

# ספר אדמונד לוי

קובץ מאמרים לכבודו של השופט  
אדמונד לוי ע"ה

עורך

אוהד גורדון

חברי מערכת

אסתר חיות, יצחק עמית, אליקים רובינשטיין

**נב**

המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר,  
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים



## תוכן עניינים

9	הקדמה
11	אדמונד לוי – שופט, אדם וחבר – דברים לזכרו – דורית ביניש
	שער ראשון – משפט חוקתי וזכויות אדם
21	השופט אדמונד לוי ע"ה – היבטי משפט ציבורי בפסיקתו – אליקים רובינשטיין
39	מורשתו של השופט אדמונד לוי והזכות לתנאי מחיה נאותים – אהרן ברק
53	זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך – דפנה ברק-ארז
	גבולות כוחו של בית המשפט: פרשת Marbury v. Madison והשתקפותה
75	במשפט החוקתי הישראלי – ארנון גוטפלד ויורם רבין
95	"ערכי היסוד של השיטה" וסיפור היסוד של החברה – גיא הימן
	"חנוך לנער על פי דרכו!?" דת, אוטונומיה, בדלנות ופולורליזם במערכת החינוך והביקורת
143	השיפוטית עליהן – אביעד הכהן
185	גבולות המשפט – אסתר חיות
197	הזכות לקיום בכבוד: הערכה ביקורתית של פסיקת בית המשפט העליון – ברק מדינה
249	על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 – יגאל מרזל
279	האם חוק השבות עודנו מוצדק? – גדעון ספיר
295	על אשפוז אזרחי בכפייה באנורקסיה נרבוזה – עדנה קפלן-הגלר
307	לאומי, ליברל, מגן זכויות אדם ואקטיביסט – מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס

שער שני – המשפט הפלילי

333	..... התחום הפלילי בפסיקתו של השופט לוי – דבורה ברלינר
369	..... פאניקה מוסרית סביב תאונות פגע וברח – ישראל 2002–2011 – מרים גור־אריה
391	..... רצח באדישות – אוהד גורדון
	האם הגנת החוק הפלילי על הלקוי בנפשו מהווה איזון נכון וצודק בין ההתחשבות
425	..... בנאשם ובין הגנת החברה? – עמנואל גרוס
457	..... עילה לביטול? עיון מחודש בעילות לסגירת תיק פלילי – יניב ואקי
485	..... עברות כלכליות בישראל – החמרה ושובר בצדה – גיל עשת
529	..... אחריות פלילית בגין רשלנות – קשיים והצעות לפתרון – אסף פורת
	ידיעה ממשית על נסיבות ביצוע העברה כאמת מידה מבחינה בין הודאות אמת לבין
581	..... הודאות שווא – רינת קיטאי־סנג'רו
	ריבוי עברות: אתגרים והצעת פתרונות לאור עקרון ההלימה (בעקבות סעיף 40יג
613	..... לחוק העונשין) – רות קנאי ונתנאל דגן
657	..... ביצוע בצוותא: רכיב התנהגותי, יסוד נפשי ורציונלים – רוני רוזנברג

# ”חנוך לנער על פי דרכו!?” דת, אוטונומיה, בדלנות ופלורליזם במערכת החינוך והביקורת השיפוטית עליהן

מאת

## אביעד הכהן\*

סוגיית האוטונומיה בכלל והאוטונומיה החינוכית בפרט היא אבן יסוד בדמוקרטיה המודרנית. לצד חובת השמירה הקפדנית על כבוד האדם וחירויותיו השונות, ובכללן חופש הביטוי, חופש הדת וחופש הדעת (זכותו לקנות דעת), מקיימת כל מדינה מערכת חינוך המציבה לאזרחיה מסגרות מוגדרות, ובכללן תכניות לימודים שאותן כל תלמיד חייב ללמוד. לא אחת קיימת התנגשות בין רצונם של תלמיד או של הוריו לקבל חינוך ”על פי דרכו” לבין החובות שמוטלות עליהם מכוח המדינה בשדה החינוך. עימות ומתח זה גוברים כאשר רצון המדינה נוגד לא רק את רצונם האישי של התלמיד והוריו אלא גם את הנורמות הדתיות שהוא רואה עצמו כפוף אליהן. מאמר זה עוסק במתחים אלה ובדרכים לשיכונם, ואגב כך נע בתפר שבין חינוך, דת ומדינה, יהדות ודמוקרטיה, אוטונומיה, פלורליזם ובדלנות, ומביא דוגמאות שמשקפות מתח זה בחיי המעשה, בפן המוסדי, המערכתי והפרטני. המאמר בוחן את השיקולים השונים המשמשים בסוגיה זו ועומד על תפקידה ומקומה של המערכת המשפטית בהסדרתה, על יתרונותיה, מגבלותיה וחסרונותיה.

א. אקדמות מילין: ”השופט הראשון של ישראל השנייה”. ב. משפט, פלורליזם וחינוך. ג. הנחות היסוד. ד. רקע היסטורי: מטרות החינוך בישראל ומקום הדת והמסורת בהן לאור הוראות הדין. ה. המסגרת הנורמטיבית: 1. חוק לימוד חובה, התש”ט–1949; 2. חוק חינוך ממלכתי, התשי”ג–1953; 3. חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס”ח–2008. ו. הפרדה מגדרית ומיסודה. ז. סייג לאיסור ההפליה: ”כאשר ההפליה מתחייבת מאופיו או ממהותו של העניין”. ח. פתרונות אפשריים: יתרונות וחסרונות. ט. סיכום: מעורבות משפטית ושיפוטית בשדה החינוך: בין המצוי לבין הרצוי; 1. סמכות ויכולתו של בית המשפט לדון בסוגיות אלה; 2. רציות הביקורת השיפוטית בסוגיות אלה.

\* פרופ' אביעד הכהן, דקן בית הספר למשפטים והמרכז האקדמי ”שערי מדע ומשפט”; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית מחקר בכיר, מכון ון ליר בירושלים. תודתי נתונה לשופט ד”ר אוהד גורדון, שבזכות המרצתו והערותיו הטובות יצאה כתיבת מאמר זה מן הכוח אל הפועל.

### א. אקדמות מילין: "השופט הראשון של ישראל השנייה"

השופט אדמונד לוי היה שופט מזן מיוחד במינו. לא ייפלא אפוא שרבים הכתירו אותו בתואר יחיד ומיוחד, "השופט הראשון של ישראל השנייה".<sup>1</sup>

השופט לוי היה אנטיטזה מובהקת לדימוי השגרתי, אם כי הלא מוצדק, של שופטי בית המשפט העליון. גם בקרב חבורת עילית מצומצמת זו בלט בשונותו. הוא נולד בעיראק, לא בגרמניה, פולין, ליטא או ישראל כרוב השופטים.<sup>2</sup> אופיו עוצב ברחובותיה הצרים של "העיר האפורה" רמלה. את דרכו בבית המשפט התחיל כמחלק תה ומזכיר ראשי. הוא התנזר דרך קבע מהוראה, מכתבת מאמרים וספרים, ממתן הרצאות פומביות או מהשתתפות בטקסים. מאז נתמנה לשופט ראה את עולמו, מבחירה ולא מאונס, בבית המשפט ובו בלבד.

כשפרש מבית המשפט העליון, לאחר כחצי יובל שנות שיפוט, תבע במפגיע ממתמחיו ומידידיו להימנע מלערוך לכבודו "מסיבות סיום". אפילו בחלוף כמה שנים, כשביקשו לערוך לכבודו יום עיון על משנתו השיפוטית, הודיע שלא יבוא ומנע זאת באותה החלטיות שאפיינה את פסיקותיו.

השופט לוי היה שופט אמיץ. גם בשיבתו עלי מדין לא "הלך בתלם". אפילו כשקולו דעת יחיד היה, לעתים בין אחד-עשר<sup>3</sup> או בין שבעה שופטים,<sup>4</sup> לא נרתע ולא חת. מצוות "לא תגורו מפני איש" הייתה נר לרגליו. גם משמצא עצמו לא פעם בעמדות מיעוט לא סר מדרכו. כך נהג גם בעתירה לביטול הסכם הטיעון שנחתם עם משה קצב.<sup>5</sup> אף שנותר בעמדת מיעוט (עם השופטת (כתוארה אז) ביניש), פסק בהחלטיות כי דין הסדר הטיעון להתבטל, בניגוד לעמדתם החולקת של שלושת עמיתיו.

בחלוקה השטחית והפשטנית (והלא מוצדקת) שנעשית תדיר בין שופטים "שמרניים" לשופטים "ליברליים" ו"אקטיביסטים" שויך השופט לוי, כמעט אוטומטית, למחנה ה"שמרניים". וכי אפשר אחרת כאשר מדובר באיש תנועת ה"חרות", בן רמלה, מזרחי ושומר מצוות?

השופט לוי הוכיח שהמציאות שונה לחלוטין: למרות שמרנותו בסוגיות מסוימות היה לוי גדול ה"אקטיביסטים" בסוגיות אחרות. למשל, לא נרתע לוי מלהצטרף, פעם ופעמיים, להחלטות שהורו על ביטול חקיקה של הכנסת שלא עמדה במבחן החוקתיות.

כלפי חוץ נדמה אדמונד לוי שופט חמור סבר, קשה כארו, אך בתוך תוכו היה רך כקנה.<sup>6</sup> בעיקר כלפי "אנשי השוליים" שבחברה. כל ימיו זכר השופט לוי מאין בא, לאן הוא הולך, ולפני מי עתיד הוא ליתן דין וחשבון.

1 אביעד הכהן "יחיד ומיוחד" ישראל היום 12.3.2014.

2 לעניין זה ראו לדוגמה אליקים רובינשטיין שופטי ארץ לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון "משפט בישראל (1980); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון" משפט והיסטוריה 357 (דני גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998); מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב 499 (1999); ניר קידר "בן גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 515 (2002).

3 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(2) 481 (2005).

4 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).

5 בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008). גילוי נאות: בעתירה זו ייצג הח"מ את אחד העותרים.

6 ראו בבלי, תענית כ, ע"א.

פשטות הליכותיו, רגישותו ואנושיותו באו לביטוי בהזדמנויות רבות מספור, לדוגמה כשהורה למדינה לבטל את הסכם הכבילה של עובדים זרים למעסיקהם, וכתב: "אל לה למצוקתם של עובדים אלה מלהפוך עבורנו קרדום לחפור בו. חלילה לנו מהפיכת עונם מנוף לפגיעה בלתי-מבוקרת ובלתי-מידתית בזכויות-יסוד. אנו, בעיקר אנו – שטעמה המר של גלות אינו זר לנו – הלוא ידענו את נפש הגר, שגרים היינו בארץ מצרים".<sup>7</sup>

ביטוי נוסף לפן מיוחד באישיותו ניתן באחד הדיונים המתוחים בבית המשפט העליון בפרשת עמנואל שבו צפה ועלתה סוגיית נוסח התפילה בבית הספר. נציגי בית הספר הודו בדיון כי בין כתליו מתקיימת רק תפילה בנוסח "אשכנז", ולא סתם "נוסח אשכנז" אלא רק במבטא ו"בהברה אשכנזית". גם כל התלמידות המזרחיות שנמנו עם תלמידות בית הספר חויבו להתפלל בנוסח ובהגייה אלה אף שאלה אינם חלק ממסורתן, ואפשר שחיוכן בהן אף עומד בניגוד להלכה היהודית.<sup>8</sup> יתר על כן, הוברר שחובה זו הושתה על תלמידות בית הספר ממוצא מזרחי לא רק בין כותלי בית הספר אלא גם חוצה לו, בשבתן בביתן ובלכתן בדרך. השופט אדמונד לוי ז"ל, שישב בראש ההרכב, הביע פליאה על הנחיה זו, ולקול צחוקם של הנוכחים באולם, הוסיף: "אפילו ילקו אותי מאה מלקות, לא אוכל לדבר או להתפלל בהגייה אשכנזית...".<sup>9</sup>

אתנחתה מעין-קומית זו הפיגה מעט את המתח שאפף את הדיונים בפרשת "עמנואל" אך הציפה אחת מסוגיות היסוד המלוות את מערכת החינוך בארץ ובעולם: המתח שבין רצון ליצור מערכת חינוך "ממלכתית" או אחידה לבין הרצון לאפשר לתלמידים – ולהוריהם – מידה גדולה, ככל שניתן, של "חינוך הנער על פי דרכו",<sup>10</sup> דרכו שלו ודרכם של הוריו. המתח שבין ערכי יסוד כגון אוטונומיה, חירות ורצון לבין יסודות הכפייה והחובה שמאפיינים חלקים רבים במערכת החינוך אינו ניתן לפתרון קל. כך גם התאמת מערכת החינוך ועמידתה בעקרונות יסוד חוקתיים דוגמת שוויון, חירות, חופש דת וחופש מדת, חופש ביטוי, חופש מדע ועוד.

פסק הדין בפרשת עמנואל העלה על סדר יומה של מדינת ישראל פעם נוספת גם את המתח המתמיד שבין שלושה שדות חשובים: חינוך, דת ומדינה. פרשה זו עוררה עניין במישורים שונים: משפטיים, חינוכיים, מנהליים, הלכתיים, חברתיים ודתיים.<sup>11</sup>

- 7 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 393 (2006).
- 8 במשפט העברי קיימת הלכת "אל תטש תורת אמך", לפיה ילדים חייבים להתפלל בנוסח שבו מתפללים הוריהם.
- 9 תומר זרחין "השופט לוי: גם אם ילקו אותי לא אצליח לדבר בהברה ליטאית" הארץ – חדשות 2008.9.5. [www.haaretz.co.il/misc/1.1347564](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1347564)
- 10 ראו משלי כב, ו: "חנוך לנער על פי דרכו גם כי יזקין לא יסור ממנה". מפסוק זה שאובה כותרת המאמר. רבי שמשון רפאל הירש (מכונה הרש"ר הירש), ממנהיגי הרוחניים והתורניים של יהדות גרמניה במאה הי"ט, ביסס על פסוק זה עיקרים גדולים במשנתו החינוכית. ראו פירושו לתורה, לבראשית כה, כז; ומאמרו "חנוך לנער על פי דרכו" בתוך ספרו יסודות החינוך א, מט (התשכ"ח).
- 11 פרשת עמנואל נדונה בהרחבה בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009) (להלן: פרשת עמנואל). גילויי נאות: הח"מ ייצג את העותרים בפרשה זו. למשמעותה ולהדים הרבים שעוררה ראו בין השאר חוברת שלמה שהוקדשה לפרשה זו של כתב העת תרבות דמוקרטית 15 (2013); להשלכות הפרשה על יחסו של הציבור החרדי למערכת המשפט ונגישותה לו, ראו גם שולמית אלמוג ולטם פרי-חזן "דת, מגדר ומשפט בפרשת עמנואל: מילים, קולות ופרשנויות" עיונים בשפה וחברה 5, 205 (2013); אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו) – אפליה עדתית וייצוגן של קבוצות אוכלוסיה מוחלשות במגזר החרדי" מעשי משפט 3, 123 (2011); אביעד הכהן "מרים יד בתורת משה? –

הָרִיחַהּ שֶׁל פְּרִשָּׁה זֹו חָרְגוּ הַרְבֵּה מֵעֵבֶר לְאוֹלָם בֵּית הַמִּשְׁפָּט. הַפְּגָנוֹת עָנֵק נִעְרְכוּ בְּמַהֲלֵךְ הַמִּשְׁפָּט. מַהֲלֵךְ הַמִּשְׁפָּט סוֹקֵר לֹא רַק בְּיִשְׂרָאֵל אֲלָא גַם בְּאִמְצָעֵי תִקְשׁוֹרֹת בְּכָל הָעוֹלָם. פֶּסֶק דִּינֹו שֶׁל בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן צוֹטֵט גַם בְּבֵית הַלּוֹרְדִים הָאֵנְגְלִי, אֲגַב פְּרִשָּׁה אַחֲרֵת שֶׁנִּדְוְנָה בְּהִרְכָּב תְּשׁוּעָה שׁוֹפְטִים, וְגַם עֲנִינָה נוֹשֵׁק לִיחֲסֵי חִינּוֹךְ, דֵּת וּמְדִינָה: אֵי־קַבְּלַת תְּלַמִּיד שֶׁהִתְגַּיֵּר בְּגִיּוֹר שְׂאִינֹו אֹוֶרְתוֹדוֹקְסִי לְבֵית סֵפֶר יְהוּדִי.<sup>12</sup> רְשִׁימָה זֹו, שְׁמוֹקְדֶשֶׁת לְזַכְרוֹ הַבְּרוּךְ שֶׁל הַשׁוֹפֵט לֹוִי, מִבְּקִשָּׁת לְהֵאִיר כְּמָה סוֹגִיּוֹת הַמְצוּיּוֹת בְּתַפְר שְׁבִין חִינּוֹךְ, דֵּת וּמְדִינָה, יְהוּדוּת וּדְמוֹקְרַטִיָּה, אוֹטוֹנוֹמִיָּה, פְּלוּרָלִיזְם וּבְדִלְנוּת, וְכֵן עֲרֻכִים וְנוֹשָׂאִים שֶׁהִיוּ קְרוּבִים לְלִבּוֹ שֶׁל הַשׁוֹפֵט לֹוִי. בְּתַחֲלִילַת הַדְּבָרִים הוֹצָגָה הַסּוֹגִיָּה וְהוֹבָאוּ כְּמָה דוֹגְמָאוֹת לְהִשְׁתַּקְפּוֹתָהּ בַּחֲיֵי הַמְעִשָּׂה, הֵן בְּפֶן הַמוֹסְדִי וְהַמְעַרְכָּתִי הֵן בְּפֶן הַפְּרַטְנִי. לְאַחַר מִכֵּן נִבְחַנּוּ הַשִּׁיקוּלִים וְהַסּוֹגִיּוֹת הַמְשֻׁמָּשִׁים בָּהּ, וְלוֹסוֹף נִבְחַנּוּ תְּפִקִּידָה וּמְקוּמָה שֶׁל הַמְעַרְכָּת הַמִּשְׁפָּטִית בְּהַסְדֶּרֶת סוֹגִיּוֹת אֲלֵהּ, עַל יִתְרוֹנוֹתֶיהָ, מִגְּבֻלוֹתֶיהָ וְחִסְרוֹנוֹתֶיהָ.

## ב. מִשְׁפָּט, פְּלוּרָלִיזְם וְחִינּוֹךְ

עַל פְּנֵי הַדְּבָרִים אֵין כָּל יִיחֻד לְזִיקָה שְׁבִין שְׂדֵה הַחִינּוֹךְ לְתַחֲוֹם הַמִּשְׁפָּט. כְּסוֹגִיּוֹת אַחֲרוֹת שֶׁנִּדְוְנוּ בְּהַרְחָבָה, דוֹגְמַת "מִשְׁפָּט וְכִלְכֵּלָה", "מִשְׁפָּט וְרִפּוּאָה", "מִשְׁפָּט וְחִבְרָה", הַשְּׂדֵה שֶׁל "מִשְׁפָּט וְדֵת" אוֹ "מִשְׁפָּט וְחִינּוֹךְ" הוּא נוֹשֵׂא נוֹסֶף, אֶחָד מִנֵּי רַבִּים, מִבֵּין שְׁלָל וּמִגּוּוֹן הַשְּׂדוֹת שְׁעֲנִינִים "מִשְׁפָּט וְ...". שְׂדוֹת אֲלֵה מִתְּאִפְיִינִים דְּרָךְ כָּלֵל בְּעִיּוֹן רַב־תַּחֲוֹמִי, בְּנִקּוּדַת הַהִשְׁקָה, הַשׁוּוּהָ וְהַשׁוֹנָה, שֶׁל שְׂדוֹת מַחְקֵר שׁוֹנִים, בִּיחֲסֵי הַגּוֹמְלִין שְׁבִינֵיהֶם וּבְהַשְׁפַּעַת הַתַּחֲוֹם הָאֶחָד עַל מִשְׁנֵהוּ.

עַם זֹאת כֹּאשֶׁר מְדוּבָר בְּבִיקוּרַת שִׁיפּוֹטִיַּת בְּנוֹשָׂאֵי דֵת וְחִינּוֹךְ, דוֹמָה שְׁבָכֵל זֹאת יֵשׁ מְקוֹם לְדַבֵּר עַל יִיחֻדִּיּוֹת מְסוּיִמַּת.

רֵאשִׁית, שְׁנֵי הַתַּחֲוֹמִים – דֵת וְחִינּוֹךְ – נוֹשָׂאִים חוֹתֵם עֲרֻכִי וְאִידֵאוֹלוֹגִי מוֹבָהֵק. אֵין מְדוּבָר "רַק" בְּעַסְקָה כְּלָלִית (אֵף שְׁכִמוּבֵן גַם הַהִסְדָּרִים הַנּוֹרְמַטִיבִיִּים שְׁעֲנִינִים בְּעַסְקָה מְעִין זֹו אֵינִם חִפִּים מִשִּׁיקוּלִים עֲרֻכִים) שְׁנִיתֵן לְעֵתִים לְהַסְדִּירָה וְלִיִּשְׁבָה בְּאִמְצָעוֹת "צִדָּק חִלּוֹקֵתִי" שֶׁל מִמוֹן אוֹ בְּהַסְדֵּר חִבְרָתִי שְׁעֲנִינֹו יִישׁוּב סַכְסוֹךְ "מְקוּמִי".

לְעֵתִים קְרוּבוֹת מְדוּבָר בְּסוֹגִיּוֹת "חֻבְקוֹת עוֹלָם", דוֹגְמַת אִמוּנָה בָּאֵל, קְבִיעָה מְהִי "הַדֵּת הַנּוֹכּוּנָה",<sup>13</sup> דְּרָךְ הַהִצְטַרְפוֹת לְדֵת מְסוּיִמַּת<sup>14</sup> אוֹ הַפְּרִישָׁה מִמֶּנָּה<sup>15</sup> אוֹ הַשְּׁמִירָה עַל יִיחֻדָּהּ. לְפִיכֵךְ גַם כֹּאשֶׁר מְדוּבָר

עַל פְּנִיַּת הַחֲרָדִים לְעַרְכָּאוֹת מִשְׁפָּט אֲזַרְחִיּוֹת־חִילוֹנוֹת "תְּרֻבוֹת דְּמוֹקְרַטִיַּת", 126 (2013) ; Shulamit Almog & Lotem Perry-Hazan, *Contesting Religious Authority: The Immanuel 'Beis-Yaakov' School Segregation Case*, 26 THE INTERNATIONAL JOURNAL FOR THE SEMIOTICS OF LAW 211 (2013) 12  
 .R (E) v. Governing Body of JFS, [2009] UKSC 15 13  
 של "Faith Schools" בְּמִימּוֹן הַמְדִינָה. לְמַחְקֵר עַל בְּתִי סֵפֶר אֲלֵה רֵאוּ <http://www.theosthinktank.co.uk/> 14  
 הַכְּרָה שֶׁל הַמְדִינָה בּוֹרֵם דֵתִי מְסוּיִם (כְּגוֹן הַהִכְרָה בּוֹרֵם הָאוֶרְתוֹדוֹקְסִי בְּיִשְׂרָאֵל) תּוֹךְ הַדְּרָה – מוֹחֲלַטָּה אוֹ יַחֲסִית – שֶׁל זְרִמִּים אַחֲרִים מִמְעַרְכַּת הַחִינּוֹךְ אוֹ מִמוֹסְדוֹת אַחֲרִים שֶׁל הַמְדִינָה (כְּגוֹן בְּעֲנִינֵי נִישׁוּאֵין וְגִירוּשִׁין, גִּיּוֹר וְכִשְׁרוֹת). תְּאוֹרֵטִית נִיתֵן כְּמוֹכֵן לְטַעוֹן שֶׁהַדְּרַת הַזְרִמִּים הָאֲחֲרִים הִיא הַכְּרָעָה פְּרַגְמַטִּית וְלֹא עֲרֻכִית (רְצוֹן לִיצוֹר אַחִידוּת; חוֹסֵר הַרְצוֹן לְהַתְעַמַּת עִם תְּת־קְבוּצוֹת דֵתִיּוֹת וְכִיּוּצ"ב). בְּעִנֵּי הַצִּיבוֹר הַרְחָב, וּבוֹדָאֵי בְּקֶרֶב הַזְרִמִּים שְׁמוּדְרִים וְשֵׁאֵין הַשְּׁלֵטוֹן מְכִיר בָּהֶם, נִתְפַּסֶּת הַדְּרָה זֹו גַם כְּהַכְרָעָה עֲרֻכִית. 14  
 רֵאוּ לְדוֹגְמָה בְּג"ץ 58/68 שְׁלִיט נ' שֶׁר הַפְּנִים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

בסוגיה שעל פני הדברים היא "נקודתית" ונוגעת להסדרת מקרה מסוים ומוגדר, השפעות ההסדר המשפטי והשלכותיו נוגעות לעתים בשדות רחבים הרבה יותר.<sup>16</sup> מתוך כך הדין בסוגיות אלה דומה לשדה מוקשים. הוא טעון במתח גבוה, מלווה לא אחת ברגשות ולא רק בשיקולים רציונליים, ולעתים קרובות יש בו פוטנציאל ממשי לנקיטת אלימות של ממש.<sup>17</sup> בהרבה מקרים מחלוקת בשדה זה – ובשונה משדות משפט אחרים – אינה מתמקדת רק במאבק על כסף, שליטה ומשאבים, שלרוב ניתנים להשגה גם באמצעים חלופיים אחרים, אלא גם במה שנתפס, הן בתרבות ובדת היהודיות, הן בדתות ובתרבויות אחרות, כ"ציפור הנפש" ממש. בשל כך ניתן לתהות לעתים עד כמה ניתן לכפות ערכים העומדים בניגוד לאמונתו הדתית של אדם באמצעות המשפט, וגם אם ניתן לעשות כן, האומנם הדבר רצוי? אי-כיבוד הנורמה השיפוטית עלול

- 15 ראו לדוגמה בג"ץ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962); בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793 (1989).
- 16 ניתן להביא לכך דוגמאות לרוב. למשל: הסדרי התפילה בכנסיית הקבר, בהר הבית ובכותל המערבי, שלמרות נגיעתם בשדה גאוגרפי מסוים וקטן בממדיו, הם משפיעים על שדות רחבים בהרבה (דוגמת הסדרים כלליים יותר, הכרה ומתן זכויות במקומות קדושים – ובתחומים נוספים – לבני כמה דתות או זרמים דתיים). ראו לדוגמה בג"ץ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוקסי של הכס הקדוש בירושלים והמזרח הקרוב נ' שר המשטרה, פ"ד כח(1) 225 (1971); בג"ץ 188/77 המוטראן הקופטי נ' ממשלת ישראל, פ"ד לג(1) 225 (1979); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003). למקרים של הכרה בגיורו של אדם ספציפי או ביטול הגיור ראו לדוגמה בג"ץ 5079/08 פלונית נ' הדיין הרב שרמן (פורסם בנבו, 25.4.2012).
- 17 על פוטנציאל נפיצותן של סוגיות בענייני דת עד כדי אלימות ראו לדוגמה את דברי השופט זילברג בבג"ץ 155/60 אלעזר נ' עיריית בת-ים, פ"ד יד 1512 (1960), ודברי השופט לנדוי (בעקבות סגירת רחוב לתחבורה בשבת) בבג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לב(2) 160, 165 (1978). בעניין חפירות ארכיאולוגיות שכרוכות בחפירת שטח קבורה ראו בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 543 (1981). ביטוי לפוטנציאל האלימות – הפיזית והמילולית – שגלום במאבקים אלה ניתן בשנים האחרונות במאבקן של "נשות הכותל" והמתנגדים להן. ראו Phyllis Chesler & Rivka (2002) HAIT, WOMEN OF THE WALL: CLAIMING SACRED GROUND AT JUDAISM'S HOLY SITE; רות גביון "על זכויות אדם וסדרי תפילה בכותל" מסכת א, 171 (התשס"ב); אביעד הכהן "מה נורא המקום הזה" – על מקומות קדושים: בין דת, משפט וקדושה" שערי משפט ג 341 (2002); נדב שרגאי הר המריבה – המאבק על הר הבית: יהודים ומוסלמים, דת ופוליטיקה מאז 1967 (1995). ביטוי נוסף לכך הם הטונים הגבוהים שאליהם מטפסות לא אחת סוגיות שעניינן במתח שבין הדת למדינה, ובשימוש המוגזם – בעיקר במגזר החרדי – במטבעות לשון בעלות מטען גבוה, דוגמת "גזרות שמד", "פגיעה בפך השמן הטהור", והשוואת הפגיעה בחינוך הדתי לגזרות של צוררי ישראל בכלל הדורות. ראו עוצו עצה ותופר כי עמנו אל-ל (ללא שם מחבר, ירושלים), קובץ של מאות קטעי עיתונות שעסקו ב"פרשת עמנואל". לדוגמה אחרת ראו א' בן בנימין לא נכנע כי עמנו אל-ל! – ספור חנוכי מרתק על רקע המאבק על טהרת החנוך התורני בארצנו הקדושה (ללא ציון שנת ומקום הוצאה לאור, התשע"א), ספר ילדים שמדמה את פרשת עמנואל לגזרות חמלינצקי והצאר ברוסיה. בספר מדמים את העמידה לפני בית המשפט האזרחי-חילוני למעמד "קידוש השם" שבו מסרו יהודים את נפשם בעמידתם נגד הגזרות, ואת מאבק ההורים למלחמת בני אור בבני חושך ולמאבק כוחות הטהרה מול כוחות הרשע והטומאה. באותם ימים הופצה במרשתת גם "מגילת עמנואל", שחיקתה את "מגילת אסתר" ודימתה את בית המשפט כמי שמבקש, כביכול, "להשמיד" את כל יראי ה'. בסיס לגישה זו מצוי בתלמוד הבבלי (שבת קיט, ע"ב) שמדמה את לומדי התורה ל"משיח ה' " שאסור לגעת בו. וכך נאמר שם: "אל תגעו במשיח" (תהלים קה 15) – אלו תינוקות של בית רבן". וראו לעניין זה דברי השופט חשין בבג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת ים, פ"ד נט(4) 31 (2005).



להיות כ"בומרנג" עבור המערכת המשפטית וליצור, או להגביר, את חוסר האמון בה מצד הקהילה הדתית שערכיה מנוגדים לערכים שבית המשפט מבקש לקבעם.

יתר על כן, יותר מבתחומים אחרים, המאבק על החינוך ותכניו נתפס – בצדק או שלא בצדק – כבעל השפעה החורגת בהרבה מהמסגרת המצומצמת של תוכני המוסד החינוכי או אורחותיו.

בקרב רבים רווחת הנחה שלפיה בכוח החינוך להשפיע על עיצוב דרכם וחייהם של הלומדים במוסד החינוכי למשך כל ימי חייהם, לא רק בתקופת שהותם בין כותלי המוסד החינוכי. לפיכך, יש לחינוך פוטנציאל השפעה על מהלך החיים העתידי כולו,<sup>18</sup> ומכאן חשיבות התכנים המועברים באמצעותו.

יש מגוון אפשרויות שבהן עשוי בית משפט להידרש – ואף נדרש לעתים – לסוגיות שיש בהן "עירוב תחומין" בין משפט, חינוך ודת. רבות מהן ממחישות היטב את מורכבותה של סוגיית האוטונומיה והבדלנות על רקע דתי<sup>19</sup> בחברה הישראלית וגיוונה.

במקרים רבים צפה ועולה סוגיה זו בהקשר של סכסוכים בין בני זוג בדבר המוסד החינוכי שבו ילמד ילדם המשותף, כאשר הורה אחד מעוניין שהילד יקבל חינוך "חילוני" או חינוך "דתי" מסוג מסוים, וההורה האחר מתנגד לכך. על סוגיה זו נשתברו קולמוסים רבים, הן בבתי המשפט,<sup>20</sup> הן בבתי הדין הדתיים,<sup>21</sup> הן בספרות המשפטית.<sup>22</sup> עקרון-העל ששולט בה הוא עקרון "טובת הילד". גם סוגיית המימון המדינתי שניתן למוסדות חינוך דתיים נדונה לא מעט.<sup>23</sup>

- 18 נימוק זה עמד ביסוד המאבקים להשגת שוויון במערכת החינוך החרדית ומניעת הפליה על רקע עדתי. בחברה זו (וגם בחברות אחרות) השאלה היכן תלמד ילדה בגן הילדים קובעת גם היכן היא תלמד בבית הספר היסודי והתיכון, עם מי תתחתן, היכן תגור, ולאזיה מגור חברתי תשתייך כל ימי חייה. ראו הכהן "נישט פון אונזערע", לעיל ה"ש 11, בעמ' 130 וה"ש 29. הוא הדין באשר לסוגיית לימודי ה"ליבה": טענה רווחת היא שלימודים אלה או היעדרם עשויים לקבוע את מהלך חייו של אדם למשך כל שנות חייו ולא רק בשנות ילדותו. ראו לדוגמה CHARLES S. LIEBMAN & ELIEZER DON-YEHYA, CIVIL RELIGION IN ISRAEL 170 (1983).
- 19 למותר לומר שיש קווי דמיון (אך גם שוני) בין סוגיה זו, של בדלנות על רקע דתי, לבין בדלנות על רקע לאומי-אתני, לרבות בתחום החינוך (הקמת בתי ספר נפרדים לערבים), אולם במסגרת זו לא נתמקד בהם. לעניין זה ראו בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 200 (1978); בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) וכן בספרות הרחבה שנכתבה בסוגיה זו.
- 20 ראו לדוגמה בג"ץ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לז(3) 94 (1983); ע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מג(2) 467 (1989); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453 (1998); בג"ץ 7395/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 21.1.2008); תמ"ש (משפחה ת"א) 21555/95 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 11.2.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 79184/98 א.ע.נ. כ.ע. (פורסם בנבו, 29.8.2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 26150/00 ד"ר פ.א. נ' פ.א.ס. (פורסם בנבו, 7.2.2006).
- 21 ראו לדוגמה תיק 1-23-2950 פלוני נ' פלוני, שנדון בבית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 17.6.2004).
- 22 ראו לדוגמה צבי טריגר "חינוך רע: חינוך דתי, חינוך חילוני וטובת הילד" מבזקי הארות פסיקה 22 (2014), [www.colman.ac.il/sites/default/files/22\\_feb\\_2014\\_4\\_triger.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/22_feb_2014_4_triger.pdf).
- 23 ראו לדוגמה Shimon Shetreet, *State and religion: Funding of Religious Institutions – The Case of Israel in Comparative Perspective*, 13 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 421 (2014) העובדה שמוסד חינוכי מקבל כסף מהמדינה אינה מצדיקה בהכרח התערבות של המדינה או של בתי המשפט

לצד זאת יש לא מעט מקרים שבהם המחלוקת מתמקדת לא בכחירת המוסד החינוכי או בסוגיית מימונו אלא בקביעת אופיו, דרך התנהלותו ותכניו.

נציע כמה דוגמאות מסוג זה, אחדות מני רבות, שצפו ועלו במערכת החינוך הישראלית – לגווניה ורבדיה השונים – וחלקן אף הגיע להכרעה בבתי המשפט.

א. מערכת החינוך החרדית, במיוחד במוסדות החינוך לבנים, נמנעת ברובה – מטעמים שבדת<sup>24</sup> – מהוראת תכנית מלאה של "לימודי ליבה"<sup>25</sup>, הן בחינוך היסודי והן בחינוך העל יסודי למרות תקנות חוק חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד–1954, המחייבות אותם ב"תכנית יסוד" שתהיה לפחות

75% מתכנית הלימודים במוסד,<sup>26</sup> ולמרות חוזר המנכ"ל שביקש לחייבם בהנהגת תכנית זו.<sup>27</sup> ראשי הציבור החרדי ומורי דרכו רואים בניסיון לכפות עליהם לימודים אלה פגיעה קשה באוטונומיה של החינוך החרדי, המוגדר בפיהם "פך שמן טהור" שאסור "לטמאו" בלימודים כלליים. כך, מקל וחומר, כאשר אלה נכפים על המערכת מכוחו של גורם חיצוני ולא מרצונם ומהדרכתם של גדולי התורה המנחים את דרכן של רשתות החינוך החרדיות. גם הניסיון לכפות לימודים אלה הן באמצעות חוק<sup>28</sup> הן באמצעות בית המשפט לא צלח.<sup>29</sup>

ב. במסגרת פעילות חוץ בית-ספרית וטיולים מורה חוזר מנכ"ל משרד החינוך כי בכל חטיבת גיל חובה על התלמידים לבקר ב"אתרי פולחן כגון בית כנסת, מסגד, כנסייה וקבר"<sup>30</sup>. פעילות מעין זו יכולה להיתפס ככפייה הן על תלמידים אתאיסטים ולא מאמינים והן על תלמידים שמצוות דתם אוסרות עליהם להיכנס למבנים המשמשים לפולחן של דת אחרת.<sup>31</sup>

בתוכני הלימודים שלו. לעניין זה ראו דני סטטמן וגדעון ספיר דת ומדינה בישראל – עיון פילוסופי-משפטי 22, 100–103 (2014).

24 מקצת הטעמים נתלים בתוכני התכנית שחלק מערכיה מנוגדים, כך לפי טענת חוגים חרדיים מסוימים, לערכים תורניים, אך עיקרם נשען על הצורך החינוכי בהקדשת מלוא הזמן ללימוד תורה וב"ביטול התורה" הכרוך בלימודים אלה.

25 ראו עניין רובינשטיין, להלן ה"ש 130. בהרחבה ראו תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית הליבה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008" משפט וממשל יב 281 (2009).

26 על סוגיה זו ראו בהרחבה לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה 72–87 (2013).

27 משרד החינוך "תכנית יסוד (ליבה) לחינוך היסודי במדינת ישראל", חוזר מנכ"ל תשס"ו/3(א).

28 ראו חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008.

29 ראו בג"ץ 2751/99 פריצקי נ' שר החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 20.1.2005); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים נ' שרת החינוך, פ"ד נט(3) 224 (2004); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 27.7.2008). על מעורבותה של התנועה הרפורמית בסוגיה זו ראו גם אביעד הכהן "בתי המשפט ובג"ץ: תל פיות לתנועה הרפורמית?" היהדות הרפורמית: הגות, תרבות וחברה 439 (א' רוזנק עורך, התשע"ד).

30 ראו לדוגמה חוזר מנכ"ל תשס"ה/ג 24–6.2, וחוזר מנכ"ל תשעו/7(ב) 6.2–33.

31 סוגיה דומה קיימת בחיוב חיילים לבקר במסגרת "סדרת חינוך" באתרי פולחן שהכניסה אליהם אסורה עליהם מכוח מצוות דתם או פוגעת בחופש מדת שלהם. ראו אביעד הכהן "לא בחיל ולא בכוח": דת ומדינה בצה"ל" ספרא וסייפא – ספר היובל לרב מרדכי פירון 530 (אביעד הכהן, צבי אלימלך טל עורכים, התשע"ג).

ג. בתיכון "אהל שם", אחד ממוסדות החינוך הוותיקים (שנוסד בשנת 1934) והמוערכים ברמת גן, פרצה סערה לאחר שמנהלת המוסד אסרה על קבוצה של תלמידים להתפלל תפילת מנחה בין כותלי בית הספר בשעת ההפסקה.<sup>32</sup> בתגובה יצאה הקבוצה מחוץ לכותלי בית הספר וקיימה את התפילה ברחוב הסמוך לכניסה לבית הספר. לאחר שהנושא התפרסם בתקשורת, הושגה פשרה, שעליה דווח גם לוועדת החינוך של הכנסת שדנה בעניין,<sup>33</sup> ולפיה זמן ההפסקה יוארך על מנת לאפשר לתלמידים המעוניינים בכך להתפלל מנחה בתחומי בית הספר.<sup>34</sup> נושא זה עלה לדיון גם בבתי ספר אחרים, והנושא אף נדון בכנסת בעקבות הצעה לסדר היום שהוגשה בנושא.<sup>35</sup> סוגיה זו קשורה גם ללימוד "סידור התפילה" היהודי בבתי ספר ממלכתיים שאינם דתיים, במסגרת שיעור ב"מורשת ישראל", תופעה שעוררה מורת רוח בקרב חלק מהורי התלמידים.<sup>36</sup> כך היה גם כאשר מורה ביקש ללמד את "תפילת הדרך" במסגרת שיעור בנושא "זהירות בדרכים".<sup>37</sup> במקרה אחר התעורר ויכוח באשר להקמת "בית מדרש" ללימוד "מסורת ישראל" שמוקם באחד מבתי הספר התיכוניים הממלכתיים בעיר חיפה.<sup>38</sup>

ד. בבית ספר יסודי-תורני באחת מערי המרכז סירב מורה לביולוגיה להורות לתלמידיו את תורת האבולוציה של דרווין. לטענתו, מדובר בדברי כפירה המנוגדים לחלוטין למסורת היהודית בדבר בריאת העולם על ידי הקדוש ברוך הוא בששת ימי בראשית. למותר לומר שבמוסד תורני זה מתקיימים הלימודים בהפרדה מגדרית מלאה, למן כיתה א. בגן ילדים סמוך, המשתייך לרשת החינוך העצמאי של "אגודת ישראל", הממומן במלואו מאוצר המדינה, ההפרדה מתקיימת כבר בגן הילדים, מגיל 3 ואילך. ניסיון לקיים הפרדה דומה בכיתות א-ג בבית ספר יסודי ממלכתי-דתי בפתח תקווה, שבמשך שנות דור

32 כידוע, סוגיית התפילה בבתי הספר ה"ציבוריים" היא מן הסוגיות הנדונות ביותר בסוגיות "דת ומדינה" בארצות הברית, שם קיימת הפרדה בין דת למדינה. ראו לדוגמה בעלמא Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962). עשרות חיבורים שעניינם התיקון הראשון לחוקה וסוגיות דת ומדינה בארה"ב עוסקים בנושא זה בהרחבה. לדוגמה בעלמא ראו JONATHAN D. SARNA & DAVID G. DALIN, RELIGION AND STATE IN THE AMERICAN JEWISH EXPERIENCE 181–226 (1997).

33 הדיון התקיים בוועדת החינוך של הכנסת ביום 31.12.2007, וביום 28.1.2008. ראו נטע סלע "משרד החינוך: כל תלמיד יוכל להתפלל" ynet 28.1.2008 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3499850,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3499850,00.html).

34 המפקח על בית הספר הודיע בדיון כי משרד החינוך יאפשר לקיים תפילה בבתי ספר בזמן הלימודים לכל מי שרוצה בכך, ללא הבדל דת, ובלבד שמקום התפילה ייקבע בידי בעליו של המוסד החינוכי. אם יוחלט שהמקום שיוקצה לתפילה לא יהיה בתוך בית הספר, יהיה המקום החלופי במרחק מרבי של 5–10 דקות הליכה לכל כיוון.

35 ראו דברי הכנסת מיום 23.1.2008. לפי האמור שם, התלמיד שארגן את התפילה נדרש לחתום על מסמך שבו יתחייב להימנע מלקיים "פעילות דתית מכל סוג בין כותלי בית-ספר, כגון תפילת יחיד, תפילת רבים, הנחת תפילין ואף קריאת ספר או ספרון בעל סממנים או תכנים דתיים". הפרוטוקול נמצא גם באתר הכנסת: @20080123-19-PM/20080123-03\_2012\_04-57-19-PM/HTML\_28\_03\_2012\_04-57-19-PM/20080123@00608508@046.html

36 ראו לדוגמה "משרד החינוך מלמד בבתי ספר חילוניים, בכיתה ה': 'למה חשוב להודות לבורא עולם'; 'למה חשוב להתייחד בתפילה עם בורא עולם'" חופש – האתר הרשמי של עמותת חופש (ספטמבר 2002) [www.hofesh.org.il/articles/education/moresheet/1.html](http://www.hofesh.org.il/articles/education/moresheet/1.html).

37 ראו רם פרומן "חינוך חילוני ללא נסיונות החזרה בתשובה" הארץ 12.11.2015 [www.haaretz.co.il/12.11.2015.opinions/.premium-1.2775016](http://www.haaretz.co.il/12.11.2015.opinions/.premium-1.2775016).

38 ראו אורנה נירנפלד "חיפה: בית מדרש יוקם בבית ספר חילוני, ההורים זועמים" nrg 29.1.2010 [www.nrg.co.il/online/54/ART2/046/774.html](http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/046/774.html).

היה בית ספר "מעורב", שבו למדו בנות ובנים יחדיו באותן כיתות, נעצר רק מכוח צו של בית המשפט.<sup>39</sup> לימים הושגה "פשרה", ולפיה יתחלק בית הספר לשני מוסדות: באחד תתקיים הפרדה מגדרית מלאה כבר מכיתה א, ואילו באחר תתקיים הפרדה זו רק מכיתה ד ואילך.

ה. בריאיון עיתונאי גילה מורה לספרות במערכת החינוך הממ"ד (=הממלכתית-דתי. להלן – ממ"ד או חמ"ד) כי על תלמידיו נאסר ללמוד את שיריו של שאול טשרניחובסקי, מאבירי הספרות העברית, ולו משום שהמשורר חי חיי זוגיות עם לא יהודייה ונתן בשירתו ביטוי להערצתו את תרבות יוון ואליליה. עיון במערכת התכנים של לימודי הספרות במערכת החמ"ד, ושיחות עם מורים המלמדים בה העלו כי בחלק ממוסדות החינוך מתמקדים שיעורי הספרות (שהיקפם מצומצם ביותר) בשירת הקודש היהודית של ימי הביניים ובכמה יצירות ספרותיות "כשרות למהדרין" בנות ימינו, דוגמת כמה סיפורי "יראים ושלמים" שיצאו מתחת ידו של חתן פרס נובל לספרות ש"י עגנון, בספריו של ראש הישיבה ושל הסופר הרב חיים סבתו. לעומת זאת יצירותיהם של עמוס עוז, א"ב יהושע, מאיר שלו וסופרים ומשוררים ישראלים קלאסיים אחרים בני ימינו הם בבחינת "בל יראה ובל יימצא" בחלקים רבים של מערכת חינוך ממלכתית-דתית זו.

ו. "צנזורה" דומה מופעלת גם בשדות הידע האחרים במערכת החינוך הממ"ד (במערכת החינוך החרדית מקצועות אלה לרוב אינם נלמדים כלל).<sup>40</sup> לדוגמה, בלימודי אמנות נמנע כליל העיסוק ביצירות אמנות קלאסיות שמופיעות בהן דמויות עירום, וגם זכרה של האמנות הנוצרית לדורותיה וגווייה נעלם כליל. אמנות הפיסול – שלשיטת רבים מחכמי ההלכה – כרוך בה חשש "עבודה זרה",<sup>41</sup> נעדרת כליל מלימודי האמנות במוסדות חינוך אלה.

ז. גם לימודי האזרחות וערכי הדמוקרטיה נחשבים לנושא "רגיש" במערכות החינוך הדתיות והחרדיות. עקרונות יסוד חוקתיים דוגמת עקרון החירות, עקרון השוויון (שמביא עמו דרישה להכרה בשוויון בין המינים ובין הזרמים הדתיים השונים), חופש דת וחופש ביטוי, בוודאי בפרשנותם הליברלית, הם רק כמה דוגמאות לערכים ולתכנים שמערכות החינוך הדתית והחרדית מתקשות להתמודד עמם.<sup>42</sup> לפיכך נוצרו במהלך השנים תכניות לימוד שונות באזרחות לחינוך הממ"ד, ובמוסדות החרדיים מקצוע זה כמעט שאינו נלמד כלל.

ח. בלימודי התנ"ך המצב רגיש ונפיץ לא פחות. במערכת החינוך הממלכתית נחשפים התלמידים ל"ביקורת המקרא" ולומדים על האפשרות שהתנ"ך – והתורה בראש – אינם "תורה מן השמים"

39 עת"מ (מנהלי מרכז) 25718-08-11 גרוסמן נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 18.8.2011). גילוי נאות: מחבר המאמר ייצג את העותרים בפרשה זו.

40 לסוגיה זו ראו Lotem Perry-Hazan *Curricular Choices of Ultra-Orthodox Jewish Communities: Translating International Human Rights Law into Education Policy*, 41 OXFORD REVIEW OF EDUCATION 628 (2015).

41 על היחס ליצירות פיסול בנות ימינו ראו אביעד הכהן "וישן מפני חדש תוציאו? ! – על מדגמים וההגנה עליהם, בימים ההם, בזמן הזה" קובץ דברי הכנס על מדגמים וזכויות יוצרים 19 (ויקטור בוגנים, חגי ויניצקי ויוסי מרקוביץ עורכים, התשע"ג).

42 ראו לדוגמה אור קשתי "ללא פיקוח של משרד החינוך" הארץ 5.9.2014 [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2425456](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2425456). בהרחבה ראו משה כהן אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367 (2008); שולמית אלמוג ולטם פריי-חזן "אין חכמה לאישה אלא בפלך"? על זכותן של בנות ונשים חרדיות לחינוך לזכויות" ספר שטרסברג-כהן 123 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי עורכים, 2017).

שניתנה למשה בהר סיני, אלא פרי יצירה מורכב של כמה מחברים בני אנוש.<sup>43</sup> כאשר מגיעים לסוגיות כגון עקדת יצחק, מעמד הר סיני או יציאת מצרים, מועלים ספקות באשר לטיבם ההיסטורי, ולקריעת ים סוף – שבעולמה של מורשת ישראל נחשבת לאחד ממעשי הנס הגדולים – ניתן הסבר "מדעי", של תופעת גאות ושפל. כמה מן המורים והתלמידים במערכת החינוך הממלכתית הביעו התנגדות ללימוד פסוקים "בעייתיים" המבטאים את שנאת ה"זר" וה"אחר", דוגמת הציווי שבתורה "לא תחיה כל נשמה" ו"מחה תמחה את זכר עמלק", או ללימוד פרקי ספר יהושע המתארים את כיבוש ארץ כנען בידי בני ישראל תוך נישול העמים שישבו בה והשמדתם.<sup>44</sup>

לעומת זאת במערכת החינוך הממ"דית זכרה של ביקורת המקרא נעלם לחלוטין, תיאורי המקרא נלמדים כאמיתות היסטוריות מוצקות, והלימוד מתמקד בעיון במפרשים המסורתיים ובפרשנותם של חז"ל לכתבי הקודש. בפרשנות זו מודגשת נימת הסנגוריה על מעשי אבות האומה. לדוגמה, מודגשת הגישה שלפיה גם בני עלי, גם דוד המלך לא חטאו כלל, והשמדת בני העיר שכם לאחר מעשה דינה מוסברת כענישה קולקטיבית מוצדקת של בני לאום השונא, מטיבו ומטבעו, את "העם היהודי".<sup>45</sup> מעשה הרמייה של יעקב את עשיו אחיו ונטילת הברכות הימנו מקבל צידוק מלא.

ט. בחלק ממוסדות החינוך הדתיים שממומנים על ידי המדינה נמנעים כליל מחינוך מיני, גם בכיתות הגבוהות, ולכל היותר מסתפקים בהוראת המקצוע של "חינוך לחיי משפחה", שיעור הניתן לבנות בלבד, בכיתות הגבוהות של בית הספר התיכון.<sup>46</sup>

י. השימוש בטכנולוגיות חדשות – טלוויזיה, מחשבים והמרשתת (אינטרנט) נתפסים ככלי עזר חשוב ביותר במערכת החינוך המודרנית. ברם בחלקים נרחבים של מערכת החינוך הדתית, ובעיקר החרדית, הם – כולם או חלקים גדולים מתוכם – בבחינת "בל יראה ובל יימצא" משיקולים שבדעת.<sup>47</sup> השימוש בהם במערכות אלה עלול להביא להתנגשות עם "צרכני" מערכת החינוך ומשפחותיהם.

יא. במוסד חינוכי יוקרתי פרטי בצפון הארץ מנעה הנהלת בית הספר מתלמידה מוסלמית לחבוש את כיסוי הראש המסורתי בין כותלי בית הספר ואסרה עליה ללבוש מכנסיים ארוכים בשיעורי ההתעמלות והשחייה. בג"ץ, שנדרש לסוגיה, נמנע מלהתערב בהחלטה זו,<sup>48</sup> אך השופט ברק הוסיף

43 על ההתחבטות בהוראת המקרא במערכת החינוך ראו יאירה אמית "מקומן של הסוגות בתכניות הלימודים במקרא" ספר מיכאל: בין הזמן הזה לימים ההם, מחווה למיכאל בהט 13 (אבי שגיא עורך, 2007); יאירה אמית עלייתה ונפילתה של אימפריית המקרא בחינוך הישראלי (2010); יוסף בן שלמה "הוראת התנ"ך בבתי הספר החילוניים" מהלכים: בחינוך, בהוראה ובהכשרת מורים, המכללה לחינוך ע"ש לוינסקי 44 (התשמ"ג); אליעזר שבייד "הוראת המקרא כתורה בבית הספר הממלכתי" המקרא ואנחנו 192 (אוריאל סימון עורך, התשל"ט).

44 בעת כהונתה של שולמית אלוני כשרת החינוך הועלה רעיון דומה שלפיו לא יילמדו פרקי ספר יהושע במסגרת תכנית הלימודים בתנ"ך בשל אופיים ה"לא הומני".

45 למותר לומר שבתקופת בראשית זו "העם היהודי" טרם בא לעולם, ומדובר על יעקב אבינו ובניו.

46 על התפתחות בנושא זה ראו לדוגמה לירון נגלר-כהן "בגרות בחינוך מיני" ynet 26.3.2012 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4207935,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4207935,00.html).

47 ראו לדוגמה טל כץ המוצהר, הקיים והמתח שביניהם – בחינת יחסן של קהילות דתיות לרשת האינטרנט (עבודת גמר, אוניברסיטת בן-גוריון, המחלקה לתקשורת, 2007).

48 בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מח(5) 199 (1994) (סירוב ב"ס נוצרי פרטי לאפשר לתלמידה מוסלמית לעטות מטפחת).

והעיר שאילו היה מדובר בבית ספר ממלכתי-דתי, היה קיים ספק באשר ליכולתו של בית הספר להדיח משורותיו תלמיד שנמנע מחבישת כיפה בין כותלי בית הספר, כנהוג במערכת חינוך זו. יב. סוגיה נוספת שעניינה מקיים זיקה לסוגיית הפלורליזם המתקיים במוסדות החינוך בישראל ולהפליה על רקע לאומי,<sup>49</sup> דתי,<sup>50</sup> עדתי,<sup>51</sup> צבע עור,<sup>52</sup> מגדרי,<sup>53</sup> מגזרי, נטייה מינית<sup>54</sup> וכיוצ"ב, עוסקת בקבלת תלמידים "אחרים" – שאינם דומים או זהים לרוב הדומיננטי של שאר התלמידים לבית ספר.

יג. מוסד חינוכי יוקרתי, אולפנה דתית לבנות שניזונה מכספי מדינה בהיקף לא קטן, ביקש לפטר מורה ותיקה בבית הספר שהרתה אף שהייתה רווקה.<sup>55</sup> במקרה אחר ביקשו פרנסי מערכת החמ"ד להדיח ממשרתה גננת ותיקה שילדיה לא למדו במערכת החינוך הדתית. יד. רובד אחר של העימות בין הדת למדינה בשדה החינוך מתנהל לרוב אגב סכסוכים בדיני המשפחה. הורים המצויים במחלוקת מנהלים חלק מהמערכה על גב ילדיהם הקטנים, כאשר סוגיית חינוכם תופסת בהם מקום נכבד. לדוגמה, במקרה אחד ביקשה אם לחנך את ילדה על ברכי מערכת החינוך של כת "עדי ה'", שאליה הצטרפה, ואילו האב התנגד לכך בתוקף וביקש להמשיך לחנך את ילדו במוסד המחנך את תלמידיו על ברכי המסורת היהודית.<sup>56</sup> במקרים אחרים ביקשו הורים להעביר ילדיהם מחינוך "דתי" לחינוך "חילוני" או להפך,<sup>57</sup> או אפילו מחינוך חרדי השייך לתת-זרם אחד (כגון "נטורי קרתא" או חסידי סאטמאר) למוסד חינוכי המשתייך לתת-זרם אחר (כגון "החינוך העצמאי"). מלבד שאלת "טובת הילד", שהיא הגורם הדומיננטי בסכסוכים אלה, מתבקש לעתים בית המשפט

- 49 בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נג (3) 233 (2000).
- 50 בהקשר המוסלמי ראו בג"ץ ג'בארין, לעיל ה"ש 48; בהקשר הנוצרי ראו בג"ץ 103/67 "דה אמריקן אירופין בית אל מישן" נ' שר הסעד, פ"ד כא (2) 325 (1967), שבו נתגלה כי השר מתנה פתיחת מעון לילדים בתנאי שיתקבלו אליו רק ילדים בני הדת הנוצרית-אבנגלית. טענת החריגה מסמכות שהועלתה בהקשר זה נדחתה. החלטת השר מבטאת את החשש הגדול מפני המיסיון הנוצרי בישראל. לעניין זה ולהיבטיו החוקתיים ראו Aviad Hacoen, *Proselytism and the Right to Change Religion in Israel*, in LAW AND RELIGION IN THE 21<sup>ST</sup> CENTURY 261 (S. Ferrari & R. Cristofori eds., 2010). ראו לאחרונה גם בר"ע 51754-08-10 נמרי נ' ביי"ס שמידט לבנות (פורסם בנבו, 11.11.2010) (פיטורי מורה מוסלמית מבי"ס נוצרי לאחר שהחלה לחבוש ח'ג'אב). בעת האחרונה מעוררת סוגיית לבישת הח'ג'אב גם מתח פנים-מוסלמי, בעימות שבין חוגים אסלאמיים מחמירים המבקשים לעודד את חבישתו בבתי הספר לבין חוגים ליברליים יותר. ראו לדוגמה ניר חסון "המאבק על הח'ג'אב מעורר מתח בירושלים" הארץ 20.6.2014. [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2353277](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2353277)
- 51 סוגיה זו עמדה כידוע במוקד פסק הדין בפרשת עמנואל, לעיל ה"ש 11. למקרים נוספים ראו לדוגמה עת"מ (מחוזי י-ם) 1320/03 אלקסלסי נ' עיריית בית"ר עילית, פ"מ מינהליים (התשס"ג) 687 (2004); בג"ץ 9106/11 נוער כהלכה נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 12.1.2012).
- 52 ראו לדוגמה בג"ץ 7426/08 טבקה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).
- 53 ראו לדוגמה בג"ץ 8133/05 עיריית ביתר עילית נ' שרת החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 16.10.2005).
- 54 בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך, פ"ד נא (5) 822 (1997).
- 55 תע"א (אזורי ת"א) 12137-09 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 7.3.2013). במקרה דומה שבו פוטר סייצת לגנת מגן ילדים חרדי ראו ע"ב (אזורי ת"א) 1298/03 רחום נ' רשת הגנים של אגו"י (פורסם בנבו, 19.1.2006).
- 56 ע"א 2266/93 פלוני קטין נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221 (1995).
- 57 ראו לדוגמה עניין דויד, לעיל ה"ש 20.

להיכנס בעובי הקורה של זרמים חינוכיים שונים ולהכריע באיזה מביניהם תהא "טובתו של הילד" שלמה יותר.<sup>58</sup> בהקשר זה ראוי לשאול לא רק אם בית המשפט ראוי ומוסמך לבחון שאלות מעין אלה ואם אמנם יש בידו כלים של ממש להכריע בהן, אלא גם אם ראוי שבית המשפט יכריע בהן.

טו. לאחד מגני הילדים בחינוך הממלכתי דתי לא נכנס ספר הילדים הקלאסי של לאה גולדברג "דירה להשכיר".<sup>59</sup> הסיבה: בין החיות שמבקשות לשכור את הדירה נמצא גם חזיר, בעל חיים שבמסורת היהודית היה לסמל של טומאה, "דבר אחר", שאפילו נמנעים מלנקוב בשמו המפורש. ספרי לימוד שונים עוברים "תרגום לחרדית" כאשר מוצאים מהם תמונות נשים שאינן מקובלות בחלקים של המגזר החרדי או תכנים אחרים שאינם מותאמים, לדעת מורי הדרך של החינוך החרדי, לאורח החיים שנהוג במוסדות אלה.<sup>60</sup>

טז. פולמוס ציבורי התעורר בנוגע להחלטת מ"מ יו"ר המזכירות הפדגוגית במשרד החינוך להימנע מלאשר את המלצת הוועדה המקצועית בתחום הספרות, שהמליצה על המשך הכללת ספרה של הסופרת דורית רביניאן, "גדר חיה", בתכנית הלימודים.<sup>61</sup> בין השאר התבססו נימוקי הסירוב על כך שהספר, שמתאר מערכת יחסים בין יהודייה וערבי, עלול לפגוע ב"ראייה המערכתית הכוללת שיקולים של שמירת הזהות של העם ומשמעות ההתבוללות", וכי גם "הדיון הביקורתי שיערך בכתה – אם ייערך – לא יעמוד מול מסר מאוד חזק ביצירה", של קשר רומנטי בין יהודייה וערבי, שיהא בו, גם בחינוך הממלכתי, "פגיעה בחוזה האמון שבין ההורים למערכת החינוך". יתר על כן: "יחסים אינטימיים ובוודאי האופציה הפתוחה של מיסודם באמצעות נישואין והקמת משפחה – גם אם אינה יוצאת לפועל בסיפור – בין יהודים ושאינם יהודים נתפסים בקרב קהלים גדולים בחברה כאיום על הזהות הנפרדת". החלטה זו עוררה ביקורת רבה, ואף היועץ המשפטי לממשלה נדרש לבחון את תקפותה המשפטית.

יז. בהרבה מוסדות המשתייכים לחינוך הממ"ד מנועים אבות מלצפות במסיבות "בת מצווה" או במסיבות סוף השנה של בנותיהן. הימנעות זו מנומקת בטענה בדבר האיסור לשמוע "קול אישה" ומנימוקים אחרים משרה דיני הצניעות.<sup>62</sup>

58 לעניין זה ראו לדוגמה דניאל גוטליב "נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה" רפואה ומשפט 82, 16 (1979).

59 טלילה נשר "מאות הורים מוחים על ההתחרדות הקיצונית בחינוך הממלכתי-דתי" הארץ 8.11.2011. [www.haaretz.co.il/news/education/1.1569329](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1569329). באופן דומה יצאו הרב צבי טאו והרב שלמה אבינר, מחשובי הרבנים במגזר החרדי-לי-החרדי-לאומי נגד המפעל החשוב של ספריית "פייגמה" שנועדה להנגיש, חנים אין-כסף, ספרי ילדים לכלל ילדי הגן והכיתות הנמוכות בישראל, בטענה שמופצים באמצעותה "תכנים שאינם ראויים הפוגעים בקודשי ישראל". ראו אביטל טרקאלטאוב "הרב טאו והרב אבינר נגד ספריית פייגמה: חכמינו טבולים ברפש וצחנה" אתר כיפה 26.12.2016 [www.kipa.co.il/now/70364.html](http://www.kipa.co.il/now/70364.html).

60 לסוגיה זו ראו בהרחבה קימי קפלן "ספרי לימוד להיסטוריה בחברה החרדית: הדור הראשון" עיונים בתקומת ישראל 17, 1 (2007). תופעות אלה באות לידי ביטוי לא רק בישראל. דוגמה לכך ניתן למצוא גם בכתי הספר החרדיים באנטוורפן שבבלגיה. ראו לטם פרי-חזן "השפעת משפט החינוך על בתי הספר החרדיים באנטוורפן: לקחים לישראל" כתב העת (המקוון) לחקר החברה החרדית 2, 60 (2015).

61 אור קשתי "משרד החינוך פסל ספר המתאר רומן בין יהודייה וערבי מחשש שיעודד התבוללות" הארץ 30.12.2015 [www.haaretz.co.il/news/education/1.2810789](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2810789).

62 ראו לדוגמה נשר, לעיל ה"ש 59. על שיקולי צניעות וניסיון לכפות "קוד לבוש" משיקולים דתיים במערכת החינוך ראו גם עניין ג'באריץ, לעיל ה"ש 48.

יח. הורים בגן ילדים חילוני בקיבוץ המשותף לתנועת "השומר הצעיר" מבקשים למנוע קביעת מזוזה בפתח הגן, ואילו הורים אחרים מבקשים לקבעה ואף פנו למשרד החינוך בבקשה שיכפה זאת על הנהלת הגן.<sup>63</sup>

דוגמאות אלה, וכאמור – כטיפה מן הים הגדול הן – משקפות את מורכבות הנושא שאנו דנים בו, את גיוונו, את רגישותו ואת נפיצותו.

האם המשפט בכלל ובית המשפט בפרט הם המקום הראוי להסדרת סוגיות אלה? או שמא המקום הראוי להן הוא השדה החברתי,<sup>64</sup> ויש להימנע, ככל שניתן, מהכרעות שיפוטיות בנושאים אלה?

## ג. הנחות היסוד

במישור המשפטי והחוקתי קיימת בבסיס הדיון הנחת יסוד שלפיה "הכל כפופים לחוק". עקרון יסוד זה של שלטון החוק חל, כמובן מאליו, גם על כל שדות החינוך ומערכותיו, דתיים ושאינם דתיים. לפיכך עקרונות היסוד החוקתיים – דוגמת שוויון, חירות, כבוד האדם, חופש דת וחופש ביטוי – מחייבים גם אותם, ואין הם בני חורין להיפטר מעולו של חוק.<sup>65</sup> כפועל יוצא מכך, חירותו של כל אדם – תלמיד, הורה<sup>66</sup> ומורה כאחד – צריכה להישמר לו גם בין כתליו של המוסד החינוכי. "חומות" המוסד החינוכי אינן אמורות להפריד בין זכויות האדם שמחוץ לכותלי בית הספר לאלה שמצויות בתוכו.

על פני הדברים, חלק בלתי נפרד מחירות זו הוא "חופש הדת" ו"חופש מדת": חירותו של אדם ללמוד לימודי "דת", בין שמדובר בלימוד תאורטי או בפרקטיקה דתית המלווה אותו (כגון תפילה,

63 ראו לדוגמה קרני עם-עד "מחלוקת סביב מזוזה בבית ילדים בקיבוץ" *ynet* 11.12.2014 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4602243,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4602243,00.html); יוסי נכטיגל "הקיבוץ החילוני דן: האם לשים מזוזה בפתח גן בילדים?" *כיכר השבת* 11.12.2014 [www.kikar.co.il/158553.html?operation=print](http://www.kikar.co.il/158553.html?operation=print) 11.12.2014. מחלוקת זו אופיינית לתנועה הקיבוצית בשנים האחרונות, גם בעניינים אחרים דוגמת הקמת בתי כנסת בקיבוצים חילוניים בניגוד לדעת חלק מן החברים. ראו לדוגמה נחמן גלבע "המטרה של חב"ד: בית חב"ד בכל קיבוץ" *ynet* 4.12.2014 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4599315,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4599315,00.html) 4.12.2014. לעניין זה ראו גם הצעת החוק של ח"כ יעקב ליצמן: הצעת חוק חובת קביעת מזוזה במבנה ציבור, התשס"ד–2004. על הרקע להצעת החוק (בין השאר, היעדר מזוזה במוסדות חינוך), ראו שחר אילן "בקרום בבג"ץ: מהי מזוזה?" *הארץ* 15.7.2004 [www.haaretz.co.il/misc/1.982160](http://www.haaretz.co.il/misc/1.982160). בארה"ב נדונה שאלת היתרו של שוכר דירה או דייר בבית משותף להתקין מזוזה בפתח ביתו. כעיקרון, זכות זו מוגנת מכוח עקרון היסוד החוקתי של חופש הדת, ובאופן ספציפי מכוחו של ה-Fair Housing Act שאוסר על הפלייה בדירור, בין השאר מטעמים שברת. לעניין זה ראו לדוגמה: *16 Bloch v. Frischholz*, 533 F.3d 562, 565 (7th Cir 2008); *vacd en bane*, 587 F.3d 771 (7th Cir 2009).

64 שאלה עקרונית זו עולה בדבר כלל הסוגיות שבין הדת למדינה. ראו לדוגמה יואב ארציאלי *אמנת גביוון-מדן, עיקרים ועקרונות* (2003).

65 לעניין זה ראו גם פרשת *עמנואל*, לעיל ה"ש 11, והשוו לס' 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א–2000, שם נקבע איסור הפליה מטעמים עדתיים, ארץ מוצא, מצב כלכלי, נטייה מינית או זהות מגדרית, אך הושמט במתכוון סעיף הפליה על רקע דתי!

66 אף שמבחינה מעשית-ראלית הורי התלמידים אינם נמצאים תדיר בין כותלי בית הספר, כל הנעשה בו עלול לפגוע בחירותם ובאוטונומיה שלהם כאשר הם מבקשים לחנך את ילדיהם לפי אורח חייהם ואמונתם.



טקס בר/בת מצווה<sup>67</sup> וכיוצ"ב), או להימנע מהם כליל.<sup>68</sup> הוא הדין בזכותו של אדם ל"שוויון" ול"חופש ביטוי". גם תלמיד במוסד דתי או חרדי זכאי לשוויון הזדמנויות שמתבטא, בין השאר, בלימוד לימודי ליבה או בהיחשפות לתוכן ולידע שאליהם נחשף חברו הלומד במוסד שאינו דתי. ולהפך: גם תלמיד במוסד ממלכתי, לא דתי, זכאי להיחשף לתכנים דתיים ולפרקטיקות דתיים הנוהגים במוסדות חינוך דתיים.

כשאר זכויות האדם, גם חירויות אלה אינן מוחלטות. הן מתוחמות מכוחם של גבולות ומגבלות שונים – משפטיים, פדגוגיים,<sup>69</sup> כלכליים-תקציביים,<sup>70</sup> מנהליים<sup>71</sup> וחברתיים – ויש לאזן בינן לבין זכויות חוקתיות ואינטרסים אחרים.

יתר על כן, לא כל פעולה מאלה שנמנו לעיל ניצבת בליבת הזכות לחופש דת. לדוגמה, זכותו של אדם להתפלל מכוח חופש הדת אינה מביאה בהכרח למסקנה שזכותו לממשה דווקא בין כותלי בית הספר ובשעות הלימודים.<sup>72</sup> גם קביעת מזוזה במוסד חינוכי דוגמת בית ספר שאין ישנים בו דרך קבע, בוודאי אינה מעיקרי הדת.

בדומה לכך, זכותו של אדם להרחיב דעת, ללמוד לימודי ליבה או לקרוא טקסטים שבעיני דת מסוימת נחשבים "דברי כפירה", אינה מחייבת את המסקנה שזכותו לקרוא אותם טקסטים דווקא בין כותלי המוסד החינוכי וכחלק מתכנית הלימודים הרשמית.

זכותו של אדם לחבוש כיפה או לעטות צלב אינה מחייבת את המסקנה שזכותו לעשות כן בכל עת ובכל מקום,<sup>73</sup> לרבות בפומבי ובין כותלי בית הספר.

מכאן שיש להבחין בין מקרים שונים, על פי פרמטרים שונים:

א. אופי הזכות ומהותה:

1. לעניין זה יש להבחין בין חופש האמונה, זכות שמידתה רחבה מני ים, לבין חופש הפולחן הדתי, שהיקפו מצומצם יותר;<sup>74</sup>

2. הבחנה בין פגיעה בחופש דת לבין פגיעה ברגשות דתיים ולא בזכות גופה;<sup>75</sup>

ב. עצמת הזכות ועצמת הפגיעה בזכות המגולמות במקרה הקונקרטי. בעניין זה יש להבחין בין אלה:

67 ראו להלן ה"ש 101.

68 גם אם נקבל הנחה זו, ניתן לתהות אם אמנם יש לאדם זכות לממש חירות זו דווקא בין כותלי בית הספר. כידוע, סוגיה זו עמדה במוקד כמה מפסקי הדין המרכזיים בסוגיית ההפרדה בין דת למדינה בארצות הברית. ראו לדוגמה Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962); School District of Abington Township v. Schemp, 374 U.S. 203 (1963); Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985); Santa Fe Independent School District v. Doe, 530 U.S. 290 (2000).

69 נושא ההפרדה המגדרית במערכת החינוך (כך לדוגמה ההפרדה המגדרית בבתי הספר היוקרתיים באנגליה, השייכים למערכת החינוך הפרטית) נקבע לעתים משיקולים פדגוגיים טהורים, ללא קשר לשיקולים דתיים. חוסר תקצוב מספיק יכול למנוע מן המוסד החינוכי (וממילא מתלמידים והוריהם) הענקת ידע בתחומי דעת שונים, "דתיים" ושאנם דתיים.

70 כגון היעדר מורים מוסמכים שיכולים ללמד לימודי דת, דמוקרטיה, מדעים וכיוצ"ב.

71 עמדה זו יפה כמובן גם לסוגיות אחרות שמחוץ למערכת החינוך כגון זכות אדם להתפלל דווקא בכותל המערבי או בהר הבית.

72 ראו לדוגמה בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד לח(2) 449 (1984).

73 ראו לדוגמה בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה, פ"ד נה(4) 277 (2001).

74 ראו לדוגמה בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ גור אריה, לעיל ה"ש 74, בדברי הנשיא ברק, עמ' 278.

1. היקף הפגיעה: פגיעה מוחלטת במימוש הזכות לעומת פגיעה חלקית או יחסית בזכות תוך הטלת סייגים – לא איסור מוחלט – על מימושה;
  2. פגיעה ישירה בזכות לחופש דת (דוגמת חיוב מאמין יהודי או מוסלמי לאכול חזיר) לעומת פגיעה עקיפה בזכות (הגבלת שעות התפילה שלו או "הכבדה" – ממשית וכבדה או קלה – על מימוש הזכות, כגון באמצעות איסור על קיום תפילה רק בין כותלי בית הספר);
  3. פגיעה באדם הבודד (ובמקרה דנן, התלמיד) לבין פגיעה בכל בני קהילת המאמינים או בכל קבוצת הלא-מאמינים.
  4. הבחנה בין פגיעה בליבת הזכות (כגון איסור על תלמיד יהודי להכניס אוכל כשר לבית הספר) לבין פגיעה בשולי הזכות (איסור על הכנסת אוכל בכשרות מהודרת); הבחנה בין זכויות ראשיות (כגון חופש הדת) לבין זכויות שנגזרות מהן (כגון חופש הגישה למקומות הקדושים).
- ג. קיומו של מסלול או סעד חלופי למימוש הזכות: אפשרותו של התלמיד לממש את חופש הדת, החופש מדת או חופש הפולחן שלו בדרך, במקום או בזמן חלופיים, מחוץ לכותלי בית הספר.
- ד. אופי המוסד החינוכי ומהותו: כאשר מדובר במוסד חינוכי שהוא חלק בלתי נפרד, "אורגן" של הרשות השלטונית, כגון בית ספר ממלכתי, יש מקום להכיר בזכות השלטון להחיל עליו נורמות בהיקף רחב מזה של אלה המוטלות על מוסד חינוך "פרטי" (כגון "מוסדות פטור"), או על מוסדות חינוך שאינם חלק ממוסדות המדינה ה"רשמיים" (כגון מוסדות החינוך המוכשר – המוכר שאינו רשמי). אכן, כמודגש להלן, גם מוסדות "לא רשמיים" כפופים לעקרונות יסוד כגון שוויון, חופש ביטוי וחופש דת, אך היקפן של זכויות אלה יכול להיות מצומצם מהיקפם במוסדות החינוך ה"רשמיים".<sup>76</sup>
- בקצירת האומר: כפי שהגדירו לא אחת,<sup>77</sup> חופש הדת אין פירושו החופש לעשות כל מה שהדת מתירה לעשות, אלא החופש למלא את אשר הדת מצווה או מחייבת לעשות, או החופש להימנע מדברים שהדת אוסרת את עשייתם (כגון לחלל שבת, לאכול אוכל לא כשר וכיוצ"ב).
- לא למותר להזכיר בהקשר זה שגם במישור המשפטי-נורמטיבי כשהוא לעצמו היקפן של חלק מחירויות היסוד – דוגמת עקרון השוויון, חופש הביטוי וחופש הדת – מוגבל במערכת החינוך גם בהקשרים אחרים. כך לדוגמה מוגבל חופש הביטוי של עובד הוראה,<sup>78</sup> בדומה לעובדי מדינה אחרים.<sup>79</sup> הגבלה זו חלה עליו גם מחוץ לכותלי בית הספר, כגון באמצעות היותו פעיל בהנהלה של מפלגה או בגוף בוחר.<sup>80</sup>
- מימושה של חירות הביטוי בין כותלי המוסד החינוכי יכול להתבטא בעצם ההשתייכות אליו. לימודיו של אדם במוסד א ולא ב (כגון לימוד ב"חדר" או "תלמוד תורה" למול לימוד ב"בית ספר

76 לעניין זה ראו לדוגמה פרשת ג'בארין, לעיל ה"ש 48.

77 ראו לדוגמה דברי השופט זילברג בבג"ץ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, פ"ד ח 913 (1954).

78 על הגבלת חופש הביטוי של עובדי הוראה ראו את חוזר המנכ"ל בעניין זה: <http://cms.education.gov.il/educationcms/3/3-7/HoraotKeva/K-2009-8a-3-7-59.htm>. וראו

ירון אונגר ויובל וורגן גבולות חופש הביטוי הפוליטי של עובדי הוראה במערכת החינוך (מסמך שהוגש לוועדת החינוך והתרבות של הכנסת מאת מרכז המידע והמחקר של הכנסת ביום 20.6.2010), [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02823.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02823.pdf).

79 ראו ס' 1 לחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, י"פ 1536 (10.7.1969).

80 ראו שם.

דמוקרטיי, "גן אנתרופוסופי" או "בית ספר למדעים ואמנויות") והשתייכותו אליו הם כשלעצמם סוג של ביטוי.

כך, מקל חומר, כאשר קיום פולחן דתי (או הימנעות מופגנת ממנו), מממשים את "חופש הביטוי הדתי" של אותו אדם. דרישתו של אדם לרכוש דעת בשדה הדת יכולה להיכלל ב"זכותו לדעת", אבן הראשה של חופש הביטוי: על מנת שיוכל לבחור בין חלופות אורח חיים שונות, עליו לקבל מידע באשר למאפייניה של כל אחת מהן.

גם הנהגת קוד לבוש דתי בבית הספר (כגון "לבוש צנוע", ענידת צלב, חבישת כיפה או רעלה וכיוצ"ב) או איסור על לבוש בעל סממנים דתיים נוגעים ישירות לחופש הביטוי.<sup>81</sup>

עקרון הפלורליזם וחופש המדע והדעת<sup>82</sup> תומך לכאורה בחשיפת כל תלמיד גם לשדה הדת, על מקצועותיו השונים, וגם לשדה הליברלי שלעתים קרובות כולל תכנים הסותרים את הדת. כך גם באשר לטיפוח חשיבה ביקורתית, שיכול להציב שאלות קשות על אמונות ודעות דתיות. "חסימת" אופקי התלמידים ומניעתם מחשיפה לכל אלה עומדות לכאורה בניגוד לעקרון הפלורליזם ו"חופש המידע".<sup>83</sup> יש מדינות, דוגמת אנגליה, שבהן המדינה מבקשת להתנות היתר ללמוד לימודי דת בבית הספר בחשיפת התלמידים ליותר מדת אחת. באמצעות הליכה בנתיב זה מבקשת המדינה להעצים את הפלורליזם והסובלנות ולהקנות מעט את המתח הבין-דתי, מתוך הנחה שבורות מטפחת שנאה, ניכור וזרות, ואילו ידע מעורר הערכה, ולימוד עקרונות הדת ה"אחרת" יקהה את המתח ויביא לכבוד הדדי. מנגד, הניסיון לעשות זאת בכפייה הביא להתנגדות עיקשת של בתי ספר "דתיים", דוגמת בתי הספר החרדיים באנגליה, להכנסת תכנים מעין אלה למערכת החינוך שלהם.<sup>84</sup>

נזכיר עוד כי סוגיית הפלורליזם והבדלנות – גם על רקע דתי, כמו כל רקע פוליטי וחברתי-כלכלי – אינה מיוחדת לתחום החינוך. יש לה ביטוי בתחום המשפטי,<sup>85</sup> בהקמת מערכות משפט<sup>86</sup> וכשרות<sup>87</sup>

81 כסוגיות אחרות, גם סוגיה זו אינה מיוחדת רק למערכת החינוך, אך בשל אופייה הכופה של המערכת החינוכית על תלמידיה והצורך ב"אחידות" שמודגש בה תדיר, היא מקבלת במסגרתה ביטוי מיוחד. לעניין זה ראו גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי ראש לנשים במדינות ליברליות משפט וממשל יב 191 (2009).

82 ראו לעניין זה אביעד הכהן "בין חופש המדע וכבוד האדם: עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיית" קובץ בנושא ארכיאולוגיה וכבוד המת, בית מועצת יחד שליך בית נשיא מדינת ישראל 5 (התשס"ד); אביעד הכהן "התחייבה העצמות האלה?" – חופש המדע הארכיאולוגי, חופש הדת וכבוד האדם" מאזני משפט ד 219 (2005); אביעד הכהן "מהו ללמוד חכמה יוונית? – על חופש הדת, חופש הדעת, חופש המדע וחופש המידע" גליון פרשת השבוע של משרד המשפטים 307 (התשס"ח).

83 אם כי אין כאן מניעה מוחלטת של "חופש הדעת" אלא רק הגבלת החשיפה לתכנים שאינם נלמדים בין כותלי המוסד החינוכי לגיל מתקדם יותר או למערכות המצויות מחוץ לבית הספר. על אתגר הפלורליזם במערכות החינוך במדינות אחרות נכתבה ספרות ענפה. ראו לדוגמה STEPHEN V. MONSMA & CHRISTOPHER J. SOPER, THE CHALLENGE OF PLURALISM: CHURCH AND STATE IN FIVE DEMOCRACIES (2009).

84 מתח זה עלה בארץ יותר בהקשר הלאומי ופחות בהקשר הדתי, בעריכת מפגשים בין תלמידים יהודים לערבים, שמערכת החינוך הממ"ד התנגדה לה מחשש שהדבר יביא לעידוד קשרים בין המגזרים ול"נישואי תערובת". התנגדות דומה הובעה באשר לשילוב מורים מבני המגזר הערבי במערכת החמ"ד, גם במקצועות כלליים דוגמת לימודי מדעים, חינוך גופני וכיוצ"ב. ראו ירדן סקופ "מכתב לפירון: שלב את המורים הערבים בחינוך הדתי" הארץ 30.1.2014 www.haaretz.co.il/news/education/1.2230556.

85 הביטוי הבולט והבוטה ביותר ל"מגזריות" זו מצוי בס' 3 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, המחריג שתי מערכות חינוך המזוהות במובהק עם מפלגות פוליטיות מעקרון היסוד של השוויון הקבוע בו.

דתיות נבדלות, בהקמת יחידות נפרדות בצה"ל לחיילים דתיים, חרדים ולבני ישיבות ה"הסדר",<sup>88</sup> בבניית שכונות<sup>89</sup> ויישובים – חקלאיים ועירוניים – נפרדים,<sup>90</sup> בקיום מערכות בנקאות,<sup>91</sup> שיכון<sup>92</sup> ובריאות נפרדות,<sup>93</sup> וכיוצא באלה. בדלנות זו מעוגנת גם בהסכמים פוליטיים.<sup>94</sup> למרות זאת, וכאמור לעיל, בתחום החינוך קיבלה תופעת הבדלנות והפלורליזם ממד מיוחד הן במישור החקיקתי, הן במישור הפסיקטי, הן במישור המוסדי והן במישור החברתי, ועצמותיה ניכרות יותר מבתחומים אחרים.

#### ד. רקע היסטורי: מטרות החינוך בישראל ומקום הדת והמסורת בהן לאור הוראות הדין

מעורבותו האפשרית של המשפט בכלל – ומערכת בתי המשפט בפרט – בשדה החינוך נגזרת מקיום מערכת ענפה של "דיני החינוך".

כמו במדינות אחרות בעולם, גם המחוקק הישראלי לא הותיר את סוגיית החינוך להסדרים חברתיים וולונטריים אלא בחר לעגנה במערכת ענפה של נורמות מסוגים שונים: חוקים, חקיקת משנה, צווים,

- ניסיון לתקוף את חוקתיותו של חוק זה לא צלח. ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999).
- 86 ראו לדוגמה אדם חפרי-וינוגרדוב "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי-הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הציוני-דתי" עיוני משפט לד' 47 (2011).
- 87 דוגמת הבר"צים החרדים למיניהם ולסוגיהם שמוכרים בתחום הכשרות.
- 88 לעניין זה ראו בהרחבה הכהן "לא בחיל ולא בכוח": דת ומדינה בצה"ל, לעיל ה"ש 31.
- 89 ראו לדוגמה איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998); יוסף שלהב ומנחם פרידמן התפשטות תוך הסתגרות: הקהילה החרדית בירושלים (התשנ"ט); יוסף שלהב ולי כהנר "מגטו לפרוור: תמורות בארגון המרחבי החרדי" מהישרדות להתבססות, תמורות בחברה החרדית בישראל ובחקרה 253 (קימי קפלן ונורית שטרלר עורכים, 2012); ישי בלנק "איים של פלורליזם, היפרדות ושילוב בין דתיים לחילונים בישראל" דין ודברים ו' 85 (2011); גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור" קהילות מגודרות 425 והמקורות הנזכרים שם (אמנון להבי עורך, 2010).
- 90 ראו בהרחבה גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014); אביעד הכהן "הרחק משכן רע!?! – על מגורים בדלניים, הלכה והכלה, משפט וחברה" עמדו"ת ז' 61 (התשע"ה); בלנק, לעיל ה"ש 89.
- 91 דוגמת בנק פועלי אגודת ישראל, בנק המזרחי, ובנק הפועלים.
- 92 כגון חברות "שיכון עובדים", "סולל בונה", "משהב", וכיוצ"ב.
- 93 כך לדוגמה בהקמת קופות חולים מגזריות (קופ"ח ה"כללית" וקופ"ח "לאומית"); בתי חולים או "בתי רפואה" (דוגמת בית החולים "מעייני הישועה" בבני ברק, בית החולים לניאדו בקרית צאנז, נתניה, והמרכז הרפואי "שערי צדק") המיועדים לציבור החרדי, ומתוך כך נוהגת בהם רמת שמירה מוגברת על עקרונות הלכתיים.
- 94 במהלך השנים נחתמו כמה וכמה הסכמים קואליציוניים בין מפלגת השלטון לבין יהדות התורה וש"ס שענינו את "עצמאותו ומעמדו הייחודי של החינוך החרדי לסוגיו" והבטיחו את אי-הפגיעה "בעצמאותו הארגונית והחינוכית" ואת השמירה על "מעמדו הייחודי" ותקצובו. ראו לדוגמה בג"ץ 306/05 סיעת המפד"ל בכנסת נ' ממשלת ישראל, פס' 2 (פורסם בנבו, 21.8.2005).

תקנות והנחיות מנהליות.<sup>95</sup> משכך, קיבלה הסדרת מערכת החינוך אופי מובהק של מערכת נורמות משפטיות, שמעצם טיבן וטבען כפופות להכרעה משפטית.

דיני החינוך מושפעים, בראש ובראשונה, ממטרות החינוך ותכליתו. בנושא זה נשתברו קולמוסים הרבה, נכתבו ספרים ומאמרים לרוב, והוא ניצב במוקד השיח הציבורי דורות רבים. בתי הספר לחינוך במוסדות האקדמיים מקדישים ללימודו פרק נרחב, ובמסגרת מצומצמת זו לא נוכל להרחיב בו אלא להעיר על כמה נקודות חשובות שעולות מתוכו ובו, שדומה כי יש להן השפעה רבה גם על נושא דיונונו. משחר ימות עולם נתפס החינוך כבעל שני מוקדים מרכזיים: לימוד וחינוך.

האחד, לימוד שעיקרו הקניית ידע, דרכי חשיבה, אמצעי ביקורת וכישורי חיים. באמצעותם יכול אדם לרכוש לו כלים ומיומנויות שיאפשרו לו להיות את חייו בדרך מיטבית, למקסם את יכולותיו, להעלות את רמת חייו, לשמור על בריאותו, "לממש את עצמו" ולמצות את כישוריו האינטלקטואליים. לצד רכישת ידע מעשי, מכוחו של הלימוד, החינוך – כך ברוב החברות והתרבויות בעולם – נועד גם ליצור אדם "טוב" יותר, ערכי יותר; אדם שלצד המימוש העצמי שלו יתרום לפיתוח החברה כולה. "תיקון עולם", ולא רק תיקון האדם הפרטי, הוא אחת מהמטרות הנעלות שניצבות במוקד העשייה החינוכית.

ביטוי נורמטיבי לכך ניתן בסעיף השני בחוק חינוך ממלכתי<sup>96</sup> ההיסטורי, משנת תשי"ג–1953, שביקש להגדיר את "מטרות החינוך" הממלכתי בישראל<sup>97</sup> וקבע בהאי לישנא.

"מטרת החינוך הממלכתי היא להשתית את החינוך במדינה על ערכי תרבות ישראל והישגי המדע, על אהבת המולדת ונאמנות למדינה ולעם ישראל, על תודעת זכרון השואה והגבורה, על אימון בעבודה חקלאית ובמלאכה, על הכשרה חלוצית, ועל שאיפה לחברה בנויה על חירות, שיוויון, סובלנות, עזרה הדדית ואהבת הבריות" (ההדגשה הוספה).

קביעת "מטרות" בכלל ו"מטרות חינוך" בפרט מפורשות בחוק יכולה להיות שנויה במחלוקת ומעוררת מטיבה וטבעה שאלות ומחלוקות, הן באשר למה שיש בהן והן במה שחסר בהן.<sup>98</sup> יתר על כן, גם הזדהות עם כל מטרות החינוך כשלעצמן אינה מובילה בהכרח למסקנה שכולן צריכות להיות מוגשמות דווקא במסגרת מערכת החינוך הפורמלית. לדוגמה, יכול אדם להזדהות בכל נפשו ומאודו עם הצורך

95 על רציות הרחבתה של מסגרת דיני החינוך או הצרתה ראו בהרחבה: דן גבתון "לחיות על פי עקרונות או לחנך לקראתם? מקום המשפט כמכשיר לקידום הוגנות במסגרת רפורמות בחינוך: ניתוח שלושה מקרים" **האם המשפט חשוב?** 265 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

96 לא במקרה החוק הישראלי מדבר על חינוך "ממלכתי" – ברוח ה"ממלכתיות" המפורסמת בכל תחומי החיים שבן-גוריון ביקש לקדם במדינת ישראל – ולא על חינוך "ציבורי". במסגרת זו לא ניכנס להבחנה בין השניים ונסתפק בהפניית שימת הלב להצעת חוק אחריות המדינה לחינוך ציבורי, התשע"ג–2013. זכיתי להיות שותף לגיבוש הצעה זו בתפקידי כיועצה המשפטי של תנועת "הכל חינוך" בראשותו של דב לאוטמן ז"ל. להתפתחות דיני החינוך בישראל, ראו גם אביעד הכהן "החינוך בראי המשפט" **יובל למערכת החינוך בישראל** 85 (אלעד פלד עורך, 1999).

97 "סעיפי מטרה" כגון אלה אינם נפוצים ביותר בחקיקה הישראלית, ויש המערערים על הצורך בהם ועל רציותם. ראו לדוגמה איל זמיר **פירוש לחוק המכר** 1 (1987).

98 כך, לדוגמה, מפתיע למדי שנעדר מ"מטרות החינוך" לימוד השפה העברית, פיתוחה וטיפוחה, נושא שהיה בין עיקריה של התנועה הציונית.

בהנחלת "אהבת המולדת" או "מורשת ישראל" – על תכניה השונים, כגון לימוד תנ"ך, תושב"ע (תורה שבעל פה) ומסורת ישראל – אך להותיר משימה זאת לחינוך הלא-פורמלי, בבית ובתנועת הנוער. הניסיון "לכפות" ערכים אלה במסגרת מערכת החינוך הפורמלי עלול להביא – כמעשה בומרנג – דווקא לתוצאה ההפוכה, של יצירת ניכור ואנטגוניזם כלפי ערכים אלה והתכנים המלווים אותם. הניסיון להגדיר "מטרות חינוך" בחוק יוצר מניה וביה עמימות ומחלוקת. לדוגמה, המונח "תרבות ישראל"<sup>99</sup> עשוי להתפרש בפנים שונות,<sup>100</sup> ותוכנו אינו ברור, אך בשונה ממגילת העצמאות, אינו מזכיר כלל את המורשת היהודית.

בתקופת כהונתו של פרופ' אמנון רובינשטיין כשר חינוך, ולאחר עשרות שנים שבהן עמד בעינו, תוקן הסעיף, ומטרות החינוך הממלכתי הורחבו בהרבה. בתיקון החוק נעשה ניסיון לנסח סעיף "כללי", אזרחי-חילוני, ברוח ה"נאורות" האירופית וההומניזם האוניברסלי, שפונה לכל מגזרי האוכלוסייה בישראל תוך מעעום – עד כדי המעטה, אם לא השכחה המוחלטת – דמותו של הפן היהודי-מסורתי-דתי שטבוע עמוק בגנום של "המדינה היהודית" ו"מדינת העם היהודי".

אכן, ניסיון זה לא צלח. בעקבות מהלך פוליטי שהובילו המפלגות הדתיות והחרדיות בכנסת, בשלבי חקיקת החוק, הוסף לחוק, בין ההצבעה בקריאה הראשונה לקריאה השנייה, סעיף מטרה נוסף, שלא הופיע בהצעת החוק המקורית, וכיום הוא סעיף 2(4) לחוק – שמציב מפורשות בין מטרות החינוך הממלכתי את לימוד "תורת ישראל, תולדות העם היהודי, מורשת ישראל והמסורת היהודית".

גם כאן החלוקה בין המונחים השונים אינה ברורה, אך היא משקפת בבירור את רצון המחוקק להטמיע את לימוד "תורת ישראל" ו"מסורת ישראל", על תוכניהם הדתיים (לאו דווקא הריטואליים-פולחניים), במערכת החינוך הממלכתית.

לפי פשוטו של סעיף זה, כל תלמיד בחינוך הממלכתי בישראל, גם אם הוא מוסלמי, נוצרי, דרוזי או צ'רקסי, חייב ללמוד את "תורת ישראל", את "מורשת ישראל" ואת "המסורת היהודית". עמימותם של המונחים, כפילוחם והשוני ביניהם (האומנם "תורת ישראל" ו"המסורת היהודית" – היא אשר היא תוכנה – אינן חלק מ"מורשת ישראל"? אינם מורים אותנו בבירור מה יהיו גבולות ה"לימוד" בהקשר זה. האם רק הקניית ידע כללי בתנ"ך ובתורה שעל פה, או גם לימודי ביקורת המקרא? האם רק לימוד פרקים בהיסטוריה היהודית, או גם טקסי בר/בת מצווה ו"קבלת שבת"?<sup>101</sup>

99 לא למותר להזכיר שבקרב שלומי אמוני ישראל המונח הכה שגור בשפתנו של "תרבות" (דוגמת משרד החינוך והתרבות, מוסדות תרבות וכיוצ"ב) הוא בריה חדשה ומשונה למדי. במקרא נזכר מונח זה רק פעם אחת (במדבר לב 14), ובהקשר שלילי למדי: "תרבות אנשים חטאים(!)". עם חילון שפת הקודש היה מונח זה שם נרדף ל"קולטורה" הלוועזית, ומכאן ואילך חדר לשפה המדוברת. עד כדי כך, שכיום קיימות במשרד החינוך ובלא מעט רשויות מקומיות מחלקות "לתרבות תורנית" או ל"תרבות חרדית".

100 מונח זה מזכיר את המונח העמום לא פחות, "מורשת ישראל", שנקבע בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, וכידוע עורר פולמוס באשר לתוכנו ולמשמעותו. ראו לדוגמה בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991); אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג 280 (התשמ"ז); סיני דויטש "הפנייה למורשת ישראל מכוח 'חוק יסודות המשפט'" דברי הקונגרס העולמי למדעי היהדות 240 (התש"ן); מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל 84 (רות גביוון עורכת, 1982); מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227 (התשמ"ז).

101 בשנת 2000 הציע ח"כ רחמים מלול (ש"ס) למשרד החינוך להורות על הקצאת "שעות הוראה" ללמד ילדי בתי ספר טעמי המקרא ולהכניס לבר מצווה כדי למנוע מהם את הצורך לשכור מורה פרטי. ח"כ יוסי שריד

יהא אשר יהא, ראוי לדייק בלשון החוק: ראשית, יושם אל לב שמדובר כאן על לימוד "תורת ישראל", "מורשת ישראל" ו"מסורת יהודית" – ערכים חשובים שאפשר שייתפסו כערכי יסוד תרבותיים, ציוניים וחינוכיים, לאו דווקא דתיים, ואילו "השם המפורש", המונח "דת", לא נזכר כאן כלל, ודומה שלא במקרה.

יתר על כן, לעומת הסעיף-קטן הראשון, שמדובר בו על "חינוך אדם", בסעיף-קטן הרביעי ובדומים לו מדובר רק על "לימוד",<sup>102</sup> הבחנה מילולית שאולי מרמזת על הניסיון שנעשה בפסיקה האמריקנית להבחין בין לימוד "על" דת מסוימת לבין עיסוק ב"דת" גופה, בפרקטיקות דתיות – מעשים ופולחנים דתיים של ממש כגון תפילה, עטיית סממני לבוש 'דתי' או מעין-דתי (כגון כיפה, צלב) או הצבת סמלים דתיים בשטח מוסד החינוך הציבורי.

ככל שהחינוך מכוון ומוכוון יותר לעיצוב אישיותו של אדם ולא רק להקניית ידע, כך גובר החשש מפני פגיעה בחופש הדת או בחופש מדת. אכן, כפי שנראה להלן, גם בתחום הבעייתי פחות לכאורה של "הקניית ידע", יכולות לצוץ לא מעט סוגיות שמעוררות שאלות חוקתיות, לדוגמה לימודי אבולוציה ובריאתנות, ביקורת המקרא, היסטוריה, לימודי אמנות בכלל ואמנות דתית בפרט וכיוצא ב.

### ה. המסגרת הנורמטיבית

לטעמנו, המבקש לעסוק בסוגיית הביקורת השיפוטית על דיני החינוך אינו יכול להתעלם מרקעה ההיסטורי של התפתחות מערכת החינוך ודיני החינוך במדינת ישראל. דיני חינוך – כמו כל מערכת דינים – אינה צומחת בחלל ריק. לדרכי התגבשותה ורקעה ההיסטורי יש חשיבות לשאלת רציונל המעורבות השיפוטית בה ובתכניה.

עם הקמת המדינה נותרו ההסדרים החוקיים הבסיסיים המנדטוריים שמסדירים את מערכת החינוך בעינם. עם זאת כבר בתקופת בראשית זו ניגש המחוקק הישראלי להסדיר מחדש את מעמדה המשפטי של מערכת החינוך והקדים את הטיפול בעניינה לנושאים רבים אחרים.<sup>103</sup>

התנגד בטענה ש"אין הכרח שמערכת החינוך תמלא תפקידים שהם מתחום סמכויותיהן של המשפחות מה גם שאין אנו בדעה שצריך להכניס לימודי דת במסגרת תוכנית הלימודים". לטענתו, "משימה דתית משפחתית עלולה לקומם חלק מההורים" (הצופה 26.5.2000, בעמ' 10).

<sup>102</sup> הבחנה זו קיימת גם בשמות החוקים. השוו לדוגמה בין חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 לבין חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; פקודת החינוך [נוסח חדש], התשל"ח-1978; חוק מוסדות חינוך תרבותיים-ייחודיים, התשס"ח-2008. על שמו של חוק כביטוי לערכים שביסודו ראו אביעד הכהן "בעזרת השם" – על הלכה והכלה, והצורך בשינוי השיח ההלכתי ביחס לאנשים עם מוגבלות" "ואין הדעות שוות": על מעמדו של אדם עם מוגבלות שכלית והתפתחותית בעולמה של מסורת ישראל 57 (בני לאו עורך, התשע"ו).

<sup>103</sup> ראו רחל אלבוים-דרור החינוך העברי בארץ ישראל (התשמ"ו); רחל אלבוים-דרור "מוקדי החלטה במערכת החינוך העברי בארץ ישראל" קתדרה 23, 125 (התשמ"ב); הכהן "החינוך בראי המשפט", לעיל ה"ש 96; רחל אלבוים-דרור "קביעת מדיניות החינוך בישראל" חינוך בחברה מתהווה, כרך א 35 (וולטר אקרמן, אריק כרמון ודוד צוקר עורכים, 1985).

**1. חוק לימוד חובה, התש"ט-1949**

כבר בחלוף חודשים ספורים מעת כינונה של הכנסת הראשונה, בשנת תש"ט-1949, חוקקה הכנסת את חוק לימוד חובה, שהיה אחד החוקים הראשונים שחוקקו.<sup>104</sup> נוסחו המקורי של החוק – להבדיל מהתיקון שהוכנס בחוק ארבע שנים מאוחר יותר ונתן ביטוי לביטול ה"זרמים" במערכת החינוך – עיגן עלי חוק את שיטת ה"זרמים" ומעמדם המשפטי. סעיף 1 לחוק קבע ש"זרם מוכר" פירושו "אחד מארבעת הזרמים הקיימים בחינוך היהודי והם הזרם הכללי, זרם העובדים, זרם המזרחי וזרם "אגודת ישראל".

וכך, בלי להניד עפעף וללא כחל ושרק, חדרה הפוליטיזציה למערכת החינוך הישראלית.<sup>105</sup> "השם המפורש" של מפלגות פוליטיות נכנס בדלת הראשית לחוק הישראלי, תופעה שדומה כי אין לה אח ורע בחוקים אחרים ואף לא במדינות דמוקרטיות מערביות אחרות.<sup>106</sup> בניגוד לחוקים אחרים בני התקופה, בפרק זמן זה הבינו ראש הממשלה ד' בן-גוריון ואנשי הקואליציה שבראשותו שלא יהיה אפשר לכונן מסגרת חינוך ממלכתית אחת, ללא צורך ב"חלוקת בית ישראל" לשניים<sup>107</sup> או לשלושה חלקים בכל הנוגע לחינוך הילדים.

ואמנם, בעת הדיון בכנסת מחו חלק מחברי הכנסת על שהחוק מנציח למעשה את הזרמים השונים שנהגו ביישוב קודם הקמת המדינה, ובכך מכניס למעשה מרכיב פוליטי למערכת החינוך, בניגוד לכל תפיסת ה"ממלכתיות" של בן-גוריון.

חברת הכנסת שושנה פרסיץ (הציונים הכלליים) אף הציעה לבטל כליל את הזרמים, ותחתם להקים מערכת חינוך כללית שבתוכה יהיו מגמות שונות: ראלית, הומנית, חקלאית, מקצועית ותורנית.<sup>108</sup> באותו דיון עמד ח"כ א"מ גניחובסקי, איש החזית הדתית-לאומית על הצורך בהכללת שיעורים על המשנה, התלמוד, ההגות והמחשבה היהודית גם במערכת החינוך הכללית.<sup>109</sup>

כוונות טובות אלה לא באו לכלל מעשה, והחוק שימר למעשה את המצב הקיים של חלוקת מערכת החינוך ל"זרמים" ותת-זרמים.

- 104 פורסם ס"ח התש"ט 26, מיום 18.9.1949, בעמ' 287 (ה"ח ממשלה התש"ט 16). הליך החקיקה היה מהיר למדי. ביום י"ד בתמוז התש"ט (11.7.1949) הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת החוק, וכעבור יומיים החל הדיון בה במליאת הכנסת. כעבור כחודשיים אושר נוסח החוק הסופי.
- 105 לעניין זה ראו בהרחבה אליעזר דון יחיא שיתוף וקונפליקט בין מחנות פוליטיים – תנועת העבודה ומשבר החינוך בישראל (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1977). על הניסיון להילחם בפוליטיזציה של מערכת החינוך בראשית ימי המדינה, ובהקשר אישי, לא מוסדי, ראו פסק דינו המכונן של השופט ש"ז חשין בבג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 401 (1951).
- 106 לשם השוואה בלבד ראו סעיף 3א(ט) לחוק יסודות התקציב, שנוקב ב"שם המפורש" של תאגידי הבעלות על רשתות החינוך החרדיות, "החינוך העצמאי" ו"מעייני החינוך החרדי" המזוהות עם שתי מפלגות פוליטיות ("אגודת ישראל" וש"ס, בהתאמה), אך ללא ציון השתייכותן הפוליטית.
- 107 כלשון מסמך ה"סטטוס קוו" (שנוכר לעיל) בנוגע לקיום מערכת אחת של נישואין וגירושין.
- 108 דברי הכנסת מיום כ"ג בתמוז התש"ט (20.7.1949), בעמ' 1091.
- 109 על נושא זה עמד בזיכרונותיו גם יצחק נבון ז"ל, הנשיא החמישי שכהן כשר החינוך והתרבות. ראו יצחק נבון כל הדרך – אוטוביוגרפיה 415 (2015).



בהקשר זה נעיר כי חוקי חינוך במדינות שונות בעולם בנויים בשני דפוסים עיקריים: האחד הוא המודל ה"נוקשה" שאינו מכיר כלל בקיומם של מוסדות פרטיים: הרשות היא שקובעת בלעדית את מקום הלימוד של הילד, והיא שמתווה את תכנית הלימודים.<sup>110</sup> לצד מודל זה קיים מודל שני, "גמיש" יותר, המותיר בידי ההורים חופש פעולה מסוים בקביעת מסגרת החינוך שיקבלו ילדיהם, על תכניה ומוסדותיה. מודל זה מבקש לאזן בין הרצון להבטיח חינוך נאות לבין הימנעות, במידת האפשר, מפגיעה בזכויות הפרט.<sup>111</sup> המודל שנתקבל בישראל הוא מודל "מעורב". מצד אחד הוא כולל מרכיב של לימוד חובה, ומצד אחר הוא מותיר להורה יכולת בחירה בין זרמי חינוך שונים, הן בתוך החינוך הממלכתי (זרם ממלכתי) וזרם ממלכתי-דתי) והן חוצה לו (החינוך העצמאי החרדי, החינוך המוכר שאינו רשמי ומוסדות הפטור).

את דפוסי חינוך החובה ביקש המחוקק הישראלי לעצב בחוק לימוד חובה. החוק נועד לבסס שני עיקרים מרכזיים במערכת החינוך במדינת ישראל, הקיימים עד היום: חינוך חובה וחינוך חניס. כנאמר בדברי ההסבר שנספחו להצעת החוק,<sup>112</sup> החוק נועד לחול על "כל ילד הגר במדינה, ללא הבדל דת, גזע ומין".

בשל השלכותיו רבות ההיקף על המנהל הממשלתי ועל הציבור הוצע להחילו בשלושה שלבים, כאשר בשנה הראשונה תחול חובת חינוך החובה על ילדים בגיל 6–11, בשנה השנייה עד גיל 12, ומהשנה השלישית ואילך עד גיל 13. לימים הורחבה מסגרת החוק מגיל 3 ועד גיל 18.

החוק חייב את ההורים לרשום את ילדיהם ללימודים במוסד חינוכי "מוכר" ולדאוג שילמד בו בסדירות. כמו כן נקבעה בו סנקצייה עונשית למי שיפר את הוראות החוק.

כנזכר לעיל, לצד החלת חובת החינוך הכיר המחוקק בארבעת ה"זרמים" הקיימים והבטיח את זכותו של כל הורה לבחור באחד מהם או במוסד שאינו משתייך לאף אחד מן הזרמים. לשם הגשמת רצון ההורים הוענקה לשר החינוך הסמכות לחייב רשות חינוך מקומית לפתוח ולקיים מוסד חינוכי מזרם מוכר מסוים או מוסד חינוך לא-זרמי, לפי הצורך.

היות שהורים במגזרים מסוימים (בעיקר בציבור החרדי הקיצוני, הקרוב ל"עדה החרדית" בירושלים, ובחלקים מבני העדה הנוצרית) נמנעו מלשלוח את ילדיהם למערכת החינוך הממשלתית, הוסמך השר לפטור מלימוד החובה ילדים שלומדים במוסד חינוכי שאינו מוכר (דוגמת תלמוד תורה), ילדים המקבלים לימוד שיטתי באופן פרטי או כאלה שאינם מסוגלים ללמוד לימוד סדיר במוסד חינוכי מוכר.

בחוק לא נזכרה זכות הבחירה של ההורים בקביעת דרך החינוך של ילדיהם לאחר שלב הרישום. מפשטות לשונו עולה כי משנרשם הילד לבית ספר אחד, נקבעה דרכו להמשך לימודיו במוסד זה.<sup>113</sup>

110 מודל זה קיים במשטרים טוטליטריים וקומוניסטיים. ראו אורציון בר-תנא "החינוך האחיד בבית הספר הסובייטי" החינוך לז' 121 (התשכ"ה).

111 ראו שלמה נחמיאס זכויות וחובות הורים בחינוך ילדיהם 3 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ח).

112 ראו הצעת החוק הנוכרת בהערה 104 לעיל.

113 זאת, בניגוד לחוקת החינוך של כנסת ישראל שקבעה תקנות ברורות על "העברת בית ספר מפיקוח לפיקוח".

על פני הדברים הסדר זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של חירות האדם, בחירה חופשית בכלל וחופש החינוך בפרט, חופש ביטוי, חופש הדת וחופש מדת. לפי עקרונות אלה, רשאי אדם לשנות את אורח חייו ואת דעותיו, ומכאן נגזרת זכותו לשנות את המוסד החינוכי שבו לומד הוא או ילדיו מעת לעת.

עם זאת פגיעה זו בחירות החינוך ו"קבוע" המוסד החינוכי שבו ילמד הילד לפי "המועד הקובע" – שעת רישומו הראשון למוסד חינוך – נועדו למנוע את התחרות והמאבקים הרבים שליוו את החברה הישראלית (ובמידה רבה מלווים אותה עד היום, גם בחלוף 65 שנה ויותר) על לבם של הילדים ועל הזכות לחנכם.

באותה עת (אך כאמור במידה מסוימת גם כיום, בעיקר כשמדובר בחינוך דתי וחרדי), כל אחד מן ה"זרמים", ובעיקר שלושת אלה מתוכם שזוהו עם זרם פוליטי מובהק, ביקש "לרכוש" את אהדת ההורים ולהעביר את הילדים למוסדותיו שלו.<sup>114</sup>

כעבור זמן קצר הוכר הצורך בשינוי מצב זה, והותקנו תקנות לימוד חובה (העברה), התשי"ט–1950, שאפשרו העברת תלמידים ממוסד אחד למשנהו משיקולים פדגוגיים או משיקולים אחרים שפורטו בתקנות. אכן, גם לאחר התקנת תקנות אלה מוגבלת במידה רבה יכולת ההעברה של תלמיד מוסד חינוכי אחד לחברו,<sup>115</sup> ואפשר שניתן לערער על מעמדה החוקתי ולהרהר אחריה.

הד למאבקים שליוו את החוק באותן שנים נשמע במקרה מעניין שנדון בבית המשפט הגבוה לצדק.<sup>116</sup> העותר, חבר הוועד המפקח על בתי הספר הכלליים וחבר מועצת החינוך, ביקש מבית המשפט כי יוציא צו המורה לשר החינוך להימנע מהעברת בית ספר שלם, בית הספר "גאולים" שבשכונת בקעה הירושלמית, מן הזרם הכללי לזרם העובדים. כמו כן הוסיף העותר וטען שמ"שתיקת" חוק לימוד חובה בעניין אפשרות העברת תלמיד מבית ספר אחד למשנהו עולה שהתקנות הנזכרות שהתקין השר כדי לאפשר את ההעברה נתקנו בחריגה מסמכות ודינן ליבטל. בית המשפט קיבל את העתירה והפך את הצו המורה לשר להימנע מהעברת בית הספר מהזרם הכללי לזרם העובדים למוחלט.<sup>117</sup>

נדגיש כי אף שבחלוף כעשור שנים הותקנו תקנות חינוך ממלכתי (העברה), התשי"ט–1959, שמיתנו את הפגיעה הקשה בחירותם של התלמידים והוריהם לעבור מ"זרם" חינוכי אחד למשנהו, נותר חופש הבחירה הנתון להורים מוגבל למדי.

כך לדוגמה קובע סעיף 6א(ו) לתקנות כי "על אף האמור בתקנת משנה (א) לתקנות חינוך ממלכתי (העברה), תשי"ט–1959 לא תעביר רשות החינוך המקומית תלמיד אל מוסד חמ"ד אלא בהסכמת הוריו וכן בהיפוכם של דברים". תקנה זו יוצרת קשיים במיוחד באותם מקרים שבהם רצון הילד אינו

114 על המאבקים הפוליטיים שליוו את מערכת החינוך בראשית ימי המדינה ראו אהרון פ' קליינברגר "חקיקה, פוליטיקה והכוונה בתחום החינוך" החינוך בישראל 55 (1973).

115 ראו נחמיאס, לעיל ה"ש 111, בעמ' 55.

116 בג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה 523 (1950).

117 בית המשפט הוסיף כי טענת העותר בדבר ה"חריגה מסמכות" שבעצם התקנת התקנות היא "טענה הראויה לתשומת לב רבה", אך נמנע מלהכריע בה לגופו של עניין, מאחר שדחה את עמדת השר בדבר יכולתו להעביר את בית הספר כולו מזרם אחד למשנהו.

עולה בקנה אחד עם רצון הוריו,<sup>118</sup> ובמקום שבו שני ההורים עצמם חלוקים בדעותיהם בדבר המוסד החינוכי הראוי לילדם.

## 2. חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953

לאחר הבחירות לכנסת השנייה נוצרה קרקע פוליטית פורייה לביטול שיטת ה"זרמים" בחינוך. הצטרפות הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית לממשלה, כמו גם מינויו של פרופ' בן ציון דינור, ממתנגדיה הבולטים של שיטת ה"זרמים", הכשירו את הקרקע לביטולם.<sup>119</sup> בקווי היסוד של הממשלה נכלל סעיף שחייב הקמת ועדה ממשלתית להנהגת חינוך ממלכתי בכל בתי הספר היסודיים. הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת ואושרה ביום א' באלול התשי"ג (12.8.1953), ולמן תחילת שנת הלימודים תשי"ד היו במערכת החינוך רק שני סוגי מוסדות: ממלכתיים וממלכתיים-דתיים.

אכן, לפי סעיף 3 לחוק, מוסדות החינוך שהשתייכו ל"זרם החינוך העצמאי" של "אגודת ישראל" היו חייבים להפוך למוסדות חינוך ממלכתיים-דתיים. לא כך אירע בפועל: מוסדות אלה שמרו על עצמאותם והיו למוסדות חינוך "מוכרים" אך "בלתי רשמיים".<sup>120</sup> סעיף 1 לחוק ביקש להגדיר מהו "חינוך ממלכתי-דתי" וקבע את מסגרתו בהאי לישנא:

חינוך ממלכתי, אלא שמוסדותיו הם דתיים<sup>121</sup> לפי אורח חייהם, תוכנית לימודיהם, מוריהם ומפקחיהם.

יש ליתן את הדעת לדרישה שנראית משונה ביותר במבט ראשוני: דרישת ה"דתיות" ברובד האישי, לא המוסדי, מתייחסת רק למורים ולמפקחים, אך לא לתלמידים! והלא הם עיקר מניינו ובניינו של בית הספר, והם-הם מושא החינוך ומטרותיו, ומדוע זה נפקד אזכור שמם מהגדרת החינוך הממ"ד? דומה שאין מדובר ב"השמטה" מקרית או ב"טעות סופר" אלא בניסוח מחושב היטב: מראשיתו ביקש החינוך הממ"ד לקלוט לשורותיו כמה שיותר תלמידים, גם כאלה שאינם באים מבתי "דתיים" כלל. מגמה זו מנומקת לרוב בנימוקים אידאולוגיים, ברצון הטוב "להחזיר בתשובה" או בניסוח מעורן יותר, "לקרב" תלמידים ש"אינם יודעים לשאול" אל המסורת היהודית, תלמידים שלמרות היותם מרוחקים – ברמה זו או אחרת – מן המסורת היהודית או מלימוד תורה והקפדה על קיום מצוות, קלות כחמורות. אכן, לצד האידאולוגיה עמד גם רצון – שלמען ההגינות יש להדגיש כי לא היה זה גם למגזרים אחרים בחברה הישראלית – "לקנות" כמה שיותר תלמידים, ובכך לרכוש השפעה פוליטית וחברתית ולהגדיל את מוטת השליטה על עתידה של החברה הישראלית ואורחות חייה.

118 דומה שעם פיתוחן של "זכויות הילד" וההכרה בקיום רצון "עצמאי" משלו, בוודאי ככל שהוא מתקרב לגיל הבגרות המשפטית, ראוי לתת מרחב מחיה גדול יותר לרצון הילד, למרות היותו נתון, מבחינה פורמלית, באפטרופסות הוריו.

119 האנציקלופדיה העברית כרך ו 993 (התשי"ז).

120 המשמעות המשפטית של "הכרה" זו פורטה בס' 11 לחוק, הקובע כי מוסדות אלו יוכלו לקבל תמיכה מהמדינה ובד בבד היא תפקח עליהם.

121 על הקושי בהגדרה מדויקת של "דת" ו"דתי" בהקשרים אחרים ועל השימוש שנעשה בהם, כשלעתים אין הוא אלא מסווה להדרת קבוצות אוכלוסייה מסוימות, ראו בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 508 (2000).

להשלמת התמונה נציין כי לימים, בשנת 2000, הוסף לחוק סעיף – "זנב" נוסף ש"עיבה" עוד יותר את הגדרתו של החמ"ד בנסותו להוסיף גם "שלייקעס" (כתפיות) לחגורתו הרחבה של החוק. למעשה, תוספת זו הביאה לעמימות יתר של ההגדרה שבחוק, עד כדי כך שרב בה הנסתר על הגלוי:

"חינוך ממלכתי דתי" פירושו חינוך ממלכתי, אלא שמוסדותיו הם דתיים לפי אורח חייהם, תכנית לימודיהם, מוריהם ומפקחיהם; ובהם מחנכים לחיי תורה ומצוות על פי המסורת הדתית וברוח הציונות הדתית.<sup>122</sup>

למותר לומר שהגדרות אלה עמומות למדי, וניתנות לפירושים רבים ומגוונים, הכול לפי המפרש, הזמן והמקום.<sup>123</sup>

לפי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק חינוך ממלכתי, "תכנית הלימודים" פירושה תכנית לימודים שקבעה השר למוסדות החינוך הרשמיים להשגת המטרה האמורה בסעיף 2, כולל "תכנית היסוד" שהשר יקבעה כתכנית חובה על כל מוסד כזה. בתכנית לימודים זו, שעברה לא מעט שינויים ותמורות במהלך שנות המדינה, נכללו מאז ומעולם מקצועות בעלי תוכן או אופי מעין "דתי" מובהקים כגון תנ"ך, תושב"ע ומחשבת ישראל.

במוסדות החמ"ד (אך לא רק בהם) נוספו עליהם גם לימודי "הלכה", "משנה", "גמרא" ועוד. אכן, לפי ההגדרה שבחוק, "חינוך ממלכתי דתי" מתייחד בין השאר בכך ש"מוסדותיו הם דתיים לפי אורח חייהם, תכניות לימודיהם... ומחנכים בהם לחיי תורה ומצוות על פי המסורת הדתית וברוח הציונות הדתית". בהמשך הסעיף באה הגדרת "תכנית השלמה למוסד חינוך ממלכתי דתי" בהאי לישנא: "תכנית השלמה שתכלול לימודי תורה שבכתב ושבעל פה ותכוון לאורח חיים דתי, לרבות נוהג והווי דתי בין כתלי המוסד".<sup>124</sup>

אם לא די בכל אלה, נוספה לחוק בשנת תשס"ח–2008 הגדרה של "חינוך ממלכתי משלב", שמדברת אף היא בתכנית הלימודים המיוחדת מוסדות אלה: "חינוך ממלכתי משלב" – חינוך ממלכתי

122 בדומה לדברי חוק אחרים המדברים על "רוח", דוגמת ס' 1 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951: "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"; ס' 1 לחוק זכויות התלמיד ("ברוח כבוד האדם ועקרונות אמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד"); ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובעים כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". השימוש במונח זה יוצר עמעום מכוון ובלתי מחייב הפותח פתח לפרשנות רחבה ביותר. כך, מקל וחומר, במערכת הרחבה והמגוונת של החמ"ד, שקלטה לתוכה גם מוסדות של חב"ד ושל זרמים "חרדים-לאומיים" (חרד"ל) מזה, המפעילים "תלמודי תורה" שזהים כמעט בכול לתלמודי תורה חרדיים, מוסדות שספק אם ניתן לומר עליהם שהם עולים בקנה אחד עם "רוח הציונות הדתית" הקלאסית. אכן, גם מונח זה של "ציונות דתית" הוא נוזל ביותר ועבר במהלך השנים תמורות ניכרות. ראו לדוגמה מאה שנות ציונות דתית, א–ג (אבי שגיא ודב שוורץ עורכים, 2004); דב שוורץ הציונות הדתית בין היגיון למשיחיות (1999); דב שוורץ אמונה על פרשת דרכים: בין רעיון למעשה בציונות הדתית (1996); דב שוורץ "הציונות הדתית ורעיון האדם החדש" ישראל 16, 154 (2009); גדעון שמעוני האידיאולוגיה הציונית 118 (2001). הציונות הדתית – עידן התמורות (אשר כהן וישראל הראל עורכים, 2004).

123 על הקושי בהכנסת תכנים ערכיים ושיוכים חברתיים-סוציולוגיים למסגרות משפטיות ראו אביעד הכהן "מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? – הלכה, משפט ובית המשפט כמשקפי זהות ומכונניה" זהות יהודית סדרת ממשל, חברה ותרבות 127 (אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים, התשע"ה).

124 על מונח עמום זה ראו להלן.

המשלב בתכנית הלימודים שלו לימודי יהדות מוגברים, ושם דגש על עיסוק בזהות יהודית ועל חינוך לפי תכנית השלמה למוסד חינוך ממלכתי משלב".

"תכנית השלמה" זו מפורטת גם היא בחוק בהאי לישנא: "תכנית השלמה למוסד חינוך ממלכתי משלב" – תכנית השלמה שתכלול לימוד מקורות יהודיים בהיקף רחב ובאופן מעמיק, תוך שימת דגש על עיסוק בזהות יהודית ועל חינוך לערכי הסובלנות במורשת ישראל ולקיום חיים משותפים וברית ייעוד וגורל בין כל חלקי העם בישראל ובתפוצות".

לצד ה"עיקר" – התלמידים – שחסרים מספר החוקים, יש לשאול על מה שיש בחוק: כיצד יוגדר מוסד<sup>125</sup> כ"דתי"? האם לפי שיוכו הארגוני?<sup>126</sup> לפי מטרתיו המוצהרות? לפי זהות מנהלו או מוריו? לפי אורח חייו הלכה למעשה, ולא רק במילים והצהרות? וכיצד תוגדר ה"דת" בהקשר זה: לפי פירושה המחמיר או המקל? האורתודוקסי או הרפורמי?

למותר לומר שגם המונח "חיי תורה ומצוות" יכול להתפרש פירוש שונה לחלוטין על ידי אנשים שונים, ומה שבעיניי האחד הם חיי תורה ומצוות "ללא כחל ושרק", "למהדרין מן המהדרין", בעיני אדם דתי אחר אפשר שייתפסו כחיי כפירה, אפיקורסות ומינות, עד כדי ראיית אורח החיים הנוהג בבית הספר אורח חיים המעודד "עבודה זרה" או "גילוי עריות" של ממש ונותן להם גושפנקה. טלו, לדוגמה, מודל בית-ספרי שהיה הדגם הדומיננטי במערכת החמ"ד בראשית ימי המדינה ובמשך עשרות שנים (ושייריו מצויים בה עד היום) שהו לומדים בנות ובנים יחדיו, בכיתות מעורבות. בעיני פרנסי החמ"ד בראשית ימי המדינה, היה זה דגם "כשר למהדרין" של חינוך "דתי", ואילו בעיני החרדים, ולא מעט מחכמי ההלכה, עצם העירוב המגדרי כמו גם חלק מתוכני הלימוד גבלו ב"גילוי עריות" וב"עבודה זרה" של ממש.

וכיצד נקבע "אורח חיים" דתי: האם לפי התנהגות התלמידים רק בין כותלי בית הספר, או גם לפי התנהגותם ושמירתם מצוות בקפדנות גם חוצה לו, בשבתם בביתם, ובלכתם בדרך? לעניין אחרון זה משמעות רבה משום שבמשך עשרות שנים, ועד ימינו, שיעור ניכר מתלמידי מערכת החמ"ד אינם באים מבתי "דתיים" שבהם מקפידים על קלה כבחמורה, אלא מבתי "מסורתיים" ואף פחות מכך, מצד שיוכם הסוציולוגי.<sup>127</sup>

125 למותר לציין שיש המערערים מן היסוד כל היכולת להגדיר "מדינה" או "מוסד" כ"דתי", מונח המתייחס דרך כלל ל"אמונה" דתית, שאינה בת יישום כשמדובר על עצם שאינו בר אנוש.

126 לדוגמה, שיוכו לרשת חינוך שמטרתה המוצהרות הן קיום חיי תורה ומצוות. ומה באשר למוסד המשתייך לזרם "דתי" שאינו אורתודוקסי, דוגמת בתי הספר של תל"י המקיימים זיקה לתנועה הקונסרבטיבית?

127 על ההגדרות השונות ברצף ה"דתי" ראו לדוגמה CHARLES S. LIEBMAN, RELIGION, DEMOCRACY AND ISRAELI SOCIETY 58–59 (1997); אשר כהן "הכיפה הסרוגה ומה שמאחוריה: ריבוי זהויות בציונות הדתית" אקדמות טז 9 (התשס"ה); חנן מוזס מציונות דתית לדתיות פוסט מודרנית: מגמות ותהליכים בציונות הדתית מאז רצח רבין (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, 2009); תמר הרמן ואח' דתיים? לאומיים! – המחנה הדתי-לאומי בישראל 2014 42–73 (2015); אריאל פינקלשטיין החינוך הממלכתי-דתי תמונת מצב, מגמות והישגים והמקורות שם (התשע"ב); יצחק גייגר "הציונות הדתית החדשה – סקירה, עיון וביקורת" אקדמות יא 51 (התשס"ב); ובאופן הומוריסטי ראו משה קקון מגדיר דוסים (התשע"ה). תודתי נתונה לד"ר חגית הכהן-וולף על ההפניה לספרות זו.

זאת ועוד: גם הגדרת "תכנית לימודים דתית" בעייתית למדי. האומנם "דתיותה" נקבעת רק לפי ה"כמות", על פי מספר השעות שמוקדשות בה ללימודי "קודש"? או שמא גם לפי ה"איכות", תוך הימנעות מלימוד ביקורת המקרא, תרבויות עמים או דתות, המוגדרים "עובדי עבודה זרה"?<sup>128</sup> הוספת התיקון להגדרה בשנת 2000 הביאה לעמעום גדול עוד יותר שלה, בקבעה כי בחמ"ד "מחנכים לחיי תורה ומצוות על פי המסורת הדתית וברוח הציונות הדתית". "מסורת דתית" ו"רוח הציונות הדתית" הם מונחים שאי אפשר למצוא להם הגדרה של ממש. האם "רוח הציונות הדתית" מחייבת, להמחשה, התנגדות עיקשת לפיניו יישובים בתהליך שלום, ובמקרי קיצון אפילו לסירוב פקודה לפיניו יישובים אלה (כפי שהורו כמה ממורי דרכה הגדולים של הציונות הדתית בתקופת הסכמי אוסלו)? או שמא להפך? ומה באשר להוראת תושב"ע – תורה שבעל פה – לנשים, או חינוך להדרתן מכהונה בתפקידים ציבוריים, או להפרדה מגדרית החל מגיל גן הילדים: האומנם מוסדות שדוגלים בעקרונות אלה ומחנכים לאורם נוהגים "ברוח הציונות הדתית" או שמא בניגוד לה? דומה שהרחבת הגדרתו של "חינוך ממלכתי דתי" והוספת סיפה זו נועדה לחסום הכללת מוסדות חינוך חרדיים במסגרת החמ"ד,<sup>129</sup> בניגוד למגמת החוק המקורי שבסעיף 3 שבו, ביקש במפורש להכניס גם את מוסדות החינוך העצמאי תחת כנפי החמ"ד.

### 3. חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008

לאחד משיאיה הגיעה הבדלנות החינוכית במישור החקיקתי עם חקיקת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.

למרות שמו ה"ניטרלי" כביכול של החוק, שכל פניו מכוון לכל "מוסד חינוך תרבותי ייחודי", עיון בתוכנו מלמד – כפי שציין גם השופט עמית<sup>130</sup> – שחוק זה יצר, הלכה למעשה, זרם רביעי בחקיקה, חרדי כולו, שמתייחד בכך שהוא "שובר" את הסימטריה בין היקף המימון להיקף לימודי הליבה: היקף המימון הוא כ-60%, אולם אין מוסדות החינוך שנמנים עמו חבים בלימודי ליבה כלשהם.<sup>131</sup> היות שמידת חוקתיותו של חוק זה נדונה בהרחבה בפסיקה, לרבות בבית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים,<sup>132</sup> לא נאריך בו כאן.

128 דוגמת הנצרות שבעיני רבים מהוגי הציונות הדתית ומורי דרכה ההלכתיים נחשבת, בשונה מן האסלאם, לעבודה זרה של ממש. לעניין זה ראו בהרחבה: אביעד הכהן "נצרות ונוצרים בעיניים רבניות בעת החדשה – מהרב קוק ועד הרב עובדיה יוסף" מחניים 15, 89 (התשס"ד).

129 הלכה למעשה לא ברור כלל שהוראה זו מקוימת. כיום נכללים במסגרת החמ"ד גם בתי ספר המזוהים עם חב"ד, אף שמורה דרכה, האדמו"ר מלובאוויטש, וממשיכי דרכו, נוקטים יחס מסויג מאוד ודו-ערכי כלפי הציונות בכלל והציונות הדתית בפרט. כך, מקל וחומר, מוסדות חינוך חרדיים או חרדיים-לאומיים שמתעמים כאלה ואחרים מבקשים בשנים האחרונות להסתפח למערכת החינוך של החמ"ד כדי ליהנות מתקציביו וממשאביו, אך האידאולוגיה שלהם רחוקה לא אחת מרחק רב מזו שנהוג לזהותה עם "רוח הציונות הדתית".

130 בפסקי דין העוסקים בלימודי הליבה, בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 17.9.2014) (גילוי נאות: הח"מ ייצג בעתירה זו את המשיב 4, קבוצה של חרדים שהשתלבו בשוק העבודה ובלומדים אקדמיים אף שלא למדו בנעוריהם לימודי ליבה).

131 על חוק זה ראו בהרחבה גם הראל בן שחר, לעיל ה"ש 25.

132 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 130.

## ו. הפרדה מגדרית ומיסודה

בשונה מההפרדה המגדרית, שכאמור לעיל יש לה ביטוי מוסדי ומערכתי בחוק, בהנצחתם למעשה של ה"זרמים" הדתי, הממלכתי-דתי והחרדי-עצמאי חוק חינוך חובה אינו מתייחס כלל להפרדה המגדרית הקיימת בחינוך הדתי והחרדי. סוגיה זו כרוכה בטבורה בין השאר בדיון המהותי ביישום עקרון השוויון במערכת החינוך.

במערכת החינוך הממלכתית בישראל כל בתי הספר מעורבים, ולומדים בהם בנים ובנות בצוותא. לא כן בחמ"ד. בשנותיה הראשונות של המדינה, לפחות בחינוך היסודי, היו כמעט<sup>133</sup> כל בתי הספר היסודיים מעורבים מבחינה מגדרית, ורק מגיל 12 – חטיבת הביניים ולמעלה – נהגה, בחלק מבתי הספר המשתייכים למערכת זו, ובעיקר באולפנות ובישיבות התיכוניות (אך גם בתיכונים דתיים מסוימים) הפרדה מגדרית.

ברם ככל שחלפו השנים, חלחלה ההפרדה המגדרית בחמ"ד כלפי מטה. כיום ניתן למצוא אותה במוסדות חינוך רבים, בצורות שונות: בתי ספר המופרדים לחלוטין ופועלים כמוסדות חינוך המופרדים זה מזה פיזית (שני בניינים) ומוסדית (שני סמלי מוסד שונים); בתי ספר שמבחינה מוסדית יש להם רק סמל מוסד אחד, אך מבחינה מעשית מקיימים הפרדה מגדרית מלאה מכיתה א או מכיתה ד ולמעלה. במשך שנים רבות נעשתה הפרדה מגדרית זו דה פקטו, אך לא ניתנה לה גושפנקה חוקית, דה יורה. באחרונה חל שינוי גם בתחום זה, כשמועצת החמ"ד – שלפי החוק מוסמכת לקבוע את מדיניות בתי הספר הממ"ד, גיבשה כללים מנחים לקיום הפרדה מגדרית במערכת החמ"ד.<sup>134</sup>

מנהל החינוך הדתי הוציא "נוהל לאישור הפרדה מינית בחינוך הממלכתי דתי". על פי הסעיף הראשון לנוהל, "אישור ההפרדה ייעשה רק במוסדות חינוך בהם קיימים תנאים פדגוגיים ודרישה מובהקת של ההורים. ההפרדה תבוצע בתנאי שהמועצת של כל אחת מהכיתות החד-מיניות שתיווצר לאחר ההפרדה לא יפחת מ-21 תלמידים".<sup>135</sup> סעיף ב' לנוהל קובע כי "אישור ההפרדה ייעשה על ידי

133 חריגים בודדים לכך היו בירושלים: בית הספר הממלכתי-דתי ע"ש הרב עוזיאל יועד רק לבנים, ואילו ביה"ס ע"ש אבולג'ינה דה-רוטשילד (מבתי הספר הראשונים בירושלים, שקם במאה הי"ט) יועד מראשיתו לבנות.

134 ראו טלילה נשר "בתי הספר הממלכתיים-דתיים יפרידו בנים ובנות מכיתה ד" הארץ 12.3.2013. [www.haaretz.co.il/news/education/1.1961078](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1961078). הכרה מסוימת להפרדה זו ניתנה עוד קודם לכן במישור החוזי. בהסכמים שחתם משרד החינוך עם רשתות חינוך "תורניות" כגון "מרחביה" (המפעילה את רשת בתי הספר של "נעם" לבנים, ו"צביה" לבנות), נקבע כי בתי הספר יפעלו תוך שמירה על הפרדה מגדרית קפדנית.

135 נקל לשער שבבסיסו של תנאי זה עומד שיקול תקציבי וארגוני (אירצון לפתוח כיתה נפרדת לתלמידים ספורים). מבחינה משפטית דרישה זו אינה נטולת קשיים. אם הבסיס להפרדה המגדרית הוא "דתי-הלכתי" ונעוץ באיסור ממשי ללמידה מעורבת, גם תלמיד בודד זכאי שלא יכפו עליו נורמות הפוגעות בחופש הדת שלו ומחייבות אותו לעשות מעשה שאסור על פי דתו. גם כוחה של טענה בדבר "איזון" בין חופש הדת לבין ערכים אחרים (תקציבים או ארגוניים) חלש יותר כאשר מדובר בטעמים שבתקציב, שהרי כלל גדול בידנו: "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית". ראו לדוגמה אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 528 (1994); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 112 (1995); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 17 לפסק דינו של השופט ברק (2006); בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נד(1) 19 (1996); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 281 (1999); בג"ץ 7052/03

ועדה בראשות מנהל מינהל החינוך הדתי, על גבי טופס מתאים שיועבר לאחר אישורו למינהל הפדגוגי". עוד נקבע כי אם רוב הכיתות שנחלקות על פי המינים הן ללא צורך בתוספת תקנים, רשאית הוועדה לאשר הפרדה ביתר הכיתות גם אם אינן עומדות בקריטריון הזה בהיקף שלא יעלה על 20% בחינוך היסודי ו־33% – בחטיבות הביניים.

תוכני הלימוד בשני סוגי המוסדות, לבנים ולבנות, שונים זה מזה. כך, בחינוך החרדי שבו הבנות לומדות את רוב – אם לא את כל – מקצועות הליכה, וברמה גבוהה יחסית, ואילו הבנים לומדים רק חלק קטן מהם, בכיתות הנמוכות, ועם השנים מפסיקים ללמוד לימודי "חול" ומקדישים כל זמנם ללימודי "קודש".

אכן, "הסללה" מעין זו קיימת גם בחמ"ד. לדוגמה, במשך הרבה שנים נמנעה מבנות החמ"ד האפשרות ללמוד גמרא, והן "הוסללו" ללימוד הלכה ומעט תושב"ע, וגם זאת מכלים שניים ושלישיים. ניסיון שנעשה באחרונה לשנות מצב זה לא צלח הרבה,<sup>136</sup> ורק מעטות מהבנות הלומדות במערכת החמ"ד זוכות ללמוד גמרא בבית הספר התיכון, והרבה פחות מכך במערכת החינוך היסודי. ההפרדה יוצרת גם הפליה בתקצוב. עקב ההפרדה הדרושה, מסיבות דתיות, בין כיתות בניס לבנות הוספו שעות שבועיות לזרם החמ"ד. ההפרדה נקבעת על פי קריטריונים שגובשו במנהל לחינוך דתי, הקובע אילו בתי ספר יוכלו לקיים כיתות נפרדות ובאילו תנאים. מנהל החינוך הדתי ומועצת החמ"ד דנים בנושא העקרוני של הפרדת המינים.<sup>137</sup>

במישור המשפטי הפרדה מגדרית יכולה להציף שאלות שונות. ראשונה שבהן היא סוגיית השוויון. עקרון היסוד, שלפניו דגם של "נפרד אבל שווה" – פסול, ושיש בהנהגתו כדי לפגוע בכבוד האדם, התקבל זה כבר בתורת זכויות האדם בארץ ובחו"ל. כך במיוחד כאשר ההפרדה נעשית על בסיס השתייכות קבוצתית ומכוונת לקבוצה מסוימת כגון בעלי צבע עור או מגדר מסוים. כאשר ההפרדה המגדרית נעשית מרצון חופשי<sup>138</sup> ומטעמי דת מובהקים, אפשר שהיה מקום לכבד אותה.<sup>139</sup> לא כן כאשר היא נעשית בכפייה. כפי שהובהר לא אחת, עצם קיומה של הפרדה יכול לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם (ולכן נדחה גם בישראל העיקרון של "נפרד אבל שווה"), וכך מקל וחומר כאשר ההפרדה נעשית תוך הפליה על רקע מגדרי.

136 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 94 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). פנייה של הח"מ לשר החינוך ולראש מנהל החינוך הדתי בעניין זה בשנת 2012 הביאה להשגתה של "מעין הסכמה שבשתיקה" שלפיה בכל מוסד חינוכי של הממ"ד שבו יבקשו לפחות מחצית ההורים לקיים לימודי גמרא לבנות בבתי הספר היסודיים, תינתן האפשרות לעשות כן.

137 ד"כ 7176 (התשנ"ה).

138 בעיה בפני עצמה היא בחינת קיומו של "רצון חופשי". במקרים מסוימים רצון חופשי זה אינו מתקיים אלא רק למראית עין ובשל לחץ חברתי קולם של המתנגדים להפרדה המגדרית אינו נשמע כלל או נשמע רק בקול ענות חלושה. לתופעה דומה באשר להפרדה המגדרית בתחבורה הציבורית, ראו בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011); אביעד הכהן "החמיצו את האוטובוס" עורך הדין 12, 60 (2011); אביעד הכהן "נתגלתה חומרה חדשה!" – על הסובלנות וגבולותיה – בין יהדות לדמוקרטיה, בין רשות היחיד לרשות הרבים" אקדמות כז 127 (התשע"ב).

139 כך, לדוגמה, הפרדה מגדרית הנהוגה בבתי כנסת אורתודוקסיים, במסגדים ובאירועים שונים (הלוויות, כינוסים וכיוצ"ב). גם כאן יש להגדיר את קו הגבול בין הפרדה "ראויה", שיסודותיה נטועים בלב ההלכה הדתית, לבין הפרדה שאיננה ראויה, ויסודותיה נטועים, אם בכלל, רק ב"פריפריה" של ההלכה הדתית, ובפרשנות קיצונית שלה.



אם הפגיעה בשוויון היא ה"רע מכל רע", הרי בתחום החינוך רעה היא שבעתיים. יש בה לא רק פגיעה בכבוד האדם ובזכותו הבסיסית לשוויון, אלא גם בזכותו לחינוך. דברים נוקבים בעניין זה השמיענו הנשיא ברק: "הפגיעה בשוויון קשה היא תמיד. היא קשה שבעתיים שעה שהיא פוגעת בזכות לחינוך. אכן, הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפטנו, זכות המוקנית לכל אדם. זוהי 'אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם'".<sup>140</sup>

בשנים האחרונות החלה ההפרדה המגדרית לתת את אותותיה גם בתחומי ההשכלה הגבוהה. מסלולים של מח"ר – מסלולי חרדים שקיימת בהם מערכת לימודים נפרדת לגברים ולנשים, בימים שונים בשבוע – נפתחו במוסדות להשכלה גבוהה. חלק ממוסדות אלה מתקצבת בשיעור ניכר הוות"ת (הוועדה לתקצוב ולתכנון), ועל כולם מפקחת המל"ג – המועצה להשכלה גבוהה. גם ביקורת חריפה שנשמעה בעניין זה בין כותלי האוניברסיטאות ועתירה שהוגשה לבג"ץ לא מנעו עד כה הפרדה זו.<sup>141</sup> יתר על כן, לאחרונה ממש, בשנת 2016, פרסמה המל"ג "תכנית חומש" שמטרתה לפתח מרכזי לימוד אלה ולהעצימם תוך הקצאת משאבים גדולים ביותר מקופת המדינה למימונם.<sup>142</sup> מלבד עקרונות יסוד כלליים של שוויון ואיסור הפליה ופגיעה אפשרית ב"כבוד האדם" בשל הנהגת מדיניות של "נפרד אבל שווה", יש מקום לבחון גם את החלתם של דברי חקיקה ספציפיים אחרים בסוגיה זו, כמו גם בסוגיות אחרות של הפליה בשדה החינוך. המקור האחד הוא סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, שקובע לאמור:

(א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות.

בסעיף ההגדרות לחוק כלולים "שירותי חינוך" כאחד מסוגי "השירות הציבורי" שעליהם חל החוק. ועם זאת, בדומה לחוקים אחרים האוסרים הפליה, גם בחוק זה יש כמה חריגים המתירים את ההפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו" של העניין, ובהם נדון להלן. קודם לכן נפנה את שימת הלב לביטוי ספציפי שניתן למעמדו המיוחד של עקרון השוויון ואיסור ההפליה בשדה החינוך דווקא. ביטוי זה מצוי בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, הקובע לאמור:

##### 5. איסור אפליה

(א) רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים,<sup>143</sup> מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין

140 בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2000).

141 ראו בג"ץ 6667/14 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (פורסם בנבו, 19.3.2015).

142 על תכנית זו והערכתה, ראו גלעד מלאך, לי כהנר ואיתן רגב תוכנית החומש של מל"ג – ות"ת לאוכלוסיה החרדית לשנים תשע"ב–תשע"ו (2016) <http://din-online.info/pdf/hsk8.pdf>.

143 כידוע, ההבחנה בין "טעמים דתיים" לבין טעמים עדתיים הייתה אחד המוקדים שלהם נדרש השופט לוי בפרשת עמנואל, לעיל ה"ש 11.

של הילד ובין של הוריו, בכל אחד מאלה: (1) רישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך; (2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך; (3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך; (4) זכויות וחובות תלמידים לרבות כללי המשמעת והפעלתם. (ב) העובר על הוראות סעיף זה, דינו – מאסר שנה או קנס, כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

אכן, יושם אל לב שתבחיני הפליה בחוק זה מצומצמים בהרבה מאלה שקבועים בחוק איסור הפליה ואינם כוללים שני טעמי הפליה קלאסיים שמצויים לרוב בחוקי איסור הפליה אחרים, והם הפליה מטעמי "דת או קבוצה דתית" או "הפליה מגדרית"<sup>144</sup>. לפיכך דומה שמלבד העיקרון הכללי של איסור הפליה במערכת החינוך, לחוק זכויות התלמיד אין תחולה כאשר מדובר בהפליה מגדרית בתחום החינוך שעיקרה נטוע בטעמים שבדת. ממילא גם הסעיף בחוק זכויות התלמיד המדבר על "קיום כיתות נפרדות באותו מוסד" אינו חל על הפרדה מגדרית שטעמיה אינם נטועים ב"השקפה פוליטית" אלא בהשקפת עולם דתית. חסרונם של שני טעמי הפליה הקלאסיים – הפליה מטעמי דת או מגדר – בולט במיוחד על רקע ריבוי טעמי הפליה האסורים בסעיף 2 (1) לאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, שאותה אשררה ישראל בשנת 1991. סעיף 1 לחוק זכויות התלמיד אף מזהיר שהוא מבוסס עליה. סעיף 2(1) לאמנה קובע את עקרון השוויון בהאי לישנא:

המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שיפוטם, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני, או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, ובין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי.

על חשיבות יישומו הדקדקני של איסור הפליה בענייני חינוך עמד בית המשפט המחוזי בירושלים,<sup>145</sup> שהדגיש כי גם "רצונם של ההורים" בקיום מערכת יוצרת הפליה אינו יכול "להכשירה": "הפיקוח על השוויון חייב להתקיים מכוח חוק איסור הפליה. הדרשה להבטחת גיוון ומעורבות מקדמת אינטרס חברתי כללי וגוברת על רצון ההבדלים של חלקים כאלה ואחרים של החברה. דרישה זו יש לה תוקף כללי, אך היא באה לידי ביטוי מיוחד כאשר אותן קהילות מתבדלות מבקשות לקבל את חלקן במימון הכללי... לא ניתן להשתמש באפיונים קהילתיים כדי להנהיג הפליה דה-פקטו המבוססת. למשל, על מוצא או גזע. גם לא ניתן להכשיר כל התארגנות קהילתית רק משום שהיא נתפסת על ידי המתארגנים ככזו. הכללים שיונהגו על ידי המשיבה 2 (משרד החינוך) חייבים להביא לכך שניתן יהיה לעקוב אחר מהלכיו של אותו גוף חינוכי, וכן הם חייבים לוודא שההתארגנות הקהילתית אינה באה על חשבון הילדים באופן שמונע מהם כלים חיוניים הנחוצים לצורך השתלבות בקהילה בכללותה".

144 לביקורת על תוכן החוק גם בהקשר זה, ראו בהרחבה דן גבתון "לאיזה תלמיד החוק דואג?" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 767 (2012).

145 עניין אלקסלסי, לעיל ה"ש 51.

## ז. סייג לאיסור ההפליה: "כאשר ההפליה מתחייבת מאופיו או ממהותו של העניין"

כאמור לעיל, בדברי חקיקה שונים,<sup>146</sup> ובכללם בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, קיים חריג המתיר הפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו" של העניין. וכך מורה אותנו סעיף 3(ד) לחוק:

(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

(1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי...

(3) בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר או השירות הציבורי, את הכניסה למקום הציבורי, או את מתן השירות במקום הציבורי, ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה.

איסורי ההפליה זכו לפרשנות רחבה – תרתי משמע,<sup>147</sup> ואילו בתי המשפט נטו לפרש את החריג המתיר הפליה פירוש מצמצם ומיעוט מאוד להחילו הלכה למעשה. אכן, מכוח תורת הפרשנות הכללית במשפט, מעצם היותו חריג לכלל כמו גם בשל העובדה שביישומו כלולה לפגוע בערכי יסוד חוקתיים – ובראשם "עקרון המלכות" של שוויון – יש לפרש סעיף זה בצמצום.

עם זאת נדירות השימוש בו בהכרעות משפטיות שונות הפכה אותו כמעט ל"אות מתה". האיזון המתבקש בסוגיה עדינה זו שבין השימוש בכלל הכופה שוויון על מוסדות חינוך דתיים גם בתוך פגיעה בערכי יסוד (כך לפחות בעיני המאמין הדתי) דתיים, לבין מיעוט השימוש בסעיף המחריג אותם מכפיפות לו, הופר לעתים. כך, לדוגמה, הניסיון לכפות לימודי ליבה או לימודי אזרחות ועקרונות דמוקרטיים על מוסדות חינוך חרדיים מכוח עקרון השוויון לא צלח למעשה.

תהא אשר תהא המציאות במישור העובדתי, במישור העיוני-אורטי חריג זה מעורר קשיים יישומיים לא מעטים. למשל, מי יקבע – ועל פי מה יקבע – אם אמנם קיומה של "הפרדה מגדרית" מתחייבת – ולא רק רצויה – מ"אופיו" או "ממהותו" של החינוך הממלכתי-הדתי.

האם מי שיקבע את ה"מתחייב" בעניין זה יהיו הרבנים? הציבור? משרד החינוך? בתי המשפט? ועל פי מה ייקבע הדבר: לפי מספרים כמותיים או לפי פרמטרים אחרים?

ניטול, לדוגמה, את נושא ההפרדה המגדרית במערכת החינוך. בציבור החרדי מדובר בנורמה מקובלת, השולטת בכל מרחבי החיים, אך במערכת החינוך וחוצה לה, בחלקים נרחבים של החמ"ד נורמה זו אינה מקובלת בכל מרחבי החיים. והא ראייה: מוסדות החמ"ד – לפחות בתי הספר היסודיים

<sup>146</sup> ראו לדוגמה ס' 1ב(2) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; ס' 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

<sup>147</sup> גם בכתובה רבה עליהם, בספרות המחקר ובפסקי הדין, וגם במישור הפרשני הצרוף, במתן פירוש ותחולה רחבים לאיסור ההפליה, בהיותו משקף את עקרון היסוד של השוויון.

(אך גם רבים ממוסדות החינוך התיכוניים העל-יסודיים) – פעלו, רובם ככולם, ובמשך עשרות שנים, ללא הפרדה מגדרית.

זאת ועוד: אפילו נאמר שהפרדה מעין זו "רצויה" בחינוך הדתי, כנגדה עומדים אינטרסים אחרים. כידוע, בקרב הוגים ומחנכים שונים רווחת הדעה שלפיה "חברה מעורבת" היא "אינטרס חברתי כללי" שבכוחו לגבור על רצון התלמידים והוריהם. מדובר בשאלה ערכית שתשובתה, במישור המשפטי הצרוף, אינה חד-משמעית.

בהקשר זה נעיר כי בתוככי החברה הדתית עצמה קיימת מחלוקת בשאלה אם לימודים משותפים אכן כלולים באיסור הדתי של הלכות הצניעות, שמשנתנות מתקופה לתקופה.

אכן, הפרדה מגדרית קיימת גם בארצות שונות המקיימות משטר ליברלי, דוגמת בתי הספר הפרטיים היוקרתיים באנגליה. בספרות המדעית קיימת מחלוקת בשאלת רציונותה.<sup>148</sup> לנוכח תכליתה החינוכית והחברתית – הפחתת מתח בין המינים והפניית כל שימת הלב ללימודים – אפשר שיהיה מי שיטען כי אין לראות בה כשלעצמה הפרדה משפילה הפוגעת בכבוד האדם.

הספק מתגבר, מקל וחומר, כאשר מדובר במישור המעשי: ניסיון לכפות בית ספר "מעורב מגדרית" בניגוד לרצון ההורים, כולם או רובם, עלול ברמה גבוהה של סבירות להביא לדחיקת ילדיהם החוצה אל עבר מערכות חרדיות או חרד-ליות-חרדיות-לאומיות, שמקיימות הפרדה מגדרית "מגיל אפס", ומגמה זו אינה בהכרח חיובית מנקודת מבט חברתית-אזרחית.

בעת האחרונה צפה ועלתה שאלת ההפרדה המגדרית גם במערכות ההשכלה הגבוהה, בעיקר בנוגע לניסיון לשלב את בני ובנות המגזר החרדי בהן. גם כאן הדעות היו חלוקות.<sup>149</sup>

להשלמת התמונה נציין ששאלת ההפרדה המגדרית מטעמים שבדת אינה מיוחדת לישראל. אנקדוטה מעניינת בהקשר זה היא תיק שנדון בשתי ערכאות בבתי המשפט באנטוורפן שבבלגיה. משה פרידמן, חרדי מאנשי "נטורי קרתא" הקיצוניים, שהיה בסכסוך עם הקהילה, החליט להעמיד במבחן את בית הספר היהודי לבנות, "בנות ירושלים", המשתייך לקהילת חסידי בעלז בעיר. מכיוון שבית ספר זה קיבל תקציבים מהמדינה, ביקש פרידמן להכניס אליו את שני בניו. כאשר בקשתו סורבה, פנה לבית המשפט, וזה פסק שההפרדה המגדרית שמתירה רק לבנות ללמוד במקום אינה חוקית. החוק המקומי אינו מכיר בהפרדה מגדרית, אך הלכה למעשה, בעשרות השנים האחרונות למדו בבית ספר זה רק בנות. סירובו של בית הספר להיענות לבקשה לקבל לשורותיו את שני בניו של פרידמן היה עלול לסכנו בקנס כספי גבוה ובשלילת זכותו לקבל תקצוב מהמדינה. ערעור שהגישו חסידי בעלז על ההחלטה התקבל, ולסוף נאלץ פרידמן לשלוח את בניו לבית ספר אחר.<sup>150</sup>

148 ראו לדוגמה Maria Charles & Karen Bradley, *Equal but Separate? A Cross-National Study of Sex Segregation in Higher Education*, 64 AM. SOCL. REV. 573 (2002).

149 עניין תירוש, לעיל ה"ש 141. בהסכמת העותרים העתירה נמחקה לפי שעה מתוך רצון לאפשר למועצה להשכלה גבוהה לגבש כללים בעניין זה.

150 ראו: ישראל כהן "בית המשפט הורה להוציא את ילדי פרידמן מבית יעקב" כיכר השבת – חדשות <http://mobile.kikar.co.il/article/110722> 6.2.2013.

### ח. פתרונות אפשריים: יתרונות וחסרונות

לשלל הסוגיות שהועלו לעיל ניתן להציע כמה פתרונות ומודלים אפשריים, מערכתיים ומשפטיים, שלכל אחד מהם יתרונות וחסרונות.

1. הדגם הטוטליטרי, הדגם המוחלט: בקצה האחד ניצב המודל ה"טוטליטרי", הדגם המוחלט. לפי דגם זה, כל החינוך במדינה משתייך למסגרת ארגונית מדינתית אחת (מעין חזון ה"ממלכתיות" של בן-גוריון) ומוכוון רק על ידי המדינה.

יתרונו של דגם זה הוא בגישתו המכילה, האחידה והשוויונית לכאורה, ובדאגת המדינה שכל תלמידיה יזכו לקבל תשתית חינוכית הולמת (לפחות בעיני המדינה) שתאפשר להם לימים להשתלב בחיים ולממש את שאר זכויותיהם. אם הוא מצליח, יש בו כדי לחזק את הלכידות החברתית סביב מטריית ערכים משותפת ולמנוע תופעות פסולות של "כדלנות". למותר לומר שמלבד זכותו האישית של כל תלמיד לחינוך, יש לחינוך, לידע ולהשכלה שהוא רוכש גם השלכה עתידית רבת משמעות על שיקרה עמו בעתיד במישור הציבורי-לאומי, החברתי והכלכלי. לדוגמה, בהקשר החרדי: אם יישא עם עמיתיו הלא-חרדיים בנטל הביטחוני, ישתלב בחברה ובשדה התעסוקה, יסייע לכלכלת המדינה או יהווה נטל על שכמה.

חסרונו של דגם זה הוא בראש ובראשונה בפגיעתו הקשה באוטונומיה של ההורים וילדיהם, ב"זכותם" לחנך את ילדיהם כראות עיניהם<sup>151</sup> ובמגבלות החמורות שהוא מטיל על חירותו של אדם לקנות לו דעת "ממקום שלבו חפץ",<sup>152</sup> בתכנים שבהם הוא חפץ ובהיקף הנראה ראוי בעיניו. כאשר מקצת התכנים או אורחות החיים במוסד הטוטליטרי מנוגדים לדתו או למצפונו של תלמיד, הפגיעה עלולה לעלות גם כדי פגיעה בחופש הדת והמצפון של הילד ושל הוריו. בהקשר זה יש לבחון את הזכויות הנפגעות הן מנקודת מבטם של ההורים וזכותם – ואולי אף חובתם<sup>153</sup> – לחנך את ילדיהם. זאת ועוד: לצד יתרונותיה, הכנסת כלל התלמידים תחת "חופה אחת", למרות אורח חייהם השונה, עלולה להביא לתופעה ההפוכה: במקום לכידות ושיכון מתחים – הגברת מחלוקות והגברת המתחים.

2. הדגם ה"דמוקרטי-ליברלי-ניטרלי": דגם קיצון שונה גורס מוחלטות בכיוון ההפוך: המדינה אינה מתערבת כלל בהקמת מוסדות חינוך או בקביעת תוכני הלימודים, וכל אדם או קבוצה יוכלו לבחור להם או לילדיהם מוסד חינוכי כאוות נפשם.<sup>154</sup> בתי ספר "דמוקרטיים", שקיימים כבר היום בישראל,<sup>155</sup> מיישמים במידה רבה גישה זו. כל אחד מתלמידיהם רשאי להרכיב לו מערכת לימודים שתואמת את סגולותיו, מאוייו וכישוריו, ומידת החירות שניתנת במסגרת הבית-ספרית לתלמידיו היא רבה ביותר.

151 לעניין זה ראו S. Goldstein, *Status of Parents in Determining Education of Their Children: Legal Aspects, in* EDUCATION IN ISRAEL 117 (Y. Dinilou ed., 1993); אלמוג ופריי-חזן "דת, מגדר ומשפט

בפרשת עמנואל: מילים, קולות ופרשנויות", לעיל ה"ש 11, בעמ' 304.

152 בבלי, עבודה זרה יט, ע"א.

153 ראו ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב–1962.

154 ובלבד שמוסד זה יעמוד בדרישות אסדרה (רגולציה) בסיסיות כגון תנאי בטיחות וסניטציה הולמים. לעניין זה ראו חוק הפיקוח על בתי ספר, התשכ"ט–1969.

155 על החינוך הדמוקרטי ראו אלכסנדר ס' ניל בית הספר סאמרהיל/ילדות אחרת (ורדה יערי תרגמה, 2003); יהואן דיזאי דמוקרטיה וחינוך: מבוא לפילוסופיה של החינוך (יום-טוב הלמן תרגם, 1960).

יתרונו של דגם זה הוא ביכולתם, לכאורה, של ההורים וילדיהם לממש את האוטונומיה, החירות וחופש הדת שלהם במלואם.<sup>156</sup> גישה זו מקיימת גם את ערך הסובלנות, בהעניקה מקום למסגרות חינוכיות שאינן תואמות את עמדת הרוב, ואפילו כאלה שהשקפתן נוגדת את ההשקפות הליברליות-דמוקרטיות שרווחות במדינה.<sup>157</sup> זאת ועוד: יש בשיטה זו פתח ל"תחרות חופשית" שיכולה להעלות את רמת ההוראה ולהיטיב את התנאים בבתי הספר תוך קיומה של "כלכלת שוק".<sup>158</sup> מנקודת מבטה של המדינה, היא מגלה "ניטרליות" באשר לשאלת החינוך. בדומה לתחומים כלכליים, שבהם "מופרט" תחום מסוים, תחום החינוך מוצא מאחריותה, מניהולה ומפיקוחה של המדינה, ונוצר מעין "משטר הפרדה" בין המדינה לבין הדת והחינוך. המדינה אינה מכוונת או מקדמת שיטת חינוך מסוימת וגם אינה מסתייגת הימנה. באופן כללי, היא מושכת את ידיה מעיסוק בסוגיות חינוכיות.<sup>159</sup>

מנקודת מבט ציבורית, הליכה בכיוון זה מבטיחה גיוון תרבותי עשיר המסייע לפיתוח החברה לצד התרומה לזהותו, לחירותו ולרווחתו של הפרט.

חסרונו של דגם זה הוא בחוסר האחידות – ולעתים אנדרלמוסיה ממש – שהוא יוצר במערכת החינוכית. לא אחת מביא דגם "חופשי" מעין זה לתוצאה שאין הדעת סובלת, כאשר הורים בעלי יכולת מעניקים לילדיהם חינוך מן המעלה הראשונה, ואילו ילדים להורים חסרי יכולת, כלכלית או תפקודית, מופלים לרעה ומקופחים במימוש זכותם לחינוך ראוי. יתר על כן, מתן "חופש פעולה" לכל מגזר ותת-מגזר מעודד תופעות של בדלנות פסולה ואליטיזם, מידור של קבוצות אחרות ו"סימון" כקבוצות נחותות, חיזוק תיוגים ודעות קדומות שליליות, ועשוי להביא לאי-צדק חלוקתי ולקיפוח קבוצות חברתיות מוחלשות. יש בו כדי להאיץ את הפיכת החברה הישראלית לפדרציה של "רסיסים", לחזק את מגמת ההיפרדות של מגזריה השונים ל"שבטים" ולתת-שבטים, שהמכנה המשותף ביניהם הולך ומצטמצם ועלול לפגוע בביטחון המדינה, בכלכלתה ובחוסנה של החברה הישראלית.

156 חירות זו אינה מיתרגמת תמיד מהלכה למעשה, בעיקר כאשר מדובר בחברה מסורתית "סגורה". בחברה מעין זו הלחץ החברתי (שלא לדבר על איומים, חרמות ונידויים חברתיים) עושה את שלו, ואין לבניה ובנותיה – בעיקר החלקים ה"מוחלשים" שבהם, כגון נשים וילדים – "זכות יציאה" אמיתית שניתן לממשה במציאות. בהיעדר התערבות של המדינה קיים חשש שמנהיגי הקהילה יפעילו לחץ על בניה שימנע מהם למעשה, גם אם לא להלכה, את "זכות היציאה" (Right of Exit). לעניין זה ראו יעל סימון "זכות היציאה ממיעוט לא ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227 (2009).

157 דיון מעניין בנושא זה נעשה אגב דיון בזכותם של בני כת ה"אמיש" שבארצות הברית לחנך את ילדיהם כרצונם. לעניין זה ראו Steven V. Mazie *Consenting Adults? Amish Rumspringa and the Quandary of* Exit, in LIBERALISM, PERSPECTIVES ON POLITICS 745, 747 (2005) (תורתית נתונה לתלמידתי הגר סלקטר שהפנתה שימת לבי לחיבור זה).

158 אכן, חסרונו של "כלכלת שוק" הוא בסכנה כי יישוברים או קבוצות אוכלוסייה "מוחלשים" לא יעמדו בתחרות ויתדרדרו עוד יותר. בדומה לתחומים אחרים, הפתרון לכך הוא בהענקת תמריצים – כלכליים ואחרים – לקבוצות אלה.

159 כמובן, לבד ממקרי קיצון של התערבות בתכנים חינוכיים שעלולים להביא אלימות או סכנה לשלום הציבור, או חינוך להסתה והמרדה.

זאת ועוד: בדומה לתחומים אחרים (כגון יישובים "ייחודיים"), וכפי שהוכח ב"פרשת עמנואל", הקמת בתי ספר "ייחודיים-מגזריים" יכולה לשמש מסווה להדרה על רקע דת, מגדר, לאום ומוצא עדתי.

גם מבחינה מערכתית עלול חופש מוגזם להביא לבוקה, מבוקה ומבולקה במערכות החינוך. כל תת-קבוצה תקים לעצמה מוסד חינוכי, ויכולת הפיקוח עליו ועל תכניו תלך ותצטמצם לנוכח ריבוי הגוונים והמוסדות.<sup>160</sup>

3. דגמי ביניים "מעורבים": דגמי הביניים נעים בין שני הקצוות האמורים, וגם כאן אפשר שיהיו מוסדות חינוך מגוונים שונים.

לפי דגם-ביניים אחד, שבמידה רבה משקף את המצב הקיים בישראל כיום, קיימות כמה חלופות חינוכיות מרכזיות, זו לצד זו, כאשר בתי הספר ה"רשמיים" וה"ממלכתיים" מוכוונים בלעדית על ידי המדינה, ולצד קיימות מערכות "פרטיות" ברמה זו או אחרת. מודל זה תואם למעשה את המצב הנוכחי בישראל, שבו קיימת מערכת "ממלכתית" ולצדה מוסדות חינוך "מוכשרים" – מוכרים שאינם רשמיים, "מוסדות פטור" ואף מוסדות מעין "אקסטרא-טריטוריאליים"<sup>161</sup> שאינם משתייכים אף לא לאחת משלוש הקבוצות הללו.

דגם ביניים אחר עשוי לקיים את כל מוסדות החינוך במסגרת ממלכתית, אך בתוך המערכת החינוכית עצמה אפשר שיהיו "איים של פלורליזם"<sup>162</sup> בדמות מגמות, זרמים ותת-זרמים, המאפשרים לכל ילד למצוא בהם את מקומו. מבחינה מערכתית – המערכת כולה ממלכתית, אך בתוכה קיימים גוונים שונים, שבין מרחביה יכולים לדור בצוותא-חדא בני קהילות שונות. דגם מעין זה אומץ בשנים האחרונות במסגרות החמ"ד, שמכנס בין כנפיו בתי ספר שונים ומגוונים, למן בתי ספר "תורניים" ואפילו "תלמודי תורה" (שמשקל לימודי ה"חול" בתכנית הלימודים שלהם מועט ביותר), ועד לבתי ספר "פתוחים" יחסית, פלורליסטיים, המקיימים בצוותא לימודים של בנים ובנות ללא כל הפרדה מגדרית.

למותר לומר שראוי לבחון בנפרד את שאלת תקצובם של המוסדות בדגמים השונים. לפי גישה אחת, כמידת "ממלכתיותו" של המוסד החינוכי (שמתבטאת בין השאר באימוץ מלא של תכנית הליבה, בפיקוח מלא של משרד החינוך על תכנית הלימודים ועל קבלת המורים וכיוצ"ב), כך גודל התקציב והפיקוח שיינתן לו מאת המדינה.

לפי גישה אחרת, אין חובה לקיים זיקה הכרחית – בוודאי לא ביחס ישר – בין מידת ה"ממלכתיות" לבין שיעור התקציב שעל המדינה לתת למוסד חינוכי הפועל בתחומה.

160 החלוקה לתת-קבוצות אינה מאפיינת רק את החברה הדתית, והיא יוצרת בעיות גם בהקשרים אחרים. ראו עניין אביטן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 305.

161 כאלה הם מוסדות החינוך של "העדה החרדית", שמדירים עצמם מכל קשר עם מוסדות המדינה. הגם שלומדים בהם אלפים רבים של תלמידים, והם פועלים למעשה ללא היתר כדין, המדינה אינה נוקטת צעדים מעשיים ממשיים לאכיפת החוק עליהם.

162 כביטוי הקולע של בלנק, לעיל ה"ש 89.

מלבד זכויות האדם הפרטיות, של הורים וילדיהם, עולות בסוגיה זו גם שאלות יסוד בדבר זכויות קולקטיביות-קבוצתיות, הזכות לתרבות<sup>163</sup> והחלת התאוריה הרב-תרבותית בשדה החינוך. בהקשר דנן ניתן לשאול אם ל"קבוצה" (תהא הגדרתה של ה"קבוצה" אשר תהא, רחבה או מצומצמת)<sup>164</sup> – לא רק ליחיד – למשל "קבוצה"<sup>165</sup> ששמה החברה החרדית (שוב, תהא הגדרתה אשר תהא)<sup>166</sup>, יש "זכות קבוצתית" לשמר את ייחודה ואת אורחות חייה, בין השאר באמצעות קיום מערכות חינוך נפרדות, על אורחות חייהם המיוחדים של תלמידיה ותוכני הלימוד השונים שנוהגים בהן, גם אם מקצתם (או כולם) אינם עולים בקנה אחד עם תפיסות ליברליות ודמוקרטיות. תפיסה רחבה של זכות זו גורסת שגם כאשר תוצאת האוטונומיה טומנת בחובה פגיעה בערכים ליברליים או דמוקרטיים, יש להעניקה בשל החשיבות שהמשפט מעניק לשימור ייחודה של הקבוצה וזכות חבריה לחיות את חייהם כרצונם.

סוגיה זו קשורה בטבורה גם לסוגיה הכללית של "רב-תרבותיות" בכלל,<sup>167</sup> ליישומיה בשדה הדת והמדינה בפרט,<sup>168</sup> ולכתיבה האקדמית הרחבה שהתפתחה בעניינה בשנים האחרונות, הן בשדה המשפט הן בשדות מדע אחרים.

### ט. סיכום: מעורבות משפטית ושיפוטית בשדה החינוך: בין המצוי לבין הרצוי

כפי שהראינו לדעת, נפישותו ורגישותו של שדה החינוך מחייבות זהירות יתרה. ככל שניתן, המהלך שבביליו ומבקש להורות לציבור כיצד ינהג, צריך שיעשה כן, ככל שניתן, ברצון ולא מאונס, תוך גילוי סובלנות כלפי גישות חינוכיות שונות. מידות אלה יפות גם לתחומי חיים אחרים, אך יפות שבעתיים לשדה החינוך.

מטיבם ומטבעם, המשפט והשיפוט מכוונים כלפי הטלת צווים, חיובים ונורמות. כפי שנאמר לא אחת, דרכו של המשפט היא דרכה של הגיליוטינה: חיתוך חד, קביעה נחרצת, הכרעה לכאן או לכאן, זכאי וחיובי, טוב ורע, שחור ולבן, צד זוכה וצד מפסיד. אם זה טיבו של התהליך, ממילא לא נכניס למכונת המשפט אלא נושאים שניתן וראוי להכריע בהם כך בדרך נחרצת. ואילו נושאים שיש לעגלם,

163 לעניין זה ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" בתוך רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93, 94–93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).

164 כגון קבוצת ה"חרדים" ככלל, או תת-קבוצות בתוככי המגזר החרדי, כגון החלוקה ה"מסורתית" של הציבור החרדי בישראל ל"חסידים, ליטאים וספרדים", או תת-החלוקות הפנים-קבוצתיות, כגון חסידי גור, חסידי בעלז וכיוצא ב.

165 בין שנראה בחברה החרדית "מיעוט" ובין שלא נראה בה מיעוט בשל גודלה וגיוונה הפנימי, אין ספק שיש לנמנים עמה קווי אפיון משותפים המבדילים אותם משאר האוכלוסייה. על ההצדקה לראות ב"חרדים" קבוצה הראויה ל"שימור" ועל הטיעונים נגדה ראו בלנק, לעיל ה"ש 89.

166 לעניין זה ראו הכהן "מיהו אשכנזי?" לעיל ה"ש 123, בעמ' 127–151.

167 ראו לדוגמה Stephen Goldstein, *Multiculturalism, parental Choice and Traditional Values: Comment on Religious Education in Israel*, in CHILDREN'S RIGHTS AND TRADITIONAL VALUES 118 (Gillian Douglas & L. Sebba eds., 1998).

168 ראו לדוגמה שחר ליפשיץ "רב תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" משפטים מ 887 (2011).



להתפשר בהם, לחיות על דרך ויתורים ובשיטה של תן וקח, נשאר אותם להכרעתן של מערכות נורמטיביות אחרות<sup>169</sup>.

לעומת זאת שדה החינוך מכווין את העוסקים בו למציאת מכנה משותף רב ככל שניתן. מבלי לוותר על ערכי היסוד ועקרונות היסוד, על מערכת חינוכית ראויה ליתן מענה לסוגים שונים של תלמידים, על מגוון רקעם, תרבותם, דתם ואורח חייהם.

## 1. סמכותו ויכולתו של בית המשפט לדון בסוגיות אלה

על רקע זה ניתן וראוי לבחון הן את סמכותו של בית המשפט להכריע בסוגיות אלה, הן את יכולתו לעשות כן והן את רציות הביקורת השיפוטית בשדה זה.

כמודגש לעיל, עקרון היסוד של "שלטון החוק" מחייב שהכול יהיו כפופים לחוק. ממילא גם מוסדות חינוך אינם פטורים מעול מלכות הדין, שעקרונות היסוד החוקתיים הם חלק בלתי נפרד הימנה. סמכותו הרחבה של בג"ץ, שנקבעה בחוק-יסוד: השפיטה, ולצדה סמכותם הרחבה של בתי המשפט המנהליים מאפשרות להם לדון כמעט בכל סוגיה שעולה על הפרק בהקשר דנן. אפשר שגם בתי המשפט האזרחיים יידרשו לשאלות אלה אגב דיון בסוגיות אחרות, דוגמת תביעות נזיקיות בשל אי-מילוי החובה של הוראת לימודי ליבה.<sup>170</sup>

יכולתו של בית המשפט לדון בסוגיות אלה אינה שונה במהותה מיכולתו לדון בשאלות "מקצועיות" וערכיות אחרות, דוגמת רשלנות רפואית או שאלות ביו-אתיות. למרות מורכבותם וחשיבותם של נושאים אלה בית המשפט יכול לצלול לעומק, ובמידת הצורך להיעזר במומחים מתחומים שונים.

## 2. רציות הביקורת השיפוטית בסוגיות אלה

שאלה מסוג שונה היא רציות הביקורת השיפוטית<sup>171</sup> בסוגיות אלה. לאמור: גם אם בית המשפט מוסמך ויכול לדון בסוגיות אלה, אפשר ורצוי לו שימשוך ידו מהן.

בעניין זה, ובדומה לסוגיות ערכיות שונות, דוגמת ביקורת שיפוטית על פסיקת הלכה דתית,<sup>172</sup> משמשים בערבוביה נימוקים שונים לכאן ולכאן, בעד ונגד.<sup>173</sup> מקצת הנימוקים, מוקדם בשאלת

169 דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 5364/94 עו"ד זאב ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 825 (1995). ראו עוד מישראל חשין: פרש בודד בערבות החוק והמשפט 212, 313, 368, 373, 375, 410 (אביעד הכהן עורך, 2015).

170 ראו באחרונה ת"א (מחוזי י-ם) 34537-09-15 לב נ' משרד החינוך. בתביעה זו שטרם הוכרעה נדרשות רשויות המדינה לפצות יוצאים בשאלה שנולדו למשפחות חרדיות והתחנכו במוסדות החינוך הקהילה החרדית בגין נזקים שנגרמו להם מאי-מילוי חובתה של המדינה – כך לטענת התובעים – ללמדם לימודי ליבה.

171 באתה מידה ניתן לדבר על רציות ההתערבות השלטונית – לאו דווקא המשפטית – בסוגיות אלה (ראו לדוגמה סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 96). למרות קווי השקה מסוימים בין שתי הסוגיות, יש גם גורמים ומאפיינים המבדילים ביניהם שעליהם נעמוד להלן בקצירת האומר.

172 ראו בהרחבה אביעד הכהן "בג"ץ או בד"צ? – מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות: מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה" משפט ועסקים יד (ספר היובל לכבוד אמנון רובינשטיין) 395 (2012).

ה"מה", מהו הפתרון הראוי, ומקצת הנימוקים, מוקדם בשאלת ה"מי", מיהו הגוף שראוי כי יכריע בסוגיות אלה.

מחד גיסא, ולאור האמור לעיל, הפעלת ביקורת שיפוטית גם בסוגיות של תוכני חינוך ואורחות מוסדות חינוך מתבקשת ונדרשת מכוחם של כמה נימוקים:

א. שלטון החוק: מוסדות החינוך ותוכניהם אינם "שטח הפקר" או אקס־טריטוריה שמלכות החוק אינה פורסת את כנפיה עליהם. הותרת מוסדות אלה מחוץ לביקורת שיפוטית עלולה להביא לאנדרלמוסיה ולפגיעה בזכויותיהם של תלמידים ועובדי הוראה כאחד. באין חוק – יפרע עם ותאבד ממלכה. הימנעות בית המשפט מלהכריע – אי־ההכרעה כשלעצמה עלולה להיתפס כהכרעה בזכות "כל דאלים – גבר". הגורם החזק ב"שטח" בית הספר יכול לכפות את הנורמות הדתיות (או ה"אנטי־דתיות") שמקובלות עליו תוך פגיעה בזכויות צדדים אחרים, לעתים מיעוטים, שחולקים עליו.

ב. היעדר מנגנון הכרעה ראוי אחר: המערכת המנהלית נתונה פעמים הרבה ללחץ פוליטי. ה"פוליטיזציה" מאפיינת עד היום את שדה החינוך הישראלי גם אם לעתים סמויה היא מן העין. למרות עקרון ה"ממלכתיות" ועיגונו וחלוף שנות דור מאז קובע עיקרון זה בחוק, נותר החינוך בישראל חצוי ומפולג, וסממניו הפוליטיים צפים ועולים לא אחת. קיומו של זרם הממ"ד, המזוהה עם הציונות הדתית ונציגייה בכנסת, וקיומן של מסגרות ה"חינוך העצמאי" ו"מעייני החינוך התורני", שמזוהות, בהתאמה, עם מפלגות "יהדות התורה" ו"ש"ס, יוכיחו זאת. לעומת זאת בית המשפט נהנה יחסית מהיעדר זהות פוליטית (בוודאי לא מפלגתית). בית המשפט נהנה מעצמאות ואי־תלות. ממילא על בית המשפט לקיים מצוות חכמים, ולפיה "במקום שאין איש – השתדל להיות איש";<sup>174</sup> במקום שבו רשויות אחרות נמנעות – משיקולים פוליטיים ואחרים – מתיקון המעוות, יכול – ואולי חייב – בית המשפט לתת מזור לפגיעה בזכויות, קל וחומר כאשר מדובר בפגיעה־לכאורה בזכויות יסוד חוקתיות.

ג. ניטרליות, מקצועיות ואמון הציבור: מקצועיותם של השופטים ואמון הציבור בהם, כמו גם ההכרה ביושרם ובישרתם יכולים להקנות להחלטותיהם בנושאים רגישים אלה משנה תוקף ולהביא לקבלתן בדרך יעילה וטובה יותר. בדומה לסוגיות קשות אחרות, דוגמת סוגיות ביו־אתיות (כגון ניתוק חולה ממכונת הנשמה), גם בית המשפט נתפס בעיני רבים כגורם "ניטרלי",<sup>175</sup> שמנוחה משיקולים מקצועיים ולא פוליטיים, ולכן בכוחו להכריע בסוגיות קשות אלה למען האינטרס הציבורי.

ד. סיום הסכסוך והכרעתו: דווקא בשל אופייה הכופה, החותך והמחייב של הכרעת בית המשפט יש בכוחה לשים קץ למחלוקת בין הצדדים השונים. גם אם ניתן להניח שהצד ה"מפסיד" לא יהא שבע רצון מהתוצאה, הוא יקבל עליו את הדין משום ש"אין אחרי החלטה בית דין ולא כלום". החלטתו של בית משפט – תהא אשר תהא – היא החלטה מחייבת, סופית ומוחלטת. לעומת זאת הכרעה

173 לדוגמה בהקשר אחר, של הביקורת השיפוטית בסוגיית האינטגרציה בחינוך, ראו דן גבתון "בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופי־גן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית־המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל" עיוני משפט כח 473 (2004).

174 משנה, אבות ב, ה.

175 אמון זה גובר ככל שרוב הגיוון בהרכבו של בית המשפט, ומכלול שופטיו מייצגים מגזרים, ערכים ודעות שונות.

- פוליטית או ציבורית אינה "סופית" (וגם לא תמיד נתפסת כמחייבת), ולא אחת היא נתפסת כהחלטה שניתנת לשינוי, ומכאן שהתגוששות בעניין מושא המחלוקת לא תיפסק לעולם.
- א. מאידך גיסא, התערבות מאסיבית וביקורת שיפוטית יתרה אף היא אינה רצויה, ומכמה טעמים: מנקודת מבט חינוכית, יש לא מעט אנשי חינוך הסבורים כי הכנסת השיח המשפטי ה"לעומתי" למערכת החינוך פוגעת ופוגמת בעקרונות יסוד חינוכיים.<sup>176</sup> לפי גישה זו, חינוך ראוי לשמו מבוסס על הקשבה, על שיח ועל הסכמה ולא על התגוששות והכרעה לעומתית המאפיינת את השיח המשפטי. משכך, ראוי למעט עד כמה שניתן את מערבותה של המערכת המשפטית במסגרות חינוכיות.
- ב. מנקודת מבט משפטית מהותית, ביקורת שיפוטית מתקשה (יש שיאמרו, אין בידה כלים) להכריע בכלים משפטיים ושיפוטיים סוגיות שעיקרן אינו משפטי, או שההכרעה בהן אינה מוחלטת וחד-משמעית, והן שנויות במחלוקת ציבורית עמוקה. לדוגמה: תקפותה של תורת האבולוציה; השאלה אם טקסט מסוים הוא אכן בגדר "תפילה" או השאלה אם מוצר מסוים "כשר" לפני דיני הדת היהודית.<sup>177</sup> גם אם בית המשפט יוכל "להתאמץ" ו"לפסוק הלכה" בסוגיות אלה, ספק הוא אם "מעורבות יתרה" זו אכן מוצדקת, ואם שכרו לא יצא בהפסדו בגינה.<sup>178</sup>
- ג. מנקודת מבט דתית, התערבות המדינה האזרחית-חילונית ונקיטת עמדה שלה בשאלות תאולוגיות שבדרת ובאמונה (כגון שאלת קיומו של אל או "כוח עליון"; שכר ועונש והשגחה פרטית; אם תורת ישראל ניתנה משמים או שהיא מעשה ידי אדם; אם טקסט מסוים הנלמד בבית ספר הוא כפירה באל), ומקל וחומר כפיית נורמות התנהגות המנוגדות לדת (כך, לפחות, מנקודת מבטה של הדת), כגון לימוד מעורב של בנות ובנים או איסור על לבישת סממנים דתיים, פוגעת בדת פגיעה קשה, ויש בה משום "חילול הקודש". מדינה ליברלית-דמוקרטית, שמכבדת את דתם של מקצת תושביה ודוגלת בסובלנות כלפיהם, צריכה להיות רגישה לפגיעה זו ולצמצמה עד למינימום.
- ד. אופי הכרעה שונה: מערכת משפטית, מעצם טיבה וטבעה, היא מערכת גיליוטינית, חותכת.<sup>179</sup> משכך, היא נוטה להכריע בין עמדות שונות ולראות את העולם בצבעי שחור-לבן. "זה חייב וזה פטור, פלוני אשם ופלוני זכאי". היתרון המעשי שב"הכרעה" חד-משמעית מתגמד לנוכח מציאות מורכבת שמאפיינת הן את המערכת הדתית והן את המערכת החינוכית. מערכות אלה נוטות לראות את המציאות במגוון של צבעים. לכן גם הפתרונות שהם מציעים מורכבים למדי. אין מערכת חינוכית או אמונה דתית אחת שמתאימה לכולם. לפיכך השימוש בכלי ההכרעה המשפטיים,

176 לעניין זה ראו בהרחבה גבתון "לאיזה תלמיד החוק דואג?", לעיל ה"ש 144.

177 ראו לדוגמה בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים פ"ד מד(2) 673 (1989) לעניין הגדרת מוצר "כשר" (ההבחנה שעשה בית המשפט בין "הגרעין הקשה" של דיני הכשרות לבין ה"מעטפת" שלהם בעייתית ביותר מנקודת מבט הלכתית. ראו גם סוגיית הכשרות של "שחוי חוץ": בג"ץ 3944/92 מרבק נ' הרבנות הראשית נתניה, פ"ד מט(1) 286 (1995). במקרים אלה בג"ץ מוריד, כביכול, את כובעו ה"המשפטי" וחובש כובע "הלכתי" או "מעין הלכתי", בניגוד למדיניות רבת השנים שלו להימנע מלהתערב בענייני הלכה.

178 לעניין חוסר רציותה של "מעורבות יתרה" זו ראו בארצות הברית: Lemon v. Kurzman, 403 U.S. 602 (1971). וראו MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURT (1999).

179 ולא לחינם רבים ממונחי המשפט משמעם "חיתוך" ו"גזירה". ראו לדוגמה פסק דין, גזר דין, כריתת חוזה. לעניין זה ראו בהרחבה ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה (התשס"ב). לעניין אופייה ה"חותך"-גיליוטיני של מערכת המשפט ראו מישאל חשין פרש בודד בערבות החוק והמשפט (הדפסה שנייה, 2016), לפי המפתח בערך "גיליוטיניה", בעמ' 572.

החותרים, הגילויטיניים אינו תמיד יפה למערכות אלה. אופיו ההכרעתי, הגילויטיני, החותר של פסק דין מונע הגעה להסדרים ציבוריים שיש בהם הבנה רבה יותר והבאה בחשבון של הרגישויות והאינטרסים של כל אחד מן הצדדים.

ה. פגיעה שאינה מחויבת המציאות: בסוגיות "רגישות" מנקודת מבט דתית עלולה הביקורת השיפוטית להיתפס בעיני הציבור כפגיעה בוטה ובלתי מחויבת בדת,<sup>180</sup> בעקרון החירות והאוטונומיה האישית ובעקרונות יסוד חוקתיים דוגמת אוטונומיה וזכות למימוש עצמי, חופש דת וחופש מדת, סובלנות ופלורליזם, שוויון וחופש ביטוי. תגובה מעין זו הייתה מצד חלקים גדולים של הציבור בארצות הברית לפסיקת בית המשפט בסוגיית ההפלות, ודוגמאות לתגובות דומות היו לפסיקה באירופה שאסרה על לבישת סממנים דתיים (כגון חגי'אב) ברשות הרבים.

ו. מערכתית: קביעת תוכני החינוך ואורחות חייו מסורה לרשות המנהלית, וראוי הוא – כפי שנקבע באין-ספור פסקי דין – שבית המשפט לא ישים עצמו מעין "ערכאת-על" על החלטותיה ולא יבוא בנעליה.

ז. מדיניות שיפוטית: יש להניח שככל שתרכבה הביקורת השיפוטית, כך תרבינה הפניות אליו בעניין זה, שרק יגבירו את העומס שקיים ממילא על המערכת השיפוטית.

ח. הפן המוסדי ואמון הציבור: בדומה לסוגיות שאינן "שפיטות", ככל שבית המשפט ירבה להתערב בהכרעות ערכיות ודתיות, קיים חשש שהציבור – או לפחות חלק הימנו – יראה בו כמי שנכנס לשדה לא-לו, שלא לומר לשדה "פוליטי", ויאבד את אמונו בו. במקרה זה שכר מעורבותו של בית המשפט ביישוב המחלוקת והכרעה בה מבחינה מעשית יצא בהפסד, באבדן או בהפחתת האמון במערכת השיפוטית.

ט. ביזוי בית המשפט: במקרים קיצוניים, אך לא נדירים לחלוטין, קיים חשש שציבור מסוים יעדיף את הציות למורי דרכו הרוחניים והדתיים או למה שנראה בעיניו "צו האל", על פני הציות לצו בית המשפט.<sup>181</sup> ביזוי זה של המערכת השיפוטית אינו רצוי, ותוצאותיו – בטווח הרחוק – עלולות להיות הרסניות ממש לכיבוד החוק ואכיפתו.

י. מנקודת המבט של הדת, מעורבות יתרה של מוסד "חילוני-אזרחי" דוגמת בית המשפט במערכת דתית עלולה להיתפס, בצדק או שלא בצדק, כמעין ניסיון השתלטות (או למצער התערבות) של המערכת האזרחית במלכות הדת ומתוך כך כפגיעה גדולה בדת. הדתות המסורתיות רואות עצמן, כל אחת, "דת האמת",<sup>182</sup> שאינה נזקקת ל"סיוע" או ל"תיקון" מבחוץ. התערבות בית המשפט וקבלת הכרעה בניגוד לעמדה הדתית עלולה להגביר את המתח בין השניים, והדבר אינו רצוי. מסיבה זו ראוי לו למשפט – הן במישור החקיקתי הן במישור השיפוטי – שימשוך ידיו ככל שניתן מהכרעה באורחות חינוך ובתוכני חינוך.

מלכות המשפט לחוד, ומלכות החינוך לחוד. אם אין חובה מידית הדורשת את התערבות בית המשפט, ראוי להן שלא תתערבנה זו בזו.

180 בכך מעניק בית המשפט לגיטימציה, או עושה דה-לגיטימציה, לנוהג דתי מורש. ממילא המתנגדים להחלטה יכולים למצוא עצמם פגועים או מושפלים בעקבות החלטה זו. לעניין זה ראו גביוון, לעיל ה"ש 17.

181 דוגמה בולטת לכך הייתה בפרשת עמנואל, לעיל ה"ש 11, כאשר הורי התלמידות העדיפו – במצוות הרבנים – לסרב לציית לצו בית המשפט והעדיפו ללכת לכלא במקום למלא אחריו.

182 ראו לדוגמה רמב"ם, משנה תורה, הלכות מלכים ד, י; והשוו לאמור, להבריל, בברית החדשה: מתי ז 14.

עיון במסכת החקיקה והפסיקה העשירה של שדה החינוך בישראל מלמד שעל דרך הכלל נקטה המערכת המשפטית בישראל זהירות רבה בכל הנוגע לענייני חינוך. החוקים השונים מסדירים בעיקר את הפן המוסדי ולא את התכנים. מלבד התוויית קווים כלליים, כגון בעניין "מטרות החינוך" ו"תכנית היסוד", או דיבורים כלליים על "אורח חיים דתי" ו"שמירת מצוות", תרגומם של מונחים אלה, פריטתם לפרוטות וקביעת התכנים הפרטניים של אורחות החיים, הלבוש ותכניות הלימוד במקצועות השונים, הושארו דרך כלל להחלטת הגורמים המקצועיים, וטוב שכך.

במשך שנות דור הוסדרו דיני החינוך בישראל בדרך של "טלאי על גבי טלאי". מציאות זו יצרה חוסר אחידות במערכת, וקיבועם של זרמי חינוך מגזריים רק הוסיפה לו. לרוב נמנעו הן המחוקק הן מחוקק המשנה מקביעת תכנים ספציפיים למערכת החינוך. המחוקק הסתפק בהגדרות כלליות ביותר בנוגע לתוכני החינוך, בעלות שולי עמימות רחבים, שניתנות לפירושים שונים.

ככלל, בתי משפט אינם נוטים להתערב בתוכני החינוך.<sup>183</sup> באותם מקרים שבהם הופעלה ביקורת שיפוטית, היא נגעה דרך כלל במעטפת החיצונית של שדה החינוך – בסוגיות של אינטגרציה, קבלת תלמידים ומיונם, רישוי מוסדות חינוך או בעמידה על משמר השוויון בכלל ושוויון ההזדמנויות בפרט – ולא בגרעין הליבה הרגיש של תוכני החינוך ואורחות החיים בתוך מוסדות החינוך.<sup>184</sup> מדיניות משפטית שיפוטית מאופקת מעין זו מעניקה מרווח רחב יחסית לעושים בתחום החינוך ומאפשרת גיוון ופלוורליזם יחסי תוך שמירה על מסגרות מוסדיות ופיקוח – ברמה מסוימת – על תוכני הלימוד.

המציאות מלמדת – ופרשת עמנואל, כמו פרשת "לימודי הליבה" יוכיחו – שהניסיון לכפות אורחות חינוך על מי שאינם חפצים בהם מועד לכישלון. במקום ה"מקל", ראוי יותר לנסות ולקדם ערכים שהחברה מעוניינת בהם באמצעות ה"גזר", מתן תמריצים לפועלים לקדם ערכים אלה, ומניעת תמריצים – כגון שלילת תקציב – ממי שאינו שותף להם.

כמו בעניינים רבים אחרים, גם בנושא רגיש זה, שמעמת בין חינוך ודת, ראוי כי ההסדר הראוי ייעשה מרצון, לא בחיל המשפט, אף לא תמיד בכוח הדין, "כי אם ברוח" – רוח של איפוק, מתינות, רצון טוב וסובלנות.

183 דומה שטרם נערך מחקר אמפירי שבדק בדיקה שיטתית, מקיפה ויסודית את כל ההליכים המשפטיים בענייני חינוך שהתקיימו עד היום בישראל ואת מידת התערבותו של בית המשפט בהם. מסקירה לא שיטתית מתקבל הרושם שבתחום זה נמנע בית המשפט מהתערבות בשיעור גדול יותר מן המקרים שבהם הוא נוטה להתערב ולהפעיל ביקורת שיפוטית בתחומים אחרים.

184 מובן שגם לכך יש חריגים. ראו לדוגמה הערתו החשובה של השופט ברק בפרשת ג'בארין, לעיל ה"ש 48. אף שגם באותו מקרה נמנע בית המשפט מהתערבות באורחות החיים בבית הספר, מדגיש השופט ברק (שם, בעמ' 203–204) שאילו ביקשה העותרת לכסות את ראשה במטפחת, כמצוות דתה, בבית ספר רשמי, אפשר שבית המשפט היה מתערב, ונימוקו: "מן הראוי לאפשר לכל תלמיד חופש לבטא בלבשו את עקרונות דתו, וכללים בדבר אחידות הלבוש אין בכוחם לגבור על חופש הדת של התלמיד. החינוך לסובלנות ולפלוורליזם מוביל למסקנה זו".