

## הפרדה בין המינים במשפט הישראלי סיכום מוער של הדין הפוזיטיבי ומבט לעתיד

מאת

יופי תירוש\*\*

### תקציר

מהי עמדתו של המשפט הישראלי בנוגע להפרדה בין המינים במרחבים ציבוריים? המאמר מציג את הדין בסוגיה זו, ומבאר אותו תוך מיקומו ועיגונו בעקרונות שיטת המשפט בישראל. לצד הנורמות החוקתיות והחקיקתיות מהמשפט הציבורי והפרטי, מנותחים פסקי הדין של בג"ץ שעסקו בהרחבה בחוקיות ההפרדה בין המינים – פסק הדין בעניין שעות פתיחת הבריכה בקריית ארבע (עניין שוקרון) ופסק הדין בעניין ההפרדה באקדמיה (עניין תירוש). המאמר מניח תשתית מושגית להבנת הסוגיה, ומציע להבחין בין מקרים של מניעה מוחלטת של השתתפות נשים, הפרדה אסימטרית בין המינים המעניקה תנאים נחותים לנשים והפרדה בתנאים סימטריים. הבחנה זו מאפשרת לזהות כי החקיקה והפסיקה הישראלית קבעו שכל שלושת סוגי המקרים פוגעים בשוויון, אם כי בנוגע לשתי התופעות הראשונות הפגיעה זוהתה בצורה נחרצת יותר, ובהתאם גם הסעדים שניתנו בגינה. הבחנה זו גם מציידת אותנו בכלי חדש וחשוב לכל הערכה נורמטיבית של הפרדה בין המינים. כיוון שמקרים רבים של מניעת השתתפות או של הפרדה שאיננה סימטרית נדונים בשוגג כאילו מדובר בשאלה של הפרדה בתנאים סימטריים,

---

\* מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ועמיתת מחקר במכון שלום הרטמן בירושלים. מחקר זה נתמך בידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1734/18). הכותבת יזמה והובילה את העתירה לבג"ץ בעניין ההפרדה בין המינים בלימודים אקדמיים (ראו להלן ה"ש 53). חלק מהתובנות בטקסט התחדרו בעקבות דיונים עם עמיתים, בין מתוך הסכמה ובין בדרך של ליבון מחלוקות. האחריות לדברים היא שלי בלבד. תודה לרונוג אברהם, לעינת אלבין, ליאיר אדון, לנטע ברק-קורן, למני מאוטנר, לשיירלי נוה, להלל סומר, לפרנסס רדאי ולאמנון רייכמן שהציעו תובנות מאירות עיניים בשיחות אלה. על הערותיהם לטיטות מוקדמות של רשימה זו, אני מודה לעופרה בלון, לישי בלנק, לאביעד הכהן, לצבי טריגר, לזהר כוכבי, למיה ליקוורניק, לברק מדינה, לשגית מור, לנילי פיליפ, לדנה צוק, לחגי קלעי, לדוד קרצמר, לאיסי רוזן-צבי, לגילה שטופלר, לעדיה שיינוולד ולשני שניצר. תודה גם לעוזרות המחקר הנפלאות שירן מאי ושרי פינקלשטיין. סקירת הדין והספרות הרלוונטית במאמר מעודכנת לחודש ספטמבר 2021.

\*\* מאמר זה נערך על ידי חברות וחברי מערכת כרך מ"ו של כתב העת: רוזן אשכנזי, נטע צ'חנובסקי, וחינן תומא, תחת העורכת האחראית תמר בן-עוזר.

כל בחינה נורמטיבית של הפרדה צריכה להתחיל בבדיקה אם אכן מדובר למעשה בהפרדה בתנאים סימטריים.

המאמר עוסק בתחילתו בשאלות מקדמיות נוספות, ובהן השאלות מדוע התאוריות של רב־תרבותיות אינן רלוונטיות לשאלת ההפרדה במרחב הציבורי בישראל ומהו ההבדל בין הפרדה בין המינים באוטובוס או בלימודים אקדמיים לבין ההפרדה במלחחות ובשירותים ציבוריים. מסגרת אנליטית זו משרתת את סקירת הפסיקה על הפרדה בין המינים. בהמשך המאמר מתוארים הטעמים לחשדנותו של המשפט הישראלי במסגרות המפרידות בין גברים לנשים ובמשמעותם של התנאים המהותיים ושל החסמים הפרוצדורליים שישנם בדין הישראלי כתנאים לאישורה של ההפרדה. כמו כן נדונות צורות הפגיעה של הפרדה בין המינים – הן בבני ובבנות קהילות דתיות שבהן נהוגה הפרדה והן בפרטים מחוץ לקהילות אלה. המאמר דן בהבדלים שבין מסגרות לגברים בלבד למסגרות לנשים בלבד, וכן במעמד הנורמטיבי שראוי להעניק לטיעונים בדבר שיקולי יעילות, טיעונים נפוצים בדיונים על חוקיותה של הפרדה בין המינים. בסיומו המאמר ממפה שאלות אשר נותרו פתוחות ואשר סביר שיעלו על סדר היום הציבורי והמשפטי בישראל בעתיד הנראה לעין.

- 699 הקדמה
- 702 א. מ"קווי מהדרין" עד קמפוסים אקדמיים: סקירת הפסיקה על הפרדה בין המינים
- 702 1. עקרונות מנחים לתחימת הפסיקה הרלוונטית
- 702 (א) הפרדה בתנאים סימטריים
- (ב) מה ההבדל בין הפרדה בבתי שימוש ציבוריים להפרדה בלימודים
- 706 אקדמיים? הפרדה מהותנית לעומת הפרדה שוויונאית (אגליטריאנית)
- 711 (ג) בין פרטי לציבורי: סובלנות להפרדה ורב־תרבותיות
- 714 (ד) וולונטריות
- (ה) הערת אזהרה על הסכנה שבעיסוק בהפרדה מהותנית בתנאים סימטריים
- 715 סימטריים
- 717 2. סקירת הפסיקה
- 732 ב. הדין: הפרדה היא הפליה, והפרדה בין המינים היא הפרדה ככל ההפרדות
- 732 1. נקודת המוצא: הפרדה בין המינים היא הפליה
- 740 2. אז מתי בכל זאת מותר להפריד בין המינים?
- 746 ג. החצנותיה של הפרדה בין המינים
1. התרבות של מי? על החצנות של הסדרי הפרדה על נשים ועל גברים
- 748 בקהילות דתיות
2. מעבר לאוטונומיה קהילתית: החצנות של הסדרי הפרדה על החברה הכללית
- 753 (א) החצנה של הפרדה בדרך של פגיעה בזכויות יסוד מחוץ לקהילות שבהן
- 753 נהוגה הפרדה

755	(ב) החצנה של הפרדה בדרך של הקטנת ההיצע של מסגרות מעורבות
757	(ג) החצנה של הפרדה בדרך של הפנמת הפרדה כהסדר הראוי
761	ד. מרחבים ופעילויות לנשים בלבד
767	ה. בין שוויון לשיקולי עלות ותועלת
774	סיכום שהוא סיכום ביניים

## הקדמה

שאלות בדבר הלגיטימיות הרעיונית והמשפטית של הפרדה בין המינים מעסיקות בשנים האחרונות את הציבור הישראלי, את קובעי המדיניות ואת בתי המשפט בתדירות גבוהה והולכת. על רקע הדינמיות הגבוהה המאפיינת את הנושא, מאמר זה מבקש לאגם את התוכנות מהחקיקה ומהפסיקה בתחום ולהציע סיכום ביניים מועד של הדין בישראל באשר להפרדה בין המינים. הניתוח שלהלן יציג את המצב המשפטי ויבקש לשפוך עליו אור נוסף בדרך של מיקומו בהקשר הנורמטיבי הרחב יותר של החקיקה ושל הפסיקה במשפט הישראלי. ככל פסיקה, גם הפסיקה הנוגעת להפרדה בין המינים פתוחה לפרשנויות שונות. הצצה לוויכוח מעבר לים סביב פסק הדין בעניין **בראון**, שבו נפסלה הפרדה גזעית בכתי ספר,<sup>1</sup> מדגימה עד כמה, אפילו בנוגע לפסק דין קנוני, שסקרים מלמדים כי הוא פסק הדין המזוהה והמוכר ביותר בקרב אמריקנים מכלל פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני,<sup>2</sup> אין מנוס ממחלוקות פרשניות באשר למה שעולה ממנו. העותרים בעניין זה לא טענו שההפרדה כרוכה בתנאי לימוד גרועים יותר או בתקצוב נמוך יותר של בתי הספר לתלמידים שחורים, כלומר לא נטענה הפליה בתנאים; ולמרות זאת, בית המשפט פסל את ההפרדה בקובעו שהיא כשלעצמה פוגעת בשוויון. כמעט שבעה עשורים מאז שניתן, עדיין רוחש ויכוח נוקב בין משפטנים בשאלה מהי הלכת **בראון**. בהקדמה לספר העוסק בפסק הדין כותב ג'ק בלקין, מהמומחים המובילים למשפט חוקתי בארצות הברית, כי "the meaning and legacy of *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) have become a terrain of struggle and controversy".<sup>3</sup> היחס להלכת **בראון**, כותב בלקין, הפך למעין מבחן רורשאך לפוליטיקאים ולתאורטיקנים כאחד.<sup>4</sup> מי שמבקשים לצמצם את קביעותיו של פסק הדין טוענים שהטעם המרכזי לפסילת ההפרדה הגזעית היו הנתונים האמפיריים בדבר פגיעתה של ההפרדה בהערכתם העצמית של שחורים, בכבוד האדם שלהם ובתפישתם את אופק האפשרויות הפתוח עבורם בחברה.<sup>5</sup> כך, לטענת המצמצמים, אין עולה מהלכת **בראון** שהפרדות הן פסולות מעצם טיבן, אלא שמוצדק לפסול רק הפרדות שהוכח שהן מכוונות ומשפילות. לעומתם, ממשיך בלקין, מי שקוראים את פסק הדין בעניין **בראון** באופן רחב יותר גורסים כי פסק הדין קבע שעצם ההפרדה, כלומר הסימון של שוני גזעי

1 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין **בראון**).

2 Jack M. Balkin, *Brown as Icon, in WHAT BROWN v BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID* 3 (Jack M. Balkin ed., 2001).

3 שם, בעמ' 12.

4 שם, בעמ' 18.

5 שם, בעמ' 8-9.

הקצאת מקום הלימוד הראוי לאדם לפי גזע – משתנה זהותי שאין חולק שאיננו רלוונטי לפעילות הנדונה (לימודים) – כשלעצמו משעתק תפיסות חברתיות פסולות, החותרות תחת קיומה של חברה שוויונית שבה יש תנאים לבני כל הגזעים להתהלך חופשיים וזקופי קומה. השאלה אם חיוני להוכיח השפלה כדי שהפרדה תהיה פסולה משפיעה – בארצות הברית כמו בישראל – על היחס להפרדה בהקשרים של קבוצות אחרות, כמו למשל בהפרדה על בסיס מין. המשימה של תיאור הדין הפוזיטיבי הישראלי הנוגע להפרדה בין המינים מזמנת למשפטים ולמשפטיניות ישראלים אתגר דומה לזה המשתקף מהוויכוח האמריקני בנוגע להפרדה גזעית. עם זאת בשונה מעניין בראון, עד לאחרונה זכתה הפסיקה הישראלית בתחום ההפרדה בין המינים לתשומת לב אנליטית פחותה בהרבה של חוקרי וחוקרות משפט. מאמר זה מבקש לנתח את מעמדה הנורמטיבי של הפרדה בין המינים במשפט הישראלי, תוך התמקדות בשאלה שעמדה גם בליכת פסק הדין בעניין בראון: can the separate be equal?, או: האם ומתי הפרדה, גם בתנאים זהים, היא הפליה?

ברוב ההחלטות ופסקי הדין העוסקים בהפרדה בין המינים נמנעו בתי המשפט בישראל מלפתח את הדין בשאלת ההפרדה בתנאים סימטריים; טענתו המרכזית של המאמר היא כי למרות זאת, ניתוח של החקיקה ושל הפסיקה המעטה שבכל זאת התייחסה לשאלה זו מעלה כי הפרדה בין המינים – גם בתנאים זהים – פוגעת בשוויון, ומותרת רק כשיש לכך היתר או הסמכה בחוק (הנתונים כשלעצמם למבחנים החוקתיים המגבילים פגיעה בזכויות יסוד). לצד הבהירות הנורמטיבית בדבר ההפליה שבהפרדה בין המינים, שאלות רבות בדבר היקפה החוקי והראוי של הפרדה בהקשרים שונים טרם הגיעו לבתי המשפט, ודברי החקיקה והרגולציה שבנמצא אינם מספקים להן מענה קונקרטי. הדיון הנוכחי מבקש לאגם ולתאר את מה שכבר ברור שהוכרע במשפט הישראלי מבחינת קווי המתאר הנורמטיביים בנוגע להפרדה בין המינים, ולבחון לפי עקרונות אלה שאלות עתידיות אשר סביר שיתעוררו.<sup>6</sup>

חלקו הראשון של פרק א תוחם את השאלה המשפטית הנבחנת במאמר זה, והיא שאלת גבולותיה המותרים בדין הישראלי של הפרדה בין המינים בתנאים סימטריים בין גברים לנשים או במצבים שבהם יש אפשרות תאורתית להשוואת התנאים. חלק זה דן בשאלות מקדמיות שעשויות לעלות בעקבות תיחום הנושא, כמו מה ההבדל בין הפרדה בבתי שימוש ציבוריים לבין הפרדה במדרכות או בהכשרות מקצועיות ומדוע השאלה שעל הפרק איננה שאלה קלאסית של רב-תרבותיות, ומסיר מהשולחן לצורך הדיון את שאלת ההסכמה להפרדה. בהתאם להגדרה זו, בחלקו השני של הפרק נערכת סקירה של הפסיקה שעסקה בהפרדה בין המינים. פרק ב עורך סינתזה של הדין הקיים ומציג את נקודת המוצא

6 בחרתי במינוח "הפרדה בין המינים" ולא "הפרדה מגדרית" כיוון שהרציונל שבבסיס הפרקטיקה של הפרדה מתבסס על מין ולא על מגדר. כך למשל, בכותל המערבי נשלחים אנשים שאינם קונפורמיים מבחינה מגדרית לצד המייצג, לפי הסדרנים, את מינם הביולוגי ולא את המגדר שלהם (ראו למשל, איתי אילנאי "סדרן בכותל לטרנסג'נדר: יש רק שני מינים, זכרים פה – נשים שם" Ynet (18.6.2019) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5526988,00.html>). עם זאת נקיטת המינוח הזה איננה מבטאת הסכמה להנחות המובלעות בו, כך למשל, ההנחות שזהות מינית היא בינארית, שמין הוא תכונה יציבה או קלה לסיווג או שזהות מינית קודמת בחשיבותה להקשרים זהותיים אחרים של הפרט, כמו גזעו, מוצאו האתני, מעמדו הכלכלי, נטייתו המינית, גזעו, מוגבלותו וכדומה.

במשפט הישראלי, והיא שהפרדה, לרבות הפרדה בין המינים, היא הפליה, ועל כן יש לספק הצדקות כבדות משקל – ובמקרה של רשות ציבורית גם הסמכה בחוק – להפעלת מסגרות או לאספקת שירותים בהפרדה. המשך המאמר פורס דיון מוער של הדין תוך עמידה על סוגיות שונות העולות ממנו ועל מיקומו בהקשרים רחבים יותר של עקרונות, של חוקים ושל הלכות במשפט הישראלי. פרק ג דן בהחצנות של הפרדה בין המינים על בני ובנות קהילות שבהן נהוגה הפרדה וכן על בני ובנות החברה הכללית. פרקים ד ו-ה דנים בשתי סוגיות נלוות לדיון במעמדה הנורמטיבי של הפרדה. פרק ד יבאר מדוע לפי הדין הישראלי מסגרות לגברים בלבד אינן שקולות למסגרות לנשים בלבד. פרק ה יעסוק במעמדם של שיקולי יעילות בקביעת היקף החובה לאספקה שוויונית של שירותים. סיכום המאמר יציב על שאלות פתוחות שהפסיקה טרם השיבה עליהן, ובהן שאלות המונחות כיום על שולחנם של קובעי המדיניות ושאלות שסביר שיתעוררו בעתיד.

בטרם נצא לדרך, אעיר הערה מסדר שני על אחת הפעולות השכיחות בכתיבה האקדמית המשפטית, היא הפעולה של חילוף הדין. במכתם שכותרתו "על הדקדקנות במדע" העמיד חורחה לואיס בורחס תרגיל רעיוני בדמות מפת קיסרות "אשר מידותיה כמידות הקיסרות והיא תואמת אותה אחת לאחת, בדיקנות". אך תושבי הקיסרות הבינו כי מפה שכזו אינה יעילה "והפקירוה לשבטי החמה והחורפים". קרעי חורבותיה, המשיך בורחס, "משמשים משכן לחיות או לקבצנים" במדבריות המערב.<sup>7</sup> העובדה שמפה גאוגרפית בוררת בהכרח בין פרטים חשובים יותר וחשובים פחות אינה הופכת אותה למסמך לא־תקף, וגם אינה מבטלת את האפשרות להשוות בין מפות שונות של אותו אזור ולהסיק שמפה אחת היא מהימנה ומדויקת יותר מחברתה. באנלוגיה לכתיבה על המשפט – כל תמצות של פסק דין שלא יביא אותו במלואו – ככתבו וכלשונו – ילקה בייצוג חסר.

אין להסיק מכך שהכול פתוח, ושטקסטים – במקרה הזה טקסטים משפטיים – נתונים לכל פרשנות שהיא. על מי שמבקשים לתאר את הדין הפוזיטיבי באופן שייתפס בקרב הקהילה הפרשנית כמהימן ומשכנע לעגן את פרשנותם בטיעונים ובראיות: כך למשל, להדגים כיצד פסיקה נתונה מתיישבת עם פסיקות קודמות ועם עקרונות יסוד במשפט הישראלי, או לבאר את הרציונלים של הדין באמצעות הצדקות תאורטיות. הקריאה שלהלן בדין הישראלי על הפרדה מוצעת אם כן כניתוח השואף ליישם נאמנה כללי פרשנות מקובלים על הקהילה המשפטית, תוך הכרה בכך שאין דיון שאינו כתוב מתוך פרספקטיבה, ובה בעת שאין לבלבל בין הטיות להטעיות.

7 חורחה לואיס בורחס "על הדקדקנות במדע" דברי ימי תועבת העולם 119, 120-119 (רנה ליטוין מתרגמת 1987). אני מודה לחנה ליאשקביץ מספריית הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב על סיועה באיתור המובאה.

## א. מ"קווי מהדרין" עד קמפוסים אקדמיים: סקירת הפסיקה על הפרדה בין המינים

### 1. עקרונות מנחים לתחמת הפסיקה הרלוונטית

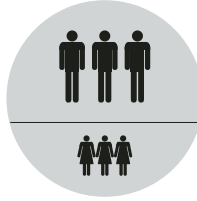
כדי לסקור את המקרים שבהם נדרשו בתי המשפט בישראל לשאלות של הפרדה בין המינים יש להגדיר תחילה מהם העקרונות שהנחו את פעולת התיחום של הפסיקה הרלוונטית. חמש הנקודות שלהלן פורסות את העקרונות ואת ההנחות שבבסיס איתור הפסיקה הרלוונטית לשאלה הנבחת במאמר. בקצרה, המאמר עוסק במעמדה המשפטי של הפרדה בין המינים בתנאים זהים או כאלה שיכולים תאורטית להיות זהים, תוך אזהרה שבפועל כמעט שאין בנמצא מקרים שההפרדה בהם איננה מתאפיינת גם בהספקת תנאים נוחים לנשים. כן עוסק הדיון בהפרדה שבבסיסה הנחות מהותניות בנוגע לתפקידים בין המינים, המובחנת מהפרדה שבבסיסה הנחות אגליטריאניות. כמו כן, עניינו של המאמר לא בהפרדות החוסות תחת ההצדקה לסובלנות רב-תרבותית, אלא בהפרדות המתרחשות בספירה הציבורית או שטיב הפעילות המתקיימת בהפרדה הוא ציבורי, בין שהיא מתרחשת בתוך קהילות מיעוט תרבותי, כמו במדרכות בשכונות חרדיות או באספקת שירותים בשכונות כאלה, ובין שבמרחב הציבורי הכללי, כמו באקדמיה או בפעילויות הפתוחות לכלל הציבור. לבסוף, הניתוח מוריד מהפרק את שאלת ההסכמה להפרדה, תוך הנחה שמדובר בפרקטיקות הפרדה שאינן כפויות.

### (א) הפרדה בתנאים סימטריים

בליבתו של מאמר זה עומדת שאלת מעמדה המשפטי של הפרדה במצב שבו היא מתקיימת בתנאים זהים, או במצב שבו לפחות עקרונית היה אפשר ליצור סימטרייה בתנאים של הנשים ושל הגברים.<sup>8</sup> איורים 1 ו-2 ממחישים מניעת השתתפות מנשים והתרת השתתפות בתנאים לא-זהים מבחינת המקום או המשאבים המוקצים לכל מין. מקרים אלה מעוררים שאלות של הפליה במובנה המוכר והקלאסי, אשר הפסיקה פסלה בעקביות כאסורה. כך למשל, מופע המיועד לגברים בלבד מיוצג באיור 1. מופע שבו נשים נשלחות לאחורי אולם התיאטרון מחיל הפרדה בתנאים לא-שווים, כיוון שהן רחוקות יותר מהבמה וכן בשל המטען הסמלי שיש למיקום מאחור לעומת מלפנים, כמודגם באיור 2.<sup>9</sup> איור 3 מציג את המקרים שבהם עוסק המאמר, אשר יבחן מה דינה של הפרדה שבה התנאים סימטריים, כך למשל, באולם שחולק באופן אנכי כך שמי שמשתייך למין אחד ישב לאורכו בצד ימין ומי שמשתייך למין האחר ישב לאורכו בצד שמאל. האם הסימטרייה בתנאים הופכת את הנשים מבחינת הדין בישראל ל"נפרדות אך שוות", כך שזכותן לשוויון וזכויות יסוד נוספות, כמו כבוד האדם שלהן, אינה נפגעת?

8 המונחים "זהות" ו"סימטרייה" ישמשו מילים נרדפות למצבי הפרדה שבהם גברים ונשים מקבלים את אותם תנאים, למשל בדרך של הקצאת אותו מקום פיזי לגברים ולנשים במופע, בהפרדה ברחובות, או בפתיחת אותן תוכניות לימוד לגברים ולנשים.

9 ראו צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" עיוני משפט לה 703, 734-738 (2013) (להלן: טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית").

**איור 1: שלילת השתתפות מנשים****איור 2: הפרדה בתנאים לא-סימטריים****איור 3: הפרדה בתנאים סימטריים (או סימטריים בפוטנציה)**

כאשר נשים קיבלו תנאים נחותים, לדוגמה, כאשר נמנעה השתתפות מנשים כליל או כאשר המשאבים שהושקעו בפעילות המיועדת לנשים היו נמוכים מאלה המושקעים בגברים, החקיקה והפסיקה בישראל קבעו בצורה מובהקת ועקבית כי מדובר בהפליה אסורה, תוך שהם דוחים ניסיונות להגן עליה בנימוקים של אוטונומיה תרבותית. כך למשל, בעניין שקדיאל נפסל סירוב לאפשר לנשים לכהן במועצה הדתית, כלומר נפסלה שלילת השתתפות בשל מין (איור 1).<sup>10</sup> בדומה, בעניין רדיו קול ברמה נבחנה מדיניותה של תחנת רדיו שלא להשמיע נשים כלל בשידוריה.<sup>11</sup> נפסק כי גם במקרים שבהם נשים מורשות להשתתף אך

10 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).

11 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (נבו) 9.12.2015 (להלן: עניין קול ברמה). מקרים מסוג זה מכונים בפסיקה ובשיח הציבורי בישראל מקרים של הדרת נשים, וכך אתיחס אליהם גם כאן. ראו למשל ע"פ 5338/17 ראש עיריית בית שמש נ' פיליפ, פס' 33 (נבו) 1.11.2018 (להלן: ע"פ פיליפ) ("המונח 'הדרת נשים' עניינו בהפליה גורפת על בסיס מין, אשר המאפיין המרכזי שלה הוא דחיקת רגליהן של נשים בשל עצם היותן נשים – מן האפשרות לקבל שירותים ציבוריים, לקחת חלק בפעילות ציבורית, או לשהות במרחב הציבורי").

התנאים המוקצים להן נחותים (איור 2) מדובר בהפליה אסורה. כך למשל, נקבע שכל שיותר לקיים הכשרות מקצועיות מטעם שירות המדינה בהפרדה בין המינים (שאלה שטרם הוכרעה מפורשות בפסיקה), יהיה עליהן להתקיים באופן סימטרי לגברים ולנשים מבחינת זמני פתיחת הקורס, מספר המקומות בו ומתכונתו.<sup>12</sup> בדומה, במקרים כמו פרוז'אנסקי, שבהם נבחן הסדר שעל פניו מייטיב עם נשים (גיל כניסה צעיר יותר למועדון),<sup>13</sup> נפסק שמדובר בכלל המפלה גם נשים כיוון שהוא מבוסס על סטראוטיפים בדבר תכונות נשיות ומשעתק אותם. כיוון שמקרים של מניעת השתתפות מנשים או של השתתפות בתנאים נחותים נפסלו נחרצות בפסיקה, שאלת מעמדה המשפטי של הפרדה בתנאים לא-זהים בין נשים וגברים איננה שאלה פתוחה שמעניין להתעמק בה.

לעומת זאת, השאלה מהו הדין ומה צריך להיות הדין באשר לטענה שיש מצבים של "נפרדות אך שוות", כלומר של הפרדה שאיננה מפלה בתנאים או במשאבים המוקצים לגברים ולנשים, נמצאת בליבת הדיון הציבורי והמשפטי בימינו. שאלה זו לא רק שהיא מאתגרת רעיונית ועיונית, אלא שכיום שוררת אי-בהירות מסוימת בנוגע לעמדת הדין הפוזיטיבי של המשפט הישראלי בעניינה. המאמר ישיב על השאלה מהו הדין ומהן ההצדקות הרעיוניות לדין במקרים של הפרדה בתנאים סימטריים או של הפרדה שניתן לטעון שתיתכן בעניינה זהות בתנאים (כלומר שאם התנאים המוקצים לגברים ולנשים יהיו זהים, לכאורה לא יהיה פסול בהפרדה כשלעצמה).

כך למשל, העתירות בעניין עזריה עסקו בהקצאת צרדים שונים של רחובות מאה שערים לגברים ולנשים.<sup>14</sup> בהחלטותיו של בג"ץ בעתירות אלה לא צוין אם הוקצה לנשים מרחב שווה למרחב של הגברים ברחוב. אילו ידענו שלנשים הוקצו, למשל, מעברים צרים יותר ברחוב או דרכים עוקפות וארוכות יותר, היינו מסווגים את המקרה כנופל תחת הפרדה בתנאים לא-סימטריים (איור 2). אך השאלה שמעניין להתמודד עימה תאורטית היא אם ההפרדה במדרכות תהיה פסולה גם בתנאים סימטריים. לכן העתירות בעניין עזריה מיוצגות באיור 3, שבמקרים מסוגו יתמקד הדיון במאמר זה. בדומה, העתירה בעניין משרד התיירות שתקפה את הדרישה לקיים הפרדה בין המינים בקורסים למורי דרך במכרז של משרד התיירות (שבו נדון מכרז לקיום קורס לגברים וקורס לנשים) מדגימה את סוג המקרים שבהם יתמקד הדיון.<sup>15</sup> גם בעניין משפיעים ערכה נציבות שירות המדינה קורס לגברים חרדים, ורק אחרי

12 סע"ש (אזורי י"ם) 8822-02-18 נציבות שירות המדינה – שדולת הנשים בישראל (נבו) 6.8.2018 (להלן: עניין משפיעים).

13 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (נבו) 16.11.2011.

14 בג"ץ 6986/10 עזריה נ' משרתת ישראל (נבו) 28.9.2010 (להלן: עניין עזריה 1); בג"ץ 7521/11 עזריה נ' משרתת ישראל (נבו) 16.10.2011 (להלן: עניין עזריה 2).

15 עמ' 2-1 לפרוטוקול הדיון מיום 14.2.2018 בעת"ם (מחוזי-י"ם) 3045-10-17 שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות (עותק מצוי בידי המחברת). (כמו במקרים אחרים, גם כאן מדובר במראית עין של סימטריה, שלא התקיימה בפועל. משיחה עם עו"ד חגי קלעי, שייצג את העותרת, עולה שגם כאן נסב למעשה הדיון לא על הפרדה שוויונית, אלא על הפרדה בתנאים מפלים: משרד התיירות התחייב לקיים קורס לנשים רק ככל שיהיה לכך ביקוש, אך השקיע הרבה יותר בפרסום הקורס לגברים, כך שהביקוש הושפע מהפרסום. עוד לדברי קלעי, בכל



כמה חודשים פתחה קורס דומה לנשים.<sup>16</sup> מקרה זה נופל אף הוא בקו הגבול שבין המקרים המתוארים באיורים 2 ו-3. פתיחת קורס לגברים בלבד היא הפליה של נשים, אך ניתן לרפאה ולהתמקד בשאלה מה היה דינו של קורס מקצועי המתקיים בהפרדה בתנאים סימטריים לו נערכו הקורסים במקביל, בתוכנית לימודים שווה, תוך קביעת רף קבלה אחיד וניטרלי מגדרית, הקצאת מספר שווה של תקנים ייעודיים בשירות הציבורי לבוגרים ולבוגרות וכן הלאה. האפשרות התאורטית של שוויון בתנאי ההפרדה מצריכה לכלול את סוג המקרים האחרון בדיון הנוכחי.<sup>17</sup>

מובן שהמקרים של אסימטרייה בין המינים, המתוארים באיורים 1 ו-2, מקרינים על השאלה שבליבת המאמר, היא שאלת ההפרדה בתנאים סימטריים המתוארת באיור 3. אותן השקפות בדבר השוני המהותי שבין גברים לנשים מונחות בבסיס הפרדה בתנאים סימטריים ובבסיסה של מניעה גורפת מנשים מלהשתתף בפעילות או בהצבת תנאים מכבידים יותר להשתתפותן. כך למשל, ההחלטה של עיריית חיפה לממן מופע לגברים בלבד של הזמר מוטי

16 המקרים שהגיעו לבתי המשפט, שבהם נטען כי השירות ינתן בהתאם לביקוש והיצע, בפועל בוצע שיווק שונה לשירות המופרד לגברים ולנשים, ולעיתים השירות לא שווק לנשים כלל). עניין משפיעים, לעיל ה"ש 13. יצוין בהקשר זה, כי הבחירה במתכונת של הקצאה שווה של תקנים יצרה הפליה בפועל. מאחר שתנאי הסף לקורס היו תואר ראשון, ושיעור הנשים החרדיות בעלות התואר הראשון עולה בצורה ניכרת על שיעור הגברים החרדים בעלי תואר ראשון, על כל משרה שיועדה לנשים היו פי כמה יותר מתמודדות ממספר המתמודדים על כל משרה שיועדה לגברים. במצב דברים זה, רף הקבלה לנשים לאותה המשרה הוא גבוה יותר מרף הקבלה לגברים. הפליה זו בולטת במיוחד, משלוש סיבות: ראשית, כיוון שבהקשרים אחרים שבהם היה עודף הביקוש של גברים, דוגמת קורסי נהיגה מונעת בהפרדה, המדינה עצמה היא שטענה שאת הקצאת המקומות יש לבצע על יסוד נתונים של ביקוש (ראו עניין משרד התיירות, לעיל ה"ש 16); שנית, מאחר שסביר להניח ששיעור הנשים החרדיות במשרות בינוניות ובכירות בשירות המדינה הוא נמוך יותר משיעורם של גברים חרדים (ככל הידוע, אין בנמצא נתונים עם פילוח מגדרי של תעסוקת חרדים בשירות המדינה, אולם השערה זו נתמכת בכך שלפי הריגת תקנים רבים של עובדי מדינה פתוחים רק לגברים ועל פי רוב מאיישים אותם חרדים, כמו דיינים בבתי דין רבניים ורבנים ראשיים, ותקנים נוספים מאוישים בפועל רק או כמעט רק בידי גברים, כמו עוזרים לדיינים או מזכירי הרכב דיינים. ראו רמי שוורץ תפקידים מגדריים בשירות המדינה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020); שלישית, שיעור הנשים בדרגות בכירות בשירות המדינה בכלל נמוך משיעור הגברים (כך למשל, מנתונים עדכניים עולה שבארבע הדרגות הבכירות בשירות המדינה, מתוך שבע דרגות בסך הכול, נשים הן מיעוט, ואילו בדרגות הנמוכות הן רוב (ראו אגף לשוויון מגדרי, נציבות שירות המדינה דו"ח שוויון מגדרי בשירות המדינה 4 (2021) <https://www.gov.il/BlobFolder/reports/gender-equality-report-csc-2021/he/> (gender-equality-report-csc-2021.pdf)).

17 היבט נוסף של סימטרייה, שאינו עומד במרכז הדיון במאמר זה, הוא הסימטרייה (ועל פי רוב היעדרה של סימטרייה) בין המסגרות המתקיימות בהפרדה לבין המסגרות הרגילות, המעורבות. כך למשל, הקורס הרגיל לצוערים לשירות המדינה נמשך שנתיים, ואילו הקורסים לחרדים בהפרדה נמשכים שלושה חודשים. תנאי הקבלה לקורס לחרדים נמוכים יותר מאלה של הקורס הרגיל. ברומה לכך, הרכב הכיתה בתוכניות לימוד אקדמיות רגילות הוא מגוון, ואילו בתוכניות בהפרדה אין בכיתות חילונים או ערבים למשל.

שטיינמן (הופעה שלא התקיימה בשל הוראת בית המשפט שאין לקיים אירוע במתכונת שכזו)<sup>18</sup> הייתה מבוססת על אותן הנחות בדבר הצורך בפעילות מובחנת לכל מין, אשר הביאו את עיריית עפולה לקיים אירוע של אותו זמר לא לגברים בלבד, אלא בהפרדה בין גברים לנשים. הן השארת נשים בחוץ או מאחור והן הפרדה בין המינים בתנאים סימטריים מעוגנות בתפיסה שראוי להרחיק נשים מגברים מטעמים כמו "שמירת העיניים" ומניעת מחשבות או מעשים בעלי אופי מיני.<sup>19</sup>

(ב) מה ההבדל בין הפרדה בבתי שימוש ציבוריים להפרדה בלימודים אקדמיים?  
הפרדה מהותנית לעומת הפרדה שוויונאית (אגליטריאנית)

האמביוולנטיות המאפיינת את הדיונים על הגבולות הלגיטימיים של הפרדה בין המינים בתנאים סימטריים איננה מפתיעה. באשר להפרדה גזעית, יש כיום הסכמה גורפת שהיא איננה מבוססת על הבדלים ממשיים בין גזעים אלא על הבניה חברתית כוזבת כאילו ישנו שוני מהותי בין גזעים, שוני שפועל להצדקת ההיררכיה והדיכוי הגזעי כנורמליים, טבעיים ומתבקשים מההבדלים; בניגוד אליה, הרי הפרדה בין המינים היא מאתגרת יותר, כיוון שבין המינים יש הבדלים פיזיים ממשיים שהם רלוונטיים לעיתים לעיצוב הסדרים והקצאות של זכויות. כך, לפי עקרון השוויון המהותי הרווח בשיטת המשפט הישראלית ראוי להחיל יחס שווה על שווים, אך במקרה שהשוני שבין הקבוצות הוא רלוונטי יש לעצב הסדרים שונים ומותאמים לכל קבוצה כדי להימנע ממיטת הסדרים של שוויון פורמלי שאינו מכיר בשוני גם כשהכרה בו תקדם שוויון מהותי.<sup>20</sup>

אכן, התשובות על השאלה מתי ההבדל בין המינים הוא רלוונטי ומצדיק הסדרים שונים אינן קלות ומובהקות, ועל עצם השימוש בקריטריון הרלוונטיות נמתחה ביקורת פמיניסטית נוקבת, שהצביעה על היותו קריטריון מעגלי ושמרני.<sup>21</sup> ואף על פי כן, דיני איסור ההפליה מתקדמים עקב בצד אגודל במענה על שאלת הרלוונטיות של שוני, ומבחינים בזהירות בין

18 עת"ם (מנהליים חי') 46461-08-19 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית חיפה (נבו 25.8.2019) (להלן: עניין עיריית חיפה).

19 ראו צבי טריגר 'קול בְּמִרְצָה ערווה: סובלנות פטריארכלית והפרדה בין המינים באקדמיה כהטרדה מינית ממוסדת' משפטים על אתר יד 89, 92, 100-101 (2020) (להלן: טריגר 'קול בְּמִרְצָה ערווה').

20 ראו למשל בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1994).

21 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 6 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995) ("ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם. לדעתי, הגדרה זו – שנקלטה בפסיקתנו גובלת בטאוטולוגיה. ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר 'השונות' היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתמשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו ככל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו"). כן ראו אורית קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 36-37 (2007). עוד על הרלוונטיות של שוני, ראו להלן בפרק ב.1.

הכרה בשוני כאשר הכרה כזו מתבקשת כדי לקדם שוויון לבין הוצאת השוני מהשקלול כאשר הוא איננו חיוני לקידום הסדרים צודקים.<sup>22</sup> כך למשל, החוק בישראל העניק תחילה זכאות לחופשת לידה רק לאימהות שילדו, ואילו היום גם בני או בנות זוג של נשים שילדו זכאים לחלק מחופשת הלידה.<sup>23</sup> הסדר זה מבטא מצד אחד הכרה בכך שלידה היא שוני רלוונטי – אירוע פיזי משמעותי המצדיק הענקת זכות קוגניטיבית לחופשת לידה – ומן הצד האחר שיש לאזן הסדר זה באופן שגם ההורה שלא ילד יוכל להיות שותף פעיל בחודשי ההורות הראשונים. כמו כן, כיום הביטוח הלאומי מעניק דמי לידה לגברים טרנסג'נדר שילדו<sup>24</sup> ולהורים של תינוקות שנולדו בפונדקאות.<sup>25</sup>

את האמביוולנטיות כאשר להפרדה בין המינים ניתן להבין, אם כן, לנוכח העובדה שגם בחברות ובשיטות משפט שמחויבות לשוויון בין המינים נהוגים הסדרים המבחינים בין גברים לנשים במקרים שהסדרים כאלה נתפסים כמקדמים את השוויון ואינם פוגעים בו. אין מדובר רק בחופשת לידה או בנורמות של תיקון העדפות,<sup>26</sup> אלא גם בהפרדה פיזית או מוסדית, כמו במלתחות, בבתי שימוש ציבוריים, בבתי סוהר ובספורט תחרותי. עד לאחרונה נחשבו הפרדות בהקשרים אלה להפרדות המתחייבות מהשוני שבין גברים לנשים, ולכן כיישום הולם של עקרון השוויון המהותי. בשנים האחרונות מתעצם הדיון בלגיטימיות של הפרדה גם במקרים אלה, בשל פגיעתה באנשים שזהותם המגדרית איננה מתיישרת עם הסיווג הבינארי.<sup>27</sup>

מה מבחין אם כן את המקרים שבהם עוסק מאמר זה ממקרים של הפרדה שעד לאחרונה לא התייחסנו אליהם כאל בעייתית מבחינת שוויון מגדרי? יש מי שיענו כי הפרדה בהכשרות מקצועיות או באירועי תרבות מבוססת על נימוקים דתיים, להבדיל מהפרדה במקומות כמו בתי שימוש ציבוריים. אך תשובה זו איננה מדויקת. אומנם המקרים הנדונים להלן קשורים

22 מרת'ה מינאו המשיגה את הדילמה הזאת בכינוי הקולע "דילמת השוני". ראו Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* 19-23 (1990).

23 ראו ס' 6(ח) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154.

24 כך עולה משיחה עם עו"ד קרין תורן-היבלר, המתמחה בליווי ובייצוג של אנשים טרנסג'נדר.

25 ראו ס' 9(ד) ו-9(ה) לחוק עבודת נשים.

26 את המונח "תיקון העדפות" הציעה (ללא אסמכתא בכתובים) ד"ר רוני הלפרן, ובעיני הוא

קולע יותר מהמונח "העדפה מתקנת". נורמה מעין זו היא למשל החובה למנות את בן המין

שאינו מיוצג כאשר מדובר במועמדים בעלי כישורים דומים, הקבועה בס' 15 לחוק שירות

המדינה מינויים, תשי"ט-1959, ס"ח 86.

27 לפגיעה של הסדרי הכליאה המבוססים על סיווג מיני בינארי, ראו Lihi Yona & Ido Katri, *The Limits of Transgender Incarceration*, 31 *YALE J.L. & FEMINISM* 201 (2020).

להשפעת ההפרדה על פי מין בתאי בתי שימוש ציבוריים, ראו רעות כהן, גיל גן-מור ועידו קטרי "סליחה,

זה שירותי הבנים או הבנות? חשיבה מחדש על הפרדה מגדרית בעקבות פסק דין ארומה"

"המשפט ברשת": זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה 101 (2020). בשאלה אם יש לבטל את

ההפרדה בספורט תחרותי ניטש כיום ויכוח עז, שמציף במלוא עוזן שאלות של שוני ביולוגי

מול תפקידו ומשמעותיות החברתיות של השוני הזה. לניתוח מאיר עיניים של הדילמה, ראו

Maayan Sudai, *The Testosterone Rule: Constructing Fairness in Professional Sports*,

4 *J.L. BIOSCIENCE* 181 (2017).

לטעמים דתיים, אך הקושי שהם מעוררים איננו נעוץ בטעם הדתי להפרדה, אלא בתפיסות באשר למין ולשוויון מגדרי שבבסיסה. כדי להסביר את ההבדל שבין שני סוגי ההפרדות, אני מציעה להבחין מושגית בין "הפרדה שוויונאית" (אגליטריאנית) לבין "הפרדה מהותנית". בבסיס הסדרים של הפרדה שוויונאית ניצבת ההנחה שגברים ונשים שווים זה לזה במהותם, ושהסדרים חברתיים ומשפטיים צריכים להכיר בהבדלים שבין המינים הכרה מצומצמת ורק לצרכים של הגנה על השוויון או על זכויות אחרות, כמו פרטיות או אוטונומיה. לפי תפיסה זו, הפרדה בבתי שימוש ציבוריים היא תוצר של מציאות חברתית לא-שוויונית, שבה נשים חשופות יותר למבטים, למגעים ולתקיפה מינית מצד גברים. אם וכאשר תשתנה המציאות החברתית כך שנשים לא יהיו נתונות לסכנה רווחת של הטרדות ושל תקיפות נגדן כנשים, יתייחר הצורך בהפרדה בבתי שימושים ציבוריים. במילים אחרות, לפי התפיסה השוויונאית הפרדה בין המינים היא חשודה בשל הפוטנציאל שלה לפגוע בשוויון באמצעות העצמת תפיסה של הבדלים, ולכן ראוי לנקוט בה במשורה ורק כאשר ברור שהנוק הכרוך בה נמוך מהתועלת שבהגנה על שוויון ועל זכויות יסוד אחרות.<sup>28</sup>

לעומת זאת, בבסיס ההפרדה המהותנית מונחת ההשקפה שגברים ונשים (או ליתר דיוק זכרים ונקבות) שונים זה מזה שוני עמוק, המגיע עד עצם מהותם כבני אנוש, ולכן, כפי שאין פגם בהקצאה שונה של תפקידים (כך למשל, תפקידים ביתיים לנשים ותפקידים ציבוריים לגברים), כך אין פסול בהקצאת מרחבים או הסדרים שונים לכל מין. ההפרדה מוצדקת אינהרנטית כנובעת מעצם השוני שבין המינים. לפי גישה זו, הטענה שהסדרים הפרדה משעתקים תפיסות של שוני בין גברים לנשים לא תיתפס כבעיה, כיוון שבין גברים לנשים אכן יש שוני מהותי, ואין כל פסול בהשתקפותו בהסדרים הפרדה. הסדרים אלה נתפסים כלא-חשודים ואף כמשקפים מציאות של שוני מהותי בין המינים. לפי התפיסה המהותנית, אין בכוחם של טיעונים כמו היעדר שוני רלוונטי בין המינים או התועלות מול המחירים של הפרדה במונחים חברתיים וכמונחים של הגנה על זכויות כדי לשלול את ההצדקה להפרדה, שהרי היא מבטאת שוני מהותי.

אדגים זאת באמצעות הפרדה בתחבורה ציבורית. במקסיקו, ביפן, בהודו ובמדינות אחרות נוסדו בעשורים האחרונים קרונות רכבת או אוטובוסים נפרדים לנשים, במטרה לספק מרחב בטוח המוגן מפני תקיפות מיניות.<sup>29</sup> לפי גישת ההפרדה השוויונאית, אם נגיע למציאות חברתית שבה שכיחותן ועוצמתן של תקיפות מיניות תפחת דרמטית, לא תהיה הצדקה לקרונות כאלה, בדיוק כפי שלא יהיה עוד צורך בהוראות של ייצוג הולם במינוי

28 בעניין קול ברמה (לעיל ה"ש 12, בפס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר) ציטט השופט דנציגר בהסכמה מפסיקה אמריקנית שבה נכתב כך: "השלט' גברים בלבד" נראה על דלת של חדר שירותים אחרת לגמרי מאשר על דלת של אוטובוס". דברים אלה יפים לא רק להדרה, אלא גם להפרדה – הקשרה ותכליתה של ההפרדה מלמדים אם היא מקרמת את הזכות לשוויון או פוגעת בה.

29 לסקירה של המדינות שהנהיגו הסדרים שכאלה, ראו: The FIA Foundation, *Safe and Sound: International Research on Women's Personal Safety on Public Transport International Network for Transport and Accessibility in Low Income Communities* (2016) <https://intalinc.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/28/2017/03/safe-and-sound-report.pdf> (להלן: *Safe and Sound*).

למשרות בכירות כאשר לא יהיה בהן תתייצוג לנשים.<sup>30</sup> הן בייצוג הולם והן בקרונות או בקווי אוטובוס נפרדים ההבחנה בין המינים נועדה לקדם את השוויון, ולכן היא זמנית בהגדרה.<sup>31</sup> לעומת זאת, תכליתה המרכזית של ההפרדה ב"קווי המהדרין", הסדר שהוא דוגמה להפרדה מהותנית, איננה הגנה על נשים, אלא כינון וקביוע של סדר חברתי של ריחוק בין המינים מטעמי צניעות.<sup>32</sup> אל מול טיעונים המצדיקים הפרדה מהותנית אי אפשר להציג אף נימוק בדבר הרלוונטיות או אי-הרלוונטיות של הברלים בין המינים אשר ייטול את ההצדקה שבבסיס ההפרדה. הפרדה שוויונאית והפרדה מהותנית אומנם נראות דומות, ולעיתים הגבול ביניהן מיטשטש, אך הנחות המוצא השונות שבבסיסן ודרכי פגיעתן השונות בשוויון מצריכות בחינה נפרדת של כל אחת מהן.<sup>33</sup>

30 ראו יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה: תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 – פרשנותו וקווי יסוד ליישומו" משפטים 183, 202 (תשנ"ט) (מטרת הוראות הייצוג ההולם היא "להביא את הקבוצה הבלתי מיוצגת לנקודת פתיחה שווה, שממנה אפשר יהיה לדבר על שוויון הזדמנויות במובנו הרגיל, ללא צורך בהעדפות מתקנות אקטיביות").

31 אינדיקציה למניעים האגליטריאניים שבבסיס ייחוד קרונות או קווי אוטובוס לנשים היא שהשיח עליהם בקרב מעצבי המדיניות והציבור ממסגר אותם כאמצעי להתמודד עם אי-השוויון של נשים במרחבים אחרים, כמו שוק התעסוקה. כך למשל, סקירה מקיפה על מרחבים לנשים בתחבורה ציבורית ברחבי העולם קושרת בין אלימות נגד נשים בתחבורה הציבורית לבין שיעורי תעסוקת נשים (ראו *Safe and Sound*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 3). בדומה, הניו יורק טיימס מצטט קובעי מדיניות בהודו שקשרו בין הרפורמה בתחבורה לבין הגברת ההשתתפות של נשים בתעסוקה (ראו *Jim Yardley Indian Women Find New Peace in Rail Commute*, N.Y. TIMES, Sep. 15, 2009, <https://www.nytimes.com/2009/09/16/world/asia/16ladies.html>). כן ראו Marc Lacey, *On Single-Sex Buses, Relief from Unwanted Contact*, N.Y. TIMES, Nov. 2, 2008, <https://www.nytimes.com/2008/02/11/world/americas/11mexico.html> (נשים במקסיקו קושרות בין אפליה בשכר לבין הצורך בהגנה מפני תקיפה מינית).

32 ראו אלון הראל ואהרן שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" **עלי משפט** ג 71, 84 (2003) ("העיון ההלכתי מעלה כי ההפרדה נגזרת באופן טיפוסי משיקולי צניעות, ובייחוד איסור הסתכלות מחד, ואיסור התערבות").

33 גם הפרדה שבבסיסה הנחות אגליטריאניות איננה מחוסנת מהשפעתן של תפיסות מהותניות ומתוצאות שעלולות להפלות נשים. כך למשל, לעיתים התוצאה של התאמה מגדרית של תחבורה ציבורית היא ירידה חדה בתדירות הקווים הזמינים לנשים, או ציפייה מנשים שלא יעלו על האוטובוסים המעורבים אם הן מצפות להיות בטוחות מפני הטרדת מיניות. כמו כן היא נתפסת כפתרון קל שאיננו מתמודד עם בעיית העומק בדרך של מניעה ושל ענישה על הטרדות מיניות (ראו *Safe and Sound*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 32-33); (Institute for Transportation and Development Policy, "Solution" to What End? 30-31 (2018), <https://www.itdp.org/wp-content/uploads/2019/01/Women-only-Transport.pdf>), (הפרדה בתחבורה היא שליפה של פתרון קל מדי, שאיננו נותן מענה לתדירות הנמוכה יותר של הקווים לנשים ולשאלה כיצד הן ייסעו עם גברים, ואין הוכחות שהיא מפחיתה הטרדות); Angela Astrop, *The Urban Travel Behavior and Constraints of Low Income Households and Females in Pune, India*, in *WOMEN'S TRAVEL ISSUES: PROCEEDINGS FROM THE SECOND*

אכן, כל המקרים המנותחים במאמר זה עוסקים בהפרדה הנעוצה בטעמים דתיים, אולם זהו אינו המבחן המדויק המבדיל אותם ממקרים אחרים. המבחן המדויק לזיהוי מקרי הפרדה מהותנית שבהם עוסק מאמר זה, כדי להבדילם ממקרי הפרדה אחרים, הוא אם הרציונל שבבסיס ההפרדה מזהה שעתוק של תפיסות מגדריות מהותניות כתוצאה לא־רצויה שעשויה לפגוע בשוויון בין המינים. אם התשובה על שאלה זו היא שלילית, הרי מדובר בהפרדה מהותנית. רוב הדתות, וראי הדתות האברהמיות (היהדות, הנצרות והאסלאם), מחזיקות בתפיסות מהותניות של מין ומגדר, ולכן סביר שרוב ההפרדות הנעוצות בתפיסות דתיות יהיו הפרדות מהותניות. ואולם יש הפרדות מהותניות שאינן נעוצות בתפיסות דתיות. דוגמה להסדר מהותני שאיננו מעוגן בדת היא הנחות או הטבות לנשים, כמו גיל כניסה צעיר יותר למועדון, משקאות חינם או שירותי החלפת צמיג חינם במסגרת פוליסת ביטוח הרכב.<sup>34</sup> זוהי אומנם דוגמה חזקה פחות, משום שההבחנה שהיא מבקשת לערוך בין גברים לנשים מונעת משיקולים עסקיים של השאת רווח ואין אידאולוגיה "עבה" בבסיסה, וכן משום שאין מדובר בהפרדה אלא בהחלת נורמות שונות ממש על גברים ועל נשים, אולם די בה לצורך הדיון הנוכחי. מועדונים או חברות ביטוח המעניקים הטבות לנשים מתייחסים להטבות כמבטאות וכמשקפות הבדלים מהותיים בין המינים (נשים הן המין היפה; אווירה איכותית במועדון היא אווירה שבה הגברים מבוגרים והנשים צעירות ושיש הרבה נשים במועדון; לנשים יש פחות מהכישורים הנדרשים להחלפת צמיג). גם לו עימתנו את התומכים בהטבות הללו עם נימוקים שייתרו

NATIONAL CONFERENCE (OCT. 1996, BALTIMORE, MARYLAND) 215 (1997), <https://www.fhwa.dot.gov/ohim/womens/chap12.pdf> (נשים כחבל פונה שבהורו מעדיפות תדירות גבוהה יותר של קווים רגילים כאמצעי שמפחית את הצפיפות שמגבירה הטרדות, ואינן מעוניינות בקווים נפרדים); Ankita Rao, *Why the Delhi Metro Needs to Get Rid of the Ladies*; <https://scroll.in/article/691395/why-the-Compartment>, QUARTZ INDIA, Nov. 24, 2014, [delhi-metro-needs-to-get-rid-of-the-ladies-compartment](https://delhi-metro-needs-to-get-rid-of-the-ladies-compartment) (דיווח על מקרים שבהם נאמר לנשים שאל להן להשתמש בקרונות המטרו הרגילים, אלא רק במופרדים); Sophia Jones, *Does Women-Only Transportation Work?*, FOREIGN POLICY, Jun. 30, 2011, <https://foreignpolicy.com/2011/06/30/does-women-only-transportation-work> (דיווח של אישה שבהקיר שכאשר עלתה על הקרון המעורב, התייחסו אליה כאילו היא "מזמינה את זה").

34 ראו את עניין פרוו'אנסקי, לעיל ה"ש 14 (גיל כניסה צעיר יותר למועדון לנשים); ת"צ-26994-08-18 (מחוזי ת"א) בכר נ' ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ (נבו 13.1.2020) (גיל כניסה צעיר יותר למועדון לנשים); ת"צ (מחוזי מ"ר) 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ (נבו 23.8.2018) (פוליסת ביטוח המעניקה שירותי החלפת צמיג חינם לנשים); על גישה זו להפליית הדין נמתחה ביקורת שלפיה אין לראות הפליה כאשר המופלה אינו יכול להראות שמצבו הורע יחסית לקבוצת השוויון, וכן כי אין לאפשר זכות תביעה לחברי הקבוצה הטוענת להפלייתה שאינם הנפגעים הישירים מהמדיניות. ראו דני סטטמן "מדוע פעולה המטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" עיוני משפט מב 239 (2019). לתשובות על ביקורת זו, ראו רונן אברהם "מדוע פעולה המטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו" עיוני משפט מב 283 (2019); תמר קריכלי-כץ "א־שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית – מחשבות בעקבות פסק־הדין בעניין מירב נ' איי.די.איי" עיוני משפט מב 271 (2019).

את הצורך הלכאורי בהסדר הנבחר (נימוקים כגון שנשים יכולות להרשות לעצמן לרכוש אלכוהול או שנשים מסוגלות להחליף צמיג), עמדתם לא הייתה משתנה. מאמר זה יתמקד בשאלת הפרדה המהותנית בין המינים, שהיא השאלה המעסיקה את המשפט הישראלי והנמצאת בלב הדיון הציבורי בשנים האחרונות. הביטוי "הפרדה בין המינים" יתייחס להפרדה מהותנית, אלא אם צוין אחרת.

### (ג) בין פרטי לציבורי: סובלנות להפרדה ורב־תרבותיות

הדין בישראל מכיר בלגיטימיות של הפרדה בין המינים בהקשרים מסוימים, ומתיר אותה על אף פגיעתה בשוויון. התחומים שבהם הדין מתיר הפרדה, גם כשהיא מעוגנת בתפיסות מהותניות, קרובים באופיים לקצהו הפרטי של הציר שבין פרטי לציבורי. כך, הפרדה בשעת תפילה היא חלק מהזכות לחופש פולחן, המצויה בליבת הפרקטיקה הדתית,<sup>35</sup> כנגזרת של הזכות לחופש דת;<sup>36</sup> הפרדה במוסדות חינוך מוכרת כחלק מהפרורגטיבה ההורית,<sup>37</sup> תחום שהמשפט שואף שלא להתערב בו אלא במקרים חריגים;<sup>38</sup> הפרדה בהקשרים שבהם יש

35 ראו בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 22.6.2011) ("חופש הפולחן מבטא את זכותם של בני האדם להגשים את אמונתם הדתית על פי מנהגי דתם ואמונתם... חופש הפולחן הוא אחד מהיבטיה המרכזיים של הזכות לחופש הדת, השלובה, היא עצמה, בחופש המצפון ובזכות לתרבות").

36 ראו בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004) ("חופש הדת הינו בגדר זכות יסוד חוקתית של הפרט... חופש הפולחן הינו ביטוי לחופש דת, והוא ענף של חופש הביטוי... מדובר בזכות חוקתית בעלת עוצמה גדולה שמשקלה רב במערך האיזונים כנגד ערכים חברתיים נוגדים").

37 ראו בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פס' 53 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008) ("משמעות הזכות לחינוך מנקודת ראותו של הפרט משתלבת בזכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם בהתאם להשקפת עולמם ואמונתם, בבחינת זכות טבעית העומדת להם מכוח קשר הטבעי בינם לבין ילדם"). בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, פס' 14 לפסק דינו של השופט לוי (2009) (להלן: עניין נוער כהלכה) ("זכותו של אדם לבחור לילדו מוסד חינוכי פרטי, חלופי למסגרת הממלכתית, הוכרה בארץ ובעולם, במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד... שמירת האוטונומיה החינוכית בחינוך הפרטי היא ערך חשוב שיש לכבדו במסגרת ההגנה על זכות האדם למימוש עצמי, בכפוף להבטחת שמירתם של ערכי החינוך היסודיים כמשמעותם").

38 ראו ס' 26 לחוק הכשרות והאפטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120. כן ראו ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, פס' 11 לפסק דינו של השופט ברק (1984) ("כדי להצדיק פגיעה באוטונומיה ובפרטיות של התא המשפחתי, וכדי להצדיק הוצאתו של קטין מרשות הוריו הטבעיים, צריכה להתקיים עילה מיוחדת ויוצאת דופן"). לדיון בהחצנות של האוטונומיה שניתנת למוסדות חינוך להבחין בין בנים לבנות, ראו למשל Mary Anne Case, *Feminist Fundamentalism as an Individual and Constitutional Commitment*, 19 Am. U. J. Gender & Soc. Pol'y & L. 549 (2011).

חשיפה גופנית, כמו בריכות ציבוריות וחופי רחצה, מוכרת כחריג שיש טעמים להצדקתו עקב הרגישות הרווחת בציבורים מסוימים לעירוב בפעילות הכרוכה בחשיפת הגוף.<sup>39</sup> השאלות שעל סדר היום המשפטי והחברתי בישראל חורגות מתחומים אלה. אין מדובר בדילמות רבת-תרבותיות קלאסיות, שעניינן היקף הקבלה של החברה והמשפט הכלליים את הנורמות של קהילות מיעוט גם כשהן אינן חוקיות ונוגדות ערכים וזכויות יסוד ליברליות.<sup>40</sup> כיוון המבט של התאוריות הרבת-תרבותיות הוא מבחוץ פנימה אל תוך קהילות המיעוט התרבותי,<sup>41</sup> והדיון מתנהל מתוך הנחה שמה שמתרחש בתוכן נותר פחות או יותר תחום ופנימי להן.<sup>42</sup> התאוריות של רבת-תרבותיות אינן מתמודדות עם סיטואציות כמו זו הישראלית הנוכחית, שבה יותר ויותר פרקטיקות פנים-קהילתיות לא-ליברליות – גם מעבר לאלה שהמשפט הישראלי מכיר בלגיטימיות שלהן, כמו הפרדה בבתי כנסת או הפרדה בבריכות שחייה – מיוצאות למרחבים ציבוריים כלליים, הן למרחבים בחברה הכללית מחוץ לקהילה (הפרדה באקדמיה או בהכשרות מקצועיות) והן בפעילות ציבורית בתוכה (הפרדה במדרכות או באירועי תרבות).<sup>43</sup> כפי שטוענת גילה שטופלר, לתאוריות רבת-תרבותיות אין מענה

39 ראו בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 7.10.2020) (להלן: עניין שוקרון).

40 שאלת טיבה של החובה לקבל פרקטיקות פנים-קהילתיות ושל גבולותיה של חובה זו היא מושא לדיונים תאורטיים נרחבים. הדיון הביקורתי של ז'וזה ברונר ויואב פלד מדגים היטב את הדילמות שבהן עוסקת ספרות זו (ראו ז'וזה ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרבת-תרבותיות הליברלית" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 107 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים 1998) (הספר להלן: רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית)). לסקירה של ההצדקות לרב-תרבותיות, ראו Sarah Song, *Multiculturalism, in The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward Zalta ed., Fall 2020 ed.) <https://plato.stanford.edu/entries/multiculturalism>

41 ראו למשל, יעל תמיר "שני מושגים של רבת-תרבותיות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 41, 79, 88 (ליברליזם של זכויות עוסק בחובה לכבד תרבויות לא-ליברליות שחבריהן רוצים לשמרן); Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas*, 20 POL. THEORY 140, 142 (1992) (דיון בהיקף החובה לקבל זכויות תרבותיות ולהגן עליהן גם כשהן פועלות נגד חברי הקבוצה).

42 כך למשל, אבישי מרגלית ומשה הלברטל מנסחים טענה "עבה" יחסית בדבר ההיקף המוטל על פרטים ועל מוסדות בחברה הכללית לקבל ואף לשאת במחירים של פרקטיקות לא-ליברליות של קהילות מיעוט, אך אפילו נוסחתם המרחיבה מניחה שהפרקטיקות הלא-ליברליות יישארו בגדר קהילה. לשיטתם, סובלנות רבת-תרבותית מחייבת למשל ציפיה ששנים המבקרות במאה שערים יתלבשו באופן צנוע, סגירת כביש בשבת בשכונה חרדית בתנאי שיש אלטרנטיבות סבירות למבקשים להגיע מחלק אחד לחלק אחר של העיר או חינוך בערבית למי שזו שפת אימם (אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 41, 93, 97).

43 "The question is no longer the extent of freedom granted to a minority to practice illiberal rituals in the private sphere, but rather this minority's demand to impose illiberal standards and values on the public sphere of a liberal society... Therefore, an analysis within the framework of multiculturalism seems inadequate"



מספק לסיטואציות שבהן סובלנות לפרקטיקות לא-ליברליות מעמידה בסכנה את המסגרת הליברלית עצמה, ודאי "כשהמיעוט אינו מסתפק בדרישות לאוטונומיה פנימית אלא מבקש לשנות משמעותית את אופיה הליברלי של המדינה", כמו במקרה של חרדים בישראל.<sup>44</sup> לכן, המסגור הרווח בשיח הציבורי בישראל, כאילו שאלת ההפרדה נוגעת לגבולות ההתערבות של המשפט הכללי בפרקטיקות לא-ליברליות בתוך קבוצות מיעוט,<sup>45</sup> הוא מסגור לא-הולם. כיוון המבט הרלוונטי לדיון איננו מבטה של החברה הכללית המתבוננת מבחוץ אלא תוך פרקטיקות לא-ליברליות בקהילות מובחנות ותחומות, ומתחבטת בשאלה אם עליה להתערב או לנקוט גישה סובלנית של "חיה ותן לחיות".<sup>46</sup> השאלה העכשווית בישראל עניינה בכיוון ההפוך: לא בהחלת פרקטיקות ליברליות על קהילות לא-ליברליות, אלא במעמדן של פרקטיקות לא-ליברליות המיוצאות למרחב הכללי, מרחב שבו – לפחות להלכה – נתונה הגנה לפרטים מפני הפרה של זכויות היסוד ששיטת המשפט הישראלית מכירה בהן. התפשטות ההפרדה לפעילויות ולמוסדות בחברה הכללית, כמו לימודים אקדמיים, הכשרות מקצועיות, אירועי תרבות, סקטור השירותים, לוויות או קווי אוטובוס ציבוריים, משפיעה על זכויות של פרטים בקבוצות הרוב שאינם מעוניינים בהפרדה; בד בבד היא משפיעה על חברי קבוצות המיעוט שתומכים בהפרדה ומקיימים אותה בהקשרים מסוימים – אף שכלל לא ברור שהם חפצים בה או שהיא מיטיבה עימם בכל היבט של חייהם – הן במרחבים ובפעילויות בעלי אופי ציבורי בתוך הקהילה והן מחוץ למשפחה ולקהילה.<sup>47</sup> השאלה הדרושת

(Michal L. Allon, *Gender Segregation, Effacement, and Suppression: Trends in the Status of Women in Israel*, 22 DIGEST MID. E. STUD. 276, 286 (2013)) (ההדגשה הוספה).

44 ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתיאוריה הרב-תרבותית במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט, חברה ותרבות: משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 11, 13 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים 2017).

45 ראו לדוגמה מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 367-369 (2019). הראל ושנרך מנהלים גם הם את הדיון על הפרדה באוטובוסים מתוך הנחה שמדובר בפרקטיקה פנים-קהילתית שאיננה משפיעה על קהילות מבחוץ (ראו הראל ושנרך, לעיל ה"ש 33, בעמ' 78). כדוגמה נוספת, אמנון רובינשטיין, שעוסק בשאלת הסכמתן של נשים חרדיות להפרדה, עורך את הבחינה הנורמטיבית בדבר השלכותיה של הפרדה בין המינים כאילו אין לה כל השפעה על קהילות חוץ-חרדיות (אמנון רובינשטיין "החופש להסכים: כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?" הפרקליט נג 261 (2014)).

46 אכן, בליבת התאוריות של רב-תרבותיות עומדת שאלת גבולות הסובלנות של החברה ושל המשפט לפרקטיקות פנים-קהילתיות המפירות את החוק הכללי, פעמים רבות בשל פגיעתן ב"מיעוטים בתוך מיעוט", כלומר בבני קהילת המיעוט שהם בדרך כלל פגיעים יותר בתרבויות שאינן מייחסות ערך אינטרניזי לשוויון לנשים או ללהט"בים או לזכויות ילדים. הניסוח של סוזן מולר אוקין לבעיה זו הפך קלאסי, ומשמש אבן ראשה לדיונים הרבים בנושא (ראו סוזן מולר אוקין "הרהורים על פמיניזם ורב-תרבותיות" פוליטיקה 1, 9 (1998)). לטענה עכשווית בדבר כישלונה של מערכת המשפט הישראלי לטפל במיעוטים בתוך מיעוטים, ראו MICHAEL KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE AMONG THE PALESTINIAN-ARABS IN ISRAEL (2021).

47 לדיון בפגיעות אלה, ראו להלן בפרק ג.1.

מענה היא, אם כן, שאלה שהתאוריות הרב-תרבותיות לא נתנו עליה את הדעת: מה דינן של פרקטיקות לא-ליברליות, כמו הפרדה בין המינים, כשהן מיוצאות לספרות ציבוריות? הפרדה בין המינים איננה המקרה היחיד שבו עולות שאלות של המתח בין פרטי לציבורי ובין שיטת משפט ליברלית ופרקטיקות לא-ליברליות של קהילות מיעוט המחלחלות לחברה הכללית. ישנם הקשרים אחרים שבהם מתגלע מתח דומה בין זכויות פרט לבין ציפיות של קהילות לכבד את כלליהן הדתיים, מנהגיהן או מסורתן גם כשהדבר כרוך בפגיעה בזכויות יסוד ובפעילות שטיבה ציבורי או המתקיימת במרחב הציבורי. בקטגוריה הזאת ממקומות שאלות כגון השאלה אם יש להתיר הכנסת חמץ לבית החולים בפסח<sup>48</sup> והשאלה אם מותר לחברה קדישא לאסור על ציון התאריך הלוועזי על המצבה או לכתוב עליה באותיות לוועזיות.<sup>49</sup> אכן, הגבול המפריד בין פרטי לציבורי ובין פעילות המסווגת כפנים-קהילתית וככזו מוגנת לפי התאוריות של רב-תרבותיות, לבין מה שאיננו צריך לחסות תחת הגנה זו, הוא גבול דינמי שתלוי בהכרעות ערכיות.<sup>50</sup> דיון מעמיק בעקרונות המנחים לקביעת הקו המפריד בין פרטי לציבורי בהקשר של הפרדה בין המינים חורג מגבולות המאמר הנוכחי. הנקודה החשובה לצורך דיוננו היא, שהמסגור שלפיו מדובר כביכול בשאלות של מידת ההתערבות הראויה בפרקטיקות הפרדה פנים-קהילתיות הוא פשטני, ואינו הולם את השאלה שעל הפרק.

#### (ד) וולונטריות

תבחין נוסף שעולה לעיתים קרובות בדיונים על הלגיטימיות של הפרדה בין המינים הוא השאלה עד כמה ההפרדה היא וולונטרית ומעוגנת ברצון חופשי של המשתתפים ושל המשתתפות בה. על מנת לאפשר בחינה נקייה ומזוקקת של סוגיית ההפרדה, הדיון שלהן יניח שהמשתתפים בפרקטיקות של הפרדה פועלים ללא כפייה ומרצונם החופשי. עם זאת אעיר, כי במקום אחר טענתי שהשאלה בדבר מידת האוטונומיה של פרטים לנהוג בניגוד למוסכמות ולהקשרים חברתיים מצריכה מסגרת מושגית מורכבת יותר מזו הקיימת כרגע בדוקטרינה המשפטית, אשר לוקה בבינאריות פשטנית.<sup>51</sup> לנקודה זו יש להוסיף שמופעים רבים של הפרדה בין המינים בישראל למעשה אינם מבוססים על בחירה בהפרדה, אלא על ניתוב להפרדה בידי מעצבי אפשרויות הבחירה. כך למשל, חתך הקבלה במסלולים האקדמיים

48 בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (נבו 30.4.2020) (להלן: עניין הפורום החילוני).

49 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

50 מני מאוטנר סבור, למשל, כי שלטי צניעות או הפרדה ברחובות של שכונות חרדיות אינם סוגיה של מרחב ציבורי, אלא יש לתפוס אותם כ"מובלעת חרדית" בחברה ליברלית, כלומר כתחום שיש להגן עליו מפני התערבות המשפט הכללי, כחלק מהסובלנות הרב-תרבותית (ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 46).

51 יופי תירוש "הסכמה להפרדה בין המינים כאתגר לתיאוריה הליברלית" ספר מנחם מאוטנר (ישו בלנק עורך, צפוי להתפרסם ב־2022) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3834224](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3834224) (להלן: תירוש "הסכמה להפרדה בין המינים"). לטיפולוגיה לא-משפטית המציעה להבחין בין הפרדה להדרה במידה רבה דרך שאלת הוולונטריות, ראו אורנה ששון לוי "בין הפרדה מגדרית להדרת נשים: מגדר במרחב הצבאי" היכן אני נמצאת: פרספקטיבות מגדריות על מרחב 11 (רוני הלפרן עורכת 2013).

לחרדים נמוך משמעותית מחתך הקבלה בתוכניות הרגילות, כך שאי-אפשר להסיק שהביקוש לתוכניות בהפרדה נובע כולו – או אפילו רובו – מהעדפה למתכונת הלימודים בהפרדה, ואף לא מהאילוץ של היעדר אפשרות להתקבל ללימודים במוסדות האקדמיים הכלליים.<sup>52</sup> לבסוף, ראוי להזכיר שאת נורמות הצניעות וההפרדה מובילים ומעצבים גברים ולא נשים, מה שיש בו כדי ללמדנו על משקלו של הטיעון השגור בדבר החשש לפטרנליזם כופה כלפי נשים חרדיות ודתיות.

#### (ה) הערת אזהרה על הסכנה שבעיסוק בהפרדה מהותנית בתנאים סימטריים

העיסוק בשאלות של הפרדה מהותנית בתנאים זהים או סימטריים לגברים ולנשים הוא עיסוק שעיקר חשיבותו היא אנליטית. בפועל, הפרדה בין המינים שבבסיסה הנחות מהותניות מתקיימת ברוב המוחלט של המקרים בתנאים אסימטריים שבהן נשים מקבלות פחות – פחות תקציבים, פחות אפשרויות, פחות מרחב פיזי או מיקום פחות טוב, פחות קול ופחות אפשרויות לצורות שונות של השתתפות ושל הזדמנויות.<sup>53</sup> לנשים מוקצים המקומות האחרונים או מעבר צר יותר ברחוב, קורס ההכשרה המקצועית שלהן נפתח – אם בכלל – לאחר הקורס

52 ראו בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מ"י, פס' 103 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 12.7.2021) (להלן: עניין תירוש). פסק הדין יכונה להלן "עניין תירוש", שכן שאלת חוקיותה של ההפרדה בין המינים באקדמיה נדונה במסגרת עתירה בבג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (17.8.2017) (עותק שמור אצל המחברת וזמין בכתובת <https://haredimedu.wordpress.com/>). (בפסק הדין נדונו במיוחד כמה עתירות, שהמרכזית שבהן הייתה עתירת תירוש בבג"ץ 6500/17, שעניינה חוקיות וחוקתיות ההפרדה בין המינים במסלולים אקדמיים. עתירת ברזון בבג"ץ 8010/16 צורפה לעתירה זו בשלב מאוחר בדיונים, ומיקומה בראש כותרת פסק הדין נובע מסיבה טכנית של הגשה מוקדמת בזמן. התייחסות לפסק הדין תחת כותרת זו עלולה להטעות, כיוון שעתירת ברזון בבג"ץ 8010/16 עוסקת בנושא משני לשאלת החוקיות של הפרדה בין המינים – עניינה בבקשה מבג"ץ להתערב בקריטריונים להגדרת "מיהו חרדי" לעניין זכאות להירשם ללימודים האקדמיים במסלולים הייעודיים לחרדים. עתירת ברזון בבג"ץ 8010/16 נדחתה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה מלצר).

53 כך למשל, מוסדות אקדמיים המפעילים תוכניות לימוד בהפרדה בין המינים אינם מציעים לנשים את אותן תוכניות לימוד כמו לגברים, בנימוק של ביקוש שונה. ראו את פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין תירוש, שם. הסתמכות על טענות שלפיהן השוני נעוץ בהבדלי ביקוש והיצע בין גברים לנשים אלה יוצרת מעגל שוטף המשעתק את הפערים שבין המינים. בג"ץ עמד על כשל זה כשקבע, בהקשר של שידורי ספורט נשים, כי אין להתחשב בשיקולי רייטינג בשידורי ספורט הגברים לעומת ספורט הנשים. ראו בג"ץ 9935/06 אנדה רמת השרון נ' רשות השידור (נבו 10.1.2007). כן ראו בקשה להצטרף לדיון במעמד "ידידות בית משפט" מאת האגודה לזכויות האזרח ושודולת הנשים בישראל בבג"ץ 2640/19 מימון נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (7.2.2021) [http://docs.wixstatic.com/ugd/01368b\\_8343139e37114718](http://docs.wixstatic.com/ugd/01368b_8343139e37114718) (7.2.2021). כדוגמה נוספת, בעקבות האסון בהר מירון בחודש מאי 2021, למשל, למדנו שהוקצה מעבר צר יותר לנשים בנימוק שפחות נשים מגיעות להר (חיים לוינסון "השביל במירון שבו נמצאו למוות 45 בני אדם – נבנה בניגוד לחוק כדי להפריד גברים ונשים" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/law/premium-MAGAZINE-1.9778921> (6.5.2021).

לגברים, הן מקבלות תוכניות לימוד שונות במקצועות מתגמלים פחות מאלה של הגברים, גברים רשאים לנכוח ולתפקד במרחבים לנשים אך לא להפך, וכולי.<sup>54</sup> באסימטרייה העיקשת הזו יש כדי ללמד על התפיסות הלא-שוויוניות שבבסיס ההפרדה המהותנית שבין המינים, שלפיהן נשים הן לא רק שונות מגברים, אלא גם פחותות בחשיבותן. העקביות של ההקצאה הנחותה של מרחבים ושל משאבים לנשים היא אינדיקציה לכך שההפרדה המהותנית נובעת לא מתפיסה של שוויון מהותי שלפיו צודק להקצות יחס שונה לנשים, אלא מתפיסה מפלה כלפי נשים, בין כראויות לפחות הזדמנויות ומשאבים ובין כמי שראוי להרחיקן מן העין.<sup>55</sup>

הדין הנוכחי מבקש "לנקות אנליטית" את ההפליה שמאפיינת מסגרות נפרדות בחיי המעשה ולבחון את השאלה ההיפותטית של הפרדה בתנאים סימטריים, שדומה שהיא השאלה המאתגרת המעסיקה את בתי המשפט, את קובעי המדיניות ואת השיח הציבורי בישראל. לבחירה לעסוק במצב התאורטי "הנקי" שעל פי רוב אינו מתקיים במציאות – המצב של הפרדה בתנאים סימטריים בין המינים – יש יתרונות וחסרונות. יתרונה המרכזי הוא חידוד שאלת מעמדה הנורמטיבי של עצם ההפרדה. אך הסכנה המרכזית שבצידה היא שמקרים שבהם נשים לא רק נמצאות בצידה השני של המחיצה, אלא מקבלות פחות, ימוסגרו וייבחנו באופן שממסך את העובדה שקשה למצוא מקרים כאלה במציאות, ושהופך את האסימטרייה בתנאים לבעיה משנית שניתן לכאורה לתקן בקלות.

סכנה זו משתקפת בשיח הציבורי, המשפטי והאקדמי בישראל. אסתפק בשתי דוגמאות: הדוגמה הראשונה היא שמשדר התחבורה סיפק קורסי נהיגה מונעת לגברים בלבד, אך היועץ המשפטי לממשלה והדיווחים התקשורתיים בעקבותיו לא עסקו בכך שהסדר שסיפק משדר התחבורה לא הוצע לנשים ובכך הפלה אותן, אלא מסגרו את הנושא כשאלה של

54 כמפורט בסקירת פסקי הדין להלן בפרק ב.2, כמעט בכל פסקי הדין העוסקים בהפרדה, העובדות מלמדות שלמעשה היה מדובר בהפליה, כלומר בהקצאה נחותה של משאבים, של מקום ושל הזדמנויות לנשים. גם במקרים שבהם מדובר לכאורה בהפרדה סימטרית, כמו למשל בהקצאת שעות שחייה נפרדות בכריכה או בחוף הים, יש החצנות על נשים. כך למשל, במקרה שנדון בערכאות סירב נהג אוטובוס להעלות בני זוג שרצו להגיע מבני ברק לחוף הים בתל אביב, כיוון שהיה מדובר ביום של רחצה לגברים (ת"ק (ת"א) 11-11-8558 קריידלין נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (כתב תביעה, עותק מצוי בידי המחברת) (התיק הסתיים בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין, ובה נפסקו פיצויים לתובעת). צורה נוספת של הפליה היא הקצאת שעות שחייה נפרדות על בסיס סטראוטיפים מפלים כאשר לתפקידים נשיים וגבריים. כך למשל, פסק דין אמריקני שעסק בהקצאה של שעות לגברים ולנשים בכריכת שחייה של מתחם מגורים למבוגרים בניו ג'רזי, עקב הצטרפותם של יהודים דתיים למגורים במתחם, קבע שעל אף שמספר השעות דומה, השעות מבוססות על ההנחה שגברים עובדים במשך היום ולכן יש להם פנאי רק בערבים, וכן שבימי שישי בבוקר נשים עסוקות בהכנות לשבת. ראו Curto

v. Country Place Condominium Association, Inc., 921 U.S. 405 (3d Cir. 2019).

55 השופט מלצר הכיר באלמנט ההיררכי בהפרדה בין המינים בפסק דינו בעניין ההפרדה באקדמיה (עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 67 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר).

"הפרדה בקורסי נהיגה מונעת"<sup>56</sup>. הדוגמה השנייה ותיקה יותר, אך מאפיינת הרבה מהשיח האקדמי והציבורי גם כיום. במאמרם שמגן על הלגיטימיות של הפרדה בין גברים לנשים באוטובוסים מתנים אלון הראל ואהרן שנרך את עמדתם בכך שהסדרי ההפרדה לא יהיו היררכיים, כלומר שנשים לא ישבו מאחור, אלא שהאוטובוס יחולק לאורכו וכל מין ישב בצד אחר.<sup>57</sup> צביון שכזה של הפרדה אומנם מאפשר לקיים דיון תאורטי מרתק, אך לא רק שאין לו זכר בפרקטיקה של ההפרדה באוטובוסים אלא שהוא גם חסר היתכנות מעצם הגיונה של ההפרדה, אשר כפי שהם עצמם מסבירים, עניינה מניעת מבטים על נשים ("חשש הסתכלות") וסמיכות פיזית ("התערבות").<sup>58</sup> הפרדה לאורכו של האוטובוס לא תמנע את החששות ממגע פיזי וממבטים אסורים של גברים על נשים בתור ובדרך למושב האוטובוס. כך, קיבלנו דיון תאורטי שמתעלם מהערכים שבבסיסה ומהגיונה של ההפרדה באוטובוס ולכן גם מהפנומנולוגיה שלה, כלומר מטווח האפשרויות הקונקרטי של מיקום גופם של גברים ושל נשים באוטובוס.<sup>59</sup>

עולה מהערה זו, שלפני שהם ניגשים להכרעה בשאלת הלגיטימיות של הפרדה בין המינים בהקשר נתון, על קובעי מדיניות ועל בתי משפט לברר אם אכן התשתית העובדתית שלפניהם עוסקת בהפרדה בתנאים סימטריים (איור 3), או למעשה בסוגיה של הדרה (איור 1) או של הפליה בתנאים (איור 2).<sup>60</sup> מסגור השאלה תחת הפרדה בין המינים ולא כהפליה או כהדרה של נשים עלול להסתיר את קיומן של צורות מובהקות של הקצאה נחותה של מקום, של אפשרויות ושל משאבים לנשים. לסיכום סעיף זה, המאמר בוחן את עמדת המשפט הישראלי במקרים של הפרדה מהותנית סימטרית או סימטרית בפוטנציה, המתקיימת בפעילויות או במרחבים בעלי אופי ציבורי בתוך הקהילה או מחוצה לה, תוך הנחה, לצורך הדיון, שאין מדובר בהפרדה כפויה.

## 2. סקירת הפסיקה

סעיף זה סוקר את פסקי הדין הרלוונטיים לשאלה הנבחנת במאמר זה. כמבואר בסעיף הקודם, הסקירה מתמקדת במקרים שעסקו בהפרדה בין המינים בתנאים סימטריים או בתנאים שעקרונית ניתן להפכם לכאלה, להבדיל מפסקי דין שדנו בהסדרים השוללים השתתפות מנשים או המקצים לגברים ולנשים תנאים אסימטריים. פסקי הדין מהסוג האחרון, כמו גם

56 ראו אור קשתי "היועמ"ש: הפרדה בין גברים לנשים בקורסי נהיגה מונעת אינה חוקית" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.7396856> (20.6.2019).

57 ראו הראל ושנרך, לעיל ה"ש 33, בעמ' 86-87.

58 שם, בעמ' 81.

59 שם, בעמ' 83.

60 השופט אלרון עמד על נקודה זו בקובעו, כי "מרגע ששירות מסוים ניתן לבני שני המינים השונים במקומות או בזמנים שונים... עלול להתעורר קושי של ממש להבטיח כי איכות וטיב השירות יהיו זהים. הברלים אלה באים לא אחת על חשבון קבוצת האוכלוסיה המוחלשת – ומביאים לבסוף להפלייתה. משכך, במקרים שבהם קיימת הפרדה בין נשים לגברים, קמה לשיטתי חזקה שבעובדה שלפיה ההפליה כרוכה גם במתן שירותים ציבוריים שאיכותם וטיבם אינה (וכך במקור) שווה – ועל המצדד בקיומה של ההפרדה הנטל לסתור חזקה זו" (עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 11 לפסק דינו של השופט אלרון).

פסיקה העוסקת בהפרדה על רקע לאום או אתניות וכן פסקי דין העוסקים בהפליה מגדרית בכלל – מקרינים על הנושא, ויאירו מדי פעם את הדיון בהמשך המאמר. כאמור לעיל, כמעט בכל המקרים שהגיעו לפסיקה דובר בהפרדה בתנאים לא-סימטריים, שהקצו פחות מרחב או משאבים לנשים.

השאלה של הפרדה בין המינים במרחבים ציבוריים ובתנאים סימטריים היא שאלה החוצה תחומי משפט. פסקי הדין שינותחו כאן בכפיפה אחת הם מתחומי המשפט הציבורי והפרטי. חלקם בוחנים את חוקתיות ההפרדה במסגרת הזכות החוקתית לשוויון, חלקם במונחי סמכות מנהלית, חלקם מפרספקטיבה של דיני שוויון ההזדמנויות בעבודה ואחרים בהקשר של הספקת מוצרים ושירותים והפעלת מקומות ציבוריים. לכל אחד מתחומי משפט אלה יש דרך ניתוח שונה דוקטרינרית, שתוצג להלן כאשר היא רלוונטית להבנת פסק הדין. הבחירה לדרון בכפיפה אחת בפסקי דין העוסקים בהפרדה מתחומי משפט שונים היא בחירה מודעת. המשפט החוקתי, המנהלי והפרטי מעלים כולם – כל אחד במושגיו הוא – את אותן הדילמות בדבר היקפה הלגיטימי של הפרדה בין המינים. כפי שנראה, כל תחומי המשפט הללו מתייחסים בחשדנות להפרדה בין המינים, ומציבים סייגים וקריטריונים המגדירים מתי היא תהיה מותרת. כך למשל, מבחני התכלית הראויה והמידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה<sup>61</sup> דומים למבחנים הקבועים בסעיף 3(ד)3 לחוק איסור הפליה במוצרים, שירותים, ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים), העוסקים בחיוניות המוצר או השירות, בקיומה של חלופה סבירה ובפגיעה בזכויותיהם של מי שאינם מעוניינים בהפרדה.

הפעם הראשונה שביט משפט ישראלי פסק בעניין חוקיותה של הפרדה בין המינים הייתה בעניין רגן, שבו נבחנה מדיניות משרד התחבורה לאפשר את פעילותם של "קווי מהדרין", קווי אוטובוס שבהם הונהגה ישיבה של נשים בחלק האחורי של האוטובוס, ונקטו צעדי אכיפה על מנת להבטיח כי נשים יפעלו בהתאם למדיניות הקו.<sup>62</sup> בעקבות ההליך המשפטי ובמהלכו אסר משרד התחבורה על הקצאת מקומות ישיבה בהתאם למין ועל כל כפייה של הסדרי ישיבה על בסיס מין. על רקע שינוי מהותי זה תוך כדי חייה של העתירה, בג"ץ לא ניגש לסוגיה דרך השאלה אם הפרדה היא מפלה כשלעצמה, אלא התמקד בשאלה אם הסדרי הישיבה כפויים. פסק הדין קבע שאין לכפות על אדם היכן לשבת באוטובוס. בג"ץ הזכיר לעותרות כי כפייה מעין זאת היא עבירה פלילית וכי היא אף מקימה עילה לתביעת הפליה נזיקית, וייעץ להן למצות בעתיד סעדים בנתיבים המשפטיים הללו.<sup>63</sup> כן הורה בג"ץ על תקופת ביניים שבה יבדוק משרד התחבורה אם ניתן מבחינה מעשית לשמור את הוולונטריות שבהפרדה, והורה על הצבת שלטים באוטובוסים המבהירים שלכל אדם יש זכות לשבת במקום כרצונו ועל הפעלת מפקחים מטעם משרד התחבורה בקווים אלה כדי לוודא שלא תתרחש כפייה. בגיבוש הצו המוחלט, על אף שהובאו ראיות לכך שהשארת הדלת האחורית פתוחה תצמצם את האפשרות של הנשים לבחור שלא לשבת מאחור, הורה

61 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

62 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011). הקצאת החלק האחורי של האוטובוס לנשים היא כשלעצמה הקצאה אסימטרית.

63 שם, בפס' לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

פסק הדין על השארת הדלת האחורית פתוחה כדי "לאפשר גמישות לאותם נוסעים המבקשים לנהוג בעצמם הפרדה מגדרית".<sup>64</sup>

גישה זו, הנמנעת מנקיטת עמדה עקרונית הפוסלת במפורש את ההפרדה בין המינים כשלעצמה, מאפיינת את הפסיקה – הן בבג"ץ והן בערכאות אזרחיות. עד לאחרונה נמנעו בתי המשפט מלנקוט עמדה מפורשת ומפורטת בשאלת החוקיות של הפרדה המתקיימת בתנאים זהים (או שיש אפשרות עקרונית לקיימה בתנאים זהים). פסק דינו של בג"ץ בעניין דפוסי הרחצה בכריכה בקריית ארבע (עניין שוקרון)<sup>65</sup> ופסק הדין בעניין ההפרדה באקדמיה (עניין תירוש)<sup>66</sup> ביארו לראשונה את הדין בסוגיית ההפרדה בתנאים זהים, ויתוארו בפירוט בסוף סקירה זו.

מאז עניין רגן הוגשו לבג"ץ כמה וכמה עתירות שבליתן שאלות של אוטונומיה קהילתית מול שוויון בין המינים (כך למשל בעניין סירובן של מפלגות חרדיות לאפשר לנשים להיכיל ברשימתן<sup>67</sup> או בדבר מינוי מנכ"לית לבתי הדין הרבניים).<sup>68</sup> כפי שפירטתי במקום אחר, ככלל נמנעו בג"ץ מכתבת פסקי דין מהותיים בתיקים אלה בנימוקים כגון בשלות, שיהוי או מחיקה בהסכמה, לעיתים לאחר שהרשות הסכימה לספק את הסעד המבוקש.<sup>69</sup>

עתירות העוסקות בהפרדה כשלעצמה שהיא בתנאים סימטריים או שיש פוטנציאל שתהיה בתנאים סימטריים היו מעטות. בעניין עזריה נמחקו בהסכמה שתי עתירות שהוגשו בהפרש של שנה זו מזו (הראשונה הוגשה עוד לפני שניתן פסק הדין בעניין רגן), לאחר שהמשטרה אישרה באוזני בג"ץ כי תפעל למניעת ההפרדה במדרכות במאה שערים בסוכות. עם זאת גם מפסק הדין הקצר והפרוצדורלי במהותו שנכתב בעתירה השנייה בעניין עזריה עולה

64 כשנתיים לאחר פסק הדין בעניין רגן (שם) ולאור ממצאי הבדיקות שערך משרד התחבורה בקווים שבהם נהוגה הפרדה, מצא משרד המשפטים דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי (2013) (להלן: דו"ח הצוות המשרדי על הדרת נשים), כי "לא ניתן לנתק בין המשך פתיחתה של הדלת האחורית בקווים בהם נהוגה הפרדה (ומתן האפשרות לשלם בלי לעבור בעמדת הנהג) לבין קיומה של ההפרדה. במציאות הנוכחית, פתיחת הדלת האחורית בקווים אלו אינה מעשה 'ניטרלי' אלא מעשה העשוי להרתיע נשים מלעלות ולהתיישב בחלקו הקדמי של האוטובוס. המשך פתיחתה של הדלת האחורית בתנאים השוררים תורמת תרומה משמעותית להנצחתם של הסדרי הפרדה באופן העשוי לכלול גם היבטים שונים של כפיה מסוגים שונים" (שם, בפס' 18(ה)). הדוח המליץ לסגור את הדלתות האחוריות (שם, בפס' 18(ה)-(ז)), אך המלצותיו לא יושמו. מאז דווחו בתקשורת מקרים רבים של כפיית הפרדה, שחלקם גם הגיעו להתדיינות משפטית. ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 2320-04-19 שמחי נ' אגד תעבורה בע"מ (נבו) 29.10.2020; "סדר יום" (כאן ב' 10.9.2019). <https://www.kan.org.il/item/?itemId=55129>

65 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40.

66 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53.

67 בג"ץ 1823/15 כן-פורת נ' רשם המפלגות (נבו) 10.1.2019 (בג"ץ 7571/16 קוליאן נ' רשם המפלגות (נבו) 11.2.2019).

68 בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשירותי דת (נבו) 15.8.2017.

69 Yofi Tirosh, *Diminishing Constitutional Law: The First Three Decades of Women's Exclusion Adjudication in Israel*, 18 INT'L. J. CONST. L. 821 (2021). (להלן: Tirosh, *Diminishing Constitutional Law*).

אמביוולנטיות בנוגע למעמד הנורמטיבי של עצם ההפרדה במרחב, להבדיל מאשר בנוגע לשאלת הכפייה. מצד אחד הרגיש בית המשפט שהמדינה הצהירה בעתירה הראשונה "כי מקובל על המדינה כי במרחב ציבורי מובהק כגון רחובות עיר, קיים איסור על הפרדה על רקע מגדרי"<sup>70</sup>; כמו כן, אף שבשנה העוקבת חל ריכוך בעוצמת ההפרדה (מבחינת אורך המסלול הנפרד וצביונו), קבע בית המשפט כי "אין ספק שגם אם יש שיפור בתיאור מצב זה הוא אינו תקין". ואולם מן הצד האחר סמך בית המשפט את ידיו על התחייבויות המשטרה, כי היא "לא תאפשר עוד הקמת גדרות במקום באופן האמור וללא רישוי. אם וככל שיוצבו בשנה הבאה גדרות, הגדרות לא יכוסו בבדי יוטה. הצבת גדרות ככל שתעשה תצומצם לימי החג בלבד, ופעולות הסדרנים וההפרדה המגדרית יפסקו בשבוע הקרוב, מתום החג ואילך ולא יתקיימו בעתיד". מהתחייבות זו איננה עולה פסילה של כל הפרדה ברחובות העיר, אלא התרכזות בצביונה של ההפרדה – אם היא תכוסה "בבדי יוטה שנועדו להסתיר את מראה הנשים"<sup>71</sup> ואם יוצבו סדרנים.

בהתאם להנחייתו של בג"ץ לעותרות בעניין רגן כי מוטב שיימצו בתיקים מסוג זה את האפיקים האזרחיים והפלייליים,<sup>72</sup> הותק חלק גדול מהליטיגציה בתחום ההדרה וההפרדה מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים, בתביעות שטענו שהספקת שירות בהפרדה מפירה את האיסור להפלות מחמת מין לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.<sup>73</sup> ניתן לחלק תביעות אלה לתביעות העוסקות בהפרדה בהספקת שירותים, לתביעות העוסקות בהפרדה באירועי פנאי ולתביעות העוסקות בהפרדה בהכשרות מקצועיות ובתעסוקה. גם כאן ניכר שבעוד שבתי המשפט נוחים בדרך כלל לזהות ולפסול אסימטרייה בתנאים, הם מדברים בשפה רפה וחסכנית בנוגע לשאלת החוקיות של עצם ההפרדה.

בעניין דוידיאן נפסק כי הפרדה בין גברים ונשים בלווייה בלי שהמשפחה ביקשה זאת ומניעה מאישה לשאת הספד מפירות את חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. אך הנמקת פסק הדין הדגישה את הנזק שבאיסור על אישה להספיד, ולא ברור מה היה משקלה הנורמטיבי של עצם ההפרדה בין האבלים לאבלות בהגעה לתוצאה.<sup>74</sup> בעניין אייד דחו שתי ערכאות את טענת התובעת כי בהפרדה בין נשים לגברים בטקס ההלוויה הפרה חברה קדישא את חוק איסור הפליה. מסקנה זו נומקה בכך שנציג חברה קדישא לא הודה לתובעת לזוז לצד שהוקצה לנשים, אלא ביקש ממנה לעשות זאת. הנה כי כן, בתי המשפט התרכזו בשאלה אם ההפרדה התרחשה בכפייה ולא בעצם חוקיות ההפרדה. בערעור לבית המשפט העליון לא נכתב פסק דין, אך פסקי הדין של הערכאות הנמוכות בוטלו, ותחתם גובש הסדר פשרה שקיבל תוקף של פסק דין ובו זכתה התובעת לפיצוי; מכאן ניתן לשער שלדעת בית

70 עניין עזריה 2, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2.

71 שם.

72 ראו טקסט לעיל ליד ה"ש 64.

73 לצד תביעות נזיקיות בגין הפרדה בין המינים הוגשו גם תביעות לפיצוי בגין כפייתה של ההפרדה. ראו למשל ת"ק (שלום ב"ש) 11-10-2917 מרסדן נ' נגדי (נבו 5.7.2012) כן הוגשו כתבי אישום על כפייה שכזו (ראו למשל ת"פ 11-12-53381 (שלום י-ם) מ"י נ' פוקס (נבו 6.3.2014).

74 ת"ק (שלום ב"ש) 12-02-33424 דוידיאן מיכאלי נ' חברת קדישא – המועצה הדתית אופקים (נבו 15.6.2012).



המשפט היה בסיס לטענת ההפליה שלה.<sup>75</sup> עם זאת גם כאן ניתן לפרש בצמצום את מה שעולה מפרשה זו, ולטעון שיייתכן שהסיבה לפיצוי הנזיקי הייתה המסקנה שההפרדה נכפתה על התובעת ולא ההפרדה כשלעצמה. בהקשר זה יש להעיר כי חוזר מנכ"ל משרד הרתות אוסר על קיום הפרדה בלוויית. איסור זה עומד לעצמו, והוא מובחן מהאיסור על כפייה או על נשיאת הספד מפי נשים. האיסור כולל הצבת שלטים או מחסומים קבועים או ארעיים שנועדו ליצור הפרדה. חריג לכלל זה הוא מקרים שבהם "הביעה המשפחה את רצונה המפורש בקיומה של הפרדה בין גברים ונשים בשלבים שונים של טקס הלוויה, חלקם או כולם".<sup>76</sup> מהנחיות מנהליות אלה עולה אמירה מפורשת שלפיה הפרדה בין המינים היא כשלעצמה הפליה אסורה, גם במסגרת טקס המנוהל בידי גוף דתי כמו חברה קדישא.

במקרים שבהם ההבחנה בין המינים בהספקת השירותים התאפיינה באסימטריה מובהקת בין נשים לגברים, פסלו אותה בתי המשפט פסילה נחרצת, בדרך כלל בליווי הנמקה מפורטת. כך למשל, בתובענה הייצוגית התקדימית בעניין סירובה של תחנת הרדיו "קול ברמה" להשמיע נשים בשידוריה נקבע, כי זוהי פרקטיקה המפלה נשים בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, ונפסק פיצוי לקבוצה.<sup>77</sup> ברומה, בעניין שמחי דחה בית המשפט את טענתה של חברת האוטובוס כי הנהג פעל לפי סמכותו כשסירב להתיר לנוסעת לעלות לאוטובוס בשל לבושה ה"לא-צנוע", ופיצה אותה בסכום משמעותי הן בגין הטרדה מינית והן בגין הפליה.<sup>78</sup> בעניין פיליפ נדונו שלטים ברחובות בבית שמש, שחלקם קוראים לנשים להתלבש בצניעות וחלקם מורים להן להימנע מלהשתהות באזורים מסוימים, כך למשל ליד בית כנסת, או ללכת בצד מסוים של המדרכה.<sup>79</sup> רלוונטיים במיוחד לענייננו הם השלטים מהסוג האחרון, שניתן – לפחות תאורטית – לראותם כמבקשים להחיל הפרדה בתנאים סימטריים על גברים ועל נשים (להבדיל משלטי הצניעות, המחילים דרישות לבוש על נשים בלבד ולכן מפלים אותן במובהק). אכן, ההבחנה בין שלטי הצניעות לשלטי ההפרדה במדרכות היא מאולצת. ניסיון החיים, כמו גם עובדות פסק הדין, מלמדים ששני סוגי הדרישות מהנשים – הצניעות וההתרחקות – נובעים מאותן תפיסות באשר לתפקידן ולמקומן כנשים. בהתאם, בית המשפט, שפיצה את התובעות בגין התרשלותה של העירייה באי-הסרתם של השלטים, התייחס אל כל סוגי השלטים כאל מיקשה אחת בקובעו כי "השלטים נושא התובענה נושאים עמם מסרים מפלים ופוגעניים. הם מפלים נשים בשל היותן נשים. הם גוררים פגיעה חמורה בכבוד האדם, בשוויון, בחירות האישית ובאוטונומיה".<sup>80</sup> גם מהפסיקה בעניין פיליפ, אם

75 ת"א (שלום נת') 43345-05-11 אייד נ' אגודת חברה קדישא גמילות חסד של אמת, פס' 7 (נבו 9.5.2013); ע"א (מחוזי מרכז) 1933-07-13 אייד נ' אגודת חברה קדישא גמילות חסד של אמת (נבו 6.8.2014); רע"א 6282/14 אייד נ' אגודת חברה קדישא גמילות חסדים חסד של אמת (נבו 25.6.2015) (להלן: עניין אייד 3).

76 חוזר מנכ"ל המשרד לשירותי דת "בעניין טקס הלוויה" (27.2.2013).

77 ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (נבו 20.9.2018).

78 עניין שמחי, לעיל ה"ש 65.

79 ת"א (שלום כ"ש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטבול (נבו 25.1.2015) (להלן: ת"א פיליפ).

80 שם, בפס' 69.

כן, כמו מהפסיקה בעניין רגן ודוידיאן, אי־אפשר לחלץ אמירה מובהקת באשר לפסלותה של הפרדה בתנאים זהים.

בדומה לכך, בהחלטות שעסקו בהפרדה באירועי תרבות סיפקו בתי המשפט אינדיקציות לפסול שבהפרדה, אולם לא נכתבו פסקי דין המבארים את הדין והמפתחים אותו. בעניין האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה התבקש בית המשפט לעניינים מנהליים להורות כי אין לקיים הפרדה בין המינים באירוע "משיח בכיכר" בכיכר רבין בתל אביב.<sup>81</sup> אחרי שהובהר לבית המשפט מצד מארגני האירוע כי לא תתקיים כל אכיפה של הפרדה על בסיס מין וכי יהיה באירוע אזור מעורב (שתי ההתחייבויות הופרו), נדחה הערעור בנימוק של הסתמכות, מאחר שהעירייה אישרה את האירוע וחזרה בה רק ברגע האחרון.

בעתירה נגד קיומה של הפרדה בין המינים בהופעתו של זמר פופולרי בקרב הציבור החרדי בחסות עיריית עפולה אישר בית המשפט המחוזי בנצרת את הסכמתה של הנתבעת, שהתקבלה בתחילת הדין, שאסור לה כמארגנת האירוע או למי מטעמה "לפעול בשטח האירוע לצורך הפרדה מגדרית"<sup>82</sup> בדרכים כמו הצבת שלטים, מחיצות או סדרנים. פסק הדין הוסיף והטיל על מארגני האירוע חובות פוזיטיביות ברורות ומפורשות להגן על חירות המשתתפים ושוויונם:

"כל אחד מבאי האירוע יהיה רשאי לפי שיקול דעתו לשהות בכל מקום באירוע, ונאסר בזאת על מי מן הסדרנים או המאבטחים, או כל גורם מארגן אחר באירוע, לבצע פעולה כלשהי של הפרדה על רקע מגדרי. כן אני מורה למאבטחי וסדרני המשיכות למנוע כל נסיון שנועד לבצע הפרדה מגדרית... ולערוך את משטרת ישראל הנוכחת במקום בכל מקרה שגורם כלשהוא ינסה לבצע הפרדה כאמור".<sup>83</sup>

מהנחיות אלה ניכר מאמץ דומה לזה שביטא בית המשפט בעניין רגן, דהיינו המאמץ להבחין בין הפרדה יזומה, שלא רק שאסור למארגני האירוע לנקוט אותה אלא שחובה עליהם גם למנוע ניסיונות של גורמים אחרים לעשות זאת, לכין שמירה על האוטונומיה של הפרט לשבת במקום או באזור לפי בחירתו. ביום האירוע ניתן פסק דין נוסף באותה ערכאה, שקבע שהחלטתה של עיריית עפולה שלא להתיר הפרדה באירוע איננה תקפה.<sup>84</sup> כשנדרש בג"ץ באישון לילה להכריע בין שני פסקי הדין הסותרים, הוא אומנם פסל את פסק הדין המאוחר וקבע שפסק הדין הראשון תקף, אך עם זאת קבע כי הוא איננו נדרש לגוף המחלוקת המשפטית בין הצדדים כיוון שלא שמע טיעונים בעניינה.<sup>85</sup>

גם בתחום ההפרדה בין המינים בתעסוקה ובהכשרות מקצועיות, ההליכים שתקפו את ההפרדה בין המינים הסתיימו אומנם בפסילתה, אך ללא פסקי דין מפורטים. בעניין משרד

81 עת"ם (מחוזי ת"א) 50491-06-18 האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה נ' עיריית תל-אביב יפו (נבו) 24.6.2018.

82 עת"ם (מחוזי נצ') 17029-08-19 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית עפולה, פס' 16 (נבו 11.8.2019) להלן: עניין עיריית עפולה 1).

83 שם, בפס' 15 לפסק הדין.

84 עת"ם (מחוזי נצ') 23791-08-19 ארבל נ' עיריית עפולה (נבו) 14.8.2019.

85 בסופו של דבר, לא רק שההפרדה באירוע נאכפה בידי המארגנים, אלא שהזמר סירב להתחיל את ההופעה עד שזוגות מעורבים שישבו במדשאה מאחורי המושבים יופרדו בהתאם למינם.

התיירות הסכים המשרד להסיר מהמכרז לספקי הכשרות מקצועיות למורי דרך את הדרישה שההכשרות יועברו בנפרד לגברים ולנשים.<sup>86</sup> ניתן אומנם לשער שמשרד התיירות החליט לסגת מעמדתו לאור איתות של בית המשפט שאחרת הוא מסתכן בפסק דין הפוסל את ההפרדה, אך גם במקרה הזה אין בפסק הדין אמירה נורמטיבית מפורשת, כיוון שלאור ההסכמה של המשרד להשמיט את ההפרדה מהמכרז קבע בית המשפט שהתייתר הצורך בפסק דין.

בעניין משפיעים התבקש בית הדין האזורי לעבודה בירושלים לקבוע, שקיום קורסים שנועדו להכשיר חרדים להשתלב בשירות הציבורי בהפרדה בין המינים מנוגד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.<sup>87</sup> הסעד הזמני שעליו הורה בית הדין האזורי לעבודה, כי על המדינה לצרף בתוך חודש עשר נשים לקורס (שבו עשרים גברים), נפסל בבית הדין הארצי כסעד שאינו משקף נכונה את מאזן הנוחות, לאור ההסתמכות של משתפיי הקורס, ופסילה זו של הסעד אושרה גם בבג"ץ. בהליך העיקרי, שבחן את חוקיותה של הפרקטיקה של קיום הכשרה בהפרדה בין המינים, הגיעו הצדדים להסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין. מחד גיסא, הוסכם כי יהיה אסור למדינה לקיים הכשרות באופן לא-סימטרי, בניגוד לקורס שנתקף שבו נפתח קורס לגברים ורק כמה חודשים אחר כך קורס לנשים. מאידך גיסא, לא נקבעו מסמרות עקרוניות באשר לחוקיות של קיום הקורסים בהפרדה בתנאים סימטריים: הוסכם כי אם המדינה תרצה לפרסם מכרז להפעלת קורסים שכאלה, היא מחויבת לפרסמו לציבור מראש כדי לאפשר את תקיפתו המשפטית לפני הפעלתו, ולצרף חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בנוגע לחוקיות המכרז ו"תוצאות סקר מקדים לתכנית ככל שיבוצע".<sup>88</sup> בפועל לא נפתח – ואולי טרם נפתח – מחזור נוסף של התוכנית, ושאלת החוקיות של הפרדה בתעסוקה בשירות המדינה לא התבררה לגופה.

אמירה עקרונית הנוגעת לפסול שבהפרדה בין המינים, גם בתנאים סימטריים, ניתנה בעניין סרור. בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב דחה את טענתה של תובעת דמי אבטלה שביקשה לעבוד במקום עבודה עם נשים בלבד. טענתה ששירות התעסוקה הפלה אותה על רקע דת נדחתה בנימוק כי היענות לדרישה זו תהיה בה משום הפליה בין המינים:

"אכן, המערערת היא זו שמבקשת את ההפרדה בטענה כי מדובר במצווה החלה עליה והמקובלת על הציבור החרדי. יחד עם זאת העובדה כי זו הנורמה הדתית בקבוצה אליה משתייכת המערערת אין משמעה כי אין מדובר בנורמה מפלה... אף אם נורמה זו מקובלת על המערערת אין משמעות הדבר כי נורמה זו מקובלת על יתר הנשים במגזר החרדי ובשום מקרה זו אינה הנורמה המקובלת על הציבור הישראלי ועל המשפט הישראלי... התערבות בהחלטת המשיב תביא בהכרח להפליה ולפגיעה בכבודן של מחצית מהאוכלוסייה".<sup>89</sup>

86 עניין משרד התיירות, לעיל ה"ש 16.

87 עניין משפיעים, לעיל ה"ש 13.

88 שם, בפס' 3.

89 על"ח (אזורי ת"א) 11-04-11 3741 סרור – שירות התעסוקה, פס' 20, 23 (נבו 19.12.2011). כן ראו על"ח (אזורי ת"א) 18-05-18 34107 וורצל – שירות התעסוקה, פס' 14 (נבו 21.9.2019) (שם נפסלה טענה דומה, אם כי שאלת ההפרדה לא עמדה בליבת ההכרעה המשפטית). בתיק נוסף המשיק לנושא נדחתה טענת המעסיק, המוסד לביטוח לאומי, כי יש להתחשב בסירובם של מפקחים גברים לצאת למשימות פיקוח לצד מפקחת אישה מטעמים של השקפה דתית

בית הדין לעבודה הכיר אם כן מפורשות בהשפעה המפלה של מקומות עבודה בהפרדה.<sup>90</sup> שני פסקי הדין היחידים עד כה שבהם נדונה בהרחבה שאלת מעמדה הנורמטיבי של הפרדה בין המינים במשפט הישראלי, לרבות מעמדה של הפרדה באפשרות (ההיפותטית על פי רוב) של תנאים שווים, הם פסק הדין בעניין **שוקרון** ופסק הדין בעניין **תירוש**.<sup>91</sup> בשל חשיבותם יתוארו פסקי הדין בפירוט ויהוו אבן ראשה בכיבור הדין בהמשך המאמר.

**כסיכום ביניים, עד פסקי הדין בעניין שוקרון ותירוש אפשר לקבוע שבתי המשפט פסלו שוב ושוב הסדרי הפרדה אסימטריים, אך נמנעו ככלל מביאור הדין בשאלת החוקיות של הסדרי הפרדה בין המינים בתנאים זהים או בתנאים שניתן לתקנם כך שיהיו זהים. ניתן לפרש את ההימנעות הזאת כמחזקת את עמדת הטוענים כי המשפט הישראלי אינו רואה פסול בהפרדה בין המינים בתנאים סימטריים, אך ניתן לפרשה גם כחזיקת לעמדה הרואה בהפרדה בתנאים סימטריים הפליה. אחרי הכול, בפועל הייתה התוצאה של כל פסקי הדין פסילת ההסדרים שנתקפו. במילים אחרות, ניתן לתאר את ההסדרים שאליהם הגיעו הצדדים בהסכמה (בין שבדרך של מחיקת העתירה בהסכמה ובין שבדרך של פסק דין מוסכם) כ־"bargaining in the shadow of the law".<sup>92</sup> סביר להניח שההסכמות לבטל את ההפרדה או לפצות עליה גובשו בידי הצדדים לאור איתותים של בתי המשפט על כך שההפרדה כשלעצמה פסולה. אפשר לשער שבתי משפט בישראל מעדיפים להימנע מכתבת פסקי דין מהותיים בנושאים ציבוריים שנויים במחלוקת, שעדיף שיוסדרו בחקיקה וכתוצר של ליבון ציבורי ופוליטי. בהקשר הנוכחי קביעה מפורשת באשר להפרדה בין המינים עלולה לגרור ביקורת כלפי בית המשפט המסמנת אותו כעוין לדת ולקהילות דתיות, מה שמסביר מדוע הוא מעדיף להשיג את התוצאה של ביטול ההפרדה באמצעים מפורשים פחות.<sup>93</sup> חשוב מכך, כפי שיבואר וינמוק בפירוט בהמשך, יש תימוכין חזקים בדין הישראלי (בחקיקה, בפסיקה ובעקרונות השיטה) להסיק שהפרדה בין המינים – גם בתנאים זהים או זהים בפוטנציה – היא הפליה. פסק הדין בעניין **שוקרון** ביאר – לראשונה מפי בית המשפט העליון – את המסגרת הנורמטיבית להבנת היקף חובותיהן וסמכויותיהן של רשויות ציבוריות ושל ספקי שירותים ומוצרים להפעיל מסגרות בהפרדה בין המינים. אומנם אין בו קביעות המשנות את המסגרת הנורמטיבית שהייתה בתוקף גם לפני נתינתו, אך חשיבותו היא בכך שהוא סיפק רציונלים**

וכן של חשש מתביעות הטרדה מינית (ראו סע"ש (אזורי ים) 49329-03-14 גנדל נ' המוסד לביטוח לאומי – היחידה הארצית לחקירות הונאה (נבו) 12.7.2016). כן ראו הכרעה דומה בס"ע (אזורי ב"ש) 23019-11-11 פלונית – חברה אלמונית (נבו) 14.8.2014.

90 בית הדין הארצי לעבודה אימץ מפורשות כבר בשנות השבעים את העיקרון שנקבע בפסק הדין בעניין **בראון** (לעיל ה"ש 2), שלפיו "נפרד אך שווה" איננו מודל קביל של שוויון, אלא הפליה בין המינים, אם כי בהקשר מעט שונה מהדיון הנוכחי. הטענה שמסלולי קידום שונים לנשים ולגברים הם אומנם שונים, אך המכלול דומה, נדחתה תוך הסכמה עם הלכת **בראון**. ראו דב"ע (ארצי) לג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי איר – חזין, פד"ע ד(1) 365 (1973).

91 עניין **שוקרון**, לעיל ה"ש 40; עניין **תירוש**, לעיל ה"ש 53.

92 Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

93 עוד על הימנעותו של בג"ץ מכתבת פסקי דין, ראו *Diminishing Constitutional Law*, לעיל ה"ש 70.

להבנת הנורמות הקיימות וכלים לבתי המשפט שיצטרכו להחילן במקרים עתידיים שבהן תיבחן חוקיותה של הפרדה בין המינים.

זאת ועוד, להבריל מפסקי הדין שקדמו לו, שנדונו תחת המסגרת הנורמטיבית החוקתית-מנהלית או תחת נורמות של משפט פרטי, סוגיית הפרדה נדונה בפסק הדין בעניין שוקרון בשתי הפריזמות כאחד: הן בפריזמה של המשפט הציבורי, במסגרת עתירה נגד רשות מקומית, והן בפריזמה של המשפט הפרטי, מתוקף כך שהרשות המקומית מספקת את שירותי הרחצה בבריכה ביישוב בכובעה כספק פרטי של שירותים.

במשך שנים ניטש מאבק לפתיחת הבריכה בקריית ארבע גם לרחצה מעורבת, ולא רק בשעות רחצה נפרדות לגברים ולנשים. כרבע עד שליש מהתושבים מעוניינים ליהנות מהבריכה ביישוב בלי הבחנה על בסיס מינם, יחד עם בני משפחה או חברים בני המין השני.<sup>94</sup> השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה אם נהגה המועצה המקומית כדין בסירובה לספק שעות רחצה מעורבת בבריכת השחייה היחידה ביישוב, בריכה שהיא מפעילה ומסבסדת.

תושבים המעוניינים ברחצה מעורבת, שאליהם הצטרפו גם כאלה שאין להם עצמם צורך ברחצה מעורבת אך סברו שעל הבריכה לתת מענה גם לשכניהם המעוניינים בה, עתרו לכג"ץ בטענה שהמועצה המקומית חייבת לפתוח את הבריכה גם לרחצה ללא הפרדה.<sup>95</sup> התדיינות קודמת בכג"ץ, כשנתיים וחצי קודם לפסק הדין הנוכחי,<sup>96</sup> הסתיימה בהתחייבות המועצה המקומית, שקיבלה תוקף של פסק דין, לפתוח את הבריכה לרחצה מעורבת ("שעות משפחה"). למשך תקופת מה אכן נפתחה הבריכה לרחצה מעורבת בת שבע שעות שבועיות בלבד, הקצאה מעטה שהעותרים, כפי שמתאר השופט עמית, "בלעו את עלבונם" והסתפקו בה.<sup>97</sup> אלא שבעקבות חרם צרכנים של המתנגדים לרחצה מעורבת הפכה הפעלת הבריכה לטענת המועצה המקומית לגירעונית, והבריכה עמדה סגורה עד שהתחלפה הנהגת היישוב. ההנהגה החדשה פתחה את הבריכה מחדש, אך לרחצה בהפרדה בלבד.

משכשלו הניסיונות להגיע לפתרון מוסכם על הצדדים, פסקו השופטים כי על המועצה המקומית שמפעילה את הבריכה חלה חובה לפתוח אותה לשעות רחצה מעורבת. פסק הדין לא נכנס לשאלה איזה משקל צריך להינתן לביקוש לרחצה בעירוב ולרחצה בשעות נפרדות בקביעת היחס שבין זמני פתיחת הבריכה, והסתפק בהיענות לבקשתם המינימלית של העותרים לפתוח את הבריכה לרחצה מעורבת למשך שעתיים בכל יום שבו הבריכה פתוחה לציבור. עובדות המקרה שעמד להכרעת בית המשפט בעניין שוקרון עלולות ליצור בלבול בהבנת קביעותיו, כיוון שהן היו חריגות לעומת פסקי הדין שנסקרו לעיל בשלושה היבטים. ראשית, בכל פסקי הדין האחרים העוסקים בשאלת מעמדה הנורמטיבי של הפרדה, המסכת העובדתית הייתה הפוכה: ככלל, הפעילות התקיימה בעירוב בין המינים (ברחובות, בלימודים האקדמיים, באירועי תרבות או בהכשרות מקצועיות), ובתי המשפט התבקשו להכריע בדבר

94 העובדה שפסק הדין עוסק בחובתה של רשות ציבורית בהתנחלות ולא בתחומי מדינת ישראל מעלה שאלות הן מבחינת הדין החל על האזור והן מבחינה סמלית, אך רשימה זו כמעט שלא תעסוק בשאלות אלה.

95 ראו אילת כהנא "מלחמות מים: מאחורי המאבק על הבריכה בקריית ארבע" מקור ראשון (15.10.2020) <https://www.makorrishon.co.il/magazine/dyukan/273625>.

96 בג"ץ 5527/17 שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע (נבו 26.4.2018).

97 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

מעמדה המשפטי של הפרדה. בעניין שוקרון, לעומת זאת, הכלל היה הפרדה, ובית המשפט נדרש להכריע בשאלת המעמד המשפטי של פעילות מעורבת. שנית, כל פסקי הדין הקודמים עסקו בפעילויות שבהן המין לא הוכר כרלוונטי לפעילות שנבחנה, לא בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, לא בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ולא בהוראות חוק ואסדרה החלות על הגופים האחראים על הפעילות – כמו עיריות, מעסיקים או מוסדות אקדמיים. לעומת זאת, עניין שוקרון עסק ברחצה במתקן פומבי, פעילות שהחקיקה הישראלית הכירה בה כחריג אשר בתנאים מסוימים לגיטימי לאפשר בו הפרדה בין המינים.<sup>98</sup> שלישי, בכל המקרים הקודמים, הביקוש להפרדה היה מצד קבוצת מיעוט, ואילו כאן הסכסוך התגלע ביישוב שרוב תושביו מעוניינים ברחצה בהפרדה (אם כי גם בקרבם יש מי שסבורים שראוי לפתוח את הבריכה גם לרחצה מעורבת). אולם הברלים אלה בנקודות המוצא העובדתיות אין בהם כדי לפגום בתרומתו של פסק הדין להבנת מעמדה הנורמטיבי של הפרדה בין המינים. שלושת שופטי ההרכב, השופטים עמית, גרוסקופף וברון, הסכימו כי על המועצה המקומית חלה חובה לפתוח את הבריכה לרחצה מעורבת, אך הגיעו לתוצאה זו בדרכים שונות. השופט עמית סבר כי תוצאה זו נגזרת מחובתה המנהלית של הרשות להקצות את המשאב הציבורי ולספק שירות באופן סביר, הוגן ושוויוני, הנותן מענה לצורכי כלל התושבים, לרבות לקבוצה קטנה ביישוב.<sup>99</sup> המועצה, כך קבע השופט עמית, לא הוכיחה שיש הצדקה לסטות מהתחייבותה שעוגנה בפסק דין.<sup>100</sup>

השופט גרוסקופף קבע כי נקודת המוצא במשפט הישראלי היא שכל מסגרת או שירות המסופקים לציבור צריכים להיות חופשיים מהבחנה בין קבוצות על בסיס מין, גזע או הבחנה גנרית אחרת. הפעלת בריכה בהפרדה היא חריג המותר בדין לכלל של אספקת השירות ללא הפרדה. להבחנות על בסיס קבוצתי יש אפקט מפלה, ולכן יש להרים נטלים כבדים של היתר ושל סמכות להפעיל הבחנות שכאלה.

השופטת ברון הצטרפה להנמקתו של גרוסקופף, תוך שהיא מדגישה שהזכות לחופש מדת היא חלק מהזכות לחופש דת, וכן שהסוגיה שעל הפרק מוכרעת במישור המשפט המדינתי ולא במישור הדתי-הלכתי. השופט עמית הבהיר בסוף חוות דעתו כי הוא מצטרף להנמקתו של השופט גרוסקופף, כהנמקה נוספת להנמקה מתחום המשפט המנהלי שהוא הציע. פסק הדין הוא בעל ערך תקדימי במונח זה שהוא קובע מפורשות כי הפרדה בין המינים, כאשר היא איננה רלוונטית לפעילות הנדונה, היא הפליה. כפי שיבואר בהמשך המאמר, זוהי עמדתו של הדין הישראלי, העולה מעקרונותיו החוקתיים, מהחקיקה ומהפסיקה. אין בפסק

98 ס' 3(ד)3 לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, תשס"א-2000, ס"ח 58. לדיון מפורט בסעיף זה, ראו להלן בפרק ב.2.

99 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 15-16 לפסק דינו של השופט עמית. מעניין להבחין, כי במאבק שניטש בעיר תל אביב בראשית המאה העשרים על פתיחת חוף רחצה נפרד השתמשה אגודת ישראל באותם טיעונים ששימשו את העותרים המבקשים רחצה מעורבת: אי-הכרזה על חוף מופרד הפלתה אותם, לטענתם, כמשלמי מיסים עירוניים. ראו Shanya Weiss, *A Beach of their Own: The Creation of the Gender-Segregated Beach in Tel Aviv*, 35 J. Isr. History 39, 40 (2016).

100 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

הדין אם כן שינוי של המסגרת הנורמטיבית, וחשיבותו היא בכיבור הטעמים והעקרונות שבבסיס הדין הקיים.

האם קביעותיו של השופט גרוסקופף באשר למעמדה הנורמטיבי של הפרדה בין המינים בהספקת שירותים הן חלק מההלכה המחייבת, ה־ratio decidendi של פסק הדין? על אף ההסכמה בין תאורטיקנים של המשפט כי חילוץ ההלכה היא מלאכה חמקמקה,<sup>101</sup> לעניות דעתי התשובה על שאלה זו היא בהחלט כן.<sup>102</sup> אינדיקציה מרכזית בספרות לחילוץ ה־ratio decidendi של פסק הדין ולהבחנה בינו לבין ה־obiter dictum מציעה לבחון אם העובדות שעליהן הסתמכה חוות הדעת היו חיוניות להנמקה ולתוצאה – כלומר אם לא הייתה מתקבלת אותה תוצאה גם מעובדות שונות. מבחן אחר שואל שאלה דומה בנוגע לחיוניות השיקולים שהביאו לתוצאה. במקרה שלפנינו, הן העובדות (אספקת שירות ציבורי רק בהפרדה) והן שיקוליו של השופט גרוסקופף (הפרדה היא החריג לכלל, שהוא אספקת שירות בלי הבחנה בין המינים) היו נחוצים כדי להגיע לתוצאה.<sup>103</sup> כמו כן, הנמקתו של השופט גרוסקופף זכתה לתמיכת שני שופטי ההרכב האחרים, שהצטרפו אליה מפורשות.<sup>104</sup> על כל פנים, אין

101 כדברי יצחק אנגלרד, "רבים עסקו בכך אך דומה שכל הניסיונות האלה לא הצליחו לקבוע מבחנים חד משמעיים" (יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 167 (מהדורה שנייה, דרור נבו עורך 2019)). חשיבותה של השאלה בשיטת המשפט הישראלי, שבה יש נגישות גבוהה לבית המשפט העליון כערכאת ערעור שאיננה כפופה לתקדימי עצמה, איננה גבוהה (שם, בעמ' 171). כן ראו את דבריו: "אין לצייר את הגבול בין הרציו לבין אמרת אגב כקו מפריד אלא כשטח ביניים בין קביעה נורמטיבית קונקרטיית לבין עקרון מופשט יותר" (שם, בעמ' 170). כן ראו חיים ה' כהן "אוביטר ז'ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415, 426 (התשס"א) (להלן: כהן "אוביטר ז'ל") ("לדידי, התקדים יכול להמשיך בתפקידו להצדקת הפסיקה או להנמקתה או גם להבחנתה, אך 'תקדים' לעניין זה משמעו גם רציו וגם אוביטר, וההבחנה ביניהם – לצורך הצדקה, הנמקה או אבחנה זו – אבד עליה הכלח").

102 לטענה שאין מדובר בהלכה מחייבת אלא בהערת אגב מיותרת, ראו אריאל ארליך ומאיר בוחניק "נפרד ואינו מפלה – נשים וגברים בכריכות שחייה: הערת פסיקה בעקבות בג"ץ 3865/20 "ICON-S-IL Blog (4.3.2021) (להלן: ארליך ובוחניק "נפרד ואינו מפלה"); אריאל ארליך ומאיר בוחניק "מקלקלת את השורה: תגובה קצרה לרשימתה של ד"ר תירוש בעניין פסיקת בג"ץ והדרת נשים" ICON-S-IL Blog (4.3.2021); יעקב בן-שמש "נפרד אבל שווה – האם קיים דין פוזיטיבי בסוגיה זו?" ICON-S-IL Blog (18.4.2021).

103 ראו חיים ה' כהן המשפט 232-233 (משה ברש עורך 1991); כהן "אוביטר ז'ל", לעיל ה"ש 102, בעמ' 420-421.

104 השופטת ברון עשתה כן בהרחבה, והשופט עמית הצטרף להנמקה בפסקה קצרה בסוף חוות דעתו. מהעובדה שהשופט עמית כתב את הנמקתו ראשון לא בהכרח עולה שהיא מרכזית יותר לפסק הדין. אדרבא, בעוד שכל ההרכב הביע תמיכה מפורשת בדרך הנמקתו של השופט גרוסקופף, השופטים גרוסקופף וברון לא הביעו תמיכה בהנמקתו של השופט עמית. השופט גרוסקופף חלק על השופט עמית מפורשות, באומרו כי הנמקתו מניחה שיש מעמד נורמטיבי שווה לרצח משותפת ולרצח בהפרדה, הנחה שעליה גרוסקופף חולק. בפתח חוות דעתה הסבירה השופטת ברון כי היא מצטרפת לחבריה, היות שהחלטת הרשות המקומית "אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה המסדירה את הפעלתן של בריכות שחייה בישראל, שלפיה רצח מעורבת היא הכלל ורצח בהפרדה מגדרית היא החריג", והיא סותרת את הוראותיו המפורשות

ספק כי דיון רחב, מפורש ומפותח של הרכב שופטים של בית המשפט העליון כפי שנערך בעניין שוקרון, אף אם יהיה אפשר לאבחן בהליכים עתידיים את ההלכה שקבע, הוא בעל משקל משמעותי – ודאי שעבור שופטי הערכאות הדיוניות ואף עבור הרכבים אחרים של בית המשפט העליון עצמו.<sup>105</sup>

בעניין תירוש<sup>106</sup> נפסק מפי שלרשה שופטים מביין חמשת שופטי ההרכב – המשנה לנשיאה השופט מלצר והשופטים אלרון והנדל – בניגוד לדעתם של השופטים פוגלמן וברון, כי על אף שלימודים אקדמיים בהפרדה בין המינים פוגעים בזכות לשוויון, ניתן לראותם כעומדים בתנאי פסקת ההגבלה. כל שופטי ההרכב הסכימו, כי בשל פגיעתה של ההפרדה בזכות לשוויון נדרשת הסמכה בחוק לפגיעה שכזו. שופטי הרוב איתרו מקור סמכות למועצה להשכלה גבוהה (להלן: מ"ג) בכלל שקבעה המל"ג על פי החוק המסדיר את פעילותה. כלל זה קובע תנאים להכרה במוסדות אקדמיים. את הכלל יש לפרש, קבעו שופטי הרוב, לאור הוראת סעיף 4 לחוק זכויות הסטודנט, תשס"ז-2007. סעיף זה אוסר על מוסדות אקדמיים להפלות סטודנטים בין השאר על רקע מינם, אך לאיסור יש חריג הקובע שמסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת או לצורך קידום אוכלוסיות מסוימות לא ייחשבו להפליה לפי חוק זה. לפיכך, מטעמים של הרמוניה חקיקתית, יש לקרוא את כלל המל"ג כאילו הוא כולל את החריג האמור.<sup>107</sup>

השופט פוגלמן סבר כי חילוף הסמכות בדרך הפרשנית שבה הלכה דעת הרוב נוגד את עקרון חוקיות המנהל. פגיעה בזכויות יסוד מחייבת להצביע על הסמכה ברורה ומפורשת בחקיקה ראשית, התוחמת בפירוט את גבולות הפגיעה המותרת בזכות, ואין לגזור סמכות שכזו בעקיפין מחוק המסדיר את פעילותו של גוף אחר בהקשר אחר.<sup>108</sup> לפיכך, במיסוד הפרדה בין המינים פעלה המל"ג בחוסר סמכות. השופטת ברון הצטרפה לדעתו של השופט

של חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. הנה כי כן, השופטת ברון נימקה את הצטרפותה לתוצאה בהצטרפותה לדרך הנמקתו של השופט גרוסקופף. מסקנתי נתמכת בשורה של פסקי דין בריטיים שעסקו בסיטואציות דומות, ואפילו מובהקות פחות מזו שלפנינו, ובהם נדחתה הטענה שלפיה אם שופט מונה יותר מטעם אחד לפסק דינו, פסיקתו היא אוביטר. ראו Jacobs v. London County Council [1950] 1 All E.R. 737, 741; Cheater v. Cater [1918] 1 K.B. 247; ראו כהן "אוביטר ז'ל", לעיל ה"ש 102, בעמ' 421 ("בפסק דין אחד יכול שיהיו כמה ratios, ואין השופט המאוחר בן חורין להעדיף רציו אחד על פני האחר, או להעדיף את הרציו שמופיע ראשון בפסק הדין על פני רציו שמופיע שני או שלישי").

105 לעניין כוחן של הלכות שיפוטיות לחייב או להנחות בתי משפט מאוחרים, ראו ס' 20 לחוק יסוד: השפיטה. כן ראו כהן "אוביטר ז'ל", לעיל ה"ש 102, בעמ' 425 ("לי נראה שבית המשפט פוסק 'הלכות' לא רק בדרך רציו כי אם גם בדרך אוביטר, ומשלא הגביל המחוקק במפורש את 'ההלכה' לרציו בלבד, יש לפרש 'הלכה' ככוללת את זו שנפסקה כרציו ואת זו שנפסקה כאוביטר גם יחד").

106 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53.

107 שם, בפס' 49-55 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. לביקורת על חולשת המהלך הפרשני שבאיתור מקור סמכות להפרדה בפסק הדין, ראו אורית קמיר "האם העליון לוקה בהדרה מגדרית?" הארץ פס' 4 (15.7.2021). <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.10002852>

108 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 6-7, 21-27 לפסק דינו של השופט פוגלמן.



פוגלמן בקביעה שהמל"ג פעלה בחוסר סמכות, אך הוסיפה כי אף לו הייתה סמכות חוקית למל"ג לקיים הפרדה שכזו, הסמכה זו הייתה נגועה בבטלות חוקתית כיוון שפגיעתה בשוויון ובכבודן של נשים איננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.<sup>109</sup>

ומה על השאלה שבמרכזו של מאמר זה, והיא השאלה אם הפרדה בין גברים לנשים, גם כשהיא בתנאים סימטריים, היא כשלעצמה פוגעת בשוויון? כל שופטי ההרכב הסכימו על הנחת המוצא שלפיה הפרדה בין גברים לנשים פוגעת בזכות לשוויון – הן של סטודנטיות והן של מרצות.<sup>110</sup> לפני שאגש לחילוץ עמדותיהם, ראוי להתעכב על שתי נקודות. ראשית, גם במקרה של הלימודים האקדמיים בהפרדה, כמו שברובם ככולם של מקרי ההפרדה בין המינים, השאלה של הפרדה בתנאים זהים נדונה למעשה כסוגיה היפותטית. כל השופטים הכירו בכך שבמתכונת הנוכחית, התוכניות האקדמיות בהפרדה מפלות סטודנטיות ומרצות. שופטי הרוב היו מוכנים לאשר את מתכונת הלימודים בהפרדה בכפוף לצמצום הפערים בין המינים והפגיעה בשוויון ובכבודן של נשים, בשל החשש לחוסר מידתיות של הפגיעה בזכות לשוויון שעולה ממאפיינים שונים של התוכניות. כך למשל התייחסו השופטים לאסימטרייה בתנאי הלימוד שבין סטודנטים לסטודנטיות (כגון בהיצע הלא-שווה של תוכניות לימוד),<sup>111</sup> לזליגת ההפרדה מעבר לכיתות הלימוד, אל מרחבי הקמפוס,<sup>112</sup> ולהפליה התעסוקתית של המרצות.<sup>113</sup>

שנית, גם השופטים שלא עסקו ישירות ובפירוט בשאלת פגיעתה של ההפרדה בשוויון בחוות דעתם, או שבעמדתם יש אמירות לכאן ולכאן, עמדו על כך שיש לתחום ולהגביל את התוכניות שבהפרדה, ולא רק בהקשרים שבהם התוכניות אינן מספקות תנאים סימטריים לגברים ולנשים; לתפיסתם, כדי כשהפגיעה בזכויות היסוד תהיה מידתית, יש להגביל את התוכניות גם בהיבטים אחרים, כמו למשל בדרך של הגברת הפיקוח על כך שהזכאות להשתתף בתוכניות במתכונת נפרדת תינתן רק לאוכלוסיות שלישית המל"ג זקוקות להן,<sup>114</sup> בהקפדה על פתיחת תארים בהפרדה רק לתואר הראשון ולא לתואר שני, ועוד.<sup>115</sup> עצם עמידתם על הצורך שבריסון ובהגבלת היקפן של התוכניות מעידה כי הם סבורים שההפרדה פוגעת בשוויון; אחרת אין סיבה שלא לפתוח את התוכניות שבהפרדה לכל דיכפין ובכל תואר,

- 
- 109 שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.  
 110 השופט הנדל לא התייחס בפירוט לשאלת פגיעתה של ההפרדה בשוויון, אך ציין כי "ההיתר להפעיל מסלולי לימוד נפרדים מבחינה מגדרית אין פירושו כי כל הפרדה, בכל תנאי ובכל מקום מותרת היא" (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל).  
 111 שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט אלרון.  
 112 שם, בפס' 59 ובפס' 112-113 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.  
 113 לניתוח ביקורתי של משמעותו המעשית החלשה של הסעד שנפסק בעניין הגנה על שוויון ההזדמנויות של המרצות, ראו אמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עמומה? חלק א" **ICON-S-IL Blog** (18.8.2021) <https://bit.ly/2XAD6GO> ואמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עמומה? חלק ב" **ICON-S-IL Blog** (19.8.2021) <https://bit.ly/2XCQWZX>.  
 114 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 19 לפסק דינו של השופט אלרון.  
 115 שם, בפס' 102 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

כפי שביקשו עותרי פורום קהלת בעתירה נגדית שנדונה במאוחד. הגישה הגורפת, שאיננה רואה בהפרדה כל פסול, נדחתה במפורש.<sup>116</sup>

השופט מלצר כתב כי "ההפרדה המגדרית במסגרת מסלולי הלימוד היא הסדר הפוגע בזכות לשוויון",<sup>117</sup> אך חוות דעתו מכילה אמירות המשתמעות לכאן ולכאן, והמקשות על חילוף גישה סדורה בשאלת פגיעתה של ההפרדה בשוויון. כך למשל, בעוד ש"נקודת המוצא במשפטנו היא ששירות ציבורי צריך להיות מוענק על בסיס שוויוני, 'בלי הבדל דת, גזע ומין', נאמר גם ש"יחד עם זאת, אין לקבל את הטענה כי הפרדה מגדרית גורמת לפגיעה בזכות לשוויון בכל מקרה ומקרה, מעצם הגדרתה".<sup>118</sup> בהמשך נכתב, כי "עדיין מתקיימת תופעה שבה סטודנטיות חשות בתחושת הפליה הנובעת מתוך ההפרדה באקדמיה",<sup>119</sup> וכן כי "אין לקבל את טענת עותרי קהלת לפיה אין בהפרדה מגדרית מימד של היררכיה... העמדה ההלכתית המדגישה את הצורך להגן על גברים מפני פיתויים שנשים מצייכות בפניהם, מבטאת, לכל הפחות, תפיסות סטריאוטיפיות היררכיות ביחס למגדר",<sup>120</sup> אך "אינני סבור כי הוכחה כאן פגיעה משמעותית בזכות לשוויון של הסטודנטיות".<sup>121</sup>

השופט אלרון קבע, כי "הנחת המוצא היא שהפרדה בהספקת שירות ציבורי בין גברים לנשים פוגעת בזכות לשוויון",<sup>122</sup> ובנסיבות מסוימות אף "עלולה ללמד על תפיסות חברתיות באשר לתפקידם החברתי של נשים וגברים, באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודם ככני אדם שאינם מוגדרים בהכרח לפי מינם".<sup>123</sup> הפרדה, הזהיר השופט אלרון, מעלה את החשש שגברים ונשים שרוצים את השירות באותו זמן לא יוכלו לשהות באותו מקום מחמת מינם. קמה "חזקה שבעובדה" שההפרדה מולידה אסימטרייה בטיבו ובאיכותו של השירות שיסופק לנשים. לכן יש להגביל את הסמכות להפרדה בחריגים הקבועים בדין. גם הפרדה וולונטרית, קבע השופט אלרון, אינה מעמעמת את הפגיעה בזכות לשוויון הגלומה בהפרדה.<sup>124</sup> זאת ועוד, ההפרדה גם פוגעת בזכות לכבוד האדם של מי שאינם מעוניינים בהפרדה ושל מי שנפגעים ממנה, ועשויה לפגוע גם בזכויות נוספות, כמו הזכות לחופש העיסוק.<sup>125</sup>

דעות המיעוט נחרצות יותר באשר לפגיעתה של ההפרדה בשוויון, בכבוד האדם ואף בחופש הדת. השופט פוגלמן הפנה לפרשות שבהן נפסלה הפרדה על רקע לאום (עניין קעדאן)<sup>126</sup> ומוצא עדתי (עניין נוער כהלכה),<sup>127</sup> וכן לעניין שוקרון, בקובעו שמדיניות של "נפרד אך

116 שם, בפס' 55.

117 שם, בפס' 50.

118 שם, בפס' 64.

119 שם, בפס' 66.

120 שם, בפס' 67.

121 שם, בפס' 68.

122 שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט אלרון.

123 שם, בפס' 14.

124 שם, בפס' 11.

125 שם, בפס' 13.

126 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000).

127 עניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 38.

שווה' (separate but equal) בהספקת מוצר ציבורי היא, מטבעה, בלתי שוויונית.<sup>128</sup> השופט פוגלמן עמד על הגושפנקה המוסדית הניתנת להפרדה באקדמיה ובקורסי הכשרה מקצועית, על התרחבותה מעבר לנדרש באקדמיה, על החשש להתרחבותה למרחבים אחרים ועל פגיעתה במתנגדים להפרדה.<sup>129</sup> חוות דעתו מציעה ארבעה מבחנים כדי להכריע אם פגיעתה של פרקטיקת ההפרדה בשוויון מוצדקת לאור זכויות ואינטרסים אחרים: (א) האם קיים בסיס אמפירי ורעיוני מוצק (ההפרדה "מושגתת על טעמים ברורים, מוצדקים ומוצקים")?<sup>130</sup> (ב) האם ההפרדה היא וולונטרית? (ג) האם יש שוני רלוונטי שמצדיק הבחנה בין המינים בהקשר הנדון? (ד) האם ההסדרים המופרדים שוויוניים?<sup>131</sup> כפי שמפורט בהמשך חוות דעתו, אף אחד ממבחנים אלה לא התקיים במקרה הנדון. השופט פוגלמן התייחס גם לפגיעה הכללית יותר של הסדרי ההפרדה – לא רק בנשים שחשופות להסדרים אלה, אלא "בכל איש ואישה שמתנגדים למתן יחס שונה ולהפרדה בנשים וגברים" ולחשש מפני התרחבותה להקשרים נוספים במרחב הציבורי, כמו גם לחשש מפני הפגיעה בחופש מדת.<sup>132</sup>

השופטת ברון, האישה היחידה בהרכב, תפסה את הפגיעה שבהסדרי ההפרדה בצורה החמורה ביותר מבין חמשת השופטים. לשיטתה, מדעיקרא אין מדובר בהפרדה שבבסיסה הרעיון שהנפרדות יכולות להיות שוות, אלא בהסדר שרואה "נוכחות נשים באקדמיה כ'בעיה' שיש 'לפתור' כדי לאפשר לציבור החרדי לרכוש השכלה גבוהה". כך, סטודנטים וסטודנטיות מוגדרים על פי מינם ולא על פי כישורים ויכולות, והסטודנטיות נתפסות דרך "הסכנות" שגופן מציב בפני גברים.<sup>133</sup>

בהסתמכה על פסק הדין בעניין בראון, כמו גם על פסיקה ישראלית, קבעה השופטת ברון כי להשקפתה "לא יכול להיות עוד חולק שמדיניות של 'נפרד אך שווה' היא ככלל מדיניות מפלה ומשפילה".<sup>134</sup> ככל זכות, גם הזכות לשוויון אינה מוחלטת, אך מעמדה כה רם עד כי נחוצים שיקולים יוצאי דופן וכבדי משקל כדי להצדיק פגיעה בה.<sup>135</sup> השופטת ברון הטילה ספק בוולונטריות של הלומדות ושל הלומדים בהפרדה,<sup>136</sup> וכן הצביעה על "גלי ההדף" של ההפרדה באקדמיה, המתפרסים בחברה הישראלית הרבה מעבר למקרה הקונקרטי להקשרים נוספים, וכן על הפגיעה בשוק הרעיונות, כשלסטודנטית או למרצה מוקצים מקום ורשות דיבור על פי מינה.<sup>137</sup>

לסיכום חלק זה, בעוד שהפסיקה פסלה בעקביות ובצורה נחרצת ומנומקת הסדרים של הפרדה אסימטרית בין נשים לגברים גם כאשר היה מדובר בפרקטיקות שמוסברות כנוהג או כצורך קהילתי ותרבותי-דתי, שאלת ההפרדה בין גברים לנשים בתנאים סימטריים נבחנה

128 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 8-9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

129 שם, בפס' 3-4.

130 שם, בפס' 13.

131 שם.

132 שם, בפס' 10.

133 שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ברון.

134 שם, בפס' 5.

135 שם, בפס' 6.

136 שם, בפס' 11.

137 שם, בפס' 12-14.

שירות רק לאחרונה, בשני פסקי דין של בג"ץ – עניין שוקרון ועניין תירוש. השופטים שישבו על המדוכה בשתי הפרשות היו תמימי דעים שהפרדה בין המינים פוגעת בשוויון ובזכויות יסוד נוספות. אפשר לחלק את עמדותיהם לשתי קבוצות, ולתאר את המחלוקת ביניהם כמחלוקת שנסבה על עוצמת הפגיעה שהם מזהים בהפרדה בין המינים, ומכאן על עוצמתם של השיקולים המנוגדים שיהיה בכוחם, לשיטתם, להכשיר פגיעה שכזו. השופטים מלצר, אלרון והנדל נכונים יותר לאשר את ההפרדה בתנאים מסוימים, ואילו השופטים פוגלמן, גרוסקופף וברון, וכן השופט עמית שהצטרף לעמדה זו בעניין שוקרון אך בלא פירוט מנומק, מבטאים תפיסה שלפיה הפרדה היא פגיעה עמוקה ויסודית בשוויון ובכבוד האדם. לכן, על האינטרסים שעומדים מנגד, כמו גם על האינדיקציות להיותה של ההפרדה מותרת במפורש בחוק, לא-משפילה, סימטרית, וולונטרית, לא-מתפשטת מעבר לתיחום המקורי שלה ונטולת החצנות להיות משכנעים, תקפים וכבדי משקל.

פרק ב ישפוך אור על הרציונלים שבבסיס החשד כלפי הפרדה בין המינים כפוגעת בשוויון ובזכויות יסוד אחרות, ועל גבולותיו ועל תנאיו של האיסור על הפרדה. מיקומה של הסוגיה בהקשר רחב יותר – של המארג הנורמטיבי הרלוונטי במשפט הישראלי – יסייע בהבנה מעמיקה יותר של סוגיות אלה.

## ב. הדין: הפרדה היא הפליה, והפרדה בין המינים היא הפרדה ככל הפרדות

### 1. נקודת המוצא: הפרדה בין המינים היא הפליה

הדין בישראל מבטא חשד כלפי הסדרי הפרדה על בסיס גזע, מוצא אתני, מין, נטייה מינית, דת ועוד.<sup>138</sup> אחד מהיבטיה המרכזיים של הזכות לשוויון הוא החשד כלפי התייחסות לפרט על בסיס הבחנה גנרית כמו מין. כאשר המאפיין הגנרי איננו רלוונטי לגישה למשאב או לפעילות, אל לו להוות שיקול בהקצאת הגישה.<sup>139</sup> כך במקרים רגילים של הפליה, כמו כאשר רשות מפלה בהקצאת תקציבים על בסיס לאום,<sup>140</sup> זרם דתי,<sup>141</sup> מין<sup>142</sup> או נטייה

138 ראו ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה לנטרל את השונות" ספר שטרסברג כהן 203, 206-207 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 70 (2016) (התחשבות בשיקול שאיננו ענייני היא הפליה).

139 ראו למשל בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760-761 (1990).  
140 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 27.2.2006) (נפסלה הפליה על רקע לאום בהגדרת אזורי עדיפות לאומית) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה).

141 בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962) (נפסלה הפליה על רקע השתייכות דתית בהקצאת הרשות להשתמש באולם עירוני); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999) (נפסלה הפליה בכספי תמיכות על רקע השתייכות דתית).

142 בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004) (נפסלה מדיניות הקצאה מפלה של תקציבי ספורט, על רקע מין).

מינית,<sup>143</sup> וכך גם כאשר שחקנים פרטיים כמו מעסיקים או נותני שירותים כוללים בשיקוליהם את השאלות אם לשכור אדם או איזה שכר לתת לו, אם להקצות שירות או את זהותו של המועסק או של מקבל השירות כאשר אלה אינם רלוונטיים. כפי שהסביר השופט דנציגר, **בעניין פרוז'אנסקי,**

"כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית יש לדחות כל ניסיון להבחין בין נשים לגברים על בסיס טעמים שאינם רלבנטיים. כל הבחנה שכזו, לא רק שפוגעת בכבודו של המופלה לרעה ומשמרת סטריאוטיפים קיימים, אלא מחדדת ומשמרת הבדלים לא רלבנטיים או הבדלים הנשענים על אותם סטריאוטיפים. משכך, אף אם במקרה הספציפי, כגון זה שלפנינו, ההפליה אינה מופנית כלפי מי שנמנה על קבוצה הסובלת מהפליה היסטורית, סופה לשמר את אותה הפליה היסטורית ובכך להזיק יותר מכל דווקא לאותה קבוצה".<sup>144</sup>

ובאחד ההליכים העוסקים בשלטי הצניעות וההפרדה במדרכות בבית שמש הזכיר השופט מלצר, כי "הקריטריון אשר ננקט לבחינת חוקיותו של כל מופע אשר נחשד בהדרת נשים היה זה שהותווה בפסיקתו של בית משפט זה באשר להפליה, לפיו יש לבחון האם קיים 'שוני רלבנטי' הנובע מאופיים וממהותם של השירותים הציבוריים המסופקים, אשר מצדיק הפרדה מגדרית".<sup>145</sup>

לצד עקרון השוויון החוקתי וחובתן המנהלית של רשויות לפעול בשוויון, חוקי איסור הפליה ספציפיים כמו חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה או חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996 קובעים עלילות תביעה, נטלי הוכחה וסעדים קונקרטיים שרלוונטיים לשחקנים הפועלים בתחום המשפט הפרטי. גוף פסיקה רחב העניק לחוקים אלה "שיניים" וביאר את משמעותם בפועל.

הדין בישראל, כמו בשיטות משפט אחרות, מזהה כי הפרדה על בסיס תכונה לא-רלוונטית היא צורה של הפליה.<sup>146</sup> בג"ץ הביע לאורך השנים חשד כלפי הפרדה המתבססת על הכללות גנריות. בעניין קעדאן<sup>147</sup> ובעניין נוער כהלכה<sup>148</sup> נדחו הטענות שהפרדה בתנאים זהים איננה פוגעת בשוויון. נפסק שהפרדה שאיננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה<sup>149</sup> היא פסולה כיוון שהיא מפלה כשלעצמה, גם בהינתן (היפותטית) שכל קבוצה תקבל תנאים שווים. כך, בעניין קעדאן נדחתה טענת המשיבים כי "טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה",

143 ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד (סד) 2010 (להלן: ע"מ 343/09 הבית הפתוח) (נפסלה הקצאה מפלה של תקציבים, על רקע נטייה מינית).

144 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 14, בפס' 25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

145 עניין ע"פ פיליפ, לעיל ה"ש 12, בפס' 36.

146 ראו דו"ח הצוות המשדרי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 13-14. לעיתים קביעת מדיניות גם על בסיס שוני רלוונטי תהיה אסורה, אם היא איננה צולחת מבחני מידתיות צרים. ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 282-284 (2016).

147 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 127.

148 עניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 38.

149 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ושכפי שהקצו קרקע ליישוב קהילתי ליהודים בלבד, כך הם מוכנים להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד.<sup>150</sup> בדחתו טענה זו הזכיר הנשיא ברק את פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין **בראון**, שלפיה "מדיניות של 'נפרד אבל שווה' ('separate but equal') הינה מעצם טבעה בלתי שווה ('inherently unequal'). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משררת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדרת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית".<sup>151</sup> בדומה, בעניין **נוער כהלכה**, שדן בהפרדה עדתית בין תלמידות בית ספר, הטעים השופט מלצר כי הפרדה פוגעת לא רק בזכות לשוויון, אלא גם בזכות לכבוד האדם.<sup>152</sup>

כפי שתואר מוקדם יותר (בפרק א.2), פעולתן של מסגרות בהפרדה בין המינים הופסקה גם בעקבות התדיינויות בערכאות נמוכות בהקשרים שונים, כמו הכשרות מקצועיות,<sup>153</sup> טקסי לוויה ואירועי תרבות,<sup>154</sup> אך לא בפסקי דין מנומקים אלא בעקבות הסכמות שקיבלו תוקף של פסק דין או בפיוציים על דרך של פשרה. זאת ועוד, במקרים רבים התאפיינה ההפרדה שהופסקה בעקבות ההתדיינות המשפטית גם בתנאים אסימטריים בין גברים לנשים. מאפיינים אלה של הפסיקה הקשו על חילוץ הלכה מובהקת באשר למעמדה הנורמטיבי של הפרדה בין המינים בתנאים שוויוניים.

כל אלה הופכים את הביאור בנוגע לדין, שיצא מבג"ץ בעניין **שוקרון** ובעניין **תירוש**, לבעל חשיבות. כיוון שעמדות השופטים בשאלת פגיעת ההפרדה בשוויון בעניין **תירוש** תוארו בהרחבה בסוף פרק א, הדיון יתרכז בקביעותיו של פסק הדין בעניין **שוקרון** בשאלה זו ויפרט בעניין זה. פסק הדין בעניין **שוקרון** קובע, כי הפרדה בין המינים כמוה כהפרדה על בסיס עילות חשודות אחרות.<sup>155</sup>

150 עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 127, בעמ' 278-280. פסק הדין מכיר באפשרות שהבחנה על בסיס גזע תהיה חוקית כשהיא מיטיבה עם הקבוצה, כמו במקרים של העדפה מתקנת. ראו שם, בעמ' 279.

151 שם.

152 עניין **נוער כהלכה**, לעיל ה"ש 38, בפס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

153 עניין **משרד התיירות**, לעיל ה"ש 16; עניין **משפיעים**, לעיל ה"ש 13.

154 עניין **עיריית עפולה 1**, לעיל ה"ש 83. בית המשפט העליון נתן תוקף לפסק דין זה לאור קביעה סותרת של אותה ערכאה שהתעוררה באשר לתוקפו של פסק הדין (ראו דיון להלן ליד ה"ש 84), אך פסק דינו התרכז במחלוקת בעניין סמכותה של עיריית עפולה להחליט שלא לאכוף הפרדה בין המינים במופע שסיפקה. עם זאת ישנה התייחסות עקיפה לכלל המהותי שלפיו הפרדה היא הפליה, כפי שעולה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שאומצו בהחלטה ממשלתית. ראו ע"ע 5435/19 **שרון נ' עיריית עפולה**, פס' 7 (נבו 14.8.2019) ("כל שהודיעו המשיבות בעתירה הראשונה הוא שהן מקבלות את הדרך הנורמטיבית הנגזרת מהוראות הדין כפי פרשנותן בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה; עמדה שקיבלה גושפנקא בהחלטת ממשלה").

155 אפשר שעיקרון חשוב זה התעמעם מעט לאור נסיבותיו הייחודיות של התיק, אך הוא עולה מחוות דעתם של כל שלושת השופטים. השופט גרוסקופף והשופטת ברון עמדו עליו בהרחבה, והשופט עמית הצטרף לעמדתם של עמיתיו להרכב לאחר שקרא את חוות דעתם (ראו עניין **שוקרון**, לעיל ה"ש 40, בפס' 19 לפסק דינו של השופט עמית).

בעניין שוקרון הוסבר, כי הפרדה בין המינים איננה שונה מבחינת האפקט המפלה שלה מהפרדה על רקע עילות איסור הפליה אחרות שהחוק זיהה כמצדיקות הגנה מפני הפליה.<sup>156</sup> חשיבותו של פסק הדין בעניין שוקרון נובעת מן הביאור שהוא מעניק לדין הקיים, אך הוא איננו מחדש או מרחיב את ההסדר המשפטי החל במשפט הישראלי. על פי הסדר זה (גם לפני פסק הדין וגם אחריו), כדי לא להפר את איסור ההפליה שבסעיף 3(א) לחוק, יש לעמוד בתנאים הקבועים בסעיף 3(ד) (ובמקרה של רשות ציבורית גם לפעול תחת חובותיה מתוקף המשפט החוקתי והמנהלי).

"נקודת המוצא לדיון", כתב השופט גרוסקופף, "היא ששירות לציבור צריך להיות מוענק בישראל על בסיס שוויוני, 'בלי הבדל דת, גזע ומין'".<sup>157</sup> החובה שלא להבחין בין מקבלי שירותים או מוצרים על בסיס מינם זהה לחובה להתעלם מכל הכללה גנרית אחרת, או מהבחנות שבמשפט האמריקני מכונות "חשודות" – הבחנות של השתייכות לקבוצות שהמשפט הכיר בהן כסובלות מעוול נמשך ומסטיגמות ומסטרואטיפים מושרשים.<sup>158</sup> הבחנות חשודות שכאלה מנויות בחוקי איסור ההפליה בהקשרים שונים, כמו שוויון תעסוקתי,<sup>159</sup> זכאות לתשלומים סוציאליים,<sup>160</sup> או בהקשר של רכישת מוצרים ושירותים, כמו בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.<sup>161</sup>

השופטת ברון הזכירה כי "נפרד לעולם אינו שווה".<sup>162</sup> נקודת המוצא הבסיסית הזאת משקפת היבט חשוב של הזכות לשוויון, הנוגע לזכות של הפרט שלא להיות מסומן בשל תכונה גנרית כאשר היא איננה רלוונטית לפעילות או לתפקיד הנדרשים. הפרדה על בסיס

156 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. כן ראו פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון. כאן איננו המקום להתעמק בהצדקות התאורטיות השונות לכלילתן של עילות אלה בחקיקת איסור ההפליה. להצדקות לעילות שבחוק ולביקורת על עילות שלא היו צריכות להיות כלולות בו לפי הצדקות אלה, ראו משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה חברה ומשפט יא 195 (2005).

157 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. שאלה נוספת שעלתה בהקשר החוק היא, אם הגדרת שירותים ומוצרים על פי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים כוללת גם את אופן שיווקו של השירות או של המוצר. ראו תובענה ייצוגית התלויה ועומדת בעניין היערן של תמונות נשים בקטלוגים של חברת איקאה, שם טוענים המשיבים כי אופן פרסום המוצר איננו חלק מהספקתו לפי החוק (ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 65819-02-19 כצמן נ' ליבנה צפוני בע"מ (25.11.2020)). שאלה זו ראויה לדיון מעמיק נפרד, אך ייאמר בקצרה, כי לעניות דעתי עולה מתכלית החוק שאיסור ההפליה כולל איסור על שיווק בדרך מפלה (במקרה זה בפרסום המדיר נשים).

158 לסקירה של התפתחות תפיסת העילות החשודות במשפט האמריקני, ראו Melissa L. Saunders, *Equal Protection, Class Legislation, and Colorblindness*, 96 MICH. L. REV. (1997). לביקורת על היעדר הקוהרנטיות שבבסיסה של ההיררכיה בין רמות החשד של העילות, ראו Marcy Strauss, *Reevaluating Suspect Classification*, 35 SEATTLE L. REV. 135 (2011).

159 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38.

160 ס' 42 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, ס"ח 32.

161 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58.

162 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת ברון.

קריטריון לא־רלוונטי, הסביר השופט גרוסקופף, "טומנת בחובה לרוב את הפגיעה המרכזית אותה ביקש המחוקק למנוע – הפגיעה הנובעת מתיגו של מקבל השירות על פי הקריטריון האסור (המגדר אליו הוא משתייך), ולא על פי הקריטריון הרלוונטי להענקת השירות (זכאות, נזקקות וכיו"ב)".<sup>163</sup> לכן ההכרעה בשאלה כיצד ראוי לחלק את שעות הרחצה בבריכה – בין שעות לרחצה בהפרדה בין המינים לבין שעות לרחצה מעורבת – איננה יכולה להתקבל רק על בסיס הביקוש מצד התושבים.

השופט גרוסקופף הסביר כי

"רשות מקומית... אינה רשאית להעניק את שירותיה תוך הבחנה בין נשים וגברים, כשם שאין היא רשאית להעניק את שירותיה תוך הבחנה לפי קריטריון אחר המנוי בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, כגון דת, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית והשתייכות מפלגתית... כך, למשל, אין היא רשאית לקבוע הפרדה בשירותי קבלת קהל בין דתיים לבין חילוניים, בין יוצאי אשכנז לבין יוצאי ספרד או בין מצביעי מפלגה כזו למצביעי מפלגה אחרת".<sup>164</sup>

הכלל הוא, אם כן, שיש לספק שירותים ומוצרים ללא הבחנה על בסיס שייכות קבוצתית, ושהנחת המוצא היא שהפרדה בין המינים בידי רשות ציבורית היא הפליה – ממש כמו במקרה של הפרדה גזעית או הפרדה על בסיס אתני. לכן, הפרדה במקום ציבורי מצריכה הסמכה בחוק. היות שהפרדה פוגעת בשוויון, היקפה של ההסמכה יפורש בצמצום, והתקיימותם של התנאים המכשירים את ההפרדה תיבחן בקפידה. בהערכת מעמדה המשפטי של הפרדה בין המינים, בדומה להפרדות בעילות חשודות אחרות, הנחת היסוד היא שעל גוף הכפוף לחובה לנהוג בשוויון<sup>165</sup> חלה כחלק מחובה זו החובה לספק את המשאבים או את הטובין שהוא אמון עליהם (רישיונות, משרות, שירותים, מוצרים או פעילויות) בלי להתחשב בשיקולים שאינם רלוונטיים, ובענייננו – במנותק ממינם של מקבלי המשאבים או הטובין.<sup>166</sup>

הפרדה יוצרת הסדרים חברתיים המתפקדים כתזכורת תמידית שההבדל (המיני, הגזעי או הלאומי) הוא בעל משמעות. תזכורת בדבר השוני המיוחס לקבוצה הנשלחת הצידה, לאחור או החוצה – גם כשההפרדה נעשית תוך הספקת תנאים פיזיים או חומריים שווים לכל כיתה, קרון רכבת, חלק באוטובוס או צד באולם – מצמצמת את האוטונומיה, את מסלולי החיים והבחירות, את הקול ואת האפשרויות של הפרטים בקבוצה.<sup>167</sup>

163 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

164 שם, בפס' 4.

165 בין אם כרשות ציבורית, ובין אם כגוף פרטי שחלים עליו עקרונות של דיני השוויון מתוקף היותו גוף דרמהותי או בשל תחולתו של חוק ספציפי, דוגמת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה או חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.

166 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

167 הפרדה גם מצמצמת, אם כי במידה פחותה, את האוטונומיה של בני הקבוצה ההגמונית. כמודגם בפסק הדין, כפיית רחצה בהפרדה "משתקפת בעולם המעשה בפגיעות מוחשיות וקונקרטיות בעותרים, אשר אינם יכולים להשתמש במשאב הציבורי בצורה שהיתה מתאפשרת להם אלמלא ההפרדה המגדרית... היא עלולה להדיר מהבריכה בן לאם חד הורית או בת לאב חד הורית" (שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). ובמישור העקרוני יותר, שימור תפיסה צרה של



כפי שעולה מפסק הדין, הנזק שבהפרדה איננו קשור לשאלה אם תנאי ההפרדה שווים, וכל קבוצה מקבלת את אותם משאבים חומריים (כגון מספר שווה של שעות כניסה ליריד השעשועים או מתקני שעשועים זהים בירידים הנפרדים). נזקה של ההפרדה הוא בכך שהיא מתייגת פרטים על בסיס תכונה גנרית. במקרה שתיוג שכזה איננו מתבקש ואיננו אינהרנטי למהות הפעילות, הוא מעמיק תפיסות מהותניות בדבר תכונות המאפיינות בני קבוצה גזעית, עדתית או מינית. כיוון שהעילות החשודות צמחו על רקע של היסטוריה ארוכה של דעות קדומות ושל הפליה קבוצתית, התכונות המיוחסות לבני קבוצה נתונה הן בדרך כלל סטראוטיפיות, משטיות ומכלילות, באופן השולל משחורים (ולעיתים גם מלבנים), מנשים (ולעיתים גם מגברים) את החירות לבחור לנתב את חייהם לפי ראות עיניהם,<sup>168</sup> ובחלק מהמקרים גם פוגע בכבוד האדם שלהם.<sup>169</sup> במילים אחרות, בדומה להפרדות גזעיות או אתניות, הנזק שבהפרדה בין המינים הוא הנזק של תיוג נשים כשונות מהותית, ונזק זה נגרם מעצם ההפרדה. הפרדה מייחסת משמעות למינו של הפרט גם כאשר השוני המיני איננו רלוונטי לפעילות הנדונה. במינוח שהשתרש בפסיקה האמריקנית, הפרדה מטילה "badge of inferiority" – אות קלון של נחיתות – על בני הקבוצה שממנה מבקשת הקבוצה הדומיננטית להרחיק את עצמה.<sup>170</sup>

כמו במקרה של הפרדה גזעית או של הפרדה על בסיס לאום, הפרדה בין המינים נעוצה בתפיסה שכני או בנות הקבוצה הנשלחת למרחב נפרד הם שונים מהותית, ושראוי לסמן את השוני הזה בעיצוב מרחבים פיזיים ומוסדרים ובהסדרים נורמטיביים.<sup>171</sup> נוכחות של נשים עשויה להכשיל גברים – במחשבה או במעשה – בשל כוחו מסיח הדעת של גופן. שימור ההקשרים שבהם נהוגה הפרדה בין המינים והתרחבותם למרחבים חדשים, כפי שקורה בישראל בשנים האחרונות,<sup>172</sup> פועלים להעמקת התפיסה שלפיה בין נשים לגברים יש שוני מהותי, ותפיסה זו פוגעת בשוויון ההזדמנויות של נשים בחברה בכלל.<sup>173</sup> תפיסת נשים כנשים

תפקידים מגדריים פוגע גם בחופש של גברים לבחור למשל בעיסוקים "נשיים", בהורות פעילה או בהבעה פורמבית של חולשה או של פגיעות. ראו למשל: Ann C. McGinley, *Introduction: Men, Masculinities, and Law*, 13 *NEV. L.J.* 315 (2013).

168 יופי תירוש "על קציר וליסבון כמקומות לימינליים במאבקים למימוש עצמי ולשוויון" המשפט 8, 105 (2003) (הגנה על הזכות לחירות משרתת את ההגנה על הזכות לשוויון, ואינה מתחרה בה).

169 עניין מילר, לעיל ה"ש 22, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר.

170 מונח זה נטבע בשלהי המאה התשע עשרה בפסיקתו הידועה לשמצה של בית המשפט העליון האמריקני בעניין ההפרדה הגזעית בקרונות רכבת (Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)). בהקשר ההוא הכחישה דעת הרוב כי הפרדה גזעית בקרונות רכבת מטילה על שחורים אות קלון של נחיתות, אך קביעה זו התהפכה בעניין בראון, לעיל ה"ש 2.

171 להרחבה על הפרדה מהותנית, ראו לעיל בפרק א.1(ב).

172 ראו למשל מרים זלקינד הדרת נשים בישראל – עשור של מאבק 16–19 (שרולת הנשים בישראל 2020) <https://bit.ly/3oBh3Zv>; יופי תירוש "המשת"פים בשירות ההפרדה" הארץ <https://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/1.8317675> (25.12.2019).

173 ראו את דברי השופטת ברק-ארז בעניין קול ברמה בדבר ההשפעה של הדרת נשים משידורי התחנה, מעיצובה ומשעתוקה של השקפת העולם המכוננת אותה בקרב קהל מאזיני התחנה,

לפני שהן בני אדם משעתקת תפיסות מהותניות גם בתחומי חיים אחרים. אישה הנתפסת קודם כול דרך השוני שלה – דרך מינה – לא תזכה להערכה עניינית של כישוריה במקום העבודה, כמועמדת פוליטית או כמומחית באולפן הטלוויזיה. תפיסה שכזו עשויה לאיים על האוטונומיה המינית של נשים, כי היא מתפקדת כתזכורת לתפיסות שלפיהן נשים הן פתייניות ומיניות ולכן אולי אין הכרח לכבד את ה"לא" שלהן בהקשר למגע מיני.<sup>174</sup>

ושבו, כמו בהקשרים של הפרדה לאומית, גזעית או עדתית, ברוב המקרים (רחצה בים או בבריכה ציבורית היא חריג לכלל זה)<sup>175</sup> הפרדה איננה משרתת את שני צדדיה בצורה סימטרית, והדרישה לה באה על פי רוב מצד מי שייצאו נשכרים מהנצחתה ומהעמקתה של ההבחנה בין פרטים על בסיס קבוצתי, באופן שישמר את הסטטוס קוו הלא-שוויוני בין הקבוצות. אינדיקציה נוספת להיררכיה האינהרנטית של הפרדה היא שבדרך כלל הרצון לעבור לצד השני הוא חד-כיווני. התופעה של שחורים המנסים "לעבור חברתית" כלבנים הייתה נפוצה ומוכרת, בעוד שהתופעה ההפוכה היא בגדר קוריוז נדיר. בדומה, נשים בקהילות שבהן נהוגה הפרדה מגנטות להתקבל לתפקידים ולמרחבים השמורים לגברים, כמו הסמכה לרבנות או עמדת החזנות בבית הכנסת, ואילו התופעה ההפוכה איננה מוכרת. במילים אחרות, הפרדה היא אינטרס של הקבוצה החזקה היסטורית ומקודמת על ידה. בהקשר זה יש להדגיש, כי מבחינת דיני איסור ההפליה אין נפקא מינה מה הייתה כוונתו של המפריד. אפילו הוא מכריז קבל עם ועולם שיחסו השונה לבני קבוצות שונות נעוץ בכוונות טובות ואין לו כוונה לפגוע באיש, היעדר הכוונה להפלות איננו מרפא את ההפליה.<sup>176</sup>

- ואולי גם מעבר אליו (עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 12, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).  
 174 ראו יופי תירוש "הרב תרבותיות הפכה את הנשים לפוגעות, ואת הגברים לקורבנותיהן" הארץ  
<https://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/.premium-1.6406922> (22.8.2018)  
 "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 732.  
 175 גם בהקשרים של רחצה פומבית התעוררו טענות על היבטים מפלים, כך למשל, בהקצאת שעות  
 הרחצה לגברים ולנשים באופן שמבוסס על סטראוטיפים באשר לשעות הפנויות של גברים  
 ושל נשים, או בשל העובדה שנשים חרדיות רבות אינן נוהגות ולגברים לא-נוח להסיע אותן  
 לחוף כשאין להם מה לעשות בו. ראו למשל "קצה הקרחון: הפרדה מגדרית" 13:00-12:00  
 (בית אבי חי, 9.9.2021) <https://open.spotify.com/show/62EB12qgkDqAGr0cLbXLtz>  
 (להלן: "קצה הקרחון"). לדוגמאות נוספות של הפליה גם בהסדרי הפרדה סימטריים לכאורה,  
 ראו לעיל ה"ש 55.  
 176 ראו למשל את הוראתו של ס' א.ב. לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248 (לעניין  
 הזכות לשוויון בין המינים "אין נפקא מינה אם ביסוד פעולה שתוצאתה היא הפליה היתה כוונה  
 להפלות, או לא"). כן ראו, בהקשר של הזכות החוקתית לשוויון, את בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש  
 עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד (מב) 309, פס' 30 לפסק דינו של השופט ברק (1988); עניין עע"ם  
 343/09 הבית הפתוח, לעיל ה"ש 144, בפס' 45-47 לפסק דינו של השופט עמית; עניין ועדת  
 המעקב העליונה, לעיל ה"ש 141, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"א 8956/17 מנסור  
 נ' המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל, פס' 83-85 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז  
 (4.1.2021) (להלן: עניין כוכב יאיר); עניין קעדאן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 279-280; בג"ץ  
 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 663-665 (1998)  
 (להלן: עניין בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים). ובהקשר של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה,

דילמה דומה הונחה לפתחו של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת United States v. Virginia (להלן: עניין VMI).<sup>177</sup> בית המשפט קבע, שהעוכרה שאקדמיה צבאית יוקרתית מתירה רק לגברים ללמוד בה היא הפליה אסורה על רקע מין; בית המשפט דחה את טענתה של מדינת וירג'יניה, המפעילה את האקדמיה, כי הקמת מוסד מקביל לנשים תרפא את הפלייתן. בדעת רוב שאלה הצטרפו שישה שופטים קבעה השופטת רות ביידר גינסבורג, כי גם אילו הציע המוסד המקביל לנשים תנאים שווים לאלה שבמוסד הוותיק,<sup>178</sup> עצם ההסתמכות על קריטריון המין כתנאי קבלה למוסד אקדמי, כלומר עצם ההבחנה בין המינים כשמדובר בפעילות שבה מין איננו רלוונטי, מפירה את התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית, המטיל על המדינות לפעול בשוויון בנוגע לאזרחיהן. על מנת להצדיק הפרדה שכזו על המדינה להרים נטל מוגבר של הדגמת הצדקה להבחנה ("exceedingly persuasive justification"),<sup>179</sup> ולהימנע מהסתמכות על הנחות כלליות בדבר תכונותיהם השונות לכאורה של גברים ונשים, הנחות הנוטות לעצב את המציאות יותר מאשר לשקף אותה.<sup>180</sup> קושי מעין זה עולה כל אימת שנדונה בישראל – בזירה הציבורית או בזירה המשפטית – סוגיה הנוגעת להפרדה שמעניקה לכאורה תנאים שווים לגברים ולנשים, כמו בהכשרות מקצועיות או באירועי תרבות.<sup>181</sup> טענת הנגד שנשמעת בהקשר של אירועי תרבות, למשל, היא "מה הבעיה אם המרחק שווה מהבמה, הכרטיסים נמכרים במחיר שווה, ומקצה מספר מקומות שווה לגברים ולנשים?"<sup>182</sup> בג"ץ השיב על שאלה זו בעניין שוקרון תשובה ברורה:

- ראו דיון המפרט את הטעמים להיעדר דרישת הכוונה, הרלוונטיים גם לאיסורי הפליה אחרים, בתע"א 9690/08 אבכה נ' א.א. מוקד 101 בע"מ, פס' 14-17 (נבו 2012.10.23).
- 177 United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) (להלן: עניין VMI).
- 178 שם, בעמ' 533-534. הנשיא ויליאם רנקוויסט הצטרף לתוצאה, אך סבר כי אילו עשתה מדינת וירג'יניה מאמץ רציני לספק תנאים שווים בשני המוסדות, לא הייתה בכך הפרה של חובת השוויון החוקתית (שם, בעמ' 596). השופט סקליה סבר בדעת מיעוט שלא קמה כאן טענת הפליה לא-חוקתית.
- 179 שם, בעמ' 524.
- 180 שם, בעמ' 543.
- 181 אירועי התרבות בהפרדה שעלו לשיח הציבורי או לבחינה משפטית אינם מתקיימים בדרך כלל בתנאים זהים לגברים ולנשים, וגם ההכשרות המקצועיות לא. כך למשל, כאשר היועץ המשפטי לממשלה הורה שאין לקיים מופע של זמר חרדי לגברים בלבד בנתיבות בשנת 2018, פתחה העירייה את המופע גם לנשים. הנשים קנו כרטיס במחיר שווה לזה של הגברים, אך שדה הראייה שלהן במקומות שהוקצו להן באולם מנע מהן את האפשרות לראות את הזמר על הבמה. בקורס "משפיעים" של צוערים חרדים לשירות המדינה הגברים חשופים לפחות הרצאות מפייהן של נשים, עובדה שנדונה בבית הדין לעבודה (כפי שהעיד מארגן הקורס בבית הדין לעבודה, הרצאות שכאלה משובצות בזהירות ובהדרגה (עניין משפיעים, לעיל ה"ש 13, בסוף עמ' 12 לפסק הדין). שיקול לא-רלוונטי שכזה, המשפיע על תוכני הקורס, מעיד כי קרוב לוודאי שאין שוויון בתנאיהם ובתוכניהם של הקורסים המוצעים לגברים ולנשים.
- 182 ראו למשל ישראל כהן "הבה גלאון נגד זכויות המיעוט" הארץ (22.7.2019). <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.7545723> ("ההפרדה בכינוס חינוכי, המיועד למגזר החרדי, איננה הדרה או השפלה"); ישראל אייכלר "אין אנו נתינים זרים בארצנו: ההתנגדות לאירוע בעפולה הוא המשך של הכפייה החילונית" גלובס (19.8.2019). <https://www.globes.com>

לא רק בהפרדה גזעית או על בסיס אתני או אחר – גם בהפרדה בין המינים, אין נפקא מינה לשאלה אם ההפרדה היא בתנאים סימטריים לשתי הקבוצות. עצם ההפרדה היא הפליה.<sup>183</sup> סיווג אנשים לפי הבחנות שדיני איסור הפליה מזהים כהבחנות בעייתיות הוא, אם כן, מפלה. כדי שרשות תוכל לחרוג מהכלל של אספקת שירותים ומוצרים ללא הבחנה על בסיס זהות גזרית כמו מין, נדרשת הסמכה בחוק. כיוון שמדובר בהסמכה לפגוע בזכות לשוויון, יש לפרשה בצמצום, כפי שיבואר בסעיף הבא.

## 2. אז מתי בכל זאת מותר להפריד בין המינים?

"הפרדה בין גברים לנשים במרחב הציבורי היא פוגענית כשלעצמה", כתבה השופטת ברון בעניין שוקרון.<sup>184</sup> אך כמו כל זכות, גם הזכות לשוויון והזכות לכבוד האדם, הנפגעות בעקבות הפרדה בין המינים, אינן זכויות מוחלטות. לכן יש מקרים שבהם ייתר לקיים מסגרות נפרדות או לספק שירותים בהפרדה על אף הפגיעה. בהקשר של המשפט הפרטי, השאלה מתי יינתן היתר בחוק מוסדרת בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. כאשר ספקית השירות או מפעילת המסגרת היא רשות ציבורית, חלות עליה חובות נוספות – מכוח המשפט הציבורי – ובראשן החובה למקור הסמכה מפורש המתיר את ההפרדה.

אפנה כעת לנורמות המסדירות את שאלת היקף ההיתר לקיים מסגרות או להציע שירותים בהפרדה בין המינים. חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים אוסר על הפעלת מקום שאופי פעילותו ציבורי או על הספקת שירותים ומוצרים המוגדרים בו בדרך של הבחנה לא-רלוונטית על בסיס עילות חשודות ובהן מין. לאיסור להפלות יש חריגים, המנויים בסעיף 3(ד) לחוק. סעיף 3(ד)(3), המכונה בפסק הדין "חריג המסגרות הנפרדות" (ואכנה אותו כך גם כאן), קובע כי אין רואים הפליה "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".

הסיפה של הסעיף קובעת סייגים לתחולתו – תנאים שיש להדגים כדי שהספקת מסגרת נפרדת לא תיחשב להפליה אסורה על פי החוק. סייגים אלה, כמו גם העובדה שמדובר בסעיף בחוק שתכליתו מניעת הפליה, מכתיבים לפרשו באופן צר, המתיר הפרדה "בנסיבות

co.il/news/article.aspx?did=1001297625 ("אין סילוף המושג 'הדרת נשים' מהניסיון לאסור על נשים חרדיות את ההפרדה מרצון ומתוך כבוד לאישה ולגבר"); עומר ינקלביץ' "מניעת הפרדה מגדרית היא פגיעה בנשים החרדיות" כיכר השבת (9.4.2018) <https://www.kikar.co.il/273354.html>

183 העמימות שעלולה להתעורר בהבנת פסק הדין נובעת מכך שהפעילות שבה עסק בית המשפט – רחצה בכריכה – הוכרה בחוק כמצדיקה החרגה מכלל זה בתנאים מסוימים, כמבואר לעיל בפרק א.2. סיבה נוספת לחשש לאי-בהירות היא, שההסדר שאושר בכג"ץ מקצה לרחצה מעורבת חלק יחסי קטן מאוד מכלל שעות פתיחת הכריכה. עוד על העקרונות לקביעת היחס שבין שעות מעורבות לשעות נפרדות, ראו להלן ה"ש 303.

184 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

מוגדרות ומצומצמות<sup>185</sup> המנויות בתבחינים שבסיפה של הסעיף (האם השירות חיוני? האם אין חלופה סבירה? ומה יהיו השלכות אספקת השירות או המוצר בהפרדה על הציבור הכללי שאינו מעוניין בהפרדה?).

בתי המשפט שנדרשו לסוגיית היקף תחולתו של החריג האמור ביטאו נאמנה את התפיסה העולה מהחוק, שלפיה לאור העובדה שחריג המסגרות הנפרדות פוגע בשוויון יש לפרשו בצמצום.<sup>186</sup> טענות של מתדיינים כי החריג חל על פעילויות או על שירותים מעבר לרחצה פומבית נדחו בפסיקה דחייה עקבית וגורפת. בשורה של פסקי דין נבחנה תחולתו של חריג זה בהקשרים שונים שנסקרו מוקדם יותר (בפרק א.2), כמו אירועי תרבות,<sup>187</sup> טקסי הלוויה בבתי עלמין שבניהולה של חברה קדישא<sup>188</sup> או מדיניות של אי-השמעת נשים ברדיו,<sup>189</sup> ובכולם נקבע שהחריג איננו רלוונטי לפעילויות אלה. קביעתו של פסק הדין בעניין שוקרון, כי את חריג המסגרות הנפרדות יש לפרש בצמצום, משקפת אם כן קו חקיקתי ופסיקתי עקבי במשפט הישראלי.

כפי שמוסבר בעניין שוקרון, סעיף המסגרות הנפרדות משקף את נכונותה של חברה ליברלית, המחויבת להגנה על הזכות לשוויון של בניה ובנותיה, לגלות מידת מה של סובלנות לפרקטיקות לא-ליברליות של קבוצות שמרניות בתוכה. התנאים הקבועים בסיפה של הסעיף מספקים מבחנים, שבהתקיימם יהיה אפשר להתגבר על איסור ההפליה ולקיים

185 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

186 החלתו של החריג בהקשר של רחצה מבטאת נאמנה הן את לשון החוק והן את תכליתו. היא מוצדקת כיוון שרחצה בחוף הים או בכריכה היא פעילות הכרוכה בחשיפת הגוף ברבים. לאחרונה עלו שאלות חדשות בהקשר זה, כמו אם החריג בחוק חל גם על הפרדה בין המינים בחדר כושר עירוני (ראו אור קשתי "ההפרדה בין גברים לנשים עומדת במבחן חדר הכושר" **הארץ** (7.2.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/education/2020-02-07/ty-article/.premium/0000017f-f697-d318-afff-f7f7b2e60000>. מחד גיסא, גם זו פעילות שבה הגוף נמצא במרכז, ושיהיה נוח לנשים רבות וגם לגברים לקיימה ללא נוכחות המבט של בני או בנות המין השני. מאידך גיסא, אין מדובר בפעילות שבה הגוף חשוף כמו ברחצה, וההשלכות של הרחבת החריג עשויות להיות קשות. מה יבחין בין טענה למבוכה גופנית בחדר כושר לטענה שכזאת בנוגע לחוג דרמה במתנ"ס או להדרכת חיילים בידי מדריכת אימון גופני בשירות הצבאי? לבסוף, כדי לקיים חברה שבה נשים וגברים פועלים בסמיכות ובאופן חופשי ושוויוני, ראוי לעודד נורמה של מאמץ לנטרל מתחים מיניים גם בחדרי כושר, כפי שנעשה במקומות עבודה או בעת בדיקה גופנית רפואית בידי איש צוות רפואי בן המין השני. ראו שירין פלאח סעב "מכל העיריות, דווקא ת"א שרטטה את מפת ההפרדה במכוני הכושר" **הארץ** (11.2.2020) <https://www.haaretz.co.il/blogs/sherenf/BLOG-1.8520918> ("ההפרדה המגדרית שמה נשים במקום שבו הן אלה שצריכות שוב להסתתר בין כתלי מכוני הכושר, שמא יקלקלו את 'הנוף הגברי'. לכן, החלטת עיריית תל אביב משרטטת בעיני את המפה המגדרית לעשור הקרוב – עשור שבו כולנו (ובעיקר נשים) נהיה שותפים לשעתוק התכתיבים הדתיים שכופים עלינו להיות קטנות במרחב, בלתי נראות, ולהמשיך לצמצם את עצמנו ואת גופינו מאחורי קירות ההפרדה").

187 עניין עיריית עפולה 1, לעיל ה"ש 83.

188 עניין דוידאן מיכאלי, לעיל ה"ש 75; עניין אייד 3, לעיל ה"ש 76.

189 עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 12.

בהפרדה בין המינים פעילויות שהחוק מכסה. לאור פגיעתה של ההפרדה בזכות לשוויון, יש לפרש את הסעיף פרשנות צרה ודווקנית (ברומה, כפי שיודגם להלן, לפרשנות הצרה והדווקנית שניתנת לחריגים כמו החריג הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שלפיו הסתמכות המעסיק על מין, גזע וכדומה אינה הפליה אם היא "מתחייבת מאופיים ומהותם של התפקיד או המשורה").<sup>190</sup> ניתן להבין גישה פרשנית זו כמגלמת את מבחן המידתיות החוקתי בהקשר של המשפט הפרטי, ובפרט את הצורך לוודא שהפגיעה בזכות תהיה במידה המצומצמת ביותר האפשרית לצורך הגשמת תכליתה.

כל אחד מהמבחנים שבסעיף המסגרות הנפרדות נמצא בסכנת הרחבה אד אבסורדום, באופן שיהפוך הפרדה בהספקת שירות, מוצר או כניסה למקום ציבורי לנורמה ולא לחריג. כך למשל, ניתן לנסות לטעון שכל אימת שקיים אדם המעוניין בהספקת שירות או מוצר בהפרדה, הרי עצם רצונו בהפרדה מונע ממנו את האפשרות להשתמש בשירות או במוצר. בדומה לכך, ניתן לנסות לטעון שכמעט כל שירות או מוצר הוא חיוני, או להציג חלופות לא-סבירות כאילו הן סבירות (בעניין שוקרון הוצעה המקומית, למשל, חלופה בדמות הסעה ליישובים אחרים).<sup>191</sup> לאור העיקרון הכללי שלפיו הספקת שירות בהפרדה בין המינים היא הפליה, יש לפרש את מבחני סעיף המסגרות הנפרדות פירוש מצומצם, המגן על הזכות לשוויון. אחד הרכיבים החשובים בסעיף המסגרות הנפרדות, שטרם זכה לפיתוח מספיק בפסיקה, הוא התנאי העוסק בצורכי הציבור העלול להיפגע מההפרדה. כפי שיודגם בהמשך, בחינת היקף פגיעתן של ההצננות של הפרדה בין המינים על החברה הכללית צריכה להיעשות לא רק מזווית אינסטרומנטלית-כלכלית, אלא גם מן ההיבט הנורמטיבי של ההשפעה של עצם קיומה של הפרדה על מעמדן החברתי של נשים.<sup>192</sup> זאת ועוד, "הציבור שעלול להיפגע מההפרדה" עשוי לכלול גם בני ובנות הציבור הדתי והחרדי שאינם מעוניינים בהפרדה.<sup>193</sup>

סעיף המסגרות הנפרדות הוא חריג לאיסור ההפליה במשפט הפרטי. כשמדובר ברשות ציבורית המבקשת לפגוע בשוויון בדרך של הפרדה בין המינים, כמו במקרה שלפנינו, חלות עליה גם חובות נוספות, כמו החובה לכבד זכויות אדם חוקתיות וחובות מתחום כללי המשפט המנהלי. רשות שלטונית המבקשת לפגוע בשוויון זקוקה להסמכה מפורשת בחוק להפעלת מדיניות לא-שוויונית. במקרה שלפנינו ישנה הסמכה בחקיקת השלטון המקומי להסדרת רחצה נפרדת.<sup>194</sup>

השופט גרוסקופף ביאר את היחס שבין הנורמה המסמיכה את הרשות לקיים שעות רחצה נפרדות בבריכות שחייה לבין חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. מי שחלה עליו חובה לפעול בשוויון כלפי לקוחות, אזרחים, תלמידים, עובדים וכן הלאה, מנוע מלהבחין ביניהם על בסיס מינם ללא הסמכה חוקית. הסמכות להבחין תהיה בגדר חריג לחובת

190 ס' 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כן ראו דיון בשלוש דוגמאות העוסקות בצורך לפרש בצמצום את ההגדרה של טיב הפעילות בסוף פרק זה.

191 עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 12.2.2018 בבג"ץ 5527/17 שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע (הבריכה ביישוב תקוע כחלופה).

192 ראו להלן בפרק ג.2(ג).

193 ראו להלן בפרק ג.1.

194 לפירוט, ראו את עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 6-8 לפסק דינו של השופט עמית.

הרשות להימנע מלהפלות. ככזו – זו הסמכה שיש לפרש בצמצום. לפיכך, אף שהחקיקה המוניציפאלית מעניקה לרשויות מקומיות הסמכה מפורשת לפתוח בריכות לרחצה בשעות נפרדות, שיקולים של הרמוניה חקיקתית עם חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים יחייבו פירוש צר של הסמכה זו.<sup>195</sup> במילים אחרות, חריג המסגרות הנפרדות שבחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים איננו מקור הסמכה לרשויות לפעול תוך הפרת הזכות לשוויון.<sup>196</sup> זאת ועוד, הסעיפים בחוק זה המקנים החרגה מאיסור ההפליה באופן שמאפשר לספק שירות בהפרדה כפופים גם הם לחובה שלא לפגוע פגיעה לא-מידתית בזכות לשוויון, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי.

נקודה נוספת שראוי להתעכב עליה בהבנת המבנה וההיגיון של החריגים שמונה סעיף 3(ד) לחוק, החריגים שבהתקיימם לא תקום טענה להפליה, היא הערתו של השופט גרוסקופף בנוגע לסעיף קטן אחר הקובע חריג לאיסור ההפליה, הוא סעיף 3(ד)(1) (להלן: חריג הרלוונטיות). סעיף זה קובע, כי אין רואים הפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי".

כאשר הבחנה בתכונות גנריות של פרטים מתחייבת מאופיו או ממהותו של השירות או של המוצר, כלומר מינם, גזעם או משתנים זהותיים אחרים הרלוונטיים לצורך הספקת השירות או המוצר, לא תהיה זו הפרה של האיסור החוקי על הפליה. כך למשל, לא תקום

195 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. גם בעניין תירוש נקבע כי יש לפרש את ההסמכה פירוש צר, לאור הפגיעה בשוויון, אולם שופטי הרוב לא ראו מניעה בהסקת עיגון חוקי לסמכותה של הרשות הציבורית לפגוע בשוויון גם בהיעדר נורמה מסמיכה מפורשת ומפורטת, המכוונת לרשות. ראו דיון לעיל ליד ה"ש 108.

196 המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) עמדה על נקודה זו לאחרונה במכתבה ליועץ המשפטי של רשות הטבע והגנים, בנוגע לסמכותה של הרשות לפתוח את הפארקים שבאחריותה בשעות נפרדות לגברים ולנשים: "על אף הכפיפות למשטר נורמטיבי כפול, הן של המשפט הציבורי, והן של המשפט הפרטי, אין בכוחן של נורמות מן המשפט הפרטי לשמש כמקור הסמכה מספק לרט"ג לפעול בניהול אתריה, באופן שיש בו כדי לפגוע בשוויון. חוק איסור אפליה בוודאי אינו מהווה מקור של הסמכה מפורשת לרשות ציבורית לפעול באופן הפוגע בשוויון, וזאת על רקע תכליותיו, רקעו החקיקתי ועוד. זאת ועוד, ברי כי מכלול החובות מתחום המשפט הציבורי החלות על הרשות המנהלית, מחילות עליה סטנדרט שוויון גבוה מאלו החלות במשפט הפרטי. על כן, לנוכח עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, בהתחשב במיחות הגוף המפעיל את הסמכות, ובענייננו – גוף ציבורי, שהוא נאמן הציבור, המפעיל במסגרת ניהול אתרי הרשות סמכויות שלטוניות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת, מקום בו רשות מנהלית מבקשת לפגוע בזכויות יסוד נדרשת לכך הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית... המשפט הפרטי וחוק איסור הפליה עשויים להטיל אחריות על רשות מנהלית ולהוסיף על החובות המוטלות עליה מכוח המשפט הציבורי, מקום שבו מתקיימת תחולה כפולה, אולם הם לא נועדו להקנות לרשות המינהלית סמכויות לפגיעה בזכויות אדם תוך סטייה מנורמות הבסיס של המשפט המינהלי, ובראשן עקרון חוקיות המינהל ודרישת ההסמכה המפורשת" (ההדגשה במקור) (מכתב מדינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) לאופיר בר טל, היועץ המשפטי של רשות הטבע והגנים, בעניין הפרדה מגדרית ברשות הטבע והגנים, פס' 24-26 (20.12.2020) (עותק מצוי בידי המחברת) (להלן: מכתב מדינה זילבר)).

טענת הפליה נגד סכסוד מצד חברת ביטוח בריאות לבדיקה גנטית לקבוצות אתניות מסוימות בלבד, אם המחלה שהבדיקה מאתרת מופיעה רק בקרב חברי קבוצות אלה.

השופט גרוסקופף מבאר כי רחצה בים או בכריכה אינה מסוג הפעילויות שבהן מתקיים חריג זה, כיוון שאין שום דבר אינהרנטי למהות הפעילות – רחצה – שמונע מבני שני המינים לבצעה יחדיו.<sup>197</sup> כשלעצמה, רחצה איננה פעילות המצריכה הבחנה בין גברים לנשים. לא טיב הפעילות מצדיק היתר לקיומה בהפרדה, אלא הרגישות הקהילתית, רגישות שהחוק מכיר בה ומגדיר את תנאי הגבולות הראויים לכיבוד בסעיף המסגרות הנפרדות. גישה פרשנית מצמצמת זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק. לכן, בנוגע לרחצה פומבית, ומקל וחומר בנוגע לפעילויות אחרות כמו אירועי תרבות או הכשרות מקצועיות – חריג הרלוונטיות אינו מתקיים.

טענו הטוענים (וכך טענו המשיבים בעניין שוקרון)<sup>198</sup> כי השוני בין גברים ונשים דווקא עולה מאופי הפעילות, שהרי עבור רבות ורבים רחצה במקום פומבי מצדיקה מעצם טיבה הפרדה בין המינים. זו טענה המשקפת אי-הבנה של הגיונו ושל מבנהו של החוק. אבאר את הדברים באמצעות שלוש דוגמאות.

בדוגמה הראשונה דמינו שמפעיל מועדון ריקודים בקיבוץ יבקש לטעון שניהול תורים נפרדים בכניסה למועדון – תור אחד לבני ולבנות קיבוצים ותור אחד למי שגרים ביישובים אחרים – חוסה תחת חריג הרלוונטיות שבסעיף 3(ד)(1) לחוק. בהערכת תוקפה של הטענה הזאת יש לבדוק מהו אופיו של השירות ואם הבחנה שכזו עולה ממנו. המועדון יגדיר את מהות השירות באופן שמצדיק את המסקנה שאופיו מחייב הבחנה בין קיבוצניקים לבין מי שאינם קיבוצניקים בכניסה למועדון. כך למשל, המועדון יכול לטעון שהשירות שהוא מציע הוא "קיום מסיבות ריקודים שבהם בני ובנות קיבוצים יוכלו להיפגש ולחוש בנוח", "קיום מסיבות ריקודים המתאפיינות ב'קהל איכותי' " או אפילו "קיום מסיבות ריקודים שיש להן ביקוש גבוה בקרב קיבוצניקים וקיבוצניקיות". אך אלה הגדרות שאינן מתארות את השירות – מסיבות ריקודים – אלא קוראות לתוך השירות רכיב נוסף, הרכיב המפלה, המבקש להדיר קבוצות מסוימות בשל סטראוטיפים וסטיגמות המיוחסות להן. הגדרה מעין זו, המניחה את המבוקש, יכולה למעשה להצדיק כל הפליה כרלוונטית.

הדוגמה השנייה לקוחה מפרשנותו של הסעיף המקביל בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שלפיו לא תהיה זו הפליה כאשר ההבחנה בין מועמדים לעבודה או בין עובדים על בסיס מאפיין גנרי "מתחייבת מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה".<sup>199</sup> בעניין רקנט נקבע גיל פרישה מוקדם יותר לדיילי אוויר לעומת דיילי קרקע, בנימוק שהדבר מתחייב מדרישות התפקיד. לשיטתה של חברת התעופה, תפקיד דיילי האוויר מצריך בין השאר הופעה נאה. בג"ץ קבע כי תכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה מחייבת פרשנות מצמצמת למהות התפקיד. אחרת תחולת הסעיף תהיה בלתי-מוגבלת, ותצדיק פעולה לפי סטראוטיפים

197 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

198 ראו חלק ג.1 בתגובה לעתירה מטעם משיבים 1-2 בבג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע-חברון (עותק מצוי בידי המחברת).

199 ס' 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.



וסטיגמות שמאפיינים פעמים רבות את העדפתם של לקוחות.<sup>200</sup> כפי שאין מקום להכיר ב"דרישות תפקיד" המשקפות הטיות תרבותיות מפלות (כמו העדפה לגיל צעיר או למראה בהיר) הפועלות לשמר את אי-השוויון, כך יש להיזהר מלהכיר בטענות המשמרות תפיסות מגדריות סטראוטיפיות שלפיהן אופי השירות או הפעילות מחייבים הבחנה בין גברים לנשים. הדוגמה השלישית לקוחה מעניין VMI שהוזכר מוקדם יותר. בית המשפט העליון האמריקני דחה את טענתה של מדינת וירג'יניה שלפיה אין פסול בקיומו של מוסד אקדמי צבאי לגברים בלבד כל עוד מתקיים במקביל מוסד לנשים. במסגרת ניסיונה לשכנע שסגירת האקדמיה הצבאית מפני נשים איננה הפליה, טענה מדינת וירג'יניה שתכליתה של האקדמיה הצבאית, תכלית שהוגדרה כ"עיצוב אזרחים-חיילים", מחייבת לשמור על המסגרת האקדמית פתוחה לגברים בלבד,<sup>201</sup> כיוון שכניסתן של נשים תחייב שינוי של שיטות הלימוד וההכשרה באופן שיחתור תחת השגת תכליותיו הפדגוגיות של המוסד. בהפעילו שיקול דעת זהה לזה המחייב פרשנות צרה של סעיף הרלוונטיות בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, עמד בית המשפט העליון האמריקני על הצורך לבחון לעומק את הקשר שבין אופיו של המוסד האקדמי לבין מינם של תלמידיו. בניגוד לטענת וירג'יניה שלפיה השארת הנשים בחוץ חיונית מבחינה מהותית לתכלית החינוכית של המוסד, סבר בית המשפט כי זו טענה מעגלית: מובן שאם נטען שתכלית המוסד היא לספק חוויה חינוכית המבחינה בין גברים לנשים ובין גבריות לנשיות, כי אז פתיחתו לנשים תסכל את תכליתו; אולם המסגור הנכון של התכלית צריך להיות קשור קשר הדוק יותר למהות הפעילות (במקרה הזה הכשרה והשכלה על-תיכוניים) ולא לזהות מושיאה על בסיס מאפייני גנרי חשוד.

דרך נוספת להבהיר נקודה זו היא להתעכב על הביקורת הנוקבת שמתחו משפטנים בכירים מפורום קהלת על פסיקתו של בג"ץ בעניין שוקרון.<sup>202</sup> לשיטתם, חריג המסגרות הנפרדות שבסעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים מבטא עמדה ולפיה יש מקרים שבהם הפרדה בין המינים איננה חשודה מלכתחילה, והיא אף רצויה. עמדת המשפט הישראלי היא שלהפרדה בין המינים יש מחיר במונחים של פגיעה בשוויון בכל הקשר כמעט. גם כאשר החוק מאפשר להחריג את האיסור על הפרדה, החרטה זו איננה מבטאת הכרה בערך אינטרינזי חיובי כלשהו של הפרדה, אלא בצורך להתחשב במקרים חיוניים וחרגיים בצרכיו של ציבור שבו נהוגה הפרדה. על מקרים אלה להישאר מצומצמים.

פרק זה סקר את מעמדה של הפרדה בין המינים בדין הפוזיטיבי, ומצא שהמשפט הישראלי מתייחס אליה כאל הפליה. קיום הפרדה נחשב חריג לאיסור ההפליה, ומצריך הן הסמכה בחוק והן עמידה במבחנים חוקתיים – גם לשחקנים במשפט הפרטי וגם לרשויות שלטוניות. המשך המאמר יאיר היבטים משפטיים שונים של הפרדה בין המינים וימקם אותם בהקשרים רחבים יותר, הן של הדין הפוזיטיבי והן של התאוריה.

לפני חתימת הפרק ראוי להעיר כי הדיון במאמר זה מתרכז בהיבט אחד וראשוני של הפרדה בין המינים, והוא קיומה או היעדרה של סמכות של גורמים ציבוריים ופרטיים לקיים פעילויות ולהציע שירותים בהפרדה. מובן כי גם כאשר ישנה סמכות חוקית שצלחה את

200 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (נד) 351, 330 (2000).

201 עניין VMI, לעיל ה"ש 178, בעמ' 545.

202 ראו ארליך ובוחניק "נפרד ואינו מפלה", לעיל ה"ש 103.

המבחנים החוקתיים, אין חובה להפעילה, והפעלת הסמכות צריכה להיות כפופה לכללי המשפט המנהלי. כמו כן, ראוי להקדיש דיון נפרד לשאלת חובתן הפוזיטיבית של רשויות למנוע הפרדה. כך למשל, דוח הצוות המשרדי על הדרת נשים קבע כי פגיעת ההפרדה בזכויות יסוד "מחייבת פעולה אקטיבית מצדן של הרשויות האחראיות על אספקתם או הסדרתם של השירותים שנבחנו על ידי הצוות שתביא להפסקתם של גילויי ההפרדה או כל צורה אחרת של הפליה על בסיס מין". עוד הוסיף הדוח כי "חובה זו חלה גם כאשר השירות הציבורי אינו ניתן במישרין על ידי הרשות הציבורית אלא על ידי גורמים פרטיים המקבלים רשיון או זכיון מידי המדינה"<sup>203</sup>.

### ג. החצנותיה של הפרדה בין המינים

מושאיו של המשפט הישראלי, כמו של כל שיטת משפט ליברלית, הם פרטים. בשיטות משפט דמוקרטיות המשפט מסדיר את היקף ההגנה על זכויותיהם של פרטים – הן ביחסיהם עם הרשויות והן ביחסיהם עם פרטים אחרים – לצד פונקציות נוספות של המשפט, כמו הסדרת היחסים שבין הרשויות לבין עצמן. כוחן של ישויות קבוצתיות לצמצם את זכויות היסוד של פרטים מוסדר באמצעים מפורטים וקפדניים. כך למשל, רשות ציבורית זקוקה להסמכה בחוק לכל פעולה מפעולותיה, קל וחומר לפעולה העלולה לפגוע בזכויות פרט. בדומה, במשפט הפרטי מוקדשת אנרגיה חקיקתית, פסיקתית, רגולטיבית ותאורטית ענפה להסדרת היקף כוחן הראוי של קבוצות כלפי החברים בהן. בכך עוסקים למשל דיני התאגידים או דיני האגודות השיתופיות, ובכך עוסק משפט העבודה הקיבוצי; כך הוא בכל הקשר אחר שבו ניתן כוח לקבוצה, כמו למשל בפיתוח תבחינים קפדניים להכרעה אם תובע ייצוגי הוא מייצג ראוי ונאמן של האינטרסים של הקבוצה שאת נזקה הוא מבקש לתבוע.

אם בנוגע לזכויות רכושיות כמו אלה של בעלי מניות מיעוט התפתחו מנגנונים משפטיים קפדניים להגבלת כוחה של הקבוצה, קל וחומר שיש מקום לזהירות ולהקפדה גדולים יותר על זכויות המיעוט בהקשרים של כוחה של הקבוצה להפלות את חבריה וחברותיה ולפגוע בחירותם ובכבוד האדם שלהם. הדיון הציבורי והמשפטי בן-זמננו ממחר להישען על טיעונים של העדפה קהילתית להצדקת פגיעה בזכויות יסוד, ללא גילום מספק של הפגיעה של ההכרה המשפטית בחוקיות ההפרדה על פרטים בתוך קהילות דתיות ומחוצה להן.

פרק זה ידון בשני מישורים של החצנות של ההכרה המשפטית בהפרדה: פגיעתה של ההפרדה בפרטים שאינם מעוניינים בה בתוך קהילות שבהן היא נהוגה, ופגיעתה בפרטים מחוץ לקהילות אלה ובחברה בכלל. הפגיעה שתידון באה לידי ביטוי הן בפגיעה בזכויות יסוד כמו חופש התנועה או שוויון ההזדמנויות, הן בהקטנת היצע המסגרות המעורבות והן בדרך של קיבוע התפיסות המהותניות שבבסיסה באשר לטיבם ולתפקידיהם של נשים וגברים. פרקטיקות שנפסלו בהקשר של התוכניות האקדמיות שבהפרדה ממחישות את שני סוגי ההחצנות שיתוארו להלן. הסדר אחד שנפסל הוא המניעה ממרצות ללמד בכיתות

203 ראו דו"ח הצוות המשרדי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 81-82. כן ראו עניין ת"א פיליפ, לעיל ה"ש 80, בפס' 40. למיפוי ראשוני של דרגות המעורבות של רשויות בהפרדה, ראו יופי תירוש "בדיעבדזום נורמטיבי" בפרשנות הדין בדבר הפרדה בין המינים: תגובה לד"ר יעקב בן-שמ"ש "ICON-S-IL Blog (27.4.2021).

הגברים.<sup>204</sup> הסדר מעין זה מחצין את ההפרדה על המרצות, ופוגע בחופש העיסוק שלהן ובזכותן לשוויון הזדמנויות בעבודה. אך גם הסטודנטים הגברים נפגעים מכך שנמנע מהם ללמוד מחוקרות מומחיות בשל היותן נשים. זוהי החצנה על מי שתומכים בהפרדה בין המינים. החצנה נוספת על בני ובנות החברה החרדית היא בכך שקיומן של מסגרות נפרדות ללימודים אקדמיים יוצר לחץ קהילתי לבחור במתכונת לימודים בהפרדה, המקשה על מי שמעוניינים ללמוד במוסדות רגילים.<sup>205</sup>

בהקשר זה יש להעיר כי הפתרון שהציעו מפעילי תוכניות אקדמיות בהפרדה, שלפיו ניתן לרפא את הפגיעה בשוויון של מרצות באמצעות קביעה שמרצים ילמדו רק גברים כפי שמרצות מלמדות רק נשים,<sup>206</sup> הוא מקסם שווא. כפי שהדגמתי בעבר בתשובה לדיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו דאז: "פרופ' אלבשן ואני למדנו בערך באותן שנים באוניברסיטה העברית. רעיון הסימטרייה היה מונע ממנו ללמוד מרות גביוזן, מגבריאלה שלו ומאורית קמיר, וממני לשמוע קורסים מכוננים מענקי משפט כמו המשנה לנשיא המנוח מנחם אלון, מרדכי קרמניצר או דוד קרצמר."<sup>207</sup> המיסוד של התפיסה שלפיה יש רלוונטיות למינו של המרצה באשר לשאלה באילו כיתות הוא יורשה להרצות מדגימה את ההחצנה של הפנמת ההפרדה כהסדר ראוי.

עוד אעיר בקצרה כי דומה שמשבר הקורונה הדגים בצורה נחרצת שהקהילות בישראל שלובות זו בזו הן פיזית והן נורמטיבית. כפי ששום אָדָם אֵינָנו אֵי, גם אף קהילה איננה מנותקת לחלוטין מסביבתה. המגפה חשפה כיצד הפרקטיקות של קהילה נתונה והמתרחש בתוכה פנימה מצויים בזיקה הדדית דיפוזית עם כלל החברה. מידת הציות להנחיות הריחוק החברתי של קהילה, סגורה ומובחנת לכאורה ככל שתהיה, השפיעה על כלל הציבור בישראל

204 עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בעמ' 141 (צו מוחלט שלפיו "יתאפשר למרצות ללמד בכל מסגרת שהיא, ללא הפליה").

205 ראו שם, בפס' 66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ("לצד הנכונות של סטודנטים וסטודנטיות ללמוד במסלול הנפרד מתוך השקפותיהם הדתיות, עדיין מתקיימת תופעה שבה סטודנטיות חשות בתחושת הפליה הנובעת מתוך ההפרדה באקדמיה"). אשוב ואציין כי לצורך הדיון האנליטי במאמר זה, אני מניחה כי יש לחרדים ולחרדיות אפשרות ממשית ללמוד במסגרות שאינן מופרדות, הגם שבחיי המעשה רף הקבלה בתוכניות המופרדות נמוך בצורה ניכרת מהרף הנוהג בתוכניות הכלליות, ולרוב המוחלט של הלומדים בתוכנית המופרדת אין אפשרות ללמוד בתוכנית שאינה מופרדת גם אם הם מעוניינים בכך (ראו פס' 103 לדעת המיעוט של השופט פוגלמן).

206 ראו למשל ירדן צור "השופט מלצר: הפרדה היא לא מצווה, אך באקדמיה רוצים לשמור את החרדים בגטאות" הארץ (27.12.2017) ("נציג הקריה האקדמית אונו, המפעילה שני קמפוסים חרדיים באור יהודה ובירושלים, טען ש'יש הברדל עצום בין הפרדה להדרה. לא כל הפרדה מדירה נשים', והדגים זאת באומרו שהמכללה החליטה כי מעתה רק נשים ילמדו נשים בקמפוסים החרדיים. כשהשופטת ברון שאלה מה הרציונל שעומד מאחורי ההחלטה, ענה נציג המכללה: 'לא רצינו שייטענו שאנו מפלים מרצות'").

207 יופי תירוש "היינו רוצים שחרדים ילמדו את הקורס שלך – חבל שאת אישה המקום הכי חם בגיהנום" (9.8.2018) <https://www.ha-makom.co.il/post/yofi-tirosh-seperation>.

208 ג'ון דאן פיוט (דרור גרין עורך ומתרגם 1983).

בהיותה משתנה חשוב מבחינת שיעורי ההדבקה, מדיניות הסגרים והיצע המיטות הפנויות בבתי החולים. כך, הרעיון שאפשר לקיים "מובלעות חדריות" כאיים סגורים שלא ישפיעו על המרחב הליברלי<sup>209</sup> מאבד מכוח השכנוע שלו.

## 1. התרבות של מי? על ההחצנות של הסדרי הפרדה על נשים ועל גברים בקהילות דתיות

בדיונים על מידת הסובלנות שעל החברה הכללית ועל המשפט לגלות כלפי הסדרי הפרדה רצויים בקהילה דתית נתונה רווחת הנחה שגויה שלפיה קהילות הן הומוגניות ומונוליטיות, כך שניתן לדבר בפשטות על "העדפות קהילתיות" ("החרדים מעדיפים הפרדה" או "הדתיים רוצים ללמד את ילדיהם בבתי ספר בהפרדה בין המינים").<sup>210</sup> כמו כן, המוסכמות הקהילתיות מוצגות כמקובעות וכלא־משתנות. הנחות אלה מסיטות את תשומת הלב מזכויות הפרט לאינטרסים קהילתיים, מקשות על זיהוין של ההחצנות של הפרדה על פרטים בתוך קהילות דתיות ואינן זהירות דיין בנוגע לכוחה של הקהילה לפגוע בזכויות פרט. יש להזכיר כי אין מדובר בהתערבות בפרקטיקות החוסות תחת ליבת חופש הדת או בספרות מוגנות אחרות, כמו באירועים משפחתיים או בחינוך, אלא במרחבים ובפעילויות ציבוריים, בין שבתוך הקהילה ובין שמחוץ לה.

פסקי דין רבים ביטאו הכרה בצורך להגן על זכויות היסוד של נשים בתוך קהילות דתיות נוכח פרקטיקות מפלות כלפיהן; כך למשל בעניין רגן<sup>211</sup> ובהחלטות הפוסלות הקצאת צדדים

209 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 46. לעניות דעתי, רעיון המובלעות החרדיות אינו נותן דין וחשבון מספק לדרכים הרבות שבהן קהילות אינן מגודרות, אלא מחוררות ודיפוזיות וקשורות זו לזו הן מבחינת תנאיהן המטריאליים והן מבחינה סמלית.

210 מדויק יותר לדבר על הסדרי הפרדה המוצגים כמבטאים את רצונה של קהילה הדתית – "מוצגים", כיוון שבכנסת, בממשלה, בבתי המשפט ובתקשורת לא כל הקולות בקהילה מקבלים ביטוי: עמדת הקהילה הדתית מיוצגת בידי פרנסיה, בידי רבנים או בידי פוליטיקאים שלא נבחרו בהליך דמוקרטי, שקוף או שוויוני המעניק קול והשפעה פוטנציאלית לכל חבר וחברה בקהילה. לעיתים אפילו אין מדובר בניסוח של עמדה בידי המנהיגים, אלא נקבעות עובדות בשטח בידי גורמים קיצוניים "אדוקים". נויה רימלט מביאה את הכרוניקה של השתרשות ההפרדה באוטובוסים, ומראה כיצד מקורה בקומץ קיצונים כוחניים שהשליטו את מרותם בקרב קהילותיהם ונענו בשיתוף פעולה מצד הממשלה ומערכת המשפט (ראו נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב־תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" משפטים מב 774 (2013)). כן ראו עמליה סער "תרבותיזם" מעשי משפט יא 119, 136 (2020) ("מצבים מורכבים שבהם נדרש איזון ראוי בין מנגנונים מפצים להבטחה של נגישות אוניברסלית לזכויות, הם לרוב לא תולדה של שוני תרבותי כלל ועיקר, אלא של הסדרי כוח בין המדינה לאלטיות מתוך קבוצת המיעוט") (ההדגשה במקור). לדין וחשבון מרתק על מאבקן של נשים חרדיות נגד הנורמות המדירות נשים הנהוגות בקהילתן, ראו אסתי ריזר־אינדורסקי ושאנין נראות: פמיניזם חרדי – המקרה של "לא נבחרות לא בוחרות" (רות פרסר עורכת 2018). להדגמה חזקה של הזהירות הנחוצה בדרך להסקת מסקנות אמפיריות בדבר היקף הביקוש להפרדה בין המינים בקהילה נתונה, ראו נטע ברק־קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט 675 (2019).

211 ראו לעיל דיון ליד ה"ש 64.

שונים של המדרכה לנשים ולגברים,<sup>212</sup> וכן בשורה של פסקי דין נזיקיים, פלייליים ואזרחיים שעניינם שליחת נשים לאחורי האוטובוס.<sup>213</sup> כך גם בעניין פיליפ, פרשה שבה נקבע שעל העירייה לפצות את תושבות העיר על נזקים לא־ממוניים שנגרמו להן (כמו עוגמת נפש, השפלה ופגיעה בכבוד) ממחדלה של העירייה מלהסיר שלטים ברחובות בית שמש הדרושים מנשים להתהלך בלבוש צנוע, להימנע מלהשתחות ליד בית הכנסת או לעבור לצד השני של המדרכה.<sup>214</sup>

הפסיקה הכירה גם בקושי של נשים להשמיע את קולן בתוך קהילתן ולהתנגד למוסכמותיה. כך למשל, בתובענה הייצוגית בעניין קול ברמה הכיר בית המשפט העליון באתגרים המקשים על נשים חרדיות לבטא בגלוי את הפגיעה שהן חשות מאי־השמעת נשים בתחנה, ודחה את הטענה שאין לדון בתביעה כיוון שהתובעת איננה חרדית אלא דתייה.<sup>215</sup> מפסקי דין אלה עולה כי נקודת המוצא לדיון בהיקף ההכרה המותר והרצוי בפרקטיקה קהילתית כמו הפרדה בין המינים היא שזכויות אדם הן זכויות של הפרט. את היקפה הלגיטימי של אוטונומיה קהילתית ואת המשקל שיש לתת לאינטרסים קבוצתיים יש לבחון תוך בחינה קפדנית אם הכרה בפרקטיקות קהילתיות איננה פוגעת בזכויות היסוד של הפרטים בתוך הקבוצה. ההוגים הפוליטיים שפיתחו את התאוריות של רבי־תרבותיות ושקראו להכיר בזכותן של קבוצות תרבות מובחנות לאוטונומיה תרבותית התנו את ההכרה באוטונומיה קהילתית בכך שקהילת המיעוט תכבד את זכויות היסוד של חבריה, בוודאי של נשים, של להט"בים, של מיעוטים אתניים בתוכה וכיוצא באלה תתי־קבוצות שהן "מיעוט בתוך מיעוט".<sup>216</sup> לפיכך, הדיון באינטרסים של הקבוצה צריך להיערך תוך בחינה זהירה ומתמדת של סכנת הפגיעה בזכויות של פרטים.

אין חולק על כך שיש נשים וגברים חרדים ורתיים שגם אם הם נוהגים הפרדה בתוך קהילתם, אינם מעוניינים בהתרחבות הסדרי ההפרדה והדרת הנשים למרחבים ציבוריים.<sup>217</sup>

212 עניין עזריה 1 ועניין עזריה 2, לעיל ה"ש 15.

213 ראו לעיל ה"ש 74.

214 עניין ת"א פיליפ, לעיל ה"ש 80.

215 עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 12, בפס' 45 לפסק דינו של השופט דניצ'גור.

216 ראו למשל Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* 152-172 (1996); Joseph Raz, *Ethics and the Public Domain* 170-191 (1995) ואת פרקי האסופה Avigail, *Rights and Diversity (Minorities Within Minorities: Equality, Rights and Diversity)* (Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005).

217 האינדיקציות לריבוי ההשקפות באשר לעומק ההפרדה הראוי הן רבות מספור. דומה שהן חלק אינהרנטי ממייה של כל קהילה, קל וחומר של קהילות ששקלא וטריא ברבר הדרך הנכונה לפרש וליישם את עקרונות היסוד המארגנים אותה הם חלק ליבתי מצביונה ומאופייה. די להזכיר את השינויים שלהם אנו עדים בשנים האחרונות במתכונת ההפרדה הנהוגה במניינים בבתי כנסת למתכונת שוויונית יותר, לרבות השתתפות נשים בעלייה לתורה, בקריאת מגילה ועוד (ראו למשל חנה קהת "פמיניזם דתי: בין מסורת למהפיכה" פורצות גדרות: חינוך ומגדר בשדות שיח מגוונים 197, 221 (דינה חרובי וטלילה קוש זהר עורכות 2017); דבורה לדרמן־דניאלי עורי עורי: קולות נשים חתרניים במסורת היהודית (2020). נושאים המשקפים ריבוי דעות באשר למתכונת ההפרדה מגיעים לעיתים גם להתדיינות משפטית, כמו למשל בנוגע

לפיכך, מתן היתר להפרדה – כמו לעניינים אחרים הנוגעים לליבת זכויות הפרט – בשם העיקרון של אוטונומיה קהילתית, משמעו תשלום מחיר כבד במונחים של זכויות אדם. לגברים ונשים בקהילות דתיות וחרדיות קשה להתנגד בגלוי לסטנדרטים מחמירים – ותיקים כחדשים – של הפרדה וצניעות, כיוון שהתנגדות מעין זו עלולה להתפרש כמבטאת מחויבות דתית רופפת ולחשוף אותם לסנקציות חברתיות. קושי מעין זה הוא גדול שבעתיים באשר לנשים בקהילות אלה. מוסדות החינוך לבנות מעודדים ערכים של קבלת סמכות של מנהיגים רוחניים קהילתיים תחת חשיבה עצמאית,<sup>218</sup> ומייחסים חשיבות פחותה ללימודי הבנות בהשוואה ללימודי הבנים,<sup>219</sup> וכך גם לקיום מצוות אחרות מצד נשים, כמו תפילה בציבור.<sup>220</sup> האוטונומיה

לזכותן של נשים חרדיות להיבחר במפלגות החרדיות, המסרבות לאפשר לנשים להתמודד (ראו עניין בן-פורת ועניין קוליאן, לעיל ה"ש 68), או בנוגע לפגיעה בקהל המאזינות של תחנת רדיו המדירה נשים (ראו עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 12). סביב התבססות הנוהג של הפרדה באוטובוסים הראתה נוי רימלט כיצד ניסו נשים וגברים בקהילות חרדיות לפנות למשרד התחבורה ולבטא התנגדות לנוהג מתפשט זה ולבקש עזרה במניעתו, עובדה שהוועדה שבחנה את הנושא הקטינה ממשקלה (ראו רימלט, לעיל ה"ש 211, בעמ' 808-809). ריבוי העמדות והקולות, ואפילו יציאה נגד הנחיות הרבנים, מתקיים כמובן גם בהקשרים רבים אחרים. כך למשל, מחקר שפורסם לאחרונה מתעד החלטה של אימהות חרדיות שלא לחסן את ילדיהן נגד אבעבועות רוח, בניגוד להנחיית הרבנים ועל בסיס מידע עצמאי שאספו. ראו Yael Keshet & Ariela Popper Giveon, "I Took the Trouble to Make Inquiries, So I Refuse to Accept Your Instructions": Religious Authority and Vaccine Hesitancy Among Ultra-Orthodox Jewish Mothers in Israel, J. RELIG. & HEALTH (2021)

218 רבקה לרנר "בלבנו בינה": חינוך לפנימיות – מענה לסכנת האקדמיה" (העתק שמור אצל המחברת) ("מוסדות החינוך שלנו מסננים ומנפים בשבע נפות את התכנים הנלמדים ואת הסוגיות שיעלו לדיון במסגרת השיעורים והפעילות החברתית בבית הספר, ואינם מכשירים את התלמידה להתמודד עם דעות אחרות. בהכללה גסה, אופי הלימוד בבית יעקב הוא במנגנון של חיקוי ושינון, ולא של בירור וביקורת. גם בלימודי הקודש וגם בלימודי החול, הבנות נדרשות לשנן מפרשים או תהליכים היסטוריים, מבלי שניתן מקום לחשיבה ביקורתית. בהכללה גסה, הגישה החינוכית בסימנרים [כך במקור] אינה לשכנע את התלמידות במסרים החינוכיים, אלא לדרוש מהן לחקות אותן. התלמידות אינן נדרשות לרוב להציג נימוקים בעד או נגד דעות שונות, ואף הרבה מהמחנכות אינן טורחות לעשות זאת") (ההדגשות במקור). כן ראו Shulamit Almog & Lotem Perry-Hazan, *The Ability to Claim and the Opportunity to Imagine: Rights Consciousness and the Education of Ultra-Orthodox Girls*, 40(2) J.L. & Edu. 273 (2011).

219 בתקופות הסגר במסגרת המאבק בנגיף הקורונה העדיפה הקהילה החרדית לשלוח את הבנים למסגרות הלימוד ולהשאיר את הבנות בבית, כדי לאפשר לבנים להשתמש בכיתותיהן. ראו למשל אהרן רבינוביץ "מנהיג הזרם הליטאי חזר בו – והורה לתלמודי התורה לפעול כרגיל בסגר" הארץ (5.1.2020). <https://www.haaretz.co.il/health/corona/2021-01-05/ty-article/>. premium/0000017f-db96-db22-a17f-ffb7f8150000

220 פמלה לאופר-יוקלס "תפילה נשים בציבור, או איך כמעט השתגעתי במוצ"ש האחרון" בלוג נאמני תורה ועבודה (<https://bit.ly/3sefZgp>) (29.4.2019) תקנות הקורונה שהגבילו תפילה בציבור לעשרה אנשים מפלות נשים); מלכי רוטנר "בין המחיצות: הקורונה משפיעה על

של נשים בכניסה לקשר נישואין ובהחלטה לצאת ממנו היא מוגבלת,<sup>221</sup> ועקרונות הקהילות ונהגיהן מונעות מהן במידה רבה את האפשרות להשמיע קול, לפעול בתוך קהילתן כשוות ערך, למלא תפקידי מנהיגות פוליטית, דתית, כלכלית או תרבותית, להישמע ולהשפיע. גם תפקידים שאינם אסורים לפי הפרשנות המקובלת להלכה האורתודוקסית (פסיקת הלכה, הסמכה לרבנות) נחשבים לא-הולמים לנשים ונוגדים את טבען ואת תפקידן כנשים (כהונה במועצה דתית, שימוש כיועצות משפטיות לדיינים של בתי דין רבניים, ניהול בתי דין, מעבר בחינה השקולה לבחינת הסמכה לרבנות, שירות בצה"ל, השכלה גבוהה ועוד).<sup>222</sup> מעט הנשים שיוצאות נגד מוסכמות ההפרדה והצניעות בקהילתן חשופות לסנקציות קהילתיות קשות כמו נידוי, פגיעה בשידוך, חסימת מוסדות החינוך היוקרתיים מילדיהן, פגיעה באפשרות של בן הזוג להשתתף בטקסים בבית הכנסת ועוד.<sup>223</sup>

- נשים חרדיות, ועל כולנו" פוליטיקלי קוראט (9.10.2020) [https://politicallycorret.co.il/corona\\_women\\_pray/](https://politicallycorret.co.il/corona_women_pray/) ("בחסות הקורונה, השתתפות נשים בתפילה הפכה למשהו שאפשר לוותר עליו"); אירה טולצ'ין אימרגליק "נשים נדחקות החוצה מתפילות כדי לפנות מקום לגברים" זמן ישראל (12.8.2020) <https://www.zman.co.il/136845>.
- 221 ראו Gila Stopler, *A Feminist Perspective on Natality Policies in Multicultural Societies*, 2 L. ETH. HUM. RTS. 1, 17-26 (2008). גם בהקשרים אחרים, כמו התמודדות עם אלימות במשפחה, "החומה שנשים חרדיות צריכות לחצות, בדרכן אל חירותן, היא גבוהה כפליים: פעם אחת מול הבעל, ופעם שנייה מול הקהילה... נשים רבות מהמגזר הדתי הסובלות מאלימות, חוששות מפגיעה אפשרית בשידוכי הילדים ובשם הטוב של המשפחה" (ורד עובדיה "המכה השלישית של האישה החרדית: אלימות רוחנית" Ynet (25.11.2015) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4730788,00.html>).
- 222 ראו למשל את מכתבו של ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), ליעקב אביטן, השר לשירותי דת, בעניין "מינויים שלא כדין במועצות הדתיות" ס' 6 (ד) (27.12.2020) (עותק מצוי בידי המחברת) (15 מתוך 16 מינויים של השר למועצות דתיות היו של גברים); קובי נחשוני "הרבנות: אם נחויב לבחון נשים לרבנות – נפסיק הבחינות גם לגברים" Ynet (30.6.2020) <https://www.ynet.co.il/judaism/article/H111F6500U>; קובי נחשוני "אפס משגיחות כשרות: הם לא רוצים נשים" Ynet (31.8.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5010278,00.html>; בש"א (אזורי ים) 2007/08 עמותת מרכז צדק לנשים נ' הנהלת בתי הדין הרבניים (נבו) 26.11.2008 (כשירות נשים לכהן כיועצות משפטיות לדיינים); שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "הדרתה, הדרה וצבא: אפס ביחסי מגדר?" עיוני משפט לט(2) 289,243 (2015); עקיבא ווייס "החרדיות נוהרות לאקדמיה" כאן (15.1.2017) <https://www.kan.org.il/item/?itemid=9477> ("כנסי ענק ומאמרי דעה נגד לימודי חרדיות באקדמיה מטלטלים את המגזר"); יעל פרידסון "מ'למדים דעות כופרניות': כנס נגד השכלה גבוהה – במימון עיריית ירושלים" Ynet (20.12.2016) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4895858,00.html>.
- 223 לדוגמאות למקרים של סנקציות קהילתיות על נשים דתיות וחרדיות המבקשות להתנגד להדרת נשים, ראו רימלט, לעיל ה"ש 211, בעמ' 808-809 (רוב הפונות והפונים למשרד התחבורה בהתנגדות להפרדה בקווי האוטובוס עשו זאת בעילום שם, או שלא היו מעוניינים להופיע לפני הוועדה שבחנה את הנושא); רידר-אינדורסקי, לעיל ה"ש 211, בעמ' 15-16; רחל עזריה "מי אמר שהחרדים רוצים הפרדה?" הארץ (22.9.2020) <https://www.haaretz.co.il/opinions/>.

עוד אעיר, כי ההתייחסות לבני ובנות קהילה דתית כאל מקשה אחת מבחינת עמדותיהם והעדפותיהם היא כשלעצמה הפליה. רוח הצוות המשרדי על הדרת נשים עמד על נקודה זו, בהסבירו כי "מבחינה נורמטיבית, עצם הניסיון לייחס רצון קולקטיבי לקבוצה, אך בשל מאפייני כמו אמונה דתית מבטא עמדה מפלה ופסולה"<sup>224</sup>.

בדומה לכך, תרבויות אינן מקובעות. מעצם טיבן הן נתונות לשינויים תמידיים במנהגים, בהשקפות ובמשמעויות שבבסיסן.<sup>225</sup> לאחרונה עמדה השופטת ברק-ארז על הסכנות שבהכרה לא-מבוקרת ברעיון הקהילתי. בחוות דעתה בעניין החלטת היישוב כוכב יאיר שלא לפתוח את בריכת השחייה שביישוב לערבים החיים ביישובים סמוכים הזכירה ברק-ארז, כי "קהילה איננה ישות סטטית אלא דינמית"<sup>226</sup>, כך הוא בוודאי המצב בתרבותן של קהילות דתיות יהודיות, שהחקירה וההרישה ההלכתית היא מרכזית בהווייתן, מעודדת אתגור וביקורת של מושכלות ראשונים ומעריכה הנמקות חדשות והטלת ספק בפרשנויות מקובלות. כך למשל, בעניין שקדיאל עמד השופט אלון בהרחבה על ריבוי הדעות ההלכתיות באשר לזכות הבחירה של נשים ועל השתנותן של עמדות הפוסקים לאורך השנים.<sup>227</sup> הנחת האחידות והציבות של עמדות ושל העדפות קהילתיות מתעלמת מריבוי הגישות והקולות בתוך קהילות ומאופיין הדינמי של מוסכמות ושל ערכים קהילתיים, הן בעקבות תמורות פנים-קהילתיות<sup>228</sup> והן בעקבות המגע שבין הקהילה לבין החברה הכללית.<sup>229</sup>

לאור כל אלה, כאשר סעיף המסגרות הנפרדות בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים קובע שיש להביא בחשבון גם את "צרכי הציבור שעלול להיפגע מההפרדה", יש לראות הוראה זו כמתייחסת לא רק לזכויותיהם של פרטים מחוץ לקהילה הדתית, אלא גם לזכויותיהם

premium-1.9176054 (נשים חרדיות שבירכו אותה על מאבקה השיבו על השאלה מדוע הן לא פועלות נגד ההפרדה כך: "המחיר שאני צפויה לשלם גבוה מדי, יאמרו שילדי יצאו לתרבות רעה, ינדר אותם חברתית, ואף ייתכן שיסלקו אותם מבית ספר"). כן ראו רבקה נריה-בן שחר "דימויים וייצוגים של נשים חרדיות בעיתונות החרדית מקום המדינה ועד ימינו" קשר 41, 88 (2011) (העיתונות החרדית שולחת מסרים לנשים כי מקומן הראוי הוא הספֵרה הביתית, ומסרים אלה מתגברים לאור השינויים במעמדה של האישה החרדית).

224 דו"ח הצוות המשרדי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 47.

225 ראו Chandran Kukathas, *Are there Any Cultural Rights?* 20 POL. THEORY 105, 110 (1992).

226 עניין כוכב יאיר, לעיל ה"ש 177, בפס' 68. כן ראו פס' 62-67, העוסקות בצורך לבחון את טיעון הקהילתיות באופן זהיר והקשרי.

227 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 11, בפס' 27-36 לפסק דינו של השופט אלון.

228 ראו למשל את הערתו של השופט רובינשטיין באשר להפרדה באוטובוסים, כי "בני דורנו, דורותינו, גדלו מנעוריהם בחברה שבה היו אוטובוסים מעורבים גם במקומות משופעים באוכלוסיה חרדית, כמו ירושלים ובני ברק. מדובר איפוא בחידוש של השנים האחרונות" (עניין רגן, לעיל ה"ש 64, בפס' כג לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

229 מרתה נוסבאום עמדה על כך שכאשר הדת והמדינה אינן מופרדות זו מזו, לא רק הדת משפיעה על המדינה ומערכת המשפט שלה, אלא המדינה משפיעה על הדת ומשנה אותה (ראו MARTHA C. NUSSBAUM, *WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH* 262 (2000)); כן ראו את הכרתה של השופטת ברק-ארז באינטרס הציבורי "למפגש, ולו אקראי, גם עם מי שאינם מתגוררים באותו יישוב" (עניין כוכב יאיר, לעיל ה"ש 177, בפס' 65).



של גברים ונשים דתיים וחרדים שאינם מעוניינים בהפרדה ככל ההקשרים והמופעים שלה (כך למשל, אנשים המקיימים הפרדה בבית הכנסת ובאירועים משפחתיים, אך אינם חפצים בהפרדה באוטובוס, ברחובות העיר או באירועי תרבות), ונאלצים לשתף עימה פעולה כאשר היא מתקבעת בתור מוסכמה קהילתית. בהכרעה אם יש להכיר בתחולתו של חריג המסגרות הנפרדות על פעילות נתונה ולאפשר את קיומה בהפרדה, יש לשקול גם את פגיעת ההפרדה בפרטים שאינם מעוניינים בה בתוך הקבוצה המוצגת כמעוניינת בהפרדה.

## 2. מעבר לאוטונומיה קהילתית: החצנות של הסדרי הפרדה על החברה הכללית

הסעיף הקודם ביקר את ההנחה השגויה שלפיה קהילות הן הומוגניות ושהמוסכמות שלהן מקובעות. כפי שפורט מוקדם יותר (בפרק א.1.4), השיח על הפרדה מבוסס על הנחה מובלעת נוספת, שלפיה השאלה של חוקיות ההפרדה בין המינים נגזרת מהיקף ההכרה הראוי מצד החוק לפרקטיקות הנותרות בגרדי הקהילה המעוניינת לקיימן. מה שמתרחש בתוך הקהילות הדתיות מוצג כאילו לא יזלוג החוצה לחברה הכללית ולא ישפיע על בנותיה ועל בניה.<sup>230</sup> אך מסגור השאלה כעניין של גבולות ההתערבות הראויים של המשפט במה שמתרחש בתוך קהילות דתיות מתעלם מהדרכים שבהן הנורמה של הפרדה בין המינים משפיעה על נשים ועל גברים מחוץ לקהילות שבהן נהוגה הפרדה שכזו.<sup>231</sup> אדגים את הדברים באמצעות עמידה על שלושה סוגי החצנות של הפרדה בין המינים על פרטים מחוץ לקהילות שבהן היא נהוגה.

### (א) החצנה של הפרדה בדרך של פגיעה בזכויות יסוד מחוץ לקהילות שבהן נהוגה הפרדה

בשנים האחרונות הודגמו פגיעות בנשים מהחברה הכללית עקב דרישות להרחקה של נשים מסמיכות לגברים בהקשרים מגוונים. כך למשל, אישה שנמנתה עם צוות מזכירות קלפי הוצאה ממנו בעקבות דרישת צוות הפמליה של רב שאיננו מוכן לשהות במחיצת נשים.<sup>232</sup> חברות כנסת הוזזו ממקומן במליאת הכנסת לאור בקשות של חברי כנסת שלא לשבת ליד אישה<sup>233</sup> או שלא לשבת בין שתי נשים.<sup>234</sup> נערות חילוניות הושבו בספסלים

230 ראו לעיל ה"ש 46.

231 מרי אן קייס דנה בשאלות משיקות של הגבולות הראויים להענקת הכרה משפטית בפרקטיקות לא-ליברליות מטעמי דת, ודוחה את המסגור של הנושא כשאלה של "חיה ותן לחיות" בשל ההחצנות על ליברלים של ההכרה בפרקטיקות לא-ליברליות בהקשר המיני. Mary Anne Case, *Why 'Live and Let Live' is Not a Viable Solution to the Difficult Problem of Religious Accommodation in the Age of Sexual Civil Rights*, 88 S. CAL. L. REV. 463 (2015).

232 ראו אהרן רבינוביץ "פעילי ליכוד סילקו חברת ועדת קלפי בבני ברק לבקשת האדמו"ר מגור" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/elections/.premium-1.7110548> (12.4.2019).

233 לשכתו של חבר הכנסת מלכיאל ביקשה להזיז חברת כנסת של הליכוד ממקומה בשל הקושי שלו לשבת בסמיכות לאישה, ובקשתה נענתה. ראו דפנה ליאל "ח"כ מש"ס ביקש: לא לשבת ליד אישה" *N12* (29.4.2019) [https://www.mako.co.il/news-military/politics-q2\\_2019/Article-d36a2a6589a6a61004.htm](https://www.mako.co.il/news-military/politics-q2_2019/Article-d36a2a6589a6a61004.htm).

234 אור קשתי "הכנסת אישרה לח"כ חרדי לשנות מיקום בהשבעה – כי לא רצה לשבת בין שתי נשים" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/politi/.premium-1.9686892> (6.4.2021).

האחוריים של התיאטרון.<sup>235</sup> עלוני מידע של קופות החולים נמנעים מהצגת דמויות של נשים – בין כרופאות ובין כמטופלות.<sup>236</sup>

התדיינות משפטיות שעניינן שלילת האפשרות של נשים להשתמש בתחבורה ציבורית מדגימות את הקושי לתחום את התפרסותה של ההפרדה כך שלא תזלוג ותפגע בנשים בחברה הכללית. כאשר נהג סירב להעלות לאוטובוס את מור שמחי, אישה צעירה, בנימוק שמכנסיה קצרים מדי ואינם צנועים מספיק באופן שעלול ליצור "בלגן באוטובוס", נפגע חופש התנועה שלה.<sup>237</sup> בכתב ההגנה טענה חברת האוטובוסים טענות המשקפות תפיסה המתכחשת להצננות על נשים שאינן מעוניינות בפרקטיקות צניעות המצופות מנשים בקהילה דתית, או למצער תפיסה שלפיה ככל שיש הצננות שכאלה הרי הן מוצדקות. אגד תעבורה הסבירה כי הנהג פעל כ"שומר המידות" בשם של הנוסעים באוטובוס שהיו, רובם ככולם, יהודים דתיים ומאמינים, חובשי כיפות.<sup>238</sup> הנהג הצהיר כי השירות המדובר "מתאפיין באוכלוסיה שרובה ככולה מהמגזר הדתי", וכי לכושה של התובעת היה "לבוש חריג לאוכלוסיה שעושה שימוש בקו".<sup>239</sup> עוד הצהיר הנהג, כי לא העלה את הנוסעת מאחר ש"ידע שיהיה בלגן באוטובוס".<sup>240</sup> יתרה מזאת, הנהג התכחש לנזקה של התובעת בטענה ש"היה משוכנע, בזמן האירוע שגם היא, כבת למשפחה יהודית, דתית ומאמינה, מבינה אותו ואת שיקוליו ומניעיו... ומסכימה עמם לרבות עם החשש שתיווצר באוטובוס מהומה".<sup>241</sup> בית משפט השלום בתל אביב דחה טענות אלה, ופיצה את התובעת בגין הפליה "מחמת אמונתה

- 235 ראו אור קשתי "תלמידות אולצו לשבת מאחור בטקס כי באולם נכחו תלמידים דתיים" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.6078183> (13.5.2018)
- 236 ראו אור קשתי "המדינה לקופות החולים מכבי ומאוחדת: לא לכלול נשים במודעות זו הדרה הארץ [www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.9341592](https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.9341592) (2.12.2020); עידו אפרתי "נשים מאחורי מחיצה ורופא גוי של שבת: כך מחזרים במערכת הבריאות אחרי הציבור החרדי" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/health/2018-04-23/ty-article/>. (23.4.2018) premium/0000017f-f2e7-dc28-a17f-fef77d180000
- 237 עניין שמחי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 5. מעבר לחופש התנועה, נפגעו זכויותיה לשוויון וכן זכותה להיות חופשית מהטרדה מינית, עילות תביעה שבית המשפט הכיר בתקפותן.
- 238 כתב הגנה ב"ת"א (שלום ת"א) 19-04-2019 שמחי נ' אגד תעבורה בע"מ (6.10.2019) (להלן: כתב ההגנה בעניין שמחי). קשה שלא להעיר כי התיאור "יהודים דתיים ומאמינים, חובשי כיפות" נעדר התייחסות לכך שבאוטובוס היו מן הסתם גם נשים, אך הן אינן נחשבות כשמדובר באפיון הקהילה המשתמשת באוטובוס.
- 239 עניין שמחי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 4.
- 240 כתב ההגנה בעניין שמחי, לעיל ה"ש 239, בעמ' 5. לא זו אף זו, אגד טענה כי הנהג מילא בכך את חובתו החוקית לפי תקנות התעבורה, המטילות על הנהג לפעול "באופן שיש בו כדי להבטיח כי הנוסעים יגיעו למטרתם בנוחות, במהירות ובבטיחות" (תק' 416(ב) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961) ומתוך "החשש שתיגרם מהומה באוטובוס" (ראו כתב ההגנה בעניין שמחי, שם, בס' 1 ובס' 4(ז)).
- 241 שם, בס' 1.

ואורח חייה החופשי עליו מעיד לבושה – בהשוואה לאורח החיים הדתי של הנהג!”, בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים<sup>242</sup> וכן בעילת הטרדה מינית.<sup>243</sup>

בעניין קריידלין סירב נהג בקו דן מבני ברק להרצליה להעלות בני זוג לאוטובוס, בנימוק כי זהו קו שיעדו הסופי הוא החוף הנפרד בהרצליה, וכי הקו מסיע רק גברים בימים שבהם החוף פתוח לגברים ורק נשים בימי הרחצה לנשים.<sup>244</sup> מקרה זה מדרגים שהסדרי ההפרדה פוגעים גם בגברים, שכן נמנע מהידיד של התובעת לנסוע למחוז חפצו עם ידידתו כפי שתכנן. פגיעה דומה מתרחשת בירידי שעשועים שהתקיימו בהפרדה בשנים האחרונות ביישובים כמו גן יבנה, שם נמנע מאבות לעלות למתקני השעשועים עם בנותיהם הפעוטות.<sup>245</sup> אפשר להביא כדוגמה נוספת את האירוע שהתרחש בזמן אחד מסבכי הלחימה שבין ישראל לעזה בשנים האחרונות, שבו הוצב בבית הדין הרבני באשדוד שלט המפנה נשים למרחב מוגן בחלק אחד של הבניין וגברים למרחב מוגן בחלקו השני. מלבד עצם סימון השוני שבין המינים בהקשר שבו שוני זה אינו רלוונטי, ההפרדה פוגעת במקרה זה הן בגברים והן בנשים. דמיינו נער שנאלץ לשהות במרחב המוגן עם אנשים זרים, ללא אימו לצידו. גם הוא נפגע מההפרדה (במובנים של זכויות ניתן לומר שנפגעת זכותו לאוטונומיה וזכותו לפרטיות). המקרים שהובאו בסעיף זה, לצד מקרים רבים אחרים שנדונו בערכאות או דווחו בתקשורת בשנים האחרונות וקצרה היריעה מלפרטם, מלמדים שההפרדה בין המינים פוגעת בנשים ובגברים מחוץ לקהילות הדתיות בכך שהיא פוגעת בכבוד האדם שלהם, בזכותם לשוויון, לאוטונומיה, לפרטיות, לחופש תנועה, להשתתפות פוליטית ועוד.

## (ב) החצנה של הפרדה בדרך של הקטנת ההיצע של מסגרות מעורבות

סוג אחר של החצנה הוא שהיצע של פעילות או של שירות בהפרדה גורם להקטנת ההיצע של מסגרות ושל שירותים מעורבים. כך למשל, קורס נהיגה מונעת בהפרדה באזור רמת גן משפיע על היצע הקורסים המעורבים באזור זה באופן שמקשה על אישה הזקוקה לקורס שכזה ואיננה רוצה להשתתף בו בהפרדה למצוא קורס רגיל, במסגרת מעורבת.<sup>246</sup>

242 עניין שמחי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 9.

243 דיון בהדרה ובהפרדה כהטרדות מיניות חורג ממסגרת הדיון הנוכחי. לטיעון המדרגים מדוע הפרדה בין המינים היא צורה של הטרדה מינית, ראו טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית", לעיל ה"ש 10.

244 עניין קריידלין, לעיל ה"ש 55.

245 ביריד שעשועים במימון מועצת גן יבנה נמנע מאבות לעלות על מתקן משחקים עם בנותיהן הפעוטות, או מפעוט ומפעוטה שהם חברים להשתמש במתקן יחד (ראו אלמוג בן זכרי "מועצת גן יבנה הפרידה בין ילדים באירוע שיזמה לכלל התושבים" הארץ (19.8.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/education/2019-08-19/ty-article/.premium/0000017f-df8b-df9c-a17f-ff9b81650000>; מיכל פעילין "הפרדה מגדרית באירוע לילדי חולון: הביקורת – והתגובה" החדשות 12 (26.9.2019) [https://www.mako.co.il/news-channel2/Channel-2-News-cast-q3\\_2019/Article-9bd30d293de6d61027.htm](https://www.mako.co.il/news-channel2/Channel-2-News-cast-q3_2019/Article-9bd30d293de6d61027.htm); יופי תירוש "המשתפ"ים בשירות ההפרדה" הארץ (25.12.2019) [www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/1.8317675](http://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/1.8317675)).

246 אור קשתי "משרד התחבורה התחייב לחדול מהפעלת קורסים לנהיגה מונעת בהפרדה מגדרית" הארץ (2.6.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.8888549>.

בדומה, "קו מהדרין", שבו נשים יושבות באחורי האוטובוס, הפועל כדי לקשר בין שתי קהילות חרדיות (כך למשל, בין אופקים לירושלים), גורם לירידת תדירותם של האוטובוסים היוצאים מאופקים לירושלים בקווים הרגילים, ומשפיע על הנהגת נורמות של הפרדה גם בקווים שאינם מופעלים רשמית כ"קווי מהדרין".<sup>247</sup>

גם בהיבט הגאוגרפי-מוניציפלי, שכונות או יישובים אף פעם אינם תחומים הרמטית כך שמה שמתרחש בהם אינו משפיע על מי שמתגוררים מחוץ להם.<sup>248</sup> כך, מרכז טיפולי של קופת חולים בבית שמש הנמצא בשכונה חרדית משרת גם תושבים ותושבות משכונות אחרות בבית שמש, שבהן רוב הנשים הן אומנם דתיות ומתלבשות בצניעות, אולם לא לפי הסטנדרטים המחמירים הנהוגים בשכונות החרדיות. מטופלות המבקשות להגיע למרכז הטיפולי נאלצות להסתכן באלימות אם הן אינן משנות את לבושן ואינן הולכות בצד המוקצה לנשים במדרכה, או לוותר על הטיפול הרפואי.<sup>249</sup>

בעניין שוקרון עמד בית המשפט על כך שלהעדפה של מסגרות נפרדות יש החצנות שליליות על קבוצות שאינן מעוניינות בפרקטיקות אלה. החלטת מועצה מקומית לכפות רחצה בהפרדה על תושביה המעוניינים להשתמש בכריכה, הזכיר השופט גרוסקופף, "מונעת למשל מבני זוג וילדיהם לבלות בכריכה יחדיו כמשפחה; היא שוללת מאם את האפשרות ללמד את בנה לשחות, ומבת את האפשרות לשחות לצד אביה... באופן כללי יותר: היא מאלצת את העותרים בעל כורחם להשתמש בכריכה בהפרדה מגדרית, וזאת למרות שהמרחב הציבורי צריך להיות שוויוני ונטול הפרדות מגדריות".<sup>250</sup> כך נשללת גישה שווה לשירות ממי שאינם מעוניינים בהפרדה.

247 ראו את הערתו של השופט רובינשטיין, כי השאלה שנבחנה בעניין רגן אינה עוסקת בזכות לשירותי תחבורה נפרדים: "במדינת ישראל אין 'שירותי תחבורה' מסוגים שונים, ואין מדובר במצב בו 'קיים מרחב ציבורי ניטרלי לצד המרחב הציבורי החרדי'... התחבורה הציבורית בישראל שייכת לחברה הישראלית כולה, היא חלק מהמרחב הציבורי השייך לכל קבוצות האוכלוסייה, ולכלל אזרחי המדינה כפרטים – אלה המעוניינים בהפרדה ואלה שאינם מעוניינים בה" [ההפניות הושמטו] (עניין רגן, לעיל ה"ש 64, בפס' כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין); כן ראו גילה שטופלר "רב-תרבותיות והדרת נשים במדינה יהודית ודמוקרטית" ICON-S-IL <https://bit.ly/3aSkAOZ> Blog (11.12.2018).

248 על חשיבות ההכרה בזיקות שמקיימים שכונה או יישוב עם אנשים הגרים מחוץ להם, ראו את עניין כוכב יאיר, לעיל ה"ש 177, בפס' 57, 62-63.

249 ראו אור קשתי "בבית שמש אין שלטון חוק, יש שלטי צניעות" הארץ (4.12.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/education/2018-01-12/ty-article/.premium/0000017f-e758-d62c-a1ff-ff7bd48b0000> (לדברי עו"ד אורלי ארזי-לחובסקי, שם: "שלטי הצניעות נתלים ברחובות מרכזיים, בהם ממוקמים שירותים שונים כמו קופות חולים, מרפאות... המשמשים את כלל תושבי העיר – ולא רק את תושבי השכונות החרדיות... 'חיהן של תושבות העיר מתנהלים תחת תחושה מתמדת של פחד, חוסר אונים והפקרות'").

250 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 13 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. דוגמה נוספת היא ההחצנה של הפרדה בשם "מנהג המקום", כאשר עיתונאיות מתבקשות לעמוד מאחור בעת סיקור ביקורי אח"מים בכותל המערבי (ראו טל שניידר "מול כותל אטום של גברים" גלובס <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001221124> (25.1.2018)). הנימוק של מנהג המקום משמש כדי למנוע מנשות הכותל את הזכות להתפלל כדרךן בכותל, זכות שהוכרה

פגיעה זו בכני הקהילה שאינם מעוניינים בהפרדה היא חמורה במיוחד נוכח השליטה של מי שמבקשים לקדם את ההפרדה בתקציבים המיועדים לאותו הציבור. כך למשל, המופע שהתקיים בהפרדה בעפולה והמופע לגברים בלבד שהיה אמור להתקיים בחיפה אך נבלם בבית המשפט מומנו מכספים ממשלתיים ועירוניים שיועדו לפעילות המותאמת לציבור הדתי והחרדי; אלא ששום תקציב לא הוקצה לציבור הדתי והחרדי שמעוניין לצרוך פעילויות ותכנים שאינם מסופקים באמצעות תקציב התרבות הכללי, אך אינו מעוניין בהפרדה. בדומה, התקציבים שהוקצו לקידום תוכניות לימודים בהפרדה באקדמיה עלו בסדר גודל על התקציב שנועד לשילובם של סטודנטים חרדים במוסדות ובתוכניות לימוד ללא הפרדה. לסיכום, בפועל פעמים רבות אין בנמצא לאדם החרדי כל אפשרות לקבל את השירות שלא בהפרדה משום שהקצאת השירות בהפרדה מקטינה את ההיצע שלו בלא הפרדה, אך גם באותם המקרים שבהם ישנה חלופה, עתיד הבוחר בה להיחשף לא רק לסנקציות חברתיות, אלא גם לסנקציות כלכליות ניכרות.

### (ג) החצנה של הפרדה בדרך של הפנמת הפרדה כהסדר הראוי

החצנה נוספת של הפרדה בין המינים היא, שהיא מקבעת הן בקרב המקיימים אותה שלא ברצונם והן בקרב החשופים לה את התפיסה שסיווג על פי מין הוא חיוני ורלוונטי בהקשרים שבהם זהו איננו המצב לאשורו. דוח הצוות המשרדי על הדרת נשים עומד על נקודה זו בדברים הבאים:

"למרות שבדרך כלל הדיון הציבורי בתופעת 'הדרת הנשים' מתמקד בפגיעה בזכויותיהן של נשים הנחשפות להסדרי הפרדה כאמור, היקף הפגיעה האפשרי בזכויות האדם הוא רחב הרבה יותר ונוגע לכל איש ואישה שאמנותם ומצפונם אינם מוריים להם כי יש לנהוג בדרך של הבחנה והפרדה בין נשים לגברים. זאת ועוד, תופעה חברתית זו עלולה לשקף מתן לגיטימציה ליחס שונה לנשים אך בהיותן נשים. הדבר משמיע מסר חברתי שלילי באשר למעמדן של נשים בחברה הישראלית ועשוי לחזק ולהנציח את הפלייתן של קבוצה זו בקרב האוכלוסיה הכללית."<sup>251</sup>

נחזור לדוגמת הבריכה שנדונה בעניין שוקרון. בהיעדר שעות לרחצה מעורבת, גם מי שאינם נפגעים מההפרדה באופן מעשי (כך למשל, גברים או נשים המגיעים לבריכה לבדם, בלי קרוב משפחה או חבר מהמין השני) נאלצים לשהות במרחב שבו הם ואנשים אחרים

בפסיקת בג"ץ כבר לפני שלושה עשורים כמעט. ראו בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש-הממשלה (נבו 22.5.2000); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003).  
 251 דו"ח הצוות המשרדי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 23. הרוח אומץ בהחלטת ממשלה שהטילה על משרדי הממשלה הרלוונטיים ליישם את המלצותיו. ראו החלטה 1526 של הממשלה ה-33 "מניעת הדרת נשים במרחב הציבורי" (30.3.2014) [https://www.gov.il/he/departments/policies/2014\\_des1526](https://www.gov.il/he/departments/policies/2014_des1526). כן ראו עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 14 לפסק הדין של השופט אלרון (הפרדה חלקית מעין זו [האסימטריה שבשיבוץ המרצות והמרחבים – י.ת.]. אף עלולה ללמד על תפיסות חברתיות באשר לתפקידם החברתי של נשים וגברים).

מסווגים על פי מינם, בעוד שמיון שכזה איננו רלוונטי או חיוני בחברה המבקשת לאפשר שוויון זכויות לכל בניה ובנותיה. לסיווג על פי מין יש כאמור השפעות מתייגות, המנציחות סטראוטיפים והמגבילות את מנעד החירויות של הפרט לממש את עצמו ולנהל את חייו בלי שמינו יכתוב את ההשקפות החברתיות בנוגע לטבעו ולמהותו, ואף בלי שיכתוב את היקף הגישה שלו למשאב כמו כבוד האדם.

אפילו במקרים שבהם הסדר ההפרדה בין המינים איננו חל על הפרט והוא איננו כפוף לו, עצם השהייה סמוך לו או הידיעה עליו עלולה לפגוע בשוויון.<sup>252</sup> השופט מזוז עמד על נקודה זו בעניין מי-טל הנדסה ושירותים, בהדגישו את אדוות השפעתו הרחבים של האיסור על הפליה בהספקת מוצרים ושירותים, החורגים מעבר לצדדים המעורבים באינטראקציה קונקרטי, כמו ספק השירות והלקוח: "מעבר לתכליתו ההרתעתית-מעשית, יש לחוק איסור הפליה תכלית ערכית-חינוכית שבאה לידי ביטוי בהצהרה שהפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים תהא אסורה במדינת ישראל. להצהרה זו יש חשיבות כלפי המופלה, כלפי המפלה, וכלפי החברה כולה".<sup>253</sup>

עניין האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה<sup>254</sup> עסק באירוע תרבות בהפרדה בין המינים בכיכר רבין.<sup>255</sup> שאלת החוקיות של ההפרדה בין המינים באירוע לא נבחנה מהותית בבית המשפט, בנימוק של שיהוי ושל הסתמכות. אך סיטואציה זו יכולה להדגים את חשיבות ההכרה בנזק שנגרם לעוברי האורח באזור הכיכר או לצופים ולצופות באירוע בטלוויזיה.<sup>256</sup> כדי לבאר את הנזק האמור לעוברי אורח או למי שלמדים עליו מדיווחים בתקשורת, אציע אנלוגיה לסיטואציה שעלתה בפרשה זו. דמיינו את הרגשתם של רוכשי כרטיסים רגילים למופע רוק או למשחק כדורגל באיצטדיון גדול כשהם רואים בעיניים כלות את מי שיושבים במקומות המועדפים, שקנו כרטיסים יקרים הרבה יותר. הפרדה שכזו בישיבה מבוססת על הבחנה רלוונטית ולגיטימית – מחיר הכרטיס. ועם זאת אפילו הבחנה מעין זו – עניינית, רווחת ומותרת בחברה המתנהלת בשוק חופשי ותחרותי – יוצרת לעיתים קרובות תחושת תסכול ונחיתות בקרב מי שצריך להתאמץ כדי לראות את המופע מהיציע או את המשחק מהטריבונות העליונות.<sup>257</sup> היא עשויה להעצים תחושות של פער מעמדי ואפילו מעט להשפיל,

252 לטעמים המצדיקים נקודה זו בכלים של התאוריה הכלכלית של המשפט, ראו ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג' 37, 56 (2003) (להלן: מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי"). על החצנות מסוג זה עמדו גם השופט פוגלמן בדעת המיעוט שלו בעניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 10, והשופטת ברון בדעת המיעוט שלה, שם, בפס' 12.

253 רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו 19.8.2019).

254 עניין האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה, לעיל ה"ש 82.

255 בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי אין לקבל את הסעד המבוקש של ביטול האירוע, מחמת שיהוי והסתמכות (שם, בפס' 3).

256 אדגיש כי טענתי בדבר הפגיעה בשוויון היא עקרונית, ואינני עוסקת בהשלכות המשפטיות בדמות תרופות או סעדים קונקרטיים שיכולים או צריכים לקום עקב פגיעה שכזו.

257 שאלה דומה נדונה בבג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994) (השאלה אם מותר למוסד ציבורי להתנות הנצחה אישית בתרומה, לאור הקושי הכלכלי של חלק ממשפחות הנספים בשואה).

כמו שקורה לנוסעים העולים למטוס בדרכם למחלקת הנוסעים לאחר שהושבו נוסעי המחלקה הראשונה. בדרך כלל שני הצדדים – הנוסעים המועדפים הישועים והנוסעים המתקדמים דרך המחלקה היוקרתית אל כסאותיהם באחורי המטוס – נמנעים מקשר עין זה עם זה, בשל המבוכה הכרוכה בפערים העצומים בין הקבוצות, הן בתנאי הטיסה והן בכוח הכלכלי. הושבה במקומות שונים על בסיס מחיר הכרטיס היא אכן הבחנה עניינית וחוקית. אך מה שחשוב לענייננו הוא שלהסדרים שכאלה יש ערך אקספרסיבי. הם מלמדים את מי שמתתף בהם או שחשוף אליהם על ההבחנות שבבסיסם.<sup>258</sup> דמיינו לרגע את מי שמתוודע לכללים הללו לראשונה: נניח שמדובר בילד שמגיע עם אביו למשחק כדורגל או טס לראשונה במטוס, ושואל את אביו מדוע הם לא יושבים קרוב יותר למגרש או בכיסאות המרווחים של המחלקה הראשונה. האב מסביר לו שזה עניין של מחיר הכרטיס, ובכך חושף אותו לעיקרון השוקי שלפיו טובין – לרבות מקומות ישיבה – מוקצים לפי יכולת כלכלית. כעת דמיינו את אותו ילד עובר ליד כיכר רבין ושואל את אביו מדוע נשים יושבות בצד אחד וגברים בצד האחר. גם כאן יהיה להסדר ערך אקספרסיבי, וניסיון לנסח ולהסביר את העקרונות המנחים אותו יציף תפיסות הרואות בנשים שונות מהותית מגברים, ושלגופן ולקולן עשויות להיות השפעות מסיחות דעת המסכנות את טוהר מחשבותיו והתנהגותו של הגבר.<sup>259</sup> מנקודה זו עולה שגם כאשר מדובר באירועים מסחריים בהפרדה שאינם ממומנים בידי רשויות ציבוריות אך נערכים במרחב הציבורי, יש לשקלל את הפגיעה האקספרסיבית בשוויון.

דרך אחרת להסביר את החצנות ההפרדה על מי שאינם מעוניינים בה היא באמצעות התעכבות על מה שנגזר ועל מה שאיננו נגזר מהזכות לחופש דת, שבה מעגנים מצדדי ההפרדה בין המינים את ההצדקה להפרדה. כך למשל, בעניין שוקרון הזכירה השופטת ברון את המובן מאליו, כי זכות היסוד לחופש דת נתונה לתושבי קריית ארבע, כמו לכל אדם בישראל,<sup>260</sup> אך בצמוד לחופש הדת מצויה הזכות לחופש מדת, שיסודה באוטונומיה הנגזרת מהזכות לכבוד האדם.<sup>261</sup>

אכן, חופש הדת והחופש מדת הן זכויות מסוג של חירויות. הן מצוות על אי-התערבות בפרקטיקות האישיות של הפרט ובהתנהלותו הנובעת מטעמים דתיים. כך למשל, לא נעלה על הדעת מצב שבו בשם החופש מדת אדם ידרוש כי המדינה תספק לו אוכל שאינו כשר, או ידרוש לאסור על תפילה של אנשים דתיים במרחב הציבורי מהטעם שהיא אינה נעימה

258 חוקרים מצאו מתאם בין שכיחות של מקרי אלימות וזעם בטיסות מסחריות לבין קיומה של מחלקה ראשונה במטוס, וכן שכיחות גבוהה יותר של מקרים שכאלה במטוסים שבהם נוסעי המחלקה הכללית עוברים בדרכם אליה דרך המחלקה הראשונה, בהשוואה למטוסים שבהם הכניסות למחלקה הראשונה ולמחלקת הנוסעים הן נפרדות. ראו Katherine A. DeCelles & Michael I. Norton, *Physical and Situational Inequality on Airplanes Predicts Air Rage*, 113 PROC. NAT'L ACAD. SCI. U.S.A. 5588 (2016).

259 ראו Frances Raday, *Modesty Disrobed – Gendered Modesty Rules Under the Monotheistic Religions*, in FEMINISM, LAW AND RELIGION 284 (Susan J. Stabile, Marie A. Failinger & Elizabeth R. Schiltz eds., 2013); טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית", לעיל ה"ש 10.

260 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

261 שם.

לו ופוגעת בחופש שלו מדת, כפי שלא יעלה על הדעת שתושבים חילוניים ימנעו הקצאת שטחי ציבור לשימוש דתיים כדי למנוע מאוכלוסייה דתית לגור ביישוב.<sup>262</sup> לעומת זאת, החופש מדת יחייב הימנעות מהתערבות בכחירת מזונו של אדם, לרבות במקום ציבורי כמו בית חולים.<sup>263</sup>

הזכות לחופש דת אינה מחייבת את התאמתו של המרחב הציבורי לפרקטיקות דתיות של מאן דהו, וודאי שהיא אינה כוללת את הזכות לכפות על אחר אורחות חיים דתיים. כל אימת שהמשפט הישראלי מכיר באינטרס של עיצוב המרחב הציבורי לאור נהגים או רגשות דתיים, הכרה זו נעשית בהסמכה מפורשת בחוק (כך למשל, בחוקים המסמיכים את בתי הדין הדתיים לפסוק בענייני מעמד אישי, בחוקים המסמיכים מועצות דתיות להעניק שירותי דת מוניציפליים או בחקיקה האוסרת על מכירת חמץ בפסח) או לאור הכרעות שיפוטיות שבחננו בדקדקנות את האיוון שבין עוצמת הפגיעה בזכויות יסוד לבין האינטרסים המתנגשים. כך למשל, בעניין חורב הוחלט לאפשר את סגירתה של דרך מרכזית בזמני התפילות לאחר איוון אנכי בין הזכות לחופש תנועה לבין הפגיעה ברגשות בשל ייחודה של השבת כ"תמצית צביונה של היהדות".<sup>264</sup> המדינה רשאית לקדם גם אינטרסים של קבוצות שונות, אלא שבמקרה שאינטרס פוגע בזכות חוקתית (ובהקשר של הפרדה בין המינים – בכמה זכויות חוקתיות) יש לבצע איוון אנכי, בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, ואין מקום לאיוון אופקי כיוון שאין מדובר במצב של התנגשות בין זכויות שמעמדן הנורמטיבי שווה.

אדם דתי רשאי לבחור להשתתף או שלא להשתתף במרחב הציבורי, ודאי שאין כופים אותו לפעולה בניגוד לדתו, והוא רשאי באופן וולונטרי לנהוג כפי אמונתו (כך למשל, לא לשבת ליד אישה באוטובוס). אך זכותו לחופש דת אינה מולידה חובה על רשויות ציבור להתאים את דפוסי פעולתן לאמונתו ולהעדפותיו, והתאמות דתיות הפוגעות בזכויות דורשות הסמכה מפורשת בחוק.<sup>265</sup> כמצוין ברוח הצוות המשרדי על הדרת נשים, "הזכות החוקתית לחופש דת אינה כוללת בתוכה כל דרישה שמציגים אדם או קהילה בשם אמונתם הדתית. במיוחד כך הדברים מקום בו היענות לדרישתו מחייבת פגיעה רחבת היקף בזכויות היסוד של רבים".<sup>266</sup> ברומה, הזכות לחופש מדת אינה מקימה לאדם חילוני זכות לחייב אנשים דתיים לפעול בניגוד לדתם. עם זאת היא מקימה לאדם חילוני את הזכות להתנהל במרחב

262 ע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (נבו 9.9.2014) (שיקול הפגיעה בתושבות שומרות המצוות ביישוב לא קיבל משקל ראוי, והחלטת המועצה המקומית לסרב להקים מקווה טהרה שיאפשר טבילה – מנהג הקשור במהותו לחופש הדת והפולחן – אינה סבירה).

263 ראו את עניין הפורום החילוני, לעיל ה"ש 49.

264 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 49 ו-55 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997).

265 דברים דומים נאמרו בהקשר של הדרת הנשים משידורי תחנת הרדיו קול ברמה: "איש אינו כופה על מאזין אשר שמיעת קול אישה בכל צורה שהיא מנוגדת למצפוננו ולהכרתו להאזין לתחנה בעל כורחו" (דו"ח הצוות המשרדי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 190).

266 שם, בפס' 96.



הציבורי כפי רצונו והבנתו, ככל הניתן בלי שזכויותיו במרחב הציבורי יושפעו מאמונתו הדתית של אחר.<sup>267</sup>

הבנה זו של חופש הדת כחירות קיימת מראשית ימיה של ההכרה בזכות לחופש דת, והיא משמעותית לעניין הסדרה של המרחב הציבורי בהתאם לנורמה דתית. הסדרה של מרחב או של פעילות ברשות הרבים בדרך של הפרדה בין המינים אינה נגזרת מחופש הדת של מאן דהו. היא לכל היותר מגלמת אינטרס של ציבור מסוים, אשר משקלו נמוך ממשקלן של הזכות לשוויון ושל הזכות לחופש מדת.

לסיכום פרק זה, האיסור על הפרדה בין המינים אינו פוגע בזכויות המיעוט, אלא מגן על זכויות היסוד של כולם, לרבות של חברי קבוצת המיעוט. אי-אפשר לבודד את פרקטיקת ההפרדה כך שהן לא ישפיעו על נשים ועל גברים שאינם מעוניינים בה בתוך קהילות שבהן היא נהוגה, וכך שלא יזלגו ויפגעו בגברים ובנשים מחוץ לקהילות כאלה. לאור החצנות אלה, יש לפרש בצמצום את ההיתרים ואת ההסמכות שבחוק להפריד בין המינים.

#### ד. מרחבים ופעילויות לנשים בלבד

הרעיון של סימטרייה שימש עד כה בדיון בהקשר של בחינת מעמדה הנורמטיבי של הפרדה בתנאים המקצים משאבים זהים לגברים ולנשים. ראינו שעמדת המשפט הישראלי היא שגם הפרדה סימטרית בין המינים בהקשרים שבהם המין איננו רלוונטי או בהקשרים פורמליים (הפרדה בשמחות משפחתיות) או דתיים (הפרדה בבתי כנסת) פוגעת בשוויון, בכבוד האדם, ובזכויות יסוד נוספות. אך לסוגיית הסימטרייה בדיני איסור הפליה יש ממדים נוספים, ואחד המרכזיים שבהם הוא שאלת מעמדן של מסגרות לנשים בלבד.

267 ברוח זו נפסק בשורה של פסקי דין כי אין בכוחו של נימוק הפגיעה ברגשות כדי לפגוע בזכויות ובחירויות יסוד של המבקשים לצעוד במצעד הגאווה. ראו למשל עת"מ (מחוזי י"ם) 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עריית ירושלים (נבו) 26.6.2005 ("אכן, על העירייה להתחשב בכלל תושבי העיר ולאזן בין השיקולים הרלבנטיים השונים ובכללם החשש מפני פגיעה ברגשותיהם של חוגים אלה ואחרים. עם זאת, אין העירייה רשאית להפלות לרעה ציבור זה או אחר בשל אי הסכמה של מי מאנשיה לרעותיו או לנטייתו המינית של אותו ציבור. כן, אין די בפגיעה ברגשותיו של חוג זה או אחר כדי למנוע מאחרים לממש את זכותם לשוויון, לכבוד ולחופש ביטוי"); בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (נבו) 27.12.2006 ("מטבעה של זכות אדם – ובוודאי הזכות לחופש הביטוי וההפגנה – שהיא עשויה לפגוע ברגשות הזולת. אם אמנם נכיר בכך כעילה להגבלתן של זכויות-אדם, תיווצר פגיעה אנושה בהן" (ראו שם, בפס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש)). השוו: מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או זהות תרבותית?" המשפט טו 647 (התשע"א) (המסגרת האנליטית לבחינת טענות העותרים בתיקים אלה היא עוצמת הפגיעה בזהות התרבותית או הדתית, ולא ברגשות). כן השוו: צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקת בג"ץ בעניין מצעד הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339 (התשע"א) (נכונותו של בג"ץ להגן על חופש הביטוי של הקהילה הלהט"בית במצעדי הגאווה היא פחותה בהשוואה לנכונותו להגן על חופש הביטוי של צעדות עם מסרים לאומניים, ומהקהילה הלהט"בית נדרש ריסון וצעידה באופן "צנוע ולא מתריס" (שם, בעמ' 350)).

האם מהקביעה שהפרדה בין המינים היא הפליה עולה שמסגרות לנשים בלבד הן פסולות מוסרית ומשפטית? כך למשל, מהו המעמד של קבוצת פילאטיס לנשים בלבד, של מרוץ עממי לנשים, של קבוצת טיול לחו"ל לנשים בלבד או, להבדיל, של קבוצת תמיכה לנפגעות תקיפה מינית או של קבוצת דוקטורנטיות להתמודדות עם אתגרי שוויון מגדרי באקדמיה? שאלות שכאלה עולות שוב ושוב בדיונים על היקף הלגיטימיות של הפרדה מגדרית. אי-אפשר לפרש וליישם את דיני איסור ההפליה בלי לקרוא לתוכנם את תכליתם, ותכליתם נגזרת מן ההקשר שבו הם צמחו והתפתחו. דיני איסור ההפליה נוצרו לנוכח דיכוי עקבי ומושרש של בני קבוצות מסוימות. לכל חברה ההיסטוריה שלה בנוגע לשאלה מיהן הקבוצות שהיא מפלה וכיצד היא מפלה אותן. חקיקת איסור ההפליה באותה חברה מתמודדת עם צורות הפגיעה בשוויון הנהוגות בה, ושואפת לצמצמן. כפי שבהודו אין צורך לשקול הגנה בחוק מפני הפליה על רקע פרופיל צבאי במקום העבודה, כיוון ששיעור זניח של תושבי הודו משרתים בצבא ופרופיל צבאי איננו שאלה נפוצה בהליכי מיון לעבודה, כך בישראל אין צורך לשקול הוספת עילה חשודה של הפליה על רקע קסטה;<sup>268</sup> וכפי שאין צורך להגן על בני קסטת הברמהינים מפני הבחנות המבוססות על מאפיין גנרי באותה מידה שבה חשוב להגן על התייחסות לבני קסטת הדלית דרך מאפיין שכזה, כך אין דומה מעמדה הנורמטיבי של מסגרת לגברים בלבד למעמדה הנורמטיבי של מסגרת לנשים בלבד.

מהדין הישראלי עולה שלמסגרות לנשים בלבד יש מעמד נורמטיבי שונה מזה של מסגרות לגברים בלבד. על רקע מציאות חברתית ותיקה של הדרת נשים מ"מועדוני ג'נטלמנים", למסגרות לנשים יש ערך אינטרינזי של קידום שוויון בין המינים. מהגיונם ומתכליתם של דיני איסור ההפליה עולה, שאין דינו של מועדון שהכניסה אליו שמורה לגברים בלבד כדינו של מועדון שהכניסה אליו שמורה לנשים בלבד, כפי שאין דינו של מועדון ללבנים בלבד כדינו של מועדון לשחורים בלבד. המטען התרבותי של מסגרות לגברים בלבד משקף היסטוריה ארוכה של סגירת מוקדים של השתתפות, של קול, של יצירה, של השפעה ושל כוח מפני כניסת נשים. מופעים מגוונים של "מועדוני ג'נטלמנים" קיימים משחרר ההיסטוריה האנושית המתועדת – מהאקדמיה של אפלטון ועד ספריית אוניברסיטת אוקסברידג' המטאפורית, שוורדג'ניה וולף מתארת כיצד השומר לא התיר לה להיכנס אליה כיוון שהיא אישה.<sup>269</sup> כך גם בפוליטיקה (הן בזכות להיבחר והן בזכות לבחור), במקצועות החופשיים, בחיים הכלכליים, בחיי הכתיבה והאומנות ועוד. בנות צלפחד ודבורה הנביאה, ז'אן ד'ארק ומארי קירי – הן החריגות המעידות על הכלל.

מסגרות לנשים בלבד אינן טעונות במשמעות של הדרת גברים. להפך. הטעם להן הוא שונה מיסודו, ועניינו התועלת האינטרינזית שיש במרחב מוגן יחסית מצורות הפגיעה בנשים המאפיינות את התרבות הכללית. אם להישען על הדימוי הקולע של וולף – בצורך ב"חדר משלהן", מרחב מוגן, תחום בהיקפו ובמשכו, הנובע ממציאות חברתית שאיננה הוגנת כלפי

268 לרקע על החלוקה החברתית לקסטות בהודו ולניסיונות של הממשלה לצמצם את הפערים ואת ההפליה על רקע ההיררכיה שבין קסטות, ראו ארנית שני "הפוליטיקה של זהויות בהודו" זמנים: רבעון להיסטוריה 122, 88 (2013); סטיבן א' וילקינסון "הודו" מקרי בוחן בפוליטיקה השוואתית 232, 254-256 (דיוויד ג' סמואלס עורך, אורית פרידלנד מתרגמת 2020).

269 וירג'יניה וולף חדר משלך 17 (יעל רנן מתרגמת 2007).

נשים, ונועד לקדם את שוויוןן ואת רווחתן.<sup>270</sup> פעילות לנשים בלבד איננה כרוכה אם כן באפקט המשני הצמוד לפעילות לגברים בלבד: היא איננה מסמלת את נחיתותם של גברים או את תיוגם כשונים.<sup>271</sup> במילים אחרות, בעוד שמסגרות גבריות מונעות כניסה מנשים בשל תפיסות בדבר נחיתותן של נשים מעצם היותן נשים, מסגרות נשיות אינן מבוססות על תפיסות בדבר נחיתותם של גברים מעצם היותם גברים, ואינן נושאות איתן מסר של הדרת בני המין האחר, שקיים כסיטואציה ההופכית.<sup>272</sup> המציאות אינה סימטרית, ולכן אל לו ליחס להפרדה להיות סימטרי.

פעילות לגברים בלבד מסתמכת על רישות חברתי של בני הקבוצה ההגמונית, מעמיקה ומשמרת אותו. היא מנציחה את הדרתן של נשים מגישה למשאבים, לקשרים ולהון סימבולי ומטריאלי. ודוקו, הדרה זו מתקיימת גם אם המשאבים המוקצים לשתי הקבוצות זהים. לכן, גם אם ההכשרה המקצועית של נשים תהיה זהה לזו של גברים, בהינתן שגברים עדיין מחזיקים ברוב משרות הניהול הבכירות היום, גברים ייטו למנות למשרות אלה אנשים שהם מכירים ממסגרות שונות בעברם (תיכון, צבא, אוניברסיטה, מועדון ספורטיבי, עסקי או חברתי).<sup>273</sup> ככל שמסגרות אלה יהיו חד-מיניות, ייפגע שוויוןן של נשים. לעומת זאת, התארגנות של נשים, כמו של בני קבוצות אחרות שהיו מוחלשות היסטורית, נובעת מהצורך לפצות ולתקן את הדרתן ההיסטורית ממשאבים כמו גישה להון, להזדמנויות, להערכה או לקשרים.

לבסוף, מסגרות לנשים בלבד אינן מאיימות על השוויון של גברים כמו שמסגרות של גברים מסכנות את השוויון של נשים.<sup>274</sup> תוכנה זו באה לידי ביטוי גם בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. החריג שבסעיף 3(ד)(2) קובע שאין רואים הפליה "כאשר הדבר נעשה על ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון, ובלבד שצרכים מיוחדים כאמור אינם נוגדים את מטרת החוק".

סעיף זה, שאכנה "חריג הצרכים המיוחדים", מבטא הכרה בכך שלא כל היבדלות היא מידרה. דווקא על רקע תפיסות חברתיות מכליליות, המייחסות לבני קבוצות מסוימות תכונות שליליות ומכתומות, ועל רקע היסטוריה של הפליה ושל דיכוי, יש לאפשר התארגנויות

270 להמשגה ולמיפוי של האתגר של יצירת מודעות פוליטית של נשים כקבוצה פוליטית בהקשר של המקום שמעניקה הציונות ושל מודל האזרחות בישראל לנשים, ראו אורית קמיר "מרחבי דיכוי מוכחשים: המרחב הפרטי הנורמטיבי" ו'מרחב האחיות הלא מוכר': מחשבות על פריצת דיני המשפחה ופולחן האימהות, ועל בניית אחווה נשית" היכן אני נמצאת: פרספקטיבות מגדריות על מרחב 77 (רוני הלפרן עורכת 2013).

271 ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 389–390 (2016).

272 ברובן זו נדחתה לאחרונה תביעת הפליה של גבר שנמנע ממנו להשתתף בתוכנית הכשרה לנשים חברות מועצות מקומיות. ראו תא"ם (שלום י"ם) 20-12-23454-הינמן נ' עמותת כ"ן – כח נשים לקידום מנהיגות נשים בישראל (נבו 30.7.2021).

273 פסק הדין בעניין VMI עמד גם הוא על השפעת הנחיתות ברישות חברתי-מקצועי שתהיה לקולג' נפרד לנשים (עניין VMI, לעיל ה"ש 178, בעמ' 551–553).

274 ראו את גישתו של השופט ג'ובראן (שהצטרף לתוצאה בהנמקה שונה), כי יש להבחין בין טענה להפליה של מי שמשתייך לקבוצה הסובלת מהפליה היסטורית לבין טענה להפליה של מי שמשתייך לקבוצה ההגמונית (עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 14, פסק דינו של השופט ג'ובראן).

שיאפשרו לבני הקבוצה מרחב בטוח לצד דומים להם, שעיקרו איננו דחייה והרחקה של השונים מהם אלא התמודדות עם התפיסה החברתית שמייחסת להם שונות חריגה. גם בהקשרים האחרים של דיני השוויון ואיסור ההפליה עמדת המשפט הישראלי דוחה את תפיסת הסימטרייה שבין הקבוצות, ומבטאת גישה של חשד מופחת כלפי יחס מיוחד לבני קבוצה מוחלשת לשם קידום שוויונה המהותי. כך, המשפט הישראלי מכיר בחוקיותה של הבחנה מבדלת לקידום שוויונם של בני וננות קבוצות שסבלו מהיסטוריה של הפליה ושל הדרה. כך למשל, סעיף 1.ב(2) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 קובע שאין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה "הוראה או פעולה, שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של נשים, או הוראה או פעולה, שנועדה לקדם את שוויון". הפסיקה יישמה עיקרון זה בקובעה שהבחנה במין או בזהות גנרית אחרת, במקרה שהיא רלוונטית לקידום השוויון, איננה חריג לזכות לשוויון אלא ביטוי של זכות זו.<sup>275</sup> בדומה, בעניין אביטן נקבע כי הקצאת ארמות יישוב ייעודיות לבני ובנות הקהילה הברואית היא צורה חוקית של תיקון העדפות<sup>276</sup> לקידום תכליות שלטוניות ראויות.<sup>277</sup> סמכויות אלה יש לפרש בצמצום ובהתאם לתכליתן. כמו בהקשר של הפרדה בין המינים, המבחן להכרעה בחוקיותה של ההבחנה הוא מבחן השוני הרלוונטי.<sup>278</sup>

בעניין VMI שנזכר לעיל ניתן ביטוי להיגיון זה.<sup>279</sup> השופטת ביידר גינסבורג ציטטה בהערת שוליים מספר הדוחה את טענתה של מדינת וירג'יניה, שלפיה קיומו של מוסד אקדמי לגברים בלבד מקדם פלורליזם ומגוון בהיצע המסגרות החינוכיות. היה קל להגן על קולג'ים לגברים בלבד, נאמר בספר, על רקע מציאות שבה לנשים היה שוויון מלא לגברים; אך זה איננו המצב, ולכן הטיעון נשמע דומה מדיי לטיעונים שהצדיקו קולג'ים ללבנים בלבד, והוא ישמש – בין שבמכוון ובין שלא – הנחות בדבר עליונות גברית שנשים ישלמו את מחירן.<sup>280</sup> כך, מעמדן הנורמטיבי של מסגרות לגברים בלבד הוא חשוד יותר מזה של מסגרות לנשים בלבד. בעולם שבו מעמדן של נשים היה שווה לזה של גברים הייתה מסקנה זו שונה, אך כפי שהזכירה השופטת ביידר גינסבורג, זה איננו העולם שבו אנו חיים. חשוב להתעכב על הסייגים הקבועים בחריג הצרכים המיוחדים. סייגים אלה מתירים פעילות על בסיס השתייכות קבוצתית רק אם היא איננה למטרת רווח ולצורך קידום צורכי הקבוצה. כך למשל, הסעיף מתיר פתיחה של קבוצת גברים בלבד להתמודדות עם פגיעה

275 עניין בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים, לעיל ה"ש 177, בעמ' 663-665. בפרשה זו נקבע כי העיקרון של ייצוג הולם לבני שני המינים הוא חלק מעקרון השוויון במשפט הישראלי, ולא חריג לעיקרון זה. גישה דומה מצויה בחוקות כמו זו של קנדה, Canadian Charter of Rights and Freedoms, Article 15(2), ושל דרום אפריקה, The Constitution of South Africa, Section 8(3).

276 על המונח "תיקון העדפות" כעדיף על המונח "הערפה מתקנת", ראו לעיל ה"ש 27.

277 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 279 (1989).

278 שם, בעמ' 300, בפס' 4 לפסק דינו של השופט אור ("על העותר היה להראות, שאין יסוד להבחנה בינו לבין הברואים בכל הנוגע לחכירת מגרש בישוב").

279 עניין VMI, לעיל ה"ש 178.

280 CHRISTOPHER JENCKS & DAVID RIESMAN, THE ACADEMIC REVOLUTION 297-98 (1968) (מצוטט

בעניין VMI, לעיל ה"ש 178, בעמ' 522).

מינית או עם נטיות לאלומות במשפחה, או פתיחה של קבוצה לנוער המתלבט באשר לזהותו המינית שלא תפתח את שעריה לבני נוער שאין להם לבטים כאלה. לעומת זאת, קבוצה לגברים בלבד להקניית מיומנויות ב"אומנות פיתוי נשים" נוגדת את מטרות החוק.<sup>281</sup> סייג נוסף הוא שהחריג חל רק על פעילויות שאינן למטרות רווח. כך, הופעה מסחרית לנשים בלבד איננה כלולה בסוגי הפעילויות המותרות על פי הסעיף, והיא מפירה את האיסור על הפליה שבחוק.<sup>282</sup> גישתו המצמצמת של חריג הצרכים המיוחדים עלולה להיראות מחמירה ודווקנית מדי. נשים רבות – דתיות וחילוניות – חשות בנוח יותר לשיר ולרקוד בהופעה כשהן חופשיות ממבטים או מנגיעות לא-רצויות, ומעדיפות לקנות הופעה לנשים. מדוע שהחוק ימנע זאת מהן? האם אין כאן פטרנליזם מיותר?

לעניות דעתי, החריג מאזן נכונה בין השיקולים השונים, שלעיתים מצויים במתח זה עם זה. כך למשל, יש מקום לחשש שאם תותר פעילות מסחרית שתוחמת מרחבים לנשים, היא תתרחב להקשרים נוספים באופן שלא ירחיב אלא יצמצם את חירותן ואת שוויוןן של נשים. נדמיין שמתנס"ס פותח, מתוך כוונות טובות, קבוצת דרמה יוצרת לנשים בלבד. קיומה של קבוצה שכזו עלול לסכל את אפשרות פתיחתה של קבוצת דרמה מעורבת, כיוון שלא יהיה ביקוש מספיק של גברים ושל נשים שיצדיק פתיחת קבוצה נוספת. כך, מין יהפוך מחדש לעובדה רלוונטית בהקשרים שבהם הישגי השוויון המגדרי הכירו בכך שהוא אינו צריך להיות רלוונטי, כמו הקצאת הזדמנויות לפעילות יצירה ופנאי. זאת ועוד, לא מופרך להניח שפעילויות שייפתחו לנשים בלבד, כמו דרמה יוצרת בדוגמה שלנו, ידבק בהן דימוי של פעילות "נשית" או "מתאימה יותר לנשים". מגמה שכזאת תפגע גם בגברים שיש להם עניין בדרמה יוצרת, אך יחששו מסטיגמות המלוות פעילויות שירבק בהן הדימוי כאילו הן אינן הולמות את המגדר הגברי. יש לזכור בהקשר זה את החשיבות העצומה של פתיחת פעילויות לבני שני המינים כחלק מקידום השוויון. פעילות שעשויה למשוך בעיקר גברים, כמו למשל השתלמות במסחר בניירות ערך, חשוב שתהיה פתוחה גם לנשים, שרבות מהן אינן מתעניינות בהשקעות ובשוק ההון; עובדה זו מצויה בקורלציה עם מצבן הכלכלי הגרוע יותר של נשים, שמחזיקות בממוצע בהרבה פחות רכוש והון מגברים.<sup>283</sup>

281 ראו למשל את ההשקפות בדבר היחסים בין המינים ב"המרכז לאמנות הפיתוי" כפי שהן משתקפות בת"א (שלוס ת"א) 176992-09 אברמוב נ' פרנקל (נבו 21.3.2011).

282 המקרה של הזמרת אתי אנקרי, שביקשה להופיע כמועדון מסחרי לפני נשים בלבד, מדגים נקודה זו. לדיון בהיבטים המשפטיים והציבוריים של הנושא, ראו יופי תירוש "ביטול ההופעה של אתי אנקרי מנע תקדים מסוכן" Ynet (20.6.2021) <https://www.ynet.co.il/news/article/ry1wndhjd>.

283 ראו Michela Tindera, *Women Hold Nearly One Third Of Global Private Wealth*, FORBES (Jun. 16, 2016), <https://www.forbes.com/sites/michelatindera/2016/06/16/women-hold-nearly-one-third-of-global-private-wealth/?sh=42e2edf54d56>. נכון לחודש אפריל 2020, נשים החזיקו ב-32% מההון הפרטי בעולם, ולפי הערכות, בשנת 2023 שיעור ההון שיוחזק בידי נשים יהיה 34.2%. ראו Boston Consulting Group, *Woman In Wealth – Managing the Next Decade of Women's Wealth*, 3-4 (April 2020) <https://www.bcg.com/publications/2020/Union-Bank-of-Switzerland-Women's-Wealth-2030-Parity-Power-and-Purpose>; כן ראו Union Bank of Switzerland, *Women's Wealth 2030: Parity, Power and Purpose*, 4-5 (March 8, 2021), <https://www.ubs.com/>

חשש נוסף הוא מהתפתחות תפיסה שלפיה מין הוא רלוונטי לפיתוחן של יכולות המשחק והביטוי הדרמטי ולהערכתן. להתבססות תפיסה שכזו יהיו השפעות חמורות במיוחד, לאור אי־השוויון המאפיין עדיין את עולמות הבמה והמסך. ישנה מציאות ארוכת שנים שבה נשים בתיאטרון, בטלוויזיה ובקולנוע מקבלות פחות תפקידים ראשיים מגברים, וגם כשהן בתפקידים ראשיים הן מקבלות תשלום נמוך יותר מגברים בתפקידים מקבילים, וכן של מיעוט במאיות ומחזאיות.<sup>284</sup> על רקע זה, שאיפה לקיים מסגרות דרמטיות לנשים בלבד, שנראית על פניה כמקדמת את האינטרסים שלהן, עלולה להתברר כ"הדרה עצמית" – חרב פיפיות שתעמיק את הקושי של נשים להשתלב כשוות באומנויות הבמה. לבסוף, חשש רציני לא פחות הוא שקיום קבוצת דרמה יוצרת למטרת רווח לנשים בלבד יעניק לגיטימציה לפתיחת קבוצת דרמה מקבילה לגברים בלבד, תוך פרשנות מרחיבה של התנאי של "קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה"; התוצאה תהיה לא רק שנחזור למועדוני ג'נטלמנים הסגורים בפני נשים (במשך מאות שנים הודרו נשים מהבמה בתיאטראות בתרבויות שונות),<sup>285</sup> אלא שהניסיון מלמד שהמסגרות לגברים יהיו עדיפות בתנאים, בתקציבים ובמספר מאשר אלה שייפתחו לנשים.<sup>286</sup>

גישתו המצמצמת של החריג עולה אם כן בקנה אחד עם מטרות החוק ועם הנחת המוצא שלו שמסגרות נפרדות פוגעות בשוויון. ועם זאת אם יתעוררו בישראל קולות ובקשות מצד מקבלי שירותים או מוכריהם להרחיב את החריג ולאפשר מסגרות ייחודיות לבני קבוצות מסוימות (נשים, ערבים, להט"בים) גם בהקשרים מסחריים, הרחבה שכזו מצריכה שינוי חקיקתי. יש היגיון רב בגישה פרודורלית מעין זו. הליכי חקיקה מאפשרים ליבון של הסוגיה מריבוי היבטים, שמיעה ושקילה של עמדות מגוונות של בעלי עניין ואיזון בין שיקולים שונים ולעיתים מנוגדים. הנקודה העיקרית היא שאין להתייחס להרחבת ההקשרים שבהם פועלות המסגרות הנפרדות – לנשים או לקבוצות אחרות – כאל אליה ללא קוצים, כלומר

global/en/wealth-management/women/2021/women-wealth-parity-power-purpose.html. על ההתפלגות המגדרית של עוני בישראל, ראו הביטוח הלאומי "לקראת יום האישה הבינלאומי – כ" 23.1% מהנשים הן עניות לעומת 18.2% מהגברים" (הודעה לעיתונות 7.3.2022) <https://www.btl.gov.il/About/newspapers/Pages/yom-ahesha.aspx>

284 ראו למשל, יאיר אשכנזי "התיאטרון הישראלי מציג: אפליה מגדרית שיטתית של נשים" הארץ <https://www.haaretz.co.il/gallery/theater/premium-MAGAZINE-1.6562014> (18.10.2018) (נתונים על התפלגות מגדרית של תפקידים לנשים ולגברים בתיאטרון הרפרטוארי בישראל, ופרספקטיבות של גברים ונשים מהתחום); חגית גינזבורג "כשרציתי לביים בתיאטרון הרפרטוארי אמרו לי 'איזו חמודה את'" הארץ <https://www.haaretz.co.il/gallery/theater/> (17.10.2021). premium-MAGAZINE-1.10293861 (מיעוט מחזות המבוימים בידי נשים). לנתונים בינלאומיים, ראו באתר "Geena Davis Institute on Gender in Media" בכתובת: <https://seejane.org/research-informs-empowers>

285 ראו שרון אהרונסון להבי מגדר ופמיניזם בתיאטרון המודרני 9 (רוני אמיר עורכת 2013); LENARD R. BERNSTEIN, DAUGHTERS OF EVE: A CULTURAL HISTORY OF FRENCH THEATER .WOMEN FROM THE OLD REGIME TO THE FIN DE SIECLE 15 (2001)

286 ראו לעיל בפרק א.1.ה). גם כאן ראוי להזכיר, כי מלבד החצנות על השוויון בין המינים, ישנן גם החצנות על שוויונם של אנשים שזהותם המגדרית מצויה על רצף המתנגד לסיווג בינארי.

כאל הרכבה שיש בה רק תועלת פוטנציאלית של אספקת מרחב נוח וחופשי יותר, אלא יש להכיר גם בסכנותיה ובהחצנותיה.

## ה. בין שוויון לשיקולי עלות ותועלת

מה היחס בין שיקולים תקציביים-תועלתניים לבין שיקולי הגנה על זכויות יסוד? הנימוק שלפיו התועלת המצרפית שתצמח משילוב חרדים בכלכלה ובחברה גוברת על פגיעתה של הפרדה בין המינים בזכות לשוויון ובזכויות נוספות נשמע לעיתים קרובות בשיח הציבורי והמשפטי.<sup>287</sup> אטען שנימוק זה, מלבד היותו עומד על אדנים אמפיריים רעועים, הוא גם נעדר משקל נורמטיבי מכריע.

בג"ץ קבע בשורה ארוכה של פסקי דין, כי אין בכוחם של שיקולים כגון טענה כלכלית להכשיר פגיעה בשוויון. דומה שהדוגמה הנודעת ביותר היא קביעתה של השופטת דורנר בעניין מילר באשר לטענת צה"ל ששילוב נשים יהיה כרוך בעלות כספית נכבדה. נפסק שאין בכוחה של טענה כלכלית להכשיר פגיעה בשוויון, כיוון שזכויות אדם עולות כסף.<sup>288</sup> במאמר מוסגר יצוין, כי לעיתים קרובות טענת הפגיעה של שוויון ביעילות לוקה בכך שהיא מזהה וכוללת בתחשיב העלות-תועלת את עלויות השילוב בטווח הקצר, אך כושלת בזיהוי התועלות שיצמחו בטווח הארוך בעקבות הסרת חסמים מפלים.<sup>289</sup> בעניין מילר, למשל, הטיעון ששילוב נשים בקורס טיס יהיה כרוך בעלויות התעלם מהתועלת שתצמח מהגדלת הבסיס של מועמדים ומועמדות שממנו הצבא יוכל לבחור את המועמדים המתאימים ביותר, שיהיו לבסוף טייסים מצוינים. בדומה, בשנים האחרונות מצטברות ראיות לכך, שהתועלת הצומחת לתאגידים מהסרת חסמים מפלים בצורה של הגדלת המגוון המגדרי והגזעי של מועצות המנהלים ושל המועסקים בתאגיד גדולה מהעלויות הכרוכות בשילובם.<sup>290</sup> טיעון

287 טענה זו נשמעת תדיר בנוגע להפרדה בין המינים באקדמיה ובהכשרות מקצועיות. ראו למשל לילך סיגן "בחברה הטרוגנית אין מקום לכפייה, לא דתית ולא ליברלית" מעריב (14.7.2021) <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-852945> ("מי שנלחם בהפרדה המגדרית לא רק שעוסק בכפייה ליברלית, אלא בעצם מקריב עבודה את המטרה החשובה יותר, שהיא שילוב מסיבי יותר של חרדים בשוק העבודה ובאוכלוסייה בכלל"). מירב ארלוזורוב "החילונים קיצונים לא פחות מהחרדים" דה מרקר (12.4.2018) <https://www.themarker.com/career/1.5992270> ("במחיר של חצי שנה של הפרדה מגדרית, משיגים לאחר מכן שילוב של אליטה חרדית בשירות המדינה").

288 עניין מילר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 142.

289 לניתוח כלכלי של התועלת הצומחת לגופים פרטיים מהימנעות מהפליה, ראו: מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי", לעיל ה"ש 253.

290 לטיעון שעל תאגידים גדולים להגדיל את השוויון בין המינים בדירקטוריונים ובשורותיהם בכלל, בין השאר מתוך חובתם לדאוג לחוסכים ולמשקיעים לטווח ארוך, כלומר מתוך שיקולי תועלת ולא רק שיקולים דאונטולוגיים של מחויבות לשוויון, ראו מיכל אגמון-גונן "לא עוד מועדון לגברים בלבד: חובתם של המשקיעים המוסדיים לקדם שוויון לנשים בדירקטוריון" המשפט כו 57 (תשפ"א). הצהרתו של מנהל בנק ההשקעות הגדול בעולם, כי הבנק לא ישקיע בחברות שאין בהן מגוון מגדרי וגזעי בדירקטוריון, ופרקטיקות של גופים נוספים למטרות

דומה התקבל בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני באשר לתועלת שצומחת לכלל תלמידיו של מוסד אקדמי מהגדלת המגוון הסטודנטיאלי.<sup>291</sup> ראיות מתחום הניתוח הכלכלי המדגימות את הנזק שבהפליה במונחים של יעילות ואת התועלת הצומחת מצמצום ההפליה הן חשובות. עם זאת לגישתי, היקף ההגנה הראוי לזכויות יסוד אינו צריך להיות תלוי ביכולת להרגים שמההגנה עליהן תצמח תועלת במונחים של ניתוח כלכלי. הטעמים העקרוניים – דאונטולוגיים להגנה על זכויות יסוד כמו הזכות לשוויון, לכבוד האדם ולאוטונומיה של הפרט תקפים גם לולא נתמכו בשיקולי הגדלת התועלת המצרפית.<sup>292</sup> בעניין פורז נקבע, כי "יעילות" הבחירה – כלומר, הרצון להעדיף רב אחד על פני רעהו – אינה נימוק מספיק לפגיעה בעקרון השוויון. אין פוגעים בעקרון השוויון אך מטעמים של יעילות או מתוך רצון להעדיף מועמד אחר על פני רעהו.<sup>293</sup> כן נקבע בפרשה זו שגם כשיש חשיבות לשיקולים אינסטרומנטליים, יש לבסס אותם על נתונים תקפים ולא על הנחות בעלמא בדבר הקושי שתיצור השתתפותן של נשים:

"עקרון השוויון נזנה, בלא שנבחנה והוכחה כלל היקפה של הפגיעה בתיפקודו של רב העיר, אם ייבחרו נשים לאסיפה הבוחרת... לא הובאה כל ראיה, כי לא יהיו מועמדים כלל, אם נשים תשתתפנה באסיפה הבוחרת... זאת ועוד: לא הובאה כל ראיה, אילו מתפקידיו של רב העיר ייפגעו, אם נשים תשמנה באסיפה הבוחרת... אך, מעבר לכך, אין פוגעים בעקרון השוויון, כל עוד ניתן לקיים את תפקודו כראוי של רב העיר באמצעים אחרים. לא נעשה כל ניסיון בכיוון זה... פגיעה בשוויון צריכה להיות אמצעי אחרון ולא ראשון".<sup>294</sup>

טענה בדבר המשקל שיש להעניק לשיקול היעילות נטענה גם בפרשות מן העבר הקרוב יותר, כמו למשל בעניין מכרז משרד התיירות להפעלת קורסים להכשרה של מורי דרך בהפרדה בין המינים, שם נטען שבלי הפרדה לא ישתלבו חרדים במקצוע.<sup>295</sup> גם כאן הביע

---

רווח המוזכרות בכתבה ב"דהמרקר", משקפות אף הן הכרה בתועלת לטווח ארוך שבהתמודדות עם הפליה שעשויה להיות יקרה בטווח הקצר (בלומברג "מנכ"ל גולדמן סאקס: לא נוציא להנפקה חברות בלי אישה בדירקטוריון" דהמרקר (25.10.2020). <https://www.themarker.com/wallstreet/1.8442898>.

291 ראו Grutter v. Bolinger, 539 U.S. 306 (2003).

292 ראו לעניין זה את הערתו של הנשיא ברק בהקשר של הפליית גיל של דיילים, כי ספק אם תצמח לחברת התעופה תועלת כלכלית משמעותית ממדיניותה המפלה, אך גם אם יוכח שמדיניות של איסור הפליה פוגעת ביעילות, מדובר ב"מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון" (עניין רקנט, לעיל ה"ש 201, בפס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק). סוגיית יחסו של המשפט לאנשים שמנים מעוררת גם היא את שאלת המתח שבין שיקולים דאונטולוגיים של הגנה על זכויות לבין שיקולי תועלת (ראו Yofi Tirosh, *The Right to Be Fat*, 12 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 264, 294-91 (2012)).

293 עניין פורז, לעיל ה"ש 177, בפס' 35 לפסק דינו של השופט ברק.

294 שם. עוד בעניין הצורך להסתמך על נתונים מהימנים לשם ביסוס טענות בדבר חיוניות ההפרדה בין המינים, ראו ברק-קרון, לעיל ה"ש 211.

295 עניין משרד התיירות, לעיל ה"ש 16.



בית המשפט ספקנות בנוגע לטענה זו, ולאור רמזיו למשיבים בדבר מעמדן הרעוע של טענותיהם, הם הסכימו לוותר על ההפרדה בקורסי ההכשרה.<sup>296</sup> אפילו בהקשרים שאינם נוגעים למסגרות נפרדות, אלא להדרה מוחלטת, הגורמים המפלים אינם בוחלים מלהיאחז בטענות של יעילות. כך למשל טענה אגד תעבורה בעניין שמחי, כי הנהג שסירב להעלות את הנוסעת מחמת לבושה הקצר פעל מתוקף חובתו "להבטיח כי הנוסעים יגיעו למטרתם בנוחות, במהירות ובבטיחות שמקורה באמונתם ובהשקפתם הדתית של נהג האוטובוס ושל הנוסעים בו והחשש לכך שתיגרם מהומה בקרב הנוסעים באוטובוס".<sup>297</sup> בעניין שוקרון טענה המועצה המקומית המפעילה את הבריכה, שלאור החרם שגזרו על הבריכה התושבים המתנגדים לרחצה מעורבת, אין היתכנות כלכלית להמשך הפעלתה.<sup>298</sup> בפסק דינו הבהיר בג"ץ, כי אין בכוחם של שיקולים כלכליים כדי להסיג את הזכות לשוויון או לחופש דת. ובמילותיה של השופטת ברון:

"כפי שלא יעלה על הדעת כי המועצה תנקוט בהפליה בשימוש בבריכה על רקע עדתי באצטלה של שיקולי תקציב, כך גם לא יעלה על הדעת כי שיקולי תקציב הם שיכתיבו את החלטת המועצה בדבר כפייתה של רחצה בהפרדה על התושבים כולם... המועצה מחויבת לחלוקת משאבי הציבור באופן שוויוני – וכפייה של רחצה בהפרדה אינה עולה בקנה אחד עם חובה זו".<sup>299</sup>

בהקשר זה עולה מפסק הדין נקודה חשובה נוספת באשר לכוחם המוגבל של נתונים אמפיריים בדבר העדפות של אזרחים או של צרכנים להפלות או לפגוע בזכויות אדם. שאלת הביקוש לשירות שניתן תוך פגיעה בזכויות אדם רלוונטית רק בשלב האחרון של בחינת מידתיות הפגיעה. משמע, רק לאחר שבית המשפט מצא שהפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ושהפגיעה היא לתכלית ראויה, יש מקום לגשת לבחינת ההעדפות של הצרכנים המבקשים שירות שניתן תוך פגיעה בזכויות אדם. התכלית הראויה צריכה להיות שיקול חיצוני המצדיק את הפגיעה, כמו עידוד תעסוקה או עידוד השכלה. גם כשהפרקטיקה הנבחנת מוצגת כביטוי לחופש הדת, הרי אם היא פוגעת בזכויות אדם היא איננה יכולה להיחשב לתכלית ראויה. כך למשל, אי-אפשר לקבוע כי

296 ש.ם.

297 כתב הגנה בעניין שמחי, לעיל ה"ש 239, בפס' 1.4.

298 לטענת העותרים, טענת אי-ההיתכנות הכלכלית נטענה מצד הרשות המקומית בעלמא. הוכח שהפעלת הבריכה המקומית – כפי שקורה ברוב הבריכות העירוניות בישראל – היא גירעונית, וממילא גם בהפעלת הבריכה לשחייה נפרדת בלבד נדרשה המועצה לסבסד את תפעולה הגירעוני. השאלה אינה אפוא עצם ההפסדיות הכרוכה בהפעלת הבריכה, אלא שיעור ההפסד. כפי שציינו העותרים, הבריכה לא הופעלה די זמן לשחייה משותפת באופן שייתן נתונים ממשיים בדבר היקף ההפסד הצפוי, אם בכלל, מהפעלתה גם לשחייה מעורבת, ולהפך – ייתכן שאילו הופעלה הבריכה גם לשחייה משפחתית היה שיעור ההפסד קטן יותר.

299 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון. ראו גם בפס' 15 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

איסור על מתן שירותים לערבים ייבחן לאור תכלית כמו "אי-רצון למכור שירותים לערבים". בפשטות, דרישת התכלית הראויה מחייבת "עוגן" שהוא חיצוני לפרקטיקה המפלה.<sup>300</sup> ככל הנוגע להפרדה על בסיס מין, נקבעו בפסיקה כמה תנאים מצטברים שרק בהתקיימם ניתן לטעון לעוגן חיצוני שכזה. על ההפרדה לנבוע מליבת הפרקטיקה הדתית,<sup>301</sup> על ההפרדה להיות וולונטרית לחלוטין,<sup>302</sup> ועל ההסדר בהפרדה להיות שווה להסדר שאינו בהפרדה. ההקשר של שחייה בבריכה ציבורית, שבה מחד גיסא יש אלמנט של חישוף הגוף ומאידך גיסא ניתן לספק את השירות בהפרדה לזמן קצוב בלי לפגוע משמעותית במי שאינם מעוניינים בהפרדה, הוא מסוג המקרים הנדירים שבהם מתקיימים תנאי סף אלו. במישור של בחינת המידתיות, אין חולק שיש רלוונטיות לבחינת הצרכים של מקבלי השירות.<sup>303</sup> כפי שכתב השופט עמית בעניין שוקרון, שאלת הביקוש להפרדה עשויה להשליך על האופן שבו הרשות – במקרה הזה הרשות המקומית – מפרשת את צורכי הציבור שעל שירותו היא מופקדת,<sup>304</sup> ועל הרשות להקצות את המשאבים הציבוריים באופן הוגן ושוויוני

300 השוו את עניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 38, בפס' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. ראו גם לעיל בפרק ב.2.

301 עניין קול ברמה, לעיל ה"ש 12, בפס' 54 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. ראו גם את דו"ח הצוות המשפטי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 223-224. להרחבה באשר למשקלו של השיקול ההלכתי, ראו להלן בפרק ד.3.

302 עניין רגן, לעיל ה"ש 64, בפס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. כן ראו שם, בפס' י ("לא תמיד יש להתייחס לרצונו 'החופשי' של חבר בקבוצה תרבותית מסוימת כאל רצון חופשי, גם לא כל 'רצון חופשי' יש לכבד"). באופן דומה קבע השופט אלרון כי מקום שההפרדה אינה שווה, "אין די בהיות ההפרדה וולונטרית כדי לעמעם את הפגיעה בזכות לשוויון הנגרמת כתוצאה ממנה" (עניין תירוש, לעיל ה"ש 53, בפס' 11 לפסק דינו של השופט אלרון).

303 שאלת המשקל של צורכי מקבלי השירות עלתה בעניין שוקרון, אך לא נדונה לעומקה. מבחינה דיונית, השאלה שהובאה להכרעת בג"ץ לא הייתה כמה שעות ראוי להקצות לרחצה מעורבת וכמה לרחצה נפרדת, אלא מעמדה הנורמטיבי של רחצה מעורבת לעומת רחצה נפרדת. לכן מרכז הכובד של פסק הדין איננו בשאלת ההקצאות של זמני הרחצה במעורב או בנפרד (שאלה שלמעשה פסק הדין איננו יוצר כל קביעה נורמטיבית בעניינה), כיוון שגישתו לאורך כל הטיפול בעתירה הייתה שמוטב שהמחלוקת תיפתר בדרך של דיאלוג והגעה להסכמות במישור המוניציפלי. בית המשפט הסתפק בציפיותיהם הצנועות של העותרים לשעות פתיחה ספורות, ושאלה זו לא נדונה ולא נשמעו טיעונים בנושא. אך מכך שהנושא לא נדון אין להסיק כי להספקת השירות בהפרדה יש מעמד נורמטיבי סימטרי להספקת השירות במעורב, כלומר באופן שאיננו מצריך להבחין בין המינים. עולה מכך, שאין ללמוד מעניין שוקרון דבר לעניין העקרונות החלוקתיים שיחולו בעת הכרעה כיצד ראוי להקצות שעות לרחצה מעורבת ולרחצה בהפרדה; וראי שאין להסיק ממנו כאילו הוא מעניק גושפנקה לביקוש להפרדה כמשתנה שבכוחו לגבור על הזכות לשוויון. יש לצפות ששאלות שכאלה יונחו לפתחם של בתי המשפט בישראל בשנים הבאות, ושהם יפתחו תבחינים על דרך של היסק מחקיקה ומפסיקה קיימת. ככל שיש בפסק הדין הנחיה לעניין היחס הראוי בין שעות רחצה מעורבת לבין שעות רחצה נפרדות, הרי עולה ממנה שרחצה בהפרדה צריכה להיות החריג לכלל של הספקת שירות בעירוב.

304 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 15 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם בפס' 1 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (הדרישה להפרדה והדרישה לעירוב אינן שוות מעמד, משום שהן אינן

שייענה לצורכי כלל התושבים, לרבות המיעוט המשמעותי המעוניין ברחצה מעורבת.<sup>305</sup> אך כוחם של נתונים אמפיריים בדבר ביקוש להפרדה בין המינים הוא מוגבל.<sup>306</sup> גם אם נתעלם מחסרונותיהם המתודולוגיים וממוגבלותם של מחקרים שבודקים העדפות,<sup>307</sup> יש העדפות שראוי לדחות אפריורית. כפי שלא יהיה בכוחם של סקרים, שלפיהם רוב תושביה של עיר מסוימת מעדיפים שלא לרחוץ בבריכה לצד אנשים עם מוגבלויות או לצד יוצאי אתיופיה, להכשיר שעות רחצה נפרדות על בסיס קריטריונים אלה, כך שום נתון אמפירי – גורף ותקף ככל שיהיה – בדבר העדפות לקוחות להקצאת משאבים (במקרה הזה שעות רחצה בבריכה ציבורית) בדרך הפוגעת בשוויון בין המינים, לא יהיה בכוחו להכשיר פגיעה בשוויון. יוזכר בהקשר זה כי שלושת השופטים נמנעו מדיון בשאלת היקפו של החריג, כלומר מעיסוק בחלוקה הראויה שבין רחצה בהפרדה לרחצה מעורבת, מאחר שהעותרים לא העלו סוגיה זו. עוד יודגש, כי העיקרון העולה מהדין איננו של חלוקה שוויונית בין ההסדר הנפרד להסדר בעירוב. לקבוצה הדוגלת בהפרדה אין זכות לקבל את המשאב בהפרדה על פי גודלה היחסי. מי שמבקש לסטות מהכלל של שימוש חופשי וללא תנאים במשאב אינו זכאי לעשות זאת בכל זמן ומועד, אלא במסגרת של הקצאה מינימלית של המשאב. כמתחייב ממבחן המידתיות השני (האמצעי שפגיעתו פחותה), יש לאמץ את הכלל שעל פיו באותם מקרים שבהם נמצא כי ההפרדה צולחת את מבחן התכלית הראויה (קרי, שהיא בליבת הפרקטיקה הדתית, היא שוויונית באשר למסגרת מעורבת וגם וולונטרית לחלוטין) – ההסדר המופרד יהיה בבחינת המינימום ההכרחי לצורך הגשמת התכלית. כלומר, במצבים אלו יש לחשב מהו מינימום ההקצאה של המשאב בהפרדה שמתחתיו לא יוכל הציבור המעוניין בהפרדה לקבל את השירות.<sup>308</sup>

נמתכות בטיעונים מאותה דרגה) ובפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון (לחופש מדת של מי שמעוניינים ברחצה מעורבת יש משקל נורמטיבי שאינו פוחת מחופש הדת של מי שמעוניינים ברחצה בנפרד).

305 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 9, 15, 16 לפסק דינו של השופט עמית.  
 306 כפי שציין השופט גרוסקופף בפתח פסק דינו, הנמקתו של השופט עמית עלולה להוביל למסקנה מוטעית. כיוון שאין בה התעכבות על המעמד הנורמטיבי השונה של רחצה מעורבת לעומת רחצה בהפרדה, גישתו עלולה להתפרש כמנרמלת וכמכשירה מסגרות נפרדות כל עוד מוצעת גם מסגרת מעורבת, ולו בהיקף קטן. עם זאת הצטרף השופט עמית בסוף פסק דינו לגישתו של השופט גרוסקופף, שלפיה הפרדה היא החריג לכלל והכלל הוא פעילות מעורבת, והוסיף כי במקרה זה הפכה הרשות המקומית את הכלל על ראשו. לאור הסכמה זו ראוי לעניות דעתי "לקרוא לאחור" את פסק דינו, ולראותו כמכיל את ההבחנה במעמד הנורמטיבי של מסגרות נפרדות כחריג לכלל של הספקת שירות או הפעלת מסגרות ללא הפרדה.

307 ראו ברק-קורן, לעיל ה"ש 211, בעמ' 686 (אופן הצגת השיקולים בסקרים משפיע על העדפותיהם של פרטים).

308 בריון בבג"ץ העלו השופטים כמה פעמים את השאלה אם הרשות המקומית בחנה את הנהותיה בדבר ביקושים לדפוסי רחצה כאלה ואחרים בבריכה בחינה אמפירית, תוך שהשופטת ברק-ארוז הדגישה כי סקר כשלעצמו הוא אומנם רלוונטי, אך לא יספיק. ראו עמ' 3-4, 10 לפרוטוקול הדיון מיום 5.8.2020 בבג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע חברון. על הצורך לגבות איומים בתגובת נגד בנתונים ממשיים לפני הסקת מסקנות נורמטיביות, ראו גם

כיוון שהפרדה היא החריג לכלל השוויון, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מכתוב שיש לספק את השירות או את הפעילות בהפרדה רק ככל שאי-אפשר לקיים את התכלית בלי החריג. מכאן עולה שלקבוצה הדוגלת בהפרדה אין זכות לקבל את המשאב בהפרדה על פי גודלה היחסי, אלא לפי אמת המידה של מינימום האספקה הנדרשת כדי שחבריה יוכלו ליהנות מהמשאב. במילים אחרות, גם אם הסדר ההפרדה צלח את מבחני המידתיות ועומד בחריגי החוק, התוצאה של מבחן המידתיות השני היא שיש למעוניינים בהפרדה זכות מינימלית לגישה למשאב בהפרדה, ולא שיש לכל אדם זכות שווה לקבל את המשאב, בין בהפרדה ובין אם לאו.

עקרונות אלה הנחו את עיצובן של ההסכמות בעניין קורסי נהיגה מונעת בהפרדה מגדרית – הסכמות בין התובעים למשרד התחבורה – שקיבלו תוקף של פסק דין.<sup>309</sup> הוסכם כי יהיה אפשר לקיים קורסים בהפרדה רק במקרה שבו ההתארגנות היא וולונטרית והמדינה אינה מסייעת לה, ובתנאי שהקורסים הם תוספתיים (מעבר למכסת הקורסים הכלליים) ומתקיימים רק באתרים שבהם ישנם קורסים ללא הפרדה (על מנת לעמוד בתנאי של וולונטריות, קרי קיומה של חלופה זהה שלא בהפרדה).

במקרה שנדון בעניין שוקרון, ההנחה שלא אותגרה בבית המשפט היא שבריכות שחיה וחופי רחצה בהפרדה צולחים את שלושת המבחנים הראשונים של פסקת ההגבלה, כיוון שבריכות וחופים מוכרים כאתרים שבהם מתקיימות (גם) פעילויות בהפרדה מגדרית. במצב שכזה יש לבחון את היקף הביקוש להפרדה, ועל בסיס בחינה שהיא תקפה אמפירית<sup>310</sup> לקבוע מהי ההקצאה המינימלית של המשאב שתאפשר שימוש בו למעוניינים בהפרדה. כלומר, יש לחשב את מספר השעות הממוצע שאדם משתמש בבריכה בשבוע, להכפיל מספר זה במספר המעוניינים ברחצה בהפרדה באופן ריאלי (כאלה שירכשו כרטיס כניסה לבריכה), ולחלק במספר האנשים שיכולים לשהות בבריכה במקביל בזמן של תפוסה מלאה.<sup>311</sup> במצב שכזה, לכל אדם המעוניין בהפרדה תהיה האפשרות הנאותה להשתמש בבריכה, הגם שהוא יידרש להתאים את עצמו להסדר שגובש על מנת לצמצם למינימום את הפגיעה בזכות לשוויון.

YUVAL JOBANI & NAHSHON PERETZ, WOMEN OF THE WALL: NAVIGATING RELIGION IN SACRED SITES 165-66 (2017).

309 ת"א (שלום ת"א) 53057-08-18 לאמור נ' משרד התחבורה (נבו) 28.6.2020.

310 בפרשה אמריקנית שבה נדונה חוקיות ההקצאה של שעות רחצה נפרדות לגברים ולנשים במתחם מגורים למבוגרים עמד פסק הדין על הצורך לגבות בנתונים אמפיריים "מעבר לספקולציה" את הטענה שלפיה תהיה פגיעה בשומרי המצוות אם הבריכה לא תיפתח לשחיה בהפרדה (עניין Curto, לעיל ה"ש 55, בעמ' 17).

311 גישה דומה של בחינה אמפירית קונקרטית בשלב בחינת המידתיות ננקטה בבית המשפט העליון הקנדי, כאשר הוא בחן את טענתם של עותרים סיקים כי יש להעניק להם פטור מחבישת קסדה בעת רכיבה על אופנוע, כיוון שהדבר יהיה כרוך בהסרת הטורבן שהם חובשים כחלק ממנהגם הדתי. בית המשפט בדק כמה סיקים חובשי טורבן ורוכבים על אופנוע יש בקנדה, מה שיעור הפגיעות בתאונות אופנוע שנגרמות או שמחמירות בשל אי-חבישת קסדה, ובהתאם מה יהיה העול על הקופה הציבורית במונחים של תוספת ימי אשפוז אם יינתן הפטור המבוקש. משמצא שמדובר בתוספת זניחה מבחינת עלויותיה, אישר בית המשפט את הפטור (ראו Dhillon v. Canada, [1999] 35 C.H.R.R.D/293 (B.C. Hum. Rts. Trib.)).

ביקורת אפשרית על גישה זו היא שהיא מבטאת פטרנליזם כופה של ערכי שוויון שלא הכול מעלים על נס או שותפים להשקפה שיש לקדמם ולהגן עליהם. במענה על ביקורת זו יוזכר בדרך של קל וחומר, כי בפסיקה העוסקת במניעת הפליה בין המינים באמצעות כללים המיטיבים עם נשים, כמו גיל כניסה צעיר יותר לנשים למועדון או הענקת משקאות חינם לנשים, טענה דומה אינה נשמעת, על אף שמדובר בצורה עקיפה וסמלית יותר של הפליה. במבט ראשון מדובר לא בהפליית נשים אלא במתן הטבה לנשים, והפלייתן מתבטאת, במילותיו של השופט ג'ובראן, ברצון ליצור "אווירה המדיפה ניחוח כבוד של היררכיה מגדרית" באמצעות יצירת תמהיל מבליים שבו באופן מובנה הגברים מבוגרים יותר מהנשים, ולכן ככלל גם משכילים יותר ומבוססים יותר כלכלית יחסית אליהן.<sup>312</sup> למרות אופייה הלא-ישיר של הפליה מעין זו, בוודאי בהשוואה להפליה בצורת הפרדה בין המינים בהקשרים שבהם המין אינו רלוונטי, המשפט הישראלי אינו מוצא לנכון לדרוש ראיות אמפיריות לכך שהסדר שעל פניו מיטיב עם נשים (כמו גיל כניסה צעיר יותר או משקאות חינם), אך למעשה משעתק סטראוטיפים של נשים כנמרדות בעיקר דרך יופיין או כמושא לחיזור, הוא אכן בעל השפעה מפלה או שנשים אכן מתנגדות לו.<sup>313</sup> כך, כאשר בית המשפט פסל הטבה בפוליסת ביטוח רכב שהעניקה לנשים שירותי החלפת צמיג חינם, הוא לא סבר שיש צורך לברוק אם אכן תניה זו בפוליסה משפיעה לרעה על שוויון של נשים או אם הנשים שנקבע ששוויון נפגע אכן חשות פגיעה ומעוניינות בביטול ההטבה בפוליסה; ואולם לא מופרך לשער שלו נערך סקר בקרב המבוטחות כדי לברוק אם הן חשות מופלות או פגיעות מההטבה שמעניקה להן הפוליסה כנשים, רובן היו משיבות בשלילה.<sup>314</sup> דוגמאות אלה מצביעות על דואליות בפסיקה. כשמדובר בדיון בזכויות נשים באופן כללי, הפסיקה איננה חוששת מפסילת הסדרים שמפלים נשים אפילו כשהפליה היא סמלית, כמו בשירותי החלפת צמיג חינם לנשים; אך מן הצד האחר, כשבין זכויות הנשים לבין המשפט ניצבת קהילה תרבותית מובחנת, הפסיקה מהססת לקבוע מסמרות בדבר הפלייתן, גם כשמדובר בהפליה מובהקת הרבה יותר.

זאת ועוד, בהקשרים אחרים שבהם שיטת המשפט מחילה כללים פטרנליסטיים על פרטים באופן שאיננו מתחשב ברצונם, אין מקום לטענה שעל הפרט שזכויותיו נפגעות לתפוס את מצבו כפגיעה כתנאי לאכיפת הכלל הפטרנליסטי. כך למשל, האיסור העונשי על העסקה מתחת לשכר המינימום חל גם אם מועסק מוכן לעבוד בשכר הנופל משכר

312 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 14, פסק דינו של השופט ג'ובראן.

313 בעניין Curto, לעיל ה"ש 55, קבע בית המשפט כי על אף שלנשים הוקצו מעט יותר שעות מגברים עדיין מדובר בהקצאה מפלה, כיוון שהיא משקפת תפיסות סטראוטיפיות באשר לתפקידיהם החברתיים של נשים ושל גברים (שם, בעמ' 4, וכן בעמ' 11, בה"ש 4 לפסק הדין). מעניין לציין, כי אחד משלושת השופטים הצטרף לתוצאה תוך שהוא מקפיד להעיר כי לו הובאה לפניו השאלה של עצם הלגיטימיות של הקצאת שעות שחיה בכריכה בהפרדה על בסיס מין, ספק אם היה מוצא שהפרדה שכזו היא חוקית. במילים אחרות, בהיעדר סעיף מפורש כמו חריג המסגרות הנפרדות שבס' 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, ביטא שופט זה גישה דומה לגישת בית המשפט בשוקרון, שלפיה נקודת המוצא היא שהפרדה בין המינים היא הפליה אסורה שחוקיותה תלויה בהיתר חקיקתי מפורש.

314 ראו את עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 14; עניין בכר, לעיל ה"ש 35; ועניין מירב, לעיל ה"ש

מינימום, ומרגיש שהאפשרות הזו תפגע בו פחות או שהיא מבטאת את רצונו יותר מאשר האיסור הפטרנליסטי על העסקה מתחת לשכר מינימום.<sup>315</sup> במילים אחרות, האינטרס להגן על הפרט מסימון של זהותו המינית כאשר זהות זו איננה רלוונטית איננו תלוי בזיהויו של הפרט את הנזקים הכרוכים בסימון שכזה.<sup>316</sup>

לבסוף, הגישה שלפיה נחוץ זיהוי של הפרט את ההפליה ונכונות לתבוע את נזקו בגינה מתעלמת מכך שהעדפות הן עניין סתגלני.<sup>317</sup> זמינותה של ההפרדה לא רק משקפת את הביקוש לה, אלא גם מכוננת אותה ומעודדת אותה. ביקוש להפרדה יושפע במידה לא-מבוטלת מהיותה חלק מנוף ההסדרים החברתיים המצויים.<sup>318</sup>

## סיכום שהוא סיכום ביניים

מאמר זה ביקש לאגם את העקרונות ואת הכללים המנחים של המשפט הישראלי כיום כאשר למעמדן הנורמטיבי של מסגרות נפרדות, באופן שיסייע לליכונן של שאלות עכשוויות ועתידיות. ראינו את הפסיקה הענפה בשנים האחרונות במישור המשפט האזרחי, אשר פיתחה את פרשנות הוראותיו של חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים בנוגע לפרקטיקות של הפרדה בין המינים; לצידה ראינו את פסיקותיו המהותיות של בג"ץ בעניין בריכת השחייה בקריית ארבע ובעניין ההפרדה באקדמיה, אשר הוסיפו רבדים חשובים לדיון בהפרדה בממד המשפט הציבורי, ואשר מסמנות התקדמות בפיתוח תשובות כדין לשאלות הנוגעות לסמכות ולרשות להפריד בין המינים. אך למרות העלייה בשיעור ההתדייניות המשפטיות העוסקות בהפרדה והתדירות המוגברת שבה עוסקים בתחום גופים מאסדרים ומנחים כמו היועץ המשפטי לממשלה, ישנן שאלות שעל אף שהגיעו לערכאות לא ניתן להן מענה מפורט דיו, וסביר שיתעוררו שאלות חדשות בשנים הקרובות.

כך למשל, שאלת קיומה של סמכות לרשות ציבורית לספק שירותים בהפרדה בין המינים עלתה לאחרונה בהקשר של אירועי תרבות בהפרדה. ימים ספורים לאחר הופעתו של הזמר

315 ראו את ס' 14 לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, ס"ח 68. כן ראו ס' 7 לחוק, המקנה זכות תביעה אזרחית גם לארגון עובדים. במילים אחרות, הזכות לשכר מינימום חלה גם אם העובד הספציפי איננו תובע אותה.

316 כן ראו טריגר "קול במרצה ערווה", לעיל ה"ש 20, בעמ' 97-98 ("אם מקבלים את טענתי שהפרדה בין המינים היא הטרדה מינית, הרי שלא רלוונטי כלל האם נשים מעוניינות בה או לא... מדובר בפגיעה באינטרס של החברה, ולכן המחילה אינה מכשירה את הביזוי או ההשפלה ואינה פוטרת מאחריות משפטית בגינם"). ראו גם את הטעמתו של ד"ר הצוות המשרדי על הדרת נשים, לעיל ה"ש 65, בפס' 49, כי "אחד מתפקידיה המכריעים של הנורמה החוקתית בדבר שוויון הוא לנסות למגר תופעות חברתיות מפלות ולשרש את העוול ביסודן ולא לשאול את פי המופלה האם הפלייתו רצויה בעיניו".

317 ראו (2000) 116-18 MARTHA C. NUSSBAUM, WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT; ברק-קורן, לעיל ה"ש 211, בעמ' 712-713.

318 עוד על הקושי של נשים לזהות את הפלייתן ולתבוע את שינוי מצבן בחברה שמחנכת לאי-שוויון, ראו פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241, 246-247 (1994).

מוטי שטיינמץ שהתקיימה בהפרדה בעפולה,<sup>319</sup> היה אמור להתקיים מופע תרבות לגברים בלבד במימון עיריית חיפה. בעקבות פסיקה שקבעה שאין לעירייה סמכות לקיימו, מופע זה לא התקיים.<sup>320</sup> בין שני מופעים אלה ולאור השאלות המשפטיות שהם העלו, כינס היועץ המשפטי דיון מקדמי דחוף שהניב אמות מידה ראשוניות בשאלת התבחינים המשפטיים לסמכות לקיים אירועים בהפרדה במימון ציבורי ובמרחב הציבורי.<sup>321</sup> במסגרת הנחיות ראשוניות אלה נקבע בין השאר, כי ביקוש של הציבור לאירוע בהפרדה יכול להיות מקור סמכות, ואפילו לבסס חובה לרשות המקומית לספק שירותים בהפרדה על פי הביקוש בקרב תושבי המקום.<sup>322</sup>

מן ההלכות ומן העקרונות שנסקרו לעיל עולה, שהכיוון הטנטטיבי שהציע היועץ המשפטי לממשלה באשר להיקף ההפרדה שיותר באירועי תרבות במימון רשויות ציבוריות הוא, בכל הכבוד, כיוון שגוי הן משפטית והן ערכית. הפרשנות שהציע היועץ המשפטי לממשלה נוגדת את דיני השוויון ואיסור ההפליה במשפט הישראלי. אין דינה של רחצה בבריכה כדינו של מופע זמרה או תרבות, ואם, כפי שנקבע בעניין שוקרון, מהותה ואופייה של רחצה בבריכה אינם מחייבים הפרדה, הרי מקל וחומר שסעיף הרלוונטיות, הדרוש להראות שהפרדה בין המינים מוצדקת מעצם מהותה של הפעילות, אינו חל.<sup>323</sup> לכן קשה לראות כיצד התבחינים בסעיף המסגרות הנפרדות יחולו בהקשר של צפייה בהופעת תרבות. כפי שעולה מהפסיקה בעקביות, נותני שירותים או מפעילי מקומות ציבוריים אינם רשאים לספק את השירות או את הפעילות באופן מפלה. מדובר בכפיית ארכיטקטורה של הסדרים מפלים, שפוגעת בחופש של נשים ושל גברים – הן החופש הפיזי לנכוח בכל מרחב בלי שמינם יגביל את חופש התנועה או ההשתתפות שלהם, והן החופש הסמלי לכחור את נתיבי חייהם ולממש את האוטונומיה שלהם בלי שמינם יצמצם את מנעד האפשרויות שהחברה מקצה להם.<sup>324</sup> זאת ועוד, הפרדה באירועי תרבות אינה עומדת במבחני חריג המסגרות הנפרדות.<sup>325</sup>

בניגוד לאופן שבו הוצגו הדברים בידי המשיבים בעניין שוקרון ובהקשרים אחרים מצד מי שמבקשים להנהיג הפרדה בין המינים, הגישה המצמצמת לסמכות ולרשות להפריד איננה בגדר כפייה של עקרונות ליברליים על מי שמעוניינים בהפרדה. רשות או ספק שירות המארגנים את המרחב בהפרדה לא רק נותנים פתרון המשקף היענות לביקוש מהציבור, אלא תורמים ליצירתו ולהתרחבותו של ביקוש שכזה, ובסופו של דבר כופים הפרדה על כלל

319 לתיאור ההתדיינויות המשפטיות שליוו הופעה זו, ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 83.

320 עניין עיריית חיפה, לעיל ה"ש 19.

321 "הפרדה מגדרית באירועי תרבות במעורבות רשויות מקומיות" (עמדת היועץ המשפטי לממשלה <https://bit.ly/3re2vkd> (22.8.2019).

322 פרשנות זו הוגדרה כזמנית עד לשמיעת כל הצדדים וגיבוי עמדה מושכלת בנושא בנסיבות דוחקות פחות, תהליך שטרם התרחש. יש לקוות שכשתגובש העמדה הסופית, היא תבטא נכונה את הכלל העולה מפסק הדין בעניין שוקרון.

323 ראו לעיל בפרק א.2.

324 להרחבה בעניין חובת המדינה לספק ברירת מחדל של הסדרים ללא הפרדה, ראו תירוש "הסכמה להפרדה בין המינים", לעיל ה"ש 52.

325 לדיון ברכיבו של חריג מסגרות הנפרדות ראו לעיל פרק ב.

הציבור הרלוונטי.<sup>326</sup> הדינמיקה הזאת מחייבת בחינה ביקורתית של יוזמות להנהיג הפרדה בין המינים בזירות חדשות בישראל, יוזמות שצצות ללא הרף.

רשות הטבע והגנים יזמה מה שהיא כינתה "פיילוט" של שעות רחצה נפרדות במעיינות ובבריכות בשטחי שמורות שבפיקוחה.<sup>327</sup> כשיחה עם חברה חרדית על ההפרדה בשמורות טבע הייתה תגובתה הראשונית לסנוט בי: גישתי, היא אמרה, היא דקדקנית וקטנונית; אין כל נזק בפתיחת שמורות הטבע בהפרדה לכמה שעות למי שזקוק לרחצה בהפרדה. אך לאחר כמה דקות השתנתה דעתה: המשמעות המעשית של הסדר שכזה, היא נימקה, תהיה שהפרדה בשמורות טבע תהפוך להיות לנורמה חדשה בקהילתה; חול המועד סוכות וחול המועד פסח, הזמנים שבהם משפחות חרדיות מטיילות בארץ בלי מגבלות שבת וחג וכלי הפרדה בין הבנים לבנות הפכו גם הם לזמנים שבהם מצופה שיתנהלו בהפרדה, ויקשה עליהם להמשיך לטייל כמשפחה כמנהגם. הם יצטרכו להתפצל על פי מין, החלוקה הדומיננטית שלפיה חייהם מתארגנים ברוב ימות השנה למעט בהזדמנויות הנדירות כגון זו של חול המועד. על הטענה האפשרית שהם עדיין יוכלו לבקר בשמורה בשעות המעורבות השיבה שמרגע שתהיה אפשרות לטבילה במעיין בהפרדה, יקשה על משפחה חרדית להסביר לקהילה שלה שהיא איננה משתמשת באפשרות הזאת, פן תצטייר כלא-אדוקה מספיק. כך נראית ארכיטקטורה חברתית המעצבת העדפה להפרדה.<sup>328</sup>

בדיון בוועדה לקידום מעמד האישה ככנסת בנושא הפרדה בפארקים של רשות הטבע והגנים הוצג סיפוי המסגרות הנפרדות כך, שכאילו די בטענה שבלי הפרדה יש ציבור שלא יצרוך את השירות כדי שחריג זה יחול. התבחינים המצמצמים הקבועים בסעיף (חיוניות השירות), השפעה על הציבור שאינו מעוניין בהפרדה וכולי) זכו להתעלמות גורפת מצד התומכים בהנהגת ההפרדה בפארקים,<sup>329</sup> וכך גם הצורך של הרשות להראות מקור חוקי

326 דוגמה חזקה לעיצוב העדפות סיפקו קורסי הכנת חרדים לשירות המדינה. המדינה דיווחה כי בתחילת קורס ההכשרה שהתקיים בהפרדה, "כ-61% מהנשים וכ-71% מהגברים היו מוכנים (במידה משתנה) להשתתף בלימודים מעורבים... ואילו לאחר סיום ההכשרה הגיעו לרוב מוצק של] 88% המעדיפים לימודים בנפרד; לצד 95% מהנשים שהשיבו כי יש חשיבות להפרדה מגדרית 'בכל שלבי ההכשרה' ". אור קשתי "ההפרדה בתוכנית לשילוב חרדים בשירות המדינה צומצמה ל-20%" **הארץ** (6.8.2021). <https://www.haaretz.co.il/news/education/>. premium-1.10091445.

327 נכון לכתיבת שורות אלה, פיילוט זה הופסק לאור היעדרה של הסמכה בחוק לרשות הטבע והגנים להציע את הגישה לפארקים בדרך של הפרדה בין המינים. ראו מכתב מדינה זילבר, לעיל בה"ש 197.

328 לעמדה דומה מפי אפרת שוקרון, אישה חרדית, ראו "קצה הקרחון", לעיל ה"ש 176, -27:00:24:00.

329 כפי שהעירה בדיון המשנה ליועץ המשפטי לממשלה זילבר, בתוך הציבור שאיננו מעוניין בהפרדה יש גם משפחות חרדיות לא-מעטות שההפרדה בשמורות טבע תביא לכך שהן לא יצאו לטיולים יחד כמשפחה, אלא יערכו טיולים משפחתיים בהפרדה. ראו פרוטוקול ישיבה 48 של הוועדה לקידום מעמד האישה ולשוויון מגדרי (דיון מהיר בנושא: "פיילוט הרחצה הנפרדת בעיינות צוקים"), הכנסת ה-23, 7 (9.11.2020) (להלן: ישיבת הוועדה לקידום מעמד האישה).



המסמיך אותה לספק את השירות שעליו היא אמונה תוך פגיעה בשוויון – צורך שעליו עמד בג"ץ<sup>330</sup>. אמות המידה שנקבעו בחקיקה, והובהרו לאחרונה בעניין שוקרון, מספקות כלים נורמטיביים להבהיר מדוע אין דינה של הפרדה במשאבי טבע ייחודיים כדינה של הפרדה בבריכות שחייה או בשטח מוגדר של חוף רחצה בים. אמות מידה אלה גם מבחירות מדוע אין לקבל טיעונים כמו הטיעון שמדובר "במקום מאוד קטן" שאין לו השלכה על אחרים.<sup>331</sup> כדוגמה נוספת, שמדגימה את ההיזון ההדדי שבין נורמות של הפרדה לנורמות ההדרה, אציין כי לאחרונה הונחה על שולחן יושב ראש הכנסת הצעת חוק של חבר הכנסת משה ארבל, המבקשת להרחיב את הדרת הנשים המותרת בחוק בדרך של הרחבת החרג שבסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האשה. סעיף זה קובע, שהשוויון של נשים לפני החוק לא יחול על "תפקיד דתי בהתאם לדין הדתי". לפי ההצעה, חריג זה יורחב מעבר לתפקידים הלכתיים מובהקים כמו דיני רבניים או רבני ערים, לכל תפקיד שמועצת הרבנות הראשית לישראל תקבע שהוא תפקיד דתי. כך מסתמן ניסיון להכשיר נורמטיבית הדרת נשים מתפקידים שבהם אין כל מחלוקת שאפילו ההלכה האורתודוקסית מתירה לנשים למלאם, כמו תפקידים מנהליים וניהוליים בבתי הדין הרבניים<sup>332</sup> או השגחת כשרות.<sup>333</sup> הנימוק בדברי ההסבר של הצעת החוק פוקח עיניים, ומעיד על התפיסות שבבסיס הדרת הנשים – תפיסות הרואות נשים כנחותות ביכולתן ובמעמדן, ומבקשות לשמר נחיתות זו. מינוי לתפקידים אלה, מוסבר בהצעת החוק, "נעשה מתוקף ההלכה היהודית ומסורת ישראל, זאת כדי לשמור על שיעור קומתם ההלכתי והציבורי של נושאי תפקידים אלו".<sup>334</sup> נמצאנו למדים אם כן, שפשיטא שנשים יורידו את קרנם של תפקידים שהיו עד כה שמורים לגברים בלבד, ויקשו על שמירת מעמדם.

לבסוף, הניסיונות התדירים להקמת ממשלה בשנים האחרונות הניבו, במסגרת המשאים והמתנים הקואליציוניים, דרישות למיסודה ולהעמקתה של ההפרדה בין המינים. כך למשל, במסגרת המגעים הקואליציוניים שלאחר הבחירות לכנסת ה-21, דרש איחוד מפלגות הימין מהליכוד להתחייב שחיילים דתיים ישרתו בתנאים שצה"ל מעניק לחרדים – ללא כל סמיכות

330 עניין שוקרון, לעיל ה"ש 40, בפס' 2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

331 דברי חבר הכנסת משה ארבל (ש"ס): "המציאות הזו שבה אנחנו כחברה לא יכולים לאפשר במקום מאוד מסוים, במקום מאוד ספציפי, במקום מאוד קטן פיילוט שמאפשר לאותן נשים שרוצות רחצה אך ורק עם נשים בשם מצווה דתית שלהן, היא פגיעה אנושה בשוויון" (ישיבת הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 329, בעמ' 2).

332 עניין כהנא דרור, לעיל ה"ש 69.

333 בג"ץ 4780/13 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' השר לשירותי דת (25.4.2014); כן ראו מכון על משמר הכנסת מסמך רקע בנושא: נשים לתפקידים במערך שירותי הדת בישראל <https://bit.ly/3hd10Av> (2.7.2020).

334 הצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון – תחולה), תשפ"א-2020, פ/2242/23. מנגד, ראו הצעות חוק המבקשות לצמצם או לבטל כליל את תחולת החרג שבחוק שיווי זכות האישה לעניין תפקידים דתיים: הצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון – תחולה), תשפ"א-2020, פ/2320/23; הצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון – תחולה על תפקידים דתיים), תשפ"א-2020, פ/2392/23. גם בעניין פורז נטען כי בחירת רב עיר בידי גוף שבו חברות נשים תפגום בסמכותו הדתית (עניין פורז, לעיל ה"ש 177, בעמ' 317-318).

לנשים, בכל צורה שהיא.<sup>335</sup> אחרי שכשלו הניסיונות להקים ממשלה וכנסת זו התפזרה גם היא, נחשף הסכם קואליציוני בין הליכוד לבין יהדות התורה ובו התחייבות לבטל את האיסור בחוק על הפרדה בין המינים במקומות ציבוריים.<sup>336</sup> ספר החוקים הישראלי כפי שהוא כיום מעניק כלים מספיקים לקביעת נקודות האיזון הנכונות במקרים של מתח בין הגנה על זכויות כמו שוויון וכבוד האדם לבין אינטרסים קהילתיים. יש לקוות שהמחוקק יימנע מלהפר איזונים אלה, ושהפסיקה תמשיך לבאר את משמעותן של הנורמות הכלליות באמצעות הכרעות מנומקות.

335 חיים לוינסון "דרישת איחוד מפלגות הימין: שירות נפרד מנשים לחיילי הצינונות הדתית" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.7278119> (23.5.2019)

336 עקיבא ווייס "נתניהו אישר הפרדת גברים ונשים בציבור בהסכמים קואליציוניים" כאן (3.6.2019) <https://www.kan.org.il/item/?itemId=53097>