

מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים

ומיעוטים

גילה שטופלר*

המאמר מבקש לבחון את מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה – כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות ממשלה ובפעולותיו של המרכז לדמוגרפיה שהוקם מכוחן – באספקלריה של זכויות נשים ושל זכויות המיעוט הערבי בישראל. חלקיו הראשונים של המאמר מוקדשים לבחינת השפעותיה האפשריות של מדיניות ילודה על זכויות נשים. תחילה אציג את המתח הקיים בין היעדים הלאומיים והחברתיים שמדינות וקהילות מבקשות להשיג באמצעות מדיניות ילודה לבין זכויות נשים. בהקשר הישראלי אראה כי ההגבלות בנוגע להפלות משמשות בישראל אמצעי לעידוד ילודה, ונובעות במידה רבה ממניע דמוגרפי, ואבחן את חוקיותם של הסדרי ההפלות בישראל. לאחר-מכן אשאל אם ננקטה בישראל מדיניות של צמצום ילודה כלפי קבוצות אוכלוסייה מוגדרות, ואבחן את הלגיטימיות של המדיניות האמורה. אדון במדיניות תכנון המשפחה במגזר הערבי שנידונה במרכז לדמוגרפיה, וכן בחוק גיל הנישואים,¹ שנגדו נטען כי אחת ממטרותיו הייתה צמצום הילודה בקרב יוצאי עדות המזרח והערבים. בחלקו האחרון של המאמר אעסוק בשאלה אם עצם אימוץ מדיניות של עידוד ילודה על ידי המדינה לשם "הבטחת רמה נאותה של גידול האוכלוסייה היהודית" פוגע בזכויותיו של המיעוט הערבי. אטען כי הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה יכולה להצדיק קיומה של מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית, וזאת אף אם מדיניות זו אינה מובילה להפליה בהקצאות ובהטבות נגד אזרחי המדינה הערבים. זאת, מכיוון שעצם קיומה של מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית מביא לידי פגיעה בכבוד ובתחושת השוויון של אזרחי ישראל הערבים, אשר נוגדת את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מבוא. א. מהי מדיניות ילודה ומהם השיקולים בעיצובה? ב. מדיניות הילודה של ישראל – רקע: דוח הוועדה לבעיות ילודה. ג. עידוד ילודה וזכויות נשים: 1. כללי; 2. הגבלות על הפלות כאמצעי לעידוד ילודה. ד. צמצום ילודה – לקבוצות מסוימות בלבד? 1. כללי; 2. צמצום ילודה בישראל – תכנון המשפחה במגזר הערבי וחוק גיל הנישואים. ה. מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת-גן. מחקר זה נתמך באמצעות מענק מחקר של מרכז מינרבה לזכויות האדם, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות למשה כהן-אליה על הערותיו המועילות לגרסות קודמות של מאמר זה, וכן למערכת **משפט וממשל** על ההערות החשובות והבונות ועל העבודה המסורה. כן ברצוני להודות לדנה נאור על עזרתה המצוינת במחקר.

1 חוק גיל הנישואין, תשי"ז-1950 (להלן: חוק גיל הנישואים).

הילודה וזכויות המיעוט הערבי: 1. ישראל כדמוקרטיה אתנית; 2. רוב יהודי, זכויות המיעוט הערבי וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ו. סיכום.

מבוא

עד שנת 1967 לא הייתה למדינת-ישראל מדיניות דמוגרפית רשמית. ב-9 באפריל 1967, בעקבות הגשת מסקנותיה של הוועדה לבעיית הילודה בראשות פרופ' רוברטו בקי,² דנה ממשלת ישראל לראשונה בגיבוש מדיניות דמוגרפית, וקבעה כי "הממשלה רואה צורך לפעול באורח שיטתי להגשמת מדיניות דמוגרפית, המכוונת ליצירת אוירה שיהיה בה כדי לעודד את הילודה, **בהתחשב בחיוינותה לעתידו של העם היהודי**".³ בין היתר החליטה הממשלה לערוך פעולות הסברה, לפעול להסרת מכשולים כלכליים וחברתיים, ולהבטיח הקלות שונות בתחומי החינוך והשיכון, על-מנת לעודד משפחות להגדיל את מספר ילדיהן.⁴ כן הוחלט לפעול לריסון ההפלות המלאכותיות. לשם הגשמת מדיניותה הדמוגרפית החליטה הממשלה על הקמת המרכז לדמוגרפיה.⁵

תשע-עשרה שנים לאחר החלטתה הראשונה, בשנת 1986, שבה הממשלה ודנה – בפעם השנייה בתולדותיה – במדיניותה הדמוגרפית של ישראל. בהכריזה כי "הממשלה מודאגת מהמגמות הדמוגרפיות השוררות בישראל ובתפוצות ומתייחסת במיוחד בחומרה להאטה בגידול האוכלוסיה של מדינת ישראל, המיעוט בעליה, מימדי הירידה וכן מהטמיעה ונישואי התערובת ההולכים ומתרבים בקרב תפוצות הגולה", החליטה הממשלה "לנקוט במדיניות דמוגרפית מקיפה ומתואמת ולטווח ארוך, אשר תחתור בין היתר להבטחת רמה נאותה של **גידול האוכלוסיה היהודית**".⁶ על המרכז לדמוגרפיה הוטל לכוון את כלל הפעולות שייעשו על-ידי משרדים וגופים

2 משרד המשפטים **דין וחשבון של הוועדה לבעיות הילודה** (1966) (להלן: **דוח ועדת בקי**).

3 החלטה מס' 428 של הממשלה ה-13 "המדיניות הדמוגרפית" (9.4.1967) (ההדגשה הוספה). נגיש ב-
www.box.net/shared/kjm9k3w0sk

4 באותה החלטה נקבע, בין היתר:

הצעות בעניין המדיניות הדמוגרפית

...

2. הממשלה רואה צורך לפעול באורח שיטתי להגשמת מדיניות דמוגרפית, המכוונת ליצירת

אוירה שיהיה בה כדי לעודד את הילודה, **בהתחשב בחיוינותה לעתידו של העם היהודי**.

3. לתכלית זאת:

א) תיערך פעולת הסברה מתמדת, ייעשה להסרת מכשולים כלכליים וחברתיים ולהבטחת

הקלות שונות, בתחומי החינוך, שיכון, ביטוח וכיו"ב – בגדר יכולתה של המדינה –

במטרה לעודד משפחות להגדיל את מספר ילדיהן.

ב) **ייעשה לריסון ההפלות המלאכותיות** אשר שיעורן הרב מהווה תופעה מדאיגה מבחינה

לאומית-דמוגרפית ומבחינת הבריאות של האשה.

ראו שם (ההדגשות הוספו).

5 שם. המרכז לדמוגרפיה מורכב ממועצה ציבורית הממונה על-ידי הממשלה (להלן: המועצה לדמוגרפיה) ומועד פועל אשר יושב-הראש שלו ממונה על-ידי ראש הממשלה ומשמש כיושב-ראש המועצה וכמנהל המרכז.

6 החלטה מס' 1596 של הממשלה ה-21 "המגמות הדמוגרפיות בקרב העם היהודי" (18.5.1986). נגיש ב-
www.box.net/shared/kjm9k3w0sk. כן הוחלט כי "ג. המדיניות תהיה בנויה על הכוונה ותאום ונקיטת

ציבוריים במטרה להשפיע על גידול האוכלוסייה ועל היבטים דמוגרפיים אחרים, על-מנת שיתאמו את המטרות הכלליות של המדיניות הדמוגרפית.⁷

מאמר זה מבקש לבחון את מדיניותה הדמוגרפית של ישראל – כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות הממשלה האמורות ובפעולותיו של המרכז לדמוגרפיה שהוקם מכוחן – באספקלריה של זכויות האדם, ובעיקר של זכויות נשים וזכויות המיעוט הערבי בישראל.⁸ באופן טבעי, לכל מדינה יש עניין בגודל אוכלוסייתה, ושליטה בשיעור הילודה – היחס בין מספר הלידות לבין גודל האוכלוסייה – הינה אחד האמצעים היעילים ביותר לשליטה בגודל האוכלוסייה. עם זאת, נסיונה של מדינה לשלוט בשיעורי ילודה, בין על-ידי הגדלתם ובין על-ידי צמצומם, מעורר חשש ששליטה זו תושג תוך פגיעה בזכותן של נשים על גופן, בזכותן לשוויון ובזכותן לפרטיות ולכבוד האדם. כך, בהקשר הישראלי מתעוררות שאלות הנוגעות בזכותה של המדינה לנקוט מדיניות של עידוד ילודה וצמצום הפלות לשם השגת מטרות לאומיות, או כפי שמגדירה זאת חברת-הכנסת יעל דיין – שימוש ברחם האישה היהודייה לשם פתרון בעיות דמוגרפיות.⁹

יתרה מזו, מכיוון שרוב המדינות אינן הומוגניות, אלא מורכבות מקבוצות אוכלוסייה שונות מבחינה אתנית, דתית, תרבותית ומעמדית, האינטרסים של המדינה בשליטה בילודה עשויים להיות שונים לגבי כל קבוצת אוכלוסייה. כך, בעוד מדינה שבה שיעור הילודה נמוך מזה הדרוש לשם שימור האוכלוסייה עשויה להיות מעוניינת ככלל בהגדלת שיעור הילודה, באותה עת היא עשויה להיות מעוניינת בהקטנת שיעור הילודה בקבוצה תרבותית מסוימת שבה שיעורי הילודה גבוהים יותר – למשל, מתוך רצון לקדם את זכויות הנשים באותה קבוצה. לחלופין, מדינה הנשלטת על-ידי קבוצה אתנית אחת עשויה להיות מעוניינת בהגדלת שיעור הילודה בקרב הקבוצה השלטת ובצמצומו בקרב הקבוצות האחרות המתגוררות במדינה, על-מנת להבטיח את המשך שליטתה במדינה. כך, בישראל, שבה החלטות הממשלה לעניין מדיניות דמוגרפית מכוונות להבטחת "גידול האוכלוסייה היהודית", עולה שאלה אם מדיניות זו מתיישבת עם שוויון הזכויות המובטח לערבים אזרחי ישראל.¹⁰ השאלות האמורות, בדבר השפעתה של מדיניות ילודה על

אמצעים העשויים להשפיע על גידול האוכלוסייה, כגון: **עידוד להקמת משפחות ורצונן בילדים**, חיזוק המשפחות והסרת מכשולים מדרכן, **מניעת הפלות מיותרות** – **באמצעות ייעוץ והסברה מתאימים**; סיוע בתחומי רווחה למשפחות המתקשות בגידול ילדיהן, עידוד לעליה ולקליטתה; וצעדים לבלימת הירידה ועידוד להחזרת יורדים למולדת. ראו שם (ההדגשות הוספו).

7 שם.

8 אף שהמרכז לדמוגרפיה והמועצה לדמוגרפיה קיימים זה ארבעים שנה, אין כמעט כל מודעות ציבורית לפעילותם, ואפילו לא לקיומם. בניגוד למרכז לדמוגרפיה, אשר פעל באופן רציף במשך רוב תקופה זו, המועצה הציבורית לדמוגרפיה – שהינה גוף המורכב מנציגי ציבור וממומחים הפועלים בהתנדבות על-מנת להתוות את מדיניות המרכז בהתאם להחלטות הממשלה – לא הייתה פעילה במשך רוב התקופה, וכונסה רק מפעם לפעם על-ידי השרים הממונים. ניתן לחלק את עבודת המועצה לשתי תקופות פעילות מרכזיות: התקופה הראשונה הייתה בסוף שנות השישים ובתחילת שנות השבעים, שלאחריה שותקה פעילות המועצה למשך שנים רבות; והתקופה השנייה הייתה מתחילת שנות התשעים ועד סוף שנת 2003 – המועד שבו כונסה המועצה לאחרונה. עם זאת, כאמור, המרכז לדמוגרפיה המשיך בפעולתו גם בתקופות שבהן לא כונסה המועצה. תיאור עבודתם של המרכז והמועצה שהובא לעיל מבוסס רובו ככולו על עיון במסמכי המועצה והמרכז המצויים בגנזך המדינה.

9 פרוטוקול ישיבה מס' 227 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-15, 4 (15.10.2002),

www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2002-10-15.html

10 ראו את החלטת הממשלה משנת 1986, לעיל ה"ש 6 ובטקסט הסמוך לה.

זכויותיהם של נשים ומיעוטים, שזורות זו בזו, הן מכיוון שנשים ממלאות את התפקיד הביולוגי – ובמידה רבה אף התרבותי – של שמירה על המשכיותן של קבוצות לאומיות ואתניות, והן מכיוון שבעת סכסוכים לאומיים, אתניים ותרבותיים, בד בבד עם התגברות העוינות בין הצדדים, גוברת חשיבותו של תפקיד הרבייה הנשי וגובר הפיקוח על גוף האישה ועל מעשיה.¹¹

הדיון שלהלן יחולק לחמישה חלקים מרכזיים. בחלק א אדון בשאלה מהי מדיניות ילודה ומהם השיקולים בעיצובה, אציג את המתח הקיים בין היעדים הלאומיים והחברתיים שמדינות וקהילות מבקשות להשיג באמצעות מדיניות ילודה לבין זכויות נשים, ואציע דרכים ליישוב. אטען כי המדינה רשאית לנקוט מדיניות של עידוד ילודה, וזו אף חובתה לגבש מדיניות ילודה שמטרתה לספק להורים את האמצעים הנחוצים לשם גידול ילדיהם, על-מנת לקדם זכויות נשים, זכויות ילדים וזכויות הורים. עם זאת, אסור למדינה להפעיל לחץ אידיאולוגי על נשים או לכפות עליהן בכל צורה שהיא הולדה וגידול של ילדים בניגוד לרצונן.

כרקע לדיון במדיניות הילודה של ישראל, אציג בחלק ב את ממצאיה והמלצותיה של הוועדה לבעיות ילודה (ועדת בקי) שמונתה על-ידי הממשלה בשנת 1962. בשני החלקים הבאים של המאמר אדון בשני סוגים של מדיניות ילודה – עידוד ילודה וצמצום ילודה. בחלק ג אדון במניעים לעידוד ילודה, בדרכים האפשריות להגברת הילודה ובהשפעתן על זכויות נשים. אתמקד בעיקר בהגבלות בנוגע להפלות כאמצעי לעידוד ילודה, מכיוון שהגבלות אלה בישראל, כפי שאראה, נובעות במידה רבה ממניע דמוגרפי ומהוות נדבך במדיניותה הדמוגרפית של ישראל. אף שחוק העונשין, האוסר הפלות ללא אישור ועדה, הינו חסין מפני ביקורת שיפוטית, אטען כי חיובן של נשים להיפגש עם עובדת סוציאלית שתפקידה לשכנען לא לפנות לוועדה ולא להפיל – חיוב אשר מעוגן בהנחיות משרד הבריאות¹² – מהווה אמצעי פסול להשיג (בין היתר) יעדים דמוגרפיים, אשר נוגד את זכותן של נשים לכבוד, לשוויון, לפרטיות ולחופש בחירה, ולכן אינו חוקי. בחלק ד אדון בדרכים ובמניעים לצמצום ילודה ובלגיטימיות שלהם. אטען כי מדיניות של צמצום ילודה המופנית רק כלפי קבוצה מוגדרת באוכלוסייה יכולה אף היא להיות לגיטימית בנסיבות מסוימות, אם המדיניות מיושמת ללא כפייה ולמען מטרה ראויה, כגון קידום זכויות נשים בקהילות שבהן שיעור הילודה הגבוה מהווה כלי לדיכוי האישה. עם זאת, מכיוון שקיים חשש כי מדיניות של צמצום ילודה המופנית רק כלפי קבוצות מסוימות באוכלוסייה תשמש כלי להשגת מטרות דמוגרפיות פסולות, כגון צמצום מספר חבריה של קהילת מיעוט לא-אהודה, יש לבחון היטב את המדיניות האמורה ואת מניעיה. בהקשר זה אדון במדיניות תכנון המשפחה במגזר הערבי שנידונה במרכז לדמוגרפיה, וכן בחוק גיל הנישואים, שנגדו נטען כי אחת ממטרותיו הייתה צמצום הילודה בקרב יוצאי עדות המזרח והערבים.

לבסוף, בחלק ה אעסוק בשאלה אם עצם אימוץ מדיניות של עידוד ילודה על-ידי המדינה לשם "הבטחת רמה נאותה של גידול האוכלוסייה היהודית" פוגע בזכויותיו של המיעוט הערבי. מהחלטות הממשלה שהובאו לעיל עולה כי מטרתה של מדיניות עידוד הילודה היא לעודד את הילודה בקרב האוכלוסייה היהודית. כמו-כן, כפי שנראה, בשנות השבעים אף עשתה המדינה נסיונות לפעול לצמצום הילודה הערבית. מכאן עולה לכאורה כי מטרת מדיניותה הדמוגרפית של

11 NIRA YUVAL-DAVIS, GENDER & NATION 22–23, 29–31 (1997)

12 "הנחיות בדבר מסירת מידע לאשה הפונה לוועדות להפסקת הריון וסדרי עבודתן של הועדות" חוזר מס' 64/90

של משרד הבריאות סי' 2(ב) (15.6.1990) www.health.gov.il/download/forms/a1927_mr64_90.pdf

ישראל בתחום הילודה היא עידוד ילודה יהודית. עם זאת, כאשר נמתחה ביקורת נגד מדיניות הילודה האמורה ונטען כי היא מפלה את אזרחי ישראל הערבים, הצהיר יושב-ראש המרכז לדמוגרפיה כי כל הטבה אשר תומלץ על-ידי המועצה לדמוגרפיה ותאושר על-ידי הממשלה תינתן באופן שווה לכלל אזרחי ישראל.¹³ לכן, אף שמטרת מדיניותה הדמוגרפית של ישראל היא לעודד ילודה יהודית, האמצעים הננקטים לשם הגשמתה מופנים לכלל האוכלוסייה. נראה כי מדיניותה הדמוגרפית של ישראל, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות הממשלה שהובאו לעיל ובפעולותיו של המרכז לדמוגרפיה, מבוססת על ההנחה כי במדינה המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית הממשלה רשאית לנקוט מדיניות אשר תבטיח את המשך קיומו של רוב יהודי בישראל, ובכלל זה מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית. אטען כי הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה יכולה להצדיק קיומה של מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית, וזאת אף אם מדיניות זו אינה מובילה להפליה בהקצאות ובהטבות נגד אזרחי המדינה הערבים. זאת, מכיוון שעצם קיומה של מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית מביא לידי פגיעה בכבוד ובתחושת השוויון של אזרחי ישראל הערבים, אשר נוגדת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁴ אף שנפסק לא-אחת כי השמירה על רוב יהודי הינה תכלית ראויה, העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אטען שקביעת מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית מהווה אמצעי פסול לשם השגת תכלית זו, שכן בניגוד לחוק השבות, אשר נותן, כהגדרת בית-המשפט, מפתח מיוחד לכניסה לבית לבני העם היהודי, קביעת מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית מפלה בין יושבי הבית – אזרחי המדינה – על בסיס מוצאם הלאומי, ולפיכך מהווה פגיעה אסורה בזכויות המיעוט הערבי.

מדיניות דמוגרפית בכלל ומדיניות ילודה בפרט הן כלי להשגת יעדים דמוגרפיים. הרצון להשיג יעדים דמוגרפיים אינו פסול כשלעצמו, אולם כשרותו תלויה באופי היעד שמבקשים להשיג ובאמצעים להשגתו. אטען כי אף שעידוד ילודה אינו מהווה יעד דמוגרפי פסול, השימוש באמצעי של הטלת הגבלות על הפלות לשם השגתו מפר את זכותן של נשים על גופן ולכן פסול. כמו-כן אטען כי קביעת מדיניות שמטרתה לעודד ילודה יהודית היא פסולה, אף אם היא אינה מביאה לידי הפליה הקצאתית, שכן היא מעבירה מסר מדיר ומפלה לאזרחי ישראל הערבים.

13 פרוטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, 85 (27.11.2002) (דברי יושב-הראש ד"ר ברוך לוי). נגיש ב-
www.box.net/shared/kjm9k3w0sk

14 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק-היסוד).
ההפליה הברורה היחידה נגד ערבים אזרחי ישראל בהטבות הנוגעות בעידוד ילודה הייתה באמצעות הענקת קצבאות יוצאי-צבא לכלל היהודים, אשר הגדילו באופן משמעותי את קצבאות הילדים, ואשר לא ניתנו לרוב הערבים, שכן הללו לא עמדו באמות-המידה מכיוון שרובם לא שירתו בצבא ו/או לא נכללו בחריגים. ראו גיוני גל ביטחון סוציאלי בישראל 102–106 (2004); בג"ץ 200/83 וואתד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113 (1984). מדיניות זו של הענקת קצבאות יוצאי-צבא לא הייתה מדיניות מוצהרת של העדפת יהודים על ערבים, ובוודאי לא נומקה על-ידי המדינה בצורך בעידוד ילודה יהודית, אולם קשה לא לסבור כי הרצון לעודד ילודה יהודית דווקא היווה מניע מרכזי להסדר זה. מדיניות של עידוד ילודה יהודית היא פסולה, כפי שאטען, אף אם היא אינה כרוכה בהפליה בהטבות.

א. מהי מדיניות ילודה ומהם השיקולים בעיצובה?

לכל מדינה ולכל חברה יש אינטרס חזק ביותר בילודה, שכן שיעור הילודה קובע במידה רבה את עתידה של החברה – אם היא תגדל מספיק או שמא יתר על המידה, או לחלופין, אם היא תקטן או אף תיעלם. לאורך ההיסטוריה התבססה מדיניות האוכלוסין של מדינות וחברות על ההנחה כי גודל האוכלוסייה וצמיחתה מהווים תנאי הכרחי לחוסן לאומי וכלכלי, ולכן יש לפעול לשם הגדלת שיעורי הילודה.¹⁵ רק בעשורים האחרונים התפשטה ההכרה כי קצב גידול האוכלוסייה בעולם בכלל ובמדינות העולם השלישי בפרט יביא במהרה לידי התפוצצות-אוכלוסין, והדגש במדיניות האוכלוסין הבין-לאומית עבר למציאת דרכים לצמצום הילודה.¹⁶ עם זאת, לא-אחת לאורך השנים התמקדה מדיניות האוכלוסין במדינות השונות בשליטה בילודה ככלי להשגת יעדים חברתיים ולאומיים, וזאת מבלי להביא בחשבון את זכויותיהם של הפרטים המעורבים, ובעיקר את זכויות הנשים, שגופן משמש כלי להשגת יעדי הילודה השונים.¹⁷

על רקע זה צמחה הביקורת הפמיניסטית הגורסת כי פעמים רבות מטרותן של מדינות בקביעת מדיניות ילודה היא להשיג יעדים דמוגרפיים תוך התעלמות מצורכי הנשים, הגבלת שליטתן בגופן וחשיפתן לסיכונים בריאותיים.¹⁸ כך, קיימת הסכמה כללית בין ארגוני הנשים הפועלים בתחום כי יש לתת לנשים את הזכות ואת היכולת להחליט באופן חופשי ומושכל את כל ההחלטות הנוגעות בפרייון, ולספק להן את השירותים הנחוצים לשם מימוש החלטותיהן.¹⁹ למעשה, אף שקיימים זרמים רבים בתיאוריה הפמיניסטית, ניתן לומר בבירור כי הם מאוחדים כולם בדעה כי העדר חופש בחירה ושליטה בפרייון מהווה מרכיב מרכזי של דיכוי האישה.²⁰

לכאורה קיים מתח ברור בין מטרותיהן של מדינות בקביעת מדיניות ילודה, המתמקדות בהשגת יעדים לאומיים, לבין מטרותן של פמיניסטיות, המתרכזות בקידום זכויותיהן של נשים כפרטים. אולם, כפי שנראה לעיל, מתח זה אינו בהכרח בלתי-ניתן ליישוב. יתרה מזו, מדיניות ילודה אינה כוללת רק אמצעים ישירים להגדלת מספר היילודים, כגון מניעת השימוש באמצעי-מניעה ואיסור הפלות, או אמצעים לצמצום מספר היילודים, כגון חינוך לתכנון משפחה, חלוקת אמצעי-מניעה או עיקור. מדיניות של עידוד ילודה עשויה לכלול גם מתן התנאים הנדרשים להורים לשם גידול ילדיהם ונקיטת צעדים שיקלו עליהם את מלאכת גידולם, על-מנת לעודד הולדת ילדים נוספים. מדיניות כזו הוצעה לאחרונה על-ידי הנציבות האירופית על-מנת להגדיל

Jason L. Finkle & C. Alison McIntosh, *The New Politics of Population*, in THE NEW POLITICS OF POPULATION: CONFLICT AND CONSENSUS IN FAMILY PLANNING 3, 3 (Jason L. Finkle & C. Alison McIntosh eds., 1994).

שם. 16

JACQUELINE PORTUGESE, FERTILITY POLICY IN ISRAEL: THE POLITICS OF RELIGION, GENDER AND NATION (1998). ראו גם: PATRIZIA ALBANESE, MOTHERS OF THE NATION: WOMEN, FAMILIES, AND NATIONALISM IN TWENTIETH-CENTURY EUROPE (2006).

Finkle & McIntosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4. 18

שם, בעמ' 24. 19

PORTUGESE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1. 20

את שיעורי הילודה הנמוכים באירופה, וגם מדיניותה הדמוגרפית של ישראל כוללת הצעות ברוח
זו.²¹

מדיניות ילודה ואוכלוסין כזו, אשר שמה לה למטרה להקל על הורים את מלאכת גידול
ילדיהם באמצעות הגדלת השוויון בין המינים והרחבת יכולת הבחירה של האישה, עשויה בהחלט
לזכות בתמיכה פמיניסטית, מכיוון שעל-פי התיאוריה הפמיניסטית, ההפרדה בין הפרטי לציבורי
– שכתוצאה ממנה האישה נדחקת אל התחום הפרטי, שבו עליה לטפל בצורכי המשפחה והילדים
ללא תמורה, ומודרת מהתחום הציבורי – הינה אחד הכלים המרכזיים לדיכוייה של האישה.²²
התיאוריה הפמיניסטית גורסת כי מדינות וחברות, אשר זקוקות לילודה ולילדים על-מנת להבטיח
את המשך קיומן, השתמשו לאורך ההיסטוריה באישה כבכלי-שרת, ללא תמורה, לשם הולדת
ילדים וגידולם, וכך פטרו את עצמן מחובות הטיפול המפרכות הכרוכות בהכרח בגידולם של
ילדים ובדאגה להתפתחותם ולחינוכם. מצב-דברים מפלה ופגום זה הוסווה על-ידי
המדינה/הקהילה על-ידי שימוש באידיאולוגיית האימהות ובמיתוס האהבה, שלפיהם אימהות –
הבאת ילדים לעולם וטיפול בהם – היא ייעודה החשוב ביותר של האישה, ואהבת אִם מחייבת
הקרבה מוחלטת של צרכיה ורצונותיה של האישה על מזבח הטיפול במשפחה ובילדים.²³
פמיניסטיות מצביעות על כך שמצב-דברים זה חל לא רק בחברות דתיות ומסורתיות, שבהן
תפקידה המוצהר של האישה הוא הבאת ילדים לעולם וגידולם,²⁴ אלא גם בחברה הליברלית
הקפיטליסטית, המבוססת עדיין על ההנחה שחובת הטיפול בילדים נותרת בתוך המשפחה (עם
האִם), ולכן המדינה, החברה, שוק העבודה והגברים יכולים לפעול מתוך הנחה שיש מי שידאג
למילוי חובה זו, והם אינם מחויבים לנקוט כל צעד על-מנת לדאוג למילוייה.²⁵

אי-לכך, התיאוריה הפמיניסטית גורסת כי תנאי הכרחי להשגת שוויון לנשים הוא שינוי יסודי
בתפיסה שלפיה גידול ילדים הוא תפקידה של האישה, שעליה למלאו במלואו ללא תמורה וללא
כל עזרה. לשינוי זה שני פנים: הפן האחד הוא ההבנה כי גידול ילדים הינו תפקיד משותף לאישה
ולגבר, וכי כל האילוצים והעלויות החלים על נשים כתוצאה מגידול ילדים, כגון הצורך בשעות

21 לעניין מדיניותה של ישראל ראו את החלטות הממשלה, לעיל ה"ש 3–4 וה"ש 6. לעניין ההצעות האירופיות
ראו: European Commission, *Green Paper on "Confronting Demographic Change: A New
Solidarity Between the Generations"*, COM (2005) 94 final, Brussels 16.3.2005, available at
www.ec.europa.eu/employment_social/news/2005/mar/comm2005-94_en.pdf

22 SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY (1989); גילה שטופלר "גבולות השוויון –
הרהורים בשולי ספרה של רות הלפרין קדרי *Women in Israel – A State of Their Own משפט וממשל* ח
Dana Freibach Heifetz & Gila Stopler, *On Conceptual Dichotomies and Social* ;(2005) 391
Oppression, in 34 PHILOSOPHY AND SOCIAL CRITICISM 515 (2008)

23 Nitza Berkovitch, *Motherhood as a National Mission: the Construction of Womanhood in the* 23
Legal Discourse in Israel, 20 WOMEN'S STUDIES INTERNATIONAL FORUM 605, 605–610 (1997);
Gila Stopler, *Gender Construction and the Limits of Liberal Equality*, 15 TEX. J. WOMEN & L. 43
(2005). ראו גם PORTUGESE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 2.

24 Gila Stopler, *Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and* 24
Cultural Practices that Discriminate against Women, 12 COLUM. J. GENDER & L. 154 (2003)

25 MOLLER OKIN, לעיל ה"ש 22; Stopler, לעיל ה"ש 23.

עבודה גמישות והעדר היכולת להשקיע את כל זמנן בעבודה, מן הראוי שיחולו במידה שווה על גברים; הפן האחר הוא ההבנה כי קבלת סיוע מהמדינה לשם גידול ילדים הינו זכות, ולא חסד, וכי מחובתה של המדינה לספק להורים סיוע זה. כך, מנקודת-המבט הפמיניסטית, המדינה אינה רק רשאית לפעול להעמדת כל האמצעים הנחוצים לרשותם של הורים על-מנת שיגדלו את ילדיהם, אלא אף מחויבת לכך. הימנעותה של המדינה מלמלא חובה זו מהווה הפרת זכויות, ובמצב-הדברים כיום, שבו נטל ההורות נופל רובו על נשים, הדבר מפר בעיקר את זכותן של נשים לשוויון. אם כן, מחובתה של המדינה לגבש מדיניות ילודה שמטרתה לספק להורים את האמצעים הנחוצים לשם גידול ילדיהם, על-מנת לקדם את זכויות האישה ומתוך כך את זכויותיהם של ההורים וילדיהם.²⁶ עם זאת, אין לשכוח כי על-פי הגישה השמה את האישה כפרט במרכז, חובתה זו של המדינה אינה מעניקה לה את הזכות לכפות על נשים בכל צורה שהיא הולדה וגידול של ילדים בניגוד לרצונן. ראוי להדגיש כי בקרב הפמיניסטיות קיימים חילוקי-דעות בין אלה הגורסות כי אסור למדינה לשקול כל שיקול דמוגרפי בבואה לעצב מדיניות ילודה, שכן השיקול הלגיטימי היחיד הוא השיקול של קידום זכויות האישה, לבין אלה הגורסות כי שקילת שיקולים דמוגרפיים אינה פסולה כל עוד המדיניות עצמה עולה בקנה אחד עם שמירה על חופש הבחירה של נשים ועל בריאותן.²⁷ בין כך ובין כך, על-פי העמדה הפמיניסטית, השגת יעדים דמוגרפיים לאומיים באמצעות שליטה בילודה לעולם תהא כפופה לכיבוד זכויות האדם של נשים.

עמדה פמיניסטית זו אף אומצה בוועידה הבין-לאומית של האו"ם לעניין אוכלוסין ופיתוח אשר התכנסה בקהיר בשנת 1994.²⁸ ועידת קהיר הייתה ועידת האוכלוסין והפיתוח הראשונה שאימצה מפורשות עמדה שלפיה שוויון בין המינים והעצמה נשית הם אבני-יסוד לפיתוח בר-קיימא ולמדיניות אוכלוסין ראויה. כך, על-פי עקרונותיה של תוכנית הפעולה, קמה למדינות החובה – ולא רק הזכות – ליישם מדיניות אוכלוסין שמטרתה להבטיח את השתתפותן המלאה והשווה של נשים בחיים הפרטיים והציבוריים, ולהבטיח שוויון לנשים בחינוך, בחיי הכלכלה, בעבודה, במוקדי קבלת ההחלטות ובמילוי החובות הטיפוליות בבית ובמשפחה.²⁹ כמו-כן, על-פי תוכנית הפעולה, המדינות מתחייבות לאפשר לנשים גישה מלאה וחופש בחירה בכל הנוגע לאמצעים לתכנון המשפחה ולהבטחת בריאות האישה.³⁰ העובדה שוועידת קהיר הייתה ועידת האוכלוסין העולמית הראשונה שאימצה את נקודת-המבט הרואה בנקיטת פעולות לשם השגת

26 אף שנטל ההורות נופל ברובו על נשים, העובדה שהמדינה אינה מכירה בחובותיה הטיפוליות פוגעת לא רק בנשים, אלא בהורים בכלל, הנאלצים לתמרן בין דרישות של שוק עבודה אשר אינו מותאם להורים לבין הדרישות הנובעות מגידול ילדיהם, וכן בילדים עצמם, אשר הוריהם מתקשים למלא את חובותיהם כלפיהם.

27 Finkle & McIntosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 25.

28 *Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development*, chapter II principle 4, available at www.unfpa.org/icpd/icpd_poa.htm (להלן: תוכנית הפעולה). ישראל השתתפה בוועידת קהיר וחתמה על תוכנית הפעולה. עם זאת, תוכנית הפעולה אינה מהווה דין מחייב במשפט הבין-לאומי, אלא התחייבות פוליטית בלבד. ראו: Carmel Shalev, *Rights to Sexual and Reproductive Health: The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 4 HEALTH & HUM. RTS. 38, 43 (2000).

29 תוכנית הפעולה, שם, פרק IV: "Gender Equality, Equity and Empowerment of Women".

30 שם, פרק VII: "Reproductive Life and Reproductive Health".

שוויון לנשים תנאי הכרחי למדיניות אוכלוסין הייתה תוצאה של פעילות ענפה של ארגוני נשים בשנים שלפני הוועידה ובוועידה עצמה, ומהווה הישג גדול לתנועה הפמיניסטית.³¹ עם זאת, המטרה של הוצאת ההישג האמור מן הכוח אל הפועל טרם הושגה, והדרך להשגתה רצופה קשיים, כגון התנגדותם של גורמים שמרניים – דוגמת הוותיקן ואנשי דת מוסלמים – למתן שליטה לנשים במיניותן ובפוריותן.³²

ב. מדיניות הילודה של ישראל – רקע: דוח הוועדה לבעיות ילודה

הוועדה לבעיות ילודה בראשות פרופ' בקי מונתה בשנת 1962 על-ידי ראש הממשלה דאז, דוד בן-גוריון, על-מנת ליעץ לממשלה בענייני מדיניות ילודה ודרכי העזרה למשפחות מרובות ילדים.³³ באפריל 1966 הגישה הוועדה את ממצאיה והמלצותיה, אשר בעקבותיהם התקבלה בשנת 1967 החלטת הממשלה הראשונה בעניין מדיניות דמוגרפית והוקם המרכז לדמוגרפיה. אחת ממסקנות הוועדה הייתה כי במדינת-ישראל אין מקום לדון בעידוד ילודה על-סמך נתונים המתייחסים לכלל האוכלוסייה, בשל השונות הרבה של נתוני הפרייון בקבוצות האוכלוסייה השונות, אשר נמצאות, לדברי הוועדה, "בשלים שונים של התפתחותן החברתית והדמוגרפית".³⁴ לכן התייחסה הוועדה בעיקר לפרייון של שלוש קבוצות מרכזיות בישראל באותה תקופה – נשים יהודיות ילידות אירופה, נשים יהודיות ממוצא אסייתי-אפריקאי ונשים ערביות.

לפי ממצאי הוועדה, מידת הפרייון של נשים ילידות אירופה בישראל בתחילת שנות השישים הייתה נמוכה מאוד, ואפשרה לאוכלוסייה היהודית ממוצא אירופי בישראל לגדול רק ב-8% בכל דור – שיעור גידול שהיה נמוך, לפי ממצאי הוועדה, מהשיעורים שנמצאו ב-27 מתוך 30 ארצות מפותחות.³⁵ לדברי הוועדה, "צמצום הפרייון של היהודים ממוצא אירופי הוא בעיקרו תוצאה ישירה של החלטת ההורים לצמצם בהרבה את מספר ילדיהם, ושל שימוש רב באמצעי מניעה וגם בהפלות מלאכותיות".³⁶ באשר ליהודים ממוצא אסייתי-אפריקאי קבעה הוועדה כי גם בקרב אוכלוסייה זו החל תהליך של פיקוח על הילודה. בהתבססה על מפקד שנערך בשנת 1961, קבעה הוועדה כי ככל שרמת ההשכלה של האישה עולה כן פריונה קטן, עד כדי כך שבעוד שלאישה עם 0 שנות לימוד נולדים בממוצע 6.8 ילדים, בקרב המשפחות בעלות רמת השכלה תיכונית ומעלה אין

Lori S. Ashford & Jeanne A. Noble, *Population Policy: Consensus and Challenges*, 2 31
CONSEQUENCES 2 (1996), available at www.gcrio.org/CONSEQUENCES/vol2no2/article3.html

Lori S. Ashford, *What Was Cairo? The Promise and Reality of ICPD* (2004), שם. ראו גם: 32
available at www.prb.org/Articles/2004/WhatWasCairoThePromiseandRealityofICPD.aspx

33 **דוח ועדת בקי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1. בוועדה היו שמונה חברים, ביניהם אישה אחת. רוב החברים היו פקדי מדינה בכירים שתחום עיסוקם רלוונטי למטרות הוועדה, כגון מנכ"ל משרד האוצר, מנכ"ל משרד הבריאות ומנכ"ל המוסד לביטוח לאומי.

34 שם, בעמ' 4.

35 שם, בעמ' 12–13. הוועדה אינה מגדירה את המושג "דור", אולם נראה כי הכוונה אינה לתקופת זמן מסוימת, אלא למעבר בין דורות כתוצאה מילודה.

36 שם, בעמ' 13.

הבדל בפיריון בין יהודים יוצאי אסיה, אפריקה ואירופה.³⁷ לכן, לדברי הוועדה, "עם העלייה הכללית של רמת ההשכלה, יש לצפות לירידה גדולה של הפיריון הממוצע בקרב הנשים ממוצא אסיאתי-אפריקאי".³⁸ עם זאת, בסיכום הכולל, בעוד ששיעור הילודה של האוכלוסייה היהודית ממוצא אירופי בשנת 1963/1964 עמד על 13.5 ל-1,000 תושבים, והיה "נמוך משיעור הילודה של 32 מבין 33 ארצות מפותחות באירופה, אמריקה ואוקיאנה", שיעור הילודה של האוכלוסייה היהודית ממוצא אסייתי-אפריקאי היה 32 ל-1,000, אם כי גם שיעור זה היה "נמוך הרבה יותר מהשיעורים האופייניים לאוכלוסייה של הארצות באסיה ואפריקה".³⁹

מאידך גיסא, לפי ממצאי הוועדה, הפיריון של הערבים בתקופה זו היה גבוה מאוד, ו"לפי המפקד של 1961, נולדו בממוצע לאישה מוסלמית (נשואה, בגיל 45–49) 8.2 ילדים, ולנוצריה 7.2, בהשוואה ל-3.1 ליהודיה".⁴⁰ לדברי הוועדה, "אצל המוסלמים, נראים סימנים קלושים מאד של שימוש באמצעים למניעת הריון ושל צמצום הפיריון",⁴¹ ושיעור הריבוי הטבעי של הלא-יהודים "מהווה שיא עולמי", ו"עולה על המצוי אצל כל 91 ארצות, שעבורן נותן ארגון האומות המאוחדות נתונים פחות או יותר מהימנים".⁴² את עוצמת הבעיה בחרה הוועדה להמחיש באופן הבא:

כתוצאה מפיריון העצום ומהצמצום הדרסטי בתמותה, בכוחה של האוכלוסייה הלא-יהודית להכפיל את עצמה פי 3.4 במשך דור (1,000 נשים לא יהודיות בדור הזה מוחלפות ע"י 3,400 בנות בדור הבא. להשוואה – בהנחות דומות, 1,000 נשים יהודיות בדור הזה מוחלפות ע"י 1,570 בנות בדור הבא, ואילו 1,000 נשים יהודיות ממוצא אירופי מוחלפות ע"י כ-1,080 בנות בלבד, וכ-1,000 נשים יהודיות ממוצא אירופי בתל-אביב מוחלפות ע"י 930 בנות בדור הבא).⁴³

לסיכום הדוח קבעה הוועדה כי שלושה היבטים של המצב הדמוגרפי בישראל מעוררים דאגה מיוחדת: קצב הילודה הנמוך בקרב יהודי ישראל, ריכוז הילודה בקרב משפחות מרובות ילדים בעלות "רמה השכלתית וכלכלית ירודה", וריבוי הפלות מלאכותיות ה"מזיק מנקודת השקפה בריאותית, דמוגרפית ומוסרית".⁴⁴ לדברי הוועדה, "אם היו מצליחים להקטין באופן רציני את מספר ההפלות, הקטנה זו היתה עשויה להשפיע השפעה ניכרת להרמת שיעור הילודה".⁴⁵ על-מנת לפתור בעיות אלה הציעה הוועדה, בין היתר, לתנך את הציבור, כי "רק משפחות עם 4 ילדים או

שם, בעמ' 14.	37
שם.	38
שם, בעמ' 15–16.	39
שם, בעמ' 16.	40
שם.	41
שם, בעמ' 17.	42
שם.	43
שם, בעמ' 25.	44
שם, בעמ' 19.	45

יותר נותנות את חלקן המלא לתקומה הדימוגרפית של האומה".⁴⁶ הוועדה הציעה לתת לאלה המעוניינים בכך מידע ברור בדבר הדרכים המאפשרות תכנון משפחה, אך לקזז את "הנזק הדמוגרפי" שייגרם עקב כך על-ידי פעילות נמרצת לריסון ההפלות.⁴⁷ נוסף על כך המליצה הוועדה על מתן תמריצים כלכליים לילודה; על הושטת עזרה למשפחות עם ילדים בכלל, ולאימהות עובדות בפרט, בתחומים כגון מענקי לידה, מעונות-יום, הרחבת דיור וכולי;⁴⁸ ועל הענקת סיוע, בדמות תמיכה כספית ושירותים ישירים, לילדים למשפחות ברוכות-ילדים.⁴⁹

לשם הוצאתה לפועל של המדיניות הדמוגרפית האמורה, הציעה ועדת בקי להקים גוף מיוחד לטיפול בבעיות המשפחה, שישמש "יד מכוונת של הפעולות הממשלתיות והציבוריות העשויות להשפיע על רווחתה של המשפחה ועל מדיניות דמוגרפית".⁵⁰ בעקבות הגשת דוח הוועדה לממשלה, החליטה הממשלה, באפריל 1967, את החלטתה הראשונה בדבר המדיניות הדמוגרפית של ישראל, אשר הובאה לעיל, שבה אומצו העקרונות שהותוו על-ידי הוועדה, וכן הוחלט על הקמת המרכז לדמוגרפיה על-מנת להביא לידי הגשמתם.⁵¹

ג. עידוד ילודה וזכויות נשים

1. כללי

מדיניות של עידוד ילודה (מדיניות פרו-נטליסטית) עולה בקנה אחד עם אידיאולוגיות דתיות – כגון נצרות, אסלאם ויהדות – הרואות ברבייה מצווה מקודשת, ועם אידיאולוגיות אתניות ולאומיות הרואות בגודלה של הקהילה האתנית/הלאומית את המפתח לכוחה. כך, למשל, הוותיקן הקתולי מתנגד נחרצות לכל צורה של אמצעי-מניעה, וכמובן גם להפלות, שכן לגישתו, מטרתו המקודשת של האקט המיני, אשר יכול להתקיים רק בין בני-זוג נשואים, היא רבייה.⁵² האסלאם גורס כי תפקיד האישה הוא הבאת ילדים לעולם, ומעודד רבייה ככלל וכן אימהות בגיל

46 שם, בעמ' 30. עם זאת הוסיפה הוועדה כי "אין אנו מציעים ללכת בפעולת הסברה לפי הדרך של 'פולחן הגבורה' של משפחה בעלת פריון בלתי מוגבל, כפי שהדבר התקבל בארצות מסוימות ובתקופות מסוימות". שם, בעמ' 31. כן קראה הוועדה לשינוי "העמדה הקיימת כעת בחלק של מוסדות הציבור, ואשר לפיה אינפורמציה ברורה בדבר הדרכים המאפשרות תכנון המשפחה – אינה ניתנת אף לנשים הדורשות אותה". שם.

47 שם, בעמ' 50. "הוועדה הגיעה רק אחרי לבטים קשים להצעות על הפצת ידיעות בדבר אמצעי מניעה... והיא עשתה זאת משום שטובת המשפחות והצדק החברתי נראו לה בשטח תכנון המשפחה כקודמים לאינטרס הלאומי להגברת הילודה. אולם, הואיל והפצת ידיעות אלה עשויה להביא, לפחות בזמן הראשון, להורדה נוספת של הפריון, נראה הכרחי מנקודת מבט של העניין הלאומי לקזז תוצאה אפשרית זאת ע"י פעולה רצינית המכוונת להגברת הילודה ע"י ריסון ההפלות." שם.

48 שם, בעמ' 32–38.

49 שם, בעמ' 39–43.

50 שם, בעמ' 29.

51 החלטה מס' 428 של הממשלה ה-13, לעיל ה"ש 3.

52 Charles B. Keely, *Limits to Papal Power: Vatican Inaction after Humanae Vitae*, in THE NEW POLITICS OF POPULATION: CONFLICT AND CONSENSUS IN FAMILY PLANNING 222 (Jason L. Finkle & C. Alison McIntosh eds., 1994)

צער.⁵³ גם ביהדות מצוות "פרו ורבו" הינה מצווה בעלת חשיבות עליונה, והשימוש באמצעי-מניעה ובהפלות מוגבל מאוד.⁵⁴

חשיבות דומה לשליטה בילודה מתגלה בקרב קהילות אתניות/לאומיות, בפרט במצב של סכסוך אתני או לאומי.⁵⁵ אחת הדרכים המרכזיות שבהן נשים תורמות את חלקן לקהילה בסכסוך אתני/לאומי היא כאחראיות ביולוגיות ליצירתם ולריבויים של חברי הקהילות המסוכסכות.⁵⁶ מכיוון שמוצאם המשותף של חברי הקהילה – בין שהוא אמיתי ובין שהוא מדומיין – ממלא תפקיד מרכזי ולעיתים אף בלעדי ביצירתן של קהילות אתניות או לאומיות, יכולת הרבייה הנשית קשורה בקשר בל יינתק ליצירתה ולשימורה של הקהילה.⁵⁷ לכן שליטה בפרייון של נשים, נוסף על שליטה בהגירה, הינה הכלי המרכזי בידי קבוצות אתניות ולאומיות, כמו-גם בידי המדינה, לשליטה בהרכב הדמוגרפי של הקהילה ו/או המדינה. על-ידי הגבלת הילודה וההגירה של קבוצות לא-רצויות ועידוד הילודה וההגירה של קבוצות רצויות, המדינה יכולה ליצור את המצב הדמוגרפי הרצוי לה.⁵⁸ הטווח של מנגנוני השליטה ביכולת הפרייון הינו רחב, ונע מתעמולה למען שימוש באמצעי-מניעה ועד עיקור בכפייה לשם צמצום ילודה שאינה רצויה, מחד גיסא, וממתן תמריצים כספיים והפעלת לחצים ושכנוע אידיאולוגי ועד הטלת איסור על הפלות לשם עידוד ילודה רצויה, מאידך גיסא.⁵⁹

מפרספקטיבה של זכויות האדם, אמצעים לעידוד ילודה כגון איסור הפלות או מניעת גישה לאמצעי-מניעה הינם אמצעים פסולים, שכן הם שוללים לחלוטין את יכולת הבחירה החופשית של האישה.⁶⁰ שאלה קשה יותר היא אם תעמולה אידיאולוגית הינה אמצעי כשר לעידוד ילודה.

53 Ali A. Mazrui, *Islamic Doctrine and the Policy of Induced Fertility Change: An African Perspective*, in THE NEW POLITICS OF POPULATION: CONFLICT AND CONSENSUS IN FAMILY PLANNING 121–122 (Jason L. Finkle & C. Alison McIntosh eds., 1994).

54 PORTUGUESE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 46–47.

55 Yuval-Davis & Anthias (להלן: WOMAN – NATION – STATE) (Nira Yuval-Davis & Floya Anthias eds., 1989) 55 (Anthias).

56 על-פי Yuval-Davis ו-Anthias, קיימים חמישה אופנים עיקריים שבהם נשים מעורבות ביחסים שבין קהילות לאומיות ואתניות לבין המדינה: (א) כאחראיות ביולוגיות ליצירתם ולריבויים של חברי קהילות אתניות/לאומיות; (ב) כשומרות על גבולותיהן של קהילות אתניות/לאומיות; (ג) כשותפות מרכזיות בשימורה ובשיעורקה של האידיאולוגיה של הקהילה, וכאחראיות להעברת תרבותה מדור לדור; (ד) כסמל לקיומם של הבדלים אתניים/לאומיים וכמוטיב מרכזי בשיח האידיאולוגי אשר יוצר, ממחזר ומשנה את הקטגוריות האתניות/הלאומיות; (ה) כשותפות במאבקים לאומיים, כלכליים, פוליטיים וצבאיים. שם, בעמ' 2–7.

57 שם, בעמ' 26–27.

58 אמצעי נוסף לשליטה בהרכב הדמוגרפי של המדינה/הקהילה הוא הגבלת נישואים בין בני דתות שונות או בין בני קבוצות אתניות או גזעיות שונות.

59 Yuval-Davis & Anthias, לעיל ה"ש 55, בעמ' 8. לעניין עיקור בכפייה ראו Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927), שם דחה בית-המשפט העליון האמריקאי את הטענה כי עיקורם בכפייה של מוגבלים בשכלם אינו חוקתי.

60 ראו, למשל, את החלטותיו הבאות של בית-המשפט העליון האמריקאי בנוגע להפלות: Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 152–154 (1973); ובנוגע לאמצעי-מניעה: Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453–454 (1972). עוד ראו את הדיון להלן בס' 2 בנושא ההגבלות המוטלות בהקשר של הפלות.

למשל, האם כוונת המועצה לדמוגרפיה לערוך פעולות הסברה במטרה לשכנע כי "השלמות הנשית היא באמהות פורה עם מעמד חברתי ומקצועי", וליצור מוסכמה שלפיה כל משפחה צריכה ארבעה או חמישה ילדים, הינה ראויה?⁶¹ לפי פוקו, אידיאולוגיה הינה מנגנון כופה המאפשר הפעלת כוח תוך הסוואתו ומתן לגיטימציה לקיומו.⁶² הכוח המופעל באמצעות אידיאולוגיה מוסווה על-ידי יצירת מצג של פעולה חופשית, המתבטא בכך שאדם אשר פעולתו מוכוונת על-ידי אידיאולוגיה נראה כמי שפועל מתוך בחירה חופשית מלאה ולכן כמי שלא הופעל עליו כל כוח.⁶³ כך, באמצעות שימוש מושכל באידיאולוגיה, החזק יכול להמשיך לשלוט בחלש ולשמר את פערי הכוחות ביניהם תוך הסוואת אופיים הכוחני והדכאני של מעשיו. כפי שראינו, למדינה/לקהילות ולדתות יש אינטרסים כבדי-משקל בעידוד נשים לילודה, ונטייה לראות בהן כלי להבאת ילדים לעולם לשם הגדלת האוכלוסייה, ולא בני-אדם הזכאים לזכויות ולחופש בחירה בהקשר זה. לכן, לנוכח המציאות הרווחת של שימוש באידיאולוגיות דתיות ולאומיות אשר מדגישות את תפקידה וייעודה של האישה כאם, דוחקות בה להביא כמה שיותר ילדים לעולם וכך משמרות את מעמדה הנחות בחברה, כל שימוש באידיאולוגיה המעודדת נשים ללדת לשם השגת מטרות דתיות/קהילתיות/לאומיות הינו לכל-הפחות בעייתי מנקודת-מבט פמיניסטית. האמור נכון בוודאי על-פי העמדה הפמיניסטית הגורסת כי עירוב של כל שיקול דמוגרפי במדיניות ילודה הוא פסול. אך גם אם נאמץ את העמדה שלפיה שקילת שיקולים דמוגרפיים יכולה להיות לגיטימית בעת עיצוב מדיניות ילודה כל עוד המדיניות אינה פוגעת בחופש הבחירה של האישה ובבריאותה, נראה שבמקרה זה קיים חשש לא-מבוטל לפגיעה בחופש הבחירה של האישה. לפיכך נראה כי אף שהמדינה רשאית לנקוט מדיניות של עידוד ילודה, על-ידי יצירת סביבה תומכת שבה יוכלו ההורים לגדל את ילדיהם בצורה המיטבית תוך הענקת התנאים הטובים ביותר לילדים ותוך שימור יכולתם השווה של ההורים להשתלב בשוק העבודה ולפתח את כישוריהם, אין היא רשאית להשתמש בתעמולה אידיאולוגית לשם הגברת הילודה. ההנחה היא שיצירת סביבה תומכת באמצעות מתן הקלות ותנאים מתאימים תביא לידי הגברת הילודה ללא כל כפייה מצד המדינה, מכיוון שהורים אשר מעוניינים לצרף ילד נוסף למשפחה, אך נמנעים מלעשות כן בשל העדר תנאים חומריים שיאפשרו זאת, יוכלו לעשות כן אם יינתנו להם התנאים המתאימים.⁶⁴

2. הגבלות בנוגע להפלות כאמצעי לעידוד ילודה

(א) מדיניות ההפלות של ישראל

עד שנת 1977 הטיל החוק בישראל איסור מוחלט על ביצוע הפלות, וקבע מאסר ממושך לנשים שביצעו הפלות ולרופאיהן, אולם בפועל לא נאכף החוק, ומדי שנה נערכו בישראל אלפי הפלות לא-

61 פרוטוקול המועצה הציבורית לדמוגרפיה, 46 (18.3.1969) (דברי חגי ישראל, ממונה על הסברה). נגיש ב-
www.box.net/shared/kjm9k3w0sk

62 Shane Phelan, *Foucault and Feminism*, 34 AM. J. POL. SCI. 421, 424 (1990)

63 שם, בעמ' 425.

64 כך, לדברי יושב-ראש המועצה לדמוגרפיה ד"ר ברוך לוי, מסקר שערך המרכז לדמוגרפיה עולה כי בעוד מספר הילדים הממוצע לאישה יהודייה הוא 2.6, מספר הילדים הרצוי הממוצע הוא 3.5, כלומר, כמעט ילד אחד נוסף למשפחה. פרוטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, 3 (21.3.1994). נגיש ב-
www.box.net/shared/kjm9k3w0sk

חוקיות.⁶⁵ אשר על-כן המליצה ועדת בקי לשנות את החוק כך שיאפשר הפלות, אולם רק באישורן של ועדות מיוחדות להפסקת היריון. לגבי הוועדות המיוחדות קבעה ועדת בקי כי "צריך להיות ברור [להן] כי המטרה העיקרית היא לצמצם באופן דרסטי את מספר ההפלות".⁶⁶ בשנת 1977 שונה החוק ואומץ הסדר ברוח ההסדר שהוצע בוועדת בקי, המתיר הפלות רק באישורה של ועדה להפסקת היריון, ורק בהתקיים התנאים הקבועים בחוק.⁶⁷ בנוסחו המקורי כלל החוק סעיף שזכה בכינוי הסעיף הסוציאלי, שלפיו הוועדה להפסקת היריון רשאית לאשר הפסקת היריון אם "המשך ההריון עלול לגרום נזק חמור לאישה או לילדה, מחמת תנאי המשפחתיים או החברתיים הקשים של האישה ושל סביבתה".⁶⁸ סעיף זה הוסר מן החוק בשנת 1980 בלחצן של המפלגות הדתיות ומתנגדי ההפלות.⁶⁹ הסיבות להתנגדות לסעיף היו תדירות השימוש בו וכן העובדה שבניגוד לסעיף המאפשר הפלה כאשר ההיריון הוא מחוץ לנישואים – סעיף אשר נתפס על-ידי המפלגות החרדיות כמבטיח את המשכיות הקולקטיב היהודי (על-ידי הקטנת הסכנה להולדת ממזרים) – הסעיף הסוציאלי מאתגר את התפיסה שלפיה ילודה הינה מצווה גם בתנאי מצוקה, ולכן נתפס כפסול.⁷⁰ אולם, על-פי ממצאים שהובאו לפני החוליה למניעת הפלות של המרכז לדמוגרפיה, ביטול הסעיף לא צמצם את מספר ההפלות, אלא רק הביא לידי גידול משמעותי במספר הנשים שביקשו לקבל היתר להפלה בטענה שההיריון הינו מחוץ לנישואים.⁷¹

בישיבות משותפות של החוליה למניעת הפלות במרכז לדמוגרפיה ושל משרד הבריאות נידונו דרכים להתמודדות עם בעיית ההפלות. אחת ההמלצות המרכזיות שאומצה הייתה כי כל אישה הפונה לוועדה תיפגש עם עובדת סוציאלית, אשר תנסה להניא אותה מביצוע ההפלה.⁷² כך, בחוזר של משרד הבריאות בעניין הוועדות להפסקת היריון מיוני 1988, תחת הכותרת "מניעת הפלות מיותרות", נקבע כדלקמן:

-
- 65 סי' 175 לפקודת החוק הפלילי, 1936. על אי-אכיפת החוק ראו **דוח ועדת בקי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19–20, וכן המבוא להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריון), התשל"ו-1975, ה"ח 1217.
- 66 **דוח ועדת בקי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 44.
- 67 חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריון), התשל"ז-1977, ס"ח 842 (להלן: החוק להפסקת היריון). התנאים למתן האישור מתייחסים לגיל האישה, להיריון מחוץ לנישואים, למום של הוולד, לסיכון חייה או בריאותה של האישה ולסעיף הסוציאלי שיידון מיד. ההסדר החקיקתי בנושא ההפלות מעוגן כיום בס' 313–321 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. על השתלשלות האירועים מעת מתן המלצותיה של ועדת בקי ועד לקבלת החוק ראו דלילה אמיר וניבה שושי "חוק ההפלות הישראלי: היבט מגדרי ופמיניסטי" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 777, 787–794 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).
- 68 סי' 5(א) לחוק להפסקת היריון.
- 69 חוק העונשין (תיקון מס' 8), התש"ם-1979, ס"ח 954. על תדירות השימוש בסעיף ראו פרוטוקול ישיבה מס' 46 של הוועדה לקידום מעמד האישה, 4 (7.10.2003), www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2003-10-07.html (דברי אלי שוסהיים, מנכ"ל אגודת אפרת, שלפיהם יותר מ-40% מההפלות אושרו באמצעות הסעיף הסוציאלי).
- 70 אמיר ושושי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 796–797.
- 71 זכרון-דברים מישיבת החוליה למניעת הפלות של המרכז לדמוגרפיה, 1 (28.6.1982). נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.
- 72 פרוטוקול ישיבה של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-10, 15–17 (8.11.1982). מעניין כי בישיבה זו ציין פרופ' בקי, בהציגו את הנושא לפני הוועדה, כי העובדים הסוציאליים התנגדו לשילובם במערך הטיפול בהפלות. שם, בעמ' 16. נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.

במסגרת מאמצים הנעשים למען עידוד הילודה ושיפור המצב הדמוגרפי במדינה, הוקמה ועדה בין-משרדית, אשר בין החלטותיה גם הגברת ההסברה בקרב הועדות להפסקת הריון.

אנו חוזרים וקוראים לחברי הועדות – רופאים ועובדות סוציאליות, להקדיש זמן ולשוחח עם הנשים הפונות לוועדה, כדי שישקלו שוב את בקשתן. אנו משוכנעים שבקרב הנשים המתלבטות – והכוונה לנשים נשואות שיש להן כבר ילד אחד או יותר – אוזן קשבת ושיחת הסבר ושכנוע עשויות בהחלט להשפיע. הננו מבקשים איפוא את שיתוף פעולתכם בנושא.⁷³

מדיניות זו, של שכנוע נשים המבקשות להפיל להימנע מביצוע ההפלה, עומדת בעינה עד היום. אחוז האישורים בוועדות להפסקת הריון עלה בהדרגה, ועומד כיום על 99.1%⁷⁴, אולם על-פי הנחיות משרד הבריאות, כל אישה הפונה לוועדה תופנה לעובדת סוציאלית עוד לפני מילוי טופס הבקשה, על-מנת שזו "תסביר לה את הסיכונים שבהפלה, ותנסה לשכנע אותה לבחור בפתרון אלטרנטיבי" ולוותר על הגשת הבקשה.⁷⁵ כלומר, בחישוב אחוז האישורים לא מובאות בחשבון אותן נשים שרצו להגיש בקשה אך ויתרו על כך מכיוון שהעובדות הסוציאליות שכנעו אותן לא להגישה. לכן אחוז האישורים הגבוה אינו משקף למעשה מדיניות מתירנית של הועדות, אלא במידה רבה את פועלן של העובדות הסוציאליות.⁷⁶

נסיונות חוזרים ונשנים של חברי-כנסת וחברות-כנסת להחזיר לחוק את הסעיף הסוציאלי, המאפשר לוועדות לאשר לאישה ביצוע הפלה על רקע מצבה החברתי-הכלכלי, לא צלחו.⁷⁷

73 "הנחיות לוועדות להפסקת הריון" חוזר מס' 43/88 של משרד הבריאות, ס' 1 (1988), www.health.gov.il/download/forms/a1723_mr43_88.pdf.

74 אחוז האישורים עלה בהדרגה מ-89.8% בשנת 1988 ל-99.1% בשנת 2003. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "פניות לוועדות להפסקת הריון בישראל, 1988–2004" www.cbs.gov.il/publications/lidot/afsaka_publ1.pdf.

75 חוזר מס' 64/90 של משרד הבריאות, לעיל ה"ש 12, ס' 2(ב). ראו גם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "תכונות דמוגרפיות וחברתיות של הפונות לוועדות להפסקת הריון בישראל – 1994" לקט ממצאים סטטיסטיים 10 (1996). יש להבהיר כי ההתייחסות לעובדת סוציאלית במאמר זה היא בלשון נקבה מכיוון שעל-פי ההנחיות האישה מופנית לעובדת סוציאלית, ולא לעובד סוציאלי, על-מנת להקל על הפונה לשוחח על מצבה.

76 שם. ראו גם את דבריו של יורם לוטן ממשרד הבריאות בישיבת הוועדה לקידום מעמד האישה בתגובה על הביקורת על אחוז האישורים הגבוה בוועדות להפסקת הריון: "צריכים לדעת לקרוא נתונים. זה ש-98% מהפניות אושרו, זה פשוט מראה על בורות איך הוועדות עובדות. יושבות עובדות סוציאליות רבות שעושות עבודת קודש. הן משקיעות שעות וימים והרבה פעמים כשאתה רואה את המספר, זה אומר שחלק גדול מהנשים לא מגיעות לוועדה. להגיע לוועדה עולה כסף [הכוונה לאגרה בסך 281 שקלים למימון כינוס הוועדה, נכון למאי 2005 – ג' ש']. פרוטוקול ישיבה מס' 181 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16, 9 (31.5.2005), www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/maamad/2005-05-31-02.rtf.

77 ראו, למשל, את הצעת-החוק של חבר-הכנסת רשף חן – הצעת חוק העונשין (תיקון – החזרת הסעיף הסוציאלי כעילה להפסקת הריון), התשס"ד-2003, ה"ח 1514; וכן את הצעת החוק של חברת-הכנסת זהבה גלאון – הצעת חוק דיני העונשין (תיקון – החזרת הסעיף הסוציאלי), התשס"ו-2006, ה"ח 280. על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שיעור הפניות לוועדות להפסקת הריון נמצא במגמת ירידה בעשור האחרון, כתוצאה מירידה

התוצאה היא ששיעור ההפלות הנעשות לא על-פי חוק הינו גדול, ועומד על-פי ההערכות על כעשרים אלף לשנה – מספר דומה לזה של ההפלות החוקיות.⁷⁸ מן האמור עולה כי מדיניות הדמוגרפיה של ישראל ופועלו של המרכז לדמוגרפיה מילאו תפקיד חשוב בעיצוב מדיניות ההפלות, וכי המצב החוקי הקיים כיום, שלפיו אין אישה רשאית להפיל אלא לאחר שנפגשה עם עובדת סוציאלית שניסתה לשכנעה לא לבצע את ההפלה וקיבלה אישור מוועדה בהתאם לעילות הקבועות בחוק, מונע במידה רבה משיקולים דמוגרפיים.⁷⁹

(ב) מדיניות ההפלות לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

לנוכח האמור אטען להלן כי מדיניות ההפלות של ישראל כפי שהותוותה על-ידי המרכז לדמוגרפיה ומשרד הבריאות, שמכוחה נשללת מנשים הזכות להחליט על ביצוע הפלה, מהווה פגיעה בלתי-מוצדקת בזכותן של נשים על גופן ובזכויותיהן לכבוד, לחירות, לפרטיות ולשוויון – כולן זכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמו-גם בחוק שיווי זכויות האישה.⁸⁰ הזכות החוקתית העיקרית הנפגעת משלילת זכותן של נשים להחליט על ביצוע הפלה היא האוטונומיה של הרצון הפרטי, העומדת בליבת כבוד האדם: "ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים."⁸¹ במונעה מנשים את הזכות לשלוט בגופן ולהחליט

בשיעור הפנייה של נשים יהודיות. עם זאת, שיעור הפניות בקרב נשים מוסלמיות ונוצריות עלה בעשור האחרון. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "פניות לועדות להפסקת הריון לשנת 2004" (2006) www.cbs.gov.il/hodaot2006n/01_06_169b.doc. שיעור הפניות ירד מ-14 פניות לכל 1,000 נשים בגיל הפריור לפני עשור לכ-12 פניות לכל 1,000 נשים בשנת 2004. בשנת 2003, 78% מהפונות היו יהודיות (קצת יותר מחלקן בסך כל האוכלוסייה), 7% היו מוסלמיות (חצי מחלקן באוכלוסייה), 13% היו נוצריות או בנות דתות אחרות (פי שניים מחלקן באוכלוסייה), ורק 1% מהפונות היו דרוזיות (חצי מחלקן באוכלוסייה). הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "פניות לועדות להפסקת הריון 2003 – נתונים נבחרים" www.cbs.gov.il/publications/lidot/afsaka_publ2.doc.

78 נתונים שהוצגו על-ידי ד"ר איימי אבגר מהאגודה לקידום בריאות נשים לפני הוועדה לקידום מעמד האישה. פרוטוקול ישיבה מס' 13 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16, 4 (19.5.2003), www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/maamad/2003-05-19.rtf. עם זאת, יש לציין כי קיימים אומדנים המדברים על כחצי ממספר זה – עשרת אלפים הפלות לא-חוקיות. ראו המרכז לדמוגרפיה "זכרון דברים משיבת צוות המומחים שהתקיימה בתל-אביב ביום 11.4.96", נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk. יש להדגיש כי כותבת שורות אלה מצביעה על קיומן של הפלות שאינן במסגרת החוק לא על-מנת להטיל דופי מוסרי בנשים המבצעות אותן, אלא דווקא על-מנת לבקר את המצב החוקי המאלץ נשים לעבור על החוק על-מנת לממש את זכותן על גופן.

79 יצוין כי היו תוכניות נוספות של המרכז לדמוגרפיה למניעת הפלות, אך הללו לא מומשו. למשל, בשנות התשעים ביקש המרכז לדמוגרפיה לבצע פרויקט נסיוני של שכנוע חיילות בצה"ל שנכנסו להריון לא לבצע הפלה, להמשיך בהריון ולמסור את היילוד לאימוץ לאחר לידתו, אולם תוכנית זו טורפדה על-ידי גורמים צבאיים ואזרחיים כאחד. ראו "פרוטוקול משיבה שהתקיימה בלשכת שר העבודה והרווחה מר אלי ישי ביום 29.8.1996", ס' ט, נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.

80 ס' 2, 5 ו-7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1א, 6 ו-6א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ס"ח 2118 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה).

81 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 35 לפסק-דין של הנשיא ברק (טרם פורסם, 11.5.2006).

על ביצוע הפלה, המדינה מונעת מהן את חופש הבחירה וחופש הפעולה; באלצה אותן להימנע מביצוע ההפלה, היא מחבלת בשלמותן הפיזית והנפשית; ובחייבה אותן ללדת בניגוד לרצונן, כחלק ממדיניות דמוגרפית לאומית, היא מתייחסת אליהן כאל אמצעי, ולא כאל מטרה. כל האמור מהווה פגיעה בזכויותיהן לכבוד, לחירות ולפרטיות. ההגבלות בנוגע להפלות מהוות גם פגיעה בשוויון, הן מכיוון שהגבלות דומות אינן מוטלות לגבי שליטתם של גברים בגופם, והן מכיוון שחיוב אישה ללדת בניגוד לרצונה מחייבה ליטול על עצמה בעל-כורחה את התפקיד הנשי המסורתי, ולכך יש השפעה מרחיקת-לכת על יכולתה לממש את עצמה באותה מידה כמו גבר.⁸²

מדיניות ההפלות של ישראל מפקיעה מידי האישה באופן מוחלט את השליטה בגופה ואת ההחלטה על גורלה ועל גורל עובריה מרגע ההתעברות, ומעבירה אותה לידי ועדה אשר כפופה אף היא להגבלות הקבועות בחוק. הסדרים דומים אשר מונעים נשים מלבצע הפלה על-פי שיקול-דעתן, ומחייבים אישורה של ועדה להפסקת היריון, נפסלו כלא-חוקתיים הן בארצות-הברית והן בקנדה, בנימוק כי הם נוגדים את זכותן של נשים לשליטה בגופן, לפרטיות ולחירות.⁸³ במדינות אלה נקבע כי האינטרס של המדינה בהגנה על חייו של העובר מתעצם ככל שההיריון מתקדם והעובר מתקרב לשלב שבו יהיה מסוגל לחיות בכוחות עצמו. אשר על-כן נקבע כי הסדרים חקיקתיים ראויים צריכים לתת לאישה זכות גורפת להחליט על גורל ההיריון בשלביו המוקדמים, ויכולים להגביל זכות זו רק בשלבים מאוחרים יותר של ההיריון, בהתאם לדרגת התפתחותו של העובר.⁸⁴ כאמור, עמדה זו לא אומצה בדין הישראלי, אשר מפקיע את שליטתה של האישה בגופה ובתהליכים המתחוללים בו מרגע ההתעברות, מאלצה לחשוף לפני ועדה את הפרטים האינטימיים ביותר בחייה, מחייבה להפקיד את שלומה, בריאותה ועתידה בידי זרים, ומאלצה במקרים מסוימים לשאת את ההיריון עד סופו בעל-כורחה, וכל זאת ממניעים דמוגרפיים בעיקרם. בכך

82 ראו, למשל: Reva Siegel, *Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis* and *Evolving Constitutional Expression*, 56 EMROY L.J. 815 (2007). יודגש כי בארצות-הברית פורשה זכותה של אישה להפיל כנובעת מהזכות לפרטיות בהחלטות אינטימיות, הנגזרת מהפן המהותי של הזכות להליך הוגן המעוגנת בתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית. עם זאת, פרשנות רחבה זו של הזכות להליך הוגן שנויה במחלוקת. פמיניסטיות אמריקאיות, כגון Siegel, מבקרות גישה זו, ומבקשות להשתית את הזכות להפיל במשפט האמריקאי על אדני הזכות להגנה שווה של החוקים, הקבועה גם היא בתיקון הארבעה-עשר לחוקה.

83 בארצות-הברית ראו Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973); בקנדה ראו R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30. מאידך גיסא, בגרמניה הצהיר בית-המשפט לחוקה כי הפלה הינה פסולה בכל שלב משלבי ההיריון, שכן היא מפרה את זכותו של העובר לחיים, אך הותר את ההחלטה אם להפיל בידיה של האישה, בתנאי שתפגש עם עובדת סוציאלית אשר תסביר לה כי הפלה הינה פסולה וכי יש לה חובה בסיסית להמשיך את ההיריון. ראו פסק-דין מיום 28 במאי 1993: available at 88 BVerfGE 203, Nanette Funk, www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html. לביקורת פמיניסטית על ההסדר ראו: Nanette Funk, *Abortion Counseling and the 1995 German Abortion Law*, 12 CONN. J. INT'L L. 33 (1996).

84 בארצות-הברית ראו את פסק-הדין בעניין Roe v. Wade, לעיל ה"ש 60; ובקנדה ראו את פסק-הדין בעניין R. v. Morgentaler, לעיל ה"ש 83.

הדין הישראלי פוגע בזכותה של האישה לכבוד, בזכותה על גופה, בפרטיותה ובחירותה, וכל זאת ללא הצדקה מספקת.⁸⁵

עם זאת, חשוב להבהיר כי על-פי המצב החוקי השורר כיום בישראל, ההסדר בחוק העונשין בנוגע להפלות (להלן: חוק ההפלות) אינו ניתן לביטול כנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח סעיף 11 לחוק-היסוד, המותיר על כנה את החקיקה שקדמה לו.⁸⁶ גם התיקון לחוק שיווי זכויות האישה משנת 2000 משריין את חוק ההפלות שריון כפול, הן מכוח סעיף שמירת הדינים הכללי שבו והן מכוח סעיף 6א, שכותרתו "זכות האישה על גופה", הקובע כי "לכל אישה זכות מלאה על גופה [אולם] אין בהוראת סעיף זה כדי להתיר איסורים שנקבעו בדין".⁸⁷ עם זאת, אף שחוק ההפלות מוגן על-ידי סעיף שמירת הדינים ואינו ניתן לביטול, מעת חקיקת חוק-היסוד יש לפרש גם את חוק ההפלות לאור תנאיה של פסקת ההגבלה, ולכן הסדרים הנקבעים מכוחו בחקיקת-משנה או בהוראות מנהליות חייבים לעמוד בתנאיה של פסקה זו.⁸⁸ אי-לכך עולה השאלה הצרה יותר אם הנחיית משרד הבריאות המחייבת כל אישה המבקשת לבצע הפלה להיפגש עם עובדת סוציאלית לפני הגשת הבקשה, כדי שזו "תסביר לה את הסיכונים שבהפלה, ותנסה לשכנע אותה לבחור בפתרון אלטרנטיבי" (כלומר, להימנע מהפלה), אכן עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.⁸⁹ פסקת ההגבלה מחייבת כי הפגיעה בזכות תיעשה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".⁹⁰ חוק ההפלות אינו כולל כל הסמכה מפורשת לחיובן של נשים לפגוש עובדת סוציאלית לפני הגשת בקשתן לוועדה. אי-לכך ניתן לטעון כי הנחיה זו פסולה, שכן היא אינה לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. כנגד זאת ניתן לטעון כי מכיוון שהמדיניות של רישון ההפלות ומניעת הפלות מיותרות ננקטת מכוח חוק ההפלות וקבועה בו מפורשות, ומכיוון שחיוב הפונה להיפגש עם עובדת סוציאלית מהווה אך נדבך באופן יישומה של המדיניות המגבילה, אין הוא מצריך אזכור מפורש בחוק.

התנאי השני בפסקת ההגבלה הוא שעל הפגיעה להיעשות לתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהנחיות משרד הבריאות מופיעות שתי תכליות להסדר זה: האחת היא הבטחת הסכמתה המודעת של האישה להפסקת ההיריון, והאחרת היא

85 על חשיבות הזכות להפיל ועל הזכויות השונות הנפגעות מאיסור ההפלות ראו: WHAT ROE V. WADE SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S MOST CONTROVERSIAL DECISION (Jack M. Balkin ed., 2005); Judith J. Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 47 (1971).

86 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

87 ס' 6א ו-7 לחוק שיווי זכויות האישה.

88 דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995). ראו לעניין זה גם בג"ץ 7471/05 בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פס' 10-12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 20.6.2007). (פעולות מנהליות שנעשו מכוח הסמכות לפי חוק איסור ייבוא בשר לא-כשר צריכות לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה, אף שהחוק עצמו חסין מפני ביקורת שיפוטית שכן הוא נחקק בהתאם לסעיף ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק).

89 חוזר מס' 64/90 של משרד הבריאות, לעיל ה"ש 12, ס' 2(ב).

90 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

עידוד ילודה ושיפור המצב הדמוגרפי במדינה.⁹¹ הבטחת הסכמתה המודעת של אישה להפסקת הריונה הינה תכלית ראויה, וכפי שטענו לעיל, גם עידוד ילודה עשוי להוות תכלית ראויה. אף שמשרד הבריאות אינו מונה שיקולים נוספים לקיומו של ההסדר, ואף שכעיקרון אין למהר ליחס לרשות תכליות שאין היא מצהירה עליהן, על-מנת להצדיק את מדיניותה, נראה כי מן הראוי לבחון תכלית אפשרית נוספת, והיא שמירה על חיי העובר. ככלל, אחת התכליות המרכזיות של הסדרים המגבילים הפלות מרגע ההתעברות במדינות שונות היא הרצון לשמור על חייו של העובר, המבוסס על התפיסה כי לעובר יש זכות-יסוד לחיים מרגע ההתעברות. לכן, ומעבר לצורך, נבדוק אם ניתן להסיק תכלית כזו מהחוק הישראלי. מההסדר הקיים בחוק הישראלי עולה בבירור כי החוק אינו מכיר בקיומה של זכות-יסוד לחיים של העובר מרגע התהוותו. זאת ניתן ללמוד מן העובדה שאף שהעילות להפלה על-פי חוק הפלות הינן מצומצמות ביותר ונוגעות ככלל בבריאותם של האם והעובר, החוק מורה להתיר קיומה של הפלה בכל המקרים שבהם ההיריון הינו מחוץ לנישואים. כפי שכבר נטען, הסדר זה מבוסס על תפיסה הלכתית דמוגרפית, המבקשת להבטיח את המשכיות הקולקטיב היהודי באמצעות מניעת הולדתם של ספק-ממזרים, ומנוגד לתפיסה הדוגלת בקדושת חייו של העובר מרגע ההתעברות, שכן מתפיסה כזו היה נגזר כי התעברות מחוץ לנישואים אינה יכולה להצדיק את שלילת זכותו של העובר לחיים.⁹²

אף אם תכליתיה של המדיניות – הבטחת הסכמה מודעת של האישה ועידוד ילודה – הן ראויות, נראה כי האמצעים הננקטים לשם השגתה פוגעים בזכותן של נשים על גופן, ובזכויותיהן לכבוד, לחירות, לפרטיות ולשוויון, במידה העולה על הנדרש. מבחן המידתיות כולל שלושה מבחני-משנה, אשר על האמצעי לעמוד בכלם על-מנת להיחשב מידתי.⁹³ על-פי מבחן-המשנה הראשון, הקשר בין האמצעי לבין המטרה חייב להיות רציונלי, במובן זה שהוא מתאים להשגת המטרה. לכאורה קיים קשר רציונלי בין חיוב נשים להיפגש עם עובדת סוציאלית על-מנת שתשכנען לא להפיל לבין המטרה של עידוד ילודה, שכן כל הפלה שנמנעת מעלה את מספר הילדים הנולדים. עם זאת, הקשר הרציונלי בין חיוב האישה להיפגש עם עובדת סוציאלית שתפקידה לשכנעה לא להפיל לבין קבלת הסכמתה המודעת של האישה רעוע יותר. על-פי ההנחיות, "הסכמה מודעת" משמעה הסכמה כקבוע בסעיף 316 לחוק העונשין, דהיינו, "הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת הריון". אולם מטרתה המוצהרת

91 חוזר מס' 64/90 של משרד הבריאות, לעיל ה"ש 12, ס' 2(ב); חוזר מס' 43/88 של משרד הבריאות, לעיל ה"ש 73.

92 אמיר ושושי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 796–797. התפיסה הדוגלת בקדושת חייו של העובר מרגע ההתעברות הינה תפיסה נוצרית במהותה, המאפיינת את הכנסייה הקתולית ואת הזרמים הפרוטסטנטיים האדוקים. תפיסה זו מהווה את הבסיס להתנגדות הפלות בארצות-הברית ולמחלוקת החריפה בסוגיה זו. על-פי תפיסה זו, הפלה בכל שלב של ההיריון היא בגדר רצח ולכן אסורה. ההתנגשות בין זכויות האישה המבקשת להפיל לבין זכות העובר לחיים זכתה בהתייחסות נרחבת ביותר בכתביה הפילוסופית והמשפטית האמריקאית. ראו, למשל: RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM (1994); LAURENCE H. TRIBE, ABORTION: THE CLASH OF ABSOLUTES (1992); Judith J. Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 47 (1971); Judith J. Thomson, *Abortion*, 20 BOSTON REV. 11 (1995), available at www.bostonreview.net/dreader/series/abortion.html.

93 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

של הפגישה אינה רק להסביר לאישה את הסיכונים שבהפלה, אלא אף לשכנעה לא להפיל. כלומר, מטרת הפגישה עם העובדת הסוציאלית היא למעשה הפעלת לחץ על האישה על-מנת לסכל את הסכמתה החופשית, שאותה היא זכאית וחייבת לתת על-פי חוק. סיכול זה עומד בניגוד למטרת החוק, ולכן האמצעי האמור אינו מידתי ככל שהוא בא לשרת את התכלית של הסכמה מודעת. יתרה מזו, קבלת ההסכמה בכתב יכולה להיעשות על-ידי הרופא המטפל לפני ביצוע ההפלה, בדומה לכל הליך רפואי אחר, ואין כל צורך בפגישה מיוחדת עם עובדת סוציאלית לשם כך.

באשר לתכלית הדמוגרפית, מבחן-המשנה השני דורש כי האמצעי הננקט יהיה זה אשר פוגע בזכויות במידה הפחותה ביותר מבין מגוון האמצעים היכולים להשיג את התכלית הנידונה. ברי כי אם תכלית המדיניות היא עידוד ילודה, אזי קיימת קשת רחבה ביותר של אמצעים לא-פוגעניים שניתן לנקוט, כגון סיוע בדיור, בחינוך ובטיפול, הגמשת שעות העבודה ומתן תמריצים והקלות, אשר לא זו בלבד שאינם פוגעים בזכויות נשים, אלא אף מקדמים את זכויותיהם של כלל ההורים והילדים. מהחלטות הממשלה בנוגע למדיניות דמוגרפית עולה בבירור כי הממשלה מודעת לקיומם של אמצעים כאלה, והמרכז לדמוגרפיה אף דן לא-אחת בצורך לממשם, אולם רובם נותרו על הנייר בלבד.⁹⁴ בפועל האמצעי שמומש הוא דווקא האמצעי הפוגעני של הפעלת לחץ על נשים המבקשות להפיל ונסיונות לשכנען לא לעשות כן. בנסיבות כאלה אין כל הצדקה לנקוט דווקא את האמצעי הפוגע בזכויות, ולנקוט מדיניות החושפת נשים ללחצים ולנסיונות שכנוע שמטרתם למנוע אותן מלהפיל, וזאת כאשר הן מצויות ברגעי משבר וכאשר הפלה עשויה להיות מבחינתן דרך הפעולה הטובה והנכונה ביותר. יתרה מזו, חזקה על אישה שהחליטה לבצע הפלה כי שקלה את העניין לעומק והגיעה להחלטה הנכונה בשבילה על בסיס שיקוליה-היא. בחייבה אותה להתייצב לשיחה עם עובדת סוציאלית שתפקידה להבהיר לה את השיקולים שעליה לשקול ולשכנעה לא להפיל, המדינה מביעה זלזול ביכולותיה של האישה כסוכן מוסרי אשר מסוגל, ואף זכאי, לשקול בעצמו את השיקולים הראויים ולהסיק מסקנות מתאימות.⁹⁵ גישה פטרנליסטית ופטריוארכלית זו מבוססת על סטריאוטיפים ארכאיים ופסולים בדבר יכולותיהן ותפקידיהן של נשים, ופוגעת בזכותן לכבוד, לשוויון ולאוטונומיה של הרצון הפרטי במידה העולה על הנדרש.

על כך יש להוסיף ולהזכיר כי גם העקרונות שעליהם מבוססת תוכנית הפעולה שנקבעה בוועידת האו"ם הבין-לאומית לעניין אוכלוסין ופיתוח בקהיר דורשים כי מדיניות האוכלוסין של המדינות בעולם תיושם תוך שמירה קפדנית על זכויותיהן של נשים ותוך העצמתן.⁹⁶ בעקרונות נקבע כי על תוכניות בריאות האישה ותכנון המשפחה לספק את מגוון השירותים הרחב ביותר ללא כל כפייה, וכי לכל הזוגות והיחידים יש זכות-יסוד להחליט באופן חופשי ואחראי על מספר

94 לכאורה אפשר לטעון כי האמצעים החלופיים שפגיעתם פחותה – כגון תמריצים, הקלות ומעונות-יום – כרוכים בעלויות גבוהות, ולכן הימנעותה של המדינה משימוש בהם ובחירתה להגביל הפלות דווקא הינה מוצדקת. אולם בית-המשפט פסק לא-אחת כי אף-על-פי שאין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים יהווה שיקול בבחירת האמצעי הראוי, על החברה להיות מוכנה לשאת במחיר של ההגנה על זכויות האדם, כל עוד הוא סביר. בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281 (1999).

95 Funk, לעיל ה"ש 83, בעמ' 58. על הפסול שבאיסור הפלות על בסיס נימוקים פטרנליסטיים הנוגעים בשמירה על טובת האישה ראו גם: Reva B. Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. ILL. L. REV. 991.

96 תוכנית הפעולה, לעיל ה"ש 28.

ילדיהם ומועד הולדתם, ולקבל את כל המידע, החינוך והאמצעים לעשות כן.⁹⁷ מדיניותה של מדינת-ישראל, המחייבת כל אישה הפונה לוועדה להפסקת הריון להיפגש עם עובדת סוציאלית שתפקידה לשכנעה לא להפיל, עומדת בסתירה לעקרונות אלה.

לבסוף, על-פי מבחן-המשנה השלישי, יש צורך בקיומו של יחס סביר בין המטרה לבין הפגיעה בזכויות הנגרמת לשם השגתה. גם מבחן זה אינו מתקיים בענייננו. נכון שנקיטת אמצעי שכנוע לשם מניעת הפלה הינה פוגענית פחות מאשר הטלת איסור מוחלט על הפלות מסוימות, כפי שעושה חוק ההפלות, אשר חסין מפני ביקורת שיפוטית.⁹⁸ עם זאת, נקיטת אמצעי שכנוע כאלה בזמן שבו האישה נמצאת במצב קשה ורגיש, ובעניין רב-חשיבות כמו הבאת ילד לעולם, שיש לו השפעות מרחיקות-לכת ובלתי-הפיכות על כל מהלך חייה, מהווה התערבות קשה בחירותה ובפרטיותה של האישה, שתוצאותיה עלולות להיות קשות מבחינתה. כאמור לעיל, נקיטת אמצעי שכנוע אלה גם מבטאת זלזול ביכולותיה של האישה כסוכן מוסרי, ופוגעת בזכותה לכבוד. כאשר שמים על כף המאזניים את הנזק החמור העלול להיגרם לאישה (ולמשפחתה) מהמשכו של הריון לא-רצוי אל מול התועלת העשויה לצמוח למדינה משיפור מאזן הילודה המדינתי בילד אחד נוסף, עולה כי לא מתקיים יחס סביר בין המטרה לבין האמצעי הננקט לשם השגתה.

ד. צמצום ילודה – לקבוצות מסוימות בלבד?

1. כללי

בעשורים האחרונים חל שינוי משמעותי בתפיסה העולמית בדבר מדיניות האוכלוסין הרצויה לעולם. כאשר התפתחה ההכרה כי המפתח לעמידות צבאית אינו גודל האוכלוסייה, אלא עליונות כלכלית וטכנולוגית, וכי גידולה המהיר של אוכלוסיית העולם מהווה בעיה המחייבת ריסון, אומצה הגישה האנטי-נטליסטית לתכנון אוכלוסין.⁹⁹ גישה זו, הדוגלת בצמצום הילודה, מכונה גם הגישה המלטוסיאנית או הניאו-מלטוסיאנית, ומקורה בכומר מלטוס, אשר טען כבר בשלהי המאה השבע-עשרה כי קצב הגידול של אוכלוסיית העולם גבוה מדי, וכי עד-מהרה לא יוכלו משאבי העולם לספק את צורכי האוכלוסייה המתרחבת.¹⁰⁰ כאמור, גישה זו אומצה בעשורים האחרונים על-ידי הקהילה הבין-לאומית, תחילה על-ידי המדינות המפותחות ביחס למדינות

97 שם, פרק II, עיקרון 8.

98 יצוין כי מכיוון שההגבלות שחוק ההפלות מטיל על זכותן של נשים להפיל חמורות אף יותר מחיובן להיפגש עם עובדת סוציאלית, טענתנו היא כי אילו לא היה החוק חסין מפני ביקורת שיפוטית, היה אפשר לפסול גם אותו כנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכיוון שהוא פוגע בזכויותיהן של נשים במידה העולה על הנדרש לשם קיום התכלית של עידוד ילודה. חוק ההפלות היה נכשל הן במבחן הפגיעה הפחותה, מכיוון שקיימות חלופות פוגעות פחות לשם עידוד ילודה, והן במבחן היחס הסביר בין הנזק לתועלת, שכן הפגיעה בזכויותיהן של נשים כתוצאה מהגבלת ההפלות הינה קשה בהרבה מהתועלת הצומחת למדינה מהאיסור.

99 Finkle & McIntosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3-4.

100 THOMAS MALTHUS, AN ESSAY ON THE PRINCIPLE OF POPULATION (1798), available at www.ac.wvu.edu/~stephan/malthus/malthus.0.html

האוכלוסין הרצויה במדינות המתפתחות, ולאחר-מכן גם על-ידי המדינות המתפתחות עצמן.¹⁰¹ עם זאת, קצב הילודה הנמוך במדינות המפותחות, ובעיקר באירופה, עד כדי גידול אוכלוסייה שלילי במדינות אלה, הניע אותן לנקוט צעדים שונים שמטרתם עידוד הילודה דווקא.¹⁰² מחקרים אמפיריים הוכיחו כי קיים מתאם מובהק בין שיעורי ילודה גבוהים לבין מיעוט זכויות לנשים, מיעוט הזדמנויות לנשים, העדר ייצוג הולם ושוויוני לנשים ואי-שיתוף במרחב הציבורי, וסיכונים מוגברים לבריאותם של נשים וילדים.¹⁰³ נוסף על כך, ריבוי ילדים במשפחה עלול אף לפגוע בזכויות הילדים, שכן לעיתים קרובות למשפחות מרובות ילדים חסרים האמצעים הדרושים על-מנת להעניק לכל ילדיהן את כלל האמצעים החומריים והרגשיים הנחוצים להתפתחותם. המתאם בין שיעורי ילודה גבוהים לבין מעמד נמוך של נשים נובע הן מהעובדה שמספר רב של ילדים אינו נובע לרוב מבחירתה החופשית של האישה, אלא מהתכתיבים החברתיים בחברה שבה היא חיה ומאי-נגישותם של אמצעים לתכנון משפחה, והן מהעובדה שגידול מספר רב של ילדים מקשה ביותר על האישה לפתח את עצמה ואת עצמאותה.¹⁰⁴ יתרה מזו, בחברות פטריארכליות מסורתיות, שבהן מעמד האישה נמוך ביותר, חיוב האישה ללדת ילדים רבים והקדשת כל זמנה לגידולם ולסיפוק צורכיהם מהווה אמצעי דיכוי ושליטה חשוב, שאחת ממטרותיו המרכזיות היא למנוע נשים אלה מלפעול לשינוי מצבן.¹⁰⁵ חיוב האישה ללדת ילדים רבים אינו נעשה בהכרח באמצעות כפייה פיזית, אלא בעיקר באמצעות שליטה ביצירת המשמעות החברתית לגבי תפקידה של האישה וייעודה, שליטה בחינוך ושליטה בגישה למקורות מידע חיצוניים, כגון מידע על אמצעי-מניעה ותכנון משפחה.¹⁰⁶

101 Finkle & McIntosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3-4.

102 על מגמות דמוגרפיות, מדיניות אוכלוסין והגירה באיחוד האירופי ראו: European Commission, לעיל ה"ש 21. יש הטוענים כי מדיניות תכנון האוכלוסייה במדינות אלה – אשר מודאגות מצמצום אוכלוסייתן, מחד גיסא, אך מקשות הגירה והתאזרחות, מאידך גיסא – נגועה בגזענות, שכן היא נובעת מהעדפה ברורה של לבנים נוצרים על שחורים ומוסלמים. ראו, למשל: Francesca Klug, "Oh to be in England": The British Case Study, in Davis and Anthias *supra* note 55, 16, 32.

. בתגובה נטען כי הגבלות ההגירה שהמדינות הללו מטילות אינן נובעות מגזענות, אלא מרצון לשמר את תרבותן הלאומית. ראו: Joseph H. Carens, *Immigration, Welfare and Justice*, in JUSTICE IN IMMIGRATION 1, 2 (Warren F. Schwartz ed., 1995).

103 Nancy E. Riley, *Gender, Power, and Population Change*, 52(1) POPULATION BULLETIN (1997).
104 Diana Babor, *Population Growth and Reproductive Rights in International Human Rights Law*, 14 CONN. J. INT'L L. 83, 93, notes 43, 48, 49 (1999).

105 Alice Shalvi, "Renew Our Days as of Old": Religious Fundamentalism and Social Change in the Modern Jewish State, in THE FREEDOM TO DO GOD'S WILL: RELIGIOUS FUNDAMENTALISM AND SOCIAL CHANGE 75-88 (Gerrie ter Haar & James J. Busuttil eds., 2003).

106 על דרכי שליטה בידע ובמשמעות ראו: Dorothy E. Roberts, *Rust v. Sullivan and the Control of Knowledge*, 61 GEO. WASH. L. REV. 587, 617 (1993). בפסק-הדין מושא המאמר (Rust v. Sullivan, 111 S. Ct. 1759 (1991)) סירב בית-המשפט העליון האמריקאי לפסול את התקנות הפדרליות שלפיהן עובדי מרפאות לתכנון משפחה הנתמכות בכספים פדרליים מנועים מלספק לנשים הפונות למרפאות כל מידע בנוגע להפלות ולדרכי ביצוען.

הצד האחר של אותו מטבע הוא שקיים מתאם מובהק בין קידום מעמד האישה לבין צמצום מספר ילדיה. קיימת הסכמה בין-לאומית כי הדרך הטובה ביותר להביא לידי צמצום הילודה בקרב אוכלוסיות שבהן שיעור הילודה גבוה מדי היא על-ידי מתן חינוך נאות לנשים ומתן אפשרויות לעבודה מספקת מחוץ לבית שיחזקו את מעמדן החברתי ויאפשרו להן לא להיכנע לתכתיביהן של החברות המסורתיות/הלאומניות, הדורשות מהן ללדת מספר רב של ילדים ללא התחשבות ברצונותיהן ובבחירתן האישית.¹⁰⁷ הסכמה זו באה לידי ביטוי ברור בוועידת האו"ם הבין-לאומית לעניין אוכלוסין ופיתוח בקהיר, שנידונה לעיל, אשר קבעה כי קידום שוויון של נשים, העצמתן והבטחת יכולתן לשלוט בפריונן הינם אבני-יסוד של מדיניות אוכלוסין ראויה.¹⁰⁸ לנוכח האמור, מדיניות של צמצום ילודה בקרב אוכלוסיות בעלות שיעורי ילודה גבוהים מאוד אשר רגישה לזכויותיהם של האישה והילד ומושגת באמצעות העצמת נשים – על-ידי חינוך, הסברה ומתן גישה נוחה לכלל האמצעים לתכנון המשפחה – עולה בקנה אחד עם הגישה הפמיניסטית, ואף מתחייבת ממנה. בשל אותם שיקולים, "מדיניות ילודה מעורבת" אשר מכוונת, מחד גיסא, לצמצום הילודה בקרב אוכלוסיות בעלות מספר ילדים רב ביותר, ומאידך גיסא, למתן התנאים הדרושים למשפחות לשם גידול ילדיהן על-מנת להביא לידי הגדלת מספר הילדים במשפחות מעוטות ילדים המעוניינות בכך, עולה גם היא בקנה אחד עם הגישה הפמיניסטית. עם זאת, אין להתעלם מכך שהסיכון לניצול לרעה של מדיניות ילודה מעורבת לשם פגיעה בקבוצות מיעוט הוא גדול. הדוגמה הבולטת לכך היא מדיניות הילודה האאוגנית שננקטה לא-אחת על-ידי מדינות וקהילות לאורך ההיסטוריה. בניגוד לגישה הפרו-נטליסטית ולגישה האנטי-נטליסטית, המצדדות בעידוד הילודה או בצמצומה כאמצעי לשליטה בגודל האוכלוסייה, הגישה האאוגנית מתמקדת בשליטה בילודה ככלי לשיפור איכות האוכלוסייה. הוגה הגישה היה סר פרנסיס גלטון, אשר הגדירה כמדע העוסק בדרכים לשיפור התכונות המולדות של הגזע ולניצולן המיטבי.¹⁰⁹ הגישה האאוגנית זכתה בפופולריות בעולם החל בסוף המאה התשע-עשרה. בשנת 1907, למשל, הזהיר נשיא ארצות-הברית תאודור רוזוולט כי נטייתן של נשים לבנות בנות המעמד הגבוה לצמצם את מספר ילדיהן מהווה "התאבדות של הגזע" (race suicide), שכן היא מביאה לידי חיסולם של החזקים והמוכשרים, בניגוד למצב הטבעי, שבו החזק הוא השורד.¹¹⁰ דאגה דומה הובעה בבריטניה, שם הובע חשש לגבי איכותו של "הגזע הבריטי" (British stock) כתוצאה

107 Babor, לעיל ה"ש 104, בעמ' 93, ה"ש 43, 48 ו-49.

108 תוכנית הפעולה, לעיל ה"ש 28, פרק 2, עיקרון 4.

109 Francis Galton, *Eugenics: Its Definition, Scope, and Aims*, 10 AM. J. SOC. 1 (1904), available at www.galton.org/essays/1900-1911/galton-1904-am-journ-soc-eugenics-scope-aims.htm

110 Denis Hodgson & Susan Cotts Watkins, *Feminists and Neo-Malthusians: Past and Present* 469, 473 (1997) *Alliances*, 23 POPULATION AND DEVELOPMENT REV. על בסיס עקרונותיה של הגישה האאוגנית, התיר בית-המשפט העליון האמריקאי את עיקורם בכפייה של מוגבלים בשכלם. לדברי השופט הולמס, עיקורים אלה הכרחיים על-מנת למנוע הצפה של העולם בחסרי יכולת. לדבריו, מוטב לחברה למנוע מאנשים שהינם בלתי-כשירים בבירור את האפשרות להביא צאצאים לעולם מאשר להיאלץ להוציא להורג את צאצאיהם הפגומים בשל פשעים שביצעו או לראותם מתים מרעב בשל פיגורם. ראו: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 208 (1927).

מריבוי הילודה בקרב המעמדות הנמוכים וצמצומה בקרב המעמדות הבינוני והגבוה.¹¹¹ הגישה האאוגנית אף שימשה בסיס להצדקת החקיקה שאסרה נישואים בין-גזעיים בארצות-הברית, ולמדיניות הגירה אשר נתנה עדיפות להגירתם של אנגלוסקסים למדינות כגון ארצות-הברית ובריטניה.¹¹²

חינה של הגישה האאוגנית סר במידה רבה לאחר השימוש שעשו בה הנאצים להצדקת פעולות ההשמדה ההמוניות שלהם, ובכלל זה השמדת היהודים בתקופת מלחמת-העולם השנייה.¹¹³ אף-על-פי-כן היא הוסיפה לעיתים לשמש בסיס, אם כי מוסווה, למדיניות הגירה ותכנון ילודה בארצות שונות.¹¹⁴ הגישה האאוגנית, המצדיקה יחס שונה לקבוצות אוכלוסייה שונות על בסיס מדעי כביכול, פותחת פתח נרחב מאוד לפגיעה חמורה בזכויותיהן של קבוצות מיעוט באמצעות ויסות ילודה על בסיס מדדי כשירות מדעיים לכאורה אך גזעניים ומפלים למעשה. קיומה של הגישה האאוגנית ממחיש יותר מכל את הקשר הבלתי-ניתן לניתוק בין שמירה על זכויות נשים לבין שמירה על זכויותיהן של קבוצות מיעוט אחרות, שכן הוא מראה כיצד שליטת המדינה בגופן של נשים מקבוצות מיעוט וביכולת הפרייון שלהן עלולה לשמש כלי בידי המדינה לפגיעה בקבוצות המיעוט ולצמצומן.¹¹⁵ כפי שנראה להלן בנוגע למדיניותה הדמוגרפית של ישראל, ההבחנה בין מדיניות של צמצום ילודה שמניעה כשרים לבין כזו שמניעה אינם כשרים אינה פשוטה כלל ועיקר.

2. צמצום ילודה בישראל – תכנון המשפחה במגזר הערבי וחוק גיל הנישואים

111 Klug, לעיל ה"ש 102, בעמ' 21.

112 על הגישה האאוגנית כבסיס לחקיקה למניעת נישואים בין-גזעיים ראו: Paul Lombardo, *Eugenic Laws Against Race Mixing*, available at www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay7text.html דוגמה לחוק כזה היא חוק שלמות הגזע של מדינת וירג'יניה משנת 1924 (Virginia Racial Integrity Act of 1924). על-מנת למנוע את דילול הגזע הלבן, החוק אוסר נישואים בין בן הגזע הלבן לבין מי שבדמו יש זכר כלשהו לגזע אחר (למעט חריג המאפשר נישואים ללבן שלכל-היותר 1/16 מדמו אינדיאני): "...For the purpose of this act, the term 'white person' shall apply only to the person who has no trace whatsoever of any blood other than Caucasian...", available at www.vcdh.virginia.edu/encounter/projects/monacans/Contemporary_Monacans/racial.html על ביסוסה של מדיניות הגירה על הגישה האאוגנית בבריטניה ראו Klug, לעיל ה"ש 102, בעמ' 25; ובארצות-הברית ראו: Paul Lombardo, *Eugenic Laws Restricting Immigration*, available at www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay9text.html.

113 Hodgson & Cotts Watkins, לעיל ה"ש 110, בעמ' 478.

114 למשל, לעניין עיקור מוגבלים בשכלם בקנדה, שנמשך עד שנת 1972, ראו: Jana Grekul, Arvey Krahn & Dave Odynak, *Sterilizing the "Feeble-minded": Eugenics in Alberta, Canada, 1929–1972*, 17 J.

HIST. SOC. 358 (2004). לעניין מדיניות ההגירה בבריטניה ראו Klug, לעיל ה"ש 102, בעמ' 26.

115 מובן שבאותו אופן גם קבוצות המיעוט עצמן עלולות להשתמש ביכולת הפרייון של נשות הקבוצה לשם השגת יעדי הקבוצה, תוך הפרת זכויות הפרט של הנשים. במקרים כאלה עשויה להיות הצדקה להתערבות המדינה.

לדיון בעניין ראו: Gila Stopler, *A Feminist Perspective on Natality Policies in Multicultural Societies*, 2 LAW & ETHICS HUM. RTS., available at ssrn.com/abstract=1011189.

מתן ידע לנשים וגישה נוחה לאמצעים לתכנון משפחה מהווה כלי מרכזי הן לצמצום ילודה והן לקידום מעמד האישה. באותו אופן, העלאת גיל הנישואים מביאה לידי הקטנת שיעורי הילודה ומונעת במקביל את הפרת זכויותיהן הבסיסיות של ילדות ונערות. אולם, בעוד אמצעים אלה – הנגשת תכנון המשפחה ואיסור נישואי קטינות – מקדמים לכל הדעות את זכויותיהן של נשים, לעיתים עלול להתעורר החשש שהשימוש בהם נעשה גם לשם השגת מטרות פסולות, כגון צמצום הילודה בקרב קבוצה אתנית או לאומית מסוימת. נראה שקיימות ראיות לכאורה כי שיקולים פסולים מעין אלה אכן מילאו תפקיד בגיבוש המדיניות לעניין תכנון המשפחה במגזר הערבי בשנות השבעים, וכן בקבלת חוק גיל הנישואים.

כך, במרכז לדמוגרפיה נערכו ישיבות שיוחדו לנושא "תכנון המשפחה בסקטור הערבי". את הישיבה שהתקיימה בינואר 1976 פתחה זינה הרמן, יושב-ראש המועצה לדמוגרפיה באותה עת, בהצעה "לגשת לנושא עדין זה בזהירות – ללא פרסומת – למרות שקיימת התלהבות עצומה מצד הערבים שבעצמם פנו אלינו וזה מעודד אותנו לפעול".¹¹⁶ מאידך גיסא, שמואל טולדנו, יועץ ראש הממשלה לענייני ערבים, "הדגיש שהבעיה היא דמוגרפית ממדרגה ראשונה ויש להתייחס אליה במלא החשיבות, כי היא הבעיה העיקרית בימינו".¹¹⁷ לדבריו, הוא "אינו מקבל את הגירסה שצריכים 'ללכת על קצה האצבעות', כי פעולה בחשאי רק מגבירה את החשד נגדנו; לדעתנו זוהי פעולה לגיטימית בהחלט ואין ממה לחשוש".¹¹⁸ טולדנו הוסיף כי "קיבל חוות דעת של סטטיסטיקנים המאשרים שרק ע"י פעולת תכנון המשפחה בסקטור הערבי נוכל לשמור על איזון ופרופורציה בינינו לבין הערבים". עם זאת, טען, "אין צורך להעלות את הנושא בצורה מוגזמת באמצעי התקשורת", והוא "משוכנע כי פעולות תכנון המשפחה יתקבלו באהדה בסקטור הערבי והם לא צריכים לדעת שאנו נותנים לזה עדיפות גבוהה".¹¹⁹ בתגובה אמרה הרמן כי היא "מסכימה עם מר טולדנו שזוהי בעיה בטחונות ממדרגה ראשונה", אך היא "מציעה בכל זאת לא לעשות רעש. לדעתה יש להופיע בציבור כאשר הכוונה הבסיסית היא שתכנון המשפחה הנו חלק אינטגרלי של שירותי הבריאות לפרט".¹²⁰

116 פרוטוקול משיבה שהתקיימה ביום 14.1.1976 במרכז לדמוגרפיה בנושא "תכנון המשפחה בסקטור הערבי", עמ' 1. נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.

117 שם.

118 שם.

119 שם, בעמ' 1–2.

120 שם, בעמ' 2. עדות נוספת לכך שבאותה תקופה נקטה ישראל מדיניות שמטרתה צמצום הילודה בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל ניתן למצוא בדבריו של טולדנו לפני הוועדה הממשלתית לטיפול בענייני ערבים בשנת 1968, שבמסגרתם העיד כי מדיניות הממשלה כלפי האוכלוסייה הערבית בתחום הדמוגרפי, שמטרתה הייתה הקטנת הגידול הטבעי בקרב אוכלוסייה זו, כללה הנחלת אמצעי תכנון משפחה בקרב האוכלוסייה הערבית, מתן סיוע ישיר ועקיף לערבים המוכנים להגר מישראל, וכן נקיטת צעדים לשחרור האישה הערבית, בעיקר באמצעות העלאת רמת ההשכלה בקרב נשים ערביות. ראו: Ahmad H. Sa'di, *The Koenig Report and Israeli Policy Towards the Palestinian Minority, 1965–1976: Old Wine in New Bottles*, 25 ARAB STUD. Q. 51, 55–56 (2003). יובל-דייויס טוענת כי במסגרת נסיונותיה לצמצם את הילודה הערבית אף חילקה המדינה אמצעי-מניעה ללא תשלום לנשים ערביות ישראליות, אף שככלל אין המדינה מממנת אמצעי-מניעה, ונשים חייבות לרוכשם במיטב כסף. ראו: Nira Yuval-Davis, *National Reproduction and*

שאלת הלגיטימיות של פעולות שמדינה נוקטת משיקולים שחלקם פסולים וחלקם לגיטימיים הינה שאלה מורכבת. על-פי ההלכה הנוהגת, כאשר השיקול המרכזי שבעטיו ננקטה הפעולה הוא שיקול פסול, תיפסל הפעולה, ואילו כאשר השיקול הפסול היה משני בלבד, היא תאושר.¹²¹ אין ספק שהרצון לצמצם את הילודה בקרב קבוצה מסוימת רק בשל מוצאה האתני או הלאומי הינו פסול. יתרה מזו, ניתן לטעון כי ייחוד מדיניות נפרדת למגזר הערבי מצביע על כך שדווקא השיקול הדמוגרפי הפסול היה השיקול המרכזי בעניין זה, ולא השיקול הראוי והחשוב של מתן כלים לתכנון משפחה לאזרחי המדינה. מאידך גיסא, ניתן להסביר את ייחוד הדיון למגזר הערבי בלבד גם בעובדה שצרכיו ומנהגיו של מגזר זה אכן היו שונים ביותר מאלה של המגזר היהודי, וכן ברגישותו הפוליטית של הנושא.¹²² נראה כי קשה בעניין זה לדעת מה היה השיקול המכריע בייחוד מדיניות נפרדת למגזר הערבי.¹²³ עם זאת, ממסמכי המרכז לדמוגרפיה עולה כי מספר הדיונים שקוימו בנושא תכנון המשפחה במגזר הערבי היה מצומצם ביותר, ונראה כי כיום שירותי תכנון המשפחה, שהינם כאמור שירותים רצויים ואף חיוניים, ניתנים באופן אוניוורסלי ושוויוני, וללא כפייה, לכלל תושבי המדינה.

גם בנוגע לחוק גיל הנישואים קיימות ראיות לכך שאופן השפעתו של החוק על הקבוצות האתניות השונות היווה שיקול בחקיקתו. שהם מלמד מצביעה על כך שמדינוני הכנסת סביב חקיקת חוק גיל הנישואים עולה כי אחד המניעים לחוק היה הרצון לצמצם את שיעור הילודה בקרב עדות המזרח.¹²⁴ מלמד מביאה את דבריה של חברת-הכנסת עדה מימון, יוזמת החוק, אשר לדבריה היוזמה לחוק נבעה מהחשש "כי כעבור עשרות שנים מועטות נהיה כולנו בני עדות

"the Demographic Race" in Israel, in WOMAN – NATION – STATE 92, 96 (Nira Yuval-Davis & Floya Anthias eds., 1989)

121 בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (לד) 1, 20–21 (1979).

122 באותה ישיבה של המרכז לדמוגרפיה נידונה ההצעה להרחבת הפעלתה של תחנה לתכנון משפחה בעכו, אשר הופעלה באופן נסיוני על-ידי משרד הבריאות ביוזמתו של הרופא הנפתי באותה עת ד"ר כנאענה. בהקדמה להצעתו להרחבת השירות לתכנון המשפחה לאוכלוסייה הערבית, שהוגשה למשרד הבריאות בשנת 1975, כתב ד"ר כנאענה כך: "שיעור הריבוי הטבעי של המיעוטים בארץ, נשאר בסביבות 4% לשנה מאז 1950. לעומת זאת הריבוי הטבעי של האוכלוסייה היהודית, ירד מ-2.6% בשנת 1951 ל-1.7% בשנת 1973. שיעורים אלה פירושים תקופה של 17 שנים (ואפילו 14 שנים בישוב הכפרי-ערבי), להכפלת מספר האוכלוסייה בין המיעוטים כנגד תקופה של 44 שנים בין הרוב היהודי. להבליט את הנקודה הזו באופן יותר דרמטי, אפשר לשער שישוב כפרי-ערבי בן 10,000 איש (בשנת 1972), יגיע ל-40,000 איש בסוף המאה העשרים, ישוב יהודי באותו גודל ב-1972 יגיע רק ל-17,000 איש בסוף המאה. מכתבו של ד"ר כנאענה מיום 20.5.1975 אל ד"ר טאושטיין, ראש היחידה לטיפול באם ובילד, משרד הבריאות, ירושלים, בעניין הצעת תוכנית לשירות תכנון משפחה באוכלוסיית המיעוטים בנפת עכו, עמ' 1. נראה שדאגתו של ד"ר כנאענה מקצב הילודה נבעה מהעומס שהוא יוצר על שירותי הרווחה והבריאות, ולא ממניעים אתניים. לדבריו, "נתונים דמוגרפיים אלה מעידים על הצורך הדחוף בהתערבות של גורמים רפואיים ובראשם משרד הבריאות להפחתת הלחץ אשר מצב זה מהווה על כל שירותי הרווחה בקרב אוכלוסייה זו". שם.

123 עדות נוספת להתייחסות נפרדת למגזר הערבי ניתן למצוא בעובדה שהמרכז לדמוגרפיה מימן בשנות השמונים מחקר בנושא "מודרניזציה במגזר הערבי", על-מנת לבחון את הקשר שבין המודרניזציה במגזר זה לבין הפריון של נשים מוסלמיות, ולזהות את הגורמים העשויים להשפיע על התנהגות הפריון שלהן. "מחקר מודרניזציה במגזר הערבי" **ידיעות המרכז לדמוגרפיה** 9, 6 (נובמבר 1985). נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.

124 שהם מלמד "כעבור עשרות שנים מועטות נהיה כולנו בני עדות המזרח...": אמהות, פריון והבנייתו של 'האיום הדמוגרפי' בחוק גיל הנישואין" **תיאוריה וביקורת** 25, 69 (2004).

המזרח".¹²⁵ דוח ועדת בקי, שניתן כשתיים-עשרה שנים לאחר חקיקת חוק גיל הנישואים, אינו חושף רצון לצמצום הילודה בקרב עדות המזרח, אך מעמיד בהחלט כדאגה מרכזית את איכות הדור הצעיר הגדל בישראל, אשר נפגעת לדעת הוועדה כתוצאה מהאחוז הגדול של הילדים מכלל ילדי ישראל שנולדים במשפחות מרובות ילדים. לפי הדוח, 64% מילדים אלה הם בני עדות המזרח, ו-26% ערבים. לדברי הוועדה, "אי שוויון חברתי גדול שורר בשטח הדמוגרפי: לאמידים ולמשכילים קל יותר מאשר לאחרים להשיג ידע ואמצעים לפיקוח על הילודה. הם מגבילים את פרינס במידה רבה מאוד ומוותרים על לידת ילדים אשר היה ביכולתם לגדל בלי קורבן גדול, ובתנאים טובים באופן יחסי. לעומת זאת למשפחות בעלות רמה השכלתית וכלכלית ירודה – ילדים רבים, המהווים עול כבד ואשר רבים מהם גדלים בתנאים מדאיגים מבחינה חינוכית. לכל זה השפעות על טיב הדור הצעיר הגדל בישראל".¹²⁶

לטענת פורטוגז, יעדו הדמוגרפי של החוק היה צמצום הילודה הערבית דווקא.¹²⁷ לגישה, אף שהממשלה הציגה את מטרת החוק כהגנה על זכותן של כלל הילדות בישראל שלא ישיאו אותן בגיל כה צעיר, ממצאים סטטיסטיים, כגון הממצא שלפיו ניתן לייחס כשליש מההירדה בשיעור הילודה של נשים מוסלמיות בין השנים 1972 ו-1983 לצמצום התופעה של נישואי קטינות, אומרים דרשני.¹²⁸

אין ספק שמטרתו העיקרית של חוק גיל הנישואים – הגנה על זכויותיהן הבסיסיות של ילדות ונערות – היא מטרה חיובית וחיונית.¹²⁹ התופעה של נישואי קטינות הינה תופעה חמורה ביותר הגורמת להפרת זכויותיהן של ילדות, אשר מושאות בעל-כורחן ומבלי שיהיו בשלות או כשירות להחליט על נישואים, ונהפכות לאימהות בגיל שבו הן עצמן עדיין ילדות. מבחינת ההגנה על זכויות האדם קיימת חשיבות עצומה במניעת תופעה זו, ואין זה משנה בקרב אילו קהילות היא נפוצה. גם תחולתו האוניוורסלית של החוק מצביעה על כך שמטרתו העיקרית הייתה הגנה על זכויותיהן של ילדות, ומחזקת את הלגיטימיות שלו. הדבר היה שונה אילו הגביל החוק נישואי קטינות רק בקרב קהילות מסוימות, כגון בקרב ערבים בלבד או בקרב יהודים ממוצא מזרחי בלבד, הן מכיוון שבכך היה החוק מפלה מפורשות על רקע מוצא עדתי, דתי או אתני, והן מכיוון שמקסדר כזה היה עולה שמטרתו העיקרית של החוק היא דווקא המטרה הדמוגרפית של צמצום ילודה על בסיס עדתי, דתי או אתני, ולא המטרה של הגנה על זכויות האדם של ילדות.

ה. מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות המיעוט הערבי

125 שם, בעמ' 78.

126 דוח ועדת בקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 23–25.

127 PORTUGUESE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 176.

128 שם.

129 הדיון בעניין הינו תיאורטי בלבד, שכן אף אילו נחקק החוק ממניעים פסולים בלבד, לא היה אפשר לבטלו על בסיס זה, לנוכח העובדה שהוא נחקק לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-כן זוכה בהגנת סעיף שמירת הדינים (ס' 10 לחוק-היסוד, הקובע כי אין בחוק-היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד).

עד כה בחנו את מדיניותה הדמוגרפית של ישראל תוך התמקדות ביחס בין מדיניות דמוגרפית לבין זכויות נשים, ותוך הצבעה על הדרכים השונות שבהן מדיניות ילודה יכולה לסייע לנשים או להגבילן. כן הראינו כיצד מדיניות ילודה עלולה לשמש להפליית מיעוטים לאומיים, דתיים ואתניים, ומתחנו ביקורת על נקיטת מדיניות ילודה שונה כלפי קבוצות מיעוט על בסיס לאום, דת או השתייכות אתנית או עדתית. אולם, כפי שראינו, אף שמטרתה של מדיניות הילודה של ישראל היא לעודד ילודה יהודית, האמצעים הננקטים מכוחה – כגון הגבלת הפלות, תכנון המשפחה והגבלת גיל הנישואים – חלים כיום באופן אוניוורסלי, ללא הבחנה על רקע אתני או לאומי. אף-על-פי-כן נותרת בעינה השאלה אם אף שככלל אין זה ראוי לנקוט מדיניות ילודה שונה כלפי קבוצות מיעוט ניתן לטעון שבנסיבותיה המיוחדות של ישראל אכן קיימת הצדקה לכך. מדיניותה הדמוגרפית של ישראל, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות הממשלה שהובאו לעיל ובפעולותיו של המרכז לדמוגרפיה, מבוססת על ההנחה כי יש הצדקה לקיומה של ישראל כמדינה יהודית, וכי הממשלה רשאית לנקוט מדיניות אשר תבטיח את המשך קיומו של רוב יהודי בישראל, ובכלל זה לפעול במטרה לעודד ילודה יהודית. עם זאת, עמדתה הרשמית של המדינה היא כי כל הטבה שתניחן במסגרת מדיניות של עידוד הילודה היהודית תינתן באופן שווה לכלל אזרחי ישראל, ללא כל הפליה על רקע דת או לאום.¹³⁰ בחלק זה של המאמר אבקש לדון בעמדה זו, ולבחון אם קיומה של מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית בתנאים אלה הינו חוקי. אטען כי אף אם נניח שקיימת לישראל זכות להתקיים כמדינה יהודית, וכי היא רשאית לפעול לשמירה על הרוב היהודי בקרבה, אין בכך כדי להצדיק קביעת מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית – בוודאי לא כזו המביאה לידי הפליה הקצאתית נגד אזרחי המדינה הערבים, אך גם לא כזו שאינה מביאה לידי הפליה הקצאתית.

1. ישראל כדמוקרטיה אתנית

בשנים האחרונות מקובל לראות בישראל "דמוקרטיה אתנית".¹³¹ על-פי סמוחה, אבי המונח, דמוקרטיה אתנית ממוקמת בחלק הדמוקרטי של הרצף בין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן דמוקרטיות, ומשלבת מתן זכויות אזרחיות ופוליטיות שוות ליחידים וזכויות קיבוציות מסוימות למיעוטים עם מיסוד של שליטת הרוב – המשתייך לקבוצה אתנית מסוימת – במדינה.¹³² בדמוקרטיה אתנית המדינה אינה מזוהה עם אזרחיה, אלא עם קבוצה אתנית אחת בלבד, ומונעת על-ידי לאומיות אתנית שמטרתה יצירת אומה-מדינה הומוגנית של הקבוצה האתנית השלטת ובשבילה.¹³³ לכן, מחד גיסא, המדינה פועלת לקדם את השפה, התרבות, הרוב המספרי, המצב הכלכלי והאינטרסים הפוליטיים של הקבוצה האתנית השלטת, ומאידך גיסא, בני קבוצת המיעוט – אף שהם זכאים לכאורה לזכויות פוליטיות שוות (ואולי דווקא בשל כך) – נתפסים כאיום, מקבלים יחס של אזרחים מדרגה שנייה, מורחקים ממוקדי הכוח וקבלת ההחלטות, ומצויים

130 פרטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 85.

131 As'ad Ghanem, Nadim Rouhana & Oren Yiftachel, *Questioning "Ethnic Democracy": A Response to Sammy Smooha*, 3.2 ISR. STUD. 253, 253 (1998)

132 Sammy Smooha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, 2.2 ISR. STUD. 198, 199 (1997)

133 שם, בעמ' 199–200.

באופן זה או אחר תחת שליטה.¹³⁴ כך, לפי סמוחה, ישראל היא דמוקרטיה אתנית המעניקה לכאורה זכויות שוות לערבים החיים בה ואף זכויות קיבוציות מסוימות למיעוט הערבי, כגון כינוך נפרד ומעמד רשמי לשפה הערבית, אך כמדינה היא מזוהה עם הרוב היהודי החי בה, ושואפת ליצור מדינה יהודית של היהודים ובשבילם. לכן ישראל פועלת לקדם את השפה העברית, את התרבות היהודית, את הרוב היהודי, ואת המצב הכלכלי והאינטרסים הפוליטיים של היהודים, ואילו הערבים מקבלים יחס של אזרחים מדרגה שנייה, נתפסים כאיום, מורחקים ממוקדי הכוח ומצויים תחת מעקב ושליטה.¹³⁵

אכן, החלטות הממשלה שהובאו לעיל, אשר נועדו "לעודד את הילודה, בהתחשב בחיוניותה לעתידו של העם היהודי" (1967) ולהבטיח "רמה נאותה של גידול האוכלוסיה היהודית" (1986), מצביעות על כך שמדינת-ישראל מונעת על-ידי לאומיות אתנית יהודית שמטרתה יצירת אומה-מדינה הומוגנית של העם היהודי ובשבילו.¹³⁶ בשל רצונה של ישראל לשמר את זהותה כדמוקרטיה אתנית, קיומו של רוב יהודי נהפך לתנאי הכרחי להבטחת זהותה, שהרי אם קיימת הצדקה להיותה של ישראל מדינה יהודית, הריהי תלויה בקיומו של רוב יהודי במדינה. בהעדר רוב יהודי יהיה קשה להצדיק את המשך היות המדינה מדינה יהודית, אשר מעניקה עדיפות בהגירה ליהודים, ואשר סמליה, שפתה ותרבותה יהודיים, ואף חשוב מכך – יהיה קשה לגייס רוב דמוקרטי שיתמוך בהמשך מצב-דברים כזה.¹³⁷ יתרה מזו, מבחינת היחסים בין הרוב למיעוט, שאלת גודלו המדויק של המיעוט עשויה גם היא להשפיע רבות על דמותה של המדינה.¹³⁸ שאלת ההצדקה המוסרית לקיומה של מדינה כדמוקרטיה אתנית או כמדינת-לאום המזוהה רק עם הקבוצה האתנית הלאומית השלטת הינה שאלה מורכבת ביותר החורגת מהיקפו של

134 שם, בעמ' 200.

135 שם, בעמ' 205–206, 216–227.

136 לגישתו של סמוחה, הרואה בישראל דמוקרטיה אתנית, קמו מתנגדים הטוענים כי המונח "דמוקרטיה אתנית" הינו תרתי דסתרי, שכן לא תיתכן מדינה שהיא גם דמוקרטית וגם מזוהה רק עם הקבוצה האתנית השלטת. לכן, לדעתם, יש לראות בישראל אתנוקרטיה, ולא דמוקרטיה. ראו Ghanem, Rouhana & Yiftachel, לעיל הי"ש 131.

137 Ruth Gavison, *Jewish and Democratic? A Rejoinder to the "Ethnic Democracy" Debate*, 4.1 ISR. STUD. 44, 55–56 (1999).

138 מחקר משווה שערך Alan Dowty בין מדינות דמוקרטיות שקיימת בהן קהילת מיעוט אתנית משמעותית (מעל ל-5%) מצביע על כך שברוב המדינות הדמוקרטיות שבהן המיעוט מהווה יותר מ-20% נהוגה דמוקרטיה התאגדותית (consociational), המתאפיינת הן במתן אוטונומיה רחבה לקהילת המיעוט והן בשיתוף משמעותי שלה בשלטון, בעוד שברוב המדינות הדמוקרטיות שבהן גודלו של המיעוט קטן מ-20% נהוגה דמוקרטיה רובנית, שבה כוחו של המיעוט ומידת השפעתו קטנים בהרבה. ראו: Alan Dowty, *Is Israel Democratic?* *Substance and Semantics in the "Ethnic Democracy" Debate*, 4.2 ISR. STUD. 1, 10 (1999) ארבעת המאפיינים של דמוקרטיה התאגדותית על-פי Lijphart הם: (1) שיתוף המיעוט בקואליציה השלטת; (2) מידה גבוהה של אוטונומיה קבוצתית למיעוט; (3) יחסיות בייצוג ובחלוקת המשאבים; (4) זכות וטו רשמית או לא-רשמית למיעוט בעניינים בעלי חשיבות מהותית. שם. במחקרו של Dowty הוגדרה מדינה כמקיימת דמוקרטיה התאגדותית אם אימצה לפחות שלושה מבין ארבעת המאפיינים האמורים. להרחבה בנושא זה ראו: Arend Lijphart, *Democracies: Forms, Performance, and Constitutional Engineering*, 25 EUR. J. POLIT. RES. 1–17 (1994).

מאמר זה.¹³⁹ פתרונה אף אינו הכרחי לשם מאמר זה, שכן אבקש לטעון כי אף אם קיימת הצדקה מוסרית לקיומה של ישראל כמדינת-לאום יהודית, כפי שנקבע בפסיקת בית-המשפט, אין בכך כדי להצדיק נקיטת מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית בלבד. אטען כי קביעת מדיניות של עידוד ילודה יהודית פוגעת בזכותם לשוויון של אזרחי ישראל הערבים ברמה הסמלית, וקיים חשש גדול שאף תוביל להפליה נגדם ברמה ההקצאתית, ולכן היא סותרת את חובת השוויון המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והינה בטלה.¹⁴⁰ כן אטען כי אם קיים צורך בנקיטת אמצעים לשם הבטחת המשך קיומו של רוב יהודי במדינה, הדרך לעשות כן היא באמצעות חוקי הגירה, ולא באמצעות הפליה בין אזרחי המדינה על רקע מוצאם.¹⁴¹

2. רוב יהודי, זכויות המיעוט הערבי וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

בחנית מסמכי-היסוד החוקתיים של ישראל מעלה כי מבחינת הגדרתה העצמית המשפטית ישראל אכן רואה את עצמה כדמוקרטיה אתנית. כבר במגילת-העצמאות נקבע, מחד גיסא, כי ישראל הינה מדינה יהודית, ומאידך גיסא, כי היא "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, [ו]תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות".¹⁴² אופייה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית קיבל מעמד חוקתי עם חקיקתם בשנות התשעים של חוקי-היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו ובדבר חופש העיסוק, שבהם נקבע כי מטרתם להגן על הזכויות המנויות בהם על-מנת לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁴³ לכן עלינו לבדוק אם מטרת מדיניותה הדמוגרפית של ישראל – עידוד ילודה יהודית – והפעולות שנעשו ונעשות לשם קידום מטרה זו עולות בקנה אחד עם זכויות-היסוד המובטחות בחקיקת-היסוד לכל בני-האדם בישראל, ובכלל זה לאזרחי ישראל הערבים, כפי שיפורשו לאור אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

עוד בטרם נחקקו חוקי-היסוד שבהם הוכרז כי מדינת-ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, קבע בית-המשפט העליון בשנת 1965, בפסק-דין **ירדור**, כי היות ישראל מדינה יהודית הינה עובדת-יסוד קונסטיטוציונית.¹⁴⁴ מאז חזרו בתי-המשפט והכנסת על קביעה זו פעמים רבות, אולם שאלה שנתרה פתוחה לפרשנות היא המשמעות בפועל הנובעת מהיות ישראל מדינה יהודית. בשנת 2003, בפסק-דין **טיבי**, יצאו לראשונה כמה משופטי בית-המשפט, ובראשם הנשיא בדימוס

139 לעניין זה ראו חיים גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות 165–199** (2006); MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY 42–63 (1983).

140 יצוין כי מכיוון שמדיניות עידוד הילודה היהודית אינה קבועה בחוק, היה אפשר לפוסלה אף אילו לא עוגן איסור ההפליה מחמת לאום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח העובדה שעקרון השוויון הוא עקרון-יסוד במשפט הישראלי, המחייב כל רשות שלטונית בכל פעולותיה.

141 לטענה דומה ראו גנז, לעיל ה"ש 139. יודגש כי גם חוקי הגירה עלולים להפר זכויות אדם בתנאים מסוימים, כגון חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 1901. לדיון בחוק ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643 (2005); יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 47 (2006).

142 "הכרזה על הקמת מדינת ישראל" **עיתון רשמי** 1, 4.5.1948, 1.

143 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 1454.

144 ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365, 385–386 (1965).

ברק, באמירה מפורשת שלפיה אחד המאפיינים הגרעיניים של עובדת-היסוד הקונסטיטוציונית של היות מדינת-ישראל מדינה יהודית הוא קיומו של רוב יהודי בישראל.¹⁴⁵

מהם, איפוא, המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, **בה יהוו היהודים רוב**; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.¹⁴⁶

אולם האם העובדה שאחד ממאפייניה הגרעיניים של מדינת-ישראל כמדינה יהודית הוא הרוב היהודי מצדיקה קביעת מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית? מתן יחס שונה על בסיס דת או לאום מהווה הפרה לכאורה של הזכות לשוויון.¹⁴⁷ אף שהזכות לשוויון לא עוגנה מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפליה הפוגעת בזכותו של אדם לכבוד, ובכלל זה הפליה קבוצתית על בסיס לאום, הוכרה על-ידי בית-המשפט כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁴⁸ יתרה מזו, על-פי פסיקת בית-המשפט:

חשיבות מיוחדת נודעת לו [לעקרון השוויון – ג' ש'] בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערבים ויהודים כאחד – מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁴⁹

אי-לכך עלינו לבחון אם מדיניותה הדמוגרפית של הממשלה לעידוד ילודה יהודית אינה מפרה את זכותו של המיעוט הערבי לשוויון, כפי שהיא נגזרת מזכות-היסוד לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי לשון חוק-היסוד, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש

145 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי, פ"ד נז (4) 1 (2003).

146 שם, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה). עם זאת, יש לציין כי השופט ש' לויין הביע עמדה דומה כבר בשנת 1988, בע"ב בן שלום, שבו אמר: "מוכן אני לקבל בנושא שלפנינו הגדרת מינימום, שאך היא דרושה במקרה שלפנינו, שאחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא **קיום של רוב של יהודים בה**, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכול ברוחה של מגילת העצמאות". ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 248 (1989) (ההדגשה הוספה).

147 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 275 (2000).

148 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 36–40 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 11.5.2006); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה).

149 שם, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹⁵⁰ לכן הבדיקה הראשונה שעלינו לערוך היא אם מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה, שמטרתה לעודד ילודה יהודית, אכן גורמת לפגיעה בזכותם של הערבים בישראל לשוויון. רק אם נמצא כי פגיעה כזו אכן מתקיימת, נצטרך לבחון את עמידתה בתנאיה של פסקת ההגבלה.

את קיומה של פגיעה בזכויותיהם של אזרחי ישראל הערבים כתוצאה ממדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה יש לבחון בשתי רמות נפרדות – רמת האמצעים ורמת המטרה. ברמה הראשונה יש לבחון אם האמצעים שהמדינה נוקטת לשם מימוש מדיניותה הדמוגרפית בתחום הילודה מהווים פגיעה בזכותם לשוויון ולכבוד של הערבים אזרחי ישראל. גם אם נגיע למסקנה כי האמצעים הננקטים לשם מימוש המדיניות אינם פוגעים בזכויות הערבים אזרחי ישראל, עלינו לבחון, ברמה השנייה, אם אין פגיעה בזכויותיהם כתוצאה ממטרתה של המדיניות – עידוד ילודה יהודית. באשר לרמת האמצעים, ניתן לטעון כי אין כל פסול במדיניות של עידוד הילודה היהודית, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטות הממשלה ובפעולותיו של המרכז לדמוגרפיה, שכן בפועל לא הסבה מדיניות זו כל נזק לערבים בישראל, ולא גרמה להפלייתם לרעה ביחס ליהודים. כינוסה מחדש של המועצה לדמוגרפיה על-ידי השר בניזרי בשנת 2002, לאחר כמה שנות שיתוק, עורר ביקורת מצד גורמים שונים, אשר האשימו את המועצה בגזענות נגד הערבים בפרט ונגד כל מי שאינם יהודים בכלל, ובשימוש ברחם האישה היהודייה כבנשק.¹⁵¹ בתגובה על התקפות אלה הדגיש יושב-ראש המרכז לדמוגרפיה כי מטרתו של המרכז היא לחזק את מעמד המשפחה בישראל ולהקל על מי שמעוניינים להביא ילדים רבים יותר לעולם לעשות כן,¹⁵² וכי כל הטבה אשר תומלץ על-ידי המועצה ותאושר על-ידי הממשלה תינתן באופן שווה לכלל אזרחי ישראל, ללא כל הפליה על רקע דת או לאום.¹⁵³ בנסיבות אלה יטען הטוען כי לא זו בלבד שהערבים בישראל לא ייפגעו ממדיניות שמטרתה עידוד הילודה היהודית, הם אפילו ירוויחו ממנה, שכן הם יזכו בכל אותן הטבות שהמרכז לדמוגרפיה מבקש לתת למשפחות יהודיות, כגון הגדלת קצבאות סיוע בדיר וכו'.¹⁵⁴

על טענה זו יש להשיב בכמה מישורים. ראשית, ניתן להעלות ספקות באשר להנחה שכל תוכנית אשר תיושם וכל הטבה אשר תינתן אכן יינתנו באופן שוויוני ליהודים ולערבים. כידוע, בפועל קיימת הפליה קשה בהקצאת משאבים לרעת הערבים בישראל גם בתחומים שלגביהם מוסכם לכאורה על הכל כי מן הראוי שיתקיים שוויון מוחלט, כגון תחום החינוך.¹⁵⁴ אם כך הדבר בתחומים שלגביהם מוסכם על הכל כי אין כל הצדקה ליחס שונה, יהא זה תמים לחשוב שמקום שבו מקצים משאבים לשם מימוש מדיניות שמטרתה המוצהרת היא לעודד את הילודה היהודית, יוקצו המשאבים באופן שוויוני ליהודים ולערבים. דוגמה טובה לכך היא ההסדר של קצבאות יוצאי-צבא, אשר שימש במשך שנים רבות להפליית ערבים בחלוקת קצבאות ילדים, ואשר ניתן

150 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

151 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 227 של הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 9.

152 ראו פרוטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2 (דברי יושב-הראש ד"ר ברוך לוי).

153 שם, בעמ' 85 (דברי יושב-הראש ד"ר ברוך לוי).

154 ראו, למשל, עניין **ועדת המעקב העליונה**, לעיל ה"ש 148, שבו בוטלה החלטת ממשלה לסווג אזורים מסוימים כאזורי עדיפות לאומית ולהעניק להם הטבות בחינוך, שכן נמצא כי שיטת הסיווג, אף שלכאורה לא הייתה מפלה, גרמה בפועל להפליה משמעותית של היישובים הערביים בישראל, אשר רובם מצויים במצב חברתי-כלכלי קשה ביותר ואף-על-פי-כן לא נכללו כמעט באזורי עדיפות לאומית.

לראותו כחלק מהמדיניות של עידוד הילודה היהודית.¹⁵⁵ קצבאות יוצאי-צבא, אשר הוקצו בפועל לכלל היהודים, בין אם שירתו בצבא ובין אם לאו, ובמקביל לא ניתנו לערבים, אשר רובם ככולם לא שירתו בצבא, הולידו פערים משמעותיים ביותר בין יהודים לערבים בסכומי קצבאות הילדים.¹⁵⁶ אף שהסדר מפלה זה בוטל, יש עדיין המבכים את ביטולו ומבקשים להחיותו. כך, למשל, בנאומו לפני המועצה לדמוגרפיה בישיבתה האחרונה בשנת 2003, אמר שר הרווחה דאז זבולון אורלב – השר הממונה על המרכז לדמוגרפיה – כי:

...במדינה כמדינה יש מגבלה, הלוואי שיכולנו כמדינה יהודית להציע כמה הצעות חוקים, וכמה מהלכים, שהם יעודדו ילודה יהודית, לדעתי זה בלתי אפשרי. אני יודע שהממשלה הקודמת ניסתה להחזיר את העניין של קצבאות יוצאי צבא והדבר הזה נפל בבג"צ.¹⁵⁷

שנית, אף אם יש אמת בכך שמדיניות שמטרתה עידוד הילודה היהודית אינה מפלה בין יהודים לערבים בפן ההקצאתי, כלומר ברמת האמצעים, יש במדיניות זו פגיעה באזרחי ישראל הערבים ברמה הסמלית, כלומר ברמת המטרה, שכן היא משדרת להם מסר ברור שלפיו ילדיהם אינם רצויים למדינה באותה מידה שילדי האזרחים היהודים רצויים לה. הפגיעה האישית הנגרמת לכל אזרח או משפחה לא-יהודים מכך שהמדינה מצהירה (אף אם על-דרך השליחה) כי ילדיהם אינם רצויים למדינה, וכי ההטבות שהם מקבלים הן רק תולדה של רצון המדינה לעודד ילודה יהודית בשילוב הצורך המשפטי להימנע מהפליה בהקצאות, אינה ניתנת למחיקה באמצעות חלוקה שווה של ההטבות הכספיות.¹⁵⁸ במילים אחרות, העובדה שאין הפליה ברמת האמצעים אין משמעה בהכרח שאין הפליה ברמת המטרה. דוגמה לכך שמתן הטבות כספיות זהות – ואפילו עדיפות – אינו מקהה את עומק ההפליה ופגיעתה היא הצעת החוק לעידוד ההגירה למדינות ערב שהגיש חבר-הכנסת קליינר בשנת 2001. הצעת החוק – אשר הבטיחה מתן סל הגירה לכל תושב או אזרח ישראל הרוצה להגר למדינה ערבית, ובלבד שיוותר על אזרחותו או תושבותו – נפסלה על-ידי נשיאות הכנסת כהצעה גזענית.¹⁵⁹ ההצעה לא שללה מאזרחי ישראל הערבים שום הטבה, ואף הציעה להם הטבה שרבים הסיכויים ששום אזרח יהודי לא יוכל או ירצה לממשה. ההצעה גם לא

155 דן להב "קצבאות ילדים – האם הושגו מטרות המחוקק" **הכנסת – מרכז מחקר ומידע** 4, 17–18 (2003), www.knesset.gov.il/MMM/doc.asp?doc=m00505&type=pdf.

156 גל, לעיל ה"ש 14; בג"ץ **וואתד**, לעיל ה"ש 14.

157 פרוטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, 39 (15.12.2003). דבריו של השר אורלב אינם מדויקים, שכן ההסדר המחזיר את ההעדפה בקצבאות ילדים ליוצאי-צבא בוטל על-ידי הכנסת עוד לפני פסיקת בג"ץ בעתירות שהוגשו לו בנושא, והעתירות נמחקו. בג"ץ 4822/02 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ח"כ אברהם בורג יו"ר הכנסת** (טרם פורסם, 31.7.2003).

158 לעניין זה יפים, בשינויים המחויבים, דבריו של בית-הדין הארצי לעבודה בדונו במסלולי קידום נפרדים שנקבעו לגברים ולנשים, שבהם, לטענת המערערים, ניתנים תנאים כספיים דומים: "גטו, אינו חדל להיות גטו, אף אם שורר בו שפע כלכלי; והשפע הכלכלי אינו 'מאזן' את ההשפלה שבהפרדה, הכנסת קבוצה אחת לתחום חיים, לתחום פעילות, סגור, אינו ניתן לאיזון' על-ידי כך שבתוך אותו תחום נפרד וסגור, מבטיחים יתרונות כלכליים... הכבוד והרגשת השוויון אינם נשקלים בכסף." ראו דב"ע לג/3-25 **ועד אנשי צוות דיילי אויר – חזין**, פד"ע ד 365 (1973).

159 גנז, לעיל ה"ש 139, בעמ' 165.

כללה כל הגבלה או כפייה נגד אזרחי ישראל הערבים, וקבלתה או דחייתה נותרו לשיקול-דעתם המוחלט. אף-על-פי-כן, בשל המסר שהעבירה ההצעה לאזרחי ישראל הערבים, שלפיו אין הם רצויים במולדתם, היא לא זכתה אף להיות מונחת על שולחן הכנסת. באופן דומה, ובמנותק מקיומה או מהעדרה של הפליה ברמה ההקצאתית, מדיניות עידוד הילודה היהודית של ממשלת ישראל מפלה ברמת המטרה, שכן היא שולחת מסר ברור לאזרחי ישראל הערבים כי ילדיהם רצויים פחות למדינה מילדי האזרחים היהודים, ומהווה לפיכך הפליה פסולה.

שלישית, ההפליה המובנית בין יהודים לערבים מתבטאת לא רק במטרותיה של המדיניות הדמוגרפית, אלא גם בהליכי עיצובה של המדיניות. באופן שאינו מפתיע לנוכח מטרתו של המרכז לדמוגרפיה – מציאת דרכים לגידול האוכלוסייה היהודית – לא נכלל במשך השנים במרכז לדמוגרפיה ובמועצה המפקחת עליו כל נציג ערבי. עם זאת, בחלק מדיוני המועצה לדמוגרפיה הוזכר הצורך במינוי נציגים ערבים למועצה. בשנת 1998 הוזמנה (חברת-הכנסת דהיום) נאדיה חילו לכהן במועצה, אולם בישיבת הפתיחה החגיגית היא הביעה תמיהה על זימונה למועצה – "אני גם לא יודעת למה הוזמנתי, אני שייכת לקבוצה הערבית" – ותהתה אם לנוכח מטרות המועצה היא יכולה למצוא את מקומה בה.¹⁶⁰ נראה כי מבוכתה של חילו על זימונה למועצה, והרגשתה כי המועצה אינה המקום בשבילה שכן היא "שייכת לקבוצה הערבית", ממחישות היטב כיצד מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה, המכוונת לגידול האוכלוסייה היהודית בלבד, פוגעת בכבודם של הערבים אזרחי ישראל ומפלה נגדם אף אם בפועל היא תיושם על כלל האוכלוסייה.

לאחר שהוכחנו קיומה של פגיעה בזכותם של הערבים בישראל לשוויון, כפי שהיא מעוגנת בחוק-היסוד, עלינו לבחון כעת אם הפגיעה האמורה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. מדיניות עידוד הילודה היהודית אינה מדיניות הקבועה בחוק, אלא מדיניות שנקבעה בהחלטות הממשלה מ-1967 ומ-1986. אף שסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מסמיך את הממשלה "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת", אין בסמכותה של הממשלה לנקוט מדיניות הפוגעת בזכויות האדם מבלי שיהיה חוק המסמיכה מפורשות לנקוט מדיניות כזו. זאת, הן מכוח האמור בחוק-היסוד והן מכוח עקרונותיו הכלליים של המשפט הישראלי.¹⁶¹ לכן, לכאורה, היינו יכולים לסיים את בדיקתנו כבר כאן במסקנה שהחלטות הממשלה לעידוד ילודה יהודית והפעולות שנעשו מכוחן נוגדות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפוגע בזכותם לשוויון של הערבים בישראל ללא הסמכה בחוק.

מאידך גיסא, בדומה להלכת **ירדור**, ניתן לטעון כי היות מדינת-ישראל מדינה יהודית הינה עובדת-יסוד קונסטיטוציונית, אשר אף עוגנה מפורשות בחוקי-היסוד ובכלל זה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי יש לראות בעיגון זה עיגון חוקי מפורש לסמכותה של הממשלה לנקוט מדיניות שתבטיח את המשך קיומה של ישראל כמדינה יהודית.¹⁶² טענה זו אין משמעה שכל פעולה אשר

160 פרטוקול ישיבת המועצה הציבורית לדמוגרפיה, 25 (7.7.1998). נגיש ב-www.box.net/shared/kjm9k3w0sk.

161 עניין **ועדת המעקב העליונה**, לעיל ה"ש 148, פסי' 20 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

162 בפסק-הדין בעניין **ירדור**, לעיל ה"ש 144, עשה בית-המשפט שימוש מרחיק-לכת בהרבה בעובדת-היסוד הקונסטיטוציונית של היות ישראל מדינה יהודית, ואישר מכוחה לוועדת הבחירות לפסול את התמודדותה של רשימת הסוציאליסטים לכנסת משום שרוב חבריה היו חברי תנועת אל-ארד, אשר שללה את קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית, וזאת אף שלא הייתה לוועדת הבחירות כל סמכות חוקית מפורשת לפסול רשימה

תעשה הממשלה להבטחת המשך קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית תיחשב כתואמת את פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא רק שפעולה מעין זו תיחשב ככזו שנעשית מכוח הסמכה מפורשת בחוק ועל-כן אין לפוסלה כנעדרת הסמכה, אלא יש לבוחנה לאור תנאי האחרים של פסקת ההגבלה. עם זאת, יש לזכור כי מקרה **ירדור** היה מקרה יחיד במינו, וכי בפסקי-דין מאוחרים יותר סירב בית-המשפט להרחיב את הלכת **ירדור** אל מעבר לעובדות פסק-הדין עצמו, ולכן ספק אם ניתן לראות בו עוגן להסמכת הממשלה לפגוע בזכויות אדם ללא הסמכה מפורשת בחוק.¹⁶³

אם נקבל את הגישה שלפיה קיים עיגון בחוק לסמכותה של הממשלה לנקוט מדיניות דמוגרפית הפוגעת בזכויות אדם, אזי בשלב השני עלינו לבחון אם המדיניות של עידוד ילודה יהודית נעשית לשם קידום תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מכיוון שמדיניות זו אינה נקוטה כאמור מכוח חוק או הסמכה מפורשת בו, יש לדלות את תכליתה מתוך התכליות הכלליות הפרושות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם, המשקפות את ערכי-היסוד של המשפט והחברה בישראל ואת ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁶⁴ מטרתה הברורה של מדיניות עידוד הילודה היהודית היא שמירה על רוב יהודי בישראל על-מנת לשמור על אופייה של ישראל כמדינה יהודית. מאחר שעובדת היותה של ישראל מדינה יהודית מוגדרת כעובדת-יסוד קונסטיטוציונית ואף מודגשת בחוקי-היסוד, ומאחר שנקבע מפורשות על-ידי בית-המשפט כי אחד מסממני-היסוד של היותה של ישראל מדינה יהודית הוא קיומו של רוב יהודי, קשה לצפות שבית-המשפט יקבע כי התכלית הכללית של שמירה על רוב יהודי אינה ראויה. עם זאת, תכלית כללית נוספת שלאורה יש לפרש כל דבר חקיקה וכל פעולה שלטונית היא תכלית השוויון, ובכלל זה איסור ההפליה על בסיס דת או לאום.¹⁶⁵ לכאורה נוצר מתח בין שתי התכליות הכלליות האמורות. בעוד התכלית הכללית של שמירה על רוב יהודי עשויה להצדיק אמצעי כגון זה שבו עסקינן – מדיניות ממשלתית של עידוד ילודה יהודית – על פניו אמצעי כזה אינו עולה בקנה אחד עם התכלית הכללית של שמירה על השוויון. מתח זה מבטא את המתח האפשרי בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית.

בג"ץ **קעדאן** ניסתה הסוכנות היהודית לנצל מתח זה על-מנת להצדיק הקצאת קרקעות ליהודים בלבד. לטענת הסוכנות, ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית מצדיקים מתן יחס שונה ליהודים ולמי שאינם יהודים, ולכן מצדיקים הקצאת קרקעות ליהודים בלבד. בית-המשפט דחה גישה זו מכל וכל: "אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק – ברמה של תכלית כללית – הפליה על-ידי המדינה בין אזרחים של המדינה על בסיס דת או לאום."¹⁶⁶ יתרה מזו, לגישתו של בית-המשפט, עובדת היותה של ישראל מדינה יהודית רק מגבירה את חובתה לנהוג בשוויון: "לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל

מטעם כזה. מאידך גיסא, ראו את פסק-הדין בעניין חוקיות העינויים, שבו סירב בית-המשפט העליון לגזור מהגנת ה"צורך" הסמכה חוקית לחוקר שב"כ לענות עצור שהינו בגדר "פצצה מתקתקת", ודרש קיומה של הסמכה כללית מפורשת בחוק. ראו בג"ץ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817, 842–844 (1999).

163 ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225 (1985).

164 עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 147, בעמ' 272.

165 שם, בעמ' 275.

166 שם, בעמ' 280.

כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים.¹⁶⁷ בנתחו את המשמעות המעשית של היות ישראל מדינה יהודית, הוסיף בית-המשפט:

משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.¹⁶⁸

ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם בבג"ץ **סטמקה**, שבו קבע בית-המשפט כי חוק השבות אינו חל על בני-זוג לא-יהודים של יהודים אזרחי ישראל, שכן מתן אפשרות לאזרחי ישראל היהודים לאזרח את בני-זוגם הלא-יהודים מכוח חוק השבות וחוק האזרחות ייצור הפליה בין אזרחי ישראל היהודים לבין אזרחי ישראל שאינם יהודים, אשר אינם יכולים לאזרח את בני-זוגם הלא-יהודים באופן זה, והפליה כזו בין אזרחי ישראל על-פי מוצאם האתני אסורה היא.¹⁶⁹

מדברים אלה ניתן ללמוד לענייננו שעמדת בית-המשפט היא כי שימור הרוב היהודי על-ידי עידוד יהודים לבוא לארץ באמצעות חוק השבות, הנותן ליהודים "מפתח מיוחד לכניסה לבית", עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אולם כל מדיניות פנימית המפלה בין אזרחי המדינה היהודים לבין אלה שאינם יהודים לשם שמירה על הרוב היהודי תהווה אמצעי פסול, אף אם היא משרתת לכאורה תכלית כללית ראויה של המשך קיומה של ישראל כמדינה יהודית, מכיוון שהיא אינה עולה בקנה אחד עם תכלית כללית חשובה לא-פחות – השוויון.¹⁷⁰ אם כן, אופן אחד להצדקת ההבחנה בין חוק השבות, המהווה אמצעי ראוי לשימור הרוב היהודי, לבין מדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית, המהווה אמצעי פסול להשגת מטרה זו, הוא להצביע על כך שבעוד חוק השבות עורך הבחנה בין זרים שאינם אזרחי המדינה על

167 שם, בעמ' 281.

168 שם, בעמ' 282.

169 בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999).

170 ניתן לטעון כי בשל הבחנה זו התיקון לחוק האזרחות האוסר איחוד משפחות של פלסטינים תושבי השטחים עם אזרחי ישראל הינו פסול, אף שהוא לכאורה חוק הגירה, מכיוון שהוא פוגע קשות בזכויות-היסוד של ערבים אזרחי ישראל לשוויון ולחיי משפחה. גם חוקי הגירה צריכים להכיל הסדרים המאפשרים לכלל אזרחי ישראל ליצור ולקיים קשרי משפחה בישראל עם מי שאינם ישראלים באופן שווה, ואם הם אינם עושים כן, הם פסולים. ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), לעיל ה"ש 141. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 14.5.2006) דן בית-המשפט בחוקתיות התיקון, ואף שסירב לבטל את החוק ודחה את העתירות, סברו שישה מבין אחד-עשר השופטים כי החוק אכן פוגע פגיעה לא-מידתית בזכויות החוקתיות לשוויון ולחיי משפחה של אזרחי ישראל הערבים. כמו-כן חשוב לציין כי מטרת החוק, כפי שהוצגה על-ידי המדינה וכפי שהתקבלה על-ידי בית-המשפט, הייתה מטרה בטחונית, ולא מטרה דמוגרפית. למעשה, דחה בית-המשפט מפורשות את טענת העותרים כי מטרת החוק הינה דמוגרפית, ולכן לא נזקק לדון בשאלת הלגיטימיות של פגיעה בזכויות אדם לשם הגשמת מטרה דמוגרפית. לדיון בפסק-הדין ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 141.

רקע השתייכותם הקהילתית, מדיניות עידוד הילודה היהודית עורכת הבחנה זו (ולו ברמת המטרה) בין אזרחי המדינה לבין עצמם.

אופן נוסף שבו ניתן להבין הבחנה זו הוא באמצעות ההבחנה בין מישור הזכויות הקיבוציות לבין המישור של זכויות הפרט.¹⁷¹ בעוד שהזכות לשוויון במשפט הישראלי פורשה על-ידי בית-המשפט ככוללת שוויון זכויות מוחלט במישור של זכויות הפרט, סירב בית-המשפט להרחיב את הזכות לשוויון כך שתכלול גם את הזכות לשוויון בזכויות הקיבוציות.¹⁷² לנוכח זאת, בעוד תכלית השוויון אינה מחייבת מתן שוויון בזכויות הקיבוציות, ולכן אינה מחייבת קביעת מדיניות הגירה שווה לשתי הקבוצות הלאומיות החיות בישראל – היהודית והערבית – תכלית השוויון מחייבת שמירה על שוויון מוחלט במישור של זכויות הפרט, ולכן פוסלת מדיניות ילודה שמטרתה עידוד ילודה יהודית, שכן מדיניות כזו פוגעת בכבודו האישי של כל אחד מאזרחי ישראל הערבים. בשל כל האמור, מדיניותה הדמוגרפית של ישראל לעידוד ילודה יהודית נוגדת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן היא פוגעת ללא הצדקה מספקת בכבודם של אזרחי ישראל הערבים ובזכותם לשוויון.

ו. סיכום

מאמר זה ביקש להציג את מדיניותה הדמוגרפית של ישראל, שמטרתה לעודד ילודה יהודית, ולבחנה באספקלריה של זכויות נשים ומיעוטים. מדיניותה הדמוגרפית של ישראל הוצגה באמצעות שתי החלטות הממשלה על מדיניות דמוגרפית משנת 1967 ומשנת 1986, ובאמצעות פעולותיו של המרכז לדמוגרפיה, אשר הוקם מכוח החלטות אלה על-מנת להביא לידי יישומה של המדיניות האמורה. מהפרספקטיבה של זכויות האישה טענו כי קיים מתח מובנה בין הגשמת יעדים חברתיים ולאומיים באמצעות ילודה לבין השמירה על זכויות נשים. עם זאת, הראינו כי ניתן ליישב את המתח באמצעות מדיניות ילודה אשר שמה במרכז את האישה כפרט ומציבה כמטרה העצמת נשים, שמירה על זכויותיהן וסיפוק מידע וכלים לנשים שיאפשרו להן שליטה בחייהן. בחינתנו העלתה כי בעוד חלק מהאמצעים שננקטו במסגרת מדיניות הילודה של ישראל הינם ראויים, כגון הנגשת אמצעי תכנון משפחה וחוק גיל הנישואים, אמצעי מרכזי של מדיניות זו – הטלת הגבלות קשות על זכותן של נשים להפיל לשם השגת יעדים דמוגרפיים – מפר את זכויותיהן והינו פסול.

באשר להשפעת המדיניות הדמוגרפית שמטרתה עידוד ילודה יהודית על זכויותיהם של הערבים אזרחי ישראל, טענו כי מדיניות זו פוגעת בכבודם ובזכותם לשוויון, וכי אף אם קיימת הצדקה מוסרית לקיומה של ישראל כמדינת-לאום יהודית, אין בכך כדי להצדיק נקיטת מדיניות

171 אופן זה להבנת פסיקת בית-המשפט בנוגע לסינתזה בין מדינה יהודית למדינה דמוקרטית מוצע על-ידי דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, לעיל ה"ש 141, בעמ' 680–682. לדיון בהבחנה בין זכויות קיבוציות לזכויות הפרט ובמקומן במשפט הישראלי ראו אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 247–256 (2002).

172 שם. עם זאת, אף שאין זכות לשוויון בזכויות הקיבוציות, המיעוט הערבי זכאי לזכויות קיבוציות מסוימות, כגון הזכות לשפה. ראו בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002).

המבחינה בין אזרחי המדינה על בסיס לאום. כן טענו כי גם אם מימוש המדיניות שמטרתה עידוד ילודה יהודית נעשה ללא הבדל דת, גזע ולאום, ותוך הבטחת שוויון בהקצאות, זכותם לשוויון של אזרחי ישראל הערבים נפגעת ברמה הסמלית, וקיים אף חשש גדול כי מימוש המדיניות עלול להוביל להפליה ברמה ההקצאתית. לכן מדיניות זו סותרת את חובת השוויון המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והינה בטלה.

שאיפתה של מדינת-ישראל להגשים את מאווייו של הקולקטיב היהודי על-ידי שמירה על אופייה היהודי ועל הרוב היהודי שבה, מחד גיסא, ולשמר את אופייה כדמוקרטיה מהותית המחויבת לזכויותיהם של כלל אזרחיה, מאידך גיסא, הינה שאיפה שמימושה אינו פשוט כלל, ויש אף הגורסים כי היא אינה בת-מימוש. בקובעה מדיניות דמוגרפית שמטרתה עידוד ילודה יהודית, אפילו כזו השומרת על שוויון בהקצאות, ובישמה אותה באמצעים כגון הטלת הגבלות על הפלות והפקעת שליטתן של נשים בגופן, מדינת-ישראל פוגעת יתר על המידה בזכויות האדם של נשים ושל אזרחי ישראל הערבים, ומעמידה בסימן שאלה את יכולתה להגשים שאיפה מורכבת זו.