<u>בית המשפט המחוזי בחיפה</u> **עת"ם 46461-08-19**

<u>בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים</u>

המבקש להצטרף להליך	**פורום קהלת (ע"ר) 580553915** ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד מאיר בוחניק או עו"ד מוריה אלימלך מרח' עם ועולמו 8 בירושלים 95463 טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724 נייד 054-6891319 ; aerlich@kohelet.org.il
בעניין שבין	
העותרת	**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
	- נ ג ד -
המשיבה	**עיריית חיפה**
	ע"י ב"כ עו"ד יוסי דלל

<u>בקשה דחופה להצטרף כצד להליך ולחילופין כ'ידיד בית המשפט'</u>

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. בין יתר עיסוקיו עוסק הפורום גם 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 (העותרת) או גופים הקרובים אליה, כפי שיפורט להלן. פורום קהלת צורף כצד להליך עת"ם 23791-08-19 שהתקיים בבית המשפט המחוזי בנצרת בשבוע שעבר, בהחלטת כב' השופט עילבוני מיום 13.8.19. הפורום צורף גם לדיון בעע"מ 5435/19 בבית המשפט העליון בערבו של אותו יום.

נקדים ונדגיש כי לפורום קהלת <u>אין כל עניין בקיום אירועים בהפרדה בכלל, ואירועי תרבות בפרט.</u> חברי הפורום וחוקריו הם ישראלים מכל גווני הקשת – גברים ונשים, דתיים, חילונים וחרדים. עמדתו בעניין זה היא עמדה עקרונית הנשענת על ניתוח משפטי של הסוגיה ועל תפיסה ליברלית.
הואיל ולצערנו, בכל הכבוד, העותרת מציגה תמונה משפטית שאינה מדוייקת, נבקש לעמוד בקצרה על כמה נקודות מרכזיות; וזאת כדי שבפני בית המשפט הנכבד תעמוד תמונה משפטית שלימה יותר.

העותרת דנן – שדולת הנשים – היא עמותה העותרת כעותר ציבורי.

ככל שלא תידחה עתירתה <u>על הסף מחמת העדר זכות עמידה או מחמת אי צירוף משיבים רלוונטיים</u> – (ויש לכך סיבות טובות, שהרי העותרת לא טרחה להביא נפגעת או נפגע, למרות שלכאורה לפי טענתה יש כאלה בשפע; העותרת מתעברת על ריב לא לה. יתירה מכך, מי מייצג בדיון את רוכשי הכרטיסים שמבקשים להשתתף באירוע? מי בדיוק יוכל להגיש ערעור בשמם? ראו פסק דינו של השופט עילבוני, עמ' 2 שורות 8-6; עמ' 6 שורות 20-16[1]) – **הרי שאין הצדקה לכך שעותר ציבורי מצד אחד יישמע, ולא יישמע טוען ציבורי שיציג עמדה משפטית נוגדת. כפי שבבית המשפט העליון בעניין המל"ג הנ"ל נשמעו הצדדים השונים (בנוסף לעמדת המדינה), וכפי שבהליך בבית המשפט לעניינים מינהליים בעפולה צורף הפורום כצד להליך – כך ראוי כי גם בהליך דנן יישמעו צדדים ציבוריים שונים, בעלי מומחיות ומקצועיות ועיסוק רלוונטי.**

<u>א. המבקש</u>

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.

<u>ב. עיקרי הטענות שמבקש פורום קהלת להעלות</u>

2. פורום קהלת יבקש להציג טיעון משפטי <u>תמציתי</u> 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. **<u>למיטב ידיעתנו והבנתנו אין כל בסיס לטענה כי המשפט הישראלי מחיל את הכלל 'נפרד אינו שווה' באופן גורף על הפרדה בין המינים, כפי שטוענת העותרת בבסיס עתירתה. למעשה בית המשפט העליון קבע באופן מפורש ההיפך; כי הפרדה ללא כפייה בנסיבות מסויימות אפשרית.</u>**

עוד יבקש הפורום להתייחס בקצרה ל"דוח המשרדי" של משרד המשפטים, אשר שימש יסוד להסכמה שעל בסיסה ניתנה פסיקתו של בית המשפט לעניינים מינהליים בנצרת בהליך הראשון (עת"ם 17029-08-19 (שדולת הנשים נ' עירית עפולה), ואשר עליו שבה העותרת ומבקשת להסתמך גם בהליך דנן.
נתייחס בקצרה ברמה העקרונית בלבד גם למקרה דנן – פעילות תרבות עירונית לגברים בלבד.

כאמור, טיעונינו יתמקדו בהיבטים משפטיים ועקרוניים בלבד.

<u>ג. מומחיות פורום קהלת בנושא הנדון</u>

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

[1] נזכיר כי ה'פלונטר' המשפטי בדיון בבית המשפט בנצרת בשבוע שעבר נוצר מחמת העדר האפשרות לציבור החרדי הנפגע לערער על פסק הדין הראשון של השופט אברהם (17029-08-19) מה שהביא להגשת עתירה מטעם מפלגה פוליטית (ש"ס) ולפסק הדין השני שניתן על ידי השופט עיילבוני (23791-08-19), ולאחר מכן ביטול פסק הדין בבית המשפט העליון. אילו צורפו נפגעים (קהל) כמשיבים, היה בידם לערער ישירות על פסק הדין של השופט אברהם, ועניין פרוצדוראלי לא היה גורם לביטול למפרע של פסק הדין. לא במקרה עומד המשפט המינהלי על החובה לצרף משיבים רלוונטיים.

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.

בנוסף לצירופנו להליכים בעניין עפולה בשבוע שעבר, לפני כשנה צורף פורום קהלת כצד להליך המעורר שאלות קרובות בבית הדין הארצי לעבודה, שבו עתרה שדולת הנשים נגד נציבות שירות המדינה בעניין תכנית "משפיעים" (בר"ע 36077-04-18). 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**, שתקפה את החלטת המל"ג מן הכיוון השני. ביום 15.1.17 הוציא בית המשפט העליון צו על תנאי בשתי העתירות, והתיק עודנו תלוי ועומד. המשיבה 5 בהליך דנן, שדולת הנשים, ביקשה להצטרף כידיד בית המשפט בדיון בעתירות הנ"ל, ואף השמיעה את דבריה בדיון בבית המשפט העליון.

בינואר 2019 קיים הפורום כנס אקדמי בעניין שילוב האוכלוסייה החרדית בתעסוקה ובהשכלה.

<u>ד. הבקשה להצטרף כצד להליך</u>

4. מתן זכות עמידה בעניין זה לשדולת הנשים, עמותה בעלת עמדה עקרונית, 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 הנושא הנדון, ובעניינים דומים בהליכים אחרים מייצג נשים חרדיות הנפגעות מהחלטות המצרות את אפשרות קיום האירועים בהפרדה. מעמדו של הפורום אינו גרוע ממעמדה של שדולת הנשים, ואם יש לשדולת הנשים זכות שבדין לעתור ולהישמע ולהיות צד בהליכים אחרים – מן הצדק לאפשר גם לפורום קהלת ליהנות ממעמד זהה.

<u>ו. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט</u>

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 3-2).

בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט העליון ושל בית הדין הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כ"ידידי 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 כ'ידיד 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 **<u>במסמך קצר</u>**, 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.

<u>ח. לסיכום</u>

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 לפורום 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.

מוריה אלימלך, עו"ד מאיר בוחניק, עו"ד אריאל ארליך, עו"ד

ב"כ פורום קהלת

ירושלים,
כ"א באב תשע"ט
22 באוגוסט 2019

עיקרי טיעון מטעם המבקשים להצטרף להליך

תמצית

העותרת טוענת כי הדין בישראל קובע אפריורית כי כל הפרדה בין נשים וגברים מהווה אפליה. זו טעות. החוקים העוסקים באפליה בישראל החריגו במכוון הפרדה בין נשים וגברים במצבים מסויימים.

גם במישור העקרוני-חוקתי, ההנחה ולפיה בכל אירוע הנעשה בהפרדה יש פגיעה בשוויון היא הנחה שגויה, וההיתלות בעיקרון 'נפרד אינו שווה' עשויה להיות שגויה בכל הנוגע להפרדה בין גברים ונשים, בפרט מטעמי דת. בית המשפט העליון באופן מפורש קבע אחרת, הזהיר מפני אימוץ גישה 'פשטנית' ו'קיצונית' בתחום, וקרא לפתח קריטריונים אנליטיים אימתי הפרה מותרת. נתחקה אחר שורשיו ומהותו של הכלל 'נפרד אינו שווה', נבחן כיצד יש ליישמו ובאילו מקרים. 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 נתייחס לשאלת קיומם של אירועים עירוניים לנשים בלבד או לגברים בלבד, לאור הוראות חוק איסור הפליה ולאור עקרונות השוויון הכלליים, ולשאלות הנוספות שהיא מעלה.

עוד במישור החוקי נבקש להראות כי לדו"ח הצוות המשרדי של משרד המשפטים אין מעמד מחייב, הוא אינו משקף בחלקו את הדין בישראל, רשויות מקומיות אינן כפופות אליו ובוודאי שלא בית המשפט הנכבד.

חלק ראשון: המצב החוקי בישראל

1. נקודת המוצא החוקית בישראל היא שאין להפלות בין אנשים על בסיס לא רלוונטי בהספקת מוצר או שירות או בכניסה למקום בידור או מקום ציבורי. האיסור כולל כמובן הפליה על בסיס מין. כך בחוק איסור הפליה.[2] חוקים נוספים אוסרים הפליה ספציפית בהקשרים נוספים, כמו אסור הפליה בקבלה להשכלה גבוהה המעוגן בחוק זכויות הסטודנט.[3]

   אין צורך להכביר מילים על חשיבות איסור האפליה ; הדברים ברורים וידועים ומקובלים על הכל.

2. עם זאת, המחוקק היה די ערני ורגיש לדקויות, הן מבחינה משפטית-אנליטית והן מבחינת הנסיבות והצרכים ומציאות החיים בישראל. לפיכך הקפיד לקבוע בחוקים אלו גם סעיפי החרגה. בין היתר נקבעו סעיפי החרגה שיאפשרו קיומה של פעילות נפרדת לגברים ולנשים לציבור החפץ בכך, בהקשרים המתאימים, ובאופן שלא יפגע ולא יכפה על אחרים.

   כך בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה קובע החוק :

   אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

   (1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום

[2] חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, סעיף 3.

[3] חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, סעיף 4.

הציבורי;

[...]

(3) בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.

המחוקק קבע את החריג הזה מתוך הבנה וידיעה כי ישנם בישראל ציבורים שעבורם קיומה של הפרדה בין נשים וגברים היא תנאי לסוגים שונים של פעילויות ושירותים. הדברים עולים במפורש מפרוטוקול הדיון בוועדת חוק, חוקה ומשפט שדנה בחוק, מדברים שאמר נציג משרד המשפטים בדיון.[4]

בדומה לכך, קבע המחוקק חריג בחוק זכויות הסטודנט, שיאפשר קיומם של מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת למעוניינים.[5] גם שם, כפי שעולה מדיוני הוועדה בכנסת, מתוך הבנה של המציאות והצרכים החברתיים השונים; כפי שגם קבע שם המחוקק חריג המאפשר קיומם של מסלולים יחודיים בהשכלה הגבוהה לצורך קידום אוכלוסיות מיוחדות (כאמור, עניין זה לרבות אופן יישומו של הסעיף תלוי ועומד בבית המשפט העליון).

3. על בסיס קיומו של החריג הזה ניתן למצוא בישראל אינספור פעילויות נפרדות המוצעות לציבור – בעיקר מטעמי דת אך לא רק. פעילות תרבות בהפרדה נפוצה מאד בקרב קהלים דתיים בישראל מזה שנים רבות. יתירה מכך, לעיתים מזומנות פעילויות מוצעות לנשים בלבד או לגברים בלבד. לבד מפעילויות דתיות (כמו שיעורי תורה) שבהן ההפרדה היא כמעט נורמה, במקרים לא מעטים גם הופעות תרבות סגורות לטובת בני אחד המינים בלבד. לצדם, חיפוש קל במרשתת מעלה אינספור הצעות לחוגים ולסדנאות לנשים בלבד או לגברים בלבד. רבים מהם בתחום הספורט ואומנויות לחימה, ולצדם חוגי יצירה ואומנות, סדנאות לתזונה ואורח-חיים וכיוצא באלו. תופעה זו איננה ייחודית לשוחרי הפרדה מטעמי דת. כמסתבר, בפעילות שכרוכה בה חשיפה אינטימית של הגוף או הנפש נשים וגברים מרגישים נוח יותר בחברת בני-מינם.

באירוע מוסיקלי שכולל מטבעו שירה וריקוד ישנם מאפיינים שמצדיקים את סיווגו כאירוע שבו הפרדה בין המינים היא נוהג מקובל וטבעי לנורמות של חברה דתית.

<u>חלק שני: השוויון בדין המנהלי והחוקתי – האם כל הפרדה פוגעת בנשים או בשוויון?</u>

4. העותרים משתיתים את טיעונם על שלל הנחות יסוד משפטיות בלי להוכיח את נכונותן.
העותרים כותבים בעתירתם כי "הלכה פסוקה היא כי **'נפרד אינו שווה'**... עקרון זה נקבע בהלכה הפסוקה בנוגע להפרדה על בסיס מין" (פיסקה 10 לעתירה). הדבר אינו נכון.

[4] פרוטוקול ועדת חוק, חוק ומשפט, מס' 172 מיום 27.8.2000, דברי עו"ד יהושע שופמן, המשנה ליועמ"ש.
[5] סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט.

את פרק ג.1. לעתירה (סעיפים 43 ואילך) מקדישים העותרים להוכחת טענתם כי המשפט הישראלי אימץ את הכלל 'נפרד אינו שווה' בנוגע להפרדה בין המינים. העותרים מנסים ללמוד היקש מהפרדה על בסיס לאום להפרדה בין המינים, בלא להוכיח את טענתם ולהסביר מדוע היא נכונה. הם נאלצים לחזור ולהסתפק בקביעה כי מדובר ב"אקסיומה" (פיסקה 45), וזאת כדי לטשטש את העובדה שאין בסיס בפסיקת בית המשפט העליון לטענתם; אדרבה, האמת הפוכה כפי שיובהר להלן.
בכל הכבוד, למיטב הבנתנו העותרים מציגים תמונה משפטית שגויה בפני בית המשפט הנכבד.

5. חשוב להדגיש: לא רק שהחוק בישראל אינו אוסר על כל פעילות הנעשית בהפרדה בין נשים וגברים – **גם בית המשפט העליון הדגיש חזור 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, בניגוד לעולה מדוח הצוות המשרדי של משרד המשפטים (ראו להלן), ובניגוד למצג שמנסה להציג העותרת.

6. 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, אלו שהעותרת מצטטת, עסקו באירועים שבהם היה <u>אלמנט משפיל כלפי נשים</u>, לפי רוב היררכיה מובהקת: מקרה אחד היה תחנת רדיו ציבורית שבה **לא הושמעו נשים** בשידור – עניין **קול ברמה**[6]; מקרה אחר היה **הפרדה כפויה** באוטובוסים – נשים מאחור וגברים מלפנים – תוך שימוש באמצעי כפייה ואף אלימות – עניין **רגן**[7]; מקרה אחר היה **ניתוב כפוי של נשים** ברחוב ראשי אל צד אחד של המדרכה מאחורי גדרות – עניין **עזריה**.[8]

7. בעניין **רגן** הנ"ל שעסק בהפרדה בתחבורה ציבורית, קבע בית המשפט כי ההפרדה שהונהגה פסולה, בייחוד 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 הצדדים.[9]
בפסק הדין גופו הבהיר בית המשפט (השופט רובינשטיין) כי הדיון איננו אם הפרקטיקה עצמה לגיטימית, אלא רק בשאלה האם לגיטימי <u>לכפות</u> אותה על קבוצות ופרטים שאינם מעוניינים בה.[10]
בית המשפט הוסיף והבהיר שם (השופט ג'ובראן) כי

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

---

[6] רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך** (9.12.2015).
[7] בג"ץ 746/07 **נעמי רגן נ' משרד התחבורה**, פ"ד סד(2) 530, (2011).
[8] בג"ץ 16.10.11 בג"ץ 7521/11 **עזריה נ' משטרת ישראל** (16.10.11).
[9] החלטה מיום 21.1.2008.
[10] פיסקה ל' לפסק הדין.

"לא כל הפרדה בין גברים לנשים היא מפלה, וחשוב לפתח קריטריון אנליטי המבדיל בין פרקטיקות מפלות לפרקטיקות לא מפלות של הפרדה על בסיס מגדר".[11]

נשוב ונדגיש:

חשוב לפתח קריטריון אנליטי המבדיל בין פרקטיקות מפלות לפרקטיקות לא מפלות של הפרדה על בסיס מגדר. להלן נציע קריטריון כזה.

בית המשפט העליון ער אפוא למציאות החברתית בישראל ולאורחות חייהן של קהילות מסויימות, ונזהר שלא לפול בפח ההכללה והפשטנות. בית המשפט העליון גם מודע לדברי החקיקה שרגישים למורכבויות, והחריגו סוגים מסויימים של הפרדות בין נשים וגברים מאיסור האפליה.

8. גם בשנים האחרונות הוסיף בית המשפט והבהיר כי אין לאמץ גישות א-פריוריות פשטניות. 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".[12]

9. שדולת הנשים מבקשת בעתירתה להסתמך על התפיסה כי לא ייתכן "נפרד אבל שווה", וכל הפרדה באשר היא פוגעת בשוויון. 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.

10. 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**".

עיון מעט יותר מעמיק בפרשת **Brown** האמריקנית, בפסיקה של בית המשפט העליון בישראל, לרבות הפסיקה שהעותרת מפנה אליה מעלה כי זהו יישום שגוי תפיסת השוויון שבדין הישראלי.

11. מקור הכלל הוא **הפרדה גזעית בין שחורים ללבנים**. בבסיס התפיסה כי "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

---

[11] פיסקה 2 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן.
[12] עניין **קול ברמה**, פיסקה 24.

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".[13]

בפסיקת בית המשפט העליון 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 הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן".[14]

12. 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".**[15]

13. 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 <u>קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל</u>, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ... במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי <u>לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני</u> או למצער, שההפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. <u>בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן...</u>[16]

14. 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.

15. **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.

---

[13] עניין Brown עמוד 494.
[14] בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).
[15] אייל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים, **עיוני משפט כא(3)**, 769 (1998).
[16] בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל** מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); ההדגשה הוספה.

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:[17]

- ההפרדה אינה מבוססת על היררכיה;
- לשני המינים המופרדים יש שוויון בהיצע ובהזדמנויות;
- היא מבוקשת על ידי מיעוט עבור עצמו, והיא וולונטרית;
- אין כפייה על אחרים, יש אלטרנטיבות זמינות לכל.

16. **האם קיומם של אירועי תרבות נפרדים לגברים ולנשים לעולם פוגע בשוויון?** 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, איננה נוהגת רק בפעילות פולחנית-דתית. הפרדה בין המינים מצויה 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.

17. 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 מסויימות בכתיבה האקדמית. אדרבה, קיומם **מאפשר** הזדמנות לנשים וגברים בחברה החרדית ליהנות מפעילות תרבותית עירונית. הוא מאפשר להם לנהוג באירוע התרבות שבו משתתפים בחופשיות (לעניינו – 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 בעת"ם 23791-08-19 (עפולה) בשבוע שעבר, וכפי שניסיון החיים מלמד. כמובן, אין בעצם קיומם של מופעי תרבות בהפרדה לטובת האוכלוסיה החרדית 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 תרבות יחיד מני רבים שהעירייה מציעה לקהל תושביה המגוון.

---

[17] כך עולה מפסקי הדין של בית המשפט העליון שנסקרו והוזכרו לעיל; ראו בנוסף אלון הראל, אהרון שנרך, "ההפרדה בין המינים בתחבורה", **עלי משפט**, כרך ג, חוברת 1 (תשס"ג-תשס"ד) 71.

18. הואיל ומדובר בציבור חרדי המתגורר בעיר חיפה או בסביבתה, שלילה גמורה של האפשרות להעניק גם לציבור זה נתח מן הפעילות התרבותית העירוני משמעותה הפליה. 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.

19. ככלל, 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 פיסיים מספיקים לכך; ואם אין בו כל אלמנט היוצר היררכיה או השפלה בין המינים. האירוע צריך להיות אירוע וולונטרי באופן שאינו מונע מישהו מעבר ברחוב או דורש ממאן-דהוא לשנות את אורחות חייו. רק משתתפי האירוע אשר רכשו כרטיס יבלו בו בהתאם לרצונם.
אם גישת העותרים תתקבל – וייקבע שהחריג בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים אינו חל על שירותי תרבות – משמעות הדבר היא הטלת איסור על אירועי תרבות נפרדים גם במקרים שבהם אין מימון ציבורי, שהרי חוק איסור הפליה חל על גופים פרטיים. זו בוודאי תוצאה מרחיקת לכת. יש לשקול היטב את השלכות הרוחב של גישת העותרים גם לגבי חינוך ומוסדות חינוך.

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. על כך נרחיב מעט להלן.

20. **<u>סיכומו של דבר:</u>**

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.
ראוי להזכיר ולהדגיש כי כב' השופט עילבוני מבית המשפט לעניינים מינהליים, בפסק דינו מן השבוע שעבר, אימץ גישה זו לאחר דיון מפורט, ואף דחה באופן מופגן את עמדתה של העותרת. פסק דינו (שצורף לעתירה, נספח __) אמנם בוטל בערבו של יום בבית המשפט העליון, מטעמים של חוסר סמכות (בית המשפט העליון הדגיש שאינו מתייחס לנושא המהותי); אולם עדיין מתבקש בית המשפט הנכבד לעיין בפסק הדין המציג ניתוח בהיר ומציאותי ומדבר בעד עצמו.
עוד יש להזכיר לסיכום – ללא הוכחה של פגיעה ממשית במאן-דהוא – מניעת מופעי תרבות שיותאמו למיעוט החרדי פוגעת בזכויותיו – לתרבות, לחינוך, לשוויון בהקצאת משאבים. אלו ללא ספק זכויות שאין פוגעים בהם על-נקלה.
להשלמת התמונה, נפנה למסמך קצר שהוגש מטעם הפורום ליועץ המשפטי לממשלה השבוע.
המסמך מצורף נספח א'.

חלק שלישי: פעילות תרבות עירונית לגברים בלבד או לנשים בלבד

21. ייחוד מופע-תרבות לנשים בלבד או לגברים מעורר שאלות נוספות על אלו שמעוררת פעילות תרבות לשני המינים בהפרדה.

22. כאמור לעיל, מופעי תרבות לנשים בלבד או לגברים בלבד מצויים בישראל שנים רבות. הצורך לכך נובע הן מצד הציבור ולעיתים אף מצד אומנים ואמניות שאינם מופיעים אלא בפני בני מינם בלבד, בשל אמונתם הדתית ותפיסת הצניעות שהם מאמצים.

23. בחברה מגוונת כמו החברה בישראל רצוי כי רשות מקומית תחלק את סל התרבות שהיא מציעה לכלל פלחי האוכלוסייה. יש לזכור כי פעילות תרבות שמציעה עירייה, שיש בה מגזרים וסוגי אוכלוסייה שונים, לעיתים מזומנות מפלה במידה מסויימת, באשר היא מתאימה פעילויות שונות לצרכיהם של פלחי אוכלוסייה שונים. קורסים מקצועיים לנשים ערביות, לדוגמה, מפלים משום שהם פונים לפלח אוכלוסייה מסויים. פעילות פנויים-פנויות מפלה את הנשואים.
לפיכך תהא זו טעות לבחון כל פעילות לכשעצמה. הדרך הנכונה היא לבחון את המכלול, את כלל הפעילויות שהעירייה מציעה לפלחי האוכלוסייה השונים, ולוודא כי חלוקת המשאבים נעשית באופן סביר וניתן מענה הולם לפלחי האוכלוסייה השונים. זאת כמובן לצד איסור ההפליה הספציפי שעודנו שריר וקיים, בכפוף לחריגים.
רצוי אפוא לבחון את התוצאה בחלוקת המשאבים ובמתן המענה; לא תמיד נכון להתמקד ב'אפליה' לגבי אירוע ספציפי כבקשת העותרת.

24. החריג שבסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה קובע כי לא רואים הפליה בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, בתנאים המפורטים שם. את הדיבור **'קיומן של מסגרות נפרדות'** רצוי לפרש באופן ענייני, כלומר אין הכרח שתהא דווקא פעילות זהה לנשים ולגברים. מותר ואף רצוי כי הפעילות התרבותית שהעירייה יוזמת לכל פלח אוכלוסייה, ובכלל זה תתי-פלחים לפי הצורך, תותאם לצרכיהם. 'מסגרות נפרדות' יכולות להצדיק שגם אופיו של המוצר או השירות יותאם לקהל ולביקוש.

25. עם זאת, ברור ש**לא ניתן לקבל הקצאת משאבים בלתי שוויונית או מתן שירות לא שוויוני**. כך לא ניתן להצדיק אם תקציב התרבות של רשות מקומית לציבור החרדי יופנה כולו לפעילויות נפרדות לנשים בלבד ויקפח את הגברים או ההיפך. כך בהיבט התקציב, כך בהיבט המהות – טיב הפעילות המוצעת ואיכותה.
הנטל על הרשות המקומית להראות כי חילקה את המשאבים באופן סביר ולא הפלתה אף פלח אוכלוסייה: לא את הציבור הערבי שבעיר, לא את ציבור המבוגרים, לא את הציבור החרדי – לא את נשיו ולא את גבריו.
כמובן, החלוקה צריכה להיות בגדר הסביר; לא ניתן לצפות לחלוקה מדוייקת ברמה מתמטית, ולא ניתן לצפות שכל קבוצה קטנה תטען למאפיין ייחודי ותבקש את חלקה, שאם כן לא ניתן יהיה לקיים פעילות תרבות כלל. כלל השכל הישר בוודאי יועיל.

26. כך לעמדתנו ברמה העקרונית. המידע אודות חלוקת תקציבי התרבות בפועל בעיר חיפה מצוי בידי העירייה, והפורום מנוע מלהביע את דעתו האם העירייה עומדת בנטל הזה או שהיא נוהגת באפליה.

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

27. הואיל וכאמור לעיל העותרת שבה בעתירתה כעת ומבקשת להסתמך על הדו"ח של משרד המשפטים, נייחד מילים קצרות לשאלות מקורו ומעמדו.

28. 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.

29. 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. הדו"ח קובע, בין היתר, כי בדו"ח הצוות המשרדי לבחינת הדרת נשים במרחב הציבורי משנת 2013, ובו נקבע, כמצוטט בפסק הדין, כי "הנהגת הפרדה בין גברים לשנים במרחב הציבורי מהווה הפליה פסולה וחמורה של נשים אך באשר הן נשים". הדו"ח אומץ על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

30. 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 שננקטו 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.

31. 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.

32. 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 עניינן המקומיים. בעניין זה בחר המחוקק להעניק לרשויות המקומיות סמכות גורפת לנהל

את ענייניהן.[18] 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.[19] ישנם מקרים שבהם לשלטון המרכזי ניתנה סמכות מיוחדת להתערב בנעשה ברשות המנהלית, אולם אלו 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.

33. 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 דנן כדי להדגיש את חשיבותה של ההיכרות עם האוכלוסייה ועם צרכיה, כדי להתאים לה את מדיניות התקצוב והתמיכה, כמובן במסגרת הדין.

34. 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.

35. 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.

[18] 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).
[19] יצחק זמיר, שם.