

פורום קהלת (ע"ר) 580553915
ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד מאיר
בוחניק או עו"ד אהרן גרבר
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים 95463
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724
נייד 054-6891319 ; aerlich@kohelet.org.il

המבקש להצטרף להליך

בעניין שבין

- | | | |
|-----------|--|--|
| | העותרים | |
| 1. | חה"כ משה ארבל | |
| 2. | "מפלגת ש"ס- התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה" מפלגה רשומה מספר 2-900007-59 | |
| | כולם ע"י ב"כ עוה"ד ישראל באך
מרח' עם ועולמו 3 בירושלים 95463
טל' 02-6505456 ; פקס 02-6505457 | |

- נ ג ד -

- | | | |
|-----------|--|--|
| | המשיבים | |
| 1. | עיריית עפולה | |
| | מרח' יהושוע חנקין 47 בעפולה | |
| 2. | מרכזים לקהילה ולהתחדשות שכונות בעפולה בע"מ | |
| | שניהם ע"י ב"כ היועץ המשפטי לעיריית עפולה
ו/או עוה"ד אבי גודלהמר ואח'
מרח' שדי פל-ים 2 בחיפה
טל' 04-8626244 ; פקס 04-8621533 | |
| 3. | היועץ המשפטי לממשלה | |
| | באמצעות פרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 29 בירושלים
טל' 02-6466849 ; פקס 02-6467001 | |
| 4. | נגה שרון | |
| 5. | שדולת הנשים בישראל ע.ר 580085686 | |
| | ע"י ב"כ עו"ד חגי קלעי ואח'
מרח' מזא"ה 22 בתל אביב
טל' 03-9070770 ; פקס 03-9070771 | |

בקשה דחופה להצטרף כצד להליך

ולחילופין כ'ידיד בית המשפט'

המבקש מתכבד לבקש מבית המשפט הנכבד לצרפו כצד לעתירה ; לחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד לצרפו כ'ידיד בית המשפט'. וכל זאת מהטעמים שלהלן.

המבקש, פורום קהלת, הוא מכון מחקר למדיניות ציבורית. על סדר יומו נושאים רבים, ובין יתר עיסוקיו הוא עוסק בהיבטים תיאורטיים ומעשיים של סוגיית ההפרדה על בסיס מין בישראל.

פורום קהלת פעיל בתחום זה גם בזירה המשפטית ומייצג לעיתים קרובות בפני בית המשפט העליון וערכאות אחרות, לא פעם כ'בר-פלוגתה' של שדולת הנשים (המשיבה 5) או גופים הקרובים אליה, כפי שיפורט להלן.

נקדים ונדגיש כי פורום קהלת איננו גוף מפלגתי, ואינו קשור או שייך לעותרים 1 ו-2 או לכל מפלגה פוליטית אחרת.

לפורום קהלת אין כל עניין בקיום אירועים בהפרדה, ועובדים בו ישראלים מכל גווני הקשת – גברים ונשים, דתיים, חילונים וחרדים. עמדתו בעניין זה היא עמדה עקרונית הנשענת על ניתוח משפטי של הסוגיה ועל תפיסה ליברלית.

כך לפני כשנה צורף פורום קהלת כצד להליך בעל מאפיינים דומים להליך דנן המעורר שאלות קרובות בבית הדין הארצי לעבודה, בהליך שבו שדולת הנשים (המשיבה 5) עתרה נגד נציבות שירות המדינה בעניין תכנית "משפיעים" (בר"ע 18-04-36077). בהחלטה מיום 1.5.2018 אישר הרכב בית הדין הארצי בראשות הנשיאה ורדה וירט-ליבנה את צירופו של פורום קהלת (יחד עם שתי נשים שהפורום ייצג שם את עניינן).

כמו כן, הפורום עתר יחד עם שתי עותרות ועותר נוסף לבית המשפט העליון נגד המועצה להשכלה גבוהה בתיק בג"ץ 8683/17 רבקה מזרחי נ' המועצה להשכלה גבוהה. העתירה עוסקת בסוגיית מסלולי השכלה גבוהה בהפרדה לחרדים, ונוגעת בשאלות דומות או חופפות לחלק מן השאלות העולות בהליך דנן. בתמצית, טענת העותרים ופורום קהלת שם היא כי הטלת המגבלות על המסלולים הנפרדים נעשתה בחוסר סמכות, היא סותרת חקיקה ראשית, פוגעת שלא כדין בזכויות ומהווה ניסיון פסול לכפייה תרבותית כלפי סטודנטים חרדים ודתיים. הדיון בעתירת פורום קהלת אוחד עם הדיון בעתירה בבג"ץ 6500/17 יופי תירוש נ' המל"ג. עתירה זו תקפה את החלטת המל"ג מן הכיוון השני, בטענה כי חל איסור חוקתי גורף על כל הפרדה במסלולי לימוד. ביום 15.1.17 הוציא בית המשפט העליון צו על תנאי בשתי העתירות, והתיק עודנו תלוי ועומד. עוד נציין כי המשיבה 5 בהליך דנן, שדולת הנשים, ביקשה להצטרף כידיד בית המשפט בדיון בעתירות הנ"ל, ואף השמיעה את דבריה בדיון בבית המשפט העליון. כפי שבבית המשפט העליון נשמעו הצדדים השונים (בנוסף לעמדת המדינה), וכפי שבהליך דנן צורפה כמשיבה שדולת הנשים שהיא גוף ציבורי שאין לו כל עניין אישי וישיר בהליך – כך ראוי כי גם בהליך דנן יישמעו צדדים ציבוריים שונים, בעלי מומחיות ומקצועיות ועיסוק רלוונטי.

א. המבקש

1. פורום קהלת הוקם בראשית שנת 2012 על-ידי אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה והכלכלה. הפורום פועל בין היתר לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. כן דוגל הפורום ביצירת מרחב פעולה הולם לממשלה להגשים מדיניות בתחומים שונים, לרבות רפורמות בתחום מינהל וכלכלה. כאמור, הפורום אינו מפלגתי ואינו נתמך על ידי ישות מדינתית כלשהי ולא על-ידי בעלי עניין אישי בתחומי עיסוקו.

ב. עיקרי הטענות שמבקש פורום קהלת להעלות

2. פורום קהלת יבקש להציג טיעון משפטי תמציתי בסוגיית היסוד העומדת בבסיס עתירה זו – השאלה האם כל פעילות בהפרדה בין נשים וגברים עולה כדי הפליה ופוגעת בנשים; האם היא אסורה לפי חוק או שנמצאה אסורה לפי פסיקת בית המשפט העליון. עוד יבקש הפורום להתייחס בקצרה ל"דוח המשרדי" של משרד המשפטים, אשר שימש יסוד להסכמה שעל בסיסה ניתנה פסיקתו של בית משפט זה בעת"ס 17029-08-19 (שדולת הנשים נ' עירית עפולה, 11.8.19), שבגינה הוגשה העתירה דנן.

יודגש כי טיעונינו יתמקדו בהיבטים עקרוניים בלבד.

ג. מומחיות פורום קהלת בנושא הנדון

3. בהמשך לאמור בפתח הדברים על אודות עיסוקו של הפורום בנושא, הפורום נטל על עצמו להציג את התשתית העיונית לגישה הליברלית בתחום. הפורום סבור שיש למנוע את צמצום מרחב הפעולה הנתון לממשלה לקדם את מדיניותה הכלכלית והחברתית בתחום שילוב האוכלוסייה החרדית בתעסוקה ובהשכלה בישראל; ובאופן שימנע מגבלות על רשויות מקומיות לפעול למתן שירותים מגוונים לכלל הקהלים והאוכלוסיות שבתחומן באופן שיהלום את צרכיהן. בינואר 2019 קיים הפורום כנס אקדמי בעניין שילוב האוכלוסייה החרדית בתעסוקה ובהשכלה.

ד. הבקשה להצטרף כצד להליך

4. שדולת הנשים צורפה כמשיב להליך, בלי שיש לה עניין אישי בתוצאותיו, ככל הנראה אך ורק משום שהיתה העותרת בהליך הקודם (גם שם כעותרת ציבורית). צירופה של עמותה בעלת עמדה עקרונית כמשיבה לעתירה מצדיקה צירופו של גוף אזרחי מקביל בעל עמדה משפטית שונה. פורום קהלת הוא גוף ציבורי חף מאינטרסים, לבד מעניינו הרצוף בסוגיות הללו. כאמור, פורום קהלת מתפקד כשחקן פעיל בערכאות השיפוטיות בנושאים אלו, ועל פי רוב מייצג נשים חרדיות הנפגעות מהחלטות המצרות את אפשרות קיום האירועים בהפרדה. מעמדו אינו גרוע ממעמדה של שדולת הנשים, ואם יש לשדולת הנשים זכות שבדין להיות משיבה בהליך – מן הצדק לאפשר גם לפורום קהלת ליהנות ממעמד זהה.

ו. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט

5. לחלופין, אם יסבור בית המשפט כי אין מקום לצרף את המבקשים או את חלקם כצד להליך, מבוקש לצרפם במעמד של ידיד בית המשפט.

" המוסד של "ידיד בית משפט" נועד לאפשר למי שאינו צד ישיר לסכסוך להציג בפני בית המשפט אינטרס או מומחיות מיוחדים שהוא מייצג מתוקף תפקידו או עיסוקו, כאשר הדבר רלוונטי ועשוי לתרום תרומה ממשית להכרעה בסכסוך הספציפי שבפני בית המשפט... " (בר"ע (ארצי) 44667-05-13 האגודה לזכויות האזרח נ' בת-חן שחר, עמודים 2-3).

בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט העליון ושל בית הדין הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת בקשה להצטרפות כ-ידיד בית משפט תיעשה בעיקר לאור "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241 (2000)). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מאידך – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת-ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)).

6. ההכרעה בעתירה דנן עשויה להשליך על קיומן של תכניות רבות בהפרדה, בנוסף לאירועי תרבות, הן ברשויות מקומיות, הן בגופים פרטיים והן בגופים מדינתיים. לקביעות העקרוניות שבהחלטת בית הדין האזורי עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על סוגיות נוספות בחיים הציבוריים בישראל. לפיכך, צירופו של הפורום כידיד בית משפט יתרום לייעולו של הדיון ויסייע לבית המשפט הנכבד לקבל את מלא התמונה הרלוונטית לסוגיה שעליו להכריע לגביה – מבחינה תיאורטית, עובדתית ומשפטית.

הואיל ומדובר במסמך קצר, ועל רקע חשיבות הנושא והשלכותיו הציבוריות, דומה כי הכבדה על הדיון מצירופם של המבקשים אינה עולה על המידה. בקשה זו הוגשה בהקדם, לאור לוח הזמנים הקצר. היא מסתמכת על המסמכים שישנם ממילא לפני בית המשפט הנכבד.

ח. לסיכום

7. מפאת חשיבותן של השאלות העומדות לפתחו של בית המשפט הנכבד, צירופו של המבקש יסייע לבית המשפט לבחון את טענות הצדדים, ולהוציא מלפניו החלטה טובה יותר, המתחשבת בכלל ההיבטים המשפטיים, העובדתיים והעקרוניים הרלוונטיים; בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר למבקש להצטרף כצד להליך, או לחלופין כידיד בית המשפט, להציג את טענותיו, לצרף את עיקרי הטיעון הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר למבקש לטעון גם בדיון בעל-פה.

תצהירו של עו"ד מאיר רובין, מנכ"ל פורום קהלת, מצורף לאימות כל העובדות שבבקשה זו.

כתב עיקרי הטיעון יצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

יהא זה נכון ומועיל אפוא להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן.

אריאל ארליך, עו"ד

מאיר בוחניק, עו"ד

אהרן גרבר, עו"ד

ב"כ פורום קהלת

ירושלים,
י"א באב תשע"ט
12 באוגוסט 2019

עיקרי טיעון מטעם המבקשים להצטרף להליך

תמצית

במישור העקרוני-חוקתי נבקש להראות כי ההנחה ולפיה בכל אירוע הנעשה בהפרדה יש פגיעה בשוויון היא הנחה שגויה, וכי ההיתלות בעיקרון 'נפרד אינו שווה' עשויה להיות שגויה בכל הנוגע להפרדה בין גברים ונשים מטעמי דת; נבקש להתחקות אחר שורשיו ומהותו של הכלל, לבחון כיצד יש ליישמו ובאילו מקרים, וזאת תוך השוואה לדרכי יישומו בעולם בהקשרים של חינוך והשכלה. ניווכח כי יש לבחון לגופו של עניין האם ישנו צד מקופח או שההזדמנות השווה שלו נפגעת. נראה כי זו גם עמדתו של בית המשפט העליון.

במישור החוקי נבקש להראות כי לדוח הצוות המשרדי של משרד המשפטים אין מעמד מחייב, ובוודאי שלא כלפי המשיבה 1 ורשויות מקומיות אחרות.

מעבר לכך, ובכל הכבוד, הואיל וכמה ממסקנות הדו"ח שגויות, אינן מבוססות בדין ואף סותרות את החוק והפסיקה, והואיל ועל בתי המשפט לבחון את הדיו באופן עצמאי, אל-לו לבית המשפט הנכבד להיסמך על האמור בו.

חלק ראשון: האם כל הפרדה פוגעת בנשים או בשוויון?

1. נפתח בהערת רקע קצרה: החלטת בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעת"מ 17029-08-19 (שדולת הנשים נ' עיריית עפולה) היא החלטה רבת השלכות, שאם תעמוד על כנה תשנה את הסדר החברתי המקובל שנים רבות. השלכותיה על ציבורים נרחבים בישראל הן בתחומים רבים. למעשה, בשם פגיעה תיאורטית ב'שוויון' מסוג מסויים מאד, היא פוגעת בזכויות רבות (דת, אוטונומיה, תרבות ועוד), לרבות הזכות לשוויון במובנים אחרים, כמו השוויון בהקצאת תקציב התרבות של העירייה. שינוי דרמטי כזה דורש חקיקה, ועליו לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. לאמר, יש למצוא את התכלית הראויה (= שמירה על נשים חרדיות מפני הפליה שלא הוכחה ואשר הן עצמן כלל לא טוענות שקיימת), ולהצדיק את הפגיעה בשלל הזכויות הנ"ל לשם הגשמתה, לפי מבחני המידתיות. נבחן אפוא האם ה'תכלית' הזו שאימץ בית המשפט בפסק דינו הנ"ל אכן תכלית היא, והאם אמנם עמדת המשפט הישראלי היא כי כל הפרדה פוגעת בשוויון.

א. פסיקת בית המשפט העליון

2. פסק דינו של בית המשפט בעת"מ 17029-08-19 (שדולת הנשים נ' עיריית עפולה) התבסס על "הסכמת המשיבות כי אין מקום לביצוע הפרדה מגדרית". הסכמה זו התבססה על הצהרת עיריית עפולה כי מקובלת עליה עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שבאה לידי ביטוי בדו"ח הצוות המשרדי לבחינת הדרת נשים במרחב הציבורי משנת 2013, ובו נקבע, כמצוטט בפסק הדין, כי "הנהגת הפרדה בין גברים לנשים במרחב הציבורי מהווה הפליה פסולה וחמורה של נשים אך באשר הן נשים". בתוקפו של דו"ח זה והשלכותיו לענייננו נדון בקצרה בפרק השני. כעת נתייחס לטענה לגופה.

3. ראשית חשוב להדגיש: לא רק שהחוק בישראל אינו אוסר על כל פעילות הנעשית בהפרדה בין נשים וגברים¹ – גם בית המשפט העליון הדגיש חזר והדגש כי אין לקבל עמדה א-פריורית האוסרת על כל פעילות נפרדת של נשים וגברים. זאת בניגוד לטענות המטעות שנשמעות מעת לעת בזירה הציבורית והמשפטית, ובניגוד לעולה מדוח הצוות המשרדי.

4. בית המשפט העליון ידע להבחין בין פעולות שיש בהן משום פגיעה בנשים, הפלייתן והדרתן (כלומר מניעתן מלעשות או להשתתף בדבר-מה), ובין הפרדה שאין בה מן האלמנטים הנ"ל והיא מותרת לפי חוק.

ואכן, פסקי הדין החשובים והמרכזיים של בית המשפט העליון עסקו באירועים שבהם היה אלמנט משפיל של נשים, לפי רוב היררכיה מובהקת: מקרה אחד היה תחנת רדיו ציבורית שבה לא הושמעו נשים בשידור – עניין קול ברמה²; מקרה אחר היה הפרדה כפויה באוטובוסים – נשים מאחור וגברים מלפנים – תוך שימוש באמצעי כפייה ואף אלימות – עניין רגן³; מקרה אחר היה ניתוב כפוי של נשים ברחוב ראשי אל צד אחד של המדרכה מאחורי גדרות – עניין עזריה⁴.

5. בעניין רגן הנ"ל שעסק בהפרדה בתחבורה ציבורית, בית המשפט קבע כי ההפרדה שהונהגה פסולה, ביחוד בשל אלמנט הכפייה שהיה כרוך בה. אולם לא היתה בפסק הדין כל קביעה קטגורית כי כל הפרדה בין נשים וגברים במרחב הציבורי היא הפליה.

אדרבה, בית המשפט העיר כבר בהחלטת ביניים כי הנחת המוצא היא ש"אין פסול ברעיון של אוטובוסים שיש בהם הפרדה הבאה בהיענות לצרכי הציבור החרדי", וכי לא היתה על כך מחלוקת בין הצדדים⁵. בפסק הדין גופו הבהיר בית המשפט (השופט רובינשטיין) כי הדיון איננו אם הפרקטיקה עצמה לגיטימית, אלא רק בשאלה האם לגיטימי לכפות אותה על קבוצות ופרטים שאינם מעוניינים בה⁶. בית המשפט הוסיף והבהיר שם (השופט גיבראן) כי

"גישה קיצונית הגורסת כי כל הפרדה מגדרית, מכל סוג שהוא, הינה פסולה, היא גישה פשטנית",

וכי

"לא כל הפרדה בין גברים לנשים היא מפלה, וחשוב לפתח קריטריון אנליטי המבדיל בין פרקטיקות מפלות לפרקטיקות לא מפלות של הפרדה על בסיס מגדר".⁷

יש לציין כי אמירות אלו קדמו לדו"ח המשרדי שעליו הושתתה ה'הסכמה' שהביאה לפסק הדין בעניין שדולת הנשים נ' עירית עפולה.

6. אך גם לאחר הדו"ח המשרדי הוסיף בית המשפט והבהיר כי אין לאמץ גישות א-פריוריות פשטניות.

¹ ראו חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, סעיף 3(ד); חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, סעיף 4(ב).

² רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך (9.12.2015).

³ בג"ץ 746/07 נעמי רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011).

⁴ בג"ץ 16.10.11 בג"ץ 7521/11 עזריה נ' משרת ישראל (16.10.11).

⁵ החלטה מיום 21.1.2008.

⁶ פסקה ל' לפסק הדין.

⁷ פסקה 2 לחוות דעתו של השופט גיבראן.

בעניין רדיו "קול ברמה", שעסק במדיניותה של תחנת רדיו שלא לאפשר שידור קולן של נשים, אישר בית המשפט את הגשת התובענה הייצוגית, אולם ציין כי

"לא כל פעילות או מדיניות אשר נטען לגביה כי היא מהווה 'הדרת נשים' אכן תסווג בהכרח בסופו של דבר כהפליה פסולה. כבר נאמר כי מציאות החיים בהקשרים אלה מורכבת ואינה מאפשרת לאמץ גישה פשטנית וקיצונית על משמעויותיה".⁸

ב. נפרד ושווה, נפרד ואינו שווה

7. האם כל הפרדה בפעילות תרבותית, מעצם היותה הפרדה, פוגעת בשוויון בין המינים ומפלה לרעה נשים? שדולת הנשים ביקשה בכתבי טענותיה בעתירתה נגד עיריית עפולה להסתמך על התפיסה כי לא ייתכן "נפרד אבל שווה", וכל הפרדה באשר היא פוגעת בשוויון. זו גם התפיסה העומדת מאחורי הדו"ח המשרדי. עמדה זו פותחה בפסק הדין הנודע של בית המשפט העליון האמריקני משנת 1954 *Brown v. Board of Educaiton* (להלן: "עניין Brown") שעסק בהפליה בין תלמידים שחורים ותלמידים לבנים במערכת החינוך במדינות שונות בארה"ב. מאז פסק הדין קנתה תפיסה זו שביתה במדינות דמוקרטיות רבות, ובהקשרים מסויימים גם בישראל.

8. אלא שיישום הכלל "נפרד אינו שווה" על כל הפרדה בין נשים וגברים, או על מתן אפשרות לקיום מופעי תרבות בהפרדה לנשים ולגברים, הוא שגיאה קשה. דומה כי על כך בדיוק העיר בית משפט העליון בעבר בעניין רגן כשציין כי "גישה קיצונית הגורסת כי כל הפרדה מגדרית מכל סוג שהוא, הינה פסולה, היא גישה פשטנית".

ואכן, עיון מעט יותר מעמיק בפרשת *Brown* האמריקנית, בפסיקה של בית המשפט העליון בישראל והספרות הרלוונטית בישראל מעלה כי זהו יישום שגוי תפיסת השוויון שבדין הישראלי.

9. מקור הכלל הוא הפרדה גזעית בין שחורים ללבנים. בבסיס התפיסה לפיה "נפרד אינו שווה" עומדת ההנחה כי הפרדה שכזו יוצרת אפקט של הערכה עצמית נמוכה של קבוצת המיעוט, כשהרוב הלבן מחוקק חוק להפריד בינו ובין המיעוט השחור:

"Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their statues in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone".⁹

בפסיקה הישראלית תורגם שיקול זה של פגיעה בהערכה העצמית למונח של השפלה: "סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את

⁸ עניין קול ברמה, פסקה 24.
⁹ עניין Brown עמוד 494.

הסטרואוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן¹⁰.

10. לאפקט ההשפלה הנוצר מתוך ההפרדה נודעת אפוא חשיבות מכרעת. השפלה כזו קיימת בדרך כלל במקום שבו הרוב כופה על המיעוט לצמצם עצמו לתחום נפרד. לא כך הדבר כאשר דווקא **המיעוט הוא שמבקש** לשמר את אורח חייו ולקיים מסגרת נפרדת המכבדת את מנהגיו ואמונותיו. הדברים ברורים מאליהם, ומופיעים גם בספרות: **"לתביעה להפרדה יש צליל שונה לגמרי כאשר משמיעים אותה בני קבוצה (כמו קהילות האמריקאים-הילידים) המבקשים לשמר את תרבותם... תביעה כזו להפרדה אינה יוצרת בקרב הלבנים תחושת נחיתות. היא נועדה למנוע פגיעה אנושה במורשת ובתרבות של קהילת מיעוט"**¹¹.

11. ההבנה שלא כל הפרדה משפילה, ושהפרדה הנובעת משאיפתה של קבוצת המיעוט להשאיר מרחב לתרבותה ואורח חייה היא הפרדה לגיטימית, התקבלה על ידי בית המשפט העליון בעניין **קעדאן**: **מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ... במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כד, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן...**¹²

12. בנוסף לכך, יש משקל מכריע לשאלה האם ההפרדה היא **כפויה או וולונטרית**. במצב שבו ההפרדה איננה כפויה על כל בני הציבור אלא נתונה לבחירה, לא ניתן לדבר כלל על השפלה, הדרה או הפליה, כפי שהובהר בעניין **רגן** כמצויין לעיל.

13. **אמור מעתה**: הפרדה שמיעוט או קבוצה מבקשים לאמץ עבור עצמם, באופן וולונטרי, בלי לכפותה על אחר זולתם, ואלטרנטיבות להפרדה מצויות וזמינות לכל החפץ – אינה בשום פנים הפליה. מנגד, הפרדה שהרוב מבקש לכפות על המיעוט היא הפרדה פסולה. סיכומו של דבר:

נפרד אינו שווה כאשר ההפרדה מבוססת על **היררכיה, התנשאות, השפלה, או בוז**.

נפרד יכול להיות שווה כאשר:¹³

- ההפרדה אינה מבוססת על היררכיה;
- לשני המינים המופרדים יש שוויון בהיצע ובהזדמנויות;
- היא מבוקשת על ידי מיעוט עבור עצמו, והיא וולונטרית;

¹⁰ בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).
¹¹ אייל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים, **עיוני משפט כא(3)**, 769 (1998).
¹² בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); ההדגשה הוספה.
¹³ כך עולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון שנסקרו והוזכרו לעיל; ראו בנוסף אלון הראל, אהרון שנך, "ההפרדה בין המינים בתחבורה", **עלי משפט**, כרך ג, חוברת 1 (תשס"ג-תשס"ד) 71.

- אין כפייה על אחרים, יש אלטרנטיבות זמינות לכל (במקרה שלנו – שלל מופעי התרבות האחרים שהעירייה מציעה).

ג. האם קיומם של אירועי תרבות נפרדים לגברים ולנשים לעולם פוגע בשוויון?

14. בקרב חלקים נרחבים באוכלוסייה הדתית בישראל, והחרדית בפרט, נהוג כידוע אורח-חיים של הפרדה בין גברים ונשים בפעילות חינוכית או חברתית. ההפרדה הזו, יש להדגיש, אף שמקורה בתפיסה דתית היא אינה נהוגה רק בפעילות פולחנית-דתית. היא נהוגה ברמות שונות בקהילות שונות, אם בחינוך יסודי ואם בחינוך תיכוני, אם בפעילות חברתית או פעילות דתית או תנועות נוער – כל קבוצה וקהילה ורמת ההפרדה הנהוגה בה.

במקרים מסויימים **ייתכן בהחלט** כי הפרדה זו מגיעה כדי השפלה, הפליה, הדרה, או פגיעה. היו דברים מעולם, ובית המשפט העליון גם נדרש להם, כמפורט לעיל. באותם מקרים אכן הפרקטיקה שנבחנה נגועה היתה בפגיעה בעליל: אם בכפיית נשים לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס בלבד, תוך כפייה גם על מי שאינה מעוניינת בכך, אם במניעת נשים מליטול חלק בשידורים ברדיו ציבורי.

אולם המסקנה כי כל פעילות הנעשית בהפרדה בין נשים וגברים משמעותה פגיעה בנשים, היא שגויה וחסרת בסיס, הן בעובדות החיים והן במשפט.

15. קיומם של מופעי תרבות בהפרדה בין נשים וגברים לציבור החרדי הוא מענה לצורך חברתי, ביטוי להכרה בקיום של אורחות חיים הדורשים הפרדה כזו. אין היא ביטוי לכוחו של המין הגברי לשלוט במין הנשי או להיפך, כפי שמנסות לטעון תיאוריות רדיקליות. אדרבה, קיומם **מאפשר** הזדמנות לנשים וגברים בחברה החרדית ליהנות מפעילות תרבותית עירונית. הוא מאפשר להם לנהוג באירוע התרבות שבו משתתפים בחופשיות (לענייננו – ריקוד, שירה), בלי מגבלות שאמונתם מטילה עליהם בנוכחות בני המין השני. בהעדר אפשרות כזו רבים מהם כלל לא יטלו חלק בפעילות תרבותית, כפי שהעידו העותרים וכפי שניסיון החיים מלמד. כמובן, אין בעצם קיומם כדי למנוע מאדם דתי או חרדי, איש או אישה, להשתתף בפעילויות תרבותיות נוספות לפי חפצם.

עוד יש להדגיש כי אין מדובר בנטילת שירות ציבורי שאין לו תחליף והפיכתו לנפרד. כאן מדובר באירוע תרבותי יחיד מני רבים שהעירייה מציעה לקהל תושביה המגוון.

יתירה מכך, הסכמת העירייה היא הפליה: הואיל ומדובר בציבור חרדי המתגורר בעיר עפולה או בסביבתה, שלילת גמורה של האפשרות להעניק גם להם נתח מן הפעילות התרבותית הנעשית בתמיכת כספי העירייה או בתמיכת כספי המשרד לפיתוח הפריפריה מפלה אותם. ככל שמדובר בציבור משמעותי, ולרשות המקומית הסמכות להחליט האם זה המצב, הדעת נותנת שחובה על הרשות שלא לקפחם בחלוקת עוגת התקציב; ובלבד שאין כפייה על איש או הפלייתו.

16. אירוע תרבות בהפרדה בין נשים וגברים יכול להיות בלתי מפלה, אם מתאפשרת גישה שווה לנשים ולגברים; אם גם הנשים וגם הגברים יכולים להנות ממנו, ויש להם תנאים פסיים מספיקים לכך; ואם אין בו כל אלמנט היוצר היררכיה או השפלה בין המינים. כמובן, מדובר באירוע וולונטרי בפארק פתוח, שאינו מונע מישהו מעבר ברחוב או דורש ממאן-דהוא לשנות את אורחות חייו. רק משתתפי האירוע אשר רכשו כרטיס יבלו בו בהתאם לרצונם.

היומרה לקבוע כי הציבור החרדי לא יודע מה טוב לו, ויתירה מכך – כי נשים חרדיות החפצות בעצמן בהפרדה אינן יודעות מה טוב להן וההפרדה 'פוגעת' בהן – היא פטרנליסטית באופיה, מנוגדת לתפיסה ליברלית. קביעות פטרנליסטיות מסוג זה יש לקבוע בזהירות רבה, במקרים קיצוניים ומובהקים בלבד. יתירה מכך – אין פסול גם בהצעת אירוע תרבות לנשים בלבד או לגברים בלבד, אם יש לכך ביקוש מקהל אשר כך מעדיף; ובלבד שישנו איזון ואין מדיניות פוגענית נגד אחד מן המינים.

ד. צוהר אל המקובל בעולם – מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מותרים בחינוך והשכלה גבוהה

17. אף שההליך דן עוסק בעניין מופעי תרבות ציבוריים, השאלה העקרונית דומה במהותה לשאלה הקיימת במסלולי השכלה וחינוך. הצגה קצרה של תמונת המצב תבהיר כי הכלל 'נפרד אינו יכול להיות שווה' לא התקבל בתחום ההפרדה בין נשים וגברים בתחום החינוך וההשכלה. כך האמנה הבינלאומית של האו"ם נגד אפליה בחינוך משנת 1960 (שמדינת ישראל אשררה ביום 22.9.1961) קובעת בסעיף 2 כי

"מקום שהמדינה מתירה, לא יהיו רואים את המצבים הבאים כמהווים אפליה במשמעות סעיף 1 לאמנה זו –

(א) הקמה או אחזקה של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים לתלמידים ותלמידות, אם מערכות או מוסדות אלה מבטיחים גישה שוות ערך לחינוך, מספקים סגל מורים בעל הכשרה מאותה רמה וכן מבנים וציוד לבתי ספר מאותה איכות ומאפשרים ללמוד אותם קורסים או קורסים שווי ערך".¹⁴

יצוין כי האמנה מגדירה כי "חינוך" מתייחס "לכל סוגי חינוך ושלבי חינוך". מעבר לכך, בסעיף 1 לאמנה נקבע כי ההפליה האסורה נוגעת לפעולות ש"מגמתן או תוצאתן היא סיכולו או קלקולו של שוויון היחס בחינוך". אצלנו כמובן לא זו המגמה ולא התוצאה. במישור התכליתי, האמנה נועדה להילחם בהדרה של נשים מהשכלה. המטרה היא לאפשר השכלה של נשים ולא לחסום אותה בתואנות הנסמכות על תיאוריות רדיקליות. זו בדיוק מטרתן של התכניות הנפרדות לחרדים, לאפשר גישה גם לנשים וגם לגברים להשכלה, להכשרה מקצועית ולתעסוקה.

18. **בארצות הברית**, שבה חל איסור חוקתי על מדיניות קבלה מפלה למוסדות חינוך, אין כל מגבלה על קיומם של מוסדות פרטיים להשכלה גבוהה לנשים או לגברים בלבד. מוסדות כאלה קיימים ברבות מאוד ממדינות ארצות הברית: כארבעים וארבעה מוסדות להשכלה גבוהה לנשים בלבד פועלים בארה"ב.¹⁵ ראוי לציון ה-Wesleyan collage, שהוא מכללה לנשים בלבד ונחשב מהמוסדות האקדמיים המובילים בארצות הברית. במקביל, ישנם מוסדות רבים גם לגברים בלבד.¹⁶ דוגמה לכך הוא בית המדרש הגבוה בלייקווד, ניו ג'רסי, המעניק תארים ראשונים ושניים לגברים בלבד.¹⁷ הציבור בישראל

¹⁴ UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), *Convention Against Discrimination in Education*, 14 December 1960

When permitted in a State, the following situations shall not be deemed to constitute discrimination, within the meaning of Article 1 of this Convention:

(a) The establishment or maintenance of separate educational systems or in-stitutions for pupils of the two sexes, if these systems or institutions offer equivalent access to education, provide a teaching staff with qualifications of the same standard as well as school premises and equipment of the same quality, and afford the opportunity to take the same or equivalent courses of study;

¹⁵ <http://www.womenscolleges.org/colleges>

¹⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Men%27s_colleges_in_the_United_States#List_of_men.27s_colleges

¹⁷ <https://bigfuture.collegeboard.org/college-university-search/beth-medrash-govoha>

מכיר היטב את ה Yeshiva University בניו-יורק, מוסד להשכלה גבוהה יהודי אורתודוקסי שבו מסלולים לגברים בלבד, ולצדו פועל מוסד "שטרן קולג" המיועד לנשים בלבד.
גם במוסדות מדינתיים הדבר אינו אסור בארצות הברית: הפרדה מותרת אם ישנו אינטרס חיוני המצדיק זאת, כפי שנקבע בפסק דין Virginia¹⁸, ונדרש כי המוסד יעוצב בהתאם להצדקה.
כזכור, פסק הדין בעניין Brown ניתן בארצות הברית, אולם גם שם אין משליכים ממנו על הפרדה בין מינים.

19. **בבריטניה** ישנם מוסדות לנשים בלבד הנחשבים מן המובילים, כמו אחדים מן הקולגים המרכיבים את אוניברסיטת Cambridge. המוסדות הללו באנגליה מתקצבים מן התקציב הממשלתי.¹⁹
החוק באנגליה (equality act 2010) **מתיר במפורש מוסדות נפרדים מקבילים**. הפרדה בתוך מוסד אחד – אסורה לפי החוק הבריטי רק אם יוצרת פגיעה באחד מהמינים. סעיף (1)91 לחוק מגדיר שהפרדה אסורה רק אם פוגעת בתועלת, בגישה וכדומה. ב-12 schedule סעיף 1 - קובע שסעיף (1)91 לא יחול על מוסדות למין אחד בלבד. כלומר, החוק בבריטניה מתיר מוסדות שמיועדים לבני מין אחד בלבד, אוסר על הפרדה בתוך אותו מוסד רק אם היא כרוכה בפגיעה ממשית באחד המינים.
במוסדות מעורבים ישנה בבריטניה מגבלה על פעילות נפרדת, והיא מותרת בהקשר של פעילות דתית בלבד, אולם אין לכך נגיעה לסוגייתנו.
גם **בקנדה ואוסטרליה** ישנם מוסדות השכלה גבוהה רבים המיועדים לנשים בלבד.²⁰ המוסדות כולם נהנים מתקציבים של ממשלותיהן.
הניסיון להחיל את הכלל "נפרד אינו שווה" על הפרדה בין נשים וגברים במסלולי חינוך והכשרה הוא שגוי אפוא, וככל הנראה מקורו בקבוצות התופסות את ה"שוויון" בצורה פשטנית וחד-ממדית; בניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון ובניגוד למקובל בעולם.

20. סיכומו של דבר:

אין להחיל את הכלל "נפרד אינו שווה" על כל אירוע המוצע בהפרדה לציבור המבקש זאת. הפרדה בין נשים וגברים עשויה להיות חשודה; אולם חשד מצריך בדיקה, ולא פסילה. נפרד עשוי להיות שווה כאשר ההזדמנות שווה, ההפרדה איננה היררכית ואיננה משפילה, היא מתבקשת על ידי המיעוט עצמו, ומי שאינו מעוניין בה יוכל למצוא אלטרנטיבות זמינות.

חלק שני: מעמדו של הדו"ח המשרדי שאומץ על ידי היועץ המשפטי לממשלה

21. הואיל וכאמור לעיל פסק הדין בעתירת שדולת הנשים נ' עיריית עפולה הסתמך על הדו"ח המשרדי,¹⁸ ניחד מילים קצרות לשאלות מקורו ומעמדו.

¹⁸ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, (1996) (עמודים 13-16).

¹⁹ דוגמאות למוסדות כאלה בבריטניה:

קולג' לוס' קוונדיש - <http://www.lucy-cav.cam.ac.uk>

קולג' מורי אדואד - <https://www.murrayedwards.cam.ac.uk>

קולג' נוניאם - <http://www.newn.cam.ac.uk/about>

²⁰ באוסטרליה: קולג' הנשים של אוניברסיטת סידני - <https://www.thewomenscollege.com.au>

קולג' הנשים באוניברסיטת קווינסלנד - <http://www.womens.uq.edu.au/why-womens>

גרייס קולג' באוניברסיטת קווינסלנד - <http://www.grace.uq.edu.au>

בקנדה: אוניברסיטת ברסציה לנשים <http://brescia.uwo.ca/about>

22. ביום 29.12.2011, ועל רקע מספר אירועים חמורים שגרמו לסערה ציבורית, התקבלה החלטת ממשלה מספר 4052(אשה/6). במסגרת החלטה זו נקבע כי יוקם צוות בינמשרדי אשר יציע לממשלה דרכים להתמודד עם הדרת נשים מן המרחב הציבורי ויציע לכך פתרונות אפשריים. צוות בינמשרדי הוקם בראשות שרת התרבות והספורט דאז לימור לבנת. ביום 11.3.2012 פרסם הצוות דו"ח אשר התייחס למקרים הקונקרטיים שבהם נמצאה תופעה פסולה של הדרת נשים, ונתן מספר המלצות קונקרטיות להתמודדות אמה.

23. במקביל, ביום 5.1.2012 הקים היועץ המשפטי לממשלה דאז על דעת עצמו צוות מקביל בתוך משרד המשפטים (להלן: "הצוות המשרדי"). הצוות מונה כדי לבחון את ההיבטים המשפטיים שבאו לידי ביטוי בתופעות העיקריות של אירועים שהוגדרו כהדרת נשים, וכן לגבש המלצות לטיפול ושינוי במישור הפלילי, המנהלי והחקיקתי. דו"ח הצוות המשרדי פורסם ביום 7.3.2013. הוא אומץ על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

24. ביום 30.3.2014 התקבלה החלטת ממשלה מספר 1526, בהמשך להחלטה מספר 4052. החלטה זו התייחסה לדו"ח המשרדי לראשונה אולם לא התקבלה כל החלטה לאמץ את מסקנותיו. תחת זו נכתב בהחלטה כי היא ניתנת "לאחר שעיינה [הממשלה] בדו"ח בצוות המשרדי", והתקבלה החלטה:

"להטיל על שרי התחבורה והבטיחות בדרכים, הבריאות, הפנים ושירותי דת לדווח לממשלה בתוך 90 ימים מיום אישורה של החלטה זו על פעולות שנקטו לקראת בחינה ויישום של ההנחיות שנכללו בדו"ח הצוות המשרדי".

בנוסף הוחלט לקיים ישיבת מעקב לבחינה ודיון בדיווחים שהתקבלו מהשרים ולהטיל על שרי הממשלה לדווח בישיבה זו על פעולות אפשריות בתחום אחריותם למניעת הדרת נשים במרחב הציבורי.

25. החלטת הממשלה לא כוללת אפוא כל החלטה לאמץ את המלצות הצוות הבינמשרדי. לעיתים קרובות מתקבלות החלטות ממשלה מפורשות לאמץ המלצות של צוותי בדיקה. החלטה זו נמנעה מאימוץ ההמלצות. תחת זאת החליטה לבחון את המלצות הצוות ביחס ליישומן במשרדים השונים, ולהמשיך ולבחון פעולות אפשריות נוספות שניתן לעשות בעניין הדרת נשים במרחב הציבורי.

26. אף לו הייתה הממשלה מאמצת את המלצות הצוות לא היה בכוחה של החלטה זו לחייב את הרשויות המקומיות. החלטות הממשלה נועדו לקבוע את דרכי יישום מדיניות הממשלה והפעלת סמכויותיה. ואולם ככל החלטה מנהלית אחרת – אין הממשלה יכולה לקבל החלטה החורגת מתחום הסמכויות הנתונות לה על פי חוק. סמכויותיה של הממשלה אינה כוללת סמכות להורות לרשויות המקומיות כיצד לנהל את עניינין המקומיים. בעניין זה בחר המחוקק להעניק לרשויות המקומיות סמכות גורפת לנהל את ענייניהן.²¹ סמכות זו נועדה לתת לרשות המקומית אוטונומיה ביחס לשלטון המרכזי וזאת מתוך הכרה בכך שהרשות המקומית היאגוף דמוקרטי עצמאי שנועד לקיים את רצון הבוחר המקומי.²² ישנם מקרים שבהם לשלטון המרכזי ניתנה סמכות מיוחדת להתערב בנעשה ברשות המנהלית, אולם אלו

²¹ סעיף 146 לצו המועצות המקומיות, תשי"א-1950. ראו עוד יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א - המינהל הציבורי, עמ' 447 (נבו, מהדורה שנייה מורחבת, 2010).
²² יצחק זמיר, שם.

מקרים מיוחדים אשר נקבעו בחוק לגוף מנהלי מסויים (שר הפנים או שר האוצר לרוב). כך או כך, אין הממשלה רשאית לקבל החלטה גורפת ולהתערב בניהול עניינה של הרשות המקומית.

27. בהמשך לכך, לרשות מקומית ככל רשות ישנה חובה להפעיל שיקול דעת באופן עצמאי. הפעלת שיקול הדעת נדרשת בייחוד בכל הנוגע להתאמת מדיניות הרשות לאוכלוסייתה. אין כמו המקרה דן כדי להדגיש את חשיבותה של ההיכרות עם האוכלוסייה ועם צרכיה, כדי להתאים לה את מדיניות התקצוב והתמיכה, כמובן במסגרת הדין.

28. זאת ועוד, כאמור חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: "**חוק איסור הפליה**") הכיר בקיומה של הפרדה מגדרית מוצדקת וקבע לה כללים וגדרים. חוק זה נועד להגן על הציבור המבקש לקבל שירותים מסויימים בהפרדה תחת התנאים המופיעים בחוק. החוק מחייב כמובן את הרשויות המקומיות. מיקומו של החוק במדרג הנורמטיבי וודאי גובר על החלטת ממשלה. אין בכוחה של החלטת ממשלה להתיר לרשות מקומית את שהחוק אסר, ואין בכוחה לאסור את שהמחוקק התיר.

29. לפיכך, גם אילו היתה מתקבלת החלטת ממשלה האוסרת על הרשויות לקיים הפרדה מותרת בפעילות תרבותית, לא היה לה כל תוקף. קל וחומר כשמקובל בהחלטה של צוות פנימי במשרד היועץ המשפטי, שאיננה מעוגנת בחוק או בפסיקה.