



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3865/20

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים: 1. שלומי שוקרון  
2. סטס גרשיקוב  
3. יאיר תדמור  
4. ליזה צארום

נגד

המשיבים: 1. המועצה המקומית קרית ארבע  
2. ראש המועצה המקומית קרית ארבע חברון  
3. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד פרופ' אביעד הכהן

בשם המשיבים 1-2: עו"ד הלל ברק ועו"ד מאיר קייקוס

בשם המשיב 3: עו"ד יונתן ברמן

### פסק-דין

השופט י' עמית:

1. קיץ. חם. אספלט הכביש מהביל. טיפות הזיעה ניגרות ממצחם של האנשים. מי הבריכה הציבורית כחולים וצוננים והבריכה כמו קורצת מעבר לגדר וקוראת לאנשים לרענן עצמם בטבילה במימיה. אך הבריכה נעולה וסגורה. לא בוקעים ממנה מצהלות ילדים המתזים מים זה על זה, וגם הדשא מסביב מתחיל להצהיב בשממונו ובשעמומו. זה לא כל כך נעים לראות בריכה סגורה, במיוחד בקיץ, במיוחד כאשר הילדים ספונים בבתיהם בחופש הגדול בימי הקורונה. אך ככה ייעשה לבריכה, שהעזה פנים ופתחה שעריה למשך שבע שעות בשבוע לרחצה משפחתית (רחצה מעורבת של גברים ונשים). זה עונשה של הבריכה, ואם נמצאו בני הקריה מענישים באותה הזדמנות גם את עצמם, הרי שמן הסתם זה נזק משני ואגבי לעונשה של הבריכה.

2. בבריכת המריבה בקרית ארבע עסקינן ואת תולדות הסכסוך שבפנינו נמצא בעתירה קודמת שהוגשה לבית משפט זה ואשר הסתיימה בפסק דין שעליו נעמוד בהמשך (בג"ץ 5527/17 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (26.4.2018) (להלן: פסק הדין בעתירה הקודמת)). בעתירה שם, טענו העותרים כי הבריכה בקרית ארבע פתוחה אך ורק לרחצה נפרדת של נשים וגברים, על אף שכעשרים וחמישה עד שלושים אחוז מתושבי קרית ארבע הם חילוניים או מסורתיים או דתיים המעוניינים כי תתאפשר להם רחצה משפחתית, קרי, רחצה מעורבת של גברים ונשים. העותרים צירפו מאות חתימות לאותה עתירה והסעד שנתבקש הוא שהמועצה המקומית תימנע מהפליית העותרים וחבריהם לרעה, ותאפשר קיומן של "שעות משפחה" (בהן תתאפשר רחצה מעורבת) בבריכה הציבורית היחידה של קרית ארבע.

3. כמשיבים לעתירה הקודמת ביקשו להצטרף התושבים המתנגדים לרחצה מעורבת. בדיון שהתקיים באותה עתירה, ניסינו להבין את פשר התנגדותם של אותם תושבים לעתירה. הקשינו לדעת מה הבעיה ההלכתית שמתעוררת, מבחינת מי שדוגל בהפרדה בין גברים לנשים, אם ביום אחר ובשעה אחרת הרחצה תהא מעורבת. נענינו על ידי בא כוח התושבים המתנגדים כי שחייה מעורבת כמוה כ"גילוי עריות", "בריכה מעורבת זה יהרג ובל יעבור, יותר גרוע מחילול שבת [...] זה כמו לגור בדיר חזירים [...] טיפת נבלה שנופלת בסיר" ותשובות כגון דא. מראש המועצה דאז נמצאנו למדים כי פתיחת הבריכה לרחצה משפחתית מעורבת, עלולה לפגוע בצביון היישוב, וכי הבריכה הוקמה מלכתחילה לפני עשרות שנים, מתוך הבנה והסכמה כי הרחצה בה תהיה בנפרד.

נאמנים להשקפתנו כי סכסוך מקומי בין תושבי רשות מקומית לבין עצמם ראוי שיפתר בדרך של פשרה ולא בדרך של פסק דין, הנחנו לצדדים להידבר ביניהם. בחלוף זמן הגיעה הודעת המועצה המקומית שבעקבותיה ניתן פסק הדין בעתירה הקודמת כלהלן:

"לאחר שני דיונים שהתקיימו בפנינו, הודיעה המשיבה 1 (להלן: המשיבה) [המועצה המקומית – י"ע] כי ללא צורך בהכרעה שיפוטית, היא תפעל כמבוקש בעתירה כדי לאפשר קיומן של 'שעות משפחה' בבריכה הציבורית שבקרית ארבע.

אנו נותנים תוקף להודעת המשיבה, ומשנתקבלו הסעדים שנתבקשו בעתירה, העתירה התייתרה (ואיננו נדרשים לנושאים שונים שעלו במהלך הדיון בפנינו)".

בדיעבד התברר כי המועצה הקצתה שבע שעות שבועיות בלבד לרחצה משפחתית מעורבת, ואף זאת בשעות לא נוחות במיוחד. לשבחם של העותרים ייאמר כי בלעו את עלבונם והסתפקו בכך.

4. אלא שבכך לא בא הסכסוך לידי סיום. מתברר שהתושבים שדבקים ברחצה נפרדת החרימו את הבריכה, ומשכך, הפעלת הבריכה נעשתה גרעונית עוד יותר משהייתה, והבריכה נותרה מיותרת, בבחינת "גם לי גם לך לא יהיה". וכך עמדה הבריכה בשממונה עד שהתקיימו הבחירות המוניציפליות, ראש המועצה התחלף, ובחודש יוני 2020 נפתחה הבריכה לרחצה נפרדת בלבד. משכך, שבו העותרים בעתירה הראשונה וחזרו ועתרו בעתירה דנן לאותם סעדים כמו בעתירה הראשונה. גם הפעם ביקשו העותרים לצרף לעתירתם מאות חתימות של תושבים המבקשים לאפשר רחצה מעורבת, כולל תושבים שהם עצמם דבקים ברחצה נפרדת אך סבורים כי יש לאפשר לאחרים הרוצים בכך רחצה משפחתית מעורבת.

ביום 23.6.2020 ניתן על ידי חברי השופט גרוסקופף צו ביניים האוסר על פתיחת הבריכה כל עוד לא יוקצו שעות לרחצה מעורבת. בעקבות הצו הופסקה פעילות הבריכה לחלוטין, ושוב נוצר מצב של "גם לי גם לך לא יהיה".

5. פסק הדין בעתירה הקודמת לא היה קונקרטי במובן זה שלא נקב בשעות ובימים מסוימים. זאת, מאחר שבית המשפט ביכר להניח לצדדים לקבוע את השעות והימים של הרחצה המשפחתית ומתוך הנחה שרשות מקומית תעמוד מאחורי הצהרתה. בשל כך, העותרים בחרו שלא לנקוט הליך של בזיון בית משפט מכוח פסק הדין בעתירה הקודמת. עם זאת, ייאמר כבר עתה כי הדרך בה פעלה הרשות המקומית קרובה מאוד לביזיון פסק הדין, אם לא באותיותיו המפורשות אזי ברוחו של פסק הדין. בהיבט זה, ייתכן שניתן היה לסיים את פסק דיננו בנקודה זו ולהורות על אכיפת פסק הדין בעתירה הקודמת, ולו בדרך בה יושם בשעתו על ידי המועצה המקומית. אולם, מאחר שפסק הדין בעתירה הקודמת הוא פסק דין "שותק" והסוגיה שהניחו העותרים לפתחנו לא נדונה לגופה, מצאנו זו הפעם לבחון את הבסיס המשפטי שעליו מבקשים העותרים לייסד את זכותם. על כך נעמוד בהמשך. אך תחילה, נעמוד על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לענייננו.

בריכות שחייה בישראל ובאיו"ש ורחצה בהפרדה מגדרית – המסגרת הנורמטיבית

6. הפעלת בריכות שחייה בישראל מוסדרת בחוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הסדרת מקומות רחצה); חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק רישוי עסקים); והתקנות שהותקנו מכוחם – תקנות הסדרת מקומות רחצה (בטיחות בבריכות שחיה), התשס"ד-2004 (להלן: תקנות הסדרת מקומות רחצה או התקנות).

תקנות הסדרת מקומות רחצה נועדו בעיקרן לקבוע סידורי בטיחות באתר בריכת שחייה ולהבטיח את בטיחותו ובטחונו של הציבור העושה בו שימוש (תקנה 2 לתקנות). תקנה 3(א) קובעת כי הוראות התקנות (למעט מספר תקנות שאינן משמעותיות לענייננו) מהוות חלק בלתי נפרד מרישיון עסק לאתר בריכת שחייה. אי לכך, הסדרי הפעלת הבריכות נכנסות תחת רישוי עסק.

לפי התקנות, הגדרת "מחזיק בריכה" כוללת בעל רישיון עסק לאתר בריכת שחייה, מחזיק, ובעלים של בריכת שחייה. תקנה 4 לתקנות קובעת את חובותיו של מחזיק הבריכה. הוראת תקנה 4(6) רלוונטית לענייננו, ואביא אותה כלשונה:

4. מחזיק בריכה –

[...]

(6) יפרסם מהן שעות הפתיחה והסגירה של בריכת השחיה, ורשאי הוא ליחד שעות רחצה לנשים או לגברים בלבד, לאימוני שחיה וכיוצא באלה, וכן להפעלת אתר בריכת השחיה לשימושים אחרים בכפוף לכל דין.

אם כן, הגדרת המונח "מחזיק בריכה" כוללת רשות מקומית שבבעלותה בריכת שחייה, והיא רשאית ליחד שעות רחצה לנשים או לגברים בלבד.

הוראה נוספת הרלוונטית לענייננו מצויה בסעיף 6 לחוק הסדרת מקומות רחצה שכותרתה "חוקי עזר". סעיף 6(א) לחוק זה קובע כי רשות מקומית רשאית לקבוע בחוק עזר הוראות להסדרת הרחצה במקומות שונים, ביניהם בריכת שחייה, וזאת באישור שר הפנים ובמידה שלא נקבעו הוראות בחוק או בצו על פיו. בין יתר הנושאים, הרשות המקומית רשאית לקבוע הוראות באשר ל"ייעוד מקומות או זמנים לרחצה בלעדית של גברים, נשים או טף" (סעיף 6(א)(4)). סעיף 6(ב) לחוק מוסיף כי רשות מקומית שבתחומה מקום רחצה מוכרז בחוף הים, חייבת לקבוע הוראות לעניין רחצה בהפרדה

מגדרית לגבי אותו מקום רחצה, ובלבד שהדבר התבקש כאמור בסעיף (ברשות מקומית שמספר חברי המועצה בה נמוך מ-17 חברים, נדרש כי אחד מחברי המועצה יגיש בקשה, ואם מספר חברי המועצה ברשות הוא 17 לפחות, על הבקשה להיות מוגשת מטעם שני חברי מועצה).

גם סעיף 5א לחוק הסדרת מקומות רחצה קובע הוראות לעניין חובת הסדרת רחצה בהפרדה מגדרית ב"מקום מרפא". "מקום מרפא" מוגדר כבריכות שחייה, מרחצאות ומעיינות מרפא הנתמכים בידי המדינה או רשות מקומית והוכרזו בהודעה ברשומות ככזה על ידי הגורמים המוסמכים. סעיף 5א(ב) קובע כי "מקום מרפא יקבע מועדים לרחצה נפרדת לגברים ולנשים; מועדים כאמור ייקבעו בשעות היום ולמשך זמן שלא יפחת מחמש שעות שבועיות לגברים וחמש שעות שבועיות לנשים".

עולה מן האמור כי החקיקה המסדירה את הפעלתן של בריכות שחייה בישראל מניחה כי הכלל הוא שהשחייה היא מעורבת, וכחריג, הרשות המוסמכת רשאית לקבוע זמנים לרחצה בהפרדה מגדרית כאמור בתקנות ובחוק, ובמצבים מסויימים אף חייבת לעשות כן.

7. עניינו-שלנו בבריכת שחייה במועצה המקומית קרית ארבע, הממוקמת בתחומי איו"ש ומתגוררים בה אזרחים ישראלים.

כידוע, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא הוחלו באיו"ש (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אל-מעלמין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז (4), 785, 792 (1983); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 558-559 (2005)). באזור זה ממשיך לחול הדין המקומי שעמד בתוקף עובר לתפיסתו בידי ישראל, שמורכב מרבדי-משנה של הדין העותמני, השינויים שנערכו בתקופת המנדט הבריטי, והשינויים שנערכו בתקופת השלטון הירדני. על רבדים אלה נוסף רובד של חקיקה מקומית חדשה שנחקקה על ידי המפקד הצבאי (בג"ץ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, בפסקה 8 (21.7.2010)), ומעל לכל אלה מרחפים כללי היסוד של המשפט הציבורי-מינהלי הישראלי.

ביחס לאזרחים ולתושבים הישראלים המתגוררים באזור, קיימים רבדים חקיקתיים נוספים טריטוריאליים ופרסונליים, הכוללים כאמור את תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי באזור אשר חלה בתחומי המועצות הישראליות. תחיקה זו כוללת, בין היתר, את הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשמ"א-

1981 (להלן: צו ניהול המועצות המקומיות) וצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979 (להלן: צו ניהול המועצות האזוריות). צווים אלה, כפי שתוקנו מעת לעת, מסמיכים את מפקד כוחות צה"ל לקבוע כללים בדבר הסדרת ענייניהם של תושבי המועצות בתקנונים, כשבתקנונים אלה מפרט המפקד הצבאי דברי חקיקה ישראלים אשר חלים על תושבי המועצות (ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 378-379 (2004)). רובד נוסף הוא חקיקה מפורשת של הכנסת הקובעת תחולה פרסונאלית חוץ-טריטוריאלית של דברי חקיקה על התושבים הישראלים. על רבדים אלה נוספת פרשנות בדבר היקף התחולה של הוראות הדין הישראלי בהקשרים פרטיקולריים. מצב זה זכה לכינוי "משפט המובלעות", "איים" של משפט שחל על אזרחי ישראל החיים באזור (בג"ץ 358/18 עיריית חברון נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט מיינץ, פסקה 1 לפסק דיני (30.6.2019)).

8. כאמור, בתקנונים שנקבעו מכוח צו ניהול המועצות המקומיות וצו ניהול המועצות האזוריות אומצו דברי חקיקה ישראלים הנוגעים, בין היתר, להתנהלות המוניציפאלית של הרשויות המקומיות ולחיי תושביהן. רישוי עסקים בתחומי המועצות המקומיות באזור מוסדר בפרק ט'1 לתקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון). התשמ"א-1981. הוראת סעיף 87א שבו קובעת כי חוק רישוי עסקים, לרבות חקיקת משנה מכוחו, יחול במועצות המקומיות בשינויים המחוייבים המפורטים שם. מכאן שתקנות הסדרת מקומות רחצה, שעל הוראותיהן הרלוונטיות לענייננו עמדנו להלן, חלות גם באיו"ש ולו על דרך ההיקש, ומסדירות את סמכות המועצה המקומית באיו"ש לקבוע רחצה בהפרדה מגדרית.

להשלמת התמונה החקיקתית אציין כי באיו"ש חל גם הצו בדבר הסדרת מקומות רחצה ציבוריים (מס' 280) (יהודה והשומרון), התשכ"ח-1968. צו זה קובע הסדרים שונים מהחקיקה המקבילה בישראל, ומותיר את רוב העניינים החיוניים בניהול והחזקה של מקומות רחצה ל"רשות המוסמכת" כהגדרתה בצו.

"מקום רחצה" לפי הצו הוא חלק של חוף ים, נהר, בריכה, אגם, או כל מקום שזורמים בו מים. הצו קובע איסור על רחצה של אדם "אלא במקום רחצה מורשה" (סעיף 2). הרשות המוסמכת רשאית לקבוע בצו מקום או מקומות רחצה מורשים ולהתנות את הרחצה בהם בתנאים שייראו לה (סעיף 3); לקבוע "מקומות רחצה מורשים נפרדים לסוגי בני אדם שונים, או לקבוצות בני אדם שונות, הכל לפי שיקול דעתה המוחלט" (סעיף 4 שכותרתו "רחצה נפרדת"); ולאסור על כל אדם את השהייה או הרחצה במקום הרחצה,

באופן כללי או במקרה מסויים, או להתנות בתנאים מסויימים לפי שיקול דעתה המוחלט (סעיף 11).

הצו קובע הוראות נוספות בעניין שילוט, פיקוח, שירותי הצלה ועוד. לפי סעיף 9 לצו, הרשות המוסמכת רשאית להתקין תקנות בנושאים שונים ולצורך הסדרת כל דבר הנחוץ לביצוע הצו, ובכלל זאת, התקנת תקנות לשם איסור או הגבלת פעולה במקום רחצה מורשה שעלולה להפריע לרחצה (תקנה 9(3)).

מעמדת היועמ"ש שהוגשה במסגרת ההליך הנוכחי נלמד כי החל משנת 2005, הרשות המוסמכת היא מנהל היחידה המרכזית לפיקוח במינהל האזרחי, וכי טרם הותקנו תקנות רלוונטיות מכוח הצו.

לעמדת היועמ"ש, אף כי הצו חל על "בריכה", אין הוא מדבר בבריכות שחייה מלאכותיות כגון הבריכה מושא ענייננו. זאת נוכח הגדרת "מקום רחצה" שנראה שעוסקת במקומות רחצה טבעיים, ובעיקר מכיוון שהרשות המוסמכת לא הכריזה על בריכות עירוניות כמקומות רחצה מורשים, כך שהחלת הצו על בריכות אלה עלולה להוביל למסקנה שקיים איסור על רחצה בבריכות עירוניות באזור.

יש טעם בעמדה זו, ופרשנות משפטית של הצו מובילה למסקנה כי אין הוא נדרש לענייננו (ויצוין כי לעמדת היועמ"ש דומה כי לשונו של סעיף 4 לצו העוסק ברחצה נפרדת מעוררת קשיים משפטיים לא מבוטלים).

לבסוף אציין כי כעולה מעמדת היועמ"ש, בשנים האחרונות בוצעה עבודת מטה להסדרה חקיקתית כוללת של אתרי רחצה ציבוריים באיו"ש, אך הנושא טרם בא על פתרונו.

השורה התחתונה היא, כי לצורך הדיון, המסגרת הנורמטיבית שחלה בענייננו, היא למעשה החקיקה המסדירה את הפעלתן של בריכות שחייה בישראל. כאמור, נקודת המוצא של חקיקה זו היא של שחייה מעורבת והחריג הוא שהרשות המוסמכת רשאית ולעיתים חייבת, לקבוע זמנים לרחצה בהפרדה מגדרית.

9. וכעת, לאחר שעמדנו על המסגרת הנורמטיבית, נחזור ונעמיד לנגד עינינו את לשון פסק הדין בעתיירה הקודמת: "[...] הודיעה המשיבה 1 [המועצה המקומית – י"ע] כי ללא צורך בהכרעה שיפוטית, היא תפעל כמבוקש בעתיירה כדי לאפשר קיומן של 'שעות משפחה' בבריכה הציבורית שבקרית ארבע".

הנה כי כן, המועצה המקומית התחייבה בפני בית המשפט להסדיר רחצה משפחתית מעורבת בבריכה הציבורית. בהודעתה של המועצה המקומית פורטו הימים והשעות שבהם יוקצו שעות שחייה משפחתית החל מיום 1.6.2018 ועד ליום 31.8.2018 ובהמשך נכתב: "לוחות הזמנים דלעיל נקבעו בהתבסס על הנתונים שבידי המועצה בדבר היקף השימוש הצפוי בשעות משפחה. המועצה תקיים הערכות מצב תקופתיות וכן תקיים הערכת מצב לפני 31.8.2018, וייקבעו שעות משפחה ביחס לתקופה שלאחר יום 31.8.2018".

מכאן, שהתחייבותה של המועצה הייתה צופה פני עתיד, ולא הוגבלה לעונת הרחצה בשנת 2018 בלבד.

10. מאז שניתן פסק הדין בעתיירה הקודמת התחלפו ראש המועצה והיועצים המשפטיים של המועצה. נטען כי מאז שניתנה התחייבות המועצה השתנו הנסיבות, לאחר שנתברר כי גברה ידם של המתנגדים לרחצה מעורבת, ואלה מחרימים את הבריכה הציבורית בעקבות פסק הדין, כך שהבריכה, שהפעלתה גרעונית מלכתחילה, אינה יכולה לשאת את עצמה.

טענה זו אנו מתקשים לקבל. ככל שביקשה המועצה להשתחרר מהתחייבותה, היה עליה לכנס את חברי המועצה ולקבל החלטה על כך, ולאחר מכן לנקוט הליך משפטי, ולמיצער, להודיע לעותרים על כוונתה זו. חלף זאת, עשתה המועצה דין לעצמה ובניגוד להתחייבותה, ומבלי שנתקבלה החלטה בישיבת המועצה, הורתה על פתיחת הבריכה לרחצה נפרדת בלבד, תוך ביזוי פסק הדין בעתיירה הקודמת. ודוק: אני נכון להניח כי דרך פעולתה של המועצה אינה נופלת במדויק בגדרה של פקודת ביזיון בית משפט, לאור הפסיקה לפיה ההוראה האופרטיבית בפסק דין שאכיפתו מתבקשת לפי פקודת ביזיון בית משפט צריכה להיות מוגדרת, מפורשת וחד-משמעית (ראו, מני רבים, רע"א 3888/04 שרבט נ' שרבט, פ"ד נט(4) 49, 60 (2004); רע"פ 7148/98 עזרא נ' זלזניאק, פ"ד נג(3) 337, 348 (1999)). ברם, המועצה, כגוף ציבורי, אינה יכולה להפר את התחייבותה באופן



חד-צדדי מבלי להניח תשתית ראייתית שיש בה כדי להצדיק סטייה מהתחייבותה שעוגנה בפסק הדין בעתירה הקודמת.

לדידי, המועצה המקומית לא הניחה תשתית כאמור, ובנקודה זו נידרש לעיצומה של המחלוקת.

הפרדה מגזרית בבריכה הציבורית בקרית ארבע

11. בדיון שהתנהל בפנינו, ביקש ראש המועצה שבית המשפט לא יתערב בדרך שהרשות המקומית מנהלת את ענייניה ולא ישנה את הסטטוס קוו של רחצה נפרדת כפי שהיה מאז ומתמיד. לדבריו, לא ניתן להתעלם מהמצב בשטח ומהדילמה שעומדת בפני המועצה, נוכח העובדה שחלק ניכר מתושבי קרית ארבע מחרימים את הבריכה מטעמים אידיאולוגיים-דתיים מאז שניתן פסק הדין בעתירה הקודמת. נוצר אפוא מצב שבו התושבים סובלים, במיוחד בימי קורונה, שאפשרויות הבילוי כה מצומצמות. כפי שהוסבר, החשש של התושבים הוא מפני פגיעה בצביון של קרית ארבע ומפני "החטאתם" של בני הנוער שהרחצה המעורבת עלולה למשוך את ליבם.

12. כשלעצמי, התרשמתי מכנות דבריו של ראש המועצה, וניכר כי את טובתם של תושבי קרית ארבע הוא מבקש. דא עקא, לא את טובתם של כל התושבים, באשר העותרים שבפנינו הם מן הצועקים ולא נענים.

אני נכון לקבל את הטענה שמאז בנייתה של הבריכה בשנות השמונים, הרחצה בה הייתה נפרדת, גברים לחוד ונשים לחוד. אך הסטטוס קוו אינו יכול לעמוד על כנו, נוכח השינויים בהרכב האוכלוסייה. קרית ארבע כבר אינה עשויה מעור אחד ויש בה מיעוט לא מבוטל של תושבים שמבקשים רחצה משפחתית מעורבת או נכונים להכיר בזכותם של אחרים לעשות כן. ודוק: אין מדובר בעותר אחד או במיעוט בטל בשישים שמבקש לנכס לעצמו שעות בריכה על חשבון הציבור כולו. העותרים שבפנינו מייצגים מיעוט משמעותי מאוד, שגם לדידם של הממעיטים אינו נופל מ-15% ולטענת העותרים עומד על 30% וייתכן שגם על 40%. בהקשר זה הצביעו העותרים על כך ששניים מתוך תשעת חברי המועצה המקומית הם בין העותרים, והם זכו בבחירות האחרונות, שבהן עמד גם נושא הבריכה על סדר היום, ב-692 קולות מתוך 3,200 מצביעים (כ-22%, וכן נאספו כ-500 חתימות בעצומה שהביעה תמיכה בעתירה. אף אין מדובר באורחים שבאים אל הבריכה הציבורית מן החוץ, אלא בתושבי הרשות המקומית, והבריכה הציבורית היא הבריכה היחידה ביישוב.

13. ככלל, בית המשפט אינו נוטה להתערב בשיקול דעתה של הרשות בכל הקשור לאופן הקצאת משאבים ציבוריים ולאופן השימוש בנכסיה (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114 (1962)). הנחת המוצא היא כי רשות מקומית – שהיא רשות נבחרת שחבריה מייצגים את הציבור שאותו נבחרו לשרת – מצויה בעמדה הטובה ביותר לקבוע את סדרי העדיפויות המקדמים את טובת הכלל.

הדברים נכונים גם לגבי מחלוקות בענייני דת ופרהסיה ציבורית ברשות המקומית, הגם שהשאלה עד כמה רשאית הרשות להביא בחשבון שיקוליה את צביון היישוב היא שאלה לא פשוטה (השוו בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקה 68 ואילך והאסמכתאות שם (1.8.2010)). לדידי, המצב הרצוי הוא שהרשות המקומית, שעובדיה ונבחריה בקיאים במשעוליה ומכירים מקרוב את תושביה, היא שתעצב את הפרהסיה הציבורית (והשוו לפרקטיקה לפיה ראוי להיוועץ עם הרשות המקומית בכל הנוגע לאמצעים הננקטים בימי קורונה – בג"ץ 2435/20 לוונטהל נ' ראש הממשלה, פסקה 25 (7.4.2020); בג"ץ 4327/20 פרוש נ' ראש הממשלה, פסקה 29 (28.6.2020)).

בני ברק ואלעד בשבת אינם כחיפה ותל-אביב בשבת. מחלוקות "מקומיות" בענייני דת ופרהסיה ציבורית עדיף ליישב בפשרה ובהסכמה הדדית. לכן, גם הפעם יצאנו מגדרנו על מנת להביא הצדדים להסכמה. התרשמנו כי העותרים נכונים לפשרה, וכאמור, בשעתו הם מחלו על כבודם והסתפקו בשבע השעות השבועיות שהוקצו להם על פי התחייבות המועצה במסגרת פסק הדין הקודם. העותרים אף הביעו הסכמה עקרונית לרעיון לפיו יימכרו מנויים נפרדים לבריכה, כאשר יוקצה יום אחד לרחצה משפחתית והמנוי ייעשה עבור אותו יום בלבד. בדרך זו לא יימצא תושב קרית ארבע שדוגל ברחצה נפרדת בלבד, מממן בעקיפין בניגוד לרצונו רחצה מעורבת. אלא שפתרון זה לא הסתייע ולו נוכח מה שנחזה כ"גרירת רגליים" של המועצה המקומית שעתרה לבית המשפט בבקשה למתן ארכה לניהול המו"מ עד לתום 7 ימים לאחר תום הסגר, דהיינו עד ליום 18.10.2020. כפי שנמצאנו למדים מתגובת העותרים, המועצה המקומית אפילו לא טרחה לנהל עמם מו"מ בשבעת הימים שהוקצו לשם כך כאמור בהחלטתנו מיום 10.9.2020.

משכך, לא נותר לנו אלא להכריע במחלוקת (ונציין כי למען יעילות הדיון הצדדים הסכימו לדון בעתירה כאילו ניתן צו על תנאי). נקדים ונאמר כי אף במנותק מפסק הדין בעתירה הקודמת, החלטתה של המועצה המקומית נוגדת מושכלות יסוד במשפט הציבורי.

14. מדינת ישראל אינה משופעת במקורות מים, אך משופעת היא במחלוקות בענייני מים. גם העיר ירושלים ידעה מחלוקת שנסבה על שחייה מעורבת בבריכה, ועם פתיחתה של הבריכה העירונית בשנת 1958 התנהלו הפגנות סוערות של מתנגדים שטענו כי הדבר פוגע בצביונה ובקדושתה של העיר, והבריכה קיבלה את הכינוי "בריכת המריבה".

אל מול הבריכה בקרית ארבע בעלת הצביון "הדתי" נעמיד את המקווה בכפר ורדים בעל הצביון "החילוני" והדברים ידברו בעד עצמם (עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.2014) (להלן: עניין כפר ורדים)). גם בכפר ורדים "נשבר" הסטטוס קוו. ביישוב לא הוקם מעולם מקווה טהרה, והמקוואות לנשים היו מצויים במרחק של נסיעה קצרה מהיישוב. על פי רשימת הקריטריונים שגובשה בוועדת קריטריונים, המקווה מוקם במקום האחרון בסדר העדיפויות התקציבי להקמת מבני ציבור נדרשים ביישוב. הקריטריונים השוויוניים שנקבעו על ידי אותה ועדה כללו את מספר המשתמשים הצפוי; האם המבנה נדרש לניהול חיים תקינים בכפר ורדים; האם המבנה תואם לאופי (חזון) הכפר; מה עלות התפעול ביחס למספר המשתמשים הצפוי; והאם קיימת אפשרות לסיפוק הצורך ביישובים סמוכים. למרות זאת, הורה בית משפט זה לכפר ורדים להקצות ממשאבי הציבור להקמת המקווה. זאת, לאחר שמצא כי ההחלטה להימנע מכך, אינה מאזנת באופן סביר בין הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות לקיים את מצוות הטבילה, כחלק מהזכות לחופש דת ופולחן, לבין השיקולים התקציביים ומשאבי הקרקע הזמינים.

15. שורש המחלוקת בין התושבים בקרית ארבע הוא דתי-אידיאולוגי, העותרים דוגלים ב"איש באמונתו ישחה" ובעמדה הלכתית מתונה, והמתנגדים, שהם קבוצת הרוב, אוחזים בטעמי קדושה וצניעות ועמדה הלכתית שונה. לדידי, יש להצר על כך שאצל המתנגדים עקרון הסובלנות וההתחשבות בזולת הוא חד-סטרי, שהרי:

"חיים משותפים הם ביטוי לויתורים הדדיים, המשקפים דו-קיום בחברה רב-גונית; הם מבוססים על התחשבות בדעותיו וברגשותיו של הזולת; הם פרי הכרה כי כדי שנוכל לחיות יחד, יש להכיר בייחודו של כל אחד מאיתנו, ובכך כי ייחוד זה יוכר רק אם נוכל לחיות ביחד" (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595, 622-623 (2004)).

איני רואה להכניס את ראשי למחלוקת בין חסידים (של הרחצה המשפחתית) לבין מתנגדים. לצורך הכרעה בעתירה שלפנינו, די בעקרון הבא:

"גם בעת חלוקת משאבי הציבור מחויבת הרשות לפעול באופן שישורת נאמנה את הציבור כולו ויבטיח את קיומו של מינהל תקין. בהתאם לכך, על הקצאת משאבים ציבוריים ברשויות מקומיות להתבצע לאור עקרונות של סבירות ומידתיות, ועל פי קריטריונים הוגנים, שוויוניים, ענייניים וגלויים" (עניין כפר ורדים, פסקה 20, הדגשה הוספה – י"ע).

דברים אלה, שהם בבחינת מושכלות יסוד, יפים לעניינו על דרך של קל וחומר. במקרה דנן, אין מדובר במיעוט זניח ומבוטל של תושבים המעוניינים ברחצה משפחתית, אלא במיעוט משמעותי של כרבע מהתושבים, המשלמים מיסים למועצה המקומית וזכאים ליהנות באופן שוויוני ממשאבי הציבור ומהשירותים שניתנים על ידי המועצה המקומית (השוו לפסק דיני בעע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, בפסקה 71 (2010): "המערערת מפעילה מרכז קהילתי הפועל לרווחת קהילה 'מפוזרת' ששיעורה באוכלוסייה הוא בלתי מבוטל"). המשאב הציבורי מושא דיוננו הוא הבריכה הציבורית, ובהיעדר נסיבות מיוחדות, המועצה המקומית אמורה לחלק משאב ציבורי בין כלל התושבים, בין הרוב לבין המיעוט, תוך התחשבות בביקוש ובצרכים של כל אחת מהקבוצות.

16. קיצורו של דבר, שעל פי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, על המועצה המקומית כרשות מינהלית לפעול באופן סביר, הוגן ושוויוני בהקצאת שעות הבריכה כמשאב ציבורי העומד לרשותם של תושבי הרשות.

17. כאמור, עדיף היה שהצדדים יגיעו להסכמות ביניהם. הדבר לא הסתייע ולא בשל עמדתם של העותרים. משכך, ובלית ברירה, נדרשים אנו להורות על חלוקת השעות והימים בבריכת השחייה.

סוף דבר שאנו מקבלים את העתירה ומורים כי בכל יום בו הבריכה פתוחה לציבור, יוקצו שעתיים לרחצה משפחתית מתוך שעות הפעילות הרגילה של הבריכה כלהלן: בימים א, ג, ה, ו – בשעתיים האחרונות בהן הבריכה פתוחה; בימים ב' ו-ד' – בשעתיים הראשונות בהן הבריכה פתוחה. המועצה תשא בשכר טרחת העותרים בסך 20,000 ₪.

18. מובן כי שערי הידברות לא ננעלו גם לאחר פסק דיננו, והצדדים רשאים להגיע להבנות ולהסכמות אחרות לגבי מספר השעות ואופן הקצאת השעות. אנו תקווה כי השכל הישר יגבר וקול ששון וקול שמחה יחזור ויבקע מן הבריכה, קול מצהלות ילדים ונערים מבריכתם – אלו בנפרד ואלו עם משפחתם, כל אחד על פי דרכו ואמונתו – והשקט, השלווה, הסובלנות והכבוד ההדדי יחזרו לשכון בין התושבים. נאמנים עלינו דברי ראש המועצה כי הפעלת הבריכה היא גרעונית, אך השיקול התקציבי אינו בהכרח חזות הכל. גם בהנחה שרק העותרים והמצדדים בהם ירכשו מנוי לבריכה, על המועצה להתכנס ולבחון את האפשרות להפעיל את הבריכה גם בתנאים אלה, ואיננו קובעים מסמרות בנדון.

19. חוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, המונחת כעת בפני, מדגישה את נקודת המוצא של היעדר הפרדה מגדרית, כאשר ההפרדה היא החרגי לכלל. אין לי אלא להצטרף בהסכמה לדבריו הנכוחים, המצביעים על כך שבמקרה דנן הכלל נהפך על ראשו משנקבע כי שירותי הבריכה יינתנו רק על בסיס של הפרדה מגדרית.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט יצחק עמית, ואולם דרכי לתוצאה זו שונה בדגשיה מדרכו. חברי מבסס את עמדתו על העיקרון לפיו רשות מקומית, כרשות ציבורית, מחויבת להקצות את משאבי הציבור באופן סביר, שוויוני והוגן, ועל כן אינה יכולה להתעלם לשיטתו מדרישותיו של מיעוט משמעותי מקרב תושבי הקרנה המעוניין ברחיצה משותפת. גישה זו מניחה כי הקצאת המשאב הציבורי בענייננו – שעות רחצה בבריכה ציבורית – לצורך רחצה משותפת הינה שוות מעמד להקצאתו לצורך רחצה בהפרדה, ולפיכך מטילה על המשיבים 1 ו-2 (להלן יחדיו: הרשות המקומית קריית ארבע או הרשות המקומית) את החובה להקצות הן את זו והן את זו, כל עוד קיים ביקוש ציבורי משמעותי לכל אחד מסוגי הרחצה. ואולם, שני אופני הקצאת המשאב הציבורי בהם עסקינן אינם שווי מעמד, שכן הדרישה לכל אחד מהם אינה נתמכת בטיעונים מאותה דרגה. האופן האחד, רחצה משותפת, משקף את עקרון היסוד במשפט הישראלי, לפיו שירותים לציבור צריכים להינתן על בסיס שוויון מגדרי. האופן השני, רחצה בהפרדה, הוא ביטוי לחריג צר, המתיר פגיעה בשוויון המגדרי בנסיבות מצומצמות על מנת לאפשר את השירות לחלק מסוים מהציבור שלא יצרוך אותו אלא בהפרדה מגדרית. החלטת

הרשות המקומית קריית ארבע אינה משקפת הבחנה זו, וכנגזר מכך, אינה עומדת בתנאים להפעלת החריג הצר. משום כך נדרשת התערבותנו. להלן אבהיר את גישתי.

2. נקודת המוצא לדיון היא ששירות לציבור צריך להיות מוענק בישראל על בסיס שוויוני, "בלי הבדל דת, גזע ומין" כלשון ההצהרה במגילת העצמאות. כך הוא, מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), כשמדובר בהספקת שירות ציבורי על ידי גורם פרטי; וכך הוא מקל וחומר כשמדובר בהספקת שירות ציבורי על ידי רשות ציבורית, הכפופה לא רק להוראות חוק איסור הפליה (סעיף 11 לחוק), אלא בראש ובראשונה לעקרונות המשפט הציבורי (בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 201-202 (1991); בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 462 (1997); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 41-44 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); בג"ץ 3815/08 מג'ס נ' שר החקלאות, פסקאות 17-18 (23.6.2013); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 680-678 (2010)).

3. כידוע, הפגיעה בזכות לשוויון נבחנת גם על פי מבחן התוצאה, ולא רק על פי הכוונה העומדת בבסיסה. לפיכך, השאלה שעליה יש להשיב בהעברת ביקורת שיפוטית על טענה לפגיעה בשוויון איננה רק מהו המניע של הגורם המחליט על הפגיעה, אלא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה כאמור עשויה אפוא להיפסל, לא רק כאשר המניע שביסודה הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון (ראו מיני רבים: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988) (להלן: עניין פורז); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 116 (1995) (להלן: עניין מילר); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 51 לחוות דעתו של הנשיא אהרן ברק (2006); עניין הבית הפתוח בעמ' 46; בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה אסתר חיות (27.2.2020)).

4. מכוח תפיסות יסוד אלה נגזר הכלל לפיו רשות מקומית, כדוגמת הרשות המקומית קריית ארבע, 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, נטייה מינית והשתייכות מפלגתית

(להלן: קריטריון אסור). כך, למשל, אין היא רשאית לקבוע הפרדה בשירותי קבלת קהל בין גברים לבין נשים, כשם שאין 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. והדברים ברורים. למעשה, ובהתייחס למקרה הקונקרטי דנן, קובע חוק איסור הפליה כי האיסור על הפליה על בסיס קריטריון אסור חל בין היתר על מי שעיסוקו בהפעלת "מקום ציבורי", שבהגדרתו נכללת בריכת שחייה (סעיף 2 לחוק).

הערה: הרשות המקומית קריית ארבע מצויה בתחומי איו"ש, ואולם חברי, השופט עמית, עמד על כך כי "לצורך הדיון, המסגרת הנורמטיבית שחלה בענייננו, היא למעשה החקיקה המסדירה את הפעלתן של בריכות שחייה בישראל" (סעיף 8 לחוות דעתו). הצדדים לא התייחסו לשאלה האם חוק איסור הפליה חל על הרשות המקומית כחלק מ"משפט המובלעות", ואף אני אמנע מלטעת מסמרות בעניין זה, שלמיטב ידיעתי טרם הוכרע בבית משפט זה (לעניין "משפט המובלעות" ראו הסקירה בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקאות 2-6, 32 לפסק דינה של הנשיאה אסתר חיות (9.6.2020)). די לענייננו בכך שאף אם אין לחוק איסור הפליה תחולה ישירה על הרשות המקומית קריית ארבע, הוא בוודאי משליך על דרך פרשנות החקיקה המסדירה את הפעלתן של בריכות שחייה ציבוריות, ועל אמות המידה החלות על רשויות ציבוריות, ומכאן שיש לו רלוונטיות גם לענייננו.

5. ודוק, האיסור על הבחנה במתן שירותים לציבור על בסיס קריטריון אסור, ומין בכלל זה, כולל, במקרה הרגיל, גם איסור על מדיניות של "נפרד אך שווה" (separate but equal). מדיניות שכזו, המבחינה על בסיס מגדרי תוך יומרה לספק לגברים ולנשים שירותים באיכות שווה, היא ככלל מדיניות מפלה ופסולה. נפרד לעולם אינו שווה. עצם העובדה שהענקת שירות לציבור נעשית תוך הבחנה בין נשים וגברים, טומנת בחובה לרוב את הפגיעה המרכזית אותה ביקש המחוקק למנוע – הפגיעה הנובעת מתיוגו של מקבל השירות על פי הקריטריון האסור (המגדר אליו הוא משתייך), ולא על פי הקריטריון הרלוונטי להענקת השירות (זכאות, נזקקות וכיו"ב). אכן, "מדיניות של 'נפרד אבל שווה' ('separate but equal') הינה מעצם טבעה בלתי שווה ('inherently unequal')" (בג"ץ 6698/95 קעדן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279 (2000). ראו עוד: עניין מילר, עמ' 132; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 347 (2000); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 24 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי (6.8.2009); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 578 (2011) (להלן: עניין רגן); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 22 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר (9.12.2015) (להלן: עניין קול

ברמה); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 297-298, 382-386 וההפניות שם (2016) (להלן: מדינה)).

6. לעקרון היסוד המחייב הענקת שירות לציבור על בסיס שוויון מגדרי, דהיינו בהתעלם מהמין אליו משתייך מקבל השירות, קיימים חריגים. חלקם של החריגים הללו נובע מטיבו של השירות בו מדובר, ההופך את קריטריון המין לרלוונטי לצורך הענקת השירות. כך, למשל חדרי מלתחות או שירותים נפרדים. חריג זה הוכר בסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה, הקובע כי אין רואים שימוש בקריטריון אסור (ובכלל זה מין) כהפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי" (להלן: חריג מהות השירות). חריג אחר, הממוקד בהבחנה מטעמי מין, מכבד תפיסות שמרניות של קבוצות מסוימות בציבור, אשר קיים חשש כי ימנעו מצריכת השירות אם לא תשמר הפרדה מגדרית. הוראה הקבועה בהקשר זה בחוק איסור הפליה היא סעיף 3(ד)(3), המורה 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" (להלן: חריג המסגרות הנפרדות). משמעותו של חריג זה הוא היתר לתת שירות לציבור באופן המפריד בין נשים לבין גברים על בסיס של "נפרד אך שווה" בנסיבות מוגדרות ומצומצמות (ראו עוד: עניין קול ברמה, פסקאות 53-56; עניין רגון, פסקה ל"ד; מדינה, עמודים 382-386).

7. הוראות הדין בעניין רחצה בבריכות שחייה, עליהן עמד חברי, השופט עמית, בפסקה 6 לחוות דעתו, צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד שצוינו לעיל. האפשרות שמעניקה רשות מקומית לרחוץ בבריכת שחייה ציבורית צריכה להינתן ככלל על בסיס שוויוני, וללא הבחנה על בסיס קריטריון אסור, ובכלל זה מינם של הרוחצים. הטעם לכך הוא שלא מתקיים חריג מהות השירות, שכן אין דבר ב"אופיו או מהותו" של השירות או המקום הציבורי, המצדיק הבחנה בין מתרחצים לבין מתרחצות. יחד עם זאת, מכיר המחוקק בכך שישנן קבוצות בחברה הישראלית אשר רחצה מעורבת של נשים וגברים עלולה למנוע מהן מלצרוך שירות ציבורי זה, ומשום כך מאפשר לספק להן את השירות על דרך של רחצה בהפרדה מגדרית. דהיינו, הוא מכיר בכך שתיתכן בהקשר זה תחולה לחריג המסגרות הנפרדות. על כן, כפי שמסכם חברי בסוף פסקה 6 לחוות דעתו, "הכלל הוא שהשחייה היא מעורבת, וכחריג, הרשות המוסמכת רשאית לקבוע זמנים לרחצה בהפרדה מגדרית כאמור בתקנות ובחוק, ובמצבים מסויימים אף חייבת לעשות כן".



8. ודוק, ההיתר שניתן לרשות המוסמכת לקבוע רחצה בהפרדה מגדרית צריך להיבחן בשים לב לחריג המסגרות הנפרדות, שכן לא ניתן ללמוד מהחקיקה הספציפית לעניין בריכות שחיה ציבוריות על כוונה לסטות מההנחיות הכלליות שנקבעו בחוק איסור הפליה, ושיקולי הרמוניה חקיקתית תומכים במתן פרשנות זו. לפיכך, בבואה להפעיל את החריג, ולקבוע זמנים לרחצה בהפרדה מגדרית, מחובתה של הרשות המוסמכת לעשות כן בהתאם להנחיות שנקבעו בחריג המסגרות הנפרדות, דהיינו עליה לוודא כי ההפרדה היא מוצדקת, בין השאר, בהתחשב "בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה".

9. עמדת הרשות המקומית קריית ארבע בעניין שלפנינו מבטאת התעלמות מוחלטת מכך שרחצה משותפת היא הכלל, המשקף את חובתה לספק שירותים לציבור ללא הבחנה על רקע מגדרי. לדידה, הדרישה לרחצה משותפת שקולה לכל גחמה של ציבור, המעוניין לרחוץ במי הבריכה בצורה זו או אחרת. להמחשת העניין השתמשה הרשות המקומית בדוגמה של אדם המבקש "לשחות עם דולפינים" בבריכה הציבורית. ולא כן היא. כוחה של הדרישה לרחצה משותפת איננו נובע אך מרצונם המזדמן של העותרים ברחצה משותפת. עוצמתה טמונה בהיותה ביטוי לכלל, לפיו שירות לציבור ניתן ללא הבחנה בין נשים וגברים, נערים ונערות, ילדים וילדות, פעוטים ופעוטות. השוואת הרחצה המשותפת ל"רחצה עם דולפינים" שקולה להצדקת קביעת תורים נפרדים לנשים ולגברים, בכך שאין מחובתה של הרשות לאפשר לאדם לעמוד בתור עם כלבו. לא בכך העניין. למעט חריגים כאמור, נדרשת הרשות המקומית לקיים את חובת השוויון ולהעניק שירות רחצה לציבור בהתעלם ממינם של החפצים לרחוץ. חובה זו אינה נובעת מכך שעליה למלא כל גחמה של ציבור המתרחצים הפוטנציאלי. היא נובעת משאיפתנו לחיות בחברה שוויונית, בה אין מבחינים בהענקת שירותים לציבור בין נשים לגברים, יהודים לערבים, דתיים לחילוניים, וכיוצא באלה קריטריונים אסורים.

10. מהטעמים האמורים, הדרישה לאפשר רחצה מעורבת גם אינה שקולה לדרישות מתחרות שעשויות להישמע ביחס לאופן העמדת בריכה ציבורית לשימוש הציבור, כגון לעניין שעות ומועדי הפתיחה (האם תפתח בשעות הצהריים ובשבת), אופן השימוש בבריכה (שחיה במסלולים או שימוש חופשי) וכיו"ב. ייחודה של הדרישה לאפשר בבריכה ציבורית שחייה מעורבת מעוגנת בראש ובראשונה בדרישה לשוויון מגדרי, שכן דרישת העותרים היא שהשירות לציבור יינתן ללא הבחנה בין נשים לבין גברים. ככזו לא ניתן להדוף אותה, אלא בהתקיים התנאים לקיום חריג המסגרות הנפרדות – ובכלל זה קיומה של חלופה סבירה המגנה על צורכי הציבור הנפגע מההפרדה המגדרית.

11. החלטת הרשות המקומית להפעיל בעניינו את חריג באופן גורף, דהיינו לא רק לאפשר רחצה בהפרדה מגדרית, אלא למנוע כל אפשרות לרחצה משותפת, אינה עומדת בדרישות האמורות. מעבר לפגמים שנפלו באופן קבלת החלטה זו, ובשים לב להבטחה שניתנה בשעתה (ראו פסקאות 9 ו-10 לחוות דעתו של השופט עמית), הרי שמבחינה עניינית לא הציגה הרשות המקומית כי קיימות חלופות ראויות לציבור המעוניין בקבלת השירות ללא הבחנה על בסיס מגדרי, וממילא לא עמדה בחובתה לוודא כי צורכי הציבור העלול להיפגע מההפרדה לא יפגעו. ההצדקה היחידה שהובאה להחלטת הרשות היא שמבחינה תקציבית, בשים לב לביטול המינויים על ידי המתנגדים לרחצה משותפת, זו הדרך היחידה להפעיל את הבריכה בעלות שהרשות המקומית מוכנה להקציב לנושא. אפס, הצדקה זו אינה תואמת את הדרישות שנקבעו להפעלת חריג המסגרות הנפרדות והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה לפיה את הקושי התקציבי יש לאזן מול השיקולים האחרים הצריכים להנחות את הרשות, ובכלל זה חובתה להקצות משאבים באופן המקיים שוויון מגדרי (עניין מילר, עמ' 114; עניין הבית הפתוח, עמ' 49; בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 368-369 (1999)).

12. וזאת יש לזכור: חריג המסגרות הנפרדות מאפשר לקבוצה המעוניינת בכך את השירות על בסיס תפיסה של "נפרד אך שווה". ואולם, וכאן העיקר, אין הוא מאפשר למנוע מאדם את קבלת השירות על בסיס שוויון מגדרי. במילים אחרות, החריג מיועד לאפשר במקרים מתאימים את מתן השירות גם לקבוצה מהציבור שאי הפרדה תמנע ממנה מלקבל את השירות. אין הוא מקנה לאותה קבוצה את האפשרות לדרוש כי השירות יינתן רק על בסיס של הפרדה מגדרית. ממילא אין הוא גורע מזכותם של מי שאינם נמנים עם אותה קבוצה לדרוש מהרשות לקיים את הכלל, דהיינו להעניק את השירות ללא כל התייחסות למינו של מבקש השירות.

13. הפער שבין החלטה המאפשרת רחצה בהפרדה, המצויה בתחום סמכותה של הרשות המקומית, לבין החלטה הכופה רחצה בהפרדה, המהווה פגיעה בזכות לשוויון מגדרי, איננו עניין עיוני-עקרוני גרידא. הוא משתקף בעולם המעשה בפגיעות קונקרטיות ומוחשיות בעותרים, אשר אינם יכולים לממש את זכותם להשתמש במשאב הציבורי בצורה שהייתה מתאפשרת להם אלמלא ההפרדה המגדרית. החלטה כופה כאמור מונעת למשל מבני זוג וילדיהם לבלות בבריכה יחדיו כמשפחה; היא שוללת מאם את האפשרות ללמד את בנה לשחות, ומבטאת את האפשרות לשחות לצד אביה; היא עלולה להדיר כליל מהבריכה בן לאם חד הורית או בת לאב חד הורי; באופן כללי יותר: היא מאלצת את

העותרים בעל כורחם להשתמש בכריכה בתנאים של הפרדה מגדרית, וזאת למרות שהמרחב הציבורי צריך להיות שוויוני, ונטול הפרדות מגדריות. לכך אין כל הצדקה.

14. הרשות המקומית קריית ארבע מבקשת כאמור להצדיק את החלטתה בכך שקבוצת הרוב ביישוב, המעוניינת בקבלת השירות על בסיס הפרדה מגדרית בלבד, מאיימת כי תמנע מלצרוך את השירות אם יינתן לאחרים, ולו לשעות ספורות, ללא הפרדה מגדרית. לטענתה, חרם שכזה משמעו, כפי שהוכח בעבר, כי אם יקבעו שעות לשחייה משותפת, יביא הדבר לסגירת הבריכה, בגדר גם לי גם לך לא יהיה. ואולם, התנגדות חלק מקבוצת הרוב למימוש זכות העותרים להשתמש בבריכה ללא הפרדה מגדרית אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכות זו. כבר לפני קרוב ל-60 שנה פסק בית משפט זה כי לא ניתן להצדיק הפליה מטעמי דת בהקצאה של משאב ציבורי, בכך שקבוצת הרוב מתנגדת למתן שירותים לקבוצת המיעוט, והדבר עלול להביא לפילוג ביישוב (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמדיהו, פ"ד טז 2101 (1962)). השופט חיים כהן ז"ל ציין הקשר זה כי "הדין הוא שלעניין אשר עמד להכרעה לפני המשיבים, לא היתה לאותם 'החוגים' לא סמכות ולא זכות דעה, ואין המשיבים רשאים להסתפק בשיקול דעתם של הללו במקום לפעול על פי שיקול דעתם שלהם עצמם". בדומה, גם בעניינו לא ניתן להצדיק את הפגיעה הנוספת בעקרון השוויון המגדרי – מניעת כל שחייה מעורבת בכריכה – בלחצה של קבוצת הרוב, ובכלל זה איום חלקים ממנה שלא להזדקק כלל לשירותי הבריכה (והשוו גם: עניין פורז (התראת הרבנים הראשיים כי לא יכירו ברב עיר שייבחר על ידי גוף בוחר הכולל נשים, וכי מועמדים ראויים לא יציגו את מועמדותם, אינה מהווה הצדקה להחלטת המשיבים שלא לכלול נשים בגוף הבוחר); בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (30.4.2020) (דרישה למנוע הכנסת מזון בפסח בחסות איום של שלילת תעודת הכשרות מטעם הרבנות הראשית אינה יכולה להסמיך מנהל בית חולים לאסור על הכנסת מזון מטעמי דת)).

15. אכן, כפי שהיטיב לצייר חברי, השופט עמית, התוצאה המתקבלת מהשילוב שבין הדרישה הבלתי מתפשרת אותה מציבים חלק מתושבי היישוב לכך שלא תתאפשר שחייה מעורבת בכריכת המריכה, לבין חובתה של הרשות המקומית לאפשר חלופה הולמת שתמנע פגיעה באלה המעוניינים במתן השירות על בסיס שוויון מגדרי, עשויה להיות בלתי רצויה – הגדלת המימון הציבורי לבריכה או השבתתה לדאבון לב הכלל. אפס, מציאות זו אינה מצדיקה, ואינה יכולה להצדיק, את התוצאה הקשה עוד יותר אותה מבקשת הרשות המקומית כי נאפשר – כניעה מוחלטת לחסידי ההפרדה, וזניחה מלאה של עקרון השוויון המגדרי במרחב הציבורי.

16. סיכומו של דבר, הדרישה לרחצה בהפרדה מגדרית היא דרישה הטומנת בחובה מניה וביה הבחנה מטעמי מגדר. דרישה שכזו עומדת בניגוד למושכלות היסוד לפיהן שירות לציבור, בוודאי כזה הניתן על ידי רשות ציבורית, צריך להינתן על בסיס שוויוני, וללא התייחסות למינו של מקבל השירות. הדין מאפשר אומנם בנסיבות מסוימות היענות לדרישה זו ביחס לרחצה בכריכות ציבוריות, אך זאת אך ורק כחריג צר, ותוך שמירה על זכויות הציבור המעוניין בקבלת השירות ללא הבחנה מטעמי מגדר. מכאן שלא בשתי חלופות שוות מעמד עסקינן, אלא בכניעה של הרשות המקומית לדרישה להפעלת החריג, המאפשר הפרדה מגדרית, מבלי שנשמרה זכות הציבור ליישום הכלל, דהיינו מתן השירות ללא הבחנה על בסיס מינם של הרוחצים. לכך לא ניתן להסכים, ומכאן קצרה הדרך לקבלת העתירה על פי התוצאה שהציע חברי, השופט עמית.

ויובהר, לעותרים לא עומדת הזכות לכך שהשימוש המשותף בכריכה יתאפשר למשך מרבית שעות פתיחתה, ולמען ההגינות הם גם לא דרשו זאת. היחס שבין השימוש המשותף לשימוש הנפרד צריך להביא בחשבון לא רק את הסוגיות העקרוניות בהן הרחבתי, אלא גם את היקף הדרישה הקיים לכל אחד מהם. בהינתן העדפות רוב המשתמשים הפוטנציאליים בכריכה, יש טעם בהחלטה שתאפשר רחצה בנפרד ברוב שעות היום, ורחצה במשותף במיעוט השעות, על פי המפתח שהציע חברי.

17. טרם נעילה אבקש להצטרף לקריאתו של חברי כי מוטב שסוגיה רגישה מהסוג בו עסקינן תוסדר על דרך של הידברות, ולא באמצעי כפיה. כך נעשה בעניין העתירה הקודמת, ואין לנו אלא להצטער שהדבר לא הסתייע ביחס לעתירה שלפנינו. כידוע, דלת ההידברות לעולם אינה נעולה, ועל כן ככל שהצדדים יגבשו ביניהם הבנות ביחס להפעלת הכריכה, חזקה עליהם כי יביאו אותן לידיעתנו, וחזקה עלינו כי לא נעמוד בדרכה של פשרה התואמת את הוראות הדין.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת לעמדת השופט י' עמית והשופט ע' גרוסקופף, כי לא ניתן להותיר על כנה את החלטת המועצה המקומית קרית ארבע (להלן: המועצה), שלא לאפשר "רחצה משפחתית" בכריכת היישוב (שהיא מטבע הדברים רחצה מעורבת של גברים ונשים). כפי שהיטיבו חבריי לבאר, החלטה זו אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה המסדירה את הפעלתן של כריכות שחייה בישראל, שלפיה רחצה מעורבת היא הכלל ורחצה בהפרדה מגדרית היא החריג; וסותרת את הוראותיו המפורשות של חוק איסור הפליה במוצרים,

בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, בהיותה מפלה על רקע מין. אוסיף כי החלטת המועצה הכופה רחצה בהפרדה על כלל תושבי היישוב פוגעת בזכויות יסוד של העותרים – ובראשן הזכות לשוויון, אוטונומיה של הפרט וכן הזכות לחופש מדת, שהם ערכי יסוד בשיטת המשפט שלנו ובכל משטר דמוקרטי. פגיעה זו בזכויות העותרים לא קיבלה משקל כלשהו בהחלטת המועצה, ועל כן נדרשת התערבותנו בסדרי הפעלת הבריכה.

אם לא די בכך, החלטת המועצה עומדת בסתירה להתחייבותה לאפשר רחצה מעורבת בבריכה, שנטלה על עצמה במסגרת פשרה שקיבלה תוקף של פסק דין בעתירה קודמת שהגישו העותרים (להלן: העתירה הראשונה; בג"ץ 5527/17 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (26.4.2018)). החובה לקיים אחר פסק דינה של ערכאה זו עומדת כמובן בפני עצמה ומתחייבת מעקרון שלטון החוק; ואולם הפרת חיובה של המועצה לאפשר רחצה מעורבת מקבלת משנה חומרה שעה שפסק הדין ניתן על רקע תמרוך עצור שהוצב בפני המועצה במהלך הדיון בעתירה הראשונה ושהזהיר אותה מפני פגיעה בזכויות המיעוט בקרב תושבי קרית ארבע. אלא שהמועצה התעלמה מפסק הדין, ועל כך יש להצר.

2. המועצה היא רשות הכפופה לכללי המשפט המינהלי, והבריכה שבה עסקינן היא בריכה ציבורית; יותר מכך – מדובר בבריכה ציבורית יחידה בתחום המועצה, ופעילותה ממומנת מכספי ציבור. כידוע, "בעת חלוקת משאבי הציבור מחויבת הרשות לפעול באופן שישרת נאמנה את הציבור כולו ויבטיח את קיומו של מינהל תקין. בהתאם לכך, על הקצאת משאבים ציבוריים ברשויות מקומיות להתבצע לאור עקרונות של סבירות ומידתיות, ועל פי קריטריונים הוגנים, שוויוניים, ענייניים וגלויים" (עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, פסקה 20 (9.9.2014) (להלן: עניין כפר ורדים), ושורת ההפניות שם; כן ראו: עע"מ 122/19 עמותת זכרון זאב צבי נ' מועצת עיריית ירושלים, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (בדעת מיעוט, שלא בעניין זה), ופסקה 5 לפסק דינו של השופט י' אלרון (4.8.2019); יצחק זמיר הסמכות המינהלית 248-246 (מהדורה שנייה, 2010)). בתוך כך, על רשות מינהלית לפעול בשוויון בכל פעולה מפעולותיה; ולענייננו המשמעות היא שהמועצה בהעמידה את הבריכה לציבור תושביה אינה רשאית לנקוט מדיניות של איפה ואיפה בשימוש בה (ראו: עע"מ 5875/10 התנועה המסורתית נ' המועצה הדתית באר שבע, פסקאות טו-טז (11.2.2016); עע"מ 7335/10 קצין התגמולים – משרד הביטחון נ' לופו, פסקה כא (29.12.2013); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000)). השופט א' ברק (כתוארו אז) עמד זה מכבר על חשיבותה של הזכות לשוויון ועל הסכנה הגלומה בפגיעה בה:

"הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם." (בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988)).

3. במקרה דנן, החלטת המועצה לאפשר רחצה אך ורק בהפרדה מפלה את העותרים ומביאה להדרתם מהשימוש בבריכה, שהיא כאמור משאב ציבורי. כפייתה של הרחצה בהפרדה מונעת מן העותרים את הבילוי בבריכה בחיק משפחתם, ואין להקל בכך ראש. בריכות השחייה מהוות מאז ומתמיד אחד ממוקדי הבילוי המשפחתי המבוקשים בישראל, במיוחד בימות הקיץ והחופש מבתי-הספר וגני הילדים. הביקור בבריכה מזמן אליו את בני כל הגילאים, מפעוטות ועד הגיל השלישי, הוא חוצה תרבויות ומגזרים, ומאפשר למשפחה מכל סוג ובכל הרכב להתאחד בפעילות מהנה המשלבת בילוי, משחק וספורט.

שורשיה של הכפייה שמנהיגה המועצה ביחס לרחצה בהפרדה נטועים על פי הנטען בטעמים הלכתיים של צניעות. לגישתם של המתנגדים לרחצה מעורבת, לא רק שאין לקחת בה חלק, אלא אף אין לרחוץ בהפרדה בבריכה שביום אחר ובזמן אחר מתקיימת בה רחצה מעורבת. לפיכך, דרישת הרוב בקרב תושבי קרית ארבע היא לא רק שתתאפשר רחצה בהפרדה בבריכה – אלא אף שתישלל כליל מהמיעוט, ובו העותרים, האפשרות לרחצה מעורבת. יש להדגיש בנקודה זו, כי העניין ההלכתי עצמו אינו עומד להכרעתנו במסגרת העתירה דנן, וממילא אין זה מתפקידו של בית משפט זה לפסוק בעניינים שבהלכה. יצוין רק שהמענה לשאלה אם יש להפרדה המגדרית הצדקה הלכתית אם לאו, טמון כנראה בזהותו של השואל או המשיב; והדגש לענייננו הוא על כך שמבחינה משפטית כפייתה של רחצה בהפרדה על ידי המועצה מהווה פרקטיקה בלתי-שוויונית, המפלה את העותרים מטעמי דת ועל יסוד מגדרי.

4. מצד אחד, אין ולא יכול להיות חולק בדבר חופש הדת והפולחן הנתון לתושבי קרית ארבע, המהווים את הרוב ביישוב. חופש הדת נמנה עם זכויות היסוד הבסיסיות של כל אדם באשר הוא אדם, והוכר כנדבך מרכזי במערכת ערכי היסוד שעליהם נבנה המשטר

במדינה (בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים, פסקה 24 (21.9.2020); בג"ץ 731/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פסקה 8 (22.6.2011); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקאות 71-73 (1.8.2010), להלן: עניין סולודוך; בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988)).

בה בעת, לכל אדם נתונה הזכות שלא לקיים אחר מצוות שבדת או הנחיות הלכתיות. זוהי הזכות לחופש מדת, ואף היא הוכרה זה מכבר כזכות אדם בסיסית. יסודה של הזכות לחופש מדת בזכות לאוטונומיה של הפרט, הנגזרת מכבוד האדם וחירותו, ומשמעותה היא בין היתר כי כל אדם חופשי לקבוע לעצמו את אורח חייו ולפעול על פי צו מצפונו ותפיסת עולמו (בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות, פסקאות 39-40 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (30.4.2020), להלן: עניין עמותת הפורום החילוני; בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 610 (2004); השופט מ' חשין בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 507-510 (1993)). האיסור על רחצה משפחתית כופה על העותרים ועל מי שכמוהם מעוניין ברחצה מעורבת, לקיים ציווי הלכתי של הפרדה מגדרית באופן שאינו מתיישב עם אורח חייהם, תפיסת עולמם ורצונם הפרטי; ועל כן כפייתה של רחצה בהפרדה גוררת פגיעה ממשית בזכותם של העותרים לכבוד, שהיא זכות יסוד שזכתה לעיגון חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומהווה ערך עליון בכל תפיסה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם. זאת ועוד. פתיחת שערי הכריכה לרחצה בהפרדה בלבד טומנת בחובה הפליה מגדרית – שכן המדובר בהבחנה אסורה במתן שירות לציבור, המבוססת על קריטריון של מין. מילותיו בנדון של השופט גרוסקופף כדורבנות, ואני שותפה לעמדתו. הפרדה בין גברים לנשים במרחב הציבורי היא פוגענית כשלעצמה, באשר כידוע "נפרד לעולם איננו שווה". זו גם נקודת המוצא של החקיקה המסדירה את פעילותן של בריכות השחייה בישראל, כפי שסקר בהרחבה השופט עמית בפסק דינו.

5. ככל זכות, הן חופש הדת הן החופש מדת אינן בעלות אופי מוחלט ועשויות לסגת זו מפני זו או מפני זכויות אחרות (עניין סולודוך, פסקה 75; בג"ץ 2818/20 עציון נ' ראש הממשלה, פסקה 8 (19.5.2020)). ואולם מתנגדי הרחצה המעורבת מבקשים לראות בחופש הדת הנתון להם משום זכות מוחלטת, המקנה להם "זכות וטו" בקביעת סדרי השימוש בכריכה. זאת בשונה מהעותרים, שאינם מבקשים לשלול את הרחצה בהפרדה מעיקרה – אלא להקצות שעות גם לרחצה משפחתית; והם אף מוכנים להסתפק בהקשר זה בשעות מוגדרות ומצומצמות. וראוי עוד לציין בהקשר זה, כי אין עסקינן בפעילות דתית במהותה אלא בפעילות פנאי מובהקת.

החלטת המועצה שלא לאפשר רחצה מעורבת בכריכה המיועדת לכלל תושבי קרית ארבע, אף לא במתכונת מצומצמת כפי שנתבקשה על ידי העותרים, אינה מעניקה משקל כלשהו לפגיעה הממשית בזכויות העותרים כפי שפורטו. לא ניתן על ידי המועצה מענה כלשהו, ולו מזערי, לזכויותיו של המיעוט. חלוקה זו של המשאב הציבורי אינה שוויונית, אינה צודקת ואינה סבירה.

וזאת יש לבאר: לא ניתן להצדיק את שלילתן המוחלטת של זכויות המיעוט בטענה שלפיה הפגיעה שעלולה להסב הרחצה המעורבת למתנגדיה, עולה על הפגיעה הגלומה בכפיית הרחצה בהפרדה על העותרים. טענה זו מבוססת לכאורה על הנחה כי כל מי שחפץ לטבול בכריכה יכול לעשות כן במסגרת של רחצה בהפרדה, אך מי שדוגל ברחצה בהפרדה לא יכול לרחוץ בכריכה שמאפשרת גם רחצה מעורבת. המדובר ב"משוואה" שמתיימרת לשקול את פגיעתם של חברי הקבוצה האחת אל מול פגיעתם של חברי הקבוצה השנייה על פי אמות מידה הלכתיות שבהן דוגלים המתנגדים לרחצה מעורבת – תחת אלה המשפטיות – ועל כן תוצאתה של השוואה זו היא מוטה ומטעה. השוואה זו מקדשת את השקפת עולמם של המתנגדים לרחצה מעורבת על פני זו של החפצים בה, ואגב כך נמצאת עיוורת לחלוטין לזכויות ולאינטרסים של העותרים ואחרים כמותם.

6. יצוין בנקודה זו כי לא נעלם מעיניי שלטענת המועצה שיקולים תקציביים הם שמחייבים אותה לכפות את הרחצה בהפרדה על כלל התושבים. על פי הנטען בהקשר זה, מאז פתיחתה של הכריכה לרחצה מעורבת בעקבות פסק הדין בעתירה הראשונה, הרוב "מצביע ברגליים" וחדל לפקוד את הכריכה, עד כדי החרמתה ממש; והפעלתה של הכריכה, שהיתה לכתחילה גרעונית, הפכה בשל כך לבלתי אפשרית. אמנם "הלכה פסוקה היא שרשות ציבורית רשאית, ואף חייבת, להתחשב במגבלות התקציביות במסגרת שיקול-הדעת הנתון לה, כחלק ממילוי חובותיה כלפי הציבור" (בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, 39-40 (2008)). עם זאת, המשקל שיש לייחס לשיקולים תקציביים נבחן בין היתר אל מול חשיבות הזכויות והאינטרסים העומדים מנגד (עניין כפר ורדים, פסקה 32; דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי, עמ' 745-747 (2010)); ולענייננו, שיקולי תקציב אינם יכולים להכשיר את הדרתם של העותרים מהכריכה, שהיא כאמור משאב ציבורי המיועד לשימוש תושבי קרית ארבע כולם:

"טיעון תקציבי לא יכול להקים מחסום מפני מציאת פתרון הולם ומידתי להגנה על הזכויות העומדות על הפרק בנסיבות העניין שלפנינו. כפי שצוין בפסיקתנו לא פעם 'זכויות אדם עולות כסף' וכחברה דמוקרטית עלינו להיות נכונים לשאת בעלות ההגנה עליהן (בג"ץ 9134/12 גביש



נ' הכנסת, פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (21.4.2016); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281-282 (1999); בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית 'מכבים-רעות', פ"ד נ(1) 19, 27 (1996). ההגנה על זכויות היסוד של האדם היא אינה עניינו של הפרט בלבד 'אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה' (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (1995)). " (ההדגשות שלי-ע'ב') (עניין עמותת הפורום החילוני, פסקה 68).

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. כמפורט באריכות לעיל, המועצה מחויבת לחלוקת משאבי הציבור באופן שוויוני – וכפייה של רחצה בהפרדה אינה עולה בקנה אחד עם חובה זו.

7. משלא השכילה המועצה לקבוע בעצמה הסדרים להקצאת השעות והימים בבריכה – אנו נאלצים לעשות כן במקומה. במהלך הדיון בעתירה לא חסכנו מאמצים להביא את הצדדים להסדרת השימוש בבריכה בדרך של הידברות בין המועצה ובין התושבים והנציגים, תוך דגש על הדדיות וסובלנות כלפי הקבוצות השונות. כיוונו לפשרה פרגמטית. למרבה הצער הדבר לא הסתייע, ולא הוצגה בפנינו הצעה קונקרטית – אף לא ב"קווי מתאר". משכך, אני מצרפת את הסכמתי לפסקי דינם של חבריי, ולתוצאה שאליה הגיע השופט י' עמית. אני ערה לכך שהזמן שהוקצה לרחצה משפחתית הוא מצומצם, אך נראה שמספק את העותרים. מכל מקום, אין לקרוא לתוך קביעתנו בנדון את מה שאין בה – דחיקתה של הרחצה המעורבת לשוליים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט בתשרי התשפ"א (7.10.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט