



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"ס 343/09

בפני : כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' עמית

המערער : הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות

נגד

המשיבים : 1. עיריית ירושלים  
2. ראש עיריית ירושלים

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים  
מינהליים בירושלים מיום 10/11/2008 בתיק עתמ  
8187/08 שניתן על ידי כבוד השופט י' עדיאל

תאריך הישיבה : ב' בניסן התש"ע (17.03.10)

בשם המערער : עו"ד גלעד ברנע, עו"ד עינת הורביץ  
בשם המשיבים : עו"ד אהוד גוט, עו"ד רענן בר זוהר

### פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים מיום 10.11.08 (סגן הנשיא כב' השופט י' עדיאל) בעת"מ 8187/08, בגדרו נדחתה עתירת הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות (ע"ר) (להלן: המערערות) נגד עיריית ירושלים (להלן: העירייה או המשיבה) ונגד העומד בראשה (להלן: ראש העיר או המשיב) (להלן ביחד: המשיבים).

1. העתירה שנדונה בבית משפט קמא נסבה על דחיית בקשות המערערות לקבלת תמיכה כספית לפעילויות בתחומים שונים שקיימה המערערות בשנים 2005, 2006 ו-2007. בעתירה טענה המערערות כי העירייה – על אגפיה השונים – קבעה תבחינים למתן תמיכות, אשר מציבים מכשול בלתי עביר, הלכה למעשה, בפני קהילת ההומואים, הלסביות, הטרנסג'נדרים והביסקסואלים בירושלים (להלן ובכינוי המקובל על בני הקהילה: הקהילה הגאה), שאותה מייצגת המערערות.

בתמצית, נקבע בפסק הדין של בית משפט קמא כי הגם שאין חולק על חשיבות פעילות המערערת, הרי שפעילותה אינה באה בגדרם של התבחינים שקבעה העירייה לזכאות לתמיכה, וכי אין מקום להתערב בתבחינים אלה או בשיקול דעתה של העירייה ביישומם באשר לקביעת זכאות המערערת לתמיכה. על כך נסב הערעור שבפנינו.

הצדדים לערעור

2. המערערת היא עמותה רשומה שהוקמה בשנת 1997 שמטרותיה קידום ערכי פלורליזם וסובלנות חברתית. לפני כעשור הקימה המערערת מרכז קהילתי הפועל במרכז העיר ירושלים (להלן: המרכז הקהילתי או הבית הפתוח) המהווה בית לקהילה הגאה בעיר. לטענת המערערת, מהווה הקהילה הגאה כ- 10% מהאוכלוסייה, ובכלל זה גם מתושבי ירושלים. המערערת מצהירה כי היא פועלת לשילוב הקהילה הגאה כחלק אינטגרלי מהמרקם העירוני בירושלים, ומציעה לחברי הקהילה הגאה בירושלים פעילויות רבות לאורך השנה, שאין להן מקבילה במקומות אחרים בעיר. לטענת המערערת, היא הארגון היחיד המספק שירותים החיוניים לחברי הקהילה הגאה בעיר, הזקוקים למסגרת שבה הם יכולים להיתמך האחד בזולתו. בין היתר, הצהירה המערערת כי הבית הפתוח מספק שירותי תרבות, שירותי חברה ושירותי תמיכה נפשית-חברתית, המיועדים במיוחד לחברי הקהילה הגאה, וכי מתקיימים בו בממוצע כשבעים אירועים מדי חודש, הכוללים קבוצות תמיכה, דיונים והרצאות, אירועי דת ומסורת, מפגשי חברה ואירועי תרבות שונים. לפעילות האמורה הד גם בציבור הרחב, בירושלים ומחוצה לה, כך שפעילותו של הבית הפתוח משרתת לא רק את חברי הקהילה הגאה בעיר, אלא גם חלקים נוספים בציבור הירושלמי שאינם נמנים על חברי הקהילה הגאה, אך מעוניינים בקיום ערכי סובלנות, פלורליזם וליברליות בירושלים. המערערת מצהירה כי הבאים בשערי המרכז הקהילתי שלה מייצגים חתך מאפיין של תושבי ירושלים בכל גווני הספקטרום בעיר: חילוניים, דתיים, חרדים, ערבים, נוצרים, יהודים, צעירים, מבוגרים, נשים וגברים. כמו כן, החל משנת 2002, מקיימת המערערת מדי שנה את אירועי הגאווה בירושלים, הכוללים את מצעד הגאווה, את הפנינג הגאווה ושורת אירועים המתקיימים במסגרת אירועי הגאווה.

3. המשיבה היא עיריית ירושלים, שבאחריותה ליתן שירותים לתושבי העיר. בין יתר הפעולות שמבצעת העירייה, היא מעניקה בכל שנה תמיכה כספית לגופים שונים הפועלים במגוון תחומים, מכספי הציבור המתקבלים ממשרדי הממשלה השונים ומכספי הציבור הנובעים ממקורותיה שלה.

4. אין זו הפעם הראשונה שהצדדים נפגשים בבית המשפט, והמערערת פנתה פעמים רבות לערכאות בכל הקשור לנושא התמיכות. בעמודים הבאים נסקור את שורת ההליכים שהתקיימו בין הצדדים, ועם הקורא הסליחה אם נאריך בתיאור ההליכים הנחוצים להבנת הרקע לערעור הנוכחי.

בשנת 2002 קיימה המערערת לראשונה בירושלים את אירועי הגאווה, שכללו את מצעד הגאווה, הפנינג הגאווה ושורת אירועים נוספים כמו מופעי תרבות, הרצאות, דיונים והקרנת סרטים. משנדחתה בקשת המערערת לקבל תמיכה כספית למימון אירועי הגאווה לשנת 2002, עתרה המערערת לבית משפט זה. העתירה נמחקה לאחר שהעירייה קיבלה את המלצת בית המשפט לשלם למערערת סך של 40 אלף ₪ כהשתתפות במימון אירועי הגאווה ומבלי שתהיה בכך הודאה מצד העירייה בזכותה של המערערת לתבוע השתתפות במימון פעילויות דומות בעתיד (בג"ץ 4533/02 הבית הפתוח למען הקהילה ההומו-לסבית בירושלים ולמען טובלנות חברתית נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 27.4.2003)).

בשנים 2003 ו-2004, שבה המערערת וקיימה את אירועי הגאווה בירושלים, אשר כללו פעילויות שונות כמו ערבי ספרות, סדנאות, הרצאות, עריכת תערוכות, הקרנת סרטים, מסיבות וכיו"ב. משנדחתה בקשת המערערת לקבלת תמיכה של העירייה באירועים אלה, חזרה המערערת ועתרה לבית משפט זה. בעתירה התבקש בית המשפט לחייב את העירייה להעניק למערערת תמיכה במימון פעילותה בשנים 2003 ו-2004 ולחייב את שר הפנים ואת היועץ המשפטי לממשלה להתקין נוהל חדש ועדכני למתן תמיכות על ידי רשויות מקומיות. בעקבות הגשת העתירה, התחייב שר הפנים לפרסם בהקדם נוהל עדכני למתן תמיכות של רשויות מקומיות, אשר יבוא תחת הנוהל הישן משנת 1985. משכך, נמחקה העתירה נגד שר הפנים תוך חיובו בהוצאות. אשר לעירייה, נקבע כי אם תידחה בקשת המערערת לתמיכה גם עבור שנת 2005, תהא המערערת רשאית לחזור ולעתור נגד העירייה בעניין בקשותיה לתמיכות הן עבור שנת 2005 והן עבור השנים 2003 ו-2004 (בג"ץ 10903/04 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולטובלנות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 24.11.2005)).

נציין, כי בעקבות פסק הדין האמור, ביום 23.8.06 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הפנים לנושא נוהל תמיכות במוסדות ציבור על ידי הרשויות המקומיות (חוזר המנהל הכללי 4/2006) (להלן: הנוהל החדש).

5. נחזור לאחור בציר הזמן ונספר לקורא כי ביום 24.3.04 מינה ראש העיר ועדה ציבורית לקביעת תבחינים לחלוקת תמיכות למוסדות תרבות ואמנות הפועלים בעיר. בראש הוועדה הציבורית עמד פרופ' ארנון צוקרמן (נשיא "בצלאל" ומנהל לשעבר של רשות השידור), והיא מנתה חברים רבים וביניהם דמויות בכירות בתחומי האמנות והתרבות (להלן: וועדת צוקרמן).

וועדת צוקרמן ישבה על המדוכה כשנה וחצי ואף נעזרה בחברה ליעוץ כלכלי כדי לגבש תבחינים מדידים להערכת גובה התמיכה שתינתן לכל מוסד הפועל בתחום התרבות. התבחינים עליהם המליצו חברי וועדת צוקרמן אומצו על ידי מועצת העירייה ביום 10.10.05 (להלן: תבחיני צוקרמן).

לפי תבחיני צוקרמן, במסלול התמיכות השוטפות, העירייה תיתן תמיכה למוסדות אשר עיקר עיסוקם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית ואשר הוכרו על ידי מינהל התרבות במשרד החינוך. אלו יתוקצבו על סמך שלוש קבוצות תבחינים מרכזיות: נתוני פעילות כמותיים; תרומה למיצוב ירושלים כבירת התרבות של מדינת ישראל וכמרכז תיירות עולמי המושתת על מפעלי תרבות ואמנות בין-לאומיים; וחשיבות אמנותית ותרבותית. המוסדות שיהיו זכאים פוטנציאלית לתמיכה, ייקבעו על ידי "וועדה מלווה" שתורכב מעובדי העירייה ומנציגי ציבור בעלי כישורים רלוונטיים שאינם נושאי משרה בעירייה, ובלבד שאין במינויים משום ניגוד אינטרסים.

בצד התבחינים לתמיכה במסלול התמיכות השוטפות וכחריג לתבחינים אלה, המליצה וועדת צוקרמן כי 10% מתקציב התמיכות בתחום התרבות יופנו לתקצוב פרויקטים חד-פעמיים או רב-שנתיים בתחומי האמנות המקצועית, החובבים, מורשת ישראל, התרבות הערבית והפולקלור (להלן: מסלול פרויקטים).

5. לקראת אירועי הגאווה לשנת 2005, נשמעו קולות בקרב קהלים שונים בציבור נגד עריכת אירועי הגאווה בירושלים. ראש העיר דאז התבטא אף הוא נגד קיום מצעד הגאווה בירושלים והעירייה סירבה לבצע את הפעולות הנדרשות על מנת לאפשר קיומם של אירועי הגאווה, ובכלל זה לתלות את הדגלים שרכשה המערערת לאורך המסלול המתוכנן של מצעד הגאווה. משכך, פנתה המערערת בחודש יוני 2005 לבית המשפט המחוזי בעתירה מנהלית, וביקשה להורות לעירייה לאפשר את קיום אירועי הגאווה, ובכלל זה, להורות לעירייה לתלות את דגלי הגאווה במספר רחובות בירושלים

ולהורות למשיבים, לשר הפנים ולמשטרת ישראל להימנע מכל פעולה שעלולה להפריע לקיום המצעד והעצרת.

עתירתה של המערערת נתקבלה. בפסק דינה של כב' השופטת מ' ארד נקבע שעל העירייה להעמיד את שטחיה הציבוריים לרשות הציבור כולו, על כל גווניו, ולאפשר פלורליזם והבעת דעות שונות. בית המשפט הורה למשיבים לנקוט את כל הפעולות הנדרשות לקיום אירועי הגאווה, לרבות תליית דגלים ברחובות, וחייב את העירייה ואת ראש העיר בהוצאות המערערת (עת"מ (י-ם) 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 26.6.2005)).

בעקבות פסק הדין, התקיימו אירועי הגאווה בירושלים לשנת 2005 במועדם, ובכללם מצעד הגאווה. במהלך המצעד פרצו מספר עימותים בין המשתתפים לבין מתנגדים לקיום המצעד ששיאם היה בתקרית במהלכה נדקרו בסכין שלושה ממשתתפי המצעד (הדוקר הורשע, בין היתר, בעבירה של ניסיון לרצח והושת עליו עונש של עשר שנות מאסר בפועל (תפ"ח 843/05 מדינת ישראל נ' שליטל (לא פורסם, 8.2.2006)).

6. בקשות התמיכה של המערערת לשנת 2005 – המערערת הגישה לעירייה בקשת תמיכה לצורך הרחבה, העשרה וייצוב של פעילותה. הבקשה לתמיכת אגף החברה בעירייה התייחסה לשלושה תחומים: מרכזים ומינהלים קהילתיים; קידום מעמד האישה; ובני נוער וצעירים.

באשר למרכז הקהילתי שמפעילה המערערת, עמדה המערערת על כך שפעילות המרכז הקהילתי שלה יוצרת מרחב בטוח עבור הבאים בשעריו ומציעה מסגרות שונות לנוער, לנשים ולמגזרים אחרים בעלי צרכים מיוחדים בתוך הקהילה הגאה (גברים בגיל הזהב, דתיים, ערבים ועוד).

באשר לפעילות בתחום קידום מעמד האישה, צוין בבקשה כי היא נחלקת לשני מוקדים: האחד, פעילות חברתית מגוונת, הכוללת מפגשים שונים לבנות הקהילה הגאה, שתכליתם בילוי והיכרות. השני, פעילות חברתית של מפגשי "שיחה נשית", במסגרתה דנות בנות הקהילה הגאה בנושאים שונים. זאת לצד פעילויות נוספות המתקיימות על בסיס שבועי, כמו קבוצת כדורסל נשים ו"סדנת עשי זאת בעצמך", שתכליתן להעצים את בנות הקהילה הגאה.

באשר לפעילות בתחום בני נוער וצעירים, צוין בבקשה כי המערערת מקיימת שלוש מסגרות הנבדלות זו מזו בתכנים המועברים בהן: קבוצת נוער בגילאי 15-18; קבוצת צעירים בגילאי 18-23; וערב פתוח לנוער. הפעילות נעשית אחת לשבוע בבית הפתוח באופן המאפשר אנונימיות יחסית, שכן במהלך פעילויות אלה פתוח המרכז הקהילתי לבני נוער ולצעירים בלבד. התוכניות מנוהלות על ידי רכז נוער מקצועי, תוך ליווי של הצוות המקצועי של המערערת, המורכב מעובדים סוציאליים ומפסיכולוגים מתנדבים. המערערת ביקשה להרחיב את הפעילות ולהוסיף גם מסגרת ייחודית עבור בני נוער עולים, שלהם צרכים ייחודיים נוספים לאלו הנובעים מהשתייכותם לקהילה הגאה.

7. בקשת תמיכה נוספת הוגשה על ידי המערערת לאגף התרבות בעירייה, הן במסלול התמיכות השוטפות והן במסלול הפרויקטים. המערערת ציינה מספר פעילויות, הקשורות ברובן לנטייה מינית, בתחומי הקולנוע, הספרות, המחקר, התיאטרון, הרצאות ורבי-שיח, אמנות ועוד. במסלול הפרויקטים צוינו בבקשה אירועי הגאווה לשנת 2005 שכללו, בין היתר: אירועים ספרותיים שעסקו בדת, בנטייה מינית ובזהות מגדרית; אירועי תרבות בסינמטק ירושלים; מסיבות; תערוכה ייחודית; קבלת שבת גאווה פלורליסטית; דיון ודוברות בנושא מיניות לסבית ועוד.

8. העירייה דחתה את כל בקשות התמיכה של המערערת לשנת 2005. בקשות התמיכה שהופנו לאגף חברה לא הובאו ככל הנראה בפני וועדת התמיכות העירונית או בפני מועצת העיר, ולמצער, המערערת לא קיבלה כל הודעה מהעירייה באשר לבקשות אלה. הבקשה לאגף תרבות נדחתה על ידי מועצת העיר, לנוכח המלצת וועדת התמיכות, שנסמכה על המלצות ועדת ההקצבות המקצועית והוועדה המלווה. זו קיימה שני דיונים בבקשת התמיכה של המערערת והגיעה למסקנה כי המערערת אינה עומדת בתבחיני צוקרמן, הן במסלול התמיכות השוטפות והן במסלול פרויקטים.

9. משנדחו בקשות התמיכה של המערערת גם לגבי שנת 2005, הגישה המערערת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים, בגדרה ביקשה כי בית המשפט יורה לעירייה להעניק למערערת תמיכה בעבור השנים 2003, 2004 ו-2005, ויורה לעירייה לקבוע תבחינים ענייניים, שוויוניים ושקופים לחלוקת כספי התמיכות. במסגרת העתירה העלתה המערערת, בין היתר, טענת משוא פנים וניגוד עניינים לגבי חלק מחברי הוועדה המלווה – שהיא הגוף הממליץ המקצועי בהתאם לתבחיני צוקרמן – שלהם הייתה נגיעה בגופים שביקשו וקיבלו תמיכה מאגף תרבות. בפסק דינה מיום 28.5.06,

קיבלה כב' השופטת י' צור את טענות המערערת כנגד העירייה (עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים) (להלן: פסק דינה של השופטת צור). בפסק הדין נקבע כי החלטות העירייה לגבי בקשות התמיכה של המערערת בשנים 2003, 2004 ו-2005, הפרו את עקרון השוויון ולא עמדו בהוראות הקבועות בנוהל התמיכות ובכללי מנהל תקין, והעירייה חויבה להעביר למערערת כספי תמיכות עבור שנים אלו.

לגבי שנת 2003 נקבע כי העירייה לא הציגה תבחינים שקופים ושוויוניים למתן תמיכות, ולא הציגה תשתית נאותה המאפשרת בחינה עניינית של החלטתה, שכן ההחלטה הדוחה את הבקשה לא נומקה ואף עמדה בניגוד להמלצה של הגורם המקצועי בעירייה להעניק למערערת תמיכה בשנת 2003. לפיכך, חויבה העירייה לתת למערערת תמיכה לשנת 2003 בסך של 100 אלף ₪.

לגבי שנת 2004 נקבע כי החלטתה של ועדת התמיכות לדחות את בקשת המערערת, ניתנה ללא הנמקה, תוך התעלמות מהחלטת הדרג המקצועי ומהמלצתם המקצועית של היועץ המשפטי לעירייה ושל מבקרת העירייה ותוך פגיעה בעקרון השוויון ובעקרון השקיפות. נקבע כי ההחלטה פגומה הן מבחינת תקינות ההליך והן מבחינת סבירותה, ולפיכך חויבה העירייה לתת למערערת תמיכה לשנת 2004 בסך של 125 אלף ₪.

לגבי שנת 2005, קיבל בית המשפט את הטענה למשוא פנים ולניגוד עניינים שהעלתה המערערת. עוד נקבע כי ההחלטה לדחות את בקשת התמיכה בנימוק שהמערערת אינה עומדת בתבחיני צוקרמן, היא החלטה מפלה. נקבע כי הגם שהתבחינים ענייניים ושוויוניים על פניהם, הרי שמבחן התוצאה מצביע על כך שתנאי הסף הקובע כי עיקר פעילותו של המוסד מקבל התמיכה הוא לפחות באחד מתחומי האמנות המקצועית, מביאה לתוצאה בלתי שוויונית. עוד נקבע כי תבחיני צוקרמן לוקים בחסר, שכן נשמטו מהם מטרות חשובות כדוגמת עידוד וטיפוח מורשות תרבותיות ואמנותיות של מגזרי אוכלוסייה שונים וייחודיים. לפיכך, נקבע כי על העירייה להשלים את התבחינים לתמיכה במוסדות תרבות, כך שיכללו גם את הצורך בטיפוח ערכי פלורליזם, ובפעילות תרבותית וחברתית של קבוצות מיעוט המעוניינות לשמור על ייחודן ואת הצורך ליתן מענה לצרכים המיוחדים של אותן קבוצות מיעוט.

בית המשפט תמך את קביעותיו בהתנהלות העירייה מול המערערת ובאופן טיפולה בבקשות המערערת לתמיכות כפי שהתבצעו בשנים קודמות, שהיה בהן ללמד על הלך הרוח בעירייה נגד המערערת ועל חשד סביר להפליה.

באשר לבקשת התמיכה של המערערת לשנת 2005 מאגף חברה, ביקר בית המשפט את העירייה וקבע כי לא הציגה כל הנמקה או תשתית עובדתית לגבי שיקול הדעת שעמד בבסיס החלטתה, ואף לא הוצג כל תיעוד כי התקיים דיון כלשהו בעניין בקשת התמיכה של המערערת מאגף חברה. לגופו של עניין, דחה בית המשפט את טענת העירייה כי הבקשה נדחתה מאחר שהמערערת אינה ארגון שמטרתו העיקרית קידום מעמד נשים. נקבע כי מן הראוי היה לבחון את בקשת העותרת מאגף חברה לגופה, ובוודאי שלא לדחותה על הסף. לאור זאת, חויבה העירייה לתת למערערת תמיכה כספית לשנת 2005 בסך של 125 אלף ₪, בכפוף להגשת דוחות כספיים.

10. ערעור שהגישה העירייה על פסק דינה של השופטת צור לבית משפט זה נדחה בהסכמה בכל הנוגע לשנים 2003 ו-2004. באשר לשנת 2005, נקבע כי הדיון יוחזר לבית המשפט לעניינים מנהליים, וכי המערערת תהא רשאית להגיש עתירה מתוקנת בגדרה תוכל להרחיב את עילות התובענה, לרבות לגבי תמיכות בנושאי חברה, קידום נוער וצעירים, תמיכה במפעלי "תרבות שוליים" וכיוצא באלה. בנוסף, נקבע כי המערערת תהא רשאית להוסיף לעתירה המתוקנת, ככל שהדבר יידרש, גם את עתירתה באשר לבקשות התמיכה בשנים 2006 ו-2007 (עע"ם 5905/06 עיריית ירושלים נ' הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות (לא פורסם, 17.12.2007) (להלן: עע"ם 5905/06)).

11. נוכח פסק דינה של השופטת צור ופסק הדין בעע"ם 5905/06, חזרה ונתכנסה וועדת צוקרמן ביום 13.2.07 לדיון בתבחיני התמיכות עליהם המליצה. הוועדה לא מצאה לשנות את התבחינים, והמליצה כי אגף התרבות ירכז את התקציב המצומצם המוקצה לתמיכות, במוסדות שעיקר עיסוקם בתחום האמנות המקצועית, על מנת לממש את התכלית של מיצוב ירושלים כבירת תרבות, בדרך של "הבטחת פעילותם של הגופים האמנותיים היוצרים בעיר" (ההדגשה הוספה – י.ע.). הוועדה הוסיפה והבהירה כי אין בתבחינים אלה "כדי להוציא קהילות ומגזרים ייחודיים ממסלול התמיכות השוטפות, כל עוד גופים אלה עוסקים בפעילות אמנותית סדירה". כדוגמה לכך, ציינה הוועדה מספר גופים המייצגים קהילות או מגזרי מיעוט שזכו לתמיכה לאחר שנמצאו עומדים בתנאים בהיבט האמנותי-מקצועי להבדיל מההיבט הקהילתי-מגזרי (כמו "גלריה אנטיאה" הפועלת במסגרת עמותת "קול האישה", תיאטרון "תיבת נח" המבוסס על שחקנים ויוצרים ממדינות חבר העמים). באשר לתמיכות במסלול



פרויקטים, הוועדה חזרה והבהירה כי התקצוב במסלול זה "כולל פרויקטים של קהילות ומגזרי מיעוט בעלי צרכים מיוחדים".

12. בקשות התמיכה של המערערת לשנת 2006 – בשנת 2006 הגישה המערערת בקשות תמיכה לאגף תרבות ולאגף חברה בעירייה.

בדומה לבקשה בשנת 2005, בקשת התמיכה מאגף חברה התבקשה בשלושה מסלולים: מסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים; מסלול הפעילות למען בני נוער וצעירים; ומסלול קידום מעמד האישה. בקשת התמיכה מאגף תרבות התבקשה הן במסלול התמיכות השוטפות והן במסלול פרויקטים, בין היתר נוכח קיום אירועי הגאווה העולמיים בירושלים באותה שנה.

13. וועדת ההקצבות המקצועית של העירייה אישרה עקרונית את בקשת התמיכה של המערערת מאגף תרבות עבור אירועי הגאווה העולמיים לשנת 2006, בכפוף להגשת מסמכים שונים על ידה. בסופו של דבר נדחתה בקשת התמיכה של המערערת בגין אי עמידתה בהנחיות החשב הכללי מיום 25.2.04 שעניינן "פיקוח על גופים המקבלים תמיכה מתקציב המדינה – הגבלת הוצאות הנהלה וכלליות", ולפיהן אין ליתן תמיכה כספית לגופים החורגים ממסגרת הוצאות "הנהלה וכלליות" (להלן: הנחיות החשב"ל). גם בקשת התמיכה מאגף תרבות במסלול התמיכות השוטפות נדחתה על ידי העירייה מאותו טעם.

בקשות התמיכה של המערערת מאגף חברה נדחו כולן אף הן מנימוקים שונים כפי שיפורט בהמשך.

14. בקשות התמיכה של המערערת לשנת 2007 – בשנת 2007 חזרה המערערת והגישה בקשות תמיכה לאגף חברה ולאגף תרבות בעירייה וכן לחטיבה לקידום נוער וצעירים.

בדומה לבקשות התמיכה בשנים 2005-2006, הבקשה לתמיכה מאגף חברה התבקשה בשלושה מסלולים: מסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים; מסלול הפעילות למען בני נוער וצעירים; ומסלול קידום מעמד האישה. בקשת התמיכה מאגף תרבות התבקשה הן במסלול התמיכות השוטפות והן במסלול פרויקטים. בקשת התמיכה מהחטיבה לקידום נוער וצעירים (להלן: החטיבה לקידום נוער וצעירים או החטיבה) הוגשה על ידי המערערת לאחר ביקור שערכו בבית הפתוח מנהל החטיבה

לקידום נוער וצעירים בעירייה, מר שבתאי עמדי, וסגנו, מר ראובן בכר. בהמשך, ערך מר עמדי ביקור נוסף במקום.

15. במכתבה מיום 9.8.07 דחתה העירייה את בקשת התמיכה של המערערת מאגף חברה מן הטעם שהמערערת אינה מוכרת כמרכז קהילתי על ידי החברה הארצית למתנ"סים או על ידי החברה למרכזים ולמינהלים קהילתיים בירושלים. במכתבה, לא התייחסה העירייה לבקשת התמיכה במסלולי הפעילות למען בני נוער וקידום מעמד האישה.

במכתב נוסף מיום 9.12.07 השיבה העירייה כי הוחלט לדחות את שתי הבקשות לאגף התרבות, משום שאינן עומדות בתבחינים לתקצוב מוסדות תרבות. עוד צוין במכתב כי הוחלט שמצעדים אינם בגדר פרויקט המוכר לתמיכה במסלול הפרויקטים באגף תרבות.

גם בקשת המערערת מהחטיבה לקידום נוער וצעירים נדחתה מן הטעם שהמערערת אינה עונה על התבחינים של תמיכה במסגרת החטיבה במסלול נוער מנותק: מספר בני הנוער המשתתפים בפעילות מצומצם, הפעילות המתבצעת במקום היא חברתית והמדריכים חסרים את הידע המקצועי הדרוש.

העתיירה שהוגשה לבית משפט קמא והסעדים שנתבקשו במסגרתה

16. משנדחו בקשות התמיכה של המערערת לשנים 2006 ו-2007 ובהתאם לפסק הדין בעע"ם 5905/06, הגישה המערערת ביום 10.3.08 את העתירה נשוא הערעור דנן לבית משפט קמא (עת"מ 8187/08). בגדרה של העתירה נתבקש בית המשפט לחייב את העירייה ליתן למערערת תמיכה כספית למימון פעילות הבית הפתוח ואירועי הגאווה עבור השנים 2005-2007. לחלופין, התבקש בית המשפט לחייב את העירייה ואת מועצת העיר וועדת התמיכות שלה, לחזור ולדון בבקשות התמיכה של המערערת לשנים אלה ולפעול לקביעת תבחינים ענייניים, שוויוניים ושקופים לחלוקת כספי התמיכות, ולחלופי חלופין, להורות לעירייה לקדם ולממן בעצמה פעילויות חברה, תרבות ונוער לרווחת הקהילה הגאה.

17. דחיית בקשות התמיכה מאגף תרבות במסלול התמיכות השוטפות – נקבע כי הנחיות החשכ"ל אינן מיושמות על ידי העירייה באופן עקבי ומסודר, כי העירייה אישרה תמיכות גם לגופים שאינם עומדים בתנאי הנחיות החשכ"ל, וכי לא עלה בידיה להסביר את מתן התמיכות לכעשרה גופים שלא עמדו בהנחיות. משכך, נתקבלה טענת המערערת כי אי עמידתה בהנחיות החשכ"ל אינה מצדיקה את דחיית בקשותיה לתמיכות.

בית המשפט דחה את טענת המערערת למשוא פנים ולניגוד עניינים נוכח היותם של חברים בוועדה המלווה בעלי עניין בגופים אחרים שביקשו וקיבלו תמיכה בתחום התרבות. נקבע כי אותם חברים לא נטלו חלק בדיונים הנוגעים למוסדות בהם יש להם עניין ולא ניסו להשפיע על עמדתם של יתר חברי הוועדה המלווה. אף לו בוססה מעורבות, כנטען על ידי המערערת, היה בכך לכל היותר כדי להביא לביטול ההחלטות הנגועות בניגוד עניינים, אך לא כדי לזכות את המערערת בתמיכה שביקשה.

18. לגופו של עניין, קבע בית משפט קמא כי ההבחנה בין "אמנות מקצועית" לבין פעילותה של המערערת בתחום התרבות היא הבחנה רלוונטית הנוגעת לאופי הפעילות הנתמכת. פעילות המערערת היא של צרכן תרבות ולא של יוצר תרבות, ובוודאי לא יוצר תרבות מקצועי. המערערת לא הצביעה על גורם ספציפי אחר המבצע פעילות דומה לזו המבוצעת על ידה, או על קבוצת אוכלוסייה אחרת בעלת מאפיינים דומים, אשר זכתה לתמיכה מאגף תרבות בעירייה למימון פעילות שוטפת מסוג זה. לפיכך, המערערת לא ביססה עילה להתערבות בשיקול דעת העירייה בהחלטתה שלא לתמוך בפעילותה השוטפת של המערערת בתחום התרבות, החלטה הנופלת במתחם שיקול הדעת של העירייה, ועל כן אין לראות בה החלטה מפלה.

19. לגבי התמיכה בפעילות בתחום "תרבות שוליים", בהתאם להנחיה בפסק הדין בע"מ 5905/06, נקבע כי גם בהנחה שהמונח "תרבות שוליים" לא משקף בהכרח תרבות בתחומי האמנות המקצועית, הרי שאין עילה להתערב בשיקול דעת העירייה המעוגן בתבחיני צוקרמן ולכפות עליה הקצאת תמיכות גם לפעילות תרבות שאינה בגדר תחומי האמנות המקצועית, ומכל מקום, גם אם היה מקום לחייב את העירייה לתמוך בפעילות של "תרבות שוליים", הרי שעיקר עיסוקה של המערערת אינו ביצירת תרבות כי אם בצריכתה, כך שממילא לא הייתה זכאית לתמיכה גם תחת כותרת זו.

20. דחיית בקשות התמיכה מאגף תרבות במסלול פרויקטים – באשר לאירועי הגאווה ה"מקומיים" לשנת 2005 ולשנת 2007, נקבע כי הם אינם מהווים אירוע תרבותי המצדיק תמיכה, אלא אירוע שנועד להעביר לציבור מסר חברתי.

באשר לאירועי הגאווה העולמיים שנערכו בשנת 2006, העירייה עצמה הכירה בכך שחלקים מהם עומדים בתכחינים שנקבעו לתמיכה במסלול הפרויקטים באגף תרבות, אך סירבה ליתן תמיכה כספית מן הטעם שדוחות הביצוע שהגישה המערערת לא הבחינו כנדרש בין החלקים באירועי הגאווה העולמיים בשנת 2006 המזכים בתמיכות לבין החלקים שאינם מזכים בתמיכות. בית המשפט קבע כי אין פסול בצירוף חלק יחסי מההוצאות הלוגיסטיות הכלליות לבקשת תמיכה המוגשת עבור אירועים שהיוו חלק מסוים מפרויקט רחב יותר, ככל שאין אפשרות מעשית לעריכתו של חישוב מדויק יותר, מבלי לגרוע מזכותה של העירייה לבדוק את דרך החישוב, מה שלא נעשה על ידה במקרה דכאן. עם זאת, קיבל בית המשפט את טענת העירייה לפיה המערערת לא נענתה לדרישה לצרף דוח כספי מאושר על ידי רואה חשבון, ועל כן הייתה העירייה רשאית, מטעם זה בלבד, לדחות את בקשת התמיכה גם בעבור אירועי הגאווה העולמיים לשנת 2006.

21. דחיית בקשות התמיכה מאגף חברה במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים – נקבע כי ייחוד התמיכות למינהלים הקהילתיים בלבד מוצדק נוכח קיומה של זיקה הדוקה בין העירייה לבין המתנ"סים והמינהלים הקהילתיים המופעלים בירושלים. זיקה זו באה לידי ביטוי מבחינה ארגונית נוכח העובדה שהעירייה מחזיקה ב- 49.7% מהון מניותיה של החברה למרכזים ולמינהלים קהילתיים בירושלים בע"מ וראש העיר הוא יו"ר הדירקטוריון של החברה. הזיקה היא גם במישור תוכן הפעילות והיא באה לידי ביטוי בכך שהמינהלים הקהילתיים פועלים על בסיס גיאוגרפי, כשכל אחד מהם מהווה מעין עירייה זוטא של האזור שבו הוא נמצא ופועל כזרועה הארוכה של העירייה להנגשת שירותיה לתושבי העיר. לאור זאת, קיים שוני מהותי בין המתנ"סים והמינהלים הקהילתיים הפועלים בעיר לבין הבית הפתוח שהוא המרכז הקהילתי של המערערת, ולא מדובר באותה קבוצת שוויון. משכך, אין במתן תמיכה למתנ"סים ולמינהלים הקהילתיים משום הפלייה של המערערת, ואין להורות לעירייה ליתן תמיכה לבית הפתוח, הגם שאין חולק על חשיבות הפעילות החברתית המתקיימת בו.

עוד נקבע, כי לא הוכח שהעירייה העניקה תמיכות למוסדות הנמנים על אותה קבוצת שוויון שעליה נמנית המערערת. אדרבה, מהחומר שהוצג על ידי העירייה עולה כי מוסדות רבים המקיימים פעילות חברתית המיועדת לקבוצות אוכלוסייה בעלות צרכים מיוחדים, לא זכו אף הם לתמיכה.

22. דחיית בקשות התמיכה מאגף חברה במסלול קידום מעמד האישה – לגבי הבקשה המתייחסת לשנים 2005-2006, נקבע כי לא ניתן לראות במערערת מוסד שמטרתו העיקרית היא קידום מעמד האישה, בהתחשב בכך שאך 1.75% מהוצאותיה הופנו למטרה זו. כן נקבע כי אין כל פסול בהחלטת העירייה לבצע בעצמה פעילות בתחום קידום מעמד האישה החל משנת 2007.

23. דחיית בקשות התמיכה מאגף חברה במסלול הפעילות למען בני נוער – נקבע כי התמיכה ניתנת לתנועות וארגוני נוער המוכרים על ידי משרד החינוך ודי בכך שהמערערת אינה באה בגדר הגדרת "תנועת נוער" או "ארגון נוער" כדי לדחות את בקשתה. משכך, המערערת אינה זכאית לתמיכה במסלול זה.

24. דחיית בקשות התמיכה מהחטיבה לקידום נוער וצעירים – החטיבה לקידום נוער וצעירים, המהווה גוף של העירייה, פעלה לתמוך בשתי קבוצות של נוער: האחת – נוער הנמצא בסיכון עקב נגיעה לסמים, והשניה – "נוער מנותק", אשר הוגדר על ידי החטיבה כנוער שאינו מצוי במסגרת לימודית או תעסוקתית מלאה. על בסיס החלוקה לשתי הקבוצות המתוארות, סורבה בקשת המערערת למתן תמיכה לנוער המשתייך לקהילה הגאה, באשר אין הוא נכנס בגדרן של שתי קבוצות אלו. ואולם, בית משפט קמא הבהיר כי תכלית פעולתה של החטיבה הינה לפעול ולתמוך באוכלוסיות נוער המצויות בסיכון. על כן, מאחר שאין חולק כי הנוער המשתייך לקהילה הגאה הוא נוער בסיכון, וככזה נמנה על אותה קבוצת שוויון, נקבע כי הימנעות העירייה ממתן תמיכה לנוער המשתייך לקהילה הגאה מצביעה על הפליה במתן טיפול המכוון לצרכים המיוחדים של נוער זה כאוכלוסיה בסיכון.

למרות זאת, דחה בית המשפט את עתירתה של המערערת, מן הטעם שלא ביקשה בעתירתה לכלול את בני הנוער המשתייכים לקהילה הגאה באוכלוסיית הנוער הזוכה לקבלת טיפול במסגרת החטיבה, אלא עתרה לקבלת תמיכת העירייה בפעילותה-שלה. מכל מקום, נסתבר כי העירייה נכונה להרחיב את פעילות החטיבה כך שתכלול גם בני הנוער המשתייכים לקהילה הגאה, למצער בהיבט הטיפולי, כפי שעולה מהצעת

מנהל החטיבה, שנדחתה על ידי המערערת. משהחליטה העירייה למקד את פעילות החטיבה במתן טיפול מקצועי לבני נוער, ולא בקיום פעילות חברתית, גם אם בעלת סממנים טיפוליים כפי שמבצעת המערערת, אין עילה להתערבות בשיקול דעתה של העירייה.

בית המשפט דחה גם את טענת המערערת כי הופלתה לרעה ביחס לעמותת "ידידי בית חם", שהיא המוסד היחיד שזכה לקבל כספי תמיכות במסגרת החטיבה. נקבע כי הגם שקיימת קרבה משמעותית בין עמותת "ידידי בית חם" לבין החטיבה, הרי שהמערערת לא ערכה כל השוואה בין מאפייני פעילותה שלה ביחס למאפייני פעילות העמותה האמורה, כך שלא ניתן לקבוע כי הופלתה לעומתה.

25. סיכומו של דבר, שבית המשפט דחה את עתירתה של המערערת לתמיכה כספית בכל המסלולים. על תוצאה זו של פסק דינו של בית משפט קמא נסב הערעור שבפנינו.

בקשות המערערת לתמיכות בשנת 2008

26. עוד טרם ניתן פסק דינו של בית משפט קמא, הגישה המערערת בקשות לתמיכה בשנת 2008. כמו בשנת 2007, הוגשו הבקשות לאגף חברה, לאגף תרבות ולחטיבה לקידום נוער וצעירים, וגם בקשות אלה נדחו. משכך, הגישה המערערת עתירה נוספת לבית המשפט לעניינים מנהליים (עת"מ 9091/08). במסגרת הדיון בעתירה זו, הגיעו הצדדים להסכמה לפיה קביעתנו בערעור דכאן תחול אף לגבי שנת 2008, והעירייה התחייבה כי אם תחויב לשלם למערערת היא לא תעלה טענה כי תקציב התמיכות לשנת 2008 כבר חולק. בכפוף להצהרה זו, נמחקה העתירה.

סיכום ביניים

27. נחזור ונסכם את אבני הדרך שהביאו את הערעור הנוכחי לפתחנו. העירייה תמכה בפעילות המערערת (אירועי הגאווה בשנת 2002) בסכום של 40,000 ₪ במסגרת פשרה בבג"ץ 4533/02. על פי החלטה בבג"ץ 10903/04, הניחה המערערת בפני בית המשפט לעניינים מנהליים את עתירתה לגבי השנים 2003-2005 וזו נתקבלה בפסק דינה של השופטת צור. בעקבות ערעור שהגישה העירייה על החלטה זו (עע"ם 5905/06), הוחזר הדיון לבית המשפט לעניינים מינהליים לגבי התמיכה בשנת 2005, והעתירה תוקנה ונוספו עתירות גם לגבי התמיכות בשנים 2006-2007. בית משפט קמא

דחה את כל העתירות לגבי שלוש השנים ועל כך נסב הערעור שבפנינו, שהתוצאה בו תשליך גם על בקשותיה של המערערת לשנת 2008.

תמצית טענות הצדדים בשאלת ההפליה והחלת תבחינים לא שוויוניים

28. עמדנו על כך שכל בקשותיה של המערערת לתמיכה במהלך השנים נדחו על ידי הגופים השונים בעירייה (למעט בקשה לאגף תרבות במסלול פרויקטים בשנת 2006). אגף תרבות דחה את הבקשות תוך הסתמכות על תבחיני צוקרמן, אגף חברה דחה את הבקשות מן הטעם שהמערערת לא נכנסת לד' אמות התבחינים הנדרשים לצורך מתן תמיכות למרכזים קהילתיים, לגופים העוסקים בקידום האישה ולגופים העוסקים בנוער. החטיבה לקידום נוער וצעירים דחתה אף היא את בקשת המערערת בנימוק שאינה עומדת בתבחינים.

לאור זאת, נוכח הצרכים הייחודיים של הקהילה הגאה, מיקדה המערערת את טענותיה בעקרון השוויון ובטענת ההפליה, אם הפליה ישירה ומכוונת ואם הפליה המתבטאת בתוצאה.

29. לטענת המערערת, העירייה בחרה בקריטריונים ובתבחינים שהמטרה שמאחוריהם והמניע שבבסיסם הם להדיר את הקהילה הגאה מהציבוריות בירושלים משיקולים זרים ופסולים. זאת ניתן ללמוד מכך שהעירייה מצאה דרכים לממן פעילויות ואירועים אחרים שאינם עונים לתבחיני צוקרמן באגף התרבות או שאינם עונים לתבחינים באגפים אחרים במגוון דרכים עוקפות: אם באמצעות תמיכה ישירה הניתנת מאגף או ממחלקה אחרים בעירייה, אם בדרך של מימון ישיר של הפעילות ואם בדרך של "קניית שירות". לטענת המערערת, התנהלותה של העירייה בעניינה מאופיינת בהפליה ישירה ועקבית שלה ושל הציבור אותו היא מייצגת. כך, למשל: העירייה יישמה תנאי סף של עמידה בהנחיות החשכ"ל באופן שרירותי ומפלה, כפי שאף נקבע על ידי בית משפט קמא; העירייה הפסיקה את חלוקת כספי התמיכות בתחומים מסוימים שהמערערת הגישה בקשות לתמיכה בעניינם (מסלול קידום מעמד האישה באגף חברה ומסלול פעילות למען נוער מנותק בחטיבה לקידום נוער וצעירים); העירייה נותנת מענה לצרכיהם הייחודיים של קהילות מיעוט אחרות בעיר (חרדים וערבים), אם בחלוקת כספי תמיכות ואם בדרך אחרת, בעוד שלצורכיה הייחודיים של הקהילה הגאה לא ניתן כל מענה על ידי העירייה. אֶדְן זה בטענות המערערת בא לחשוף את הטעמים הפסולים לכאורה העומדים בבסיס התבחינים ואופן יישומם בעניינה של המערערת על ידי העירייה (ובמינוח השגור על חברי הקהילה, המערערת מבקשת

לעשות "outing" לטעמים הפסולים שנועדו, לטענתה, להדיר את הקהילה הגאה מהציבוריות הירושלמית).

האָדָן השני של הטיעון מתבסס על מבחן התוצאה. לטענת המערער, תבחיני צוקרמן בתחום התרבות והעובדה שהמערער לא הצליחה להיכנס לאף אחד מהסיווגים באגף חברה או בחטיבה לקידום נוער וצעירים, מביאים להפליה עקיפה של הקהילה הגאה ולהדרתה. במבחן התוצאה, המערער – שהיא המוסד היחיד הנותן מענה לצרכיה הייחודיים של הקהילה הגאה – לא זוכה לכל מימון ציבורי לפעילותה הייחודית בתחומי התרבות, החברה והנוער. לתבחיני העירייה יש אפקט מפלה במציאות החברתית, באופן שבו המערער "מוכנסת לארון" של המוסדות שלא זוכים לתמיכה, אף שהיא ראויה, לטענתה, להיות "מונחת על המדף" עם הקבוצות באוכלוסייה הירושלמית שזכו בתמיכת העירייה.

30. מנגד, טוענת העירייה כי תבחיני צוקרמן בתחום התרבות הם שוויוניים וסבירים, וכי יש גופים רבים המקיימים פעילות בתחומי התרבות – ובכללם גופים המקיימים פעילות תרבות מיוחדת לאוכלוסיות מיעוט – שאינם זוכים לתמיכה מהעירייה. ואילו בתחום החברה והנוער, המערער לא נכנסת לאף אחד מהסיווגים והפעילויות הנתמכות (כמו מרכזים קהילתיים ומעמד האישה) ובכך אינה נבדלת מגופים רבים המקיימים פעילויות שונות בתחומי החברה והנוער, שאינם מקבלים תמיכות כספיות.

31. זו בתמצית שבתמצית עמדתם של הצדדים בשאלה המרכזית העומדת לדיון, היא טענת ההפליה וחוסר השוויון בהקצאת כספי התמיכות. איני רואה לפרט את כל הטיעונים שהערימו הצדדים על שולחננו, והדברים יתחווירו לקורא בהמשך. טרם נעסוק בשאלה המרכזית העומדת לדיון, נסלק מעל דרכנו את אחת הטענות שהעלתה המערער ושאינה קשורה לטענת ההפליה.

טענת המערער לניגוד עניינים

32. טענתה של המערער בעניין זה מצטמצמת לבקשת התמיכה שהוגשה לאגף התרבות בשנת 2005. לטענת המערער, שניים מחברי הוועדה המלווה (מר אהרן גולדפינגר ומר יגאל מולד חיו), היו נגועים בניגוד אינטרסים בשל קשריהם עם גופי תרבות הפועלים בירושלים שאף זכו לתמיכות. לכן, נפל פגם חמור בהמלצות הוועדה המלווה ובהמלצות וועדת ההקצבות המקצועית, שעליהן התבססה החלטת העירייה



שדחתה את בקשת המערערת לתמיכה מאגף תרבות בשנת 2005. בהקשר זה, הפנתה המערערת לפסק דינה של השופטת צור, שהכירה בטענה וקבעה כי שני חברי הוועדה המלווה הנ"ל היו מנועים מלכהן בוועדה.

אומר בקצרה, כי איני רואה לקבל טענתה של המערערת בנקודה זו, על רקע השיקולים והטעמים הבאים:

א. יש לנהוג בזהירות בבואנו לפסול מכהונה אנשים המתאימים למילוי התפקיד בשל קיומו של ניגוד עניינים פוטנציאלי. שיתופם של אנשי מקצוע פעילים בהכרעות הקשורות בחלוקת כספי תמיכה בתחומי התרבות והאמנות, מקדמת את התכלית המקצועית-אמנותית בחלוקת כספים אלה (בג"ץ 8912/05 מפגשים – עמותה למעורבות חינוכית וחברתית נ' שרת החינוך התרבות והספורט (לא פורסם, 14.3.2007) (להלן: עניין מפגשים), בפסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

ב. הנטייה היא להכשיר את הכהונה תוך הטלת מגבלות וכללים שונים שיש בהם כדי לצמצם את האפשרות לניגוד עניינים (השוו: עניין מפגשים לעיל; בג"ץ 6976/05 המכללה לחינוך גופני ע"ש זימן במכון וינגייט בע"מ נ' משרד החינוך, התרבות, המדע והספורט (לא פורסם, 11.8.2009) (להלן: עניין וינגייט), בפסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות).

ג. הוועדה המלווה, שהוקמה מכוח וועדת צוקרמן ולשם יישום תבחיני צוקרמן, היא גוף ממליץ ואינה מחליטה על חלוקת כספי התמיכות (השוו: עניין מפגשים, בפסקה 14).

ד. חברי הוועדה גולדפינגר וחיו נמנעו מלהשתתף בדיונים לגבי המוסדות בהם היו בעלי עניין.

ה. גם בהנחה שנפל פגם כלשהו בעצם השתתפותם של גולדפינגר וחיו בוועדה – ואני רחוק מלקבוע זאת – היה בכך לכל היותר להביא לביטולן של ההחלטות הנגועות בניגוד עניינים, אך לא היה בכך כדי לזכות את המערערת בתמיכה שביקשה.

33. בנקודה זו ניגש לבחינת השאלה המרכזית העומדת לדיון, אך עודנו באים לבחון את טענות הצדדים באופן פרטני לגבי תבחיני צוקרמן בתחום התרבות, ולגבי

הסיווגים והפעילויות הנתמכות באגף החברה ובחטיבה לקידום נוער וצעירים, נקדים כבסיס וכמצע לדיון, סקירה משפטית בנושאים הרלוונטיים לענייננו.

המסגרת הנורמטיבית – הוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב

34. הוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב) הן המקור הנורמטיבי לחלוקת כספי תמיכה למוסדות ציבור. עוד על ההיסטוריה של חוק יסודות התקציב, על תכליתו כמסגרת נורמטיבית לחוקי התקציב העתידיים ועל מעמדו כחוק מסגרת, ראו בג"ץ 4124/00 ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות (לא פורסם, 14.6.2010) (להלן: עניין ארנן). הוראות חוק יסודות התקציב, מחייבות את הרשויות לנהוג בחלוקת תקציביהן בשוויון ובסבירות, והכול תוך יצירת תבחינים ברורים, שקופים וענייניים המקיימים את ערכים אלו. וזו לשון הסעיף:

תמיכה במוסדות ציבור

3א. (א) בסעיף זה -

"מוסד ציבור" - גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה;

[...]

(ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים.

(ה) הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן - מבחנים).

(ו) שר האוצר יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שלפיו יוגשו ויידונו בקשות של מוסדות ציבור לקבלת תמיכה מתקציב המדינה (להלן - נוהל).

(ז) המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות.

[...]

(ההדגשות הוספו – י.ע.)

הוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב נעות בשלושה צירים: הציר הראשון עניינו בנורמטיביות-פונקציונאלית, קרי, התמיכה תינתן לסוג של מוסדות ולא תינתן, במישרין או בעקיפין, למוסדות פרטיקולאריים; הציר השני עניינו עקרון השוויון, קרי, התמיכה תינתן לפי תבחינים שוויוניים במובן המהותי; הציר השלישי עניינו הפרוגטיבה של הרשות המנהלית בחלוקת כספי תמיכה עבור פעילויות אלו ואחרות (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 384 (1999)) (להלן: עניין התנועה המסורתית).

תמיכה צריכה להיעשות על פי תבחינים ברורים, ענייניים ושווים "לפי משקל הענין ולא משקל המעונין" (בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 707 (1989)) (להלן: עניין צבן). עוד על השוויון בהקצאת משאבים בכלל ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב). על הרחבת עקרון השוויון גם על הקצאת כספים מתקציב המדינה לצרכים שונים ולסובסידיות ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 172, 184 (2000) (להלן: עניין עדאלה – בתי העלמין).

ככלל, אין לשום גוף זכות קנויה לקבלת תמיכה מהמדינה (ראו: בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך (לא פורסם, 16.7.2006), בפסקה 10 (להלן: עניין פנים להתחדשות יהודית); בג"ץ 5264/05 ישיבת שבי שומרון נ' שרת החינוך התרבות והספורט (לא פורסם, 16.11.2005)). אך משהחליטה הרשות לתמוך ולקבוע מבחני תמיכה למוסדות, עומדים מבחני התמיכה לבחינה אם יש בהם כדי להפר את עקרון השוויון (בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה (לא פורסם, 19.5.2009), בפסקה 10). כך לגבי תמיכות בכלל וכך לגבי כל הטבה שהיא. וכפי שנאמר בעע"ם 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (לא פורסם, 6.10.2009), בפסקה 16 (להלן: עניין נאמן):

"במקרה שבו מסור לרשות שיקול דעת להעניק הטבה מסוימת הן לפלוני, הן לאחרים, הרי שאף שאין היא מחויבת להעניק את אותה הטבה כלל ועיקר, משבחרה להעניקה לאחרים, אין היא רשאית לשלול את אותה הטבה מפלוני באין שוני רלוונטי ביניהם [...] כך בדרך כלל, וכך, ביתר שאת, כשמדובר במדיניות של מתן הטבות שמקורן בכספי ציבור".

35. סוגיית השוויון בחלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבור על ידי רשויות שלטוניות הונחה אפוא לפתחו של בית משפט זה פעמים רבות בעבר. הגם שחוק יסודות התקציב על פי לשונו חל על תמיכות מתקציב המדינה, נקבע כי העיקרון של חלוקת תמיכות לפי תבחינים שוויוניים חל גם על רשויות המנהל שאינן מהוות אורגנים של המדינה וכן על גופים ציבוריים נתמכים (ראו: דפנה ברק-ארו "אכיפתו של תקציב המדינה וחוזי המנהל" המשפט א 253, 254 (תשנ"ג)). הגם שחוק יסודות התקציב חל על פי לשונו על מוסדות המדינה, הרי שהצורך בתבחינים שוויוניים חל גם על רשויות

מקומיות ועליהן לפעול בחלוקת הכספים על פי תבחינים ראויים (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית א (2010) 248 (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית); בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79, 89 (2004) (להלן: ל.כ.ו.); בג"ץ 10285/04 עמותת מועדון כדורסל נשים עירוני חיפה מוצקין נ' עיריית חיפה (לא פורסם, 19.7.2005)). הרחבת עקרון השוויון גם על תמיכות המגיעות מהרשות המקומית מקורה, בין היתר, בכך שאחד ממקורות כספי התמיכות הוא השלטון המרכזי (להבחנה בין תקציבים המועברים לרשויות מקומיות על ידי השלטון המרכזי לבין כספים שמקורם במסים העירוניים שנגבים על ידן, ראו: בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון (לא פורסם, 14.5.2006)). על רקע זה נקבע נוהל תמיכות ברשויות המקומיות שעליו נעמוד להלן.

עקרון השוויון בחלוקת משאבים, כספים ותמיכות חל אפוא גם על הרשות המקומית. אף ייתכנו מצבים שבהם פגיעה בשוויון על ידי השלטון המרכזי תימצא אפשרית מכוח הוראה מפלה מפורשת בחוק יסודות התקציב עצמו ומכוח שמירת הדינים, בעוד הפגיעה בשוויון על ידי השלטון המקומי תהא אסורה בבחינת "מה שמותר לרב אסור על תלמידיו". כך נפסק לעניין הקצאת קרקע למוסד ציבורי על ידי רשות מקומית (עת"מ (תל-אביב-יפו) 1187/05 נציגות הבית המשותף נ' עיריית פתח תקווה (לא פורסם, 11.7.2005)), וכך נפסק לגבי חלוקת כספי תמיכה לבתי ספר מוכרים שאינם רשמיים (עת"מ (י-ם) 1754/09 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' מועצת עיריית ירושלים (לא פורסם, 15.4.2010)) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם).

לצד כל אלה, נזכיר את המובן מאליו, כי חוקי היסוד מחייבים את רשויות המנהל להפעיל סמכויותיהן באופן המגן על ערכים המוגנים בחוקי היסוד. עוד יודגש, כי החובה לנהוג בשוויון בחלוקת תמיכות, קיימת ללא תלות בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, ובתי המשפט החילו את עקרון השוויון הן לפני חקיקתו של הסעיף והן לאחריו (עניין ארנן, בפסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

נוהל התמיכות במוסדות ציבור על ידי הרשויות המקומיות

36. חלוקת כספי תמיכות ברשויות המקומיות נעשית בהתאם לנוהל תמיכות במוסדות ציבור על ידי הרשויות המקומיות. בסעיף 4.3 לנוהל הישן משנת 1985 נקבע כי "הרשות תקבע לעצמה, במידת האפשר, מבחנים למתן תמיכות בתחומי הפעולה

השונים של הרשות". על פי הנוהל החדש שפורסם ביום 23.8.06, הבקשות לתמיכה תידונה על ידי וועדת התמיכות ברשות המקומית, על פי תבחינים שוויוניים שייקבעו מראש למתן תמיכות על ידי הרשות, שתעביר את המלצותיה להחלטת מועצת הרשות המקומית. בסעיף 8.4 לנוהל החדש נקבע כי המועצה לא תאשר את התבחינים אלא לאחר קבלת חוות דעת בכתב מהיועץ המשפטי של הרשות כי התבחינים הם שוויוניים. סעיף 8.5 לנוהל החדש קובע כי "התבחינים שייקבעו על-ידי מועצת הרשות, לאחר שעינה בחוות דעתו של היועץ המשפטי לרשות, יהיו ענייניים, שוויוניים ויתחשבו בצרכי האוכלוסייה ברשות המקומית ובצורך במתן שירותים לכל חלקי האוכלוסייה".

סיכומו של דבר, שחלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבור על ידי עיריית ירושלים צריכה להיעשות באופן ההולם את היות העירייה נאמן הציבור על פי נוהל התמיכות ברשויות המקומיות ומכוח עקרון השוויון הכללי, לפי תבחינים ברורים, גלויים, שוויוניים, וענייניים, תוך התחשבות בצרכי כלל האוכלוסייה בעיר.

החובה לשקול שיקולים ענייניים ולהימנע מלשקול שיקולים זרים

37. חלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבור על ידי רשות מנהלית ורשות מקומית כמו במקרה שבפנינו, מהווה הפעלת סמכות מנהלית. ככזו, עליה להיעשות על פי כללי המשפט המנהלי, כשהיא חפה משיקולים לא ענייניים, משרירות ומפגיעה בעקרונות של צדק. ההחלטה צריכה לעמוד במבחן הסבירות, להתבסס על תשתית עובדתית ראויה ולהתבסס על כלל השיקולים הרלוונטיים תוך איזון ראוי ביניהם. שיקולים שאינם ממין העניין ייוותרו מבחינת הרשות השלטונית מאחורי "מסך של בערות" שעליו צריכים להיות "מוקרנים" כלל השיקולים הענייניים. עם זאת, גם כאשר ההחלטה המנהלית מבוססת על שיקולים ראויים וענייניים, היא עלולה להימצא בלתי סבירה. כך, מקום בו הרשות לא שקלה כלל שיקול ענייני הצריך לעניין. התעלמות מוחלטת משיקול ענייני היא מעין בבואה של היזקקות לשיקול זר שמשמעו התחשבות בשיקול שהיה צריך להתעלם ממנו כליל. בנוסף, יש לבחון את המשקל שניתן לשיקולים השונים שהרי "אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת" (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי - 727-725 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי)).

בחינת החובה המוטלת על הרשות המנהלית לשקול שיקולים ענייניים ולהימנע מלשקול שיקולים זרים נעשית הן לאור הדין המסמיך, הן לאור ההקשר בכל מקרה ומקרה והן לאור ערכי היסוד של השיטה המשפטית המהווים "מטריה נורמטיבית",

כמו עקרונות תום הלב וההגינות, עקרון השוויון ועקרון הפלורליזם, המהווה אף הוא שיקול ענייני (עניין התנועה המסורתית, בעמ' 375-377).

כך, בבחינת החלטותיה של העירייה, יש לבדוק אם נכללו שיקולים "חשודים", שבנסיבות העניין אינם רלוונטיים. כך, לדוגמה, נאמר על ידי כב' השופט י' זמיר בעניין התנועה המסורתית (שס, בעמ' 374): "אין ספק כי השוני בתפיסה דתית...אינו שיקול ענייני, אלא הוא שיקול זר ופסול לצורך מתן תמיכות על-ידי משרד הדתות...". ודוק: יש להבחין בין שיקולים זרים לבין שיקולים הנובעים ממניעים פסולים. לעתים, גם שיקול חיובי ורצוי כשלעצמו, עלול להיפסל כשיקול זר בנסיבות שבהן הוא נשקל על ידי רשות מנהלית שלא הוסמכה לשיקול שיקולים ממין זה (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 636-638). בענייננו, ככל שהחלטות העירייה מבוססות על זהות הארגון מבקש התמיכה ולא על הפעילות בעבורה מתבקשת התמיכה, הרי שמדובר בשיקול פסול, באשר המבחן הוא מהות הפעילות ולא מיהות המבקש, לפי משקל העניין ולא לפי משקל המעוניין (ראו: עניין צבן, בעמ' 707; עניין פנים להתחדשות יהודית; עניין התנועה המסורתית, בעמ' 358).

38. קושי עיקרי נוגע להוכחת השיקולים הזרים או הפסולים. בדרך כלל רשויות מנהליות השוקלות שיקולים זרים או פסולים, מנסות להסוות ולטשטש את הטעמים האמיתיים שהיו ביסוד החלטותיהן. ההפליה אינה מוכרזת בראש חוצות ואינה ניצבת בראש המגדל, אלא מוכנסת למרתף בעוד התבחינים הגלויים אינם "דוברים אמת אלינו, אחד בפה ואחד בלב ידברו. אין הם קריטריונים אלא מן-השפה-ולחוץ ואין תוכם כבדם" (בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 260 (1999)) (להלן: עניין כבל). הקושי לזהות את השיקולים הזרים וליתן בהם סימנים גובר כשהחלטה המנהלית נעשית על ידי גוף סטטוטורי-קולקטיבי המונה חברים רבים, כמו מועצת העיר בענייננו (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 670, ה"ש 132). אכן, קשה לבית המשפט לבחון "כליות ולב" של הרשות המנהלית, ולשם כך נדרש בית המשפט להסתמך על תשתית ראייתית נסיבתית או סטטיסטית. אפשרות נוספת היא להידרש לפגמים חיצוניים שיש בהם כדי להעיד על שיקולים זרים או פסולים של הרשות המנהלית (בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו לטלוויזיה (לא פורסם, 21.11.2007)). כך, לדוגמה: החלטה "שותקת" המעידה על עצמה כי התבססה על טעמים בלתי ענייניים (ראו והשוו: בג"ץ 3551/97 ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים, פ"ד נא(5) 754, 771-772 (1997)); סחבת ועיכוב בלתי סביר בהליך קבלת החלטתה של רשות מנהלית (בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 452 (1994)); ואף שיעור כישלון גבוה

בבחינות רישוי העיד על כוונה להכשיל את הנבחנים מתוך שיקול זר של "סגירת השוק" (ראו: בג"ץ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 245 (1990), והשוו: עניין ועדת המעקב).

החובה המוטלת על הרשות המנהלית לנהוג באופן שוויוני והאיסור על הפליה

39. עקרון השוויון זכה למעמד בכורה כעקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית עוד מראשית דרכה, ולא אוסיף לתילי התילים של המילים שנאמרו בשבח השוויון שלא אהיה כמכניס תבן לַעֲפָרִים. אסתפק אפוא בלקט קטן מקצת הכתרים שנקשרו בפסיקה לעקרון השוויון: "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 69/98 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)); "עקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות" (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650 (1998)) (להלן: עניין שדולת הנשים); "הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (ראו: בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31, 39 (2003)). יש הרואים את עקרון השוויון כמכנה המשותף וכבסיס לכל זכויות-היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה (יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 166 (תש"ס)). עוד על עקרון השוויון במאמרי מלומדים, ראו, לדוגמה: פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (תשנ"ד); יונה ספיר "יישום עקרון השוויון בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט לז 143 (תשמ"ו).

החובה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. מכאן שהצד השני של השוויון הוא ההפליה, שהיא יחס שונה ובלתי הוגן לשווים, כאשר ההכרה בעילת ההפליה נותנת ביטוי מעשי למעמדו הרם של עקרון השוויון (ברק-אדן, משפט מינהלי, בעמ' 673-678). על פגיעה בעקרון השוויון נאמר כי היא "הרע-מכל-רע" (כב' השופט מ' חשין בפסק דינו בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996)); ההפליה עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995)) (להלן: עניין מילר); ו"אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה" (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988); עניין ועדת המעקב, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק)). בוודאי כך מקום שהמדובר בהפליה "גנרית" הנמצאת ב"גרעין הקשה" של ההפליה בשל מאפייני בזהותו של אדם, כמו למשל, בין היתר, דתו, גזעו או מינו. על הפליה שכזו

נאמר כי היא "פוצעת אנושות בכבוד האדם" (ראו: עניין שדולת הנשים, בעמ' 659-658, והשוו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 142 (2004)). באותה רוח נאמר, כי "...הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה. ובבוא קנאה תאבד תבונה [...] נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו – השווה לנו – כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל" (בג"ץ 1703/92 ק.א. ל. קורי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 (1998)).

40. החובה לחלק תמיכות בשוויון וללא הפליה נגזרת אפוא מעקרון השוויון והפגיעה בשוויון נתפסת בנסיבות מסוימות גם כפגיעה בזכות חוקתית. בפסיקה נקבע כי הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת בחובה את הזכות לשוויון ככל שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק, דהיינו, יש לבחון את מהות הפגיעה בשוויון ואת מידת נגיעתה למושג כבוד האדם (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006); בג"ץ 7178/08 פורום ראשי המועצות הדרוזיות והצ'רקסיות בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 18.11.2009), בפסקה 8 והאסמכתאות שם; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (לא פורסם, 6.8.2009), בפסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר; בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 7.12.2006); זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 181-182; ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 677-678).

החובה המנהלית לנהוג בשוויון רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון, במובן זה שהיא כוללת מצבים בהם ההפליה לא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, לא נובעת מטעמים פסולים והיא אף אקראית או מקרית (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 678-680, ועיינו: אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים א 287 (2003)). כך, אקט מינהלי שיש לו השפעה על הפעילות הכלכלית-עסקית ועל התחרות בין עוסקים שונים, יכול להיחשב כבלתי שוויוני, למרות שאינו מעלה כל שאלה בעלת היבט חוקתי. הנטייה של בית המשפט להתערב בהחלטה המנהלית במסגרת הפעלת ביקורת שיפוטית, נגזרת מעוצמת הפגיעה בשוויון, שאין דין פגיעה קלה או לא מהותית כדין פגיעה קשה, וככל שהאינטרס או הזכות הנפגעים הם חשובים יותר כך תגבר נטיית בית המשפט להתערב בהחלטה המנהלית (בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 611-612 (1998)).

41. על מנת לקבוע שוני רלוונטי לצרכי קביעה אם מדובר בהבחנה מותרת או שמא מדובר בהפליה אסורה, עלינו לבחון את תכליתה של הנורמה המבחינה, מהות העניין



והנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. מקרה טיפוסי של הבחנה לא-רלוונטית הוא קבלת החלטה המבוססת על הבחנה קבוצתית פסולה. אך קיימים מצבים שבהם ההבחנה עשויה להיות לא רלוונטית אף כשאינה מבוססת על הבחנה קבוצתית פסולה ומנגד, הבחנה עשויה להיות רלוונטית אף כשהיא מתייחסת למאפיין קבוצתי שנחשב בדרך כלל כפסול (ראו: ברק-אדז, משפט מינהלי, בעמ' 686-688; מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 97, 113 (2000) (להלן: טמיר)). לדוגמאות בפסיקה באשר לשאלת הרלוונטיות, ראו: בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997); יובל לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון" משפטים לא 219 (2000); עניין כבל; בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673 (2001); בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 135 (2004); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (לא פורסם, 28.7.2008) (להלן: עניין קר"ן); עניין נאמן; בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה (לא פורסם, 5.12.2007)). אך גם כשעוברים את משוכת הרלוונטיות וקובעים כי הבחנה מסוימת היא רלוונטית, עשויה להתגלע מחלוקת אם המשקל שניתן לה הוא סביר (עניין מילר, בעמ' 132-135).

השוויון המהותי משקף ערכים של צדק והגינות, והבדיקה אם ההבחנה שמבצעת רשות שלטונית מקיימת את השוויון המהותי, נערכת בשני שלבים: בשלב הראשון מתוחמת קבוצת השוויון, ובשלב השני בוחנים אם הרשות נוהגת באופן שוויוני בתוך קבוצת השוויון (ראו: בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997) (להלן: עניין תאטרון ארצי לנוער); עניין התנועה ליהדות מתקדמת; עניין נאמן; עניין התנועה המסורתית). במסגרת השלב הראשון מוגדרת קבוצת ההתייחסות הרלוונטית, זו "קבוצת השוויון", וגבולות הקבוצה הם גם גבולות השוויון. לעיתים זיהוי הקבוצה הוא קל ואף קבוע בחוק ולעיתים יש קושי לזהות את הקבוצה. תיחום והגדרת גבולות קבוצת השוויון נעשית בשים לב לתכלית הנורמה, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה, ועל יסוד כל אלה, ניתן לזהות אם החלטת הרשות המנהלית מבוססת על שיקול ענייני או שיקול זר (ראו: בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346-347 (1997) (להלן: עניין רקנט); עניין התנועה המסורתית, בעמ' 363 והאסמכתאות שם; עניין קר"ן, בפסקה 10). בשלב השני, יש לבחון אם בתוך גדר קבוצת השוויון נוהגת הרשות המנהלית בשוויון או בהתייחסות מפלה כלפי פרטים השייכים לאותה קבוצת שוויון.

בחיתוך "גס" ניתן לומר כי השלב הראשון, שעניינו בזיהוי גבולות קבוצת השוויון ותיחומם, נבדק באספקלריה של שוויון חוקתי ובחינה אם מדובר בשיוך קבוצתי "חשוד" של הפליה ב"גרעין הקשה" של גזע, דת, מוצא אתני, מין, נטייה מינית ועוד. ואילו השלב השני, במסגרתו בוחן בית המשפט האם בגדר קבוצת השוויון נוגעת הרשות בשוויון, נבחן באספקלריה של שוויון מינהלי (טמ"ר, בעמ' 110).

42. הפסיקה עמדה זה מכבר על הקשר בין שאלת השוויון לשאלת הסבירות (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 689-692). התבחינים בדבר הנתונים הרלוונטיים לשוויון צריכים להיקבע באופן סביר תוך התחשבות במטרת השוויון שאותו רוצים להשיג (בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 21-22 (1983)) (להלן: עניין אליצור). במסגרת הסבירות נבחן גם משקלם של השיקולים השונים אף אם הם רלוונטיים. כך, לדוגמה, בפסק דינו של כב' השופט י' זמיר בעניין תאטרון ארצי לנוער נאמר:

"אפשר גם שקבוצת שוויון תוקם על יסוד שיקול ענייני, ובכל זאת לא תהיה הצדקה לקיום הנפרד של קבוצת שוויון זאת. הכיצד? אפשר שבנסיבות המקרה המשקל של השיקול הענייני יהיה קטן עד כדי כך שהוא לא יצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת. במקרה כזה, ההחלטה להקים קבוצת שוויון נפרדת על יסוד שיקול זה נפגמת לא בשל שיקול זר, אלא בשל משקל בלתי ראוי שניתן לשיקול ענייני" (שם, בעמ' 283).

(וראו גם: עניין התנועה המסורתית, בעמ' 364-363; בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 92 (2001)). כמו כן, בבג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר (לא פורסם, 23.9.2007) בפסקה 43, נקבע כי ההבחנה בין יישובי הספר ובין אזורי ההגבלה לצורך מתן פיצוי בגין נזקי מלחמה נעשתה על סמך שיקולים ענייניים ומדובר בשתי קבוצות שוויון שונות. למרות זאת, נקבע בדעת הרוב כי ההבחנה אינה מצדיקה פער כה ניכר בהסדרי הפיצוי למעסיקים בשני האזורים, וכי הוראת השעה לגבי הפיצוי שיינתן עבור חודש יולי בתקופת מלחמת לבנון השנייה אינה סבירה. עם זאת, בתוצאה הסופית בית המשפט לא התערב בהסדר הפיצויים מן הטעם שאותה אי סבירות "נרפאה" במסגרת ההסדר הכולל).

הגשמת עקרון השוויון על ידי הנהגת תבחינים מנחים

43. בדומה להנחיות פנימיות של הרשות, כך גם הנהגת תבחינים המנחים את הרשות המנהלית בחלוקת התמיכות, היא דרך המלך להקטנת משקלם של שיקולים זרים או פסולים ולהבטחת השוויון, תוך חיזוק היסוד האובייקטיבי בהחלטת הרשות (עניין תאטרון ארצי לנוער, בעמ' 277). ברם, התבחינים אינם בגדר תרופת פלא המביאה מזור לכל מכאוב של הפליה, אם בשל החשש ל"תפירת" תבחינים על פי מידותיו של המקבל, ואם בשל החשש שהתבחינים עלולים לגלם הטיה סמויה או "הפליה בכיסוי" (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 695-697; עניין המרכז לפלורליזם; בג"ץ 200/83 וואתד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 121-122 (1984) (להלן: עניין וואתד); עניין כבל, בעמ' 259-260). לפיכך, יש לבחון בכל מקרה ומקרה אם תבחין פלוני אינו מגלם הטיה הפועלת לטובת יחידים או קבוצות מסוימים, או לרעתם.

44. בפסיקה מצינו ביקורת על תבחין המתקיים רק בקבוצה אחת או בגוף אחד. כך, בפסק דינה של כב' השופטת א' חיות בעניין וינגייט:

"... נבקש להעיר כי בהינתן העובדה שמכון וינגייט הוא המוסד היחיד שזכה לתמיכה מכוחו וכן נוכח הספק המבוסס שהעלתה העותרת בדבר יכולתו של גוף אחר כלשהו לעמוד בדרישות הקבועות בו, טוב עשו המשיבים משפעלו לביטולו ויפה שעה אחת קודם" (שם, בפסקה 18).

כן ראו פסק דינו של כב' השופט נ' סולברג בבית המשפט לעניינים מינהליים בעניין המרכז לפלורליזם, שם נקבע כי משמעות יישום התבחינים שאימצה העירייה היא ייחוד של טובת ההנאה למוסדות מסוימים, ובחיי המעשה, כמוה כקריאה בשמם.

44. כשם שאין להתעלם מקשר אינהרנטי בין קבוצה מסוימת לבין תבחין המתקיים רק בה, כך אין להתעלם מקשר אינהרנטי בין קבוצה מסוימת לבין תבחין אשר אינו מתקיים רק בה. זאת, מאחר ששימוש בתבחין מסוים עלול לשמש כאצטלה להפלייתן של קבוצות מסוימות באוכלוסייה. עם זאת, חוקיותו של תבחין פלוני מושפעת מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כך, לדוגמה, הבחנה המבוססת על תבחין של שירות צבאי או לאומי, תחשב כהבחנה מותרת או כהפליה פסולה על פי הקשר הדברים ותכליתו של

ההסדר בו מדובר (בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (לא פורסם, 13.12.2006), בפסקה 9).

מבחן אובייקטיבי-תוצאתי להפליה

45. עילת ההפליה אינה מתייחסת אך למצבים שבהם הייתה כוונה מצד הרשות המנהלית לפגוע בעקרון השוויון. החלטה של רשות מנהלית שתוצאותיה מפלות בפועל, עשויה להיפסל אף אם הרשות המנהלית לא פעלה מתוך כוונה להפלות ואף אם ההפליה נעשתה באופן לא מודע. יפים לענייננו דברי הנשיא ברק בעניין ועדת המעקב:

“הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה [...] המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית” (שם, בפסקה 18).

(וראו בדומה: שם, בפסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל-אביב-יפו (לא פורסם, 13.4.2005), בפסקה 11 (להלן: עניין פלד); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006), בפסקה 51 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין ארנון, בפסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט א' לוי).

46. קל יותר להוכיח קיומה של הפליה בתוצאות מאשר להוכיח קיומה של הפליה ביחס, או הפליה מתוך מניע פסול. עם זאת, לא כל תוצאה בלתי שוויונית מלמדת בהכרח על הפליה. יש לבחון בכל מקרה ומקרה, לפי נסיבות העניין ולפי הנורמה הנתונה לביקורת, אם אכן התוצאה מלמדת כי לנורמה אפקט מפלה במציאות החברתית. השאלה אם נורמה מנהלית שתוצאותיה פוגעות לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצות מסוימות באוכלוסייה, אכן מהווה נורמה מפלה, אינה פשוטה

כל עיקר. דוגמה מהמשפט האמריקני לקושי ליישם את "מבחן התוצאה" ניתן למצוא בפסק הדין בעניין *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. (2009), שם נחלקו דעות השופטים בשאלה אם העירייה סירבה כדין לאשר מבחן קידום לכבאים, נוכח אי-שוויון גזעי מבחינה סטטיסטית בתוצאות. נתברר כי כבאים לבנים הצליחו במבחן הקידום יותר מכבאים המשתייכים לקבוצות מיעוט גזעיות בכלל, ובפרט, יותר מכבאים אפרו-אמריקאיים, ולכן החליטה העירייה לא לאשר את המבחן. העותרים, כבאי לבן הסובל מדיסלקציה וכבאי ממוצא היספאני, אשר הצליחו במבחן, טענו כי העירייה, בהחלטה שלא לאשר את המבחן, פעלה באופן המנוגד לשוויון. חמשת שופטי דעת הרוב קיבלו את טענת העותרים וקבעו שהחלטת העירייה שלא לאשר את המבחן הפרה את השוויון. נקבע כי סירוב העירייה לאשר את תוצאות המבחן, על בסיס גזע, אינה יכולה לעמוד בנטל הראייתי הנדרש בנסיבות המקרה (strong-basis-in-evidence standard) כדי להוכיח כי מבחן הקידום מפלה. כמו כן, נקבע כי העירייה לא עמדה בנטל הראייתי הנדרש להוכיח כי קיימת שיטת מבחן חלופית פוגענית פחות. לעומת זאת, ארבעת שופטי דעת המיעוט גרסו כי הגם שהעותרים מעוררים אהדה, אין להם זכות קנויה לקידום, ולעירייה עומדת הזכות שלא לאשר את המבחן, מאחר שהאמינה, מסיבה טובה, כי אם לא תבטל את המבחן תהיה חשופה לתביעות. עוד גרסה דעת המיעוט, כי קביעת שופטי דעת הרוב לפיה העירייה לא אישרה את המבחן רק מאחר שכבאים לבנים הצליחו בו בשיעור ניכר ביחס לכבאים ממוצא היספאני ובמיוחד ביחס לכבאים אפרו-אמריקאיים, מתעלמת מראיות מהותיות של פגמים רבים במבחן הקידום שבו בחרה העירייה, כמו גם מקיומם של מבחני קידום בהם עשו שימוש עיריות אחרות, ואשר תוצאותיהם משקפות תוצאות שוויוניות יותר (לביקורת על הכרעת בית המשפט העליון האמריקני בפרשה זו, ראו:

L. Guinier & S. Sturm "Trial by Firefighters" The New York Times (11.7.2009)  
 .(- (HTTP://WWW.NYTIMES.COM/2009/07/11/OPINION/11GUINIER.HTML

47. כבג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 178 (1998), נדונה עתירה שתקפה את התקצוב הנמוך של שירותי הדת הניתנים לציבור הערבי על בסיס השוואת חלקו בתקציב (כ-2%) לחלקו באוכלוסייה (כ-20%). העתירה אמנם נדחתה בשל היותה כללית, אך בית המשפט ציין כי הפלייתו של המיעוט הערבי בנסיבות העניין נלמדת מהפער בחלוקת התקציב הנדון בבחינת "הדבר מדבר בעדו" (לביקורת על תוצאת פסק הדין, ראו: הלל סומר ומיטל פינטו "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 195, 206 (2004) (להלן: סומר ופינטו); יורם רבין ומיכל לוצקי-ארד "האפליה

התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט, גיליון 11, 42, 45 (2001) (להלן: רבין ולוצקי). מכאן, שכאשר מגזר מסוים באוכלוסייה לא מתוקצב כלל או לא מתוקצב על פי שיעורו היחסי באוכלוסייה, הדבר עשוי להעיד על פי מבחן התוצאה על הפליה (ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמ' 700). עם זאת, סטייה קלה מהשיעור היחסי אין פירושה בהכרח הפליה גם על פי מבחן התוצאה (עדאלה – בתי העלמין, בעמ' 182).

אילוטי תקציב והוספת משאבים

48. שיקול תקציבי הוא שיקול ענייני וכבד-משקל, העשוי בנסיבות מסוימות להצדיק סטייה מעקרונות השוויון והפלורליזם. עם זאת, קושי תקציבי כשלעצמו אין בו להצדיק צמצום השירות לציבור באופן שייפגעו חלקים ממנו באופן שאינו הולם עקרונות אלה (בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך (לא פורסם, 2.12.2004), בפסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט חשין) (להלן: עניין תל"י). לעתים אפשר שתוטל על רשות מנהלית חובה לנקוט צעדים מיוחדים, אף אם הם כרוכים במאמץ נוסף ובמשאבים נוספים, כדי להנהיג שוויון (ראו: עניין התנועה המסורתית, בעמ' 368; עניין ל.כ.נ.; מאמריהם של טמיר, סומר ופינטו ורבין ולוצקי). וכבר נאמר בהקשר זה כי "עקרון השוויון שווה, מבחינה חברתית, לא פחות מפינוי אשפה" (עניין התנועה המסורתית, שם).

שוויון בתוצאות – תיקון אקטיבי והעדפה מתקנת

49. יש קשר הדוק בין אמת המידה של שוויון בתוצאה לבין השימוש בכלי של תיקון אקטיבי של נחיתות קיימת או השימוש בכלי של העדפה מתקנת, בכך שהרשות המנהלית תצטרך ליתן יותר למי שסבל מנחיתות בעבר (ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמ' 701-703).

יש המתנגדים בחריפות לכלי של העדפה מתקנת, ורואים בו הפליה במהופך (reverse discrimination). גישה זו שוללת כל הבחנה, בין לרעה ובין לטובה, בין הרוב לבין המיעוט בבחינת "עיוורון לצבע" (עיינו: אייל בנכנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463, 469 (2003)). על פי גישה זו, המדינה מחויבת לשמור על ניטרליות, להימנע מלתמוך או מלדכא קבוצה זו או אחרת. ואילו על פי הגישה התומכת בהעדפה מתקנת, נדרשת "מודעות צבעים" ולא "עיוורון צבעים", ככל שמודעות זו באה להיטיב עם אוכלוסייה מסוימת (עיינו: גרשון

גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כו 23, 46 (תשס"ג) (להלן: גונטובניק).

העדפה מתקנת היא פרקטיקה המכוונת להגשמת שוויון מהותי וההצדקות לקיומה מבוססות על מספר טיעונים מרכזיים: טיעון הצדק המתקן, המכוון לתיקון עוולות שנעשו כלפי קבוצות מסוימות; טיעון הצדק החלוקתי, המבקש לחזק קבוצות מסוימות שהופלו; טיעון הפלורליזם, המכוון ליצירת חברה מגוונת באמצעות החדרת השקפות שונות (ראו: סומר ופינטו, בעמ' 198; נייר עמדה 24 של המכון הישראלי לדמוקרטיה – הילה מודריק-אבן חן העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה 9, 15 (2000)).

המחוקק הישראלי נתן דעתו לצורך בהעדפה מתקנת בהוראות דין שונות כמו חובת מינוי נשים ובני מיעוטים כדירקטורים בחברות ממשלתיות (לאימוץ של מדיניות של העדפה מתקנת בפסיקה, ראו לדוגמה: בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 299 (1989); עניין ל.ב.ו., בעמ' 95-96).

50. האם רשאי בית המשפט לכפות על הרשות מדיניות של העדפה מתקנת, מקום בו הדבר לא הוסדר בחקיקה? לא התערבות שנועדה למנוע הפלייה ("אל תעשה") כהתערבות שמטרתה לכפות על הרשות צעדים פוזיטיביים-אקטיביים ("עשה"). אמנם, הסוג השני של התערבות חריג יותר, אך הפסיקה הכירה בכך שלעיתים, "כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחר נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון..." (ראו: עניין אליצור, בעמ' 21; בג"ץ 4906/98 עמותת 'עם חופשי' לחופש דת מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 505, 516 (2000)). על רקע זה, יש הגורסים כי במצבים מיוחדים, מקום בו לאוכלוסיה שלמה אין נגישות להזדמנויות או למשאבים, יכול בית המשפט לאכוף על הרשות לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת (ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 707-708).

שוויון בתוצאות וצדק חלוקתי

51. היבט נוסף של עקרון השוויון, הוא עקרון הצדק החלוקתי שעניינו בחלוקה שוויונית של משאבים חברתיים, בפרספקטיבה קבוצתית. בפסיקה נקבע כי הרשות המנהלית חייבת להביא בחשבון את עקרון הצדק החלוקתי במסגרת שיקוליה, כערך כבד משקל (ראו: בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי בישראל נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64-66 (2002), ועיינו: דפנה ברק-ארז "מקרקעי

ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי" צדק חלוקתי בישראל 203 (2000).

52. תחנת ביניים: כספי תמיכות ושאר הקצאות משאבים משולים למגרש משחקים שהקימה הרשות אף שלא הייתה מחויבת לכך מלכתחילה. הרשות המנהלית מציבה בפתח המגרש שערים בדמות תבחינים, שרק מי שמצליח לעבור דרכם יעלה ויבוא למגרש. יש וקבוצה אחת בלבד עולה למגרש ויש שעולות מספר קבוצות, ובנקודה זו בית המשפט בוחן את "קבוצות השוויון" שעלה בידן להיכנס למגרש. יש ובית המשפט מוצא כי השערים בפתח המגרש צרים יתר על המידה – אם במכוון ואם לא במכוון – ומורה על הרחבת השערים כך שגם קבוצות אחרות תוכלנה להיכנס למגרש. הרחבת השערים נעשית מתוך גישה של שוויון מהותי באספקלריה חוקתית, לעיתים אף תוך שימוש ב"נשק כבד" בדמות תיקון אקטיבי, העדפה מתקנת וצדק חלוקתי. יש ובית המשפט מוצא כי שערי הכניסה למגרש טובים וראויים, אך הקבוצות שנכנסו למגרש וכבר עלו לכר הדשא, אינן נהנות מיחס שווה בינן לבין עצמן ויש מקום להתערבות, וזו נעשית באספקלריה של המשפט המנהלי.

עמדנו על כך שעקרונות השוויון החוקתי והמנהלי חלים גם על רשויות מקומיות. טרם ניישם עקרונות אלה בענייננו, נקדים מילים מספר על הקבוצה שהוגדרה בפתח פסק הדין כ"קהילה הגאה" תוך התייחסות למערערת.

הקהילה הגאה כאוכלוסייה "חשודה"

53. הפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה המבוססת על שיוך קבוצתי "חשוד", וככזו היא נכללת ב"גרעין הקשה" של הזכות לשוויון (טמיר, בעמ' 111). כאשר נורמה מסוימת פוגעת לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצות מסוימות באוכלוסייה, שומה על בית המשפט להפעיל את מבחן "המיון החשוד" ("suspect classification") ולבחון את הנורמה בצורה קפדנית ("strict scrutiny") (טמיר, בעמ' 102). לבחינה מורחבת של ההלכות במשפט האמריקני, ראו: L. H. Tribe AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2<sup>nd</sup> ed.) 1456-1553 (1988). להבחנה בין בסיסי הפליה השונים (גזע, מין, דת, לאום, גיל, דעה, נטייה מינית, מוגבלות וכו'), עיינו: פרנסס רדאי "דיוקנו של הנשיא אהרן ברק: שוויון במדינה יהודית ודמוקרטית" 190 ברק 225, 226-227 (2009).



54. המשפט בישראל בעניינה של הקהילה הגאה וחבריה משקף את השינויים והתמורות שחלו במרוצת השנים בחברה הישראלית. עמדתה של החברה בישראל היא כי על הדין להתייחס לנטייה מינית באינדיפרנטיות, כשם שיש להתייחס לנתונים אחרים בזהותו של אדם או של קבוצה, כמו גיל, גזע, לאום, מין ועוד. כמו כן, קיימת הסכמה רחבה כי אין להצר צעדיהם של חברי הקהילה הגאה או להפלותם לרעה. עמדה זו באה לידי ביטוי הן בפסיקה והן בחקיקה האוסרת על הפליה על בסיס נטייה מינית, ונסקור להלן רק חלק מ"אבני הדרך" בנושא זה.

בשנת 1988 תיקנה הכנסת את חוק העונשין וביטלה את האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים (חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62);

בשנת 1992 תיקנה הכנסת את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ואסרה על הפליה על בסיס נטייה מינית (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ס-1992, ס"ח 1377 מיום 2.1.1992, בעמ' 37);

בשנת 1994, נקבע בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994), כי הנוהג של חברת אל-על להעניק כרטיסי טיסה חינם לבני זוג של עובדים רק כשהם בני מין שונה, הוא פסול ובלתי חוקי;

בשנת 1997 תיקנה הכנסת את חוק איסור לשון הרע, באופן האוסר על השפלת אדם בגלל מינו או נטייתו המינית (סעיף 1(4) לחוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 5), התשנ"ז-1977, ס"ח 1612 מיום 28.2.1997, בעמ' 70);

באותה שנה ניתן פסק הדין בבג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1997), בגדרו בוטלה החלטת שר החינוך למנוע שידור תכנית שהוקדשה לבני נוער המשתייכים לקהילה הגאה (לניתוח של פסק הדין וביקורת עליו, ראו: אלון הראל "בתי המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד 785 (1998));

בשנת 1998 חוקקה הכנסת את החוק למניעת הטרדה מינית, המגדיר "הטרדה מינית", בין היתר, כ"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית" (סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661 מיום 19.3.1998, בעמ' 166);

בשנת 2000 ניתן פסק הדין בבג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000), בגדרו הורה בית משפט זה למשרד הפנים לרשום אישה לסבית שאימצה בארצות הברית את בנה של שותפתה לחיים, כאמו השנייה, ולהוסיף את שמו בתעודת הזהות שלה;

באותה שנה ניתן פסק הדין בבג"ץ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318 (2000), בגדרו פסל בית משפט זה את החלטת בית הדין הרבני הגדול לאסור על אישה גרושה להפגיש בין בנותיה עם שותפתה לחיים;

כמו כן, באותה שנה חוקקה הכנסת את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (ס"ח 1765 מיום 21.12.2000, בעמ' 58) האוסר על הפליה מחמת נטייה מינית בהספקת מוצר או שירות הציבורי, במתן כניסה למקום ציבורי או במתן שירות במקום ציבורי (סעיף 3(א) לחוק);

בשנת 2002 תיקנה הכנסת את חוק חובת המכרזים, והוסיפה איסור על הפליה מחמת נטייה מינית במסגרת מכרז (חוק חובת המכרזים (תיקון מס' 12), התשס"ב-2002, ס"ח 1824 מיום 21.1.2002, בעמ' 100);

בשנת 2004 תיקנה הכנסת את חוק העונשין, והוספה הוראת סעיף 1144, לפיה העונש על עבירות שנאה, ובכללן עבירות ממניע של עוינות כלפי ציבור מחמת נטייה מינית, יהא חמור יותר (עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה (תיקון מס' 82), התשס"ה-2004, ס"ח 1961 מיום 17.11.2004, עמ' 14);

באותה שנה תיקנה הכנסת את חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, והוסיפה איסור על הפליה על בסיס נטייה מינית (חוק זכויות החולה (תיקון מס' 2), התשס"ה-2004, ס"ח 1962 מיום 29.11.2004, בעמ' 26);

בשנת 2005 ניתן פסק הדין בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005), בגדרו נקבע, בדעת רוב, כי זוגיות חד-מינית לא שוללת כשירות מבן זוג לאמץ את ילדי בן זוגו;

בשנת 2006 ניתן פסק הדין בבג"ץ 8988/06 משי-זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם, 27.12.2006), בגדרו נדחו עתירות נגד קיום מצעד הגאווה בירושלים;

באותה שנה ניתן פסק הדין בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006), בגדרו הורה בית המשפט לפקיד הרישום במרשם האוכלוסין לרשום כזוג נשוי, זוג חד-מיני שערך מחוץ לישראל טקס נישואין אזרחי המוכר באותה מדינה;

בשנת 2007 ניתן פסק הדין בבג"ץ 5277/07 ברוך מדול נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (לא פורסם, 20.6.2007), בגדרו שוב נדחתה עתירה כנגד קיומו של מצעד הגאווה בירושלים;

באותה שנה חוקקה הכנסת את חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007, ס"ח 2109 מיום 8.8.2007, בעמ' 450, האוסר על הפליה מחמת נטייה מינית (סעיף 4 לחוק).

איסור ההפליה מחמת נטייה מינית הוכר בנסיבות מסוימות אף במסגרת המשפט הפרטי (ראו: יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש 357 (תשס"ו); ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 42-43 (תשס"ג); הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק 411, 446, ה"ש 116 (2009)).

55. לא ייפלא אפוא כי מלומדים תיארו את שנות התשעים בישראל כ"עשור ההומוסקסואלי", ואת השינויים המשפטיים שעברה שיטת המשפט הישראלית בשנים אלו, בחקיקה ובפסיקה, כ"מהפכה משפטית הומוסקסואלית". החברה בישראל פיתחה במרוצת השנים מנגנוני הגנה מפני הפליה על רקע נטייה מינית תוך קידום זכות חברי הקהילה הגאה לשוויון. זאת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהתפתחות בפסיקה ובחקיקה שרק חלקה נסקר לעיל (ראו: אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (2002); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 231-230 (2008); Amit Kama "From Terra Incognita to Terra Firma: The Logbook of the Voyage of Gay Men's Community into the (Israeli Public Sphere" 38(4) Journal of Homosexuality 133-162 (2000). לא למותר לציין כי ההתייחסות לחברי הקהילה הגאה היא אחד המדדים להיותה של מדינת ישראל מדינה ליברלית-דמוקרטית, להבדיל מהמצב ברובן-ככולן של מדינות המזרח

התיכון הקרובות והרחוקות, בהן נרדפים חברי הקהילה הגאה, הן על ידי השלטונות והן על ידי החברה (ונזכיר את דבריו הבלתי נשכחים של נשיא איראן אחמדדניג'אד שטען שבאיראן אין כלל הומוסקסואלים, בעוד שבכית המשפט העליון של אנגליה תלויה ועומדת עתירה של הומוסקסואל איראני נגד הרשויות באנגליה המבקשות להשיבו לארצו, בגדרה הוא מבקש מקלט באנגליה מחשש לחייו אם ישוב לאיראן. ראו: [http://www.supremecourt.gov.uk/current-cases/CCCaseDetails/case\\_2009\\_0054.html](http://www.supremecourt.gov.uk/current-cases/CCCaseDetails/case_2009_0054.html).

56. על רקע הוראות הדין שנקבעו על ידי המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, כפי שנסקרו לעיל, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי כבר אין מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית. החשוב לענייננו הוא כי מהפסיקה ומהחקיקה דלעיל עולה כי יש הכרה בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה "חשודה" בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה, כי הפליה מטעמים של נטייה מינית נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי ההפליה וככזו יש לבחון אותה בקפידה (להרהור אם דין הפליה מחמת נטייה מינית או מחמת מוגבלות פיסית כדין הפליה מחמת השתייכות לאומית או דתית, ראו: גונטובניק, בעמ' 28, ה"ש 13).

לא למותר לציין כי קבוצת הקהילה הגאה גם חלשה יחסית מבחינה פוליטית, אם בשל שיעורה באוכלוסייה, ואם בשל היעדר קורלציה בין הזהות המינית של חבריה לדפוס הצבעה פוליטי מסוים דווקא, ואם מסיבה אחרת (השוו: טמ'ר, בעמ' 102-103). להבדיל מקבוצות "חשודות" אחרות, שדרישתן לשוויון נהנית מאהדה בקרב הציבור, כמו אוכלוסיית הנשים או אנשים עם מוגבלויות, מאבקה של הקהילה הגאה לא נהנה בהכרח מאהדה דומה, ואף אפשר שהוא מעורר בקרב חוגים שונים התנגדות ורתיעה רגשית המערבות סטיגמות, דעות קדומות וסטריאוטיפים שליליים (השוו: סומר ופינטו, בעמ' 208, לגבי התייחסות החברה בישראל להפלייתם של אזרחי ישראל הערבים, וכן דברי כב' השופט י' זמיר בבג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 28 (2001)).

57. על רקע היות הקהילה הגאה קבוצה "חשודה" שההפליה כלפיה נמצאת ב"גרעין הקשה" של איסורי ההפליה הקבועים בחקיקה, ניתן להבין את בסיס החשד של המערערת להפליה מכוונת כלפיה מצד העירייה. לכך מספר אינדיקציות: העירייה דרשה מהמערערת לעמוד בהנחיות החשכ"ל אך לא עשתה כן לגבי גופים אחרים כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא; התנהלות העירייה מול המערערת לאורך השנים כפי

שבאה לידי ביטוי בהליכים המשפטיים הרבים שנאלצה המערערת לנהל; התבטאויות פומביות של ראש העיר הקודם נגד פעילות המערערת; והעובדה שפעילות המערערת לאורך השנים לא נתמכת כלל על ידי העירייה במישרין או בעקיפין. בסעיף 82 לפסק דינה של השופטת צור אף נרמז כי העירייה פועלת בחוסר עקביות על מנת לשלול תמיכה מהמערערת. כך, בשנת 2003, כאשר נושא המגדר הוצא מתחום הקצאת התמיכות של העירייה, נדחתה בקשת המערערת לתמיכה בפעילות לקידום מעמד האישה מן הטעם שהיא עוסקת "בטיפוח מגדר". אך בשנת 2005, נדחתה בקשת המערערת לתמיכה בפעילות לקידום מעמד האישה מן הטעם שאין לראות את העותרת כמי שעוסקת בקידום ובטיפוח מעמד הנשים בקהילה. מכאן טענתה של המערערת כי במהלך השנים היא "רודפת" אחר התבחינים אך אלו "בורחים" ממנה.

לכך יש להוסיף כי עיריות של ערים מרכזיות בישראל תומכות בפעילות לרווחת הקהילה הגאה או מקיימות פעילות כזו בעצמן. כך, לדוגמה, עיריות תל-אביב-יפו, חיפה, באר-שבע, אילת והמועצה האזורית גליל-עליון, מקצות למוסדות הפועלים לרווחת הקהילה הגאה, בכסף ובשווה כסף (שירותים, מבנים ותקנים) כפי שהן מקצות תקציבים לעמותות המקדמות קבוצות אוכלוסייה אחרות (לסקירת הנעשה בעיריות וברשויות מקומיות אחרות בנושא זה ראו המסמך שהוגש לוועדה לקידום מעמד האישה ביום 16.6.2003 "השתלבות ואפליה: הקהילה ההומוסקסואלית, הלסבית, הבי-סקסואלית, והטרנסג'נדרס מול השלטון המקומי" – <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00655.rtf>). כן ראו הודעתה לציבור של עיריית תל אביב (נספח ע/112 בתיק המוצגים), בו מזמינה עיריית תל-אביב-יפו בקשות לקבלת תמיכה בנושאי תרבות ואמנות, בריאות ורווחה, דת, ספורט, הקהילה הגאה, מיעוטים דתיים ועוד. העובדה שעיריית ירושלים אינה תומכת, באופן כלשהו, בפעילות לרווחת הקהילה הגאה, מהווה אפוא חריג בנוף הערים הגדולות והמרכזיות בישראל.

58. לטענת המערערת, הקהילה הגאה מהווה כ- 10% מהאוכלוסייה, ותושבי העיר אינם יוצאים מהכלל (זאת, על סמך מחקר של חוקר המיניות קינזי שנערך בארצות הברית בשנת 1948). איני סבור כי ניתן או צריך לקבוע מסמרות באשר לשיעור המדויק של חברי הקהילה הגאה באוכלוסייה, מה עוד שיש שאינם מוכנים להיחשף בציבור, ונותרים "בארון" (טמיר, בעמ' 111). לענייננו, די בכך שאין מדובר בקבוצה קיקיונית או קבוצה ששיעור חבריה באוכלוסייה הוא מזערי או "בטל בשישים", אלא מדובר בקבוצה ששיעורה באוכלוסייה אינו מבוטל. מכאן, שעל פי מבחן התוצאה, המערערת לא מקבלת תמיכה בשיעור ההולם את חלקם היחסי של חברי הקהילה הגאה בירושלים.

למעשה, המערערת אינה מקבלת כל תמיכה שהיא מהעירייה, וכפי שהתבטא בא כוחה בדיון שבפנינו, המערערת וחברי הקהילה הגאה אינם זוכים להכרה כלשהי מצד העירייה. דומה כי חוסר ההכרה בחברי הקהילה הגאה כקבוצת זהות המהווה חלק מהציבוריות הירושלמית, שלה צרכים ייחודיים, הוא שמביא אותם שוב ושוב אל כתלי בית המשפט בהיותם צועקים ואינם נענים, שהרי "אדם צועק את שחסר לו":

"אדם צועק את שחסר לו  
 חסר לו ביטחון צועק ביטחון  
 חסרה לו הדדיות צועק הדדיות  
 חסרה לו גאווה צועק גאווה  
 חסר לו יחד צועק יחד  
 אדם צועק את שחסר לו  
 לא חסר לו - לא צועק..."

(מאיר אריאל "צועק את שחסר לו").

59. ומן הכלל אל הפרט. על רקע החלת עקרון השוויון על כספי תמיכות נבחן את עניינה של המערערת. נבחן את שוויוניותם וסבירותם של תבחיני צוקרמן בכל הקשור לבקשתה של המערערת מאגף התרבות, ולאחר מכן, נבחן את דחיית בקשתה של המערערת לתמיכה מאגף חברה ומהחטיבה לקידום נוער וצעירים.

בחינת תבחיני צוקרמן לתמיכה במסלול התמיכות השוטפות

60. תבחיני צוקרמן ממקדים את התמיכה במסלול התמיכות השוטפות במוסדות שעיקר עיסוקם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית ואשר הוכרו על ידי מינהל התרבות במשרד החינוך התרבות והספורט. במסלול פרויקטים אין דרישה לעמידה בתנאי הסף המקצועיים, והתמיכה תינתן למוסדות המקיימים פרויקטים חד-פעמיים או רב-שנתיים בתחומי "האמנות המקצועית, החובבים, מורשת ישראל, התרבות הערבית והפולקלור", ובלבד שמדובר ב"אירוע תרבות".

המערערת טוענת כי תבחיני צוקרמן מפלים אותה נוכח הפעילות התרבותית הענפה שהיא מקיימת במרכז הקהילתי שלה, וגם אם אין מדובר בהפליה מכוונת, הרי שלפנינו למצער הפליה תוצאתית.

מנגד, טוענת העירייה כי תבחיני צוקרמן הם שוויוניים וסבירים, וכי גופים רבים המקיימים פעילות בתחומי התרבות – ובכללם גופים המקיימים פעילות תרבות מיוחדת לאוכלוסיות מיעוט – אינם זוכים לתמיכה מהעירייה.

העירייה הדגישה כי וועדת צוקרמן, שהיא וועדה ציבורית מקצועית ובלתי תלויה, ישבה על המדוכה מעל לשנה וחצי עד שמסרה את מסקנותיה והמליצה על תבחינים למתן תמיכות. תבחיני צוקרמן אומצו, ככתבם וכלשונם, על ידי עיריות נוספות כדוגמת עיריית תל-אביב-יפו ועיריית חיפה, דבר שיש בו כדי ללמד על היותם שוויוניים וסבירים כאחד. לטענת העירייה תבחיני צוקרמן אף אושרו על ידי בית משפט זה בעע"ם 5905/06, שם נקבע כי "הערעור מתקבל ככל שהוא נוגע לזכותו של המשיב (המערער – י.ע.) לתמיכות מתקציב תרבות ואמנות", כך שיש לראות בכך פלוגתא פסוקה.

לטענת העירייה, "הפחתה" מדרישות הסף על פי תבחיני צוקרמן עלולה להביא למצב שבו מספר המוסדות שיהיו זכאים לתמיכה במסלול זה יהיה גדול מאוד, באופן שבו יקטנו סכומי התמיכה בהם יזכו המוסדות, כדי כך שהתמיכה "תתפורר לפירורים" (להלן: טיעון הפירור) (השוו: עניין פנים להתחדשות יהודית, בעמ' 957; עניין המרכז לפלורליזם, בפסקה 16).

61. כאמור, תבחיני צוקרמן לתמיכה במוסדות במסלול התמיכות השוטפות, ממקדים את התמיכה במוסדות שעיקר עיסוקם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית. זו קבוצת השוויון שנקבעה בתבחינים אלה להבדיל ממוסדות שעיקר עיסוקם אינו באמנות מקצועית, וביניהם המערערות.

נקודת המוצא היא שבית המשפט ימעט להתערב בתבחינים ובהחלטות שהתקבלו על סמך המלצות גוף מקצועי, דוגמת וועדת צוקרמן, בהתבסס על שיקולים מקצועיים (בג"ץ 9547/06 הקרן החדשה לקידום ולעידוד יוצרי קולנוע וטלוויזיה נ' המועצה הישראלית לקולנוע (לא פורסם, 14.4.2008), בפסקה 6 והאסמכתאות שם) (להלן: עניין הקרן החדשה).

על רקע נקודת מוצא זו, ובהתחשב במהותה של הפעילות הנתמכת ותכליתה, תבחיני צוקרמן הם ענייניים ואינם נגועים בשיקולים זרים. בסיס התבחינים ניצב על משולש של כמות-איכות-תרומה לעיר ירושלים, על פי שלושה פרמטרים: היקף

הפעילות; התרומה למיצוב ירושלים כבירת תרבות; וחשיבות אמנותית ותרבותית. כך, לדוגמה, נתמכים במסגרת זו מוזיאון ישראל, התזמורת הסימפונית, האקדמיה למוסיקה ומחול, תיאטרון החאן ועוד. התמיכה בגופים שעיקר פעילותם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית נראית על פניה עניינית לאור מהות העניין ולשם מימוש התכלית של מיצוב ירושלים כבירת תרבות. אכן, ניתן לטעון כי המושג "יצירה בתחומי האמנות המקצועית" הוא סובייקטיבי גרידא, ואינו ניתן להערכה אובייקטיבית, אך אין מנוס מכך כאשר מדובר בתחומים של תרבות ואמנות (עניין תיאטרון ארצי לנוער, בעמ' 278; עניין מפגשים, בפסקאות 10-11).

62. יכול הטוען לטעון כי בתבחין הקובע כי תמיכה תינתן למוסדות ש"עיקר עיסוקם" ביצירה בתחום האמנות המקצועית, יש כדי לפגוע בעקרונות השוויון והפלורליזם באופן בלתי סביר. כך, מוסד המקצה אחוזים מסוימים מתקציבו הכולל ליצירה בתחומי האמנות המקצועית והנותן מענה לצרכים מיוחדים של קהילה מסוימת, לא יעבור את תנאי הסף שכן אין זה "עיקר" עיסוקו למרות שאותו מוסד עוסק ביצירת אמנות מקצועית ותורם למיצוב ירושלים כבירת תרבות.

כב' השופט י' זמיר התייחס בפסק דינו בעניין התנועה המסורתית, לתבחין כמותי לחלוקת כספי תמיכות, ולטעמים העשויים להצדיק בחינה קפדנית שלו, אשר לעתים תוביל לפסילתו. אף אם התבחין הכמותי מבוסס על שיקול ענייני, הוא עלול לקבל משקל בלתי סביר ולשלול שיקולים ענייניים אחרים, או לא לאפשר לתת להם את המשקל הראוי (השוו: עניין המרכז לפלורליזם, בפסקה 18). בנוסף, שימוש בתבחין כמותי מעלה חשש ליצירת מונופול מוסדי או רעיוני של מוסדות גדולים, כמו גם לפגיעה בפלורליזם. התבחין הכמותי "מונע מתן ביטוי, באמצעות מוסדות קטנים יותר, לתפיסה דתית שונה. מבחינה זאת, המבחנים הקיימים פוגעים בפלורליזם, שהוא לא רק ביטוי לעקרון השוויון, אלא הוא גם אחד המאפיינים של חברה דמוקרטית" (עניין התנועה המסורתית, בעמ' 364-365). לכן, אין לעיתים מנוס אלא "להזריק" לתבחין ולתנאי הסף הנקבעים על ידי הרשות את עקרון השוויון ואת עקרון הפלורליזם (עניין תל"י, בפסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין).

63. למרות "החשדנות" כלפי תבחין כמותיים, איני סבור כי המקרה שבפנינו דומה לעניין שנדון בעניין התנועה המסורתית, שם התבחין הכמותי היה הפרמטר הבלעדי למתן תמיכה. לא כך במקרה שבפנינו, שהתבחין הכמותי הוא אך אחד משלושת הפרמטרים המרכזיים על פי תבחין צוקרמן. בדומה, גם בעניין מפגשים, אישר בית משפט זה את התבחין לפיו תמיכה כספית תינתן רק למוסד תרבות אשר עיקר



עיסוקו באמנות מקצועית. כך גם בעניין הקרן החדשה אישר בית המשפט תבחין לפיו תמיכה תינתן רק לגוף המתמחה בתחום הקולנוע התיעודי, ואשר הוגדר כ"גוף אשר לפחות 75% מתקציבו מופנה לפעילות בתחום התיעודי".

זאת ועוד. גם מקום בו התבחינים שמאמצת רשות מנהלית לחלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבור פוגעים בעקרונות השוויון והפלורליזם, אין הם בהכרח פסולים, שכן ערך השוויון הוא ערך יחסי שיש לאזנו מול ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה (עניין ועדת המעקב, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק). כך, לדוגמה, יש לאזן בין ערך השוויון לבין משאבי הכסף ומשאבי האנוש (עניין התנועה המסורתית, בעמ' 366).

64. במקרה דנן, דומני כי ועדת צוקרמן – שגם המערערת לא חלקה על היותה וועדה מקצועית ובלתי תלויה – גיבשה תבחינים מידתיים וסבירים בהתחשב באילוצי התקציב. תבחינים אלה כוללים רק את המעגל הראשון והמצומצם של המוסדות הפועלים בלב העשייה התרבותית. המערערת מקיימת פעילות תרבות ענפה בבית הפתוח, אך אינה באה בגדר המוסדות העוסקים ביצירה בתחומי האמנות והתרבות אלא בצריכת תרבות. כפי שטענה העירייה, אפילו מוסד נכבד כמו תיאטרון ירושלים לא מקבל תמיכה מהעירייה, בהיותו תיאטרון המארח הצגות ואינו יוצר הצגות בעצמו. אכן, אף העירייה אינה חולקת על כך שככל שתקיים המערערת פעילות יוצרת איכותית וכמותית בתחומי האמנות המקצועית במסגרת ארגונית אחרת שעיקר פעילותה ביצירת תרבות (לדוגמה, תיאטרון של הקהילה הגאה), ייתכן שתעמוד בתנאי הסף לתמיכה במסלול התמיכות השוטפות ותוכל להיכלל בגדרי קבוצת השוויון הזכאית לתמיכה מאגף תרבות.

65. סיכומו של דבר, שאיני רואה עילה להתערב בהחלטתה של העירייה למקד את התמיכה בגופים שעיקר פעילותם ביצירה בתחומי האמנות המקצועית בהתאם לתבחיני צוקרמן. לאור התוצאה אליה הגעתי, איני נדרש לשאלה אם יש לראות את פסק דינו של בית משפט זה בעע"ם 5905/06 כפלוגתא פסוקה. אזכיר כי בפסק הדין נפתחה הדלת בפני המערערת לטעון לתמיכה ב"מפעלי תרבות שוליים" אך המערערת לא מיקדה טענותיה בנושא זה וממילא לא הראתה כי היא פועלת כגורם יצירתי בתחום זה.

תבחיני צוקרמן לתמיכה במסלול פרויקטים

66. לפי תבחיני צוקרמן, תמיכה במסלול פרויקטים תינתן לגופים המקיימים פרויקטים חד-פעמיים או רב-שנתיים בתחומי "האמנות המקצועית, החובבים, מורשת ישראל, התרבות הערבית והפולקלור". דהיינו, במסלול פרויקטים אין דרישה לעמידה בתנאי הסף המקצועיים, ובלבד שמדובר ב"אירוע תרבות". וועדת צוקרמן שהתכנסה ביום 13.2.07 אף הבהירה בהחלטתה מאותו יום כי התקצוב במסלול זה "כולל פרויקטים של קהילות ומגזרי מיעוט בעלי צרכים מיוחדים". מכאן, שאין בתבחיני צוקרמן לתמיכה במסלול פרויקטים אפקט מפלה במציאות החברתית. גם לעמדת העירייה, חלקים מאירועי הגאווה לשנת 2006 מזכים את המערערת, פוטנציאלית, בתמיכה (פסטיבל קולנוע, כנסים ומופעים שונים).

למרות זאת, המערערת לא קיבלה את התמיכה לה הייתה זכאית עבור שנת 2006 במסלול פרויקטים. זאת, מאחר שלא צירפה דוח ביצוע מאושר על ידי רואה חשבון. בדיון שנערך בפנינו הצהירה העירייה כי בכפוף להמצאת אישור רואה חשבון לדוח הביצוע שהגישה המערערת, תזכה את המערערת בכספי התמיכה במסלול פרויקטים לשנת 2006 בסך של 65 אלף ₪.

נוכח הסכמת הצדדים בעניין זה, אנו מורים כי בכפוף לכך שהמערערת תמציא אישור רואה חשבון לדוח הביצוע, על העירייה להעביר למערערת את כספי התמיכה במסלול פרויקטים לשנת 2006 על סך של 65 אלף ₪.

במאמר מוסגר אציין, כי המערערת התייחסה בסיכומיה לאירועי הגאווה העולמיים לשנת 2006 בלבד, כך שהשאלה אם אירועי הגאווה ככלל מהווים "אירוע תרבות" לצורך תמיכה במסלול פרויקטים, אינה נדרשת להכרעה בענייננו. בהקשר זה אציין כי העירייה טענה כי מצעד הגאווה, במסגרת אירועי הגאווה, הוא אירוע המממש את זכות ההפגנה והתהלוכה, וכמותו נערכים עשרות מצעדים והפגנות בירושלים לרבות של קהילות מיעוט, ומצעדים אלה אינם מהווים אירועי תרבות המזכים בתמיכה. אסתפק אפוא בהערה כי כשם שמצאה העירייה שחלקים מאירועי הגאווה לשנת 2006 עונים על הגדרת "אירוע תרבות" לצורך תמיכה במסלול פרויקטים, חזקה עליה שתבחן בכל שנה ושנה, באותו אופן, אילו אירועים מתוך אירועי הגאווה השנתיים עונים על הגדרה זו, ותנהג בהתאם.

בנקודה זו, נעבור ונבחן את התמיכות שנתבקשו על ידי המערערת מאגף חברה.

תבחיני העירייה לתמיכה באגף חברה

67. חלוקת כספי תמיכות על ידי העירייה באגף חברה בשנים נשוא הערעור נעשתה בשלושה מסלולים: מסלול תנועות וארגוני נוער; מסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים; ומסלול קידום מעמד האישה. המערערת מיקדה ערעורה בשני המסלולים האחרונים ונבחן כל אחד מהם בנפרד.

מסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים

68. תבחיני התמיכה של העירייה במסלול זה קובעים כלהלן (הדגשה שלי – י.ע.):

1. תמיכה תינתן למרכזים ומינהלים קהילתיים אשר הוכרו ע"י החברה הארצית למתנ"סים – להלן מינהל קהילתי, ו/או לחברה למרכזים ולמינהלים קהילתיים בירושלים בע"מ.  
2. כל מינהל קהילתי יהיה רשום כתאגיד עצמאי והנהלתו תכלול נציגים מהקהילה, הוא יפעל באזור גיאוגרפי נתון וייתן שירותים לקהילה".

האם תבחינים אלו הם שוויוניים וסבירים?

לטענת המערערת, הבית הפתוח משמש כמרכז קהילתי לכל דבר ועניין ונותן מענה לצרכים הייחודיים של חברי הקהילה הגאה בירושלים. התבחינים לתמיכה במסלול זה הם בלתי שוויוניים ובלתי סבירים שכן הם מפלים במבחן התוצאה, בעיקר בשל הדרישה לפעול באזור גיאוגרפי נתון. מנגד, טענה העירייה כי תכלית התמיכה במסלול זה היא מוניציפאלית-גיאוגרפית ולא פונקציונאלית. תכלית זו נלמדת הן מבחינה ארגונית והן מבחינת תוכן הפעילות הנתמכת, כפי שאף קבע בית משפט קמא. שיקול ענייני נוסף הוא אילוצי התקציב, באשר לטענת העירייה, אין באפשרותה להרחיב את התמיכה למוסדות רבים הפועלים בתחום החברה למטרות פונקציונאליות ייעודיות וייחודיות. בהקשר זה, העלתה העירייה את "טיעון הפירור", לפיו הקלה בדרישות הסף במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים, יביא למצב שבו מספר המוסדות שיהיו זכאים לתמיכה במסלול זה יהיה גדול מאוד, באופן שבו יקטנו סכומי

התמיכה שבהם יזכו המוסדות, עד לכדי כך שהתמיכה תתפורר לפירורים (השוו: עניין פנים להתחדשות יהודית, בעמ' 957).

69. ההכרעה בשאלה אם התבחינים דלעיל עומדים במבחן השוויון המהותי נערכת כאמור בשני שלבים. השלב הראשון, עניינו בזיהוי גבולות קבוצת השוויון כשים לב לתכלית החוק, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה. לאורם של פרמטרים אלו ניתן לקבוע מהו שיקול ענייני ומהו שיקול זר לצורך קבלת החלטה בדבר גבולות קבוצת השוויון ומה סבירות המשקל שניתן לשיקולים העניינים (ראו: עניין רקנט, בעמ' 346-347; עניין התנועה המסורתית, בעמ' 363). בשלב השני יש לבדוק אם התבחינים מקיימים את השוויון המהותי, קרי, האם בגדרי קבוצת השוויון, נוהגת הרשות המנהלית בשוויון.

70. ברי כי יש הבדל בין מרכזים ומינהלים קהילתיים הפועלים בשכונה מסוימת לרווחת תושבי אותה שכונה, לבין מרכזים קהילתיים הפועלים לרווחת קהילות "מפוזרות" כמו המרכז הקהילתי של המערערות. המרכז הקהילתי של המערערות פועל במרכז העיר ופתוח אמנם לכל דכפין, אך נותן מענה בעיקר לצרכים הייחודיים של חברי הקהילה הגאה בעיר, המהווים קבוצה בלתי מבוטלת של תושבי העיר.

כפי שציינו לעיל, השוויון המהותי מחייב התנהגות שוויונית כלפי מוסדות שההבדל ביניהם אינו רלוונטי ואינו מצדיק התייחסות שונה על ידי העירייה. זהו השוויון הנכון והצודק (עניין התנועה המסורתית, בעמ' 362). על רשויות מנהליות המבקשות לבסס שוני רלוונטי הנטען על ידן, להסתמך על שיקולים ענייניים, שבבסיסם שיקולים הנוגעים למהותה של הפעילות הנתמכת, להבדיל מן הגוף הזוכה לתמיכה (עניין צבן, בעמ' 707). מהות העניין בחלוקת כספי תמיכות במסלולים השונים של אגף חברה בעירייה היא לדאוג לרווחת כלל תושבי העיר בתחומי החברה והקהילה באופן שוויוני ככל שניתן. כך עולה גם מסעיף 8.5 לנוהל החדש לחלוקת כספי תמיכות ברשויות המקומיות הקובע כי "התבחינים שייקבעו על-ידי מועצת הרשות, לאחר שעיינה בחוות דעתו של היועץ המשפטי לרשות, יהיו עניינים, שוויוניים ויתחשבו בצרכי האוכלוסייה ברשות המקומית ובצורך במתן שירותים לכל חלקי האוכלוסייה" (הדגשות שלי – י.ע.).

71. יש להבחין בין המטרה אותה מבקשת הרשות להגשים, לבין האמצעי שבו בחרה הרשות לשם מימוש אותה מטרה. תכלית התמיכה במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים היא לתמוך במוסדות הפועלים להנגשה של שירותים בתחום החברה

והקהילה לכלל תושבי ירושלים. האמצעי שנבחר למימוש תכלית זו, לפי התבחינים, הוא תמיכה במינהלים קהילתיים הממוקמים בשכונות שונות ברחבי העיר ופועלים כעירייה זוטא אך ורק על בסיס אזורי-גיאוגרפי.

אני נכון להניח כי הנגשת שירותי העירייה בתחום החברה והקהילה לכלל התושבים על בסיס שכונתי-גיאוגרפי הוא שיקול ענייני המגשים את תכלית התמיכות. העירייה נותנת מענה לחלק מצורכיהם של כלל תושביה – ובכללם חברי הקהילה הגאה – במסגרת המינהלים הקהילתיים הפועלים על בסיס אזורי-גיאוגרפי. אך העירייה לא נותנת מענה כלשהו לצורכיהם הייחודיים של חברי הקהילה הגאה, שהיא קהילה "מפוזרת" שחבריה וחברותיה אינם מתגוררים באזור גיאוגרפי מסוים. צרכים ייחודיים אלו לא מקבלים מענה במסגרת המינהלים הקהילתיים או בכל מסגרת אחרת שמפעילה העירייה בעצמה או תומכת בה באופן כלשהו. זאת, בעוד שהעירייה נותנת מענה לצרכים ייחודיים של קהילות מיעוט אחרות שחבריהן נמנים על תושבי ירושלים, כמו הקהילה החרדית והקהילה הערבית בעיר. המענה לצרכי קהילות אלה נעשה, בין היתר, באמצעות אגפים בעירייה המטפלים בצרכי אוכלוסיות אלה, בדרך של תמיכה במוסדות הפועלים לרווחת קהילות אלה וגם באמצעות המרכזים הקהילתיים על בסיס גיאוגרפי-אזורי. לכן, איני רואה לקבל טענת העירייה כי מתן תמיכה לבית הפתוח שמפעילה המערערת כמוהו כ"כפל תמיכה".

אין צורך "להזריק" את עקרונות השוויון, הפלורליזם והצדק החלוקתי לתבחינים הקיימים במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים כדי להגיע למסקנה כי יש להכיר בבקשת התמיכה של המערערת במסלול זה (למצער, גם אם יש צורך "להזריק" עקרונות אלה, אין צורך ב"מינון גבוה"). הנה כי כן, המערערת מפעילה מרכז קהילתי הפועל לרווחת קהילה "מפוזרת" ששיעורה באוכלוסייה הוא בלתי מבוטל, הנותן מענה לצרכים ייחודיים של אותה קהילה, צרכים שאינם זוכים בדרך אחרת למענה על ידי העירייה ואף לא על ידי גופים אחרים. האמצעי שננקט על ידי העירייה לא מקיים את עקרון השוויון המהותי באשר ניתן בו משקל בלעדי לריכוז הגיאוגרפי-אזורי, תוך התעלמות מהצרכים הייחודיים של חברי הקהילה הגאה.

לא נעלם מעיני כי המרכזים והמינהלים הקהילתיים להם ניתנות תמיכות על פי התבחינים דהיום, עוסקים גם בנושאים הקשורים אך ורק לשכונה בה הם פועלים, כגון קידום תהליכי פיתוח ותכנון אורבאני, הרחבה של יחידות דיור בשכונה, חיוב בהיטלי השבחה, הקמה או פינוי של תחנת משטרה בשכונה ועוד. ברם, לצד פעילויות אלה, מקיימים המרכזים הקהילתיים פעילויות תרבות וספורט האופייניות למתנ"סים, והמרכז

הקהילתי של המערערת מקיים חוגים ופעילויות חברתיות ותרבותיות דומות. כך, נערכים במרכז מפגשים חברתיים לנשים ולגברים, מפגשים לגיל הזהב, מפגשים לדוברי אנגלית, ערבית ורוסית, מועדון טיולים, קבוצת כדורגל ועוד. בתחום התרבות יש במרכז ספריה, מתקיימות תערוכות, קיים חוג תיאטרון, מוקרנים סרטים, מתקיימים מפגשים עם אמנים ויוצרים, דיונים והרצאות. בשנים הרלוונטיות התקיימה קבוצת קריאה שדנה במחקרים אודות התיאוריה הקווירית, נערך דיון על מיניות ותרבות רוסית, דיון וכנס קהילתי בנושא "הומופוביה ויציאה מהארון" ועוד. אף ניתן מענה לצרכים הייחודיים של חברי קהילה דתיים: מפגשי העשרה בנושאי יהדות וקוויריות, טכסי קבלת שבת (עם רבנים נציגי זרמים שונים) ונחוגו חגים מרכזיים (מסיבת פורים, ליל סדר, אירוע סטודנטים ל"ג בעומר, סדר ראש השנה, סוכת גאווה, מפגש עם רבנים לרגל הדלקת נר חנוכה). בתחום התמיכה הנפשית-חברתית התקיימו קבוצות תמיכה לנשים, לדתיים, לטרנסג'נדרים, לקשישים, לביסקסואלים ולהורים של הומואים ולסביות. ובקיצור, מבחינה מהותית, הבית הפתוח משמש מרכז קהילתי לכל דבר ועניין לקהילה "מפוזרת". בהקשר זה אציין כי אין להקיש מבג"ץ 1313/01 עמותת קרן ילדינו מרכזי תקוותנו נ' משרד החינוך והתרבות (לא פורסם, 19.2.2002), עליו הסתמכה העירייה. באותו מקרה, נדחתה העתירה למרות טענת העותרת שהיא מקיימת פעילות דומה לזו של המתנ"סים, מן הטעם שהודגש בפסק הדין שם, שהחברה הממשלתית למתנ"סים ומרכזים קהילתיים אינה מתוקצבת דרך תקציב התמיכות לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב.

72. בהנחה שבנוסף למערערת יש מוסדות נוספים המייצגים קהילות "מפוזרות" שצרכיהן הייחודיים לא נענים על ידי העירייה במסגרת המרכזים והמנהלים הקהילתיים הקיימים או בדרכים אחרות – וכשלעצמי התקשיתי למצוא כאלה בדוגמאות שהובאו על ידי העירייה בסיכומיה – אזי התרופה לטיעון הפירור היא לבצע "תעדוף פנימי" בין כלל המוסדות שעברו את תנאי הסף בשנה פלונית, תוך התחשבות במגבלות תקציביות. כמו כן, הוכרה בפסיקה ובספרות המשפטית אף החלופה של קיום הגרלה בין המוסדות הנכללים בתוך גדרי קבוצת השוויון בשנה פלונית (ראו והשוו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 697; עניין פורז; בג"ץ 6437/04 תבורי נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד נח(6) 369 (2004)). בדרכים אלה ניתן להתגבר על טיעון הפירור עליו עמדנו לעיל.

73. הזכרנו בתחילת דברינו כי הקהילה הגאה היא קבוצה "חשודה" מבחינת היחס כלפיה בקרב קבוצות מסוימות בציבור, והחשד מתעצם במיוחד על רקע היחסים בינה לבין עיריית ירושלים ועל רקע העובדה שבערים אחרות ניתנת תמיכה למוסדות הקהילה הגאה. אך גם אם נעמיד את העירייה בחזקתה שלא פעלה מתוך כוונה להפלות,

וגם אם ההפליה נעשתה באופן לא מודע, רשאי בית המשפט להתחשב במבחן התוצאה (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 699; עניין ועדת המעקב, בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין פלד, בפסקה 11). ואכן, במבחן התוצאה, התבחין האזורי-גיאוגרפי, מדיר את המערערת המפעילה מרכז קהילתי הנותן מענה ייחודי לקהילה "מפוזרת" בעלת צרכים ייחודיים ששיעורה באוכלוסיה הוא בלתי מבוטל, כדוגמת המערערת. יש לתבחינים אלו אפקט מפלה במציאות החברתית. לעניין זה יפים, בשינויים המחויבים, דברי הנשיא ברק בפסקה 19 לפסק דינו בעניין ועדת המעקב:

"... תוצאה בפועל של השימוש בקריטריון הגיאוגרפי, במתווה שנבחר, הוא כי הלכה למעשה משרטטת מפת אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך מפה של ישובים יהודיים בלבד [...] עם תוצאה זו לא ניתן להשלים. המדובר בתוצאה מפלה שאינה יכולה לעמוד. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול [...] גם בהנחה כי למשיב היו טעמים מבוררים בבואו לקבוע את הקווים הגיאוגרפיים המבחינים בין אזורי עדיפות לאומית ואזורים שאינם כאלה, לא ניתן להתעלם מן התוצאה הנובעת מקווי תיחום אלה. [...] הקו הגיאוגרפי שנבחר מביא לתוצאה מפלה."

74. סיכמו של דבר, שקבוצת השוויון שנקבעה על בסיס מבחן גיאוגרפי-אזורי, מדירה ומפלה מבחינת השוויון המהותי את המרכז הקהילתי של המערערת. ודוק: לא נדרשנו ליצור תבחין חדש במיוחד עבור המערערת, ודי בהרחבת תנאי הסף לתמיכה במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים, באופן שבו מרכזים קהילתיים הפועלים לרווחת קהילות "מפוזרות", הנותנים מענה לצרכים ייחודיים של קהילות ששיעורן באוכלוסייה הוא בלתי מבוטל, שאינם זוכים למענה של העירייה או של גופים אחרים בדרך אחרת, יבואו בגדרי קבוצת השוויון שקובעים התבחינים.

תבחיני התמיכה באגף חברה במסלול קידום מעמד האישה

תבחיני התמיכה במסלול קידום מעמד האישה קובעים:

1. "הסיוע יינתן לארגונים שמטרתם העיקרית קידום מעמד נשים.
2. תינתן עדיפות בשיעור ההקצאה לארגון המאגד בתוכו מספר משמעותי של ארגונים העוסקים בתחום.
3. תינתן עדיפות לארגון הפועל בראיית מטה בתחום פיתוח מנהיגות נשים בקהילה."

לאור תבחינים אלה, נדחתה בקשת המערערת לתמיכה בפעילותה.

75. לטענת המערערת, היא מקדמת את מעמד האישה מעצם מהותה ומעצם פעילותה, ופעילותה בתחום זה נותנת מענה לצרכים מיוחדים של נשים לסביות, אשר סובלות מדיכוי חברתי כפול: הן בהיותן נשים, והן משום שהן לסביות. המערערת מקיימת פעילות למען העצמתן של נשים לסביות בדרכים שונות. בין השאר, התקיימו בבית הפתוח פאנל בנושא אלימות בין נשים, קריאה ודיון בשירה לסבית, סדנאות לנשים וסדרת הרצאות בנושא פמיניזם וזכויות. כמו כן, אחת לשבועיים נערך מפגש נשים בהנחיה מקצועית, בו דנו הנשים בנושאים אינטימיים תוך יצירת מרחב הקשבה ושיתוף. לטענת המערערת, התבחינים לתמיכה במסלול זה אינם שוויוניים ואינם סבירים. באשר לשנת 2007, המערערת טוענת כי משהחלה העירייה לבצע בעצמה פעילות לקידום מעמד האישה, אין זה סביר כי במסגרת פעילות זו לא ניתן מענה לצרכים הייחודיים של נשים לסביות.

מנגד, טוענת העירייה כי המערערת אינה מוסד שמטרתו העיקרית קידום מעמד נשים, ולפיכך לא הייתה זכאית לתמיכה במסלול זה בשנים 2005 ו-2006. זאת, באשר רק 1.75% מתקציבה של המערערת מוקדש למטרה זו. גם כאן, העלתה העירייה את שיקולי התקציב ואת טיעון הפירור. לטענת העירייה, מאחר שתקציב התמיכות לתחום חברה מוגבל ומצומצם, התבחינים אמורים להכליל רק מוסדות שמטרתם העיקרית היא קידום מעמד האישה. זאת, שכן אם יורחבו מבחני הסף לקבלת תמיכה גם למוסדות שאינם עונים על תבחין זה, מספר המוסדות שיהיו זכאים לתמיכה במסלול זה יהיה גדול מאוד, באופן שבו יקטנו סכומי התמיכה שבהם יזכו המוסדות, עד לכדי כך שהתמיכה תתפורר לפירורים (השוו: עניין פנים להתחדשות יהודית, בעמ' 957).

באשר לביטול התמיכות במסלול זה החל משנת 2007, טוענת העירייה כי הסיבה לכך נעוצה בדוח של מבקרת העירייה שהמליץ על הפסקת התמיכה במסלול זה, בין היתר, מאחר שפעילות לקידום מעמד האישה נעשית על ידי העירייה עצמה ואף מונתה יועצת לראש העיר בתחום זה בהתאם להוראות חוק הרשויות המקומיות (יועצת לענייני מעמד האישה), התש"ס-2000.

76. אקדים ואומר כי ענייננו מצטמצם לבדיקת סירוב העירייה לבקשת התמיכה של המערערת בשנים 2005-2006. זאת, באשר החל משנת 2007 הפסיקה העירייה את התמיכה במסלול קידום מעמד האישה. כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, הפסקת התמיכה במסלול זה נעשתה כדין, על רקע דוח מבקרת העירייה, ורשאית העירייה



לבחור לקיים בעצמה פעילות לקידום מעמד האישה ולבטל את התמיכות במסלול זה במסגרת אגף חברה.

77. האם תבחיני העירייה לתמיכה במסלול קידום מעמד האישה פגעו בעקרון השוויון?

קולן של נשים לסביות – כמו קולן של נשים המשתייכות לקהילות מיעוט אחרות בחברה הישראלית כמו נשים ערביות, נשים חרדיות, נשים שלהן מוגבלויות וכיו"ב – עשוי להיות קול ייחודי (בקהילה הפמיניסטית עצמה יש טענה להשתקת קולן הייחודי של נשים לסביות וראו המקורות הנזכרים במאמרה של יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 180-181 (תשס"ו)). באספקלריה זו, ייתכן ויש ממש בטענת המערערת כי בהיותה המוסד היחיד הנותן מענה לנשים לסביות בירושלים, ראוי לתמוך בפעילותה המעצימה קול ייחודי זה ואף לשקול העדפה מתקנת של פעילות חברתית שכזו (ראו: עניין ל.כ.ן.; מאמריהם של טמיר, סומר ופינטו, ורבין ולוצקי). לכך יש להוסיף כי שיקול תקציבי למרות היותו ענייני וכבד-משקל, עשוי להידחק מפני עקרונות השוויון והפלורליזם (ראו: עניין תל"י; עניין התנועה המסורתית, בעמ' 368).

למרות זאת, איני רואה להתערב בהחלטתה של העירייה ובפסק דינו של בית משפט קמא בנושא זה, משלושה טעמים. ראשית, ולגופו של טיעון, התבחין הקובע כי תמיכה תינתן למוסדות "שמטרתם העיקרית" קידום מעמד נשים הוא ענייני ולגיטימי ואינו פוגע בשוויון המהותי (השוו לפסקי הדין בעניין מפגשים והקרן החדשה שם אושרו תבחינים המבוססים על "עיקר פעילות"). כפי שנטען על ידי העירייה, עשרות גופים העוסקים גם בפעילות למען נשים, לרבות נשים בקבוצות מיעוט, לא נכללים בגדר תבחין זה מחמת שאין מטרתם העיקרית קידום מעמד נשים. שנית, התמיכה במסלול של קידום מעמד האישה בוטלה החל משנת 2007 והנושא אינו רלוונטי ואינו צופה פני עתיד. ולבסוף, בקבלת התמיכה במסלול המרכזים והמינהלים הקהילתיים יש מענה לפעילות הייחודית שמקיימת המערערת בקרב נשים לסביות. כספי התמיכה לה זכאית המערערת במסלול זה אינם "צבועים" לפעילות מסוימת, ומכספים אלה תקצה המערערת כראות עיניה לפעילויות שמטרתן קידום נשים המשתייכות לקהילה הגאה.

78. סיכומו של דבר, שאיני רואה להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, שאימץ את החלטתה של העירייה לדחות את בקשת התמיכה של המערערת בשנים 2005-2006 מאחר שהמערערת אינה מוסד שמטרתו העיקרית היא קידום מעמד האישה.

79. חלוקת כספי תמיכות על ידי העירייה במסגרת החטיבה בשנים נשוא הערעור נעשתה בשני מסלולים: מסלול הפעילות למניעת שימוש בסמים ומסלול הפעילות לנוער מנותק המוגדר כנוער שאינו נמצא במסגרת חינוכית או תעסוקתית. יוער כי מסלול הפעילות למען נוער מנותק בוטל בשנת 2008 בשל הרצון למקד את התמיכה למוסדות הפועלים למניעת שימוש בסמים.

כפי שנזכר, ערכו מנהלי החטיבה ביקורים במרכז הקהילתי של המעוררת והוסבר להם על פעילות המעוררת בקרב בני נוער וצעירים. בסופו של יום, נדחתה בקשתה של המעוררת לתמיכה גם במסלול נוער מנותק. בית משפט קמא קבע כי גם המעוררת פועלת בקרב נוער בסיכון, אך דחה את עתירת המעוררת מן הטעם שתמיכת העירייה ניתנת לטיפול מקצועי בבני נוער, ולא בקיום פעילות חברתית לבני נוער, שאותה מבצעת המעוררת.

תבחיני התמיכה במסגרת החטיבה לנוער במועד הרלוונטי קבעו כלהלן:

“תנאים למתן התמיכה:

1. הסיוע יינתן לתאגיד המסייע לתושבי ירושלים, ואם מסייע למי שאינו תושב, התמיכה תותנה בשימוש לתושבי ירושלים.
2. בנושא הטיפול בהתמכרויות לסמים ולאכזוהול – הסיוע יינתן לגופים בעלי רישיונות כחוק למתן השירות על פי חוק הסמים ותקנותיו.
3. על הגוף לפעול במתן השירות לפי הוראות חוק הנוער ותקנותיו.
4. על הגוף להחזיק כל רישיון נדרש עפ"י דין, למוסדות העוסקים בתחום.
5. על הגוף להיות בעל ידע טיפולי מוכח וייתן את השירות באמצעות אנשי מקצוע מוסמכים.
6. נציג החטיבה לקידום נוער וצעירים יבקר בתאגיד ולהתרשם מעבודתו והתנהלותו מבחינה מקצועית-טיפולית. התאגיד יספק לנציג החטיבה את המידע הנדרש לצורך גיבוש עמדת העירייה לבקשת תמיכה, כולל פירוט בדבר כוח אדם (היקף, הכשרה); מס' מטופלים וכו'.
7. החטיבה תבצע מעקב מקצועי אחר שימוש התאגיד בכספי התמיכה בנוסף לפיקוח ובקרה של העירייה לפי נוהל תמיכות.”

האם תבחינים אלו הם שוויוניים? האם הם סבירים?

80. המערערת טוענת כי נוער המשתייך לקהילה הגאה או מתלבט באשר לזהותו המינית הוא נוער בסיכון, כפי שקבע אף בית משפט קמא. הגם שאין מדובר ב"נוער מנותק" ברוב המקרים, הרי שמצוקתם של בני הנוער עשויה לבוא לידי ביטוי בהתכנסות, בדיכאון ובמחשבות אובדניות, ולא דווקא בנשירה מבית הספר או ממסגרת תעסוקתית. קהל יעד זה מוגדר כ"נוער בסיכון", נוכח גילויי האנטגוניזם וההומופוביה המופנים בתדירות גבוהה כלפי מי שמצהיר על התלבטות בנושא או על השתייכותו לקהילה הגאה. הדבר צוין אף בדוח ועדת שמיד בנוגע לילדים במצוקה ובני נוער בסיכון, שהוגש לממשלה בשנת 2005, שם נכתב כי בני נוער הומואים ולסביות סובלים ממצוקה קשה על רקע חששם מתגובות הסביבה לנטייתם המינית, בין אם מדובר בתגובת הורים, חברים, מורים ואנשי צוות בבית הספר וכו'. לטענת המערערת, סוג מצוקה זה אינו שונה, ולמצער אינו נופל בחשיבותו, מצורות אחרות של מצוקה כמו ניתוק ממסגרות חינוך או תעסוקה. הבית הפתוח מספק מקום בטוח לצעירות ולצעירים להתלבט בסביבה מקבלת, שאינה ביקורתית או שיפוטית, ולהתבגר בבטחה יחסית, ללא איומים או פחדים. פעילות הבית הפתוח בהקשר זה מצילה חיים, באשר על פי מחקרים מדעיים בני נוער הומואים ולסביות חשופים, בשל קשיי ההתמודדות עם עוינות הסביבה, לניסיונות התאבדות בשיעור של בין פי 3 לפי 7 מאשר עמיתיהם בני גילם.

המערערת טוענת עוד כי קיים הבדל מהותי בין הפעילויות המבוצעת על ידי העירייה לבין הפעילות הייחודית שלה בקרב בני נוער של הקהילה הגאה. לטענת המערערת, בני נוער המשתייכים לקהילה הגאה או בני נוער שיש להם לבטים וחששות ביחס לזהותם המינית, חוששים מאוד להיחשף בפני גופים מוסדיים כדוגמת העירייה. בשל חשש זה, הם לא ייפנו לעירייה, ובפועל יותרו ללא מענה לצרכיהם הייחודיים. ככל שהעירייה תפעיל תוכנית שתאפשר "מרחב מוגן" שינטרל את חששם של בני הנוער להיחשף, המערערת תשמח לשתף פעולה עם העירייה.

מנגד, תמכה העירייה במסקנת בית משפט קמא משני טעמים עיקריים: ראשית, פעילות המערערת אינה למען נוער מנותק (נוער אשר אינו מצוי במסגרת חינוכית או תעסוקתית); שנית, פעילות המערערת אינה טיפולית-מקצועית אלא חברתית גרידא והיקפה דל. כן ציינה העירייה כי נדחו גם בקשות תמיכה של מוסדות דומים שהגישו בקשת תמיכה, וכי המערערת סירבה לקיים שיתוף פעולה מקצועי עם החטיבה למען נוער המשתייך לקהילה הגאה.

81. נוער מנותק הוגדר על ידי החטיבה כנוער אשר אינו מצוי במסגרת לימודית ו/או תעסוקתית מלאה. על פניו, התמיכה במוסדות הפועלים למען אוכלוסיית "נוער מנותק" מבוססת על שיקול ענייני, אך השאלה הצריכה לענייננו היא אם אין מקום להרחיב את קבוצת השוויון, כך שתכלול גם אוכלוסיות נוער בסיכון, אף אם אינו עונה על הגדרת "נוער מנותק". נחזור ונזכיר כי השוויון המהותי מחייב התנהגות שוויונית כלפי מוסדות שההבדל ביניהם אינו רלוונטי תוך התמקדות באופייה ובמהותה של הפעילות הנתמכת, להבדיל מהגוף הזוכה לתמיכה (עניין צבן, בעמ' 707).

על רקע עקרונות אלה, מקובלת עלי קביעת בית משפט קמא לפיה אוכלוסיית הנוער המנותק ואוכלוסיית הנוער המשותף לקהילה הגאה, נמנות על אותה קבוצת שוויון. כיוון שתכלית פעילות החטיבה היא תמיכה באוכלוסיות נוער המצויות בסיכון, אין להפלות בין אוכלוסיות אלו. הימנעות העירייה ממתן תמיכה לאוכלוסיית הנוער המשותף לקהילה הגאה מצביעה על הפליה כלפי אוכלוסיה זו, למצער הפליה בתוצאה. וכלשונו של בית משפט קמא, "אי ההתאמה בין אוכלוסיות הנוער בסיכון המזוהות בו (אשר כוללת בני נוער הומו-לסביים), לבין אוכלוסיות היעד אליהן מיועדת פעילות החטיבה לקידום נוער וצעירים (שאינה כוללת אוכלוסיה זו), מצביעה על הפליה הננקטת כלפי קבוצת בני הנוער ההומו-לסבית בכל הנוגע למתן טיפול המכוון לצרכיה המיוחדים כאוכלוסיה בסיכון".

82. כאמור, למרות המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא, נדחתה תביעתה של המערערת מן הטעם שהמערערת אינה עוסקת בפעילות טיפולית בנוער אלא בפעילות חברתית.

המערערת הצביעה על כך שלבני הנוער ניתנת במרכז הקהילתי תמיכה נפשית-חברתית, קבוצות התמיכה משמשות לעיתים קרובות מפלט יחיד המסייע לבני הנוער להתמודד עם מצוקות קשות במשפחה, בבית הספר ובמסגרות אחרות. בקבוצות התמיכה נדונים נושאים שונים כגון שירות בצה"ל, זוגיות, יציאה מהארון מול ההורים והסביבה הקרובה, התמודדות עם בני הגיל ההטרסקסואלים בבית הספר ובמסגרות פורמאליות אחרות וכדומה. התמיכה הנפשית-חברתית באה לידי ביטוי בהכשרה ובהדרכה של מדריכי קבוצות הנוער והצעירים, כאשר הרכז עצמו הוא עובד סוציאלי המלווה בהנחיה מקצועית קבועה, וכן בהפנייתם של בני הנוער לשיחת ייעוץ בשירות הפסיכו-סוציאלי של העירייה או לגורמי הרווחה במידת הצורך.

83. אומר בקצרה כי איני משוכנע כי יש קו גבול ברור בין פעילות טיפולית לפעילות חברתית בקרב בני נוער בסיכון, ודומני כי יש ממש בטענת המערערת כי ההבחנה בין השתיים היא מלאכותית. למרות זאת, בהתחשב בכך שנציג העירייה ביקר מספר פעמים בבית הפתוח ומצא כי בפעילות משתתפים מספר קטן של בני נוער הגעתו למסקנה כי אין להתערב בשיקול דעתה של העירייה בתבחינים אלה. מכל מקום, החל משנת 2008 ואילך, משהחליטה העירייה לצמצם את קבוצת השוויון כך שהתמיכה תתמקד אך ורק במוסדות הפועלים למניעת שימוש בסמים, אין לכפות עליה לתמוך במערערת במסלול של נוער בסיכון.

“והוא לפני טיוס...”

84. עמדנו על כך שבמערערת מתקיימים התנאים הבאים: המערערת מייצגת קהילה המונה אחוז לא מבוטל מהאוכלוסייה; המדובר בקהילה “חשודה” ביחס כלפיה; הקהילה “מפוזרת” הן גיאוגרפית והן בכל שדרות הציבור; לחברי הקהילה הגאה צרכים ייחודיים ומובחנים; וצרכים אלה אינם מסופקים להם ממקורות אחרים.

בשל כך, הגעתי למסקנה כי יש להרחיב את התבחין במסלול התמיכות למרכזים קהילתיים באופן שיכלול גם קהילה “מפוזרת” דוגמת הקהילה הגאה שאותה מייצגת המערערת, ואילו הערעור באגף תרבות, במסלול קידום מעמד האישה באגף חברה ובחטיבה לקידום נוער וצעירים, נדחה. ודוק: לא ביצירת תבחין חדש עסקינן ולא בהוספת קבוצת שוויון, אלא בהרחבה של התבחין הקיים במסלול המרכזים הקהילתיים באגף חברה. ניתן לומר כי התוצאה אליה הגענו נופלת “בתפר” שבין השלב הראשון לשלב השני בבחינת השוויון המהותי, בין השלב שבו נבחן התבחין עצמו באספקלריה של שוויון חוקתי, לבין השלב בו נבחן השוויון בגדרו של התבחין באספקלריה של השוויון המנהלי.

85. השורה התחתונה של פסק דין זה, הן כלפי עבר והן כלפי עתיד, מתמקדת אפוא במרכז הקהילתי שהמערערת מפעילה. כפי שנוזכר לעיל, בבית הפתוח מתקיימת פעילות מגוונת העונה על הצרכים הייחודיים של הקהילה הגאה לרבות פעילויות עבור נוער ונשים המשתייכים לקהילה זו. לכן, בבוא העירייה להחליט על היקף התמיכה שתינתן למערערת מכאן ואילך במסלול המרכזים והמנהלים הקהילתיים, עליה לקחת בחשבון כי התמיכה במסלול זה אמורה ליתן מענה גם לצרכי בני הנוער והנשים בנות הקהילה. אזכיר כי גם המערערת עצמה ציינה בבקשות התמיכה כי הן חלופיות, במובן זה שאם תידחה בקשה באחד המסלולים/אגפים יש לראותה כמתייחסת גם למסלול/אגף אחר.

ככל שבעתיד יופסקו כלל התמיכות במרכזים קהילתיים, והמערערת תמצא עצמה שוב במצבה של הזרת במשחק "סבתא בישלה דייסה, נתנה לזה, נתנה לזה, ולזה לא נתנה...", אזי יידרש בית המשפט לשאלה אם יש להורות על יצירת תבחין מיוחד למערערת, מחוץ לגדרם של התבחינים הרגילים. זאת, בהתחשב בכך שמדובר בקבוצה "חשודה" ובהתחשב בכך שהעירייה אינה נותנת מענה לצורכיה הייחודיים של הקהילה הגאה בעיר, בניגוד למקובל בערים הגדולות בארץ.

86. דומה כי המערערת עצמה לא ביקשה מהעירייה יותר מאשר הכרה – להבדיל מהוקרה שהדרך להשגתה היא בערוצים חברתיים ופוליטיים – בחברי הקהילה הגאה ובחברותיה כקבוצה העומדת בפני עצמה לצד קבוצות אחרות בקשת הצבעים העירונית. ההיסטוריה של היחסים בין הצדדים מעלה כי כף ידה המושטת לתמיכה של המערערת פגשה, פעם אחר פעם, את כף ידה הקמוצה של העירייה. אך "גם האגרוף הזה פעם כף יד פתוחה נאצפעות" (יהודה עמיחי בשירו "זכרו והזכירו") ואין לנו אלא להביע תקוותנו כי העירייה לא תקמוץ שוב את ידה והצדדים ישכילו "ללחוץ ידיים" מבלי שבתי המשפט יידרשו בעתיד שוב לנושא זה.

הסנד האופרטיבי

87. אשר על כן, אמליץ לחברי לחייב את העירייה כלהלן:

לשלם למערערת הסך של 65,000 ₪ – כפוף להצגת אישור רואה חשבון – עבור השתתפות העירייה באירועי הגאווה לשנת 2006 במסלול פרויקטים באגף תרבות.

ליתן למערערת תמיכה במסלול המרכזים הקהילתיים באגף חברה. איני מוצא טעם להחזיר את המערערת לדיון נוסף בועדת התמיכות כדי לקבוע את הסכומים המדויקים, בהתחשב בכך שחלפו מספר שנים מאז הגשת הבקשות. אשר על כן, בשים לב לסכומים שנפסקו בפסק דינה של השופטת צור ובשים לב לסכומים ש"הוקפאו", אני מחייב את העירייה לשלם למערערת סך של 100,000 ₪ עבור כל אחת מהשנים 2008-2009 (סה"כ 400,000 ₪ בערכים דהיום) בגין התמיכה במסלול זה. בנוסף, אמליץ לחבריי לחייב את העירייה בתשלום שכר טרחת עורך דין המערערת בסך 30,000 (שלושים אלף) ש"ח, בצירוף מע"מ.

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' עמית ומצטרפת לתוצאה שאליה הגיע. בשולי הדברים ראיתי להוסיף שלוש הערות:

(1) אינני משוכנעת כי בבואנו לבחון את חוקיותה או סבירותה של פעולת הרשות מן הראוי להפריד ולבצע בהקשר זה בדיקה מדורגת ולו "בחיתוך גס" בין שיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה חוקתית לשיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה מינהלית. שוויון הוא שוויון ולטעמי אין ולא צריכה להתקיים הפרדה דיכוטומית בין "שוויון חוקתי" ו"שוויון מינהלי" שכן שני ענפי המשפט – החוקתי והמינהלי – מבקשים להגן על אותם ערכי יסוד עצמם ובכללם הזכות לשוויון (אף שקיים כמובן שוני בסעדים הניתנים בכל אחד מתחומי המשפט הללו).

(2) המשפט הישראלי אכן צעד בחקיקה ובפסיקה צעד משמעותי אל עבר תפישה חוקתית המקבלת את היות הנטייה המינית של אדם חלק מזהותו ואת זכותו, שהינה חלק בלתי נפרד מכבוד האדם ומן הזכות לשוויון הכלולה בה, שלא להיות מופלה על רקע זה לעומת כל אדם אחר. יחד עם זאת, קשה להסתפק בהקשר זה בעובדה (עליה עמד חברי) כי המשפט שלנו ליברלי יותר מזה של שכנינו במזרח התיכון. נראה כי תופעות של שנאה כלפי חברי הקהילה הגאה אשר לעיתים מתורגמות לאלימות קשה ואף למעשים של רצח וניסיונות לרצח (ראו למשל מעשי הדקירה שאירעו במהלך מצעד הגאווה בירושלים בשנת 2006 והאירוע מאוגוסט 2009 בברנוער בתל-אביב, בו נרצחו שניים ונפצעו רבים), מצביעות על כך שעוד ארוכה הדרך עד להטמעה ראויה של ערכים מוגנים אלה בציבוריות הישראלית.

(3) ההליכים המשפטיים החוזרים ונשנים שנאלצה המערערת לנקוט נגד המשיבים בניסיון לזכות בתמיכה כספית כלשהי לפעילויות השונות שהיא מקיימת והעובדה שעד עתה כפי שהטיב להגדיר זאת בא-כוחה במהלך הדיון "אנחנו רודפים אחרי הקריטריון והוא בורח", כל אלה הביאו אותי לכלל מסקנה כי אף שהתמיכה שתזכה לה המערערת בעקבות הרחבת מסלול המרכזים והמנהלים הקהילתיים על פי פסק דין זה יש בה משום מענה מסויים לצרכי הקהילה הגאה, מן הראוי שהמשיבים יקיימו חשיבה מחודשת באשר לסבירותה של המתכונת הקיימת המכתיבה את אותו המרדף. כיום מנסה המערערת לספק תחת קורת גג אחת את מכלול הצרכים המגוונים של קהילה ייחודית זו

ובהם העצמת נשים לסביות, טיפוח ומתן תמיכה לנוער גאה, קיום פעילויות תרבות קווירית ועוד, ופעם אחר פעם אין היא מצליחה לעמוד בקריטריונים הנפרדים שהוצבו בהקשר זה על-ידי המשיבים בכל אחד ממסלולי התמיכות. בנסיבות אלה ועל מנת ליתן מענה אמיתי והולם לצרכי הקהילה הגאה בירושלים באמצעות תמיכות כספיות, נראה כי מן הראוי לחתור, ובהקדם, למצב דברים אשר לפיו יתקיים בירושלים, כמו בערים גדולות אחרות בארץ, סיווג ייחודי לקהילה מכוחו יוקצו משאבים לכלל הפעילויות החברתיות, התרבותיות והאחרות הנדרשות לחבריה וחברותיה, דוגמת אלה שמקיימת המערכת.

## ש ו פ ט ת

### השופט ח' מלצר:

1. אני מצרף הסכמתי לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית, וכן להערוותיה של ראש ההרכב, חברתי השופטת א' חיות. בשים לב לחשיבות העניין – הנני מבקש להוסיף דברים אחדים ולהציג מספר הדגשים.

2. מקריאת הערעור והחומר הרב שהומצא לנו דומה שהמערער והמשתייכים אליו שמו להם למטרה לקדם את הרעיונות אותם ביטא, בין השאר, המחזאי האמריקאי, לארי קריימר (Larry Kramer), שבמחזהו המפורסם "הלב הנורמלי" (The Normal Heart) קרא לקהילה אותה מייצג המערער – להיאבק על זכויותיה "בכל בית ושכונה ובכל עיר ומדינה".

במסגרת זו המערער ביקש כי ישותף בתמיכות שמעניקים המשיבים לגורמים שונים – ונענה בסירובים חוזרים ונשנים, אף כי מדובר בכבשת הרש.

3. ההפליה (שהיא תוצאת הסירובים) נעשתה כאן בדרך של הסוואה – על בסיס קריטריונים אובייקטיביים כביכול. לגבי פגיעה ממין זה בשוויון (על רקע אחר) נפסק כבר בעבר כי: "הסוואה לא תציל הפליה. המהות קובעת ולא הצורה" (ראו: בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 176 מפ"י השופט י' זמיר (2000)). לאחרונה ב-בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך



(טרם פורסם, 31.8.2010) הוספתי אמירה להלכה זו וציינתי כי: "ניסיון ההסוואה כשלעצמו מעיד על כך שהמסווה יודע ומבין שמדובר בהפליה אסורה, או בלתי ראויה".

4. אם נרחיק מעבר לים – ניווכח לדעת שבארצות הברית נפסק בסיטואציה המזכירה מעט את ענייננו שגם גוף שאיננו מוכן "להכיר" בארגונים דוגמת המערער שבפנינו – עדיין חייב לנהוג בהם בשוויון בכל מה שקשור בהקצאת אמצעים. ראו:

GAY RIGHTS COALITION V. GEORGETOWN UNIVERSITY, 536 A.2d 1 (D.C. App. 1987).

עיינו: William N. Eskridge, Jr., "A Jurisprudence of 'Coming Out': Religion, Homosexuality and Collisions of Liberty and Equality in American Public Law" 106 YALE L.J. 2411, 2431-2431 (1997); Walter J. Walsh "The Fearful Symmetry of Gay Rights, Religious Freedom and Racial Equality" 40 How. L.J. 513, 530-553 (1997); Jack M. Battaglia "Religion, Sexual Orientation, and Self-Realization: First Amendment Principles and Anti-Discrimination Laws" 76 U. DET. MERCY L. REV 189 (1998-1999).

#### ומהזכות – לסעד.

5. התרופה עלינו הורינו – לגבי התמיכה המתחייבת במסלול המרכזים הקהילתיים – היא סעד "מעין-חוקתי", שמהותו: "הוספה", או "הרחבה" לקריטריון הקיים, זאת על מנת לבטל את ההפליה המוסווית (ראו והשוו: בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר ישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765 מפי המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק (1994). עיינו גם: בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 (1989); בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991); אפרת בר-נתן תרופת "הקריאה פנימה"/"ההרחבה" כתרופה חוקתית במשפט האנגלוסקסי ובמשפט הישראלי, עבודת גמר לקראת תואר מוסמך במשפטים 88-70 (אוניברסיטת תל אביב, תשנ"ט-1999); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואליים ולסביות הפרקליט מה 94, 109-113 (התש"ס)). בנסיבות כאלה ראוי לשקול לעתים אף את ההשלכות התקציביות (עיינו בדעות השונות שהושמעו ב-בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540 (2001); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב' 714-718 (2010)), ואולם בשים לב לכך שאלה מתונות יחסית בענייננו ובהתחשב בעובדה שהמשיבים נהגו במכלול שבפנינו בסחבת מכוונת – אין מקום להורות פה על סעד מדורג.

6. דומה שבמאה ה-21 הדברים הנ"ל אמורים להיות ברורים מאליהם ואולם נוכח השתלשלות הטיפול בפניות הרבות של המערער – ראוי היה להדגישם ופסק דינו מכוון לכך, מעבר לתוצאתו המיידית (השוו: אייל גרוס "דנילוביץ", שטיינר והתיאוריה הקווירית" משפט נוסף 1, 47 (2001)).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ו' בתשרי התשע"א (14.9.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט