מועד הגשת הערעור בזכות: 24.9.2024

מועד מתן פסק הדין נשוא הערעור: 22.9.2024

המועד האחרון להגשת הערעור: 22.10.2024

תשלום אגרה: **3,216 ₪**, לפי פרט 27 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007

שם ביהמ"ש שעל פסק דינו מוגש הערעור: ביהמ"ש המחוזי בתל-אביב (כב' השופט ארז יקואל)

מספר התיק שבו ניתן פסק הדין נשוא הערעור: עת"מ 22166-08-24

דבר קיומו של הליך נוסף: לא קיים הליך נוסף

מותב המוסמך לדון בערעור: הרכב תלתא, לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984

סכום הערובה להבטחת הוצאות המשיבה שיש להפקיד בבית המשפט: **30,000 ₪**, על פי פרט 22 לתוספת השלישית לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018

**בבית המשפט העליון בירושלים**

**בשבתו כבית המשפט לערעורים על עניינים מינהליים**

**לפני כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ**

**העותרים: עירית לינור ו-32 אח'**

כולם ע"י באי-כוח עוה"ד אורי ישראל פז (LL.M., מ"ר 68110)

ועוה"ד ד"ר ארנון הראל

 מתחם שבעת הכוכבים ראשון לציון

משד' יוסף לישנסקי 4, ת"ד 2424, ראשון לציון 7512302

 טל': 072-2150666; פקס': 072-2150999

סל': 054-4316485; אתר: [www.uplaw.co.il](http://www.uplaw.co.il)

* **נ ג ד -**

**המשיבה: עיריית תל אביב-יפו**

ע"י עו"ד שמואל זינגר מהשירות המשפטי

מרח' אבן גבירול 69 תל אביב

טל': 03-7244211; פקס': 03-5244093

**המשיבים: נועה בגון ו-12 אח'**

ע"י עו"ד עדיה שיינוולד ואח'

רח' מזא"ה 22א' תל אביב

טל': 03-9070770, פקס': 03-9070771

**משיבה פורמלית: משטרת ישראל**

מטה מחוז תל אביב

מרח' דרך שלמה 18 תל אביב

טל': 03-6802222

**ערעור מינהלי דחוף**

**"המדינה היהודית תהיה קליפה ריקה ללא תרבות יהודית ששורשיה במורשת היהודית"**

(פרופ' ליאו שטראוס, **ירושלים ואתונה: מבחר כתבים**, מוסד ביאליק ירושלים 2001, בעמ' 341)

**"חריג... לדברים האמורים יכול שיהיה כאשר מדובר באירוע בעל אופי דתי מובהק שעיקרו פולחן דתי או טקס דתי משמעותי אחר, כאשר הרשות סבורה כי ...באי האירוע מתאפיינים ברצון בהפרדה".**

(המלצות הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי, מ' המשפטים, 7.3.2013, בעמ' 69)

**"במצבים שבהם נפגשות קבוצות חילוניות וקבוצות דתיות במרחב הציבורי, והקבוצות הדתיות מבקשות לקיים בין אנשיהן הפרדה בין המינים, יש לאפשר להן לעשות זאת (כלומר יש לאפשר להן לקיים מובלעות בתוך החברה החילונית)".**

(פרופ' מני מאוטנר, **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו**, תל-אביב 2019, בעמ' 365)

**"השבוע זו העונה של הדרת נשים, אז הכול זה הדרת נשים. שירותים נפרדים זה הדרת נשים ובריכה נפרדת זה הדרת נשים. הכרוב והכרובית ביחד במקרר? צריך להפריד ביניהם. לפני שבועיים היינו בעונה אחרת, היתה העונה של תג מחיר... וכל דבר נדמה באותו רגע כאילו זה כבשונו של עולם. הידרת? בוודאי, הידרתי במשרד! אתה מהדר? לא. נהדר!"**

(השר אורי אורבך ז"ל בנאום (הומוריסטי כדרכו) על דוכן הכנסת, שלהי 2011)

**בהתאם להוראות סעיף 11 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, והוראות פרק ו' לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000, מוגשת בזאת הודעת ערעור בהולה על פסק דינו השגוי של בית המשפט המחוזי בתל-אביב** (כב' השופט ארז יקואל, סגן נשיא; מצ"ב כנספח א'), **אשר קיבל חלקית את העתירה שהגישו המערערים נגד החלטת המשיבה לאסור קיום תפילת יום הכיפורים והקפות שניות בשמחת-תורה בכיכר דיזנגוף בתל-אביב בשנת 2024. מכאן דחיפות הגשת הערעור, כמפורט להלן.**

**לאור נימוקי הערעור בזכות כדלקמן, החלטת המשיבה לאסור קיום תפילות בהפרדה בין גברים לנשים לפי מסורת ישראל בת אלפי שנים היא בלתי סבירה באופן קיצוני בנסיבות העניין, המצדיקה התערבות שיפוטית של בית המשפט הנכבד בשבתו כערכאת ערעור על פסיקותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים, אשר מתבקש בזאת להורות על הסעדים הבאים:**

1. **לבטל את הקביעות השגויות שבפסק דינו של בית המשפט קמא, עליהן מוגש הערעור, ולהורות על קבלת כל סעדי העתירה בהליך קמא באופן שבו המשיבה תאפשר לעותרים לקיים תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזינגוף (תשפ"ה), עם מחיצה על פי ההלכה היהודית;**
2. **כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף ביותר בערעור, משקרב יום הכיפורים, וכבר כעת מוגש הערעור הבהול שבכותרת בחלוף יומיים ממתן פסה"ד קמא;**
3. **לחילופין, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו כל צו עשה אחר כפי שיראה לנכון בעיניו בנסיבות העניין, והכול מן הטעמים המפורטים בערעור מינהלי זה כדלהלן.**

(הארות מתודיות: עיריית תל אביב תכונה "**המשיבה**"; עמותת ראש יהודי תכונה "**המערערת**"; כל הדגשה אינה במקור, אלא אם צוין אחרת; פסקי הדין נדלו מהמאגר "נבו", אלא אם צוין אחרת; **בכל טיעון ביחס לתפילת יום כיפור, כוונתנו לכל טקס דתי על-פי ההלכה יהודית במרחב הציבורי**).

**פסק דין קמא ושגיאותיו נשוא הערעור**

1. ביום 22.9.2024, בשעה 20:30, ניתן פסק הדין נשוא הערעור של בימ"ש קמא (להלן: "**פסק הדין**"). על מנת שלא יתקיים בנו בבחינת "**אתרוגים אחרי סוכות**", מוגש ערעור בהול זה.
2. כפי שתיאר בית המשפט קמא את הרקע העובדתי בענייננו, "**עוד עמדה העותרת בפנייתה (למשיבה – הח"מ) על החשיבות שיש בקיום האירוע בהפרדה מגדרית, קרי בהפרדה בין גברים ונשים, וזאת 'לפי מסורת ישראל'. העותרת אף הפנתה למדיניות המנחה של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיית 'הפרדה מגדרית באירועי תרבות במעורבות רשויות מקומיות', שלשיטתה מאפשרת את קיום האירוע הנדון בהפרדה (ראו: נספח ג' לעתירה)**" (פסקה 2).
3. בהחלטת המשיבה מיום 4.8.24 נאסר כליל קיום אירועי תפילה בכיכר דיזנגוף, ובמקומות נוספים ברחבי העיר תל אביב, תוך ש"**כלל הבקשות לקיום תפילה/התכנסות בכיכרות וכד' אינן מאושרות ומשכך לא ניתן לאשר את בקשתכם**" (צורף כנספח א' לעתירה בהליך קמא).
4. על החלטה זו, הגישו המערערים את העתירה בהליך קמא (מצ"ב כ**נספח ב'**), ועל כלל נימוקיה יחזרו כאן העותרים, ויוסיפו בהתאמה לחלקים בפסק הדין קמא שבהם נדחתה העתירה.
5. מחד, העותרת מברכת על קביעותיו הנכונות והשקולות של בית המשפט המחוזי הנכבד קמא, עת קיבל חלקית את העתירה שהגישו המערערים, אך מאידך נפל לשגיאות, לצערנו בבחינת "לא דק פורתא", אשר כעת מבוקש מבית המשפט העליון הנכבד לתקן בהתאם לכל דין כדלהלן.
6. הנוהל העירוני החדש אמנם רואה בשוויון בין המינים ערך המתורגם למדיניות, ואין המשיבה מאפשרת לקיים "כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים", אולם לכבד זכויות של קבוצות מיעוט מחייב לעיתים סובלנות להסדרים שהם שונים וייחודיים. בפרט כאשר **בענייננו, נפגעת זכות היסוד החוקתית לחופש הביטוי הדתי ונגרמת פגיעה ברגשות הדת של אלפי מתפללים בכיכר דיזנגוף ומתפללים ברחבי העיר ביום כיפור, שעה שאיסור הצבת מחיצה ודוכן לחזן עלול למנוע מבעדם כליל את תפילות היום הקדוש ללא "מניין מוביל" שיפעיל את התפילה כהלכתה**. שכן, בזמננו, הסובלנות אינה מוגבלת לתחום הדתי, והיא כוללת היבטים תרבותיים-מסורתיים שקבוצות חברתיות תובעות להמשיך ולטפח אותם במקביל לתהליך ההשתלבות שלהן בחברה המודרנית.
7. תוצאות פסק הדין קמא קשה למערערים: מחד, פורמלית **התקבלה** עתירתם בשל פגיעה בחופש הדת וביטול החלטת המשיבה להתפלל במרחב הציבורי בהפרדה מגדרית; אך מאידך, **הלכה ולמעשה, העותרים וציבור רחב הנזקק לתפילות יום כיפור בכיכר דיזנגוף (ובמקומות נוספים ברחבי העיר) לא יוכלו להתפלל השנה בהיעדר מחיצה כהלכתה**. בכך השיגה המשיבה את מטרתה, עליה עמדנו בדיון בהליך קמא (פרוטוקול הדיון מיום 12.9.24, עמ' 8), כהאי לישנא:



1. שגיאתו המרכזית של בית המשפט קמא נעוצה בכך שעל אף שלדידו היה מקום לקבל את העתירה **במלואה**, בנסיבות שלהם טענו המערערים מפורשות כי "**ללא 'מניין מוביל', הזקוק להפרדה פיזית ולו סמלית, כלל לא ניתן יהיה לבצע את התפילה**" (בסעיף 48 לפסה"ד קמא) וכי "**אין די בהרחקה חלף הרחקה פיזית, גם אם תתאפשר שכן גם במעמד כזה לא ניתן יהא לבצע את התפילה כלל**" (שם; וראו שם הפניות לפרוטוקול הדיון). בית המשפט קמא **הודה** כי "**אזי השאלה מתרחבת. היא נקשרת ביכולת לקיים את זכות הפולחן המשמעותית יותר ולאו דווקא ברגשות הדת**" (בעמ' 22 לפסה"ד קמא), ולכן היה מקבל את העתירה במלואה, אך במקום זאת, בית המשפט קמא שלח את הצדדים מעל פניו בפרסום פסק הדין ובקימה מיושבו על מדין כדי ש"**יעלו על הפרק אפשרויות יצירתיות אחרות לבחינת היתכנות נוכחות אותם מובילי מניין, בודדים כנחזה. לא מן הנמנע כי עדיין ניתן לשקול מימוש הצעות שעלו במהלך הדיון, כל אפשרות מעשית אחרת ואף נוכחות במיקום סמוך פרטי הנראה לעין ונשמע לאוזן, כאחד הגגות/מרפסות סביב הכיכר שבבעלות פרטית או בבעלות העירייה. הכול על מנת שאיש באמונתו יחיה, תוך כבוד לאמונתו ולדעותיו של האחר ושהשכינה תשרה על הכל**" (שם).
2. נזכיר כי, כמו שכבר הודיעו המערערים לבית המשפט קמא הן ביום 11.9.24 והן ביום 18.9.24, "**לצערנו הרב**, אין שיג ושיח בין הצדדים". שמא גם הפעם, רק בכוחו של בית המשפט העליון להקל את לב קברניטי עיריית תל אביב, כמו בשנה שעברה?! (ראו: עע"מ 7390/23, 6.10.23).
3. שגה בכך בית המשפט הנכבד קמא, כי לא הכריע את הדין על מעלליה הפסולים מינהלית של המשיבה, בניגוד להלכה מושרשת מימים ימימה במשפטנו כי "**אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו**" (בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד כח(2) 449, 455 (1974), כב' השופט ברנזון המנוח). וכידוע, כיום בית המשפט קמא מכונה "בג"ץ קטן".
4. כך בפרט שגה בית המשפט קמא עת כבר נפסק עקרונית לאחרונה בבית המשפט העליון הנכבד כי " **'להחליט שלא להחליט'. דרך פעולה זו, אולי אפשרית במקרים מסוימים, מחוץ לכותלי בית המשפט, אך אינה מקובלת עלינו**; ודאי לא... כאשר ברקע תלויה ועומדת עתירה, הממתינה לבירור ומענה..." (בג"ץ 2387/19 **רגבים נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, 7.2.2023).
5. אשר **לחובתו** של ביהמ"ש קמא **להכריע בסכסוך** המובא לפניו, היטיב לבטא כב' השופט מישאל חשין המנוח, שעה שנתבקש להכריע בשאלת "מיהו יהודי", דברים היאים לענייננו: "**תנוח דעתו של חברי: כמוני כמוהו. גם אני לא הזמנתי סוגיה זו להסב עמי אל שולחני. ודומני שלא אטעה אם אוסיף ואומר כי מקצת השופטים – אפשר כולם – דעתם כדעתו של חברי וכדעתי. אלא שלא הרי יורה כהרי ידין. שיורה – יורה או שלא יורה וידין חייב שידין. כפו עלינו הר כגיגית ולא הוּתַרנו שלא לדין ולהכריע. מוסר חכמים 'למד לשונך לומר איני יודע שמא תתבדה ותאחז' (ברכות, ד, א) – לא אלינו כיוֵון. ואף אם חלילה נתבדה ונאחז, וגם אם לאוזני השומע לא ינעם, בכל-זאת חייבים אנו לומר דבר. ומלאכת יום-יום היא לנו**" (בג"ץ 5070/95 **נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים**, פ"ד נו(2) 721, 760).
6. יש לבחון אפוא את פסק הדין של בית המשפט קמא לפי **מבחן התוצאה** שלו, כפי שעמדה על כך כב' השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז בספרה האחרון: "**הכוח הרב המוקנה לבתי-המשפט מחייב לוודא כי הוא מופעל בצורה צודקת**"; "**הזכות להליך הוגן נחשבת לזכות חוקתית**", ו"**התפיסה של משפט הוגן כוללת גם מחויבות להפעיל שיקול דעת לגבי התוצאה, על בסיס הטיעונים העובדתיים שהוצגו בהליך**" (פרופ' דפנה ברק-ארז, **מחשבות על שפיטה,** 2022, בעמ' 16).
7. שעה שבמבחן התוצאה, פסק הדין קמא מאיין את זכות היסוד לחופש דת (להתפלל לפי הלכה יהודית) של העותרים, המשמשים לפה לאלפי מתפללים בימי כיפור בכיכר דיזנגוף בחמש השנים האחרונות, שומה על בית המשפט הנכבד להתערב בפסק הדין קמא ולבטלו (חלקית).
8. נקדים כי להליך בבית המשפט המחוזי קמא, קדמו מספר הליכים משפטיים מרכזיים, כדלהלן:
9. עת"מ 38202-09-23 **פורום חירות וכבוד האדם בישראל ואח' נ' עיריית תל אביב**, 21.9.2023 – שעמותת ראש יהודי והעותרים לא היו חלק מההליך, לא כעותרים ולא כמשיבים (להלן: "**עניין חירות – המחוזי**");
10. עע"מ 7174/23 **פורום חירות וכבוד האדם בישראל ואח' נ' עיריית תל אביב**, 22.9.2023 – שעמותת ראש יהודי והעותרים לא היו חלק מההליך, לא כעותרים ולא כמשיבים (להלן: "**עניין חירות**");
11. עת"מ 62277-09-23 **עמותת ראש יהודי ואח' נ' עיריית תל אביב**, 4.10.2023;
12. עע"מ 7390/23 **עמותת ראש יהודי ואח' נ' עיריית תל אביב**, 6.10.2023 (להלן: "**ערעור ראש יהודי**") – במסגרתו בוטל בהסכמה פסק הדין בהליך עת"מ 62277-09-23 ונפסק כי עמותת ראש יהודי תוכל לקיים הקפות שניות בכיכר דיזנגוף תוך שהמערערת לא תניח כל מתקן או מכשול או הפרדה מכל סוג שהוא בעת האירוע למעט ציוד הגברה נייד. אך האירוע לא נערך בשל אירועי 7 באוקטובר האיומים.
13. במסגרת ערעור ראש יהודי, עמדה המערערת על כך שהמשיבה – אשר ביטלה את ההיתר שנתנה למערערת לקיים הקפות שניות עקב פיצוץ תפילות יום כיפור על ידי מתפרעים שהביאו להפסקתה – למעשה, חוטאת להלכה פסוקה של בית המשפט העליון הנכבד: **"ההתחשבות בקהל העוין כמוה כהענקת המפתח לשימוש בזכות ההפגנה והתהלוכה בידי המתנגדים לה. דבר זה יש למנוע. אין לתת וטו לאספסוף ופרס לאלימות"** (בג"ץ 153/83 **אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393 (13.5.84)).
14. כפי שעמד ביהמ"ש קמא בסעיף 6 לפסה"ד, בשנה שעברה (תשפ"ד), "**הציבה העותרת בתפילות יום הכיפורים בכיכר מעין מחיצה שכללה דגלי ישראל, על מנת שישמשו הלכה למעשה כמחיצה בין גברים ונשים. יו"ר העותרת התבטא כמי שאמר: 'רצינו לפתור את הבעיה ההלכתית שיש לנו. יש לנו מצוקה הלכתית. כגוף אורתודוקסי אני צריכים להפריד בין גברים לנשים. לכן מצאנו פתרון מכבד'** ". שגם, כך סברה המערערת, הדבר מכבד את החוק.
15. במסגרת בקשה מדויקת יותר, שהגישו המערערים למשיבה ביום 8.9.24 בהתוויית בית המשפט הנכבד קמא (מצ"ב כ**נספח ג'**), הובהר כי המערערים לא ביקשו לקיים את האירוע במהלך **כל** יום הכיפורים, אלא רק למספר שעות בודדות: **ארבע שעות בערב החג לתפילת כל נִדְרֵי ומעגלי שיח** (משעה 18:30 ועד לשעה 22:30 לערך) **ושעתיים ביום הכיפורים לקראת צאת החג לתפילת נעילה** (משעה 17:00 ועד לשעה 19:00 לערך). וכן הובהר כי מתבקשת פעילות רק בחלקו של מרחב כיכר דיזנגוף, במקטע שבין רחוב דיזנגוף ועד רחוב ריינס.
16. התבקשה הצבת מחיצה ניידת במקום, מבסיס עץ ווילונות, באורך של 15 מטרים. המערערים ציינו כי מחיצה זו תוצב על הכביש באמצע המתחם, וכי יוצמדו אליה תמונות החטופים; ובסמוך ארון קודש, דוכן תפילה, במה ושולחנות למחזורי תפילה. המערערים שבו וביקשו שהמזרקה לא תופעל כדי שציבור המתפללים ישמע את תפילות החזן (שמתפלל ללא רמקול), כי לא תותר במקום פעילות אחרת וכי תותר התחברות למערכת החשמל.
17. גם הפעם, כפי שעמד ביהמ"ש קמא בסעיף 8 לפסק הדין, "**העותרים שבים ומדגישים, את החשיבות שבהצבת המחיצה ההלכתית על מנת לאפשר למובילי התפילה ולציבור הרחב שחפץ בכך להתפלל בהפרדה כמסורת ישראל סבא מזה אלפי שנים. הובהר, כי משתתפים אחרים יוכלו להשתתף בתפילה על פי רצונם החופשי, כי לא מבוקש לאכוף עליהם דבר וכי כל מי שירצה להיכנס לאזור ההפרדה יוכל לעשות כן משאין מבקשת הדרת רגלו של מאן דהו מהמרחב. העותרים סבורים כי מדובר בבקשה צנועה ומידתית, הנעדרת הפרעה לשגרת חייהם של התושבים. העותרים מבקשים כי תגלה כלפיהם אותה סובלנות בה נוקטת העירייה ביחסה לאירועים אחרים. העותרים אף מעלים אפשרות לקיום האירוע באתר חלופי כגן מאיר והכול למען שלום ואחווה**".
18. לצערנו, ביום 11.9.2024 החליטה המשיבה לדחות את הבקשה, "משום שלילת זכותם של תושבות ותושבי העיר לחופש כניסה ויציאה בכל חלקיו של המרחב" (סעיף 9 לפסה"ד קמא).
19. כפי שעמד עוד בית המשפט קמא בפסק דינו, בעתירה שהגישו, "**העותרים אף התייחסו בטענותיהם לכך שהפרדה מגדרית וולונטרית מותרת במרחב הציבורי; ... לאי חוקיות נוהל העירייה החל בנושא ולכך שנשמרה הזכות להעלות טענות בנושא ההפרדה המגדרית במרחב הציבורי – על אף קביעותיו של המשפט העליון בפסק הדין שבערעור**" (סעיף 11 לפסה"ד).

**הסעדים שניתנו או שהתבקשו ולא ניתנו בפסק הדין שעליו מערערים:**

1. העותרים ביקשו בעתירתם מבית המשפט המחוזי הנכבד קמא את הסעדים הבאים:
2. **החלטת המשיבה לאסור באופן גורף קיום תפילות במרחב הציבורי היא שלא כדין ודינה בטלות;**
3. **סירובה של המשיבה מיום 4.8.24 להתיר לעותרים לקיים תפילות הלכתיות, הכוללות הפרדה הלכתית באמצעות מחיצה בין גברים לנשים החפצים בכך, ביום הכיפורים והקפות שניות במוצאי שמחת תורה בכיכר דיזנגוף בתל-אביב או בסמוך לה – מנוגד לדין ודינו בטלות;**
4. **סירובה של המשיבה להתיר לעותרים לקיים, במועדים מיוחדים ובתיאום מראש, תפילות הלכתיות במרחב הציבורי, רק בשל כך כי התפילות נערכות תוך הפרדה הלכתית באמצעות מחיצה בין גברים לנשים החפצים בכך – היא מנוגדת לדין ואסורה;**
5. **למשיבה אין סמכות לאסור על העותרים, או על כל מי שחפץ בכך, להתפלל במרחב הציבורי בהתאם לכללי המסורת היהודית-הלכתית, לרבות בהפרדה באמצעות מחיצה בין נשים לגברים ובכפוף לשמירה על הוראות כל דין; וכל הוראה מינהלית האוסרת זאת היא בטלה.**
6. בית המשפט קמא **קיבל את העתירה חלקית**, בכך שפסק (פסקה 17, עמ' 8 לפסה"ד קמא):

"**שוכנעתי כי העירייה לא שקלה את כל השיקולים הנדרשים והרלוונטיים ביחס לרכיב ההחלטה הקשור בעצם מניעת תפילות במרחב הציבורי כליל. מצאתי כי בכך נפל בהחלטה פגם מינהלי המצדיק את ההתערבות השיפוטית המבוקשת. [...] על העירייה לשוב ולשקול את טענות העותרים בדבר עצם הזכות לקיום תפילות במרחב הציבורי, להתייחס אליהן באופן שונה וככל הניתן – לאשרן. כך, הן ביחס לשעות הספורות (4) במהלך יום כיפור והן ביחס להקפות שמחת תורה**".

"**באשר להחלטת העירייה בדבר איסור הפרדה מגדרית במרחב הציבורי, לא מצאתי כי זו לוקה בחוסר סבירות קיצוני על מנת שאתערב בה כמבוקש, בעיקר על רקע הנוהל ושתי אמות מידה כפי שנקבעו בפסק הדין שבערעור בדבר האוטונומיה של הרשות לעצב את המרחב הציבורי ואיסור הפרדה כברירת מחדל**".

עוד פסק בית המשפט קמא כי "**כל צד יישא בהוצאותיו**" (סעיף 55).

1. המערערים יטענו כי שגה בית המשפט קמא, בחלקים שבהם דחה את עתירתם, **בפרשנותו לדין החל בנסיבות העניין**, כמפורט להלן.

**ואלה נימוקי הערעור:**

**שגה בית המשפט קמא משלא פסל את הנוהל העירוני – המנוגד לדין**

1. שגה בית המשפט קמא בדחיית העתירה ביחס לסוגיית ההפרדה, משום שלשיטתו החלטת המשיבה "**נסמכת על מקורות ברורים**" (ס' 53 לפסה"ד קמא), שהם (א) **הנוהל העירוני** (ב) ו**עניין חירות**.
2. המערערים יטענו כי יש לבטל את החלטת המשיבה, בתקיפה מינהלית ישירה או עקיפה, של הנוהל העירוני. עוד יטענו המערערים כי בהתאם למושכלות יסוד במשפטנו, פסק הדין ב**עניין חירות** לא קבע כל **הלכה פסוקה** או **תקדים משפטי**, המחייב את המשיבה או את בית המשפט קמא; אלא שהיה על המשיבה להחליט ועל בית המשפט קמא להכריע בהתאם לכללי יסוד שנקבעו ב**הלכת ברזון**, **ולהתיר** את הצבת המחיצה בתפילות במרחב הציבורי, בהתאם לחריג לכלל, הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה במוצרים.[[1]](#footnote-1)
3. תיקון הנוהל העירוני, מיום 13.12.2018, התבטא בהוספת סעיף קטן ד' לסעיף 6 רבתי, בדבר "השיקולים לבחינת הבקשה", ולפיו: "**לא תתקיים כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים**".
4. צדק בית המשפט המחוזי קמא בפסק דינו, כי בעתירה שהגישו, "**העותרים אף התייחסו בטענותיהם [...] לאי חוקיות נוהל העירייה החל בנושא**" (סעיף 11 לפסה"ד).
5. **ראשית כל, שגה בית המשפט קמא שלא ביטל את הנוהל העירוני, שעה שפסק בעצמו כי נפגעת זכות יסוד חוקתית של המערערים לחופש ביטוי דתי** (ראו: בג"ץ 5936/97 **ד"ר לם נ' מנכ"ל משרד החינוך**, פ"ד נג(4) 673; בג"ץ 4157/95 **לדרר נ' שר הבריאות**, תק-על 96(2) 119).
6. מעבר לכך, מושכלות יסוד המה כי "**ייחודן של ההנחיות ככללים מינהליים גמישים הוא שלרשות המינהלית המפעילה אותן יש סמכות לסטות מההנחיות באותם המקרים שנסיבותיהם מצדיקות סטייה**" (פרופ' יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי**, נבו תשפ"ד-2023, כרך ב', עמ' 813; להלן: "**דותן, ביקורת שיפוטית**"). שכן, ההנחיות המינהליות מהסוג של נוהל עירוני שלפנינו, הן "**נורמות מינהליות גמישות, במובן זה שיש לרשות המינהלית סמכות לסטות מהן במקרים מיוחדים המצדיקים סטייה כזו, ומצד אחר הן גמישות גם במובן זה שהרשות רשאית עקרונית, בכל עת, להנהיג שינוי כולל בהנחיותיה (או לבטלן כליל)**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, עמ' 821).
7. אלא שעיון בנוהל העירוני מגלה כי ההוראה לפיה "**לא תתקיים כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים**", רחוקה מלהיות גמישה או מידתית. בעוד ש"**הנחיות צריכות תמיד להיות מופעלות באופן שיותיר מקום לבחינת הנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון במסגרת שקילת אפשרות הסטייה**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך א', עמ' 589; וראו: בג"ץ 223/88 **שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מג(4) 357, 317-372 (1989); בג"ץ 80/54 **נוחימובסקי נ' שר המשפטים**, פ"ד ח 1491, 1495-1497 (1954)).
8. הנוהל העירוני לא מפרט ברמת בהירות מספקת את השיקולים שמקבל ההחלטות בעניין זה חייב, על פי המסגרת החוקית, לשקול, במיוחד בכל הנוגע לצורך לאזן בין שיקולים שעליהם עמדו המערערים בעתירתם ובית המשפט קמא עמד בפסק דינו. בנסיבות שכאלה, **בית המשפט העליון הנכבד כבר התערב ופסל את הנוהל המינהלי** (ראו: בג"ץ 4884/00 **עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינאריים במשרד החקלאות**, פ"ד נח(5) 202 (2004)). וכך מן הראוי להתערב ולפסול את הנוהל העירוני גם בענייננו.
9. בצדק קובע פרופ' דותן כי "**היו לא מעט מקרים שבהם כאשר נקבעו הסדרים כאלה של 'כללים נחרצים' (flat rules), בתי המשפט פסלו אותם כמנוגדים לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, ובהם עקרונות השוויון, הסבירות והמידתיות**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך א', עמ' 590). וכן, כמבוקש בענייננו: "**ככל שהזכויות שעמדו לפרט שעניינו נדון היו יסודיות וחשובות יותר, כך גברה הנטייה לאסור על הרשות להפעיל כללים נוקשים**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך א', עמ' 590; דוגמאות לפסיקה כזו, ראו שם אצל פרופ' דותן, בעמ' 592, ה"ש 120-123).
10. שגה אפוא ביהמ"ש המחוזי קמא בכך שהתעלם מהקשיים החוקתיים **שבעצם הנוהל העירוני**:
	1. הנוהל אוסר הפרדה מגדרית באופן **גורף וקשיח** – ולכן הוא לא סביר ולא מידתי, במובן המשפטי. היעדר הגמישות הופכת את הנוהל לבלתי סביר. המערערים יטענו עוד כי יש לבטל את הנוהל העירוני משום שהוא חורג ממתחם הסבירות (ראו: בג"ץ 3930/94 **נביל נ' שר הבריאות**, פ"ד מח(4) 778; בג"ץ 2832/96 **בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(2) 582).
	2. נוהל איסור הצבת מחיצה – בכל אירוע שהוא ובכל תנאי, הוא **קיצוני** משום שהוא מרחיק לכת מהוראות המחוקק בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, מהנחיות יועמ"ש ספציפיות לרשויות המקומיות וממסקנות הוועדה הציבורית שהחריגה טקסי דת.
	3. נוהל איסור הצבת מחיצה לא סביר משום שהוא "מבודד" רק תפילה יהודית הלכתית ודה פקטו אוסר רק אותה. יש בכך התעלמות מאופייה היהודי של מדינת ישראל.
	4. נוהל איסור הצבת מחיצה לא סביר משום שהוא "מבודד" רק תפילה יהודית הלכתית, ולכן מפלה רק יהודים שומרי מצוות הדת.
11. עוד יטענו המערערים כי בהתאם לדין, היה על המשיבה – עוד בטרם תיקנה את הנוהל העירוני בדצמבר 2018 – לקיים התייעצויות עם גורמים בתוך המינהל ומחוצה לו (ראו: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (60.013): הנחיות מינהליות; להלן: "**הנחיית היועמ"ש**"; בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 49). למיטב ידיעתנו, המשיבה לא קיימה התייעצויות כדין עם גורמים רלוונטיים, נכון למועד הסמוך לתיקון הנוהל העירוני הקיים (דצמבר 2018).
12. מעבר לכך, מושכלות יסוד המה כי "**כשם שחקיקת משנה חייבת להישאר במסגרת הסמכות שנקבעה בחוק, כך אף הנחיות מינהליות. חריגה ממסגרת הסמכות, יש בה כדי לפסול חקיקת-משנה, יש בה כדי לפסול גם הנחיות מינהליות. ברור שאי-אפשר להסדיר או להכשיר באמצעות הנחיות מעשה החורג מן הסמכות של הרשות**" (**הנחיית היועמ"ש**, פס' 4.1). בענייננו, למשיבה אין סמכות להתקין נוהל עירוני אשר **אוסר באופן כוללני וקטגורי** לקיים "**כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים**", ללא חריגים כלשהם דוגמת טקסים דתיים בענייננו (מקרים שבהם ביטל בית המשפט העליון הנכבד נוהל של רשויות מינהליות, שלא הצביעו על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן, ראו: בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294, 298; בג"ץ 75/76 "**הילרון" בע"מ נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם**, פ"ד ל(3) 645).
13. ובסוגיית היעדר הסמכות של המשיבה, המערערים עמדו בסעיפים 28-35 לעתירה, ויחזרו כאן.
14. ודוקו: באי-התערבות שיפוטית על הסתמכות המשיבה על הנוהל העירוני, שגה בית המשפט קמא עת פתר את המשיבה בלא כלום, חרף מסקנתו כי "**נחזה מדבריה [של המשיבה – הח"מ] כי היא לא טרחה די על מנת לאכוף את מדיניותה החלה על כלל התושבים**" (בס' 47 לפסה"ד).
15. כלומר, שגה בית המשפט הנכבד קמא עת פתר את המשיבה חרף סטייתה מהנוהל העירוני: בעוד שביחס לתפילות המוסלמים בהפרדה מגדרית במרחב הציבורי, המשיבה מעלימה עין וסוטה מהמדיניות הכללית בנוהל העירוני שלא לאפשר הפרדה באמצעים פיזיים – עם המערערים המשיבה מקפידה כחוט השערה(!), בניגוד לדין המורה כי "**כאשר הרשות סוטה מהמדיניות הכללית במקרה מיוחד אחד, היא מחוייבת, מכוח עקרון השוויון, לסטות מהמדיניות גם במקרה אחר, דומה, שמובא לפניה**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך ב', עמ' 691; עע"מ 3801/13 **ארז נ' שר הביטחון**, 21.7.2016, פס' 45; בג"ץ 4981/17 **שרגאי נ' ראש המטה הכללי**, 3.9.2019, פס' 26). שכן, "**מבחינה עקרונית לא צריך להיות כל קושי לדרוש מהרשות לנהוג בעניינו של העותר הנוכחי בדיוק כפי שנהגה במקרה הדומה לעניינו שבו סטתה ממדיניותה**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, שם).
16. באחד המקרים, בג"ץ אף כפה על המשיבה שלפנינו (עיריית ת"א) לתת רישיון עסק כאשר היא נהגה בניגוד למדיניותה המוצהרת במקרים אחרים בעבר. ב**עניין הורמן**, העותרת הגישה בקשה לרישיון עסק של מסעדה ברחוב דיזינגוף בתל אביב, אלא שראש העירייה סירב לבקשתה מתוך הסתמכות על "קריטריונים" שלפיהם אין מקום לאשר רישיונות לפתיחת בתי אוכל באזור ושנקבעו מטעמים של שמירה על איכות הסביבה ואיכות החיים של המתגוררים שם. העותרת הצביעה על העובדה שגם לאחר שנקבעו הקריטריונים הללו הוסיפה רשות הרישוי והעניקה רישיונות רבים לעסקים דומים באותו אזור. בית משפט נכבד זה קיבל את העתירה והורה על הענקת רישיון עסק לעותרת בציינו שהמשיבים "**לא יישמעו בטענה שמנעו את הוצאת הרישיון לעותרת על יסוד קריטריונים שהם עצמם אינם מקפידים על שמירתם**" (בג"ץ 10/79 **הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לג(3) 60, 63-64 (1979); **דותן, ביקורת שיפוטית**, עמ' 688).
17. כך מן הדין ומן הצדק לפסוק גם בענייננו, שעה שאין עוררין גם לשיטת המשיבה כי היא לא אוכפת את הנוהל העירוני על תפילות המוסלמים במרחב הציבורי של תל אביב-יפו, **לפחות בשנתיים האחרונות שאירועים כאלה נערכו בגן צ'ארלס קלור** (לפי פרסומים בכלי התקשורת). ובעניין זה, **אי-ידיעה – אינה פותרת** (תרתי משמע), הוא כלל יסוד במשפטנו באשר לאכיפת שלטון החוק באופן שוויוני.
18. ודוקו: "**כאשר הרשות נמנעת מאכיפת הדין על אחרים**" כבענייננו (ביחס למוסלמים), "**הרי דיני האכיפה מקנים לה, בדרך כלל, שיקול דעת בכל הנוגע לאכיפת החוק. לפיכך... יש לרשות מרחב מסוים של שיקול דעת שמאפשר לה, עקרונית, ליישם את עקרון השוויון, וכך גם יכול להיות לבית המשפט מרחב תמרון מסוים בכל הנוגע לסעדים שניתן להעניק במצבים כאלה**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, עמ' 700).
19. בענייננו, לא די שהמשיבה סטתה ממדיניותה ביחס לתפילות המוסלמים בהפרדה בשטחיה הציבוריים (ו/או אוכפת בררנית), המשיבה אף איפשרה למערערת לסטות מהנוהל העירוני שלה עצמה – כפי שהמשיבה הודתה בפה-מלא בתגובתה לעתירה ב**עניין חירות – המחוזי** (ביום 19.9.2023) בהתייחס להיתר **הספציפי** לאירועי התפילה **הקונקרטיים** ביום כיפור תשפ"ד בכיכר דיזינגוף, שניתן **למערערת**, כי המשיבה "**ביכרה כי יתקיים אירוע מסודר ומוסדר הכולל אישור עירוני; על פני אירוע הנעשה ללא אישור. זאת, הן לטובת משתתפי האירוע, כך שיתאפשר להם להציב במה וכדו', והן בשל היבטים הנוגעים לסדר הציבורי...**" (מצ"ב כ**נספח ד'**). כלומר, האישור שניתן על ידי המשיבה כולל בחובו, מיניה וביה, אישור להציב אמצעים פיזיים שיש בהם כדי להפריד בין גברים ונשים.
20. הלכה פסוקה היא מימים ימימה כי "**רשות ציבורית יכולה לסטות במקרה מיוחד מקווי מדיניות שקבעה לעצמה, ואם עשתה זאת במקרה אחד מטעמים מסוימים אפשר לחייבה לנהוג באותו אופן במקרה דומה בעתיד כדי למנוע הפליה בין שווים**" (בג"ץ 11/63 **יפו סן (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה**, פ"ד יז 737, 744 (1963), כב' השופט ברנזון).
21. בענייננו, מדובר במקרה אופייני המוביל להתערבות בית המשפט הנכבד, שכן המשיבה סטתה מהנחיותיה במקרים קודמים שנסיבותיהם דומים לאלו של המערערים, אשר שגה בית המשפט קמא עת לא קיבל את טענתם לסטייתה הלגיטימית של המשיבה מהנוהל העירוני במקרה של תפילת המוסלמים בהפרדה במרחב הציבורי, ה"**מקימה חובה של הרשות להוסיף ולסטות מההנחיות בכל מקרה דומה שיבוא לפניה בעתיד**", כדברי פרופ' דותן בספרו החדש. "**במקרים כאלה טענתו של העותר לחובתה של הרשות לסטות בעניינו מהנחיותיה מבוססת על עקרון השוויון**". ואף "**יש מקרים שבהם בית המשפט עשוי להתערב ולהורות לרשות המינהלית לסטות מהמדיניות בעקבות מקרים קודמים גם אם ההחלטות הקודמות היו מנוגדות למדיניותה המוצהרת של הרשות והתקבלו ללא הצדקות ענייניות מתאימות**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך ב', עמ' 825-826). כך ראוי ומתבקש לפסוק בענייננו, ובכך שגה בימ"ש קמא.
22. "**אדרבה**", טענו המערערים בסעיף 143 לעתירתם, "**כשם שאין מניעה לקיומה של מדיניות נפרדת למיעוט המוסלמי בתל אביב-יפו, שיש עבורו אירועים נפרדים שונים, כך גם לא צריכה להיות כל התנגדות עקרונית בחברתנו הרב-תרבותית לפרקטיקות קיום של המיעוט היהודי-דתי במרחב התל-אביבי המגוון**". וכי "מה שמותר ליופיטר, אסור לשור"?!
23. אך בית המשפט קמא שגה עת לא מצא את ענייננו כבאותם המקרים שבהם בתי המשפט כן התערבו והורו לרשות לסטות מהנחיות ונהלים (ראו למשל: בג"ץ 278/73 **הורה נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד כח(1) 271 (1973); ענ"א (מחוזי ת"א) 28157-11-21 **אלמונית נ' מחלקה לשירותים חברתיים**, 21.12.2021; עת"ם (מנהלי י-ם) 1330-09-19 **פלוני נ' מדינת ישראל**, 9.3.2020, פס' 32).
24. אף אם ישנו נוהל עירוני, בהתאם להלכה פסוקה, על המשיבה מוטלת החובה שבדין "**לשקול, בכל מקרה קונקרטי, את נסיבות המקרה כדי לבחון אם אין במקרה הקונקרטי נסיבות מיוחדות או שיקולים מיוחדים המצדיקים סטייה מן ההנחיה**" (**דותן, ביקורת שיפוטית**, כרך ב', עמ' 826).
25. בשעה שבית המשפט קמא כן **התערב** באי-סבירות שיקול דעתה של המשיבה, "**ביחס לצורך לשוב ולשקול בחיוב היתר לקיום תפילה במרחב הציבורי ללא הפרדה בשני המועדים המבוקשים ביום כיפור**" (בסעיף 52), וביטל את החלטתה שלא לאפשר קיום תפילות במרחב הציבורי שלא בהפרדה, משום ש"**שוכנעתי כי העירייה לא שקלה את כל השיקולים הנדרשים והרלוונטיים ביחס לרכיב ההחלטה הקשור בעצם מניעת תפילות במרחב הציבורי כליל. מצאתי כי בכך נפל בהחלטה פגם מינהלי המצדיק את ההתערבות השיפוטית המבוקשת**" (בסעיף 17); בהינתן כך הכריע ביהמ"ש קמא, הרי שעסקינן במקרה קונקרטי שיש בו נסיבות מיוחדות או שיקולים מיוחדים המצדיקים סטייה מהנוהל העירוני ביחס להפרדה המגדרית.
26. השגיאה הנוספת של פסק הדין קמא היא שאפילו אם הנוהל היה חוקי (והוא לא!), ההחלטה המינהלית לגופה של המשיבה היא חורגת ממתחם עילת הסבירות כבלתי סבירה בנסיבות:
	1. המחוקק הריבוני, ההלכה הפסוקה ואמות המידה של הנחיות היועמ"ש והוועדה הציבורית מתירים הצבת מחיצה באירועי וטקסי דת – לפי המבחן שאפיין כב' השופט מלצר ב**הלכת ברזון** כי ככל שהפרדה מגדרית יותר קרובה לליבת הפרקטיקה הדתית, כך היא מוגנת יותר בחוק וניתן לקיימה – העירייה אפילו את זה לא מרשה!
	2. ההחלטה לא סבירה משום שהיא **מפלה** רק אירועים דתיים – הרי מירוץ נשים העירייה מתירה, למרות ששם יש הרבה יותר ממחיצה. כלומר, ההחלטה לא סבירה משום שהמשמעות שלה שיש רק אירוע אחד שאסור לקיים במרחב הציבורי – תפילה דתית בהפרדה. וככזו, היא פוגעת באופן פסול הן ברגשות הדת של העותרים והן בחופש הביטוי הדתי שלהם במרחב הציבורי של תל אביב.
	3. על בית המשפט קמא היה להתערב בשיקול הדעת המינהלי של המשיבה בהחלטתה בשל היותה לא סבירה, גם משום שללא מחיצה – לא יתקיים מניין בכלל, משום שלא יהיה מי שיוביל אותו באופן הלכתי. ולכן, יהודים חילונים ומסורתיים מקרב העותרות לא יוכלו ליהנות מתפילה מסורתית, למרות שהן עצמן לא יקפידו על הפרדה אם לא ירצו.
27. שגיאה נוספת של בית המשפט קמא נעוץ בעובדה כי המערערת מעולם לא אמרה שניתן להתפלל ללא מחיצה (סעיף 45). להפך, זו בדיוק הסיבה שבשנה שעברה המערערת ביקשה לחצוץ בין המתפללים בתליית דגלי הלאום: מכבוד להלכה מחד ומכבוד לחוק מאידך. משעה שהדגלים הוסרו בברוטליות על ידי המתפרעים בשנה שעברה, המתפללים הסתלקו מהמקום בגלל הרעש והמהומה שהתחוללו – מתוך רצון שלא להתעמת ביום הקדוש עם אף אחד.
28. אף באשר לטענת **השיהוי** שגה בית המשפט קמא בקביעתו, כביכול העותרת השתהתה בתקיפת הנוהל העירוני שלא מאפשר קיום אירועים במרחב הציבורי בהפרדה מגדרית תוך שימוש באמצעים פיזיים. **המערערים לא השתהו. המערערת לא השתהתה.** שכן, **השיהוי נמדד ביחס להחלטה המנהלית הנתקפת, ולא ביחס להחלטות מנהליות קודמות.** ההחלטה המנהלית הנתקפת כאן התקבלה רק ביום 4.8.2024 וכבר ביום 9.8.2024 המערערים והמערערת עתרו לבית המשפט קמא, ולכן לגביהם אין שיהוי כלל.
29. משעה שהמערערת תוקפת את ההחלטה המנהלית האחרונה כדין, ושלא בשיהוי, היא רשאית להעלות כל טענה, לרבות תקיפה עקיפה של הנוהל העירוני שהתקבל בשנת 2018 (לטענת המשיבה). הקביעה המשתמעת של ביהמ"ש קמא כביכול הייתה על המערערת חובה לתקוף את הנוהל מיד עם פרסומו, מנוגדת לעקרונות מנהליים לפיהם ראוי לעתור על פגיעה קונקרטית של עותר ולא על פגיעה מופשטת.
30. ולכן, מכיוון שזו הפעם הראשונה שבה המערערת תוקפת החלטה של המשיבה האוסרת עליה הפרדה, היא אינה מנועה מלטעון גם ביחס לנוהל העומד בבסיס ההחלטה המנהלית השגויה.
31. מעבר לכך שכל טענות העירייה לשיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי מוטב שכלל לא נטענו בהליך קמא; בפרט לאור פסיקת בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת** (פ"ד מב(1) 678 (1988)), ושעה שאין עוררין בענייננו כי יש לנושא העתירה חשיבות רבה לשלטון החוק ובית המשפט הנכבד העליון ידון בה למרות השיהוי הנטען (והמוכחש מכל וכול).

**בהלכת חירות לא נקבעה הלכה פסוקה וביהמ"ש קמא שגה ביישומה על המערערים**

1. בפסק הדין של בית המשפט העליון הנכבד ב**עניין חירות**, הליך שבו אף אחד מהעותרים (ובכללם עמותת ראש יהודי) לא היו חלק מההליך כמשיבים או כעותרים, נקבעו שתי קביעות מרכזיות הרלוונטיות לענייננו, כשהשנייה מאיינת את הראשונה בגדרי מדיניות שיפוטית ראויה, כך:
2. שני "כללי יסוד", ככינויו (השגוי) של בית המשפט קמא ב**עניין חירות**: "**האוטונומיה של הרשות המקומית לעצב את המרחב הציבורי ואיסור הפרדה מגדרית כברירת מחדל**" (סעיף 35 לפסה"ד קמא; סעיפים 4-5 ל**עניין חירות**);
3. "**כפי שהדגשנו בפתח הדברים, לנוכח סד הזמנים הדוחק, איננו מתיימרים לצלול לעומקם של מלוא הסוגיות והשאלות המתעוררות בגדרו של ההליך.** **פסק דיננו זה מושתת על מספר עקרונות של טענות סף וכללי יסוד, וטענות המערערים שמורות להם לעתיד**" (סעיף 7).
4. שגה בית המשפט המחוזי קמא הנכבד כשקבע כי ב**עניין חירות** נפסק כי חוקי נוהל עיריית תל-אביב האוסר להציב מחיצה ברשות הרבים ויהי מה (להלן: **הנוהל העירוני**). הוא שגה כי בנסיבות שהיו שם, נראה כי הקביעות עליהן הסתמך בית המשפט הנכבד קמא אינן בגדר **"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון"**, אשר מהווה תקדים מחייב, על פי סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה. דגש על "**הלכה**", כיוון שרק "**הלכת הפסק**" היא ה"**הלכה**" שמהווה תקדים מחייב, להבדיל מאמרת אגב שאינה באה בגדר "**הלכת הפסק**" (ראו: פרופ' אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי**, הוצאת פפירוס תשמ"ז, בעמ' 129, 135; להלן: "**ברק, שיקול דעת שיפוטי**").
5. מושכלות יסוד המה במשפטנו כי אין "**הלכה**" מקום שלא התקיים בבית המשפט דיון נורמטיבי לגופו של עניין: **"ניתן לגבש נורמה משפטית, לפיה פסק דין שאין בו כל דיון נורמטיבי, ושכל כולו עובדות והחלטה, לא יהווה כל הלכה לעתיד. הפסק ישמש אך מעשה-בית-דין, אך לא תקדים. נראה לי כי בכך יינתן ביטוי ראוי לרעיון, כי לשם יצירה נורמטיבית דרושה מודעות של השופט ליצירתו"** (**ברק, שיקול דעת שיפוטי**, בעמ' 201).
6. ו"המודעות של השופט ליצירתו" כוללת בחובה, בין היתר, "**מודעות לצורך בגיבוש מדיניות משפטית**" (**ברק, שיקול דעת שיפוטי**, בעמ' 201). ואילו ב**עניין חירות**, אין מודעות משפטית, שעה שהרכב שופטי הערעור לא ערך דיון נורמטיבי לגופו של עניין, אלא דחה את הערעור (אף ללא בקשת תגובה מהמשיבה שם), תוך שפסק כי "**לנוכח סד הזמנים הדוחק, איננו מתיימרים לצלול לעומקם של מלוא הסוגיות והשאלות המתעוררות בגדרו של ההליך.** **פסק דיננו זה מושתת על מספר עקרונות של טענות סף וכללי יסוד, וטענות המערערים שמורות להם לעתיד**" (סעיף 7).
7. במילים אחרות, למרות שלשיטת ביהמ"ש קמא פסק הדין ב**עניין חירות** – "*שעה שמדובר במלל מפורש שנכתב בקשר לאותו היום בדיוק*" (בסעיף 46) – אינו מהווה תקדים משפטי מחייב, ואף אינו מהווה מעשה-בית-דין (בניגוד לטענת המשיבים בהליך קמא). לפיכך, **אין ולא היה כל מקום להחיל את שני "כללי היסוד" (במרכאות) בעניינם של המערערים.**
8. בהחלטת בית המשפט העליון הנכבד ב**עניין חירות**, הוחלט לדחות את הערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי קמא ב**עניין חירות – המחוזי** – ללא שהמשיבה (עיריית תל אביב) התבקשה להגיב לערעור, בלי שנערך כל דיון (בכתב ובעל-פה) לגוף העניין, בשאלת ההפרדה המגדרית בתפילת יום כיפור במרחב הציבורי של כיכר דיזנגוף בתל-אביב. כפי שבית המשפט העליון הנכבד פסק בעצמו בשלהי פסק הדין: "**איננו מתיימרים לצלול לעומקם של מלוא הסוגיות והשאלות המתעוררות בגדרו של ההליך.** **פסק דיננו זה מושתת על מספר עקרונות של טענות סף וכללי יסוד, וטענות המערערים שמורות להם לעתיד**" (סעיף 7).
9. מכאן גם שאין בהתייחסות בית המשפט הנכבד ב**עניין חירות**, באשר לאבחנה נטענת בין בית כנסת לכיכר דיזנגוף לדוגמה, כדי להוות אותה "יצירה נורמטיבית", תוך מודעות של כבוד השופטים, אשר דרושה לשם יצירת הלכה שתהווה תקדים מחייב (אליבא דכבוד השופט ברק בספרו **שיקול דעת שיפוטי**, המצוטט לעיל; השוו: עמ"ש 2212-07-22 **פלוני נ' פלונית**, 21.7.2022, פסקה 5).
10. היה זה כב' הנשיא בדימוס ד"ר **משה לנדוי** המנוח, שאפיין כיצד "**לשופט דרושה תכונת הנכונות לפסוק את הדין, אך חוות-דעתו חייבת להינתן לצורך פסיקת הדין ולא אגב פסיקת הדין, מפני שסוגיה פלונית מעניינת אותו והוא שש אלי קרב לומר בה את דברו**" (משה לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון", **עיוני משפט,** ח 500, בעמ' 503 (תשב"מ) – ההדגשות במקור).
11. והיה זה כב' הנשיא **יואל זוסמן** המנוח, אשר קבע כי באימרות אגב (אוביטר – obiter dicta)בפסקי דין יש משום **חריגה מהסמכות השיפוטית**: "**אין זה מתפקידנו ואף לא מסמכותנו לומר אימרות אגב, וככל שנימנע מלעשות כן, הרי זה משובח**" (ע"פ 424/63 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שלבי**, פ"ד יח(2), 478, עמ' 481; וראו: חיים ה' כהן, "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט", **מבחר כתבים: קציר העשור האחרון** 485 (2001); ד"נ 25/66 **ד"ר יוסף בר-חי, ד"ר יעקב זינגר ומשרד הבריאות נ' טיבור, רוזה וגבריאלה שטיינר**, כ (4) 327; פרופ' גד טדסקי, "מימרת אגב – 'הלכה פסוקה'?", **הפרקליט** כ 99 (תשכ"ד).
12. נמצא כי בית המשפט העליון הנכבד לא קבע ב**עניין חירות** הלכה פסוקה ביחס לחוקיות הנוהל העירוני, מן הטעם שהשאלה כלל לא נדונה לפניו. ב**עניין חירות** בית המשפט הנכבד רק סקר את החלטת העירייה, מבלי לקבוע מסמרות, לאור הטופוגרפיה המשפטית הקיימת, ובכללה דבר עצם קיומו של הנוהל. אבל בית המשפט הנכבד בוודאי שלא קבע באופן פוזיטיבי כי הנוהל תקף מבחינה מינהלית. לכן, בית המשפט קמא לא היה כבול בהלכה של בית המשפט העליון בהקשר זה, אלא היה עליו לבחון וליישם על ענייננו את **הלכת ברזון**, כמפורט להלן.

**שגה בית המשפט קמא משלא החיל על ענייננו את מבחני החריג לכלל שנקבע בחוק איסור הפליה כפי שפורש בהלכת ברזון ובכך לא ביטל את החלטת המשיבה למנוע הצבת מחיצה**

1. ואם יטען מנגד כי שני "כללי היסוד" שהובאו ב**עניין חירות** מבוססים על הלכה פסוקה קודמת של בית המשפט העליון הנכבד, ישיבו המערערים כי אף אם נחיל על ענייננו את האוטונומיה של הרשות המקומית לעיצוב המרחב הציבורי, ואף אם חל איסור על הפרדה מגדרית כברירת מחדל – בענייננו, מדובר בחריג לכלל זה, הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה**), המורה:

**"אין רואים הפליה לפי סעיף זה ... בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה".**

1. לאחרונה פירש בית המשפט העליון הנכבד – בהלכה פסוקה שנדונה לגופו של עניין לימודי השכלה גבוהה לחרדים בהפרדה מגדרית בכיתות הלימוד – כיצד "על פי סעיף קטן 3(ד)(3) יש לבחון את **הצדקתה של ההפרדה**, את **מידת חיוניות השירות**, את קיומה של **חלופה סבירה** ואת **צורכי הציבור** העלול להיפגע מההפרדה" (בג"ץ 8010/16 **ברזון ואח' נ' מדינת ישראל**, 12.7.2021, פס' 100 לפסק דינו של כב' השופט בדימוס חנן מלצר, בדעת רוב; ההדגשות במקור; להלן: "**הלכת ברזון**").[[2]](#footnote-2)
2. בדעת הרוב ב**הלכת ברזון**, פירש בית המשפט העליון הנכבד הזה כי "**תכליתו של סעיף החוק הנ"ל [סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה – הח"מ], הינה לקבוע איזון בין הפגיעה הנגרמת לנשים כתוצאה מהפליה, לבין הזכות של מי שנוהג על פי הדין הדתי וחפץ לצרוך שירותים ציבוריים בהתאם למצוות דתו, וזאת למרות הפגיעה הנגרמת מכך**" (פסקה 101 לפס"ד כב' השופט מלצר).
3. כפי שגם עמד על כך פרופ' אמנון רובינשטיין המנוח, שהיה יושב ראש ועדת החוקה בעת הדיון בחוק איסור הפליה: "**יש כאן חברה מורכבת שיש בה אלמנטים שההפרדה היא נוהג מקובל [בה] [...] בכל דבר, לא רק בקרב יהודים, גם לגבי מוסלמים ודרוזים, שההפרדה היא חלק מאורח החיים, ואנחנו לא רוצים לכפות עליהם אורח חיים שונה**" (פרוטוקול ישיבה מס' 188 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (30.10.2000)).
4. שגה אפוא בית המשפט קמא בכך שלא יישם בענייננו את כללי היסוד שנפסקו בהלכת ברזון, בהלימה עם הוראות סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה. המערערים עמדו על כך הן בעתירה לגופה שהפנתה להנחיית היועמ"ש שצורפה כנספח ג' והן בדיון בעל-פה (בעמ' 23 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.24, המצ"ב כ**נספח ה'**), כהאי לישנא:



1. וב**הלכת ברזון** נפסקו אמות מידה עקרוניות של בית המשפט העליון הנכבד, בפרשנות החריג שבחוק איסור הפליה – שבית המשפט המחוזי קמא שגה באי-החלתם על ענייננו בגדרי "כללי יסוד": "**המבחן להפרדה מוצדקת שבה מדבר הסעיף הנ"ל הוא המבחן שאותו הצגנו לעיל, הבוחן את מרכזיותה של הנורמה בדין הדתי, את מידת הוולונטריות של ההפרדה ואת מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי. ככל שנורמת ההפרדה במקרה הנדון קרובה יותר לליבת הדין הדתי, ככל שההפרדה נעשית בצורה וולונטרית יותר וככל שהפגיעה הינה בתוך רשות היחיד של הקהילה הדתית, הרי שיש בכך לתמוך בהצדקתה**" (פסקה 101 לפס"ד כב' השופט מלצר).

**אילו יישם בית המשפט קמא את כל מבחני החריג לכלל בחוק איסור הפליה – היה מקבל הוא את העתירה במלואה**

1. כך בדיוק ביקשו המערערים בהליך קמא להחיל על עניינם את החריג לכלל שבחוק איסור הפליה, כמפורט בעתירה ובנספחיה וכפי שנעמוד בקצרה להלן:
2. **מרכזיותה של הנורמה בדין הדתי**
3. המערערים הציגו בהליך קמא את פסקי ההלכה היהודית **המחייבים** להתפלל בהפרדה, גם אם התפילה לא נערכת בבית הכנסת אלא במרחב הציבורי (מצ"ב כ**נספח ו'**).
4. האיסור להתפלל במעורב בין גברים לנשים הוא **איסור חמור מן התורה**, ולא מדברי חכמים (מדרבנן; אשר חומרתו לרוב פחותה יותר). כלומר, **תורת ישראל היא שאוסרת על יהודים להתפלל שלא במחיצה בין גברים לנשים, ורואה במחיצה במהלך תפילות בציבור בבחינת "נורמה עליונה" של "ייהרג ובל יעבור".**
5. על הטעמים ההלכתיים לאיסור הדתי, **שהשתרש בכל בית כנסת אורתודוקסי עלי תבל**, עמד פוסק ההלכה המפורסם **הרב משה פיינשטיין** (1895-1986) שחי ופעל בארצות-הברית. בקובץ הלכתי שאלות ותשובות (שו"ת) **אגרות משה** (אורח חיים, חלק א', סימן לט), הטעים הרב פיינשטיין כי **החובה** ההלכתית-הדתית להתפלל במחיצה בין גברים לנשים היא מתורת ישראל (ולא מדרבנן). משעסקינן בענייני קדושה, במהלך התפילה לבורא עולם על היהודי אסור לנהוג בקלות ראש מדאורייתא (מהתורה), ומטעם זה **ישנו חיוב הלכתי** להציב מחיצה בבית הכנסת בין גברים לנשים.
6. נימוק הלכתי נוסף לאיסור להתפלל במעורב בין גברים לנשים הטעים **הרמב"ם**, שהעמיד את תכלית האיסור כדי שלא יתערבו הגברים עם הנשים (משנה תורה, הלכות לולב, פרק ח', יב).
7. גם **החפץ חיים** בספרו ההלכתי **משנה ברורה** פסק בסימן נה סעיף קטן מט, כי **יש לתלות וילון בבית הכנסת לשם צניעות**.
8. לעומתו, סבר **החתם סופר**, מי שיש המייחסים לו את יסוד האורתודוקסיה ביהדות (בתשובותיו על חושן משפט, סימן קצ), כי גם במקום שבו אין חשש מפני צניעות – גם אז, "**במקום תפילה והודאה כל דבעי ליבא לרחמנא [כל מי שמפעמת בליבו הקדושה – הח"מ] לא יתעורר שום עניין... כי לא תעלה במעלות השם יתברך ולא תתקבל תפילתו, ומפני זה אנו מפרישים מן האנשים בבית הכנסת שלא יבואו לידי ... בשעת התפילה**". בכך חידש החתם סופר כי הנימוק להצבת המחיצה בתפילה נעוץ בטעמי צניעות. לכן, גם לשיטתו של החתם סופר, יש צורך במחיצה במקום שבו אפשר לראות את הנשים גם אם הן עומדות בריחוק מקום.
9. הרב פיינשטיין אף פסק (שו"ת **אגרות משה**, אורח חיים, חלק ה, סימן יב) כי **החובה ההלכתית להציב מחיצה היא דווקא במקום הפתוח לרבים**, אבל אם אינו פתוח לרבים אין חובת מחיצה. לכן, בבית אבֵל, שפתוח לקלוט מבקרים רבים, צריך להציב מחיצה, אבל בבית חתן, שאינו פתוח לרבים אלא לאנשי ביתו, לא נחוצה הצבת המחיצה.
10. המערערת אף פנתה בימים אלה לכבוד הרב הראשי לישראל, הרב דוד לאו, שהוא בנו של הרב הראשי של העיר תל אביב-יפו, הרב ישראל מאיר לאו שיאריך ימים, וקיבלה ממנו **פסק הלכה ברור כשמש, לפיו גם בתפילה ברשות הרבים נאסר להתפלל שלא בהפרדה בין גברים לנשים, וכי מוטב להתפלל ביחידות** **ולא** **בציבור** (במניין של 10) מאשר להתפלל בניגוד ל**איסור מתורת ישראל** לפי פוסקי ההלכה של האשכנזים (**הרב משה פיינשטיין**, שפסיקתו הובאה לעיל) ולפי פוסקי הלכה בני עדות המזרח (**הרב עובדיה יוסף**; ראו: סדרת פסקי ההלכה **ילקוט יוסף** שחיבר בנו הראשל"צ הרב יעקב יוסף, ח"ב, עמ' רכו) (מצ"ב כ**נספח ז'**).
11. פוסק הלכה בן-זמננו, **הרב אשר פנחס הוכברגר**, מבית הדין הרבני של הרב נסים קרליץ בבני-ברק, בספרו **קונטרס דברי אשר: שאלות שנתעוררו בימי קורונה** (אב תש"פ), משיב **בחיוב** על השאלה האם יש **חובה הלכתית** להציב מחיצות בתפילות הנערכות ברשות הרבים בין גברים לנשים (סימן טז). וזאת, לאחר דיון הלכתי מעמיק בסוגיה.
12. **לא שמענו על אף רב אורתודוקסי בישראל, האמון על ההלכה היהודית לדורותיה, אשר מורה לבני קהילתו להתפלל שלא בהפרדה בין גברים לנשים.**
13. בניגוד לטענות סרק של יופי תירוש כביכול "את הדיון בנחיצותה ובצביונה של הפרדה בתפילה יזמו ומובילות פמיניסטיות דתיות, המערערות בתוך קהילותיהן על גובהה ועובייה של המחיצה ולעתים גם על עצם קיומה" (**מוסף הארץ**, 20.9.2024), הרי שחוקרי הציונות הדתית מזהים את המחיצה בבתי-הכנסת דווקא כאחד משני העוגנים המאפיינים את "המניינים המשתפים" (שמבחירה חופשית של משתתפיהם, אינם שוויוניים לגמרי): "**בכולם יש מחיצה המפרידה בין נשים לגברים ובכולם נשמר סידור התפילה המסורתי. אלה מגדירי זהות חשובים**", כפי שמאפיין יאיר אטינגר במחקרו **פרומים: המחלוקות שמפצלות את הציונות הדתית** (דביר 2019, עמ' 86-87; להלן: "**אטינגר, פרומים**"). לדברי אטינגר, "**זו התעקשות שאינה רק הלכתית, אלא גם חברתית-פוליטית. היא מקימה חיץ סמלי מול בתי הכנסת של הרפורמים והקונסרבטיבים. [...] ההקפדה על נוסח התפילה העתיק ועל המחיצה מגובה הלכתית ומסורתית, ויש לה תפקיד בשמירה על קשר עם קהילות המוצא של המתפללים**".
14. ואכן, לתפילה בהפרדה ישנו בסיס היסטורי איתן עוד מתקופת בית המקדש בירושלים ועיגון מוצדק בהלכה היהודית, ששמרה על עמינו אלפי שנים ברציפות היסטורית בלתי פוסקת כבני עם אחד: בתימן ובגרמניה, באוסטרליה ובארגנטינה, בלונדון ובניו-יורק, ובכל מדינה ומדינה שבה חיו יהודים שומרי תורה ומצוות (הפרושים, ולימים האורתודוקסים) – כולם התפללו בציבור, אך ורק בהפרדה בין גברים ונשים.
15. מבנה בית הכנסת מתוכנן באחת משלוש צורות:
16. הגברים יושבים בחזית והנשים יושבות מאחור, מופרדים על ידי מחיצה כזו או אחרת;
17. הגברים יושבים בקומת הקרקע והנשים יושבות בגלריה הנמצאת מעל, חופשיות להביט אל הגברים שתחתיהן;
18. המחיצה עוברת לרוחב האולם, על אותו מפלס, כך שמקום מושבן של הנשים לצד זה של הגברים ומקביל לו.
19. ודוקו: בית המשפט העליון כבר פסק עקרונית כי "**התחשבות ברגשות הדת – שאינה מגיעה כדי כפייה דתית – היא 'שיקול כללי', שניתן להתחשב בו בהפעלת סמכות שלטונית**" (בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, פס' 49 רישה לפסק דינו של כב' הנשיא ברק). בענייננו, חלה על המשיבה חובה שבדין להתחשב ברגשות הדת של אלפי המתפללים הפוקדים את כיכר דיזנגוף ביום כיפור בתפילות שמארגנת העותרת בשנים האחרונות (ובמקומות נוספים ברחבי העיר) – אך המשיבה לא עשתה כן, אלא פעלה ההפך הגמור: אקט של מלחמת חורמה במיעוט הדתי. מדובר בציבור של אלפי מתפללים בכיכר דיזנגוף ועוד עשרות אלפים אחרים ברחבי העיר, דתיים ושאינם דתיים, החפצים במחיצה בזמן התפילה.
20. בענייננו, מדובר בתפילות יום כיפור שהן פסגת "הימים הנוראים", שבהם עיקר התפילה מבוטאת בהיותה חובה דתית: "**התפילה המגובשת בסידור זוהי תפילת-חובה ותפילת קבע**", כפי שהיטיב לאפיין פרופ' ישעיהו ליבוביץ, "**ובזה כלולים שני יסודות גדולים וחמורים: 1) היא תפילת חובה: לא תפילה שהאדם דורש להתפלל אותה אלא תפילה שהוא נדרש להתפלל אותה, לא תפילה שהוא יוזם אותה אלא תפילה המוטלת עליו; 2) היא תפילת קבע: אין היא משתנית בהתאם לתנאים ולמסיבות (=נסיבות, אי"פ) ולמצבים – האובייקטיביים או הסובייקטיביים – שבהם נתון המתפלל, וממילא אין היא מבטאת את התנאים או המסיבות או המצבים הללו**" (ישעיהו ליבוביץ, **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל**, שוקן תשל"ט-1979, בעמ' 385).[[3]](#footnote-3)
21. על הקביעות בלוח השנה העברי של יום הכיפורים ומשמעותה, עמד הפילוסוף היהודי-צרפתי עמנואל לוינס: "**עבֵרות שבין אדם למקום – יום הכיפורים מכפר; 'עברות שבין אדם לחברו – אין יום הכיפורים מכפר עד שירצה את חברו' (משנה, יומא פרק ח' משנה ט). כמה הבהרות מעין-טרמינולוגיות. יום הכיפורים מאפשר להשיג כפרה על עבירות שנעשו כלפי האל ('המקום'). אולם בכך אין שום דבר מאגי: לא די בזריחת השמש ביום הכיפורים שייסלחו החטאים הללו. יום הכיפורים הוא אכן תאריך קבוע בלוח השנה; והכפרה – כלומר, שחרור הנשמה האשמה – דרוש לה תאריך קבוע בלוח השנה, כי יש צורך בתאריך קבוע בלוח השנה עבור מעשה התשובה; כדי שמעשה זה יוכל להיעשות בכל יום, צריך שיהיה יום אחד המיועד במיוחד לתשובה. כך, לכל הפחות, גורסת החוכמה היהודית**" (עמנואל לוינס, **אל עבר האחר: שיעור בתלמוד**, תשנ"ט, עמ' 12).
22. ובענייננו, לריטואל היהודי-הלכתי של תפילה בהפרדה ישנה משמעות וחשיבות דתית, שהיא חלק מהזכות לחופש דת בישראל. היטיב לנסח את הדברים ההוגה הישראלי בן-זמננו, פרופ' אבי שגיא: "**הספרות הענפה על כללי הביצוע של הריטואלים כוללת לא אחת את הטעמים לביצועה. אפשר לערער ולהרהר האם ספרות זו מעניקה את המשמעות הבלעדית או אפילו הרלוונטית לריטואלים, אבל אי-אפשר לערער על העובדה שהיא מעניקה פשר לריטואלים. גם בהיעדר פרשנות כתובה לריטואלים, הפרשנות מגובשת במסגרת תרבותית-חברתית והיא המקנה לריטואלים פשר. ריטואלים מניחים, לפחות במובלע, תפיסת עולם כוללת על מבנה המציאות, על מעמד האדם במציאות זו, וכמובן על תפקיד הריטואלים. יתר על כן, הריטואלים מובָנים לקהילה שבתוכה הם מתַפקדים; קהילה זו מבינה מתי יש לבצע את הריטואלים, מהן התכליות שלהם, ומהי השקפת העולם שעליה הם מושתתים. מכלול זה מבטא את העובדה שריטואלים אינם מערכת סימנים בלא משמעות ומובן. זאת, גם אם המשמעות אינה שקופה באופן מפורש למבַצע הריטואל**" (פרופ' אבי שגיא, **טקס, טקסט והמאבק על הזהות**, ירושלים 2022, עמ' 104).
23. בית המשפט העליון פסק כי "**חופש הפולחן הינו חירות יסוד הנתונה ליחיד לבטא את רגשותיו הדתיים ולהגשים את אמונתו, ובכך הוא חיוני לגיבוש זהותו האינדיווידואלית של הפרט**" (בג"ץ 4661/06 **הוועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל**, 27.6.2006, פסקה 8).
24. מושכלות יסוד המה בשיטתנו המשטרית כי **המדינה המבוססת על אמנה חברתית של הכלל, אינה זכאית להתערב בשיקולי הפרט לקיים פולחן דתי** זה או אחר, כפי שהגה הפילוסוף האנגלי, ג'ון לוק, שהיה ממייסדי רעיון הסובלנות הדתית במערב (ג'ון לוק, **איגרות על הסובלנות**, מאגנס תש"ן, בעמ' 86-87; וראו: וולטר, **מסה על הסובלנות**, ירושלים 2022). בענייננו, אלו אשר ביד ימין רוממות חופש הדת בפיהם וביד שמאל מנסים לכפות את השקפתם בעניין איסור הצבת מחיצה – בעצם מונעים בתחכום את קיום התפילה על מאמיניה, מתחזים לליברלים בשם נאורות כלשהי, אך לא מכבדים כלל את רצונות האחר.
25. לסיכום: "**על כן כולל חופש הדת את חופש הפולחן הדתי, ובגדריו את החופש להתפלל על פי מצוות הדת**" (כב' הנשיא פרופ' אהרן ברק, **כבוד האדם**, כרך ב', עמ' 772; בג"ץ 537/81 **שטנגר נ' ממשלת ישראל**, 1981; בג"ץ 292/83 **נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים**, עמ' 453).
26. נמצא אפוא כי בגדרי החריג בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה באשר למרכזיותה של הנורמה – להתפלל עם מחיצה המפרידה בין גברים ונשים – בדין הדתי-הלכתי של היהדות.
27. **מידת הוולונטריות של ההפרדה**
28. גם על מידת הוולונטריות של ההפרדה עמדו המערערים לכל אורכו של ההליך בבית המשפט קמא (ראו, לדוגמה, סעיף 11 לפסק הדין קמא). אך בכל הקביעות של ביהמ"ש קמא נפלו שגיאות בסוגיית הוולונטריות של ההפרדה, החל בהבנה מושגית של הוולונטריות וכלה בזיהויה בענייננו (ס' 41 ואילך).
29. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי "**מידת הוולונטריות שעל הפרק מועמדת בספק**", משום שלצד הצהרות המערערים על הפרדה וולונטרית, "**עומדים העותרים על הצבתן של מחיצות**" (סעיף 42).
30. שכן, אם הפרדה וולונטרית מותרת, הרי שקשה להבין מדוע הצבת מחיצה אסורה. שגה בית המשפט קמא בקביעתו (בסעיף 42 לפסה"ד) כביכול הצבת המחיצה הופכת את ההפרדה ללא וולנטרית. המחיצה לא כופה הפרדה, אלא רק מאפשרת למי ששומר מצוות להתפלל כהלכתה (כמובא לעיל, כחלק מ"הגרעין הקשה" של דיני תפילה: מחיצה בין גברים ונשים). ההלכה היהודית מחייבת תפילה בציבור רק בנוכחות מחיצה, ולא מסתפקת בהפרדה על ידי מרחק פיזי בלבד. כלומר, המחיצה לא נועדה לכפות הפרדה אלא לתת מענה הלכתי לאלה החפצים בכך.
31. על הוולונטריות שבתפילות יום כיפור שעורכת המערערת העידו עדים רבים, ולא רק אחד מבאי-הכוח של המערערים (עו"ד ד"ר הראל ארנון, כמצוטט בסעיף 41 לפסק הדין קמא), שחלקם לא חשודים כדתיים. כך לדוגמה, עדותה האישית של חה"כ לשעבר ממפלגת העבודה, **איילת נחמיאס ורבין**, שהעידה: "**הייתי בשנתיים האחרונות בימי כיפור שם והיה באמת יוצא מגדר הרגיל ו... זה באמת מה שהיה שם. ההפרדה, אני מודה, ההפרדה לא הייתה כמעט מורגשת, לפחות בעיני. אני מבינה את הרגישות של מי שכן. בעיניי ההפרדה לא היתה מורגשת. רוב הכיכר הייתה מפוצצת באנשים מפה לפה, עם כלבים...**" (**מוסף הארץ**, 29.9.23, עמ' 12). "**מולי שגב, קובי אוז, איתי שיקמן – כל מיני אנשים שהיו בשנה שעברה בקהל, הרגישו מאוד מאוד מאוד בנוח שם. הבועה הזאת** (של יום כיפור שמארגנת העותרת בדיזנגוף – הח"מ) **קיוויתי שלא תילקח מכולנו...**".
32. כך העיד אישית גם מר מולי שגב, מיוצרי התוכנית "ארץ נהדרת": "**בקיצור, אתמול בשש הגענו לכיכר. על הכביש היו מסודרים כסאות פלסטיק, כולל פרגוד הפרדה, אבל בכיכר עצמה ישבו המוני אדם בבלגן תל אביבי והקשיבו. המארגנים חילקו מחזורים וכיפות למי שרצה... והקשבנו בשקט לתפילה היפה כשקולות הילדים על האופניים מרחוק ברקע. היו שם על הדשא מבוגרים וצעירים, חילונים גמורים ומסורתיים על הספקטרום שבאו עם כיפה וטלית מהבית, אבל ישבו צמוד לבנות הזוג שלהם בלי הפרדה ובלי שאף אחד מהמארגנים אפילו ביקש משהו כזה**" (נספח י"א2 לעתירה).
33. דווקא לנוכח הוולונטריות המתוארת לעיל, שגה בית המשפט קמא בקביעתו כביכול "**הגברים והנשים החפצים להתפלל בנפרד זה מזה יעשו כן לפי רצונם, ללא אמצעי הפרדה חפציים, לרבות שילוט או הכוונה אחרת** **וחזקה שרצונם יכובד על ידי כלל הציבור**" (ס' 42 לפסה"ד). להווי ידוע, גם לבית המשפט קמא עצמו, כי בשנה שעברה המתפרעים פוצצו את עריכת תפילת יום כיפור בכיכר דיזנגוף, וכלל לא כיבדו את המתפללים שהתאספו וולונטרית במקום. כשכל חטאם של המתפללים היה תליית דגלי הלאום... שהפכו לסמלי המחאות נגד הרפורמה המשפטית של ממשלת ישראל אז.
34. נזכיר כי אף במסמך המלצות הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי, נקבע "**חריג... לדברים האמורים יכול שיהיה כאשר מדובר באירוע בעל אופי דתי מובהק שעיקרו פולחן דתי או טקס דתי משמעותי אחר, כאשר הרשות סבורה כי ...באי האירוע מתאפיינים ברצון בהפרדה**" (משרד המשפטים, 7.3.2013, בעמ' 69).
35. ובהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לרשויות מקומיות, מיום 22.8.2019, מורה כי "**אם רשות מקומית מעוניינת לקיים אירוע בהפרדה מגדרית עבור ציבור המעוניין בכך, הרי שראשית עליה לבחון האם לאור מאפייני האוכלוסייה המתגוררת באותה רשות ולאור סוג האירוע בו מדובר, ניתן לקיים הפרדה וולונטרית ללא הכוונה**". המערערים פירטו בעתירה בהליך קמא כיצד המשיבה כלל לא בחנה את מאפייני האוכלוסייה המתגוררת באותה רשות, המעוניינת להשתתף בתפילות יום כיפור ואירועי שמחת תורה כמסורת ישראל שעורכת המערערת (ראו: סעיפים 42-65 לעתירה בהליך קמא).
36. היועץ המשפטי לממשלה עמד בחוות דעתו המשפטית האמורה, מיום 22.8.2019, על דבר "קיומה של הצדקה לעריכת האירוע בהפרדה מגדרית" (צורף כנספח ד' לעתירה) וקבע כי "**על הרשות המקומית לשקול את מכלול הנסיבות של האירוע, ובמסגרת זו ליתן משקל, בין היתר, לאמות המידה הבאות העולות מלשון החוק ומהפסיקה, בין היתר:**

**"א'. וולונטריות ההפרדה – ככל שגובר רכיב הוולונטריות, כך קטן הקושי בהפרדה המגדרית. בהתאם, כאשר מדובר בהפרדה וולונטרית לחלוטין במסגרתה כל אדם בוחר את מקומו ללא כל הכוונה, אין בכך כל קושי כאמור.**

**ב. ייחוד האירוע – ככל שייחודו של האירוע לקהל המעוניין בהפרדה מגדרית הוא מובהק יותר, מצטמצם הקושי בקיומה...**".

1. היועץ המשפטי לממשלה, שכידוע חוות דעתו המשפטית מחייבת את כלל הרשויות המינהליות, **הנחה את הרשויות המקומיות** בחוות דעתו המיוחדת מיום 22.8.2019, כי –



1. שגה בית המשפט קמא ביישום את המדדים שבהנחיית היועמ"ש (בסעיף 44 לפסה"ד קמא), ובהסקת מסקנתו כביכול "אינני סמוך ובטוח כי שני תנאים אלה הוכחו כדבעי, ולו מן הטעם... שקיימת חלופה ראויה אחרת בדמות תפילה בהפרדה מגדרית בבתי הכנסת הפזורים בעיר... ובזה הסמוך לכיכר באופן ספציפי..." (סעיף 45 לפסה"ד). המערערים כבר עמדו בסעיפים 55-57 לעתירתם בהליך קמא, על מצוקת המקום בבתי הכנסת: "**לציבור החילוני והמסורתי הזה של העיר תל-אביב אין מספיק מקום בבתי הכנסת הפזורים בעיר, המלאים עד אפס מקום להתפקע בכיסאות, הנמכרים מבעוד מועד במסגרת התרמה המאפשרת לקיים את בתי הכנסת בשאר ימות השנה, ומסומנים כבר מתחילת חודש אלול. תופעה זו איננה ייחודית רק לתל-אביב, אלא היא עתיקת יומין...**",תוך הצגת שני מקורות מהימנים לאפיון התופעה.
2. עוד שגה בית המשפט קמא בקביעתו כביכול "רוב המוזמנים לאירוע כלל אינו חפץ בהפרדה מגדרית", שכן עמדו המערערים בסעיפים 42-54 לעתירתם על דבר זהותו של אותו ציבור – חילוני ומסורתי – המעוניין להשתתף בטקסי תפילה אורתודוקסיים כהלכתם של יום הכיפורים, שאחד המאפיינים שלהם מתבטא במחיצה המפרידה בין גברים ונשים. יודגש כי **המערערות רובן ככולן חילוניות המבקשות להתפלל עם מחיצה, ומשקפות רצון של רבים אחרים, שאמנם לא מדקדקים כל השנה בשמירת מצוות, אבל תפילה בהפרדה בין גברים ונשים ע"י מחיצה – חשוב להן מאוד.**
3. ואכן, בית המשפט העליון כבר פסק עקרונית כי "**לא כל הפרדה בין גברים לנשים היא מפלה, וחשוב לפתח קריטריון אנליטי המבדיל בין פרקטיקות מפלות לפרקטיקות לא-מפלות של הפרדה על בסיס מגדר**" (בג"ץ 7521/11 **עזריה נ' משטרת ישראל**, 16.10.2011).
4. המערערת מארגנת מדי שנה בשנה את תפילת יום הכיפורים, כנראה הגדול בעולם, ושרובו המוחלט מורכב ממשתתפים **וולונטריים**, שללא תפילה המונית זו לא היו נגישים לתפילה כלל. מדובר ב**מפגן של אחדות ישראל, המקבל כל אחד וכל אחת ללא שום תנאים**.
5. המערערת טענה בהליך קמא כי אין עוררין בציבוריות הישראלית בדבר חשיבות תפילת יום כיפור והקפות שניות בשמחת תורה כדי לבטא את מהותה של היהדות לדורותיה: קיבוץ וולונטרי של המוני בית ישראל, בחברתנו הרב-תרבותית, להתפלל ביום הצום המקודש ולשמוח בריקודים עם ספרי תורה בחג שמחת התורה. אירועי דת מובהקים אלה מקוימים לפי מסורת ישראל בהפרדה מגדרית, בכל קהילה וקהילה ובכל עיר ואם בעם ישראל ובמדינת ישראל – הפרדה בין גברים לנשים, **באמצעות מחיצות**, שאיננה פסולה ו/או אסורה מבחינה משפטית בעודה עולה בקנה אחד עם החריג לכלל בחוק איסור הפליה (ראו: הנחיית היועמ"ש, בפרט בסעיפים 16-17א'-ד').
6. נמצא אפוא כי בגדרי החריג בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה באשר למידת הוולונטריות של ההפרדה – להתפלל עם מחיצה המפרידה בין גברים ונשים – בדין הדתי-הלכתי של היהדות.
7. **מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי**
8. במבחן מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי, הרי שצדק בית המשפט קמא בקבלת טענת המערערים ופסק, כי "**ההחלטה שלא להעמיד מרחב ציבורי על מנת שישמש כמקום התכנסות לטובת עצם התפילות ביום הכיפורים והקפות שמחת תורה היא החלטה גורפת, לא מנומקת ובלתי סבירה**" (סעיף 28 לפסה"ד קמא). "**רגשות דת נמנים על השיקולים הרלוונטיים שעל רשות לשקול והם ראויים לכבוד, במיוחד במדינה יהודית ודמוקרטית. ברור שהרשות מחוייבת לאפשר גישה למשאבי הציבור שברשותה גם למיעוט דתי מבין תושבי העיר – בין בהקשרי מרחב ציבורי ובין בהקשרי משאבים בכלל**" (ס' 29 לפסה"ד קמא).
9. ואכן, באשר למבחן מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי, כבר נשברו קולמוסים רבים בפסיקתנו. "**שומה על החברה להתנהל בצורה מחושבת ומאוזנת, על מנת לתת אפשרות למגוון הרחב של המגזרים באוכלוסייה, להשתמש במרחב הציבורי במידה שוויונית ככל האפשר**", פסק עקרונית ביהמ"ש המחוזי בנצרת (כב' השופט עאטף עיילבוני), שאישר הופעה לחרדים בפארק ציבורי בעפולה. "**לצורך חלוקת המשאב הציבורי בין כלל המגזרים באוכלוסייה, נדרשת מחשבה מעמיקה ויסודית, הלוקחת בחשבון את צרכי המגזרים השונים ואורחות חייהם, על מנת שניתן יהיה לחלק את אותו משאב מצומצם בצורה הולמת והוגנת, כלפי כל המגזרים, מבלי שהדבר יהווה כפייה של אורחות חיים של מגזר מסוים על אורחות חייו של מגזר אחר**" (עת"מ 23791-08-19 **ח"כ ארבל נ' עיריית עפולה**, 14.8.19; פסה"ד בוטל, אך בימ"ש העליון פסק: "**איננו נדרשים לגופה של המחלוקת בין הצדדים, לגביה לא שמענו טיעונים ואין אנו מביעים לגביה עמדה**" (עע"מ 5435/19 **שרון נ' עיריית עפולה**, 14.8.19).
10. ובשנת 2018 נעתר בימ"ש מחוזי בתל-אביב לאפשר אירוע של חב"ד בהפרדה מגדרית בכיכר רבין. כב' השופט ד"ר קובי ורדי (עת"מ 50491-06-18 **האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה נ' עיריית תל אביב**, 24.6.2018) – פסק דברים, היאים לענייננו(!), כהאי לישנא: "**יפה עשתה המשיבה שבנסיבות העניין קיבלה את המלצתו של בית המשפט והסכימה לכך שהאירוע הספציפי יתקיים בהתאמה לאישור המקורי. (...) מובהר בזאת, כפי שהבהירו גם הצדדים, שכל צד שומר על טענותיו ושמדובר באירוע קונקרטי שכבר אושר והייתה הסתמכות עליו, ובלא לגרוע משיקול הדעת ומהטענות של מי מהצדדים או מהחלטות שיתקבלו באשר לשימוש במרחב הציבורי בעתיד. יש לקוות גם שכל הצדדים ישכילו לראות את נקודת המבט של הצד האחר, ולבנות גשר המגשר בין התרבויות ובין זרמים שונים ודעות שונות בציבור, ויפעלו כולם למנוע חיץ או מחיצות פנימיות**".
11. בית המשפט העליון הנכבד גם חייב מועצה לבנות מקווה טהרה לתושביה, ופסק עקרונית כי "**גם בעת חלוקת משאבי הציבור מחויבת הרשות לפעול באופן שישרת נאמנה את הציבור כולו ויבטיח את קיומו של מינהל תקין. בהתאם לכך, על הקצאת משאבים ציבוריים ברשויות מקומיות להתבצע לאור עקרונות של סבירות ומידתיות, ועל פי קריטריונים הוגנים, שוויוניים, ענייניים וגלויים**" (עע"מ 662/11 **סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים**, 9.9.2014, פ' 20).
12. בית המשפט העליון חזר ופסק כך גם בעניין פתיחת בריכת השחייה בהפרדה בקריית ארבע, כי "**דברים אלה, שהם בבחינת מושכלות יסוד, יפים לענייננו על דרך של קל וחומר**". כב' השופט עמית הוסיף: "**על-פי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, על המועצה המקומית כרשות מינהלית לפעול באופן סביר, הוגן ושוויוני בהקצאת שעות הבריכה כמשאב ציבורי העומד לרשותם של תושבי הרשות**". וכב' השופט פרופ' גרוסקופף הוסיף כי "**נקודת המוצא לדיון היא ששירות לציבור צריך להיות מוענק בישראל על בסיס שוויוני, 'בלי הבדל דת, גזע ומין' כלשון ההצהרה במגילת העצמאות**" (בג"ץ 3865/20 **שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע**, 7.10.2020). נמצא כי המשיבה חייבת להקצות לכל תושביה בהגינות ובשוויון, שימוש בשטחים הציבוריים. לרשות המקומית סמכות להקצאה זו גם כשלטענתה יש "הפליה".
13. כבר לפני קרוב ל-60 שנה פסק בג"ץ שלא ניתן להצדיק הפליה מטעמי דת בהקצאה של משאב ציבורי, בכך שקבוצת הרוב מתנגדת למתן שירותים לקבוצת המיעוט, והדבר עלול להביא לפילוג ביישוב (בג"ץ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו**, פ''ד טז 2101 (1962)). כב' השופט חיים כהן המנוח פסק: "**הדין הוא שלעניין אשר עמד להכרעה לפני המשיבים, לא היתה לאותם 'החוגים' לא סמכות ולא זכות דעה, ואין המשיבים רשאים להסתפק בשיקול דעתם של הללו במקום לפעול על פי שיקול דעתם שלהם עצמם**".
14. ובפסיקה מושרשת נקבע עקרונית כי "**שטחיה הציבוריים של העירייה ומתקניה נועדו לשימושו של הציבור הרחב. עליה להעמידם לרשות הציבור כולו, על כל גווניו, תוך מתן אפשרות להבעת דעות שונות. אכן, על העירייה להתחשב בכלל תושבי העיר ולאזן בין השיקולים הרלבנטיים השונים ובכללם החשש מפני פגיעה ברגשותיהם של חוגים אלה ואחרים. עם זאת, אין העירייה רשאית להפלות לרעה ציבור זה או אחר בשל אי-הסכמה של מי מאנשיה לדעותיו... של אותו ציבור. כן, אין די בפגיעה ברגשותיו של חוג זה או אחר כדי למנוע מאחרים לממש את זכותם לשוויון, לכבוד ולחופש ביטוי**" (עת"מ 526/05 **הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים**, 26.6.2005).
15. ואכן "**הציבור אינו מונוליטי**", מסביר כב' השופט זמיר, "**הוא מורכב מקבוצות הנבדלות זו מזו, אם מעט ואם הרבה, על בסיס דת, לאום, נטייה מינית, מקום יישוב, עיסוק מקצועי, או אחר. לא פעם החלטת הרשות מתייחסת לקבוצה מסוימת בציבור. במקרה כזה, חובת הרשות להתחשב באינטרס הציבורי כשיקול ענייני היא, בפועל, חובה להתחשב באינטרס של קבוצה זאת. חובה זאת היא גם ביטוי לעקרון הפלורליזם שנגזר מן העיקרון הדמוקרטי**" (יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ה', תש"ף-2020, 3509).
16. כך, "**הפלורליזם עשוי להיות לא שיקול זר ופסול, אלא שיקול ענייני וחיובי**", כפי שפסק כב' השופט זמיר, "**הפלורליזם הוא היבט של הדמוקרטיה, וישראל היא מדינה יהודית שהיא גם מדינה דמוקרטית**" (בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, 377 (1999)). שכן, "**האינטרס של קבוצה מסוימת עשוי להיות חומרי... אך הוא עשוי להיות גם אחר: אינטרס של תרבות, מסורת, ערכים או רגשות. גם אינטרס כזה הוא שיקול ענייני שעל הרשות להתחשב בו. כך קבע בית המשפט לדוגמה בפסק הדין חורב, שדן בהחלטת שר התחבורה לסגור רחוב לתנועת כלי רכב בזמן התפילות בשבתות ובחגים מתוך התחשבות ברגשות של התושבים החרדים באותה שכונה**" (יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ה', תש"ף-2020, 3509; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 36).
17. נמצא אפוא כי בית המשפט קמא פסק נכון כי בענייננו, בגדרי החריג לכלל שבחוק איסור הפליה, מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי היא מחייבת לפי מושכלות יסוד במשפטנו.
18. בהקשר זה, בצדק טען פרופ' אמנון רובינשטיין במאמרו כי "**ניתן לומר שהחריג בחוק איסור הפליה מגלם בתוכו את מבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נועדו להצדיק את הפגיעה בזכויותיהן של הנשים המופרדות**" (אמנון רובינשטיין, "החופש להסכים: 'כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?'", **הפרקליט** נג תשע"ג, בעמ' 36).

**אין הפליה מהותית של נשים בטקסים דתיים הנערכים כהלכתם עם מחיצה**

1. בשולי הדברים, ולא מפאת היעדר חשיבותם, המערערים יטענו כי הצבת מחיצה המפרידה בין גברים ונשים במהלך טקסים דתיים, דוגמת תפילות יום כיפור או הקפות שמחת תורה – לא מהווה הדרה, הפרדה או הפליה של ציבור הנשים המשתתפות בטקסים אלה. לפיכך, המדיניות של הנוהל העירוני היא שגויה מיסודה, ודינה בטלות – בכל הנוגע לטקסים דתיים הנערכים במרחב הציבורי.
2. בטרם יטענו המערערים את טיעוניהם בנושא עקרוני זה, יש להקדים הערה מושגית, כפי שעמד עליה פרופ' אמנון רובינשטיין במאמרו: "**יש להבחין בין שלושה מושגים מקובלים – הפליה, הפרדה והדרה. הדרה קיימת כאשר נקבע שפעילות מסוימת אסור להשתתפותה של קבוצה מסוימת, היא הקבוצה המודרת (למשל, קביעה כי נשים אינן רשאיות לקחת חלק בפעילות הפוליטית של הקהילה). הפרדה קיימת כאשר הפעילות מותרת להשתתפות הקבוצות בתנאים שווים, אך בנפרד (למשל, הצגת קולנוע נפרדות לגבים ולנשים מהקהילה החרדית). הפליה קיימת כאשר יש פגיעה לא מוצדקת בשוויון המהותי. הדגש מבחינתנו הוא במקרים שבהם הדרה או הפרדה הופכות להפליה. הדבר יקרה כאשר אין הצדקה מהותית להדרה (ניתן לטעון שאין סיבה שנשים לא יקחו חלק בפעילות הפוליטית של הקהילה) או להפרדה (ניתן לטעון שאין סיבה לכך שנשים וגברים לא ישבו באותו אולם קולנוע או באותו חלק של האוטובוס שיחפצו בו). ראוי לומר, בהקשר זה, שההפרדה וההדרה יכולות להפוך לסוגים של הפליה. יש הטוענים כי אחד המשתנים המשפיעים על הלגיטימיות של ההפליה הוא הסכמת הקבוצה המודרת או המופרדת. במילים אחרות, כאשר הקבוצה המודרת או המופרדת מסכימה לכך, ייתכן שההפליה תהיה לגיטימית (ולכן אולי גם חוקתית)**" (אמנון רובינשטיין, "החופש להסכים: 'כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?'", **הפרקליט** נג תשע"ג, עמ' 6; להלן: "**רובינשטיין, החופש להסכים**").
3. להווי ידוע כי תופעת **ההדרה** (Exclusion) היא תופעה חמורה **המאופיינת בדחיקה לשוליים ובהוצאה מן הכלל** (ראו: דוד גורביץ ודן ערב, **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת**, תל אביב 2012, עמ' 325 ו-327).
4. המשיבה והמשיבים מניחים כמובן מאליו כי הפרדה בין המינים יוצרת באופן מהותי ובלתי נמנע הדרה, אלא שהנחה זו מעלה מיד את התמיהה: מדוע מצב שבו מפרידים שתי קבוצות זו מזו, באופן שווה, פוגע בעיקרון השוויון?
5. אמנם המדיניות של "**נפרד אבל שווה**" (separate but equal) בהספקת מוצר ציבורי היא בלתי שוויונית (לפי פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי שביטלה את ההפרדה הגזעית שהייתה נהוגה עד אז בארה"ב (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)) ונפסק גם במשפטנו כי, **נפרד לעולם אינו שווה**; אולם, הרקע לפסיקה זו היה ההפרדה הגזעית בין שחורים ללבנים על בסיס צבע עור שהתקיימה במשך שנים רבות בארצות הברית. אלא **שהנדון אינו דומה לראיה**. ההפרדה הגזעית בארצות הברית בדרך כלל הפלתה לרעה את הציבור האפרו-אמריקני. גם במקרים שבהם הם זכו לתנאים שווים לאלה של הלבנים היה ברור להם שההפרדה מתקיימת בשל תחושת עליונות של הציבור הלבן כלפיהם. לא כך הדבר בסוגיית ההפרדה בין המינים בטקסים דתיים בישראל.
6. כך לדוגמה, כאשר נחפש שירותים ציבוריים, ניתקל בשני חדרים נפרדים לגברים ונשים. זה גם מה שנראה כשנפסע לעבר המלתחות בבריכה או בחוף הים. גבר חילוני שיימצא במלתחת הנשים אולי ייעצר בחשד להטרדה מינית או יישלח להיבדק האם הוא סובל מסטייה מינית. ולמרות זאת, לא שמענו שמישהו טען שיש בכך הדרה. נראה כי אצל ציבורים דתיים "השירותים הציבוריים" ו"המלתחות" נרחבים יותר מאשר אלה של החילונים, והם כוללים גם את אזורי התפילה ורחבת הריקודים, כיתות לימוד (שהותרו לסטודנטים חרדים, בדעת רוב, ב**הלכת ברזון**) – כל מגזר על פי הנורמות התרבותיות שלו (ראו: ד"ר ארי גייגר, "בין הדרה להפרדה", **מקור ראשון**, 20.5.2016).
7. מה שמניע את ההפרדה הזאת אינה תחושת התנשאות של מין אחד על פני השני, אלא הגדרה רחבה יותר של ערך הצניעות, יכולת ריכוז בתפילה לשני המינים ללא הסחת-דעת, ומתוך כבוד לצניעות האישה. ברור שכל זה נכון בתנאי שאכן דואגים שלשני המינים יינתנו תנאים שווים, וכך לא ייפגע עיקרון השוויון.
8. הטענה מנגד כביכול דיני הצניעות הם בלתי שוויוניים באופן מהותי כי הם חלים (בעיקר) על המין הנשי, איננה נכונה עובדתית. שכן, ברמה המעשית, דווקא הגברים מודרים יותר מהנשים: בציבור שומרי המצוות, נשים יכולות לצפות בהופעה של זמר, אך גברים מנועים מלהיכנס להופעות של נשים ולהיות נוכחים בהופעות בית-ספריות של בנותיהם; אישה יכולה לטייל להנאתה בחוף ים מעורב, אך גבר מנוע מכך; ועוד כהנה וכהנה (על מעמד האישה במשפט העברי, ראו: כב' השופט פרופ' מנחם אלון, **מעמד האישה – משפט ושיפוט, מסורת ותמורה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, בעמ' 84-85, 106-110 (2005); פרופ' אברהם וינרוט, **פמיניזם ויהדות**, בפרט בעמ' 88-58 (2001)).
9. ולמעלה מכך, בשונה מהמקרה של ההפרדה הגזעית בארצות הברית, בחברה הדתית והחרדית שבהן מקובלת הפרדה בין המינים היא נעשית על דעת שני המינים ומרצונם החופשי. לבית המשפט קמא לא הוגשו עתירות של נשים מתפללות המלינות על הדרתן בטקסים הדתיים שמארגנת המערערת בכיכר דיזנגוף, אלא המערערות הן שעתרו לבית המשפט קמא לאפשר את הטקסים בהפרדה מגדרית לפי ההלכה יהודית, כשעליהן נמנות עשרות נשים, רובן ככולן נשים אינטליגנטיות משכילות, חילוניות ומסורתיות, המתעקשות להתפלל במניין על-פי מסורת ישראל.
10. לאיש (מהמשיבים), גם לא לליברל הקיצוני ביותר, אין זכות למנוע מקבוצה מסוימת לוותר על זכות מסוימת או להדיר את עצמה ממרחב מסוים בגלל ערך שהיא מאמינה בו. ואם יטען מישהו שהקבוצה אינה יודעת מה טוב עבורה, ששטפו את מוחה בחינוך שמרני וצר אופקים, הוא רק מעיד על עצמו שהוא המתנשא והוא זה שמדיר קבוצה מסוימת מהזכות לקבוע את גורלה בעצמה.
11. פרופ' אמנון רובינשטיין המנוח, שאינו חשוד באהדה לדתיים, מספר באחד ממאמריו על שני יהודים שנפגשו באוניברסיטת הרווארד בשנת 1990: האחת, פמיניסטית ידועה שקנתה לעצמה שם עולמי בכתיבתה בנושא הרב-תרבותיות, והשני פילוסוף ישראלי שומר מצוות, אף הוא בעל שם עולמי. הפמיניסטית טענה שבאורתודוקסיה היהודית, הסכמתה של אישה לפגיעה במעמדה שלה עקב פגיעה בשוויון הזכויות שלה או הסכמתה להפרדת נשים (והיא בכללן) מגברים אינה יכולה להיות בעלת ערך מבחינה משפטית (מכיוון שזו הסכמה פגומה שהושגה רק בשל מגבלות החינוך הדכאני הניתן לנשים בקבוצות פטריארכליות). הפילוסוף ענה בשאלה: האם הסכמתן של נשים שסיימו את לימודיהן באוניברסיטה מעולה, כמו הרווארד, תענה על דרישותיה של הפמיניסטית ולכן תהיה בעלת ערך משפטי? היא ענתה בחיוב. אז לקח אותה הפילוסוף לבית הכנסת האורתודוקסי שבקמפוס והראה לה את עזרת הנשים המופרדת מציבור הגברים המתפללים היהודים, והוסיף: רוב היושבות שם הן בוגרות הרווארד או משתייכות לסגל ההוראה. הפמיניסטית הרימה ידיים ואמרה שבמקרה כזה יש לקבל את הסכמתן של הנשים למשטר ההפרדה (ראו: **רובינשטיין, החופש להסכים**, עמ' 3-4).
12. וכך העידה אחת המערערות, העיתונאית עירית לינור, בדיון שנערך בהליך קמא ביום 12.9.24, כהאי לישנא על הנשיאה בדימוס של בית המשפט העליון, כב' השופטת אסתר חיות (עמ' 24):



1. בקיום טקס תפילה במרחב ציבורי עם מחיצה יש כיבוד רצון האישה. המערערת לינור וחברותיה המסורתיות והחילוניות שמתעקשות להתפלל עם מחיצה בוחרות כן מבחירה חופשית, לא כי אינן אינטליגנטיות, אלא כי הן חפצות בשימור מסורת ישראל מזה אלפי שנה (ר': פרוט' הדיון, 12.9.24).
2. שגה בית המשפט קמא בהכשירו את הפגיעה וההפליה של העותרים על ידי המשיבה, כביכול בשם רצונה "**לשמור על צביון מיוחד, פלורליסטי ומגוון**" בעיר תל אביב (ס' 36 לפסה"ד קמא). שגה בית המשפט קמא עת מצא רצון שכזה כי "**העירייה רשאית להתחשב**" בכך, "**בהתחשב באופי הפרהסיה**", כלשונו. שכן, לטענת המשיבים, מחשבה שעוצבה בסד רעיוני אינה יכולה להוליד הסכמה אמיתית של ציבור הנשים החפצות להתפלל עם מחיצה בהפרדה מגברים. אלא שדחייה כוללת של ההסכמה בשל עילה אידיאולוגית עלולה לדכא את הפרט, כפי שחזינו בקורבנות הקומוניזם בברית המועצות לשעבר. הפטרנליזם של הרעיון המרקסיסטי בדבר **התודעה הכוזבת**, היה אחראי לכל כך הרבה סבל אנושי. בה במידה היה יכול משטר סובייטי לטעון על פי ההשקפה המרקסיסטית שאין הוא מתחשב ברצונן הלקוי של חלק מאזרחיו, שכן הם לוקים בתודעה כוזבת ורק בשל כך הם אינם נשמעים לדרישותיו. "החשש למדרון חלקלק עולה כאן ביתר שאת", הטעים פרופ' רובינשטיין במאמרו. "**כך איבד הפרט את חירותו שם, וכך הוא עלול לאבד את חירותו כאן** [במניעת הפרדה בין גברים ונשים – הח"מ]" (**רובינשטיין, החופש להסכים**, עמ' 23).
3. אכן, היומרה של המשיבה לפעול כסוכנת של ליברליזם, כשהחלטתה נשוא ההליך היא ההפך הגמור לליברליזם, צריכה להיות מוקעת על ידי בית המשפט הנכבד. היה זה הפילוסוף של המשפט, פרופ' רונלד דבורקין, מההוגים הליברליים העיקריים של זמננו, שהגדיר מחדש את **הליברליזם כתאוריה של שוויון**, עת זיהה הוא שני מובנים של שוויון: "**הראשון דורש שהשלטון יתייחס לכל מי שתחת מרותו כאל שווים, כלומר כראויים שידאגו להם ויכבדו אותם באורח שוויוני**", ואילו האחר "**דורש שהשלטון יתייחס לכל אלו שתחת מרותו בצורה שוויונית בחלוקת המשאבים וההזדמנויות**" (Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, Oxford University Press 1985, p. 190). בהחלטתה מיום 4.8.24 המשיבה דורסת ברגל גסה את עקרונות הליברליזם, בכך שהיא לא מתייחסת לקהילת מתפללי המערערים כאל שווים ובצורה שוויונית בחלוקת המרחב הציבורי, ובדין ביטל בית המשפט קמא את החלטתה.
4. כך סבור, לדוגמה, הליברל המוצהר, פרופ' מני מאוטנר כי "**המדינה צריכה לאמץ את עקרון הביזור כדי לאפשר לקבוצות שונות לקיים במרחב הציבורי של המדינה את התפיסות השונות שלהן באשר ליחסים שבין גברים ונשים**" (מנחם מאוטנר, **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו**, תל-אביב 2019, עמ' 371; להלן: "**מאוטנר, הליברליזם בישראל**"). לדידו, כטענת המערערים, יש לנקוט בגישה אשר "**תוביל למופעים שבהם בלב המרחב הציבורי הליברלי תתקיימנה תופעות של הפרדה בין גברים ונשים**", כאשר "**ניתן לתמוך בגישה זו משיקולים הלקוחים מהחשיבה הרב-תרבותית, היינו ניתן לראות בגישה זו מתן אפשרות לחברה החרדית** [והדתית, בענייננו – הח"מ] **לקיים את חייה באופן עשיר ומלא יותר, תוך מימוש של התפיסות התרבותיות שלה באשר ליחסים שבין גברים ונשים**" (**מאוטנר, הליברליזם בישראל**, עמ' 368).
5. והמשפטן היהודי-האמריקאי פרופ' רוברט קאבר היטיב לאפיין כי עיקרו של הליברליזם הוא הפעלת "**כוחות חלשים של תחזוקת מערכת**" (רוברט קאבר, **נומוס ונראטיב**, ירושלים 2012, בעמ' 8-9). קאבר הכיר ביתרון של הדתיות על הליברליזם מבחינת עושר המשמעות שהיא מסוגלת להציע לבני האדם; הדתות הן "**עולמות בעלי משמעות נורמטיבית חזקה**", הוא כתב.
6. אין לנו אלא להצר על שהמשיבה והמשיבים שבים ומוכיחים בהתנהלותם הפטרנליסטית מול העותרים את מה שגרשום שולם נהג לומר לתלמידו פרופ' יוסף בן שלמה כי, **את הליברליות של הליברלים הוא מכיר היטב: "הם ליברלים כל זמן שמסכימים לדעתם**" (יוסף בן שלמה, "אין הבדל בין אום אל פחם לקדומים", **הארץ**, 18.7.2004).
7. כפי שתהה לאחרונה כב' השופט מבית המשפט המחוזי בחיפה, ד"ר מנחם רניאל, "**הנתבע שב וטען שהוא מוסד ליברלי, ומן הראוי לאפשר לו לפעול כמוסד ליברלי. לא ברורה משמעות התווית "ליברלי" בהקשר זה. האם מוסד "ליברלי" הוא מוסד המגביל התארגנות והשמעת דעות, או מוסד שאינו מגביל התארגנות והשמעת דעות? האם מוסד "ליברלי" הוא מוסד המאפשר רק ביטוי דעותיהם של אותם אנשים הטוענים שהם ליברליים, או שהוא מוסד המאפשר השמעת דעותיהם של אנשים שטוענים שהם ליברליים, וגם אנשים הטוענים שהם אנרכיסטים, אנשים הטוענים שהם שמרנים, אנשים הטוענים שהם דתיים, ואנשים אחרים?**" (ת"א (חי') 29166-08-23 **ולרי גרישין נ' הטכניון**, 7.8.2024).
8. ב**עניין גרישין** בוטלו החלטות הטכניון למנוע מהתובעים את התאגדותם ואת הבעת דעתם, משלקו בשיקולים לא מבוססים ולא ראויים למניעת חופש ההתארגנות והביטוי ובהפליה. נפסק כי לא ברורה התווית "מוסד ליברלי" שעליה מבסס הטכניון את מדיניותו. האם מוסד "ליברלי" הוא מוסד המאפשר רק ביטוי דעותיהם של מי שטוענים שהם ליברליים? ארגון 'בוחרים במשפחה' מנהל ויכוח נוקב על המושג "משפחה". לא מדובר בביטויי שנאה או הסתה או הדרה. נפסק כי גם דרכי הפעולה – ליטיגציה, השתתפות בהליכי חקיקה, חינוך והסברה – הן לגיטימיות, אפילו אם תוצאתן פגיעה בזכויות להט"בים. ברוח זו היה צריך לפסוק גם בית המשפט קמא, ושגה משפסק אחרת.

**שגה בית המשפט קמא עת ויתר למשיבה על נקיטתה מדיניות אכיפה בררנית המפלה את המערערים היהודים לעומת המוסלמים המתפללים בהפרדה במרחב הציבורי בתל אביב**

1. שגה בית המשפט קמא בהכשירו ובהעלימו עין ממדיניות האכיפה הבררנית אותה נוקטת המשיבה, עליה עמדו המערערים בסעיף 138 לעתירתם: "המשיבה נוקטת איפה ואיפה בכך שהיא מפלה בשטחה באופן פסול בין אירועים דתיים של מוסלמים ובין כאלה של יהודים. כך, אוכלוסייה ערבית-מוסלמית בתל-אביב יכולה לקיים אירועים בהפרדה מגדרית מלאה, המתאימים לתפיסת עולמה, והמשיבה אף מממנת מקופתה הציבורית את גדרות ההפרדה, מה שאסור לאוכלוסייה היהודית-דתית מצד המשיבה".
2. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כביכול עסקינן באירוע ספורדי או יחיד, בעוד שמדובר באירוע שנערך מזה מספר שנים, וחזקה על המשיבה כי היא מודעת היטב לקיומו.
3. אכן, למרות שבית המשפט קמא הגיע למסקנה כי "**נחזה מדבריה כי היא לא טרחה די על מנת לאכוף את מדיניותה החלה על כלל התושבים**" (בסעיף 47 לפסה"ד), הוא פטר את המשיבה בלא כלום!
4. יובהר כי המערערים אף טענו בעתירתם כי "**כל הנהגה אחרת שתכביד על מתפללים יהודים ביחס למתפללים מוסלמים היא לא רק לא-שוויונית, אלא גם פוגעת בעיקרון שלטון החוק ובשוויון לפני החוק, כי היא יוצרת מצב שבו קיום תפילה עם אישור הוא למעשה נקודת חיסרון שפוגעת בשומרי החוק. לעומת זאת, מי שלשיטת העירייה עושים כאוות נפשם עם מחיצות המפרידות בין גברים לנשים – יוצר מצב שמי שמבקש כמו המערערים להסדיר את האישור, עומד ביחס נחות מול מי שלא טורח כלל לקבל אישור כזה מהעירייה**" (בסעיף 141 לעתירה).
5. "**אדרבה**", טענו המערערים בסעיף 143 לעתירתם, "**כשם שאין מניעה לקיומה של מדיניות נפרדת למיעוט המוסלמי בתל אביב-יפו, שיש עבורו אירועים נפרדים שונים, כך גם לא צריכה להיות כל התנגדות עקרונית בחברתנו הרב-תרבותית לפרקטיקות קיום של המיעוט היהודי-דתי במרחב התל-אביבי המגוון**".
6. שגה בית המשפט המחוזי קמא עת כלל לא ייחס כל בחינה וחשיבות לטענות מהותיות אלה לגופו של עניין: המשיבה נוקטת באיפה ואיפה על בסיס גזעני של ממש! ומתהדרת לה בנוצות של ליברליזם פטרנליסטי בכסות של דאגה לזכויות נשים ולשוויון.

**שגה ביהמ"ש קמא שלא חייב את המשיבה בהוצאות משפט למערערים – בניגוד לכל דין**

1. שגיאה נוספת של בית המשפט קמא בכך שלא חייב הוא את המשיבה בהוצאות המשפט ובשכ"ט עו"ד של 33 העותרים, אלא קבע כי עוד פסק בית המשפט קמא כי "**כל צד יישא בהוצאותיו**" (סעיף 55) – בניגוד לכל דין המפורט להלן.
2. לפי תקנה 155 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: "**תקסד"א**"), שחלה בענייננו מכוח תקנה 34 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000: "**בית המשפט יפסוק הוצאות משפט**...". לפסוק הוצאות נצטווה בית המשפט קמא על המחוקק, ולא שיפסוק כי כל צד לשאת בהוצאותיו.
3. בהתאם לתקנה 151(א) לתקסד"א, שחלה בענייננו מכוח תקנה 34 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, פסיקת הוצאות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד, ומטרתה "**לשפות את בעל הדין שכנגד על הוצאותיו בהליך בהתחשב בתוצאותיו, במשאבים שנדרשו לניהולו ובהתנהלות בעלי הדין**".
4. הלכה פסוקה היא כי "**בהעדר נסיבות מיוחדות, אין צידוק לכך שבעל דין שזכה במשפט ייצא בחסרון כיס וישא בעצמו אפילו מקצת ההוצאות שנאלץ להוציאן**" (ע"א 9466/05 **שוויקי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 31 לפסק דינה של כב' השופטת בדימוס דבורה ברלינר והאסמכתאות שם (16.3.2008); וראו: ע"א 4299/17 **ויצמן נ' חברת חלקה 51 בגוש 7060 בע"מ** (8.10.2020); ע"א 406/80 **אלקיים נ' הוברמן**, פ"ד לו(4) 416, 420 (1982)).
5. בענייננו, שעה שהעתירה התקבלה חלקית ושעה שבזכות הגשת העתירה וניהולה המשיבה שינתה את עמדתה – מאיסור קטגורי של עריכת תפילות במרחב הציבורי לאיסור תפילות בהפרדה – הרי שיש לחייב את המשיבה בתשלום הוצאות משפט שנגרמו למערערים.
6. הכלל בדבר "**המפסיד משלם**" חל אמנם במשפט האזרחי, אך הוא נקלט גם בדיני ההוצאות בהליכים מינהליים שעה שהרשות המינהלית נתפסת כבעל דין "רגיל" לצורך החלת הכלל. הגם שקשה להצביע על ההליך המינהלי שיש בו "זוכה" ו"מפסיד", בית המשפט העליון הנכבד הכיר בכך שהתוצאה בהליכים המובאים בפניו ביושבו כבג"ץ (בענייננו: "בג"ץ קטן") **איננה בינארית**, ולרוב העותר משיג את מטרותיו אף ללא מתן פסק דין לטובתו, כבענייננו (ראו מחקרו של פרופ' יואב דותן, "עורך הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיווידואלי", **עיוני משפט**, כג 697, 706 טבלה 1 ה"ש 13-16 (2000)).
7. בצדק מטעימים המלומדים ענבר לוי ונדיב מרדכי כי "**הכלל המשפטי המרכזי שהתעצב בפסיקת בג"ץ בהקשר זה הוא כי כאשר עתירה הובילה לשינוי בעמדת המשיבים, היא לא תיתפס כהפסד של העותר, אף אם נמחקה או נדחתה. יתרה מזאת, מקרים שבהם שינוי שכזה בעמדת המשיבים – בעתירה שנמחקה – אף יובילו לפסיקת הוצאות לטובת העותר אם יהיה אפשר להראות כי למעשה הוא קיבל רכיבים עיקריים מהסעד שביקש בעתירה**" (ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" **משפטים על אתר** ו 35, 43 (2013); וראו: ד"ר אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי – סעדים**, כרך ד', ת"א תשע"ב-2012, עמ' 249-261).
8. בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה בעניין חיוב המשיבה בהוצאות של עותרים, כאשר בענייננו העתירה התקבלה חלקית (ראו: בג"ץ 842/93 **אל נסאסרה נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מח(4) 217 (1993), 25.5.1994 – להלן: "**הלכת אל נסאסרה**"), היה מקום לפסוק הוצאות לטובת המערערות שלפנינו בגדרי ההליך קמא. זאת, משום שההליך המשפטי שנקטו המערערות הביא לשינוי בעמדת המשיבה, ועתירתם **התקבלה** חלקית.
9. כך, בפרשת Alison Campbell עמד בית-המשפט של צפון אירלנד על השיקול ההרתעתי, הגם ששם לא דובר בתביעה כוזבת אלא סתם בתביעה בלתי-מוצדקת שנדחתה על הסף, באומרו: "**עד כמה שנסיבות המקרה מצערות, והן אכן מצערות מאוד, עיקרון ההוצאות קיים לא רק כדי להגן על נתבע יחיד מפני תביעות בלתי-ראויות, אלא להגן על החברה כולה מהתדיינויות בלתי-מוצדקות**" (**Campbell v Morrow & Ors NIMaster** [2013] 11, פסקה 10, תרגום המובא בעניין ת"א (מחוזי ב"ש) 3247-04 **שאקר נ' עירית רהט**, 19.1.2016, פסקה 23).
10. בית המשפט קמא חרג מהכללים שקבע בית משפט עליון נכבד זה לפסיקת הוצאות בהליך משפטי: "**הבסיס לפסיקת הוצאות אינו עונשי או נזיקי, כי אם חיוב מכוח הדין המקנה שיקול דעת לבית המשפט** (...) **נקודת המוצא היא כי בעל דין שאינו זוכה בהליך יחויב בהוצאותיו הריאליות של הצד שכנגד שזכה. הדבר נועד למנוע חיסרון כיס של הצד הזוכה; להרתיע תובעים בכוח מנקיטת הליכי סרק; ולעודד נתבעים בכוח להימנע מהתגוננות סרק מפני תביעה ראויה**" (רע"א 7650/20 **Magic Software Enterprises Ltd נ' פאיירפלאי בע"מ**, 28.12.20).
11. עיקרון יסוד הוא עמנו לפיו, **בעל דין שזכה בדין – לא ייצא בחיסרון כיס** (ראו: בג"ץ 891/05 **תנובה בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא, משרד התעשייה והמסחר**, תק-על 2005(2) 4087, עמ' 4093 (2005)). **וזהו הכלל: "הוצאות לפי התוצאות"** (ראו: ע"א 9535/04 **סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד ביאליק"**, תק-על 2005(2) 3166, עמ' 3168).

**הסמכות המקומית והעניינית**

1. לבית המשפט העליון הנכבד זה **הסמכות המקומית** לדון ברשות ערעור המינהלי שבכותרת, בהתאם להוראות תקנה 22(א) לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000, שכן באזור שיפוטו של בית המשפט המחוזי קמא ניתנו ההחלטות של הרשות המינהלית – לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בתל-אביב. בית המשפט העליון בירושלים יושב כערכאת הערעור, לפי הוראות חוק יסוד: השפיטה (סעיפים 15(א(ב)).
2. לבית המשפט העליון הנכבד זה **הסמכות העניינית** לדון בערעור המינהלי הדחוף שבכותרת, בהתאם להוראות סעיף 2 ו/או סעיף 5(2), פרט 2 ופרט 12 לתוספת הראשונה, לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000 (להלן: "**החוק**"): סעיף 2 לחוק מגדיר "'החלטה של רשות' – החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחדל"; סעיף 5(1) לחוק קובע כי בית המשפט לעניינים מנהליים ידון "בעתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה"; בענייננו, פרט 8(א) לתוספת הראשונה לחוק מתייחס להחלטה של רשות מקומית (המשיבה 1), וקובע: "(א) החלטה של רשות מקומית או של נושא משרה או תפקיד בה, למעט החלטה הטעונה אישור שר הפנים לפי דין, שעניינה העיקרי של העתירה הוא החלטת שר הפנים".
3. הערעור לא נתמך בתצהיר של המערערים: "**אין חובה לתמוך את הערעור המינהלי בתצהיר**", בהתאם לתקנה 24 לתקנות (אליעד שרגא ורועי שחר, **המשפט המינהלי: סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים**, ת"א תשע"א-2011, 393).

**מילות סיום**

1. המערערים יחזרו ויטענו כי פסק הדין של בית המשפט קמא והחלטות המשיבה לוקים בחוסר סבירות קיצוני המחייב התערבות שיפוטית של בית המשפט העליון הנכבד בערעור בזכות, היות שהמשיבה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלוונטיים, לא נתנה משקל נכון לשיקולים ששקלה, קיבלה החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות מושרשות במשפטנו בניגוד לכל דין ובניגוד לפסיקת בית משפט עליון נכבד זה – והיות שבמבחן התוצאה של פסק הדין קמא בית המשפט קמא הותיר למעשה את האיסור להתפלל במרחב הציבורי עם מחיצה לפי ההלכה היהודית על כנו בהחלטת המשיבה הפסולה והשגויה מיסודה.
2. בית המשפט הנכבד קמא גם טעה משום שסירב לבחון את חוקיות הנוהל על בסיס נימוק שגוי של שיהוי ועל בסיס פרשנות שגויה של פסק הדין ב**עניין חירות**, שבו לא נפסקה הלכה פסוקה או תקדים מחייב שבית המשפט קמא החיל על הצדדים והגבילם בניגוד לדין תוך פגיעה אנושה בזכויות יסוד חוקתיות וברגשות הדת.
3. בית המשפט הנכבד קמא שגה כי ההחלטה לגופה, אפילו אם הנוהל חוקי, לוקה בחוסר סבירות קיצוני בשל הטעמים שמנינו לעיל.
4. לאור מחדלים ופגמים משפטיים המפורטים והנטענים בערעור מינהלי זה, מתבקש בית המשפט העליון הנכבד לבטל את כל החלקים עליהם מוגש ערעור זה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי קמא ושל המשיבה כרשות מקומית, וליתן את הסעדים המנויים בפתח הערעור דנא והסעדים המנויים בעתירה המינהלית בהליך קמא.
5. כן מתבקש בית המשפט העליון הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות משפט שגרמו למערערים, לרבות שכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק, הן בהליך קמא והן בערעור הנוכחי.
6. המערערים יבקשו לסיים את הודעת הערעור בהפניית המשיבה ובית המשפט הנכבד למילותיה של מרתה נוסבאום, פרופ' למשפט ולאתיקה באוני' שיקגו, בתקווה לבנות מציאות אנושית של שותפות, חמלה ואחריות משותפים:

**"החמלה והחסד כאחד יוצרים אישיות הפתוחה לסיפור חיי הזולת וקשובה לייחודיותו, גם אם אותה ייחודיות מהווה הפרעה. זהו, לדעתי, כוח החיים העומד מאחורי הסובלנות הפורמלית, ומקור חיוני של הארה לחוקים ולמוסדות הליברליים"**

(מרתה נוסבאום, "סובלנות, חמלה וחסד", **האם הסובלנות תנצח? חינוך מוסרי בעולם מגוון**, ישי מנוחין ואח' עורכים, ירושלים תשס"ה, עמ' 174).

**לו יהי!**

היום, 24.9.2024, כ"א באלול ה'תשפ"ד נ ח ת ם א ל ק ט ר ו נ י ת

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 **אורי ישראל פז, עו"ד**  בא-כוח המערערים

1. כפי שבואר בפסיקה, סעיף זה משמש **כנוסחת איזון ספציפית** אשר ייחד המחוקק לנושא ההפרדה המגדרית בהקשרים בהם עוסק החוק, ולכן ניתן להיעזר בו בעת בחינת חוקיות אירועי תרבות וטקסי דת מופרדים במרחב הציבורי (ראו: פס' 7 לחוות דעתו של כב' השופט סלים ג'ובראן בבג"ץ 746/07 **רגן נ' משרד התחבורה**, פ" סד(2) 530 (2011); פס' 53 לחוות דעתו של כב' השופט יורם דנציגר ברע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות**, 9.12.2015; פרוטוקול ישיבה מס' 188 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 3, 8 (30.10.2000)). [↑](#footnote-ref-1)
2. במאמר מוסגר נציין כי לפי האמור בסעיף 101 לפסק דינו של כב' השופט מלצר, "עותרי תירוש" שביקשו למנוע כליל את לימודי ההשכלה בהפרדה לחרדים, טענו שם כי לשיטתם הפרדה מוצדקת, שבה מדבר סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, אינה אלא הפרדה "**במקום בו נערך טקס דתי, או אירוע שבמרכזו טקס דתי וכדומה**", כבענייננו. [↑](#footnote-ref-2)
3. ב תפיסה דומה ביטא ההוגה הקתולי ז'אק אלול, שטוען כי אין לפרש את התפילה כחסד אלוהי המתגלם בעצם יכולת התפילה. **התפילה היא חובה שהמחוקק האלוהי מטיל על האדם.** זוהי חובה שעל האדם לממשה במיטב כוחותיו ועליו להיאבק תדיר על משמעותה הנכונה של התפילה; התפילה היא מאבק מתמיד של האדם כנגד נטיותיו. זהו מאבק שתכליתו לתת מקום לחובה של האדם כלפי האל בעולמו. ראו: Jacques Ellul, **Prayer and the Modern Man**, New York 1979, pp. 99-138). [↑](#footnote-ref-3)