

”שובר שוויון”: על אפליית נשים בהיריון בעולם הספורט

מאת

שחר טל*

תקציר

בשנים האחרונות, הנושא של שוויון מגדרי בעולם הספורט זוכה לתשומת לב רבה בשיח הציבורי ובכתיבה אקדמית. מאמר זה מבקש להפנות זרקור אל סוגיה בצומת שבין ספורט לשוויון מגדרי אשר טרם זכתה להתייחסות מקיפה בכתיבה המשפטית: היריון ולידה של ספורטאיות. סוגיה זו עלתה לאחרונה לכותרות בשל סיפורה של הטניסאית סרינה וויליאמס – ככל הנראה הספורטאית המצליחה ביותר בעולם – שנעדרה לתקופה מפעילות תחרותית בשל הריונה ולידת בתה, וחשפה את המחירים המקצועיים והאישיים שנאלצה לשלם בשל כך. על בסיס פרשה זו ודוגמאות נוספות מהשנים האחרונות, המאמר דן בשאלה האם היעדרם של מנגנוני התאמה עבור ספורטאיות הרות ולאחר לידה עולה כדי אפליה. במסגרת כך, המאמר נדרש לקושי הכללי בהגדרתה המדויקת של חובת השוויון וביישומה בהקשרים שונים, בפרט בתחום של שוויון מגדרי ובהקשר הספציפי של אפליה כלפי נשים בהיריון. כמו כן, המאמר מצביע על המורכבויות הנוגעות למאפייניו הייחודיים של תחום הספורט הרלוונטיים לדיון בטענת האפליה ובסעדים האפשריים לה, ובכלל זה לחשיבותם של ערכי התחרות ההוגנת כחלק מ”כללי המשחק” היסודיים בתחום. על רקע זה, המאמר יציע לבחון את הדברים מפריזמה של הגנה על האוטונומיה של נשים העוסקות בספורט. פרספקטיבה כזו, כך נטען במאמר, מאפשרת לראות מדוע היעדרן של התאמות עבור ספורטאיות בהיריון עולה כדי אפליה. מעבר לכך, וכחלק מהדיון בטענות הנגד האפשריות לטיעון המוצע, יתייחס הדיון במאמר גם לחשיבות הכללית של קידום שוויון מגדרי בתחום הספורט, כזירה חברתית חשובה וכחלק מהשאיפה לשוויון כולל בין נשים לגברים.

* עזרת משפטית בבית המשפט העליון. המאמר מבוסס על עבודה סמינריונית שהוגשה בקורס “אפליה” בהנחייתו של פרופ’ אביחי דורפמן, במסגרת לימודי תואר שני במשפט ציבורי בתוכנית המשותפת של אוניברסיטת תל אביב ואוניברסיטת Northwestern. אני מודה לנטע סרוסי, הגר סלקטר ואלעזר וייס על הערות מעולות. תודה מיוחדת שלוחה לירון קובו, על שיחות רבות שסייעו לי בחידוד הטיעונים במאמר ועל הערותיו המצוינות לטיטות קודמות. אני מודה גם לעורכת “פורום עיוני משפט” שקד טורם ים ולחברי המערכת איל גלזר ואמיר איל על הערותיהם הטובות ועל עבודת עריכה יסודית ומעמיקה.

מבוא

- א. ספורטאיות בהיריון – אתגרים וקשיים מעשיים
1. המקרה של סרינה ויליאמס – מצמרת הענף לתחתית הדירוג ובחזרה
 2. המקרה של דלילה חתואל – המאבק על הקריטריון האולימפי
 3. המקרה של אליסה מונטאנו – על היריון, לידה וחוזי חסות
 4. סיכום ביניים
- ב. מבוא מושגי – מהו שוויון? מהי אפליה כלפי נשים בהיריון?
1. על הקושי בהגדרתו של שוויון בכלל ובהקשר של אפליה מגדרית בפרט
 2. אפליה כלפי נשים בהריון – האמנם?
- ג. האם היעדר הסדרים מיוחדים הנוגעים להיריון ולידה של ספורטאיות עולה כדי אפליה?
1. הצגת המורכבות
 2. על ההגנה על האוטונומיה כתכלית של איסור האפליה
 3. הפגיעה באוטונומיה של ספורטאיות בהקשר של היריון ולידה
- ד. השאיפה לשוויון בעולם הספורט – ספקות והצדקות
- סיכום

מבוא

בינואר 2017 ניצחה הטניסאית האמריקאית סרינה ויליאמס בגמר אליפות אוסטרליה הפתוחה בטניס וזכתה בפעם ה-23 בקריירה בתואר "גראנד סלאם" (Grand Slam) לשחקניות יחידות. בכך הפכה ויליאמס לטניסאית המעוטרת ביותר בהיסטוריה של העידן הפתוח בטניס (הן בקרב נשים והן בקרב גברים).¹ זמן קצר לאחר זכייתה באלופות אוסטרליה הודיעה ויליאמס כי היא נמצאת בחודש החמישי להריונה – כך

¹ "העידן הפתוח" החל בשנת 1968, כאשר "אוחדו" שני הסבבים המרכזיים בענף דאז – סכב המקצוענים (professionals) וסכב החובבנים (amateurs). ראו Nancy E. Spencer, *Once Upon a Subculture: Professional Women's Tennis and the Meaning of Style, 1970-1974*, 21 J. SPORT & SOC. ISSUES 363, 366-367 (1997). אם מחשיבים את התקופה שקדמה לעידן הפתוח, ויליאמס מדורגת שנייה בכל הזמנים, לאחר הטניסאית האוסטרלית מרגרט קורט שמחזיקה ב-24 תארי גראנד סלאם ליחידות. בקרב הגברים, הטניסאים רפאל נדאל (ספרד) ורוג'ר פדרר (שווייץ) מחזיקים בשיא הזכיות בתארי גראנד סלאם ליחידים בעידן הפתוח – 20 תארים בסך הכול לכל אחד מהם, נכון למועד כתיבת שורות אלה. ויליאמס נחשבת לאחת הספורטאיות הגדולות בכל הזמנים, עם 16 תארים נוספים שבהם זכתה בתחרויות לזוגות וארבע מדליות אולימפיות.

שהתברר כי למעשה היא זכתה בתואר בעודה בהיריון.² היעדרותה של וויליאמס מהסבב הובילה לשינויים רבים בצמרת הדירוג. עם חזרתה לפעילות תחרותית, למעלה משנה לאחר מכן, במאי 2018, התברר כי בשל היעדרותה היא "צנחה" מהמקום הראשון בעולם אל תחתית הדירוג העולמי (מס' 453). עניין זה עורר סערה ציבורית, כאשר קולות רבים נשמעו לטובת "שריון" של דירוגה הגבוה של וויליאמס בנסיבות שבהן היעדרותה נבעה מהיריון ומלידה. כפי שיתואר בהמשך הדברים, השתלשלות עניינים זו הובילה בסופו של דבר לשינוי משמעותי בתקנון של איגוד הטניס העולמי בכל הנוגע לחזרתן של ספורטאיות לפעילות תחרותית לאחר לידה, ואף השפיעה על השיח הציבורי בהקשר זה.

הסיפור של וויליאמס הוא מקרה בוחן מעניין לאופן שבו עולם הספורט מתמודד (או במידה רבה אינו מתמודד) עם נושא ההיריון והלידה של ספורטאיות. למעשה, ברוב ענפי הספורט אין כל התייחסות מיוחדת או מענה למצבים שבהם ספורטאית נדרשת לצאת להפסקה מפעילות תחרותית לצורך היריון ולידה. ה"מחיר" שספורטאיות נדרשות לשלם מבחינה פיזית, ובכלל זה ההשלכות של היעדרות ממושכת מפעילות תחרותית, הוא על פי התפיסה הרווחת עניין הפרטי של הספורטאיות בלבד – שיקול שעליהן לקחת בחשבון בעת שהן מחליטות להביא ילד לעולם.³ האם מדובר באפליה? זוהי שאלה מורכבת, בין היתר מאחר ששיטות משפט שונות – לרבות שיטת המשפט הישראלית – מתקשות לגבש הגדרה מדויקת לאפליה. לאורך המאמר אנסה להשיב לשאלה זו באמצעות תאוריות שונות של שוויון, ובפרט התאוריה המציבה במוקד את ערך האוטונומיה, וזאת לצד שימוש בתאוריות פמיניסטיות.

בהמשך לכך, המאמר יידרש לשאלות משנה נוספת שהתעוררו בעקבות סיפורה של סרינה וויליאמס וכן בעקבות מקרים נוספים של ספורטאיות שכניסתן להיריון הציבה בפניהן אתגרים וקשיים, ובכלל זה: האם יש הצדקה, מבחינת דיני איסור אפליה, לחייב גופים ואיגודי ספורט לערוך התאמות עבור נשים בהיריון ולאחר היריון, בדומה להתאמות המוכרות למשל מתחום העבודה? או שמא מדובר בנתון פיזי נוסף – ככל נתון פיזי אחר המשפיע על ספורטאים וספורטאיות, כגון פציעות, מחלות, או מגבלות אחרות – שאין מקום לייחס לו הסדר נפרד ומיוחד? האם בכלל יש מקום לעריכת התאמות מיוחדות בתחום שמבוסס כולו על ערכים של "משחק הוגן" וכללים של שוויון פורמלי?

² מערכת ONE "יש יורש? סרינה וויליאמס חשפה שהיא בהיריון" ONE (19.4.2017) <https://www.one.co.il/article/289984.html>; ynet ספורט "מזל טוב: סרינה וויליאמס בהיריון" ynet (19.4.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4951012,00.html>

³ בהקשר זה אציין כי לאורך המאמר איני נכנסת כלל לדיון הנפרד העוסק בשאלה האם כניסה להיריון היא אכן עניין שנתון לבחירה חופשית או שמא מדובר בבחירה מוגבלת המושפעת גם מהבניות חברתיות הנוגעות לתפקידן של נשים בחברה.

השתתפותן של נשים בתחרויות ספורט אינה תופעה חדשה, אולם דומה שרק בשנים האחרונות מתעורר שיח באשר לקיומה של אפליה מגדרית בתחום הספורט ובהשפעותיה של אפליה זו על ספורטאיות, מאמנות ואוהדות. רשימה לא ממצה של הסוגיות שנדונו לאחרונה בערכאות משפטיות, בספרות האקדמית או בתקשורת הפופולרית כוללת את ההצדקות להפרדה המגדרית בספורט,⁴ שוויון בהקצאת משאבים ובתקצוב של ענפי ספורט הנשים, שוויון בשכר ובפרסים המוענקים לספורטאים ולספורטאיות, ייצוג הולם במוסדות מרכזיים בתחום הספורט, חינוך של נערות ונערים למציגות בספורט באופן שווה,⁵ ואף אפליה של אוהדות ספורט.⁶ שאלת ההתמודדות של ארגוני ספורט עם היריון של ספורטאיות היא אפוא היבט נוסף בצומת שבין ספורט ושוויון מגדרי, אולם היא טרם זכתה לדיון ממצה בספרות המשפטית או בפסיקה.⁷ כמו רבות מהסוגיות שנזכרו לעיל, גם שאלת ההתייחסות להיריון במסגרת ספורט תחרותי קשורה בטבורה לכך שבאופן היסטורי, עולם הספורט הוא מרחב "גברי". אולם, שאלה זו טומנת בחובה גם מורכבויות ייחודיות אשר עומדות במרכזו של מאמר זה.

בתמצית, הטעון שאבקש להציג במאמר זה הוא כי המשך ההתעלמות של ענפי הספורט השונים מהצרכים הייחודיים של נשים העוסקות במקצוע בהקשר זה אכן עולה כדי אפליה. לשיטתי, ההצדקות לערוך התאמות עבור ספורטאיות בהיריון מתעלות על הספקות שיוצגו, וזאת הן לנוכח הפגיעה באוטונומיה של הספורטאיות והן בהתחשב בהקשר הרחב יותר של קידום שוויון מגדרי בעולם הספורט. הטעון שאציג במאמר מבוסס על הכתיבה התאורטית המבססת את דיני האפליה על ערך האוטונומיה, ועל כן המאמר מבקש לפתח היבט זה, שמצוי כיום יחסית בשולי שיח השוויון במשפט הישראלי. באופן קונקרטי, המאמר מציע המשגה משפטית עבור אתגרים וקשיים מעשיים שספורטאיות חוות בענפי ספורט שונים, וכן מבקש להציע סעד ראוי לכך.

⁴ ראו להלן ה"ש 89.

⁵ ראו למשל: כתב כלכליסט "לימור לבנת: המדינה לא תקצב איגודי ספורט שבהנהלתם אין ייצוג הולם לנשים" כלכליסט (17.8.2009) <http://calcalist.co.il/sport/articles/0,73> (40,L-3351106,00.html); ולריה סייגלשיפר **משנות את חוקי המשחק: מבט מגדרי על תקצוב הספורט בישראל** (מרכז אדווה 2012); שלי מזרחי **שילוב נשים בספורט – פעילות המועצה הציבורית קידום ספורט הנשים בישראל** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע Alfred Archer & Martine Prange, 'Equal Play, Equal Pay': Moral Grounds for Equal Pay in Football, 46 J. PHIL. SPORT 416 (2019); Morgan v. United States Soccer Fed'n, Inc., 445 F. Supp. 3d 635 (C.D. Cal. 2020)

⁶ John Duerden, *Female Fans Banned from Iranian League Games*, ESPN (Oct. 22, 2019), <https://www.espn.com/soccer/iran/story/3970262/female-fans-banned-from-iranian-league-games>

⁷ למעשה, פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנוגע לסייפת דלילה חתואל – שיוצג בהרחבה בהמשך הדברים (ראו להלן ה"ש 21) – הוא חדשני ביותר בהיבט זה. באשר לספרות המשפטית, השאלה של היריון של ספורטאיות לא זכתה לדיון מעמיק במאמרים בארץ או מחוצה לה.

בפרק הראשון אציג בהרחבה את סיפורה של ויליאמס ואת השינוי המשמעותי שנערך בענף הטניס בעקבות חזרתה לענף לאחר לידת בתה, וכן אתיחס לכמה מקרים נוספים המלמדים אף הם על האתגרים השונים הניצבים בפני ספורטאיות הבוחרות להביא ילד/ה לעולם. בפרק השני אערוך מבוא מושגי קצר שיתמקד בקושי להגדיר מהי אפליה בהקשרים שונים, ובפרט בהקשר של שוויון מגדרי. לאחר מכן ארחיב על המורכבויות הכרוכות בניתוח של טענה בדבר אפליה מחמת היריון, תוך הדגמתן באמצעות הצגת ההתפתחות בנושא זה במשפט האמריקאי, לצד השונות בהקשר זה מהמשפט הישראלי. על רקע זה, בפרק השלישי אדון באופן קונקרטי בשאלת האפליה בהקשר של ספורטאיות בהיריון ולאחר לידה. הפרק הרביעי והאחרון יוקדש למבט רחב יותר על עולם הספורט – מחד גיסא, הספקות המתעוררים ביחס לאפשרות ליישם בו פרקטיקות של איסור אפליה נגד נשים, ומאידך גיסא, הטעמים וההצדקות לכך שזוהי זירה שדווקא בה נכון וראוי לעשות כן.

א. ספורטאיות בהיריון – אתגרים וקשיים מעשיים

1. המקרה של סרינה ויליאמס: מצמרת הענף לתחתית הדירוג ובחזרה

וויליאמס נעדרה מסבב הנשים בטניס בעקבות הריונה ולידת בתה, אולימפיה, לתקופה של כשנה בלבד. אולם, כאמור, היה בכך די כדי להביא אותה להידרדרות משמעותית בדירוג העולמי – מהמקום הראשון בעולם אל המקום ה-453.⁸ חזרתה של ויליאמס לפעילות תחרותית הייתה מלווה בסיקור תקשורתי נרחב, הן לנוכח הישגיה ומעמדה בענף, והן לנוכח העובדה שוויליאמס עברה לידה קשה במיוחד, בעקבותיה הייתה מרותקת למיטה במשך שישה שבועות.⁹ קולות רבים בענף ומחוצה לו קראו

⁸ שיטת הדירוג הנהוגה כיום בענף הטניס מבוססת על יציבות ועקביות, כך שהשחקנים נדרשים לשמור על הישגיהם משנה לשנה על מנת שלא לאבד נקודות. זו הסיבה שדווקא עבור שחקניות מצליחות כמו ויליאמס, היעדרות ממושכת היא בעלת פוטנציאל פוגעני במיוחד, שכן היא מובילה לאובדן רב של נקודות דירוג. ראו: אלמוג שריד "עושים סדר: שיטת דירוג ה-ATP בטניס" nrg (15.4.2009) <https://www.makorishon.co.il/nrg/onl> (15.4.2009) ; נמרוד דרור "מדריך לנבכי עולם הטניס, חלק ב'" **הבלוג של נמרוד דרור** (27.12.2019) <https://www.tennisrael.com/%D7%94%D7%93%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%92%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%9C%D7%9E%D7%99/>

⁹ Serena Williams, *Serena Williams: What my Life-Threatening Experience Taught Me About Giving Birth*, CNN (Feb. 20, 2018), <https://edition.cnn.com/2018/02/20/opinions/protect-mother-pregnancy-williams-opinion/index.html>

למנהלי אליפות צרפת להעניק לויליאמס "שריון" של דירוגה הגבוה בדירוג העולמי שקדם להיעדרותה, בנסיבות שבהן זו נבעה מלידת בתה.¹⁰

לדירוג העולמי בענף הטניס – המבוסס על הניקוד שנצבר בתחרויות קודמות באותה שנה – יש חשיבות רבה בכל הנוגע להשתתפות בתחרויות, בשני היבטים.¹¹ ראשית, הוא רלוונטי לעצם הכניסה לתחרות. כל תחרות, על פי יוקרתה וסכום הפרסים המוענקים בה, מאפשרת לכמות מוגבלת של שחקניות להשתתף בה, בהתאם לדירוגן העולמי. שחקניות שאינן מדורגות מספיק גבוה נדרשות להתחרות במוקדמות על הזכות להשתתף בתחרות, או לקוות שיוענק להן "כרטיס חופשי" (Wild Card) שיקנה להן כניסה לתחרות חרף דירוגן הנמוך. שנית, הדירוג משפיע גם מאחר שהוא קובע את המפגשים הצפויים בשלבים השונים של התחרות. כך, המדורגות הבכירות ביותר בדירוג הפנימי של כל תחרות (המכונה Seeding) יכולות לפגוש זו את זו רק בשלבים מתקדמים של התחרות, ואילו בשלבים המוקדמים הן צפויות לפגוש שחקניות בדירוג נמוך יותר. דירוג נמוך טוב יותר בחיוב סכנה לפגוש את אחת המדורגות הבכירות כבר בשלבים מוקדמים של התחרות, ומציב אתגר גדול יותר בכל הנוגע להתקדמות לשלבי ההכרעה.

במועד שבו ילדה וויליאמס את בתה התייחסו הכללים הקבועים בתקנון איגוד טניס הנשים העולמי, ה-WTA,¹² באותה נשימה להיריון, לפציעה או למחלה (injury, illness or maternity). ההוראה הרלוונטית בתקנון קבעה כי במקרה של היעדרות מהסכב של למעלה משישה חודשים ועד שלוש שנים מאחת הסיבות האמורות, יינתן לשחקנית "דירוג מוגן" לפי מנגנון המתחשב בדירוג העולמי של השחקנית בטורניר האחרון שבו היא שיחקה. הדירוג המוגן היה מוגבל לשנה אחת בלבד ושמונה תחרויות לכל היותר. עם זאת, הובהר בתקנון כי לא ניתן להשתמש בדירוג המוגן לצורך שריון הדירוג הפנימי בתחרות, שהוא כאמור הדירוג הקובע את סדר המפגשים בה, אלא רק לצורך הזכות

¹⁰ ראו למשל: Christopher Clarey, *Tennis Needs Serena Williams Back. But Does She Need to Be Seeded?*, N.Y. TIMES (May 28, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/05/28/sports/tennis/serena-williams-french-open.html>

¹¹ על כוחם של איגודי ספורט בהקשר של קביעת דירוג פנימי של ספורטאים ראו, באופן כללי: אסף הראל "גוף דו מהותי כיציר כפיו של המחוקק: בראי חוק הספורט, תשמ"ח-1988" **עלי משפט** ט 419, 442-446 (2011).

¹² Women's Tennis Association (להלן: WTA). הסיפור של הקמת האיגוד הוא כשלעצמו פרק חשוב ביותר בהיסטוריה של המאבק לשוויון מגדרי בספורט. בתמצית, האיגוד הוקם כיוזמה של הטניסאית המובילה בילי ג'ין קינג וטניסאיות נוספות במהלך שנות ה-70 של המאה ה-20, כמחאה על פערי השכר המשמעותיים בין גברים לנשים בענף הטניס. זה היה צעד חסר תקדים שלווה אמנם בסנקציות שהוטלו על השחקניות מצד איגודי הטניס העולמיים, אך בסופו של דבר הצליח ושינה לחלוטין את פניו של הענף. ראו: BILLIE & CYNTHIA STARR, *WE HAVE COME A LONG WAY: THE STORY OF WOMEN'S TENNIS* (1988).

להיכנס לתחרות מלכתחילה מבלי להתחרות במוקדמות. כמו כן, התקנון קבע כי ניתן לנצל את הדירוג המוגן באופן חד-פעמי בלבד במהלך חיי קריירה של ספורטאית.¹³

בהתאם לכך, מארגני התחרות בצרפת הודיעו בחודש מאי 2018 כי הם לא יאפשרו לויליאמס "שריון" של הדירוג הפנימי בתחרות.¹⁴ החלטה זו ספגה ביקורת רבה בתקשורת העולמית, בין היתר לנוכח מעמדה של ויליאמס בעולם הספורט, והובילה לדיון סוער בנושא בין בכירי הענף והספורטאיות עצמן. לא כולן הביעו תמיכה בקריאה "לשריון" את הדירוג של ויליאמס. כך למשל, השחקנית הצ'כית הבכירה פטרה קוויטובה, שנעדרה לתקופה של כמה חודשים מפעילות תחרותית בעקבות פציעה בכף ידה שנגרמה בעת שנאבקה עם גנב שפרץ לביתה, מסרה בריאיון כי היא מתנגדת לאימוצם של "כללים מיוחדים" ביחס לאימהות, בהתחשב בכך שכל שחקנית שנעדרת מהסבב מכל סיבה שהיא אינה צפויה לחזור לשיאה באופן מיידי.¹⁵

בסופו של דבר, ויליאמס אכן נדרשה להתמודד מול שחקניות בכירות יחסית כבר בשלבים מוקדמים של אליפות צרפת, ופרשה בטרם הגיעה לשלבי ההכרעה.¹⁶ באליפות ווימבלדון, שהתקיימה שבועות ספורים לאחר מכן, החליטה הנהלת התחרות "לשריון" לויליאמס את המקום ה-25 בדירוג הפנימי של התחרות, חרף היותה מדורגת במקום ה-183 בדירוג הכללי של ה-WTA באותה עת.¹⁷ בעקבות זאת איבדה הטניסאית הסלובקית דומיניקה סיבלוקוה, שדורגה באותה עת במקום ה-32 בעולם, את הדירוג הפנימי הבכיר שלה בתחרות.¹⁸ ויליאמס הגיעה בתחרות לשלב הגמר, ובו הפסידה.

¹³ ראו הודעת ה-WTA על עדכון התקנון, שבה מופיע גם הנוסח הקודם שלו: Courtney Nguyen, 2019 WTA Rule Changes: WTA Introduces Special Seeding, Shot Clock, WTA TOUR (Dec. 17, 2018), <https://www.wtatennis.com/news/1437655/2019-wta-rule-changes-wta-introduces-special-seeding-shot-clock> (להלן: "עדכון תקנון ה-WTA").

¹⁴ Associated Press, *Serena Williams Will Not Be Seeded for French Open After Maternity Leave Return*, THE GUARDIAN (May 21, 2018), <https://www.theguardian.com/sport/2018/may/21/serena-williams-french-open-seeding-2018-tennis>.

¹⁵ Paul Newman, *French Open 2018: Should Serena Williams Have Been Seeded in Paris?*, THE INDEP. (May 26, 2018), <https://www.independent.co.uk/sport/tennis/french-open-2018-draw-schedule-seedings-serena-williams-opponent-match-score-result-a8370616.html>.

¹⁶ כך, בסיבוב השני של התחרות שיחקה ויליאמס נגד המדורגת הבכירה אשלי בארטי (שדורגה מס' 17 בתחרות), בסיבוב השלישי שיחקה נגד המדורגת הבכירה יוליה גורג'ס (שדורגה מס' 11 בתחרות), ובסיבוב הרביעי הייתה צפויה לפגוש את המדורגת מס' 28 מריה שראפובה, אולם בשלב זה פרשה ויליאמס מהתחרות בשל פציעה.

¹⁷ יצוין כי ארבע התחרויות הגדולות בענף הטניס – אליפויות הגרנד סלאם המתקיימות בצרפת, אנגליה, ארה"ב ואוסטרליה – אינן מנוהלות על ידי ה-WTA, ועל כן הנהלת כל תחרות רשאית לאמץ לעצמה כללים משלה בכל הנוגע לדירוג הפנימי של התחרות. אולם, רק הנהלת התחרות האנגלית – ווימבלדון – נוהגת לנצל את האפשרות האמורה. שאר התחרויות שומרות בדירוגן הפנימי על הדירוג הכללי של ה-WTA.

¹⁸ BBC, *Serena Williams 25th Seed for Wimbledon Despite Being Outside Top 32 in Rankings*, SPORT (June 27, 2018), <https://www.bbc.com/sport/tennis/44627489>.

"סערת סרינה" לא שככה חודשים ארוכים אחרי האליפויות שהתקיימו בפריז ובלונדון. בסופו של דבר הובילה הפרשה לשינוי משמעותי בתקנון ה-WTA. ההוראה הישנה בתקנון בדבר הדירוג המוגן הוחלפה בהוראה בדבר "דירוג מיוחד" (special "ranking"), הקובעת כי במקרה שבו שחקנית נעדרת מתחרויות עקב "היריון או מצב רפואי" היא רשאית להשתמש בדירוג מיוחד (כלומר, הקפאת הדירוג הקודם שלה) לתקופה של שלוש שנים. כאשר ההיעדרות מקורה בהיריון, תקופה זו נספרת החל מהלידה (ולא ממועד הכניסה להיריון או תחילת ההיעדרות מהסבב). כלל דומה הוחל במקרים של פונדקאות ואימוץ, לתקופה של עד שנתיים. עוד נקבע כי אם הדירוג המיוחד מקנה לשחקנית דירוג פנימי בכיר באחת התחרויות, היא תתווסף אליו כ"שחקנית בכירה נוספת" (additional seed), כך שכניסתה לדירוג הפנימי לא תדחק החוצה שחקנית בכירה אחרת. לפי התקנון המעודכן, הכלל בדבר הדירוג הפנימי הבכיר ניתן לניצול בשמונה התחרויות הראשונות שבהן השחקנית משתתפת עם חזרתה מתקופת ההיעדרות. לבסוף, התקנון בנוסחו החדש מאפשר לשחקנית להשתמש בהוראת הדירוג המיוחד פעמיים לאורך הקריירה שלה.¹⁹

2. המקרה של דלילה חתואל: המאבק על הקריטריון האולימפי

בתקופה שוויליאמס נאבקה על חזרתה לצמרת ענף הטניס, בחלק אחר של העולם, ניהלה גם ספורטאית ישראלית מאבק על רקע של היריון. גיבורת הפרשה היא דלילה חתואל, סייפת שייצגה בעבר את ישראל בתחרויות בינלאומיות, ובכלל זה באליפויות אירופה ובמשחקים האולימפיים בבייג'ינג ב-2008. בחודש מרץ 2017 נכנסה חתואל להיריון, ובדצמבר של אותה שנה ילדה בן בניתוח קיסרי, שלאחריו ולצורך החלמה אסר עליה הרופא המטפל לבצע פעילות גופנית.

עם החלמתה מהלידה, גילתה חתואל כי ניצבים בפניה מכשולים המקשים על חזרתה לתפקוד מקצועי סדיר. כך, בחודש אפריל 2018 (כארבעה חודשים לאחר הלידה) התברר לה כי איגוד הסיוף בישראל (להלן גם: האיגוד) מסרב לרשום אותה לאליפות ישראל ליחידים, בנימוק כי היא אינה זכאית להתחרות בה על פי תקנון

¹⁹ ראו "עדכון תקנון ה-WTA", לעיל ה"ש 13. שינוי נוסף שהוכנס בתקנון ה-WTA באותה הזדמנות קשור אף הוא לסרינה וויליאמס, והוא נסב על הלבוש של השחקניות בתחרויות. זאת, בעקבות הסערה שחולל בגד הגוף הצמוד שלבשה וויליאמס באליפות צרפת 2018 (תלבושת שכונתה "אשת החתול"). וויליאמס טענה שבגד הגוף מסייע לזרימת הדם שלה והוא למעשה קשור להתאוששות הגופנית שלה מהלידה הקשה. מארגני התחרות סברו שמדובר בתלבושת פרובוקטיבית והודיעו לה שלא תוכל ללבוש אותה בעתיד. ראו: אורן אהרוני "סרינה וויליאמס לא תורשה ללבוש את 'חליפת החתול' " ynet **ספורט** (25.8.2018). <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5334777,00.html>. הפרשה עוררה כאמור סאגה שלמה הקשורה ל"משטור" לבושן של השחקניות, על רקע הטענה שיש לאתגר את הלבוש המסורתי של שחקניות טניס – חצאית קצרה. בסופו של דבר הבהיר ה-WTA בתקנון כי: "Leggings and mid-thigh-length compression shorts may be worn" "with or without a skirt, shorts, or dress".

המשנה של האיגוד, זאת מאחר שהתקנון קובע כי יש להתחרות בתחרות אחת לפחות לפני אליפות ישראל באותה שנה.²⁰ זמן קצר לאחר מכן, בחודש מאי 2018, פנו נציגייה של חתואל לאיגוד בבקשה לאשר את רישומה לאליפות אירופה שעתידיה הייתה להתקיים בחודש יוני בסרביה.²¹ האיגוד סירב לבקשה, משום שלדבריו חתואל לא עמדה בקריטריון הקבוע בתקנון המשנה של האיגוד הקובע חובת השתתפות במהלך אותה עונה בתחרות גביע עולם או סבב אירופי ועמידה בתנאי מינימום של עלייה משלב הבתים וניצחון נוקאאוט אחד (להלן: **קריטריון ההשתתפות**).²²

חתואל עתרה נגד החלטתה לבית הדין העליון של ההתאחדות לספורט (להלן: **בית הדין**). אולם, בית הדין דחה את העתירה.²³ בהחלטת בית הדין נקבע, בין היתר, כי לאחר חודש מרץ 2018 התקיימו שתי תחרויות גביע עולם שבהן יכלה חתואל להשתתף, מבלי שהיריון, לידה או החלמה מלידה מונעים ממנה לעשות כן.²⁴

בהמשך לכך הגישה חתואל לבית המשפט המחוזי המרצת פתיחה שכוונה למתן צווים הצהרתיים המורים על ביטולו של קריטריון ההשתתפות בתקנון המשנה, וצווי עשה המורים לאיגוד לרשום אותה לאליפות אירופה. בשלב מאוחר יותר, ובהתחשב בעובדה שהעתירה הוגשה ימים ספורים לפני אליפות אירופה, נמחקו הבקשות הנוגעות לאליפות זו וחתואל מיקדה את טענותיה באליפות העולם, שהייתה עתידה להתקיים ביום 20.7.2018. בתמצית, חתואל טענה כי החלטת האיגוד (ובהמשך לכך אף החלטתו של בית הדין) פוגעת בשוויון ההזדמנויות שלה. לטענתה, קריטריון ההשתתפות ויישומו הדווקני במקרה זה מפלה נשים בהיריון, לאחר לידה ובהחלמה ממנה. עוד טענה חתואל כי הקריטריון מאלץ אותה, הלכה למעשה, לבחור בין שתי זכויות יסוד המוקנות לה – חופש העיסוק והזכות להורות. חתואל אף הדגישה כי אין סייפות

²⁰ בהקשר זה צוין על ידי איגוד הסיוף כי חתואל הייתה כשירה להתחרות בתחרות גביע המדינה שהתקיימה במרץ 2018, אולם לא התחרתה בתחרות ואף לא העבירה לאיגוד בדיקה רפואית כנדרש.

²¹ איגוד הסיוף, שהוא עמותת רשומה, מחזיק בידיו את "קוד הרישום" לאליפויות אירופה של הסייפים והסייפות, וביניהם חתואל, כך שלצורך השתתפות באליפות אירופה הייתה חתואל תלויה בפעולת הרישום מטעם האיגוד. זאת, אף אם חתואל נושאת במימון ההשתתפות באליפות בעצמה. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 27697-06-18 **עמותת רומח אבירים סיוף עכו נ' איגוד הסיוף בישראל** (נבו 16.7.2018) (להלן: **עניין חתואל**), וכן את כתב הטענות שהגישה חתואל בהליך זה: המרצת פתיחה ובקשה בהולה למתן צו עשה בה"פ 27697-06-18 **עמותת רומח אבירים סיוף עכו נ' איגוד הסיוף בישראל** (נבו 12.6.2018).

²² ס' 3(12) לתקנון המשנה לתחרויות וניקוד 2017-18, איגוד הסיוף בישראל (23.8.2017).
²³ בקשות הצטרפות להליך במעמד "ידיד בית המשפט" מטעם עמותת "שדולת הנשים" ועמותת "נעמ"ת" נדחו אף הן. ראו עניין **חתואל**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 4.

²⁴ סיוף 7/6/2018 **עמותת רומח אבירים סיוף עכו נ' איגוד הסיוף בישראל** (8.6.2017), הדיינים עו"ד אסתר וינדר ועו"ד עמנואל סלע. ליתר דיוק, הקביעה התייחסה לעמותת רומח אבירים סיוף עכו – שהייתה אחראית במישור הטכני על רישומה של חתואל לתחרות.

נוספות המבקשות להתחרות באליפות העולם, וכי נותרו שלושה כרטיסים לא מאוישים לתחרות, כך שרישומה לא יבוא "על חשבונה" של אף סיפית אחרת.²⁵

בית המשפט המחוזי דחה את התובענה. בעיקרו של דבר, הדחייה התבססה על אמת המידה המצומצמת להתערבות בהחלטותיו של בית הדין, הגוף המקצועי שהסמכות בעניינים הקשורים לאיגודים ספורטיביים כדוגמת איגוד הסיוף מסורה לו, בהתאם לסעיף 11 לחוק הספורט, התשמ"ח-1988.²⁶ על רקע זה קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות שבהן הייתה חתואל יכולה להשתתף בשתי תחרויות לאחר תקופת ההחלמה מהלידה אין להתערב בהחלטתו של בית הדין בעניין. לצד זאת, בית המשפט המחוזי ציין כי "המרצת הפתיחה מעוררת שאלות עקרוניות ויסודיות בעלות משמעות חברתית, תרבותית וערכית, בנוגע לאפליית נשים בספורט הישגי",²⁷ ולפיכך ביקש להוסיף הערות מספר.

בפועל, הערות אנב אלה השתרעו על פני 15 עמודים. תחילה פתח בית המשפט המחוזי ועמד על השונות הרלוונטית בין נשים לגברים – שמקורה בשוני הביולוגי הנוגע להיריון ולידה. בית המשפט המחוזי ציין כי שונות רלוונטית זו, שהייתה במשך שנים מקור לאפליה כנגד נשים, הפכה עם השנים לטעם שבגיניו יש לשנות את החוקים הקיימים על מנת ליצור שוויון בין נשים לגברים. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי את ההגנות השונות שניתנות לנשים בהקשר של היריון ולידה כמשפט העבודה.²⁸

בהמשך פנה בית המשפט המחוזי לבחינה מעמיקה יותר של הקשיים שספורטאיות מתמודדות עימם סביב היריון ולידה. כך, בית המשפט המחוזי ציין כי להיריון עשויה להיות השפעה ניכרת על הישגיה המקצועיים של ספורטאית, מכמה סיבות וגורמים – העובדה שתחום הספורט הוא תחום הישגי המבוסס על יכולות פיזיות וביולוגיות,

²⁵ ראו עניין **חתואל**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 5–6. טענות קונקרטיות יותר שהעלתה חתואל נגעו לכך שבית הדין התעלם מהעובדה שבמועד שבו התקיימה אחת התחרויות הרלוונטיות בסבב העולמי השתתפה חתואל באליפות ישראל לקבוצות.

²⁶ ראו שם, בעמ' 7–9. להרחבה בעניין אמת המידה להתערבות שיפוטית על החלטות של איגודי ספורט מקצועיים ראו הראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 453–464. כמו כן ראו דרורה פלפל **הספורט בראי המשפט** 149–161 (1994).

²⁷ עניין **חתואל**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 9.

²⁸ שם, בעמ' 9–14. בין היתר התייחס בית המשפט המחוזי גם להוראות שעניינן זכויות סטודנטיות ומתמחות ברפואה היולדות במהלך תקופת הלימודים או ההתמחות. בית המשפט המחוזי הוסיף והפנה לסעיף 9 לחוק הספורט, הקובע חובת ייצוג הולם בקרב העובדים והנהלה של איגוד ספורטיבי המקבל תמיכה מהמדינה, וכן לסעיף 10(ב) לחוק הספורט אשר קובע חובה להתקין בתקנונים של התאחדות ספורט או איגוד ספורט הוראות בעניין מתן הזדמנות שווה לפעילות נשים בספורט. כמו כן, בית המשפט המחוזי הפנה לאמנה לשוויון מגדרי שאומצה על ידי הוועד האולימפי בישראל בחדוש יוני 2018 שבה נקבע, בין היתר, כי הוועד האולימפי מתחייב לפעול לקידום ואכיפה של "טיפוח השוויון בין המינים וחיזוק השתתפותן של נשים בספורט, תוך הסרת כל החסמים להשתלבותן המיטבית בספורט", וכן הכיר בצורכיהן השונים של ספורטאיות בהשוואה לספורטאים.

העובדה שגיל ההשתתפות בספורט ההישגי והמקצועני וגיל הפוריות בדרך כלל חופפים זה לזה, וכן העובדה שפעילות במסגרת ספורט הישגי תחומה לרוב לתקופת זמן מוגבלת. כל האמור, ציין בית המשפט המחוזי, מוביל לכך שנשים נאלצות לבחור בין רצונן ליטול חלק בתחרויות לבין רצונן לממש את זכותן להורות, והן עשויות "לדחות" את מימושה של זכות זו לשלב מאוחר יותר בחייהן.²⁹ המסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי היא אפוא כי "אי מתן הזדמנות שווה לנשים ואי הכרה בתקופות של היריון וחופשת לידה עלולים להביא לכך, שאישה המבקשת להביא ילדים לעולם, לא תוכל להתחרות".³⁰

בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי הכרה במאפיינים פיזיים של נשים בהקשר זה אין פירושה נקיטת מדיניות של העדפה מתקנת, אלא מדיניות של "נטרול השונות הרלוונטית" הנחוצה לצורך השגת שוויון. בית המשפט המחוזי אף ציין כי המדיניות הקיימת, שאינה מבחינה בשונות בין נשים לגברים ולמעשה רואה היריון כמחלה או פציעה – היא מדיניות הנוקטת מודל של "עיוורון למין", אשר נקבעה על פי מאפיינים גבריים.³¹ כדוגמה לשינוי מבורך בעניין זה הזכיר בית המשפט המחוזי בין היתר את פרשת סרינה וויליאמס.³²

בסיכומי של דבר קבע בית המשפט המחוזי כי היעדר התייחסות למאפיינים של נשים בהיריון בתקנונים של איגודי ספורט יוצר אפליה וחוטא להגשמת העיקרון של שוויון ההזדמנויות לנשים בספורט. אולם, לאחר כל זאת וכאמור לעיל, דחה בית המשפט המחוזי את התובענה בקובעו כי אין זה מתפקידו לקבוע קריטריונים עבור איגוד הסיוף, ובציינו כי "אין אלא לקוות, שהמשיב [האיגוד] יעלה לדיון במוסדותיו את האמור בפסק הדין, עת יבוא לקבוע את הקריטריון לעונה הקרובה (2018-2019) וכי יהווה דוגמה ומופת לענפי ספורט אחרים".³³

לא ברור מהי, אם בכלל, משמעותו המעשית של פסק הדין בעניין **תואל**. אף על פי שארגוני חברה אזרחית הפועלים למען שוויון מגדרי, ואף חתואל עצמה, התייחסו

²⁹ שם, בעמ' 14–16. בית המשפט המחוזי ציין גם כי "עבור נשים ספורטאיות, הבחירה אינה בחירה אמיתית, כי אם 'הרע במיעוטו'. הן נאלצות לעיתים לבחור בין הזכות להורות לבין המשך העיסוק בספורט הישגי, שהוא, בין היתר, מקור פרנסה". בית המשפט המחוזי הפנה בהקשר זה לפסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד (3) 122 (2011), שם נפסק כי "כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות, אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות-חוקתיות של החברה בישראל". ראו שם, בפסקה 40 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

³⁰ עניין **חתואל**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 16.

³¹ שם, בעמ' 17–18.

³² שם, בעמ' 18–21. דוגמה נוספת שאליה התייחס בית המשפט המחוזי נוגעת למדיניות של מוסדות השכלה גבוהה בארצות הברית, שלפיה חוזים עם סטודנטיות שמקבלות מלגות לימוד המבוססות על הישגיהן בספורט לא יכללו סעיפים מפלים על רקע היריון. שם, בעמ' 23.

(Nike), שהיא בהיריון, נמסר לה כי חוזה החסות שלה מבוטל.³⁷ בעקבות הפרסום חשפו ספורטאיות רבות נוספות שנייקי הייתה נותנת החסות שלהן כי החוזים עימן כללו הגבלות וסנקציות כספיות במקרה של כניסה להיריון – סנקציות שאינן מוטלות ככלל על ידי נותני חסות על ספורטאים וספורטאיות שסובלים מפגיעה ולפיכך נאלצים להיעדר מתחרויות ומפעילות שוטפת. בהתחשב בעובדה שחסויות מהוות כאמור מקור הכנסה מרכזי עבור ספורטאים וספורטאיות, נטען כי ההגבלות החוזיות האמורות נועדו להפעיל לחץ ממשי על ספורטאיות פעילות שלא להרות.³⁸ בעקבות החשיפה התקשורתית, בחודש אוגוסט 2019 הודיעה נייקי על עריכת שינוי בחוזה החסות בכל הנוגע לסיום חוזה ו/או הפחתת שכרה של ספורטאית הרה. כך, בנוסחם החדש של חוזה החסות, בוטל הסעיף של אי-תשלום לספורטאית למשך חודשי ההיריון, וכן נוסף סעיף חדש המגן על הספורטאית למשך 18 חודשים, מהחודש הראשון לכניסתה להיריון ועד 9 חודשים לאחר הלידה.³⁹

4. סיכום ביניים

עד כה הוצגו שלושה מקרים אשר עוסקים בהתמודדות של ספורטאיות עם חזרתן לפעילות תחרותית לאחר תקופת היעדרות שמקורה בהיריון ולידה. שני המקרים הראשונים – של ויליאמס וחתואל – דומים מבחינה זו שהם משקפים את הקושי של "הזמן האבוד" בקריירה של ספורטאית החוזרת מחופשת לידה (אתגר שאף מלווה נשים ככלל עם חזרתן לעבודה לאחר לידה). אין ספק שהסיפור של ויליאמס הסתיים באקורד חיובי הרבה יותר מזה של חתואל, ואף הוביל לשינוי של ממש, לפחות בענף

³⁷ Alysia Montañó, *Nike Told Me to Dream Crazy, Until I Wanted a Baby*, N.Y. TIMES (May 12, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/05/12/opinion/nike-maternity-leave.html>.

³⁸ יואב כהן "רציתי להראות שאפשר להיות בהיריון ולשמור על קריירה מצליחה – גם בספורט" *The Marker* (20.7.2019) <https://www.themarker.com/news/.premium-MAGAZINE-1.7539140>.

³⁹ Jordan Valinsky, *Nike Further Expands Protections for Pregnant Athletes after Fierce Backlash*, CNN BUSINESS (Aug. 19, 2019), <https://edition.cnn.com/2019/08/19/business/nike-pregnant-policy/index.html>. כאנקדוטה אחרונה ניתן להזכיר גם פרשה שהתרחשה בשנת 2017 בספרד, כאשר מועצת הספורט העליונה (הגוף הממשלתי האחראי על תחום הספורט) פנתה לאיגודי הספורט והבהירה להם כי עליהם לפעול נגד כל התנהלות הפוגעת בשוויון בין המינים. זאת, לאחר שהתברר כי מועדוני ספורט רבים – לרבות מועדוני כדורגל, כדורסל וכדורעף – כוללים בחוזים המקצועיים הנחתמים עם השחקניות שלהם סעיף הקובע כי במקרה שהשחקנית נכנסת להיריון, למועדון זכות לסיים את החוזה ללא כל פיצוי לשחקנית. ראו: *Spanish Sports Body Expresses Concern Over Anti-pregnancy Clause*, NETWORK FARE (Mar. 28, 2017), <https://farenet.org/news/spanish-sports-body-expresses-concern-over-anti-pregnancy-clause/>; Carlos Arribas, *Why Female Athletes in Spain are Banned From Getting Pregnant*, EL PAIS (Mar. 27, 2017), https://english.elpais.com/elpais/2017/03/27/inenglish/1490613973_221448.html.

הטניס.⁴⁰ יש לזכור כי ויליאמס היא אחת הספורטאיות המצליחות והאהודות ביותר בהיסטוריה, ועל כן סביר להניח כי התוצאות השונות בשני המקרים נבעו מההדד התקשורתי והלחץ הציבורי שאפיינו את המקרה של ויליאמס.⁴¹ המקרה השלישי, של אליסה מונטאנו, אינו מתמקד אמנם בחזרה לפעילות התחרותית עצמה אלא בעיסוק שנלווה לה, אולם הוא מעורר שאלות דומות לאלה שהתעוררו בעניינן של ויליאמס וחתואל. האם יש מקום לכך שגופים העוסקים בספורט בדרך זו או אחרת – איגודי ספורט, חברות מסחריות המתקשרות בחוזה חסות וכ' – יאמצו הסדרים ייחודיים הנוגעים להיריון ולידה של ספורטאיות? האם יש סיבה להתייחס להיעדרות מפעילות תחרותית מפאת היריון בצורה שונה מזו הננקטת ביחס לספורטאים שנאלצים להיעדר מפעילות תחרותית מסיבות גופניות אחרות, כגון פציעה או מחלה? האם יש יסוד לטענה כי היעדרה של התייחסות מיוחדת להיריון ולידה בהקשר זה עולה כדי אפליה כנגד ספורטאיות? בפרקים הבאים אנסה להשיב על שאלות אלה.

כהערה מקדימה לדיון, יש להבהיר את גבולותיו. ראשית, חשוב לציין שמאמר זה מציע ניתוח תאורטי של השאלות שהוצגו לעיל, במנותק מדוקטרינה משפטית כזו או אחרת. שאלת ההגנה על ספורטאיות בהיריון יכולה להתעורר בהקשרים שונים, במדינות שונות ותחת משטרים משפטיים שונים זה מזה. במישור הדין הפוזיטיבי, למשל, קיים הבדל בהיקף ובאופן ההגנה על נשים בהיריון בישראל לעומת מדינות אחרות כדוגמת ארצות הברית, כפי שיוסבר להלן. בהמשך לכך, ישנה חשיבות לדין המהותי והדיוני שחל על הסוגיה. אתלטיות המתחרות בספורט קבוצתי נחשבות במקרים רבים לעובדות אשר מועסקות על ידי קבוצותיהן, כך שמערכת היחסים בין

⁴⁰ לאחרונה ניתן היה לחזות בשינויים אף בענפי ספורט אחרים. כך למשל, בינואר 2020 הודיע ה-WNBA, איגוד כדורסל הנשים בארצות הברית, על הסכם קיבוצי חדש שנחתם עם ארגון השחקניות. במסגרת ההסכם, ובאופן תקדימי וחריג בעולם הספורט, הובטח כי שחקנית אשר יוצאת לחופשת לידה תמשיך לקבל שכר מלא. יתר על כן, ההסכם הקיבוצי מעניק לשחקניות שהן אימהות הטבות סוציאליות משמעותיות, כגון קצבת ילדים וסיוע בדיוור. ראו: שירות כלכליסט "הסכם העסקה חדש ב-WNBA יבטיח תשלום מלא לשחקניות גם בזמן חופשת הלידה" **כלכליסט** (14.1.2020); <https://www.calcalist.co.il/sport/articles/0,7340,L-3777752,00.html>; Maggie Mertens, *Maternity Leave – Not Higher Pay – Is the WNBA's Real Win*, THE ATLANTIC (Feb. 1, 2020), <https://www.theatlantic.com/culture/archive/2020/02/why-wnbas-new-maternity-leave-policy-revolutionary/605944>; לצורך ההשוואה ניתן להפנות לריאיון עדכני יחסית עם הכדורסלנית הישראלית נעמה שפיר, שנעדרה מהמגרשים בעונת 2019-2020 בשל הריונה. עם פרישתה ציינה כי ייתכן שלא תשוב עוד לשחק, אולם בהמשך חזרה לשחק בקבוצת אליצור רמלה, כך שבדיעבד הייתה זו מעין "חופשת לידה ללא תשלום". ראו: אריה ליבנת "הדומנות אחרונה": כשכוכבת נבחרת ישראל נכנסה להריון, היא עזבה הכל. לפתע היא חזרה" **הארץ ספורט** (2.8.2020) <https://www.haaretz.co.il/sport/basketball/premium-1.9033372>.

⁴¹ עוד על סיקור הפרשה, ראו: אמיר ענבר "הטניס כבר ידע אמהות בעבר ואז הגיעה סרינה ויליאמס ושניתה את הכללים" **הארץ ספורט** (9.1.2019) <https://www.haaretz.co.il/sport/other/premium-1.6824413?fbclid=IwAR2HMgx1z5FMqKvovUrjbnkNjzBFafE1grQs0VUcbX6b6cXDOzMCs95qtE>.

הצדדים מבוססת על יחסי עבודה (ובמקרים מסוימים אף יחסי עבודה קיבוציים, כאמור לעיל בעניין ליגת כדורסל הנשים בארצות הברית). לעומת זאת, מערכת היחסים בין ספורטאיות המתחרות כ"יחידות" – כדוגמת וויליאמס וחתואל – לבין הגופים שמנהלים את התחרויות שבהן הן משתתפות היא על פי רוב מערכת יחסים חוזית שאינה מושתתת על יחסי עבודה. לבסוף, המעמד המשפטי של ארגוני ספורט משתנה ממדינה למדינה ולפי ההקשר. כך למשל בארצות הברית, ארגוני הספורט המקצועניים הם גופים פרטיים שכפופים לכללי המשפט הפרטי בלבד. בישראל, לעומת זאת, בתי המשפט הכירו בהתאחדויות ספורט כ"גופים דו-מהותיים" בהקשרים מסוימים.⁴² על רקע זה, חשוב להבהיר שהניתוח המוצע במאמר זה הוא ניתוח תאורטי עקרוני שאינו תלוי בכללים מסוימים מהמשפט הפוזיטיבי או מושתת עליהם. ממילא, הנפקות המעשית של הדיון שנערך במאמר על גופים ו"שחקנים" שונים בעולם הספורט עשויה להשתנות בהתאם לטיבם ואופיים.

שנית, הדיון שאערוך במאמר אינו מתיימר לתת מענה לכלל השאלות המתעוררות בצומת שבין היריון ולידה לבין ספורט תחרותי.⁴³ מטבע הדברים, הדיון מציג גם סוגיה הנוגעת להבדלים בדפוסי הורות בין גברים לנשים, שהרלוונטיות שלהם משתרעת מעבר לתקופה המצומצמת של היריון וחופשת לידה. במילים אחרות, בשל כך שנשים הן על פי רוב המטפלות העיקריות בילדים והן נדרשות פעמים רבות להתאים או לשלב תפקיד זה עם קריירה מקצועית, הקמת משפחה עשויה להשפיע ולפגוע בספורטאיות באופן משמעותי יותר מבספורטאים.⁴⁴ הבדלים אלה מקורם, בעיקרו של דבר, בהבניות חברתיות, להבדיל משוני ביולוגי-פיזיולוגי. הדיון בעניין זה הוא חשוב כמובן, אך לא אוכל להידרש גם אליו במסגרת רשימה זו.

⁴² הראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 435–452.

⁴³ למשל, שאלות הנוגעות לספורט והנקה. כך, בעניין האתלטית לונה צ'מטאי שפרשה מריצת מרתון באולימפיאדת ריו 2016 בשל בעיות בכתף שנבעו מהנקה, וספגה לדבריה ביקורת רבה על כך: עוזי דן ואורי טלשיר "מחזור, היריון, לידה, הנקה ומדליה אולימפית" **הארץ ספורט** (17.8.2016) <https://www.haaretz.co.il/sport/rio2016/premium-1.304121> ; אורי טלשיר "בעלה ומאמנה של לונה צ'מטאי: 'חשבתי שתהיה אמפתיה, והודעזעתי'" **הארץ ספורט** (18.8.2016) <https://www.haaretz.co.il/sport/rio2016/1> 3042555. או בהקשר קרוב יותר לענייננו – שאלת חוקיותו של איסור המוטל על נשים בהיריון להשתתף בפעילות ספורט תחרותי שנדונה בבית המשפט הפדרלי באוסטרליה.

⁴⁴ ראו: *Gardner v. All Australian Netball Association Limited* [2003] FMCA 81 (Austl.) כן, לא מעט ספורטאיות מחליטות לפרוש לחלוטין מפעילות תחרותית בשלב שבו הן בוחרות להקים משפחה. ראו, למשל, מערכת וואלה! ספורט "קרוליין ווזיאקי הודיעה שתפרוש מטניס אחרי אליפות אוסטרליה" **וואלה!** (6.12.2019) <https://sports.walla.co.il/item/3327927>. בהיבט זה ישנו הבדל חברתי משמעותי בין נשים לגברים. נדיר שספורטאי מנמק את פרישתו ברצונו להקים משפחה, וככלל, רבים מהספורטאים המובילים בעולם הם אבות לילדים.

ב. מבוא מושגי – מהו שוויון? מהי אפליה כנגד נשים בהיריון?

1. על הקושי בהגדרתו של שוויון בכלל ובהקשר של אפליה מגדרית בפרט

השוויון הוא אחד מערכי היסוד המרכזיים של כל חברה ליברלית. החובה לנהוג בשוויון, כלומר להימנע מאפליה, כלולה בכל מגילות זכויות האדם הבינלאומיות וברובן המוחלט של החוקות ומסמכי היסוד של מדינות שבהן נוהג משטר דמוקרטי.⁴⁵ יחד עם זאת, תוכנה המדויק של הזכות לשוויון ומשמעותה המעשית של החובה לנהוג בשוויון עודם שנויים במחלוקת.⁴⁶ בין היתר מתעוררת השאלה האם שוויון הוא ערך העומד בפני עצמו, או שמא הוא אמצעי להגשמתם והשגתם של ערכים אחרים.⁴⁷ יתר על כן, קיים מעין מתח טבעי בין האידיאל שלפיו כל בני האדם שווים, לבין העובדה שקיים גם שוני גדול בין בני אדם – ומשטר דמוקרטי המבוסס גם על פלורליזם מכבד שונות זו ושואף להכיל אותה.⁴⁸

כיצד "מתרגמת" אפוא שיטת משפט את ערך השוויון לחובות קונקרטיות ומיישמת אותו בחיי היום יום של אזרחיה? אחת הנוסחאות המרכזיות לכך, שאף השתרשה בשיח

⁴⁵ ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (להלן: מדינה זכויות האדם). ראו ס' א'-ב' להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. תרגום לעברית זמין בנציבות זכויות האדם של האו"ם: <https://searchlibrary.ohchr.org/record/17783?ln=en>; סעיפים 2-3, 14 ו-26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כ"א 269 31 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992); סעיפים 2-3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כ"א 205 31 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ב-1991); האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות של אפליה גזעית כ"א 25 548 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979); האמנה הבינלאומית בדבר ביעור אפליה נגד נשים כ"א 179 31 (נפתחה לחתימה ב-1980) (נכנסה לתוקף ב-1991); האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים בעלי מוגבלות (נפתחה לחתימה ב-2007) (נחתמה ב-2018). תרגום לעברית זמין באתר נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות: U.S.: <https://www.gov.il/he/Departments/legalInfo/crpd>; CONST. amend. XIV; Grundgesetz [GG] [Basic Law] art. 3 (Ger.), translation at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg; Canadian Charter of Rights and Freedoms § 15, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.); 1958 CONST. art. 77 (Fr); Constitución Española B.O.E. n. 14, Dec. 29, 1978 (Spain); S. AFR. CONST. art. 9 (1996).

⁴⁶ מדינה זכויות האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 275.
⁴⁷ אורית קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי 25–26 (2007) (להלן: קמיר כבוד אדם וחווה); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 691 (2014) (להלן: ברק הזכות החוקתית).

⁴⁸ שם; אהרן ברק מבחר כתבים כרך ד 169–170 (2017). כן ראו: גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" האם המשפט חשוב? 223, 227–230 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות) (2010).

המשפטי בישראל, היא נוסחת השוויון האריסטוטלי.⁴⁹ לפי נוסחה זו, שמקורה בכתביו של הפילוסוף אריסטו, שוויון משמעותו יחס שווה לשווים, ויחס שונה לשונים. במילים אחרות: פירושה של אפליה היא מתן יחס שונה אל מי שהם שווים וראויים לאותו יחס.⁵⁰ עם זאת, לאורך השנים התעוררו קולות המבקרים את הגישה האריסטוטלית. בהקשר זה הושמעו שני טיעונים מרכזיים. ביקורת אחת התייחסה למקרים שבהם קיימת שונות רלוונטית, ולמרות זאת ישנה בעייתיות בהתייחסות הלא-שוויונית הנגזרת משונות זו. למשל, ובהקשר הרלוונטי לענייננו, השוני הביולוגי בין גברים לנשים – היכולת להרות וללדת. על פני הדברים, על פי הנוסחה האריסטוטלית, אין בהכרח פסול במתן יחס שונה לנשים על רקע היריון ולידה – ועל כן תפיסת שוויון הנשענת בעיקרה על הנוסחה האריסטוטלית תתקשה, למשל, בהצדקת הסדרים להגנה על נשים בהיריון מפני פיטורין או פגיעה בעבודה.⁵¹ הביקורת העיקרית השנייה ביחס לנוסחה האריסטוטלית נוגעת לכך שהתבססות על קריטריונים של דמיון ושוני מייצרת הגדרות בעלות משמעויות ערכיות אשר מבוססות על הסדר החברתי הקיים. כך למשל, בחברה גזענית, אדם שחור ייתפס כשונה מאדם לבן, והבחנה ביניהם עשויה להיתפס כלגיטימית. במובן זה הבעיה אינה בהכרח בנוסחה עצמה אלא בהבניה החברתית, או בסטראוטיפ העומד בבסיסה, שהנוסחה עשויה לאמץ כקריטריון "טבעי" לגזירת זכויות חברתיות ומשפטיות, באופן שמקשה לקרוא תיגר על ההסדרים החברתיים והמשפטיים הרווחים.⁵² כך יינתן יחס שונה לאלה שראויים לקבל יחס דומה, אולם הברלים המבוססים על סטראוטיפים מונעים זאת.

⁴⁹ ראו למשל: דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 334 (2000); בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358, 365 (2004); בג"ץ 4805/07 **המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך**, פ"ד סב(4) 571, 625 (2008); בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל**, פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (נבו 22.5.2012) (להלן: **עניין נסר**); בע"מ 919/15 **פלוני נ' פלונית**, פסקה 103 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 19.7.2017) (להלן: **עניין המזונות**).

⁵⁰ יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים: השופטת דורנר בעניין אלס מילר" **מחקרי משפט** כב 445, 447–448 (2006); ברק **הזכות החוקתית**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 692; מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** טז 109, 119–120 (2013).

⁵¹ יופי תירוש "גילוי וכיסוי בשוויון: הקדמה לתרגום של Covering מאת קנג' יושינו" **מעשי משפט** ח 13, 14 (2016); יפעת ביטון "היריון זה לא מחלה? תיעול מחדש בתעלת הלידה של נזקי אבדן העוברה או פגיעה בה" **מחקרי משפט** כט 107, 117 (2013) (להלן: ביטון "היריון זה לא מחלה").

⁵² קמיר **כבוד אדם וחווה**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 29–31. כן ראו, בהקשר של המאבק לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות: שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97, 109 (2012).

דוגמה פרדיגמטית לביקורות על הנוסחה האריסטוטלית במשפט הישראלי ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת דורנר בעניין **אליס מילר**.⁵³ כזכור, באותו מקרה נדונה עתירתה של צעירה מועמדת לגיוס כנגד מדיניות הצבא המאפשרת רק לגברים מועמדים לגיוס להתמייץ לקורס טיס של חיל האוויר. בעתירה צוינו ההבדלים בין נשים לגברים – הן ההבדל הביולוגי שעניינו היריון ולידה, והן ההבדלים "חברתיים" – אולם נטען בה כי אין בהבדלים אלה כדי להצדיק יחס שונה בהקשר הנדון של מיונים לקורס טיס.⁵⁴ לעומת זאת, בתגובת הצבא לעתירה נטען כי ההבחנה בין גברים לנשים בהקשרו של קורס הטיס היא הבחנה רלוונטית המצדיקה יחס שונה. זאת, שכן נשים צפויות לשרת בצבא תקופה קצרה מגברים, בשל הצפי להיריון ולידה, ועל כן התועלת שתצמח מהכשרתן כטייסות אינה מצדיקה את ההשקעה הכלכלית האדירה הכרוכה בכך.⁵⁵ עמדת הצבא נשענה אפוא על הנוסחה האריסטוטלית. פסק דינה של השופטת דורנר, שדחה עמדה זו, נפתח באמירה הברורה כי "נשים שונות מגברים", בין היתר לנוכח יכולתן הפיזיולוגית של נשים להרות וללדת.⁵⁶ עם זאת, השופטת דורנר עמדה על כך שאמות המידה לתרגום השוני בין גברים ונשים לנורמות משפטיות צריכות להיות הוגנות. ובמילותיה, "הגשמת השוויון בין המינים מחייבת תכנון מערכתי שייקח בחשבון את צרכיהן הייחודיים של נשים".⁵⁷ בעיקרו של דבר, השופטת דורנר אתגרה את הנוסחה האריסטוטלית בכך שקבעה כי גם אם ישנו שוני שהוא רלוונטי לדעת רבים, יש לבחון האם ההתחשבות בו לשם יצירת הבחנה היא מוצדקת בנסיבות העניין.⁵⁸

מורכבויות אלה בהגדרתו של ערך השוויון וביישומו המעשי של האיסור על אפליה הנגזר ממנו התחדדו והודגמו בכתיבה העוסקת בפמיניזם משפטי. בראשית דרכו, הפמיניזם המשפטי האמריקאי צמח בתוך השיח הליברלי, ועל כן אימץ את תפיסת השוויון האריסטוטלי. מאבקן של הפמיניסטיות "הליברליות" בארצות הברית התמקד אפוא בהסרת חסמים ומניעת הדרה של נשים בספרות ציבוריות כגון שוק העבודה, האקדמיה והפוליטיקה. המאבקים התבססו באופן ברור על הטענה שבתחומים אלה אין כל הצדקה עניינית, על פי נוסחת השוויון האריסטוטלי, להבחין בין נשים לגברים

⁵³ בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: **עניין מילר**). שולמית אלמוג "על נשים, צבא ושוויון: בעקבות בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח' " **משפט וממשל** ג 631, 636–633 (1996).

⁵⁴ נטע זיר "הסיפור של אליס מילר: 'אשה תעלה למטוס עם סל-קל'?" **מעשי משפט** י 61, 70 (2019).

⁵⁵ שם, בעמ' 71. ראו גם: בנבגי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 447; דפנה ברק-ארוז "על טייסות וסרבניות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 65, 77–78 (דפנה ברק-ארוז ואח' עורכות) (2007) (הספר להלן: **עיונים במשפט**).

⁵⁶ עניין **מילר**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 129.

⁵⁷ שם, בעמ' 142.

⁵⁸ אלמוג, לעיל ה"ש 53, בעמ' 634.

ולהתייחס אליהן באופן שונה מההתייחסות אל גברים.⁵⁹ עם זאת, במהרה נדרשה התאוריה הפמיניסטית להתמודד עם מגבלות השיח הליברלי המבוסס על דיכוטומיית הדמיון-שוני, למשל בכל הנוגע למאבק לשילוב נשים בצבא האמריקאי.⁶⁰ הטענה היא אם כן כי השוויון המשפטי המתורגם לנוסחה האריסטוטלית יכול להבטיח לנשים רק יחס זהה לזה שגברים מקבלים, לאחר שיוכח כי נשים הן אכן דומות לגברים בהקשר הרלוונטי.

על רקע זה צמחו למעשה שתי גישות מרכזיות בתאוריה הפמיניסטית. הגישה הראשונה, המכונה "פמיניזם תרבותי" ומבוססת על כתיבתה של הפסיכולוגית קרול גיליגן, קראה לחדול משיח הדמיון ולהכיר ב"קול השונה" של נשים, דהיינו בצרכים ובהעדפות השונות שלהן. לפי גישה זו, אין מקום לבסס את חובת השוויון על הנחת יסוד של דמיון בין נשים לגברים, אלא לשאוף לתת לנשים ולגברים יחס המתחשב באופן שווה בצורכיהם השונים והייחודיים, גם אם אין מדובר ביחס זהה לחלוטין.⁶¹ גישה אחרת, המכונה "גישת השליטה", מבוססת על כתיבתה של המשפטנית קתרין מקינון.⁶² גישה זו מציעה ניתוח פמיניסטי הנסמך על מתודולוגיה מרקסיסטית המבקשת לערער על מושגי היסוד של השיח החברתי ולחשוף את האינטרסים העומדים בבסיסם. התמה המרכזית העומדת ביסוד התאוריה של מקינון היא כי אפליה כלפי נשים – על מופעה השונים – היא תוצר של יחסי הכפיפות בין גברים לנשים בחברה. בהתאם לכך, גישת השליטה גורסת כי הכשל של דיכוטומיית הדמיון-שוני – שעליה מתבססות הן גישת השוויון האריסטוטלי והן גישת הפמיניזם התרבותי – הוא ששתיהן מבססות את תביעת השוויון על השוואת האישה לגבר ועל טענות לדמיון או שוני אליו, ובכך מנציחות את מעמדו של הגבר כאמת מידה "סטנדרטית" בהקשר החברתי, ואת

⁵⁹ ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523, 545 (2001); נויה רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל – מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של אורית קמיר 'פמיניזם, זכויות ומשפט' " עיוני משפט כז 857, 864 (2004) (להלן: רימלט "בעקבות קמיר"); נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית 19 (2010) (להלן: רימלט הפמיניזם המשפטי).

⁶⁰ בילסקי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 528.

⁶¹ שם, בעמ' 545–546; רימלט "בעקבות קמיר", לעיל ה"ש 59, בעמ' 860–861. ראו עוד: קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן-חיים מתרגמת 1995).

⁶² קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (2005). גישה זו מכונה לעיתים "פמיניזם רדיקלי", אם כי במונח זה יש מטען מסוים שמעורר רושם שגוי כאלו מדובר בגישה ביקורתית שולית או קיצונית, בעוד שבפועל מדובר באחת הגישות הדומיננטיות ביותר בתאוריה הפמיניסטית, שאף שימשה בסיס לטיפול המשפטי בהטרדות מיניות במשפט האמריקאי. ראו את המבוא שנכתב על ידי דפנה ברק-ארז לספרה של מקינון שם, בעמ' 4–19.

היותה של האישה "שונה"⁶³. במילים אחרות, הטענה היא כי יש בכך כדי להנציח את הכפפתן של נשים לסטנדרטים שעוצבו על ידי גברים עבור גברים.⁶⁴

הדיון העקרוני בנושאים אלה בספרות הוא כמובן רחב ומקיף בהרבה, והדברים הובאו כאן על קצה המזלג בלבד, על מנת להניח תשתית תאורטית לניתוח הטענה בנוגע לאפליה כנגד נשים בהיריון ככלל, ובהקשר הנדון – עולם הספורט – בפרט.

2. אפליה כלפי נשים בהיריון – האמנם?

הסוגיה של אפליה כלפי נשים בהיריון היא מקרה בוחן מעניין במיוחד של האתגר של שיח השוויון כפי שתואר לעיל, וזאת מהסיבה הפשוטה שמדובר בסוגיה הנוגעת בשוני מובהק ובלתי ניתן להכחשה בין גברים לנשים.⁶⁵ ההתפתחות של ההגנה המשפטית על נשים בהיריון מפני אפליה במשפט האמריקאי מדגימה זאת היטב. נקודת המוצא לדיון היא פסק דין שנתן בית המשפט העליון הפדרלי בארה"ב בשנת 1974, בעניין *Geduldig*.⁶⁶ הדיון בתיק נסב על קרן ביטוח ממשלתית אשר מכוחה ניתן לעובדים פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בשל "מוגבלות זמנית". הקרן כיסתה אירועים שונים, כגון מחלות מסוימות או תאונות, אך החריגה באופן מפורש מוגבלות זמנית מחמת היריון או לידה. הנשים שעותרו לבית המשפט בפרשה זו התבססו על הנוסחה האריסטוטלית וטענו כי אין מקום להבחין בין מחלה, המגבילה את יכולתו של העובד לעבוד, לבין היריון, המגביל את יכולתן של עובדות בצורה דומה.⁶⁷ בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי ההבחנה אינה מבוססת על מין, אלא מדובר בהבחנה בין נשים בהיריון לבין "אנשים שאינם בהיריון".⁶⁸ כך, הודגש כי ישנן מחלות רבות נוספות שהוחרגו מתוכנית הפיצוי, באופן דומה להיריון, וכי גם נשים שאינן בהיריון יכולות ליהנות מתוכנית הביטוח כמו גברים. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט העליון הפדרלי בפסק דין נוסף, בעניין *General Electric*,⁶⁹ שעסק אף הוא בקרן פיצויים לעובדים, הפעם פרטית. באותו מקרה קבע בית המשפט העליון כי מאחר שקרן הפיצויים מכסה מחלות ומוגבלויות פיזיות שונות שהן משותפות הן לגברים והן

⁶³ אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317, 326–327 (1998); זיו, לעיל ה"ש 54, בעמ' 67.

⁶⁴ מקינון, לעיל ה"ש 62, בעמ' 7–40; קמיר **כבוד אדם**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 36–43.

⁶⁵ ראו: יפעת ביטון "אמא (ניזוקה) יש רק אחת – נזקי היריון ולידה והבניית אימהות בישראל" **ביטחון סוציאלי** 103, 47, 52 (2018).

⁶⁶ *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974) (עניין *Geduldig*).

⁶⁷ להרחבה ראו: רימלט **הפמיניזם המשפטי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 23–26.

⁶⁸ עניין *Geduldig*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 496.

⁶⁹ *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976).

לנשים, אין מדובר באפליה, אדרבה – אילו הייתה הקרן מכסה גם היריון של עובדות, היה בכך משום מתן יחס מועדף לנשים.⁷⁰

בעקבות ההדים שעוררו פסקי דין אלה חוקק הקונגרס האמריקאי חוק ספציפי האוסר על אפליה מחמת היריון.⁷¹ ההיגיון הפנימי של החוק נשאר נאמן לדיכוטומיית הדמיון והשוני, שכן הוא "השווה" את הסיטואציה של היריון לכל סיטואציה אחרת של "מוגבלות זמנית" של עובד, וקבע בהתאם לכך שעל מעסיק חל איסור לקבוע תנאים שונים בהקשר זה. כל תנאי, התאמה או הטבה שמעסיק מעניק לעובד שסובל ממה שהוגדר כמוגבלות זמנית חייבים על פי החוק להינתן גם לעובדת בהיריון. במילים אחרות, כל עוד המעסיק מתייחס לאישה בהיריון ולעובדים אחרים שאינם בהיריון באופן שווה, גם אם מדובר ביחס גרוע במיוחד – החוק אינו מכיר בכך כאפליה. כך למשל, אישה הרה שנאלצה לעזוב את עבודתה בשל תנאי עבודה שאינם גמישים או בשל מגבלה קשיחה מדי על חופשות אינה יכולה לתבוע את המעסיק על פי החוק, כל עוד תנאים אלה חלו גם על עובדים אחרים שסבלו מ"מוגבלות זמנית" אחרת.⁷²

הפרק האחרון בסיפור האמריקאי, לפחות לעת עתה, הוא פסק הדין בעניין *Young* שנתן בית המשפט העליון הפדרלי בשנת 2015.⁷³ פגי יאנג עבדה כנהגת משלוחים בחברת UPS. היא נכנסה להיריון כתוצאה מהליך הפריה חוץ-גופית ורופאה המליצה לה לא להרים משאות במשקל שעולה על 20 פאונד בעשרים השבועות הראשונים להיריון, ולאחר מכן אף להימנע מהרמת משאות משוקלים יותר מ-10 פאונד. מאחר שהמדיניות הכללית של UPS קבעה כי נהגי המשלוחים נדרשים בשגרה לשאת משאות במשקל של עד 70 פאונד (או עד 150 פאונד בסיוע אדם נוסף), עזבה יאנג את העבודה בתקופת ההיריון ונשארה בבית. בעקבות זאת היא איבדה את הביטוח הרפואי שלה, שהיה חלק מתוכנית הביטוח לעובדי החברה. יאנג הגישה תביעה נגד UPS, בטענה שחוסר הנכונות לבצע עבודה התאמה בכל הנוגע למשקל המקסימלי שהיא יכולה לשאת מהווה אפליה המנוגדת לחוק. בין היתר צוין בתביעה כי UPS כן מציעה התאמות לעובדים עם "מוגבלות זמנית" אחרת – עובדים שנפצעו בעבודה, למשל, כמו גם עובדים שרישיון הנהיגה שלהם נשלל זמנית מסיבות בריאותיות ולכן אינם יכולים לעבוד כנהגים במשך תקופה מסוימת. לעומת זאת, UPS טענה כי לא מדובר באפליה, שכן היחס שניתן ליאנג היה זהה לכל עובד אחר שנפצע מחוץ למסגרת העבודה. כלומר, ההבחנה אינה מבוססת על היותה של יאנג בהיריון.⁷⁴ בית המשפט העליון קיבל

⁷⁰ שם, בעמ' 135–140. להרחבה בנוגע להבדלים בין שתי הפרשות ולביקורת על פסקי הדין ראו רימלט **הפמיניזם המשפטי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 26–30. כמו כן ראו: ביטון "היריון זה לא מחלה", לעיל ה"ש 51, בעמ' 117–118.

⁷¹ Pregnancy Discrimination Act, 42 U.S.C § 2000e(k) (1978).

⁷² Reva B. Siegel, *Pregnancy as a Normal Condition of Employment: Comparative and Role-Based Accounts of Discrimination*, 59 WILLIAM & MARY L. REV. 969, 978–981 (2018) (להלן: סיגל).

⁷³ *Young v. United Parcel Service*, 135 S. Ct. 1338 (2015).

⁷⁴ להרחבה, ראו: סיגל, לעיל ה"ש 72, בעמ' 998–1002.

אמנם את תביעתה של יאנג, אך דחה את טענתה העקרונית בקובעו שהיא מרחיקת לכת. המחוקק האמריקאי, כך נקבע, לא התכוון להעניק לעובדות בהיריון מעמד מועדף מעל לכל קבוצת עובדים אחרת. לפי פסק הדין, בחינתה של אפליה תיעשה באמצעות השוואה לעובדים אחרים עם "מוגבלות" אשר זהה במהותה ל"מוגבלות" הנובעת מהיריון, הזקוקים אף הם להתאמות. אם מעסיק אישר התאמה לעובד כזה אך סירב לאשר התאמה דומה לאישה בהיריון, יוטל עליו נטל ההוכחה להראות כי החלטתו נבעה מטעמים לגיטימיים ולא מפלים.

ביקורות שהושמעו לאחר מתן פסק הדין בעניין *Young* גרסו כי בית המשפט לא נדרש כלל לשאלת התכלית של איסור אפליה מחמת היריון, כמו גם להקשר החברתי הרחב של הנושא ולאפשרות שישנה חשיבות מיוחדת להכרה בזכויות של נשים בהיריון, במנותק מעניינם של עובדים עם "מוגבלות זמנית" אחרת.⁷⁵ כמו כן, נטען כי המבחן שיצר בית המשפט ביחס לשאלה מה תיחשב אפליה מחמת היריון בעבודה נותר עמום, כאשר לא ברור מהם אותם טעמים לגיטימיים שמעסיק יכול לסרב בגינם לערוך התאמות עבור עובדת בהיריון. בפרט, ככל שהתאמה כרוכה בנטל כלכלי, לא ברור מהי העלות המקסימלית שמצופה מן המעסיק לשאת בה, ובאיזה שלב עלות גבוהה מדי תיחשב ל"טעם לגיטימי".⁷⁶

בישראל הסיפור שונה לחלוטין. בעוד שבארצות הברית שאלת הלגיטימיות של עריכת התאמות עבור נשים בהיריון בשוק העבודה עודנה שנויה כאמור במחלוקת, במשפט הישראלי התאמות כגון חופשת לידה בתשלום, הגנה מפני פיטורין על רקע של היריון ולידה ומתן זכויות סוציאליות נוספות הקשורות בהיריון מושרשות היטב בתרבות העבודה ואף מעוגנות בחקיקה ראשית. הסיבות להבדלים בין שיטות המשפט הן רבות, והיריעה קצרה מלפרט כאן את כולן.⁷⁷ בקצירת האומר, ניתן להניח כי יש לכך קשר למרכזיותו של ערך הילודה והפריון בישראל, עניין שיש לו הסברים דתיים, פוליטיים והיסטוריים כאחד.⁷⁸ מעבר לכך, הבדלים אלה נובעים גם מתפיסת זכויות שונה בכל אחת מהמדינות. כידוע, המסורת האמריקאית מבוססת על תפיסת זכויות

75 שם, בעמ' 1002–1003.

76 Liz Morris et al., *What Young vs. UPS Means for Pregnant Workers and Their Bosses*, HARV. BUS. REV. (Mar. 26, 2015), <https://hbr.org/2015/03/what-young-vs-ups-means-for-pregnant-workers-and-their-bosses>

77 להרחבה ופירוט בעניין זה, ראו: Noya Rimalt, *The Maternal Dilemma*, 103 CORNELL L. REV. 977, 982–997 (2018) (להלן: "רימלט" "הדילמה האמהית").

78 פרנסס רדאי "תאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטיות בישראל: רטרופקטיבה" **עיונים במשפט**, לעיל ה"ש 55, 19, 41–42, 49–50 (המאמר להלן: רדאי "תאוריה משפטית"); צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 269, 272–282 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016); רימלט "הדילמה האמהית", לעיל ה"ש 77, בעמ' 982–985. ראו גם: קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" **משפטים** מח 521 (2019).

ליברטריאנית, המתאפיינת בהתערבות מצומצמת יותר של המדינה בשוק החופשי, ובכלל זה ביחסי עבודה.⁷⁹

אם כן, החוק הישראלי קובע איסור מפורש על אפליית עובדת מחמת היריון כמו גם על פיטוריה בשל היריון, מעגן את אפשרותה לקחת חופשת לידה בתשלום, מקנה לה זכויות בגין היעדרות מהעבודה עבור טיפולים ובדיקות בקשר להיריון, אוסר על פגיעה בהיקף משרה או הכנסה מחמת היריון, ועוד.⁸⁰ בצד זאת, בדין הישראלי ניתן למצוא גם "איים" של שיח הדמיון והשוני האריסטוטלי גם בכל הנוגע לסוגיות של שוויון מגדרי.⁸¹ בענייננו, מעניין להזכיר בקצרה את ההליך שהתנהל בעניין **טנבאום**,⁸² שהתמקד דווקא בהבדלים בין גברים לנשים בכל הנוגע להורות פעילה, להבדיל מהסוגיה הספציפית של היריון ולידה.⁸³ מדובר בעתירה שהגישה השוטר אילת טנבאום, אם לתינוק בן שנה, שנדרשה במסגרת תפקידה לעבור קורס הכשרה בן מספר שבועות בתנאי פנימייה. מאחר שסירבה להשתתף בו, בהיותה אם לפעוט, הובהר לה כי לא תוכל להמשיך בתפקידה. טנבאום פנתה לבג"ץ וטענה כי מדיניותה של משטרת ישראל מפלה לרעה הורים בכלל, ואימהות בפרט. בג"ץ הוציא בתחילה צו על תנאי בעתירה, אך לבסוף נתן פסק דין קצר ולא מנומק שבו צוין רק כי טנבאום קיבלה את המלצת בית המשפט וחזרה בה מן העתירה. עם זאת מעניין לציין כי תשובת המשטרה לעתירה נשענה על הנוסחה האריסטוטלית כאשר נטען בה כי דווקא היענות לדרישתה

⁷⁹ ראו, באופן כללי: גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז' 65 (1999); אמיר פז-פוקס "רולס, ליברטריאניזם והמקרה המתעתע של האמנה החברתית: תכניות רווחה לעבודה בראי הפילוסופיה הפוליטית" **עלי משפט** ח' 13, 17 (2010).

⁸⁰ ראו למשל סעיפים 6, 7(ה), 9 ו-9א לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; סעיפים 2 ו-3 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; סעיפים 48-56 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. יחד עם זאת, ראוי לציין כי לא כל ההסדרים הללו מקושרים באופן ישיר לדיני איסור אפליה. חלקם מעוגנים בדברי חקיקה ספציפיים המשרתים בין היתר תכליות בעלות אופי פטרנליסטי, כגון חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954.

⁸¹ דוגמה בולטת בהקשר זה היא חוות הדעת של השופט דניציגר ברע"א 8821/09 **פרוץ'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (נבו 16.11.2011) (להלן: עניין **פרוץ'אנסקי**). לעומת זאת, פסק דינו של השופט ג'ובראן באותו עניין התייחס לכשלים ולביקורות שהופנו ביחס לנוסחה האריסטוטלית.

⁸² בג"ץ 5235/01 **טנבאום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל** (נבו 10.2.2002).

⁸³ להרחבה בהקשר זה, ראו: יפעת מצנר-חרותי "אבא הלך לעבודה, ישוב עם צאת הלבנה": כיצד המשפט הישראלי מעצב את (אי) יכולתם של אבות לשלב בין משפחה לעבודה" **מעשי משפט** ו' 67 (2014); יפעת מצנר-חרותי "צריך לעבוד על זה": בחינת יחסי הגומלין בין נורמות של גבריות, אבהות ודרישות שוק העבודה" **המשפט** כג' 231 (2017).

של טננבאום תהווה פגיעה בזכות לשוויון, שכן היא דורשת יחס שונה למי שאינם שונים.⁸⁴

על רקע כל האמור אגש כעת לדון בשאלה שהתעוררה בפרק הראשון – מה דינן של ספורטאיות בהיריון? האם עקרון השוויון מצדיק עריכת "התאמות" מיוחדות עבורן? כמפורט להלן, אני סבורה כי בהקשר זה יש לתת את הדעת למספר נקודות שמאתגרות את הדין, הן בהתייחס למורכבות הכללית של טענות בדבר אפליה מחמת היריון, והן בשל הייחוד הספציפי של תחום הספורט. בטרם אעבור לניתוח אדגישי כי אמנם נעזרתי עד כה בדוגמאות מן המשפט הישראלי והאמריקאי על מנת להמחיש את מורכבותו של שיח השוויון, אולם הדיון שלהלן יעסוק בשאלה שעל הפרק מנקודת מבט תאורטית, ללא מחויבות יישומית לדוקטרינה של שיטת משפט מסוימת.

ג. האם היעדר הסדרים מיוחדים הנוגעים להיריון ולידה של ספורטאיות עולה כדי אפליה?

1. הצגת המורכבות

על פני הדברים, מזווית ליברלית שנשמכת על גישת השוויון האריסטוטלי, ניתן לטעון כי העובדה שבעולם הספורט לא קיימים הסדרים מיוחדים המספקים התאמה או הכרה בצורך של נשים להיעדר מתחרויות בתקופת ההיריון ובסמוך לאחר הלידה אינה מהווה אפליה. לכאורה, ההתייחסות אל נשים וגברים בתחום זה היא התייחסות דומה ולא שונה – הכללים הן בענפי הגברים והן בענפי הנשים מתייחסים באופן כללי וניטרלי להיעדרות מתחרויות בשל פציעה או מחלה, או מגבלה גופנית אחרת. הטענה הליברלית היסודית תהיה אפוא כי אין כל שוני רלוונטי המצדיק התייחסות שונה, וממילא ההתייחסות השווה אינה יכולה לעורר טענה לאפליה. אדרבה: מדובר בכלל של "עיוורון צבעים",⁸⁵ כלל שוויוני שחל על כלל השחקנים והשחקניות בענפי הספורט באופן זהה, ועיוור להבחנות כמו מין. טענה זו למעשה עולה בקנה אחד עם

⁸⁴ להרחבה, ראו: דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** יא 275, 276–277 (2005); נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידאל השוויון למציאות האימהית" **משפטים** לט 573, 620–627 (2009).

⁸⁵ דוקטרינת "עיוורון הצבעים", הדומיננטית במשפט החוקתי האמריקאי, גורסת כי כל הבחנה "חשודה" המבוססת על שיוך לקבוצה חברתית מובהקת, כגון מין, גזע ודת, היא פסולה. ראו: גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" **עיוני משפט** כז(1) 23, 45–46 (2003); ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה לנטרל את השונות" **ספר שטרסברג כהן** 203, 215–216 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2017); בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פ"ד סד(1) 820, 872–870 (2010); בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פסקה 6 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 17.9.2014) (להלן: עניין סבח).

הגישה הכללית של המשפט האמריקאי כפי שהוצגה לעיל, המשווה כאמור מצב של היריון לכל מצב אחר של מוגבלות פיזית זמנית, ואינה רואה אפליה במצב שבו ניתנות (או לא ניתנות) הטבות וזכויות זהות בשני המצבים. כך, ככל שנשים וגברים מקבלים אותה זכות להתחרות ולהצליח בתחום הספורט, כלומר קיימות מסגרות תחרותיות לשני המינים, ובשניהם מושקעים משאבים זהים וניתנים פרסים זהים – אין מדובר באפליה.⁸⁶

מענה אפשרי לכך ייתמך בטיעונים מעולמה של גישת הפמיניזם התרבותי, המדגישה כאמור את השונות בין המינים.⁸⁷ לפי קו טיעון זה, שיח הדמיון – המבקש לראות זהות מוחלטת בין נשים לגברים באופן שאינו מצדיק התייחסות שונה – הוא מוגבל ומוטעה. בין נשים לגברים אכן יש שוני ביולוגי, שמתבטא בכך שרק נשים יכולות להרות וללדת, ועל כן מוצדק כי הכללים שיחולו לגבי נשים יהיו שונים ומותאמים לצורכיהן הייחודיים.⁸⁸

אולם, בשלב זה ובתשובה לכך ניתן לעורר שאלה נוספת. כידוע, ספורט תחרותי מבוסס רובו ככולו על הפרדה על בסיס מין.⁸⁹ זהו מוסד ייחודי למדי בהקשר זה.

⁸⁶ Hazal Gacka, *Levelling the Playing Field: Discrimination Against Women in Sport in Australia*, 2017 GRIFFITH J. L. & HUM. DIGNITY (GENDER, CULTURE & NARRATIVE SPECIAL ISSUE) 189, 196–197. (להלן: גאקה).

⁸⁷ יש לסייג ולציין כי גישת הפמיניזם התרבותי עסקה בבסיסה, בעיקרו של דבר, בהבדלים הפסיכולוגיים, החברתיים והתרבותיים בין גברים ונשים, ולא בהבדלים ביולוגיים כגון היכולת להרות וללדת. ראו: רימלט **הפמיניזם המשפטי**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 59–62. לתאוריה המתמקדת הן בהבדלים ביולוגיים והן בהבדלים פסיכולוגיים-תרבותיים ראו למשל Christine A. Littleton, *Reconstructing Sexual Equality*, 75 CAL. L. REV. 1279 (1987).

⁸⁸ סוגיית ההתאמות אינה זרה לעולם הספורט. כאמור, כללים בעניין התאמה לספורטאים פצועים או חולים אינם נדירים בענפי ספורט שונים. דוגמה קרובה יותר לענייננו היא התאמות לספורטאים עם מוגבלות. כך למשל, בעניין PGA Tour, Inc. v. Martin, 532 U.S. 661 (2001) קבע בית המשפט העליון האמריקאי שארגון גולף חייב לספק התאמות לשחקן גולף עם מוגבלות פיזית כך שהוא יהיה רשאי להשתמש בקרונית גולף כדי לנוע בין הגומות, אף על פי ששאר השחקנים נדרשו ללכת.

⁸⁹ סוגיה זו היא, כשלעצמה, מושא לדיון נרחב ונפרד שחורג מגבולותיו של מאמר זה. בתמצית ניתן לומר כי עולם הספורט אימץ כמעט לחלוטין את הגישה של "נפרד אך שווה" שנדחתה בהקשרים חברתיים ותרבותיים אחרים. מנגד קיימים קולות המעוררים את השאלה מדוע לא יפתחו ענפי הספורט וקבוצות הספורט לכולם, בהתבסס על כישורים בלבד, וללא קשר למין. ראו: Angela J. Schneider, *On the Definition of 'Woman' in the Sport Context*, in VALUES SPORT 123 (Torbjorn Tannsjo & Claudio Deborah Brake, *The Struggle for Sex Equality* (להלן: שניידר); Tamburrini eds., 2000) *in Sport and the Theory behind Title IX*, 34 U. MICH. J.L. REFORM 13, 133–138 (2000) (להלן: בריוק); Sherman J. Clark, *Why Sports Law?*, 28 STAN. L. & POL'Y REV. 151, 173 (2017) (להלן: קלארק); Patrick S. Shin, *Sex and Gender Segregation in Competitive Sport: Internal and External Normative Perspectives*, 80 L. & CONTEMP.

המשמעות היא, לכאורה, כי אין בנסיבות אלה כל מקום לטענה בדבר אפליה בין נשים לגברים, שכן נשים וגברים בענף הספורט אינם מתחרים זה מול זה, וזכויותיה של ספורטאית אינן נמדדות כלל בהשוואה לאלה של ספורטאי. על פי טיעון זה, שגם לו כאמור יש שורשים במשפט האמריקאי, ההבחנה הרלוונטית כאן אינה מצויה במישור של גברים מול נשים, אלא של נשים בהיריון מול גברים ונשים שאינם בהיריון ("non-pregnant persons"). האם מוצדק בכלל בנסיבות אלה להטיל חובה על איגודי ספורט וגופים מסחריים העובדים עם ספורטאיות לערוך התאמות מיוחדות עבורן בתקופות של היריון ולידה? אני סבורה, בדומה לביקורת שהושמעה על פסק הדין בעניין *Young*,⁹⁰ כי על מנת לבחון את השאלה האמורה עלינו לבחון מהי בעצם התכלית של איסור האפליה בהקשר הנדון. לשיטתי, התשובה לשאלה זו עשויה להסביר מדוע מוצדק וראוי לערוך התאמות עבור ספורטאיות בהיריון.

2. על ההגנה על האוטונומיה כתכלית של איסור האפליה

עד כה דנתי בשאלה מהי הנוסחה שבאמצעותה ניתן לתרגם את ערך השוויון לכללים משפטיים, חובות ואיסורים. אולם השאלה שעלינו לשאול היא גם זו: מהי התכלית של חובת השוויון ושל איסור האפליה? כפי שצוין בפרק ב של המאמר, השאלה האמורה עודנה שנויה במחלוקת בספרות המשפטית. בין היתר שנויה במחלוקת השאלה האם השוויון הוא כשלעצמו התכלית שיש לקדם, או שמא השוויון הוא כלי לקידום ערכים אחרים שעומדים ביסודו. כמו כן עולה השאלה מהם בדיוק ערכים אלה, וכיצד עלינו להנחות את יישומו של עקרון השוויון ואיסור האפליה לאורם.

מלומדים שונים הציעו תאוריות מגוונות בהקשר זה שנועדו לספק לקובעי המדיניות "מפת דרכים" באשר לשרטוטם המעשי של דיני האפליה.⁹¹ במשפט הישראלי הדיון בזכות לשוויון מבוסס באופן ישיר על ההגנה שניתנת לערך של כבוד האדם. אולם, מה נחשב לפגיעה בכבוד האדם? אחת הגישות התמקדה בכך שהגנה על כבוד האדם מקימה איסור על מעשים שיש בהם משום השפלה של הזולת. זו תפיסה שמזוהה במשפט הישראלי יותר מכול עם פסק דינה של השופטת דורנר בעניין **אליס מילר**. כזכור, השופטת דורנר קבעה שהאפליה בין נשים לגברים באפשרות להשתתף בקורס טיס יוצרת תחושת נחיתות והשפלה, ועל כן היא פסולה.⁹² בהמשך אומצה גישה שנתפסת כרחבה יותר אשר שמה דגש על האוטונומיה של הפרט כערך המוגן בדיני

PROBS. 47 (2017); Nancy Leong & Emily Bartlett, *Sex Segregation in Sports as A Public Health Issue*, 40 CARDOZO L. REV. 1813 (2019).

⁹⁰ ראו לעיל ה"ש 75 והטקסט הצמוד אליה.

⁹¹ ראו למשל, בהקשר של אפליה בדיוור, גרשון גונטובניק **הפליה בדיוור וקבוצות חברתיות** – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014). ראו גם Shlomi Segall, *What's so Bad About Discrimination?*, 24 UTILITAS 82 (2012).

⁹² עניין **מילר**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 145.

איסור אפליה, להבדיל ממעשים שיש בהם השפלה וביזוי "בלבד".⁹³ יחד עם זאת, המוטיב של השפלה הוסיף להיות מרכזי בניתוח טענות של אפליה במשפט הישראלי, בעיקר בהקשר של אפליה על רקע קבוצתי. כך, נקבע כי אפליה שבבסיסה ייחוס סטראוטיפים פוגעניים או תכונות שליליות לנמנים עם קבוצה מסוימת, ובפרט קבוצה שסבלה באופן היסטורי מקיפוח או הדרה, עולה כדי השפלה ויש בה כדי לפגוע בכבוד האדם.⁹⁴ זאת, לצד התבססות על הפגיעה באוטונומיה כערך מרכזי ומנחה לניתוח של עקרון השוויון ואיסור האפליה.⁹⁵ ההבדלים בין הגישות אינם מובהקים, ובמידה רבה ניתן לומר כי קיימת אי בהירות מסוימת באשר לאופן שבו הזכות לשוויון מתפרשת ומיושמת בפסיקה הישראלית.⁹⁶ מכל מקום, לצורכי הדיון, אבקש להציע עיון מעמיק יותר בתאוריה של הגנה על אוטונומיה כתכלית מרכזית של דיני איסור האפליה.

ההגנה על האוטונומיה מזהה במידה רבה עם התפיסה הליברלית.⁹⁷ הפילוסוף יוסף רוז טען כי העיקרון הליברלי החשוב ביותר הוא האידיאל של האדם האוטונומי, וכי המדינה מחויבת להגן על האידיאל הזה ולמנוע פגיעה באוטונומיה של הפרט.⁹⁸ במובן המעשי יותר, ניתן לתרגם זאת לחובה מפורשת של המדינה – ושל הפרטים שחיים בה כאחד – ליצור סביבה המספקת לפרטים החיים בה טווח סביר של אפשרויות לבחור מהן, כלומר אפשרויות שפתוחות בפניהם. רק כך ניתן להבטיח את חירותו של כל אדם "לכתוב את סיפור חייו". כך למשל, מעסיק שבוחר בקריטריון שבו לנשים יש חיסרון מובנה כקריטריון מכריע בקבלה לעבודה, מצמצם עבור האישה המועמדת לעבודה זו את טווח האפשרויות וההזדמנויות שלה באופן שפוגע באוטונומיה שלה.⁹⁹ זו אפוא ההצדקה, או התכלית, של איסור אפליה מחמת מין בעבודה – שעשוי לכלול גם דרישות להתאמה. ככלל, הביקורות על הגישה הממקדת את שיח השוויון בפרדיגמה בדבר האוטונומיה של הפרט מכוונות בין היתר לכך שהיא עשויה לשלול את טענת האפליה בנסיבות שבהן הפרט מסכים מרצונו החופשי למציאות מסוימת.

⁹³ ברק הזכות החוקתית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 688–690.

⁹⁴ מדינה זכויות האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 290. כן ראו בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530, בפסקאות 2–3 לפסק דינו של השופט דנציגר (2011); עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 81, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין המזונות, לעיל ה"ש 49, בפסקה 103 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁹⁵ ראו למשל: עניין נסר, לעיל ה"ש 49, בפסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש; עניין סבח, לעיל ה"ש 85, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁶ להרחבה בעניין זה, ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 73–77 (2016).

⁹⁷ ראו יעפת ביטון "על שלושה דברים העולם (הליברלי) עומד, והשוויון צולע" **עבודה, חברה ומשפט** טו 55, 63 (2018) (להלן: ביטון "העולם הליברלי").

⁹⁸ JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* (1986). ראו גם: משה כהן אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ושירותים" **עלי משפט** ג 15, 18–19 (2003).

⁹⁹ John Gardner, *Liberals and Unlawful Discrimination*, 9 OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 19 (1989) (להלן: גרדנר).

הדגש שניתן בהקשר זה בתאוריה של רו הוא על קיומן של מגוון של אפשרויות בחירה שהן בעלות ערך. לצד זאת, ביקורת אפשרית נוספת על הבחירה באוטונומיה כערך מרכזי הניצב ביסוד תאוריות של אפליה נוגעת לכך שגישה זו מתעלמת מהשפעתם של יחסי כוח והבניות חברתיות על הבחירה האוטונומית החופשית.¹⁰⁰

על רקע זה הציעה סופיה מורו זווית נוספת לניתוח השאלה מהי אפליה, תוך שהיא מפנה זרקור אל מובן אחר של אוטונומיה, באופן שעשוי לספק מענה לביקורת השנייה הנוגעת להשפעה של יחסי כוח או הבניות חברתיות על האוטונומיה. לשיטתה של מורו, הדגש אינו צריך להיות על עצם קיומן של אופציות מגוונות ואיכותיות לכתיבת סיפור חייו של אדם, אלא על כך שכאשר אדם נדרש לקבל החלטה בחיים הוא יהיה חופשי לקבלה מבלי שזו תהיה מושפעת או קשורה למאפיינים מסוימים של אותו אדם – כמו למשל צבע עור, נטייה מינית או מגדר. לשיטתה של מורו, בחברה ליברלית לכל אדם נתונה הזכות להחליט איך הוא רוצה לחיות את חייו, והחלטות אלה צריכות להיות מנותקות מלחצים ומנטלים הנובעים מתכונות ומאפיינים שלו שאינם רלוונטיים לעצם ההחלטה שעל הפרק. התכלית של דיני איסור אפליה היא אפוא להבטיח את החירות לשקול ולבחור (מה שמכונה על ידה Deliberative freedom) עבור כל אדם בחברה – ולמנוע מגורמים שונים, כגון משכירי דירות ומעסיקים, לשלול מן הפרט הזדמנויות רק בשל תכונות או מאפיינים אלה. חקיקה המחייבת התאמה של מקום העבודה עבור עובד עם מוגבלות, למשל, מבטיחה את החירות של עובד זה לבחור את מקום העבודה שלו, באופן שמשוחרר מנטלים ועלויות שמוגבלותו מטילה עליו באופן לא מוצדק.¹⁰¹

מורו מבהירה כמובן כי כל החלטה שאנחנו מקבלים כפופה לאי אלו מגבלות ועלויות, כפועל יוצא מהמשאבים שיש ברשותנו, הצרכים שלנו ושל אנשים הקרובים לנו, הציפיות של החברה הסובבת אותנו ועוד. כך, אין כל ספק שכשאדם נדרש להחליט באיזו שכונה לשכור דירה הוא שוקל נתונים כדוגמת גובה שכר הדירה, ההכנסה שלו, המרחק ממקום העבודה שלו וכיוצא באלה. אולם, הדגש של מורו הוא כי כל אלו הן מגבלות רלוונטיות להחלטה עצמה. לשיטתה, בכפוף למגבלות האלו, לכל אחד יש זכות לבחור איך לחיות את חייו, ולהיות חופשי בהקשר זה ממאפיינים ומתכונות שאינם רלוונטיים להחלטה.¹⁰² כמו כן, מורו מבהירה כי החשיבות נעוצה בכך שמקבל

¹⁰⁰ ראו ביטון, "העולם הליברלי", לעיל ה"ש 97, בעמ' 63 ובעמ' 72–73.
¹⁰¹ Sophia Moreau, *What is Discrimination?*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 143 (2010) (להלן: מורו "מהי אפליה"). יש לציין כי מורו מכירה בכך ששאלות של התאמה בעבודה עשויות לעורר מתח בין החירות של העובד לבין החירות של המעסיק לנהל את העסק שלו באופן שהוא רוצה, ומבלי שהמאפיינים שלו עצמו יטילו עליו נטל כבד מדי. בהקשר זה היא נותנת דוגמה של בעל מסעדה מוסלמי שמסרב לאפשר ללקוחות עיוורים להכניס כלב נחיה מטעמים דתיים שיידרשו ממנו לערוך "טיהור" של המקום לאחר ששהה בו בעל חיים. מבלי להרחיב יותר מדי בנושא זה, יצוין כי מורו סבורה שזו שאלה שצריכה להיבחן במסגרת של איזון אינטרסים, תוך בחינת השאלה על מי מוטל נטל כבד יותר בהקשר זה. ראו שם, בעמ' 167–168.

¹⁰² שם, בעמ' 148.

ההחלטה לא יהיה מוגבל על ידי אותה תכונה או מאפיין, ואין בכך כדי לשלול כל התייחסות למאפיין זה. כך למשל, גם אם מישהי רואה במגדר שלה שיקול רלוונטי להחלטתה היכן לעבוד (במובן זה שהיא תעדיף לעבוד במקום שבו עובדות נשים רבות נוספות), היא אינה צריכה לחשוב על כך כמגבלה שהופכת אותה לעובדת פחות רצויה במקומות עבודה מסוימים.¹⁰³

תאוריה נוספת בתחום של דיני איסור אפליה, המציבה אף היא במידה רבה את האוטונומיה במוקד הדין, וראוי להזכירה על קצה המזלג, היא זו שעוסקת ב"הסתוות" (Covering).¹⁰⁴ על פי התאוריה של קנגי' יושינו, הסתוות היא דרישה של מעסיקים או מוסדות ממשלתיים כלפי אנשים בעלי מאפייני זהות מסוימים להסוות ולטשטש את המאפיינים האלה כדי להידמות לקבוצת הרוב. למשל, אדם בעל נטייה מינית שאינה הטרוסקסואלית לא יסתיר את עצם הנטייה המינית שלו מעמיתיו לעבודה, אך בד בבד יצינע תחומי עניין, תחביבים וטעמים שעשויים להיתפס כקשורים לנטייתו המינית; ואילו נשים יימנעו, למשל, מלשוחח במקום העבודה על המחזור החודשי, על היריון או על גידול ילדים – נושאים הנתפסים כ"נשיים".¹⁰⁵ לטענתו של יושינו, הדרישה להסתוות – להצניע את השוני ולהידמות לקבוצת הרוב הדומיננטית – היא למעשה אפליה, מאחר שהיא שוללת את חירותו של הפרט לבטא את זהותו במלואה.¹⁰⁶

3. הפגיעה באוטונומיה של ספורטאיות בהקשר של היריון ולידה

על רקע הדין שנערך לעיל, אבקש לחזור כעת לגיבורות הפרק הראשון – סרינה וויליאמס, דלילה חתואל ואליסה מונטאנו – ולהתבונן בסיפוריהן באמצעות התאוריה של מורו שתוארה לעיל. כספורטאיות, ההחלטות שהן נדרשות לקבל מושפעות משלל שיקולים ענייניים. למשל, החלטה האם להשתתף בתחרות מסוימת עשויה להיות מושפעת משיקולים כמו גובה הפרס שמוענק לזוכה בתחרות, המוניטין של התחרות ומידת היוקרה והחשיפה לקהל הרחב שהמשתתפים בתחרות מקבלים, התחרויות האחרות שבהן השתתפה אותה ספורטאית השנה והיעדים המקצועיים שהיא מבקשת להשיג. כל השיקולים הללו נוגעים לעיסוק בספורט, וברור שהם קשורים באופן אינהרנטי ולגיטימי להחלטה שעל הפרק. לעומת זאת, השיקול של הבאת ילד לעולם אינו שיקול שבאופן כללי משפיע על ספורטאים בקבלת החלטות מקצועיות, אולם בשלושת הסיפורים שהוצגו לעיל הוא בהחלט הטיל נטל על אותן ספורטאיות והגביל אותן במובן מסוים. עצם הכניסה להיריון צמצמה עבור הספורטאיות את קשת האפשרויות והבחירות שעומדת בפניהן, אך יותר מזה, כפי שמורו מגדירה זאת – היא

¹⁰³ שם, בעמ' 149.

¹⁰⁴ תרגום הביטוי לעברית לקוח ממאמרה של תירוש, לעיל ה"ש 51.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 19–20.

¹⁰⁶ להרחבה, ראו: Kenji Yoshino, *Covering*, 111 YALE L.J. 769, 913–916 (2002) והמאמר בכללותו; KENJI YOSHINO, *COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS*; (2006).

הגבילה את עצם החירות לבחור. כפי שרוכנו חופשיים להתלבט היכן אנו רוצים לעבוד מבלי שנצטרך לתהות האם נוכל לקיים את מצוות הדת שאנו מאמינים בה בשעות העבודה; חופשיים להחליט איפה נגור מבלי שנחשוש שמא התחבורה הציבורית באזור אינה מונגשת לאנשים עם מוגבלות; וחופשיים להחליט לאיזה תא שירותים להיכנס מבלי להיתקל בקושי לזהות את עצמנו בתוך אחת משתי הקטגוריות המגדריות המקובלות בשירותים ציבוריים¹⁰⁷ – כך בעולם נטול אפליה גם וויליאמס לא הייתה צריכה לחשוש מפני הידרדרותה הדרמטית בדירוג, חתואל לא הייתה צריכה להביא בחשבון את העובדה שתאבד את קריטריון ההשתתפות בתחרויות ומונטאנו לא הייתה צריכה לשקול את העובדה שהיא עלולה לאבד את חוזה החסות שלה – כל זאת מאחר שהחליטו, לכאורה באופן שאינו קשור באופן לחייהן המקצועיים והשיקולים הרלוונטיים לכך, להרות.

זה המקום לחזור לשיח הדמיון ולשאלה הנוקבת שהתעוררה בחלק המוקדם יותר בדיון – מה ההבדל בין היריון לבין כל מגבלה פיזית "זמנית" אחרת? הרי כל פגיעה של ספורטאי מונעת ממנו להשתתף בתחרויות, ובעקבות זאת הוא עלול להידרדר בדירוג, לאבד קריטריון להשתתפות בתחרויות עתידיות, ואולי אף לאבד חוזה חסות. לכאורה, היחס הדומה הניתן אפוא להיריון, פגיעה ומחלה הוא מוצדק. על טענה זו אבקש להשיב בכמה דרכים.

ראשית, ניתן לומר שהסתכנות בפגיעה מסוגים שונים היא חלק מהשגרה של השתתפות בספורט תחרותי, ומטבע הדברים כל מי שעוסק בספורט עלול להיפצע או להיזנק, באופן שאינו מתמצה רק בפגיעה עצמה אלא גם באובדן כושר משחק ובהפסדים כספיים.¹⁰⁸ לעומת זאת, היריון הוא תופעה "חיצונית" לעצם העיסוק בספורט. במובן זה, על פי התאוריה שמורו מציעה, מדובר בשיקול שאינו אמור להגביל את קבלת ההחלטות של הספורטאית. יחד עם זאת, עדיין ניתן לטעון כי ההשוואה למחלה בעינה עומדת. הכללים של איגודי הספורט מתייחסים כאמור באופן שווה להיריון ולפגיעה, אך כאמור גם להיעדרות הנובעת ממחלה, שאף היא חיצונית לעיסוק בספורט ואינה נובעת מהסתכנות וולונטרית. תשובה אפשרית לכך היא שבעוד שפגיעה ומחלה הן בגדר סיכונים הנתונים למזל או לגורל, כניסה להיריון היא על פי רוב החלטה המתקבלת מתוך בחירה (וגם אם מדובר בהיריון לא רצוי או מתוכנן, הבחירה להמשיך בו היא מודעת ומושכלת בדרך כלל).¹⁰⁹ כפי שפורט בדיון שנערך לעיל, תפיסת שוויון המציבה את ערך האוטונומיה במוקד רואה ערך בהגנה על קבלת החלטות ובחירות שאדם מבצע לאורך חייו.

¹⁰⁷ אלה הן דוגמאות שמורו נותנת ל-"Deliberative freedoms" הנתונים לרוכנו, ושאונו מקבלים כמובן מאליה. ראו: מורו "מהי אפליה", לעיל ה"ש 101, בעמ' 150.

¹⁰⁸ פלפל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 80–81; שניידר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 127.

¹⁰⁹ ראו בהקשר זה את האמור בה"ש 3 לעיל.

שנית, וזוהי בעיני הנקודה המשמעותית יותר בדיון – היריון הוא כאמור סוגיה ייחודית לנשים בלבד.¹¹⁰ מחלה או פציעה, לצורך העניין, הם נטלים "כלליים" שכל מי שעוסק בספורט או בעיסוק שכרוך בפעילות גופנית אחרת נאלץ לשאת. כך גם שינוי פיזיולוגי כגון ניתוח פלסטי או הליך רפואי אלקטיבי אחר. אם נשתמש בטרמינולוגיה הליברלית – אלה הם נטלים "עיוורים" להבחנות מגדריות. לעומת זאת, העלות של כניסה להיריון היא עלות שרק נשים שעוסקות בספורט נושאות בה, להבדיל מגברים שעוסקים בספורט. כפי שגם צוין בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין **חתואל**, הנטל שמוטל על ספורטאיות המבקשות להרות הוא כבד במיוחד לנוכח העובדה שגיל הפוריות בדרך כלל "חופף" לגיל הרלוונטי לקריירה ספורטיבית תחרותית. על כך ניתן להוסיף ולטעון, אף על פי שהיבטים אלה חורגים כאמור מהדיון במאמר, כי מבחינה חברתית ישנה גם ציפייה גבוהה יותר מנשים לתפקד גם כאימהות מסורות ומעורבות במקביל לשמירה על הקריירה המקצועית שלהן – ציפייה אשר כשלעצמה מהווה נטל שאינו מוטל באופן מסורתי על גברים ההופכים להורים.¹¹¹

בהקשר זה יש לציין כי התאוריה של מורו, שעליה אני מבקשת לבסס את מסקנת הדיון הנוכחי, מייחסת משקל להיבט ה"השוואתי" של הפגיעה באוטונומיה. למעשה, ההתייחסות להיבט זה הוצגה כתשובה לביקורת מסוימת על מורו שלפיה היא משויכת לגישה המקדשת את ערך החירות בלבד ורואה את עצם שלילת הזכות מהפרט כעוול העיקרי באפליה, ואת האלמנט ההשוואתי כמשני בלבד.¹¹² מורו השיבה לכך בטענה שהתייחסות באופן שווה לכל האנשים משמעותה להבטיח שלכולם תהיינה נתונות אותן חירויות.¹¹³ אם כן, בענייננו, הפסול בסיטואציה הנדונה הוא לא רק שהנושא של היריון ולידה מטיל על ספורטאיות נטל המצמצם את חופש הבחירה בכל הנוגע לקריירה המקצועית שלהן, אלא גם שמדובר בנטל שנשים נושאות באופן בלעדי, בהשוואה לגברים העוסקים בספורט. לפיכך, גם אם גברים ונשים אינם מתחרים זה בזה בענפי הספורט השונים, ועל כן לא ניתן לטעון כי יש כאן אפליה מן הסוג "הפשוט" והישיר ביותר – עדיין יש מקום להשוואה בין נשים לגברים בהקשר זה. ניתן למצוא בטענה זו דמיון מסוים לדיון הנוגע לחוקיות האיסור על הפלות. מטבע הדברים, אף זו סוגיה שרלוונטית לנשים בלבד. האם ניתן לומר שמשום כך היא אינה מעוררת שאלה

¹¹⁰ שניידר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 127.

¹¹¹ ראו: Kelsey Whalen, *Discrimination Against Women in the Sport Industry* 6–7 (2017) (B.A. thesis, Eastern Kentucky University), https://encompass.eku.edu/honors_theses/433. (להלן: ווהלן); רדאי "תאוריה משפטית", לעיל ה"ש 78, בעמ' 52–54. כמו כן ראו והשוו אריאן רנן-ברזילי "בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית" **מחקרי משפט** לא 364, 343 (2017).

¹¹² Deborah Hellman, *Equality and Unconstitutional Discrimination*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW* 51, 53–57 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013).

¹¹³ Sophia Moreau, *In Defense of a Liberty-Based Account of Discrimination*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW*, *supra* note 112, at 71.

של שוויון בין נשים לגברים?¹¹⁴ בספרות המשפטית נטען בעבר בהקשר זה כי אין מקבילה לנטל הגופני שהיריון כפוי מטיל על גופה של אישה, אף לא כאשר מדובר בחובות גופניות של הורה לטובת ילדיו. כך למשל, המשפט אינו כופה על הורים לתרום כליה או אפילו לתרום דם, גם כאשר מדובר בפגיעה מינימלית באוטונומיה הגופנית שלהם שעשויה להביא לכדי הצלת חייו של ילדם. הטענה היא אם כן כי הגבלת זכותה של אישה לבצע הפלה היא מפלה לא רק בשל כך שהיא פוגעת באוטונומיה שלה, אלא גם מאחר שהזכות הנתונה לנשים בהקשר זה היא צרה ומצומצמת יותר מן הזכות הנתונה לגברים בהקשרים גופניים אחרים.¹¹⁵ אכן, קו טיעון זה מתייחס בעיקרו להיריון כפוי או בלתי רצוי, אך יחד עם זאת הוא מחדד את העובדה שהיריון ולידה הם סוגיות שרלוונטיות לנשים בלבד ומטילות עליהן נטלים ייחודיים (גם כאשר מדובר בהיריון רצוי או יזום).

על פני הדברים, העולה מכל האמור הוא כי לשאלה שפתחה את הדיון – האם יש לראות בהיעדרם של הסדרים מיוחדים הנוגעים להיריון ולידה של נשים העוסקות בספורט כאפליה – יש להשיב בחיוב, וזאת לנוכח הפגיעה באוטונומיה של הספורטאיות. עם זאת, כדי להשלים את הדיון בשאלה שעל הפרק באופן מלא, יש לתת את הדעת למאפיינים הייחודיים לעולם הספורט שמאתגרים במידת מה את המסקנה האמורה. בכך יעסוק הפרק הבא.

ד. השאיפה לשוויון בעולם הספורט – ספקות והצדקות

אם כן, הגישה הרואה באפליה של נשים בהיריון כפסולה מאחר שהיא גורמת לפגיעה באוטונומיה של נשים אלה יכולה לשמש כאחת ההצדקות העיקריות להטלת חובות מסוגים שונים האוסרים על התנהלות מפלה כלפי נשים בהיריון ולאחר לידה בתחומים שונים. באופן מעשי, בכל הנוגע לעולם הספורט, היא יכולה להצדיק קריאה

¹¹⁴ שאלה זו התעוררה בין היתר במסגרת החלטתה של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם שדנה בשאלה האם האיסור הפלילי על הפלות באירלנד סותר את מחויבותיה של המדינה לפי האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות. חברת הוועדה שרה קליבלנד (Sarah Cleveland) סברה שהאיסור על הפלות מהווה אפליה מחמת מין, בציננה כי דיני שוויון מגדרי מחייבים את המדינות להבטיח יחס שווה לנשים ולגברים תוך התחשבות בצרכים הייחודיים של כל מין. עוד היא הדגישה כי במקרים רבים על מנת להבטיח שוויון מלא במימוש זכויות אדם יש צורך במתן יחס שונה לגברים ונשים. לעומת זאת, חברת הוועדה אניה זייברט-פוהר (Anja Seibert-Foehr), בדעת מיעוט, סברה שאין מדובר באפליה מחמת מין, מאחר שהפרקטיקה נעוצה בהבדלים ביולוגיים בין גברים לנשים. ראו את Human Rights Committee, *Views Adopted by the Committee Under Article 5(4) of the Optional Protocol, Concerning Communication No. 2324/2013*, U.N. Docs., CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016).

¹¹⁵ טיעון זה הוצג על ידי נויה רימלט. ראו רימלט "בעקבות קמיר", לעיל ה"ש 59, בעמ' 871–869.

כמו זו שנשמעה לאחר פרשת סרינה וויליאמס – לתיקון של תקנונים של איגודי ספורט באופן שיאפשרו לספורטאיות שנעדרות מפעילות תחרותית בשל היריון לחזור ולהשתלב בה בתנאים מיטיבים, כלומר להקל על המחיר שהן נדרשות לשלם בשל היעדרותן. יחד עם זאת, בחינה מעמיקה יותר של תחום הספורט עשויה לעורר גם ספקות באשר ללגיטימציה של הטמעת מנגנונים כאלה. זאת, לנוכח מאפיינים ייחודיים של התחום שהופכים את הסוגיה למורכבת יותר, וזאת מעבר למורכבויות שכבר נדונו בחלקים הקודמים של המאמר.¹¹⁶ אציג כעת בקצרה את הטענות הספקניות הללו, ואנסה לתת להן מענה.

ראשית, ספורט תחרותי מבוסס ברובו על עיקרון של "משחק סכום אפס", כלומר: אם שחקנית אחת מנצחת, השנייה בהכרח מפסידה. מתן העדפה או הטבה לשחקנית אחת עשוי אפוא לפגוע במישרין במתחרות אחרות, לכאורה ללא הצדקה. בהקשרים אחרים אין זה תמיד המצב: למשל, התאמה של מקום עבודה לעובדים עם מוגבלויות אינה גורעת בהכרח מזכויותיהם של עובדים אחרים.¹¹⁷

שנית, הערך של משחק הוגן עומד ביסודו של הספורט התחרותי.¹¹⁸ שוויון והוגנות בין כלל המתחרים, כך שהם נשפטים על בסיס היכולות שלהם בלבד, הוא הכלל הבסיסי בכל ענף ספורט; נורמה שהיא בגדר מוסכמה מקודשת. ללא קיומה וכיבודה אין כל ערך לספורט התחרותי. מדובר בזירה "נקייה" משיקולים זרים או שרירותיים שאינה אמורה לשעתק חוסר הוגנות או מחלוקות חברתיות שמקורן מחוץ למגרש.¹¹⁹ לכאורה, ניתן לטעון כי מתן הטבה שמבוססת על שיקול שהוא "חיצוני" לתחרות עצמה – כמו היריון או לידה של ספורטאית – מצוי במתח עם עיקרון זה.

המענה לטענות אלה מצוי, לשיטתי, בכמה מישורים. קודם כול, לקושי של מתן העדפה לשחקנית אחת על פני האחרת ניתן למצוא פתרונות מעשיים, כמו זה שאימץ ה-WTA בכל הנוגע לשמירת הדירוג הפנימי הבכיר (seeding) בתחרויות.¹²⁰ כפי שהוסבר, בכלל החדש שאומץ בתקנון בעניין זה נקבע במפורש כי מתן "דירוג מוגן" עבור שחקנית שחזרה לתחרות לאחר לידה לא יוביל להדחתה מהדירוג הפנימי של שחקנית אחרת שזכתה בדירוג זה באמצעות הישגיה (כפי שקרה בטורניר ווימבלדון, כאשר מנהלי התחרות החליטו לתת לויליאמס דירוג פנימי). לכאורה ניתן לטעון כי במצב שבו שחקניות רבות ישתלבו בדרך זו בדירוג הפנימי בתחרות מסוימת לא תהיה

¹¹⁶ כגון העובדה שספורט תחרותי מתנהל בהפרדה בין ענפי הנשים לגברים.

¹¹⁷ למעשה, במקרים רבים הנגשה של מקום העבודה לעובדים עם מוגבלויות מנביעה, במישרין ובעקיפין, תועלות רבות לעובדים ללא מוגבלות ולצדדים שלישיים אחרים, כגון ספקים ולקוחות. ראו Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*, 156 U. PA. L. REV. 839 (2008). על ההצדקה לעריכת התאמות מתוך שיקולי יעילות וביקורות על הצדקה זו, ראו גדעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" **משפט וממשל** יג 411, 427–423 (2011).

¹¹⁸ EDWARD GRAYSON, *SPORT AND THE LAW* 386–389 (3rd ed. 2000).

¹¹⁹ קלארק, לעיל ה"ש 89, בעמ' 154.

¹²⁰ ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט הצמוד אליה.

אפשרות למנוע את המפגש בין שחקניות מובילות כבר בשלבים הראשונים של התחרות, באופן שיפגע בעקרונות הבסיסיים של המשחק. אולם, ההיסטוריה מלמדת כי זהו תרחיש לא סביר. לאורך עשרות השנים האחרונות שחקניות בכירות ספורות בענף הטניס חזרו לפעילות תחרותית לאחר לידה.¹²¹ ייתכן שזוהי תולדה של נסיבות שונות כגון גילן של השחקניות, ולא מן הנמנע כי זהו גם תוצר של הכללים הנוהגים. שריון של שחקנית אחת או שתי שחקניות נוספות בדירוג הפנימי של תחרות מסוימת ממילא אינו צפוי "לשבש" באופן מהותי את סדר המפגשים הצפויים בה.

בנוסף, אפשר גם לטעון שאימוץ מנגנון של התאמה לנשים בהיריון לא באמת פוגע בספורטאיות האחרות, מאחר שהמנגנון מקנה לכל הספורטאיות את האפשרות ליהנות מההתאמה הזו (במנותק מהשאלה האם הספורטאיות יהנו מכך בפועל בעקבות היריון).

מעבר לכך, אף אם נניח כי תהיינה סיטואציות בלתי נמנעות שבהן עריכת התאמה עבור ספורטאית בשל היריון או לידה תוביל לכאורה לפגיעה בספורטאית אחרת, לא בטוח שיש בכך בעייתיות כה רבה. ראשית, ניתן לטעון כי מתן התאמה לספורטאית בהיריון, כמו למשל שמירת דירוג או הקלה בהשגת קריטריון זכאות מסוים, מבוסס אף הוא על כישוריה ויכולותיה של הספורטאית, ואינו מקנה לה יתרון לא הוגן. הרווח שלה, שגורר "הפסד" של מתחרה, הוא מוצדק גם בהתחשב בכללי היסוד של עולם הספורט. סרינה ויליאמס הרוויחה ביושר, בכישוריה המופלאים, את דירוגה במקום הראשון בעולם ערב יציאתה לחופשה בעקבות הריונה. כלל של שמירת דירוג נועד רק לאפשר לה לחזור לתחרות מהמקום שבו עזבה. החל מאותו רגע, המשך הדרך תלוי בה ובהישגיה המקצועיים בלבד. באשר לדלילה חתואל, תביעתה התמקדה בכך שתיתן לה האפשרות להתחרות באליפות העולם (ובאותו מקרה, כאמור, מאחר שנותרו כרטיסים לא מאוישים לתחרות – ממילא לא הייתה נפגעת זכותה של אף סייפת אחרת). היא לא ביקשה כל הטבה הנוגעת לתחרות עצמה. ההצלחה בה תלויה עדיין בכישוריה – ובהם בלבד.

יתר על כן, יוזכר כי שימוש באמצעים רבים שנועדו להתמודד עם אפליה, ובכלל זה העדפה מתקנת, עשויים להיות כרוכים במחיר שבו יישא אדם אחר. כך למשל בהנהגת מדיניות של העדפה מתקנת בקבלה למוסד חינוכי שמספר המקומות בו מוגבל, התוצאה עשויה להיות העדפה של אדם אחד על פני האחר מסיבות שאינן קשורות רק לכישורים.¹²² החברה מוכנה "לשלם" מחיר זה, בדרך כלל משום שיש לכך הצדקה

¹²¹ הידועות שבהן, מלבד סרינה ויליאמס, הן מרגרט קורט, קים קלייסטרס וויקטוריה אזרנקה. ראו: Alice Cimino, *Supermoms: The Women Who Came Back After Giving Birth*, TENNIS WORLD (May 12, 2019), <https://www.tennisworldusa.org/tennis/news/TennisStories/70490/supermoms-the-women-who-came-back-after-giving-birth/>.

¹²² יובהר כי מאמר זה אינו מציע אימוץ מנגנון של העדפה מתקנת בספורט, אלא תומך בעריכת התאמות לספורטאיות בהיריון. הן העדפה מתקנת והן התאמות הן אמצעים

בהקשר רחב יותר, למשל כדי לתקן עוול מסוים שנעשה לקבוצה ספציפית שסבלה מהדרה וקיפוח.¹²³ ניתן לטעון, אם כן, כי שאיפה לשוויון מגדרי בספורט היא מטרה ראויה כשלעצמה שיש מקום לגקוט כלים אקטיביים להשגתה, גם אם היא כרוכה במחיר מסוים. אכן, המאבק לשוויון מגדרי בעשרות השנים האחרונות הוביל לשינויים משמעותיים בתחומים רבים, כמו למשל בתחום החינוך ובשוק העבודה. אולם בתחום הספורט עדיין ניצבים בפני נשים מחסומים רבים, והדרך לשוויון עוד ארוכה. באופן כללי, בענפי ספורט הנשים מושקעים הרבה פחות משאבים בהשוואה לענפי ספורט הגברים. הפערים בין ענפי הספורט הם עצומים במגוון פרמטרים – התמיכה הכלכלית, החסויות, הסיקור התקשורתי ועוד.¹²⁴ יתר על כן, נשים סובלות מתת-ייצוג כללי הן בתפקידים בכירים בתחום הספורט, כגון בוועדים האולימפיים ובהנהלות של איגודי ספורט שונים, והן בדרגים ה"זוטרים" יותר, כגון משרות אימון.¹²⁵

הטענה היא, אם כן, שספורט הוא זירה חשובה נוספת – לצד הזירות המוכרות והמסורתיות יותר כמו פוליטיקה, חינוך והשכלה גבוהה ושוק העבודה – שיש לפעול בה לקידום שוויון בין נשים לגברים. ספורט תחרותי, מעבר להיותו מוקד כלכלי משמעותי בחברה האנושית, הוא גם מוסד תרבותי וחברתי חשוב, עוד מימי יוון העתיקה.¹²⁶ ספורט מחבר בין קהילות ומכונן זהות קבוצתית ורגשי השתייכות ולכידות חברתית, ומעודד ערכים חיוביים כגון שאיפה למצוינות אישית.¹²⁷ מדובר אם כן במשאב ציבורי חשוב שיש לו ערך הן לקידום האוטונומיה של הפרט הלוקח בו חלק

להשגת שוויון, אולם יש ביניהן הבדלים מסוימים. כך למשל, מקובל לראות בהעדפה מתקנת מנגנון "זמני" שנועד לתקן אפליה היסטורית (ראו: מיכל הורוביץ "העדפה מתקנת וגדרותיה – שאלת היחס הראוי כלפי תגובת שוק אפשיית" **מאזני משפט** י 253 (2015)) (להלן: הורוביץ "העדפה מתקנת"). לעומת זאת, שימוש בהתאמות אינו נחשב ככלי זמני אלא ככזה שנועד לעצב מחדש את הספרה הרלוונטית – למשל, שוק העבודה – באופן שיאפשר השתלבות של מגוון אנושי רחב יותר בה (ראו, למשל, עינת אלבין ושגית מור "ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** טו 75, 92–93 (2018)).

¹²³ פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג 145, 157–169 (1995); הורוביץ "העדפה מתקנת", לעיל ה"ש 122, בעמ' 269–272.

¹²⁴ Matthew Bradford, *Sport, Gender and Law*, INT'L SPORTS L. J. 78, 79 (2005) (להלן: ברדפורד). לאורך השנים הגיעה סוגיית התקצוב הבלתי שוויוני של ענפי ספורט נשים פעמים מספר לפתחו של בג"ץ. ראו: בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.ן לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון**, פ"ד נח(5) 79 (2004); בג"ץ 10285/04 **עמותת מועדון כדורסל נשים עירוני חיפה מוצקין נ' עיריית חיפה** (נבו) 19.7.2005; בג"ץ 2640/19 **יו"ר ועדת הנשים חבר הנהלת מוזכירות ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** (נבו) 7.2.2021.

¹²⁵ ווהלן, לעיל ה"ש 111, בעמ' 2.

¹²⁶ ברדפורד, לעיל ה"ש 124, בעמ' 78; פלפל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 19–21.

¹²⁷ קלארק, לעיל ה"ש 89, בעמ' 153–154; אילן תמיר "הלואי שהנבחרת תקבל שמונה בראש: מגמות אנטי-לאומיות בקרב אוהדי ספורט בישראל" **סוגיות חברתיות בישראל** 175, 177–178 (2014).

והן לקידום אינטרסים ציבוריים.¹²⁸ אכן, יש מקום להבחין בין שירותים חיוניים לציבור, כגון בריאות, חינוך ותחבורה, לבין תחום הספורט, שיש בו אלמנט בידורי.¹²⁹ עם זאת, אין מקום לדאות בספורט בידור ותו לא. ספורט תחרותי זוהה מאז ומתמיד ככלי לקידום מטרות חברתיות ופוליטיות, ולאחרונה אף ניתן לזהות עיסוק גובר בסוגיות שנוגעות לזכויות אדם ואינטרסים ציבוריים רחבים בהקשר הספורטיבי. הסוגיה של מאבק לשוויון מגדרי, בהיבטים שונים, היא אך אחת מסוגיות אלה.¹³⁰

מעבר לכל האמור, ספורט הוא זירה גברית מובהקת. במובנים רבים ספורט קשור באופן הדוק ליכולות פיזיות, לכוח ולאגרסיביות, תכונות שמשויכות תרבותית לגברים ולא לנשים, אשר סובלות ממסיגמה של נחיתות בתחום הפיזי.¹³¹ עולם הספורט לא רק משמר הבניות חברתיות ודעות קדומות בהקשרים שונים (ובכלל זה מגדר) אלא גם מייצר אותן, ועל כן מיגור האפליה דווקא בתחום הספורט הוא קריטי. כך למשל, מחקרים הראו כי הדגש שמושם על ספורט כאמצעי לחיזוק הגבריות באמצעות דומיננטיות פיזית, תחרותיות ואגרסיביות מייצר תרבות שבה הפגנת דומיננטיות מינית ופיזית של גברים כלפי נשים היא עניין מקובל. בהקשר זה נטען כי ספורטאים שצומחים בתוך תרבות כזו מפתחים תחושת "זכאות" על גופן של נשים כמעין "פרס" או הטבה שלהם זכאים בגין כישוריהם.¹³²

לבסוף, יש להוסיף כי "המשחק ההוגן" נקבע על פי החוקים הכתובים והמקובלים. בענף הטניס, למשל, לא מתעורר ספק ביחס לכך שיש מקום לאפשר הטבות מסוימות של שמירת דירוג עבור שחקנים שנפצעים, מאחר שאלה היו החוקים מאז ומעולם. במילים אחרות, כללי המשחק והשמירה עליהם הם שקובעים את ההגדרה של "משחק הוגן". כפי שהוסבר לעיל, אחת הטענות המרכזיות של הפמיניזם המשפטי, המזוהה עם גישת השליטה, היא כי המאבק לשוויון מגדרי אינו יכול להתמקד רק בתביעה לתיקון עוולות מסוימות במסגרת הסדר החברתי והמשפטי הקיים, אלא עליו לדרוש שינוי מערכתי נרחב בכללי היסוד עצמם, מתוך הבנה כי אלה מכוננים את פערי הכוחות בין נשים לגברים ומציבים נשים בעמדת נחיתות. בענייננו, עולם הספורט כפי שהוא כיום, לרבות הכללים המקובלים בו והנתפסים כמובנים מאליהם, עוצב על ידי גברים

¹²⁸ הראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 421–440.

¹²⁹ שם, בעמ' 439–441.

¹³⁰ ירון קובו "חור בהגנה: על הזכות לייצוג בהליכי משמעת של איגודי ספורט" ספר יורם דנציגר 691, 704–707 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

¹³¹ גאקה, לעיל ה"ש 86, בעמ' 196–197. כן ראו: ברייק, לעיל ה"ש 89, בעמ' 93, שם מצוין כי ענפי הספורט המצליחים ביותר הם אלה שמזוהים עם תכונות "גבריות" כמו פוטבול, כדורגל וכדורסל, זאת לעומת ענפי ספורט שמשלבים אסתטיקה גופנית, שנתפסת כתכונה "נשית", כמו התעמלות, החלקה על קרח ואף ענפים מסוימים של אתלטיקה קלה.

¹³² שם, בעמ' 94–97. כך, מחקר שבחן מקרי אונס קבוצתי בקולג' בארצות הברית הראה כי מתוך 24 מקרי אונס שנבחנו, תשעה בוצעו על ידי ספורטאים (28% מהמקרים שנבחנו). מחקר נוסף עסק בשיחות ספורטאים מנהלים בחדר ההלבשה, ומצא שאלה מאופיינות בדרך קבע בהחפצת נשים ובהעלאה על נס של האפשרות "לכבוש" ו"לשלוט" בנשים.

עבור גברים.¹³³ במשך שנים רבות, נשים לא היו רלוונטיות לקביעת החוקים, ועל כן ממילא ניסוח כלל שיחול במקרה של היריון לא היה על הפרק. המסקנה היא כי איננו צריכים לחשוב על שוויון בין נשים לגברים בספורט במונחים של "שילוב" נשים בעולם הספורט כפי שהוא מובנה כיום, אלא על התאמה יסודית של זירה זו לצרכים הייחודיים של נשים בהקשרים שונים, בין היתר בהקשר של היריון ולידה.¹³⁴ צעדים כאלה יכולים להעלות את אחוז ההשתתפות של נשים בספורט ולהוביל לשינוי חיובי בתחום,¹³⁵ כמו גם לנפץ את המשוואה המחברת בין הצלחה בספורט לגבריות או לערכים המזוהים באופן מובהק עם גבריות.

סיכום

מקומן ומעמדם של נשים בתחום הספורט מעולם לא היה מובן מאליו, אף על פי שנשים משתתפות בתחרויות ספורטיביות – מקצועניות וחובבניות – מזה שנים רבות. החברה האנושית עברה שינויים רבים ותהפוכות מאז ימי יוון העתיקה, אז נאסרה על נשים הכניסה לאולימפיאדה.¹³⁶ שינויים מבורכים אלה מחייבים אותנו לחשוב מחדש גם על כללי היסוד, שעוצבו במידה רבה מבלי לחשוב על צורכיהן הייחודיים של נשים.¹³⁷

במאמר זה ביקשתי להראות שקביעת כללים ספציפיים הנוגעים להיריון ולידה בעולם הספורט היא ראוייה מאחר שהיעדרם של כללים אלה עולה כדי אפליה כלפי נשים. על רקע הזגתם של שלושה סיפורים של ספורטאיות מהשנים האחרונות ביקשתי לעמוד על מורכבותה של הטענה לאפליה כלפי נשים בהיריון, ועל האופן שבו יש לנתח אותה, תוך התמקדות בשאלה מהי תכליתה של חובת השוויון ואיסור האפליה.

¹³³ שניידר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 129.

¹³⁴ שם.

¹³⁵ ראו: ברייק, לעיל ה"ש 89, בעמ' 14–16. המחברת מתייחסת להסדר בדין האמריקאי האוסר על אפליה על ידי גוף חינוכי בהענקת מלגה, הטבה או סיוע כלכלי אחר על בסיס מין. מאז חקיקתו, יחס הנערות המשתתפות בפעילות ספורטיבית בבתי ספר תיכוניים (בהשוואה לנערים) עלה מ-1/27 ל-1/3.

¹³⁶ פלפל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 21.

¹³⁷ באופן דומה, מורו עמדה על כך שרק בשנים האחרונות התחילה להתעורר מודעות לכך שיש אנשים שאינם מתאימים לאחת משתי הקטגוריות המגדריות המקובלות, ועל כן השימוש בשירותים ציבוריים מעורר עבורם קושי שדורש התאמה (שאף אינה מורכבת במיוחד – בדמות תא שירותים "ניטרלי" מבחינה מגדרית). כמו כן, בעבר, גופים כגון מכבי אש וכוחות משטרה תכננו ועיצבו את מבחני הכושר הגופני שלהם על פי סטנדרטים גבריים. עניין זה לא היה נוכח או מורגש כלל בשנים שבהן מבחינה ציבורית לא היה מקובל שאישה תשרת במשטרה או בכוחות כיבוי אש, אולם עם חלוף הזמן, כאשר נשים השתלבו גם בגופים אלה, חלחלה ההבנה שיש מקום לשנות ולהתאים את הכללים בהתאם. ראו: מורו "מהי אפליה", לעיל ה"ש 101, בעמ' 151.

לשיטתי, ההצדקה לקביעת כללים הנוגעים להיריון ולידה בענפי הספורט השונים קשורה בראש ובראשונה לפגיעה באוטונומיה של הספורטאיות כמובן של הנטלים המוטלים על חופש הבחירה שלהן. לצד זאת, ואף בהתחשב בביקורות האפשריות ביחס להצדקה זו, עמדתי על כך שהטענה המועלית במאמר נתמכת אף במישור החברתי הרחב יותר, כמובן זה שקידום שוויון מגדרי בספורט הוא מטרה ראויה בפני עצמה במאבק הכולל עבור שוויון בין נשים לגברים בחברה דמוקרטית.¹³⁸

¹³⁸ על ההיבטים האינדיווידואליים והקולקטיביים של אפליה ראו גרדנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 17–18; מורו "מהי אפליה", לעיל ה"ש 101, בעמ' 146.