

מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות

גילה שטופלר*

בשנים האחרונות עולה במלוא חריפותה בדמוקרטיית ליברליות שונות, בעיקר באירופה, שאלת זכותן של נשים מוסלמיות לעטות רעלה במרחב הציבורי. בעוד בני קבוצות המיעוט טוענים כי חופש הדת שלהם, זכותם לשוויון וזכותם לתרבות מופרים בשל ההגבלות על עטיית הרעלה, המדינות אשר מטילות את ההגבלות ומגינות על קיומן טוענות כי הן הכרחיות לשם שמירה על זכותה של קבוצת הרוב לתרבות, על זכותן של נשים לשוויון ועל אינטרסים מדינתיים, כגון חילוניות או ניטרליות של המדינה בענייני דת. המאמר עורך ניתוח שיטתי של כלל הזכויות והאינטרסים המעורבים בוויכוח על הרעלה, תוך דיון בסוגיות כגון: מהו היקף ההגנה הראוי על הזכות של המיעוט ושל הרוב לתרבות? האם עקרונות ליברליים הם ערכים תרבותיים בלבד? האם סוגים שונים של מיעוטים (ילידי, דתי, מהגר) זכאים להגנות שונות? מהו האיזון הראוי בין עקרון הניטרליות של המדינה לבין חופש הדת? והאם איסור עטיית כיסוי-ראש מוסלמי אכן מקדם את זכותן של נשים לשוויון או שמא פוגע בה? מסקנת המאמר היא כי איסור עטיית כיסוי-ראש מוסלמי על-ידי נשים במדינות ליברליות פוגע יתר על המידה בזכויות הנשים המבקשות לעטות ובזכויותיהם של המיעוטים שהן משתייכות אליהם, ולכן אינו מוצדק. עם זאת, המאמר טוען כי קיימת הצדקה להטיל הגבלות מסוימות לגבי עטיית בורקה, המכסה את כל הגוף תוך הותרת חריץ צר לעיניים בלבד.

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ברצוני להודות למשה כהן-אליה, ליוסי דהאן, לחיים גנז ולאילן סבן על הערותיהם המועילות לגרסות קודמות של מאמר זה, ולמערכת משפט וממשל על עבודתה המסורה. כן ברצוני להודות למרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים על תמיכתו במחקר זה באמצעות מענק מחקר.

מבוא. א. עטיית רעלה והזכות לתרבות: 1. זכותם של מיעוטים לתרבות; 2. זכותו של הרוב לתרבות; 3. איזו תרבות? 4. עטיית רעלה והזכות לתרבות – סיכום. ב. עטיית רעלה והקונפליקט בין חופש הדת לבין אינטרסים מדינתיים: 1. חופש הדת אל מול אינטרס הניטרליות של המדינה בענייני דת; 2. חופש הדת ועקרון החילוניות הצרפתי (laïcité); 3. חופש הדת והאינטרס בהגנה על הסדר הציבורי מפני האסלאם הרדיקלי; 4. חופש הדת והגבלות לגבי עטיית הרעלה בישראל – פסק-הדין בעניין ג'בארין; 5. עטיית רעלה והקונפליקט בין חופש הדת לבין אינטרסים מדינתיים – סיכום. ג. עטיית הרעלה וזכותן של נשים לשוויון: 1. עטיית רעלה וזכותן לשוויון של נשים מקבוצות המיעוט המוסלמיות; 2. עטיית רעלה וקידום ערך השוויון בין נשים לגברים; 3. הצבעה על חריג: עטיית בורקה וקידום ערך השוויון בין נשים לגברים. ד. סיכום.

מבוא

בשנים האחרונות עולה במלוא חריפותה בדמוקרטיה ליברליות שונות, בעיקר באירופה, שאלת זכותן של נשים מוסלמיות לעטות רעלה במרחב הציבורי. המיעוט המוסלמי בארצות אירופיות, כגון צרפת וגרמניה, שבהן ניטש הוויכוח בנושא, הוא רובו ככולו מיעוט מהגר שהביא עימו לאירופה את נוהג עטיית הרעלה ממדינות-מוצאו. עם זאת, שאלות הנוגעות בזכות לעטות רעלה עולות לא רק לגבי מיעוטים מהגרים, אלא גם לגבי מיעוטים לאומיים, כגון המיעוט הערבי-המוסלמי בישראל, ולגבי מיעוטים תרבותיים, כגון מוסלמים מסורתיים בטורקיה.¹ בעוד בני קבוצות המיעוט טוענים כי חופש הדת שלהם, זכותם לשוויון וזכותם לתרבות מופרים בשל ההגבלות על עטיית הרעלה, המדינות אשר מטילות את ההגבלות ומגינות על קיומן טוענות כי הן הכרחיות לשם שמירה על זכותה של קבוצת הרוב לתרבות, על זכותן של נשים לשוויון ועל אינטרסים מדינתיים, כגון חילוניות או ניטרליות של המדינה

1 יצוין כי מבחינה מספרית אין זה ברור כלל כי המבקשות לעטות רעלה מהוות מיעוט מספרי בטורקיה, שכן מסקרים שונים עולה כי רוב הנשים הטורקיות, בעיקר באזורים הכפריים, עוטות רעלה. Survey, Religion, Secularism and the Veil in Daily Life, THE MILLIYET DAILY NEWSPAPER, 3–9 Dec. 2007, available at www.konda.com.tr/html/dosyalar/ghdl&t_en.pdf. עם זאת, עוטות-הרעלה באות בדרך-כלל ממעמד חברתי-כלכלי נמוך, בעוד האליטות החילוניות מתנגדות למנהג. Claire Hancock, Spatialities of the Secular: Geographies of the Veil in France and Turkey, 15 EUR. J. WOMEN'S STUD. 165 (2008), available at ejw.sagepub.com/cgi/reprint/15/3/165. תיקון לחוקה שהועבר בפרלמנט הטורקי על-מנת לאפשר את הסרת החרם מעל עטיית הרעלה באוניברסיטות בוטל על-ידי בית-המשפט העליון הטורקי בטענה שהוא מנוגד לעקרון החילוניות, שהינו עיקרון אשר החוקה הטורקית אינה מאפשרת לשנותו אפילו בתיקון חוקתי. Emrullah Uslu, Constitutional Court Ruling on Headscarf Deepens the Democracy Crisis in Turkey, EURASIA DAILY MONITOR, 24 Oct. 2008, available at www.jamestown.org/single/?no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=34051.

בענייני דת. פעמים רבות ניטש בעניין ויכוח טעון, שבמסגרתו מועלות האשמות בדבר גזענות ושנאת מוסלמים נגד המצדדים בהגבלות, מחד גיסא, והאשמות על כך שעידודה של עטיית הרעלות מהווה ביטוי לשאיפתו של האסלאם הרדיקלי לערער את יציבותו של המשטר הדמוקרטי ולהביא לידי כינון של מדינות-הלכה אסלאמיות, מאידך גיסא. כך, עטיית הרעלה נתפסת במקרים רבים על-ידי המדינות המגבילות אותה כאיום תרבותי ואף כאיום קיומי. לכן לא יהיה זה נכון להבין את איסור עטיית הרעלה כאיסור לגבי פריט לבוש בלבד, אלא יש להבינו כמסמל את הקושי הגדול בקבלתם של נהגים תרבותיים ודתיים שונים, בעיקר כאלה הנתפסים כמסמלים ערכים ונורמות שנויים במחלוקת. ריבוי הזכויות והאינטרסים המעורבים, וסערת הרגשות המלווה פעמים רבות את הוויכוח הציבורי סביב הזכות לעטות רעלה, מקשים על הכרעה מושכלת בעניין. גורם מקשה נוסף הוא העובדה שאיסור עטיית הרעלה יכול ללוש צורות שונות, כגון איסור על מורות בבתי-ספר ציבוריים לעטות רעלה (כפי שנעשה במדינות בגרמניה), איסור על תלמידות לעטות את הרעלה בבתי-ספר ציבוריים (כפי שנעשה בצרפת) או איסור עטיית רעלה באוניברסיטאות (כמצב בטורקיה). בהקשרים של מיעוטים מהגרים, ההגבלות לגבי הזכות לעטות רעלה עשויות להתבטא גם בדחיית בקשות של נשים עוטות-רעלה להגר למדינה המגבילה או להתאזרח בה. קושי נוסף טמון בכך שניתן לטעון, כפי שאראה, כי זכותם של מיעוטים ילידיים או לאומיים לתרבות רחבה מזכותם של מיעוטים מהגרים, ולכן עשויה להישמע הטענה כי זכותן של נשים מהגרות לעטות רעלה חלשה מזכותן של נשים חברות מיעוט לאומי לעשות כן.

נוסף על כך, בעת הדיון בזכות לעטות רעלה יש לזכור כי קיימים סוגים שונים של רעלות, מן הבורקה (גלימה ארוכה אשר מכסה את כל הגוף והפנים ומותירה רק חריץ צר לעיניים) ועד הסוג הנפוץ ביותר של הרעלה – מטפחת המכסה את הראש והצוואר (שהוא הסוג שאותו אכנה רעלה). כן יש לזכור כי נשים העוטות רעלות מן הסוג האחרון מייחסות לעטייתן משמעויות רבות ומגוונות. כך, מחקר שנערך בקרב נשים מוסלמיות באירופה מצא שבע משמעויות שונות לעטיית הרעלה: אמצעי להבעת אמונתה הדתית של העוטה בציבור; הגנה מפני החפצה מינית על-ידי גברים; ביטוי להערכה עצמית ולביטחון עצמי כאישה מוסלמית; ביטוי להשתייכות לתנועת האסלאם הפוליטי; סמל לזהותה של העוטה כבת לקבוצת מיעוט ולבידולה מקבוצת הרוב שאינה עוטה רעלה; הצהרה אישית נגד המודרניות, ובכלל זה נגד השוויון בין המינים; ואינדיקציה לכך שהאישה אולצה לעטות רעלה ולאמץ את תפקידה המסורתי של האישה המוסלמית.²

Birgit Sauer, *Conflicts over Values: The Issue of Muslim Headscarves in Europe*, 2
 .birgitsauer.org/onlinetexte/Conflicts%20over%20values-1.pdf, at 4–5
 מאוטר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 378–379 (2008).

מטרתו של מאמר זה היא לערוך ניתוח שיטתי של כלל הזכויות והאינטרסים המעורבים בוויכוח סביב עטיית רעלה, ובאמצעותו להגיע להכרעה בשאלה אם ראוי להטיל הגבלות על עטיית רעלה במדינות ליברליות, ואם כן – באילו נסיבות ובאיזה אופן. הניתוח האמור יחייבני לדון בשאלות רחבות-היקף באשר למהותה והיקפה של הזכות לתרבות, ותחולתה על מיעוטים מסוגים שונים, כמו-גם על קבוצת הרוב; בשאלות הנוגעות בזכות לחופש הדת אל מול אינטרסים מדינתיים, כגון חילוניות, ניטרליות ואחידות; ובשאלות באשר לזכותן של נשים לשוויון – הן של הנשים מקבוצת המיעוט והן של כלל הנשים במדינה. הדיונים הללו ישמשו לי בסיס להכרעה בנוגע לזכות לעטות רעלה, אך הם עשויים לשמש מסגרת גם להכרעות בסוגיות אחרות הנוגעות בתביעות תרבותיות של מיעוטים תרבותיים ודתיים.

בחלקו הראשון של המאמר אדון בקונפליקט בין זכויותיהן התרבותיות של קבוצות המיעוט לבין זכויותיהן התרבותיות של קבוצת הרוב. אשאל מה כוללת זכותם של מיעוטים לתרבות, ואם יש להבחין לעניין זה בין מיעוטים מהגרים לבין מיעוטים ילידיים או לאומיים. כן אשאל אם גם לקבוצת הרוב יש זכות לתרבות, ואם כן – אילו צעדים היא רשאית לנקוט על-מנת להגן על זכותה זו. כך, למשל, אחת הטענות העולות בהקשר של ההגבלות המוטלות באירופה על עטיית הרעלה, שהיא כאמור מנהג שהובא ליבשת זו על-ידי מהגרים, היא שההגבלות נחוצות על-מנת להגן על תרבותן של קבוצות הרוב – האירופים המקוריים (גרמנים, צרפתים וכולי). אך טענה זו מעוררת את השאלה מהי בדיוק התרבות שמדינות אירופה מנסות להגן עליה באמצעות הטלת ההגבלות על עטיית הרעלה – האם זו תרבות נוצרית, תרבות חילונית או שמא תרבות ליברלית? שאלה חשובה נוספת בהקשר זה היא אם ליברליזם הוא "רק" סוג של תרבות, ולפיכך ההגנה על עקרונותיו היא אימפריאליזם תרבותי, או שמא להגנה על עקרונות ליברליים, כגון דמוקרטיה וזכויות אדם, ניתן למצוא הצדקות נוספות ונרחבות יותר. אבקש לטעון כי בעוד זכותם של מיעוטים, ובכלל זה מיעוטים מהגרים, כוללת את הזכות לעטות רעלה במרחב הציבורי, זכותה של קבוצת הרוב לשימור תרבותה אינה כוללת את הזכות למנוע את בני קבוצות המיעוט מלעטות רעלה במרחב הציבורי. עם זאת, אטען כי האינטרס של מדינות ליברליות בשמירה על עקרונות ליברליים של דמוקרטיה וזכויות אדם הוא אינטרס נרחב וחשוב מהזכות לתרבות, ומהווה את הבסיס לזכויות האדם וליחסים בין פרטים כמו-גם בין קבוצות במדינות ליברליות, ולכן הוא יכול לגבור בנסיבות מסוימות על זכותם של מיעוטים לתרבות.

בחלקו השני של המאמר אדון בקונפליקט בין זכות-היסוד של הנשים עוטות-הרעלה לחופש הדת והמצפון לבין אינטרסים שונים של המדינה המועלים כהצדקות להגבלת הזכות לעטות רעלה במרחב הציבורי, ובכלל זה האינטרס של מדינות בשמירה על ניטרליות בענייני דת, האינטרס בשמירה על חילוניות (laïcité) ועל אחידות במרחב הציבורי, והאינטרס בהתמודדות מול האסלאם הפוליטי. אסקור את פסקי-הדין השונים שניתנו בעניין

על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות האדם ועל-ידי בית-המשפט החוקתי הגרמני, ואשווה בינם לבין פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ג'בארין,³ שהינו פסק-הדין הישראלי היחיד הן בזכות לעטות רעלה. אטען כי פסקי-הדין של בית-הדין האירופי, אשר קיבלו את הטענה כי הטלת הגבלות על עטיית הרעלה מתחייבת מהשמירה על הניטרליות של המדינה, על חילוניותה ועל אחידותה, מבוססים על תפיסה בעייתית של ניטרליות וחילוניות, אשר אכנה אותה "תפיסה רפובליקאית של ניטרליות". התפיסה הרפובליקאית של ניטרליות גורסת כי נהגיו של הרוב הם הנהגים המשותפים לכלל החברה, ולכן הם ניטרליים וראויים להישמר במרחב הציבורי, ואילו נהגיו של המיעוט הם נהגים יוצאי-דופן, ולכן יש להגבילם במרחב הציבורי על-מנת לשמור על מרחב ציבורי ניטרלי ואחיד כבסיס לחיים משותפים של בני קבוצות שונות. כן אטען כי אימוץ תפיסה שונה של ניטרליות – ניטרליות ליברלית – היה מוביל לתוצאה ההפוכה, שכן על-פי התפיסה הליברלית, הניטרליות של המדינה נועדה לאפשר קיומו של פלורליזם במרחב הציבורי ולהגן על זכותם של בני דתות המיעוט לקיים את נהגיהן במקביל לאלה של בני דת הרוב. בהקשר זה אדון בקצרה גם בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ג'בארין. כמו הרשויות במדינות אירופה, גם המשיבים בעניין ג'בארין – בית-הספר ומשרד החינוך – טענו כי האיסור לעטות רעלה חיוני לשם שמירה על האחידות, אשר חיונית לקיום משותף בצוותא של בני דתות שונות באותו בית-ספר. בית-המשפט קיבל טענה זו ודחה את העתירה, בקובעו שבית-הספר רשאי לאסור על תלמידות לעטות רעלה. עם זאת, הדגיש בית-המשפט כי הגיע לתוצאה זו מכיוון שבית-הספר הינו בית-ספר פרטי שאינו כפוף לחוק הפיקוח, וכי טיעון דומה לא היה מתקבל בבית-ספר ממלכתי. אטען כי אף שעל פניו פסק-דינו של בית-המשפט העליון הישראלי נראה כנובע מתפיסה של ניטרליות ליברלית, יש להבינו בהקשר של הגדרת המדינה בישראל ויחסי הרוב והמיעוט בה, אשר רחוקים מאוד מתפיסה של ניטרליות ליברלית ושל ניטרליות בכלל.⁴

בחלקו השלישי של המאמר אדון בטיעונים הנוגדים לעניין האופן שבו עטיית הרעלה משליכה על זכותן של נשים לשוויון. אתחיל בבחינת הטיעונים הנוגעים בזכותן של הנשים עוטות-הרעלה עצמן לשוויון, ולאחר-מכן אעבור לבחינת הטיעונים הנוגעים באופן שבו עטיית הרעלה משפיעה על זכותן של כלל הנשים לשוויון. המצדדים בהטלת הגבלות על עטיית רעלה במרחב הציבורי טוענים כי הרעלה היא לא רק סמל לדיכוי האישה, אלא אף אמצעי למימוש. מאידך גיסא, המתנגדים להגבלות טוענים כי הרעלה היא אך פיסת בד, כי נשים אשר עוטות אותה מציעות סיבות רבות ומגוונות לעטייתה, וכי דווקא הטלת הגבלות על עטיית הרעלה מפרה את זכויותיהן של הנשים המבקשות לעטותה ופוגעת ביכולתן להשתלב במרחב הציבורי ולרכוש השכלה ועצמאות. העובדה שהנשים המבקשות לעטות

3 ראו להלן ה"ש 66.

4 כך, למשל, אין לשכוח כי בישראל בתי-הספר הממלכתיים מופרדים הן על-פי לאום והן על-פי מידת הדתיות.

רעלה משתייכות לקבוצות מיעוט לא-ליברליות וסובלות מהפליה בתוך קהילותיהן בשל היותן נשים, כמו-גם מהפליה על-ידי קבוצת הרוב בשל השתייכותן למיעוט, הופכת את הדיון למורכב יותר, ומעלה שאלות הנוגעות בשמירה על זכויותיו של המיעוט שבתוך המיעוט, כמו-גם שאלות לגבי האופן שבו ניתן וראוי להגן על זכות היציאה של בנות המיעוט. אטען כי אף שנשים בקבוצות מיעוט מוסלמיות מסורתיות אכן סובלות מהפליה ומדיכוי, ההתמודדות עם תופעות אלה מצריכה חדירה לתחומי הקהילה ונקיטת פעולות בעלות אופי שונה מהטלת הגבלות על עטיית הרעלה במרחב הציבורי, וכי דווקא הגבלת עטיית הרעלה היא שתפגע ביכולתן של נשים לרכוש את הכישורים הנדרשים למימוש זכות היציאה ותעמיק את הפלייתן בתחום הפרטי.

צידוק נוסף המוצע להטלת הגבלות על עטיית הרעלה מבוסס על הטענה שעטיית הרעלה משליכה לא רק על זכותן לשוויון של הנשים העוטות את הרעלה, אלא על זכותן לשוויון של כלל הנשים במדינה, כמו-גם על האינטרס של המדינה בקידום ובהבטחה של שוויון לנשים. כך, יטען הטוען, מתן גושפנקה על-ידי המדינה לנוהג המסמל ומעגן את דיכוי של נשים פוגע בזכותן של כלל הנשים במדינה לחיות בחברה אשר מכירה בהיותן שוות וחופשיות ומכבדת זאת, ומסכן את התפיסה שלפיה מחויבותן של המדינה והחברה להבטחת שוויון לנשים היא מחויבות מלאה שאין להסיגה מפני תפיסות תרבותיות ודתיות מفلות, יהיו אלה עמוקות וכנות ככל שיהיו. אף שיש ממש בטענה זו, אטען כי הנזק הנטען אינו חמור דיו להצדיק פגיעה ישירה בחופש הדת והמצפון של הנשים עוטות-הרעלה ובזכותן להשתתפות שווה במרחב הציבורי.

עם זאת, אטען כי טיעון זה אכן יכול להצדיק הטלת הגבלות מסוימות הנוגעות בעטיית בורקה, ובכלל זה הגבלות לגבי הגירת נשים עוטות-בורקה ומלוויהן הגברים למדינות ליברליות, שכן עטיית הבורקה היא מנהג המשקף תפיסה דתית פטריארכלית פונדמנטליסטית שלפיה נשים משועבדות לגמרי לבעליהן ולקרוביהן הגברים, וחייבות להסתיר את עצמן לחלוטין מפני כל גבר אחר על-מנת שיהיו רשאיות לצאת אל העולם החיצון. תפיסה זו מבזה נשים ופוגעת בצלם האנוש שלהן, ואינה ניתנת ליישוב עם עקרון השוויון לנשים, עם כבוד האדם או עם הזכות לחירות.

כך, בחינת כלל הזכויות והאינטרסים המעורבים תובילני למסקנה שהטלת הגבלות על עטיית רעלה במרחב הציבורי מהווה הפרה בלתי-מוצדקת של חופש הדת, של הזכות לתרבות ושל הזכות לשוויון של נשים מוסלמיות בנות קבוצות מיעוט. זאת, מכיוון שזכותן של קבוצות הרוב לתרבות וכן אינטרסים מדינתיים, כגון ניטרליות בענייני דת, חילוניות ואחידות, אינם יכולים להצדיק הגבלות אלה. עם זאת אטען, כאמור, כי במסגרת זכותן של מדינות ליברליות לפעול לשמירה על עקרונות הדמוקרטיה וזכויות האדם, הן רשאיות להטיל הגבלות מסוימות על נשים מוסלמיות (ועל גברים מוסלמים), כולל ביחס ללבושן. ההגבלה הקונקרטיית שאותה אנמק נוגעת בעטיית בורקה.

א. עטיית רעלה והזכות לתרבות

1. זכותם של מיעוטים לתרבות

הזכות לתרבות היא זכות חדשה יחסית בשיח זכויות האדם, והצדקותיה, היקפה ויישומה הראוי נתונים במחלוקת חריפה. ליברלים רב-תרבותיים כקמליקה נוהגים להצדיק את ההכרה בזכות לתרבות בטענה שהחברות בקבוצה תרבותית מעניקה לאדם מסגרת הכרחית שרק בתוכה יוכל לממש את האוטונומיה של הרצון הפרטי ואת יכולת הבחירה שלו.⁵ אחרים, כטיילור, רואים בתרבות בסיס לזהות, ולכן גורסים כי בהעדר כבוד לתרבויות מיעוט מצד תרבות הרוב, לא יוכלו חברי קבוצת המיעוט לגבש את זהותם ולממש את עצמם.⁶ במקור התמקדה התיאוריה הרב-תרבותית בניסיון למצוא הצדקות תיאורטיות להתאמות תרבותיות לקבוצות של מיעוטים מן הסוג שקמליקה מכנה "מיעוטים ישנים". המאפיין המשותף של מיעוטים אלה – מיעוטים ילידיים, מיעוטים לאומיים ומיעוטים דתיים – הוא שהם התקיימו במדינה לפני הקמתה. מבין מיעוטים אלה, הזכויות המגיעות למיעוטים ילידיים ולאומיים הן הנרחבות ביותר, לדעת קמליקה, שכן מיעוטים אלה אולצו בעל-כורחם לחיות בתחומי מדינה שהוקמה בניגוד לדעתם ולא בטובתם.⁷ בשנים האחרונות, לנוכח התרחבותה של תופעת ההגירה ויצירתן של קהילות מהגרים גדולות במדינות רבות, החלה נשמעת הטענה כי גם קהילות מהגרים זכאיות להתאמות תרבותיות שונות. מיעוטים מהגרים אלה מכונים על-ידי קמליקה "מיעוטים חדשים", מכיוון שהם נוצרו בתחומי המדינה לאחר הקמתה, כתוצאה מהגירה מסיבית, רובה רצונית.⁸ במקביל להתרבות תביעותיהם של המיעוטים השונים להתאמות תרבותיות, ובעיקר תביעותיהם של "מיעוטים חדשים" שנוצרו במדינות שונות כתוצאה מהגירה, החלו להישמע קולות הקוראים להטלת הגבלות על תרבותם של המיעוטים המהגרים על-מנת להגן על תרבות הרוב מפני שחיקה ומפני אובדן הבכורה התרבותית בתחומי המדינה.

השאלה מהו היקפה של הזכות לתרבות של כל אחד מסוגי המיעוטים האמורים, ובאיזה אופן יש להגן עליה, היא שאלה שנויה במחלוקת. כך, למשל, בעוד ארגונים בין-לאומיים נוטים לא להבחין בין רמת ההגנה שתרכויות של מיעוטים לאומיים או ילידיים זכאיות לה לבין רמת ההגנה שתרכויותיהם של מיעוטים מהגרים זכאיות לה, קמליקה סבור כי

5 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 35 (1995) (להלן: MULTICULTURAL CITIZENSHIP).

6 Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25, 25–26 (Amy Gutmann ed., 1994).

7 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY 77 (2007) (להלן: MULTICULTURAL ODYSSEYS).

8 שם.

הנסיבות השונות שבהן נוצרו המיעוטים התרבותיים השונים משליכות על היקף הזכויות התרבותיות המגיעות להם, וכי שימור ההבחנה בין סוגי המיעוטים הכרחי לצורך הכרעה ראויה בקונפליקטים תרבותיים.⁹ עמדה שלישית גורסת כי מיעוטים מהגרים אינם זכאים כלל להתאמות תרבותיות, וכי נקיטת מדיניות רב-תרבותית כלפי מיעוטים מהגרים אינה מקדמת את השתלבותם של המהגרים בחברה, ואף פוגעת בהשתלבותם על-ידי עידוד בדלנות אתנית.¹⁰

ההבחנה בין סוגי מיעוטים לעניין היקף הזכויות התרבותיות המגיעות להם קשורה באופן הדוק להבחנה אחרת של קימליקה בין שלושה סוגים של זכויות אשר מיעוטים עשויים להיות זכאים להן – זכויות שלטון עצמי, זכויות לייצוג מיוחד וזכויות פוליאנתיות. לטענתו, מכיוון שמיעוטים ילידיים ומיעוטים לאומיים נוצרו בעל-כורחם בנסיבות של כיבוש ויצירת מדינה חדשה בתחומי מחייתם, הם זכאים הן לזכויות שיאפשרו להם להיבדל מהחברה הכללית ולקיים מוסדות שלטון עצמי נפרדים (זכויות שלטון עצמי) והן לזכויות שיאפשרו להם להשתלב בחברה הכללית מבלי לאבד את תרבותם וייחודם (זכויות פוליאנתיות).¹¹ לעומתם, מיעוטים דתיים ומיעוטים מהגרים זכאים, לדעת קימליקה, רק לזכויות פוליאנתיות, כגון תמיכה כספית לשם שימור תרבותם, הכרה בייחודם התרבותי וכיבודו, ומתן פטורים מיוחדים מחוקים כלליים הנוגדים את מנהגייהם (כגון פטור ליהודים ולמוסלמים מחוקים המחייבים סגירת חנויות בימי ראשון).¹² זכויות אלה מטרטן אינה לעודד בדלנות, אלא דווקא לאפשר למיעוטים להשתלב בחברה. לטענת קימליקה, אי-אפשר לדרוש את השתלבותם של מיעוטים בחברה מבלי להציע להם תנאי השתלבות הוגנים, שיבטיחו כי המוסדות החברתיים יכבדו את זהויותיהם התרבותיות של המיעוטים ויתחשבו בהן באותה מידה שבה הם מכבדים את זהותו התרבותית של הרוב ומתחשבים בה.¹³ ביטוי מרכזי לתנאי השתלבות הוגנים הוא הנכונות לערוך התאמות, כגון התאמות בקודים של לבוש, שחשיבותן אינה רק בכך שהן מצביעות על כבוד כלפי זהותו התרבותית של המיעוט, אלא גם בכך שהן מהוות בסיס למתן הזדמנות שווה למיעוט להשתתף בצורה מלאה במוסדות הכלכליים, החברתיים והפוליטיים של המדינה.¹⁴ על-פי תפיסה זו, סוגים מסוימים של הכרה בשונות תרבותית לא רק שאינם מעודדים בדלנות, כטענת המבקרים, אלא מהווים תנאי הכרחי להשתלבותם של מיעוטים.

9 שם, בעמ' 77–79.

10 WILL KYMLICKA, POLITICS IN THE VERNACULAR: NATIONALISM, MULTICULTURALISM, 152 (2001) (להלן: (POLITICS IN THE VERNACULAR AND CITIZENSHIP)).

11 MULTICULTURAL CITIZENSHIP, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27.

12 שם, בעמ' 31.

13 POLITICS IN THE VERNACULAR, לעיל ה"ש 10, בעמ' 162–163.

14 MULTICULTURAL CITIZENSHIP, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31.

2. זכותו של הרוב לתרבות

כאמור, בשנים האחרונות – לנוכח התגברות תביעותיהן של קבוצות מיעוט תרבותיות ולנוכח היווצרותם של מיעוטים תרבותיים חדשים כתוצאה מהגירה – עולה יותר ויותר הטענה כי גם לקבוצת הרוב יש זכות לשימור תרבותה, וכי זכות זו מצדיקה נקיטת צעדים לשם מימושה. כך, למשל, זכותו של הרוב לתרבות משמשת במדינות אירופה, בין היתר, להצדקת הגבלות לגבי עטיית הרעלה במרחב הציבורי. בצרפת, לדוגמה, החוק האוסר על תלמידות בבתי-ספר ציבוריים לעטות רעלה מוצג כבא להגן על עקרון החילוניות הצרפתי (laïcité).¹⁵ באופן דומה, חלק מהמדינות המרכיבות את הפדרציה הגרמנית אוסרות על מורים בבתי-הספר הציבוריים לעטות סמלים דתיים בבית-הספר, על-מנת לשמור על הניטרליות של המדינה, אך עושות כן בחוקים הכוללים פטורים מיוחדים לסמלים דתיים נוצריים (ויהודיים). כך, למשל, החוק של מדינת באדן-וירטמברג בגרמניה מנמק את הפטור בכך שהצגת ערכים ומסורות נוצריים ומערביים עולה בקנה אחד עם מטרות החינוך כפי שנקבעו בחוקה המדינתית, ולכן אינה מפירה את הניטרליות המדינתית.¹⁶

אף שהתיאוריה הרב-תרבותית פותחה על-מנת לספק הצדקה תיאורטית לקבלת תביעות תרבותיות של מיעוטים, הסיבות שהיא מציעה לחשיבותה של התרבות ליחיד ולקבוצה חלות באופן שווה הן על מיעוטים והן על קבוצות הרוב. אי-לכך נראה כי האינטרס של קהילת הרוב בשימור תרבותה זהה בעוצמתו לאינטרס של קהילות מיעוט בשימור תרבותן.¹⁷ עם זאת, מסקנה זו אינה מסייעת לנו להחליט אילו צעדים קהילת הרוב רשאית לנקוט על-מנת להגן על זכותה לתרבות. התיאוריה הרב-תרבותית הליברלית מתמקדת בחובת המדינה להגן דווקא על תרבויות המיעוט, מכיוון שקהילת הרוב, בשל שליטתה במדינה, אינה זקוקה להגנות מיוחדות, ולעיתים תכופות מעצבת את מוסדות המדינה ואת סמליה בהתאם לתרבותה, תוך שחיקת תרבותו של המיעוט והתעלמות ממנה.¹⁸ מכאן שהרציונל מאחורי התיאוריה הרב-תרבותית הוא להבטיח שהמדינה תספק הגנה שווה

15 Jose Casanova, *Religion, European Secular Identities and European Integration*, 15 EUROZINE, 29 July 2004, 9–10, available at www.eurozine.com/pdf/2004-07-29-casanova-en.pdf.

16 Christian Joppke, *State Neutrality and Islamic Headscarf Laws in France and Germany*, 36 THEORY & SOCIETY 313, 331–332 (2007).

17 David Miller, *Immigration: The Case for Limits*, in CONTEMPORARY DEBATES IN APPLIED ETHICS 193, 199–201 (Andrew I. Cohen & Christopher Heath Wellman eds., 2005).

18 “At the heart of many contemporary justifications for כפי שמסבירה איילת שחר: multicultural citizenship lies a deep concern about power, particularly about the power of the state and dominant social groups to erode minority cultures.” AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN’S RIGHTS 22–23 (2001).

לתרבויות השונות המצויות בה. מרציונל זה עולה שלקהילת הרוב יש הזכות לנקוט צעדים כדי להגן על תרבותה, אך רק כל עוד צעדים אלה אינם פוגעים בזכותן השווה של קהילות המיעוט לתרבות. כאמור, היקף זכותן של קהילות המיעוט השונות לתרבות משתנה על-פי סוג המיעוט – למשל, זכותו של מיעוט ילידי לתרבות רחבה מזכותו של מיעוט מהגר לתרבות, וכוללת גם זכויות לשלטון עצמי. עם זאת, זכותם של כלל סוגי המיעוטים לתרבות מקנה להם לכל-הפחות זכות לתנאי השתלבות הוגנים במרחב הציבורי.

3. איזו תרבות?

אחד הקשיים העולים בהגנה על הזכות לתרבות נוגע בשאלה מהי התרבות שמבקשים להגן עליה. אף שהתשובה לשאלה זו עשויה להיות שנויה במחלוקת גם בכל הנוגע בזיהוי תרבותה של קבוצת מיעוט סגורה, זיהוי התרבות שקבוצת הרוב מבקשת להגן עליה – בעיקר היכן שמדובר בקבוצה פתוחה וליברלית עם גבולות לא-מוגדרים – קשה הרבה יותר. שאלה זו עולה בכל חריפותה בהקשר של טענותיהן של מדינות באירופה כי ההגבלות לגבי עטיית הרעלה נועדו להגן על תרבותן. התמיהה המתבקשת אל מול טענה זו היא מהי בדיוק התרבות שמדינות כצרפת או גרמניה באות להגן עליה. שאלה חשובה לא פחות, הנלווית לשאלה זו, היא אם יש סוגים מסוימים של תרבות שהרצון להגן עליהם לגיטימי יותר מן הרצון להגן על סוגים אחרים של תרבות.

לפני שאגע בשאלות אלה חשוב להבהיר כי הדיון שיובא להלן אינו מניח כי תרבות הינה מהות קבועה ומוגדרת. נהפוך הוא, הדיון מניח כי תרבות הינה מושג גמיש שתוכנו חשוף לשינויים מתמידים, וכי פעמים רבות קשה לזהות את מקורם של ציוויים ונהגים תרבותיים ולייחס אותם לתרבות מסוימת.¹⁹ אף-על-פי-כן, בוויכוח על הרעלה באירופה, למשל, במדינות כצרפת, בריטניה, גרמניה והולנד, ניתן לזהות שלושה סוגים נפרדים, אך קשורים זה לזה, של תרבות – תרבות נוצרית, תרבות חילונית ותרבות ליברלית.²⁰ התרבות החילונית – או חילוניות – מזוהה פעמים רבות עם ערכים ליברליים, כגון הפרדת הדת מהמדינה וניטרליות של המדינה. באופן דומה, לא אחת עולה הטענה שליברליזם, ובעיקר הפרדת

19 DAVID MILLER, ON 'MULTICULTURAL CITIZENSHIP', לעיל ה"ש 5, בעמ' 101–105; NATIONALITY 126–130 (1995).

20 ראו, למשל, Casanova, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1. כך, למשל, ההצדקה הרווחת בצרפת להגבלות לגבי עטיית הרעלה היא הרצון לשמר את עקרון החילוניות הצרפתי (laïcité), שנועד לשמור על החילוניות והניטרליות של המדינה בענייני דת במרחב הציבורי. עם זאת, מבקרי ההגבלות בצרפת טוענים כי את עקרון החילוניות הצרפתי יש לכנות "catholaïcité", שכן מטרתו האמיתית היא לשמור על ניטרליות המותאמת למנהגים קתוליים דווקא (למשל, ימי המנוחה בצרפת תואמים רק ימי חג נוצריים), ולא למנהגים מוסלמיים או יהודיים (כגון עטיית רעלה או חבישת כיפה). Etienne Balibar, *Dissonances within Laïcité*, 11 CONSTELLATIONS 353 (2004).

הדת מהמדינה ומושג החילוניות, מקורם דווקא בנצרות.²¹ אף-על-פי-כן, קיימים הבדלים משמעותיים בין שלוש מערכות ערכים אלה, ובעוד יש המצדיקים את ההגבלות לגבי עטיית הרעלה בצורך להגן על התרבות הנוצרית, אחרים מצדיקים אותן בצורך להגן על התרבות החילונית, ואילו אחרים מצדיקים אותן בצורך להגן על ערכים ליברליים. שאלה מעניינת היא אם קיים הבדל מוסרי בין סוגי ההצדקות האמורים. האם ניתן לטעון שהרצון לשמר את התרבות הנוצרית מהווה הפרה של חופש הדת והמצפון וכפייה של הדת הנוצרית על מוסלמים? האם הרצון להגן על התרבות החילונית לגיטימי יותר מכיוון שתרבות זו דוגלת בניטרליות בענייני דת? האם ההתעקשות להגן על ערכים ליברליים מהווה כפייה אימפריאליסטית של תרבות מערבית או שמא ניתן להצדיקה כהגנה על ערכים אוניוורסליים? כל אלה הן שאלות מורכבות ביותר, אשר מאמר זה צר מלהכיל את הדיון בהן. עם זאת, ברצוני לגעת בקצרה בשתי נקודות אשר חשובות לצורך הדיון בהגבלות לגבי עטיית הרעלה: הראשונה נוגעת בהבחנה בין הגנה על תרבות חילונית לבין הגנה על תרבות נוצרית, והשנייה נוגעת בטענה שערכים ליברליים הם ערכים תרבותיים בלבד.

ראשית, באשר לשאלה אם הרצון להגן על תרבות חילונית לגיטימי יותר מהרצון להגן על תרבות נוצרית – על-מנת לענות על שאלה זו יש לבחנה הן במישור הסמלי והן במישור המעשי. במישור הסמלי, הרטוריקה הנוגעת בשמירה על תרבות חילונית של ניטרליות דתית של המדינה היא רטוריקה מכילה יותר מאשר הרטוריקה המצדדת בשמירת תרבותה הנוצרית של המדינה. זאת, מכיוון שבעוד כל דת היא מעצם טבעה פרטיקולריסטית ומבחינה בין מאמיניה לבין מי שאינם מאמינים בה, השמירה על ניטרליות דתית נועדה למנוע הבחנות בין אנשים על בסיס דת ולאפשר קיום שוויוני בצוותא של בני כל הדתות. זהו הבדל חשוב, בעיקר לנוכח העובדה שהסיבה העיקרית להיווצרותה של הפרדה בין דת למדינה הייתה הצורך למנוע עימותים דתיים.²² אף-על-פי-כן, יש לשים לב שקיימות דמוקרטיות ליברליות שיש בהן הגדרה של דת מדינה רשמית – כגון אנגליה, שבה הדת האנגליקנית היא דת מדינה רשמית – ומצב זה אינו נחשב, כשלעצמו, כהפרה של זכויות המיעוטים במדינה. אדרבה, אנגליה מזוהה כמדינה המגלה מחויבות רבה ליישומה של מדיניות רב-תרבותית.²³ המסקנה היא כי בחינת מעשיה של מדינה על-מנת לקדם בפועל את תרבותה הנוצרית חשובה יותר מבחינת מצבה במישור הסמלי. יתרה מזו, בעוד במישור הסמלי הרצון לקדם תרבות חילונית של ניטרליות דתית הוא ראוי לשבח, קיימות תפיסות

21 Taylor, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62.

22 Kathleen Sullivan, *Religion and Liberal Democracy*, 59 U. CHI. L. REV. 195, 198 (1992).

23 MULTICULTURAL ODYSSEYS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 72–73.

של חילוניות וניטרליות דתית שתוצאתן בפועל היא מפלה ומדירה, כפי שאראה בחלקו הבא של המאמר.²⁴

שנית, באשר לשאלה אם ערכים ליברליים הם ערכים תרבותיים בלבד, ואם רצונן של מדינות ליברליות להבטיח את כיבודם של ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם מהווה אימפריאליזם תרבותי – שאלה זו עולה לאחרונה בעיקר בנוגע לנסיוןן של מדינות אירופיות לדרוש ממיעוטים מהגרים הבאים מתרבויות לא-ליברליות לכבד את ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם. עם זאת, השאלה עד כמה מדינות ליברליות רשאיות לדרוש ממיעוטים לכבד את ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם מתעוררת גם לגבי סוגי המיעוטים האחרים הקיימים במדינות – מיעוטים דתיים, מיעוטים לאומיים ומיעוטים ילידיים – ויש הגורסים כי התשובה לה צריכה להשתנות בהתאם לסוג המיעוט.²⁵ דעתי היא כי אף שניתן לטעון שערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם מהווים חלק מהתרבות הליברלית, הם אינם נהגים תרבותיים בלבד, אלא מהווים את הבסיס לקיומם של צדק והגינות במדינות ליברליות. לכן מדינות ליברליות רשאיות לדרוש ממיעוטים שבתחומן לכבד עקרונות אלה, ואין בדרישה זו משום אימפריאליזם תרבותי. ההצדקות לדרישה זו חזקות במיוחד לגבי מיעוטים מהגרים. זאת, משני טעמים. ראשית, המהגרים לתוך מדינה עושים זאת ככלל מרצונם החופשי, ולכן ניתן לדרוש מהם אימוץ של כללי-הבסיס במדינה הקולטת, כל עוד כללים אלה הוגנים. כך, קימליקה, אשר דורש מהמדינה הקולטת להבטיח תנאי השתלבות הוגנים למהגרים, גורס בד בבד כי המדינה הקולטת רשאית לדרוש מהמהגרים אימוץ של ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם.²⁶ באותו אופן, מילר רואה ביחסים בין מהגרים לבין המדינה הקולטת יחסים מעין-חוזיים, אשר מחייבים את המדינה להבטיח למהגרים אזרחות שווה, אך גם מאפשרים לה לדרוש מהם לנטוש נהגים תרבותיים הנוגדים את ערכי זכויות האדם.²⁷ שנית, הצדקה נוספת לחובתם של מהגרים לכבד ערכים ליברליים נובעת מכך שגם דרישותיהם של המהגרים עצמם כלפי המדינות הקולטות מבססות את עצמן על זכויות האדם. מהגרים מבססים את טענותיהם נגד מדינות קולטות על חובתן של האחרונות לכבד את זכויותיהם לשוויון, לחופש הדת, לתרבות ולהשתתפות מלאה בחברה. באופן דומה, אם כן, עליהם להכיר בחובתם לכבד את הזכויות והחירויות של אחרים.²⁸ צודק בסאם טיבי, אשר בחיבורו על

24 ראו את הדיון בחלק ב בנוגע להבחנה בין ניטרליות ליברלית לבין ניטרליות רפובליקאית ולהשלכותיה על זכויות מיעוטים.

25 MULTICULTURAL CITIZENSHIP, לעיל ה"ש 5, בעמ' 167–170.

26 POLITICS IN THE VERNACULAR, לעיל ה"ש 10, בעמ' 162–176.

27 David Miller, *Immigrants, Nations, and Citizenship*, 16 J. POL. PHIL. 371, 354–355 (2008).

28 טענה זו חלה לדעתי הן על מהגרים מרצונם החופשי והן על פליטים. זאת, מכיוון שגם פליטים נכנסו לתחומי המדינה הקולטת מכוח העובדה שזו כיבדה את עקרונות זכויות האדם, וגם פליטים דורשים את זכויותיהם באותה מדינה תוך שימוש בטיעונים הנוגעים בזכויות האדם.

ההגירה המוסלמית לאירופה דוחה את גישת היחסיות התרבותית, השוללת את קיומם של ערכים משותפים ומצדדת בהחלת חוקים שונים ויחס שונה לבני קהילות תרבותיות שונות. טיבי קורא ליצירתו של פלורליזם המשלב מגוון תרבותי עם הסכמה על ערכי-יסוד משותפים. לדבריו, הן המהגרים המוסלמים והן תושבי אירופה הוותיקים צריכים לגלות מחויבות חסרת פשרות לערכי-היסוד האירופיים של דמוקרטיה חילונית, זכויות האדם של נשים וגברים, סובלנות חילונית וחברה אזרחית.²⁹ כיום, לטענתו, תושבי אירופה עצמם אינם מקיימים את הערכים שהם מטיפים להם, וכתוצאה מכך המהגרים המוסלמים באירופה סובלים מהדרה ומדחיקה לשוליים.³⁰

אך אף אם נניח כי ערכים ליברליים אינם ערכים תרבותיים בלבד, האם מוצדק לחייב גם "מיעוטים ישנים" לכבד ערכים ליברליים? לדעת קימליקה, אף שהמדינה הליברלית צריכה לשאוף לכך שכלל המיעוטים הלא-ליברליים יאמצו ערכים ליברליים, כוחה לא לאלץ "מיעוטים ישנים" לעשות כן מוגבל. כך, למשל, לגבי מיעוטים דתיים שבאופן היסטורי קיבלו מהמדינה פטור מכיבוד עקרונות ליברליים בתוך קהילתם, קימליקה גורס כי זכותם להמשיך לקבל פטור כזה גוברת על זכותה של המדינה לאכוף עליהם כיבוד זכויות אדם בתוך תחומי הקהילה, למעט כאשר מדובר בהפרות חמורות ביותר של זכויות אדם. דבר זה נכון לדעתו על אחת כמה וכמה לגבי מיעוטים ילידיים ולאומיים אשר מלכתחילה התנגדו לייסודה של המדינה הליברלית על אדמותיהם.³¹ דעתי היא כי אף שיש משקל מסוים לשאלת ההסכמה לייסודה של המדינה, היא אינה חזות הכל, וקימליקה מייחס לה משקל-יתר. בהתמקדו בשאלת ההסכמה של הקבוצה, קימליקה אינו נותן משקל מספיק לצורך להגן על זכויותיהם של יחידים בתוך הקבוצה ולחובתה של המדינה לספק הגנה שווה לכלל אזרחיה, ללא קשר להשתייכותם הקבוצתית. נוסף על כך, נראה כי מסקנתו של קימליקה שאין להתערב בנהגיה של קבוצת המיעוט בנויה על קישור מוטעה בין העובדה שחברי קבוצת המיעוט התנגדו להקמת המדינה הליברלית לבין ההנחה שלכן הם מתנגדים להגנה על זכויות האדם שלהם על-ידי המדינה ומסכימים להפרת זכויותיהם על-ידי קהילתם הלא-ליברלית. אף שמנהיגי הקהילה, המורים על הפרת הזכויות, אכן מתנגדים להתערבות המדינה, וטוענים כי עמדתם מייצגת את עמדתה של הקהילה כולה, לא ברור כלל שהחלשים

BASSAM TIBI, POLITICAL ISLAM, WORLD POLITICS AND EUROPE: DEMOCRATIC PEACE AND 29
EURO-ISLAM VERSUS GLOBAL JIHAD 212, 215 (2008)

Bassam Tibi, *A Migration Story: From Muslim Immigrants to European 'Citizens of the Heart?'* 31 THE FLETCHER FORUM OF WORLD AFFAIRS 147, 148 (2007), available at

.www.aicgs.org/documents/advisor/tibi.fletcher07.pdf 31
MULTICULTURAL CITIZENSHIP, לעיל ה"ש 5, בעמ' 170.

בקהילה – המיעוט שבמיעוט – אשר זכויותיהם הן המופרות, אכן היו מתנגדים להתערבות המדינה לשם הגנה על זכויותיהם אילו נשאלו על כך.³² יתרה מזו, הדרישה מכלל המיעוטים לכבד ערכים ליברליים אינה נוגעת אך ביחסים הפנימיים בתוך המיעוט, אלא גם ביחסים בין חברי המיעוט לבין שאר תושבי המדינה הליברלית וכן בהבטחת יציבותו של המשטר הדמוקרטי. בהקשר זה ניתן לטעון, כפי שטוען רולס, כי כלל תושבי המדינה צריכים לקבל על עצמם, לכל-הפחות, את עקרונות הליברליזם הפוליטי – אותם עקרונות חוקתיים המגנים על זכויות האדם ועל ההליך הדמוקרטי – וזאת על-מנת להבטיח את המשך קיומה של חברה צודקת ויציבה של אזרחים שווים וחופשיים החלוקים בתפיסותיהם הכוללות (קומפרהנסיביות).³³ לסיכום, כאשר בוחנים את זכותה של קהילת הרוב לנקוט מדיניות מסוימת על-מנת להגן על זכותה לתרבות, יש לבחון את המדיניות הן במישור הסמלי והן במישור המעשי, על-מנת לוודא שהיא אינה מפרה את זכותה השווה של קהילת המיעוט לתרבות, אשר מחייבת הענקת תנאי השתלבות הוגנים למיעוט שיאפשרו לו הזדמנות שווה להשתתפות מלאה במוסדות הכלכליים, החברתיים והפוליטיים של המדינה, מחד גיסא, אך מחייבת גם אותו בכיבוד ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם, מאידך גיסא.

4. עטיית רעלה והזכות לתרבות – סיכום

לכאורה, השאלה אם למיעוטים יש זכות רעלה במרחב הציבורי מעמידה זו מול זו שתי זכויות בעלות מעמד שווה – זכותו של המיעוט לתרבותו אל מול זכותו של הרוב לתרבותו. שני הצדדים בוויכוח מבקשים לממש את זכותם לתרבות במרחב הציבורי – המיעוט על-ידי עטיית הרעלה, ואילו הרוב על-ידי הגבלת עטיית הרעלה. אולם בעוד

32 כך, לדוגמה, לנוכח הדיכוי והאלימות הגוברים כלפי נשים מוסלמיות מצד גברים מוסלמים ב"גטאות" בפרוורים בצרפת, שמיועדים למשטר את מיניותן ולהכפיף לכללי המסורת הפטריארכלית, ולנוכח הימנעותה של המדינה מלפעול בעניין, הקימו פמיניסטיות מוסלמיות בצרפת ארגון בשם "לא זונות ולא כנועות" (Ni Putes, Ni Soumises), שמטרתו לשבור את קשר השתיקה סביב האלימות נגד נשים מוסלמיות צעירות בקהילות המהגרים בצרפת. על-מנת לעורר את דעת-הקהל ולחייב את הממשלה להתערב בעניין, קיים הארגון מצעד בכל רחבי צרפת, שאכן עורר תגובה ציבורית נרחבת והניע את הממשלה הצרפתית לפעולה. בהצהרת-היסוד שלהן יוצאות נשות הארגון נגד הגברים המוסלמים ששוללים את זכויותיהן היסודיות בשם המסורת, ונגד הפוליטיקאים והתקשורת שאינם עושים דבר לסייע בידן. בין היתר דורשות הנשים: "No more justifications of our oppression in the name of the right to difference and of respect for those who force us to bow our heads" FADELA AMARA, BREAKING THE SILENCE: FRENCH WOMEN'S VOICES FROM THE GHETTO (2006). ההצהרה שקטע ממנה צוטט לעיל מצויה שם, בעמ' 163, כנספח I לספר.

33 JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM xxxix-xxxxI (1996)

המיעוט המוסלמי מבקש לקיים את הנוהג של עטיית רעלה במרחב הציבורי לצד נהגיו התרבותיים של הרוב, הרוב דורש כי המרחב הציבורי יישמר אך לנהגיו התרבותיים שלו, תוך הדרתם של נוהגי המיעוט המוסלמי, כגון עטיית רעלה. אי-אפשר להצדיק דרישה זו של הרוב על בסיס זכותו של הרוב לתרבות, הן מכיוון שהיא אינה הכרחית לשם שמירה על תרבותו של הרוב והן משום שהיא מפרה את זכותו השווה של המיעוט לתרבות. כך, בעוד הזכות לתרבות מקנה לאדם זכות לקיומה של מסגרת תרבותית שבתוכה הוא יכול לפתח את האוטונומיה שלו ואת זהותו, מימושה אינו מצריך בדרך-כלל את הדרתן של תרבויות אחרות, בעיקר לא היכן שהתרבות המבקשת להדיר תרבויות אחרות היא תרבות הרוב דווקא. זכותה של קבוצה תרבותית להדיר תרבויות אחרות לשם שמירה על תרבותה תתגבש רק במקרים קיצוניים שבהם התרבות המבקשת להדיר מצויה בסכנת הכחדה.³⁴

יתרה מזו, הגבלת זכותן של נשים מוסלמיות לעטות רעלה במרחב הציבורי מפרה את זכותן לתרבות, שכן הזכות לתרבות כוללת לא רק את היכולת לקיים את המנהגים התרבותיים בתחום הפרטי, אלא גם את הזכות לקיים את המנהגים התרבותיים במרחב הציבורי. מתן אפשרות למיעוט לעטות סממנים תרבותיים ודתיים ייחודיים, דוגמת הרעלה, הינו הכרחי על-מנת לאפשר לחברי המיעוט השתתפות שווה ומלאה בחיים הכלכליים והחברתיים במדינה. כך, הגבלת עטיית הרעלה בבתי-הספר הציבוריים עלולה לפגוע בחינוכן של בנות מוסלמיות, אשר לא יורשו ללכת לבית-הספר גלוי-ראש, ובאפשרויות התעסוקה של נשים מוסלמיות, אשר אינן יכולות לעבוד כמורות בשל איסור עטיית הרעלה. בשל כל האמור, אי-אפשר להצדיק את ההגבלות לגבי עטיית הרעלה בזכותו של הרוב לתרבות. יודגש כי מכיוון שטענתי כי ערכים ליברליים, כגון דמוקרטיה וזכויות אדם, אינם ערכים תרבותיים בלבד, המסקנה האמורה אינה חלה על הטלת הגבלות על עטיית רעלה אם אלה נחוצות על-מנת למנוע פגיעה בערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם. בחינתם של טיעונים הגורסים כי עטיית הרעלה מביאה לידי פגיעה בערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם תיעשה בחלקיו הבאים של המאמר.

ב. עטיית רעלה והקונפליקט בין חופש הדת לבין אינטרסים מדינתיים

את הוויכוח על עטיית הרעלה יש לנתח לא רק כקונפליקט תרבותי, אלא גם כהתנגשות בין זכויות-יסוד לבין אינטרסים מדינתיים. מכיוון שעטיית הרעלה נתפסת על-ידי מוסלמים רבים כחובה דתית, איסור עטייתה פוגע בזכות-היסוד לחופש הדת של הנשים המבקשות לעטותה. מדינות שונות הציגו אינטרסים מדינתיים שונים כהצדקה להטלת הגבלות, כגון

34 ראו Miller, לעיל ה"ש 17, בעמ' 200; Na'ama Carmi, *Immigration Policy: Between Demographic Considerations and Preservation of Culture*, 2 L. & ETHICS HUM. RTS. 387, 391 (2008).

הגנה על הניטרליות של המדינה, הגנה על החילוניות (secularism), הצורך ליצור מרחב ציבורי משותף שיהיה נקי מסממנים דתיים מבדילים ויאפשר לכלל האזרחים להתערב זה בזה ולהיות שווים איש לרעהו (laïcité), והגנה על הסדר הציבורי מפני האסלאם הרדיקלי. נימוק חשוב נוסף שהועלה כהצדקה להטלת הגבלות על עטיית הרעלה, ואשר יידון בנפרד בחלקו השלישי של המאמר, הוא זכותן של נשים לשוויון.

בתי-המשפט השונים שאליהם פנו נשים ותלמידות שזכותן לעטות רעלה הוגבלה מצאו כי האינטרסים האמורים חזקים דיים להגביל את זכותן של הנשים לחופש הדת. להלן אנתח שלושה פסקי-דין מרכזיים שניתנו בנושא על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות האדם, ואחד שניתן על-ידי בית-המשפט החוקתי הגרמני.³⁵ שלושה מפסקי-הדין עוסקים בעטיית רעלה במדינות נוצריות באירופה (שווייץ, צרפת וגרמניה), ואחד עוסק בעטיית רעלה במדינה מוסלמית (טורקיה). אדון באינטרסים המדינתיים האמורים תוך ניתוח ביקורתי של פסקי-הדין, ואסיים בדיון קצר בפסק-דינו של בית-המשפט העליון הישראלי בעניין הרעלה, פסק-דין ג'בארין, שאותו אשווה עם פסקי-הדין הזרים.

1. חופש הדת אל מול אינטרס הניטרליות של המדינה בענייני דת

הן המתנגדים להטלת הגבלות על עטיית רעלה והן התומכים בהטלתן משתמשים בעקרון הניטרליות של המדינה בענייני דת כתימוכין לעמדתם. מצב זה מתאפשר מכיוון שכל אחד מהצדדים מפרש את עקרון הניטרליות באופן אחר. אופן אחד להבין את עקרון הניטרליות, המשמש את מתנגדי ההגבלות, שם דגש בחשיבות הניטרליות של המדינה כאמצעי להגנה על זכויות היחיד וזכויות המיעוט. על-פי מובן זה, שיכונה להלן ניטרליות ליברלית, על המדינה להימנע מלהביע עמדה כלשהי לגבי ערכן של התפיסות הדתיות השונות שתושבי המדינה מחזיקים בהן, וזאת על-מנת להבטיח את החופש של יחידים ושל מיעוטים לבחור את דתם ולנהוג על-פיה ללא כפייה מצד המדינה. אופן שני להבנת עקרון הניטרליות, המשמש את התומכים בהטלת הגבלות על עטיית הרעלה, יכונה להלן ניטרליות רפובליקאית. ניטרליות רפובליקאית אינה מונעת מהרצון להבטיח את חופש הדת של יחידים או של המיעוט, אלא שמה לה למטרה ליצור מרחב ציבורי אחיד, שייחשב ניטרלי בשקפו את הערכים המשותפים לכאורה לכלל החברה, להבדיל מהערכים הפרטיקולריים

35 Dogru v. France (Application no. 27058/05), 4 December 2008 (להלן: עניין Dogru); Dahlab v. Switzerland (Application no. 42393/98), 15 February 2001 (להלן: עניין Dahlab); Leyla Sahin v. Turkey (Application no. 44774/98), 10 November 2005 (להלן: עניין Sahin); The Fereshta Ludin case BverfG, 2 BvR 1436/02, 24 September 2003 (להלן: עניין Ludin).

המאפיינים את הקבוצות השונות.³⁶ מאפיין חשוב של הניטרליות הרפובליקאית הוא שבניסיון להגביל את המרחב הציבורי רק לערכים משותפים, היא עלולה להביא לידי הגבלת חופש הדת של יחידים ושל מיעוטים שנוהגיהם הדתיים אינם משותפים לכל. סכנה זו התממשה במקרים שיידונו להלן.

סעיף 9 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם מעניק לכל אדם את הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת, ובכלל זה את החופש לתת ביטוי לדת או לאמונה באמצעות תפילה, הוראה והתנהגות. עם זאת, חלקו השני של הסעיף קובע כי החופש לתת ביטוי לדת ולאמונה כפוף להגבלות שנקבעו בדין ואשר חיוניות בחברה דמוקרטית על-מנת להגן על שלום הציבור, הסדר הציבורי, הבריאות או המוסר, או לשם הגנה על הזכויות והחירויות של אחרים. בפסק-הדין בעניין *Dahlab* תקפה העותרת את האיסור על מורות לעטות רעלה בבית-ספר ציבורי. בהחלטתו קבע בית-הדין כי סעיף 9 לאמנה מהווה יסוד מוסד של חברה דמוקרטית, אך קיבל את טיעונה של שווייץ כי העקרונות של ניטרליות בענייני דת ושמירה על הרמוניה דתית מצדיקים את הגבלת חופש הדת של המורה, וכי ההגבלה הכרחית בחברה דמוקרטית.³⁷ בית-הדין הדגיש כי אין כל ראייה לכך שעטיית הרעלה על-ידי העותרת בשלוש השנים שקדמו לאיסור השפיעה לרעה על איכות ההוראה שלה או גרמה להפרעות או לתלונות מצד ההורים. למרות זאת הוא קיבל את טענת שווייץ שלפיה הרעלה היא סממן חיצוני רב-עוצמה ("powerful external symbol"), שאת השפעתו על ילדים צעירים קשה להעריך.³⁸ בהסתמך על דוקטרינת "מתחם ההערכה" (margin of appreciation), המעניקה למדינה שיקול-דעת נרחב לעצב פתרונות לקונפליקטים בין זכויות הפרט לבין אינטרסים מדינתיים, דחה בית-הדין את העתירה.³⁹ החלטת בית-הדין האירופי בעניין *Dahlab* אינה מתיישבת עם עקרונות הניטרליות הליברלית, שמבוססת על הימנעות של המדינה מהתערבות באמונותיו הדתיות של היחיד, ואשר מטרתה היא לקדם את חופש הדת שלו. עם זאת, היא מתיישבת היטב עם עקרונות הניטרליות הרפובליקאית, שמטרתה ליצור מרחב ציבורי נקי מסממנים דתיים פרטיקולריסטיים. סוג זה של מרחב ציבורי עשוי להתאים לרוב

36 על ההבחנה בין ניטרליות ליברלית לבין ניטרליות רפובליקאית ראו Joppke, לעיל ה"ש 16. כן ראו: John R. Bowen, *Muslims and Citizens: France's Headscarf Controversy*, BOSTON: REV. 31 (February/March 2004). בון מבחין בין "liberal laïcité", שפירושה חילוניות שמטרתה לאפשר לאנשים להיות חופשיים מלחצים שימנעו אותם מלפתח את תפיסותיהם האישיות בנוגע לדת ולמוסר, לבין "public laïcité", שמשמעותה חילוניות המורה לאנשים להותיר מאחוריהם את תפיסותיהם הדתיות והאתניות ואת הסממנים החיצוניים של תפיסות אלה, ולאמץ במרחב הציבורי זהות משותפת ואידיאלים של אזרחות רפובליקאית משותפת. עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 11, 13.

37 שם, בעמ' 13. העותרת לימדה ילדים בני ארבע עד שמונה.

39 על דוקטרינת "מתחם ההערכה" ראו: Onder Bakircioglu, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, 8 GERMAN L.J. 711 (2007).

הנוצרי, אשר הסמלים החיצוניים שהוא עוטה, כגון צלבים, ניתנים להסתרה תחת הבגד, אולם הוא אינו מתאים לבנות המיעוט המוסלמי, שאינן יכולות להסתיר את רעלתן. את החלטת בית-הדין האירופי בעניין *Dahlab* ניתן להסביר כשילוב של הוראותיו המצרות של סעיף 9 לאמנה עם מחויבותו של בית-הדין האירופי לדוקטרינת "מתחם ההערכה", המעניקה למדינות שיקול-דעת נרחב בעניינים הנוגעים בתפיסות דתיות ותרבותיות, ועשויה להקשות על בית-הדין בבואו לכפות על המדינה לפעול לפי עקרונות הניטרליות הליברלית דווקא.

אילו ציג מעין אלה לא התקיימו בעניין *Ludin* הגרמני, אשר נידון בבית-המשפט החוקתי הגרמני. בניגוד לסעיף 9 של האמנה האירופית, המונה מפורשות נסיבות שבהן המדינה רשאית לצמצם את חופש הדת, סעיף 4 לחוק-היסוד הגרמני אינו קובע גבולות להיקף ההגנה שיש להעניק לחופש האמונה ולחופש הדת, אף שבפסיקה קודמת צמצם בית-המשפט הגרמני במעט את אופייה המוחלט של זכות חוקתית זו.⁴⁰ על-אף תפיסה רחבה זו של חופש הדת, העניק בית-המשפט החוקתי הגרמני בעניין *Ludin* למחוקקים במדינות גרמניה השונות שיקול-דעת נרחב להגביל את זכותן של מורות שהן עובדות-ציבור לעטות רעלה. ברמת התיאוריה דחה בית-המשפט בעניין *Ludin* את נסיונה של המדינה לאמץ הגדרה רפובליקאית של ניטרליות, והדגיש שעל-פי החוקה הגרמנית על המדינה לתמוך באופן פעיל ביכולתם של כל התושבים – ללא הבדל דת – ליהנות מחופש הדת.⁴¹ מסיבה זו

40 ס"ק (1) ו-(2) של ס' 4 לחוק-היסוד הגרמני (GG) [Constitution] art. 4(1)–(2) GRUNDESTETZ [GG] (F.R.G.) "קובעים: (1) Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable. (2) The undisturbed practice of religion shall be guaranteed." אף שההגנה על חופש הדת במשפט הגרמני רחבה וקפדנית בהרבה מההגנה עליו באמנה האירופית לזכויות האדם, פסק בית-המשפט החוקתי הגרמני כי הגנה זו אינה מוחלטת, וכי מותר לקבוע לגביה הגבלות מסוימות, אך עליהן לנבוע מהחוקה עצמה, ואין המחוקק רשאי לקבוע הגבלות מעבר לאלה הנובעות ישירות מהחוקה: "[T]he German Constitutional Court held... that 'some sort of restrictions' are permissible, but that they must 'follow from the Constitution itself' and that the legislature could not impose limits beyond what was envisaged by the constitution." Oliver Gerstenberg, *Germany: Freedom of Conscience in Public Schools*, 3 INT'L J. CONST. L. 94, 95 (2005) הקטעים המצוטטים נלקחו מתוך החלטת בית-המשפט החוקתי הגרמני בשנת 1995 בעניין Bundesverfassungsgerichts: הזכות לקבוע צלבים על הקירות בכיתות לימוד של המדינה: [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 16 May 1995, 1 BVerfGE 1087/91, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] (F.R.G.)

41 יחסי הדת והמדינה בגרמניה מבוססים על תפיסה של שותפות בין המדינה לבין המוסדות הדתיים השונים ביצירת חברה גרמנית יציבה ומשגשגת. יתרה מזו, חופש הדת נתפס כחירות חיובית המטילה על המדינה חובה להבטיח שאנשים וארגונים דתיים יוכלו לממש את חופש הדת שלהם, ולכן הניטרליות של המדינה מובנת כחובה של המדינה לתמוך בכל הדתות באופן שווה. STEPHEN V. MONSMA & J. CHRISTOPHER SOPER, THE CHALLENGE OF PLURALISM (1997) 155. כמו-כן, החוקה הגרמנית מאפשרת למדינה להעניק לארגונים דתיים מעמד של

דחה בית-המשפט את טענתה של הנהלת בית-הספר שמתן האפשרות למורה לעטות רעלה בשעות ההוראה יפר את חובת המדינה לשמור על ניטרליות בענייני דת, וקבע כי ניטרליות בענייני דת דווקא מחייבת את המדינה לנקוט צעדים פעילים לשמירה על פלורליזם ולהבטחת פתיחות הדדית.⁴² אף-על-פי-כן, בפועל, אף שבית-המשפט פסל את החלטתה של הנהלת בית-הספר לפטר את העותרת, הוא פתח פתח להחלת עקרונות הניטרליות הרפובליקאית דווקא, בקובעו שכל מדינה בגרמניה רשאית לאסור עטיית סמלים דתיים על-ידי מורים עובדי-ציבור, ובלבד שהאיסור נקבע בחוק מדינתי ואינו מפלה בין דתות.⁴³ בעקבות הפסיקה חוקקו שמונה מדינות בגרמניה איסור כזה, וברובן כלל האיסור חריג לענידתם של סמלים נוצריים ומערביים (כולל יהודיים).⁴⁴ תוצאה זו מדגימה היטב את הבעייתיות בתפיסה הרפובליקאית של הניטרליות, הרואה בסמלים המקובלים על הרוב סמלים ניטרליים הזכאים להיות נוכחים במרחב הציבורי, בעוד סמליו של המיעוט מודרים מהמרחב הציבורי בטענה שהם אינם ניטרליים.⁴⁵

2. חופש הדת ועקרון החילוניות הצרפתי (laïcité)

טיעון דומה לטיעון הניטרליות של המדינה, אך בעל היקף נרחב עוד יותר, שימש בצרפת על-מנת להצדיק את איסור עטיית הרעלה בבתי-הספר הציבוריים. תפיסת החילוניות הצרפתית צמחה מן העוינות ההיסטורית של הרפובליקה הצרפתית לכנסייה הקתולית. התפיסה מבוססת על שלושה עקרונות מנחים: הפרדת הכנסייה מהמדינה; תפקיד המדינה כמגינה על הפרט מפני כוחה של הדת; וההנחה שניתן להגביל את הדת אל התחום הפרטי (תחום הבית, הקהילה והכנסייה), ולהותיר את הספירה הציבורית – שהיא מקום המפגש של כלל האזרחים שבו הם מקבלים שירות מהמדינה – חילונית.⁴⁶ תפיסת החילוניות הצרפתית

איגודים המאוגדים על-פי המשפט הציבורי, ומאפשרת לאיגודים דתיים אלה להטיל מיסים על-מנת לממן את פעולותיהם וליהנות מסובסידיות ממשלתיות. German Constitution of 1919 art. 137(5)–(6).

Gerstenberg, לעיל ה"ש 40, בעמ' 98. 42

שם, בעמ' 96; Joppke, לעיל ה"ש 16, בעמ' 329. 43

שם, בעמ' 331–332. 44

עד כה נדחו כל הנסיונות לתקוף חוקים אלה בבתי-המשפט במדינות השונות. המקרה היחיד שבו בוטל חוק בחלקו על-ידי בית-המשפט הוא ביטולו של האיסור שהוטל במדינת ברמן על מורות מתלמדות לעטות רעלה. בית-המשפט המנהלי הפדרלי נימק את ביטול האיסור בכך שלמדינה יש מונופול על הכשרה להוראה, ולכן הפגיעה של האיסור בחופש העיסוק אינה מידתית. ראו: HUMAN RIGHTS WATCH, DISCRIMINATION IN THE NAME OF NEUTRALITY: HEADSCARF BANS FOR TEACHERS AND CIVIL SERVANTS IN GERMANY 31–38, 26 Feb. 2009, available at www.hrw.org/sites/default/files/reports/germany0209_web.pdf

46 JOAN WALLACH SCOTT, THE POLITICS OF THE VEIL 97–99 (2007).

משתלבת היטב עם העיקרון הרפובליקאי, שלפיו במרחב הציבורי כל האזרחים צריכים לגלות הזדהות עם ערכים משותפים על-מנת לפתח סולידריות עם המדינה ובינם לבין עצמם. אידיאל זה הוסבר בשנת 2003 על-ידי שר הפנים באותה עת ניקולא סרקוזי, באומרו כי חירות היא הכלל בתחום הפרטי, ואילו תואמנות (קונפורמיות) רפובליקאית היא הכלל במרחב הציבורי.⁴⁷ קו מחשבה זה הוא שהוביל בשנת 2004 לחקיקת החוק האוסר את עטיית הרעלה בבתי-הספר הציבוריים.⁴⁸

חשוב לציין כי האידיאל של יצירת מרחב ציבורי משותף שיהיה נקי מהשפעות דתיות מִפְּלִגּוֹת נתפס בצרפת לא רק כאינטרס מדינתי ביצירת סולידריות ואינטגרציה חברתית, אלא גם כאמצעי להבטחת שוויון בין כלל האזרחים. כך, פמיניסטיות צרפתיות אשר הציעו להרחיב את איסור עטיית הרעלה למרחב הציבורי כולו נימקו זאת בכך שהחילוניות הצרפתית יוצרת "מרחב ציבורי ניטרלי, חופשי מכל אמונה דתית, שבו אזרחים מתהווים תוך קבלת יחס דומה, זכויות וחובות משותפות וטוב משותף, המציבים אותם מעבר להבדלים מפלים".⁴⁹

אף שיש תמיכה נרחבת בצרפת במודל הרפובליקאי של החילוניות הצרפתית, קמו למודל זה גם מבקרים, התומכים במודל חלופי שהם מכנים "המודל הדמוקרטי של החילוניות". מודל זה דומה בעקרונותיו למודל הליברלי של הניטרליות, ורואה במתן אפשרות לדתות שונות להתקיים במרחב הציבורי, זו לצד זו, דרך להגן על חופש הדת של יחידים ושל מיעוטים.⁵⁰ בוברו טוען כי דווקא המודל הדמוקרטי של החילוניות הצרפתית משקף בצורה טובה יותר את התפתחותה ההיסטורית של החילוניות בצרפת, וכי זה המודל המיושם כלפי הנצרות והיהדות, בעוד המודל הרפובליקאי המדיר מיושם אך ורק כלפי האסלאם.⁵¹ אף שיש הבדל ברור בין שני המודלים מבחינת השלכותיהם על חופש הדת, סירב בית-הדין האירופי לחייב את צרפת לבחור במודל זה או אחר. בעניין *Dogru* התבקש בית-הדין להכריע בנוגע לסילוקה של תלמידה מוסלמית מבית-ספר ציבורי בשל סירובה להסיר את הרעלה בשיעורי חינוך גופני.⁵² בדחותם את העתירה סברו השופטים כי אין זה מתפקידם להעריך את הלגיטימיות של המודל הרפובליקאי של החילוניות הצרפתית. בהמשיכו את קו הטיעון שנקט בעניין *Dahlab* ובעניין *Sahin*,⁵³ קבע בית-הדין כי מגוון

47 JOHN BOWEN, WHY THE FRENCH DON'T LIKE HEADSCARVES, 157- : הציטוט נלקח מתוך: 47 (2008) 158.

48 Jean Bauberot, *Two Thresholds of Laicization*, in ; 123–122 בעמ' 46, לעיל ה"ש 46, בעמ' 123–122 ; SCOTT 133 (Rajeev Bhargava ed., 1998). SECULARISM AND ITS CRITICS

49 BOWEN, לעיל ה"ש 47, בעמ' 229.

50 Bauberot, לעיל ה"ש 48.

51 שם, בעמ' 134–135.

52 עניין *Dogru*, לעיל ה"ש 35.

53 עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 35 ; עניין *Sahin*, לעיל ה"ש 35.

הגישות הקיימות באירופה לעטיית סמלים דתיים במרחב הציבורי וליחסים בין הדת למדינה מחייב לתת למדינה "מתחם הערכה" רחב, שבגדרו תוכל לבחור את האיזון הראוי בעיניה בין חופש הדת לבין הצורך להגן על זכויותיהם וחירויותיהם של אחרים ולקיים את הסדר הציבורי.⁵⁴

3. חופש הדת והאינטרס בהגנה על הסדר הציבורי מפני האסלאם הרדיקלי

מניע נוסף להטלת הגבלות על עטיית הרעלה הוא הניסיון למנוע באמצעותן את הסכנה הנשקפת לסדר הציבורי מהתגברות כוחו של האסלאם הרדיקלי. טיעון זה היווה טיעון מרכזי בפסק-דינו של בית-הדין האירופי בעניין *Sahin*, אשר אישר את איסור עטיית הרעלה באוניברסיטות בטורקיה.⁵⁵ בית-הדין האירופי אימץ את עמדתם של השלטונות הטורקיים, שלפיה איסור עטיית הרעלה נחוץ על-מנת להגן על נשים מפני לחצים לעטות את הרעלה שיופעלו עליהן על-ידי תנועות אסלאמיות קיצוניות.⁵⁶ בהחלטתו קבע בית-הדין כי עטיית הרעלה נהפכה בטורקיה בשנים האחרונות לסמל בעל משמעות פוליטית, בד בבד עם התחזקות כוחן של תנועות פוליטיות קיצוניות המבקשות לכפות על החברה הטורקית כולה את סמליהן הדתיים ואת תפיסת-עולמן הדתית. לכן נקבע כי את עקרון החילוניות הטורקי יש להבין ולפרש על רקע מציאות זו ועל רקע נסיונה ההיסטורי של טורקיה בתחומים אלה.⁵⁷ מסקנת בית-הדין היא כי בנסיבות אלה, ובהתחשב ב"מתחם הערכה" שבית-הדין מחויב לתת למדינות השונות, שלטונות טורקיה רשאים לפרש את עקרון החילוניות פרשנות רפובליקאית, המחייבת הרחקה מוחלטת של סמלים דתיים מהמרחב הציבורי ושמירה על מרחב ציבורי ניטרלי ואחיד, לשם הבטחת ערכי הפלורליזם, השוויון בין המינים וכיבוד זכויותיהם של אחרים.⁵⁸

שופטת המיעוט, השופטת טולקנס (Tulkens), דוחה את מסקנת בית-הדין. לדבריה, אף שהיא מכירה בחשיבותם של עקרונות החילוניות והשוויון, בחברה דמוקרטית יש למצוא איזון ראוי בין עקרונות החילוניות, השוויון והחירות, ולא לבטל את האחרון מפני הראשונים.⁵⁹ לכן, טוענת טולקנס, אף אם צדק בית-הדין בהכירו בחשיבותו של עקרון החילוניות, אין בכך כדי לפטור אותו מלבחון אם איסור עטיית הרעלה אכן חיוני לשם שמירה על עיקרון זה, ובחינה זו חייבת להתבסס על עובדות ברורות, ולא על דאגות או

54 עניין *Dogru*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 17, 19–20.

55 עניין *Sahin*, לעיל ה"ש 35.

56 שם, פס' 112 לדעת הרוב.

57 שם, פס' 115 לדעת הרוב.

58 שם, פס' 116 לדעת הרוב.

59 שם, פס' 4 לדעת המיעוט.

פחדים.⁶⁰ במקרה זה, אומרת השופטת, העותרת הצהירה שעטיית הרעלה על-ידיה לא נועדה להביע את התנגדותה לעקרון החילוניות, שעימו היא דווקא מזדהה, והצהרה זו לא נסתרה על-ידי המשיבים. כמו-כן לא הובאו כל ראיות לכך שהעותרת עטתה את הרעלה באופן מתגרה או השתמשה בה כאמצעי להפעלת לחץ על אחרים או כדרך לעורר פרובוקציות.⁶¹ אף שהצורך לעצור את התפשטותו של האסלאם הרדיקלי מוסכם על כולם, אי-אפשר להניח, אומרת טולקנס, כי עטיית הרעלה מהווה כשלעצמה ראיה להשתייכות לאסלאם הרדיקלי, ולהסיג לחלוטין את זכות-היסוד לחופש הדת מפני האינטרס הציבורי במאבק בתנועות קיצוניות.⁶²

בהקשר של אירופה טוען בסאם טיבי כי האיום של האסלאם הפוליטי באירופה הוא איום רציני, וכי מנהיגים מוסלמים קיצוניים רואים את ההגירה המוסלמית כהזדמנות להביא לידי אסלאמיזציה של אירופה.⁶³ לדבריו, כשלון האינטגרציה של מהגרים מוסלמים באירופה משמש כר פורה להשגת תמיכה לרעיונות רדיקליים, כגון ביטול שיטת המשטר הדמוקרטית הליברלית וכינון אומה אסלאמית באירופה.⁶⁴ עם זאת, לדבריו, הדרך שבה על האירופים להיאבק בהתפשטותם של רעיונות אלה היא לא באמצעות הדרת המהגרים המוסלמים ודחיקתם לשוליים, אלא באמצעות הכללתם בחברה האירופית על-ידי יצירת חלופה שאותה הוא מכנה "אירו-אסלאם", שתאפשר למהגרים המוסלמים לאמץ ערכים אירופיים של דמוקרטיה וזכויות אדם, תוך שמירה על נאמנות למנהיגים מוסלמיים שאינם סותרים ערכים אלה.⁶⁵ החלת טענתו של טיבי על ההגבלות לגבי עטיית הרעלה באירופה תוביל למסקנה שהטלת הגבלות מעין אלה אינה מפחיתה את הסכנה הנשקפת מהאסלאם הרדיקלי, אלא דווקא להפך, שכן היא מהווה דחייה של נהגים תרבותיים מוסלמיים, גם כאשר אלה אינם מהווים איום ישיר על ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם, וגורמת לדחיקתן לשוליים של נשים מוסלמיות העוטות רעלה.

4. חופש הדת והגבלות לגבי עטיית הרעלה בישראל – פסק-הדין בעניין ג'בארין

גם בישראל התעוררה סוגיית הזכות לעטות רעלה בבית-הספר בפסק-הדין בעניין ג'בארין.⁶⁶ כפי שנראה להלן, בדיון שנערך בנושא בהקשר הישראלי קיימים קווי דמיון

60 שם, פס' 5 לדעת המיעוט.

61 שם, פס' 7–8 לדעת המיעוט.

62 שם, פס' 10 לדעת המיעוט.

63 Tibi, לעיל ה"ש 29, בעמ' 188–190.

64 שם. על הסכנות שבאסלאם הרדיקלי ראו גם Tibi, לעיל ה"ש 30.

65 Tibi, לעיל ה"ש 29, בעמ' 213–215.

66 בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994) (לעיל ולהלן: עניין ג'בארין).

רבים לדיונים שהובאו לעיל, אך גם קווי שוני חשובים. מונה ג'בארין, תלמידה מוסלמית שהתקבלה לבית-הספר התיכון סן-ג'וזף שבבעלות העדה היוונית-הקתולית, ביקשה לעטות רעלה בבית-הספר. משסירב בית-הספר לקבלה עם כיסוי-הראש, היא פנתה לבג"ץ בבקשה כי יורה לשר החינוך לחייב את בית-הספר לקבלה ללא תנאים. בית-המשפט דחה את העתירה בהתבססו על כך שבית-הספר הינו בית-ספר פרטי (בית-ספר מוכר שאינו רשמי) הנתון בבעלותה של עדה דתית מוכרת.⁶⁷ בשל כך בית-הספר נהנה מאוטונומיה חינוכית, ואינו מחויב כלל לקבל תלמידים שאינם בני העדה. משכך, קבע בית-המשפט, הוא רשאי לקבוע מה הם התנאים שבהם יקבל תלמידים שאינם בני העדה, על-מנת לאפשר לבני כל הדתות לקיים מערכת חיים משותפת בבית-הספר המבוססת על פלורליזם דתי ועדתי.⁶⁸

הנימוק שהעלה בית-הספר לסירובו לאפשר לעותרת לעטות רעלה, ואשר בית-המשפט אימץ אותו, דומה מאוד לנימוקים שהועלו בפסקי-הדין שבהם דנו עד כה, ומבוסס על תפיסה שלפיה האחידות מהווה תנאי הכרחי ליצירת סביבה ניטרלית שתאפשר פלורליזם וקיום משותף של בני הדתות השונות. עם זאת, הברדל רב-משמעות בין עניין ג'בארין לבין המקרים שנידונו עד כה הוא שבעוד שבכל המקרים הקודמים דובר במוסדות חינוך ציבוריים חסרי זיקה דתית, בעניין ג'בארין בית-הספר הינו בית-ספר דתי פרטי. בית-המשפט מייחס חשיבות רבה לעובדה שבית-הספר הוא מוסד פרטי, בציינו כי "אילו ביקשה העותרת לכסות את ראשה במטפחת, כמצוות דתה, בבית-ספר רשמי, מן הראוי היה להכיר בזכותה זו", שכן בית-ספר רשמי הוא מסגרת ממלכתית שבה "כללים בדבר אחידות הלבוש אין בכוחם לגבור על חופש הדת של התלמיד".⁶⁹

בכך בית-המשפט העליון דוחה את הצורך בניטרליות רפובליקאית במרחב הציבורי, ולהבדיל מבית-הדין האירופי, שסבר כי גם במוסדות חינוך ציבוריים הצורך ביצירת מרחב ציבורי ניטרלי עשוי לגבור על זכותה של עוטת-הרעלה לחופש הדת, קובע כי אינטרסים מעין אלה יכולים לגבור על חופש הדת רק במסגרות דתיות פרטיות. ממבט ראשון נראה שבית-המשפט הישראלי מאמץ בכך תפיסה של ניטרליות ליברלית, אשר אוסרת על המדינה לנקוט עמדה בנוגע לערכן של דתות ומגינה על זכותם של יחידים לקיים את מצוות דתם במרחב הציבורי ללא הפליה. עם זאת, אבקש לטעון כי מכיוון שבמרחב הציבורי הישראלי מלכתחילה לא מתקיימת ניטרליות ליברלית, מן הראוי לבחון את עמדתו של בית-המשפט העליון בהקשר הכולל של אופייה של מדינת-ישראל ושל היחסים בין הרוב והמיעוט ובין הדת והמדינה המתקיימים בה. בחינה מעין זו תלמדנו כי אף שבית-המשפט משתמש בנימוקים של ניטרליות ליברלית, בפועל עמדתו עולה בקנה אחד עם הפוליטיקה של הזהויות המכתיבה את המרחב הציבורי בישראל, אשר אינה ניטרלית ואינה ליברלית.

67 שם, בעמ' 202–203.

68 שם, בעמ' 204.

69 שם, בעמ' 203–204.

מהגדרתה העצמית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עולה כי ישראל אינה מדינה ניטרלית ליברלית, כי אם מדינה שהבחנות על רקע דת ולאום הן חלק מרכזי מזהותה. בניגוד למדינה כצרפת, אשר מבקשת, ולו ברמה ההצהרתית, לטשטש את ההבדלים בין הדתות והלאומים וליצור אזרחות צרפתית אחת, מדינת ישראל מעודדת ומדגישה את ההבדלים בין הלאומים והדתות, לצורך שימור זהותה כמדינה השייכת לקהילת הרוב היהודית. הבחנות אלה מצויות גם במערכת החינוך הממלכתית, הכוללת מערכות נפרדות לחינוך היהודי והערבי וכן מערכות נפרדות לחינוך היהודי הממלכתי והממלכתי-הדתני.⁷⁰ לכן, בעוד בהקשר הצרפתי עטיית רעלה מאיימת על זהותה האזרחית של המדינה, בהקשר הישראלי עטיית רעלה על-ידי אישה מוסלמית לא רק שאינה מאיימת על הזהות האזרחית, אלא עשויה אף לסייע בהדגשת זהויותיהן המובחנות של הקהילות השונות המצויות במדינה. יתרה מזו, תלמידה עוטת-רעלה בבית-ספר ממלכתי בישראל תפקוד קרוב לוודאי בית-ספר ממלכתי ערבי, שבו עטיית רעלה מהווה חלק בלתי-נפרד מזהותה של הקהילה שבית-הספר נועד לשרתה, ועל-כן לא תעורר כל בעיה מלכתחילה. בית-המשפט העליון מצניע בפסק-דינו את רובדי הזהות הלאומית המסתתרים מאחורי סיפור המעשה. כך, הוא אינו מזכיר את העובדה שמדובר בנערה ערבייה-פלסטינית ובבית-ספר פרטי ערבי-פלסטיני, המהווה חלק ממערכת חינוך ערבית שבה בבית-ספר פרטיים משלימים את מה שהמערכת הממלכתית אינה נותנת, ואשר בינה לבין מערכת החינוך היהודית קיימת הפרדה ברורה. לא זאת אף זאת, ניתן לטעון כי דווקא העדר הניטרליות במרחב הציבורי הישראלי וההקפדה על תחימת הגבולות בין הקהילה היהודית לבין זו הערבית-הפלסטינית הם המניעים את בית-הספר הקתולי הפרטי והערבי-הפלסטיני לדרוש ניטרליות ואחידות בקרב תלמידיו, על-מנת ליצור מרחב ערבי-פלסטיני עצמאי וזהות ערבית-פלסטינית אחידה. בהקשר זה מעניין שרבות מן התלמידות המוסלמיות עוטות-הרעלה שאינן מורשות ללמוד בבית-הספר הציבוריים בצרפת עברו ללמוד בבית-הספר הפרטיים הקתוליים במדינה, דווקא מכיוון שבבית-ספר אלה אינם דורשים מהן להסיר את הרעלה.⁷¹ עובדה זו מחזקת את הסברה

70 כפי שמעיר השופט גולדברג, ספק אם בית-המשפט היה פוסק כי בחינוך הממלכתי-הדתני חופש הדת של תלמיד המסרב לחבוש כיפה צריך לגבור על דרישת האחידות הדתית שבית-הספר מבקש לקדם. שם, בעמ' 204. ברוח דומה ראו גם בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650 (1997), שבו נדחתה עתירתו של עורך-דין שביקש מבג"ץ כי יכריז על בטלות התקנה המחייבת את המופיעים לפני בית-הדין (גברים ונשים כאחד) לעטות כיסוי-ראש, שמכוחה דרש ממנו בית-הדין הרבני לחבוש כיפה. בית-המשפט דחה את העתירה בקובעו כי הדרישה לעטיית כיסוי-ראש יסודה במנהג המבטא דרך-ארץ כלפי בית-הדין, ולא בחובה דתית דווקא, וכי העותר חייב לכסות את ראשו, אם כי הוא רשאי לבחור לעצמו כיסוי-ראש חסר זיקה דתית.

71 Katrin Bennhold, *French Muslims Find Haven in Catholic Schools*, NEW YORK TIMES, 30 Sept. 2008, available at www.nytimes.com/2008/09/30/world/europe/30schools.html .?_r=1&pagewanted=all

שהאינטרס של בית-הספר הנוצרי בעניין ג'בארין ביצירת אחידות על-ידי הסרת הרעלה אינו נובע בהכרח מתפיסה דתית, אלא מרצון ליצור זהות ערבית-פלסטינית אחידה.

5. עטיית רעלה והקונפליקט בין חופש הדת לבין אינטרסים מדינתיים – סיכום

בכל פסקי-הדין שנידונו לעיל קיבלו בתי-המשפט את טענות המשיבים ואישרו את המדיניות של הגבלת הרעלה בהקשרים שונים. עם זאת, נראה כי בעשותם כן לא נתנו בתי-המשפט משקל מספיק לזכות-היסוד לחופש הדת. כך, בית-הדין האירופי קיבל את הניטרליות הרפובליקאית ואת המודל הרפובליקאי של החילוניות כמודלים ראויים להסדרת הקונפליקט בין חופש הדת לבין אינטרסים מדינתיים, אולם גישה זו מתעלמת מכך שתפיסות רפובליקאיות אלה – שנתפרו לפי מידתה של האוכלוסייה באירופה בזמן שבו עוצבו, ואשר בעיצובן הובאו בחשבון נהגיה הדתיים – משפיעה באופן שונה לגמרי על המיעוט המוסלמי החדש שנוצר באירופה כתוצאה מגלי ההגירה הגדולים. למעשה, היווצרותו של המיעוט החדש, והאופן שבו תפיסות אלה משפיעות עליו, חושפים את העובדה שתפיסה אשר נחזית כניטרלית אינה כזו כלל וכלל, שכן היא נתפרה על-פי אמות-המידה של הרוב ובהתאם לצרכיו. בין שתפיסות רפובליקאיות אלה מיושמות במכוון באופן מפלה כלפי המיעוט המוסלמי, כפי שטוענים אחדים,⁷² ובין שהן מיושמות באופן שוויוני אך תוצאת יישומן היא הפליית המיעוט המוסלמי ופגיעה קשה בחופש הדת שלו, נראה שאי-אפשר לראות בהן אינטרס מדינתי לגיטימי, שכן הן אינן מביאות בחשבון את צרכיו השונים של המיעוט ואת הפגיעה בו.

גם הטיעון המצדיק את הגבלת עטיית הרעלה על-ידי נשים תושבות המדינה כדרך להיאבק באסלאם הפוליטי הינו טיעון בעייתי. אף שמקובל שמדינה דמוקרטית רשאית לפעול כדמוקרטיה מתגוננת ולהגביל זכויות אדם על-מנת למנוע גורמים קיצוניים מלסכן את משטרה הדמוקרטית, התנאי להגבלת זכויות באופן זה הוא שיהיו ראיות ברורות ומשכנעות שהסכנה אכן קיימת ושההגבלה אכן נחוצה על-מנת להתמודד עימה.⁷³ ראיות כאלה לא הובאו אף לא באחד מן המקרים שהגיעו לפתחם של בתי-המשפט, וריבוי המשמעויות שנסים עוטות-רעלה מייחסות לעטייתה מעמיד בספק את הטיעון שעטיית הרעלה מצביעה בהכרח על השתייכות לאסלאם הרדיקלי. יתרה מזו, גם אילו הצביעה עטיית רעלה על השתייכותה של העוטה לאסלאם הרדיקלי, היה צורך להוכיח שהעוטה עצמה ומעשיה מהווים סכנה לדמוקרטיה על-מנת להגביל את זכויותיה, וגם אז אין זה ברור

72 Bauberot, לעיל ה"ש 48, עמ' 134–135.

73 על דמוקרטיה מתגוננת ראו: Patrick Macklem, *Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination*, UNIVERSITY OF TORONTO FACULTY OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 05-03, available at ssrn.com/abstract=702465

כיצד עטיית הרעלה כשלעצמה עשויה להוות סכנה למשטר הדמוקרטי, וכיצד תביא מניעת עטייתה לידי הסרת הסכנה. טיעון שונה במעט הנוגע בהשתייכות לאסלאם הרדיקלי עשוי להתמקד לא בסכנה למשטר הדמוקרטי, אלא בסכנה העלולה לנבוע מהאסלאם הרדיקלי לזכויות האדם. אתייחס לטיעון זה בחלקו הבא של המאמר.

ג. עטיית הרעלה וזכותן של נשים לשוויון

טיעון מרכזי בוויכוח סביב עטיית הרעלה הוא הטיעון הנוגע בזכותן של נשים לשוויון. כאשר בוחנים את השפעת עטייתה של הרעלה על זכויותיהן של נשים, יש לבחון הן את ההשפעות והמשמעויות של עטייתה לגבי נשים מקבוצות המיעוט המוסלמיות והן את השפעותיה האפשריות על זכותן לשוויון של נשים מקבוצות הרוב ועל האינטרס של המדינה בקידום ערך השוויון בין נשים לגברים. תחילה אתייחס לאופן שבו ההגבלות לגבי עטיית הרעלה משליכות על זכותן של הנשים המוסלמיות בקהילות המיעוט לשוויון, ולאחר-מכן אתייחס להשלכותיהן על זכותן של כלל הנשים לשוויון. אקיים את הדיון בדבר זכותן של נשים מוסלמיות לשוויון תוך דיון במצבן של נשים מוסלמיות באירופה, אך תובנות הדיון חלות גם על נשים מוסלמיות המשתייכות לקבוצות מיעוט במקומות אחרים.⁷⁴

1. עטיית רעלה וזכותן לשוויון של נשים מקבוצות המיעוט המוסלמיות

מנקודת-מבט פמיניסטית הוויכוח סביב עטיית הרעלה מעלה דילמה מוכרת: מהי העמדה הפמיניסטית הנכונה כלפי נוהג שמקורו בדת פטריארכלית ואשר מסמל את צניעותן של נשים ואת דיכויין על-ידי גברים אך בה בעת מוגדר על-ידי רבות מן הנשים הנוהגות לפיו כנוהג מעצים ומשחרר, אשר אומץ על-ידיהן מתוך בחירה חופשית, וכביטוי לזהותן הדתית והתרבותית? התנגשות זו בין השאיפה להביא לידי שינוי של נורמות דכאניות, על-מנת לקדם את זכותן של נשים לשוויון, לבין הצורך לכבד נורמות אלה, על-מנת לכבד את בחירתן האוטונומית של נשים לנהוג לפיהן, מבטאת דילמה יסודית בתיאוריה הפמיניסטית.⁷⁵

74 בחרתי להתמקד באירופה מכיוון שבישראל, נכון לעת זו, אין הגבלות לגבי עטיית הרעלה, כך שהסוגיה אינה עולה. בטורקיה, שבה רובם המוחלט של האזרחים הם מוסלמים, ומספר הנשים עוטות-הרעלה גבוה ביותר, בעיקר באזורים הכפריים ובקרב המעמדות הנמוכים, קווי התייחסות בין הקבוצות מטושטשים יותר, ולכן היא מקרה המדגים בצורה מובהקת פחות את היבטיה השונים של הסוגיה.

75 לעניין זה ראו, למשל, את העמדות הבאות: Sawitri Saharso, *Feminist Ethics, Autonomy and the Politics of Multiculturalism*, 4 FEMINIST THEORY 199 (2003); Clare Chambers,

במקרה דנן, ובוודאי בכל הנוגע בעטיית רעלה בקרב המיעוט המוסלמי באירופה, הדיילמה מורכבת אף יותר, מכיוון שהנשים עוטות-הרעלה משתייכות לקבוצת מיעוט מוחלשת. מחד גיסא, נשים מוסלמיות באירופה הן אחת הקבוצות החלשות ביותר, החשופות לדיכוי כפול ומשולש מצד החברה הכללית בשל מוצאן האתני, דתן ומינן, שעליו יש להוסיף את הדיכוי שהן חשופות לו בקרב קהילתן הפטריארכלית.⁷⁶ כתוצאה מכך, יכולתן להתנגד ללחצים פנים-קהילתיים להתאים את עצמן לנהגיה הפטריארכליים של הקהילה, כגון עטיית רעלה, נמוכה. מאידך גיסא, ההפליה שנשים אלה חשופות אליה מחוץ לקהילתן, מצד החברה הכללית, מגבירה את הצורך שלהן למצוא מפתח בדת, במסורות ובמנהגים של קהילתן. מכאן המורכבות המיוחדת שמעורר הצורך לכבד את נהגיו התרבותיים של המיעוט, תוך הגנה על זכויותיו של "המיעוט שבתוך המיעוט", ובמקרה זה – זכויותיהן של נשים מוסלמיות באירופה.⁷⁷ מורכבות נוספת במקרה זה נוצרת בשל החשש שהאסלאם הרדיקלי ישתמש בעטיית הרעלה על-ידי נשים מוסלמיות כאמצעי במאבקו לשליטה בקהילות המהגרים המוסלמיות, ויכפה על נשים מוסלמיות את עטיית הרעלה תוך שימוש באיומים ואף בכוח.⁷⁸

נקודה חשובה נוספת שיש להביאה בחשבון בעת הערכת תרומתן של ההגבלות לגבי עטיית הרעלה לזכותן של נשים לשוויון היא ריבוי המשמעויות שהנשים המוסלמיות עוטות-הרעלה מייחסות לעטייתה.⁷⁹ חלק מהנשים אומנם עוטות את הרעלה כסמל לכפיפותן לא רק לאל, אלא גם לגברים, אולם אחרות עוטות אותה דווקא כסמל המדגיש את זהותן העצמית, את עצמאותן ואת בחירתן החופשית. אף שאני סבורה כי במובנה המקורי

Autonomy and Equality in Cultural Perspective: Response to Sawitri Saharso, 5
FEMINIST THEORY 329 (2004)

76 על הפלייתן הכפולה של נשים מקבוצות מיעוט ראו: Nira Yuval-Davis, *Intersectionality, Citizenship and Contemporary Politics of Belonging*, 10 CRITICAL REV. INT'L SOC. & POL. PHIL. 561, 564–566 (2007)

77 ראו, למשל: SUSAN MOLLER OKIN, IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? (1999); Ayelet Shachar, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, 28 POLITICAL THEORY 64 (2000)

78 Patrick Weil, *Lifting the Veil*, 22(3) FRENCH POLITICS, CULTURE AND SOCIETY 142 (2004). וייל, שהיה חבר בוועדה הנשיאותית שהמליצה על ההגבלות לגבי עטיית הרעלה, מתאר את הסיבות לתמיכתו בהגבלות כדלהלן (שם, בעמ' 144): "We had to face a reality that was perceived at the local level, but not at the national nor obviously at the international one: wearing the scarf or imposing it upon others has become an issue not of individual freedom but of a national strategy of fundamentalist groups using public schools as their battleground" Armando Salvatore, *Authority in Question: schools as their battleground? Secularity, Republicanism and 'Communitarianism' in the Emerging Euro-Islamic Public Sphere*, 24(2) THEORY, CULTURE & SOCIETY 135, 149 (2007)

79 Sauer, לעיל ה"ש 2.

עטיית רעלה היא אכן סמל לדיכוי של נשים, נראה שעם השנים קיבלה עטייתה משמעויות חשובות אחרות בקרב נשים מוסלמיות העוטות רעלה באירופה.⁸⁰ אולם הבעיה עם ההגבלות לגבי עטיית הרעלה נעוצה לא רק בכך שהן מונעות מנשים המעוניינות לעטותה כסמל להתרסה ולעצמאות את האפשרות לעשות כן, אלא בעיקר בכך שהגבלות אלה אינן יכולות להשיג את המטרה של קידום זכותן של נשים לשוויון. לכן, ככל שהן נועדו להשיג מטרה זו, הן חסרות תועלת ואפילו מזיקות.

מנקודת-המבט הפמיניסטית, ההגבלות לגבי עטיית הרעלה מבטאות הן תגובת-יתר מצערת והן תגובת-חסר מייאשת לבעיות המשותפות לנשים רבות בקהילות מוסלמיות מסורתיות. הגבלת הרעלה מבטאת תגובת-יתר מצערת שכן היא מפרה את זכותן של נשים מוסלמיות לחופש הדת מבלי להביא לידי שיפור אמיתי במעמדן בקהילתן בפרט ובחברה בכלל. נשים מוסלמיות העוטות את הרעלה כחלק מאמונתן הדתית הן הנפגעות העיקריות מן ההגבלה, המאלצת אותן לבחור בין אמונתן הדתית לבין אפשרויות התעסוקה שלהן (כמורות או כעובדות-ציבור) ואפשרויות החינוך שלהן (כתלמידות). יתרה מזו, ההגבלה מחזקת את התפיסה הפטריארכלית שלפיה נשים אינן מסוגלות לבחור בעצמן ונוזקות להגנה ולהנחיה מצד המדינה.

באותו זמן, הגבלת הרעלה מבטאת תגובת-חסר מכיוון שהיא אינה מכוונת לפתור את הגורמים האמיתיים להפליית נשים מוסלמיות באירופה, הן בתוך קהילתן והן בחברה הכללית. נשים מוסלמיות רבות בקהילות המהגרים באירופה סובלות מהפליה ומדיכוי בתוך בתיהן וקהילותיהן.⁸¹ ההפליה והדיכוי מתבטאים לא רק במקרים קיצוניים של רצח על רקע כבוד המשפחה או של נישואים כפויים, אלא גם במקרים השכיחים יותר, שבהם נשים מוסלמיות צעירות וחסרות השכלה מגיעות לאירופה ממדינות-מוצאן ונותרות ספונות בבתיהן ללא ידע בשפה, ללא כישורים ותחת שליטתם המוחלטת של בני-זוגן. עם זאת, הגבלות לגבי עטיית רעלה אינן הדרך להילחם בהפליה ובדיכוי מעין אלה. הדרך לעשות

80 לדוגמה, הרוב בבית-המשפט החוקתי הגרמני בעניין *Ludin*, לעיל ה"ש 35, קבע כי הרעלה אינה בהכרח סמל לדיכוי של נשים, וכי היא עשויה להיות סממן דתי שנבחר על-ידי האישה באופן חופשי על-מנת לאפשר לה לנהל אורח חיים אוטונומי תוך דבקות במצוות דתה. ראו Gerstenberg, לעיל ה"ש 40, בעמ' 99. וייל מסביר את הדברים באופן דומה (Weil, לעיל ה"ש 78, בעמ' 143): "While for a majority of women the headscarf is the expression of the domination of women by men (this meaning was, for example, strongly expressed by many women refugees from Iran), it can be and is understood differently. It can also be the expression of a free belief, a means of protection against the pressure of males, an expression of identity and freedom against secular parents and against Western and secular society".

81 על מצבן של נשים מוסלמיות בצרפת ראו Amara, לעיל ה"ש 32. לתיאור מעניין של מצבן של נשים מוסלמיות בצרפת, בגרמניה ובבריטניה ראו: Sylvia Poggioli, *Exploring the Status of Muslim Women in Europe* (January 2008), available at www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=18330334.

זאת היא על-ידי חדירה אל התחום הפרטי על-מנת למנוע הפרות חמורות של זכויות המתרחשות דווקא בתחום זה באמצעות ענישה מחמירה בגין הפרות מעין אלה, ועל-ידי העצמה של נשים מוסלמיות הן בתחום הפרטי והן בתחום הציבורי. במקביל, על מדינות אירופה החרדות למעמדן של נשים מוסלמיות לפעול למיגור ההפליה החברתית והכלכלית של כלל המהגרים המוסלמים באירופה. לא זו בלבד שההגבלות לגבי עטיית הרעלה במרחב הציבורי אינן תחליף לצעדים נחוצים אלה, אלא שהן אף מחלישות נשים מוסלמיות על-ידי דחיקתן בחזרה אל תוך התחום הפרטי, הרחק מהישג-ידה ומהגנתה של המדינה, תוך הרחקתן מהזדמנויות תעסוקה וחינוך. במקום להגביל את עטיית הרעלה ובכך להפר את זכויותיהן של נשים מוסלמיות המבקשות לעטותה, ובד בבד להותיר גורמים קיצוניים חופשיים להפעיל את לחציהם על נשים בדרכים אחרות, על המדינה לנקוט יד קשה נגד אותם קיצונים המאלצים נשים שאינן מעוניינות בכך לעטות רעלה, תוך איומים והפעלת כוח, ולפתוח במקביל שערי השכלה ותעסוקה לפני נשים מהגרות.

טיעון נוסף בעד הטלת הגבלות על עטיית רעלה שהועלה בצרפת הוא שאיסור עטיית הרעלה בבתי-הספר הציבוריים יאפשר לְבנות בקהילות מוסלמיות מסורתיות לממש את זכות היציאה שלהן. על-פי טיעון זה, חיובן של בנות מוסלמיות ללמוד בבית-הספר ללא רעלה מהווה צעד ביצירתו של מרחב אזרחי משותף, ניטרלי ורחף משיוכים קהילתיים, אשר בני הקהילות השונות יוכלו לצאת אליו אם יבחרו לעזוב את קהילתם. מרחב אזרחי משותף זה כולל בעיקרו את מוסדות הציבור הנותנים שירות לכלל האזרחים, כגון בתי-ספר, שירותים סוציאליים וכו', וקיומו אמור הן להבטיח מתן יחס שווה לכל על-ידי המדינה והן להבטיח כי כל אזרחית תדע שקיימת חלופה ניטרלית ושוויונית מחוץ לקהילה. בהעדר מרחב אזרחי מעין זה, ממשיכה הטענה, למי שמבקשות לעזוב את קהילתן לא יהיה בפועל לאן לצאת, והן ייוותרו חסרות אונים אל מול הדיכוי וההפליה בתוך קהילתן.⁸² הטענה כי בחברה רב-תרבותית חשוב לקיים מרחב אזרחי משותף, אשר מאפשר הן יצירת סולידריות בין האזרחים בני הקהילות השונות והן את הבטחת זכותם של האזרחים לצאת מקהילותיהם הפרטיקולריסטיות, הינה טענה נכונה וחשובה. מרחב אזרחי משותף זה צריך לא רק לספק חלופה לנערה לאחר שבגרה, מימשה את זכות היציאה שלה והתנתקה מקהילתה, אלא גם להעניק לה, לאורך שנות התבגרותה בתוך הקהילה, את הכלים והכישורים הנחוצים למימוש זכות היציאה בבגרותה, אם תבחר בכך. אולם, כפי שכבר ראינו בחלקו הקודם של המאמר, המרחב הציבורי בצרפת, הכופה על המיעוט תפיסה רפובליקאית של ניטרליות אשר גזורה לפי צרכיו של הרוב ומתעלמת מצורכי המיעוט, אינו מרחב ציבורי מכיל, אלא מרחב ציבורי מדיר, אשר לא זו בלבד שאינו מקל את יציאתן של נערות ונשים מוסלמיות מקהילתן, אלא

82 ראו את מאמרה של יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא-ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227 (התש"ע).

אף מונע אותה. זאת, הן מכיוון שהוא נתפס, במידה רבה של צדק, כמכוון להדיר סמלים מוסלמיים בלבד, והן מכיוון שהתוצאה של איסור עטיית הרעלה בבתי-ספר ציבוריים עלולה כאמור להיות דחיקת הבנות והנשים המוסלמיות עמוק יותר אל התחום הפרטי של הבית והקהילה. דחיקה כזו תקטין את יכולתן לרכוש את הכישורים הנדרשים למימוש זכות היציאה, ובכך עלולה להגביר את דיכויין.

2. עטיית רעלה וקידום ערך השוויון בין נשים לגברים

ניתן לטעון כי אף אם ההגבלות לגבי עטיית רעלה אינן מקדמות את זכותן של נשות המיעוט המוסלמי לשוויון, הן מקדמות את הערך הכללי של קידום השוויון בין נשים לגברים. על-פי קו טיעון זה, מתן אפשרות לנשים לעטות רעלה במרחב הציבורי פוגע בזכותן של כלל הנשים בחברה לשוויון, ופוגע באינטרס שיש למדינה בקידומו של ערך השוויון בין המינים. זאת, מכיוון שקיומו במרחב הציבורי של סממן חיצוני רב-עוצמה (powerful external symbol) לדיכויין של נשים, דוגמת הרעלה,⁸³ עלול להשפיע לרעה על מעמד האישה על-ידי מתן לגיטימציה להפלייתן של נשים על בסיס אמונות דתיות ומסורות תרבותיות. לגיטימציה מעין זו, ימשיך הטיעון, תוביל עד-מהרה ללגיטימציה כללית של הפליית נשים ולאובדן ההישגים שאותם השיגו הנשים במאמץ רב לאורך שנים של מאבק על זכויותיהן. על פניו נראה כי יש בטיעון זה מן האמת. מתן לגיטימציה להפלייתן של קבוצה מוחלשת על רקע מסוים פותח פתח ליצירת לגיטימציה גם להפלייתן בשל טעמים אחרים. למעשה, ניתן לטעון כי ככלל הלגיטימציה שניתנה וממשיכה להינתן להפלייתן של נשים על בסיס אמונות דתיות ונהגים תרבותיים מהווה גורם משמעותי לאי-יכולתן של נשים להשיג שוויון מלא.⁸⁴ אף-על-פי-כן, השימוש בטיעון זה על-מנת להצדיק הגבלות לגבי עטיית רעלה הינו בעייתי משתי בחינות. ראשית, כפי שראינו, לעטיית הרעלה על-ידי נשים מוסלמיות באירופה יש משמעות רבות, אשר חלקן אומנם לא-שוויוניות אך אחרות אינן כאלה. משכך, נראה כי משקלה של הרעלה כסמל להפליית נשים הוא קטן יחסית, ומשקלה העיקרי הוא כסמל להשתייכות דתית ותרבותית. שנית, מכיוון שהגבלת עטיית הרעלה פוגעת פגיעה קשה בזכות-היסוד לחופש הדת וכן בזכויות נוספות של הנשים עוטות-הרעלה, כגון זכותן השווה לחינוך ולחופש העיסוק (כמורות בחינוך הציבורי), הצדקת פגיעה כזו מחייבת ראיות ברורות ומשכנעות שעטיית הרעלה כשלעצמה מביאה לידי פגיעה

83 עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 35, עמ' 13.

84 לטיעון התוקף את הלגיטימציה הניתנת לנהגים תרבותיים ודתיים המפלים נגד נשים ראו: 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).

משמעותית בערך השוויון בין המינים, ואין די בהשערות ובחששות. נראה כי באיזון הכולל בין הפגיעה בערך השוויון בין המינים כתוצאה מעטיית הרעלה לבין הפגיעה בזכויותיהן הפרטניות של נשים עוטות-רעלה, על האחרונות לגבור. בעניין זה אין לי אלא להסכים עם דבריה של שופטת המיעוט טולקנס בפסק-הדין בעניין *Sahin*, שלפיהם בחברה דמוקרטית האיזון בין שוויון, חילוניות וחירות אינו יכול להיעשות באופן הנותן עדיפות מוחלטת לשוויון על החירות, בוודאי לא בהעדר ראיות ברורות ומשכנעות לפגיעה בשוויון.⁸⁵ ניתן לטעון כי אף אם ככלל עטיית רעלה על-ידי נשים אינה יכולה להיחשב פגיעה חמורה בשוויון בין נשים לגברים במידה שמצדיקה את הגבלתה, העובדה שעטיית הרעלה משמשת כלי בידי האסלאם הרדיקלי להשליט את תפיסותיו, הבאות לקעקע את עקרונות הדמוקרטיה וזכויות האדם, ובוודאי את עקרון השוויון בין המינים, מצדיקה את הגבלתה. אין חולק כי מעורבותו של האסלאם הרדיקלי בסוגיית הרעלה אכן מגבירה את הסכנה העלולה לנבוע מהתפשטות המנהג, כמו-גם את הסכנה שהתפשטותו היא תוצאה של איומים והפעלת כוח, ולא של בחירה חופשית, ולכן היא עשויה בנסיבות מסוימות להצדיק הטלת הגבלות על עטיית הרעלה. עם זאת, מכיוון שהגבלת עטיית הרעלה פוגעת בזכות-יסוד, עליה להיעשות כאמצעי אחרון, ולא כאמצעי ראשון. כך, יש לפעול תחילה להענשתם ולהרחקתם של הגורמים האלימים, ורק לאחר שמוכח כי אין די בכך, יש לשקול הטלת הגבלות על עטיית הרעלה. נוסף על כך, החלטה להטיל הגבלות כאלה חייבת להתבסס על ראיות ברורות ומשכנעות לכך שאלמלא ההגבלה קיימת אפשרות סבירה לכך שייגרם נזק משמעותי לאינטרס המדינתי בקידום השוויון בין המינים. כל עוד לא הוכחו ראיות לכך שאלה פני הדברים – ונכון לעת זו נראה שאין אלה פני הדברים אף לא באחת מהמדינות המגבילות את עטיית הרעלה – ההגבלה אינה מוצדקת.⁸⁶

3. הצבעה על חריג: עטיית בורקה וקידום ערך השוויון בין נשים לגברים

עד עתה דנתי בהגבלות לגבי עטיית הסוג המקובל של הרעלה – מטפחת המכסה את הראש והצוואר – וטענתי כי אי-אפשר להצדיקן בזכותה של קהילת הרוב לתרבות, באינטרסים של המדינה בניטרליות, בחילוניות ובאחידות, או בהגנה על זכותן של נשים לשוויון. עם זאת, בשנים האחרונות עולה במדינות אירופה שאלה נוספת ונפרדת, והיא אם לא ראוי, אף אם אין מגבילים את עטיית הרעלה, להטיל הגבלות על עטיית הבורקה – גלימה ארוכה המכסה את הגוף והפנים ומותירה חריץ צר לעיניים בלבד (לעיתים גם העיניים מכוסות על-ידי

85 עניין *Sahin*, לעיל ה"ש 35, פס' 4-5 לדעת המיעוט.

86 על פניו נראה כי המדינה שבה הסכנה היא המוחשית ביותר היא טורקיה, אם כי כפי שנידון לעיל, גם בעניין *Sahin*, לעיל ה"ש 35, לא התקיימה בחינה אמיתית של הסתברותה ועוצמתה של הסכנה.

סבכה, המאפשרת לראות במידה מסוימת מבלי להיראות). כך, בהולנד, למשל, שבה אין הגבלות לגבי עטיית רעלה בבתי-הספר, הוחל לאחרונה איסור על עטיית בורקה בבית-הספר, הן על-ידי מורות והן על-ידי תלמידות.⁸⁷ איסור זה נומק בכך שעטיית הבורקה מקשה את התקשורת בכיתה ויצירת קשר-עין, ובכך מחבלת במאמץ החינוכי. אבקש לטעון כי איסור עטיית הבורקה בבית-הספר מוצדק לא רק בשל סיבה זו, אלא גם מכיוון שעטיית הבורקה אכן עומדת בניגוד בולט לערך השוויון בין המינים, עד כדי כך שאין מקום לאפשר את עטייתה בבתי-הספר.

בתי-ספר אמונים על חינוכם של ילדים. והנה, בניגוד לעטיית הרעלה, הנושאת עימה מגוון של משמעויות, עטיית הבורקה, שמטרתה היא הסתרתה המוחלטת של האישה מן העולם החיצון, משקפת תפיסה דתית פטריארכלית פונדמנטליסטית שלפיה נשים משועבדות לגמרי לבעליהן ולקרוביהן הגברים, וחייבות להסתיר את עצמן לחלוטין מפני כל גבר אחר על-מנת שיהיו רשאיות לצאת אל העולם החיצון.⁸⁸ לטענתי, מנקודת-המבט של זכויות האישה, החומרה היתרה הגלומה בחובה לעטות בורקה, אל מול החובה לעטות רעלה, היא שכיסויה של האישה בבורקה נועד למחוק את זהותה ומערער על עצם קיומה כאדם, כיצור חברתי וכחלק מהחברה האנושית. תפיסה כזו מבזה נשים ופוגעת בצלם האנוש שלהן, ואי-אפשר ליישבה עם עקרון השוויון לנשים, ואף לא עם כבוד האדם או עם הזכות לחירות. כך, טענתי היא כי ההבדל בין הרעלה לבין הבורקה אינו הבדל כמותי, אלא הבדל איכותי בין דרישת צניעות, שנויה במחלוקת ככל שתהיה, לבין מחיקת אנושיותה של האישה והכחשת זכותה ליטול חלק בחברה האנושית.

אם יאמר האומר כי חלק מהנשים העוטות בורקה עושות זאת מרצונן החופשי, אענה כי מעבר לספק המשמעותי עד כמה בחירותיה של אישה החיה בקהילה פונדמנטליסטית קיצונית אכן יכולות להיות חופשיות, כוחו של טיעון זה חלש אף יותר בהקשר של נערות צעירות בגיל בית-הספר.⁸⁹ יתרה מזו, בניגוד לרעלה, אשר כיסויי-ראש דומים לה ניתן

⁸⁷ *Burqa Ban Extended to Universities*, DUTCHNEWS.NL, 26 Nov. 2008, available at www.dutchnews.nl/news/archives/2008/11/burqa_ban_extended_to_universi.php

⁸⁸ יצוין כי יש הטוענים שעטיית הבורקה אינה חובה דתית כלל, אלא מנהג תרבותי בלבד. לעניין זה ראו את דעותיהם של שני מומחים לאסלאם, המובאות בשתי כתבות העוסקות בוויכוח סביב הבורקה: דעתה של פרופ' סוהאד סאלח, פרופסור למשפט מוסלמי באוניברסיטת אל-אזהאר, המובאת אצל: Mona Eltahawy, *Ban the Burqa*, NEW YORK TIMES, 2 July 2009; available at www.nytimes.com/2009/07/03/opinion/03iht-edeltahawy.html?ref=global ודעתו של טאג' הרגיי, יושב-ראש המרכז לחינוך מוסלמי באוקספורד, המובאת אצל: Helen Brooks, *Briefing: Burqa Ban: Nicolas Sarkozy's Face-off*, TIMESONLINE, 28 June 2009, www.timesonline.co.uk/tol/comment/faith/article6591062.ece

⁸⁹ על חולשתו של טיעון הבחירה החופשית בהקשר של קהילות פונדמנטליסטיות ראו: Gila Stopler, *A Feminist Perspective on Natality Policies in Multicultural Societies*, 2 L. & ETHICS HUM. RTS. 181, 198–207 (2008).

למצוא בדתות שונות, בהקשרים שונים ואצל נשים וגברים כאחד, הבורקה, שמטרתה כיסוי האישה כולה על-מנת להסתירה כליל כל אימת שהיא יוצאת מביתה, הינה נוהג שאין לו שום מקבילה, ואשר מהווה סממן חיצוני רב-עוצמה לדיכויין ולהפלייתן של נשים. כך, הבורקה מעלה אצל מתנגדיה דימויים של עבדות, של הכנסת האישה לקבר, של רוחות-רפאים ושל בתי-סוהר מהלכים.⁹⁰ בשל כל האמור דעתי היא כי התרת עטייתה בבית-הספר, שם תפיסותיהם החברתיות של ילדים מתעצבות, תהווה פגיעה קשה בעקרון השוויון בין המינים, ולפיכך מוצדק לאוסרה.

אם עטיית הבורקה נוגדת באופן כה ברור את עקרון השוויון בין נשים לגברים, האם ניתן להצדיק הגבלות אחרות הנובעות מעטיית בורקה? למשל, האם מוצדק למנוע מאישה העוטה בורקה קבלת אזרחות צרפתית? ביוני 2008 החליטה המועצה החוקתית הצרפתית (Conseil d'État) לאשר את החלטת משרד הפנים הצרפתי לדחות את בקשתה להתאזרחות של גב' פאיזה סילמי, בשל העובדה שהיא עוטה בורקה.⁹¹ זאת, אף שגב' סילמי חיה בצרפת משנת 2000, נשואה לאזרח צרפתי, מגדלת ארבעה ילדים ודוברת צרפתית שוטפת. נימוקה של המדינה, אשר אושר על-ידי מועצת החוקה, היה שגב' סילמי אימצה גרסה רדיקלית של דתה שאינה תואמת את עקרונות-היסוד של החברה הצרפתית, ובעיקר את עקרון השוויון לנשים, ולכן אין היא מקיימת את תנאי ההשתלבות הקבוע בחוק הצרפתי. נוסף על עטיית הבורקה התבססה המדינה על ראיונות שערכה עוברת סוציאלית עם גב' סילמי, שמהם הסיקה כי גב' סילמי "חיה בכפיפות מוחלטת לקרוביה הגברים. מצב זה נראה לה נורמלי, והיא מעולם לא שקלה להתקומם נגדו".⁹² אף שבקשתה של גברת סילמי לאזרחות נדחתה, היא לא איבדה את זכותה להישאר בצרפת.

אף שלדעתי, כאמור, עטיית הבורקה אכן מסמלת אימוץ של ערכי האסלאם הרדיקלי ונוגדת באופן חזיתי את עקרון השוויון לנשים, איני חושבת שהיה מוצדק למנוע את התאזרחותה של גב' סילמי בצרפת. על-פי המשפט הבין-לאומי, למדינה אין כל חובה

90 לעניין זה ראו את התבטאויותיהם של נשיא צרפת סרקוזי ושרת השיכון הצרפתית (ממוצא מוסלמי) פדלה עמארה: Peter Allen, *Sarkozy: Burka Not Welcome on French Soil*, LONDON EVENING STANDARD, 22 June 2009, available at www.thisislondon.co.uk/standard/article-23710670-

details/Sarkozy:+Burka+not+welcome+on+French+soil/article.do כן ראו: Angelique Chrisafis, *Veiled Threats: Row Over Islamic Dress Opens Bitter Divisions in France*, GUARDIAN.CO.UK, 26 June 2009, www.guardian.co.uk/world/2009/jun/26/sarkozy-france-paris-islamic-veils.

91 Decision of Conseil d'État n°. 286798, 27 June 2008.

92 Katrin Bennhold, *A Veil Closes France's Door to Citizenship*, NEW YORK TIMES, 19 July 2008, available at www.nytimes.com/2008/07/19/world/europe/19france.html?ei=.5070&en=7b38a50f656d9efa&ex=1217131200&emc=etal&pagewanted=all.

להעניק אזרחות לאדם שאינו חסר אזרחות.⁹³ עם זאת, מלומדים כגון וולצר סבורים כי אין לאפשר מצב שבו בתחומי מדינה דמוקרטית חיים על בסיס קבוע אנשים שאינם אזרחיה ואשר אף לא יוכלו להיות כאלה, מכיוון שבאופן זה נוצר בתוך המדינה מעמד נשלט, שחבריו לעולם לא יזכו בשוויון מלא.⁹⁴ יתרה מזו, כאשר אישה נכנסת למדינה באופן חוקי, קובעת בה את מרכז חייה ויוצרת בה קשרי משפחה, האינטרס שלה להישאר בתחומי המדינה, לקבל את אזרחותה וליהפך לאזרחית שוות-זכויות הולך וגובר, ובד בבד מתגבשות גם זכויותיהם של בני משפחתה, אזרחי המדינה, שמשפחתם לא תופרד ושאמם תזכה במעמד דומה למעמדם. בנסיבות אלה נראה כי האינטרס של המדינה בקידום השוויון צריך לסגת מפני הפגיעה החמורה הנוצרת בזכויותיה של גב' סילמי ושל משפחתה כתוצאה מהסירוב להעניק לה אזרחות.

עם זאת, אף אם נסכים כי אי-אפשר לסרב להעניק אזרחות לאישה עוטת-בורקה אשר מצויה כבר בתחומי המדינה ובנתה בה את חייה, מה בדבר סירוב לתת אשרת הגירה לאישה העוטה בורקה? נכון לעת זו לא מוכרת במשפט או בפילוסופיה הפוליטית זכות אדם אוניוורסלית להגירה.⁹⁵ אף שעשוי להשתמע מכך שמדינות רשאיות לקבוע מדיניות הגירה לפי ראות עיניהם, כל עוד היא אינה גזענית, יש הטוענים כי מן הראוי שמדיניות הגירה לא תהיה שרירותית ותבוסס על נימוקים טובים.⁹⁶ האם ניתן לטעון כי מדיניות הגירה שלפיה אין לתת אשרת הגירה לאישה עוטת-בורקה ולקרובהיה הגברים הינה מדיניות ראויה? בחלקו הראשון של המאמר טענתי כי מדינה רשאית לדרוש מן המהגרים אליה לקבל על עצמם את

93 החובות המוגבלות שיש למדינות להעניק אזרחות, אשר חלות רק לגבי אנשים חסרי אזרחות, מפורטות באמנה לצמצום מחוסרי האזרחות: Convention on the Reduction of Statelessness, 30 Aug. 1961, 989 U.N.T.S. 175, available at untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/6_1_1961.pdf. לניסיון לטעון לקיומה של זכות רחבה יותר לאזרחות ראו: Joseph Carens, *Immigration, Democracy, and Citizenship*, in OF STATES, RIGHTS, AND SOCIAL CLOSURE: GOVERNING MIGRATION AND CITIZENSHIP 17 (Oliver Schmidtke & Saime Ozcurumez eds., 2007).

94 MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE 52–61 (1983).

95 על הזכות להגירה ראו Miller, לעיל ה"ש 17, בעמ' 196–199.

96 שם, בעמ' 199. המשפט הבין-לאומי אוסר מדיניות הגירה גזענית. ראו: International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, art. I(3) (entered into force on 24 Jan. 1969): "Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality".

על-פי ה- General Recommendation No. 30: Discrimination Against Non Citizens: 1.10.2004, issued by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination "[must] ensure that immigration policies do not have the effect of discriminating against persons on the basis of race, colour, descent, or national or ethnic origin".

ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם. כמו־כן טענתי לעיל כי עטיית בורקה משקפת תפיסה דתית פטריארכלית פונדמנטליסטית שלפיה נשים משועבדות לגמרי לבעליהן ולקרוביהן הגברים, וחייבות להסתיר את עצמן לחלוטין מפני כל גבר אחר על־מנת שיהיו רשאות לצאת אל העולם החיצון, וכי תפיסה זו מבזה נשים, מוחקת את זהותן ופוגעת בצלם האנוש שלהן, ואי־אפשר ליישבה עם עקרון השוויון לנשים, עם כבוד האדם או עם הזכות לחירות. לנוכח האמור אבקש לטעון כי עטיית בורקה אכן מהווה ראייה טובה לכך שהאישה המבקשת להגר וקרוביה הגברים אינם מקבלים על עצמם את ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם, וכי למעט אם יצליחו המבקשים לסתור ראייה זו, היא תוכל לשמש את המדינה כבסיס לסירוב לבקשתם. בהקשר זה יש לציין את התנגדותו של מילר לסינון מהגרים בהתאם להשקפותיהם הפוליטיות, ובכלל זה השקפתם לגבי אימוץ ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם. לדבריו, אף שבמישור התיאורטי סינון כזה מוצדק, בפועל הוא פסול משתי סיבות: ראשית, מכיוון שבניגוד לערכים תרבותיים, השקפות פוליטיות עשויות לדבריו להשתנות בקלות יחסית כתוצאה מההיחשפות לשיטת המשטר הדמוקרטי; ושנית, מכיוון שמבקשי ההגירה עלולים לשקר בכל הנוגע להשקפותיהם.⁹⁷ אף שאין לזלזל בבעיות אלה, לדעתי החלטה המתבססת על עטיית בורקה חשופה אליהן פחות – הן משום שעטיית בורקה מבטאת ערכים דתיים ותרבותיים, שהם ערכים שקשה לאדם לשנותם, ולא ערכים פוליטיים בלבד; והן מכיוון שעטיית הבורקה מהווה כשלעצמה ראייה לכאורה לדבקות בערכים אלה, והסינון אינו נעשה על־סמך הצהרת המבקשים בלבד.

ד. סיכום

מנהג עטיית הרעלה מעורר בשנים האחרונות מחלוקות חריפות במדינות שונות, בעיקר באירופה. מחלוקות אלה מקורן לא במראה הפיזי של הרעלה, שהרי עטיית כיסוי-ראש על־ידי נשים מקובלת גם בזרמים מסוימים בנצרות וביהדות,⁹⁸ אלא בעיקר בהיפכותה לסמל לדת ולתרבותו של המיעוט המוסלמי, ובקושי בקבלת השונה והאחר. הרעלה נהפכה לסמל לשאלה אם על קהילת הרוב לקבל את זרותו ושונותו של המיעוט ולערוך התאמות על־מנת לאפשר לו לקיים את תרבותו ודתו במרחב הציבורי, או שמא המדינה, וקהילת הרוב השולטת בה, זכאיות לעמוד על כך שהמיעוט יזנח את נהגיו התרבותיים והדתיים במרחב הציבורי ויתאים את עצמו לחברת הרוב, אשר תרבותה ומנהגיה נתפסים כניטרליים וכבסיס לאזרחות משותפת. שאלה זו אינה שאלה למשא־ומתן פוליטי בלבד, שכן היא נוגעת לא רק

97 David Miller, *Immigrants, Nations, and Citizenship*, 16 THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 371 (2008).

98 האמור אינו נכון לגבי הבורקה, אשר כפי שהובהר לעיל, המראה הפיזי שלה חריג ביותר ומעורר תגובות קשות.

באינטרסים מדינתיים, כגון שמירה על חילוניות ואחידות, אלא גם בפרשנותן הראויה של זכויות-יסוד, כגון הזכות לחופש הדת והזכות לשוויון, ובהיקפה של הזכות לתרבות. במאמר זה ניסיתי לענות על השאלה אם ההגבלות שהוטלו על עטיית הרעלה במדינות ליברליות דמוקרטיות שונות עולות בקנה אחד עם מחויבותן של מדינות אלה לשמירה על זכויות האדם של כלל תושביהן. מסקנתי הייתה כי ההגבלות לגבי עטיית הרעלה פוגעות בזכויותיהן של הנשים המבקשות לעטות רעלה לתרבות, לחופש הדת ולשוויון, וכי זכותה של קהילת הרוב לתרבות, האינטרסים המדינתיים בניטרליות, בחילוניות, באחידות ובמאבק באסלאם הרדיקלי וכן קידום השוויון בין המינים אינם יכולים להצדיק פגיעה זו. עם זאת, טענתי כי האינטרס של המדינה בהגנה על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם יכול להצדיק הגבלות מסוימות הנוגעות בעטיית בורקה, שכן להבדיל מהרעלה, הבורקה מהווה סממן חיצוני רב-עוצמה המסמל את דיכויין של נשים ואת אי-ההכרה באנושיותן, בחירותן ובזכותן לשוויון.