

ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית*

מאת

אלון הראל^{**}, אהרון שנוך^{***}

- א. מבוא: ב. ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית: כשרה או פסולה?
ג. פרקטיקת ההפרדה כפרקטיקה פסולה אך מוגנת: הזכות לתרבות;
ד. סיכום

א. מבוא

בשנת 2000 נחקק חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. חוק זה ממשיך את המגמה שכבר קיימת בחקיקה להרחיב את תחולת עקרון השוויון אל מעבר למשפט הציבורי ולהחיל אותו גם על יחסים הנשלטים על ידי המשפט הפרטי (ובעיקר דיני החוזים). סעיף 1 לחוק זה (סעיף המטרה) קובע כי "חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפלייה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים". שורה של חריגים לחוק מעוגנת בסעיף 3 לחוק. אחד מחריגים אלה, סעיף 3(ד)(3) ח, קובע כי אין רואים הפליה לפי חוק זה "בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי ההפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום

* אנו מודים ליובל איילון, דויד אנוך, איל בנבנישתי, בני בראון, אייל גרוס, חנה ליב, ינון ליבזון, ברכיהו ליפשיץ, משה כהן, מורן כרמון וחנון רייכמן.

לאחר שסיימנו כתיבת מאמר זה הגיע לידינו מאמרה המעניין של ד"ר נ' רימלט ובו השגות חשובות על מאמרנו. מקצת מהשגות אלה מבוססות על פרשנות מרחיבה של הטענות המועלות במאמרנו – פרשנות אשר אנו איננו שותפים לה. חלק אחר מתבסס על מחלוקת מהותיות המפלגות את הקהילה הליברלית בת זמננו. אנו מודים לד"ר רימלט על נכונותה להגיב על מאמרנו ומקווים שתהיה בידנו ההזדמנות להגיב באופן מפורט על מאמרה.

** פרופסור למשפטים, האוניברסיטה העברית.

*** סטודנט שנה ב בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

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"¹.

זמן קצר לאחר חקיקת החוק נקרתה בפני המשפטן הזדמנות פז לעמוד על היקפו של חריג חשוב זה. בלחץ של קהילות חרדיות החלו חברות אוטובוסים להנהיג קווי אוטובוס שמתקיימת בהם הפרדה בין נשים לגברים. התקשורת הישראלית החילונית ביקרה בחריפות את הנהגתם של קווים אלה, ומשפטנים העלו תהיות בדבר חוקיות של הנהגת הפרדה כזו לאור חוק איסור ההפליה במוצרים ושירותים. תכליתו של מאמר זה לבחון את חוקיותם של קווי האוטובוס הנפרדים, ובייחוד אם ראוי כי החריג הקבוע בסעיף 3 לחוק יופעל בהקשר זה. בשל היעדרם של תקדימים מפורשים בנושא על המשפטן להיסמך על שיקולים נורמטיביים מתחום הפילוסופיה הפוליטית. למותר לציין כי דיון בפרקטיקות ההפרדה באוטובוסים חייב להסתמך על עיון נרחב בפרקטיקות הפרדה אחרות וברציונלים המצדיקים את מעמדם המשפטי.

פרקטיקות ההפרדה הן פרקטיקות בלתי אהודות על ליברלים. העוינות לפרקטיקות הפרדה נגזרת בחלקה מן השימוש שנעשה בפרקטיקת הפרדה בין-גזעית בארצות-הברית ובדרום אפריקה כדי לבטא באורח מוחשי את מעמדם הנחות של השחורים. ההיסטוריה המרה של ההפרדה הבין-גזעית הביאה בעקבותיה עוינות וחשדנות כלפי פרקטיקות הפרדה בכלל². חשדנות זו מבוססת לעתים קרובות על התובנה שלפיה העיקרון של "מופרד אבל שווה" (separate but equal) – עיקרון שעליו התבססו תומכי ההפרדה הגזעית בארצות-הברית – מבוסס על פיקציה, וכי כל הפרדה מביאה בעקבותיה באופן בלתי נמנע לאי-שוויון.

התבוננות זהירה יותר תביא למסקנה כי חשדנות טבעית זו איננה מערערת את הלגיטימיות של כל פרקטיקת הפרדה באשר היא. ההתנגדות לפרקטיקות הפרדה על בסיס הטענה כי אין אפשרות לקיים פרקטיקת הפרדה שוויונית, מבוססת על הכללה בלתי זהירה הנובעת מן הניסיון האמריקני משנות השישים. כל חברה ליברלית מאמצת מגוון רחב של פרקטיקות הפרדה, בייחוד פרקטיקות הפרדה מגדריות. אימוץ פרקטיקות אלה נעשה לא רק מתוך רצון או צורך להתפשר עם ערכים ועם תפיסות עולם אנטי-שוויוניים של קבוצות מיעוט, אלא לעתים קרובות דווקא מתוך רצון לקדם את השוויון של קבוצות מיעוט. במקרים אחרים מתקיימות פרקטיקות כאלה מבלי שקיומן נתפס כמשפיע על ערכי השוויון כלל. לסוג הראשון – פרקטיקות הפרדה המכוונות לקדם את

1 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.

2 לעיון בהיסטוריה של ההפרדה בדיור בארצות-הברית ראו ר' גביון, א' שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפלייה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט כה (תשס"א-תשס"ב) 73.

ערכי השוויון – משתייכות למשל פרקטיקות הפרדה בקולג'ים המיועדים לנשים (או לשחורים), מתוך הבנה שבקולג'ים כאלה קבוצות מיעוט הומוגניות יכולות ליהנות מחירויות שאינן אפשריות בקולג'ים מעורבים³. לסוג השני – פרקטיקות הפרדה אשר באופן טיפוסי מתקבלות ללא התנגדות כלל – משתייכות פרקטיקות ההפרדה המקובלות

3 נושא זה מפלג את הקהילה המשפטית האמריקנית. כמה פסקי-דין מובילים פסלו פרקטיקות הפרדה בחינוך. כך, למשל, קבע בית-המשפט העליון האמריקני כי מדיניות המקבלת נשים בלבד לקולג' ציבורי המכשיר אחיות היא מדיניות פסולה, משום שמדיניות זו "reflect[ed] archaic and stereotypic notions" of the "proper" roles of men and women and thereby perpetuated the relegation of women to inferior status.

ראו (1982) 458 U.S. 718 *Mississippi University for Women v. Hogan* בפסק-דין מוביל מ-1996 - *United States v. Virginia* 518 U.S. 515 פסל בית-המשפט העליון האמריקני את המדיניות של קולג' צבאי יוקרתי בוויירג'יניה לקבל גברים בלבד. עם זאת בפסק-דין זה לא פסל בית-המשפט את האפשרות לחינוך נפרד כאשר ישנם צידוקים פדגוגיים להפרדה. כך קובעת השופטת גינסבורג, כי: "Single sex education affords pedagogical benefits to at least some students, Virginia emphasizes, and that reality is uncontested in this litigation. Similarly, it is not disputed that diversity among public educational institutions can serve the public good. But Virginia has not shown that VMI was established, or has been maintained, with a view to diversifying, by its categorical exclusion of women, educational opportunities within the Commonwealth. In cases of this genre, our precedent instructs that 'benign' justifications proffered in defense of categorical exclusions will not be accepted automatically; a tenable justification must describe actual state purposes, not rationalizations for actions (emphasis ours)." מהנמקה זו ניתן להסיק כי שעה שיינתנו נימוקים כבדי משקל להצדקת מדיניות של הפרדה בחינוך, יכיר בית-המשפט העליון בחוקתיות של מדיניות ההפרדה.

בעקבות פסק-דין זה נדונה שאלת החוקתיות של קולג'ים נפרדים בשורה ארוכה של מאמרים. לתמיכה בטענה זו כי מדיניות הפרדה בקולג'ים לנשים היא חוקתית ראו P. Kolb "Comment Reaching for the Silver Lining: Constructing a Nonremedial, Yet 'Exceedingly Persuasive' Rationale for Single Sex Educational Programs in Public Schools" 96 *Nw. U. L. Rev.* C. 367 (2001). כותבים אחרים סבורים אחרת ומתנגדים לחינוך נפרד לגברים ונשים. ראו למשל C. Pyle "Women's Colleges: Is Segregation by Sex Still Justifiable After *United States v. Virginia*?" 77 *B. U. L. Rev.* (1997) 209. לדיון בהשלכות של ההחלטה לסוגיות כלליות יותר, ובייחוד דיון בסוגיה של חינוך "גברי" וחינוך "נשי" ראו: M.A. Case "Two Cheers for Cheerleading: The Noisy Integration of VMI and the Quiet Success of Virginia Women in Leadership" *Chi. Legal. Rev.* (1999) 347.

בין נשים לגברים בשירותים ציבוריים, במקלחות או בשיעורי הספורט.⁴ גם בתחרויות הספורט, כולל בתחרויות השחמט, מקובלות פרקטיקות הפרדה מגדריות אשר מעוררות לעתים דיונים אקדמיים.⁵ דוגמאות אלה מצביעות על כך כי חשוב לפתח קריטריונים זהירים להבחנה בין פרקטיקות הפרדה פסולות לבלתי פסולות. פרקטיקת הפרדה איננה פסולה אם איננה מבטאת, או מעצימה, תחושות של בוז, התנשאות או איבה כלפי קבוצות אחרות, או פוגעת בכבודם של פרטים, בחירויותיהם הבסיסיות או שוללת מהם הזדמנויות או משאבים.

עד כה התבסס הניתוח על השאלה אם פרקטיקת ההפרדה היא פסולה, ואולם חסידי ההפרדה יכולים גם לקבל את ההנחה כי פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה פסולה (משום שהיא נשענת על רציונלים בלתי שוויוניים או דכאניים), ועם זאת לטעון כי חרף

4 גם פרקטיקות הפרדה אלה מעוררות סוגיות מגדריות מורכבות. פרקטיקת ההפרדה בשירותים הציבוריים למשל מניחה חלוקה דיכוטומית של המין האנושי לגברים ונשים. טרנסקסואלים אינם מוצאים את מקומם במערכת דיכוטומית זו. פטרישה ויליאמס מספרת את הסיפור הזה:

"After the sex change operation, S. began to use the ladies' room. There was an enormous outcry from women students of all political persuasions who 'felt raped', in addition to the more academic assertions of some who 'feared rape'. In a complicated storm of homophobia, the men of the student body let it be known that they too 'feared rape' and vowed to chase her out of any and all men's rooms. The oppositional forces of men and women reached a compromise: S should use the dean's bathroom. Alas, in the dean's bathroom no resolution was to be found, for the suggestion had not been an honest one but merely an integration of the fears of each side. Then, in his turn the dean circumspection having gotten him this far in life, expressed polite, well modulated fears about the appearance of impropriety in having students visit his inner sanctum and many other things most likely related to his fear of a real compromise of hierarchy".

ראו P. Williams *The Alchemy of Race and Rights* (1991), at p. 123. גם בלי להביא בחשבון את הטרנסקסואלים ההפרדה בשירותים הציבוריים מעוררת שאלות מגדריות. בהקשר הישראלי הועלתה הצעת חוק המיועדת להבטיח את הגדלת מספר תאי השירותים הקבועים בשירותי הנשים. בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 נקבע בסעיף 1581א(ב) כי: "בבית שימוש ציבורי יהיה המדור המיועד לנשים גדול בשטחו ובמספר הקבועות שבו מן המדור המיועד לגברים באותו מקום, הכל כפי שיקבע שר הפנים בתקנות בהתייעצות עם המועצה הארצית ועם שר הבריאות". תיקון זה נתקבל בעקבות ההכרה כי ישנה הפליה מובנית הנגזרת מן ההפרדה בשירותים הציבוריים.

5 ראו למשל D. Brake "The Struggle for Sex Equality in Sport and the Theory Behind Title IX" 34 *U. Mich. J.L.Rev.* (2001) 13; D. Robinson "Comment: A League of Their Own: Do Women Want Sex-Segregated Sports?" 9 *J. Contemp. Legal Issues* (1998) 321

פסולתה זכאית פרקטיקת ההפרדה להגנה משפטית מסוימת. פרקטיקת הפרדה פסולה יכולה להיות פרקטיקה מוגנת מבחינה משפטית אם היא משרתת תכליות חשובות, או אם היא מתחייבת מזכויות בסיסיות של קבוצות המיעוט לממש את אורחות חייהן. אחת מן התכליות החשובות שפרקטיקה פסולה יכולה לשרת היא שמירה על אורח החיים של קבוצות מיעוט. פרקטיקת ההפרדה עשויה להיות זכאית להכרה על אף פסולתה אם היא חלק אינטגרלי מאורח חיים בעל ערך. זו לפחות מסקנה טבעית מתפיסת עולם רב-תרבותית – תפיסת עולם המכירה בערך של תרבויות של מיעוטים וחפצה להבטיח את שימורן וקידומן.⁶

לפיכך ניתן לבסס את הלגיטימיות של פרקטיקת ההפרדה בשני אופנים: ראשית, ניתן להראות לעתים כי פרקטיקת הפרדה איננה פסולה, דהיינו איננה משמרת, או מעצימה, סטטוס נחות של בני קבוצה אחת ביחס לקבוצה אחרת, או מבטאת זלזול ופגיעה בכבוד של פרטים המשתייכים לקבוצות מיעוט. ההפרדה המגדרית הנהוגה בשירותים ציבוריים מקיימת ככל הנראה דרישה זו בדרך כלל. שנית, גם אם פרקטיקת הפרדה איננה מקיימת דרישות מבחן זה (ועל כן היא פרקטיקה פסולה), ניתן לבסס את ההגנה המשפטית עליה אם היא משרתת ערכים חשובים אחרים. כך ייתכן כי ההגנה על חופש האמונה הדתית והגנה על אורח החיים הדתי בכלל מחייבת מתן הכרה משפטית להפרדה מגדרית (כמו למשל זו הנהוגה בבתי הכנסת), גם אם ההפרדה המגדרית יש רציונלים מינניים. לפיכך בבחינת הלגיטימיות של פרקטיקת הפרדה חשוב לבחון שני מרכיבים: ראשית, ראוי לבחון אם פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה פסולה. שנית, בהנחה שאכן פרקטיקת ההפרדה היא פסולה, חשוב לבחון אם פרקטיקת ההפרדה מקדמת ערכים חשובים אחרים, ובייחוד אם היא חלק אינטגרלי מאורח חיים בעל ערך.

במסגרת מאמר זה נבחן את הצידוקים לפרקטיקת ההפרדה בתחבורה הציבורית. הדיון יתחלק לשני חלקים עיקריים. בפרק ב' נבחן אם פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה פסולה. כאן ניזקק לבחינה מדוקדקת של מערכות השיקולים ההלכתיות, כמו גם לבחינה של התפיסות החברתיות העומדות בבסיס פרקטיקת ההפרדה המגדרית בתחבורה הציבורית. בחינה זו תחשוף את העובדה כי לפרקטיקת ההפרדה המגדרית רציונלים מגוונים, מקצתם פסולים ומקצתם לגיטימיים. הקיום הבו-זמני של רציונלים שונים לפרקטיקת ההפרדה מחייב עיון בתפקיד היחסי של הרציונלים הלגיטימיים המצדיקים את פרקטיקת ההפרדה ואת חשיבותם היחסית בחברה החרדית. פרק ג' יצביע על מערכות שיקולים נוספות אשר מצדיקות הכרה בהפרדה המגדרית גם בהנחה כי ההפרדה היא

6 לעיון כללי רב-תרבותיות ראו מ' מאוטנר, א' שניא, ר' שמיר רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (1998). לעיון בזכות של קבוצות לשמור על תרבותן גם כאשר זו מתנגשת עם ערכים ליברליים ראו C. Kukathas "Are There any Cultural Rights" in W. Kymlicka ed. *The Rights of Minority Cultures* (1995).

אלון הראל, אהרון שנרד

עלי משפט ג תשס"ג

הפרדה פסולה. לטענתנו, פרקטיקת ההפרדה, גם אם היא פסולה, היא חלק אינטגרלי של אורח החיים האורתודוקסי, ובהיותה כזו היא זכאית להכרה מוגבלת של המחוקק.

ב : ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית : כשרה או פסולה?

פרקטיקת ההפרדה בין המינים בקהילה הדתית היא ארוכת שנים⁷. כמו פרקטיקות ארוכות שנים אחרות, הרציונלים המוענקים לפרקטיקה זו על ידי חברי הקהילה משתנים עם השנים. במסגרת פרק זה ייבחנו באופן יסודי הרציונלים המוענקים לפרקטיקת ההפרדה במסגרת הקהילה הדתית עצמה. אנו נחשוף את הטעמים המובאים להצדקת ההפרדה בין המינים, אשר אינם מתנגשים עם ערכי שוויון וכבוד אנושי.

קודם שייחקרו הרציונלים ההלכתיים של נוהגי ההפרדה, חשוב להבהיר במדויק מתי ייחשב שיקול כשיקול המבטא הפליה מגדרית או מעודד אותה. ברור כי אם הרציונל ההלכתי הרלוונטי נשען על אמונה כי נשים נחותות מגברים, כי כבודן כבני אדם חשוב פחות מכבודם של גברים, או כי קידום הרווחה של נשים חשוב פחות מקידום הרווחה של גברים, ייחשב רציונל זה כרציונל מינני פסול. עם זאת ישנם רציונלים הנשענים על תפיסה שוויונית של נשים (במובן שרווחתם של נשים וגברים חשובה באותה מידה), אבל מתבססים על האמונה שלנשים תפקיד ייחודי בחיי המשפחה, ואילו לגברים תפקיד ייחודי בחיי הרוח⁸. לכאורה, רציונל זה איננו רציונל בלתי שוויוני, שכן הוא איננו מבוסס על תפיסת נחיתות של נשים, אלא על תפקיד "טבעי" שונה המיועד להן⁹. בהקשרים מסוימים ייחוס טבע שונה לנשים ולגברים מושגת דווקא על טיעונים פמיניסטיים, למשל על טענות של פסיכולוגים ביחס לאתיקה השונה של נשים וגברים¹⁰. אנו לא ניכנס לשאלה השנויה במחלוקת אם ומתי ייחוס טבע שונה לנשים מבוסס על מסורת מינית פסולה. תחת זאת, נצביע על שיקולים הלכתיים המצדיקים הפרדה, ואשר אינם נשענים על הנחות בדבר שונות טבעית של גברים ונשים. לפיכך רציונל הוא "כשר" רק אם הוא רציונל המקיים שתי דרישות: ראשית, הוא רציונל שוויוני במובן שהוא מייחס לרווחה ולכבוד של נשים וגברים ערך שווה. שנית, הוא רציונל שאיננו מתבסס על הנחות בדבר הטבע השונה של נשים וגברים.

7 ראו למשל את התיאורים של "שמחת בית השואבה", אשר נחוגה לאחר חג הסוכות: ראו תלמוד בבלי: סוכה, נא, ע"ב: "...במוצאי יום טוב ראשון של חג ירדו לעזרת נשים... אמר רבי אלעזר... התקינו שיהו נשים יושבות מלמעלה ואנשים מלמטה".

8 גם המינוח השגור "עקרת הבית" הוא עדות לכך: עיקר הבית היהודי – חינוך הילדים – תלוי בהתנהלות האישה. לעומת זאת נותני הטון בהנהגה הם בדרך כלל גברים. ראו י' קרסיק **הבית היהודי** (מכון "נחלי דבש", 1996).

9 להבחנה דומה ראו R. Dworkin *Law's Empire* (Fontana Press, 1986), at p. 205.

10 ראו למשל ספרה הקלאסי של C. Gilligan *In a Different Voice* (Harvard University Press, 1993).

מבקר המצוי בתאוריה פמיניסטית עכשווית יאמר כי גם רציונלים שוויוניים אשר אינם מייחסים לנשים ולגברים תפקידים ייחודיים עשויים להיות רציונלים פסולים. יש שיגרסו כי שיקולי צניעות או פרטיות, ובייחוד האופנים שבהם שיקולים אלה מופעלים בהקשרים חברתיים, מבטאים נורמות התנהגות בלתי שוויוניות או מינניות. חובות צניעות מוטלות באופן טיפוסי על נשים ולא על גברים. הטלת מרב החובות על נשים מיועדת להגן דווקא על הגברים מפני "פיתוי". יתר על כן, העובדה שמגע פיזי של גברים עם נשים נתפס בחברה הדתית כבלתי צנוע עלול לנבוע אולי מרתיעה מגוף האישה למשל. שיקולים הנראים בלתי פסולים על פניהם עשויים להתברר במחקר מעמיק יותר כמבעים שטחיים המערפלים שיקולים עמוקים יותר הפסולים במהותם.

אין ספק כי חלק ניכר מעבודתן הנפלאה של פמיניסטיות בישראל ובעולם חשף שורה ארוכה של פרקטיקות תמימות לכאורה, המסתירות מאחוריהן דעות קדומות בעלות אופי מינני. לפיכך ייתכן כי ניתן להסיר את המסווה שמאחורי פרקטיקות הפרדה תמימות לכאורה ולחשוף ערכים פסולים המסתתרים מאחוריהן, או פרקטיקות המבטאות עמדות מינניות. יחד עם זאת, עבודתן של פמיניסטיות חושפת לעתים קרובות לא רק את הערכים הפסולים המסתתרים מאחורי פרקטיקות תמימות לכאורה, אותה העבודה ממש חושפת גם שפרקטיקות הפרדה עשויות לשרת גם ערכים פמיניסטיים, כגון העצמת נשים על ידי יצירת מסגרות ייחודיות לנשים בלבד¹¹. פרקטיקות הפרדה מגדריות יכולות לבטא אולי את התיעוב המורש כלפי גוף האישה, ואולם הנפרדות של נשים וגברים יכולה לשרת גם את הצרכים הקהילתיים של נשים בסביבה תומכת אשר איננה חשופה לפיקוח גברי. גם אם מבחינה היסטורית ותרבותית נתגבשו ערכים, כמו צניעות או פרטיות, כערכים מינניים, ייתכן שניתן לתת להם פרשנויות או מבעים בלתי מינניים. פרקטיקות הפרדה מגדריות הן פרקטיקות מורכבות הנשענות על רבדים ערכיים שונים זה מזה, ואפילו מתנגשים. יהיה זה בלתי זהיר מצדה של המערכת המשפטית להתעלם מן המורכבות הערכית המסתתרת מאחורי פרקטיקות אלה ולהתייחס אליהן באופן אוטומטי כאל פרקטיקות פסולות.

בבחינת הפסלות של פרקטיקות הפרדה יש חשיבות מרכזית לבחינת הרציונלים ההלכתיים העומדים בבסיס פרקטיקות אלה. לכאורה, יש שני ארגומנטים נגד הניסיון להסיק היסקים נורמטיביים מן הדיון ההלכתי: ראשית, יהיו שיגרסו כי הרציונלים ההלכתיים אינם מכריעים בסוגיית הצדקת ההפרדה. אחרי הכול, ייתכן פער בין הרציונלים ההלכתיים להפרדה המגדרית לבין המשמעות החברתית המיוחסת להפרדה זו. רציונלים הלכתיים אלו אינם משקפים בהכרח את המשמעות החברתית-תרבותית של נהגים דתיים. לעתים, ניתן לטעון, מתקיימות בצד הרציונלים ההלכתיים גם תפיסות חברתיות המתלוות לפרקטיקת ההפרדה והמנוגדות לרציונלים ההלכתיים או לכל

11 ראו למשל מאמרה של קולב (לעיל, הערה 3).

הפחות שונות מהם. לפיכך שאלת הלגיטימציה של פרקטיקת ההפרדה צריכה להיחתך לא על בסיס השיקולים ההלכתיים, אלא דווקא על בסיס ההבנות החברתיות-תרבותיות. חשיבותו של טיעון זה מתעצמת לאור העובדה כי נקודת הראות ההלכתית היא נקודת ראות גברית, כך שבהקשר מגדרי חשוב במיוחד לצאת אל מעבר לנקודת הראות ההלכתית – ואפילו אל מעבר למשמעות החברתית המיוחסת להפרדה בקהילה החרדית – ולהתבונן באופן ממוקד במשמעות החברתית המיוחסת להפרדה בקהילת הנשים החרדיות.

איננו כופרים בטיעון זה. נכון הוא כי הלגיטימיות של פרקטיקת הפרדה מגדרית צריכה להיגזר לא מן המשמעות ההלכתית הצרה, אלא מן המשמעות החברתית המיוחסת לנוהגי ההפרדה בקהילייה הדתית, ואולי בהתאם למשמעות החברתית המיוחסת להפרדה על ידי נשים חרדיות בייחוד. לפיכך השאלה שצריכה להישאל היא כיצד רואים החרדים, ובייחוד הנשים החרדיות, את פרקטיקת ההפרדה. האם הם רואים בה פרקטיקה המעצימה את נחיתותן וחולשתן, או דווקא פרקטיקה המסייעת לביסוס עצמאותן ואי-תלותן בגברים. ואולם לבחינת הרציונלים הדתיים הלכתיים ישנה חשיבות רבה. ראשית, לעתים קרובות ישנם קשרי גומלין הדוקים בין הרציונל ההלכתי לבין המשמעות החברתית המיוחסת לנוהגים אלה בחברה הדתית. לפיכך העובדה שהרציונלים ההלכתיים אינם מושתתים באופן בלעדי או באופן ממשי על מעמדה הנחות של האישה, יכולה לשמש ראיה כי המשמעות החברתית-תרבותית המיוחסת לנוהגי ההפרדה איננה משמעות פסולה. יתר על כן, קיומם של רציונלים הלכתיים "כשרים" לנוהגי ההפרדה מעורר גם ציפייה כי הרציונליים הללו יחלחלו אל החברה הדתית חרדית וישנו את המשמעות החברתית של נוהגי ההפרדה. לבסוף, חשוב לציין כי גם אם ההלכה משקפת ערכים גבריים, ערכי ההלכה חשובים גם לחיי הנשים החרדיות. מכאן, שגם אם הרציונלים הדתיים הלכתיים אינם מכריעים, הם עדיין בעלי חשיבות רבה לבחינה נורמטיבית של נוהגי ההפרדה.

מתנגדי ההפרדה יכולים להעלות טיעון נוסף, מקדמי, כנגד הרלוונטיות של הבחינה הפנים-הלכתית. על-פי טיעון זה, הבחינה הרלוונטית איננה בחינה של המשמעות החברתית המיוחסת לנוהגי ההפרדה בחברה הדתית, אלא של המשמעות החברתית המיוחסת לנוהגי ההפרדה בחברה החילונית. על-פי עמדה זו, ניתן להצדיק את ההפרדה רק אם החברה החילונית עצמה רואה בנוהגי ההפרדה במגזר הדתי נהגים בלתי מינניים. כיוון שהחברה החילונית איננה מאמצת את הרציונלים ההלכתיים, לרציונלים ההלכתיים אין רלוונטיות בקביעת המדיניות הראויה בעניין ההפרדה.

ביקורת זו איננה מוצדקת לדעתנו. נוהגי ההפרדה משפיעים בעיקר על הציבור הדתי, לפיכך הלגיטימיות של נוהגי ההפרדה צריכה להישפט בעיקר על בסיס השפעה של נוהגי ההפרדה על הציבור הדתי. נכון הוא כי בחברה אזרחית לא ניתן למנוע לחלוטין השפעה הדדית בין הנהגים של ציבור אחד לבין אלה של משנהו. קיומם של נוהגי הפרדה בחברה החרדית עלול להשפיע על הסטטוס של הנשים בחברה החילונית. ייתכן

למשל כי נוהגי ההפרדה, אשר ייתפסו בחברה החילונית כנהגים מפלים ומקפחים, ייתנו לגיטימציה לנהגים מפלים אחרים המקובלים בציבור החילוני, כגון הפליה בעבודה, ואולם סביר כי ההשפעה על החברה החילונית היא משנית ועקיפה. יתר על כן, בחברה רבת-תרבותית צריכה להיות הבנה לעובדה שהמשמעויות החברתיות של נהגים שונים משתנות מקבוצה אחת לרעותה. החברה החילונית חייבת להפנים את העובדה כי חברות שונות מייחסות לנהגים דומים משמעויות חברתיות שונות. לפיכך ככלל, השיפוט בדבר נוהגי ההפרדה צריך להיעשות בעיקר על בסיס המשמעות החברתית המיוחסת לנוהגים אלה בחברה הדתית. טענה זו מקבלת אישוש נוסף מן העובדה כי הרציונלים ההלכתיים לנוהגי ההפרדה אנלוגיים במידה רבה לערכים המצדיקים נוהגי הפרדה המקובלים בחברה החילונית עצמה (כמו ההפרדה בשירותים ציבוריים). מכאן, שיש לצפות מן החברה החילונית שתכיר בכך כי נוהגי ההפרדה המקובלים בציבור הדתי עשויים להיות ביטוי התנהגותי שונה לערכים המשותפים לציבור הדתי והחילוני כאחד. בבחינת הפסלות של פרקטיקות ההפרדה המגדריות המקובלות על הציבור הדתי ניכרת חשיבות רבה לבחינת המשמעות החברתית והרציונלים ההלכתיים העומדים בבסיס נוהגי ההפרדה.

ההלכה מייחסת חשיבות רבה לערכי הצניעות ולערכי שלמות המשפחה. פגיעה בצניעות חלה במסגרת הקהילה האורתודוקסית לא רק על קיום יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין, אלא גם על מחשבה, רצון או השתוקקות רגעית כלפי בן המין האחר, גם אם אין לה ביטויים התנהגותיים¹². פרקטיקת הפרדה מגדרית אחת הנהוגה בקהילייה הדתית היא הפרקטיקה של הפרדה בין נשים לגברים בתפילה. פרקטיקת ההפרדה בין גברים לנשים מקובלת בקהילות ישראל מקדמא דנא, והיא נזכרת כבר בימי חתימת המשנה¹³. בקרב הקהילות האורתודוקסיות בימינו מקפידים מאוד על ההפרדה בין המינים בזמן

12 כך למשל מפורטים בין האיסורים השונים בין המינים גם איסור הרהור. כך נפסק גם ברמב"ם (הלכות איסורי ביאה, כא, יט). אחד הרציונלים ההלכתיים מבואר בגמרא: "תנו רבנן: 'ונשמרת מכל דבר רע', שלא ירהר אדם ביום ויבוא לידי טומאה בלילה". ראו תלמוד בבלי: עבודה זרה, כ, א-ב.

13 יש הטוענים שלא הייתה כל הפרדה בין המינים בעבודת בית המקדש הראשון. ממצאים ארכאולוגיים והיסטוריים אינם חד-משמעיים בנושא זה. ממצאים ארכאולוגיים של בתי כנסת בארץ-ישראל מצביעים על קיום יציעים שיכולים ללמד על קיומה של עזרת נשים. דא עקא, ניתן לשייך ליציעים אלו שימושים שונים שהיו חזון נפרץ באותם הימים, ולא דווקא להפרדה. פילון האלכסנדרוני מציין את קיומה של מחיצה בבית תפילה בכת התרפויטיים, כת יהודית שמושבה היה בסביבות אלכסנדריה. לעומת זאת הוא אינו מציין שקיימת חובה של הפרדה בין המינים. סקירה תמציתית בנושא ניתן למצוא בספרה של א' כהן **צניעות האישה בעידן המודרני** (הוצאת המחברת, 1999), עמ' 56-59. ראו גם ש' ספראי "האם הייתה קיימת עזרת נשים בבית הכנסת בתקופה העתיקה?" **תרכיץ** (תשכ"ג) 331.

התפילה, וחלק מפוסקי הדור אף החילו על איסור זה תוקף של איסור דאורייתא (איסור ברמת החומרה הגבוהה ביותר). הקביעה ההלכתית מצויה עוד בגמרא, הקובעת:

"תנו רבנן, בראשונה היו נשים מבפנים ואנשים מבחוץ והיו באים לידי קלות ראש. התקינו שיהו נשים יושבות מבחוץ ואנשים מבפנים, ועדיין היו באין לידי קלות ראש. התקינו שיהו נשים יושבות מלמעלה ואנשים מלמטה"¹⁴.

הדיון ההלכתי בהפרדה בין המינים בבית הכנסת לא התמצה בשאלה של "האם", אלא הסתעף גם ל"כיצד". כאן מתגלעים למעשה חילוקי דעות עמוקים יותר. שאלה מרכזית היא השאלה אם האיסור הוא איסור הסתכלות או שמא מכוונת תקנת ההפרדה למנוע התערבות גברים ונשים, דבר שעלול להביא להתנהגות לא נאותה ולפגיעה בקדושת בית הכנסת. לאיסור על הסתכלות יש השלכות מעשיות רחבות הרבה יותר. הרמב"ם כותב¹⁵:

"...מקום הנשים למעלה על מקום האנשים גבוה ממנו, כדי שלא יסתכלו האנשים בנשים". כך גם סובר תוספות יום טוב לאותה המשנה: "הסתכלות האנשים בנשים מביא לידי קלות ראש". מכאן נובע למעשה שעצם ההסתכלות במהלך התפילה היא מהות האיסור, ואין להסתפק באיסור על התערבות פיזית. במקום אחר נראה שדעת הרמב"ם שונה, והוא נוטה לתמוך באיסור מצומצם יותר, דהיינו איסור ההתערבות:

"וכיצד היו עושין? ערב יום טוב הראשון היו מתקנים במקדש מקום לנשים מלמעלה ולאנשים מלמטה כדי שלא יתערבו אלו עם אלו"¹⁶.

הגם שניתן לראות כאן טעמים שונים שמהם מתחייבת ההפרדה בין המינים, אין ספק שההפרדה מעוגנת במקורות הלכתיים ואחרים. עם זאת סביר להניח כי הן חשש ה"הסתכלות" והן חשש ה"התערבות" של נשים וגברים מבטאים בעיקר חשש ממשיכה פיזית בין גברים לנשים או מחשבות זימה¹⁷.

14 תלמוד בבלי: סוכה, נא, ב.

15 הרמב"ם, פירוש למשנה, סוכה, ה, ב.

16 הרמב"ם, הלכות לולב, ח, יב. הרב משה פינשטיין מנסה ליישב את הסתירה בין איסור ההסתכלות לאיסור ההתערבות בדברי הרמב"ם. לדעתו יש להבחין בין שני מקרים: כאשר לבושות הנשים באופן בלתי צנוע אין להסתפק במחיצה שקופה (כלומר, במצב זה האיסור מחמיר ומחייב איסור הסתכלות ממש), ואילו כאשר לבושות הנשים בצניעות יש מקום להסתפק במחיצת הפרדה שקופה. ראו שו"ת אגרות משה, או"ח, א, לט.

17 ראו את התוקף ההלכתי לאיסור הרהור (לעיל, הערה 12).

מובן כי פרקטיקת ההפרדה בתפילה משדרת מסרים נוספים, וחלק ממסרים אלה הם מסרים בלתי שוויוניים, פוגעניים ואינם מתיישבים עם כבוד האישה. באופן טיפוסי, עזרת הנשים היא קטנה ומרוחקת מזירת הפעילות הדתית. ריחוקה ממרכז הפעילות הפולחנית איננה מקרה או תאונה; הוא משקף תפיסת עולם שלפיה לנשים תפקיד משני בחיים הציבוריים לעומת תפקיד דומיננטי במסגרת התא המשפחתי. כך, למרות מרכזיותם של רציונלים שוויוניים, משדרת פרקטיקת ההפרדה מסרים נוספים שהינם בעייתיים לעיכול בחברה ליברלית. יתר על כן, העיון ברמב"ם מעיד כי הרציונל לאופן שבו מתבצעת פרקטיקת ההפרדה כרוך בתפיסות מינניות ביחס לאופיין של נשים, ובייחוד ביחס למידת התאוותנות המינית המיוחסת להן. הרמב"ם סבור למשל כי על הנשים לשבת גבוה מן הגברים כדי "שלא יסתכלו האנשים בנשים"¹⁸. הסכנה שכנגדה מתריע הרמב"ם היא סכנה שבבסיסה הנחות מינניות ביחס לאופיים התאוותן של הגברים במובחן מזה של הנשים.

לענייננו חשובות במיוחד דווקא ההלכות הנוגעות להפרדה באספות שאינן מיועדות לצרכים דתיים. לכאורה, במקרים אלה היה ניתן לצפות למתירנות הלכתית יחסית בגדרי ההפרדה, שכן אין מקום לדרוש אותה רמת הפרדה באספות המיועדות להשתתפות בריטואלים דתיים, כגון תפילה, לבין אספות שאינן נושאות אופי דתי דווקא. ואכן, יש רבנים אשר אימצו הסדרים מקלים ביחס לאספות אלה, עם זאת ניתן למצוא רבנים המחייבים את אותה רמת ההקפדה מחשש שאופייה החופשי יותר של האספה עלול להיות מכשלה בפני הציבור. הדיון ההלכתי המוקדם ביותר בסוגיה קרובה מופיע בספר זכריה, אחד הנביאים, ועוסק בימי אבלות¹⁹:

"...וספדה הארץ משפחות משפחות לבד משפחת בית דוד לבד ונשיהם לבד... כל המשפחות הנשארות, משפחות משפחות לבד, ונשיהן לבד"²⁰.

שני פוסקים התייחסו לסוגיה זו בתשובותיהם. שו"ת שרידי אש²¹ אינו מחמיר במצב זה ופוסק כי האיסור מתבסס על איסור ההתערבות (ולא באיסור ההסתכלות):

"רק בבית הכנסת יש תקנה קדומה לעשות מחיצות גבוהות... אבל באסיפות של רשות כגון בשעת הכנסת כלה לחופה או בשעת נאומים

18 ראו טקסט בסמוך להערות שוליים 15-16.

19 זכריה, יב, יב-יד.

20 מנהג ההפרדה הורחב גם להקשרים חברתיים אחרים שאינם קשורים באבלות. אחד החכמים גורס: "מה אם בשעה שהן אבילין את אמר האנשים בפני עצמן והנשים בפני עצמן, בשעה שהן שמחים לא כל שכן!", ואילו החכם האחר גורס: "מה אם בשעה שאין יצר הרע קיים את אמר האנשים בפני עצמן והנשים בפני עצמן, בשעה שיצר הרע קיים לא כל שכן!".

21 שו"ת שרידי אש, ב, ח.

ודרשות לא הקפידו מעולם לעשות מחיצות ורק מדקדקים שלא ישבו אנשים ונשים יחד ולא יתערבו זה עם זה".

שו"ת אגרות משה²² מביא דעה הפוכה:

"...איסור בכל מקום שצריך להתקבץ בו אנשים ונשים, שאסורין להיות בלא הבדלת מחיצה ביניהם, כדי שלא יבואו לידי קלות ראש".

לפיכך ניתן לסכם ולומר, כי המקורות ההלכתיים הנוגעים לתפילה בבית הכנסת הם חד-משמעיים באופיים, ואכן ההפרדה בבתי הכנסת נאכפת באופן מלא בקהילות האורתודוקסיות. לעומת זאת בעניינים שאינם דתיים מובהקים, כגון אספות או כנסים, ניתן לראות דעות לכאן ולכאן.

דיון מפורש קיים גם ביחס לעירוב בין המינים בכלי תחבורה. נסיעה בתחבורה הציבורית מביאה בהכרח להתחככות פיזיות בין גברים לנשים, האסורות מכללא לפי הציווי ההלכתי. קשת האיסורים כאן מורכבת ועוסקת בין השאר במצב האישי של הפרטים הבאים לכדי מגע. יש ליתן את הדעת, בין השאר, על מצבו הנפשי של הגבר (כלומר האם "גס לבו") ועל מצבה הדתי של האישה (כלומר אם היא טהורה או נידה)²³. נראה שהפרקטיקה האידיאלית מבחינת החרדים הייתה יכולה להיות הפרדה מלאה בין גברים לנשים באוטובוס או ברכבת תחתית²⁴, ברם הפרדה זו אינה מציאותית לחלוטין בחוץ לארץ, כגון בארצות הברית, שם ישנם ריכוזי אוכלוסין גדולים של המגזר החרדי, ואף בארץ. נדמה שגם אם היו רוצים הפוסקים של ימינו לאסור נסיעה באוטובוס מעורב, הרי שהייתה זו "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה"²⁵, הן בשל היעדר כלי תחבורה

22 שו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 16).

23 בספר השו"ת אגרות משה מבחין הרב משה פינשטיין הבחנה בין נגיעה בעלמא, שאינה אסורה, לבין נגיעה כאשר "לבו גס", כלומר כאשר תיווצר הנאה שאינה מותרת כתוצאה מנגיעה באישה, בעיקר כאשר מדובר בנגיעה של גבר באשתו כאשר היא במצב של נידה. ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר ב, יד.

24 שם, שם. ואכן כך נוהגים בקווי אוטובוס פנימיים רבים באזורים חרדיים, כגון בבני ברק, שם ניתן לראות באוטובוסים בקשה לנוסעים, ולפיה יתיישבו הגברים והנשים בשני חצאי האוטובוס

25 כלל הלכתי זה יכול לשמש להתיר אף דברים האסורים בתכלית. כך, למשל, הותר בשנים האחרונות למוציא לאור של העיתון "יתד נאמן" היתר להמשיך להוציא לאור גם בימי חול המועד, ימים שבהם אסורה מלאכה. הטעם שניתן להיתר זה היה החשש מפני ההשלכות של אי-פרסום העיתון במשך שבוע, דבר שעלול להביא את קוראיו המשתייכים למגזר החרדי לקרוא עיתונים חילוניים. ניתן לראות כאן למעשה פרקטיקה של שקילת האיסור ותוצאותיו ההלכתיות אל מול התועלת שיכולה לצמוח מהיתר.

אלטרנטיביים נטולי בעייתיות הלכתית²⁶ והן בשל הדוחק הכלכלי שבו מצוי חלק מהציבור החרדי. פוסקים אחדים נתנו דעתם על הסוגיה:

"בדבר הליכה ב'סאבווי' [רכבת תחתית] וב'באס' [אוטובוס], בזמן שהולכים בני אדם לעבודתם, שנמצאים שם אנשים ונשים דחופים זה בזה, שקשה להיזהר מנגיעה ודחיפה בנשים, אם מותר אז לנסוע בשעות אלו... להלכה... אין איסור שלא בדרך תאוה לכל הדעות, ולכן לא שייך לחוש לנסוע ב'סאבווי' בשעת הליכה לעבודה, אף שלא יכול להיזהר מנגיעה ודחיפה בנשים... כמו כן אין איסור מטעם זה גם לשבת אצל אשה, כשאין מקום אחר. אם יודע שיבוא לידי הרהור, יש לו למנוע לנסוע אז, אם אין נחוץ לו. ואם מוכרח להגיע לעבודתו, יתחזק להסיח דעתו ולהרהר בדברי תורה..."²⁷

מקורות אלה מבהירים שני אלמנטים מרכזיים: ראשית, ההפרדה בין המינים איננה גחמה הלכתית של פונדמנטליסטים בני זמננו. פרקטיקת ההפרדה מעוגנת בלוגיקה ההלכתית, והיא חלק אינטגרלי של החשיבה המסורתית, עם זאת אין הכרעה הלכתית חד-משמעית בשאלת ההפרדה. כמו בסוגיות רבות אחרות יש בסוגיה זו רבנים מחמירים ורבנים מקלים. שנית, העיון ההלכתי מעלה כי ההפרדה נגזרת באופן טיפוסי משיקולי צניעות, ובייחוד איסור ההסתכלות מחד, ואיסור ההתערבות, מאידך. איסורים אלה מבוססים בעיקרם על החומרה היחסית שבה רואה ההלכה את התאוותנות או התשוקה המופנות כלפי אובייקטים שאינם מושא לגיטימי לתשוקה כזו. אלו הם שיקולים שאינם מינניים (לפחות לא באופן מפורש), והם אנלוגיים לרציונלים המוצעים להפרדה

26 יש לזכור כי גם נסיעה במכונית יכול שתהא בעייתית מבחינה דתית בכל הקשור לאיסור ייחוד בין גבר לאישה. הנושא מהווה סוגיה פני עצמה, ועליו ספרות הלכתית ענפה. להרחבה ראו למשל **ספר הייחוד** (הוצאת ספריית, תשמ"ט), עמ' קסא-קצ.

27 שו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 23). תימוכין לעמדה האמביוולנטית הזו ניתן לראות במובאות נוספות:

"אשה או בת שמתיישב לידן איש, כגון באוטובוס, אין עליהן חובה לקום, שמן הדין מותרות הן אף לכתחילה לשבת לידו... אבל מנהג הצנועות להימנע מכך, עכ"פ כשאין זה מוכרח. כמו כן, אין איסור לאיש לשבת ליד אשה כשאין מקום אחר, ויש המחמיר בדין זה" (ל' פוקס הליכות בת ישראל, ירושלים, תשד"מ).

שו"ת שבט הלוי, ד, קלו:

"בענין אנשים... שצריכים לנסוע באוטובוס מה עדיף אם לשבת ע"י אשה ויכשל לכל היותר בנגיעת בגדים בבגדים או לקום במקומו ולא ימלט מלהכשל בהסתכלות... ודאי אסור לשבת על ידה כשיש במציאות לעמוד... בלית ברירה... צריך לעשות... שלא ליגע בה בכנדה".

המצומצמת יותר בין המינים, הקיימת בחברה החילונית, כגון ההפרדה בין המינים בשירותים הציבוריים או במלתחות. פרקטיקת ההפרדה בציבור הדתי מרחיבה ומחמירה ביחס לקונבנציה בציבור החילוני (במובן שהיא מרחיבה את המסגרות שבהן נדרשת הפרדה), אך היא איננה מתבססת על ערכים זרים לציבור החילוני עצמו. עיון במקורות מעיד כי הצידוק המרכזי להפרדה הוא צידוק הנגזר משיקולי צניעות. הרציונל המרכזי להפרדה הוא החומרה היחסית שבה מתייחסת ההלכה למחשבה או לרצון להשתוקקות רגעית כלפי בן המין האחר.

עם זאת ברור כי ברקע הדברים עומדת תפיסה מסורתית של תפקיד האישה²⁸. ההשקפה היהודית-הלכתית בנושא מעמד האישה שונה באופן אינהרנטי מכפי שהיא נתפסת בציבור החילוני. היהדות הכשירה לאיש ולאשה תפקידים שונים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי באחד הערכים המרכזיים של היהדות, התא המשפחתי. לתא המשפחתי מיוחסת חשיבות עילאית מתוקף היותו הבסיס הגשמי והרוחני להתפתחות העתידית של העם²⁹. במסגרת תא המשפחה ניכרת חלוקה ברורה בין פעילויות הפנים לבין פעילויות החוץ; פעילות ציבורית היא תפקידו של האיש, בעוד שטיפוח המשפחה, לרבות המצוות הכרוכות בכך, יופקד בידי האישה³⁰. לתפיסות אלה יש באופן בלתי נמנע ביטוי גם באופנים שבהם מתממשת ההפרדה. כך למשל העובדה שההפרדה הנדרשת בבתי הכנסת היא הפרדה המרחיקה דווקא את הנשים ממרכז הפעילות הפולחנית, מבטאת את הסטטוס השונה של נשים בהלכה. הריחוק היחסי של הנשים מזירת הפעילות הדתית בבתי הכנסת משקף את מעמדם הנחות יחסית ומעצימו. גם העמדה השמה את הדגש על הגנה על הגברים בפני הפיתויים שהנשים מציבות בפניהם מבטאת תפיסות סטראוטיפיות של מגדר. דרישות הצניעות בציבור החרדי מטילות שורה ארוכה של מגבלות על הנשים – מגבלות המיועדות לגונן דווקא על הגברים מפני עבירות על האיסורים ההלכתיים שורה ארוכה של חובות הנוגעות ללבוש ולהלכות צניעות של נשים מכוונת כל כולה להגן על טהרת מחשבותיהם של הגברים. גם בכתבות שפורסמו בעיתונות על פרקטיקת ההפרדה באוטובוסים יש קולות המעידים כי פרקטיקת ההפרדה

28 על המתח בין עמדה פמיניסטית לבין היהדות האורתודוקסית ראו ת' רוס, 'ל' גלמן **השלכות הפמיניזם על תיאולוגיה יהודית אורתודוקסית** בקובץ רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, עמ' 443.

29 ניתן ללמוד על כך מהחשיבות הגדולה שמייחסים חז"ל לנישואין: "כל אדם שאין לו אשה אינו אדם" תלמוד בבלי: יבמות, סב, א. חיי הנישואין הינם מעלה בפני עצמה ולפיכך גם אחת מתרי"ג המצוות (מצווה ריג – "לישא אישה"), להבדיל ממצווה ריב – "להוליד ילדים", כך שלמעשה ישנה רבותא בעצם קיום חיי הנישואין). אך עיקר חיי הנישואין הינם העמדת הדור הבא. כך למשל הציווי הראשון הנזכר לאדם בספר בראשית הוא "פרו ורבו ומלאו את הארץ".

30 ראו לעיל, הערה 8.

באוטובוסים נתפסת על ידי מקצת הנוסעות באוטובוסים המופרדים כפרקטיקה מיננית. כך למשל אומרת אחת הנוסעות החרדיות בקו הנפרד:

"זה לא שאנחנו יושבות פה בגלל שאנחנו לא שוות. זה פשוט התפקיד שלנו לפי ההלכה - שמירת עיניים. זה לא יכול להיות ההיפך. אם נשים היו יושבות מקדימה, הגברים היו יכולים לראות אותנו וזה לא היה עובד. זה אחריותה של האישה להיזהר ולא לגרות את הגבר. אנחנו אפילו לא חושבות על זה - זה אוטומטי"³¹.

כצפוי, ביטוי בוטה יותר של המשמעות המיננית של ההפרדה באוטובוסים בא מפייה של פמיניסטית אמריקנית, לינדה פוגרביין, אשר קבעה:

"oh My God... Besides evoking the obvious echoes of blacks sitting in the back of the bus, for me it evokes signs in hotels that said, 'No Jews and no dogs allowed'"³².

התבטאויות אלה מעידות כי פרקטיקת ההפרדה נתפסת בידי מקצת הנשים כפרקטיקה מיננית, עם זאת ייתכן שתפיסה זו נעוצה לא בהפרדה עצמה אלא באופן שהיא מתממשת. ייתכן כי האספקטים ההייררכיים והפטריארכליים של פרקטיקת ההפרדה אינם חלק בלתי נפרד מפרקטיקת ההפרדה עצמה, אלא נגזרים מן האופי שבו היא מיושמת הלכה למעשה. במילים אחרות, ייתכן כי יש אי-תלות בין העיקרון המחייב את פרקטיקת ההפרדה לבין התפיסות המגדריות של ההלכה המייחדות תפקידים מיוחדים לנשים. אי-תלות הרלוונטית בהקשר זה היא כמובן אי-תלות פסיכולוגית או אמפירית. חשוב לבחון אם תיתכן פרקטיקת הפרדה המקיימת את דרישות המסורת היהודית בלי להעצים בעת ובעונה אחת את התפיסות המגדריות של המסורת היהודית. לפיכך השאלה היא אם ניתן בחברה מיננית לעצב פרקטיקת הפרדה מגדרית אשר לא תעצים את הסנטימנטים המינניים בחברה.

הדוגמאות שנסקרו במבוא מעידות כי ישנן ככל הנראה פרקטיקות הפרדה גם בחברה מיננית אשר אינן מעצימות את התפיסות המינניות החברתיות, כגון פרקטיקת ההפרדה בשירותים הציבוריים או בתחרויות הספורט, ואולם עצם קיומן של פרקטיקות הפרדה כאלה איננו מבטיח כי גם בהקשר שלנו - ההפרדה באוטובוסים - ייתכנו פרקטיקות כאלה. השאלה אם ניתן לממש פרקטיקת הפרדה באוטובוסים באופן אשר לא יעצים את האופי המינני של החברה הדתית היא כמובן שאלה אמפירית, אשר לא ניתן לתת לה תשובה אפריורית. עם זאת בלי להיכנס לניתוח אמפירי ניתן להעלות הצעות אשר השכל

31 ראו כתבתה של ד' הדר "זה המקום שלהן" הארץ (30.11.2001), עמ' ב' 7.

32 ראו New York Jewish Week, July 18, 1997.

הישר מעיד כי אימוצן עשוי לצמצם במידה רבה את ההשלכות המינניות של פרקטיקת ההפרדה. פרקטיקת ההפרדה באוטובוסים איננה מחייבת כי הנשים ישבו דווקא בחלקו האחורי של האוטובוס. אמנם נראה כי הושבת הנשים בקדמת האוטובוס איננה יכולה לקיים את הדרישות ההלכתיות, משום שהגברים בנסיבות אלה צופים בנשים, והחשש ההלכתי מבוסס ככל הנראה על ההנחה שלגברים, במובחן מן הנשים, יש אופי תאוותני, ואולם ייחוד צד ימין של האוטובוס לנשים וצד שמאל לגברים, כאשר ביניהם מפרידה מחיצה, עשוי לקיים את הדרישות ההלכתיות או המנהגיות בלי להעצים תפיסות פטריארכליות. ייתכן כי דווקא דרך כיבוד פרקטיקת ההפרדה כשלעצמה, תוך אימוץ שינויים אשר יעמעמו את האופי הפטריאכלי של ההפרדה, ניתן להביא לשינויים בתפיסה המגדרית המסורתית. אימוץ פרקטיקת הפרדה אשר איננה מייחדת לנשים את יציע בית הכנסת, אלא דווקא את צדו הימני או השמאלי, עשויה להעצים את סטטוס הנשים בחברה הדתית. דווקא משום שבתנאים מסוימים טרנספורמציה מסוג זה מקיימת ככל הנראה את הדרישות ההלכתיות בעניין צניעות, אך משנה את המשמעות החברתית של פרקטיקת ההפרדה, עשוי שינוי מסוג זה לערער תפיסות מגדריות מסורתיות. הקיום הבר-זמני של רציונלים לגיטימיים לעקרונן ההפרדה, כמו צניעות ופרטיות, לצד מימוש בלתי שוויוני של אלה, למשל דרך הושבת הנשים באחורי האוטובוס, הוא אתגר אמיתי המוצב לפתחה של החברה הדתית. הצעתנו היא לחזק ערכי שוויון דווקא דרך שמירה קפדנית על פרקטיקת ההפרדה עצמה, ובעת ובעונה אחת שינוי באופן המימוש של פרקטיקת ההפרדה, כך שיעמעם במידת האפשר את המרכיבים הפטריארכליים.

יישום בפועל של הצעתנו עשוי שיעורר קשיים משני סוגים: ראשית, ייתכנו התנגדויות הלכתיות ומסורתיות לכל שינוי. יהיו שיאמרו כי לקיומה רב השנים של פרקטיקת ההפרדה יש ערך, וכי שינוי באופן שבו מיושמת פרקטיקת ההפרדה הוא כשלעצמו ערעור על ערכי יסוד של היהדות. שנית, שינוי הפרקטיקה איננו מבטיח שינוי במשמעות המיוחסת לפרקטיקה זו. אופן המימוש השונה של פרקטיקת ההפרדה, למשל ייחוד צד ימין של בית הכנסת לנשים, עשוי להביא בעקבותיו לאימוץ של הייררכיה בין צד ימין של בית הכנסת לבין צד שמאל – הייררכיה אשר תשמר את האופי הפטריארכלי של ההפרדה.

אין ספק כי כל שינוי יעורר התנגדות מצד חוגים המקדשים את הקיים, ואולם שינוי אשר יכבד את הרציונלים היסודיים מאחורי פרקטיקת ההפרדה תוך כדי עיקור המרכיבים הפטריארכליים שלהם עשוי להתקבל בקרב חוגים רחבים. ואכן, אימוץ פרקטיקת הפרדה אשר איננה מייחדת לנשים דווקא את חלקו האחורי של האוטובוס מתקיימת כבר היום בקהילות חרדיות בארצות הברית. בעיירה מונצי שבמדינת ניו יורק מתקיימת פרקטיקת הפרדה מגדרית באוטובוסים, כך שבמרכז האוטובוס ישנה מחיצה המפרידה

בין צד ימין של האוטובוס לשמאלו.³³ מובן שאין כל דרך להבטיח כי המשמעות הפטריארכלית של פרקטיקת ההפרדה לא תישמר גם לאחר השינוי, עם זאת ייתכן כי שינויים בפרקטיקת ההפרדה עשויים לעתים להוביל לשינוי במשמעות החברתית של הפרקטיקה.

עד כה בחנו את פרקטיקת ההפרדה מפרספקטיבה פנים-הלכתית. בחינה זו הביאה אותנו למסקנה כי לפרקטיקת ההפרדה רציונלים לגיטימיים עם זאת התפיסות הפטריארכליות של הדת היהודית באות לידי ביטוי מוחשי באופן שבו ממומשת פרקטיקת ההפרדה. הדרך האפקטיבית ביותר לנטרל אספקטים אלה היא לשמר (או לאפשר) את פרקטיקת ההפרדה תוך כדי שינויים באופן מימושה או ביצועה – שינויים אשר ינטרלו במידת האפשר את המסר הפטריארכלי של הפרקטיקה תוך כדי שימור הדרישות ההלכתיות או המנהגיות.

נוסף על הבחינה ההלכתית יש חשיבות לבחינת האפקט הממשי והמידי של ההפרדה. ההפרדה המקובלת בחברה החילונית בין גברים לנשים בשירותים או במקלחות היא פרי של קונבנציה ארוכת שנים – קונבנציה המשרתת מטרות חשובות, כמו הגנה על פרטיותם של נשים וגברים. פגיעה בקונבנציה זו מעוררת תחושת אי-נוחות הן אצל נשים והן אצל גברים. הן נשים והן גברים, חילוניים כדתיים, חרדים לפגיעה בפרטיותם, אלא שהנורמות של מה שנתפס כפגיעה בפרטיות או בצניעות שונות בקהילייה הדתית מאלו המקובלות בקהילייה החילונית. לחיצת יד של אישה או גבר זר או ישיבה מעורבת בתחבורה הציבורית מעוררות אצל מקצת הציבור הדתי תחושת אי-נוחות, הדומה לזו המתעוררת אצל גבר או אישה חילוניים הנאלצים, מסיבה זו או אחרת, לחלוק עם בן המין האחר את תא השירותים או את המקלחת. מתן דומיננטיות לקונבנציות הצניעות של החברה החילונית על פני הקונבנציות של החברה הדתית איננו מתיישב עם ערכי השוויון שבהם דוגלים מתנגדי ההפרדה עצמם.³⁴

לבסוף, ראוי במיוחד להתבונן בפרספקטיבה הפנימית של הנשים החרדיות. נראה כי ההפרדה עצמה משקפת צורך אותנטי של רבות מן הנשים עצמן. כך למשל נוסעת חרדית קובעת: "הסידור הזה מאוד מוצא חן בעיני. תמיד הייתה דרישה לזה. ככה צריך היה להיות"³⁵. נוסעת אחרת מציינת כי: "גם אם לא הייתה הפרדה, לא הייתי יושבת על יד

33 ראו Mail Jewish Mailing List vol 15 no. 92 (Oct 21, 1994) מסמך זה מצוי באתר האינטרנט: http://www.ottmall.com/mj_ht_arch/v15/mj_v15i92.html.

34 איננו טוענים כמובן כי לא ייתכנו סיבות מיוחדות לדחות קונבנציות מסוימות ולאמץ אחרות. ייתכנו טעמים להעדיף קונבנציה מסוג אחד על פני קונבנציה מסוג אחר, למשל כאשר לקונבנציה אחת יש היסטוריה הקושרת אותה עם פרקטיקות של דיכוי או אי-שוויון. עם זאת באופן טיפוסי שיקולים אלה אינם צריכים להיות מכריעים.

35 ראה כתבתה של הדר (לעיל, הערה 31).

גבר³⁶. עם זאת יש להניח כי לא כל הנשים החרדיות חפצות בהסדר ההפרדה. גם ניתן להעלות ספקות אם הביטויים בזכות ההפרדה מצדן של הנשים אכן משקפים רצון אותנטי של הנשים החרדיות. מובן שבחינת האותנטיות של ביטויים אלה היא מורכבת, עם זאת ניתן לזהות בנקל את היתרונות של הסדר ההפרדה מן הפרספקטיבה הנשית דווקא. ראשית, החיכוך עם גברים עשוי להיות לעתים קרובות בלתי נעים ופוגעני³⁷. שנית, היכולת של נשים חרדיות לשוחח בינן לבין עצמן בלי להיות חשופות לביקורת או לפיקוח גבריים עשויה להיות בעלת ערך לקידום האוטונומיה של הנשים בקהילה החרדית. אין זה אומר כי פרקטיקת ההפרדה איננה בעת ובעונה אחת מקדמת ערכים פטריארכליים. טענתנו איננה כי ההפרדה היא בהכרח שוויונית או פרוגרסיבית, אלא שהמסרים החברתיים הגלומים בהפרדה הם מסרים מורכבים, וכי יש אפשרות לקדם את ההפרדה באופן אשר יקדם ערכים חשובים של הקהילה הדתית (ערכי הצניעות) בלי לערער על חשיבותם של ערכים אחרים, ובייחוד על חשיבותו של ערך השוויון בין המינים.

אם אכן הרציונל המרכזי לפרקטיקת ההפרדה הוא רציונל הצניעות – רציונל שאיננו שונה מזה המצדיק למשל את ההפרדה בשירותים הציבוריים – מדוע מעוררת ההפרדה התנגדות כה עזה בציבור החילוני? מדוע רואה הציבור החילוני את ההפרדה כפרקטיקה מיננית?

הטעם הוא לדעתנו שרציונל ההפרדה מקבל משמעויות חברתיות חדשות בציבור החילוני, הרואה בו פרקטיקה מיננית. כפי שמעידה תגובתה החריפה של לינדה פוגרביין³⁸, הציבור הלא חרדי מפרש באופן כמעט אוטומטי את ההפרדה כפרקטיקה מיננית, אלא שאת המשמעות החברתית של פרקטיקת ההפרדה אין לקבוע על בסיס המשמעות החברתית המיוחסת לה בקהיליה הלא חרדית. אחרי הכול, הקהיליה החילונית איננה הצרכנית של שירותי תעבורה נפרדים. עם זאת, המשמעות החברתית המיוחסת לפרקטיקה בקהילה החילונית איננה בלתי חשובה או בלתי רלוונטית. קיימת סכנה כי דווקא המשמעות שמייחס הציבור החילוני לפרקטיקת ההפרדה תחדור אל תוך הציבור החרדי. הרציונלים והערכים המצדיקים פרקטיקות חברתיות עשויים להשתנות בלי שיחול כל שינוי בפרקטיקות עצמן. משמעות נורמטיבית שלילית זו המיוחסת להפרדה בחברה החילונית עלולה לפעפע אל החברה החרדית עצמה. כך ייתכן שבאופן

36 שם

37 תימוכין לרציונל זה ניתן למצוא גם במדינות אחרות. כך למשל, הוכנסו לשימוש בהודו 25 אוטובוסים המיועדים לנשים בלבד, וזאת כדי להתמודד עם תופעה פושה של הטרדות מיניות. ראו סוכנויות "הודו: אוטובוסים לנשים בלבד" הארץ 1/1/03.

38 ראו לעיל, טקסט ליד הערת שוליים 32.

אירוני דווקא החיכוך עם החברה החילונית מעצים את המשמעות הערכית הפטריארכלית של ההפרדה בחברה החרדית עצמה.

ג. פרקטיקת ההפרדה כפרקטיקה פסולה אך מוגנת: הזכות לתרבות

בפרק המבוא הצבענו על כך כי גם אם נוהגי ההפרדה הם נהגים פסולים, ייתכן כי ישנם שיקולים כבדי משקל להעניק להם לגיטימציה מוגבלת. כך למשל, גם אם נוהגי ההפרדה המגדריים בבתי הכנסת הם נהגים פסולים משום שהם מבוססים על הנחות מינניות, ייתכן כי שיקולי חופש דת או שיקולים הנגזרים מן הזכות לתרבות יצדיקו מתן הגנה מוגבלת לנהגים אלה. התשתית הנורמטיבית הניצבת מאחורי עמדה זו היא התפיסה הרב-תרבותית – תפיסה שלפיה יש ערך בשימורן ובטיפוחן של פרקטיקות שהן חלק מתרבות מיעוטים – ערך אשר מצדיק הגנה על פרקטיקות כאלה כחלק מן "הזכות לתרבות". במסגרת הגנה זו יש כמובן סטטוס מיוחד להגנה על הדת. לא נעסוק במפורש בהגנה על הדת או על חופש הדת, אלא נתייחס לפרקטיקת ההפרדה כפרקטיקה המשקפת ערכים תרבותיים של הקהילה הדתית.

להגנה על הזכות לתרבות יש עיגון איתן במשפט הבינלאומי. כך למשל סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובע, כי:

"In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to these minorities shall not be denied the right, in community with the other members of the group to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language".

סעיף זה פורש לא רק כסעיף האוסר על הפליית מיעוטים; הוא גם מחייב הגנה אקטיבית על תרבויות של מיעוטים כדי להבטיח את המשך קיומם³⁹. הבסיס הנורמטיבי להגנה הרחבה על הזכות לתרבות שנוי במחלוקת. יש המענגים את הזכות לתרבות בהגנה על חופש הבחירה של הפרט ובתנאים הנדרשים לצורך מימוש

39 ראו F. Capotorti *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 40-41, 98-99, U.N. Doc.E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1 (1979) מצוטט ב-Jeremy, Waldron *The Cosmopolitan Alternative* in W. Kymlicka ed. *The Rights of Minority Cultures* (Oxford U. Press, 1995) note 24

האוטונומיה שלו⁴⁰. אחרים מעגנים זאת בזכותו של היחיד לשמר את זהותו האישית הנקבעת על ידי הקהילייה התרבותית שבה הוא חי⁴¹. לבסוף, יש הרואים בזכות לתרבות ביטוי לחופש ההתאגדות של הקהילייה⁴². השאלה המרכזית לענייננו היא אם ייתכן כי הזכות לתרבות מצדיקה מתן פריבילגיות לקבוצות מיעוט לשמר פרקטיקות תרבותיות אשר מתנגשות עם ערכים ליברליים, ואם כן, מה הם התנאים למתן פריבילגיות כאלה. אחד מן המתנגדים החריפים ביותר לעמדה זו הוא ג'ון לוק, אשר שאל את עצמו מדוע העובדה שפרקטיקה המושתתת על אידאולוגיה מפלה צריכה להיות מוגנת רק משום שהיא חלק ממערך אידאולוגי חברתי, תרבותי או דתי. על-פי עמדתו של לוק, כל פרקטיקה צריכה להישפט לגופה ללא תלות בשאלה אם הפרקטיקה היא חלק מאורח חיים תרבותי כלשהו⁴³. אלא שהתפיסה המוצגת על-ידי לוק שלפיה הלגיטימיות של פרקטיקה נשפטת באופן "אוטימיסטי" ללא קשר להקשר התרבותי והחברתי, נדחתה על-ידי הוגי דעות רבים התומכים בקיומה של זכות לתרבות. הטעם לדחייה זו היא האמונה

40 W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1989); J. Raz ראו *Multiculturalism: A Liberal Perspective* in J. Raz ed. *Ethics in the Public Domain* (1994) 155, at pp. 161-162.

רז מסביר את עמדתו באופן הזה: "Freedom depends on options which depend on rules which constitute those options...[O]ptions presuppose a culture. They presuppose shared meanings and common practices"

41 A. Margalit, J. Raz "National Self Determination" 87 *J. Phil.* (1990) 439; ראו למשל A. Margalit, M. Halbertal "Liberalism and the Right to Culture" 61 *Soc. Res.* (1994) 491, at pp. 502, 505; Y. Tamir *Liberal Nationalism* (Princeton, 1993); W. Kymlicka *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford, 1995)

42 ראו Kuthkas (לעיל, הערה 6).

43 ראו J. Locke *A Letter Concerning Toleration* (M. Nontuori ed., 1963), at p. 67

במסה זו קבע לוק, כי:

"By this we see what difference is between the church and the commonwealth. Whatsoever is lawful in the commonwealth cannot be prohibited by the magistrate in the church. Whatsoever is permitted unto any of his subjects for their ordinary use, neither can or ought to be forbidden by him to any sect of people for their religious uses. If any man may lawfully take bread or wine, either sitting or kneeling in his own house, the law ought not to abridge him of the same liberty in his religious worship; though in the church the use of bread and wine be very different, and be there applied to the mysteries of faith and rites of divine worship. But those things that are prejudicial to the commonweal of a people in their ordinary use, and are therefore forbidden by laws, those things ought not to be permitted to churches in their sacred rites".

כי לפרקטיקות שהן חלק ממארג חברתי-תרבותי ערך משלהן. ערך זה נגזר משתי הנחות יסוד ליברליות: האחת, קובעת כי הרווחה של הפרטים בחברה חשובה, ועל החברה מוטלת החובה לקדמה. השנייה, קובעת כי ההגנה על פרקטיקות שהן חלק מן המארג החברתי-תרבותי מקדמת את רווחתם של הפרטים בקהילה. הזכות לתרבות מצדיקה, על-פי עמדה זו, אפילו הגבלות על חירויות יסוד של פרטים⁴⁴. מכאן, שהעובדה כי פרקטיקה היא חלק מאורח חיים עשויה בנסיבות מסוימות להצדיק הגנה על הפרקטיקה הזו גם כאשר קיומה של פרקטיקה דומה, שאיננה חלק מאורח חיים כזה, מצדיק הגבלות חקיקתיות מרחיקות לכת. עמדה זו מתבססת על ההנחה שלפיה הזכות לתרבות איננה רק זכות "פולקלוריסטית" – הזכות לשמר מנהגים חנינים אך נטולי תוכן אידאולוגי מובהק, כמו ריקודים מסורתיים או זמירות. הזכות לתרבות כוללת בתוכה (במגבלות שיידונו להלן) גם זכות להשתתף בפרקטיקות תרבותיות המבטאות תפיסות מינניות ובלתי שוויוניות⁴⁵.

שורה ארוכה של הסדרים המעניקים פריבילגיות לפרקטיקות שונות של מייעוטים אתניים או אחרים עשויה להיות מבוססת על ההכרה בזכות לתרבות⁴⁶. כך למשל גם הגורסים כי ברית מילה היא פרקטיקה פסולה עשויים להתיר פרקטיקה זו כאשר היא חלק מאורח החיים הדתי. גם תומכים נלהבים בחירויות יסוד תומכים בזכותם של הצרפתים בקוויבק להגן על קיומה של הלשון הצרפתית גם באמצעות הטלת הגבלות על השימוש הפומבי בלשון האנגלית⁴⁷. הקנדים גם לא היססו להטיל שורה של הגבלות על

44 ראו למשל א' מרגלית, מ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" בתוך רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, עמ' 93, 102.

45 היטיב לבטא זאת קוטקס – אחד ההוגים הליברליים הידועים בתמיכתו בזכות לתרבות, אשר קבע כי: "Culture is not simply a matter of colorful dances and rituals nor is it even a framework or context for individual choice. Rather, it is the product of the association of individuals over time, which in turn shapes individual commitments and give meaning to individual lives - lives for which individual choice or autonomy may be quite valueless" Kmkathas (לעיל, הערה 6), בעמ' 243-244.

46 לדוגמאות ראו א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים "עיוני משפט כא (1998) 769, בעמ' 777-787.

47 במסמך חשוב של ממשלת קוויבק נקבע, כי: "[T]he government and the vast majority of Quebeckers view the learning of French and its adoption as the common language of public life as the necessary conditions for integration...The host-community therefore naturally expects immigrants and their descendants to be open to the French fact, to make the necessary effort to learn the official language"

לבנים על-מנת להגן על תרבויות של שבטי ילידים צפון-אמריקניים. כך למשל החקיקה הקנדית מטילה הגבלות על מכירת אדמות המיועדות לילידים, לאזרחים לבנים.⁴⁸ הלוגיקה הניצבת מאחורי הטלת הגבלות כאלה נשענת על ההנחה כי פרקטיקות בלתי שוויוניות או פרקטיקות אשר פוגעות בחירויות יסוד ליברליות הן לעתים חלק ממערך רעיוני-תרבותי רחב המעניק משמעות לחיים של חברי קבוצות מיעוט. לפיכך אין לשפוט באמות מידה דומות ברית מילה הנערכת במסגרת טקס דתי וטקס דומה של כריתת עורלה שאיננו חלק ממערך דתי או תרבותי. לפיכך פרקטיקה פסולה עשויה לקבל "הכשר" מוגבל משום שהיא חלק אינטגרלי ממערך תרבותי-חברתי המקיים דרישות מסוימות. שימור מערך זה הוא חיוני לקיום הרוחני והתרבותי של חברי קהילות מיעוט, והתערבות בו עלולה לפגוע בלכידות החברתית של בני קהילות המיעוט.

דוגמאות מן ההקשר הדתי עשויות להבהיר את הצורך בכיבוד פרקטיקות כאלה. יהודים דתיים עשויים להאמין כי דתם מחייבת אותם להאמין שלנשים תפקידים חברתיים מובחנים מאלו של הגברים, או כי יחסים הומוסקסואליים הם "בלתי טבעיים". מובן שמבחינה לוגית, אין זה בלתי אפשרי להיות יהודי דתי ופמיניסט רדיקלי או יהודי אורתודוקסי החבר בארגון שחרור הומוסקסואלי.⁴⁹ ואולם עבור יהודים דתיים רבים עמדה אנטי-פמיניסטית או עמדה שלילית כלפי פרקטיקות מיניות "בלתי טבעיות" הן חלק מתפיסת עולם רחבה יותר, ואמונות אלה מוצאות לעתים קרובות ביטויים התנהגותיים שונים. אמונות בלתי סובלניות או אנטי-שוויוניות ופרקטיקות חיים המשקפות אמונות אלה הן לעתים קרובות חלק ממסכת רחבה של אמונות ונוהגי חיים. ביטויים של עוינות ואי-סובלנות כלפי פמיניזם או כלפי פרקטיקות מיניות בלתי טבעיות הם בנסיבות אלה אמצעי לאשר את הערכים שעליהם מושתתת תפיסת עולם רחבה ובעלת ערך. הדרישה לכבד פרקטיקות וערכים שהם חלק ממערך חיים חברתי-תרבותי הוליסטי, גם כאשר פרקטיקות אלה אינן שוויוניות או סובלניות, מוסברת על בסיס ההנחה כי אורחות חיים אינם רק מקבץ מקרי או אקראי של אמונות, פרקטיקות וערכים. יש קשר הדוק באורח החיים היהודי בין ערכים, אמונות ונוהגי חיים שונים. ההוליסט של

ראו Vision: A Policy Statement on Immigration and Integration מצוטט בספרו של J. Carens *Culture, Citizenship and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness* (2000), at p. 115

תפיסה זו הביאה את ממשלת קוויבק להטיל הגבלות על שימוש פומבי בשפה האנגלית וכן לדיונים משפטיים על החוקתיות של הגבלות אלה.

48 ראו עמוד 116 בוולדרון מתוך קימליקה, הערת שוליים 39 לעיל.

49 על דיון במתח הנוצר בהקשרים אלה בין הזהירות השונות והיכולת ליישב מתחים אלה ראו A. Harel *The Boundaries of Democratic Liberalism in A. Soeteman Pluralism and Law* (2001), at pp. 133, 147-148.

אורח החיים האורתודוקסי מחייב מתן הכרה מוגבלת גם לאותן אמונות או נהגים פסולים כשלעצמם מתוקף היותם חלק אינטגרלי מאורח חיים שלם.⁵⁰ קבלה של עמדה זו המצדיקה הגנה על פרקטיקות המבטאות ערכים בלתי שוויוניים או דכאניים, פשוט מכיוון שפרקטיקות אלה הן חלק מאורח חיים בעל ערך, מחייבת גיבוש של קריטריונים ברורים להבחין בין פרקטיקות פסולות הראויות להגנה למרות פסולותן לפרקטיקות פסולות שאינן ראויות להגנה. כבסיס ראשוני ניתן להציע את שלושת הקריטריונים המצטברים דלהלן אשר בהתקיימותם מצדיקים מתן לגיטימציה מוגבלת לנהגים המתנגשים עם ערכים ליברליים:

- (1) הנהגים הפסולים הם חלק אינטגרלי ממארג חברתי-תרבותי הוליסטי.
- (2) המארג החברתי-תרבותי שאליו משתייכים הנהגים הפסולים הוא בעל ערך.
- (3) הנהגה הרלוונטי איננו נוהג אכזרי או משפיל.

מארג חברתי-תרבותי הוליסטי הוא מסגרת חיים המאחדת בתוכה אמונות ועקרונות תאורטיים כמו גם פרקטיקות התנהגות שונות. התרבות היהודית-אורתודוקסית היא מארג חברתי-תרבותי שבמסגרתו חיים חברי הקהילה האורתודוקסית את חייהם הקהילתיים. מכלול זה של ערכים ופרקטיקות מושתת על האופי ההוליסטי של אורח החיים האורתודוקסי. אורח חיים זה איננו אורח חיים הכולל בתוכו מגוון של פרקטיקות אופציונליות המאפשרות למאמין לברור מביניהן ולבחור את אלו התואמות יותר את תפיסת עולמו. אורח החיים האורתודוקסי מחייב אימוץ גלובלי של מגוון רחב של פרקטיקות וערכים כמקשה אחת.

לכאורה, ניתן להפריך את הטענה שלפיה פרקטיקת ההפרדה היא חלק אינטגרלי של אורח החיים החרדי, פשוט על ידי הצבעה על העובדה כי פרקטיקת ההפרדה איננה נהוגה בכל הקהילות החרדיות. ואולם טיעון זה מבוסס על אי-הבנה של הקריטריון הראשון. על מנת שפרקטיקה תהיה חלק אינטגרלי מאורח חיים, אין צורך להצביע על כך שכל חברי הקהילה הרלוונטית מאמצים את הפרקטיקה הזו. די להראות כי עקרונות יסוד של מארג החיים הרלוונטי מצדיקים את הפרקטיקה, וכי הם מאמצים אותה משום שהיא נתפסת על ידיהם כחלק אינטגרלי של החיים הקהילתיים.⁵¹ מארג החיים הדתי האורתודוקסי הוא כמובן מארג חיים מורכב שמתקיימים בו זה בצד זה עקרונות כמו גם פרקטיקות שונות ומנוגדות. מכאן, שמן העובדה שאין קונסנסוס בסוגיית ההפרדה לא ניתן להסיק כי ההפרדה איננה חלק אינטגרלי מאורח החיים האורתודוקסי.

50 להגנה על עמדה זו ראו J. Raz "Free Expression and Personal Identification" 11 *Oxford J. of L. Stud.* 303 (1991), at p. 321; A. Harel *The Boundaries of Justifiable Tolerance* in D.

Heyd ed. *Tolerance: An Elusive Virtue* (1994), at pp. 114, 116.

51 ראו Harel (לעיל, הערה 50).

התנאי השני קובע כי לא כל פרקטיקה שהיא חלק אינטגרלי של מארג חברתי-תרבותי היא פרקטיקה שיש להעניק לה הכרה ציבורית או משפטית. פרקטיקת ההפרדה הגזעית המקובלת על חסידי הקו קלוס קלאן היא אולי חלק אינטגרלי מעולם האמונות ומאורח החיים של קבוצות אלה, אלא שאורח החיים של הקו קלוס קלאן איננו אורח חיים בעל ערך, ולפיכך אין הוא אורח חיים הזכאי להגנה או לתמיכה ציבורית. ייתכן אולי שיש להגן על חופש הביטוי של חסידי ארגון זה, ואולם אין מקום לתת תמיכה ציבורית או הכרה לנהגים פסולים של חברי ארגון זה רק משום שהם חלק ממארג חברתי-תרבותי. לא כל פרקטיקה שהיא חלק אינטגרלי ממארג חיים חברתי-תרבותי זכאית להגנה. רק פרקטיקות שהן חלק ממארג חברתי תרבותי בעל ערך זכאיות להגנה כזו.

לבסוף, מובן כי על מנת שפרקטיקה פסולה תזכה להכרה על בסיס עקרונות אלה היא חייבת להיות פרקטיקה פסולה, אך לא אכזרית או משפילה. הפרקטיקה של קרבנות אדם, רצח נשים על רקע של "כבוד המשפחה" או מילת נשים אינה מקיימת דרישה זו. דינן של פרקטיקות אלה להיעקר מן השורש גם אם הן מקיימות את שתי הדרישות הראשונות. הדרישה השלישית מבוססת על עיקרון של מידתיות. פרקטיקה פסולה יכולה להיות פסולה במקצת או שהיא יכולה להיות פסולה מניה וביה משום שהיא ברוטלית, סדיסטית או פוגעת באופן אנוש בכבוד האדם. פרקטיקה עשויה לקיים דרישה זו אם היא איננה פסולה באופן בלתי מידתי, דהיינו באופן אשר איננו סביר בחברה תרבותית.

הדרישה שלפיה הפרקטיקה הפסולה איננה אכזרית או משפילה עלולה לעורר שתי התנגדויות אפשריות: ראשית, דרישה זו עלולה להיראות חופפת, או קרובה יתר על המידה במשמעותה, למושג פרקטיקה פסולה אשר נותח בפרק א לעיל. אחרי הכול, פרקטיקה פסולה היא פרקטיקה אשר "מעצימה סטטוס נחות של בני קבוצה אחת ביחס לקבוצה אחרת". האם לפיכך תיתכן פרקטיקה אשר מעצימה סטטוס נחות של בני קבוצה אחת ביחס לקבוצה אחרת ואשר איננה אכזרית או משפילה?⁵²

האפיון של פרקטיקה פסולה הוא אפיון רחב וכולל בחובו פרקטיקות אשר אינן אכזריות ואינן משפילות. האפיון "אכזרי ומשפיל" צריך להתפרש לדעתנו באופן שהוא צר באופן משמעותי מן האפיון שניתן לעיל לפרקטיקות פסולות, לפיכך יש מגוון של פרקטיקות פסולות אשר אינן אכזריות או משפילות.

ההכרעה באשר לכל פרקטיקה פרטיקולרית עלולה להיות הכרעה קשה, ואולם האין המושגים "אכזרי" או "משפיל" מושגים עמומים מכדי לתפקד בשיח הנורמטיבי? מה הם הקריטריונים הקובעים אם פרקטיקה היא אכזרית או משפילה או דכאנית במידה שאיננה מאפשרת לחברי הקהילייה לקיים את הפרקטיקה ולשמרה? מבחנים אלה הם אכן עמומים וקשים ליישום. עם זאת העמימות של המבחן היא תוצאה בלתי נמנעת מן

52 אנו מודים למשה כהן על שהעלה בפנינו לראשונה התנגדות זו.

המורכבות של פרקטיקות תרבותיות וממערכת יחסי הגומלין בין הפרקטיקות לבין הקהילות המממשות פרקטיקות אלה. אם אכן הזכות לתרבות איננה רק זכות לפולקלור, בחינה ממשית של מידת הפגיעה בערכי השוויון והמשמעותיות החברתיות של הפרקטיקה וקשיי היישום, הנגזרים מבחינה כזו, היא חלק בלתי נמנע מההגנה על הזכות לתרבות.

האם פרקטיקת ההפרדה מקיימת את שלוש הדרישות הללו? נדמה שאין, ולא יכולה להיות, מחלוקת על התקיימות הקריטריון השני. הדת היהודית היא מסגרת חיים המעניקה לחברי הקהילה האורתודוקסית וחברותיה חיים בעלי משמעות. לעומת זאת הן שאלת התקיימותו של הקריטריון הראשון והן שאלת התקיימותו של הקריטריון השלישי עשויות לעורר מחלוקת.

האם פרקטיקת ההפרדה היא חלק אינטגרלי מאורח החיים הדתי? פרק ב עסק בשאלה זו בפרוטרוט וזיהה שורה ארוכה של מקורות הלכתיים התומכים בפרקטיקת ההפרדה. מובן שישנם מקורות דתיים אשר אינם מסתייגים ממסגרות מעורבות, או לכל הפחות גורסים שההפרדה איננה מתחייבת מן ההלכה⁵³. עם זאת, כפי שצינו, על-מנת לבסס את הטענה כי פרקטיקת ההפרדה היא חלק אינטגרלי מאורח החיים היהודי, אין צורך להוכיח כי לא ייתכנו חיים דתיים אורתודוקסיים שאינם מקיימים פרקטיקת הפרדה. כפי שהסברנו לעיל, הדרישה כי פרקטיקת ההפרדה תהיה חלק אינטגרלי איננה מחייבת כי פרקטיקת ההפרדה תיגזר באופן בלתי נמנע מכללים הלכתיים שאינם שנויים במחלוקת. פרקטיקת ההפרדה יכולה להיות שנויה במחלוקת בקהילה הדתית, ועם זאת להיות חלק אינטגרלי מן החיים האורתודוקסיים של אלו הדבקים בה. לאמתו של דבר, דווקא עובדת היותה שנויה במחלוקת הלכתית מעידה כי היא חלק אינטגרלי מן החיים של מגזרים רחבים בקהילה האורתודוקסית. כולנו יודעים כי באורתודוקסיה היהודית רווח פלורליזם רעיוני. על מנת לבסס את הטענה כי פרקטיקת ההפרדה היא אינטגרלית לאורתודוקסיה די להצביע על כך כי היא מעוגנת באמונות ובפרקטיקות חיים של מגזרים מסוימים בתוך הקהילה האורתודוקסית, וכי מגזרים אלה רואים במימוש פרקטיקת ההפרדה בחייהם הם כחלק אינטגרלי של החיים האורתודוקסיים. פרקטיקת ההפרדה איננה גחמה של יחידים בתוך הקהילה האורתודוקסית; היא מרכיב של התפיסה הפנימית של האורתודוקסיה כפי שהיא מובנת על ידי חלקים נכבדים בתוכה.

האם פרקטיקת ההפרדה מקיימת את הדרישה השלישית? האם ניתן לבסס את הטענה כי פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה אכזרית או משפילה? זוהי שאלה ערכית שתהיה ללא ספק שנויה במחלוקת בציבור הדתי כמו גם בציבור החילוני. כפי שהדגשנו בפרק ב, השאלה אם פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה משפילה תלויה במידה רבה באופן שבו היא תמומש. הפרדה שבמסגרתה קדמת האוטובוס יועדה לגברים, ואילו צדו האחורי מיועד לנשים, עלולה להיות פרקטיקת הפרדה משפילה. לעומת זאת נוהג

53 ראו דיון בפרק ב לעיל.

המייעד את קדמת האוטובוס לנשים ואת אחורי האוטובוס לגברים, או נוהג המייעד את צדו הימני של האוטובוס לגברים ואת צדו השמאלי לנשים איננו בהכרח נוהג משפיל. התממשותו של קריטריון זה מותנית במידה רבה באופן שבו תמומש פרקטיקת ההפרדה, ולא בשאלה אם תתקיים פרקטיקת הפרדה כלשהי. עם זאת הקביעה אם פרקטיקה היא פרקטיקה משפילה תובעת עיון מדוקדק. הדבר תלוי בהכנות ובתובנות החברתיות המיוחסות לפרקטיקה בקהילייה הרלוונטית וכן להשלכות של הפרקטיקה על היחס לנשים בכלל.

המתנגד להפרדה המגדרית באוטובוסים עשוי להעלות טיעון נוסף ואחרון – טיעון המאמץ את הנחות היסוד המונחות בבסיס פרק זה, ועם זאת דוחה את המסקנה המתבקשת ממנו, כלומר דוחה את הטענה שלפיה יש לאפשר את ההפרדה באוטובוסים. על-פי טיעון זה, יש הבדל בין שימור פרקטיקה חברתית קיימת לבין יצירת פרקטיקה חברתית חדשה. ליצירת פרקטיקה חברתית חדשה של הפרדה באוטובוסים – פרקטיקה אשר לא הייתה מוכרת בעבר, יש משמעות מיוחדת פשוט מכיוון שזוהי פרקטיקה חדשה. גם אם לא ראוי להתערב, מן הטעמים שצוינו לעיל, בפרקטיקות ההפרדה המתקיימות כיום, ראוי אולי למנוע היווצרותן של פרקטיקות הפרדה חדשות – פרקטיקות הפרדה המבטאות הקצנה דתית והעצמה של המרכיבים הפטריארכליים בתרבות היהודית האורתודוקסית⁵⁴.

אין ספק כי ישנם הבדלים חשובים בין שימור פרקטיקות קיימות לבין יצירת פרקטיקות חדשות. המשמעות החברתית והתרבותית של יצירת פרקטיקות חדשות שונה מן המשמעות החברתית-תרבותית של שימור פרקטיקות קיימות, עם זאת צריך לזכור כי פרקטיקת ההפרדה איננה פרקטיקה חדשה. היו לפרקטיקת ההפרדה ביטויים לא פורמליים רבים גם קודם שקם קו ירושלים בני ברק. נוסעים ונוסעות חרדיים מקפידים זה שנים רבות להימנע משיבה זה לצד זה. המיסוד הפורמלי של פרקטיקה זו איננו בגדר יצירת פרקטיקה חדשה. יתר על כן, אין לפסול אוטומטית לידתה של פרקטיקה חדשה כאשר זו איננה אלא מבע חדש לערכים שכבר מעוגנים במסורת תרבותית קיימת.

ד. סיכום

ניתן להצדיק את ההכרה בנוהגי ההפרדה באוטובוסים בשתי דרכים שונות: ראשית, ניתן להראות כי פרקטיקת ההפרדה איננה פרקטיקה פסולה כלל, משום שהיא מושתתת על רציונלים המתיישבים עם ערכי שוויון. החברה החילונית צריכה לראות את פרקטיקת

54. אנו מודים ליובל אילון שהעלה התנגדות זו לראשונה.

ההפרדה באופן דומה לזה שבו היא רואה את נוהגי הכשרות של הציבור הדתי. כשם שהציבור הדתי רשאי לרכוש מוצרים כשרים, כך הוא רשאי לצרוך שירותי תחבורה "כשרים". טיעון זה יכול להצדיק את פרקטיקת ההפרדה באוטובוסים רק אם הרציונלים העומדים בבסיס ההפרדה הם רציונלים "כשרים". חלק ב בחן את פרקטיקת ההפרדה והראה כי לפחות מקצת הרציונלים המצדיקים את פרקטיקת ההפרדה הם רציונלים כשרים. עם זאת פרק ב גם הצביע על העובדה כי ישנם ניואנסים לא מעטים באופן שבו ממומשת פרקטיקת ההפרדה שאינם מתיישבים עם עקרונות של שוויון מגדרי. ניתן להתגבר על קושי זה באמצעות שינוי באופני המימוש של פרקטיקת ההפרדה.

אולם גם אם פרקטיקת ההפרדה היא פרקטיקה אנטי-שוויונית, ולכן פסולה, חסידי ההפרדה רשאים לטעון כי ההפרדה היא מוצדקת אם היא מעוגנת בערכים של היהדות האורתודוקסית והיא חלק אינטגרלי מתפיסת עולמה. פרק ג הציע שלושה תנאים מצטברים הנדרשים לצורך הצדקת פרקטיקות קהילתיות וטען כי פרקטיקת ההפרדה באוטובוסים מקיימת את הדרישות המצטברות הללו.

אין להכחיש כמובן כי לפרקטיקת ההפרדה יש השלכות שליליות: ראשית, ייתכן כי פרקטיקת ההפרדה מסוכנת משום שיש המבינים אותה כפרקטיקה המחזקת את הנחיתות היחסית של הנשים בחברה הדתית ומשמרת אותה. שנית, הנכונות להכיר בסטטוס ממלכתי להפרדה, ואולי אפילו לסבסדו ולהעניקו, משרדת מסר של סובלנות כלפי הפליה מיגדרית לחברה החילונית עצמה. נכונות זו עלולה לחלחל גם לתחומים אחרים, ובעקבות זאת לסכן את ההישגים שנשים השיגו במהלך העשור האחרון. לפרקטיקת ההפרדה רבדים רבים, חלקם "כשרים", חלקם פסולים אך ראויים להגנה למרות פסלותם, וחלקם פסולים ובלתי ראויים להגנה. בחינה נורמטיבית של פרקטיקת ההפרדה חייבת להפריד בין הרבדים השונים בזהירות ובאופן שישקף, מצד אחד, את חשיבות האוטונומיה של הקהילה החרדית ואת זכותה לשמר את תרבותה, ומצד אחר, את חשיבות הזכות לשוויון.

פתחנו את דברינו בציטוט מסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים ציבוריים – סעיף אשר קובע חריג אשר מתיר בנסיבות מסוימות קיומה של הפרדה בין נשים לגברים. דיוננו התרחק מסעיפי החוק והפליג למחוזות רחוקים. עם זאת סעיף 3 לחוק הוא המוטיבציה העיקרית לכתיבתו של מאמר זה. סעיף זה מאפשר לשופט להכשיר הפרדה מגדרית כאשר זו נחוצה, רצויה ומוצדקת בנסיבות העניין. סעיף 3(ד) מבטא את רגישותה של המערכת המשפטית לצרכים הדתיים והתרבותיים של הציבור האורתודוקסי. הכשרת ההפרדה המגדרית בתחבורה הציבורית על בסיס חריג זה תינתן משנה תוקף לרגישותו של המחוקק בסוגיה זו.