

על בריכות שחייה והפרדה בין המינים בעקבות עתירות הבריות בקריית ארבע וברהט

מאת

יופי תירוש*

בסוף נובמבר 2021 עתר ח"כ איתמר בן גביר לבג"ץ נגד עיריית רהט, משרד הפנים, היועמ"ש ועוד. לכאורה, העתירה מתמקדת במתכונת פתיחת בריכת השחייה בעיר הבדואית רהט, אבל בליבתה עומדת התנגדות לפסיקה קודמת של בג"ץ, שקבע שיש לפתוח את בריכת השחייה בקריית ארבע לא רק בשעות נפרדות לגברים ולנשים אלא גם בשעות לרחצה מעורבת. טענתו של בן גביר, כמו של המועצה המקומית קריית ארבע ושל מבקרים אחרים של פסיקתו של בג"ץ, מבוססת על עמדה שמרנית המבקשת להגביל את חירותם של אחרים רק כיוון שהם נוקטים פרקטיקה שאיננה טובה או מוסרית בעיני המבקשים לאסור עליה. זו העמדה שבבסיס ההתנגדות להכנסת חמץ לבתי חולים בפסח או לקיום מצעדי גאווה בירושלים ובבאר שבע (לרבות במתכונת "צנועה"), וכך משתקף גם מההתנגדות לרחצה מעורבת בבריכה פומבית. מבט על התדיינויות אלה יאפשר לעמוד על מגמות העומק של הדיון על הפרדה מגדרית בישראל כיום.

הפרדה בבריכות שחייה

בריכת השחייה בקריית ארבע הניבה שלוש עתירות לבג"ץ. בשתיים הראשונות ביקשו עותרים תושבי ההתנחלות שבית המשפט יורה למועצה המקומית לפתוח את הבריכה גם לרחצה מעורבת ("שעות משפחה"), ולא רק לשעות נפרדות לגברים ולנשים. למרות שרוב תושביה דתיים, כשליש מהם עמדו בגלוי על זכותם או על זכות שכניהם, אף שהם עצמם לא רוצים במעורב, ליהנות מהבריכה לא בהפרדה. העתירה הראשונה הסתיימה ללא פסק דין, לאור התחייבות המועצה המקומית לפתוח את הבריכה גם בשעות מעורבות.¹ התחייבות זו לא כובדה, והעותרים פנו שוב לבג"ץ. העתירה השנייה הניבה פסק דין

* ד"ר יופי תירוש היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ועמיתת מחקר במרכז קוגוד לחקר המחשבה היהודית ולהגות עכשווית במכון שלום הרטמן, ytirosh@taux.tau.ac.il.

אזכור מוצע: יופי תירוש "על בריכות שחייה והפרדה בין המינים בעקבות עתירות הבריות בקריית ארבע וברהט" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מו (16.12.21) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/tguvit-tirosh>.

¹ בג"ץ 5527/17 שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע (26.4.2018).

עקרוני. בג"ץ קיבל את טענת העותרים בדבר חובת המועצה לספק להם שעות רחצה ללא הפרדה, אך לא דן בשאלה מהי החלוקה הראויה בין השעות בהפרדה לשעות במעורב, אלא הסתפק בבקשת העותרים לשעתיים של שחייה מעורבת בימי הפעלת הבריכה.²

העתירה השלישית, בהובלת ח"כ בן גביר, טוענת נגד אכיפה בירנית, וקוראת להחיל על הבריכה שנפתחה לאחרונה ברהט דין דומה לבריכה בקרית ארבע ולחייב פתיחתה גם לרחצה מעורבת.³ העותר סבור שפסיקת בג"ץ בעניין קרית ארבע איננה צודקת כלל, אבל משנפסקה, יש להחיל אותה באופן שווה על יהודים ועל ערבים.

במאמר שיפורסם בעיוני משפט אני מנתחת בהרחבה את פסק דינו העקרוני של בג"ץ ביחס לבריכה בקרית ארבע.⁴ בהקשר הנוכחי מספיק לתאר בקיצור שכל אחד משלושת שופטי ההרכב כתב נימוקים בנפרד. השופט עמית קבע כי חלה על המועצה המקומית חובה לפתוח את הבריכה גם בשעות מעורבות, מהטעם שעליה להקצות את משאבי הציבור באופן סביר, שוויוני והוגן, ולכן אינה יכולה להתעלם מדרישותיו של מיעוט משמעותי מקרב תושבי הקרִיָה המעוניין ברחצה משותפת.

השופט גרוסקופף סבר שעמדת המשיבים, שלפיה פתיחת הבריכה רק בהפרדה בין המינים היא מוצדקת לאור הקושי של רבים בשוב להסכין עם קיומה של רחצה מעורבת, אינה חוקית. החוק בישראל מכיר ברחצה בבריכה כחריג לכלל שפתיחת מקומות ציבוריים בהפרדה היא הפליה אסורה, אבל יש לזכור שהחריג כשמו כן הוא – חריג, לא כלל. השופטת ברון הצטרפה לעמדת גרוסקופף והוסיפה שלעותרים יש זכות לחופש דת, הכוללת את הזכות לחופש מדת. השופט עמית הסכים אף הוא בדיעבד להנמקת גרוסקופף.

בדיונים בבג"ץ הציגו המשיבים את טענת העותרים שביקשו שעות מעורבות באופן שניסה להגחיק אותה עד אבסורד. כך, בא כוח המשיבה שאל רטורית האם המועצה המקומית תהיה חייבת לספק גם שחייה עם דולפינים אם יהיו תושבים המעוניינים בכך,⁵ ותוך שהוא עושה פלסטר מההלכה היהודית, טען אף ש"בריכה מעורבת... זה כמו לגור בדיר חזירים... טיפת נבלה שנופלת בסיר".⁶

הטענה של קרית ארבע ושל בן גביר שעצם הידיעה על קיומן של שעות רחצה מעורבות בישוב פוגעת בזכות להתחשבות במנהגים ובמוסכמות קהילתיות היא טענה המנוגדת למושכלות ראשוניים של תפיסת הזכויות והחירויות בדין הישראלי ובתיאוריה הפוליטית שבבסיסו, וזאת בשני מובנים.

² בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020).

³ בג"ץ 82414/21 בן גביר נ' עיריית רהט, הוגשה ביום 30.11.2021. נכון לכתובת שורות אלה, בג"ץ הורה למשיבים להגיב עד סוף ינואר 2022.

⁴ יופי תירוש "הפרדה בין המינים במשפט הישראלי: סיכום מועד של הדין הפוזיטיבי" יפורסם בעיוני משפט מו (2022), זמין במאגר [SSRN](https://ssrn.com).

⁵ בג"ץ 3865/20, לעיל ה"ש 2, פסקה 9 לחוות-דעתו של השופט גרוסקופף.

⁶ שם, פסקה 3 לחוות-דעתו של השופט עמית.

ראשית, עמדתם שלפיה שעות מעורבות פוגעות בזכות לשעות נפרדות הופכת על ראשו את הדין, שקובע שהספקת שירות בהפרדה – לרבות שירות של רחצה פומבית – היא חריג לכלל, שלפיו אסור לספקי שירותים ציבוריים להבחין במין, גזע ועילות אפליה נוספות אלא אם ההבחנה היא רלוונטית לפעילות.⁷ החוק מתיר פגיעה בשוויון מגדרי בנסיבות מצומצמות על מנת לאפשר את השירות לחלק מסוים מהציבור, שלא יצרוך אותו אלא בהפרדה. כך קבעו גרוסקופף וברון בפסיקתם, ועוררו את קצפם של משפטני פורום קהלת ושל אחרים, שטענו כי מדובר באקטיביזם שיפוטי ובפסיקה שגויה מהותית, כיוון שאין כל פסול בהפרדה בבריכות ואין להגבילה.⁸

כאמור, הפרדה בבריכה מותרת כחריג לכלל שלפיו הפרדה היא הפליה. ההפרדה איננה מתחייבת ממהותה של הפעילות.⁹ זה ניואנס חשוב: ההכרה בשחיייה בבריכה כחריג לאיסור הפליה לא נובעת מכך שבשחיייה בהפרדה אין כל מחיר, במונחים של פגיעה בשוויון ובזכויות נוספות, לאספקת השירות תוך הבחנה בין המינים. ההיתר החוקי לספק שעות רחצה בהפרדה נובע ממקור אחר: מהצורך להתאים שירותים ומקומות ציבוריים חיוניים לרגישויות ולצרכים של ציבור שיתקשה לצרוך אותם אם לא תהיה לו אפשרות לצרוך אותם בהפרדה.

כך, לו שופטי בג"ץ בעתירת קריית ארבע השנייה היו עוסקים בשאלה מהי חלוקת השעות הראויה בין רחצה בהפרדה לרחצה מעורבת, התשובה הנגזרת מהחוק ומהעקרונות שבסיסו היא שיש לספק שעות לרחצה בהפרדה לא לפי גודלה היחסי של הקבוצה אלא במינימום הנדרש לספק את צרכיה. לא מדובר במסקנה דרקונית שאינה מתחשבת בצרכיהם של המעוניינים בהפרדה, אלא במסקנה המתחייבת מההכרה שהספקת שירות בהפרדה, גם כשהיא מותרת בדין, איננה נטולת השפעות שליליות (החצנות) – הן על פרטים שאינם מעוניינים בה – חילונים ודתיים כאחד, והן החצנות כלליות יותר, כמו הקטנת ההיצע של מסגרות מעורבות וקיבוע תפיסות מהותניות על תפקידים מגדריים.¹⁰ זהו יישום של העקרון החוקתי שלפיו פגיעה בזכות צריכה להיות מצומצמת למידה שאינה עולה על המינימום הנדרש לצורך הגשמת תכלית הפגיעה.¹¹

שנית, התנגדות לפתיחתה של הבריכה בשעות מעורבות היא בבחינת ניסיון להרחיב את תוקפו של טיעון מסוג הפגיעה ברגשות ולפרוץ את המגבלות שנקבעו בפסיקה, מגבלות המשקפות זehירות מפני הסכנה של שימוש-יתר בטיעון זה להגבלת חירויות של אחרים. חירותם של המבקשים לרחוץ במעורב אמורה, לשיטת

⁷ חריג זה קבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.

⁸ ביקורת זו הניבה דיבייט מרתק בבלוג משפטי. ראו יופי תירוש "דברו אמת איש את רעהו אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" [ICON-S-IL Blog](#) (7.3.2021); המפנה לרשימות קודמות בדיבייט. כך ראו יעקב בן-שמש "נפרד אבל שווה – האם קיים דין פוזיטיבי בסוגיה זו?" [ICON-S-IL Blog](#) (18.4.2021); ויופי תירוש "בדיעבד נורמטיבי" בפרשנות הדין בדבר הפרדה בין המינים: תגובה לד"ר יעקב בן-שמש" [ICON-S-IL Blog](#) (27.4.2021).

⁹ לכן, לא חל פעילות זו החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק.

¹⁰ להרחבה על החצנות ההפרדה ראו תירוש "הפרדה בין המינים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 3.

¹¹ מבחן המידתיות הוא אחד המבחנים שיש לצלוח על מנת לבסס סמכות לפגוע בזכות על פי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

בן גביר וקרית ארבע, לסגת מפני אי-הנוחות שנגרמת לתושבים האחרים בשל הידיעה שמתקיימת רחצה מעורבת. שום ניתוח ליברלי, גם לא כזה המגלם לתוכו תיאוריות ליברליות של רב-תרבותיות, לא היה מזהה שעות שחייה מעורבת כפוגעות בזכויותיהם של המעדיפים לשחות בהפרדה ומקבלים שעות לרחצה במתכונת כזו.

עו"ד מאיר בוחניק מפורום קהלת ניסה לאחרונה לבסס טיעון דומה במבנהו אך הפוך בהגיונו וביישומו. לטענתו, פסיקת בג"ץ בעניין ההפרדה באקדמיה,¹² שהכירה בפגיעתה של ההפרדה בין המינים, מעניקה משקל מדאיג לרגש הפגיעה בשוויון, ולא לפגיעה עצמה בזכות לשוויון. בהיעדר נפגעות שיטענו לפגיעתה של ההפרדה בשוויון, הזיהוי של בג"ץ את ההפרדה כפגיעה בשוויון הוא בבחינת מתן הגנה חוקתית ל"רגשות העותרים". לפי גישה זו, לא פגיעה בזכויות יש כאן, אלא התחשבות במי שהפרדה מפריעה להן רק כי לא נוח להן מהידיעה על קיומה.¹³ ניחא שטיעון זה מתעלם מנוזקי ההפרדה על מרצות ועל אחרות ואחרים שאינם מעוניינים בה, גם בתוך הקהילה הדתית, אבל הוא גם שגוי מעיקרו. טיעון פגיעת ההפרדה בשוויון איננו טיעון של אי-נוחות או של פגיעה ברגשות. הוא מעוגן בבעייתיות שבהבחנה של רשות ציבורית במין, ובחשד העמוק שלמדנו המהפכות החוקתיות של 300 השנים האחרונות מפני התייחסות השלטון והחברה לבני אדם דרך מינם, גזעם, מיניותם וכולי. להבחנות הללו יש השפעות מפלות, ולכן גם כשמתירים אותן בפעילויות מסוימות, ראוי לעשות זאת בצמצום.

פסיקת בג"ץ כי יש לפתוח בריכות בשעות מעורבות לצד פתיחתן בשעות נפרדות נכונה הן לגבי קרית ארבע והן לגבי רהט. אמנם ראש העיר צוטט כמעדיף שהבריכה תיסגר לפני שתיפתח לשחייה מעורבת, אולם קשה להניח שברהט ובסביבתה אין אנשים ונשים שמעוניינים ברחצה מעורבת. כמו ביחס לקהילות דתיות יהודיות, כך ביחס לקהילות מוסלמיות, קובעי המדיניות והציבור ממחרים להתיישר עם עמדות הקולוניאליים הקיצוניים, וזונחים את ההגנה על הזכויות והאינטרסים של כולם, גם של המושתקות והמושתיקים שהיו שמחים לשחות עם בני ובנות משפחתם לו הייתה להם האפשרות.

היצע מכונן ביקוש ומוסכמות חברתיות. ככל שתיפתח הבריכה לשעות שחייה מעורבות, סביר שתגבר גם הדרישה לכך. בשנות החמישים והשישים חייבו בתי משפט בארה"ב את הרשויות המפעילות בריכות שחייה לפתוח אותן גם לשחורים. בתגובה העדיפו הרשויות לסגור את הבריכות כליל.¹⁴ היום בארה"ב הבריכות פתוחות ללא הבדל גזע.

¹² בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (12.7.2021). הכותבת יזמה והובילה את העתירה המרכזית מבין שלוש עתירות שדונו במאוחד, עתירה שתקפה את החוקתיות והחוקיות של מסלולי הלימוד האקדמיים המתקיימים בהפרדה בין גברים לנשים. ר' עתירה לבג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (17.8.2017).

¹³ מאיר בוחניק "איני מסכים עם אורחותיך ואלחם למנוע את זכותך לקיימים – על מעמדם החדש של רגשות השוויון" **רשות הרבים** (25.10.2021).

¹⁴ JEFF WILTSE, CONTESTED WATERS: A SOCIAL HISTORY OF SWIMMING POOLS IN AMERICA 121-153 (2007)

טובל ושרץ בידו

הממד הפוליטי של עתירת בן גביר חשוב לא פחות, ואולי אף יותר, מהממד המשפטי שלה. העתירה מבוססת על רמיזה עבה שעל ערבים ויהודים מוחל לכאורה סטנדרט שונה. נראה שהעתירה שואפת לכך שהקביעה שמוטלת על רשויות חובה לפתוח בריכה גם בשעות מעורבות תתגלה כעמדה מופרכת בשל הקושי להחילה ברהט. גורמים המבקשים לכרסם בלגיטימיות של מערכת המשפט וגופי האכיפה בישראל שולפים בשנים האחרונות את דוגמת הבריכה ברהט שוב ושוב כקלף המספק לכאורה הוכחה ניצחת למוסר כפול.¹⁵ אך כפי שמשתקף מהעתירה עצמה, משרד המשפטים נוקט עמדה נורמטיבית אחידה ביחס לשתי הבריכות. תזת ה-deep state אף קושרת ארגוני נשים ופעילות ציבוריות להשפעה על המדינה, ומייחסת להן אחריות לפערים באכיפת החוק, בטיעון מסוג whataboutism – אם אתן מזדעקות על קרית ארבע, מה על רהט?

לא פעילות בחברה האזרחית יזמו את ההליך בקרית ארבע, ולא להן יכולת האכיפה של המתרחש ברהט. החוק, אגב, מאפשר לרשויות להטיל קנסות על הפרתו, אך מאז שנחקק לא הגישו רשויות האכיפה ולו כתב אישום אחד מכוחו, למרות שהוגשו תלונות רבות למשטרה.¹⁶

הטעם לפגם בעתירת בן גביר איננו שהוא מנוע מלעתור כיוון שהוא לא הנפגע הישיר מהעוול שבשמו הוא טוען – העוול שבפגיעה בשוויונם ובחירותם של תושבות רהט ותושביה המעוניינים ברחצה מעורבת. בתי המשפט הכירו במקרים שבהם עתירות ותביעות על פגיעה בשוויון ובזכויות נוספות הוגשו גם על ידי מי שאינם הנפגעים הישירים. לדוגמה, בשל הקושי של נשים חרדיות לצאת נגד המוסכמות של קהילתן,¹⁷ העתירה על הפליית נשים חרדיות שמפלגת אגודת ישראל מסרבת לאפשר להן להיות חברות בה רק בשל מינן הוגשה על ידי עורכת דין חילונית;¹⁸ התובענה הייצוגית על הפליית נשים בשידורי תחנת הרדיו "קול ברמה" הוגשה על ידי ארגון לקידום נשים דתיות אך לא חרדיות, תוך שהערכאות שדנו בתובענה הכירו בכך ש"הוכח שקיים קושי למצוא אישה בעלת עילת תביעה אישית, כאשר ישנו קושי מובנה להעמיד אישה חרדית "בחזית המאבק" בשל רתיעתן של נשים חרדיות לעשות כן על רקע חששן מפני התנכלות מצד החברה הסובבת אותן והנזק החברתי אשר עלול להיגרם להן";¹⁹ עתירת ההפרדה באקדמיה הוגשה על ידי חברות וחברי סגל אקדמי בכיר, והליכים אחרים שעניינם הפרדה בין המינים והדרת נשים הוגשו על ידי ארגונים כמו המרכז הרפורמי לדת ומדינה ושדולת הנשים בישראל.

¹⁵ ראו למשל קלמן ליבסקינד "בעפולה לא ראינו מאבק לשוויון נשים, אלא מלחמה נגד חרדים" **מעריב** 17.8.2019 ("יתשאלו אותם מתי בפעם האחרונה ניהלתם מלחמה כזאת, בעוצמה כזאת ובאנרגיות כאלה נגד הדרת נשים במגזר הערבי או הבדואי"); **ראינו עם יופי תירוש במהדורת הבוקר על השארת הבנות החרדיות בבית בעוד הבנים נשלחים לבתי ספר**, דקה 5:40 רדיו גלי ישראל (15.10.2020) (יערה זרד: "אני לא זוכרת ששמעתי התבטאויות כאלה בעניין של ההפרדה בבריכה ברהט למשל").

¹⁶ אור סדן ואפרת פודם "על סלקציה משלמים – אבל מה עם אכיפה פלילית?" **זמן ישראל** (6.11.2021).

¹⁷ ראו יופי תירוש "הסכמה להפרדה בין המינים כאתגר לתאוריה הליברלית", **יפורסם בספר מנחם מאוטנר** (2022), זמין במאגר **SSRN**.

¹⁸ בג"ץ 1823/15 **בן-פורת נ' רשם המפלגות** (10.1.2019).

¹⁹ רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות** (9.12.2015), פסקאות 14 ו-44 לחוות דעתו של השופט דנציגר.

הטיעון שיש לפתוח את הבריכה ברהט לשעות מעורבות הוא כאמור טיעון נכון, אך זה איננו הטיעון שבליבת העתירה של בן גביר. היא משתמשת בו ככסות לטענה שלפיה פסיקת בג"ץ בדבר פגיעת ההפרדה בשוויון איננה לגיטימית, ולצרכים תדמיתיים של העותר ומפלגתו, המצטיירים כנאבקים בהפליה לכאורה ביחס רשויות המדינה והמשפט ליהודים לעומת מוסלמים.

קשה להימלט מהיסוד האירוני שבדאגתו של ח"כ בן גביר לזכויות הקהל של הבריכה היחידה בישוב בדואי בנגב, שהוקמה בין השאר נוכח הקושי של בדואים להיכנס לבריכות בישובים סמוכים, תוך שהבריכה בקרית ארבע סגורה מפני הפלסטינים החיים בקרבתה. "אין להפלות בין דם לדם, בין גזע לגזע", מטעימה עתירתו. אכן.