



**כאשר השוויון מונח על שתי כפות המאזניים -
מקרה הבוחן של כיסוי הראש המוסלמי**

תמר הוסטובסקי־ברנדס

כרך כה, תשפ"ב

כאשר השוויון מונח על שתי כפות המאזניים – מקרה הבוחן של כיסוי הראש המוסלמי

תמר הוסטובסקי-ברנדס*

בשנים האחרונות נדרש בית הדין האירופי לזכויות אדם לשאלת חוקיותם של חוקים מדינתיים האוסרים עטיית כיסוי ראש. ככלל, בית הדין מסגר את השאלה המשפטית המתעוררת במקרים אלה כסוגיה של חופש הדת וההגבלות שמותר להטיל עליו. בהתאם, חלק משמעותי מהכתיבה האקדמית שניתחה את פסקי הדין הללו בחנה באופן ביקורתי את הפרשנות שנתן בית הדין לחופש הדת בכלל ולחופש הדת של נשים מוסלמיות בפרט. פגיעתו של האיסור בזכויות אחרות, כגון הזכות לחינוך והזכות לשוויון, נתפסה על ידי בית הדין, במידה רבה, כסוגיה משנית.

מאמר זה בוחן את הפגיעה בזכות לשוויון הגלומה באיסור העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים. המאמר טוען כי בפרשות העוסקות בנושא זה עקרון השוויון מונח על שתי כפות המאזניים, קרי, הן העותרות והן המשיבות מסתמכות עליו לצורך תמיכה בטענותיהן. מצב זה, כך אטען, אינו נובע בהכרח משימוש לרעה בעקרון השוויון, אלא מכך שכל אחד מהצדדים מתמקד בהיבט אחר של השוויון. בעוד טענותיהן של העותרות מסתמכות על הזכות הפרטנית לשוויון, המשיבות מתמקדות בשוויון כערך חוקתי. איסור העטייה של כיסוי ראש מהווה לכן מקרה בוחן לגורמה משפטית אשר עשויה לקדם היבטים מסוימים של עקרון השוויון אך לפגוע בהיבטים אחרים שלו.

מבוא

פרק א: פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא כיסוי הראש המוסלמי
פרק ב: עקרון השוויון בפסקי הדין בעניין לבוש מוסלמי נשי

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

1. משמעות הבחירה לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים והשלכתה על סוגיית הפגיעה בשוויון
2. חובתה של מדינה ליברלית כלפי נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט
3. היחס בין היבטיו השונים של עקרון השוויון

סיכום

מבוא

ההגנה על מיעוטים דתיים עמדה במוקד כתיבתו של פרופ' לרנר, אשר סבר כי הלקחים ההיסטוריים והפגיעות הנמשכות של מיעוטים אלה מחייבים את הקהילה הבין-לאומית להבטיח את ההגנה עליהם, בין היתר באמצעות המשפט הבין-לאומי.¹ כמה ממקרי הבוחן המעניינים והחשובים שהתעוררו באירופה בשנים האחרונות נוגעים בסדרה של חוקים מדינתיים, שנקבעו במדינות שונות, האוסרים על נשים מוסלמיות לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים במרחבים מסוימים או באופן גורף.² פסקי דין אלה נדונו לעומק בספרות האקדמית על ידי פרופ' לרנר ואחרים.³ כפי שציין פרופ' לרנר,⁴ הסוגיה של עטיית כיסוי ראש מהווה מקרה בוחן חשוב לגבולות הסובלנות ולאופן שבו מדינות אירופה מתמודדות עם האתגר הרב-תרבותי.

חוקים מדינתיים האוסרים עטיית כיסוי ראש הגיעו לפתחו של בית הדין האירופי לזכויות אדם (להלן: בית הדין) בכמה מקרים בשני העשורים האחרונים.⁵ בית הדין

1 ראו, בין היתר, Natan Lerner, *The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief*, 2000 B.Y.U. L. REV. 905; Natan Lerner, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance*, 13 Lerner, *How Wide the Margin of* (להלן: WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RES. 65 (2005) NATAN LERNER, GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN (Appreciation? INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 2003); NATAN LERNER, RELIGION, SECULAR BELIEFS AND HUMAN RIGHTS: 25 YEARS AFTER THE 1981 DECLARATION 76 (2006); NATAN LERNER, RELIGION, BELIEFS, AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS (2000).

2 לדין באיסורים אלה ראו Yaniv Roznai & Serkan Yolcu, *An Unconstitutional Constitutional Amendment – The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision*, 10 INT'L J. CONST. L. 175 (2012).

3 ראו, לדוגמה, Lerner, *How Wide the Margin of Appreciation?*, לעיל ה"ש 1; DOMINIC MCGOLDRICK, HUMAN RIGHTS AND RELIGION: THE ISLAMIC HEADSCARF DEBATE IN EUROPE (2006).

4 Lerner, שם.

5 אלה כוללים, בין היתר, את פסקי הדין *Leyla Şahin v. Turkey* (App. No. 44774/98), HUDOC (June 29, 2004) (להלן: *Case of Leyla Şahin*); Şahin v. Turkey, 2005-XI Eur. Ct. H.R. 173; Kurtulmus v. Turkey, 2006-II Eur. Ct. H.R. 297; Dahlab v. (Şahin); עניין (להלן: עניין Şahin).

מסגר את השאלה המשפטית המתעוררת במקרים אלה כסוגיה של חופש הדת וההגבלות שמותר להטיל עליו. בהתאם, חלק משמעותי מהכתיבה האקדמית שניתחה את פסקי הדין הללו בחנה באופן ביקורתי את הפרשנות שנתן בית הדין לחופש הדת בכלל ולחופש הדת של נשים מוסלמיות בפרט. פגיעתו של האיסור בזכויות אחרות, כגון הזכות לחינוך והזכות לשוויון, נתפסה על ידי בית הדין, במידה רבה, כסוגיה משנית.⁶ מאמר זה בוחן את הפגיעה בזכות לשוויון הגלומה באיסור העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים. המאמר טוען כי בפרשות העוסקות בנושא זה עקרון השוויון מונח על שתי כפות המאזניים, קרי, הן העותרות והן המשיבות מסתמכות עליו לצורך תמיכה בטענותיהן. מצב זה, כך אטען, אינו נובע בהכרח משימוש לרעה בעקרון השוויון, אלא מכך שכל אחד מהצדדים מתמקד בהיבט אחר של השוויון. איסור העטייה של כיסוי ראש מהווה לכן מקרה בוחן לנורמה משפטית אשר עשויה לקדם היבטים מסוימים של עקרון השוויון אך לפגוע בהיבטים אחרים שלו.

העותרות בפסקי הדין אשר יידונו להלן טענו כי איסור העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים פוגע בכמה זכויות, אשר משתנות בהתאם למרחב שבו האיסור חל. זכויות אלה כוללות את חופש הדת, וכאשר האיסור מוחל בבתי ספר או במוסדות להשכלה גבוהה – גם את הזכות לחינוך. נוסף על כך טענו העותרות כי האיסורים פוגעים בזכותן לשוויון. המשיבות, לעומתן, טענו כי איסור העטייה של כיסוי ראש נועד להגן על ערכים דמוקרטיים בסיסיים, ביניהם גם עקרון השוויון. אף ששני הצדדים גייסו את עקרון השוויון לתמיכה בטענותיהם, אופי הפגיעה שכל אחד מהם טען לה היה שונה. כך, בעוד שהעותרות טענו לפגיעה בזכותן הפרטנית לשוויון, המשיבות הצדיקו את עמדתן בצורך להגן על השוויון כערך חברתי. המאמר טוען כי בית הדין מתקשה להתמודד עם מורכבות זו ולהכיר בעובדה שאכן עשויים להתקיים מצבים שבהם עקרון השוויון מונח על שתי כפות המאזניים. בשל קושי זה, בית הדין מצמצם את טענותיהן הלגיטימיות של העותרות לפגיעה בשוויון, ולמעשה מתעלם מהן במידה רבה.

המאמר טוען כי מעבר לגישתו האירוצנטרית של בית הדין, אשר נמתחה עליה ביקורת מוצדקת,⁷ ניתוחו המשפטי של בית הדין מתעלם מהבעיות הייחודיות הניצבות בפני מיעוטים בתוך מיעוטים – ובפרט בפני נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט –

Switzerland, 2001-V Eur. Ct. H.R. 447; *Dogru v. France* (App. No. 27058/05), HUDOC (Dec. 4, 2008); *Köse v. Turkey*, 2006-II Eur. Ct. H.R. 339; *Belcacemi and Oussar v. Belgium* – 37798/13, HUDOC (July 7, 2017); *Dakir v. Belgium* (App. No. 4619/12), HUDOC (July 11, 2017).

6 סיני סקך טוענת לגבי עניין *Şahin* כי "[n]owhere is the narrowness of the ECHR Grand Chamber's outlook more apparent than in its discussion, or lack thereof, of the critical link between the headscarf and gender equality". ראו *Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98; "Teacher Headscarf", Case No. 2BvR 1436/02, 100 Am. J. Int'l L. 186, 192 (2006).

7 ראו, למשל, Ergül Çeliksoy, *A Critical Analysis of the Jurisprudence of the ECtHR on Islamic Headscarves and Religious Symbols*, 14 HUM. RTS. REV. 81, 84 (2017).

המבקשים להשתלב בחברה הכללית. המאמר אינו טוען כי שיקול ההשתלבות של מיעוטים אלה צריך להיות השיקול המכריע בכל מקום שבו הוא מתעורר. עם זאת, המאמר טוען כי בשל הקושי של המערכות המדינתיות – הן המערכת הפוליטית והן המערכת המשפטית – להתמודד עם סוגיית ההפליה הכפולה שאיתה מתמודדים מיעוטים בתוך מיעוטים בכלל ונשים המשתייכות לקבוצות מיעוט בפרט, מן הראוי שבית הדין ייתן לסוגיה זו את הדעת וייתחם אליה במפורש, גם במקרים שבהם שיקולים אחרים יכריעו בסופו של דבר את הכף.

פרק א מציג את פסקי הדין המרכזיים שהמאמר מתמקד בהם. פרק ב טוען כי בית הדין כשל בניתוח סוגיית השוויון בשלושה אופנים: ביחסו חשיבות יתרה לשאלה אם עטיית כיסוי ראש נעשית מבחירה; בהתעלמו ממצבן הייחודי של נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט; ובהתעלמו מהעובדה שנורמה משפטית עשויה לפגוע בהיבטים מסוימים של עקרון השוויון ולקדם היבטים אחרים שלו. הפרק האחרון מסכם.

פרק א: פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא כיסוי הראש המוסלמי

האמנה האירופית לזכויות אדם (להלן: האמנה) מחייבת את ארבעים ושבע המדינות החברות במועצה האירופית.⁸ בית הדין האירופי לזכויות אדם, היושב בשטרסבורג, הינו הגוף המרכזי המופקד על אכיפת האמנה. בית הדין רשאי לקבל עתירות ממדינות או מבני אדם פרטיים בנוגע להפרות לכאורה של האמנה על ידי כל אחת מהמדינות החברות בה, ופסיקתו מחייבת את המדינות המהוות צד להליך.⁹

חוקיותם של חוקים מדינתיים האוסרים עטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים מוסלמיים נדונה על ידי בית הדין בכמה פסקי דין.¹⁰ מאמר זה יתמקד באותם פסקי דין שבהם הדיון בסוגיית השוויון הינו המעניין והרלוונטי ביותר להבנת היבטיו השונים של עקרון השוויון. המאמר יתמקד בניתוח המשפטי של סוגיית השוויון, סוגיה המהווה רק אחת מהסוגיות שנדונו בפסקי הדין, ואשר, כפי שידון להלן, לא נתפסה על ידי בית הדין

8 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, E.T.S. No. 005 (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם).

9 שם, ס' 46 לאמנה.

10 ראו לעיל ה"ש 5. הגם שעטיית כיסוי ראש ועטיית פנים הינן פרקטיקות שונות, אפיון כפרקטיקות לבוש של נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט, ובפרט נשים מוסלמיות, והעובדה שהן נתפסות על ידי החברה הכללית כמשקפות תפיסת עולם פטריארכלית מצדיקים את הדיון בהן יחדיו. מפרספקטיבה של שוויון, ההבדל בין הפרקטיקות הינו כמותי יותר מאשר מהותי, לטעמי: הפרקטיקה של כיסוי הפנים פוגענית יותר מכיסוי הראש מבחינת המסר שהיא משדרת לגבי מעמדן החברתי של נשים ומקומן במרחב הציבורי.

כסוגיה המרכזית. פסקי דין אלה הם פסק הדין בעניין *Dahlab*,¹¹ שני פסקי הדין שניתנו על ידי בית הדין בפרשת *Sahin*¹² ופסק הדין בעניין *S.A.S. v. France*.¹³ פסקי דין נוספים העוסקים באיסור העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים לא נדונו במאמר זה מאחר שניתוח שאלת השוויון בהם חוזר במידה רבה על הטיעונים שנשמעו בפסקי הדין הנדונים במאמר.¹⁴

בפסק הדין בעניין *Dahlab* נדונה חוקיותו, תחת האמנה, של חוק אשר אסר על מורה בבית ספר יסודי לעטות כיסוי ראש המזוהה עם האסלאם בעת שהיא מלמדת.¹⁵ העותרת, אזרחית שווייץ אשר המירה את דתה לאסלאם, החלה בעקבות המרת דתה לעטות כיסוי ראש, בהתאם למה שהיא ראתה כחובתה הדתית. היא התבקשה על ידי בית הספר שבו לימדה להסיר את כיסוי הראש, וסירבה. משמיעתה את ההליכים המדינתיים, היא פנתה לבית הדין בטענה כי האיסור מפר את זכויותיה תחת סעיף 9 (חופש הדת) וסעיף 14 (הזכות לשוויון) לאמנה. בית הדין קיבל את עמדת המדינה כי כיסוי הראש מהווה "סמל חיצוני בעל עוצמה" אשר קשה להעריך את השפעתו על תלמידים צעירים.¹⁶ נוסף על כך ציין בית הדין כי קשה ליישב את הפרקטיקה של עטיית כיסוי ראש מוסלמי, שהינה פרקטיקה הנכפית על נשים על ידי גברים, עם עקרון השוויון המגדרי.¹⁷ בהתאם לכך קיבל בית הדין את עמדת המדינה כי עטיית כיסוי הראש אינה עולה בקנה אחד עם חובתם של מורים להעביר לתלמידים מסר של שוויון ואי-הפליה. בית הדין קבע כי האיסור נדרש על מנת להגן על "זכויותיהם וחירותם של אחרים", ועל כן אין הוא מפר את סעיף 9(2) לאמנה, המתיר למדינות להגביל את החופש לבטא דת או אמונה בתנאי שההגבלה נעשית בחוק והיא הכרחית במדינה דמוקרטית לשם הגנה על הביטחון, הסדר, הבריאות או המוסר הציבוריים, או כדי להגן על זכויותיהם וחירותיהם של אחרים.¹⁸

טענת העותרת כי האיסור מהווה הפרה לא רק של סעיף 9 אלא גם של סעיף 14 (איסור ההפליה) נדחתה על ידי בית הדין ללא דיון מעמיק. העותרת התמקדה בטענת ההפליה המגדרית, וטענה כי בעוד שגברים מוסלמים יוכלו ללמד בבתי ספר ממלכתיים, נשים מוסלמיות יהיו בפועל מנועות מלעשות כן. בפסקה קצרה הסביר בית הדין כי יחס שונה מהווה הפליה מקום שהוא אינו משרת מטרה לגיטימית או אינו מידתי ביחס למטרה שהוא מבקש להגשים. בית הדין קבע כי איסור העטייה של כיסוי ראש לא פוון

11 עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 5.

12 עניין *Sahin*, לעיל ה"ש 5; *Case of Leyla Sahin*, לעיל ה"ש 5.

13 *Case of S.A.S. v. France* (App. No. 43835/11), HUDOC (July 1, 2014), hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145466&filename=001-145466.pdf&TID=uexpxlonsk (להלן: עניין *S.A.S.*).

14 לפסקי דין נוספים העוסקים בנושא זה ראו לעיל ה"ש 5.

15 עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 5.

16 שם, פס' 1 לפסק הדין.

17 שם.

18 האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 8, ס' 9(2).

אל העותרת בשל מינה, וכי איסור דומה היה יכול להיות מופנה אל גבר שהיה מלמד בלבד המזוהה באופן מובהק עם דת מסוימת. טענה אפשרית של הפליה על רקע דתי לא נדונה על ידי בית המשפט.

בעוד שאת טענת העותרת לפגיעה בזכות לשוויון דחה בית הדין, הוא קיבל את עמדת המדינה כי ההגנה על השוויון המגדרי הינה תכלית ראויה שעשויה להצדיק הגבלה של חופש הדת תחת סעיף 9 לאמנה. בית הדין הדגיש את חשיבות ההגנה על השוויון, והסביר כי חזוקת הגנה זו הינו מטרה חשובה של מדינות הקהילה האירופית.

פרשת *Şahin* – אשר ההחלטה הראשונה בה ניתנה בשנת 2004 ואילו השנייה, בהרכב מורחב, ניתנה בשנת 2005 – הרחיבה את הדיון המשפטי והתוותה במידה רבה את האופן שבו ניתח בית הדין בפסקי דין מאוחרים יותר חוקים האוסרים עטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים. ליילה שהין הייתה סטודנטית לרפואה באוניברסיטת איסטנבול. בשנה החמישית ללימודיה פרסמה האוניברסיטה הנחיה האוסרת על תלמידות העוטות כיסוי ראש מוסלמי ועל תלמידים בעלי זקן להיכנס להרצאות. לאחר פעמים מספר שבהן נמנעה משהין האפשרות להיכנס לבחינות או ליטול חלק בשיעורים, ולאחר שסירבה להסיר את כיסוי הראש, ננקטו נגדה הליכים משמעתיים, ושהין הושעתה מלימודיה.¹⁹ בית המשפט החוקתי של טורקיה קבע כי האיסור הינו חוקתי, ועיגן אותו בצורך להגן על אופייה החילוני של המדינה. הוא הסביר כי כאשר הלבוש המוסלמי נכפה על נשים על ידי גברים, הוא אינו יכול להיחשב בחירה אוטונומית הראויה להגנה. לעומת זאת, אי-אכיפה של האיסור עלולה להוביל לפגיעה בשוויון בשל העובדה שנשים שלא יעטו את כיסוי הראש ייראו כמי שמתנגדות לדת, ויופעל עליהן לחץ חברתי לעטות כיסוי ראש גם בניגוד לרצונן.²⁰

בית הדין בחן את האיסור תחת סעיף 9(2) לאמנה. תוך אזכור קביעתו בפסק דין *Dahlab* שעטיית כיסוי ראש הינה ככל הנראה פרקטיקה הנכפית על נשים, קיבל בית הדין את עמדת טורקיה שהאיסור נועד להגשים את התכלית הלגיטימית של הגנה על הסדר הציבורי ועל זכויותיהם וחובותיהם של אחרים. בשאלה אם האיסור היה "הכרחי במדינה דמוקרטית" להגנה על תכליות אלה קיבל בית הדין את עמדת טורקיה כי האיסור אכן דרוש להגנה על החילוניות, כי זו מהווה בסיס הכרחי להגנה על הערכים הדמוקרטיים בטורקיה ולהגנה על השוויון המגדרי. בית הדין קיבל גם את הטענה כי עטיית כיסוי הראש על ידי נשים שבוחרות לעשות כן עלולה להוות אמצעי לחץ על נשים אחרות שבוחרות לא לעטות כיסוי ראש. בדיון הנוסף קיבל בית הדין את עמדת הערכאה הראשונה, והדגיש את העובדה שההגבלה נועדה "להגן על הפלורליזם", אשר החילוניות במרחב הציבורי הינה תנאי לו במקרה של טורקיה, וכי המדינה פעלה במסגרת מרחב שיקול הדעת המוקנה לה תחת האמנה.²¹ בניגוד לדיון הראשון, בדיון

19 שהין נרשמה ללימודי המשך באוניברסיטת וינה, ולכן חנינה שניתנה לסטודנטים אשר ננקטו נגדם הליכים משמעתיים לא הייתה רלוונטית לגביה.

20 *Case of Leyla Şahin*, לעיל ה"ש 5, פס' 36 לפסק הדין.

21 עניין *Şahin*, לעיל ה"ש 5.

הנוסף קבע בית הדין כי אכן הייתה פגיעה בזכותה של שהין לחינוך, אך הפגיעה הייתה מותרת מטעמים דומים לאלה שהתירו את הפגיעה בחופש הדת. לעומת זאת קבע בית הדין כי לא הוכחה פגיעה בזכות לשוויון, בעיקר מאחר שהעותרת לא הוכיחה כי האיסור פוּן אליה כחברה בדת מסוימת.²² הטלת האיסור על עטיית כיסוי ראש הייתה, לדעת בית הדין, במסגרת "מרחב הפעולה המותר" (margin of appreciation) של המדינה.²³ בדעת המיעוט בדיון הנוסף הדגישה השופטת טולקנס (Tulkens) כי דעת הרוב זיהתה את עטיית כיסוי הראש עם דיכוי נשים, ובהתאם ראתה באיסור אמצעי לקידום השוויון בין נשים לגברים. עם זאת, לטענתה, דעת הרוב לא הבהירה את הקשר שבין האיסור לשוויון מגדרי. לעמדתה, אי־אפשר לייחס לעטיית כיסוי ראש משמעות אחת, ויש נשים הרואות בו סמל של שחרור. טולקנס טענה כי אין זה מתפקידו של בית הדין להעריך ולייחס משמעות לפרקטיקה דתית, וכי חסרים בדיון קולות של נשים – הן אלה העוטות כיסוי ראש והן אלה שאינן עושות כן. שהין טענה לפני בית הדין כי היא עושה כיסוי ראש מבחירה חופשית, ולדבריה של השופטת טולקנס, אין תשתית ראייתית שעל בסיסה ניתן לא לקבל את טענתה זו. לעמדתה של השופטת טולקנס, אי־אפשר למנוע מאישה, בשם השוויון המגדרי, קיום פרקטיקה שהיא בוחרת לקיים. שוויון והעדר הפליה הם "זכויות סובייקטיביות" הנתונות לשליטת מושאייהן.²⁴ נוסף על כך היא טענה כי אם עטיית כיסוי ראש אכן מהווה פרקטיקה המפרה את עקרון השוויון, מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לאסור אותה באופן גורף, ולא באוניברסיטאות בלבד. בעוד שדעת הרוב ראתה בעטיית כיסוי הראש פרקטיקה כפויה, ולנוכח זאת קבעה כי איסורה עשוי לקדם את השוויון, השופטת טולקנס קבעה כי אי־אפשר לשלול את העובדה שנשים בוחרות מרצונן לעטות כיסוי ראש, וכי במקרה כזה אי־אפשר למנוע אותן מלעשות כן בשם ההגנה על השוויון.

במוקד פסק הדין בעניין S.A.S. עמדה חוקיותו של חוק צרפתי אשר אוסר באופן גורף הימצאות במרחב הציבורי עם לבוש דתי הכולל כיסוי פנים. החוק נחקק לאחר דיון ציבורי ארוך, שהובעו בו עמדות שונות בשאלת משמעותה של פרקטיקת כיסוי הפנים. ועדה פרלמנטרית שהוקמה כדי לבדוק את תופעת כיסוי הפנים בצרפת קבעה כי הפרקטיקה אינה עולה בקנה אחד עם "ערכיה של הרפובליקה", והמליצה לנקוט מהלכים משולבים שכוללים אשורור של הערכים החברתיים, הדגשת חשיבותו של הכבוד ההדדי, והגנה – בין היתר באמצעות חקיקה – על נשים החשופות ללחץ לכסות את פניהן. עם זאת, הוועדה הדגישה כי לא היה קונסנזוס בין החברים בשאלה אם חוק האוסר באופן גורף עטיית כיסוי פנים הינו רצוי.²⁵ הוועדה המייעצת לזכויות אדם (Commission nationale consultative des droits de l'homme – CNCDH) פרסמה חוות

22 שם, פס' 165 לפסק הדין.

23 לדיון בדוקטרינה של "מרחב הפעולה המותר" ראו Yuval Shany, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, 16 EUR. J. INT'L L. 907 (2005).

24 עניין *Şahin*, לעיל ה"ש 5, פס' 11 לפסק דינה של השופטת טולקנס.

25 עניין S.A.S., לעיל ה"ש 13.

דעת נגד חקיקתו של חוק אשר יאסור באופן גורף עטיית כיסוי פנים. הוועדה ציינה כי חקיקה מסוג זה עלולה לעודד דעות קדומות נגד מוסלמים, ועלולות להיות לה השלכות שליליות על נשים מוסלמיות, אשר יודרו בפועל ממקומות ציבוריים. במקום זאת הדגישה הוועדה כי יש להתמקד בהגנה על נשים הסובלות מאלימות.²⁶ מועצת המדינה (ה-*Conseil d'État*) בחנה, לבקשת ראש הממשלה, את האפשרות להטיל איסור בחוק על כיסוי הפנים המלא, והמליצה לא להטיל איסור כזה, אלא להסתפק באיסור הסתרת פנים במקומות שבהם הדבר עלול לפגוע בסדר הציבורי וכן בחיזוק אמצעי האכיפה נגד אנשים הכופים אחרים להסתיר את פניהם או זהותם בפומבי.²⁷

אולם למרות חוות דעת אלה חוקק החוק האוסר את כיסוי הפנים במקומות ציבוריים. החוק קובע כי הפרה של האיסור דינה קנס, וכי מי שעובר על האיסור עשוי להידרש, נוסף על הקנס, לעבור מבחן אזהרות, שמטרתו, על פי דברי ההסבר, "להזכיר לו את ערכיה של הרפובליקה". נוסף על כך החוק קובע כי אדם אשר כופה אדם אחר להסתיר את פניו עשוי לשאת עונש מאסר.

בעתירה נגד האיסור סקר בית הדין את הדיון הציבורי הפנים-צרפתי בסוגיית כיסוי הפנים, אשר תואר לעיל. נוסף על כך סקר בית הדין גם את עמדתם של המוסדות האירופיים. האספה הפרלמנטרית של מועצת אירופה אימצה בשנת 2010 החלטה שקראה לקהילות מוסלמיות "לנטוש פרשנויות מסורתיות של האסלאם שאינן עולות בקנה אחד עם שוויון מגדרי",²⁸ ואשר ציינה כי עטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים מהווה לעיתים סמל להכפפת נשים לגברים. למרות זאת ציינה האספה כי איסור גורף של עטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים אינו רצוי, שכן הוא יחול גם על נשים המעוניינות לעשות כן מרצונן החופשי. נוסף על כך ציינה האספה כי לאיסור כזה עלולות להיות השלכות שליליות על נשים מוסלמיות, אשר יודרו בפועל מהמרחב הציבורי. נציב זכויות האדם של המועצה האירופית (Commissioner for Human Rights of the Council of Europe) הביע גם הוא עמדה עקרונית נגד חקיקה המגבילה צורות לבוש, בחריג של כפייה, וציין כי היא עלולה להוות הפרה של הזכות לפרטיות ולזהות, המעוגנת בסעיף 8 לאמנה, ושל חופש הדת, המעוגן בסעיף 9.²⁹

כמו בפסקי הדין בעניין *Şahin* ובעניין *Dahlab*, גם בעניין S.A.S. התמקד בית הדין בהפרה לכאורה של חופש הדת, וייחס חשיבות משנית בלבד לסוגיית הפגיעה בשוויון. כפי שנדון לעיל, סעיף 9 לאמנה מתיר למדינה להגביל בחוק את חופש הדת כאשר הדבר נדרש לצורך הגנה על בטחון המדינה או לחלופין לשם "הגנה על זכויותיהם וחירויותיהם של אחרים". את הקטגוריה האחרונה פירש בית הדין ככוללת, בין היתר, "כבוד לערכים המינימליים לקיומה של חברה פתוחה ודמוקרטית". ערכים אלה כוללים,

26 שם, פס' 1 לפסק הדין.

27 שם, פס' 20–23 לפסק הדין.

28 P.A. Res. 1743 (June 23, 2010).

29 עניין S.A.S., לעיל ה"ש 13, פס' 20–23 לפסק הדין.

אליבא דבית הדין, את כבוד האדם, השוויון המגדרי ו"כבוד לתנאים המינימליים הנדרשים לצורך 'חיים יחדיו'".

בניגוד לפסקי הדין בעניין *Sahin* ובעניין *Dahlab*, שבהם קיבל בית הדין את הטענה כי האיסור נדרש, בין היתר, לשם הגנה על השוויון המגדרי, בפרשת S.A.S. קבע בית הדין כי מדינה אינה יכולה להתבסס על השוויון המגדרי כדי לאסור פרקטיקה שנשים טוענות לזכות לקיימה במסגרת מימוש זכויותיהן המעוגנות באמנה.³⁰ באופן העולה בקנה אחד עם עמדתה של השופטת טולקנס בפרשת *Sahin*, הסביר בית הדין כי בעוד כלל האוסר על אדם לכפות אישה לכסות את פניה עשוי להיות מוצדק כאמצעי להגנה על "זכויותיהם וחירותם של אחרים", אי-אפשר להצדיק כלל האוסר על אישה לכסות את פניה מבחירתה החופשית בהיותו אמצעי להגנה על השוויון המגדרי. עם זאת, בית הדין קיבל את העמדה כי כיסוי הפנים פוגע בתקשורת הבין-אישית הנדרשת כדי לקיים חברה משותפת, ולכן קבע כי האיסור דרוש כדי להגן על ערך אחר – "החיים המשותפים" בחברה – וכי הוא נמצא במסגרת "מתחם שיקול הדעת" הנתון למדינה.

כמו בפסקי הדין בעניין *Dahlab* ובעניין *Sahin*, גם בעניין S.A.S. הקדיש בית הדין רק חלק מצומצם מפסק הדין לטענת העותרת כי החוק פוגע בזכותה לשוויון. עם זאת, בניגוד לשני פסקי הדין הקודמים, שבהם דחה בית המשפט את טענת הפגיעה בשוויון על פניה, בעניין S.A.S. הכיר בית הדין בכך שהעותרת, כאישה מוסלמית, משתייכת לקבוצה אשר עשויה להיות מושפעת באופן מיוחד מהחוק הנדון. עם זאת, הוא קבע כי "הפליה עקיפה", המתבטאת בהשפעה לא מידתית של מדיניות מסוימת או אמצעי מסוים על קבוצה כלשהי, מתקיימת רק מקום שאין למדיניות או לאמצעי מטרה מוצדקת, ואילו במקרה הנדון הצורך להגן על "החיים המשותפים" מהווה הצדקה כאמור. לנוכח זאת העדיף בית הדין, גם בפרשת S.A.S., את עמדת המדינה.

פרק ב: עקרון השוויון בפסקי הדין בעניין לבוש מוסלמי נשי

פסקי הדין העוסקים באיסור העטייה של כיסוי ראש עוררו ביקורת רבה.³¹ היבט מרכזי של הביקורת התמקד באופן השלילי שבו התבטא בית הדין כלפי הפרקטיקה של עטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים. כך, למשל, קביעתו של בית הדין, בפרשות *Dahlab* ו-*Sahin*, כי עטיית כיסוי ראש מהווה פרקטיקה דכאנית בוקרה כפשטנית וכתורמת

30 שם, פס' 119 לפסק הדין.

31 ראו, למשל, גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב (2009); Lerner, *How Wide the Margin of Appreciation?*; לעיל ה"ש 1; Skach, לעיל ה"ש 6; Lourdes Peroni, *Religion and Culture in the Discourse of the European Court of Human Rights: The Risks of Stereotyping and Naturalising*, 10 INT'L J.L. CONTEXT 195, 202–205 (2014).

לאסנסיאליזציה של האסלאם, אם לא לאסלאמופוביה. עמדה זו של בית הדין, כך נטען, משקפת דעות קדומות ותפיסה שלילית של האסלאם, ומהווה ביטוי לגישתו האירוצנטרית.³² השוואה לפסקי הדין שעסקו בסמלים נוצריים במרחב הציבורי מחזקת ביקורת זו. כך, למשל, בפסק הדין הידוע בעניין *Lautsi* קיבל בית הדין את עמדת איטליה כי צלבים מהווים "סמל דתי סביל" ולכן הצבתם בבתי ספר ציבוריים אינה פוגענית;³³ ובפסק הדין בעניין *Eweida* קיבל בית הדין עתירה של עובדת חברת תעופה שנאסר עליה לענוד שרשרת עם צלב, בטענה שלא נמצאה הצדקה להגבלה, ואף שהאיסור היה כללי וחל על סמלי כל הדתות.³⁴ אם כן, בניגוד לעמדה החשדנית ולמשמעות השלילית שייחס בית הדין, בפרשות *Dahlab* ו-*Şahin*, לפרקטיקות הלבוש הדתיות המוסלמיות, נראה שלסמלים דתיים נוצריים הוא נטה פחות לייחס משמעות כזו.

לעמדת, ביקורת זו הינה מוצדקת במידה רבה. סביר שהיא גם השפיעה על בית הדין בפרשת *S.A.S.*, אשר נמנע מלייחס – לפחות בצורה מפורשת – משמעות שלילית לעטיית כיסוי פנים, וזאת חרף העובדה שמדובר בפרקטיקה נוקשה יותר ובעייתית יותר, בפרספקטיבה של שוויון, מאשר עטיית כיסוי ראש.³⁵ עם זאת, אני מעוניינת להתמקד פחות בגישתו של בית הדין לאסלאם, כפי שהיא באה לידי ביטוי במקרים הנדונים כאן, ויותר באופן שבו החיל בית הדין את עקרון השוויון במקרים אלה.

האופן שבו מסגר בית הדין את סוגיית השוויון בפסקי הדין הנדונים לקוי, לדעתי, בשלושה אופנים. ראשית, בית הדין התבסס על תפיסה פשטנית ומופשטת של בחירה, וייחס לה חשיבות מופרזת בהכרעה אם הפרקטיקה מהווה הפרה של עקרון השוויון, על כלל היבטיו. בית הדין התעלם ממורכבותה של סוגיית הבחירה בקרב נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט פטריארכליות, ומשאלת משמעותו של מושג הבחירה בהקשר של פרקטיקות דתיות בכלל. בית הדין לא התעלם לחלוטין מהלחצים החברתיים המופעלים על נשים – בפרשת *Şahin*, למשל, לחצים אפשריים על כלל הנשים בטורקיה (או החשש מהם) צוינו כהצדקה להגבלת העטייה של כיסוי ראש כאמצעי להגנה על הערך החברתי של שוויון. עם זאת, בית הדין התייחס לשאלת הבחירה החופשית כאל שאלה אשר בסופו של יום, לגבי אישה ספציפית, הינה דיכוטומית, קרי, התשובה לה חיובית או שלילית. ניתוח זה מתעלם ממורכבותו של מושג הבחירה בהקשר של פרקטיקות דתיות, בפרט לגבי נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט. מסמכותם של מנהיגים דתיים לפסוק הלכה ולקבוע, בין היתר, כי פרקטיקות מסוימות הינן מחייבות מבחינה דתית. במקרה כזה תיתכן נכונות לשאת פרקטיקות כאלה על מנת לשמר את החברות בקהילה

32 Çeliksoy, לעיל ה"ש 7.

33 *Lautsi v. Italy*, 2011-III Eur. Ct. H.R. 61.

34 *Eweida v. the UK* (App. No. 48420/10), HUDOC (Jan. 15, 2013), hudoc.echr.coe.int/fre#{ "itemid":["001-115881"] }.

35 שטופלר טוענת כי "בניגוד לעטיית הרעלה, הנושאת עימה מגוון של משמעויות, עטיית הבורקה, שמטרתה היא הסתרתה המוחלטת של האישה מן העולם החיצון, משקפת תפיסה דתית פטריארכלית פונדמנטליסטית". שטופלר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 222.

ובמשפחה. כך, גם ללא כפייה חיצונית, נשים עשויות לראות את עצמן כמחויבות לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים באופן שמושג הבחירה הליברלי חוטא בהמשגתו. שנית, ככל שבית הדין בחן את שאלת השפעתו של האיסור על נשים מוסלמיות, הוא בחן אותה דרך קטגוריות יחידניות, קרי גזע או מגדר, מבלי להתייחס לסוגיה של צומת (או מצרף) זהויות או למשמעות של הזכות לשוויון לגבי אלה הנמצאים בצומת כזה. כך, בפסקי הדין בעניין *Sahin* ובעניין *Dahlab* התעלם בית הדין כליל מסוגיית מצרף הזהויות; ובפסק הדין בעניין *S.A.S.*, אולי בשל הדיון הציבורי המקדים בסוגיה, הכיר בית הדין בכך שהאיסור משפיע בעיקר על נשים מוסלמיות, אך החיל מבחן מחמיר של הפליה עקיפה אשר רוקן למעשה מתוכן את סוגיית הפגיעה בשוויון. האופן השלישי שבו מסגור סוגיית השוויון לקוי הוא אולי החשוב ביותר: בית הדין התעלם במידה רבה מהאפשרות שהשוויון מונח בסוגיות אלה על שתי כפות המאזניים, ולכן העובדה ששני הצדדים גייסו את עקרון השוויון לחיזוק עמדתם אינה נובעת מתפיסה שגויה של השוויון, אלא ממורכבותו. בפרט, בית הדין התעלם מהאפשרות שהגנה על היבט מסוים של השוויון, כגון זכותן של העותרות לשוויון, עשויה להתנגש עם הגנה על היבט אחר שלו, כגון אופייה השוויוני של החברה.³⁶ התעלמות מאפשרות זו הובילה לאימוץ פרשנות פשטנית ומופשטת של עקרון השוויון, אשר אינה מאפשרת להתמודד עם השאלות הקשות הנוגעות ביישומו של עיקרון זה הלכה למעשה בחברה רבת-תרבותית.

1. משמעות הבחירה לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים והשלכתה על סוגיית הפגיעה בשוויון

בשלוש הפרשות שנסקרו במאמר התייחס בית הדין לשאלה אם נשים עוטות כיסוי ראש מבחירה כאל שאלה מרכזית לאפיון הפרקטיקה כפוגעת בשוויון או לחלופין כעולה בקנה אחד עימו.³⁷ הנחת בית הדין בפסקי הדין בעניין *Sahin* ובעניין *Dahlab* לגבי מידת הבחירה החופשית של העותרות בהחלטה לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים הייתה במידה רבה הפוכה מזו שבפסק הדין בעניין *S.A.S.*, אך בשניהם היא הייתה מרכזית לשאלה אם ניתן לסווג את הפרקטיקה ככזו המפרה את השוויון. פרנסואה-קובייה מילֶה (François-Xavier Millet) מסביר כך לגבי פרשת *S.A.S.*:

"What seems to have mattered most for the Court is that the applicant claimed that she had always freely decided whether to put on the full-face veil, that no one coerced her into wearing it... No matter what is consented to, the mere fact of consenting is paramount for the Court. This approach is in keeping with a

36 האפשרות להתנגשות כזו הוכרה בקצרה על ידי שטופלר. שם, בעמ' 222–225.

37 Peroni, לעיל ה"ש 31.

liberal version of feminism under which the respect on its own for the will of a woman, irrespective of its content, ensures gender equality."³⁸

פרוני (Peroni) טוענת כי בפרשת *Sahin* נמנע בית הדין במכוון מלהכיר בכך ששהין עוטה כיסוי ראש מבחירה. לטענתה, בית הדין נקט טקטיקות לשוניות אשר תיארו את שהין כאובייקט, באמצעות שימוש בתיאורים סבילים של פרקטיקת כיסוי הראש. לעומת זאת, נשים שלא עטו כיסוי ראש תוארו לטענתה כסובייקט, באמצעות דיון בהשפעה האפשרית של הפרקטיקה על יכולתן לבחור לא לעטות כיסוי ראש במציאות החברתית והפוליטית הקיימת בטורקיה.

פסקי הדין אינם מספקים הסבר או הצדקה למרכזיות זו של מושג הבחירה ולרלוונטיות שלו לעקרון השוויון, על היבטיו השונים. ההנחה כי פרקטיקה הנטועה בבחירה חופשית אינה יכולה להיות מפלה מוצגת במידה רבה כמובנת מאליה. בפועל שאלת היחס בין אוטונומיה לזכויות בכלל הינה סוגיה שנויה במחלוקת, המעוררת סדרה של שאלות נגזרות, הכוללות את שאלת הזכות "לותר" על זכויות,³⁹ את היחס בין בחירת הפרט לאכוף את הזכות לבין הגדרת הזכות עצמה,⁴⁰ ואת מקומו של הפטרנליזם באכיפה של זכויות אדם. משיקולי מקום אי-אפשר לדון במסגרת מאמר זה בספרות העשירה העוסקת בסוגיה זו. עם זאת, חשוב לציין כי בית הדין מאמץ למעשה, באופן משתמע, תפיסה מסוימת של זכויות אדם הכורכת את קיומה של הזכות בהעדפה או בבחירה של הפרט, וזאת ללא הנמקה של ממש או דיון בתפיסות חלופיות אפשריות.⁴¹

גם אם ניתן לקבל באופן תיאורטי את העמדה הגורסת כי אי-אפשר לגייס את עקרון השוויון כהצדקה לאיסור פעולה המתבצעת מבחירה חופשית, מקרה הבוחן של כיסוי הראש הינו דוגמה מובהקת לקושי לבסס או להגדיר קיומה של בחירה כזו. ראשית, בקרב קבוצות מסוימות או בנסיבות מסוימות ההחלטה לא לעטות כיסוי ראש עלולה להשית מחירים חברתיים ומשפחתיים כבדים על נשים המשתייכות לקבוצות שקיימת

38 François-Xavier Millet, *When the European Court of Human Rights Encounters the Face*, 38 EUR. CONST. L. REV. 408, 416 (2015).

39 H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, in THEORIES OF RIGHTS, 77, 81 (Jeremy Waldron ed., 1984); Kaushik Basu, *The Right to Give Up Rights*, 51 ECONOMICA 413 (1984).

40 בחירתו של הפרט לאכוף את הזכות הינה מרכזית ל-Will Theory of Rights. לדיון ב-Will Theory of Rights וב-Interest Theory of Rights ולהשוואה ביניהן ראו MATTHEW H. KRAMER, N.E. SIMMONDS & HILLEL STEINER, *A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES* (2000). בעוד ה-Will Theory רואה בזכויות אמצעי להגנה על חירות הבחירה של הפרט, במוקד של ה-Interest Theory נמצאת ההגנה על רווחת הפרט. באופן תיאורטי, אין הכרח שרווחה זו תעלה תמיד בקנה אחד עם בחירת הפרט.

41 לטענה כי בית הדין מאמץ את ה-Will Theory of Rights, לפחות במקרים מסוימים, ראו Stijn Smet, *On the Existence and Nature of Conflicts Between Human Rights at the European Court of Human Rights*, 17 HUM. RTS. L. REV. 499, 514 n.85 (2017).

בהן ציפייה או דרישה חברתית לעטייתן. נוסף על כך, כאשר פרקטיקה נתפסת כחובה דתית, הצגתה כבחירה של האדם המאמין הינה פשטנית. בין כפייה פיזית לבין בחירה חופשית בתנאים מיטביים קיים מנעד רחב של תנאים וסיבות לפעולה. השאלה איזה משקל יש לייחס לבחירה שנעשתה בתנאים שונים, לכאן או לכאן, אינה עולה כלל לדין בפסקי הדין.

המסגור שפסקי הדין מציעים לסוגיית הבחירה הינו מסגור פשטני, הבוחן את בחירתן לכאורה של הנשים המעורבות באופן מבודד, ללא התייחסות למשולש היחסים המורכב של פרט-קהילת-מיעוט-מדינה. בפרשות *Dahlab* ו-*Sahin* בית הדין מאפיין את הפרקטיקה של עטיית כיסוי הראש כפרקטיקה שנכפית על נשים על ידי גברים,⁴² ונמנע מלהתייחס לשאלה כיצד אפיון זה עולה בקנה אחד עם הצהרותיהן של העותרות על בחירתן לעטות כיסוי ראש. לעומת זאת, בפרשת *S.A.S.* קבע בית הדין כי עדויות נשים על כך שהן עוטות כיסוי ראש או כיסוי פנים מבחירה אינן מאפשרות לראות את הפרקטיקה ככזו שמתבססת על כפייה, ולכן אי-אפשר להשתית את איסורה על הטענה כי הדבר נדרש לשם הגנה על הזכות לשוויון.⁴³

בית הדין מנתח את עקרון השוויון באופן שקושר את הזכות הפרטנית הזאת לאוטונומיה של הפרט. אולם בדיני ההפליה קיים למעשה, באופן מסורתי, גם קשר הפוך: ההגנה החזקה ביותר ניתנת מפני הבחנות המבוססות על מאפיינים שאינם נבחרים (*immutable*). אין כוונתי למאפיינים שנכפים על הפרט, אלא לכאלה שקשה לשנותם או שהמחיר הכרוך בשינויים גבוה מאוד. כך, למשל, ניתן לטעון כי דווקא נשים שמאמינות כי הן מחויבות לעטות כיסוי ראש, ואשר סבורות כי אין להן "בחירה" בנוגע להחלטה לעשות כן, מופלות על ידי פרקטיקה האוסרת עליהן לעשות כן. הכרה בקשר זה בפרשת *S.A.S.*, למשל, הייתה עשויה להוביל את בית הדין להכרה בהשלכות המפלוגות הקשות של איסור עטייתו של כיסוי פנים במרחב הציבורי על ידי נשים המאמינות כי הן מחויבות לעשות כן.

קישור בעייתי נוסף המופיע בפסקי הדין נוגע ביחס בין האוטונומיה של הפרט, הזכות הפרטנית לשוויון והשוויון כערך חברתי. כפי שנדון לעיל, שופטים אשר סברו כי העותרות עוטות כיסוי ראש או כיסוי פנים מרצונן קבעו גם כי עובדה זו, כשלעצמה, שוללת את טענתה של המדינה כי יש צורך באיסור כדי להגן על השוויון, מאחר שאי-אפשר לאפיין את הפרקטיקה כפוגעת בשוויון. אולם המציאות, כפי שמציינת שטופלר, מורכבת יותר. אכן, פרקטיקות תרבותיות עשויות לשאת משמעויות רבות ודינמיות, ונשים שונות עשויות לייחס להן משמעויות שונות.⁴⁴ עם זאת, סבורני כי אין בכך כדי למנוע התחקות אחר המשמעות המרכזית המיוחסת לפרקטיקה זו אחרת, וכי הגנה מהותית על עקרון השוויון אינה מאפשרת התחמקות מהתחקות כזו. גם מבלי לאמץ עמדה עקרונית במחלוקת שבין תיאוריות של זכויות המבוססות על בחירה לבין אלה

42 עניין *Dahlab*, לעיל ה"ש 5; עניין *Sahin*, לעיל ה"ש 5, פס' 111 לפסק הדין.

43 כפי שכבר צוין, בית הדין הכיר בחוקיות האיסור, אך מטעמים אחרים.

44 שטופלר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 217.

המבוססות על רווחת הפרט, מורכבות יישומו של מושג הבחירה בהקשר של חובות דתיות, בפרט אלה של נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט, מצדיקה במקרה זה מתן העדפה לעמדה שעל פיה רווחת הפרט אינה זהה תמיד לבחירתו. עם זאת, וחשוב מכך, גם תחת תיאוריית הבחירה מסקנתו של בית הדין כי פרקטיקה הנעשית מבחירה של נשים מסוימות בהכרח אינה יכולה להיות מאופיינת כפרקטיקה שאינה שוויונית היא בעיניי מסקנה שגויה. אכן, לכל פרקטיקה ניתן לייחס משמעויות רבות, לפחות כמספר האנשים הנהגים על פיה, ונשים שונות הביעו מספר רב של סיבות להחלטה לעשות כיוסי כזה, ובכלל זה אמונה בחובה הדתית לעשותו, היותו ביטוי לזהות מוסלמית ותורמתו לתחושת הביטחון או הנוחות במרחב הציבורי.⁴⁵ עם זאת, באופן היסטורי, בבסיס הפרקטיקה של כיוסי הראש – ובוודאי של כיוסי הפנים – על ידי נשים עומדות תפיסות הנוגעות במיניות האישה אשר אינן עולות בקנה אחד עם שוויון מגדרי, וחשוב מכך בחברות רבות היא נתפסת עדיין כאימוץ של עמדות אלה, כמתן לגיטימציה להן, ועשויה להשליך על היחס לנשים ועל מעמד האישה במרחב הציבורי.⁴⁶ אני טוענת כי יש להעדיף בהכרח את התפיסה החברתית של פרקטיקה מסוימת על המשמעות האישית שהפרט מייחס לה במסגרת בחינת הזכות לשוויון, אך אין במשמעות אישית זו כדי להכריע באופן גורף בדבר אפיונה החברתי של הפרקטיקה והשפעתה על הערך החברתי של שוויון. תת-פרק 33 להלן ירחיב בנקודה זו.

2. חובתה של מדינה ליברלית כלפי נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט

בסוף שנות השמונים טבעה קימברלי קרנשו (Kimberle Crenshaw) את המונח "intersectionalities" (הצטלבות זהויות), והסבירה כי דוקטרינות של שוויון המבוססות על קטגוריות יחידניות אינן רגישות דיין לצורות ההפליה הייחודיות שמהן סובלים בני אדם המשתייכים ליותר מקבוצה אחת.⁴⁷ דוקטרינות אלה, היא הסבירה, אינן מביאות בחשבון את חוויות החיים הייחודיות של אנשים המשתייכים לקבוצות אלה. קרנשו הדגימה את טענתה באמצעות הקושי של דוקטרינת השוויון הדומיננטית בארצות הברית לזהות ולסווג את ההפליה שנשים שחורות סובלות ממנה. הפליה זו, היא הסבירה, שונה

45 ראו, למשל, Leila Hessini, *Wearing the Hijab in Contemporary Morocco: Choice and Identity*, in RECONSTRUCTING GENDER IN THE MIDDLE EAST: TRADITION, IDENTITY, AND POWER 40 (Fatma Müge Göçek & Shiva Balaghi eds., 1994).

46 Frances Raday, *Modesty Disrobed – Gendered Modesty Rules Under the Monotheistic Religions*, in FEMINISM, LAW, AND RELIGION 283 (Marie A. Failinger, Elizabeth R. Schiltz & Susan J. Stabile eds., 2013). לטענה דומה לגבי נורמות של הפרדה מגדרית ביהדות ראו Tamar Hostovsky Brandes, *Separate and Different: Single-Sex Education and the Quest for Equality*, 45 ISR. L. REV. 235 (2012).

47 Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139.

מהפליה על בסיס גזע בלבד וכן שונה מהפליה על בסיס מין בלבד. כך, למשל, גם אם מעביד אינו מפלה את הגברים השחורים העובדים אצלו, וגם לא את הנשים הלבנות העובדות אצלו, עדיין ייתכן שהוא מפלה את הנשים השחורות העובדות אצלו. החשש המרכזי שקרנשו הציבה היה החשש מפני הכללת חסר (under-inclusiveness), קרי, החשש שאופנים מסוימים של הפליה ייפלו מחוץ לרשתותיהן של דוקטרינות איסור הפליה המבוססות על קטגוריות יחידניות.⁴⁸

הדוגמה הפרדיגמטית שקרנשו מתבססת עליה בכתיבתה היא ההצטלבות בין גזע למגדר. מאחר שפסקי הדין בעניין עטיית כיסוי הראש עוסקים בפגיעה אשר ייחודית לנשים מוסלמיות, מתבקש על פניו שסוגיית הצטלבות הזהויות תידון בפסקי דין אלה, ותיבחן השאלה אם הקטגוריות של איסור הפליה על בסיס מין ואיסור הפליה על בסיס דת מספיקות לזיהוי הפגיעה הנגרמת לנשים מוסלמיות כתוצאה מהטלת האיסור על עטיית כיסוי ראש. למרות זאת, בית הדין מתעלם במידה רבה מהסוגיה. איוונה רדצ'יץ' (Ivana Radacic) מסבירה כי בפסקי הדין בעניין *Dahlab* ובעניין *Şahin* אימץ בית הדין תפיסה פשטנית של שוויון, התעלם מסוגיית הצטלבות הזהויות, לא נתן משקל לנקודת מבטן של הנשים המוסלמיות, ולא בחן כלל את הפגיעות הייחודיות שנשים העוטות כיסוי ראש סובלות מהן – הן מצד קהילותיהן והן מצד המדינה.⁴⁹ בעוד שבשתי פרשות אלה היה אפשר אולי להסביר את התעלמותו של בית הדין מסוגיית הצטלבות הזהויות בחוסר מודעות, סוגיה זו נדונה לעומק בשיח הציבורי והמשפטי שקדם למתן פסק הדין בעניין *S.A.S.*⁵⁰ למרות זאת, השאלה מהי המשמעות של שוויון מהותי מבחינתן של נשים מוסלמיות והשאלה מהי ההשפעה הייחודית של האיסור עליהן נדונו רק בשולי פסק הדין.⁵¹ כאמור לעיל, בית הדין הכיר בכך שלאיסור עשויה להיות השפעה ייחודית על נשים מוסלמיות, אולם הוא הסביר כי השפעה כזו מהווה "הפליה עקיפה", אשר מתקיימת רק בהעדר הצדקה עניינית לאיסור או למדיניות.⁵² סיווג ההפליה כהפליה עקיפה מקנה לנשים הסובלות ממנה הגנה נחותה בהשוואה לזו הניתנת מפני הפליה ישירה.

קרנשו התמקדה בצורות ההפליה הייחודיות שבני אדם בעלי מצרף זהויות עלולים לסבול מהן, בפרט מידי המדינה או במקום העבודה. היא הסבירה כי אי-ההכרה בקטגוריות זהות מורכבות עלולה להותיר בני אדם אלה מחוץ לרשת הביטחון שטווים כללי איסור הפליה המבוססים על קטגוריות מוגדרות. אולם מעבר לעובדה שאלה המשתייכים למצרף זהויות אכן עשויים להיות חשופים לצורות ייחודיות של הפליה, בני

48 שם, בעמ' 144–145.

49 Ivana Radacic, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 19 *EUR. J. INT'L. L.* 841 (2008).

50 ראו דיון בפרק א לעיל.

51 השאלה כיצד האיסור משפיע על השוויון המהותי היא שאלה מורכבת, בין היתר בשל ההשפעות ההפוכות שלו על היבטים שונים של עקרון השוויון, כפי שיידון להלן.

52 עניין *S.A.S.*, לעיל ה"ש 13.

אדם בעלי מצרף זהויות משתיים רבות לקבוצת מיעוט שבתוך קבוצת מיעוט (minorities within minorities או internal minorities). השתייכות זו מעוררת סדרה נוספת של שאלות, שאינן מקבלות מקום מרכזי במשנתה של קרנשו, העוסקת ביחסים שבין פרט, קהילת מיעוט ומדינה.

שאלת יחסן של מדינות ליברליות למיעוטים שאינם ליברליים עומדת במרכז של הכתיבה האקדמית בנושא רב-תרבותיות, שרובה מתחום התיאוריה הפוליטית, ולא מתחום המשפטים. אחת השאלות שכתובה זו עוסקת בהן נוגעת בחובתה של המדינה הליברלית כלפי מיעוטים פנימיים – כגון נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט פטריארכליות – המבקשים להישאר חלק מקבוצתם. חלק מהכותבים טוענים כי ברוב המקרים חובתה המרכזית של המדינה היא אך לוודא כי למיעוטים אלה יש אפשרות לבחור לצאת מהקבוצה, וכי אם הם בוחרים להישאר במסגרת הקבוצה, המדינה אינה מחויבת להגן עליהם. על פי גישה זו, גם אם נשים הבוחרות לעטות כיסוי פנים כדי להתקבל על ידי קהילתן עשויות להימנע, בשל האיסור, מלימודים גבוהים, האחריות לכך אינה של המדינה. תפקידה של המדינה, לפי גישה זו, הוא אך לוודא כי אין כופים נשים להישאר במסגרת הקהילה או לעטות כיסוי פנים, וכי מספקים להן את התנאים הבסיסיים, כגון השכלה, שיאפשרו להן לבחור לצאת מהקהילה.⁵³ אחרים מבקרים אפשרות "בחירה" זו, וטוענים כי בשל המחיר הגבוה הכרוך ביציאה מהקבוצה, על המדינה למלא תפקיד משמעותי יותר בהגנה על מיעוטים אלה גם במסגרת קהילתם.⁵⁴ המסקנות הנובעות מתפיסה זו משתנות: יש הטוענים לנוכח זאת כי קהילות מסוימות או פרקטיקות מסוימות אינן ראויות להגנה כלל;⁵⁵ אחרים טוענים כי על הכללים המשפטיים להיות כאלה שאינם מציבים נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט בפני בחירות בלתי אפשריות; ויש התומכים בחיזוק "סוכנים" (או סוכנות) של שינוי בתוך חברות מסורתיות.⁵⁶

משיקולי מקום אין באפשרותי, במסגרת מאמר זה, לפרוש את יריעת השיקולים שיש לשקול במקרים אלה, ומכל מקום ההכרעה בין השיקולים השונים משתנה בין מקרים קונקרטיים. הבעיה המרכזית בפסקי הדין הנדונים היא ההתעלמות משאלת הרב-תרבותיות, וזאת חרף העובדה שמצבן הייחודי של נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט נדון בדיון הציבורי לפחות בחלק מהמדינות המערביות ועלה בחוות הדעת של הוועדה המייעצת לזכויות אדם בצרפת.⁵⁷ פסקי הדין נצמדים לניתוח ליברלי שבו שאלות של זכויות אדם ממצבות את הפרט אל מול המדינה. הם מתעלמים במידה רבה מקיומן של

53 ראו, למשל, WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP 235 n.18 (1995).

54 Susan Moller Okin, "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and *Realistic Rights of Exit*, 112 ETHICS 205 (2002).

55 ראו, למשל, Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165 (1998).

56 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).

57 עניין *Şahin*, לעיל ה"ש 5, פס' 1 לפסק הדין.

קהילות שההשתייכות אליהן הינה מרכיב מרכזי בזהותו, באושרו וברוחותו של הפרט, ואשר עשויות, עם זאת, לנקוט פרקטיקות מפלות כלפיו. ההימנעות מקריאת סוגיות אלה אל תוך האמנה מגבילה באופן ממשי את יכולתה של האמנה ואת יכולתו של בית הדין להתמודד עם אתגר השוויון במדינות רב-תרבותיות.

3. היחס בין היבטיו השונים של עקרון השוויון

בפרשות *Dahlab* ו-*Şahin* מסגר בית הדין את סוגיית השוויון כסוגיה של אפיון הפרקטיקה של עטיית כיסוי הראש. על פי גישה זו, השאלה על איזו מכפות המאזניים עקרון השוויון מונח תוכרע על פי אופייה של הפרקטיקה עצמה. ככל שהפרקטיקה תאופיין כפרקטיקה שאינה שוויונית, לא יהיה אפשר לטעון לזכות לנהוג על פיה תחת הזכות לשוויון, אם כי יהיה אפשר כמובן לטעון לזכות לנהוג על פיה תחת זכויות אחרות, דוגמת חופש הדת. כפי שראינו לעיל, כך אכן הכריע בית הדין בשתי פרשות אלה. לעומת זאת, אפיונה של הפרקטיקה כפרקטיקה שאינה שוויונית פותח את הדלת לטענה כי דווקא איסור קיומה מוצדק כאמצעי להגנה על עקרון השוויון. כפי שנדון לעיל, בפרשות *Dahlab* ו-*Şahin* אכן קיבל בית הדין עמדה זו.⁵⁸

ההתמקדות באפיון הפרקטיקה של עטיית כיסוי הראש מאפשרת לבית הדין לדון בעקרון השוויון כעיקרון משפטי מופשט. עם זאת, קריאה מעמיקה יותר מגלה כי העותרות והמשיבות התייחסו להיבטים שונים – או למשמעויות שונות – של עקרון השוויון. העותרות טענו לפגיעה בזכותן הפרטנית לשוויון: בזכותן לשוויון מגדרי כנשים, בזכותן לשוויון דתי כמוסלמיות, וכמובן לזכותן לשוויון כנשים מוסלמיות. המשיבות, לעומת זאת, טענו כי האיסור נדרש לשם הגנה על זכותן לשוויון של נשים אחרות. חרף האצטלה הפרטנית שבה הולבשה הטענה, בהעדר יכולת להצביע על נשים קונקרטיות שהאיסור מגן עליהן, נדמה לי כי ברי שכוונת המשיבות היא במקרה זה להגנה על עקרון השוויון כערך חברתי.

ההבחנה בין היבטים שונים או תפיסות שונות של עקרון השוויון מוכרת ומבוססת בכתיבה האקדמית. המלומד האמריקני אוון פיס (Owen Fiss) הבחין, במאמר קלסי, בין תפיסת השוויון כהעדר הפליה (antidiscrimination) לבין תפיסה שעל פיה בליבו של עקרון השוויון המעוגן בחוקה האמריקנית מצויה ההגנה על קבוצות הנמצאות בעמדת נחיתות.⁵⁹ פיס התייחס אומנם לאיסור ההפליה המעוגן בתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקנית, אולם הניתוח שהוא מציע רלוונטי במידה רבה גם להבנת התפיסה המשפטית של עקרון השוויון כפי שזו באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם.

פיס מסביר כי תפיסת השוויון כהעדר הפליה מבוססת על איסור הבחנה שרירותית על ידי המדינה. שרירותיות ההבחנה, הוא מסביר, נבחנת אל מול המטרה שלשמה

58 ראו דיון בפרק א לעיל.

59 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976).

הפעולה נעשית.⁶⁰ במסגרת בחינתה של שאלת ההפליה יבחן בית המשפט את הלגיטימיות של המטרה. אם יימצא שהמטרה לגיטימית, יבחן בית המשפט את התאמת האמצעי שנבחר למטרה זו. גישה זו, הוא מסביר, מבוססת על אתוס של אינדיבידואליזם ומקדמת אותו.⁶¹ אל מול תפיסת השוויון כהעדר הפליה, אשר פיס דן באריכות במגבלותיה, הוא מציע לראות בעקרון השוויון מנגנון להגנה על קבוצות הנמצאות בעמדת נחיתות (specially disadvantaged groups).⁶² בליבת ההבחנה שפיס מציע מצויה ההבחנה בין יחס לא הוגן (unfair treatment) לבין פרקטיקות אשר משמרות או מעמיקות את עמדת הנחיתות של קבוצה. פיס מסביר כי שני הסוגים עשויים להתנגש: העדפה מתקנת, למשל, עשויה להוות פרקטיקה לגיטימית תחת תפיסת שוויון החותרת להגן על קבוצה המצויה בעמדת נחיתות, אך להוות יחס בלתי הוגן כלפי מועמד אשר מועמדו נדחתה.⁶³

פיס זיהה את הקבוצות הראויות להגנה כקבוצות הממלאות שלוש אמות מידה מצטברות: היות הקבוצה קבוצה חברתית, היותה נתונה בדיכוי תמידי, והיותה בעלת כוח פוליטי מוגבל בצורה משמעותית. הדוגמה הפרדיגמטית שעליה הוא התבסס הייתה קבוצת השחורים בארצות הברית, והקבוצות שענו על אמות המידה חפפו במידה רבה את הקבוצות שזכו בהגנת בית המשפט גם תחת עקרון אי-ההפליה.

התגובות הרבות על מאמרו של פיס במהלך השנים בחנו, בין היתר, את הדגש האינדיבידואליסטי של תפיסת העדר ההפליה לעומת הדגש הקולקטיבי לכאורה של עקרון ההגנה על קבוצות הנמצאות בעמדת נחיתות, או כפי שהוא נקרא ברבות השנים – עקרון אי-ההכפפה (the antisubordination principle).⁶⁴ פיס עצמו וכן אחרים טענו כי האפיון של עקרון אי-ההפליה כאינדיבידואליסטי ושל עקרון אי-ההכפפה כקהילתני אינו נכון אלא במידה מוגבלת בלבד. אחד המאפיינים של קבוצות הזקוקות להגנה, אליבא דפיס, הוא שרווחתם של חברי הקבוצה קשורה לרווחתה של הקבוצה עצמה. הגנה על הקבוצה מהווה לפיכך גם הגנה על הפרטים המשתייכים אליה.

במאמר שנכתב כעשרים וחמש שנה לאחר שפורסם המאמר המקורי מרחיב פיס את ההצדקה להגנה על קבוצות. הגנה על קבוצות, הוא מסביר, מוצדקת לא רק בשל ההגנה על הפרטים המשתייכים אליהן, אלא עשויה להיות מוצדקת גם בדאגה לאופייה של החברה בכללותה.⁶⁵ אינדיבידואליסט המתנגד לעבדות, לדוגמה, עשוי לעגן את התנגדותו בפגיעה ברווחתם של האנשים המוחזקים כעבדים או של אלה העלולים להיות מוחזקים כעבדים, אולם בסיס אחר להתנגדות לעבדות הוא ההשפעה של זו על אופייה

60 שם, בעמ' 112.

61 שם, בעמ' 122–129.

62 שם, בעמ' 154–155.

63 שם, בעמ' 160.

64 ברבות הימים השתמש גם פיס עצמו במונח זה. ראו Owen Fiss, *Another Equality* (Issues in Legal Scholarship – The Origins and Fate of Antisubordination Theory, Article 20, 2004), law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/Fiss_AnotherEquality.pdf.

65 שם.

של החברה. הדאגה לאופייה של הקהילה שאנו חברים בה, מסביר פיס, היא שונה ונפרדת מהדאגה לרווחתם של הפרטים אשר עשויים להיות מושפעים מפרקטיקה זו או אחרת, ואי-אפשר לצמצמה לדאגה לרווחה המצרפית של חברי הקהילה.⁶⁶ פיס מסביר כי אין בהכרח צורך לבחור בין ההצדקות האינדיווידואליסטיות להצדקות הקהילתניות להגנה על מעמדן של קבוצות, מאחר שהכללים שהצדקות אלה מובילות אליהם חופפים במספר רב של מקרים. ההבדל בין שני סוגי ההצדקות טמון, לעמדתו, בקבוצות שיזכו בהגנה. מאחר שההצדקות האינדיווידואליסטיות מבוססות על קשר הדוק בין רווחת הפרט לרווחת הקבוצה, מספר הקבוצות שיזכו בהגנה תחתן מצומצם ממספר הקבוצות שיזכו בהגנה תחת ההצדקות הקהילתניות, אשר אינן דורשות קיומו של קשר כזה.

פיס ביקש להציע מודל חלופי לתפיסת השוויון כהעדר הפליה, אשר יגן גם על קבוצות שאינן מוגנות על ידי דוקטרינת אי-ההפליה, כפי שזו פותחה במשפט החוקתי האמריקני, ומפני מעשים שאינם נתפסים תחת דוקטרינה כזו כאקט מפלה. גם קרנשו התמקדה, לפחות בתחילת הדרך, במגבלותיה של דוקטרינה זו בכל הקשור לאיתור סוגי ההפליה השונים בחברה האמריקנית ולמתן מענה להם. פיס וקרנשו התמקדו לכן בהכללת החסר (under inclusiveness) של הדוקטרינות הקיימות. עם זאת, הניתוח שפיס מציע רלוונטי גם מחוץ להקשר שבו הוא פותח, ולעמדתו הוא יכול לשמש בסיס חשוב להבנת ההיבטים השונים של הפגיעה בשוויון, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסקי הדין של בית הדין האירופי העוסקים באיסור העטייה של כיסוי ראש.

כפי שנדון לעיל, פיס הניח כי ההצדקות האינדיווידואליסטיות וההצדקות הקהילתניות להגנה על השוויון יובילו במקרים רבים לתוצאות דומות. אולם במקרים מסוימים ההצדקות השונות לעקרון השוויון עשויות להוביל דווקא לתוצאות סותרות, כך שאמצעים העשויים לקדם את ההגנה על פרט המשתייך לקבוצה הנמצאת בעמדת נחיתות אינם עולים תמיד בקנה אחד עם חיזוק ההגנה על השוויון כערך חברתי קהילתי. סתירה אפשרית זו אינה מוכרת כלל על ידי בית הדין, אשר מוכן לייחס את טענת הפגיעה בשוויון רק לאחד הצדדים.⁶⁷

בפסקי הדין בעניין *Dahlab* ובעניין *Şahin* נקודת המוצא של בית הדין הייתה שפרקטיקת כיסוי הראש הינה פטריארכלית, ואינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון. בהתאם לכך קיבל בית הדין בפסקי דין אלה את עמדת המדינות כי האיסור נדרש לשם הגנה על אופיין השוויוני של החברה והמדינה, ולשם הגנה על קבוצת הנשים באמצעות חיזוק ההגנה על השוויון המגדרי בחברה. לעומת זאת דחה בית הדין, ללא דיון מהותי, את הטענה כי האיסור פוגע בזכותן הפרטנית של העותרות לשוויון. בית הדין בחן את הפגיעה לכאורה בזכותן של העותרות לשוויון רק במסגרת הפגיעה לכאורה בזכויות

66 שם, בעמ' 20.

67 שטופלר דנה מפורשות בסתירה זו, ומכירה בכך שההכרעה בפסקי דין הנוגעים באיסור העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים עשויה לחייב העדפה של היבט מסוים של השוויון על היבט אחר. ראו שטופלר, לעיל ה"ש 31.

אחרות, כגון הזכות לחינוך וחופש הדת, וקבע כי ככל שקיימת טענה לגיטימית של פגיעה בשוויון, היא אינה עומדת על רגליה היא, אלא כרוכה בטענות לפגיעה בזכויות אלה, אשר בית הדין דחה, כנודון לעיל.

צמצום זה של טענת העותרות לפגיעה בשוויון הינו שגוי. טענות הפליה מתעוררות בהכרח בהקשר כלשהו, ולכן פעמים רבות כרוכות גם במימוש אינטרסים אחרים או זכויות אחרות. אולם אין בכך כדי לרוקן מתוכן את קיומה של הזכות לשוויון כזכות עצמאית. גישה זו בעייתית במיוחד כאשר מדובר בפגיעה בקבוצות בעלות זהות מצטלבת. ההתמקדות בפגיעה לכאורה בחופש הדת של העותרות מתמקדת בזהותן המוסלמית, ואינה מביאה בחשבון את פגיעותן הייחודית כנשים מוסלמיות.

בעוד שאת טענת העותרות לפגיעה בזכותן לשוויון דחה בית הדין, בפרשת *Şahin* הוא קיבל את עמדת המדינה כי איסור העטייה של כיסוי ראש במוסדות להשכלה גבוהה מהווה אמצעי לגיטימי להגנה על זכותן לשוויון של נשים מוסלמיות אחרות, שכן הוא מגן עליהן מפני לחצים חברתיים לעטות כיסוי ראש. בית הדין לא הבחין בין היבטיה השונים של הזכות לשוויון. בפסקי הדין בעניין *Dahlab* ובעניין *Şahin* תפס בית הדין את ההגנה על השוויון, על כל היבטיה, כשיקול המחזק את עמדת המדינה: הן ההגנה על הזכות הפרטנית לשוויון, הן ההגנה על הזכות לשוויון כערך חברתי, הן ההגנה על קבוצת הנשים בכללותה והן ההגנה על נשים מוסלמיות היוו, אליבא דבית הדין, הצדקות לאיסור עטייתן של כיסוי ראש. בית הדין נמנע בפסקי דין אלה מלבחון את האפשרות שהזכות לשוויון מונחת על שתי כפות המאזניים, ואת האפשרות שההגנה על זכותן של העותרות לשוויון עשויה לסתור את ההגנה על השוויון כערך חברתי.

פסק הדין בעניין S.A.S. מציע ניתוח מעט שונה של סוגיית השוויון. כפי שנסקר לעיל, למתן פסק הדין קדמו חוות דעת שונות – הן של גופים משפטיים והן של גופים העוסקים במדיניות ציבורית – שהצביעו על העובדה שאיסור העטייה של כיסוי פנים עלול לפגוע, בראש ובראשונה, בנשים מוסלמיות, להעמיק את בידודן והדרתן החברתית, ובכך לפגוע הן בזכותן הפרטנית לשוויון והן בזכותן לשוויון כקבוצה בעלת זהות ומאפיינים ייחודיים. על פניו יכלו חוות דעת אלה לשמש בסיס לפיתוח דוקטרינה של שוויון הנותנת מענה לקשיים הייחודיים שאיתם מתמודדות נשים המשתייכות לקבוצות מיעוט פטריארכליות ונשים מוסלמיות בפרט. במקום זאת התמקד פסק הדין, שוב, בבחינת אופייה של פרקטיקת כיסוי הפנים באופן אינדיבידואליסטי ומופשט, במנותק מהקשר החברתי. כפי שנודון לעיל, בית הדין נתן מקום מרכזי לשאלה אם עטיית כיסוי פנים הינה פרקטיקה הנעשית מבחירה, ללא בחינת ההקשר החברתי שבו בחירה זו נעשית. הוא קבע כי מאחר שלפחות חלק מהעותרות עוטות כיסוי פנים מבחירה, אי-אפשר לטעון כי האיסור נדרש לשם הגנה על השוויון המגדרי או על השוויון כערך חברתי. בהתבסס על הקביעה כי לפחות בחלק מהמקרים נשים עוטות כיסוי ראש מבחירה, נסוג בית הדין מאפיון הפרקטיקה כפרקטיקה פטריארכלית.⁶⁸

⁶⁸ Millet, לעיל ה"ש 38, בעמ' 416, מסביר כי "What seems to have mattered most for the Court is that the applicant claimed that she had always freely decided whether to put on the full-

בהתאם, ההגנה על עקרון השוויון לא שימשה טיעון מרכזי בקבלת עמדתן של המדינות. בניגוד לפסקי הדין בפרשות *S.A.S.*, *Sahin* ו-*Dahlab*, בפרשת *S.A.S.* הכיר בית הדין בכך שהאיסור עלול לפגוע בנשים מוסלמיות, אולם קבע כי לא מתקיימים במקרה זה התנאים להכרה בהפליה עקיפה. גם בפסק דין זה, אם כן, נמנע בית הדין מהכרה באפשרות שהשוויון עשוי להימצא על שתי כפות המאזניים. בעוד שבפרשות *Sahin* ו-*Dahlab* קבע בית הדין כי שיקול ההגנה על השוויון נמצא בצידן של המשיבות, בפרשת *S.A.S.* הוא נטה לייחס שיקול זה דווקא לטובת העותרת, אם כי קבע בסופו של דבר שהוא אינו השיקול המכריע.

להימנעות מהכרה בכך שעקרון השוויון עשוי להימצא על שתי כפות המאזניים עשויות להיות סיבות רבות, ומאחר שבית הדין אינו מתייחס לסוגיה זו במפורש, קשה לחלצן מפסקי הדין. אפשרות אחת היא שתפיסת הזכויות שבית הדין מאמץ אינה מכירה באפשרות קיומו של קונפליקט פנימי ממין זה.⁶⁹ אפשרות אחרת היא שבית הדין חושש כי הכרה כזו תמסמס את תוכנה ומשמעותה של הזכות לשוויון ותחליש את ההגנה עליה.⁷⁰ מכל מקום, אי-ההכרה בקיומם של קונפליקטים פנימיים במחלוקות הנוגעות בהגנה על זכויות מגבילה, לדעת, את יכולתו של בית הדין להבין לאשורן את מגוון הזכויות והאינטרסים המעורבים בסוגיות המובאות לפניו. הגבלה זו מובילה לאימוץ תפיסה פשטנית של שוויון (ואולי גם של זכויות אחרות), וסביר שהיא תקשה על בית הדין לערוך את האיזון המיטבי במצבים שבהם קיימים קונפליקטים פנימיים בין היבטיה השונים של אותה זכות.

סיכום

לנשים פרטניות עשויים להיות מניעים שונים לעטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים: נשים מסוימות עושות כיסוי זה מאחר שהן מאמינות שזוהי חובתן הדתית, ואחרות עשויות

face veil, that no one coerced her into wearing it. It follows from this, in the wake of liberal thinkers that individuals can therefore possibly consent to their own inequality and even waive their right to autonomy as long as it is their own decision. No matter what is consented to, the mere fact of consenting is paramount for the Court"

69 סטיין סמט טוען כי בית הדין האירופי נרתע מדיון בקונפליקט בין זכויות, אולי מתוך תפיסה אשר מתקשה להכיר בקיומו של קונפליקט כזה ורואה בפרשנות הרמונית של האמנה ערך חשוב. *Smet*, לעיל ה"ש 41. תפיסה כזו מתקשה עוד יותר להכיר בקיומו של קונפליקט פנימי בין היבטיה השונים של אותה זכות.

70 כריסטופר מקרודן טוען, למשל, כי "כבוד האדם" הינו מושג אשר במסגרת מחלוקות משפטיות רבות שני הצדדים יכולים לרתום לטיעוניהם, וכי לפיכך הוא אינו בעל ערך יישומי בפתרון מחלוקות משפטיות. Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655 (2008).

לעטותו מאחר שמדובר בפרקטיקה חברתית מקובלת בחברה שהן משתייכות אליה או כסממן של זהות או כאמירה פוליטית או מסיבות אחרות. מבחינה היסטורית, בבסיס הפרקטיקה עומדים ערכים ותפיסות אשר אינם עולים בקנה אחד עם שוויון מגדרי מהותי.⁷¹ אכן, כל פרקטיקה תרבותית עשויה לרכוש משמעויות חדשות, וניתן בהחלט לדמיין מצב שבו מניע מרכזי לעטיית כיסוי ראש או כיסוי פנים הוא למשל רצון למחות על האסלאמופוביה המגולמת באיסור עטייתו. עם זאת, ככל שניתן לדון במשמעותן של פרקטיקות תרבותיות, נדמה לי שאפשר לקבוע כי הפרקטיקה של כיסוי הראש, וביתר שאת זו של כיסוי הפנים, כרוכות ככלל בתפיסות שאינן עולות בקנה אחד עם שוויון בין גברים לנשים, ואשר נפוצות עדיין בחברות רבות. לעמדת, ניתן לכן לאפיין את הפרקטיקה כפרקטיקה תרבותית חברתית, גם אם אפיון זה אינו עולה בקנה אחד עם הסיבות הפרטניות שבעטיין אישה זו או אחרת עוטה כיסוי ראש או כיסוי פנים.

אחת הסוגיות המרכזיות העולות בפסקי הדין נוגעת ביחס בין אוטונומיה לשוויון. כך, למשל, בית הדין מתחבט בשאלה אם עטיית כיסוי ראש הינה ביטוי של אוטונומיה, כפי שהעותרות טוענות, או שמא היא תוצאה של כפייה מצד גברים כלפי נשים. יחסו של בית הדין לפרקטיקה של כיסוי הראש ונסיונו לסווגה כפרקטיקה כפויה או כפרקטיקה המבטאת בחירה חופשית הינם פשטניים, ותלויים במידה רבה בהקשר שבו סוגיית מהותה של פרקטיקה זו מתעוררת. בהקשר של בחינת עמדתן של המשיבות, שעל פיה הגבלת עטייתו של כיסוי הראש מוצדקת שכן היא נדרשת כדי להגן על הערך החברתי של שוויון, בית הדין מתייחס לפרקטיקה ברוב המקרים כאל כזו שנכפית על נשים ואשר אינה ראויה לפיכך להגנה. לעומת זאת, בהקשר של בחינת טענתן של העותרות כי איסור עטייתו של כיסוי הראש פוגע בשוויון, בית הדין מתייחס לפרקטיקה – גם אם לא בצורה מפורשת – כאל כזו הנתונה לבחירתן, ולכן מניח כי הן יכולות לבחור לא לקיימה. בית הדין אינו מקנה משקל רב לטענה כי השלכת האיסור תהיה חמורה יותר על נשים אשר יתקשו – ממגוון סיבות שאינן כוללות בהכרח כפייה במובנה הכוחני – לא לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים, וכי הטלת איסורים על הפרקטיקה עלולה להביא בפועל לידי הדרתן מהמרחב הציבורי.

לעמדת, ובניגוד לעמדת המיעוט בפרשת *Sahin* ולעמדת בית הדין בפרשת *S.A.S.*, ניתן לקבוע כי הפרקטיקה של כיסוי הראש – ועוד יותר מכך של כיסוי הפנים – אינה עולה ככלל בקנה אחד עם תפיסות של שוויון מגדרי, קרי, עם השוויון כערך חברתי. עם זאת, אי־אפשר להסיק מכך שהטלת איסור מלא או חלקי על הפרקטיקה תקדם את השוויון, על כל היבטיו. כדי להכריע בשאלה זו יש לבחון בנפרד את השפעת האיסור על השוויון כערך חברתי ואת השפעתו על זכותן הפרטנית לשוויון של נשים מוסלמיות. לגבי השפעת האיסור על השוויון כערך חברתי, ניתן לכאורה לטעון כי אם אכן עסקינן בפרקטיקה הנטועה בחוסר שוויון, אזי ככל שהיא תהיה נפוצה יותר כן ייפגע יותר אופייה השוויוני של החברה, ולכן מן הראוי לנקוט צעדים כדי לצמצמה. עם זאת, מקורו של חוסר השוויון אינו בפרקטיקה עצמה, אלא בתפיסות העולם שמהן היא

71 לדיון במושג "צניעות" וביחס בינו לבין עקרון השוויון ראו Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 46.

צמחה. ניתן לטעון לכן כי ההתמקדות בפרקטיקה עצמה לא תסייע להתמודד עם תפיסות אלה, וכי הטלת איסור משפטי על קיומה אינה דרך אפקטיבית לשנותן. נקודה זו צוינה גם בדרך הוועדה המייעצת לזכויות אדם בצרפת, שהציעה להתמקד בהטמעת ערך השוויון בקרב כל הקהילות החיות בצרפת, כולל קהילות מייעוט מוסלמיות, באמצעות חינוך והסברה.⁷²

השפעת האיסור על זכותן הפרטנית לשוויון של נשים מוסלמיות מורכבת עוד יותר. כפי שצוין בדרך האמור, קיים חשש ממשי שהתוצאה בפועל של האיסור תהיה העמקת ההדרה וההפליה של נשים מוסלמיות, אשר יימנעו מלהשתלב במקומות עבודה, במוסדות להשכלה גבוהה או אפילו במרחב הציבורי בכללותו. התעלמותו של בית הדין מתוצאה אפשרית זו היא תמוהה. בפרט קשה להסביר התעלמות זו לנוכח קביעתו של בית הדין בפרשות *Dahlab* ו-*Şahin* כי מדובר בפרקטיקה הנכפית על נשים בניגוד לרצונן. העדר ה"בחירה", לכאורה, היווה בסיס לדחיית הטענה כי יש להגן על זכותן של נשים לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים. עם זאת, אם אכן עסקינן בפרקטיקה כפויה, לפחות לגבי חלק מן הנשים, אזי היה אפשר לטעון כי לאותן נשים אין יכולת ממשית לבחור אם לעטות כיסוי ראש או כיסוי פנים, ולכן האפשרות של מזעור או מניעה של הפגיעה שעלולה להיגרם להן כתוצאה מהאיסור אינה מעשית לגבי נשים אלה.

לכן, גם אילו היה אפשר להצדיק את האיסור כאמצעי להגנה על הערך החברתי של שוויון, היה על בית הדין לשקול הצדקה זו אל מול התוצאה של פגיעה בזכותן הפרטנית של נשים מוסלמיות לשוויון. בפסקי הדין שנדונו במאמר זה נמנע בית הדין מלהביא בחשבון את האפשרות שהרצון להגן על השוויון כערך חברתי יעומת עם הצורך להגן על זכותן לשוויון של הנשים המוסלמיות עצמן. במקום להתמודד באופן ישיר עם איזון מאתגר זה, בחר בית הדין במידה רבה להתעלם ממנו, וצמצם את מקומו של השוויון בדיון המשפטי.

הפסיקה בעניין העטייה של כיסוי הראש או כיסוי הפנים מגלמת החמצה של הזדמנות לבחון את תפקידו של המשפט בהגנה על מייעוטים פנימיים, אשר פעמים רבות הם הזקוקים ביותר להגנה זו. בפרט, בית הדין נמנע מלהתייחס למורכבות החברתית שבני אדם המשתייכים לקבוצות אלה חווים, לשאלה אם תפקידו של המשפט הוא אך להסדיר את היחסים בינם לבין החברה הכללית או שמא מתפקידו להסדיר גם את היחסים בינם לבין קבוצת המיעוט עצמה, ולשאלה אם רצונם ו/או זכותם של אותם בני אדם להמשיך להשתייך לקבוצה מהווה שיקול שעל המשפט בכלל ועל בית הדין בפרט להביא בחשבון, ובאיזו מידה.

איני טוענת כי ההגנה על זכותן הפרטנית של נשים לשוויון צריכה לגבור על ההגנה על השוויון כערך חברתי או להפך. האיזון הראוי ישתנה ממקרה למקרה, והוא תלוי, בין היתר, באופייה של הפרקטיקה הנדונה, בהשלכות של איסורה על נשים המשתייכות לקבוצות מייעוט ובהשפעה של אותה פרקטיקה על אופייה של החברה. טענתי היא אך כי גם אם פרקטיקה מסוימת אינה עולה ככלל עם עקרון השוויון, לא נובע מכך בהכרח

72 עניין *Şahin*, לעיל ה"ש 5, פס' 1 לפסק הדין.

שאיסורה יתרום לחיזוק השוויון; איסור כזה עשוי להשפיע באופן שונה על היבטים שונים של השוויון. בחינת השפעתה של פרקטיקה מסוימת על היבטיו השונים של עקרון השוויון תלויה לכן בהקשר, במקום ובחברה.

סוגיית העטייה של כיסוי ראש או כיסוי פנים עוררה – ועודנה מעוררת – דיון סוער באירופה. הסוגיה מהווה מקרה בוחן ליכולתן של מדינות אירופה בכלל וליכולתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרט להתמודד עם מציאות רבת-תרבותית תוך שמירה על מחויבות לזכויות האדם המעוגנות באמנה. פסקי הדין בעניין *Dahlab* ובעניין *Şahin* עוררו ביקורת נוקבת. נטען כי הם פסקי דין אירוצנטריים, וכי הם מבוססים על תפיסות פשטניות ושליליות של דת האסלאם.⁷³ על בית הדין נמתחה ביקורת בשל קביעתו כי פרקטיקת כיסוי הראש אינה שוויונית, ובשל העובדה שהוא קיבל את עמדתן של טורקיה וצרפת בנוגע לחשיבות של שימור החילוניות כאמצעי להבטחת דמוקרטיה וזכויות אדם. בתגובה על ביקורת זו נסוג בית הדין מטענות אלה בפרשת *S.A.S.* בפרשה זו נמנע בית הדין מלאפיין את הפרקטיקה כפרקטיקה שאינה שוויונית, וכן נמנע מניתוח המצב החברתי-פוליטי שבמסגרתו נקבע האיסור. במקום זאת ביסס בית הדין את החלטתו להותיר את איסור כיסוי הפנים על כנו על צורך חברתי ועל טענה ניטרלית לכאורה מבחינה תרבותית. מעבר לביקורת המוצדקת על חולשתה של טענה זו, בית הדין שגה, לדעתי, בבחירה לא לבחון לעומק את סוגיית השפעתו של האיסור על הזכות לשוויון, ובכך החמיץ הזדמנות להתמודד עם אחת השאלות החשובות שאירופה ניצבת בפניהן כיום.

73 ראו, למשל, Millet, לעיל ה"ש 38; MICHAEL D. GOLDBERGER, A PEOPLE'S HISTORY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 94 (2007); Benjamin D. Bleiberg, Note: *Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Şahin v. Turkey*, 91 CORNELL L. REV. 129, 160 (2005).

When Equality is on Both Sides of the Scales: The Muslim Headscarf as a Case Study

Tamar Hostovsky Brandes

In recent years, the European Court of Human Rights has addressed on several occasions the question of whether domestic laws prohibiting wear of the Muslim headscarf or the veil violate the European Convention on Human Rights. Generally, the Court framed the legal question at stake predominantly as one of freedom of religion. Accordingly, much of the legal scholarship on the ECHR's rulings critically examined the manner in which the Court interpreted freedom of religion in general and the freedom of religion of Muslim women in particular. The implications of the headscarf ban on other rights, such as the right to education and the right to equality was perceived as a secondary issue.

This article examines the violation of the right to equality embedded in the headscarf and veil bans. The article argues that in the headscarf/veil cases the principle of equality is placed on both arms of the scale, that is, both the petitioners and the respondents rely on it for support. I contend that this situation is not necessarily a result of the abuse of the principle of equality. Rather, each of the parties relies on a different facet of equality. While the petitioners rely on the individual right to equality, the respondents focus on equality as a constitutional value. The headscarf/veil ban is thus a case study of a legal norm that may advance one facet of equality while violating another facet.



When Equality is on Both Sides of the Scales: The Muslim Headscarf as a Case Study

Tamar Hostovsky Brandes

Volume 25, 2022