

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, י"ז אב תשע"ט
18 אוגוסט 2019

מס' מסמך: 004-99-2019-018522
(בתשובה נא לציין מספרנו)

אל: משתתפי הדיון

הנדון: הפרדה מגדרית באירועי תרבות במעורבות רשויות מקומיות

ביום ראשון ה-18.8.19 התקיים דיון בנושא שבנדון בראשות היועץ המשפטי לממשלה, ובהשתתפות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), מנהל מחלקת הבג"צים, המשנה לפרקליט המדינה (משפט אזרחי) וכן נציגים נוספים ממחלקת הבג"צים ומייעוץ וחקיקה. פרקליט המדינה לא נכח בדיון, אך עמדתו הובאה בפני היועץ המשפטי לממשלה לאחר מכן, וסיכום זה הוא גם על דעתו.

רקע

1. במסגרת הליכים משפטיים, אשר נסובו סביב קיומו לאחרונה של אירוע תרבות בפארק העירוני בעפולה בהפרדה מגדרית (עת"מ 17029-08-19 **שדולת הנשים נ' עיריית עפולה**; עת"מ 17029-08-19 **ארבל נ' עיריית עפולה**; עע"מ 5435/19 **שרון נ' עיריית עפולה**), הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי:

"מהבחינה העקרונית, ייתכנו נסיבות מיוחדות בהן תוכל עירייה לקיים אירוע עבור הציבור החרדי בהפרדה. מפאת חשיבותה של הסוגיה והשאלות העקרוניות הכרוכות בה, בכוונת היועץ המשפטי לממשלה לקיים ישיבה בראשותו בנושא זה בדחיפות, על מנת להתוות את אמות המידה המשפטיות והנסיבות המיוחדות שבהתקיימן יתאפשר לקיים אירועים כאמור..." (פס' 32 לתשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה).

2. הכרעה משפטית בסוגיות אלה מעוררת שאלות עקרוניות, בהן השפעת טיבו של הגוף אשר מעורב בהפרדה, אופן המעורבות של גוף ציבורי (תקצוב ישיר לעומת תמיכה או רישוי), סוגי השירות הציבורי בו מתבקשת הפרדה, והאופנים השונים בהם עשויה להתבטא ההפרדה. בהקשר זה יצוין כי ארגוני חברה אזרחית, גורמים אקדמיים, וכן פונים מקרב הקהילה החרדית שונים ביקשו כי עמדתם בנושא תישמע קודם לקבלת הכרעה משפטית בנושא עקרוני זה. ברי כי דיון שכזה, נכון שיעשה באופן שקול ויסודי, לאחר מתן הזדמנות לכלל הגורמים המבקשים להביא את עמדתם בעניין לעשות כן.

3. בתוך כך, התברר כי כבר בעת הקרובה צפויים להתקיים מספר אירועים בהפרדה מגדרית ברשויות מקומיות שונות, דבר המחייב הנחיה מהירה, עוד בטרם ניתן יהיה להשלים את הבחינה העקרונית המתוארת.
4. נוכח האמור, כינס היועץ המשפטי לממשלה בדחיפות דיון אשר יוחד באופן ספציפי לסוגיית ההפרדה המגדרית באירועי תרבות, המתקיימים ברשויות המקומיות. זאת, על מנת להכריע בדבר אמות המידה המשפטיות שלאורן נדרשות הרשויות המקומיות לפעול, וזאת למצער בתקופת הביניים, עד לקיומה של הבחינה המשפטית העקרונית והמקיפה המתחייבת בנושא כאמור.

עיקרי התשתית הנורמטיבית

5. הזכות החוקתית לשוויון נגזרת מהזכות לכבוד האדם, המעוגנת במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹ לאור זאת, פגיעה בשוויון, העולה גם כדי פגיעה בכבוד האדם, נדרשת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד, קרי – להיעשות מכוח חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
6. מקרים שבהם מתקיימת הפרדה מגדרית מעוררים, על פניהם, חשד לקיומה של הפליה אסורה, הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון. לפי הפסיקה, יש לבחון את הדברים בהתאם לאופיו של מקרה ההפרדה המגדרית ולמאפייניו.²
7. נוסף על המגבלה הנובעת מכוח חוק היסוד ומעקרונות היסוד של המשפט המנהלי, אשר מוטלת על רשויות ציבוריות, ומבלי לגרוע מאלה, יש להזכיר גם את חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "החוק" או "חוק איסור הפליה"), הקובע איסור כללי על הפליה במגוון הקשרים. חוק זה, שעיקר חידושו בהחלת איסור ההפליה גם על מי שאינם כפופים למשפט המנהלי, חל בוודאי גם על גופים ציבוריים דוגמת רשות מקומית. בתוך כך, מגדיר החוק מספר מצבים, אותם אין רואים כהפליה לעניין חוק זה. בהקשר בו עסקינן, מסדיר סעיף 3(ד)(3) לחוק את הנסיבות בהן תהא מותרת הפרדה על רקע מגדרי, כהאי ליסנא:
- "אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

...

(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." [הדגשה נוספה]

¹ ראו: בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 9134/12 פרופ' משה גביש נ' הכנסת (פורסם בנבו, 21.04.2016); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.09.2017).
² ראו: ע"פ 5338/17 אבוטבול נ' פיליפ (פורסם באר"ש, 1.11.2018) (להלן: "עניין אבוטבול").

8. כפי שבואר בפסיקה, סעיף זה משמש כנוסחת איזון ספציפית אשר ייחד המחוקק לנושא ההפרדה מגדרית בהקשרים בהם עוסק החוק, ועל כן ניתן להיעזר בו בעת בחינת חוקות אירועי תרבות מופרדים כאמור.³
9. בחינת הנסיבות אשר יגלו אם קיום של אירוע קונקרטי תוך הפרדה מגדרית בין המשתתפים עומד באמות המידה של חוק איסור הפליה, נעשית אם כך באמצעות מבחן דו-שלבי מצטבר:
- א. שלב ראשון – האם אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את ההשתתפות באירוע?
- ב. שלב שני – האם ההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב באופיו של האירוע, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה?

היועץ המשפטי לממשלה סיכם את הדיון כדלקמן:

10. הסוגיה של הפרדה מגדרית מעוררת שאלות משפטיות מורכבות. נקודת המוצא היא עיקרון השוויון, העומד בליבת השיטה הדמוקרטית, ומעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והאיסור על הפליה אסורה שנגזר ממנו. מכאן, שהכלל הוא קיום האירוע במעורבות רשות ציבורית ללא נקיטת צעדים מצד הרשות שנועדו לכפות הפרדה מגדרית.
11. לאורך השנים, ננקטו פעולות רבות ומגוונות שתכליתן מניעת אירועים של הפרדה מגדרית אסורה. בהקשר זה ניתן לציין את פסיקת בג"ץ בהקשרים שונים (עניין רגן בנושא "קווי מהדרין" בתחבורה הציבורית,⁴ עניין "קול ברמה" שעסק בהשמעת נשים ברדיו,⁵ וכן הפרדה אסורה בדרכים ציבוריות בעניין אבוטבול⁶ ובעניין רחל עזריה בעיר בית שמש⁷); את דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת נשים במרחב הציבורי;⁸ ואת החלטת הממשלה 1526 מיום 30.3.2014, בה נקבע כי "ממשלת ישראל מכירה בכך כי תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי היא תופעה חמורה המתאפיינת בהפלייתן של נשים באשר הן נשים המחייבת פעולה ממשלתית אקטיבית לביעורה".⁸
12. בכל אלה יש כדי ללמד על העיקרון המנחה. ואולם, בתוך כך, גם נקבע כי מבחינה משפטית, ייתכנו הקשרים מיוחדים בהם תתאפשר הפרדה מגדרית, לתכליות ציבוריות מסוימות, ובלבד שההפרדה מקיימת את אמות המידה החוקתיות. כך, למשל, הוכרה בחקיקה האפשרות להפרדה מגדרית בחופי רחצה,⁹ אושרו מסלולי הכשרה נפרדים בתכנית המשפיעים של נציבות שירות המדינה,¹⁰ אושרו מסלולי לימוד נפרדים באקדמיה,¹¹ ואף ניתנה אפשרות לקיום אירוע של חב"ד בתל-אביב בהפרדה מגדרית.¹²

³ ראו: פסי' 7 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011) (להלן: "עניין רגן"); פסי' 53 לחוות דעתו של השופט דנציגר ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.15) (להלן: "עניין קול ברמה").

⁴ עניין רגן, לעיל ה"ש 3.

⁵ עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 3.

⁶ עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 6986/10 רחל עזריה נ' משרדת ישראל (פורסם בנבו, 28.09.2010).

⁷ משרד המשפטים דין וחשבון הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת נשים במרחב הציבורי (2013).

⁸ החלטה 1526 של הממשלה ה-33 "מניעת הדרת נשים במרחב הציבורי" (30.03.2014).

⁹ חוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964.

¹⁰ ראו: סי' 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז – 2007; סעי' (אזורי ים) 8822-02-18 שדולת הנשים בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 08.04.2018).

¹¹ תגובת המדינה בבג"ץ 6500/17 יופי תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (מיום 10.7.18).

¹² עת"מ (מינהלים ת"א) 50491-06-18 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 22.06.2018).

13. בצד ההיבטים הציבוריים כבדי המשקל של הנושא, הסוגיה העומדת לפתחנו היא בעלת היבטים משפטיים משמעותיים, וביחס אליהם – היא מחייבת הכרעה משפטית. קביעת אמות מידה משפטיות כלליות, אשר יחולו על מגוון הנסיבות השונות, דורשת בחינה עקרונית מקיפה כאמור, במסגרתה תינתן אפשרות גם לגורמים שונים בעלי עניין להעביר את עמדתם בנושא. לאור זאת, הסיכום הנוכחי עוסק אך ורק בהיבט הקונקרטי שבנדון, לשם מתן מענה לעניינים הדחופים שהתעוררו בעת הזו.

14. לעניין ההקשר הנדון – של הפרדה מגדרית באירועים הנערכים בחסותה של רשות מקומית – בהתאם לסעיף 2 לחוק איסור הפליה, רשות מקומית או כל גורם אחר המספק שירותי בידור, מצויים בגדר תחולת הוראות החוק (כאמור לעיל, ביחס לרשות הציבורית הוא אינו ממצה את החובות החלות עליה בהקשר המדובר, הנובעת מחוק היסוד וכללי המשפט הציבורי בכללותם).

15. יצוין כי אם רשות מקומית מעוניינת לקיים אירוע בהפרדה מגדרית עבור ציבור המעוניין בכך, הרי שראשית עליה לבחון האם לאור מאפייני האוכלוסייה המתגוררת באותה רשות ולאור סוג האירוע בו מדובר, ניתן לקיים הפרדה וולונטרית ללא הכוונה. ככל שניתן, מובן כי יש להעדיף אפשרות זו על פני הפרדה מתוכננת. על כל פנים, בעת החלטה על קיומם של אירועים כאמור נדרש לעמוד בשני התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, כמפורט להלן:

16. **קיום האירוע ללא הפרדה ימנע מחלק מן הציבור את קבלת השירות הציבורי** – על הרשות המקומית להשתכנע כי הציבור לו מיועד האירוע יימנע מהשתתפות בו, בהעדר הפרדה מגדרית.

17. **קיומה של הצדקה לעריכת האירוע בהפרדה מגדרית בהתחשב באופיו של האירוע, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה** – על הרשות המקומית לשקול את מכלול הנסיבות של האירוע, ובמסגרת זו ליתן משקל, בין היתר, לאמות המידה הבאות העולות מלשון החוק ומהפסיקה:

א. **וולונטריות ההפרדה** – ככל שגובר רכיב הוולונטריות בהפרדה, מתחזקת ההצדקה לאפשר אותה. במסגרת זו, יש להתחשב בהיבטים הבאים:

(1) האם בצד המתחמים הנפרדים קיים גם מתחם מעורב, המאפשר השתתפות באירוע גם עבור מי שאינו מעוניינים בהפרדה?

(2) בכל מקרה, אין לקבל כפייה **בכוח** של מקומות ישיבה או אכיפה של דרישות לבוש או צניעות.

ב. **ייחוד האירוע** – ככל שייחודו של האירוע לקהל המעוניין בהפרדה מגדרית הוא מובהק יותר, מתחזקת ההצדקה לאפשר אותה. במסגרת זו, יש להתחשב בהיבטים הבאים:

(1) האירוע מיועד לקהל בוגר המעוניין בקיומה של הפרדה מגדרית, בהתאם להשקפת עולמו הדתית.

(2) האם מדובר באירוע ללא תשלום הפתוח לקהל הרחב, או באירוע שהשתתפות בו מותנית בהרשמה מראש או בקניית כרטיסים?

(3) היחס בין סך כל האירועים הנערכים ברשות מקומית לבין האירועים הנערכים בהפרדה, והתאמתו של יחס זה להיקף הקהל המעוניין בהפרדה באותה רשות.

ג. שוויון חומרי –

(1) ככל שלא מתקיים שוויון חומרי בין המגדרים, לא ניתן יהיה להצדיק את קיומו של אירוע בהפרדה. בפרט נדרש כי ההפרדה תיעשה תוך הקפדה על תנאים שווים ביחס לגברים ולנשים, באופן המבטיח תנאי נגישות, מיקום ומרחב דומים.

(2) אירוע המיועד למגדר אחד בלבד הינו בגדר חריג שבחריגים, ונדרשת הצדקה כבדת משקל במיוחד לקיומו.

ד. **השפעה על הציבור שאינו מעוניין בהפרדה** – ככל שהאירוע משפיע באופן משמעותי יותר על הציבור שאינו מעוניין בהפרדה מגדרית, כן גובר הקושי בהפרדה. במסגרת זו, יש להתחשב בהיבטים הבאים:

(1) מידת החיכוך עם מי שאינם מעוניינים בהפרדה (למשל, אירוע המתקיים בפארק פתוח או באולם סגור).

(2) היקף השטח ופרק הזמן אשר מוקצים לאירוע המופרד, ומידת מניעת השימוש הנגזרת מכך במרחב הציבורי מאלו שאינם מעוניינים בהפרדה.

18. יודגש כי אין באמור לעיל כדי להתיר הבחנה מגדרית אחרת, כגון בין עובדים העוסקים בניהול האירוע.

19. כאמור לעיל, אמות המידה המפורטות הן בגדר קווים מנחים, אשר יש בהן כדי לסייע לרשויות המקומיות בבואן לשקול עריכת אירועים המיועדים לציבור המעוניין בהפרדה מגדרית. כל זאת, כעמדת ביניים אשר תעמוד בתוקפה עד לקיומו של דיון משפטי עקרוני ומקיף בסוגיה זו.

20. נוכח המורכבות והרגישות של הסוגיות המתעוררות בהקשר זה, החלטה על קיום אירוע בהפרדה נכון שתתקבל על-ידי דרג מקצועי בכיר ברשות המקומית, וזאת לאחר שהיועץ המשפטי לרשות המקומית יחוה דעתו באשר לשיקולים המפורטים לעיל.

21. ככל שתתעוררנה שאלות ביחס ליישום השוטף של האמור במכתב זה, וכן לשם טיפול בפניות אחרות המגיעות בעניין זה, יש לפנות כנהוג לגבי' דינה זילבר, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), הממונה מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה על תכלול הטיפול המשפטי בנושא מניעת הדרת נשים מן המרחב הציבורי.

בברכה,



ד"ר גיל לימון, עו"ד

עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה