

כרך נג(2), טבת התשע"ה, דצמבר 2014

דבר העורכים

259

פרופ' יורם רבין, ד"ר יניב ואקי, גיא אזולאי, רועי הררי ונירית יונתן

מאמרים

261

החופש להסכים: "כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?"

פרופ' אמנון רובינשטיין

295

הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף

בהליכים פליליים

השופטת אפרת פינק ועו"ד רתם רוזנברג רובינס

347

המרוץ לעברת ההריגה - משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי

ד"ר רוני רוזנברג

393

התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית - אליה וקוץ בה

ד"ר ערן טאוסגי

453

מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד

ד"ר תמיר שאנן ועו"ד רועי כהן

501

העוזר המשפטי לשופט - בין הפן החוקי לפן התעסוקתי

עו"ד אילנית הלל

525

עיון הנאשם ב"רשומות אישיות" של קרבנות עברת מין

עו"ד תומר אורינב

ביקורת ספרים

559

החופש האקדמי - בין אתיקה למשפט: ספרם של אמנון רובינשטיין ויצחק פשה "סדקים באקדמיה"

פרופ' ברק מדינה

571

האם ישיב "המשפט החקלאי" עטרה ליושנה? על הספר "המשפט החקלאי בישראל" מאת ורד דשא

פרופ' חיים זנדברג



Editorial Note

259

Prof. Yoram Rabin, Dr. Yaniv Vaki, Guy Azulay, Roy Harary & Nirit Yonatan

Articles

261

The Right to Consent

Prof. Amnon Rubinstein

295

The Polygraph as a Lie Detector or Scientific Evidence: Rethinking Polygraph Admissibility in Criminal Procedures

Judge Efrat Fink & Adv. Rottem Rosenberg Rubins

347

The Meaning of Assumption of Risk in Criminal Law

Dr. Rony Rosenberg

393

Objection to a Class Action Settlement - A Fly in the Ointment

Dr. Eran Taussig

453

Taxation of Distribution in Redemption of Shareholder's Stock

Dr. Tamir Shanan & Adv. Roy Cohen

501

Law Clerks: Legal and Employment Aspects

Adv. Ilanit Hilel

525

Disclosure of Private Filed of Sexual Offence Victims

Adv. Tomer Urinov

Book Review

559

Academic Freedom: Between Ethics and Law: On Amnon Rubinstein and Yizhak Pasha's Book "Academic Flaws"

Prof. Barak Medina

571

Will "Agricultural Law" Regain its Former Glory? on Vered Deshe's Book "The Agricultural Law in Israel"

Prof. Haim Sandberg



החופש להסכים: "כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?"

אמנון רובינשטיין*

- א. הקדמה
- ב. הפרדה
 - 1. הפרדה והפליה
 - 2. הפרדה וחוק איסור ההפליה
 - 3. מקרה מבחן: הפרדה בחינוך
- ג. הסכמה
 - 1. העמדה "הפמיניסטית" והעמדה "האנטי-פטרנליסטית"
 - 2. התנאים לקיום הסכמה: חופש
 - 3. התנאים לקיום הסכמה: ידע
 - 4. התנאים לקיום הסכמה: פגיעה בלתי-הפיכה
 - 5. התנאים לקיום הסכמה: השפעה על אחרים
- ד. סיכום

א. הקדמה

שני יהודים נפגשים באוניברסיטת הרווארד. לא, אין זו התחלה של בדיחה יהודית. בשנת 1990 נפגשו שני אקדמאים: האחת, פמיניסטית ידועה שקנתה לעצמה שם עולמי בכתיבתה בנושא הרב-תרבותיות; והשני, פילוסוף ישראלי, שומר מצוות ואף הוא בעל שם עולמי. הפמיניסטית טענה שבמשטר פטריארכלי, כדוגמת האורתודוקסיה היהודית, הסכמתה של אישה לפגיעה במעמדה שלה עקב פגיעה בשוויון הזכויות שלה או הסכמתה להפרדת נשים (והיא בכללן) מגברים אינה יכולה להיות בעלת ערך מבחינה משפטית (מכיוון שזו הסכמה פגומה שהושגה רק בשל מגבלות החינוך הדכאני הניתן לנשים בקבוצות הפטריארכליות). הפילוסוף ענה בשאלה: האם הסכמתן של נשים שסיימו את לימודיהן באוניברסיטה מעולה, כמו

* ברצוני להודות בראש ובראשונה לעוזרי המוכשר והנאמן, תום כוכבי, שסייע לי בכתיבת מאמר זה וכן נתונה תודתי לרות זפרן, למיטל פינטו ולמשה הלברטל, שקראו את המאמר, תרמו והעירו הערות חשובות ומועילות.

הרווארד, תענה על דרישותיה של הפמיניסטית ולכן תהיה בעלת ערך משפטי? היא ענתה בחיוב. אז לקח אותה הפילוסוף לבית הכנסת האורתודוקסי שבקמפוס והראה לה את עזרת הנשים המופרדת מציבור הגברים המתפללים היהודים, והוסיף: רוב היושבות שם הן בוגרות הרווארד או משתייכות לסגל ההוראה. הפמיניסטית הרימה ידיים ואמרה שבמקרה כזה יש לקבל את הסכמתן של הנשים למשטר ההפרדה. אך בכתובתה חזרה וטענה כי אין להכיר בהסכמתה של אישה שגדלה בבית או במשפט פטריארכלי. סיפור זה מעלה לדיון שאלה נכבדה החשובה לכל מי שעוסק בנושא הרב-תרבותיות בפרט והמשפט הציבורי בכלל.

סוגיה זו התעוררה במלוא עוזו בישראל בנושא ההפרדה המגדרית בקווי האוטובוס המיועדים לציבור החרדי – נושא שהגיע עד בית המשפט העליון.¹ מגישי העתירה התנגדו להפרדה ב"קווי המהדרין" המיוחדים של דן ואגד בטענה שהיא פוגעת בזכויות החוקתיות של הנשים לכבוד ולחופש הדת והמצפון.² משרד התחבורה החליט לאמץ את דוח הוועדה לבדיקת הסדרי ההסעה בתחבורה הציבורית בקווים המשמשים את המגזר החרדי. לפי דוח זה, אסורה כל הפרדה כפויה, אך יש להתחשב ברצון של קבוצות מסוימות להפריד בין נשים לגברים אם הדבר מתבצע מרצון. השופט אליקים רובינשטיין עסק בהרחבה בשאלות רב-תרבותיות הנוגעות להתחשבות בנורמה הדתית שלפיה יש להפריד בין גברים לנשים ובטיבה של ההסכמה הניתנת על ידי נשים חרדיות להפרדה. הוא הדגיש שאין לכפות על אישה או להורות לה לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס.³ הוא המשיך ואמר שהדיון בזכויות של קבוצות מיעוט לקיים נהגים מפלים בתוכן אינו רלוונטי למקרה זה, מכיוון שכאן נוסף מרכיב של כפייה, לעתים אלימה, כלפי נוסעים ונוסעות (חרדים ולא-חרדים) שאינם מעוניינים בהפרדה – כלומר מדובר בכפיית נוהג תרבותי במרחב הציבורי.⁴ הוא קבע שכדי לאזן בין זכויות כל המשתמשים בתחבורה הציבורית – לרבות מי שמעוניינים בהפרדה מטעמים תרבותיים-דתיים – על המדינה לנקוט את כל האמצעים העומדים לרשותה כדי לקבוע מדיניות הולמת ולפקח על הנעשה בתחבורה הציבורית.⁵ במישור האופרטיבי קבע השופט רובינשטיין כי יש להציב בקווי האוטובוס שלט שבו יכתב כי "כל נוסע רשאי לשבת בכל מקום שיבחר (למעט המקומות המסומנים לאנשים עם מוגבלויות), הטרדת נוסע בעניין זה עלולה להיות

¹ בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.11) (להלן: פרשת רגן).

² פרופ' טריגר טוען שמדובר גם בהטרדה מינית, לפי ס' 3(א)5 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, אשר אוסר "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית". ראו: צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" **עיוני משפט** לה 703, 727-733 (2013).

³ פרשת רגן, לעיל ה"ש 1, פס' יט-כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁴ שם, פס' כה-ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵ שם, פס' ל-לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

עבירה פלילית",⁶ כדי להעביר מסר שהנוהג הפוגעני עבר מן העולם, וכי יש להדריך את הנהגים ולהוסיף פרסום ברוח זו באינטרנט.⁷ עם זאת, נקבע כי יש להמשיך בפתיחת שתי הדלתות – הקדמית והאחורית – כדי לאפשר לנוסעות המוכנות לשבת בנפרד מרצונן החופשי ובכך לנהוג לפי תפישתן הדתית,⁸ להיכנס מהדלת האחורית. בית המשפט הורה על תקופת ניסיון של שנה שבמהלכה ייבחן אם הדבר מביא ל"לחץ חברתי" כלפי נשים (חרדיות וחילוניות) שאינן חפצות בהסדר ההפרדה.⁹ כלומר נעשתה הבחנה בין הפרדה רצונית להפרדה כפויה, ונקבע כי הראשונה חוקית ואילו השנייה אינה חוקית, גם אם הדבר תואם את תפישת העולם הדתית של חלק מהנוסעים. אך האם ניתן לומר שתיתכן הסכמה להפרדה במצב זה? כאן כבר איננו דנים בכוגרות הרווארד אלא בנשים החיות בלב הקהילה החרדית השמרנית.¹⁰

הדיון בשאלת חוקיותה וחוקתיותה של ההפרדה המגדרית מחייב הבחנה בין שני

⁶ הלכה למעשה, גם לאחר פסיקת בית המשפט ממשיכה להתקיים הפרדה מגדרית בתחומים רבים: ב"טיסות מהדרין", בקופת חולים, בבתי עלמין, בתחנות לחלוקת ערכות מגן, ואף ברחובות (בחג סוכות 2011 נתלו בירושלים מודעות האוסרות על נשים להיכנס לרחוב מאה שערים) – ראו: רות כרמי וריקי שפירא-רוזנברג **מודרות למהדרין: הפרדה בין נשים לגברים והדת נשים במרחב הציבורי בישראל, דוח שנתי שני ינואר – 2012**, המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה היהודית מתקדמת 17–31 (2012); נועם (דבול) דביר "הפרדה בקבר: גברים ימינה – נשים שמאלה" *Ynet* 1.12.2013 זמין ב- www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4459943,00.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

⁷ למרות הנחיות בית המשפט המחייבות את הנהג להתערב במקרה של ויכוח או סכסוך על רקע ההפרדה, עולות טענות לפיהן הדבר לא קורה כך שבפועל חברת אגד ממשיכה בהפעלת הקווים המופרדים – ראו: שם, כרמי ושפירא-רוזנברג, בעמ' 19.

⁸ נזיה רימלט טוענת כי מדובר בפירוש חדש ומחמיר של הדת היהודית, ולכן אין כאן "צורך דתי אמיתי" בו בחרו חברות התחבורה הציבורית להתחשב, אלא צורך שהמשפט סייע ביצירתו. ראו: נזיה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" **משפטים** מב 773, 810–813 (2012) (להלן: רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות"). אך הדיון בשאלת תוקפה הדתי של ההפרדה סוטה מהדיון שלנו. ברור שאנו נעדיף פירושים ליברליים של הדת היהודית – ושל כל דת אחרת – באופן העולה עם ערכי השוויון והחירות; אך לצורך הדיון אנו מניחים שהדת היהודית אכן קוראת, לפחות כפי שמפרשים אותה חלק מהנוסעים והנוסעות החרדים, להפרדה מגדרית.

⁹ פרשת **רגן**, לעיל ה"ש 1, פס' לו–לח לפסק דינו של השופט רונישטיין.

¹⁰ על הטענה כי הסכמת הנשים במקרה זה בעייתית, ראו: חיים אברהם "הפרדה מגדרית במרחב הציבורי – אפליה פסולה או הגנה על קבוצות מיעוט? קריאה פמיניסטית, ליברלית ורב-תרבותית של בג"צ רגן" **אמירות** (2012) זמין ב- amirof.blogspot.co.il/2012/06/blog-post_1186.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014). נאמר שם כי השופט רונישטיין משתייך לגישה המכירה "בבעייתיות של יישום רצון חופשי בחברות שאינן מאפשרות ביטוי חופשי ושוויוני לשני המינים", כדוגמת החברה החרדית. מוסף שם כי העיתונות החרדית סירבה לפרסם מודעות בדבר איסור הכפייה, דבר המעיד על עמדת הקהילה החרדית בנושא ו"עשוי להעיד על קיומם של לחצים חברתיים המופעלים על נשים, ומונעים מהן בחירה חופשית".

נושאים. הנושא הראשון הוא ההפרדה עצמה. מה טיבה של הפרדה מגדרית? מתי היא תעורר בעיות משפטיות? כיצד הדין הישראלי רואה אותה? בשאלות אלו נעסוק בחלקו הראשון של המאמר. הנושא השני נוגע לשאלת ההסכמה. האם הסכמה יכולה להכשיר הפרדה מגדרית? מהם התנאים שבהם הסכמה זו תהיה תקפה מבחינה משפטית? האם הסכמה של חלק מהציבור המופרד יכולה להספיק? בשאלות אלו נעסוק בחלקו השני של המאמר. בטרם נתחיל לענות על שאלות אלו, יש להקדים הערה מושגית. יש להבחין בין שלושה מושגים מקובלים – הפליה, הפרדה והדרה. הדרה קיימת כאשר נקבע שפעילות מסוימת אסורה להשתתפותה של קבוצה מסוימת, היא הקבוצה המודרת (למשל, קביעה כי נשים אינן ראיות לקחת חלק בפעילות הפוליטית של הקהילה). הפרדה קיימת כאשר הפעילות מותרת להשתתפות הקבוצות בתנאים שווים,¹¹ אך בנפרד (למשל, הצגות קולנוע נפרדות לגברים ולנשים מהקהילה החרדית). הפליה קיימת כאשר יש פגיעה לא מוצדקת בשוויון המהותי. הפליה היא מושג רחב ביותר. הדגש מבחינתנו הוא במקרים שבהם הדרה או הפרדה הופכות להפליה. הדבר יקרה כאשר אין הצדקה מהותית להדרה (ניתן לטעון שאין סיבה שנשים לא ייקחו חלק בפעילות הפוליטית של הקהילה) או להפרדה (ניתן לטעון שאין סיבה לכך שנשים וגברים לא ישבו באותו אולם קולנוע או באותו חלק של האוטובוס שיחפצו בו). ראוי לומר, בהקשר זה, שההפרדה וההדרה יכולות להפוך לסוגים של הפליה. יש הטוענים כי אחד המשתנים המשפיעים על הלגיטימיות של ההפליה הוא הסכמת הקבוצה המודרת או המופרדת. במילים אחרות, כאשר הקבוצה המודרת או המופרדת מסכימה לכך, ייתכן שההפליה תהיה לגיטימית (ולכן אולי גם חוקית).¹² נדון בכך בהמשך המאמר.

שאלת ההסכמה של נשים הפכה למרכזית ככל שנושאים רב-תרבותיים קנו אחיזה בתחום המשפט והפילוסופיה הפוליטית. שאלת ההסכמה, או הרצון החופשי של נשים, רלוונטית בכמה תחומים משפטיים. במשפט הפלילי עניין ההסכמה חשוב בכל מה שקשור בעבירות מין.¹³ בתחום דיני המשפחה ההסכמה יכולה להיות

¹¹ כמובן, דיון רב יכול להיות מוקדש לשוויון התנאים: האם מדובר בשוויון בתוצאה או בכוונה? לפי אילו אמות מידה נבחן את השוויון? וכן הלאה. להרחבה, ראו: מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** 109 (2013).

¹² דוגמה למצב כזה הוא הבקשה של נשים במקסיקו לקווים נפרדים בשל חשש מהטרדה מינית ומגע גופני – ראו: Mark Lacey, *On Single-Sex Buses, Relief From Unwanted Contact*, NEW YORK TIMES (Feb. 11, 2008), www.nytimes.com/2008/02/11/world/americas/11mexico.html?_r=0 (נבדק לאחרונה ב־30.11.2014).

¹³ הדיון של פרנסס רדאי בע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993) (להלן: פרשת האונס בשומרת) שבו נדונה הסכמתה של מתלוננת אונס – Frances Raday, *Equality, Religion and Gender in Israel*, in JEWISH WOMEN'S ARCHIVE: A COMPREHENSIVE HISTORICAL ENCYCLOPEDIA, זמין ב־ www.jwa.org/encyclopedia/article/equality-religion-and-gender-in-israel (נבדק לאחרונה ב־30.11.2014).

רלוונטית בשאלת היותה של הפוליגמיה עברה בת עונשין, גם כאשר כל הנשים בתא המשפחתי מסכימות לכך, או במקרים של נישואים "מאורגנים" על ידי המשפחה. בתחום המשפט הציבורי עולות שאלות של הפרדה מגדרית, כמו בפרשת רגן שהוזכרה לעיל, שבה נראה שהסכמת הנשים לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס עמדה ביסוד פסק דינו של בית המשפט העליון, או בעניין מוסדות הנהנים ממעמד ציבורי או המקבלים תמיכה כספית מהמדינה ומנהיגים הפרדה מגדרית בהסכמה לכאורה של נשים (ובאופן כללי לכל הפרדה והסכמה של האישה לנחיתות משפטית – כמו הסכמה להפסקת נישואים באורח חד-צדדי על ידי הגבר). כל השאלות האלו רלוונטיות גם לגברים, אך בשל הדומיננטיות של נהגים פטריארכליים בקרב קבוצות מסורתיות מסוימות – כמו היהודים החרדים והמוסלמים האדוקים בישראל – שאלות ההפרדה וההפליה המגדריות נוגעות בעיקר לנשים מופרדות, שזכויותיהן נפגעות. מכאן עולה שאלת אותנטיות הסכמתן לפגיעה זו. שאלות אלו קיבלו תשובות מגוונות בדמוקרטיה שונות – ואין לנו עניין אלא במשטרים דמוקרטיים – וקיבלו התייחסות מפורשת בגדרי חוק איסור הפליה הישראלי (להלן: חוק איסור הפליה),¹⁴ שבו נדון בהמשך. התשובות ניתנו על רקע השאיפה הכללית לשוויון מגדרי, אשר עוגנה בהכרזת העצמאות הישראלית,¹⁵ בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במשפט החוקתי הישראלי בכלל,¹⁶ בחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951 ובשורת נורמות של המשפט הבינלאומי.¹⁷ ברור לנו שנורמות אלו אינן מקובלות בקרב קהילות כגון הקהילה החרדית והקהילה המוסלמית האדוקה כשם שהן מקובלות – במידה זו או אחרת – בקרב הקהילה החילונית-ליברלית, אך יש להעיר שתי הערות בהקשר זה: ראשית, נראה לי שבישראל הנורמות הללו מספיק מקובלות כדי לעמוד במרכז של דיון ציבורי בהצדקתם של נהגים תרבותיים; ושנית, גם אם אין הסכמה כוללת בעניינן, הרי במדינה הליברלית – וישראל בשיטת משפטה (למעט בידי המעמד האישי) היא ליברלית – קיים גרעין של ערכים ליברליים ששמירה עליהם

¹⁴ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה).

¹⁵ שבה נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

¹⁶ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: פרשת מילר); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).

¹⁷ ס' 2 להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות אדם (The Universal Declaration of Human Rights), GA Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948); ס' 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991); ס' 3 לאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991); האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (אושרה ב-1991).

נדרשת בכל מצב.¹⁸

נוסף על שאלות אלו, עולה גם השאלה החוקתית: האם משמעות כבוד האדם, המוענק לאישה מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא איסור מוחלט של הפרדה מגדרית, באופן שכל חוק שמשמעותו או תוצאתו הן הפרדה כזו צריך לעמוד במבחנים החוקתיים של פסקת ההגבלה? ישנן כמובן עוד שאלות אקטואליות רבות הנוגעות להסכמה שיש להן השלכות חוקתיות – למשל, האם ניתן לאסור בחוק על אישה להסתיר את פניה, אף אם היא מעוניינת בכך? שאלות אלו יורדות גם לבסיס הדיון הרב-תרבותי, כאשר קהילות מיעוט מבקשות אי-התערבות מצד קהילת הרוב בנהגים תרבותיים שונים או אף תמיכה חיובית בקיומם, בהנחה שבני המיעוט עצמם רוצים בכך. כלומר הקריאה להתחשבות בתרבויות המיעוט מניחה הסכמה ורצון; אך אם יתערער בסיס ההסכמה של נשים בנות המיעוט, ההתחשבות עלולה להתגלות ככפייה פוגענית, ולפיכך לא יהיה לה מקום מבחינה מוסרית ומשפטית.¹⁹

ב. הפרדה

1. הפרדה והפליה

התשובות לשאלות שהוצגו אינן פשוטות, ומעורבים בהן שיקולים שונים. דבר אחד נראה ברור: הפרדה שיש עמה השפלה של האישה היא בגדר הפליה ופגיעה בכבוד ובשוויון, המעוגן בזכות בת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנה זו עולה מדברי השופט דורנר בפרשת **אליס מילר**,²⁰ וכן מדברי השופט רובינשטיין בפרשת **רגן**;²¹

¹⁸ אכן, ישנו מתח רב בין ערכי הפלורליזם והסובלנות הליברליים, הקוראים לכבד כל אדם ואת תרבותו, לבין הרצון להגן על זכויות האדם האוניברסליות המוענקות לכל אדם באשר הוא אדם. אך גם הוגים שהדגישו את רעיון הפלורליזם ואת הרצון לשמור על חירות הפרט, עמדו על הצורך לשמור על "גרעין" ליברלי – ראו למשל: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 174–176, 190–200 (2nd ed. 2005); WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY 88–92, 97–103, 108 (2007); JOHN GRAY, ISAIAH BERLIN: AN INTERPRETATION OF HIS THOUGHT 6, 19–21, 90, 100–105 (2nd ed. 2013).

¹⁹ איימי גוטמן מעלה את הטענה כי ביסוס הזכות לתרבות על הסכמתם המודעת (informed consent) של בני מיעוטים להשתייך לקהילתם הוא בעייתי. היא אינה מסתפקת בהסקת הסכמתם מהעובדה שאינם משתמשים בזכות היציאה מהקהילה (ככל שהיא קיימת). זו טענה שובת לב אך גם איימי גוטמן מודה שאכיפתה של השקפה זו היא בעייתית – ראו: AMY GUTTMAN, IDENTITY IN DEMOCRACY 57–61 (2003). הטיפול בטענה זו – אשר כאמור יכולה לפגוע בבסיס הרעיון הרב-תרבותי הליברלי – חורג מגדר מאמר זה.

²⁰ פרשת **מילר**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 132.

²¹ פרשת **רגן**, לעיל ה"ש 1, פס' כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

גם אם אנחנו מפרשים את ההשפלה במובנה הסובייקטיבי, כחוויה של נחיתות מצד הנפגעת,²² וגם אם אנחנו מפרשים אותה במובנה האובייקטיבי, על רקע הנסיבות והתפישות החברתיות המקובלות.²³ גם תפישה "מצמצמת" של הזכות החוקתית לכבוד²⁴ תביא לאיסור הפרדה במקום שבו היא גוררת עמה השפלה. אכן, ניתן לומר שהושבת האישה בירכתי האוטובוס עולה לכדי השפלה המהווה פגיעה מובהקת בכבוד האדם²⁵ (וייתכן שיש מקום להכיר גם בעילה נזיקית בהקשר זה).²⁶ פגיעה זו תצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה כדי להיות חוקתית.

נושא זה הודגש במכתב ששלח היועץ המשפטי לממשלה לשרי התרבות והספורט, התקשורת, הפנים, הדתות, הבריאות והתחבורה בעניין תופעת הדרת הנשים ב-7 במאי 2013. המלצות היועץ המשפטי אומצו בהחלטת ממשלה של 1526 הממשלה ה-33, ב-30 במרץ 2014. הממשלה הכירה "בכך כי תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי היא תופעה חמורה המתאפיינת בהפלייתן של נשים באשר הן נשים המחייבת פעולה ממשלתית אקטיבית לביעורה. זאת מאחר שתופעה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון שהוא מעקרונותיה המכוננים של מדינת ישראל, ואף אינה עולה בקנה אחד עם מחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל לפעול במגוון אמצעים למניעתה של הפליה מגדרית".

נחזור לשאלת סיווג ההפרדה. מה דין הפרדה מגדרית שאין עמה השפלה? האם הושבת נשים וגברים משני צדי האוטובוס – ולא דווקא בחלקו הקדמי והאחורי (המרמזים על נחיתות) – תיחשב גם היא לפגיעה בכבוד האדם? במקרה של קו ציבורי או כל קו הממומן מכספי ציבור, נראה שכל הפרדה תהיה אסורה, מעצם היות השירות ציבורי, דהיינו שירות הפתוח לציבור כולו.²⁷ אינני רואה תרחיש שבו הפרדה מגדרית בתחבורה הציבורית תעמוד במבחני חוק איסור הפליה ופסקת ההגבלה. הטעם שיש לאפשר לכני הקהילה לקיים את אורחות תרבותם ודתם חלש יותר

²² דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 559 (2001).

²³ פינטו, לעיל ה"ש 11. ניתן בהחלט לטעון שאף אם יש קשיי הוכחה, הישיבה המופרדת – בלי קשר למיקום הפיזי באוטובוס (קדימה, אחורה או בצדדים) משפילה בשל תפישתה של האישה כאובייקט מיני שצריך להרחיק מהגבר (בלי קשר לטענה שהדבר משפיל גם גברים ומתייחס אליהם כאל מי שאינם שולטים ביצרים המיני).

²⁴ אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א, 150–156 (2014).

²⁵ פרשת מילר, לעיל ה"ש 16, פסק דינה של השופטת דורנר; לביקורת על טיעון זה, ראו: רחל וולנר "קווי המהדרין – מבט אחר" אקדמות כז 107, 114–117 (2011).

²⁶ בית המשפט פסק בעבר פיצויים בתביעה נזיקית במקרים של הפרדה לא חוקית בתחבורה ציבורית. ראו: ת"ק (שלום ב"ש) 11-10-2917 מרסדן נ' נגרי, פדאור (51)12 (1) (2012); נפסקו גם פיצויים ללא הוכחת נזק לפי חוק ההפליה בשל הפרדה בבתי עלמין – ראו: ת"ק (מחוזי ב"ש) 12-02-33424 דוידאן נ' חברת קדישא – המועצה הדתית אופקים, פדאור (44)12 (44) 806 (2012).

²⁷ פרשת רגן, לעיל ה"ש 1, פס' יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

במרחב הציבורי ובוודאי בכל הנוגע לשירות ציבורי המשרת את כל מי שנזקק לו.²⁸ עם זאת, ניתן לומר שהתשובה לשאלת חוקתיות ההפרדה במקרים אחרים – למשל, במקרי קווים פרטיים – תהיה תלויה גם במטרה ובהקשר של ההפרדה – ובכללם עשויה לעלות גם שאלת ההסכמה.

באשר למצב המשפטי, ישנה הטענה שדין כל הפרדה מגדרית כדין הפרדה מטעמים "חשודים" אחרים²⁹ כמו גזע, צבע עור ודת. בכל אלו אין קבלה של דוקטרינת "נפרד אך שווה" – התפישה היא שכל הפרדה כזו מביאה למצב שבו אין שוויון. כפי שאמר בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Brown* הידועה בכל הנוגע להפרדה בין שחורים ללבנים במוסדות לימוד, הדוקטרינה של "separate but equal" היא "inherently unequal"³⁰ (בישראל, פסק הדין הידוע בעניין זה הוא פסק דינו של הנשיא אהרן ברק בהלכת קעדאן).³¹

עם זאת, יש לשים לב לכך שהפרדה מגדרית יכולה להיות מוצדקת בנסיבות שבהן הפרדה מטעמי גזע או צבע עור תהיה פסולה ובלתי-חוקית. הכול מקבלים, למשל, הפרדה מגדרית מטעמי צניעות הגוף. הפרדה כזו מותרת כחריג גם אצל חלק מהכותבים הפמיניסטים והיא מקובלת בדמוקרטיה ליברליות.³² ניתן לטעון כי

²⁸ דוגמה לקו מחשבה זה הוא פסיקת בתי המשפט באירופה בנושא לבישת הרעלה במרחב הציבורי – ראו למשל: גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" **משפט וממשל** יב 191 (2009); Céile Laborde, *State*; *Paternalism and Religious Dress Code*, 10(2) INT'L J. CONST. L. 398 (2012) מעניין שדווקא הפסיקה הישראלית, הדומה בעניין זה, הלכה בכיוון אחר וטענה שדווקא במרחב הציבורי – כלומר בבית ספר ציבורי להבדיל מבית ספר פרטי – יש לחזק את היכולת לקיים את מצוות הדת – ראו: בג"ץ 4298/93 **ג'בארין נ' שר החינוך**, פ"ד מח(5) 199, פסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1994).

²⁹ פינטו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 111, הערה 2; ראו גם: Gila Stople, *Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices That Discriminate Against Women*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 154 (2003).

³⁰ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³¹ בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000). במקרה זה נקבע שאין למנוע מהעותר לרכוש קרקע ביישוב קציר אך ורק בשל היותו ערבי.

³² חריגים לכך ניתן למצוא בארצנו במקלחות המשותפות שנהגו בקיבוצי השומר הצעיר וברחצה וסאונה משותפת לגברים ונשים בעירום ובמדינות צפוניות ודוברות גרמנית. ראוי לזכור גם כי התיקון לחוקה האמריקנית שביקש להנהיג שוויון חוקתי בין המינים, ושאותו יזמו תנועות נשים וחוגים ליברליים בשנות השישים, סוכל בין היתר על ידי מתנגדים שמרנים – לאחר שאושר על ידי שני בתי הקונגרס – אשר טענו כי הדבר יחייב הקמת בתי שימוש משותפים לשני המינים. ההצעה עצמה לא עסקה בהפרדה מגדרית אלא הסתפקה בקביעה המרכזית: "Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex". ארגוני הנשים זעמו על טיעון דמגוגי זה, שלווה בטענה כי התיקון לחוקה יחייב גיוס נשים לצבא (בתקופה שבה היה גיוס חובה לגברים). בשנת 1982 – כאשר היו חסרים שלושה אישורים כדי להגיע להסכמתם הדרושה של שלושה רבעים מהמדינות לצורך

הפרדה מטעמי צניעות אינה נתפשת כמשפילה בשל אופן התפתחותה ההיסטורי והתפישות החברתיות בעניינה.³³ אך עובדה זו אינה מצדיקה הפרדה דומה מטעמי גזע, דת וצבע עור. בעוד המגדר נתפש כמשתנה רלוונטי לעניין הפרדה לשם שמירה על הצניעות, ברור שהקמת בתי שימוש לגזעים נפרדים תיחשב להפליה פסולה. יש להבין את הקשר בין ההיגיון של הלכת *Brown* לעניין זה. הטענה העקרונית היא שגם אם התנאים החומריים בין קבוצות מופרדות הם זהים, הרי אם ההפרדה משקפת תפישה של אחת מהן כנחותה, הרי היא מפלה כלפיה. אך כאשר הטעם שביסוד ההפרדה מקובל – למשל, צניעות – היא לא תיתפש כמשפילה ומפלה. דוגמה זו מספיקה כדי לפסול את הטענה שדין שתי ההפרדות – הגזעית והמגדרית – זהה תמיד, וכי אין להחריג, במקרים מיוחדים, את ההפרדה המגדרית מגדר איסור ההפרדה הכללי.³⁴

יתרה מזו, לא רק בשל חריג צניעות הגוף יש להבחין בין הפרדה מגדרית לבין הפרדות אחרות. גם במדינות שחוקקו חוקים המתנגדים במפורש להפליה מגדרית ומיועדים לקדם שוויון, נותרו איים של הפרדה מגדרית מותרת. אמת הדבר, איים אלו מקוממים תנועות פמיניסטיות וליברלים חסידי שוויון מוחלט שאינם רואים הבדל בין תופעות אלו לבין הפרדה מטעמים פסולים. אך המחוקקים מסתפקים במקרים רבים בהוראה כללית של שוויון ואיסור הפליה, ואינם מחייבים במפורש שילוב מגדרי בכל המוסדות. בישראל, אם הפרדה מגדרית לא תהיה מבוססת על הבחנה רלוונטית – למשל, צניעות – הרי היא תפגע בזכויות לשוויון ולכבוד. או אז היא תצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. הבחנה רלוונטית מרכזית שבה נעסוק בחלק ג של המאמר היא הסכמה. אכן, הפרדה שנעשית בהסכמה אמיתית אינה פוגעת בזכות החוקתית לכבוד, ועל כן אינה צריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. אך הדיון אינו מתמצא בפסקת ההגבלה – המחוקק הישראלי עסק במפורש בסוגיה של הפרדה מגדרית. הוא יצר הסדר תת-חוקתי שנועד לאזן בין זכותם של פרטים לשוויון ולא-הפרדה מפלה, לבין זכותם של פרטים לקיים נהגים תרבותיים ודתיים הכוללים הפרדה. הסדר זה

אישור תיקון חוקתי – עברה התקופה שבה היה ניתן להעביר את התיקון. דבר זה גרם לזעם רב בקרב ארגוני הנשים שלחמו למען התיקון, אך החוק הרחב יותר, ה־Civil Rights Act, מהשנים 1964 ו־1968, חיפה על כך במידה רבה.

³³ פינטו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 139.

³⁴ בעוד הפרדה מטעמי צניעות מקובלת באופן עקרוני, הרי גבולותיה של הפרדה זו שנויים במחלוקת. פרופ' פרנסס רדאי, למשל, רואה השפעה פטריארכלית על כללי הצניעות של הדתות המונותאיסטיות מהן זלגה השפעה זו לכמה מערכות משפט. היא קובעת כי גם באלו ניכר אי-שוויון בולט בין גברים לנשים, ומביאה כדוגמאות לכך את איסור ההנקה ברשות הרבים ואת דרישת הלבוש הצנוע בשכונות דתיות. ראו: Frances Raday, *Modesty Disrobed – Gendered Modesty Rules Under the Monotheistic Religions, in FEMINISM, LAW, AND RELIGION* (Marie A. Failinger, Elizabeth R. Schiltz & Susan J. Stabile eds., 2013); 283; כרמי ושפירא-רוזנברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 54.

הוא חוק איסור הפליה.

2. הפרדה וחוק איסור ההפליה

ראוי לציין שגם כאשר הטיל המחוקק חובת שוויון על ספקי שירותים ומוצרים במגזר הפרטי והציבורי, הוא עשה זאת מתוך פשרה בנושא המגדרי. בחוק איסור ההפליה – חוק חשוב ביותר שלא זכה לתשומת לב ראויה – נקבעה עקרונית חובת אי-ההפליה המגדרית.³⁵ עם זאת, הוסיף החוק כי לא תהיה הפליה "בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה".³⁶ זו הייתה פשרה שהושגה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, והיא העדות החשובה והמשכנעת ביותר לכך שחוק זה אוסר הפרדה מגדרית ורואה בה, בכפוף לפשרה זו, הפליה אסורה. יש לבחון בקפדנות אם הוראותיה של פשרה זו נשמרות, שכן בכל מקרה שבו יש הפרדה מגדרית מותרת – והיא מותרת רק במקרים מוגבלים שבהם ההפרדה נחוצה לקבוצה מסוימת ואופי השירות או המוצר יצדיקו את ההפרדה – מוטלת על ספק השירות חובה להציע חלופה סבירה שתעמוד לרשות אותו ציבור שאינו מעוניין בהפרדה.

יש כאן שני תנאים: ראשית, נחיצות ושנית, הצדקה. העמידה בשני תנאים אלו הכרחית לחוקיותן של הפרדות רבות בנוף הישראלי. למשל, גם הנוהג הוותיק של הפרדה בין בנים לבנות בבתי ספר של החינוך הממלכתי-דתי והחרדי מעורר את השאלה, שבה נדון להלן, אם הפרדה זו, אף שקדמה לחוק איסור הפליה, מתיישבת עם איסורי החוק, שכן על פיו שירותי החינוך מהווים "שירות ציבורי".³⁷ תנאי הנחיצות עניינו היכולת ליהנות מהמוצר או מהשירות בהיעדר הפרדה. פרשנות אובייקטיבית יותר של תנאי זה עלולה לעורר בעיות. למשל, ניתן לקבל את טענת מי שמבקשים הפרדה מגדרית בקווי אוטובוס, שהדבר נדרש לפי הדת היהודית; אך ניתן גם לשאול אם הדת באמת מחייבת הפרדה מגדרית בקווי אוטובוס מטעמי צניעות. אם לא כן, ניתן לטעון שאין מתקיים תנאי הנחיצות. הבעיות שמעורר תנאי זה

³⁵ ס' 3(א) לחוק איסור הפליה קובע: "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות" (ההדגשה הוספה).

³⁶ ס' 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה.
³⁷ ס' 2(א) לחוק איסור הפליה מגדיר "שירות ציבורי": "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי" (ההדגשה הוספה).

מגוונות ביותר, והן אינן מענייננו במאמר זה.

המשך המאמר יתרכז בתנאי ההצדקה, הנוגע "באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה". כפי שכבר נאמר, יונח שאכן יש לחלק מהציבור הדתי צורך מסוים בהפרדה. הדיון כאן יתרכז בהצדקה על רקע הפגיעה בזכויות, על רקע הסכמה להפרדה ועל רקע קיומה של חלופה סבירה. בפרשת רגן בית המשפט לא דן בשאלות מהות ההסכמה והחלופה הסבירה. הוא לא בחן אם לקווי המהדרין יש חלופה סבירה מבחינת נגישות קווים מסוימים, תכיפות הנסיעות ומחירי הנסיעה. זהו מרכיב חיוני בהסדר, הנדרש על ידי סעיף החוק האמור. הוא יכול להעיד על מידתיות ההסדר. ברור שבהיעדר חלופה סבירה ל"קווי המהדרין", ההסדר כולו – גם אם הותר על בסיס רצוני על ידי בית המשפט העליון – נוגד את החוק.³⁸ בכך התעלם בית המשפט מסעיף הפשרה, המהווה הוכחה ניצחת לכך שאיסור ההפליה שבחוק טומן בחובו גם איסור הפרדה מגדרית, אלא אם כן היא עומדת בשני התנאים. שאם לא כן לא היה בחריג כל צורך. זהו חוק ברור נגד הפליה מגדרית, אשר לעומת החוק האמריקני, אינו מבחין בין מוסד ציבורי הממומן על ידי המדינה לבין מוסד פרטי שאינו נזקק לכספי המדינה. הגיע הזמן שהרשויות – כולל בתי המשפט – יתייחסו לחוק חשוב זה ברצינות הראויה.

על סעיף הפשרה ועל ניסוחו נמתחה ביקורת קשה.³⁹ עם זאת, אילולא התקבלה פשרה זו, היו נסתמים הסדקים בחומת הבידוד שנגזר על נשים חרדיות. בהקשר זה, מעניין מאוד לבחון את הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט.⁴⁰ במרכז הדיונים עמדו

³⁸ ניתן לטעון כי בהיעדר קווי מהדרין, האוכלוסייה החרדית – ובתוכה הנשים החרדיות – לא תוכל להשתמש בתחבורה הציבורית. אך דבר זה אינו מונע את הביקורת שלפיה יש לדאוג לחלופה סבירה לקווים אלו.

³⁹ נויה רימלט טוענת כי סעיף הפשרה בחוק מעניק לגיטימציה רחבה להפרדה מגדרית לעומת הפרדה על רקע מאפיינים אחרים (כדוגמת מוצא) – ראו: נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" **עלי משפט** ג 99, 135 (2003). עוד היא טוענת כי החריג מכיר בצורך לא לגיטימי ואף לא אותנטי של הקהילה החרדית – ראו: רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 793–794; גם צבי טריגר מתייחס בחשדנות לסעיף, בטענה שנוסח על ידי רוב של גברים שלא בהכרח שקלו את האינטרס של הנשים החרדיות – ראו: טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 712; לעומת תפישה זו, הראל ושנר רואים בפשרה ביטוי לתפישה רב-תרבותית: לדידם, על החברה לכבד את הזכות לתרבות של הקהילה החרדית ורצונה לשמור על צניעות – ראו: אלון הראל ואהרון שנר "ההפרדה בין המינים בתחבורה ציבורית" **עלי משפט** ג 71, 79 (2003); בעניין זה ראו גם: משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15, 27 (2003). נראה שהביקורת אינה מייחסת את המשקל הראוי הן לחיזוק שפשרה זו נותנת לאיסור הכללי של ההפרדה המגדרית ולתנאים המגבילים אותה.

⁴⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 174 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (30.8.2000) זמין ב־ www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-08-30.html (נבדק לאחרונה ב־

שתי שאלות: ראשית, אם להכיר בחוק באפשרות להפרדה מגדרית ושנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, באילו תנאים יש לאפשר את ההפרדה המגדרית. "העמדה הדתית" הובעה על ידי חבר הכנסת שאול יהלום, שטען כי "הפרדה אינה הפליה" ואם אדם חונך לפי נוהגי הפרדה, אין למנוע ממנו שירותים ופעילויות.⁴¹ מנגד, "העמדה הפמיניסטית" הובעה על ידי נציגת שדולת הנשים רחל בנזימן, שטענה כי כל הפרדה פוגעת בקבוצה המופלית, ולכן אין לכלול בחוק חריג שיתיר במפורש הפרדה מגדרית אלא חריג "כללי" (שהציעה האגודה לזכויות האזרח) שיתיר הפרדה בנסיבות מסוימות.⁴² החשש מהחריג ה"כללי" הובע על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהושע שופמן, שטען שהדבר עלול לפתוח פתח רחב מדי להפליה.⁴³ בסופו של דבר התקבל סעיף הפשרה. עמדה התומכת בו הובעה על ידי כותב מאמר זה, אשר היה יושב ראש הוועדה. הפשרה נשענה, מחד גיסא, על כך שההפרדה היא נוהג מקובל בקרב קהילות מסוימות וחלק מאורח חייהן, ואין למנוע מהן שירותים ופעילויות בשל כך.⁴⁴ למשל, הובאה דוגמת הצגות הקולנוע המופרדות המיועדות לקהילה החרדית בירושלים: "אם לא תהיה הפרדה, אז לא יהיה קולנוע".⁴⁵ מאידך גיסא, היא נשענה על כך שהפרדה עלולה לעלות לכדי הפליה – ולכן נאמר במפורש שהנוסח צריך להיות צר מספיק כדי שלא לאפשר הפרדה באוטובוסים.⁴⁶ ניתן להעלות את הטענה שלאיסורי הפליה והפרדה בחוק יש גם השפעה מחנכת, גם כאשר הם נתקלים בהתנגדות ציבורית רחבה. כך, למשל, השתנה היחס כלפי הומוסקסואלים מהקצה אל הקצה בהשפעת ביטול עברת משכב הזכר שישראל ירשה מהמשפט המנדטורי,⁴⁷ כשלימים אומצו הסדרים נוספים שנועדו להביא לשוויון כלפי בעלי נטיות מיניות שונות.⁴⁸ לפיכך ניתן לומר שהוכשרה גם דעת הקהל בכמה מדינות לנישואים או ברית נישואים חד־מיניים. מצד אחר, ניתן לטעון כי ההפרדה בין גברים לנשים חדרה כה עמוק לתרבות הכללית עד שרק תהליך ארוך טווח יוכל לשנות נורמה זו – אם בכלל.

30.11.2014); פרוטוקול ישיבה מס' 188 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (30.10.2000) זמין ב־www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-10-30-01.html (נבדק לאחרונה ב־30.11.2014).

41 שם, פרוטוקול ישיבה מס' 174, בעמ' 14.

42 שם, בעמ' 10.

43 פרוטוקול ישיבה מס' 188, לעיל ה"ש 40, בעמ' 3.

44 שם, בעמ' 8–9.

45 שם, בעמ' 10.

46 פרוטוקול ישיבה מס' 174, לעיל ה"ש 40, בעמ' 12.

47 יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד־מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" **משפט וממשל** ד 531, 543–550 (2005).

48 ע"ם 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פס' 53–58 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

בדין הישראלי נעשו, למשל, הבחנות בין גברים לנשים בהקשר שירות הביטחון⁴⁹ והכנסת עצמה חוקקה חוק המסדיר חופי רחצה נפרדים לנשים ולגברים,⁵⁰ בלי שדברים אלו יעוררו את זעם הציבור החילוני הליברלי. חוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964 ממחיש היטב כי לסובלנות כלפי משטר של הפרדה מגדרית – הפרדה שבכל תחום אחר מעוררת התנגדות אינסטינקטיבית של כל אדם חילוני וליברלי – יש גם הקשר רב-תרבותי: צריך להעניק הגנה מיוחדת לציבורים דתיים ולהתחשב באורחות חייהם ובדרישות צניעות המהוות חלק מתרבותם.⁵¹ אך למען האמת יש לומר שהאדם החילוני הליברלי נוטה להסכים להפרדה מגדרית גם משום שהוא רואה בה לפעמים – כמו בספורט, בשירות הצבאי או בחינוך – דבר רציונלי ומוצדק. אי-אפשר להתעלם מכך ששירות צבאי חובה לנשים – להבדיל משירות הנובע מלחץ חברתי בלבד – לא נקבע בשום דמוקרטיה למעט ישראל (גם בימי המבחן הקשים של מלחמת העולם השנייה); וישנם במערב איים אחדים של חינוך פרטי (דתי או חילוני) נפרד לבנים ולבנות (בעיקר בגיל ההתבגרות) גם בדמוקרטיות השומרות בקפדנות על שוויון במגזרים אחרים. כותב שורות אלה מאמין שיש עדיפות מובהקת לחינוך מעורב (ואולי בעיקר בגיל ההתבגרות), אך אינו יכול להתעלם מכך שיש גם החולקים על עמדה זו מטעמים פדגוגיים, ויש אף פמיניסטיות הרואות חיוב בהפרדה זו במקרים מסוימים.⁵²

הפרדה מגדרית נהוגה במגזרים שונים, ולא כולם יראו בכל צורותיה סממן של הפליה, ודאי לא במדינה שיש בה ציבורים גדולים מאוד – יהודים חרדים ודתיים ומוסלמים – הטוענים שהפרדה זו היא חלק ממצוות אמונתם הדתית. לדעתי, יש לוודא שהפרדות אלה לא יתפשטו לשטחים חדשים ושיציבורים אלה לא ירחיבו את כללי אמונתם ויבקשו להחילם על תחומים חילוניים ועל המרחב הציבורי. ההפרדה המגדרית בכותל, למשל, מלווה בהפרדה בשערי הכניסה לאתר עצמו, שהם גם שערי הכניסה לחלק מהעיר העתיקה וגם משמשים ציבור כללי, לא בהכרח דתי ודוגל

⁴⁹ לאחרונה נקבע שיקוצר פער השירות שבין גברים ונשים משנה לארבעה חודשים – ראו: הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19 והוראת שעה) (שילוב תלמידי ישיבות), התשע"ג-2013, ה"ח 1124; חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014, ס"ח 2441.

⁵⁰ ס' 6(א)(4) לחוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964.

⁵¹ להצדקת ההתחשבות בתרבות כחלק מהכרה בזהות ראו: אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

⁵² לטיעונים השונים בנוגע להפרדה בחינוך, ראו: Rosemary C. Salomone, *Feminist Voices in the Debate Over Single-Sex Schooling: Finding Common Ground*, 11 MICH. J. GENDER & L. 63 (2004); Martha Minow, *Fostering Capacity, Equality, and Responsibility (and Single-Sex Education): In Honor of Linda McClain*, 33 HOFSTRA L. REV. 815 (2005); L. REV. 815 (2005); להרחבה ראו גם: ROSEMARY C. SALOMONE, *SAME, DIFFERENT, EQUAL: RETHINKING SINGLE-SEX SCHOOLING* (2003).

בהפרדה.⁵³ קשה לתקן מצב מעוות זה במצב הפוליטי של ארצנו, אך את הוראות חוק איסור הפליה יש לאכוף במלואן. צבי טריגר מציין בצדק את התופעה החמורה של התפשטות ההפרדה לתחומים חדשים ההולכים ונכבשים על ידי חוגים קנאיים המכתיבים הפרדה אנטי-נשית גם בקרב מערכות חילוניות.⁵⁴ במיוחד חמור הנוהג המתפשט בקרב קהילות יהודיות מסוימות לנקוט הפרדה מגדרית בעת הלוויות. על פי נוהג זה, נשים מורחקות מעמידה והספד ליד הקבר גם כאשר מדובר בבנות משפחה של הנפטר, וגם כאשר הן אינן דתיות. זהו נוהג פסול לא רק מבחינה חוקית, אלא גם מבחינה מוסרית, שכן המנהיגים אותו מנצלים את מצבן הקשה של האבלות כדי לגזור עליהן גזרה שהן לא תמיד יכולות להתקומם נגדה.⁵⁵ ראוי גם לזכור שברוב הרשויות המקומיות אין "חלופה סבירה" לקבורה דתית.⁵⁶ בהקשר זה נראה שסעיף הפשרה המצוין בחוק איסור הפליה מאזן היטב בין התחשבות במעוניינים בהפרדה לבין הערך האוניברסלי של שוויון.

3. מקרה מבחן: הפרדה בחינוך

הדיון בהפרדה במערכת החינוך חשוב משני טעמים: ראשית, מקרה מבחן זה מדגים גם את ההתפשטות המדאיגה של תופעת ההפרדה המגדרית; ושנית, הוא מעמיד את היסודות לדיון בשאלת ההסכמה, שבה נדון בחלק הבא. בטרם נדון במערכת החינוך בישראל, ראוי לגעת בדינים בנושא זה בארצות-הברית ובאנגליה. בארצות-הברית ישנו חוק מרחיק לכת בעניין זה. הוא ידוע בשם "Title IX", והוא בעצם חלק מהתיקונים העקיפים לחוק החינוך משנת 1972, אשר בוצעו על ידי ה- Equal

⁵³ על כן ניתן לטעון שנוהג זה אסור גם לפי חוק איסור הפליה, בשל שורת נימוקים: ההפרדה אינה מוצדקת בהתחשב "במידת החיוניות" שלה ובכל מקרה על הרשות לספק חלופה סבירה ולא מופרדת שתעמוד לרשות אותו חלק מהציבור שאינו רוצה בהפרדה.

⁵⁴ טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 718-721; מקרה אופייני הוא הרשעתו של נוסע חרדי בהטרדה מינית והתנהגות פסולה במקום ציבורי כאשר דרש מנוסעת לעבור לחלק האחורי של האוטובוס וקרא לעברה "פרוצה" – ראו: ניר חסון "חרדי שכינה חיילת "פרוצה" הורשע בהטרדה מינית" **הארץ** 6.3.2014 זמין ב- www.haaretz.co.il/news/law/1.2262605 (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014). החרדי סבר בטעות כי מדובר באוטובוס חרדי. כפי שניתן לראות, הנורמה של "קווי מהדרין" שואפת להתפשטות.

⁵⁵ גם נושא זה מוזכר במכתב היועץ המשפטי לממשלה בעניין הדרת נשים. נאמר שם כי הפרדה אינה חוקתית כלל, ועל המשרד לשירותי דת להפסיקה – אך זאת אלא אם כן "משפחת המנוח מביעה את רצונה המפורש כי ינקטו סידורי הפרדה מסוימים או כי אישה לא תישא דברי הספד". הבעייתיות שהסכמה זו מעוררת דומה לבעייתיות המתעוררת בהסכמתה של האישה החרדית לעלות בדלת האחורית של האוטובוס – נדון בכך בהמשך.

⁵⁶ אף שיש חוק המאפשר זאת – חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996; ראו גם כרמי ושפירא-רוזנברג, לעיל ה"ש 6.

Opportunity in Education Act, 2002. החוק קובע בלשון חד-משמעית: "No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in [...] any education program or activity receiving federal financial assistance"⁵⁷.

אך גם להוראה מרחיקת לכת זו ששינתה את פני מערכת החינוך האמריקנית, יש חריגים: היא אינה חלה על החינוך הפרטי (שאינו נזקק לתמיכה כספית פדרלית), בין שהוא דתי ובין שהוא כללי; ושאלת אי-תחולתה על תנועת הצופים חוללה סערה ציבורית.⁵⁸ יתר על כן, במסגרת תכניות לימודים חדשניות התיר משרד החינוך בשנת 2006 חריגים לחובת השילוב.⁵⁹ כך, למשל, הפרדה מגדרית מותרת בפעילויות מסוימות כגון חינוך גופני או חינוך מיני ובמקרים מיוחדים של העדפה מתקנת. חריגים אלו עוררו מחאות של ארגוני זכויות אדם. אך שוב, אין לתאר חריגים אלה כמקבילים להפרדה גזעית. ניתן לטעון כי הם קשורים באיסורים הנובעים מצניעות הגוף וצניעות מינית, אך העובדה שהאיסורים אינם חלים על מוסדות חינוך פרטיים אינה נובעת מנימוק זה, אלא מנימוקים הקשורים בתפיסה החוקתית הבסיסית הנהוגה בארצות הברית. ישנה עמדה משפטית בארצות-הברית שלפיה יש להתיר הפרדה בחינוך מתוך הבחנה שבקולג'ים שבהם מונהגת הפרדה, קבוצות מיעוט הומוגניות יכולות ליהנות מחירויות שאינן זמינות להם בקולג'ים מעורבים.⁶⁰

החוק האנגלי – "The Equality Act" – מרחיק לכת גם הוא. על רקע טיב עברה הקרוב של אנגליה הוא יכול להיחשב אף למהפכני, משום איסורי ההפליה למיניה שנקבעו בו. אך גם חוק זה, כפי שהוא מתפרש על ידי משרד החינוך האנגלי, ואף שהוא צמצם מאוד את היקף החינוך המגדרי הנפרד, לא אסר אותו לגמרי. בהוראות משרד החינוך הבריטי מפורטות הנסיבות שבהן יותר לבית ספר המיועד למגדר אחד לפעול, וכן מוחרגים בתי ספר דתיים: "Schools with a religious character (commonly known as faith schools) have certain exceptions to the

⁵⁷ 20 U.S.C § 1681(a).

⁵⁸ Boy Scouts of America et al. v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).

⁵⁹ בעקבות זאת עלה מספר תכניות הלימוד הציבוריות המופרדות (לאו דווקא מטעמים דתיים) – ראו: Rebecca S. Bigler & Margaret L. Signorella, *Single-Sex Education: New Perspectives and Evidence on a Continuing Controversy*, 65 SEX ROLES 659 (2011). עם זאת, עדיין מדובר במיעוט שולי וזניה של בתי ספר ציבוריים מופרדים.

⁶⁰ הראל ושנרן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 72–73; בפרשת U.S. v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) פסל בית המשפט העליון את מדיניות הקבלה של קולג' צבאי בתמיכת המדינה (ה־ Virginia Military Institute) מכיוון שהוא קיבל רק גברים. דבר מעניין בהקשר לענייננו הוא שקיום תכנית מקבילה לנשים בקולג' אחר לא הכשירה את המדיניות, מכיוון שנמצא שהתכניות הנפרדות אינן שוות. עם זאת, יש לציין שבית המשפט לא פסל הפרדה בין גברים לנשים ככל שיוצגו לכך צידוקים משכנעים ביותר. שאלה זו עדיין שנויה במחלוקת עזה בין משפטנים בארצות-הברית.

religion or belief provisions which allow them to discriminate because of religion or belief in relation to admissions and in access to any benefit, facility or service”⁶¹.

הרציונל כאן הוא הרציונל הרב-תרבותי המבקש להגן על התרבות הדתית של המיעוט. גם כאן כמו בארצות-הברית היקף התופעה זניח.

בישראל המצב שונה לחלוטין וההפרדה המגדרית בתחום החינוך גדלה והולכת במערכת החינוך הממלכתית-הדתית. במערכת החינוך החרדית, על כל שלוחותיה, ההפרדה היא מוחלטת. החוק הישראלי, שלא כמו חוקי צרפת,⁶² ארצות-הברית ואנגליה, אינו אומר דבר בעניין זה. אך ניתן לטעון כי מכוח עקרונות הכרזת העצמאות, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק איסור הפליה, הפרדה מגדרית אסורה וכל הרוצה בה, חייב להוכיח שאינו מפר את חוק איסור הפליה. יתר על כן, מכיוון שכמעט כל מערכות החינוך בישראל ממומנות על ידי המדינה, ראוי שכל הפרדה מגדרית במערכת החינוך תוסדר בחקיקה של הכנסת, שתדון הן בעצם ההפרדה הן בהיקפה (למשל, טווח הגילאים שבו היא מותרת). הכותב מודע לכך שזוהי משאלת לב שסיכוייה להתגשם קטנים במצב הפוליטי הנוכחי. אך חשוב לזכור שהמצב המשפטי הנוכחי בנוגע למערכת החינוך פגום מכל בחינה שהיא ומנוגד לחקיקה במדינות דמוקרטיות אחרות.

במקרים אלו אין מדובר בהסכמת התלמידות הקטניות, אלא בהסכמת ההורים. ההפרדה נתפשת כהתחשבות ברצון ההורים לכך שהמסגרת החינוכית של ילדיהם תתנהל לפי מצוות דתם.⁶³ נראה שהיא מקיימת את תנאי הנחיצות בחוק ההפליה.⁶⁴

⁶¹ Dept. of Education, The Equality Act 2010, departmental advice for school leaders, school staff and government bodies in maintained schools and academies www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/315587/Equality_Act_Advice_Final.pdf (נבדק לאחרונה ב-30.12.2014).

⁶² בצרפת אסורה לחלוטין הפרדה בחינוך הציבורי – ראו: ס' 10 לצו 1301-76 מ-28 בדצמבר 1976 בנוגע לגני ילדים וחינוך יסודי, הקובע כי “Les classes maternelles et primaires sont mixtes”; וס' 9 לצו 1304-76 מ-28 בדצמבר 1976 בנוגע לבתי ספר על-יסודיים, הקובע כי ההרשמה לבתי ספר אלו תהיה “accessible aux élèves des deux sexes”. המסורת הצרפתית של חינוך משותף לבנים ולבנות קדמה למהפכה. בשנות החמישים 40% מבתי הספר העל-יסודיים היו משותפים, אך משנות השישים ואילך כולם הפכו למשותפים. לפי הצהרתו של משרד הנוער הצרפתי, עדיין יש מיעוט זעיר של בתי ספר מופרדים: 0.07% ברמה היסודית ו-0.8% ברמה העל-יסודית. נתונים אלה מצויים בדיוני הסנאט בנושא זה מ-23 ביוני 2014 זמין ב-www.senat.fr/rap/r03-263/r03-2637.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

⁶³ לטם פרי-חזן **החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה** 260 (2013).
⁶⁴ עדות לרצונם החזק של הורים חרדים לכך שילדיהם יזכו במסגרת חינוכית לפי מצוות דתם נמצאת בבג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 6.8.2009). במסגרתו הייתה התנגשות חריפה בין ההורים לבין בית המשפט על רקע הרצון לבטל הפרדה דתית בבית ספר לבנות בעמנואל; ראו: מנחם מאוטנר “פרשת עמנואל ובעיות המפגש הבין-

עם זאת, גם אם מקבלים את הרציונל הרב-תרבותי שלפיו יש להתחשב ברצון הקהילה לחנך את ילדיה כראות עיניה,⁶⁵ יש בעיה מבחינת תנאי ההצדקה – במיוחד לנוכח היעדר חלופה ולנוכח התרחבות התופעה. כיום ההפרדה חלה גם על פעוטות, וגם, כמובן, על תלמידי ישיבות. והיא חלה גם – באישור המועצה להשכלה גבוהה⁶⁶ – על מגמות חרדיות במוסדות להשכלה גבוהה.⁶⁷ בחינוך הממלכתי-הדתי יש מצב מוזר. החוק אינו מטיל חובת שוויון כלשהי בין תלמידים לתלמידות בחינוך הממלכתי, ואין הליך פורמלי הקובע סמכויות או הליכים בעניין זה.⁶⁸ בעבר הייתה נהוגה בחינוך הממלכתי-הדתי הפרדה בכיתות העליונות של בית הספר היסודי (בכיתות ו, ז ו-ח) ובחינוך העל-יסודי; אך עקב ההקצנה בקרב חלק מהציבור הדתי, ובשל הצורך להתחרות בחינוך החרדי, החל תהליך של הורדת גיל התלמידים הלומדים בכיתות נפרדות, והוא מגיע כיום לכיתה ב ובמקרים מסוימים אף לגן הילדים. מספר

תרבותי" **תרבות דמוקרטית** 15, 197 (2013).

⁶⁵ מייקל ולצר "אילו זכויות מגיעות לקהילות תרבותיות?" **רב-תרבותיות במבחן הישראליות** 53 (אוהד נחתומי עורך, תשס"ה); איימי גוטמן **חינוך דמוקרטי** 327 (אמיר צוקרמן מתרגם, ספרית פועלים, 2002); STEPHAN MACEDO, DIVERSITY AND DISTRUST: CIVIC EDUCATION IN A MULTICULTURAL DEMOCRACY 188–190 (2000); העובדה שמדובר בחינוך הנתון באופן מוחלט לשליטת גורמים לא ליברליים מעוררת בעיות שחורגות ממאמר זה. ראו למשל: משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" **משפט וממשל** יא 367 (2008); BRIAN BARRY, CULTURE AND EQUALITY: AN EGALITARIAN CRITIQUE OF MULTICULTURALISM 237–242 (2002).

⁶⁶ אמנון רובינשטיין ויצחק פשה **סדקים באקדמיה** 111–112 (2014).

⁶⁷ מעניינות בהקשר זה הדעות שהביעו יופי תירוש וזהר כוכבי מכאן ויעקב בן שמש מכאן. ראו: תירוש וכוכבי "חרדים לאקדמיה המופרדת" **Ynet** 18.3.2014 זמין ב- www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4499958,00.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014). תירוש וכוכבי טוענים שיש גבול גם לסובלנות ולרצון לקדם את החינוך בקרב החרדים. הם טוענים שנוהג ההפרדה הולך ומתפשט. לכן, אם מקבלים את הטענה שטמונות בו השפעות שליליות – על מעמד האישה, על כבוד האדם, על רמת ההוראה, על המסר החינוכי המועבר וכן הלאה – הרי יש להתנגד להפרדה; מצד שני, בן שמש טוען שהערכים החיוביים הטמונים בחינוך גוברים על הערכים השליליים הטמונים בהפרדה (והוא אף מציין שיתכן שטמונים בה גם ערכים חיוביים). זאת ועוד, הוא טוען שישנה הסכמה מודעת ומלאה מצד נשים חרדיות לנוהג ההפרדה. לכן, אם מניחים שבהיעדר הפרדה החרדים יוותרו על החינוך, ושישנה חלופה לחינוך המופרד, הרי יש לתמוך בהפרדה. ראו: יעקב בן שמש "אל תדירו את החרדיות מהאקדמיה" **Ynet** 23.3.2014 זמין ב- www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4501834,00.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014); ראו גם: יפעת ביטון ויופי תירוש "אסור להיכנע להפרדה" **הארץ** 20.3.2013 זמין ב- www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.1971536 (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

⁶⁸ בראיון שנתן לאתר NRG ב-6.3.14 אמר הרב הממונה על החינוך הממלכתי-דתי במשרד החינוך כי ההפרדה המגדרית היא "נושא בלתי משמעותי". ראו: "יו"ר החמ"ד: הרב אלון לא יכול לעבוד כאיש חינוך" **NRG** 6.3.2014 זמין ב- www.nrg.co.il/online/11/ART2/563/941.html (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

התלמידים בכיתות מופרדות עלה בהתמדה בשנים האחרונות: מ-41,553 בשנת 2000 ל-68,596 ב-2013. בהדרגה הורחבה ההפרדה והוחלה גם על כיתות נמוכות: בשנת 2013 למדו תלמידי כיתה א בכיתות מופרדות (10,773) יותר מאשר בכיתות מעורבות⁶⁹. (9,274)

למדיניות זו יש השפעה תקציבית, שכן בחינוך היסודי תמיכת הממשלה ניתנת לא לתלמיד, אלא לכיתה; והפרדה גוברת משמעותה כיתות קטנות יותר.⁷⁰ העניין מסתכן עוד במקומות שבהם יש התנגדות של הורים להפרדה, ואז מתעורר הצורך – בעיקר ברשויות מקומיות קטנות – בשלוש כיתות מקבילות: בנים, בנות וחינוך מעורב. על פי הנוהג זה שנים רבות, הסמכות בעניין זה – כמו בעניינים רבים אחרים – מסורה לשר החינוך (בהמלצת המועצה לחינוך ממלכתי-דתי). בכל ההיבטים הללו מדובר במוסדות הממומנים מכספי ציבור והחסינים מכל בקרה תקציבית או פרלמנטרית – מצב בלתי-סביר בעליל. שאלה זו, וכן שאלת ההתאמה בין הפרדה זו לבין חוק איסור הפליה, טרם נדונו בכנסת או בבתי המשפט.⁷¹

ענינו רואות: גם מי שמכיר בחריגים לחובת אי-ההפרדה – בנושאי צניעות,

⁶⁹ נתונים אלה נלקחו ממחקרו של אריאל פינקלשטיין **החינוך הממלכתי-דתי: תמונת מצב, מגמות והישגים** חלק ב (תנועת נאמני תורה ועבודה, 2014) זמין ב- www.toravoda.org.il/files/%20%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94%20%D7%9E%D7%AA%D7%95%D7%A7%D7%9F%20%D7%9C%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%98%D7%A8%D7%A0%D7%98%20%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014). במחקר זה המחבר מצביע גם על כך שהמשמעות התקציבית של ההפרדה היא שולית, אך בתגובת הפרקליטות לעתירה המוזכרת בה"ש הבאה נאמר כי במקרה של הפרדה מגדרית, כיתה שיש בה 10–27 תלמידים מוכרת ככיתה תקנית, ואילו בכיתה תקנית רגילה יש 20–40 תלמידים. כן צוין בה כי בהנהגת חינוך נפרד, כיתה של 28 תלמידים ניתנת לפיצול לשתי כיתות. מעניין לציין שפרקליטות המדינה מצדיקה את החלת עקרון ההפרדה גם על גילאים נמוכים ומסתמכת בעניין זה על פסק הלכה של הרב עובדיה יוסף.

⁷⁰ בדוח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת משנת 2011 צוין כי מספר התלמידים הממוצע בכיתה בחינוך הממלכתי הוא 29 (ביותר מ-32 מהכיתות יש יותר מ-32 תלמידים), ואילו בחינוך הממלכתי-הדתי הוא 24.8 (רק ב-12.2% מהכיתות יש יותר מ-32 תלמידים) – ראו: יובל וורגן **מספר התלמידים בכיתה במערכת החינוך בישראל – תמונת מצב** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2011) זמין ב- www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02912.pdf (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014). בהיעדר, הסבר אחר, ניתן לשער שיש להבדלים ניכרים אלו קשר להפרדה המגדרית.

⁷¹ המלצות היועץ המשפטי לממשלה והחלטת הממשלה שצוינו לעיל בעמ' 6 לא הופנו לשר החינוך. עם זאת, לאחרונה הוגשה לבית המשפט העליון עתירה (בג"ץ 5691/13 **תנועת ישראל חופשית נ' שר החינוך** (לא פורסם, 19.8.2013)) ובה נטען כי החלטה לתקצב בתי ספר מזרם החינוך הממלכתי-דתי אשר הפרדה מגדרית נוהגת בהם, היא פסולה בשל הפליה, חוסר מידתיות וחוסר סבירות. עתירה זו הוגשה על רקע החשש ששרד החינוך יקבל את המלצת מועצת החינוך הממלכתי-דתי להנהיג ולממן הפרדה בבתי הספר מכיתה ד ואילך, ובהסכמת שני שלישים מההורים מכיתה א.

בתחום דתי-פנימי ובתחומי חינוך חריגים – יראה בדאגה את התפשטות התופעה ואת פלישתה לתחומים ממלכתיים וכלליים. נושא ההפרדה המגדרית במערכות החינוך מגיל צעיר נושק לנושא מאמרנו, אך הוא דורש דיון נפרד, שכן כאן אין מדובר בהסכמתן של הבנות המופרדות, וגם לא בהכרח בהסכמתם של ההורים, אלא בלחץ משפחתי או קהילתי ובהחלטות של אגף עצמאי במשרד החינוך שהחלטותיו בעניין זה אינן מונחות על פי חוק או חקיקת משנה. עם זאת, יש קשר עקיף בין נושא זה לענייננו: ההקצנה בחינוך הממלכתי-הדתי מעידה על תהליך כללי; ועצם הרחבת ההפרדה והחלתה גם על כיתות נמוכות יותר מגביר את החשש שעמדתן של הבוגרות שישכימו להפרדה שאליה חונכו תהיה מוכתמת בחדש שאין זו בחירה חופשית, אלא בחירה שהכתיב חינוכן. אך האם בשל כך הסכמתן בנושא זה תהיה פגומה? לדעתי יש להסדיר עניין זה בחוק שיאזן בין זכות ההורים לקבוע עניין זה לילדיהם (וראו שדעה זו תובע באמצעות משאל הורים חשאי, כדי שלא ליצור לחץ קהילתי) לבין חינוך לערכים ליברליים של שוויון בין מגדרי ואוטונומיה.⁷²

ג. הסכמה

1. העמדה "הפמיניסטית" והעמדה "האנטי-פטרנליסטית"

עד כה דובר בהפליה בהקשר של הפרדה, תוך התמקדות בחוק איסור הפליה הישראלי ובנושא ההפרדה בחינוך. כן הוצגו הבעיות המשפטיות והמוסריות הטמונות בהפרדה. כעת אשאל: האם הסכמת נשים לקיומם של נוהגי הפרדה המפלים אותן יכולה להיות תקפה מבחינה משפטית ולהכשיר משטר של הפרדה מגדרית? ניתן להציג בעניין זה שתי עמדות: העמדה הפמיניסטית והעמדה האנטי-פטרנליסטית. ברור לי שכל עמדה כוללת מגוון דעות, אך למען הדיון נראה שניתן לאגדן יחד.

העמדה הפמיניסטית, שכבר הוזכרה בקצרה, היא שבמשטר פטריארכלי יש לפחות לפקפק בהסכמתה של אישה לקיום נוהג לא שוויוני. פרנסס רדאי טוענת כי "הטענה שאישה חופשייה לבחור בין שוויון לאי-שוויון בחברה, שמחנכת גברים ונשים לשליטת הגברים בנשים, אין לה סימוכין. [...] אם יאמר שבכל זאת, בתחומי חיים מסויימים, כגון המשפחה, יש נשים המעדיפות את המסורת הבלתי-שוויונית – תפקיד המשפט להבטיח שההסכמה תהיה רצונית ומודעת, ומצד שני – שהאישה תוכל לחזור בה, להשתחרר מהמסורת הבלתי-שוויונית וליהנות מהזכות לשוויון, על אף הסכמתה המקורית, בכל עת שתהיה מעוניינת בכך".⁷³ פמיניסטיות נוספות

⁷² Stopler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 217.

⁷³ פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241, 247 (1994); צבי טריגר מקביל תופעה זו לתודעה

השמיעו טענות דומות נגד תפישת החירות הליברלית, ככל שהיא אינה בוחנת את האופן שבו רצון האישה מתגבש.⁷⁴ הטיעון הוא שרק אם לאישה יכולת ממשית לנווט את חייה, ורק אם הגדרתה העצמית והעדפותיה לא התגבשו בדרך שעיוותה את רצונה, יהיה ניתן לומר שהיא חופשייה. אם טענה זו נכונה, הרי היא מערערת את היסודות להסדרים משפטיים רבים, בעיקר בתחום דיני המשפחה, המוסדרים בישראל בכל עדה לפי המשפט הדתי שלה; ועל פי פירוש מרחיק לכת, השקפה זו תקפה גם במקרה שהנשים והגברים מסכימים לשבת בנפרד בעת תפילה או פולחן דתי אחר. היא מתנגשת גם בעמדות רב-תרבותיות, שלפיהן יש לאפשר לכל קהילה לקיים את אורחות חייה בלא התערבות ואף בתמיכת המדינה.⁷⁵

מצד שני, העמדה האנטי-פטרנליסטית דורשת להכיר בהסכמת האישה – בלי להתחשב בחינוכה ובקהילה שהיא משתייכת אליה – גם במשטר פטריארכלי.⁷⁶ הטענה של פמיניסטיות בולטות נגד הסתמכות על הסכמת נשים שחונכו במשטר פטריארכלי היא טענה מושכת: היא מבוססת על כך שבהיעדר ידיעה על אפשרויות חיים אחרות, הבעת הרצון פגומה – מי שאינה יודעת שיש גם אפשרות של שוויון כלפי נשים, אינה מסוגלת לבחור בחירה אותנטית בחלופה של חוסר שוויון. מחשבה שעוצבה בסד רעיוני אינה יכולה להוליד הסכמה אמיתית. אך טענה זו מעוררת גם קשיים: דחייה כוללת של ההסכמה בשל עליה אידיאולוגית עלולה לדכא את הפרט, לכאורה למענו ובשל קידום "רצונותיו הגבוהים" או ה"אני העליון" שלו.⁷⁷ זו היא

הכוזבת המרקסיסטית: "נשים חרדיות רבות סבורות שהפרדה בין המינים באוטובוסים מוצדקת או לכל-הפחות שיש לציית לה. [...] הנשים התומכות בהפרדה אינן מכירות בכך – אם מתוך בחירה ואם מפאת חוסר מודעות – שמצב העניינים הזה אינו הכרחי ואינו נגזר מהמסורת היהודית כפי שהיא מוצגת. למעשה, זוהי גרסה מעט משוכללת יותר של התודעה הכוזבת המרקסיסטית" – ראו: טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 724; ראו גם: Yehiel S. Kaplan, *A Father's Consent to the Marriage of His Minor Daughter: Feminism and Multiculturalism in Jewish Law*, 18 S. CAL. REV. L. & SOC. JUST. 393, 414 (2009); Larry Alexander, *The Ontology of Consent*, 55 ANALYTIC PHIL. 102 (2014).

⁷⁴ Stopler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 184–189, 218–219; קתרין מקינון "תשוקה וכוח" **דרכים לחשיבה פמיניסטית** 226, 240–241 (ניצה ינאי, תמר אלאור, אורלי לובין וחנה נווה עורכות, Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 WM. & MARY L. REV. 805, 822–830 (1999); Ann Levey, *Liberalism, Adaptive Preferences, and Gender Equality*, 20 HYPATIA 127, 128–130 (2005) ראו גם את הסקירה אצל: John D. Walker, *Liberalism, Consent, and the Problem of Adaptive Preferences*, 21 SOC. THEORY & PRAC. 457, 460–461 (1995).

⁷⁵ גם נושא חשוב זה של הביקורת הפמיניסטית על הרב-תרבותיות, חורג מגדר מאמר זה. ראו: רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 818–831.

⁷⁶ Walker, לעיל ה"ש 74, בעמ' 463 ואילך.

⁷⁷ הטיעון הידוע ביותר בעניין זה הוא של ברלין – ראו: ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" **ארבע מסות על חירות** 221 (יעקב שרת מתרגם, התשמ"ז); ראו גם: GRAY, לעיל ה"ש 18, בעמ'

טענה הקרובה מאוד לרעיון המרקסיסטי בדבר התודעה הכוזבת,⁷⁸ אשר אחראי לכל כך הרבה סבל אנושי. בה במידה היה יכול משטר סובייטי לטעון על פי ההשקפה המרקסיסטית שאין הוא מתחשב ברצונם הלקוי של חלק מאזרחיו, שכן הם לוקים בתודעה כוזבת ורק בשל כך הם אינם נשמעים לדרישותיו. החשש למדרון חלקלק עולה כאן ביתר שאת. כך איבד הפרט את חירותו שם, וכך הוא עלול לאבד את חירותו כאן. עולה גם הטענה כי פסילת הסכמתן של נשים עשויה לפגוע במעמדן המשפטי וביכולתן להשתלב בחברה ובשוק העבודה.

כיצד יש לאזן אפוא בין הטענה הפמיניסטית לטענה האנטי-פטרנליסטית? לפני שאנו באים לדון בשאלה, עלינו לגדור אותה במסגרת המושגית-משפטית שהיא שוכנת בה. מקובל עליי שלא כל הבעת רצון או הסכמה היא שרירה במשפט – גם אם בזמן נתון מדובר בפרי הרצון החופשי של אדם אוטונומי, הוא אינו יכול להסכים להיות עבד של הזולת,⁷⁹ להטלת מום או לפגיעה בכבודו המינימלי. ההכרה ברצונו החופשי של האדם כפופה לכך שאין הוא רשאי להסכים לדבר שיפגע בו באופן בלתי-הפיך: משום כך מותר לשני בוגרים להתקוטט זה עם זה אם שניהם מסכימים לכך, אך אסור לאחד מהם להסכים לגדיעת זרועו שתאבד לו לנצח.⁸⁰ מכאן גם ניתן לגזור כלל מעשי שיחול על אישה המסכימה לשינוי מעמדה, למשל בהסכמה לנישואים פוליגמיים, שכן את הנעשה כאן קשה – אם לא בלתי-אפשרי – להשיב על פי רצונה של האישה בלבד. מנושא זה אנו למדים עניין עקרוני: בימינו לא כל ביטוי של רצון – גם אם הוא חופשי – מוכר על ידי המשפט. ישנם כללים קוגנטיים. כך, למשל, עובד אינו זכאי לוותר למעבידו על זכויות מסוימות שמשפט העבודה מעניק לו, כגון זכות לשכר מינימום. משום כך, הטענה הפמיניסטית המתנגדת להכרה בהסכמת אישה שגדלה וחונכה במשטרים פטריארכליים, אינה פורצת, כשלעצמה, גבולות מוכרים בעולם המשפט. השאלה היא באילו מקרים יש להכיר בפסילת הסכמה ובדרישה לקיום הסכמה מודעת ורצונית, ומה יהיה היקפה של הסכמה מסוג זה.

נושא ההסכמה נדון בכמה וכמה תחומי משפט. המשפט הפלילי רואה בהסכמה יסוד בעברה ועילת הגנה.⁸¹ אך גם לכך יש סייגים – למשל, גרימת נזק בלתי-הפיך

78-41, 16-73.

78 גם טריגר נוקט היקף זה – ראו: טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 724.

79 ג'ון סטיוארט מיל תמצת את הנימוקים למען רעיון זה כשאמר על האדם כי "אי-אפשר שיתחייב מעקרון החופש שאדם יהיה בן-חורין לא להיות בן-חורין" – ראו: ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 123 (ברק בן-נתן עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2006); ראו דיון מפורט בסוגיית התייחסותו של מיל לעבדות מרצון אצל: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW: HARM TO SELF 71-80 (1986); המשפט המקראי העברי הקדום אימץ – יחיד בעולם הפגאני – עמדה דומה: "וְאֵם-אָמֵר יֹאמֶר, הָעֶבֶד, אֶהְבֵּתִי אֶת-אֲדֹנָי, אֶת-אִשְׁתִּי וְאֶת-בְּנֵי; לֹא אֶצְאָה חֶפְשִׁי. וְהִגִּישׁוּ אֲדֹנָיו, אֶל-הָאֱלֹהִים, וְהִגִּישׁוּ אֶל-הַדָּלֶת" (שמות, כא, 5-6).

80 אמנון רובינשטיין **אכיפת מוסר בחברה מתירנית** פרק שישי (תשל"ה).

81 רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" **משפטים** כט 389, 392 (1998).

(למשל, פגיעות בגוף האדם ובחיים).⁸² דוגמאות לכך הן החובה לחבוש קסדה או לחגור חגורת ביטחון.⁸³ ממד היעדר ההסכמה מופיע כיסוד בעברות מסוימות, כגון עבירות האינוס⁸⁴ והתקיפה, ולשם קיומן נדרוש היעדר הסכמה ומודעות לכך.⁸⁵ דיני הנזיקין מבקשים הסכמה מדעת⁸⁶ של המטופל להליך רפואי, וטיפול בלא הסכמה ייחשב לתקיפה⁸⁷ או לרשלנות.⁸⁸ הסכמה מדעת נגזרת מההכרה בזכות האדם על גופו, באוטונומיה שלו⁸⁹ ובזכותו לקבל את ההחלטות הנוגעות לטיפול בו.⁹⁰ המטופל צריך להיות מיודע על כל המידע הרלוונטי למצבו: חלופות הטיפול, הסיכונים הכרוכים בו וכדומה.⁹¹ ההסכמה בדיני הנזיקין רלוונטית גם לטענת הסתכנות מרצון שנתבע יכול להעלות ככל שהניזוק הסכים לחשוף את עצמו לסיכון.⁹² הסתכנות מרצון מתבססת למעשה על האוטונומיה והאחריות האישית של הפרט.⁹³ גם בדיני החוזים אנו מגלים ביטוי לרצון. הם מבוססים על הסכמה ורצון הצדדים לכרות חוזה.⁹⁴ למרות זאת, ישנן הגבלות על הרצון ועל חופש החוזים. חלקן נועדו להגן על

82 רובינשטיין, לעיל ה"ש 80, בעמ' 113.

83 קנאי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 408.

84 תיקון 22 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המיר את הצירוף "נגד רצונה" בעבירות האינוס בצירוף "בלא הסכמה חופשית". השינוי מערער את יסודות הטענה של החשוד, כי לא ידע שהדבר נעשה בניגוד לרצונה של האישה. אם החשוד קיבל את הסכמת האישה במרמה בנוגע לטיב המעשה או לזהות העושה, לא נראה זאת כהסכמה חופשית. ראו: צפורה האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" **מעמד האישה בחברה ובמשפט** 189, 196-206 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה).

85 קנאי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 411.

86 אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א, 989-1002 (מהדורה ראשונה, 2003).

87 כיום, עולות התקיפה מוגבלת למקרים קיצוניים שבהם הטיפול הרפואי ניתן על כורחו של המטופל, כאשר הטיפול שניתן שונה במהותו מהטיפול שמטופל הסכים לו וכדומה. ראו: נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" **הפרקליט** מט 181, 192 (2009).

88 סוגיית ההסכמה מדעת גובשה בפסיקה ועוגנה בס' 13(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

89 בע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" בחיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1999) הכירו בפגיעה באוטונומיה כראש נזק.

90 אלבין אסר "הסכמה מדעת בחוק הגרמני" **משפטים** לא(2) 251, 260 (2001).

91 שם.

92 ס' 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266.

93 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** 308 (גד טדסקי עורך, הוצאת מאגנס, 1969); בועז שנור "הסתכנות מרצון: הלכה ומציאות" **עלי משפט** א 327 (2001); דניאל מור "מבט ביקורתי על עקרונותיה של הרפורמה המוצעת בדיני הנזיקין" **משפטים** לו 703, 723 (2007).

94 עקרון חופש החוזים מעוגן בס' 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)) ומשתמע מס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; אשר ליחס בין דיני החוזים לרצון, ראו: דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" **דין ודברים** ד 17,

הרצון (למשל, חוקי הגנת הצרכן או קיפוח בחוזה אחיד) וחלקן נועדו להגן על ערכים חברתיים.⁹⁵ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 עוסק גם בפגמים בהסכמה וברצון החופשי של הצדדים.⁹⁶ הוא מגדיר את הנסיבות המיוחדות שבהן לחץ על אחד מהצדדים יהווה עילה לביטול החוזה – למשל, במקרים של טעות, הטעיה, כפייה או עושק.⁹⁷

בהנחה שהסכמת האישה נדרשת להפרדה מגדרית – למשל, בקווי "מהדרין" – מה יהיה הדין בשאלת אופייה של הסכמה זו? מה יהיו התנאים לגיבושה? ניתן לומר שיש כאן שלושה תנאים מצטברים להכרה משפטית בהסכמה לפגיעה בזכויות:⁹⁸ אנו נדרוש שההסכמה תהיה חופשית מכפייה, שהיא תהיה מודעת ושלא ידובר בפגיעה בלתי-הפיכה. ניתן להוסיף על כך מעין תנאי רביעי ולפיו אותה הסכמה לא תוכל להביא לפגיעה במי שלא הסכים לפגיעה בזכויותיו. נעבור לדון בתנאים אלו.

2. התנאים לקיום הסכמה: חופש

התנאי הראשון הוא חופש. הוא יכול להיפגע במגוון אופנים.⁹⁹ מחד גיסא, תיתכן כפייה במשמעותה הרגילה כגון הסכמה באיומי אקדח: ברור שבמקרה זה אין לקבל את הסכמת האדם. אך מה יהיה הדין כאשר רצונה של האישה נפגע מלחץ חברתי, קהילתי או משפחתי – למשל, מאיומים בחרם מצד המשפחה והקהילה? החוק האנגלי המגן על נשים מפני כפיית נישואים מגדיר כפייה בצורה רחבה: "force" includes coerce by threats or other psychological means (and related expressions are to be read accordingly).¹⁰⁰ לאור זאת, ניתן לטעון שגם חינוך ואווירה קהילתית הגורמים לאישה לראות אפשרויות חיים מסוימות – למשל, נישואים ללא הסכמת ההורים או תא משפחתי חד-מיני – כפסולות וגוררות עונש, ולראות אפשרויות אחרות – למשל, תא משפחתי מסורתי – כ"בלתי נמנעות"

44–46 (2008).

⁹⁵ בעיקר באמצעות שימוש בתקנת הציבור (ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי)) ותום לב (ס' 12 ו-ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי)).

⁹⁶ פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי).

⁹⁷ גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קוריפיקציה של המשפט האזרחי 269–352 (2005).

⁹⁸ FEINBERG, לעיל ה"ש 79, בפרקים 22–26; AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 108 (2001); DERYCK BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, CONSENT IN THE LAW 7 (2007); ראו גם: דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 93, בעמ' 317–329.

⁹⁹ שם, BEYLEVELD & BROWNSWORD, בעמ' 131; שם, FEINBERG, בעמ' 191.

¹⁰⁰ Forced Marriages (Civil Protection) Act 2007, § 63A(6).

ו"מקובלות", הם סוגים של כפייה ופגיעה בחופש הבחירה.¹⁰¹ השפעה כזאת בהחלט מטילה ספק ביכולתה של האישה החרדית לבחור בחירה אמתית כאשר שתי דלתות האוטובוס נפתחות – נראה שמכשולים רבים עומדים בינה לבין כניסה בדלת הקדמית וישיבה לצד הגברים. דבר זה מטיל ספק בצדקת הלכת רגן.¹⁰² אכן, בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה, שצוינה לעיל, נאמר כי "פתיחת הדלת האחורית אינה מעשה "ניטרלי", אלא מעשה העשוי להרתיע נשים מלעלות ולהתיישב בחלקו הקדמי של האוטובוס. המשך פתיחתה של הדלת האחורית בתנאים השוררים תורמת תרומה משמעותית להנצחתם של הסדרי הפרדה באופן העשוי לכלול גם היבטים של כפייה מסוגים שונים".¹⁰³

בהקשר זה חשוב להזכיר ששאלת ההסכמה מהווה חלק מהחירות החיובית שיש לכל אדם: לא רק להיות משוחרר מהתערבות כופה, שלטונית או פרטית, בניהול חייו; אלא גם ליהנות מיכולת עצמאית ומהותית להביע את אישיותו שלו ולכתוב את סיפור חייו באופן אוטונומי.¹⁰⁴ כלומר, החופש יכול להיפגע לא רק "מבחוץ" אלא גם מ"בפנים". הקושי במקרה שלנו הוא שלא תמיד מדובר בכפייה במובן המקובל של המילה, אלא בחינוך ובמציאות הכופים ראייה חד-צדדית ושתוצאתם היא הטמעה של נורמות התנהגות מקובלות בקהילה, בעדה או בשבט בלא יכולת שיפוט. האם אישה אשר חונכה בחברה פטריארכלית סגורה, נהנית מאותה יכולת להיות חופשייה מכפייה גם כלפי לחץ לא רק משפחתי אלא גם קהילתי? האם היא חופשייה מלחץ חיצוני כזה, ויכולה להיות ביקורתית כלפי משטר של הפרדה, כמו שאישה חילונית חופשייה מלחץ אידיאולוגי של קהילתה שלה?¹⁰⁵ כמובן, ניתן לטעון שגם על האישה החילונית מופעל לחץ חברתי להישמע למערכת הנורמות החברתית; אך נראה ברור שהיקף האפשרויות הפתוחות לפני האישה החילונית רחב מהיקף האפשרויות הפתוחות לפני האישה החרדית. איננו מקבלים את הטענה הפמיניסטית בעניין מצבים רבים בחיי האישה החילונית, אך אנחנו בהחלט יכולים לקבלה בעניין מצבים בחיי האישה החרדית שבהם החינוך שקיבלה והלחץ הקהילתי פוגעים בצורה קשה

¹⁰¹ Walker, לעיל ה"ש 74, בעמ' 458. יש לציין שווקר מסתייג מטענות השוללות לגמרי את ערך ההסכמה.

¹⁰² רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 815–817.

¹⁰³ משרד המשפטים דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדעת הנשים במרחב הציבורי 8–9 (7.3.2013) זמין ב־ index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/DoChHadarat Nasim.pdf (נברק לאחרונה ב־ 30.11.2014).

¹⁰⁴ JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 203–208 (Oxford University Press, 1986); John Christman, *Liberalism and Individual Positive Freedom*, 101 ETHICS 343 (1991) ראו גם: Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty?*, in THE IDEA OF FREEDOM: ESSAYS IN HONOUR OF ISAIAH BERLIN 175 (Alan Ryan ed., 1979); John Christman, *Saving Positive Freedom*, 33 POL. THEORY 79 (2005).

¹⁰⁵ Christman, שם, בעמ' 344–345.

באוטונומיה שלה.

ברור שאין אדם שמקבל את החלטותיו בלא כל השפעה – הן חיצונית (הרי גם בקהילות ליברליות יש נורמות מסוימות) הן פנימית (גם הילדה החילונית מקבלת חינוך ועוברת תהליכי חברות המנווטים את רצונה לאפיקים מסוימים ופוסלים אפיקים אחרים). אכן, ישנן גם פמיניסטיות המכירות בכך ולכן הן מרככות את הטענה נגד החירות הליברלית.¹⁰⁶ אך נראה שאם בוחנים את מידת הכפייה הננקטת כלפי נשים מסוימות – למשל, נשים החיות בקהילה החרדית בישראל או בקהילה מוסלמית אדוקה – ישנה הרגשה שהקהילה כולה מגויסת כדי להצר את טווח האפשרויות הנתון לבחירתה כדי שהיא תבצע את התפקיד שהקהילה מייעדת לה. הדוגמה המובהקת היא חרם משפחתי וקהילתי הצפוי לאישה אם לא תקבל על עצמה את הרצון החיצוני – למשל, אם תעדיף את בחיר לבה על בחיר המשפחה. במקרה זה הכפייה עלולה שלא להיות לגיטימית.¹⁰⁷ שאלת זו צריכה להיחתך על פי שניים: מחד גיסא, הסנקציה המוטלת על המסרב לקיים את הנורמה של הקבוצה; ומאידך גיסא, היכולת הפוזיטיבית של הנדון לבחור בחירה חופשית. במסגרת זו יש לשלב בין הרכיב האובייקטיבי של טובת האישה לבין רצונה ואופן גיבושו.¹⁰⁸ בחינה זו יכולה להביא לערעור היסודות של הסדרים משפטיים מסוימים ואף להפיכתם ללא-חוקתיים – החל בהסכמה להפרדה באוטובוסים וכלה בהסכמה לנישואים כפויים.¹⁰⁹ אכן, במדינה

¹⁰⁶ Levey, לעיל ה"ש 74, בעמ' 129–131, 140.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 134–135; Stopler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 185–188.

¹⁰⁸ המבחן שמציעה Stopler, ולפיו יש להתחשב רק בטובת האישה אלא אם כן יש "overwhelming evidence" לעניין הסכמה חופשית, נראה פטרנליסטי יתר על המידה – ראו: Stopler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 218–219; אכן, כפי שטוענת Levey, גם העדפות שגובשו על רקע תבנית חברתית מסוימת הן העדפות של הפרט, והוא מחובר אליהן במידה רבה – ראו: Levey, לעיל ה"ש 74, בעמ' 139–140; יש לזכור שעקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית הוא כי "רצונו של אדם הוא כבודו – הוא כבוד האדם" – ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 347 (1992). על כן לא בנקל נתעלם מרצון הפרט – כפי שהוא מביע אותו – גם אם גובש בצורה בעייתית.

¹⁰⁹ בכל הנוגע לנישואים, בחוק הישראלי אין איסור מקביל לאיסור שבחוק האנגלי, וכל הנוקט כפייה כדי להשיג את הסכמתו של אדם – לרוב אישה, אך לעתים גם גבר – פטור מכל ענישה חוקית, אלא אם כן עבר עברה אחרת. יוער שהיה רצוי שבנפרד מהדין המהותי החל על נישואים וגירושים תהיה לבתי המשפט סמכות להגן על כל אדם הצפוי לכפייה כזו ולאפשר הגנה דומה לזו שהחוק האנגלי מעניק. אך מה היא תוצאת נישואים בכפייה? החוק האנגלי אינו אומר דבר בעניין זה ומשאיר זאת לדיני המשפחה הכלליים. שם, יש לשער, ייתן בית המשפט סעד של ביטול הנישואים. בתי המשפט לערעורים באנגליה קבעו כי נישואים יכולים להתבטל אם על אחד הצדדים נכפו הנישואים בלחץ או באיומים – ראו: Ruth Gaffney-Rhys, *The Implementation of the Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007*, J. SOC. WELFARE & FAM. L. 245, 248 (2009); בדין האמריקני, נישואים באיומים קשים בטלים – ראו: פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 345, 384 (1995). בארץ הדין הדתי חל, ולו יש עקרונות

שהעלתה על נס את חירות האדם, הן בהכרזת העצמאות הן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפרט יש זכות לנווט את חייו באופן אוטונומי. זו ההכרעה המשותפת שקיבלנו על עצמנו: חרדים וחילונים, גברים ונשים – כולנו מחויבים לחוקי-היסוד. עניין מהותי זה לא נדון בפרשת רגן, שם ההסדר לא היה קבוע בחוק אלא בהוראות מינהליות ובהחלטות של ועדה ממונה.

3. התנאים לקיום הסכמה: ידע

כך אנו מגיעים לתנאי השני ולסוגיית הידע של האישה המסכימה. יש קשר בין כפייה ובין היעדר ידיעה: המציאות מצביעה על כך שנשים שגדלו והתחנכו בחברות פטריארכליות, יכולות להסכים בלא כפייה ומרצון חופשי; אך לדעת המחבר, הסכמתן עלולה להיות פסולה אם הן אינן מודעות למשמעות ההסכמה שלהן משום שלא הייתה להן ידיעה מספקת על האפשרויות העומדות לפניהן. מדובר באי-ידיעה הנגרמת במקרים רבים בשל סגירותה של הקהילה שבה גודלה וחונכה האישה או בשל נקיטת כפייה קודמת. לנשים רבות חסר הידע הדרוש כדי לגבש הסכמה חופשית: הרי כדי לבחור בין אפשרות אחת לאחרת יש להיות מודע לאפשרות האחרת ולהבינה כראוי.¹¹⁰ נוסף על שאלת הכפייה, מתעוררות גם השאלות: מה היא הסכמה מודעת? האם יש מקום לטענה הפמיניסטית שלפיה כל הסכמה הניתנת על ידי אישה במשטר פטריארכלי פסולה משום שהאישה המביעה אותה אינה יודעת דבר על קיומן של חלופות? האם יש לעניין זה הבדל בין נשות הרווארד המסכימות להפרדה מגדרית בעת התפילה להסכמתן של נשים חרדיות לשבת בירכתי האוטובוס? נראה שיש להקשיב כאן גם לחשש האנטי-פטרנליסטי ולא ליצור מבחנים בלתי-אפשריים ליישום. יש לזכור שההחלטות של כולנו מוגבלות בשל תנאים רבים, וכמעט אין אנשים אוטונומיים לחלוטין. יש לצמצם את פסילת ההסכמה למקרים הברורים שתוארו לעיל.

ראינו שבנושאים רפואיים, כאשר אנו עוסקים בטיפולים העלולים לגרום נזק למטופלים או בניסויים קליניים של תרופות חדשות, אנו דורשים הסכמה מדעת – דהיינו דורשים שהמטופל יחזיק בידע הנדרש על סיכוני הטיפול וסיכוייו כדי שיוכל לבחור בחירה מושכלת. מה היא "כמות" הידיעה הדרושה לשם כך? ובענייננו: מהי כמות הידיעה הדרושה לשם הכשרת ההסכמה של האישה לפגיעה בזכותה לשוויון

משלו לעניין מהות הכפייה ואפשרות פסילת הנישואים – או במקרה היהודי, הקידושים. באופן עקרוני, הדין העברי נרתע מביטול נישואים על יסוד פגמים בכוונת הצדדים – ובהם כפייה. בעבר לרוב שימשה כפייה עילה לגט, אך במקרים חריגים הכריזו בתי הדין הכריזו על בטלות הנישואים מעיקרם. כיום מסתמנת מגמה לפיה ניתן להכיר באי-הסכמה כעילה לביטול הנישואין – ראו: שיפמן, בעמ' 386.

¹¹⁰ BEYLEVELD & BROWNSWORD, לעיל ה"ש 98, בעמ' 145.

מלא? והאם ראוי שהמשפט יבחין בין נשים "צרות אופק" לבין נשים "משכילות" ו"רחבות אופקים"? היכן יעבור הגבול בין אלו לאלו? זוהי שאלה שלא נדונה עד כה במשפט הישראלי, אך באופן כללי יוער שהמצב בארצנו הוא מצב של חוסר סימטריה קיצונית. הציבור היהודי החילוני ברובו המכריע ניזון ממידע גדוש על אורח החיים החרדי – בסרטים, ברדיו, בטלוויזיה, במבצעים של "קירוב לבבות" – ואילו הציבור החרדי חסום, יחסית, בפני השפעות "חיצוניות". המחבר יודע מתוך ניסיונו כשר חינוך כי בבתי הספר החרדיים אין ניתן מידע מקיף – במישרין או בעקיפין – על נורמות אחרות המקיימות את השוויון המגדרי שהכרזת העצמאות מצהירה עליו. אכן, בשנים האחרונות ניכרת אולי מגמה של הנמכת החומות המפרידות בין הקהילה החרדית לציבור הלא-חרדי – תהליך חיובי לדעת המחבר – אך מנשים חרדיות עדיין נשללים התנאים המינימליים הדרושים לצורך גיבוש הסכמה חופשית ומודעת, ועדיין אין מקום לדבר על פתיחות שווה בכל המגזרים בישראל.

אפשר וצריך לשאול, בדומה לשאלה שכבר שאלנו: האם מידת החשיפה של ילדה חרדית לאורח חיים שונה משלה שווה למידת החשיפה של ילדה חילונית? האם מגוון האפשרויות הפתוח לפני שתיהן דומה? חשוב לזכור שכשאנחנו שואלים אישה חרדית אם היא מסכימה לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס, בנפרד מהגברים, או להינשא לבחיר משפחתה, אנו שואלים שאלות אלה לאחר שנים רבות שבהן היא חונכה על בסיס נורמות של משמעת עצמית, ציות לקהילה, צניעות והכרה בנחיתותה לעומת הגבר. דברים אלה נכונים גם לעניין החינוך והמציאות בקרב המוסלמים האדוקים בישראל.

מסקנתי בעניין זה נוקטת כאמור עמדת ביניים בין הטיעון הדוגל בשלילת כל הסכמה של נשים לבין הטיעון האנטי-פטרנליסטי: לא כל הסכמה פסולה, גם אם האישה גדלה במשטר פטריארכלי; אך דרושה ידיעה סבירה בדבר קיומן של חלופות נורמטיביות כדי להכשיר את ההסכמה. רק היעדר ידיעה סבירה פוסל את קיום תנאי זה. כשם שהמטופל צריך להיות מודע לפחות לשתי חלופות רפואיות – הטיפול ותוצאותיו וכן אי-טיפול ותוצאותיו – כך גם האישה המסכימה בדרך כלשהי לפגיעה במעמד השווה למעמד הגבר צריכה להיות מודעת לשתי חלופות – הליכה בתלם הקהילה והליכה מחוץ לתלם. נראה שבהקשרן של נשים חרדיות מתעוררות בעיות גם בנוגע לתנאי זה: הן מנותקות במידה רבה מהחברה הכללית, ולא זו בלבד אלא שהן אף מנותקות מחלקים בתרבות החרדית שיכלו להעשיר את ידיעותיהן – למשל, לימוד תורה – ומסוגרות בתפקיד הקהילתי הצר המיועד להן. הוא הדין בנשים מוסלמיות אדוקות.

4. התנאים לקיום הסכמה: פגיעה בלתי-הפיכה

התנאי שלישי להכרה בהסכמה דן בפגיעה בלתי-הפיכה.¹¹¹ לא מדובר בתנאי מפתיע במיוחד – כפי שראינו לעיל, שיטות משפט רבות אוסרות גרימת נזק עצמי בלתי-הפיך: המתות חסד, הטלת מומים, קרבות מזויינים, יחסי מין במצבים מסוימים, צריכת סמים וכן הלאה. בכל המקרים האלה אין המשפט מכיר בהסכמת האדם לפגוע בו. בצעד לכיוון ענייננו, השחתת איבר המין הנשי בהליך המכונה "מילת נשים" (מילת גברים מעוררת שאלות אחרות ומורכבות) היא צעד בלתי-הפיך המסב נזקים רפואיים ונפשיים חמורים לאישה. גם אם אישה תעמוד בתנאי החופש והידע, המדינה תהיה צודקת באסרה הליך זה, והסכמתה לא תצלח, שכן היא לא תוכל לחזור בה מצעד זה. במקרים שהועלו במאמר זה אין מדובר בנזק גופני, אלא בפגיעה חמורה בתחושת העצמאות והכבוד העצמי של האישה המסכימה לפגיעה בזכותה החוקתית לשוויון.

סוגיה זו של הגבלת החופש היא רחבה יותר וכוללת קשת רחבה של נושאים: החל בהגבלה רצונית של אדם שלא לעסוק לפרק זמן מסוים במקצועות מסוימים וכלה בעצם ההתקשרות בחוזה. השאלה גם נוגעת לרצונות משתנים ומתחלפים: האם בקשה שלי שלא להתחשב בהבעת רצון עתידית מחייבת אותי? הדוגמה הקלאסית מובאת בסיפור הידוע של אודיסאוס:¹¹² בהתקרב ספינתם של אודיסאוס וספניו אל מקום משכנן של הסירנות היכולות לפתות כל גבר בשירתן, הוא ככל את עצמו אל התורן וציווה על אנשי צוותו שלא ישחררו אותו מכבליו גם אם יצווה עליהם לעשות זאת (כלומר הוא נתן התחייבות בלתי-ניתנת לביטול). בדומה ניתן להביא דוגמה מימינו שלנו: החולה האנוש המבקש שלא לטפל בו עד למותו ולא להישמע לבקשתו העתידית האפשרית לתת לו טיפול כזה. בהינתן הכלל המכבד את האוטונומיה של האדם החופשי, אין לנו העדפה לאחת משתי הבעות הרצון, ואין לנו ברירה אלא להשתמש בערכים המקובלים על החברה האנושית שאנו חיים בה. במקרה של אודיסאוס, נעדיף את רצונו הראשוני להישאר כבול אל התורן, שכן רצונו השני נגוע בחשד שהושפע משירתן הרת האסון של הסירנות. אצל המטופל, נעדיף את הרצון השני, שכן הוא תואם את עדיפות קדושת החיים. בדומה לכך נקבע שהאישה המסכימה ומתחייבת לשבת בירכתי האוטובוס, ובכך מביעה את רצונה לשבת שם במשך כל הנסיעה, רשאית לשנות את דעתה לאחר מכן, שכן הבעת הרצון השנייה תואמת את עקרונות השוויון.

¹¹¹ בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 120–121 (1993) נקבע כי לא תתאפשר המתת חסד למרות הסכמת המטופלת נוכח הנזק הבלתי-הפיך בו מדובר; בדנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח(5) 845, 845–853 (1995) נקבע כי הסכמת קטין למעשים מגונים בו לא הופכת את המעשה לפחות פסול או ליותר חוקי.

¹¹² נילי כהן "צוואותיהם הנבגדות של קפקא וברוד" קפקא – פרספקטיבות חדשות: עיוני מחקר 175 (זיוה שמיר, יוחאי עתריה וחיים נגיד עורכים, 2013). כהן דנה בהפרת שני רצונות "נצחיים": הצוואה של פרנץ קפקא לשרוף את יצירותיו והצוואה של מקס ברוד להוריש את כתבי קפקא שבידיו למזכירתו.

ראוי לדון בהקשר זה בהבעת רצון המביאה לנישואים. זו יוצרת סטטוס חדש שאין בן הזוג או בת הזוג רשאים לשנותו בפעולה חד-צדדית. כאן הגבלת הרצון תופשת ותקפה. אכן, אחת העילות המרכזיות לאיסור הפוליגמיה – גם אם מתמלאים אצל כל הנשים התנאים של היעדר כפייה והכרת החלופות – היא שההסכמה ליצירת משפחה פוליגאמית יוצרת מצב בלתי-הפיך – לפחות מבחינת המסכימה, אשר לא תוכל לחזור בה מרצונה בעתיד מכיוון שאין היא יכולה להתיר בעצמה את קשר הנישואים. מיל היה סלחן כלפי נישואים פוליגמיים, אך גם הוא ציין את סלידתו מכך. בעיניו נישואים כאלו פוגעים בחירותן של הנשים.¹¹³ עם זאת ביסוס איסור הפוליגמיה על היותה מצב בלתי-הפיך מעורר שאלה קשה – הרי כל קשר נישואים מוכר אינו ניתן לביטול חד-צדדי. הנישואים המונוגמיים יוצרים אותו מצב בלתי-הפיך, שכן בדרך כלל בן הזוג או בת הזוג אינם יכולים לבטל את הנישואים על ידי הבעת רצון חד-צדדית. מדוע נכיר בזה, ולא נכיר באחר? יש התולים את איסור הפוליגמיה בנימוקים תועלתניים כגון סבלן של נשים במשפחות כאלו (שאותן הן עוזבות כשיש להן אפשרות)¹¹⁴ או מחקרים שלפיהם הילדים במשפחות פוליגמיות נוטים לפשיעה יותר מאשר ילדים אחרים, וכי הנשים במשפחות אלה סובלות מהשפלה.¹¹⁵ יש המצביעים על כך שהפוליגמיה מעצם טבעה מפלה בין גברים לנשים, שכן הנוהג בחברות פטריארכליות מסורתיות מכיר רק בריבוי נשים ולא בריבוי גברים. אך הסיבה האמתית לאיסור, לדעתי (אף אם היא שרירותית מעט) היא ערכית וקשורה בכך שגם החברה המודרנית הלא דתית ירשה את הרעיון של מונוגמיה כקשר בלעדי היוצר סטטוס של נישואים. כך, למשל, ניתן לראות שבמקומות שבהם הכירו בקשר של נישואים חד-מיניים, דובר אך ורק בקשר מונוגמי.

הנושא רחב יותר מסוגיית הפוליגמיה. באותו אופן ניתן לדון בצעדים בלתי-הפיכים כדוגמת נישואים מאורגנים (על ידי המשפחה, ובניגוד לרצונה של האישה) המושרשים כל כך בתרבויות מסוימות. במקרים אלו חייבים לאפשר לאישה את הזכות להביע את רצונה שלא להינשא, או לכל הפחות להיענות לדרישתה לשים קץ לנישואים שלא מרצונה (דבר המעורר בעיות ייחודיות בישראל, שכן יש ספק אם

¹¹³ מיל, לעיל ה"ש 79, בעמ' 109–110.

¹¹⁴ סוזן מולר אוקין מציינת כי הנשים האפריקאיות בצרפת, הנישואות בנישואים פוליגמיים, אינן רואות זאת כבחירתן ובהחלט סובלות מכך – ובין היתר מהאיבה בין הנשים בתא המשפחתי ובין ילדיהן – ראו: Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Woman?*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMAN? 9, 10 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

¹¹⁵ צרפת אסרה הגירת משפחות פוליגמיות למדינה ב-1993, בין השאר מטעם זה וכן עקב לחץ של ארגוני נשים שטענו כי הנשים במשפחות אלה חיות כ"חצי שפחות" – ראו: *Polygamy in France: Many Wives' Tales*, THE ECONOMIST (6.5.2010) www.economist.com/node/16068972 (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

הדינים הנוהגים בבתי הדין הדתיים מקנים לאישה יכולת משפטית לבטל קשר נישואים). עם זאת, הבטחתה של אישה להתחתן עם אדם מסוים שלא מרצונה אינה תקפה, ולדעתי אי-אפשר לבסס עליה עילת תביעה ככל שהיא נגועה בפגמים שנמנו לעיל. אך בכל הנוגע לנושא הנסיעה באוטובוסים הרי נראה שאין כאן פגיעה בלתי-הפיכה, ואם שני התנאים האחרים מתקיימים, והאישה רשאית לשנות את דעתה ולהתיישב בקדמת האוטובוס, הסכמתה קבילה.

5. התנאים לקיום הסכמה: השפעה על אחרים

התנאי הרביעי הוא שהסכמה של נשים לא תשפיע על מי שלא הביעו הסכמה כזו. זהו נושא המקביל ליחס שבין ציבוריים דתיים וחרדיים לציבוריים אחרים והוא קשור לדילמות רבת-תרבותיות. מקובל עליי שיש לתת לציבור דתי חופש לדבוק באמונתו ובאורח חייו. אך גם לציבור החילוני יש אמונה (למשל, ברעיון שכל בני האדם שווים הם) ואורח חיים (למשל, בילוי משותף של גברים ונשים יחדיו), וגם אלה ראויים להגנה.

אחת התופעות החמורות והמדאיגות ביותר שנסקרו במאמר זה נוגעת לכך שנורמות מקובלות על הציבור הדתי והחרדי זולגות לרשות הרבים – כמו, למשל, בעניין שערי הכניסה למתחם הכותל או בעניין שירת נשים בטקסים צבאיים. הסכמת האישה יכולה להיות תקפה – גם אם התקיימו התנאים שמנינו לעיל – ככל שהדבר נוגע לה, אך היא לא תחול על נשים אחרות. כך, למשל, בכל הנוגע לשירות ציבורי – כמו "קווי מהדרין" – גם הסכמת רוב הנשים המשתמשות בהם להפרדה אינה יכולה לחייב אפילו אישה אחת אשר אינה מסכימה לכך. דאגה מיוחדת מלווה בהקשר זה את שילוב הרבנים האורתודוקסיים ביחידות צה"ל ואת הדרישות להפרדה מגדרית כדי להקל על חרדים את השירות ביחידות צבאיות.¹¹⁶

הפשרה היחידה האפשרית בין שתי האמונות – הדתית והלא דתית – היא כפולה: הפרדה בין רשות הפרט – שבה המדינה נמנעת, באופן עקרוני, מלהתערב¹¹⁷ – לבין הרשות הציבורית – שבה נשמרים עקרונות השוויון האמורים בהכרזת העצמאות, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק איסור הפליה. עקרונות אלו הם

¹¹⁶ זאת, כמובן, לצד תופעות אחרות שגם גורמים דתיים-לאומיים מעודדים, כמו אי-ההשתתפות של חיילים דתיים במופעים שבהם נכללת שירת נשים בטקסים של צה"ל. אחת הטענות המעניינות העולות בעניין צה"ל היא שהוא עבר תהליך של "הדתה" – ראו: **בין הכיפה לכומתה: דת, פוליטיקה וצבא בישראל** (ראובן גל עורך, 2012); אמיר בוחבוט "סופית: פטור משירת נשים בצה"ל – רק באירועי הווי" וואלה 2.1.2012 זמין ב-news.walla.co.il/item/1890626 (נבדק לאחרונה ב-30.11.2014).

¹¹⁷ גם כאן ישנם קווים אדומים – המגולמים בחוקי המדינה בכלל ובדיני העונשין בפרט – שיביאו להתערבות.

ה"פלטפורמה" היחידה שכל שבטי ישראל יכולים להתקיים עליה יחדיו.¹¹⁸ מובן שההבחנה בין הפרטי לציבורי לא תמיד קלה, ומובן שגם במרחב הפרטי המדינה תוכל להתערב במקרים של פגיעות קשות בזכויות – אין הפרדה הרמטית בין המרחבים.¹¹⁹ אך הדיון יצטרך להיערך ממקרה למקרה, תוך תשומת לב לאופי הפעילות, לאופי השירות ולסיווגו בחוק איסור הפליה, לעוצמת הפגיעה בזכויות, וכמובן לטיב ההסכמה. כמובן, יכולה לעלות הטענה – וקצרה היריעה מלדון בה בהרחבה – כי שמירה על "ניטרליות" מיטיבה למעשה עם החילונים, ופוגעת בדתיים.¹²⁰ אך יש לזכור כי שלטון החוק הוא ערך עליון. המדינה מחויבת לקיים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק איסור הפליה וחוק שיווי זכויות האישה. אסור לה לתת יד הפליה מגדרית. על כן, כל עוד שיטת המשפט הישראלית מחויבת לעקרונות של

¹¹⁸ פשרה אחרת מקבילה לפשרה לעיל היא זו המבחינה בין אמונה להתנהגות, הנקוטה בס' 9 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם (The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950 213 U.N.T.S. 222); ס' 199 (לאמנה מעניק את הזכויות לחופש המחשבה, המצפון והדת, ואת החופש להביע את הדת בציבור (the right to manifest religion); אך ס' 29) קובע שהחופש להביע את הדת בציבור יכול להיות מוגבל בחוק אם המגבלות נחוצות בחברה דמוקרטית לשם הגנה על ביטחון הציבור, הסדר הציבורי, בריאות הציבור, המוסר או הזכויות והחירויות של אחרים.

¹¹⁹ אכן, גם בעקבות הביקורת הפמיניסטית (ראו למשל, Stopler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 162), אמר רולס בהקשרן של זכויות נשים או ילדים בתוך המשפחה, כי "תחום [...] הוא פשוט התוצאה, או פועל יוצא, של האופן שבו עקרונות הצדק מוחלים – במישרין על המבנה הבסיסי, ובעקיפין על הארגונים שבתוכו. העקרונות המגדירים את חירויות היסוד השוות של האזרחים ואת הזדמנויותיהם ההוגנות תקפים תמיד לאורכם ולרוחבם של כל אותם דברים המתקראים תחומים. זכויותיהן השוות של נשים, ותביעות ילדיהן כאזרחים לעתיד, אינן ניתנות להפקעה והן משמשות להם הגנה בכל מקום שבו ימצאו. וכפי שראינו, הבחנות המבוססות על מגדר, המגבילות את הזכויות והחירויות הללו, אינן באות בחשבון. כך שהספירות של הפוליטי והציבורי, ושל הלא-פוליטי והפרטי, מתעצבות בהתאם לתוכן ותחולה של תפיסת הצדק ועקרונותיה. אם אומרים על מה שמכונה הספירה הפרטית שהוא מרחב שאמור להיות פטור מצדק, כי אז פשוט אין דבר כזה" – ג'ון רולס **צדק כהוגנות: הצגה מחודשת** 308 (2010).

¹²⁰ Thomas Nagel, *Rawls on Justice*, in *READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE* 1, 9–10 (Norman Daniels ed., 1989); Milton Fisk, *History and Reason in Rawls' Moral Theory*, in *READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE* 53, 63–67 (Norman Daniels ed., 1989); Will Kymlicka, *Liberal Individualism and Liberal Neutrality*, 99 *ETHICS* 883–884 (1989); Jeremy Waldron, *Particular Values and Critical Morality*, 77 *CAL. L. REV.* 561, 574 (1989); Jurgen Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, in *THE INCLUSION OF THE OTHER: STUDIES IN POLITICAL THEORY* 203, 218 (Ciaran Cronin & Pablo De Greiff eds., 1998); BHIKHU PAREKH, *RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND POLITICAL THEORY* 87–89, 201–202 (2000); Ronald Beiner, *John Rawls's Genealogy of Liberalism*, in *REFLECTIONS ON RAWLS: AN ASSESSMENT OF HIS LEGACY* 73, 83–86 (Shaun P. Young ed., 2009).

שוויון מגדרי, בְּרֵת המחדל היא היעדר הפרדה מגדרית – בהיעדר טעם רלוונטי כגון צניעות או הגנה על נשים מפני אלימות גברית – לפחות במרחב הציבורי, ובחינה פרטנית של מקרי הפרדה מגדרית במרחב הפרטי, בכפוף לפסקת ההגבלה שבחוק היסוד ולחוק איסור הפליה (ככל שמדובר ב"שירות ציבורי").

ד. סיכום

מה ניתן לומר כעת על ההכרעה בפרשת רגן? מדובר בשירות ציבורי, ולכן חוק איסור הפליה חל עליו. חוק זה – האוסר הפרדה מגדרית אלא אם כן קיומו תנאי החריג – מגלם איזון תת-חוקתי בין זכויות הנשים לכבוד לבין זכויות החרדים לקיים את מצוות דתם. ראשית, מבחינת הנחיצות, כבר צוין שאמנם הועלו ספקות בנושא, אך יש לקבל את הטענה שלפיה לחלקים מסוימים בקהילה החרדית ההפרדה נחוצה. שנית, מבחינת הצדקת ההפרדה, עולות שתי בעיות: ראשית, היעדרה של חלופה סבירה; ושנית – וזהו הנושא החשוב יותר, מכיוון שהוא משפיע על הכרעות משפטיות דומות – בעיות קשות מתעוררות בנוגע ל"וולונטריות" של ההסדר. אף שאין מדובר בצעד בלתי-הפיך (כדוגמת נישואים או מילת נשים), וגם אם אנחנו מוכנים להניח שהאישה החרדית מודעת לאפשרויות הפתוחות לפניה (דבר המוטל בספק לנוכח החינוך הפטריארכלי שקיבלה, ולפיו האישה "מסוכנת" מבחינה מינית ולכן יש להפרידה מגברים למען קיום מצוות הדת), הרי היכולת שלה לבחור בדלת הקדמית, השוויונית, ולא בדלת האחורית, היא מוגבלת. ייתכנו כאן גם מגבלות חיצוניות "רכות" שבית המשפט לא הכיר בהן, כגון סנקציות קהילתיות שאינן מידידות, וגם מגבלות פנימיות – שוב, תוצר החינוך החרדי והנורמות הקהילתיות שהיא מכירה. בהיעדר הסכמה, ניתן לומר שישנה פגיעה בזכות החוקתית של האישה לשוויון, כחלק מזכותה לכבוד. אכן, הסכמה היא טעם רלוונטי להבחנה, ולכן בקיומה ניתן לומר שאין פגיעה בזכות כלל. אך בהיעדרה – ובהיעדר טעם רלוונטי אחר – יש לבחון את מידתיות הפגיעה. במקרה דנן, נראה שלנוכח הפגיעה הקשה בזכות הגרעינית לכבוד, ומכיוון שמדובר במרחב הציבורי, אין עמידה בתנאי פסקת ההגבלה ובתנאי הצידוק של חוק איסור הפליה.

מובן שבסופו של דבר, עניין הסכמתן של נשים בנות מיעוטים להחלת נורמות תרבותיות מפלות אינו עניין בינרי של "כן" ו"לא" מוחלטים, אלא עניין של איזון בין אינטרסים: מחד גיסא, ישנו החשד שהסכמתה של האישה אינה נובעת מרצון חופשי ולצדו הרצון לדאוג לזכויותיה; ומאידך גיסא, יש מקום לכיבוד רצונה של האישה ולחשש מפטרנליזם משפטי לא מוצדק שיכול להביא לידי תוצאה של "תודעה כוזבת" בנוסחה המרקסיסטית. במילים אחרות, ניתן להעמיד מול החשש הפמיניסטי את החשש מפני כפיית עמדת הרוב על המיעוט (או אף גרוע יותר: את כפיית עמדת המיעוט על הרוב).

עם זאת, ואף שלדעתי לא כל הסכמה של אישה הגדלה במשטר קהילתי סגור חשודה כשלעצמה, יש גם משמעות לגבולות החופש והידע של האישה המסכימה. מבחינות אלו ישנם הבדלים עקרוניים בין נשות הרווארד בעזרת הנשים לבין הנשים החרדיות המוכנות לקבל את תכתיב הקהילה בעניין ישיבה משפילה באוטובוס. אכן, שאלת פסילת הסכמתן של נשים לפגיעה במעמדן ובזכויותיהן היא שאלה אחת מני רבות של התנגשות בין תרבויות נבדלות ובין הרעיון של אוטונומיה מוחלטת לנשים בתביעתן לשוויון מלא. יש התנגשות כמעט בלתי-נמנעת בין הרצון לקיים שוויון מגדרי לבין רעיונות פטריארכליים שאינם מכירים באופן מסורתי באוטונומיה של האישה. במערב עקרון האוטונומיה ודחיית ההפרדה המגדרית הולך וכובש לו הגמוניה (מוצדקת, בעיני המחבר), ואילו בתרבויות אחרות – דתיות ומסורתיות, וכמובן גם בישראל – יש אמנם ניצנים להתעוררות פמיניסטית גם בקרב קהילות מסורתיות, אך המצב עדיין רחוק מלהיות משיביע רצון, ורעיון האוטונומיה האישי של האישה נאבק על מעמדו בישראל. בכל החורג מתחומה של רשות הפרט ומהנשאים שהדין הדתי שולט בהם, יש לדון לפי עקרונות המשפט הכללי – הציבורי, המנהלי או הפלילי – ויש לפסול כל הסכמה שאינה עומדת בתנאים לעיל. בהקשר זה חשוב לומר גם כמה מילים על נושא הזכויות הקבוצתיות שמיעוטים בישראל נהנים מהן. ככל שהחלת הדין המוסלמי, למשל, על נשים מוסלמיות, נובעת מהתחשבות ברצונן, ניתן להגן על כך; אך אם אין לנו ביטחון מלא שכל הנשים המוסלמיות (או הנוצריות, או היהודיות) היו בוחרות מרצונן להתדיין בבית דין שרעי (או דתי כלשהו), מבחינה ליברלית אין לתת תוקף ואף לשמר מצב זה. מתן זכויות לקהילה כלשהי תלוי בקיום "זכות יציאה"¹²¹ – בכך שכל בני הקהילה ובנותיה מקיימים את אורח החיים הקהילתי באופן חופשי ומודע ויכולים לפרוש מקהילתם כראות עיניהם. במאמר קצר זה אמנם לא נדון הנושא, אך גם במבט שטחי ניתן להיווכח שבישראל זכות היציאה מוטלת בספק. בקהילות שכל מערכות החינוך בהן סגורות, ושכל מטרתן היא להטמיע את אורחות החיים של הקהילה בלי להתיר כל סדק למידע כלשהו על תרבויות אחרות, קשה מאוד לדבר על הסכמה העונה על תנאי היעדר הכפייה והחירות וקיום המידע המלא.

לסיכום עניין זה, במשפט הישראלי – להבדיל מהדין הדתי – דינה של הסכמת האישה לפגיעה במעמדה השוויוני הוא כדלקמן: המשפט יכיר בהסכמתה של האישה על ידה ככל שהיא: לא התקבלה בכפייה (פיזית או אחרת); לא נבעה מחוסר מידע על חלופות ונורמות בעניין שוויון האישה ומעמדה; אינה יוצרת מצב שאין חזרה ממנו;

¹²¹ על זכות היציאה, ראו: Susan Moller Okin, "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit, 112 ETHICS 205 (2002); ON EXIT: INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON THE RIGHT OF EXIT IN LIBERAL MULTICULTURAL SOCIETIES (Dagmar Borchers & Annamari Vitikainen eds., 2012).

ואינה פוגעת בזכויות של אחרים שאינם מסכימים כמותה. מבחינת המשפט הציבורי יש עוד מגבלה אחת: אם מדובר בהפרדה מגדרית בשירות האמור להינתן לציבור, חובה על המדינה ורשויותיה לדאוג לכך שהיא תתקיים על פי דרישות החריג האוסר הפרדה זו בחוק איסור הפליה. יש לוודא שההפרדה נחוצה ויש לוודא שהיא מוצדקת לאור תנאי ההסכמה וקיום החלופה. ניתן לומר שהחריג בחוק איסור הפליה מגלם בתוכו את מבחני פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נועדו להצדיק את הפגיעה בזכויותיהן של הנשים המופרדות. זו הערה חשובה ביותר, מכיוון שפירושו של דבר הוא שכבר כיום נתונים הכלים המשפטיים להילחם בהפרדה פסולה, שאינה עומדת בתנאי החריג בחוק איסור הפליה. הפרדה כזו אינה חוקית. היא גם אינה חוקתית, לאור חובתה החיובית של המדינה להגן על זכויותיה של האישה לכבוד ולשוויון ולוודא שפגיעות בזכויות אלה יעמדו בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.