



לשכה משפטית

יום חמישי 29 אפריל 2021

י"ז אייר תשפ"א

לכבוד

עו"ד קרן דהרי

משרד המשפטים

הנדון: רחצה מגדרית נפרדת באתרי רשות הטבע והגנים – מענה לחוות דעתכם מיום 20.12.20

1. חוות דעתכם התקבלה ונבחנה ברשות הטבע והגנים (להלן: "רשות") ולהלן התייחסותנו.
2. בראשית הדברים נציין, כי אנו סבורים כי קביעת שעות לרחצה נפרדת בצורה מידתית וסבירה תוך מזעור הפגיעה בציבור שאינו מעוניין בה למינימום, **אינה מהווה פגיעה בעיקרון השוויון ומשכך אינו מצריך הסמכה חוקית מפורשת להפרדה זו בחקיקה ראשית, וכפי שיפורט להלן.**
3. כפי שהבהרנו עמדתנו בחוות דעתנו הקודמת מיום 08.11.20 חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים קובע איסור כללי על הפליה במגוון הקשרים, ועיקר חידושו בהחלת איסור ההפליה גם על מי שאינו כפוף למשפט המנהלי, **ובודאי שחל ומנחה לגופים ציבוריים כדוגמת הרשות.** חוק זה מגדיר מספר מצבים, אותם **אין רואים כהפליה** לעניין החוק, כך שישנן נסיבות בהן תהא מותרת הפרדה על רקע מגדרי, וכלשון סעיף 3(ד)(3) הרלוונטי לענייננו:

"אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

...

(3) 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".

4. כלומר המחוקק ראה לנגד עיניו פעילויות מסוג זה, וכן צרכי ציבור מסוג זה והתיר אותם במפורש בתנאים המפורטים בסעיף.
5. אף היועמ"ש לממשלה עמד על הדברים במסגרת עמדתו שהגיש בעת"מ 46461-08-19 שדולת הנשים נ' עיריית חיפה, שם ציין כי חוק זה מסדיר את הנסיבות בהן תהא מותרת הפרדה על רקע מגדרי (סעיף 17 לעמדת היועץ). בסעיף 18 מציין היועמ"ש כי בהתאם לפסיקה סעיף זה (3)(ד)(3)) משמש כנוסחת איזון ספציפית אשר ייחד המחוקק לנושא

ההפרדה המגדרית בהקשרים בהם עוסק החוק, ועל כן ניתן להיעזר בו בעת בחינת חוקיות פעילויות בהפרדה מגדרית. בבחינת הנסיבות אשר יגלו אם קיום פעילות תוך הפרדה מגדרית עומדת באמות המידה של חוק איסור הפליה, ציין היועמ"ש (בסעיף 19) את המבחן הדו-שלבי המצטבר:

- א. שלב ראשון- האם אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את ההשתתפות בפעילות.
 - ב. שלב שני – האם ההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב באופי הפעילות, במידת החיוניות שלה, בקיומה של חלופה סבירה ובצרכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.
6. בסעיף 22 לעמדתו קובע היועמ"ש כי בתוך העיקרון המנחה, **ייתכנו הקשרים מיוחדים בהם תתאפשר הפרדה מגדרית, לתכליות ציבוריות מסוימות ובלבד שההפרדה מקיימת את אמות המידה החוקתיות**. היועמ"ש מביא רשימת דוגמאות כשהראשונה בהן היא ההכרה בחקיקה לאפשרות להפרדה מגדרית בחופי רחצה, וכפי שצינו כבר בחוות דעתנו הקודמת אפשרות זו רלוונטית לכל סוגי הרחצה, כמו חופי ים, בריכות שחיה ציבוריות, מקומות מרפא וכו'.
7. בהקשר לעמדת היועמ"ש האמורה חשוב לציין, כי עמדתו הקובעת את אמות המידה על פי סעיף 3(ד)3(3) מתייחסת למגבלות החלות על עירייה המהווה גוף ציבורי, בדומה לרשות שהינה גוף ציבורי. בעמדתו, **בנה היועמ"ש הלכה למעשה את עקרונות קיום פעילות בהפרדה מגדרית ביחס לגוף ציבורי על בסיס העקרונות הקבועים בסעיף זה**. לכן, לטעמנו לא ניתן לקבל את הטענה כי סעיף 3(ד)3(3) אינו מהווה מקור הסמכה מפורשת לפעילויות מסוג זה.
8. לטעמנו, סעיף 3(ד)3(3) קובע באופן מובהק כי לעתים, וכפי המקרה הנדון בפנינו כעת, בקיום שעות לרחצה נפרדת במקומות בהן אי מתן אפשרות זו באתרים ציבוריים שבאחריות הרשות, מונעת בפועל את כניסתו של ציבור גדול שנמנע מכניסה לאתרים אלה בעת שפועלת בהם רחצה שאינה נפרדת, אין מדובר בהפליה האסורה בחוק האמור. **ודוק, החוק אינו מתיר הפליה במקרים כאלו אלא קובע כי אין מדובר בהפליה ואין בה פגיעה בעיקרון השוויון!**
9. כמובן שיש לעמוד אף בשאר התנאים בסעיף ולוודא כי ההפרדה הינה מוצדקת, במידת החיוניות שלה, בקיומה של חלופה סבירה ובבחינת צרכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.
10. לעניינינו, שעה שמדובר בפעילות שרק אם תתקיים בהפרדה תאפשר לציבור הנמנע מרחצה שאינה נפרדת ליהנות ממשאבי הטבע הציבוריים הללו; כמו כן, מדובר בשעות מועטות באופן משמעותי ומובהק ביחס לשעות הפעילות הרגילות של אתרי הרשות; וכן קיימת לציבור שאינו חפץ בהפרדה, אלטרנטיבה ממש במקום עצמו (בריכות סמוכות) ומשכך, צרכי הציבור העלול להיפגע מפעילות נפרדת זו נותרים כמעט ללא כל פגיעה, או לכל היותר פגיעה מינורית וקלושה. על כן, לטעמנו אין פגיעה בעיקרון השוויון ועל כן מתקיים פה באופן מובהק וברור החריג הקבוע בסעיף 3(ד)3(3).
11. פסיקת בתי המשפט שקבעה כי **"נפרד לעולם אינו שווה"** נקבעה בהקשרים שונים שהמכנה המשותף לכל אלה כי נפרד אינו שווה כשהוא מבוסס על השפלה, היררכיה, התנשאות וכו'.

אולם הנפרד יכול להיות שווה במקרים בהם לשני המינים מוצע השירות תוך מתן שוויון בהיצע ובהזדמנויות; כאשר הציבור המעוניין עצמו מבקש את הפרדה והיא אינה נכפית עליו; ובעיקר כאשר היא אינה כופה עצמה באופן מוחלט על האחרים אלא מעמידה חלופות זמינות לכלל הציבור שנהנה בפועל מהמשאבים הציבוריים הללו גם ברובה המוחלט של השנה וגם בהשארת חלופות זמינות וראויות לציבור זה במקביל לחלקים הנפרדים באתרים הללו.

12. שעה שנשמרת הקפדה זו על **המידתיות והסבירות**, תוך שמירה על **עקרון השוויון** המאפשר גם לציבור המעוניין ברחצה נפרדת וגם לציבור שאינו מעוניין בה להמשיך וליהנות מהמשאב הציבורי המופעל על ידי הרשות לטובת הציבור, איננו סבורים כי מדובר בהפליה והפרדה האסורים על פי חוק וממילא אין נדרשת הסמכה חוקית מפורשת כדי להתירה.

13. יחד עם כל האמור, וכדי להתקדם במקביל בהליכים הנדרשים כדי שהרשות תוכל להפעיל פיילוט לבחינת הפעילות האמורה והצורך הציבורי בה, נבקש להתקדם גם בבחינת סוגיית הסבירות והמידתיות שבהצעת הרשות.

14. כמו כן, למרות עמדתנו בסוגיית ההסמכה החוקית הנדרשת, כדי שלא לעכב קיום הפיילוט האמור, אנו גם נתחיל בקידום בחינת החקיקה הנדרשת לעמדתכם.

15. אולם כפי הידוע אנו נמצאים בתקופת בחירות/ ממשלת מעבר בה (ולא רק בה) קידום חקיקה הינו משימה מורכבת וממושכת, נבקש להעלות בהקדם את הסוגיה ולקבוע דיון בפני היועמ"ש לממשלה כדי לקבל עמדתו בנושא.

בברכה,
אופיר בר-טל, עו"ד
היועץ המשפטי

העתק: מר שאול גולדשטיין,
מנכ"ל רטי"ג

