

## **הצורך בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט: בעקבות בג"ץ 3856/11 פלונית נגד בית הדין השרעי הגדול לערעורים**

מאת

**מיטל פינטו\***

בג"ץ הבוררת, העוסק בסירובו של בית הדין השרעי למנות אישה לתפקיד בוררת, הוא דוגמה קלאסית למקרה שבו קבוצה דומיננטית בתוך קבוצת מיעוט דתית טוענת לפרשנות אחת ויחידה של הדת, המחייבת כביכול את הדרתה של קבוצה מוחלשת בתוך קבוצת המיעוט. במאמר זה אניח כי דת היא רק דוגמה אחת לתרבות מקיפה, וכי הסמכות הניתנת במקרה זה לבתי הדין השרעיים ניתנת להם למעשה במסגרת הזכות לתרבות המיועדת לשמור על תרבות המיעוט. אטען כי הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית לא מפני שהיא ניתנת למנהיגי קבוצות מיעוט כדי שאלה יעשו בתרבות כרצונם וייצקו לתוכה תכנים ונורמות התואמים את השקפת עולמם הבלעדית; הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית מכיוון שהיא מגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו ובהנאה ממנו. במילים אחרות, הזכות לתרבות שייכת לכל חברי המיעוט ומגנה על הזכות של כולם לקחת חלק ביצירת תרבות המיעוט, בשינויה ובהתאמתה להשקפותיהם של כל חברי המיעוט. בעקבות הנחה מושגית זו אטען כי על בתי המשפט לעשות שימוש רב יותר בזכות לתרבות כשהם נתקלים בתביעות של חברי מיעוט חלשים יותר בתוך קבוצת המיעוט, המהווים קבוצת מיעוט בתוך מיעוט. במקרים שבהם המיעוט בתוך המיעוט מבקש לשנות פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט או לאתגרן, יש להמשיג את תביעתו במסגרת הזכות לתרבות, הכוללת את זכותו לשנות את תרבות המיעוט ולעצבה. כאשר הרוב בתוך המיעוט מסרב ומגיב לבקשה לשינוי על ידי הדרה של המיעוט בתוך המיעוט, יש להבין את טענתו במסגרת הזכות

\* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת. אני מודה למוסה אבו רמדאן, שפתח לי צוהר לסוגיה משפטית מרתקת. תודתי גם לאילן סבן על הערות מאירות לטייטה קודמת של מאמר זה, ולמערכת משפחה במשפט על הערות מקיפות ומועילות במיוחד.

להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו. פעמים רבות חברי הרוב בתוך המיעוט טוענים כי הלכה דתית היא שמניעה את סירובם לאפשר את שינוי הנורמות שהמיעוט בתוך המיעוט מבקש. רצוי שבתי המשפט יבחנו טענות כאלה בקפידה על מנת לוודא שטענות הרוב בתוך המיעוט הן טענות כנות ושלא עומדת בבסיסן מוטיבציה פוליטית או כוחנית, שאין לה קשר הכרחי להלכה דתית. אציע שלושה פרמטרים לבחינת כנות טענתו של הרוב בתוך המיעוט.

- א. **מבוא**
- ב. **פסק הדין בבג"ץ הבוררת**
- ג. **הזכות לתרבות – זכותם של כל חברי קבוצת המיעוט בטוב השתתפותי**
- ד. **הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט בבג"ץ הבוררת ובעניינים משפטיים אחרים**
- ה. **האיזון הנדרש בין הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט ובין הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט**
- ו. **סיכום**

## א. מבוא

פסקי דין רבים בישראל בעשורים האחרונים עוסקים בשאלות משפטיות הקשורות לסוגיה המכונה "רב-תרבותיות". הכתיבה האקדמית על רב-תרבותיות מעמידה במרכזה את הזכות לתרבות של קבוצות מיעוט שונות בחברה להגן על תרבותם ולאפשר לה לפרוח לצד תרבות הרוב הדומיננטית. לעומת הכתיבה האקדמית על רב-תרבותיות, שמרבה להתייחס לזכות לתרבות, מעטים הם פסקי הדין הישראליים שעושים שימוש מפורש במונח זה ודנים בו לעומק.<sup>1</sup>

מטרתו של מאמר זה היא להבהיר מהי הזכות לתרבות<sup>2</sup> ולציין את היתרונות הפוטנציאליים הגלומים בשימוש בה לשם המשגתן של טענות משפטיות העולות מצד פרטים וקבוצות מיעוט

1 פסקי הדין הבאים מזכירים את המונח "זכות לתרבות" (או "זכויות תרבותיות"), אולם אף אחד מהם אינו כולל הגדרה למונח או דיון מעמיק בו: בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002); עת"ם (מנהליים י-ם) 219/06 הבית הפתוח לגאוה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 28.5.2006); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011). זאת למעט פסק הדין בעניין לימודי הליבה במגזר החרדי, שבו יש דיון מעמיק בזכות לתרבות ובמשמעותיותה השונות, ראו: בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 18, 23, 57, 62–65 ואילך לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.9.2014).

2 להבהרה של המונח "זכות לתרבות" ראו פרק ג להלן.

מוחלשות בתוך קבוצות מיעוט כנגד חברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט. טענות אלה מבקשות לבטל או לשנות פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בתוך קבוצת המיעוט, שחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט מבקשים לשמרן. כפי שאסביר בהמשך המאמר,<sup>3</sup> אחת מהטענות המרכזיות שלי היא שהזכות לתרבות כוללת גם את זכותם של פרטים לדרוש את ביצועם של שינויים אלה. בג"ץ פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים<sup>4</sup> הוא לדעת דוגמה קלסית למקרה משפטי שבו אישה מוסלמית, המייצגת קבוצת מיעוט בתוך המיעוט המוסלמי, מבקשת לשנות פרקטיקה תרבותית דומיננטית<sup>5</sup> המייצגת רק גברים לתפקיד בוררים בבית הדין השרעי. אותה פלונית מבקשת למנות אישה לתפקיד של בוררת, ואילו בית הדין השרעי, המייצג את קבוצת הרוב בתוך המיעוט, מסרב לכך בטענה שהפרשנות הדתית המקובלת בקרב קבוצת המיעוט אינה מתירה זאת. כדי להמחיש את טענתי בבג"ץ הבוררת, אתאר מקרים משפטיים נוספים בישראל, כגון פרשת עמנואל<sup>6</sup> ופרשת נשות הכותל,<sup>7</sup> שלדעתי מצדיקים שימוש דומה בזכות לתרבות.

בהמשך המאמר אשתמש במונח "קבוצות מיעוט" כדי להתייחס לקבוצות חלשות מבחינה פוליטית, כלכלית או חברתית, אשר מודרות מהמרחב הציבורי או ששייכותן המלאה לחברה האזרחית הכללית מוטלת בספק.<sup>8</sup> הפרטים המזוהים עם קבוצות אלה חולקים תרבות משותפת

3 ראו פרקים ג ו-ד להלן.

4 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).

5 כפי שאבהיר בפרק ב למאמר, בית המשפט לא התייחס לתפקיד הבוררת בבית הדין השרעי כאל תפקיד דתי. גם אם נניח כי מדובר בתפקיד דתי, שהנו מושא לפרשנות דתית, עדיין מדובר בפרקטיקה תרבותית, מכיוון שלדעתי שיטות משפט הדקויות בליברליזם אינן מגנות על דתות משום שהן רואות בהן ערך מהותי כשלעצמן, אלא משום שהן חלק ממערכת המצפון של פרטים המאמינים בהן, או חלק מתרבות שפרטים מזוהים ומזדהים איתן (ראו חלק ג במאמר).

6 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009) (להלן: פרשת עמנואל).

7 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345 (2000); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003); עמ"י 33832-12-03 מדינת ישראל נ' ראס (פורסם בנבו, 24.4.2013); בג"ץ 8124/15 מגנוס נ' הממונה על הכותל המערבי (פורסם בנבו, 11.1.2017) (להלן: פרשת נשות הכותל). ראו גם שלומית גרינפילד גילת "כותל משלהן": קריאה בהחלטת הביניים בבג"ץ 8124/15 מגנוס נ' הכותל המערבי" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון 4, 66 (2017).

8 על הקשר בין אזרחות, שייכות ושוני תרבותי ראו Ayelet Shachar, *Whose Republic? Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, 13 GEO. IMMIGR. L.J. 233 (1999); BHIKHU PAREKH, *RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND POLITICAL THEORY* 196, 224, 237 (2<sup>nd</sup> ed. 2000); GERSHON SHAFIR & YOAV PELED, *BEING ISRAELI: THE DYNAMICS OF MULTIPLE CITIZENSHIP* 22–23, 125–135 (2002); Leti Volpp, *Divesting Citizenship: On Asian American History and the Loss of Citizenship Through Marriage*, 53

– בין שמדובר בדת, לאום, מוצא, שפה או כל סממן תרבותי משותף אחר. פרטים חולקים תרבות משותפת כאשר הם נחשפו, ועודם נחשפים, למערכת ערכים משותפת המעצבת, בעוצמות ובהיקפים משתנים, את עולמם החברתי.<sup>9</sup> המונח "חברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט" אינו מתייחס בהכרח לרוב מספרי של חברים בקבוצת המיעוט, אלא ליחסי הכוח בתוך קבוצת המיעוט.<sup>10</sup> חברים בקבוצת מיעוט יכולים להוות רוב בדרכים כגון שליטה על מוקדי כוח פוליטיים, כלכליים וחינוכיים של קבוצת המיעוט. המונח "מיעוט בתוך מיעוט" מתייחס לפרטים או לקבוצות בתוך קבוצת מיעוט, כגון נשים, הומואים ולסביות, הנחשבים למוחלשים מבחינת כוחם הפוליטי ביחס לרוב החברים בקבוצת המיעוט.<sup>11</sup> חברי מיעוטים בתוך מיעוטים שואפים לשנות מבפנים את הפרקטיקות השולטות בתרבות המיעוט שאליה הם משתייכים,<sup>12</sup> או לחלופין "לצאת" ממנה.

אדון בפסק הדין בבג"ץ הבוררת על מנת להמחיש את הצורך בזכות לתרבות ואת הפוטנציאל הגלום בשימוש בה. אטען כי לעומת מונחים אחרים הממשיגים טענות של קבוצות מיעוט בתוך מיעוט, כגון ה"זכות לשוויון" או "זכות היציאה מתרבות",<sup>13</sup> המונח "זכות

U. CAL. L. REV. 405, 480–481 (2005); Dora Kostakopoulou, *Thick, Thin and Thinner Patriotisms: Is this all there is?* 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 73, 85–86 (2006); Ellen Wiles, *Headscarves, Human Rights, and Harmonious Multicultural Society: Implications of the French Ban for Interpretations of Equality*, 41 L. & SOC. REV. 699 (2007); Meital Pinto, *What are Offences to Feelings Really about? A New Regulatory Principle for the Multicultural Era*, 30 OXFORD J. LEGAL STUD. 695, 705–706 (2010)

9 הגדרה זו לקוחה מספרו של ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL FOUNDATIONS OF MINORITY RIGHTS 34, 39, 56–59 (2014).

10 נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99, 126 (2003).

11 לשימוש במושג "מיעוט בתוך מיעוט" בהקשר של פרטים וקבוצות מוחלשות בתוך קבוצות מיעוט בישראל ראו נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129, הערה 64 (2001); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23, 42 (2003–2004); אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 565, 609 (2008); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 385–396 (2008); נילי כהן "אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין 'סמכותה הטבעית' של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 595, 616 (2012).

12 לעתים מדובר בניסיון של קבוצות מיעוט בתוך מיעוט ליצור תרבות חדשה או תת-תרבות בתרבותם. כל עוד קבוצות המיעוט בתוך המיעוט מזוהות ומזדהות כשאיכות לקבוצת המיעוט, יש לדעת להתייחס לניסיונות אלה כאל ניסיונות לשינוי התרבות מבפנים.

13 זכות היציאה של פרטים מתרבותם מוגדרת כזכותם לפרוש מקבוצתם התרבותית ולבחור אורח חיים אחר, אם ירצו בכך, ומגנה עליהם מפני השתייכות לקבוצה הנגרמת רק בשל כפייה ישירה או עקיפה מצד חברי הקבוצה. ראו למשל Leslie Green, *Internal Minorities and Their Rights*, in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 257 (Will Kymlicka ed., 1995); Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev, *Introduction*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS

לתרבות" ממקד את הדיון המשפטי בתרבות המיעוט, שהיא מושאו הישיר של הקונפליקט. הזכות לתרבות מאפשרת להמשיג את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים שאינם חיצוניים לתרבות המיעוט. כך, כאשר חברי מיעוטים בתוך מיעוטים מעלים טענות בשם הזכות לתרבות, הם אינם מובנים כמבקשים דבר מה המנוגד לתרבות המיעוט שאתה הם מזוהים. טענותיהם אינן נתפסות כטענות פטרנליסטיות מנוכרות, שמקורן בערכים המזוהים עם תרבות הרוב. בכך טמון יתרון ניכר לניתוח משפטי שממשיג בעיות של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים של הזכות לתרבות.<sup>14</sup> יתרון נוסף של השימוש בזכות לתרבות הוא שבניגוד להצעות אחרות לנתח את בעיותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים לבר-משפטיים, הזכות לתרבות שייכת לשיח הזכויות הדומיננטי והמוכר, שמחוקקים ובתי משפט מורגלים אליו. פרק ב למאמר זה יוקדש לתיאור עובדתי ולניתוח קצר של פסק הדין בבג"ץ הבוררת. בפרק ג אבאר את המושג ה"זכות לתרבות" ואטען כי יש להבין אותה כזכות המגנה על טוב שאותו חולקים כל חברי קבוצת המיעוט המזוהים עם התרבות המאפיינת אותה. תפיסה זו של הזכות לתרבות מניחה כי תרבות המיעוט, שהנה הטוב שעליו מגנה הזכות לתרבות, אינה אובייקט קבוע שאינו ניתן לשינוי, אלא תוצר משותף שכל חברי המיעוט רשאים לאתגרו ולשנותו. בפרק ד אטען כי הואיל והזכות לתרבות מגנה על טוב השייך לכל חברי המיעוט, אזי במקרים הדומים במאפייניהם לבג"ץ הבוררת עלינו להימנע מלשקול את טענת קבוצת המיעוט בתוך המיעוט כטענה חיצונית לזכות לתרבות. במקרים כאלה, כאשר המיעוט בתוך המיעוט מעלה טענות בנוגע לרצון לשנות נורמות ופרקטיקות דומיננטיות בתרבות המיעוט או להשפיע עליהן, אין להבין טענות אלה במונחים של הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשוויון מול הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט. יש להבין כטענות בנוגע לזכות של המיעוט בתוך המיעוט לתרבות – אותה תרבות ואותה זכות שהם חולקים עם קבוצת הרוב בתוך המיעוט. בפרק ה אטען כי במקרה של הבוררת ובמקרים דומים לו רוצה המיעוט בתוך המיעוט לשנות את הנורמות המקובלות בתרבות המיעוט, ואילו הרוב בתוך המיעוט מבקש לשמר אותן ולהדיר חברי מיעוט שמתנגדים להן או מבקשים לשנותן. לכן, במקרים כאלה עלינו לגזור שתי

AND DIVERSITY 1 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005); מיכאל קרייני "על 'השלנו': רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" עיוני משפט כז 71, 76-77, הערה 24 (2003); יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא-ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227, 231 (2010); כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 617. 14 יתרון זה עולה בקנה אחד עם מה שמכונה בספרות "פמיניזם מוסלמי", היינו המשגת טענותיהן של נשים במונחים פנימיים לדת המוסלמית, להבדיל ממונחים כגון שוויון, הנתפסים ככאלה השייכים לקבוצת הרוב ונכפים על קבוצת המיעוט (ראו מירה צורף "אחרות" של 'האחרים' – נשים, מגדר ולאומיות בחברה הפלסטינית בצל האינתיפאדה" נשים במזרח התיכון: בין מסורת לשינוי 109, 128-130 (עפרה בנג'ו עורכת, 2004); נאיפה סריסי, ליאת קוזמא ורות רודד "מבוא" לנוכח בית הדין הרע: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 16-20 (ליאת קוזמא עורכת, 2011).

זכויות שונות מהזכות לתרבות שמגנה על כל חברי קבוצת המיעוט: הראשונה היא זכותו של המיעוט בתוך המיעוט לשנות את הנורמות התרבותיות של קבוצת המיעוט ולעצבן; השנייה היא זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר<sup>15</sup> או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו. אבקש להציע כמה קווים מנחים שיש לשקול, לדעתי, על מנת לאזן בין שתי זכויות אלה. קווים אלה אמורים לסייע להעריך את כנות הטענה העולה מצד קבוצת הרוב בתוך המיעוט, שלפיה הגנה על תרבות המיעוט מחייבת בהכרח הדרה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט. טענות שיהיו כנות פחות יפחיתו מכוחה של זכות הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.

## ב. פסק הדין בבג"ץ הבוררת

במרכז פסק הדין בבג"ץ הבוררת עומדת עותרת שבן זוגה הגיש תביעת בוררות לבית הדין השרעי בטייבה. בית הדין קיבל את בקשתו של בן הזוג והורה כי כל צד ימנה בורר מטעמו, בהתאם לסעיפים 130 ו-131 לחוק המשפחה העות'מאני.<sup>16</sup> סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני מורה לבית הדין השרעי למנות בוררים לסכסוך בין בני זוג הנמצאים בהליך פירוק נישואין. תפקיד הבוררים הוא לנסות לסייע בפיוס בין בני הזוג או לחלופין להכריע על פירוק הנישואים ועל גובה תשלום המוהר המגיע לאישה.<sup>17</sup> העותרת הגישה הודעה לבית הדין השרעי על מינויה של החאג'ה רודינה עמשה מטייבה כבוררת מטעמה. בית הדין השרעי דחה את הודעתה וקבע כי "בית דין זה רואה כי ציבור חכמי הדת התנו כי הבוררים צריכים להיות גברים, זה לפי דברי הזרם המאלכי החנבלי והשאפעי [...]". בהמשך פסיקתו חייב בית הדין את העותרת למנות בורר גבר. על החלטה זו הגישה העותרת ערעור לבית הדין השרעי לערעורים. בית הדין דחה את ערעורה וקבע כי סעיף 130 לחוק המשפחה מבוסס על הפרשנות המאלכית, ומאחר שהמאלכים דרשו כי בוררים יהיו גברים, לא ניתן למנות אישה לתפקיד בוררת. העותרת לא אמרה נואש ועתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק. פסק הדין בבג"ץ עסק אפוא בשאלה העקרונית והיא אם נשים זכאיות לשמש בתפקיד בוררות בהליך פירוק נישואין בבית הדין השרעי. העותרת תמכה את עתירתה בארבעה טיעונים מרכזיים. לפי הטיעון הראשון, על בית הדין השרעי לפרש את חוק המשפחה העות'מאני כפי שנהוג לפרש חוקים אזרחיים אחרים, ולא על פי פרשנויות שהיו מקובלות אצל חכמי הדת בתקופה שקדמה

15 כפי שאסביר בפרק ה, מהמונח "הדרה" לא משתמע בהכרח שחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט מבקשים להיפרד מחברי המיעוט בתוך המיעוט. סוגים מסוימים של הדרה כוללים גם ניכוס טובים תרבותיים לטובת קבוצת הרוב בתוך המיעוט ומניעתם מקבוצת המיעוט בתוך המיעוט.

16 חוק המשפחה המוסלמית (1917).

17 ראו הסבר גם בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4.

לחקיקתו של החוק. על פי הפרשנות האזרחית, יש לפרש את סעיף 130 לחוק כמאפשר למנות בורר או בוררת, וזאת גם על בסיס השוואה עם הוראות המג'לה העוסקות בבוררות ומעניקות לצדדים חירות לבחור את הבורר המקובל עליהם.

לפי הטיעון השני, גם אם מקבלים את העמדה שחוק המשפחה העות'מאני הוא חוק דתי, יש לפרש אותו לפי אסכולות אחרות באסלאם, המתירות מינוי של אישה לתפקיד בוררת. העותרת הדגישה בהקשר זה כי המחוקק העות'מאני שחוקק את חוק המשפחה לא אימץ את הפרשנות המאלכית לכל אורך הדרך והרשה לעצמו לקבוע נורמות שונות מאסכולה זו. עוד נטען כי המג'לה מבוססת על האסכולה החנפית, וכי כך נהגו תושבי הארץ במשך שנים רבות, ולכן אין לכפות עליהם כעת את דיניה של האסכולה המאלכית. העותרת גם הפנתה למוסדות דתיים ברשות הפלסטינית ובמדינות מוסלמיות, כמו ירדן, מצרים ומרוקו, שם מונו בשנים האחרונות נשים לכהן גם בתפקיד של קאדי.

טיעונה השלישי של העותרת הוא שהחלטות בתי הדין השרעיים בעניין בקשתה למנות בוררת דינן להתבטל, הואיל והן נוגדות את חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, הדורש דין אחד לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית.<sup>18</sup>

הטיעון הרביעי, שהוצג בעתירה על ידי הארגון הפמיניסטי "כיאן", הוא שמינוי נשים לתפקיד בוררות יתרום לחיזוק מעמדן המוחלש של נשים בתוך הקהילה המוסלמית. מינוי כזה יאפשר לנשים המוסלמיות נגישות רבה יותר לבתי הדין השרעיים ויתרום להשמעת קולן.<sup>19</sup> בית המשפט העליון החליט לקבל את העתירה ולבטל את החלטתו של בית הדין השרעי. נקבע כי הדיון יוחזר לבית הדין השרעי להמשך הליך הבוררות, ותינתן לעותרת אפשרות לבחור בוררת אישה מטעמה. פסק הדין העיקרי נכתב על ידי השופטת ארבל. רובו המכריע עוסק בשאלות אם החלטתו של בית הדין השרעי לדחות את בקשתה של העותרת למנות בוררת מטעמה מהווה הפליה, ואם היא מנוגדת להוראות חוק שיווי זכויות האישה.<sup>20</sup> השופטת ארבל מקדישה פסקאות לא מעטות מפסק הדין לחשיבותו של עקרון השוויון בכלל ולחשיבותו של שוויון כלפי נשים בפרט.<sup>21</sup> השופטת מדגישה שהשמירה על עקרון השוויון חשובה במיוחד בכל הנוגע למעמדן של נשים בתוך מוסדות דתיים, שבהם מתקיים פעמים רבות אי-שוויון מובנה לרעתן של נשים.<sup>22</sup> מאחר שתכליתו של חוק שיווי זכויות האישה היא לקדם את שוויון הנשים בחברה הישראלית, השופטת ארבל מסיקה כי יש לפרש את תחולת החוק בהרחבה ואת

18 ס' א(א) לחוק שיווי זכויות האישה.

19 בג"ץ הבוררות, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל.

20 משמעותה של החלטה המנוגדת להוראות חוק שיווי זכויות האישה היא התעלמותו של בית הדין השרעי מהוראת חוק המופנית אליו. התעלמות כזו מצדיקה את התערבותו של בג"ץ בהחלטת בית הדין השרעי (שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ארבל).

21 שם, פס' 22-25 לפסק דינה של השופטת ארבל.

22 שם, פס' 25-26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

חריגיו של החוק בצמצום.<sup>23</sup> אחד החריגים בחוק שיווי זכויות האישה בא לידי ביטוי בסעיף 7(ג) לחוק, הקובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים". השופט ארבל קובעת כי החריג לא חל, מאחר שבורר או בוררת אינם תפקידים דתיים. בהסתמכה על מאמרו של המלומד מוסה אבו-רמאדאן<sup>24</sup> מדגישה ארבל כי "הבוררים [...] אינם נדרשים להכרה כלשהי של הדין הדתי, כישורים, הבנה או הסמכה בדין זה. אין להם כל מקצועיות או מיומנות בהפעלת הדין הדתי [...] יתרה מכך, הבוררים אינם נדרשים להפעיל את הדין הדתי במסגרת תפקידם. כל שעליהם לעשות הוא לפעול בהתאם להוראות הסעיף – לנסות להביא את בני הזוג לכדי פיוס, ואם אין בידם לעשות זאת, עליהם לפסוק גירושין תוך קביעה באיזה צד האשם, ומה יהיה גובה המוהר בהתאם לכך. כאשר הם נתקלים בבעיה כלשהי עליהם לפנות לקבלת הוראות מבית הדין השרעי".<sup>25</sup>

תוצאת פסק הדין מבורכת מאוד בעיניי.<sup>26</sup> ואולם, לדעתי, חוק שיווי זכויות האישה לא היה צריך למלא תפקיד כה מרכזי בפסק הדין בבג"ץ הבוררת. מוטב היה לתת נוסף עליו, או אפילו במקומו, במה מרכזית לזכות לתרבות של העותרת. אסביר את טענתי בשלב זה בקצרה, ואפרט אותה בפרקים הבאים של המאמר. הוויכוח המרכזי בבג"ץ הבוררת הוא על מעמדן של נשים מוסלמיות בדת ובתרבות המוסלמית בישראל. מוסלמים הנם קבוצת מיעוט מובהקת בישראל. הסמכויות שניתנות לבתי הדין השרעיים הן חלק ממערך הזכויות הקבוצתיות המגנות על קבוצת המיעוט המוסלמית ומאפשרות לה להתקיים לצד קבוצת הרוב היהודית.<sup>27</sup> נשים מוסלמיות, המצויות במצב נחות מגברים בכל הקשור לעניינים דתיים ולענייני המעמד האישי,<sup>28</sup> הן קבוצת מיעוט בתוך מיעוט. אין ספק כי תוצאת פסק דין בבג"ץ הבוררת משפרת

- 23 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 24 Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel* (1992–2006), 13 ISLAMIC L. & SOC. 242, 264–265 (2003); בג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4, פס' 41 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 25 דברי השופטת ארבל, שם.
- 26 ניתן לטעון מנגד כי החלטה זו חודרת באופן קשה לאוטונומיה השיפוטית של בית הדין השרעי, ולכן אינה מבורכת. ואולם, מאחר שלדעתי חשוב שבג"ץ יתערב בהחלטותיהם של בתי דין דתיים, בעיקר כדי לשמור על זכויותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים, ומאחר שממילא בג"ץ מתערב לעתים רחוקות בהחלטותיהם של בתי דין דתיים (ראו שם, פס' 19–20 לפסק דינה של השופטת ארבל), אינני חושבת שטענה זו חזקה במיוחד (בהקשר זה טוען אמנון רובינשטיין, בצדק, כי על בתי המשפט לקחת חלק פעיל בתהליכי עיצוב המדיניות בעניינים דתיים ותרבותיים הואיל ו"שאלות רב-תרבותיות נוגעות באינטרסים היסודיים ביותר של הפרט...". ראו אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד: ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל 62 (2017)).
- 27 קרייני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 73; סבן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 609.
- 28 ח'אולה אבו-בקר "ריבוי משמעויות של פמיניזם כדוגמה לחינוך לרב-תרבותיות: פמיניזם של נשים ערביות כחקר מקרה" חינוך בחברה רבת תרבויות: פלורליזם ונקודות מפגש בין שסעים תרבותיים 187, 187–192 (פנינה פרי עורכת, 2007); פייסל עזאיה, ח'אולה אבו-בקר, רחל הרץ-



את מעמדן של נשים מוסלמיות בתוך קבוצת המיעוט המוסלמית. תוצאה זו הושגה בעקבות פרשנות מרחיבה של תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה על בית הדין השרעי. בכך מצטרף פסק דין בבג"ץ הבוררת לשיח האקדמי הדומיננטי, הממשיג בעיות של מיעוטים בתוך מיעוטים כקונפליקט בין שתי זכויות: הזכות לחופש הדת או הזכות לתרבות של קבוצת הרוב הדומיננטית בתוך קבוצת המיעוט,<sup>29</sup> המעוניינת בשימור פרקטיקות תרבותיות מסוימות, אל מול זכויות אינדיבידואליות של חברי המיעוט בתוך המיעוט, כגון הזכות לשוויון, המבקשים לשנות פרקטיקות אלה או לקרוא עליהן תיגר. דרך ניתוח זו נקראת גם ה"גישה הדומיננטית" או ה"גישה השיפוטית".<sup>30</sup>

טענתי המרכזית היא שבית המשפט היה יכול להגיע לתוצאה מעשית דומה, המחזקת את מעמדן של נשים באסלאם בכלל ובבית הדין השרעי בפרט, אילו עשה שימוש בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט במקום בזכות לשוויון או נוסף עליה. הערך הטמון בהסתמכות על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט הוא בעל משמעות סמלית-אקספרסיבית. בעוד הזכות לשוויון וחוק שיווי זכויות האישה מוחלים על בית הדין השרעי מ"בחוץ" ונתפסים כערכים חיצוניים הנאכפים על תרבות המיעוט המוסלמי, הרי שהזכות לתרבות נתפסת כמגנה על תרבות המיעוט ועל הערכים שבה. כאשר גם טענותיו של המיעוט בתוך המיעוט חוסות בצילה של הזכות לתרבות, מאבקו אינו נתפס כמאבק חיצוני בין קבוצת המיעוט לקבוצת הרוב, אלא כמאבק פנימי לגיטימי בין חברי המיעוט על משמעות הערכים והפרקטיקות של תרבות המיעוט, המשותפים לכל החברים המזדהים או מזוהים אִתָּה.

טענתי נסמכת על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט. דיון על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט מצריך דיון מושגי מקדמי על הזכות לתרבות. לכך יוקדש הפרק הבא של המאמר.

לזרוביץ ואסעד גאנם "מבוא" נשים ערביות בישראל: תמונת מצב ומבט לעתיד (פייסל עזאיזה, ח'אולה אבו-בקר, רחל הרץ-לזרוביץ ואסעד גאנם עורכים, 2009).

29 בית הדין השרעי לא טען במפורש במקרה זה לזכות לתרבות או לזכות לחופש הדת, אולם כפי שאסביר בהמשך המאמר, זו הדרך הנכונה לדעתי להמשיג את טענותיו במסגרת שיח של זכויות. גישה זו מזוהה עם סוזן אוקין מולר, מרתה נוסבאום, צ'נדראן קוקטאס וג'ף ספינר הלב (לסיכום גישה זו ראו Avigail Eisenberg, *Identity and Liberal Politics: The Problem of Minorities within Minorities*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY (2005) Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 249, 251-256). אן פיליפס כינתה את הגישה המאזנת בין הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט והזכות לשוויון של המיעוט בתוך המיעוט בשם "הגישה השיפוטית": Anne Phillips, *Dilemmas of Gender and Culture: The Judge, the Democrat and the Political Activist*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY 113, 115 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005).

### ג. הזכות לתרבות – זכותם של כל חברי קבוצת המיעוט בטוב השתתפותי

תביעות של חברי קבוצות מיעוט בחברות רבות-תרבותיות נתפסות לעתים קרובות כתביעות בנוגע ל"זכות לתרבות", "זכויות קבוצתיות", "זכויות קיבוציות" או "זכויות קולקטיביות".<sup>31</sup> למען האחידות והבהירות, אתייחס למונחים אלה כבעלי משמעות זהה של "טענות לזכות לתרבות". המונח "תרבות" מתייחס במאמר זה לכל סוגי התרבויות – כאלה שחבריהן מזדהים עם דת, לאום, מוצא, שפה או כל סממן תרבותי משותף אחר. פרטים חולקים תרבות משותפת כאשר

31 הזכות לתרבות מוגדרת בספרות כזכות המגנה על קבוצות מיעוט בלבד. ההנחה היא כי רק קבוצות מיעוט שתרכותן פגיעה יותר מתרבותה של קבוצת הרוב זקוקות להגנתה של הזכות לתרבות מלכתחילה. ראו למשל Will Kymlicka, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP* 107–130 (1996); Margot E. Salomon, *Socio-Economic Rights as Minority Rights*, in *UNIVERSAL MINORITY RIGHTS* 431 (Marc Weller ed., 2007); Denise G. Réaume, *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*, 38 U. T. L.J. 1, 8 (1988); Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J. L. & JURIS. 315 (1991); Michael McDonald, *Questions about Collective Rights*, in *LANGUAGE AND THE STATE: THE LAW AND POLITICS OF IDENTITY* 3 (David Schneiderman ed., 1991); Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOC. RESEARCH 491 (1994); James W. Nickel, *Group Agency and Group Rights*, in *ETHNICITY AND GROUP RIGHTS* 235 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997); Yael Tamir, *LIBERAL NATIONALISM* 42 (1993); Ayelet Shachar, *MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS* 22–23 (2001); Dwight Newman, *Collective Interests and Collective Rights*, 49 AM. J. JUR. 64 (2004); Gidon Sapir, *Religion and State – A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 625–664 (1999); Gidon Sapir & Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does not Include Freedom from Religion*, 24 L. & PHIL. 467, 478–484 (2005); Barak Medina, *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services*, 39 ISR. L. REV. 127, 137 (2006); Avihay Dorfman, *Freedom of Religion*, 21 CANADIAN J.L. & JUR. 279, 287–289 (2008); Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute and the Right to Exclude: A New Perspective on Minorities within Minorities*, 28 RATIO JURIS 521 (2015); אילן סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 261–260 (2002); איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" עלי משפט ג 463 (2003); קרייני, לעיל ה"ש 13; דניאל סטטמן וגרעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 15–19 (2004); גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח 155, 178–179 (2005); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191 (2010); יואב המר "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" משפט וממשל יד 149 (2012). לדעה שלפיה הזכות לתרבות עומדת לכל קבוצה תרבותית, אך מועצמת ביחס לקבוצת מיעוט, ראו את דבריה של השופטת ארבל בבג"ץ רובינשטיין בעניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 1, פס' 62 לפסק דינה של השופטת ארבל. לדעות דומות ראו גם יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית" משפט וממשל ו 87 (2001); גרשון גונטובניק הפליה בדיוק וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 96 (2014).

הם נחשפו, ועודם נחשפים, למערכת ערכים משותפת המעצבת, בעוצמות ובהיקפים משתנים, את עולמם החברתי.<sup>32</sup> כך, למשל, דת מובנת בהקשר זה לא רק כאמונה אינדיווידואלית, אלא גם כדרך חיים שאנשים יוצרים ונהנים ממנה במשותף.<sup>33</sup> מאחר שדת מובנת כמסגרת תרבותית,<sup>34</sup> לא אתיחס אליה כאל מסגרת שונה ממסגרות תרבותיות מקיפות שאינן דתיות.<sup>35</sup> מאותה סיבה, גם הזכות לחופש הדת מובנת במאמר זה כנגזרת של הזכות לתרבות.<sup>36</sup> בכתיבה המושגית העוסקת בזכויות קבוצתיות ניתן לזהות שתי גישות. הגישה הראשונה ממשגה זכות קבוצתית כזכות הניתנת בידיה של קבוצה המהווה ישות קולקטיבית, ואילו הגישה השנייה ממשגה זכות קבוצתית כזכות הניתנת בנפרד לכל אחד מחברי קבוצה מסוימת, כיחידים החולקים טוב קולקטיבי משותף.<sup>37</sup> הגישה הראשונה מתמקדת בקבוצה המחזיקה את הזכות (the right's holder). היא מניחה שהקבוצה שמחזיקה בזכות משקפת אינטרסים כלל-קבוצתיים, שערכה עולה על סך כל הערכים של פרטים המזוהים ומזדהים אתה ושהוא אינו תלוי בהם בהכרח. הגישה השנייה, לעומת זאת, מתמקדת בטוב הקולקטיבי המוגן על ידי הזכות. ערכו של הטוב והסיבות להגנה עליו נגזרים במישרין מהאינטרסים של הפרטים החולקים אותו במשותף ורואים בו ערך ראוי להגנה. אני אאמץ את הגישה השנייה, שמשתי סיבות מתאימה יותר לטיפול בנושא המיעוט בתוך המיעוט. ראשית, העובדה שהיא דוחה את קיומה של ישות קולקטיבית המחזיקה את הזכות עולה בקנה אחד עם העיקרון הליברלי של אינדיווידואליזם מתודולוגי, שלפיו תרבות אינה

- 32 הגדרה זו לקוחה מתוך PATTEN, לעיל ה"ש 9.
- 33 Alvin J. Esau, *Islands of Exclusivity: Religious Organizations and Employment Discrimination*, 33 U.B.C. L. REV. 719, 727 (2000); Peter G. Danchin, *Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law*, 33 YALE J. INT'L L. 1, 47 (2008).
- 34 כאן אני מאמצת את הספרות האנתרופולוגית שמתייחסת לדת כאל מסגרת של סמלים ציבוריים המהווה תרבות מקיפה. ראו Clifford Geertz, *Religion as a Cultural System*, in THE INTERPRETATION OF CULTURES 87 (1973).
- 35 גישתי בעניין זה זהה לגישתם של סטממן וספיר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 16.
- 36 Sapir, לעיל ה"ש 31, בעמ' 625–641; Medina, לעיל ה"ש 31, בעמ' 137.
- 37 ראו סיכום של שתי הגישות אצל לסלי גרין (Green, לעיל ה"ש 31). שתי גישות אלה קשורות לשיח מרכזי יותר בפילוסופיה בנוגע לדרך הנכונה להבין זכויות כמגנות על אינטרסים של בעלי הזכויות או על הבחירה של בעלי הזכויות (Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL'S GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William Edmundson eds., 2005)). הגישה השנייה משקפה על תרבויות מנקודת מבט ליברלית ומניחה כי פרטים בתרבויות שונות שותפים שווים ליצירת הטוב, וחשוב מכך – נהנים ממנו במשותף. המציאות מלמדת כמובן כי בישראל, ובעולם בכלל, יש תרבויות לא-ליברליות, שבהן הפרט אינו מוגדר כשותף שווה. ואולם, כפי שאסביר להלן, הבנה כזו של תרבות אינה עולה בקנה אחד עם מסגרת הזכויות הליברלית שאליה אני מחויבת במאמר זה.

יותר מסך המטרות המשותפות של חבריה;<sup>38</sup> שנית, הגישה השנייה מכירה גם באופי הקולקטיבי של הטוב מושא הזכות, היינו תרבות, ובכך שהוא מצריך הגנה מצד המדינה השונה מזו שמצריכים טובים המוגנים על ידי זכויות אינדיווידואליות קלסיות. התפיסה השנייה של הזכות לתרבות, כלומר התפיסה של טובים קולקטיביים, מחייבת אותנו לבחון את אופיו של הטוב, או האינטרס שעליו מגנה הזכות, כדי להחליט אם מדובר בזכות קבוצתית לתרבות. השאלה היא אפוא: אילו טובים או אינטרסים מוגנים על ידי זכות קבוצתית לתרבות? דניז ראום טוענת כי יש טוב קולקטיבי מסוג מסוים שיכול להיות מוגן רק על ידי זכות קבוצתית לתרבות. ראום מכנה אותו 'טוב השתתפותי' ומגדירה שני תנאים מצטברים לקיומו. התנאי הראשון הוא שניתן יהיה לייצר את הטוב רק על ידי קבוצה של אנשים; התנאי השני הוא שלטוב יהיה ערך רק בגלל מעורבות הקבוצה בו. במילים אחרות, התנאי השני הוא שניתן יהיה ליהנות מהטוב או להפיק ממנו ערך רק בקבוצה.<sup>39</sup> האופי ההשתתפותי של הטוב הופך את הזכות המגנה עליו לזכות קבוצתית.<sup>40</sup> ההגדרה של ראום לטוב השתתפותי מניחה שינוי והתפתחות. אם טוב השתתפותי מיוצר רק על ידי קבוצה של פרטים וניתן להפיק ממנו ערך רק בקבוצה, ההנחה היא שברוב המקרים אין מדובר באובייקט בעל ערך ומאפיינים קבועים בהכרח. תרבויות מיעוט מוגנות על ידי זכויות משפטיות לא בשל היותן אובייקטים קבועים בעלי ערך אסתטי לאנושות כולה, אלא בגלל החשיבות שלהן בעיני הפרטים הספציפיים המזוהים ומזדהים אתן.<sup>41</sup> תרבות וערכים תרבותיים

38 לסקירה של הוויכוח על אודות אינדיווידואליזם מתודולוגי בהשוואה לקולקטיביזם ראו Joseph Heath, Methodological Individualism, in The STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2005), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2005/entries/methodological-individualism>. יוסף אגסי טוען שגישה המשייכת אינטרסים לקבוצות שאינם ניתנים לרדוקציה לאינטרסים של כל פרט המזוהה עם הקבוצה אינה מוצדקת מנקודת מבט ליברלית. ראו Joseph Agassi, *Methodological Individualism*, 11 BRITISH J. SOCI. 244 (1960). לוויכוח בנוגע לאינדיווידואליזם מתודולוגי וקולקטיביזם בהקשר של זכויות קבוצתיות ראו Green, לעיל ה"ש 31, בעמ' 319–320. אמנון רובינשטיין מזהה את הגישה הקהילתנית כזו שהצמיחה את הרעיון לפיו לישויות קבוצתיות יש קיום עצמאי ואינטרסים משל עצמן, ואת הגישה הליברלית כמי שהצמיחה את רעיון ההומניזם הליברלי, לפיו חשיבותן המוסרית של קבוצות תרבותיות נובעת רק מחשיבותן ותרומתן לאינטרסים של האינדיווידואלים המרכיבים אותן. ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 64–65.

39 Réaume, לעיל ה"ש 31.

40 עם זאת חשוב לציין כי ראום אינה מציעה הגדרה כללית של הזכות לתרבות. היא אינה טוענת כי רק זכות המגנה על טוב השתתפותי היא זכות לתרבות, אלא כי טוב השתתפותי יכול להיות רק מוגן רק על ידי זכות לתרבות. באותו אופן גם אני איני מציעה הגדרה כללית של זכות לתרבות. אני בוחרת בהגדרה של ראום מאחר שהיא מספקת דרך טובה להבין את הזכות לתרבות ללא צורך להתעמק בשאלות בדבר הזהות של הקבוצה המחזיקה בזכות לתרבות. כפי שהסברתי, עיסוק בשאלות כאלה מרחיק אותנו מן המסגרת הכללית של זכויות אדם במסגרת הליברלית.

41 Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, DISSENT 67, 74 (1994); Denise G. Réaume, *Justice between Cultures: Autonomy and the Protection of Culture Affiliation*, 29

אינם אובייקט קבוע שאינו ניתן לשינוי. בבסיס ההגנה על הזכות לתרבות מצויה ההנחה שכל אחד מחברי המיעוט יכול להשפיע על תוכני התרבות ועל הפרקטיקות הדומיננטיות שבה.<sup>42</sup> לכן, ניתן להניח שחברי קבוצות מיעוט תרבותיות (כולל חברי המיעוט בתוך המיעוט) זכאים להגנה של הזכות לתרבות גם אם הם מבקשים לשנות את הנורמות והערכים הדומיננטיים בתרבותם או לשפרם.

#### ד. הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט בבג"ץ הבוררת ובעניינים משפטיים אחרים

התפיסה של הזכות לתרבות המגנה על טוב השתתפותי של תרבות, שכל חברי קבוצת המיעוט שותפים ליצירתו, להנאה ממנו ולשינויו, תשמש כנקודת מוצא לטענותי המרכזית במאמר זה. טענותי נוגעת למיעוטים בתוך מיעוטים המבקשים לחלוק על פרקטיקות ונורמות דומיננטיות בתרבות המיעוט, לאתגרן ולשנות אותן, כך שהן ישקפו באופן שוויוני את תפוסותיהם של כל חברי המיעוט.<sup>43</sup> מדובר בטענות ביקורתיות של חברי מיעוטים תרבותיים כלפי פרקטיקות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט שלהם, המבקשות להשפיע על הדרך שבה תרבות המיעוט מעוצבת ולשנות נורמות שנויות במחלוקת בעיניהם.

טענתה של העותרת בבג"ץ הבוררת היא לדעתי דוגמה טובה לטענה מהסוג הזה. העותרת לא השלימה עם הפרקטיקה המקובלת בישראל, שלפיה ממונים רק גברים לתפקיד של בוררים בהליכים המתנהלים בפני בית הדין השרעי. בקשתה למנות בוררת מטעמה היא לאמתו של דבר בקשה לשנות את הפרקטיקה המקובלת בקרב חברי קבוצת המיעוט שאליה היא משתייכת, כך שתשקף גם את ערכיהן של נשים וצורכיהן הייחודיים. העותרת לא ביקשה אפוא "לצאת" או להתנתק מקבוצת המיעוט שאליה היא משתייכת. היא ביקשה לשנות את תרבות המיעוט

U.B.C. L. REV. 117, 129 (1995); Ayelet Shachar, *On Citizenship and Cultural Vulnerability*, 21 POL. THEORY 64, 72 (2000); Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495, 509–523 (2001); Yaacov Ben-Shemesh, *Law and Internal Cultural Conflicts*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 271, 285 (2007). ייתכנו כמובן מקרים נדירים שבהם הפרטים המרכיבים קבוצה תרבותית ייצרו טוב השתתפותי, בעל מאפיינים זהים, באופן חזרתי וסיסטמטי. ואולם, מה שחשוב הוא שההגדרה של טוב השתתפותי אינה מניחה שהוא ראוי להגנה רק במקרים שבהם יש לו ערך קבוע וחזרתי. הוא ראוי להגנה בגלל החשיבות שלו בעיני הפרטים המזוהים אתו. טיעונים בנוגע לחשיבותן של תרבויות בעיני הפרטים המזוהים אתן בדרך כלל מדגישים את הערך של תרבות לקידום האוטונומיה והזהות התרבותית של פרטים אלה (הכתיבה בנושא זה ענפה. לסיכום טיעונים אלה ראו מיטל פינטו "על זכויות שפה והגירה" משפט וממשל י' 223, 247–255 (2006)).

42 גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42.

43 הספרות האקדמית מכנה טענות אלה בשם "דעת המיעוט התרבותי". ראו Sunder, לעיל ה"ש 41.

ולהתאימה כך שתכלול גם את השקפת עולמן וצורכיהן של נשים. היינו, העותרת בבג"ץ הבוררת תבעה את זכותה להגן על הטוב ההשתתפותי של תרבות המיעוט כפי שהיא מבינה אותה. ובכל זאת, אף על פי שהעותרת ביקשה לאתגר פרקטיקה דומיננטית בתרבות שאתה היא מזדהה ואליה היא משתייכת, טענותיה המשפטיות הומשגו במונחים חיצוניים לתרבות המיעוט.

טענתי היא לכן כי במקרים משפטיים מהסוג של בג"ץ הבוררת יש להבין את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים של הזכות לתרבות – אותה תרבות המהווה טוב השתתפותי שאותו הם יוצרים וחולקים יחד עם חברי קבוצת הרוב בתוך המיעוט. במילים אחרות, הגם שטענת העותרת מנוגדת לטענותיו של בית הדין השרעי, טענותיהם של שני הצדדים ראויות לבוא במסגרתה של הזכות לתרבות, מכיוון שזכות זו מגנה על התרבות המוסלמית ששייכת לעותרת בדיוק כפי שהיא שייכת לבית הדין השרעי ולחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט המוסלמי. הזכות לתרבות אינה צריכה אפוא להיות מאוזנת עם זכות העותרת לשוויון, משום שתרבות המיעוט, שהזכות לתרבות מגנה עליה, שייכת לעותרת בדיוק כפי שהיא שייכת למשיבים.<sup>44</sup>

טענתה של העותרת בבג"ץ הבוררת דומה במהותה לטענות נוספות שעלו מצד מיעוטים בתוך מיעוטים, אשר הובאו לפתחם של בתי המשפט בישראל. אתיחס אליהן בהמשך המאמר. בחלק זה אתרכז במקרה אחד, שעניינו הפרדה בין תלמידות מזרחיות לתלמידות אשכנזיות בבית הספר היהודי חרדי "בנות יעקב" שבעמנואל.<sup>45</sup> ההשוואה בין בג"ץ הבוררת לבין עניין בנות יעקב תדגיש את הדמיון בין טענות של מיעוטים בתוך מיעוטים המובאות לפני בתי המשפט בישראל, את הצורך להמשיגן במונחי הזכות לתרבות ואת היתרון הטמון בכך. "בנות יעקב" הוא בית ספר דתי-חרדי הפועל תחת רישיון ממשרד החינוך ומסובסד על ידי המדינה, אך אינו חלק ממערכת בתי הספר הציבוריים במדינה. בית הספר הציע שני מסלולים חינוכיים שונים: המסלול החסידי והמסלול הכללי. המסלול החסידי נחשב יוקרתי יותר. הוא שכן באגף נפרד של בית הספר, מגרש המשחקים שהשתייך אליו היה נפרד גם הוא, ולימדו בו מורים שלא לימדו במסלול הכללי. בין שני המסלולים הפריד קיר. 73% מהנערות במסלול החסידי היו ממוצא אשכנזי, ורק 27% מהן היו ממוצא מזרחי או ספרדי. במסלול הכללי היו רק 23% מהבנות ממוצא אשכנזי וכל השאר ממוצא מזרחי או ספרדי. נוסף על ההפרדה

44 דעתי בבג"ץ הבוררת מתיישבת עם דעתם של מלומדים אחרים, שחושבים שמקרים שבהם מיעוטים בתוך מיעוטים מבקשים לשנות או לאתגר נורמות ופרקטיקות בתרבות המיעוט שלהם אינם צריכים להיות מובנים במונחים של הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט אל מול הזכות לשוויון של המיעוט בתוך המיעוט. לדעות המלומדים, ראו Sunder, לעיל ה"ש 41, בעמ' 535–542; Ben-Shemesh, לעיל ה"ש 41, בעמ' 275.

45 פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 6.

הגאוגרפית בין המסלול הכללי למסלול החסידי נכפה סגנון התפילה האשכנזי על הבנות המזרחיות או הספרדיות המעטות שהתקבלו למסלול החסידי. העותרת היא אגודת "נוער כהלכה" – ארגון ללא מטרת רווח שמטרתו למגר את מדיניות האפליה בחינוך החרדי. העותרת הגישה עתירה כנגד מה שהיא כינתה "מדיניות מפלה" של בית ספר "בנות יעקב" בעמנואל. העותרת טענה כי ההורים הספרדים נדרשים לשלם תשלום חודשי נוסף כדי שבנותיהן יוכלו ללמוד במסלול החסידי, וכי מוערמים קשיים ביורוקרטיים על ההורים המזרחיים המעוניינים לרשום את בנותיהם למסלול החסידי. העותרת הדגישה כי ההפרדה ומאפייניה משפיליים את התלמידות המזרחיות ואת הוריהן.<sup>46</sup>

בית הספר ניסה להצדיק את ההפרדה בין שני המסלולים בטענה שהיא מתבצעת על רקע דתי ולא על רקע עדתי. הפרדה מסוג זה מוגנת, לטענת בית הספר, על ידי הזכות לחופש הדת, אשר מאפשרת לקהילת מיעוט תרבותית אוטונומיה חינוכית.<sup>47</sup>

בחודש אוגוסט 2009 קיבל בית המשפט העליון את העתירה. השופטים אדמונד לוי, חנן מלצר ועדנה ארבל הורו לבית הספר לבטל בתוך שבוע את ההפרדה בין המסלולים. אמנם איש מהשופטים לא התייחס במפורש למונחים "זכויות קבוצתיות", "זכויות קיבוציות" או "זכות לתרבות", אך כל השופטים פירשו את הזכות לחינוך דתי ואת הזכות לחופש הדת כביטויים של הזכות לתרבות. כל השופטים הניחו אפוא, בצדק, כי הזכות לחינוך דתי, או הזכות לחופש הדת, עשויות לכלול את זכותם של חברי קהילה מסוימת להקים ולהפעיל בית ספר המייצג ומשקף את אורח החיים של תרבותם.<sup>48</sup> העובדה ששלושת השופטים הבינו את הזכות לחינוך דתי והזכות לחופש הדת כביטוי של הזכות לתרבות ניכרת גם באזכורים הרבים של ספרות אקדמית בנוגע לזכויות של מיעוטים תרבותיים במדינות רבות.<sup>49</sup>

שלושת השופטים ביססו את פסק דינם על הזכות לשוויון על מנת להצדיק את החלטתם לבטל את ההפרדה בין תלמידות אשכנזיות לתלמידות מזרחיות. הזכות לתרבות, כך טענו השופטים, צריכה להיות מאוזנת עם הזכות לשוויון של התלמידות המזרחיות, אשר הופרדו מן הבנות האשכנזיות או נאלצו להתפלל על פי הנוסח האשכנזי.<sup>50</sup> השופטים פסקו כי מכיוון שבית הספר "בנות יעקב" מנצל, תחת מעטה של הבדל דתי, את הזכות לחינוך דתי כדי להעמיק את האפליה בחברה הישראלית על ידי הפרדת מגזרים שונים של האוכלוסייה על רקע עדתי, הזכות לשוויון גוברת וההפרדה בין תלמידות מזרחיות לאשכנזיות צריכה להתבטל.

46 Yifat Bitton, *Finally, Our Own Brown!* (?), 45 *ISR. L. REV.* 267, 268 (2012)

47 פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 6, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

48 שם, בפס' 13–15 ו-20 לפסק דינו של השופט לוי, פסק דינה של השופטת ארבל ופס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

49 ראו שם, במיוחד את פסק דינו של השופט מלצר.

50 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט מלצר.



הגם שאני מסכימה עם תוצאת פסק הדין במקרה זה, סבורתני כי דרך הניתוח המשפטי של השופטים, המאזנת את הזכות לתרבות עם הזכות לשוויון, אינה מדויקת. דרך ניתוח זו היא אותה "גישה דומיננטית" או "גישה שיפוטית" שבאו לידי ביטוי בבג"ץ הבוררת.<sup>51</sup> הבה נתבונן שוב בפרשת עמנואל. להשקפתי, התלמידות המזרחיות בבית הספר "בנות יעקב" והוריהן מהווים קבוצת מיעוט בתוך קבוצת מיעוט של יהודים חרדים בישראל. אף על פי שהם אינם מהווים רוב במונחים מספריים, חרדים אשכנזים הם בכירור חברי הרוב בקרב המיעוט היהודי החרדי בישראל. הדבר בולט בשל העובדה שהמסלול החסידי, היוקרתי יותר, אכף תפילה בנוסח אשכנזי, ובשל העובדה שרוב הבנות במסלול זה אשכנזיות. במילים אחרות, העובדה שהמסלול החסידי, המזוהה עם חרדים אשכנזים, הוא המסלול הנחשק על ידי רוב חברי הקהילה החרדית – אשכנזים ומזרחים – היא אינדיקציה לכך שיהודים אשכנזים נתפסים כבעלי סטטוס גבוה יותר בתוך הקהילה החרדית, ובכך מהווים את הרוב הדומיננטי בקרב המיעוט החרדי במקרה זה.<sup>52</sup> טענתי שחרדים אשכנזים מהווים את קבוצת הרוב בתוך קבוצת המיעוט החרדית, ושחרדים מזרחים מהווים את קבוצת המיעוט בתוך המיעוט, עולה בקנה אחד עם העובדה שיהודים אשכנזים נחשבים לקבוצת רוב דומיננטית ויוקרתית גם באוכלוסייה הישראלית הלא-חרדית, בעוד יהודים מזרחים נחשבים לאחת הקבוצות המופלות והמוחלשות בישראל.<sup>53</sup>

בהנחה שהחרדים המזרחים מהווים מיעוט בתוך מיעוט, זכותם להיות חלק מהמסלול החסידי אינה צריכה להיתפס רק במושגים של זכותם לשוויון, אלא גם במושגים של זכותם לתרבות – אותה תרבות שהם חולקים עם חרדים אשכנזים.<sup>54</sup> החרדים המזרחים במקרה זה ביקשו לשנות את הנורמות והערכים בתרבות המיעוט החרדית, כך שתכלול ותשקף לא רק את האשכנזים, אלא גם את המזרחים. אם הזכות לתרבות נתפסת כזכות המגנה על טוב השתתפותי,

51 להרחבה בגישות אלה ראו לעיל ה"ש 30.

52 במקרה הספציפי של פרשת עמנואל, העובדה שהתלמידות המזרחיות מהוות קבוצת מיעוט בתוך מיעוט באה לידי ביטוי בכך שרובן באו מבתיים של חוזרים בתשובה, שמתקבלים בחשדנות על ידי קבוצת המיעוט החרדית (אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123, 126, 133–134 (2010)). העובדה שתלמידות מזרחיות מופלות גם בבתי ספר חרדיים אחרים (לטם פריי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט תרבות ופוליטיקה 195–198 (2013)) היא אינדיקציה נוספת לכך שהן מהוות מיעוט בתוך מיעוט.

53 Bitton, לעיל ה"ש 46, בעמ' 270–273.

54 לכאורה, ניתן לטעון כי החרדים המזרחים אינם חולקים תרבות משותפת עם החרדים האשכנזים, וכי שתי הקבוצות שונות זו מזו בתרבותן עד כדי כך שמדובר למעשה בתרבויות נפרדות. טענה זו אינה חזקה בעיניי. העובדה ששתי הקבוצות נכללות תחת הקטגוריה של "חרדים" ועונות להגדרות שונות שהוצעו בספרות לקטגוריה זו (ראו פריי-חזן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 133–139), והעובדה ששתי הקבוצות בכל זאת חולקות את אותו בית ספר בעמנואל, הן לדעתי אינדיקציה לכך שאין מדובר בקבוצות שתבותן שונה זו מזו באופן שמחייב לראות בהן שתי קבוצות.



הנוצר על ידי כל חברי המיעוט הנהנים ממנו במשותף, הרי שמסגרת ליברלית של זכויות אדם מחייבת אותנו לכך שלכל חברי המיעוט תהיה הזדמנות שווה ביצירת הנורמות, הערכים והמנהגים שאותם הם חולקים. העותרים מבקשים הזדמנות שווה להשפיע על הנורמות בתרבות שלהם, ולכן אין להבין את בקשתם כמנוגדת לזכות לתרבות של החרדים וככזו שצריכה להיות מאוזנת עמה. במילים אחרות, הזכות לתרבות מגנה על העותרים בדיוק כפי שהיא מגנה על המשיבים. הזכות לתרבות אינה צריכה אפוא להיות מאוזנת עם זכות העותרים לשוויון, משום שתרבות המיעוט, שהזכות לתרבות מגנה עליה, שייכת לעותרים בדיוק כפי שהיא שייכת למשיבים.

ניתוח משפטי זה, הממשיג את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחי הזכות לתרבות, נכון לדעתי לא רק לעניין הבוררת ולפרשת עמנואל, אלא גם למקרים משפטיים אחרים בישראל, שבהם ביקשו מיעוטים בתוך מיעוטים לאתגר או לשנות את הפרקטיקות הדומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט שאתה הן מזוהות. לא אוכל להתייחס אל מקרים אלה בפירוט במסגרתו של מאמר זה. ואולם, אבקש להזכיר אחד מהם בקצרה, על מנת לחזק את חשיבות הדיון המושגי על זכותם לתרבות של חברי המיעוט בתוך המיעוט. המקרה נוגע ל"נשות הכותל", אשר ביקשו, ועודן מבקשות, להתפלל ברחבת הכותל בקבוצה, בקול רם, כשהן עטופות בטליתות.<sup>55</sup> נשות הכותל דורשות את זכותן להתפלל ברחבת הכותל בדרך ששמורה בדרך כלל רק לגברים יהודים. חלקן לא ביקש לחדול מלהיות יהודיות דתיות אורתודוקסיות או לעזוב את הדת היהודית האורתודוקסית. בקשתן היא לשנות את הפרקטיקה היהודית האורתודוקסית הדומיננטית בעניין תפילה בכותל, הנותנת עדיפות ברורה לגברים, כך שתביא לידי ביטוי גם את קולן של נשים יהודיות דתיות המבקשות להתפלל בכותל בדרך. יש להבין את תביעתן כתביעה להשתתפות בהגדרת התרבות והזהות היהודית הדתית. הן אינן רוצות להתנתק מהתרבות היהודית האורתודוקסית, אלא להשפיע בדרך שלהן על פרקטיקה דומיננטית בתרבות זו.<sup>56</sup> בדומה לבג"ץ הבוררת, שם ביקשה העותרת לחדול מהמנהג של הדרת נשים בכל הקשור להליך הבוררות בבית הדין השרעי, מבקשות נשות הכותל לחדול מהמנהג של הדרת נשים ממנהגי התפילה בכותל.<sup>57</sup> כמו בבג"ץ הבוררת, גם עניינן של נשות הכותל הנו מאבק פנימי בתוך קבוצת מיעוט דתית.<sup>58</sup> כפי שבבג"ץ הבוררת העותרת קראה תיגר על ההגמוניה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט על פרשנותה של תרבות המיעוט המוסלמית

55 פרשת נשות הכותל, לעיל ה"ש 7.

56 פרנסס רדאי "תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל – סאגה בבית המשפט העליון" המשפט יג 401, 402–403 (2008).

57 שם, בעמ' 405–408.

58 להסברים דומים המציגים את מאבקן של נשות הכותל כמאבק פנימי של קבוצת מיעוט דתית ראו שם, בעמ' 409–410.

בענייני בורות בבית הדין השרעי, כך גם נשות הכותל קראו תיגר על ההגמוניה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט על פרשנותה של תרבות המיעוט היהודית הדתית האורתודוקסית.<sup>59</sup>

### ה. האיזון הנדרש בין הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט ובין הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט

כפי שהסברתי בפרק ד לעיל, במקרים הדומים במאפייניהם לבג"ץ הבוררת עלינו להימנע מלשקול את טענתה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט כטענה חיצונית לזכות לתרבות. במקרים כאלה, כאשר המיעוט בתוך המיעוט מעלה טענות בנוגע לרצון לשנות נורמות ופרקטיקות דומיננטיות בתרבות המיעוט או להשפיע עליהן, אין להבין טענות אלה במונחים של הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשוויון מול הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט. יש להבין טענות בנוגע לזכות של המיעוט בתוך המיעוט לתרבות – זו שהם חולקים עם קבוצת הרוב בתוך המיעוט.

בשלב זה עולה השאלה כיצד עלינו להכריע בטענה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט אל מול הטענה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט, כאשר שתי הטענות מובאות בשם הזכות לתרבות? כאשר יש בתוך קבוצת מיעוט תרבותית שתי תת-קבוצות החלוקות ביניהן ביחס לתוכן המשותף הרצוי של הערכים והמנהגים של תרבות המיעוט, כל תת-קבוצה נותנת משמעות שונה לטוב ההשתתפותי שבבסיס הזכות לתרבות. בדרך כלל, במקרים של מיעוטים בתוך מיעוטים, כגון בג"ץ הבוררת ופרשיות עמנואל ונשות הכותל, המיעוט בתוך מיעוט רוצה לשנות את הנורמות המקובלות בתרבות המיעוט, ואילו הרוב בתוך המיעוט מבקש לשמר אותן ולהדיר חברי מיעוט שמתנגדים להן או מבקשים לשנותן. במקרים כאלה עלינו לגזור מהזכות לתרבות, שמגנה על כל חברי קבוצת המיעוט, שתי זכויות שונות: הראשונה היא זכותו של המיעוט בתוך המיעוט לשנות ולעצב את הנורמות התרבותיות של קבוצת המיעוט; השנייה היא זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים

59 בשני המקרים גם מדובר בקריאת תיגר על הגמוניה דתית פרטריארכלית (שם, בעמ' 405). לכאורה יש הבדל מרכזי בין מאבקה של העותרת בבג"ץ הבוררת (לעיל ה"ש 4) לבין מאבקן של נשות הכותל. בעוד מאבקן של נשות הכותל הוא מאבק אלים המתנהל במרחב הציבורי של הכותל המערבי בירושלים, מאבקה של העותרת בבג"ץ הבוררת מתנהל בין כתליו של בית הדין השרעי. ואולם, ייתכן מאוד כי העובדה שמאבקן של נשות הכותל התנהל במקום ציבורי היא שגרמה לקבוצת הרוב בתוך המיעוט להגיב להן ביד קשה. כפי שמציינת פרנסיס רדאי, נראה שהתגובה של חברי קבוצת הרוב בתוך המיעוט למאבקן של נשות הכותל הייתה רדיקלית ואלימה במיוחד כדי להפגין את עליונות הגברים בדת היהודית האורתודוקסית ולהדגיש שהיא נוכחת גם במרחב הציבורי ואינה מוגבלת רק למרחב הפרטי של המשפחה ושל בתי הכנסת (רדאי, שם, בעמ' 411).

לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו.

כאשר קבוצת הרוב בתוך המיעוט מסרבת לחלוק טוב או טובים מסוימים עם חברי המיעוט בתוך המיעוט, אף על פי שאותם טובים יוצרו במשותף על ידי כל חברי קבוצת המיעוט, היא טוענת למעשה לזכותה להדיר. הדרה יכולה לבוא לידי ביטוי בכמה צורות. אציג שלוש מהן. בצורה הראשונה, חברי הרוב בתוך המיעוט שוללים מחברי המיעוט בתוך המיעוט את האפשרות להיות חברים באחד מהמוסדות התרבותיים שאתם מזוהה קבוצת המיעוט. דוגמה טובה לצורת ההדרה הראשונה נדונה בפרשת שקדיאל,<sup>60</sup> שעסקה באישה יהודייה דתייה (אורתודוקסית) שנבחרה להיות חברה במועצה הדתית של העיר ירוחם, אך שר הדתות ביטל את בחירתה בתואנה שנשים אינן יכולות לכהן בתפקיד זה. הרב של ירוחם ומועצת הרבנות הראשית בישראל טענו גם הם כי אישה אינה יכולה להיות חברה במועצה דתית, שכן הדין היהודי אוסר על כך.

בצורת ההדרה השנייה, חברי הרוב בתוך המיעוט מגבילים או מצמצמים באופן ניכר את האפשרות של חברי קבוצת המיעוט בתוך המיעוט ליהנות מטובים תרבותיים המזוהים עם קבוצת המיעוט ולהשפיע על תוכנם. פרשת עמנואל היא דוגמה מצוינת לצורה השנייה, מכיוון שהתלמידות המזרחיות בבית הספר "בנות יעקב" הן קבוצת מיעוט בתוך קבוצת מיעוט, וקבוצת הרוב האשכנזית בתוך המיעוט הגבילה את אפשרותן ליהנות מהטוב התרבותי היוקרתי של חינוך חרדי לפי הזרם החסידי. קבוצת הרוב האשכנזית גם חסמה את האפשרות של המיעוט המזרחי בתוך המיעוט החרדי להשפיע על תוכני הלימוד וסגנון התפילות בזרם היוקרתי של החינוך החסידי.

בג"ץ הבוררת הוא דוגמה מצוינת נוספת לצורת הדרה מהסוג השני. כאשר בית הדין השרעי סירב לקבל אישה כבוררת לצורך הליך גירושין או להכיר בה ככזו, הוא חסם בפני המיעוט הנשי בתוך המיעוט המוסלמי את האפשרות להשתתף ולקחת חלק אקטיבי בעיצובן של הנורמות הדתיות בבית הדין השרעי, שהוא מוסד מרכזי בתרבות המיעוט המוסלמית. כך גם נחסמה אפשרותן של נשים מוסלמיות להשפיע על פרשנות ויישום של ההלכה המוסלמית המרכזית לזהותן של המיעוט המוסלמי.

בצורת ההדרה השלישית, חברי הרוב בתוך המיעוט מנהיגים נורמות מפלות הפוגעות באוטונומיה של חברי המיעוט בתוך המיעוט ליהנות מטובים המיועדים לכלל החברה שבה הם חיים. פרשת רגן,<sup>61</sup> העוסקת בהפרדה בין נשים לגברים בתחבורה הציבורית, היא דוגמה טובה לצורת ההדרה השלישית. בפרשת רגן התנגדו העותרים לקיומם של קווי אוטובוס, שנקראו גם "קווי מהדרין", שבהם נדרשו נשים לעלות לאוטובוס מהדלת האחורית ולשבת רק בחלקו

60 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1987).

61 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011).

האחורי, בעוד גברים נדרשו לעלות בדלת הקדמית ולשבת רק בחלק הקדמי של האוטובוס.<sup>62</sup> פרשת קוליאן,<sup>63</sup> העוסקת באי-השוויון המובנה במפלגות חרדיות, שאינן מאפשרות לנשים להימנות עם חברותיהן, היא דוגמה טובה נוספת לצורת ההדרה השלישית. העותרת בפרשת קוליאן ביקשה להיבחר למועצת עיריית פתח תקווה, אך פנייתה להיכלל ברשימת מפלגת ש"ס סורבה. בעקבות זאת דרשה העותרת לשלול מימון של מפלגות שמונעות מנשים להיבחר לרשימות מועמדיהן לכנסת ולרשויות המקומיות, זאת לנוכח הפגיעה שלהן בזכותן של נשים להיבחר ובזכותן לשוויון. המפלגות החרדיות, לעומת זאת, טענו כי היעדר נשים ברשימותיהן נובע מגדרי ההלכה.<sup>64</sup>

השאלה היא איך לאזן במקרים כגון עמנואל, הבוררת, רגן ושקדיאל את זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט עם הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשנות את תרבות המיעוט? אבקש להציע כמה קווים מנחים שיש לשקול, לדעתי, במסגרת איזון זה. קווים אלה אמורים לסייע להעריך את משקלה של זכות הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.

בדומה לחוקרים אחרים בתחום, גם אני סבורה כי המשימה המרכזית בהקשר זה היא בחינת כנותה של הטענה שמעלה קבוצת הרוב בתוך המיעוט בנוגע לזכותה להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.<sup>65</sup> התביעה להדיר את המיעוט בתוך המיעוט בדרך כלל מוצדקת בשם ערכים ונורמות שהם לכאורה מרכזיים לתרבות המיעוט. בתי משפט ומקבלי החלטות אחרים אינם צריכים להבין טענות כאלה כפשוטן, כי פעמים רבות הן אינן נכונות. על בתי משפט ומקבלי החלטות מוטלת החובה לחקור אם פרקטיקות שנויות במחלוקת של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים מצד הרוב בתוך המיעוט הן באמת מרכזיות ומכריעות לזהות התרבותית של תרבות המיעוט הרלוונטית.

אציע כמה אינדיקציות שלדעתי יש לשקול במסגרת בדיקות מסוג זה. אינדיקציות אלה אינן בגדר רשימה סגורה או מספקת לצורך בדיקה אם פרקטיקות שונות של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים באמת מרכזיות לזהות התרבותית של קבוצת מיעוט מסוימת. ראשית, כדאי לחקור ולשאול אם יש בקרב קבוצת המיעוט מנהיגים המתנגדים להדרת מיעוטים בתוך מיעוטים בטענה שהערכים המרכזיים של התרבות אינם צריכים בהכרח להתפרש כמצדיקים הדרה של

62 ריקי שפירא רוזנברג מודרות למהדרין: הפרדה בין נשים לגברים במרחב הציבורי בישראל (המרכז לפלורליזם יהודי והתנועה הרפורמית, 2010).

63 בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2.10.2014).

64 שם, פס' 3-4 לפסק דינו השל השופט סולברג. בג"ץ דחה את העתירה בגלל עקרון הפרדת הרשויות וציין כי זוהי החלטה שנועדה לבית המחוקקים ולא לבית המשפט. בג"ץ ציין את טענתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל שר האוצר, שלפיה אין צורך בהתערבות בג"ץ בסוגיה זו לאור התיקון האחרון לחוק מימון הבחירות ברשויות המקומיות, שמעניק תוספת מימון (115% מימון) למפלגות ששליש מביין חברי המועצה שנבחרו מטעמן הן נשים (ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג וכן ס' 7(א)(3) לחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות), התשנ"ג-1993).

65 Eisenberg, לעיל ה"ש 30, בעמ' 256-262; Ben-Shemesh, לעיל ה"ש 41, בעמ' 304-308.

מיעוטים בתוך מיעוטים.<sup>66</sup> ייתכן, למשל, שקיימת אסכולה אחרת, או דרך פרשנות נוספת, מוכרת וידועה, בקרב קבוצת המיעוט, שאינה מחייבת הדרה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט. אם יש אסכולה כזו, או מנהיגים כאלה, הרי שעובדה זו מחלישה את זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.<sup>67</sup> כאשר באותה תרבות נהוגות פרקטיקות מתחרות שאינן מדירות, הטענה שלפיה התרבות בהכרח מחייבת את ההדרה נראית חלשה יותר. אינדיקציה כזו ניתן למצוא בבג"ץ הבוררת. בפסק הדין מצוין במפורש כי האסכולה החנאפית, שלפיה נהגו לפרש את המג'לה, מתירה מינוי של נשים לתפקיד של בוררות מטעם הצדדים בבית הדין השרעי.<sup>68</sup> העובדה שבקרב קבוצת המיעוט המוסלמית יש אסכולה מקובלת שאינה מחייבת הדרה של נשים מתפקיד בוררות מחלישה מאוד את טענתו של בית הדין השרעי, שלפיה למרות רצונה המפורש של האישה המתדיינת, לא ניתן למנות אישה שתייצג אותה בתפקיד בוררת. אילו איזן בית המשפט את זכות העותרת לשינוי תרבות המיעוט עם זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט, הוא היה מגיע למסקנה שזכותה של העותרת גוברת. כך, בית המשפט היה יכול להגיע לאותה תוצאה של חיוב בית הדין השרעי לקבל אישה לתפקיד בוררת מבלי להזכיר ערכים וזכויות הנתפסים כחיצוניים לתרבות המיעוט, כגון הזכות לשוויון. דרך חלופית אחרת היא לקבוע שהתוצאה של קבלת אישה לתפקיד בוררת מתחייבת גם מהזכות לשוויון וגם מהזכות לתרבות. שנית, בית המשפט צריך לשים לב לזמן שבו החל אקט ההדרה של המיעוט בתוך המיעוט. אמנם פרקטיקות עתיקות של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים עשויות להיות מדכאות בדיוק כמו פרקטיקות חדשות; ואולם, פרקטיקה של הדרה חדשה יחסית, שלא נהגה בעבר, תהיה חשודה ככזו המונעת משיקולים פוליטיים של מאבקי כוח בין חברי המיעוט או ממוטיבציות של דיכוי והכפפה של חברי המיעוט בתוך המיעוט, שאינן קשורות בהכרח לערכים תרבותיים. טענות בנוגע להצדקת פרקטיקה כזו בשם ערכים שהם כביכול מרכזיים לתרבות המיעוט תיחשבנה כנות פחות מטענות המצדיקות פרקטיקות ישנות יותר של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים. שלישית, בתי המשפט צריכים לבחון את האופן שבו הרוב בתוך המיעוט בוחר להדיר את המיעוט בתוך המיעוט. בפרשת רגן,<sup>69</sup> למשל, נטען כי ההפרדה בין גברים לנשים והדרישה שנשים תשבנה בחלק האחורי של האוטובוס הייתה מוצדקת על ידי נורמות דתיות המחייבות

66 שם, בעמ' 350–306.

67 ראו רימלט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 129–130.

68 בג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4, פס' 6 ו-37 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם את מאמרו של אבו רמדאן, שעליו מסתמכת השופטת ארבל: Abou Ramadan, לעיל ה"ש 24. האסכולה החנאפית מתירה גם מינוי של נשים לתפקיד השיפוטי של קאדיות. האסכולה החנאפית בלטה בנימוקיהם של חברי הוועדה לבחירת קאדים שרעים שהחליטה ביום 25.4.2017 למנות בפעם הראשונה אישה (עורכת הדין הנא ח'טיב) לתפקיד קאדית. ראו למשל את דבריו של חבר הכנסת עיסאווי פריג' שהיה מיוזמי המהלך בידיעה שהתפרסמה בעיתון: יאיר אלטמן "לראשונה בארץ: אשה תכהן כקאדית שרעית" ישראל היום 25.4.2017 [www.israelhayom.co.il/article/471225](http://www.israelhayom.co.il/article/471225) לעיל ה"ש 61.

נשים לצניעות ומגבילות את פעולותיהן למרחב הפרטי. גם אם נקבל הסבר זה, ראוי לשאול: מדוע נורמות דתיות אלה מחייבות דווקא את הנשים לשבת בחלק האחורי של האוטובוס? מדוע לא ניתן לבצע הפרדה הפוכה, שבה נשים יושבות בקדמת האוטובוס וגברים יושבים בחלקו האחורי? במילים אחרות, אין הכרח אמתי באופן הספציפי שבו הרוב בתוך המיעוט בחר להדיר את המיעוט בתוך המיעוט. נראה שבעניין רגן ניתן היה להגן על ערכי הצניעות וההפרדה בין נשים לגברים על ידי פרקטיקות אחרות, שאינן חקוקות בזיכרון ההיסטורי כמשפילות במיוחד.<sup>70</sup> העובדה שניתן לחשוב על צורות אחרות להגנה על ערכים תרבותיים או דתיים, כאלה שאינן מחייבות הדרה משפילה של המיעוט בתוך המיעוט, היא אינדיקציה לכך שצורת ההגנה הספציפית שקבוצת הרוב בתוך המיעוט בחרה כדי להגן כביכול על תרבות המיעוט אינה הכרחית. טענה שהזכות של הרוב בתוך המיעוט מחייבת צורת הדרה דווקא מהסוג הזה תיראה כנה פחות ותהיה חלשה יותר ביחס לטענת המיעוט בתוך המיעוט לזכות לשנות את תרבות המיעוט ולהשפיע עליה.

## 1. סיכום

דיני המשפחה בישראל, הנותנים כוח וסמכות בלעדית לבתי הדין הדתיים השונים בעניינים של נישואים וגירושים, מעניקים לקבוצות המיעוט השונות זכויות תרבותיות המאפשרות להן לשמור על המאפיינים הדתיים והתרבותיים הייחודיים להן. במאמר זה ביקשתי להבהיר כי הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית לא מפני שהיא ניתנת למנהיגי קבוצות מיעוט כדי שאלה יעשו בתרבות כרצונם וייעקו לתוכה תכנים ונורמות התואמים את השקפת עולמם הבלעדית. הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית מכיוון שהיא מגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו ובהנאה ממנו. במילים אחרות, הזכות לתרבות שייכת לכל חברי המיעוט ומגנה על הזכות של כולם לקחת חלק ביצירת תרבות המיעוט, בשינויה ובהתאמתה להשקפותיהם של כל חברי המיעוט.

בעקבות הנחה מושגית זו, ביקשתי להציע כי בתי המשפט יעשו שימוש בזכות לתרבות כשהם נתקלים בתביעות חברי מיעוט חלשים יותר בתוך קבוצת המיעוט, המהווים קבוצת

70 מכאן טענתם של הראל ושנרך שההפרדה בין נשים לגברים כשלעצמה אינה משפילה, אולם לדרך שבו היא מיושמת במציאות, כאשר הגברים יושבים בקדמת האוטובוס והנשים מאחור, יש סממנים משפילים כלפי נשים (אלון הראל ואהרון שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 85, 71 (2003)). לעמדה נגדית, שלפיה אין להתיר כלל הפרדה בין גברים לנשים בתחבורה ציבורית, גם כשהיא אינה כרוכה בהשפלה ראו אמנון רובינשטיין "החופש להסכים: כשאת אומרת כן למה את מתכוונת" הפרקליט נג ג 3, 9-10 (2013). עמדה דומה לעמדתו של רובינשטיין מביעות ביטון ותירוש, המתנגדות לכל צורה של הפרדה בין גברים לנשים מחשש להשרשת נורמות של מסגרות נפרדות בכל תחומי החיים בישראל. ראו יפעת ביטון ויופי תירוש "אסור להיכנע להפרדה" הארץ 20.3.2013 1971536 1.1971536 20.3.2013 [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.1971536](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.1971536)

מיעוט בתוך מיעוט. במקרים שבהם המיעוט בתוך המיעוט מבקש לשנות או לאתגר פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט, יש להמשיג את תביעתו במסגרת הזכות לשנות ולעצב את תרבות המיעוט. כאשר הרוב בתוך המיעוט מסרב ומגיב לבקשה לשינוי על ידי הדרה של המיעוט בתוך המיעוט, יש להבין את טענתו במסגרת הזכות להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות נורמות אלה.

פעמים רבות טוענים חברי הרוב בתוך המיעוט שדאגה לשלמותה ולהישרדותה של תרבות המיעוט היא שמניעה את סירובם לאפשר את שינוי הנורמות שהמיעוט בתוך המיעוט מבקש. רצוי שבתי המשפט יבחנו טענות כאלה בקפידה, על מנת לוודא שטענות הרוב בתוך המיעוט הן טענות כנות וכי לא עומדת בבסיסן מוטיבציה פוליטית או כוחנית שאין לה קשר הכרחי להגנה על תרבות המיעוט. בפרק האחרון של המאמר הצעתי שלושה פרמטרים לבחינת כנות טענתו של הרוב בתוך המיעוט.