשובה לביסוס הרעיון ש"עקרונות של צדק והגינות מהווים כיום חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי, וניטעו עמוק בדיני החוזים ובדיני התאגידים כאחד"¹⁵⁶. הנחלתם של ערכי תום-הלב וההוגנות היא חשובה ואף הכרחית, אולם אני מציע לטפל גם בתשתית, המאפשרת במקרים רבים מדי התנהגות חסרת תום-לב ולא-הוגנת. כל עוד לא תטופל התשתית – הדגם ה"גברי" שדיני החוזים בנויים עליו – ייזקקו תום-הלב וההוגנות להגנת שופטים דוגמת השופטת פרוקצ'יה (והשופטים הנוספים בכל הערכאות – בדימוס ואלה שמכהנים). הגנה זו ניתנת מטבעה לאחר מעשה, לעיתים כאשר כבר מאוחר מכדי לתקן את האמון שנפגע, לקיים את החוזה או להמשיך את מערכת היחסים החוזית בין הצדדים בעתיד. הותרת אכיפתם של ערכי תום-הלב וההוגנות בידי בית-המשפט בלבד, בלא טיפול בדוקטרינה, תותיר אותם בגדר אידיאלים לא-ממומשים (שכן רק מיעוט מבין החוזים והסכסוכים החוזיים מגיעים לבית-המשפט), בשל התבססותם של דיני החוזים על דגם גברי, ולא על דגם אנושי מלא נטול מדרגים בין "גברי" ל"נשי". חשיבה מחדשת על הדגם שלפיו התעצבו דיני החוזים היא לפיכך מחויבת-המציאות; כל עוד ימשיכו דיני החוזים הישראליים להישען על הדגם הגברי שלפיו הם עוצבו, לא יהיה אפשר לממש את האידיאל של החלה מלאה של עקרונות הצדק וההגינות בדיני החוזים.

156 ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' עו"ד טומי מנור, מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 21.1.2009), ראו גם פס' 14 לפסק-דינה: "המשפט החוקתי והפרטי אחוזים זה בזה עד לבלתי הפרד".