



בבית המשפט העליון

עע"מ 66315-09-24
עע"מ 2406-10-24

לפני :

כבוד השופט דוד מינץ
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט יחיאל כשר

המערערים בעע"מ 66315-
09-24 :

1. עירית לינור
2. נועה קדמון
3. ליאו אור חמו
4. מירב אוריה כץ
5. ענת עבאדי
6. שירלי בשן
7. קרן ברנע
8. מתן כהן
9. לירון פינסנבאום
10. אדוארד גורבן
11. ליאב אברמד
12. אייל טוטיאן
13. יובל ברגה
14. ראש יהודי (ע"ר)
15. אורן אוזן
16. אלכסנדרה גרצנוב
17. מנחם אביטבול
18. סוניה אלוביץ
19. אסף סוקולובסקי
20. חדוה שפיר
21. בניהו מינקוב
22. אילנה שודרון
23. ארנון דה ביטון
24. יוסף דזאנאשולי
25. מיטל משען
26. רועי סויסה
27. שושנה סטריקובסקי
28. שרית טינרי קמינר
29. ניב עוז
30. רוני כפיר בר משי
31. אנריקה מאץ צ'לן
32. דרורית פאלק כנרת

המערערת בעע"מ 2406-10-
24 :

עיריית תל אביב – יפו

נגד

המשיבים ב-ע"מ 66315-09-24

1. עיריית תל אביב – יפו
2. נועה בגון
3. רוני אלוני סדובניק
4. משטרת ישראל/ מחוז ת"א
5. גילי שביט
6. משה פרץ
7. אילנית ארז
8. שי אדר
9. דן עדין
10. מירי גרוס הורן
11. רמה זילבר
12. אילנה ברזילי
13. אור סיונוב
14. נופר בן צור
15. אפרת אבדור

המשיבים ב-ע"מ 2406-10-24

1. עיריית לינור
2. נועה קדמון
3. ליאו אור חמו
4. מירב אוריה כץ
5. ענת עבאדי
6. שירלי בשן
7. קרן ברנע
8. מתן כהן
9. לירון פינסנבאום
10. אדוארד גורבן
11. ליאב אברמד
12. אייל טוטיאן
13. יובל ברגה
14. ראש יהודי (ע"ר)
15. אורן אוזן
16. אלכסנדרה גרצנוב
17. מנחם אביטבול
18. סוניה אלוביץ
19. אסף סוקולובסקי
20. חדוה שפיר
21. בניהו מינקוב
22. אילנה שוהרון
23. ארנון דה ביטון
24. יוסף דזאנאשולי
25. מיטל משען
26. רועי סויסה
27. שושנה סטריקובסקי
28. שרית טינרי קמינר
29. ניב עוז
30. רוני כפיר בר משי
31. אנריקה מאץ צ'לן
32. דרורית פאלק כנרת

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (סגן הנשיא א' יקואל),
מיום 22.9.2024, ב-עת"מ 22166-08-24

ז' בתשרי התשפ"ב (9.10.2024)

תאריך ישיבה:

בשם המערערים ב-ע"מ
66315-09-24 והמשיבים ב-
ע"מ 2406-10-24:

עו"ד אורי ישראל פז; עו"ד הראל ארנון

בשם המערערת ב-ע"מ
2406-10-24 והמשיבה 1 ב-
ע"מ 66315-09-24:

עו"ד שמואל זינגר

בשם המשיבים 15-2 ב-
ע"מ 66315-09-24:

עו"ד חגי קלעי; עו"ד יעל ויזל

פסק-דין (נימוקים)

השופט יחיאל כשר:

עניינם של הערעורים שבפנינו בבקשה לקיים את תפילת "כל נדרי" ואת תפילת
"נעילה", של יום הכיפורים התשפ"ה, בכיכר דיזנגוף בתל אביב, תוך הפרדה פיזית בין
נשים לגברים, כדרכן של התפילות האורתודוקסיות.

עמדתה של עיריית תל אביב – יפו (להלן, גם: העירייה) לעניין זה, מורכבת
משתי קביעות: הראשונה – העירייה אינה מאפשרת את המצב בו כיכר דיזנגוף (בהיותה,
כהגדרתה של העירייה, "מרחב ציבורי אינטנסיבי"), תשמש, למעשה, כ-"מעין בית
כנסת"; השנייה – העירייה מוכנה לאשר בקשות לשימוש במרחב הציבורי, כ-"מעין בית
כנסת", כאשר אין מדובר ב-"מרחב ציבורי אינטנסיבי", אולם זאת כל עוד לא יהיה כרוך
הדבר בהפרדה פיזית בין נשים לגברים.

בית המשפט קמא, בפסק דינו, קבע כי הקביעה הראשונה אינה יכולה לעמוד
(קרי – שעל העירייה לאפשר שימוש בכיכר דיזנגוף, לקיום תפילות); ואילו בכל הנוגע
לקביעה השנייה, אין מקום להתערבותו (קרי – שהעירייה יכולה לסרב להתיר את קיומן
של תפילות, במרחב הציבורי, אם הדבר כרוך בהפרדה פיזית בין נשים לגברים).

הערעורים שבפנינו תוקפים את שתי קביעותיו של בית המשפט קמא.

למרבה הצער, לא עלה בידי הצדדים להגיע להסכמות בנושא בעצמם, וגם
ניסיונותיו של בית המשפט קמא וניסיונותיו שלנו להביא את הצדדים לכדי הסכמה –

עלו בתוהו. על כן, בהיעדר הסכמה בין הצדדים, לא היה מנוס כי נכריע אנו במחלוקות שנתגלו ביניהם, ובהינתן שהדיון בערעורים דנן נשמע ביום 9.10.2024, יומיים בלבד לפני ערב יום הכיפורים שחל ביום 11.10.2024, הכרעתנו ניתנה בתום הדיון, ללא הנמקה, בזו הלשון:

"אנו מורים שהמערערים בעע"מ 66315-09-24 (להלן: המערערים) יהיו רשאים לקיים את תפילות יום הכיפורים התשפ"ה – תפילת כל נדרי ותפילת נעילה – בשטח "גן מאיר" שבין הרחובות טשרניחובסקי והמלך ג'ורג' בתל אביב (להלן: הגן), בשעות שנתבקשו על ידם, ובמתחם שהמערערת בעע"מ 2406-10-24 (להלן: העירייה) תגדיר למטרה זו בהתחשב במספר המשתתפים הצפוי באירוע. מובהר בזאת כי המערערים יהיו רשאים לקיים את התפילה על פי המסורת הדתית המקובלת עליהם, וכי לשם כך יהיו רשאים להקים את האמצעים הנדרשים לקיום התפילות באופן האמור (לרבות מחיצה בעבור אותם מתפללים המבקשים לקיים את התפילה בהפרדה בין גברים לנשים).

העירייה תהיה מוסמכת לקבוע הסדרים לביצוע האמור לעיל, לרבות לעניין הבטחת הבטיחות, מתן אפשרות שימוש בחלקי הגן שלא ישמשו לתפילה ובמכלול הגן בשעות בהן לא מתקיימת תפילה, ואפשרות המעבר בגן בזמן התפילה".

להלן הנימוקים להכרעתנו.

רקע הדברים

1. בשנים האחרונות עלתה לסדר היום, יותר מפעם אחת, סוגיית רצונם של גורמים שונים לערוך אירועי תפילה במרחב הציבורי בעיר תל אביב. בין הצדדים קיימת מחלוקת באשר לשאלה מתי החל הנוהג שלפיו פונים גורמים שונים אל עיריית תל אביב בבקשה לקיים אירועי תפילה במרחב הציבורי, ובכלל זה בכיכר דיזנגוף. אולם, אין חולק כי הפרקטיקה שלפיה אפשרה העירייה קיומן של תפילות במרחב הציבורי החלה, לכל המאוחר, בשנת 2020, עת שנהגו מגבלות התקהלות במרחבים סגורים בעטייה של מגיפת הקורונה.

סוגיה זו הובאה לראשונה לפתחן של הערכאות השיפוטיות, כאשר בחודשים יולי-אוגוסט 2023 פנתה עמותת ראש יהודי (להלן: עמותת ראש יהודי או העמותה), לעירייה, בבקשה לקיים מספר אירועים במרחב הציבורי, ביניהם: תפילה בליל תשעה באב בכיכר מסריק; תפילת "כל נדרי" ותפילת "נעילה" ביום כיפור בכיכר מסריק (בשלב

מאוחר יותר, לבקשת עמותת ראש יהודי, שונה המיקום המבוקש לאירועי תפילות יום הכיפורים לכיכר דיזנגוף; הקמת סוכה ברחבת זמנהוף; קיום הקפות שניות בכיכר דיזנגוף; וקיום תפילת "הלל" בחול המועד סוכות בכיכר הבימה. העירייה נענתה בחיוב לבקשתה של העמותה, אך בהיתרים שניתנו על ידה נכלל תנאי הקובע, כי באירועים אלו לא תתקיים הפרדה מגדרית על ידי שימוש באמצעים פיזיים. זאת, בהתאם לנוהל העירייה מס' 869, שכותרתו "שימוש במרחב הציבורי" (להלן: הנוהל או נוהל העירייה), הקובע, בסעיף 6, כי:

"כל בקשה לקיום אירוע תבחן לצורך קבלת החלטה ו/או מתן המלצה למשטרת ישראל על יסוד השיקולים כדלהלן:

[...]

ד. לא תתקיים כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים" (ההדגשה הוספה – י' כ').

עמותת ראש יהודי ועמותת פורום חירות וכבוד האדם בישראל (להלן: עמותות פורום חירות), אשר ביקשה אף היא להשתתף באירועים המפורטים לעיל, פנו לעירייה בבקשה כי יוסר מההיתרים התנאי האוסר על קיום הפרדה מגדרית, אך פנייתם נדחתה על ידי העירייה. אשר על כן, ביום 18.9.2023 הגישו עמותת פורום חירות ושלושה תושבי תל אביב, אשר היו מעוניינים להשתתף בתפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, עתירה לבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, כנגד דחיית בקשתם להסרת התנאי האוסר על קיום הפרדה מגדרית מההיתר לעריכת אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף.

ביום 21.9.2023 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (השופטת ה' עובדיה), במסגרתו נדחתה העתירה (עת"מ (מינהליים ת"א) 38202-09-23 פורום חירות וכבוד האדם בישראל נ' עיריית תל אביב יפו (21.9.2023)). בתמצית, בית המשפט המחוזי קבע כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת השיהוי הניכר שבו היא הוגשה ובשל כך שלעתירה לא צורפו צדדים רלוונטיים, ובעיקרם עמותת ראש יהודי – אשר ההיתר מושא העתירה ניתן לבקשתה. בית המשפט הוסיף כי לדידו, דין העתירה להידחות גם לגופה. קביעה זו הטעים בית המשפט המחוזי, בעיקרו של דבר, בכך שלשיטתו, העירייה אינה מוסמכת לנקוט בעצמה או להתיר לאחרים לפעול תוך הפרדה במתן שירות במרחב הציבורי על בסיס דת, גזע ומין, ובכלל זה להתיר קיום אירוע שבו תקיים הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים.

עמותת פורום חירות ערערה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וביום 22.9.2023 דחה בית משפט זה (השופטים י' עמית, י' אלדון ו-ח' כבוב) את הערעור (עע"מ 7174/23 פורום חירות וכבוד האדם בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו (22.9.2023)) (להלן: עניין פורום חירות בעליון)). בדומה לבית המשפט המחוזי, אף בית משפט זה, בפסק דינו, קבע כי דין הערעור להידחות בשל השיהוי שבהגשת העתירה. מעבר לכך, בית המשפט ציין, "על קצה המזלג", מספר הערות המצדיקות אף הן את דחיית הערעור, ובהן העובדה שלא הוגשה עתירה מטעם עמותת ראש יהודי (אשר, כאמור לעיל, ההיתר הנדון ניתן לבקשתה); האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית בעיצוב המרחב הציבורי; העובדה כי ברירת המחדל בדין הינה איסור הפרדה מגדרית במרחב הציבורי; ושיקול מדיניות אותו סיכם השופט י' עמית, אשר כתב את פסק הדין, במילים "כל המשנה ידו על התחתונה".

ביום 28.9.2023 החליטה העירייה לבטל את ההיתרים שניתנו לעמותת ראש יהודי להקמת סוכה ברחבת זמנהוף ביום 1.10.2023, ולקיום הקפות שניות בכיכר דיזנגוף. בהחלטתה, הטעימה העירייה כי נודע לה שבמסגרת אירוע תפילות יום הכיפורים שערכה בכיכר דיזנגוף, הפרה העמותה את ההיתר שניתן לה בכך שהציבה במקום במה וחבל שהורכב מדגלים, אשר יצרו מחיצה פיזית לצורך הפרדה מגדרית. עתירה שהגישה העמותה נגד החלטת העירייה נדחתה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, מיום 4.10.2023 (עת"מ (מינהליים ת"א) 62277-09-23 ראש יהודי נ' עיריית תל-אביב (4.10.2023)). אולם, ערעור שהגישה העמותה על פסק הדין הנ"ל התקבל בהסכמה, תוך שנקבע כי יינתן לעמותה היתר לקיום האירוע, וזאת בתנאי שהעמותה, וכל גורם מטעמה, לא יניחו בכיכר דיזנגוף כל מתקן, מכשול או הפרדה מכל סוג שהוא בעת האירוע (עע"מ 7390/23 עמותת "ראש יהודי" נ' עיריית תל אביב-יפו (6.10.2023)).

יצוין כי בסיכומו של דבר, אירוע ההקפות השניות, שיועד להתקיים ביום 7.10.2023, לא התקיים כמתוכנן, מטעמים שלמרבית הצער מכירים כולנו.

2. עד לכאן תקציר הפרקים הקודמים, ומכאן פונים אנו לאירועים מושא הערעורים שבפנינו: ביום 27.4.2024 פנתה עמותת ראש יהודי אל העירייה, בבקשה לקיום אירוע בו יערכו תפילות כל נדרי ותפילת נעילה וערבית של יום כיפור, בכיכר דיזנגוף. בבקשה צוין כי האירוע שמבוקש לקיימו ימשך כיום וחצי – מיום 11.10.2024, ערב יום הכיפורים התשפ"ה בשעה 15:00, ועד ליום המחרת, 12.10.2024, בשעה 21:54. בבקשתה, עתרה העמותה כי יתאפשר לה להתחבר לרשת החשמל שבכיכר, וכי במקום

יוצבו שולחן, כסאות, במה ודוכן. כמו כן, העמותה ביקשה כי המזרקה המצויה בכיכר לא תופעל במהלך התפילות. נוסף על כך, והחשוב לענייננו – בבקשה זו עתרה העמותה, במפורש, כי יותר לה לעשות שימוש במחיצות לצורך הפרדה בין גברים ונשים.

3. משבקשתה של העמותה לא נענתה, פנתה העמותה לעירייה, פעם נוספת, ביום 23.7.2024, והלינה על היעדר המענה לבקשתה. בפנייתה, טענה העמותה כי בקשתה לעשות שימוש בכיכר דיזנגוף לצורך קיום תפילות יום כיפור, נעוצה בכך שביום הכיפורים בתי הכנסת הסמוכים לכיכר דיזנגוף צרים מלהכיל את כל המשתתפים הרבים המעוניינים לקחת חלק בתפילות, אשר בהם נכללים דתיים וחילונים כאחד. כמו כן, במסגרת פנייתה עמדה העמותה על החשיבות שהיא רואה בקיום תפילות יום הכיפורים בהפרדה מגדרית, תוך שטענה כי: "אירועי דת מובהקים אלה מקוימים לפי מסורת ישראל בהפרדה מגדרית, בכל קהילה וקהילה ובכל עיר ואם בעם ישראל ומדינת ישראל – הפרדה מגדרית שאיננה פסולה ו/או אסורה מבחינה משפטית בעודה עולה בקנה אחד עם הנחיות היועמ"ש" (ההדגשה במקור - י' כ').

4. ביני לביני, בימים 26.6.2024 ו-1.7.2024, התקיימו ישיבות בעירייה בנושא "בתי כנסת במרחב הציבורי". במסמך סיכום הישיבות, אשר נערך ביום 30.7.2024, צוין כי על רקע מספר בקשות שהוגשו לעירייה, בהן נתבקש לקיים אירועי תפילה במרחב הציבורי, החליטה העירייה כי יש מקום לגבש מדיניות ברורה בנושא. במסגרת תיאור מהלך הדיון צוין כי קיום תפילה, כשלעצמו, אשר אינו כולל הצבת מתקנים או חפצים שונים במרחב הציבורי (כדוגמת כסאות, שולחנות, במה וכיו"ב), אינו דורש קבלת אישור על ידי העירייה. על כן, השאלה שעל הפרק הינה האם על העירייה ליתן היתרים שיסבו את המרחב הציבורי ל-"מעין בית כנסת"; וככל שכן, מתי עליה לעשות כן?

עוד צוין כי אף שהעירייה מחויבת לשמור על חופש הדת של תושביה, אין משמעות הדבר כי עליה להעמיד את המרחב הציבורי לטובת גורם פרטי על מנת שישמש כבית כנסת, שכן הזכות לחופש דת אין פירושה כי לאדם מוקנית זכותה לקיים מצוות דתיות היכן שיחפון. עוד צוין כי אף במנותק מסוגיית העמדת המרחב הציבורי לצורך הקמת "מעין בתי כנסת", עמדתה העקרונית של העירייה הינה כי יש להמעיט בהעמדת המרחב הציבורי לטובת פעילות הנעשית שלא על ידי העירייה, בפרט כאשר מדובר במרחב עירוני מרכזי (אותו מכנה העירייה, כפי שכבר צוין לעיל, "מרחב עירוני אינטנסיבי", ולהלן אשתמש גם אני בכינוי זה). זאת, מתוך תפיסה שלפיה המרחב הציבורי לא נועד לשמש גורם מסוים, אלא לעמוד לטובת הציבור הרחב.

על רקע דברים אלו, בחלקים הרלוונטיים לענייננו, קבעה העירייה, בסיכום הדיון, את העקרונות הבאים (להלן: מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי או מדיניות העירייה):

1. "למען הסר ספק, אין שינוי בעמדה העירונית בנוגע להפרדה מיגדרית במרחב הציבורי הפתוח [הכוונה לסעיף 6 לנוהל העירייה – 'י' כ'] – לא תותר הצבת מחיצה או שילוט/סימון שנועד להביא להפרדה מגדרית.

2. אין לאשר שימוש במרחבים ציבוריים אינטנסיביים דוגמת כיכרות וכדו' וכן מקום אחר המשמש את הציבור תדיר לפעילות של הליכה, שהייה פנאי ובילוי (דוגמת כיכר הבימה, כיכר דיזנגוף, גינות ציבוריות שוקקות וכדו') באופן בו הוא משמש, למעשה, כבית כנסת. העמדה העירונית היא, ככלל, כי תפילות מתקיימות בבתי כנסת, כפי שהיה מימים ימימה.

3. בימים מיוחדים, בהם תפוסת בתי הכנסת גבוהה במיוחד (בעיקר יום כיפור) ניתן יהיה לאשר בקשות לשימוש במרחב הציבורי כבית כנסת ובלבד שהמיקום המבוקש אינו מרחב ציבורי אינטנסיבי דוגמת רחוב הומה, כיכר מרכזית וכדו'.

4. המקומות בהם תיבחן האפשרות להתיר הם כאלו שמבחינה מהותית השימוש הציבורי בהם אינו אינטנסיבי, כך שהיתר לפעילות בית כנסת/בית תפילה במקום אינו 'מפקיע' את המרחב הציבורי משאר הציבור, או מפקיע בצורה מינורית בלבד (לדוגמא: מקום בעל שטח נרחב, בו אין קושי להקצות חלק קטן מהשטח לטובת פעילות בית כנסת, או מקומות בהם פעילות של בית כנסת אינה 'מפקיעה' את המרחב הציבורי משאר משתמשי המרחב, בשים לב למהות וטיב המרחב הציבורי כמו גם טיב פעילות בית הכנסת המבוקשת – מספר המשתתפים, שעת התפילה ומשך התפילה).

5. הודגש, כי המדיניות האמורה אינה מבקשת לשנות את הפרקטיקה הקיימת, לפיה ככל שקהילה מסוימת פונה בימים מיוחדים ומציינת, כי בית תפילה מסוים אינו יכול לספק את צרכי התפילה של התושבים בימים מיוחדים (דוגמת יום כיפור), תפעל העירייה למצוא פתרונות מקובלים (מתן אפשרות להעמיד אוהלים בחצר בית הכנסת או בסמיכות לו באופן מינימלי וכזה שאינו מפריע למעבר במדרכה וכו')....".

5. לאחר שהתקבלה מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, דחתה העירייה, ביום 4.8.2024, את בקשת העמותה לקיים את תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, תוך שנימקה את החלטתה כדלקמן:

“...לאחר בחינת העניין, התקבלה החלטה לפיה הפרקטיקה שהחלה בשנות הקורונה, במסגרתה העמידה העירייה כיכרות עירוניים לטובת פעילות כאמור, ביום הכיפורים הייתה נכונה לשנות הקורונה לאור חשיבותו שהייתה במרחב הפתוח בתקופה זו.

עיריית תל אביב יפו אינה רואה מקום להמשיך בפעילות זו, ויש לחזור למקובל זה שנים, לפיו העירייה אינה מעמידה מרחב ציבורי אינטנסיבי דוגמת כיכרות, גינות ציבוריות שוקקות וכדו' על מנת שישמשו כבית כנסת/מקום התכנסות לטובת אירוע ביוזמה פרטית וכי המענה לתפילות יום הכיפורים הוא באמצעות מאות בתי הכנסת הפזורים בעיר [...] בהתאם לכך, כלל הבקשות לקיום תפילה/התכנסות בכיכרות וכדו' אינן מאושרות ומשכך לא ניתן לאשר את בקשתכם.

נדגיש, כי בימים מיוחדים – בדגש על יום כיפור – פועלת העירייה לאפשר לקהילות המעוניינות בכך לקיים תפילות, וממילא ככל שקהילתכם סבורה שביום כיפור בית הכנסת המשמש אותה אינו מספיק עבור בני הקהילה, באפשרותכם לפנות אלינו בבקשה לקבלת היתר להעמדת מצללה/אוהל בחצר בית הכנסת או בסמיכות לו.”

6. כנגד החלטה זו הגישה העמותה, ביום 9.8.2024, עתירה מנהלית לבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. ביום 13.8.2024 הגישו מספר תושבי תל אביב בקשה להצטרף כעותרים לעתירת העמותה (להלן: התושבים המתנגדים להחלטה), בטענה כי החלטת העירייה מיום 4.8.2024, פוגעת בהם. בהחלטתו מיום 14.8.2024 קיבל בית המשפט (סגן הנשיא א' יקואל), את בקשת ההצטרפות, והתושבים המתנגדים להחלטה צורפו כעותרים לעתירה.

בתמצית, בגדר עתירתם, טענו העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, כי החלטת העירייה מיום 4.8.2024 לוקה בחוסר סבירות קיצוני וכי יש בה משום פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם החוקתיות לחופש הדת והפולחן ולשוויון. העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה הטעו כי העירייה נעדרת מקור סמכות לאסור או להתיר קיומם של טקסים דתיים במרחב הציבורי, וטענו כי החלטת העירייה הינה שרירותית ומפלה, שכן העירייה התירה בעבר קיום טקסים מוסלמיים במרחב הציבורי, שנערכו בהפרדה מגדרית. כמו כן, נטען כי הפרדה מגדרית במרחב הציבורי הינה מותרת, ככל שהיא נעשית באופן וולונטרי. לתמיכה בעמדה זו, הפנו העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה למסמך סיכום הדיון בנושא “הפרדה מגדרית באירועי תרבות במעורבות רשויות מקומיות”, שנערך ביום 17.9.2018, בראשות היועץ המשפטי לממשלה (להלן: הנחיות היועם”ש

בעניין הפרדה מגדרית או הנחיות היועמ"ש), אשר לטענתם מתיר קיום אירוע מהסוג אותו ביקשה העמותה לקיים.

7. ביום 1.9.2024 הגישה העירייה תגובה מקדמית לעתירה. בתגובתה, טענה העירייה, בעיקרו של דבר, כי החלטתה נושא העתירה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 6 לנוהל, האוסר על קיום אירועים, במרחב הציבורי, שבהם נערכת הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים. בתוך כך, העירייה טענה כי החלטתה נושא העתירה אינה אוסרת על קיום תפילה במרחב הציבורי, אלא על הסבת המרחב הציבורי ל-"מעין בית כנסת". עוד באותו היום, 1.9.2024, הגישו מספר תושבי תל אביב בקשה להצטרף כצד להליך, בטענה כי להכרעה בעתירה עשויה להיות השפעה על רווחתם, תוך שהביעו תמיכה בהחלטת העירייה נושא העתירה (להלן: התושבים התומכים בהחלטה).

8. ביום 4.9.2024 התקיים דיון בעתירה בפני בית המשפט קמא. במסגרת דיון זה ביקש בית המשפט קמא לנסות לפתור את המחלוקת שבין הצדדים בהסכמה. בתוך כך, בתום הדיון הורה בית המשפט (סגן הנשיא א' יקואל), כי עמותת ראש יהודי תגיש בקשה חדשה ו-"מתונה יותר" לקיום אירוע תפילות ביום הכיפורים, וכי העירייה תקבל החלטה חדשה בבקשה זו. כמו כן, במסגרת הדיון התקבלה בקשת התושבים התומכים בהחלטה להצטרף כמשיבים לעתירה.

בעקבות החלטת בית המשפט מיום 4.9.2024, הגישה עמותת ראש יהודי, ביום 8.9.2024, בקשה חדשה לעירייה. בבקשה זו הבהירה העמותה כי אין בכוונתה לקיים תפילות במהלך כל יום הכיפורים, אלא רק במספר שעות מצומצם יחסית. כמו כן, הובהר כי העמותה אינה מבקשת לחסום את כיכר דיזנגוף כולה, אלא לעשות שימוש בחלק מסוים של הכיכר אשר רק בו תקום הפרדה מגדרית, וגם בחלק זה אין בכוונת העמותה לכפות את ההפרדה המגדרית על הנוכחים.

ביום 11.9.2024 השיבה העירייה לבקשתה של העמותה. בתשובתה, ציינה העירייה כי אין בהבהרות שנכללו בבקשתה החדשה של העמותה כדי לשנות את החלטתה, שלא לאשר את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים שביקשה העמותה לקיים. העירייה ציינה כי חרף האמור בבקשה, מעיון בתשריט שצורף לה, עולה כי למעשה העמותה מבקשת לעשות שימוש בכיכר כולה ואף בחלק מהכביש הסמוך לה. על כן, צוין כי המבוקש על ידי העמותה שקול להקמת בית כנסת פרטי על מתחם הכיכר, תוך שימוש במשאבים שונים של העירייה, לרבות שימוש במפקחים מטעמה, לצורך הפקעת המרחב הציבורי ומניעת השימוש בו מהציבור הרחב.

על רקע זה, ומשלא עלה בידי הצדדים להגיע להסכמות, נדרש בית המשפט להכריע בעתירה.

פסק דינו של בית המשפט קמא

9. ביום 22.9.2024 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא (עת"מ 22166-08-24 ; סגן הנשיא א' יקואל), במסגרתו התקבלה העתירה בחלקה, במובן זה שנקבע כי ניתן יהיה לקיים אירוע תפילות ביום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, אך כי יאסר על הצבת מחיצות לצורך הפרדה מגדרית במסגרת אירוע זה.

10. בפסק דינו, עמד בית המשפט קמא על כך שבבסיס החלטת העירייה לאסור על קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, עמדו שני נימוקים: העובדה שעד לפרוץ מגיפת הקורונה בשנת 2020 נהגה העירייה לאסור על קיום תפילות המוניות במרחב הציבורי; וחששה של העירייה, על רקע אירועי השנה הקודמת, כי קיום האירוע במתכונת שבו ביקשה העמותה לקיימו, הינו מועד לפורענות. בית המשפט קבע כי אין בנימוקים אלו כדי להצדיק את החלטתה של העירייה, שכן העובדה שבעבר נהגה העירייה אחרת אינה מהווה טעם מספק להצדקת החלטתה, וכי ההנחה שהאירועים השלישיים שאירעו בשנה הקודמת יחזרו על עצמם, הינה הנחה ספקולטיבית.

בית המשפט קמא הוסיף כי חופש הפולחן אינו כולל אך את הזכות להתפלל, אלא גם את החופש לעשות כן במרחב הציבורי. על כן, כך קבע בית המשפט קמא, בהחלטתה לא נתנה העירייה משקל מספק למהות הזכות לחופש פולחן ולמידת הפגיעה בה. כך, בית המשפט קמא קבע 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". זאת, שכן: "רגשות דת נמנים על השיקולים הרלוונטיים שעל רשות לשקול והם ראויים לכבוד, במיוחד במדינה יהודית ודמוקרטית. משכך, ברור כי הרשות מחוייבת לאפשר גישה למשאבי הציבור שברשותה גם למיעוט דתי מבין תושבי העיר – בין בהקשרי מרחב ציבורי ובין בהקשרי משאבים בכלל" (ההדגשה במקור – י' כ').

11. אשר להחלטה לאסור על קיום האירוע בהפרדה מגדרית – ביחס לסוגיה זו ציין בית המשפט, תחילה, כי ההוראה האוסרת על קיום הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים במרחב הציבורי, נקבעה בנוהל העירייה כבר בשנת 2018, ונזכרה גם בפסק הדין בעניין פורום חירות בעליון. על כן, לעמותה היו די הזדמנויות לתקוף את ההוראה האמורה ככל שהייתה מעוניינת לעשות כן, ובחירתה לעשות כן דווקא כעת הינה מוקשית. עם זאת, כך

קבע בית המשפט קמא, אין לזקוף את השתהות העמותה לרעת התושבים המתנגדים להחלטה אשר הצטרפו כעותרים לעתירתה, ולכן אין מקום לדחות את הטענות כנגד הוראה זו מחמת שיהוי.

לגופו של עניין, בית המשפט קמא קבע כי לרשות מקומית ישנה אוטונומיה לעצב את המרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוטה כפי שהיא רואה לנכון, תוך התחשבות בציונה ובהעדפות של תושביה. על כן, אף אם רשות מקומית אחרת יכלה לקבל החלטה שונה מזו שקיבלה עיריית תל אביב-יפו, אשר הייתה סבירה אף היא, החלטת העירייה מצויה בתוך מרחב שיקול הדעת הנתון לה בנושא זה. בית המשפט קמא הוסיף וציין, כי ניתן למצוא תימוכין למסקנה שלפיה לא נפל כל פגם בהחלטת העירייה, בכך שהחלטה זו עולה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין פורום חירות בעליון, בו עמד בית משפט זה על האוטונומיה הנתונה לרשות מקומית בעיצוב המרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוטה, ועל כך שברירת המחדל בדין הינה איסור הפרדה מגדרית במרחב הציבורי.

עוד הוסיף בית המשפט קמא, כי אילו הייתה מבקשת העמותה לקיים תפילה וולונטרית בכיכר דיזנגוף, במסגרתה "איש הישר בעיניו יעשה", ספק אם הייתה העירייה רשאית לאסור על כך. אולם, לא זה אופן התפילה שביקשה העמותה לקיים, שכן העמותה התעקשה על הצבתן של מחיצות בעת קיום התפילות.

בהמשך לכך, בית המשפט קמא התייחס לטענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה כי קיום האירוע באופן שבו התבקש לקיימו, עולה בקנה אחד עם הנחיות היועמ"ש בעניין הפרדה מגדרית. בית המשפט ציין כי על פי הנחיות היועמ"ש, קיום אירוע ב-"הפרדה מתוכננת", יתאפשר רק כאשר לא ניתן לקיים את האירוע ב-"הפרדה וולונטרית"; כאשר הרשות המקומית משוכנעת כי הציבור לו מיועד האירוע, או חלק משמעותי ממנו, יימנע מהשתתפות באירוע בהיעדר "הפרדה מתוכננת"; וכשקיימת הצדקה לעריכת האירוע בהפרדה מגדרית בהתחשב באופיו של האירוע, מידת החיוניות שלו, קיומה של חלופה סבירה לו וצרכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה. בית המשפט ציין כי לשיטתו, לא הוכח שהתנאים הנ"ל מתקיימים במקרה דנן. זאת, שכן "קיימת חלופה ראויה אחרת בדמות תפילה בהפרדה מגדרית בבתי הכנסת הפזורים בעיר (אף כדי הרחבת יכולת ההתכנסות בהם) ובזה הסמוך לכיכר באופן ספציפי (בר כוכבא)". עוד ציין בית המשפט כי בהינתן שעל פי טענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, חלק ניכר מהציבור המעוניין להשתתף באירוע הינו חילוני, קיים קושי לקבוע כי עריכת האירוע ללא הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים תמנע את השתתפותו של הציבור לו מיועד האירוע.

בית המשפט קמא התייחס גם לטענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה לפיה העירייה התירה לתושביה המוסלמים של יפו לערוך אירועים דתיים בהפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, כך שהחלטתה בעניין אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף מפלה את תושבי העיר שהינם יהודים אורתודוקסים לרעה. בהתייחס לטיעון זה, ציין בית המשפט כי העירייה עמדה על כך שלא ניתן מטעמה היתר לקיום אירוע דתי מוסלמי בהפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, אך כי ייתכן שלא נעשה מטעמה די לאכוף את האיסור על עריכת הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים במרחב הציבורי בהקשר זה. בתוך כך, בית המשפט קמא ציין כי חזקה על העירייה שתעשה כן בעתיד.

לבסוף, בטרם סיום, בית המשפט קמא ציין כי אף תחת ההנחה שהחלטת העירייה איננה פוגעת בחופש הפולחן, שכן למעוניינים להתפלל בהפרדה מגדרית עומדות חלופות אחרות, אין פירושו של דבר כי החלטת העירייה איננה פוגעת באינטרס אחר המוגן בדין – השמירה על רגשות הציבור הדתי. על רקע זה, בית המשפט ציין כי אף אם אין בפגיעה ברגשות הציבור הדתי כדי להצדיק את קבלת העתירה, יש בה כדי להצדיק שהעמותה והעירייה יעשו ניסיון להעלות על הפרק אפשרויות יצירתיות אחרות לקיום האירוע באופן שיהיה בו משום פשרה בין עמדות הצדדים. בתוך כך, ולאור העובדה שהעתירה התקבלה בחלקה, בית המשפט קמא הורה כי כל צד יישא בהוצאותיו.

הערעורים דנן

12. על פסק דינו של בית המשפט קמא הוגשו לבית משפט זה שני ערעורים: עע"מ 66315-09-24, שהוגש מטעם עמותת ראש יהודי והתושבים המתנגדים להחלטה (להלן, גם: המערערים), המתמקד בקביעת בית המשפט קמא לפיה לא נפל פגם בהחלטת העירייה שלא להתיר הצבת מחיצות לצורך הפרדה מגדרית באירוע שהעמותה ביקשה לקיימו; ועע"מ 2406-10-24, שהוגש על ידי העירייה, המתמקד בקביעת בית המשפט קמא לפיה נפל פגם בהחלטת העירייה לאסור לחלוטין קיום אירועי תפילה בכיכר דיזנגוף.

לשם הנוחות, אציג להלן את תמצית טיעוני הצדדים בשני הערעורים דנן, במאוחד.

תמצית טענות עמותת ראש יהודי והתושבים המתנגדים להחלטה

13. כאמור לעיל, ערעור עמותת ראש יהודי והתושבים המתנגדים להחלטה מתמקד בקביעת בית המשפט קמא כי לא נפל פגם בהחלטת העירייה שלא להתיר קיום אירועי

תפילה הכוללים הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים. תחילה, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה טוענים כי שגה בית המשפט קמא בקבעו כי החלטה זו נסמכת על מקורות הסמכה ברורים – נוהל העירייה ופסק הדין בעניין פורם חירות בעליון. נטען כי הערעור שנדון בעניין פורם חירות בעליון, נדחה מחמת שיהוי. לכן, לטענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, את ההערות שהעיר בית משפט זה בעניין פורם חירות בעליון לגופו של עניין, יש לראות כהערות שהוערו למעלה מן הצורך, כך שאין לראות בהן הלכה מחייבת. לצורך תמיכה בטענה זו הפנו העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה לכך שבפסק הדין בעניין פורם חירות בעליון ציין בית המשפט כי: "טענות המערערים שמורות להם לעתיד".

אשר לנוהל העירייה, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה טוענים כי סעיף 6 לנוהל העירייה, האוסר על קיום הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים במרחב הציבורי, פוגע בזכויותיהם החוקתיות לחופש דת ולשוויון, משהוא נוקט בלשון גורפת ואינו כולל החרגות לפעולות שהפרדה מגדרית היא אינהרנטית ביחס אליהן, כגון תפילה. על כן, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה עותרים כי נורה על ביטולו של סעיף 6 לנוהל העירייה. בתוך כך, ובהתייחס לקביעת בית המשפט קמא כי לא ניתן לאפשר תקיפה עקיפה של הוראות נוהל העירייה, בשל שיהוי, נטען כי שיהוי נמדד ביחס למועד בו אירע האירוע שעורר את הצורך בתקיפה המשפטית. לכן, בהינתן שלטענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, עד לשנה הנוכחית העירייה לא אסרה על קיום תפילות יום הכיפורים במתכונת שבה ביקשה העמותה לקיימן, העובדה שעד עתה לא נתקפו הוראות נוהל העירייה אינה עולה לכדי שיהוי.

14. מעבר לאמור לעיל, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה טוענים כי אף אם החלטת העירייה נשענה על מקור סמכות תקף, שגה בית המשפט קמא משקבע כי לא נפל בה כל פגם. כך, נטען כי ביסוד החלטת העירייה לא עמדה תשתית עובדתית הולמת כנדרש על פי כללי המשפט המנהלי. העמותה והתושבים התומכים בהחלטה מטעימים כי הדיונים שנערכו בעירייה, אשר בעקבותיהם התקבלה מדיניות בעניין הצבת בתי כנסת במרחב הציבורי, נערכו רק לאחר שהתקבלה ההחלטה שבה נקבע כי העמותה אינה רשאית להציב מחיצות באירועי התפילה שהיא ביקשה לקיים; וכי לא ניתנה, לעמותה או לתושבים שעשוי להיות להם עניין בנושא, זכות להשתתף בהליכי קבלת ההחלטה בטרם שנתקבלה.

15. כמו כן, נטען כי החלטת העירייה שלא להתיר לעמותה להציב מחיצות באירועי התפילה שהיא ביקשה לקיים אינה עולה בקנה אחד עם הכלל שלפיו רשות מנהלית

נדרשת לסטות מהנחיותיה כאשר הנסיבות מצדיקות זאת. הוטעם כי נקבע בפסיקה שבמקרים שבהם אין זה סביר או הגיוני להיצמד בצורה "עיוורת" להנחיות הפנימיות, מוקנית לרשות סמכות, ולפעמים אף מוטלת עליה חובה, לסטות מהנחיותיה הפנימיות. על כן, אף אם אין פגם בסעיף 6 לנוהל העירייה, הקובע שכללל יאסר קיום אירועים במרחב הציבורי בהם ישנה הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, נוכח העובדה שהפרדה מגדרית הינה טבעית לתפילות יהודיות אורתודוקסיות, היה על העירייה לסטות מהוראות ההנחיה ולהתיר לעמותה לקיים את האירוע באופן שבו היא ביקשה לקיימו. בתוך כך, הודגש כי מצד העמותה הוצעו הצעות פשרה שונות שכללו, בין היתר, עריכת תפילה בכיכר הסמוכה למוזיאון תל אביב לאמנות (המכונה כיום "כיכר החטופים"), במסגרתה חלק קטן מהכיכר יוקצה לתפילה בהפרדה, אשר זכתה גם לתמיכת "מטה המשפחות להחזרת החטופים והנעדרים"; וכן הצעה לקיים את האירוע בגן מאיר – אך הצעות אלו נדחו על ידי העירייה.

16. עוד טוענים העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, כי אף שאין חולק כי לרשות מקומית מוקנית מידה של אוטונומיה בעיצוב המרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוט, סמכות זו מוגבלת בגבולות הדין. בתוך כך, נטען כי בניגוד לעמדת העירייה, אישור קיומו של אירוע תפילה הכולל הצבת מחיצות לצורך הפרדה מגדרית, אינו פוגע בזכות לשוויון ואין בו משום הדרת נשים. זאת, הן משום שההשתתפות באירוע התפילה שהעמותה ביקשה לקיימו, ובפרט בחלקו שיועד להתקיים בהפרדה מגדרית, הינה וולונטרית לחלוטין; הן משום שחל בנסיבות העניין סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), הקובע חריג, המתיר, בנסיבות מסוימות, "קיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים..." (וראו בהמשך).

עוד בהקשר זה, נטען כי החלטת העירייה אינה עולה בקנה אחד עם הנחיות היועמ"ש המתירות הצבת מחיצה באירועי וטקסי דת. זאת, הן משום שהצבת המחיצה באירוע אינה הופכת את ההפרדה ללא וולונטרית, כאמור לעיל; הן משום שאי-הצבת המחיצה מטילה את קיומו של האירוע כולו בספק. בהקשר זה נטען כי הצבת מחיצה לצורך הפרדה מגדרית היא תנאי לקיומו של "מניין מוביל", וללא "מניין מוביל", גם מי שאינו מעוניין בהפרדה לא יכול להשתתף באירוע.

17. מנגד, כך טוענים העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, דחיית בקשתם לקיים את אירוע התפילה כדרכם, קרי – תוך הצבת מחיצות לצורך הפרדה מגדרית – פוגעת בזכויותיהם החוקתיות באופן שאיננו סביר ובלתי מידתי:

ראשית, נטען כי החלטת העירייה פוגעת בזכות לחופש דת של המבקשים להשתתף באירוע. כך, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה הקדישו חלק ניכר מטיעוניהם הכתובים כדי לפרט בהרחבה את עמדתם לפיה האיסור על קיום תפילה מעורבת הינו איסור המהווה חובה הלכתית ביהדות האורתודוקסית. על כן, לשיטתם, החלטה אשר אוסרת על קיום תפילה בצורה זו, פוגעת בזכות לחופש דת.

שנית, נטען כי הזכות לחופש דת כוללת גם את הזכות לערוך תפילה משותפת בפומבי, כפי שנוהגות קהילות יהודיות מסוימות לעשות דווקא ביום כיפור. לפיכך, דחיית בקשתה של העמותה לקיים את אירוע תפילות יום הכיפורים באופן שבו היא ביקשה לקיימו, אינה מאפשרת את הגשמת הזכות לחופש דת עד למלוא היקפה, גם אם החלטה זו אינה פוגעת באפשרות להתפלל בהפרדה מגדרית בבתי הכנסת הפזורים ברחבי העיר.

שלישית, נטען כי ההחלטה פוגעת בזכותם לשוויון של המבקשים להתפלל בהפרדה מגדרית במרחב הציבורי. העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, מדגישים כי הזכות לשוויון איננה נפגעת אך כאשר ננקט יחס שונה לשווים; אלא גם כאשר ננקט יחס שווה לשונים. על כן, בשים לב לכך שהחלטת העירייה איננה מביאה בחשבון את השוני הרלוונטי המאפיין את התפילה האורתודוקסית ככזו שהפרדה מגדרית מהווה חלק אינהרנטי ממנה, הימנעות העירייה מהקצאת משאבים הציבוריים לצורך קיום האירוע שביקשה העמותה לקיימו, מהווה הפליה אסורה של הציבור האורתודוקסי. בתוך כך, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה שבים ומציינים, כפי שציינו בפני בית המשפט קמא, כי בעבר העירייה התירה קיומם של אירועים דתיים מוסלמיים בהם נערכה הפרדה מגדרית, אף שלכאורה אירועים אלו אינם עולה בקנה אחד עם סעיף 6 לנוהל העירייה.

18. לבסוף, בשולי ערעורם, העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה טוענים כי שגה בית המשפט קמא משחייב כל צד בהוצאותיו, אף שקיבל את העתירה בחלקה.

תמצית טענות העירייה

19. בתשובה לטענות העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, טוענת העירייה כי טענותיהם כבר נדונו ונדחו בפסק הדין בעניין פורום חירות בעליון. לעניין זה נטען כי בפסק הדין הנ"ל נקבע כי דינן של טענות העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, כנגד סעיף 6 לנוהל העירייה – להידחות; וכי מדיניות העירייה לאסור כל פעילות במרחב הציבורי הנערכת בהפרדה מגדרית, לרבות אירועי תפילה – הינה חוקית. בתוך כך,

ובתגובה לטענת העמותה והתושבים התומכים בהחלטה כי הערות בית המשפט לגופו של עניין בפסק הדין בעניין פורום חירות בעליון נאמרו למעלה מן הצורך, הדגישה העירייה כי בפסק דינו ציין בית המשפט כי: "פסק דינו זה מושתת על מספר עקרונות של טענות סף וכללי יסוד, וטענות המערערים שמורות להם לעתיד". מניסוח זה למדה העירייה כי הערעור בעניין פורום חירות בעליון לא נדחה רק מטעמי שיהוי, אלא גם על בסיס אותם "כללי יסוד".

20. העירייה מוסיפה וטוענת, כי אף אם תאמר שבפסק הדין בעניין פורום חירות בעליון אין כדי להכריע את גורל ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, דינו של הערעור להידחות לגופו של עניין. כך, בעיקרו של דבר, העירייה טוענת כי האיסור על קיום הפרדה מגדרית הינו ברירת המחדל בדין, וכי אף אם לעירייה נתון שיקול דעת לאפשר קיומה של הפרדה מגדרית מקום בו היא אינה עולה לכדי הפליה אסורה, למשל בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, אין פירוש הדבר כי קיימת חובה שבדין לאפשר הפרדה כאמור, או כי ברירת המחדל מתהפכת כך שקיום הפרדה הוא הכלל ואיסורה הוא החריג. בתוך כך, העירייה מדגישה כי החלטתה לאסור על קיום אירוע תפילות יום הכיפורים, בכיכר דיזנגוף, במתכונת שבו ביקשה העמותה לקיימו, מבוסס על סעיף 6 לנוהל העירייה, וכי לא נמצא לחרוג מהוראות הנוהל בנסיבות העניין דנן, מתוך רצון להימנע מהדרת נשים ובהתאם לגישת העירייה הדוגלת בשמירה על צביונה הליברלי של העיר תל אביב.

כמו כן, ובהתייחס לטענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה לפיה העירייה התירה בעבר קיומם של אירועי דת מוסלמים שנערכו בהפרדה, שבה העירייה על טענתה בפני בית המשפט קמא, לפיה מעולם לא ניתן מטעמה אישור לקיום אירועים כאמור; וככל שלא נעשה מספיק על מנת לאכוף את סעיף 6 לנוהל העירייה בעבר, אין בכך כדי להצדיק חריגה ממנו כיום.

21. במסגרת ערעורה כנגד קביעתו של בית המשפט קמא כי נפל פגם בהחלטת העירייה לאסור על קיום תפילות בכיכר דיזנגוף (גם כאלו שלא מתקיימת במסגרתם הפרדה מגדרית), טוענת העירייה כי החלטתה האמורה הינה החלטה סבירה, מידתית ומאוזנת, שניתנה בסמכות, ואשר עולה בקנה אחד עם מדיניותה בעניין הצבת בתי כנסת במרחב הציבורי. אשר למקור הסמכות לקבלת ההחלטה, העירייה מצביעה על סעיף 235 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות), הקובע כי: "בענין רחובות תעשה העיריה פעולות אלה: [...] (3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב...". מכוחה של פקודת העיריות הותקן חוק עזר לתל-אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ס-1980

(להלן: חוק העזר לתל-אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון) או חוק העזר), אשר סעיף 39(א)(1) לו קובע כי: "לא יניח אדם [...] כל דבר, אלא אם דרוש לעשות כן לטעינת הדבר או לפריקתו ותוך כדי פריקתו או טעינתו ולא יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העיריה ובהתאם לתנאי ההיתר". העירייה מציינת כי נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, שסעיף 39(א)(1) לחוק העזר מקנה לעירייה סמכות להסדיר את השימוש שנעשה ברחוב, גם כאשר הדבר נוגע למימוש חופש ההפגנה והמחאה; ולטענתה, מכאן שיש לראות בו כמקור סמכות גם בהקשר הנוכחי.

22. אשר לטעמים שבבסיס ההחלטה, העירייה טוענת כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא, ההחלטה איננה שוללת את זכותו של הפרט לקיים תפילה במרחב הציבורי, אלא אוסרת על הפקעת המרחב הציבורי מידיי הציבור הכללי לצורך הפיכתו ל-"מעין בית כנסת". העירייה מטעימה כי מדיניותה העקבית הינה כי לאיש אין זכות קנויה להפקיע חלקים מהמרחב הציבורי ולעשות בהם כרצונו, ולכן העירייה ממעטת להתיר קיומם של אירועים פרטיים במרחב הציבורי, שאינם נעשים בשיתוף עמה.

העירייה מוסיפה כי היא אינה מקלה ראש בזכותם של תושביה לקיים את חופש הפולחן, אולם לשיטתה מדיניותה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, משיגה איזון ראוי בין הרצון לשמור על המרחב הציבורי פתוח לכלל הציבור, לבין הרצון לאפשר לתושבי העיר הדתיים לקיים אירועי תפילה במרחב הציבורי: כך, בעוד שבהתאם למדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, לא תאושר בקשתו של גורם פרטי להסבת מרחב ציבורי אינטנסיבי לבית כנסת; במועדים מיוחדים, ובנסיבות מסוימות, תאושר הסבה חלקית של מרחב ציבורי, שאינו אינטנסיבי, לבית כנסת. העירייה מוסיפה ומדגישה כי ביחס ליום כיפור, היא אף נהגה בגישה מקלה ומאוזנת, המאפשרת הרחבת בתי כנסת קיימים, מתוך הכרה כי ביום זה ישנו ציבור גדול יותר מהרגיל המעוניין לפקוד את בתי הכנסת.

כך, ובהתייחס לנסיבות העניין דנן, העירייה טוענת כי החלטתה איננה פוגעת בזכות לחופש דת של תושבי העיר, שכן העירייה פעלה לאפשר את הרחבת בתי הכנסת הפזורים ברחבי העיר כדי לאפשר לכל המעוניינים לקחת חלק בתפילות יום הכיפורים לעשות כן, ובשים לב לכך שלא נאסר קיום תפילות בכיכר דיזנגוף, ובלבד שלא יוצבו במקום אמצעים פיזיים אשר יפקיעו את המרחב הציבורי ויעלו לכדי הקמת "מעין בית כנסת" במקום. כמו כן, נטען כי ממילא אין כל מצווה דתית המורה על קיום תפילות במרחב הציבורי דווקא, וכי רצונה של העמותה לקיים את אירוע תפילות יום הכיפורים,

תוך הצבת מחיצות להפרדה מגדרית, בכיכר דיזנגוף, נועדה "לתקוע אצבע בעין" ולקרוא תיגר על צביונה הליברלי של העיר תל אביב.

תמצית טענת התושבים התומכים בהחלטה

23. בתשובתם המאוחדת לשני הערעורים דנן, התמקדו התושבים התומכים בהחלטה בקביעת בית המשפט קמא לפיה לא נפל פגם בהחלטת העירייה לאסור על קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בהפרדה מגדרית במרחב הציבורי – והביעו תמיכה בה. לטענת התושבים התומכים בהחלטה, אף אילו הייתה העירייה מעוניינת במתן היתר לקיום האירוע שביקשה העמותה לקיים עם הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, לא הייתה היא מוסמכת לעשות כן. זאת, שכן בפסיקה נקבע כי לצורך קבלת החלטה שיש בה משום פגיעה בשוויון, ולשיטת התושבים התומכים בהחלטה – כזו הייתה החלטה המאשרת את קיום האירוע במתכונת שבה ביקשה העמותה לקיימו – נדרשת הרשות המנהלית להצביע על מקור סמכות, ואין בנמצא מקור המסמך את העירייה לעשות כן.

24. התושבים התומכים בהחלטה מוסיפים וטוענים, כי בתור הגוף הריבוני המשקף את עמדות הציבור בעיר, העירייה סוברנית להחליט על איסור גורף לאירועים בהם מתקיימת הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים. נטען כי לאף אדם אין זכות שהמרחב הציבורי יופקע לטובתו, וחופש הדת והפולחן אינם כוללים את הזכות שהמרחב הציבורי הכללי יהפוך לאתר פולחן. בתוך כך, נטען כי הזכות לחופש דת ופולחן הינה זכות שלילית, האוסרת על המדינה או על רשויות ציבוריות לסכל את אפשרות הפולחן של הפרט. לפיכך, כך טוענים התושבים התומכים בהחלטה, זכות זו אינה כוללת חובה פוזיטיבית המוטלת על רשות מקומית להקצות משאבים לטובת פולחן כזה או אחר, וודאי שהיא אינה כוללת את החובה להקצות דווקא משאב מסוים וספציפי, כגון כיכר מרכזית בעיר. כמו כן, בדומה לעירייה, גם התושבים התומכים בהחלטה טוענים בהרחבה כי לעמדתם, אין כל מצווה הלכתית לקיים תפילה בציבור, כך שגם מטעם זה אין לראות בהחלטה כפוגעת בזכות לחופש דת.

25. עוד טוענים התושבים התומכים בהחלטה, כי אף אם יונח לטובת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה כי החלטת העירייה מהווה שינוי מדיניות מנוהגה להתיר קיומן של תפילות במרחב הציבורי, אין בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת העירייה. זאת, שכן רשות מנהלית רשאית לשנות את מדיניותה, ובפרט כאשר מדיניותה הקודמת הייתה בלתי חוקית. בדומה, אף אם יונח כי טענת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, לפיה העירייה נתנה היתר לקיום אירועי תפילה מוסלמים שבהם נערכה הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, נכונה היא, גם בכך אין כדי להצדיק את שינוי החלטת העירייה.

לטענת התושבים התומכים בהחלטה, משמעות הדבר תהא כי בעבר קיבלה העירייה החלטה בלתי חוקית, אולם בכך אין כדי להצדיק קבלת החלטה בלתי חוקית נוספת.

26. נוסף לאמור לעיל, התושבים התומכים בהחלטה טוענים, כי אף בהתעלם מהיעדר מקור הסמכה להתיר את קיום האירוע שביקשה העמותה לקיימו תוך הצבת מחיצת הפרדה, החלטה ליתן היתר כאמור הייתה פוגעת בזכויות התושבים התומכים בהחלטה באופן שאינו מידתי ואשר אינו עולה בקנה אחד עם התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך התרת הפרדה מגדרית. כך, נטען כי כלל לא הוכח שחלק משמעותי מהציבור שהאירוע שהעמותה ביקשה לקיים לכבודו מעוניין כי יוצבו מחיצות להפרדה מגדרית באירוע, וממילא לא הוכח כי הציבור שהאירוע מיועד לו יימנע מלהשתתף בו אם לא יוצבו בו מחיצות. כמו כן, נטען כי בניגוד לעמדת העמותה והתושבים המתנגדים להפרדה, עצם העובדה שלצורך עריכת האירוע באופן שבו ביקשה העמותה לקיימו נדרשה הפקעת חלק נכבד מהמרחב הציבורי בכיכר דיזנגוף, באופן אשר היה מונע שימוש אחר בו על ידי הציבור הכללי, מלמדת כי לא ניתן לומר שההפרדה שיועדה להתקיים באירוע הינה וולונטרית גרידא. עוד נטען כי בעוד שלציבור המעוניין בהפרדה ישנן חלופות רבות בדמות מאות בתי הכנסת הפזורים ברחבי העיר, לציבור המעוניין בתפילה מעורבת במרחב הציבורי, יש מעט מאוד חלופות לעשות כן, כך שאילו היה ניתן היתר לעריכת האירוע כפי שביקשה העמותה לקיימו, אותו ציבור המעוניין בתפילה מעורבת היה נפגע.

27. לבסוף, נטען כי לא די בכך שמוטלת על העירייה, כרשות מנהלית, חובה לנהוג בכל תושביה בשוויון ולהימנע מיצירת הדרת נשים, אלא כפי שנקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, מקום בו גורם פרטי פועל או מבקש לפעול באופן שיש בו משום הדרת נשים, על הרשות המקומית לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת לאכוף את האיסור על כך.

הדיון בערעורים

28. ביום 9.10.2024 התקיים בפנינו דיון בערעורים דנן. בפתח הדיון ציין חברי, השופט ד' מין, כי המחלוקת הנוגעת לתפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף הינה מחלוקת שמוטב היה להימנע ממנה, במיוחד בתקופה הלא פשוטה, לשון המעטה, העוברת על כל תושבי המדינה. על כן, על דעת חברי ההרכב, השופט מין הציע לצדדים להידבר זה עם זה לצורך בחינת האפשרות לקיים את האירוע במתכונת בו ביקשה העמותה לקיימו, אך באחד מהמרחבים הציבוריים שאינם אינטנסיביים שהעמותה הביעה נכונות לערוך בהם תפילה (אם כי, לעמדת העירייה, שלא בהפרדה), כגון, למשל, גן מאיר. לאחר שניתנו לצדדים מספר הזדמנויות לבוא בדברים בנושא מחוץ לאולם בית

המשפט, הודיע בא-כוח העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה כי הצעתנו מקובלת עליהם. עם זאת, העירייה סירבה להצעה זו.

לאחר שניסיון הצדדים להגיע לכדי הסכמות בתחילת הדיון לא צלח, טענו באי-כוחם של הצדדים לגופם של דברים. במהלך טיעוני הצדדים, ובתשובה לשאלתי שנועדה להבהיר את עמדת העירייה, אישר בא-כוחה כי בהתאם למדיניותה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, אילו הייתה מוגשת בקשה לקיום אירוע תפילה בשטח עירוני לא אינטנסיבי ללא הפרדה מגדרית, הייתה זוכה בקשה זו לאישור העירייה.

בהתייחס לדברים אלו ביקשתי להקשות על בא-כוח העירייה, ושאלתיו האם פירושו של דבר הוא, כי בקשה לקיום אירוע תפילות כנהוג בזרם הרפורמי – הייתה מתקבלת; ואילו בקשה לקיום אירוע זהה כנהוג בזרם האורתודוקסי – הייתה נדחית. גם לשאלה זו, השיב בא-כוח העירייה בחיוב.

למשמע דברים אלו שאלו חבריי, השופטים מינץ ו-גרונסקופף, את בא-כוח העירייה, האם אין הוא מוצא קושי בעמדתה האמורה של העירייה, היות שעל פני הדברים, מדובר במדיניות מפלה כלפי אורח התפילה האורתודוקסי. בא-כוח העירייה השיב כי לשיטתו אין במדיניות העירייה משום הפליה, שכן היא חלה באופן אחיד ורוחבי ביחס לכל אירוע במרחב הציבורי.

בהמשך לכך, שיקפנו לבא-כוח העירייה כי לעמדתנו, ייתכן כי ישנו טעם להבחין, בהקשר הנדון, בין אירוע שמטרתו קיום תפילה לבין אירוע ציבורי אחר. על רקע זה, בתום הדיון, הורינו לצדדים לצאת את אולם בית המשפט פעם נוספת ולבחון את האפשרות להסכים לפשרה מהסוג שהוצע בתחילת הדיון. לאחר מספר דקות שבו הצדדים לאולם, ובא-כוחה של העירייה הודיע לנו שהעירייה עומדת על סירובה. משכך, לא נותר בידינו אלא להכריע בערעורים.

כפי שכבר צוין לעיל, בשל קרבת הזמן בין מועד הדיון לערב יום הכיפורים, ניתנה על-ידינו ביום 9.10.2024 הכרעה בלתי מנומקת. כיממה לאחר מכן הודיעה עמותת ראש יהודי, מטעמים שאינם בידיעתנו, כי למרות ההיתר שניתן לה בהכרעתנו, החליטה שלא לקיים את אירועי התפילה בגן מאיר. רצונה כבודה. ואולם, אין בהחלטתה כדי לבטל את חובתנו לתת את הנימוקים להכרעתנו – וכך אנו עושים.

29. הערעורים דנן מעוררים שתי שאלות: הראשונה – האם רשאית רשות מקומית להחליט, לגבי חלק מהמרחב הציבורי (אותו "מרחב ציבורי אינטנסיבי"), כי לא יאושר שימוש לקיום תפילות בציבור (כפי שכינתה העירייה – כ-"מעין בית כנסת")? השנייה – האם רשאית רשות מקומית לקבוע כי בחלקים אחרים של המרחב הציבורי, יותר קיום תפילות בציבור כאמור, אולם זאת כל עוד לא מבוצעת בהם הפרדה מגדרית?

בפסק הדין נושא הערעורים דנן, השיב בית המשפט קמא על השאלה הראשונה – בשלילה; ואילו על השאלה השנייה השיב בית המשפט קמא – בחיוב. לעומתו, בפסק דינו החלקי מיום 9.10.2024, השבנו על השאלה הראשונה – בחיוב; ועל השאלה השנייה – בשלילה, ובכך למעשה קיבלנו את שני הערעורים דנן.

להלן אפרט את הנימוקים שהביאוני למסקנה זו. ואולם, בטרם שאעשה כן, אבקש להידרש, בתמצית, לסוגיה שנשזרה לכל אורך טיעוני הצדדים בערעורים שבפנינו, והיא היקף האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית בעיצוב המרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוטה.

האוטונומיה הנתונה לרשות מקומית בעיצוב המרחב הציבורי

30. נקודת המוצא, עליה עמד גם בית משפט זה בעניין פורום חירות בעליון, הינה כי לרשות מקומית נתונה מידה רבה של אוטונומיה בניהול ענייניה הפנימיים (ראו, מיני רבים: בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין, פ"ד נג(1) 1, 10-13 (1997); בג"ץ 6057/07 חאג' יחיא נ' שר הפנים, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' חיות (23.12.2007); ע"מ 6525/17 זנלכל בע"מ נ' המועצה האזורית עמק יזרעאל, פסקאות 21-18 לפסק דינו של השופט א' שטיין (31.12.2017) (להלן: עניין זנלכל); יצחק זמיר הסמכות המינהלית ב 442 (מהדורה שניה, 2010); נחמיה אבנרי משפט המקום – שלטון עצמי מקומי וחקיקה מקומית 387-325 (2013)).

ההכרה באוטונומיה המוענקת לרשות המקומית, מבוססת על כך שהנהגת הרשות המקומית נבחרת באופן דמוקרטי על ידי תושביה. לכן, ניתן להניח כי, כגוף נבחר, הנהגת הרשות המקומית מצויה בעמדה הטובה ביותר לקבוע את סדרי העדיפויות המקדמים את טובת תושביה (ראו: ע"מ 576/22 אונגר נ' עיריית רחובות, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ (14.9.2023); ע"מ 122/19 עמותת זכרון זאב צבי נ' מועצת עיריית ירושלים, פסקאות 4-5 לפסק דינו של השופט י' אלרון (4.8.2019)).

31. אחד המופעים בהם באה לידי ביטוי האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית, הינו החופש הנתון לה בעיצוב המרחב הציבורי בשים לב לצביון בו מעוניינים מרבית תושביה (ראו, למשל: ע"מ 7058/19 סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית), פסקה 7 לפסק דינו של השופט י' אלרון (20.4.2021); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקאות 26-27 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, פסקאות 4-7 לפסק דינו של השופט י' עמית ופסקה 27 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (26.10.2017) (להלן: עניין התאחדות הסוחרים); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 611 (2004) (להלן: עניין סולודקין)). עמד על הדברים השופט א' שטיין בפסק דינו בעניין זנלכל, בצינו כי:

"עצמאות השלטון המקומי מהווה ביטוי לדמוקרטיה פלורליסטית שבמסגרתה כל רשות מקומית מגשימה את רצון תושביה בנושאים מוניציפליים שונים ומגוונים. רשות מקומית אחת איננה חייבת להיות דומה לרשות מקומית אחרת. רשות מקומית מקיימת את רצון תושביה באמצעות נבחריהם הישירים אשר קבעו את מרכז חיהם בתחומה [...]. בדרך זו, מובטחת זהות בין האינטרסים של הנבחר לבין טובתם של תושבי המקום שנתנו לו את קולם בבחירות" (שס, בפסקה 20; ההפניות הוסרו י' כ').

32. יחד עם זאת, האוטונומיה הנתונה לרשויות מקומיות איננה בלתי-מוגבלת. ככל רשות מנהלית אחרת, כך גם הרשות המקומית מוגבלת בגבולות הדין, ובכללי המשפט הציבורי בפרט. כפי שציין בעניין זה הנשיא א' ברק: "שיקול-דעתה של הרשות המקומית אינו מוחלט. אין היא חופשית להחליט כרצונה. שיקול-דעתה של הרשות המקומית, ככל שיקול-דעת שלטוני, הוא לעולם מוגבל" (עניין סולודקין, בעמ' 611).

מגבלות האוטונומיה של הרשות המקומית באות לידי ביטוי גם ביחס לחופש הנתון לה להתחשב בצביון מסוים. כך, למשל, נקבע בפסיקה כי החלטת המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל לפיה, מטעמים של קידום הקהילתיות והמקומיות, רק תושבי הרשות רשאים לבוא בשערי בריכת השחייה הפועלת בתחומי המועצה, אינה חוקית, בהיותה לוקה בהפליה מחמת מקום מגורים (ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל (14.1.2021) (להלן: עניין מנסור)). כמו כן, נקבע בפסיקה כי החלטת המועצה המקומית כפר ורדים לחזור בה מהחלטתה להקים מקווה טהרה ביישוב משיקולים תקציביים ומטעמים של שמירה על הצביון החילוני של היישוב איננה סבירה, שכן לא ניתן במסגרתה משקל מספק לפגיעה המשמעותית בתושבות היישוב

שהינן שומרות מצוות (ע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.2014) (להלן: עניין כפר ורדים)).

33. אכן, השאלה בדבר מגבלות האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית, מתעוררת לא פעם בהקשרים של ענייני דת במרחב הציבורי. מחד גיסא, מדובר בהקשר שבו רגשות הציבור המקומי והעדפותיו באים לידי ביטוי באופן בולט במיוחד, כך שאך טבעי הוא שדווקא בענייני תפעל הרשות המקומית לעצב את המרחב הציבורי באופן המשקף את רצונות תושביה (לגישה זו ראו, למשל: עניין התאחדות הסוחרים; עניין סולודקין; בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)). מאידך גיסא, עיצוב המרחב הציבורי באופן המביא לידי ביטוי את העדפות תושבי הרשות המקומית בענייני דת, עלול לעורר, מטבע הדברים, טענות שונות בעניין פגיעה בזכויות הפרט – טענות אשר עשויות, בתורן, להצדיק הטלת מגבלות על האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית (ראו, בהקשר זה, למשל: בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020) (להלן: עניין שוקרון); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331 (2010) (להלן: עניין סולודוך); עניין כפר ורדים).

על רקע זה, צוין בפסיקה כי אף שרשות מקומית מצויה בעמדה הטובה ביותר לקבל החלטות המקדמות את טובת תושביה גם באשר למחלוקות הנוגעות לענייני דת ופרהסיה, "השאלה עד כמה רשאית הרשות להביא בחשבון שיקוליה את צביון היישוב היא שאלה לא פשוטה" (עניין שוקרון, בפסקה 30 לפסקה דינו של השופט י' עמית; עניין כפר ורדים, בפסקה 31 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

34. כאמור, מדובר בסוגיה מורכבת ואין זה המקום להכריע בה על כל היבטיה ורבדיה (לדיון מעמיק בסוגיה זו ראו: יששכר (איסי) רוזן-צבי "ממקומיות לאזויות – לקראת סדר יום חדש למשפט השלטון המקומי" דין ודברים ב 159 (תשס"ו); ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים ו 85 (2011); מורן נגיד "תפיסת האוטונומיה המקומית – שתי גישות קצה, או לא, לשלטון המקומי בישראל" מחקרי משפט לד 1 (2023)). כל שביקשתי לומר בפרק זה, הינו כי אף שלרשות מקומית ישנה אוטונומיה רחבה בעיצוב המרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוטה, אין מדובר באוטונומיה בלתי מוגבלת והרשות ממשיכה להיות מחויבת לכללי המשפט הציבורי.

מצוידים בתובנה זו, נמשיך להלן לבחינת השאלות המתעוררות בערעורים דנן – תחילה השאלה העומדת במרכז ערעור העירייה; ולאחר מכן השאלה העומדת במרכז ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה.

חוקיות ההחלטה לאסור קיום אירועי תפילה בכיכר דיזנגוף

35. כמתואר לעיל, במוקד ערעור העירייה ניצבת קביעתו של בית המשפט קמא לפיה נפל פגם בהחלטתה לאסור לחלוטין קיום אירועי תפילה בכיכר דיזנגוף. כפי שצינו לעיל, בפסק דינו קבע בית המשפט קמא כי החלטת העירייה לאסור על קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף היא "החלטה גורפת, לא מנומקת ובלתי סבירה". זאת, בעיקר משום שלא ניתן במסגרתה משקל מספק לחובת העירייה להתחשב בחופש הדת והפולחן של תושביה.

36. אכן, שיטתנו המשפטית הכירה בחשיבותה של הזכות לחופש דת ופולחן, הנגזרת מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, מיני רבים: בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286 (1993); עניין סולודוך, בעמ' 376; עניין כפר ורדים, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; אהרן ברק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – כרך ב' – הזכות לכבוד האדם 1027-1029 (2023) (להלן: ברק, כרך ב')). לפיכך, אין חולק כי רשות מקומית, ככל רשות שלטונית אחרת, מחויבת להימנע מלפגוע בחופש הדת והפולחן של תושביה ולאפשר להם לפעול על פי אמונתם תוך מימוש מצוות דתם (ראו, למשל: בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2114-2115 (1962); בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ס' גובראן (22.6.2011) (להלן: עניין האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל)).

37. במסגרת הערעורים דנן נתגלעה מחלוקת בין הצדדים האם ההחלטה לאסור קיום אירועי תפילה בכיכר דיזנגוף, פוגעת בזכות תושבי העיר המעוניינים בכך לחופש דת ופולחן. כך, בעוד שהעמותה והתושבים המתנגדים להחלטה טוענים כי זכות זו משתרעת גם על חירותו של הפרט לערוך תפילה קבוצתית בפרהסיה, ובפרט כאשר מדובר בתפילות יום הכיפורים; העירייה והתושבים התומכים בהחלטה טוענים כי אין כל מצווה דתית לערוך את תפילות יום הכיפורים בציבור, וכי הפסיקה ממילא לא הכירה בזכות לחופש דת ופולחן כזכות חיובית, המטילה חובה על הרשות להקצות משאבים לצורך מימושה – להבדיל מחובה להימנע מלפגוע בה.

השאלה האם הזכות לחופש דת ופולחן נפגעת כאשר רשות מקומית מסרבת להקצות שטח ציבורי לצורך תפילה קבוצתית בפרהסיה, איננה שאלה פשוטה. ללא תלות במעמד ההלכתי של רצונם של המתפללים לקיים את תפילות יום הכיפורים במרחב הציבורי מחוץ לבית הכנסת, יש ממש בטענת העירייה והתושבים התומכים בהחלטה כי פסיקתנו טרם הכירה בהיבט החיובי של הזכות לחופש דת ופולחן. עמד על הדברים השופט ע' פוגלמן בעניין כפר ורדים בצינו כי: "טרם נקבע בפסיקתנו כי זכות זו מקימה חובה פוזיטיבית על המדינה להקצות משאבים ציבוריים לצורך אספקת שירותי דת" (שם, בפסקה 26; וראו גם: בג"ץ 57/06 חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת, פסקה יד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (16.7.2006); לגישה התומכת בהכרה בהיבט החיובי של זכות זו ראו: ברק, כרך ב', בעמ' 1032-1033).

38. יחד עם זאת, אף אם אניח לטובת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה כי החלטת העירייה פוגעת בזכות לחופש דת ופולחן, אין משמעו של דבר כי דין החלטת העירייה להתבטל. ככל זכות חוקתית אחרת בשיטתנו, אף הזכות לחופש דת ופולחן אינה זכות בלתי מוגבלת (עניין סולודוך, בעמ' 378). לכן, ככל שיש בידי העירייה להצביע על מקור המקנה לה סמכות לפגוע בזכות זו, ועל כך שבמסגרת שיקול דעתה בקבלת החלטתה ערכה העירייה איזון ראוי בין הפגיעה בחופש הדת והפולחן לבין האינטרסים המצדיקים את הפגיעה בזכות זו, כי אז הקביעה כי נפל פגם בהחלטתה האמורה, הינה מוטעית.

לבחינת שאלות אלו אדרש להלן.

מישור הסמכות

39. החלטת העירייה לדחות את בקשת העמותה לקיים את האירוע בכיכר דיזנגוף, התבססה על נוהל העירייה בעניין שימוש במרחב ציבורי, אשר מטרתו "להתוות את שיקול הדעת של העירייה במתן אישורים לשימוש במרחב הציבורי" (סעיף 2.1 לנוהל העירייה). נוהל זה קובע כי לצורך קיום אירוע במרחב הציבורי המצוי בתחום שיפוטה של העירייה, יש להגיש בקשה לאישור המשנה למנכ"ל העירייה, אשר יחליט בה לאחר שיוועץ במנהל הגוף שהמרחב בו מבוקש לקיים את האירוע מצוי תחת אחריותו (ראו סעיפים 3.4, 4 ו-5 לנוהל העירייה).

40. בסעיף 1 לנוהל העירייה, מפורטים מקורות הסמכות אשר מכוחם הותקן הנוהל, כאשר הרלוונטיים לענייננו הם חוק העזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), והסמכות הנובעת מהיותה של העירייה "הבעלים של המרחב הציבורי ומחזיקה בו כנאמן

של הציבור". ועולה השאלה: האם מקורות אלו מסמיכים את העירייה לפגוע בזכות תושביה לחופש דת ופולחן?

41. חוק העזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), הותקן על ידי מועצת העירייה מכוח סמכותה לפי סעיף 250 לפקודת העיריות, המסמיך אותה להתקין חוקי עזר כדי לאפשר את ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר, לרבות שמירה וניהול תקינות רחובות העיר והגנים הציבוריים שבה (סעיפים 235 ו-249 לפקודת העיריות). כך, סעיף 39(א)(1) לחוק העזר קובע כי:

"לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל לרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל לרחוב, כל דבר, אלא אם דרוש לעשות כן טעינת הדבר או לפריקתו ותוך כדי פריקתו או טעינתו ולא יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העיריה ובהתאם לתנאי ההיתר" (ההדגשה הוספה – י' כ')

יוצר כי המונח "רחוב" מוגדר בחוק העזר באופן רחב הכולל, בין היתר, גם: "...רחבה, כיכר או גן..." (סעיף 1 לחוק העזר).

בפסיקתנו, פורש סעיף זה, הקיים בנוסח זהה או דומה גם בחוקי עזר של ערים נוספות (ראו לעניין זה: בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן והאסמכתאות שם (19.8.2020) (להלן: עניין פדידה)), כמקנה לעירייה סמכות רחבה "להגן על אינטרס הציבור לעשות שימוש בשטחים הציבוריים שבעיר בלא מפריע", וזאת אף מקום בו שמירה על אינטרס זה כרוכה בפגיעה בזכויות הפרט (ראו: ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 776 (2004) (להלן: עניין טויטו); רע"פ 7283/23 וקסלר נ' מדינת ישראל, פסקה 24-29 (11.3.2024) (להלן: עניין וקסלר)). כך, למשל, בעניין טויטו קבעה השופטת א' פרוקצ'יה כי הסעיף המקביל לסעיף זה בחוק העזר לירושלים, הקנה לעיריית ירושלים סמכות לפנות מאהל מחאה שהוצב תקופה ממושכת מול משכן הכנסת, אף שיש בדבר משום פגיעה בחופש הביטוי והמחאה של מארגני המאהל והמשתתפים בו. כך, צוין כי:

"בלא היתר מהרשות המוסמכת אין היתר לאזרחים לתפוס חזקה לאורך זמן ברחוב המיועד לשימוש הציבור הרחב ולהציב עליו מאהל והמתקנים שנועדו לשרת את צורכי שהותם במקום, ותהא התכלית שהם מבקשים לקדם חשובה ככל שתהא. סמכותה וחובתה של הרשות המקומית להגן על אינטרס הציבור לעשות שימוש

ברחובות העיר בלא מפריע ובלא שייחשף למפגע ומטרד"
(שס, בעמ' 776 ואילך; וראו גם עניין וקסלר).

אם כן, כשם שסעיפים 235 ו-249 לפקודות העיריות וסעיף 39(א)(1) לחוק העזר שהותקן מכוחם, מסמיכים את העירייה לפנות את רחובות העיר ממתקנים שהונחו בהם, אף מקום שבו הדבר פוגע בחופש הביטוי והמחאה; כך יש לראות בהסדרים אלו כמקור סמכות עבור העירייה להתנות מלכתחילה הצבת מתקנים בשטח הציבורי שבעיר באישורה. זאת, אף מקום שיש בדבר משום פגיעה בזכויות אחרות, לרבות הזכות לחופש הדת והפולחן.

42. אשר לסמכותה של העירייה הנובעת מהיותה "הבעלים של המרחב הציבורי ומחזיקה בו כנאמן של הציבור" – בית משפט זה עמד לא פעם על העיקרון שלפיו רשות מקומית "מחזיקה את הקניין הציבורי שבבעלותה לטובת ציבור התושבים המתגוררים בתחומה, והיא מופקדת על ניהולו, שמירתו וניצולו בדרך המיטבית לרווחת התושבים" (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 227 (2000) (להלן: עניין בלומנטל); וראו גם: בר"מ 4443/03 עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה (17.7.2011); בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709, 718 (2004); דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כלכלי 548-547 (כרך ג', 2013)).

מכוח עיקרון זה, הכירה הפסיקה בסמכותה של הרשות המקומית להגביל את השימוש בשטח הציבורי, אף כשהדבר כרוך בפגיעה מסוימת בזכויות הפרט. כך, למשל, בבג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004) (להלן: עניין פארק רעננה), נקבע כי עיריית רעננה רשאית להתנות את הכניסה לפארק העירוני בתשלום דמי כניסה ממי שאינם תושבי העיר, חרף הפגיעה שמסב הדבר לזכויות לשוויון, וזאת אף ללא מקור חקיקה המסמיכה מפורשות לעשות כן (שס, בעמ' 223; וראו גם: עניין האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן). לפיכך, דומה כי ניתן לראות בחובת העירייה לנהל בנאמנות את הקניין הציבורי שבבעלותה לטובת ציבור תושביה, כמקור סמכות להגביל את השימוש בשטח הציבורי המצוי בתחום שיפוטה.

43. הנה כי כן, נמצא לנו כי החלטת העירייה לדחות את בקשת העמותה לקיים את האירוע בכיכר דיזנגוף, התקבלה בסמכות. להלן נמשיך ונבחן האם במסגרת קבלת החלטה זו נפל פגם בשיקול דעתה של העירייה.

44. בפסק דינו, קבע בית המשפט קמא כי החלטת העירייה לדחות את בקשת העמותה לקיים את האירוע בכיכר דיזנגוף, התבססה, בעיקרו של דבר, על מדיניותה עובר לפרוץ מגפת הקורונה לאסור על קיום תפילות המוניות במרחב הציבורי, ועל חששה כי הצבת מחיצות באירוע עשויה לעורר אי-סדר. בית המשפט קמא קבע כי אין בנימוקים אלו כדי להצדיק את החלטתה של העירייה, בפרט שעה שלא נשקלה כדבעי הפגיעה הגלומה בהחלטה בזכות תושבי העיר לחופש דת ופולחן.

מסכים אני לקביעה לפיה התבססות על מדיניות עבר אינה יכולה להוות, כשלעצמה, טעם מספק לקבלת החלטה מנהלית, נוכח החובה המתמשכת המוטלת על הרשות לשוב ולשקול את עמדתה, ולבחון האם יש ליישם את מדיניותה הכללית בשים לב למערכת העובדות הרלוונטיות בכל מקרה ומקרה (ראו, למשל: בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 36 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.7.2017)). עם זאת, אינני סבור כי נימוק זה היה הנימוק העיקרי שעמד בבסיס החלטת העירייה, העומדת במרכזם של הערעורים דנן.

45. בערעורה, הבהירה העירייה כי החלטתה לדחות את בקשת העמותה לקיים את האירוע בכיכר דיזנגוף, התבססה על מדיניותה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, מדיניות אשר התקבלה ביולי 2024, לאחר שבלשכת המשנה למנכ"ל העירייה התקבלו מספר בקשות לקיום אירועי תפילה במרחב הציבורי, לרבות תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף. כמתואר ברקע הדברים, מדיניות העירייה מתייחסת למקרים שבהם תאושר בקשה מצד גורם פרטי להקצאת חלק מהמרחב הציבורי לצורך הקמת "מעין בית כנסת", על ידי הצבת מתקנים פיזיים לצורך קיום תפילה. בתוך כך, המדיניות איננה מתייחסת לעצם התפילה במרחב הציבורי, אלא למניעת השימוש במרחב הציבורי, מכלל תושבי העיר, הנובעת מהפיכתו של המרחב הציבורי ל-"מעין בית כנסת". למעשה, העירייה הבהירה, הן במסמך סיכום הישיבות שבהן נתגבשה המדיניות, הן בטיעוניה הכתובים בפנינו, כי: "קיום תפילה כשלעצמו – היינו ללא הצבת מתקנים או חפצים שונים (דוגמת כסאות, שולחנות, במה וכו') אינה טעונה אישור העירייה. [...] זאת, שהלוא כל אדם, ואף קבוצת אנשים, רשאית לשהות במרחב הציבורי ולעשות בו ככל שתחפוץ, בכפוף להוראות הדין, ובכלל זאת אף להתפלל".

יתר על כן, מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי מבהירה כי לא תאושר הפקעה של המרחב הציבורי לצורך הקמת "מעין בית כנסת", ב-מרחבים עירוניים אינטנסיביים בלבד. לעומת זאת, בהתאם למדיניותה, בימים מיוחדים, בהם תפוסת בתי

הכנסת גבוהה במיוחד, העירייה תאשר בקשות לשימוש במרחב הציבורי לצורך קיום אירועי תפילה, ככל שלא מדובר במרחב עירוני אינטנסיבי ובתנאי שהקצאת המרחב הציבורי הנדון למטרה זו אינה פוגעת ביכולתם של יתר משתמשי המרחב הציבורי הנדון לעשות בו שימוש.

כלומר, מדיניות העירייה איננה קובעת איסור גורף על הקצאת המרחב הציבורי שבתחום העירייה לצורך קיום אירועי תפילה, אלא קובעת כי אירועים מסוג זה יוכלו להתקיים, בתנאים מסוימים, במרחב ציבורי שאיננו מרחב עירוני אינטנסיבי.

46. במסמך סיכום הישיבות שבהן נתגבשה המדיניות, הבהירה העירייה את הטעמים שעמדו בבסיס מדיניותה: צוין כי עמדתה הכללית של העירייה הינה כי המרחב הציבורי העירוני לא נועד לשמש גורמים פרטיים, אלא לעמוד לטובת הציבור הרחב. על כן, העירייה ממעטת לאשר בקשות להקצאת המרחב הציבורי לצורך קיום פעילות של גורם פרטי, שאיננה נעשית בשיתוף פעולה עם העירייה, שכן באלו יש משום "הפקעה דה-פקטו" של המרחב הציבורי, המונעת מהציבור להשתמש בו לצורך שימושי הרגילים. עם זאת, נוכח מחויבות העירייה לשמירה על חופש הדת של תושביה ולסייע להם בקיום מצוות דתם ואמונתם, מצאה העירייה לנכון לאשר בקשות להקצאת שטח ציבורי עירוני לצורך קיום אירועי תפילה, ולשיטתה התנאים הקבועים במדיניותה בהקשר זה מגלמים איזון ראוי בין אינטרס העירייה לשמירת המרחב הציבורי העירוני פתוח וחופשי עבור הציבור הרחב, לבין כיבוד הרצון של מקצת מתושבי העיר לקיים את מצוות דתם ואמונתם דווקא במרחב הציבורי.

ויודגש: אינטרס העירייה לשמור על המרחב הציבורי העירוני פתוח לרווחת כלל תושבי העיר, הינו אינטרס ראוי שאין להקל בו ראש. כאמור לעיל, בהיותה "הבעלים של המרחב הציבורי ומחזיקה בו כנאמן של הציבור", מחויבת העירייה לנהל, לשמור ולנצל את השטח הציבורי שבתחום שיפוטה בדרך המיטבית לרווחת תושביה (עניין בלומנטל; עניין יאנוח-ג'ת, בעמ' 718; עניין פארק רעננה, בעמ' 222-223). האמור נכון ביתר שאת מקום בו המרחב הציבורי העירוני הינו משאב מוגבל, שאז מחדל בניהולו עשוי לעלות לכדי אי-עמידה של הרשות בחובותיה כלפי תושביה (ראו: עניין מנסור, שם מפנה בהקשר זה השופטת ד' ברק-ארז, בפסקה 59 לפסק דינה, למאמר הקלאסי Garrett Hardin, 'Tragedy of the Commons', 162 Science 1243 (1968)).

47. על רקע האמור לעיל, למדים אנו כי החלטת העירייה לדחות את בקשת העמותה לקיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, נועדה לקדם אינטרס ציבורי חשוב –

שמירת המרחב הציבורי העירוני פתוח לרווחת כלל תושבי העיר אשר יוכלו להשתמש בו לייעודיו הטבעיים. ברם, בכך בלבד אין די כדי להצדיק את החלטתה של העירייה. מקום בו נטען כי החלטה מנהלית פוגעת בזכות יסוד, נדרש בית המשפט לבחון האם במסגרת קבלת ההחלטה אזנה כראוי הרשות המנהלית בין האינטרס שאותו ביקשה לקדם לבין הזכות שנטען כי ההחלטה פוגעת בה. איזון כאמור נערך על פי מבחני המידתיות: מבחן קיומו של קשר רציונלי בין תכלית ההחלטה לבין האמצעים שנבחרו להגשמתה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן "המידתיות במובן הצר", הבוחן את התועלת שתצמח מההחלטה בהשוואה לפגיעה בזכות הנפגעת כתוצאה ממנה (ראו: עניין סולודוך, בעמ' 379-382; בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל, פסקאות 71-73 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר (12.7.2021) (להלן: עניין ברזון); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – כרך ב' 627-628 (2010) (להלן: ברק-ארז)). נבחן אפוא להלן האם החלטת העירייה, לעניין קיום תפילות (ב-"מעין בית כנסת"), בכיכר דיזנגוף, עומדת מבחני המידתיות דלעיל.

48. את מבחן הקשר הרציונלי דומני כי אין חולק שהחלטת העירייה צולחת. איסור קיום אירוע התפילות שביקשה העמותה לקיים בכיכר דיזנגוף יבטיח כי מרחב זה, אשר הינו מרחב מרכזי בו מתקיימת פעילות אינטנסיבית של תושבי העיר, ייוותר פתוח לרווחת כלל תושבי העיר.

כמו כן, לעמדתנו, גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה צולחת החלטת העירייה. ניתן היה לסבור כי את היעד של מניעת הפגיעה ביכולת התושבים לעשות שימוש חופשי בכיכר דיזנגוף, ניתן היה להשיג על ידי תיחום אירוע התפילות שביקשה העמותה לקיים לשעות ספציפיות ולאזורים מוגדרים בשטח הכיכר. ואכן, בהחלטתו מיום 4.9.2024, ניסה בית המשפט קמא לגבש הסכמות בין הצדדים בהקשר זה. ואולם, ניסיון זה לא צלח, משעה שהבהירה העירייה כי גם עריכת האירוע בחלק מהכיכר, תגרום להפרעה ניכרת ליכולת השימוש בו. נוכח העובדה שהעירייה היא הגורם בעל הידע הרלוונטי בנושא, לא מצאתי מקום להרהר אחר עמדתה האמורה. על כן, בהינתן שגם אמצעי אלטרנטיבי שפגיעתו פחותה, עדיין צריך להגשים את תכלית ההחלטה באותה המידה או במידה דומה לה (ראו, למשל: בג"ץ 954/23 גאבו עסא נ' הרשות לפיתוח והתיישבות הבדואים בנגב, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית (31.12.2023)), סבורני כי אין בנמצא אמצעי שפגיעתו פחותה פרט לאיסור גורף על קיום האירוע בכיכר דיזנגוף.

הנה כי כן, דומה כי מוקד בחינת השאלה האם במסגרת קבלת החלטתה אזנה העירייה כראוי בין האינטרסים והזכויות שעל הפרק, מצוי ב-מבחן "המידתיות במובן

הצר". לעמדתו, גם את המבחן הנ"ל צולחת החלטת העירייה. זאת, שכן אף אם ההחלטה שלא לאשר את הקצאת כיכר דיזנגוף לצורך קיום אירוע תפילות יום הכיפורים פוגעת בזכות לחופש דת של חלק מתושבי העיר, סבורני כי, בהתחשב בחלופות התפילה הקיימות בעיר, מדובר בפגיעה קלת ערך באופן יחסי, ומכאן שידו של המשקל האינטרס הנוגד – הותרת כיכר דיזנגוף פתוחה לשימוש כלל הציבור – על העליונה. אבאר.

49. החלטת העירייה אמנם אסרה על הצבת מתקנים לצורך הקמת "מעין בית כנסת" בכיכר דיזנגוף, אך היא איננה אוסרת על איש להתפלל בכיכר, כיחיד או במסגרת קבוצה, באופן אשר אינו מונע מאחרים לעשות שימוש אחר במרחב הציבורי. בנוסף קיימות בעיר חלופות תפילה מגוונות, במספר רב של בתי כנסת מזרמים שונים של היהדות. על כן, ככל שהחלטת העירייה פגעה בזכות לחופש דת, היא פגעה בהיבט החיובי של זכות זו בלבד, ולא בהיבט השלילי (להבחנה בין ההיבט החיובי להיבט השלילי של זכות ראו: ברק, כרך ב', בעמ' 99-101). כאמור לעיל, בפסיקתו של בית משפט זה טרם הוכר ההיבט החיובי של הזכות לחופש דת, כך שההנחה שרשות מקומית מחויבת להקצות שטח ציבורי לצורך תפילה (במנותק משיקולי שוויון בהקצאת המרחב הציבורי, בהם אדון בהמשך הדברים), איננה טריוויאלית, וממילא איננו נדרשים להכריע בה במסגרת הערעורים דנן. זאת, שכן מדיניות העירייה איננה אוסרת באופן קטגורי על הקצאת המרחב הציבורי לצורך קיום אירועי תפילה, אלא קובעת כי בתנאים מסוימים, העירייה תקצה במרחבים עירוניים ציבוריים שאינם אינטנסיביים לצורך קיום אירועים מסוג זה.

כלומר, על רקע האמור לעיל, דומה שככל שהחלטת העירייה שלא לאשר את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף טומנת בחובה פגיעה בזכות לחופש דת, פגיעה זו מתבטאת אך בשלילת הזכות לקיים את האירוע בכיכר דיזנגוף. ברם, לשיטתי, בדרך כלל, אין לאדם זכות קנויה להתפלל במקום מסוים דווקא במסגרת של "מעין בית כנסת".

אכן, בהקשרים מסוימים, הכיר בית משפט זה בכך שהזכות החוקתית פורשת את מצודתה אף על המיקום שבו מבוקש לקיימה. אין להתפלא על כך שהעמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, ביקשו למצוא בפסיקה שעניינה זכות ההפגנה, ומימושה במקומות מרכזיים דווקא, בסיס לעמדתם כי היה על העירייה לא רק לאפשר קיום תפילה, בהפרדה מגדרית, בשטח ציבורי; אלא לאשר את קיומה בכיכר דיזנגוף דווקא.

אלא שאין ללמוד מהפסיקה בעניין הזכות לקיים הפגנות ומחאות דווקא במרכזה של עיר, לענייננו. ההצדקה להכרה בכך שההגנה על זכות ההפגנה מחייבת, לעיתים,

לאפשר לקיימה במרכזה של עיר, נובעת מכך שמיקומה של ההפגנה עשוי להוות, כשלעצמו, חלק מהמסר שמבוקש להעביר במסגרתה (עניין פדידה, פסקה 23 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 54 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (4.4.2021)). כך, צוין כי:

"הפגנה היא אפוא – מעצם טיבה וטבעה – אקט פומבי, בו מבקשים המפגינים להביא את מחאתם אל הקהל האפשרי הגדול ביותר, ומתוקף כך יש חשיבות רבה גם לבחירת המקום. לא לחינם בחרו הדוברים והמפגינים לאורך ההיסטוריה האנושית את 'כיכר העיר' כזירה המתאימה לעריכת הפגנות. הדבר נובע, מניה-וביה, מתוך ההכרה בכך שבכל הנוגע להעברת המסר הזירה אינה פחות חשובה מהמסר. הדברים יפים בייחוד שעה ש'כיכר העיר' אינה רק 'סתם' מקום מרכזי, אלא הבחירה בה נושאת כשלעצמה מטען או אמירה כלשהם. במצבים אלו, לא זו בלבד שהזירה (המדיום) אינה פחות חשובה מהמסר, אלא לעיתים היא כשלעצמה מהווה סוג של ביטוי" (בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משרת ישראל, פסקה 13 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (8.10.2017)).

רציונל דומה אינו קיים ביחס לתפילות.

עם זאת, הן בבקשתה לקיום האירוע בפני העירייה, הן בטיעוניה בפנינו, הטעימה עמותת ראש יהודי כי רצונה לקיים את אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף נובע מכך שביום הכיפורים קיים ציבור רב המעוניין להשתתף בתפילה, אשר בתי הכנסת הפרוסים ברחבי העיר אינם יכולים להכילו. בתוך כך, פרט לקרבה לבית הכנסת שבו נוהגים אנשי העמותה להתפלל, לא סיפקו העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה כל נימוק מדוע ישנה מבחינתם חשיבות בקיום האירוע בכיכר דיזנגוף דווקא. על כן, ככל שהחלטת העירייה לדחות את בקשת העמותה לקיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף פגעה בזכות חופש הדת והפולחן של מקצת מתושבי העיר, סבורני כי מדובר בפגיעה שאיננה נוגעת ללבנה של זכות זו.

50. הנה כי כן, סבורני כי החלטת העירייה ליתן את הבכורה לאינטרס של שמירת כיכר דיזנגוף פתוחה לשימוש כלל הציבור, הינה החלטה מידתית, אשר לא הצדיקה את התערבותו של בית המשפט קמא. טעמים אלו הם שעמדו ביסוד החלטתי לקבל את ערעור העירייה בפסק דיננו שניתן ללא נימוקים ביום 9.10.2024.

יחד עם זאת אבקש להוסיף הערה, במבט צופה פני עתיד (ולאור האמור בהמשך פסק דין זה): הקביעה לפיה רשאית הייתה העירייה להחליט את שהחליטה לגבי כיכר

דיזנגוף, יכולה להיות יפה גם לגבי מקומות מרכזיים (מבחינת השימוש שעושה בהם הציבור הרחב), דומים. לעומת זאת, אין משמעות הדבר שיישום האמור לעיל ייחשב ללגיטימי, גם כשהמקום שיוקצה למי שיבקש לקיים תפילות ביום כיפור במרחב הציבורי בעתיד יהיה אתר נידח. איזון ראוי יחייב, ככל שהדבר אפשרי, להקצות אתר שיש בו כדי לענות על הצרכים הלגיטימיים של מבקש האישור. כך, לדוגמה, על המקום להיות מרכזי לעניין הקרבה לאזור המגורים של המיועדים להשתתף באירוע, וזאת במיוחד כאשר עסקינן ביום כיפור, שבת וחג (המצריכים שהאתר יהיה במרחק הליכה סביר מאזור המגורים האמור), להיות רחב ידיים מספיק כדי להכיל את כמות המשתתפים הצפויה, וממוקם בסביבה המתאימה לקיים אירוע תפילה.

חוקיות ההחלטה לאסור קיום אירועי תפילה שנערכים בהפרדה מגדרית

51. ערעור העירייה, התמקד, כאמור, בקביעת בית המשפט קמא כי נפל פגם בהחלטה שלא לאשר את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף. ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, התמקד, לעומת זאת, בקביעת בית המשפט קמא כי לא נפל פגם בהחלטת העירייה לאסור את קיומם, במרחב הציבורי, של אירועי תפילה שנערכים בהפרדה מגדרית (ויהיה זה במרחב עירוני אינטנסיבי, כדוגמת כיכר דיזנגוף, או במרחב ציבורי שאינו אינטנסיבי). לעניין זה, טענתם העיקרית של העמותה ושל התושבים המתנגדים להחלטה בערעורם, הינה כי החלטתה הגורפת של העירייה לאסור קיום אירועי תפילה בהפרדה מגדרית במרחב הציבורי פוגעת בזכויותיהם החוקתיות של תושבי העיר המעוניינים בכך לחופש דת ולשוויון.

52. אקדים ואציין כי מבחינת מקור הסמכות, החלטת העירייה לאסור על קיום אירועי תפילה שנערכים בהפרדה מגדרית, התבססה על אותו מקור סמכות עליה הסתמכה בהחלטתה שלא לאשר את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף – סמכותה של העירייה לפי חוק העזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), וסמכותה הנובעת מהיותה "הבעלים של המרחב הציבורי ומחזיקה בו כנאמן של הציבור". כאמור לעיל, מקורות הסמכות הנ"ל מסמיכים את העירייה להתנות הצבת מתקנים בשטח העירוני הציבורי שבעיר באישורה, אף מקום שיש בדבר משום פגיעה בזכויות יסוד. על כן, לשיטתי, מקורות אלו מסמיכים את העירייה לאסור על הצבת אמצעים פיזיים להפרדה מגדרית במרחב הציבורי העירוני אף אם הדבר עשוי לגרום לפגיעה בזכויות יסוד מסוימות; כשם שהיה מקום לראות בהם כמקור סמכות להתיר הצבת אמצעים פיזיים להפרדה מגדרית במרחב העירוני הציבורי, חרף הפגיעה הגלומה בכך לזכויות הפרט, אילו זו הייתה החלטת העירייה.

אם כן, השאלה העיקרית העומדת להכרעתנו בגדר ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה איננה שאלה של סמכות, כי אם שאלה במישור שיקול הדעת.

ואולם, בטרם שאדרש לשאלה זו, אבקש להתייחס לטענות המקדמיות שהעלו העירייה והתושבים התומכים בהחלטתה, המצדיקות, לטענתם, את דחיית ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, על הסף.

טענות מקדמיות

53. לטענת העירייה והתושבים התומכים בהחלטה, בפסק דינו מהשנה שעברה בעניין פורום חירות בעליון, למעשה כבר הכריע בית משפט זה בשאלת חוקיות החלטת העירייה שלא להתיר קיום אירועי תפילות יום הכיפורים, במרחב הציבורי, בהפרדה מגדרית. על כן, לטענתם, אין מקום להשגות העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה בעניין האמור, בין אם מחמת קיומו של מעשה בית דין ובין אם מחמת קיומו של תקדים מחייב.

דינה של טענה זו להידחות.

בפתח פסק דינו בעניין פורום חירות בעליון עמד בית המשפט על כך ש-"לנוכח סד הזמנים הדוחק עד-מאוד, איננו סבורים כי זה הזמן והמקום להידרש לסוגיות כבדות-המשקל שהמערערים ביקשו להניח לפנינו"; ובסיום פסק הדין ציין בית המשפט כי: "פסק דינו זה מושתת על מספר עקרונות של טענות סף וכללי יסוד, וטענות המערערים שמורות להם לעתיד". כלומר, בית המשפט הבהיר, "ברחל בתך הקטנה", כי אין לראות באמור בפסק דינו כמכריע באופן סופי בשאלות הנכבדות שמעוררת סוגיית קיום תפילת יום הכיפורים בהפרדה מגדרית בכיכר דיזנגוף, לא כל שכן בקיומה בשטחי ציבור אחרים בעיר תל אביב.

יתרה מכך, בעוד שהחלטת העירייה בשנה הקודמת שלא לאפשר הפרדה מגדרית באירוע התפילות שביקשה העמותה לקיים ביום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, התבססה על נוהל העירייה משנת 2018 בלבד, ביסוד החלטתה דנן עומדת גם מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי. כפי שאבהיר בהמשך דבריי, מדיניות זו, אשר לא הייתה בנמצא בשנה שעברה, וממילא לא נדונה בפסק הדין בעניין פורום חירות בעליון, משנה מהותית את תמונת המצב, כך שגם מטעם זה אין לראות בפסק הדין מהשנה שעברה כמכריע בערעורים דנן.

54. טענת מקדמית נוספת שהעלו העירייה והתושבים התומכים בהחלטה, הינה כי דין ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה להידחות מחמת שיהוי, שכן נוהל העירייה בעניין שימוש במרחב הציבורי, לרבות סעיף 6 לו, האוסר על קיום הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, הותקן כבר בשנת 2018, ודבר קיומו היה ידוע לעמותה ולציבור הרחב עקב מספרן הרב של המחלוקות שהתעוררו לגביה כמתואר לעיל.

גם טענה זו אין בידי לקבל.

מרבית טענות העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה ממוקדות ביישום סעיף 6 לנוהל העירייה במסגרת החלטת העירייה, ולא בעצם חוקיותו של הנוהל, וזאת כפי שאבהיר להלן, וכעולה מפסק דיננו שניתן ללא נימוקים ביום 9.10.2024. על כן, משעה שעתירת העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה הוגשה ביום 9.8.2024, כחמישה ימים בלבד לאחר שנמסרה להם לראשונה החלטת העירייה (ביום 4.8.2024), אינני סבור כי ניתן לדחות את ערעורם מחמת שיהוי. כמו כן, וכפי שציינתי לעיל, בבסיס החלטת העירייה עמד לא רק נוהל העירייה, אלא גם מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, אשר התקבלה רק ביום 30.7.2024. גם מטעם זה אינני סבור כי יש מקום לדחות את הערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה מחמת שיהוי.

מישור שיקול הדעת – מידתיות ההחלטה לאסור, באופן גורף, על קיום אירועי תפילה במרחב הציבורי שנערכים בהפרדה מגדרית

55. את החלטתה לאסור את קיום האירוע במתכונת שבו ביקשה העמותה לקיימו, קרי – תוך הצבת מחיצות לצורך יצירת הפרדה מגדרית – נימקה העירייה בהפניה לסעיף 6(ד) לנוהל העירייה, הקובע, כשיקול בבחינת בקשות להקצאת מרחבים ציבוריים לצורך קיום אירועים פרטיים, כי: "לא תתקיים כל הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים". בטיעוניה, הטעימה העירייה כי יסודו של הכלל הקבוע בסעיף 6(ד) לנוהל, בתפיסת העירייה לפיה קיום אירוע תוך הצבת מתקנים פיזיים שמטרתם יצירת הפרדה מגדרית, טומן בחובו פגיעה אינהרנטית בזכותן של נשים לשוויון, ואינו עולה בקנה אחד עם הצביון הליברלי שהעיר תל אביב מאופיינת בו, ומעוניינת להמשיך להתאפיין בו.

56. אכן, נקודת המוצא במשפטנו היא ששירות ציבורי צריך להיות מוענק על בסיס שוויוני (עניין ברזון, פסקה 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; עניין שוקרון, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף). על כן, ככלל, מתן שירות ציבורי נפרד לגברים ולנשים, גם כאשר מדובר בשירות זהה בטיבו ובאיכותו, הינו פסול ומפלה (ראו, מיני רבים: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995); בג"ץ

746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 578 (2011) (להלן: עניין רגן); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה). עמד על הדברים חברי, השופט ע' גרוסקופף, בפסק דינו בעניין שוקרון, בצינו כי:

"האיסור על הבחנה במתן שירותים לציבור על בסיס קריטריון אסור, ומין בכלל זה, כולל, במקרה הרגיל, גם איסור על מדיניות של 'נפרד אך שווה' (separate but equal). מדיניות שכזו, המבחינה על בסיס מגדרי תוך יומרה לספק לגברים ולנשים שירותים באיכות שווה, היא ככלל מדיניות מפלה ופסולה. נפרד לעולם אינו שווה. עצם העובדה שהענקת שירות לציבור נעשית תוך הבחנה בין נשים וגברים, טומנת בחובה לרוב את הפגיעה המרכזית אותה ביקש המחוקק למנוע – הפגיעה הנובעת מתיוגו של מקבל השירות על פי הקריטריון האסור (המגדר אליו הוא משתייך), ולא על פי הקריטריון הרלוונטי להענקת השירות (זכאות, נזקקות וכיו"ב). אכן, 'מדיניות של 'נפרד אבל שווה' (separate but equal) הינה מעצם טבעה בלתי שווה ('inherently unequal')"

(שם, בפסקה 5 לפסק דינו).

אשר על כן, ככל שמדובר בכלל של ברירת מחדל, אינני סבור כי ישנו כל פגם במדיניות העירייה המגולמת בסעיף 6(ד) לנוהל, האוסרת על קיום אירועים במרחב הציבורי שבהן תיערך הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים. הקצאת המרחב העירוני הציבורי לצורך קיום אירוע שתיערך בו הפרדה מגדרית באמצעים פיזיים, שקול להקצאה של מרחבים עירוניים ציבוריים נפרדים לגברים ולנשים. בכך יש משום פגיעה בזכות לשוויון, הן של נשים והן של גברים, ובדרך כלל תהא זו פגיעה בלתי מידתית אשר תעלה לכדי הפליה פסולה.

57. יחד עם זאת, כבר נקבע בפסיקתנו כי לא בכל מקרה בו ננקטת הפרדה בין המינים על ידי רשות ציבורית, או בחסותה, יש בכך משום התנהלות אסורה שיש בה כדי להביא לפסילת המעשה המנהלי (ראו: עניין ברזון, בפסקה 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; עניין רגן, בעמ' 570). ככל זכות אחרת, גם הזכות לשוויון הינה זכות מוגבלת (ראו: ברק, כרך ב', בעמ' 945). על כן, מקום בו עומדים על הכף אינטרסים או זכויות המצדיקים את הפגיעה בשוויון הגלומה בקיום הפרדה מגדרית, עשויה פגיעה זו להיות מותרת. לעניין זה, הקשרם של הדברים עשוי להיות בעל השלכה מכרעת על סיווגה של ההפרדה המגדרית כהחלטה בלתי חוקית. יפים לעניין זה דבריו של השופט י' דנציגר בפסק דינו בעניין קול ברמה:

"לא כל פעילות או מדיניות אשר נטען לגביה כי היא מהווה 'הדרת נשים' אכן תסווג בהכרח בסופו של דבר כהפליה אסורה. כבר נאמר כי מציאות החיים בהקשרים אלה מורכבת, ואינה מאפשרת לאמץ גישה פשטנית וקיצונית על משמעויותיה. עמד על כך למשל השופט ט' ג'ובראן בעניין רגן, בהסבירו כי הקונטקסט המיוחד לפרקטיקת ההפרדה עשוי לשפוך אור שונה על השקפתנו בדבר חוקיותה בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך שציין בפרפראזה לדברי שופט בית המשפט העליון בארצות הברית *Cleburne v. Cleburne* [T. Marshall (1985) Living Center Inc., 473 U.S. 432, 468-469], כי "השלט 'גברים בלבד' נראה על דלת של חדר שירותים אחרת לגמרי מאשר על דלת של אוטובוס". זו תהא אפוא נקודת המוצא לבחינת מופעים החשודים בהדרת נשים" (שם, בפסקה 24 לפסק דינו).

הנה כי כן, העובדה שאת החלטתה לאסור את קיום האירוע, במרחב הציבורי, ככל שתוצב בו מחיצה לצורך הפרדה מגדרית, נימקה העירייה ברצונה למנוע פגיעה בזכות לשוויון של תושבות העיר, הינה נקודת הפתיחה של הניתוח המשפטי בלבד. אף שמדובר בנקודת פתיחה מבוססת במיוחד, אין היא גם, בהכרח, נקודת הסיום. אל מול אינטרס שמירת השוויון בין נשים לגברים, שומה היה על העירייה לבחון את הפגיעה בזכויות התושבים שרצו לקחת חלק באירוע שביקשה העמותה לקיימו, ובאופן שבו ביקשה העמותה לקיימו, ולאזן בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים. לבחינה זו נדרש עתה.

58. אל מול האינטרס החשוב העומד בבסיס החלטת העירייה לאסור את קיום האירוע, ככל שתוצב בו מחיצה לצורך הפרדה מגדרית, עומדים האינטרסים והזכויות של ציבור התושבים המעוניין בקיום האירוע בו מדובר – תפילה ביום כיפור – בהפרדה מגדרית, שכן זוהי הדרך של קיום מצוות דתם. בפסיקתו, נדרש בית משפט זה, לא פעם, לאיזון בין זכויות ואינטרסים סותרים, בהקשר של הפרדה מגדרית מטעמי דת (ראו והשוו: עניין ברזון, עניין שוקרון, עניין קול ברמה ועניין רגן; לסקירה מקיפה בהקשר זה ראו: נטע ברק-קורן "הפרדה מגדרית במרחב הציבורי: מיפוי תיאורי ומודל נורמטיבי ראשוני" משפטים נב 725 (2024) (להלן: ברק-קורן)). עם זאת, ענייננו שונה מהמקרים הקודמים שנדונו בפסיקה בהקשר האמור, בשני היבטים מרכזיים:

ראשית, ככל שידיעתי משגת, בכלל המקרים שבהם נבחנה חוקיותה של הפרדה מגדרית בפסיקתו של בית משפט זה עד עתה, נתקפה, בשם הזכות לשוויון, החלטתה של רשות מנהלית שאישרה קיומה של הפרדה מגדרית מטעמי דת. ואולם, במסגרת ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, נתקפה החלטה מנהלית שאסרה, באופן גורף,

קיומה של הפרדה מגדרית במרחב הציבורי. לנפקותו המשפטית של הבדל זה, אשוב בהמשך דבריי.

שנית, במקרים שבהם נבחנה בעבר חוקיותה של הפרדה מגדרית, ערך בית משפט זה איזון בין הזכות לחופש דת של המבקשים לקיים פעילות בהפרדה מגדרית (או אינטרס הרשות בשמירה על רגשות הציבור הדתי בהקשר זה), לבין הזכות לשוויון של מי שעתרו נגד ההחלטה שאשרה את קיום ההפרדה המגדרית. עם זאת, בענייננו, כפועל יוצא ממדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, הניצבת בבסיס החלטתה, התושבים המעוניינים בקיום האירוע בהפרדה מגדרית אינם נתלים רק בזכותם לחופש דת, אלא גם בזכויותיהם לשוויון ולכבוד, נוכח פגיעתה הקשה של מדיניות העירייה ברגשותיהם הדתיים. אסביר.

כפי שצינתי לעיל, במענה לשאלותינו במהלך הדיון בערעורים דנן, הבהיר בא-כוח העירייה, כי על פי מדיניותה, אילו הייתה מוגשת לעירייה בקשה לקיום אירוע תפילות כנהוג בזרם הרפורמי, במרחב ציבורי שאינו אינטנסיבי – הייתה בקשה זו מתקבלת; ואילו הייתה מוגשת לעירייה בקשה לקיום אירוע זהה כנהוג בזרם האורתודוקסי – הייתה העירייה דוחה אותה.

במדיניות העירייה גלומה אפוא הבחנה בהקצאת משאבים ציבוריים, שתוצאתה מבוססת על השתייכות לקבוצה דתית. זאת, שכן על פי מדיניותה, העירייה תיעתר לבקשות לקיום אירועי תפילה של קבוצות דתיות אשר קיום התפילה בהפרדה מגדרית אינו עומד במרכז תפיסתן הדתית (למשל זרם היהדות הקונסרבטיבית וזרם היהדות הרפורמית וכן הקהילות הנוצריות), אך תסרב לבקשות דומות מצד קבוצות דתיות שקיום התפילה בהפרדה מגדרית עומד במרכז תפיסתן הדתיות (כגון זרם היהדות האורתודוקסית או הקהילה המוסלמית). בכך יש משום פגיעה בזכות לשוויון של ציבור תושבי העיר המשתייכים לקבוצות דתיות שקיום תפילה בהפרדה עומד במוקד אמונתן, ואשר מעוניינים להשתתף באירוע מהסוג שביקשה העמותה לקיים (על האיסור להפלות בין זרמים שונים ביהדות בהקצאת משאבים ציבוריים ראו: בג"ץ 7092/09 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לשירותי דת (12.12.2023); בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה (19.5.2009); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999)).

יתרה מכך, מדיניות זו מעבירה מסר קשה לציבורים אשר על פי מסורתם מתפללים בהפרדה מגדרית, לפיו אופן התפילה הנהוג בקהילותיהם מימים ימימה הינו

פסול, בעוד שהאופן שבו נוהגות קהילות אחרות לקיים את תפילותיהן הינו ראוי. בכך יש משום פגיעה קשה ברגשות הציבור הדתי הנוהג להתפלל בהפרדה מגדרית, ובזכותם לכבוד (על חובתה של הרשות המקומית לשיקול פגיעה ברגשות הדת, ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 34-36 (1997); עניין סולודקין, עמ' 621-611; עניין סולודוך, בעמ' 376).

59. הנה כי כן, אל מול האינטרס הציבורי הראוי העומד במוקד החלטת העירייה – שמירה על הזכות לשוויון – עומדת פגיעה קשה בזכות לשוויון, לכבוד ולחופש דת, וכן ברגשות הציבור הדתי. לצורך הבחינה האם העירייה איזנה כראוי בין שיקולים אלו במסגרת החלטתה לאסור על העמותה לקיים את האירוע באופן שבו ביקשה לקיימו, נדרש, גם כאן, לשלושת מבחני המידתיות:

דומני כי החלטת העירייה צולחת את מבחן הקשר הרציונלי ללא כל קושי. ברי כי איסור קיום האירוע ככל שתוצב בו מחיצה לצורך קיום הפרדה מגדרית, מקדם את התכלית שעמדה בבסיס החלטתה של העירייה – שמירה על הזכות לשוויון במובן של מניעת ההפרדה המגדרית. כמו כן, סבורני כי גם מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מעורר כל קושי בהקשר בו עסקינן, שכן מחד גיסא, כל אמצעי פיזי ליצירת הפרדה מגדרית לא היה מגשים את תכלית ההחלטה במידה קרובה מספיק (וראו את יחס העירייה לניסיון העמותה מהשנה שעברה ליצור הפרדה באמצעות שרשרת דגלים); ואילו, מאידך גיסא, העמותה עמדה על כך שקיום הפרדה מגדרית בלא שימוש באמצעי פיזי, אינו עולה בקנה אחד עם תפיסותיו הדתיות של ציבור המתפללים האורתודוקסי.

אם כן, גם ביחס לשאלה דנן המוקד הוא ב-מבחן "המידתיות במובן הצר".

60. כפי שצינתי לעיל, מבחן "המידתיות במובן הצר", בוחן את התועלת שתצמח מההחלטה בהשוואה לפגיעה בזכות הנפגעת כתוצאה ממנה. כלומר, מדובר למעשה במבחן איזוני המבקש לפתור את ההתנגשות בין האינטרסים והזכויות המתנגשים באופן השומר, עד כמה שניתן, על הרמוניה ביניהם. עמד על הדברים הנשיא (בדימ') פרופ' אהרן ברק, בכתובתו האקדמית, בציינו כי: "המאפיין את תורת האיזון הוא העובדה שהינה תהליך נורמטיבי שבו מבקשים לפתור התנגשות בין ערכים נוגדים. הפתרון אינו בדרך של 'הכל או כלום'. ההכרעה נעשית בדרך של מתן משקל לערכים המתנגשים והעדפתו של אותו ערך שידו על העליונה. באיזון, הערכים השונים שומרים על מקומם בשיטת המשפט" (אהרן ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כך ד – הביקורת השיפוטית, 1969 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 2023)).

ביטוי לגישה זו, המבקשת למצוא איזון בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, ניתן למצוא בהתייחסותו של חוק איסור הפליה למקרה הייחודי של הפרדה מגדרית מטעמי דת. כלל הבסיס הקבוע בחוק איסור הפליה, האוסר הספקת מוצרים ושירותים ציבוריים או הפעלת מקומות ציבוריים באופן מפלה (סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה), מהווה ביטוי מובהק לגישה הנוהגת בשיטתנו לפיו שירות לציבור צריך להיות מוענק על בסיס שוויוני. עם זאת, בסעיף 3(ד) נקבעו לכלל זה מספר חריגים, אשר הרלוונטי לענייננו מצוי בסעיף 3(ד)(3), הקובע כי:

”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”.

אמנם, חובת השוויון המוטלת על רשויות המנהל, ובכלל זה על הרשויות המקומיות, רחבה מזו הקבועה בחוק איסור הפליה (עניין מנסור, בפסקאות 41-44 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). עם זאת, בפסיקה נקבע כי ניתן לראות בהסדר הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה כמעין ”נוסחת איזון ספציפית”, בין חופש הדת והזכות לשוויון בהקשר של הפרדה מגדרית מטעמי דת, ממנה ניתן לשאוב השראה גם כאשר אין עסקינן בהחלה ישירה של חוק זה (ראו: עניין ברזון, פסקה 101 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; עניין שוקרון, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף; עניין רגן, בעמ' 575; וראו גם: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 386-383 (2016)).

בתוך כך, בשנת 2019, על רקע הליכים משפטיים אשר נגעו להחלטת עיריית עפולה לאשר קיום אירוע תרבות שיועד להתקיים בהפרדה מגדרית בפארק העירוני (ראו: עת"מ (מנהליים נצ') 17209-08-19 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית עפולה (11.8.2019); עת"מ (מנהליים נצ') 23791-08-19 ארבל נ' עיריית עפולה (14.8.2019); עע"מ 5435/19 שרון נ' עיריית עפולה (14.8.2019)), פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות, ברוח נוסחת האיזון הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה והפסיקה אשר נדרשה אליה בבחינת חוקיותה של הפרדה מגדרית. ההנחיות נועדו להנחות רשויות מקומיות בבואן לשקול בקשות לקיום אירועי תרבות שמבוקש לקיימם בהפרדה מגדרית. על פי

הנחיות היועמ"ש, כאשר רשות מקומית נדרשת לבחון בקשות מסוג זה, עליה ליישם מבחן דו-שלבי, כדלקמן:

בשלב הראשון, הרשות המקומית נדרשת לבחון את מידת ההצדקה לקיום האירוע בהפרדה מגדרית, קרי – האם ללא קיום ההפרדה יימנע חלק מהציבור לו מיועד האירוע מלקחת בו חלק (פסקה 16 להנחיות היועמ"ש). שלב זה מתמקד במידה רבה בעוצמת הפגיעה בזכות לחופש דת, אם לא יקוים האירוע בהפרדה מגדרית. על כן, לשיטתי, במתן מענה לשאלה זו ניתן להידרש לשאלת מרכזיותה של הנורמה שבשמה מבוקש לקיים את האירוע בהפרדה מגדרית, בפרקטיקה הדתית של הציבור לו מיועד האירוע, כפי שנעשה בהקשרים דומים בפסיקה בעבר (ראו והשוו: עניין ברזון, פסקאות 92-99 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; עניין קול ברמה, פסקאות 53-56 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; עניין רגן, פסקאות י', כ"ג-כ"ד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

בשלב השני, נדרשת הרשות המקומית לבחון את מידת הפגיעה בשוויון שתגרם מקיום האירוע בהפרדה מגדרית (פסקה 17 להנחיות היועמ"ש). לצורך מענה על שאלה זו, ציין היועץ המשפטי לממשלה, בהנחיותיו, כי הרשות המקומית נדרשת לתת את דעתה למספר שיקולים ובהם מידת הוולונטריות של ההפרדה המגדרית באירוע (לשיקול זה בפסיקה ראו: עניין ברזון, פסקה 101 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; עניין רגן, בעמ' 577; כן ראו: ברק-קורן, בעמ' 762-763); האם מדובר באירוע המיועד לקהל מסוים ומוגדר המעוניין בקיום הפרדה מגדרית (שאו תפחת מידת הפגיעה בשוויון הגלומה בקיומו בהפרדה מגדרית), או באירוע הפונה לקהל הרחב (השוו לשיקול "הציבוריות" במאמרה של ברק-קורן, בעמ' 761-762); האם מתקיים "שוויון חומרי" בתנאים המוצעים במתחמים הנפרדים לנשים וגברים, כך שאכן מדובר במצב של "נפרד אך שווה" (ראו במאמרה של ברק-קורן, בעמ' 760-761); ומה מידת ההשפעה של קיום האירוע בהפרדה מגדרית על הציבור שאינו מעוניין בהפרדה, כאשר במסגרת שיקול זה יבחן בעיקר קיומן של חלופות שאינן בהפרדה לאירוע שמבוקש לקיימו בהפרדה מגדרית (לשיקול זה בפסיקה ראו, למשל: עניין שוקרון, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף).

לדעתי, הבחינה הדו-שלבית שהוצעה בהנחיות היועמ"ש, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בהקשר בו עסקינן, ויש בה כדי לשמש ככלי עזר יעיל בבחינת האיזון בין הזכויות והאינטרסים המתנגדים בבחינת חוקיותה של הפרדה מגדרית, במסגרת מבחן "המידתיות במובן הצר". על כן, איישמה להלן על ענייננו.

61. כאמור לעיל, לצורך בחינת מידת ההצדקה לקיום האירוע בהפרדה מגדרית, ניתן להידרש לשאלת מרכזיותה של הנורמה שבשמה מבוקש לקיים את האירוע בהפרדה מגדרית. אין צורך להכביר מילים על חשיבות תפילות יום הכיפורים בכל זרמי היהדות, ועל המשמעות הנכבדה שיש ליחס לזכותו של כל יהודי לקיימן בהתאם למסורתו ולאמונתו. השאלה בה נחלקו הצדדים, וכשלעצמי ספק אם לצורך, היא האם המסורת היהודית אורתודוקסית מחייבת קיומן של תפילות בהפרדה מגדרית. העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה הפנו למספר מקורות הגורסים כי קיים איסור הלכתי על תפילה ללא מחיצה המפרידה בין נשים וגברים, וכי איסור זה חל גם כאשר מדובר בתפילה במקום הפתוח לרבים, ולא רק כאשר התפילה מתקיימת בבתי כנסת. מנגד, העירייה הפנתה למספר מקורות אשר הטעימו כי האיסור ההלכתי על קיום תפילה ללא מחיצה המפרידה בין גברים לנשים, איננו איסור מדין תורה כי אם איסור מנהגי; וכי איסור זה חל ביחס לתפילה בבתי כנסת, וספק אם הוא חל ביחס לתפילה המתקיימת במרחב הציבורי.

62. לצורך השאלה שבכותרת אין מקום כי נכריע האם האיסור על תפילה ללא מחיצה הוא איסור הלכתי או איסור מנהגי, והאם איסור זה חל רק ביחס לתפילה בבתי כנסת או גם ביחס לתפילה במרחב הציבורי, וממילא אין ביכולתנו לעשות כן שהרי בית משפט זה איננו פוסק בענייני הלכה (ראו: עניין ברזון, פסקה 92 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר). ההידרשות לשאלה מרכזיותה של הנורמה שבשמה מבוקש לקיים את האירוע בהפרדה מגדרית, בהקשר בו עסקינן, נועדה לשרת את המבחן מידת ההצדקה לקיום האירוע בהפרדה מגדרית עיקרי שעניינו, כאמור, בשאלה האם ללא קיום ההפרדה ימנע חלק מהציבור לו מיועד האירוע מלקחת בו חלק. על כן, לצורך קביעה כי מבחן זה התקיים בנסיבות העניין, די שנשתכנע כי נוכח מרכזיותה של הנורמה בפרקטיקה הדתית הרלוונטית, קיים חשש סביר כי קיום האירוע ללא הפרדה, יגרום להדרת הציבור לו הוא מיועד מלהשתתף בו.

63. על רקע האמור לעיל, סבורני כי בנסיבות דנן, ניתן לקבוע כי מבחן מידת ההצדקה לקיום האירוע בהפרדה מגדרית מתקיים ללא כל קושי. אכן, תפילה אורתודוקסית היא המקרה הפרדיגמטי שבעניינו הוכרה ההצדקה לקיומה של הפרדה מגדרית. כך, למשל, בעניין ברזון, שבו נבחנה חוקיותה של החלטת המועצה להשכלה גבוהה לפתוח מסלולי לימוד המיועדים לציבור החרדי שיתקיימו בהפרדה מגדרית, השוו העותרים בין הפרדה במסלולי לימוד, שלגישתם הייתה בלתי מוצדקת, נוכח עמדתם לפיה לימוד בהפרדה אינו נורמה מרכזית דיו בפרקטיקה הדתית של הציבור החרדי; לבין

"מקום בו נערך טקס דתי, או אירוע שבמרכזו טקס דתי", שם, לשיטתם, קיימת הצדקה לקיום הפרדה מגדרית, נוכח מרכזיות הנורמה של תפילה בהפרדה מגדרית בפרקטיקה הדתית של הציבור הרלוונטי (שם, בפסקה 101 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר). למעשה, גם בענייננו לא חלקה העירייה על מרכזיות הנורמה של תפילה בהפרדה מגדרית עבור הציבור האורתודוקסי, אלא טענה כי מדובר באיסור מנהגי ולא באיסור הלכתי. ברם, אף אם צודקת העירייה בטענתה האמורה (וכאמור, אין זה ממקומנו לקבוע כך או אחרת), אין בכך כדי להועיל לה.

שאלת מקורו של הציווי להתפלל בהפרדה אינה רלוונטית. מה שרלוונטי הוא העובדה שכך מתקיימת, בפועל, תפילה יהודית אורתודוקסית, מזה עשרות דורות, ושכך בוחרים מיליוני יהודים המשתייכים לזרם האורתודוקסי להתפלל הלכה למעשה מקדמת דנא (וראו פסקה 96 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר בעניין ברזון).

דומני שאין ספק כי חלק משמעותי מהמבקשים לקיים תפילה יהודית (ובנסיבות דנן, גם מה שכונה "המניין המוביל", היוזם את האירוע), לא ישתתף בו אם התפילה לא תתקיים בהפרדה, וזוהי העובדה שהיה על העירייה להתחשב בה בעת שקיבלה את החלטתה.

גם משום כך, התעקשותה של העירייה לנהל ויכוח הלכתי בשאלה מהו מקורו של האיסור להתפלל שלא בהפרדה, בכלל, ובשטח פתוח, בפרט, הינו ויכוח שמוטב היה להימנע ממנו.

ב. מידת הפגיעה בשוויון שתגרם מקיום האירוע בהפרדה מגדרית

64. נוכח קביעתנו כי לא נפל פגם בהחלטת העירייה שלא לאשר את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בכיכר דיזנגוף, יש לבחון את מידת הפגיעה בשוויון שהייתה נגרמת מקיום אירוע תפילות יום הכיפורים בהפרדה מגדרית, בשל מדיניותה של העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי. כזכור, מדיניות העירייה קובעת כי:

"...בימים מיוחדים, בהם תפוסת בתי הכנסת גבוהה במיוחד (בעיקר יום כיפור) ניתן יהיה לאשר בקשות לשימוש במרחב הציבורי כבית כנסת ובלבד שהמיקום המבוקש אינו מרחב ציבורי אינטנסיבי דוגמת רחוב הומה, כיכר מרכזית וכדו'.

המקומות בהם תיבחן האפשרות להתיר הם כאלו שמבחינה מהותית השימוש הציבורי בהם אינו אינטנסיבי, כך שהיתר לפעילות בית כנסת/בית תפילה

במקום אינו 'מפקיע' את המרחב הציבורי משאר הציבור, או מפקיע בצורה מינורית בלבד (לדוגמא: מקום בעל שטח נרחב, בו אין קושי להקצות חלק קטן מהשטח לטובת פעילות בית כנסת, או מקומות בהם פעילות של בית כנסת אינה 'מפקיעה' את המרחב הציבורי משאר משתמשי המרחב, בשים לב למהות וטיב המרחב הציבורי כמו גם טיב פעילות בית הכנסת המבוקשת – מספר המשתתפים, שעת התפילה ומשך התפילה)..."

כלומר, בהתאם למדיניותה, אילו הייתה העירייה מאשרת את קיום אירוע תפילות יום הכיפורים בהפרדה מגדרית, אירוע זה היה נערך במרחב עירוני ציבורי שאינו אינטנסיבי (הגדרת מונח זה חורגת מצרכיה של הכרעתנו, אולם ראו האמור בפסקה 50 לעיל). בשים לב לכך, סבורני כי מידת הפגיעה בשוויון שהייתה נגרמת מקיום האירוע בהפרדה מגדרית, הייתה מוגבלת באופן יחסי, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, משהוגדר על ידי העירייה כי אירוע התפילה לא ייערך ב-"מרחב ציבורי אינטנסיבי", מגולמת בכך, מראש, הפחתה משמעותית בפגיעה בציבור כולו, הן לעניין עצם ההפקעה (הזמנית) של השימוש מהציבור הרחב, והן לעניין קיום ההפרדה המגדרית. עוד יוזכר כי מדובר באירוע חד-פעמי במהותו שמבוקש לקיימו בערב ובמוצאי יום הכיפורים (ואולי גם בעוד פעם או פעמיים בשנה).

שנית, בהתאם לעמדת העמותה, גם במעגל הפנימי באירוע, שבו הייתה מוצבת מחיצה, יועדו להיות מוקצים שטחים שווים בהיקפם וביתר מאפייניהם הפיזיים לנשים ולגברים. בתוך כך, באזור שבו הייתה מתקיימת הפרדה מגדרית באמצעות המחיצה, היה נשמר "שוויון חומרי" בין נשים וגברים, בבחינת "נפרד אך שווה" (וזאת בלא לגרוע, כמובן, מהאמור לעיל לעניין היות "נפרד אך שווה", בגדר פגיעה בשוויון).

שלישית, כפי שהדגישה העירייה, ברחבי תל אביב פרוסים בתי כנסת רבים בהם מתקיימות תפילות באופנים שונים ומגוונים. לפיכך, בפני כל מי שהיה מעוניין להשתתף בתפילות יום הכיפורים שאינן מתקיימות בהפרדה מגדרית, היו עומדות חלופות רבות. בהקשר זה אזכיר כי מדיניות העירייה לא אסרה על קיום אירועי תפילה במרחב הציבורי שאינם מקוימים בהפרדה מגדרית, כך שלמעשה לא הייתה כל מניעה לקיים גם אירועי תפילות יום כיפורים ובמרחב הציבורי, שאינן כוללות הפרדה מגדרית, ככל שהיה בכך עניין.

רביעית, אף שהעמותה ביקשה לקיים את האירוע במרחב ציבורי פתוח, ולהזמין אליו את הקהל הרחב הכולל גם דתיים וגם חילונים, ככל שהייתה מאשרת העירייה את

קיום האירוע, מדובר היה באירוע המנוהל על ידי עמותה פרטית ללא כל שיתוף פעולה מצדה של העירייה, פרט להקצאת השטח. לפיכך, גם מידת ה- "ציבוריות" של האירוע, ככל שהיה מתקיים, הייתה מצומצמת באופן יחסי.

65. הנה כי כן, נוכח מסקנתי כי הייתה קיימת הצדקה לקיום האירוע בהפרדה מגדרית, וכי קיומו בהפרדה מגדרית היה פוגע בזכות לשוויון מגדרי במידה מוגבלת בלבד, סבורני כי בנסיבות העניין דנן, אילו הייתה מאשרת העירייה את קיום האירוע במתכונת שבו ביקשה העמותה לקיימו, קרי – תוך הצבת מחיצות לצורך הפרדה מגדרית – לא היה בכך משום החלטה פסולה.

66. ואולם, כפי שציינתי לעיל, המקרה דנן נבדל ממקרים אחרים שנדונו בפסיקתנו עד כה ביחס להפרדה מגדרית מטעמי דת, שכן בענייננו עסקינן בהחלטה מנהלית אשר דחתה בקשה לקיום הפרדה מגדרית. על כן, לא די בקביעה כי אישור קיום האירוע בהפרדה מגדרית, בשטח עירוני שאינו אינטנסיבי, הינו בסמכות העירייה, כדי לקבוע כי קיימת עליה חובה לאפשר קיומו. ואכן, בטיעוניה בפנינו הדגישה העירייה כי אף אם נמצא כי קיום האירוע במתכונת בו ביקשה העמותה לקיימו אינו מנוגד לדין, בהיעדר חובה חוקית לפעול אחרת, חופשית היא לעצב את המרחב הציבורי באופן שוויוני מבחינה מגדרית, תוך מניעת הפרדה בין נשים וגברים.

67. התשובה לטענה זו של העירייה, מצויה בהיות המרחב העירוני הציבורי משאב ציבורי שהעירייה מופקדת על ניהולו. בדומה לכל הקצאת משאבים אחרת, גם את המרחב העירוני הציבורי שבתחום שיפוטה מחויבת העירייה להקצות באופן שוויוני (ראו: עניין מנסור, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארד; ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פסקה 40 לפסק דינו של השופט י' עמית (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); עניין כפר ורדים, פסקה 20 לפסק דינו של השופטת ע' פוגלמן). על כן, ככל שהעירייה נכונה להקצות את השטח העירוני הציבורי שבתחום שיפוטה לצורך קיום אירועים פרטיים בעלי אופי מסוים (בעניינו אירועי תפילה בציבור), עליה לוודא כי הקצאה זו מתבצעת באופן שוויוני ועל פי אמות מידה ברורות.

ודוק, בהיעדר קיומה של מדיניות העירייה בעניין בתי כנסת במרחב הציבורי, הייתה שאלת השוויון בהקצאת המרחב העירוני הציבורי לצורך קיום אירועי תפילה שאלה מורכבת. ברורה היה מחייב הנחת תשתית עובדתית בדבר כלל אירועי התפילה הפרטיים שהעירייה הקצתה שטח עירוני ציבורי לצורך קיומם, לצורך בחינת היעדר

שוויון תוצאתי בהקצאת השטח. העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה לא הניחו בפנינו תשתית עובדתית הולמת בהקשר זה, אלא טענו, מבלי שהדבר נתמך בראיות, כי העירייה אישרה בעבר קיום אירועים דתיים לציבור המוסלמי שבהם התקיימה הפרדה מגדרית – טענה שהוכחה על ידי העירייה שציננה כי אף אם נערכו אירועים כאמור בעבר, לא ניתן אישור מטעם העירייה לקיימם תוך הפרדה מגדרית.

ואולם, קיומה של המדיניות האמורה פותר את הקושי המתואר לעיל. זאת, שכן העולה ממדיניות זו הינה כי בתנאים המפורטים במסגרתה, ואשר עליהם עמדתי לעיל, העירייה תיעתר לבקשה לקיום אירועי תפילה, בשטח ציבורי שאינו אינטנסיבי, ובלבד שלא תתקיים בהם הפרדה מגדרית.

ויודגש: העובדה שהעירייה נוקטת בכלל אחיד ביחס לכלל האירועים (איסור הפרדה מגדרית), אין פירושה כי מדיניותה איננה פוגעת בזכות לשוויון. זאת, שכן הפליה איננה מתמצית אך ב-"יחס שונה לשווים", אלא גם ב-"יחס שווה לשונים" (ראו, למשל: עניין הבית הפתוח, בעמ' 41; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 344 (2000)). יפים לעניין זה דבריה של השופטת ד' בייניש שציננה כי:

"שוויון אין משמעותו זהות. לעתים, לשם השגת השוויון יש לפעול מתוך שונות. השוויון בהתייחסותה של הרשות השלטונית מתבטא ביחס שווה אל בני-אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה" (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2000)).

68. וגם זאת יש להדגיש: החובה המוטלת על העירייה להקצות משאבים באופן שוויוני, ובכלל זה גם את המרחב העירוני הציבורי, אין משמעה שלשיקולי צביון והעדפות מרבית תושביה של העיר אין ליתן כל משקל. משמעה הוא כי מוטלת על העירייה חובה לקבוע מדיניות המבטאת איזון בין רצונם של רוב תושביה, לבין זכויותיהם והאינטרסים של המיעוט החי בה. המחשה יפה לעקרון זה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין שוקרון. באותו עניין, נדרש בית משפט זה לבחינת חוקיותה של מדיניות עיריית קריית ארבע לפיה בבריכה העירונית תתאפשר רחצה אך ורק בהפרדה מגדרית. בפסק דינו באותו עניין עמד חברי, השופט ע' גרוסקופף, על כך שטענתה של קריית ארבע כי קבוצת הרוב ביישוב תומכת במדיניות זו, איננה יכולה להצדיק את הפגיעה הנגרמת לתושבים המעוניינים ברחצה מעורבת מכך שחלופה זו אינה מתאפשרת כלל:

"התנגדות חלק מקבוצת הרוב למימוש זכות העותרים להשתמש בבריכה ללא הפרדה מגדרית אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכות זו. כבר לפני קרוב ל-60 שנה פסק בית משפט זה כי לא ניתן להצדיק הפליה מטעמי דת בהקצאה של משאב ציבורי, בכך שקבוצת הרוב מתנגדת למתן שירותים לקבוצת המיעוט, והדבר עלול להביא לפילוג ביישוב (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962)). השופט חיים כהן ז"ל ציין הקשר זה כי הדין הוא שלעניין אשר עמד להכרעה לפני המשיבים, לא היתה לאותם 'החוגים' לא סמכות ולא זכות דעה, ואין המשיבים רשאים להסתפק בשיקול דעתם של הללו במקום לפעול על פי שיקול דעתם שלהם עצמם" (שם, בפסקה 14 לפסק דינו).

בהתאם, בפסק הדין בעניין שוקרון לא נקבע כי עיריית קריית ארבע מחויבת להתיר רחצה מעורבת בכל שעות היממה, אלא כי עליה להקצות שעותיים בכל יום לצורך רחצה מעורבת, בעוד שביתר היום תתקיים בבריכה רחצה בהפרדה בלבד.

בדומה לעניין שוקרון, גם אם אניח כי קבוצת הרוב בעיר תל אביב מתנגדת לקיום אירועים בשטחי ציבור המתנהלים בהפרדה מגדרית, גם כאשר מדובר בתפילה, אין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי להצדיק את סירובה לאשר קיום אירוע של תפילה במתכונת שבו ביקשה העמותה לקיימו. על כן, משעה שהעירייה החליטה, בהתאם למדיניותה, כי בתנאים מסוימים היא תיעתר לבקשות לקיום אירועי תפילה במרחב הציבורי, סירובה לאשר את קיום האירוע דנן בהפרדה מגדרית, תוך היעדר התחשבות בשוני הרלוונטי של התושבים המעוניינים בקיום האירוע באופן זה, אינו עולה בקנה אחד עם חובתה להקצות את משאביה הציבוריים בצורה שוויונית.

69. ואותם הדברים, אחרת: עמדתה הברורה של העירייה (כך בהחלטתה, כך בטיעוניה שבכתב ואף יותר שכך בטיעוניה בפנינו), מגלמת העדפה עקרונית, גורפת ומוחלטת, של השמירה על אי-הפרדה מגדרית במרחב הציבורי על פני כל שיקול אחר ותהיינה הנסיבות אשר תהיינה. נאמנה להעדפה עקרונית מוחלטת וגורפת זו, מבהירה העירייה כי תהיה מוכנה לאפשר תפילה מאורגנת במרחב הציבורי (כל עוד אין המדובר במרחב ציבורי "אינטנסיבי"), אולם זאת כל עוד באירוע לא תהיה הפרדה בין נשים לגברים.

נראה כי הפגיעה הברורה שיש באמור במי שמבקשים לקיים תפילה יהודית אורתודוקסית, ובזכותם לשוויון, לא נשקלה כלל על ידי העירייה, ובמהלך הדיון שבפנינו אף ניתנה התשובה לפיה אין לעירייה דבר כנגד תפילה אורתודוקסית כל עוד לא תתקיים

תוך הפרדה בין נשים וגברים, תשובה אשר דומה שמיותר להבהיר מדוע אינה יכולה להישמע.

בהשאלה מעובדות פסק הדין בעניין שוקרון, נדמה עיר בה יש בריכות שחייה ציבוריות רבות (ולא אחת, כפי שהיתה בקרית-ארבע, כבעניין שוקרון), בה הייתה מתקבלת החלטה, המבוססת על צביון העיר, לפיה לא תותר רחצה בהפרדה באף אחת מאותן בריכות ולו בחלק שעות פעילותה. העובדות מלמדות כי עיריית תל אביב – יפו עצמה אינה נוהגת באופן האמור בכל הנוגע לשימוש בחופיה. מטעמיה, כאשר עסקינן בתפילה, אומצה על ידי העירייה הגישה הגורפת עליה עמדתי לעיל.

ואולם, המדיניות שהעירייה אימצה לעצמה, דווקא משום היותה גורפת ומוחלטת, הינה, מהטעמים עליהם עמדתי לעיל, מנוגדת לדין.

70. לאור כלל הנימוקים המפורטים לעיל, מצאתי כי בנסיבות העניין חלה על העירייה חובה לאשר לעמותה לקיים את אירוע התפילות, בהפרדה מגדרית, במרחב עירוני שאינו אינטנסיבי. טעמים אלו הם שעמדו ביסוד החלטתי לקבל את ערעור העמותה והתושבים המתנגדים להחלטה, בפסק דיננו שניתן ללא נימוקים ביום 9.10.2024.

התוצאה

71. ברגיל, מקום בו מוצא בית המשפט כי נפל פגם בשיקול הדעת שהפעילה הרשות המינהלית, חוזר העניין מושא ההחלטה אל הרשות על מנת שתחליט בו, בעצמה, פעם נוספת, לאור פסק דינו של בית המשפט (ראו, למשל: בג"ץ 2199/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר המתמטיקה, חקר מדעי המחשב נ' שר החינוך, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (12.8.2021); ברק-ארז, בעמ' 624). על כן, משמצאנו כי נפל פגם בהחלטת העירייה שלא לאשר לעמותה לקיים את האירוע בהפרדה מגדרית, היה מקום כי נשיב את ההחלטה אל העירייה על מנת שתחליט בה, בעצמה, פעם נוספת, לאור פסק דיננו. ככל שכך היינו עושים, היה על העירייה לאתר מרחב עירוני ציבורי שאינו אינטנסיבי, בו תוכל לקיים העמותה את אירוע תפילות יום הכיפורים, בהפרדה מגדרית.

עם זאת, נוכח מועד הדיון בערעורים דנן, ערב יום הכיפורים, סברנו כי אין די זמן לכך שנשיב את הנושא לעירייה על מנת שתקבל בו החלטה חדשה. על כן, בתום

הדיון מצאנו להורות על קיום האירוע בשטח "גן מאיר", שהיה אחת מהחלופות שעלו קודם לדיון בפנינו וכן במהלך הדיון כאפשרות לפשרה בין הצדדים.

ודוק, אין בהחלטתנו זו כדי לקבוע כי שטח "גן מאיר" הינו אכן מרחב עירוני ציבורי שאינו אינטנסיבי, או כי הוא מתאים בהכרח לקיום אירוע מהסוג בו עסקינן, בהתאם למדיניות העירייה. ככל שסוגיה זו תשוב ותעלה בפני העירייה, תוכל העירייה להפעיל את שיקול דעתה, בהתאם למדיניותה, ולאור האמור בפסק דין זה, לצורך מציאת מרחב מתאים לקיום אירועים מהסוג הנדון.

הערה אחרונה לפניי סיום

72. בחוות דעתי לעיל פרסתי את הנימוקים המשפטיים המבססים את החלטתי ומצדיקים, לדעתי, את התוצאה אליה הגעתי.

לפני סיום, הנני מרשה לעצמי לחרוג מעט מההנמקה המשפטית המובהקת. אבקש להזכיר כי חברי, ראש ההרכב, השופט ד' מין, ביקש מהצדדים כבר בפתח הדיון, להגיע להסדר מוסכם שיימנע את הצורך בהכרעה שיפוטית – פנייה שנענתה בשלילה על ידי העירייה. חזרנו על בקשה זו במהלך הדיון ושוב בסופו, ללא הועיל. העירייה דבקה בעמדתה וזאת גם כאשר ניתן היה להעריך, כך אני מניח, מה צפויה להיות הכרעתנו. מצר אני על כך גם לאחר שהסתיימה מלאכת כתיבתה של חוות דעתי זו. אסביר בקצרה מדוע.

במהלך הדיון שאלתי את בא-כוח העירייה, מה הייתה לדעתו התייחסותו של הציבור בישראל לו היינו שומעים כי עיריית לונדון למשל, אימצה מדיניות לפיה היא אינה מוכנה לאפשר תפילות מאורגנות בכיכר מרכזית בה, אולם מוכנה היא לאפשר תפילות מאורגנות בפארק סמוך. ברם, על פי אותה מדיניות, האפשרות האמורה פתוחה לנוצרים, לבודהיסטים ואפילו ליהודים רפורמים או קונסרבטיביים, אך אין היא פתוחה לתפילה יהודית אורתודוקסית. זאת, מהטעם שהתפילה היהודית האורתודוקסית נעשית תוך הפרדה בין נשים לגברים ועיריית לונדון מוכנה לגלות סובלנות לתפילה שכך נערכת, כל עוד הינה נעשית שלא לעין הציבור, ואין היא מוכנה לגלות סובלנות דומה כאשר כך נעשה בפרהסיה. תשובה לשאלתי דלעיל לא ניתנה, והיא גם לא השפיעה על טיעוניה של העירייה.

וארשה לעצמי להוסיף עוד דוגמה, קרובה יותר למחוזותינו: בשטח שיפוטה של העירייה, מצויה כידוע גם העיר יפו. יישום מדיניות העירייה, כפי שהוצגה בפנינו, משמעה שלא יינתן, בשום מקרה, אישור להפקיע את השימוש, לצרכי תפילה, בכיכר

השעון. לעומת זאת, לפי אותה מדיניות, התשובה היא אחרת במרחב ציבורי "אינטנסיבי" פחות, ולצורך הדוגמה בגן עירוני סמוך. והעיקר: המשך יישום מדיניות העירייה משמעה שפנייה לערוך תפילה מאורגנת באותו גן סמוך דינה להתקבל בחיוב אם וכאשר תוגש על ידי הקהילה הנוצרית ביפו (שתפילותיה אינן נעשות אגב הפרדה בין נשים לבין גברים), אך דינה להידחות אם תוגש על ידי הקהילה המוסלמית (אשר אינה מאפשרת תפילה של נשים וגברים יחד).

בזהירות המתחייבת, אומר כי תמהה אני האם, בדוגמה דלעיל, הייתה העירייה מחליטה בפועל בהתאם למדיניות שהוצגה בפנינו (מאשרת תפילה נוצרית ולא מאשרת תפילה מוסלמית). אני משוכנע שאם העירייה הייתה מחליטה בדוגמה דלעיל לפעול בהתאם למדיניות שהוצגה בפנינו (דהיינו, מאשרת תפילה נוצרית ולא מאשרת תפילה מוסלמית), היה ברור לה היטב שמדובר בהחלטה שמעוררת קושי, שכן היא כרוכה בפגיעה קשה בציבור המוסלמי ביפו וברגשותיו. אני מרשה לעצמי להניח שספק רב אם, לו החלטות כאמור היו מתקבלות ומביאות לעימות משפטי שהיה מגיע עד לבית משפט זה, היה מושמע מטעם העירייה טיעון המבקש לפקפק עד כמה עמוק ובסיסי הכלל בהלכה המוסלמית לפיו גברים ונשים אינם מתפללים יחדיו. כך גם באשר לטיעון לפיו לעירייה אין כל התנגדות לתפילה מוסלמית במרחב הציבורי כל עוד תתאפשר בה תפילה של גברים ונשים יחד. כמו כן אני מטיל ספק אם בנסיבות כאמור הייתה העירייה מתעקשת על עמדתה ודוחה כל מאמץ להסדר של פשרה גם בסיומו של דיון בבית משפט זה, ולאחר דברים שהושמעו במהלך הדיון על ידי חבריי ועל ידי.

לא נותר אלא לשאול מה אירע להם, לפרנסיה מרובי הזכויות של העיר העברית הראשונה, שנעלם מעיניהם עד כמה בעמדתם יש קושי ופגיעה בציבור משמעותי (גם, ולא רק, של תושבי העיר; גם, ולא רק, של ציבור שומרי המצוות האורתודוקסי), הניצב בפני אמירה לפיה התפילה באופן שבו התפללו אבותיו ואבות אבותיו, יש בה פגם, ולכן נאסר לקיים אותה לעיני הציבור. זאת, גם כאשר המבוקש מתייחס ליום הקדוש ביותר בשנה לדת היהודית, ועוד לפני שהזכרנו את הימים הקשים, לאומה כולה, בהם נדון העניין.

לכך התכוונתי באומרי כי יש להצטער על עצם הצורך בפסיקתנו בעניין הנדון. ראוי שמחלוקות מהסוג בו עסקינן, תיושבנה בהידברות ובנכונות להתגמש ולהתפשר. המאבק על אופיו של המרחב הציבורי אינו יכול ואינו צריך להיות משחק סכום אפס, בו הישגו של האחד הוא בהכרח הפסדו של האחר. דווקא בסוגיות רגישות אלו, המעוררות מטבען רגשות עזים, נדרשת מכולנו נכונות לפשרה ולהתחשבות בצרכיו של האחר, תוך

הבנה כי המרחב הציבורי שייך לכלל הציבור על גווניו השונים. על רקע זה, מצאתי לסיים את פסק דיני בדבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין סולודוך, אשר עסק בהחלטת עיריית רחובות להקצות שטח ציבורי לטובת הקמת בית כנסת בשכונה בעלת צביון חילוני. בהתייחסה לטענות תושבי השכונה לפיהן הקמת בית הכנסת תפגע בצביון השכונה, נוכח הצורך בכיבוד הלכות הציבור הדתי בחגים ובמועדים, ציינה השופטת פרוקצ'יה כי:

"גם אם במסגרת דו-קיום בין דתיים לחילוניים בשכונה תתבקש, בדרך הטבע, התחשבות מסוימת מצד התושבים החילוניים בקדושת השבת ובקדושת חגים ומועדים, אין בכך כדי לחרוג מחובת הכיבוד ההדדי שמגזרי החברה השונים חבים אלה לאלה, במסגרת החיים המשותפים שהם תנאי לקיומה של חברה פלורליסטית דמוקרטית; התחשבות באורחות החיים של הזולת אין משמעה כפייה. כשם שהאוכלוסיה הדתית נדרשת לויתורים שונים ברשות הרבים, כך נדרשת האוכלוסיה החילונית גם היא לויתורים מצידה, שנועדו להביא לפשרה מאוזנת ומידתית בין תפיסות עולם, אמונות ודעות, ואורחות חיים של פרטים, שהגורל הועיד אותם להשתייך לאותו עם, ולחיות יחדיו באותה פיסת קרקע ותחת אותם שמיים" (שם, בעמ' 384-385).

יחיאל כשר
שופט

השופט עופר גרוסקופף:

אני מסכים לחוות דעתו המפורטת, המדויקת והשקולה של חברי, השופט יחיאל כשר – דעתי כדעתו, ועמדתי כעמדתו.

יחיאל כשר

עופר גרוסקופף
שופט

השופט דוד מינץ:

אני מסכים. כפי שציין חברי השופט י' כשר בחוות דעתו המפורטת והמנומקת, מהטיעונים שנשמעו לפנינו מצדה של עיריית תל אביב-יפו עולה בבירור כי השיקול היחיד שעמד לנגד עיניה בקביעת מדיניותה, הוא השמירה על אי-הפרדה מגדרית במרחב הציבורי שלה. העירייה לא נתנה משקל ולו קל שבקלים לזכויותיהן לשוויון ולחופש פולחן של הקבוצות הדתיות הנוהגות לקיים תפילה בהפרדה מגדרית, כמו גם לפגיעה הקשה שמגלמת מדיניותה בזכויות אלה. העירייה מנסה להצדיק את מדיניותה האמורה בטענה כי בתפילה בהפרדה מגדרית טמונה פגיעה בשוויון בין גברים לנשים. ברם אף אם אכן כך הדבר – ולעמדתי טענה זו מוקשית ואותיר אותה לעת מצוא – פגיעה בשוויון מסוג אחד (בין גברים לנשים) אינה משמשת הצדקה שאין בלתה לפגיעה בשוויון מסוג אחר (בין הנוהגים לפי זרם דתי אחד לבין זרם דתי אחר או בין דת אחת לרעותה). התנהלותה של עיריית תל אביב בהיותה רשות ציבורית אינה יכולה לעמוד.



דוד מינץ
שופט

אלה הם נימוקינו לפסק הדין שניתן על ידינו ביום 9.10.2024.

ניתן היום, ד' ניסן תשפ"ה (02 אפריל 2025).



יחיאל כשר



עופר גרוסקופף



דוד מינץ

שופט

שופט

שופט