

## השוואה כלפי מטה בחינוך

מאת  
תמי הראל בן-שחר\*

### תקציר

מאמר זה עוסק בשאלת ההצדקה של "השוואה כלפי מטה" בחינוך. השוואה כלפי מטה מתרחשת כאשר שוויון מושג על-ידי החלשתם של החזקים והורדתם לדרגתם של החלשים. על פניו, השוואה כלפי מטה נראית לא-יעילה, לא-רציונלית ולא-מוסרית, ומונעת לכאורה מקנאה גרידא. במאמר זה אטען כי בניגוד לאינטואיציה ראשונית זו, יש מקרים – וחינוך הוא אחד מהם – שבהם השוואה כלפי מטה הינה מוצדקת ואף הכרחית לשם השגת צדק. הטעון במאמר מתחלק לשניים: טעון פילוסופי נורמטיבי וטעון משפטי. הטעון בחלקו הראשון של המאמר מתבסס על הדיון הפילוסופי העכשווי העוסק בצדק חלוקתי בחינוך, ועיקרו הוא שעקב היות החינוך "טובין מדרגי", כלומר כזה שערכו נקבע באופן יחסי למצבם של אחרים, אין די בשיפור מצבם של החלשים על-מנת לקדם צדק, ופעמים רבות הגבלת היכולת לרכוש יתרון היא הכרחית לשם כך. חלקו השני של המאמר, ושם מצויה תרומתו העיקרית, עוסק בניתוח ההיבטים המשפטיים של הגבלת יתרון בחינוך. הניתוח מתמקד בשני תחומים מרכזיים, שלשניהם יש השפעה מכרעת על צדק חלוקתי בחינוך, ואשר בשניהם המשפט עוסק באופן מקיף ותדיר: הקצאת משאבי חינוך ושיבוץ תלמידים לבתי-ספר. מסקנתי מניתוח המשפט הנוהג ביחס לסוגיות אלה היא כי בעוד המשפט הישראלי מעניק הגנה רחבה לעקרון השוויון בחינוך, ואף מכיר בשוויון החינוכי כזכות-יסוד המוגנת במסגרת הזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגנה זו מתמקדת בעיקר באמצעים של מניעת הפליה והסרת חסמים פורמליים, שניתן לאפיינם כאמצעים של "השוואה כלפי מעלה". אמצעים המקדמים שוויון באמצעות מניעת יתרון אינם זוכים בדרך-כלל בהגנת המשפט. הדיון במאמר יראה מדוע העדרם של אמצעים להגבלת יתרון פוגע ביכולתו של המשפט לקדם באופן משמעותי שוויון בחינוך. המאמר מצביע, עם זאת, על כמה פסקי-דין, תקנות והחלטות של משרד החינוך מן השנים האחרונות המגבילים רכישת יתרונות חינוכיים. ייתכן שיש באלה כדי להעיד על תחילתה של מגמה המכירה בהכרח שבהגבלת יתרון, במקרים המתאימים, לשם מימוש צדק בחינוך. מגמות אלה יש להרחיב ולהעמיק.

---

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מבקשת להודות לדוד אנוך, לרן גבתון, ליוסי דהאן, ליעל כפרי, לברק מדינה, ללטם פרי-חזן, להרן רייכמן ולקורא/ת החיצוני/ת על הערות מועילות לטיטת המאמר. תודה לשירי קטלן, לאלה פיינברג, לפרי ארד ולקורין גרעון ממערכת עיוני משפט על עבודתן היסודית.

## מבוא

- א. השוואה כלפי מטה וטובין מדרגיים
- ב. הגבלת יתרון והקצאת משאבים
1. המשפט ושיטת הקצאתם של משאבי חינוך בישראל
2. החובה לספק חינוך והזכות לחינוך חינם
3. איסור הפליה בחלוקת משאבים
4. שלושה מישורים של אי־שוויון
- ג. שיבוץ תלמידים לבתי־ספר
1. שיבוץ תלמידים, אפקט קבוצת השווים ואינטגרציה
2. איסור הפליה בשיבוץ תלמידים
3. ההוראות החלות על שיבוץ תלמידים
4. תחילתו של שינוי?
- ד. מניעת יתרון: לא לטובת החלשים בלבד
- ה. במקום סיכום: הגבולות הראויים של מניעת יתרון חינוכי

## מבוא

בחודש יוני 2014 פרצה "מחאת הסרדינים" – מחאה עממית של הורים לילדים בגילאי בית־ספר שפוננה נגד הצפיפות הקשה בכיתות הלימוד בבתי־הספר בישראל, אשר גבוהה בהרבה מהמקובל במדינות המפותחות.<sup>1</sup> טענת המוחים הייתה כי אי־אפשר להעניק חינוך ראוי בתנאי הצפיפות הקיימים, ולפיכך הם דרשו ליישם את החלטת הממשלה מינואר 2008 שלפיה התקן לכיתות הלימוד יקטן ויעמוד על 32 תלמידים בלבד.<sup>2</sup> מעניין העיתוי שבו פרצה המחאה: באותו זמן החל משרד החינוך לאכוף את איסור השימוש בכספיהן של הרשויות המקומיות לשם העסקת מורים ופיצול כיתות. לאורך השנים, ועל־אף האיסור בחוק, נהגו רשויות מקומיות מבוססות לממן פיצול כיתות, ומשרד החינוך העלים עין מכך.<sup>3</sup> בשנת

- 1 ראו שחר חי "מחאת הסרדינים: הפגנות נגד צפיפות בכיתות" *ynet* 27.6.2014 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4535221,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4535221,00.html). על־פי דוח של ארגון ה־OECD, ישראל מדורגת במקום השישי מבין שלושים וחמש המדינות החברות במספר התלמידים הממוצע בכיתה. הממוצע במדינות החברות הוא 23 תלמידים בכיתה, בעוד בישראל הממוצע קרוב ל־30 תלמידים בכיתה. ראו: OECD, *Education Indicators in Focus* (Sep. 2012), available at: <http://www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/EDIF%202012--N9%20FINAL.pdf>.
- 2 ראו החלטה 3020 של הממשלה ה־31 "תכנית להקטנת מספר התלמידים בכיתה" (27.1.2008). בשנת הלימודים תשע"ו החל משרד החינוך לאכוף בפועל החלטה שמספר התלמידים בכיתות א לא יעלה על 34, במטרה להחיל זאת באופן צומח גם בשאר מערכת החינוך. ראו יעל אודם "יצומצם מספר התלמידים בכיתות" *mako* 6.8.2015 [www.mako.co.il/news-channel2/6.8.2015\\_mako\\_Channel-2-Newscast-q3\\_2015/Article-7acbc88d4340f41004.htm](http://www.mako.co.il/news-channel2/6.8.2015_mako_Channel-2-Newscast-q3_2015/Article-7acbc88d4340f41004.htm).
- 3 יובל וורגן "העסקת מורים במערכת החינוך: מעקב אחר התופעה של העסקת מורים באמצעות גופים מתוכים" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 8.12.2011) [www.knesset.gov.il/mmm/](http://www.knesset.gov.il/mmm/)

2014 החליט משרד החינוך להתחיל לאכוף בצורה פעילה את האיסור המדובר, מה שגרם לכך שכיתות הלימוד ברשויות האמידות גדלו לגודל הכיתה התקנית של משרד החינוך. בשלב זה פרצה המחאה.

לצד טענות כי על המדינה להקטין את גודל הכיתות במערכת החינוך כך שמספר התלמידים בכיתה לא יעלה על 32, נשמעה גם הטענה כי משרד החינוך צריך להרשות ליישובים המעוניינים בכך להשקיע מתקציביהם על-מנת לצמצם את מספר התלמידים בכיתה, לפחות עד שיושלם המהלך של צמצום הכיתות על-ידי משרד החינוך. אם יש רשויות שמעוניינות ומסוגלות להקטין את כיתות הלימוד, אין כל היגיון, טענו המוחים, למנוע מהן לעשות כן רק משום שלא לכל הרשויות יש אותם משאבים, שהרי איזו תועלת תצמח מכך שילדים נוספים יסבלו מ"תנאים לא תנאים" בחינוך?<sup>4</sup> עתירה שהגישו עיריית הוד-השרון והעומד בראשה בדרישה לאפשר לעירייה להפנות משאבים לשם פיצול כיתות נדחתה על-ידי בית-המשפט בהחלטה קצרה שבה נקבע כי "מהלך כזה עלול להביא לתקלות מתקלות שונות נוכח העובדה שהמורים מועסקים על ידי משרד החינוך".<sup>5</sup>

טענה זו, שלפיה אין טעם למנוע רכישת יתרון ממי שמסוגל לכך, מעלה סוגיה מרתקת שעולה תדיר בריונים על שוויון, והיא שאלת הצדקה של "השוואה כלפי מטה" (leveling down). השוואה כלפי מטה מתרחשת כאשר שוויון מושג על-ידי החלשתם של החזקים והורדתם לדרגתם של החלשים. על פניו נראה כי יצירת שוויון בדרך זו אינה רצויה, וכי מוטב לקדם שוויון באמצעות שיפור מצבם של החלשים. אולם פעמים רבות השוואה כלפי מעלה אינה אפשרית, ואז נשאלת השאלה אם מוצדק לקדם שוויון על-ידי החלשת החזקים. השוואה כלפי מטה נראית לא-יעילה ולא-מוסרית. אילו דובר בהעברה של משאבים מהחזקים לחלשים, ייתכן שהיה בכך תועלת, אולם מניעת יתרון מהחזקים מבלי לקדם את מצבם של החלשים נראית מדיניות בזבזנית ולא-רציונלית, המונעת מקנאה גרידא.<sup>6</sup> אולם בספרות הפילוסופית העוסקת בצדק חלוקתי התפתחו עמדות שלפיהן השוואה כלפי מטה הינה לעיתים פרקטיקה מוצדקת ואף הכרחית לשם קידום צדק חלוקתי.<sup>7</sup> כך במיוחד

4 [data/pdf/m02969.pdf](http://data/pdf/m02969.pdf). ראו גם גיא דוידוב "עובדי קבלן' בבתי-הספר" הפרטה ומסחר בחינוך הציבורי בישראל 145 (אורית איכילוב עורכת, 2010) (המתמקד בבעייתיות הקשורה לזכויות העובדים המועסקים בהעסקה עקיפה באמצעות גופים מתווכים).

5 יוסי דהאן "לא מחאת סרדינים אלא תביעה של כרישים פריבילגיים" **העוקץ – אקטיביזם** 23.6.2014 [www.haokets.org/2014/06/23/%D7%9C%D7%90-%D7%A1%D7%A8%D7%93%D7%9E%D7%97%D7%90%D7%AA-%D7%A1%D7%A8%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%90%D7%9C%D7%90-%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94-%D7%A9%D7%9C-%D7%9B%D7%A8%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%9D-%D7%A4%D7%A8%D7%99/](http://www.haokets.org/2014/06/23/%D7%9C%D7%90-%D7%A1%D7%A8%D7%93%D7%9E%D7%97%D7%90%D7%AA-%D7%A1%D7%A8%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%90%D7%9C%D7%90-%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94-%D7%A9%D7%9C-%D7%9B%D7%A8%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%9D-%D7%A4%D7%A8%D7%99/)

6 בג"ץ 5812/13 ראש עיריית הוד השרון נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 3.3.2014). בית-המשפט לא התייחס לטענות שלפיהן אין טעם למנוע יתרון מהחזקים כי אין בכך כדי להועיל לחלשים.

7 Derek Parfit, *Equality and Priority*, 10 RATIO 202 (1997)

8 Harry Brighouse & Adam Swift, *Equality, Priority, and Positional Goods*, 116 ETHICS 471 (2006); Robert E. Goodin, *Relative Needs*, in NEEDS AND WELFARE 12 (Alan Ware & Robert E. Goodin eds., 1990)

בהקשרים חינוכיים, שבהם אין די בשיפור מצבם של החלשים, וללא הגבלת יכולתם של החזקים לרכוש יתרון, לא יושג צדק.<sup>8</sup>

הטענה הראשונה של המאמר היא אם כן טענה מוסרית, המבקשת להצדיק השוואה כלפי מטה בחינוך. הטענה מתבססת על היות החינוך "טובין מדרגי" (positional good), שערכו תלוי במצבו היחסי של הפרט. לאחר-מכן המאמר עובר לבחון את ההיבטים המשפטיים של שאלת ההשוואה כלפי מטה. על-אף שפע הכתיבה המשפטית על הזכות לשוויון, רק מעט ממנה יוחד להשוואה כלפי מטה.<sup>9</sup> המאמר בוחן אם הגבלת יתרון בחינוך הינה פרקטיקה משפטית אפשרית במשפט הישראלי הנוהג, ואילו שינויים נדרשים בדוקטרינה המשפטית על-מנת להעמיק את השימוש באמצעים אלה. מסקנת הניתוח היא כי בעוד המשפט הישראלי מעניק הגנה רחבה למדי לעקרון השוויון בחינוך, ואף מכיר בשוויון החינוכי כזכות חוקתית הנובעת מהזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והגנה מתמקדת בעיקר באמצעים של מניעת הפליה, שניתן לאפיינם כאמצעים של "השוואה כלפי מעלה". אמצעים המקדמים שוויון באמצעות מניעת יתרון אינם זוכים בדרך-כלל בהגנת המשפט. עם זאת, הניתוח מראה כי מגמה זו אינה עקבית, וכי יש מקרים מהשנים האחרונות שבהם בתי-משפט וקובעי המדיניות מכירים בצורך למנוע יתרון בחינוך. אני טוענת כי יש לעודד ולהעמיק את השינוי האמור, והמאמר מבקש לתרום לכך על-ידי הנחת המסד העקרוני למניעת יתרון בחינוך, אפיון המצבים שבהם מוצדק למנוע יתרון ושרטוט ראשוני של הגבולות הראויים למניעת היתרון. מהלכו של המאמר יהיה כדלקמן: פרק א יעסוק בצדק חלוקתי בחינוך, בהתנגדותם של גורמים שונים להשוואה כלפי מטה ובטיעון כי מניעת יתרון חינוכי הינה אמצעי הכרחי לקידום צדק חלוקתי בחינוך. לאחר-מכן אנתח את ההגנה שהמשפט הישראלי מעניק לשוויון בחינוך, תוך התמקדות בשאלה אם ההגנה מתפרשת גם על אמצעים למניעת יתרון או שמא היא מסתפקת רק בשיפור מצבו של החלש. הבחינה תיעשה סביב שני תחומים מרכזיים בחינוך: הקצאת משאבים (פרק ב) ושיבוץ תלמידים לבתי-ספר (פרק ג). הבחירה בשני תחומים אלה נובעת מהשפעתם הרבה על שוויון ההזדמנויות החינוכי. למעשה, רוב השאלות הרלוונטיות לצדק חלוקתי בחינוך נכללות באחת משתי הקטגוריות הללו, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף.<sup>10</sup> נוסף על כך, אלה נושאים שהמשפט מתעסק בהם באופן מקיף ודירי,

8 Harry Brighouse, *Educational Equality and School Reform*, in HARRY BRIGHOUSE, JAMES TOOLEY & KENNETH R. HOWE, *EDUCATIONAL EQUALITY* 15 (Graham Haydon ed., 2nd ed. 2010); Harry Brighouse & Adam Swift, *Educational Equality versus Educational Adequacy: A Critique of Anderson and Satz*, 26 J. APPLIED PHIL. 117 (2009) לאורך כל המאמר אני משתמשת במונחים "צדק חלוקתי" ו"צדק" חליפות. לפיכך כאשר מופיע המונח "צדק", הכוונה היא לצדק בהתאם לדרישות הנובעות מתפיסות הצדק החלוקתי הרלוונטיות. לחריגים בהקשר זה ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" *משפט וממשל* יז 63 (2016); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" *משפטים* לז 287 (2007).

9 כך, איכות המורים נקשרת לשאלת המשאבים, וכך אפילו בחירה בין תכנים ונרטיבים שונים בתוכנית הלימודים. עם זאת, מובן שייתכנו סוגיות נוספות המשפיעות על שוויון בחינוך שאינן נכללות באחת מהקטגוריות הללו, כגון מוגנות בבית-הספר, השתתפות תלמידים בקבלת החלטות בבית-הספר ועוד. לניתוח מקיף וממצה של ההיבטים השונים של הזכות לחינוך

ולפיכך האופן שבו הוא מגיב על השאלה של הגבלת יתרון בהקשרים אלה יקבע במידה רבה את יכולתו לקדם צדק בחינוך. לאחר-מכן (בפרק ד) אראה כי בצד העובדה שהגבלת יתרון חשובה במיוחד לחיזוקם של החלשים, יש טעמים נוספים שתומכים בהגבלת יתרון, דווקא מנקודת-מבטם של החזקים. בחלק האחרון של המאמר (פרק ה) אתמודד עם שאלת הגבולות הראויים למניעת יתרון חינוכי לנוכח החשש שמניעת יתרון תפגע בערכים אחרים, כגון מצוינות, חירויות הוריות וזכויות תלמידים.

## א. השוואה כלפי מטה וטובין מדרגיים

המאמר מניח, כבסיס לדיון, כי יש לשאוף לקדם שוויון בחינוך. העמדה שלפיה צדק חלוקתי בחינוך (ובכלל זה דאגה לחלש ושאיפה לצמצם פערים) הוא ערך חשוב היא קונסנזואלית כמעט. אולם יש דיון ער, שכותבת שורות אלה אף נטלה בו חלק, באשר לתוכנו המדויק של עקרון הצדק הזה. האם צדק מתמצה בחובה המוסרית לדאוג לכך שכל תלמיד יקבל "חינוך הולם"?<sup>11</sup> האם צדק משמעו השגת שוויון בחינוך, ומה בדיוק משמעותו של שוויון זה? האם הכוונה היא להשגת שוויון בין תלמידים עם יכולות דומות מקבוצות חברתיות שונות,<sup>12</sup> להשגת שוויון בין תלמידים שהשקיעו מאמץ דומה<sup>13</sup> או שמא להשגת תוצאה חינוכית שווה ככל האפשר על-ידי כלל התלמידים?<sup>14</sup> הגישות השונות מנביעות מחויבויות שונות, ולפיכך להכרעה ביניהן יש השלכות מעשיות. למשל, גישות שונות מתייחסות באופן שונה לפערים הנובעים מיכולות קוגניטיביות שונות או לפערים חינוכיים הקיימים מעל הרף של "חינוך הולם". מאמר זה מניח כאמור כי יש דרישה לקדם שוויון בחינוך (להבדיל מהשגת רף של חינוך הולם), מבלי להתחייב לתפיסה מסוימת של שוויון חינוכי.<sup>15</sup>

במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי ראו לטם פרי-חזן "הזכות לחינוך: קווים לדמותה בעידן של מהפכה חוקתית" משפט ועסקים טז 151 (2013).

11 זו עמדתן של גישות מספיקניות (sufficiency), המכוונות בהקשר החינוכי גישות של הולמות (adequacy). לפי גישה זו, מה שחשוב, כעניין של צדק, הוא שלאנשים יהיה די מהטובין הרלוונטיים (במקרה זה מהחינוך), ולא שלאנשים יהיה אותו דבר. ראו: Debra Satz, *Equality*, *Adequacy, and Education for Citizenship*, 117 ETHICS 623 (2007); Elizabeth Anderson, *Fair Opportunity in Education: A Democratic Equality Perspective*, 117 ETHICS 595 (2007). לטיעון כללי בעד מספיקנות ראו: Harry G. Frankfurt, *Equality and Respect*, in NECESSITY, VOLITION, AND LOVE 146 (1999); JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 240 (1986).

12 זוהי מטרתה העיקרית של התפיסה המריטוקרטית. ראו Brighouse, לעיל ה"ש 8; Brighouse & Swift, לעיל ה"ש 8.

13 JOHN E. ROEMER, *EQUALITY OF OPPORTUNITY* (1998); SHLOMI SEGALL, *EQUALITY AND OPPORTUNITY* 133–52 (2013).

14 Tammy Harel Ben-Shahar, *Equality in Education: Why We Must Go All the Way*, 19 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 83 (2016).

15 הטעם לבחירה זו הוא שהשוואה כלפי מטה הינה רכיב הכרחי בכל גישה שוויונאית, בין שהיא שואפת לקדם שוויון בין ילדים מרקע חברתי-כלכלי שונה, שוויון בין תלמידים שהשקיעו מאמץ דומה או שוויון בתוצאה. מובן שיהיו מקרים שבהם העמדות השונות בתוך הגישות

מרכזיותה של סוגיית ה"השוואה כלפי מטה" בדיון על שוויון כעיקרון מוסרי נובעת מכך שלא תמיד ניתן לקדם שוויון על-ידי שיפור מצבו של החלש. השוואה כלפי מעלה היא ככלל האפשרות העדיפה מבחינה מוסרית, מכיוון שהיא מקדמת שוויון וגם משפרת את רווחתם של הפרטים. אולם יש מצבים שבהם אין אפשרות מעשית לשפר את מצבו של החלש. במצבים אחרים, גם אם ניתן כעניין עובדתי לקדם את החלש, מגבלות תקציביות או מוסריות מונעות זאת. למשל, גם אם מסירתו של ילד לאימוץ במשפחה אחרת יכולה לשפר את הישגיו הלימודיים באופן ניכר, נימנע מלעשות כן בשל הפגיעה הקשה בזכויותיהם של הילד והוריו, ובשל הערך שאנו מייחסים למוסד המשפחה. לפיכך, גם לאחר שמוצו כל האפשרויות לקדם שוויון על-ידי שיפור מצבו של החלש, פערים מסוימים יישארו, ותתבקש השאלה אם יש הצדקה לקידום שוויון באמצעות שלילת יתרונו של החזק. יודגש: כאשר מדובר בהשוואה כלפי מטה, אין הכוונה רק לחלוקה מחדש של משאבים מהחזק לחלש, שהיא פעולה אשר קל יותר להצדיקה, אלא גם למצבים שבהם מה שנקלח מן החזק אינו מועבר לחלש. הפרקטיקות הנכללות בקטגוריה של השוואה כלפי מטה מונעות יתרון גם כאשר הגבלה זו אינה גוררת, לפחות לא באופן ישיר, יתרון ממשי במשאבים המוקצים לחלשים או בטיב השירות הניתן להם.

פרקטיקות של קידום שוויון באמצעות מניעת יתרון מעוררות את הביקורת המכונה "the leveling down objection". על-פי ביקורת זו, אין שום דבר טוב בקידום השוויון כשלעצמו, מבלי שהדבר משפר את מצבו של מאן דהוא. במאמרו הקלסי נותן דרק פרפיט דוגמה מצמררת על-מנת להמחיש את האבסורד שבהשוואה כלפי מטה: נניח עולם שבו נולדים זוגות של תאומים, האחד רואה והאחר עיוור. האם בעולם כזה נעודד עקירת עיניים מהתאומים הרואים והשלכתן לפח, רק משום שפעולה זו מקדמת את השוויון בין העיוורים לרואים?<sup>16</sup> המסקנה העולה מן הביקורת היא כי לשוויון אין ערך אינטיניזי (כלומר, ערך כשלעצמו, במנותק מהתועלת שהוא מניב לבני-אדם), ויש לקדם אותו רק כאשר יש בכך כדי לשפר את רווחתם של אנשים. ביקורת מטרידה זו העסיקה פילוסופים רבים – חלקם הציעו לה פתרונות שונים,<sup>17</sup> וחלקם שוכנעו כי יש לזנוח את עקרון השוויון ולפתח גישות חדשות של צדק חלוקתי שאינן חשופות להתנגדות זו, כגון קדימות (priority for the worst).

השוויונאיות ישפיעו על הכרעות מוסריות ספציפיות. אולם העיסוק בשאלה אם יש לקדם שוויון גם על-ידי מניעת יתרון מהחזק היא מרכזית עבור כולן.  
16 Parfit, לעיל ה"ש 6. בדוגמה המספרית הבאה, אם חלוקה א היא (2,2) וחלוקה ב היא (3,4), שוויונאים יעדיפו את חלוקה א (2,2), וזאת אף שחלוקה ב עדיפה עליה מבחינתם של שני הפרטים המשתתפים בחלוקה.

17 Larry Temkin, *Equality, Priority, and the Leveling Down Objection*, in *THE IDEAL OF EQUALITY* 126 (Mathew Clayton & Andrew Williams eds., 2000); Re'em Segev, *Second-Order Equality and Levelling Down*, 87 *AUSTL. J. PHIL.* 425 (2009); Karsten Klint Jensen, *What Is the Difference Between (Moderate) Egalitarianism and Prioritarianism?*, 19 *ECON. & PHIL.* 89 (2003).

(off)<sup>18</sup> או מספיקנות (sufficiency).<sup>19</sup> העקרונות החלופיים נראים מושכים, שכן הם מגשימים הרבה ממה שנראה לנו חשוב בעיקרון של צדק, ובעיקר הדאגה לרווחתו של החלש, וזאת מבלי להוביל לתוצאה האבסורדית של פגיעה מיותרת בחזק.

מבלי להכריע במחלוקות בדבר עקרון הצדק החלוקתי הראוי, חשוב לראות כי הביקורת נגד השוואה כלפי מטה אינה חלה בכל המקרים. יש קטגוריה שלמה של טובין שביחס אליהם נטילת יתרון הינה רציונלית ומוסרית. קטגוריה זו מכונה בספרות טובין מדרגיים (positional goods). טובין מדרגיים הם טובין שערכם נקבע על-פי מצבו היחסי של המחזיק בהם בהשוואה לאחרים. ככל שיש לאחרים יותר (בכמות או באיכות) מאותם טובין, כן ערכו עבור אותו פרט יורד.<sup>20</sup> טובין מדרגיים נוטים להיות טובין שערכם המרכזי הוא בהיותם משאב להשגת טוב אחר. כך, למשל, קולות בבחירות לנשיאות הן המשאב הדרוש על-מנת להשיג טוב אחר, כלומר, את הנשיאות. מה שחשוב למועמד לנשיאות אינו לקבל קולות רבים, אלא לקבל קולות רבים יותר מכפי שיקבל יריבו. באופן דומה, ערכו של ייצוג משפטי (הנמדד בסיכויי הזכייה בתיק) תלוי במידה רבה באיכות הייצוג המשפטי של הצד האחר. ערכו של עורך-דין בינוני יהיה גבוה יותר אם הצד האחר אינו מיוצג מאשר אם הצד האחר מלווה על-ידי סוללה של עורכי-דין מהשורה הראשונה. אם כן, מצבו האובייקטיבי של הפרט ביחס לטוב הסופי ("הפרס") תלוי במשהו שהוא יחסי באופן מובהק.

משמעות אופייים היחסי של טובין מדרגיים הוא שחלוקה שוויונית הינה מוצדקת לא רק מטעמים של שוויון, אלא גם מטעמים של קדימות, ופעמים רבות אף מטעמים של מספיקנות.<sup>21</sup> עבור זה שמצבו גרוע יותר, חלוקה שוויונית עדיפה על כל חלוקה לא-שוויונית, גם אם הערך המוחלט של הטובין בחלוקה הלא-שוויונית גבוה יותר. כך, למשל, אם שני מועמדים מתחרים על עבודה מסוימת, המועמד החלש יעדיף שיהיו באמתחתו פחות הישגים חינוכיים, ובלבד שהשיגו לא יהיו נחותים מאלה של יריבו. הישגים גבוהים יותר באופן מוחלט לא יועילו למועמד אם למתחרה יש הישגים גבוהים עוד יותר.<sup>22</sup>

באשר למספיקנות, בחלק מן המקרים של טובין מדרגיים החיסרון הנגרם לאדם כתוצאה מאי-השוויון (במיוחד כאשר אי-השוויון גדול) הוא חמור עד כדי כך שיש באי-השוויון

18 Parfit, לעיל ה"ש 6. על-פי גישת הקדימות, למצבם של אנשים יש משקל מוסרי רב יותר ככל שמצבם גרוע יותר. כאשר בוחנים מהי החלוקה הצודקת, יש לתת משקל למצבו של החלש ביותר. בדוגמה המספרית (לעיל ה"ש 16), החלוקה העדיפה על-פי עקרון הקדימות היא ב (3,4), ולא א (2,2), מכיוון שחלוקה ב עדיפה מבחינתו של החלש (יש לו 3 במקום 2).

19 ראו לעיל ה"ש 11.

20 Goodin, לעיל ה"ש 7; FRED HIRSCH, SOCIAL LIMITS TO GROWTH (1976); ROBERT H. FRANK, LUXURY FEVER: WHY MONEY FAILS TO SATISFY IN AN ERA OF EXCESS (1999).

21 זו טענתם של הָרִי בריגהאוס ואדם סוויפט, במאמרם פּוֹרֵץ-הַדֶּרֶךְ משנת 2006 Brighouse & Swift, לעיל ה"ש 7.

22 לחינוך, כמו לטובין רבים אחרים, יש ערך מדרגי אבל גם ערך עצמאי שאינו אינסטרומנטלי. המשמעות היא שגם אם לאדם מסוים יש מספיק חינוך כדי "לנצח במרוץ" החינוכי – כלומר, להשיג את העבודה או את המקום באוניברסיטה – לחינוך נוסף עשוי עדיין להיות ערך לגביו מטעמים אחרים (הערך שבידע נוסף, היכולת ליהנות מיצירה ספרותית, חשיבה פילוסופית וכו'). משמעות העבודה שלחינוך יש גם היבט חשוב לא-מדרגי תידון שוב בפרק ה.

כשלעצמו, ללא קשר לכמות המוחלטת של המשאב, כדי להוריד את האדם אל מתחת לרף המספיקנות. כך, למשל, ייתכן שלגבי בית-עסק מסוים עצם העובדה שלמתחרה יש מוניטין טוב בהרבה משלו די בה לגרום לו לפשיטת-רגל, גם אם המוניטין שלו עצמו אינו פגום כלל וכלל.

חינוך הוא טובין מדרגי. ערכו האינסטרומנטלי של חינוך כאמצעי להשגת דברים אחרים בחיים – כגון גישה להשכלה גבוהה, לתעסוקה רווחית ולמעמד חברתי – נקבע במידה רבה באופן יחסי. כאשר צעירה מתחרה על מקום עבודה, ערכו של החינוך שרכשה אינו נמדד רק באופן אובייקטיבי, אלא גם באופן יחסי לזה של המועמדות האחרות. כאשר למתחרה יש חינוך "טוב יותר", ערך החינוך של המועמדת יורד. בחברה שבה רוב האנשים רכשו חינוך יסודי בלבד, לאדם עם תעודת-בגרות תהיה גישה לכל עמדות הכוח בחברה. מאידך גיסא, כאשר לרבים מהצעירים יש השכלה אוניברסיטאית, תעודת-הבגרות שווה הרבה פחות, ואינה מקנה הזדמנויות רבות למי שמחזיק בה. במובן זה, "חינוך טוב" הוא מושג יחסי באופן מובהק.<sup>23</sup>

בשל העובדה שערכם של טובין מדרגיים נקבע באופן יחסי, יתרון של אדם אחד ביחס לטובין מדרגיים מוביל לפגיעה בלתי-נמנעת במצבו של האחר. כאשר תלמיד אחד רוכש חינוך טוב מזה שרכש חברו, ניתן לראותו כמי שעקף את חברו בתור, וחינוכו של האחרון שווה כעת פחות. בהתאמה, כאשר מונעים מתלמיד רכישת יתרון, משפרים את מצבו היחסי של חברו. מכאן שההתנגדות הפילוסופית להשוואה כלפי מטה אינה חלה על טובין מדרגיים: בטובין מדרגיים מניעת יתרון לעולם תשפר את מצבו של החלש, שכן מצבו היחסי ישתפר, גם אם הכמות המוחלטת של הטובין לא תגדל.<sup>24</sup> מכיוון שבטובין מדרגיים מה שחשוב הוא מצבו היחסי של הפרט, ולא מצבו המוחלט, מניעת יתרון מהחזק תהא תמיד טובה לחלש. אולם מכך אין להסיק כי בכל מקרה של טובין מדרגיים חובה לפגוע בחזק על-מנת לקדם שוויון. יש בהחלט מצבים שבהם מניעת יתרון מהחזק, לצד התועלת שהיא תיצור לחלש, תגרום פגיעה קשה מדי בחזק או בערכים חברתיים חשובים, ולפיכך באיזון כלל הערכים נגיע למסקנה כי אין לה הצדקה.<sup>25</sup> כמו-כן אין להתעלם מכך שיש מגבלות מעשיות למניעת יתרון. למשל, הגבלת יתרון אפשרית בדרך-כלל רק בהקשר המקומי, המדינתי, בעוד התחרות החינוכית חורגת מתחומי המדינות בשל קיומו של שוק גלובלי. התיאוריה בדבר טובין מדרגיים אינה גורסת אם כן כי יש לאמץ מדיניות כזו באופן גורף, אלא מסבירה מדוע אין לשלול על הסף אמצעים למניעת יתרון, ומדוע הדרישה למניעת יתרון חשובה לרווחתו של החלש ואינה בזבזנית או מונעת מקנאה.

ADAM SWIFT, HOW NOT TO BE A HYPOCRITE: SCHOOL CHOICE FOR THE MORALLY PERPLEXED PARENT (2003); William S. Koski & Rob Reich, *When "Adequate" Isn't: The Retreat from Equality in Educational Law and Policy and Why It Matters*, 56 EMORY L.J. 545 (2006).

Brighouse & Swift, לעיל ה"ש 7. למשל, בדוגמה המספרית שניתנה לעיל בה"ש 16, אם מחולק פרס אחד למי שיש לו יותר ממשאב מסוים, אזי בחלוקה ב (3,4) מצבו של החלש יהיה גרוע יותר מאשר בחלוקה א (2,2), אף שבחלוקה ב כמות המשאב שבידיו גבוהה מזו שיש לו בחלוקה א.

לדיון בגבולות ההשוואה כלפי מטה ראו להלן פרק ה.



אם כן, מניעת יתרון בחינוך, כמו בטובין מדרגיים אחרים, חיונית לשם שיפור מצבו של החלש. מקומות עבודה נחשקים, גישה להשכלה גבוהה ועמדות כוח בחברה הם משאב חברתי מוגבל, ולא יאיות החינוך של הפרטים יש השפעה גדולה על סיכוייהם להשיגם. לפיכך רכישת יתרון חינוכי על-ידי קבוצות חברתיות מסוימות, המסוגלות לשלם באופן פרטי בעבור תוכניות לימודים נוספות, שעות תגבור, פיצול כיתות ועוד, משמעותה צמצום משמעותי של סיכוייהם של ילדים מקבוצות מוחלשות להגיע לעמדות כוח. דאגה לשוויון הזדמנויות מחייבת לפיכך את הגבלת יכולתם של חזקים לרכוש יתרון חינוכי. אכן, הורים המעוניינים ברכישת יתרון לילדיהם עשויים לחפש דרכים לעקוף את ההגבלות הללו מחוץ לחינוך הפורמלי, על-ידי בתי-ספר פרטיים, שיעורים פרטיים ודרכים אחרות. חלק מן הפרקטיקות הללו ראוי גם-כן להסדיר באופן מגביל, אך חלקן האחר אינן מתאימות לכך מטעמים שידונו בחלקו האחרון של המאמר (העוסק בגבולות ההשוואה כלפי מטה). אולם גם אם האפקטיביות של השוואה כלפי מטה אינה מושלמת, אין משמעות הדבר שהיא אינה מועילה כלל.<sup>26</sup>

הטענה המוסרית המרכזית שאני מתבססת עליה במאמר זה היא אם כן שבטובין מדרגיים בכלל, ובחינוך בפרט, יש טעם להגביל יתרון, ושבהעדר טעמים נוגדים משמעותיים תהיה הצדקה למנוע יתרון חינוכי. יש טענה נוספת בעד הגבלת יתרון שראוי להזכירה כאן. על-פי טענה זו, הגבלת יתרון חינוכי – למשל, על-ידי איסור קיומם של בתי-ספר פרטיים או של תוכניות במימון פרטי – תגרום לכך שהורים מהמעמד הבינוני יפעילו לחץ על-מנת לשפר את איכות החינוך הציבורי, ולחץ זה יפעל לטובת כל התלמידים.<sup>27</sup> מתן אפשרות להורים בני המעמד הבינוני לשפר את מצבם של ילדיהם במנותק מכלל האוכלוסייה יגרום לכך שהם יאבדו עניין בשיפור המערכת הציבורית, והחינוך של האוכלוסיות המוחלשות יידרדר.<sup>28</sup> "מחאת הסרדנים" ממחישה את התהליך היטב, שכן מובילה היו הורים מבוססים אשר נמנעה מהם האפשרות לשפר את מצב הצפיפות בכיתות של ילדיהם.

אף שיש ממש בטענה זו בדבר שותפות הגורל, טענה זו עשויה לעורר התנגדות מוסרית, שכן היא מבוססת על מוכנות להקריב את רווחתם המיידית של ילדים מסוימים לשם קידום רווחת הכלל בטווח הרחוק. תהליכים של מחאה ושינוי נמשכים זמן רב, ובינתיים, כחלק בלתי-נפרד מהתהליך, ילדים להורים מבוססים ייפגעו. על-כן אין די בטענה הנוספת בדבר גיוס המעמדות המבוססים למאבק למען הכלל, ויש צורך בטענה בדבר טובין מדרגיים על-מנת להבהיר מדוע עצם הפעולה של רכישת היתרון הנעשית על-ידי ההורים והתלמידים המבוססים טומנת בחובה פגיעה ממשית בתלמידים מאוכלוסיות מוחלשות, ומכאן שיש הצדקה מוסרית מוצקה להגבלתה.

משהונחה התשתית המוסרית להגבלת יתרון, אעבור לבחינת ההגנה המשפטית הניתנת לעקרון השוויון החינוכי במשפט הישראלי, ולשאלה אם הגנה זו מתפרשת גם על מניעת יתרון. כאמור, הדיון ייסוב סביב שני תחומים: הקצאת משאבים ושיכוך תלמידים.

26 ראו את הדיון להלן בפרק ה.

ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, 27 ORGANIZATIONS, AND STATES (1970)

28 למשל, SWIFT, לעיל ה"ש 23.

## ב. הגבלת יתרון והקצאת משאבים

כאשר אנחנו מנתחים את ההגנה המשפטית על שוויון בחינוך, ההיבט הראשון שעולה בדעתנו הוא הקצאת משאבים. לעיתים אף יש זיהוי אוטומטי בין השניים, כאילו הדיון בשוויון הוא למעשה הדיון באופן שבו יש להקצות משאבים חומריים. אין חולק כי יש מתאם בין גובהו של תקציב החינוך ברשות מקומית מסוימת לבין ההישגים הלימודיים של התלמידים באותה רשות.<sup>29</sup> אולם יש מחלוקת חריפה באשר לשאלה אם יש קשר סיבתי בין שני הנתונים, כלומר, אם ההשקעה הכספית היא שאחראית להישגים הגבוהים או שמא גורמים אחרים הם שאחראים לכך, כגון אופי האוכלוסייה המתגוררת ברשויות מקומיות אמידות. אם האוכלוסייה ברשויות מקומיות אלה הינה משכילה ומשקיעה בחינוך הילדים מחוץ לבתי-הספר, יש בכך כדי להסביר הן את ההשקעה הגבוהה בחינוך והן את הישגי התלמידים, מבלי שיש בהכרח קשר סיבתי בין שתי התופעות.<sup>30</sup> לספקות אלה מצטרפים ממצאים שלפיהם השקעת משאבים נוספים בתלמידים עניים לברכה, ללא שינויים נוספים במדיניות או בהוראה, אינה מצליחה תמיד לשפר את הישגיהם.<sup>31</sup> מכאן שלא ברור אם ראוי להתייחס לשוויון במשאבים כאל מטרה בפני עצמה.

מחלוקת זו הינה בעיקרה מחלוקת בין מומחים בתחום מדיניות החינוך, ואיני מתמודדת איתה במאמר זה. כדי להכיר בחשיבותו של הדיון בשוויון במשאבים, די להסכים כי משאבים חינוכיים הינם תנאי הכרחי (גם אם לא מספיק) לשם הספקת חינוך ראוי לתלמידים והבטחת רווחתם. אין חולק כי ללא משאבים ראויים אי-אפשר לספק שעות הוראה, תנאים פיזיים בבית-הספר, מעבדות וחדרי מחשב,<sup>32</sup> ובהינתן מחסור במשאבים שיבטיחו תנאים בסיסיים אלה במערכת החינוך בישראל, אופן חלוקתם מהווה סוגיה מרכזית במסגרת הדיון בשוויון בחינוך.

תמיהה מקדמית שנייה עוסקת בשאלה למה אנחנו מתכוונים באומרנו "שוויון במשאבים". האם כוונתנו לשוויון פורמלי במשאבים – הקצאה של סכום שווה לכל תלמידה ותלמיד – או שמא מדובר בסטנדרט של שוויון מהותי, הכרוך בהקצאת משאבים על-פי צורך (למשל,

- 
- 29 הכלכלה הפוליטית של הרשויות המקומיות (אבי בן בסט ומומי דהן עורכים, 2009).
- 30 ראו, לדוגמה: ANNETTE LAREAU, UNEQUAL CHILDHOODS: RACE, CLASS, AND FAMILY LIFE (2nd ed. 2011).
- 31 Eric A. Hanushek, *School Resources and Student Performance*, in DOES MONEY MATTER? THE EFFECT OF SCHOOL RESOURCES ON STUDENT ACHIEVEMENT AND ADULT SUCCESS 43 (Gary Burtless ed., 1996) (להלן: Hanushek, *School Resources*); Richard Murnane, *Interpreting the Evidence on 'Does Money Matter?'*, 28 HARV. J. ON LEGIS. 423 (1991); Ronald F. Ferguson, *Paying for Public Education: New Evidence on How and Why Money Matters*, 28 HARV. J. ON LEGIS. 465 (1991).
- 32 לדוגמה מאלפת בהקשר זה ראו את תיעודו של ג'ונתן קוזול בדבר תנאי הלימוד בבתי-ספר המשרתים תלמידים בשכונות-עוני בארצות-הברית. JONATHAN KOZOL, THE SHAME OF THE NATION: THE RESTORATION OF APARTHEID SCHOOLING IN AMERICA (2005).

להעניק משאבים עודפים לתלמידים הזקוקים לכך?<sup>33</sup> רוב הגישות העוסקות בצדק חלוקתי בחינוך גורסות כי אין לרבוך בשוויון פורמלי במשאבים, וכי תלמידים עם מוגבלות, למשל, או תלמידים ממעמד חברתי-כלכלי נמוך זכאים למשאבים רבים יותר. בשלב זה של המאמר אני עוסקת בשאלה הנורמטיבית, קרי איזו גישה הינה הגישה הראויה, אלא כוונתי לתאר מהי ההגנה שהמשפט מעניק בפועל לעקרון השוויון בהקצאת משאבי חינוך.

## 1. המשפט ושיטת הקצאתם של משאבי חינוך בישראל

חקיקת החינוך בישראל אינה קובעת ככלל מסמרות בדבר האופן שבו יש להקצות משאבים בחינוך.<sup>34</sup> החוק קובע כי האחריות להספקת חינוך חלה על המדינה ועל הרשות המקומית במשותף, אולם אינו מפרט כיצד אחריות זו מתחלקת.<sup>35</sup> נוסף על כך, החקיקה אינה קובעת מהו עקרון החלוקה של תקציבי החינוך – אם כל התלמידים יתוקצבו בשיעור אחיד או שמא תהיה חלוקה דיפרנציאלית על-פי צרכים.<sup>36</sup> החקיקה גם אינה קובעת מהו סל השירותים החינוכיים שהמדינה מחויבת לספק לכלל תלמידיה.<sup>37</sup> אין, למשל, קביעה מהו היקף שעות הלימוד שתלמידים זכאים לקבל, כמה יושקע בכל תלמיד, מהם הכישורים והידע שתלמיד אמור לרכוש במהלך שנות לימודיו, אם יתוקצבו שיעורי חינוך גופני, אם שירותי בריאות – כגון חיסונים או בריאות השן – כלולים אף הם בסל השירותים שניתנים לילדים בבתי-הספר, וכולי. העובדה שהכרעות בסיסיות אלה אינן מוסדרות בחקיקה ראשית משמעה שלמשרד החינוך יש שיקול-דעת נרחב באשר לקביעה של תקציב החינוך וחלוקתו, ואין אמת-מידה ברורה לבחינת המדיניות בנוגע לתקציב החינוך ולביקורת שיפוטית עליה או על החלטות פרטניות הנובעות ממנה.

בשל העדר החקיקה יש שינויים תכופים במדיניות מימון החינוך, אשר נקבעת על-ידי שר החינוך בתקנות או אפילו בהנחיות פנימיות.<sup>38</sup> נוסף על השינויים התכופים בשיטת

- 
- 33 לתמיכה בעיקרון של שוויון במשאבים אשר רגישה ליכולת השונה של פרטים להפיק תועלת ממשאבים שווים ראו: HARRY BRIGHOUSE, SCHOOL CHOICE AND SOCIAL JUSTICE (2000).
- 34 אם כי יש סוגיות ספציפיות הנוגעות במשאבים ומפורטות בחקיקה. למשל, חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, קובע תקצוב של 60% למוסדות חינוך אלה; וס' 3א(י) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, קובע כי רשתות החינוך החרדיות "מעייין החינוך התורני" ו"מרכז החינוך העצמאי" יתוקצבו כמו כלל ילדי ישראל. השו: DAN GIBTON, LAW, EDUCATION, POLITICS, FAIRNESS: ENGLAND'S EXTREME LEGISLATION FOR EDUCATION REFORM (2013), המתאר את חקיקת החינוך המפורטת באנגליה ובארצות-הברית.
- 35 ס' 7(ב) לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949 (להלן: חוק לימוד-חובה).
- 36 למעט במקרה של תלמידים עם מוגבלות – ראו חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988.
- 37 ס' 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, קובע כי "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין" (ההדגשה הוספה). כלומר, תוכן הזכות אינו נקבע באופן קשיח.
- 38 למשל, התרחשו מעברים תכופים יחסית בשיטת התקצוב משיטה המבוססת על תקן כיתה לשיטת תקצוב דיפרנציאלית לפי תלמיד. נחום בלס וחיים אדלר אי-שוויון במערכת החינוך: ישראל 2009 – תמונת מצב (דלית נחשון-שרון עורכת, 2009). עוד ראו אליאב פולק תקצוב דיפרנציאלי לתלמיד במערכת החינוך הישראלית (2012); משה יוסטמן תקצוב דיפרנציאלי בחינוך (חוברת הכנה לכנס אלי הורביץ לכלכלה וחברה, 2014) [www.idi.org.il/books/4473](http://www.idi.org.il/books/4473).

התקצוב, העדר ההסדרה החוקית גורם גם לכך שהמבנה של תקצוב החינוך בישראל נודע לשמצה במורכבותו ובהעדר השקיפות שלו.<sup>39</sup>

אולם, אף שחקיקת החינוך בישראל אינה מגדירה כאמור כללים מפורטים באשר לתקצובם של בתי-ספר, לא יהיה נכון לומר כי הנושא אינו כפוף לנורמות משפטיות כלל. הכללים המשפטיים המרכזיים החלים על הקצאת משאבי חינוך הם חובתן של המדינה והרשות המקומית לספק חינוך, הזכות לחינוך חינם ואיסור הפליה. ניתוח של כללים אלה, היחס שלהם לאי-שוויון במשאבי החינוך וההתאמה שלהם למניעת יתרון יידונו כעת. כללים נוספים החלים על כלל פעילותן של רשויות מנהליות, כגון סבירות ומידתיות, חלים גם בהקשר זה, אולם בשל העדר הייחודיות לתחום זה לא אפרטם כאן. לאחר פירוט הכללים המשפטיים הללו אבחן אם יש בהם כדי להשיג שוויון במשאבי החינוך.

## 2. החובה לספק חינוך והזכות לחינוך חינם

על-פי סעיף 7 לחוק לימוד-חובה, החובה לספק חינוך מוטלת במשותף על המדינה ועל הרשות המקומית. בהתאם לחובתן זו, המדינה והרשויות המקומיות מחזיקות בתי-ספר רשמיים (אלה בתי-הספר הממלכתיים),<sup>40</sup> אשר חלק-הארי של תקציבם מגיע בפועל ממשרד החינוך. לצד מערכת החינוך הרשמית, המדינה מתירה גם לבתי-ספר שאינם של המדינה להתקיים, תוך שהיא מעמידה תנאים לרישום ולהכרה בהם. המדינה קובעת כללים באשר לתוכן הנלמד בהם, מפקחת עליהם ותומכת בהם מבחינה תקציבית. כחלק זה אתייחס ראשית לבתי-הספר הרשמיים, ולאחר-מכן אתייחס בקצרה גם לבתי-ספר שאינם רשמיים. ככל שהדברים נוגעים בבתי-הספר היסודיים ובחטיבות-הביניים הרשמיים, ניתן תקציב בסכום קבוע לכל כיתה, ונוסף על כך יש "סלים" לתמיכה במטרות מוגדרות. אחד הסלים האמורים הוא סל טיפוח המעניק תקצוב נוסף לאוכלוסיות חלשות.<sup>41</sup> רשויות מקומיות נוטלות אף הן חלק במימון החינוך הרשמי, בשיעור הנקבע על-פי דירוגן החברתי-הכלכלי. בכל

39 לאחרונה נעשים במשרד החינוך נסיונות להגדיל את השקיפות, בין היתר על-ידי פרסום נתונים באשר להיקף תקצוב החינוך על-פי מגזרים. הממצא החשוב ביותר בפרסום זה הוא ההפליה לרעה של החינוך הממלכתי הערבי. משרד החינוך ממצאים מרכזיים של המערכת לשיקוף תקציבי החינוך – תשע"ד (2015). [meyda.education.gov.il/files/MinhalCalcala/shkifut44.pdf](http://meyda.education.gov.il/files/MinhalCalcala/shkifut44.pdf) (להלן: שיקוף תקציבי). הפליית בתי-הספר הערביים תידון עוד להלן ליד ה"ש 74-79.

40 1 לחוק לימוד-חובה מגדיר מוסד חינוך רשמי כ"מוסד חינוך מוחזק על ידי המדינה, או על ידי רשות חינוך מקומית, או על ידי רשויות חינוך מקומיות אחדות במשותף, או על ידי המדינה ורשות חינוך מקומית, או על ידי המדינה ורשויות חינוך מקומיות אחדות במשותף, ואשר השר הכריז עליו, באכרזה שפורסמה ברשומות, שהוא מוסד חינוך רשמי לצורך חוק זה". בתי-ספר רשמיים הינם גם בתי-ספר ממלכתיים, כהגדרתם בס' 1 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953: "מוסד חינוך רשמי שניתן בו חינוך ממלכתי". חינוך ממלכתי הינו "חינוך הניתן מאת המדינה על פי תכנית הלימודים, ללא זיקה לגוף מפלגתי, עדתי או ארגון אחר מחוץ לממשלה, ובפיקוחו של השר או של מי שהוסמך לכך על ידי" (שם).

41 ראו בלס ואדרל, לעיל ה"ש 38. בתקופתו של שר החינוך שי פירון הוחלט על הגדלת החלק של התקצוב הדיפרנציאלי של משרד החינוך. ראו ליאור דטל "250 מיליון שקל יוספו ב-2015 לתקצוב תלמידים חלשים במערכת החינוך" *TheMarker* 25.11.2014 [www.themarker.com/](http://www.themarker.com/)

שנה נקבע שיעור ההשתתפות של הרשויות השונות על-ידי משרד הפנים ומשרד החינוך.<sup>42</sup> סכום ההשתתפות שנקבע מהווה רק את רף ההשתתפות התחתון של רשויות מקומיות במימון בתי-הספר. רשויות מקומיות חופשיות להשקיע סכומים נוספים בחינוך, כפי יכולתן ורצונן, מה שגורם לאי-שוויון בין בתי-ספר ברשויות מקומיות שונות.<sup>43</sup> אומנם, כפי שיובהר בהמשך,<sup>44</sup> הרשויות המקומיות אינן רשאיות לעשות שימוש בכספים אלה כרצונן (כך, למשל, הן אינן רשאיות להעסיק מורים), אולם תקציבים אלה משפרים עדיין את החינוך הניתן לתלמידים בהיבטים רבים.

בחינוך העל-יסודי התקצוב גם הוא ניתן לפי תקן שעות קבוע, המתחשב במגמות הלימוד בבית-הספר וההגשה לבחינות-הבגרות. בחינוך העל-יסודי אין הקצאה פרוגרסיבית על-פי מדד טיפוח, אולם בתי-ספר בפריפריה מקבלים תקציב סיוע.<sup>45</sup>

העיקרון המשלים לחובתן של המדינה והרשות המקומית לספק חינוך הוא זכותם של ילדים לחינוך חינם. סעיף 6 לחוק לימוד-חובה קובע כי על הממשלה לספק חינוך חינם לכל הילדים תושבי ישראל.<sup>46</sup> זכות זו ממומשת בעיקרה בבתי-הספר הרשמיים שהמדינה מחזיקה. כאמור, החוק אינו מגדיר מה נכלל בזכות לחינוך, ובהתאם לכך הוא אינו מגדיר גם אילו שירותים צריכים להינתן בחינם בבתי-ספר. בתי-המשפט נדרשו לשאלה זו ופירשו את הזכות לחינוך חינם כמתפרשת על כל שירות שמהווה חלק בלתי-נפרד מההוראה וכן על "השירותים המקובלים" כפי שהוגדרו בתקנות.<sup>47</sup> כך, למשל, בית-המשפט העליון קבע כי בחינות-הבגרות מהוות חלק בלתי-נפרד מהלימוד, ואינן אמצעי הערכה חיצוני לו. לפיכך נקבע כי אין לגבות אגרה בעבור היבחנות בבחינות-הבגרות.<sup>48</sup> מאידך גיסא, הסעות לבתי-ספר לא הוכרו על-ידי בתי-המשפט כחלק בלתי-נפרד מ"לימוד" שחייב להינתן בכל מקרה בחינם על-פי סעיף 6 לחוק לימוד-חובה, ולפיכך אושרו הסדרים שאינם מעניקים הסעות חינם לכל התלמידים.<sup>49</sup>

news/education/1.2495623. אולם הפערים התקציביים בין עניים לעשירים נותרו משמעותיים,

כפי שיודגם בהמשך.

42 ראו, לדוגמה, צו לימוד חובה (שיעור ההשתתפות של המדינה ושל רשויות החינוך המקומיות בקיום מוסדות חינוך רשמיים לשנת הלימודים התשע"ה), התשע"ד-2014, ק"ת 1714.

43 פולק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 42 ואילך. ראו גם דיון להלן.

44 ראו להלן ליד ה"ש 85.

45 שיקוף תקציבי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 43.

46 ס' 6(ד) לחוק לימוד-חובה.

47 לפי תקנות לימוד חובה (שירותים מקובלים), התשי"א-1950, שירותים מקובלים כוללים שיעורי השלמה לעולים חדשים, חדרי קריאה, שירותי בריאות והיגיינה, טיפול מונע נשירה מבינת-הספר וייעוץ מקצועי. ראו בג"ץ 10794/05 לנדאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2007) (אין לאפשר להורים לממן מכיסם שירותי עזרה ראשונה בבתי-ספר, שכן השירות הוא "שירות מקובל").

48 בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 18.7.2005).

49 עע"ס 1761/12 ועד ההורים של היישובים בנימינה וגבעת עדה נ' ראש המועצה המקומית גבעת עדה בנימינה (פורסם בנבו, 12.8.2012) (הזכות לחינוך חינם אינה כוללת מימון מלא

בתי-משפט בארצות-הברית עסקו גם הם בשאלה מה הזכות לחינוך חינם כוללת. רוב הדיונים שם נסבו סביב תחבורה לבית-הספר וממנו, ספרי לימוד וכן תוכניות בתשלום נוסף, כגון ספורט ומוזיקה (המכונות "pay to play"). המבחן העיקרי שבו השתמשו בתי-המשפט הוא אם השירות שעליו נדרש תשלום הינו "מרכיב הכרחי ובלתי-נפרד מחינוך ציבורי".<sup>50</sup> לצד התקצוב שמשרד החינוך מעניק, יש תוספות תקציביות ותוכניות מיוחדות שמטרתן להעניק משאבים נוספים לאוכלוסיות הזקוקות לחיזוק חינוכי, כגון תלמידים עם מוגבלות ותלמידים מאוכלוסיות מוחלשות. כאמור, על-פי רוב הגישות של צדק חלוקתי בחינוך, יש להעניק משאבים עודפים לאוכלוסיות מוחלשות משני טעמים עיקריים. הטעם האחד מתרכז בדרישה לשוויון בשירות החינוכי. יש תלמידים שזקוקים למשאבים רבים יותר על-מנת ליהנות משירות חינוכי שוויוני. טעם זה הולם במיוחד תלמידים עם מוגבלות הזקוקים להתאמות<sup>51</sup> או תלמידים שאינם דוברים את השפה שהלימודים מתקיימים בה. הטעם האחר להשקעת-יתר בתלמידים קשור לצורך לתקן אי-שוויון קודם בין תלמידים, הנובע מפערים חברתיים-כלכליים<sup>52</sup> או מפערים ביכולת הלימודית.

- של הסעות בכל מצב, ובמקרה זה לא התגבשה חובה לספק הסעות). השוו עת"ם (מנהליים ת"א) 2571/05 א. א (קטיין) נ' עיריית רמלה (פורסם בנבו, 26.5.2008) (בית-המשפט פסל את החלטתה של עיריית רמלה לשלול הסעות לבית-הספר בשל הפרת דיני התכנון והבנייה על-ידי ההורים, תוך שהוא מצייין כי הזכות לחינוך מחייבת את הרשויות להבטיח אפשרות גישה לבתי-ספר, בין בתחבורה ציבורית ובין בהסעות). ראו גם עת"ם (מנהליים ב"ש) 241/09 עודה נ' משרד החינוך – מחוז דרום (פורסם בנבו, 16.5.2010) (שבו הצהיר בית-המשפט כי חובה על משרד החינוך והרשויות המקומיות לדאוג לגניילדים לגילאי 3-4, וכי אין זה סביר לצפות שההורים יסיעו את ילדיהם בנסיעות הקיימות); עת"ם (מנהליים ת"א) 2402/05 קציר נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 13.6.2006) (בית-המשפט ציין כי אף שאי-הספקת הסעות אינה מפרה הוראה שבדין, אין זה הוגן שתלמיד לא יוכל ללמוד בבית-ספר ייחודי מרוחק גיאוגרפית רק בשל חוסר יכולת כלכלית, ולפיכך הורה לעירייה לספק לתלמיד כרטיסיות).
- 50 זאת, תוך שימוש במבחני-משנה כגון אם ניתן ציון בתעודה על הקורס, אם ההשתתפות בו היא חובה או תנאי לדברים אחרים. Marc D. Puntos, *Education Fees in Public Schools: A Practitioner's Guide*, 73 B.U. L. Rev. 71 (1993); Kate Rausch, *Pay-to-Play: A Risky and Largely Unregulated Solution to Save High School Athletic Programs from Elimination*, 39 SUFFOLK U. L. REV. (2006) אולם גם בתי-משפט שעשו שימוש באותו מבחן עצמו הגיעו למסקנות לא-אחידות במקרים דומים. בית-המשפט של מישיגן, למשל, קבע כי תחבורה, נבחרות ספורט ותזמורת הן חלק חשוב מחינוך ציבורי, אך לא חלק הכרחי, ולפיכך מותר לגבות עליהן תשלומים. לעומת זאת, בית-המשפט של קליפורניה קבע כי תוכניות "pay to play" הינן חלק בלתי-נפרד מתוכנית הלימודים, לא פחות מאשר אלגברה, ולפיכך אין לגבות בעבורן תשלום. Hartzell v. Connell, 35 Cal.3d 899, 201 Cal.Rptr. 601; 679 P.2d 35 (1984).
- 51 BRIGHOUSE, לעיל ה"ש 33. ראו גם בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ' 19 (1) 19 (1996) (שבו נקבע כי על-מנת לממש את הזכות לשוויון בחינוך יש להשקיע בתלמיד עם מוגבלות משאבים נוספים).
- 52 זוהי מטרתה העיקרית של התפיסה המריטוקרטית. ראו Brighthouse, לעיל ה"ש 8; Brighthouse & Swift, לעיל ה"ש 8.

מערכת החינוך בישראל מכירה בשני סוגי הטעמים הללו כבסיס להשקעת תקציבים נוספים בחינוך. חוק חינוך מיוחד קובע את זכותם של ילדים עם מוגבלות לחינוך המתאים לצורכיהם, לרבות טיפולים פֶּדְּרִיָּאָטִים ושירותים נלווים, והתקציב המושקע בחינוך זה גבוה מזה המושקע בחינוך הרגיל.<sup>53</sup> באשר להשקעה דיפרנציאלית בתלמידים מקבוצות מוחלשות מבחינה חברתית-כלכלית, מדובר בתחום שמוסדר הרבה פחות. כאמור לעיל, משרד החינוך מקצה לבתי-ספר משאבים לצורך כך במסגרת אותם "סלים" מיוחדים. מדד טיפוח מקצה כ-7% משעות הלימוד במערכת. אולם יתרת השעות התוספתיות במערכת (כלומר, השעות המחולקות על-פי הסלים) אינן מחולקות באופן דיפרנציאלי, וכתוצאה מכך חלוקת השעות שווה כמעט לאוכלוסייה ממעמד חברתי-כלכלי גבוה ולאוכלוסייה ממעמד חברתי-כלכלי נמוך.<sup>54</sup> נוסף על כך, אחת האוכלוסיות החלשות ביותר מבחינה חברתית-כלכלית בישראל היא המיעוט הערבי-הפלסטיני, אשר לא רק שבת-הספר שלו אינם מתוקצבים ביתר, הם אף סובלים מהפליה תקציבית חמורה.<sup>55</sup>

נוסף על השקעה דיפרנציאלית זו יש מגוון אדיר של תוכניות ויוזמות אחרות (של משרד החינוך, של עמותות או של משרד החינוך וגופים אחרים במשותף) שנועדו לקדם חינוך בפריפריה ובקרב תלמידים מקבוצות חברתיות מוחלשות.<sup>56</sup> תוכניות אלה עשויות פעמים רבות להיות יעילות בקידום חינוכם של ילדים מקבוצות מוחלשות, ויש בהן כדי לאזן במידת-מה את אי-השוויון במשאבי החינוך. קשה לאמוד את היקפן של תוכניות אלה ואת היקף המשאבים המושקעים בהן, בשל העובדה שמדובר בתוכניות וולונטריות אשר מפוזרות מבחינה גיאוגרפית, מערבות גורמים פרטיים, ונפתחות ונסגרות באופן תדיר. עם זאת, על-פי כל ההערכות, סך התקציבים (הציבוריים והפרטיים) המושקעים בתלמידים משכבות אוכלוסייה מוחלשות ממשיך להיות נמוך במידה משמעותית מאוד מהמשאבים המושקעים בתלמידים אמידים. נושא זה יידון באופן נרחב בהמשך הדברים.

53 עם זאת, התקציב שמושקע בחינוך המיוחד אינו מספיק על-מנת לממש את זכותם של תלמידים רבים לשירותים שהם זכאים לקבל על-פי החוק, ובמיוחד למימוש הזכות לשילוב בחינוך הרגיל. ראו דיון אצל פרייזון, לעיל ה"ש 10.

54 פולק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 45.

55 ראו דיון להלן ליד ה"ש 74-79.

56 תקצר היריעה כאן מלתאר את כולן. לשם המחשה, אגף חינוך ילדים ונוער בסיכון במשרד החינוך, האחראי לקידום אוכלוסיות מוחלשות, מפעיל תוכניות רבות לשם מניעת נשירה, מיצוי הפוטנציאל של ילדים ונוער מאוכלוסיות מוחלשות ומתן מענה חינוכי לילדים ונוער בסיכון. ראו [cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/MinhalPedagogi/Agafim/Shahar.htm](http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/MinhalPedagogi/Agafim/Shahar.htm). תוכניות פרטיות כוללות, למשל, את מיכ"ל (מיצוי כישורים אישיים למצוינות) ([www.michael.org.il/](http://www.michael.org.il/)) וכן את התוכניות של מכון ברנקווייס המיושמות בבתי-ספר רשמיים, כגון "מקפצה" (תוכנית לקידום ילדי בית-הספר היסודי) ומצוינוטבע (שנועדה להעלות את שיעור האקדמאים שמגיעים מהפריפריה) ([brancoweiss.org.il/blog/development-programs/dev](http://brancoweiss.org.il/blog/development-programs/dev)) [elopment/%D7%AA%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9B%D7%99%D7%95%D7%AA/](http://elopment/%D7%AA%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9B%D7%99%D7%95%D7%AA/). תוכניות אלה מופעלות בשיתוף-פעולה בין גופי חינוך פרטיים, משרד החינוך ורשויות מקומיות. תקצובם גם הוא מעורב – פעמים רבות חלקו מגיע מתרומות וחלקו מתוקצב באופן ציבורי.

השילוב של הזכות לחינוך חינם יחד עם חובת המדינה לספק חינוך עשוי ליצור את הרושם שהחינוך הרשמי בישראל ממומן באופן ציבורי בלעדי – על-ידי המדינה והרשויות המקומיות.<sup>57</sup> אולם כבר בסעיף 6 לחוק לימוד-חובה, הקובע את הזכות לחינוך חינם, נקבעים גם חלק מהחריגים לזכות זו, המפורטים בחוזרי מנכ"ל.<sup>58</sup> סכומי הכסף הפרטיים המוזרמים בפועל לבתי-הספר הממלכתיים גבוהים בהרבה מן הקבוע בחוזרי המנכ"ל.<sup>59</sup> בתי-ספר

57 מובן שקביעה זו אינה מתייחסת לבתי-ספר שאינם רשמיים, שבהם מראש המימון הציבורי הוא חלקי. ראו להלן ליד ה"ש 64 ואילך.

58 על-פי ס' 6(ד) לחוק, רשות החינוך המקומית רשאית, באישור השר, לגבות תשלומים והחזר הוצאות בעד אספקה ושירותים שהם נותנים לתלמיד מלבד מה שהוגדר בתקנות כשירותים מקובלים, אשר בגינם אין לדרוש תשלום. ס' 6(1ד) קובע כי ניתן לגבות תשלום לתלמידים בעבור ביטוח תאונות אישיות. ס' 6(ה) וס' 8 לחוק חינוך ממלכתי מתיר לגבות תשלומים בעבור תוכנית לימודים נוספת (תל"ן). התשלומים כפופים לאישורים של שר החינוך וועדת החינוך של הכנסת. ראו, למשל, את אישורה של ועדת החינוך של הכנסת לתשלומי הורים לשנת הלימודים תשע"ו בכתובת [cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Afik/Tashlumim](https://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Afik/Tashlumim). ההוראות המפורטות בדבר תשלומי ההורים מוסדרות בחוזרי מנכ"ל משרד החינוך: חוזר מנכ"ל הוראות קבע 9-3.11 "תשלומי הורים" (1.11.2002) (להלן: חוזר מנכ"ל "תשלומי הורים") קובע את הכללים המפורטים בדבר גביית תשלומי הורים; וחוזר מנכ"ל תשע"ז/12(א) 18-3.11 "תשלומי הורים: גביית תשלומי הורים ושכר לימוד במסד חינוך שאינו רשמי יסודי, וגביית תשלומי הורים עבור מקצועות לימוד ברמה מוגברת, תכנית לימודים נוספת תורנית ובמסד חינוך ניסויי וייחודי" (24.8.2016) (להלן: "חוזר התשלומים החדש") עוסק בחלקו בתשלומים בבתי-ספר שאינם ממלכתיים, ובחלקו בגביית תשלומי הורים חריגים בבתי-ספר ממלכתיים ייחודיים ובבתי-ספר ממלכתיים-דתיים תורניים וכן בעבור מגמות בבתי-ספר ממלכתיים. בין היתר החוזר מתיר לגבות תשלום בעבור לימוד במגמה מוגברת שלישית לבגרות (שתי המגמות הראשונות ניתנות בחינם); בתי-ספר ייחודיים ובתי-ספר תורניים (שניהם ממלכתיים) רשאים על-פי לגבות תשלום בעד עשר שעות תל"ן מעבר למה שמותר לגבות על-פי חוזר התשלומים הרגיל; ומותר לפי החוזר לגבות תשלומים נוספים בעבור פעילויות העשרה, כגון סמינרים ושבתונים, וכן בגין הפעלת מתקני בית-הספר בשעות אחר-הצהריים, בגין פעילות של "כיתה מתמחה" בחטיבת-הביניים, ואפילו בעבור פיצול כיתות לשם למידה בקבוצות קטנות. זאת ועוד, חוזר התשלומים החדש מעניק סמכות לוועדת חריגים לאשר גבייה הגבוהה אפילו מן האמור בחוזר עצמו (ס' 5.3-5.4 לחוזר). חוזר זה החליף שני חוזרים קודמים עם הוראות דומות, שנגרם הוגשה עתירה. ראו בג"ץ 6214/15 סלומן נ' משרד החינוך (העתירה תלויה ועומדת). נוסף על כך קיימות תוכניות מיוחדות שניתן לגבות בגינן תשלומים נוספים, שהבולטת מביניהן היא (Bring Your Own Devise) BYOD, שבמסגרתה תלמידים נדרשים לרכוש מחשבי-לוח (טבלטים) או מחשבים ניידים ולהביאם לבית-הספר. לעתירה נגד תוכנית זו ראו בג"ץ 5004/14 שמשון נ' שר החינוך (העתירה תלויה ועומדת). ראו גם חוק השאלת ספרי לימוד, התשס"א-2000, המתיר גביית תשלומים מהורים בעבור השאלת ספרי לימוד בסך 280-320 ש"ח, וכן חוק ארוחה יומית לתלמיד, התשס"ה-2005, המתיר גבייה פרוגרסיבית בעבור ארוחת צהריים.

59 ראו יובל וורגן "תשלומי הורים בגין תוכנית לימודים נוספת" (תל"ן) וריכישת שירותים מרצון" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 1.2.2011). [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02796.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02796.pdf).



רבים גובים תשלומים מעל המותר,<sup>60</sup> ואכיפת המגבלות המוטלות על תשלומי ההורים חלקית מאוד.<sup>61</sup> חלק מן ההסבר נעוץ בכך שפעמים רבות לא רק שההורים אינם מתנגדים לתשלומים, הם אף מעודדים אותם מתוך רצון לשפר את חינוך ילדיהם.<sup>62</sup> הסבר נוסף לכך שהתשלומים הפרטיים גבוהים בהרבה מן המותר בחוק ובחוזי המנכ"ל הוא שהכללים בדבר תשלומי הורים מתייחסים רק לתשלומים שבתיהספר דורשים, אך הם אינם מגבילים כלל תרומות מאת הורים, עמותות הורים או גופים אחרים.<sup>63</sup> אם כן, המשאבים המשמשים בתיספר רשמיים מגיעים מן המדינה, מרשויות מקומיות ומתקצוב פרטי. אי־השוויון הנגרם כתוצאה משיטת מימון מרובדת זו יפורט בהמשך, אולם לפני כן יש להשלים עוד את תמונת התקצוב של בתיספר שאינם רשמיים.

עד כה עסקנו בתקצובה של מערכת החינוך הרשמית, כלומר, אותה מערכת שמוחזקת על־ידי המדינה והרשויות המקומיות ונמצאת בבעלותן, ואשר זכותם של כלל ילדי ישראל לקבל בה חינוך חינם. אולם לצד מערכת החינוך הרשמית פועלים בישראל גם בתיספר רבים שאינם רשמיים, המכונים בשפה העממית "בתיספר פרטיים". למעשה, קטגוריה זו כוללת סוגים שונים של בתיספר, שחלים עליהם כללים שונים בנוגע להכרה בהם, לתוכנית הלימודים בהם, לפיקוח עליהם ולתקצובם.<sup>64</sup> כל בתיספר הללו, בכל הקטגוריות, זוכים בתמיכה כלכלית של המדינה ומפוקחים על־ידיה במידה זו או אחרת, ולפיכך לא יהיה זה מדויק להגדירם בתיספר "פרטיים".<sup>65</sup> כפי שיפורט להלן, הדין בישראל קושר את מידת תקצובם של בתיספר שאינם רשמיים למידה שבה הם מחויבים לתכנים שקבע משרד החינוך. רוב בתיספר שאינם רשמיים הינם בתיספר "מוכרים". בתיספר אלה אינם שייכים למדינה או לרשות המקומית, ויש להם אוטונומיה רחבה בעיצוב תוכני הלימוד, בהעסקת המורים, בגביית שכר הלימוד ובניהול בית־הספר. אולם אוטונומיה זו אינה מוחלטת: בתיספר אלה זקוקים לרישיון ולהכרה מאת משרד החינוך, והמשרד מפקח על התכנים שנלמדים

60 מבקר המדינה "תשלומי הורים במערכת החינוך" דוח שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010, 577, 575 (2011) קובע כי בפועל נגבים 2.5 מיליארד שקלים בתשלומי הורים, ומתוכם מיליארד ש"ח בתשלומים לא־חוקיים.

61 ראו עת"ם (מנהליים חי') 1086/05 דינס נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 16.11.2005) (פסילת תשלומים בגין מיזוג, הסעות, תוכניות לימודים נוספות מעבר למותר בתל"ן, טיולים וטקסים מעבר למותר, שכרה של ספרנית, חומרי לימוד והפקת חוברות).

62 בג"ץ 8849/12 עמותת ועד ההורים של תלמידי בית הספר הניסויי ירושלים נ' שר החינוך (העתירה תלויה ועומדת). העתירה (וארבע נוספות שאוחדו עימה) תוקפת את "חוזר התשלומים החדש", לעיל ה"ש 58, בטענה שהוא מטיל מגבלות רבות מדי על תשלומי ההורים. נגד החוזר הוגשה גם עתירה מטעם ארגוני זכויות אדם בטענה ההפוכה, קרי, שהתשלומים שהוא מתיר גבוהים מדי. ראו עניין סלומון לעיל ה"ש 58.

63 ובלבד שלא הייתה מעורבת כפייה או הפליה בקבלת התרומה – ראו חוזר מנכ"ל "תשלומי הורים", לעיל ה"ש 58. ראו גם חוק איסור פעילות מסחרית במוסדות חינוך, התשס"ח-2007.

64 על מעמדם של בתיספר שאינם רשמיים ראו פרייחזן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 164-176.

65 בארצות־הברית, למשל, בתיספר פרטיים אינם זוכים בתקציב ציבורי כלל, ומפוקחים על־ידי המדינות באופן מצומצם בלבד. ראו: Eric A. DeGroff, *State Regulation of Nonpublic Schools: Does the Tie Still Bind?*, 2003(2) B.Y.U. Educ. & L.J. 363

בהם ועל שכר הלימוד הנגבה בהם.<sup>66</sup> כמו־כן, בתי־ספר מוכרים שאינם רשמיים מחויבים בלימוד 75% מתוכנית־היסוד.<sup>67</sup> המדינה תומכת בבתי־ספר מוכרים שאינם רשמיים בשיעור של 75% מתקן־הבסיס של מוסד רשמי דומה,<sup>68</sup> ואילו הרשויות המקומיות מחויבות לתמוך בהם באופן שווה לבתי־הספר הרשמיים שבתחומן.<sup>69</sup>

קטגוריה נוספת של בתי־ספר שאינם רשמיים היא מוסדות "פטור", שבהם מתחנכים ילדים שקיבלו פטור מלימוד־חובה.<sup>70</sup> מוסדות "פטור", המשרתים את הקהילה החרדית, מחויבים ברישוי, אולם הם אינם מחויבים בהכרה. הם זוכים באוטונומיה רחבה מזו של בתי־הספר המוכרים, נדרשים ללמד רק 55% מתוכנית־היסוד, ומתוקצבים בשיעור של 55% מתקן־הבסיס של מוסד רשמי.<sup>71</sup>

הקטגוריה המרכזית האחרונה של בתי־ספר היא מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. בתי־ספר אלה מוגדרים כבתי־ספר שניתן בהם "חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים".<sup>72</sup> מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים זוכים בתקצוב של 60%, ואינם מחויבים ללמד את תוכנית־היסוד כלל. המגבלה היחידה המוטלת על האוטונומיה החינוכית בבתי־ספר אלה היא שעליהם להימנע מפעילות

66 ס' 28(ג) לחוק הפיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הפיקוח). ראו גם חוזר התשלומים החדש, לעיל ה"ש 58, הקובע גם את תשלומי ההורים ושכר הלימוד שבתי־ספר מוכרים שאינם רשמיים רשאים לגבות.

67 תוכנית־היסוד היא המושג המקצועי המקובל למה שמכונה בשיח הציבורי "תוכנית־הליבה".

68 תק' 9 לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ג-1953 (להלן: תקנות מוסדות מוכרים), קובעת כי "המדינה תשתתף בתקציב שעות הלימוד של מוסד חינוך מוכר... בשיעור של 75% מתקן הבסיס של מוסד חינוך רשמי דומה". בתי־הספר של שתי הרשתות החרדיות הגדולות – "מעייץ החינוך התורני" ו"מרכז החינוך העצמאי", שהינם בתי־ספר מוכרים שאינם רשמיים – זוכים בתקצוב של 100% על־פי ס' 3א לחוק יסודות התקציב. להסבר על הסדר מיוחד זה ולביקורת עליו ראו פריי־חזן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 170-173. עוד יצוין כי הבסיס לחישוב התקצוב של מוסדות מוכרים הוא "תקן־הבסיס", כלומר, לא התקצוב המלא של מוסד חינוך רשמי. בסיס זה אושר על־ידי בית־המשפט העליון. ראו בג"ץ 8405/13 מרכז תורני רעננה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 23.3.2015); בג"ץ 7691/14 אור שערים נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 17.12.2015).

69 ס' 11א לחוק חינוך ממלכתי (תיקון לחוק חינוך ממלכתי שכונה "חוק נהרי" על־שם יוזמו חבר הכנסת משולם נהרי). לתיאור המחלוקת שניטשה סביב תיקון זה, אשר הובילה לתיקונו כמה פעמים בתוך שנים אחדות, ראו פריי־חזן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 171.

70 על־פי ס' 5 לחוק לימוד־חובה.

71 בשנים 2014-2016 היה בתוקף תיקון לחוק לימוד־חובה (ס' 10א) שבמסגרתו ניתנה למוסדות "פטור" בחירה בין לימוד 55% מתוכנית־היסוד וקבלת תקצוב של 55% לבין לימוד 30% ממה שכונה בתיקון "תוכנית־הבסיס", והוגדר כ"מקצועות נבחרים מתוך תכנית היסוד כפי שקבע השר", וקבלת 30% תקצוב. תיקון זה נמחק מספר החוקים ביולי 2016. חוק לימוד חובה (תיקון מס' 35), התשע"ו-2016, ס"ח 1157.

72 ס' 1 לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.

הסותרת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>73</sup> לעת הזו, הקבוצה התרבותית הייחודית היחידה שהוכרה לצורך חוק זה היא הקהילה החרדית. אם כן, החובה לספק חינוך והזכות לחינוך חנים יוצרות תשתית משפטית להקמת מערכת החינוך הרשמית בישראל. לצד מערכת זו קיימת מערכת לא־רשמית, הזוכה גם היא בתקצוב נדיב מאת המדינה והרשויות המקומיות. נוסף על החובה לספק חינוך והזכות לחינוך חנים קיים עיקרון משפטי נוסף המשפיע על שוויון במשאבי חינוך, הוא עקרון איסור ההפליה, שאותו אבחן כעת.

### 3. איסור הפליה בחלוקת משאבים

לצד הכללים המהותיים המתווים את האופן שבו יש להקצות משאבים בחינוך, עומד הכלל בדבר איסור הפליה. כלל זה, אשר מחייב את הרשות המנהלית בכל פעולותיה, הינו אחד הכללים המשמעותיים לקידום שוויון בחלוקת משאבים, וקבוצות שונות בחברה הישראלית עשו שימוש בכלי זה על־מנת לקדם שוויון בתחום החינוך (כמו בתחומים אחרים) בהצלחה ניכרת. עיקר העיסוק בעניין זה בכתב־המשפט היה סביב הפליית המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל. כך, למשל, נקבע כי בחלוקת התקציבים של אגף שח"ר (אגף שירותי חינוך ורווחה) במשרד החינוך, האחראי לקידום אוכלוסיות מוחלשות, הייתה הפליה נגד המיעוט הערבי;<sup>74</sup> כי קביעת אזורי העדיפות הלאומית – קביעה שיש בה כדי להגדיל במידה משמעותית את תקציבי החינוך המועברים לאותם יישובים שמצויים בתוך אזורי העדיפות – נעשתה באופן

73 כמורכב, מנכ"ל משרד החינוך רשאי ליתן צו סגירה לבית־ספר אם מתנהלת או נסבלת בו הסתה נגד המדינה (ס' 35(א)(4) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים) או אם מתקיימת בו הפליה אסורה וזו אינה מתוקנת (ס' 35(ב) לחוק). לתיאור מהלך חקיקתו של החוק ולביקורת עליו ראו תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית־הליכה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008" **משפט וממשל** יב 281 (2009). ראו גם בג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.2014) (שבו רחה בית־המשפט עתירה נגד חוקתיותו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, לאחר שדעת הרוב קבעה כי החוק אינו פוגע בזכות לחינוך של ילדים חרדיים באופן העולה כדי פגיעה בלתי־מידתית בזכות החוקתית לכבוד).

74 בג"ץ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נד(3) 233 (2000). באופן מיוחד הופנתה העתירה נגד שתי תוכניות של אגף שח"ר שלא יושמו בחינוך הערבי – תוכנית "רווחה וחינוך" ותוכנית "שיקום שכונות". כיום אגף שח"ר נטמע בתוך האגף לחינוך לילדים ונוער בסיכון. ראו [cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/MinhalPedagogi/Agafim/Shahar.htm](http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/MinhalPedagogi/Agafim/Shahar.htm)

מפלה;<sup>75</sup> וכי הקצאת התקנים של קציני ביקור סדיר לאוכלוסייה הברווית בנגב הייתה מפלה.<sup>76</sup> בית-המשפט אף קבע כי העדר כיתות לימוד לתושבי ירושלים המזרחית מהווה הפליה, אף שעיקר ההנמקה של בית-המשפט בקבלת העתירה נגעה בהפרת החובה לספק חינוך.<sup>77</sup> למרות חשיבותו של עקרון איסור ההפליה וההישגים המשמעותיים שהושגו באמצעותו, החינוך הרשמי הערבי סובל עדיין מהפליה קשה, בהשוואה לחינוך היהודי, במשאבי החינוך שמשרד החינוך מקצה לו. על-פי נתונים עדכניים שפרסם משרד החינוך עצמו, התקציב המדינתי שמושקע בתלמיד ערבי נמוך במידה ניכרת מזה המושקע בתלמיד יהודי,<sup>78</sup> והישגי התלמידים הערבים נופלים בממוצע מאלה של התלמידים היהודים.<sup>79</sup> ברי כי נתונים אלה אינם עולים בקנה אחד עם עקרון איסור ההפליה, ויש לקוות כי חשיפת המידע לציבור תוביל לשינויים המתבקשים. במקביל, על-פי נתוני משרד החינוך, החינוך הממלכתי-הדתי זוכה ביתרון תקציבי על החינוך הממלכתי היהודי והערבי גם-יחד.<sup>80</sup> בשל הפערים שבין הזרמים הממלכתי והממלכתי-הדתי לבין החינוך הממלכתי הערבי ניתן לטעון כי עצם ההפרדה לזרמים יש בה כדי לפגוע בשוויון. אומנם, במבחן התוצאה זרמי החינוך השונים בישראל

75 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא"ד (1) 1 (2008) (המצב שבו מתוך 500 היישובים הנכללים באזורי עדיפות לאומית רק ארבעה הם יישובים ערביים מהווה הפליה, גם אם לא הייתה כוונה להפלות). אך ראו בג"ץ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(5) 472 (1991) (החלה הדרגתית של חוק יום לימודים ארוך כך שאחוזו בתי-הספר הערביים מקרב אלה שעליהם הוחל החוק נמוך משיעורם של הערבים באוכלוסייה אינה מהווה הפליה).

76 בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577 (2005). קציני ביקור סדיר הם עובדי רשות מקומית שתפקידם למנוע נשירה של תלמידים מבתי-הספר ולוודא ביקור סדיר של התלמידים בהם. בית-המשפט ציין כי היה ראוי שהאוכלוסייה הברווית בנגב דווקא תקבל תקנים רבים יותר ביחס לגודלה, משום שבעיית הנשירה שם חמורה במיוחד. אולם בית-המשפט שוכנע כי יש קושי אמיתי למלא את התקנים בשל מחסור באנשי-מקצוע דוברי ערבית, ולפיכך הוא נמנע מלתת צו אופרטיבי ברוח זו. יצוין כי העדרם של אנשי-מקצוע מיומנים הוא בעיה בוערת באוכלוסיות מוחלשות, ולא מן הנמנע שמשרד החינוך מחויב גם לפעול להכשרתו ולפיתוחו של כוח אדם מיומן.

77 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011). (המדינה ועיריית ירושלים הפרו את חובתם לספק חינוך רשמי חינם לתושבי מזרח ירושלים, ואם המצב לא יתוקן בתוך חמש שנים, הם יאלצו לשאת בעלות הלימודים בבתי-ספר מוכרים). גם העיסוק במצב נגישותו של החינוך ביישובים הברוויים הלא-מוכרים נסב סביב הפרת הזכות לחינוך, ולא סביב טענה בדבר שוויון. ראו פרייחזון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 187-188. יודגש כי דרישה לחינוך שוויוני הינה מרחיקת-לכת הרבה יותר מאשר טענה בדבר פגיעה בזכות לחינוך. זו גם הביקורת המושמעת כלפי הסתפקות בזכות לחינוך הולם תחת שוויון חינוכי. ראו Koski & Reich, לעיל ה"ש 23. שיקוף תקציבי, לעיל ה"ש 39.

79 למשל, ירון סקופ "תוצאות פיו"ה: הפערים בין תלמידי ישראל – הגבוהים ביותר מכל מדינות ה-OECD" הארץ 1.4.2014. [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2285558](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2285558)

80 פערים אלה נובעים, למיטב הבנתי, משיטת ה"סלים", היוצרת עדיפות לבתי-ספר יהודיים. כך, למשל, סל המוקדש לתפילה יינתן באופן מובהק לבתי-ספר ממלכתיים-דתיים (אך ראו בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 873 (2004)).

אכן נהנים ממעמד שונה ומתנאים שונים, אולם מצב דברים זה אינו מחויב-המציאות, והכלל בדבר איסור הפליה מחייב להשוות את התנאים של בתי-הספר השונים גם כאשר הם מחולקים לזרמים.<sup>81</sup>

אם כן, לאחר שניתחנו את החובה לספק חינוך, את הזכות לחינוך חינם ואת איסור ההפליה, הגיע הזמן לבחון אם בכוחם של כללים אלה לקדם שוויון במשאבים. כפי שנאמר לעיל, יש שני מובנים עקרוניים שונים של שוויון במשאבים: האחד צנוע יותר, ודורש שוויון פורמלי במשאבים שעומדים לרשות כל תלמיד ותלמידה; והמובן האחר דורש שוויון מהותי, כלומר, הקצאת-יתר לתלמידים הזקוקים למשאבים רבים יותר. אראה כעת כי שלושת הכללים המשפטיים שתוארו לעיל אינם מצליחים להבטיח אפילו את הדרישה הצנועה יותר לשוויון פורמלי במשאבי חינוך.

#### 4. שלושה מישורים של אי-שוויון

נוסף על אי-שוויון שתואר בתקצוב המדינתי, שבו עסקנו בחלק הקודם ואשר אותו יש בכוחו של עקרון איסור ההפליה לתקן, אי-השוויון בתקציבי החינוך בישראל בא לידי ביטוי בשלושה מישורים נבדלים. שלושתם, אני טוענת, אינם ניתנים לטיפול באמצעות איסור ההפליה, וקיומם קשור באופן הדוק לסוגיה של הגבלת היתרון.

אי-שוויון בין רשויות מקומיות שונות – הכלל בדבר איסור ההפליה חל על כל רשות מנהלית ביחס לתחום שיפוטה פנימה. למשל, כאשר מדובר במשאבים שהמדינה אחראית לספק, מימוש העיקרון של איסור ההפליה אמור להוביל לחלוקה שוויונית של משאבים בין כל היחידות השונות במדינה. אולם כאשר מדובר ברשות מקומית, חובת השוויון חלה רק כלפי בתי-הספר בתוך הרשות, והיא אינה מחויבת לשקול שיקולי שוויון ביחס לתושבים של רשויות מקומיות אחרות.<sup>82</sup> הכלל המשפטי ביחס להשקעת הרשות המקומית בחינוך קובע את הסף התחתון של השקעת הרשות, אולם אינו קובע רף עליון, כלומר, רשויות

81 שאלת ההצדקה של זרמי החינוך הינה שאלה מורכבת, ואין באפשרותי לדון בה במאמר זה. אציין רק כי לעיתים יש בהחלט מקום לטענה כי שוני תרבותי מנוצל לשם רכישת יתרון חינוכי לא-הוגן. אולם ההחלטה אם יש לאפשר זרמים ייחודיים תלויה גם בשאלה עד כמה הפרדה זו חשובה לשם שמירה וטיפוח של אורח חיים או דת מסוימים. ראו גם דיון להלן ליד ה"ש 233. בהקשר זה ראוי לציין עוד כי החינוך הערבי אינו מוגדר כ"זרם" כפי שמוגדרים החינוך הממלכתי-הדתי והזרם הממלכתי המשלב (המשלב דתיים עם חילונים – ראו ס' 4ב לחוק חינוך ממלכתי). לדבר זה יש משמעויות רבות. כך, למשל, לחינוך הערבי אין אותה שליטה שיש לחינוך הממלכתי-הדתי בעיצוב תוכניות הלימודים, בחלוקת המשאבים בתוך הזרם, בקבלה של מורים ועוד. ראו יוסף ג'בארין ואימן אג'באריה חינוך בהמתנה: מדיניות הממשלה ויוזמות אזרחיות לקידום החינוך הערבי בישראל (2010); הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל 27-29 (2006); KHALED ABU-ASBAH & LIBNAT AVISHAI, RECOMMENDATIONS FOR THE IMPROVEMENT OF THE ARAB EDUCATION SYSTEM IN ISRAEL (2007). שוויון מסוג זה – במובן של הכרה, השמעת קול וכולי – הוא היבט חשוב נוסף של השוויון החינוכי אשר מאמר זה אינו עוסק בו.

82 לדיון מקיף על-אודות אי-השוויון בין רשויות מקומיות בהקשר החינוכי ראו ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347 (2004).

מקומיות רשאיות להשקיע כרצונן בחינוך, כל עוד נשמר עקרון השוויון כלפי בתי-הספר בתוך הרשות. לפיכך הפערים בין רשויות מקומיות שונות בגובה ההשקעה שלהן בכל תלמיד הם אדירים: רשויות מבוססות משקיעות עד 10,000 ש"ח לתלמיד בשנה, בעוד ברשויות עניות ההשקעה נמוכה בהרבה, לעיתים בגובה 500 ש"ח לשנה בלבד.<sup>83</sup> השוני בהשקעה של רשויות מקומיות בחינוך גורם לכך שההשקעה הציבורית הכוללת (כלומר, תקציבי משרד החינוך בתוספת תקציבי הרשות המקומית) בתלמידים מיישובים מבוססים גדולה באופן ניכר מזו המושקעת בתלמידים מיישובים באשכולות הנמוכים.

הפער בין רשויות מקומיות שונות גדל עוד יותר בשל קיומן של תוכניות ופרויקטים הממומנים בדרך של "מימון תואם" (matching), שבו המדינה או גופים כגון הסוכנות היהודית מציעים תקציב לפרויקטים אם גם הרשות המקומית משקיעה בהם מתקציבה.<sup>84</sup> כך דווקא רשויות מקומיות אמידות מקבלות תקציבים גבוהים יותר מרשויות חלשות.

המשאבים העודפים המושקעים ברשויות חזקות באים לידי ביטוי במגוון שירותים, כגון תוכניות חינוכיות ייחודיות, העשרה ותגבור, טיולים ותנאים פיזיים משופרים. כאמור, משרד החינוך הוא המעסיק הבלעדי של מורים בבתי-ספר רשמיים, ולפיכך אי-אפשר, באופן רשמי, לעשות שימוש בתקציבים אלה על-מנת לפצל כיתות או להוסיף שעות להוראת מקצועות-ליבה.<sup>85</sup>

אי-השוויון המדובר הוא תוצר של הכללים המשפטיים המסדירים את הקצאת משאבי החינוך, ונובע במיוחד מאי-הטלת מגבלה על יכולתן של רשויות מקומיות להשקיע משאבים בחינוך. ישראל אינה ייחודית בהסדר משפטי זה. גם בארצות-הברית מימון החינוך מתבסס באופן ניכר על מיסוי מקומי (בשיעורים גדולים אף יותר מאשר בישראל), ולפיכך קיים בה אי-שוויון חריף בין מועצות חינוך מקומיות (school boards) עניות לבין מועצות אמידות, שיש בתחומן שטחי מסחר ונדל"ן יקרי-ערך.<sup>86</sup> הניסיון לתקוף את שיטת המימון המקומית בבית-המשפט העליון, בטענה שמדובר בפגיעה בזכות לשוויון המעוגנת בחוקה הפדרלית, לא נחלה הצלחה.<sup>87</sup> על-אף אי-הצלחה בבית-המשפט העליון, בתי-המשפט בחלק מן המדינות בארצות-הברית הכירו בכך שאי-שוויון תקציבי מהסוג הזה פוגע בזכות לשוויון, וזאת בהתבסס על חוקותיהן של המדינות.<sup>88</sup> בעקבות פסיקות אלה חוקקו באותן מדינות

83 פולק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 43 ואילך.

84 ניב רונן "מימון תואם (matching) של משרדי ממשלה ורשויות מקומיות" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 10.11.2008) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02193.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02193.pdf).

85 אך בפועל נעשה שימוש בשעות תגבור והעשרה גם על-מנת להגדיל את מספר שעות הלימוד בכיתות מפוצלות. כמו-כן, תוכניות העשרה רבות הינן, באופן מעשי, שעות הוראה נוספות.

86 מועצות החינוך המקומיות בארצות-הברית, אשר אחראיות על בתי-הספר הציבוריים בתחומן ומתקצבות אותם, נבחרות בבחירות דמוקרטיות, ואינן חופפות בהכרח את הגבולות המוניציפליים של רשויות מקומיות.

87 San Antonio v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973) (אי-שוויון כלכלי אינו נוגד את החוקה).

88 חשוב לציין כי מהלך משמעותי עוד יותר, מבחינת היקפו וככל הנראה גם מבחינת השפעתו על תקציבי החינוך, היה כאשר בתי-משפט מדינתיים (כגון אלה של ניו-ג'רזי, קנטקי, פנסילוניה ומדינות נוספות) אימצו טענה חוקתית חלופית לטענת אי-השוויון, והיא הטענה כי תקצובם של בתי-ספר במועצות החינוך המקומיות העניות פוגע בזכותם של ילדים לחינוך הולם, אשר

חוקים שנועדו להגביל את יכולתן של מועצות חינוך מקומיות עשירות להשקיע משאבים בחינוך.<sup>89</sup> אמצעים אלה כוללים מעבר מתקצוב מקומי לתקצוב מדינתי של חינוך, שיש בו כדי להשוות את ההשקעה בכל מועצות החינוך;<sup>90</sup> קביעת תקרות מיסוי המגבילות את יכולתן של מועצות להגדיל את המשאבים העומדים לרשות בתי-הספר שלהן;<sup>91</sup> והוראות המחייבות מועצות חינוך הגובות סכומים גבוהים במיוחד להעביר משאבים למועצות חינוך עניות.<sup>92</sup> אף שאמצעים אלה נראים מבטיחים, הם נתקלו בהתנגדות ציבורית, במיוחד מצידן של מועצות חינוך מקומיות אמידות, ובמקרים מסוימים הובילה ההתנגדות לריכוך מסוים של המדיניות – למשל, על-ידי קביעת הוראות-מעבר ויישום הדרגתי או קביעת חריגים.<sup>93</sup> מכל הנאמר עולה כי קידום שוויון במשאבים בין רשויות מקומיות שונות לא יצלה רק על-ידי ניסיון להיטיב עם רשויות חלשות. לעיתים יהיה אפשר להעביר משאבים עודפים מרשות אמידה לרשות ענייה, וכך לצד הגבלת היתרון של החזקים והקטנת אי-השוויון

מעוגנת בחוקותיהן של המדינות. מהלך זה זכה בהצלחה משפטית מרחיקת-לכת, ואפשר לבתי-משפט להתערב ולבטל חקיקת חינוך ולתת צווים אופרטיביים שלפיהם יש להעביר תקציבים למועצות חינוך עניות על-מנת להבטיח הספקה של חינוך הולם. על-אודות מהלך משפטי זה נכתבו מחקרים רבים. ראו, למשל: Josh Kagan, *A Civics Action: Interpreting "Adequacy" in State Constitutions' Education Clauses*, 78 N.Y.U. L. REV. 2241 (2003) COURT JUSTICE: TEN; והמנתה את המובנים השונים שבתי-משפט נתנו למונח "חינוך הולם"; NEW JERSEY CASES THAT SHOOK THE NATION (Paul L. Tractenberg ed., 2013); Deborah A. Verstegen, *Towards a Theory of Adequacy: The Continuing Saga of Equal Educational Opportunity in the Context of State Constitutional Challenges to School Finance Systems*, 23 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 499 (2004). יצוין עוד כי התדיינות מסוג זה מתקיימות עדיין במדינות רבות בארצות-הברית. לריכוז של מידע על ההתדיינות השונות בכל המדינות ראו <http://schoolfunding.info/>.

89 המדינות שיש בהן חקיקה מסוג זה הן קולורדו, טקסס, וושינגטון, קנזס, ויומינג וורמונט. לרקע ראו: Laurie Reynolds, *Skybox Schools: Public Education as Private Luxury*, 82 WASH. U. L.Q. 755, 782–804 (2004).

90 בוורמונט (שם, בעמ' 792–797), בקנזס (שם, בעמ' 797–801) ובווימינג (שם, בעמ' 801–803). ריינולדס סבורה כי אמצעי זה הינו היעיל ביותר, וממליצה לאמצו בכל המדינות. ראו גם: Laurie Reynolds, *Full State Funding of Education as a State Constitutional Imperative*, 60 HASTINGS L.J. 749 (2009).

91 בווימינגטון (Reynolds, Skybox), לעיל ה"ש 89, בעמ' 785–788) ובקולורדו (שם, בעמ' 785–782).

92 בטקסס (שם, בעמ' 788–792), בוורמונט (שם, בעמ' 792–797), בקנזס (שם, בעמ' 797–801) ובווימינג (שם, בעמ' 801–803). אמצעי זה עיקרו חלוקה מחדש של משאבים, אולם יש בו מימד חשוב של הגבלת יתרון, שכן כל סכום עודף שנאסף מגיע בחלקו למועצות חלשות. נוסף על כך, וכאן העיקר, להבדיל מאמצעים שמבוססים על טענות של "חינוך הולם", אשר בוחנות רק את המועצות העניות ואת השאלה אם הן מצליחות לספק חינוך הולם לתלמידיהן במשאבים העומדים לרשותן, אמצעי זה הינו השוואתי, ומעמיד כמטרה מרכזית את הגבלת אי-השוויון בין מועצות חינוך מקומיות.

93 שם.

גם יגדל תקציבה של הרשות המקומית החלשה.<sup>94</sup> אולם אמצעים אלה לא יספיקו קרוב לוודאי, שכן כל עוד רשויות מקומיות יכולות להוסיף ולהשקיע בבתי-הספר שלהן, תהיה להן מוטיווציה לשמר את יתרוןן. לפיכך, על-מנת להבטיח שוויון במשאבים, אין מנוס מהגבלת יכולתן של רשויות מקומיות להשקיע משאבים בחינוך.

הנימוקים נגד אמצעים אלה הם אלה שמושמעים באופן קלסי נגד השוואה כלפי מטה ואשר הושמעו ב"מחאת הסרדינים". ההתנגדות גוברת במיוחד לנוכח התחושה שאיכות החינוך המסופק על-ידי המדינה בחינם נמוכה ובלתי-מספקת. עם זאת, כפי שנטען לעיל, פעולות שיש בהן כדי להחריף אי-שוויון בחינוך גורמות נזק מקיף ושיטתי לאוכלוסיות מוחלשות, מעל ומעבר לפגיעה שנגרמת להן מכך שהן אינן זוכות בחינוך הולם. העובדה שאחרים משיגים חינוך טוב יותר מונעת מאוכלוסייה מודרת גישה להשכלה, לפרנסה ולמוקדי כוח בכל תחומי החיים. לפיכך חשוב לוודא כי במסגרת מהלכים לשיפור החינוך הציבורי לא תתאפשר הגדלת אי-השוויון. מניעת השקעת משאבים עודפים על-ידי רשויות מקומיות תחייב שינוי של שיטת תקצוב החינוך בחקיקה ראשית, ועוד יותר מכך שינוי בתפיסה הציבורית של הרשויות המקומיות וחלקן בחינוך.

אי-שוויון בין בתי-ספר ואי-שוויון בין תלמידים באותו בית-ספר – המישורים השני והשלישי של אי-השוויון נובעים שניהם, בהבדלים מסוימים, מהשקעת כספים פרטית בחינוך. אין בנמצא נתונים מדויקים על-אודות ההשקעה הפרטית בבתי-ספר, בין היתר משום שגבייה זו אינה חוקית פעמים רבות או נעשית באמצעות תרומות ואינה מדווחת.<sup>95</sup> יש נתונים על כך שההשקעה הפרטית בחינוך נעה בין כ-100 ש"ח לילד לחודש באחוזונים הנמוכים ביותר ועד מעל 1,500 ש"ח לילד לחודש באחוזונים הגבוהים ביותר, אולם נתונים אלה כוללים גם השקעה בחינוך לא-פורמלי מחוץ לבתי-הספר.<sup>96</sup> על-פי האומדן הזהיר ביותר (שאינו מביא בחשבון גביית-יתר שמנוגדת לחזור המנכ"ל ואינו מביא בחשבון תרומות), יש בתי-ספר הגובים את הסכומים המאושרים על-ידי ועדת החינוך של הכנסת (עד 1,700 ש"ח בשנה בבתי-הספר היסודיים ועד 3,000 ש"ח בשנה בחטיבה העליונה), ולעומתם יש בתי-ספר הגובים 6,500 ש"ח בשנה, בהתאם לחזור המנכ"ל החדש.<sup>97</sup> יצוין עוד כי ועדת החריגים הקבועה בחזור המנכ"ל מאשרת גבייה נוספת, לעיתים עד 10,000 ש"ח בשנה לתלמיד ויותר.<sup>98</sup>

חלק מן המשאבים הפרטיים המגיעים לבתי-הספר משמשים לרווחתה של כלל אוכלוסיות התלמידים. במצבים אלה נוצר אי-שוויון מהסוג השני – בין תלמידים בבתי-ספר שונים.

94 כללים ברוח דומה עשויים להיות חלוקה מחדש של משאבים עודפים לרשויות מקומיות חלשות – ראו, למשל, הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (אזור חלוקת הכנסות בנגב ובגליל), התשע"ו-2015 (הוגש על-ידי חברי הכנסת יוסי יונה, אורלי אבקסיס-לוי ומכלוף מיקי זוהר). אפשרות נוספת היא איחוד של רשויות מקומיות חזקות וחלשות.

95 ראו לעיל בה"ש 60 את הנתונים שציין בהקשר זה מבקר המדינה.

96 בן בסט ודהן, לעיל ה"ש 29.

97 מדובר בשני חוזרי המנכ"ל שהתקבלו בשנת 2014 ובחזור מאוגוסט 2016 שהחליף אותם. ראו לעיל ה"ש 58. ראו גם אסף ויינגר "תשלומי הורים במערכת החינוך" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 9.6.2016) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03789.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03789.pdf).

98 ראו לעיל ה"ש 58.



כך, למשל, כאשר הורים בבית-הספר תורמים מזגן או חדר מחשבים, זוהי תוספת משאבית שכלל התלמידים בבית-הספר ייהנו ממנה במשך שנים. כך גם כאשר חברה מסחרית מקדמת פרויקט חינוכי בבתי-ספר ולשם כך משקיעה בו ממשאביה. מובן שמשאבים אלה אינם מחולקים באופן אקראי או שוויוני בין כלל בתי-הספר בארץ, ופעמים רבות נוח יותר לחברות מסחריות וכדאי להן יותר להשקיע בפרויקטים במרכז, ולא בפריפריה.<sup>99</sup> ניהול עצמי של בתי-ספר הינו גורם מערכתי נוסף שאחראי לפערים בין בתי-ספר.<sup>100</sup> בתי-ספר המנוהלים בניהול עצמי מצופים לעשות שימוש במתקני בית-הספר לשם ייצור הכנסה.<sup>101</sup> אולם הפוטנציאל הכלכלי הגלום בהשכרת אולם בית-הספר, למשל, תלוי במידה ניכרת במיקומו. לכן גם תחת ניהול כלכלי מקצועי ויעיל, בתי-הספר לא ייהנו ממשאבים שווים. הפערים האדירים הללו מובנים גם הם בתוך דיני החינוך הקיימים כיום. אף שחוק לימוד-חובה מאמץ לכאורה גישה המגבילה את ההשקעה הפרטית של הורים בחינוך ואינה מאפשרת להם, גם כאשר הם מעוניינים בכך, להשקיע משאבים פרטיים בחינוכם של ילדיהם, המציאות בשטח הפוכה. כאשר הורים מעוניינים להשקיע בבתי-ספר, קשה מאוד למנוע זאת. כפי שצוין לעיל, אף שתשלומי ההורים מוגבלים, מבחינה פורמלית לפחות, אין מגבלה חוקית משמעותית שמונעת את האפשרות של מתן תרומה וולונטרית (בכסף או במוצרים) על-ידי הורים או גורמים אחרים, כגון עמותות וחברות מסחריות. כל תרומה צריכה לקבל את אישורה של הרשות המקומית, אולם חוזר המנכ"ל אינו קובע מהן אמות-המידה לאישור תרומות, ובפועל נבחנים בעיקר שיקולים כגון שמירה על תכנים חינוכיים ומניעת אינטרסים פסולים. תרומות מחברות מסחריות צריכות גם לעמוד בכללים שנקבעו בחוק איסור פעילות מסחרית במוסדות חינוך, המתנה פעילות מסחרית בקיום ערך חינוכי משמעותי, כפי שייקבע בכל מקרה על-ידי ועדה ייעודית. בשני המקרים אין דרישה שהרשות המוסמכת תשקול שיקולים חלוקתיים באישור התרומות, והשיקולים הנשקלים למעשה הם שיקולים הקשורים למניעת מסחור ולהבטחת תוכן חינוכי ראוי.<sup>102</sup> זאת ועוד, בהעדר הסמכה

99 Naomi Klein, No Logo: Taking Aim at the Brand Bullies (1999). יש עם זאת מקרים חריגים של רשויות בפריפריה המצליחות לגייס הון מתרומות, כגון יישובים שזוכים בסיוע ממניעים בטחוניים.

100 ניהול עצמי הינו פרויקט שעיקרו "מתן אוטונומיה וסמכות לבית הספר, המאפשרים לבית הספר לפעול כארגון עצמאי, הן בהיבט הפדגוגי, הן בהיבט הארגוני והן בהיבט הכלכלי. תפיסה זו הופכת את הפירמידה ומציבה את מוקד קבלת ההחלטות בתוך בית הספר, במקום מחוצה לו. משאבים פדגוגיים וכלכליים מועברים ממוסד החינוך ומהרשויות המקומיות, ישירות למנהל בית הספר ולצוות החינוכי שלו, ומוקנית לבית הספר גמישות וסמכות בניהול משאבים אלו." ראו משרד החינוך "תקציר מנהלים – מעבר בתי ספר לניהול עצמי" אתר משרד החינוך (עורכן לאחרונה ב-22.5.2015 cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/NihulAtzmi/.odot/takzir\_menahalim.htm)

101 חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשעה/1(ב) 83-3.7 "מעבר בתי הספר היסודיים לניהול עצמי: עקרונות המדיניות ומודל היישום" (1.9.2014).

102 יתר על כן, ספק אם אפילו מגבלות אלה נאכפות כראוי. כך, למשל, תוארו בספרות מקרים שבהם עיתון ילדים נוער קיים סדנות עיתונאות, רשת קואופ קיימו תוכניות חינוכיות על צרכנות נבונה, וחברות סלולריות קיימו תוכניות על תקשורת – כל אלה ללא אישור. ראו אסף

מפורשת לשקול שיקולים של שוויון, אין זה ברור כלל שהרשות מוסמכת לשקול שיקולים מסוג זה או להתנות את קבלת התרומה במתן משאבים גם לכתב-ספר אחרים המשרתים אוכלוסיות חלשות.

כאשר המשאבים הפרטיים המחלחלים למערכת אינם נגישים לכלל תלמידי בית-הספר באופן אחיד, נוצר אי-שוויון מהסוג השלישי: אי-שוויון בין תלמידים שונים בבית-ספר אחד. הכללים החלים על שירותים הניתנים בתשלום בבית-הספר (מה שקרוי "תשלומי רשות", "רכישת שירותים מרצון" ו"תוכנית לימודים נוספת – תל"ן") קובעים כי אי-אפשר לחייב הורים לרכוש אותם, אולם אם הפעילות מרוכזת בסוף היום, תלמידים שלא שילמו בעבורם לא ישתתפו בפעילות.<sup>103</sup> בכך הכללים מאפשרים יצירת שירות חינוכי מרוכז, בתוך בית-הספר פנימה, אשר מעניק רובד בסיסי חינוך ומעליו רובד של שירות משופר, המוצע למכירה תמורת תשלום.

בתי-המשפט אימצו גם הם את הגישה שלפיה אין מקום למנוע פרטים מלצבור יתרון, על-אף אי-השוויון שנוצר בין תלמידים שונים באותו בית-ספר. פסק-הדין בעניין ועד פוריה עלית הוא מרכזי בעניין זה.<sup>104</sup> באותו עניין דובר בילדים המתגוררים בפוריה עלית ולומדים בבית-הספר "בית ירח" – בית-ספר מוכר שאינו רשמי המשתיך לחינוך ההתיישבותי – בשל העובדה שאין במועצה האזורית בית-ספר רשמי. בהיותו בית-ספר מוכר שאינו רשמי, הוא גובה שכר לימוד ותשלומים בעבור תוכניות ייחודיות המתקיימות בו. הורי התלמידים מפוריה עלית עתרו לבג"ץ על-מנת שיקבע כי בהעדר בית-ספר רשמי באזור, המדינה והמועצה מחויבות לשאת בעלויות החינוך של ילדיהם בבית-הספר "בית ירח". עוד ביקשו ההורים כי ילדיהם לא יחויבו להשתתף בתוכניות ההעשרה בבית-הספר ולשלם בעבורן. בית-המשפט, מפי השופטת פרוקצ'יה, קבע כי אחריותן של המדינה והרשות המקומית לספק חינוך חינוך משמעה שעליהן לשאת בעלויות חינוך פרטי כאשר אין בנמצא בית-ספר רשמי. נוסף על כך קבע בית-המשפט כי הילדים לא יחויבו להשתתף בתוכניות הייחודיות, והן יהיו פתוחות לפני מי שיבחר להשתתף בהן וישא בעלותן. בכך, לצד הקביעה החשובה של בית-המשפט בעניין הזכות לחינוך חינוך, אפשר בית-המשפט יצירה של "בית-ספר בתוך בית-ספר": רובד בסיסי של חינוך המסופק בחינוך, ומעליו רובד נוסף של חינוך המתבסס ומוסיף עליו. בפסק-הדין אומנם נאמר במפורש כי אין לאפשר ליכולת הכלכלית להגדיר מי נהנה מהשירותים הנוספים ומי לא, אולם אמירה זו היא מן השפה ולחוץ בלבד, ואין בנמצא, לפחות כרגע, מנגנונים אפקטיביים שימנעו זאת.<sup>105</sup> נוסף על כך, יש חשש שגם בחלקים ה"ציבוריים" של הלימודים יתגלעו הבדלים בין היחס שבית-הספר מעניק לתלמידים המשלמים לבין היחס שהוא מעניק לתלמידים שאינם משלמים, ובכך יעמיק אי-השוויון בין

שטיין "ללמוד מהעסק – לחנך את השוק: מדיניותו של משרד החינוך ביחס למעורבותם של גופים עסקיים בבית-הספר" הפרטה ומסחור החינוך הציבורי בישראל 267 (אורית איכילוב עורכת, 2010).

103 ראו לעיל ה"ש 58.

104 בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002).

105 מעניין שבעניין ועד פוריה עלית היו אלה העותרים עצמם שביקשו מבית-המשפט לקבוע כי הם אינם חייבים להשתתף בפעילות ההעשרה, ודווקא בית-הספר הוא שטען כי הפרדה כזו תפגע בלכידות החברתית.

שתי הקהילות בבית-הספר. זאת ועוד, אף שעניין ועד פוריה עלית עסק בבית-ספר מוכר שאינו רשמי, מבחינת התלמידים מפוריה עלית הוא בית-הספר הממלכתי, ועל-כן תחולת ההלכה שנקבעה בפסק-הדין עשויה להיות רחבה יותר ולחול גם על בתי-ספר רשמיים.

אני סבורה, בכל הכבוד, כי בית-המשפט שגה בעניין ועד פוריה עלית. כאשר מדובר בטובין מדרגיים, אין לאפשר הספקה מרובדת, שכן העובדה שחלק מן התלמידים זוכים ביתרון חינוכי פוגעת באופן ממשי בחינוכם של התלמידים האחרים. ההתנגדות חזקה במיוחד בשל העובדה שמדובר באי-שוויון אשר פוגע בלכידות הבית-ספרית וגורם לתיגום המשפיל של תלמידים בבית-הספר. יתרה מזו, כפי שאראה בקצרה כעת, בית-המשפט העליון עסק פעמים מספר בסוגיה של הספקה מרובדת בהקשרים אחרים, ובחלק מן המקרים פסל אותה. באותם מקרים שבהם פסל בית-המשפט הספקה מרובדת, האינטואיציה שעמדה בבסיס התנגדותם להספקה זו הייתה, כך אטען, החשיבות של מניעת יתרון בטובין מדרגיים, וזאת אף שהמושג "טובין מדרגיים" לא אוזכר בפסק-הדין, וכפי הנראה אף לא היה מוכר לשופטים. לעומת זאת, במקרים שבהם אישר בית-המשפט את ההספקה המרובדת, נראה כי האינטואיציה שבבסיס האישור הייתה שאי-שוויון כשלעצמו אינו גורם נזק. מכך אני מסיקה כי בית-המשפט העליון מכיר בחובה למנוע רכישת יתרון על-דרך הספקה מרובדת במקרים של טובין מדרגיים, וכי יש להחיל דוקטרינה זו בתחום החינוך.

כאמור, יחסו של בית-המשפט העליון להספקת שירותים מרובדת אינו אחיד. בחלק מן המקרים אישר בית-המשפט את המנגנון שלפיו יינתן שירות בסיסי בחינם ושירות משופר בתשלום. בעניין אדם טבע ודין, שעסק בשאלה אם מותר לעיריית רעננה לגבות תשלום בכניסה לפארק מסוים, קבע בית-המשפט כי מאחר שיש באזור פארקים רבים שהכניסה אליהם אינה כרוכה בתשלום, מותר לעירייה לגבות תשלום בכניסה לפארק זה.<sup>106</sup> כך פסק בית-המשפט גם בעניין הופרט, שם נקבע כי "יד ושם" רשאי להציע אמצעי הנצחה ייחודיים תמורת תשלום, כל עוד יש אמצעי הנצחה ("דפי עד") שזמין לכל אדם בחינם.<sup>107</sup> בשני מקרים אלה מדובר בטובין שאינם מדרגיים, ולכן אי-השוויון בין מי שידו משגת לקניית המוצר העדיף לבין מי שאין ידו משגת הינו חמור פחות. אפשרות הגישה של חלק מהאנשים לפארק טוב יותר או לאמצעי הנצחה בולט יותר אינה פוגעת בהכרח ביכולתם של אחרים להפיק תועלת מן השירות החינמי.

במקרים אחרים פסל בית-המשפט הסדרים של הספקה מרובדת של טובין מדרגיים. בעניין קריתי,<sup>108</sup> למשל, פסל בית-המשפט העליון את הסדר השר"פ (שירות רפואי פרטי) בבתי-חולים ממשלתיים. השר"פ יוצר הספקה מרובדת מכיוון שהוא מתבסס על שירותי בריאות הניתנים לכלל המטופלים בחינם, ומציע על-גביהם תוספת, שעיקרה בחירת זהות הרופא המנתח תמורת תשלום. באותו עניין נפסלה מדיניות השר"פ מטעמים של העדר סמכות, ולא בשל הפגיעה בשוויון, אך בית-המשפט ניתח באריכות את ההשלכות השליליות

106 בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004).

107 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994). "יד ושם" הרגישו כי אמצעי הנצחה שבתשלום נחוצים על-מנת לממן את פעילות המוסד.

108 בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009).

שעלולות להיות לשר"פ על מצבם של מטופלים "רגילים". כך, בית-המשפט קובע כי סביר להניח שכאשר יהיו בבית-החולים, זה לצד זה, מטופלים שמשלמים באופן פרטי ומטופלים שאינם משלמים באופן פרטי, האחרונים ייפגעו.<sup>109</sup> בנתחו את מצב הדברים שייגרם כתוצאה מהספקה מרובדת, בית-המשפט העליון מבטא למעשה את האינטואיציה המדרגית. במקרה זה מניעה של רכישת יתרון על-ידי מטופלים אמידים תבטיח שלא ייפגע הטיפול הרפואי של מטופלים עניים.<sup>110</sup>

בעניין נוסף, "המפקד הלאומי",<sup>111</sup> אישר בית-המשפט העליון את החלטת רשות השידור לא לאפשר רכישה של זמן שידור מסחרי לצורך ביטוי פוליטי. בית-המשפט מרגיש את השיבותו של חופש הביטוי הפוליטי, אולם קובע כי רכישת זמן אוויר מסחרי להשמעת ביטוי פוליטי מעניקה יתרון לא-הוגן לעמדות פוליטיות של בעלי ממון. השופטת נאור ציינה באותו עניין כי "לעתים, באופן פרדוקסלי לכאורה, תידרש דווקא פעולה מגבילה על מנת להבטיח את השוויון המהותי בין הביטויים הפוליטיים".<sup>112</sup> בכך מבטאת השופטת את ערכו המדרגי של הביטוי הפוליטי, ומצדיקה כך את הגבלת חופש הביטוי.

אם כן, האינטואיציה שלפיה במקרה של טובין מדרגיים יש הצדקה למניעת יתרון – למשל, באמצעות איסור הספקה מרובדת – אינה זרה למשפט כפי שנדמה בתחילה. אומנם נדרשת עבודה נוספת על-מנת להציע יישום כללי של תיאוריית הטובין המדרגיים במשפט – משימה החורגת מגבולותיו של מאמר זה<sup>113</sup> – אולם לכל-הפחות נראה כי ניתן להצדיק איסור הספקה מרובדת של חינוך, בניגוד להלכת ועד פוריה עלית.

109 ראו גם ס' 10(ד)4 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שהוסף לחוק בשנת 2008, ולפיו "התכנית [לביטוח משלים] לא תכלול תרופות מצילות חיים או מאריכות חיים". השוו: *Chaoulli v. Quebec*, 1 S.C.R. 791 (2005), שבו פסל בית-המשפט העליון של קנדה חוק שאסר ביטוחי בריאות פרטיים. הדיון שם נסב בעיקרו סביב האינטואיציה המדרגית (אולם גם במקרה זה מבלי להתייחס למושג באופן מפורש). לדיון כללי על צדק בבריאות ראו: NORMAN DANIELS, *JUST HEALTH CARE* (1985).

110 יש לשים לב שהיבטים רבים של שירות רפואי אינם מדרגיים. כך, למשל, כאשר מטופל עשיר מסוגל לרכוש תרופה טובה יותר (למשל, כזו שאין לה תופעות-לוואי או שמבטיחה סיכויי החלמה גבוהים יותר), הוא אינו גורם בכך נזק למטופל העני שאינו יכול לרכוש את התרופה. עם זאת, יש לשירות הרפואי גם היבטים מדרגיים, והיבטים אלה הודגשו על-ידי בית-המשפט בפרשת קריתי. כך, למשל, כאשר זמנו של הצוות הרפואי מוגבל, והוא מעניק יותר ממנו למטופל מסוים, יש ביתרון אותו מטופל כדי לפגוע במטופל אחר.

111 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (סב) 715 (2008).

112 שם, פס' 44 לפסק-דינה של השופטת נאור.

113 אסתפק בדוגמות ספורות להשפעת האינטואיציה המדרגית על כללים משפטיים: ההגבלות בנוגע לתרומות למימון בחירות ובנוגע לביטוי של מועמדים פוליטיים, דוגמת ההגבלות המופיעות בחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973; ואיסור ייצוג על-ידי עורך-דין בבית-משפט לתביעות קטנות, כקבוע בס' 63 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. טובין מדרגיים רלוונטיים לא רק לזכויות אדם ולמעשים מול רשויות המדינה. יש לתיאוריה זו ביטויים גם בתחומים אחרים, כגון הגבלים עסקיים (Michael Sabin, *Antitrust and Positional Arms Races*, 30 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 1023 (2007)), קניין רוחני (Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA.

למשפט יש אם כן תפקיד מרכזי ביצירתם של שלושת ממדי אי-השוויון במשאבי חינוך ובשימורם. מצב משפטי זה אינו מחויב-המציאות, והגבלה משמעותית של היכולת לרכוש יתרון חינוכי הינה אפשרית אף ללא שינוי חקיקתי ניכר. הערכים והאינטרסים שעליהם מושתתת ליבת החקיקה המייסדת ומסדירה את מערכת החינוך הציבורית בישראל הינם שוויוניים. כך, חוק לימוד-חובה מבנה את הזכות לחינוך כזכות שאמורה להיות מסופקת ככלל בחינם, למעט כמה חריגים מוגבלים בהיקפם;<sup>114</sup> חוק חינוך ממלכתי קובע בין מטרות החינוך את שוויון ההזדמנויות;<sup>115</sup> וחוק זכויות התלמיד אוסר הפליית תלמידים ברישום, בקבלה, בהשמה במסלול לימודי וכן בתוכניות לימודים בגין מעמד חברתי-כלכלי.<sup>116</sup> צירופם של דברי החקיקה הללו יחד מבהיר כי היה אפשר ליצור – באמצעות פרשנות של בתי-המשפט ובאמצעות חקיקת-משנה והנחיות מנהליות – מערכת נורמטיבית שוויונית בהרבה מזו שמתקיימת בפועל בדיני החינוך הישראלי. אולם על-מנת לעשות כן ולהתמודד עם שלושת המישורים של אי-השוויון, אין מנוס מהגבלת היכולת לרכוש יתרון במשאבים חינוכיים.

### ג. שיבוץ תלמידים לבתי-ספר

#### 1. שיבוץ תלמידים, אפקט קבוצת השווים ואינטגרציה

מלבד נושא החלוקה של משאבי החינוך, התחום הנוסף שהמשפט עוסק בו באופן מעמיק בהקשר של חינוך, ואשר אותו אנתח כעת, הוא שיבוץ תלמידים לבתי-ספר. שיבוץ תלמידים לבתי-ספר הוא החלטה עם השלכות חלוקתיות דרמטיות. הטעם לכך הוא שלהרכב התלמידים בבית-הספר ובכיתה יש השפעה עמוקה על איכות החינוך הניתן בבית-הספר. תופעה זו מכונה "אפקט קבוצת השווים" (the peer effect).<sup>117</sup> ההסבר להשפעה של קבוצת השווים על ההישגים החינוכיים קשור לכך שחינוך נוצר תוך דו-שיח; כאשר הכיתה מורכבת מתלמידים סקרנים, בעלי מוטיווציה, הון תרבותי ויכולות גבוהות, איכות החינוך הניתן בה עולה. לפיכך אינטגרציה של תלמידים מרקעים חברתיים-כלכליים שונים ובעלי יכולות

Tim Wu, *Why Have a Telecommunications* (L. REV. 1687 (2006)

*Law? Antidiscrimination Norms in Communications*, 5 J. TELECOMM. & HIGH TECH.

(L. 15 (2006).

114 ס' 6 לחוק לימוד-חובה.

115 ס' 2 לחוק חינוך ממלכתי קובע את מטרות החינוך הממלכתי, ובין מטרות אלה מונה את קידום שוויון ההזדמנויות.

116 הפליה של תלמיד בניגוד לחוק זכויות התלמיד מהווה עברה פלילית. ראו ס' 5(ב) לחוק זכויות התלמיד, אשר יידון להלן בתת-פרק 2ג.

117 הראשון שהצביע על ההשפעה של הרכב התלמידים על ההישגים היה ג'יימס קולמן. ראו:

James Coleman, *The Concept of Equality of Educational Opportunity*, 38 HARV. EDUC.

REV. 7 (1968). למן מחקרו פורץ-הדרך נערכו מחקרים רבים נוספים לבחינת הקשר בין הרכב

התלמידים לבין ההישגים הלימודיים: KIRK A. JOHNSON, *THE PEER EFFECT ON ACADEMIC*

*ACHIEVEMENT AMONG PUBLIC ELEMENTARY SCHOOL STUDENTS* (2000); Ron W. Zimmer

& Eugenia F. Toma, *Peer Effects in Private and Public Schools Across Countries*, 19

J. POL'Y ANALYSIS & MGMT. 75 (2000)

שונות עשויה לשפר את הישגיהם הלימודיים של תלמידים חלשים. אינטגרציה היא גם הדרך הטובה ביותר להבטיח העברת משאבים כגון מורים ותקציבים לאוכלוסיות חלשות לאורך זמן. מחקרים מראים כי בתי-ספר שבהם מתרכזים תלמידים עם הישגים גבוהים ותלמידים ממשפחות מבוססות מצליחים למשוך מורים טובים יותר.<sup>118</sup> הורים מבוססים כלכלית ומשכילים אף נוטים להיות מעורבים יותר בבתי-הספר, כך שתלמידים בבתי-ספר שבהם לומדים ילדים ממשפחות מבוססות נהנים מההורים כמשאב חינוכי. יצירת סגרגציה חברתית-כלכלית משפיעה אם כן לרעה על תלמידים מקבוצות מוחלשות גם בהיבט של איכות ההוראה וההון התרבותי שהם נחשפים אליו.

מחקרים מראים עוד כי יש מתאם בין הישגים לימודיים לכין מעמד חברתי-כלכלי.<sup>119</sup> למתאם זה הוצעו הסברים סביבתיים שונים,<sup>120</sup> ומשמעותו היא כי הפרדה על רקע מעמד חברתי-כלכלי עלולה לפגוע במיוחד בתלמידים משכבות חברתיות חלשות בשל אפקט קבוצת השווים. חינוך אינטגרטיבי מהווה לפיכך אחת הדרכים לשיפור חינוכם של תלמידים מרקע חלש.<sup>121</sup> ראוי לציין כי על-אף הדיון הנרחב במחקר על-אודות אינטגרציה, הניסיון שנרשם בעולם בנוגע לרפורמות של אינטגרציה כפויה הוא מועט בלבד.<sup>122</sup> אף-על-פי-כן ברור כי החלטות על שיבוץ תלמידים, קביעת אזורי רישום ובחירת בתי-ספר הינן החלטות הרוט-גורל מבחינת צדק חלוקתי. בתחום החינוך החלטות פרטניות אינן עניינו של התלמיד הספציפי בלבד, אלא משפיעות גם על חינוכם של ילדים אחרים. לא בכדי כמה מן המאבקים המשפטיים והציבוריים החריפים ביותר בתחום החינוך ניטשו סביב הנושא של שיבוץ

HEATHER G. PESKE & KATI HAYCOCK, TEACHING INEQUALITY: HOW POOR AND MINORITY STUDENTS ARE SHORTCHANGED ON TEACHER QUALITY (2006), available at <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED494820.pdf>. עם זאת, לא ברור כיצד יש למדוד מיהו "מורה טוב".  
 ראו, למשל: NATIONAL CENTER FOR EDUCATION STATISTICS, MONITORING SCHOOL QUALITY: AN INDICATORS REPORT (2000), available at <http://nces.ed.gov/pubs2001/2001030.pdf> (השכלה, ניסיון והשתתפות בהכשרות מקצועיות מנבאים הצלחה כמורה). לעומת זאת, ראו Hanushek, *School Resources*, לעיל ה"ש 31 (הטוען כי אף לא אחד מהפרמטרים המקובלים מנבא מי הוא מורה טוב).

RICHARD D. KAHLBERG, ALL TOGETHER NOW: CREATING MIDDLE-CLASS SCHOOLS THROUGH PUBLIC SCHOOL CHOICE 25–35 (2001); Russell W. Rumberger & Gregory J. Palardy, *Does Segregation Still Matter? The Impact of Student Composition on Academic Achievement in High School*, 107 TCHRS. C. REC. 1999, 2014 (2005); JOHN FITZ, BRIAN DAVIES & JOHN EVANS, EDUCATION POLICY AND SOCIAL REPRODUCTION: CLASS INSCRIPTION AND SYMBOLIC CONTROL (2006).

כגון תנאי תזונה לקויים, היחשפות למצוקה והעדר פניות של הורים להשקעה בילדיהם.  
 LAREAU, לעיל ה"ש 30.

Molly S. McUsic, *The Future of Brown v. Board of Education: Economic Integration of the Public Schools*, 117 HARV. L. REV. 1334 (2004); Osamudia R. James, *Business as Usual: The Roberts Court's Continued Neglect of Adequacy and Equity Concerns*, in *American Education*, 59 S.C. L. REV. 793 (2008).

המדינות היחידות שבהן נעשה ניסיון (וגם הוא לא מושלם) לקיים רפורמה של אינטגרציה כפויה הן ארצות-הברית וישראל. ראו להלן ליד ה"ש 178–186.

תלמידים. מחד גיסא, ההשפעה שיש להרכב החברתי בבתי-ספר הובילה רבים מהעוסקים במדיניות חינוך להסיק כי אינטגרציה הינה יעד חשוב.<sup>123</sup> מאידך גיסא, הורים אמידים ובתי-ספר המשרתים אותם מתנגדים פעמים רבות לשילובם של ילדים עם יכולות נמוכות יותר או ילדים מקבוצות מודרות, מחשש שהדבר יפגע באיכות ההוראה וביתרונם היחסי.<sup>124</sup> שתי מסגרות משפטיות עיקריות רלוונטיות לדיון בשיבוץ תלמידים. הראשונה, ברומה לדיון בהקצאת משאבים, היא המסגרת של איסור ההפליה. גם בהקשרים של קבלת תלמידים נעשה שימוש תדיר בעקרון איסור ההפליה, אולם כפי שנראה מייד, האפקטיביות של עקרון איסור ההפליה בקידום אינטגרציה ושוויון מוגבלת מטבעה. עקרון איסור ההפליה יכול אומנם למנוע הדרה של תלמידים מסוימים מבתי-ספר, אולם הוא אינו מתאים למניעת יתרון, אשר בהקשר זה מתבטא ביכולת לבחור בית-ספר טוב יותר. המסגרת המשפטית השנייה הרלוונטית לשיבוץ תלמידים נוגעת בכללים החלים על רשויות מקומיות באשר לשיבוץ תלמידים לבתי-ספר רשמיים, ובכללים החלים על בתי-ספר מוכרים בעניין קבלת תלמידים. למסגרת משפטית זו יש פוטנציאל רב יותר להיות אפקטיבית במניעת יתרון חינוכי.

## 2. איסור הפליה בשיבוץ תלמידים

בית-המשפט העליון, בפסקתו הנוגעת בשוויון בחינוך, מתייחס זה זמן לזכות לשוויון בחינוך כאל זכות-יסוד חוקתית הנובעת מכבוד האדם.<sup>125</sup> על-פי הפסיקה, הפליה קבוצתית בחינוך, כגון זו שנובעת מהרקע האתני של תלמיד, הינה פגיעה בגרעינה של הזכות לכבוד. פסק-הדין הירוע ביותר שעוסק בהפליה על רקע אתני בקבלה ללימודים הוא פסק-הדין בעניין **נוער כהלכה**.<sup>126</sup> באותו עניין עתר ארגון "נוער כהלכה" נגד ההפרדה שנעשתה בין תלמידות מזרחיות לתלמידות אשכנזיות בבית-ספר חרדי מוכר שאינו רשמי ביישוב עמנואל. על-פי המתואר בפסק-הדין, בית-הספר הופרד לשני בתי-ספר נפרדים עם גדר באמצע ועם הפסקות בשעות נפרדות, והתלמידות במגמה האשכנזית ("החסידיית") קיבלו הוראה לא להתחבר ואף לא לדבר עם התלמידות האחרות. בית-המשפט העליון דחה באותו עניין את טענת בית-הספר שלפיה ההפרדה נעשתה על רקע דתי, וקבע כי ההפרדה נעשתה על רקע אתני, ומהווה לפיכך הפליה אסורה.<sup>127</sup> בכך הניח בית-המשפט יסוד חשוב בהגנה על השוויון החינוכי. אולם אחד הדברים המרתקים ביותר בעניין **נוער כהלכה**, אשר יש בו כדי

123 את הביטוי החזק ביותר לחובה זו ביטאה בשנים האחרונות הפילוסופית אליזבת אנדרסון. Elizabeth Anderson, *The Imperative of Integration* (2010). לביקורת על גישתה ראו: Michael S. Merry, *Equality, Citizenship, and Segregation: A Defense of Separation* (2013) (לעיתים לאינטגרציה יש השפעות שליליות על המיעוט, ולעומת זאת הפרדה שנעשתה על-פי בחירת המיעוט עשויה להועיל למיעוט יותר מאינטגרציה לא-מוצלחת).

124 Charles T. Clotfelter, *After Brown: The Rise and Retreat of School Desegregation* (2006).

125 ראו, למשל, בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיפיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד (1) 820 (2010) (להלן: עניין טבקה).

126 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג (2) 398 (2009) (להלן: עניין נוער כהלכה).

127 שם.

ללמד רבות על השימוש בכלי המשפטי של איסור הפליה, אינו ההליך המשפטי העיקרי, אלא דווקא מה שהתרחש לאחריו. כפי שכבר תואר רבות בכתביה הענפה שמנתחת את הפרשה,<sup>128</sup> בית-הספר בעמנואל התעלם מהצו שנתן בית-המשפט, מה שהניע שורה של אמצעים, שהלכו והחריפו, לפי פקודת בזיון בית-המשפט, ובשיאם הוצאת צווי מאסר להורי המגמה החסידית על הפרעה למילוי צו בית-המשפט, משום שהם לא שלחו את בנותיהן לבית-הספר לאחר שהוסרה ההפרדה. בעקבות הוראתם של רבני הקהילה, בחרו האבות ללכת למאסר ולא להסכים ללימודי בנותיהם בבית-הספר המעורב, והם הובלו למאסר תוך שהם מלווים על-ידי המון תומכיהם. סופו של הסיפור היה שהורי המגמה החסידית הקימו בעמנואל בית-ספר חדש לבנותיהם, שעל-פי הצהרתם לא יבקש תמיכה כספית מהמדינה. בהחלטה האחרונה, הסוגרת את התיק, מדגיש בית-המשפט כי גם בית-הספר החדש אינו רשאי להפלות תלמידות,<sup>129</sup> ולכן אם ייתקלו ילדות מזרחיות בסירוב לקבלן לבית-הספר החדש, תהא דלתו של בית-המשפט פתוחה לפניהם. עם זאת נאלץ בית-המשפט לקבוע כי הדיון בתיק הספציפי, הנוגע רק בבית-הספר הישן, מיצה את עצמו.<sup>130</sup>

סופה של פרשת נוער כהלכה מדגים את המגבלה הטבועה באופן אינהרנטי בנורמות של איסור הפליה ואת הקשר לסוגיה של מניעת יתרון חינוכי. אומנם כל בתי-הספר בישראל, היא מעמדם המוסדי אשר יהא, כפופים לאיסור ההפליה, אולם גם אכיפה נמרצת מאוד מצד בית-המשפט, כפי שהודגם בפרשה זו, אינה אפקטיבית אל מול המוטיווציה של הורים וקהילות להיבדלות. בית-המשפט יכול לחייב בתי-ספר קיימים לקלוט אליהם תלמידים "לא-רצויים", אולם אין בכוחם למנוע תלמידים מלעזוב, בתהליך שכונה בארצות-הברית "white flight".<sup>131</sup> ואף שההורים המזרחים יכולים לרשום את בנותיהם לבית-הספר החדש, יש בסיס לחשש שההפליה תימשך, והזמן שיחלוף עד שיכשיל הליך משפטי חדש יסכל הלכה למעשה את האינטגרציה.<sup>132</sup> העדרם של כלים משפטיים למניעת עזיבה של תלמידים משמעה שההגנה על השוויון החינוכי אינה שלמה.

Yifat Bitton, *Finally, Our Own Brown! (?)*, 45 *ISR. L. REV.* 267 (2012); Shulamit Almog & Lotem Perry-Hazan, *Contesting Religious Authoriality: The Immanuel "Beis-Yaakov" School Segregation Case*, 26 *INT'L J. SEMIOTICS L.* 211 (2013); Margit Cohn, *Taking a Bus from Immanuel to Mea Shearim: The Role of Israel's High Court of Justice in Regulating Ethnic and Gender Discrimination in the Haredi Ultra-Orthodox Sector* (2012), available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2176401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176401)

129 הוראות איסור הפליה חלות על כל סוגי בתי-הספר בישראל, ללא תלות בשאלת התקצוב. ראו להלן ה"ש 137.

130 עניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 126, החלטה מיום 14.9.2010.

131 "בריחה לבנה" – תהליך שבו משפחות לבנות מהמעמד הבינוני עוזבות שכונות ובתי-ספר שמגיעים אליהם שחורים או היספנים, ועוברות לפרוורים שבהם אין מיעוטים אתניים או לבתי-ספר פרטיים. ראו McUsic, לעיל ה"ש 121; CLOTFELTER, לעיל ה"ש 124; Richard Thompson Ford, *Brown's Ghost*, 117 *HARV. L. REV.* 1305 (2004).

132 נוסף על כך, יש מנגנונים שונים שבתי-ספר כאלה יכולים לנקוט על-מנת להרתיע תלמידים "לא-רצויים", כגון דרישת תשלום, שימוש בשפה וקביעת כללי התנהגות מחמירים, הליך קבלה מסובך, ומיקום בית-הספר בשכונות שבהן אין משפחות מקבוצות "לא-רצויות". ראו



הבחנה על רקע אתני הוכרה כהפליה במקרים נוספים.<sup>133</sup> בעניין **טבקה** נדון סירוב של בתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים המשתייכים לזרם הציונות הדתית בעיר פתח-תקוה לקבל תלמידים בני הקהילה האתיופית. בתי-הספר טענו כי הטעם לסירוב הוא דתי, שכן רמתם הדתית של בני הקהילה אינה מתאימה לבית-הספר. בית-המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה, קבע כי הזכות לשוויון בחינוך גוברת על הזכות לחינוך קהילתי. לפיכך גם כאשר ישתכנע בית-המשפט כי אי-הקבלה לבית-הספר נובעת מטעמים דתיים, ולא גזעיים או עדתיים, עדיין יידרש בית-הספר להראות כי קבלת התלמיד תסכן באופן ממשי את יכולתו להעניק חינוך התואם את אמונתו.<sup>134</sup> באותו עניין קבע בית-המשפט כי לא הוכח סיכון כזה. נוסף על הקביעה כי הפליה בחינוך מהווה פגיעה בכבוד האדם,<sup>135</sup> קיימת חקיקה ספציפית אשר אוסרת הפליה בחינוך ומגינה על קבוצות נוספות מפני הפליה. סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד<sup>136</sup> וכן סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), קובעים איסור הפליה בחינוך. איסור ההפליה חל על כל בתי-הספר בישראל,<sup>137</sup> ולפיכך גם בתי-ספר שאינם רשמיים, הרשאים לקבוע את מדיניות הקבלה שלהם, אינם רשאים להפלות תלמידים.<sup>138</sup>

- 
- McUsic, לעיל ה"ש 121. לאמצעי אפשרי להגבלת יכולתם של בתי-ספר מוכרים לעשות כן ראו את הדיון להלן בתת-פרק ג.4.
- 133 להלן דוגמות אחדות: עת"ם (מנהליים י"ם) 241/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד החינוך התרבות והספורט (פורסם בנבו, 26.4.2006) (בית-המשפט פסל מכסות של 30% לתלמידות ממוצא מזרחי); עת"ם (מנהליים י"ם) 1320/03 אלקסלסי נ' עיריית ביתר עילית (פורסם בנבו, 21.6.2004) (שליטה בידיש הינה תנאי לגיטימי לסינון תלמידים בבית-ספר של קהילה חרדית, ולפיכך לא הוכחה הפליה); ורבים אחרים.
- 134 עניין **טבקה**, לעיל ה"ש 125.
- 135 בעניין **נוער כהלכה**, לעיל ה"ש 126, דובר בהפליה על רקע אתני או גזעי, אך גם סוגים אחרים של הפליה עשויים להיחשב פגיעה חוקתית. ראו מדינה, לעיל ה"ש 9.
- 136 האוסר הפליית תלמידים בקבלה לבית-הספר, בקביעת מסלול הלימודים, בחלוקה לכיתות ובקביעת הזכויות והחובות של התלמידים.
- 137 ס' 16(ב) לחוק זכויות התלמיד קובע כי החוק חל על בתי-ספר מוכרים; חוק הפיקוח, החל על כל בתי-הספר החייבים ברישיון (בתי-ספר שאינם רשמיים), קובע כי מנכ"ל משרד החינוך רשאי לתת צו סגירה לבית-ספר אשר הפלה תלמיד בניגוד לחוק זכויות התלמיד; ועל-פי ס' 35(ב) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, גם בתי-ספר אלה, אשר פטורים מרוב הכללים החלים על בתי-ספר בישראל, כפופים לאיסור ההפליה. לניתוח אמפירי של השימוש שנעשה בחוק זכויות התלמיד בעשור הראשון לחקיקתו ראו דן גבתון "לאיזה תלמיד החוק דואג? חוק זכויות התלמיד: תרומתו ותפקידו בראי הפסיקה" **משפט ועסקים** יד 767 (2011) (להלן: גבתון "חוק זכויות התלמיד"). ס' 3 לחוק איסור הפליה חל מראש על גופים פרטיים המספקים שירותים לציבור, ובכלל זה חינוך. לפיכך גם איסור ההפליה המעוגן בחוק זה חל על כל סוגי בתי-הספר.
- 138 יש חובות נוספות החלות על בתי-ספר מוכרים בהקשר של קבלת תלמידים. כך, נדרש שהחלטתם בשאלת קבלתו של התלמיד לא תהיה שרירותית (ראו, למשל, ת"ק (שלום י"ם) 2873/06 **ברנשטיין נ' בראור** (פורסם בנבו, 21.11.2006), ונדרשת מהם שקיפות ביחס לאמות-המידה

הפליה על-פי חוקים אלה הינה עבירה פלילית<sup>139</sup> ועוולה נזיקית, ואולי חשוב מכך – מנכ"ל משרד החינוך רשאי להוציא צו סגירה נגד בית-ספר שמתקיימת בו הפליה.<sup>140</sup> נוסף על כך, העיקרון המנהלי בדבר איסור הפליה חל, בשינויים הרלוונטיים, גם על הקשרים אלה.<sup>141</sup> כתוצאה מהאוטונומיה של בתי-ספר שאינם רשמיים בעיצובה של מדיניות קבלת התלמידים, רוב המקרים של הפליה בקבלת תלמידים שנדונו בבתי-המשפט עסקו בבתי-ספר שאינם רשמיים. בתי-ספר רשמיים, לעומת זאת, אינם קובעים בדרך-כלל מי יהיו תלמידיהם, ושיבוץ התלמידים אליהם נעשה על-ידי הרשות המקומית. לפיכך, אם תתעורר טענה בדבר הפליה בקבלה וברישום לבית-ספר רשמי, היא תופנה ברוב המקרים נגד רשות מקומית, ולא נגד בית-ספר ספציפי.<sup>142</sup> כך, למשל, דנו בתי-משפט במקרים שבהם סירבו רשויות מקומיות לרשום ילדים נטולי מעמד בישראל למוסדות חינוך,<sup>143</sup> וכן במקרים שבהם סירבו רשויות מקומיות לרשום תלמידים ערבים לבתי-ספר רשמיים עבריים.<sup>144</sup> נוסף על כך דנו בתי-משפט בשני מקרים שבהם סירבה רשות מקומית לרשום ילדים בני הקהילה האתיופית לבית-הספר השכונתי, ורשמה אותם לבית-ספר אחר כדי למנוע היווצרותם של בתי-ספר נפרדים לבני הקהילה האתיופית בשכונות שבהן הם מרוכזים. בשני המקרים התקבלה טענת ההורים כי מדובר בהפליה, על-אף העובדה שהמדיניות נועדה לקדם אינטגרציה ושוויון.<sup>145</sup> אף שברוב המקרים טענות על הפליה בשיבוץ בחינוך הרשמי יופנו כלפי הרשות המקומית או המדינה, ולא כלפי בתי-ספר, גם בחינוך הרשמי יש מקרים של בתי-ספר המקיימים מיונים – רובם בניגוד לכללים, ומיעוטם הקטן באישור מיוחד.<sup>146</sup> לפיכך ייתכנו בעיקרון טענות של הפליה גם ביחס לבתי-ספר רשמיים. נוסף על כך, לא מן הנמנע שדוקטרינת

- המשמשות אותם לקבלה (ראו עניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 126, וכן מבקר המדינה דוח שנת 61 בשנת 2010 ולחשבונות שנת כספים 2009 931 (2011)).
- 139 ס' 5 לחוק זכויות התלמיד; ס' 9 לחוק איסור הפליה.
- 140 ס' 5 לחוק איסור הפליה; ס' 32(א1) לחוק הפיקוח; ס' 35(ב) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.
- 141 על הטשטוש בין העיקרון החוקתי של איסור הפליה לבין העיקרון המנהלי של איסור זה ראו מדינה, לעיל ה"ש 9.
- 142 אם כי נגד בתי-ספר יכולות להישמע טענות הפליה בכל הקשור להתנהלות פנים-בית-ספרית, כגון שיבוץ למגמות או מדיניות ענישה.
- 143 עניין עודה, לעיל ה"ש 49; עת"ם (מנהליים ב"ש) 11-07-29883-07 מאנג'אן נ' עירית אילת (פורסם בנבו, 2.8.2012) (הקמת בית-ספר נפרד למבקשי מקלט מאפריקה מהווה הפליה); עת"ם 15-06-25757-06 טספרגש נ' עיריית קרית מלאכי (פורסם בנבו, 12.7.2015) (שם התבססה העתירה על חובתן של המדינה והרשות המקומית לספק חינוך חנם לכל הילדים בישראל, ללא תלות במעמדם החוקי).
- 144 ראו: Yishai Blank, *Brown in Jerusalem: A Comparative Look on Race and Ethnicity in Public Schools*, 38 URB. LAW. 367 (2006), המתאר מקרים שבהם סירבה הרשות המקומית לרשום תלמידים ערבים לבתי-ספר ממלכתיים. באותם מקרים לא נדרש פסק-דין, שכן הרשויות המקומיות חזרו בהן מהחלטתן.
- 145 ת"א (שלום כ"ס) 5244/02 בוגלה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 21.8.2006); ת"א (שלום כ"ש) 2359/05 טאללין נ' עירית ערד (פורסם בנבו, 10.3.2010).
- 146 נושא זה יידון להלן ליד ה"ש 164 ואילך.

איסור ההפליה תיעשה בהדרגה רלוונטית יותר ויותר גם בחינוך הרשמי, ככל שיתחזקו מגמות כגון הקמת בתי-ספר ייחודיים,<sup>147</sup> אשר מתרחקים מן המודל הקלטי של בית-ספר אזורי הקולט את כלל התלמידים מאזור הרישום שלו.

שני החיקוקים המדוברים (חוק זכויות התלמיד וחוק איסור הפליה) אוסרים, במצטבר, הפליה בחינוך מטעמים מגוונים: אתניות,<sup>148</sup> לאום,<sup>149</sup> מעמד חברתי-כלכלי,<sup>150</sup> עמדה פוליטית או השתייכות מפלגתית,<sup>151</sup> גזע,<sup>152</sup> הורות ומעמד אישי,<sup>153</sup> מין,<sup>154</sup> נטייה מינית או זהות

- 147 מדובר בבתי-ספר רשמיים שמקיימים תוכנית לימודים ייחודית. חלקם הם בתי-ספר שאינם משרתים רק את התלמידים מאזור הרישום שלהם, אלא פתוחים לרישום גם לתלמידים שאינם מתגוררים סמוך אליהם. כיום, על-מנת להיות מוכר כבית-ספר ייחודי, יש לקבל את אישורה של הוועדה הארצית לבתי-ספר ייחודיים על-אזוריים ולמרחבי חינוך שבמשרד החינוך. ראו חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"א/6(א) 40-3.1 "ערכון נוהלי הוועדה לבתי ספר ייחודיים אזוריים ועל-אזוריים ואזורי בחירה מבוקרת וביצוע ניסוי מקדים להרחבת אזורי הרישום ברשויות מקומיות" (1.2.2011).
- 148 אסורה על-פי שני החיקוקים.
- 149 ראו לעיל ה"ש 144.
- 150 ס' 5 לחוק זכויות התלמיד. למיטב ידיעתי, בתי-המשפט טרם עשו שימוש בסעיף זה בהקשר של קבלת תלמידים.
- 151 אסורה על-פי שני החיקוקים.
- 152 ס' 3 לחוק איסור הפליה. ראו עניין **טבקה**, לעיל ה"ש 125; עניין **מאנג'אן**, לעיל ה"ש 143; עניין **טספרגש**, לעיל ה"ש 143.
- 153 ס' 3 לחוק איסור הפליה. ראו תע"א (אזורי ת"א) 12137/09 **פלונית** – אלמונית (פורסם כנבו, 7.3.2013) (נפסקו פיצויים למורה רווקה שפוטרה מבית-ספר דתי לאחר שנכנסה להיריון).
- 154 ראו ס' 3 לחוק איסור הפליה. ס' 3(ד) (3) קובע חריג לאיסור ההפליה על רקע מין, שלפיו הפרדה בין גברים לנשים לא תיחשב הפליה אם היא הכרחית כדי לאפשר גישה לשירות לחלק מן הציבור, ובלבד שההפרדה מוצדקת בהתחשב בגורמים כגון אופיו של המוצר וקיומן של חלופות. סעיף זה עשוי לשמש בסיס לפרקטיקה של הפרדה מגדרית בבתי-ספר. לנתונים עדכניים על-אודות היקף ההפרדה בין בנים לבנות בבתי-ספר ממלכתיים-דתיים ראו צבי שיר **הפרדה מגדרית בבתי ספר יסודיים ממלכתיים-דתיים** (בנק ישראל – חטיבת המחקר, 2014); אייל כהר **החינוך הממלכתי דתי: תמונת מצב, מגמות, הישגים** חלק ג (2015). מבחינה עניינית לא ברור כלל אם יש לראות הפרדה מגדרית כהפליה פסולה, שכן יש הסבורים כי הפרדה כזו (לפחות בגילאי חטיבת-הביניים ומעלה) מועילה מבחינה לימודית לבנות. ראו: Tamar Hostovsky Brandes, *Separate and Different: Single-Sex Education and the Quest for Equality*, 45 Isr. L. Rev. 235 (2012). לניתוח של הפרדה מגדרית בחינוך הפורמלי בארצות-הברית ראו: C. Morgan, *Anti-Subordination Analysis after United States v Virginia: Evaluating the Constitutionality of K-12 Single-Sex Public Schools*, 1999 U. CHI. LEGAL F. 381

מגדרית,<sup>155</sup> וכן מוגבלות<sup>156</sup> – קטגוריה שבה כחלק מהחובה המשפטית להימנע מהפליה נדרש דווקא יחס שונה, ולא יחס זהה.<sup>157</sup>

הבחנה שבתחומים אחרים נתפסת כחשודה אך בחינוך נחשבת לגיטימית היא הבחנה על-פי השתייכות דתית. לפיכך בתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים רשאים לקבוע מדיניות קבלה הקשורה להיבטים של אורח חיים ודת.<sup>158</sup> בתי-ספר ממלכתיים-דתיים אינם רשאים להתנות קבלת תלמיד בהיותו דתי, אולם הם רשאים לקבוע כללי התנהגות דתיים בתוך בית-הספר. עם זאת, היחס להבחנה דתית כאל הבחנה לגיטימית אינו נטול קשיים, במיוחד לנוכח האפשרות של ניצול לרעה של נימוקים דתיים להסוואת הפליה מטעמים פסולים.<sup>159</sup> הבחנה חשובה נוספת שמעוררת מחלוקת בשדה החינוכי היא ההבחנה על רקע יכולת לימודית. לכאורה, על-פי תפיסת מוסר מריטוקרטית, אי-שוויון חינוכי הנובע מהבדלים בכישרון או במאמץ שהושקע אינו בלתי-הוגן.<sup>160</sup> אולם לא ברור אם ניתן להצדיק עמדה זו. יכולת לימודית אינה בהכרח תכונה מולדת וקבועה, אלא היא מושפעת מסביבתו של התלמיד, ממידת ההשקעה בו ומטיב החינוך שהוא מקבל.<sup>161</sup> לפיכך ייתכן שחובה על מערכת החינוך

155 אסורה על-פי שני החיקוקים.

156 ראו ס' 3 לחוק איסור הפליה. ראו גם חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. חוק חינוך מיוחד, שהינו ספציפי לתחום החינוך, הוא החיקוק שנעשה בו שימוש בדרך-כלל בהקשר זה. ראו פרייזון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 185-187 וכן 219 ואילך.

157 הדוקטרינה העוסקת בשוויון לאנשים עם מוגבלות כוללת לא רק את איסור ההפליה, אלא גם את החובה לבצע התאמות סבירות. פרק השילוב בחוק החינוך המיוחד קובע במפורש כי יש להעדיף שילובם של ילדים עם מוגבלות בחינוך הרגיל, אולם לרוב לא נעשה שימוש במסגרת המושגית של הפליה על-מנת לתקוף כשלים בביצוע התאמות. ראו בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); בג"ץ 6973/03 נתן מרציאנו נ' משרד החינוך, פ"ד נח(2) 270 (2003). אולם ראו עניין בוצר, לעיל ה"ש 51, שבו נקבע כי החובה להנגיש את בית-הספר נובעת מהזכות לשוויון. ראו גם חוק חינוך חנם לילדים חולים, התשס"א-2001.

158 ראו, למשל, בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994) (בית-ספר נוצרי רשאי לא לאפשר חבישת כיסוי-ראש מוסלמי); עניין ברנשטיין, לעיל ה"ש 138. במדינות רבות אסור לבתי-ספר דתיים שמקבלים תקציב מן המדינה להפלות על רקע דתי. לסקירה השוואתית ראו: Tammy Harel Ben-Shahar, *For God's Sake, Don't Segregate: Two Kinds of Religious Schools and Equality in Education* (2016), available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2863045](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2863045).

159 כפי שקבע בית-המשפט בעניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 126. ראו גם Harel Ben-Shahar, לעיל ה"ש 158; עניין אלקסלסי, לעיל ה"ש 133.

160 ראו Brighthouse, לעיל ה"ש 8.

161 מדענים נחלקו בשאלה אם יכולות, נטיות מגדריות ושאר תכונות הן מולדות או נרכשות כתוצאה מגורמים סביבתיים. מחלוקת זו נודעה בשם *nature v. nurture*. נראה כי כיום יש הסכמה, לפחות בהקשר של יכולות קוגניטיביות, כי שני הגורמים כאחד משמעותיים בעיצוב יכולותיהם האקטואליות של אנשים. ראו, לדוגמה: Robert Plomin et. al, *Nature, Nurture, and Expertise*, 45 INTELLIGENCE 46 (2014) ("the nature-nurture battles are over... The Issue is not nature versus nurture, but rather nature and nurture because both are important");

לפעול לשם הקטנת פערים ביכולת הלימודית, ולא לאפשר מיון על רקע יכולת, במיוחד כאשר מיון זה גורם להעמקת הפערים הלימודיים. נוסף על כך, תפיסת צדק מריטוקרטית מניחה שפערים הנובעים מנסיבות-הרקע של תלמידים אינם הוגנים, מכיוון שהתלמיד אינו "אשם" בתנאי-הרקע שלו. אולם ממש באותה מידה אין לומר כי התלמיד אחראי ליכולת שלו (בין שהן מולדות ובין שהן סביבתיות), ולפיכך גם אי-שוויון שמקורו בהבדלי יכולת אינו הוגן.<sup>162</sup> יתרה מזו, בשל הקשרים בין יכולת לימודית לבין מעמד חברתי-כלכלי, כל מיון על רקע יכולת לימודית יגרום למעשה גם למיון על רקע חברתי-כלכלי ואתני, ומיון זה אסור על-פי החוק.

התובנה שלפיה מיון על רקע הישגים לימודיים יוצר סגרגציה חברתית ולכן יש להימנע ממנו הודגשה שוב ושוב בוועדות מקצועיות של משרד החינוך,<sup>163</sup> והגיעה את המשרד לאסור מיון לפי יכולת לימודית בבתי-ספר יסודיים רשמיים ובמעבר לחטיבת-הביניים.<sup>164</sup> משרד החינוך ביקש להחיל את המגמה של מניעת מיונים על רקע יכולת לימודית גם בבתי-ספר שאינם רשמיים, ולפיכך קבע סנקציה כלכלית על בתי-ספר מוכרים שהרכב התלמידים בהם אינו אינטגרטיבי מבחינת יכולת לימודית ומעמד חברתי-כלכלי.<sup>165</sup> גם הסללה על-פי יכולת לימודית בתוך בתי-ספר, על-ידי חלוקה להקבצות או למסלולי לימוד שונים לתלמידים עם יכולות שונות, אסורה על-פי מדיניותו של משרד החינוך, למעט בכיתות הלימוד הבוגרות.<sup>166</sup> אולם המסגרת המשפטית שאוסרת את אלה אינה המסגרת המשפטית של איסור הפליה, אלא תקנות והנחיות מנהליות ספציפיות. בתי-המשפט לא הכירו עד כה בטענה של הפליה

---

M. Rutter, T.E. Moffitt, A. Caspi, *Gene-Environment Interplay and Psychopathology: Multiple Varieties but Real Effects*, 47 J. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 226 (2006) (הטוענים כי בין 40% ל-70% מהשוני בתכונות אינו גנטי, אלא מושפע מהסביבה). לריון בתופעה מעניינת שבה אנשים המשתייכים למיעוט שיש לגביו סטריאוטיפים שליליים תפקדו טוב פחות בשל החשש שהם יאשרו את הסטריאוטיפ ראו: Gregory M. Walton, *The Myth of Intelligence: Smartness Isn't Like Height*, in EDUCATION, JUSTICE, AND DEMOCRACY 155 (Danielle Allen & Rob Reich eds., 2013).

- 162 לביקורת על גישת הצדק המריטוקרטית ראו Harel Ben-Shahar, לעיל ה"ש 14.
- 163 כך, למשל, ועדת דוברת קבעה כי "בשום מקרה לא יתאפשר לגן או לבית-ספר לבחור את תלמידיו". כוח המשימה הלאומי לקידום החינוך בישראל התוכנית הלאומית לחינוך 28 (2005). ראו גם יוסי דהאן ויוסי יונה "מערכת החינוך בתקופת מעבר: מקולקטיביזם שלטוני לאינדיבידואליזם אזרחי – בחירת הורים כמקרה מייצג" יובל למערכת החינוך בישראל כרך א 163 (אלעד פלד עורך, 1999); יוסי דהאן "המשפט בשירות ההפרטה – על אוטונומיה הורית ושוויון הזדמנויות" משפטים מג 1003 (2013) (להלן: דהאן "המשפט בשירות ההפרטה").
- 164 חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשעו 3.1-54 "התכנית הלאומית ללמידה משמעותית – מבחנים פנימיים כחלק מההערכה על פני הרצף החינוכי" (8.5.2016); חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"א(א) 3.7-62 "האיסור לחייב תלמידים להשתתף במבחני מיון לבתי ספר על-יסודיים" (1.12.2010) (חטיבות-ביניים ותיכונים); חוזר מנכ"ל מיוחד ו התשנ"ה "מניעת נשירה" (12.1994).
- 165 תק' 9 לתקנות מוסדות מוכרים. דיון מפורט בסעיף זה ייערך בתת-פרק הבא.
- 166 חוזר מנכ"ל משרד החינוך נד/8 (3.3.1994).

תוצאתית שלפיה מיון על רקע יכולת לימודית מוביל להפרדה על רקע אתני וחברתי-כלכלי, וזאת על-אף המתאם בין ההבחנות הללו.<sup>167</sup>

לסוג המסגרת המשפטית יש השלכה ישירה על עוצמת ההגנה. ההגנה המשפטית על איסור ההפליה הינה חזקה בהרבה מן ההגנה המשפטית שניתנת להוראות שבתקנות או בחוזרי המנכ"ל. ראשית, ההוראות בחוזרי המנכ"ל ניתנות לשינוי בקלות רבה, ונתפסות כעניין של החלטת מדיניות הנתונה לשיקול-דעתו של השר. איסור ההפליה, לעומת זאת, הוא כלל משפטי יציב בהרבה, שנועד במהותו להגביל את פעולתן של הרשויות, כולל את זו של השר. נוסף על כך, פעולה של בית-ספר או של רשות חינוך בניגוד לנהלים הקבועים בחוזרי המנכ"ל אינה נתפסת כמעשה חמור מבחינה מוסרית, אלא לכל-היותר כתקלה שיש למצוא לה פתרון, לרבות אישור בדיעבד או התחייבות רפה לפעול בעתיד בהתאם להנחיות. כמו-כן, כאשר המסגרת המשפטית היא של הנחיה מנהלית, בתי-המשפט פתוחים יותר לקבל טענות של משרד החינוך או של בית-הספר כי ההסדר בפועל הינו סביר או שיש צורך לאזן בין איסור המיון לבין שיקולים אחרים.<sup>168</sup> לבסוף, לקביעה נחרצת כי מדובר בהפליה, להבדיל ממסטייה מהנחיה, עשויה להיות השפעת-רוחב שתמנע מיונים אסורים במערכת כולה.

הקושי להכיר בהבחנה על רקע יכולת לימודית כהפליה נובע כנראה מהעובדה שהבחנה זו מהווה בסיס לפרקטיקות רבות שנתפסות מרכזיות לאקט החינוכי. כך, למשל, מתן ציונים, הכולנה להקבצות, תוכניות מחוננים,<sup>169</sup> מתן שעות סיוע פרטני לתלמיד – כולן מבוססות על הבחנות על-פי יכולת לימודית. בתי-ספר, מעצם טיבם, הם מוסדות שמרוכזים בהישגים וביכולות: מורים בודקים את יכולותיהם של התלמידים, היחסיים והמוחלטים, ויחסם אל התלמידים מותאם, בין היתר, להישגיהם וליכולותיהם. ברי כי אין לראות כל התייחסות מן הסוג הזה כהפליה פסולה. פרקטיקות כגון מבחנים וציונים עשויות להיות כלי פדגוגי יעיל לשם מתן משוב לתלמידים ולמורים, ולספק מידע שעל בסיסו ניתן לתכנן את המשך ההוראה. הן אמורות אף להיות אמצעי לאיתור תלמידים הזקוקים לסיוע ולתגבור לשם קידום. פעולות אלה ראויות כולן ונחוצות בחינוך. עם זאת, להבחנה על רקע יכולת לימודית או הישגים לימודיים עלולות להיות גם השלכות שליליות על סיכוייהם השווים של תלמידים,

167 ואף-על-פי שהטענה נטענה בכמה מקרים: עת"ם (מנהליים י"ם) 8123/08 פרנקל (קטינה) נ' מדרשת הרטמן לבנות (פורסם בנבו, 15.4.2008); עת"ם (מנהליים ת"א) 6691-04-12 עמותת הכל חינוך נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 21.5.2013) (ערעור על פסק-הדין האחרון נמחק בהסכמה לאחר שעיריית רמת-גן הסכימה לשנות את נוהלי הרישום); עת"ם (מחוזי חי') 35206-05-13 והבה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 26.8.2013) (להלן: פרשת דלית אל-כרמל) (בעניין הסללת תלמידים על-פי הישגיהם בדלית אל-כרמל); עת"ם (מנהליים ת"א) 16560-10-15 ר.ב.ע. (קטיין) נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2015).

168 עניין פרנקל, לעיל ה"ש 167; עניין עמותת הכל חינוך, לעיל ה"ש 167; עת"ם (מנהליים ב"ש) 327/07 גורדון נ' עיריית אשקלון – מחלקת חינוך (פורסם בנבו, 20.8.2007); עת"ם (מנהליים ב"ש) 283/04 חטאב נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 27.7.2005); פרשת דלית אל-כרמל, לעיל ה"ש 167.

169 על ההסדרה של תוכניות מחוננים ראו פרי-חזן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 221 ובמיוחד ה"ש 412. ראו גם חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ז/8(ב) 1-1.5 "תלמידים מחוננים – תכניות ייחודיות ונהלים להפעלתן וליישומן" (1.4.2010).

וזאת כאשר היא מובילה לחסימה של הזדמנויות ומשאבים בעלי ערך – למשל, אי-קבלה למסלול לימודים או למגמת לימוד, התניה של הזכות לגשת לבחינות-הבגרות, מתן יחס מועדף של מורים לתלמידים עם ציונים גבוהים ועוד.

ההכרעה מתי הבחנה על בסיס הישגים ויכולות ראויה ומתי היא אינה ראויה היא מורכבת ותלויה-נסיבות. נדרשת לשם כך הבנה מקצועית בדבר התועלת הלימודית של ההבחנה לצד מחירה, החורגת ממומחיותה של הכותבת. אסתפק לכן בציון כמה אמות-מידה אפשריות לאיתור מקרים לא-לגיטימיים של הבחנה על רקע יכולת לימודית. כך, למשל, ככל שהבחנה נעשית מוקדם יותר כן היא בעייתית יותר, מכיוון שהסללת תלמידים כבר מכיתות בית-הספר היסודי למסלולי לימוד נחותים מבחינה אקדמית עלולה להשליך בצורה שלילית על ההזדמנויות החינוכיות שלהם. נוסף על כך, ככל שהבחנה גוררת השלכות משמעותיות יותר כן יש להיות זהירים יותר: אם ההפרדה בין התלמידים היא לבתי-ספר נפרדים, אזי מדובר בתוצאה משמעותית, בעוד אם מדובר במקצוע לימודי אחד שבו התלמידים מופרדים ואילו שאר תוכנית הלימודים זהה והתעודות הניתנות לתלמידים אחידות, אזי יש פחות מקום לחשש. הדאגה העיקרית בהקשר זה היא אם כן ביחס לקיומם של מסלולי לימוד או בתי-ספר אשר אינם מעניקים לתלמידיהם את התעודות הנחוצות לשם גישה להשכלה גבוהה. גורם משמעותי נוסף נוגע בשאלה אם ההבחנה יוצרת תוצאות בלתי-הפיכות או שמא יש נידות בין מסלולי לימוד שונים. הצדקה פדגוגית חזקה במיוחד תידרש כדי להצדיק תוכנית לימודים החוסמת באופן בלתי-הפיך תלמידים מלרכוש את החינוך הדרוש להם על-מנת להמשיך הלאה ללימודים גבוהים. זאת ועוד, כאשר ההבחנה על רקע יכולת לימודית גוררת הפרדה אתנית, מעמדית או מגדרית, מתעורר חשש לחוסר צדק, שכן יש להניח שקבוצות אתניות, מעמדיות ומגדריות שונות אינן מתאפיינות בפערים מולדים ביכולת. פערים בהישגים בין קבוצות אלה הם תוצר של הסביבה וההזדמנויות המוענקות להן, וראוי שבתי-ספר יפעלו לנטרל את ההשלכות החינוכיות של נסיבות חייהם של תלמידים, ולא יעצימו אותן.

לסיכום, יכולתם של עקרון איסור ההפליה ושל החקיקה המעגנת אותו לקדם צדק בחינוך הינה מוגבלת באופן אינהרנטי.<sup>170</sup> ראשית, החקיקה הקיימת אינה מתייחסת באופן מפורט ורגיש מספיק לקטגוריות בעייתיות בחינוך, כגון דת ויכולת לימודית. אך עוד יותר מכך, איסור הפליית תלמידים יכול אומנם לחייב את קבלתם של התלמידים ה"לא-רצויים" לבית-ספר ספציפי, אך הוא אינו יכול למנוע את עזיבתם של התלמידים החזקים ביותר לבתי-ספר אחרים. בניגוד לדבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין טבקה, איסור ההפליה אינו "תמונת ראי" של הזכות לשוויון בחינוך.<sup>171</sup> איסור ההפליה מהווה רק צד אחד של הזכות לשוויון – הצד של השוואה כלפי מעלה. העיקרון מבטיח כי התלמידים שמפלים נגדם יורשו להיכנס לבתי-הספר, ובכך ישתפר מצבם. אולם על-מנת להשיג שוויון אמיתי, אין די באיסור ההפליה, וגם בתחום של שיבוץ התלמידים נדרשים אמצעים למניעת יתרון.

170 קשיים נוספים בשימוש במכשיר איסור ההפליה לשם הבטחת שוויון בחינוך, אשר לא יידונו במאמר זה, כוללים קשיי הוכחה וכן רתיעה ממאבק נגד בית-הספר של הקהילה. ראו לעניין זה אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" ('לא משלנו'): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123 (2010).

171 עניין טבקה, לעיל ה"ש 125, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

## 3. ההוראות החלות על שיבוץ תלמידים

ההוראות החלות על שיבוץ תלמידים בבתי-ספר רשמיים קבועות בתקנות הרישום.<sup>172</sup> על-פי התקנות, הגוף המנהלי האחראי לשיבוץ התלמידים הוא הרשות המקומית. בדרך-כלל רישום תלמידים לבתי-ספר רשמיים נעשה על-פי אזורי רישום, ובתי-הספר משרתים את כלל התלמידים המתגוררים בתחומים של אזורי הרישום.<sup>173</sup> לרשות המקומית יש שיקול-דעת רחב בקביעת אזורי רישום, במטרה לאפשר לרשות להגשים מטרות חינוכיות וחברתיות. כך, למשל, אזור רישום יכול להיות מורכב מאזורים שאין ביניהם רציפות גיאוגרפית, דבר המאפשר לרשות מקומית ליצור בתי-ספר הטרוגניים גם מקום שיש הפרדה בדיוור.<sup>174</sup> עם זאת, התקנות אינן מטילות חובה מפורשת על הרשות המקומית לעצב את מדיניות הרישום בהתאם לשיקולים של אינטגרציה, ומשאירות מקום רב לשיקולים של מדיניות חינוכית.<sup>175</sup> כאמור, תקנות הרישום חלות על בתי-ספר רשמיים בלבד. הרישום לבתי-ספר שאינם רשמיים נעשה על-ידי בתי-הספר,<sup>176</sup> ולאלה יש אוטונומיה במדיניות קבלת התלמידים, בכפוף לאיסור ההפליה. בשנים האחרונות, לנוכח התרבותם של בתי-הספר המוכרים, נוצר חשש מפני הפרת האזון בין בתי-הספר הרשמיים לבין בתי-הספר שאינם רשמיים. הדאגה התרכזת במיוחד בבתי-ספר מוכרים שאינם משרתים את הקהילה החרדית, אלא מציעים חינוך חלופי לבתי-הספר הרשמיים. בתי-ספר אלה מתיימרים להציע חינוך טוב יותר מן החינוך הרשמי, מושכים אליהם תלמידים מבתי-הספר הרשמיים השכונתיים, ובכך מחלישים אותם. על-מנת להתמודד עם התופעה, הותקנו תקנות המאפשרות למשרד החינוך להקטין את תקציבם של בתי-ספר מוכרים שמדיניות הרישום אליהם אינה אינטגרטיבית ואשר אינם משקפים את הרכב האוכלוסייה באזור.<sup>177</sup> מדיניות חדשה זו, כפי שאסביר בהמשך, מהווה דוגמה חריגה וחשובה לאמצעי חוקי שנועד להגביל יתרון.

172 תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959 (להלן: תקנות הרישום). ראו גם תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום נוסף), התשל"ח-1978, ותקנות חינוך ממלכתי (העברה), התשי"ט-1959, העוסקות בהעברת תלמידים לאחר שנרשמו לבית-ספר.

173 הורים רשאים לבחור לרשום את ילדיהם לבית-ספר ממלכתי או ממלכתי-דתי לפי רצונם, וייתכנו אזורים שונים לכל זרם. נוסף על כך, מובן שהורים רשאים להירשם לבתי-ספר שאינם רשמיים, ואז כללים אלה אינם חלים. בחלק מן הרשויות המקומיות מונהגת כעת שיטה של בחירת הורים מבוקרת, אשר סוטה מהשיטה של אזורי רישום. עוד על כך ראו להלן ליד ה"ש 180.

174 ס' 7 לתקנות הרישום.

175 גם רפורמת האינטגרציה נעשתה ללא חקיקה נפרדת או תקנות מפורטות. ראו: ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL (2004) 11-14. דן גבתון "אוטונומיה, אנומיה, אינטגרציה ואנרכיה: חקיקה ופסיקה כמכשירים להפעלת רפורמות חינוכיות וליישומה של מדיניות החינוך בישראל" תמורות בחינוך – קווים למדיניות החינוך בישראל לשנות האלפיים 407 (יובל דרור, דוד נבו ורנה שפירא עורכים, 2003) (להלן: גבתון "אוטונומיה"); דהאן ויונה, לעיל ה"ש 163.

176 ס' 20(3) לחוק חינוך ממלכתי.

177 תק' 9א לתקנות מוסדות מוכרים.



בתי-המשפט בישראל עסקו רבות לאורך השנים בנושא שיבוץ תלמידים. בשנים שבהן הנהיג משרד החינוך את רפורמת האינטגרציה, הורים שלא היו מרוצים משיבוץ ילדיהם פנו תדיר לבתי-המשפט על-מנת לקבל סעד.<sup>178</sup> בתי-המשפט ניתחו את הדילמה שהוצבה לפנייהם כהתנגשות בין אוטונומיה הורית לבין שיקולים חינוכיים מערכתיים, שעיקרם חתירה לשוויון חברתי. גישתו של בית-המשפט לסכסוכים אלה ידעה תנודות לאורך השנים, באופן שאינו מנותק מעמדתו של משרד החינוך ומהגישות החברתיות שהיו מקובלות בכל תקופה. בשנים הראשונות של הרפורמה עמדו בתי-המשפט לצד משרד החינוך, ולא אפשרו להורים לממש את רצונם.<sup>179</sup> אולם בשנות התשעים של המאה העשרים חלה נסיגה במחויבותו של משרד החינוך לערכים של אינטגרציה, נזנחו התוכניות של אינטגרציה כפויה שכללו הסעת תלמידים בין שכונות שונות של ערים, ואומצו רפורמות המעניקות לאוטונומיה ההורית מקום של בכורה.<sup>180</sup> תקנות הרישום תוקנו באופן שהתיר לרשויות מקומיות לבחור בין שיטת הרישום הישנה לבין שיטה של בחירת הורים מבוקרת.<sup>181</sup> במקביל החל משרד החינוך לעודד הקמה של בתי-ספר רשמיים ייחודיים ותוכניות ייחודיות בתוך בתי-ספר רשמיים.<sup>182</sup> ועדת דורנר שעסקה בחינוך המיוחד המליצה אף היא לאפשר להורים לבחור בית-ספר לילדיהם.<sup>183</sup> משרד החינוך לא זנח באופן רשמי את מחויבותו לאינטגרציה חברתית-כלכלית, ושימר את איסורי המיון על רקע חברתי-כלכלי או על רקע יכולת לימודית. הוגי הרפורמות של בחירת הורים אף טענו בתוקף כי בחירת הורים יכולה להצליח לקדם אינטגרציה.<sup>184</sup> אולם המחויבות לאינטגרציה לא תורגמה לכללים משפטיים מסודרים הניתנים לאכיפה על-ידי בתי-המשפט.<sup>185</sup> כך, למשל, לא הובטחו הסעות בין האזורים השונים, כך שהיכולת של הורים

- 178 על-אודות רפורמת האינטגרציה, השפעותיה ומבקריה ראו דהאן ויונה, לעיל ה"ש 163; ROSEN-Zvi, לעיל ה"ש 175; דהאן "המשפט בשירות הפרטה", לעיל ה"ש 163.
- 179 ראו בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה (1) 767 (1971); בג"ץ 754/88 חשין נ' הוכברג, פ"ד מב (4) 285 (1988). לניתוח הפסיקה ראו דן גבתון "בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופייגן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית-המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל" עיוני משפט כח 473 (2004) (להלן: גבתון "בציפייה למזרחי"); Blank, לעיל ה"ש 144.
- 180 אי-אפשר לנתק תהליכים אלה מתהליכים עמוקים של הפרטה המתרחשים בחברה הישראלית בכלל ובמערכת החינוך בפרט (בדומה למתרחש במקומות אחרים בעולם). ראו נוגה דגן-בוזגלו "היבטים של הפרטה במערכת החינוך" (מרכז אדווה, 2010) [www.adva.org/uploaded/hafrataedu.pdf](http://www.adva.org/uploaded/hafrataedu.pdf); ניר מיכאלי "ביד נעלמה ובזרוע נטויה – היבטים פדגוגיים של הפרטת החינוך" מפנה 58, 27 (2008); דהאן "המשפט בשירות הפרטה", לעיל ה"ש 163; ORIT ICHILOV, THE RETREAT FROM PUBLIC EDUCATION: GLOBAL AND ISRAELI PERSPECTIVES 75 (2009).
- 181 ס' 7 לתקנות הרישום.
- 182 יובל וורגן "מסלולי לימוד ייחודיים במימון פרטי במערכת החינוך" (הכנסת – מרכז המחקר המידיע, 7.2.2011) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02804.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02804.pdf).
- 183 הוועדה הציבורית לבחינת החינוך המיוחד בישראל דין וחשבון (2009).
- 184 JOHN E. CHUBB & TERRY M. MOE, POLITICS, MARKETS, AND AMERICA'S SCHOOLS (1990).
- 185 דן גבתון "לחיות על פי עקרונות או לחנך לקראתם? מקום המשפט כמכשיר לקידום הוגנות במסגרת רפורמות בחינוך: ניתוח שלושה מקרים" האם המשפט חשוב? 355 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2011).

ממעמד כלכלי נמוך לבחור בית-ספר הוגבלה על-ידי שיקולים גיאוגרפיים, והרמות של בתי-הספר ברבעים השונים לא הושו, כך שנתררו ילדים שנאלצו ללמוד בבתי-ספר טובים פחות. כמו-כן לא נעשה די לצמצום הפערים במידע ובמיומנות של הורים בבחירת בתי-ספר.<sup>186</sup> נוסף על כך, על-אף איסור המיונים, רבים מבתי-הספר הייחודיים הרשמיים הפעילו הלכה למעשה מיונים בתמיכה או בהעלמת-עין של משרד החינוך. בשנים האחרונות נדמה כי לנוכח ריבוי העתירות נגד פרקטיקות של מיונים, גישתו של משרד החינוך משתנה, ויש הקפדה רבה יותר על איסור המיונים.<sup>187</sup>

בתי-המשפט, בהלימה לגישות שניכרו במשרד החינוך, החלו אף הם להעניק משקל רב יותר לאוטונומיה ההורית.<sup>188</sup> בית-המשפט קיבל עתירות של הורים נגד החלטות שיבוץ של רשויות מקומיות, אף שהללו התקבלו כדין, ואף שבבסיסן עמדה הכוונה לקדם אינטגרציה.<sup>189</sup> בתי-המשפט תמכו בזכות הבחירה של ההורים גם באופן עקיף – למשל, על-ידי חיוב משרד החינוך לפרסם את תוצאות המיצ"ב הבית-ספריים.<sup>190</sup>

לצד ההגנה ההולכת וגוברת על האוטונומיה של ההורים, בית-המשפט נוקט רטוריקה גוברת של הקפדה על שוויון. במיוחד בולטת בעניין זה ההכרה בזכות לשוויון חינוכי בזכות חוקתית המוגנת במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הלכה והתגבשה החל בשנות

186 הסיבות לפערים בין משפחות מבוססות למשפחות עניות באיכות הבחירה שלהן בבתי-ספר מגוונות, וכוללות פערים ברמת המעורבות, פערים במידע וביכולת לפעול בתוך המערכת, פערים ביכולת לשאת בעלויות כלכליות (כגון תחבורה לבתי-ספר) ועוד. ראו פלור היימן ורנה שפירא "בחירת הורים בבתי-ספר אוטונומיים כאסטרטגיה להבניה מחדש של מערכות חינוך – המקרה של תל-אביב ולקחיו" תמורות בחינוך – קווים למדיניות החינוך בישראל לשנות האלפיים 77 (יובל דרור, דוד נבו ורנה שפירא עורכים, 2003); אורית איכילוב ואנדרה אליאס מזאוי "בחירה בחינוך ומשמעויותיה החברתיות בקהילה הערבית ביפו" מגמות לח 421 (1997); דן גבתון "חינוך כדין: היבטים משפטיים ומשמעויות משפטיות" לקראת מהפכה חינוכית? 104 (דן ענבר עורך, 2006).

187 ראו לעיל ליד ה"ש 163-168. ראו גם אור קשתי "משרד החינוך יאסור מיונים לבתי ספר ייחודיים בתל אביב" הארץ 28.12.2015 [www.haaretz.co.il/news/education/1.2808909](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2808909)

188 עת"ם 1294/01 בית הספר עתיד נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 29.8.2001); עמ"נ 10-03-35243 עמותת חסידי חוסני אלקואסמי נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011); פרי-חזן, לעיל ה"ש 10; גבתון "בציפייה למזרחי", לעיל ה"ש 179; דהאן "המשפט בשירות הפרטה", לעיל ה"ש 163.

189 ראו, למשל, בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 13.4.2005) (בית-המשפט נענה לבקשת הורים להוסיף בית-ספר לרובע הרישום); בג"ץ 4383/91 שפקמן נ' עיריית הרצליה, פ"ד מו(1) 447 (1992) (נפסל סירובה של עיריית הרצליה לרשום תלמידים לבית-ספר ייחודי מחמת פגיעה באינטגרציה); עת"ם (מנהליים חי') 1292/03 אפרת נ' תירוש (פורסם בנבו, 24.5.2004) (שורה של החלטות שעסקו בבית-הספר במאיר שפיה); בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769 (2004). ראו גם גבתון "בציפייה למזרחי", לעיל ה"ש 179; גבתון "אוטונומיה", לעיל ה"ש 175.

190 עת"ם 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 23.8.2012) (נפסלה החלטת משרד החינוך להימנע מפרסום תוצאות המיצ"ב על-אף טענת המשרד כי בפרסום התוצאות יש כדי לפגוע בבתי-ספר המשרתים אוכלוסייה חלשה).

האלפיים המוקדמות, בדיוק בשנים שבהן הגיעו ההגנה על האוטונומיה ההורית והנסיגה מהאינטגרציה לשיאן.<sup>191</sup> אולם המשמעות שבית-המשפט מעניק לזכות לשוויון חינוכי היא מוגבלת מאוד. בית-המשפט מתמקד בהסרת חסמים פורמליים, במטרה מוצהרת לאפשר לכל תלמיד ותלמידה ליהנות מהזדמנות שווה בגישה ליתרונות חינוכיים. אי-השוויון במערכת החינוך נתפס על-ידי בית-המשפט כנתון, כלומר, הוא מכיר בכך שבחירת בית-הספר תעניק יתרון לחלק מן התלמידים וחסרון לתלמידים אחרים. אולם במקום לשאוף לצמצם את אי-השוויון ואת המחירים שמושתים על ה"מפסידים" בתהליך, בית-המשפט רואה עצמו מחויב רק להבטיח את שוויון ההזדמנויות בגישה ליתרונות. אולם למרבה הצער, כאמור, שוויון ההזדמנויות המתואר הינו תיאורטי בלבד. היכולת של ילדים מאוכלוסיות מוחלשות להשיג את היתרונות הגלומים בלמידה בבתי-ספר "טובים" מוגבלת על-ידי חסמים ישירים ועקיפים רבים, כגון מבחני מיון, תשלומי הורים גבוהים, העדר מודעות של הורים ומרחק גיאוגרפי. והמחירים החינוכיים שמשלמים תלמידים שאינם מצליחים להפיק תועלת מהזדמנויות אלה הם כבדים.

הסוגיה המשפטית האחרונה שרלוונטית להרכב התלמידים בבית-הספר, ואשר נכללת בקטגוריה של מדיניות שיבוץ תלמידים, היא הרחקה מבית-הספר ונשירה. בעוד מיונים מאפשרים לבתי-ספר להגביל את הכניסה אליהם, הכללים בדבר הרחקה תלמידים (או בדבר מניעת נשירה) נועדו לוודא כי תלמידים שנקלטו בבית-הספר מתמידים בו לאורך כל שנות הלימודים. הכללים הללו חשובים משום שבת-ספר, מטבע הדברים, עשויים להפיק תועלת מעזיבת תלמידים מתקשים. הדבר נכון במיוחד בעידן של מדידה ואחריותיות, שבו בתי-ספר ומורים מוערכים על-סמך הישגי תלמידיהם, שכן תלמידים בעלי הישגים נמוכים עלולים להשפיע רעה על ההישגים המדידים של בית-הספר והמורים.<sup>192</sup> הכללים המשפטיים הפורמליים החלים על בתי-ספר ממלכתיים מאפשרים הרחקה תלמידים בשל הישגים לימודיים ירודים או בשל בעיות משמעת. אולם אמות-המידה בשני המקרים מחמירות ביותר, ומשקפות את הגישה שלפיה בית-הספר אחראי כלפי תלמידיו גם כאשר

191 למשל, בעניין **טבקה**, לעיל ה"ש 125.

192 ככל שתוצאות המבחנים משפיעות יותר על בית-הספר כן יגדל התמריץ שלו לא לקבל תלמידים חלשים או לחלופין "להנשיר" אותם במהלך הלימודים. GEORGE F. MADAUS & MARGUERITE CLARKE, THE ADVERSE IMPACT OF HIGH STAKES TESTING ON MINORITY STUDENTS: EVIDENCE FROM 100 YEARS OF TEST DATA (2001).

אלה מתקשים מאוד בלימודיהם או מתנהגים בצורה מפריעה.<sup>193</sup> הרחבת חובת הלימוד עד לסוף כיתה יב הטילה אחריות למניעת נשירה בכל שלבי הלימוד.<sup>194</sup> אולם למערכת החינוך יש דרך נוספת להחריג, באופן עקיף, תלמידים מבתי-ספר, וזאת על-ידי העברתם למערכות החינוך המיוחד<sup>195</sup> והחינוך המקצועי.<sup>196</sup> בצד יתרונות שעשויים לצמוח לתלמידי מערכות אלה, במיוחד לתלמידים שלא השתלבו באופן מיטבי בבתי-ספר אחרים, יש חשש ממשי שההזדמנויות הפתוחות לפני ילדים שהתחנכו בהן אינן שוות לאלה של ילדים שלמדו בחינוך ה"רגיל". יתרה מזו, מסגרות חינוכיות אלה, המהוות את השוליים של מערכת החינוך, משרתות לאורך השנים בישראל ובעולם, באופן חסר פרופורציה, ילדים משכבות חברתיות-כלכליות נמוכות וילדים מקבוצות מיעוט אתניות.<sup>197</sup>

#### 4. תחילתו של שינוי?

התיאור עד כה בנושא שיבוץ תלמידים לבתי-ספר מצייר תמונה עגומה שלפיה המשפט – הן באמצעות בתי-המשפט והן באמצעות המחוקק ומחוקק-המשנה – אינו מהווה גורם משמעותי דיו בקידום השוויון: כללי איסור הפליה יכולים לחייב בתי-ספר לקבל אליהם תלמידים, אולם אינם יכולים למנוע את עזיבתם של החזקים; ואילו כללי הרישום לבתי-ספר נשלטים על-ידי עקרון האוטונומיה ההורית, ולכן אינם משמשים בפועל למניעת יתרון. גם

193 ס' 12 לחוק לימוד-חובה; תקנות לימוד חובה (כללים להרחקת תלמיד לצמיתות ממוסד חינוך בשל הישגיו הלימודיים), התשס"ה-2004. אי-אפשר להרחיק תלמיד עד כיתה ו בשל הישגיו הלימודיים. מכיתה ז ומעלה ניתן להרחיק תלמיד לצמיתות בשל הישגיו רק אם הוא נכשל ב-70% ממקצועות הלימוד, אם הכישלון לא נבע מאירוע חריג בחיי התלמיד, ואם התלמיד סירב לחזור על כיתה הלימוד בשנה שלאחר-מכן. הרחקה בגין בעיות משמעת אפשרית לפי ס' 6 לחוק זכויות התלמיד, וכוללת הגנות פרוצדורליות, כולל זכות שימוע וערר. ראו גם חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ח/8(ב) 2.1-15 "אקלים חינוכי מיטבי והתמודדות מוסדות חינוך עם אירועי אלימות וסיכון" (1.4.2015). נוסף על כך, בשל חובת הלימוד, המערכת מחויבת למצוא לתלמידים המורחקים מבתי-הספר מסגרת חלופית.

194 ס' 1 לחוק לימוד-חובה.

195 בכפוף להסדר פרוצדורלי של ועדת השמה, הקבוע בפרק ג לחוק חינוך מיוחד.

196 חוק החניכות, התשי"ג-1953.

197 יוסי יונה ויצחק ספורטא "החינוך הקדם-מקצועי ויצירת מעמד הפועלים בישראל" מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש 68 (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי-האלר עורכים, 2002). על החינוך המיוחד ראו: Robert A. Garda, Jr., *The New Idea: Shifting Educational Paradigms to Achieve Racial Equality in Special Education*, 56 ALA. L. REV. 1071, 1071-99 (2005) (המראה כי יש השמתייתר של שחורים בחינוך המיוחד, בפרט על רקע מוגבלויות אשר לחוות-דעת של מורים יש תפקיד באבחון); תמר אלמוג "יוצאי אתיופיה בחינוך המיוחד" חינוך בישראל כמבט מגזרי פרק 5 (תמר אלמוג עורכת, 2008) ([www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7724](http://www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7724)); יובל וורגן "שילוב תלמידים יוצאי אתיופיה במערכת החינוך" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 12.6.2006) ([www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01512.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01512.pdf)); שלמה סבירסקי חינוך בישראל: מחוז המסלולים הנפרדים (1990); NEVILLE HARRIS, *EDUCATION, LAW AND DIVERSITY* (2006) (המראה כי הורים מהמעמד הבינוני השיגו לילדיהם תוכניות לימודים מועילות יותר במסגרת החינוך המיוחד).

כאשר בית-המשפט נוקט רטוריקה של שוויון, הוא מתמקד רק במימד צר מאוד של השוויון, הכולל הסרת חסמים פורמליים וביטול הפליה בדרך להשגת אותם יתרונות.

בשנים האחרונות, עם זאת, מתרחשים כמה תהליכים – הן בבתי-המשפט והן במשרד החינוך (בתקנות ובנהלים) – אשר יש בהם כדי להצביע על אפשרות למגמה אחרת, שמכירה בצורך להגביל יתרון על-מנת לקדם צדק. אין זו מגמה עקבית, ולצד התהליכים שאציג כעת ממשיכים להתקיים גם מהלכים הפוגעים בשוויון, כגון קבלת חוזר התשלומים החדש, המשך הקמה של בתי-ספר ייחודיים ועוד.

המשותף לתופעות שאתאר כעת הוא ההכרה המתגבשת במשרד החינוך וברשויות המקומיות כי בתי-הספר המוכרים הרבים שקמו בשנים האחרונות כחלופה לבתי-ספר רשמיים פוגעים בחינוך הממלכתי מכיוון שהם גורמים לעזיבת התלמידים הטובים ביותר. בעיה נוספת שבה נתקלו רשויות מקומיות נוגעת בנטל הכלכלי שבת-ספר מוכרים מטילים על המדינה והעירייה, שכן אף-על-פי שחלקם מתוקצבים בשיעור נמוך יותר מבתי-ספר רשמיים,<sup>198</sup> הם עדיין גורמים להקטנת תקציב החינוך הכללי, והרשויות המקומיות נדרשות להקצות להם מבנים.

על רקע הדברים הללו התקבלו בשנים 2008–2009 שני תיקונים לתקנות מוסדות מוכרים. שני התיקונים נוגעים ברישום תלמידים, ונועדו לפגוע בתקציבם ובפעולתם של בתי-ספר מוכרים המתחרים בחינוך הרשמי.<sup>199</sup> התיקון הראשון קבע כי עד 10% מתקציבו של בית-ספר מוכר יופחת אם הוא אינו "מקיים מדיניות רישום אינטגרטיבית ובכלל זה שילוב תלמידים בעלי יכולות למידה שונות ומשכבות חברתיות-כלכליות מגוונות" או אם ממוצע הדירוג החברתי-הכלכלי של התלמידים הלומדים בו אינו משקף את זה של כלל התלמידים ברשות המקומית.<sup>200</sup> התיקון השני קבע כי משרד החינוך רשאי לשלול מבית-ספר את כלל התקציב ואף למנוע ממנו הכרה אם מצא כי יש בו כדי לפגוע בבתי-ספר רשמיים.<sup>201</sup> מכיוון שהורים נדרשים לשלוח את ילדיהם למוסד חינוך מוכר על-מנת לעמוד בחובתם לפי חוק לימוד-חובה,<sup>202</sup> שלילת הכרה מבתי-ספר אשר פוגעים בחינוך הרשמי כמוה כסגירתם, ומהווה אמצעי חמור בהרבה מאשר שלילת תקצובו. פגיעה בחינוך הרשמי מוגדרת בתקנות כסגירה צפויה של כיתות או מוסדות חינוך; פגיעה צפויה במספר התלמידים במערכת החינוך הממלכתית או בשיעורם; או פגיעה צפויה בהרכב האינטגרטיבי של התלמידים במערכת החינוך הממלכתית.<sup>203</sup>

התקנות הללו מאמצות מודל רחב הרבה יותר של קידום שוויון מכפי שהיה מקובל עד כה בדיני החינוך. הן מכירות בכך שעל-ידי משיכת תלמידים משכבות חזקות, בתי-ספר

198 בתי-הספר של שתי הרשתות החרדיות הגדולות מתוקצבות בשיעור של 100%, אולם שאר בתי-הספר המוכרים שאינם רשמיים מתוקצבים בשיעור של 75% מהתקצוב של החינוך הרשמי.

199 המאבק של רשויות מקומיות נגד "חוק נהרי" (ראו לעיל ה"ש 69) והתמיכה בתיקון תקנות מוסדות מוכרים קשורים כמובן זה לזה, והתרחשו באותן שנים.

200 תק' 9(ב) לתקנות מוסדות מוכרים. אי-עמידה באחד התנאים תפחית 5% מהתקציב, ואי-עמידה בשניהם תפחית 10%.

201 תק' 3(א) לתקנות מוסדות מוכרים.

202 ס' 4 לחוק לימוד-חובה.

203 ס' 3(א) לתקנות מוסדות מוכרים.

מוכרים גורמים נזק למערכת החינוך הממלכתית, ופועלות להגבלת בתי-הספר המוכרים בהתאם. לפיכך התקנות מבטאות את הגישה שלפיה לשם הבטחת שוויון חינוכי יש להגביל, במקרים המתאימים, את חירותם של פרטים לרכוש יתרון.

התקנות החדשות יושמו לראשונה על-ידי בית-המשפט בעניין בית-הספר "חברותא". בעניין זה החליט משרד החינוך לא להעניק לבית-הספר רישיון בשל פגיעתו הצפויה באינטגרציה ובבתי-הספר הממלכתיים באזור. עם זאת, ועדת הערר של משרד החינוך, ובהמשך גם בתי-המשפט המחוזי והעליון, צידדו בבית-הספר. ועדת הערר קבעה כי בית-הספר אינו פוגע באינטגרציה, והסתמכה על העובדה שלא כל תלמידי בית-הספר מצטיינים בלימודים, וחלקם אינם ממשפחות אמידות. עוד מצאה הוועדה כי בית-הספר אינו צפוי לגרום נזק לבתי-הספר הממלכתיים, שכן לומדים בו רק תלמידים ספורים מכל רשות מקומית. הוועדה הדגישה כי דחיית בקשה לרישיון ולהכרה צריכה להיעשות רק על-סמך ראיות מהימנות וחד-משמעיות המעידות הן על פגיעה במערכת החינוך הממלכתית והן על קשר ישיר וברור בין פגיעה זו לבין מתן הרישיון למוסד המסוים. סף ראייתי מחמיר זה, קבעה ועדת הערר, לא התקיים במקרה של "חברותא".<sup>204</sup> הערעור שהגיש משרד החינוך לבית-המשפט המחוזי נדחה בנימוק הפורמליסטי שלפיו משרד החינוך שקל את ההשפעה על החינוך הממלכתי בשלב הרישוי בעוד התקנות חלות רק על שלב ההכרה.<sup>205</sup> למעלה מן הצורך אישר בית-המשפט את ממצאיה של ועדת הערר, וציין כי זכות ההורים לכחור את חינוך ילדיהם היא בעלת "משקל עורף" ולכן אין לפגוע בה אך בשל חששות תיאורטיים. על החלטה זו הגישה המדינה בקשת רשות ערעור, אולם זו נמחקה בהסכמה בשל הערת בית-המשפט כי משרד החינוך אכן שגה כאשר שקל את השיקולים הקבועים בתקנות בשלב הרישוי.<sup>206</sup>

הכישלון המשפטי של המדינה בעניין חברותא מעורר תמיהה. לכאורה מדובר באב-הטיפוס של בית-הספר שאותו ראה מתקין התקנות לנגד עיניו. דובר בבית-ספר פרטי שתהליך הרישום אליו היה ארוך ומסובך, וכלל שלבים רבים של היבחנות, ראיונות והמלצות, והחינוך בו

204 ער 12/2010 חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור בע"מ נ' משרד החינוך (9.11.2010). לניתוח פעולתה של ועדת הערר, כולל בעניין בית-הספר "חברותא", ראו דהאן "המשפט בשירות ההפרטה", לעיל ה"ש 163. יצוין כי בינתיים נסגר בית-הספר "חברותא". ירון סקופ "אחרי 4 שנות מאבק: בית הספר חברותא ייסגר" הארץ 6.8.2013 [www.haaretz.co.il/news/education/1.2090446](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2090446)

205 עמ"נ (מנהליים ת"א) 52641-12-10 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2011) (להלן: עניין חברותא). על שלב הרישוי חלות הוראות חוק הפיקוח, שקובע (בס' 9) כי תנאי לרישום הוא שהמנהל הכללי וידא כי תובטח רמה נאותה של הדברים הבאים: תוכנית הלימודים, מערכת השיעורים ומשך הלימודים; הכשרתם של סגל עובדי החינוך; מבני בית-הספר, דרכי הגישה, החצר וכיתות הלימוד; תנאי הבטיחות בבית-הספר; הריהוט והציוד; והבסיס הכספי של בית-הספר. בפועל הדיון ברישוי של בתי-ספר חדשים ובהכרה בהם נעשה לרוב במאוחד, ומכאן התקלה המשפטית של משרד החינוך שאירעה בעניין בית-הספר "חברותא".

206 בר"מ 5320/11 מדינת ישראל נ' חברה לתועלת הציבור בע"מ חינוך למנהיגות (פורסם בנבו, 20.7.2011); עע"מ 153/12 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2012).

עלה אלפי שקלים בשנה. יתר על כן, בית־הספר בידל את עצמו מהחינוך הממלכתי באיכות החינוך שניתן בו, והתיימר לספק חינוך למנהיגות לדור הבא של האליטה הישראלית. ככזה היה בית־הספר צפוי למשוך אליו תלמידים בעלי יכולות גבוהות וממשפחות אמידות. יש כמה הסברים אפשריים לכישלון זה. ראשית, יש לומר כי המדינה אכן שגתה בכך שהשתמשה בשיקולים הנוגעים בהכרה כבר בשלב הרישוי. אולם מעבר לכך, התקנות מנוסחות באופן שהקשה על משרד החינוך להוכיח את הנזק הדרוש על־מנת לשלול הכרה מבית־הספר. על־פי התקנות, נזק לחינוך הממלכתי מוגדר כסגירה של כיתות או בתי־ספר ופגיעה בהרכב האינטגרטיבי. אולם הפגיעה שנגרמת לחינוך הרשמי כתוצאה מפתחת בית־ספר מוכר אינה חייבת להתבטא דווקא באלה. גם מבלי לסגור כיתות או בתי־ספר, ואפילו אם ההרכב של בתי־הספר הרשמיים יישאר מגוון, תיתכן פגיעה קשה כתוצאה מעזיבת תלמידים מצטיינים. נוסף על כך, התקנות דורשות הגשת חוות־דעת מטעם הרשות המקומית שבתחומה בית־הספר מוקם, אך ההשפעה השלילית של בית־ספר כ"חברותא" משתרעת גם מעבר לאותה רשות מקומית.<sup>207</sup> לבסוף, יש בעיה מובנית בכך שהשאלה אם בית־הספר החדש פוגע בבתי־הספר הממלכתיים נבחנת, על־פי התקנות, בשלב ההקמה. הבעיה היא שכאשר בית־ספר נמצא בתהליכי הקמה, קשה מאוד להוכיח שהוא גורם (או יגרום) נזק לבתי־הספר הממלכתיים. מאידך גיסא, אם משרד החינוך ימתין עד שבית־הספר כבר יפעל שנים אחדות, והנזק יהיה ניתן להוכחה, יהיה קשה מאוד לסגור את בית־הספר, שכן יהיה צורך לשקול את הפגיעה הצפויה בתלמידים שכבר לומדים בו.<sup>208</sup> אם כן, קשיים שונים עומדים ביסוד התוצאה של פסק־הדין בעניין חברותא, אולם ברור כי המשקל העודף שהעניק בית־המשפט לזכות ההורים לאוטונומיה חינוכית הוא שהכתיב את הפרשנות המצמצמת שהוא נתן לתקנות. למן פסק־הדין בעניין חברותא ניתנו פסקי־דין נוספים בעתירות נגד החלטת משרד החינוך לשלול הכרה או תקצוב מבתי־ספר בגין פגיעה בחינוך הציבורי.<sup>209</sup> באחד המקרים, שעסק בבית־הספר המוכר "אלחיואר" בחיפה, אישר בית־המשפט את החלטת משרד החינוך לשלול את תקצובו של בית־הספר בשל פגיעתו בבית־ספר רשמי בסביבתו.<sup>210</sup> אולם לנוכח

207 יתרה מזו, לעיתים יש אינטרסים נוגדים בין הרשות המקומית שבה בית־הספר מוקם לבין הרשויות המקומיות השכנות. ראו דיון להלן. ראו גם את שורת ההחלטות שעסקו בבית־הספר במאיר שפיה, לעיל ה"ש 189.

208 לגבי בתי־ספר כאלה יופעלו ככל הנראה רק המגבלות לגבי תקצוב.

209 עמ"נ (מנהליים ת"א) 12302-07-11 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'יריס – כפר יאסיף (פורסם בנבו, 18.10.2011). במקרה זה דובר אומנם בבית־ספר דתי, אולם הטיעונים שם היו דומים לאלה שעלו בעניין חברותא. גם שם אושרה החלטתה של ועדת הערר שחייבה את משרד החינוך להכיר בבית־הספר חרף הטענה כי הוא יפגע בחינוך הממלכתי.

210 בג"ץ 282/14 עמותת חיואר לחינוך אלטרנטיבי נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 7.8.2014). אציין כי יש טעם לפגם, לעניות דעתי, בכך שבית־הספר המוכר והלא־רשמי הראשון שעליו הוחלו התקנות היה בית־ספר ערבי, וזאת לנוכח ההפליה הקשה שיש כלפי בתי־ספר רשמיים ערביים (ראו לעיל ה"ש 39), שתוצאתה היא שהחינוך הניתן בהם אינו ראוי. בית־המשפט בעניין אלחיואר אף מצא ממש בתלוונות שנשמעו בדבר איכותו הירודה של בית־הספר הערבי הרשמי הסמוך. לשם השוואה, התלמידים שעברו ללמוד בבית־הספר "חברותא" עזבו בתי־

מיעוט המקרים וחוסר העקביות בפסיקתם של בתי-המשפט, מוקדם לקבוע אם התקנות הללו יהוו כלי יעיל להגבלת קיומם של בתי-ספר בריניים. עם זאת, יש חשיבות רבה בעצם קבלתן, שכן יש בהן כדי להעיד על שינוי בתפיסתו של משרד החינוך באשר להגבלת יתרון. נוסף על התקנות החדשות, החלטות אחדות שניתנו בבתי-המשפט מעידות על תחילתו של שינוי במשקל שניתן בפסיקה לעקרון האוטונומיה ההורית כאשר זו מתנגשת בזכות לשוויון, ועל מוכנות לאמץ אמצעים המגבילים יתרון חינוכי. בשנת 2011 דחה בית-המשפט המחוזי (מרכז) עתירה של הורים נגד החלטתה של עיריית כפר-סבא לא לאשר לתלמידים לעזוב את בתי-הספר בעיר לטובת בית-ספר רשמי על-אזורי.<sup>211</sup> באותו עניין ביקשו כמה הורים להעביר את ילדיהם מבתי-ספר ממלכתיים בכפר-סבא לבית-ספר ייחודי, ממלכתי אף הוא, בכפר הירוק. בית-המשפט אימץ את הנמקת העירייה כי עזיבתם של תלמידים אלה תפגע בבתי-הספר הרשמיים בעיר, וכי אין מקום לטענה כי בתי-הספר בעיר אינם מספקים את צורכיהם החינוכיים של העותרים. חשיבותם של תיק זה ושל אחרים הדומים ל<sup>212</sup> היא במוכנותם של בתי-המשפט להגביל את חירותם של הורים ותלמידים לרכוש יתרון חינוכי – מוכנות שמהווה שינוי ברור ביחס לעמדתם של בתי-המשפט בעניין זה בעבר. בתי-המשפט מביעים בכך הבנה שבהחלטות חינוכיות מסוימות, כגון עזיבת בית-ספר ומעבר לבית-ספר אחר, יש כדי להשפיע גם על תלמידים אחרים, ולפיכך אין פסול בהגבלת האוטונומיה לשם קידום השוויון.<sup>213</sup>

נוסף על כך, כפי שצוין לעיל, לאחר שנים ארוכות שבהן העלים משרד החינוך עין מקיומם של מיונים אסורים בבתי-ספר רשמיים, ובתי-המשפט לא מיהרו להתערב, יש סימנים מעודדים לכך שמשרד החינוך מתכוון למנוע קיומם של מיונים,<sup>214</sup> וגם בתי-המשפט, בחלק מן המקרים, פסלו פרקטיקות של מיון.<sup>215</sup> אם כן, ייתכן שאנו עדים לתחילתה של מגמה המעניקה משקל רב יותר לערך השוויון לעומת האוטונומיה ההורית, ובכלל זה מכירה בכך שיש להטיל מגבלות על רכישת יתרון.<sup>216</sup>

---

ספר שממוקמים כולם ברשויות מבוססות שבהן איכות החינוך שניתנת לכלל התלמידים הינה לכל-הפחות סבירה. במקרה כזה לא מתעוררת תחושה לא-נוחה אם מונעים את התלמידים מלעזוב את בתי-הספר הרשמיים.

- 211 עת"ם (מנהליים מר') 31083-03-11 קורנר נ' עיריית כפר סבא (פורסם בנבו, 31.7.2011).
- 212 עת"ם (מנהליים ב"ש) 341/06 גובין נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 10.9.2006) (נדחתה עתירה נגד החלטתה של עיריית אשקלון לדחות בקשה של תלמידים אחדים לעבור לבית-ספר ברשות שכנה); עת"ם (מנהליים חי') 1334/05 אדות נ' מדינת ישראל – משרד החינוך התרבות והספורט (פורסם בנבו, 23.10.2005) (אושרה החלטתה של המועצה המקומית משגב לא לאשר מעבר של תלמידה לבית-ספר אנתרופוסופי במועצה אזורית עמק יזרעאל); וכן עניין ראש עיריית הוד השרון, לעיל ה"ש 5 (בהקשר של "מחאת הסרדינים").
- 213 יודגש כי ההחלטות שתוארו לעיל אינן מונעות מעבר של תלמידים מבתי-ספר רשמיים לבתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים – מעבר שאינו מצריך אישור מהרשות המקומית.
- 214 ראו קשתי, לעיל ה"ש 187.
- 215 לעיל ה"ש 168.
- 216 אין לשלול אפשרות שמגמה זו קשורה למגמה כללית יותר בחברה הישראלית הקוראת לצדק חברתי ולהדגשת ערכי סולידריות. ניתן לזהות את המחאה החברתית כאחד השיאים של מגמה זו



אולם יש להתייחס לניצניה של מגמה זו בזהירות הראויה. ראשית, מדובר במספר מצומצם של הוראות חוק ופסקי־דין, ולצידם, כאמור, יש תהליכים אחרים, עקביים ורחבי־היקף, שעיקרם העמקת חוסר השוויון וההפרטה בחינוך. לפיכך מוקדם לומר שבשנים הקרובות נראה פעולה משמעותית לקידום שוויון בחינוך. שנית, יש לשים לב שהתנגדותן של הרשויות המקומיות ושל משרד החינוך מכוונת לעת עתה רק לאותם מקרים שבהם "המערכת" מאבדת תלמידים, כלומר, כאשר תלמידים עוזבים את בתי־הספר הרשמיים לטובת בתי־ספר מוכרים, או כאשר תלמידים עוזבים בתי־ספר ברשות מקומית אחת לטובת רשות מקומית אחרת. אולם אותה תופעה ממש, שמעוררת התנגדות כאשר היא פוגעת במערכת, זוכה בתמיכה כאשר היא מתרחשת בתוך המערכת פנימה: משרד החינוך מעודד הקמת תוכניות ובתי־ספר ייחודיים רשמיים, ורשויות מקומיות מעוניינות להקים כאלה בתחומן כדי למשוך תלמידים מרשויות אחרות או כדי לשפר את תרומתן של מערכת החינוך ברשות.<sup>217</sup> מכאן שההכרה שחלחלה למשרד החינוך בדבר החשיבות שבהטלת מגבלות על בתי־הספר המוכרים שאינם רשמיים טרם אומצה במלואה ביחס לבתי־ספר רשמיים. היחס הדרו־ערכי הזה יוצר מצב אבסורדי שבו הרגולציה על בתי־הספר המוכרים בכל הקשור להרכב האוכלוסייה בהם והשפעתם על השוויון מחמירה והרוקה מזו שמשרד החינוך מפעיל על בתי־הספר הרשמיים.<sup>218</sup>

#### ד. מניעת יתרון: לא לטובת החלשים בלבד

בפרקים הקודמים ראינו כי להבדיל מהתפיסה האינטואיטיבית של רבים, מניעת יתרון בחינוך (ובטובין מדרגיים אחרים) אינה צעד חסר תוחלת וקיצוני, אלא אמצעי הכרחי לשיפור מצבו היחסי של המוחלש. נימוק נורמטיבי זה מקבל ביטוי מוחשי בדוגמות רבות מחיי היומיום של דיני החינוך, כאשר נסיונות לשפר את מצבם של תלמידים מקבוצות מודרות מסוכלים בשל יכולתם של תלמידים אחרים לרכוש עוד ועוד יתרון. במרוץ החימוש החינוכי, ידם של תלמידים מרקע חברתי־כלכלי חזק תהיה תמיד על העליונה. לפיכך חשוב להרחיב את תפיסתו של המשפט בנוגע לעקרון השוויון בחינוך, כך שהיא תכיל גם אמצעים המיועדים למניעת יתרון.

הנחת־העבודה שליוותה את המאמר עד כה הייתה שיש מי שנהנים מכך שהמשפט מאפשר רכישת יתרון (החזקים: תלמידים אמידים, תלמידים בעלי הישגים גבוהים, תלמידים מקבוצת הרוב) ויש מי שמפסידים מכך (החלשים: תלמידים מרקע חברתי־כלכלי נמוך, תלמידים עם הישגים נמוכים, תלמידים מקהילות מיעוט). טענתי כי השוואה כלפי מטה מוצדקת אף שהיא מזיקה לראשונים, בשל היתרונות שהיא מניבה לאחרונים. אולם יש מובן

בשנים האחרונות. ראו: Shulamit Almog & Gad Barzilai, *Social Protest and the Absence of Legalistic Discourse: In the Quest for New Language of Dissent*, 2014 INT'L J.

SEMIOT. L. 1

217 לתיאור המוטיווציה והתהליכים מאחורי אנומליה זו ראו בלנק, לעיל ה"ש 82.

218 חוסר האיזון נובע גם מכך שהוראות מפורשות בנוגע לאינטגרציה חלות מכוח התקנות רק על בתי־הספר המוכרים. ההנחה היא כי בשל השליטה הישירה של משרד החינוך והרשויות המקומיות בבתי־הספר הרשמיים ניתן לקדם בהם אינטגרציה באופן ישיר, ואין צורך בתמריצים בדמות תקציב או הכרה. למרבה הצער, כאמור, לא תמיד הנחה זו מתקיימת במציאות החינוכית.

שבו הגבלת היתרון אינה רק פוגעת באותם תלמידים "חזקים", אלא עשויה לטמון בחובה היבטים חיוביים אף מבחינתם.

באופן מפתיע, חלק מההורים ששולחים את ילדיהם לבתי-ספר מוכרים, ממיינים ויקרים היו מעדיפים בית-ספר "טוב דיו" בקרבת מקום מגוריהם, שאינו דורש הליכי קבלה מסובכים, עם הלחצים והתחרות הנלווים אליהם ועם העלויות הכלכליות הגבוהות הכרוכות בכך.<sup>219</sup> הורים רבים אף אינם מרוצים בהכרח מאופיו ההומוגני של בית-הספר הממין, שאינו מאפשר לילדיהם להכיר ילדים ממגוון רקעים. מדוע אם כן הורים רבים כל-כך נאבקים על זכותם של ילדיהם להיבחן במבחני מיון לכיתה א (ולשלם על קורס הכנה למבחני מיון אלה) או על האפשרות להשקיע משאבים פרטיים בבתי-ספר? ההסבר לכך טמון במרוץ החימוש החינוכי. בעוד ייתכן שההעדפה האוטנטית של חלק מן ההורים עשויה להיות בית-ספר שכונתי טוב דיו, ברגע שאחרים אינם מסתפקים בכך ורוכשים לעצמם יתרון יחסי, כל ההורים נדחפים לעזוב גם הם את בית-הספר על-מנת לא להישאר מאחור. הסיכון שילדם יהיה בעמדת נחיתות ביחס לילדים אחרים מכריח הורים להשקיע משאבים נוספים, מעבר למתבקש מטעמים חינוכיים ענייניים. מדובר בסיטואציה בעלת מאפיינים של דילמת האסיר, שבה השחקנים נאלצים, בשל מגבלות התיאום, לבחור באפשרות שאינה מיטבית מבחינתם כדי להתגונן מפני הסיכון הכרוך בבחירה בעדיפותם הראשונה.<sup>220</sup>

מרוץ החימוש החינוכי אינו שונה ממרוצי חימוש אחרים, וככזה הוא מתאפיין בכך שהצדדים משקיעים משאבים אדירים מבלי לקבל ערך מוסף, רק כדי לשמור על מיקומם היחסי.<sup>221</sup> לפיכך היה יעיל יותר מבחינת כולם אילו הוגבל מרוץ החימוש. בקוריאנה הדרומית, למשל, התחרות על מקום באחת האוניברסיטות הטובות היא חריפה עד כדי כך שתלמידי תיכון ממשיכים מדי יום, לאחר שעות בית-הספר, ללמוד בבתי-ספר "משלימים" עד השעות המאוחרות של הלילה.<sup>222</sup> הלחץ המופעל על בני-נוער קוריאנים להצליח בלימודים מדווח כגורם העיקרי לריבוי ההתאבדויות בקרב בני-נוער ולעלייה החדה בשיעורי הפרעות החרדה שם. ההתמקדות בצדדים האינסטרומנטליים-התחרותיים של החינוך לא רק גורמת לצריכת-יתר בזבזנית ולהפעלת לחץ מוגזם על ילדים, אלא עלולה גם לגרום לכך שהיבטים חשובים של החינוך שאינם מתוגמלים במרוץ החימוש החינוכי יידחקו לשוליים ואף ייזנחו כליל.<sup>223</sup> למשל, סביר להניח שקיומם של מבחני מיון לבתי-ספר בחטיבה העליונה יגרמו לכך שמורים בחטיבת-הביניים יהיו בלחץ להכין את התלמידים למבחנים במקום להשקיע בתוכני חינוך אחרים, העשויים להיות בעלי ערך רב: אם המורים והתלמידים יודעים כי המבחן שם דגש

Ruth Jonathan, *State Education Service or Prisoner's Dilemma: The 'Hidden Hand' as Source of Education Policy*, 38 BRIT. J. EDUC. STUD. 116 (1990) 219

220 שם.

221 ראו, למשל, HIRSCH, לעיל ה"ש 20; FRANK, לעיל ה"ש 20.

222 ראו, למשל: Elise Hu, *The All-Work, No-Play Culture of South Korean Education* NPR (Apr. 15 2015), <http://www.npr.org/sections/parallels/2015/04/15/393939759/the-all-work-no-play-culture-of-south-korean-education> (המדווחת כי התלמידים לומדים בבתי-הספר הללו עד השעה 23:00).

Daniel Halliday, *Private Education, Positional Goods, and the Arms Race Problem*, 15 POL., PHIL. & ECON. 150 (2016) 223

במתמטיקה, יש חשש רב למקומם של לימודי הספרות, המוזיקה או האזרחות. מתהליכים אלה של רידוד ההיבטים האינטרדיסציפלינאריים של החינוך מפסידים כלל התלמידים, כולל התלמידים ה"חזקים".

בכוחה של הסדרה משפטית המונעת רכישת יתרון לשחרר את התלמידים, את הוריהם ואת בתי-הספר שלהם מן ההכרח להכריע בשאלות פדגוגיות וחינוכיות בהתבסס על שיקולים תחרותיים, ולאפשר להם לקבל החלטות חינוכיות מתוך תפיסה ערכית ומקצועית רחבה יותר. הורים, תלמידים ומורים יוכלו לממש את העדפותיהם האוטונומיות מבלי לחשוש שבחירה זו תפגע בהם ותשאיר אותם מאחור.

נראה לפיכך כי אף שהצדקתם העיקרית טמונה בתועלתם לתלמידים המוגדרים "חלשים", לפחות בחלק מן המקרים אמצעים להגבלת יתרון חינוכי, כגון איסור מיונים ואיסור גביית תשלומי הורים, תורמים לא רק להם, אלא לכולם.

### ה. במקום סיכום: הגבולות הראויים של מניעת יתרון חינוכי

הגבלת יתרון בחינוך כרוכה באופן בלתי-נמנע בפגיעה באוטונומיה של אנשים לפעול על-מנת לשפר את מצבם היחסי. בעוד על פניו נראה כי דרישה כזו, כאשר אין בצידה העברת משאבים או יתרונות אחרים לחלש, היא מיותרת ואין בה כדי להועיל לחלש, הניתוח שלעיל מראה מדוע הגבלת יתרון נחוצה לשם קידום צדק. דוגמות כגון תשלומי הורים ו"בריחה לבנה" ממחישות כי להחלטות של פרטים בהקשרים חינוכיים יש לעיתים השלכות מרחיקות-לכת על חינוכם של תלמידים אחרים, והדבר מסביר את הצורך בהגבלת פעולות לרכישת יתרון אשר פוגעות בתלמידים מקבוצות מוחלשות.

אחת הקושיות שנותרו פתוחות, עם זאת, היא מהם הגבולות הראויים של מניעת יתרון חינוכי. הרי גם אם נסכים כי מוצדק להגביל יתרון חינוכי, ברור שלא כל הגבלה כזו תהיה ראויה. בעוד יש מקרים של מניעת יתרון חינוכי שנראים לנו מתקבלים על הדעת (איסור תשלומי הורים, נניח), יש לשער כי אמצעים קיצוניים יותר עשויים להיתקל בהתנגדות אינטואיטיבית חזקה יותר. למשל, האם יש לבטל את תוכניות ההעשרה למחוננים, גם במחיר פגיעה בפיתוחה של עתודת המדענים של המדינה? האם יש לאסור על מורים לרכוש תואר שני, שכן יש בכך כדי להעניק יתרון לתלמידיהם לעומת תלמידים שלמוריהם אין השכלה זו? האם כדי לקדם שוויון בין ילדים עם מוגבלות קוגניטיבית התפתחותית לבין ילדים ללא מוגבלות כזו, נמנע מהאחרונים כל צורה של חינוך?

הפתרון לקושי זה טמון בעובדה שאף-על-פי ששוויון הינו ערך חשוב בהקשר החינוכי, הוא אינו הערך היחיד שאנו שואפים לקדם. ערכים נוספים – כגון רווחתם של ילדים, מימוש הפוטנציאל שלהם ושלמות גופם, אוטונומיה הורית, חירות דתית, קידום התועלת החברתית ועוד – חשובים לנו אף הם. בעוד שוויון חינוכי הוא מטרה חשובה של מערכת החינוך, יש לחינוך מטרות נוספות, פרטניות וחברתיות, המצויות במתח עימו.<sup>224</sup> במקרים

DAVID F. LABAREE, SOMEONE HAS TO FAIL: THE ZERO-SUM GAME OF PUBLIC SCHOOLING 224 (2010).

שבהם קידום שוויון יפגע בערכים אלה, אין מנוס מאיזון הערכים המתנגשים, ותוצאתו של איזון זה תהיה לעיתים שהשאיפה לשוויון תיאלץ לסגת.

השאלה כיצד יש לערוך את האיזון הזה הינה שאלה מורכבת.<sup>225</sup> יש מקרים קלים שהתשובה האינטואיטיבית לגביהם ברורה. כך, למשל, אם על-מנת להשיג שוויון נתבקש לבצע כריתת אונה בילדים אינטליגנטיים במיוחד, ברור שלא נתיר זאת.<sup>226</sup> ברור גם כי כחברה לא נאפשר, בשם השוויון, לרדד את רמת החינוך כך שתפגע היכולת לגדל את דור העתיד של המדענים, הרופאים והממציאים. מן הצד האחר, קל יחסית להסכים גם כי אין לאפשר להורים אמידים לרכוש בעבור ילדם מקום בקבוצת הדיבייטינג על-חשבון תלמיד אחר שמתאים יותר.

לעומת המקרים ה"קלים" הללו, מקרים אחרים הינם קשים הרבה יותר להכרעה: תוכניות למחוננים,<sup>227</sup> למשל, או מימון פרטי לסייעת שתאפשר שילוב של תלמיד עם מוגבלות בכיתה, בהעדר מימון ציבורי לשירות זה. במקרים כאלה נדרשת בחינה זהירה של השיקולים השונים לשם מציאת פתרון מאוזן. דיון ממצה באופן שבו יש לערוך איזון זה אינו אפשרי במסגרת מאמר זה, אולם אבקש בכל-זאת להעיר כמה הערות קצרות.

ראשית, יודגש שוב כי אף שמאמר זה התמקד רק בהגבלת יתרונם של חזקים, אין בכך כדי לשלול את השימוש באמצעים המקדמים שוויון באמצעות שיפור מצבם של החלשים. ההפך הוא הנכון: ככלל עדיף לקדם שוויון על-ידי שיפור מצבם של החלשים מאשר באמצעות פגיעה בחזקים. אולם פעמים רבות הדבר אינו אפשרי מסיבות שונות. כך, למשל, על-מנת להעלות את רמת ההשקעה בתלמיד ברשויות המקומיות החלשות בישראל לרמה הנהוגה ברשויות המקומיות החזקות, דרושה השקעה כלכלית אדירה, שלא ברור אם היא מעשית. אולם גם אילו היה אפשר, מבחינה כלכלית, לסבסד את הרשויות העניות כך שתקציבן ישווה לזה של הרשויות החזקות, התגובה על כך הייתה הגדלה נוספת של ההשקעה בחינוך על-ידי הרשויות החזקות. אופיים של מרוצי חימוש הוא שבהעדר מגבלה חיצונית יש תמריץ חזק להשקיע משאבים נוספים.

225 שאלה חשובה זו אינה זוכה בדיון מספק, לדעתי, בספרות שעוסקת בצדק חלוקתי בחינוך. לדיון בסוגיה בהקשר של זכויות הורים ראו: HARRY BRIGHOUSE & ADAM SWIFT, FAMILY VALUES: THE ETHICS OF PARENT-CHILD RELATIONSHIPS (2014). לדיון בה בהקשר של פגיעה באפשרות של ילדים לרכוש חינוך הולם ראו: Harry Brighthouse & Adam Swift, *Putting Educational Equality in Its Place*, 3 EDUC. FIN. & POL'Y 444 (2008) Tammy Harel Ben-*Equality in Its Place*, 3 EDUC. FIN. & POL'Y 444 (2008) Shaahar, *Distributive Justice in Education and Conflicting Interests: Not (Remotely) as Bad as You Think*, 49 J. PHIL. EDUC. 491 (2015).

226 דוגמה זו לקוחה מ-Brighthouse, לעיל ה"ש 8.

227 הפילוסוף וחוקר החינוך מייקל מרי טוען כי יש הצדקה לתוכניות למחוננים, שנובעת מזכותו של כל ילד לחינוך מאתגר. 6, Michael S. Merry, *Educational Justice and the Gifted*, 6 THEORY & RES. EDUC. 47 (2008). כנגד זה יש הטוענים כי אין הצדקה מוסרית להשקיע משאבים עודפים בתלמידים שמצבם הלימודי ממילא גבוה מן הממוצע. ראו, למשל: Kirsten Meyer, *Educational Justice and Talent Advancement*, in EDUCATION, JUSTICE AND THE HUMAN GOOD 133 (Kirsten Meyer ed., 2014).

לא כל האמצעים לקידום החלשים חשופים באופן חריף כל-כך למרוץ החימוש החינוכי, ולכן לעיתים חיוזוקם של תלמידים חלשים אכן יוכל להיות אמצעי אפקטיבי לקידום השוויון (למשל, הקצאה של שעות תגבור פרטניות בבית-ספר לתלמידים מתקשים לא תוביל בהכרח להוספה מקבילה של שעות תגבור למצטיינים). פעמים אחרות יהיה מוצדק לשלב אמצעים של השוואה כלפי מעלה עם אמצעים של השוואה כלפי מטה (למשל, תקצוב חינוך דיפרנציאלי בשילוב עם הטלת איסור על גביית תשלומי הורים). ובמקרים מסוימים האמצעי המתאים ביותר יהיה השוואה כלפי מטה (למשל, הטלת הגבלות על מדיניותם של בתי-הספר בנוגע לרישום תלמידים).

הערה נוספת היא כי אף שיש מקרים שבהם בחישוב הכולל לא יהיה מוצדק למנוע יתרון חינוכי מחזקים, לכל-הפחות אין לשלול על הסף אמצעים מסוג זה. בהינתן הרתיעה האינטואיטיבית מפני השוואה כלפי מטה, המסקנה כי יש לשקול באופן רציני הגבלות לגבי רכישת יתרון, ולהימנע מכך רק לנוכח שיקולים נוגדים כבדי-משקל, אינה דבר של מה-בכך. עוד יש לציין כי ההכרה בלגיטימיות של השוואה כלפי מטה משמעה שגם כאשר יש צורך לאזן את הדרישה לשוויון עם ערכים אחרים, עשויה להיות הצדקה לאיזון שבמסגרתו היתרון יוגבל במידת-מה, גם אם לא באופן מוחלט. גם הכרה זו מהווה שינוי משמעותי מן התפיסה הקיימת, שלפיה הגבלת יתרון אינה מתקבלת על הדעת ואין כלל צורך לשקול אותה. הערה חשובה נוספת היא שאף-על-פי שיש לאזן את ערך השוויון עם ערכים חשובים נוספים, אין לומר כי בכל מקרה של התנגשות כאמור יהא על השוויון לסגת. מן הראוי לאמץ גישה ביקורתית בעת בחינת האינטרסים הנוגדים המתיימרים להתגבר על הדרישה לשוויון. השיח הקיים (הציבורי והמשפטי) בדבר זכויות הורים וזכויות ילדים בהקשר החינוכי הוא רחב מאוד, כך שכמעט כל העדפה או בקשה של הורים וכל אינטרס של תלמידים מנוסחים כתביעה למימוש זכות. אולם לא כל העדפה חינוכית ראויה לאותה מידה של הגנה מוסרית ומשפטית. כך, למשל, לא ברור כי החלטות כגון בחירת בית-ספר, בחירת מגמה, בחירת זהות המחנכת או בחירת תוכן הלימודים חשובות כולן באותה מידה לשם מימוש אותה אוטונומיה הורית שבית-המשפט מדגיש את חשיבותה. לשם קביעת היקפה של הזכות לאוטונומיה הורית (כמו-גם היקפם של ערכים נוספים המתנגשים לעיתים בשוויון, כגון זכויות תלמידים, מצוינות, תועלת חברתית או חירות דתית) נדרשת בחינה יסודית של הבסיס המוסרי של העיקרון הרלוונטי. רק כאשר האמצעי שנועד לקדם שוויון פוגע באופן ממשי בליבת הערך המתנגש, כלומר בטעמים המרכזיים שבגינם אותו עיקרון הינו בעל ערך, יש לאפשר פגיעה בשוויון.

אדגים טענה זו באמצעות עקרון האוטונומיה ההורית – ערך שבית-המשפט נותן לו משקל רב בפרשות העוסקות בשוויון חינוכי. על-מנת לקבוע את היקף ההגנה על האוטונומיה ההורית, כזו שעשויה לגבור על דרישות שוויון, יש להבין ראשית את ההצדקות המוסריות לאוטונומיה ההורית, ואז לבחון לאורן אילו פעולות נחוצות לשם הגשמתה. ההצדקה המוסרית הראשונה נובעת מדאגה לטובתם של ילדים. על-פי-רוב ההורים יודעים הכי טוב מה יקדם את רווחת ילדיהם, ולכן אם ברצוננו לקדם את רווחתם של ילדים, יש להעניק להורים אוטונומיה לקבל החלטות בעבור ילדיהם. הערך המרכזי כאן אינו האינטרס

ההורי, כי אם רווחתם של ילדים, והענקת אוטונומיה להורים, לפי הצדקה זו, הינה בסך-הכל פרוצדורת קבלת ההחלטות המתאימה ביותר לשם קידום ערך זה.<sup>228</sup>

אולם לאוטונומיה ההורית יש גם הצדקה מוסרית עצמאית, משום שהיא מאפשרת יצירתם של יחסים משפחתיים אינטימיים, אשר חשובים לא רק לילדים, אלא גם להורים. על-פי גישה זו, האופי המיוחד של הקשר בין הורים לילדים, המאופיין בכך שאדם הוא האחראי הבלעדי לאדם אחר שתלוי בו, תורם תרומה משמעותית לרווחתם של אנשים. הצדקה זו מצויה במתח עם ההצדקה הקודמת, מכיוון שהיא מצדיקה מתן אוטונומיה להורים גם כאשר זו מנוצלת לקבלת החלטות שפוגעות ברווחתם של ילדים (בגבולות מסוימים).<sup>229</sup>

יש פעולות איך-ספור שיכולות לתרום לקיומו של קשר אינטימי חם וקרוב בין הורים לילדיהם. אולם לא כל פעולה שמקדמת את האינטרס הזה, ולו באופן שולי, יש בה כדי להצדיק פגיעה קשה בשוויון החינוכי. היקף האוטונומיה ההורית שיגבר על השוויון הוא ההיקף הדרוש על-מנת להבטיח את קיומו של הקשר המשפחתי. ככל שפעולה או החלטה היא חיונית יותר לקיומם של קשרים משפחתיים מהסוג הזה, כן היא תהיה מוגנת יותר, גם במחיר פגיעה בשוויון. בריגהאוס וסוויפט נותנים במאמרם את הדוגמה של קריאת סיפור לפני השינה כפעילות משותפת שיש בה כדי לייצר ולבסס את הקשר המיוחד בין הורה לילדו. האינטימיות הפיזית שבפעולה זו, הזמן המיוחד לפני השינה, והשיחה שמתלווה באופן טיפוסי להקראת הסיפור – כל אלה מאפשרים לרגע הזה לתרום באופן משמעותי לקשר בין ההורה לילדו, באופן שאינו ברה-החלפה עם פעולות אחרות. לפיכך, אף אם יש בפעולה זו (וכפי הנראה יש בה) כדי ליצור אי-שוויון בין ילדים שהוריהם מרבים לספר להם סיפורים לפני השינה לבין ילדים שהוריהם אינם עושים כן, הגבלתה תהיה פסולה מבחינה מוסרית.<sup>230</sup> מאידך גיסא, בריגהאוס וסוויפט סבורים כי להורים אין זכות דומה לשלוח את ילדיהם לבית-ספר פרטי, שכן פעולה זו אינה הכרחית לשם ביסוסו של קשר משפחתי.<sup>231</sup>

אם נאמץ את עמדתם של בריגהאוס וסוויפט, נגיע למסקנה כי החלטות הוריות רבות שבתי-המשפט מסווגים אותן כמגינות על האוטונומיה ההורית זקוקות להצדקה אחרת. בקשת הורים לשלוח את ילדם לבית-ספר אחר מזה שהוא שובץ אליו על-פי אזור הרישום, דרישה לשלם בעבור תוכנית לימודים נוספת וכיוצא באלה הן החלטות שהורים מנסים להצדיק באמצעות הטענה כי הן משרתות את זכותם לאוטונומיה הורית. אולם הדיון שלעיל מראה כי לא ברור כלל שפעולות והחלטות מהסוג הזה מסוגלות לקדם את האינטרס ההורי המוגן, וגם אם הן מקדמות את האינטרס המוגן, נראה כי הן אינן מצויות בליבה שלו. פעולות רבות אחרות, כגון לשוחח עם הילדים, ללכת איתם למוזיאון ולבלות איתם, עשויות להיות

Peter Vallentyne, *The Rights and Duties of Childrearing*, 11 WM. & MARY BILL OF RTS. 228 J. 991 (2003); Samantha Brennan & Robert Noggle, *The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights, and Family Justice*, 23 SOC. THEORY & PRAC. 1 (1997).

MATTHEW CLAYTON, JUSTICE AND LEGITIMACY IN ;225 לעיל ה"ש BRIGHOUSE & SWIFT 229 UPBRINGING 54 (2009); Harry Brighouse & Adam Swift, *Legitimate Parental Partiality*, 37 PHIL. & PUB. AFF. 43 (2009).

.229 לעיל ה"ש Brighouse & Swift 230

ש.ם 231

חשובות יותר לשם יצירת קשר הורי עמוק, ולפיכך אף אם הן פוגעות בשוויון, הן מוצדקות מבחינה מוסרית.<sup>232</sup>

הצורך לבחון באופן ביקורתי יותר את האינטרסים שעשויים לגבור על דרישות השוויון בא לידי ביטוי בתחום חשוב נוסף, והוא זכותם של הורים לחנך את ילדיהם על-פי דרכם. לעיתים קרובות נשמעת הטענה כי בתי-ספר מוכרים (וכן בתי-ספר רשמיים שיש להם ייחוד דתי או תרבותי, כגון בתי-ספר ממלכתיים-דתיים תורניים<sup>233</sup>) מהווים הגשמה של זכות ההורים לחנך את ילדיהם על-פי דרכם – זכות הנגזרת מן הזכות לחופש הדת של ההורים ומזכותם לתרבות. מכאן, על-פי הטענה, גם מקום שבת-ספר אלה פוגעים בשוויון, ההצדקה הדתית גוברת על הפגיעה בשוויון. גם כאן יש לבחון באופן ביקורתי את היקף הזכות לחופש הדת, ואת השאלה עד כמה בתי-הספר המדוברים חיוניים להגשמתה. בעוד חלק מבתי-הספר הדתיים חיוניים ממש לשם קיומן של מצוות הדת הרלוונטית, והחינוך הציבורי אינו מהווה חלופה סבירה לבני אותה קהילה דתית, במקרים אחרים אין הברלים מרחיקי-לכת בין בתי-הספר הדתיים לבתי-הספר הציבוריים. כך הוא המצב ביחס לבתי-ספר קתוליים במדינות רבות באירופה, אשר זה שנים מושכים תלמידים מבוססים בני כל הדתות אשר מעוניינים בחינוך פרטי איכותי. במקרים שבהם המרכיב הדתי חלש יחסית והחלופה הציבורית אינה מהווה עברה על חוקי הדת מבחינתם של בני הקהילה, אופיו הדתי של בית-הספר אינו גובר באופן אוטומטי על הדרישה לשוויון.<sup>234</sup> לפיכך, גם בהינתן שיש ערכים שגוברים על השוויון, האיזון צריך להיעשות בזיהרות, ולא בכל מקרה של התנגשות יש להימנע מהשוואה כלפי מטה. ההערה האחרונה בנוגע לגבולות ההשוואה כלפי מטה הינה למעשה התייחסות להתנגדות אפשרית. ניתן לטעון שגם אם נאמץ הגבלות משפטיות מרחיקות-לכת על יתרון חינוכי בבתי-ספר (למשל, איסור קיומם של בתי-ספר פרטיים), הורים מבוססים המעוניינים להעניק לילדיהם יתרון חינוכי ימצאו דרכים חלופיות לעשות כן, ובכלל זה חוגים ומורים פרטיים. התשובה להתנגדות זו קשורה בטבורה לסוגיית האיזון בין שוויון לבין אינטרסים נוגדים. אכן, הדרישה הפילוסופית למניעת יתרון אינה מבחינה בין זירת החינוך הפורמלי לבין הזירה המשפחתית, והטעמים להגבלת יתרון חינוכי חלים על שתיהן. אולם הגבלות לגבי התנהגויות בספֶרה הפרטית שמקנות יתרון מתנגשות באופן חמור יותר בערכים אחרים

232 לפיתוח טענה זו ולהדגמתה במקרים נוספים ראו Harel Ben-Shahar, לעיל ה"ש 225, שם אני טוענת כי הפעולות שנמצאות בליבת האינטרסים נוטות להיות גם תחרותיות פחות ובעלות ערך אינטרינזי. כתוצאה מכך הן פוגעות פחות בשוויון החינוכי.

233 בתי-ספר ממלכתיים-דתיים תורניים הינם בתי-ספר המתאפיינים בהפרדה מגדרית בכל שכבות הגיל ובהקפדה יתרה על קוד לבוש לתלמידות, למורות ולאימהות, ותוכנית הלימודים בהם מדגישה תכנים תורניים. בשנים האחרונות מוקמים בתי-ספר תורניים רבים, ויש גם בתי-ספר ממלכתיים-דתיים קיימים שנהפכים לתורניים. יש טענה כי בתי-ספר אלה, בשל העובדה שהם שולטים בקבלת תלמידים וגובים תשלומי הורים גבוהים, פוגעים בשוויון ובאינטגרציה, ומשרתים יותר משפחות מבוססות. ראו: Tammy Harel Ben-Shahar & Eyal Berger, *Religious Justification, Elitist Outcome: Are Religious Schools Being Used to Avoid Integration?* (2016), available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2840315](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840315). ראו גם ברגר, לעיל ה"ש 154; שיר, לעיל ה"ש 154.

234 Harel Ben-Shahar, לעיל ה"ש 158.

(כגון האוטונומיה ההורית) מאשר הגבלות המוטלות על רכישת יתרון בבתי-ספר. לפיכך, בעוד הטעמים להגבלת יתרון חלים בשתי הספרות גם-יחד, הטעמים הקשורים לגבולות של מניעת היתרון מכוונים אותנו לעסוק, כמשפטים, דווקא בהקשר של החינוך הפורמלי. ההבדל בין שתי הספרות יבוא לידי ביטוי בשיקולים הנוגדים: אופיים של השיקולים יהיה שונה, ועוצמתם עשויה להיות חזקה יותר בהקשר הפנים-משפחתי לעומת ההקשר של החינוך הפורמלי. בכך אין כדי לומר שכל פעילות משפחתית שמעניקה יתרון חינוכי תזכה באופן מיידי ב"חסינות", ויהיו מקרים שבהם תהיה הצדקה למניעת יתרון גם בהקשרים משפחתיים.<sup>235</sup> האם יש בעובדה שהורים יכולים להעניק לילדיהם יתרון חינוכי במסגרת המשפחה כדי לאיין את האפקטיביות של הגבלת יתרון בבתי-ספר? לכאורה, כל עוד להורים עשירים יש דרך חלופית לרכוש יתרון, מאמצים להשוואה כלפי מטה הינם עקרים. אולם אני סבורה כי אף שהאפקטיביות של מניעת יתרון אינה מלאה, חשיבותם של אמצעים אלה עודנה גדולה, וזאת מכמה טעמים. ראשית, המבנה הנוכחי של מערכת החינוך בישראל מעניק תמריצים חזקים מאוד להורים לרכוש יתרון חינוכי לילדיהם. הורים יכולים, בתוספת כלכלית קטנה יחסית, לרכוש לילדיהם חינוך משופר (בבתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים שזוכים במימון ציבורי נדיב או באמצעות תשלומי הורים בבתי-ספר רשמיים). באופן זה הורים המבקשים יתרון אינם צריכים לשאת במלוא עלויות החינוך של ילדיהם, אלא רק בעלות של התוספת, תוך שהם נהנים מהתשתית הציבורית. כללים אחרים, שלפיהם הורים המבקשים חינוך טוב יותר לילדם יאלצו להפנים את מלוא העלויות של חינוך זה, עשויים להיות עדיפים הן משום שהם יקטינו את התמריץ לרכישת יתרון והן משום שהם יפנו משאבים ציבוריים לשיפור בתי-הספר הרשמיים.

נוסף על כך, אף שלחלק מן הפעולות המתקיימות בבתי-הספר יש מקבילות אפשריות בספרה הפרטית (חוגים יכולים להחליף שיעורי העשרה; שיעורים פרטיים יכולים להחליף יום לימודים ארוך), יש פעולות שהן בלעדיות לזירה הבית-ספרית. לפיכך לאסדרה המשפטית שלהן עשויה להיות השפעה ממשית על קידום השוויון. מדיניות המבטיחה אינטגרציה חברתית היא דוגמה למדיניות מסוג זה, שכן אין לה חלופה בספרה המשפחתית.

מן המקובץ עולה כי פעולות לשם הגבלת יתרון הינן חלק אינהרנטי מהניסיון לקדם שוויון בחינוך. הדבר נובע מאופיו המדרגי של החינוך, הגורם לכך שיתרון לתלמיד אחד פירושו דחיקתו לאחור של תלמיד אחר. הדיון בהגבלת יתרון חינוכי אינו מוגבל לטיעון הפילוסופי, אלא יש לו ביטויים אפשריים במדיניות החינוך ובמשפט. אין פירוש הדבר שהגבלת יתרון היא הדרך היחידה או אפילו העדיפה לקידום שוויון בחינוך, או שהיא מוצדקת בכל המקרים. כאשר ניתן לקדם שוויון על-ידי שיפור מצבם של החלשים בלבד, נעדיף דרך פעולה זו; וכאשר השוואה כלפי מטה פוגעת באופן חמור בערכים אחרים, נימנע מלעשות כן. אולם פעמים רבות השוואה כלפי מטה תהיה מוצדקת, ויש לפעול על-מנת לשלב אמצעים מסוג זה במערכת החינוך.

235 BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 225 (יש להגביל פעולות הוריות שגורמות לאי-שוויון, למעט כאלה שהכרחיות לשימורה ולטיפוחה של מערכת היחסים המיוחדת שבין הורים לילדים).