



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1067/08

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים : 1. עמותת "נוער כהלכה"
2. יואב ללום

נגד

המשיבים : 1. משרד החינוך
2. מועצה מקומית עמנואל
3. מרכז החינוך העצמאי

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : ט"ז בטבת התשס"ט (12.01.09)

בשם העותרים : עו"ד הכהן אביעד ; עו"ד ישעיהו אברהם

בשם המשיב 1 : עו"ד שמואלי שוש
בשם המשיבה 2 : עו"ד רובוביץ-ברחש אסנת ; עו"ד ארביב רתם
בשם המשיב 3 : עו"ד ינובסקי מנחם

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

רקע

1. בית הספר היסודי לבנות "בית יעקב", שביישוב עמנואל, הינו מוסד "מוכר שאינו רשמי" לחינוך תורני. מרכז החינוך העצמאי, הוא משיב 3 בעתירה, הינו הארגון המפעיל ומנהל את בית הספר. משיב 1, משרד החינוך, הוא הגוף המפקח מטעם המדינה על תפקודם ופעולתם של משיב 3 ומוסדותיו החינוכיים.

2. בשלהי שנת הלימודים תשס"ז (2007), הוחלט לבצע מספר שינויים במבנה ובסדרי הלימוד בבית הספר, והלכה למעשה הוקם בית-ספר נוסף לצדו של בית הספר

הקיים. במסגרת שינויים אלו, נחצה מבנה בית הספר לשניים על ידי הקמתן של מחיצות ונקבעו בו כניסות נפרדות. חצר המשחקים פוצלה גם היא לשניים, באמצעות יריעת בד וגדר הפרדה, וכך גם חדר המורות. בקומתו השלישית של מבנה בית הספר הוקם אגף חדש – לשימושן של תלמידות בית הספר החדש בלבד. יש הטוענים, כי שעות הלימודים שוננו כך שהפסקותיהן של התלמידות בשני בתי הספר לא תחפופנה. גם התלבושת האחידה, שהונהגה בבית הספר מיום היווסדו, שונתה כך שתלמידות בית הספר החדש יובחנו מחברותיהן.

בעוד שתכליתם של השינויים האמורים שנויה במחלוקת בין הצדדים, על תוצאתם אין חולק – הפרדה בין רוב התלמידות שמוצא משפחתן אשכנזי לחברותיהן שמוצא משפחתן ספרדי. באשר לגורמים שהביאו לשינוי האמור, חלק מתושבי היישוב גרס כי ההפרדה האמורה בוצעה על רקע מתיחות נמשכת בין האוכלוסייה האשכנזית לבין האוכלוסייה הספרדית ביישוב, ויש שחשו כי במעשיו יצר בית הספר חיץ עדתי, במטרה להפלות ולקפח את התלמידות הספרדיות והוריהן.

3. כתוצאה מכך, ולאחר מספר פניות טלפוניות, שיגרה ביום י"ב באלול התשס"ז (26.8.2007) באת-כוח הוריהן של מספר תלמידות ממוצא ספרדי אל משרד החינוך, בקשה כי המשרד יפעיל את סמכויותיו וימנע את המשך אפלייתן של התלמידות לרעה. משנמנע משרד החינוך מלהשיב למכתבה, פנתה אליו בשנית באת-כוח ההורים בדרישה לתיקון המצב ולמיצוי הדין עם הגורמים האחראים. גם העותרים, באמצעות בא-כוחם, פנו למשרד החינוך בבקשה לקבלת הבהרות על תהליך ההפרדה שהונהג בבית הספר, כמו גם בדבר היקף הפיקוח על תהליך זה.

4. בעקבות כך, פנתה מנכ"לית משרד החינוך, גב' שלומית עמיחי, למרכז החינוך העצמאי בדרישה לבטל את ההפרדה בבית הספר ולפעול להחזרת המצב לקדמותו. כמו כן, הציבה גב' עמיחי לוח זמנים לביצוע הוראותיה, והוסיפה כי אם לא יעמוד מרכז החינוך העצמאי בלוח הזמנים האמור, תשקול לבטל את רישיונו של בית הספר. משפקע המועד, מינתה גב' עמיחי את מי ששימש בעבר היועץ המשפטי של משרד מבקר המדינה, עו"ד מרדכי בס, לבחון את הטענות שנשמעו כנגד הנהלת בית הספר. בפרט בחן עו"ד בס אם תחת הרשאה לניהולו של מוסד אחד הפעיל בית הספר שני בתי ספר נפרדים, ואם הפרדתן של התלמידות, כמתואר לעיל, מקורה באפליה על רקע עדתי.

בדו"ח סיכום הבדיקה שערך, תיאר עו"ד בס את השינויים הדמוגרפיים שחלו בעמנואל – לרבות הגירתם ליישוב של תושבים חדשים, שבעיקרם משתייכים לעדה הספרדית – וסקר את השפעותיהן של התפתחויות אלו על אוכלוסיית היישוב בכלל, ועל בית הספר "בית יעקב" בפרט. נמצא, כי היוזמה להפריד בין תלמידות בית הספר באה מצד הורים המשתייכים לפלג מתבדל בתוך היישוב – ברובם הורים לתלמידות ממוצא אשכנזי. כן הוסיף עו"ד בס, כי חסידים רבים אינם מעוניינים לחשוף את בנותיהם לאורח החיים המודרני, אשר כולל, לדידם, שפה בלתי ראויה והתנהגות שאיננה תואמת את הלכות הצניעות המחמירות על פיהן הם נוהגים. משכך, ביקשו הורים המשתייכים לפלג החסידי להפריד את בנותיהם מחברותיהן, מחשש כי תיחשפנה לתכנים שלהשקפתם אינם הולמים. משפנו ההורים למרכז החינוך העצמאי, הוא דרש כי הציבור המתבדל ימצא את מקומו במסגרת בית הספר הקיים באמצעות פתיחת "מגמה חסידית" לצד "מגמה כללית", ולא באמצעות הקמת בית-ספר נפרד. עוד דרש מרכז החינוך העצמאי, כך לפי דו"ח הבודק, כי ניהול שתי המגמות יהיה משותף, וכי הסביבה הפדגוגית – לרבות חדר המורים, תוכנית הלימודים, שעות הלימודים וההפסקות – תהא גם היא משותפת לכלל תלמידות בית-הספר. ברם, על אף הנחיותיו של המרכז לחינוך העצמאי, בדיקתו של עו"ד בס את שנעשה בבית הספר במהלך שנת הלימודים תשס"ח (2008) העלתה, כפי שכבר תיארתי, מציאות אחרת: בית הספר פוצל לשניים, ופיצול זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בתלבושת שהונהגה, בניהול בית הספר, ובהפרדה שהונהגה בחצר המשחקים ואף בחדר המורים. יודגש, כי על אף קביעתו של עו"ד בס כי הפיצול בוצע ללא אישורו ובניגוד להנחיותיו של מרכז החינוך העצמאי, זה האחרון אישר במכתבו למשרד החינוך מיום י"א בתשרי התשס"ח (23.9.2007) כי ידע על מהלך ההפרדה ונמנע מנקיטת פעולות מעשיות שמטרתן למונעו (מש/2, בעמ' 8).

באשר לשאלת המניע להפרדה בין התלמידות, ציין עו"ד בס כי להבנתו זו נבעה ממידת ההחמרה בקיום אורח חיים דתי של בני העדה החסידית לעומת עמיתיהם ליישוב בני העדה הספרדית. עו"ד בס סיכם את ממצאי בדיקתו בזו הלשון:

"אכן בית הספר 'בית יעקב' בעמנואל פוצל למעשה, שלא כראוי ותוך פגיעה בהוראות שבדין ובסדרי המינהל התקינים, לשני בתי ספר נפרדים, אולם פיצול זה, עם כל השלילה שבו, נעשה שלא מתוך כוונה להפלות בין התלמידות על רקע עדתי וגם בפועל אין בו משום אפליה כזו. קביעתי האחרונה באה למרות שאני ער לממד הכמותי של ההתפלגות העדתית בין שני בתי הספר, דהיינו לכך שבבית הספר הוותיק שיעור הבנות, שהן ממשפחה שמוצאה 'אשכנזי', הוא כ-23%, בעוד שבבית הספר החדש שיעורן כ-73%.

מסקנת, שלפיה אכן פוצל בית הספר לשני בתי ספר נפרדים – ולא רק הוקמה בו מגמה נוספת, 'חסידית', כטענת מרכז החינוך העצמאי – מבוססת בעיקר על המציאות, כפי שנגלתה לעיני בעת ביקורי בבית הספר ועל ששמעתי ממנהלת בית הספר הוותיק.

מסקנתי הנוספת, שלפיה פיצול זה אין בו אפליה על רקע 'עדתי', מבוססת הן על מסמכים בהם עיינתי, והן על שלמדתי והתרשמתי מפי הורים בשני בתי הספר ומפי המתלוננים בפגישתי עימם. ערך משכנע במיוחד אני מייחס לטענת מרכז החינוך העצמאי, מנהלת בית הספר הוותיק וההורים יוזמי הפיצול, שכל מי מההורים, שהיו מעוניינים או עודם מעוניינים, לרשום את בנותיהם לבית הספר החדש, והיו או עודם מוכנים לקבל על עצמם את התנאים לכך – לא סורבו. לא זו בלבד שלא הוצגה ראייה לסתור טענה זו, אלא שהיא אף לא הוכחה עובדתית בידי המתלוננים. אם סירוב אֵין – אפליה מְיִין? (מש/2, בעמ' 1).

לאור כל האמור, המלצתו היחידה של עו"ד בס הייתה כי משרד החינוך ינקוט צעדי אכיפה נגד יוזמי הפיצול ומבצעיו, אך זאת בגין הפרת חובות הדיווח באשר לפיצולו של בית הספר, ותו לא.

5. בעיצומם של דברים אלה, הגישו העותרים את עתירתם לבית-משפט זה. ביום י"א בתמוז התשס"ח (14.7.2008) ניתן צו על-תנאי, אשר תוקן ביום י"ב בתמוז התשס"ח (15.7.2008), כך שהורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יקיים משרד החינוך פיקוח ממשי ויעיל על בתי הספר עליהם אחראי מרכז החינוך העצמאי, ומדוע לא יתנה את התמיכה שניתנת למוסדות המאוגדים במסגרתו או קשורים אליו, בקיום הוראות החוק בדבר איסור הפליה. בנוסף, הורינו למשיבים ליתן טעם מדוע לא ייקבע כי "כל התלמידות הלומדות כיום בבית הספר 'בית יעקב' בעמנואל זכאיות להמשיך וללמוד בבית הספר תחת מסגרת אחת, ולא תחת מסך מפריד שעיקרו מבוסס על הפרדה עדתית פסולה", לשון הצו.

עמדת משיב 3 – מרכז החינוך העצמאי

6. בתזכיר שצורף לתשובתו המקדמית, סקר מרכז החינוך העצמאי את האירועים שקדמו לפיצול בית הספר. הוסבר, כי נוכח ניסיון העבר המוצלח, עם הקמתם של שני מוסדות לימוד לבנים ביישוב, היו אלו תושבי עמנואל – על כל פלגיהם – אשר דרשו להקים בית-ספר נוסף אף לבנות, וזאת על אף דעתם החולקת של מרכז החינוך העצמאי

ושל מנהלת בית הספר הקיים. לטענת מרכז החינוך העצמאי, היו אלו הורי התלמידות הספרדיות אשר קידמו את מיזם בית-הספר החדש ואף גובש צוות אשר "תפקידו היה לסייע בהקמת בית הספר הספרדי. הצוות התכנס מספר פעמים אך לאחר זמן הודיעו נציגי ההורים בני עדות המזרח, כי מסיבות שונות הם אינם מסוגלים להקים את בית הספר הנוסף" (עמ' 4 לתזכיר). ניסיון הקמת בית הספר החדש צלח לבסוף, דווקא בזכות מאמצייה של הקהילה החסידית. ומוסיף מרכז החינוך העצמאי בתשובתו:

"הקמת ביה"ס הייתה ידועה ומפורסמת ביישוב, ובעקבות כך אכן פנו לביה"ס הורים מביה"ס לבנים והורים נוספו המכירים את הצלחת ביה"ס לבנים, וביקשו לתת לבנותיהם את החינוך החרדי ואורח החיים וההנהגה הרוחנית שתונהג בו.

התוצאה הייתה שלביה"ס נרשמו מכל העדות והזרמים בעמנואל, שיש להם רצון לאורח החיים וההתנהלות הרוחנית של בית הספר. בפועל לומדות כיום בבית הספר למעלה מ-35% תלמידות מבנות עדות המזרח" (שם, בעמ' 5).

עם זאת, הרי שכבר ביום הגשת התשובה המקדמית, שימשה מנהלת בית הספר, גב' שטרן, "בפועל כמנהלת שני האגפים של בית הספר, כאשר יש שיתוף פעולה מלא בהתנהלות שני האגפים, לרבות ישיבות משותפות של הצוות ואין כל הפרדה בין האגפים" (שם).

בעקבות בדיקתו של עו"ד בס, שינה מרכז החינוך העצמאי את עמדתו, ובכתב התשובה מיום 19.8.2008 טען כי לא הוקם בית-ספר חדש במסגרתו של בית הספר הקיים, אלא מגמה חדשה – "מגמה חסידית". עוד נטען כי העובדה שמשרד החינוך מינה בודק מיוחד לבחינת טענות האפליה, מלמדת שבית הספר נתון לפיקוח כנדרש. לבסוף, הטעים מרכז החינוך העצמאי כי נוכח הרוחות הסוערות ביישוב, מן ההכרח כי משרד החינוך יכיר בשני האגפים במסגרת בית הספר, אולם התחייב כי מלבד החלוקה הפיזית בין שני האגפים, יוסרו כל סממני הפרדה הנוספים ויינקטו פעולות להשבת המצב לקדמתו, לרבות קביעתם של צוותי הוראה משותפים, תוכניות וספרי לימוד זהים, תלבושת זהה והפסקות משותפות. כך, כל שיבחין בין שני האגפים יהיו הרוח החרדית הקובעת את המנהגים ואורח החיים לפיהם אמור כל אגף לנהוג (שם, בעמ' 6).

בהודעתו המשלימה, הבהיר משרד החינוך כי הוא מקבל את עמדתו של הבודק החיצוני, עו"ד בס, באשר לחריגתו של בית הספר מחובות הדיווח החלות עליו, לרבות פיצולו של המוסד, והוסיף כי "יש [בהפרת חובת הדיווח] כדי להצדיק שקילת שלילת הרישיון הקיים של בית הספר 'בית יעקב'" (עמ' 4 להודעה המשלימה מיום ז' בתמוז התשס"ח (10.7.2008)). עוד הוסיף משרד החינוך, כי "הקמתו ופעילותו של בית הספר החדש והנפרד נעשו תוך הפרה בוטה של הדין, התעלמות מוחלטת מהוראות חוק הפיקוח על בתי הספר, הפרת הנחיותיו של משרד החינוך ופגיעה קשה בתנאי הרישיון של בית הספר הקיים" (שם, שם).

באשר לסוגית האפליה העדתית, סבר משרד החינוך כי בהיעדר קריטריונים ברורים המבהירים את הבסיס הענייני לחלוקת בית הספר, הנטל לשלילתו של החשד הלכאורי כי הבסיס להפרדתן של התלמידות הינו באפליה עדתית, מוטל על כתפיו של מרכז החינוך העצמאי, וזאת מקל וחומר נוכח החלוקה המספרית הבלתי שוויונית במניין התלמידות בנות העדות השונות בשני האגפים, כנסקר בדוח הסיכום של עו"ד בס.

משרד החינוך הוסיף והבהיר, כי גב' עמיחי שבה ופנתה אל מרכז החינוך העצמאי בדרישה כי יסלק כל סממן לחלוקה בין חלקי בית הספר ויאחד את הנהלתו ברמה הארגונית והפרסונלית כאחת. עוד נדרש מרכז החינוך העצמאי להמציא למשרד החינוך, כמתחייב בדין, פרסומים בדבר תאריכי הרישום לשנת הלימודים לכלל אוכלוסיית היעד, וככל שיהיה מעוניין בהקמת מגמת לימודים נפרדת יעביר תוכנית המפרטת את מאפייניה של המגמה החדשה, הכוללת קריטריונים להשתתפות ותנאי הקבלה. הובהר, כי אם לא יעמוד מרכז החינוך העצמאי בתנאים אלו, תישקל האפשרות לשלול את רישיונו של בית הספר ולקצץ את שיעור התמיכה הכלכלית בו.

ההסכמה אליה הגיעו המשיבים

7. משמיאן מרכז החינוך העצמאי לעמוד בהנחיותיו של משרד החינוך, ולאחר דין ודברים ממושך בין העומדים בראש שני הארגונים ובאי-כוחם, זומנו נציגי מרכז החינוך העצמאי לשימוע בפני גב' עמיחי ונציגי משרדה. במהלך השימוע הוסכם בין המשיבים כי במסגרת בית הספר יתקיימו שתי מגמות, חסידית וכללית, אשר יאושרו על-ידי משרד החינוך, ולרשות התלמידות תעמוד זכות הבחירה ביניהן, בקבלתן לבית הספר, וזאת בתנאי שיקבלו על עצמן את אורחות הדת הנוהגות במגמה בה יבחרו. מרכז

החינוך העצמאי אף העביר נוסח של תקנון מוצע למגמה החסידית לאישורו של משרד החינוך. עם סעיפיו, לרבות בנספח אשר יועד לעיון הורי התלמידות בלבד, נמנו אלה:

(א) התפילות והלימודים בבית הספר מתקיימים בלשון הקודש (הברה אשכנזית). על מנת להקל על הילדות שאינן רגילות להתפלל בביתן בהברה זו, על ההורים לדאוג לכך שגם בבית תתרגלנה התלמידות להתפלל כמו בבית הספר.

(ב) למגמה החסידית תהיה הסמכות הרוחנית בדמותו של הרב ברלב שליט"א, אשר ינחה את תלמידות בית הספר בענייני התנהגות והלכה. ההורים מתחייבים שלא לאפשר מצב שבו תהיה התנגשות בין הסמכות הרוחנית הנוהגת בביתם לבין זו שאומצה בבית-הספר.

(ג) מטעמי צניעות לא יותר לבנות לרכוב על אופניים מחוץ לבית.

(ד) על ההורים לוודא כי החברות עמן נפגשות בנוותיהם בשעות אחר הצהריים, תהיינה אך ורק מבתי התואמים את רוח החינוך של "בית יעקב" בכל התחומים.

(ה) על ההורים לנהוג בלבוש בהתאם לקביעת ועדת הרבנים לענייני לבוש שעל-ידי בית-הדין של הרה"ג וואזנר שליט"א.

(ו) אין להפעיל רדיו בבית כלל. אין להחזיק בבית מחשב שבאמצעותו ניתן לצפות בסרטים מכל סוג. כמובן שלא ניתן לאפשר חיבור לאינטרנט.

(ז) יש להימנע מלקיחת הילדות לבתי מלון ולאתרי נופש למיניהם. אין להתארח בבתיים של קרובים או ידידים שאינם שומרי תורה ומצוות.

נוסח זה של התקנון המוצע הונח בפנינו בתשובתו של משרד החינוך מיום כ' באב התשס"ח (21.8.2008). לאור הערותיו של בית המשפט, ונוכח מכתבה של גב' עמיחי – בו הבהירה כי היא איננה מקבלת את נוסח התקנון המוצע – הגיש מרכז החינוך העצמאי גרסה מתוקנת. במסגרת השינויים האמורים, הושמטה ההוראה לפיה תתפללנה התלמידות בהברה אשכנזית, וחובת הלבוש "בהתאם לקביעת הרב וואזנר" – רב המייצג גישה מחמירה במיוחד באיסורי צניעות – הומרה בקביעותיה של "ועדת הרבנים המחייבת במוסדות החינוך העצמאי בבית הספר בית יעקב". בהודעתו המשלימה הבהיר משרד החינוך, כי נחה דעתו באשר לניסוחו של התקנון המתוקן, ובכך נתן את אישורו לקיומן של שתי המגמות במסגרת בית הספר.

ברם, בדיקה מאוחרת שערך משרד החינוך העלתה כי מציאות הפרדה נמשכת, ולפיכך שבה גב' עמיחי ודרשה, בשלישית, ממרכז החינוך העצמאי להסיר כל הפרדה

פיזית בבית הספר, לפעול להאחדת חדר המורים ולחדול מכל פעולה שיש בה כדי להפלות ציבור כלשהו. בנוסף הדגיש משרד החינוך, כי בכל טענה בדבר אפליה בהליך הרישום למגמה, רשאית תלמידה שסורבה או נתקלה בקושי בקבלה לפנות לוועדת הערר אשר תבחן את טענות האפליה לגופן. בעקבות דרישותיה של גב' עמיחי, שב מרכז החינוך העצמאי ודרש מבית הספר להסיר כל מכשול פיזי – לרבות קיר הגבס – המפריד בין חלקיו השונים. עוד דרש מרכז החינוך העצמאי לאחד בין חדרי המורים, להחזיר את הנהגתה של התלבושת האחידה המשותפת לכלל התלמידות, ולהפסיק כל פעולה אחרת המפלה בין התלמידות במגמות השונות.

טענות העותרים

8. העותרים עומדים על טענתם בדבר אפליה שורשית המוסיפה לאפיין את בית הספר – אפליה אשר אין באימוץ תקנון זה או אחר כדי לשנותה. נטען, כי התקנון המתוקן אינו אלא סדרה של תיקונים לשוניים, אשר מחפים על העדפה עדתית בוטה באמרות חלולות, שעה שהלכה למעשה אין כל שינוי במצבן של בנות בית הספר. הפרדתן הפיזית והרעיונית נמשכת, וכך, בין היתר, התלבושת האחידה הנהוגה בשתי המגמות שונה באופן ניכר; המדיניות לפיה שערי בית הספר ומגרשי המשחקים מופרדים, עודנה ננקטת, וקיר הגבס שנבנה בעקבות ההפרדה וחוצץ בין שני חלקי בית הספר – לא הוסר. עוד טענו העותרים, כי עבור לימודי בנותיהם במגמה החסידית עליהם לשלם תשלום חודשי נוסף, וקשיים בירוקרטים נערמים בדרכם של הורים ספרדים המבקשים לרשום את בנותיהן למגמה זו. הודגש, כי על אף דרישותיהם החוזרות של המשיבים לחדול מהפרדה, מאן בית הספר להשיב את המצב לקדמותו באופן שיניח את דעת הכל. לבסוף, מטעמים העותרים, כי מעשה ההפרדה וסממניו, הותירו רגשות נידוי והשפלה בקרב התלמידות הספרדיות והוריהן.

111

המסגרת הנורמטיבית

9. מושכלות יסוד הם, כי במדינת ישראל זכאים הילדים ובני הנוער לחינוך חינם, מכוח סעיף 7 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949:

7. אחריות למתן (א) המדינה אחראית למתן חינוך חינוך חובה חינם חובה לפי חוק זה.

(ב) קיום מוסדות חינוך רשמיים למתן חינוך חובה חינם לפי חוק זה

לילדים ולנערים הגרים בתחום שיפוטה של רשות חינוך מקומית מסוימת, יהא מוטל על המדינה ועל אותה רשות חינוך מקומית במשותף.

בתוך כך, חובתו של כל הורה היא לדאוג לחינוך ילדיו בהתאם לחוק לימוד חובה, וחובתה של המדינה, יחד עם הרשויות המקומיות, להקצות משאבים לצורך קיום, ניהול ופיקוח על מערכת החינוך (בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר-יעקב, פ"ד לב(2) 253, 263 (1978); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 214 (2002); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך, בפסקה 53 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 27.7.2008)).

שירותי החינוך בישראל מסופקים כיום באמצעות מוסדות החינוך הרשמי – הוא החינוך הממלכתי – ובנוסף, "בצד בתי הספר הרשמיים, פועלים מוסדות חינוך מוכרים שאינם מוחזקים על ידי המדינה. מוסדות אלה מבקשים להקנות לתלמידיהם תכני חינוך התואמים את התפיסות הערכיות שבית הספר מבקש לקדם" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה הראשונה). אלו הם מוסדות החינוך "המוכר שאינו רשמי" (סעיף 1(ב) לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953), אשר יחד עם "מוסדות הפטור" – אשר אינם נוגעים לענייננו – מהווים את עיקר מוסדות הלימוד בישראל שאינם ממלכתיים.

המדינה רשאית להכיר במוסד חינוכי מוכר שאינו רשמי, בכפוף להפעלתו על-פי רישיון (סעיף 3 לחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969). מתן רישיון מותנה בקיומם של תנאים שונים, בהם תנאים פיזיים, פדגוגיים, פיננסיים ותברואתיים. מוסד לו ניתן רישיון נהנה מתקצוב על-ידי המדינה בשיעור שקבע שר החינוך, והוא נתון לפיקוח משרדו (סעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי, וסעיפים 30 ו-31 לחוק הפיקוח על בתי ספר).

באשר להיקף סמכותו של משרד החינוך על מוסדות החינוך העצמאי, בית-משפט זה קבע בעבר כי "מוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים, אף שהם פועלים שלא במסגרת החינוך הממלכתי, נתונים לפיקוח הרשות הציבורית בכמה מישורים" (בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית הנ"ל, בעמ' 216). בתוך כך, תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953 מגדירות את התנאים בהם יוכרו מוסד חינוך כמוסד מוכר שאינו רשמי, וחוק פיקוח על בתי ספר מסדיר את דרכי הקמתם, הפעלתם ופיקוחם. כך, בסעיף 28 לחוק הפיקוח, נקבע כי:

28. פיקוח על בתי (א) שר החינוך והתרבות רשאי לתת לבעל רשיון את ההוראות הדרושות, לדעת השר, כדי להבטיח כי החינוך הניתן בבית הספר יושתת על העקרונות המפורטים בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953.

(ב) תכנית הלימודים, ספרי הלימוד, ספרי העזר, עזרי הלימוד וההישגים הלימודיים של בית הספר יהיו נתונים לפיקוחו של שר החינוך והתרבות ויתאימו להוראות הכלליות הנהוגות באותו סוג של בית ספר.

(ג) המנהל הכללי יאשר מפעם לפעם, בהתחשב בסוג בית הספר ואופיו, את שכר הלימוד של בית הספר וסדרי גבייתו.

190

10. בית-המשפט הכיר בסמכותו של משרד החינוך להתוות מדיניות במוסדות חינוך על סוגיהם השונים. נקבע, כי "ייסודות הפיקוח נוגעים בראש ובראשונה להבטחת חינוך ברוח העקרונות הערכיים המאפיינים את החינוך הממלכתי. הפיקוח מקיף גם ענייני מינהל, ובכלל זה מינהל כספי לרבות שיעורי שכר לימוד וגבייתו" (בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית הנ"ל, בעמ' 218). מכאן, שסמכויות הפיקוח של משרד החינוך על פעולותיהם של מוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים הן רחבות, ובצדן גם סנקציה בדמותו של ביטול הרישיון להפעלת המוסד (סעיף 15 לחוק פיקוח על בתי ספר) והפחתה – עד כדי הפסקת – ההשתתפות בתקצובו, אם זה יסרב לעמוד בהנחיות משרד החינוך (שם, בעמ' 216). על אף האמור, "אופן עריכת הפיקוח והיקפו הם עניין הנתון לשיקול דעתה של הרשות הציבורית, האמונה על קביעת סדרי העדיפויות בין כלל מטלותיה, ובהתחשב במשאביה" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה 81 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). אכן, "שיקול-דעת ניתן לרשות מינהלית כדי שבמילוי תפקידיה הרב-גווניים שנסיבותיו שונות ומשתנות מדי פעם לפעם, ואין הן ניתנות לקביעה מדויקת מראש, יהא לה חופש פעולה. חופש זה מאפשר לרשות לשיקול בדעתה את נסיבות כל ענין וענין כשהוא בא לפניה, ולמצוא לו את הפתרון המתאים" (ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז(2) 1209, 1215 (1961)).

12. נוכח אופיים העצמאי של מוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי, ונוכח מרחב שיקול הדעת שניתן להם, נדרש בית-משפט זה, במספר הזדמנויות, לסוגיית מוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי, ובין היתר, נבחנה חוקיותה של מדיניות גביית תשלומים למימון בתי-ספר כמו גם תחולתה של "תוכנית הליכה" על מוסדות חינוך אלו (בג"ץ

4363/00 ועד פוריה עלית הנ"ל, בעמ' 215; בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים נ' שרת החינוך, פ"ד נט(3) 224, 235 (2004); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה 62 לפסק-הדין). בתוך כך אין חולק, כי מוסדות חינוך באשר הם מחויבים לזכויות היסוד של הפרט. זכויות היסוד מהוות את אבן הראשה בשיטתנו המשפטית ומשטרנו הדמוקרטי, ממש כפי שהקניית חינוך לדור הצעיר מהווה אבן בסיס בטיפוח מעורבות בחיי החברה הישראלית ובהנחלת ערכיה של מדינת ישראל (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 24 (1995)). שני אדנים אלו – זכויות היסוד והקניית חינוך – משיתים את הבסיס לזכות לחינוך, אשר עוגנה בסעיף 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, המורה כי:

3. הזכות לחינוך כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין.

על כך אמר בית המשפט בבג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 841 (2002):

"הזכות לחינוך הוכרה זה מכבר כאחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם. הזכות לחינוך אף הוכרה כזכות יסוד על-ידי הפסיקה. עם זאת השאלה אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, טרם הוכרעה".

עוד הטעימה השופטת פרוקצ'יה כי:

"חשיבותה המכרעת של הזכות לחינוך נובעת מחיוניות החינוך למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולותיו, ונותן בידי כוחות התמודדות ואפשרות לממש שוויון הזדמנויות בחברה בה הוא חי בנערותו ובבגרותו" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה 51 לפסק-דינה; ראו גם: בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 213 (2002); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 27.02.2006)).

בית-משפט זה עמד בעבר על עיגוניה הרבים של הזכות לחינוך בפסיקה, במשפט הבינלאומי ובחקיקה הישראלית (ראו בג"ץ 2599/00 יתד הנ"ל, בעמ' 841; יורם רבין, הזכות לחינוך 301 (תשס"ב-2002)). נכתב, כי "זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות

לכבוד האדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (בג"ץ 2599/00 יתד הנ"ל, בעמ' 843). הזכות לחינוך הוכרה כבעלת יסוד שלילי, המתבטא, בין היתר, באיסור לפגוע בזכותו של אדם לחינוך אלא לפי ההוראות הקבועות לכך בדין (סעיפים 1 ו-3 לחוק זכויות התלמיד), ובנוסף הוכרה היא כבעלת יסוד חיובי, המתבטא בחובה שמקימה הזכות למדינה, לספק חינוך חינם (ראו Yoram Rabin, *The many Faces of the Right to Education* 265, 267 EXPLORING SOCIAL RIGHTS (Ed. D. Barak-Erez and A. M. Gross, 2007; חוק לימוד חובה; בג"ץ 2599/00 יתד הנ"ל, בעמ' 848; והשוו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, בפסקה 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 12.12.2005)). עוד נאמר כי:

"הזכות לחינוך מקרינה על זכויות יסוד אחרות של האדם, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק; מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. החינוך מהווה חוליה מקשרת בין מגזרי החברה השונים והמגוונים ואמצעי גישור חיוני לבניית מירקם חברתי הרמוני. החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים. הוא תנאי חיוני למימוש העצמי של הפרט, ולקיום חיי חברה תקינים" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה 51 לפסק-הדין).

13. נוכח הקשר הבל ינותק בין חינוכו של אדם לזהותו, הזכות לחינוך איננה מתמצית בהפקת ידע או ברכישתם של כלים פרגמטיים לפתרון של בעיות שונות. לכך ניתן ביטוי בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי אשר חרף אורכו בחרתי להביאו כלשונו:

28. מטרת החינוך ממלכתי הן:
 (1) לחנך אדם להיות אוהב אדם, אוהב עמו ואוהב ארצו, אזרח נאמן למדינת ישראל, המכבד את הוריו ואת משפחתו, את מורשתו, את זהותו התרבותית ואת לשונו;
 (2) להנחיל את העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ואת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הזולת, וכן לחנך לחתירה לשלום ולסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים;
 (3) ללמד את תולדות ארץ ישראל ומדינת ישראל;
 (4) ללמד את תורת ישראל, תולדות העם היהודי, מורשת ישראל

והמסורת היהודית, להנחיל את תודעת זכר השואה והגבורה, ולחנך לכבדם;

(5) לפתח את אישיות הילד והילדה, את יצירתיותם ואת כשרונותיהם השונים, להרחיב את אופקיהם התרבותיים ולחשפם לחוויות אמנותיות, והכל למיצוי מלוא יכולתם כבני אדם החיים חיים של איכות ושל משמעות;

(6) לבסס את ידיעותיהם של הילד והילדה בתחומי הדעת והמדע השונים, ביצירה האנושית לסוגיה ולדורותיה, ובמיומנויות היסוד שיידרשו להם בחייהם כבני אדם בוגרים בחברה חופשית, ולעודד פעילות גופנית ותרבות פנאי;

(7) לחזק את כוח השיפוט והביקורת, לטפח סקרנות אינטלקטואלית, מחשבה עצמאית ויוזמה, ולפתח מודעות וערנות לתמורות ולחידושים;

(8) להעניק שוויון הזדמנויות לכל ילד וילדה, לאפשר להם להתפתח על פי דרכם וליצור אווירה המעודדת את השונה והתומכת בו;

(9) לטפח מעורבות בחיי החברה הישראלית, נכונות לקבל תפקידים ולמלאם מתוך מסירות ואחריות, רצון לעזרה הדדית, תרומה לקהילה, התנדבות וחתירה לצדק חברתי במדינת ישראל;

(10) לפתח יחס של כבוד ואחריות לסביבה הטבעית וזיקה לארץ, לנופיה, לחי ולצומח;

(11) להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסיה הערבית ושל קבוצות אוכלוסיה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל;

(12) לחנך להכרה בקדושת החיים ולהנחיל תודעת בטיחות וזהירות, לרבות בטיחות בדרכים.

עינינו הרואות, מטרות החינוך נוגעות לעולם התוכן ממנו הגיע התלמיד ולתרבותו, הן נוגעות למורשתו ולאורח חייו, ועל מוסדות החינוך לאזן בין הצורך להקנות כלים ומיומנויות, איתם יוכל תלמיד לצאת אל העולם ולממש את יכולותיו,

לבין הצורך התרבותי, הערכי והלאומי לגבש את אופיו של התלמיד ולחנכו לאור זהותו הלאומית ומורשת אבותיו. כפי שכתב השופט אור בפרשה אחרת: "מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה" (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחררי גיל"ת" הנ"ל, בעמ' 24). הזכות לחינוך, אם כן, אינה מתמצית בעצם הקמתו של מוסד חינוכי, אלא מתפרשת על אופיו של המוסד ועל התכנים הנלמדים במסגרתו.

14. הזכות לחינוך מגזרי מצאה את ביטויה בחקיקה עוד מראשית מיסודו של החינוך בישראל. כך, בד בבד עם מיסודה של מערכת החינוך הממלכתית, הכירה המדינה בצורך של מגזרים שונים לחנך את ילדיהם ברוח צביונם התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושיוכם הקהילתי. זכותה של קהילה לחינוך מגזרי – חינוך התואם את תפיסת עולמה הייחודית – מבטאת את זכותו של כל אזרח ללמוד במוסד התואם את תפיסת עולמו (השוו בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 412 (2000)). במסגרת זו, הוכרו מוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי בחוק לימוד חובה, והוטמעה חשיבותו של הגיוון במוסדות הלימוד בסעיף 3 לחוק חינוך ממלכתי:

3. חינוך ממלכתי משנת הלימודים תשי"ד ואילך יונהג חינוך ממלכתי בכל מוסד חינוך רשמי; במוסד חינוך רשמי אשר בשנת הלימודים תשי"ג נמנה עם זרם המזרחי או עם זרם אגודת ישראל או עם החלק הדתי של זרם העובדים, יונהג חינוך ממלכתי דתי.

זכותם של מגזרים שונים לחינוך התואם את תפיסת עולמם, הוכרה כנדבך מרכזי בזכות הכללית לחינוך, וזאת במסגרת הזכות לבחירת אופיו של החינוך ותכניו (Rabin בעמ' 273). על חשיבותו של גיוון במוסדות החינוך נאמר בבג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית הנ"ל כי:

"זכותו של אדם לבחור לילדו מוסד חינוכי פרטי, חלופי למסגרת הממלכתית, הוכרה בארץ ובעולם, במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד. מערכת החינוך הפרטית מבקשת ליצור מסגרות לימוד ייחודיות העונות לצורכי חוגי אוכלוסיה שונים המבקשים להקנות לילדיהם חינוך בעל אופי ייחודי הניתן כתוספת לתכנית הלימוד היסודית הנלמדת בכל מוסדות החינוך. שמירת האוטונומיה החינוכית בחינוך הפרטי היא ערך חשוב שיש לכבדו במסגרת ההגנה על זכות האדם למימוש עצמי, בכפוף להבטחת שמירתם של ערכי החינוך היסודיים כמשמעותם בחוק חינוך ממלכתי" (ש, בעמ' 273).

221; ראו גם בג"ץ 8437/99 דשת גני חב"ד בארץ הקודש
נ' שר החינוך פ"ד נד(3) 69, 81 (2000).

במסגרת ההכרה בזכות לחינוך, הוכרה גם זכותם של תלמידים לשוויון בחינוך
(Rabin, בעמ' 277). נקבע, כי אין בזכותה של קהילה לחינוך מגזרי כדי להפחית
מחובותיה של המדינה להתוות מדיניות שוויונית, לפקח על ביצועה ולקבוע תכני ליבה
כאמור בחוק:

"לאור משקלו המיוחד של החינוך בעיצוב פני הפרט
והחברה, מוטלת על המדינה חובה לא רק לאכוף ולפקח
על ביצוע לימוד חובה בכל המגזרים, אלא גם להסדיר
במישרין, את התכנים המהותיים של החינוך, והערכים
הבסיסיים המוקנים באמצעותו בכל מוסדות החינוך"
(בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקה
53 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

בית-משפט זה עמד בעבר על הצורך בקיומה של תוכנית ליבה, אשר תהווה את
אבן הבסיס של החינוך בישראל, ותהיה מושתתת על אדנים שוויוניים: "תכנית הליבה
נועדה לחשוף כל תלמיד בישראל, באשר הוא, ובלא שים לב למגזר החברתי אליו הוא
משתייך, לתכנים לימודיים בסיסיים בעלי אופי כללי, לאומי ואוניברסאלי. תכנים אלה
הם הגרעין הבסיסי, המשותף והמאחד את כל הזרמים השונים בחברה הישראלית,
המהווה 'מכנה משותף לכלל התלמידים ברמה המושגית – תכנית – ערכית ובכישורי
חשיבה ולמידה'" (שם, בפסקה 31 לפסק-הדין; ראו גם בג"ץ 10296/02 ארגון המורים
בבתי הספר העל-יסודיים הנ"ל, בעמ' 236).

מוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי, זכו אם כן להכרה חקיקתית, כמו גם
להסדרי פיקוח. הפעלתם של מוסדות אלו ותקצובם, נתונים לשיקול דעתו של משרד
החינוך (ראו סעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי; בג"ץ 8437/99 דשת גני חב"ד בארץ
הקודש, עמותת רשומה נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 81 (2000)). עם זאת, הזכות
לחינוך מגזרי, כשלעצמה, טרם הוכרה בדין כזכות חיובית ומשרד החינוך לא חויב
לנקוט צעדים אקטיביים למימושה. משהקימה קהילה מוסד חינוכי עצמאי, עליה עיקר
הנטל לדאוג לניהולו ולמימונו:

"שלא כמותם של מוסדות-החינוך הרשמיים הם
מוסדות-החינוך המוכרים (שאינם רשמיים), שבעניינם
של אלה האחרונים אין המדינה נושאת בחובות-מישרין
אלו: לא בחובת-מישרין ליתן חינוך לילדים המתחנכים
בהם ולא בחובת-מישרין לממן את החזקתם של אותם
מוסדות. מוסדות-חינוך מוכרים (שאינם רשמיים) גופים
פרטיים מחזיקים בהם; הם אף האחראים הראשונים

לנעשה בהם והם החייבים בהוצאות החזקתם" (בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש הנ"ל, בעמ' 82).

15. מכל האמור עולה, כי במסגרת זכותם לחינוך מגזרי, רשאים חברי קהילה פלונית להקים ולהפעיל בית-ספר התואם את תפיסת עולמם, והמדינה רשאית, אך אינה מחויבת, להכיר במוסד זה, ולהשתתף במימונו, והכל בהתאם להוראות הדין.

ברם, הזכות לחינוך מגזרי, ככל זכות, איננה מוחלטת. אכן, "זכויות אדם הן זכויותיו של אדם כחלק מחברה. ניתן להגביל את זכויות האדם כדי להגשים מטרות חברתיות. רק בהגשמתן של מטרות אלה ניתן יהא לקיים זכויות אדם" (בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה, בפסקה 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 4.4.2005)). כך, בהתנגשותן של שתי זכויות יסוד, על בית-המשפט לעמוד על טיבן והיקפן של הזכויות האמורות, ולאזן ביניהן באופן המבטא את חופש הפרט ומגן על האינטרס הציבורי. במקרה דנן, מתנגשת הזכות לחינוך מגזרי עם עקרון השוויון.

הזכות לשוויון

16. בית-משפט זה, עוד מימיו הראשונים, עמד על חשיבותו של עקרון השוויון בשיטתנו המשפטית. כך, הדגיש השופט לנדוי את "עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר פ"ד כג(1) 693, 697 (1969)), ועל כך חזר השופט שמגר בצינו כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב והשזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978); וראו בג"ץ 953/87 סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו פ"ד מב(2) 309, 331 (1988)). עקרון השוויון עוגן גם בשיח הזכויות (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקה 26 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק וההפניות שם (טרם פורסם, 11.5.2006)). נכתב, כי "הוא מהווה עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000); ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל הנ"ל, בפסקה 40 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק). לא אחת הדגיש בית-משפט זה את תוצאותיה ההרסניות של התנהגות בלתי שוויונית בין שווים, לפרט ולחברה כאחד:

"אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהתו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87 פורד נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 332, 309 (1987)).

והטעים השופט מ' חשין:

"...טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם... הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ הנ"ל, בעמ' 203).

17. בית-משפט זה נדרש בעבר למעמדו של עקרון השוויון במערכת החינוך, ועל כך נאמר כי "מטרות החינוך הממלכתי כללו במקורן את ערך השוויון. החלת ערך השוויון בחינוך משתקפת, בין היתר, בחיזוק המגמה ליתן הזדמנויות שוות לתלמידים בחינוך בלא שפערים כלכליים, חברתיים ותרבותיים ינציחו הבדלים משמעותיים בהשכלה ובהכשרה המקצועית הנרכשת" (בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית הנ"ל, בעמ' 218). עקרון השוויון הינו אפוא אבן יסוד בשיטתנו המשפטית, ובלעדיו לא ניתן לקיים מערכת חינוך ראויה. תפישה זו מצאה את ביטויה בחקיקה, וסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד קובע סנקציה פלילית במקום בו נוקט מוסד חינוכי, או אדם הפועל מטעמו, אפליה פסולה:

5. איסור הפליה

(א) רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו, בכל אחד מאלה:

(1) רישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך;

(2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך;

(3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך;

(4) זכויות וחובות תלמידים לרבות כללי המשמעת והפעלתם.

(ב) העובר על הוראות סעיף זה, דינו - מאסר שנה או קנס, כאמור

בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין,
תשל"ז-1977.

18. באשר להקצאת משאבי המדינה, הדגישה הפסיקה לא אחת, כי "הקצאת כספי מדינה ליעדים ציבוריים שונים כפופה לעולם לעקרון השוויון... הענקת יחס שונה לפרטים או למוסדות שאין ביניהם שוני רלוונטי לעניין הנדון מהווה הפלייה פסולה, ומקים עילה להתערבות שיפוטית" (בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 88 (2001); וראו גם בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706 (1989); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בפסקאות 71-72). על כל זאת הוסיפה השופטת ע' ארבל:

"עיקרון השוויון חולש על כל תחומי המשפט וחל גם על חלוקת תקציבים ותמיכות על ידי הרשות. הלכות רבות נקבעו בעניין החלת עיקרון השוויון בחלוקת תקציבים ותמיכות. תמציתן של הלכות אלו היא שחלוקת התקציבים והתמיכות על ידי המדינה צריכה להיעשות תוך שמירה על עקרונות של שוויון וסבירות ותוך קביעת קריטריונים ברורים וגלויים לחלוקת הכספים. על הרשות שמחלקת את התקציב לשקול שיקולים ענייניים בלבד, ואין היא יכולה להפלות בין קבוצות אשר אין ביניהן שוני רלוונטי. עם זאת, הודגש כי שוויון אין משמעו זהות. לעיתים, לצורך השגת שוויון מהותי ואמיתי על הרשות להבחין בין קבוצות על פי השוני הרלוונטי ביניהן" (בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט בפסקה 8 לפסק-הדין (לא פורסם, 16.7.2006)).

ברם, לא אחת נקבע בעבר כי שוויון אין משמעו זהות. אכן, "ברור כי כאשר רשות מצווה לנהוג בשוויון, עוסקים אנו בשוויון המהותי, ולא בשוויון הפורמלי גרידא. לעתים, כדי להשיג את השוויון המהותי עלינו לנהוג בשונות כלפי פרטים שונים" (בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל הנ"ל, בעמ' 89 וההפניות שם). עקרון השוויון המהותי "מבוסס על תפיסה של רלבנטיות במובן זה שאין מקום להבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים לא ענייניים, ובה בעת ניתן להבחין ביניהם מטעמים רלבנטיים" (בג"ץ 6051/95 רטנק נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312 (1997); בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 365 (2004)). על משמעותו של השוויון המהותי עמד הנשיא אגרנט באחת הפרשות:

"המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא דורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת,

אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים למצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרות הטיפול" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971)).

איזון זכויות – הזכות לשוויון בחינוך

19. אמת, במפגש בין הזכות לחינוך מגזרי לבין עקרון השוויון, מתעורר לעיתים קושי אינהרנטי לישוב בין השניים באופן המקיים את מלוא היקפם. משכך, "נדרש תהליך חוקתי של צמצום ההגנה הניתנת לזכויות החוקיות, באופן שרק חלק מהיקפן יזכה להגנה. צמצום מבוסס על ההכרה כי אין כל אפשרות להגן על מלוא היקפן של כל הזכויות כולן... נדרשת אפוא פעולת איזון חוקתי" (בג"ץ 2481/93 ד"ן נ' וילק, פ"ד מח(2) 473, 456 (1994)).

כאמור, "עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים עניינים המצדיקים שוני" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 236 (1998)). יוצא, כי משקבע מוסד פלוני מאפיינים באמצעותם יובחנו מגזרים באוכלוסייה, תיבחן מדיניותו זו על מאפייניה הקונקרטיים, כמו גם על תוצאותיה בפועל. בתוך כך יבחנו פעולותיו של המוסד המבחין ומדיניותו לאור מטרות החינוך ולאור ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית. שירתה ההבחנה את תכליתה – היא הזכות לחינוך מגזרי – באופן רלוונטי, תהיה זו הבחנה מותרת. שירתה ההבחנה את תכליתה באופן שאינו רלוונטי – קרי, באופן שמאפייניה, מטרתה, או תוצאותיה יוצרים אבחנה בלתי רלוונטית בנסיבות העניין – תהיה זו אפליה פסולה.

אמת, אין בכוחו של כל מאפיין ייחודי – יהא זה מאפיין תרבותי, דתי, מנהגי או אידיאולוגי, כדי להצדיק הפליה. על המאפיין להוות נדבך אינהרנטי בתפיסת עולמו של המוסד החינוכי המבקש להקנות את ערכי המגזר, עליו להיות רלוונטי לתכלית ההבחנה, ועליו להוות מאפיין בלעדיו נתקשה לקיים את מערכת החינוך המגזרית על-פי אמות מידתה. בית-המשפט הוא שיקבע אם בצדק הובחן מגזר פלוני – על-מנת לאפשר למגזר אלמוני לקיים חיי חירות במסגרת קהילתו – או שמא מדובר באפליה פסולה שכל תכליתה הרחקתו של השונה, וניכורו מחיי חברה תקינים.

20. באשר למוסדות החינוך המוכר שאינו רשמי, אלו זכאים, כאמור, להתוות מאפיינים תרבותיים לפיהם ינהגו תלמידי בית-הספר. על מאפיינים אלו לייצג את אמונתו ותרבותו של המגזר אשר ברוחו הוקם ופועל בית הספר, ועליהם להביא לידי ביטוי את אורח חייו ותפיסת עולמו של המגזר. ברם, מקום בו כללי בית-הספר – או כלליה של מגמה בתוך בית-הספר – מכוונים אך למנוע את כניסתה של אוכלוסיה זו או אחרת למסגרת חינוכית פלונית – עניין לנו באפליה פסולה.

21. אכן, יש הגורסים – וכך טען הבודק החיצוני, עו"ד בס – כי ישנם מאפיינים התנהגותיים, תרבותיים ועדתיים המפלים מגזר פלוני, אך מהווים חלק אינהרנטי מתפיסת עולמם הדתית של מגזרים שונים. רוצה לומר, בהתנגשותן של שתי הזכויות – הזכות לחינוך מגזרי והזכות לשוויון – ישנם מאפיינים הנדרשים לצורך שימור עולם הערכים של הזכות האחת, אך המתנגשים עם הזכות האחרת. לצורך כך עלינו לפנות לאיזון בין הזכויות המתנגשות.

בפנייתנו למלאכת האיזון החוקתי, "עניין לנו באיזון הנדרש בין פגיעה בשתי חירויות. האיזון הוא אופקי. נקבעות בו הגבלות אשר יאפשרו לכל חירות למצות את עיקריה" (בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 277 (2001)). במאמצנו לבצע את האיזון האמור, תרים אנו אחר תוצאה המביאה לכלל ביטוי את הזכויות המתנגשות – זו לצד זו. "עניין לנו כאן בשתי זכויות אדם שוות מעמד, אשר האיזון ביניהן צריך להתבטא בויתור הדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה, כדי לאפשר את קיומן של השתיים גם יחד. ההגנה של המשפט אינה ניתנת למלוא ההיקף של כל אחת מהזכויות. כל זכות סובלת הגבלות של זמן, מקום ואופן כדי לאפשר את מימושה המהותית של הזכות האחרת" (בג"ץ 2481/93 דין הנ"ל, בעמ' 480). במקרה דנן, המחוקק הכיר בקיומם של מוסדות חינוך מגזרי ואף הציב תנאים, על דרך של קבלת רישיון, לצורך הסדרתם ותקצובם. בד בבד עם הכרה בזכות זו, עיגן המחוקק את זכויותיהם של תלמידים ליחס שוויוני ולמניעת הפליה (סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד). על איזון זה נכתב בעבר כי:

"נקודת המוצא המקובלת בישראל, כמו גם במדינות דמוקרטיות נוספות, הינה כי יש ליישב את המתח האמור בדרך של כיבוד האוטונומיה של המשפחה לבחור את קו החינוך הרצוי לילדיה, אך זאת תוך הכרה בסמכות המדינה, ולעיתים אף בחובתה, להתערב באוטונומיה זו לשם הגנה על טובת הילד וזכויותיו, ולהשגת תכלית חברתית כללית ביצירת מכנה משותף של ערכי חינוך

בסיסיים, המאחדים את כל בני החברה" (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי, הנ"ל, בפסקה 55 לפסק-הדין).

22. אכן, זכותן של קהילות לקיים מסגרות חינוכיות התואמות את תפיסת עולמן הוכרה בדין, אולם, מוסדות אלו כפופים "לדרישות מינימום שהמדינה קובעת, בכפוף לכיבוד זכויות אדם וחירויות יסוד, [וזאת] כדי לממש אפשרות של כל פרט להשתתף בפועל בחיי החברה" (שם, בפסקה 56 לפסק-הדין). כך, בפרשה אחרת, הותנה מימונם של מוסדות החינוך מוכרים שאינם רשמיים באימוצה של תכנית הליכה ממלכתית, המציבה רף שוויוני בדרישות הלימוד בבתי הספר בישראל (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים הנ"ל, בעמ' 239; בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי הנ"ל, בסעיף 55 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). נקבע, כי "הזרמת כספים למוסדות אשר אינם מקיימים את התנאים שעוגנו בחוק, ואשר אינם מגשימים את מטרות החינוך הממלכתי, מהווה חריגה [מסמכות], וכן הפרה של חובת הנאמנות אשר חבה הרשות לציבור שממנו היא שואבת את כוחה" (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בעמ' 236).

23. מהו דינו של האיזון האמור באשר לאופן ניהולו של מוסד חינוכי וכללי ההתנהגות שנקבעו במסגרתו? ראשית תשובה לשאלה זו, תמצא לנו בדבריו של המשנה לנשיא א' ברק בפרשה בה נדרש בית-המשפט לסוגיית כיסוי הראש של תלמידה ממוצא ערבי. סממן תרבותי זה, חרג מקוד הלבוש האחיד שהונהג במסגרת בית-הספר התיכון היווני-קתולי "סן ג'וזף", ועל-כן נאסר. בעקבות עתירה שהגישה התלמידה לבית-משפט זה, נקבע כי:

"יש לבחון את הטעמים העומדים ביסוד הדרישה ללבוש ולהתנהגות אחידה. אכן, אילו טעמים אלה היו מבוססים על האחידות כערך עצמאי, הייתי מוכן לקבוע כי חופש הדת של העותרת גובר עליהם. [במקרה דנן], נחה דעתנו כי מאחורי דרישת האחידות בלבוש ובהתנהגות עומדים שיקולים חינוכיים הקשורים לאופיו ולמהותו של בית הספר, כבית-ספר של עדה דתית. באמצעות האחידות בלבוש ובהתנהגות נמצא המכנה המשותף, המאפשר לתלמידים כולם... לקיים מערכת חיים משותפת בבית הספר, המבוססת על פלורליזם דתי ועדתי. פגיעה בלבוש ובהתנהגות האחידה תביא לפגיעה באופיו של בית הספר ובאיכותו הייחודית, וסופה פגיעה במסגרתו הייחודית ובעמדה הדתית (המתונה) השולטת בבית הספר" (בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך פ"ד מח(5) 202 (1994)).

בפרשה אחרת, נדרש בית-משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט ב' אוקון) לתחולתו של עקרון השוויון בקבלה לבתי-ספר פרטיים – הנמנים עם מוסדות הפטור

(עת"מ (י-ם) 1320/03 אלקטלסי נ' עיריית ביתר עילית פ"מ (תשס"ג) 641, 655 (2003)). נקבע, כי "חוק איסור הפליה קובע רף ברור המחייב הפעלת אמות מידה שוויוניות ומחילן על גופים פרטיים, לרבות מוסדות חינוך... אין [משרד החינוך] יכול לתת פטור למוסדות שאינם מקיימים את דרישותיו של חוק זה" (שם, בעמ' 657). ואם כך לעניין מוסדות הפטור, ברי כי משרד החינוך אינו רשאי לקבל אפליה במוסד חינוכי הנהנה מתקציב המדינה.

אף משרד החינוך, בהודעתו המשלימה, אפיין את הגבול המפריד בין הרלוונטי לבין המפלה, במקרה של מגמות לימוד נפרדות:

"מגמה נפרדת אין משמעותה הפרדה מוחלטת בכל תחומי הלימוד ובכל שעות הלימוד בין התלמידות הלומדות בה לבין יתר התלמידות במוסד; עליה להתייחס רק לאותן שעות לימוד בשבוע בהן מועברים החומרים הייחודיים או התכנים הספציפיים של אותה מגמה נבדלת, ולא לכלל השעות האחרות של הלימודים בבית הספר, ואף לא להפסקות, לתלבושת האחידה, לסגל, להנהלה ולשאר המאפיינים המפרידים שנקטו בעניין זה" (עמ' 5 להודעה המשלימה מיום ז' בתמוז התשס"ח (10.7.2008)).

24. מכל האמור עולה, כי מוסד חינוכי רשאי לקיים מגמה ייחודית במסגרתה יילמדו אורחות הדת ותפיסת העולם של קהילה פלונית. כך גם רשאי המוסד לקבוע כללי התנהגות רלוונטיים לתלמידי מגמה, לצורך הטמעת תכני הלימוד הנלמדים במסגרתה. ברם, על המוסד לאפשר לכל תלמיד העומד בתנאי הסף הרלוונטיים, והמבקש לאמץ את אורח החיים הנלווה לכך, ללמוד במגמה בה הוא חפץ. ומעל לכל, ברי, כי אין בשיוכו העדתי של תלמיד כדי להוות תנאי רלוונטי לקבלתו למגמה פלונית, ואין ביצירת הפרדה בתוך מוסד לימודי אחד – באמצעות הפרדתם של תלמידים לאורך כל שעות הלימודים, הנהגת תלבושת אחידה שונה, הפרדת חדר המורים, וגביית כספים עודפת – משום אמצעי רלוונטי לתכלית לימודיהם של תלמידים. מוסד החינוך רשאי להבחין בין תלמידי המגמות אך לצורך לימודים של תכנים מיוחדים לאותן המגמות בלבד, ועל שגרת הלימודים וכללי בית-הספר להיות משותפים לכלל הלומדים במוסד לאורך כל שעות הלימודים.

אוסף ואדגיש, כי מדיניות של "הפרדה שוויונית" לא תוכל לחפות על אפליה פסולה במקום בו היא מתקיימת, כפי שעמד על כך בית-משפט זה בפרשה אחרת:

“מדיניות של ‘נפרד אבל שווה’ (‘separate but equal’) הינה מעצם טבעה בלתי שווה (‘inherently unequal’). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית” (בג”ץ 6698/95 קעדאן הנ”ל, בעמ’ 279).

25. באשר למשרד החינוך, סמכות הפיקוח על האיזון שהובא לעיל מונחת לפתחו. עליו להגן על הזכויות העומדות לאיזון ולנהוג ביד קשה עם מפרייו. אכן, סמכותו של משרד החינוך לביטול רישיונו של בית-ספר הינה סמכות שברשות (סעיף 15 לחוק הפיקוח), ברם, כלל ידוע הוא כי על הרשות להפעיל את סמכותה באופן סביר, ובית-משפט זה קבע בעבר כי “סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין” (בג”ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מז(5) 404, 421 (1993) וההפניות שם). אין להשלים עם תהליך הדרגתי של ריפוי הפגם, ועל משרד החינוך לנקוט באמצעים אפקטיביים וחד-משמעיים למיגור האפליה והחזרתו של המוסד לתלם האיזון החוקתי.

מן הכלל אל הפרט

26. נקל לקבוע כי במקרה שבפנינו תכליתן של ההוראות – אשר חלקן מצאו את מקומן בנוסחו של התקנון הנפרד למגמה החסידית, וחלקן יושם הלכה למעשה ללא תקנות רשמיות – כפי שהעיד דוח הבדיקה של עו”ד בס, הייתה אחת ויחידה: הפרדתן של בנות המגזר החסידי מעמיתותיהן הספרדיות. קביעה זו מבוססת בראשיתה על מבחן התוצאה המראה כי הלכה למעשה הופעלו שני אגפים במסגרת בית-הספר. אגפים אלה – אשר נודעו תחילה כשני בתי-ספר נפרדים ממש ולאחר מכן כשתי מגמות – אופיינו בפילוח אוכלוסיה שאינו מקרי, ומצביע כאלף עדים על כוונתם המפלה של יוזמי ההפרדה. זהו בפער אשר “[עליו] ייאמר כי הדבר מדבר בעדו” (המישנה לנשיא מ’ חשין בבג”ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ השר לענייני דתות, פ”ד נב(5) 167, 178 (1998)).

לאפליה זו ביטוי מובהק אף בתקנון שהובא לאישורה של מנכ”לית משרד החינוך, ואשר קומץ מסעיפיו הובאו לעיל. עיון בסעיפי התקנון מגלה כי לא “במגמה שתכליתה לימוד אורחות החיים החסידיים” עסקינן, כי אם בניסיון להפריד בין פלחי אוכלוסיה, על-בסיס עדתי, וזאת באצטלה של שוני תרבותי. העדפתן של תלמידות

מעדה פלונית בקבלה למגמה החסידית, תוך הערמת קשיים בירוקרטים על הורי תלמידות מעדה אלמונית המבקשים לרשום את בנותיהם למגמה, פוגעת קשות בזכות לשוויון. כך היא גם דרישתו של בית הספר בפני הורי התלמידות כי ינהגו לפי אורחות הדת בהם נוהג המוסד, ובבקשה – שטוב שהושמטה מהוראות התקנון – כי לשון התפילה תהיה בהכרה אשכנזית בלבד. ככל אלו אין אלא לשרת תכלית פסולה, והיא סגירת דלתות המגמה החסידית בפני תלמידות בנות העדה הספרדית אך משום מוצאן.

מאפייני האפליה במקרה דנן באים לידי ביטוי גם באווירה שדבקה בפרשה זו מראשיתה, ואשר ניכרת בהתנהלותם של המשיבים. רוצה לומר, עיקרי האפליה במקרה בו עסקינן הובאו לעיל, אך ביטויה ניכר גם בכך שבפעולותיהם, עשו מרכז החינוך העצמאי ובית-הספר כל שביכולתם כדי לעמוד בדרישותיו של משרד החינוך ברמה הממסדית, ובד בבד לא הביאו את פתרונותיהם לכלל יישום מהותי. הלכה למעשה, להתחייבויותיהם נודעה השלכה מועטה בלבד על אורחות החיים בבית הספר, ועל כך נכתב כי: "יש לזכור שתמיד, והיום אולי יותר מבעבר, מתחפרת האפליה ויורדת למחתרת, אך על ידי שימוש בתואנות כשרות משיגה את יעדיה. הנטייה הרעה אינה נאמרת תמיד במפורש" (עת"מ (י-ם) 1320/03 אלקסלטי הנ"ל, בעמ' 652).

27. באשר למשרד החינוך, נוכח סמכותו ואחריותו של זה בפיקוח על בית הספר, ונוכח הפגיעה המתמשכת מצדו של בית הספר בזכות לשוויון – ברי כי היה על המשרד לנקוט בכל האמצעים העומדים לרשותו לצורך מיגור האפליה והשבת מדיניותו של בית הספר למסגרת האיזון החוקתי. משנמנעו מרכז החינוך העצמאי ובית הספר לעמוד בהוראותיו של משרד החינוך, היה על זה האחרון להפעיל את סמכויותיו ולבטל את רישיונו של בית-הספר תוך מניעת תקצובו, וכבר ציינתי בעבר כי "אין להעלים עין ממצב מתמשך של חריגה מסמכות, ואין להתיר לרשות המינהלית לנקוט מדיניות של סחבת בתיקון המעוות" (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים הנ"ל, בעמ' 238).

28. אמת, המקרה בו עסקינן משקף מציאות קשה באשר למידת הקפדתו של זרם החינוך המוכר שאינו רשמי לקיים את זכויותיהם לשוויון של הפרטים הלומדים במוסדותיו. אין לי אלא להצר על כך שמגזרים שונים מסתייעים בזכותם לחינוך מגזרי לצורך העמקת האפליה בחברה הישראלית. נוכח גלגוליה הרבים של פרשה זו, ותחושותיהם הקשות של כל הנוגעים אליה, אין לי אלא לקוות כי בסיומה ישובו תושבי היישוב לקיים אורח חיים בצוותא, בו יפקידו את ילדותיהם בידי של מוסד חינוכי ראוי, אשר יחנך, בין היתר, לסובלנות בין אדם לחברו.

הטעם

29. בית-הספר "בית-יעקב" ומרכז החינוך העצמאי פגעו, אפוא, בזכותן של התלמידות הספרדיות לשוויון, ובכך חרגו מהאיזון החוקתי שבין הזכויות הנוגעות בדבר. משרד החינוך חרג מסמכותו שעה שנמנע מלהפעיל את האמצעים העומדים לרשותו לצורך מניעת האפליה האמורה.

אי-לכך, אציע לחבריי כי נעשה את הצו על-תנאי מוחלט, ונורה למרכז החינוך העצמאי להסיר כל סממן, פורמאלי ומהותי כאחד, של תופעת האפליה אשר רווחה בבית הספר. עוד נורה למשרד החינוך, כי ככל שימצא כי מרכז החינוך העצמאי אינו מקיים הוראה זו, עליו לנקוט את כל האמצעים החוקיים לתיקון המצב, לרבות שלילת רישיונו של בית הספר ועצירת תקצובו.

לבסוף, אני מציע לחייב את המשיבים לשאת בהוצאות שכר טרחתם של באי-כוח העותרים - משיב 1 בסכום של 15,000 ש"ח, ומשיב 3 בסכום של 60,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי, השופט א.א. לוי, ומצטרפת להנמקותיו.

עניינה של העתירה במעשה הפליה במסגרת בית ספר שנעשה בדרך של יצירת שני אגפים נפרדים שפילחו לשניים את אוכלוסיית הבנות מהמגזר האשכנזי מול חברותיהן מהמגזר הספרדי. על מנת ליתן גושפנקא להפרדה הוכן תקנון לאישור מנכ"לית משרד החינוך והוראות נוספות שיושמו ללא תקנות רשמיות. העותרים דיברו על רגשי נידוי והשפלה של בנותיהם הספרדיות והוריהן בכך שהופרדו בנות העדה האשכנזית מהן.

בליבת העניין שבפנינו איסור הפליה שהוא צידו השני של מטבע השוויון. כפי שנאמר לא אחת בפסיקתנו, וגם על-ידי חברי כאן, עקרון השוויון ואיסור ההפליה הינם

עקרונות יסוד במשפטנו בכלל ובשדה החינוך בפרט. יחס שונה אל שווים, הפליה והפרדה משמעותן מנהג שרירותי של איפה ואיפה שאין לו הצדקה. ההפרדה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני אדם. תחושת ההפליה מביאה להרס מרקם היחסים בין אדם לחברו (ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996)).

חשוב להדגיש כי זכותה של קהילה לחינוך מגזרי על בסיס שונות דתית אינה משחררת אותה מחובת השוויון (וראו סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000). על אף שככלל רשאי מגזר מסוים להציב דרישות בנושאים דתיים על מנת להגשים תכליות שעניינן בחינוך דתי ברמה שבה הוא דוגל, אין לטעות בין דרישות אלה לבין דרישות שבסיסן עדתית, וללכת שולל אחר הכסות הדתית-אידיאולוגית שמנסים להלביש להן.

במקרה שבפנינו הדרישה המקורית להברה אשכנזית בתפילת התלמידות, דרישה שהוסרה בסופו של דבר, יוצרת קושי בחיובה של ילדה להתפלל בהברה שונה מזו הנוהגת בביתה או בבית הכנסת שאליו משתייכת משפחתה. אופייה של דרישה זו חושף באופן בוטה את הכוונה האמיתית העומדת בבסיס ההפרדה בין המגמות ובבסיס התקנון שגובש. אך גם מעבר לסעיף זה קשה לקבל את הדרישה לסמכות רוחנית אשכנזית שתחול על כל אורחות חייהם של התלמידות והוריהן ללא כל סייג וללא כל התחשבות בעדה שממנה באה התלמידה. ודוק: האם יתכן לדרוש מהורי תלמידה מן העדה הספרדית לנהוג על-פי הלכה אשכנזית כאשר יתכנו מקרים בהם הרבנים הספרדים, אפילו המחמירים שבהם, פסקו אחרת? אמנם בית הספר הוא מגזרי אך ניתן לצפות לרמת סובלנות מינימאלית לאחר, ובמקרה זה לבת העדה האחרת, כאשר אין בכך לפגוע באופן מהותי ברמה הדתית שדורש בית הספר. לפיכך, גם דרישה רחבה ובלתי מסויגת זו באמצעות התקנון מלמדת לטעמי על הרצון האמיתי העומד מאחוריה להפריד בין העדות ולא בין רמות דתיות שונות. אעיר בשולי הדברים כי סוגיית הלגיטימיות של דרישות שונות של בתי ספר מהורי התלמידים (להבדיל מהתלמידים עצמם) הינה סבוכה וראויה לדיון מעמיק שלא כאן המקום לו.

משרד החינוך הוא שמופקד על בית הספר ועל דרכי התנהלותו, ועליו בראש ובראשונה להבטיח קיום מדיניות שוויונית ולדאוג ולפקח על יישומה. על משרד החינוך לעשות, אם כן, שימוש בכל האמצעים העומדים לרשותו, ולעשות ללא מורא למיגור התופעה.

לפיכך, כאמור, מצטרפת אני לפסק דינו של חברי ולתוצאתו.

שׁוֹפֵט

השופט ח' מלצר:

1. אני מסכים לפסק דינו של ראש ההרכב, חברי השופט א' א' לוי וכן להערותיה של חברתי, השופטת ע' ארבל. עם זאת בשים לב לחשיבות העניין – הנני מבקש להוסיף דברים אחדים ולהציג מספר הדגשים.

2. חברי עמדו על כך שההפליה שהופגנה כאן כלפי התלמידות שמוצאן ספרדי (אשר שולבו ברובן במגמה "הכללית") ביחס לתלמידות שמוצאן אשכנזי (אשר שולבו במגמה "החסידית") וההפרדה שהונהגה בפועל בבית הספר – פוגעות בזכות לחינוך ובזכות לשוויון של המופלות לרעה.

הזכות לחינוך יש לה בסיס חוקתי, שניתן להסיקו מתפיסות היסוד של השיטה המשפטית שלנו, ואולם עיגונה כזכות קונסטיטוציונית על-חוקית איננו ברור (עיינו: בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, פסק דינו של השופט ת' אור (1996); השופטים צ' טל וד' דורנר השאירו השאלה בצריך עיון). עם זאת יש מי שגורס כי ניתן לגזור את הזכות לחינוך מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואולם אף אלה הסבורים כך אוחזים בדעה שההכרה בה כזכות חוקתית על-חוקית איננה ישירה (עיינו: יורם רבין הזכות לחינוך 376-387 (2002) (להלן: רבין, הזכות לחינוך); י' מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך ב' 45, 87 (תש"ס)).

הזכות לשוויון הוכרה, כידוע, מאז בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006, פסק דינו של הנשיא א' ברק) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון) ככלולה בזכות לכבוד האדם עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו: פסקה 33 בפרשת התנועה לאיכות השלטון).

לי נראה שהמקרה שלפנינו נופל במסגרת זו ואולם ניתן גם לומר שבצד הפגיעה בזכות לחינוך ובזכות לשוויון ככאלה יש כאן גריעה בלתי אמצעית מזכות חוקתית מפורשת, המעוגנת במישרין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הזכות לכבוד. אדון בכך מיד בסמוך.

3. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המושתת, בין היתר, על ההכרה בערך האדם ובהיותו בן חורין, מגן, בין שאר דברים, על כבודו של אדם באשר הוא אדם. בגדר האמור, השפלה היא פגיעה בוטה בכבוד. ואמנם, השופטת ד' דורנר ב-בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4), 94, 132-133 (1995) (להלן: עניין מילר) קבעה כך:

"לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק-היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק-היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות" (שם, 132)

בענייננו ההשפלה נובעת מכך שהסיווג למגמות-לימוד נעשה למעשה על רקע מוצא עדתי (וזאת בהתבסס על הנמקה-כאילו-דתית, שאותה נשלול בהמשך). השופטת דורנר הוסיפה והסבירה בעניין מילר בהקשר זה כדלקמן:

"ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה" (שם, 132)... שהרי היא (תוספת שלי – ח"מ) "משדרת מסר כי הקבוצה שעזימה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית, או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. היסוד המרכזי, על-כן, בהפליה מחמת מין, גזע, או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן" (שם, 133).

בהערת-אגב נוסיף כי תפיסה דומה (ומרחיקת-לכת עוד יותר) מבטאת ד"ר אורית קמיר בנתחה את היחס בין ערך השוויון לבין ערך הכבוד (ראו: אורית קמיר כבוד אדם וחווה – פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 54 (2007) (להלן: קמיר)). לגישת ד"ר קמיר, בעוד שתפיסת השוויון האריסטוטלית ("שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם" – ראו: עניין מילר, בעמ' 133) מניחה את המבנה החברתי הקיים, מקבלת אותו ומשווה בין זכויות של פרטים במסגרתו, בלא להכיר בהפליה הבסיסית המאפיינת אותו, השקפת העולם של שוויון כבוד האדם קובעת

כי כל בני האדם שותפים שווים, מעצם הגדרתם, בערך המוחלט, שממנו נגזרות זכויותיהם הבסיסיות (ראו: קמיר, בעמ' 55). ד"ר קמיר גם מבחינה בין "כבוד האדם הסגולי" לבין "כבוד המחיה של האדם". "כבוד האדם הסגולי" (Human Dignity) הוא תמצית מהותו האנושית של האדם וזו מכילה את: "הקיום הפיזי, ההכרתי והרגשי בביטחון וברוחה בסיסיים ואת האוטונומיה להגדרה עצמית ולהתפתחות" (שם, בעמ' 52). כנגד זאת "כבוד המחיה" "מייחס ערך לפוטנציאל המימוש האנושי העצמי הייחודי לכל פרט על פי הגדרתו החופשית. הוא אינו מתייחס ליסוד האנושי הבסיסי המשותף לכל בני האדם, אלא דווקא למכלול המורכב המאפיין כל פרט אנושי ככזה. כבוד המחיה הוא המימד הערכי של התחום האנושי, אשר מכיל את תכונותיו של כל פרט, סגולותיו, כשריו, יכולותיו, נטיותיו ושאיפותיו" (שם, בעמ' 53; ההדגשה שלי – ח"מ). בהתאם להבחנה זו סבורה ד"ר קמיר כי ראוי להגדיר הפליה של קבוצות במושגים של שוויון כבוד האדם – כבוד האדם הסגולי וכבוד המחיה – ולהיאבק על זכויותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצות מופלות בשם שוויון זה (שם, בעמ' 57). מגישה זו ניתן אולי להסיק לגבי הנסיבות שלפנינו כי אף אם לא יאמר כי התרחשה פה פגיעה ב"כבודן הסגולי" של התלמידות, כמשתמע מטיעוני המשיבה 3 (וספק הדבר בעיני), הרי שבכל מקרה מתקיימת כאן למצער פגיעה "בכבוד המחיה" שלהן.

4. עמדתה של השופטת דורנר, שהובאה לעיל, הסתמכה בעניין מילר, בין היתר, על האמור בפסק הדין המפורסם של בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S 483 (1954) (להלן: פרשת Brown), שעלו בו סוגיות המזכירות במידת-מה את השאלות הניצבות בפנינו. בפסק הדין הנ"ל נדחתה הדוקטרינה, שהיתה מקובלת עד אז במשפט האמריקאי, בדבר מתן חינוך "נפרד אך שווה" ("Separate but Equal").

לעניין השפעת החינוך הנפרד כתב שם נשיא בית המשפט העליון של ארצות הברית, Earl Warren, על דעת בית המשפט כולו:

"We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does... Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to

their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone”
(שם, בעמ' 691)

נוכח האמור החליט בית המשפט העליון של ארצות הברית – פה אחד –

כדלקמן:

“We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal”.

(שם, בעמ' 692, ובתרגום עברי, כפי שהוא מובא באוצר הציטטות 341 (איתן בן נתן עורך, 2009) בערך חינוך: “אנו קובעים, כי בתחום החינוך הציבורי התיאוריה נפרד אך שווה – אין לה מקום. מתקני חינוך נפרדים הם במהותם לא שוויוניים”).

לעובדות ולהלכה האמריקאית הנ”ל (שהתבססה על הזכות לשוויון, המעוגנת בתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, זאת בהנמקה של נחיתות והשפלה, הדומה יותר לערך של ההגנה על הכבוד אצלנו במשמעות שהוצגה לעיל) יש כאמור קירבה מסוימת למכלול שבפנינו בנושא הפרדה, שכן אף בתשובה לעתירה נרמז שניתן לקיים, כביכול, שוויון על אף הפרדה בין המגמות וכי לא מדובר פה בהפליה עדתית.

פרשת Brown, למרות חשיבותה האדירה בארצות הברית והמהפכה שהיא חוללה שם, אשר הביאה בארצות הברית לבלימת ההפליה הגזעית בחינוך (ראו: א' גוטפלד “פסיקת בראון נ' מועצת החינוך של טופיקה ומקומה בהיסטוריה האמריקאית משפט והיסטוריה 231 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ”ט)) – לא היוותה 9-10 סוק בנושא. היא עוררה שלל סוגיות חדשות ונוספות הן באשר לדרכי יישומה, הן באשר לזכותן של קהילות-מיעוטים לשמר את ייחודיותן בסביבה רב-תרבותית (עיינו בספר המרתק: Jack M. WHAT BROWN v. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID (2004); Balkin ed., 2001); Symposium: Brown at Fifty, 117 HARV. L. REV (2004) ; דן גבתון “בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופי-גן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית-המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל” עיוני משפט כח(2) 473 (2004)). הד עמום לחלק מקושיות אלו מצאנו אף בתיק שלפנינו ונתייחס אליהן בפיסקה 6 שלהלן. אולם טרם שאנו באים לכך נבהיר מהי הנפקא מינה לעובדה שמדובר פה, לשיטתנו, בפגיעה בלתי אמצעית בזכות יסוד חוקתית (בזכות לכבוד), המעוגנת כאמור במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5. הנפקא מינה היא שהעיגון בחוק היסוד משליך מחד גיסא על הגדרתה של הזכות והיקפה (שבהיותה חוקתית – פרשנותה רחבה ויש גורסים שאין "לאזנה" אופקית אלא מול זכות חוקתית אחרת שוות-ערך ומעמד) ומאידך גיסא על התנאים שבהם מותר – אם בכלל – לפגוע בה מכוח "פיסקת ההגבלה" (עיינו: עניין מילר, בעמ' 133; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.8.2008)). פה לא רק שאין בנמצא חוק כאמור (או הסמכה מפורשת בו), המאפשרים פגיעה בזכות, שזהו התנאי הראשון – בלעדיו אין – להפעלת "פיסקת ההגבלה" במשמעות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא שקיימים מספר חוקים, המבססים את הזכות ושוללים ב"רחל בתך הקטנה" הפליה עדתית מהסוג שנדון בעתירה. נפרט חוקים אלו ואת הוראותיהם הרלבנטיות להלן:

(א) חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 (להלן: חוק זכויות התלמיד)

בחוק זכויות התלמיד, בסעיף 5 שבו, נאמר כך:

"(א) רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו, בכל אחד מאלה:

- (1) רישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך;
 - (2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך;
 - (3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך;
 - (4) זכויות וחובות תלמידים לרבות כללי המשמעת והפעלתם".
- (ההדגשות שלי – ח"מ).

"מוסד חינוך" ו"מוסד חינוך מוכר" משמעם בחוק זכויות התלמיד כהגדרתם ב-חוק לימוד חובה, התש"ט-1949. אם פונים לשם נוכחים לדעת, מכוח ההגדרות שבסעיף 1 לחוק האמור, כי "מוסד חינוך מוכר" משמעו גם: "כל מוסד חינוך אחר שהשר הכריז עליו, באכרזה שפורסמה ברשומות, שהוא מוסד חינוך מוכר לצורך חוק זה" (להלן: מוסד חינוך מוכר שאיננו רשמי). בעתירה שלפנינו לא היתה מחלוקת שבית הספר לבנות "בית יעקב" בעמנואל הוא מוסד חינוך מוכר שאיננו רשמי.

סעיף 16(א) לחוק זכויות התלמיד קובע עוד כי "הוראות חוק זה יחולו על כל מוסד חינוך רשמי". בסעיף 16(ב) לחוק האמור נאמר: "על מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי יחולו הוראות חוק זה, למעט סעיפים 6, 7 ו-13, ואולם רשאי השר, באישור הועדה ובהתחשב באופי המוסד, להחיל עליו בצו את הוראות הסעיפים האמורים, כולן

או חלקן". העולה מן האמור לעיל הוא כי סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד הנ"ל חל על בית הספר היסודי לבנות "בית יעקב", נשוא העתירה שלפנינו.

מעיון בפרוטוקולים של הדיונים שנערכו בוועדת החינוך, התרבות והספורט של הכנסת במהלך הכנת הצעת החוק (שהוגשה על ידי חה"כ סילבן שלום) – לקראת הקריאה השניה והשלישית – ניתן ללמוד על הרקע שעמד בבסיס סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד הנ"ל.

כך, למשל, נאמר על ידי יושב ראש הוועדה, חה"כ זבולון אורלב, בהתייחס לסוגיית הייחודיות של מוסדות החינוך השונים:

"אנחנו לא באים לבטל את הזרמים ואת הייחודיות. אנחנו רוצים רק שבתוך כל מסגרת לא תהיה הפליה. חה"כ סילבן שלום לא התכוון בחוק הזה לבטל את המעמד שיש לכל זרם שהוא בחינוך. אני רוצה שבתוך כל זרם לא תהיה הפליה".
 (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 2 של ועדת המשנה של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-15, 24.5.2000); (ההדגשה שלי – ח"מ).

בישיבה אחרת הסביר את ההוראה חה"כ סילבן שלום כדלקמן:

"... הכוונה שלי הייתה לעידן (השגיאה במקור – ח"מ) שמתורגם כאן מטעמים עדתיים. בדרך כלל האפליה הדתית היא עדתית, היא בתוך הזרם הדתי, אבל מטעמים עדתיים..."
 (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 113 של ועדת החינוך והתרבות, הכנסת ה-15, 6.6.2000); (ההדגשה שלי – ח"מ)

בסיכום שנשא חה"כ סילבן שלום בכנסת לאחר שהחוק עבר קריאה שלישית,

הוא התבטא כך:

"איסור אפליה: מהיום לא ניתן להפלות בקבלה בין תלמיד לתלמיד, מטעמים עדתיים, או מטעמים של רקע חברתי, או כלכלי. כן תיאסר מניעת קבלת תלמיד על רקע השקפה פוליטית של הוריו או של הילד עצמו. אומנם יש אפשרות להפלות במצבים אחרים, אבל הם מצבים נכונים. למשל, כאשר ילד או ילדה ירצו ללמוד בבית ספר שהוא חד מיני. אם זהו אופי בית הספר, כך צריך להיות. אם יש מצב שבו ילד שאינו מקיים תורה ומצוות ירצה ללמוד מחר בבית ספר חרדי, הדבר לא יתאפשר לו. אם ירצה ילד יהודי או ערבי ללמוד בבית ספר יהודי או ערבי דתי, בית ספר יהודי כזה או בית ספר מוסלמי

כזה - לא יוכל התלמיד לבוא ולומר שהאיסור הוא אפליה".
(ראו: ד"כ התשס"א 1271, 1274; ההדגשה שלי – ח"מ)

עינינו הרואות, סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד נועד, בין השאר, למנוע מצבים שבהם מונהגת הפליה על רקע עדתי, כגון זו שאירעה כאן בבית הספר "בית יעקב" שבעמנואל. לנו לפיכך לא נותר אלא ליתן תוקף לתכלית הראויה שבבסיס הוראת סעיף 5 הנ"ל.

(ב) חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים).

בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים מוגדר "שירות ציבורי" כך:

"שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבור"
(ההדגשה שלי – ח"מ)

סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים מורה כדלקמן:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר, או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת, או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות".
(ההדגשות שלי – ח"מ).

ליישום ההוראות הנ"ל עיינו: עת"מ (מחוזי י-ם) 1320/03 אלקסלטי נ' עיריית ביתר עלית (לא פורסם, 21.6.2004).

העולה מן המקובץ עד הנה מלמד כי הזכות החוקתית להגנת הכבוד, שנפגעה כאן במישרין עקב ההשפלה הכרוכה בהפליה העדתית שהופגנה פה כלפי התלמידות ממוצא מזרחי – איננה יכולה להירפא אלא על דרך של ביטול ההפליה. בהקשר זה יש להדגיש שהחוקים הרלבנטיים אינם מאפשרים כאמור כל פגיעה מסוג זה (אלא ההפך – דווקא שוללים אותה). זאת ועוד – אחרת. גם שאר תנאי פיסקת ההגבלה (שלא ראינו לפרטם במסגרת זו) – אף הם לא מתקיימים במכלול.

6. כיצד מנסה איפוא המשיבה 3 להצדיק את התנהלותה? היא גורסת כי ההפרדה היתה על רקע דתי ולא עדתי (ראו: פסקה 15 לכתב התשובה מטעמה). בכך היא מנסה להיבנות מהחריג של "חופש דת", המתפרס לשיטתה על התנהלות מעין זו, או מהחריג המאפשר לקהילת מיעוט תרבותי לקיים לעצמה אוטונומיה חינוכית. בארצות הברית טענה מעין זו התקבלה בעבר – לגבי כת האימיש – בהתבסס על הזכות לחופש דת, ואולם שם הדבר מעוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית. ראו: *Wisconsin v. Yoder* (1972) 406 U.S. 205 (להלן: פרשת *Yoder*). פה המקום להזכיר כי על פסק דין זה נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. עיינו: *WILL KYMLICA, CITIZENSHIP, COMMUNITY AND CULTURE* (1989); וויל קימליקה ורפאל כהן-אלמגור "מיעוטים עדתיים-תרבותיים בדמוקרטיה ליברליות" סוגיות יסוד בדמוקרטיה ישראלית 187 (1999); רבין, הזכות לחינוך, בעמ' 159, 231-235, המפנה גם לפסק דין קודם של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Prince v. Massachusetts* 321 U.S. 158 (1944) (שאובחן בפרשת *Yoder*).

יתר על כן נראה שההיתלות ב"נימוק דתי" להפרדה בפועל איננו אל "הסוואה" להפליה, והרי אף "הפליה סמויה" היא בגדר הפליה שאסור לקבלה (עיינו: דברי השופט י' טידקל ב-בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 115, 121-122 (1984); דעת הרוב מפי השופט מ' חשין ב-בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 259-260 (1999)).

זאת ועוד – אצלנו הזכות לחופש דת טרם זכתה למעמד של זכות חוקתית על חוקית, אם כי פרופ' א' ברק בספרו: פרשנות במשפט – כרך ג': פרשנות חוקתית (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית) הביע בשעתו את הדעה כי אף זכות זו היא נגזרת של "כבוד האדם" ושל פיסקת המטרה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, עמ' 430; ראו גם דבריו ב-בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286 (1993) וב-בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, 203 (1994) (להלן: עניין ג'בארין), שם הניסוחים מתונים מעט יותר. עיינו גם בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ב-בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, 4.3.2004). לדעה שונה – ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח 257, 325-326 (1997) (להלן: סומר)).

לשיטת אחדים אין לעשות איזון אופקי של זכות כזו, ככל שאיננה על-חוקית (אם זה אכן מעמדה), אל מול הזכות החוקתית של ההגנה על הכבוד, שכן האחרונה גבוהה מהראשונה בהיררכיה הקונסטיטוציונית (לדעות שונות בעניין זה, שאף אני

רואה להשאירו, בשלב זה, בצריך עיון – ראו: בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 473-478 (1994) – פסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו דאז) א' ברק, וכן דעתו הנפרדת של השופט ש' לרין, שם בעמ' 486; ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 215-249; אהרון ברק "חופש המידע ובית המשפט" שנתון הקריה האקדמית ג': ספר זיכרון לחיים ה' כהן 95, 100-101 (2003); סומד, בעמ' 334-337; ראם שגב (בהנחיית מרדכי קרמניצר) שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 129-213 (2008)).

תהיה הדעה אשר תהיה בקושיה הקודמת שהצגנו – הכתיבה המודרנית בתחום זה גורסת כי יש להכפיף פרקטיקות תרבותיות לאמת מידה של כבוד במונח של Dignity. ראו: Meir Dan Cohen, *Defending Dignity in HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF AND MORALITY* 150 (2002). לגישות שונות ונוספות במכלול זה – עיינו: גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז(1) 23 (2003); רחל גורדון "שבת בבוקר יום יפה" – מאבקן של נשים בקהילה האורתודוקסית לשותפות בבית הכנסת ובריטואלים הדתיים" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 143 (דפנה ברק-ארז עורכת ראשית, 2007); Raphael Cohen-Almagor and Marco Zamboti, *Liberalism, Tolerance and Multiculturalism: The Bounds of Liberal Interventions in Affairs of Minority Cultures*, in *ETHICAL LIBERALISM IN CONTEMPORARY SOCIETIES* 79-98 (2009).

המחקר הישראלי העדכני והמקיף ביותר בתחום האמור נעשה על ידי פרופ' מנחם מאוטנר בספרו החדש משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008). שם, (בעמ' 385-423) הוא מציע שני מודלים חדשניים לפתרון שאלת ההתחשבות המותרת בפרקטיקות מיעוט תרבותיות: מודל אחד שיש בו הפעלה של דיני זכויות אדם ומודל שני שיש בו הפעלה של המושג "אדם". בשני המודלים יש לאלמנט הכבוד, כפי שפרופ' מאוטנר מפרש אותו – מקום מרכזי. וכך הוא מסביר את אמת המידה הראויה להתחשבות:

"מכיוון שהפעלנו את החובה לנהוג כבוד בבני אדם כהצדקה לאי-התערבות בתרבויותיהם, כי אז עלינו לומר שאם נאתר קבוצה שתרבותה אינה מבוססת על יחס של כבוד לבני אדם, יפקע תוקפו של טיעון הקבוצה להצדקת אי-התערבות בתרבותה, ויפתח הפתח להתערבות בפרקטיקות התרבותיות שלה, כדי להשיב את הכבוד לבני האדם החיים בה. שהרי, תהא זו סתירה פנימית אם נתיר לקבוצה לחסום התערבות בפרקטיקות שלה בשם הצורך לנהוג כבוד בבני האדם, בעוד שהפרקטיקות הן עצמן, מבוססות על חוסר כבוד לבני אדם".

(שם, 411-412)

תוצאה זו, של איון ההפליה העדתית (גם זו המוסווית) בגין הפגיעה בכבוד של התלמידות הלומדות במסגרת התרבותית הייחודית אליה משתייך בית הספר לבנות "בית יעקב" בעמנואל מתבקשת במקרה שלפנינו מהמודלים הנ"ל ואף מהוראות סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד. סעיף זה עושה כאמור את ההבחנה הראויה וקובע שאין להפלות תלמיד מטעמים עדתיים בכל אחד מהמקרים הכרוכים בלימוד המנויים שם. מאידך גיסא, ברור שניתן לקיים במוסדות חינוכיים – מהסוג הנדון בעתירה – תפילות ופולחנים דתיים נפרדים, בהתאם למנהגי ונוסחי העדות השונות (ראו לעניין זה: הרב עובדיה יוסף, יחווה דעה (חלק ד', סימן ד', חלק ה', סימן ו'), יביע אומר (חלק ב', אורח חיים, סימן ו'); עיינו: הרב בנימין לאו ממרן עד מרן 202-219 (2005). בנקודה זו ראוי לציין שעוד במאה ה-18 התלבטו בסוגיה קרובה – דוקו והשוו: שו"ת חכם צבי, סימן ל"ג (תע"ב). כאשר ללבוש התלמידות – נראית לי עמדת היחיד של המשנה לנשיא, השופט א' ברק (כתוארו אז) בעניין ג'בארין ואולם לאור הדיון הנרחב שמתקיים לאחרונה בפסיקה העולמית ובמשפט המשווה בסוגיה זו דומה עלי שאין צורך לקבוע בשלב זה מסמרות בנושא.

עד כאן הדיון החוקתי הרלבנטי. עתה נפנה להיבטים של המשפט המינהלי.

7. כאשר אנו מגיעים למשפט המינהלי ניצבת בהקשר שלנו – בהינתן שאיסור ההפליה הופר – שאלה כפולה:

- (א) גורל הרישיון שניתן לבית הספר.
- (ב) המשך המימון שניתן לבית הספר מטעם המדינה.

נדון בקצרה בסוגיות אלו ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

גורל הרישיון שניתן לבית הספר

8. חוק הפיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הפיקוח) אוסר על פתיחתו ועל קיומו של בית ספר ללא רישיון. כן מסדיר חוק הפיקוח את התנאים להענקת רישיון. בענייננו ניתן למצוא בחוק הפיקוח מספר הוראות המאפשרות למנכ"ל משרד החינוך להפעיל שיקול דעת ביחס לגורל רישיונו של בית הספר לבנות "בית יעקב" בעמנואל, שהוא בית ספר שחוק הפיקוח חל עליו, שכן לומדות או מתחנכות בו באופן שיטתי יותר מ-10 תלמידות ושבו ניתן חינוך יסודי (ראו סעיף 12(א) לחוק).

סעיף 32(א1) לחוק הפיקוח קובע כי אם מנכ"ל משרד החינוך נוכח לדעת כי איסור האפליה הקבוע בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד הופר – הוא רשאי לצוות בכתב על סגירת בית הספר, לאחר שדרש מבעל הרישיון בכתב לתקן את הדבר תוך מועד סביר ולאחר שהזהירו כי אי מילוי דרישה זו יגרור הוצאת צו לסגירת בית הספר. כאן לשון ה"רשאי" הפכה לחובה, כפי שהוסבר הדבר (בהקשר אחר) על ידי ראש ההרכב, חברי השופט א' א' לוי, אלא אם כן בית הספר יתחייב במפורש לעמוד בהוראות סעיף 5 הנ"ל ויעמוד בהתחייבות זו הלכה למעשה.

סעיף 30 לחוק הפיקוח מאפשר למנהל הכללי של משרד החינוך, או למי שהוא מינה לכך וכן לרשות הבריאות, להיכנס בכל עת סבירה לבית ספר ולחצרו כדי לברר אם קוימו הוראות חוק הפיקוח, התקנות על פיו ותנאי הרישיון ורשאים הם לדרוש מבעל הרישיון, או ממנהל בית הספר כל ידיעה הדרושה להם לשם מילוי תפקידם לפי החוק האמור.

דומה איפוא שהתשתית החוקית הנוכחית מאפשרת למשרד החינוך להפעיל את מלוא סמכויותיו בהקשר לרישיונו של בית הספר "בית יעקב" בעמנואל, ולא נוסף.

התניית המשך מימון בית הספר בהפסקה מיידית של המדיניות המפלה

9. סעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 קובע כדלקמן: "השר רשאי לקבוע בתקנות סדרים ותנאים להכרזת מוסדות לא רשמיים כמוסדות חינוך מוכרים, להנהגת תכנית היסוד בהם, להנהלתם, לפיקוח עליהם ולתמיכת המדינה בתקציביהם, אם השר יחליט על התמיכה ובמידה שיחליט". נראה כי סעיף זה, בשילוב עם התקנות שהותקנו מכוח חוק חינוך ממלכתי (תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953) והסמכויות הכלליות הקיימות בענייני תקציב ומימון – מאפשרים למנכ"ל משרד החינוך לשקול את שאלת המשך תקצובו של בית ספר שנוקט בפרקטיקה מפלה (ראו גם: תקנה 9 לתקנות הנ"ל).

זה המקום להעיר כי אף בהוראות סעיפים 3א(ט) ו-3(י) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, אשר הכשירו את המימון ואת אופיו ומעמדו של החינוך החרדי בתאגידים של מרכז החינוך העצמאי ושל מרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל – אין כדי להושיע את המשיבה 3 מהתניה של המשך מימון בית הספר בהפסקה מיידית של המדיניות המפלה. אמנם נפסק כי ההסדר הגלום בהוראות החוק הנ"ל מבטא השוואה של מעמדם התקציבי של מוסדות התאגידים הנ"ל למעמדם של מוסדות

החינוך הרשמיים, אשר המדינה נושאת בעול החזקתם (ראו: בג"ץ 10808/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות (לא פורסם, 11.7.2006)), אולם ההנמקה התבססה שם, בין השאר, על העובדה שהתקצוב אמור להינתן על פי קריטריונים ענייניים, אחידים ושוויוניים כמו לכלל ילדי ישראל. הנה כי כן, כפי שלגבי כלל ילדי ישראל אין להעלות על הדעת מימון ממלכתי אגב הפליה עדתית – כך גם תנאי מובנה במימון מוסדות המשיבה 3 הוא ההקפדה לבל יופר איסור ההפליה. זה המקום להעיר שאף חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 איננו שייך לענייננו, שהרי מבלי להכנס למהותו ולפרטיו, הוא חל על "מוסד חינוך תרבותי ייחודי", שהוא מוסד חינוך שלומדים בו תלמידים בכיתות ט' עד י"ב (ואילו אצלנו מדובר בתלמידות בחינוך יסודי), אשר הוכר ככזה לגבי "קבוצה תרבותית ייחודית" המצויה בו, כמשמעה בחוק האמור.

10. סוף דבר – מטעמים אלה, בצד הנימוקים שהובאו על ידי חברי – הנני מסכים לכך כי הצו-על-תנאי שהוצא בעתירה – ייהפך למוחלט.

לסיום דומה שמיותר להזכיר כי המוסד החינוכי שבמוקד העתירה נקרא "בית יעקב". שם זה בא בעקבות הפסוק הידוע בספר שמות, פרק י"ט, ג', המדבר בקבלת התורה במעמד הר סיני וקורא כך: "... פֶּה תֹאמַר לְבֵית יַעֲקֹב, וְתִגִּיד לְבָנֵי יִשְׂרָאֵל". מבהיר רש"י במקום: "כה תאמר – בלשון הזה ובסדר הזה: לבית יעקב – אלו הנשים... ותגיד לבני ישראל – לזכרים". מכאן אנו לומדים שני דברים:

- (א) התורה ניתנה לנשים תחילה (עיינו: אבי ויינרוט פמיניזם ויהדות 58 (2001)).
 (ב) בפסוק האמור נעשתה הבחנה רק בין בית יעקב לבני ישראל, ומכאן שכל הפרדה אחרת, או נוספת, לרבות במוסד שנושא את השם בית יעקב, היא בגדר הפליה אסורה ופסולה. נזכור ונזכיר – הגישה היא שכל בני יעקב שווים. במדרש אנו מוצאים:

"א"ר יהושע דסכנין בשם ר' לוי אין שמותם של שבטים שוין בכל מקום [בכל מקום מופיעים שמות השבטים בסדר שונה – ח"מ] אלא פעמים מקדים זה לזה, ופעמים מקדים זה לזה, כדי שלא יאמרו משום שהן מובחרין, בני גבירות נתפרשו שמותיהן תחלה, ואחר כך בני השפחות, אלא ללמדך שכולן שוות"
 (שכל טוב (בובר) שמות פתיחה ד"ה "כתיב בקום צדיק").

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, ט"ז באב התשס"ט (06.08.09).

שופט

שופטת

שופט