

# שוויון

## קולן נשמע והן ייצוגיות

רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015)

### ענת ברון

ההתדיינות בעניינה של תחנת הרדיו "קול ברמה" היא דוגמה מובהקת לאופן שבו אפשר וראוי לרתום את הכלי של תובענה ייצוגית כדי לקדם מטרות חברתיות. כפי שיפורט בשורות הבאות, פסק הדין שניתן בפרשה זו הוא אכן דרך משמעותית הן בשדה המשפטי של תובענות ייצוגיות, הן בקידום ההגנה על זכויות נשים במרחב הציבורי.

ראשיתו של ההליך בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בבית המשפט המחוזי בירושלים נגד תחנת הרדיו קול ברמה – תאגיד פרטי שקיבל זיכיון להפעלת תחנת רדיו. הבקשה הופנתה נגד המדיניות המוצהרת שהתחנה נקטה בשנים 2009 עד 2011 – ולפיה אין להשמיע בשידורי הרדיו קול נשים, לא משתתפות בשידורים ולא מאזינות המתקשרות להביע דעה כאשר הרשות ניתנה למאזינים לעשות כן. ארגון "קולך", שהגיש את הבקשה ושפועל להשיג שוויון מגדרי בקהילה הדתית, טען כי מדובר במדיניות שמפלה נשים ושסורה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה).

בית המשפט המחוזי (השופטת גילה כנפי-שטייניץ) נעתר לבקשה ואישר לנהל תובענה ייצוגית נגד תחנת הרדיו, בשמן של כל מאזינות התחנה ושל כל הנשים שהיו מעוניינות להאזין לתחנה אבל נמנעו מלעשות כן בשל הדרת הנשים מהשידורים. תחנת הרדיו לא השלימה עם התוצאה והגישה על כך בקשת רשות לערער. מחמת האופי העקרוני של הבקשה בית המשפט העליון נתן לתחנת הרדיו רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי. אך לאחר שדן בערעור, דחה אותו לגופו בפסק דין שכתב השופט יורם דנציגר בהסכמת השופטות אסתר חיות ודפנה ברק-ארז (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015)). החשיבות של פסק הדין נעוצה באופן שבו בית המשפט יצק תוכן להוראות של חוק איסור הפליה, ובפרט בהתייחסותו לפרקטיקה של הבחנה מגדרית בין נשים לגברים מטעמים הלכתיים. הייחודיות של פסק הדין ביחס לפסקי דין אחרים שיצאו מפתחו של בית המשפט העליון ושעסקו בזכויות נשים, טמונה באופן השימוש בכלי הייצוגי כדי לקדם – ולהעצים – את ההגנה על זכויות אלה ואת היעילות שלה. כך בתמצית, ועתה בהרחבה.

אקדים כמה מילים על חוק איסור הפליה. החוק אוסר על מי שעיסוקו הפעלת מקום ציבורי או הספקת מוצר או שירות ציבורי, גם אם הוא גוף פרטי, להפלות מחמת גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית וכיוצא באלה. החוק מבטא תפיסה שלפיה יש להחיל את עקרון השוויון גם על גופים פרטיים הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי. לצד זאת, נקבעו בחוק חריגים לכלל. אחד החריגים הוא כאשר ההפליה מתחייבת מהאופי של המוצר או השירות או ממהותו. דוגמה נפוצה לכך היא הפרדה בין נשים לגברים במלתחות ובחדרי שירותים. חריג אחר בחוק מאפשר לספק מוצרים או שירותים ציבוריים תוך הפרדה בין גברים לנשים – במקרים מצומצמים ומתוחמים שבהם קיים חשש שאם לא תישמר הפרדה מגדרית, יהיו קבוצות שיימנעו מטעמי דת מצריכת המוצר או השירות. חריג זה נדון בהרחבה בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון, עניין ברזון (בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (12.7.2021)). שם נדונה תוכנית חומש שהגתה המועצה להשכלה גבוהה במטרה להרחיב את נגישות ההשכלה הגבוהה לציבור החרדי – באמצעות הקמת מסלולי לימוד לתואר ראשון באקדמיה שמיועדים לציבור החרדי בלבד ושמתנהלים בהפרדה בין נשים לגברים.

האיסור הגורף על הפליה, מצד אחד, והחריגים שבצידו, מצד שני, משקפים מתח עתיק יומין הקיים בחברה הישראלית, ובהתאמה גם במשפט הישראלי, בסוגיות של דת ומדינה. אל מול מעמדן של זכויות יסוד הנתונות לפרט – ובענייננו לנשים – כשוויון, כבוד, ואוטונומיה וחופש ביטוי, ניצבים עקרונות רמי מעלה אף הם: חופש הדת והגנה על רגשות, וכן הכרה בחירות של קבוצות שונות בחברה לבטא את אמונותיהן ולקיים את מנהגיהן ואורחות חייהן הייחודיים להן (עקרון הרב-תרבותיות). הניגודיות והמאבק בין האינטרסים הללו, המושכים לכיוונים שונים, שזורים לאורכה ולרוחבה של פסיקת בית המשפט העליון העוסקת בזכויות נשים. יש לציין בהקשר זה את פסק הדין שבו נקבע כי בריכה ציבורית ביישוב תיפתח גם לרחצה מעורבת ולא רק לרחצה בהפרדה מגדרית (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)),<sup>1</sup> ואת עניין רגן, שם נקבע כי הפרדה בין נשים לגברים בקווי אוטובוס "מהדרין" היא אסורה (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530 (2011)). נקודת המוצא לדיון בעניין רגן הייתה שמפעיל תחבורה ציבורית אינו רשאי להורות לנשים היכן לשבת באוטובוס רק משום היותן נשים, או להורות להן מה עליהן ללבוש כדי שיוורשו להיכנס לאוטובוס. אולם האתגר שבית המשפט העליון נדרש להתמודד עימו היה מעשי: כיצד הופכים מוסכמה משפטית זו לשינוי מציאות? וכיצד גורמים מצד אחד להפסקת הכפייה והאלימות כלפי נשים, ומצד שני בכל זאת מאפשרים למי שמעוניין בכך לקיים את תפיסת עולמו לגבי הפרדה מגדרית? בעניין זה נקבע כי נדרשת הגברה של האכיפה לאיסור הכפייה, הן מצד מפעילי האוטובוסים הן מצד משרד התחבורה, ובה בעת נדרשת הבהרה של המצב הנורמטיבי באמצעות שלטים, פעולות הסברה וכיוצא באלה.

1 ראו רשימתה של יעל בלכר בספר זה, עמ' 140.

ובחזרה לעניין קול ברמה. תחנת הרדיו פעלה מכוח רישיון שנתנה לה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בעקבות זכייתה במכרז להקמת תחנה ייעודית לציבור התורני-מסורתי-ספרדי. לעמדת התחנה, ההבחנה המגדרית בין נשים לגברים מתחייבת מהאופי התורני-מסורתי שלה, ולכן אין מדובר בהפליה. בית המשפט העליון לא שעה לטענה זו. הוטעם כי תחנת הרדיו חסמה בפני נשים את האפשרות להשתתף בשידורים, להשמיע את קולן ולהביע את דעתן – רק בשל עצם היותן נשים. נקבע כי מדובר בהדרת נשים, הפוגעת באורח אנוש בזכויות יסוד ובראשן הזכות לשוויון, וכי יש בה משנה חומרה בשל עצם העובדה שההדרה כרוכה גם בהשתקה ובפגיעה בחופש הביטוי. עוד הובהר כי פרקטיקה של הדרת נשים מקבעת תפיסה שלפיה אין לנשים מקום במרחב הציבורי, ושהחיים הציבוריים שייכים לגברים בלבד; וכי הדרת נשים מנציחה פערי מעמדות מגדריים בחברה ונותנת לגיטימציה להתייחסות משפילה ומנמיכה כלפי נשים.

על רקע דברים נכוחים אלה נפנה בית המשפט העליון לבחון אם בנסיבות המקרה יש תחולה לאחד החריגים לאיסור הפליה הקבועים בחוק, והגיע לכלל מסקנה שהמענה לכך הוא בשלילה. אומנם חריגים אלה מאפשרים בנסיבות מסוימות לנקוט מדיניות של הדרה והפרדה מגדרית בשל טעמי דת – אבל לא כל נורמה דתית יכולה להצדיק פגיעה כה חמורה בזכות לשוויון. בכל הנוגע לשידורי הרדיו, נקבע כי הנורמות ההלכתיות והפרקטיקה הדתית אינן מצדיקות דחיקת רגליהן של נשים מהשידורים. בעניין זה צוין בפסק הדין שהאיסור על השמעת קולן של נשים אינו איסור הלכתי מחייב, אלא בגדר "הידור מצווה" בלבד. למעלה מן הצורך הוסיף בית המשפט והבהיר כי גם אם היה מדובר בציווי דתי – לא היה בו כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות הבסיסיות של הנשים, ולא בהכרח היה מקום לתת לו תוקף בגדרי החריגים לחוק איסור הפליה. זאת משום שכל פרקטיקה תרבותית או דתית, גם אם היא מבוססת על ציווי הלכתי, כפופה לאמות מידה בסיסיות מסוימות, כגון אמת המידה של הזכות לכבוד האדם במובנה הגרעיני.

ראוי לציין בהקשר זה גם את האופן שבו התייחס בית המשפט לנזק שגרמה תחנת הרדיו כתוצאה מהפרקטיקה המפלה שנקטה. על פי חוק איסור הפליה, מדיניות מפלה גורמת נזק לקורבנותיה, ונזק זה הוא בר פיצוי. כאשר בית המשפט נדרש להגדיר את מעגל הקורבנות במקרה הנדון, הוא לא הגביל את הזכאות לפיצוי לנשים שבאופן אקטיבי ביקשו לשדר או להתארח בשידור ושהתחנה סירבה להן – אלא הרחיב את המעגל כך שיכלול את כל מאזינות התחנה, ואף את אותן נשים שנמנעו מהאזנה לתחנה בשל הדרת הנשים. ההגדרה המרחיבה נובעת מן ההבנה שפרקטיקה של הדרת נשים פוגעת לא רק בקבוצה המודרת, אלא יוצרת "גלי הדף" הפוגעים במרקם החברתי בכללותו. היא נותנת לגיטימציה לתפיסה סטריאוטיפית שלפיה נשים נחותות מגברים, מנמיכה נשים ו"מנרמלת" את ההפליה נגדן. בהמשך לדברים האלה יש מקום לתהות: האם היה אפשר לכאורה להגדיל עוד יותר את מעגל הנפגעים מן ההפליה כך שיכיל את כל מאזיני התחנה, נשים וגברים כאחד? והאם בחברה דמוקרטית שוויון זכויות לנשים

הוא אינטרס רק של הנשים או שהוא אינטרס ציבורי משותף לכלל האוכלוסייה? אולם כאמור גברים לא נכללו בגדרה של הקבוצה הנפגעת, ומכל מקום ברור שעוצמת הפגיעה שנגרמה לנשים עולה במידה ניכרת על זו של הגברים, מאחר שנלווית לה ההשפלה שבצעם ההדרה.

לסיכום הדברים עד כה, ניכר כי פסק הדין בעניין קול ברמה נושא תרומה משמעותית למאבק על זכותן של נשים להשמיע את קולן. בציבוריות הישראלית מאבק זה מאתגר במיוחד מקום שבו הפגיעה בנשים נעוצה לכאורה בטעמים דתיים. לאחר איזון עדין בין האינטרסים המתנגשים עמד בית המשפט העליון איתן על הזכות של כל אישה להשתתף השתתפות שוויונית ופעילה בפעילות ציבורית דוגמת שידורי הרדיו. בתוך כך, יש חשיבות לאמירה הברורה שיצאה מבית המשפט העליון, שלפיה הפגיעה הגלומה בהדרת נשים אינה מתמצה בעניינן הפרטי של אותן נשים שהיו מעוניינות לעלות לשידור ושנדחו בידי התחנה, אלא מדובר בפגיעה בכל אישה באשר היא אישה ואף בציבור ובחברה הישראלית בכללותה.

בנקודה זו אבקש להצביע על האופן שבו שימוש בכלי הייצוגי העצים את ההגנה שניתנה בעניין קול ברמה לזכויות נשים. התובענה הייצוגית היא כלי דינוי ייחודי, שמאפשר ליחיד לנהל תביעה בשם קבוצה של נפגעים – במקרים שבהם אין לחברי הקבוצה תמריץ כספי או אחר לממש באופן עצמאי את עילת התביעה הנתונה להם. מנגנון זה מקדם את זכות הגישה לבית המשפט, בפרט מקום שבו מדובר באוכלוסיות מוחלשות, ומאפשר לתת סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין. התובענה הייצוגית נותנת מענה ראוי לכשלי אסדרה והיא כלי אכיפה והרתעה ראשון במעלה. זאת בין היתר בשים לב להיקף הפיצוי הכספי העצום שעומד לא פעם על הפרק, ושמתבע הדברים הולך וגדל ככל שגדלה קבוצת הנפגעים (מטרות התובענה הייצוגית מנויות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

יש לציין כי חוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר לנהל תובענה ייצוגית בכל עילה, אלא ברשימה סגורה של עילות שהמחוקק הגדיר ושנקבעו בתוספת השנייה לחוק. לצד תביעות צרכניות ותביעות נגד מבטחים, בנקים, רשויות וכדומה – החוק מאפשר להגיש ולנהל תביעות בנושאים בעלי אופי וחשיבות חברתיים מובהקים, דוגמת תביעות בגין הפליה בעבודה ואי מתן שוויון הזדמנויות; פגיעה בזכויות אנשים עם מוגבלות; הנגשה של שידורי טלוויזיה ורדיו (כתוביות ושפת סימנים); וזכויות סוציאליות של עובדים. תביעה מכוח חוק איסור הפליה נמנית גם היא עם העילות שבגינן אפשר לנהל תובענה ייצוגית. מתוך רשימת העילות הללו ניכרת השאיפה של המחוקק לעודד שימוש בכלי הייצוגי לניהול תובענות בעלות חשיבות ציבורית ולהוביל שינוי חברתי בנוגע לאוכלוסיות מוחלשות.

עוד אציין כי נקודת המוצא בחוק תובענות ייצוגיות היא שיש עדיפות לכך שהתובע המייצג את הקבוצה יהיה בעצמו חבר בקבוצה ובעל עילת תביעה אישית. זאת בין היתר כדי שביט המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפגיעה בו. אלא שהגמול הכספי המובטח לתובע המייצג לא תמיד משמש תמריץ מספק להגיש תובענה ייצוגית ולנהל אותה. הסיבות לכך עשויות להיות מגוונות ולכלול בין היתר חשש מפני הסיכונים והעלויות הגבוהות יחסית

הכרוכים בהליך; קושי בגישה לערכאות משפטיות, בפרט כאשר מדובר באוכלוסיות מוחלשות; ולעיתים גם חסם תרבותי המונע מהפרט לעמוד בחזית של הליך משפטי הקורא תיגר אל מול מוסכמות חברתיות. המחוקק, שהיה ער לקשיים אלה, ושרצה לקדם הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, קבע בחוק מנגנון שמאפשר בתנאים מסוימים גם לגופים הפועלים לקידום מטרות ציבוריות לנקוט הליך ייצוגי – תוך ויתור על הדרישה שאת ההליך ינהל אדם שנפגע בעצמו מהעוולה. בעניין קול ברמה בית המשפט העליון קבע כי קיים חשש ממשי שאלמלא הגיש ארגון "קולך" את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, היא כלל לא הייתה מוגשת. החסם התרבותי היה כה מובהק, עד שהארגון גם לא נדרש למעשה להוכיח קושי באיתור תובעת בעלת עילת תביעה אישית כפי שמורה החוק. אם כן, הרוח הנושבת מעניין קול ברמה היא של הסרת חסמים דיוניים באופן שמאפשר שימוש מיטבי בכלי הייצוגי להשגת מטרות חברתיות.

זאת ועוד. בפסק הדין בעניין קול ברמה נקבע כי אין להכביד את נטל ההוכחה בדבר הנזק שנגרם לחברות הקבוצה בידי תחנת הרדיו. מאחר שמדובר בהשפלה ובפגיעה ברגשות, הנזק הוא מעצם טבעו סובייקטיבי ואישי – דבר שהיה עלול להקשות על הוכחת הנזק לקבוצה כולה. אולם בית המשפט העליון הבהיר כי בשלב הדיון באפשרות לנהל את התובענה כייצוגית אין צורך להיכנס לעובי הקורה בנדון, והדברים ילובנו בדיון בתובענה לגופה. עוד נאמר כי חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בפסיקת פיצויים, ובכלל זה מאפשר לפסוק סעד כספי בסכום כולל, וכל סעד אחר לטובת הקבוצה או הציבור (לפי סעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק).

למען שלמות התמונה אוסיף כי לאחר שניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין קול ברמה – שבשורה התחתונה אישר את החלטת בית המשפט המחוזי לאפשר את ניהול התובענה נגד תחנת הרדיו כתובענה ייצוגית – התובענה הייצוגית התנהלה לגופה בבית המשפט המחוזי, ובסופו של ההליך חויבה תחנת הרדיו בתשלום פיצוי בסך מיליון ש"ח לטובת הציבור. נקבע כי סכום זה ישולם לידי הקרן לניהול ולחלוקת כספים (שהוקמה לפי סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות) וישמש לתוכניות להעצמת נשים מסורתיות, דתיות וחרדיות. לאחר שהוגשו ערעורים הדדיים על פסק הדין, שנדחו אף הם בבית המשפט העליון, הגמול לארגון "קולך" הועמד על 80,000 ש"ח ושכר הטרחה לבאי הכוח המייצגים הועמד על 250,000 ש"ח (ע"א 8025/18 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (30.6.2019)). סכומים אלה משקפים את התועלת הממשית שהצמיח ההליך הייצוגי לחברות הקבוצה ולציבור כולו.

פסק הדין בעניין קול ברמה מצטרף לקאנון של פסקי דין שיצאו מפתחו של בית המשפט העליון, ושתרמו לקידום מעמדן של נשים בחברה הישראלית. מן הראוי להזכיר בהקשר זה פסק דין פורץ דרך שניתן כעשרים שנה קודם לכן בעניינה של אליס מילר – שהביא לשילוב נשים במערך הטיס של צה"ל (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)).<sup>2</sup>

2 ראו רשימתה של חני אופק-גנדלר בספר זה, עמ' 125.

עם זאת, למרבה הצער, התופעה של פגיעה בזכויות נשים והפלייתן עודנה נוכחת בחברה הישראלית. השינוי בהתייחסות החברתית לאישה בתור שוות זכויות, יכולות ומעמד הוא כפי הנראה תהליכי ואורך זמן. בקרב חוגים מסוימים נשים עדיין נתפסות בתור גורם "מפריע" שיש להשתיק ולהחביא כדי שלא לפגום בהתנהלות של גברים. פרקטיקות של הפרדה מגדרית הופכות לרווחות יותר ויותר במרחב הציבורי, ובעצם ההפרדה יש משום "תיוג" קבוצת הנשים כנחותה מקבוצת הגברים. אנו עדים להפרדה מגדרית לא רק במסלולי לימוד ייעודיים לחרדים לתואר ראשון – אלא בכוונה לעשות זאת גם בלב המרחב הציבורי, במסגרת קורסים והכשרות מקצועיות של משרדי ממשלה.<sup>3</sup> החשש הוא שהיד עוד נטויה, ויש לעמוד על המשמר. מידת ההגנה הניתנת במשפט לזכויות נשים, משמשת נייר לקמוס להיותו של המשטר דמוקרטי. פסק הדין בעניין קול ברמה פורץ דרך באופן שבו הוא רותם את הכלי הייצוגי למאבק בהפליה מגדרית. יש לקוות כי במקרים המתאימים ארגונים נוספים ירימו את הכפפה וישכילו להשתמש בכלי הייצוגי רב-העוצמה כדי להשיג מטרות חברתיות חשובות, ובכלל זה קידום זכויות נשים.

3 למשל בקורס צוערים לשירות המדינה (סע"ש (אזורי י"ם) 8822-02-18 שדולת הנשים בישראל – נציבות שירות המדינה (8.8.2018)); בקורס הכשרה למורי דרך בחסות משרד התיירות (עת"ם (מנהליים י"ם) 3045-10-17 שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות (14.2.2018)); ובקורס לנהיגה מונעת בחסות משרד התחבורה (ת"א (שלום ת"א) 53057-08-18 לאמור פרידמן נ' משרד התחבורה (28.6.2020)).

## נשים וצבא: השמים אינם הגבול?

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)  
בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)

### חני אופק-גנדלר

שרה אהרונסון, נתיבה בן יהודה, זהרה לביטוב, חנה סנש, הלה קליינברג, חביבה רייק, מניה שוחט ומרים שחור הן אחדות מני נשים רבות שהתנדבו להשתתף בכוח המגן והלחימה היהודי טרם הקמת המדינה. טיסה, צניחה, שמירה, לחימה קרקעית וריגול – אלה חלק ממגוון התפקידים שנשים לוחמות מילאו בהתנדבות טרם קום המדינה ותקופה קצרה לאחר הקמתה. עם הקמת המדינה הוקם צבא ההגנה לישראל, וגיוס הנשים לצבא הפך לחובה במתכונת שנחשבה לחריגה במונחים השוויוניים (כך נקבע בחוק שירות בטחון, התש"ט-1949, שהפך לימים לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986). ועם זאת, זמן לא רב לאחר מכן נקבע בפקודות הצבא שתפקידי הלחימה מיועדים לגברים בלבד, ולמעשה על נשים נאסר לשרת בהם אפילו בהתנדבות. נדרשו קרוב ליובל שנים ועתירה לבית המשפט העליון של אישה צעירה נחושה אחת כדי לשנות את המציאות שאסרה על נשים לשרת בתפקידי לחימה. אליס מילר חלמה להיות אסטרונאוטית. כאשר ביררה את תנאי הקבלה לנאס"א, סוכנות החלל, התברר לה שנדרשות לשם כך אלף שעות טיסה במטוס קרב. היא הוציאה רישיון טיס אזרחי ולקראת שירותה הצבאי ביקשה להתמייין לקורס טיס. בקשותיה נדחו כיוון שבאותה עת הוראות הצבא קבעו שאין לשלב נשים במקצועות לחימה. אליס היתה חדורת רצון לחולל שינוי שכן, כפי שסיפרה לימים בריאיון עיתונאי: "זה פשוט לא היה נראה לי הגיוני שבנות לא יכולות להתמייין לקורס טיס רק בגלל סוגיית המגדר... ושלחתי 121 מכתבים לכל חברי הכנסת ולנשיא ורק שניים ענו לי. כשהתבקשתי להתקשר לנשיא ויצמן, הוא אמר לי כבר בתחילת השיחה את המשפט המפורסם: 'מיידלע ראית פעם גבר סורג גרביים?' מרוב שהייתי בשוק סגרתי את הטלפון... בדיעבד, אותו המשפט ששיקף את עמדת החברה בצורה הבוטה ביותר הוא זה שפקח את העיניים".<sup>1</sup> בשנת 1994 הגישה אליס עתירה לבית המשפט העליון נגד הוראות הצבא (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)).

1 ריאיון זה הפך לימים לחלק ממערך הפעלה של משרד החינוך בנושא שוויון  
([https://meyda.education.gov.il/files/noar/willing\\_service28.pdf](https://meyda.education.gov.il/files/noar/willing_service28.pdf)).

בעתירתה טענה אליס מילר שעמדת הצבא הפוסלת נשים למקצועות הטיס, מפלה ופוגעת בזכות היסוד לשוויון בין המינים. היא טענה שמדיניות הצבא בשאלת השילוב של נשים בתפקידי לחימה אינה יכולה להיות גורפת, אלא חייבת להתייחס באופן פרטני לאופי התפקיד ולאופי של היחידה הלוחמת. מקצועות הטיס, כך טענה, הם דוגמה מובהקת לתפקידי לחימה שאפשר לשלב בהם נשים. ומה הייתה התשובה? הצבא הסכים שאין הבדל בין נשים לגברים מבחינת הכישורים הדרושים להצלחה בתפקיד הטיס. אבל הצבא דחה את הדרישה של אליס, מטעמים שמצויים במישורי התכנון, הלוגיסטיקה והתקציב. הצבא טען שהכשרת הטייס ממושכת וכרוכה בעלויות אדירות. טייס נדרש לשרת תקופה ארוכה לא רק בשירות סדיר (רגיל או נוסף), אלא גם בשירות המילואים. אבל, כך נטען, בהתאם למצב החוקי, שירות המילואים של הנשים אינו ודאי. לפי הוראת סעיף 39 לחוק, נשים זכאיות לפטור משירות סדיר עקב נישואין ולפטור משירות מילואים עקב היריון ולידה. כמו כן, בהתאם להוראת סעיף 29 לחוק כנוסחו אז, הן היו זכאיות לפטור משירות מילואים בהגיען לגיל 38, ואילו גברים – בהגיעם לגיל 54. אומנם אישה יכולה להתנדב לשירות מילואים, אבל אם תחזור בה מהסכמתה, הצבא יהיה חייב לשחררה. כמו כן, במצבי היריון ולידה קיימת הגבלת כושר שמונעת גיוס נשים למילואים גם אם הן תסכמנה לכך. אם כן, לשיטת הצבא, התוצאה היא העדר ביטחון וודאות בנוגע למשך השירות של הנשים, מה שצפוי לפגוע ביכולת תכנון כוח האדם לפי צורכי הצבא. לכך הוסיף הצבא בטיעונו שיקולי תקציב ולוגיסטיקה הכרוכים בהתאמת המתקנים הקיימים לקליטת נשים. הצבא הזכיר נימוק ערכי-חברתי נוסף, הוא מידת הסיכון לנפילה בשבי, אבל נמנע מלהתמקד בו.

העתירה עוררה מתח עז בין עקרון השוויון בין המינים אל מול צורכי הצבא, המבטאים למעשה את יכולתו לשמור ביעילות על ביטחון הציבור. המדובר בשני שיקולים כבדי משקל. איך ייערך האיזון ביניהם? בית המשפט העליון קיבל את העתירה ברוב של שלושה שופטים (השופט מצא, השופטת שטרסברג-כהן והשופטת דורנר) נגד שניים (השופט קדמי והשופט טל). דעת הרוב עמדה על החשיבות של הזכות לשוויון. היא קבעה שבהעדר ראייה בלשון החוק או בתכליתו לפרשנות אחרת, יש לפרש את החוק לפי ההנחה שהוא מתיישב עם הזכות לשוויון בין המינים ומכוון להגשימה. שופטי הרוב מתחו ביקורת על הטענה שהכשרת נשים לתפקידי טייסות אינה כדאית כלכלית חרף היותן בעלות כישורים מתאימים לכך. זאת כיוון שהמבחן האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו הלכה למעשה בתור נורמה חברתית, ולא בדרך של הצהרות. אשר לקשיי התכנון והלוגיסטיקה נקבע שהם מבוססים על השערות והערכות היפותטיות, ולא על לקחים שנלמדו מניסיון מעשי מצטבר. השערות אלה יש להעמיד במבחן המציאות בדרך של ניסוי, ואי אפשר לפגוע על יסודן בזכות הנעלה לשוויון בין המינים. דעת הרוב קיבלה את העתירה והורתה לצבא לזמן את אליס למיון לקורס טיס. מנגד, דעת המיעוט ייחסה להחלטות של המופקדים על הביטחון הלאומי רמת סבירות גבוהה. היא ראתה ביחס השונה לנשים הבחנה מותרת שמבוססת על שיקולי ביטחון לאומי, להבדיל מהפליה אסורה. כאמור, בשלב זה נותרה עמדה זו, שהנחתה את רשויות הצבא במשך עשרות שנים, במיעוט.

קשה להפריז בחשיבות של פסק הדין בעניינה של אליס מילר. פסק הדין חולל מהפך בכל הנוגע לשילוב נשים בצבא. הוא סלל דרך חדשה בכל הנוגע לשוויון הזדמנויות בצבא, ובמיוחד בקשר לגיוס נשים לתפקידי לחימה. אחת מאבני הדרך במאבק לשוויון הזדמנויות מגדרי בשירות הצבאי הוא תיקון חוק משנת 2000 (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 11), התש"ס-2000), שקבע כי לנשים זכות שווה לגברים למלא "תפקיד כלשהו בשירות הצבאי", אלא אם כן השוני בין המינים מתחייב ממהות התפקיד ומאופיו, והוסיף כי בשירות על פי התנדבות בתפקידים שקבע שר הביטחון (ואלה כוללים תפקידי לחימה), דין אישה כדין גבר.

הדברים לא נשארו כתובים עלי חוק בלבד. כברת הדרך שעבר הצבא מאז מתן פסק הדין מתבטאת בהיקף המקצועות הצבאיים, כולל תפקידי לחימה, שפתוחים היום גם לנשים. היא מתבטאת גם באופן זימון נשים למיון לתפקידי לוחמה. אליס נאלצה לשלוח מכתבים רבים לגורמים רבים כדי שתישקל בקשתה לקבל זימון למיון לקורס טיס. לעומת זאת, היום כל נערה המיועדת לשירות ביטחון נשאלת ביוזמת הצבא בשאלון ההעדפות אם ברצונה להתנדב לתפקידי לחימה. אם היא משיבה בחיוב, היא מוזמנת למיון לוחמות.

לצד זאת, שינויים אחרים טרם התחוללו. גם היום מופנות לצבא תביעות לפתוח תפקידים נוספים לנשים, וסירוב הצבא הביא להגשת עתירות נוספות, חלקן תלויות ועומדות. אבל לפסק הדין בעניינה של אליס מילר הייתה חשיבות רבה בפריצת הדרך. הוא העביר בקול צלול וברור מסר חברתי שלפיו בתביעות לשוויון בין המינים – בצבא ובאזרחות – השמיים הם הגבול.

לצד האתגר של שירות שוויוני לנשים מההיבט של שוויון הזדמנויות, מתמודד הצבא עם אתגרים נוספים שנובעים מהשירות המשותף של נשים וגברים. הצבא הוא מערכת היררכית נוקשה. לעיתים השירות הצבאי מתקיים בבסיס סגור, הרחק מהסביבה המוכרת והתומכת של החיילים והחיילות, ואלה לנים בו כמה ימים ויוצאים לחופשות קצרות בבתיהם. לעיתים כרוך השירות בתנאי לחץ ואינטנסיביות של 24/7. לכל אלה מתגייסים החיילים והחיילות זמן קצר לאחר שהפכו מקטינים לבגירים. מכלול הנסיבות עלול להיות קרקע פורה לניצול מיני במערכת שבה חיילות נתונות במקרים רבים לפיקודם של קצינים בכירים. פסק דין חשוב אחר, שמדגים פן זה של הדברים, ניתן בעניינם של תא"ל ניר גלילי והפקידה ששירתה תחתיו. בפסק הדין מכנים אותה פלונית כדי לשמור על פרטיותה, אבל כאן נכנה אותה אילנית (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)).

אילנית שירתה בתפקיד הפקידה האישית של ניר גלילי, מפקד בסיס צאלים בדרום בשנת 1995, זמן קצר לאחר שנדונה העתירה של אליס מילר. ניר היה קצין בדרגת תת אלוף, ואילנית – חיילת בשירות סדיר. בין השניים נוצרה בהסכמה מערכת יחסים אינטימית שכללה מפגשים בעלי אופי מיני בלשכה. לאחר אחד ממפגשים אלה התלוננה אילנית שמפקדה קיים עימה מגע מיני מלא בניגוד לרצונה. המשטרה הצבאית פתחה בחקירה, ובהמשך גלילי הועמד לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת קצין. מאחר שאילנית לא הסכימה למסור עדות, לא הועמד גלילי לדין פלילי בבית דין צבאי. הוא הודה שקיים עם אילנית בהסכמתה יחסים

אינטימיים בעלי אופי מיני, אבל הכחיש שקיים איתה מגע מיני מלא. בהליך המשמעתי הורשע גלילי והוטל עליו עונש של נזיפה. הרמטכ"ל אימץ בהליך פיקודי את המלצת הפרקליטות הצבאית ועיכב את הקידום של גלילי בדרגה למשך שנתיים, וגלילי המשיך בשירותו בתפקיד מפקד הבסיס. מקץ שנתיים החליט הרמטכ"ל לקדם את גלילי לתפקיד בכיר במערך השדה של צה"ל (מפקד גיס) ולהעלותו לדרגת אלוף. הקידום היה משולב: בתפקיד ובדרגה. כאשר הדבר נודע בציבור, אילנית עתרה נגד החלטה זו. היא טענה שבגלילי דבק כתם מוסרי. הוא פגע בטוהר המידות בצבא, ונוכח הפגם הערכי החמור שבהתנהגותו והצורך לשמור על אמון הציבור – אין הוא ראוי להתקדם לתפקיד החדש ואין הוא ראוי לשמש אלוף. שר הביטחון והרמטכ"ל השיבו שהם רואים בחומרה את ההתנהגות של גלילי ופועלים למיגור הטרדות מיניות בצבא. עם זאת, בשל כישוריו יוצאי הדופן והמצוינות המקצועית שגילה, הם נתנו משקל לתועלת הרבה שתצמח לצבא משירותו בתפקיד המיועד. גלילי טען שכבר נענש, ושאינו להענישו ללא הגבלה לאחר ששילם מחיר אישי (מקצועי ומשפחתי) כבד.

גם מקרה זה הגיע לבג"ץ. גם פה העתירה התקבלה, במקרה זה – פה אחד (המשנה לנשיא שלמה לוי, השופטת טובה שטרסברג-כהן והשופט יעקב טירקל). בית המשפט העליון עמד על כך שחוסן הצבא ועוצמתו מבוססים על שני יסודות: הראשון – מוסריות וערכיות, והשני – מקצועיות צבאית. כיצד ייערך האיזון בין מקצועיות לערכיות שעה שדרכיהן נפרדות? בית המשפט מצא נקודת איזון מקורית בין האינטרסים ופיצל בין התפקיד לדרגה. על פי פסק הדין, הקידום של גלילי לדרגת אלוף עוכב, אבל כניסתו לתפקיד מפקד גיס לא עוכבה. הנימוק לכך היה שהקידום לדרגת אלוף מבטא מעמד והוקרה. את אלה, קבע בית המשפט העליון, אין מקום להעניק לגלילי, בשל חשיבות ערך טוהר המידות בצבא, ובמיוחד בקרב קצינים שעומדים בראש פירמידת הפיקוד. ביחסי מרות, במיוחד במערכת הצבאית ההיררכית, טבוע חוסר שוויון תהומי, וניצולו הוא התנהגות פסולה שיש לשרש. יש לפעול לחיזוק אמון הציבור בצבא לא רק בתור גוף מקצועי, אלא גם בתור גוף ערכי, שכן אליו מתגייסים בנינו ובנותינו כפיקודן יקר בידי הצבא ומפקדיו. הקידום בדרגה עלול לשדר מסר כפול שגורע מן הקביעה שיש לפעול בתקיפות נגד התנהגות בלתי הולמת של מפקדים על רקע מיני. לצד זאת, הקידום לתפקיד מפקד גיס יאפשר לנצל את הכישורים של גלילי ואת מקצועיותו. למעשה, אף שהקידום בדרגה ובתפקיד היו שלובים זה בזה, בית המשפט העליון פרס בפסק דינו שילוב זה. כך ניתנה הגנה למוסריות ולערכיות (שכן הקידום בדרגה עוכב) בלי לפגוע במקצועיות הצבא (שכן הכניסה לתפקיד לא עוכבה).

מעניין לציין כי בפסק הדין מצא בית המשפט העליון לנכון להתייחס גם לאילנית. בית המשפט קבע כי על אף גילה הצעיר יש לראות בה אישה עצמאית חופשית, בעלת אישיות משלה ורצון עצמי. על החיילת להיות מודעת לזכותה – ולחובתה – להדוף מעל עצמה מערכת יחסים אינטימית שאין היא רוצה בה, גם במסגרת ההיררכית הצבאית. אבל לשם כך על החיילת לקבל גיבוי מהצבא ולדעת שתוכל להתנגד לקשר, בלי לחשוש מפגיעה.

פסק הדין בפרשה זו היה סימן דרך במאבק לשמור על כבוד האישה כאדם מפני אלימות, הטרדות מיניות וניצול מיני ביחסי מרות. החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, נחקק טרם הגשת העתירה אבל לאחר ביצוע המעשים המיוחסים לגלילי. לכן הוא לא חל על המקרה. אבל רוחו שרתה על הדיון כולו. בית המשפט קבע קביעה חשובה ולפיה ניצול של חוסר השוויון התהומי בין מפקד לפקודתו לשם השגת טובות הנאה מיניות, גם אם הדבר נעשה בהסכמה, פסול ואסור. גם המאבק לשמירה על כבוד האישה לא הסתיים, אבל לפסק הדין הייתה תרומה חשובה לקידומו.

שני פסקי הדין – בעניינה של אליס ובעניינה של אילנית – ניתנו בשנות התשעים של המאה הקודמת בהפרש של שנים ספורות. במרכז שניהם עמד הצורך להתמודד עם דילמות שנוצרו בקשר לשירות נשים בצבא, ובעיקר המתח שבין ערכיות (במיוחד השוויון בין המינים וכבוד האישה) למקצועיות (מהיבט צורכי הצבא). בשעתו המתח נצבע בצבעים עזים, ובית המשפט ערך את מלאכת האיוון ברגישות ובזהירות תוך ניסיון למצוא הסדר ביניים (עריכת ניסוי לשיבוץ חיילות בתפקידי לחימה) שבמהרה הפך להסדר קבע, או הסדר חלקי (מניעת קידום בדרגה לקצין בכיר בלי למנוע את כניסתו לתפקיד חדש).

בשנים שחלפו בינתיים, צבעו של המתח האמור בקשר לשתי הפרשיות הללו דהה במידה מסוימת, בהתחשב בכך שלא חלה פגיעה בתפקוד הצבא. כיום חיילות רבות משרתות בתפקידי לחימה, ובכל מקרה בתפקידים שבעבר היו פתוחים לחיילים בלבד. היעילות הביטחונית יוצאת נשכרת מכך. במקביל, זוהרה של המחויבות לשמור על שוויון בין המינים בצבא ועל כבוד האדם של החיילת – התעצם. זאת בלי לגרוע מכך שעדיין ניטש ויכוח לגבי ההיקף של העיקרון שנקבע ובשאלה האם הוא חל לגבי כלל תפקידי הלחימה.

ההשפעה של פסקי הדין אינה מוגבלת לשוויון ההזדמנויות בצבא. הם משפיעים גם על החיים האזרחיים. זאת לא רק בהיבט המעשי, נוכח היתרונות ששירות צבאי בתפקיד בכיר מקנה בחברה האזרחית, ונוכח הצבת גדרות מפני ניצול ביחסי מרות. פסקי הדין השפיעו באופן רחב יותר על עיצוב התודעה הציבורית. פסקי הדין תרמו לניפוץ תפיסות מפלות ולהחלפתן בתפיסות שמקדמות שוויון גם בהקשרים אזרחיים. המכתם "השמיים הם הגבול" הפך לסמל לקידום שוויון ההזדמנויות בין המינים בצבא ובחברה האזרחית גם יחד.

## שוויון לאנשים עם מוגבלות: זכות ולא חסד

בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996)  
בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.2014)

### סיגל דוידוב-מוטולה

שחר בוצר נולד בשנת 1982 עם מחלת ניוון שרירים. בשל המחלה הוא מתנייד באמצעות כיסא גלגלים. כשהיה בן 11 עתר עם ארגונים שמייצגים אנשים עם מוגבלות, לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בעתירתו הוא ביקש להורות לבית הספר שבו למד, לבצע את ההתאמות הנדרשות כדי לאפשר לו גישה מלאה ועצמאית לכל חלקי בית הספר. עתירתו – שהתקבלה – שימשה תקדים לא רק בנוגע לחובה להנגיש מוסדות חינוך ברחבי הארץ לאנשים עם מוגבלות, אלא גם בנוגע לזכויות אנשים עם מוגבלות בכלל. פסק הדין שניתן בעניין (בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996)) היה סנונית ראשונה וחשובה בשינוי התפיסה לגבי זכויות אנשים עם מוגבלות. שינוי זה עוגן כמה שנים לאחר מכן בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

שחר נולד בירושלים. כשהיה נער הבינו הוריו עד כמה חשובה הנגישות לצורך פיתוח עצמאותו. לצורך כך עברה המשפחה ליישוב חדש שהוקם באותה עת, "מכבים-רעות", וביקשה כבר בשלבי תכנונו שיכלול דרכי גישה והתאמות לאנשים עם מוגבלות. בקשתם נענתה רק בחלקה, ועל רקע זה הוגשה העתירה לבג"ץ בשנת 1993. שחר ביקש בה שמבני הציבור ביישוב – ובהם בית ספר, קופת חולים, סניף הביטוח הלאומי, בית כנסת, ספרייה ואולם ספורט – יותאמו כך שתתאפשר גישה מלאה אליהם לאנשים עם מוגבלות. את עתירתו ביסס, בין היתר, על תיקון שהוכנס בשנת 1981 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ושחייב להתקין סידורים מיוחדים לנכים בבניינים ציבוריים.

תוך כדי ההתדיינות הסכימה המועצה המקומית לחלק מהבקשות בעתירה, אבל נשארו כמה מחלוקות שחייבו הכרעה. כך, למשל, טענה המועצה המקומית שאין חובה לאפשר גישה ישירה בין חדר הכיתה שבו למד שחר לחדר השירותים המותאם לנכים. לשיטתה, די בכך שקיים חדר שירותים מותאם אחד בבית הספר – בקומה נפרדת שכדי להגיע אליה נדרש שחר לצאת מהבניין, להקיפו ולהיכנס מכניסה אחרת, תוך היעזרות באדם נוסף לצורך פתיחת שער ברזל. בנוגע למחלוקת נוספת טענה המועצה כי מקלט ציבורי שמשמש גם לצורך פעילויות חברה ותרבות, לא נועד "למתן שירות ציבורי", ולכן אין חובה בחוק להנגישו לאנשים עם

מוגבלות. העתירה נדונה בבית המשפט העליון בהרכב בראשות הנשיא אהרן ברק עם השופט יעקב קדמי והשופטת דליה דורנר, וזה החליט פה אחד לקבלה.

הנשיא ברק, שכתב את פסק הדין, הדגיש כי אין לקרוא את הסעיף הרלוונטי בחוק התכנון והבנייה באופן מילולי-טכני, אלא באופן התואם את תכלית החקיקה. מטרת הוראות החוק העוסקות בהנגשה היא לשלב את האדם עם המוגבלות באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. ברמת הפשטה קונקרטית יותר התכלית היא לשלב את הילד עם המוגבלות בבית הספר תוך שמירה על עצמאותו והגנה על כבודו, מה שיעניק לו שוויון הזדמנויות אמיתי בחינוך. הנשיא ברק הדגיש שכיום "שוררת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של הזדמנויות... הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבידודו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה" (עמ' 26). לשם כך יש לאפשר לאדם עם המוגבלות נגישות מלאה ושימוש פונקציונלי במקומות ציבוריים, כדי שיוכל להפיק את מלוא התועלת מהם, בדומה לכל אזרח, תושב ותלמיד שאינם עם מוגבלות. לאור זאת נקבע שלא די בכך שקיימת אפשרות גישה באמצעות כיסא גלגלים לקומה ששחר למד בה, ובנפרד מכך לקומה אחרת שחדר השירותים נמצא בה. נדרשת גם גישה נוחה בין שתי הקומות שתאפשר מעבר עצמאי ביניהן תוך זמן קצר וללא צורך בסייע. עוד נקבע שהמקלטים משמשים בפועל למתן שירות ציבורי, דוגמת חוגים או תנועת נוער, גם אם לא זה ייעודם המקורי. לכן "שילובם של נכים בחיי החברה, הבטחת כבודם ומתן הזדמנות שווה לנכים" מחייבים לראות במקומות אלה מבנים שחלה לגביהם חובת ההנגשה (עמ' 30). הנשיא ברק הוסיף והדגיש בתשובה לטענת המועצה המקומית בדבר העלויות הגבוהות הנדרשות ממנה, כי "הבטחת שוויון הזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש" (עמ' 27). בכך הוא ביטא את התפיסה כי היבט התקציבי כשלעצמו אינו מצדיק להימנע מלכבד זכויות אדם, אם כי הוא נתון שיש לו רלוונטיות בעריכת האיזונים הנדרשים.

פסק הדין בעניינו של שחר בוצר יצר שינוי לא רק בדרך שבה נדרשו רשויות מקומיות לבצע התאמות והנגשות בבתי ספר ובמבני ציבור נוספים, אלא גם בשיח הנוגע לזכויות של אנשים עם מוגבלות בכלל. פסק הדין הכיר לראשונה בכך שאנשים עם מוגבלות זכאים להתייחסות שווה ולהשתתפות שוויונית בכל תחומי החיים, בזכות ולא בחסד. פסק הדין גם קבע לראשונה נקודת מוצא של שילוב, הכללה ושיתוף, להבדיל מהדרה, בידוד והרחקה. הדגש שהושם בפסק הדין הוא באדם ובהיותו חבר שווה זכויות בחברה, להבדיל מהתפיסה ששררה בעבר ושהדגישה בעיקר את המוגבלות בתור פגם הדורש תיקון. לפי התפיסה החדשה, האדם עם המוגבלות אינו צריך להתאים את עצמו למבנים הקיימים (הן הגשמיים, הן החברתיים) שתוכננו בלי להביא בחשבון את צרכיו, אלא זכאי לכך שיינקטו פעולות אקטיביות כדי שהמבנים הקיימים יתאימו גם לו. זאת כחלק מזכותו החוקתית לשוויון וכחלק בלתי נפרד מכבודו כאדם.

תפיסה חדשה זו באה לידי ביטוי מובהק בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שנחקק כאמור בשנת 1998. המחוקק הבהיר את תכלית החוק כבר בסעיפיו הראשונים. נקבע כי מטרתו "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (כלשון סעיף 2 לחוק). תפיסת השוויון שעומדת בבסיס החוק היא תפיסה מתקדמת, ומטרתה תיקון עמוק היורד לשורש ההפליה שהיא מנת חלקם של אנשים עם מוגבלות בתחומי החיים השונים. הפליה זו נובעת הן מחסמים תודעתיים-תפיסתיים הכוללים דעות קדומות וסטריאוטיפים, הן מתבניות ודפוסי חשיבה שאינם מתחשבים בצרכים של אנשים עם מוגבלות, הן מחסמים גשמיים-מבניים. עם כולם נועד החוק להתמודד.

דיון בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות עצמו הגיע לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעתירה חשובה שהגיש בשנת 2010 רמי מחמלי (בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.2014)). רמי מחמלי שירת בשירות בתי הסוהר שנים רבות, קיבל חוות דעת טובות על תפקודו המקצועי לאורך השנים ועבר בהצלחה קורס קצינים. בשנת 2003 לקה במחלה, ונקבע שקיימת סבירות גבוהה כי זו נגרמה בשל תנאי עבודתו. בשל מצבו הבריאותי ובהתאם להחלטת ועדה רפואית צומצמה משרתו לשש שעות עבודה ביום (75% משרה). מאז צמצום משרתו הוא פנה שוב ושוב בבקשות להשתבץ בתפקיד חדש כדי להתקדם בדרגתו, אבל נדחה על הסף מאחר שהמשרות ששאף אליהן לא התאימו לעבודה במספר השעות שמותר לו לעבוד בהן. בשלב זה הוא עתר לבג"ץ וטען ששירות בתי הסוהר מפלה אותו לרעה בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

העתירה נדונה בהרכב השופטת עדנה ארבל והשופטים (כתוארם אז) אליקים רובינשטיין וחנן מלצר והתקבלה בעיקרה פה אחד. בית המשפט העליון קבע שרמי מחמלי הופלה לרעה ולכן זכאי לסעד של קידום בדרגה, כך שתוענק לו דרגת רב-כלאי אישית. בית המשפט הגיע למסקנה זו אף שאין זכות קנויה לעובד להתקדם במקום עבודתו. למרות זאת בית המשפט שוכנע כי בנסיבות המקרה הייתה ציפייה לגיטימית לכך, בפרט מאחר שמדובר בעובד ותיק שמילא את תפקידיו לשביעות רצון הממונים עליו ושנותר בדרגתו תקופה ארוכה. השופט מלצר, שכתב את פסק הדין העיקרי, הדגיש: "במהלך אחד הדיונים בעתירה התבטאתי כי מעט חמלה מצד שירות בתי הסוהר, היתה מסייעת לעותר, רמי מחמלי. הדברים ראויים לתיקון. לא חמלה, קרי: נקיטה בפעולה לפנים משורת הדין, נדרשה כאן בנסיבות העניין, כי אם פעולה בהתאם לשורת הדין. ביצוע התאמות נדרשות, על מנת לשלב בתעסוקה אנשים בעלי מוגבלות, קל וחומר כאלה שמוגבלותם נוצרה במהלך עבודתם ובעקבותיה, תוך מתן העדפה מתקנת לאותם אנשים עם מוגבלות – הן חובות המוטלות על כל מעסיק (בכפוף להוראות החוק), על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועל המדינה כמעסיק בפרט. הדרישה לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת לאתר עבור העותר תפקיד ההולם את כישוריו,

במצבו, תוך ביצוע התאמות נדרשות... הן דרישות חוקיות, ולא מחוות של רצון טוב גרידא" (פסקה 60).

השופט מלצר הסביר שחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מטיל על מעסיקים חובה ישירה לפעול וליצור תנאים שיאפשרו לקלוט אנשים עם מוגבלות בעבודה, לשלבם בה, לקדםם בה ולהשאירם בה. חובה זו נובעת מהגישה החברתית למוגבלות, שרואה במוגבלות ביטוי למגוון האנושי הקיים בחברה, וזו נדרשת מצידה לנהוג בשוויון כלפי כל אחד מחבריה. כחלק מכך יש לנקוט פעולה אקטיבית כדי לבצע התאמות שתאפשרנה לשלב אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, לרבות בתעסוקה, ולקדםם. רעיון ה"התאמות" משקף את ההבנה שאין די בדרישה שאדם עם מוגבלות יתאים עצמו לדרישות התפקיד, אלא שצריך גם להתאים את מקום העבודה לצרכיו. ההתאמות שיש לבצע אינן רק התאמות גשמיות, דוגמת רמפה או מעלון, ואינן רק התאמות מכניות או טכנולוגיות של עזרים או התקנים. הן גם התאמות דוגמת עיצוב מחדש של דרישות התפקיד, הגמשה של שעות העבודה, יצירת משרה חדשה או שינוי בנוהלי העבודה. אין מדובר ברשימה סגורה אלא בקשת אינסופית של אפשרויות, ולצורך גיבושה נדרשים "גמישות ומעוף מחשבתי מצד המעסיק" (פסקה 28). על המעסיק לראות את מקום העבודה דרך עיני האדם עם המוגבלות ומציאות חייו ובשיתוף עימו, כדי להביא בחשבון את צרכיו.

לפיכך החובה לבצע התאמות אינה פעולה "לפנים משורת הדין", אלא חובה ישירה שמוטלת על המעסיקים (לרבות מהשוק הפרטי) מכוח הוראת חוק מפורשת. היא מחייבת מעסיקים לבחון מחדש בפתחות וביצירתיות את המבנים, הנהלים, הנורמות והפרקטיקות המקובלות של מקום העבודה, כדי לאפשר השתלבות מלאה ושוויונית של העובד עם המוגבלות במסגרתו. לכן אין למהר לקבוע כי מחמת מוגבלותו עובד אינו כשיר לבצע תפקיד מסוים, אלא יש לבחון זאת רק לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות. הסייג היחיד לכך הוא שאין בביצוע ההתאמות משום "נטל כבד מדי", כהגדרת המחוקק בסעיף 8 לחוק. סייג זה נועד לאזן בין הזכויות של אנשים עם מוגבלות לנטל המוטל על המעסיקים, כדי שלא להביא לפגיעה כלכלית חמורה מדי במעסיק. המבחן הוא של סבירות ההתאמה ומידתיותה בהתחשב במכלול הנסיבות והמאפיינים של מקום העבודה, של העובד ושל ההתאמה הנדרשת, לרבות היקף המשאבים שמצויים בידי המעסיק. מלבד נושא ההתאמות בחן השופט מלצר היבטים נוספים של הפליית אנשים עם מוגבלות, ובהם חובת ההעדפה המתקנת. החוק מטיל על מעסיקים חובה לקדם ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה, ומשמעות הדברים עשויה להיות העדפתם על פני אחרים. כך, במקרה זה נקבע ששירות בתי הסוהר היה אמור להעדיף את רמי מחמלי על פני מועמדים אחרים בעלי כישורים דומים לשלו, במינוי לתפקידים שהתמודד עליהם, אבל לא עשה כן. מטעם זה ובשל אי עשיית פעולות אקטיביות שיאפשרו את קידומו, התקבלה העתירה של רמי מחמלי. השופט ארבל והשופט רובינשטיין הצטרפו לדעתו של השופט מלצר והבהירו שההתנהלות של שירות בתי הסוהר כלפי רמי מחמלי הובילה לפגיעה בכבודו, ושיש לפרש

את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות "פרשנות נדיבה" שתיתן ביטוי "ליחס המחודש של החברה בישראל, לפי קביעת המחוקק, לאנשים עם מוגבלויות" (פסקה ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

פסק הדין בעניין מחמלי הוא ציון דרך חשוב נוסף בהבנת הזכויות של אנשים עם מוגבלות, נוכח הפרשנות הרחבה והאמיצה שבית המשפט העליון נתן להוראות של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. פסק הדין הבהיר שאין לראות בחוק זה "הצהרה" בלבד אלא חוק שנועד לבצע שינוי, ולכן הוא מחייב יוזמה וביצוע פעולות אקטיביות. פסק הדין המשיך לחזק את התפיסה החדשה לזכויות אנשים עם מוגבלות שהחלה בפסק הדין בעניין בוצר: "לא עוד 'חסד' ו'עזרה' המבוססים על דעות קדומות והרחקה, אלא הבנה שאנשים עם מוגבלות הם חברים שווים בקהילה. לכן הם זכאים לכך שצורכיהם יובאו בחשבון בעת עיצוב מבנים ושירותים שהם חלק מהמרחב הציבורי וממקומות עבודה, ובדומה – בכל תחום מתחומי החיים.

העקרונות שהותוו בחוק ובשני פסקי הדין פורצי הדרך שהוצגו, הם עקרונות יסודיים שמבטאים מחויבות עמוקה לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ושמדריכים את שיקול הדעת השיפוטי של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה בכל הליך שמעורבות בו סוגיות הנוגעות לכך. החוק והפסיקה משתלבים זה בזה ופועלים יחד בתחומי החיים השונים לצורך השגת השוויון. עקרונות היסוד חלים באותו אופן כלפי מי שנולד עם מוגבלות וכלפי מי שמוגבלותו נוצרה בגיל מבוגר יותר, מי שמוגבלותו גופנית ומי שמוגבלותו נפשית או קוגניטיבית, מי שמוגבלותו נראית כלפי חוץ ומי שמוגבלותו נסתרת – וכל זאת בכל רצף הלקויות האפשריות וללא תלות באירוע החיים שיצר את המוגבלות. כולם חלק מהגיוון האנושי וחלק בלתי נפרד מהחברה.

טרם סיום כדאי לחזור לסיפור החיים מעורר ההשראה של שחר בוצר. בריאיון שנערך עימו הוא סיפר שהמפגש שלו עם הנשיא אהרן ברק שינה את מסלול חייו נוכח הדברים שנכתבו בפסק הדין בעניינו על "מיצוי הפוטנציאל שלי כאדם בלי קשר לנכות שלי" ("אדם אחד, רגע אחד" גלובס 11.12.2020). נכון לכתיבת שורות אלה הוא בן פחות מ-40 וכבר הספיק לנהל את רשת המחשוב של פיקוד העורף (בתפקידו הצבאי), לכהן תוך כדי לימודיו בתפקיד יושב ראש אגודת הסטודנטים (ונבחר כדבריו "לא כמנהיג נכים אלא כמנהיג שהוא גם נכה"), להתמנות למנכ"ל ארגון השחקנים ובהמשך ליושב ראש קבוצת תיירות, להיות חלק מרשימת "40 הצעירים המבטיחים" של מגזין "גלובס", ולכהן בתפקיד שותף מנהל בקרן הון סיכון שמשקיעה בחברות סטארט-אפ שייעודן חברתי או סביבתי. סקירה זו של פועלו מלמדת בדרך הטובה ביותר על חשיבות השילוב השוויוני של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, לא רק למענם אלא גם למען החברה בכללותה.

# דו־קיום במרחב הציבורי: השילוט בערים המעורבות והשפה הערבית

בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)

## רון שפירא

"יהודי דבר עברית" – זו הייתה הסיסמה של מלחמת השפות בארץ ישראל שלפני הקמת המדינה. תחיית השפה העברית הייתה ללא ספק מן ההישגים החשובים של התנועה הציונית. העברית היא שפתה העיקרית של המדינה. אבל מה לגבי שפות אחרות שתושבי המדינה ואזרחיה מדברים בהן, ובראשן השפה הערבית? איזה מעמד יש להן?

בתקופת המנדט הבריטי היו שלוש שפות רשמיות בארץ ישראל: אנגלית, ערבית ועברית, ומעמדן עוגן בסעיף 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947. עם הקמת המדינה נותר סעיף זה על כנו, אבל נגרעה ממנו השפה האנגלית. השפה העברית הייתה לשפה הרשמית ה"מובילה" מבחינת חיי המעשה, שהשימוש בה דומיננטי בהיותה שפתו של הרוב, וגם בתור ביטוי לכך שהוקמה "מדינה יהודית בארץ ישראל", כלשון הכרזת העצמאות. אבל עובדות אלה חידדו את השאלות בדבר המעמד של השפה הערבית, שגם היא נותרה במעמד של שפה רשמית, ובדבר היקף השימוש הרצוי בה בהקשרים רשמיים ובפרהסיה הציבורית, מעבר לבחירה האישית של כל אדם באיזו שפה להשתמש.

השאלה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בשנת 1999, כיוכל שנים לאחר קום המדינה, בעתירה שעסקה בשלטים הרשמיים המוצבים בערים המכונות "מעורבות", במובן זה שיש בהן אוכלוסייה מעורבת יהודית-ערבית, ושאינן מאופיינות בתור "יהודיות" או "ערביות". המדובר בערים תל אביב-יפו, רמלה, לוד ונצרת עילית. יצוין כי בחיפה, שהיא עיר מעורבת שחרטה על דגלה את הסובלנות בין העדות, היה השילוט הרשמי בשתי השפות, העברית והערבית, נוהג עוד מתקופת המנדט הבריטי, ובהמשך לאחר קום המדינה. בעתירה נטען כי בערים שיש בהן מיעוט ערבי, חייב כל השילוט העירוני (שלטי ההכוונה, ההדרכה, האזהרה, ההוריה והמודיעין, כמו גם השלטים המורים את שמות הרחובות) לכלול כיתוב גם בערבית. את העתירה הגישו ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח בישראל. לדברי העותרים, חובה זו מקורה הוא בראש ובראשונה במעמד השפה הערבית בתור שפה רשמית בישראל, והיא גם נגזרת מהמשפט הבינלאומי, מהזכות לשוויון ומכבוד האדם. כמו כן, נטען שהשילוט

בשפה הערבית נדרש לשם הפעלה נאותה של השירותים הציבוריים לכל תושבי העיר ולקידום השמירה על הסדר הציבורי.

הערים טענו מנגד שאין חובה כללית כזו, ושעניין השילוט נתון לשיקול דעתן. עם זאת, כמעט כל הערים היו נכונות להוסיף כיתוב בשפה הערבית לשלטי הכוונה והשירותים העירוניים וקצבו פרקי זמן משוערים וסדרי עדיפויות שונים לכך. הן הדגישו שאין חלה עליהן חובה להוסיף כיתוב בערבית, אבל מתוך התחשבות בתושבים הערבים הן יעשו כן בתוך כמה שנים בשלטי הכוונה מרכזיים, במוסדות עירוניים המשרתים את כלל תושבי העיר ובאזורים שקיים בהם ריכוז ערבי.

בהתחשב באופי העקרוני של ההליך הוגשה בו גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם לסמכותו להביע עמדה גם בהליכים משפטיים שהוא אינו צד להם, המעוררים שאלות בעלות חשיבות ציבורית. היועץ המשפטי לממשלה טען כי אין חובה על העיריות המשיבות להציב שילוט בערבית. עם זאת, מאחר שהערבית היא שפה רשמית של מיעוט ניכר ומכובד במדינה, קמה לרשויות השלטון חובה לשקול את השימוש בשפה הערבית בהתאם לעניין הנדון. אמרת המידה שהציג היועץ המשפטי לממשלה להפעלת שיקול הדעת של רשויות מקומיות הכוללות מיעוט ערבי ניכר, כללו הבחנה בין צירים ראשיים (שבהם יש להציב שילוט בערבית) לכבישים צדדיים; הבחנה בין אזורים שבהם ישנה אוכלוסייה גדולה דוברת ערבית לאזורים אחרים; הצגת שילוט מתאים גם בערבית בהכוונה למוסדות ציבוריים ובתוך המוסדות הציבוריים, בדגש על שלטי בטיחות ואזהרה, להבדיל משלטי הכוונה אחרים (שלטי רחובות וכיכרות ושלטים ציבוריים אחרים) שבהם חשיבות הדבר פחותה.

אפשר להיווכח כי לאחר שהתקבלו כל התגובות לעתירה, המחלוקת צומצמה. במישור המעשי הוסכם על הכול כי השילוט העירוני יכלול כיתוב גם בערבית באזורים שקיים בהם מיעוט ערבי, בצירים הראשיים ובדרכים המרכזיות. כמו כן, הוסכם כי שלטי הבטיחות והאזהרה יכללו כיתוב בערבית גם בחלקי העיר שאין בהם אוכלוסייה ערבית, וכך גם השילוט למוסדות העירוניים ובתוכם. חזית המחלוקת נגעה בשילוט העירוני בחלקי העיר שבהם הרוב המוחלט של האוכלוסייה הוא יהודי. העותרים לא הסתפקו בהסכמות וסברו כי בעיריות שיש בהן מיעוט ערבי חייבים כל השלטים העירוניים לכלול כיתוב גם בערבית. לעומת זאת עמדת הרשויות הייתה כי בשלטי הרחובות שאינם ראשיים אין חובה כללית כזו וגם לא בשכונות הלא ערביות, והעניין נתון לשיקול דעתן. מחלוקת אחרת נגעה ללוחות הזמנים הנדרשים לתיקון השילוט ולהוספת הכיתוב בערבית.

המחלוקת צומצמה אבל עדיין נדרשה להכרעה. בית המשפט העליון קיבל את העתירה בדעת רוב של הנשיא ברק והשופטת דורנר נגד דעת המיעוט של השופט חשין. בדעת הרוב הוסבר כי ככלל הצבת שלטי הכוונה בתחומי העיר אכן נתונה לסמכות העירייה. לצד זאת, הוסבר כי נקודת מוצא חשובה נוספת לדיון היא המעמד המיוחד של השפה הערבית, בשונה משפות אחרות שאזרחי המדינה או תושביה דוברים אותן. המעמד הרשמי של שפה מקרין

עצמו אל תוך גופו של המשפט הישראלי ומשפיע על פעולתו. בין השאר, הרשמיות של השפה היא שיקול משמעותי במכלול השיקולים הנדרשים בשעה שמופעלת סמכות שלטונית. נוסף על כך, דעת הרוב הדגישה את חשיבות ההגנה על הזכות של אדם להשתמש בשפתו כחלק מאישיותו. שפה היא הכלי שבאמצעותו האדם חושב, והמכשיר שבאמצעותו הוא יוצר קשר עם זולתו. השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. השפה משקפת תרבות ומסורת ומבטאת פלורליזם חברתי. הכרזת העצמאות קבעה כי מדינת ישראל "תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". חופש הפרט להתבטא בלשון הרצויה לו נגזר מהזכות החוקתית לחופש הביטוי ומהזכות החוקתית לכבוד האדם. חופש זה של הפרט מקים לרשות השלטונית חובה להגן עליו. לבסוף, הודגש הערך של הבטחת השוויון, שהוא מערכי היסוד של המדינה. מקום שבו חלק מן הציבור איננו יכול להבין את השילוט העירוני – נפגעת זכותו ליהנות באופן שוויוני משירותי העירייה. השפה אינה רק ביטוי לזהות של הפרט, אלא גם לזהות של הכלל. היא הבסיס המקשר את הפרטים להיות בני חברה אחת.

ועדיין בישראל רבים מדברים בשפות נוספות. מה מעמד השפה הרוסית, שרבים מעולי חבר העמים מדברים בה? ומה על השפה האמהרית, שפת יוצאי אתיופיה? האם מוטלת על הרשויות המקומיות חובה משפטית להנכיח אותן בציבוריות שלהן? במה הן נבדלות מהשפה הערבית? נפסק כי הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, זו השפה של המיעוט הגדול ביותר בישראל, שחי בישראל מימים ימימה, והיא קשורה במאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים שלו. זוהי השפה של אזרחים אשר מבקשים לחיות בישראל בתור אזרחים נאמנים ושווי זכויות תוך כיבוד לשונם ותרבותם. שנית, השפה הערבית מתייחדת גם במעמדה הרשמי כאמור. מעמד שכזה אינו נחלתן של השפות האחרות. בסופו של דבר, נקבע בדעת הרוב כי בשילוט העירוני יש להוסיף לצד הכיתוב העברי גם כיתוב בערבית, ונקבעו לוחות הזמנים להסדרת הנושא בכלל הרשויות המקומיות.

חשוב לציין כי אף שהנשיא ברק והשופט דורנר היו בדעת רוב, קיימת הבחנה בין גישותיהם. השופט דורנר נשענה במפורש על המעמד של השפה הערבית והכירה למעשה בזכות קבוצתית הכרוכה בשימוש בה. לעומת זאת, הנשיא ברק התמקד בביקורת על שיקול הדעת של הרשויות בהתאם לכללי המשפט המנהלי הרגילים.

בשונה מכך, השופט מישאל חשין סבר בדעת המיעוט כי דין העתירה להידחות. הוא הסכים כי לגופו של עניין ראוי להסדיר את הוספת השפה הערבית לשילוט בכל הערים המשמשות מרכז עבודה, שירותים ועסקים לרבים שאינם מתגוררים בתחומי הרשות המקומית, ולא רק בערים המעורבות. אבל הוא סבר שיש להותיר את ההכרעה בנושא בידי השלטון המרכזי, בדבר חקיקה.

השינוי שפסק הדין הביא בכנפיו בולט ביתר שאת לנוכח פסק דין קודם שהגן על השימוש בשפה הערבית: עניין **ראם** (ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189 (1993)). באותו מקרה נדונה שאלה אחרת הנוגעת להיקף השימוש בשפה

הערבית: האם אפשר לאסור בחוק עזר פרסום מודעות של גורמים פרטיים בשפה הערבית בלבד. חוק עזר של עיריית נצרת עילית (כיום נוף הגליל) קבע כי מודעות יצטרכו להיות בעברית בלבד או באופן שהכיתוב בשפה העברית יתפוס שני שלישים משטחן. באותו הליך חברת בנייה ביקשה לפרסם על גבי לוחות המודעות בעיר פרויקטים שלה בשפה הערבית בלבד. כאשר נאסר עליה לעשות זאת על פי חוק העזר, היא נקטה הליך בבית המשפט המחוזי, ובו נדחו טענותיה. הערעור לבית המשפט העליון התקבל על בסיס ניתוח משפטי שהדגיש את חופש הביטוי בפרסום מודעות מסחריות מטעם חברות פרטיות, בשונה מרשות שלטונית. באופן כללי יותר, פסק הדין בנושא השילוט בערים המעורבות סלל את הדרך להתדיינות נוספות שבהן הועלו טענות שעניינן הרחבת השימוש בשפה הערבית. בחלק מן המקרים טענות אלה התקבלו,<sup>1</sup> ובחלקם האחר נדחו (למשל במקרה שבו נדחתה הדרישה לערוך את בחינות ההסמכה של לשכת עורכי הדין בערבית, לנוכח חשיבות השליטה בשפה העברית במקצוע זה).<sup>2</sup>

חשוב לשים לב לדמיון ולשוני בין המקרה של השפה הערבית להליכים משפטיים שעסקו בשימוש בשפות נוספות. דרישות אלה התקבלו במקרים מתאימים משיקולים דוגמת נגישות, בכל הנוגע למשלוח הודעות לבוחרים בשפות הרוסית והאמהרית,<sup>3</sup> או זהירות ופיקוח נפש, בכל הנוגע לסיכונים באתרי בנייה.<sup>4</sup> בלי למעט בחשיבותן של דוגמאות אלה, ההכרעה בעניין השפה הערבית חורגת מגדר הפן התועלתני ומבוססת גם על מעמדה המיוחד.

כמעט עשרים שנה לאחר שנדון נושא השילוט בערים המעורבות, הגיעה שאלת המעמד של השפה הערבית לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת הדיון בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הידוע לעיתים גם בשמו הקצר חוק יסוד: הלאום. חוק יסוד זה התייחס לשאלת השפות במדינה בסעיף 4 שלו ובהקשר זה קבע באופן מפורש כי "עברית היא שפת המדינה", ולצד זאת כי "לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה" וכי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית". בפסק הדין שעסק בכך<sup>5</sup> הובהר כי ההסדר שבחוק יסוד: הלאום נועד לשקף את המצב הקיים, בלי לגרוע מהמעמד של השפה הערבית, וכל שכן לא נועד ליצור שינוי מעשי בנוגע לנוכחותה במרחב הציבורי. כפי שנכתב עוד בעניין ראם: "השפה העברית, תפארתה לא תועם ועוצמתה לא תפחת אם נגלה הבנה וסובלנות לשפות האחרות המקובלות והשגורות בחלקים אלה ואחרים של החברה הישראלית, וראוי

1 למשל ע"א 4926/08 נאשף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (9.10.2013).

2 בג"ץ 8676/18 כבהה נ' שרת המשפטים (14.5.2019).

3 בג"ץ 3036/96 מפלגת ישראל בעליה נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הארבע-עשרה ולראש הממשלה, פ"ד נ(2) 108 (1996).

4 בג"ץ 5215/17 קו לעובד – להגנת זכויות העובדים נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (7.4.2019).

5 ראו רשימתו של דוד חשין בספר זה, עמ' 193.

שנכבדן ככל שיתבקש הדבר... עם זאת ייאמר מיד, כי לשפה הערבית ייחוד משלה, שכן היא מהווה שפת אם למרכיב חשוב וגדול של החברה הישראלית והיא חלק מרכזי בתרבות עשירה ורבת פנים, המשתלבת היטב בפסיפס התרבותי המגוון של המדינה" (עמ' 216-217). דברים יפים אלה, שנאמרו קודם לפסק הדין בפרשת **עדאלה** ולחקיקת חוק יסוד: הלאום, נכונים גם היום. הסובלנות והכיבוד ההדדי של הקהילות החיות בתוכנו, על שפתן ומנהגיהן, הוא המפתח לקיום המדינה, על מגוון אזרחיה.

# לפעמים הדרך לפאב ולברירה עוברת בבית המשפט

ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996)  
רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)  
בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)

## יעל בלכר

שבת, 3 ביולי 1993. החופש הגדול. אברהים וחפיזה נעאמנה וארבעת ילדיהם, תושבי בית חנינא שבצפון ירושלים, נסעו ליום כיף בפארק המים בקיבוץ קליה. הקופאית שמעה את אברהים מדבר בערבית וסירבה למכור למשפחה כרטיסים. תעודת הזהות הישראלית לא הועילה, וגם לא דין ודברים ממושך (ופומבי) עם האחראים. משפחת נעאמנה נאלצה לחזור לביתה כלעומת שבאה. אברהים וחפיזה הגישו לבית משפט השלום בירושלים תביעה לפיצויים.

הימים היו ימי פיגועים ומתיחות ביטחונית בגבול הצפון. יומיים קודם, ביום חמישי, 1 ביולי 1993, השתלטו מחבלים על אוטובוס בירושלים, רצחו אישה ופצעו רבים אחרים. החברה המנהלת את פארק המים טענה שעל רקע זה ומתוך דאגה לביטחון המשפחה בשל חשש למעשי תגובה של יהודים, ניתנה לאברהים "המלצה תקיפה" שלא להיכנס לפארק. נטען כי באותו בוקר התעורר ויכוח "טיפשי" על כיסא בין יהודים לערבים וכמעט נוצרה תגרה, שנמנעה בהתערבות מאבטחים. החברה טענה שזכותה לפעול משיקולי ביטחון לשמירת שלום המבקרים, ולא – היא עלולה להתחייב בנזיקין, ושיש להתחשב בכך בקביעת החובות המוטלות עליה.

פסק הדין בתיק ניתן כעבור שלוש שנים. השופטת מרים מזרחי קיבלה את התביעה נגד החברה ופסקה למשפחת נעאמנה פיצויים בגין עוגמת נפש בסך של 10,000 ש"ח ושכר טרחת עורך דין (ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996)). בית המשפט דחה את הטענה שניתנה המלצה בלבד, וקבע שהיה מדובר באיסור כניסה. כמו כן נקבע כי אין בראיות בסיס ממשי לחשש שיפרצו תגרות על רקע הפיגוע החבלני הנזכר: "החיים בארץ באותה תקופה (וגם בתקופות אחרות שבהן נעשו פיגועים) התנהלו באופן שיהודים וערבים שנמצאו במגעים ובחיכוך מתמיד, לא נגררו לפעולות אלימות, זולת חריגים בודדים. משפחה, הורים וילדים, הבאה לנפוש בברירה, אינה מעוררת חשש שפניה לתגרה כלשהי, והטענה כי עצם כניסתם למקום מעוררת חשש למדנים אינה משכנעת" (פסקה 4). עוד נקבע כי הדרך שהחברה בחרה בה לטפל בחששות מפני תוצאות החיכוך בין יהודים לערבים (גם אילו היו מבוססים) – איסור כניסה לערבים – אינה יכולה לעמוד. וכי מדוע לא תינקט דרך פוגענית

פחות, כגון הגברת האבטחה? ואם אין די בדרך כזו, ייתכן שיידרש להתמודד עם המצב בסגירת העסק, אבל לא לאסור כניסתם של ערבים בלבד.

אם כן, לפי פסק הדין גם עסק פרטי שמציע מרכולתו ושירותיו לציבור, חייב לכבד את עקרון השוויון ולהימנע מהפליה על בסיס השתייכות קבוצתית.

התוצאה מוצדקת מאין כמוה, אבל חשוב להסבירה. אכן, כשמדובר בגוף ציבורי שמעניק שירות לציבור, חובתו לנהוג בשוויון כמעט מובנת מאליה. גוף ציבורי נחשב לנאמן על נכסי הציבור, ומטיבו הוא מחויב לנהוג ביחיד הציבור בשוויון. אבל מכוח מה כופה המדינה על הפרט להתקשר בחוזה ולתת שירות לאדם אחר בניגוד לרצונו? לצידו של הפרט עומד ערך החירות והאוטונומיה של הפרט במובן של הימנעות מהגבלות שלטוניות על חופש הפעולה. זהו ערך דומיננטי בתחום דיני החוזים, שבו שולט עקרון חופש ההתקשרות (הזכות לבחור עם מי להתקשר ובאילו תנאים). החירות להתקשר היא הכלל, והחלת עקרון השוויון היא החריג. מצד שני ניצב ערך השוויון. הוא מצדיק התערבות שלטונית שתיצור תנאים שיאפשרו לכל אחד מהפרטים בחברה להגשים את האוטונומיה שלו. אם כן, שני הערכים הללו, שעקרון האוטונומיה של הפרט בבסיסם, מושכים לכיוונים מנוגדים.

הפתרון נעוץ בכך שבתחום הפרטי חלות מגבלות בהקשרים מיוחדים שמצדיקים זאת. הגנה על ערך השוויון גם כאשר הגורם המפלה אינו רשות ציבורית, חלה למשל, כשקיים פער משמעותי ביחסי הכוחות (כגון חברת ביטוח מול המבוטחים) או כשלאחד הצדדים מעמד מעין-ציבורי (כגון חברת החשמל).

מציאת נקודת האיזון בין החירות והאוטונומיה של הפרט לעקרון השוויון היא מורכבת ונגזרת מהמשקל היחסי שניתן לערכים המתנגשים. זהו אתגר שניצב בפני החברה הישראלית מעם קום המדינה, לובש צורה ופושט צורה ומשתנה עם העיתים. החברה הישראלית מורכבת, קולטת עלייה ומגוונת מבחינה דתית, מבחינה עדתית ומבחינה אתנית. בשטח קטן חיים בה זה לצד זה הרוב היהודי ומיעוטים שונים: ערבים נוצרים ומוסלמים, דרוזים, בדואים וצ'רקסים. לכך מתווספים הסכסוך הישראלי-פלסטיני והמתיחות הביטחונית. הכול לצד האתגרים האוניברסליים שמציבים הפליה על רקע גיל, מגדר או נטייה מינית, שוויון הזדמנויות לתושבי הפריפריה וכדומה. המורכבות הישראלית מזמנת מחלוקות מרובות זוויות ואפיונים. אתגר האיזון ניצב בפני המחוקק והמשפט הישראלי בהיותם ראי החברה. התרומה של בית המשפט נולדת מהמקרים הבאים לפניו, סיפורים אנושיים שצמחו מתוך כאב המציאות האישית, אשר יוצרים מציאות כטיפות החוצכות בסלע.

כיום ההגנה על השוויון במצבים שבהם פעולות מפלות נעשות מטעם גורמים פרטיים שפועלים במרחב הציבורי, כמו מסעדות ובתי מלון (להבדיל מפעולות פרטיות ממש), מבוססת על חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. הוא מכונה לעיתים גם "חוק הסלקטורים" שכן הוא נחקק, בין היתר, על רקע התופעה המכוערת של "מיון" בכניסה למועדונים לפי "שיוך קבוצתי".

אם חוק זה היה קיים כשניתן פסק הדין בעניין **נעאמנה**, הדרך של בית המשפט הייתה סלולה. אבל גם ללא חוק זה מצא בית משפט השלום את הפתרון באמצעות פרשנות. חלק ניכר מפסק הדין הוקדש לביסוס עילת תביעה בדיני החוזים. נקבע שהחברה המנהלת הציעה הצעה לכלל הציבור לבוא לפארק המים, ולא הייתה רשאית לחזור בה מההצעה בשעה שבני המשפחה כבר התייצבו במקום. זאת, לצד הפניה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעשה אז את צעדי הראשונים. בכך נמצא מענה לעניינה של משפחת נעאמנה. אבל התברר גם שנדרש מענה כללי יותר למצבים של הפליה במרחב הציבורי. הוא נמצא, כפי שכבר צוין, עם חקיקת החוק בנושא, בשנת 2000. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב שהצורך בחוק נובע מכך ש"בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם".

במהלך השנים תוקן החוק כדי להתאימו למציאות הישראלית ולסתום פרצות שהתגלו בו. בנוסחו כיום הוא אוסר על מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, להפלות "מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" ו"מחמת מקום מגורים". עוד נקבע כי "רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". החוק חל גם על המדינה ועל מוסדות ציבור.

החוק פישט את ההליך המשפטי בתביעה בגין הפליה. ראשית, קמה לנפגע עילת תביעה במקרה שהחוק הופר, ונמנע הצורך לדון בשאלה האם הפרט חייב לכבד את עקרון השוויון. שנית, נקבעו חזקות (הנחות) ראייתיות שמעבירות את הנטל לבעל העסק להוכיח שלא הייתה הפליה. שלישית, נקבע פיצוי משמעותי בסך של עד 50,000 ש"ח (שמתעדכן לפי המדד) בגין כל הפרה, גם בלא שהנפגע נדרש להוכיח שנגרם לו נזק.

החוק תרם תרומה ניכרת לאכיפת עקרון השוויון ולהטמעתו בחברה. התנהלו (ומתנהלים) מכוחו הליכים לא מעטים, בעיקר בבתי המשפט לתביעות קטנות ובבתי משפט השלום (בהתחשב בסכומי התביעה). זהו תהליך דינמי ומתמשך. שנים לאחר שחוקק, הייתה התקשורת רוויה עדיין סיפורים על צעירים שנמנעה כניסתם למועדון בשל חזות "מזרחית", "קווקזית", "גרוזינית" או בהיותם כהי עור או בני מיעוטים. עם זאת, החוק אינו יכול להקיף את כל המקרים, ויישומו במקרים קונקרטיים כרוך באיזון בין ערכים מתנגשים. הצורך באיזון גם מובנה בחוק, המונה חריגים שבית המשפט נדרש ליצוק בהם תוכן, דוגמת "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו" של המוצר, המקום או השירות.

מעת לעת הגיעו שאלות הנוגעות ליישום החוק גם לפתחו של בית המשפט העליון. אחד המקרים המעניינים והחשובים שבהם ידוע בתור עניין **פרוז'אנסקי** (רע"א 8821/09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (16.11.2011)). מעשה שהיה כך היה. באחד מלילות אפריל 2008 הגיע פבל, בן 24 באותה עת, למועדון לילה ברחובות. כניסתו נמנעה שכן, לפי מדיניות

המועדון, גיל הכניסה המזערי לנשים היה 24, ולגברים – 26. פבל הגיש תביעה לפי החוק לבית המשפט לתביעות קטנות. בנוסח החוק אז לא נאסרה במפורש הפליה מחמת גיל (שנכללה בו רק בתיקון מאוחר). כיוון שכך, נדחתה התביעה. פבל הגיש בקשת רשות לערער לבית המשפט המחוזי וטען שהתביעה הוגשה בשל הפליה מחמת מגדר ולא מחמת גיל, כלומר בשל הפלייתו לרעה בהשוואה לנשים בנות גילו. גם הערעור נדחה. בית המשפט המחוזי קבע שהבחנה המבוססת על מגדר מותרת בעניינים שונים (למשל בגיל הפנסיה), והיא מוצדקת גם כאן. מהי ההצדקה? בית המשפט המחוזי סבר שהתשובה נעוצה בכך שבפאב שותים משקאות משכרים; הניסיון מלמד כי ככל שהגיל נמוך יותר, ההסתברות שהשותים לשוכרה ינהגו שלא כראוי – גדלה; והתנהגות כזו אופיינית לגברים יותר מאשר לנשים. כמו כן, כך נקבע, לפי ניסיון החיים בגרותן של הנשים מקדימה להגיע.

פבל לא ויתר והגיש בקשה למתן רשות לערער לבית המשפט העליון. הרשות ניתנה, הערעור התקבל, ומדיניות המועדון נפסלה משום שהפלתה מחמת מגדר.

ישאל השואל, הלכך נועד החוק? האם המשפט צריך להתגייס לטובת הגברים כדי שיוכלו להיכנס לפאב כבר בגיל 24 ולא רק בגיל 26? פבל נמנה עם קבוצה חברתית "חזקה" (גברים צעירים "לבנים" הנמנים עם קבוצת הרוב האתנית), שאינה סובלת מהפליה היסטורית מתמשכת, ושאינה נזקקת להגנת בתי המשפט כדי לפלס את דרכה בחברה. האם ניתן וראוי לגייס את החוק גם לטובת אלה הנמנים עם הקבוצה ה"חזקה" בחברה? בית המשפט העליון השיב בחיוב. התשובה חשובה, ולא פחות מכך – גם הדרכים השונות אליה.

השופט דנציגר, שעזמו הסכים השופט לוי, קבע כי החוק אוסר כל הפליה פסולה, בין שהיא מופנית כלפי קבוצה שסובלת מהפליה מתמשכת ובין שהיא מופנית כלפי קבוצה "חזקה". כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית נגד נשים, יש לדחות כל ניסיון להבחנה מגדרית על בסיס טעמים שאינם רלוונטיים ועל יסוד סטריאוטיפים היוצרים מעגל קסמים שפועל להנצחת הפליה. גם אם במקרה הנדון ההפליה היא נגד קבוצת הגברים, שאינה סובלת מהפליה היסטורית, סופה לשמר את ההפליה ההיסטורית נגד נשים ובכך להזיק יותר מכול דווקא לקבוצה זו. שלילת כל הפליה בלתי עניינית תוביל לשמירה על כבודם של הנמנים עם כל אחת מהקבוצות ולמיגור ההפליה בכללותה.

השופט ג'ובראן הסכים שמדובר בהפליה פסולה, אבל מנקודת מבטו הטעם לכך הוא שהפגיעה האמיתית המגולמת במדיניות המועדון היא דווקא בנשים. לדבריו, האווירה שהמועדון מבקש לייצר היא "אווירה המדיפה ניחוח כבד של הירככיה מגדרית" (עמ' 42) ומשקפת קוד חברתי שמשמר יחסי כוח מובנים. המציאות שנכפית במועדון, מוכתבת בידי פער הגילים ויש בה "צד חלש" ו"צד חזק". הגבר מבוגר יותר, בעל השכלה רחבה יותר, ממון רב יותר ובגרות נפשית ובגרות רגשית תואמות לגיל, ולמולו האישה, שעיקר אפיונה בגילה הצעיר. זו מציאות שמעבירה מסר ולפיו הכוח של נשים הוא במראה החיצוני. ההבחנה מבוססת גם על הנחה שגברים נוטים לאלימות יותר מנשים, ועל תפיסה סטריאוטיפית שהנשים "עדינות ושבריריות".

אם כן, כל הדרכים הובילו לצורך להילחם בסטריאוטיפים המגדריים, תוך הכרה בכך שההפליה שהיא לכאורה נגד גברים, מבוססת על סטריאוטיפים מגדריים שתוצאתם העמקת הפגיעה בנשים.

ומהו הדין כשהבחנה על בסיס מגדר אינה מבוססת על כללים שונים לגברים ולנשים, אלא מתמקדת בעמידה על הפרדה ביניהם מטעמים של ערכי מסורת או דת? עם שאלה זו נצלול ל"בררכת המריבה" בקרית ארבע. על פי החלטת המועצה המקומית, הברכה הציבורית היחידה ביישוב נפתחה לרחצה נפרדת בלבד, בלי לאפשר גם רחצה משפחתית מעורבת לגברים ולנשים. זאת, אף שהאוכלוסייה ביישוב מגוונת, ולפחות רבע מהתושבים אינם דתיים. המועצה טענה שבשל הקצאת שעות רחצה משפחתית בעבר (בעקבות הסכמה שהושגה בבג"ץ קודם) רבים מהתושבים החרימו את הברכה וביטלו מינויים, עד שהפעלתה נעשתה ללא כדאית והיא נסגרה לתקופה ארוכה. בשלב זה קבוצת תושבים ביקשה לקיים רחצה משפחתית. משלא נענתה, עתרה לבג"ץ בהליך שהוליד את פסק הדין הידוע בתור עניין שוקרון (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)). חשוב לציין שהעתירה לא כוונה נגד הפרקטיקה של רחצה בהפרדה, אלא רק נגד המדיניות הגורפת שלפיה לא תתאפשר כלל גם רחצה משותפת.

העתירה התקבלה בפסק דין שהעביר מסר ברור. אכן, לא נעים לראות בריכה סגורה, אבל עדיפה בריכה סגורה על פני בריכה שאיננה משרתת בשוויון את כל התושבים. חוסר כדאיות כלכלית אינו יכול להצדיק הפליה. לעקרון השוויון יש מחיר כלכלי שצריך לשלם. כך לגבי בעל עסק פרטי, ובוודאי שכך לגבי רשות מקומית. עם זאת, גם כאן מעניין לראות את ההנמקות השונות של השופטים.

השופט עמית קבע שתוצאה זו מתבקשת מהחובה של המועצה לפעול באופן סביר, הוגן ושוויוני בהקצאת שעות הברכה, שהיא משאב ציבורי העומד לרשות התושבים. על המועצה לפעול באופן שישירת את ציבור התושבים כולו, מה גם שהעותרים מייצגים מיעוט משמעותי. השופט גרוסקופף קבע שבקיום רחצה בהפרדה בלבד, נערכת למעשה גם הבחנה מטעמי מגדר. אומנם בנסיבות מסוימות אפשר לקיים רחצה בהפרדה מגדרית בברכות ציבוריות, אבל רק בתור חריג צר. לעומת זאת, כאן החלטת המועצה הפכה את החריג לכלל. השופט ברון הוסיפה כי כשם שאין חולק על חופש הדת הנתון לתושבים שמבקשים רחצה בהפרדה, כך באותה נשימה נתונה לכל אדם גם הזכות לחופש מדת. ההחלטה שלא להקצות שעות כלשהן לרחצה משפחתית, פוגעת בזכויות לכבוד ולחופש מדת ומפלה על רקע מגדר.

מקרה זה מדגים גם את יחסיות הגדרות הרוב והמיעוט. החפצים ברחצה משפחתית הם מיעוט בקרית ארבע, הגם שהם רוב בקרב תושבי המדינה. לעיתים גם קשה להגדיר מהו טיב ההפליה. הרחצה בהפרדה מגדרית בלבד היא הבחנה על רקע מגדר, אבל היא פוגעת באותה מידה בגברים ובנשים שחפצים ברחצה מעורבת, ויסודה דווקא בטעמים של אמונה דתית. נוסף על כך, המקרה מעורר מחשבה: מה אם לא הייתה זו הברכה הציבורית היחידה ביישוב?

האם יש חשיבות לכך שמדובר במיעוט משמעותי? אילו חל שינוי בחלק מן הנתונים, האם התוצאה הייתה משתנה?  
אם כן, לא די להסכים על החשיבות של ערך השוויון. מימיה של בריכת השוויון הם עמוקים ומחייבים לשלוט ברזי הצלילה בה.

## **מה תרצי, ולא רק מה תוכלי, לעשות כשתהיי גדולה: העדפה מתקנת ותיקון העדפות**

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)

### **מיכל אגמון-גונן**

נשים מובילות ומעוררות השראה הן מודל עבור ילדות, נערות ונשים בתחומים שונים לגבי חלומות שאפשר להגשים ומקומות שניתן להגיע אליהם. מיעוטן של נשים בעמדות מפתח מבהיר לנערים צעירים שעבורם השמיים הם הגבול – ולנערות שלצידם שהגבול עובר בתקרת הזכוכית. מחקרים מעלים כי נשים שוקלות טווח רחב יותר של קריירות מאשר בעבר, אבל בשל השפעת סטריאוטיפים מגדריים יש להן עדיין הערכה עצמית נמוכה לגבי קריירה. חשוב שילדות, נערות ונשים יראו מודלים נשיים להצלחה בכל התחומים, ובעיקר בראש הפירמידה, בתפקידי מפתח. נשים ישראליות, המדברות בשפתן והחיות בקרבן, שאחרת איך הן יידעו שהשמיים הם הגבול גם עבורן?

אחת מדמויות הנשים המעוררות השראה היא שופטת בית המשפט העליון בארצות הברית, רות ביידר גינזבורג, שפעלה למען שוויון נשים. ידועה בהקשר זה אמירתה: "נשים שייכות לכל המקומות שבהם מתקבלות החלטות" (USA Today, 6.5.2009). לצערנו, גם היום זה אינו מצב הדברים. במאה העשרים ואחת, שבה נשים עמדו בראש מדינות, הצעידו אותן בבטחה בתקופת הקורונה ולראשונה אף נבחרה סגנית נשיא בארצות הברית, עדיין יש מעט מאוד נשים בעמדות מפתח בעולם בכלל ובישראל בפרט.

וכך זה קורה: דירקטור פורש, מוקמת ועדת איתור לתפקיד בכיר, מוקם צוות לגיבוש מדיניות ויש לאישה את התפקיד. הגוף הממנה, שעדיין רוב החברים בו הם גברים, פונה למועמדים רלוונטיים. הטיות חברתיות (מודעות או שאינן מודעות), כמו גם הפליה שיטתית מוטמעת (גם אם לא מכוונת או מודעת), מביאות לכך כי אנשים פונים לדומים להם לשם צירופם לקבוצה. הסטטיסטיקה מראה שבגופים רבים ובתפקידים רבים מכהנים גברים בשיעור גבוה במידה ניכרת מנשים.

החל משנות התשעים של המאה הקודמת הכיר המחוקק הישראלי בכך שהשוויון הפורמלי, המבטיח יחס שווה אל שווים, אינו נותן תשובה הולמת למקרים שבהם קיימים הבדלים בין מצבם של גברים למצבן של נשים. בהתאם לכך, נקבעה בשורה של חוקים חובת "ייצוג הולם" לנשים בתפקידי מפתח ובמוקדי קבלת החלטות – במגוון גופים, ועדות, מועצות ציבוריות

ודירקטוריונים של חברות ממשלתיות. כך, נקבע בסעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (שהוסף בו בשנת 1993),<sup>1</sup> כי בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוג של בני שני המינים. עוד נקבע כי "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה". בשנת 1995 העבירה הכנסת תיקון לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, המגדיר את המחויבות של שירות המדינה לעיקרון של ייצוג הולם ואת סמכותה של נציבות שירות המדינה לפעול להשגת היעד באמצעים שונים, כולל שימוש בהעדפה מתקנת.<sup>2</sup> חובת הייצוג הולם בנוגע לשירות המדינה בכללותו הורחבה באמצעות סעיף 15א(א), שנוסף בתיקון מאוחר יותר לאותו חוק.<sup>3</sup> בשנת 2005 תוקן גם חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ונקבעה בסעיף 16 החובה לתת "ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה", בוועדות ציבוריות ובצוותים לעיצוב מדיניות.<sup>4</sup> הוראה זו נתנה ביטוי לנורמה שנקבעה בהחלטה 1325 של מועצת הביטחון של האו"ם, שעניינה החובה לתת ביטוי הולם לנשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה בצוותים ובוועדות לעיצוב מדיניות לאומית. בהמשך, בשנת 2014, אומצה החלטה זו גם בהחלטת ממשלה.

מחוץ למגזר הציבורי גם כן ניכרו התפתחויות. כך, לחוק החברות, התשנ"ט-1999, נוספו בשנת 2011 הוראות ממשל תאגידי מומלצות (חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011), ובהן: "במינוי דירקטור בחברה ציבורית ובחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב, יגוון הרכב הדירקטוריון בהתחשב במין של המועמד, נוסף על החובה לגוון בהתחשב בידע ובניסיון של המועמד...".

ההסדרים שהוצגו בנושא של ייצוג הולם אינם מכוונים רק למנוע הפליה ישירה, אלא לקדם שוויון. הם אינם ממוקדים בהתנהלות אלא בתוצאה: העלאת ייצוג בקרב קבוצות המיוצגות בחסר, בתנאי שהמועמדים בעלי כישורים דומים לכישורי מועמדים אחרים. המודל המרכזי שנבחר לייצוג ההולם הוא אימוץ נוסחה גמישה, שדורשת ייצוג הולם בנסיבות הענין, ללא קביעה של מכסות נוקשות (אם כי קיימים גם מקרים כאלה).<sup>5</sup> על פי מודל זה, במקרה של תת ייצוג לקבוצה המודרת (כיום הדרישה לייצוג הולם קיימת בחקיקה גם לגבי האוכלוסיות הערבית והחרדית, בני העדה האתיופית ובעלי מוגבלויות), ולענייננו: תת ייצוג לנשים, יש

1 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993.

2 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 7), התשנ"ה-1995.

3 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11), התשס"א-2000.

4 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000.

5 כך, סעיף 239(ד) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, מבקש להבטיח "מכסת מינימום" של אישה אחת בקרב הדירקטורים מן הציבור בקובעו: "בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה שאינם בעלי השליטה בחברה או קרוביהם הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני".

לשקול מבין אלו הכשירים לתפקיד גם את המין של מי שמשתייכת לקבוצה הסובלת מתת ייצוג. חשוב להדגיש: מדובר בנשים ראויות העומדות בכל דרישות התפקיד הרלוונטי, נשים השוות בכישוריהן לגברים המכהנים באותם תפקידים, ואולי עולות בכישוריהן עליהם. מדובר בתיקון העדפות (מה שקרוי העדפה מתקנת). כלומר, מטרת החקיקה היא לתקן מצב שבו הועדפו גברים על פני נשים, ולהביא להעדפת נשים על פני גברים עד לשוויון המיוחל. הדרישה לייצוג הולם היא כלי שעשוי להבטיח הזדמנות לשוויון מהותי של נשים.

למרות זאת המציאות לא השתנתה במידה מספקת. הנשים עודן מיעוט גם בכנסת וגם בממשלה. מאז קום המדינה לא כיהנה אישה בתפקיד שרה במשרד הביטחון, במשרד האוצר או במשרד לביטחון הפנים. גם בעולם העסקי נשים הן מיעוט בדירקטוריונים. בבית המשפט העליון הנשים עודן מיעוט, הגם שמספר השופטות והשופטים שווה בערכאות האחרות. על רקע זה ילדות, נערות ונשים שמסתכלות על מוקדי קבלת ההחלטות, ראות בהם רוב גברי, ולעיתים רק גברים. במצב דברים זה אי אפשר לשאול "מה תרצי לעשות כשתהיי גדולה?", "מהו החלום שלך? השאיפות?" כשמדובר בילדות, נערות ונשים, החשש הוא שהשאלה תהיה "מה תוכלי לעשות כשתהיי גדולה?".

כמו בהקשרים אחרים, השאלה היא לא רק מה אומר החוק, אלא כיצד הוא מיושם. פסק הדין הראשון שעסק בכך ניתן בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעניין מינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)). באותו מקרה העתירות הוגשו לאחר שמונו גברים: האחד למועצת רשות הנמלים והרכבות, שבה לא כיהנה ולו אישה אחת בשעתו, והשניים האחרים לדירקטוריון בתי הזיקוק לנפט, שבו כל החברים היו גברים. טרם המינוי לא פנו לאף אישה, אף שהיו כאלה בדרגות הבכירות בשני המשרדים הרלוונטיים. העתירה התקבלה בפסק דין מכונן של השופט מצא בהסכמת השופטים קדמי וזמיר. בפסק דינו הוסבר כך: "מבחנו האמיתי של שוויון אינו בהכרזות על ההכרה בו, אלא בהגשמתו הממשית ובתוצאות המעשיות" (עמ' 521). ועוד: "חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטוס־קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית" (עמ' 526-527). כיוון שהשרים לא הצליחו להראות כי לא היו נשים ראויות במועד המינוי, בוטל מינוים של הגברים. פסק הדין הביא לכך שלראשונה מונו לאותם גופים נשים. מדובר בפסק דין מהותי, מגדלור בכל הנוגע לייצוג מגדרי הולם ולחובת השוויון.

אחד המקרים המעניינים שבו נוהל מאבק דו־שלבי שצלח רק בחלקו הראשון, נסב על מינוי מנכ"ל הרשות ללחימה בסמים ואלכוהול. במקרה זה הוגשה עתירה נגד מינוי גבר, יאיר גלר, למנכ"ל הרשות ללחימה בסמים ואלכוהול, בניגוד לחובת הייצוג ההולם, המחייבת העדפת נשים בעלות כישורים דומים לתפקידים ציבוריים (בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל (20.4.2009)). באותה עת כיהנו נשים בתפקידי מנכ"ליות בארבע חברות ממשלתיות מתוך 66 חברות. בעתירה הראשונה שהגישה יעל ארן, שהייתה מועמדת לתפקיד, התברר כי המועמדים

נבחרו באמצעות ועדת איתור, שבה יעל ארן דורגה ראשונה ואחריה מר יאיר גלר (בהפרש של נקודה אחת). ועדת האיתור קבעה כי "הגב' יעל ארן היא המתאימה ביותר לעומת האחרים. ואכן, הגב' יעל ארן הציגה בפני הוועדה כיווני מחשבה מעניינים על עתיד הרשות, רקורד מקצועי מרשים והופעתה היתה משכנעת ביותר". לשלושת המועמדים הראשונים נערך שימוע לפני מנכ"ל משרד ראש הממשלה. הוא המליץ על מינויו של גלר, וזה אושר בממשלה. קודם לאישור המינוי בממשלה הוגשה העתירה ולצידה בקשה לצו ביניים שימנע את המינוי. בית המשפט לא הוציא צו ביניים, לנוכח העובדה שהרשות התנהלה ללא מנכ"ל תקופה ארוכה, וכן בנימוק כי המינוי הפיך. לאחר מכן, בפסק הדין, השופט לוי הדגיש "כי לא פגיעה בציבור הנשים בלבד גלומה בדבר, כי אם גריעה מענינו של הציבור כולו, מדמותה של החברה, מרווחתם של כל המרכיבים אותה, ומאיכותו של השירות הציבורי – המביט מטה, מבעד לרצפה תקרה של זכויות, בכוחות ובכישורים שלא יוכלו לבוא לידי ביטוי אך בשל תבניות חברתיות שזה מכבר אבד עליהן הכלח" (פסקה 4). השופט לוי עמד על כך כי מדובר בכישורים דומים, ציין כי לעולם יש קושי בהשוואה שכזו, אבל קבע כי במקרה זה, לפי ועדת האיתור, מתקיים התנאי. עוד הוסיף: "כד בבד, מצפה היית מן הגורם הממנה... כי... ייתן הוא את דעתו לשאלה כלום פער בקורות החיים או בכישורים המקצועיים שהציג מועמד פלוני, מקורו העיקרי הוא מגדרי... טלו, לדוגמה, תפקיד הדורש ניסיון בניהולן של מסגרות... מן הסוג שעשויים לרכוש, למשל, בעלי תפקידים בכירים בצה"ל במהלך שירותם הצבאי, או בזכותו. במציאות של ימינו, ומקל וחומר בזו שנהגה בשירות הצבאי בתקופות מוקדמות יותר, פשיטא כי פחות נשים יוכלו, למרבה הצער, לענות על דרישה זו של התפקיד" (פסקה 10). דברים אלו נכתבו כיוון שמנכ"ל המשרד ציין כי בהעדרתו את גלר נתן משקל להיותו אלוף משנה שמילא שורה של תפקידים מהותיים בצבא.

כתוצאה מהעתירה בוטל המינוי של מר גלר, ונקבע כי המינוי יישקל שוב לאור חובת הייצוג ההולם. בהמשך מונה שוב גלר לתפקיד לאחר שכבר הספיק לכהן בו במשך שנה. השר הורה למנכ"ל משרדו לראיין שוב את שלושת המועמדים הסופיים, וזה המליץ לשר למנות את גלר לתפקיד, לאחר שהביא בחשבון את הייצוג ההולם, ובהתבסס, בין היתר, על ניסיון ניהולי קודם. יעל ארן שבה ועתרה לבג"ץ נגד המינוי (בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל (7.1.2010)). אבל זו הפעם בית המשפט (הנשיאה ביניש בהסכמת השופטות פרוקצ'יה וארבל) דחה את העתירה וקבע כי בעת ההחלטה למנות שוב את יאיר גלר לתפקיד הובאה בחשבון במידה המתחייבת חובת הייצוג ההולם של נשים, וכי אין מקום להתערבות. לעניין התבססות על הניסיון הצבאי נקבע כי המנכ"ל התחשב "בניסיון הניהולי הרלוונטי של כל אחד מהם. עם זאת, בחינת המועמדים אל מול קריטריון זה התבצעה תוך התייחסות לשאלה האם שוני מגדרי הוא שניצב בבסיס הפער ביניהם. מסקנתו היתה כי נוכח העובדה שניסיונו הצבאי של גלר הינו בתחום החינוך, תחום בו אין להניח כי קיים יתרון מובהק לגברים על פני נשים, המקור לפער המקצועי בין המועמדים אינו מגדרי" (פסקה 12). על כן נדחתה העתירה ולא מונתה אישה לתפקיד.

אכן, יש להודות בכך שיישום ההסדרים שבחוק נתקל בקשיים. פעמים הוגשו העתירות כשכבר התקבלו החלטות על איש תפקידים, ואף היה חשש מפגיעה באלו שהתמנו. לכן לא אחת פסקי הדין אומנם הכירו בעיקרון, אבל נמנעו מהתערבות בהחלטות שכבר התקבלו. במקרים אחרים אושר העיקרון אך ההתדיינות הסתיימה בפשרה או בהתחייבות של הגוף הממנה כי בפעם הבאה תמונה אישה לתפקיד. כך, למשל, בנוגע למינוי למשרת סמנכ"ל מחשוב במוסד לביטוח לאומי (בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998)). באותה עת כיהנו במוסד שמונה סמנכ"לים, ובהם רק אישה אחת, שהייתה בחופשה לפני פרישה. בין המועמדות לתפקיד שהתפנה היו שתי נשים. חרף זאת מונה סמנכ"ל חדש שהוא גבר. בית המשפט העליון קיבל את העתירה, אבל כיוון שהמועמד שמונה כמעט שסיים את תקופת הניסיון, בית המשפט הורה לשר הממנה לבחון את המינוי בתום תקופת הניסיון. במקרה אחר, בנוגע לוועדה לבדיקת אירועי משט המרמרה (בג"ץ 5660/10 **עמותת איתך – משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סד(1) 501 (2010)), לא נכללה אישה בוועדה ודינוי הוועדה החלו. בית המשפט קבע כי הממשלה הפרה את חובתה לייצוג הולם בוועדה, מתח על כך ביקורת קשה והוסיף כי הפרת החובה הסטטוטורית מחייבת צירוף אישה לוועדה, אבל כיוון שדינוי הוועדה החלו, קבע בית המשפט העליון כי אם בתוך כשבועיים "יוצע המינוי לחמש נשים שהתפקיד לא הוצע להן עד כה וכולן לא יסכימו לקבלו – תצא הממשלה בכך ידי חובתה לפי חוק שווי זכויות האישה", וצו זה יבוטל. בסופו של דבר לא צורפה אישה. כך גם בעתירות בעניין משבר הקורונה שבהן נדרש מינוי נשים לצוות המקצועי בגוף המייעץ למועצה לביטחון לאומי (בג"ץ 2541/20 **עמותת איתך משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש הממשלה** (26.5.2020)) ובוועדת השרים לעניין ההתמודדות עם משבר הקורונה והשלכותיו, הקרויה קבינט הקורונה (בג"ץ 6313/20 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל** (17.12.2020)). בשני המקרים בית המשפט עמד על חשיבות העיקרון. הוא קיבל במקרה הראשון את התחייבות הממשלה כי אם יוקמו צוותים נוספים הממשלה תעמוד על ייצוג הולם לנשים, ובמקרה השני מונו שתי נשים לקבינט הקורונה, והעתירה למעשה השיגה את יעדה. דוגמה נוספת אפשר למצוא בעתירות שדולת הנשים בעניין מינוי נשים לכהונה כשופטות בבית המשפט העליון. בעניין זה הוגשו שתי עתירות (בג"ץ 1240/18 **שדולת הנשים בישראל נ' הועדה לבחירת שופטים** (19.2.2018) ובג"ץ 6238/21 **שדולת הנשים בישראל נ' הועדה לבחירת שופטים** (7.10.2021)). בית המשפט, אף שדחה את העתירות בשל מועד הגשתן, עמד על כך שהוועדה תביא בחשבון גיוון מגדרי בהחלטותיה. חשוב להוסיף כי, כמו בהקשרים אחרים של קידום שוויון, אין די בפעילות משפטית, ויש לפעול גם במישורים החברתי והציבורי. אפשר להצביע על התרומה של ארגוני נשים הפועלים בעניין זה, ועל התרומה של נהלים ומסמכי מדיניות במגזר הציבורי. כך, למשל, הן נציב שירות המדינה, הן היועץ המשפטי לממשלה עדכנו את הנחיותיהם בנושא. לעת עתה אנו עדיין רחוקות משוויון לנשים בעמדות מפתח. אפשר לראות כי זהו אחד מאותם מקרים שבהם הגשת עתירות באופן שוטף פועלת לתיקון המציאות גם כאשר לא

ניתנים פסקי דין תקדימיים. כמו כן, אפשר להתרשם שפסקי הדין משפיעים על התרבות הציבורית, מה שמביא ללחץ ציבורי וללחץ תקשורתי על מקבלי ההחלטות בעניין זה. אפשר לראות זאת לא רק במקרים שבהם מינוי נשים נדרש על פי החוק, אלא גם בציוות נשים לפנלים בתקשורת העוסקים בנושאים שונים, ובגיוון מגדרי בכנסים ובמשרות בכירות במשק. במבט צופה פני עתיד, מדובר בשינוי חברתי שכדי להביאו לידי מימוש, נדרשות הן אכיפה מעשית, ברוחו של פסק הדין הראשון בנושא, הן פעילות חברתית לקידום הייצוג ההולם עד שכמו שאמרה רות ביידר גינזבורג, נשים יהיו נוכחות בכל מקום שבו מתקבלות החלטות. אז יהיה אפשר לשאול בנות כמו בנים, נערות כמו נערים ונשים כמו גברים: "מה תרצי להיות?", "מהו החלום שלך, השאיפות שלך?", והתשובות יהיו ניתנות למימוש, יהיו אשר יהיו.

# הלכת ורד פרי: מס אמת ושוויון הזדמנויות

ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009)

## שמואל בורנשטיין

ורד פרי, אם לשני ילדים קטנים ועורכת דין במקצועה, הקימה משרד עורכי דין במטרה לפתח קריירה עצמאית. כדי שיהיה ביכולתה לעבוד, היא רשמה את ילדיה למעון יום ולמועדוניות. לדבריה, אלמלא שהו הילדים במסגרות טיפול והשגחה פרטיות עד לשעות אחר הצהריים, לא היה באפשרותה לקיים את עיסוקה כעורכת דין המתמחה בדיני נזיקין וביטוח, תחום שמחייב שעות עבודה ארוכות. על אף חיבוטי נפש וייסורי מצפון קשים בשל רצונה לבלות זמן עם ילדיה, ורד פרי נאלצה לדאוג להם למסגרות עד לשעות אחר הצהריים כדי שתוכל לעבוד ולהתפרנס. עם זאת, היא מצאה שקט נפשי בעבודתה מאחר שידעה כי ילדיה נמצאים, כדבריה, "בידיים טובות" במסגרות הטיפול וההשגחה שמצאה עבורם.

עד לשלב זה הסיפור של ורד אינו שונה מזה של נשים רבות אחרות שמבקשות לאזן בין השאיפה לעבוד ולפתח קריירה, לרצון לבלות עם ילדיהן ולטפל בהם. אבל מכאן ואילך הסיפור של ורד פרי מקבל תפנית. ורד סברה כי מן הראוי שגם המדינה תכיר בכך שהשמת הילדים במסגרות טיפול והשגחה היא תנאי הכרחי ליכולתה לעבוד ולהפיק הכנסה. הכרה כזו הייתה מאפשרת לה, לפי סעיף 17 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], להפחית את הוצאות הטיפול וההשגחה שהיו לה, מהכנסתה כעורכת דין עצמאית, ובהתאם לכך לשלם מס הכנסה רק על ההפרש. אבל עמדת שלטונות המס הייתה שאין להכיר בהוצאות טיפול והשגחה אלו. טעם ראשון לכך היה שמדובר בהוצאה "פרטית" ולא בהוצאה שהוצאה "לצורך ייצור הכנסה", בהתחשב בכך שוורד משקיעה בגידול ילדיה לא רק בגלל עבודתה ולצורך עבודתה. הטעם השני היה שקיים בחוק הסדר של מתן "נקודות זיכוי" לאם עובדת, אשר בשילוב עם קצבאות הילדים הוא מעין תחליף (כך נטען) להכרה בהוצאות טיפול והשגחה בילדים. ורד ערערה על כך לבית המשפט המחוזי ולבית המשפט העליון. שניהם קיבלו את עמדתה. וכך הגיעה לעולם המס הפסיקה הידועה בכינוי הלכת ורד פרי.

השאלה שעמדה להכרעה הייתה האם הוצאה שהוציא אדם עבור השגחה על ילדיו בעת שהוא יוצא לעבודתו, היא הוצאה שמותרת בניכוי מן ההכנסה החייבת. האם הוצאות אלה הן בגדר "הוצאות לייצור הכנסה"? כלומר, האם הוצאה זו "כרוכה ומשולבת" בתהליך ייצור ההכנסה או שהיא פרטית במהותה? מה הדין אם הוצאה זו מעורבת? המענה לשאלות אלה נותן

ביטוי לכך שדיני המיסים אינם רק עניין תחשיבי, אלא גם מכשיר לעיצוב מדיניות חברתית כלכלית, וששיקולי מדיניות אלה חולשים על פרשנות החוק.

בבית המשפט המחוזי טענה ורד שיש לראות בהוצאות השגחה על ילדים הוצאות לייצור הכנסה, וכדבריה "ברור כי אלמלא הייתי צריכה לעבוד ולהתפרנס, הייתי מעדיפה לבלות את זמני עם ילדיי, לפחות עד הגיעם לגיל בו הדין מחייב לשלוח אותם לגן, וגם אז הייתי בוחרת לשלוח אותם רק לשעות מצומצמות שהחוק מחייב, ולא לשעות ארוכות, כפי שהיו בפועל, מחוץ לבית". השופט מגן אלטוביה בבית המשפט המחוזי קיבל טענה זו וקבע כי מדובר בהוצאה שנדרשת למעשה "שעה שעה במהלך הפקת ההכנסה", וכי היא אינה שונה מכל הוצאה אחרת שנועדה "להעלות את תפוקת העבודה" (עמ"ה (מחוזי ת"א) 1213/04 פרי נ' פקיד שומה גוש דן (3.4.2008)).

שלטונות מס הכנסה ערערו על פסק הדין לבית המשפט העליון. עיקר טענותיהם בערעור היה כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי חורג מהכללים המקובלים לניכוי הוצאות לצורך מס. לטענתם, עלות ההשגחה על ילדים היא הוצאה פרטית שאינה "כרוכה ומשתלבת" בתהליך ייצור ההכנסה. עוד נטען כי הוצאה זו, לכל היותר, "מעורבת", כך שחלקה פרטי וחלקה לייצור הכנסה, וכי הוצאות מעורבות אינן מותרות בניכוי. כמו כן חזרו שלטונות המס על טענתם שלפיה נקודות הזיכוי והקצבאות הן הסדר ממצה ואין מקום לתת לאם העובדת הטבה נוספת בדמות ניכוי הוצאות השגחה. עוד נטען כי פסק הדין ישרת בעיקר את השכבות המבוססות, שמוציאות הוצאות מסוג זה ואשר שיעור המס שלהן גבוה יותר ולכן תוצאת הניכוי גבוהה יותר; כי הוא יגרום לפגיעה קשה בקופת הציבור; וכי הוא "מדרון חלקלק" שסופו ניכוי הוצאות "פרטיות" מסוגים שונים.

הערעור נדון לפני הרכב מורחב של המשנה לנשיאה ריבלין, השופט רובינשטיין ושלוש שופטות: נאור, ארבל וחיות, שתיים מהן נשיאות לעתיד של בית המשפט (ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009)). בית המשפט העליון קבע פה אחד כי הוצאות השגחה על ילדים מותרות בניכוי כיוון שהוצאו לצורך ייצור ההכנסה. את מסקנתו זו ביסס על שלושה נדבכים. ראשית, נקבע שהוצאת השגחה על ילדים היא בבחינת "הוצאה בייצור הכנסה". שנית, נקבע שגם אם מדובר ב"הוצאה מעורבת", כלומר חלקה בייצור הכנסה וחלקה אינו בייצור הכנסה, יש להתיר לנכות את אותו החלק שבייצור הכנסה. שלישית, נקבע, בניגוד לעמדת פקיד השומה, שהסדר הקצבאות ונקודות הזיכוי הניתנות בגין ילדים, אינם הסדר ממצה ואינם תחליף לניכוי ההוצאות. אשר לנדבך הראשון, בית המשפט ציין כי אין מחלוקת שהשמת ילדיה במסגרות השגחה היא כורח שבלעדיו ורד פרי לא הייתה יכולה להפיק הכנסות. בית המשפט הוסיף כי מחויבות זו של ההורים לספק השגחה לילדיהם הצעירים אינה רק מצוות הטבע. היא גם מצוות החוק. כמו כן, אין מחלוקת כי אלמלא יצאה ורד פרי לעבודתה, לא היו ילדיה נזקקים למסגרות השגחה, וכי לפחות חלק מההוצאות היו נחסכות. בית המשפט הדגיש כי בכך טמון השוני העקרוני והמהותי בין הוצאות השגחה על ילדים להוצאות אחרות בקשר לילדים, כגון מזון או תרופות, באשר את האחרונות אדם מוציא בין שהוא עובד ובין שלא.

עם זאת, השאלה החשובה והעקרונית שבית המשפט דן בה, היא האם לצורך הקביעה כי מדובר ב"הוצאה בייצור הכנסה", די בכך שההוצאה הכרחית לייצור ההכנסה – דוגמת הוצאות ההשגחה על הילדים של ורד פרי – או שנדרש כי היא תעמוד גם במבחן המכונה "מבחן האינצידנטליות", כלומר שהיא תהיה "כרוכה ומשולבת" בתהליך ייצור ההכנסה.

מבחן "האינצידנטליות" שלט במשך שנים רבות בכיפה. לפיו, מותר לנכות הוצאה אם היא "משתלבת בתהליכו ומבנהו הטבעי של המקור" להפקת ההכנסה.<sup>1</sup> למשל, מקובל לומר כי הוצאות נסיעה למקום העבודה – אף שהן הכרחיות לייצור ההכנסה (ברור שהעובד לא יוכל לעבוד ולהפיק הכנסה אם לא יגיע למקום העבודה), אינן הוצאה מותרת בניכוי. הן אינן "אינצידנטליות" לייצור ההכנסה, ולפיכך הן נחשבות להוצאות "פרטיות" או להוצאות שהוצאו עוד בטרם החל הנישום לייצר הכנסה. כלום הוצאות השגחה על ילדים שונות מהוצאות נסיעה אלו? האם הן "עוברות" את מבחן האינצידנטליות?

בית המשפט העליון סבר שגם אם אין מדובר בהוצאה שעומדת בתנאי מבחן האינצידנטליות המסורתי, והיא אינה "משתלבת בתהליכו ומבנהו הטבעי" של מקור ייצור ההכנסה, אין בכך בהכרח כדי לאסור לנכות את ההוצאה. בית המשפט העליון ציין בעניין זה שבסוגיית ניכוי ההוצאות קיימים מקרים גבוליים רבים, ושראי כי המחוקק יבהיר את עמדתו בעניין זה. אבל בהעדר הבהרה נדרש בית המשפט להכריע בדבר. בית המשפט העליון סקר את הפסיקה הרלוונטית וסיכם שלגישתו, מבחן האינצידנטליות הוא אך ורק מבחן עזר. לכן עשויות להיות הוצאות שיתורו בניכוי אף אם אינן מקיימות מבחן זה, ובתנאי שתעמודנה בדרישות האחרות לניכוי הוצאה. נקבע כי יש ליישם את מבחן האינצידנטליות – שמבוסס על תקדים בן מאה שנה – בראי כללי הפרשנות המקובלים כיום, ותוך התחשבות בתכלית החקיקה שעיקרה גביית מס על ההכנסה האמיתית שצמחה לנישום. הוצאה שאדם היה מוציא גם אם לא היה מפיק הכנסה, כגון הוצאת תרופות ומזון, לא תותר בניכוי. לעומת זאת, יש להתיר בניכוי הוצאות שיש להן "זיקה ממשית וישירה לייצור ההכנסה" ואשר הוצאו לשם ייצור ההכנסה בלבד. להוצאות השגחה על ילדים, הוצאות שהיו נחסכות אילו שני ההורים לא היו יוצאים לעבודה, זיקה ממשית וישירה לייצור הכנסה. השמת הילדים בהשגחה היא הכרח שבלעדיו אין ההורה יכול להפיק הכנסות, הכרח שנובע מהאחריות הטבעית של הורים על ילדיהם. לפיכך התרתן בניכוי עולה בקנה אחד עם עקרון גביית מס אמת. אלא שבכך אין די. כללי הניכוי מחייבים כי ההוצאה תהיה לשם ייצור הכנסה בלבד. הוצאה שבחלקה נועדה לשם ייצור הכנסה ובחלקה לשם מטרה אחרת – כלומר הוצאה "מעורבת" – לא תותר בניכוי. אכן, קיימות הוצאות, כגון תשלום לשמרטף ולמטפלת, שהרכיב העיקרי בהן הוא השגחה, ולפיכך אין קושי להתיר את ניכויין. מנגד, קיימות הוצאות, כגון עבור השתתפות הילדים בחוגים, שגם אם קיים בהן מרכיב של השגחה, אין זה המרכיב העיקרי, ולפיכך אין מקום להתיר את ניכויין. לעומת זאת, קיימות הוצאות שבחלקן נועדו להשגחה ובחלקן למטרה

1 ע"א 284/66 קופילוביץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, תל-אביב, פ"ד כ(4) 716, 718 (1966).

אחרת. נוכח הדרישה כי ההוצאה תהיה לשם ייצור הכנסה בלבד, האם אפשר להתיר בניכוי הוצאות מעורבות אלו?

כאן נדרש בית המשפט העליון לנדבך השני בהכרעתו, וגם בעניין זה מצא לנכון להעדיף את עקרון גביית מס האמת על פני יישום דווקני של כללים פורמליים. כאשר מדובר ב"הוצאה מעורבת", יש לנסות להפריד בין שני מרכיבי ההוצאה, ואחר כך להתיר בניכוי את החלק שמשמש לייצור הכנסה. זאת בדומה להליך שנקט המחוקק בעת שקבע כללים שונים באשר לגובה ההוצאה המותרת (או שיעורה) בסוגי הוצאות מסוימים, כגון הוצאות רכב, הוצאות נסיעה לחו"ל והוצאות אש"ל. לפיכך גם כאשר מדובר במסגרות השגחה שיש בהן ערך מוסף עבור הילדים, כגון שהות בגני ילדים, במועדוניות וכדומה, יש "לחלץ" מתוך ההוצאה הכוללת את ההוצאה בגין רכיב ההשגחה ולהתירה בניכוי. אם המחוקק לא קבע כללים בעניין זה, על בית המשפט להתערב ולומר את דברו. אשר לנדבך השלישי, דחה בית המשפט העליון את טענת רשויות המס ולפיה ההסדר שקבוע בפקודה בדבר נקודות זיכוי ונקודות קצבה עבור ילדים, הוא הסדר ייחודי וממצה החוסם בפני הנישום את האפשרות לנכות הוצאות השגחה על ילדיו. לגישת בית המשפט, הסדר זה נועד למטרות אחרות, כפי שעולה, בין היתר, מההיסטוריה החקיקתית הנוגעת אליו. דגש מיוחד יש לשים בנימוק שנתן בית המשפט העליון בדחותו את טענת רשויות המס, ולפיה השכבות המבוססות באוכלוסייה הן אלו שבעיקר ייהנו מהתרת ניכוי הוצאות השגחה על ילדים, ותוצאה זו אינה רצויה מבחינת הצדק החלוקתי. לגישת בית המשפט, לא זו בלבד שהתרת ההוצאה בניכוי מתחייבת מהצורך לנהוג בשוויון ולמנוע עיוותים שנובעים ממיסוי יתר, אלא גם התוצאה המעשית של הסרת עיוותים אלה עשויה להמריץ נשים לצאת לעבודה. עידוד נשים מטפלות בילדים להיכנס לשוק העבודה, אינו חייב לבוא על חשבון נשים אחרות, בעלות הכנסה גבוהה. בית המשפט העליון הדגיש כי השיקול בדבר עידוד כניסת נשים לשוק העבודה אינו השיקול המנחה. ההכרה בתרומה של הנשים לשוק העבודה אינה מצטמצמת ליתרון המס שנוצר להן. אבל "הימנעות מהכרה בהוצאות הטיפול וההשגחה היא שריד חסר ערך, ובענייננו גם נוגד את החוק, לחלוקה הארכאית של תפקידי בני־הזוג שלפיה טבעם של דברים הוא שבת־הזוג אמונה על הטיפול ועל ההשגחה. שחרורה של בת־הזוג ממטלה זו בדרך של שכירת מטפלת נחשבה, על־פי אותה תפישה, להוצאה פרטית העולה כדי מותרות" (פסקה 32 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין). פסק הדין בעניין ורד פרי היה מהפכני. בשל אופיו זה קבע בית המשפט כי תחולתו תהיה על מקרים עתידיים בלבד. עם זאת, נקבע שגם ורד, שהביאה לשינוי ההלכה, תזכה ליהנות ממנה. אבל בכך לא בא העניין לסיום. בעקבות פסק הדין נדרש המחוקק לסוגיה והחליט לאסור בחקיקה ראשית באופן מפורש ניכוי הוצאות השגחה, ובכלל זאת גם מצא לנכון להחזיר על מכונו את "מבחן האינצידנטליות"<sup>2</sup>. בהצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת הוסבר כי היא

2 כך קובע כיום סעיף 132(1) לפקודת מס הכנסה בנוסחו המתוקן בעקבות חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 170), התשס"ט-2009.

נתמכת בטעמים של צדק חלוקתי, בטעמי תקציב "כבדי משקל" ובכך שקיים הסדר חלופי של מתן נקודות זיכוי (בתיקון גם ניתנו נקודות זיכוי נוספות בגין ילדים קטנים). כמו כן צוין החשש כי תעלה דרישה להרחבת תחולת פסק הדין על הוצאות נוספות.<sup>3</sup> עם זאת, בחקיקה שבאה בעקבות פסק הדין, נקבעו תמריצי מס שונים לעידוד היציאה לעבודה, ובהם הרחבת הסדר נקודות הזיכוי בגין ילדים.

שדולת הנשים עתרה נגד חוקתיות החוק שאסר על ניכוי הוצאות השגחה. לאחר הדיון היא חזרה בה מעתירתה בשל המשוכה החוקתית שעומדת בפני ביטול דבר חקיקה של הכנסת. בית המשפט העליון הוסיף כי "אין לנו אלא להביע תקווה, בשלב זה, כי לפחות הצעדים המעטים שנקבעו בחוק כדי להקל על משפחות תוך התחשבות בהוצאות הטיפול בילדים, ייושמו ויוגשמו" (בג"ץ 6795/09 שדולת הנשים בישראל נ' שר האוצר (23.2.2011)).

חשוב לציין כי ההתדיינות בעניין ורד פרי אינה הדוגמה היחידה להתמודדות עם שאלות של שוויון בתא המשפחתי בהקשר של דיני המס. ההכרה בשוויון בין בני הזוג בכל הנוגע לזכותם לצאת לעבודה, עמדה גם ביסוד הלכה חשובה אחרת של בית המשפט העליון, שנוגעת לשיטת חישוב המס של בני זוג – האם "במאוחד" או "בנפרד". ככלל, לחישוב "נפרד" – שתוצאתו היא הפחתה בנטל המס – זכאים בני זוג שאין "תלות" בין מקורות ההכנסות שלהם.<sup>4</sup> בפסק הדין בעניין קלס (ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750 (2003)) נקבע שגם אם קיימת בחוק חזקה לגבי קיומה של תלות בין מקורות ההכנסה (כאשר הם עובדים באותה חברה שבה לאחד מהם יש מניות), הרי שחזקה זו ניתנת לסתירה. כלומר, אין כלל "אחיד" לכל התאים המשפחתיים, ואפשר להוכיח שבני הזוג הם עצמאיים כלכלית זה מזה.

אמת, הלכה זו צומצמה לאחר מכן בפסק דין אחר.<sup>5</sup> עם זאת, בדומה לפסק הדין בעניין ורד פרי, החשיבות של ההלכה שנקבעה אינה דווקא בתוצאת המס הסופית והקונקרטית, אלא בהכרה בכך שיש לפרש את דיני המס באופן שיביא לשוויון הזדמנויות לבני הזוג בתחום העבודה. הכרה זו כרוכה בזניחת תפיסות מיושנות באשר לתפקיד האישה, אשר נחשבה למי שאמונה על הטיפול בילדים ועל ההשגחה עליהם.

באופן כללי יותר אפשר להיווכח כי דיני המס הם זירה משמעותית שמשפיעה על השוויון בתא המשפחתי ועל השוויון המגדרי בתחום העבודה. יתר על כן ובעיקר, ניכר כי הערך החברתי המרכזי שעמד ביסוד הלכת ורד פרי – שוויון הזדמנויות בין בני זוג תוך הכרה בזכות של האישה לצאת לעבוד – חלחל לדיני המס ולמדיניות הרווחה, וכי הוא ממשיך לחלחל לתחומים נוספים וחשובים בחיינו.

3 הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 171 והוראות שעה), התשס"ט-2009.

4 לפי סעיף 66 לפקודת מס הכנסה.

5 ע"א 8114/09 מלכיאלי נ' פקיד שומה אשקלון (1.2.2012); דנ"א 2103/12 מלכיאלי נ' פקיד שומה אשקלון (24.6.2012).

# פרשת דנילוביץ: בין איסור הפליה על רקע נטייה מינית להכרה במשפחה הגאה

בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)

## דורי ספיבק

לפני שנים רבות, בשנת 1993, חבשתי את ספסל הלימודים בתור סטודנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. במהלך השנה השלישית, במסגרת סמינריון ב"משפט והיסטוריה", התבקשתי לבחור נושא לעבודת מחקר. ידעתי מייד מה אני רוצה לחקור. הייתי הומו צעיר שאך יצא מהארון, ובאופן טבעי ביקשתי ללמוד מהי עמדת המשפט הישראלי בנושא.

ממצאי המחקר שערכתי, שפורסמו בשנת 1999 במאמר, היו עגומים. שם המאמר סיפר את הסיפור כולו: "בין שתיקה לגינוי".<sup>1</sup> אין זה המקום לפרט את הממצאים, אבל על דרך הקיצור אומר כי באופן כללי עצם קיומם של ההומואים נעדר כמעט לחלוטין מפסיקת בית המשפט העליון בארבעים שנותיו הראשונות. מעט ההזדמנויות שנקרו לשופטי העליון להביע את עמדתם בנוגע ללהט"בים בכלל, ולהומואים בפרט, לא היו בתיקים שבהם חברי הקהילה תבעו זכויות או טענו להפליה, אלא במקרים שבהם הם היו נאשמים בהליכים פליליים בעבירות מין. עבירות אלה נבעו, בין היתר, מהאיסור החוקי על מגע מיני "שלא כדרך הטבע", שאומנם נאכף לאורך השנים רק באופן חלקי ביותר, אבל בוטל והוצא מחוק העונשין רק בשנת 1988.<sup>2</sup> הנרטיב השיפוטי בפסקי הדין שמצאתי חיזק את הדימוי שהיה רווח אז, ולפיו יחסים מיניים בין גברים נחשבו לדבר מסוכן ומעוות המאיים לטרור בסטייתו את החברה "הנורמלית" המוסרית. זהו הרקע ההיסטורי שבהתחשב בו ברור מדוע פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין דנילוביץ, שניתן בנובמבר 1994, נחשב עד עצם היום הזה לפסק דין פורץ דרך, חגיגי ואף היסטורי (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)). זהו פסק דין שאפשר לומר עליו שהוציא את הקהילה הגאה מהארון המשפטי.

יונתן דנילוביץ, מראשוני הפעילים של הקהילה הלהט"בית בישראל,<sup>3</sup> תבע את מעסיקתו, חברת התעופה הלאומית של ישראל, לאחר שזו סירבה לבקשתו להקצות לבן זוגו כרטיסי

1 יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).

2 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.

3 יונתן דנילוביץ ז"ל נפטר ב-12.8.2022.

טיסה. דנילוביץ, דייל אוויר, טען שהוא זכאי להקצאת כרטיסים שכזו בהתאם להוראות ההסכם הקיבוצי, שלפיו קיימת זכות זו ל"בן/בת זוג (בעל ואישה)" של דייל אוויר, ולהוראות ההסדר הקיבוצי, שהרחיבו זכות זו גם ל"ידועה/בציבור כבעל/אישה של עובד/ת החברה". התביעה הוגשה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב והתקבלה. השופט יצחק לובוצקי ושני נציגי הציבור שישבו לדין לצידו, פסקו פה אחד לטובת דנילוביץ. אל-על עירערה על פסק הדין, אבל גם בבית הדין הארצי לעבודה, בהרכב שכלל את הנשיא מנחם גולדברג, סגן הנשיא סטיב אדלר, השופט יצחק אליאסוף וארבעה נציגי ציבור, סברו כל חברי ההרכב כי הדין עם דנילוביץ. הערעור של אל-על נדחה פה אחד.

אל-על לא ויתרה והגישה עתירה על פסק הדין לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. הדיון נקבע לפני הרכב של שלושה שופטים: המשנה לנשיא אהרן ברק, השופט יעקב קדמי והשופטת דליה דורנר.

המשנה לנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת המרכזית, אישר את עמדת בתי הדין לעבודה. הוא ביסס את עמדתו על תיקון משנת 1992 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988,<sup>4</sup> שהוסיף את העילה של "נטייה מינית" לרשימת איסורי ההפליה הקבועים בחוק. משעה שהחליטה אל-על להעניק טובת הנאה בדמות כרטיסי טיסה לדיילים שיש להם ידועים בציבור ממין שונה, קבע ברק, שלילת זכות זו מבני אותו המין היא הפליה אסורה לפי התיקון לחוק. וכך הוא כתב: "עניין לנו בהבחנה שהיא שרירותית ובלתי הוגנת: וכי הפרידה מבין זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבין זוג מהמין השונה? האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני זוג ממין שונה?" (עמ' 762). למרות אמירות אלה, שמהן משתמעת לכאורה הכרה במשפחה ההומואית, הדגיש השופט ברק שהוא מבסס את פסיקתו זו על איסור ההפליה הקבוע בחוק, ולא על פרשנות רחבה שתקבע שהמושגים "בן זוג" ו"ידועים בציבור" (בהסכם הקיבוצי) חלים גם על בני זוג מאותו המין. ברק העדיף שלא להכריע בכך, תוך שהוא מסביר כי מאחר שמדובר בשאלה סבוכה שמענה עליה אינו הכרחי לצורך ההכרעה, אפשר להשאירה ב"צריך עיון" למקרים עתידיים.

השופטת דליה דורנר הצטרפה לעמדה של המשנה לנשיא ברק, אבל נקטה גישה מרחיבה יותר. היא הדגישה כי היא סבורה, להבדיל מברק, כי אפשר לבסס את זכותו של דנילוביץ לא רק על התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכאמור נחקק שנתיים קודם למתן פסק הדין ולאחר תחילת ההליכים המשפטיים, אלא גם על עקרון השוויון בכללותו, כפי שזה נקלט במשפט העבודה. על כן, לפי דעתה של השופטת דורנר, גם אילו לא נחקק התיקון לחוק היה מקום לפסוק לזכותו של דנילוביץ. זאת לאור השינויים שחלו בתפיסה החברתית בנוגע להומואים בישראל וגם בעולם, שינויים שבאו לידי ביטוי בין היתר בביטול האיסור הפלילי

4 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב-1992.

על משכב זכר. עם זאת, גם השופטת דורנר, כמו השופט ברק, נמנעה מלדון – ומלהכריע – בשאלה הפרשנית בעניין היותם של בני אותו המין "בני זוג", "ידועים בציבור" ו"משפחה" במשמעות המשפטית של מושגים אלה.

אל מול עמדת שופטי הרוב כתב השופט קדמי דעת מיעוט, שבה הוא קיבל את העמדה הפרשנית של אל-על ודווקא ביקש להכריע בשאלות המשפטיות שחבריו להרכב נמנעו מלהכריע בהן. לדעתו של השופט קדמי, המושגים "בן זוג" ו"בת זוג" קשורים בלשון בני אדם קשר בל יינתק במושג "משפחה", ואין "משפחה" אלא אם כן בני הזוג הם משני המינים וחברו "לחיים משותפים בתא משפחתי, כשהשיתוף מתאפיין, בין היתר, בחיי אישות המיועדים, מושגית, להבטחת המשכיות החיים" (עמ' 772). אומנם השופט קדמי עמד על כך שלא כל זוג מסוגל להביא צאצאים לעולם או רוצה בכך, ושלא כל זוג הופך לזוג כדי להביא צאצאים לעולם. עם זאת, לדעתו אין בקיומם של חריגים אלה כדי לפגוע במשמעות המושגית עקרונית של המונח זוג. קדמי סבר כי "העובדה שבני הזוג החד-מיני מקיימים מסגרת חברתית 'דומה' במאפייניה החיצוניים לזו של המסגרת החברתית שמקיים הזוג הדו-מיני – התא המשפחתי הטבעי – אינה הופכת אותם לזוג דו-מיני" (עמ' 773), והוסיף כי בכל הנוגע לזוג החד-מיני "לא קיימת בין בני הזוג אותה מחויבות הדדית ליציבות השיתוף ולהמשכיותו, שיש בכוחה להניע את החברה להכיר בהם כזוג" (עמ' 775). השופט קדמי גם הזהיר שהעמדה של השופטים ברק ודורנר תוביל בהכרח להכרה בתא ההומואי כבתא משפחתי, כך שזוג בני אותו המין יוכרו בתור "בני זוג" ו"משפחה" גם מבחינה משפטית.

האם צדק השופט קדמי בחשש שהביע בדעת המיעוט שלו? לכאורה, לא היה בסיס לכך, מאחר שכאמור חוות הדעת של שופטי הרוב לא הכריעה בעניין זה. יתרה מכך, השופט ברק עצמו אמר באמרת אגב בפסק דין שניתן תשע שנים קודם לכן, כי "פשיטא שאם שני גברים או שתי נשים באים בפני בית המשפט, ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו בית המשפט, שכן המבקשים אינם בני-זוג".<sup>5</sup> על כן אין להתפלא כי בפרשת דנילוביץ הוא לא התייחס אל דנילוביץ ואל בן זוגו כאל "תא חברתי", להבדיל מ"תא משפחתי", ונמנע מלקבוע מסמרות בשאלה האם הם "בני זוג" ו"משפחה" במשמעות המשפטית של המילים. גם בפסקי דין מאוחרים יותר שבהם דן ברק בזכויות קהילת הלהט"ב, הוא לא הכיר מפורשות בתא הלהט"בי אלא התבסס על נימוקים אחרים. כך, בפסק הדין שבו התיר לזוג לסביות לאמץ זו את הילדים הביולוגיים של האחרת, הוא ביסס את פסיקתו על עקרון טובת הילד, הקבוע בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.<sup>6</sup> ובפסק הדין שבו נקבעה החובה לרשום בישראל נישואים בין בני אותו המין שנערכו בחו"ל,<sup>7</sup> הוא הדגיש שמדובר רק ביישום של ההלכה המשפטית

5 ע"א 640/82 בהן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (1) 673, 689 (1985).

6 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (5) 64 (2005).

7 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים פ"ד סא (3) 537 (2006).

הוותיקה שלפיה פקיד הרישום של משרד הפנים מחויב בדרך כלל לרשום בישראל נישואים אזרחיים שנערכו בחו"ל, אף שאין לנישואים תוקף לפי החוק הישראלי.<sup>8</sup>

עם זאת, המציאות הציבורית-חברתית והפסיקה בשנים שחלפו מאז, הוכיחו כי במידה רבה השופט קדמי צדק. בשורה של פסקי דין, שרבים מהם החלו את דרכם בערכאות הדיוניות, ובמיוחד בבתי המשפט לענייני משפחה, ושחלקם אף הגיעו להכרעה עקרונית בבית המשפט העליון, נוצר "אפקט דנילוביץ", כפי שלימים כינה אותו פרופ' אייל גרוס.<sup>9</sup> כלומר, החלה הכרה משפטית הדרגתית בתא המשפחתי של בני זוג בני אותו המין, ובכלל זה הכרה בבני זוג בני אותו המין בתור ידועים בציבור, תוך השוואה כמעט מלאה של זכויות בני המשפחה הלהט"בית לזכויות בני משפחות אחרות. יתר על כן, כמעט 30 שנה לאחר פסק הדין בעניין **דנילוביץ**, כיום כבר מכיר המשפט הישראלי בכך שהקהילה הלהט"בית נמנית עם אותן קבוצות מיעוט שההתייחסות אליהן "חשודה" מלכתחילה בהפליה, ובכך שההפליה זו היא פגיעה ב"גרעין הקשה" של הזכות לשוויון.<sup>10</sup> באופן ספציפי מכיר המשפט הישראלי גם בזכויות לשוויון ולהורות של בני זוג בני אותו המין.<sup>11</sup>

אחזור שוב אחורה בזמן ולביקורות שהוטחו בפסק הדין, יש לומר: מכאן ומכאן. באוקטובר 1995, שנתיים לאחר שהתחלתי במחקר ההיסטורי על עמדת בית המשפט העליון כלפי הקהילה הגאה, שאותו הזכרתי בפתח רשימה זו, התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב כנס לציון שנה לפסק הדין בעניין **דנילוביץ**. הדוברים השונים התייחסו בהרחבה בעיקר לביקורות על פסק הדין שהגיעו מכיוונם של גורמים שמרניים, שטענו שמדובר בפסק דין אקטיביסטי המבטא התרחקות מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ולא רק מדינה דמוקרטית) ופגיעה בערכי המשפחה. פרופ' מנחם מאוטנר, שהשתתף באותו כנס, אף התייחס לימים באחד ממאמריו<sup>12</sup> אל פסק דין זה כאל "קו פרשת המים" בביקורת על בית המשפט העליון מצד מתנגדיו.

אך לא הייתה זו הביקורת היחידה שנשמעה באותו הכנס. בעודי יושב באולם המלא מפה לפה, לכדה את אוזני באופן מיוחד הערה מן הקהל שהשמיע אחד הסטודנטים, ישי בלנק שמו, לימים פרופסור למשפטים ודקאן הפקולטה.<sup>13</sup> הסטודנט טען כי אפשר להתייחס אל פסק הדין גם כאל פסק דין שמרני, בשל הקו ההטרונורמטיבי המובהק שבו בחרו ללכת שופטי הרוב. הוא התכוון בהערותיו לכך שהנורמות החברתיות שפסק הדין מחזק, ושעל יסודן הוענקו הזכויות לדנילוביץ ולבן זוגו, הן נורמות שיסודן במבנה המשפחתי המסורתי וההטרונורמטיבי. במילים

8 ראו רשימתו של נפתלי שילה בספר זה, עמ' 782.

9 אייל גרוס "הסיפור של דנילוביץ: 'תנו לדייל להתרומם אל-על'" **מעשי משפט** י 13 (2019).

10 ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1 (2010).

11 בג"ץ 781/15 **ארדיפנס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (27.2.2020).

12 מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" **עיוני משפט** כו 645, 684 (2002).

13 אז גם לא ידעתי כי שנה מאוחר יותר יהפוך לבן זוגי לחיים.

אחרות, יסודן בהנחה כי מערכת יחסית זוגית, יציבה, רומנטית ומונוגמית הנמשכת לאורך שנים ואולי לאורך החיים כולם, היא מערכת היחסית הזוגית הראויה להכרה ולתמיכה חברתית, ועל בסיסה יוערכו גם המערכות הזוגיות האחרות.

השנים הוכיחו שהנתיב ההטרונורמטיבי, כלומר זה שגוזר את הנורמות החברתיות מן הדגם המסורתי של זוגיות הטרוסקסואלית, הפך להיות נתיב המאבק המשפטי העיקרי של הקהילה הלהט"בית בחתירתה לשוויון, והמשפחה הלהט"בית הוצבה בחזית המאבק. ההצלחה של אפיק זה הייתה מסחררת, כפי שטענו חוקרים, פוליטיקאים, ואישי ציבור. היא אפשרה ללהט"בים לזכות בזכויות ובשוויון פורמלי, להשיג הישגים חברתיים עצומים, ולשנות באופן יסודי את היחס אליהם. אבל בזאת, למעשה, הקהילה עברה מיינסטרימיזציה תוך נטישת כיוונים קויריים ואנטי-ממסדיים שאפיינו את תנועת השחרור הגאה בשנים מוקדמות יותר.

בשנים הרבות שחלפו מאז אותו היום, הביקורות מכאן ומכאן על פסק הדין ממשיכות להדהד, ואיתן השאלות: האם מדובר בפסק דין אקטיביסטי? או שמדובר בפסק דין שמרני, בהיותו מיינסטרימי והטרונורמטיבי? ואולי היה מדובר בפסק דין שההכרעה בו פשוטה וברורה מאליה, בהיותו מבוסס על הוראת חוק מפורשת, ועל כן היה אפשר לצפות דווקא להכרעה פה אחד לטובת דנילוביץ גם בבית המשפט העליון? אזכיר בקשר לכך כי שלושת חברי ההרכב בבית הדין האזורי פסקו פה אחד לטובת דנילוביץ, וכך גם שבעת חברי ההרכב בבית הדין הארצי.

אך אם היה זה פסק דין כה פשוט וקל, מדוע התייחס אליו הנשיא אהרן ברק בראיון שנתן לאחר פרישתו בתור אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שנתן?<sup>14</sup> ומדוע בחר בו בית המשפט העליון להיות אחד מפסקי הדין הלא רבים המוצגים במוזיאון מורשת בתי המשפט המצוי בבית המשפט העליון? דומה שנכון שאשאר לכל אחד מהקוראים לענות בעצמו על שאלות אלה. מכל מקום, אין ספק שפסק הדין היה נקודת מפנה משמעותית בפסיקת בית המשפט העליון. פסק הדין בעניין דנילוביץ סגר את הפרק העגום של ה"שתיקה וגינוי" שנמשך לאורך ארבעת העשורים הראשונים לקיומו של בית המשפט העליון, ופתח פרק חדש, שבו בני המיעוט הלהט"בי – שעזימו אני נמנה בגאווה – מוכרים בתור זכאים לכבוד, לשוויון ולהגנה מפני הפליה. מטריית ההגנה על זכויות האדם שבית המשפט העליון פרס להגן על זכויות מיעוטים בישראל, מגינה מאז ניתן, ועד היום, גם עלינו.

## **"לא בבית ספרנו" – קליטת העלייה מאתיופיה כמקרה מבחן**

בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1)  
820 (2010)

### **שרית עבדיאן**

במהלך העשור הראשון של המילניום החדש התעוררה בעיר פתח תקווה מחלוקת עזה בין בתי הספר הציבוריים לבתי הספר הפרטיים באשר לשיבוץ של ילדי העולים מאתיופיה במסגרות החינוך בעיר. אף שבתי הספר הציבוריים (הממלכתיים-דתיים) היו מחויבים בקליטת ילדי העולים, רבים מבתי הספר הפרטיים בעיר (דתיים וחרדיים כאחד) סירבו לקבלם לשורותיהם, בטענה כי מידת דתיותם לא תואמת את זו הנדרשת בבית הספר. מחלוקת זו הגיעה ל"נקודת רתיחה" בשנת 2008, שהתבטאה תחילה בשביתה שעליה הכריז ועד ההורים של ארבעה בתי ספר ציבוריים המשתייכים לזרם הממלכתי-דתי בעיר,<sup>1</sup> ולאחר מכן בשביתה מטעם מועצת ההורים העירונית.<sup>2</sup> זאת בעקבות טענות לשיבוץ "לא הוגן" של ילדי העולים מאתיופיה במערכת החינוך העירונית. שביתות אלה הסתיימו רק לאחר שהעירייה הצהירה שגם מערכות החינוך הפרטיות בעיר יחויבו לקלוט לשורותיהן ילדי עולים חדשים בני העדה האתיופית. חרף האמור, שנה אחר שנה, כבריטואל קבוע שחוזר על עצמו, לא נמצא פתרון לילדי העולים ורבים מהם נותרו ללא שיבוץ למסגרות החינוך ערב שנת הלימודים – לא בחינוך הציבורי ולא בפרטי. כפי שנראה, מחלוקת זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בעתירה שהגיש ארגון "טבקה", המקדם את הזכויות של בני העדה האתיופית – משמעות שמו בשפה האמהרית היא "עושה צדק". העתירה הובילה למתן פסק דין מכונן בכל הנוגע לעקרונות החלים על שוויון בחינוך (בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010)).

ישראל היא מדינה הניזונה מקליטת עלייה, ובמובן מסוים קליטת העלייה היא אחת ההצדקות להקמתה. הדבר השתקף בהכרזת העצמאות, שבה נאמר כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות" וכי היא "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל

1 אילן מציק "סוף לאפליית התלמידים האתיופים בפ"ת"? nrg 13.4.2008.

2 נעמה טלמור "שביתה בפ"ת: 'לאתיופים אין היכן ללמוד' וואלה 31.8.2008.

אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" ותבטיח "חינוך ותרבות". האם בקרב ילדי העולים התממש החזון לשוויון בחינוך?

גלי העלייה הגדולים והמשמעותיים בשנותיה הראשונות של המדינה הם שעיצבו במידה רבה את האופי של מדינת ישראל כפי שאנו מכירים אותו היום. בשנות השמונים של המאה הקודמת החלה העלייה מאתיופיה, והיא נמשכת עד היום. כל גלי העלייה לישראל הציבו בפני החברה הישראלית משימה ציונית מן המעלה הראשונה של קליטת העולים ושילובם בחברה הישראלית. כמובן, האתגר המשותף לכל העליות הוא שילוב של אנשים בעלי מאפיינים ואורחות חיים שונים. אבל, בשונה מגלי העלייה הגדולים של שנות החמישים והשישים, שהתרחשו בתקופה בה המדינה הייתה מורכבת ברובה המוחלט מעולים חדשים, העולים מאתיופיה הגיעו למדינה בעלת מרקם חברתי מפותח, שרבים מאזרחיה הם כבר בני הדור השני או השלישי בארץ. העולים מאתיופיה גם הגיעו ממדינה בעלת מאפייני רקע מיוחדים ושונים. נקודת הזמן שבה התרחשה העלייה מאתיופיה, העלתה במלוא עוצה את הסוגיה של חלוקת האחריות לקליטת העלייה. סוגיה זו עלתה קודם כול ברמה הארצית, בעיקר באשר לאופן פיזור העולים בערים השונות, ובהמשך ברמה המוניציפלית, באשר לאופן פיזור העולים בתוך הרשות המקומית. בהמשך לכך, אחת מן הסוגיות החשובות והמורכבות בהליך הקליטה של העולים מאתיופיה נגעה לאופן השיבוץ של ילדי העולים במסגרות חינוך.

פתח תקווה הייתה בין הערים שקלטו אל שורותיה עולים חדשים רבים מבני העדה האתיופית, ובמובן זה אפילו אפשר לכתוב אותה "מצטיינת בקליטת עלייה". עם זאת, כפי שצוין, קליטת העלייה הובילה למחלוקות בין תושבי העיר באשר לאופן השיבוץ של ילדי העולים במסגרות חינוך, בעיקר נוכח הסירוב של בתי הספר הפרטיים הדתיים בעיר לקבל לשורותיהם את ילדי העולים. זה המקום לציין כי במדינת ישראל גם מוסדות החינוך המוגדרים פרטיים זוכים לתקצוב מהמדינה, גם אם חלקם בשיעור מופחת.<sup>3</sup> עוד יצוין כי ילדי העולים מאתיופיה שולבו ברובם המכריע במסגרות חינוך דתיות, בין השאר כיוון שהם נדרשו לעבור בארץ הליך של גיוור לחומרה, שמחייב אותם לקיים אורח חיים יהודי-דתי, לרבות על דרך של חינוך במוסדות דתיים. ערב שנת הלימודים התשס"ט לא נמצאו מסגרות חינוך לכל ילדי העולים החדשים בני העדה האתיופית. בתוך כך, בתי הספר הדתיים הפרטיים סירבו לקלוט את ילדי העולים. בשלב זה הגישה עמותת טבקה את העתירה, ובה התבקש בג"ץ להורות למדינה ולעיריית פתח תקווה לפעול לשיבוץ מיידי של ילדים עולי אתיופיה בבתי הספר בעיר.

3 במדינת ישראל קיימים שלושה סוגי מוסדות חינוך: מוסדות רשמיים שלרוב מוחזקים בידי המדינה או רשויות מקומיות ושהוכרוזו רשמיים, ולצורך רשימה זו נכנה אותם "מוסדות ציבוריים"; מוסדות מוכרים שאינם רשמיים, שהמדינה מתקצבת באופן חלקי; ומוסדות "פטור", אשר סוגיית התקצוב שלהם לא הוסדרה בחקיקה אבל בפועל חלקם זוכים לתמיכה כספית מן המדינה (בשיעור פחות מן השיעור שהמוסדות המוכרים שאינם רשמיים זוכים לו). המוסדות המוכרים שאינם רשמיים ומוסדות הפטור מכונים כאן לצורך הנוחות: מוסדות חינוך "פרטיים".

עד שהגיעה העתירה לדיון, לאחר פתיחת שנת הלימודים, התברר כי בינתיים נמצאו מוסדות חינוך שקלטו את כל התלמידים יוצאי העדה האתיופית. בית המשפט היה צריך לשאול עצמו אם להימנע מהכרעה, שהרי הבעיה נפתרה והפכה להיות – בשפה המשפטית – "תאורטית". התשובה שניתנה לכך הייתה שלילית, מאחר שלמעשה היה מדובר בתסריט שחזר על עצמו. עוד בשנת 2005 הגישה עמותת טבקה עתירה דומה ערב פתיחת שנת הלימודים, וזו נמחקה בשעתו לאחר שהתלמידים שובצו בסופו של דבר לבתי ספר בעיר. כמו כן, עוד טרם ניתנה ההכרעה של בית המשפט בעתירה, התברר כי גם בפתח שנת הלימודים התש"ע סירבו כמה מוסדות לקבל לשורותיהם ילדי עולים, ובשל כך נשארו ילדים בלא שיבוץ למסגרת חינוך כלשהי, ורק "ברגע האחרון" נפתרה הבעיה. בשים לב לכך שמדובר בסוגיה החוזרת על עצמה שנה אחר שנה, הבהיר בית המשפט העליון כי קמה הצדקה להכריע בעתירה. חשוב להדגיש כי בית המשפט העליון ממעט להכריע בסוגיות שהפכו לתאורטיות. בחירתו להכריע בעתירה אף שילדי העולים שובצו כולם במסגרות באותו מועד, מעידה על החשיבות שבית המשפט ייחס להעמדת הלכה על מכונה בכל הנוגע להדרה של ילדים יוצאי אתיופיה מקבלה למסגרות חינוך בפרט, ובנוגע לערך השוויון בחינוך בכלל.

בית המשפט העליון דן בסוגיות שעלו בעתירה, בפסק דין חשוב שכתבה השופטת פרוקצ'יה, בהסכמת השופטים רובינשטיין ומלצר. נקודת מוצא חשובה לפסק הדין הייתה הקביעה כי הזכות לחינוך היא חלק מהזכות לכבוד האדם במובנה החוקתי. החינוך חיוני למימוש של זכויות האדם בתור פרט ולמיצוי יכולותיו וכישוריו, והזכות של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנות היא תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי. בהמשך לכך נקבע שאת הזכות החוקתית לחינוך יש לממש באופן שוויוני, ושעל הרשויות מוטלת החובה לספק חינוך שוויוני לכל ילד בישראל. כלומר, גם הזכות לשוויון בחינוך היא זכות חוקתית. בית המשפט הסביר שהפליה בחינוך עלולה ליצור תחושת קיפוח ונחיתות בילד שכלפיו היא מופנית, לפגוע בביטחונו העצמי, ולהטמיע בתהליך התבגרותו חוויה של דחייה וניכור חברתי. כפי שנכתב: "הפגיעה בכבוד הילד היא חלק מהפגיעה בכבוד האדם אך יש לה מימד מיוחד משלה על שום פגיעותם המיוחדת של ילדים, רכים בשנים, שטרם צברו כוחות גוף ונפש להתמודד עם מאבקי החיים ועם תופעות חברתיות פסולות. ככל שיקר ומקודש הוא כבוד האדם – כבודו של ילד מקודש פי כמה, משהוא זקוק להגנת החברה אף יותר מן המבוגר" (עמ' 848).

לצד הזכות לשוויון בחינוך, בית המשפט העליון הכיר בזכות של הורים לחנך את ילדיהם בהתאם להשקפת עולמם ואמונתם. על רקע זה הוא דן במתח שעלול להתעורר בין הזכות לשוויון בחינוך לזכות ההורים לבחור בחינוך בעל מאפיינים ייחודיים. בהתייחסו לכך התשובה שנתן ליישוב המתח הייתה חד-משמעית. זכות ההורים לחנך את ילדיהם באופן ייחודי כפופה לחובתם של מוסדות החינוך להבטיח שוויון בחינוך. בית המשפט הסביר כי גם מוסדות חינוך פרטיים חייבים בכיבוד הזכות לשוויון בחינוך, וכי בתי ספר פרטיים יהיו רשאים שלא לקבל תלמידים לשורותיהם רק במקרים נדירים וחריגים שבהם מדובר "[ב]תנאי בלעדיו אין לעצם

קיומו של המוסד" (עמ' 855). כתוצאה מכך בית המשפט קבע כי גם על מוסדות החינוך הפרטיים חלה החובה לקלוט את ילדי העולים מאתיופיה, וכי ההסברים שנתנו בתי הספר הפרטיים באשר להתאמה של ילדי העולים מבחינה דתית, "אינם קבילים ואינם משכנעים" (עמ' 867). בית המשפט הוסיף והסביר כי אם קיים צורך להשקיע בהכשרת התלמידים גם לצורך השלמת הפערים בתחומי הדת ולימודי הקודש, בתי הספר הפרטיים נדרשים לעשות זאת כדי להבטיח את שוויון ההזדמנויות שיקבלו אותם תלמידים.

לבסוף נקבע כי במקרים של הפליה בקבלה למוסדות חינוך, על הרשויות להשתמש באמצעים הנתונים בידיהן כדי למנוע מצבים של הפרת הזכות לשוויון. כך, הוסבר כי הרשויות מוסמכות להפסיק באופן מלא או חלקי הזרמת כספים ממשלתיים למוסד חינוכי או להפסיק תמיכה כלכלית מטעם הרשות המקומית. במקרים קיצוניים יותר אפשר גם לשלול מבית הספר את הרישיון ולהוציא צו לסגירתו.

דומה כי אין חולק שפסק הדין בעניין **טבקה** עסק במקרה של הפליה בוטה על רקע השתייכות עדתית, ובמובן מסוים ההכרעה בו אינה מעלה ספקות של ממש. אפשר לומר שהיא כמעט אינטואיטיבית. עם זאת, היישום של העקרונות שנקבעו בפסק הדין מעורר שאלות בכמה מישורים.

תחילה הוא מעורר שאלות רחבות יותר בנוגע לחובות הציבוריות שיש להטיל, אם בכלל, על מוסדות חינוך פרטיים בישראל. ליבת ההכרעה בעניין **טבקה** עסקה בשוויון שבין ילדי העולים מאתיופיה לתלמידים בבתי הספר הפרטיים. במישור זה בית המשפט הכריע כי הזכות לחינוך ייחודי של התלמידים בבתי הספר הפרטיים נסוגה מפני הזכות לשוויון של ילדי העולים. אבל אפשר להשקיף על הסוגיה שעלתה בעניין **טבקה** גם כעוסקת בשוויון שבין התלמידים בבתי הספר הציבוריים לתלמידים בבתי הספר הפרטיים. נקודת המוצא היא שהקליטה של ילדי עולים במוסדות חינוך היא משימה חשובה, אשר דורשת מטבע הדברים הן משאבים כלכליים, הן תשומות חינוכיות. הסירוב של בתי הספר הפרטיים לקלוט לשורותיהם תלמידים שהם עולים חדשים, יוביל לשיבוצם של אלה בבתי הספר הציבוריים בלבד. הריכוז של ילדי העולים במוסדות החינוך הציבוריים בלי שיוקצו למוסדות אלה משאבים ציבוריים נוספים, עשוי – בפן התועלתני – להקנות לתלמידים במוסדות החינוך הפרטיים יתרון. אפשר לומר שהדרמה האנושית בעניין **טבקה** העלתה שאלות נוספות: האם חובות ציבוריות, כמו החובה החשובה של קליטת ילדי העולים, יש להטיל רק על מסגרות החינוך הציבוריות? האם אי קבלה של ילדי העולים למסגרות החינוך הפרטיות לא רק מפירה את הזכויות של ילדי העולים, אלא גם משפיעה בעקיפין על אופן חלוקת המשאבים בין המסגרות הפרטיות לציבוריות? באופן רחב יותר, האם יש להחיל על מוסדות חינוך פרטיים חובות אינטגרציה נוספות, למשל בכל הנוגע לשילוב של אוכלוסיות מיוחדות? האם נכון להגביל את מבחני הקבלה למוסדות החינוך הפרטיים, ולחלופין לחייבם בקליטה של אחוז מסוים של תלמידים שאינם בעלי הישגים לימודיים גבוהים, כדי לאזן בין הנטל המוטל לפתחה של מערכת החינוך הציבורית לזה

של מערכת החינוך הפרטית? נשוב ונזכיר כי מדובר במוסדות שחלק לא מבוטל מהם זוכים לתקצוב מסוים מהמדינה. מדובר כמובן בשאלות כבדות משקל, שאומנם לא נדונו במישרין בפסק הדין בעניין **טבקה**, אבל גם הן עוסקות במתח שבין הזכות של הורים להקנות לילדיהם חינוך ייחודי, לזכות לשוויון בחינוך.

כמובן, פסק הדין הוא בעל חשיבות רבה גם בשל המסר העולה ממנו בנוגע לשוויון וקבלה של העולים מאתיופיה באופן רחב יותר, ולא רק בקשר לקליטתם במוסדות החינוך. לא סוד שקליטת עלייה היא משימה הדורשת משאבים רבים. הדבר נכון בפרט באשר לעולים החדשים מאתיופיה, מדינה בעלת מרקם חברתי שונה ומרקם תרבותי שונה. החשיבות של ערך השוויון מדגישה את חובתנו, חברה קולטת עלייה, למצוא את המשותף והמאחד על פני השונה והמפריד, ולהפנות משאבים לקליטת העולים גם כאשר האתגרים הכרוכים בקליטתם מצד האוכלוסייה הוותיקה בישראל, הם גדולים יותר. הדבר מתחייב מערך השוויון אשר הוגדר בפסק הדין, כמו בפסקי דין רבים אחרים, "נשמט אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (עמ' 845).

על כך יש להוסיף כי המפתח למדיניות מוצלחת של קליטת עלייה נעוץ בחלוקה שוויונית של המשימות הנלוות לכך בקרב האוכלוסייה הוותיקה בישראל. אחד התנאים שעשויים לעודד קליטה מוצלחת של עולים חדשים בארץ, ובפרט העולים החדשים מאתיופיה, הוא פיזורם בקהילות שונות תוך מתן תמיכה ועזרה מתאימות שיקלו את השתלבותם בחברה ובתעסוקה ואת השתלבותם המשפחתית. הניסיון הרב של מדינת ישראל בקליטת עלייה מלמד כי ריכוז של עולים חדשים בערים או שכונות מסוימות עשוי להקשות את השתלבותם הן בחברה, הן בתעסוקה. זאת גם משום שמטבע הדברים כל רשות מקומית מוגבלת במשאבים שהיא עצמה יכולה להקצות לטובת קליטת עלייה, וגם בהתחשב ברצון לייצר אינטגרציה בין קהילות שונות. אם כן, אפשר לומר כי בחינוך, כמו בשאר מישורי החיים, קליטת עלייה מוצלחת מתחילה בחלוקת האחריות באופן שוויוני הן בין הרשויות המקומיות, הן בתוך הרשות המקומית עצמה. אבקש לסיים בכמה מילים אישיות. נולדתי בעיר באר שבע, גדלתי בה וחונכתי בה. בילדותי היא הצטיינה בקליטת עולים מאתיופיה, הן מבחינה מספרית, הן מבחינה מהותית. באותה עת העולים מאתיופיה שוכנו גם בשכונות ברמה סוציו-אקונומית גבוהה ושובצו במערכות החינוך בשכונות אלה. למיטב זיכרוני, בילדותי כשליש מילדי כיתתי היו עולים – מאתיופיה ומברית המועצות. מתוך החוויה האישית שלי למדתי כי חינוך שכך מול שכך עם מי שאורחות חייו, מנהגיו והרקע הכלכלי שממנו הוא מגיע שונים, מצמיח ילדים גמישי מחשבה, רחבי אופקים, בעלי מורכבות אנושית ורגישות חברתית. הדבר נכון באשר ללמידה עם עולים חדשים בפרט, וייתכן שגם באשר ללמידה במוסדות חינוך רב־גוניים בכלל.

## כשהשוויון אינו נוכח: הפליה בחינוך ובמרחב הציבורי

בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981)  
בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)

### אדנקו סבחת-חיימוביץ

"חינוך הוא הנשק החזק ביותר שאפשר להשתמש בו  
כדי לשנות את העולם"  
(גלסון מנדלה, נאום בתיכון מדיסון פארק, 23.6.1990)

מה בין הפליה במערכת החינוך להפליה בייצוג בסדרת טלוויזיה? נביא כאן שני סיפורים של הפליה על רקע מוצא שעוררו דיון ציבורי נרחב, ושגם הגיעו אל פתחו של בית המשפט העליון. על אף הדמיון הטיפולי בנושא במרחק של כמעט שלושים שנה היה שונה בתכלית. סיפור אחד עניינו בהפליה באופן הצגת חלקם של יהודי המזרח בהשוואה ליוצאי ארצות אירופה בסיפור של העם היהודי בסדרת הטלוויזיה "עמוד האש". העתירה שהוגשה לבג"ץ בנושא נדחתה והשידור לא נמנע, על אף יחס לא שווה בין שתי הקבוצות באופן הצגת סיפורן ותרומתן. הסיפור השני עניינו בהפליה שמקורה בהפרדת תלמידות ספרדיות מחברותיהן האשכנזיות בבית הספר החרדי בעמנואל. כאן הורה בית המשפט העליון למשרד החינוך להפעיל את סמכותו ולנקוט צעדים למניעת ההפליה, משלילת תקציב ועד לשלילת הרישיון של בית הספר. נפתח דווקא בסיפור המאוחר מבין השניים, שהוליד את פסק הדין הידוע בכינוי עניין **נוער כהלכה** (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)). עמנואל היא מועצה מקומית חרדית שנוסדה בשנת 1983. מתגוררים בה תושבים ממוצא מזרחי וממוצא אשכנזי. בשלהי שנת הלימודים התשס"ז (2007) הודיעה העמותה שמפעילה את בית הספר היסודי לבנות "בית יעקב" בעמנואל, על העברת התלמידות ממוצא ספרדי למגמת לימוד "כללית", ואילו חברותיהן ממוצא אשכנזי הועברו למגמת לימוד "חסידית". בפועל נחצה בית הספר לשניים באמצעות מחיצות וכניסות נפרדות. חצר המשחקים נחצתה לשניים באמצעות יריעת בד וגדר הפרדה. חדר המורים נחצה לשניים. שעות הלימוד שוננו כך שההפסקות יתקיימו בשעות שונות. התלבושת האחידה שונתה לתלמידות בית הספר החדש. התוצאה הייתה הפרדה בין התלמידות ממוצא ספרדי לחברותיהן ממוצא אשכנזי, מה שעורר שאלות הנוגעות לשתי זכויות חשובות: הזכות לחינוך והזכות לשוויון.

הזכות לחינוך היא זכות בסיסית המגלמת בתוכה את חובת המדינה לספק חינוך חינם ואת האיסור לפגוע בזכות זו אלא על פי חוק. למדינה יש אחריות ישירה לספק חינוך באמצעות מוסדות חינוך רשמיים, היא מקצה להם משאבים וחובתה לפקח עליהם. בד בבד עם ייסודה של מערכת החינוך הממלכתית הכירה המדינה בצורך של מגזרים שונים לחנך את ילדיהם ברוח צביונם התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושייכותם הקהילתית. מסגרות החינוך שאינן מוחזקות בידי המדינה נקראות "החינוך המוכר שאינו רשמי", והן רשאיות להקנות לתלמידיהן תוכני חינוך התואמים את תפיסתן וערכיהן. הכרה זו נובעת מהזכות של כל יחיד בחברה ללמוד במוסד התואם את תפיסת עולמו. המדינה רשאית לתת רישיון למוסד שכזה בהתקיים תנאים, שאז הוא זכאי לתקצוב ממוסד החינוך ונתון לפיקוחו. הפיקוח נוגע הן לחינוך ברוח העקרונות הערכיים המאפיינים את החינוך הממלכתי, הן לענייני מנהל, לרבות שיעורי שחר לימוד וגבייתו. בית הספר "בית יעקב" הוא מוסד חינוך "מוכר שאינו רשמי" הפועל ברישיון משרד החינוך, הנתון לפיקוחו והנהנה מתקצוב המשרד.

ההפרדה בין התלמידות עוררה תרעומת, וזו הובילה להגשת עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. ההחלטה של העותרים לנקוט הליך משפטי לא הייתה קלה. הרי הם ראו עצמם בשר מבשרו של הציבור החרדי, ובכל זאת "הזמינו" את מערכת המשפט להיכנס לבית פנימה, בליט ברירה.

את פסק דין העיקרי כתב השופט לוי בהסכמת השופטים ארבל ומלצר. בפסק הדין באה לידי ביטוי ההתנגשות החזיתית בין הזכות של התלמידות ממוצא ספרדי לחינוך, לזכויות של בית הספר לחינוך מגזרי ולאוטונומיה בעיצוב מתכונת החינוך בין כתליו. במסגרת הזכות לחינוך מגזרי ביקש בית הספר שהתלמידות ממוצא אשכנזי, השייכות לציבור "החסידים", לא תיחשפנה לאורח החיים של אלה ממוצא ספרדי, שבית הספר הגדיר "מודרני". המודרניות הנטענת התבטאה בשפה וקוד לבוש, כך שלשיטת בית הספר היה הבדל ב"מידת ההחמרה" באורח החיים הדתי בין שתי הקבוצות, הבדל שהצדיק את ההפרדה ביניהן. השאלות שניצבו לפתחו של בית המשפט העליון היו האם עניין לנו בהפרדה בין תלמידות מטעמים ענייניים או שמא בהפליה פסולה, והאם טענה לאוטונומיה תרבותית חינוכית יכולה להצדיק השלמה עם פרקטיקות מדירות ובוטות.

התרומה של פסק הדין היא לא רק בהכרה באיסור על הפליה בחינוך (שאף זכה להכרה מפורשת בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000), אלא בהטלת חובה מעשית על משרד החינוך להבטיח חינוך שאינו מפלה, בהתאם לחובותיו לפי חוק לימוד חובה, התש"ט-1949. נקבע כי משרד החינוך צריך לחקור את התנהלות בית הספר כדי לוודא שמדובר בשיקולים לגיטימיים הנובעים מהצביון של בית הספר, ולא בכסות להרחקה של קבוצה על בסיס נתון לא רלוונטי כמו מוצא. בית הספר קבע תקנון ובו הדרישות המוצבות בפני כלל התלמידות. אלא שבחינה מדוקדקת של הכללים בתקנון גילתה כי הוא העניק העדפה ברורה לתלמידה ממוצא אשכנזי בעוד הוא מערים קשיים ביוקרטיים על התלמידה ממוצא ספרדי. נקבעו בו,

למשל, דרישות לא רלוונטיות כמו תפילה בהברה אשכנזית וקבלת סמכות רוחנית אשכנזית על התלמידות והוריהן, דרישות שאין להן קשר לצביון של בית הספר. הרי אפשר לקיים תפילות ופולחן דתי בנפרד בלי שהדבר יפגע בתוכן הלימודי של בית הספר. פסק הדין מלמדנו כי במקום שבו עולה טענה להפליה, יש חשיבות לבחינת ההתנהלות של בית הספר ולא רק להצהרותיו. אין פסול בגישה חשדנית, שהרי גישה חשדנית זו היא שאפשרה למשרד החינוך לברר את העובדות, ומכאן – לבית המשפט לרדת לחקר המניע העומד מאחורי ההחלטה בדבר הפרדה בין התלמידות, ולקבוע שההפרדה נעוצה במוצא של התלמידות ולא בהבדלים באורחות החיים.

בית המשפט העליון קבע כי בהפרדה שבוצעה הייתה פגיעה בזכות של התלמידות המזרחיות לחינוך, וכפועל יוצא מכך חייב את העמותה המפעילה את בית הספר להסיר כל סממן של תופעת ההפליה. עוד קבע בית המשפט העליון כי משרד החינוך חרג מסמכותו בכך שהוא נמנע מהפעלת האמצעים העומדים לרשותו לצורך מניעת ההפליה. לכן נקבע כי אם העמותה לא תקיים את הוראות בית המשפט, על משרד החינוך לנקוט את כל האמצעים לתיקון המצב, לרבות שלילת הרישיון של בית הספר או תקציבו.

פסק הדין שניתן עורר סערה ודיון בקרב תושבי המקום ומחוצה לו. הלכה למעשה הוא לא קיים. העותרים פנו שוב לבית המשפט העליון, והפעם בבקשה לכפות על המשיבים לקיים את פסק הדין. בית המשפט הטיל קנס על העמותה שהפעילה את בית הספר. אלא שההתנגדות באה גם מצד ההורים של התלמידות האשכנזיות, שסירבו לציית לפסק הדין של בית המשפט העליון. לכן נדרש שוב בית המשפט העליון לעניין, ולדיון צורפו ההורים שסירבו לשלוח את בנותיהם לבית ספר שבו ילמדו תלמידות ספרדיות. מאחר שאותם הורים עמדו על סירובם הוטלו עליהם קנסות. אבל גם בכך לא תמה מלאכתו של בית המשפט העליון, שכן ההורים עדיין לא שינו מעמדם. בית המשפט נדרש שוב לעניין והפעם הטיל מאסר על אותם הורים סרבנים. במהלך ריצוי מאסרם הושגה פשרה שאפשרה לשחרר את ההורים שנאסרו בשל אי קיום פסק הדין.

בתור חברה לשעבר בוועד המנהל של עמותת טבקה, צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה, במשך שנים רבות, נחשפתי למתח התמידי בעמותה בסמוך לפתיחת שנת הלימודים סביב דיווחים על בתי ספר שלא קיבלו תלמידים ממוצא אתיופי.<sup>1</sup> הקושי לשכנע כי מדובר בהפליה על רקע מוצא היה קשה. לא תמיד תלמידים זכו לסעד המבוקש, לנוכח הצהרות של בתי ספר שלא תאמו את הנעשה בשטח, כך שהמניע לא נחשף ובהעדר נתונים מספקים בית המשפט לא מילא את תפקידו לקבוע נורמות כמו בעניינן של התלמידות מעמנואל. הפליה לובשת צורה ופושטת צורה והופכת למתוחכמת יותר. מכאן הקושי לגלותה. לכן יש חשיבות לשכלול הכלים לבידור המניעים שמאחוריה כדי לעמוד על טיבה, אימתי היא עניין הקשור במאפיינים

1 ראו רשימתה של שרית עבדיאן בספר זה, עמ' 162.

הייחודיים של בית הספר ומתי היא רק נועדה להרחיק את האחר מגבולותיו. קל להתחבא מאחורי הסברים כמו "אופיו" או "צביונו" הייחודי של בית הספר. החשיבות של פסק הדין היא בבחינה המעמיקה ובקילופן של הטענות עד לשכבה המגלה את המניע שבבסיס ההחלטה, והוא הרצון בהפרדה בין תלמידות אשכנזיות לחברותיהן הספרדיות.

הזכות של קבוצה לחנך את ילדיה בצורה מסוימת אינה יכולה לחסום אחרים מלבוא בשעריה, כל זמן שהם מקיימים את אותו אורח חיים ומחזיקים באותם ערכים שבבסיס תכליתו של בית הספר או מטרותיו. כל עילה אחרת, דינה להיפסל. במובן זה בית המשפט אינו רק משמש מגנים של קטינים מפני הפליה בזכותם לחינוך. הוא גם מעצב את התפיסה החברתית כי חינוך הוא זכות יסוד ופגיעה בו מותרת רק במקרים שנבחנו בדקדוק, גם אם מדובר במוסד חינוכי שאינו רשמי המקבל תמיכה כספית מהמדינה.

הפליה באה לידי ביטוי בצורות שונות. הנפוצה שבהן היא שלילת זכויות, שאותה קל יחסית לאתר ולתת סעד אופרטיבי בגינה. עניין נוער כהלכה מראה את מורכבות המאבק בהפליה ואת הסעד הנחרץ שהעניק בית המשפט. מנגד, ישנן צורות הפליה שאינן עוסקות בשלילת זכות במובנה המסורתי, אלא בהדרה של קבוצות מהמרחב הציבורי אף שהזירה הציבורית מעצבת את התודעה. ההתמודדות של המשפט עימן היא זהירה יותר. על רקע זה נחזור לעתירה שהוגשה בעניין סדרת הטלוויזיה "עמוד האש". הסדרה הייתה, זאת יש להזכיר, "מפעל דגל" של רשות השידור באותה תקופה. עיני כל הציבור בארץ היו נשואות לסדרה, שנועדה להציג באופן מסודר וחגיגי את הסיפור של המפעל הציוני על סמך חומרי ארכיון מרגשים. החגיגות הופרה כאשר הוגשה עתירה של ויקי שירן, ילידת מצרים, אקדמאית, משוררת, אשת תקשורת ופעילה חברתית, לצד אנשי ציבור מזרחים נוספים שביקשו לאסור את שידור הסדרה בטלוויזיה ואת השימוש בסרטים שהופקו. לטענתם, הסדרה במתכונתה זו אינה מציגה את התמונה בשלמותה, מאחר שהיא מתמקדת רק בסיפור של יהודי אירופה ובכך מעוותת את האמת ההיסטורית ופוגעת בתדמית הקבוצה המזרחית בעיני עצמה ובעיני אחרים. העותרים הראו כי הזמן, התקציב והמחקר שהושקעו בקבוצה מהמוצא הספרדי היו פחותים בהיקפם ביחס לקבוצת יוצאי אשכנז. לסיפור של הקבוצה הספרדית לא ניתן ביטוי הולם ביחס לזה שניתן לקבוצה האשכנזית. גם המועד שממנו החל הסיפור של העם היהודי בסדרה עשה עוול לסיפור של קבוצות ועליות שהיו בארץ לפני כן ושתרמו את חלקן.

בעקבות הפנייה של ויקי שירן וחבריה הוקמה ועדה שליוותה את הסדרה, ותיקונים הוכנסו. אבל אלה לא הניחו את דעתה, וכך הוגשה עתירה לבג"ץ. היא נדונה לפני הרכב השופטים שמגר, בן-פורת ושלמה לוין ונדחתה (בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד (לה) 365 (3) (1981)). ברובד הפורמלי בית המשפט דחה את העתירה על בסיס גישתו המסורתית להגבלות מזעריות של חופש הביטוי. זאת בשים לב לסעד המבוקש: מניעת שידור. בית המשפט העליון קבע כי אין אמת אחת, כי את הסיפור של העם היהודי אפשר לספר גם כך וגם כך, וכי מאחר ששתי הגישות אפשריות ולגיטימיות אין מקום לתת את הבכורה דווקא לאחת מהן, שאם לא כן בית

המשפט שם עצמו "ממונה על" על הרשות לקבוע את התכנים עצמם. כמו כן הוסבר שבית המשפט יתערב על דרך של איסור שידור רק בנסיבות קיצוניות שבהן עולה "סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב... או אי-חוקיות ברורה וגלויה בעלת גוון אחר" (עמ' 378). זאת כדי שלא לפגוע בחופש הביטוי.

לפי פסק הדין, התוצאה היא כי כל קבוצה רשאית לספר את סיפורה בדרכה שלה ומנקודת מבטה, ואין בכך לפגוע בתרומה של אף אחת מהן. אבל במבט לאחור אפשר גם להבין שפסק הדין מיעט במשמעות שיש לכך שרשות השידור הממלכתית, באותה עת הערוץ הראשון, מציגה תכנים באופן שניתן לראותו לא שוויוני. לשירן לא הוצעו משאבים דומים להפקת סדרה נוספת, ומבחינה מעשית לא ניתנה במה יעילה להשלמת התמונה שהוצגה במסגרת הסדרה. המחלוקת בנושאי הייצוג של קבוצות בחברה ושוויון ההזדמנויות של הנמנים עימן היא שיש רלוונטי גם כיום. אפשר לשער שכיום לא הייתה מופקת הסדרה "עמוד האש" באותו אופן. התקופה הייתה תקופה של ערוץ שידור ממלכתי יחיד, כך שלחוסר הייצוג הייתה משמעות גדולה יותר בהעדר חלופה שבה תוכל הקבוצה ממוצא ספרדי לתת במה שווה לסיפורה. הסדרה "עמוד האש" עיצבה את התודעה בדבר הנרטיב של בניית האומה במשך תקופה ארוכה. כיום יש ערוצים שונים, ואפשר לנקוט דרך אחרת, גם אם לא מיטבית, כמו הפקה נוספת באותו ערוץ או שידור בערוץ אחר. לעומת זאת, הנושא של הפליה בחינוך ממשיך להיות רלוונטי. לכן גם התפקיד של בית המשפט מוסיף להיות חשוב. במבט כללי יותר עלינו להכיר בכך, ולהיות מודעים לכך, שהפליה היא כמו נגיף המשנה את צורתו, ההופך לנזיל, לדינמי ולגמיש והמקשה על היכולת לחשוף פרקטיקה זו.

חשוב כמובן לזכור כי להפליה אפשר למצוא פתרונות גם מחוץ לבית המשפט. הפנייה לבית המשפט היא אחת מדרכי הפעולה האפשריות במישור הציבורי. במחאה של קהילת יוצאי אתיופיה משנת 2015 אחת הסוגיות שהועלו הייתה "שיטור יתר" כלפי בני הקהילה. הטענה הייתה כי השיעור הגבוה של צעירים יוצאי אתיופיה בבתי הכלא ביחס לחלקם באוכלוסייה מעיד על תופעה של שיטור יתר. ההסבר שניתן היה כי פניות של שוטרים לצעירים אלה בלי שקדם לכך חשד לביצוע עבירה, מוביל למפגש טעון שבו צעירים מצאו עצמם במעצר בגין עבירות כלפי שוטרים. אחת התולדות של המחאה הייתה החלטת ממשלה (מס' 2254 מיום 5.1.2017) שקבעה כי שוטרים יישאו עליהם מצלמות גוף, מה שיאפשר תיעוד של חילופי הדברים בינם לאזרחים. ההנחה הייתה שיהיה בכך כדי לצמצם את הפניות של שוטר לאזרח ללא עילה, לאפשר להתחקות אחר הלך רוחו של השוטר בעת הפניה לאזרח, לרסן את תגובת שני הצדדים ולתעד באופן מלא את התנהלות המעורבים. זוהי רפורמה חשובה שלא נולדה בהליך שיפוטי, אבל היא באה לעולם באקלים משפטי המבקש להילחם בגילויי ההפליה השונים.

פסק הדין בעניין **נוער כהלכה** לימד אותנו כי אם מדובר בזכות בסיסית כמו חינוך, מידת הסבלנות להפרתה המפלה תהיה אפסית ובית המשפט העליון יחייב את הרשויות השונות

לפעול בהתאם לערכי המדינה. כאשר ההפליה נוגעת לזכויות בסיסיות, המענה חייב להיות חד וברור, וראוי שהנטל על מי שנטען כלפיו יהיה משמעותי. זאת בשים לב לכך שתוצאות הפגיעה בחינוך יכולות להיות הרסניות ובלתי הפיכות. הפליית ילד מנציחה פערים, ויש שיאמרו שהיא מכבה את נפשו, אינה נותנת ביטוי ליכולותיו, מסלילה אותו וגוזרת את עתידו. החשיבות של החינוך נגזרת ממטרותיו השונות, החל מהקניית ידע ועד להכנה ליציאה לעולם. כדברי השופט לוי בפסק הדין: "מטרות החינוך נוגעות לעולם התוכן שממנו הגיע התלמיד ולתרבותו, הן נוגעות למורשתו ולאורח חייו, ועל מוסדות החינוך לאזן בין הצורך להקנות כלים ומיומנויות שאיתם יהא התלמיד מסוגל לצאת אל העולם ולממש את יכולותיו, לבין הצורך התרבותי, הערכי והלאומי לגבש את אופיו של התלמיד ולחנכו לאור זהותו הלאומית ולאור מורשת אבותיו" (עמ' 424).

## משפט והלכה נפגשו, צדק ומגדר נשקו

בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)  
בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988)

### ליאת בנמלך

מדינת ישראל הצעירה ידעה ליתן מקום של כבוד לערך השוויון, שנכלל מייד עם הקמתה במגילת העצמאות. קריאה בהוראות של חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שנחקק בשנותיה הראשונות של המדינה, מעוררת גם היום השראה. מדינת ישראל הייתה גם מהמדינות הראשונות במערב שבהן כיהנה ראשת ממשלה. ואולם, בפועל נוצר מתח בין עקרון העל שהתווה חוק שיווי זכויות האשה למציאות החברתית. מתח זה נוצר, בין היתר, נוכח מעמד הבכורה שהעניקה מדינת ישראל לדין הדתי בכל הנוגע לדיני המעמד האישי – נישואין וגירושין. בעקבות מתח זה הובאו לפתחו של בית המשפט בתום העשור הרביעי להקמת המדינה שתי עתירות נפרדות, שלהן מכנה משותף: הזכות של נשים להימנות עם גופים סטטוטוריים (כלומר גופים שהוקמו מכוח חוק ופועלים על פיו) שעניינם מתן שירותי דת, אותם שירותים שגם הן נזקקות להם. העתירות הולידו שני פסקי דין תאומים של בית המשפט העליון ש"נולדו" בהפרש של ארבעה ימים בשנת 1988. פסקי דין אלה הניעו הליך של שינוי ותיקון, וחיזקו וביצרו את המחויבות לשוויון בין המינים בנקודת התפר שבין הפן הניהולי של מתן שירותי דת לבין ההלכה.

את העתירה הראשונה הגישה לאה שקדיאל, תושבת ירוחם וחברה במועצת הרשות שביקשה לכהן במועצה הדתית המקומית, האמונה על אספקת שירותי הדת לתושבי ירוחם. שקדיאל, אישה שומרת מצוות, נבחרה למועמדת לתפקיד מטעם מועצת ירוחם. ההליך לבחירת המועצה הדתית עבר כמה נפתולים, ובסופם החליטה ועדת השרים לפי סעיף 5 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, שלא למנות את שקדיאל לחברת המועצה הדתית. ההחלטה שלא למנות את שקדיאל התקבלה על רקע התנגדות הרב המקומי, אשר גובתה בעמדת הרבנות הראשית לישראל. זו סברה כי הגם שמועצה דתית היא גוף מנהלי, הרי שהיא משרתת עניינים דתיים-עירוניים בסביבה הלכתית מובהקת. כמו כן הצביע השר לענייני דתות על מסורת – תרתי משמע – שלפיה נמנעה מועמדות של נשים למועצה הדתית. נוסף על כך, סברה ועדת השרים כי נוכח הדעות שהביעה שקדיאל בנושאי דת ומדינה, כפי שאלה פורסמו באמצעי התקשורת, קיים חשש סביר כי מינויה יגרום לנתק בין המועצה הדתית לרב המקומי, ולמחלוקת חריפה בתוך ההנהגה הדתית בירוחם, עד כדי שיתוק הפעילות הסבירה והתקינה של המועצה הדתית.

את העתירה השנייה הגיש אברהם פורז, שהיה חבר מועצת עיריית תל אביב-יפו. העתירה עסקה בשאלת כהונתן של נשים באספה הבוחרת את רב העיר תל אביב-יפו, וביתר דיוק בשאלה האם מועצת הרשות המקומית רשאית להימנע מלבחור אישה לאחת מנציגי המועצה באספה הבוחרת, רק בשל היותה אישה. באותה עת עמדה על הפרק בחירה של רב חדש לעיר תל אביב-יפו. מועצת העירייה קיימה דיון בסוגיה זו והביעה חשש כפול מפני השלכות הכללת אישה בגוף הבוחר: חשש כי רב העיר אשר ייבחר במעורבות נשית לא יזכה לשיתוף פעולה מצד הרבנות הראשית ולא יוכל למלא כראוי את תפקידו, וחשש מפני הרתעת מועמדים ראויים מהגשת מועמדות לתפקיד רב העיר.

תחילה התקבלה העתירה של לאה שקדיאל (בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)). פסק הדין ניתן פה אחד בהרכב שכלל את המשנה לנשיא מנחם אלון עם השופט אהרן ברק והמשנה לנשיא לשעבר מרים בן-פורת. את חוות הדעת הראשונה והעיקרית כתב המשנה לנשיא אלון. המשנה לנשיא אלון קבע כי ניתוח הנימוקים שבהחלטת ועדת השרים מוביל למסקנה כי הגורם לחששות שצוינו בהחלטה הוא עצם היותה של העותרת אישה, וכי הדבר נוגד את איסור ההפליה מטעמי מין, שהוא עקרון יסוד ומעוגן בחוק שיווי זכויות האשה. המשנה לנשיא הדגיש כי המועצה הדתית היא גוף מנהלי ולא גוף הפועל על פי דין תורה, ולכן גם אילו מבחינה הלכתית אישה הייתה מנועה מלכהן בגוף כזה, לא היה בכך משום נימוק רלוונטי לעניין הרכב של גוף מנהלי. עוד הדגיש הוא כי החששות שהביעו המשיבים אינם שקולים כנגד עקרון היסוד של אי הפליית נשים.

המשנה לנשיא אלון, נושא דגל המשפט העברי, הקדיש חלק משמעותי מפסק דינו לדיון מקיף ומאלף בעמדות ההלכתיות בעניין בחירה אקטיבית ופסיבית של נשים, כלומר הזכות לבחור והזכות להיבחר לתפקיד ציבורי. המשנה לנשיא אלון הציג יריעה רחבה של עמדות הלכתיות בנושא, דעות השוללות מעורבות נשים בתפקידים ציבוריים לצד דעות שלא ראו מניעה כלשהי לכך. במסגרת סקירה זו ציטט המשנה לנשיא את דברי הרב יחיאל וויינברג בשאלה זו שנכתבו בשנת 1951, ולפיהם יש להניח את המחלוקת בין האוסרים לבין המתירים "לזמן שיבוא ויכריע" (עמ' 260). בפרספקטיבה היסטורית, ציין המשנה לנשיא אלון, אכן בא הזמן והכריע, שהרי נשים מכל גווי ציבור שומרי התורה והמצוות משתתפות בבחירות למוסדות המדינה. גם בשאלת זכות בחירה פסיבית הכריע הזמן לגבי רובו של ציבור שומרי התורה והמצוות, שהרי כהונתן של נשים דתיות בתפקידים ציבוריים הפכה לחיזיון נפוץ.

השופט ברק הצטרף לתוצאה שאלה הגיע המשנה לנשיא אלון, בהדגישו כי גם אם לפי ההלכה הדתית אישה אינה כשירה לשמש חברת מועצה, הרי ש"דיני הכשירות שבהלכה לחוד, ודיני הכשירות שבחוק לחוד" (עמ' 273). עוד קבע השופט ברק כי יש לפרש את חוק שירותי הדת באופן העולה בקנה אחד עם עקרון השוויון, וכי כל איזון בין האינטרסים הרלוונטיים חייב להתבסס על ההנחה בדבר שוויון.

בסמוך לאחר מכן ניתן פסק הדין בעניין פורז (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988)). במקרה זה כתב השופט ברק את חוות הדעת העיקרית, והוא ניתן בהסכמתם של השופטים שלמה לוין וחנוך אריאל. בפסק דינו שב וקבע השופט ברק כי התכלית בדבר הגשמת עקרון השוויון עומדת בבסיס כל הוראות הדין, ובכללן הוראות חוק שירותי הדת והתקנות בדבר בחירת רבני עיר. גם כאן קבע השופט ברק כי אין יסוד לתפיסות כי כשירותם של חברי האספה הבוחרת נקבעת על פי ההלכה היהודית, וכי מי שאינו כשיר על פי ההלכה לבחור ברב אינו כשיר לכך על פי החוק והתקנות. לכן גם אם לפי דין תורה אישה אינה כשירה לכהן באספה הבוחרת, הלכה זו אינה חלה במסגרת "החקיקה החילונית". השופט ברק ציין כי חזקת השוויון בין המינים (הבאה לידי ביטוי גם בחוק שיווי זכויות האשה) היא עקרון יסודי המדריך את פעולות הרשויות השלטוניות ומכוון אותן, ובכלל זאת בבחירת נציגים לאספה הבוחרת. השופט ברק הוסיף כי מועצת העירייה לא נתנה בהחלטתה משקל כלשהו לעקרון השוויון ונתנה משקל מלא ליעילות הבחירה, ועל כן מדובר ב"איזון לקוי ופגום, הפוסל את החלטתה של מועצת העירייה" (עמ' 338).

שני פסקי הדין הם פסקי דין מכוונים שהעלו על נס את עקרון השוויון עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במבט ראשון קריאת פסקי הדין עשויה לעורר תהייה באשר לעצם הצורך בקיום דיון שכזה בישראל של סוף שנות השמונים של המאה הקודמת, שהרי העתירות הוגשו למעלה משלושה עשורים לאחר חקיקת חוק שיווי זכויות האשה. יתר על כן, גם ההיסטוריה החקיקתית של תקנות בחירות רבני עיר מלמדת כי ההגבלה ההיסטורית מימות המנדט על שיתוף נשים באספה הבוחרת רב עיר, הוסרה בידי מחוקק המשנה עוד במהלך שנות השבעים.

אבל המציאות מלמדת כי היה גם היה צורך בדיון והכרעה בשאלת כשירותן של נשים להימנות עם הגופים הסטטוטוריים שבמוקד פסקי הדין. דומה כי הצורך בקיומו של דיון כאמור נבע מהאופי של אותם גופים, אשר היה אפשר לראות בהם גופים מנהליים ייחודיים מחמת תפקידם כנותני שירותי דת על פי ההלכה. בהיותם כאלה, היו שסברו כי גם בכל הנוגע להרכבם יש להחיל נורמות הלכתיות נטענות. המדינה טענה בעניין שקדיאל כי "מסורת היא בישראל, שאין נשים מכהנות כחברות במועצות דתיות" (עמ' 233). משמעות הטענה היא כי גופים סטטוטוריים העוסקים בשירותי דת מושפעים מהדין הדתי, ובמובנים מסוימים נתונים למרותו עד כדי דחיקת עקרון השוויון, וכי העדר כשירות נטען לכהן בהם על פי ההלכה גובר על כשירות המועמדים לפי הדין הכללי, ובהם כללי הדין המנהלי. אם כן, השאלה שהובאה לפתחו של בית המשפט העליון בפסקי הדין בעניין שקדיאל ובעניין פורז עוררה את שאלת גבולות השפעת הדין הדתי בישראל: האם ההלכה שעל פיה מתנהלים שירותי הדת והדין האישי במדינת ישראל יכולה להשליך – ולהתגבר – על הדין המנהלי ועל עקרון השוויון בנוגע להרכב של גופים סטטוטוריים שנועדו לספק את שירותי הדת?

התשובה שניתנה לכך בפסקי הדין הייתה חד-משמעית. בפסק הדין בעניין שקדיאל נקבע כי "אין כל דבר בחוק ובתכליתו, שממנו ניתן ללמוד, כי דיני הכשירות שבהלכה הם דיני הכשירות שבחוק, ועל-כן, אפילו על-פי ההלכה אין אישה כשירה לשמש כחברת המועצה, אין אישה בלתי כשירה לשמש במועצה הדתית על-פי חוק שירותי הדת. **דיני הכשירות שבהלכה לחוד, ודיני הכשירות שבחוק לחוד**" (עמ' 273; ההדגשה הוספה). ובפסק הדין בעניין פורז נקבע: "אפילו לפי דין תורה אין אישה כשירה לכהן באסיפה הבוחרת, אין הלכה זו תופסת במסגרת של 'חקיקה חילונית' כמו חוק השירותים הדתיים או התקנות" (עמ' 324). אם כן, בית המשפט קבע כי תחולת הדין הדתי בישראל מוגבלת אך ורק לתחומים שהוגדרו מפורשות בחקיקה, והבהיר כי אין בנורמות הלכתיות נטענות כדי להביא לדחיקת עקרון השוויון במעגלים שמחוץ לדל"ת האמות שהוגדרו בחוק, כגון מעורבות נשים בגופים סטטוטוריים המעניקים שירותי דת. ההלכה שנקבעה בשני פסקי הדין, אשר הייתה אז חדשנית, פותחה בפסיקה לאורך השנים ויושמה גם בהקשרים אחרים, דוגמת העתירה שנסבה על בחירת מנהל לבתי הדין הרבניים (בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשירותי דת (15.8.2017)). באותו עניין כתב המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין כי "בשעה (טובה) שבה נשים תופסות מקום של כבוד במגוון תפקידי השירות הציבורי, אין זה מתקבל על הדעת כי לא יינתן ביטוי הולם לייצוגן בהנהלת בתי הדין הרבניים. בפתיחת שעריו של בית הדין בפני נשים שתשמנה בתפקידים ניהוליים, יש ערך רב, כאמור, לא רק לציבור הנשים בכללותו כי אם גם לחיזוק מעמדו של בית הדין, שאמון הציבור בו הוא תנאי חיוני לתפקודו" (פסקה ל).

בשנת 2014 תוקנו התקנות החלות על בחירת רבני ערים,<sup>1</sup> וכעת הן מורות כי כ-30% לכל הפחות מחברי האספה הבוחרת יהיו נשים. מאז אותו תיקון לתקנות מונו רבני עיר רבים בהתאם להסדר שנקבע בהן, ובהם הרב הראשי הספרדי לירושלים (הרב שלמה משה עמאר). והינה המציאות מלמדת כי העובדה שחלק משמעותי מחברי האספה הבוחרת הן נשים, לא גרמה לרבנים מוערכים להימנע מהגשת מועמדות ולא גרמה לרבנות הראשית שלא לשתף עימם פעולה. אם כן, התברר כי לא היה ממש בחששות שהביעה המדינה בעניין פורז; וכך הם פני הדברים בנוגע לחששות שהובעו בעניין שקדיאל: מאז מכהנות נשים במועצות דתיות ומתן שירותי הדת לא נפגע.<sup>2</sup>

הינה כי כן, בפרספקטיבה של זמן אפשר להבחין בתהליך השינוי שהתרחש בעקבות פסקי הדין, ובמבט לאחור דומה כי ההתנגשות לכאורה בין ההלכה לשוויון שעמדה במרכזם של

1 תקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007, כפי שתוקנו בתקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר) (תיקון), התשע"ד-2014. ההפניה היא לתקנה 8(ב) בנוסחה המתוקן. ראו גם הוראות בעניין ייצוג הולם לנשים בס' 856 לחזור מנכ"ל המשרד לשירותי דת ע"ז (13.8.2017).

2 בשנת 2022 פרסם המשרד לשירותי דת מודעה הקוראת לנשים להיכנס למאגר המועמדים לתפקיד "ממונה במועצה דתית" ברחבי הארץ. ראו גם תקנות שירותי הדת היהודיים (תנאי כשירות ופסלות ואופן אישור הכשירות או הפסלות של מועמדים לתפקיד ממונים במועצות הדתיות), התשפ"ב-2022, הכוללות תקנה בדבר ייצוג הולם לנשים (תקנה 15).

פסקי הדין בעניין **שקדיאל** ובעניין **פורז**, לאו התנגשות הייתה. זאת כפי שהמניעה לכהונת נשים שנטענה כאילו "מסורת היא בישראל, שאין נשים מכהנות כחברות במועצות דתיות", לאו מניעה הייתה. כך עלה מהסקירה ההלכתית שבפסק דינו של המשנה לנשיא אלון. כמי שדגל בהרחבת תחומי השפעת המשפט העברי ובפרשנות מרחיבה לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, בחר השופט אלון לקרב בין שני צידי המשוואה "יהודית-דמוקרטית", ובכך הייתה גדולתו.

בסיום חוות דעתו כאילו צפה המשנה לנשיא אלון את המהפכה הנשית בעולם התורה שהייתה אז בשלביה הראשונים: "והלוא הדברים קל וחומר. לעניין לימוד תורה לאישה, מצויה הלכה מפורשת בתלמוד ובכל הפוסקים, שלא רק שפטורה היא מלימוד תורה אלא אף אסורה היא בלימוד תורה, ודין זה נסמך על לימוד מפסוק שבתורה – ולמדתם אותם את בניכם – ולא בנותיכם. אך בעקבות שינויים חברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה שאירעו בדורות אחרונים, חל שינוי מהותי ומרחיק לכת בסוגיה זו, נקבע, שלא רק שאיסור אין, אלא האישה אף חייבת בלימוד תורה, ולא רק שלומדת היא לעצמה, אלא מלמדת היא אף בניהם של אחרים. ואם כך עלה בסוגיית לימוד תורה לאישה, קל וחומר שכך צריך שיעלה לעניין בחירת אישה על-ידי הציבור למילוי 'משימה' ציבורית, שלדעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה אין לכך כל איסור מפורש בהלכה התלמודית גופה... ואם חל שינוי כה מהותי כביטול האיסור החמור של לימוד תורה לאישה בעקבות תמורות חברתיות ואידיאולוגיות, על שום מה לא יחול שינוי, שהוא הרבה פחות מהותי, בעקבות אותן תמורות חברתיות אידיאולוגיות גופן, ואישה תהא רשאית לכהן כחברה במועצה דתית? ... והאם אין במניעת אפשרות כהונתה של אישה זו במועצה דתית דווקא, שעה שלוקחת היא חלק פעיל בתחומים חינוכיים, לימודיים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים שונים משום עלבון קשה לכבודה ולמעמדה כאישה דתית דווקא? למלא תפקידים מתפקידים ציבוריים בכל תחומי החיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים – כן, אך למלא תפקיד ציבורי בגוף ציבורי שדואג לאורחות חייה הדתיים – לא?" (עמ' 268).

פסקי הדין בעניין **שקדיאל** ובעניין **פורז** הם מפסקי הדין שבהם זיהה בית המשפט את גודל השעה ואת הבשלתם של תהליכים בקרב ציבור הנשים שומרות תורה ומצוות ובחברה הישראלית בכללותה. לא זו בלבד שהדרת נשים מגופים האמונים על מתן שירותי דת היא הפליה אסורה, אלא שהמעורבות של נשים במתן שירותי דת שעה שהן עצמן צרכניות מרכזיות של שירותים אלה, היא מעורבות חיובית ואף חיונית, לא רק לנשים המבקשות להשתתף בכך אלא לחברה כולה. מעורבות זו מעניקה משמעות ותוקף להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. בזמן שחלף מאז מתן פסקי הדין אפשר לחזות בעוצמת המהפכה שעברו ציבור הנשים שומרות תורה ומצוות, אשר אינן מסתפקות רק במעורבות בגופים מנהליים האמונים על מתן שירותי דת ובשותפות בהם, אלא מבקשות להן חלק מהותי בעולמה של תורה. כפי שחזה המשנה לנשיא אלון, ה"יהודית" וה"דמוקרטית" יכולות – וצריכות – לצעוד יד ביד.