



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3752/10

לפני :

כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופטת (בדימי) ע' ארבל  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית

העותרים :

1. אמנון רובינשטיין
2. אוריאל רייכמן
3. אלעזר שטרן
4. זמי (זלמן שניאור) קובלקין
5. אורן קדמי
6. שבתאי קורדובה
7. עידו לב

נגד

המשיבים :

1. הכנסת
2. משרד החינוך
3. עמותת איגוד מנהלי הישיבות  
והמוסדות התורניים

המבקשים להצטרף כמשיבים :

1. הרב עקיבא מאיר
2. הרב מנחם מגדל וולף
3. הרב משה ליברמן
4. אגודת הסטודנטים הקריה האקדמית אונו,  
הקמפוס החרדי

עתירה למתן צו על תנאי

ו' בתשרי תשע"ב (4.10.11)

תאריך הישיבה :

עו"ד ד"ר רענן הר-זהב, עו"ד ד"ר יעקב בן-שמש,  
עו"ד סיגל רונן-כץ, עו"ד עידו כהן

בשם העותרים :

עו"ד איל ינון, עו"ד ד"ר גור בליי

בשם המשיבה 1 :

בשם המשיב 2 : עו"ד דינה זילבר

בשם המשיבה 3 : עו"ד עדיאל גלס

בשם המבקשים להצטרף כמשיבים : עו"ד ד"ר אביעד הכהן, עו"ד ישעיהו אברהם, עו"ד משה בן דוד, עו"ד חיים זיכרמן

### פסק-דין

השופטת (בדימ') ע' ארבל:

"כֹּה יַעֲמֵד הַנֶּעֱר יוֹם יוֹם עַל-מְקוֹמוֹ  
מֵאֵז אֹר הַבִּקְר עַד רֹאשׁ הָאֶשְׁמוּרָה,  
כִּי חֶלֶק יִחְלַק לְיָדוֹת אֶת-יוֹמוֹ:  
הָאֶחָת לְצָרְפוֹ, הַשְּׁלִישׁ לְתוֹרָה;  
וּכְבוֹרֵד נְזִיר הָעִים, אֲסִיר אֶל-פְּנֵתוֹ,  
יַעֲמֵד הַנֶּעֱר לְבֶן-פָּנִים קְמוּט מְצַח,  
וַיִּצֵר בְּגִמְרָא אֶת-מְלֵא כָל-נִשְׁמָתוֹ,  
וַיִּצֵר – וַיִּסְגֹר בְּעֵדוֹ לְנֶצַח"  
("המתמיד" / חיים נחמן ביאליק).

עתירה זו שבפנינו מעלה את שאלת חוקתיותו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק או חוק מוסדות חינוך תרבותיים) שעיקר עניינו במתן פטור מלימודי ליבה למוסדות חינוך חרדיים שלומדים בהם תלמידים בכיתות ט' עד י"ב. במוקד העתירה הזכות לחינוך והאוטונומיה של הילד, אליהן נלווית הזכות לשוויון בחינוך.

1. לימודי הליבה הינם תוכנית יסוד בסיסית אשר בית הספר מחויב בה כדי להקנות לתלמידיו מכנה משותף פדגוגי וערכי. תוכנית זו מגלמת את הגרעין הקשה של התכנים והערכים שהקנייתם לתלמיד היא חובה בכל מוסד חינוך רשמי, והיא נקבעת ומתעדכנת מעת לעת על ידי משרד החינוך. מעבר לתוכנית בסיסית משותפת זו מחליט כל בית ספר איזה חומר לימודים להוסיף על ההיקף המחייב. בתגובתה המקדמית של המדינה לעתירה היא מפרטת את הצורך בקביעת תוכנית יסוד שתהיה חוליה מקשרת ליצירת הרמוניה בין הקבוצות המתבדלות ומגזרי האוכלוסייה השונים של החברה הישראלית (סעיף 10):

"ההתפתחויות והשינויים שעברו על החברה הישראלית הביאו להכרה בחיוניות של גיבוש תשתית חינוכית ותרבותית משותפת שבה מכנים משותפים חינוכיים

וערכיים לכלל החברה בישראל. זאת באמצעות תכנית יסוד (ליבה) מחייבת שתשמש מכנה משותף פדגוגי וערכי לכל מוסדות החינוך לסוגיהם, תהווה בסיס לחיזוק המשותף, תוך מתן אפשרות לקבוצות החברתיות השונות להגשים גם את מטרותיהם הייחודיות. הליבה נועדה לגשר על פערים בחברה ולהבטיח לכידות חברתית, שהינה חיונית בחברה הישראלית, המהווה פסיפס של תרבויות, עולים, קבוצות דתיות מתבדלות ומגזרי אוכלוסיה שונים. המכנה המשותף הפדגוגי והערכי המוקנה במסגרת מערכת החינוך, מהווה חוליה מקשרת ליצירת הרמוניה בין המגזרים השונים, ומעניק השכלה מינימלית וערכים בסיסיים המהווים בסיס להשתלבות הפרטים בחברה".

תוכנית הליבה נועדה לחשוף כל תלמיד בישראל באשר הוא ובלא שום לב למגזר החברתי אליו הוא משתייך לתכנים לימודיים על בסיס עקרונות וערכי היסוד המצויים בבסיס קיומה של המדינה ושיטת המשפט החוקתית הנוהגת בה. המטרה העיקרית היא לתת בידי כל ילד בישראל כלים וידע בסיסי שיאפשרו לו להתמודד בחיים העצמאיים כנער וכבוגר, ולממש את הזכות לשוויון הזדמנויות בפיתוח אישיותו. מטרה נלווית, חשובה לא פחות, להוות חוליה מקשרת בין כל פלגי העם ומגזריו כדי ליצור מכנה משותף בסיסי ליצירת הרמוניה חיונית בין הרבדים האנושיים השונים של החברה (ראו בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם יהודי)).

לימודי ליבה – רקע נורמטיבי

2. סעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 (להלן: חוק חינוך ממלכתי) מגדיר את מטרותיו של החינוך הממלכתי:

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

- (5) לפתח את אישיות הילד והילדה, את יצירתיותם ואת כשרונותיהם השונים, להרחיב את אופקיהם התרבותיים ולחשפם לחוויות אמנותיות, והכל למיזוי מלוא יכולתם כבני אדם החיים חיים של איכות ושל משמעות;
- (6) לבסס את ידיעותיהם של הילד והילדה בתחומי הדעת והמדע השונים, ביצירה האנושית לסוגיה ולדורותיה, ובמיומנויות היסוד שיידרשו להם בחייהם כבני אדם בוגרים בחברה חופשית, ולעודד פעילות גופנית ותרבות פנאי;
- (7) לחזק את כוח השיפוט והביקורת, לטפח סקרנות אינטלקטואלית, מחשבה עצמאית ויוזמה, ולפתח מודעות וערנות לתמורות ולחידושים;
- (8) להעניק שוויון הזדמנויות לכל ילד וילדה, לאפשר להם להתפתח על פי דרכם וליצור אווירה המעודדת את השונה והתומכת בו;
- (9) לטפח מעורבות בחיי החברה הישראלית, נכונות לקבל תפקידים ולמלאם מתוך מסירות ואחריות, רצון לעזרה הדדית, תרומה לקהילה, התנדבות וחתירה לצדק חברתי במדינת ישראל;
- (10) לפתח יחס של כבוד ואחריות לסביבה הטבעית וזיקה לארץ, לנופיה, לחי ולצומח;
- (11) להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסייה הערכית ושל קבוצות אוכלוסייה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל.
- (12) לחנך להכרה בקדושת החיים ולהנחיל תודעת בטיחות וזהירות, לרבות בטיחות בדרכים.

הסעיף מדגיש את תפקידה המרכזי של מערכת החינוך באמצעות בתי הספר בקידום התפתחות התלמיד, פיתוח אישיותם של הילד או הילדה, יצירתיותם, כישרונותיהם ומיזוי יכולותיהם, כמו גם הצורך להעניק שוויון הזדמנויות לכל ילד וילדה ולאפשר להם להתפתח על פי דרכם, ולהבטיח שוויון בחינוך ואי הפליה בחינוך בין ילד לילד. כן דורש הסעיף להנחיל את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הזולת, לחנך לשלום וסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים.

חוק חינוך ממלכתי מוסיף וקובע בסעיף 4(א) שבו כי שר החינוך יקבע את תוכנית הלימודים של כל מוסד חינוך רשמי. תוכנית הלימודים מוגדרת בחוק כ"תכנית לימודים שנקבעה על ידי השר למוסדות החינוך הרשמיים להשגת המטרה האמורה בסעיף 2". תוכנית הלימודים כוללת "תוכנית יסוד" "שהשר יקבעה כתכנית חובה על כל מוסד כזה" (סעיף 1 לחוק). לצד תוכנית היסוד המחייבת כל מוסד חינוך רשמי

מוסמך השר לאשר תוכניות השלמה שונות שיקיפו לא יותר מ-25% משעות הלימודים במוסד חינוך רשמי. מוסד חינוך רשמי, אם כן, הינו מוסד חינוך המתקצב באופן מלא, ובהתאמה אף מחויב בתוכנית היסוד באופן מלא.

3. לצד מוסדות החינוך המוכרים-רשמיים מכיר החוק במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים, אלא שגם לגביהם מתקיים פיקוח ממשלתי באשר לתוכנית הלימודים המתקיימת בהם. סעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי קובע כי השר מוסמך לקבוע בתקנות "סדרים ותנאים להכרזת מוסדות לא רשמיים כמוסדות חינוך מוכרים, להנהגת תכנית היסוד בהם, להנהלתם, לפיקוח עליהם ולתמיכת המדינה בתקציביהם, אם השר יחליט על התמיכה ובמידה שיחליט". בתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953 נקבע כי על מוסד מוכר ללמד 75% מתוכנית היסוד של מוסד חינוך רשמי, ובהתאם נקבע כי מוסד כזה יתוקצב בגובה 65%-75% מתקציבי שעות הלימוד של מוסד חינוך רשמי דומה. עוד נדרש כי הלימודים הנוספים על תוכנית היסוד יאושרו על ידי השר. תוכנית היסוד אינה מפורטת בתקנות ומוגדרת כ"מספר השעות לפי המקצועות שהן חובה על כל מוסד חינוך". באשר למוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים המשתייכים לאחת משתי רשתות החינוך החרדי – מרכז החינוך העצמאי ומעיין החינוך התורני – לגביהם נקבעה הוראה ייחודית בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לפיה מוסדות אלו יתוקצבו באופן מלא בדומה למוסד חינוך רשמי. עם זאת, ככל שיבחרו ללמד רק חלק מתוכנית הליבה (כשהמינום עומד על 75% ממנה), הרי שנפסק כי הם יתוקצבו בהתאם (בג"ץ 10808/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות (11.7.06)). יצוין כי בעקבות החוק מושא העתירה משתייכים לקטגוריה זו מוסדות החינוך היסודי החרדיים, בעוד שהחוק חל על החינוך העל-יסודי החרדי, בו נתמקד בהמשך הדברים.

כמו כן, הן מוסדות חינוך מוכרים-רשמיים והן מוסדות חינוך מוכרים-לא רשמיים נדרשים לקבל רישיון בהתאם לחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הפיקוח). סעיף 9(א) לחוק זה מגדיר רשימת מבחנים לצורך מתן רישיון לבית ספר ע"י מנכ"ל משרד החינוך והתרבות. המבחן הראשון מתנה קבלת רישיון בקיומה של רמה נאותה "בהתאם לתקן ולנהוג בסוג בית הספר שהבקשה מתייחסת אליו" בנוגע לתוכנית הלימודים, מערכת השיעורים ומשך הלימודים. בנוסף, סעיף 28(א) לחוק הפיקוח קובע כי שר החינוך והתרבות רשאי לתת לבעל רישיון את ההוראות הדרושות להבטיח כי החינוך הניתן בבית הספר יושג על העקרונות המפורטים בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, שהובאו לעיל (פסקה 2).

4. סוג שלישי של מוסדות חינוך על פי החוק הוא "מוסדות פטור". סעיף 5 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949 (להלן: חוק לימוד חובה) מתיר לשר החינוך והתרבות לפטור ילדים הלומדים במוסד חינוך שאינו מוכר מן החובות המוטלות עליהם לפי סעיף 4. עיקרו של סעיף 4 הינו הטלת חובה על הורים של ילד או נער בגיל לימוד חובה לדאוג לכך שהילד או הנער ילמד באופן סדיר במוסד חינוך מוכר. מוסדות הפטור אף הם מקבלים תקצוב ממשרד החינוך, אך בשיעור מופחת של 55%, אשר מותנים בחינוך היסודי ביישום 55% מתוכנית הליכה הנהוגה במוסדות החינוך הרשמיים. יוער כי כנגד מדיניות תקצוב זו הוגשה עתירה לבית משפט זה אשר נמחקה בעקבות פרסום החוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013 (בג"ץ 8680/08).

הרקע לעתירות - העתירות הקודמות בנושא תוכנית הליכה

במובנים מסוימים אנו מצויים על קרקע חרושה בנושא לימודי הליכה שהניחה מתווה נורמטיבי שלא הגיע לכלל מימוש, וראוי הוא לסקור את הדברים בטרם כניסה לעובי הקורה (ראו גם לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה, בעמ' 72 ואילך (2013)).

בג"ץ פריצקי

5. בשנת 1999 הוגשה עתירה ראשונה בנושא "תוכנית הליכה" (בג"ץ 2751/99 פריצקי נ' שר החינוך והתרבות (23.1.00)), בה נטען כי המדינה הפרה את חובתה על פי חוק חינוך ממלכתי לקבוע תוכנית יסוד לבתי הספר המוכרים. עמדת העותרים היתה שמטרת החוק היא להבטיח שכל תלמיד במערכת החינוך ילמד מקצועות חובה מסוימים כדי שיהיו לו ידע וכלים מינימאליים להשתלבות בחברה. המדינה הביעה עמדתה במסגרת עתירה זו כי תוכנית הלימודים המיושמת במוסדות הלימוד הרשמיים חלה גם על המוסדות המוכרים. המדינה טענה כי הבעיה מתמקדת בהיעדר פיקוח הולם על יישום תוכנית היסוד במוסדות החינוך המוכרים. העתירה נדחתה בהנמקה קצרה תוך ציון התחייבותה של המדינה לפרסם חוזר מנכ"ל תוך 30 יום אשר יכלול את תוכנית היסוד שתחול על מוסדות מוכרים.

בג"ץ ארגון המורים

6. לאחר שלא התפרסמה כל תוכנית ליכה עבור מוסדות החינוך המוכרים, ואף לא הוקמו מנגנוני פיקוח ליישומה של תוכנית כזו במוסדות החינוך החרדיים, הוגשה

בשנת 2002 עתירה נוספת בסוגיית תוכנית הליכה (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004) (להלן: עניין ארגון המורים)). העותר, ארגון המורים בכתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות, ביקש מבית משפט זה לבטל את ההקצבות הכספיות הניתנות למוסדות במגזר החרדי אשר אינם עומדים בדרישה לקיים במסגרתם תוכנית ליבה כנדרש בחוק. במהלך ההתדיינות בעתירה עדכנה המדינה כי ביוני 2003 פורסמה תוכנית ליבה מפורטת הקובעת את הגרעין המשותף לכל מוסדות החינוך היסודי במדינת ישראל. כן צוין כי מרבית בתי הספר במגזר החרדי אימצו תוכנית זו לפחות בשיעור המינימאלי המחייב שעמד אז על 75%, ותוקצבו בהתאמה. המדינה הדגישה כי מוסדות אשר לא יעמדו בדרישות תוכנית הליכה לא יתוקצבו, ובמקרים מסוימים אף יישללו רישיונותיהם. המדינה טענה כי משרד החינוך עמל על תוכנית מקבילה לחינוך העל-יסודי, אך נדרש זמן נוסף על מנת להשלימה. המדינה הסכימה כי תנאי לקבלת תקצוב ציבורי הינו כי מוסד חינוך יקיים את תוכנית היסוד כפי שהוגדרה על ידי משרד החינוך, אך ביקשה כי יתאפשר לה למצות את התהליך המורכב והרגיש לגיבושה של תוכנית ליבה וליישומה במוסדות החינוך העל-יסודיים.

7. בית משפט זה (מפי השופט א' א' לוי ובהסכמת הנשיא א' ברק והשופט ס' ג'ובראן) קבע כי "הזרמת כספים למוסדות אשר אינם מקיימים את התנאים שעוגנו בחוק, ואשר אינם מגשימים את מטרות החינוך הממלכתי, מהווה חריגה מהסמכות שנאצלה למשיבה 1 (שרת החינוך, התרבות והספורט- ע.א.). על ידי המחוקק, וכן הפרה של חובת הנאמנות אשר חבה הרשות לציבור ממנו היא שואבת את כוחה". עוד נקבע כי מימון מוסדות חינוך אשר אינם עומדים בדרישות החוק מעורר חשד לפגיעה בעיקרון השוויון, שכן התוצאה של מימון כזה הינה הפחתה בתקציביהם של מוסדות חינוך אשר עומדים בדרישות החוק במלואן. עם זאת הוטעם כי גם אם חרגה הרשות מסמכותה בתקצוב מוסדות חינוך אשר אינם עומדים בדרישות החוק, הפתרון אינו בהכרח הפסקה מיידית של המנגנון אשר דינו להיפסל. זאת, הן לאור העובדה שהרשות קבעה ופירטה מהם האמצעים בהם נקטה ותנקוט לריפוי הפגם, אך מבקשת פרק זמן נוסף ליישומם, והן לאור הסתמכות מוסדות החינוך על הנוהל הקיים מזה שנים רבות ושהפסקתו המיידית תזעזע מגזר שלם. בית המשפט אף הביא בחשבון את מורכבות המשימה והרגישות הנדרשת לביצועה באופן מוצלח. נוכח כל האמור הורה על הוצאתו של צו מוחלט בעתירה אשר יכנס לתוקפו בחלוף שלוש שנים, בתחילת שנת הלימודים תשס"ח. הצו הורה למשיבים לבטל את ההקצבות למוסדות המלמדים לימודי קודש אשר אינם עומדים בתנאים ובקריטריונים הקבועים בדין להכרה ב"מוסדות מוכרים" המזכה בהקצבות כספיות.

8. שנת הלימודים תשס"ח החלה וטרם הונהגה תוכנית לימודי הליבה כנדרש בחינוך העל-יסודי במגזר החרדי. משכך שב ארגון המורים ועתר בנושא לימודי הליבה בחינוך העל-יסודי במוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים במגזר החרדי. המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל אף הוא עתר באותו עניין, ועתירותיהם של שני הארגונים נידונו יחדיו (עניין המרכז לפלורליזם יהודי). במסגרת ההליכים בעתירה הודיע משרד החינוך כי הוא השלים את גיבוש תוכנית הליבה לחינוך העל-יסודי, וכי התוכנית הועברה לכלל בתי הספר. בחוזר המנכ"ל בו התפרסמה צוין כי תוכנית הליבה חלה על כלל התלמידים במערכת החינוך העל-יסודי, בכל הזרמים והמגזרים, וכי היא תנאי מוקדם לקבלת תקצוב ממלכתי. כמו כן הובהר כי במוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים מחויבים התלמידים במינימום של 75% מהתוכנית, ואותם מוסדות יתוקצבו בהתאם להיקף התוכנית הנלמדת בהם. משרד החינוך אישר כי הבעיה מתמקדת בחינוך העל-יסודי לבנים במגזר החרדי, המכונה "הישיבות הקטנות", שם נלמדים לימודי קודש בלבד, וטען כי אין בכוחו לשנות מציאות זו, וכי לא ראוי יהיה להטמיע את תוכנית הליבה בכפייה. משרד החינוך הציע מתווה ניסיוני לשנתיים בו יוכרו ישיבות אלו כמוסדות פטור, אשר יהיו פטורים מחובת לימודי הליבה ויתוקצבו בשיעור של 55% בלבד.

9. בית משפט זה (בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, ובהסכמת השופטים ס' ג'ובראן וע' פוגלמן) קבע כי נקודת המוצא לדיון בנושא הינה קביעותיו של בית משפט זה בעניין ארגון המורים, ולפיהן תוכנית הליבה היא תוכנית מחייבת במוסדות החינוך הבלתי רשמיים, ובכלל זה במוסדות מוכרים ומוסדות פטור. כמו כן, המדינה אינה רשאית להזרים מימון ממשלתי למוסד חינוך שאינו מקיים תוכנית ליבה, ומימון כזה יועבר רק ביחס ישר להיקף היישום של התוכנית במוסד הספציפי. על בסיס קרקע חרושה זו מתח בית המשפט ביקורת נוקבת על משרד החינוך שלא ביצע כל היערכות אמיתית לקידומה של תוכנית הליבה בחינוך העל-יסודי לבנים במגזר החרדי, וזנח את מחויבותו ואחריותו לביצוע האמור בפסק הדין בעניין ארגון המורים. יתרה מכך, בית המשפט ראה בהצעת המתווה של משרד החינוך, לפיה יוסבו מוסדות החינוך אשר לא מעוניינים ללמד את תוכנית הליבה למוסדות פטור, כעקיפה של הצו המוחלט שהוצא בעניין ארגון המורים. בית המשפט הבהיר כי הזיקה בין גובה המימון הממלכתי להיקף לימודי הליבה הנלמדים במוסד החינוכי היא זיקה שנדרשת הן ממוסד פטור והן ממוסד חינוך מוכר שאינו רשמי. כן הוטעם כי "המחשבה כי ניתן להמשיך ולהזרים כספים



ציבוריים למוסדות פטור בלא הטמעת תכני הליכה מנוגדת לעקרונות משפטיים כלליים של שוויון בהקצאת כספי ציבור".

10. בית המשפט הוסיף ובחן את הסוגיה לגופה תוך הדגשת חשיבותה של הזכות לחינוך "[ה]נובעת מחיוניות החינוך למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולותיו, ונותן בידי כוחות התמודדות ואפשרות לממש שוויון הזדמנויות בחברה בה הוא חי בנערותו ובבגרותו", זאת לצד חשיבות זכות זו להשגת תכליות חברתיות וביניהן גישור בין מגזרי החברה השונים והמגוונים (פסקה 51). בית המשפט עמד על מורכבותה של הזכות לחינוך אשר ממול הפן של הזכות שבה עומדת חובתו של הפרט כמו גם חובתה של המדינה למימוש הזכות. צוין כי הזכות לחינוך מנקודת ראותו של הפרט משתלבת בזכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם בהתאם להשקפת עולמם ואמונתם, בבחינת זכות טבעית העומדת להם מכוח קשר הטבע בינם לבין ילדם (פסקה 53). על המתח בין שתי זכויות אלו אמר בית המשפט (השופטת א' פרוקצ'יה) את הדברים הבאים (פסקה 55):

"עשוי להיווצר מתח טבעי בין זכות ההורים להקנות לילדם חינוך לפי השקפת עולמם, לבין חובת המדינה לאכוף לימוד חובה ולהבטיח הקניית ערכי השכלה בסיסיים לכל ילד בישראל בכל מיגזר אוכלוסייה שהוא. הורים לילדים בגיל לימוד חובה עשויים להעדיף חינוך הבנוי על ערכים ואמונות שאינם מתיישבים עם ערכים בסיסיים של החברה והמשטר בישראל. המתח עשוי לגבור מקום שההורים משתייכים לקבוצת מיעוט אתנית-תרבותית, והם מבקשים לשמר, במסגרת החינוך, את האוטונומיה האישית הנתונה להם דרך הטמעת מורשת תרבותם הייחודית, ולקיים חיי קהילה על פי אמונותיהם ואורחות חיהם. ייחודה של קבוצת המיעוט עשוי להשתקף באמונה דתית, המשתלבת בזכות לחופש דת (פרשת פלוניס, בעמ' 232-233). מתח זה, מתקשר למתח כללי יותר הקיים במשפט, בין זכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם, לבין חובת המדינה להבטיח את טובת הילד, וזכויותיו (פרשת פלוניס, עמ' 237). נקודת המוצא המקובלת בישראל, כמו גם במדינות דמוקרטיות נוספות, הינה כי יש ליישב את המתח האמור בדרך של כיבוד האוטונומיה של המשפחה לבחור את קו החינוך הרצוי לילדיה, אך זאת תוך הכרה בסמכות המדינה, ולעיתים אף בחובתה, להתערב באוטונומיה זו לשם הגנה על טובת הילד וזכויותיו, ולהשגת תכלית חברתית כללית ביצירת מכנה משותף של ערכי חינוך בסיסיים, המאחדים את כל בני החברה (פרשת פלוניס, עמ' 238). בתחום החינוך, מוסמכת המדינה ואף חייבת לדאוג להקניית ערכי יסוד בחינוך לכל ילד באשר הוא, כדי להכשירו לקראת חייו הבוגרים ולאפשר לו למצות את

אישיותו ואת יכולותיו בחברה. חובה זו חיונית גם לצורך עיצוב חיי חברה תקינים בראייה כוללת".

בית המשפט הוסיף וקבע כי תוכנית הליכה משקפת מיזוג ואיזון בין ערך כיבוד האוטונומיה האישית של הפרט בבחירת זרם החינוך הרצוי לו, לבין הצורך להנחיל נורמות מינימום של חינוך והשכלה כלליים.

11. החובה להנהיג את תוכנית הליכה, כך צוין, מעוגנת הן בחקיקה השונה העוסקת בחינוך, והן בחוזרי מנכ"ל שונים של משרד החינוך. עוד הודגש כי החלת תוכנית ליבה במוסד חינוך בהיקף שקבעה הרשות המוסמכת הינה תנאי לקבלת כספים ממשלתיים. הדבר עולה מעקרונות השוויון בחלוקת כספי מדינה בין מוסדות החינוך השונים, מחוקי החינוך, ומהנהלים ועקרונות התקצוב שנקבעו בחוזרי מנכ"ל משרד החינוך. בית המשפט קבע כי עקרון השוויון בחלוקת כספי מדינה למוסדות חינוך אינו מתקיים כאשר קיימים סטנדרטים מהותיים שונים בין מוסדות חינוך שונים ביחס לחובת הטמעת תוכנית הליכה במסגרתם. לבסוף התייחס בית המשפט לצורך להטמיע את תוכנית הליכה במוסדות החינוך החרדי באופן הדרגתי וקבע כי לשם כך ניתנו למדינה שלוש שנים בפרשת ארגון המורים, תקופת זמן משמעותית שלא נוצלה כלל על ידי המדינה לצורך האמור.

12. בתוצאת פסק הדין מצייין בית המשפט כי היה בכוונתו להוציא צו מוחלט בשתי העתירות שבפניו, אשר יכנס לתוקפו בשנת הלימודים תשס"ט, ואשר יורה למשרד החינוך ולשרת החינוך לפעול לאלתר ליישומה ולהטמעתה של תוכנית הליכה בכל מוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים ברמת החינוך העל יסודי במגזר החרדי; וכן שיורה כי על משרד החינוך להימנע ממתן תמיכות ממשלתיות למוסד חינוך במגזר החרדי, אשר אינו מקיים תוכנית ליבה במסגרת תוכנית הלימודים הנהוגה במסגרתו, ובכלל זה למוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים ולמוסדות פטור. עוד היה בדעתו של בית המשפט להורות למשרד החינוך לקיים מנגנון פיקוח יעיל לחינוך היסודי והעל יסודי אשר יבדוק את עמידתם של מוסדות החינוך בחובת ההוראה של תוכנית הליכה.

עם זאת, סמוך למועד הצפוי לשימועו של פסק הדין התבשר בית המשפט על אישורו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים, ולפיכך הוחלט שלא ליתן בעתירות כל צווים אופרטיביים. אומר בקצרה כבר כאן כי עיקריו של החוק, אשר פורסם ביום 30.7.08, הם הגדרה של מוסד חינוך תרבות ייחודי וקביעת התנאים למתן רישיון ולהכרה במוסד כזה. בין תנאים אלו לא מופיעה דרישה של יישום תוכנית הליכה במוסד.

13. להשלמת התמונה אציין כי לאחרונה ניתן פסק דין חלקי בעתירה שעניינה הפיקוח שמפעיל משרד החינוך על מוסדות החינוך שאינם רשמיים ומוסדות הפטור בכל הקשור לשאלת החלת תוכנית היסוד במוסדות השונים והנגזרות התקציביות של העמידה בחובה זו (בג"ץ 3613/10 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (22.3.12)). נקבע כי נוכח התהליך הנמשך של תגבור והעצמת הפיקוח מצידו של משרד החינוך במוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים אין מקום בשלב זה להתערבותו של בית המשפט בעניין. באשר למוסדות הפטור הרי שקיימת עתירה נפרדת בעניינם. לצד זאת מצא בית המשפט לנכון להוציא צו על תנאי בנושא אחד שעניינו בשאלת חובת קיומן של בחינות המיצ"ב במוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים, כפי שזו חלה על מוסדות החינוך הרשמי.

העתירה שבפנינו

14. בעקבות חקיקתו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים, שעל הוראותיו נעמוד בפירוט בהמשך הדברים, הוגשה העתירה שבפנינו התוקפת את חוקתיותו של החוק. ביום 19.9.10 הוצא צו על תנאי בעתירה. לאחר הגשת תצהירי התשובה קיימנו ביום 4.10.11 דיון בהרכב מורחב של 9 שופטים בראשות נשיאת בית המשפט העליון דאז, השופטת ביניש. כעת הגיעה עת ההכרעה.

15. העותרים 1-3 הם אנשי ציבור שעסקו או עוסקים בנושאי חינוך. העותרים 4-7 הם צעירים בוגרי ישיבות קטנות ומוסדות חינוך חרדיים בהם לא נלמדו לימודי ליבה. העותרים טוענים כי החוק פוגע בזכות לחינוך. לטעמם הזכות לחינוך מהווה חלק מכבוד האדם ולפיכך מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענתם המרכזית היא כי החוק פוגע בזכות החינוך של הילדים הלומדים במוסדות בהם לא נלמדים לימודי ליבה, ובכך נפגע כבוד האדם של אותם ילדים. הם מדגישים כי תוכנית הליבה מהווה את הגרעין הבסיסי ביותר של תוכנית הלימודים הממלכתית, אשר מעניק בסיס ידע וערכים הדרושים לכל אדם על מנת לממש את הפוטנציאל האנושי שלו, להשתלב בחברה ולחיות בה בכבוד. לטענתם, הפגיעה הנטענת מתעצמת בעיקר מאחר שמדובר בפגיעה בילד, בניגוד לפגיעה באדם מבוגר, ובנוסף לכך מאחר שגם במסגרת החינוך היסודי אותם ילדים לומדים לימודי ליבה מופחתים יחסית לילדים הלומדים במערכת החינוך הממלכתית. מכך עולה כי תלמידי הישיבות הקטנות אינם נחשפים לרובם של לימודי הליבה. העותרים מוסיפים וטוענים כי החוק פוגע באוטונומיה של הצעירים

החרדים כאשר נמנעת מהם רכישת מיומנויות בסיס לקיום חיים עצמאיים ולמציאת עבודה המכבדת את בעליה. האוטונומיה של אותם צעירים נפגעת גם במובן של פגיעה בזכותם לצאת מהקבוצה אליה הם משתייכים בהעדר מיומנויות בסיסיות המאפשרות להם להשתלב במסלול חיים אחר. עוד טוענים העותרים כי החוק פוגע בכבודם של הצעירים החרדים להתקיים ולהתפרנס בכבוד. נער חרדי הנעדר ידע בסיסי בתחומי הלימוד השונים יתקשה להשתלב בכבוד בחברה כמו גם למצוא תעסוקה ופרנסה. לבסוף טוענים העותרים כי החוק אף פוגע בפיתוחה של תחושת השתייכות חברתית בקרב הצעירים החרדים. באשר לאוטונומיה התרבותית והחינוכית של הקהילה החרדית טוענים העותרים כי אין מדובר באוטונומיה מוחלטת, וכי באיזון עם כבוד האדם ידו של האחרון היא על העליונה. העותרים טוענים כי הפגיעה של החוק בכבוד האדם אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

16. בשולי הדברים מוסיפים וטוענים העותרים כי תקצוב מוסדות החינוך הייחודיים מהווה פגיעה בעקרון השוויון, הן מאחר שמוסדות החינוך התרבותיים ייחודיים זוכים ליחס מועדף ביחס לשאר מוסדות החינוך במידת השתתפות המדינה בתקציבם; והן מאחר שהתלמידים במוסדות אלה מופלים לרעה ביחס לתלמידים בשאר מוסדות החינוך שכן הם אינם זוכים לתוכנית הלימודים היסודית. לפיכך, כסעד חלופי בעתירה הם מבקשים את ביטולו של סעיף 5 לחוק, אשר עומד לטענתם בסתירה לעקרון השוויון ולהוראות סעיף 3 לחוק יסודות התקציב. כן טוענים הם כי החוק נוגד את חוק יסוד: חופש העיסוק שמחיל לטעמם גם חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על חופש זה ולמנוע פגיעה בו.

17. המשיבה 1, הכנסת, טוענת כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט בחוק הנדון, שכן החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות, ומכל מקום אף אם קיימת פגיעה כזו הרי שהיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. המשיבה 1 מקדימה וטוענת כי בניגוד לעתירה החוקתית הרגילה בה נטען לפגיעה של הרוב בזכויותיו של המיעוט, הרי שבעתירה דנן מדובר על טענה המבקשת לכפות לימודי ליבה על המיעוט. לטענתה, מדובר בטענה פטרנליסטית ובעייתית. אמנם המדינה יכולה להתערב בהחלטות של הורים בענייני חינוך, אך דווקא המעמד המיוחד של כבוד האדם מחייב לבחון בחשד רב התערבות מסוג זה. יש להבדיל, לטענת המשיבה 1, בין היבטים היכולים להיחשב באופן עקרוני לחלק מכבוד האדם להיבטים פטרנליסטיים או כאלו הנובעים מטובת החברה שאין להכלילם במסגרת כבוד האדם. המשיבה 1 מוסיפה וטוענת כי טרם הוכרע האם הזכות לחינוך נכללת במסגרת כבוד האדם במובנו החוקתי. גם אם יקבע שאכן כך הוא טוענת המשיבה 1 כי החוק הנדון אינו פוגע בהיבטים המוגנים חוקתית של הזכות

לחינוך או של כבוד האדם, שכן גם כאשר הוכרו זכויות חברתיות כחלק מכבוד האדם הרי שהכרה זו נעשתה רק במובן הגרעיני והבסיסי ביותר. החוק, לעומת זאת, אינו פוגע באותו גרעין קשה של הזכות לחינוך. ההנחה היא כי גרעין קשה זה מוענק לתלמיד במהלך לימודיו בחינוך היסודי. כמו כן הלימוד בישיבות הקטנות מפתח מיומנויות לימודים שונות וחשובות. המשיבה 1 מדגישה כי גם במערכת החינוך הממלכתית חובת הלימוד בחינוך העל-יסודי קיימת רק בכיתות ט-י, ולא בכיתות י"א-י"ב. המשיבה 1 מוסיפה וטוענת כי העתירה נעדרת תשתית עובדתית לביסוסה של טענת הפגיעה, וכי מתצהירי העותרים עולה כי בעייתם הלימודית נובעת מהעדר לימודי ליבה בחינוך היסודי, לימודים שקיימים כיום גם במגזר החרדי. באשר לפגיעה בחופש העיסוק טוענת המשיבה 1 כי גם טענה זו אינה מבוססת, וכי לפחות חלק מהתלמידים במגזר החרדי משלימים את תעודת הבגרות לאחר גיל התיכון ומשתלבים בשוק העבודה.

18. מכל מקום, טוענת המשיבה 1 כי גם אם ישנה פגיעה בכבוד האדם הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הפגיעה נעשתה בחוק שנועד לתכלית ראויה שהינה הכרה באוטונומיה התרבותית החינוכית של קבוצה תרבותית ייחודית אשר במסגרת אורח חייה מקדישה את כל מרצה ללימודי קודש על פי ההלכה היהודית. המשיבה מציינת כי ההסדר מושא העתירה נועד לעגן בחוק מצב אשר נהג במשך עשרות שנים במדינת ישראל בלא הסדרה חוקית. כן סבורה המשיבה 1 כי הוראות החוק עומדות במבחני המידתיות, בהדגישה כי רק בנים הלומדים בישיבות הקטנות פטורים מלימודי חול. מנגד, בנות וכן בנים בחינוך היסודי מחוייבים בלימודי ליבה. החוק קובע מימון מופחת למוסדות אלו, בשיעור של 60% בלבד. בנוסף דורש החוק כי תוכנית הלימודים ואורח הפעילות במוסד לא ינגדו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. החוק גם מחייב במספר שעות לימוד מינימאלי במוסד החינוכי. המשיבה 1 טוענת כי מדובר במצב של התנגשות זכויות, בין הפגיעה הנטענת בכבוד האדם אל מול הזכות לחינוך של הורים וילדים בני המגזר החרדי בהתאם לתפיסת עולמם, זכות שחשיבותה מתעצמת משמדובר בקבוצת מיעוט המבקשת לשמור את זהותה ומורשתה, וזאת לצד זכויות כמו חופש הדת והזכות לתרבות. לבסוף טוענת המשיבה 1 כי החוק מסדיר סוגיה שראוי להותיר להכרעה בזירה הציבורית.

19. מעבר לטענותיהם המשותפות של המשיבה 1 והמשיב 2, הוא משרד החינוך, מוסיף וטוען המשיב 2 כי לבנים במגזר החרדי עומדת בחירה בין מספר מסגרות חינוכיות אשר בהן משולבים לימודי ליבה, ולפיכך לא נמנעת מהם הבחירה במסלול הרצוי להם. עוד טוען המשיב 2 כי העתירה מכוונת דווקא לשלילת האפשרות של צעיר

חרדי ללמוד במסגרת החינוכית של הישיבה הקטנה, המהווה בעיניו ובעיני מגזרו את גולת הכותרת החינוכית. המשיב 2 מדגיש את הגישה הדמוקרטית הרב-תרבותית והקהילתית התומכת בעדיפותה של זכות הקהילה במקרים מסוימים על זכותו של הפרט הנמנה עימה, גם כאשר הקהילה נוהגת בניגוד לתפיסה הליברלית. עמדת משרד החינוך היא כי הפטור מלימודי ליבה לישיבות הקטנות נובע מהכרה בייחודיות מאפייני הקהילה החרדית ומהחשיבות האדירה המיוחסת בחברה זו למתכונת הלימודים כפי שהיא מתקיימת כיום בישיבות הקטנות. לטעמו של המשיב 2 במקרה הנידון מדובר בצמצום חופש הבחירה של הפרט השייך לקהילת מיעוט שהינו לגיטימי, וזאת בבחינת מספר קריטריונים. ראשית, מדובר בפרקטיקה המהווה חלק אינטגרלי ממארג חברתי-תרבותי כולל. שנית, המארג החברתי-תרבותי אליו שייכת הפרקטיקה הינו בעל ערך. ושלישית, הפרקטיקה אינה אכזרית או משפילה. המשיב 2 מדגיש את פעולותיה של ממשלת ישראל במגוון דרכים שתכליתן עידוד רכישת השכלה כללית ומקצועית והרחבת מערך האפשרויות בנוגע להשתלבותם של החרדים בשוק העבודה. המשיב 2 סבור כי התערבות כופה הנוגעת בציפור נפשה של החברה החרדית עלולה להסיג אחורנית את התהליכים של השתלבות בני המגזר החרדי בשוק העבודה. לטעמו, במקום מלחמת תרבות עדיפה חתירה לדיאלוג תרבותי השואף לדו-קיום ולהשגת שינויים חברתיים מלמטה, בהתאם למבנה החברתי ולהסכמות החברתיות, ולא בחיתוך חד.

20. המשיבה 3, עמותת איגוד מנהלי הישיבות והמוסדות התורניים, טוענת כי מדובר בעתירה פטרנליסטית ומתנשאת. המשיבה מדגישה את ערכו המרכזי של לימוד התורה בעם היהודי. מכל מקום לטענתה אין בכך פגיעה ביכולת השתלבותם של בני החברה החרדית בשוק העבודה. ראשית, החברה החרדית נזקקת לבעלי משרות תורניות במגוון רחב של תחומים. שנית, בוגרי ישיבות רבים פונים ללימודים אקדמאים ועושים בהם חיל גם ללא לימודי ליבה מוקדמים. שלישית, הלימוד בישיבה מצייד את הלומד בארגז כלים ראוי המכשיר אותם גם ללא לימודי ליבה להשתלבות בעבודה ככל שידרשו לכך. המשיבה 3 מציינת כי מימון הישיבות הקטנות הוא בשיעור של 60% בלבד, וכי תלמיד בישיבה הקטנה לומד מספר שעות כפול כמעט מהמקביל לו בחינוך הממלכתי. לטענת המשיבה 3 הזכות לחינוך כזכות חוקתית נוגעת אך לחינוך היסודי הבסיסי. עוד טוענת היא כי מתן אפשרות להורים חרדים לשלוח את ילדיהם להתחנך על פי ערכי אמונתם וצו מצפונם היא זו המקיימת בהם את כבוד האדם ולא פוגעת בו.

21. המשיבים 4-7 הם חרדים אשר השתלבו בשוק התעסוקה במקצועות שונים, וכן אגודת הסטודנטים בקריה האקדמית בקרית אונו – הקמפוס החרדי. משיבים אלו טוענים כי נתונים עדכניים מצביעים על מגמה ברורה של עלייה במספר בוגרי הישיבות

הגבוהות הפונים ללימודי השכלה גבוהה, ובכך מפריכים את הטענה כאילו היעדר לימודי ליבה בגיל התיכון מונע השתלבות בהשכלה גבוהה ובשוק התעסוקה. המשיבים חוששים כי קבלת העתירה תגרור נסיגה במגמה זו. הם מוסיפים וטוענים כי ישנה מגמת עלייה גם במספר הישיבות המשלבות לימודי ליבה עם לימודים תורניים ומעמידות בוגרים מצליחים רבים בשוק התעסוקה. החברה החרדית עוברת שינויים משמעותיים ולפיכך לא נדרשת התערבותו של בית המשפט בתהליך. לטענתם, קיימות מסגרות רבות המאפשרות להשלים את הלימודים החסרים לאחר גיל התיכון, ומעבר לכך גם ללא השכלה בסיסית ניתן להתפרנס בכבוד. המשיבים סבורים כי מטרתה האמיתית של העתירה היא לסדוק את חומות הבדלנות החרדית. הם מציינים כי מספר התלמידים שהעתירה מתייחסת אליהם הוא נמוך – פחות מ-13 אלף תלמידים בלבד. באשר לסמכותם של הורים לחנך את ילדיהם על פי השקפתם טוענים המשיבים 4-7 כי סמכותה של המדינה להתערב בכך מוגבלת למקרים החריגים ביותר של ודאות קרובה לנזק. המדינה רשאית לחייב הורה לחנך את ילדו, אך היא אינה רשאית, לטעמם, להתערב בתכני החינוך כל עוד אלה עומדים במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכל עוד אין מדובר בעבירה פלילית או בנזק מידי וישיר שעלול להיגרם לילד. לבסוף טוענים הם כי ביטול החוק לא ישיג את המטרה של הטמעת לימודי ליבה במגזר החרדי.

דיון והכרעה

22. שוב מונחת בפנינו סוגיה רגישה המצויה במרקם העדין שבקווי התפר בין המגזרים המרכיבים את החברה הישראלית. הסוגיה מערבת בין נושאים כבדי משקל ורבי חשיבות המשלבים ערכים שונים ובהם חינוך, אוטונומיה הורית, רב-תרבותיות, יחסי דת ומדינה, מורשת ואמונה ועוד. עם זאת, כבעבר אין בכוונתנו אלא לבחון את הסוגיה בכלים המשפטיים ובתחומי המסגרות המשפטיות הנתונים לנו מימים ימימה. בעזרתם נבחן את חוקתיותו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים בדרך הסלולה של בחינת חוקתיותו של חוק. אכן, כפי שהדגישו המשיבים כולם, לא בנקל יתערב בית המשפט בחקיקה שהתקבלה על ידי הכנסת המבטאת את רצון העם, ולפיכך הנחה בית המשפט עצמו לא אחת לנהוג בזהירות ובאיפוק כאשר הוא בא להפעיל ביקורתו השיפוטית ולבחון חוקתיותו של חוק שהתקבל על ידי הרשות המחוקקת. עם זאת, אין בדברים אלו כדי למנוע את הבחינה החוקתית שהיא מחובתו ומתפקידו של בית משפט זה כפרשן ומיישם של חוקי היסוד. בעשותו כן על בית המשפט להבטיח שיכובדו חוקי היסוד ולפיכך לבחון האם החוק עומד בדרישותיהם של חוקי היסוד (ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד

סא(2) 202, 335 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (11.2.10); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (19.11.09) (להלן: עניין חטיבת זכויות האדם)). וכדברי הנשיאה ביניש:

"בית המשפט לא ימשוך ידו מן הביקורת החוקתית על חקיקה, אך הוא ינהג בה בזהירות ויפעיל את ביקורתו החוקתית כדי להגן על זכויות האדם על-פי גדריה של פסקת ההגבלה, תוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ. בכך יישמר האיזון העדין בין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין ההגנה על ערכי היסוד של השיטה ועל זכויות האדם" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (11.6.08)).

23. מתווה הדיון של הבחינה החוקתית לאור חוקי היסוד יהיה כדלהלן: ראשית נעמוד על הוראותיו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים. לאחר מכן נעבור לבחינה החוקתית של הוראות אלו. במסגרת זו בשלב הראשון נשאל את עצמנו האם החוק פוגע בזכות חוקתית כלשהי המעוגנת בחוק יסוד. מאחר שהצדדים בפנינו התמקדו בזכות לחינוך ובזכות לאוטונומיה נעשה זאת אף אנו, ונבחן האם זכויות אלו מהוות היבטים של כבוד האדם כפי שהוא מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם התשובה לכך תהיה חיובית נידרש להיקפץ של זכויות אלו כזכויות חוקתיות. כן נתייחס לפגיעת החוק בזכות לשוויון הנכרכת ומשתלבת בזכות לחינוך אשר הוכרה כזכות חוקתית של שוויון בחינוך. לאחר מכן יהיה עלינו לבחון האם חוק מוסדות חינוך תרבותיים פוגע בהיקף הזכויות שהוכר כבעל מעמד חוקתי.

אם נגיע למסקנה כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים פוגע בזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יהיה עלינו לבחון האם זוהי פגיעה כדין, דהיינו האם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במסגרת זו נעמוד על זכויות ואינטרסים מתחרים, ובהם הזכות לאוטונומיה הורית בחינוכו של הילד, והזכות לתרבות של המגזר החרדי. לאור ניתוח זה נעמוד על תנאיה של פסקת ההגבלה ונבחן את יישומם על המקרה שבפנינו. אם נגיע בסופה של הדרך למסקנה כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים אינו עומד באחד מתנאיה של פסקת ההגבלה יהיה עלינו לעבור לשלב הסעד בעתירה.



24. לפני שנעבור לבחינה החוקתית המתבקשת בעתירה שבפנינו נעמוד על הוראותיו המרכזיות של חוק מוסדות חינוך תרבותיים.

#### מוסד חינוך תרבותי ייחודי מוגדר בחוק כ-

מוסד חינוך שלומדים בו תלמידים בכיתות ט' עד י"ב, כולן או חלקן, שניתן בו חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים, וקיבל הכרה לפי סעיף 2;

#### קבוצה תרבותית ייחודית מוגדרת-

קבוצת אוכלוסייה שיש לה מאפיינים תרבותיים ייחודיים והיא אחת מאלה:  
 (1) קבוצת האוכלוסייה החרדית שתלמידיה לומדים בישיבה לימודי קודש לפי ההלכה היהודית;  
 (2) קבוצת אוכלוסייה אחרת שקבע השר בצו, באישור ועדת החינוך התרבות והספורט של הכנסת;

יוער כי נציגת המדינה מסרה בדיון שנערך בפנינו כי טרם הוכרה קבוצה תרבותית ייחודית מעבר לקבוצת האוכלוסייה החרדית המוכרת בחוק.

25. סעיף 2 לחוק מפרט את התנאים להכרה של שר החינוך במוסד חינוך כמוסד חינוך תרבותי ייחודי. תנאים אלו כוללים חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים, וכי תוכנית הלימודים ואורח הפעילות במוסד אינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עוד נדרש המוסד לעמוד במכסות של מספר תלמידים מינימאלי ומספר שעות לימודים כפי שיקבע השר. מוסד החינוך נדרש אף לעמוד בתנאים לקבלת רישיון הקבועים בחוק הכוללים אישור רשות הבריאות, תנאים לגבי מיהות מקבל הרישיון, והבטחת רמה נאותה בנוגע למבנה המוסד החינוכי, תנאי הבטיחות, הריהוט והציוד, וכן הבסיס הכספי לקיום מוסד החינוך. כן נקבעו תנאים מקדמיים להעסקתו של עובד חינוך או עובד שירות במוסד החינוכי, הנוגעים לעברו הפלילי ולהתנהגותו של העובד. סעיף 5 לחוק עוסק בתקצובו של מוסד חינוך תרבותי ייחודי וקובע כי-

השתתפות המדינה בתקציבו של מוסד חינוך תרבותי ייחודי, בכל שנת לימודים, תהיה בשיעור של 60 אחוזים מיחידת המימון בעד כל תלמיד הלומד בו;

הוראות נפרדות נקבעו לגבי תקצובו של החינוך המיוחד במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, אשר לגביהם ניתנת תוספת מימון.

26. לימודי הליכה אינם מוזכרים במפורש בחוק. עם זאת, בהתחשב בעובדה שלימודי הליכה אינם מהווים תנאי למתן רישיון ולהכרה במוסד חינוך כמוסד תרבותי ייחודי עולה למעשה כי מוסדות אלו פטורים מלימודי ליכה. סעיף 37 לחוק קובע כי חוק הפיקוח לא יחול על מוסד חינוך תרבותי-ייחודי, ומכאן שדרישות הפיקוח בנוגע לתוכנית הלימודים החלות על בתי ספר מוכרים אינן חלות אף הן. אף בדברי ההסבר להצעת החוק אין אזכור מפורש לתוכנית הליכה, אם כי מובהר שם שהחוק בא, בין היתר, להתמודד עם הקושי שנוצר בתקצוב מוסדות חרדים בעקבות פסק הדין בעניין ארגון המורים. באופן כללי הוצגה מטרת החוק בדברי ההסבר כדלהלן:

“מטרתה של הצעת החוק המתפרסמת בזה היא לאפשר קיום של מוסדות חינוך של קבוצת האוכלוסייה החרדית וקבוצות אוכלוסייה אחרות ששר החינוך (להלן – השר) יקבע, באישור ועדת החינוך, התרבות והספורט של הכנסת, על ידי הכרה בהם כמוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים וקביעת מנגנון לתקצובם. זאת, נוכח ההכרה בחשיבות שיש לייחס לזכויות של קבוצות אוכלוסייה ייחודיות ובצורך להבטיח תנאי חינוך נאותים ללומדים במוסדות החינוך של קבוצות אלה, בין היתר באמצעות תקצוב נאות” (הצעת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס”ח-2008, בעמ’ 350).

הבחינה החוקתית

27. בחינת חוקתיותו של חוק נעשית בשלושה שלבים. בשלב הראשון נבחנת השאלה האם החוק העומד לדיון פוגע בזכות אדם המעוגנת באחד מחוקי היסוד. תשובה שלילית תסיים את הבחינה החוקתית. תשובה חיובית תוליך לשלב השני שעניינו בחינת השאלה האם הפגיעה בזכות הינה כדין. למעשה בשלב זה נבחן קיומם של דרישותיה של פסקת ההגבלה. מסקנה לפיה הפגיעה בזכות אינה כדין מעבירה את הבחינה החוקתית לשלב השלישי, הבוחן את תוצאות אי החוקתיות, הוא שלב הסעד שינתן (ראו בג”ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ הכנסת, פ”ד סא(1) 619, 670-669 וההפניות שם (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); בג”ץ 10662/04 חסן נ’ המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש

(28.2.12) (להלן: עניין חסן)). יצוין כי בעניין חסן נידונה הסוגיה האם כאשר נפגעת זכות כלכלית או חברתית יש להפעיל מודל שיפוטי לביקורת חוקתית השונה מזה הנבחן בעתירה בה נטענת פגיעה בזכות אזרחית או פוליטית. בית המשפט שלל באותו עניין את ההבחנה בין סוגי הזכויות וקבע כי מודל הביקורת החוקתית בשני סוגי הזכויות יהיה זהה (עניין חסן, פסקאות 26-31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כאשר לנטל ההוכחה בשלבים השונים נקבע כי נטל השכנוע בשלב הראשון מוטל על הטוען לאי חוקתיות החוק. כאשר לשלב השני סבר הנשיא ברק, על אף חילוקי דעות בעניין, כי הנטל מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 671).

השלב הראשון: האם החוק פוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד?

28. עיקרה של העתירה הוא בטענה לפיה החוק פוגע בערך כבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך יתמקד דיוננו בפגיעה זו. בשולי הדברים הועלתה הטענה בדבר פגיעה בשוויון ובחוק יסוד: חופש העיסוק. הטענה היא כי החוק פוגע בזכותם לחינוך ובאוטונומיה של התלמידים החרדים שאינם נחשפים בשנות הלימודים בחינוך העל-יסודי ללימודי ליבה כלל, וכי זכויות אלו הן חלק מהיבטיה הגרעיניים של הזכות לכבוד האדם. על מנת לבחון טענה זו יש לבחון תחילה האם הזכות לחינוך והזכות לאוטונומיה מהוות היבטים של כבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו נידרש לפרשנותו של חוק היסוד. גם אם התשובה לכך חיובית נידרש לענות על השאלה מהו היקף הזכויות המוגן באופן חוקתי על ידי זכויות היסוד. לבסוף יש לבחון האם החוק הנידון אכן פוגע בזכויות האמורות המוגנות על ידי חוק היסוד.

טענותיהם של הצדדים בעתירה שלפנינו מתמקדות בסוגיה שעניינה פגיעתו של החוק בזכות לחינוך. נפתח, אם כן, בעניין זה.

הזכות לחינוך כזכות חוקתית

29. הזכות לחינוך הוכרה זה מכבר במשפט העמים כזכותו הבסיסית של האדם. הזכות עוגנה בחקיקה והוכרה כזכות יסוד בפסיקה. החינוך הוא הגורם החשוב מכל בעיצוב דמותה של החברה וחשוב הוא לא פחות בעיצוב דמותו, בהשפעתו על אישיותו, גורלו ותחושת כבודו של הפרט. הזכות לחינוך הינה זכות מוכרת ובעלת חשיבות בשיטת המשפט שלנו עוד משחר ימיה של המדינה, היא הובטחה במגילת

העצמאות ומעוגנת באמנות שונות, והיא מוכרת כאחת מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. הזכות לחינוך נטועה עמוק בערכי היהדות ובמורשת ישראל (בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (6.2.11) (להלן: עניין אבו לבדה); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (31.8.10) (להלן: עניין טבקה); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת זאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 841-842 (2002); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15, 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (27.2.06) (להלן: עניין ועדת המעקב); עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 51). הנורמות העקרוניות הקשורות בחינוך מעוגנות היטב במשפט. עוד בשנותיה הראשונות של המדינה נחקקו חוק חינוך ממלכתי וחוק לימוד חובה. במהלך השנים הצטרפה מדינת ישראל לאמנות בינלאומיות שונות אשר הדגישו את מחוייבותה העמוקה למימוש הזכות לחינוך (ראו על כך בעניין אבו לבדה, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקה 4 לפסק דינו של השופט דנציגר). כך, סעיף 26 להכרזה האוניברסאלית לזכויות האדם (1948) קובע כי לכל אדם הזכות לחינוך, וכי החינוך יינתן חינם לפחות בשלבים הראשוניים והיסודיים של התלמיד. כן נקבע כי החינוך בשלב הראשון הוא חובה. סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), אשר מדינת ישראל אשררה אותה בשנת 1991, קובע כי החינוך היסודי יהיה חובה וזמין חינם לכל, וכי חינוך תיכון יהיה נחלת הכלל ונגיש לכל בכל אמצעי מתאים:

- א. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לחינוך. הן מסכימות, כי החינוך ייועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו, ולחזק את כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד. עוד מסכימות הן כי החינוך ייועד לאפשר לכל אדם להשתתף בפועל בחברה חופשית, לקדם הבנה, סובלנות ורעות בין כל האומות והקבוצות הגזעיות, האתניות או הדתיות, ולקדם את פעולת האומות המאוחדות למען קיום השלום.
- ב. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות, כי לשם השגת מימושה המלא של הזכות האמורה -
1. יהא חינוך יסוד חובה וזמין חינם לכל;
  2. יהא חינוך תיכון לצורותיו השונות, לרבות חינוך תיכון טכני ומקצועי, נחלת הכלל ונגיש לכל בכל אמצעי מתאים. לרבות הנהגת חינוך חינם בשלבים;
  3. יהא חינוך גבוה נגיש באותה מידה לכל, על-יסוד יכולת בכל אמצעי מתאים, לרבות הנהגת חינוך חינם בשלבים.
  4. יעודד או יוגבר החינוך הבסיסי במידת האפשר, למען אותם אנשים שלא קיבלו חינוך היסוד שלהם או שלא השלימו את תקופתו המלאה.

5. יש להמשיך באורח פעיל בפיתוחה של מערכת בתי ספר בכל הרמות, להקים שיטה נאותה של מתן מילגות ולשפר בהתמדה את התנאים החומריים של סגל ההוראה.

...

אף האמנה בדבר זכויות הילד (1989) שאף היא אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת בסעיפים 28 ו-29 שבה את הזכות לחינוך של הילד.

30. לאור משקלו המיוחד של החינוך בעיצוב חיי הפרט והחברה, מוטלת חובה על המדינה לא רק לפקח על לימודי החובה, אלא גם להסדיר את התכנים המהותיים של החינוך והערכים הבסיסיים המוקנים באמצעותו. הזכות לחינוך, אם כן, נושאת לצידה גם חובה, חובה המוטלת הן על המדינה, להקצות משאבים למימוש הזכות ולפקח על קיומה, וחובה המוטלת על הפרט, המחויב לדאוג כי ילדו ילמד באופן סדיר במוסד חינוך מוכר (ראו סעיף 4 לחוק לימוד חובה; עניין אבו לבדה, פסקה 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 52, 53; עניין טבקה, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). ואכן, חוק לימוד חובה מטרתו להקנות לכל ילד בישראל חינוך ברמה בסיסית כעניין שבחובה (ראו עניין אבו לבדה, פסקה 3 לפסק דינו של השופט דנציגר). החובה הכפולה המוטלת, הן על הפרט והן על המדינה, חלה על כל ילד בגיל חינוך חובה, המוגדר כיום בחוק מגיל 3 עד גיל 17, מכיתה א' עד כיתה י"ב (ראו סעיפים 1, 2 לחוק לימוד חובה; חוק לימוד חובה (תיקון מס' 29), התשס"ז-2007 (להלן: החוק המתקן)). בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש:

"חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 (להלן – החוק), קובע זכות ללימוד חינוך בבתי ספר עד סוף כיתה י"ב, אך לימוד החובה הקבוע לפיו הוא רק עד סוף כיתה י". החוק, שנחקק בראשית שנותיה של המדינה ותוקן לאחר מכן, היה ראוי לשעתו, אולם כיום יש צורך לספק לילדים ולנערים כלים רבים ומגוונים להשתלבות בחברה המודרנית, ולשם כך ראוי לקבוע חובת לימוד עד סוף כיתה י"ב.

להצעת החוק המתפרסמת בזה חשיבות גם בהיבט ההצהרתי, בכך שהיא מעמידה את החינוך בראש סדר העדיפויות של המדינה, המחויבת להעניק לילדיה חינוך המכין אותם בצורה מיטבית להמשך חייהם, תוך מתן הזדמנות שווה לכל ילד ונער... (הצעת חוק לימוד חובה (תיקון מס' 29) (הרחבת לימוד חובה), התשס"ז-2007, ה"ח 234).

אכן, החלת חינוך חובה על כיתות י"א ו-י"ב התקבלה באופן עקרוני בחוק המתקן, ויושמה בפועל באופן הדרגתי (ראו למשל צו לימוד חובה (החלה בכיתות י"א וי"ב), התשע"א-2011). עם זאת, המטרה שעוגנה בחוק היא כי עד לתחילת שנת הלימודים התשע"ה (שנת 2014) תוחל ההרחבה על כלל תלמידי ישראל (ראו סעיף 46 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009). ואכן בהתאם לצו לימוד חובה (החלה בכיתות י"א וי"ב) (מס' 2), התשע"ד-2014 הוחל חינוך החובה על כלל התלמידים בכיתות י"א וי"ב בכלל הרשויות המקומיות. כן יצוין כי בפועל, כאשר לא כוללים ילדים חרדים ותלמידים ממזרח ירושלים, שיעור הלומדים בכיתה י"ב בשנת 2009 התקרב ל-100% (דו"ח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2010, בעמ' 239 (מרכז טאוב, דן בן דוד עורך) (להלן: דו"ח טאוב)).

31. הזכות לחינוך היא מהזכויות החשובות לפרט ולחברה. קיומה של הזכות מבטיח את התפתחותם ומימושם של הפרטים בחברה, את קידום רווחתה של החברה כולה, וכן הטמעת ערכים מוסריים ותרבותיים היוצרים בסיס לחברה משותפת היכולה לחיות ולפעול יחדיו. על חשיבותה של הזכות לחינוך עמד בית משפט זה פעמים רבות בעבר כזכות יסוד המוקנית לכל אדם, שכאמור הובטחה עוד במגילת העצמאות ואושרה באמנות שונות במשפט הבינלאומי שישראל צד להן (ראו עניין טבקה, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ד המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת ברלינר (5.12.07) (להלן: עניין גרבי); עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 51). כך ציין השופט אור כי "החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה" (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 22 (1996) (להלן: עניין שוחרי גיל"ת)).

נראה כי ניתן לחלק היבט זה לשניים: חשיבותה של הזכות לחינוך לחברה ככלל, וחשיבותה של הזכות לחינוך עבור הפרט, היחיד. על תרומתו של החינוך לחברה אמרה השופטת פרוקצ'יה:

”בלא חינוך, נפגעת דמותה של החברה, והחתימה לעצב בישראל חברה דמוקרטית, סובלנית, השומרת על חירויות יסוד ומפתחת תרבות כללית וייחודית עלולה להיכשל” (עניין אבו לבדה, פסקה 24 לפסק דינה).

ובנוגע לחשיבות החינוך לפרט והשלכותיו אמרה הנשיאה ביניש:

”אין חולק כי הזכות לחינוך חיונית לפיתוח אישיותם של כל ילד, ילדה, נער ונערה, למימוש העצמי ולמיצוי כשרונותיהם ויכולותיהם; הזכות לחינוך מאפשרת להם להכיר מגוון של השקפות, החיוניות לתהליך גיבוש זהותם, דעותיהם ובחירותיהם, כמו גם להפנמת ערך כבוד האדם, ובפרט כבודו של האחר, השונה או החריג; מימוש הזכות לחינוך היא הגשר שלהם אל ההשתלבות בחברה כאנשים אוטונומיים, היכולים לבחור את דרכיהם מבין אפשרויות שונות הפתוחות בפניהם, ולשפר את רווחתם ואת רווחת הקהילה בה הם חיים” (בג”ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ’ שרת החינוך, התרבות והספורט, פסקה 4 (18.7.05)).

בהקשר זה יש להדגיש כי הזכות לחינוך הינה מנוף לקידומן ומימושן של זכויות נוספות של הפרט, כגון חופש הביטוי והיכולת לקלוט מידע, חופש ההצבעה והבחירה, חופש ההתאגדות וחופש העיסוק. פגיעה באחת הזכויות עלולה לגרור פגיעה גם באחרות (עניין אבו לבדה, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין טבקה, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

32. עם זאת, ומבלי להמעיט מתרומתו העצומה של החינוך לכל חברה מודרנית, נמקד דיוננו בהיבט השני שעניינו השלכותיו של החינוך על הפרט הבודד. העותרים העלו טענות הנוגעות לחשיבותם של לימודי הליכה כגורם המאחד בין מגזריה השונים של החברה הישראלית, וכגורם תורם ומועיל להתפתחותה של החברה בישראל. ואמנם, נראה כי לא ניתן לחלוק על כך שיש חשיבות, בייחוד בחברה המורכבת ממגזרים שונים ונפרדים, להקניית בסיס חינוכי משותף, שעליו יוכל כל מגזר להוסיף ולבנות את ערכיו ואת התכנים החשובים לו. אלא שדומני כי טענות אלו אין בכוחן לבסס זכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העוסק בפרט ובזכויותיו ולא בחברה ובתועלת הצומחת לה. התועלת לחברה ראוי שתעמוד לעיני הממשלה והמחוקק בקובעם מדיניות, ויתכן וניתן יהיה להעמיד מדיניות זו בביקורת שיפוטית בהתאם לעילות הקיימות בדין. עם זאת, ענייננו לא בחברה ובתרומה של החינוך לחברה, אלא בפרט ובזכויותיו המעוגנות בחוק היסוד. נמקד מבטנו, אם כן, אך לעניינו של הפרט בחברה.

33. הזכות לחינוך הינה זכות מורכבת אשר מכילה היבטים שונים, ולמעשה ניתן לדבר על אגד של זכויות הכלולות בה, ואשר יש להבחין ביניהן. באופן כללי מחולקת הזכות לחינוך בספרות המשפטית לשלושה סוגים מרכזיים: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תכני החינוך, והזכות הקבוצתית לחינוך (ראו יורם רבין וקרן מייזר "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד", המשפט ח 541, 544 (תשס"ג); יורם רבין הזכות לחינוך 60-62 (2002) (להלן: רבין)). בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נתמקד אנו בהיבט של הזכות לקבל חינוך, שהוא ההיבט הרלוונטי בו, כך נטען, פוגע החוק בו עסקינן. בהמשך הדברים נתייחס גם להיבטים הנוספים של הזכות הרלוונטיים לעניין המורכב שבפנינו.

34. שאלת היותה של הזכות לקבל חינוך זכות חוקתית כחלק מכבוד האדם טרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה. כידוע, שאלה חוקתית תתעורר רק כאשר זכות האדם בה עסקינן הינה זכות המעוגנת באחד מחוקי היסוד. זכות אדם שאינה מוגנת חוקתית לא תעורר את שאלת תוקפו של חוק הפוגע בה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 672). הטענה בענייננו הינה כי הזכות לקבל חינוך הינה חלק מהזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם דיון בטענה זו יש לבחון את המונח כבוד האדם שבחוק היסוד ולענות על השאלה האם הוא מכיל בתוכו את הזכות לקבל חינוך. ודוק. גם אם תהיה מסקנתנו כי הזכות לקבל חינוך הינה נגזרת מכבוד האדם, לא תהיה זו סופה של הדרך, שכן יהיה עלינו לבחון מהו היקף הזכות המעוגנת בחוק היסוד (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 481 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות); עניין עדאלה, בעמ' 295). נפנה, אם כן, תחילה לבחינת הטענה לפיה כבוד האדם כולל גם את זכותו של האדם לקבל חינוך.

האם הזכות לקבל חינוך נכללת במושג כבוד האדם?

35. על פרשנות חוקי היסוד אמר הנשיא ברק:

"יש לתת ביטוי לאופיים של חוקי היסוד, אשר נועדו לעצב את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההיסטוריה; אשר באו לקבוע את תפיסותיה הבסיסיות של המדינה ואת היסוד לערכיה החברתיים; אשר מבקשים לקבוע את שאיפותיה, מחוייבויותיה ומגמותיה של המדינה. חוקי היסוד נועדו לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. הם משקפים את אירועי העבר; הם מניחים את היסוד להווה; הם נועדו לקבוע את פני העתיד. הם פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט



גם יחד (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003); להלן - פרשנות תכליתית). מכאן הצורך לתת להם פרשנות מתוך מבט רחב. אכן, "יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני'... מכאן הגישה המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות - כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות'... מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית'... מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית'" (בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470) (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 674-673).

36. לכבוד האדם שני היבטים – היבט חיובי והיבט שלילי. לפיכך, חובתה של המדינה אינה רק שלא לפגוע בכבוד האדם (היבט שלילי), אלא חובתה היא גם להגן על ערך זה (היבט חיובי). חובתה מתבטאת הן בהיבט הפסיבי והן בהיבט האקטיבי של שמירת הזכות (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 681; עניין עמותת מחויבות, בעמ' 478). פרשנות המושג כבוד האדם תהא מושפעת הן ממבנה חוק היסוד, ההיסטוריה שלו, תקדימים שפירשו אותו בעבר ומשפט השוואתי, והן מהמציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 682). הגישה שהתקבלה לפרשנותו של המונח כבוד האדם הינה גישת ביניים. אין לפרש את כבוד האדם כמונח חובק כל, אשר כל זכויות האדם נכללות בו, אך גם אין לפרשו ככולל הגנה רק על זכויות המצויות בגרעין המצומצם ביותר של הכבוד, כגון פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה וכדומה. מודל הביניים קובע כי כבוד האדם יכול רק זכויות אשר קשורות לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. כך, בעוד שהזכות לשוויון הוכרה במידה מסוימת כנכללת בכבוד האדם, נפסק כי הזכות לאיכות סביבה ראויה אינה נכללת בכבוד האדם ולפיכך אינה מוגנת חוקתית (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 683-682; בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004)). "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 685). יש להדגיש בהקשר זה שבפנינו כי הזכויות העשויות להיכלל במסגרת המונח כבוד האדם יכולות להיות מסווגות כזכויות "אזרחיות" או כזכויות "חברתיות" (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 480; על הביקורת על הסיווג הדיכוטומי של שני סוגי הזכויות ראו דבריה של הנשיאה ביניש בעניין חסן, פסקה 26

ואילך; כן ראו רבין, בעמ' 85; גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129, 138 (תשנ"ט) (להלן: גונטובניק); דפנה ברק-ארז, אייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189, 193 (בעריכת שולמית אלמוג, דורית ביניש, יעד רותם, 2009) (להלן: ברק-ארז וגרוס)).

37. הזכות לקבל חינוך, ולו במובן הבסיסי והמצומצם, נכללת לטעמי בערך כבוד האדם המוגן על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם יוגדר, כאמור, בהתאם לערכיה של החברה ותפיסותיה. "זכויות האדם הן זכויותיו כיצור חברתי. כבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 413 (1995); כן ראו עניין עמותת מחויבות, בעמ' 495). נראה כי לא ניתן לחלוק על החשיבות שמייחסת החברה הישראלית לנושא החינוך, בייחוד ככל שמדובר בילדים וילדות, נערים ונערות שטרם בגרו. החינוך, כפי שטענו הצדדים בפנינו בהקשרים שונים, הינו "ציפור נפשה" של החברה הישראלית, ונראה ברור ומובן שהזכות לחינוך תיתפס על ידי הפרטים בה זכות מהותית, חשובה ביותר הנגזרת מערך כבוד האדם בישראל. למעשה קיים קונצנזוס רחב בחברה הישראלית באשר לחשיבות החינוך הציבורי (ראו ברק-ארז וגרוס, בעמ' 209). כבוד האדם הוגדר על ידי בית משפט זה כמגן על התפיסה שהאדם הוא יצור חופשי ואוטונומי המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 685). בית המשפט הכיר בכך שכבוד האדם כולל את הזכות לקיום בכבוד, דהיינו דאגה לאמצעים הפיזיים המינימאליים הנדרשים לאדם על מנת לקיימו באופן מכובד. "זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום בו יממש את חירותו כבן אנוש" (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 480). באופן מקביל יש לומר כי דאגה לקיום רוחני בסיסי בכבוד אף היא חלק מכבוד האדם. תחושת הכבוד הבסיסית של האדם אינה תלויה רק בסיפוק צרכיו הגופניים, ולעיתים תלויה אף יותר בסיפוק צרכיו הרוחניים של האדם (ראו למשל גונטובניק, בעמ' 138-139; מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 412-413 (2008) (להלן: מאוטנר)). העדר חינוך בסיסי יכול לגבול בתחושת השפלה של האדם, בהרגשה שהינו נחות ביחס לבני החברה בה הוא חי, ושהוא אינו שווה מעמד להם (ראו גם רבין, בעמ' 69). לא למותר לציין כי יש בסיס להנחה בחברה המודרנית כי הזכות לקבל חינוך יכולה להשפיע באופן מהותי וממשי על הזכות לקיום פיזי בכבוד, וגם על כך נרחיב בהמשך הדברים.

הזכות של האדם לחופש בחירה ופיתוח האישיות של הפרט, אף היא, ועל כך אין מחלוקת, חלק מהזכות לכבוד האדם. "כבוד האדם הוא, אפוא, חופש עיצוב

האישיות של כל אדם" (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט 417, 421) (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, 1994)). ברי הוא כי ללא חינוך בסיסי נפגעת זכות זו של הפרט. מובן כי לא כל פגיעה בזכות לקבל חינוך תפגע בזכות לפיתוח האישיות, וכי יהיו היבטים של הזכות לפיתוח האישיות שלא יפגעו כתוצאה מהפגיעה בזכות לקבל חינוך. עם זאת נראה כי לא ניתן לחלוק שפגיעה בהיבטים מסוימים של הזכות לקבל חינוך תפגע בהיבטים מסוימים של הזכות לפיתוח האישיות. ויודגש. פיתוח אישיות הוא עניין של נקודת מבט ואף עניין של תפיסה חברתית. תיתכן חברה בה הפגיעה בזכות לקבל חינוך לא תגרור פגיעה בזכות לפיתוח האישיות. עם זאת, נראה כי בחלקים גדולים של החברה הישראלית פגיעה בזכות לקבל חינוך תגרור אחריה פגיעה ברורה שעלולה להיות אף קשה בזכות לפיתוח האישיות של הפרטים הנפגעים. ואמנם נשמעה דעה כי פגיעה בזכות לקבל חינוך כמוה במידה רבה כפגיעה בחירותו של הפרט. במילים אחרות, "החינוך הינו תנאי לקיומה של חירות" (רביץ, בעמ' 66). עוד קיימת הנחה כי החינוך מהווה בסיס להגשמת זכויות בסיסיות וחוקתיות רבות אחרות (רביץ, בעמ' 66-76; גונטובניק, בעמ' 139, 141).

טלו מקרה קיצון בו מחליטה הכנסת לבטל את חוק חינוך חובה המחייב את הוריו של ילד בגיל חינוך חובה להביאו ללימודים במוסד חינוך מוכר באופן סדיר. דהיינו, המדינה מפסיקה לפקח על חובתם של ההורים לשלוח את ילדיהם ללימודים. האם לא נאמר כי נפגע כבוד האדם של אותם ילדים אשר אינם זוכים להגנת המדינה על זכותם לקבל חינוך, ולו מינימאלי בגיל חינוך חובה? נראה כי ערכי היסוד של החברה בה אנו חיים כיום תיתן לשאלה זו מענה חיובי חד וברור. המסקנה היא אם כן כי השאלה החשובה והקשה אינה האם הזכות לקבל חינוך נכללת בזכות לכבוד האדם, אלא מהו היקפה של הזכות לקבל חינוך ומהם היבטיה אשר יכללו במסגרת ההגנה החוקתית על כבוד האדם.

38. עמדה זו נתמכת בעמדות שנשמעו בעבר בבית משפט זה, גם אם באמרות אגב, מהן השתמע בבירור כי הדעה נוטה להכרה בזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית (כן ראו ברק-ארז וגרוס, בעמ' 209; מנגד ראו עמדתו של השופט אור בעניין שוחרי גיל"ת, בעמ' 23-24). כך למשל ציינה השופטת פרוקצ'יה בעניין אבו לבדה:

"חשיבותו המכרעת של החינוך בחיי הפרט ובעיצוב הווייתו האנושית, מרכזיותו של החינוך בקביעת אורח חיו ואיכות חיו של האדם, וגורליותו של גורם זה במימוש כבודו האנושי, משלבים, לכאורה, את הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם אשר

הוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נראה, כי הזכות לחינוך נימנית על אותו "גרעין קשה" של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה" (פסקה 26).

וכך קבע השופט דנציגר באותו עניין:

"מסכים אני עם חברתי השופטת א' פרוקצ'יה כי ככלל, חשיבותו המכרעת של החינוך בחייו של כל אדם - ובפרט בקביעת אורח ואיכות חייו ובמימוש כבודו האישי - מצדיקה לכאורה את שילובה של הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם שהוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... ואולם הכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת כאמור במקרה דנן" (פסקה 7).

(עוד ראו עניין טבקה, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

39. בנוסף, יש לציין כי היבטים אחרים של הזכות לחינוך כבר הוכרו כחלק מהזכות החוקתית. פסקי דין קודמים אשר עסקו בסוגיות חוקתיות שנגעו בזכות לחינוך עלתה בהם במשולב סוגית השוויון, כך שבית המשפט לא צריך היה להכריע בשאלת חוקתיותה של הזכות לקבל חינוך בפני עצמה, שכן ברור היה ששאלת השוויון בחינוך הינה שאלה חוקתית, וכדבריה של השופטת פרוקצ'יה "האיסור על הפליה בחינוך, המעגן את חובת השוויון בחינוך, משיק במישרין לזכות החוקתית לכבוד האדם" (עניין טבקה, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; כן ראו עניין ועדת המעקב). כך גם נשמעה הדעה כי הזכות לבחור חינוך ולהשפיע על תוכנו הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לחירות (ראו עמ"נ (ת"א) 35243-03-10 עמותת חסידי חוסני אלקואסמי נ' משרד החינוך (6.2.11) (להלן: עניין אלקואסמי); ע"א 2266/93 פלוניס נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1995) (להלן: עניין פלוניס)). אציין כאן בקליפת אגוז כי יתכן גם שניתן לטעון כי הזכות הנפגעת במקרה שבפנינו היא דווקא הזכות לשוויון בחינוך, אך על כך ארחיב בהמשך הדברים.

40. עמדתי אף נתמכת במשפט הבינלאומי. כאמור, הזכות לחינוך מעוגנת במספר אמנות בינלאומיות. סעיף 13 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע כי "מדינות שהן צד לאמנה זו מכירות בזכות כל אדם לחינוך. הן מסכימות כי החינוך ייועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו, ולחזק את כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד. עוד מסכימות הן כי החינוך ייועד לאפשר לכל אדם להשתתף בפועל בחברה חופשית, לקדם הבנה, סובלנות ורעות בין כל האומות והקבוצות הגזעיות,

האתניות או הדתיות, ולקדם את פעולת האומות המאוחדות למען קיום השלום” (ההדגשה הוספה). כפי שניתן לראות הסעיף קושר במפורש בין הזכות לקבל חינוך לבין תחושת הכבוד של האדם.

היקף הזכות לקבל חינוך הנכללת בכבוד האדם

41. כאמור, המסקנה לפיה הזכות לקבל חינוך נכללת במושג כבוד האדם המעוגן בחוק היסוד אינה משמיעה כי כל היקפה של הזכות על כלל היבטיה מוגנת חוקתית. “אין “לקרוא” אל תוך הזכות לכבוד יותר ממה שבכוחה לשאת” (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 480). כמו כן, מאחר שהזכות לקבל חינוך אינה מנויה במפורש בחוק היסוד הרי שהיקפה כזכות המוגנת חוקתית עשוי להיות מצומצם מזה שהיה לו היה מדובר בזכות המנויה במפורש בחוק היסוד. “הסקת הזכויות המשתמעות מכבוד האדם נעשית אפוא מזווית הראייה של כבוד האדם, וכדי ההתאמה למושגיות זו. תפיסה זו קובעת את היקפן של הזכויות המשתמעות. זאת, הן לעניין הזכויות האזרחיות המשתמעות...; וזאת, הן לעניין הזכויות החברתיות המשתמעות” (עניין עמותת מחויבות, עמ' 480-481). היקפה של הזכות ייקבע תוך התחשבות בשיקולים שונים, ובהם נסיבות הזמן והמקום, ערכי היסוד של החברה ואורחות חייה, מוסכמות חברתיות ופוליטיות, והמציאות הנורמטיבית השוררת במדינה (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 479). יוער כי לאחרונה נפסק כי טענות בדבר אילוצים תקציביים מקומן בשלב השני של הבחינה החוקתית, הבוחן את תכלית הפגיעה בזכות ואת מידתיותה, ולרוב אין מקומן בשלב הראשון הבוחן את עצם הפגיעה בזכות (עניין חסן, פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). מכל מקום נראה כי סוגיית ההיבט התקציבי של הזכות לקבל חינוך אינה מתעוררת בעניין דנן במלוא כובדה, שכן ביטול החוק לבקשת העותרים לא יגרום למדינה הוצאות תקציביות משמעותיות, ואף הצדדים לא טענו לכך.

42. “אכן, ההכרעה בדבר היקפן וגבולותיהן של זכויות האדם החברתיות היא לעיתים מורכבת” (עניין חסן, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עם זאת, נראה כי בעניין שבפנינו אין אנו נדרשים להיכנס לכל נבכייה של הסוגיה לקביעת היקפה של הזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית. באופן כללי אומר כי לא כל היבטי הזכות לקבל חינוך יהיו מוגנים על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך למשל נראה כי חינוך אוניברסיטאי ככלל לא ייכלל בזכות המוגנת חוקתית (ראו עניין גרבי). מנגד, די אם נאמר כי הזכות לקבל חינוך הנכללת בכבוד האדם ודאי כוללת חינוך בסיסי שניתן כיום לתלמידים באמצעות מערכת חינוך החובה. אמרה על כך השופטת ברלינר:

”יש הבדל של ממש בין חינוך חובה לבין השכלה אקדמאית. חינוך - מסוג זה שניתן בכל מוסד חינוכי במסגרת חינוך חובה הוכר כמכשיר בלעדיו אין לצורך הקיום האנושי. אין להעלות על הדעת יכולת השתלבות מינימלית בחברה, כגון היכולת להשתכר, היכולת להשתתף ולהשפיע בהליך הדמוקרטי, היכולת לבטא התנגדות למדיניות שלטונית וכיוצא באלה, ללא ידיעות בסיסיות כגון קרוא וכתוב, חשבון, היסטוריה בסיסית, מסורת ומורשת תרבותית של מדינתך וכיוצא באלה תכנים המועברים במסגרת החינוך הממלכתי כתכני חובה” (עניין גרבי, פסקה 25).

43. לטעמי, אין להגביל הגנה חוקתית זו לבית הספר היסודי בלבד, או לתכני בסיס בלבד כגון לימוד קרוא וכתוב, שכן אני סבורה כי ההגנה הבסיסית כוללת את כל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל, כפי שהיא מוגדרת בחוק הישראלי, ואת תכני החובה שנקבע כי ילמדו במסגרת זו. עמדתי מבוססת על מספר טעמים.

ראשית, המצב הנורמטיבי במדינת ישראל. החוקים העוסקים בחינוך במדינת ישראל, כפי שנסקרו לעיל, מצביעים על תפיסתו של המחוקק הישראלי ושל החברה הישראלית את חינוך החובה כחלק בסיסי ומחייב כל ילד ותלמיד בישראל. החוקים האמורים כופים על ההורים לשלוח את ילדיהם למסגרת לימודית מוכרת ולדאוג כי ילמדו באופן סדיר, אוסרים על העסקת ילדים בשעות הלימודים, ואף מטילים בגין הפרת חובות אלו סנקציות פליליות (ס' 3, 4 לחוק לימוד חובה). חוקים אלו אף מחייבים את המדינה לממן את הלימודים האמורים עבור כל ילד וילד בישראל (ס' 6 לחוק לימוד חובה). כאמור לעיל, המסגרות הלימודיות מחויבות בתכנים מסוימים ומינימאליים, וקיים פיקוח של משרד החינוך כי אכן תכנים אלו מועברים לתלמידים. עוד יש לציין את סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2004 הקובע מפורשות את זכותו של כל ילד ונער במדינת ישראל לחינוך. עניינו הרואות, המציאות הנורמטיבית בישראל רואה עצמה מחויבת להענקת תכני לימוד בסיסיים לכל ילד בגיל חינוך חובה, אף במחיר של פגיעה באוטונומיה של ההורים עד כדי הטלת חובות אקטיביות על ההורים שהפרתן גוררת סנקציות מהמישור הפלילי (וראו גונטובניק, בה"ש 50). כזכור, חוק לימוד חובה מורחב לתלמידי כיתות י"א ו-י"ב, ועתיד לחול על כלל תלמידי ישראל תוך שנים ספורות בלבד.

שנית, ערכי היסוד של החברה הישראלית ומוסכמות חברתיות. אכן, החברה הישראלית אינה בנויה מקשה אחת. עם זאת, לימודי הליכה משקפים את התכנים המקובלים על חלקה הגדול של החברה הישראלית ובכך מהווים מכנה משותף רחב של

החברה בישראל. תכנים אלה, ניתן להניח, יתפסו בעיני החברה הישראלית כתכנים בסיסיים שעל כל אדם בחברה להכיר, לדעת וללמוד. היקף הזכות החוקתית תיבחן בהתאם למציאות החיים העכשווית. יתכן כי אם היינו חוזרים בזמן מאה שנים לאחור היינו מסתפקים בהענקת תכנים בסיסיים יותר, כגון קרוא וכתוב וחשבון בסיסי. עם זאת, ערכי החברה הישראלית הנוכחית, שכבוד האדם הוא חלק משמעותי בהם, וודאי כוללים מתן ידע נרחב יותר במגוון תחומי לימוד. כך למשל כוללים לימודי הליבה לימודי עברית, מתמטיקה, מדעים ואנגלית. כן כוללים הם לימודי תנ"ך, היסטוריה, ספרות, גיאוגרפיה, תרבות, מורשת ודת. בנוסף כוללים הלימודים גם לימודי חינוך אזרחי. לימוד בסיסי בכל התחומים האלה הוא חלק מערכי החברה הישראלית, תרבותה, ומציאות החיים בה, ומשכך חלק גם מהגדרתה את כבוד האדם. העובדה לפיה בשנת 2009 קרוב ל-100% מהילדים בקבוצת הגיל הרלוונטית (לא כולל חרדים ותלמידי מזרח ירושלים) לומדים בכיתה י"ב (דו"ח טאוב, בעמ' 239), על אף שהחובה לכך לא חלה על מרביתם, מהווה אינדיקציה ברורה לחשיבות שמייחסים אזרחי ישראל לחינוך, גם כאשר מדובר בחינוך על-יסודי.

שלישית, אורחות חייה של החברה הישראלית. השתלבות בחברה הישראלית, ובייחוד בשוק התעסוקה שלה, מחייב במקרים רבים מסד ידע נרחב יחסית. כך למשל דורשים מקומות עבודה מרבים מהמועמדים תעודת בגרות, ואף למעלה מכך. ודוק. אין משמעות הדבר כי לא ניתן להשתלב בשוק התעסוקה ללא הידע הנלמד במסגרת לימודי הליבה. עם זאת, ברור כי העדר ידע בסיסי מקשה כאמור על השתלבות בשוק התעסוקה, ובוודאי חוסם אפשרויות רבות הקיימות בו (ראו מסקנות הצוות לבחינת התעסוקה במגזר החרדי בפורום קיסריה (בראשות יוסי תמיר, יוני 2010) - [http://www.idi.org.il/events1/CaesareaForum/Documents/CF\\_2010/Ultra\\_Orthodox\\_Employment.pdf](http://www.idi.org.il/events1/CaesareaForum/Documents/CF_2010/Ultra_Orthodox_Employment.pdf); אביעד הכהן ולי כהנר "בן עשרים לרדוף"? על פוטנציאל ההשתלבות של בני החברה החרדית בגילאי 18-22", בעמ' 35 (נייר עמדה, פורום קיסריה 2011) (להלן: הכהן וכהנר)). ואכן, מחקרים מצביעים על כך שבשוק העבודה הישראלי הביקוש לעובדים משכילים גדל בשיעור משמעותי בעשור האחרון. כך נמצא כי שיעור התעסוקה בקרב כל קבוצות האוכלוסייה (כולל למשל גברים יהודים לא חרדים) גבוה יותר כאשר מדובר באקדמאים וזאת בהשוואה לבעלי השכלה נמוכה (ראו דו"ח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2009, בעמ' 219-216 (מרכז טאוב, דן בן דוד עורך)). עוד נמצא כי עובדים בעלי השכלה משתכרים הרבה יותר מעובדים נעדרים השכלה או בעלי השכלה נמוכה. למעשה, מסקנת המחקרים היא כי פערים בהשכלה הם הגורם הראשון במעלה לפערי שכר בישראל (ראו דו"ח טאוב, בעמ' 125-122, 132). כפי שמתברר מהמחקרים, אדם בישראל שלא רכש את הידע הנדרש כדי שיוכל

להשתלב בשוק התעסוקה נמנעת ממנו אפשרות מיצוי יכולותיו ורצונותיו במלואם, דבר שיש בו להוביל לכך שכבודו כאדם נפגע. יתכן אמנם שהוא יוכל להשתלב בשוק ולהתפרנס בכבוד, אך יהא עליו להסתפק בקשת מצומצמת של אפשרויות השתלבות, וספק אם יוכל לממש את רצונותיו ושאיפותיו מעבר לכך. "יש קשר ישיר ומיידני בין רמת ההשכלה לבין רמת ההשתלבות בחברה ורמת הניעות החברתית" (רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" בתוך רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 213, 254 (בעריכת מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר, 1998)).

רביעית, ההצדקות להכרה בזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית. דומני כי על מנת שיישמר כבודו של אדם המעוניין להשתלב בחברה, יש לאפשר לו לממש את יכולותיו, למצות את האוטונומיה האישית שלו, וכן לאפשר לו לממש זכויות חוקתיות אחרות הנתונות לו, המאפשרות לו לפתח את אישיותו ויכולותיו, ולא ניתן להסתפק ברמת החינוך היסודי. ילד ממוצע שלא נחשף מעולם למקצועות ליבה הנלמדים לראשונה בשנות התיכון, האם יוכל באופן אמיתי לממש את יכולותיו? האם לא תיפגע זכותו ויכולתו במידה כזו או אחרת לממש את חופש הביטוי, חופש העיסוק, הזכות לאוטונומיה אישית וזכות ההשתתפות בחיים הפוליטיים במדינת ישראל? ואכן, הזכות לחינוך הוכרה כמקרינה על זכויות יסוד אחרות של האדם:

"הזכות לחינוך משמשת יסוד למימושן של זכויות יסודיות נוספות, כגון חופש הביטוי והיכולת לקלוט מידע, חופש ההצבעה והבחירה, חופש ההתאגדות וחופש העיסוק, אשר בלעדיה, עלולות גם הן להיפגע" (עניין אבו לבדה, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

44. איני רואה לקבל את טענת המשיבים לפיה הזכות לחינוך נסבה סביב עצם האפשרות להשיג חינוך ולא סביב תכני החינוך. דומני כי טענה זו מיתממת ומתעלמת מהמציאות חברתית או הכלכלית המודרנית. אין חולק כי עצם הלימוד כמו גם טיפוח החשיבה הם אכן חשובים וראויים ויהוו בסיס לאפשרות התפתחותו של הילד במגוון תחומים לימודיים. כך גם רכישת ערכי חינוך בסיסיים החשובים להתפתחותה של חברה ערכית ומוסרית. אין ספק גם כי הלימוד במתכונת זו מגשים בהיבטים מסוימים וחשובים את הזכות לחינוך של הילד. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מהיבטים נוספים וחשובים לא פחות של הזכות לחינוך שעניינם ברכישת ידע בסיסי הנדרש להשתלבות בחברה ובשוק העבודה. ניתן להמשיל את הדבר ללימוד מחצית מאותיות הא"ב בלבד. מובן שלימוד מחצית מהאותיות יש לו ערך רב וחשוב, אך אין הוא שלם ללא לימוד



המחצית השניה של האותיות (כן ראו רבין, בעמ' 108-105; גונטובניק, בעמ' 142; יוסי גרין דיני חינוך 50 (2010) (להלן: גרין)).

45. המסקנה היא, אם כן, כי היקפה של הזכות לחינוך המוגנת כזכות חוקתית כוללת את זכותו של כל ילד בגיל חובה ללמוד את לימודי הליכה הבסיסיים המגלמים את הגרעין הקשה של התכנים והערכים החשובים והבסיסיים, כפי שהם נקבעים על ידי משרד החינוך. לעניין זה ראוי לסיים בדבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין טבקה:

”לא ניתן לנתק ולהפריד בין כבוד האדם לבין זכותו הבסיסית של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנויות שבהשתלבותם מהווים תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי. בלא מימוש מלא של הזכות לחינוך נפגע כבודו של האדם, ונפגע קיומו האנושי בכבוד. בלא חינוך, נפגעת יכולתו של האדם לממש את הווייתו האנושית במלואה; פגיעה זו כמוה כפגיעה בזכותו לכבוד אנושי” (עניין טבקה, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

הזכות לאוטונומיה של הילד

46. פגיעה נוספת לה טענו העותרים היא פגיעה בזכות לאוטונומיה של הילד. למעשה, היבטים רבים של זכות זו משיקים ומקבילים להיבטים בהם עסקנו במסגרת הזכות לחינוך. עם זאת, הזכות לאוטונומיה של הילד מדגישה את זכותו לבחור לו דרך חיים, שתאפשר לו לממש את עצמו, את רצונותיו ואת יכולותיו ככל הניתן. זכותו למיצוי האוטונומיה האישית שלו, לכך שיוכר כאינדיבידואל אשר בכוחו לבחור את מסלול חייו בעתיד לכשיגיע לבגרות. פגיעה בזכות לאוטונומיה של הילד מצויה בליבת הזכות לכבוד האדם, שכאמור מחייב התייחסות לאדם כפרט בעל רצונות ויכולות, ואשר חופש הבחירה הוא אחד המרכיבים הבסיסיים המגדירים אותו כאדם (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 301-303 (כרך ראשון, מהד' 3, 1998)). מתן האפשרות לכל ילד לבחור לו את דרכו מבין שלל האפשרויות בהתאם למאפייניו תלויה במידה רבה בתנאים הבסיסיים שניתנים לו על ידי משפחתו, על ידי החברה שבה הוא חי, והמדינה אליה הוא משתייך (ראו גרשון גונטובניק “הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרם” ספר יצחק זמיר 323, 336 (בעריכת יואב דותן ואריאל בנדור, 2005) (להלן: גונטובניק, ספר זמיר)). תנאים בסיסיים אלו כוללים תנאים פיזיים, אך אין ספק כי הם צריכים לכלול גם תנאים רוחניים וערכיים ולו מינימאליים. ילד שלא קיבל חינוך, על שלל רבדיו באופן בסיסי למצער יתקשה לרוב לכתוב את ספר חייו באופן חופשי מאילווצים. אמנם, ברי כי המדינה אינה יכולה ואינה

חייבת לשחרר את הפרט מכל אילוץ על מנת שיוכל לבחור את דרכו. דרישה כזו אינה ריאלית. עם זאת, על המדינה ליתן לילד או לפרט את הבסיס, את רשת הביטחון שאינה רק פיזית, על מנת לאפשר לו לפתח בכוחות עצמו כיוונים נוספים למימוש אישיותו ומאווייו, וזאת על מנת להגשים את זכותו לאוטונומיה ולכבוד. "עניין לנו במינימום החומר והחינוך הנדרש כדי לכונן אדם אוטונומי" (גונטובניק, ספר זמיר, בעמ' 339).

יוער כי בית משפט זה הכיר בפגיעה בכבודו של הילד כפגיעה בעלת מימד מיוחד, וזאת מאחר שמדובר באוכלוסיה פגיעה שאין באפשרותה להילחם על זכויותיה, ולפיכך זקוקה להגנה רבה מזו הניתנת לאדם מבוגר (ראו עניין טבקה, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). באופן כללי קיימת כיום הבנה שמבלי הסיוע של המדינה יקשה על האזרח לממש את הזכויות המוקנות לו (ראו גונטובניק, בעמ' 137). הדברים אמורים מקל וחומר ככל המדובר בזכויותיהם של ילדים (ראו והשוו איל בנבנישתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" עלי משפט ג 463, 470 (2003)).

#### הזכות לשוויון

47. כפי שהוזכר, בשולי הדברים הועלו טענות העותרים גם לפגיעה בזכות לשוויון בחינוך. במסגרת זו אעמוד רק על ההיבט הנוגע לפגיעה הנגרמת לילדי החינוך החרדי, ולא על הפגיעה בשוויון בתקציבים. על חשיבות ההקפדה על השוויון בחינוך אין חולק. הזכות לחינוך בה שזורה הזכות לשוויון, שתיהן יחד מבטיחות את עיקרון השוויון בחינוך, כמו גם את החינוך בשוויון לכל ילד וילדה, נער ונערה, בחברה חופשית על בסיס עקרונות וערכי היסוד המצויים בבסיס קיומה של המדינה ושיטת המשפט החוקתית הנוהגת בה (ראו עניין טבקה, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). כפי שציינתי לעיל, הזכות לשוויון בחינוך הוכרה זה מכבר כזכות חוקתית:

"עקרון השוויון טבוע ושזור בזכות לחינוך, ובחובה המוטלת על הרשויות המוסמכות לספק חינוך שוויוני לכל ילד בישראל. בלעדי יסוד השוויון בחינוך, לא ניתן לממש את הזכות לחינוך על כל צדדיה והיבטיה. בלא שוויון הזדמנויות אמיתי בחינוך, נפגעת זכותו של אדם לפתח את הווייתו האישית באמצעות רכישת דעת וערכים, ונפגעת זכותו לשוויון הזדמנויות אמיתי בהמשך החיים בהגיעו לבגירות..."

האיסור על הפליה בחינוך, המעגן את חובת השוויון בחינוך, משיק במישורין לזכות החוקתית לכבוד האדם. הוא אינו נוגע רק בשוליו של הכבוד האנושי, אלא נוגע בגרעינו. ההפליה ככלל, ובחינוך במיוחד, יוצרת תחושת קיפוח ונחיתות בילד שכלפיו היא מופנית. היא פוגעת

בתחושת עצמיותו, בבטחונו העצמי, בהערכת ערך עצמו. גרעינה של ההפליה עלול ללוות את דרך התפתחותו כאדם, ולהטמיע בתהליך התבגרותו חוויות של דחייה וניכור חברתי" (עניין טבקה, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

וועדה, בראשות כב' השופטת רוטלוי, שבחנה את זכויות הילד אף היא סברה כי יש לעגן בחוק את הזכות לחינוך ואת הזכות לשוויון כשתי זכויות הכרוכות ותלויות זו בזו, בהדגישה כי חברה המחוייבת לערך השוויון צריכה להגן באופן שוויוני על הזכות לחינוך איכותי (ראו דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי, דו"ח ועדת המשנה בנושא חינוך, בעמ' 224 (2003)).

חוק מוסדות חינוך תרבותיים ופגיעתו

48. מהאמור עולה כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים פוגע למעשה בזכות לקבל חינוך הכלולה במושג כבוד האדם המצוי בחוק היסוד. אין חולק כי החוק מושא העתירה פוטר באופן גורף ומלא את תלמידי הישיבות הקטנות מלימודי ליבה. יוצא איפוא, משקבענו כי לימודים בסיסיים כלימודי הליבה הם חלק מזכותו החוקתית לקבל חינוך של הילד, גם מעבר ללימודיו בבית הספר היסודי, שהמסקנה המתבקשת היא כי החוק פוגע בזכות זו. גם הזכות לאוטונומיה של הילד נפגעת על ידי החוק. החוק מונע מהילד או הנער את הידע הבסיסי הנדרש לו על מנת לפרוש בפניו בשלב מאוחר יותר קשת אפשרויות רחבה שתעמוד בפניו לבחירה להמשך חייו. מובן כי אין המסקנה מהאמור כי המדינה מחויבת לספק לכל ילד חינוך שווה באופן מוחלט. לא ניתן יהיה לטעון שהעובדה שבית ספר כלשהו אינו מעניק לימודי מגמה מסוימת הינה פגיעה בזכות לקבל חינוך או בזכות לאוטונומיה של הילד. חרף זאת, גבולותיהן של זכויות אלו כן כוללים את תכני הלימוד הבסיסיים ביותר על מנת שיאפשרו לנער למצות את האוטונומיה האישית שלו ולהתפתח בכיוון שיבחר בו להמשך חייו.

49. על פגיעתו של החוק בזכות לחינוך ניתן גם להביט מזווית אחרת, עליה אעמוד בקצרה מאחר שלא פורטה בטיעוני הצדדים. ניתן לומר כי החוק פוגע בזכותם של תלמידי הישיבות הקטנות לשוויון בחינוך (ראו ברק-ארז וגרוס, בעמ' 207). בעוד שכלל תלמידי ישראל זכאים להגנת המדינה ולאכיפת מוסדות החינוך בהם הם לומדים במטרה להעניק להם את לימודי הליבה במהלך שנות לימודיהם, הרי שהגנה ואכיפה זו מנעות מתלמידי הישיבות הקטנות. כך, בעוד שהמדינה דואגת לתלמידיה וכופה על הורי התלמידים כמו גם על מוסדות החינוך את חובתם להנחיל לילדים ולנערים בגיל

חינוך חובה את לימודי הליכה, באותה עת המדינה אינה דואגת כי תלמידי הישיבות הקטנות יזכו לדאגה זהה ולקבלתו של ידע זה. בכך נפגע שוויון ההזדמנויות בין כלל ילדי ישראל ונפגע השוויון בחינוך באופן מהותי ומשמעותי. בעוד שחלקם זוכים לבסיס ידע רחב אשר יפתח בפניהם מגוון אפשרויות להשתלבות בחברה ובשוק התעסוקה, הרי שהנערים החרדים נפגעים מהעדרו של בסיס ידע זהה (ראו גונטובניק, בעמ' 144; בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 221 (2002) (להלן: עניין ועד פוריה)). מצופה מהמדינה כי תפעל באופן שוויוני לאכיפה והחלה של נורמות אותן היא תופסת כבסיסיות ומחייבות את כלל הילדים וההורים במדינת ישראל, ולא תוציא מהכלל ילדיו של מגזר אחד. כפי שמקפידה המדינה לדרוש את החלת לימודי הליכה על רובם המכריע של ילדי ישראל, במגזר הממלכתי, הממלכתי דתי, הערבי, במוסדות המוכרים שאינם רשמיים, במוסדות הפטור, ואף בחינוך הביתי, מצופה היה כי אמת מידה זהה ושוויונית תוחל על הנערים במגזר החרדי. מאחר שהחוק פוטר רק מגזר זה מאמת המידה החלה על הכלל, הוא פוגע בכך בזכותם של הנערים החרדים לשוויון בחינוך.

50. חשוב להדגיש לטעמי כי ההתמקדות צריכה להיעשות בפגיעה בזכות לקבל חינוך ובזכות לאוטונומיה של הילד הנגרמת לילדים ולנערים בחינוך החרדי. אכן, יכול אדם לבחור באורח חיים הכולל את לימוד התורה באופן בלעדי. בחירה זו של האדם הבוגר היא אכן לגיטימית, ויש יאמרו אף ראוייה להערכה. ברם, השאלה אינה מה היה ההורה בוחר עבור עצמו ועבור ילדו, אלא מה הילד יבחר או אילו כלים נתנו לו כדי שיוכל לבחור עבור עצמו בחייו הבוגרים (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, 289 (תש"ע) (להלן: הראל בן שחר); מאוטנר, בעמ' 387-386). "זכותו של הילד עשויה לדחוק במקרים מסויימים את זכויותיהם של הוריו" (בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 461 (1998) (להלן: עניין דויד)). יש לזכור כי "הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו" (עניין פלונים, בעמ' 254). תפיסת זכויות הילד בשנים האחרונות התפתחה כך שהילד קיבל מעמד עצמאי, נושא זכויות משל עצמו. דהיינו, התפתחה הכרה בנפרדות של הילד מהוריו ללא ניתוק הקשר ההכרחי ביניהם (דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי, חלק כללי, בעמ' 26, 2003).

כאשר בתחילת דרכו נחסמים בפניו של הקטין חלק משבילי החיים, או נמנע ממנו ידע בסיסי שעשוי להרחיב את האפשרויות הניצבות בפניו, נפגעת באופן

משמעותי יכולת הבחירה שלו בעתיד. משכך טענת המשיבים כי קיימים מוסדות חינוך חרדיים המשלבים לימודי ליבה גם בשנות הלימוד העל-יסודי, ולכן לא נפגעת יכולת הבחירה של הפרט, אינה יכולה להתקבל. הבחירה לאיזה מוסד חינוך ישלח הנער אינה מצויה בידי אלא בידי הוריו. יתרה מכך, ספק בעיני אם נכון יהיה לשאול את פי הנער בעניין זה, שכן בשלב היותו ילד או נער עדיין אין בידי הכלים לעשות את הבחירות. הבחירות המושכלות והמשמעותיות שעושה אדם בחייו בעיקרן נעשות בהגיעו לגיל בגרות (ראו והשוו גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191, 222 (תש"ע) (להלן: שטופלר); עת"מ (ירושלים) אלקסלטי נ' עיריית ביתר עילית, פסקאות 18, 19 (21.6.04) (להלן: עניין אלקסלטי)). ילדים ונערים רבים, אם ישאלו לרצונם, יעדיפו לא ללמוד כלל בגילאים אלו. למרות זאת רואה המדינה לכפות עליהם ולחייב אותם בלימודי חובה אינטנסיביים עד הגיעם לבגרות. מובן כי נער שהגיע לבגרות והחליט לבחור רק בלימוד התורה אין ספק שרצונו יכובד. אלא שעד לגיל הבגרות נכון יהיה לשמר עבורו את כל האפשרויות על מנת שהדרך תהיה פתוחה בפניו בבוא היום להגיע להחלטה הטובה ביותר עבורו והנכונה מבחינתו עם הגיעו לגיל המתאים. העותרים שבפנינו עשויים להוות דוגמה טובה לכך. בתקופה בה נמצאו עדיין במסגרת החברה החרדית הלכו בתלם שנקבע על ידה, ובמסלול הלימודים שחברה זו הכתיבה להם ללא כל הרהור או השגה. עם זאת, בהגיעם לבגרות החליטו לבחור באורח חיים שונה שעיימת אותם עם החסר שלהם בכמות הידע הנדרש לצורך השתלבות בחברה ובשוק התעסוקה שלה (ראו יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא ליברלי ומודל "המרחב ההשתתפותי": מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227 (תש"ע); נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99, 124 (2003) (להלן: רימלט); שחר ליפשיץ "רב-תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" משפטים מ 887, 909 (תשע"א) (להלן: ליפשיץ)).

דברים אלו מלמדים, אם כן, על פגיעתו של החוק גם בזכות לאוטונומיה האישית של הילד. אכן, יתכן שהאוטונומיה של הילד אינה נפגעת באופן מידי, שכן הילד או הנער, אם ישאלו לרצונו, יעדיף להמשיך בלימודיו במסגרת החרדית שאין בהם לימודי ליבה, שכן לכך חונך, על אלה גדל, ולכך שואפים ומכוונים הוריו. עם זאת, הפגיעה היא במבט צופה פני עתיד, כאשר אותו נער יתבגר ויעמוד בפני החלטות, הפעם באופן עצמאי, החלטות גורליות לאן פניו מועדות. מניעת לימודי הליבה בשנות נערותו תחסום בפניו במידה רבה דרכים שהיו פתוחות בפניו לו היה מקבל את הידע הבסיסי הנדרש.

אדגיש כבר כעת כי אין הכוונה לגרום לנערי המגזר החרדי לעבור למגזר אחר. כפי שאנו עדים בשנים האחרונות רבים וטובים מבני החברה החרדית, המצויים וחיים בתוך המגזר, בוחרים לשלב את אורח חייהם החרדי עם לימודים, עבודה, השתתפות בחיים הציבוריים של מדינת ישראל וכדומה (על מגמה גוברת זו ראו ידידיה צ' שטרן וחיים זיכרמן בין אהל סיירים לאוהלה של תורה: מתווה לגיוס חרדים לצה"ל 19) (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013). לימודי הליבה עשויים להיות הבסיס שיאפשר להם לעשות זאת מתוך מגוון אפשרויות בהתאם למאוייהם, רצונם, יכולותיהם וכישרונותיהם.

51. המשיבים טוענים כי לא נגרמת פגיעה, שכן בבית הספר היסודי במגזר החרדי נלמדים למעשה לימודי הליבה. עוד טוענים הם כי ניתן להשלים את הלימודים הבסיסיים לאחר סיום הישיבה הקטנה, וגם בשל כך לא נגרמת לנערים כל פגיעה. איני סבורה כי הטענות שהועלו בהקשר זה מלמדות על העדרה של פגיעה על ידי החוק. יתכן אמנם כי לימודי הליבה בבית הספר היסודי ממתנים במובן מסוים את הפגיעה, אך אין בהם כדי לאיין לחלוטין את הפגיעה. משכך טענה זו מקומה להיבחן במסגרת מבחני פסקת ההגבלה, כפי שיובא בהמשך הדברים.

52. מעבר לכך, באשר להשלמת הלימודים לאחר סיום הישיבה. איני סבורה כי יש בכך מענה לפגיעה הנגרמת לנערים שאינם נחשפים ללימודי ליבה. נראה כי שני היבטים מקשים על בחור בוגר הישיבה הקטנה להשלים את לימודי הליבה. ראשית, הקושי להשלים פערים לימודיים בגיל מבוגר, שכן לנער צעיר קל לקלוט וללמוד תחומים שונים, להרחיב ידע בסיסי, להקיף נושאים ולרכוש שפות, מה שהופך לקשה יותר ויותר בהמשך החיים (ראו למשל הכהן וכהנר, בעמ' 33; ראובן גל וגלעד מלאך "חרדים צעירים", בעמ' 18 (נייר עמדה, פורום קיסריה, 2011)). כך למשל, נער חרדי המגיע לגיל בגרות ומעוניין להשלים תעודת בגרות נאלץ לגשר על פערים של ארבע שנות לימודי ליבה מלאים. בנוסף, מאחר שבמגזר החרדי נלמד רק חלק מהחומר של לימודי הליבה בשנות בית הספר היסודי, הנער המגיע לבגרות נאלץ להשלים גם את חומרי הלימוד החסרים האלו. ניתן להניח כי גם החומרים שנלמדו על ידו בשנות בית הספר היסודי, ולו בחלקם, נשכחו לאחר ארבע שנות לימוד בהן לא עסק הנער בלימודי חול כלל, ובתקופה בה לא שינן ולא חזר על חומר הלימוד. אין ספק כי ישנם נערים בעלי יכולת שהשלמת החומר תהיה קלה עבורם, אך ישנם נערים לגביהם קיים חשש ממשי כי השלמת לימוד החומר תהיה בלתי אפשרית עבורם. לא כל נער יכול להיות כרבי עקיבא שהחל את לימודיו בגיל ארבעים. הדברים נתמכים למשל בדו"ח שהוצא על ידי משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ומינהל מחקר וכלכלה ("תעסוקה במגזר

החרדי – מאפיינים, חסמים ופתרונות מוצעים" דיון רוח"מ בנושא חרדים (2010)). במסגרת הדו"ח צוין כי השכלתם של החרדים אינה רלוונטית למקצועות רבים במגזר העסקי. כמו כן מודגש כי ההשכלה התורנית גורמת ליצירתם של פערי השכלה שונים שחלקם קשים לגישור בגיל מבוגר (עמ' 7 לדו"ח). אחת מהמלצות הדו"ח, הנובעת מהחסם האמור, הינה לאפשר לציבור החרדי לימודי ליבה בשלב מוקדם ככל הניתן מתוך בחירה שלא במסגרת הישיבות (עמ' 11 לדו"ח). הקושי האמור אף עולה במפורש מהתצהירים שהונחו בפנינו על ידי העותרים, כולם בוגרי המגזר החרדי. כך למשל מספר העותר 6 כי ניסה להשלים את לימודי הבגרות, אך לימודי האנגלית עמדו לו לרועץ. הוא מציין כי חרף המאמצים והמשאבים הרבים שהשקיע הוא אינו מצליח בלימודי האנגלית כלל. העותר 4 מספר על מאמציו להשיג תואר ראשון. לאחר 6 שנים וחצי של לימודים עדיין אין בידו התואר הנכסף. הוא מציין כי עדיין יש פער השכלתי עצום בינו לבין חבריו לספסל הלימודים, והדבר פוגע בו בכל יום מחדש, במפגשיו עם סטודנטים אחרים, ובמאמציו לעבור קורסים בדרך אל התואר.

53. ההיבט השני המקשה על הנערים החרדים שבגרו מבלי שתוכנית לימודיהם הכילה לימודי ליבה, עניינו בקשיים הפרקטיים שברכישת השכלה בסיסית בגיל מאוחר יחסית. הדבר מצריך משאבים לא מבוטלים של כסף וזמן. יש לזכור כי מדובר בשנים בהן בדרך כלל הדור הצעיר מקים את משפחתו, ולפיכך מוטל עליו גם עול פרנסה, במיוחד כאשר מדובר בצעירים מהמגזר החרדי הנישאים לרוב בגיל צעיר (ראו הכהן וכהנר, בעמ' 33). ואכן, העותרים מספרים על קשיים רבים גם בהיבט זה. כך לדוגמא מספר העותר 7 כי חלמו היה ללמוד רפואה. הוא ניסה ללמוד מעט בסתר במהלך שנות לימודיו בישיבה הקטנה. הוא נשא אישה בגיל 19.5 ונולדו להם שני ילדים. לאחר כארבע שנים עזב את הדת ואת משפחתו. למרות הידע הבסיסי שהיה לו באנגלית ובחשבון נתקל בקשיים רבים להשלמת בחינות הבגרות והבחינה הפסיכומטרית. לכך נוסף גם הקושי הכלכלי להשלמת לימודים בד בבד עם מחויבות לפרנסת ילדיו. לאור קשיים אלו גנז את חלמו ללמוד רפואה. עותרים נוספים מספרים על השנים הרבות ועל המשאבים, בכסף ובזמן, שהם נדרשו ונדרשים להשקיע לצורך השלמת לימודים בסיסיים ורכישת תואר.

54. המשיב 2 מפרט את מאמצי הממשלה לתמוך בחרדים המעוניינים לרכוש השכלה אקדמית. מאמצים אלו חשובים הם וראויים להערכה ולעידוד. עם זאת, ברי כי אין ביכולתם לפתור את הקשיים בפניהם עומדים הצעירים החרדים ולמנוע את הפגיעה בהם ההולכת ומחמירה בהמשך הדרך. כפי שציינתי, חלק מהקושי נובע מהגיל המתקדם בו נאלצים הצעירים להשלים לימודים מבלי שיהיה להם בסיס לכך מגיל

צעיר. נוסף על כך, המדינה אינה יכולה לממן את כלל לימודי ההשלמה הנדרשים לצעירים החרדים (כפי שהיא מעניקה חינוך חינם לילדי ישראל במהלך כל שנות לימודים בבית הספר היסודי והעל-יסודי), והיא אך מספקת מלגות. כמו כן אין המדינה יכולה לסייע בקשיי הפרנסה של אותם צעירים שבמקביל ללימודים נאלצים לרוב לפרנס את עצמם, ולעיתים גם את משפחתם. הנתונים המובאים על ידי המדינה על מנת להוכיח את השתלבותם של החרדים בהשכלה המכוונת לשוק התעסוקה אינם מסייעים. מדובר, נכון לשנת 2010, בסך הכל ב-2,500 גברים חרדים בלבד. יתרה מכך, לא הובאו נתונים בהתייחס לשאלה האם גברים אלו למדו לימודי ליבה במהלך ילדותם ונערום, אם לאו. כפי שטורחים המשיבים לחזור ולהדגיש קיימות ישיבות קטנות בהן נלמדים לימודי ליבה, ואחר כך בוגריהם מצליחים מאוד בחברה (ראו למשל פסקה 15.8 לעיקרי הטיעון מטעם המשיבים 4-7). הנתונים המובאים אף אינם מצביעים על סיום הלימודים למול נשירה מהלימודים של גברים חרדים. יוער כי ישנם נתונים המצביעים על שיעור נשירה גבוה ביותר, העומד על כ-50% מהסטודנטים הגברים הנושרים במהלך המכינה ובשנה הראשונה ללימודי התואר (ראו דו"ח שנתי "הדרך לשילוב" – נייר מדיניות לעידוד השתלבות האוכלוסייה החרדית בשוק העבודה, בעמ' 16 (מוסד שמואל נאמן, הטכניון, 2012)). הנתונים אף אינם מצביעים על מספר שנות הלימוד שדרושות לצעיר חרדי על מנת להשלים את לימודיו במכינה ועד לקבלת התואר. אין הם מלמדים דבר על הקשיים הרבים הניצבים בדרכם של צעירים אלו, ובכלל זה על הקושי הכלכלי העצום שמוטל על כתפיהם. למעשה, משרד החינוך עצמו ער לכך שהמטרה היא לשלב מספר גדול ככל הניתן של נערים חרדים במסגרות המעניקות לימודי ליבה. משרד החינוך מסכים כי "יתכן ולגבי חלק מאותם נערים, העדר לימודי החול ימנע או יקשה על יכולתם לבחור במסלול של לימודים אוניברסיטאיים או השתלבות בשוק העבודה" (פסקה 64 לכתב התשובה מטעם המשיב 2). הוא אף מסכים כי יש לתמרץ את המוטיבציה של המגזר החרדי ולהגביר את לימודי החול במסגרתו (פסקה 93 לכתב התשובה).

55. המשיבים מוסיפים וטוענים כי גישה המחייבת את כלל הציבור ללמוד לימודי ליבה הינה גישה פטרנליסטית, שכן היא כופה על כלל החברה ראייה ערכית מסוימת. לכך אשיב בשניים. ראשית, פטרנליזם אינה מילת גנאי. החוק הישראלי רצוף בדוגמאות אשר יש בהן משום פטרנליזם. למעשה, בתחום החינוך עצמו קיימת גישה פטרנליסטית מובהקת הבאה לידי ביטוי בחובת החינוך על פי חוק החלה בישראל. כך למשל, הורה המחליט שטובת ילדו היא שלא להצטרף ללימודים כלל יועמד לדין פלילי. הורה המעוניין ללמד את ילדו במסגרת הבית ולא במסגרת בית הספר נדרש לעמוד בשורה של תנאים מחמירים הנוגעים אף לתוכנית הלימודים שתסופק לילדו.



הורה שמעוניין להעניק לבנו חינוך חקלאי בלבד לא יוכל אף הוא לעשות זאת בגדרי החוק. המסקנה היא איפוא כי פטרנליזם ברמה מסוימת הינו מקובל ואף צודק. מכל מקום, וודאי שלא ניתן לנהוג באופן פטרנליסטי ללא הצדקה מספקת, ויש לאזן את תכליות הפעלת הפטרנליזם עם תכליות אחרות. ואכן, בהמשך הדברים אדרש לאוטונומיה החינוכית של ההורים ולאוטונומיה התרבותית של המגזר החרדי. אציין כעת כי גם בעניין זה מדובר באיזון נכון וראוי בין ערכים מנוגדים באופן שיתיישב עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש להדגיש כי הפטרנליזם המופעל בעניין זה אינו מבוסס על הערכות מוסריות שונות, אלא על מציאות החיים בישראל. שנית, פטרנליזם המופנה כלפי ילדים שונה הוא מפטרנליזם המופנה כלפי האדם הבוגר. האחרון יהיה פחות מקובל וידרוש הצדקה משמעותית יותר. לעומת זאת, כאשר מדובר בילד נדרשת במקרים מסוימים התערבות של המדינה המכתיבה דרישות בסיסיות שעל ההורה לקיים כלפי ילדו (ראו יורם רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 567, 585 (בעריכת יורם רבין ויובל שני, 2004)). גם כאן דרוש איזון בין האוטונומיה של ההורה להחליט עבור ילדו, שהיא אוטונומיה רחבה ועליה ארחיב בהמשך הדברים, לבין זכותה וחובתה של המדינה להתערב ולדרוש דרישות בסיסיות מההורה על מנת להבטיח את זכויותיו של ילדו. לבסוף יש להעיר כי למעשה החלטות ההורים עבור ילדיהם, אשר בהן תומכים המשיבים, אף הן מהוות פטרנליזם כלפי הילד שאינו מקבל את ההחלטות ממילא בכוחות עצמו (ראו יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303, 306 (תשס"ב)).

56. בשולי הדברים אוסיף כי ניתן לטעון שהחוק אף פוגע בזכותה של דמוקרטיה להתגונן בכך שהוא אינו מחייב מוסדות חינוך מסוימים בהנחלת ערכים בסיסיים של דמוקרטיה (ראו משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים" משפט וממשל יא 367 (תשס"ח) (להלן: כהן-אליה)). למרות זאת מצאתי לנכון שלא להתמקד בהיבט זה של הדברים, שכן אין הוא נדרש לצורך הכרעה בעניין שהובא בפנינו, וממילא כוללת תוכנית הליכה המחייבת כיום מוסדות חינוך גם בלימודי אזרחות בסיסיים אשר ניתן להתאימם לחברה החרדית (ראו ליפשיץ, בעמ' 909). משכך אין הכרח להיכנס לקשיים ולדילמות שמעוררת סוגיה זו.

57. המסקנה היא, אם כן, כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים פוגע בזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק פוגע בזכות לקבל חינוך, באוטונומיה של הילד ובשוויון ההזדמנויות בחינוך. בעיקר פוגע החוק בכבודו של הילד והנער כאשר נגרעת ממנו ההזדמנות לקבל כלים וידע מעשיר על מנת שתתאפשר לו בחירה חופשית של

מסלול חייו. מסקנה זו מביאה לקיצו את הדיון בשלב הראשון במסגרת הבחינה החוקתית. מאחר שהמסקנה היא כי החוק הנידון פוגע בזכות חוקתית עלינו לעבור לשלב הבא של הבחינה החוקתית שעניינו בשאלה האם פגיעה זו הינה כדין. שלב זה מוביל אותנו לדיון בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאחר שדיון זה יצריך עיסוק בזכויות ואינטרסים נוספים, שהם תכליתו של החוק לטענת המשיבים, נפרוש תחילה את מהותן של זכויות אלו. הזכויות האמורות בעיקרן הינן הזכות לאוטונומיה הורית בחינוך הילד, והזכות לתרבות של המגזר החרדי.

הזכות לאוטונומיה של ההורים בחינוך ילדיהם והזכות לתרבות של המגזר החרדי

58. הורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם (סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית)). ככאלה שמורה להם "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו" (סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית). ההורים מחויבים לדאוג "לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית).

59. ככלל נתונה להורים זכות יסודית לאוטונומיה בגידול ילדיהם הנובעת בראש ובראשונה מהקשר הטבעי שבין הורה לבין ילדו והיא טבועה בו. שיקולים נוספים המצדיקים אוטונומיה בגידול הילדים נובעים מההנחה כי ההורים, המופקדים על התא המשפחתי ומכירים אותו על כל היבטיו, יקבלו את ההחלטות הטובות ביותר עבור הילד. צידו השני של המטבע עניינו בכך שגורמים חיצוניים למערכת המשפחתית לא תמיד יוכלו לקבל את ההחלטות הטובות ביותר עבור הקטין, כאשר ברבים מהמקרים מדובר בהחלטות אשר כורכות היבטים רגשיים מורכבים ביותר. עוד נוהגים להצדיק את הזכות לאוטונומיה ההורית בכך שפעמים רבות מדובר בשאלות שאין עליהן קונצנזוס חברתי. ולבסוף יש להביא בחשבון כי ההורים הם אלו שיצטרכו ראשונים להתמודד עם המשמעות המעשית של ההחלטה (רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני-קטין, פ"ד נא(4) 830, 860 (1997) (להלן: רע"א 5587/97); עניין פלוני, בעמ' 236). האוטונומיה המוענקת להורים, אם כן, היא רחבה ומשמעותית, ושוללת לרוב את התערבותם של גורמים חיצוניים למערכת המשפחתית (דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004) (להלן: עניין פלונית)). ראוי להדגיש, עם זאת, כי האוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם אינה זכות מוחלטת, והיא כפופה תמיד לצרכי הילד, לטובתו ולזכויותיו (עניין

פלונית, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין פלונים, בעמ' 235; גרין, בעמ' 25).  
 "[ש]זכותו של הילד עשויה לדחוק במקרים מסוימים את זכויותיהם של הוריו" (עניין  
 דויד, בעמ' 461). כך למשל מסמיך סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית את בית  
 המשפט לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של הקטין. סעיף  
 זה אין עניינו בהורים המזניחים את ילדיהם או שאינם ממלאים כלפיהם את חובתם,  
 אלא שהוא מבטא בחובו את התפיסה לפיה למדינה יש תפקיד מסוים בשמירת טובתם  
 של הקטינים:

"... (התערבות המדינה) מבוססת על האידיאולוגיה שאומצה בחוקי ארצנו, אשר לפיה יש לשריין למדינה תפקיד בשמירת טובתם של קטינים, וזאת על חשבון האוטונומיה של ההורים. על ההורים לדעת כי בנסיבות מסוימות רשאית המדינה להעמיד במבחן שיפוטי את השאלה, האם האופן שבו הם מייצגים את טובת ילדיהם עומד בקריטריונים ראויים" (דן שניט "כושרו המשפטי של הקטין וסמכות ההורים לייצגו" חברה ורווחה ו 7, 17 (1984); כן ראו רע"א 5587/97, בעמ' 847).

לצד זאת יודגש כי על מנת להצדיק התערבות באוטונומיה של ההורים כלפי ילדיהם תידרש התקיימותה של עילה מיוחדת ויוצאת דופן (רע"א 5587/97, בעמ' 862).

60. הזכות היסודית לאוטונומיה של הורים בגידול ילדיהם נוגעת כמובן גם לתחום החינוך. זכות זו, שלצידה החובה של ההורים לדאוג לחינוך ילדיהם, מעניקה להורים את האוטונומיה לקבל החלטות בכל הנוגע לחינוך ילדיהם (עניין פלונים, בעמ' 235; עניין טבקה, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה), ובמסגרת זו אף לבחור את החינוך הרצוי בעיניהם לילדיהם. עם זאת, גם בעניין זה "המדינה תתערב כל אימת שהחלטות ההורים ובחירותיהם אינן עולות בקנה אחד עם זכויות הילד וטובתו" (עניין פלונים, בעמ' 238; גרין, בעמ' 27). בסוגיה זו מתעורר לעיתים המתח בין האוטונומיה של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם כראות עיניהם לבין חובתה של המדינה להבטיח חינוך מינימאלי נאות והולם לכל ילדי ישראל:

"בסוגיית חינוכו של הדור הצעיר מצויות שתי זכויות-חובות יסוד : האחת - זכותם-חובתם של ההורים להקנות חינוך נאות לילדיהם, ודעתם-השקפתם בדבר חינוך נאות מהו היא ללא ספק בעלת משקל רב וחשובה מאוד ; והשניה - זכותה-חובתה של המדינה, באמצעות מוסדותיה שהוסמכו לכך, לדאוג להקניית חינוך נאות בצורה מאורגנת ומתוכננת, הקבועה בחוק, ואף זכות-

חובה זו בעלת משקל רב היא וחשובה מאוד. כדי לעמוד בשתי זכויות-חובות אלה קובע החוק מצד אחד, דרך משל, סוגים שונים של בתי-ספר שבהם קיימות מגמות חינוך שונות, כגון ממלכתי, ממלכתי-דתי ובתי-ספר מוכרים אחרים ומצד שני - הוראות שונות שיש בהן משום טובת הציבור ותקנתו, כגון הדאגה לאיכלוס הכיתות וריכוז התלמידים בבית-הספר, סדרי הרשמה וענינים מינהליים- תכניים רבים אחרים, ואחרון אחרון חשוב - מגמה של אינטגרציה למען הרבות במאחד ובשווה בחינוכו של הדור הצעיר. שתי מגמות יסוד אלה מתרוצצות הן בקרב תחום רגיש זה של מערכת החינוך ודרושות זהירות וגמישות מרובות בניווט ביניהן. ואכן יש, ובמקרה מסויים תועדף המגמה האחת על פני השניה" (בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד לב(2) 253, 265 (1978)).

61. האוטונומיה החינוכית של ההורים נתפסת כחלק מזכות האדם למימוש עצמי. "שמירת האוטונומיה החינוכית בחינוך הפרטי היא ערך חשוב שיש לכבדו במסגרת ההגנה על זכות האדם למימוש עצמי, בכפוף להבטחת שמירתם של ערכי החינוך היסודיים כמשמעותם בחוק חינוך ממלכתי" (עניין ועד פוריה, בעמ' 221). כמו כן היא מהווה היבט של הזכות לחינוך שעניינה בזכות להשפיע על תכני החינוך או לבחור את החינוך (רבין, בעמ' 111). זכות זו מהווה ביטוי לאוטונומיה של הפרט ולזכותו לחירות ולכבוד. כן היא קשורה קשר הדוק לזכותו של אדם לתרבות (רבין, בעמ' 112-113), זכות שעליה ארחיב בהמשך הדברים (ראו גם הראל בן שחר, בעמ' 285). הזכות להשפיע על תכני החינוך נתונה, בדרך הטבע, להורים עבור הילד שלמצער בגיל צעיר אינו מסוגל לקבל החלטות מושכלות ורציונאליות בעצמו. ההנחה היא כי ההורה יקבל עבור ילדו את ההחלטות הטובות ביותר, וכי אף להורה עצמו יש אינטרס לגיטימי בבחירת החינוך של ילדו (רבין, בעמ' 120-122). ההתערבות באוטונומיה החינוכית הנתונה להורים תיעשה רק במקרים בהם הפגיעה בזכותו של הילד היא קשה וחמורה. כך למשל פסק בית המשפט לעניינים מנהליים (מפי השופט גרוניס כתוארו דאז) כי יש לבטל צו סגירה לבית ספר אשר עמד בתוכנית הלימודים כנדרש, אך נמצא על ידי משרד החינוך כי רמתו אינה מספקת והדרישות הפדגוגיות אינן מתקיימות במידה נאותה. נקבע כי אין מדובר בפגיעה חמורה המצדיקה התערבות באוטונומיה של ההורים שסברו כי בבית הספר מוענק חינוך ראוי לילדיהם (עת"מ (תל-אביב-יפו) 1294/01 בית 199 עתיד נ' משרד החינוך (29.8.01)). דוגמא נוספת לאיזון המתחייב בין התערבות המדינה לבין האוטונומיה של ההורים בחינוך ילדיהם ניתן למצוא בנהלי משרד החינוך בנוגע לחינוך ביתי. עמדת משרד החינוך היא שמקומם של תלמידים בגיל לימוד חובה הוא במסגרת מוסדות החינוך (חוזר מנכ"ל משרד החינוך 3.1-37 בנושא החינוך הביתי). למרות זאת, לאור השיקול בדבר האוטונומיה של ההורים

בקבלת החלטות בענייני חינוך ילדיהם, מאשר משרד החינוך בקשות לחינוך ביתי. אלא שבקשות אלו מאושרות לאחר עמידה בשורה של תנאים הקבועים בחוזר המנכ"ל, וביניהם החובה לחשוף את הילד לתחומי ידע שונים בהיקף של 55% לפחות מתחומי הידע שבתוכנית הליכה במערכת החינוך (סעיף 3.4 לחוזר; כן ראו בג"ץ 6672/07 זינגרד נ' משרד החינוך (30.3.09)).

62. הזכות הקבוצתית לתרבות היא הזכות המרכזית השניה הרלוונטית לעניין חוק מוסדות חינוך תרבותיים. זכות זו מתבססת על ההבנה כי התרבות ממלאת תפקיד מכריע בחברה דמוקרטית בה משולבות קבוצות תרבותיות שונות, כמו גם בעיצוב אישיותו של הפרט, בהיותה חלק מהזכות למימוש האוטונומיה של הרצון הפרטי ושל יכולת הבחירה של הפרט (אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93, 99 (בעריכת מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר, 1998) (להלן: מרגלית והלברטל); שטופלר, בעמ' 197; גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23, 27-28 (תשס"ג); מאוטנר, בעמ' 370 ואילך). מדובר בזכות חדשה יחסית בשיח זכויות האדם, והיא מהווה כר פורה להתדיינות ומחלוקות רבות בנוגע להיקפה ואופן יישומה (שטופלר, בעמ' 197). כחברה רב תרבותית כמו זו שלנו, המכילה מיעוטים שונים בתוכה, מכיר המשפט הישראלי גם בזכות לתרבות של קבוצות מסוימות, ונותן לה משקל בהכרעות שיפוטיות. "החברה הליברלית הרב תרבותית מבוססת יותר מכול על ערך הסובלנות, ומכירה בכלל התרבויות כראויות להגנה על מנת לתת לפרט לממש את אוטונומיית הרצון הפרטי, ולספר את סיפור חייו" (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (5.1.11) (להלן: עניין רגן); על רב-תרבותיות באופן כללי ובמדינת ישראל ראו בספרו של מאוטנר). כך גם קבעה השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (14.6.10) (להלן: עניין יקותיאל):

"ההגנה על הייחודיות המגזרית היא זכותה, ואפשר אף מחובתה של חברה דמוקרטית, המצווה להכיר בקיומן ובצרכיהן של קהילות בעלות תרבות, מסורת ואורחות-חיים משלהן, החיות בקרבה. המרקם האנושי המגוון של חברה חופשית מתיישב ומשתלב בקיומן של קבוצות רב-תרבותיות, בעלות אופי וסגנון משלהן, המבקשות לשמר את דרכן המיוחדת" (עניין יקותיאל, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

הזכות לתרבות מתעצמת ככל שמדובר בזכותו של המיעוט לשמר ולקדם את תרבותו הייחודית על פי אמונתו ואורחות חייו (רבין, בעמ' 115; עניין אלקואסמי; אלון

הראל ואהרון שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה ציבורית" עלי משפט ג' 71, 89 (2003) (להלן: הראל ושנרך)). מקובל להתייחס לזכות לתרבות בשלוש רמות: הזכות לקיים ללא הפרעה אורח חיים ייחודי כל עוד אין הוא פוגע בזולת; הזכות להכרתה של החברה באורח החיים של הקהילה המתנהל על פי אמונתה; והזכות לקבל תמיכה באורח החיים הקהילתי מצד מוסדות המדינה על מנת לאפשר למורשת התרבות של הקבוצה לשגשג (מרגלית והלברטל, בעמ' 97). אומר בקליפת אגוז כי אני תומכת בהכרה בערך התרבותי-דתי המהווה ערך מרכזי בעל משקל משמעותי, שאינו נמצא בשולי מעגל הזכויות והאינטרסים, אלא בתוכו ובמרכזו (ראו גונטובניק, בעמ' 156).

63. על אף מעמדה ומשקלה המשמעותי של הזכות לתרבות, גם זכות זו אינה מוחלטת ויש לאזנה אל מול זכויות, ערכים ואינטרסים נוגדים ומתנגשים. "גם חברה המכבדת את התרבויות השונות של חברה צריכה לשים גבולות, שכן לא ניתן להגשים כל פרקטיקה תרבותית כדי מלוא היקפה" (עניין רגן, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; כן ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל: לחיות את הסתירות" בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 632 (בעריכת יורם רבין ויובל שני, 2004) (להלן: גונטובניק, הזכות לתרבות)). הזכות לתרבות הינה זכות מורכבת המעוררת קשיים ומחלוקות רבים במדינות ליברליות, בייחוד כאשר קבוצת המיעוט הדורשת את מימושה של הזכות לתרבות מטמיעה ומטפחת מנהגים שאינם מכבדים את זכויות הפרט הנהוגות במדינה ליברלית (מרגלית והלברטל, בעמ' 93). משכך נוצרות התנגשויות בין זכות התרבות של הקבוצה לבין זכויות הפרט של חברה כפי שהן נתפסות על ידי חברה ליברלית. כן עשוי להיווצר מתח טבעי בין הזכות לתרבות לבין זכויות אחרות, ערכים ואמונות שאינם מתיישבים עם ערכים בסיסיים של החברה הליברלית ושל ציבור שאינו משתייך לקהילה. מתחים אלה דורשים עריכת איזונים עדינים שיקבעו בהתאם למהות זכויותיו של המיעוט כקבוצה לבין האופי והחומרה של ההגבלות המוטלות על הציבור שמחוץ לקבוצה מכוח זכויות אלה (מרגלית והלברטל, בעמ' 103; ראו גם הראל ושנרך, בעמ' 90; אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט' 47, 84, 88 (תשס"ז) (להלן: רובינשטיין)). העוסקים בתחום שרטטו קווים שונים לאיזון בין הזכות לתרבות והשאיפה לאפשר קיום חברה רב תרבותית לבין השמירה על זכויות הפרט. כך למשל מקובל כי אין לאפשר לקבוצות התרבותיות למנוע יציאת פרטים מתוך הקהילה, ולא ניתן לכפות על הפרט להשתייך לקהילה (מרגלית והלברטל, בעמ' 103; רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל – בעקבות מאמרו של איסי רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג' 559, 570 (2000); מאוטנר, בעמ' 304, 388, 390, 393, 395-396; ליפשיץ, בעמ' 902). כמו כן יש הטוענים כי אין

לאפשר לקבוצות המיעוט לפגוע בחופש הבחירה של הפרט (ראו רימלט, בעמ' 121); ויש הסבורים כי אין לחייב מימוש מלא של אידיאל האוטונומיה האישית (כהן-אליה, בעמ' 380; על התיאוריות השונות ועל ההבדל בין ליברליזם כוללני לליברליזם פוליטי ראו למשל אצל מאוטנר, בעמ' 301 ואילך). פרופ' מאוטנר העלה בספרו הצעה לפיה יש לבחון פרקטיקות תרבותיות בהתאם לדוקטרינה של זכויות האדם ולמושג כבוד האדם (מאוטנר, בעמ' 400-417), מהלך דומה לזה שנעשה למעשה על ידינו באמצעות בחינתו של החוק במשקפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש כאלה שמוסיפים הבחנה באשר לקבוצות תרבות דתיות בין נורמות שהדת מחייבת לבין נורמות שהדת מאפשרת (רובינשטיין, בעמ' 89). מכל מקום, נראה כי קיימת הסכמה גורפת לפיה הרב תרבותיות אינה אבסולוטית, אלא יש לצייר קווים מגבילים כלשהם גם לתרבויות המיעוט (ראו רובינשטיין, בעמ' 84-86).

64. הזכות לתרבות יכולה לבוא לידי ביטוי במסגרת הזכות לחינוך. לקבוצות תרבותיות ישנה זכות קבוצתית להשפיע על תכני החינוך של ילדיהם. הזכות כוללת חירות המוענקת לקבוצות מיעוט מוכרות לקיים זרם חינוך או בתי ספר פרטיים מיוחדים המשמרים את תרבותן וייחודן (רביץ, בעמ' 119, 124-125). מאחר שהמגזר החרדי ודאי יכנס להגדרת קבוצה הזכאית לזכות לתרבות (ראו מרגלית והלברטל, בעמ' 97) גם מוסדות החינוך שלו זכאים לכל הפחות להכרה של המדינה. ואכן, בפרשת "נוער כהלכה" (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (6.8.09)) (להלן: עניין "נוער כהלכה") הוכרה הזכות לחינוך מגזרי. "זכותה של קהילה לחינוך מגזרי – חינוך התואם את תפיסת עולמה הייחודית – מבטאת את זכותו של כל אזרח ללמוד במוסד התואם את תפיסת עולמו" (שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט לוי). יוער כי זכות זו טרם הוכרה בישראל כזכות חיובית, ולפיכך תקצובם של מוסדות חינוך מגזריים נתונה במציאות הנורמטיבית כיום לשיקול דעתו של משרד החינוך (שם, פסקאות 14, 15 לפסק דינו של השופט לוי). לצד זאת, הוכרו גם מגבלותיה של זכות זו ונקבע כי "אין בזכותה של קהילה לחינוך מגזרי כדי להפחית מחובותיה של המדינה להתוות מדיניות שוויונית, לפקח על ביצועה ולקבוע תכני ליבה כאמור בחוק" (שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט לוי; כן ראו עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 55; עניין אלקסלטי; רובינשטיין, בעמ' 90). כמו כן, הוגים רבים בתחום הרב תרבותיות במדינה ליברלית, ואף אלו הסבורים כי יש להמעיט בהתערבות המדינה בפרקטיקות השונות של קבוצות מיעוט ("רב-תרבותיות עבה"), סברו כי יש להנחיל "גרעין קשה" של חינוך לכלל הילדים במדינה (ראו מאוטנר, פרק 11, ובפרט בעמ' 395, הסוקר הן גישות של ליברליזם של אוטונומיה והן גישות של ליברליזם של גיוון תרבותי; ליפשיץ, בעמ' 909).

איני רואה צורך להיכנס במסגרת דיון זה לשאלה האם הזכויות האמורות הינן זכויות ברמה החוקתית, אם לאו. גם אם נניח כי אכן מדובר בזכויות המוגנות חוקתית הרי שנדרש איזון בינן לבין הזכויות הנפגעות, כאשר איזון זה יערך במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה (ראו אהרן ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" ספר יצחק אנגלרד 227 (תש"ע)).

65. לסיום חלק זה יש להדגיש כי לטעמי בעניין זה אין לערב את הזכות לחופש דת (על זכות זו ומעמדה ראו בעניין "נוער כהלכה", פסקה 6 לפסק דינו של השופט מלצר). המשיבים עצמם מבהירים שגם במגזר החרדי יש בתי ספר המלמדים לימודי ליבה, ומשכך פתוחה הדרך להורי המגזר לבחור את בית הספר העדיף בעיניהם. מכאן כי מניעת לימודי הליבה בשנות הלימודים העל-יסודיים אינה עניין של השקפת עולם דתית, אלא יותר עניין תרבותי. אף העובדה שלימודי ליבה נלמדים בהיקף מסוים בשנות בית הספר היסודי מצביעה על כך שאין התנגדות עקרונית-דתית ללימודי חול, אלא התנגדות חינוכית-תרבותית ללימודים אלו בשנות בית הספר העל-יסודי. יוער כי קהילות מקבילות של המגזר החרדי בחו"ל מקיימות לימודי חול בשנות בית הספר העל-יסודי (ראו כהן-אליה, בעמ' 416). המסקנה מהאמור היא כי הזכות לחופש דת אין מקומה במסגרת זו, שעניינה כאמור הוא תרבותי (כהן-אליה, בעמ' 409; כן ראו שם, בעמ' 415 על היחס בין חופש הדת לבין הזכות לתרבות; מאוטנר, בעמ' 376).

השלב השני: פסקת ההגבלה

66. כאמור, הגענו למסקנה כי החוק הנידון פוגע בזכויות חוקתיות. מכאן יש לעבור ולבחון האם הפגיעה הינה כדין. בחינה זו נעשית בהתאם לדרישותיה של פסקת ההגבלה המופיעה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק  
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית  
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק  
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

פסקת ההגבלה הינה ביטוי לתפיסה כי זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד אינן מוחלטות כי אם יחסיות, וכי יש לאזן עם זכויות ואינטרסים נוספים. "פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם" (עניין התנועה לאיכות השלטון,



בעמ' 692; עניין חסון, פסקה 52 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

67. פסקת ההגבלה כוללת ארבעה תנאים שרק בהתקיימותם באופן מצטבר תתאפשר הפגיעה בזכות המוגנת על ידי חוק היסוד. ארבעת התנאים הם: א. הפגיעה בזכות חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו; ב. החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל; ג. החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה. ד. החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. באשר לתנאי הראשון אין חולק כי הוא מתקיים בעניין דנן ולפיכך נעבור לבחינת יתר תנאי פסקת ההגבלה.

ערכיה של מדינת ישראל ותכלית ראויה

68. האם חוק מוסדות חינוך תרבותיים הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה? לטעמי התשובה לשאלה זו היא חיובית. ערכיה של מדינת ישראל אינם מוגדרים בפסקת ההגבלה, אך נפסק כי ניתן ללמוד על ערכים אלו מפסקת המטרה שבסעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המדברת בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 53 (2005) (להלן: עניין דיזיין); עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). מטרתו של החוק הנידון הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

69. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית מאז הקמתה. מגילת העצמאות הניחה שתי אבני יסוד אלה כמסד להוויתה. העם היהודי שב למולדתו, לארץ ישראל, להקים כאן את ביתו הלאומי לאחר השואה. תמצית קיומה והוויתה של המדינה – היותה יהודית ודמוקרטית. התפיסה כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית מהווה עיקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו (עניין דיזיין, בעמ' 53; א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21, 65 וההפניות שם (2003) (להלן: עניין טיבי)). להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ישנם שני היבטים: ההיבט הציוני וההיבט המורשת-הלכתי (עניין דיזיין, בעמ' 53). החוק עוסק באופן מפורש במגזר החרדי ומבקש להעניק לו אוטונומיה חינוכית. למעשה, אף שהדבר אינו נאמר במפורש בהצעת החוק, מטרתו המרכזית של החוק היא למנוע התערבות בתכני הלימוד הנלמדים במוסדות חינוך חרדיים בכיתות ט' עד י"ב. מוסדות חינוך אלו מאמינים כי בשנים אלו אמור הבחור הצעיר להקדיש את כל עיתותיו ללימוד תורה. החוק בא לקדם ערך זה של

התמסרות ללימוד התורה (ראו דבריו של ח"כ מיכאל מלכיאור בדיון על הצעת החוק בכנסת מיום 23.7.08). ערך זה, לא ניתן לחלוק, מקדם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. תורת ישראל היוותה את הבסיס להיווצרותו של העם היהודי וסביבה נקשר ואוחד העם היהודי. לאורך כל הדורות ראה העם היהודי בלימוד התורה ערך בסיסי ועליון. אחרי מותו של משה מנחה ה' את יהושע אשר מונה להנהיג את העם:

”לֹא יָמוּשׁ סֵפֶר הַתּוֹרָה הַזֶּה מִפִּיךָ וְהִגִּיתָ בוֹ יוֹמָם וְלַיְלָה לְמַעַן תִּשְׁמֹר לַעֲשׂוֹת כְּכֹל הַכְּתוּב בוֹ כִּי אֲזַ תְּצַלִּיחַ אֶת דְּרָכְךָ וְאֲזַ תִּשְׁפִּיל” (יהושע א, ח).

במשנה מוכרת עליונותו של ערך התלמוד תורה על פני יתר המצוות:

”אֱלוֹ דְבָרִים שְׂאִין לָהֶם שְׁעוֹר:  
הַפָּאָה, וְהַבְּכוּרִים, וְהַרְאָיוֹן,  
וּגְמִילוֹת חֲסָדִים, וְתִלְמוּד תּוֹרָה.  
אֱלוֹ דְבָרִים שְׂאָדָם אוֹכַל פְּרוּתֵיהֶם בְּעוֹלָם הַזֶּה,  
וְהַקָּרֵן קִיָּמַת לוֹ לְעוֹלָם הַבָּא:  
כַּבוּד אָב וְאָם,  
וּגְמִילוֹת חֲסָדִים,  
וְהַבָּאָת שְׁלוֹם בֵּין אָדָם לְחֵבְרוֹ;  
וְתִלְמוּד תּוֹרָה כְּנֶגֶד כָּלֵם” (משנה פאה א א).

אף להלכה פסק הרמב"ם כי-

”כל איש מישראל חייב בתלמוד תורה בין עני בין עשיר בין שלם בגופו בין בעל יסורין בין בחור בין שהיה זקן גדול שתשש כחו אפילו היה עני המתפרנס מן הצדקה ומחזור על הפתחים ואפילו בעל אשה ובנים חייב לקבוע לו זמן לתלמוד תורה ביום ובלילה שנאמר והגית בו יומם ולילה” (רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה ח).

(ראו עוד על כך אצל אריה אדרעי "על סף בית-המדרש – דילמות מן העבר ואתגרי ההווה" עיוני משפט כז 193 (2003); עניין יקותיאל, פסקאות 4-5 לפסק דינו של השופט לוי). מכאן ברי כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

70. החוק אף הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שעיקרם במאפיינים בסיסיים של העקרונות הדמוקרטיים המבוססים על ריבונות העם, בחירות חופשיות ושוות, הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד האדם והשוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית (ראו עניין טיבי, בעמ' 23). הוא

בא להגן על האוטונומיה של קבוצת מיעוט בחינוך ילדיה. בכך הוא תואם את ערכיה של מדינה דמוקרטית המעוניינת להבטיח לאזרחיה אוטונומיה רחבה בקבלת החלטות המשפיעות על חייהם וחיי ילדיהם, תוך מתן אפשרות למימוש אמונותיהם באשר לדרך החיים הראויה בעיניהם. בכך הוא אף מגן על זכויות קבוצות המיעוט אשר מעוניינות לשמר את ערכיהן, תרבותן ואורח חייהן. האוטונומיה החינוכית של הורים בכלל, ושל קבוצות מיעוט בפרט, מוכרת אף על ידי אמנות בינלאומיות. כך למשל, סעיף 13(3) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) קובע כי-

”מדינות שהן צד באמנה זו מתחייבות לכבד את חופש ההורים, ובאשר הדבר יש, את חופש האפוטרופסים החוקיים, לבחור לילדיהם בתי ספר אחרים מאלה שהוקמו בידי הרשויות הציבוריות, הממלאים אחרי נורמות המינימום בתחום החינוך, כפי שהמדינה עשויה לקובען או לאשרן, ולהבטיח כי חינוכם הדתי והמוסרי של ילדיהם יהיה בהתאם להכרתם.”

מכאן המסקנה הברורה כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

71. החוק אף נועד לתכלית ראויה. ”תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן” (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כפי שפירטתי לעיל, בבסיס החוק עומדות זכויות חשובות שעניינן באוטונומיה של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם ולהשפיע עליו, ובזכות לתרבות של המגזר החרדי. תכליות אלו הן ראויות ועולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה. הן באות להשיג מטרות חברתיות מהותיות (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 697, 700). מכאן מתבקשת המסקנה כי החוק נועד לתכלית ראויה.

נותר, אם כן, לדון בתנאי האחרון של פסקת ההגבלה, שעניינו בשאלה האם החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש.

תנאי המידתיות

72. דרישת המידתיות בודקת את היחס בין התכלית הראויה בבסיס החוק הפוגע לבין האמצעים שבחר המחוקק לצורך הגשמת תכלית זו (עניין חסון, פסקה 58 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). ”אין די בכך שהתכלית היא ראויה. יש להגשימה באמצעים

ראויים" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 705). הפסיקה התוותה שלושה מבחני משנה לצורך בחינת התקיימותו של תנאי המידתיות: מבחן הקשר הרציונאלי, הבודק את מידת ההתאמה בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר להגשים מטרה זו; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הבוחן האם לצורך הגשמת תכלית החוק נבחר אמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא הנמוכה ביותר מבין האמצעים האפשריים; ומבחן המידתיות במונח הצר שמשמעותו היא קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון הצומח מהפגיעה (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (21.2.12) (להלן: עניין רסלר)).

מבחן המידתיות אינו מוביל בהכרח לתוצאה אחת נכונה. למחוקק נתון "מתחם מידתיות" שבמסגרתו רשאי הוא לבחור אחת מהאפשרויות הנמצאות באותו מתחם. גבולותיו של מתחם זה נקבעים על ידי בית המשפט בכל מקרה קונקרטי, וזאת בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. "בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידו חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי-מידתי באופן ברור" (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ראו גם עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 708). יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק:

"דרישת המידתיות מציבה מבחן גמיש. לא פעם ניתן להצביע על פתרונות אחדים, המקיימים את דרישותיו. במצב דברים זה על השופט להכיר בחוקתיותו של החוק. אכן, נקודת המוצא העקרונית הינה, כי תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון – העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על-פי עקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידי הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית-המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית-המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 386).

נעבור לבחון, אם כן, בנפרד כל אחד ממבחני המשנה של תנאי המידתיות.

73. מבחן המשנה הראשון הינו מבחן הקשר הרציונאלי. על מנת שיתקיים מבחן זה יש להראות כי קיים קשר של התאמה בין האמצעי למטרה. יש לשים לב כי יתכנו מספר אמצעים להשגת אותה מטרה. כמו כן לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה באופן מוחלט וודאי (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 706). החוק דנן פוטר את מוסדות הלימוד החרדים בכיתות ט' עד י"ב מכל פיקוח על תכניהם ומכל מחויבות לתכנים עליהם מורה משרד החינוך באשר לכלל בתי הספר במדינת ישראל. בכך הוא משיג אוטונומיה מלאה למגזר החרדי בנוגע לחינוך ילדיו ומגשים את זכותם לתרבות. מכאן כי החוק ממלא אחר תנאי מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה.

74. מבחן המשנה השני הינו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, המכונה גם מבחן הצורך. להבנת מהותו של מבחן זה הציב בית משפט זה דימוי של סולם, אשר שלביו הינם האמצעים שעליהם מטפס המחוקק לצורך השגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור בשלב זה של הסולם שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה ביותר (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 385; עניין יקותיאל, פסקה 45). התפישה העומדת בבסיס מבחן זה היא למנוע פגיעה בזכות החוקתית מעבר לנדרש לצורך השגתה של התכלית הראויה שבבסיס החוק הפוגע (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 707). יש להדגיש כי המבחן אינו דורש עצירה בטיפוס בשלבי הסולם ברגע שהושגה חלק ממטרת החוק, כי אם עצירה בשלב בו תושג המטרה במידה דומה לזו המושגת על ידי החוק. במילים אחרות "מבחן הצורך אינו דורש אפוא בחירה באמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר או שפגיעתו היא קטנה יותר, אם אין בכוחו של אמצעי זה להגשים את מטרת החוק באופן שווה ערך לזה של האמצעי שנבחר בחוק" (אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 395 (2010) (להלן: ברק-מידתיות)). לטעמי גם מבחן זה מתקיים בענייננו. החוק משיג הגשמה מלאה וכמעט מוחלטת של האוטונומיה החינוכית במגזר החרדי ככל שמדובר בתלמידי כיתות ט' עד י"ב. למעשה מבחינת תכני הלימוד אין כל הגבלה על האוטונומיה של המוסד החינוכי החרדי מלבד הקביעה כי "תכנית הלימודים בו ואורח הפעילות במסגרתו אינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 2(ב)(1) לחוק). אמנם ניתן להצביע על אמצעים אחרים ששייגו את המטרה באופן חלקי, אך העותרים לא הצביעו על אמצעים אחרים שיש בהם כדי להשיג את המטרה המוגשמת על ידי החוק באותה מידה ובאופן כמעט מלא באמצעות פגיעה קלה יותר בזכויות האמורות.

75. מבחן המשנה השלישי הינו מבחן המידתיות במובן הצר. זהו מבחן של איזון. בהתאם למבחן זה יש לבדוק האם מתקיים "יחס ראוי... בין התועלת הצומחת מהגשמת

התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית" (ברק-מידתיות, בעמ' 419; כן ראו עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 707). על מבחן זה אמר הנשיא ברק:

"קיים שוני מהותי בין מבחן המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר, על-פיהם, כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, הפגיעה בזכות האדם – היא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

76. בעניין דנן נדרש לבחון את היחס בין הפגיעה בזכות לחינוך ובזכות לאוטונומיה של ילדי המגזר החרדי על ידי חוק מוסדות חינוך תרבותיים, אל מול התועלת המושגת בחוק זה בהענקת אוטונומיה מלאה להורי המגזר החרדי בחינוך ילדיהם בישיבות הקטנות, ובהגשמת הזכות לתרבות של מגזר זה. לטעמי באיזון זה החוק נכשל. עמדתי לעיל בהרחבה על חשיבות הזכויות החוקתיות הנפגעות על ידי החוק. הזכות לקבל חינוך של הילדים הלומדים במוסדות עליהם חל החוק; זכותם לאוטונומיה ולמימוש עצמי; זכותם לקבל הגנה שווה של החוק כפי שמקבל כל ילד ישראלי אחר שהוריו מחוייבים לשולחו למוסד המלמד לימודי ליבה. הדגשתי את החשיבות היתרה המיוחסת במשפט הישראלי להגנה על זכויותיהם של ילדים ונערים שטרם בגרו. "ככל שיקר ומקודש הוא כבוד האדם, כבודו של ילד מקודש פי כמה, משהוא זקוק להגנת החברה אף יותר מן המבוגר" (עניין טבקה, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

77. הבחינה המשולבת של מידת הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של הנערים שהינה מקיפה ורחבה, ושל התועלת שבחוק כמפורט לעיל, מובילה למסקנה שהאמצעי שנבחר בחוק אינו מידתי. כאמור, למחוקק נתון מתחם תמרון חוקתי ומידתי שבמסגרתו יכול הוא לבחור מתוך סל מלא אמצעים את האמצעים אשר הוא מעדיף להשתמש בהם לצורך השגת המטרה העומדת בפניו. לטעמי המחוקק בחר במקרה זה באמצעי הנמצא מחוץ לסל זה. למעשה החוק אינו מקיים כל איזון במסגרתו בין הזכויות האמורות- הזכות לקבל חינוך והזכות לאוטונומיה של הילד מצד אחד, אל מול הזכות לאוטונומיה של ההורים והזכות לתרבות, מצד שני. החוק מעדיף כמעט באופן מוחלט את זכויותיהם של ההורים ושל המגזר, שכן הוא לא קובע ולו פיקוח מינימאלי על התכנים הנלמדים בכיתות ט' עד י"ב. גם אם נניח כי משני הצדדים ניצבות זכויות חוקתיות שוות מעמד, דבר שאין צורך להכריע בו לענייננו, הרי שלרוב נדרש איזון בין הזכויות החוקתיות, כך שאף אחת מהזכויות לא תישאר מוחלטת ובמלוא היקפה, או כפי שביטאה זאת השופטת פרוקצ'יה:

"בין זכויות חוקתיות שוות מעמד אין לתת הגנה מלאה לזכות האחת על חשבון פגיעה מלאה בזכות האחרת, אלא יש לחתור לקיומן בצוותא תוך אפשרות גריעה הדדית מהן" (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(3) 443, 467 (2004)).

ובמקום אחר:

"האיזון הראוי בין זכויות מתנגשות המצויות ברמה חוקתית דומה לא יהא, על פי רוב, בדרך של ביטול האחת, על חשבון רעותה, אלא בנסיון לאזן ביניהן, תוך הכרה בצורך בויתורים הדדיים ביניהן כדי להגשים הסדר נאות במקרה נתון" (בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008)).

וברוח דומה אמר הנשיא ברק:

"לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התיזה מצויה האנטיתזה. עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו" (ע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 308

225). הפתרון לניגודים אלה אינו בהתעלמות מעקרון או ערך אחד והעדפתו המלאה של הערך האחר. הדרך הראויה בה יש לנקוט היא בהעמדת עקרונות אלה זה בצד זה, מתן משקל ראוי לכל אחד מהם, ואיזון בין העקרונות בנקודת החיכוך" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523-524 (1992)).

78. איני מקבלת את טענות המשיבים כי נערכו איזונים שונים על ידי המחוקק במסגרת החוק. כך למשל, העובדה שנקבע מימון של 60% בלבד למוסדות אלו אינו רלוונטי לאיזון הזכויות שהיה על המחוקק לערוך. יתכן כי יש למימון מופחת זה השפעה על זכויותיו של הציבור הכללי, אך אין בו כדי למתן ולו במעט את הפגיעה הנגרמת לזכויות הנערים. כך גם באשר לחיוב המוסדות ללמד תכנים שאינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אין אף בהגבלה זו כדי למתן את הפגיעה בזכות לחינוך ובזכות לאוטונומיה של התלמידים, אלא לכל היותר למתן את הפגיעה באינטרס הציבורי בהנחלת ערכים בסיסיים משותפים לכלל הציבור (ראו הראל בן שחר, בעמ' 320-321). המשיבים מוסיפים וטוענים כי העובדה שלימודי ליבה נלמדים במוסדות החינוך החרדים לבנות מאזנת את הפגיעה. איני רואה כיצד אפשר לקבל שאי פגיעה בבנות במוסדות החינוך החרדים ממתנת את הפגיעה בבנים הלומדים במוסדות חרדים אחרים שם לימודי הליבה אינם נלמדים. הפגיעה בזכות חוקתית של הפרט היא מנקודת מבטו של כל פרט ופרט ולא של הציבור בכללותו. אין בעובדת העדר פגיעה בפרט אחר כלשהו כדי למתן את הפגיעה בפרט שנפגע על ידי החוק. יתרה מכך. דווקא העובדה שבנות המגזר החרדי לומדות את מלוא לימודי הליבה ואף ניגשות לבחינות המקבילות לבחינות הבגרות מצביעה על כך שניתן לאזן בין הזכויות ולמתן את הפגיעה בקרב הבנים. זאת ועוד, התמונה המצטיירת מצביעה גם על פגיעה בשוויון בין המינים במגזר החרדי, במקרה זה דווקא לרעת הגברים, מעבר לפגיעה בשוויון בין נערי המגזר החרדי לנערים בחברה הכללית. ולבסוף אבקש להתייחס לטענת המשיבים כי האיזון מושג באמצעות הקניית לימודי ליבה בשנות הלימוד היסודי. גם טענה זו אין בה כדי להשיג את האיזון הנדרש. ראשית יש להזכיר כי בשנות הלימוד היסודי הילדים החרדים אינם לומדים את מלוא לימודי הליבה אלא רק את חלקם (בשיעור של 75%). שנית, איני סבורה כי יש בכך כדי למתן את הפגיעה הנגרמת בשנות הלימוד במוסדות החינוך העל-יסודי. יש לזכור כי מקצועות מסוימים אינם נלמדים כלל בבית הספר היסודי ונלמדים רק בשנות הלימוד בבית הספר העל-יסודי. כמו כן, ישנה חשיבות גם לרציפות הלימודים. הפסקה של מספר שנים בלימודי החול פוגמת בלימודים שנלמדו בשנות הלימוד בבית הספר היסודי. ולבסוף, נזכור את הידוע כי מרבית החומר הנדרש לצורך לימודי המשך גבוהים נלמד בארבע שנות התיכון. דוגמא הרלוונטית לעניין זה



ניתן למצוא בתצהירו של העותר 7, אשר בשנות לימודיו בבית הספר היסודי למד במוסד חינוך ממלכתי דתי, מסוג המוסדות בהם נלמדים באופן מלא לימודי הליכה. לאחר מכן בשנות התיכון עבר למוסד חינוך חרדי בו לא נלמדו כלל לימודי ליכה. בתארו את ניסיונותיו להשלים את בחינות הבגרות ולגשת לבחינה הפסיכומטרית מצייין העותר 7 כי נתקל "בקשיים ומעצורים רבים", וזאת על אף ידיעותיו הבסיסיות באנגלית ובחשבון.

העובדה שלא נלמדים כלל מקצועות הליכה בשנות החינוך העל-יסודי במוסדות החינוך החרדיים, מובילה למסקנה כי לא נערך כלל איזון בין הזכויות הנפגעות על ידי החוק לבין התכליות המונחות בבסיס החוק (ראו מאוטנר, בעמ' 325). יש לזכור כי תוכנית הליכה עצמה הינה פרי איזון בין הצורך להנחיל לכלל ילדי ישראל נורמות מינימום של חינוך והשכלה כלליים, לבין הרצון "להותיר בידי ההורים מרחב מחיה מספיק למימוש האוטונומיה הנתונה להם לבחור לילדם בזרם החינוך הרצוי להם" (עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 57). בשל כך תוכנית הליכה מוגבלת בהיקפה ומאפשרת לכל בית ספר להוסיף תכנים המתאימים להשקפות עולמם של משפחות התלמידים הפוקדים אותו. על כך ניתן היה להוסיף ולערך איזונים נוספים עבור המגזר החרדי. כך למשל ניתן לבצע איזון שעניינו בהיקף לימודי הליכה בו יחוייבו מוסדות חינוך חרדיים, כפי שנעשה בנוגע לבתי ספר יסודיים; ניתן להפריד בין לימודי הקודש לחול כך שלימודי החול ידחו לשעות שלאחר לימודי הקודש, או אפילו ינתנו במסגרות חובה חיצוניות לישיבה ונפרדות ממנה; ניתן לאפשר אוטונומיה רחבה יחסית באשר לתכנים שילמדו במסגרת מקצועות החול (ראו כהן-אליה, בעמ' 404; ליפשיץ, בעמ' 909). אך אף אחד מאיזונים אלו או כל איזון אחר לא נערך בחוק מוסדות חינוך תרבותיים (ראו עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 58). העובדה שישנם בתי ספר חרדיים, הן בשלב הלימודים ביסודי, הן בבתי הספר התיכוניים לבנות, והן בחלק מבתי הספר התיכוניים לבנים, המשלבים לימודי ליכה במסגרתם, מצביעה על האפשרות הממשית והריאלית לערוך איזון גם מנקודת מבטה של החברה החרדית, אם כי יש לסייג זאת ולומר כי יתכן וההתנגדות של המגזר החרדי ללימודי ליכה בשנות התיכון מבוססת גם על רקע החשש מחשיפה לתכנים של החברה החיצונית לקהילה בגיל רגיש, דבר המהווה איום על המשכיותה של הקהילה (ראו הראל בן שחר, בעמ' 284; עם זאת ראו כהן-אליה, בעמ' 413, שטוען כי פגיעה זו צריכה לקבל משקל נמוך יותר; כן ראו מאוטנר, בעמ' 375).

79. האוטונומיה של ההורים בחינוך ילדיהם ושל קבוצות תרבותיות שונות מוכרת גם בדין הבינלאומי ובמדינות שונות בעולם. אלא שהכרה זו מאוזנת באופן עקבי עם

ההבנה כי המדינה רשאית ואף חייבת לדרוש דרישות מינימום ממוסדות החינוך השונים. כך, באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) מוכר חופש ההורים לבחור לילדיהם בתי ספר שונים מאלו הציבוריים, אך אלה מוסדות "הממלאים אחרי נורמות המינימום בתחום החינוך" (סעיף 13(3) לאמנה). כך גם האמנה בדבר זכויות הילד (1989) מכירה בחופש של יחידים וגופים לכונן ולהנחות מוסדות חינוכיים, אך זאת בכפוף לעקרונות החינוך הבסיסיים המפורטים באמנה (כגון פיתוח אישיות הילד, כשרונותיו ויכולתו הגופנית עד למיצויים המלא), וכן בכפוף לדרישות "כי החינוך הניתן במוסדות אלה יעמוד באמות מידה מינמליות, כפי שתיקבענה על ידי המדינה" (סעיף 29(2) לאמנה). ולבסוף האמנה נגד הפליה בחינוך (1960) אף היא מאזנת בין האינטרסים השונים ומאפשרת-

"הקמתם או החזקתם, מטעמים דתיים או לשוניים של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים, המקנים חינוך בהתאם לרצון הוריהם או אפוטרופוסים החוקיים של התלמידים, אם השתתפות במערכות אלה או הביקור במוסדות אלה הם רשות, ואם החינוך הניתן מתאים לרמות שנקבעו או אושרו על ידי הרשויות המוסמכות, בייחוד לגבי חינוך מאותה דרגה" (סעיף 2(2) לאמנה).

80. כך גם במדינות מערביות רבות נדרשים בתי ספר פרטיים כציבוריים ללמד תוכנית ליבה בבית הספר. כך המצב המשפטי במדינות רבות באירופה המערבית, כגון הולנד, גרמניה, ספרד, בריטניה וצרפת, וכך גם בחלק ממדינות ארצות הברית. תוכניות הליבה בהם מחויבים בתי הספר אינן מסתכמות בלימודי קרוא וכתוב וחשבון בסיסי בלבד, אלא כוללת תחומים רחבים בהרבה הנדרשים מאדם לצורך השתלבות בעולם המודרני. חלק מהמדינות דורשות מחויבות לתוכנית הלימודים הבסיסית הממשלתית, חלק דורשות התאמה באופן כללי או התייחסות מסויימת לתוכנית הלימודים הציבורית, וחלק קובעות סטנדרטים ומקצועות לימוד נדרשים ללא התערבות ספציפית בתכנים (ראו סקירתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקאות 67-59; כן ראו רבין, בעמ' 437-438; הראל בן שחר, בעמ' 303; דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת "חינוך פרטי לקבוצות דתיות – היבטים של תקצוב ופיקוח – סקירה משווה" (נכתב ע"י יובל וורגן ורוזי אטיס, 2008)). במדינות אחרות, בעיקר בארה"ב, לא קיימים תכנים מחייבים, אך המדינה אינה משתתפת במימונם של בתי ספר פרטיים דתיים. ככלל ניתן לומר בחתך גס כי מדינות המערב מתמודדות עם מערכות החינוך של קבוצות מיעוט תרבותיות בשני אופנים מרכזיים. האחד, באמצעות מתן היתרים לחינוך פרטי לבני הקהילה, אך ללא מימון כלשהו מטעם המדינה. השני, מימון של מוסדות חינוך קהילתיים, אך תוך פיקוח הדוק על תכניהם (ראו סקירה מפורטת אצל הראל בן

שחר, בעמ' 301 ואילך). אעיר כי האופן הראשון אינו פותר את הקושי בפגיעה בזכויות הפרט בהתאם לניתוח שלעיל (ראו גם הראל בן שחר, בעמ' 307).

81. ואכן, גם במדינת ישראל הוכר העיקרון כי האוטונומיה של ההורים אינה מוחלטת, וכך גם האוטונומיה של מוסדות חינוך של מגזר ייחודי. מדובר אמנם בזכויות חשובות שיש ליתן להן משקל משמעותי, אך אין בכוחן להדוף כל התמודדות ואיזון עם זכויות אחרות, ודאי כאלו המעוגנות במסגרת חוקי היסוד (ראו עניין טבקה, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין המרכז לפלורליזם יהודי, פסקה 55). גם במסגרת הכרה בזכות לתרבות של הקבוצה יש להגן על זכויותיהם של פרטים בקבוצה, ואין המדינה יכולה להתפרק מחובתה להעניק הגנה שווה לכלל אזרחיה, גם אם משתייכים הם לקבוצה תרבותית מסוימת (ראו שטופלר, בעמ' 203). מוסדות החינוך של מגזרים ייחודיים מחוייבים, אם כן, לכבד את זכויות הפרט, ובלשונה של השופטת פרוקצ'יה-

”שיטת המשפט בישראל מכירה בזכותם של מגזרי אוכלוסיה שונים לשמור על ייחודיותם ועל סגנונם התרבותי כחלק מאופייה הרב-תרבותי של החברה הישראלית, המכבדת את השונות ואת הייחודיות ונותנת להן מקום בחייהן של עדות וקהילות. אולם בצד כיבוד השונה והייחודי, מטילה השיטה החוקתית חובה על כל מגזרי החברה בלא אבחנה לכבד את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי המצויים בתשתית קיומה של המדינה, המחייבים את כל אזרחי ישראל בלא סייג. עקרונות יסוד אלה הם הערכים החוקתיים הבסיסיים של המשטר, הכוללים בתוכם גם את זכויות היסוד של הפרט. ערכים חוקתיים אלה מהווים מכנה משותף, המאחד בין כל חלקי האוכלוסיה, מחבר בין כל המגזרים, וקושר ביניהם בחוליות חיבור המקימות חברה בעלת ערכים בסיסיים המשותפים לכל. עקרונות הזכות לחינוך, הזכות לשוויון, וכבוד הילד כאדם הם מאותם עקרונות יסוד היוצרים את חוליית החיבור בין המגזרים השונים, ההופכת אותם מעדות וקהילות נפרדות לחברה ולעם” (עניין טבקה, פסקה 13).

וכן בדבריו של השופט לוי:

”בתוך כך אין חולק, כי מוסדות חינוך באשר הם מחוייבים לזכויות היסוד של הפרט. זכויות היסוד מהוות את אבן הראשה בשיטתנו המשפטית ומשטרנו הדמוקרטי, ממש כפי שהקניית חינוך לדור הצעיר מהווה אבן בסיס בטיפוח מעורבות בחיי החברה הישראלית

ובהנחלת ערכיה של מדינת ישראל" (עניין "נוער כהלכה", פסקה 12 לפסק דינו של השופט לוי).

82. הקושי למצוא איזון בין הרצון להעניק זכויות אוטונומיה וזכויות תרבותיות על פי התרבויות השונות, בעיקר תרבויות מיעוט, לבין שמירה על האוטונומיה של הפרט בתרבויות אלו והגנה על זכויות האדם כפי שהן נתפסות בחברה ליברלית, הוליד דיונים פילוסופיים ומשפטיים רבים (ראו למשל יעל תמיר "שני מושגים של רב-תרבותיות" בתוך רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 79 (בעריכת מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר, 1998); מרגלית והלברטל; ז'וזה ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" 107 רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (בעריכת מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר, 1998) (להלן: ברונר ופלד); גרשון גונטובניק, הזכות לתרבות, בעמ' 619; שטופלר; הראל ושנרך; רימלט; רובינשטיין; גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כז 587 (2003); מאוטנר; ליפשיץ). אין בכוחה או בכוונתה של ההכרעה בעניין זה לתת מענה כולל לשאלות כבדות המשקל כפי שהתעוררו, והיא מצומצמת לעניין שבא בפנינו בלבד. בעניין מושא העתירה שבפנינו אני סבורה כי ניתן לערוך את האיזון הנדרש על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר יהיה בו כדי לאפשר לחברה החרדית לשמר את תרבותה ובמידה רבה גם את האוטונומיה החינוכית שלה, וזאת תוך מיתון הפגיעה, כפי שהיא נתפסת על ידי חברה ליברלית, בפרטים הקטנים של מגזר זה (ראו ברונר ופלד, בעמ' 126-127). איזון זה ראוי כי ייערך, אך וודאי שאינו נערך על ידי החוק מושא דיוננו.

83. מסקנתי היא, אם כן, כי החוק אינו מאזן באופן ראוי, ולמעשה אף כמעט ואינו מאזן כלל, בין הזכויות החוקתיות של הנערים בהן הוא פוגע – הזכות לקבל חינוך והזכות לאוטונומיה – לבין התכליות אותן הוא מבקש להשיג – הזכות לאוטונומיה של הורי הנערים והזכות לתרבות של המגזר החרדי. משכך אין הוא עומד בתנאי המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה. מסקנה זו מובילה לתוצאה לפיה חוק מוסדות חינוך תרבותיים אינו חוקתי ודינו להיפסל.

השלב השלישי: הסעד

84. התוצאה היא בטלותו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים. ביטולו של החוק, וכל עוד לא יחוקק חוק אחר בעניין זה שיעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה, יביא למצב בו הדין הנורמטיבי שיחול על מוסדות חינוך חרדיים בכיתות ט' עד י"ב יהיה זהה לזה החל על מוסדות החינוך החרדים היסודיים. דהיינו, ככל שמדובר במוסדות חינוך

מוכרים שאינם רשמיים יחויב המוסד בלימוד של 75% מתוכנית הליכה המוסדרת על ידי משרד החינוך, וככל שמדובר במוסדות פטור יהיה מחוייב המוסד ללמד מינימום של 55% מתוכנית הליכה של משרד החינוך. התקצוב יהיה בהתאם.

על מנת לאפשר היערכות למצב הנורמטיבי החדש הייתי מציעה כי הכרזת הבטלות לא תהא בעלת תחולה מיידית, אלא החל משנת הלימודים תשע"ו (ראו עניין ועדת המעקב, פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא ברק).

85. מישור אכיפתו של המצב הנורמטיבי שיתחייב מביטול החוק יהיה מטבע הדברים מוטל על משרד החינוך אשר יהיה עליו לפעול עד לשנת הלימודים תשע"ה ליישומה והטמעתה של תוכנית הליכה בכל מוסדות החינוך העל-יסודי של המגזר החרדי. במסגרת זו יהיה על משרד החינוך להימנע ממתן תמיכות ממשלתיות למוסד חינוך במגזר החרדי אשר אינו מקיים תוכנית ליכה כנדרש בחוקי מדינת ישראל (על אמצעים נוספים הנתונים בידי הרשויות המוסמכות לאכיפת הוראות בתחום החינוך ראו עניין טבקה, פסקאות 38 עד 46 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

בטרם נעילה

86. תפקידו של בית המשפט להגן על הדמוקרטיה ולתת ביטוי לערכי היסוד של החברה כפי שהתגבשו בחוקי היסוד. בעשותו כן חוזר בית המשפט ומנחה עצמו לגלות רגישות, כבוד וסובלנות כלפי החברה החרדית, כפי שהוא מגלה כלפי כל מיעוט בחברה הישראלית. שונותה של קהילה והתבדלותה משאר מגזרי הציבור, הגם שמעמידה לעיתים קושי בהצגת דרישות כלפיה בקיום החובות המוטלות על שכם האזרחים, אינן מאפשרות לפטור אותה באופן כולל מחובותיה ולא לשלול ממנה את זכויותיה, והדברים מצאו לא אחת ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה (ראו עניין התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 790, השופטת פרוקצ'יה). בעניין רסלר, אשר עסק בגיוס בחורי הישיבות, סברתי בדעת מיעוט, אליה הצטרף המשנה לנשיאה ריבלין ומטעמים אחרים ושונים הנשיא גרוניס, כי באיזון בין הזכויות השונות חשוב להמשיך במה שהוחל הרבה קודם לכן ולנהוג באיפוק, באורך רוח ובסובלנות כלפי תהליכי הגיוס בחברה החרדית, וכך אמרתי:

"מאז קום המדינה חיה החברה החרדית על-פי תפיסת עולמה, על-פי אורח חיים מוגדר שכלל, בין היתר, דחיית שירות עבור הגברים בני הקהילה, שחייהם סובבים סביב לימוד בישיבות. אורח חיים זה הינו מרכיב

דומיננטי בהגדרה העצמית של הקהילה. לכן ברי של שינוי המיוחל יהיה סיכוי רק אם הוא ישתלב בתהליך ארוך המלווה באורך רוח וסבלנות. זהו תהליך שיש לקדמו, כפי שנעשה עד כה במסגרת החוק, באופן הדרגתי ומתואם עם חברי הקהילה, באופן שלא יפגע באמונותיהם הבסיסיות (דברי השופט לוי בעניין התנועה לאיכות השלטון, עמ' 785). את התהליך יש לבחון בעיניים פקוחות ומפוכחות, המבינות כי מדובר בתהליך שאינו מתרחש תוך יום ואף לא תוך מספר שנים. לא רק החברה החרדית צריכה להסתגל לשינוי. גיוסם של בני הקהילה לצה"ל עלול לעורר וכבר מעורר בעיות שונות הנובעות מן המתח בין אורח החיים הצבאי לאורח החיים החרדי, דוגמת התאמות לדרישות הכשרות והשתלבות במרקם הצה"לי בכללותו. הצלחת התהליך מותנית גם במציאת פתרונות לקשיים אלה, מתוך זהירות, רגישות וכבוד הדדי. ודוק: איני טוענת כי מדובר בקשיים בלתי-פתירים. הדבר ניתן ואף הכרחי, אך עליו להיעשות בשום שכל, ברגישות, תוך גילוי אורך רוח, אופטימיות וסובלנות" (עניין רסלר, פסקה 6 לפסק דיני).

הסובלנות כלפי החברה החרדית, תרבותה ומנהגיה נדרשת גם בסוגיית לימודי הליבה. עם זאת, לסובלנות זו יש ליתן ביטוי במסגרת האיזון שיערך עם הזכויות הנפגעות, כפי שפורט. לא ניתן לוותר על איזון ראוי בין האינטרסים בשם הסובלנות. יש חשיבות לבצע את השינוי שיביא לאיזון ראוי תוך בחינה זהירה, רגישה ומכבדת. ובהיקש מדברים שנאמרו בהקשר אחר:

" השונות התרבותית-רוחנית [של קהילה]... עשויה להצריך מנגנון התאמה ייחודי; לעיתים, היא תחייב תהליך הדרגתי ורב-שלבי בדרך לגישור על פני פער הריחוק בין הקבוצות השונות, בדרך להשגת יעד השוויון. דרך זו עשויה לחייב פעולה על בסיס של שונות. יש להתמודד עם שונות זו כחלק מהתהליך הדמוקרטי החותר לאינטגרציה אמיתית בין קבוצות האוכלוסיה השונות, תוך יצירת הרמוניה ונקודות מיתאם ביניהן, אגב הכרה וכיבוד עצמאותן הערכית והאידיאולוגית" (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

87. נחזור ונדגיש כי הקניית לימודי הליבה בשנות החינוך העל-יסודי לא נועדה לשכנע תלמידים להציץ אל מעבר לגדר הקהילה, ולגרום להם לשנות מאורחות חייהם, מנהגיהם ואמונתם. זאת יודעים תלמידים רבים הלומדים במוסדות חרדיים בהם לומדים את לימודי הליבה גם בשנות התיכון, אלה אשר המשיבים מתגאים בהישגיהם והצלחתם בהשתלבותם בעבודה בחברה הכללית תוך שמירה על צביונם החרדי המלא

והקפדה על אורחות חייהם. לימודי הליכה במהלך שנות התיכון נועדו לאפשר לתלמיד החרדי לרכוש השכלה, לרכוש ידע ולפתח את עצמו בתוככי החברה החרדית, מה שיתן לו כלים ויאפשר לו בבגרותו להשלים את הבחירה המלאה באשר ללימודיו והדרך בה ילך, זאת מתוך מלוא קשת האפשרויות הנתונות לכל תלמיד בישראל. תהיה בידי אפשרות הבחירה האם ללמוד לימודים גבוהים, הבחירה האם והיכן להשתלב בשוק התעסוקה, הבחירה האם להקדיש את עיתותיו ללימודי קודש בלבד או לשלב גם עיסוק של לימודים אחרים או פרנסה, והאפשרויות עוד רבות. ההכרעה של בית המשפט נעשית, ואולי מיותר לומר את המובן מאליו, מתוך כבוד לכל מתדיין ובוודאי לחברה החרדית, לערכיה ולתפיסת עולמה. יישום ההחלטה חשוב שיתפרש וייושם על רקע הרצון לאפשר מגוון בחירה רחב ומגוון תחומי לימוד שישימש את הנערים החרדים כמו את נערי ישראל כולם כקרדום לרכישת ידע והשכלה רחבה, וכמנוף להרחבת אופקים ואפשרות להמריא בתחומים רבים. שכן, בחברה הישראלית כמו גם בחברה החרדית, קיים משאב אנושי אדיר בעל כוח יצירה, מקוריות ומחויבות לערכים אנושיים. אם ישכילו להשקיע בו את המשאבים הנדרשים, יצאו הם הנשכרים הראשונים ואתם הציבור כולו.

88. התוצאה, אם כן, אם תישמע דעתי, היא בטלותו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים. דהיינו, כל עוד לא יחוקק הסדר חדש, הדין הנורמטיבי שיחול על מוסדות חינוך חרדיים בכיתות ט' עד י"ב יהיה זהה לזה החל על מוסדות החינוך החרדים היסודיים. הכרזת הבטלות תושעה עד תחילת שנת הלימודים תשע"ו.

89. לאחר הדברים האלה קראתי את חוות דעתם של חברי. דומני כי מרוב עצים כבר לא רואים את היער. והיער הוא בסופו של דבר ברור ופשוט – קבוצת תלמידים ממגזר אחד אינה זוכה להגנת המדינה, לה זוכים שאר תלמידי ישראל, אשר לפיה כלל הורי המדינה מחויבים לשלוח את ילדיהם ללימודים אשר כוללים מקצועות יסוד. תלמידי מגזר זה אינם לומדים כלל לימודי ליבה במשך ארבע שנים מכיתה ט'-י"ב, בניגוד ליתר ילדי ישראל. העדר הגנה זו, על קטינים שאינם יכולים לפנות בעצמם לבית המשפט, ואשר למעשה פנו לבית המשפט בהיותם בגירים (עותרים 4-7), פוגעת בזכותם לחינוך; פוגעת באפשרותם לבחור לעצמם את נתיב החיים בבגרותם; פוגעת ביכולתם להשתלב במעגל התעסוקה בהתאם לרצונם וליכולותיהם. פגיעה זו אינה פגיעה בכלל או פגיעה בחברה, אלא פגיעה בכל אחד ואחד מילדי המגזר. פגיעה זו כפי שהיא נעשית היום בחוק היא לטעמי בלתי מידתית. לא נערך בה כל איזון שהוא בין הזכויות שעל הפרק. שלילת החובה ללמוד לימודי ליבה בשנותיו המכריעות של הנער מכיתה ט' עד י"ב היא כוללנית וגורפת. זו מהות הדברים, ולטעמי מחובתנו להחיל את

ההגנה האמורה, ולו הגנה חלקית, גם על תלמידי הישיבות הקטנות. איננו יכולים לעצום את עינינו אל מול מציאות הדברים. כאמור, ההגנה שמבקשת אני מהמדינה להעניק לתלמידי הישיבות הקטנות לא באה לפגוע במגזר החרדי חלילה. היא באה להוסיף ללימודים הקיימים היקף מסוים של לימודי חול אשר יאפשרו לתלמידים בכגרותם להמשיך ולהשתייך למגזר החרדי, אך גם להשלים את הלימודים החסרים להם ולהשתלב בשוק התעסוקה, השתלבות שניצניה נראים כבר כיום ושנראה שמדובר במגמה הולכת וגוברת (ראו פסקה 50 לעיל).

אכן, אין מדובר בתוצאה פשוטה ועמדתי נותרה בדעת מיעוט. עם זאת לתחושתי היא התוצאה הצודקת, וכפי שנאמר בהקשר אחר:

”יש בה - למיטב הבנתי ותחושתי - עשיית צדק משפטי, במובנו השלם והקוהרנטי. נאמנות לנומרות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון בהפעלת ובמימוש זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב, יבטיחו עשיית משפט צדק נורמטיבי, ערכי, עקרוני ושווה לכל נפש” (דנ”א 2401/95 נחמני נ’ נחמני, פ”ד נ(4) 661, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1996)).

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי בחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת ע' ארבל. דעתי שונה. אני סבור כי יש לדחות את העתירה, מאחר והעותרים לא עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם - להוכיח קיומה של פגיעה בזכות יסוד חוקתית.

רקע

2. חוק מוסדות חינוך תרבותיים יחודיים, התשס”ח-2008 (להלן: החוק), אשר עומד בלב העתירה, נועד להסדיר את פעולתם של מוסדות החינוך החרדיים לתלמידי כיתות ט' עד י”ב; “מוסד חינוכי תרבותי ייחודי” בלשון החוק, ו”ישיבה קטנה” בלשון הדיבור המקובלת. הקושי המרכזי לדעת העותרים טמון בכך שמהחוק עולה כי ישיבות קטנות תהיינה פטורות מחובת לימודי הליכה, חובה שחלה במידה כזו או אחרת על יתר מוסדות החינוך בישראל.



השאלה העומדת במוקד היא האם הפטור מלימודי ליבה מעורר קושי חוקתי. העותרים סבורים כי התשובה היא חיובית. בראש ובראשונה סבורים העותרים כי החוק פוגע בכבודם וחירותם של תלמידי הישיבות הקטנות. בלב העניין עומדת הפגיעה - לשיטת העותרים - בזכות לחינוך: תוכנית לימודי הליבה מהווה את המינימום הבסיסי של הזכות לחינוך, מינימום שנשלל מתלמידי הישיבות הקטנות. לצד הפגיעה בזכות לחינוך, טוענים העותרים כי נפגעים היבטים אחרים של כבוד האדם וחירותו: זכות היציאה מן החברה החרדית, הזכות להתפרנס בכבוד, וכן ההיבט החברתי והקהילתי של כבוד האדם (להלן אכנה שלוש זכויות אלו בקיצור, ומטעם שיוסבר בהמשך: זכויות משנה).

בשולי הדברים טענו העותרים שסעיף 5 לחוק, אשר עוסק בתקצוב הישיבות הקטנות, פוגע בשוויון: ישיבה קטנה מופלית לטובה לעומת שאר מוסדות החינוך - משום שהיא פטורה מלימודי ליבה, ותלמידי הישיבות הקטנות מופלים לרעה - משום שנשללת מהם האפשרות ללמוד לימודי ליבה. כמו כן טענו העותרים כי החוק פוגע בחופש העיסוק של בוגרי הישיבות הקטנות. העותרים טוענים כי מוטלת על השלטון חובה פוזיטיבית להגן על חופש העיסוק, בעוד שמתן פטור למוסדות החרדיים מלימודי ליבה סותר חובה זו.

3. הביקורת החוקתית מתבצעת, כמקובל, בשלושה שלבים: השלב הראשון הוא זיהוי הפגיעה בזכות המוגנת בחוקי היסוד. אם זוהתה פגיעה כזו, תתבצע בשלב השני בדיקה האם הפגיעה עומדת בגדרי פסקת ההגבלה על מבחניה השונים - פגיעה על פי חוק, לתכלית ראויה, ובמידה שאיננה עולה על הנדרש. במידה והפגיעה איננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, יכריע בית המשפט בשלב השלישי מהו הסעד המתאים. כמובן, שלושת שלביה של הביקורת החוקתית מסודרים באופן כרונולוגי, ולא ניתן להקדים שלב אחד למשנהו. כך עולה מתוכן החוק והגיונו. פגיעה בזכות היא תנאי מקדמי להמשך הביקורת החוקתית, לרבות בחינת המידתיות. כלשון סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

פגיעה בזכויות. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

במקרה דנא, סבורני כי הדיון בעתירה מגיע לקיצו כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי: לא השתכנעתי כי החוק פוגע בזכויות יסוד חוקתיות באופן שמצדיק מעבר

לשלב השני והשלישי של הביקורת החוקתית - בחינת פסקת ההגבלה ובחירת הסעד. זהו הבסיס למסקנתי כי דין העתירה להידחות.

הזכות לחינוך - היבטים כלליים

4. נאמר כבר עתה: הזכות החוקתית, אשר נטען כי נפגעה, היא הזכות לחינוך. מבחינה עיונית ישנן שלוש גישות כלליות לסוגיה האם הזכות לחינוך מהווה זכות חוקתית.

הגישה האחת היא להשיב לשאלה האמורה בשלילה. הטעם לכך: הזכות לחינוך איננה מופיעה בתור שכזו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מצב דומה שורר במדינות אחרות (למשל ארצות הברית וקנדה), אך לא בכולן (למשל: סעיף 16(1) לחוקת פינלנד, וסעיף 29(1) לחוקת דרום אפריקה). הדגש מושם על רשימת הזכויות המפורשות שמופיעות בחוק היסוד. להבהרת הנקודה, יצוין כי גם לפי גישה זו ייתכן מצב בו זכות הוכרה כזכות חוקתית בשיטה המשפטית לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושמרה על מעמדה גם לאחר חקיקת חוק היסוד על אף שלא נכללה בו במפורש. דוגמא בולטת לכך היא חופש הביטוי, שהוכר כבר בראשית הפסיקה כזכות "עילאית" הקשורה קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי (בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953)). אין צורך, במסגרת תיק זה, לערוך רשימה של זכויות שהוכרו כזכויות יסוד או מעין זכויות יסוד טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. די לומר כי הזכות לחינוך איננה אחת מהן (וראו על כך גם בהמשך).

הגישה השנייה היא להכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית נעלה ועצמאית, ומכך נגזרת המסקנה שפגיעה ממשית בזכות זו מהווה פגיעה בזכות חוקתית. עיקר הביקורת השיפוטית לפי גישה זו ייערך בשלב השני, היינו פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות. הקושי בקבלת גישה זו, במישור הפורמאלי, הוא בשניים: ראשית, יש בכך חריגה ממסורת הפסיקה ביחס לזכות לחינוך. שנית, יש בכך כדי להביא לפיחות מעמדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יוצא כי על אף חקיקת חוק היסוד - אין דרישה למצוא עוגן פרשני של ממש בדין לקביעת זכויות יסוד. לצד זאת, בהמשך אתיחס למישור המהותי ולשיקולי המדיניות.

הגישה השלישית, שמקובלת עלי, היא שאי-הזכרת הזכות לחינוך בחוק איננו שולל לחלוטין את קיומה כזכות יסוד חוקתית. בעוד שהגישה הראשונה משיבה לשאלה שבפנינו - האם הזכות לחינוך היא זכות יסוד חוקתית - בשלילה, והגישה השנייה משיבה בחיוב, הרי שתשובתה של הגישה הנוכחית היא "תלוי". ובמה הדבר

תלוי? היבט מסוים של הזכות לחינוך ייחשב לזכות יסוד חוקתית ככל שהוא עומד בגרעין כבוד האדם וחירותו. לאמור, הזכויות החוקתיות אינן מוגבלות רק לאלו שמופיעות במפורש בחוק, כגון חופש היציאה מן הארץ. יש להעניק תוכן למונחים "כבוד האדם" ו"חירות האדם", ובהתאם לכך ניתן להכיר גם בהיבטים מגודרים היטב של זכויות שלא הוזכרו בצורה מפורשת, ככל שהם נכללים בגרעין של כבוד האדם וחירותו.

המשמעות של קבלת הגישה השלישית היא שיש להציג את מהות העתירה, או את ההסתייגות החוקתית, ולבדוק האם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. המבחן הוא מהותי. יש לערוך מעין מפגש בין "שמיים" ו"ארץ", בין המונח הנשגב "כבוד האדם וחירותו" לבין נושא העתירה הקונקרטי על פרטיה המדויקים. כפי שיש להקפיד על החלק הראשון של המשוואה, כך גם לגבי החלק השני. סיווג הסוגיה כקשורה באופן כללי לזכות לחינוך איננו מוביל בהכרח לתוצאה מסוימת. כפי שיובהר בהמשך, לעיתים פגיעה בזכות לחינוך תהווה פגיעה בזכות יסוד חוקתית, ופעמים שלא. המבחן הוא האם סוג הפגיעה הפרטנית ועוצמתה מהווים פגיעה בגרעין כבוד האדם וחירותו.

שיקולי מדיניות בהגדרת היקף הזכות החוקתית

5. חקיקת זכויות האדם בישראל היא, במידה רבה, "חקיקה רזה" בכמותה אך "חקיקה עשירה" באיכותה. הזכויות והחירויות המעוגנות כיום במפורש בחוקי היסוד הן מועטות, דוגמת זכות הקניין וחופש העיסוק. לצד זאת, צילו של כבוד האדם וחירותו מתפרש על הגדרת הזכות החוקתית, ובהתאם לכך אין עסקינן ברשימה סגורה. יש לפרש את המונחים "כבוד האדם וחירותו" - בכבוד ובחירות הראויים למעמדם.

ניתן למשל להגדיר כל הגבלה שבדין כפגיעה בחירות. לא בכך עסקינן. השאלה היא האם ההיבט המסוים של כבוד האדם או חירותו, שנפגע כתוצאה מהחוק, נכלל בנורמה החוקתית שקבועה בחוק היסוד. מובן כי בהעדר עיגון חוקתי לאותו היבט שנפגע - אין עילה לביקורת חוקתית. על מנת להכריע בכך, על בית המשפט לבצע פרשנות חוקתית להיקפו וגבולותיו של חוק היסוד. מלאכה זו צריכה להיעשות בזהירות, מבלי לחטוא בהרחבת-יתר של תחום התפרשות הזכות החוקתית. יש לזכור כי הזכות החוקתית לכבוד ולחירות איננה זכות חובקת-כול, ואין לקרוא לתוכה יותר ממה שבכוחה לשאת. גישה אחרת "מביאה לכך שחוקים לא מעטים ייחשבו כפוגעים בזכויות חוקתיות, ולפיכך יהיו חייבים לעמוד בבחינה החוקתית, קרי בתנאייה של פיסקת ההגבלה. התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות" (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 2 לפסק דינו של השופט א' גרוניס

(2006); וכן ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 419 (1997); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פסקאות 14-15 לפסק דינו של הנשיא ברק ופסקאות 3-1 לפסק דינו של השופט לוי (12.12.2005); ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 371-377 (1994)).

שיקול רלבנטי נוסף קשור דווקא לכך שתפקידו של בית המשפט לבצע ביקורת חוקתית. אולם הפעלת הביקורת על חוקים בהם אין פגיעה בזכות - עלולה לגרור את בית המשפט לבדיקת מידתיות של חוק מבלי שיהיה זה מתפקידו בהעדר פגיעה חוקתית. כך לא תישמר חלוקה ראויה בין תפקידו של בית משפט זה לבין תפקידה של הרשות המחוקקת. כשם שמתפקידו של בית המשפט לשמור על היחיד מפני פגיעה חוקתית, כך אל לו לעשות שימוש בכלי מיוחד זה במקרה שאיננו מתאים.

נוסף על כך, לטעמי, גישה אחרת עלולה ליצור מעין "רכבת של זכויות": הדיון בעתירה חדשה יפתח בהכרזה כי נפגעה זכות יסוד חוקתית, כאשר המשמעות היא יצירת זכות חוקתית נוספת. כל פעולה שהיא תיחשב לפגיעה בזכות יסוד חוקתית, וכך ייווצרו בזה אחר זה יש מאין זכויות נוספות. הרלבנטיות של הערה זו תובן בהמשך.

השיקולים שצוינו מבהירים ומחזקים את פסיקת בית משפט זה, כי ההיבטים החוקתיים של זכויות האדם הם רק אלו אשר קשורים בקשר ענייני הדוק לגרעין כבוד האדם או חירותו. כך הוא למשל ביחס לזכות לשוויון: לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד, אלא רק פגיעה שקשורה לליבת כבוד האדם בקשר ענייני הדוק. השלכה אפשרית עשויה להיות, לדוגמא, על השאלה האם יש לתאגידים - שאינם בשר ודם אלא ישות משפטית מופשטת - זכות חוקתית לשוויון (ראו: בג"ץ 6971/11 איתנית נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (2.4.2013)). דוגמא אחרת היא תיקון 113 לחוק הביטוח הלאומי, אשר הפחית את קצבת הילדים להורה שילדיו לא קיבלו חיסונים מסוימים. עתירה שהוגשה נגד התיקון נדחתה, תוך שהובהר כי התיקון איננו פוגע בליבת הזכות לחירות (בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (4.6.2013)). דוגמה שלישית היא תיקון לחוק אשר ביטל את האפשרות להגיש ערר שני בזכות על החלטת מעצר. העתירה נגד התיקון נדחתה לגופה, ברם במישור העקרוני נקבע כי הזכות לחירות כוללת גם את הזכות להגנות דיוניות אשר קשורות קשר ישיר והדוק להגנה על החירות (בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (26.6.2013)).

6. אלו, אפוא, העקרונות שעל פיהם יש לבחון עתירה זו. על העותרים להראות, בשלב ראשון, כי הזכויות שנפגעו קשורות בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם או לחירותו.

המדיניות המוצגת היא בעלת חשיבות מיוחדת בכל הקשור לזכות לחינוך. הגדרת הזכות לחינוך כזכות חוקתית היא מלאכה עדינה ביותר. כאמור, דעתי היא שאין לאחוז בקצוות ולקבוע כי הזכות לחינוך לעולם איננה יכולה להגיע לדרגה של זכות יסוד חוקתית. בד בבד, אינני סבור כי יש לקבל את הגישה לפיה כל פגיעה בזכות לחינוך מהווה פגיעה בזכות חוקתית, ומחייבת בדיקה של מבחני פסקת ההגבלה. אמת היא כי החינוך מהווה מפתח ראשון במעלה לפיתוח האוטונומיה של היחיד. ידע, יכולת להבין, קשירת קשר לעבר וליעדי העתיד, הצימאון לדעת - מעניקים לאדם הן כבוד והן חירות במובנים בסיסיים. לכן אפליה בחינוך להורים שרוצים שילדיהם ילמדו במוסד חינוכי מסוים, על רקע עדתי, עשויה לעורר שאלות חוקתיות קשות (כפי שאירע בבג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (6.8.2009) (להלן: פרשת עמנואל)). יושם אל לב כי במקרה של אפליה בענייני חינוך - מחוברים יחדיו הזכות לשוויון והזכות לחינוך. כל זכות כשלעצמה איננה מעוגנת במפורש בחוק היסוד. כל פגיעה באחת מהן איננה מהווה בהכרח פגיעה בזכות חוקתית. אולם אלו זכויות מהותיות, ולכן גובר הסיכוי כי החיבור ביניהן - במקרה המתאים - יהווה פגיעה בזכות חוקתית. יחד עם זאת, נושאים רבים בחינוך - חשובים ככל שיהיו - אינם מהווים בהכרח פגיעה בזכות יסוד. במערכת חינוך מפותחת נקבעו כללים רבים ושונים לגבי תוכן הלימוד, מבחני קבלה, עלויות הלימוד בשלבים שונים - גן לעומת אוניברסיטה, תקצוב ועוד. סוגיות מעין אלו, כשלעצמן, ובהעדר מרכיבים מיוחדים, אינן מעוררות סוגיות חוקתיות אלא משקפות מדיניות ממשלתית בנושאים אלו. לא פעם, וליתר דיוק: במקרים רבים ומגוונים, המחוקק היה יכול להגיע לתוצאה אחרת שאף היא ראויה. ברם בית המשפט איננו מופקד מבחינה חוקתית על כל בחירה מעין זו.

הגישה המוצגת, לפיה כל פגיעה נטענת בזכות לחינוך תיבחן באופן קונקרטי דרך הפגיעה בכבוד האדם וחירותו, מעוגנת במסורת הפסיקה. בבג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996) קבע השופט ת' אור כי "אכן החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו... החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי". חרף זאת הדגיש השופט אור כי "בכל אלה אין כדי לחייב את המסקנה כי קיימת בשיטתנו זכות חוקתית לחינוך. זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי". השופט אור הסתמך בין היתר על דברי הנשיא א' ברק בספריו: "ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית"

(אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג - פרשנות חוקתית 423 (תשנ"ד)). התפתחות מסוימת בגישת בית משפט זה לזכות לחינוך אירעה בעניין יתד (בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843 (2002)). נקבע שם כי הזכות לחינוך היא בגדר זכות יסוד, אך לא נקבע כי היא זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם: יורן רבין וקרן מיידר בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד המשפט ח 541 (תשס"ג)). אף בעניין טבקה נמנע בית המשפט מלהכריע האם הזכות לחינוך מהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, אך קבע כי "הפגיעה בזכות לחינוך כשהיא משתלבת בפגיעה בשוויון, והופכת לפגיעה בשוויון בחינוך, עשויה להיות פגיעה בזכות לכבוד" (בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (31.8.2010)). בהמשך לכך, בפרשת עמנואל הבהיר השופט ח' מלצר כי הפגיעה הכפולה בזכות לחינוך ובזכות לשוויון על רקע עדתי יוצרת "גריעה בלתי אמצעית מזכות חוקתית מפורשת, המעוגנת במישורין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הזכות לכבוד" (סעיף 2 לפסק דינו).

סקירת הפסיקה מעלה מספר מסקנות. ראשית, עד היום הזכות לחינוך בתור שכזו טרם הוכרה כזכות חוקתית. הזכות לחינוך הוכרה כזכות יסוד. מוסכם כי השילוב של פגיעה בזכות לחינוך ופגיעה בשוויון מסוג מסוים מקים לעותר טענה חוקתית. יש לבחון האם הפגיעה בזכות לחינוך - על הנסיבות הקונקרטיות של המקרה - קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם או לחירותו. חשוב לערוך השוואה בהקשר זה בין הפגיעה בחינוך לבין הפגיעה בשוויון, והדברים הם בגדר קל וחומר: הזכות לשוויון מושרשת היטב כזכות בעלת מעמד מיוחד, אף לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת בעוצמה שעולה על הזכות לחינוך. עקרון השוויון הוגדר כ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). אף על פי כן, כדי ליצור פגיעה חוקתית - על האפליה הנטענת להיות קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 38 (11.5.2006)); עניין טבקה, פסקה 17; פרשת עמנואל, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר).

אינני מתעלם מהגישה, שאף היא מופיעה בפסיקה, לפיה יש להשאיר את השאלה האם הזכות לחינוך כשלעצמה היא זכות חוקתית בצריך עיון. ניתן להבין גישה זו כרצון להימנע מהכרעה בשאלה סבוכה, כאשר אין בכך צורך. במקרים אלו בית המשפט קבע כי גם בהנחה שמדובר בזכות חוקתית - הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. ובכל זאת, הייתי רוצה להביע הסתייגות מגישה כזו ביחס לזכות לחינוך. עתירה חוקתית שנסובה סביב הזכות לחינוך מתעוררת לא פעם בבית משפט זה. חוק

יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק לפני כעשרים שנה. נכתבו פסקי דין רבים ביחס לחוק היסוד, לרבות כאלו שהורו על ביטול סעיפי חוק. להשקפתי, התפתחות בריאה של השיטה החוקתית בישראל משתלבת עם קביעת עמדה האם העתירה מצביעה על פגיעה בזכות חוקתית אם לאו. כאמור, זאת במיוחד כאשר עסקינן בנושא החינוך, אשר עומד מדי פעם במרכזן של עתירות חוקתיות. היתרון לטעמי בגישת ההכרעה, לעומת גישת ה"צריך עיון", הוא פיתוח כללים שיבהירו באלו מצבים ישנה פגיעה חוקתית - למשל שילוב של פגיעה בשוויון ובחינוך. מעבר לכך, נראה שאין זה נכון להפעיל את מבחני פסקת ההגבלה כאשר הדין איננו מחייב זאת.

סיבה נוספת מדוע אינני סבור כי יש להכיר בכל פגיעה בזכות לחינוך כפגיעה חוקתית היא מעשית מטבעה. סוגיות כמו מעצר או כניסה לארץ - זכויות שמופיעות בחוק היסוד - הינן באופיין בינאריות. אדם נעצר או לא נעצר. לעומת זאת, בכל הקשור לחינוך, הפוטנציאל של אדם להתחנך איננו מאפשר סיווגים קלים של "כן" ו"לא". גבול הצמא לידע ולדעת איננו ידוע, ואיננו תלוי בגיל או במסגרת. לכן, העברת כל כובד נושא החינוך מתחת לשבט הביקורת החוקתית - עלולה ליצור באופן מובנה הרחבת-יתר של כלי זה. לפיכך יש חשיבות בבדיקה ובהכרעה האם עסקינן בפגיעה חוקתית.

7. בעתירה שלפנינו, בבואנו לבחון את השאלה האם נפגעה זכות חוקתית, הזהירות מתבקשת במיוחד בשל שלושה טעמים נוספים.

ראשית, יש לזכור כי החוק איננו אוסר על נער חרדי ללמוד לימודי ליבה. הוא איננו כופה עליו ללמוד דווקא בישיבה קטנה. הוא איננו שולל תמריצים כלכליים ממסגרות חינוכיות המיועדות למגזר החרדי ומשלבות לימודי ליבה. אדרבה, מוסד חינוכי שכזה יהיה ככל הנראה זכאי לתקציב גבוה יותר. נמצא כי החוק בו עסקינן הינו נטול סממנים של כפייה או של אקטיביזם פולשני. כל שנקבע בו הוא שישיבה קטנה (להבדיל מבית ספר יסודי) זכאית - אם כך תבחר - להתנזר מלימודי ליבה, ושנער חרדי והוריו זכאים - אם כך ירצו - לבחור בישיבה כזו או במסגרת חינוכית אשר משלבת לימודי ליבה. אף לכך יש השלכה על ניתוח הפגיעה בזכויות חוקתיות: יש מרחק רב בין שלילת זכות, לבין מתן אופציה לויתור על הזכות. אעיר כי אמנם יש בסיס לטענה כי הבחירה נתונה, במידה רבה, בידי הוריו של הצעיר החרדי. אך מדוע תיגרע חירותם של ההורים החרדים לבחור את אופי החינוך לילדיהם לעומת הורים אחרים?

שנית, טיעוני העותרים - רובם ככולם - מוצגים מתוך נקודת המבט של בני המגזר החרדי, תלמידי ובוגרי הישיבות הקטנות. החוק, כך נטען, פוגע בזכויות של אותם נערים חרדים. בהקשר זה לא למותר לציין כי העותרים עצמם אינם מנהלים כיום אורח חיים חרדי, ואינם שולחים את ילדיהם למוסדות חינוך חרדיים. נמצא, אפוא, שעיקר הפגיעה שנגרמת לדעת העותרים לזכויות יסוד חוקתיות - איננה נוגעת להם- עצמם בצורה ישירה. המשמעות היא שהעתירה נגועה מיסודה באופי פטרנליסטי. זאת להבדיל, למשל, מן העתירות שעסקו בפטור משירות צבאי לבני ישיבות מטעמי "תורתו אומנותו", שם הטענה החוקתית הייתה כי החוק פוגע בעותרים ומפלה אותם לרעה. זאת בשל ההבחנה בין כלל אזרחי המדינה - אשר נדרשו לשרת שלוש שנים בצה"ל, תוך סיכון חיים אפשרי, לבין בני הישיבות אשר נפטרו מחובה זו (ראו חוות דעתי בבג"ץ 6298/07 רטלר נ' הכנסת (21.2.2012)). בענייננו גם לא מדובר במצב שבו החזק בא לייצג אינטרס חוקתי של החלש, שבשל חולשתו או סיבה אחרת איננו מביא את העתירה בעצמו לפתחו של בית המשפט: נראה ברור כי נושא החינוך מעסיק עד מאד את הציבור החרדי, ועמדותיו מגובשות לא פחות משל ציבורים אחרים. אין בנתון המתואר לעיל כדי להכריע בהכרח את הכף לכאן או לכאן; ברם יש לכך משקל בניתוח החוקתי, ולכך אף אדרש בהרחבה בהמשך.

ולבסוף, העותרים מבקשים לבטל פטור תרבותי שניתן לקבוצת מיעוט. באומרי "פטור תרבותי", כוונתי לכך שהפטור מלימודי ליבה מאפשר לקבוצת מיעוט - המגזר החרדי - לשמר את ייחודה התרבותי, כפי שהיא תופשת אותו, ולחנך את בניה על פי השקפת עולמה. דפוס הלימודים בישיבות הקטנות מהווה כאמור רכיב משמעותי במיוחד בזהותה של הקהילה החרדית. על כך אין חולק. תלמידי הישיבות, לרבות תלמידי הישיבות הקטנות, נתפשים כמעין "גיבורי תרבות" או מודל לחיקוי. מכאן הקושי הייחודי שיש בעתירה זו: לא רק בשל אופייה הפטרנליסטי, אלא גם בשל כך שהיא מבקשת מבית המשפט לבטל רכיב מרכזי בזהות התרבותית של המיעוט. זאת בניגוד לתפקידו המסורתי של בית משפט העוסק בענייני חוקה - להגן על זכויות המיעוט מפני הרוב (ראו: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' דיבלין (11.1.2012)). ודוק, אינני מציג עניין זה כסיבה לדחות את העתירה, אלא כדי להעמידה בפרספקטיבה החוקתית הראויה (עוד על ההקשר התרבותי של מערכת החינוך החרדית ראו מיכאל וולצר "חינוך, אזרחות ורב-תרבותיות" חינוך בחברה רבת תרבויות 27-36 (פנינה פרי עורכת, 2007)).



זיהוי הזכויות הנפגעות במקרה דנא

8. העותרים מצביעים, כפי שהוזכר, על היבטים שונים של כבוד האדם וחירותו בהם פוגע החוק - ובעיקר על הפגיעה בזכות לחינוך. לצד זאת עמדו העותרים גם על זכויות נוספות שנפגעות לשיטתם: זכות היציאה מן הקבוצה, הזכות להתפרנס בכבוד, וההיבט החברתי והקהילתי של כבוד האדם. אלו הן הזכויות שאותן כיניתי לעיל "זכויות המשנה". הואיל ומוסכם גם על העותרים כי הזכות לחינוך היא העיקר - אפתח את דבריי בהתייחסות לזכות זו.

9. הזכות לחינוך נפרשת על פני רבדים מרובים. כך, למשל, ועדת האו"ם למעקב אחר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights) הבחינה בין ארבעה פנים של הזכות לחינוך: האחד - חינוך זמין (availability), דהיינו קיומם של מוסדות חינוך ותוכניות לימוד בפריסה נרחבת. השני - הזכות לגישה שווה לחינוך (accessibility), שמשמעה העדר אפליה כלפי תלמידים (למשל אפליה על רקע עילה קלאסית או על רקע העדר יכולת כלכלית). השלישי - הזכות לחינוך מתקבל על הדעת (acceptability), אשר יכול תכנים חינוכיים בסיסיים. והרביעי - הזכות לחינוך מותאם (adaptability), אשר ייתן מענה לאוכלוסיות שונות ומגוונות (ראו: General Comments no. 13: the Right to Education (1999); לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה 260-261 (2013)). בכיוון אחר, יש שהציעו להבחין בין הזכות לקבל חינוך; הזכות להשפיע על תכני החינוך; והזכות לשוויון בחינוך (יורם רבין הזכות לחינוך 62-64 (2002)). הייתי מוסיף כי במציאות החינוכית העכשווית, ארבע הזכויות שהוזכרו אינן נתונות תמיד להפרדה ואינן ממצות. טול לדוגמא את הסוגיה התקציבית בחינוך: באיזו מידה יש להשקיע בתלמידים חלשים בשל סיבות כאלו ואחרות, לעומת השקעה בתלמידים מחוננים.

ניתן כמובן להציע מיפוי תיאורטי שונה של הזכות לחינוך, על רבדיה, אך לא זה העיקר. הדגש הוא על כך שהזכות לחינוך היא כותרת כוללנית, אשר בפועל מאגדת בתוכה מגוון של זכויות קונקרטיות. גם על רקע זה, שעניינו מהות החינוך, דעתי שלא נכון יהיה להכיר באופן גורף בזכות לחינוך כזכות חוקתית. הכרה מעין זו איננה רגישה דיה, לדעתי, לגבולותיה הפתוחים והרחבים של הזכות לחינוך. היא מתעלמת למעשה ממגוון הזכויות הקונקרטיות שמרכיבות את הזכות לחינוך, ומטשטשת בפועל את ההבדלים ביניהן. אלא שבניתוח החוקתי יש חשיבות מרובה לדיוק ולהבחנה בין הזכויות השונות שמרכיבות את זכות-העל לחינוך, שהרי, כאמור, עמדת הפסיקה היא שההכרה החוקתית מצומצמת אך ורק לאותם היבטים הקשורים קשר הדוק לכבוד

האדם או לחירותו. הוא הדין אף ביחס לזכות לחינוך: ניתן להכיר חוקתית רק באותם מרכיבים של הזכות, אשר קשורים בקשר הדוק לליבת הזכות לכבוד ולחירות. נכון יהיה, אפוא, למקד את הדיון לא בהצהרה כללית אודות הזכות לחינוך, מעמדה החוקתית וחשיבותה, אלא בשאלה הקונקרטי שאל הפרק: הזכות ללימודי ליבה. גישה זו כלפי הזכות לחינוך תואמת את אשר הזכרתי לעיל בנוגע לכלי העבודה שעל בית המשפט לעשות בהם שימוש בבחינת הפגיעה החוקתית בזכות בסיסית שלא מוזכרת מפורשות בחוק היסוד ואף לא נתפשה כזכות חוקתית קודם לחקיקתו. כאמור, יש לערוך מפגש בין מהותו של כבוד האדם וחירותו לבין פרטי העתירה והחוק הרלבנטי העומד לבחינה חוקתית. במובן זה, יש להסתכל על העתירה מלמעלה - כדי לעמוד על תוכנה הקונקרטי.

10. לאמתו של דבר, השאלה היא ממוקדת עוד יותר, וזאת בהתחשב בנתון נוסף הקשור לאופי החוק - פלח האוכלוסייה הרלבנטי.

תחולתו האפקטיבית של החוק היא על נערים חרדים בגילאי ט' עד י"ב בלבד. החוק איננו חל על ילדי כיתות א'-ח' במגזר החרדי, שמחויבים על פי חוק בלימוד 55% לפחות מתוכנית לימודי הליבה (ראו סעיף 3 לחוות דעתה של חברתי). יתירה מזאת: מן החומר שהוצג עולה כי כיום חוק חינוך חובה איננו חל באופן מלא על כיתות י"א ו-י"ב במערכת החינוך כולה (ראו צו לימוד חובה (החלה בכיתות י"א וי"ב), התשע"א-2011, וסעיף 30 לחוות דעתה של חברתי). אם כך הוא המצב, ייתכן שתחולתו האפקטיבית של החוק בו עסקינן כאן היא מצומצמת עוד יותר: שהרי אם אין חובת חינוך כוללת בכיתות י"א-י"ב, מה לנו כי נלין על העדר חובת לימודי ליבה בכיתות י"א-י"ב במגזר החרדי? כך או כך, עסקינן בתוכנית הלימודים למוסדות חינוך של צעירים חרדים במהלך שנתיים, או לכל היותר ארבע שנים. לא פחות, אך גם לא יותר.

ויודגש: למיקוד הדיון באופן הזה יש חשיבות כבר בשלב הנוכחי של הבחינה החוקתית - זיהוי הזכות והפגיעה בה. מסתבר שהשאלה איננה האם הזכות לחינוך היא זכות חוקתית, ואף לא האם הזכות ללימודי ליבה היא זכות חוקתית. העותרים מבקשים שנקבע כי יש זכות חוקתית ללימודי ליבה בכל שנים עשר שנות הלימודים, וכי פטור מלימודי ליבה - אפילו רק בתקופת התיכון או מחציתה - מהווה פגיעה בזכות החוקתית. במילים אחרות, טענת העותרים בפועל הינה כי אף הזכות ללימודי ליבה תיכוננים היא זכות חוקתית. אינני רואה עיגון לגישה זו, כפי שיוסבר. לכך כיוונתי כאשר הצגתי את החשש מפני היווצרות "רכבת של זכויות": בשלב ראשון התבקשה הכרה בזכות לחינוך כזכות חוקתית עצמאית. מכאן נגזרה המסקנה כי כל

פגיעה בתכני החינוך היא פגיעה בזכות חוקתית, ובהמשך שכל כרסום בלימודי הליבה - ואפילו בטווח זמן של שנתיים - פוגע בזכות חוקתית. בכל תחנה שבה נעצרה רכבת הזכויות - נוספה זכות יסוד חוקתית חדשה. התוצאה של רכבת זכויות בלתי מרוסנת תהא כזו, שברוב-רובם של ההחלטות בשדה החינוך ניתן יהיה לקבוע שעסקינן בפגיעה בזכות חוקתית. או-אז, ניתן יהיה לבטל את עמדת המחוקק רק באמצעות בדיקת פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות. בעיניי, זהו שימוש-יתר במכשיר החשוב כל-כך של זכויות יסוד חוקתיות ואף שימוש בלתי מוצדק בכלי של פסקת ההגבלה.

האמנם הזכות ללימודי ליבה תיכונניים היא זכות חוקתית?

11. הצדקה נוספת קיימת, לשיטת העותרים, להכרה בזכות ללימודי ליבה תיכונניים כזכות חוקתית. הצדקה זו מבוססת על זכויות המשנה עליהן הצביעו העותרים: זכות היציאה מן החברה החרדית, הזכות להתפרנס בכבוד, וההיבט החברתי והקהילתי של כבוד האדם. הטיעון שבפי העותרים הוא כדלקמן: (א) לימודי הליבה התיכונניים הם תנאי למימוש זכויות המשנה. (ב) זכויות המשנה הן כולן חלק מגרעין הזכות החוקתית לכבוד ולחירות. (ג) מכאן נובע כי הזכות ללימודי ליבה תיכונניים מתעלית אף היא לדרגת זכות חוקתית.

12. לצורך הדיון בלבד, אניח כי חלקו השני של הטיעון הוא נכון: זכויות המשנה הן אכן חלק מהגרעין החוקתי של הזכות לכבוד ולחירות. אדגיש כי הנחה זו היא לצורך הדיון להלן בלבד, ובפועל איננה מקובלת עלי. ברם אף תחת הנחה חמורה זו, קיים קושי של ממש לקבל את חלקו הראשון של הטיעון, כביכול לימודי ליבה תיכונניים הם תנאי למימוש זכויות המשנה. נראה כי בהקשר זה העותרים מטשטשים שלא כהלכה את ההבדל בין קשר סיבתי לבין תנאי הכרחי.

קשה לחלוק על כך שלימודי ליבה תיכונניים תורמים במידה זו או אחרת לפיתוח האוטונומיה האישית, מרחיבים את טווח הבחירה של הצעיר החרדי, מגבירים את סיכוייו להתפרנס בעתיד בכבוד, ומסייעים ליצור תשתית לזהות לאומית משותפת. במילים אחרות, נראה כי יש קשר סיבתי חיובי מסוים בין לימודי ליבה תיכונניים לבין מימוש זכויות המשנה (השוו: עניין טבקה, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). אולם בכך אין די לצורך ביסוס זכות חוקתית. גורמים רבים משפיעים לחיוב על זכויות המשנה. אך מכאן לא מתחייבת המסקנה כי יש לרומם את כולם למדרגת זכות יסוד חוקתית. היה על העותרים להראות שלימודי ליבה תיכונניים הם תנאי הכרחי לשם הגנה ומימוש של זכויות המשנה, או לפחות גורם בעל משקל גדול במיוחד.

העותרים לא הציגו בפנינו נתונים שיאששו עמדה זו. אדרבה, בכל הנוגע לזכות להתפרנס בכבוד ול"זכות היציאה" (כלשון העותרים), הנתונים שהוצגו רחוקים מלתמוך בקיומו של קשר סיבתי הכרחי בינן לבין לימודי הליכה. אציין כאן על קצה המזלג כמה מן הנתונים (נכון לשנת 2011, מועד הדיון בעתירה): משנת 2005 עד לשנת 2010 שולש מספר הסטודנטים החרדים בתוכניות לימוד להשכלה גבוהה. קרן קמ"ח, העוסקת במתן מלגות לחרדים הפונים ללימודי מקצוע, דיווחה על פניות של למעלה מ-8,000 מועמדים. 52% מהגברים החרדים משתייכים לשוק העבודה, וכיום ישנן 42 ישיבות חרדיות המשלבות לימודי קודש עם לימודי חול (ראו למשל סעיף 5 לתגובת המדינה המקדמית). נתונים אלו - אודותיהם ארחיב בהמשך - מתייחסים לתקופה שבה הישיבות הקטנות פעלו ושגשגו כחוק, והם מלמדים כי צעיר חרדי יכול - גם מבלי שילמד לימודי ליכה בגיל תיכון - לסלול לו דרך חיים מחוץ לגבולות עולם הישיבות, להתפרנס בכבוד ולהשתלב במרקם החברתי הכללי. ושוב יודגש: ניתן להניח כי לימודי ליכה תיכוניים יוכלו לסייע ולשפר את סיכויי ההתפרנסות של צעיר חרדי. אך לא זו השאלה.

במישור נוסף אעיר כי לא ניתן להתעלם מחסמים משמעותיים אחרים, אוביקטיביים וסוביקטיביים, אשר עומדים בפני חרדים החפצים להשתלב בחברה ובמשק. כך, למשל, ישנה התנגדות אידיאולוגית מושרשת של רבים במגזר החרדי לכל מה שנתפס כ"יציאה מן החממה", "ביטול תורה" ועיסוק ב"דברים בטלים". התנגדות זו אף יוצרת לחץ פסיכולוגי וחברתי על כל חרדי שיבחר להשתלב בלימודים או בשוק העבודה. חסם נוסף בעל משמעות הוא השימוש בפטור "תורתו אומנותו" על מנת שלא לשרת בצה"ל, פטור שמביא צעירים חרדים רבים להישאר בישיבות למשך שנים ארוכות (ניסיון נוסף להסדרה מחודשת של סוגיית השירות מצוי כידוע בימים אלו על שולחן הכנסת). חסמים אחרים נוגעים למחסור במקומות עבודה מותאמים לצרכי האוכלוסיה החרדית, ולרתיעת מעסיקים מפני שילוב חרדים במפעלים ובבתי עסק (ראו: אביעד הכהן ולי כהנר "בן עשרים לרדוף: על פוטנציאל ההשתלבות של בני החברה החרדית בגילאי 18-22" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011)); חגי לויין "המגזר החרדי בישראל: העצמה תוך שילוב בתעסוקה" המועצה הלאומית לכלכלה (2009)).

נדמה כי קשה לחלוק על כך שלימודי ליכה תיכוניים יוכלו לסייע לנער חרדי שיחפוץ בכך להשתלב בעתיד בחיי החברה והמשק. אך נתון זה איננו מספיק לצורכי עתירה זו. העותרים לא הראו באופן משכנע כי הפטור מלימודי ליכה תיכוניים, וליתר דיוק: מתן אפשרות לצעירים חרדים לבחור שלא ללמוד לימודי ליכה תיכוניים, הוא-

הוא הגורם אשר מונע מחרדי החפץ בכך את האפשרות להשתלב בחברה הישראלית ובשוק העבודה. ויוזכר: בשלב זה של הניתוח החוקתי, הנטל על כתפי העותר להוכיח כי נפגעו זכויותיו החוקתיות.

בשולי הדברים אעיר כי יש קושי באי-ההבחנה בין מקצועות שונים. מהנתונים שנמסרו לנו עולה כי תוכנית לימודי ליבה מורכבת בעיקר מארבעה אשכולות: אשכול יהדות ורוח - תנ"ך, מורשת, תושב"ע, מחשבת ישראל, היסטוריה וספרות; אשכול חברה - אזרחות וגיאוגרפיה; אשכול שפות - עברית, אנגלית וערבית; ואשכול מתמטיקה, מדע וטכנולוגיה - מתמטיקה, פיסיקה, כימיה, ביולוגיה, מדע וטכנולוגיה (מוט"ב). האמנם סבורים העותרים כי לימוד כל אחד ואחד ממקצועות אלו, בכל אחת ואחת משנות הלימוד בבית הספר, הוא גורם הכרחי, בלתי-אין, לשם הגשמת זכויות המשנה? כמובן, אינני ממעיט בחשיבותו של אף לא אחד ממקצועות הלימוד הנזכרים. ברם השאלה שבפנינו איננה האם מדובר במקצוע חשוב, ואפילו לא האם מדובר במקצוע מועיל. השאלה היא האם לימוד כל אחד ואחד ממקצועות אלו גם בישיבות הקטנות הוא תנאי הכרחי לשמירה על כבודם וחירותם של התלמידים החרדים. דומני כי ניתן להניח, ושוב: מבלי להביע זלזול או חוסר הערכה, כי לא כל המקצועות שהזכרתי יעמדו בהגדרה זו (ראו בהקשר זה: ארי איתן "חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 - רב תרבותיות או הפקרות?" חוקים בקצרה 3 (2011), [http://law.huji.ac.il/upload/ari\\_education.pdf](http://law.huji.ac.il/upload/ari_education.pdf)). כך או כך, זה אינו העיקר. השאלה היא האם הזכות ללימודי ליבה תיכונים היא זכות יסוד חוקתית, וזאת אף מבלי להידרש להבחנה בין מקצועות שונים. בעיניי, כפי שהוסבר, התשובה היא שלילית. ודוק: לציבור החרדי יש אפשרות לעסוק בלימודי ליבה תיכונים. השאלה המשפטית בפועל היא האם אי-הטלת חובה ללימוד ליבה בכל שנות התיכון - עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית.

13. העותרים טענו, בשולי דבריהם, כי החוק פוגע בחופש העיסוק של הצעירים החרדים. נטען כי מוטלת על השלטון חובה פוזיטיבית להגן על חופש העיסוק, ואילו הפטור לישיבות הקטנות מלימודי ליבה סותר חובה זו. טענה זו חוזרת למעשה, בלבוש אחר, על טענתם המרכזית של העותרים לפיה לימודי ליבה תיכונים הם זכות חוקתית משום שהם מאפשרים תעסוקה ופרנסה הולמת. לטענה זו התייחסתי בהרחבה לעיל, ואינני רואה צורך לחזור כאן על הדברים.

ראש אחר של העתירה מתמקד, כאמור, בפגיעה בעיקרון השוויון. לשיטת העותרים, יש שני היבטים של אי שוויון בחוק. ראשית, תלמידי הישיבות הקטנות

מופלים לרעה, משום שנשללת מהם האפשרות ללמוד לימודי ליבה. שנית, ישיבה קטנה מופלה לטובה לעומת שאר מוסדות החינוך, משום שהיא איננה נדרשת ללמד לימודי ליבה. העותרים טוענים כי היבטים אלו של ההפליה עולים כדי השפלה ופגיעה בהיבט החוקתית של כבוד האדם.

באשר לטענה הראשונה, ההבחנה בין שתי שיטות החינוך לא נועדה לפגוע בכבודו של התלמיד החרדי. המטרה היא להציג שתי אופציות לנוער החרדי, לרבות האפשרות להעמיק במהלך תקופה מסוימת בלימוד תורה. ושוב יוזכר כי החינוך של התלמיד החרדי איננו מסתיים בכיתה י' או י"ב. גם לאחר התיכון - האפשרויות פתוחות בפניו להרחיב את ידיעותיו במקצועות לא-תורניים, על מנת להשיג את הכלים הנדרשים לעבודה בתחום מסוים. נראה כי בפועל העותרים משיגים על החינוך החרדי בתור מתווה שאיננו מכין את בניו לאתגרי העולם המודרני על מורכבותו. לאמור, העדר החובה ללמוד לימודי ליבה הינו על פי גישה זו סימפטום או חלק מבעיה כללית יותר. למעשה, זו מעין העמסת "מטען יתר" על גבי סעיף 5 במטרה להעלות דרכו את הסוגיה הכוללת של החינוך החרדי. בבחינת הסעיף על פי תוכנו - ובכך עסקינן - אין בנמצא לדעתי פגיעה חוקתית.

באשר לטענה השנייה, כי הישיבות הקטנות מופלות לטובה, יצוין כי התקציב איננו בהכרח זהה לכלל המסלולים: יש תמריץ כלכלי גדול יותר לבתי הספר אשר מלמדים לימודי ליבה. מעבר לכך, נראה לי כי סוגיית התקציב איננה עומדת בליבת העתירה, ונדמה כי בכך יש הסכמה. המימד הכספי איננו אלא שיקוף של החלטת המדינה לסלול מסלול עבור תלמידי הישיבות הקטנות. אם כך המצב, כפי שמתברר, ההפניה להפליה בתקציב איננה אלא דרך עקיפה לתקוף את ההסדר מבלי שיש לה יתרון על פני התקיפה הישירה שנותחה לעיל ושנדחתה מהנימוקים שפורטו. בהקשר זה יש להוסיף כי המיקוד בהיבט התקציבי, שלאמתו של דבר איננו מתייחס לפער כספי אלא לפער תוכני, מרחיק אותנו מרחק נוסף מפגיעה בזכות חוקתית.

החינוך והחברה החרדית - משפט ולבר-משפט

14. מבחינה משפטית דעתי היא, אפוא, כי ניתן להורות על דחיית העתירה על יסוד הקביעה כי לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. ברם הויכוח החברתי והתרבותי נסוב לא רק סביב השאלה מהו היקף הפגיעה בחינוך של בני המגזר החרדי, אלא גם סביב השאלה חינוך ראוי מהו. לפיכך סבורני כי כדי לעמוד על טבע המחלוקת בין הצדדים נכון יהיה להציג את הרובד הנוסף של העניין.

15. מטרתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א). על יסוד המונח הראשון מבין השניים, טוענים המשיבים להצדקה נוספת של אי-התערבות במערכת החינוך של הישיבה הקטנה בדרך לישיבה הגבוהה: המשיבים מגנים על החוק לא רק בגלל שהוא איננו פוגע בכבוד האדם ובחירותו, אלא בטענה שדווקא ביטול החוק יביא לפגיעה כזו. במילים אחרות, בנוסף לטקסט המשפטי ישנו סב-טקסט חברתי וחינוכי שאל לנו לפסוח עליו. סב-טקסט זה דורש בחינה מעמיקה לא רק מזווית ראייתו של המביט מבחוץ פנימה. הבנת מאפייני החברה החרדית מחייבת ניסיון כן לחדור פנימה ולתור אחר הבנתה והגדרתה העצמית של חברה זו (לחשיבות של התבוננות זו, ראו: מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר "הרהורים על רב-תרבותיות בישראל" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 75 (1998); Jurgен Habermas, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, 13 JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 1, 23-24 (2005)).

תהא זו טעות לחשוב כי החברה החרדית זכאית להתחשבות בגישתה החינוכית רק על רקע חירות תרבותית, או אפילו החירות של קבוצת מיעוט לבחור באורח חיים (lifestyle) מסוים. הגישה הפוסט-מודרניסטית, המעודדת ביטויים תרבותיים שונים (ראו: DAVID HARVEY, *THE CONDITION OF POSTMODERNITY: AN ENQUIRY INTO THE ORIGINS OF CULTURAL CHANGE* 5-9 (1989)), אינה ממצה את העניין שבפנינו. יש לזכור כי עסקינן לא רק בטיעון חברתי, אלא אף בהשקפה דתית מובהקת באשר לדרך הראויה לחנך את הדור הבא. במובן זה, החינוך החרדי במדינת ישראל מעורר סוגיות משפטיות ייחודיות.

ההשקפה הדתית של החברה החרדית טומנת בחובה עמדה ברורה ומגובשת ביחס לתכנית החינוכית הראויה לבני העדה. במובן זה, ביסוד העתירה - שמלווה בכוונה להשפיע לחיוב על החברה החרדית - ישנו מימד פטרנליסטי המבקש לקבוע מה טוב לאחר ולילדיו. השיח איננו רק על השתתפות בחובות החברה, אלא במחלוקת באשר להגדרתה. בראיה זו, תצמח תועלת מהבנת אבני היסוד של החברה החרדית בסוגיה.

16. הדגש המיוחד המושם ביהדות על לימוד מקורותיו של המשפט העברי - התורה שבכתב, התורה שבעל-פה והספרות התורנית הענפה של ספרי פסיקה ושו"ת - איננו שנוי במחלוקת. אם פנינו לחינוך, בל נשכח את התיאור בפרק הראשון של קריאת שמע - "ושנתם לבניך ודברת בם, בשבתך בביתך ובלכתך בדרך ובשכבך ובקומך" (דברים ו,

ז). הכלי העיקרי ששימש בהעברת המסורת מדור לדור הוא השינון והלימוד. אכן, תלמוד תורה שקול כנגד המצוות כולן (משנה, פאה פרק א, משנה א). אין הכוונה אך להוראה נורמטיבית ליחיד, כי אם הנחיה חברתית-ציבורית המבקשת למקם את ערכו של תלמוד תורה במרכז חיי הקהילה. הריקוד הלימודי והשיח חוצה גבולות הזמן והמקום תרם תרומה ייחודית הן לרצף הבין-דורי של מסורת ישראל, והן להבניית סיפור תולדות עם ישראל. במסגרת זו חשוב להכיר בכך שעולם הישיבות במתכונתו הנוכחית קיים זה מאות בשנים (ראו ספרו המאלף של מרדכי ברויאר אוהלי תורה: הישיבה, תבניתה ותולדותיה (ירושלים, 2003)). הגם שיש גישות שונות באשר לשילוב בין תורה לעבודה, ובאשר לשילוב בין תלמוד תורה לבין עיסוק בחכמות נוספות, אין להכחיש את קיומו של זרם הדוגל בשימת לימוד התורה בראש מעייניו, גם על חשבון העיסוק בתחומי לימוד שונים. עובדה זו אינה מקימה אמנם חובה על-פי דין לתמוך תמיכה מלאה בעולם תורני זה. עם זאת, נוכח הגדרת המדינה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כיהודית ודמוקרטית, דומה שיש משמעות ומשקל לתיאור ההיסטורי האמור.

תכנית לימודית שמקדישה אנרגיות אין-קץ ושעות אין-ספור ללמד בנים כבר מגיל עשר סוגיות בתחומים כמו דיני נזיקין, דיני שכנים ודיני קניין, עשויה להיות מוערכת במיוחד על-ידי קהילת משפטנים. היהודי שומר המצוות מברך עם שחר קומו ברכה על העיסוק בדברי תורה, ומיד מזכיר קטע מתוך התורה שבכתב, המשנה והתלמוד. כך הוא מחנך את ילדיו, עודם רכים בשנים, לנהוג מידי יום. במוכן הזה, קיימת אירוניה של ממש בדיון במעמדו של החינוך בענייננו. ניתן לומר כי מסורת היהדות והחברה החרדית מעלות את זכות היסוד לחינוך, בדמות תלמוד תורה, לדרגה גבוהה אף מהמדינות הדמוקרטיות שבימינו. הכנות מחייבת אותנו להודות כי יש הרבה מה ללמוד ממודל חינוכי זה בכל הנוגע לחשיבותו של החינוך כערך-על - כזכות ואף כחובה. השאיפה המתוארת הופנתה לא רק כלפי מצטיינים, אלא כלפי כל יהודי באשר הוא. גישה זו אינה חדשה. היא מושרשת היטב בעולם היהודי עתיק היומין, והתקיימה אף בעיתים בהן החינוך לקרוא וכתוב לא היה מובן מאליו בטובים שבין העמים. שיטת החינוך התורני וההתמסרות אליה תרמו תרומה ממשית להתפתחות העם ולהישרדותו בראי הדורות, לרבות תקופות אפלות וקשות, ועד ימינו אנו. כלשונו של חיים נחמן ביאליק בשיר "אם יש אַתְּ נַפְשֶׁךָ לְדַעַת":

"הוי, אַח נַעֲנֶה! אִם לֹא-תִדַע לְךָ כָּל-אֵלֶּה -  
אֵל בֵּית הַמִּדְבָּר שֶׁסוּר, הִשָּׁן וְהַנּוֹשֵׁן...  
אִז יִגְדֶּךָ לְבָרְךָ,  
כִּי כִגְלָךְ עַל מִפְתַּן בֵּית חַיִּינוּ תִדְרֹךְ,



וְעֵינֶיךָ תִּרְאֶה אוֹצֵר נְשִׁמָּתָנוּ”.

17. מנגד, תיאמר האמת שהגישה החינוכית החרדית בת-ימינו אינה בגדר בת-יחידה של אותה מסורת עשירה של חינוך יהודי. המשנה קובעת כי “יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ, שיגיעת שניהם משכחת עוון; וכל תורה שאין עמה מלאכה - סופה בטלה וגוררת עוון” (משנה, אבות ב, ב). הרב שמשון רפאל הירש מפרש שהמינוח ‘דרך ארץ’ -

”מקפל בתוכו כל עיסוק, בו יעסוק האדם - מה שמשמע ממנו ומותנה בו - כדי שיביא לידי תכלית את קיומו, ייעודו, חייו המשותפים עם הזולת עלי אדמות ועם עזרת האמצעים והנסיבות הנתונים על-ידי הארץ. לפיכך מציין המושג הזה את דרכי מחייתו של האדם, את חייו האזרחיים, וכן את נוהלי הנימוס, האדיבות וההגינות, נורמות מוסכמות בחיי-חברה, וכן כל מיני דפוסים תרבותיים, אנושיים, כלליים ואזרחיים (סידור תפילות ישראל עם פירוש הרב שמשון רפאל הירש (ירושלים, 1992), עמ' שסו).

המשנה האמורה מציגה דרישה של לימוד תורה בצוותא עם דרך ארץ, כנובעת גם מתוך שיקולים מעשיים של צרכי פרנסה, וכדברי המאירי (מראשוני צרפת של המאה ה-13): “הדיבור במשנה - ‘שכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה’ - שהרי צורך פרנסתו וספוק ביתו דוחקים אותו, וגוררת עוון, שצריך לצדד עצמו בתחבולות ומרמות להיות טרפו מצוי לו, וכמו שאמרו: ‘סוף מלסטם את הבריות’” (פירוש המאירי, אבות שם).

זהו נימוק אחד למודל חינוכי-תורני אחר, אך ניתן להצביע על ארבעה נימוקים נוספים לפחות. הנימוק השני מובא בשם ר' אליהו מווילנה ('הגאון מווילנה'), אשר התמדתו בלימוד תורה היוותה מעין בסיס אידיאולוגי לעולם הישיבות שנוסד על-ידי תלמידו ר' חיים מוולוז'ין. ואלו דבריו:

”כפי מה שיחסר לאדם ידיעות משארי החכמות - לעומת זה יחסר לו מאה ידות בחכמת התורה... וציוה לי (=הגאון) להעתיק מה שאפשר ללשונו הקדוש מחכמות כדי להוציא בולעם מפיהם וישוטטו רבים ותרבה הדעת בין עמינו ישראל” (צוטט על-ידי תלמידו ר' ברוך ישראל משקלוב, במבוא לתרגום לעברית שנעשה על-ידו לספר אקלידס (האג, תק”ם)).

עמדה זו גורסת שלימודן של חכמות נוספות מעשיר את לימוד התורה עצמו, ומעניק רובד נוסף להבנת הלומד.

הנימוק השלישי מוצג על-ידי הנשר הגדול, הרמב"ם, בספרו ההלכתי 'משנה תורה', בדבריו המפורסמים:

"כל המשים על ליבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה, ויתפרנס מן הצדקה - הרי זה חילל את השם, וביזה את התורה, וכיבה מאור הדת, וגרם רעה לעצמו, ונטל חייו מן העולם הבא; לפי שאסור ליהנות בדברי תורה בעולם הזה.

אמרו חכמים, כל הנהנה מדברי תורה, נטל חייו מן העולם. ועוד ציוו ואמרו: לא תעשם עטרה להתגדל בהם, ולא קורדום לחפור בהם. ועוד ציוו ואמרו: אהוב את המלאכה, ושנא את הרבנות... מעלה גדולה היא למי שהוא מתפרנס ממעשה ידיו, ומידת חסידים הראשונים היא; ובזה זוכה לכל כבוד וטובה שבעולם הזה, ולעולם הבא, שנאמר (תהילים קכח, ב): 'יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך': אשריך - בעולם הזה, וטוב לך - לעולם הבא שכולו טוב" (הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכות י-יא).

לפי תפישה זו, יש לתת את הדעת לקידוש השם וחילול השם - דהיינו, פן חיובי ופן שלילי בסוגיית העבודה והפרנסה ויחסן לתלמוד תורה. על האדם להתפרנס מיגיע כפיו, ממעשה ידיו. בפן השלילי נדחתה בחריפות גישה לפיה העיסוק בתורה מצדיק התפרנסות מן הצדקה ולא מן המלאכה. עמדת הרמב"ם בנושא זה לא התקבלה על-ידי כל פוסקי ההלכה לדורותיה. ברם, נוכח מעמדו המיוחד של הרמב"ם, נראה שקשה להתעלם ממנה כליל.

הנימוק הרביעי הוא כי במובנים מסוימים ידיעת חכמות העולם, או חלק מהן, אינה רק עניין של קניית כלים לשם התפרנסות, או כלי-עזר להבנת התורה, אלא שהיא אף חלק מעבודת האל ואהבתו. כך כותב הרמב"ם:

"והיאך היא הדרך לאהבתו ויראתו? - בשעה שיתבונן האדם במעשיו וברואיו הנפלאים הגדולים, ויראה מהן חכמתו שאין לה ערך ולא קץ, מיד הוא אוהב" (הלכות דעות, פרק ב, הלכה ב).

בספרו הפילוסופי מורה נבוכים הרמב"ם גם מסביר כי חכמת הטבע נחוצה כדי להתקדם בהשגת חכמת האלוהות:

"וזהו, חוכמת האלוהות, אינה מושגת אלא לאחר חוכמת הטבע; שכן חוכמת הטבע גובלת בחוכמת האלוהות וקודמת לה בזמן ההוראה, כפי שמתברר למעיין בזאת - לכן קבע שספרו יתעלה יפתח במעשה בראשית, שהוא

חוכמת הטבע, כפי שביארנו" (מורה נבוכים, פתיחה לחלק א).

על-פי גישה זו, ידיעת החכמות 'הארציות' מהווה ערך בפני עצמו, הדרוש כדי להכיר את העולם, שלפי האמונה (וכפי שמסביר הרמב"ם) משקף את בוראו.

הנימוק החמישי הוא בגדר תקדים ו"מעשה רב". לאורך כל הדורות, מתקופת המשנה והתלמוד היה העיסוק בפרנסה כמעט מובן מאליה בקרב התנאים והאמוראים. רבים מבין חכמי המשנה והתלמוד אף נקראו על-שם עיסוקם, כגון רבי יהודה הנחתום, ר' אבין נגרא, ר' אבא אומנא, ר' שמעון שזורי, ר' יוחנן הסנדלר, ר' שמואל החייט וכך הלאה. כך עד לתקופתנו. אחד הפוסקים המרכזיים של המאה ה-19, אשר ספרו 'חיי אדם' התקבל בכל קהילות אשכנז - ר' אברהם דנציג - היה סוחר; כיום, ר' יעקב בלאו, מבכירי הדיינים ב'עדה החרדית' ומחבר ספרי 'פתיחי חושן', היה בנקאי. אף ה'חפץ חיים' פתח חנות והשקיע מספר שעות מתוך היממה כדי להתפרנס ממעשה ידיו. חכמי תורה רבים של ימי הביניים עסקו ברפואה - הרמב"ם, הרמב"ן, אבן עזרא ועוד. ר' יצחק אברבנאל שימש ככלכלן ויועץ למלכות ספרד עד לגירוש היהודים במאה ה-15. מתוך עיון בגמרא מתברר שחכמי ישראל היו בקיאים בכל חכמות הטבע של תקופתם, מאסטרונומיה ועד אלכימיה (לעיסוק מרתק באלכימיה של חכם בדור מאוחר ראו שו"ת שאלת יעב"ץ, ח"א, סימן מא). ראשונים רבים אף עסקו בפילוסופיה כללית כגון ר' סעדיה גאון, ר' יהודה הלוי וכמובן הרמב"ם. ברי שהשליטה בתחומים אלו דרשה השקעה של ממש בלימוד החורג מן התחום התורני הטהור.

18. הנה לנו נימוקים רבים לביסוס מודל חינוכי הדוגל בלימוד תורה בשילוב עם חכמות אחרות. בזמן שיהודים חיים במדינתנו, ובזמן שזכינו לקיום הפסוק "כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים" (ישעיהו ב, ג), דומה שמודל חינוכי המוביל לגדלות בתורה לצד מעורבות גוברת בחברה ובמשק הינו מן האתגרים החשובים המונחים לפתח הציבור שומר המצוות בכלל והחברה החרדית בפרט.

ביחס לחינוך הדור הבא, הגמרא מונה, בין חובות האב מול בנו, את הצורך ללמדו אומנות: "האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה, ולהשיאו אשה וללמדו אומנות" (קידושין לא, ב; ראו גם רמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה י והלכות שבת, פרק כד, הלכה ה; שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שו, הלכה ו).

תוכנית לימודי הליכה כוללת, בין היתר, לימודי שפות, מתמטיקה ואזרחות. נתייחס לכך בקצרה. בפירושו של רש"י למקרא ולתלמוד נזכרים יותר מ-2,000 שמות של כלים, מכשירים, צמחים ובעלי חיים בצרפתית עתיקה, לדוגמה: גרינוליירא (צפרדע), ורדורא (עלה ירוק), פומילש (תפוחים). העושר הלשוני של רש"י אפשר לו לדייק ולהבין לעומק את הטקסטים המקראיים והתלמודיים אותם פירש, והוא כתב את מילות הביאור בלעז כדי להעביר משמעות שיש בה תוספת ביאור. ידע בשפות שונות מעשיר את אופקו של אדם ומעניק לו הבנה עדינה בתחומי חיים רבים. לא בכדי נדרשו חברי הסנהדרין לדעת שבעים לשון (סנהדרין דף יז, ע"א). ר' חזקיה פייבל פלויט, תלמידו של ה'חתם סופר', כתב שמן הראוי לתלמוד דקדוק נכון בשפת הגרמנית ובשפת המדינה, והעיד כי "גלוי וידוע אשר שכר רבינו הקדוש לבניו ובנותיו מורה להורות כל העניינים הנזכרים" (ליקוטי חבר בן חבר, פרסבורג, 1840, עמ' ד ע"ב). נראה שלכל עניינים אלו יש לדמות את מעמדה של השפה האנגלית כיום.

באשר ללימודי מתמטיקה, סוגיות רבות בתלמוד אינן מובנות אלא לבקי בחכמה זו - כגון עירובין, סוכה והלכות קידוש החודש. טול לדוגמא את דברי התוספות במסכת עירובין (יד, ע"א, ד"ה והאיכא משהו) שעניינם החריגה מהדיוק ביחס בין קוטר העיגול לבין היקפו ('פאי', Π). דוגמא נוספת מצויה בדברי הרמב"ם בהלכות קידוש החודש (פרק יז, הלכה כד), בהם הוא מבהיר שחישוביו מסתמכים על ספריהם המתמטיים של חכמי יון. אחרון יוזכר ספר הגיאומטריה של אאוקלידס (שכבר הוזכר לעיל), שתורגם לעברית על-פי הוראת הגאון ר' אליהו מווילנה.

אשר ללימודי אזרחות, נזכיר את עמדת רבי יהודה הנשיא, מחבר המשנה: "מן התורה חייב אדם... ללמדו [את בנו] תורה וללמדו אומנות... רבי אומר אף ישוב מדינה" (מכילתא, פרשת בא, פרשה יח). לא רק תורה חייב אדם ללמד את בנו, ולא רק אומנות, אלא אף "יישוב מדינה" - ובלשונו, אזרחות. דרישה זו נשענת אף היא על פן שלילי ופן חיובי. הפן השלילי הוא בכדי שהחברה תוכל להתקיים ולשגשג. חז"ל הכירו בחשיבות של קיום שלטון יציב לטובת החברה, וקבעו שיש להתפלל בשלומה של מלכות שכן "אלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו" (אבות פרק ג, משנה ב). פירושו של דבר: "במקום שאתה נמצא כבוד את רשות המדינה והוה מתפלל בשלומה... המצווה, אפוא, לא בלבד לדרוש את שלום ארץ האכסניה... אלא... להיות לה אזרח נאמן בכל... שהרי אם אין מעמד סמכות עליונה של השלטון, אזי החברה תתפרק במאבקים ההדדיים" (פירוש הרש"ר הירש, שם). הפן החיובי הוא חינוכו של הפרט ללכת בדרך הטוב והישר. הנצי"ב, ראש ישיבת וולוז'ין במאה ה-19, הסביר בהקדמתו לספר בראשית מדוע ספר זה נקרא גם בשם "ספר הישר":

"שהקדוש ברוך הוא ישר הוא (כלשון הפסוק "הצור תמים פעלו... צדיק וישר הוא") ואינו סובל צדיקים כאלו (שלא היו ישרים בהליכות עולמים) אלא באופן שהולכים בדרך הישר גם בהליכות עולם, ולא בעקמימות אף-על-גב שהוא לשם שמים, דזה גורם חרבן הבריאה והריסות ישוב הארץ. וזה היה שבח האבות, שמלבד שהיו צדיקים וחסידיים ואוהבי ה' באופן היותר אפשר, עוד היו 'ישרים'... שהתנהגו עם אומות העולם, אפילו עובדי אלילים מכוערים; מכל מקום היו עמם באהבה, וחשו לטובתם" (פירושו העמק דבר על התורה, הקדמה לספר בראשית).

כדי שהיחיד, לרבות ה'תלמיד חכם', ילך בדרך הישר ויתרום ליישוב הארץ, עליו להבין מהי הדרך של 'הליכות עולם', לרבות האמנה החברתית והאזרחית שבתוכה הוא חי. באשר למשטר הדמוקרטי, הרא"ש, מגדולי הראשונים בספרד, כבר ציין במאה ה-13 כי הכרח הוא שבדיני הקהל ייושם הכלל של "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב): "ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים, שאם לא כן לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם" (שו"ת הרא"ש, כלל ו, אות ה). צא ולמד, שלימודי אזרחות תורמים אפוא לאזרחי המדינה בשני כיוונים: האחד, בפיתוח היכולת של האזרח להתקיים בחברה אחת עם השונה ממנו; והשני, בהקניית כלים המאפשרים לכל קבוצה לקדם את האינטרסים שלה במדינה. על רקע זה נדמה כי דווקא במשטר דמוקרטי, הנותן זכות בחירה שווה לכל אזרח - מצב אשר בגינו קבע ה'חזון איש' כי יש מעין מצווה בהצבעה בבחירות (ראו בספר סוגיות בתלמוד 'שרידי אש', חלק ב, הקדמה) - חיוני שתהיה לכל אזרח הבנה בסיסית בשיטת השלטון.

רבני ומנהיגי העדה מודעים היטב, כמובן, לקיומה של הגישה החינוכית המתוארת במקורות שהובאו. סקירת הדברים שהבאתי לא נועדה להכריע בין הגישות השונות. ברי כי אין זה מתפקידו של בית משפט זה. המטרה היא להראות כי בבוא בית משפט זה לשקול את העתירה, אל לו לשכוח את היסוד ההיסטורי בעמדת החרדים בסוגיה הנידונה. עמדת החברה החרדית - להעדיף את שיטת החינוך התיכוני של הישיבה הקטנה - נובעת מאהבתה לתלמוד תורה ומהאמונה בחשיבותו, אך גם מתופעות סוציולוגיות והיסטוריות שמן הראוי להבינן. לנקודה זו אשוב בהמשך.

19. כפי שהובהר, אני סבור כי ההכרעה בתיק נופלת על אי-קיומה של פגיעה בזכות חוקתית. הכרעה זו תובן ביתר שאת לאור הרקע התרבותי-דתי-חינוכי שהוצג לעיל ויוצג להלן, ולאור סקירת דבקותו המיוחדת של הציבור החרדי במצוות תלמוד תורה

ובדגם חינוכי מסוג מסוים, תוך נכונות לויתור על הטבות חומריות. ביתר פירוט, נדמה כי הסקירה שהצגתי מעלה ארבע נקודות רלבנטיות להכרעה בתיק זה.

הנקודה הראשונה היא מעמדה המיוחד של סוגיית החינוך במדינת ישראל. מטרתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא לעגן "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כפי שהובהר, בהיבט היהודי - תרומתו של לימוד התורה כערך עצמאי, וכערך אשר עיצב את הדת והשפיע על ההיסטוריה שלה, מדברת בעד עצמה. נתון זה אף משפיע על אופי החינוך בישראל. אין זה אומר כי הזכרת טענת תלמוד תורה סותמת את הגולל על כל ביקורת חוקתית, או מחייבת את המחוקק להשקיע משאבים אינסופיים בהגנה על ערך זה. ברם מנגד אין להתעלם ממעמדו המיוחד של לימוד התורה. במהלך הדיון בעתירה עשויות להתעורר סוגיות של חינוך המיעוט במקומות אחרים, כגון בני ה-Amish בארצות הברית או המגזר החרדי באנגליה. אך ישנו מרחק בין סוגיות אלו לבין סוגיית החינוך החרדי במדינת ישראל - קבוצה שמעלה על נס את ערך לימוד התורה.

הנקודה השנייה היא הזהירות המתבקשת מפני גישה פטרנליסטית כבסיס לביקורת של קבוצה אחת כלפי קבוצה אחרת. דרישה של קבוצה אחת לשוויון ביחס לקבוצה אחרת היא כר פורה לביקורת חוקתית. בעתירה כזו, קבוצה אחת דורשת לקבל - לחיוב או לשלילה - את אשר מוענק לקבוצה האחרת. אולם טענה מעין זו איננה בלב העתירה שבפנינו. העותרים אינם רוצים להעניק לבניהם חינוך של ישיבה קטנה. לשיטתם, חינוך שכזה מעודד השלכות לא רצויות בחברה החרדית. מצד שני, החברה החרדית היא מגובשת עד מאד, והתוכנית החינוכית שלה היא פרי ניסיון של מאות שנים. אף כאן יובהר כי תיתכן גישה פטרנליסטית חוקתית שהיא לגיטימית, למשל - ומבלי לקבוע מסמרות - כאשר מדובר בחשש ברור לסכנת חיים או בסיכון שעלול להתפשט ולפגוע בצדדים שלישיים. אין זה המצב כאשר עסקינן בתכני החינוך בישיבות הקטנות, ובהיקף לימודי הליכה אליהם נחשף צעיר חרדי במהלך 12 שנות הלימוד. זאת במיוחד כאשר המבחן הקובע הוא פגיעה בכבוד האדם של הצעירים החרדים. על רקע שורשיה הדתיים וההיסטוריים של הגישה החרדית, קשה יהיה לומר לטעמי שכבודו של הנער החרדי כאדם נפגע, אך מפני שלא למד לימודי ליבה לתקופה של שנתיים או ארבע נוספות לעומת בן-גילו שאיננו חרדי.

הנקודה השלישית היא טווח הבחירה של המחוקק. מטרת העתירה החוקתית היא להורות על ביטול חוק. לאמור, הסוגיה שעומדת להכרעה איננה האם ניתן היה לחוקק חוק אחר, ואף לא אם ניתן היה לחוקק חוק טוב יותר. סוגיות אלו אינן עומדות

לבחינה. השאלה המצומצמת יותר היא האם מתחייב ביטולו של החוק על ידי בית משפט זה, בשל פגם חוקתי. זוהי כמובן שאלה כבדת-משקל, אך ממוקדת. בית המשפט איננו אמור להחליף את שיקול דעתו של המחוקק, אלא לבקר אותו על פי אמות המידה של המשפט החוקתי. אין בדחיית עתירה חוקתית הבעת עמדה האם מוטב וראוי לנסות לשנות את החוק בדרכים אחרות.

בנושא בו עסקינן - חינוך הדור הבא - תפקיד רם מעלה מוטל על המחוקק. עליו לחלק משאבים מוגבלים ולקבוע סולם עדיפויות: האם להשקיע יותר או פחות באזור גיאוגרפי מסוים, האם להשקיע משאבים מוגברים במקצוע כזה או אחר, היכן להשקיע בבנייה ובשיפוץ, וכך הלאה. שיקול דעת רחב הוענק לעוסקים במלאכה על פי דין להחליט בשאלות אלו. על רקע כל אלו, רשאי המחוקק לעצב את תכניו ואופיו של החינוך, לרבות תכני הלימוד במגזר החרדי. זו סוגיה רגישה ועדינה. ברי כי יש שיקולים לטווח קצר וארוך. לא כל בחירה בסוגיות אלו היא חסינה מפני ביקורת חוקתית. אולם בענייננו היקף שיקול הדעת של המחוקק, והרקע לבחירה שבחר בנוגע ללימודי ליבה בישיבות הקטנות, אינם מובילים לעילת התערבות חוקתית.

20. נותרה נקודה אחרונה, רחבה מהאחרות. עניינה כי לא הכול חוקתי. לעיתים נדמה כי מצופה שבית משפט זה יתערב ויתקן מצב, וזאת מתוך הנחה שהתיקון הוא דרוש ושאינן גורם אחר שיעשה זאת. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פתח את הדלת לביקורת חוקתית מקיפה, אך לא בכל מצב. נדרשת פגיעה בזכות חוקתית. גם אז סעיף 8 לחוק היסוד אומר את דברו, ומאפשר פגיעה על פי מבחני פסקת ההגבלה. אין זה אומר שלא יתחולל שינוי במצב המשפטי בדרך אחרת. ראשית, ישנה ביקורת מנהלית. חוק בית המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, מסמיך את בית המשפט המנהלי לדון בסוגיות שונות הקשורות לענייני חינוך. מעבר לכך, לנוכח מרכזיותו של החינוך בחינוך, אין תימה כי יש ומתרחשים שינויים כתוצאה מתהליכים חברתיים ולא דרך המסלול של עתירה חוקתית לבית המשפט.

בענייננו, צוין לעיל כי רבני ומנהיגי החברה החרדית מודעים לכך שישנן במסורת היהודית גישות חינוכיות שונות מזו הנהוגה אצלם כיום. הרושם המתקבל הוא כי ישנו שינוי בשטח, או לפחות סממנים לשינוי. עניין זה אף מחזק את התוצאה אליה הגעתי של אי-התערבות, כפי שיוסבר.

החברה החרדית תופשת את עצמה כשומרת על גחלת המסורת, ושואבת את שמה מדברי הפסוק "שמעו דבר ה', החרדים אל דברו" (ישעיה סו, ה) - וכשמה כך

היא: חברה שמדגישה את החרדה ואת היראה בעבודת האל. היא חרדה מפני כל שינוי שיפגע בשלמות אורח החיים הדתי. כאמור, סיבות היסטוריות וסוציולוגיות רבות לכך. במאות השנים האחרונות חל שינוי ממשי באחוז היהודים שמכריזים על עצמם כשומרי תורה ומצוות. בתקופה זו התחוללו מהפכות רבות: האמנציפציה העניקה חירות ליהודי הבודד. ההשכלה חשפה אותו בעוצמה לתרבויות שונות. הציונות נתפשה על ידי החרדים כמבקשת ליצור מודל חדש של יהודי. השואה הולידה תחושת מצוקה קשה, ורצון עז בקרב חלק מהניצולים לבנות מחדש את יהדות אירופה שנחרבה. כל אלו תרמו לתחושה כי על המחנה הדתי שאיננו נכון לפשרות להתבצר בעמדתו. היטיב עו"ד ד"ר יעקב וינרוט להגדיר את הגישה החרדית-בדלנית כיהדות "בתקופת חירום" (דו"ח הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות (בראשות השופט טל), תוספת ג).

ולמקומנו - מדינת ישראל. בתחילת הדרך הציבור החרדי והציבור הכללי הסכימו, כל אחד, על תחזית לא מחמיאה לקבוצה האחרת. החזון אי"ש (ר' אברהם ישעיה קרליץ), מנהיגה דאז של החברה החרדית, לא רכש כבוד גדול למדינה החדשה. בה במידה שרוד בן גוריון חשב שהחברה החרדית עתידה להיעלם מהמפה היהודית, כך תהה החזון אי"ש האם מדינת ישראל תחזיק מעמד לאורך שנים. שניהם היו מוכנים אפוא להפרדת המחנות, במידה המתאפשרת, זה מזה. מוכר הסיפור אודות חילופי הדברים בין שני האישים, במהלכם המשיל החזון אי"ש את המפגש בין הקבוצות למפגש בין העגלה הריקה והעגלה המלאה, כאשר העגלה המלאה מייצגת לגישתו את החברה החרדית, ואילו הריקה - את החברה החילונית. מנגד, בן גוריון הסביר כי הסיבה לכך שנתן פטור ל-400 אברכים הייתה כי חשב שקבוצה זו לא תחזיק מעמד במדינת ישראל המודרנית ולבטח לא תגדל (ראו: בנימין בראון החזון אי"ש: הפוסק, המאמין והמנהיג המהפכה החרדית 247 (תשע"א-2011)); מכתב מדוד בן גוריון ללוי אשכול (12.9.1963) ארכיון בן גוריון; סעיף 2 לחוות דעתי בבג"ץ 6298/07 דסלר נ' הכנסת (21.2.2012)). היחסים בין מנהיגי הציבור התאפיינו בחוסר הערכה ואף בחשדנות.

ולזמננו - שנת 2013. מאז קום המדינה חלפו למעלה משישים שנה. כפי שצוין לעיל, ישנם כיוונים חדשים בחינוך החרדי. המציאות משתנה, במיוחד בשנים האחרונות. נפתחו 42 ישיבות קטנות חרדיות המשלבות לימודי קודש עם לימודי חול. כמו כן נפתחו מסלולי השכלה גבוהה ייחודיים לחרדים באוניברסיטאות ובמכללות, בתחומים כגון משפטים, מנהל עסקים ולאחרונה גם הנדסה וטכנולוגיה. מסגרות אלו גורמות לעלייה מתמדת בתעסוקת גברים חרדים (ראו: דניאל גוטליב ואסתר טולידאנו הרכב התעסוקה לפי קבוצות אוכלוסייה בישראל בשנות ה-2000 (2011)).



המציאות משתנה מעצמה. גם על פי תפישת העותרים, שינוי כאמור מוטב שיהא בהסכמה ולא בכפייה. כל עוד שהדין איננו מגלה פגיעה בזכות יסוד חוקתית, יש לאפשר לזרם החיים לעשות את שלו. מספר החרדים גדל מעבר למצופה, והיום - בניגוד לתקופת קום המדינה - ישנם מספר דורות של חרדים ילידי הארץ. המשך השינוי כמובן כפוף לבחירת ההורים, התלמידים, הרבנים והמנהיגים.

כישות חיה ואורגאנית, גם הציבור החרדי משתנה ומתחלף. אף הוא מכיר את הכלל לפיו החיים אינם אלא תנועה תמידית. בעניין החינוכי, ניצני השינוי מבצבצים ועולים מתוך החברה החרדית עצמה. בכל רובדי המערכת קמים מוסדות חינוך המשלבים תכנית לימוד מורחבת בתוך מסגרת חרדית-ישיבתית. גם בקרב הציבור החרדי, המורכב מתתי-ציבור שונים ומגוונים, ישנו ספקטרום של גישות המשקפות עמדות שונות באשר לצעדים הנחוצים מול אתגרי הזמן. ניצנים אלו מחזקים את המסקנה המשפטית שלא לפסול את החוק הנוכחי.

21. אסיים במודל אפשרי מהמקורות, שאף הוא עשוי להשפיע. אמר האמורא ר' נהוראי: "מניח אני כל אומנות שבעולם ואיני מלמד את בני אלא תורה" (קידושין פב, א). יש שביארו שר' נהוראי מייצג דרך ליחידים, ואילו דרכה של אהבת המלאכה היא דרכם של רבים (ראו ר' ברוך אפשטיין, ברוך שאמר, עמ' מא). העניין מזכיר את המחלוקת בין ר' ישמעאל ור' שמעון בר יוחאי. הראשון קבע כי יש לנהוג "מנהג דרך ארץ", ואילו האחרון תבע התרכזות בלימוד תורה גם על חשבון המלאכה. התלמוד מסכם את הויכוח באופן הבא: "אמר אביי: הרבה עשו כרבי ישמעאל ועלתה בידן, כרבי שמעון בן יוחי ולא עלתה בידן" (ברכות לה, ע"ב). דהיינו, המודל מכיר בקבוצה מסוימת המתאימה לכך שתשקיע את מירב כוחותיה בלימוד תורה, בעוד שיתר בני החברה יעסקו במלאכה.

אגב, דווקא היותנו בארץ ישראל עשוי להצדיק - גם מנקודת המבט החרדית - את העיסוק במלאכה מכוח מצוות יישוב הארץ. כדברי החתם סופר (בפירושו לתלמוד בבלי, סוכה לו, ע"א): "שהעבודה בקרקע גופה מצוה משום ישוב ארץ ישראל ולהוציא פירותיה הקדושים. ועל זה ציותה התורה ואספת דגנך. וכאילו תאמר: לא אניח תפילין מפני שאני עוסק בתורה, הכא נמי לא יאמר: לא אאסוף דגני מפני עסק התורה. ואפשר אפילו שארי אומניות שיש בהם ישוב העולם הכל בכלל מצוה".

אחר הדברים האלה

22. לאחר כתיבת חוות דעתי קיבלתי לידי את חוות דעתה של חברתי, השופטת א' חיות. חברתי הסתייגה מעמדתי לפיה "לא נכון יהיה להכיר באופן גורף בזכות לחינוך כזכות חוקתית", תוך ציון כי הדבר עלול להוביל ל"רכבת של זכויות' ולהרחבת היקפה של הזכות לחינוך עד שברוב-רובם של ההחלטות בשדה החינוך ניתן יהיה לקבוע שעסקינן בפגיעה בזכות חוקתית" (פסקה 2). מאחר ועמדתי זו היא חלק מעמדה רחבה יותר, זו הזדמנות ראויה להבהיר את הדברים מבחינתי.

23. הזכות לחינוך איננה מוזכרת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שהבהרתי, מצב דברים זה יכול לעורר שלוש גישות כלליות. לפי הגישה האחת, אי-האזכור מוביל למסקנה שאין להכיר כלל בזכות לחינוך כזכות חוקתית. לפי הגישה השנייה, יש להכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית באופן מלא. זאת בעיקר בשל חשיבות החינוך כיעד בפני עצמו. הגישה השלישית – בה אני מצדד – מהווה גישת ביניים, ולפיה יש להכיר בזכות זו ככל שהיא נוגעת לליבת כבוד האדם וחירותו. ההעדפה לגישת הביניים נובעת משלושה סוגי שיקולים: שיקולים פרשניים, שיקולים מתודולוגיים, ושיקולים שעניינם המסורת המשפטית.

באשר לשיקולי פרשנות, אלו אינם בגדר שיקולים פורמאליים מובהקים. לא בכדי מכונה חקיקת כבוד האדם וחירותו "מהפכה". כלי העבודה של בית המשפט, בבואו להתמודד עם חוק זה או אחר, אינם רק סבירות ושיקול דעת. בכוחו לבטל חוק. ברי כי תפקיד זה דורש זהירות. על בית המשפט להיות רגיש לשימוש הנכון ב"נשק לא קונבנציונאלי" זה, וליחס בינו לבין רשויות אחרות. אף אם שיטות משפטיות שונות מגיעות למסקנה דומה בדבר ביטול חוק, על השופט להיות נאמן לכללי השיטה החוקתית כפי שנקבעו. יושם אל לב כי מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – לא הוספו זכויות מפורשות. בניגוד לחוקות אחרות, הזכות לחינוך איננה מופיעה בצורה מפורשת. כשלעצמי, אינני סבור כי יש בכך כדי להגביל בהכרח את בית המשפט בביקורת החוקתית. כבוד האדם וחירותו הוא מונח עשיר ורחב, שעשוי להיות רלבנטי לזכויות שונות שאינן מוזכרות בצורה מפורשת בהתאם לסוג ועוצמת הפגיעה הנטענת. כך ביתר שאת לגבי החינוך, שהינו רלבנטי עד מאד להתפתחות האדם, למימוש הפוטנציאל שבו, לעיצוב הווייתו האנושית, לכבודו ולחירותו. צא ולמד: ישנן זכויות, והחינוך ביניהן, שבאופן טבעי היבטים יסודיים הטמונים בהן עשויים לעמוד בליבת כבוד האדם. אין בכוונתי, במסגרת פסק דין זה, להגדיר מהם היבטים אלו. החשוב הוא

שיש היבטים שונים בזכות לחינוך שאינם בגדר זכות חוקתית. הקו המפריד הוא כאמור אם העניין עומד בליבת כבוד האדם.

באשר לשיקולים מתודולוגיים, חשוב כי בית המשפט יקפיד על "סדר הדין המהותי" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למשל, משנקבע על ידי בית המשפט שקיימת פגיעה בזכות חוקתית, עליו להנחות את עצמו במבחני המידתיות שקבועים בסעיף 8. באותו אופן, על בית המשפט לבחון את השאלה הראשונה, והיא קיומה של פגיעה בזכות, על פי המסגרת של חוק היסוד. המסגרת של כבוד האדם וחירותו מחייבת בשני השלבים: הן באשר לזיהוי הפגיעה, והן באשר למבחני פסקת ההגבלה. באשר לשלב הראשון, הפגיעה בזכות שמוזכרת במפורש בחוק – למשל קניין, יציאה מהארץ וצנעת הפרט – שונה מפגיעה בזכות שאיננה מוזכרת במפורש. אין זה אומר כי האחרונות הן בהכרח חשובות פחות. אלא מוטל על בית המשפט לבחון אותן על פי היחס בין העתירה הקונקרטית לבין האפשרות לפגיעה בליבת כבוד האדם וחירותו. ניתן להניח כי ככל שבית המשפט יצעד בדרך זו – יתפתחו סוגים של פגיעות בזכות לחינוך למשל שייחשבו כפגיעה בליבת כבוד האדם. או-אז לא יהא צורך לבחון מחדש את העניין שוב ושוב. אך הדרך של הבחינה ראויה בעיניי.

באשר למסורת המשפטית, נראה כי הגישה הרווחת בפסיקה היא שהזכות לחינוך כשלעצמה איננה מצויה תמיד בליבת כבוד האדם וחירותו. כאמור, לנוכח רוחב החקיקה בענייני חינוך, ובהתחשב באופי הזכות שאיננו בינארי – יש לשמור על הגבולות הראויים. לעיתים שילוב בין הזכות לחינוך לבין פרמטר נוסף עשוי להעביר את הפגיעה אל ליבת כבוד האדם וחירותו. דוגמא יפה לכך מצויה בפרשת עמנואל, שם קבע השופט ח' מלצר שהפגיעה בזכות לחינוך יחד עם אפליה והשפלה של תלמידות על רקע מוצא עדתי – מבססת היטב את הפגיעה החוקתית. אפשרות נוספת היא פגיעה כה קשה ביסודות הזכות לחינוך, עד שדבר זה כשלעצמו יהווה פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנקודה היא שיש זכויות שאינן מוזכרות בצורה מפורשת בחוק היסוד, אך אופיין, איכותן ומרכזיותן בחיינו מלמדים כי טבעי יותר לקשור בינן לבין כבוד האדם וחירותו לעומת זכויות אחרות שאינן מופיעות בחוק היסוד. ברם המבחן של הזיקה בין הפגיעה לבין ליבת כבוד האדם וחירותו – עומד כמבחן אחיד למצבים השונים ולזכויות השונות שלא מוזכרות בחוק.

לדעתי, הדרך המוצעת משלבת כראוי בין מעמדה הרם והייחודי של הזכות לחינוך במדינה יהודית ודמוקרטית, לבין הכלים שהמתחוקק העניק לבית המשפט במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24. טרם סיום, אדגיש שוב כי לא הכול חוקתי. יש ושינויים חברתיים ראויים להתפתח מעצמם, ולא על דרך ביטול חוק כאשר אין פגיעה חוקתית. בענייננו, אפנה שוב למודל של החת"ם סופר (פרשבורג, המאה ה-19), שנחשב במובנים רבים לאחד מאבותיו הרוחניים של העולם החרדי. החת"ם סופר הבהיר כאמור כי בניגוד לחוץ לארץ, שם יש מקום להתמקדות בלימוד תורה, הרי שבארץ ישראל על האדם הדתי להיות מעורב יותר בנעשה בחברה על מלוא גווניה. כדבריו, מצוות ישוב ארץ ישראל כוללת "לא לבד עבודת קרקע אלא לימוד כל האומנות משום יישוב וכבוד ארץ ישראל" (תורת משה לפרשת שופטים; וראו גם <http://www.rationalistjudaism.com/2014/03/this-chasam-sofer.html>). גישה זו עשויה להצביע על כיוון לפיו במובנים מסוימים דווקא כאן על האדם המגדיר עצמו כחרדי – לתרום באופן מלא להתפתחות יישוב הארץ, בנוסף להתמדתו ומסירותו הבלתי-מתפשרת למצווה של לימוד תורה.

סוף דבר

25. העתירה שלפנינו מעמידה במוקד את הפגיעה בזכות ללימודי ליבה תיכוניים. העותרים מבקשים שנכיר בזכות זו כזכות חוקתית, מאחר והיא מהווה לשיטתם תנאי למימוש היבטים שונים של כבוד האדם וחירותו. אלא שהרחבת מעגל הזכויות החוקתיות צריכה להיעשות בזהירות המתבקשת. זאת בהתאם למסורת הפסיקה, ובפרט על רקע היבטיו הייחודיים של החוק אותו תוקפים העותרים: פטור תרבותי-דתי, אשר מאפשר לצעיר חרדי להמשיך ולבחור בין ישיבה קטנה לבין מסגרת שבה מלמדים לימודי ליבה. בהתחשב בזאת, על אף שלא ניתן להתעלם מתרומתם של לימודי ליבה תיכוניים להשתלבות בחיי החברה והמשק, אין בכך כדי להראות שהחוק פוגע בזכות חוקתית.

מסקנה משפטית זו מתחזקת לאור ארבעת השיקולים שהוזכרו בהמשך חוות דעתי. יש קשר הדוק בין ההכרעה החוקתית בדבר העדר פגיעה בזכות יסוד חוקתית - מחד גיסא, לבין מעמדו הייחודי של החינוך לתלמוד תורה בישראל, החשש מפני פטרנליזם שלא במקומו, חופש הבחירה של המחוקק, והשינויים בחברה החרדית בשנים האחרונות - מאידך גיסא. כוחם המצטבר של כלל השיקולים סולל את הדרך לאי-התערבות במקרה דנא, וזאת כחיזוק לליבת מסקנתי לפיה החוק איננו פוגע בזכות יסוד חוקתית.

סוף דבר, הייתי מציע לחבריי לבטל את הצו על תנאי שיצא מלפני בית המשפט ולדחות את העתירה. בנסיבות העניין הייתי נמנע מפסיקת הוצאות.

ט פ 1 ט

#### השופטת א' חיות:

כ-25,000 נערים חרדים לומדים ב"ישיבות קטנות" אשר הוכרו כמוסדות חינוך תרבותיים יחודיים, על-פי חוק מוסדות חינוך תרבותיים יחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק או חוק מוסדות חינוך תרבותיים). השכלתם, עתידם ורווחתם של אותם תלמידים היא העומדת במוקד המחלוקת בין הצדדים שבפנינו. העותרים טוענים כי החוק מפר את זכויותיהם החוקתיות של תלמידי הישיבות הקטנות לחינוך, לכבוד, לאוטונומיה ולחופש עיסוק משום שהוא מאפשר לקיים מסגרת חינוכית שאינה מקנה להם את מיומנויות הבסיס הנדרשות לצורך השתלבות בחברה הישראלית. מנגד טוענים המשיבים כי טובתם של אותם תלמידים עצמם נטועה בשימור האוטונומיה התרבותית שלהם באופן המאפשר להם להגשים את רצונם להתמסר ללימודי קודש במוסדות חינוך על-יסודיים לאחר שרכשו השכלה בתחומי הליבה במסגרת החינוך היסודי שקיבלו. חברתי השופטת ארבל סבורה כי יש לאמץ את טענת העותרים לפיה החוק פוגע בזכויותיהם החוקתיות של תלמידי הישיבות הקטנות לחינוך ולאוטונומיה במידה העולה על הנדרש ועל כן יש לבטלו, ואילו חברי השופט הנדל סבור כי החוק אינו פוגע בזכות חוקתית כלשהי וכי משכך דין העתירה להידחות. גם לטעמי דין העתירה להידחות, אך הדרך שהובילה אותי לתוצאה זו שונה מדרכו של חברי השופט הנדל, כפי שאפרט להלן.

#### הזכות החוקתית לחינוך

1. טענתם המרכזית של העותרים היא כי החינוך הניתן לתלמידי הישיבות הקטנות אינו מספק ואינו מאפשר להם להתפתח ולהשתלב בחברה כפרטים, לרבות בהיבט התעסוקתי. כתוצאה מכך נפגעות לשיטת העותרים זכויות יסוד של אותם התלמידים ובהן הזכות לאוטונומיה, הזכות לחופש עיסוק והזכות לכבוד, אך הזכות העיקרית אשר בה מיקדו העותרים את טענותיהם בהקשר זה היא כאמור הזכות לחינוך. על חשיבותה של הזכות לחינוך עמד בית משפט זה פעמים הרבה כזכות המוקנית לכל אדם באשר הוא אדם. הזכות לחינוך חרוטה במגילת העצמאות ועוגן ויתר הונחו לה מאז גם בפסיקה ובחקיקה ענפה של הכנסת כזכות בסיסית שלא ניתן להפריז

בחשיבותה (ראו לעניין זה האסמכתאות המופיעות בפס' 29-34 לחוות דעתה של השופטת ארבל וכן אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה ב 793-794 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם)). יחד עם זאת, עד עצם היום הזה טרם הוכרה זכות זו באופן מפורש כזכות חוקתית בדבר חקיקה של הכנסת או בפסיקתו של בית משפט זה (להערות אגב בעניין זה ראו בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (31.8.2010); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ובפס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר (6.2.2011)).

חברתי השופטת ארבל פרשה יריעה רחבה הסוקרת את מהותה והיקפה של הזכות לחינוך כזכות חוקתית. לדבריה אלה אני מצטרפת במלואם ועל כן לא ראיתי צורך לחזור ולחרוש בקרקע שחרשה חברתי. בתמצית אומר כי על-פי גישתי ונוכח מוטת כנפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן וראוי להכיר בזכות לקבלת חינוך כזכות חוקתית על-פי אמות המידה ועל-פי המבחנים שנקבעו בפסיקתנו להכרה בזכויות אחרות כזכויות הבאות בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם. כוונתי למודל הביניים שאומץ לעניין זה בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 685-682 (2006), לפיו יש לבחון האם הזכות הנטענת קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. אין ספק בעיניי כי הזכות לחינוך, לכל הפחות במובנה כזכות לקבל חינוך, קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם (ראו פס' 37-43 לחוות דעתה של השופטת ארבל וכן ראו: ברק כבוד האדם, בעמ' 803-817; לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה 258-260 (2013) (להלן: פרי-חזן)). אכן, החינוך הוא אחד מאבני המסד לעיצובו של הפרט, לפיתוח אישיותו כאדם ולמימוש יכולותיו וכשרונותיו. הוא מקנה לו כלים להשתלב בחברה בה הוא חי, לממש את האוטונומיה הנתונה לו לבחור את נתיב חייו ולהשיג את שוויון ההזדמנויות שהוא זכאי לו. הקשר בין הזכות לחינוך ובין זכות האדם לכבוד הוא אפוא מובהק וברור וניתן לומר כי הגשמת הזכות לקבל חינוך היא תנאי הכרחי לחיים של כבוד בחברה וליכולתו של הפרט לממש את הזכויות החוקתיות האחרות הנתונות לו ובהן, בין היתר, חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש הבחירה וההצבעה וחופש ההתאגדות.

2. חברי השופט הנדל העיר בחוות דעתו כי "לא נכון יהיה להכיר באופן גורף בזכות לחינוך כזכות חוקתית" (פס' 9 לחוות דעתו) בציינו כי הדבר עלול להוביל למה שכוונה על-ידו "רכבת של זכויות" ולהרחבת היקפה של הזכות לחינוך עד "שברוב-רובם של ההחלטות בשדה החינוך ניתן יהיה לקבוע שעסקינן בפגיעה בזכות חוקתית" (פס' 10 לחוות דעתו). אינני שותפה לחשש זה שהביע חברי השופט הנדל. כפי שצוין

הזכות לחינוך כזכות חוקתית נגזרת במישרין מהזכות לכבוד האדם ולהגשמתה תרומה חיונית והכרחית למימוש הזכות לכבוד. על כן חשוב בעיניי כי נשמיע בקול צלול וברור את הקביעה לפיה הזכות לחינוך היא זכות חוקתית. כך נהג בית משפט זה בעבר בהכירו בזכויות חוקתיות אחרות הנגזרות מזכותו של האדם לכבוד, ובכללן: הזכות לקיום מינימאלי בכבוד (ראו למשל בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 481-483 (2005) (להלן: פרשת עמותת מחויבות)); הזכות לחיי משפחה ולהורות (ראו למשל בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (13.6.2006)); הזכות לשם טוב (ראו למשל רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' 12-14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (12.11.2006)); הזכות לחופש תנועה (ראו למשל בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1, 59 (1997)); וזכויות נוספות (לסקירה מקיפה של הזכויות הנגזרות מכבוד האדם ראו: ברק כבוד האדם, בעמ' 879-535). הקשר בין הזכות לחינוך ובין כבוד האדם בוודאי אינו נופל מן הקשר הקיים בין כבוד האדם ובין הזכויות האחרות הנזכרות לעיל. אין אפוא הצדקה לנקוט אמת מידה שונה בכל הנוגע אליה. ואשר לחשש מהרחבה יתירה של הזכות החוקתית. חשש זה יש לו מענה הולם במסגרת הבחינה החוקתית ובניגוד לחברי השופט הנדל אינני שותפה להערכה כי בשל ההכרה בזכות לחינוך כזכות חוקתית עלולה להיווצר מה שמכנה חברי "רכבת זכויות" אשר כתוצאה ממנה ניתן יהיה לקבוע לגבי רוב-רובם של ההחלטות בשדה החינוך כי "עסקינן בפגיעה בזכות חוקתית". השלב שבו נבחנת במסגרת הביקורת השיפוטית השאלה האם חוק של הכנסת פוגע בזכות חוקתית, הוא שלב המציב בפני הטוענים לבטלות חוק או הוראה מהוראותיו משוכה ממשית שאותה עליהם לצלוח (ראו בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (26.6.2013)); ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 284-286 (2012)), וכך גם יתר שלבי הבחינה החוקתית המתבצעת על-פי פסקת ההגבלה. שלבים אלה מיועדים לשמר את יחסיותה של הזכות החוקתית ואת האיזונים בינה ובין הזכויות והאינטרסים שעימה היא מתנגשת ככל שנמצאה פגיעה בה. מכל מקום אינני סבורה כי המענה לחשש מהרחבת היקפה של הזכות לחינוך מצוי בשלילת ההכרה בה או בצמצום ההכרה בה כזכות חוקתית.

3. הנה כי כן, ככל שהדבר נוגע למהותה ולהיקפה של הזכות לחינוך כזכות חוקתית, הולכת אני כברת דרך לא מעטה לצד חברתי השופטת ארבל. כמוה, אף אני סבורה כי יש לפרוש הגנה חוקתית על זכותו של כל תלמיד בישראל לקבל מהמדינה את החינוך הבסיסי הנדרש לו על מנת שיגדל להיות אדם המסוגל לחיות בכבוד בחברה. השופטת ארבל הפנתה לפסק הדין שניתן בעניין עמותת מחויבות העוסק בזכות האדם

לקיום חומרי בכבוד בציינה, כי על הדיון בזכות לחינוך ניתן לומר שהוא עוסק בקיום הרוחני בכבוד (פס' 37 לחוות דעתה). אם להוסיף ולהיאחז בהקבלה זו שערכה חברתי השופטת ארבל, ניתן לומר עוד כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את המדינה להבטיח כי כל ילד וילד בכל מגזר ומגזר יזכה לחינוך בסיסי וכי אם ימצא שחוק מסוים פוגע בזכות זו של ילד או קבוצת ילדים, כי אז דינו של החוק להתבטל, אלא אם כן ימצא שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. אמת המידה שעליה עמד בית המשפט בעניין עמותת מחויבות בהגדרו את האמצעים החומריים הנדרשים לאדם לצורך קיום בכבוד הם אלה הנדרשים לו על מנת "לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל" (שם, בעמ' 482 מפי הנשיא ברק בדעת רוב; וראו גם דעת המיעוט של השופט א' א' לוי בעמ' 496 הקובע אמת מידה מרחיבה יותר). אמת מידה זו אשר שימשה את בית המשפט בעניין עמותת מחויבות יפה, בשניונים המחויבים, גם לענייננו ולפיה על המדינה להבטיח כי כל תלמיד יזכה לחינוך הבסיסי הנדרש על מנת שיוכל לפתח את יכולותיו, את אישיותו ואת כישוריו בלא שיסבול מנחיתות חברתית במדינה שבה הוא חי בשל היעדר השכלה. אמת מידה זו אינה מתנגשת, כך נראה, עם התפיסה הראויה בעיקרה התומכת בפלורליזם ובטיפוח חברה רב-תרבותית אשר בה ניתנת לקהילות בעלות סגנון חיים ייחודי הזכות לשמר את צביוןן ואת תרבותן תוך הקפדה על מינימום הכרחי של התערבות מדינתית (פרי-חזן, בעמ' 319-323; יורם רבין הזכות לחינוך 156-160 (2002); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר עורכים, 1998)).

האמנם פגיעה בזכות החוקתית לחינוך?

4. השאלה המרכזית המתעוררת בעתירה שבפנינו היא השאלה האם חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים אכן פוגע בזכות החוקתית לחינוך של תלמידי "הישיבות הקטנות" על-פי אמת המידה שהוגדרה לעיל, וזאת בהינתן העובדה שהחוק עוסק במוסדות חינוך תיכוניים, וכי כל אותם התלמידים אשר הוריהם בחרו לשלבם במוסד תיכוני כזה הגיעו אליו לאחר שנדרשו - כדרישת חובה - ללמוד מה שהוגדר כלימודי ליבה במסגרת בתי הספר היסודיים שמהם באו. אקדים ואומר כי לגישתי לא הניחו העותרים תשתית מספקת לביסוס מסקנה כזו.

סעיף 4(א) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 מסמיך את שר החינוך לקבוע את תוכנית הלימודים של כל מוסד חינוך רשמי ובסעיף 1 הוגדר המונח "תוכנית לימודים" כתוכנית שנקבעה על-ידי השר למוסדות החינוך הרשמיים לשם השגת מטרות החינוך הממלכתי המפורטות בסעיף 2 לחוק, ובכלל זה "תוכנית היסוד" שהשר



יקבעה כתוכנית חובה על כל מוסד כזה". האם העובדה שהמחוקק ביקש לכלול בתוכנית הלימודים "תוכנית יסוד" (ליבה) כתוכנית חובה, מחייבת בהכרח את המסקנה אליה הגיעה חברתי כי תוכנית זו היא יסוד המסד להענקת החינוך הבסיסי לילדי ישראל - לרבות אלה הלומדים במוסדות חינוך שאינם רשמיים - עד כי ללא הנחלת תכניה נפגעת זכותם החוקתית לחינוך? האם יש משמעות בהקשר זה לכך שתוכנית היסוד מיושמת בהיקף כזה או אחר במוסדות החינוך היסודיים אך לא במוסדות החינוך העל-יסודיים שאליהם נוגעת העתירה? עיון בעתירה ובנספחיה ילמדנו כי פרטיה של תוכנית היסוד הרלוונטית לענייננו (לפחות ככל שהדבר נוגע לכיתות י-יב) חסרים מן הספר. ממילא אין העתירה מתייחסת לשאלה המהותית ביותר אשר עמה יש להתמודד בעתירה זו והיא - מהם אותם התכנים אשר היעדרם מתוכנית הלימודים של "הישיבות הקטנות" פוגע בזכותם החוקתית של תלמידי מוסדות אלה לחינוך. חסר זה בולט בייחוד בהינתן העובדה כי עניין לנו בתלמידים אשר למדו את תוכנית היסוד שהוגדרה למוסדות החינוך היסודיים ועל כן ניתן להניח כי בעיקרו של דבר אין מדובר בתכני לימוד שהתלמידים לא זכו ללומדם כלל אלא בלימודי המשך של מקצועות שנלמדו על ידם במסגרת בית הספר היסודי.

היעדר ההתייחסות לתוכנית היסוד (הליבה) הנוגעת למוסדות החינוך העל-יסודיים אינו מקרי.

קשה להאמין, אך עד שנת 2003 ולמרות שחוק חינוך ממלכתי נחקק בשנת 1953, לא נקבעה על-ידי שר החינוך "תוכנית יסוד" כלשהי בין לבתי הספר היסודיים ובין לבתי הספר העל-יסודיים. תוכניות יסוד אלה פורסמו על-ידי משרד החינוך רק בשנים 2003-2007, בעקבות עתירות שהוגשו לבית משפט זה (ראו אתי וייסבלאי "לימודי ליבה במערכת החינוך החרדית" מרכז המחקר והמידע של הכנסת 10-8 (30.7.2012) (להלן: וייסבלאי); וכן ראו את סקירתה של השופטת ארבל בפס' 12-5 לחוות דעתה). התוכנית הרלוונטית לענייננו - תוכנית היסוד לחינוך העל-יסודי (כיתות ז-יב) - פורסמה בחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשס"ח/ח3(א) 30-3.1 רק ביום 29.8.2007 (בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (27.7.2008)), אך חוזר זה בוטל לאחר כשנתיים ובמקומו פורסם ביום 1.4.2009 חוזר מנכ"ל תשס"ט/ט8(א) 36-3.1 אשר הגדיר את תוכנית היסוד (הליבה) לחטיבות הביניים בלבד (כיתות ז-ט). חוזר אחרון זה אשר צורף כנספח 1 לתגובה המקדמית מטעם המשיב 2 אינו קובע את תוכנית היסוד לכיתות י-יב (ראו גם: פרי-חזן, בעמ' 35, 86; וייסבלאי, בעמ' 10). הנה כי כן, ככל שאין בנמצא חוזר נוסף אשר לא צורף, המתייחס לכיתות י-יב, ניתן לקבוע כי למעשה

אין בנמצא תוכנית יסוד (ליבה) שקבע משרד החינוך לגבי כיתות אלה, ומצב דברים זה מקשה עד מאוד לבחון את טענתם של העותרים לפיה היעדר "לימודי ליבה" כאלה ואחרים בישיבות הקטנות (כיתות ט-יב) פוגע בזכותם החוקתית של תלמידי אותן הישיבות לחינוך. טענה זו לוקה בכלליות והיא נסמכת בעיקרה על תצהירי העותרים - 7 המתארים את הקשיים שחוּוּ הם כבוגרי ישיבות קטנות בכואם להשתלב בלימודים אקדמיים. מן האמור בתצהירים ובהינתן השנים שבהם למדו אותם המצהירים במוסדות החינוך היסודיים, ספק רב אם חלה לגביהם באותו שלב תוכנית לימודי הליבה החלה כיום על מוסדות החינוך היסודיים במגזר החרדי. מכל מקום, תשתית עובדתית אקראית, סובייקטיבית ובלתי מקצועית כזו בוודאי אינה יכולה לשמש בסיס מספיק לצורך הגדרת תכני היסוד אשר היעדרם מתוכנית הלימוד במוסד על-יסודי, מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחינוך של 25,000 תלמידי הישיבות הקטנות. כידוע, עולם הידע הוא רב ורחב כים ותחומיו רבים ומגוונים. בנקוף השנים אף מתרבה והולך הידע כתוצאה ממחקרים ותגליות שהמין האנושי מתברך בהם. השאלה מהם אותם תחומי ליבה אשר לימודם הוא חלק מזכותו החוקתית של כל אדם לכבוד, אינה פשוטה, אפוא, כלל ועיקר והיא דורשת בחינה קפדנית של תחומי הידע השונים. בדיקה כזו הנוגעת לתכני הלימוד בשלב העל-יסודי לא הוצגה על-ידי העותרים.

5. חשוב להדגיש כי השאלה העומדת בפנינו איננה האם חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים הפוטר תלמידי מוסדות אלה מלימוד תוכנית היסוד הוא "טוב, יעיל, מוצדק" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997)). אכן, ניתן לתהות מדוע ראה המחוקק לאפשר לתלמידי הישיבות הקטנות לוותר על רכישת ידע בתחומים שונים שאינם לימודי קודש, והאם חשיבותו של ערך לימוד התורה אכן מאפילה לחלוטין על הצורך לרכוש דעת וידע בתחומים אלה בשלב הלימודים העל-יסודיים. חברי השופט הנדל סקר בהרחבה את הגישות השונות באשר לתכניו של החינוך היהודי ועמד, בין היתר, על כך שגדולים בתורה ובראשם הרמב"ם לא אימצו גישה זו וסברו כי לצד לימוד תורה יש חשיבות ויש צורך גם ברכישת ידע וחוכמות "ארציות" (ראו פס' 17 לחוות דעתו של השופט הנדל). עוד ניתן לתהות מדוע, למשל, לא הותנתה הזכאות ללמוד במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים (הפוטרם את תלמידיהם מלימודים שאינם לימודי קודש), בכך שהנרשמים יעמדו בבחינות מתאימות המיועדות לבדוק האם התלמידים המבקשים ללמוד באותם מוסדות אכן רכשו במסגרת לימודיהם היסודיים את ההשכלה הבסיסית הנדרשת. ואולם, מן הטעמים שפורטו לעיל, אינני סבורה עם זאת כי עלה בידי העותרים להצביע על פגיעה בזכות חוקתית לחינוך של אותם התלמידים, ומשכך אינני סבורה כי יש מקום להורות על ביטול החוק כעתירתם.

6. טענה נוספת שהעלו העותרים בשולי הדברים היא הטענה בדבר הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. לא ראיתי מקום להרחיב בה ואומר אך זאת - הטענה כי תלמידי הישיבות הקטנות מופלים לרעה ביחס לחבריהם בכך שהמדינה לא אוכפת עליהם את חובת לימודי הליכה מתעלמת - כך נראה - מהיתרון הגלום בחוק עבור תלמידים אלה בכך שהוא מאפשר להם ללמוד במוסד התואם את תרבותם הייחודית. ואמנם, בעת ובעונה אחת, מוסיפים העותרים וטוענים כי תלמידי הישיבות הקטנות "מופלים לטובה" (קרי: יתר התלמידים מופלים לרעה), בכך שהם לבדם זוכים בפריבילגיה של פטור מלימודי ליבה. אשר לטענה אחרונה זו, יש להזכיר כי החוק אינו מגביל עצמו לקבוצת האוכלוסייה החרדית בלבד. לכן קבוצות אחרות שלהן מאפיינים תרבותיים ייחודיים יכולות להקים לעצמם מוסדות דומים, באישור שר החינוך (ס' 1(2) לחוק). ועוד יש להזכיר כי שיעור השתתפות המדינה בתקציבו של מוסד חינוך תרבותי ייחודי נופל משיעור ההשתתפות בתקציבי מוסדות חינוך מקבילים ועומד על 60% בלבד (ס' 5 לחוק). די בטעמים אלה על מנת לשלול את הטענה שהעלו העותרים בדבר הפגיעה בשוויון.

לפני סיום

7. הגם שעל-פי גישתי יש לדחות את טענות העותרים ככל שהן מכוונות לסעד של ביטול חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים בעילות חוקתיות, ראיתי לנכון להוסיף הערה לפני סיום באשר לפירושה הנכון של הוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ובאשר לאופן שבו ראוי כי שר החינוך יפעיל את סמכותו להכרה במוסד חינוך כמוסד חינוך תרבותי ייחודי על פי אותו סעיף.

סעיף 2(ב)(1) לחוק קובע כי:

שר החינוך או מי שהסמיך לכך יכיר במוסד חינוך כמוסד חינוך תרבותי ייחודי אם ראה שהתקיימו בו כל אלה:

(1) ניתן בו חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים, ותכנית הלימודים בו ואורח הפעילות במסגרתו אינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

...(2)

...(3)

## (ההדגשה אינה במקור)

הנה כי כן, ההכרה שמוסמך השר להכיר במוסד חינוך כמוסד חינוך תרבותי ייחודי מותנית בין היתר בכך ש"תוכנית הלימודים בו ואורח הפעילות במסגרתו אינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לצורך הפעלת סמכותו זו על השר לבחון את תוכנית הלימודים של המוסד המבקש הכרה - על מה שיש בה וגם על מה שאין בה - ולהשתכנע כי היא אכן מקיימת את התנאי הנדרש. בבואו לעשות כן נראה כי התוכן שעליו לצקת אל התיבה "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" אשר מצאה את מקומה בסעיף 2(ב)(1) הנ"ל, אינו שונה מן הפירוש שהוענק לה במופעיה בהסדרים נורמטיביים אחרים, למשל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. על-פי פירוש זה וככל שעסקינן בהיבט הערכי הדמוקרטי הרלוונטי לענייננו, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית כוללים את ערכי הדמוקרטיה הפורמאלית והמהותית גם יחד, ובכללם: שלטון הרוב, זכויות האדם, כבוד ושוויון, הפרדת הרשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 565 (2005); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 334-337 (1995)).

במערכת החינוך הממלכתית, נכללים לימודי אזרחות לראשונה במסגרת תוכנית "מולדת, חברה ואזרחות" הנלמדת בכיתות ב'-ד', אך תלמידי החינוך החרדי היסודי – הן בחינוך המוכר שאינו רשמי הן במוסדות הפטור – פטורים מלימודים אלה (חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ב/ב1(ב) 3.1-41 (2011); משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367, 391 (2008) (להלן: כהן-אליה); ריקי טסלר "חינוך אזרחי בחברה לא אזרחית: מגמה ממלכתית או משחק סקטוריאלי?" פוליטיקה 14 25 (2005)), וכמקצוע עצמאי נכללים לימודי האזרחות לראשונה בתוכנית הליבה לכיתה ט' (ס' 5.5-5.8 לחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשס"ט/ט8(א) 3.1-36 (2009)). בהינתן העובדה כי על-פי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים פטורות הישיבות הקטנות מלימודים שאינם לימודי קודש החל מכיתה ט', נשאלת השאלה האם תוכנית לימודים של מוסד חינוך בישראל אשר תלמידיה לא למדו ולו שעת אזרחות אחת, עומדת בתנאי שהציב סעיף 2(ב)(1) לחוק לצורך הכרה באותו מוסד כמוסד חינוך תרבותי ייחודי?

דו"ח ועדת קרמניצר העוסק בחינוך לאזרחות במערכת החינוך הישראלית מציין כי חוסנו ואיכותו של המשטר הדמוקרטי הם כמידת מחויבותם של האזרחים לרעיון הדמוקרטי וכמידת מסוגלותם ונכונותם להיות אזרחים פעילים ואחראיים

(מרדכי קרמניצר להיות אזרחים: חינוך לאזרחות לכלל תלמידי ישראל, ס' 4 (1996)). בלא חינוך לאזרחות ולערכים דמוקרטיים אשר יונחל לכלל האזרחים במדינה, קיומה היציב של הדמוקרטיה עלול להיפגע והחתימה לעצב בישראל חברה דמוקרטית, סובלנית, השומרת על חירויות יסוד עלולה להיכשל (כהן-אליה, בעמ' 376-379; ראו גם: 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, 286-287 (2010)). לימודי האזרחות במערכת החינוך מיועדים להקנות לתלמידים ידע אודות גופי השלטון, מוסדות החברה ועקרונות החיים הדמוקרטיים במדינה שבה הם חיים, תוך דגש על מחויבותה של הדמוקרטיה לזכויות אדם. הם חושפים את התלמידים, לעיתים לראשונה, לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית על מנת שיגדלו להיות אזרחים סובלניים ושומרי חוק המסוגלים ליטול חלק בהליך הפוליטי ולתרום לשימור אופייה הדמוקרטי של המדינה (להרחבה ראו: פרי חזן, בעמ' 280-279). מכאן חשיבותם הרבה.

9. לטעמי, תוכנית לימודים השמה את כל כובד המשקל על ערכיה - החשובים כשלעצמם - של המדינה כמדינה יהודית, אך מתעלמת מערכיה כמדינה דמוקרטית, היא תוכנית שאינה מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל המושתתת לצד ערכיה היהודיים גם על ערכיה כמדינה דמוקרטית, ומשכך ספק בעיניי אם היא עונה לדרישותיו של סעיף 2(ב)(1) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. לגישתי מן הראוי, אפוא, לחייב את מוסדות החינוך המבקשים הכרה כמוסד חינוך תרבותי ייחודי לשלב בתוכנית הלימודים שלהם לימודי אזרחות להנחת דעת השר וזאת כתנאי לאותה הכרה.

מן הטעמים המפורטים לעיל, אני מצטרפת לתוצאה לפיה דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

1. חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק) אשר מכיר במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים (להלן: המוסדות הייחודיים), קובע את תנאי הרישיון שלהם ואת השתתפות המדינה בתקצובם בשיעור של 60 אחוזים. החוק אינו מחייב את המוסדות הייחודיים ללמד "לימודי ליבה", הם תכנית היסוד הבסיסית אשר בתי ספר מחויבים להקנותה לתלמידיהם מכוח חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953

(להלן: תכנית היסוד או לימודי ליבה). עוד החוק קובע (בסעיף 37) כי חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 לא חל על המוסדות הייחודיים. משמעות הוראה זו היא שאין כל פיקוח על תכני הלימוד במוסדות אלה.

2. לאחר שעיינתי בחוות הדעת היסודיות של חברותיי השופטות ע' ארבל ו-א' חיות ושל חברי השופט נ' הנדל, מצאתי לצרף את דעתי לדעתה של חברתי השופטת ארבל, ולנימוקיה המקיפים. כמו חברותיי, השופטות ארבל ו-חיות גם אני סבור כי הגיעה השעה להכרה בזכות החוקתית לחינוך, למצער בהיבט של הזכות לקבל חינוך, וכמו חברתי השופטת ארבל הגעתי למסקנה כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים פוגע בזכות החוקתית לקבל חינוך של נערים חרדים בכיתות ט'-י"ב פגיעה שאינה מידתית ועל כן דינו בטלות.

3. בשונה מחברתי השופטת חיות אני סבור כי קיימת לפנינו תשתית עובדתית מספקת לשם קביעה זו. חברתי סבורה כי בהיעדר תכנית יסוד מפורטת לגבי תלמידי כיתות י'-י"ב, לא ניתן לבחון מה טיבה של הפגיעה הנגרמת לתלמידים עקב אי הוראת תכני תכנית זו במוסדות הייחודיים, ולא ניתן לקבוע כי היעדר חיוב המוסדות הייחודיים בקיומה עולה כדי פגיעה חוקתית. כפי שיפורט להלן, אף שתכנית היסוד לא מצאה ביטוי תחיקתי עקבי, היא התקיימה למעשה ואף הייתה כפופה לפיקוח ומדידה. חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים היה זה שהצהיר בגלוי על הפטור מחובת העמידה בתכנית זו ובכך למעשה אפשר סטייה מהוראת תכני הליבה היסודיים שנלמדו משכבר הימים, ועודם נלמדים. סטייה זו, לשיטתי, מבססת במידה מספקת פגיעה בלתי מידתית בזכות לקבל חינוך של התלמידים במוסדות הייחודיים.

4. רעיון לימודי הליבה אינו יונק את תוכנו אך מ"תכנית יסוד" שקיומה נקבע בחוק. דומה כי רעיון זה מבטא קבוצה מצומצמת של תכני לימוד בסיסיים שאין בלתם, אשר ניתן לומר עליהם שהם ארגז הכלים הבסיסי לכל אזרח, המאפשר לו להתמודד עם החיים בחברה, ומקנה לו אפשרות שווה לממש את זכותו לפיתוח אישיותו, כדי שיוכל למצות את הפוטנציאל הטמון בו בחייו הבוגרים ולתפקד באופן עצמאי.

5. דומה כי חשיבותו זו של רעיון לימודי הליבה היא אשר הביאה לכך שהוא קיבל צביון מעשי בתכנית היסוד לכיתות ז'-י"ב (בחוזר מנכ"ל תשס"ח/3(א) 30-3.1 מיום 29.8.2007 (להלן: תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי)). תכנית זו קבעה את תכני המסגרת עבור החינוך העל-יסודי בצורת "אשכולות" ואת היקף שעות הלימוד הנדרש להם. אשכולות אלה מלמדים על תכנית בסיסית המקיפה תחומי ידע שונים, הכוללת

ארבעה אשכולות: אשכול יהדות ורוח (הכולל את המקצועות: תנ"ך, מורשת, תושב"ע, מחשבת ישראל, היסטוריה וספרות); אשכול חברה (הכולל את המקצועות: אזרחות וגיאוגרפיה); אשכול שפות (הכולל את השפות: עברית, אנגלית וערבית); ואשכול מתמטיקה, מדע וטכנולוגיה (הכולל את המקצועות: מתמטיקה, פיסיקה, כימיה, ביולוגיה ושאר מקצועות) (ראו: תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי, [cms.education.gov.il/educationcms/applications/mankal/etsmedorim/3/3-1/horaotkeva/k-2008-3a-3-1-30.htm](http://cms.education.gov.il/educationcms/applications/mankal/etsmedorim/3/3-1/horaotkeva/k-2008-3a-3-1-30.htm) וכן, תיקון שתוקן בו ביום 2.12.2007: [cms.education.gov.il/educationcms/applications/mankal/etsmedorim/3/3-1/hodaotvmeyda/h-2008-4-3-1-3.htm](http://cms.education.gov.il/educationcms/applications/mankal/etsmedorim/3/3-1/hodaotvmeyda/h-2008-4-3-1-3.htm)).

6. למעשה, רעיון לימודי הליכה בדמות תכנית היסוד אינו רעיון חדש בבית משפט זה. מהותה ותכנה של תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי נדונו בהרחבה בבג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם יהודי). שם עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על החשיבות ביישום תכנית היסוד בישראל לשם קידום האישי של בניה ובנותיה והשתלבותם בחברה, ועל החלתה כדרישת חובה במוסדות החינוך השונים (פסקאות 62–68 לפסק דינה). חשיבותה של תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי נלמדת גם מתכנית היסוד עצמה בה נכתב כי "תכנית הליכה חלה על כל התלמידים במערכת החינוך העל-יסודי, בכל הזרמים והמגזרים" (תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי), ומתגובת המדינה לעתירה זו (פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת ארבל).

7. אכן, תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי אינה עוד בתוקף (מאז שנת 2009) ולמעשה אין כיום תכנית יסוד רלוונטית לכיתות י'-י"ב. יתרה מכך, עד שנת 2003 תכנית היסוד לא פורסמה על ידי משרד החינוך. אולם היעדר הסדרה של תכנית היסוד ככזו עלי ספר לא סתר את קיומה הברור והמחייב בתכנית הלימודים בבתי הספר הממלכתיים והממלכתיים-דתיים. אכן, תכניה של תכנית היסוד (כפי שהתפרסמה לאחר מכן) והאפשרות לבחון את יישומם, קיבלו ביטוי בבחינות המיצ"ב ובחינות הבגרות (ראו: לטם פרי-חזן "הזכות לחינוך: קווים לדמותה בעידן של מהפכה חוקתית" 48, 53–55 (עתיד להתפרסם במשפט ועסקים יז (2014) (להלן: פרי-חזן – הזכות לחינוך)). כך, שאף שלא להלכה, למעשה, המיומנויות והכלים שרכשו התלמידים בבתי הספר, באו לידי ביטוי ברור בתכניות הלימודים ובאמצעותם יכלו הם לממש את הפוטנציאל הטמון בהם. תכניות היסוד שפורסמו, בשנים 2003 ו-2007 (לחינוך היסודי והעל-יסודי) פורסמו על ידי משרד החינוך בעקבות ובמסגרת עתירות שהוגשו לבית משפט זה שטענו כי המדינה הפרה את חובתה לקבוע תוכנית יסוד לבתי הספר החרדיים

(בחינוך היסודי בעקבות בג"ץ 2751/99 פריצקי נ' שר החינוך והתרבות (23.1.2000) ובחינוך העל-יסודי בעקבות בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004) ובמהלך הדיונים בעניין המרכז לפלורליזם יהודי). לשון אחר, דומה כי עד שלא עלתה בפני הערכאות שאלת הסטייה מהוראת לימודי הליבה, כלל לא היה צורך בהסדרת הגדרתה של תכנית היסוד או לימודי הליבה, שכן רוחה ותכניה היוו אבן פינה בהוראת בתי הספר הממלכתיים והממלכתיים דתיים. יש להדגיש כי תכנית היסוד לחינוך העל-יסודי שכללה גם את הכיתות י'-י"ב, בוטלה לאחר חקיקת החוק. לנוכח דברים אלה, לא ניתן להתעלם מהקשר שעולה בין ביטול תכנית יסוד זו, לבין חקיקת החוק, שאינו מחייב עוד את המוסדות הייחודיים בלימוד תכנית היסוד. מנקודת מבט זו לתכנית היסוד אין עוד טעם ממשי, כיוון שהיא אינה בעלת משמעות בבתי הספר האחרים, וחסרונה לא הורגש קודם לעתירות, היות שתלמידי מוסדות אלה זכו למעשה לקבל את הכלים שגלומים בתכניה.

8. העמדה לפיה לימודי ליבה הם מסד הכרחי ומחויב המציאות לכל תלמידה ותלמיד אינה ייחודית לחינוך הישראלי. תכנית יסוד בסיסית מקובלת במדינות שונות בעולם, לשם פיקוח ודאגה כי תלמידים בבתי ספר פרטיים ובכלל יזכו לחינוך הולם. במחקר שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת נמצא כי 12 מתוך 15 מדינות שנבחנו מממנות בתי ספר פרטיים מסוגים שונים, וקושרות בין המימון לבין תכנית יסוד ממלכתית ברמת מחויבות כזו או אחרת (ראו: יובל וורגן ורוזי אטיס "חינוך פרטי לקבוצות דתיות – היבטים של תקצוב ופיקוח: סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2008) (להלן: וורגן ואטיס)). דוגמה אחת היא ספרד, בה בתי הספר הפרטיים מחויבים בלימוד תוכנית ליבה ממשלתית בסיסית, בהיקפים משתנים (וורגן ואטיס, בעמ' 7).

באנגליה, המדינה מציבה דרישות מינימום של חינוך ותכנית לימודים שעל מוסדות החינוך העצמאיים לעמוד בהם. כל זאת, כמובן תוך התחשבות ורגישות למסורת והתרבות של קבוצת המיעוט אליה משתייכים המוסדות האמורים. לשם כך הותקנו בשנת 2010 תקנות ה- Education (Independent school Standards) (England) מכוח סעיף 96 ב- Education and Skills Act משנת 2008 (והחליפו תקנות וחקיקה קודמת, שראשיתה בשנת 1944). Schedule 1 לתקנות אלה עוסק באיכות החינוך של המוסדות העצמאיים וקובע כי המוסד העצמאי יגבש תכנית לימודים שתקנה לתלמידים ניסיון בחינוך לשוני, מתמטי, מדעי, טכנולוגי, הומני, חברתי, פיזי, אסתטי ויצירתי



(לפירוט נוסף ראו: לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה 236–248 (2013) (להלן: פרי-חזן – החינוך החרדי)).

מנגד, ניתן להצביע על כך כי בארצות הברית לא קיימים תכנים מחייבים בחינוך הפרטי במסגרת הפעלתו, אך מחקר שנערך בשנת 2008 במדינותיה בנוגע להסדרה ומתן רישיונות לבתי ספר פרטיים, העלה כי לכמעט כל המדינות יש תניות של Core Classes לשם הקמת בתי ספר פרטיים. המחקר אף סיווג דרישות אלה כמאפשרות הבחנה מהו בית ספר, ולכן לא שימשו כקריטריון בדירוג המדינות (Christopher Hammos, *Fifty Educational Markets: A Play Book of State Laws and Regulations*: ראו גם: *Governing Private Schools* (2008), files.eric.ed.gov/fulltext/ED508319.pdf עניין המרכז לפלורליזם יהודי, בפסקה 60; לפירוט נוסף וכללי באשר לארה"ב בהקשר זה ראו: פרי-חזן – החינוך החרדי, בעמ' 218–236; להרחבה נוספת באשר למשפט המשווה ראו: עניין מרכז לפלורליזם יהודי, בפסקאות 59–60; חוות דעתה של השופטת ארבל בעתירה זו, בפסקאות 79–80).

9. לנוכח האמור, אני סבור כי ה"פטור" שניתן בחוק מקיום לימודי ליבה במוסדות הייחודיים פוגע בזכותם החוקתית של תלמידי מוסדות אלה לקבל חינוך פגיעה בלתי מידתית. הדבר בא לידי ביטוי גם בקשיים שתיארו העותרים בניסיונם למצוא את דרכם בחייהם הבוגרים מחוץ לקהילה בה גדלו, ללא שזכו ללמוד "לימודי ליבה" (ראו פסקאות 52–53 לחוות דעתה של השופטת ארבל). תחושתם של העותרים זוכה לרוח גבית במחקרים שערכו מרכז טאוב ואחרים אשר מראים כי השתלבותם של החרדים בלימודים גבוהים כרוכה בקשיים רבים יותר, ובין היתר אחוז הנשירה שלהם ממוסדות להשכלה גבוהה ביותר ואפשרויות התעסוקה הפתוחות בפניהם מוגבלות (ראו פסקאות 43, 50, 54 לחוות דעתה של השופטת ארבל). יתר על כן, פגיעה זו מתיישבת עם השכל הישר. איני מפחית מערכם של הלימודים העשירים שחווים התלמידים במוסדות הייחודיים, עליהם עמד השופט הנדל (בפסקה 16 לחוות דעתו), אך לא די בלימודים אלה כדי להבטיח את מיצוי הפוטנציאל הגלום בתלמיד במוסד הייחודי בחברה הישראלית המודרנית. היעדרם של תכני הליבה, אם כן, היא פגיעה בלתי מידתית בזכותו של התלמיד במוסדות הייחודיים לקבל חינוך, ובכבוד האדם שלו.

10. לסיכום, לדעתי אין בכך שתכנית היסוד כללית או בכך שהיא בוטלה לאחר חקיקת החוק, כדי לקבוע שהתפרקות ממנה על ידי המדינה בעצם חקיקת החוק, אינה

מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכות חוקתית של התלמידים במוסדות הייחודיים לקבל חינוך.

11. לפיכך, וכן מהנימוקים המצויים בחוות דעתה, אני מצרף את דעתי לדעתה של חברתי השופטת ע' ארבל.

ט פ ו ט

#### המשנה לנשיא מ' נאור:

1. קראתי את חוות הדעת של חבריי השופטים ע' ארבל, נ' הנדל, א' חיות וס' ג'ובראן. הפכתי בדעתי והפכתי בה. לבסוף הגעתי לכלל מסקנה כי יש לבטל את הצו על-תנאי שהוצא בתיק זה ולדחות את העתירה, דהיינו לקבוע כי אין להורות על ביטולו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק).

כשעמדתי להפיץ את חוות דעתי זו לחבריי, הגיעה אלי חוות דעתו של חברי, השופט י' עמית. השורה התחתונה בה זהה לשורה התחתונה שבחוות דעתי זו, וזוהי למסקנה של חברנו השופט נ' הנדל, כל אחד בדרכו. על אף היותה בשורה התחתונה העדפתי להביא את הדברים בדרכי שלי.

#### הזכות החוקתית הנפגעת

2. לכל שכתבו חבריי בעניין שבחי החינוך וההשכלה לא אוכל אלא להצטרף. וכי אפשר אחרת? מכאן הקושי בהכרעה. חבריי עמדו בהרחבה על הזכות לקבל חינוך. שותפה אני לדעתם כי לפרט (הנער או הנערה) יש זכות מלאה לקבל מן המדינה חינוך. כפי שתיארה חברתי השופטת ע' ארבל בחוות דעתה המקיפה, זוהי זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם, המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – זוהי זכות-נכדה של הזכות לכבוד האדם, הנגזרת מזכות-הבת לחינוך (ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 815-816 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם)). שאלה היא בעיני, והדברים אינם מובנים מאליהם, אם הזכות לקבל חינוך משמעה גם שעל המדינה לאלץ את הפרט לקבל חינוך. זוהי שאלה נכבדה, אך לצורך המשך הדיון יוצאת אני מהנחה שכך הוא. אניח, אם כן, כי החוק פוגע בזכות החוקתית לקבל חינוך.

3. אין חולק על היותה של הזכות לחופש העיסוק זכות חוקתית (ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אשר לזכות-הבת לשוויון, יובהר: העתירה לא עסקה בשאלת



ברק כבוד האדם, שם. ראו גם ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 221 (2002); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, 614 (2008) (להלן: פרשת המרכז לפלורליזם)). עניין לנו אפוא בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות. כיצד תיפתר התנגשות זו? הפתרון אינו ב"ניצחונה" של זכות אחת על האחרת. אכן, ברמה החוקתית לא תבוא ההתנגשות לידי מיצוי ופיתרון, בבחינת "יפרחו נא אלף הפרחים" (ברק כבוד האדם, בעמוד 260). הפתרון יימצא בעולם חיי המעשה – ברמה התת-חוקתית (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 122, 128-131 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט)).

עמד על כך א' ברק לעניין התנגשות בין זכויות-הבת של כבוד האדם:

"הניגוד בין זכויות-הבת אינו מביא לשינוי באגד הזכויות המבטא את השלם של כבוד האדם. אכן, פתרונו של הניגוד יימצא ברמה התת-חוקתית. ברמה זו ייקבע אם נורמה תת-חוקתית [...] אשר הגבילה זכות-בת אחת של כבוד האדם כדי להגן על זכות-בת אחרת של כבוד האדם היא חוקתית. אמת המידה לקביעתה של חוקתיות זו היא דיני המידתיות" (ברק כבוד האדם, בעמודים 320-319).

5. דברים אלה כוחם יפה גם לעניין זכויות-הנכדה המתנגשות במקרה שלפנינו. אין זכות אחת נסוגה מפני רעותה, אלא נקבע ביניהן איזון ברמה התת-חוקתית. נקודת האיזון שבחר המחוקק במקרה דנן היא זו: עד סיום כיתה ח' יהיו לימודי הליבה – חובה לכל, והחל מכיתה ט' יוכלו החפצים בכך ללמוד במסגרת הישיבות הקטנות. אם נקבע שפתרון זה בו בחר המחוקק פוגע בזכות החוקתית של התלמיד לקבל חינוך, הרי שפגיעה זו תהא חוקתית רק אם היא מידתית. על כן, כפי שציינה חברתי השופטת ע' ארבל, יש לבחון האם החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אולם, שלא כחברתי, לדעתי עומד החוק במבחנים אלו. אפנה עתה, אפוא, לבחון בקצרה את תנאי פסקת ההגבלה.

בחינת מידתיותו של החוק

6. אין חולק על כך כי הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה בחוק. החוק אף נועד להגשים תכלית ראויה (היא הגשמת של הזכות החוקתית לאוטונומיה בחינוך ולהשפעה על תכני החינוך) והולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (על

כך, ראו את חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ע' ארבל). עמדתי היא כי החוק עולה בקנה אחד גם עם דרישות הקשר הרציונלי והצורך (גם על כך ראו ההרחבה בחוות דעתה של חברתי). נראה לי כי סלע המחלוקת הוא בשאלת המידתיות במובן הצר (*stricto sensu*).

7. כידוע, מבחן המידתיות במובן הצר הוא מבחן של איזון. בשונה מחברתי, השופטת ע' ארבל, אני סבורה כי התועלת השולית המוגשמת על ידי החוק – דהיינו התוספת להגשמתה של הזכות לאוטונומיה בחינוך – עולה על הנזק השולי שבפגיעה בזכות לקבל חינוך. לעניין זה אדגיש כי לימודי הליבה נותרו חובה לכל התלמידים עד לסיום כיתה ח'. המחוקק נתן משקל לאוטונומיה של ההורים להשפיע על תכני החינוך של ילדים רק לגבי שנות לימוד מסוימות – ובהן בלבד. אף יש להדגיש: תלמידי הישיבות הקטנות אינם מסתובבים חלילה ברחובות, בטלים מכל לימוד. הם לומדים לימודים אינטנסיביים, ומקדישים ללימודיהם לא פחות מנערים אחרים בני גילם. החוק מקנה זכות בחירה. אין בו איסור על לימודי ליבה, והחפץ בהם יוכל ללמוד במוסד המתאים. ביחס לנזק השולי, יש לזכור גם כי מניעת השתלבות עתידית בחברה הישראלית אינה תוצאת לוואי הכרחית של החוק. ארהיב עוז בנפשי ואומר כי כולנו מכירים אנשים שלמדו במוסדות דומים לישיבות הקטנות, ואשר בדומה למשיבים 4-6, בבגרותם רכשו השכלה, לרבות השכלה גבוהה, והשתלבו בחברה.

לאור האמור מעלה, מסקנתי היא כי החוק מקיים את דרישת המידתיות במובן הצר. התועלת השולית ממנו עולה על הנזק השולי שהוא גורם בפגיעתו בזכות לקבל חינוך.

8. לפיכך, לדעתי, מצוי החוק במתחם המידתיות. הוא אינו פוגע בזכות החוקתית באופן שאינו מידתי. לעמדתי, משמצוי הפתרון, שבחר המחוקק להתנגשות האמורה בין זכויות-הנכדה החוקתיות, בתוך מתחם המידתיות – אל לנו להתערב בו. זאת, אף אם פתרון מידתי אפשרי אחר היה נראה יותר לבית המשפט או לאחדים משופטיו, ואנוכי ביניהם. יודגש: אילו בחר המחוקק בפתרון אחר להתנגשות בין הזכויות – זה הכופה לימודי ליבה על הכל – והייתה באה בפנינו עתירה של מי שמבקשים שילדיהם ילמדו במסגרת הישיבות הקטנות במתכונת הקיימת, לא מן הנמנע כי אף בבחירה זו של המחוקק לא היה מקום להתערב (על אימוצו של פתרון מעין זה במשפט המשווה ראו והשוו בחוות דעתו של חברי, השופט ט' ג'ובראן. כן ראו פרשת המרכז לפלורליזם, בעמודים 617-619).

9. המידתיות מכירה במרחבים של שיקול דעת חקיקתי המקיים את דרישותיה. זהו מתחם המידתיות. על כך כתב א' ברק:

”גבולותיו של מתחם המידתיות הם הגבולות המפרידים בין המחוקק לשופט [...] במסגרת מתחם המידתיות נתון למחוקק החופש לבחור את המטרות שהוא מבקש להגשים ואת האמצעים שהוא מבקש לנקוט לשם כך. השופט לא ינקוט כל עמדה באשר לבחירה זו. תפקידו הוא בשמירה על גבולות המידתיות, ובמניעת בחירתם של מטרות ואמצעים שאינם מידתיים” (ברק מידתיות במשפט, בעמוד 508).

אבהיר כי לו היה החוק חורג ממתחם המידתיות, ולו במעט, היה הוא בלתי חוקתי (ראו שם, בעמודים 507-508), אך לדעתי זה אינו המצב. החוק מצוי, לדעתי, במתחם המידתיות ועלינו לכבד את בחירתו של המחוקק.

10. סוף דבר: אם תשמע דעתי, נדחה עתירה זו ונבטל את הצו על תנאי שניתן.

המשנה לנשיא

השופט י' עמית:

1. דרכו של האדם החרדי בחינוך ילדו שונה מזו של אחרים. בעוד האחד ממלא את עגלתם של בנו ובתו גם בלימודים כלליים, החרדי ממלא את עגלתו של בנו (להבדיל מבתו הנוסעת בעגלה נפרדת) אך ורק בש"ס, ראשונים ואחרונים, ואף נמנע מלהעמיס על העגלה את התנ"ך, פן יסטה לבב בנו מהוויות אביו ורבא. שתי העגלות מלאות הן, אך כל עגלה ומטענה-שלה, וזה מתגאה בעגלתו וזה מתנאה בעגלתו. אך דבר אחד משותף לשני העגלונים המוליכים את העגלה – שכל אחד מהם סבור כי עגלתו של השני ריקה היא, ורק עגלתו-שלו היא המלאה. בחלוף העגלונים זה על פני זה, ובהביטם זה על עגלתו של משנהו, ממלמל האחד תחת שפמו "בורים", והשני מצקצק תחת זקנו "עמ-רצים" (עמי-ארצות). הוא אשר אמרנו, כל "בעלאגולה" (בעל-עגלה) סמוך ובטוח כי סחורה שבעגלתו משובחת משל חברו.

המחלוקת בין העגלונים היא ערכית, אך לנו המלאכה המשפטית לקבוע אם יש לחייב את המדינה להעמיס על עגלתו של הנער החרדי לימודי ליבה. אקדים ואומר כי טעמי החוק אינו ראוי, אך למרות זאת מצטרף אני לדעתו של השופט הנדל כי החוק עומד על כנו מבחינה חוקתית. איני סבור כי הוכחה פגיעה חוקתית, ואף אם קיימת

פגיעה כאמור, היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. אף איני סבור כי החוק מחייב את המדינה לכפות לימודי יסוד באזרחות כמסקנתה של חברתי השופטת חיות, או שניתן להיעתר לסעד החלופי ולפסול את מימון המוסדות, המעוגן בסעיף 5 לחוק.

על כל אלה אעמוד להלן.

מערכת החינוך בישראל באספקלריה של לימודי ליבה ותקצוב מוסדות החינוך

2. החקיקה העוסקת במערכת החינוך בישראל היא סבוכה ומפוזרת בין מספר חוקים ותקנות, ורק יודעי ח"ן מכירים את רזיה וצפונותיה. לטובת הקורא, אחזור ואסווג במילים מספר את הזרמים יציר החקיקה, בהקשר של לימודי ליבה ותקצוב (לסקירה מקפת ראו יורם רבין הזכות לחינוך (2002); לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה 17-18 (2013) (להלן: פרי-חזן)).

מוסדות החינוך הרשמי (הממלכתי) – 100% תקצוב מול 100% לימודי ליבה.

מוסדות החינוך המוכר (הלא רשמי) – 75% תקצוב מול 75% לימודי ליבה.

מוסדות פטור – 55% תקצוב מול 55% לימודי ליבה.

מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים – 60% תקצוב מול 0% לימודי ליבה.

הנה כי כן, חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק או חוק מוסדות תרבותיים) יצר זרם רביעי בחקיקה, זרם שמתייחד בכך שהוא "שובר" את הסימטריה בין היקף המימון להיקף לימודי הליבה.

[במאמר מוסגר: להקלת הסיווג לא התייחסתי למוסדות החינוך העצמאי (המזוהים עם מפלגת יהדות התורה) ומוסדות מעיין החינוך התורני (המזוהים עם מפלגת ש"ס). סעיף 3א(ט) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב) מחריג מוסדות אלה מההוראה הכללית בחוק, וס"ק (י) קובע כי הם יתוקצבו על פי אמות מידה אחידות ושוויוניות כמו אלה המשמשות לתקצוב חינוכם של כלל ילדי ישראל. לכן, התקצוב הוא בהתאמה ללימודי הליבה, וככל שמלמדים במוסדות אלה את תוכנית הליבה במלואה הם זכאים לתקציב של 100% (בג"ץ 10808/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות, פסקה 11 (11.7.2006)).

על מנת לסבך את התמונה עוד יותר, נאמר כי אין זיהוי מלא בין ההשתייכות של כל בית ספר חרדי לזרם או לרשת זו או אחרת (תמר הראל בן-שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית הליכה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים יחודיים, תשס"ח-2008" משפט וממשל יב 281, 293 ו-299 (2009) (להלן: בן-שחר)).

3. דרכו של ילד (בן) חרדי על פי האידיאל החרדי של חברת הלומדים, סלולה מקטנות ועד בגרות:

גילאים 5-13: תלמוד תורה ובתי ספר.

גילאים 13-17: ישיבה קטנה.

גיל 17 עד הנישואים: עם סיום השנה השלישית בישיבות הקטנות (מקביל לכיתה יא'), מנותבים התלמידים לישיבות הגבוהות, שם הם לומדים עד לנישואיהם.

לאחר הנישואים: לימוד בכולל.

עניינו של החוק שבפנינו הוא בגילאי 13-17 הלומדים בישיבות הקטנות.

בית המשפט העליון ונושא החינוך החרדי

4. העתירה שבפנינו היא סיבוב נוסף בסדרה של התדיינויות משפטיות הנסבות על לימודי הליכה בחברה החרדית ותקצובם של מוסדות הלימוד. חברתי השופטת ארבל, סקרה את ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית שקדמה לחקיקתו של חוק מוסדות תרבותיים, ואזכיר אפוא "טלגרפית" את שלוש אבני הדרך העיקריות שהביאונו עד הלום (לסקירה מפורטת של הפסיקה, הצעדים שננקטו במהלך השנים במשרד החינוך והליכי החקיקה בכנסת ראו פרי-חזן, בעמ' 72-131; בן-שחר, בעמ' 292-296).

א. עניין פריצקי (בג"ץ 2751/99 פריצקי נ' שר החינוך והתרבות (23.1.2000)) – עתירה זו התניעה את סוגית לימודי הליכה. לאור הצהרת המדינה כי משרד החינוך יכין תוכנית יסוד (שם נרדף כיום ל"לימודי ליבה") נמחקה העתירה.

ב. עניין ארגון המורים (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים נ' שרת החינוך, פ"ד נט(3) 224 (2004)) – העתירה הוגשה בשנת 2002 ובשנת 2004 נתן



בית משפט זה צו מוחלט המורה לבטל את ההקצבות למוסדות המגזר החרדי שאינם מלמדים לימודי ליבה. עם זאת, תוקף הצו נדחה לשנת 2007, על מנת לאפשר למשרד החינוך להשלים את גיבוש תכנית הליבה למערכת החינוך העל-יסודית במגזר החרדי.

ג. עניין המרכז לפלורליזם (בג"ץ 3613/10 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (22.3.2012)) – העתירות הוגשו בשנת 2007, בחלוף שלוש השנים שנקצבו בעניין ארגון המורים. בעתירות נתבקש בית המשפט ליישם מיידית את הצו, לבטל את התקצוב למוסדות שאינם מלמדים לימודי ליבה, ולהורות כי יישומה של תוכנית הליבה הוא תנאי להמשך תקצוב המוסדות. העתירה נתקבלה בפסק דינו של בית משפט זה מיום 22.3.2012 אך לא ניתן צו מוחלט, באשר ארבעה ימים לפני פרסום פסק הדין, נחקק חוק מוסדות תרבותיים מושא דיוננו, ובכך שונה המצב הנורמטיבי.

פסק הדין בעניין המרכז לפלורליזם קבע כי למדינה אסור לתקצב בתי ספר מוכרים ופטורים שאינם מלמדים את תוכנית-היסוד, והורה למשרד החינוך לקיים מנגנון פיקוח יעיל לשם כך. אין חולק כי החוק נועד במפורש לקדם את "פני הרעה", בבחינת הקדם תרופה לבג"ץ. זו זכותו של בית המחוקקים בישראל, במסגרת הדיאלוג המתקיים בין בית המשפט לכנסת, ובמסגרת דיאלוג פורה זה, שומה עלינו לבחון את חוקיותו של החוק.

5. על מנת לחדד את הדיון, אבחין בין ארבעה מצבים:

א. הטלת איסור על קבוצת מיעוט לחנך את ילדיה בנפרד.

ב. היתר לקבוצת מיעוט לחנך את ילדיה בנפרד, אך הטלת חיוב על הקבוצה ללמד את ילדיה תכנים מסויימים.

ג. פטור לקבוצת מיעוט מהחובה ללמד את ילדיה תכנים מסויימים, אך אי מימון של מערכת החינוך של הקבוצה.

ד. פטור לקבוצת מיעוט מהחובה ללמד את ילדיה תכנים מסויימים תוך מימון (חלקי או מלא) של מערכת החינוך של הקבוצה.

החוק שבפנינו נופל בקטגוריה הרביעית. העותרים מבקשים כי בית המשפט יחייב את המדינה לנקוט בקטגוריה השנייה (חיוב בלימודי ליבה), וכסעד חלופי, כי בית המשפט יקבע כי הקטגוריה הרביעית אינה חוקית, במובן זה שאין לממן את הישיבות הקטנות הפטורות מלימודי ליבה.

על רב-תרבותיות במדינה ליברלית נוכח חברת מיעוט לא-ליברלית

6. העתירה מציפה במלוא עוזה את הדילמה בפניה מתמודדת כיום כל חברה דמוקרטית ליברלית – האם יש לגלות סובלנות כלפי הלא-סובלני? עד כמה ראוי לכפות חינוך לערכים ליברליים על קהילות מיעוט לא ליברליות? אלו הן שתי קרני הדילמה, או שמא שני הפרדוקסים ביניהם משייטת הספינה הדמוקרטית: מחד גיסא, בשמם של ערכים ליברליים אנו מבקשים לכפות על חברת מיעוט חינוך המנוגד לאמונתה. מנגד מאידך גיסא, יש חשש לניצול ערכי הסובלנות של הדמוקרטיה כדי להרחיב את מוטת כנפיה של חברת מיעוט לא-סובלנית.

ככלל, למדינה דמוקרטית-ליברלית אין כל עניין לתמוך בחינוך לערכים של חוסר סובלנות, קנאות דתית או התנגדות למדינה עצמה. מנגד, למדינה יש אינטרס לטפח בקרב אזרחיה מכנה משותף של סובלנות, פתיחות ואורח חיים של שילוב בחברה. למכנה משותף כאמור, שהורתו בחינוך הילדים והנוער, השלכה-רבתי על לכידותה וחוסנה של החברה כלפי פנים וכלפי חוץ.

7. קיימת ספרות עניפה המצדיקה כפיית חינוך לערכים דמוקרטיים בסיסיים כמו חירות, שוויון וזכויות אדם, גם על קבוצת מיעוט לא ליברלית. על מנת להגיע למסקנה זו, אין צורך לדגול בגישה של ליברליזם מקיף, שבבסיסו האידיאל של האדם האוטונומי, ודי בגישה "רזה" יותר של ליברליזם פוליטי, שבבסיסו שאיפה צנועה כי אזרחים יכבדו אזרחים אחרים ויבטיחו תקינותו של ההליך הדמוקרטי (משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל י"א 367, 369 (2008) (להלן: כהן-אליה)).

כהן-אליה עומד על כך, שלאורך כל מסגרות החינוך החרדי, התלמיד לא נחשף לערכים דמוקרטיים, ורמת הסובלנות של החרדים כלפי קבוצות חברתיות אחרות היא הנמוכה ביותר בישראל. המחבר מגיע למסקנה כי יש הצדקה לכפיית תכני לימוד, אלא שדרך זו פוגענית יותר מהשימוש בכוחה המקצה של המדינה, קרי, התניית מימון החינוך בלימודי יסוד. בן-שחר מצביעה על שתי גישות ביניים רצויות בנושא שבפנינו –

חינוך פרטי לא ממומן על ידי המדינה או חינוך פרטי הממומן על ידי המדינה בצד חיוב בלימודי ליבה. על פי שתי הגישות, המימון הממשלתי מהווה תמריץ כלכלי להשגת תוצאה רצויה (בן שחר, בעמ' 313, 315-317).

8. בהיררכיה של אמצעים שפגיעתם במגזר החרדי פחותה, נראה כי התניית המימון הממשלתי בהוראת לימודי ליבה היא דרך פוגענית פחות מאשר כפיית לימודי ליבה. למרות זאת, אני נכון להניח כי למדינה ליברלית יש זכות להתערב בחינוכם של ילדים חרדים אף בניגוד לרצון ההורים. כפייה מעין זו אינה פוגעת בחופש הדת (דני סטטמן וגדעון ספיר דת ומדינה בישראל – עיון פילוסופי-משפטי 222-243 (עתיד להתפרסם) (להלן: סטטמן וספיר)). בכפיית תכני חינוך יש אמנם פגיעה באוטונומיה ההורית-תרבותית, אך ניתן להצדיקה, ולמסקנה זו הגיעו חבריי השופטת ארבל והשופט ג'ובראן. ברם, איננו עוסקים בעתירה כנגד חקיקה אשר כופה על הקהילה החרדית לימודי ליבה, אלא בחקיקה אשר פוטרת את הקהילה החרדית מלימודי ליבה. איננו עוסקים בשאלה אם קיימת הצדקה לכפות תכני חינוך, אלא בשאלה אם קיימת חובה לכפות תכני חינוך. זיהוי השאלה האמיתית השנויה במחלוקת, היא שמביאה אותי לתוצאה לפיה אין מקום לפסילת החוק.

מחלוקת ערכית

9. העתירה חושפת מחלוקת ערכית-אידיאולוגית-חברתית בשאלת החינוך. החינוך הוא שעומד בראש מעייניהם של העותרים הגורסים כי לימודי הליבה מקנים, לצד מיומנויות יסוד, גם סט של ערכי אזרחות ודמוקרטיה. אלא שהחינוך הוא גם "ציפור הנפש", בבת עינו של הציבור החרדי אשר נכון "למסירות נפש" בנושא זה. על מרכזיותו של החינוך בקהילה החרדית ניתן ללמוד ממעמד החברתי הגבוה של המורים וראשי הישיבות, מהעיסוק האינטנסיבי בחינוך בשיח הפנים-קהילתי, ומכך שבחירת הישיבה והצלחה בלימודים בישיבה מקרינים על מעמדה החברתי של המשפחה כולה (פרי-חזן, בעמ' 17-18). מול ערכי הדמוקרטיה והאזרחות, מעלים החרדים על נס ערכים כמו כיבוד אב ואם, לימוד מורשת ישראל ותורת ישראל במדינה יהודית, חינוך לעזרה הדדית, תרומה לקהילה וכיו"ב. לשיטתם, הדחייה של לימודי חול בגיל הישיבה הקטנה, מעוגנת בסוד מוסד הישיבה, באשר אלה השנים בהן מעוצבת אישיותו של הנער החרדי. הישיבה היא הכור-המצרף את הנער לחולייה בשרשרת הדורות, שתפקידה להעביר את התורה שבעל פה תוך ריכוז הקשב אך ורק למטרה זו (וזה הסיבה בגינה גם אין לימודי תנ"ך בישיבה העל-יסודית).

10. לפנינו גישה אידיאולוגית-חינוכית-חברתית אך גם רומנטית, להצגת דרכו של נער תלמיד ישיבה. ברי כי בבסיסה של דרך זו עומדות גם מטרות נוספות, כמו הצבת תריס החוץ בין הנער החרדי המתבגר מפני פיתוי ומדוחי ההשכלה הכללית והעולם שבחוץ.

כשלעצמי, אין לי אלא להצר על כך שטחו עיניו של הציבור החרדי לראות כי הדרך בה הוא הולך, סוטה מדרכם של אבותיו. מה שנתפס כיום כגישה שמרנית של הציבור החרדי, המסתגר בד' אמות הכולל והישיבה, הוא למעשה גישה חדשנית הנוגדת את ההיסטוריה של העם היהודי לדורותיו. לימוד גמרא מצריך חשיבה אנליטית וחריפות שכל. אין מדובר במשימה קלה כלל וכלל, בוודאי לא משך שעות ארוכות ביום ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בלימוד עצמי או בחברותא, שלא תחת הדרכה והוראה. לא כל תלמיד הוא עוקר הרים וטוחנם בסברה ובפלפול, ויש להניח כי בקרב הציבור החרדי יש עילויים, נחשלים וממוצעים כמו בכל חברה אנושית. אלא שבישראל דהיום התפתחה חברת הלומדים החרדית, ובפרפרזה על הימנון הפלמ"ח נוצר מצב בו "כָּל בָּחוּר נָטוּב לְחֶדְרָא, כָּל בָּחוּר עַל הַמְשָׁמְרָא". זאת, גם אם הבחור, רחמנא ליצלן, אינו תלמיד טוב ואינו מסוגל לעמוד בעומק הפלפול וביכולת האנליטית הגבוהה הנדרשת ללימוד גמרא. תופעה זו, היא בגדר עיוות היסטורי של עולם הישיבות שהתקיים לפני השואה, שבו רק עילויים ונבחרים הקדישו חייהם ללימודי קודש, בעוד השאר עבדו לפרנסתם (מנחם פרידמן החברה החרדית – מקורות, מגמות ותהליכים (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1991)). לתופעה זו מספר סיבות וגורמים היסטוריים וסוציולוגיים עליהם עמד חברי השופט הנדל. אך חברי החסיר כי אחד הגורמים הוא מערך התמיכה הממשלתי המאפשר את קיומה ושגשוגה המספרי של חברת הלומדים (על הסיבות והגורמים השונים להתפתחותה של התופעה ראו יאיר שלג הדתיים החדשים-מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל פרק ה (הוצאת כתר, 2000)).

המבקשים להצטרף כמשיבים (שיכוננו להלן ולשם הקיצור: הקמפוס החרדי) ציטטו בתשובתם את המדרש לפיו היה "יששכר יושב ועוסק בתורה וזבולון יוצא בימים ובא ונותן לתוך פיו של יששכר והתורה רבה בישראל" (בראשית רבה עב, ד). כך היה בימים עברו, כאשר יששכר היה "חָמוֹד גְּרָם רִבֵּץ בֵּין הַמְשֻׁפְּתִים" (בראשית מט, יד). אלא שזבולון התנדב בשעתו לפרנס את יששכר, בעוד שהמציאות כיום השתנתה, וגישת העותרים מייצגת חלק בציבור בישראל שמאס לשמש בתפקיד חמורו של יששכר ומבקש שלא יכפו עליו לפרנס את בני יששכר.

11. זו אפוא תמציתה של המחלוקת הערכית בין הצדדים. איש באמונתו יחיה ואיננו נדרשים להכריע במחלוקת זו. גם אם הדרך בה בחר הציבור החרדי לחנך את בניו בגיל הנעורים אינה לרוחנו, השאלה היא אם קיימת עילה בדין לחייב את המדינה לכפות לימודי ליבה על בני המגזר החרדי בגיל הישיבה הקטנה. בשאלה זו אעסוק בהמשך, אך קודם לכן, אעמוד על מחלוקת נוספת בין הצדדים.

המחלוקת לגבי ההשלכות המעשיות של אי לימוד לימודי ליבה

12. לצד המחלוקת הערכית בין הצדדים, ניטשת ביניהם מחלוקת חריפה על חשיבות לימודי הליבה להמשך דרכו של הנער החרדי ולהשתלבותו בשוק העבודה.

שרשרת של עתירות ופסקי דין ארוכים של בית משפט זה נסכים על החוט המשולש של החברה החרדית אשר לא במהרה יינתק: חינוך – אי גיוס לצה"ל – שיעורי השתתפות נמוכים בשוק העבודה. נותר לאחרים את המחלוקת בשאלה מהי הביצה ומהי התרנגולת, מהי הסיבה ומה המסובב, אך ברי כי שלושת הדברים קשורים זה בזה ומזינים זה את זה. לא בכדי אנו מוצאים בפסקי דין הנסכים על גיוס לצה"ל ועל לימודי ליבה, גם התייחסות נרחבת לשילובם של חרדים בשוק העבודה.

13. ענייננו ברכיב החינוך, הרכיב הראשון בשילוש חינוך-גיוס-תעסוקה שנזכר לעיל. העותרים גורסים כי לימודי קודש בלבד מנתבים בהכרח את הנער החרדי למסלול של לימודי קודש בהמשך חייו הבוגרים, ולא נותנים בידיו את הכלים הבסיסיים להשתלבות יצרנית בשוק העבודה בישראל.

מנגד, גורס הקמפוס החרדי, כי בטבלת הרווח וההפסד, מול ההפסד של אי רכישת ידע, בעמודת הרווח תלמיד הישיבה קונה כישורי למידה במהלך השנים בהן הוא יושב על תלמודו משך שעות ארוכות ביממה – יכולת ריכוז, שינון, כושר התמדה, פיתוח חשיבה לוגית ופיתוח כושר ניתוח אנליטי וביקורתי.

14. השאלה אם המעוות יוכל לתקון שנויה אף היא במחלוקת. נטען כי כפי שחלק מבוגרי התיכון בחינוך הרשמי-הממלכתי הולכים למכינות קדם-אקדמיות על מנת להשלים או לשפר את ציוני הבגרות, כך עושים חלק מתלמידי הישיבות, חלקם אף בהצלחה יתרה.

הקמפוס החרדי כפר בתשתית העובדתית שהונחה על ידי העותרים. לגישתו, העותרים מתעלמים מהתמורה הגדולה שחלה בציבור החרדי בשנים האחרונות בכל הנוגע להשתלבותו בשוק העבודה בכלל, ובלמודים אקדמיים בפרט. הדברים באים לידי ביטוי במספרם של החרדים שלומדים לימודים אקדמיים וכן בקיומם של תכונים חרדיים בהם מלמדים לימודי ליבה.

עוד נטען כי אין קשר סיבתי בין היעדר לימודי ליבה בישיבות הקטנות לבין השתלבות בשוק העבודה, כפי שניתן ללמוד מסיפור חייהם של המבקשים להצטרף כמשיבים. רבים וטובים מבני המגזר החרדי, הצליחו להשתלב בשוק העבודה, תוך שהם נעזרים בכלים שקנו במהלך שנות לימודים בישיבה הקטנה. כיום יש אלפי חרדים המשלימים השכלתם התיכונית ופונים ללימוד מקצועות אקדמיים לאחר גיל 18, והיו שאף חבשו את ספסליו של בית המשפט העליון (כמו הרב פרופ' שמחה אסף ופרופ' מנחם אלון).

15. מקובלת עלי הטענה כי אין קשר סיבתי הכרחי בין לימודי ליבה לבין הצלחה בשוק העבודה, ואין ספק כי המוכשרים והעילויים מבין בוגרי הישיבות הקטנות יכולים להתגבר על הפער בלימודי חול. ברם, ענייננו לא ברמה הפרטנית של תלמיד ישיבה זה או אחר, אלא ברמתו של הבוגר הממוצע של הישיבה הקטנה. חברתי השופטת ארבל עמדה בפירוט על ההשלכות המעשיות הנובעות מהיעדר לימודי ליבה בישיבות הקטנות ואחזור בקצרה על הדברים: עוד בהגיעו לישיבה הקטנה הנער החרדי כבר חסר מיומנויות יסוד, מאחר שבגילאי בית הספר היסודי למד רק חלק מלימודי הליבה; בתום ארבע שנים החומר שנלמד בגילאי היסודי נשכח; לא כל נער יכול להשלים את החומר ולרכוש בגיל מאוחר השכלה בסיסית, אם בשל סיבות הקשורות בו-עצמו ואם בשל אילוצים חיצוניים; המדינה אינה מממנת את כלל לימודי ההשלמה הנדרשים לצעירים החרדים; היעדר ידע בסיסי מקשה על השתלבות בלימודים אקדמיים והשתלבות בשוק התעסוקה, וחוסם הזדמנויות לתעסוקה בכלל ולהשתכרות גבוהה יותר בפרט.

לימודי ליבה הם כלי חשוב בחינוכו של הילד ובאפשרויות שהוא פותח להשתכרות והשתלבות בשוק התעסוקה. כך סבור גם הציבור החרדי עצמו, שאם לא כן, מן הסתם לא היה שולח את בנוותיו ללמוד לימודי ליבה. ברמת המאקרו, דומה שלא יכולה להיות מחלוקת כי קיים קשר סיבתי בין היעדר השכלה כללית בגיל התיכון לבין השתלבות בשוק העבודה (על הקשיים העומדים בפני הצעיר החרדי להכשיר עצמו לחיי פרנסה ראו כהן-אליה, בעמ' 389-391; פרי חזן, בעמ' 283-289). דומני כי הנתונים מדברים בעד עצמם. למרות הנימה האופטימית בדבר השתלבות חרדית גוברת והולכת

בשוק העבודה ובמערכת ההשכלה הגבוהה, ולמרות המספרים המרשימים לכאורה מהקמפוס החרדי, מפרסומי מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל עולה תמונת מצב אחרת, לפיה אף חלה נסיגה בשיעור השתלבותם של חרדים בשוק התעסוקה.

נטען כי לא ניתן לייחס נתונים מדכדכים אלה אך להיעדר השכלה, אלא לגורמים נוספים המונעים השתלבות המגזר החרדי בשוק העבודה, כמו אי רצונם של מעסיקים להעסיק את בני המגזר החרדי; דרישות ייחודיות הנוגעות לסביבת העבודה כמו דרישה להפרדה בין המינים; היעדר תמריץ כלכלי ליציאה לעבודה נוכח תשלומי העברה ופטורים שונים מהם נהנים בני המגזר החרדי ועוד. בכל אלה יש ממש, אך עודנו מגיעים לחסמים אלה, יש להתגבר על החסם הראשוני והבסיסי והוא, היעדר מיומנויות בסיסיות שהחינוך העל תיכוני מקנה לבוגריו, בבחינת "כרטיס כניסה" לשוק העבודה וההשכלה (להיבטים שונים הנוגעים לקשר בין השכלה ותעסוקה במגזר החרדי ראו: מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל דוח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2013 111-149 (דן בן-דוד עורך)).

בשורה התחתונה, אני סבור אפוא כי הונחה התשתית העובדתית לטענה כי אי הוראת לימודי ליבה פוגעת בסיכויו לעתיד של התלמיד החרדי בשוק התעסוקה וההשכלה. אך האם פגיעה זו מתרגמת את עצמה לפגיעה חוקתית? על כך אעמוד להלן.

הזכות לחינוך כזכות חוקתית והאם הוכחה פגיעה בזכות חוקתית

16. על פי שלבי הבדיקה החוקתית, קודם שאנו מגיעים לפסקת ההגבלה אנו צריכים לזהות פגיעה חוקתית. לדידי, העותרים לא צלחו משוכה ראשונית זו.

חברתי השופטת ארבל הגיעה למסקנה כי הזכות לחינוך היא זכות חוקתית, כי אין להגביל את ההגנה החוקתית לבית הספר היסודי בלבד ויש להרחיבה לכל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל. בדרך הילוכה נסמכה חברתי על הטעמים הבאים: סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2004, קובע את זכותו של כל ילד ונער במדינת ישראל לחינוך; לימודי הליבה מהווים מכנה משותף של החברה בישראל; להשכלה השלכה על השתלבות בשוק התעסוקה ובחברה; החינוך הוא "מפתח" למימוש האוטונומיה האישית וזכויות חוקתיות אחרות; החוק פוגע באוטונומיה של הילד ובכבודו וכן בשוויון ההזדמנויות בחינוך. מכאן מסקנתה כי החוק פוגע בזכות חוקתית.

בהמשך, מגיעה השופטת ארבל למסקנה כי החוק נכשל במבחן המשנה השלישי של המידתיות, באשר אינו מאזן כלל בין זכויות הילד לחינוך ולאוטונומיה מול הזכות לאוטונומיה של ההורים והזכות לתרבות. לשיטתה, אפס לימוד של מקצועות ליבה מעיד על כך שלא נערך איזון בין הזכויות.

17. אני מסכים כי הזכות לחינוך היא זכות-בת לזכות-האם של כבוד האדם (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 793-818 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם)). עם זאת, איני משוכנע כי לימודי ליבה בגילאי העל-יסודי נכללים בהיקף הזכות החוקתית המוגנת. הזכות לחינוך אינה מנויה במפורש בחוק היסוד ואף לא הוכרה כזכות יסוד קודם חקיקת חוק היסוד, כך שנקודת המוצא בשאלה אם בזכות חוקתית עסקינן אינה מרחיבה (השוו גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית, עיוני משפט כב 129, 132-140 (1999)). המחבר מבחין בין מרכיבי היסוד של החינוך ו"הגרעין הקשה" של המושג חינוך (תחתיהם ניתן לכלול לימודי קרוא וכתוב, חשבון בסיסי, הכרת מבנה החברה וערכיה) – אשר יש לראותו כזכות חוקתית, ולמצער כזכות הלכתית, לבין המושג חינוך במובנו הרחב אשר אין לראותו כזכות יסוד).

חברי השופט הנדל מצדד בגישה לפיה ההכרה בזכות תלויה בשאלה אם היא נוגעת לליבת כבוד האדם. לטעמי, ניתן לבחון את השאלה אם הפגיעה בזכות היא בליבת כבוד האדם, שאז ענייננו בפגיעה חוקתית בזכות. במקרה דנן, ההכרה בזכות החוקתית לחינוך קיימת, אך שאלת הפגיעה בזכות צריכה להיבחן על פי טיב הזכות הנפגעת.

18. לכבוד האדם פן חיובי ופן שלילי. על המדינה מוטלת החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. זהו ההיבט השלילי המעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הנוקט לשון "אין פוגעים...". על המדינה החובה להגן על כבוד האדם. זהו ההיבט החיובי המעוגן בסעיף 4 לחוק היסוד הנוקט לשון "כל אדם זכאי להגנה..." (ברק כבוד האדם כרך א 347-354 והאסמכתאות שם).

"השימוש בלשון 'הגנה' טומן בחובו משמעות אופרטיבית-אקטיבית, שהיא מעבר להכרה גרידא בקיומן ובמעמדם של זכויות היסוד" (ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, 365-366 (2003)). העתירה שבפנינו אינה נסבה על פגיעה בעלת תוכן "שלילי" כמו זו המנויה בסעיף 2 לחוק. בעתירה מתבקש בית משפט זה להעניק הגנה חוקתית אקטיבית לזכות לחינוך, במסגרת כבוד האדם בסעיף 4 לחוק



היסוד (ובכך מתמזגים ההגנה החוקתית האקטיבית והסעד החוקתי לדיבור אחד). ולא רק זאת, אלא שההגנה האקטיבית המתבקשת אינה עבור העותרים עצמם, אלא לילדי קבוצת המיעוט (ועל כך אעמוד בהמשך).

בעתירה דנן, הזכות לחינוך, כזכות-בת של זכות-האם לכבוד, אינה משמשת אפוא כצינה ומגן אלא כחרב וחנית, ומכאן חולשתה. אף בהנחה כי הזכות לחינוך היא זכות חוקתית "חזקה", ואף בהנחה כי לימודי ליבה בגיל התיכון הם חלק מהזכות החוקתית לחינוך, אין משמעות הדבר כי ניתן לחייב את המחוקק לכפותה על אחרים בניגוד לרצונם. כך, לדוגמה, חירות התנועה היא זכות חוקתית מובהקת, אך האם ניתן לחייב את המחוקק לכפות את זכות התנועה על אדם המבקש להסתגר בד' אמות ביתו? האם אפשר לחייב את המחוקק לכפות על אדם המתעקש לחיות תחת הגשר, את הזכות לקורת גג כחלק מהזכות לכבוד?

19. קשה להלום כי כבודו של פלוני נפגע בשל סירובו-שלו לקבל זכות חוקתית מסויימת. בהציבנו בדרך זו את העתירה, דומה כי התשובה הכמעט-מתבקשת מאליה היא, כי אי הענקת הגנה אקטיבית לזכות לחינוך, בניגוד לרצונו המפורש של "הנפגע", אינה פגיעה בליבת הזכות. כדברי חברי השופט הנדל, איננו מדברים בשלילת הזכות לחינוך אלא בויתור על זכות לקבל חינוך. הזכות לא נשללה מהישיבות הקטנות ומהישיבות התיכוניות החרדיות, שברצותן ילמדו לימודי ליבה ואף יזכו לתקצוב גבוה יותר עקב כך.

העותרים מתעברים על זכויותיהם החוקתיות של אחרים ומבקשים לחייב את המחוקק לכפות על הציבור החרדי תכני לימוד שלחלקו אין לו עניין בהם. באספקלריה זו, דומה כי העתירה שבפנינו היא אכן בעלת אופי פטרוני. העתירה מבקשת לחייב את המדינה לכפות על הציבור החרדי דרך הפוגעת באורחות חייו, באידיאל של לימוד תורה לשמה, "נשמת אפו" של החינוך החרדי. הדיון דלעיל בסוגיית הרב-תרבותיות, אינו יכול לבוא לעזרנו, מאחר שאין עניינה של העתירה בשאלה אם רשאית המדינה לכפות תכני לימוד על קבוצת מיעוט, אלא בשאלה אם חייבת המדינה לכפות תכנית לימוד על קבוצת מיעוט. המחוקק בחר שלא לעשות כן, והעתירה דנן מבקשת פוזיטיבית לחייב את המדינה לכפות לימודי ליבה בניגוד לפטור בחוק.

20. עמדנו על כך שהחינוך החרדי בנוי על הסללה מגיל רך ועד לאחר בגרות, באופן שאינו מאפשר לילדיו בבגרותם לעזוב את הקהילה החרדית בהיעדר הכלים הנדרשים לצורך תעסוקה ב"עולם החיצוני". מכאן, שיש להציל את הנער החרדי מפני

ההסתגרות שקהילתו-שלו כופה על עתידו (בן שחר, בעמ' 289). יכול הטוען לטעון כי אין ענייננו בציבור החרדי אלא בילדיו של הציבור החרדי, שקולם לא נשמע, והעותרים משמשים להם כפה על מנת להבטיח את עתידם.

21. אלא שטענה זו מתעלמת מכך שההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם, וככאלה, הם האחראים על חינוכם. וכך נאמר על ידי בית משפט זה, בהקשר של מחלוקת בין הורים לגבי חינוכם הדתי של ילדיהם:

"הלוא מימים ימימה הוכרה זכותו הטבעית של ההורה לגדל ולחנך את ילדיו לפי מיטב שיקוליו ומצפוננו, כשהוא נהנה מאוטונומיה מלאה.

[...] זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על-ידי המשפט החוקתי והמוגנות על-ידי. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית [5]). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו [...] (ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 234-236 (1995)).

אכן, וכפי שנאמר בהמשך, האוטונומיה של ההורים, הכוללת את הזכות הטבעית לגדל ולחנך את ילדיהם, אין משמעה כי זכות ההורים היא מוחלטת. זכות זו מוגבלת בעקרון טובת הילד, כאשר הפרת חובות ההורים כלפי ילדם מצדיקה התערבות המדינה באוטונומיה של ההורים. ברם, אף בהנחה כי טובת הילד היא ללמוד בגיל התיכון לימודי ליבה, ואף בהנחה כי יש בכך להצדיק התערבות באוטונומיה ההורית, אין משמעות הדבר כי המחוקק חייב לפגוע באוטונומיה ההורית כפי שמבקשים העותרים. לא כל מה שטוב יותר לילד, מצדיק לחייב את המחוקק להתערב באוטונומיה ההורית לחינוך. מה עוד, שהילד אינו גדל בואקום אלא בסביבה חברתית מסויימת, והתערבות בדרך חינוכו צריכה לקחת בחשבון את יחס הסביבה ואף יחס ההורים כלפיו. המצב דהיום הוא, שהחברה החרדית מקדשת את האידיאל של לימוד תורה

לשמה, והעיסוק בתורה הוא הראשית והוא התכלית. אפשר לחלוק על אידיאל זה, וגם ביהדות עצמה קיימת מחלוקת בשאלה עד כמה צריך אדם להקדיש עצמו ללימוד תורה. אלא שהציבור החרדי בישראל עשה את בחירתו הערכית, בשל סיבות סוציולוגיות והיסטוריות שונות. לא לנו לכפות על המחוקק להתערב ברגל גסה באידיאל זה בשם טובת הילדים החרדים, בהתחשב בערכים ובאידיאלים הנוהגים בסביבתם הטבעית. טענת העותרים כי בהיעדרם של לימודי ליבה "מידלדלת זהותם האישית והחברתית" של תלמידי הישיבות, אינה מעוגנת בהכרח במציאות האישית והחברתית בה נתונים תלמידי הישיבות.

22. המדינה חייבת להתערב באוטונומיה ההורית, במקרים משבריים, לשם טובת הילד. כך לדוגמה, כאשר הילד מוזנח, ניתן להכריז עליו כילד נזקק ואף להוציאו מרשות הוריו. כאשר הילד נזקק לטיפול רפואי והוריו מתנגדים, המדינה רשאית וחיבת לכפות את הטיפול הרפואי. המדינה רשאית ואף חייבת להתערב כדי להגן על זכויות הילד, מונח רחב יותר מטובת הילד, ואני נכון להניח כי זכות הילד לבריאות ולחינוך, נכללת בכך. המדינה חייבת להגן על הזכות הבסיסית, כמו חוק חינוך חובה שנועד להגן על זכותו העצמאית של הקטין לחינוך. אולם, כאשר אין מדובר בפגיעה קשה בילד, יש לכבד את החלטת המחוקק שלא להתערב. היעדר לימודי ליבה בגיל תיכון אינה מהווה פגיעה חוקתית כה קשה בליבת הזכות לחינוך, כדי כך שבית המשפט יחייב את המחוקק לכפות את לימודי הליבה על ילדי הציבור החרדי, תוך התערבות ופגיעה באוטונומיה ההורית.

ודוק: לא אלאה מלחזור ולהדגיש כי אילו המחוקק בישראל היה בוחר לכפות לימודי ליבה על הציבור החרדי, אם מתוך גישה של הקניית ערכים ליברליים בסיסיים ואם מתוך גישה של "דמוקרטיה מתגוננת", לא הייתי מוצא להתערב בכך. אך מכאן ועד לחיוב המחוקק בישראל לכפות זאת, רחוקה הדרך.

בהנחה של פגיעה בזכות – הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה

23. הגענו למסקנה כי לא הוכחה פגיעה בליבת הזכות החוקתית, אשר מצדיקה לחייב את המחוקק לכפות לימודי ליבה על המגזר החרדי. בנקודה זו הסתיימה הבדיקה החוקתית. למעלה מן הצורך אומר, כי אף בהנחה שמכירים בפגיעה בזכות החוקתית, הרי שזו עומדת בפסקת ההגבלה.

ענייננו בחוק מפורש של הכנסת, וחברתי השופטת ארבל הראתה בפסק דינה כי החוק הולם את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית; כי החוק הוא לתכלית ראויה; וכי החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשונים של יסוד המידתיות. אלא שלשיטתה, החוק נכשל במבחן המשנה השלישי, בהיעדר איזון בין זכות הילד לחינוך ולאוטונומיה מול הזכות לאוטונומיה של ההורים והזכות לתרבות.

24. על מסקנה זו ניתן לחלוק. מבחן המידתיות כמוכן "הצר" הוא במהותו מבחן ערכי, ואנו בוחנים את האיזון בין הפגיעה הנטענת לבין התכלית והתועלת הגלומים בחוק. החוק מכיר באוטונומיה התרבותית הייחודית של המגזר החרדי ובאידיאל לפיו אין להכניס לישיבות הקטנות תכני לימוד שאינם לימודי קודש. הזכות לחינוך נבצעת אפוא לשני חלקים המונחים על כפות המאזניים. על כף אחת מונחת זכות הילד לחינוך ולהגשמה עצמית, ועל הכף השניה מונחת הזכות לעיצוב החינוך והתרבות על פי תפיסת עולמם והשקפתם של בני המגזר החרדי. הפגיעה בזכות החוקתית לחינוך, אם בכלל, נועדה אפוא להגשמת אותה זכות, וספק אם ניתן לומר כי הכף האחת מכריעה את חברתה.

סיכום ביניים: ככל שהעתירה מבקשת לחייב את המחוקק לכפות את לימודי הליבה על הנער החרדי בישיבות הקטנות, איני רואה לכך עילה משפטית.

כפיית לימודי אזרחות

25. חברתי השופטת חיות הגיעה למסקנה כי יש לחייב את הישיבות הקטנות לשלב בתוכנית הלימוד שלהם לימודי אזרחות. למסקנה זו הגיעה חברתי מן הטעם שתוכנית הלימודים בישיבות הקטנות אינה כוללת לימודי אזרחות, ועל כן, יש לראות מוסדות אלה כמי שלא עמדו בתנאי סעיף 2(ב)(1) לחוק הקובע כלהלן:

[...] ניתן בו חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים, ותכנית הלימודים בו ואורח הפעילות במסגרתו אינם נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

אין צורך להרחיב הדיבור על חשיבות הנחלת ערכי דמוקרטיה בסיסיים ליציבותה ולכידותה של מדינה דמוקרטית. אף קשה לטעון כי הנחלת ערכים בסיסיים כמו הכרעת הרוב, הפרדת רשויות ושוויון בפני החוק נוגדים את חופש הדת, המצפון

והתרבות של המגזר החרדי (סטטמן וספיר, בעמ' 224). לא אכחד אפוא כי דרכה של חברתי השופטת חיות קוסמת לי, אך לטעמי היא לא עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו. סעיף 2(ב)(1) לחוק מתייחס לתכני לימוד השוללים את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. אלא שהיעדר תכנים של דמוקרטיה אינו שקול לתכנים שליליים. המחוקק דיבר בלשון "רוזה" של היעדר ניגוד בתכנים, להבדיל מחינוך והטמעה פוזיטיביים של ערכים דמוקרטיים. אשר לתכלית החקיקה, הרי שהחוק נתפר למידות המגזר החרדי במיוחד כדי להכשיר את המצב הקיים בו לא נלמדים לימודי אזרחות בישיבות הקטנות (וראו, בדומה, בן שחר בעמ' 320-321, שם מביעה המחברת את דעתה כי הוראת התוכן הינה נגטיבית ולא פוזיטיבית ולא ניתן לעגן באמצעותה חובה פוזיטיבית לגבי תכני הלימוד, באשר מדובר בפרשנות מרחיקת-לכת).

לאור זאת, איני סבור כי פרשנותה של חברתי עולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתו.

26. זאת ועוד. לשונו של סעיף 2(ב)(1) לחוק מוסדות תרבותיים מזכיר את לשונו של סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, המחייב פסילת רשימה לבחירות לכנסת ככל שיש במטרותיה או במעשיה "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מסקנתה של חברתי כי החינוך דהיום בישיבות הקטנות נוגד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מציב לכאורה את המגזר החרדי לצד מפלגות השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. דומני כי זו מסקנה מרחיקת לכת. אמנם כהן-אליה מציע במאמרו לטפל במגמות אנטי-דמוקרטיות כבר בשלב המניעה (חינוך) ולא בשלב התסמינים (פסילת מפלגות), אלא שאף הוא דוגל בדרך של התניית מימון החינוך בלימודי ליבה, על פני כפייה ישירה של תכני חינוך.

קשיים מעשיים ודרך הדיאלוג

27. עמדנו על כך שקיימים נימוקים ערכיים-אידיאולוגיים-משפטיים המצדיקים התניית המימון בלימודי ליבה ואף כפיית לימודי ליבה בישיבות הקטנות. אולם, הראינו כי העתירה אינה עוסקת בשאלה אם המדינה רשאית לפעול בדרכים אלה, אלא בשאלה אם המדינה חייבת לפעול בדרכים אלה, ועל כך השבנו בשלילה.

אוסף ואומר כי המדינה רשאית להביא בגדר שיקוליה גם את המישור המעשי. יש מקום לדעה כי בדרך של כפייה לא ניתן להשיג את המטרה של לימודי חול ולימוד

ערכי הדמוקרטיה ויסודותיה. כפייה של תכני לימוד על המגזר החרדי היא בלתי מעשית. אדרבה, כל סממן כפיה אך מסיג לאחור הישגים שכבר הושגו, מביא ל"התלכדות השורות" בציבור החרדי, ולהתבצרות כנגד מה שנתפס בעיניו כאיום על אורח חייו. כפייה של תכני לימוד עשויה להיתפס כפטרונות, וספק אם תצלח במישור המעשי בציבור החרדי, שלמרכה הצער, עשוי לראות בכך "גזירות אנטיוכוס".

לכך יש להוסיף כי מטבע הדברים קשה לפקח על הוראת תכנים, וספק אם ניתן לכפות באופן אפקטיבי על מורה חרדי לחנך את תלמידיו לערכי הדמוקרטיה (בן שחר, בעמ' 321). מכל מקום, לא ניתן לכפות הזדהות אמיתית עם תפיסה דמוקרטית, להבדיל מלימוד מושגים בסיסיים באזרחות.

28. היציאה מהסתגרות מוחלטת לאור השמש העזה של שוק העבודה וערכי הדמוקרטיה הבסיסיים, נעשית מטבע הדברים באופן הדרגתי, באופן מהוסס ושלא במוצהר. המחוקק רשאי להניח לתהליך זה לעשות את שלו ללא "קיצורי דרך" שבסופו של יום עלולים להאריך את הדרך. עדיף שהדברים יעשו מעצמם או בדרך של דיאלוג, באשר קשה במחי חוק או תקנה לשרש עשרות שנים של הסתגרות ובדלנות. יפים לענייננו דברי השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (11.5.2006) (להלן: עניין חוק טל):

"יסוד הפתרון טמון בהכרה כי אין לצפות, בטווח הקצר, לבניית גשר אמיתי על פני תפיסות ערכיות שונות שהמרחק ביניהן הוא קוטבי. מתוך הנחה כי הגישור על פני תפיסות אלה הוא קשה, ואולי בלתי ניתן להשגה, יש לחתור לפתרונות מעשיים-פרגמטיים, אגב דרישה לעשיית ויתורים הדדיים, בדרך להשגת תכלית השוויון בעתיד. מטרת האמצעים העיקריים שיש לנקוט היא לצמצם את הניכור והריחוק החברתי של בני הקהילה החרדית מיתר הציבור בישראל, ולהגביר את מעורבותם בחיי החברה. תהליך זה סופו שיביא, במבט צופה פני העתיד, להתערות הדרגתית של צעירי הקהילה החרדית בעולם האזרחי, ולהקטנת פער אי השוויון בנטל הנשיאה בחובות האזרחיים" (שם, פסקה 7 לפסק דינה).

כפי שהמדינה רשאית לקחת שיקולים אלה בחשבון, אף בית המשפט יכול וצריך ליתן משקל לשאלות של אפקטיביות וישימות, לצד הסוגיות הנכבדות של זכויות מול חובות ואיזון בין ערכי צדק ושוויון.

29. עד כאן בשאלת כפיית לימודי הליכה בישיבות הקטנות. משהזכרנו גם את האמצעי של התניית המימון, נפנה כעת לסוגיה זו.

סעיף 5 לחוק – שאלת המימון

30. במקום בו הכל מדברים גבוהה על ערכים חפש את הכספים, ולא בכדי לימדונו חז"ל "אם אין קמח אין תורה" (משנה, אבות ג, י"ז).

העותרים התמקדו בשאלה אם יש לחייב את המדינה לכפות על הציבור החרדי את לימודי הליכה, אך בשולי הדברים, וכסעד חלופי עתרו בעיקרי הטיעון לביטול סעיף 5 לחוק, הקובע מימון של המדינה לישיבות הקטנות בשיעור של 60%. אציין כי הסעד החלופי של ביטול המימון הועלה במפורש אך בעיקרי הטיעון, אולם הנושא הועלה כבר בסעיף 49 לעתירה שם נטען כי "מימון ציבורי למוסדות חינוך שאינם מלמדים לימודי ליכה סותר בבירור את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית [...]". לאור זאת, ומאחר שממילא בכוונתי לדחות הטענה, אתייחס גם לסעד חלופי זה. את טיעונם השתיתו העותרים על הפגיעה בשוויון ועל חוק יסודות התקציב, ועל כן אבחן סוגיה זו באספקלריה של טיעוני העותרים.

המשיבים טענו כי לא השתנה דבר מאז קום המדינה. מאז ומתמיד לא לימדו לימודי חול בישיבות הקטנות ותכני הלימוד לא השתנו מאז קום המדינה, כך שהחוק אך נועד לעגן בחקיקה את המצב המשפטי הקיים.

31. בפסק דינו של בית משפט זה בעניין המרכז לפלורליזם נקבע כי נוכח הפגיעה בשוויון יש להתנות את התקצוב הממשלתי בקיומם של לימודי ליכה. פסק הדין בא לשים קץ למציאות ה"ישראלוף" לפיה המוסדות החרדים הפרו את החוק בכך שלא עמדו מעולם בחובה לקיים לימודי ליכה, אך מנגד, קיבלו תקצוב ממשלתי שהותנה בקיומם של לימודי ליכה. החוק "הלבין" מצב זה בדרך של חקיקה ראשית, בכך ששינה את הגדרתן של הישיבות הקטנות ממוסדות מוכרים שאינם רשמיים למוסדות תרבותיים ייחודיים, והוציא אותן מתחולת חוק הפיקוח. למעט שינוי ההגדרה, אכן לא השתנה בשטח דבר ומה שהיה ממשיך להיות, אך הפעם שלא תוך הפרת חוק, אלא תוך התאמת החוק למציאות של הפרת החוק בעבר. לימודי הליכה מגורשים כיום, בחסותו של המחוקק, מהישיבות הקטנות, והדברים באים לידי ביטוי בתקנה 3(1) לתקנות מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים (הכרה במוסד חינוך חרדי), תשס"ט-2009, הקובעת כי מוסד

תרבותי ייחודי הוא מוסד ש"ניתן בו חינוך שיטתי, הכולל לימודי קודש יהודיים בלבד".

שלא כטענת המשיבים, חוק מוסדות תרבותיים חולל שינוי של ממש במצב הקיים. בעוד שבעבר, המחוקק דגל במשוואה נוסח "כעומק לימודי הליכה כך גודל התקצוב", הרי שחוק מוסדות תרבותיים מנתק את התניית התקצוב בלימודי הליכה. החוק מציב צד אחד של המשוואה – הזכות לקבלת תקציב בשיעור של 60%, תוך ביטול הצד השני של המשוואה – החובה ללימודי ליכה. מה שנעשה בעבר במסותרים, אם מחמת הבושה אם מחמת החוק, נחשף כיום לאור השמש הבוהק ומקבל גושפנקא של המחוקק. החוק מאפשר לראשונה מאז קיום המדינה פטור מלימודי ליכה ובמקביל מאפשר מימון מוסדות אלה מתקציב המדינה. הישיבות הקטנות נהנות אפוא מכל העולמות – פטור מחינוך ממלכתי מחד גיסא אך מימון ממלכתי מאידך גיסא, תוכנית לימודים ללא פיקוח ממשלתי אך במימון ממשלתי. זאת, בניגוד לכלל לפיו "אין זכויות בלא חובות כשם שאין 'תן' בלא 'קח'" (כלשונו של המשנה לנשיא חשין בעניין חוק טל בפסקה 63). אך האם השינוי הנורמטיבי שיצר החוק פוגע בזכות יסוד חוקתית?

32. איני סבור כך. אכן, יש מקום לדעה כי החוק אינו ראוי, ואף רצוי כי המדינה תנתק את צינור המימון ממוסדות שאינם מלמדים תכני יסוד. לצד הדרך של שכנוע בדרכי נועם, קיימת דרך שלישית שמדינה רב-תרבותית יכולה לנקוט כדי להגן על ערכיה מפני קבוצת מיעוט לא-ליברלית, והיא להימנע ממימון החינוך.

השימוש בכוחה המקצה של המדינה, בדרך של שלילת המימון ממוסדות שאינם מלמדים לימודי ליכה, יוצר תמריץ כלכלי שלילי להורים לשלוח את בניהם למוסדות אלה. לצד הפן הערכי של הנחלת ערכים ליברליים ושל דמוקרטיה מתגוננת, המדינה רשאית להציב בראש מעייניה גם את השיקול הכלכלי. מאחר שחינוך הוא מכפיל-כוח בשוק העבודה והכלכלה, השקעה בחינוך מקדמת את הכלכלה ואת הרווחה המצרפית של החברה כולה. לכן, רשאית המדינה לומר "עד כאן" – אין למדינה אינטרס להשקיע ולממן חינוך שכל הוויתו מנוגדת לאינטרס הכלכלי שלה. "היתפאר הגרזן על החצב בו אם יתגדל המשור על מניפו" (ישעיהו י טו). מימון חינוך שאינו מבטיח כי תלמידיו יוכלו לפרנס עצמם בכבוד ולהשתלב בכלכלת המדינה, משול למימון המשור אשר מנסר באיטיות ובהתמדה את הענף עליו יושבים יחדיו בני החברה כולה. חברה אינה אמורה לממן את עצמה לדעת, והדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בקבוצת מיעוט גדולה, שאף עשויה להפוך לקבוצת הרוב.



[במאמר מוסגר: אנו מתייחסים למגזר החרדי כקבוצת מיעוט, מאחר שהמונחים רוב ומיעוט הם מונחים בינאריים – מול רוב של 51% אנו נוהגים להתייחס ל-49% כקבוצת המיעוט. אולם כאשר בשיח זכויות עסקינן, ספק אם כך יש לראות את הדברים, ויש להתחשב בגודלה של "קבוצת המיעוט" ובאפשרות כי תהפוך בעתיד לרוב. לאורך השנים חל גידול דרמטי במספר התלמידים החרדים ומספר הילדים החרדים בכתה א' מגיע כיום כמעט ל-30%. בהתחשב בכך שקצב הגידול הטבעי של הקהילה החרדית בישראל גדול במיוחד, ספק אפוא אם יש לראות את הקהילה החרדית כקבוצת מיעוט במובן הרגיל של המילה].

33. זאת ועוד. מימון חינוך ללא התנייתו בלימודי ליבה אך מנציח את החלוקה המגדרית השוררת במגזר החרדי, אשר מתיר לימודי ליבה לנשים, על מנת לשמר ולחזק את חברת הלומדים. בפסקה 78 לפסק דינה אומרת חברתי השופטת ארבל כי היעדר לימודי ליבה פוגע בשוויון בין המינים במגזר החרדי "במקרה זה דווקא לרעת הגברים". אלא שלא כך הם הדברים בפועל. תהא זו תמימות לחשוב כי ההיתר לנשים ללמוד לימודי ליבה נועד כדי להעצים את הנשים על חשבון הגברים. הדבר נעשה על מנת ליתן לנשים כלים לפרנס את המשפחה, שעה שהגבר החרדי ממית עצמו באוהלה של תורה על פי האידיאל החרדי. באופן פרדוקסלי, השכלת הנשים במגזר החרדי נתפסת כחינוך לבורות, ומתייגת אותן כמי שאינן ראויות ללמוד גמרא, הלימוד שהוא מקור היוקרה והעוצמה בעולם החרדי (פרי-חן, בעמ' 291, 295).

34. השימוש באמצעי של התניית מימון אינו עניין של מה בכך, כאשר יש בו יסוד של כפייה כלכלית על ההורה החרדי (כהן-אליה, בעמ' 427). אולם, על רקע האמור לעיל, קיימת הצדקה כי המדינה תעשה שימוש בררני בכוחה המקצה ותתנה את המימון לחינוך בלימודי ליבה (וראו גם סטטמן וספיר, בעמ' 227, 239). מותר למדינה לסרב לממן ישיבה קטנה שאינה מלמדת לימודי ליבה. ספק אם למגזר החרדי היה פתחון פה לדרוש מהמדינה לממן חינוך שהמדינה אינה חפצה ביקרו ואשר נוגד את האינטרסים שלה כמדינה. ההצדקה קיימת והרשות נתונה למחוקק להתנות את המימון בלימוד תכני ליבה. ברם, בסעיף 5 לחוק, המחוקק נמנע במודע מלהשתמש בדרך של התניית מימון ובחר לממן את החינוך בישיבות הקטנות במגזר החרדי מבלי לחייבן בלימודי ליבה. בנקודה זו אנו חוזרים לשאלה אם קיימת עילה חוקתית לביטול סעיף זה?

בפסקה 73 לעיקרי הטיעון, ביקשו העותרים כסעד חלופי, כי בית המשפט יבטל את סעיף 5 לחוק בשל הפגיעה בעקרון השוויון וכן נוכח הוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב. אבחן להלן שתי טענות אלה.

35. הפגיעה בשוויון: בניגוד למוסדות חינוך אחרים לגביהם יש סימטריה בין היקף לימודי הליכה לבין היקף המימון, מוסדות חינוך על פי החוק פטורים מלימודי הליכה ולמרות זאת מקבלים מימון. יש בכך חוסר שוויון, אך זאת במישור המינהלי, ואילו לא היה ההסדר שבפנינו מעוגן בחוק ניתן היה לתקוף אותו במישור זה.

ברם, ענייננו בחקיקה ראשית, ועל מנת לתקוף חקיקה ראשית על העותרים להראות כי המדובר באי שוויון במובנו החוקתי, קרי, כי המימון למוסדות התרבות הייחודיים פוגע בזכות-הבת לשוויון הנובעת מזכות-האם לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הפטור מלימודי ליכה לא גורם לתחושת השפלה ועלבון בקרב אלה שלא "זכו" לפטור כזה. לכן, ועל פי הגישה המצמצמת לפיה הפגיעה בשוויון היא אך באותם מקרים בהם נגרמת השפלה, אין לפנינו פגיעה בשוויון (לגישה המצמצמת ראו דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001)). לתוצאה זו אנו מגיעים גם על פי מודל הביניים לפיו הזכות לשוויון נותנת ביטוי להיבטי השוויון הקשורים "באופן הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). בעניין התנועה לאיכות השלטון נקבע כי הפטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם מהווה הפרה קשה של השוויון בזכויות ובחובת האזרחיות הבסיסיות. המקרה שבפנינו שונה, מאחר שהפטור שניתן לתלמידי הישיבות הקטנות אינו פוגע ישירות בקבוצת הרוב של תלמידי המוסדות האחרים החייבים בלימודי ליכה, כך שאין ענייננו "בפגיעה הקשורה קשר בל יינתק לכבודו של האדם ולפגיעה בו" (בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(4) 715, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008)). בעניין יקותיאלי (בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות (14.6.2010)) נקבע כי תשלום גימלת הבטחה לאברכי כולל מפלה לרעה סטודנטים הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה ובכך מפלה את הסטודנטים לרעה ופוגע בזכות החוקתית לשוויון. בדומה נפסק אך לאחרונה בבג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (25.5.2014). גם שני מקרים אלה אינם דומים לענייננו, באשר אין העותרים מבקשים לפטור אותם או אחרים מלימודי ליכה.

אוסף ואומר כי עוקצה של הפגיעה בשוויון מתקה גם נוכח הגדרת "קבוצת תרבותית ייחודית" בחוק, המאפשרת לשר החינוך להכיר גם בקבוצת אוכלוסייה אחרת שאינה האוכלוסייה החרדית.

סיכומו של דבר, שסעיף 5 לחוק אינו עומד בסתירה לשוויון החוקתי.

36. חוק התקציב: סעיף 3א לחוק יסודות התקציב נועד לשרש את שיטת הכספים הייחודיים והוא קובע מבחנים שוויוניים לתמיכות במוסדות הפועלים למטרות חינוך, כמו בתי ספר חרדיים מוכרים ופטורים. אני נכון לקבל הטענה כי הוראות חוק מוסדות תרבותיים עומד בסתירה להוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, אולם אין בכך כדי לפגוע בחוקיותו של החוק. חוק יסודות התקציב הוא בעל מעמד מיוחד כלפי חוקי תקציב שנתיים אחרים (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999)), אולם אין לראות בו חוק יסוד במובנו הרגיל, כך שחוק מאוחר ומיוחד יכול לסתור אותו. מכאן, שאין בהוראת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב כדי לגבור על הוראותיו המפורשות של החוק.

לסיכום, מותר למדינה להתנות מימון בלימודי ליבה ושמא אף ראוי שתעשה כן. אולם אין עילה חוקתית לחייב את המדינה לעשות כן, ועל כן אין מקום לביטול סעיף 5 לחוק.

סיום וסוף דבר

37. חד גדיא דזבין המחוקק הישראלי במימון מוסדות תרבותיים:

לימודי ליבה מקנים, מאפשרים ומעודדים רכישת השכלה;

השכלה מעודדת השתתפות בשוק העבודה;

גידול במספר המשתתפים בשוק העבודה מגדיל את התל"ג;

הגידול בתל"ג משפר את מצבה הכלכלי של המדינה;

מצב כלכלי איתן של המדינה משפר את חוסנה בכל המישורים המשפיעים על חייו של כל אחד מבני החברה (כלכלה-רווחה-חברה-בטחון-מעמדה של ישראל בעמים).

קו ישר עובר אפוא בין לימודי ליבה לבין חוסן לאומי, ולא רק במישור הכלכלי. מי שמקבל שרשרת סיבתיות זו, המעוגנת הן בשכל הישר והן בנתונים עובדתיים, יכיר בכך שפרגמנטיזציה של מערכת החינוך לקבוצות ולרסיסים, ללא מכנה משותף מינימלי, הוא מרשם לאובדנה של חברה. המכנה המשותף הבסיסי, הוא שיוצר סולידריות אזרחית, הוא המאפשר לכולנו לדבר "שפה אחת ודברים אחדים" (בראשית יא א) ולהסתופף יחדיו על ענף קטן ודמוקרטי בעץ הגלובלי.

38. ניתן אפוא להגן ולהצדיק כפיית לימודי ליבה על תלמידי המגזר החרדי או נקיטה בדרך פוגענית פחות של התניית מימון מוסדות הלימוד בלימודי ליבה. אלא, כפי שהדגשנו לאורך כל הדרך, איננו עוסקים בשאלה אם המדינה רשאית בהיבט החוקתי לנקוט בדרכים אלה, אלא בשאלה אם המדינה חייבת לנקוט בהם. על כך השבתי בשלילה. אכן, חוק שמעניק מימון בשיעור של 60% למוסדות חינוך ללא התניה כלשהי לגבי תכני הלימוד, אינו ראוי, ויהיו אף שיאמרו כי הוא חוק רע-לתפארת מדינת ישראל. אך חוק לא ראוי אינו פוגע בהכרח בזכויות חוקתיות. המחוקק עשה את בחירתו ולא על בית משפט זה המלאכה להוציא לחברה הישראלית את הערמונים מהאש בסוגיה הרגישה והנפיצה של חינוך במגזר החרדי.

אשר על כן, ולו דעתי תישמע, דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. בגדר העתירה שלפנינו מבקשים העותרים כי נצהיר שחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, תשס"ח-2008 (להלן חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים או החוק) – בטל, ולחלופין כי על המשיבים לאכוף את תכנית לימודי הליבה על מוסדות החינוך התרבותיים-ייחודיים. חוק זה בא לאויר העולם בסמוך לנתינתו של פסק הדין בבג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (להלן עניין המרכז לפלורליזם יהודי), בדקה התשעים ממש, כמעט ערב פסק הדין, ולא נחטא לאמת אם נאמר כי נחקק בחיפזון כדי להקדים את פסק הדין. לפי הנטען בעתירה, החוק –

הפוטר מוסדות חינוך תרבותיים-ייחודיים – מוסדות חינוך שלומדים בהם תלמידים בכיתות ט'-י"ב, כולן או חלקן, שניתן בו חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו בהתאם למאפייניה הייחודיים, וקיבלו הכרה לפי סעיף 2 – מהנהגת תכנית ליבה, קרי, אזרחות, מתמטיקה ואנגלית – פוגע בזכותם החוקתית של תלמידי אותם מוסדות לכבוד, לחינוך, לאוטונומיה ולחופש עיסוק. המשיבים טוענים, בתמצית, כי אי-הנהגת לימודי ליבה אינה מגיעה כדי פגיעה בגרעינה החוקתית של הזכות לחינוך, ומכל מקום עומד החוק בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו.

ב. חברתי השופטת ארבל, אשר סקרה בהרחבה את הרקע הנורמטיבי, סבורה בחוות דעת מקיפה כי יש לקבל את העתירה, באשר החוק אינו מאזן כראוי בין הזכויות החוקתיות שבהן הוא פוגע לבין התכליות שאותן הוא מבקש להשיג, ועל כן אין הוא עומד בתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה (פסקה 83 לחוות דעתה); אליה הצטרף והוסיף נימוקים, חברי השופט ג'ובראן. לגישתו של חברי השופט הנדל, אשר סקר בהרחבה את הדעות השונות באשר ללימודי חול בשיבות הקטנות, קרי, הישיבות שבגיל התיכון, העותרים לא הראו פגיעה בזכות יסוד חוקתית, ועל כן יש לדחות את העתירה. חברתי השופטת חיות סבורה, כי התשתית העובדתית שנפרשה בגדר הדיון שבעתירות אינה מאפשרת להצביע על פגיעה בזכות החוקתית לחינוך של תלמידי המוסדות התרבותיים הייחודיים. עם זאת, לגישתה יש לחייב מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים לקיים לימודי ליבה בתחום האזרחות להנחת דעת השר; מנגד סבור השופט הנדל כי בנושא האזרחות לא הונחה תשתית ראויה. אודה כי סברתי תחילה להציע מעין דרך ביניים בין גישותיהם של השופטת ארבל והשופט הנדל, קרי, להורות על בטלותו של סעיף 5(א) לחוק, הקובע כי המדינה תשתתף בתקציבו של מוסד חינוך תרבותי ייחודי, בשיעור של 60% מיחידת המימון. זאת תוך הבחנה, בגדרי הדיון במידתיותו של החוק, בין אי-הנהגת לימודי ליבה במוסדות חינוך תרבותיים-ייחודיים לבין הטלת חובה על המדינה לתקצב אותם מוסדות. ואולם, באתי לאחר עיון והתלבטות ממושכים לכלל מסקנה כי התשתית העובדתית והמשפטית שבפנינו אינה מספקת לצורך הכרעת הבטלות, והיא איפוא עניין להתדיינות אחרת. יוטעם, כי בעתירה לא ביקשו העותרים את ביטולו של סעיף 5(א).

ג. הסוגיה שלפנינו איננה רק לימודי ליבה. היא גם פולחת לב, שכן היא מאתגרת את יחסיה של המדינה עם חברת מיעוט חשובה בישראל, קרי, עם החברה החרדית ברובה אם גם לא כולה – שהיא חברה שמרנית בארחות חייה ואף בלבושה, החוששת מתרבות הרוב, ושחלק מעמדותיה כלפי המודרנה הוא "החדש אסור מן התורה בכל

מקום" כפרפרזה על אימרת חכמינו משנה ערלה ג', ט' ובבלי קידושין ל"ח, ב' וכמטבע שטבע חת"ם סופר, ר' משה סופר, מנהיג האורתודוכסיה במרכז אירופה במאות הי"ח-הי"ט (שו"ת חת"ם סופר אורח חיים ח' כ"ח), פן יישחקו דורותיה הצעירים עד כדי נשירה משורותיה; ראו גם לגישה המסורתנית הנאבכת באידאולוגיות מודרניות בהגותו של ר' משה רוזנשטיין, המשגיח (המורה הרוחני) בישיבת לומז'ה בפולין בין שתי המלחמות, בחיבורו של בנימין בראון "אהבה, שמחה, תמימות ומסורתנות; קיום לשיטת המוסר של ר' משה רוזנשטיין מלומז'ה", בתוך ד' אסף וע' רפפורט אלברט (עורכים), ישן מפני חדש, תשס"ט א', 251, 271-278. אכן יש בו בחינוך החרדי יופי של התמדה ושל עושר תרבותי, של עולמה של תורה. אך האתגר לחברה החרדית ולמדינה בנושא לימודי תורה ותקציבים למוסדות החינוך הוא כיצד לא לפגוע באוטונומיה שלו ועם זאת להשיג יעדים יסודיים ורחבים של הכנה לחיים – ועל כן עמנו סוגיית יסוד בחברה הישראלית. בעיניי זהו שורש המחלוקת; בטוחני שבליכם יודעים גם ראשי העולם החרדי, רבנים, אדמו"רים, ראשי ישיבות ואישי ציבור, כי בחור – מדובר כאן בבחורים בלבד, שכן הנערות החרדיות לומדות בלימודי התיכון לא רק לימודי קודש – היוצא מן הישיבה ברבות הימים ונישא ורוצה לעבוד, נדון על פי רוב – וכמובן יתכנו חריגים – לשנים של עוני מהיעדר כישורי חיים; ולא הכל אוצרים כוח להתחיל אז בלימודים מסודרים כדי להשיג מקצוע. לשאלה שלפנינו מטבעה שני רבדים – ה"הגדה" וה"כופתאות", כאפיונם הנודע של שני חלקי ליל הסדר. ההגדה היא השאלה האידאולוגית, קרי, האם בכוחה של המדינה הליברלית לכפות על קבוצת מיעוט בתוכה, שארחת חייה, מן הלבוש והלאה, שונות משל חברת הרוב, את ערכי החינוך שלה. הכופתאות הן המחיר, כלומר האם ניתן לבוא חשבון תקציבי עם חברת המיעוט בצורה זו או אחרת בשל החלטותיה הנבדלות מן הרוב, ואימתי. נזכיר – מבלי לפגוע כהוא זה בערך לימוד התורה, אליו נשוב – כי לימודי הליבה הם בסיס לימודי שהמדינה מצאה לנכון להנחיל לכל ילד וילדה, נער ונערה, כדי להתמודד עם צרכי החיים, הפרנסה וגידול המשפחה מזה, ולהיות חלק מן החברה כולה, על ערכיה המשותפים – מזה. המטרה היא להעמיד אדם יצרני החי בתוך החברה הכללית, אך שומר בעת ובעונה אחת על צביונו התרבותי האישי והקיבוצי, במרווח הוגן. האתגר הישראלי הוא מציאת האיזון בין אלה. אל האיזונים במישור התקציבי נשוב להלן.

ד. עלי להקדים הערה: בציבור החרדי הוצגו הכרעותיו של בית משפט זה בהקשרי בני הישיבות, אם בגיוס ואם בנושאים תקציביים, כאילו הם מכוונים רחמנא ליצלן כנגד לימוד התורה. אין אי אמת גדולה מזו. אין צורך לחזור ולציין, כי לימוד תורה הוא יסוד מוסד בערכיה של מדינת ישראל וביהדותה, ואין שמץ יושר בטענה כאילו יש מי מאתנו המתנכל לו. גם הנושא שלפנינו איננו לימוד תורה ככזה; השאלה

היא האם מספר שעות בשבוע מתוך שבוע ארוך שרובו ככולו תורה יוקדשו ללימודים המכשירים אדם גם לחיי המדינה והפרנסה – הא ותו לא.

על הזכות לחינוך ועל לימודי הליבה

ה. אפתח ואומר, כי לגישתי – כגישת חבריי השופטות ארבל וחיות והשופט ג'ובראן – הזכות לחינוך, כמובנה הבסיסי, היא זכות חוקתית. לגישתה של השופטת ארבל (פסקה 37 לפסק דינה), הזכות לחינוך כזכות חוקתית נגזרת מערכיה של החברה הישראלית ותפיסותיה. לדברים אלה מצטרף אנוכי. לגבי דידי, ההכרה בחוקתיותה של הזכות לחינוך היא פועל יוצא גם של מעמד החינוך באתוס היהודי ובמשפט העברי (ראו בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (2005), בפסקה ב' לחוות דעתי; בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (2010), בפסקה ט' לחוות דעתי).

ו. מכוחה של הזכות לחינוך זכאי כל תלמיד בישראל לקבל חינוך בסיסי. חבריי השופטים ארבל והנדל עמדו בהרחבה על אינטרס הפרט בזכות לחינוך. אין חולק כי החינוך הוא כלי המאפשר לפרט לפתח את עצמיותו, והוא כלי לעיצובה; הוא מעניק לפרט ידע. כל אלה חוסים תחת כבוד האדם וחרותו במובנם הבסיסי (ראו פרופ' א' ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה – כרך ב' (2014) 793-816). אלא שאינטרס הפרט בזכות לחינוך – אינטרס רם מעלה – הוא פן אחד של הזכות לחינוך. אבקש להדגיש פן נוסף של זכות זו, חשוב אף הוא, הפן החברתי-ציבורי:

”החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, בה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה” (בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך התרבות, פ"ד נ(3) 2, 24, מפי השופט – כתארו אז – אור).

ובמקום אחר נאמר:

”מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. החינוך מהווה חוליה מקשרת בין מגזרי החברה השונים והמגוונים ואמצעי גישור חיוני לבניית מירקם חברתי

הרמוני. החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים" (עניין המרכז לפלורליזם יהודי, בעמ' 613).

ראו גם ת' הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תכנית הליכה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008" משפט וממשל יב (תש"ע) 281, 286 (להלן הראל בן שחר):

"לחברה בכללותה יש אינטרס חשוב לא פחות בחינוכם של ילדים ... החברה בכללותה מעוניינת להבטיח כי יוקנו לילדים הכלים להיות בבגרותם אזרחים עצמאיים ויצרניים בעולם המודרני, על-מנת שלא ייפלו לנטל על החברה ... חינוך נועד להבטיח את צמיחתם של אזרחים טובים' במדינה ליברלית, כלומר, אזרחים סובלניים ושומרי חוק המסוגלים להשתתף בצורה אפקטיבית בהליך הפוליטי".

אומר כבר כאן, כי במדינה יהודית ודמוקרטית גם החינוך לערכים יהודיים הוא ערך בגדרי החינוך לאוכלוסיה היהודית, ויש להניח כי על כך אין חולק; אלה מונחים בשפע בחינוך החרדי בדרכו שלו. השאלה היא הנחלת הערכים הדמוקרטיים והמצרפיים לצד הערכים היהודיים, הן לשם הכשרה לחיים והן לשם שילוב במדינה.

ז. הזכות לחינוך נועדה, על פי האמור, לקדם ולהגשים גם אינטרסים ומטרות ציבוריות-חברתיות, מעבר לאינטרס הפרט. ממילא ניתן לומר, כי פגיעה בה משמעה גם פגיעה באותם אינטרסים ומטרות. בעניין זה מתחבר אני לעמדתה הערכית של חברתי השופטת חיות, שכן היעדרם – למשל – של לימודי אזרחות, מגדל במובהק אזרחים שזיקתם למדינה כמדינה, לערכיה הדמוקרטיים, למוסדותיה, לשלטון החוק בה ועוד היא קלושה מטבעה עד מאוד, ולכך משמעות בהזדהותם עם המדינה ובכוננתם לשרת את הכלל להבדיל מצרכים מגזריים, וביחס אל מערכות הממשל ואל המשפט בה.

ח. בישראל, לימודי הליכה הם – כאמור – הבסיס שהמדינה מצאה לנכון להנחיל לכל ילד וילדה, תלמיד ותלמידה, כדי להתמודד עם צרכי החיים – מזה, ולהיות חלק בלתי נפרד מן החברה כולה, על ערכיה המשותפים – מזה. עמדה על כך השופטת פרוקצ'יה בעניין המרכז לפלורליזם יהודי:

"תוכנית הליכה נועדה לאזן בין זכות התלמיד להיחשף לתכני חינוך בסיסיים הנדרשים לעיצוב אישיותו ופיתוח כישוריו, בצד מתן מענה לאינטרס הציבורי הכללי



המבקש ליצור שיח משותף בין מגזרי אוכלוסיה שונים שאורח חייהם, תרבותם ודתם שונים, כדי להביא לקוהרנטיות חברתית ברמה הבסיסית" (שם, בפסקה 75).

אכן –

"תכנית הליכה היא המכנה הלימודי המשותף המחייב את כל הלומדים במערכת החינוך בישראל. תכנית זו כוללת את תכניות הלימודים המחייבות, המבוססות על הערכים, התכנים ומיומנויות הלמידה שמערכת החינוך מבקשת להקנות לתמידיה. התחומים הנלמדים בתכנית זו הם הבסיס המחייב בכל מערכת החינוך..." (ל' פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה (2013) 33).

המטרה היא, בסופו של יום, להעמיד אדם יצרני החי בתוך החברה במכלולה ומרגיש שייך אליה, תוך שמתאפשר לו לשמור כראוי על צביונו התרבותי, האישי והקבוצתי.

ט. אם כן, לימודי הליכה הם הבסיס – הלימודי והערכי – המשותף שהמדינה מצאה לנכון להנחיל לכל תלמיד, ולו מטרה אישית וקבוצתית ומטרה כלל-ישראלית. הם נועדו לקדם לכידות חברתית, ולהנחיל השכלה מינימלית וערכים בסיסיים משותפים, המהווים בסיס להשתלבות בחברה הישראלית, ועם זאת לסייע לפרט בהגשמתו העצמית. בהתאם נקבע בחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, כי לימודי הליכה נועדו להגשים את מטרות החינוך הממלכתי, ובין היתר לחנך לאהבת האדם, העם והארץ, ולטפח מעורבות בחיי החברה הישראלית (ראו סעיפים 1-2 לחוק חינוך ממלכתי). לצד זאת, כאמור, יש לאפשר לכל תלמיד לשמר את צביונו התרבותי; הקניית בסיס אין משמעה הפיכתה של מערכת החינוך לפס ייצור אחיד, בודאי כך בחברה מורכבת ורבת פנים כבישראל. בתגובתו לעתירה ניסח זאת משרד החינוך כלהלן – "מתן אפשרות לקבוצות החברתיות השונות להגשים גם את מטרותיהן הייחודיות" (סעיף 10 לתגובה המקדמית מטעם משרד החינוך). כאמור, האתגר הישראלי הוא מציאת האיזון בין אלה. אכן, הזכות החוקתית לחינוך אינה מוחלטת; בנדון דידן, יש לאזנה עם הזכות לאוטונומיה של הורי התלמידים (במוסדות החינוך התרבותיים-חינוכיים) בחינוך ילדיהם, ועם זכותם של התלמידים באותם מוסדות והוריהם – כחלק מן המגזר החרדי – לשמור על צביונם התרבותי הייחודי. גם על כך לא יתכן חולק. אך האיזון האמור צריך – ושמא חייב – להביא בחשבון גם את האינטרסים הציבוריים-חברתיים, אותם מבקשת להגשים הזכות לחינוך. במלים אחרות, דיון בזכות לחינוך צריך להביא בחשבון גם את האינטרסים הציבוריים-חברתיים שבבסיסה, ואינו יכול או צריך לתחום עצמו אך לאינטרסים של הפרט או של קבוצה פלונית. אין המדובר אמנם

בחוק יסוד: כבוד המדינה וחרותה או בחוק יסוד: כבוד הציבור; ואולם, מקום בו הזכות המוגנת נועדה להגן אף על אינטרסים ציבוריים-חברתיים, לא זו בלבד שבית המשפט העורך את האיזון החוקתי רשאי להתחשב גם בהם, אלא ששומה עליו לעשות כן, ולמנוע עיוותים. אכן, עסקינן בסוגיה מורכבת, וראיה לדבר הדעות השונות בין שופטי בית משפט זה, וכבר אמרו חכמים (אבות ה', י"ז) "כל מחלוקת שהיא לשם שמים סופה להתקיים". הדעות השונות מבטאות דאגה למדינה, ללכידות בתוכה וגם לערכים השונים המשמשים בה; בהערותינו הביקורתיות באשר לחוק שבאו בצורה זו או אחרת מפי שופטי ההרכב – אין חלילה משום התנשאות על חברת המיעוט, אלא משום חיפוש דרך הוגנת כלפי כולי עלמא, שחברת המיעוט אמורה ליטול בעיצובה חלק, לא על-ידי התבדלות אלא על-ידי "ביחד ולחוד", כלשון המשמשת במשפט הפרטי; קרי – אותו איזון נכסף, וביושר. עוד אציין, כי שלא כמו כחברי השופט הנדל (פסקה 7 לחוות דעתו) וכחברי הנשיא שאת חוות דעתו קראתי לאחר שנכתבה חוות דעתי (ראו פסקה 6 ועוד), איני סבור כי העתירה כאן נגועה בפטרנליזם. כפי שיפורט, ההסדר שבחוק פוגע – לדעתי – באינטרסים הציבוריים הכלליים של חברת הרוב, בהקשר הזכות לחינוך ותוצריה; פגיעה זו משמיעה לנו – נוכח הפגיעה בהכנה לחיים של חלק מן הציבור החרדי, וממילא ביכולתם להשתתפות בכלכלת המדינה במלוא המובן – פגיעה בכלל הציבור. מכאן מסקנתי מעלה.

י. עלינו לבחון איפוא האם – כטענת העותרים – ההסדרים שבחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים פוגעים בזכות החוקתית, אם לאו.

האם החוק פוגע בזכות לחינוך

יא. לגישתה של חברתי השופטת ארבל (פסקה 43), הזכות החוקתית לחינוך כוללת "את כל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל, כפי שהיא מוגדרת בחוק הישראלי, ואת תכני החובה שנקבע כי ילמדו במסגרת זו". מצטרף אני לדברים אלה. מהות לימודי הליכה – כפי שתוארה מעלה – מובילה, לדעתי, למסקנה כי הללו הם חלק מן הזכות לחינוך, הזוכה להגנה חוקתית.

יב. חברי השופט הנדל סבור, כי העותרים לא הוכיחו פגיעה בזכות לחינוך. לגישתו, הגם שאין לקבוע – באופן גורף – כי "הזכות לחינוך לעולם איננה יכולה להגיע לדרגה של זכות יסוד חוקתית", בנדון דידן אין מדובר בזכות חוקתית. מסקנתו נובעת בעיקרה מ"פלח האוכלוסיה" המוגבל עליו חל החוק, ובלשונו – "מסתבר שהשאלה איננה האם הזכות לחינוך היא זכות חוקתית, ואף לא האם הזכות ללמוד

לימודי ליבה היא זכות חוקתית. העותרים מבקשים שנקבע כי יש זכות חוקתית ללמוד לימודי ליבה בכל שנים עשרה שנות הלימודים, וכי פטור מלימודי ליבה – אפילו רק בתקופת התיכון או מחציתה – מהווה פגיעה בזכות חוקתית; חברי דוחה טענה זו. כשלעצמי סבורני, כי טענות בדבר היקף תחולתה של נורמה לגביה נטען שהיא פוגעת בזכות יסוד צריכות – ככלל – להיבחן בשלב השני של הפגיעה החוקתית, קרי, במשקפי המידתיות (ככל שהנורמה צולחת את יתר התנאים שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), ולא בשלב הראשון לעניין עצם הפגיעה בזכות חוקתית; השוו פרופסור א' ברק פרשנות במשפט: כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994) 470-469. אמנם, וכפי שמציין פרופסור ברק (שם), ייתכנו מקרים שבהם לא יהא צורך לבחון את התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה, אולם מדובר במקרים שבהם "הפגיעה או ההגבלה [בזכות החוקתית – א"ר] היא שולית או קלת ערך". איני סבור כי ענייננו בא בקהלים של אותם מקרים.

יג. מסקנתי היא כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים פוגע בזכות החוקתית לחינוך, משלא ניתן לנוגעים בדבר חינוך הכולל את לימודי הליבה שהמדינה סבורה כי הם חיוניים לפיתוח אזרח מועיל. משכך, יש לפנות לבדיקת התקיימותם של תנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אקדים ואומר, שאצא מן ההנחה התומכת במסקנתה של השופטת ארבל, כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה (פסקה 68 לחוות דעתה), במובן זה שעסקינן במדינה יהודית והתומכים בו מבקשים להטעים את החינוך הישיבתי, כתכלית המהות היהודית בהשקפת עולמם. ואולם, בכך לא תמה הדרך. אפנה איפוא לדון במידתיותו של החוק.

מידתיותו של החוק

יד. חברתי השופטת ארבל סבורה, כי החוק ממלא אחר שני מבחני המשנה של דרישת המידתיות – מבחן הקשר בין האמצעי למטרה ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לדבריה, החוק "משיג אוטונומיה מלאה למגזר החרדי בנוגע לחינוך ילדיו ומגשים את זכותם לתרבות" (פסקה 73) ובכך משיג את תכליתו, אף שאוסיף כאן כי אין בעיניי סתירה כהוא זה בין הגשמת הזכות האוטונומית לתרבות, ובנדון דידן לימוד תורה, לבין לימודי הליבה. באשר למבחן השני מציינת השופטת ארבל בחוות דעתה (פסקה 74), כי "העותרים לא הצביעו על אמצעים אחרים שיש בהם כדי להשיג את המטרה המוגשמת על ידי החוק באותה מידה ובאופן כמעט מלא באמצעות פגיעה קלה יותר בזכויות האמורות". אלא שמסקנתה היא כי החוק אינו מידתי (פסקה 77), באשר "לא נערך כלל איזון בין הזכויות הנפגעות על ידי החוק לבין התכליות המונחות בבסיס

החוק" (פסקה 78). בכך, לגישה, אין מתקיים מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות – מבחן המידתיות במובנה הצר.

טו. לצורך הדיון, נכון אני להניח כי שני מבחני המשנה הראשונים של דרישת המידתיות – קשר רציונלי בין האמצעי למטרה ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – אכן מתקיימים בענייננו. לכאורה – ולא הייתי רחוק מכך – ניתן היה לומר כחברתי, כי החוק אינו צולח את מבחן המשנה השלישי, מבחן המידתיות במובנה הצר; אלא שהילוכי בעניין זה שונה משל חברתי, ושוני זה מוביל גם לתוצאה אופרטיבית שונה. אסביר את דבריי.

טז. לפי מבחן המידתיות במובנה הצר חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית שביסוד הנורמה הפוגעת לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. מדובר – כאמור – במבחן של איזון; איזון בין הערכים המתנגשים (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 577 (2005); א' ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) 424 (להלן מידתיות במשפט)).

יז. סבורני, כי אי-הנהגת לימודי ליבה בכיתות ט'-י' (כיום) במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים כשלעצמה אינה בלתי מידתית באופן המצדיק הצהרה על בטלותו של החוק, בהיותו חוק של הכנסת, ולא החלטה מינהלית; זאת – גם אם החוק הורתו ולידתו שלא בקדושה, כפי שמוכיחים צורת קבלתו, לוח הזמנים, ונסיבות "מירוץ" מול ההכרעה בבג"ץ, וראו הראל בן שחר 295-296 וכן הערה 49 שם; בין הצעת החוק שפורסמה ב-23.6.08 לבין קבלת החוק ב-23.7.08 עבר חודש אחד בלבד, אף שהיו לפני כן הצעות חוק פרטיות (הצעת חוק חינוך ממלכתי (תיקון – מוסד חינוך תרבותי ייחודי), תשס"ז-2007 (פ/2714/17); הצעת חוק חינוך ממלכתי (תיקון – מוסד חינוך תרבותי ייחודי), תשס"ז-2007 (פ/2733/17)). הטעם העיקרי לעמדתי זו – אף כי אני מצר על ההכרעה החקיקתית שנפלה ושאינה ערכית ומעשית – הוא תחולתו המוגבלת של החוק. אכן, החוק, לפי ההגדרות שבו, חל על תלמידים בכיתות ט'-י"ב (כאמור, כיום ט'-י') במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, כלומר "עסקינן בתכנית הלימודים למוסדות חינוך של צעירים חרדים במהלך שנתיים, או לכל היותר ארבע שנים" (חוות דעתו של השופט הנדל). בסופו של יום איני סבור, לא בלי התלבטות רבה, כי באיזון בין זכותם לחינוך של תלמידי כיתות ט'-י"ב במוסדות החינוך התרבותיים הייחודיים לבין ההגנה על האוטונומיה של הוריהם בחינוכם ואינטרס ההגנה על התרבותיות

והקהילתיות, ידה של הראשונה על העליונה בעוצמה המצדיקה התערבות חוקתית, המבטלת חוק של הכנסת (דומני כי לא הייתי אומר כן אילו עסקנו בהחלטה מינהלית). במלים אחרות, אם מהותו של החוק היתה אך אי-הנהגת לימודי ליבה במוסדות החינוך התרבותיים-ייחודיים ספק אם היה מקום להתערבות, מתוך כיבוד מרחב שיקול הדעת והתמרון החקיקתי של המחוקק. אילו זה היה מצב הדברים, הייתי מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט הנדל, ואודה בכל מקרה כי קל יותר (אף כי בלב לא קל) להתבונן אל נושא זה מאשר אל נושא הגיוס ("מאי חזית דדמך דידך סומק טפי", "מה ראית שדמך אדום יותר" (בבלי פסחים כ"ה, ב')).

יח. חברי השופט הנדל נדרש - בגדרי המשפט העברי - למתח שבין לימוד תורה לבין ענייני פרנסתו של אדם. אכן, המשנה (פאה א', א', וראו גם בבלי שבת קכ"ז, א') מונה תלמוד תורה בין הדברים שאין להם שיעור, ועוד "אלו דברים שאדם אוכל פירותיהם בעולם הזה והקרן קיימת לו לעולם הבא, כיבוד אב ואם וגמילות חסדים והבאת שלום בין אדם לחברו, ותלמוד תורה כנגד כולם", ומסביר הרמב"ם בפירוש המשניות "שהתלמוד מביא לידי מעשה". ולעומת זאת, במשנה (אבות ב', ב'), שאליה נדרש חברי, נאמר "רבן גמליאל בנו של רבי יהודה הנשיא אומר: יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ, שיגיעת שניהם משכחת עוון, וכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה וגוררת עוון", וכדברי הפרשן רבי עובדיה מברטנורא "ואם תאמר יהא עמל בתורה תמיד ויגיעתה תהא משכחת עוון, ומה צורך למלאכה, לכך הוזקק לומר וכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה, לפי שאי אפשר לו בלא מזונות...", קרי, אדם זקוק למקצוע לשם פרנסה. פרופ' זאב ספראי בפירוש משנת ארץ ישראל למסכת אבות, 122 מציינ לגבי הנאמר "וכל תורה שאין עימה מלאכה סוף בטילה וגרר עוון" (על פי נוסח כתב יד קופמן) "במימרה זו אין רמז לכך שקיימת מערכת ציבורית מסייעת, אדרבה, אם אדם לא יתפרנס בעצמו ייאלץ להתפרנס בעוון..."; ובקריאה שונה (עמ' 123) "לתורה שני משלימים טבעיים - דרך ארץ ומלאכה - ובלעדיהם אין התורה יכולה להישמר". דברים אלה מובאים בשולחן ערוך אורח חיים סימן קנ"ו, א', בנימוק כי בלא מלאכה "העוני יעבירונו על דעת קונו" וכותב החפץ חיים בביאור הלכה "שזהו נאמר לכלל העולם שאין כולם יכולים לזכות למדרגה רמה כזאת להיות עסוקים רק בתורה לבדה, אבל אנשים יחידים יוכלו להימצא בכל עת באופן זה והקב"ה בודאי ימציא להם פרנסתם". אחד מגדולי תנועת המוסר בדורות אחרונים, ר' ירוחם לוואוויץ ממיר (פולין, המאה הכ'), אכן מטעים את גדולתו המיוחדת של עמל תורה (דעת חכמה ומוסר א', י"ז-י"ח), אך הוא גוזר זאת בהיקש לעמל מלאכה: "ובוא וראה כמה גדול ערכו של עמל מלאכה, ובאיזו מדור העמידוהו חז"ל הקדושים 'חביבה מלאכה יותר מזכות אבות, שזכות אבות הצילה ממון ומלאכה הצילה נפשות...' (על פי בראשית רבה ע"ד)

(עמ' י"ט). ועוד (דעת חכמה ומוסר ב', קכ"ג) "... שהרי העמידו חז"ל יגיעת מלאכה עם יגיעת תורה בשוה, 'שיגיעת שניהם משכחת עוון', ומזה נוכל להתבונן מהו עניין מלאכה ומהו עניין יגיעה, שהעמידו חז"ל את זה בשורה אחת עם תורה, לפי זה נבין מה שהראשונים נתנו כל כך ערך וחיבות לעניין המלאכה, להתפרנס דווקא מיגיע כפיו...". ואכן "קל וחומר בן בנו של קל וחומר לעמל התורה, כמה גדול ענינו מה שזוכים ממנו". נכון אני להניח שלימוד התורה בעיני החברה החרדית עומד במדרגה גבוהה מלימוד מלאכה; אך תיאמר האמת, רק מעטים יכולים להימנות על המתמידים שכל ימיהם באהלה של תורה, ולגביהם יש מקום לסיוע מתמיד מן הציבור (ראו בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (25.5.14), פסקאות ע"ו-ע"ח); לראיה פנימית של עולם התורה ראו ספריו של האדמו"ר מפיאסצנה ר' קלונימוס שפירא הי"ד (פולין, המאה הכ', נספה בשואה) חובת התלמידים ובני מחשבה טובה. אך הרוב הגדול של לומדי התורה שאינם יכולים להיות מתמידים כל ימיהם נזקקו לפרנסה, וכיצד יכינו עצמם לחיים של עמל מלאכה?

יט. אכן, המסקנה למעלה, של אי ההתערבות בנסיבות, אינה מביעה נחת מן ההסדר שקבע החוק; אין לגזור הימנה כי הסדר זה – טוב הוא. אדרבה: חוששני, בהמשך לאמור, כי מוסדות חינוך שבהם אין מונהגים לימודי ליבה, והמתמקדים בלימודי קודש בלבד, ככל הנראה יפיקו תלמידים יצרניים פחות; וגם בהכרח יהיו קשורים פחות למדינה, לחברה הישראלית בכללותה, ולמשמעותם של החיים במדינה דמוקרטית, בצד הכשרתם הלקויה לחיי המעשה. לימוד התורה יכול היה להתקיים ככל משפטו, חוקתו ויופיו גם אילו הונהגו לימודי הליבה. המנהיגות החרדית צריכה להשיב לעצמה כיצד יהיו התלמידים מוכנים לחיי פרנסה וגם קשורים למדינה ככזאת, לסמליה, לתפילה לשלומה ולשלום חייליה. במדינת ישראל, מדינה יהודית, אין לראות את לימודי הליבה כ"גזירת שמד" רחמנא ליצלן, כפי שמקשים חלק מן הגורמים החרדים מן הנעשה ברוסיה שלפני 120 או 80-90 שנה, הצארית או הקומוניסטית (ראו למשל "הוראות התורה מול גזירות 'יוון' בזמנינו", קול החינוך 54 (כסלו תשע"ד)); גם אין להשוות זאת לגישות הקיצוניות, למשל, של הרב מנשה קליין (הקטן) מארה"ב, המאה הכ' בשו"ת משנה הלכות חלק י"ב סימנים קל"א-קל"ב וחלק ט"ז סימן צ"ו (אם כי בתשובה האחרונה הוא מתיר לימודי מקצוע בלבד מקום שאין "לימודי מינות"); וראו גם גישת הרב משה פיינשטיין (ארה"ב, המאה הכ') מזה באגרות משה יורה דעה ג' פ"ד ומזה שם סימן פ"ג. פרופ' בני בראון, בחיבורו הגדול החזון איש (תשע"א) 204-205, מציין לעניין הפולמוס באשר לחינוך הניאו-אורתודוכסי של חרדי גרמניה שכלל לימודי חול – כי החזון איש, הרב אברהם ישעיהו קרליץ (ליטא – ארץ-ישראל, המאה הכ'), אישיות רבת השפעה על העולם החרדי הן בחייו בארץ בשנות השלושים עד החמישים

למאה שחלפה והן לאחר מכן, נקט פסיביות, ו"בפועל מייצגת פסיביות זו הכרה דה פקטו (אך לא דה-יורה) בלגיטימציה של החינוך (הניאו-אורתודוכסי) – קו שאינו אופייני כל עיקר לחזון איש המאוחר (המחמיר – א"ר), על כל פנים לפי דימויו בספרות החרדית" (עמ' 205, וראו גם המקורות בהערה 41); עדות נוספת לכך היא ההיתר שנתן החזון איש לרב פלוני ללמד בישיבת היישוב החדש בתל-אביב, ישיבה תיכונית תורנית שלימדה גם לימודי חול, וכשאותגר החזון איש במכתב מאת הנצי"ב מוולוז'ין (רוסיה, המאה הי"ט) המתנגד ללימודי חול ענה "שלכל מלחמה הנשק שלה". אין איפוא סתירה. ראו גם הרב אליעזר מלמד "חוק יסוד: לימוד תורה", בשבע כ' חשון תשע"ד (24.10.13); עוד ראו רשימתו המעניינת של הרב רפאל פראנק "הישיבה התיכונית החרדית", המפרטת את מכלול השיקולים והמאבקים לפתיחה של ישיבה תיכונית כזאת, וכדבריו (סעיף ז') "שנוצר במסגרת זו (של הישיבה התיכונית החרדית – א"ר) פן שונה מהמקובל בעולם הישיבות. היכולת להשתלם, בהמשך החיים, במסגרות לימודים אקדמאיות מבלי לחשוש מהן, הפתיחות כלפי העולם, היכולת להתמודד עם מציאות החיים באופן שונה – אלו סימנים. ישנם קוים מאפיינים לבוגרי הישיבות התיכוניות החרדיות. הביטחון העצמי שלהם, התחושה שהם 'לא פספסו' כלום, נותן להם יציבות וביטחון בדרכם בהמשך החיים". העצוב, אולי הטרגי, הוא כי איני סבור שלאמיתם של דברים יש סתירה כלשהי בין הדגש המרכזי והדומיננטי של לימוד התורה וחשיבותה העמוקה לבין לימודי ליבה. אמנם חברי השופט הנדל נדרש למתח שבין מגמות שונות בהקשרים אלה; ראו לגבי יהדות גרמניה במאה הי"ט "תורה עם דרך ארץ", מרדכי ברויאר, עדה ודיוקנה, אורתודוקסיה יהודית ברייך הגרמני 1871-1918 (תשנ"א-1991), למשל בעמ' 74 ואילך, למגמות שכללו הכשרה למקצוע, וראו גם י' אמיד, "גישה חדשה להוראת תלמוד למתחילים", בתוך זכור דבר לעבדך – אסופת מאמרים לזכר דב רפל (תשס"ז) 25, 27 (וראו הע' 6); מ' זלקין, "שיהיה כולו עברי", רשת החינוך 'יבנה' בליטא בין 'חינוך חרדי' ל'חינוך עברי'", שם 121, 126; א' ריינר, "ישן מפני חדש – על תמורות בתכני לימוד בישיבות פולין במאה הט"ז וישיבתו של רמ"א בקרקוב", שם 183, 205; וכן בן-ציון זיו "זכרונות מישיבת לידה" בתוך ישיבות ליטא – פרקי זכרונות (ע' אטקס וש' טיקוצ'ינסקי עורכים (תשס"ד-2004) 320; י' בורנשטיין, "רוזי התורה" – על התפתחות שיטות הלימוד בישיבות", ישראל 650 (ב' סיון תשע"ד). כך או אחרת, מסקנתי בנסיבות בהקשר ההתערבות החוקתית היא כי התחולה המוגבלת של אי-הנהגת לימודי ליבה אינה יוצרת עוצמה ומסה קריטית של התערבות חוקתית.

כ. עד כאן לגבי הפן האחד, אי הנהגת לימודי הליבה. אלא – וכפי שפורט מעלה – הפטור מהנהגת לימודי ליבה במוסדות התרבותיים-ייחודיים הוא רק אחת משתי

הרגליים, שעליהן עומד החוק. הרגל השניה מצויה בסעיף 5(א) לחוק, לפיו "השתתפות המדינה בתקציבו של מוסד חינוך תרבותי ייחודי, בכל שנת לימודים, תהיה בשיעור של 60 אחוזים מיחידת המימון בעד כל תלמיד הלומד בו"; בחינת ההגדה והכופתאות, לצד הפטור מלימודי ליבה נקבעה הטבה כספית. מן ההיסטוריה החקיקתית של החוק עולה, באופן ברור, כי הוראת התקצוב אינה שולית לאי-הנהגת לימודי ליבה, והאחת כמו רעותה הן אבני הפינה שעליהן מושתת החוק כולו (ראו למשל דבריהם של חברי הכנסת משה גפני ושמואל הלפרט בפרוטוקול מס' 412 של ועדת החינוך התרבות והספורט מיום 16.4.08, בעמ' 4, 10 ו-21; דבריו של חבר הכנסת יעקב מרגי בדיון בקריאה הראשונה בכנסת (השיבה הרמ"ט של הכנסת ה-17 מיום 24.6.08, בעמ' 18042); רק תמים החי מחוץ למציאות הציבורית והפוליטית הישראלית יסבור אחרת. אף אם הרגל הראשונה – אי-הנהגת לימודי ליבה במוסדות החינוך התרבותיים-ייחודיים – לדעתי אינה מצדיקה, כשלעצמה, כאמור, התערבות חוקתית, שאלתי עצמי האם בצירוף הרגל השניה – הוראת התקצוב – עובר החוק את סף המידתיות, אך אינני בטוח בכך. אקדים ואומר, כי זאת שכן לא הונחה בפנינו תשתית מלאה בנושא זה, ונותרה בקעה להתדיינות עתידיות אם יהיו. לכך נבוא עתה.

כא. הוראת התקצוב – לעומת הוראת הפטור מלימודי הליבה במוסדות התרבותיים-ייחודיים – מטילה חובה אקטיבית על המדינה לממן אותם תלמידים הנהנים מפטור מלימודי ליבה. שאלה יפה היא האם המדינה – האמונה והמופקדת על הגשמתם וקידומם של האינטרסים הציבוריים-חברתיים אשר גלומים בזכות לחינוך, ואלה כוללים לפי הכרעתה את לימודי הליבה – יכולה לממן את המשילים מעצמם זיקה לאותם אינטרסים. יש על פני הדברים פער גדול – במישור המידתיות – בין סיטואציה שבה המדינה נכונה להסכים בחקיקה לאי-הנהגתם של לימודי ליבה במוסדות חינוך מסוימים ולהסכין עמה, לבין מצב שבו היא תומכת – תקציבית – באותם מוסדות, והלכה למעשה מעודדת, באופן פוזיטיבי, את אי-הנהגת לימודי הליבה; קרי, יוצאת חוצץ נגד גישתה הבסיסית שלה עצמה. בהקשר זה יצוין, שבכתב התשובה שלו לעתירות טען משרד החינוך כי "מוטלת על כלל המערכות החובה לחפש דרכים לעשות שימוש מושכל בתקציב ככלי מתמרץ לימודי חול, באופן שיגדיל את המוטיבציה של המגזר החרדי עצמו להגביר את לימודי החול במסגרתו" (סעיף 93 לכתב התשובה מיום 31.3.11). היאך תקצוב של 60% אל מול 0 לימודי ליבה יכול לעשות כן? למשרד החינוך הפתרוני. האם יכולה המדינה להכריז כי יש להשתמש בכלי התקציבי לתמרוץ לימודי חול – ואטעים, כך בלא פגיעה של ממש בלימודי קודש – ולנהוג ההיפך הגמור. אוסיף, במבט רחב, כי שאלה היא אם מימון תלמידי המוסדות התרבותיים-ייחודיים, גם אם במידה מופחתת, תוך ויתור על לימודי הליבה, עולה בקנה אחד עם המגמה לשלב



את המגזר החרדי בתוך החברה הישראלית, כמובן תוך שמירה הגיונית, מידתית וסבירה על צביונו הייחודי ועל שאיפת לימוד התורה (ראו, בהקשרים אחרים, בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (2012); בג"ץ 616/11 הנזכר).

כב. אם כן, ההוראה התקציבית שבסעיף 5(א) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים עלולה היתה להטות את הכף, משהפגיעה בזכות לחינוך, על שני היבטיה – הפרטי והציבורי, עולה לכאורה על התועלת שבהגנה על האינטרסים שכנגד; בכך עלולה היתה להוציא את החוק מגדרי הנסבל החוקתי (ראו דבריי בג"ץ 6298/07 הנזכר).

כג. יתר על כן, חוששני כי ישנן שאלות קשות גם באשר לסבירותה של ההוראה התקציבית. מדיניותו העקרונית של משרד החינוך היא התניית תקצובם של מוסדות חינוך בהנהגת תכנית לימודי הליבה בהם. כך, מוסדות חינוך רשמיים מלמדים 100% מתכנית היסוד של משרד החינוך, ומתקצבים ב-100%; מוסדות מוכרים שאינם רשמיים מחויבים ללמוד 75% מתכנית היסוד ומתקצבים בהיקף 65-75 אחוזים (ראו תקנות 3(א)(א), 3(ג) ו-9 לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), תשי"ד-1953), למעט שתי הרשתות הגדולות של החינוך החרדי, מרכז החינוך העצמאי ומרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל, שלפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב תקצובן מלא; התקצוב המלא הותנה בהנהגת תכנית הליבה (ראו בג"ץ 10808/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות (2006)). האמור חל על גם מוסדות פטור (מוסדות שהשר הכריז עליהם – לפי סמכותו בסעיף 5(א) לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949 – שתלמידיהם פטורים מן החובה ללמוד באופן סדיר בבית ספר מוכר), אשר לגביהם הותר תקציב של 55% תוך יישום 55% מתכנית הליבה (סעיף 10א לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949 וסעיף 2 לחוזר מנכ"ל משרד החינוך "תכנית יסוד (ליבה) לחינוך היסודי במדינת ישראל" (תשסו/3(א)). אם כן, כחוט השני עובר העיקרון של "כהיקף לימודי הליבה כך היקף התקצוב" בהוראות השונות, המתייחסות למוסדות חינוך – רשמיים, מוכרים ומוסדות פטור. במלים אחרות, התקצוב הכספי הוא הוא הכלי שבו משתמשת המדינה על מנת לודא הנהגתם של לימודי ליבה, בהיקף כזה או אחר, במוסדות החינוך בישראל. על הזיקה בין הנהגת לימודי ליבה לבין ההזרמה התקציבית עמדה השופטת פרוקצ'יה בעניין המרכז לפלורליזם יהודי, בעמ' 626:

"עקרון השויון בחלוקת כספי מדינה למוסדות חינוך אינו מתקיים כאשר קיימים סטנדרטים מהותיים שונים בין מוסדות חינוך שונים ביחס לחובת הטמעת תכנית הליבה במסגרתם. החלת תכנית הליבה, המשקפת את

עיקרי החינוך הערכי המשותפים לכל תלמידי ישראל, היא תנאי להשתייכותו הערכית והמערכתית של מוסד חינוך למערכת החינוך בישראל. המחויבות לקיים תכנית ליבה, בהיקף כפי שנקבע על ידי משרד החינוך על פי סוג המוסד, היא תנאי הכרחי לזכייה בכספי מדינה, ותנאי זה משותף מכוח הדין ומכוח ערכי היסוד לכל מוסדות החינוך באשר הם. בלא עמידה בתנאי זה, ניטל הבסיס להזרמת מימון ממשלתי למוסד החינוך, ונוצר פער של אי-שויון בין מוסדות חינוך המקיימים את דרישת הליבה, לבין אלה שאינם מקיימים אותה. המסקנה המתחייבת מכך היא, כי המימון הממשלתי מותנה בקיום תוכנית הליבה, והיקפו נגזר ביחס ישר למידת ההחלה של תכנית זו.

ראו גם מ' כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל יא (תשס"ח) 367, 419:

"המדיניות המוצהרת של משרד החינוך היא לממן באופן חלקי את החינוך הלא-ממלכתי, כאשר היקף המימון הוא פונקציה של היקף העמידה בסטנדרטים ממלכתיים, וביניהם הוראת תכנית-הליבה. בהשוואה לשיטה האמריקאית, של הימנעות ממימון החינוך הפרטי, השיטה הישראלית (שהיא גם השיטה הנוהגת ברוב המדינות הדמוקרטיות בעולם) היא מידתית יותר ביחס למטרה של שמירה על יציבות דמוקרטית. זאת, מכיוון שהיא מוכנה לממן מוסדות חינוך פרטיים, ובלבד שיעמדו בסטנדרטים ממלכתיים מסוימים".

והנה, בניגוד למדיניות העקרונית הרואה בהנהגת לימודי ליבה תנאי להזרמה תקציבית, הנהגים המוסדות התרבותיים-ייחודיים החוסים תחת החוק מפטור מלא מלימודי ליבה – מזה, ומתקצוב (בסך 60%) – מזה. רק על מנת לסבר את האוזן יוטעם, כי בעוד שמוסדות פטור מתקצבים ב-55% כנגד לימודי ליבה בהיקף של 55%, מוסדות החינוך התרבותיים-ייחודיים מתקצבים ב-60% כנגד לימודי ליבה בהיקף של 0%. בכך – לטעמי – ישנם סימני שאלה משמעותיים.

כד. יתרה מכך: ברחבי העולם נהוגים שני מודלים ביחס לסוגית חינוכם של ילדים בני קהילות לא ליברליות: האחד – מיסוד של חינוך פרטי בצד אי-מימון על-ידי הציבור; השני – מימון מוסדות חינוך פרטי של קהילות מיעוט לצד חיובם בלימודי יסוד מסוימים (ראו הראל בן שחר, בעמ' 301-312; י' וורגן, ר' אטיס "חינוך פרטי לקבוצות דתיות – היבטים של תקצוב ופיקוח" מרכז המחקר והמידע של הכנסת (8.7.08)). על תקצובו של חינוך פרטי ראו עוד – הגם שמזוית אחרת, של חינוך מן

הבית – י' רבין, נ' אור "על הזכות לחינוך מן הבית", משפט ואדם – משפט ועסקים יד (תשע"ב) 803, 830. גם על רקע זה מתחדדת חריגותה של ההוראה התקציבית. נוכח כל האמור, קשה מאוד, על פני הדברים, לקבל אחיזה במקל משני קצותיו והנאה משני העולמות כעניין סביר. ושוב, אין לכך קשר של ממש ללימוד התורה כשלעצמו, כפי שכבר הוסבר.

כה. ישאל השואל מה לסבירות ולמידתיותו של החוק? ועל כך נשיב, כי "במובן מסוים מבחן המידתיות הוא היבט של הסבירות. במובן אחר, מבחן המשנה השלישי של המידתיות ('המידתיות במובן הצר') הינו ביטוי לעקרון הסבירות" (בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005), מפי הנשיא ברק); "מבחן המשנה השלישי הוא 'מבחן ערכי'... זהו 'מבחן של איזון' בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על פי משקלם... הוא נותן ביטוי לעקרון הסבירות... בסופו של דבר, מבחן המשנה השלישי דורש איזון סביר בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט" (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 793, מפי השופטת – כתארה אז – נאור); עוד על היחס בין המידתיות לסבירות ראו מידתיות במשפט, בעמ' 455-465.

ודוק – אין המדובר בדיון בסבירותה של הוראה, המנותקת מן השיח החוקתי. כאמור מעלה, ההוראה התקציבית פוגעת בזכות לחינוך, למצער בהיבטיה הציבוריים-חברתיים, ולפיכך נבחנת סבירותה, וליתר דיוק – אי-סבירותה, בגדר הדיון במידתיותו של החוק.

כו. יוזכר בהקשר זה, כי במסגרת הדיון בעתירה טען משרד החינוך, שתקצובם החלקי של מוסדות החינוך התרבותיים-ייחודיים מלמד על מידתיותו של החוק. כך, בסעיף 20 לכתב התשובה של משרד החינוך מיום 31.3.11 נאמר, כי "היבט נוסף של מידתיות החוק בא לידי ביטוי בתקצוב החלקי הניתן למוסדות התרבותיים ייחודיים, המשקף את ההפחתה בהיקף לימודי הליבה על רצף מלוא המסלול החינוכי של התלמיד החרדי"; ובסעיף 92 לכתב התשובה נאמר, כי "בשל אי לימוד הליבה, נקבע בחוק כי תקצוב מוסדות החינוך התרבותיים ייחודיים על פיו יעמוד על 60% בלבד מיחידת מימון המדינה בעד תלמיד הלומד במסלול על יסודי במסלול לימודים עיוני באותה שנת לימודים. בכך יש לראות גורם מאזן לטענות כנגד פגיעה אפשרית בשוויון אל מול מוסדות המחויבים בלימודי ליבה כתנאי לתקצובם המלא, ורכיב המחזק את מידתיות החוק. יוער כי גם הזיקה בין לימוד ליבה לבין תקצוב החינוך לא שררה מאז ומעולם".

גם בתשובתה של הכנסת לעתירה נאמר, כי "החוק קובע מימון מופחת למוסדות החינוך התרבותיים ייחודיים המגיע כאמור ל-60% בלבד משיעור המימון של תלמיד בחינוך הממלכתי. יש בכך משום הפחתה מן הפגיעה הנטענת בזכות שכן המימון המופחת יוצר תמריץ כלכלי לשלוח תלמידים חרדיים אשר אינם מתאימים לאופי הלימודים בישיבות הקטנות, למוסדות חרדיים המלמדים לימודי ליבה ולכן זכאים לשיעור מימון גבוה יותר" (סעיף 95 לכתב התשובה של הכנסת מיום 27.3.11).

צא ולמד, כי גם לשיטתם של משרד החינוך והכנסת, מיקומו הגאוגרפי של הדיון בהוראה התקציבית הוא בגדרי הדיון במידתיותו של החוק. איני סבור, כי לכך שהם רואים בהוראה התקציבית משום אמצעי נוסף המעיד על מידתיותו של החוק יש משמעות בהיבט המסגרת הדיונית. לגוף הדברים, כאמור, מסופקני מאד אם ניתן לראות עמם עין בעין, ולכאורה ההוראה התקציבית מעידה דווקא על העדר מידתיות.

כז. סיכומם של דברים, חוששני כי ההסדר שנקבע בחוק חינוך מוסדות תרבותיים-ייחודיים מתקשה לצלוח במכלולו את מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות ולעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה. על כן התלבטתי מאוד אם אין מקום להגיע לתוצאה דומה לשל חברתי השופטת ארבל בקטע אחד של החוק, קרי ביטולו של סעיף 5(א) לחוק. ואולם, כפי שציינתי מעלה, לדעתי לא היתה בפנינו בהקשר זה תשתית מספקת, ועל כן – לא בלי התלבטות רבה עד מאוד – איני רואה לעת הזאת מקום משפטי לקבלת העתירה, ולוא גם באופן חלקי.

כח. אטעים: הואיל ולשיטתי ההוראה התקציבית היא אשר מקנה לחוק את מימד אי-המידתיות שבו, כמפורט מעלה, וכיון שנושא זה לא לובן דיו, קשה להורות על בטלות הוראה זו בלבד, קרי, סעיף 5(א) לחוק – מה שניתן היה אילולא כן. סבורני כי גישה זו עולה בקנה אחד אף עם הגישה של עקב בצד אגודל הנדרשת בפסילת חוקי הכנסת. סימני השאלה שהועלו, ושאינם מבוטלים, מקומם ככל הנראה בהתדיינות אחרת. הוא הדין לגישתה של חברתי השופטת חיות, שכחברי השופט הנדל סבורני כי תידרש לעניין שהעלתה, הראוי כשלעצמו, תשתית רבה יותר.

כט. לאחר שנכתבו דברים אלה קראתי את חוות דעתם של חברי המשנה לנשיא נאור והשופט עמית. לחוות דעתה של המשנה לנשיא (פסקה 7) חוששני – בכבוד – ראשית, כי דומה שאין בה מענה די הצורך לשאלת ההשתלבות הערכית במדינה, על משמעויותיה ליחיד, שעוררה חברתנו השופטת חיות בנושא האזרחות; ושנית, כי אכן – כדברי חברתי – יש מי שלמדו בישיבות קטנות והשתלבו היטב בחברה – אך מנגד,

כמה קשה הדבר למי שאינם עילויים, משתחילת דרכם לפרנסה היא בחסר קשה בתחומי הליבה. ואשר להערות חברי השופט עמית, ראשית במישור הדיוני, הטענה נגד סעיף 5 לחוק דנא שבעתירה עניינה הסתירה הנטענת לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובעיקרי הטיעון הוסיפו העותרים סעד חלופי לביטול סעיף 5. מכאן גם הקושי בהנחת התשתית. במישור המהותי – וזו עיקר – כחוט השני בעמדת חברי עוברת תמיכתו בלימודי ליבה ובדשות שבידי המדינה להצדיק כפיית לימודי ליבה או למצער התניית המימון בלימודי ליבה; אך לטעמו של חברי אין המדינה חייבת לנקוט בכך, וגם אם עסקינן בחוק "רע-לתפארת מדינת ישראל", הנה "חוק לא ראוי אינו פוגע בהכרח בזכויות חוקתיות. המחוקק עשה את בחירתו ולא על בית משפט זה המלאכה להוציא לחברה הישראלית את הערמונים מהאש בסוגיה הרגישה הנפיצה של החינוך החרדי" (פסקה 38). הטיעון שיש נושאים שאינם לבית המשפט יש כמובן שהוא תקף, אך הוא אינו יפה במקום שבו השויון מופר בריש גלי כמו בגיוס, וגם אם ישנה אזלת יד בתיקון עוול אין להיוואש; טיעון זה גם אינו יפה במקום שבו עגלת השינוי אינה נעה לאמיתה. שוב, המקרה שלפנינו כנראה לא הוכח כדבעי לעניין העילה החוקתית, אך האם לעולם חוסן? והאם אהלה של תורה באמת מצדיק אי מניעת עוני לעתיד לבוא באמצעים לא קשים ולא מאיימים ובאופן הגון ונינוח, במדינה יהודית, על-ידי לימודי ליבה? אתמהה. ועוד לאחר כל האמור קראתי את חוות דעתו של חברי הנשיא ההולכת-דומני-בקו שהתווה לעצמו בתיקים חוקתיים אחרים. אוסיף רק, כי הנשיא מציין, שבמקרים מסויימים יהיו בכל זאת הוראות חוק בחלק מהנושאים שהעלה (כגון פטרנליזם, זכויות חיוביות ועוד) חוקתיות גם לשיטתו, על פי צורך הזמן והמקום.

ל. ואחר כל אלה, ובטרם סיום, אעז לקרוא להידברות טובה יותר בהמשך הטיפול בנושא בו עסקינן. לא בשמים היא. אב אחד לכולנו, אנשים אחים אנחנו. האתגר בפני האוכלוסיה היהודית הלא חרדית, בין אם חילונית, מסורתית או ציונית-דתית הוא להבין את פחדיה של האוכלוסיה החרדית ולראות כיצד ניתן לשככם, והדבר אפשרי בכל תחום מאלה שבמחלוקת בלא שיהא בכך איום קיומי ר"ל מבחינת החרדים; אך האתגר בפני האוכלוסיה החרדית הוא להשתחרר מאותם פחדים שאינם מוצדקים לאמיתם ושאינם מתאימים למדינה יהודית, ולהביט קדימה בהקשר להשתתפותה המלאה במדינה לכל עניין ודבר; ראו להדגמה היסטורית מאמרו של הרב יחיאל יעקב וינברג (בעל שרידי אש) "את אחי אנכי מבקש – ראשי פרקים להידברות בין פלגי היהדות", לפרקים (תשס"ו) בעמ' שי"ב (נכתב עוד בתרע"ז-1917 (!)), ושתובנותיו יפות גם היום להבנת העולם החרדי. ושוב – לא בשמים היא.

לא. על רקע האמור והמפורט, איני סבור כי לעת זו יש להיעתר לסעדים שהתבקשו לעתירה.

לב. פסק דין זה הוא מן האחרונים הניתנים בהשתתפות חברתי השופטת ארבל בכהונתה בבית משפט זה. בכך חותמת היא – לאורך ימים טובים – שירות רב שנים למדינה ולציבור, שראשיתו בפרקליטות מחוז המרכז לפני למעלה מארבעה עשורים, המשכו כפרקליטת מחוז המרכז, כשופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב וכפרקליטת המדינה. יחד משרתים אנו מזה כמעט ח"י שנים במשרד המשפטים ובבית משפט זה. את תפקידיה השונים מילאה במסירות, בידע ובנחישות, תוך תרומה רבה הן לשלטון החוק הן להלכות השיפוטיות. אני מאחל לה המשך סיפוק, בריאות טובה, נחת ואריכות ימים בסייעתא דשמיא.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

החברה החרדית שונה מקבוצות אחרות בחברה הישראלית. הסדרים חקיקתיים שונים הותאמו למידותיה. במוקד העתירה שלפנינו הסדר מסוג זה, הפוטר את ה"שיבות הקטנות" מן החובה ללמד לימודי ליבה. שאלת החוקתיות של הסדר זה היא העומדת להכרעתנו. חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, פרשה בחוות דעתה יריעה רחבה ומקיפה. חבריי עסקו בעיקר בשאלה אם הסדר זה פוגע בזכות החוקתית לחינוך של הנערים החרדים. כפי שאפרט להלן, אף שאני נמנה עם אלה הסוברים כי הגיעה השעה להכיר בזכות חוקתית לחינוך, להשקפתי במקרה דנן לא עלה בידי העותרים לבסס פגיעה בזכות זו; וכי בנסיבות העניין, אין מקום שנידרש לעתירה לסעד חלופי הנסמך על טענה לפגיעה בזכותם החוקתית של הנערים החרדים לשוויון.

הטענה לפגיעה בזכות החוקתית לחינוך

1. כל המוסדות במערכת החינוך הישראלית מחויבים ללמד את תכנית הליבה בהיקפים שונים (ראו פסקאות 2-4 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל). חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: החוק או חוק מוסדות תרבותיים) פוטר את השיבות הקטנות (בכיתות ט' עד י"ב) מחובה זו. כפועל יוצא, תלמידי השיבות שאין מלמדים בהן לימודי ליבה – ואלו הן הרוב המכריע של השיבות הקטנות בישראל (ראו לוטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות

19 פוליטיקה 156 (2013); להלן: פרד-111) – אינם מחויבים ללמוד לימודי חול החל מגילאי 13-14 לערך, בסמוך להגיעם למצוות. ביסוד הוראה זו עומד רצונה של החברה החרדית לאפשר לבניה – בגילאים האמורים – עיסוק בלעדי בלימודי הקודש. שאלה מרכזית שעומדת להכרעתנו היא אם הסדר חקיקתי זה פוגע בזכותם החוקתית של הנערים החרדים לחינוך. כפי שסוברים מרבית חבריי, אף להשקפתי הגיעה העת להכיר בזכות חוקתית לתכני חינוך מינימאליים. על חשיבות הזכות לחינוך – שלא ניתן להפריז בערכה – עמדו חבריי בהרחבה ולא ראיתי לחזור על הדברים. מבין אלה הסוברים כי יש להכיר בזכות החוקתית לחינוך, נחלקים חבריי בשאלת היקפה ומאפייניה של הזכות; ובאופן קונקרטי, בשאלה אם הפן החיובי שלה – המטיל על המדינה חובת פוזיטיבית לפעול להגשמתה – מחייב לימוד תכנית הליכה (כולה או חלקה) בכל מוסדות החינוך, לרבות בישיבות הקטנות הפטורות מכך מכוח חוק מוסדות תרבותיים. מגוון הדעות וההנמקות של חבריי בסוגיה כבדת משקל זו כמו מעיד מעצמו על המורכבות הכרוכה בהכרעה בה. אף אני סבור כי הזכות לחינוך משמיעה גם חובה על המדינה לעשות להגשמתה. זכויות חברתיות מחייבות מעורבות מדינתית. הן מטילות על המדינה חובה אקטיבית כלפי אזרחיה ותושביה, שהרי אלמלא תקיים המדינה חובתה זו – עלולות זכויות אלו להתרוקן מתוכן. הזכות לחינוך אינה אפוא רק זכותו של הפרט לקבל חינוך; היא גם חובתה של המדינה לספק חינוך. השאלה אם בעניינו לא ניתן להגדיר את התכנים הנלמדים בישיבות הקטנות כ"חינוך" – באופן שמגשים את זכותו של כל ילד בישראל לקבל תכנים חינוכיים – אינה פשוטה. הכרעה בה דורשת תשתית עובדתית ונורמטיבית ענפה. בסופו של דבר, יש לזכור כי הזכות לחינוך אינה זכות חוקתית עצמאית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא אך "זכות בת" הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם. משכך, כדי שפגיעה בה תחשב לפגיעה המחייבת את בית משפט זה לבחון אם עומדת היא במבחני פסקת ההגבלה, עליה לבוא בגדרי "מודל הביניים" שאומץ בפסיקתנו. לפי מודל זה, על העותר להוכיח קשר ענייני הדוק בין "זכות הבת" לבין "זכות האם" של כבוד האדם (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 814 (2014)). יש לזכור כי תלמידי המגזר החרדי אינם פטורים מלימודי ליבה במהלך שמונה שנות הלימוד הראשונות שלהם. השאלה העומדת להכרעה במצב דברים זה היא אם היעדר לימודי ליבה בישיבות הקטנות (כיתות ט' - י"ב) פוגע בזכות החוקתית לחינוך. בעניין זה מצטרף אני לניתוחה של חברתי, השופטת א' חיות (בפסקאות 4-5 לחוות דעתה), שלפיו לא עלה בידי העותרים בעתירה קונקרטית זו ובנקודת הזמן הנוכחית, להניח תשתית מתאימה שתבסס את הטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחינוך.

הסעד החלופי: הטענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון

2. העתירה במקורה כוונה לביטול החוק במלואו, ולחלופין לקביעה כי אין הוא פוטר את המשיבים מלאכוף את תכנית לימודי ליבה על מוסדות החינוך התרבותיים. בעיקרי הטענות מטעמם, הוסיפו העותרים לדאשונה סעד חלופי נוסף: בקשה להורות על בטלותו של סעיף 5 לחוק, שקובע כי המדינה תממן מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים בשיעור של 60% מהמימון המוענק למוסדות המלמדים 100% לימודי ליבה. להשקפת העותרים, תקצוב זה מהווה פגיעה בעיקרון השוויון. בהקשר אחרון זה יודגש כי יש להבחין בין הכרה במוסד חינוכי, באופן שנותן – בין היתר – ביטוי לאוטונומיה החינוכית של ההורים, לבין החלטה לתקצב מוסד כאמור. עמדה על כך לאחרונה חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור בכג"ץ 282/14 עמותת חיואר לחינוך אלטרנטיבי נ' שר החינוך (7.8.2014). גם אם נניח שניתן להלום מתן פטור ממתן לימודי ליבה למוסד מוכר כפועל יוצא של הכרה בזכות החוקתית לאוטונומיה בחינוך ולהשפעה על תכנון, שאלה היא אם יש מקום למימון ציבורי של מוסדות הפטורים באופן מוחלט מלימודי ליבה. חברי, השופט א' רובינשטיין, עמד על חריגותה של ההוראה התקציבית ביחס למודלים המקובלים בעולם בעניין חינוכם של ילדים בקהילות לא ליברליות. כפי שציין חברי, בעניין זה מקובלים שני מודלים: האחד – חינוך פרטי, שאינו ממומן על ידי הציבור; השני – מימון מוסדות חינוך פרטי של קהילות מיעוט לצד חיובם בלימודי יסוד מסוימים.

3. החוק נושא הדיון מציב תפיסה שונה בתכלית. המימון המדינתי הניתן כיום למוסדות החינוך הפטורים מלימודי ליבה מתמרץ מצב שבו הרוב המכריע של הנערים החרדים אינם זוכים ללימודים בסיסיים מגיל צעיר. מחקרים שונים חשפו את היחס הישר שבין היעדר או מיעוט השכלה פורמלית לבין הקושי להשתלב בשוק העבודה ולצאת ממעגל העוני (ראו, בין רבים: STEPHEN MACHIN & SANDRA McNALLY, EDUCATION AND CHILD POVERTY, A LITERATURE REVIEW 6-8 (2006); GORDON BERLIN & ANDREW SUM, TOWARD A MORE PERFECT UNION: BASIC SKILLS, POOR FAMILIES AND OUR ECONOMIC FUTURE 95-96 (1988); MASOOD SARWAR AWAN ET AL., IMPACT OF EDUCATION ON POVERTY REDUCTION 3, 6 (2011); Bureau of Labor Statistics, U.S. Dept. of Labor, *Earnings and Unemployment Rates by Educational Attainment* (March 24, 2014); David Card, *The Causal Effect of Education on Earnings*, in 3 HANDBOOK OF LABOR ECONOMICS 1801, 1809, 1835-36, 1843-44 (Orley Ashenfelter & David Card eds., 1999). מחקרים העוסקים קונקרטיים בציבור החרדי בישראל מצאו כי תלמידים חרדים שביקשו להשתתף במסגרות



להכשרה מקצועית ולימודים אקדמיים התקשו מאוד להתגבר על הפער בלימודי החול; כי עמידה בתנאי הקבלה למוסדות אקדמיים היא "כמעט משימה בלתי-אפשרית" עבורם; וכי פערים אלה מתווספים לשורה של חסמים כלכליים וחברתיים אחרים המקשים עליהם הן את עצם הבחירה במסלול של הכשרה מקצועית או לימודים אקדמיים, הן את ההתמודדות עם האתגרים הכרוכים במסלולים אלה (ראו, בין רבים, יעקב לופו מפנה בחברה החרדית: הכשרה מקצועית ולימודים אקדמיים 14 (2003); יוחאי חקק בין קודש לתכ"לס – גברים חרדיים לומדים מקצוע 97 (2004); יהודית קניג וניר גזית "פרנסה בכבוד" (מחזור א'): תכנית הכשרה מקצועית לחרדים – מחקר והערכה iii, ix, 17-16 (2005); לופו, ההתנגדות לישיבות תיכוניות, בעמ' 40-41, 49-50; אסף מלחי, בצלאל כהן ודן קאופמן חרדים לעתידם: עמדות וחסמים ביחס ללימודים גבוהים במגזר החרדי 22 (2008); פרי-חזן, בעמ' 283-289). מחקרים אחרים אף מצאו כי ככל שעולה רמת ההשכלה בחברה הישראלית כך פוחתים סיכוייהם של צעירים חרדים להשתלב בשוק העבודה ולמצוא פרנסה (ראו, למשל, סמי כהונאי שילוב המגזר החרדי בשוק העבודה: תמונת מצב ומשמעויות 6, 10-11 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2004); בצלאל כהן מצוקה ותעסוקה בחברה החרדית – מבט מבפנים (2005); דניאל גוטליב העוני וההתנהגות בשוק העבודה בחברה החרדית 36 (2007); בנק ישראל דין וחשבון 2007, 306 (2008); מלחי, כהן וקאופמן, בעמ' 22; יוסי תמיר התעסוקה במגזר החרדי 11-7 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010); לי כהנר, ניקולא יוזגוף-אורבך וארנון סופר החרדים בישראל – מרחב, חברה, קהילה 100-104, 109-110 (2012); פרי-חזן, בעמ' 287; איתן רגב "השכלה ותעסוקה במגזר החרדי" דוח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2013, 111 (דן בן-דוד עורך, 2013); דן בן-דוד תמונת מצב המדינה – תרשימים בנושא חברה וכלכלה בישראל 21-23 (2014). עוד ראו פסקה 43 לחוות דעתה של חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל). כפי שמציין חברי, השופט י' עמית, בלשונו הציורית, "מימון חינוך שאינו מבטיח כי תלמידיו יוכלו לפרנס עצמם בכבוד ולהשתלב בכלכלת המדינה, משול למימון המשור אשר מנסר באטיות ובהתמדה את הענף עליו יושבים יחדיו בני החברה כולה".

4. דא עקא, ענייננו בחקיקה ראשית של הכנסת ולא בהחלטה מינהלית. מכך נגזר כי להכרעתנו לא עומדת סבירותו של ההסדר שנקבע כי אם חוקתיותו. בהקשרה של הבקשה לסעד החלופי שעליה נסבים דברינו אלה, הטיעון החוקתי של העותרים – שכאמור הועלה לראשונה בעיקרי הטיעון – מבוסס על הטענה לפגיעה בעקרון השוויון. כפל פנים לטיעון זה. ההיבט האחד עניינו בהפליה לטובה של מוסדות החינוך הייחודיים לעומת שאר מוסדות החינוך, בכך שהם זוכים לתמיכה מתקציב המדינה בלא שהם מחויבים ללמד לימודי ליבה כפי שמחויבים יתר המוסדות. ההיבט השני עניינו

הפליה לרעה של בוגרי מערכת החינוך החרדית, ש"הפטור" שניתן להם על ידי המדינה פוגע ביכולתם לרכוש השכלה ולהתפרנס בכבוד. לנושא אחרון זה זיקה הדוקה גם לסעד המרכזי שהתבקש בעתירה, ואין הוא מוגבל אך לשאלת התקצוב.

5. חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור, עומדת בחוות דעתה על כך שטענות אלו חורגות מגדרו של הצו על תנאי שניתן בעתירה, ועל כן אין מקום להידרש אליהן. מסכים אני לקביעה זו. סבורני שהיא מקבלת משנה תוקף בעתירות חוקתיות. כך, למשל, הטיעון בהיבט השני, שלכאורה אינו נטול אחיזה, מצריך דיון בשאלות מורכבות ובהן השאלה מהי קבוצת השוויון בענייננו, וככל שנפגעת הזכות לשוויון – האם עומדת פגיעה זו בתנאי פסקת ההגבלה. דיון כזה לא נערך, ראשית, משום שהטענה לפגיעה בשוויון לא נכללה בעתירה וממילא תשובת המשיבים אינה מתייחסת אליה; גם בעיקרי הטיעון היא נטענה על פני שורות בודדות; ואף בדיון בהתנגדות למתן צו על תנאי לא נשמע טיעון ממשי בעניינה. לטעמי, אין מקום שנדון בסוגיות כבדות משקל אלו מיוזמתנו, בלא שהעותרים טענו בעניינן כדבעי, הניחו תשתית עובדתית ומשפטית מתאימה, וממילא בלא שניתנה למשיבים הזדמנות להשיב להן.

6. הערה נוספת בטרם חתימת הדברים. בא כוח העותרים סיכם את טיעונו לפנינו באמירה שלפיה "אישור החוק" על ידי בית המשפט יעביר מסר כאילו למרות פגיעתו הקשה בנערים החרדים (לשיטת העותרים) – חוק זה הוא חוק ראוי. בהקשר אחרון זה מבקש אני להזכיר מושכלות יסוד: הביקורת החוקתית נעשית על יסודן של עילות מצומצמות (ביחס לשיטות משפט אחרות) בשל היקפן המוגבל של הזכויות החוקתיות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובגדרו של "מודל הביניים" שאותו התווה בית משפט זה בפסיקתו. מסקנתי שלפיה לא הונחה במסגרת העתירה הקונקרטית שלפנינו תשתית מספקת לביסוסה של עילה חוקתית לביטולה של חקיקה ראשית היא מסקנה משפטית. אין בה משום "אישור" החוק, ערכית או מוסרית, כלל ועיקר.

ט פ ו ט

הנשיא א' גרוניס:

1. אני מצטרף בהסכמה לעמדתם של חבריי הסבורים כי יש לדחות את העתירה. גם לטעמי, לא נפל בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן – חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים או החוק) פגם חוקתי שבגינו יש להורות על ביטול

החוק. עם זאת, נימוקיי לדחיית העתירה שונים מאלו שהובאו על-ידי חבריי, ועל כן, אפרטם בנפרד.

לימודי ליבה בכיתות ט' עד י"ב? עתירה בלא תשתית עובדתית מהימנה

2. העותרים טוענים בפנינו כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים אינו חוקתי. הטעם לאי-חוקתיות החוק הוא, לשיטתם, העדר חובת לימוד של "תוכנית היסוד" (כשמה לפי סעיף 1 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 (להלן – חוק חינוך ממלכתי)), והמכונה גם בשם "תוכנית הליבה" או "לימודי הליבה") בכיתות ט' עד י"ב במוסדות החינוך החרדיים הפועלים על-פי החוק (אלה הידועים כשיבות הקטנות). לטענת העותרים, אי-לימוד תוכנית הליבה פוגע בזכויות חוקתיות של התלמידים. העותרים פורשים בעתירתם יריעה רחבה באשר לזכויות הנפגעות, היקפן, היבטים שונים בהן, הן בישראל הן במשפט המשווה.

3. אולם, הפוך והפוך בכתב העתירה, דבר מרכזי ביותר חסר בה: מהי אותה תוכנית ליבה, שהעדרה פוגע לשיטת העותרים באופן כה קשה בתלמידים חרדיים בכיתות ט'-י"ב? לעתירה לא מצורפת תוכנית הליבה הנלמדת בכיתות אלו בבתי-הספר הממלכתיים. בכתב העתירה ההתייחסות לתוכנית הליבה כללית בלבד, בלא פירוט מהי תוכנית זו ומהם תכניה (מלבד ציון של היקף השעות השבועיות והמקצועות הנלמדים, שמובא בלא כל עיגון ראייתי, פסקה 18 לכתב העתירה). בעיקרי הטענות מביאים העותרים לראשונה פירוט בדבר תוכן תוכנית הליבה, מתוך חוזר של משרד החינוך (חוזר מנכ"ל תשסח/3(א) "30-3.1 תכנית היסוד (ליבה) לחינוך העל-יסודי", מיום 1.11.2007, אשר תוקן בחוזר מנכ"ל תשסח/4 מיום 2.12.2007; פסקאות 25 ו-30 לעיקרי הטענות), עם הפנייה לאתר האינטרנט של משרד החינוך, אולם מסתבר כי חוזרים אלו בוטלו ביום 1.4.2009 והוחלפו בחוזר מנכ"ל תשס"ט/8(א) (נספח מ/ש/10 שצורף לתשובת המשיבה 1 מיום 27.3.2011). חוזר אחרון זה, שהוא החוזר היחיד שהוצג בפנינו שעדיין בתוקף, עוסק בחטיבות הביניים בלבד (כיתות ז'-ט'; ומובן שיש טעם רב לפגם בציטוט מתוך חוזר שבוטל, בלא לציין זאת). אוסיף כי גם בכתבי הטענות של המשיבים לא הוצגה תוכנית ליבה כלשהי לכיתות י'-י"ב, ואף הם התייחסו לתוכנית הליבה בכיתות האמורות באופן כללי בלבד (לשלמות התמונה יוער, כי בתשובת פרקליטות המדינה מיום 2.9.2010, פסקה 35, נטען כי תוכנית הלימודים בכיתות י"א-י"ב נדרשת במסגרת התנאים למתן רישיון למוסד החינוך, אולם גם תנאים אלו, אם קיימים, לא הוצגו בפנינו). נמצא, כי ככל העולה מן החומר שלפנינו, וכפי שצינו חבריי השופטים ט' ג'ובראן ו-א' חיות, כיום אין תוכנית ליבה בבתי ספר

ממלכתיים בכיתות י"ב. ייתכן, כי הסעד שאותו אמורים היו העותרים להוסיף ולבקש, הוא כי לאחר ביטול החוק, נחייב את שר החינוך לעשות שימוש בסמכויותיו (בהתאם לסעיפים 4 ו-11 לחוק חינוך ממלכתי) ולקבוע תוכנית ליבה לכיתות י"ב. אולם סעד כזה לא נתבקשנו לתת.

4. בטרם נדון ונכריע בשאלות חוקתיות, כגון היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם או מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך כזכות-בת של הזכות לכבוד האדם, וודאי טרם נכריז על בטלותו של חוק, יש לדרוש שבבסיס העתירה החוקתית תעמוד תשתית עובדתית מוצקה ומהימנה. "הדין נגזר מן העובדות" (*ex facto jus oritur*) (ראו, בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד (2) 525, 477 (2005)). מן העובדות שלפנינו עולה, כי כיום, "הפטור" מלימודי הליבה הניתן בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים נוגע למעשה לתלמידי כיתות ט' בלבד. השאלה שלפנינו היא, איפוא, האם פטור מלימודי ליבה לשנה יחידה, כיתה ט', פוגע בכבודו של התלמיד החרדי, בחופש העיסוק שלו ובסיכויי ההשתלבות שלו בחברה, באופן המצדיק ביטולו של חוק. טלו, למשל, את טענת העותרים, כי "לימודי הליבה חושפים את התלמיד למגוון של תחומי ידע הנחוצים לו לצורך העיצוב האוטונומי של חייו, ונותנים בידי את הכלים המעשיים להשתלב בחברה בה הוא חי" (פיסקה 32 לעתירה). טלו גם את טענת העותרים, כי "בהיותם [של צעירים חרדיים, א.ג.] מנותקים מתכני הליבה היוצרים את התשתית הערכית לזהות לאומית משותפת, נפגעת יכולתם לפתח תחושת שייכות אזרחית-לאומית..." (פיסקה 38 לעתירה). כבר על פני הדברים נראה כי כשמבינים אנו שמדובר כיום, למעשה, בפטור מלימודי ליבה לכיתה ט' בלבד, מדובר בטענות מוגזמות למדי. ממילא, לא הוצגה בפנינו תשתית מספקת כדי שנוכל לקבוע שבלא לימוד תוכנית ליבה בכיתה ט' נפגע כבודם של נערים חרדיים, סיכוייהם להשתלב בחברה וכדומה. מובן גם, שאין מקום שנדון כיום בטענה לפגיעה ערטילאית בזכות חוקתית, בשל כך שיתכן כי בעתיד תיקבע תוכנית ליבה לכיתות י"ב עד י"ב. לטעמי, די בכך שהוצגה בפנינו תשתית עובדתית חסרה ולקויה, לגבי לוז העתירה, כדי להביא לדחייתה.

טעמים נוספים לדחיית העתירה

5. ניתן היה להסתפק בטעם האמור ולדחות את העתירה. עם זאת, כפי שיוסבר בהמשך, אפילו הייתה קיימת תשתית עובדתית נאותה, נראה כי היה מקום לדחייתה של העתירה. כפי שאראה להלן, העתירה שלפנינו אינה עתירה חוקתית קונבנציונלית. זו עתירה שלה מספר מאפיינים מיוחדים. כל אחד ממאפיינים אלו, הקשורים, לפחות

חלקית, זה בזה (וודאי שהצטברותם), מוביל לטעמי למסקנה כי דין העתירה להידחות. אפרט.

#### עתירה פטרנליסטית

6. במרבית המקרים שבהם נדרש בית משפט זה לטענה כי נפגעה זכותו של הפרט, עומדים על כפות המאזניים הפגיעה בפרט מחד גיסא, ואינטרס של הכלל או של אדם אחר מאידך גיסא. אלא שהעתירה דנא שונה היא. בעתירה זו מבקשים העותרים, כי תיעשה פגיעה בזכות של הפרט – פגיעה באוטונומיה של התלמיד החרדי ושל הוריו בבחירת תכני הלימוד במוסד החינוכי שבו ילמד התלמיד – על מנת למנוע פגיעה בזכות של הפרט עצמו – למנוע פגיעה בכבודו של התלמיד, שתנבע מקשיים שבהם ייתקל בעתיד בשל החוסרים בחינוכו. זו היא, אפוא, עתירה פטרנליסטית. עניינה ברצון העותרים לצמצם את מרווח הפעולה של הפרט, על מנת למנוע פגיעה בפרט עצמו. העותרים דורשים כי תעשה פגיעה באוטונומיה של הפרט, על מנת להחליט במקומו מה טוב יותר עבורו (ראו, בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקה 35 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארד (4.6.2013) (להלן – עניין עדאלה - חיסונים): "ככל שהכלל המשפטי מתערב באוטונומיית הרצון של הפרט רק על מנת להגן עליו ועל רווחתו מפני מעשיו הוא, הרי שלפנינו כלל פטרנליסטי"; Gerald Dworkin, "Paternalism", THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2014); לדיון בכפיית תכני לימוד כאקט פטרנליסטי ראו, Yoram Rabin, *The Many Faces of the Right to Education*, in: EXPLORING SOCIAL RIGHTS 265, 280 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007) (להלן – Rabin)). יוער, כי מודע אני לעובדה כי בחירת הנער החרדי היא לעתים בחירה שנעשית על-ידי הוריו, ואדרש לכך בהמשך. בשלב זה אניח כי קיימת זהות אינטרסים בין התלמיד לבין הוריו וכי בחירת ההורים היא גם בחירתו שלו.

7. אומנם, אין זו הפעם הראשונה שבה דן בית משפט זה בטענות לגבי פטרנליזם מצד הרשות השלטונית כלפי הפרט. עם זאת, עיון בפסיקה מלמד, כי ברובם ככולם של המקרים שבהם נדונו טענות מסוג זה, דובר היה בעתירות שהסעד שהתבקש בהן הוא ביטול ההוראה או החלטה הפטרנליסטית, כאשר בדרך-כלל, יוזם העתירה הוא הפרט שכלפיו הופעלה אותה הוראה או החלטה (ראו, למשל, את הדיון בהוראות בדין או בהחלטות מינהליות אשר היו בעלות אופי פטרנליסטי, בבג"ץ 332/71 עלי נ' שר התחבורה, פ"ד כו(1) 105 (1971) (להלן – עניין עלי) (עתירה שהוגשה על-ידי נהגי אופנוע נגד תקנה המחייבת חבישת קסדה); בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי

של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 371, 384 (2003) (להלן – עניין קירש) (עתירה נגד החלטה להפקיע לפרק זמן קצוב את השידורים בכל ערוצי הטלוויזיה לשם שידורי חירום, שהוגשה על-ידי צופים בטלוויזיה); בג"ץ 8269/05 פלונית נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד סב(2) 169, 180-181 (2007) (להלן – עניין פלונית) (עתירה נגד חוקיות תקנה בדיני הביטוח הלאומי בעלת מימדים פטרנליסטיים, שהוגשה על-ידי הטוענת לזכאות לגימלה); עע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פסקאות 15-16 (23.8.2012) (להלן – עניין התנועה לחופש המידע) (עתירה שהוגשה, בין היתר, על-ידי הורים לתלמידים, נגד החלטה שלא לחשוף את תוצאות בחינות המיצ"ב בבתי-ספר) (ועוד). בכל הדוגמאות האלו, בחרה הרשות השלטונית לנהוג באופן שיש בו מידה של פטרנליזם כלפי הפרט, והיה זה הפרט "הנפגע" שעתר נגד הגבלת חופש הפעולה שלו.

8. בכך טמון אחד המאפיינים יוצאי הדופן של העתירה דנא. העתירה אינה עתירה נגד חוקיותה או חוקתיותה של הוראה בדין שלה אופי פטרנליסטי, שהוגשה על-ידי מי שכלפיו כוונה אותה הוראה. כזאת היה אילו דובר בענייננו בהוראה של המחוקק לחייב תלמידים חרדיים בלימודי הליכה, ואילו העתירה הייתה מוגשת על-ידי חברים בציבור החרדי נגד החוק בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם. העתירה שלפנינו היא מן הכיוון האחר, שניתן לכנותו הכיוון "ההפוך". זוהי עתירה שבה דרישה מן המחוקק לנהוג בפטרנליזם. כאמור, בעוד שבדרך כלל העתירות שבהן נדונו טענות בקשר לפטרנליזם הוגשו על-ידי מי שההוראה הפטרנליסטית כוונה כלפיו, הרי בענייננו הוגשה העתירה על-ידי צד שלישי. במילים אחרות, מדובר כאן במקרה שבו בחר המחוקק שלא להגביל את האוטונומיה של הפרט, והעותרים באים בפנינו בדרישה כי נחייב את המחוקק לעשות כן כלפי אחרים. אודה, כי התקשיתי למצוא בהיסטוריה המשפטית שלנו מקרה שבו נדונה בבית משפט זה דרישה הדומה לזו של העותרים לפנינו – היינו, דרישה של צד שלישי לחייב את המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי אחר. בכך אין פלא. נדמיין, למשל, עתירה המוגשת על-ידי מי שאינו נהג אופנוע, להורות למחוקק או למתקין התקנות לחייב נהגי אופנוע לחבוש קסדה כדי להגן על חייהם (באנלוגיה לעניין עלי הנזכר לעיל). ודוגמאות נוספות: נדמיין עתירה לחייב את הרשות להפקיע פרק זמן משידורי הטלוויזיה לשם שידורי חירום, המוגשת על-ידי מי שאין ברשותו טלוויזיה (באנלוגיה לעניין קירש הנזכר לעיל), או עתירה לחייב את משרד החינוך להסתיר את תוצאות בחינות המיצ"ב כדי שהורים לא יתחשבו בנתון זה בבחירת מוסד החינוך שבו ילמד ילדם, המוגשת על-ידי מי שאינו הורה (באנלוגיה לעניין התנועה לחופש המידע שנזכר לעיל). דומה שאין צורך להכביר מילים כי עתירות מסוג זה, אילו היו מוגשות, היו נתקלות בקשיים לא מבוטלים. בראש ובראשונה, היה על עותרים שכאלו לגבור על

מתחם הפעולה הרחב שנתון לרשות השלטונית בעניינים מסוג זה, בייחוד כשמדובר בהחלטה שלא לפגוע באוטונומיה של הפרט בנושא מסוים.

9. עניין שנדון בבית משפט זה ושמזכיר את המהלך שמבקשים העותרים שלפנינו לעשות, הוא בג"ץ 2621/05 אופטיקנה האופטיסטור הראשון בע"מ נ' שר הבריאות (14.4.2005). באותו עניין ביקשה העותרת לחייב את שר הבריאות להסדיר את נושא מכירתן של עדשות מגע, ובכלל זאת לחייב את מכירתן במרשם רופא או אופטומטריסט, כדי למנוע פגיעה בבריאות הציבור. עניין זה דומה לענייננו במובן זה שמדובר בו בעתירה של צד שלישי, לחייב את הרשות השלטונית להטיל מגבלות על הפרט בדאגה לשלומו שלו (היינו, לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט). העתירה באותו עניין נדחתה (בפסק-דין קצר ביותר), ונקבע, כי "צודקת המדינה בטענתה, שגם אם ראוי להסדיר את מכירת עדשות המגע, יש צורך לקבוע מסגרת נורמטיבית" בתחום זה, וכי "במצב המשפטי הקיים, לא הצביעה העותרת על עילה המבוססת בדין להתערבותנו". מצד אחר, נראה כי לעותרת בהליך הנזכר היה מניע מסחרי בהגשתו, בעוד שעל פני הדברים אין זה כך במקרה דנא.

10. מקרים דומים, אם כי לא זהים, לזה שנדון בפנינו התעוררו מידי פעם בהקשר של זכות העמידה. הכוונה היא למקרים שבהם אדם פונה לבית המשפט מתוך דאגה לרווחתו של אחר, כאשר לא ידוע אם אותו אחר כלל מעוניין בהליך המשפטי שיזמו לטובתו. לא אחת נפסק, כי על אף שכידוע זכות העמידה של עותרים ציבוריים בפני בתי המשפט בישראל הורחבה עד מאוד, דין עתירות מסוג זה להידחות על הסף (ראו, למשל, בג"ץ 4068/06 לם נ' בית הדין הארצי לעבודה (27.8.2006), שם נדחתה על הסף עתירה לביטול פסק-דין של בית הדין הארצי לעבודה, מן הטעם שהעתירה לא הוגשה על-ידי בעל הדין הנפגע, אלא על-ידי גורם זר להליך; בג"ץ 962/07 לירדן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 17 (1.4.2007), שבו נדחתה על הסף עתירה למנוע את העמדת נשיא המדינה לדין פלילי, בין היתר מן הטעם שנשיא המדינה עצמו לא עמד על הטענות המועלות בעתירה; בג"ץ 952/11 גור-אריה נ' ממשלת ישראל (3.2.2011), שם נדחתה על הסף עתירה נגד ביטול מינוי של אדם לתפקיד הרמטכ"ל, כאשר העתירה לא הוגשה על-ידי האדם שמינויו בוטל; בג"ץ 6457/13 זלאל נ' היועץ המשפטי לממשלה (15.1.2013), שבו נדחתה על הסף עתירה להורות לרשות השלטונית לפתוח בחקירה פלילית בדבר נסיבות מעצרו של אדם, כאשר אותו אדם לא עתר לבית המשפט בעניין; והשוו לדעת המיעוט של השופט מ' חשין בבג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002) (להלן – עניין עדאלה - שילוט בערבית), שם נדונה עתירה לחיוב רשויות מקומיות להציב שלטי

רחוב בערבית. אחד מטעמיו של שופט המיעוט לדחיית העתירה היה כי התושבים הערביים עצמם ברשויות מקומיות אלו לא פנו לבית המשפט, ו"העותרות עשו עצמן אפוטרופות על כל תושבי המשיבות" (Whitmore, בעמ' 442). פסיקה דומה ניתן למצוא גם בארצות-הברית, ששם, כידוע, ישנה הקפדה יתרה על הדרישה לזכות עמידה. כך, לשם ההדגמה, בארצות-הברית נפסק כי אין לצד שלישי זכות עמידה לעתור נגד גזר-דין מוות, כאשר הנידון למוות עצמו אינו משיג על גזר-הדין והשלים עם גורלו (Whitmore v. Arkansas, 495 U.S. 149 (1990); יוער כי לאחרונה, הורה בית המשפט העליון בארצות-הברית להעביר לבחינה של הרשות הממונה על הליכי משמעת לגבי עורכי-דין מקרה שבו התעורר חשד שעורך-דין הגיש ערעור בשם נידון למוות בלא הסכמת הנידון עצמו: Ballard v. Pennsylvania (case no. 13-9364, 11.8.2014); Mark Wilson, SCOTUS Refers Death Penalty Lawyer to Pa. Disciplinary Board, THE FINDLAW U.S. SUPREME COURT NEWS & INFORMATION BLOG, Aug. 13, 2014, [http://blogs.findlaw.com/supreme\\_court](http://blogs.findlaw.com/supreme_court). באופן דומה נפסק במקרים נוספים (ראו, למשל, Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249, 255 (1953): "Ordinarily, one may not claim standing in this Court to vindicate the constitutional rights of some third party" ; Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1943); לעתור נגד חוקתיות חוק המטיל מגבלות על מטופליו); וכן ראו, Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 499 (1975) (להלן – עניין Warth); Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 (1976)). ואכן, אחת ההצדקות הנזכרות בספרות המשפטית להקפדה על הדרישה לזכות העמידה, היא למנוע פטרנליזם של העותר כלפי צדדים שלישיים שאינם מעוניינים בסעד המבוקש (ראו, Lea Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the 'Case or Controversy Requirement*, 93 HARVARD L. REV. 297, 310-315 (1979) (להלן – Brilmayer); Ross Cranston, *Reviewing Judicial Review in: ADMINISTRATIVE LAW AND GOVERNMENT ACTION: THE COURTS AND ALTERNATIVE MECHANISMS OF REVIEW* 45, 60 (Geneva Richardson & Hazel Genn eds., 1994)). המלומדת Brilmayer אף הציעה שהליכים משפטיים פטרנליסטיים מסוג זה ייאסרו (Brilmayer, בעמ' 314):

"...actions on behalf of other persons should be prohibited when those persons do not welcome the purported benefits; i.e., *coercing* people 'in their own best interests'". [ההדגשה במקור, א.ג.]

גישה זו מבוססת על ההנחה, כי הפרט עצמו, שנטען כי זכויותיו נפגעו, הוא הגורם הטוב ביותר לדעת האם עליו להגן על זכויותיו, ואם כן, כיצד (Duke Power Co. v. Eugene Kontorovich, *What*; v. Carolina Env'tl. Study Group, 438 U.S. 59, 80 (1978)).



(2007) (93 VA. L. REV. 1663, 1971). *Standing is Good For*. בבסיס תפיסה זו עומדת

העמדה, כי:

"...the (paternalistic) belief of a third party that his or her actions will help a certain class of person should not be allowed to override the wishes of those intended beneficiaries... And on this view, in the absence of positive evidence of victim approval of the action, the applicant's paternalistic, ideological concerns are not in themselves sufficient to justify litigation" (J. Miles, *Standing under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement and the Nature of Public Law Adjudication*, 59 CAMBRIDGE L. J. 133, 149 (2000)).

(אעיר, כי זו אך עמדה אחת מבין אלה המוצגות במאמר).

11. דומה שאין ספק, כי אילו הייתה נדונה העתירה דנא בארצות-הברית, היו נתקלים העותרים בקשיים לא מבוטלים לבסס את זכות העמידה שלהם לביורור טענותיהם. גם בישראל נפסק בעבר באופן דומה, טרם הרחבתה הרבה של זכות העמידה, מפי השופט י' אולשן בדברים המתאימים ביותר לענייננו (בג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה 523, 532 (1950)):

"לא מספיק הדבר שהמבקש, רק כאחד מרבים, מעוניין שדבר מסויים לא ייעשה בניגוד לחוק, אם אינו יכול להראות, שדבר זה עלול לפגוע באינטרס שלו עצמו. למשל, בקשר לחוק לימוד חובה, שאנו דנים בו, אב, המצדד בזרם חינוך מוכר מסויים, יוכל להגיש עצומותיו לפני בית משפט זה, אם ייעשה דבר הפוגע בחינוך ילדו, בניגוד לאיזו זכות שהוענקה בחוק הנ"ל להורים מצדדי אותו זרם; אבל אדם שאין לו ילדים, או אב, שחינוך ילדו לא נפגע, לא יוכל לבקש את הסעד רק מפני שנפגע מי שהוא אחר, המצדד באותו זרם החינוך, שהוא מחסידיו. אם אדם, שלא נפגע אישית, בא לדרוש את התערבותנו כדי למנוע פעולה בלתי חוקית ולמען הגן על האינטרסים של הזולת, לא ישעה בית משפט זה לבקשתו, אלא אם כן יוכח לדעת, שבחוק הנדון מצוי איזה דבר, המראה כי למבקש הזכות לטעון לאינטרסים של הזולת" [ההדגשה הוספה, א.ג.].

12. ודוקו, אין כוונתי לקבוע עתה, כי בענייננו לעותרים לא קיימת זכות עמידה להגיש את עתירתם (אף שאודה, כי אכן ניתן לסבור כך). פסקי-הדין האמורים צוינו על-ידי על-מנת להמחיש, ברמת הפשטה גבוהה יותר, כי ככלל נרתעים בתי המשפט מלהושיט סעד בעתירה שיוזם אדם לטובת אחר, כאשר אותו אחר אינו מעוניין בסעד

זה, או כשאין ביטחון שהוא מעוניין בו. עוד אדגיש, כי אין כוונתי לומר שלעולם לא תתכנה נסיבות שבהן יהיה מוצדק לחייב את המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט. כך, מעניין לציין שבמספר מקרים קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, כי מדינה פגעה שלא כדין בזכויות ילדים כאשר לא נקטה בפעולות פוזיטיביות להגן עליהם מפני התעללות (ראו, למשל, *Z v. United Kingdom* (2002) 34 EHR 97, par. 73; *X and Y v. the Netherlands* (1985) 8 EHR 235, par. 23; וראו הסקירה ב-"Protection of Minors", European Court of Human Rights, July 2014, [www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Minors\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Minors_ENG.pdf)). אולם, עניינים אלו עסקו במקרים קיצוניים של פגיעות פיזיות ונפשיות בקטינים. ייתכן (בלא שאטע מסמרות בדבר), כי אילו המדינה לא הייתה מחייבת בלימוד מקצועות הליכה כלל, היה מקום לקבוע כי הדבר פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם, באופן המצמיח חובה של המדינה לפעול באופן פוזיטיבי למניעת הפגיעה בקטין (ראו לעניין זה את עמדתו של השופט White בעניין *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 238 (1972) (להלן – עניין *Yoder*), שבו אדון בהמשך). אולם דומה שמתן אופציה לתלמידים בכיתות ט' עד י"ב (ולהוריהם) לבחור ללמוד במוסד חינוכי הפטור מלימודי הליכה (שאיננו יודעים את מהותם), אינו עולה לכדי פגיעה ברמה כה גבוהה המצדיקה לחייב את המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט.

עתירה למניעת פגיעה בזכות הפרט או לקידום אינטרס ציבורי?

13. העותרים טוענים כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים פוגע בכבוד האדם ובחופש העיסוק. אולם, כבוד האדם וחופש העיסוק של מי? עיון בעתירה מעלה, כי העותרים אינם טוענים לפגיעה בזכויותיו של אדם ספציפי כזה או אחר. טענתם היא, כי קבוצה שלמה באוכלוסייה בישראל היא שנפגעת מהחוק (וליתר דיוק, עשויה להיפגע בעתיד מן החוק, כשאותם תלמידים יגיעו לבגרות). כך, בכל הנוגע לטענות העותרים לגבי הפגיעה בכבוד האדם, טוענים הם, כי "תוצאת החוק היא שמעשרות אלפי תלמידים בכל שנה נמנע חינוך הכולל את הידע, הכלים, מיומנויות היסוד החיוניים למימוש המלא של האוטונומיה האנושית..." (פיסקה 4 לעתירה; ההדגשה הוספה, א.ג.). לטענתם, "ניתוב עשרות אלפי תלמידים מדי שנה למסלול יחיד ומוגבל... מהווה פגיעה בכבוד האדם" (פיסקה 32 לעתירה; ההדגשה הוספה, א.ג.). התמונה דומה גם באשר לטענות העותרים לגבי הפגיעה בחופש העיסוק. לטענת העותרים, בשל המצב הקיים אחוז התעסוקה בקרב גברים חרדיים הוא נמוך לעומת אחוז התעסוקה של גברים שאינם חרדיים (פיסקה 40 לעתירה). לטענתם, החוק מושא העתירה פוגע "בזכותם לחופש העיסוק של אותם אלפי תלמידי ישיבות קטנות" (פיסקה 42 לעתירה).

ואכן, חלק נכבד מטיעוני העותרים מוקדש לניסיונותיהם לשכנע, כי אותה פגיעה בזכויות חוקתיות שהם טוענים לה, היא נחלתם של רבים בציבור החרדי. כך, טוענים העותרים כי הצמיחה במספרם של המתמסרים ללימודי קודש בחברה החרדית מקיפה את "כל הצעירים החרדים" (פסקה 34 לעתירה). העותרים מוסיפים, כי "מספרם של תלמידי הישיבות הקטנות המוצאים עצמם, במהלך הלימודים או בסיומם, במסלול חיים הגורם להם סבל ומועקה, הולך ועולה בהתמדה. רבים הם אלה המבקשים לעצב לעצמם אורח חיים שונה, במעט או בהרבה, מזה שיועד להם" (פיסקה 35 לעתירה; ההדגשות הוטפו, א.ג.). העותרים שבים ומדגישים בעתירתם, כי "מספרם של אלה שלא מתגברים כל ימי חייהם על הקשיים והמכשולים גדול הוא עד מאוד" (פיסקה 37 לעתירה).

14. העותרים אף מוסיפים וטוענים לפגיעה לא רק בתלמידים חרדיים, אלא גם בחברה בכללותה. בלשונם, "תוצאות אלה הן הרוח אסון לא רק לתלמידים אלא לחברה הישראלית כולה" (פיסקה 4 לעתירה). העותרים מוסיפים, כי "ציבור גדל והולך של תלמידים כאלה נופל לנטל כלכלי וחברתי על החברה בה הם חיים" (פיסקה 36 לעתירה). לטענתם, להתמסרות ההולכת וגדלה של החברה החרדית ללימודי קודש ישנה "השפעה רחבת היקף הן על החברה החרדית, והן על המשק הישראלי בכללותו" (פיסקה 43 לעתירה). הדבר מוביל, לשיטת העותרים, לעוני בערים שבהן קיים ריכוז של אוכלוסייה חרדית, ודבר זה פוגם לטענתם בתוצר הלאומי (שס).

15. נוכח דברים אלו, עולה התהייה: האומנם טענות העותרים הן לפגיעה בזכות של הפרט? או שמא טענותיהם הן למעשה לפגיעה באינטרס של הכלל? מובן, כי ההבחנה בין אינטרס של כלל הציבור לבין זכות של הפרט עשויה להיות קשה. ה"ציבור" מורכב מפרטים רבים, וכפי שנפסק, "אינטרס הציבור הוא כי יישמר אינטרס הפרט, ואינטרס הפרט הוא כי יישמר אינטרס הציבור" (בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 473 (1994)). מובן גם שאין להפחית ממשקל טענה של אדם כי זכויותיו נפגעו באופן שאינו חוקתי, רק בשל העובדה שרבים חולקים עמו את אותה הפגיעה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך, שהעותרים (שאינם נמנים על הקבוצה הנפגעת) לא מצביעים ולו על פגיעה קונקרטית אחת של החוק מושא העתירה בפרט כלשהו. טענותיהם היא לפגיעה עתידית אפשרית בקבוצה בלתי מסוימת שהם אינם נמנים עליה (וראו, אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?", משפטים 97, 136-150 (תשע"א) (להלן – גזל-אייל ורייכמן)), שם עומדים המחברים על שלושה מאפיינים המבדילים לשיטתם בין פגיעה בזכות של הפרט לבין פגיעה

באינטרס של הכלל: האם הגורם הנפגע הוא מסוים או בלתי-מסוים, האם הסיכון לפגיעה הוא גבוה אם לאו, והאם הפגיעה היא ישירה או עקיפה; מבלי לקבוע מסמרות בתבחינים אלו, דומה כי יישום שלושתם מוביל למסקנה כי בענייננו מדובר בפגיעה באינטרס של הכלל ולא בזכות של הפרט).

16. אם נניח שהפגיעה עליה מצביעים העותרים בענייננו היא פגיעה באינטרס של הכלל ולא בזכות של הפרט, הרי שהדבר מציב קושי (נוסף) בפניהם. ברוב העתירות המובאות בפני בית משפט זה בהן עומדת על הפרק פגיעה בזכות של הפרט, האינטרס הציבורי הניצב מנגד מהווה את התכלית שלשמה נפגעה הזכות. אלא שבעתירה דנא דומה שהמצב שונה, והאינטרס הציבורי ניצב על כפות המאזניים לא כערך המהווה את ההצדקה לפגיעה, אלא כערך הנפגע בעצמו. בהתאם למשפט החוקתי הנוהג, ברי כי קיים קושי לפסול חקיקה של הכנסת בהיותה פוגעת באינטרס של הכלל ולא בזכות של הפרט (ראו, גזל-אייל ורייכמן, בעמ' 103-104, שם מביעים המחברים את העמדה כי אין מקום להעמיד חוק הפוגע באינטרס ציבורי בבחינה חוקתית). הוסיפו לכך את העובדה כי המשיבים 4-7, הנמנים על המגזר החרדי, עמדו בפנינו על הפגיעה בזכויותיהם אם תקבל העתירה, ודומה כי התהפכו היוצרות: העותרים מבקשים לקדם אינטרס ציבורי, באמצעות פגיעה בזכויות הפרט של משיבים אלו. זאת ועוד, אף אם יש מקום לבחינה חוקתית של חוק הפוגע באינטרס ציבורי, נראה כי על מרווח הפעולה הקיים למחוקק בהחליטו שלא לקדם אינטרס ציבורי להיות רחב ביותר (ראו, מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה", הפרקליט נ 185, 215-214 (תשס"ח); אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 משפטים לב 623, 649-650 (2002); גזל-אייל ורייכמן, בעמ' 103 ה"ש 13). בשולי הדברים אוסיף, כי גם אספקט זה בעתירה היה מעורר קושי בביסוס זכות העמידה של העותרים אילו הייתה נדונה העתירה בארצות-הברית, שם נפסק כי זכות עמידה אינה קיימת כשהטענה היא לפגיעה בפלח גדול באוכלוסייה:

"...the Court has held that when the asserted harm is a 'generalized grievance' shared in substantially equal measure by all or a large class of citizens, that harm alone normally does not warrant exercise of jurisdiction" (Warth, p. 499).

להרחבה ראו, Ryan Guilds, *A Jurisprudence of Doubt: Generalized Grievances as a Limitation to Federal Court Access*, 74 N.C.L. REV. 1863, 1884-1887; Mark Gabel, *Generalized Grievances and Judicial Discretion*, 58 HASTINGS L.J. 1331 (1996); גם בישראל נפסק בעבר באופן דומה

(ראו, בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 355-348 (1970) (להלן – עניין מירון)).

17. דומה, כי גם אם יש אמת בטענות העותרים לגבי הקשיים שבהם נתקלים חברי הקהילה החרדית ברצותם להשתלב במעגל העבודה, הרי שמצביעים הם על בעיה חברתית. סוגיה זו עשויה להיות חשובה ביותר לחברה בישראל, אולם לא כל בעיה חברתית היא גם סוגיה חוקתית. לא כל עניין שסבור מאן דהוא שהמחוקק אינו מתמודד עימו כראוי, ניתן לפתרון בפנייה בעתירה חוקתית לבית המשפט (ראו, את עמדת המיעוט שלי בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.02.2012)). עמד על כך בית המשפט העליון בארצות-הברית:

"...the Court has sometimes determined that where large numbers of Americans suffer alike, the political process, rather than the judicial process, may provide the more appropriate remedy for a widely shared grievance" (Federal Election Commission v. Akins, 524 U.S. 11, 23 (1998)).

וראו גם, Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652, 2667 (2013); בג"ץ 394/72 פרנש היל הוטל קורפוריישן בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד כז(2) 325, 334-335 (1973); עניין מירון, בעמ' 352-353.

עתירה לחייב את המדינה להגן על זכות חיובית

18. "הזכות לחינוך" מקפלת בתוכה זכויות-בת מזנים שונים. כך, נכתב בספרות המשפטית כי הזכות לחינוך כוללת, למשל, את הזכות לקבל חינוך, את הזכות לבחור את תכני החינוך ולהשפיע עליהם, הזכות לשוויון בחינוך ועוד (ראו, Rabin; וכן יורם רבין, "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, התשס"ה) 567, 569). חלק מפניה של הזכות לחינוך נושא אופי של "זכות שלילית" (למשל, החופש לבחור את תכני החינוך, שמולה ניצבת חובת המדינה שלא להתערב בחופש זה), וחלק נושא אופי של "זכות חיובית" (למשל, הזכות לקבל חינוך, שמולה ניצבת חובת המדינה לספק; ראו, רבין, בעמ' 570 ו-577; אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 815-817 (תשע"ד) (להלן – ברק, כבוד האדם)). ענייננו עוסק ב"זכותם" (ושמא נאמר, חובתם) של תלמידים חרדיים ללמוד את לימודי הליכה בכיתות ט' עד י"ב. בניסוח מדויק יותר, ענייננו בחובה המוטלת על המדינה, לשיטת העותרים, לאכוף על התלמיד החרדי את לימודי הליכה בכיתות אלו, על מנת למנוע פגיעה עתידית בכבודו של התלמיד. זהו

אספקט "חיובי" של הזכות לחינוך או של הזכות לכבוד, שכן עניינו בהטלת חובה על רשויות השלטון לנקוט פעולות אקטיביות "לטובת" הפרט (ראו, *Rabin*, בעמ' 281-279; להרחבה על ההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות ראו, למשל, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 26 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש (2012) (להלן – עניין חסן); עניין עדאלה - שילוט בערבית, בעמ' 432-434 (השופט מ' חשין בדעת מיעוט)).

19. לטעמי, העובדה כי העותרים טוענים לפגיעה בזכות חיובית (של אחרים), מציבה קושי נוסף בפניהם. זאת, שכן לדעתי, על בית המשפט לנקוט ריסון רב בהפעילו ביקורת שיפוטית שעניינה פגיעה בזכות חיובית (ובייחוד כשמדובר בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית). אומנם, לא נעלמה מעיני קביעת בית משפט זה, שלפיה אופן הבחינה החוקתית של חוק הפוגע בזכות חיובית, נעשה באותה המתודולוגיה של בחינה חוקתית של חוק הפוגע בזכות שלילית, קרי, באמצעות מבחני פסקת ההגבלה (ראו, עניין חסן, פסקה 29 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש (2012)). כן לא נעלמה מעיני ההשקפה, כי לעתים ההבחנה בין זכות חיובית לבין זכות שלילית עשויה להיות קשה (שם, בפסקה 28; וראו גם בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (24.3.2009), שם התעוררה מחלוקת בשאלה האם הזכות לאמץ ילד היא שלילית או חיובית). עם זאת, במקרים שבהם המימד החיובי בזכות הנפגעת הוא בולט, קיימים לטעמי מספר טעמים לכך שיש לנקוט ריסון רב ביישום הביקורת השיפוטית (אף מעבר לריסון הרגיל שבו נוקט בית המשפט לגבי ביקורת שיפוטית על מעשה חקיקה).

20. ראשית, חיוב הרשות השלטונית להגן על זכות חיובית ולנקוט פעולה אקטיבית מלווה, בדרך-כלל, בהטלת נטל תקציבי על המדינה. שיקולים של מדיניות תקציבית, המערבים לא אחת עניינים שבמומחיות כלכלית וסדרי עדיפויות חברתיים רחבים, הם עניין המסור לרשות המחוקקת והמבצעת, ועל ההתערבות השיפוטית בהם להיות מרוסנת (ראו, למשל, בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 740-741 (2004); בג"ץ 3071/05 לחזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, 22-23 (2008)). אומנם, כפי שצוין בפסיקה, לעתים גם הגנה על זכויות שליליות גוררת הוצאה כספית על-ידי הרשות השלטונית (ראו, עניין חסן, פסקה 29 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש). אולם מכאן מתבקשת המסקנה, כי כאשר מדובר בזכות שלילית שהגנה עליה מלווה בהוצאה תקציבית, גם אז יש לנקוט ריסון שיפוטי רב.

21. שנית, לא אחת הביקורת השיפוטית הנעשית בשל טענה לפגיעה בזכויות סוציאליות, מערבת שיקולים חברתיים ואף פוליטיים, שראוי שיוותרו להכרעתו של

המחוקק (ראו, Jenna MacNaughton, *Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best not to Prune*, 3 U. PA. J. CONST. L. 750, 776-777 (2001). כך, למשל, מחלוקות בדבר מידת ההשקעה של המדינה במדיניות הרווחה, במערכת הבריאות, בביטחון, במלחמה בפשע או בחינוך, יכולות להיות מתוארות כפגיעה בפן החיובי של הזכות לכבוד האדם או הזכות לחיים. כרי, כי מדובר בסוגיות אשר לעתים מוטב להתירן לזרועות השלטון הפוליטיות (ראו, Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857, 889 (2001); ובאשר לזכות לחינוך, ראו את הסקירה ב- Christine M. O'Neill, *Closing the Door on Positive Rights: State Court Use of the Political Question Doctrine to Deny Access to Educational Adequacy Claims*, 42 (COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 545 (2009).

22. שלישית, דומה שבדרך-כלל קיים הבדל במידת ההתערבות השיפוטית, בין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות להימנע מביצוע פעולה מסוימת (או להפסיק לבצעה), לבין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות לבצע פעולה מסוימת. ככלל, ניתן לומר שמתן צו שיפוטי שבו מחויבת הרשות השלטונית לנקוט צעד אקטיבי, מגביל יותר את חופש הפעולה של הרשות מאשר צו שיפוטי האוסר עליה לנקוט פעולה ספציפית:

"Agreement to refrain from impairing liberty comes, as a practical matter, more easily than agreement to guarantee the enjoyment of liberty... it is easier to tell governments that they shall *not* throw persons in jail without a fair trial than they *shall* guarantee even a minimal but sufficient standard of living" (Seymour L. Rubin, *Economic and Social Rights and the New International Economic Order, Address Before the American Society of International Law*, 1 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 67, 82 (1986) [א.ג., במקור, א.ג.].

ודאי שהדברים נכונים שעה שמדובר בביקורת שיפוטית על מעשה חקיקה. ניתן ללמוד על כך גם מההלכה, שלפיה כשמבוקש סעד חוקתי המרחיב את ההסדר החקיקתי (דבר המכונה לעתים בשם "reading in" או "extension"), הרי שאין עושים כן "מקום שמדובר בנושא מורכב שהשלכותיו אינן ברורות, ושמטיבו הוא טעון הסדרה על-ידי המחוקק" (המשנה לנשיא ש' לוין בכג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 468 (2002) (להלן – עניין משפחה חדשה); וראו גם בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 57-59 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (28.2.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 59 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (15.8.2012)).

23. ודוקו, אין כוונתי לומר, שלא תיתכן ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון לגבי טענה לפגיעה בזכות חיובית. זאת ועוד, ער אני לעובדה שבספרות המשפטית המודרנית, רבה הביקורת על ההבחנה בין זכויות שליליות לבין זכויות חיוביות לעניין היקף הביקורת השיפוטית המופעלת על-ידי בית המשפט. כן ער אני לעובדה כי השיקולים שמניתי לעיל עשויים להתקיים, לפחות בחלקם, גם כאשר מדובר בהגנה על זכות שלילית. כפי שצויין, לעתים גם הגנה על זכות שלילית מערכת הוצאה תקציבית ושיקולים חברתיים רחבים, ועשויה להגביל את חופש הפעולה של הרשות. זאת ועוד, ההגנה על זכויות חיוביות עשויה להיות חשובה במיוחד כשמדובר בקטינים, אשר ככלל זקוקים להגנה אקטיבית מצד המדינה מפני פגיעה בהם (ראו, Tamar Ezer, A *Positive Right to Protection for Children*, 7 Yale H.R. & Dev. L.J. 1 (2004) – להלן – *Ezer*)). כל שכוונתי לומר הוא, שככלל, כאשר עותר פונה לבית משפט זה בטענה לפגיעה בזכות חיובית, המחייבת פעולה אקטיבית ורחבת היקף של רשויות השלטון, על בית המשפט לנקוט ריסון, כנראה אף מעבר למקרה בו הסעד המבוקש בא לאסור על הרשות לפעול או לבטל פעולה שלה.

24. חזרה לענייננו. הסעד העיקרי המבוקש בעתירה הוא ביטולו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. עם זאת, למעשה, דרישת העותרים היא כי נורה למחוקק לחייב את מוסדות החינוך שבהם עוסק החוק בלימוד תוכנית הליבה. זהו סעד שמהותו היא להורות למחוקק לנקוט פעולה פוזיטיבית, להרחיב את החובה על-פי חוק ללמד וללמוד את תוכנית הליבה, לשם הגנה על היבט חיובי של כבוד האדם. ברי, כי השאלה כיצד ובאיזו מידה יש לאכוף על האוכלוסייה החרדית אמצעים שמטרתם קידום השתלבותה בחברה הישראלית הינה שאלה חברתית השנויה במחלוקת בשיח הציבורי. אף התשובה לשאלה זו אינה ניתנת לפתרון ברור במדדים משפטיים. כך, אין זה ברור האם ביטול החוק יסייע להשתלבות חרדים בחברה, או שמא דווקא יוביל לאנטגוניזם בקרב קהילה זו ויפגע בניסיונות ההדרגתיים להביא להשתלבותה. מובן, כי יש לנהוג ריסון טרם היעדרות לסעד מהסוג המבוקש.

סיכום ביניים

25. משוכות גבוהות עומדות בפני העותרים. העותרים מבקשים כי נורה למחוקק לנהוג באופן פטרנליסטי כלפי אחרים ולהגביל את חופש הבחירה שלהם. העותרים מבקשים כי נעניק צו שיפוטי כדי לפתור בעיה חברתית הנוגעת לפלח גדול באוכלוסייה ולחברה הישראלית בכללותה. העותרים מעוניינים כי נורה למדינה להגן על זכות



חיובית של אותו פלח באוכלוסיה. לטעמי, די בקשיים אלו כדי להביא לדחיית העתירה. לטובת העותרים, אמשיך בבחינת הטענה החוקתית המועלית על-ידיהם. לצורך הדיון אניח (בלא להכריע בדבר), כי היבטים מסוימים של הזכות לחינוך עשויים להיחשב כחוסים תחת הזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק היסוד, ועל-כן נהנים ממעמד חוקתי. לטעמי, גם בהנחה זו, לא עמדו העותרים בנטל המוטל עליהם להצביע על פגיעה בזכות חוקתית, ועל-כן, גם מטעם זה דין העתירה להידחות.

פגיעה בזכות חוקתית?

א. בהעדר תשתית עובדתית, לא הוכח כי קיימת פגיעה בזכות חוקתית

26. כפי שציינתי בפתח דבריי, העותרים לא הציגו בפנינו תשתית עובדתית בדבר תוכנה ומהותה של תוכנית הליבה בכיתות ט' עד י"ב, הכיתות שבהן עוסק החוק מושא העתירה. כאמור, מסתבר כי ככל הנראה אין כיום תוכנית ליבה של משרד החינוך לכיתות י' עד י"ב, כך שבמצב הקיים הטענה להיעדר לימודי ליבה בישיבות הקטנות שבהן עוסק החוק מתייחסת לכיתה ט' בלבד. נזכור, כי הנטל להוכחת פגיעה בזכות חוקתית מוטל על כתפי העותרים (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 671 (2006)). אין ספק בעיני כי העותרים לא עמדו בנטל לשכנע, כי אי-לימוד תוכנית הליבה בכיתה ט' (לאחר למידתה, ולו חלקית, בכיתות א'-ח) פוגע ביכולת ההשתלבות של הפרט בחברה, בהגשמתו העצמית, בסיכוייו למצוא פרנסה, וכיוצא באלו היבטים נגזרים אפשריים של כבוד האדם ושל חופש העיסוק.

לשלמות התמונה אוסיף, כי בחוק לימוד חובה (תיקון מס' 29), התשס"ז-2007, הורחב "חינוך החובה" מעשר לשנים עשרה שנות לימוד. תיקון זה הוחל באופן מדורג ברשויות מקומיות שונות ברחבי הארץ, ולאחרונה הוחל על כלל הרשויות המקומיות (צו לימוד חובה (החלה בכיתות י"א וי"ב) (מס' 2), התשע"ד-2014, ק"ת 7417, בעמ' 1724). בתיקון החוק הנזכר תוקנה גם העבירה הפלילית הקבועה בסעיף 4(ב) לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, כך שזו תחול על הורים לילד או לנער עד גיל 15 שלא למד במוסד חינוכי מוכר. כלומר, כיום, מעבר לגיל 15 מוטלת על התלמיד חובת לימוד, בלא שחלה עבירה פלילית על הוריו עקב כך שהנער אינו מקיים את החובה. נמצא, כי בשנות הלימוד מעבר לגיל 15 ועד לסוף כיתה י"ב, פוחת אלמנט הכפייה בקשר לתלמידים שבחרים שלא ללמוד במוסד חינוכי. גם נוכח מצב דברים זה, ברי כי העותרים לא עמדו בנטל להוכיח כי פטור מלימודי ליבה בכיתות ט'-י"ב פוגע בזכות חוקתית.

ב. הגדרת היקף הזכות החוקתית על-פי נורמות תת-חוקתיות

27. חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל דנה בחוות-דעתה בשאלה, מהו היקף הזכות לקבל חינוך הנכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם. לדעתה, הזכות לקבל חינוך הנכללת בכבוד האדם "כוללת את כל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל, כפי שהיא מוגדרת בחוק הישראלי, ואת תכני החובה שנקבע כי ילמדו במסגרת זו" (פיסקה 43 לחוות-דעתה). לטעמי, בגישה זו קיים קושי רב. הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית. משכך, קיים קושי להגדיר את היקפה בהתאם להוראות בדין ב"רמה" נמוכה יותר. עמד על כך פרופ' אהרן ברק (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 291 (תשנ"ה) (להלן – ברק, פרשנות במשפט)):

"חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נהנים ממעמד נורמטיבי על-חוקי. תוכנן של הוראות נורמטיביות אלה אינו יכול להישלט על-ידי דין בעל מעמד נורמטיבי נמוך יותר. אין לאפשר לדבר חקיקה, אשר תוקפו נקבע על-ידי חוק-היסוד, לקבוע את תוכנו של חוק-היסוד, ובכך לקבוע גם, במידה רבה, את תוקפו שלו".

28. ודוקו, ייתכן, שבקביעת היקפה של זכות חוקתית, ניתן להתחשב בדין הקיים כנתון מבין מכלול הנתונים, שיש בהם כדי ללמד על מהותן של תפיסות חברתיות מקובלות וככאלה הן עשויות להשפיע על היקף הזכות. אולם קיים קושי רב, לטעמי, לראות בהוראות בדין ברמה תת-חוקתית, כמורות במדויק על היקפה של הזכות החוקתית. טלו, לדוגמה, את התיקון בחוק לימוד חובה שנעשה בשנת 2007 לעניין הרחבת חינוך החובה לשתיים עשרה שנות לימוד, שהוחל ברחבי הארץ בהדרגה בצווים של שר החינוך. האם היקף הזכות החוקתית לחינוך התרחב בעקבות תיקון חקיקתי זה? האם היקף הזכות התרחב באופן מדורג בעקבות הצווים שניתנו מפעם לפעם על-ידי שר החינוך, ושהחילו את התיקון בכל פעם על רשויות מקומיות ספציפיות? ואם התשובה לשאלות אלו היא חיובית, והיקף הזכות החוקתית התרחב, האם יהא זה בלתי חוקתי אם תבקש הכנסת בעתיד לחזור למצב הקודם, ולהקטין את חינוך החובה לעשר שנות לימוד? כך גם באשר לתוכנית הליבה. טלו, למשל, את ביטול חוזר משרד החינוך בשנת 2009 הנוגע ללימודי הליבה בחינוך העל-יסודי. האם בביטול זה צומצם היקף הזכות החוקתית? ומנקודת מבט אחרת: אם סבורה חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל כי היקף הזכות החוקתית נקבע בהתאם לתקופת חינוך החובה הקבועה בחוק ותוכנית הליבה, הרי שנכון להיום, היקף הזכות החוקתית לחינוך כולל הגנה חלקית בלבד על לימודים מעל גיל 15, ואינו כולל לימודי ליבה מכיתה י' והלאה.

29. ואכן, זכות הקיימת על-פי חוק (רגיל), אינה קובעת בהכרח את היקפה של הזכות החוקתית. כך, למשל, בפסק-דיני בבג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 34 (26.6.2013) (להלן – עניין שטנגר) עמדתי על כך, כי תיקון חוק המבטל את האפשרות להגיש ערר שני בזכות על החלטות בענייני מעצר, אינו פוגע בזכות החוקתית לחרות. עצם העובדה שבעבר הוקנתה בחוק זכות להגיש ערר שני, אין משמעה כי קיימת גם זכות חוקתית כזו. באופן דומה בבג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת (25.8.2013) הבעתי את העמדה כי שינוי לרעה בהסדרים פנסיונים אינו פוגע בהכרח בזכות החוקתית לקניין (פסקה 14 לפסק-הדין: "עצם העובדה שהמחוקק שינה את המצב החוקי, אינה מובילה בהכרח למסקנה שהתיקון הביא עימו פגיעה חוקתית... ייתכן כי הרף שקבע המחוקק בחוק רגיל, בין לפני ובין אחרי חוק היסוד, הוצב גבוה יותר מן הרף החוקתי"). כך גם בענייננו. העובדה שבעבר הייתה קיימת תוכנית ליבה לכיתות א' עד י"ב, אין משמעה שכל גריעה ממנה פוגעת בזכות חוקתית. ודאי שאין מקום לקבוע כי פטור מתוכנית ליבה בכיתות ט' עד י"ב בישיבות קטנות פוגע בזכות חוקתית בשל העובדה שבחזור של משרד החינוך, למשך שנתיים בלבד (2007-2009), הייתה תוכנית ליבה בחינוך העל-יסודי.

ג. קביעת היקף הזכות

30. בעתירה נטען, כי החוק פוגע בזכותם החוקתית לכבוד האדם של תלמידים חרדיים במוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. לעניין זה אתרכז בפגיעה הנטענת בכבוד האדם, ולא בחופש העיסוק, שכן דומה כי הפגיעה בכבוד האדם הינה הפגיעה העיקרית שלה טוענים העותרים (השוו, בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 30-31 (1996)). לטענת העותרים, "היעדרם של לימודי ליבה, ושל הידע והכישורים אותם הם אמורים לספק, פוגע פגיעה קשה במובנים הגרעיניים של כבוד האדם" (פסקה 12 לעתירה). העותרים מוסיפים, כי אי-לימוד לימודי הליבה פוגע ביכולתו של התלמיד לעצב את המשך חייו, ועל-כן פוגע באוטונומיה של הפרט כזכות הנגזרת מכבוד האדם (להיותה של האוטונומיה של הפרט חלק בלתי נפרד מכבוד האדם, ראו, ברק, כבוד האדם כרך א, בעמ' 244-255). בחוק "מהווה פגיעה חמורה ביכולתם של תלמידים אלה לבחור את המאפיינים המרכזיים של חייהם" (פסקה 36 לעתירה).

האומנם פוגע החוק בכבוד האדם? לעניין זה, מעניין לבחון גם את טענות העותרים לגבי תכלית החוק. לטענת העותרים, תכלית החוק היא, בין היתר, "להגן... על

זכותם של ההורים החרדים להקנות לילדיהם חינוך ההולם את השקפת עולמם" (פיסקה 45 לעתירה). באופן דומה, קובעת חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל, כי החוק נועד לתכלית ראויה, שכן "בבסיס החוק עומדות זכויות חשובות שעניינן באוטונומיה של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם ולהשפיע עליו" (פיסקה 71 לחוות-דעתה).

31. הטענות באשר לפגיעה בזכות החוקתית מחד גיסא, ובאשר לתכלית החוק מאידך גיסא, מעוררות תמיהה. החוק, כנטען, פוגע באוטונומיה ובכבודו של הפרט, בכל הנוגע לעתידו של התלמיד החרדי; אולם בה בעת הוא נועד לקדם את האוטונומיה ואת כבודם של התלמיד החרדי ושל הוריו, בכיבוד רצונם לבחור את התכנים שיילמדו במוסד החינוכי. על-פי הטענה, איפוא, החוק הן פוגע בכבוד של הפרט, הן נועד לקדם. החוק פוגע על-פי הטענה באוטונומיה (ובכבוד) של האדם בעתיד, ומקדם את האוטונומיה (והכבוד) שלו בהווה. כך גם באשר לזכות לחינוך שנטען כי היא זכות-בת של הזכות לכבוד האדם: החוק פוגע בזכות לקבל חינוך מהמדינה (ההיבט "החיובי" של הזכות לחינוך), אולם בה בעת הוא נועד להגן על זכותו של הפרט לבחור את תכני החינוך במוסד שבו ילמד (ההיבט "השלילי" של הזכות לחינוך). ניתן לראות, איפוא, כי אותן זכויות (כבוד האדם, האוטונומיה של הפרט, הזכות לחינוך) עומדות משני צידי המאזניים. משכך, עולה ונשאלת השאלה: האומנם ענייננו בחוק הפוגע בזכות יסוד לשם הגשמת תכלית מסוימת, שעליו להיבחן באמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה? או שמא השאלה שלפנינו היא שונה, ועניינה בעצם ההגדרה של היקף הזכות החוקתית הנפגעת?

32. כידוע, בחינת חוקתיותו של חוק נעשית בשלושה שלבים מרכזיים (ראו, עניין חסן, פיסקה 24 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' ביניש, והאסמכתאות הרבות שם). בשלב הראשון ("שלב הפגיעה") נבחנת השאלה האם החוק פוגע בזכות חוקתית. בשלב זה, נדון היקף הזכות החוקתית, בין היתר, באמצעות פרשנותה של הוראת חוק היסוד שבה מעוגנת הזכות, וכן נדונה הסוגיה האם קיימת פגיעה בזכות. אם נקבע שהחוק פוגע בזכות חוקתית, נבחן החוק בשלב השני על-פי תבחיניה של פסקת ההגבלה. ענייננו של שלב זה הוא במידת ההגנה על הזכות נוכח תכלית החוק. אם החוק אינו עומד באחד מתנאיה של פסקת ההגבלה, עוברת הבחינה החוקתית אל השלב השלישי, העוסק בתוצאותיה של הפגיעה החוקתית ובסעד שיש לתיתו. השאלה שלפנינו היא האם מצויים אנו בשלב השני בבחינה החוקתית (החוק, כך הנחתנו עתה, פוגע בכבוד של התלמיד החרדי, והשאלה היא אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה לאור תכליתו), או שמא עדיין מצויים אנו בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.

33. בספרות המשפטית הובעה העמדה, כי כל אימת שלפנינו טענה לפגיעה בזכות חוקתית לשם הגשמת אינטרס הכללי, עליה להיבחן בשלב השני של הבחינה החוקתית, היינו, במסגרת פסקת ההגבלה (אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 102-113 (התש"ע) (להלן – ברק, מידתיות), וראו שם לסקירת העמדות השונות שהובעו בפסיקה לעניין זה). במקרה כזה, גורסת אותה עמדה, "האיזון הוא חיצוני שכן בגיבושו אין התנגשות בין זכויות אדם, בינן לבין עצמן" (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 388). כלשעצמי, אבקש להותיר סוגיה זו בלא הכרעה בעניין שלפנינו (ראו את המחלוקת שנתעוררה בסוגיה בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002); והשוו לעניין שטנגר, פסקאות 25-36 לחוות-דעתי; וכן ראו עמדתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 513-514 (2006); ובבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 54 (2006)). כן הובעה בספרות המשפטית העמדה, כי כאשר מדובר בהתנגשות בין שתי זכויות של פרטים שונים (למשל, חופש הביטוי של ראובן מול שמה הטוב של לאה), מדובר גם כן בהתנגשות הנבחנת בשלב השני של הבחינה החוקתית, קרי, במסגרת פסקת ההגבלה (ראו, ברק, מידתיות, בעמ' 113-114). גם סוגיה זו אבקש להותיר בצריך עיון.

34. מכל מקום, המקרה שלפנינו שונה מן הסיטואציות הנזכרות. בענייננו, ההתנגשות העיקרית העומדת על הפרק אינה בין זכות של הפרט לבין אינטרס של הכלל, ואף אינה בין זכות של פרט אחד לבין זכותו של פרט אחר. ענייננו יוצא דופן, ועוסק בהתנגשות בין שתי זכויות של אותו הפרט: מחד גיסא, ניצבת זכותו של הנער החרדי לבחור את תכני הלימוד במוסד החינוכי שבו ילמד, ומאידך גיסא ניצבת "זכותו" העתידית לצמוח כאדם בעל יכולת בחירה מלאה בעיצוב חייו (כאמור, בשלב זה אינח כי גם אם הבחירה נעשית למעשה על-ידי הורי התלמיד, קיימת זהות אינטרסים בין התלמיד לבין הוריו וכי בחירת ההורים היא גם בחירתו שלו; אשוב לעניין זה בהמשך). בנסיבות אלו, סבורני שאין אנו מצויים בשלב השני של הבחינה החוקתית, אלא עודנו מצויים בשלב הראשון. ענייננו בשאלת היקפה של זכות הפרט וקביעת הגדרתה, דבר המכונה לעתים בשם "איזון פנימי" של הזכות החוקתית (ראו, ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 381-382). מאחר שמצויים אנו בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, מטעם זה אין אף צורך לעסוק בשאלה, אם חוק זה מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה" (שם, בעמ' 382; ל"איזון פנימי" בהתנגשות בין זכויות אדם במשפט הקנדי, ראו, R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R. 668, 681, 714-716 (1999) (להלן – עניין Mills); (Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, par. 52 (2004)). להבחנה זו משמעות לעניין הנטל. מאחר שמצויים אנו עדיין בשלב הראשון של

הבחינה החוקתית, הנטל להצביע על קיומה של פגיעה חוקתית מוטל על הטוען לפגיעה, היינו על העותרים (ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 385-386; עניין *Mills*, בעמ' 715).

35. זאת ועוד, לא אך שלפנינו התנגשות בין שתי זכויות של אותו פרט, אלא שלפנינו התנגשות בין היבטים שונים של אותה הזכות, כבוד האדם. ואם בכך לא די, ענייננו בהתנגשות של אותו היבט של כבוד האדם, האוטונומיה של הפרט, יכולת הבחירה שלו כיצור חופשי: מחד גיסא, האוטונומיה בהווה, לבחור את תכני הלימוד במוסד החינוכי; ומאידך גיסא, האוטונומיה בעתיד, להיות בעל יכולת אמיתית לבחור במסלול החיים בו חפץ הפרט כאדם בוגר. ומנקודת מבט נוספת: ענייננו אף בהתנגשות באותה "זכות-בת" של כבוד האדם, הזכות לחינוך (בהנחה שהיבטים שונים של הזכות לחינוך אכן נגזרים מכבוד האדם, וכאמור אבקש שלא להכריע בכך): מחד גיסא, ניצבת זכותו השלילית של הפרט לבחור את תכני החינוך במוסד החינוכי שבו ילמד; ומאידך גיסא ניצבת זכותו החיובית של הפרט לקבל חינוך מרשויות השלטון. על-כן, לשיטתי, מצויים אנו עדיין בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, ב"איוון הפנימי" העוסק בהיקף ובמהות הזכות החוקתית. האם עמדו העותרים בנטל המוטל עליהם לשכנע, כי היקפה של הזכות החוקתית לכבוד (ובכלל זאת, האוטונומיה של הפרט והזכות לחינוך), כולל גם חובה של המדינה לנהוג באופן פטרנליסטי ולכפות על הפרט את לימודי הליבה בכיתות ט' עד י"ב על כלל האוכלוסייה בישראל, כך שאי-כפייה זו מהווה פגיעה בכבוד האדם? לטעמי התשובה לשאלה זו שלילית.

36. עיון בפסיקת בית משפט זה מלמד, כי ככלל, בעת המודרנית ניתנת בדין עדיפות לאוטונומיה של הפרט על-פני פטרנליזם כלפיו. מגמה זו קיימת בשורה של נושאים שונים. כך, למשל, נפסק בקשר ליחסים בין רופא לבין מטופל, כי "בעשורים האחרונים חל כרסום בגישה המסורתית-הפטרנליסטית", וכי "המגמה האמורה... שוללת את הגישה הפטרנליסטית כלפי המטופל ומכירה בזכותו לאוטונומיה" (ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פסקאות 11-13 לחוות-דעתו של המשנה לנשיא א' ריבלין (5.3.2012)). על עמדה זו חזר בית משפט זה בהקשרים נוספים. כך, למשל, באשר לפגיעה בחופש הביטוי נקבע בבג"ץ 806/88 *Universal City Studios Inc* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989), כי אין מקום למנוע הקרנת סרט בשל פגיעה ברגשות דת, וכי: "פאטרנליזם תרבותי כזה זר לתפיסותינו" (שם), בעמ' 28). בעניין קירש, שעסק בהחלטה של הרשות השלטונית לפרוץ לשידורי הטלוויזיה בעת חרום, נפסלה ההחלטה ונקבע: "הנחתה הפטרנליסטית של הרשות, כי היא יודעת מהו המידע הדרוש לתושבים טוב מהם, היא למצער מופרזת. מן הראוי

איפוא כי בפעולותיה על בסיס הנחות תנהג הרשות ביתר צניעות" (שם, בעמ' 371). באופן דומה נקבע ברע"א 9823/02 "המגן" חב' לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (27.12.2004), שם נדונו הגבלות בדין על האופן שבו מתקבלות גימלאות מן המוסד לביטוח לאומי, שנועדו להגן על המבוטח עצמו (פיסקה 19 לחוות-דעתו של השופט א' ריבלין):

"סוגיית ההתנגשות בין פטרנליזם לחירות זכתה לדיון יוריספרודנטי נרחב. ככלל, תפיסתו הגורפת של ג' ס' מיל, המותחת עד לקצה את גבולות החירות ומצמצמת עד למאוד את ההיתר לפטרנליזם, אינה מקובלת על מרבית העוסקים בדבר וגם אינה משתקפת בדין הקיים; יחד עם זאת, מקובל עלינו, במיוחד בעידן כבוד האדם, כי יש לנקוט יחס של חשדנות כלפי כפיית הפרט לעשות דבר-מה או להימנע מעשייה, וזאת אך ורק משום טובתו-שלו, או מה שנראה בעיני החברה כטובתו-שלו. אכן, ככל שיוצאים אנו מד' אמותיו של הפרט, וככל שנגלה לעין נזק שנגרם לאחר או לחברה – כך ניטה לקבל ביתר הבנה הגבלה על חירותו של הפרט. ואילו ככל שמתכנסים אנו לטובתו האישית של הפרט, לאוטונומיית הרצון שלו ולבחירותיו לגבי האופן בו הוא מבקש לנהל את חייו – כך נמעט לשמש "אפוטרופיס" עליו" [ההדגשות הוספו, א.ג.].

וראו גם לקביעות ברוח דומה, עניין התנועה לחופש המידע, פיסקה 16; עניין עדאלה - חיסונים, פיסקה 27 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארז.

37. אין כוונתי לומר, כמובן, שפטרנליזם כלפי הפרט הוא לעולם פסול. כפי שציין השופט א' ריבלין בדבריו שצוטטו לעיל, הגישה שבה החזיק J. S. Mill, בספרו On Liberty, השוללת פטרנליזם באופן כמעט גורף, אינה מקובלת בימינו. השאלה היא שאלה של מידה:

"מהלכים אנו בממלכת הפטרנליזם החברתי – נזכור ונדע כי מושג הפטרנליזם החברתי אינו משמיע תמיד שלילה ואין הוא בהכרח ביטוי של גנאי – והשאלה אינה אלא עד היכן נרחיק לכת" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 696 (1997), השופט מ' חשין).

38. ואומנם, לא אחת מצא לנכון בית משפט זה שלא להתערב בהסדרים בעלי מימד פטרנליסטי שנקבעו על-ידי המדינה. כך, למשל, לא התערב בית משפט זה בחובה לחבוש קסדה בעת רכיבה על אופנוע (עניין עלי), באשר לתמרוץ הורים לחסן את ילדיהם (עניין עדאלה - חיסונים, פיסקה 35 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארז),

ובאשר לתמרוץ אדם סיעודי להתאשפז במוסד מוכר (עניין פלוניא, בעמ' 180-181). כך נפסק גם בשורה של מקרים נוספים (ראו, למשל, ע"א 4377/04 גורן-הולצברג נ' מירז, פ"ד סב(2) 661 (2007), באשר להגנה על קשישים מפני ניצולם לרעה; וראו גם את הדיון בחוקתיות עבירות פליליות פטרנליסטיות בבית המשפט העליון בקנדה ב- R. v. Malmo-Levine [2003] 3 S.C.R. 571, שם נקבע כי עבירה של אחזקת סם היא חוקתית; וכן ראו את החלטת ועדת האו"ם לזכויות אדם ב- Wackenheim v. France (2002), שם נדחתה תלונה שהוגשה על-ידי נמוך-קומה ונקבע כי חוק האוסר על "dwarf tossing" אינו מפר את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות בהיותו נועד למנוע פגיעה בכבוד האדם). ייתכנו מקרים אשר יצדיקו "פטרנליזם רך" מצד המדינה, היינו, פגיעה בחופש הבחירה של הפרט כאשר נראה שהפרט אינו מסוגל להגיע לכדי החלטה מושכלת בעצמו (ראו, Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian*, (2003) 70 U. CHI. L. REV. 1159). יהיו מקרים אחרים, קיצוניים יותר, שבהם יוצדק גם "פטרנליזם קשה" של המדינה כלפי הפרט. כך, למשל, פסק בית הלורדים באנגליה (בדעת רוב) כי ביחסים סאדו-מאזוכיסטיים שבהם נגרמת לפרט חבלה חמורה, הסכמת הנפגע אינה מהווה הגנה מפני הרשעה פלילית, ואף נקבע (באופן פטרנליסטי), כי "Pleasure derived from the infliction of pain is an evil thing" (R. v. Brown, [1994] 1 AC 212, 237; עתירה באותו עניין לבית הדין האירופאי לזכויות אדם בשטרסבורג נדחתה: Laskey v UK 24 EHRR 39 (1997); כן ראו, רות קנאי, "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", משפטים כט 389, 431-433 (תשנ"ח); ולדיון בשאלה אימתי מוצדק לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט בסוגיות המערבות מוסר, ראו, Gerald Dworkin, *Moral Paternalism*, 24 LAW AND PHILOSOPHY 305 (2005). אם כן, התשובה לשאלה האם נכון לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט תלויה בנסיבות העניין, וביניהן, מידת החשיבות של הערך שעליו מבקשת המדינה להגן ואמצעי הכפייה שמבקשת המדינה להפעיל. מובן, שכלל שהערך המוגן חשוב יותר, מוצדק יהיה להפעיל אמצעי כפייה משמעותיים יותר, ולהיפך (למשל, עבירה פלילית במקרה של סכנה לחיים או לשלמות הגוף, לעומת הסתפקות בתמרוץ כלכלי במקרים אחרים). שיקול נוסף הוא הסיכוי שהפרט יקבל החלטה שגויה מבחינתו (למשל, בשל חוסר מידע, מצבו הבריאותי והנפשי ועוד) (ראו, Anthony Ogus, *The Paradoxes of Legal Paternalism and How to Resolve Them*, 30 LEGAL STUDIES 61, 62-63, 69-72 (2010); כן ראו, עניין טאלה - חיסונים, פסקה 46 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארז).

39. חזרה לענייננו. האם נסיבות העניין מצדיקות לקבוע כי היקף הזכות החוקתית לכבוד האדם כולל חיוב המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי הפרט? זה המקום לדון בעניין



*Yoder* שנדון בארצות הברית. אותו עניין עסק בהורים בני עדת האמיש שסירבו לשלוח את ילדיהם לאחר סיום לימודי כיתה ח' ללמוד שנתיים בבית ספר תיכון, כפי שהורה החוק. הדמיון בין עניין *Yoder* לבין עניינו אנו הוא איפוא ברור (אף שיוער כי הדגש בעניין *Yoder* היה על הפגיעה בחופש הדת של ההורים, ואילו במקרה דנא מושם הדגש, מזוית ההורים, על האוטונומיה של הפרט כחלק מכבוד האדם; כמו כן באותו עניין באה תקיפתו של החוק בשל היותו פטרנליסטי, בעוד שבעניינו העותרים משיגים מהכיוון ההפוך, היינו בעד אכיפת פטרנליזם: ראו, פסקאות 6-8 לעיל). בדעת רוב, קיבל בית המשפט העליון בארצות-הברית את עמדת ההורים. נפסק, כי באיזון בין אינטרס המדינה בהסדרת החינוך לבין חופש הדת של ההורים, ידן של זכויות ההורים על העליונה וכי החוק אינו חוקתי. כן נקבע בפסק-הדין, כי לתוספת לימוד של שנתיים אין השפעה רבה על האינטרסים של המדינה בתחום החינוך ועל יכולת ההשתלבות של הפרט בחברה (שם, בעמ' 221-222). השופט White הוסיף, בחוות-דעתו המסכימה, כי התוצאה הייתה שונה אילו היו טוענים ההורים שדתם אוסרת על לימודים כלל (שם, בעמ' 238). יוער, כי חלק מן הקביעות בעניין *Yoder* לגבי היקף ההגנה על חופש הדת בארצות-הברית שונו במהלך השנים, בפסיקה מאוחרת ובחקיקה (ראו את הסקירה ב- (Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 134 S. Ct. 2751, 2760-2762 (2014)).

40. יודגש, כי אין כוונתי לומר שפסיקת בית המשפט בעניין *Yoder* היא הפסיקה הראויה, אילו השאלה התעוררה בארץ מאותה זווית בה היא התעוררה בארצות-הברית. ייתכן, שלא היה מקום להתערב, אילו הסוגיה התעוררה כאן, בחוק המטיל לימודי חובה בשנות התיכון, על אף הפגיעה בזכויות הפרט, וכי הדבר אינו נמצא מחוץ למתחם הפעולה הקיים למחוקק. פסק-הדין בעניין *Yoder* עורר ביקורת לא מעטה (ראו, למשל, David Gan-wing Cheng, *Wisconsin v. Yoder: Respecting Children's Rights*, 4 CHARLOTTE L. REV. 45 (2012) *and Why Yoder Should Be Overturned*). יש מבקרים המוסיפים כי ספק אם הפסיקה בעניין *Yoder* נכונה כיום, נוכח השינויים שעברה קהילת האמיש בעת המודרנית ונוכח הכישורים הנדרשים כיום מהנוער בקהילה להתמודדות עם תנאי המציאות החדשים (ראו, Lisa Biedrzycki, *Comment: 'Conformed to this World': a Challenge to the Continued Justification of the Wisconsin v. Yoder Education Exception in a Changed Old Order Amish Society*, 79 TEMP. L. REV. 249 (2006); Gage Raley, *Yoder Revisited: Why the Landmark Amish Schooling Case* (2001); 97 VA. L. REV. 681 *Could – and Should - be Overturned*). עם זאת, דומה שעדיין ניתן להיעזר בפסק-הדין שניתן בעניין *Yoder*, וללמוד ממנו לעניינו, מכוח קל וחומר: אם מצא לנכון בית המשפט העליון בארצות-הברית לפסול חקיקה המורה על שנתיים של לימודי תיכון בשל הפגיעה בזכויות הפרט, פשיטא שאין מקום לחייב את

המחוקק להורות כן שעה שהמחוקק בחר שלא לכפות על הפרט תכני לימוד מסוימים בשנים דומות.

41. כפי שהעיר השופט White בעניין *Yoder* (שם, בעמ' 238), ייתכן שהתוצאה הייתה משתנה אילו לא היה כופה המחוקק על פלח כלשהו באוכלוסיה את לימודי הליכה כלל. אולם זה לא המקרה שלפנינו. בענייננו, השאלה היא האם כבודו של האדם נפגע, שעה שנותנים בידו אופציה שלא ללמוד את לימודי הליכה בכיתות ט' עד י"ב. לטעמי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. נשוב ונזכור, כי הנטל להוכחת פגיעה בזכות חוקתית מוטל על כתפי העותרים. סבורני כי העותרים לא עמדו בנטל לשכנע, כי היקפה של הזכות החוקתית לכבוד כולל זכות (חיובית) ללמוד את לימודי הליכה בכיתות ט' עד י"ב, באופן המטיל חובה על המחוקק לכפות לימודים אלו על התלמידים ללא מתן אפשרות בחירה בידיהם. אדרבא, מתן זכות הבחירה מקדם את האוטונומיה של הפרט, את זכותו (השלילית) לחינוך ואת כבוד האדם. בהיעדר פגיעה בזכות חוקתית, נמצא כי דין העתירה להידחות.

אי-לימוד תוכנית הליכה – בחירה של התלמיד החרדי או של הוריו?

42. עד-כה התייחסתי אל הנער החרדי ואל הוריו כמקשה אחת. הנחתי הייתה, כי דרישת העותרים היא פטרנליסטית, מאחר שמבוקש בה להגביל את אפשרות הבחירה של התלמיד החרדי על מנת להגן עליו עצמו. עם זאת, הסיטואציה שלפנינו היא מורכבת יותר, כאשר לוקחים בחשבון שלעתים הבחירה נעשית לא על-ידי התלמיד אלא על-ידי הוריו (ולעתים בהשפעת הקהילה שבה התלמיד חי). נוכח זאת, ניתן לטעון כי העתירה אינה פטרנליסטית במלוא מובן המילה, שכן מטרתה להגן על התלמיד מפני פגיעה בו אף מצד הוריו. עם זאת, דומני שאין במורכבות זו כדי לשנות ממסקנתי. בית משפט זה קבע לא אחת, כי ככלל, ההנחה היא שההורים הם הגורם הטוב ביותר לקבל החלטות מושכלות לטובת ילדיהם, וכי קיימת להם אוטונומיה רחבה בהקשר זה (ראו, עניין עדאלה – חיסונים, בפסקה 45 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארד):

“פסיקת בית משפט זה הכירה באוטונומיה רחבה ביותר של הורים בגידול ילדיהם... מקובל להניח כי ההורים המופקדים על התא המשפחתי ומכירים אותו על כל היבטיו יקבלו עבור הילדים את ההחלטות הטובות ביותר עבורם” (וראו גם, עניין התנועה לחופש המידע, פסקה 15).

43. יש גם הסבורים, כי האוטונומיה של ההורים בקבלת ההחלטות לגבי ילדיהם היא זכות חוקתית (ראו, ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995)).

אשר על כן, נקבע כי קיימת "הנחה כי השמירה על האוטונומיה של ההורים פועלת, בדרך-כלל, לטובת הילד" (רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר, פ"ד נא(4) 830, 860 (1997)). אומנם, הנחה זו ניתנת כמובן לסתירה, למשל, במקרים שבהם רווחתו של הקטין או שלומו הגופני והנפשי עומדים בסכנה. אולם, כפי שנקבע, הנטל לסתור הנחה זו הוא כבד (שם, בעמ' 862):

"נוכח העוצמה הניכרת של זכות ההורים לאוטונומיה בקבלת החלטות לגבי ילדיהם, נדרש, כדי להצדיק את השימוש בכוחות הנתונים לרשויות המדינה – בא-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, פקיד הסעד, בית-המשפט – להתערב בהחלטות ההורים, כי תתקיים "...עילה מיוחדת ויוצאת דופן" (פסק-הדין בע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468). מכאן, כי על המדינה מוטל נטל משמעותי, כדי להצדיק התערבות בהחלטה המסורה להוריו של קטין וכדי לגבור על החזקה שהוריו – אפוטרופסיו של קטין – פועלים לטובת עניינו".

וראו גם, *Ezer*, בעמ' 14-15; Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1979); כן ראו בקנדה, שם נפסק כי קיימת הנחה כי ההורים פועלים לטובת ילדיהם, אלא אם כן התנהגותם "falls below the socially acceptable threshold" (B. (R.) v. Children's Aid ) (Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315, 318); וכך ראו את פסק-דין בבית המשפט המחוזי בעת"מ (מחוזי ת"א) 1294/01 בית הספר עתיד נ' משרד החינוך, פסקאות 10-21 (29.8.2001) (הערעור נדחה בעע"מ 7616/01).

44. מובן, כי עניינו אינו עולה לכדי אותם מקרים יוצאי-דופן, כדוגמת הזנחה, התעללות, סכנה לבריאות הילד, חוסר מסוגלות וכדומה, המקימים עילה להתערב באוטונומיה של ההורים ולסתור את ההנחה כי בחירת ההורה פועלת גם לטובת ילדו. בחירה ללמוד או לא ללמוד את לימודי הליכה בכיתות ט' עד י"ב, גם אם נעשית בפועל על-ידי הוריו של התלמיד החרדי, אינה סיבה מספקת לסתור את ההנחה כי הבחירה עולה בקנה אחד עם טובת התלמיד. ניתן לומר, כי העותרים מבקשים מאיתנו לנהוג באופן פטרנליסטי – ונזכור כי המונח "פטרנליזם" נגזר מהמילה "פֶּטֶר", אבא (אגב, יש המכנים "פטרנליזם" בשם "פרנטליזם", כנגזרת מן המילה parents, הורים) – בניגוד לרצונם של אביו ואימו של התלמיד החרדי. העותרים לא עמדו בנטל להראות כי קמה עילה לעשות כן.

45. בטרם סיום אעיר, כי בעיקרי הטיעון הוסיפו העותרים פרק שלם העוסק בטענה לפגיעה בעיקרון השוויון על רקע תקצובם של מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. לעומת זאת, עניין זה נזכר בקיצור רב בכתב העתירה (פיסקה 27 לכתב העתירה). בפרק הנוגע לעניין זה בעיקרי הטיעון אף מוסיפים העותרים סעד חלופי שלא נתבקש בכתב העתירה, לבטל רק את הסעיף בחוק העוסק בתקצוב (סעיף 5 לחוק). מדובר, איפוא, בהרחבת חזית. סעד חלופי זה לא נזכר גם בצו-על-תנאי שהוצא על-ידינו. משכך, אינני רואה מקום לדון בטענות אלו או להביע בהן עמדה, ולטעמי יש להותיר את ההכרעה בהן לעת מצוא.

46. העתירה שלפנינו הוגשה בלא תשתית עובדתית מספיקה. טענתם של העותרים היא כי מתן הפטור מתוכנית הליבה לישיבות קטנות, בכיתות ט' עד י"ב, אינו חוקתי. אולם, העותרים לא הציגו בפנינו תוכנית זו כדי שנוכל לקבוע, כי אכן בהיעדרה נפגעות זכויות חוקתיות של תלמידים בכיתות אלו. הסתבר, כי ככל הנראה אין כיום תוכנית יסוד לכיתות י' עד י"ב. די בכך כדי לקבוע כי העותרים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח פגיעה בזכות חוקתית.

מעבר לכך, עמדתי על מאפייניה המיוחדים של עתירה זו, אשר גם בגינם יש לדחות את העתירה. מדובר בעתירה חריגה, שבה מבקש צד שלישי כי נחייב את המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי אחר. אף שייתכן, כי דרישה מן המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי צד שלישי עשויה להתקבל במקרים קיצוניים, מובן שענייננו אינו נמנה עליהם. מאפיין ייחודי נוסף של העתירה הוא, כי לאמיתו של דבר, זו עתירה המבקשת לקדם אינטרס ציבורי רחב, במחיר של פגיעה בזכויות (שייתכן שהן חוקתיות) של אחרים. ספק רב אם מצב דברים זה מצדיק בחינה חוקתית של החוק מושא העתירה. בנוסף, מדובר בעתירה שבה מבוקש כי נחייב את המחוקק להגן על זכות חיובית, וכפי שעמדתי על כך בפירוט, במצב דברים זה נדרש ריסון שיפוטי רב מצד בית המשפט.

לבסוף, עמדתי על כך כי בעתירה דנא לא עמדו העותרים בנטל (המוטל על כתפיהם) להוכיח פגיעה בזכות חוקתית. ראשית, קיים קושי רב להגדיר את היקפה של הזכות החוקתית בהתבסס על הוראות בדין ברמה תת-חוקתית, קרי, היקף חינוך החובה ולימודי הליבה הקיים כיום. שנית, פירטתי את עמדתי שלפיה הניתוח החוקתי בענייננו מתמקד בשלב הראשון של הבחינה החוקתית של חוק, הוא היקף הזכות החוקתית

וקביעה אם קיימת פגיעה בה. זאת, מאחר שעוסקים בנו ב"איזון פנימי" בין היבטים שונים של אותה הזכות בהתייחס לאותו פרט. כזכור, מדובר בשתי זכויות הקשורות לכבוד האדם: הזכות לחינוך והאוטונומיה של הפרט. ראינו, כי בבחינת היבטים אלו, לא כולל כבוד האדם חובה על המדינה לכפות על הפרט לימודי ליבה בחינוך העל-יסודי, במחיר פגיעה באוטונומיה של הפרט בבחירת תכני הלימוד שלהם ייחשף. לסיום ראינו גם, כי אין עילה לסטות מן ההנחה, שלפיה גם אם בחירה זו נעשית בפועל על-ידי הורי התלמיד, הרי שהיא פועלת לטובת הקטין. מכל הטעמים הללו, דעתי היא כי דין העתירה להידחות.

.47

"ממהותה של דמוקרטיה פרלמנטרית כי לפני שמתקבלות החלטות המעוררות מחלוקת של השקפת עולם, מתנהל שיג ושיח בין הנבחרים, וכי ההחלטות עצמן מבטאות לעתים קרובות פשרות בין העמדות הערכיות המנוגדות. פשרות דמוקרטיות אלה על בית-המשפט לכבד, כל עוד אין בהן פגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכויות יסוד שהן בעלות מעמד חוקתי. הסוגיה העומדת לפנינו היא דוגמה מובהקת לקיום מחלוקות ערכיות עמוקות ולעריכת הסדר חוקי המבוסס על פשרה" (השופט י' אנגלרד בעניין משפחה חדשה, בעמ' 469).

דבריו אלו של השופט י' אנגלרד יפים לענייננו. חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים משקף פשרה אליה הגיע המחוקק. המחוקק סבר כי נכון לחייב כיום את התלמיד החרדי בלמידת תוכנית היסוד בכיתות א' עד ח' (או חלק ממנה), וליתן לו ולמשפחתו אפשרות בחירה ביתר כיתות הלימוד במוסדות חינוך מסוימים. ייתכן שפשרה זו נעשתה על-ידי המחוקק מתוך השקפה, כי בשלב זה כך יהיה נכון להביא להשתלבות טובה יותר של חברי הקהילה החרדית ביתר החברה הישראלית. מסופקני אם פסילת החוק על-ידי בית המשפט תסייע להגשמת תוצאה זו.

