

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 5875/10

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערערות: 1. התנועה המסורתית
2. התנועה ליהדות מתקדמת בישראל

נגד

המשיבים: 1. המועצה הדתית באר שבע
2. המשרד לשירותי דת

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (סגן הנשיא ב'
אזולאי) בעת"מ 237/08 מיום 15.3.10

בשם המערערות: עו"ד אורלי ארז-לחובסקי; עו"ד עינת הורביץ
בשם המשיבה 1: עו"ד ד"ר עמרם מליץ
בשם המשיב 2: עו"ד רועי שויקה; עו"ד יוכי גנסין

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (סגן הנשיא ב' אזולאי) בעת"מ 237/08 מיום 15.3.10, בגדרו נקבע כי לא נפל פגם בהחלטת המועצה הדתית באר שבע למנוע מהתנועה המסורתית (הקונסרבטיבית) והתנועה ליהדות מתקדמת (הרפורמית) להשתמש במקואות שבתחומה לשם עריכת טקס גיור על ידיהן.

רקע והליכים קודמים

ב. המערערות הן עמותות המקדמות את עניינם של יהודים קונסרבטיבים ורפורמים בישראל. במסגרת פעילותן, מפעילות המערערות מערך גיור פרטי, אשר משמעותו המשפטית תלויה ועומדת בפני בית משפט זה (בג"ץ 11013/05 דהן נ' שר הפנים ותיקים קשורים), וכן תלויה ועומדת בפנינו הכרעה בהקשר גיורים פרטיים אורתודוקסיים (בג"ץ

7625/06 רגצ'ובה נ' שר הפנים ותיקים קשורים). ביום 7.5.06 עתרו המערערות לאפשר את כניסתם של נציגייהן, המלוים את המתגיירים מטעמן, למקואות ציבוריים לשם עריכת טבילה המהוה מעין "טקס סיום" להליך הגיור (בג"ץ 3775/06). כאן המקום להבהיר, כי השלב האחרון בהליך הגיור הוא טבילת המתגייר, הנעשית בפני בית דין בן שלושה חברים. העתירה נדחתה ביום 2.8.07, תוך שנקבע כי דרך המלך בנידון דידן היא הגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים. לאחר בירור ראשוני וחליפת מכתבים עם המועצה הדתית בבאר-שבע (להלן המשיבה 1), עתרו המערערות לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ביום 19.2.08. יצוין, כי המערערות טענו שכניסתן למקואות ככלל אינה מתאפשרת – למעט מקוה אחד בקיבוץ חנתון (קיבוץ קונסרבטיבי) אשר בצפון הארץ – והן נאלצות לערוך את טבילת הגיור במקומות אחרים, דוגמת הים התיכון. בית המשפט לעניינים מנהליים דחה את העתירה ביום 15.3.10. נקבע, כי ישנה הבחנה רלבנטית בין מערך הגיור הממלכתי – לו ניתנת גישה למקואות לשם עריכת גיורים – לבין מערך הגיור הפרטי שמפעילות המערערות. הבחנה נוספת שצוינה היא בין גיור בעל נפקות משפטית (הגיור הממלכתי) לבין גיור שאינו בעל נפקות משפטית (הגיור הפרטי). כן נקבע, כי נושא הטבילה לשם גיור אינו כלול בתחום שירותי הדת אשר המועצה הדתית מחויבת לספקו על-פי חוק. ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הוגש לבית משפט זה ביום 5.8.10, לאחר שהתקבלה בקשת המערערות להארכת המועד להגשתו.

טענות הצדדים

ג. לטענת המערערות, טבילה לצרכי גיור היא "שירות דת" לעניין חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), תשל"א-1971 (להלן חוק שירותי הדת), ולפיכך על המשיבה 1 לספקו. לשיטתן, הפעלת המקואות נעשית מכוח חוק זה, ואין סיבה להפריד בין שימוש במקואות לעניין גיור לבין שימוש במקואות לצרכי טהרה אחרים. עוד נטען, כי המשיבים נוקטים הפליה פסולה מקום שהם מאפשרים לגרים מטעם מערך הגיור הממשלתי לטבול במקואותיהם, אך אוסרים זאת על המתגיירים מטעם המערערות. מעבר לפגיעה העקרונית בערך השוויון, נטענת גם עבירה על חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן חוק איסור הפליה). לשיטת המערערות, ההבחנה שעורכים המשיבים בין גיור ממלכתי לגיור פרטי אינה רלבנטית בנסיבות – ולכן היא פסולה. טענה דומה נטענה גם בנוגע להבחנה שעורכים המשיבים בין גיור בעל נפקות משפטית לבין גיור שאינו בעל נפקות משפטית. לשיטת המערערות, על המשיבים לאפשר למתגיירים לטבול במקוה, בין שמדובר בחלק מהליך

שישנה את מעמדם המשפטי (לדוגמה – לעניין חוק השבות) ובין אם לאו. עוד טוענות המערערות, כי לא ניתן משקל הולם לחופש הדת ועקרון הפלורליזם, התומכים במתן גישה למקוה למבקשים להתגייר. לטענת המערערות, המשיבים אינם יכולים להיתלות בסעיף 6א לחוק שירותי הדת – המורה, כי המועצה הדתית תפעל לפי פסיקת הרבנות הראשית – להצדקת החלטתן; שכן, לשיטת המערערות, הסעיף רלבנטי להקמת המקואות, אך אינו יכול להכשיר הפליה.

ד. המשיבה 1 הדגישה, כי אין היא מונעת מאנשים פרטיים לטבול במקוה על בסיס הזרם הדתי אליו הם משתייכים; לשיטתה, לא הצביעו המערערות על מקרה קונקרטי בו נמנעה הגישה למקוה. בנוסף, לשיטתה, אין היא מחויבת לספק שירות של טבילה לצורך גיור פרטי, ואין מדובר בהפליה. המשרד לשירותי דת (להלן המשיב 2) טוען גם הוא, כי גיור אינו בגדר "שירות דת". לשיטתו, הטבילה היא חלק אינהרנטי מן הגיור – אשר אינו "שירות דת" – ולפיכך אין חובה לאפשר טבילה הנעשית במסגרת גיור. עוד נטען, כי ישנה הבחנה רלבנטית בין הגיור הממלכתי – לו רשאת המשיבה 1 לספק שירותי טבילה – לבין הגיור הפרטי; זאת שכן הגיור הממלכתי, בניגוד לפרטי, הוא מפוקח, בעל "מימד ציבורי" ונפקות משפטית. לשיטת המשיב 2, גם אם המדיניות פוגעת במידה מסוימת בחופש הדת והפולחן, מדובר בפגיעה שאינה מצדיקה את התערבות בית המשפט; שכן הטבילה היא אירוע יחיד וחד-פעמי למתגייר, ולכן הטרחה שנוצרת בנסיעה למקוה מרוחק המקבל אותו – כזכור, המערערות ציינו שניתנת להן גישה למקוה אחד אשר ממוקם בקיבוץ חנתון – אינה מהווה פגיעה חמורה בזכויותיו. באשר לחוק איסור הפליה נטען, כי הנידון דידן נופל בגדרי החריג הקבוע בסעיף 3(ד)(1), לפיו "אין רואים הפליה לפי סעיף זה – כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר [...]". כן נטען, כי על המשיבה 1 להפעיל את המקואות שבתחומה בהתאם להנחיות הרבנות הראשית, כפי שנקבע בסעיף 6א לחוק שירותי הדת, והדבר אינו מתיישב עם דרישת המערערות.

ה. בסיכומי תשובה מטעם המערערות נטען, כי כפי שאין להפלות בתמיכה בפעולות הכנה לגיור (כך נקבע בבג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת נ' המשרד לקליטת עליה (2009)), כך אין להפלות בכניסה למקואות לשם עריכת הגיור. הודגש, כי המבקשים להתגייר מטעם המערערות הם אזרחים ותושבים ישראלים בלבד. נטען, כי אין אפשרות להתגייר באופן שאינו אורתודוקסי במסגרת מערך הגיור הממלכתי, וכי המדינה אינה מקדמת מסלול גיור ממלכתי שאינו אורתודוקסי. כן נדחו, לטענת המערערות, הצעותיהן להקמת מקואות לשימושן או הקצאת מקואות קיימים למטרה זו. המערערות טוענות, כי

אין זה סביר שתושבי הדרום המבקשים להתגייר באמצעותן ייאלצו לנסוע עד קיבוץ חנתון אשר בצפון לשם הטבילה, שעה שבבאר שבע יש 13 מקואות ציבוריים.

הדיון

ו. לאחר בקשות דחיה הגיע התיק לדיון בהרכב (הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא – כתארה אז – נאור, וכותב שורות אלה) ביום 26.2.14. מטעם המערערות הודגש, כי מדובר בסוגיה המשפיעה על מספר רב של אנשים – כ-250 איש בשנה. נטען, כי המדינה מנועה מהעלאת טענה של הבחנה ראויה בין גיור פרטי לממלכתי, כיון שהיא מונעת מן המערערות להשתלב בגיור הממלכתי. בא כוח המשיבה 1 טען, כי המצב החוקי הקיים מכוח סעיף 6א לחוק שירותי הדת, אינו מאפשר טבילה לצורך גיור שאינו אורתודוכסי במקואות ציבוריים. בא כוח המשיב 2 חזר על טענתו, לפיה אין חובה על המשיבה 1 לספק למערערות שירותי טבילה לצורך גיור. לשיטתו, המשיבה 1 רשאית לספק שירות דומה למערך הגיור הממלכתי כיוון שמדובר בהקצאת משאב ציבורי (המקוה) לגורם ציבורי (מערך הגיור הממלכתי). כן נטען, כי יש אינטרס ציבורי בהבחנה בין הגיור הממלכתי לפרטי. הודגש, כי המשיבה 1 אינה מאפשרת טבילה במסגרת גיור פרטי גם כשמדובר בגיור אורתודוכסי. צוין, כי הוגשה הצעת חוק פרטית המבקשת להסדיר את עניין הגיור. לפי המערערות, הצעת חוק זו אינה רלבנטית לעניין גיור פרטי שאינו אורתודוכסי.

ז. בסוף הדיון ניתנה החלטה המורה על הגשת הודעות עדכון תוך 90 יום, כדי ליתן הזדמנות להסכמה בין הצדדים. ביום 10.6.14 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיב 2, לפיה נערכה ישיבה בנושא אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), שלא בהשתתפות המערערות, והתברר כי קיימות רשויות מקומיות רבות בהן אין מועצה דתית, והמקואות מופעלים על-ידי הרשות המקומית. צוין, כי נערכת בדיקה לבחינת האפשרות לשימוש במקואות אלה לעניין טבילה במסגרת גיור פרטי. ביום 11.6.14 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המערערות, לפיה אין הן מקבלות את הפתרון שהוצע על-ידי המשיב 2, אלא דורשות כי תינתן להן גישה למקואות בערים המרכזיות (בהן קיימת מועצה דתית) – ירושלים, תל-אביב, חיפה ובאר שבע. לאחר מספר בקשות להארכת מועד מטעם הצדדים, הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המדינה ביום 29.1.15; בה נכתב, כי הניסיון לאתר מקוה ברשות מקומית שאינו מופעל על-ידי מועצה דתית, לא צלח – וכעת נבחנת האפשרות להקמת מקוה לצרכי גיור אשר ישמש גם את המערערות. יצוין, כי המערערות הביעו את התנגדותן גם להצעה זו, שכן מדובר בתכנית להקמת מקוה אחד בלבד, אותו

יהא עליהן לחלוק עם גורמים אחרים. נוסף, כי עם פרישת הנשיא גרוניס הוסף להרכב השופט ס' גובראן.

ח. ביום 10.11.15, לאחר עיכובים בעקבות הבחירות לכנסת ה-20 והקמת הממשלה החדשה, הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיב 2; בהודעה נמסר, כי – בניגוד לטענת המערערות – טבילת גרים מטעמן מתאפשרת ומתבצעת בפועל בשתי רשויות מקומיות לפחות, נוסף על המקוה בקיבוץ חנתון. באשר להקמת מקואות חדשים נמסר, כי הדבר מצריך עמידה בתנאים מסוימים מצד הרשות המקומית. ביום 17.11.15 הוגשה הודעה מטעם המערערות בה נטען, כי השימוש שהן עושות במקואות אותם ציינה המדינה, הממוקמים במודיעין ובישוב עומר אשר בדרום, נעשה ב"דרך לא דרך" וללא אישורים רשמיים. עוד נטען, כי גם אילו נתאפשרה טבילה מסודרת במקואות אלה, עדיין לא היה בכך פתרון מספק בעבור המערערות, המבקשות הקצאת מקואות במרכז הארץ – בירושלים ובתל-אביב – שם מתגוררים מרבית המתגיירים. לפי המערערות, העובדה שהקמת מקוה מצריכה שיתוף פעולה מצד הרשות המקומית אינה שוללת הקמת מקוה שישימש לצרכיה. ביום 13.11.15, בהחלטת הנשיאה, נתבקש המשרד לשירותי דת להודיע מי הרשויות שבתחומן מקואות זמינים למערערות ומי הגורמים בהן שהביעו נכונות לסייע, ואם יש ממש בטענת המערערות שחבריהן נאלצים לטבול כ"גנבים כלילה" – כיצד לאפשר להם טבילה מסודרת וראויה. ביום 16.12.15 הוגשה תגובה מטעם המשיב 2; נטען, כי לא ברור כיצד יכולות המערערות לדרוש שיתאפשר להן לטבול במקואות בירושלים ובתל-אביב, כאשר עסקינן בערעור בנוגע לטבילה בבאר-שבע, וכאשר המערערות הגישו בעבר עתירה בנושא טבילה בירושלים – וזו נמחקה לאחר שהמועצה הדתית בירושלים הצהירה שאין היא מאפשרת טבילה לצורך גיור כלל, לרבות למעריך הגיור הממלכתי. כן נטען, כי לא ברורה טענת המערערות שהשימוש במקוה נעשה "בדרך לא דרך", שכן טבילה לעניין גיור נעשית מטבעה בצנעה. תגובה מטעם המערערות הוגשה ביום 21.12.15, ובה נטען כי דרישת המערערות להקצאת מקואות במרכז הארץ עולה בקנה אחד עם החלטת בית משפט זה שביקש מן הצדדים להגיע להסדר עקרוני, ולא בהכרח נקודתית לעניין באר שבע. המערערות ציינו, כי הפתרונות הקיימים כיום בחנתון, מודיעין ועומר אינם מספקים, שכן מדובר בפתרונות ארעיים ולא מוסדרים. ביום 14.1.16 הוגשה הודעה מטעם המערערות, בה הודיעו כי אינן עומדות על קיומו של דיון נוסף בעל-פה, ומבקשות מתן פסק-דין שיאפשר לגרים מטעמן לטבול בכל מקום בו הדבר מתאפשר לגרים מטעם מערך הגיור הלאומי – צפת, עפולה, תל-אביב, קרית-גת, באר שבע ומבשרת ציון. הסכמה למתן פסק-דין התקבלה גם מטעם המשיבים, ב-23.12.15 ו-14.1.16. בהחלטה מ-18.1.16 נתבקשה הבהרה עובדתית של המשרד לשירותי דת באשר

לאפשרות לטבילת גרי המערערות בעומר ובמודיעין. ביום 28.1.16 הוגשה הודעה מטעם מנכ"ל המשיב 2, אשר הצהיר כי למיטב ידיעתו מתאפשרת למערערות גישה למקואות בשני המקומות, וזאת לאחר שבשעתו קיים שיחה טלפונית עם ראש מועצה מקומית בדרום (עומר, אך שמה לא הוזכר) ועם מנכ"ל עיריה במרכז (מודיעין, אך אף שמה לא הוזכר משום מה). ביום 4.2.16 הוגשה הודעה מטעם המערערות – המלווה בתצהיר מטעם מזכיר בית הדין של מועצת הרבנים המתקדמים – לפיה, גורמים מקומיים אינם מאפשרים את טבילת המתגיירים מטעמן, והטבילה בפועל בעומר ומודיעין מתבצעת כ"גנבים בלילה". התצהיר מפרט שיחות עם האחראים על המקואות במודיעין ועם רב היישוב עומר, והראשון הפנה למנכ"ל המשרד לשירותי דת והשני שאל לשם מה הם צריכים טבילה, והציע שיפנו לאחרים, וכן הוסיף שבכלל המקוה אינו בפעילות ו"שנבקש ממי שיכול שיתן לנו, ולמה זורקים עליו דברים".

הכרעה

ט. בפנינו מקרה הממחיש היטב את האופן בו טענות עקרוניות נתקלות במציאות מעשית, על כל המשתמע, באופן שנמנע פתרון פרגמטי. לא נכחד, כי מעיקרא סברנו שהפתרון ההולם בנידון דידן הוא גיבוש הסכמה, והסדרה על פי מה שנחזה להיות המצב הקיים; לשון אחר, אילו נתאפשרה למערערות גישה מוסדרת ומכובדת למקואות אשר בעומר, מודיעין וחנתון כפי שכביכול עלה – דָּיָנוּ, שכן מדובר לפי נתונין של המערערות בפחות מ-300 איש בשנה, ומקוה אחד בכל איזור מרכזי בארץ היה עונה על הצרכים. אין לנו כל עניין להיכנס לנושאים האידיאולוגיים שבמחלוקת בהקשרים אלה, ורצוננו היה להידרש לפתרונות פרגמטיים; אלא שמקריאת התצהיר האחרון שהגישו המערערות – אשר נוקב בשמותיהם של גורמים מקומיים ספציפיים ביישובים עליהם הצביעו משיבי המדינה, שאינם מאפשרים באופן ראוי גישה למקואות – נראה כי התמונה אינה כפי שקוינו לראות; נציין, כי התצהיר המפורט האחרון שהוגש כאמור מטעם המערערות עמד בסתירה לעמימות ולקיצור, בכל הכבוד, שאיפיינו את התצהיר שהוגש מטעם המדינה. משאלה פני הדברים, אין מנוס מקבלת הכרעה בתיק לגופו, והיא יכלה להתייטר אילולא עלה מתולדות הנושא (ואין זה נושא יחיד) מצב של "מנעת מרובה – לא מנעת". נציין כבר כעת, כי לא נעלמה מעינינו העובדה שהסעד המקורי בתיק נגע לטבילה במקואות בבאר-שבע בלבד, והכרעתנו תהא בו, אך כיון שהטיעונים בתיק היו כלליים וכיון שהמשיב 2 מייצג את המדינה בנושא זה – ברי, כי העיקרון יפה כוחו למקומות אחרים שלמדינה ולרשויות ציבוריות יד בהם, ביישום המחויב.

י. עוד יצוין, כי השאלה המסתתרת מאחורי התיק היא במידה רבה "מיהו רב", כלומר, דומה שחלק ניכר מעמדות המשיבים יסודו אינו בחשש מטבילה סתם אלא בחשש שמא בתי הדין של המערערות יבואו למקוה לצורך הגיור, ותשתמע מעין "הכרה" בהם. הדבר כשלעצמו אינו נחוץ להכרעה בענייננו, ואיננו מביעים דעה לגביו כאן. יש גם משום נימה אירונית במידת מה, "הפוך על הפוך", בהסתייגות ממתן אפשרות טבילה, שהרי לכל הדעות טבילה היא אחת משלוש הדרישות לגבר לשם גיור (מילה, טבילה וקבלת עול מצוות), ומן השתיים לאשה (טבילה וקבלת עול מצוות). ישנו ויכוח גדול – שאין זה המקום להידרש אליו – לעניין טיבה של קבלת עול מצוות, "טוטלית" או ברוח "מודיעין אותו מקצת מצוות קלות ומקצת מצוות חמורות" (רמב"ם איסורי ביאה י"ד, ב'); אך משביקש אדם לטבול לשם גרות, מדוע למנוע ממנו, כל עוד אין – לשיטתי, למרבה הצער – גיור ממלכתי מקובל על הכל?

יא. נציין, כי אין מחלוקת בין הצדדים בנוגע לכך שישנן מספר רשויות מקומיות אשר במקואותיהן מתאפשרת טבילה למתגיירי מערך הגיור הממלכתי. רשויות אלה הן: צפת, עפולה, תל-אביב, קרית-גת, באר שבע ומבשרת ציון (להלן הרשויות הרלבנטיות). נוכח זאת, מתייתרת מאליה השאלה האם טבילה לשם גיור באה בגדרי "שירות דת" לעניין חוק שירותי הדת; שכן השירות ניתן בפועל, וחזקה שניתן בסמכות משלא נטען אחרת בענייננו. השאלה שמונחת לפתחנו, אם כן, היא האם בדין מבחינה המדינה בין מתגיירי מערך הגיור הממלכתי לבין מתגיירים במסגרות אחרות – לרבות מתגיירים מטעם המערערות, והוא הדין כמובן למועצה הדתית.

יב. נזכיר מושכלות יסוד. עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. שורשיו נטועים עמוק בזהותנו כמדינה יהודית ודמוקרטית. יפים לכך דבריו של השופט טירקל משכבר הימים (בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984):

"עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' (ויקרא, כד, כב), שנתפרש בפי חז"ל כ'משפט השווה לכולכם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם. משחזר לארצו, והכריז על עצמאותה של מדינתו, אחרי אלפי שנות גלות, שבמהלכן היו בניו קורבנותיה של אפליה לרעה בין העמים, חרת בראש מגילת העצמאות את ההבטחה לקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחי המדינה, בלי הבדל דת, גזע ומין. לפיכך מצווים אנו, יותר מכל עם אחר, לדקדק ולבדוק היטב היטב, לבל

תיראה ולבל תימצא בקרבנו, בין בגילוי ובין בכיסוי, ערוות דבר של אפליה פסולה, שלא נימצא חלילה מלקים במה שלקינו בו" (ראו גם בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 7245/10 עדאללה נ' משרד הרווחה, פסקה 48 לפסק-דינה של השופטת ארבל ((2013)).

דברים אלה נאמרו בטרם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאף שהשוויון אינו מופיע בו כלשונו, פורש ככולל אותו (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)) ובעיניי הדבר בחינת פשיטא. ראו בספרי נתיבי ממשל ומשפט 280 (תשס"ג-2003): "בבסיסו של עקרון השוויון, אשר משתלב בעיניי עם שני צדי המשוואה – היהודית והדמוקרטית – עומדת במקורות חכמינו אמרתו של התנא הגדול הלל הזקן – 'דעלך סני לחברך לא תעביד' (מה שעליך שנוא לחברך לא תעשה; בבלי, שבת ל"א ע"א)".

יג. השוויון משמעו – כך מחייב השכל הישר – יחס שווה לשוים (ראו בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 300 (1989)). ודוק, המאפיין המשותף לקבוצת השוויון אינו פורמלי, אלא מהותי. כך נקבע בבג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999), כי החלטת משרד הדתות להעניק תמיכה תקציבית רק למוסדות העוסקים בתרבות תורנית מעל גודל מסוים – אינה שוויונית; זאת שכן גודל המוסד אינו המאפיין הרלבנטי היחידי לקבוצת השוויון בעניין זה. מסר דומה עולה גם מקריאת פסק-הדין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל (2006), בו נקבע, כי מדיניות הממשלה להענקת הטבות על בסיס גיאוגרפי מביאה לתוצאה מפלה ופסולה, כך שאף אם מבחינה פורמלית הקריטריונים שוויוניים – מבחינה מהותית נגרמת הפליה. באופן דומה, עלינו כעת לבחון האם מותר למשרד הדתות להבחין בין גיור "ממלכתי" לגיור פרטי לעניין הגישה למקואות ציבוריים.

יד. לשיטת משיבי המדינה, ההבחנה בין גיור ממלכתי לפרטי לעניין המקואות מוצדקת – כאמור – משלושה נימוקים: (1) הפיקוח הקיים על מערך הגיור הממלכתי, שנעדר בגיור הפרטי; (2) הנפקות המשפטית הנובעת מן הגיור הממלכתי, שנעדרת בגיור פרטי; (3) לגיור הממלכתי "מימד ציבורי". חוששני, כי נימוקים אלה, אף שאין לבטלם במובנים מסוימים, וכאמור אילו זכינו בחקיקה מתאימה אולי ניתן היה להשיג הרמוניה גיורית, ולא בשמים היא – אינם יכולים להצדיק מניעת טבילה לשם גיורים פרטיים במקואות הציבוריים; זאת כפי שינומק להלן. נציין כאן, כי דברים אלה באים בטרם

הכרעה בתיקי הגיור שנוזכרו בפסקה ב' מעלה, וכמובן הכרעתנו כאן כפופה להכרעות שם, בלא שניטע כל מסמרות.

טו. ראשית – והדברים נאמרים בבחינת פשיטא – מדינת ישראל חופשית כמובן לפקח על השימוש שנעשה במקואותיה, ככל שמדובר באסדרה שוינונית. בחירתה של המדינה שלא לפקח על טבילה הנערכת במסגרת גיור פרטי, אינה יכולה להצדיק מניעה של טבילה מסוג זה. השכל הישר אינו מאפשר לקבל את הטענה, לפיה ההפליה שנקטת בפועל (בגישה למקואות) מוצדקת מחמת כך שקיימת הפליה ברובד המדיניות הכללית (בבחירה על מי לפקח וכיצד). התנהלות זו אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של רשות מינהלית לפעול בשוויון בכל פעולה מפעולותיה (בג"ץ 6698/95 קעטאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 274 (2000); עע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופו, פסקה כ"א (2013)).

טז. שנית, הנפקות המשפטית של הטבילה במקוה וסוגית הגיור שאינו ממלכתי – אשר, כאמור, תלויה ועומדת בבית משפט זה – אינה רלבנטית לעניין הצבת הגבלות על עצם הטבילה. ככלל, המעשה הדתי לחוד ונפקותו המשפטית לחוד. אמנם, אין לכחד, כי בישראל אין נהוגה הפרדת דת ומדינה לפי המודל האמריקני או הצרפתי, וישנן נקודות מסוימות בהן בחר המחוקק להציב מגבלות על פרקטיקה דתית אשר מתבצעת על-ידי גופים פרטיים, כדי למנוע הטעיה ואנדרלמוסיה. עם זאת, הכלל הבסיסי הוא ש"כל אדם רשאי [...] לעבוד את אלוהיו על-פי דרכו ועל-פי הכרתו" (בג"ץ 563/77 דורפלינגר נ' שר הפנים, פ"ד לג(2) 97, 102 (1979), מפי השופט – כתארו אז – שמגר). רוצה לומר, מרגע שהקימה המדינה מקואות ציבוריים והעמידה אותם לרשות הציבור – לרבות לצרכי גיור – אין היא יכולה לנהוג מדיניות של איִפּהּ וְאִיִּפּהּ (דברים, כ"ה, י"ד) בשימוש בהם; ולעניין זה אין חשיבות לנפקות המשפטית שיוצרת, או אינה יוצרת, הטבילה עצמה, וגם לא להשקפה זו או אחרת, לגיטימית ככל שתהא, על הנפקות הדתית בנסיבות.

יז. שלישית, קשה להלום את טענת המדינה, לפיה אין חובה על המועצה הדתית לשרת גופים פרטיים. אמנם, ישנן תשתיות ציבוריות (דוגמת בתי ספר) המשמשות בעיקר לצורך מילוי פונקציה ציבורית (דוגמת חינוך ציבורי); אך לא כך הדבר במקואות הפתוחים בפני הציבור הרחב ועומדים לשימוש, אף שככלל הם פתוחים לשם טבילת נידה לאשה או לטבילת טהרה, מדובר במבנים ציבוריים הפתוחים לציבור ואף – לעניין גיור – לקבוצות מטעם מערך הגיור הממלכתי, ובנסיבות אין המדינה יכולה לחסות תחת הטיעון הכללי שאין רשות ציבורית מחויבת להתקשר עם גופים פרטיים; אלא עליה לתת

טעם מדוע לא תתאפשר גישה למקואות ציבוריים הממומנים מכספי ציבור לקבוצות מטעם גופים פרטיים מסוימים, כאשר לגופים פרטיים אורתודוכסיים המקיימים גיור אין קושי להשיג טבילה במקואות כאלה או אחרים, אף שיתכן שחלקם פרטיים. עוד נציין, כי העובדה שמערך הגיור הממלכתי אינו כולל מסלול גיור קונסרבטיבי או רפורמי, וכל עוד אין הכרעה שיפוטית בהקשרי הגיור בישראל, משליכה על יכולתה של המדינה לטעון שהשימוש במקואות שמור רק למתגיירי מערך הגיור הממלכתי; זאת מכוח עקרון תום הלב ועקרון השוויון המנחים את פעולותיה של כל רשות מינהלית.

יח. עתה לעניין הפטור הכלול בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. כאמור, סעיף 3(ד)(1) קובע, כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה – כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". לשיטת המשיבים, הנידון דידן נכנס בגדרי סעיף זה, שכן המקואות מיועדים באופיים ומהותם לטבילת יהודים, ואילו הגרים, לעת עתה, אינם יהודים. אין להלום טענה זו, שעדיף היה אילולא נטענה. דעת לנבון נקל, כי כל עוד המשיבים מאפשרים את טבילתם של מתגיירים מטעם מערך הגיור הממלכתי – אשר אין חולק שעדיין אינם יהודים בעת טבילתם – וכאמור, ככל הנראה נמצאים פתרונות זמינים לגיורים פרטיים אורתודוכסיים – אין בידם למנוע את טבילתם של מתגיירים מטעם המערערות בטענה שהמקוה מיועד ליהודים בלבד. צריך להרחיק לכת כדי לטעון כי מניעת כניסתם של מתגיירי המערערות מתחייבת מאופים של המקואות, שהרי הבאים להתגייר לשם כך הם באים, כדי להיות יהודים.

יט. אין להלום את טענת המשיבים, לפיה מדיניותם מוצדקת נוכח סעיף 6א לחוק שירותי הדת. סעיף זה קובע, כי "המועצה הדתית וחבריה יפעלו לפי פסיקת הרבנות המקומית והרבנות הראשית לישראל, בכל ענין שבתחום תפקידיה וסמכויותיה של המועצה הדתית". כאמור, סעיף זה אינו יכול "להכשיר" את הדרת מתגיירי המערערות ממקואות ציבוריים; זאת כיון שהרבנות אינה מוסמכת לקבוע מדיניות של הפליה. בית המשפט רוחש כבוד לרבנות הראשית, אך ברי כי – כמו כל רשות מינהלית – כפופה היא להוראות המשפט המינהלי, האוסר הפליה (בג"ץ 77/02 אוטובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249, 273, מפי השופט – כתארו אז – חשין (2002); בג"ץ 7120/07 ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פסקה כ"ה (2007)). הטענה לפיה רשות מינהלית אחת מוסמכת להורות לרשות מינהלית שניה לנקוט במדיניות מפלה, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. לשם נקיון הדעת נציין כי לא

הוצגה בפנינו הנחיה של הרבנות בנושא זה, וכלשעצמנו אין את נפשנו להפוך תיק זה להכרעה בשאלות חשובות שאינן לפנינו.

כ. האמור מתחייב אף מחופש הדת וחופש הפולחן המסורים לכל במדינת ישראל, בכפוף לפסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10). על חופש הדת נאמר, כי "חופש זה כולל בחובו, בין השאר, את החופש לקיים את מצוות הדת ודרישותיה" (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 528, פסקה 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1998); ראו גם חוות דעתי בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פסקה ט' (2012)). ודוק, עקרון השיוון מהווה מרכיב הכרחי בקיומו של חופש הדת. כך נקבע בבג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988), מפי הנשיא שמגר:

"חופש הדת והפולחן הוא מחירויות היסוד המוכרות לפי שיטתנו המשפטית ומהוות חלק ממנה. ביטוייה של החרות האמורה הם, כמובן, בעיקרם, בחופש ההבעה והמעשה הדתיים, אולם בכך לא סגי. בין היתר, נובע מקיומה של החירות האמורה, שינהגו במאמינים במידה של שיוון, וכי רשויות השלטון ירחיקו עצמן מכל מעשה או מחדל כלפי המאמינים על זרמיהם, לרבות ארגוניהם ומוסדותיהם, שטעם של הפליה פסולה מתלווה אליו".

חופש הדת כולל בחובו שני ציווים כלפי המדינה – עשה ולא תעשה, בבחינת "סור מִרְע וְעֲשֵׂה טוֹב" (תהלים ל"ד, ט"ו): ראשית, להימנע מהתערבות בחיים הדתיים של אדם; ושנית, לספק תשתית הולמת לקיומם של חיים דתיים (ראו דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כ"א 5, 21-27 (תשס"ד-תשס"ה)). ההיבט השני של חופש הדת מושפע כמובן משיקולים תקציביים; יפים לכך דברי השופטת נתניהו בבג"ץ 3742/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 152 (1993): "אין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים. אין רשות, הפועלת בחברה על-פי חוק, רשאית ויכולה להתעלם מאילוצי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון, ותהא חשיבותם של השירותים רבה וחיונית ככל שתהא" (ראו גם רבקה וויל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?" משפט ועסקים ו' 157 (התשס"ז-2007)). שיקולים מסוג זה אינם מהותיים ביותר בנידון דידן, כיון שהתשתיות קיימות בעיקרן – וממילא המשיב 2 לא העלה טענה בהקשר זה. לאחר שעמדנו בקצרה על מקומו של חופש הדת בהקשר דנא, נחזור ונדגיש את האמור – אין להלום את הטענה לפיה קיימת "כבילה" הכרחית בין המעשה הדתי לנפקותו המשפטית. משכך, ומבלי לטעת מסמרות לעת זו, אין מניעה עקרונית לאפשר לקונסרבטיבים ולרפורמים לקיים טבילה

במקואות ציבוריים, מבלי להכריע – כאן ועתה – בנפקותם המשפטית של גיורים אלה. כאמור, שאלת נפקותם המשפטית של גיורים קונסרבטיביים ורפורמיים תלויה ועומדת בבית משפט זה, וסופה להתברר.

כא. כיון שהוזכר בתיק עקרון הפלורליזם, ראוי להזכיר כי המשפט העברי אינו נרתע מריבוי דעות וגישות. ראייה לכך ניתן למצוא בפרשנותו של הנצי"ב מוולוז'ין (הרב צבי יהודה ברלין, ראש ישיבת וולוז'ין, המאה הי"ט, רוסיה) בפירושו העמק דבר לתורה, בעניין פרשיית "מגדל בבל" (מובא במאמר "שפה אחת ודברים אחדים" – האמנם? ריבוי דעות וזכות האדם לדבר בלשונו" מאת אביעד הכהן פרשת השבוע, בראשית 32, 34 (בעריכת א' הכהן ומ' ויגודה; תשע"ב-2012)). המקרא מספר, כי בתקופת בניית מגדל בבל שררה בארץ מונוליטיות לשונית – "וַיְהִי כָל-הָאָרֶץ שְׂפָה אֶחָת וּדְבָרִים אֶחָדִים" (בראשית, י"א א') – וזו היתה לזרא בעיני בורא עולם – "וַיִּפֹּץ ה' אֶתֶם מִשָּׂם, עַל-פְּנֵי כָל-הָאָרֶץ" (שם, שם ח'). הנצי"ב מפרש, כי עונשם של בוני מגדל בבל נבע מכך שכפו את אחדות המחשבה: "מי שסר מ'דברים אחדים' שביניהם, היה משפטו לשריפה, כאשר עשו לאברהם אבינו. נמצא היו 'דברים אחדים' שביניהם לרועץ, שהחליטו להרוג את מי שלא יחשוב כדעתם" (העמק דבר, בראשית, שם). ואומר התנא רבי יהודה בתוספתא: "לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן" (תוספתא עדויות א' ד'). קרי, ר' יהודה הקדים בכמעט אלפיים שנה את הדעה שהושמעה לאחר מכן על-ידי ג'ון סטיוארט מיל בספרו "על החירות" (1859), לעניין "שוק חופשי" של דעות ככלי לבירור האמת.

כב. הערעור מתקבל איפוא במובן זה שהמשיבים 1 ו-2 יאפשרו למתגיירים מטעם המערערות לטבול במקוה ציבורי בבאר-שבע, לרבות נוכחות בית-דין מטעמן במהלך הטבילה. מטבע הדברים, על פיתרון דומה להימצא במקואות ברשויות אחרות בהן מתאפשרת טבילת מתגיירים. כל אחת מן המשיבות תשלם הוצאות המערערות ושכר טרחה כולל בסך 12,000 ש"ח.

המשנה-לנשיאה

השופט ס' גובראן:

אני מסכים.

ש פ ט

הנשיאה מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ולהנמקותיו.

אכן, בתחילת דרכו של הליך זה סברנו כי ראוי למצוא פתרון פרגמטי שיענה על הבעיה עליה הצביעו המערערים, פתרון שייתר הכרעה שיפוטית בסוגיות שדרכן לפלג את הציבור. יש לעתים יתרונות רבים לפתרונות פרגמטיים במסגרתם לא בהכרח ייקוב הדין את ההר. הטבילה לגיור – היא אירוע חד פעמי בחייו של אדם, ואם היו נמצאים מקוואות במרחק נסיעה סביר – אפשר וניתן היה להסתפק בכך. על כן, אין אני רואה הכרח, במסגרת הליך זה, לקבוע מסמרות בשאלה האם יש צורך במקוואות בהם מתאפשרת טבילת מתגיירים בכל רשות ורשות.

ואולם, לצערי, וכפי שהראה חברי בפסקה ח' לחוות דעתו, אף שהמדינה הודיעה בלא בדיקה מספקת כי יש למערערות גישה לשני מקוואות במקומות מרכזיים, התברר בסופו של דבר כי אין פתרון מעשי, הכל כפי שפירט חברי.

בנסיבות אלה אין מנוס ממתן הכרעתנו, ואני מסכימה כאמור לדברי חברי.

ה נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, ב' באדר א התשע"ו (11.2.2016).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה