

1. פורום קהלת (ע"ר 580553915)
2. רבקה מזרחי
ת.ז. 066403841
3. רינה זאבי
ת.ז. 060518339
4. אביב משטרי
ת.ז. 033671819

על ידי ב"כ עו"ד אריאל ארליך או
עו"ד מאיר בוחניק או עו"ד אהרן
גרבר או עו"ד שירה קאהן או עו"ד
ד"ר אביעד בקשי
כולם מפורום קהלת (ע"ר)
מרחוב עם ועולמו 8 בירושלים
טלפון : 02-6312720 ;
פקס : 077-3182028
נייד : 054-6891319 ; דוא"ל :
aerlich@kohelet.org.il

העותרים

נ – ג – ד

1. המועצה להשכלה גבוהה
2. יושב ראש המועצה להשכלה גבוהה
3. הועדה לתכנון ולתקצוב

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

- בית המשפט הנכבד יתבקש להוציא צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם –
- א. מדוע לא תבוטל החלטת המשיבה 1 מיום 23.5.2017 שכותרתה "מדיניות רב שנתית לשנים תשע"ז-תשפ"ב בנושא הרחבת הנגישות של ההשכלה הגבוהה לחרדים" (להלן – "ההחלטה" או "החלטת המל"ג");
- ב. לחלופין, מדוע לא יבוטלו כל הסעיפים שבהחלטה המגבילים את המוסדות להשכלה גבוהה בישראל בקבלת תלמידים למסלולים מסויימים על בסיס רקע חברתי או דתי, וכן הסעיפים המגבילים את המוסדות להשכלה גבוהה מקיום מסלולים לתארים מתקדמים בהפרדה בין גברים לנשים, ובפרט סעיפים 41; 48.9; 48.11; 48.12; 49.1; 49.41; 51.2 בהחלטה;
- ג. לחלופין, מדוע לא ייקבע כי החלטה זו היא בגדר התוויית מדיניות מומלצת בלבד, ואין לה כל תוקף מחייב כלפי המכללות והמוסדות האקדמיים בישראל;
- ד. לחלופין, מדוע לא ייקבע כי החלטה זו תקפה רק עבור מוסדות להשכלה גבוהה שהמדינה מתקצבת באופן מלא, והיא לא תחול על מוסדות שאינם מתוקצבים או מתוקצבים באופן חלקי.
- עם עתירה זו מוגשת בקשה לאיחוד הדיון בה עם הדיון בבג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה, הקבוע ליום 27.12.17.

תמצית העתירה:

עתירה זו תוקפת את החלטת המועצה להשכלה גבוהה מחודש מאי 2017 בדבר מדיניות רב שנתית ביחס להשכלה גבוהה לאוכלוסייה החרדית.

העתירה תוקפת שלושה רכיבים בהחלטה:

א. הגבלת "קהל היעד", שרק עבורו מותר יהיה להציע מסלולים נפרדים לגברים ולנשים. קהל יעד זה הוא חרדים אשר למדו במסלולים שאינם בפיקוח החינוך הממלכתי או הממלכתי-דתי בלבד.

ב. קביעת איסור מוחלט על לימודים לתארים מתקדמים בהפרדה מגדרית ללא כל חלופה.

ג. מגבלות שונות על ההפרדה והיקפה, כגון הגבלתה לכיתות הלימוד בלבד ולא למתקנים נוספים במוסדות.

העותרים מברכים על מאמצי המדינה להנגיש השכלה גבוהה לציבורים רחבים בישראל, אולם מתקוממים נוכח ההחלטה לשלול מהם את הזכות ללמוד בדרך ההולמת את אורח חייהם ואמונתם (אם משום שאינם ב'קהל היעד' או שהם מבקשים ללמוד בהפרדה לתואר שני); ולמעשה לשלול מהם את האפשרות ללמוד. ההחלטה, על הנמקותיה, גורסת כי על המשיבים חלה חובה לסייג ולהגביל את מסלולי הלימוד הנפרדים, מחמת 'ערכים נוגדים' שהמשיבים אימצו להם ומחמת הטענה כי מסלולים נפרדים פוגעים בשוויון.

החלטה זו פסולה בראש ובראשונה משום שאסור למדינה להשתמש בכוחה הכופה כדי "לחנך" את אזרחיה הבוגרים ולנסות לכפות עליהם אורחות חיים התואמים את תפיסת ה'טוב' של המשיבים (במקרה דנן – 'טוב' בעיני המשיבים הוא לימודים מעורבים לגברים ולנשים). החלטת המשיבים משקפת עמדה של סמכותנות תרבותית, והיא מבקשת להשתמש בסמכות להכרה במסלולי השכלה גבוהה כדי לכפות ערכים, השקפות עולם ואורחות חיים על העותרים ועל עוד אלפים שכמותם. כזאת לא יעשה במדינה ליברלית, ובוודאי שלא ניתן לעשות כן ללא חקיקה ראשית. מנגד, קיומם של מסלולים נפרדים בהשכלה גבוהה אינו כופה דבר על איש, אלא רק מציע פתרון לציבור גדול המעוניין בו. מניעתו בשל עמדה פטרנליסטית סותרת את דרכה של מדינה ליברלית.

מעבר לכך, ההחלטה פוגעת בזכויות שלא כדין. ההחלטה מפלה את העותרים 2-4, יחד עם עוד אלפים אחרים, לעומת "קהל היעד". היא מפלה בין מוסדות – בהכרה במסלולים שלהם – מטעמים לא ענייניים. היא פוגעת גם בזכויות יסוד – בחופש העיסוק, בכבוד האדם, בחירות, בזכות לאוטונומיה, בזכות לחינוך, בזכות לתרבות, בחופש הדת ובחופש האקדמי. פגיעות אלו נעשות שלא מכוח חוק, לתכליות עמומות במקרה הטוב ובלתי ראויות במקרה הפחות טוב, ואין קשר רציונלי בין הפגיעות לבין הגשמת אותן תכליות.

מבחינה משפטית, ההחלטה עומדת בניגוד מובהק לחוק מפורש, חוק זכויות הסטודנט, הקובע את הכללים והזכויות לגבי נגישות להשכלה גבוהה בישראל. חוק זה קובע כי אף שאין להפלות

בקבלה ללימודים – קיומם של מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת לא ייחשב אפליה. יתירה מכך, חוק זכויות הסטודנט גם קובע כי אין להבחין בין מועמדים לפי רקעם הדתי והחברתי, כלומר אסור למוסדות לייחד מסלולים לקבוצה מסוימת בלבד. ההחלטה היא אפוא הפרת חוק ברורה וצורמת, ודינה בטלות.

לא זו בלבד, ההחלטה איננה בסמכותם של המשיבים. למועצה להשכלה גבוהה סמכות כללית לפעול לקידום ההשכלה הגבוהה בישראל, סמכות שאינה כוללת הטלת מגבלות או איסורים, ובוודאי שלא פגיעה בזכויות. סמכויותיה הספציפיות של המועצה להשכלה גבוהה מפורטות היטב בחוק, והן כוללות הכרה ורישוי של תכניות לימודים והענקת תארים, תוך קביעת כללים, ואגב איסור מפורש להגביל את חופש הדעה והמצפון בקביעת כללים אלו. החלטת המשיבים מפרה איסור מפורש זה, תוך שהיא מגבילה את אפשרויות ההכרה במוסדות ומסלולים על בסיס שיקולים ערכיים. בכך פעלו המשיבים בניגוד לסמכותם, ולפיכך ההחלטה חסרת תוקף.

ההחלטה מתייחסת לכלל המוסדות להשכלה גבוהה – מתוקצבים ופרטיים. עתירה זו תוקפת את ההחלטה לגבי כלל המוסדות, אולם ביתר שאת לגבי מוסדות פרטיים שאינם מתוקצבים על ידי המדינה, או מוסדות מתוקצבים המציעים מסלולים שאינם מתוקצבים. המשיבים, שהצהירו כי רצונם להנגיש השכלה גבוהה לחרדים, מגשימים תוצאה הפוכה: חסימת השכלה גבוהה בפני ציבור עצום של שוחריה, ובכללם העותרים 2-4.

רקע תמציתי – מסלולי לימוד בהפרדה בין המינים באקדמיה

1. עד לפני כשני עשורים נוכחותם של סטודנטים חרדים במוסדות ההשכלה הגבוהה בישראל היתה מראה נדיר. מעבר לרתיעה שיש לחלקים נרחבים באוכלוסייה החרדית מהאקדמיה באשר היא, גם לימוד של גברים ונשים יחדיו אינו תואם את אורחות חייה של אוכלוסייה זו. לפיכך הדירו חרדים רגליהם מהשכלה גבוהה, למעט בודדים.

במהלך שני העשורים האחרונים מתרחשת מהפכה של ממש. תהליכים פנימיים שונים בחברה החרדית חברו ליוזמות מצד אנשי מעשה, וכך הוקמו מסגרות שהציעו מסלולי רכישת השכלה גבוהה תוך הפרדה בין גברים לנשים. מסלולים אלו, ההולמים את אורח חייה של אוכלוסייה זו, זוכים להתעניינות והיענות הולכות וגוברות מצד אוכלוסייה דתית וחרדית מגוונת.

יש לציין כי מסלולים נפרדים בהשכלה הגבוהה לגברים ולנשים לא היו בגדר חידוש. המכון הגבוה לטכנולוגיה בירושלים ('מכון לב' ו'מכון טל') פועל עשרות שנים בהפרדה מגדרית; מכללות אקדמיות להכשרת מורים במגזר הדתי פועלות עשרות שנים בהפרדה מגדרית ('מכון הרצוג', 'מכללת אורות', 'מכללת ירושלים'). החידוש היה בפתיחת מוסדות אשר פנו מראש לקהל חרדי.

מוסדות אלו כונו בתחילה "פלטפורמות", שכן הם שימשו מקום אירוח למסלולי השכלה של מוסדות אחרים, שגם העניקו את התארים הקדמיים מטעמם. הם החלו לפעול, לאחר שהמועצה להשכלה גבוהה אישרה בהחלטתה את פעילותם, כבר בשנת 2000, והם כמובן מפוקחים על-ידי המועצה להשכלה גבוהה. עד שנת 2011 לא הגביל מאן דהוא את המוסדות בדבר קבלת תלמידים לשורותיהם.

הקמתם של מסלולי הלימוד ב"פלטפורמות" הנגישה לראשונה לקהל רחב של חרדים – גברים ונשים – את הלימודים האקדמיים, תוך הבטחה על שמירה על אורחות חייהם בדגש על קיום ההפרדה המגדרית הנהוגה בציבור החרדי. מסלולים אלו זכו כאמור להצלחה.

על רקע הצורך המתגבר להכניס חרדים למעגל ההשכלה והעבודה, צורך שעליו הצביע בהמשך גם דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי ("דוח טרכטנברג", ספטמבר 2011), קיבלו ממשלות ישראל החלטות שמטרתן לעודד את השתלבות החרדים בשוק העבודה. בהחלטת ממשלה מספר 1994 של הממשלה ה-32 מיום 15.07.10 בדבר "הצבת יעדי תעסוקה לשנים 2010 – 2020", הוצבה המטרה להעלות את שיעור התעסוקה בישראל ל-76.5% בשנת 2020. בתוך היעד הכללי נקבעו יעדים מיוחדים לאוכלוסיות מיעוטיות, בתוכם יעד של 63% בקרב גברים ונשים מהמגזר החרדי בשנת 2020. בין היתר, ובעקבות הצלחת מסלולי הלימוד הנפרדים, הוחלט להגביר את הנגשת האקדמיה להשכלת החרדים ולייעד לכך תקציבים נכבדים.

החלטת ממשלה 1994 מיום 15.7.2010 מצורפת כנספח א'

2. בעקבות החלטה זו גיבשה המועצה להשכלה גבוהה בשנת 2011 **תכנית רב-שנתית לשנים תשע"א-תשע"ו**, שיעדיה הרחבת הנגישות להשכלה גבוהה למיעוטיות ולחרדים. בהמשך,

ביום 3.12.2011 התקבלה במועצה להשכלה גבוהה החלטה בדבר "הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזרים ייחודיים". בין היתר עודדה ההחלטה את הקמת המח"רים – מסגרות חרדיות, כלומר מסלולי לימוד נפרדים בחסות המוסדות האקדמיים שמטרתם לאפשר לבני החברה החרדית להשתלב באקדמיה, "תוך שמירה וכיבוד אורחות חייהם" (ראו "זרקור למחר", בתוך "מערכת ההשכלה הגבוהה בישראל 2012", מאת המועצה להשכלה גבוהה, עמוד 61 ואילך). במסגרת הקמת המח"רים, תקצבה הות"ת ועודדה את הקמתם של מסלולי לימוד ייחודיים נפרדים בתוככי האוניברסיטאות וכלל המוסדות להשכלה גבוהה.

עוד נקבע בהחלטה כי למוסדות החרדיים יהיו זכאים להתקבל רק בנים אשר למדו מכיתות ט"ו-י"ב בישיבות חרדיות כהגדרתן בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, תשס"ח-2007, ובנות בוגרות מוסדות בעלי אורחות דת ותפיסת עולם חרדית שאינם מצויים בפיקוח משרד החינוך כי אם בפיקוח אחר.

החלטת המל"ג מיום 3.12.2011 בעניין הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזרים ייחודיים מצורפת נספח ב'

3. על הגדרות אלו הוסיף הות"ת ואיפשר קליטתם של 40% נוספים של תלמידים ותלמידות שאינם בהגדרת "חרדים" כפי שנקבעה על ידו כאמור לעיל, כדי לאפשר לסטודנטים חרדים שאינם עומדים בהגדרות הנ"ל מסיבות שונות ללמוד בהתאם לאורחות חייהם: חוזרים בתשובה שאינם בוגרי ישיבות חרדיות; בוגרות סמינרים חרדיים המצויים בפיקוח משרד החינוך (כגון מוסדות של חב"ד וצאנז); חרדים לאומיים ובוגרי ישיבות תיכוניות חרדיות וכדומה.

שיעור הסטודנטים "החריגים" הרשאים ללמוד במוסדות הנפרדים הלך וירד, לפי הנחיית המועצה להשכלה גבוהה, במהלך השנים, עד שבשנת 2016 8.11.16 נקבע כי לא יותרו חריגים כלל.

החלטת המל"ג מיום 8.11.16 מצורפת נספח ג'

4. במהלך חמש השנים מאז ההחלטה משנת 2011 ההיא הוקמו 14 מוסדות מח"ר. במהלך השנים הללו גדל מספר הסטודנטים החרדים במערכת ההשכלה הגבוהה מכ-6,000 ל-12,000¹, כ-85% מהם לתואר ראשון, היתר לתארים מתקדמים. 3000 סטודנטים למדו במח"רים בשנת 2016. בשנת 2017 כ-2000 סטודנטים חרדים למדו באוניברסיטאות, כ-1,400 באוניברסיטה הפתוחה, 4,700 במכללות אקדמיות וכ-2,800 במכללות לחינוך.

¹ מערכת ההשכלה הגבוהה בישראל, המועצה להשכלה גבוהה, ירושלים, חשוון תשע"ז, נובמבר 2016. <https://goo.gl/dd5e9v>, עמ' 20.

ההחלטה

5. באפריל 2016 פרסמה המועצה להשכלה גבוהה טיוטה לתכנית לחמש השנים הבאות והציבור הוזמן להגיב לה. בנוסף, הזמינה המועצה להשכלה גבוהה מחקר שיעריך את מסלולי ההשכלה לחרדים והשפעותיהם וימליץ על עיצוב התכנית להמשך, וקיימה ישיבות פנימיות לגיבוש ההחלטה.

6. ביום 23.5.2017 אישרה המועצה להשכלה גבוהה את **"התכנית הרב-שנתית של מל"ג/ות"ת להרחבת הנגישות של ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית – תשע"ז-תשפ"ב"** (להלן – 'ההחלטה'). פרק ב' בתכנית הוא **"עקרונות המדיניות לתכנית הרב-שנתית תשע"ז-תשפ"ב והמלצות מדיניות"**.

העתק מן ההחלטה מצורף לעתירה זו ומסומן ד'

ההחלטה מציינת את מעלותיה של מגמת הנגשת ההשכלה לחרדים ואת ההכרח שיש בפיתוחה וביסוסה: שילוב חרדים בהשכלה, קובעת ההחלטה, הוא אינטרס מובהק של המדינה, תנאי בסיסי להשתלבות ולהצלחה בשוק התעסוקה, הסרת חסם. העדר שותפות בהשכלה הגבוהה פוגע בהשתתפות החרדים בשוק העבודה, וכך פוגע במצבם הכלכלי כמו גם במשק בכללותו. ההחלטה מציינת כי 70%-80 מן האוכלוסייה החרדית יימנע מלימודים אקדמיים ללא הפרדה מגדרית, ולפיכך **"עיקרון שוויון ההזדמנויות המהותיות"** מחייב מתן אפשרות ללמוד במסגרות נפרדות (פיסקה 41 להחלטה).

7. מנגד, ההחלטה מציגה את העמדה כי לימוד במסלולים נפרדים פוגע ב**"ערכי היסוד האקדמיים הדוגלים בפתיחות ובפלורליזם"**, (פיסקה 40). לאור זאת משקפת ההחלטה את **האיזון** שהמועצה להשכלה גבוהה החליטה לעשות בין הצורך בהנגשת השכלה גבוהה לאוכלוסייה החרדית לבין הפגיעה בערכים הללו.

כך מציינת ההחלטה כי **"מל"ג וות"ת אינן מאפשרות הפרדה מגדרית או מגזרית בהשכלה הגבוהה אלא במקרים מיוחדים כמו בנידון דידן. וגם במקרים אלה, יש לחתור לצמצום ההפרדה למינימום הנדרש"**. במתווה הקיים, לפי ההחלטה, **"ישנה פגיעה לא מבוטלת בערכים נוגדים"** (פיסקה 46).

בהמשך מציינת ההחלטה כי הפרדה מגדרית בתוך הקמפוסים עשויה להעלות קשיים, משום שיש בה **"לגיטימציה של הפרדה במרחב הקמפוס הכללי"**, וכי **"מודל זה עלול לפגוע בסטודנטיות ובסטודנטים שאינם חרדים, שהלימודים בהפרדה המגדרית 'מתקרבת' אליהם"** (48.5).

בפרק ההנמקות להחלטה נכתב כי הפרדה מגדרית **"מעלה חשש להפליה, הן בסוגי המקצועות הפתוחים בפני כל אחד מן המינים, והן ברמת הלימודים במוסדות"**, ובאשר ההפרדה **פוגעת בשוויון** יש לצמצמה למינימום הנדרש (פיסקאות 56-57), וכן כי **"יש למצוא את האיזון הנכון"** בין הצורך לשלב את האוכלוסייה החרדית לבין **"שמירה על הזכות לשוויון מגדרי ולהעדר אפליה"**. ההפרדה, כשלעצמה, **"עומדת לכאורה בניגוד לעקרונות יסוד חשובים בהשכלה הגבוהה – חשיבותו של פלורליזם ומגוון דעות בתוך השיח האקדמי"**, ולכן יש צורך לאזן בין השניים (פסקאות 64-66).

ההחלטה כוללת גם פרק (פיסקה 51) שעניינו "רגישות לערכי יסוד בתחום השוויון והאתוס האקדמי", והוא כולל הוראות מעשיות לסייגים שונים על אופן ההפרדה המגדרית המותרת במוסדות.

עוד מציינת ההחלטה כי "האקדמיה מעניקה לסטודנטים כלי לימוד, יכולת חשיבה ביקורתית, ערכי פלורליזם ושוויון, ללא קשר לתחום שבו יעסקו בעתיד. ... בפעילות המח"רים בהפרדה מגדרית יש פגיעה מסוימת בערך השוויון" (פסקה 108).

8. ההחלטה קובעת מגבלה יסודית על האפשרות ללמוד במסלולים נפרדים, בדמות "הגדרת קהל יעד" למסלולים אלו (פיסקאות 48.8-48.9). ההחלטה מותירה על מכונה את הגדרת קהל היעד של ההחלטה מ-2011, כלומר בנים ובנות שלמדו בתיכון במוסדות חרדיים שאינם תחת הפיקוח הממלכתי או הממלכתי-דתי של משרד החינוך:

"בנים – התלמיד למד מכתה ט' עד כיתה י"ב במוסד חינוך תרבותי ייחודי כהגדרתו בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 או במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך.

בנות – התלמידה למדה מכתה ט' עד כיתה י"ב במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך."

9. לצד ההגדרות האלה קובעת ההחלטה כי כל מוסד יוכל לקבל עוד 10% מהתלמידים שאינם עונים באופן מלא להגדרות אלה. ההחלטה מטילה על המוסדות לגבש קריטריונים לקבלת החריגים.

10. ההחלטה מוסיפה וקובעת מגבלה חריפה – **תארים מתקדמים** לא יילמדו בשום מקרה במסלולים נפרדים. "תכניות לתואר שני יילמדו רק בקמפוסים הרגילים ובתכניות הרגילות" (פיסקה 49.4). אף שההחלטה מכירה במפורש בכך שישנם "מקצועות טיפוליים שלא ניתן לעסוק בהם ללא תואר שני ושיש בהם צורך קריטי במגזר החרדי", קיומם של מסלולים כאלה לא יתאפשר, אף שתהיה אפשרות לדון במדיניות זו בשנים הקרובות ככל שיעלה הצורך (פיסקה 49.5).

11. ההחלטה כוללת פרק בעניין "**כלי המדיניות**" למימוש התכניות. כלי מדיניות אלו כוללים ביו היתר הקמת תכנית לעידוד ותמרוץ קליטת סטודנטים בכותלי הקמפוסים הרגילים, חיזוק והרחבת המח"רים בכלל ובמכללות האקדמיות בפרט, חידוד אמות המידה ופרסום הנחיות בנוגע להפרדה מותרת ואסורה במסגרות החרדיות, ועוד כהנה וכהנה.

12. בנוסף לכל אלו, כוללת ההחלטה התייחסויות להיבטים שונים של עידוד ההשכלה הגבוהה באוכלוסייה החרדית: הגדלת היצע התכניות להכשרת מורים חרדים, עדכון רשימת התיעדוף של מקצועות שונים, מכינות מותאמות לציבור החרדי, הרחבת תכנית המילגות וההלוואות ושיתוף פעולה עם הסמינרים החרדים. בהיבטים חשובים אלו עתירתנו זו אינה עוסקת.

13. סיכומו של דבר, **רכיבי ההחלטה הרלוונטים לעתירה דנן הם אלו:**

- א. קביעות ברורות על אודות הצורך לאפשר מסלולים בהפרדה מגדרית, הן להגשמת זכותם של החרדים לחינוך ולשוויון, הן כדי לקדם את מצבה הכלכלי של האוכלוסייה החרדית, הן לשילובם בחברה בישראל והן לצורך קידומה של כלכלת ישראל.
- ב. קביעות על כך שהשכלה בהפרדה מגדרית פוגעת בשוויון, בערכים שונים, באתוס אקדמי, ובסטודנטים במסלולים רגילים שעלולים להיפגע מהקירבה למסלולים נפרדים.
- ג. הגדרת "מיהו חרדי" שיותר לו ללמוד במסלולים כאלה.
- ד. קביעה כי לא יותרו מסלולים נפרדים לתואר שני.

14. החלטת המשיבים מתייחסת **לכלל המוסדות** המציעים מסלולים בהפרדה לנשים ולגברים: אוניברסיטאות המציעות מסלולים ייחודיים בהפרדה, בין אם בקמפוסים שלהן ובין אם בקמפוסים נפרדים; מכללות 'רגילות' המציעות מסלולים ייחודיים בהפרדה, בלי תקצוב של המדינה; מכללות חרדיות המהוות פלטפורמה למוסדות אחרים ופועלות בהפרדה; מח"רים (מסגרות חרדיות) שהוקמו על ידי המדינה ובמימונה ומציעים מסלולים של מוסדות אקדמיים אחרים.

תמצית ההליכים המשפטיים האחרים הנוגעים להחלטה

15. להשלמת התמונה נציין בתמצית הליכים שהתנהלו או שעודם מתנהלים בבית משפט זה בעניין הנדון:

א. בשנת 2013 הגישו מספר בוגרות של התיכון "בית שולמית" בירושלים, עתירה לבג"ץ בבקשה לאפשר להן ללמוד במסלולים הנפרדים (בג"ץ 5851/13 **קושלבסקי נ' המועצה להשכלה גבוהה**, 1.10.2013) אף שאינן עומדות בהגדרות קהל היעד. בנסיבות שבהן העתירה הוגשה סמוך לפתיחת שנת הלימודים האקדמיים והעותרות כבר מצאו מקום לימודים, נדחתה העתירה ללא דיון מהותי.

ב. בשנת 2014 הוגשה עתירה לבג"ץ בבקשה לאסור על הלימודים הנפרדים מטעמי פגיעה והפליה בנשים (ר' בג"ץ 6667/14 **תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה**, 19.3.2015). העתירה נמחקה שכן טרם בשלה אז העת לדיון, נוכח העובדה שהעתירה הוגשה בסיום תכנית החומש הקודמת וטרם הולדתה של תכנית החומש החדשה. בד בבד, נקבע כי גיבוש התכנית החדשה יהיה בשיתוף הציבור, כפי שאכן נעשה כמתואר לעיל.

ג. בג"ץ 8010/16 **ברזון נ' מדינת ישראל**, עודנו תלוי ועומד. עתירה זו הוגשה על ידי תלמידות שביקשו להירשם למוסדות חרדים אולם לא נכללו בקהל היעד. ביום 22.2.17 ניתן צו על תנאי בעתירה. הדיון בעתירה התקיים, עוד קודם שהתקבלה ההחלטה דנן. כעת ממתינות העותרות לפסק דין.

ד. בג"ץ 2240/17 **קסטל נ' מדינת ישראל**, עודנו תלוי ועומד. גם עתירה זו הוגשה על ידי תלמידה שביקשה להתקבל ללימודים במסלול נפרד, ולא הותר לה משום שאיננה בקהל היעד. העתירה הוגשה קודם ההחלטה, אולם דיון בה התקיים לאחריה, ביום 3.7.17, והעותרת ממתינה לפסק דין.

ה. בג"ץ 6500/17 **תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה**. העתירה הוגשה על ידי קבוצה של מורים באוניברסיטאות שונות. כמו עתירתנו זו, גם בבג"ץ 6500/17 נתקפת ההחלטה דנן, אולם מזווית הפוכה. העתירה טוענת כי ההחלטה אינה חוקית ואיננה חוקתית, בייחוד משום שלדעת העותרים שם כל הפרדה בין נשים וגברים משמעותה הפליה, ולפיכך החלטת המועצה להשכלה גבוהה מאפשרת פעילות בלתי חוקית של הפרדה בין נשים וגברים. דיון בעתירה זו נקבע ליום 27.12.17, ותשובת המשיבים טרם הוגשה. **כאמור, מבוקש לאחד את הדיון בעתירה דנן עם עתירה זו.**

העותרים:

16. **העותרת 2, רבקה מזרחי**, בת 33, אם ל 6, תושבת ירושלים. רבקה, המגדירה את עצמה מבחינה סוציולוגית "דתית-לאומית", היא בוגרת בית הספר התיכון אולפנת צביה ירושלים. בשנים 2005-2008 למדה במכללה החרדית בירושלים לתואר ראשון בעבודה סוציאלית. בשנת 2008 קיבלה תעודת תואר ראשון, מטעם אוניברסיטת בר אילן.

העתק תעודת תואר ראשון של העותרת 2 מצורף נספח ד'

17. לפני כשלוש שנים החליטה רבקה כי ברצונה להתמחות בפסיכודרמה. כדי לעסוק במקצוע זה, שעניינו טיפול באמצעות דרמה, נדרשת התמחות בתחום הנרכשת בלימודי תואר שני. בהתאם להשקפת עולמה הדתית, לתפיסתה ההלכתית ולאורח חייה, רבקה מנועה מללמוד את המקצוע בכיתה אחת יחד עם גברים. זאת משום שאופיו של הלימוד מחייב מעצם טבעו משחק משותף, שירה משותפת, וקרבה פיזית בין הסטודנטים המתלמדים. לפיכך לקראת שנת הלימודים תשע"ו פנתה רבקה למכללת מבח"ר, היחידה בישראל המציעה מסלול לימודי תואר שני בתחום בכתה נפרדת לנשים.

רבקה פנתה בטלפון למכללת מבח"ר כדי לברר את דרכי ההרשמה, ומייד נשאלה האם היא בוגרת סמינר. כשהשיבה בשלילה, נאמר לה באופן חד-משמעי כי לא תוכל להגיש מועמדות לקבלה למסלול הלימודים בפסיכודרמה, משום שהיא איננה עומדת בקריטריונים של "חרדית", שכן את לימודיה התיכוניים לא עשתה בסמינר חרדי כנדרש לפי נהלי המל"ג.

18. בשל החלטת מבח"ר לדחות את בקשתה, נאלצה רבקה שלא ללמוד את המקצוע שבו חפצה. כיום רבקה מסיימת את לימודיה לתואר שני בעבודה סוציאלית במסלול רגיל באוניברסיטה העברית בירושלים.

מבחינת רבקה, חלומה ללמוד טיפול בפסיכודרמה עודנו שריר וקיים. אם יתאפשר לה ללמוד במסלול הנפרד במכללת מבח"ר, תעשה רבקה מאמצים גדולים כדי להגשים את חלומה זה.

19. העותרת 3, רינה זאבי, בת 35, היא אם לחמישה ילדים, תושבת בני ברק. רינה למדה בתיכון בסמינר בית יעקב "שרנסקי" בתל אביב. רינה עובדת מזה שנים אחדות כמנהלת מחלקת שירות לקוחות וגביה בתאגיד המים של בני ברק, במשרה מלאה, כשבאחריותה 18 עובדים. לפני כשלוש שנים החליטה, משיקולים מקצועיים ללמוד לתואר אקדמי ראשון במשפטים. תוך כדי עבודה החלה ללמוד משפטים בקריה האקדמית אונו, בקמפוס החרדי באור-יהודה שבו הלימודים מתקיימים בהפרדה בין המינים. כעת היא לקראת סיום התואר הראשון.

20. רינה הצטיינה בלימודי המשפטים ומצאה בהם עניין רב, אישי ואינטלקטואלי. לאור זאת החליטה, יחד עם קבוצה גדולה של חברות נוספות שלמדו עמה, כי ברצונה להמשיך לתואר שני, הפעם במנהל עסקים. מסלול תואר שני במינהל עסקים קיים בקריה האקדמית אונו. אולם מהנהלת המוסד נמסר להן כי היו שמחים להיעתר לבקשתן, **אלא שלאור החלטת המל"ג אין כל אפשרות לקיים לימודים לתואר שני במסלול נפרד עבורן.**

21. אורח חייה הדתי, החינוך שקבילה ושמעניקה לילדיה, תפיסתה ההלכתית – כל אלה מחייבים אותה ללמוד במסלול נפרד לנשים בלבד. אף שבמקום עבודתה עובדים גברים ונשים יחדיו, מבחינתה קו-גבול ברור ניצב בין מקום עבודה – קורקטי וענייני ומקצועי – לבין מקום לימודים, שבו משולבים הווי, מטלות משותפות וחויית לימוד משותפת. בחירתה והחלטתה, כאדם בוגר ובעל עמדה עצמאית ומאמין באורח חיים האוסר לימוד משותף, היא שלא ללמוד יחד עם גברים בכתה אחת. עמדתה זו מושתתת על מקורות הלכה רבים שהיא בחרה – כמו רבים מהיהודים החרדים בישראל – לאמץ כתשתית מנחה לאורח חייה, אשר אוסרים בתכלית האיסור עירוב בין גברים לנשים במסגרות מסויימות, ומובאים בקצרה בהערת שוליים (אין הכוונה כאן לטעון לשאלת פרשנותם או תוקפם של מקורות אלו, או יחסם למקורות אחרים, כי אם להבהיר שזו היא בחירתה המושכלת של העותרת לאמץ אורח חיים כפי שבחרה).²

² כמובא במסכת סוכה דף נ"א על המשנה "במוצאי יום טוב ראשון של חג ירדו לעזרת הנשים... תנו רבנן: בראשונה היו נשים מבפנים ואנשים מבחוץ והיו באים לידי קלות ראש, התקינו נשים יושבות מבחוץ ואנשים מבפנים ועדיין היו באים לידי קלות ראש, התקינו נשים יושבות מלמעלה ואנשים מלמטה" ובאמת כך קבע רב שצריך להבדיל אנשים מנשים ולעשות גדר בישראל שלא יבואו לידי קלקול. עוד נאמר שם- וספדה הארץ משפחות משפחות לבד משפחת בית דוד לבד ונשיהם לבד אמרו והלא דברים ק"ו ומה לעתיד לבוא שעוסקין בהספד ואין יצר הרע שולט בהם אמרה תורה אנשים לבד ונשים לבד עכשיו שעוסקין בשמחה ויצה"ר שולא בהם על אחת כמה וכמה. וכן מופיע גם לגבי ברכת ש"השמחה במעונו" שמברכים בסעודת שבע ברכות לחתן וכלה, הביא הב"ח באבן העזר סימן ס"ב בשם ספר המנהגים: בסעודה שמושיבים האנשים והנשים יחד בחדר אחד אין לברך בה שהשמחה במעונו, בכל מקום שהאנשים והנשים רואין זה את זה כגון בסעודת נישואין אין לברך שהשמחה במעונו לפי שאין שמחה לפני הקב"ה כשיש בו הרהורי עבירה (ספר המנהגים לרבינו יצחק אייזיק טורנא מנהג כל השנה בהגהות שם אות יד'). וכך פסק גם הבית שמואל על השולחן ערוך סימן ס"ב סעיף ט' סוף סעיף קטן י"א. ועיין עוד בספר שו"ת חתם סופר חושן משפט סימן קצ"ד"ה ואלו, שו"ת מהר"ם שיק אורח חיים תשובה ע"ז, שו"ת מחנה חיים סימן י' סעיף ה', שו"ת אגרות משה שם, שו"ת דברי יואל י"א, שו"ת מנחת יצחק ב', כ' ולקוטי תשובות סימן יד': תשובת בית הלל קד', שו"ת זכרון יהודה א' ס"ב.

22. לאור העדר האפשרות ללמוד תואר שני במסלול נפרד, בשל החלטת המל"ג, עומדות בפני רינה שתי ברירות: האחת – לוותר על החלום ללמוד לתואר שני. השנייה – לנסות להירשם ללימודי תואר שני במסלול מעורב, תוך התאמתו לאורח חייה ואמונתה. אלא שמשמעות הדבר תהיה הימנעות מהשתתפות בשיעורים והשתמטות מכל פעילות מעורבת לנשים ולגברים. עבור רינה, תלמידה מצטיינת ושוחרת דעת, לימודים הם בראש ובראשונה חוויה של למידה ושיח וסקרנות והתפתחות אישית. לפיכך האפשרות השנייה – המרוקנת את הלמידה מכל תוכנה המשמעותי – אינה באה בחשבון.

23. העותר 4, אביב משטרי, בן 40, הוא אב לשתי בנות ומתגורר בישוב מבוא חורון. אביב מגדיר את עצמו 'חוזר בתשובה' זה כ-14 שנה. אביב למד לימודי תיכון בבית הספר ירדן ביישוב מעלה-אפרים, ובשנת 2003 השלים לימודי תואר ראשון בקרימינולוגיה בהצטיינות באוניברסיטת אריאל (אז מכללה) במשולב עם אוניברסיטת בר-אילן. אביב, שכאמור בינתיים חזר בתשובה וקיבל עליו אורח חיים דתי, עובד מזה 12 שנים בעמותת חסדי אנוש, העוסקת בשיקום מתמודדים עם פגיעה נפשית מהמגזר הדתי-חרדי. כחלק מהתפתחותו המקצועית בתחום השיקום, ביקש אביב ללמוד לתואר ראשון בעבודה סוציאלית. הואיל והיה לאביב תואר ראשון בקרימינולוגיה, אביב יכול היה ללמוד שנתיים של הסבה לתואר בעבודה סוציאלית בכל אוניברסיטה שיבחר. אולם לאור אורח חייו היום ותפיסת עולמו הדתית-הלכתית המחייבים אותו ללמוד במסלול נפרד לגברים בלבד, העדיף ללמוד שלוש שנים במכללה חרדית ובלבד שאורח חייו לא יפגע. לפני שנת הלימודים תשע"ה הגיש אביב בקשה להתקבל ללימודי עבודה סוציאלית במכללת מבחר בבני ברק, אולם מחמת שאין הוא בוגר של החינוך החרדי לא התקבל לתוכנית הלימודים; וזאת חרף שני מכתבי המלצה שהגיש למכללה מרבנים המלווים אותו אשר מעידים על אורח חייו התורני.

24. אביב לא אמר נואש, ולפני תחילת שנת הלימודים תשע"ו פנה לקמפוס החרדי במכללה האקדמית אשקלון בבקשה להתקבל ללימודים לתואר ראשון בעבודה סוציאלית. מכללת אשקלון קיבלה אותו, למסלול לגברים בלבד – דתי לאומי או חרדי. אביב שילם למכללה שכר לימוד, אולם אז נמסר לו מטעם המכללה שהמל"ג אוסר על המכללה לקבל תלמידים שאינם עומדים בקריטריונים להגדרת 'חרדי'. אביב פנה לשר החינוך, המשיב 2, והלה הפנה אותו ללימודים באחת האוניברסיטאות.

פנייתו של העותר 4 למשיב 2 מיום 23.10.2015 ותשובה מטעם

המשיב 2 מיום 1.11.2015 (דוא"ל) מצורפות כנספח ה'

25. במאי 2017 הגיש אביב ערעור לוועדת שכר לימוד על החזר שכר הלימוד ששילם. בעקבות טענתו כי אי הקבלה ניכפה עליו בעקבות הסירוב של המל"ג לאשר לשלוחה החרדית של

מכללת אשקלון לקלוט סטודנטים שאינם 'חרדים' לפי הגדרת המל"ג, אושר לו החזר כספי מלא של התשלום ששילם. ובכך חלמו ללמוד לתואר ראשון בעבודה סוציאלית נגוז.

26. **העותר 1, פורום קהלת**, הוא עמותה רשומה בישראל. הפורום פועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. במסגרת עיסוקיו פועל הפורום לקידום חופש העיסוק בישראל, לקידום חירותו של הפרט לבנות את מסלול חייו, השכלתו ומקצועו בהתאם לבחירותיו, וכן לקידום וביצור כלכלתה של ישראל לטווח הארוך. הפורום פועל ללא כוונת רווח ואינו נתמך על ידי כל גורם מדינתי.

27. לפורום וחבריו אין עניין דווקא בהשכלה נפרדת לגברים ולנשים, אך כעותר ציבורי עניין רב לו במניעה של שימוש בסמכות לשם כפיית רעיונות, דעות ואורחות חיים מטעם המדינה או גורמיה; במתן אפשרות לרכישת השכלה לכל דורש; במתן אפשרות לשוק דורשי ומציעי ההשכלה להתנהל – בכפוף לדרישות החוק ולרמה האקדמית הראויה – באופן חופשי; ובמניעת הטלת מגבלות שאינן בסמכותו של מטילן; והכל כפי שיפורט עוד להלן.

המשיבים

28. **המשיבה 1** היא המועצה להשכלה גבוהה. המשיבה 1 פועלת מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 (להלן – **החוק**).

29. **המשיב 2** הוא שר החינוך. בהתאם לחוק, מכהן שר החינוך כיו"ר המועצה להשכלה גבוהה.

30. **המשיב 3**, הועדה לתכנון ותקצוב, הוא ועדה שבאמצעותה פועלת המועצה להשכלה גבוהה לעניין חלק מסמכויותיה, בהתאם לסעיף 3 לחוק ובהתאם להחלטת ממשלה בעניין זה.

ההליכים שקדמו להגשת העתירה

31. ביום 30.8.17 פנה פורום קהלת במכתב אל המשיבים, בשמו ובשם יתר העותרים, ובקשם להבהיר מהו מקור סמכותם להורות כפי שהורו בהחלטה. כמו כן, ביקש הפורום מן המשיבים להבהיר כי החלטתם אינה מחייבת אלא ממליצה בלבד.

העתק מכתב הח"מ מיום 30.8.17 מצורף כנספח ו'

לאור הפנייה נועדו נציגי העותרת 4 עם נציגי המשיבים, ביום 17.10.17, אך נקודות המחלוקת שבעתירה זו נותרו בעינן.

תשובה רשמית מטעם המשיבה 1 התקבלה, לאחר תזכורות, רק ביום 26.10.17.

העתק מכתב מטעם המשיבים מיום 26.10.17 מצורף כנספח ז'

הפגמים שבהחלטת המשיבים

32. **קודם לפגמים, שבחים:** החלטת הממשלה לפעול להנגשת ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית, והמאמץ שמשקיעה המועצה להשכלה גבוהה ליישומה, ובעיקר הפירות שתהליך זה קוצר בשנים האחרונות, ראויים בהחלט לשבח. אלא שההחלטה הנתקפת בעתירה זו, המגבילה את הנגישות למסלולי ההשכלה הגבוהה הנפרדים בפני אוכלוסיות המבקשות ללמוד בהן, ומגבילה אותן ללימודי תואר ראשון בלבד, היא החלטה שאינה חוקית: היא סותרת את החוק, היא התקבלה בחוסר סמכות, היא מסתמכת על שיקולים זרים, היא פוגעת בחוקי היסוד, פוגעת שלא כדין בזכויות יסוד, היא משקפת ניסיון פסול לכפיית השקפות, ודינה בטלות.

פגם ראשון: ההחלטה נוגדת חוק ומעודדת הפרת חוק

א. המחוקק הגדיר מהי אפליה ומה איננו אפליה בהשכלה גבוהה

33. המשמעות הבסיסית של עקרון חוקיות המינהל היא היותן של כלל רשויות המינהל כפופות לחוק. לפיכך, ככל גוף מינהלי, המועצה **כפופה לכל חוק** ועליה לציית לחוק ולפעול לפיו. המחוקק הישראלי נתן דעתו לסוגיית ההפרדה המגדרית מטעמי דת. המחוקק הישראלי, המייצג את העם והמשקף את הכרעותיו, קבע כי במצבים מסויימים הפרדה מגדרית לא תחשב אפליה. כך קבע המחוקק באופן כללי, וכך קבע באופן ספציפי לגבי השכלה גבוהה.

34. **באופן כללי** קבע זאת המחוקק בסעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, לאמר:

"אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

(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".

המחוקק ראה אפוא לנגד עיניו את המציאות, שבה שירותים ומוצרים מסויימים יימנעו מחלקים נכבדים באוכלוסייה מחמת אורח חייהם הדתי המונע מהם פעילות מעורבת לנשים ולגברים. לפיכך ייחד חריג זה, הקובע כי כאשר **"אי ההפרדה תמנע מחלק מן הציבור"** את הספקת המוצר, השירות הציבורי, הכניסה למקום הציבורי – ההפרדה לא תחשב הפליה.

זו דוגמה נאה לרגישותו של המחוקק למציאות, וביתרונו הסגולי כגורם המשקף את הלכי הרוח ואורחות החיים השונים של קבוצות שונות בציבור.

35. **באופן ספציפי**, נתן המחוקק דעתו לסוגיה זו **בתחום ההשכלה הגבוהה**, וקבע באופן מפורש כי הפרדה שכזו – מטעמי דת – לא תיחשב הפליה.

סוגיה זו מוסדרת במפורש בחוק זכויות הסטודנט התשס"ז-2007. כפי שניתן לראות, החוק ובו סעיף זה נחקק בתקופה שבה היו קיימים כבר מוסדות אקדמיים שבהם נהגה הפרדה בין המינים. המחוקק נתן דעתו על מאפייניה של החברה בישראל ועל קיומם של פרטים וקבוצות אשר מטעמים דתיים מעדיפים לימודים בהפרדה בין המינים. רבים מתוכם לא רק שמעדיפים לימודים נפרדים, אלא יימנעו לחלוטין מלהירשם ללימודים במסלולים שאינם נפרדים. המחוקק חפץ לאפשר לציבור זה להשתלב ברכישת השכלה גבוהה ובשוק התעסוקה בישראל ולכן קבע במפורש כך:

"לא יראו הפליה לפי סעיף קטן (א) בקיומם של מוסדות נפרדים או של מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת, של מסלולי לימוד נפרדים לצורך קידום קבוצות אוכלוסייה מסוימות ושל תנאי קבלה מקילים לפי סעיף 9(ב)" (סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט).

בסעיף זה קבע המחוקק שלושה מצבים שלא יחשבו הפליה:

- א – קיומם של מוסדות נפרדים או מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת;
 - ב – קיומם של מסלולי לימוד נפרדים לצורך קידום קבוצות אוכלוסייה מסוימות;
 - ג – קיומם של תנאי קבלה מקילים לשם קידום הנגישות של מועמדים מקבוצות אוכלוסייה מסוימות, לרבות מטעמים של רקע חברתי-כלכלי.
- קיומם של מוסדות נפרדים או מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת אינה עולה אפוא כדי הפליה בישראל. כך מורה החוק בישראל.**
- עיקרון שלטון החוק מורה לחייב את המועצה להשכלה גבוהה לקבל את החלטותיה בהתאם לחוק, ואין היא יכולה להגביל אדם מלהשתתף במסלולי לימוד אלה, או להורות למוסדות להגביל את הקבלה למוסדות אלו, בשל טענת השוויון.

ב. המחוקק אסר על אפליה בקבלה למסלולים על רקע חברתי ודתי (כפיית 'קהל יעד')

36. יתירה מכך, החלטת המועצה להשכלה גבוהה מהווה הנחיה ברורה לעבור על חוק מפורש: מעת שקיים מסלול נפרד לגברים ולנשים מטעמי דת, וסטודנט מבקש להירשם אליו, **אי קבלתו למסלול זה מהווה עבירה ברורה על סעיף 4(א) לחוק זכויות הסטודנט**, אשר אוסר על הפליה בקבלת תלמידים ללימודים מטעמים של רקע חברתי, דתי או עדתי:

(א) מוסד לא יפלה מועמדים או סטודנטים מטעמים עדתיים או מטעמי ארץ המוצא שלהם או של הוריהם, רקעם החברתי-כלכלי או מטעמים של דת, לאום, מין או מקום מגורים, בכל אחד מאלה:

(1) רישום ללימודים וקבלה למוסד;

(2) קבלה לתחומי לימוד;

(3) קבלה למסלולי לימוד מיוחדים.

ההחלטה כי קבלה למסלול לימודים מסויים, שהוא מסלול חוקי ואיננו מהווה הפליה, תוגבל לבני מגזר מסויים בעלי רקע חברתי מסויים, הרי היא הוראה למוסדות להפלות סטודנטים, בניגוד מפורש לחוק זכויות הסטודנט.

37. אין משמעות הדבר כי המועצה להשכלה גבוהה אינה רשאית להחליט על תמרוץ מגזר מסויים, ולעניינו המגזר החרדי, לרכוש השכלה גבוהה. המועצה אף רשאית לקיים מסלולים נפרדים לצורך קידום קבוצות אוכלוסייה נפרדות, כעולה מסעיף 4(ב) לעיל (כמובן בתנאי שהחלטה, ובכלל זיהוי והגדרת הקבוצה, ייעשו על בסיס שיקולים מקצועיים וענייניים ובשוויון). אולם מניעת קבלה של סטודנטים למסלול לימודים קיים וחוקי (שלא הוקם על ידי המל"ג לצורך אוכלוסייה מסויימת), אך ורק מן הסיבה שהם אינם שייכים למגזר מסויים שגבולותיו הוגדרו באופן שרירותי על ידי המועצה, היא הפליה בלתי חוקית, בניגוד לסעיף 4(א).

יובהר: אילו היתה החלטת המועצה להשכלה גבוהה נוגעת אך ורק למח"רים, שהוקמו על ידי המדינה וממומנים על ידיה לצורך קידום ההשכלה באוכלוסייה החרדית, כי אז לא היתה בפנינו טענה כי הדבר נוגד את סעיף 4. ביחס לכך טענתנו נוגעת רק להגדרה של "קהל היעד" – הגדרה לקויה, חסרת ההיגיון וחסרת בסיס העובדתי, כפי שיפורט להלן. **אולם ההחלטה איננה נוגעת למח"רים שהקימה המדינה בלבד, אלא לכלל המוסדות האקדמיים המקיימים מסלולים בהפרדה מגדרית.** היא כוללת גם את המוסדות שאינם מתוקצבים, וגם את המוסדות המתוקצבים באופן שוויוני לחרדים ושאינם חרדים. ההחלטה כופה את כולם לנהוג באופן מפלה בקבלת סטודנטים, ולפיכך איננה חוקית.

38. נדגיש: חוק זכויות הסטודנט הוא החוק הרלוונטי לעניין קביעת האסור והמותר בתחום הנגישות להשכלה גבוהה ושוויון ההזדמנויות. הוא ואין בלתו. כך, במפורש, קובע סעיף המטרה (סעיף 2) של חוק זכויות הסטודנט כי

"מטרתו של חוק זה לקבוע עקרונות לזכויות האזרח הישראלי ותושב ישראל לנגישות להשכלה גבוהה, ועקרונות לזכויות הסטודנט, מתוך הכרה במחויבות החברה בישראל לזכויות אלה ולשוויון הזדמנויות בהשכלה גבוהה".

בחוק זה קבועים אפוא העקרונות, ובו קבע המחוקק את המותר והאסור בתחום הנגישות להשכלה הגבוהה בישראל. לאור זאת, ובכל הכבוד, תמוה עד-מאד כיצד המשיבה 1 כותבת בתשובתה לעותרת 1 (לעיל נספח ז) כי "חוק זכויות הסטודנט אינו מופנה למל"ג ואינו עוסק בסמכויותיה" (עמוד 3).

פגם שני: ההחלטה אינה בסמכות המל"ג

א. סמכויות המועצה להשכלת גבוהה – סמכויות מוגדרות

39. אין חולק כי המועצה להשכלה גבוהה היא הגורם האחראי מטעם ממשלת ישראל על ההשכלה הגבוהה בישראל.

אולם כידוע, בהתאם לעקרון החוקיות, אחריות אין פירושה סמכות בלתי מוגבלת. המועצה להשכלה גבוהה פועלת **מכוח חוק**. סמכויותיה קבועות בחוק, סמכויותיה נובעות מהחוק, ובהתאם **לעקרון החוקיות** אין לה סמכות מעבר לזו שמקנה לה החוק. חוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958 קובע במפורש כי **"המועצה היא המוסד הממלכתי**

לענייני השכלה גבוהה במדינה, והיא תמלא את התפקידים המוטלים עליה לפי חוק זה" (סעיף 3).

40. ככל שמדובר בפעולה של קידום ההשכלה הגבוהה בישראל באופן כללי, לרבות הצבת יעדים ובניית תכניות ושאר פעולות הנוגעות לקידום ההשכלה הגבוהה בישראל, הרי שאלו כמובן בגדר תפקידה, מכוח היותה "המוסד הממלכתי לענייני השכלה גבוהה במדינה". אולם ככל שמדובר בפעולות שיש בהן משום פגיעה בזכויות והטלת איסורים, הרי שהיא רשאית לפעול בגדרי התפקידים שהחוק ייעד לה במפורש בלבד.

הבהיר זאת בית המשפט בפסק דינו בעניין איילון:

"חוק המועצה להשכלה גבוהה מקנה למועצה סמכות כללית, בנוסף לסמכויות מיוחדות המפורטות בחוק, וכך הוא אומר בסעיף 3: "המועצה היא המוסד הממלכתי לענייני השכלה גבוהה במדינה, והיא תמלא את התפקידים המוטלים עליה לפי חוק זה".

הנפקות של סעיף זה חורגת מגדר הצהרה בעלמא. היא מקנה למועצה, לא רק מעמד, אלא גם תפקיד. התפקיד הוא קידום ההשכלה הגבוהה בישראל. זהו תפקיד רחב. במסגרת תפקיד זה היא מוסמכת לעסוק בכל עניין שיש לו קשר להשכלה גבוהה במדינה. אמנם אין לה סמכות לקבוע איסורים, להטיל חובות או לפגוע בזכויות, אלא אם החוק העניק לה סמכות כזאת בלשון ברורה. אך יש לה סמכות לעשות פעולות אחרות בתחום ההשכלה הגבוהה, מכוח המעמד שהחוק מקנה לה, אף אם לא נקבעו בחוק בלשון מפורשת כתפקידים של המועצה. כך, לדוגמה, המועצה מוסמכת לקיים קשר עם גופים מקבילים או עם מוסדות להשכלה גבוהה בחוץ-לארץ, ליזום ולארגן כנסים, לערוך ולפרסם מחקרים, להכין תכניות לפיתוח ההשכלה הגבוהה בישראל, ועוד.

בין היתר, המועצה להשכלה גבוהה מוסמכת גם לערוך בירורים, לגבש עמדה ולחוות דעה לגבי המוסדות להשכלה גבוהה בחוץ-לארץ או לגבי שלוחות של מוסדות כאלה הפועלות בישראל, ככל שהדבר עשוי לסייע למועצה במילוי תפקידה כמוסד הממלכתי לענייני השכלה גבוהה בישראל. אכן, בדרך-כלל המועצה להשכלה גבוהה כשירה ומסוגלת לערוך בירורים כאלה יותר מכל מוסד אחר בישראל, ובירורים כאלה עשויים להיות חשובים לקידום ההשכלה הגבוהה בישראל" (בג"ץ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום לפי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נב(1) 166, 180 (1998); ההדגשה איננה במקור).

באותו עניין דובר בשאלת סמכותה של המועצה להשכלה גבוהה לבדוק את טיבם של מוסדות ומסלולי לימוד בחו"ל, כדי להחליט האם להכיר בהם אם לאו. בית המשפט הבהיר כי פעולת בירור זו, אף שאיננה מפורשת בחוק כחלק מתפקידי המועצה להשכלה גבוהה, היא פעולה המשרתת באופן ישיר את קידום ההשכלה הגבוהה בישראל, ולפיכך מצויה בסמכותה של המועצה.

בד-בבד מבהיר פסק-דין זה כי אין למל"ג סמכות "לקבוע איסורים, להטיל חובות או לפגוע בזכויות" אם לא קיבל הסכמה מפורשת לכך בחוק. הוזה אומר, כל פעולה שקשורה בקידום ההשכלה הגבוהה, בשמירה על הרמה האקדמית של ההשכלה הגבוהה, בעמידה על איכותה, הרי היא בסמכות המועצה להשכלה גבוהה; פעולות הקשורות בעניינים אחרים – תהינה בסמכות המועצה אך ורק אם הוסמכה לכך בחוק, ובוודאי כשמדובר על פגיעה בזכויות.

41. החוק מעניק למועצה להשכלה גבוהה סמכויות ברורות, ואלו הן:
- א. **להכיר במוסד** פלוני כמוסד להשכלה גבוהה (סעיף 9);
 - ב. **לבטל הכרה במוסד** (סעיף 18);
 - ג. **ליתן היתר** לקיומם של מוסדות, וכן לבטל היתר (סעיפים 21א, 21ב ו-21ה);
 - ד. **להכיר בתואר** אקדמי פלוני תואר מוכר, על יסוד כללים שתקבע לכך (סעיף 22);
 - ה. **להסמיך מוסד להעניק תארים** על יסוד כללים שתקבע, לפקח על הענקת תארים, ליתן היתרים לשלוחות של מוסדות מחו"ל להעניק תארים, וכן לקבוע כללים לקביעת בחינות ממלכתיות כתנאי להענקת תואר (סעיפים 23, 24 ו-25ד);
 - ו. **להציע הצעות** בדבר ביסוס ושכלול מוסדות ושיתוף פעולה ביניהם, הקמת מוסדות חדשים וקידום המחקר המדעי, וכן הצעות בדבר השתתפות המדינה בתקציביהם (סעיפים 16-17);
 - ז. לקבוע **כללים בדבר גובה התשלומים** הנלווים במוסדות (סעיף 17ב);
 - ח. **לאשר שיתופי פעולה** בין מוסדות מוכרים לשלוחות של מוסדות מחו"ל (סעיף 25ה).

42. סמכותה של המועצה להכיר במוסדות, לבטל הכרה במוסדות, וליתן היתר להפעלת מוסדות, **היא סמכות מוגבלת ומוגדרת**.
 באשר להכרה במוסדות, קבע המחוקק כי זו תיעשה
"על יסוד כללים שנקבעו על ידיה... בנוסף לדרישת רמה מדעית נאותה... ובלבד שכללים אלה לא יגבילו חופש הדעה והמצפון". (סעיף 9 לחוק).
 גם הסמכות לביטול הכרה צריכה לבא לידי מימוש על יסוד כללים שייקבעו, וגם הם יהיו כללים אשר **"לא יגבילו את חופש הדעה והמצפון"** (סעיף 18 לחוק).
 ובדומה לכך, גם הכללים והתנאים למתן היתר להפעיל מוסד להשכלה גבוהה **"לא יגבילו את חופש הדעה והמצפון"** (סעיף 21ב).

43. המחוקק הגדיר אפוא היטב את תחומי סמכויותיה של המועצה להשכלה גבוהה, ואת חובתה לפעול בתחומים מסוימים לפי כללים, וקבע באופן מפורש, ושנה ושילש, כי כללים אלו אסור שיגבילו את חופש הדעה והמצפון. קרי, בעניינים אלו אין לה סמכות. בכך שם המחוקק פדות בין כללים מקצועיים, העוסקים בהגשמת תפקידה של המועצה בקביעת האיכות האקדמית והמחקרית של ההשכלה הגבוהה בישראל, לבין התחומים שבהם המוסדות אינם כפופים לו, שבהם שמור למוסדות חופש דעה ומצפון.

44. כבר בשחר ימיו מנע בית משפט זה מרשויות להתלות מתן רישיון בעמידה בדרישות "ערכיות". כך בעניין **אקסל** נקבע כי אין הרשות המקומית מוסמכת להתלות מתן רישיון-עסק בהתחייבות שלא למכור בשר חזיר ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, ומפליא איך לא נס ליחס של הדברים:

"אם אמנם איסור מכירת בשר חזיר מבחינת 'האינטרס הציבורי' – הטומן בחובו... גם ערכים דתיים או ערכים לאומיים – הוא בעיה ארצית, והמחוקק במקום לפתרה בקנה מידה ארצי העדיף לפצלה ולפתרה בקנה מידה מקומי, הרי צריכה היתה להימצא בפקודת העיריות ובפקודת המועצות המקומיות הוראה מפורשת, שפתרון הבעיה הזאת בכל אחד משטחי העיריות, או המועצות

המקומיות, מסור לעיריות ולמועצות המקומיות. אחרת, פרט לאותם העניינים המוסדרים על-ידי חוקים, לא יהיה כל גבול לסמכויות השלטונות המקומיים. מבחינה משפטית העקרון הכללי הוא, שמה שלא נאסר על-ידי החוק בחזקת מותר הנהו. אם ללכת בעקבות טענות ב"כ המשיבים, הרי העיריה מוסמכת להוציא איסור על כל דבר, באם רק, עקב כל מיני גורמים, מתהווה במועצת העיריה רוב החושב את האיסור לעניין של "אינטרס ציבורי", ובתנאי שאינו קיים חוק האוסר לאסור את המותר" (בג"צ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח 1524, 1532 (1954)).

החלף "מועצות מקומיות" ב"מועצה להשכלה גבוהה"; החלף "ערך לאומי נגד מכירת חזיר" ב"ערך ליברלי" נגד הפרדה בהשכלה גבוהה", וכאילו נאמרו הדברים על העניין דנן. על אחת כמה וכמה כאשר בענייננו החוק לא רק שאינו אוסר – הוא מתיר במפורש לימודים במסלולים נפרדים לגברים ולנשים, כנ"ל.

45. בדומה לכך נפסק ביחס לסמכותה של הרבנות או המועצה הדתית, המוסמכת להעניק תעודות על כשרות המזון, כי אין היא רשאית לנצל את סמכותה זו להשלטת נורמות אחרות שנראות ראויות בעיניה אך אין להן דבר עם כשרות:

"ענייני הרואות, שהן משם החוק, הן מפירוש סעיפיו והן לפי העולה מההיסטוריה החקיקתית שלו – מטרתו ותכליתו של החוק הן למנוע הונאה ביחס לכשרות המזון מבחינת טיבו, דרך הכנתו והגשתו, והוא לא נועד לשרת מטרת של השלטת דיני ההלכה בעניינים אשר אינם חלק מדיני כשרות המזון. כאמור, עניין לנו בחוק חילוני, הדין ב"דיני כשרות" של מזון בלבד, והסמכות שניתנה בו למן הכשר לא באה להקנות לבעלי הסמכות אמצעי או מנוף להשלטת דיני ההלכה, אשר אינם שייכים לכשרות המזון. שימוש כזה בסמכות והכנסת שיקולים שאינם שיקולי כשרות המזון זרים הם לסמכות אשר הוקנתה על-פי החוק למתן תעודת הכשר... אין הכוונה ליתן למי שבידו הסמכות לתת תעודת הכשר סמכות לכפות דרך התנהגות באותו מקום... אם אין באותה התנהגות להעלות או להוריד בשאלת כשרות המזון עצמו. אם נעשה שימוש שלא כהלכה כזה בסמכות – מחובתו של בית-משפט זה להתערב ולומר דבר" (בג"ץ 465/89 אילנה רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, 681 (1990); ההדגשה הוספה). שימוש בסמכות להעניק הכרה אקדמית, להכיר במסלולים וליתן רישיון למוסד השכלה גבוהה, לשם השלטת נורמות התנהגותיות או חברתיות שאין בינן ובין איכות אקדמית דבר וחצי דבר, היא-היא ההתנהגות שבית המשפט פסל בעניין רסקין; על הרשויות לפעול בגדר סמכותן ולצורך הגשמת הסמכות שהוענקה להם בחוק.

ב. האיסור על התערבות רעיונית-אידיאולוגית בפעולת המוסדות

46. כהשלמה לכך, הוסיף המחוקק והדגיש במפורש כי גבולות סמכותה של המועצה מגיעים עד לתחומי של המוסד האקדמי ולאופן שבו הוא בוחר לנהל את ענייני האקדמיים והמנהליים. כך קובע סעיף 15 לחוק:

"מוסד מוכר הוא בן חורין לכלכל ענייני האקדמיים והמינהליים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו.

בסעיף זה, 'עניינים אקדמיים ומינהליים' – לרבות קביעת תכנית מחקר והוראה, מינוי רשויות המוסד, מינוי מורים והעלאתם בדרגה, קביעת שיטת הוראה ולימוד, וכל פעולה מדעית, חינוכית או משקית אחרת."

47. המחוקק הבהיר בכך כי המועצה להשכלה גבוהה מוסמכת לפעול – להנחות ולעצב ולהתערב באופן פעולת המוסדות – היכן שהחוק מסמיכה, ועליה להותיר בידי המוסדות את מרחב הפעולה היכן שהחוק אינו מסמיכה להתערב. המחוקק טרח והדגיש כי גם בתחום ה"חינוך" נתונה למוסדות אוטונומיה.

זהו הרעיון העומד בבסיסו של החוק: לאפשר למוסדות האקדמיים להתנהל לפי תפיסתם – המדעית, החינוכית, המינהלית או המשקית – באופן חופשי, בלא שיש למדינה התערבות בכל אלו. זהו הבסיס החוקי לחופש האקדמי הנתון למוסדות האקדמיים בישראל.

48. אין ספק, עם זאת, כי החופש האקדמי אינו חזות הכל. העותרים אינם טוענים חלילה כי חופש אקדמי יכול לשמש כסות לאפליה, או לפטור מנורמות מינהליות אחרות של שיטתו המשפטית ומן המינהל התקין, ולא זו משמעותו של סעיף 15 לחוק (ראו בג"ץ 7793/05 **אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים**, פ"ד סד(2011) 1 (3); ה"פ (חי) 217/05 **נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה**, תק-מח 3(2006) 6499; עע (ארצי) 1185/04 **אוניברסיטת בר-אילן – ד"ר צמח קיסר** (24.3.2005); ע"א 8077/08 **אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש** (30.12.2012) (פסקה 6 לחוות דעתו של השופט דנציגר); בג"ץ 3250/13 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' שר האוצר** (09.08.2015)).

אלא שנורמות אלו חלות על המוסדות ומחייבות אותם לא מחמת כפיפותן להוראות המועצה להשכלה גבוהה, והמועצה להשכלה גבוהה איננה ממונה על אכיפתן. **בוודאי שאין היא רשאית לייצר נורמות מגבילות חדשות שאינן מעוגנות בדין**, כפי שיובהר עוד להלן, ולייצר מערכת "איזונים" שמשמעותה הגבלת זכויות של סטודנטים ומוסדות, ללא שהוסמכה לכך בחוק.

49. בהתאם לחוק פרסמה המועצה להשכלה גבוהה כללים להכרה במוסד, לביטול הכרה, ולמתן היתר לפתוח מוסד. כללים אלו מתייחסים לטיבו ואיכותו של הסגל האקדמי וחבריו, להרכבה של יחידה לימודית, לציוד הדרוש לקיומו של מוסד, להשכלה הנדרשת מתלמידים כתנאי לקבלה, למשך הלימודים לתואר ראשון ולשיטת הבחינות, לסדרי מינהל הולמים ולמסגולותו של המוסד לקיים פעילות תקינה מבחינה אקדמית ומינהלית. בנוסף לאלו, קובע סעיף 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות) כי אפליה בקבלת תלמידים או חברי סגל אך בשל גזע, מין, דת, לאום או מעמד חברתי – אסורים.

50. לאור זאת, נדגיש גם כאן: אילו היתה המועצה גבוהה מייעדת את החלטה בדבר הגבלת "קהל היעד" למח"רים שהקימה בלבד, לא היתה בפי העותרים טענה על חוסר-סמכות (להבדיל מטענות אחרות). המועצה הגבוהה מוסמכת לקיים מסלולים נפרדים לאוכלוסיות מסויימות שהיא מבקשת לקדם, במסגרת תפקידה הכללי לקדם את ההשכלה הגבוהה בישראל לאור סעיף 3 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, וכפי שקובע במפורש סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט כנ"ל (או-אז, עתירה זו היתה עוסקת רק בפגיעה בשוויון וביתר הזכויות, הנגרמת מהגדרת קהל היעד השרירותית). אלא שההחלטה איננה מתייחסת למח"רים בלבד. היא מתיימרת לקבוע נורמה מחייבת לגבי קיומם או אי-קיומם של מסלולי השכלה

גבוהה נפרדים לגברים ולנשים לכלל המוסדות האקדמיים וביחס לכלל האוכלוסייה. זאת, כאמור, אין היא מוסמכת לעשות.

סיכום ביניים: ההחלטה אינה חוקית

51. מדברי החקיקה דלעיל – הן חוק המועצה להשכלה גבוהה והן חוק זכויות הסטודנט – עולה

תמונה ברורה:

- א. קיומם של מסלולי לימוד נפרדים לנשים ולגברים מטעמי דת אינו נחשב הפליה אסורה לפי החוק בישראל, שטרם להסדיר את הנושא, ואין בידי גורם מינהלי סמכות לקבל החלטות המגבילות מאן דהוא בניגוד להוראות החוק.
- ב. מעת שקיימים מסלולים כאלה, שהם חוקיים כאמור, הפליה בקבלה אליהם על רקע השתייכות ל"קהל יעד" מסויים מהווה הפליה ברורה ובלתי חוקית, בניגוד לחובת השוויון הכללית ובניגוד לאיסור המפורש על קבלה תלמידים ללימודים הקבוע בחוק זכויות הסטודנט.
- ג. יש סמכות למועצה ליצור מסלולים ייחודיים עבור אוכלוסיות מסוימות שהיא מבקשת לקדם, ובהתאם לכך לקבוע קהל יעד (ובתנאי שקביעתו תהיה עניינית ושוויונית). אלא שההחלטה דן חלה על כל מסלול של לימודים בהפרדה – מתוקצב ושאיננו, במח"ר היעודיים ובמוסדות האחרים.
- ד. אין למועצה להשכלה גבוהה סמכות להכיר, לשלול הכרה, או להתנות היתר, בתנאים שיש בהם משום הגבלה של חופש הדעה והמצפון. חופש הדעה והמצפון כולל גם עמדות שונות לגבי הלגיטימיות של אורחות חיים מגוונים, ובכלל זה עמדות שונות לגבי מונחים של 'צניעות', לגבי הפרדה בין המינים בתכנית הלימודים, וכן עמדות שונות לגבי משמעותו של 'פלורליזם' ומהו ה'אתוס האקדמי'. אם ציבור מסויים מבקש לרכוש השכלה תוך הפרדה בין המינים, ומוסד מסויים רוצה ליצור מסלול כזה עבורו, ועומד בדרישות האקדמיות, הרי שאין למועצה להשכלה גבוהה סמכות להתערב בכך.
- ה. אין למועצה להשכלה גבוהה היתר להתערב בדרך שבה מוסדות השכלה גבוהה מעצבים את דרכם הניהולית, האקדמית, המדעית והחינוכית. יש להבחין בין התחומים המקצועיים שעליהם אמונה המועצה להשכלה גבוהה, הנוגעים לאיכות האקדמית של ההשכלה הגבוהה בישראל, לבין התחומים האחרים, שאינם בסמכותה.

פגם שלישי: ההחלטה משקפת כפייה רעיונית

- א. מבוא תיאורטי-חוקתי קצר: קידום מדיניות, ליברליזם וכפייה רעיונית-תרבותית
- 52. ממשלה רשאית לקדם מדיניות. לשם כך, בין היתר, נבחרה. אין לצפות ממדינה להיות ניטראלית, בוודאי שלא ממדינת לאום, ומדינת ישראל מעולם לא היתה כזו.
- (ראו, בהרחבה, גדעון ספיר ודניאל סטטמן **דת ומדינה בישראל – דיון פילוסופי משפטי** (2014), 9-52; וראו גם אהרן גרבר, **חופש הביטוי וניטראליות – בחינת המצב המשפטי בישראל ובארה"ב**, ICON-S-IL Blog, 04.07.2017; גרשון גונטובניק "סובלנות במדינה

יהודית ודמוקרטית בראי פסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה", **משפט ועסקים יח** 83 111-112 (2014); רות גביון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית", **משפט ועסקים יד** 293, 316 (2012); גרשון גונטובניק, "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" **עיוני משפט** כז 1 23 (2003).

לפיכך אין העותרים חולקים על סמכותה של הממשלה ושליחיה לפעול להגשמת מדיניות של קידום השכלה בקרב אוכלוסיות מסוימות. כך, אין מחלוקת כי הממשלה רשאית לקבוע יעד של הגדלת השתתפותה של האוכלוסיה החרדית במעגל רוכשי ההשכלה הגבוהה. אין גם מחלוקת כי המועצה להשכלה גבוהה רשאית לגבש תכנית לשם הגשמת יעד זה (בהנחה שאכן התכנית מגשימה אותו), ולהקצות לו תקציבים נדרשים מאוצר המדינה.

53. מנגד, המדינה איננה רשאית לכפות השקפות, תפיסות עולם או אורחות חיים על אזרחיה. הבסיס הרעיוני של מדינה ליברלית הוא הזכות של כל אדם לחשוב כפי שיחשוב, להאמין במה שיאמין, ולנהל את אורחות חייו כפי שיחפוץ, כל עוד אין הוא פוגע בזולת או בחוק. זו נקודת המוצא של התיאוריה הליברלית, כפי שכותב פרופ' ליאב אורגד בספרו:

"The first face of liberalism, as a *modus vivendi* allowing plural ways of life, contains the freedom to choose not to hold liberal views, or even live a liberal way of life, as long as a person's way of life is lawful, democratic, and does not challenge the peaceful coexistence of the society".³

ויפים לכך גם דבריו של ג'ון רולס:

"...תמיכה משותפת ומתמשכת בדוקטרינה מקפת אחת ויחידה ניתן לשמר רק על-ידי שימוש דכאני בכוחה של המדינה, על כל פשעי הממשל הנלווים אליו, הברוטליות וההתאכזריות הבלתי-נמנעות, הגוררים בעקבותיהם את השחתת הדת, הפילוסופיה והמדע. אם אנו אומרים שחברה פוליטית היא קהילה כאשר היא מאוחדת באישור דוקטרינה מקפת אחת ויחידה... הרי שהשימוש הדכאני בכוחה של המדינה על העוולות הנלווים אליו, הוא הכרחי לשימור קהילה פוליטית. בואו נכנה זאת עובדת הדיכוי. בחברת ימי הביניים, חברה שהיתה פחות-או-יותר מאוחדת באישור האמונה הקתולית, האינקוויזיציה לא נולדה במקרה; הדבר הכפירה על ידיה היתה נחוצה לשימור האמונה הדתית המשותפת. הוא הדין, אנחנו מניחים, לגבי כל דוקטרינה פילוסופית ומוסרית מקפת, אפילו דוקטרינה חילונית. חברה המאוחדת סביב נוסח מסוים של התועלתנות, או סביב השקפותיהם המוסריות של קאנט או של מיל, היתה אף היא דורשת סנקציות דכאניות מצד המדינה כדי להישאר מאוחדת".⁴

החוק, כמובן, משקף את יוצאי הדופן לקביעה זו, כלומר מצבים שבהם המדינה אכן עושה

³ Orgad, Liav. *The cultural defense of nations: A liberal theory of majority rights*. Oxford University Press, 2015, 146

⁴ ג'ון רולס, **צדק כהוגנות** (2001) נוסח עברי (2010), עמודים 115-116.

שימוש בכוחה הכופה לשם הנחלת דרכי חיים ראויים. חקיקה האוסרת פעולה מסוימת משקפת לעיתים תפיסת עולם לגבי מהו ה"טוב", ולעיתים גם בעניינים השנויים במחלוקת. כך, למשל, חוק האוסר על ריבוי נישואין משקף תפיסת טוב באשר למבנה התא המשפחתי ומעמד הנשים בו. חוקים האוסרים אפליה משקפים אף הם תפיסת טוב באשר לשוויון. גם בחוקים שאינם פליליים פועלת המדינה לעיתים לכפייה של תפיסות טוב. כפיית השקפה ערכית הנתפסת כ"טוב" היא אפוא חלק מפעולתה של מדינה.

אולם מדינה ליברלית הפועלת לפי שלטון חוק תתאפיין בשניים: ראשית, היא **תצמצם למינימום** קביעת חוקים **הכופים** תפיסות מוסריות, שכן כאמור מדינה ליברלית מעניקה משקל מרכזי לכיבוד האוטונומיה של יחידה:

"מדינה ליברלית מעניקה משקל מרכזי לכיבוד האוטונומיה של יחידה. היא משחבה את הקיום העצמאי של כל אחד מהם, ומאפשרת להם לכתוב בעצמם את סיפור חייהם אפילו זה סיפור גרוע, ואפילו הוא מפריע לרוב במימוש תפיסות הטוב שלו או בקידום האינטרס שלו. לכן היא מוכרחה להגביל את עצמה בבואה לקדם את תפיסת הטוב שלה" (סטטמן וספיר **דת ומדינה בישראל** הנ"ל, 180-183). שנית, היא תאפשר כפייה כזו **רק מכוח חוק**, ולא לפי החלטה של גורם שלטוני המבקש לקדם את תפיסת עולמו. כך מכוח כלל ההסדרים הראשוניים, שפיתח בית משפט זה; כך מכוח פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

54. **שני מאפיינים אלו באים היטב לידי ביטוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. חוק-יסוד זה קובע כי אין לפגוע בכבודו של אדם ואין להגביל את חירותו אלא לפי חוק, ולשם תכלית ראויה, ובמידה ההכרחית בלבד. חירותו של אדם לחיות את חייו לפי תפיסתו המוסרית היא בוודאי חלק מכבודו ומחירותו:

"זכויות הפרט, המנויות בחוקי היסוד שלנו, הן מביטויי המשפטיים הבולטים של העקרון השורשי, הרואה באדם ישות אוטונומית בעלת כושר בחירה ורצון עצמאי..."

העיגון החוקתי הקנה להיבטים מרכזיים של עקרון האוטונומיה מעמד נורמטיבי על-חוקי, הגודר את פעולתו של המחוקק ומצווהו להתחשב בעקרון זה בעיצובם של דברי החקיקה היוצאים תחת ידיו...
עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש ... בבסיס הדברים מונחת התפישה כי הגשמתו, הלכה למעשה, של עקרון זה, תקנה לחייו של אדם ערך מוסף ותהפכם לטובים יותר וראויים יותר"

(בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006) עמוד 137 ואילך; וראו בהפניות הרבות לפסיקה נוספת בעניין זה שם).

אם כך לגבי מגבלות על חקיקה, בוודאי שכך לגבי החלטה מינהלית דוגמת ההחלטה דנן. לפיכך, גם אם גורם מדינתי מסויים סבור כי ישנם **"ערכים"** אשר **"נוגדים"** אורח חיים מסויים, לא על-נקלה יהיה רשאי לפעול למניעת אורח החיים הזה, להגבלה שלו או לתיקונו.

זו תמציתה של ההבחנה: המדינה רשאית לבחור 'טוב' מסויים שאותו היא מבקשת לקדם

באמצעות עידוד ותמיכה⁵; היא אינה רשאית – למעט בחוק כנ"ל – לפעול בכפייה לשלילה או לשינוי של אורח חיים חוקי מחמת היותו 'טוב' פחות בעיני השלטון:

"as long as a liberal state prioritizes ways of life of the dominant majority, it should tolerate other ways of life, which although not necessarily according to the majority's taste, are not unlawful or contrary to basic democratic principles...."⁶

"המדינה" לעניין זה כוללת את נבחרת הציבור, ובוודאי שהיא כוללת פקידים, כגון חברי המועצה להשכלה גבוהה או אנשי משרד המשפטים.

ב. ההחלטה – כפייה של השקפת עולם

55. החלטת המועצה להשכלה גבוהה היא כי אדם אינו רשאי לבחור ללמוד במסלול נפרד לגברים ולנשים אלא אם נכלל בתוך 'קהל היעד', ואף זאת ללימודי תואר ראשון בלבד. החלטה זו מושתתת על תפיסה אידיאולוגית כי לימודים במסלול נפרד לנשים ולגברים אינו ראוי, בשל אותם "ערכים נוגדים", ובשל אותו "אתוס" שהמשיבים סבורים שמאפיין את האקדמיה. אין ל"ערכים" אלו ול"אתוס" זה דבר וחצי דבר עם איכות אקדמית או עם רמה מקצועית. ההחלטה גם אינה מגלה מי אחראי על זיהוי אותו ה"אתוס", מכוח איזו סמכות, ומה המקור החוקי ליתן משקל ב"אתוס" בקבלת החלטות המשפיעות על חייהם של אנשים ופוגעות בזכויותיהם.

ההחלטה מעידה כי המועצה להשכלה גבוהה קיימה הליך של "איזון" בין הרצון לאפשר השכלה לאוכלוסייה החרדית, לבין אותם "ערכים" שהמועצה החליטה כי היא מאמצת לעצמה, והעבירה את קו הגבול היכן שהעבירה.

הליך 'איזון' זה וההחלטה שבעקבותיו מבטאים אפוא כפייה רעיונית-אידיאולוגית של תפיסת 'טוב': ה'טוב' בעיני המשיבים הוא לימודים של גברים ונשים יחדיו בלא סייג, ראוי לדעת המשיבים לכפותו על הכלל, והם החליטו לכפותו על כל מי שאינו בתוך 'קהל היעד' בלימודי תואר ראשון, ועל כלל הציבור לגבי תארים מתקדמים. זו דוגמה מצערת למצב שבו ערך ה'טוב' שמציג הרוב דורס תפיסות עולם של מיעוט המחזיק בעולם ערכים שונה, מצב שהוגים ליברלים הזהירו מפניו:

"...when pursued by a powerful majority, liberal ideas and, more broadly, liberalism could themselves become a threat to freedom"⁷

"... when liberalism became a demand for complete conformity to the ideas and relations typical of broader societies and affiliations,

⁵ כפי שהיא קובעת את שיעור התמיכה בבתי ספר חרדיים על פי היקף לימודי הליבה, ראו משה כהן-איליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי הספר החרדיים", **משפט וממשל יא** (תשס"ח).

⁶ Orgad, לעיל, 149.

⁷ Hamburger, Philip. "Illiberal Liberalism: Liberal Theology, Anti-Catholicism, & (and) Church Property." *J. Contemp. Legal Issues* 12 (2001): 693, 694

and when it thereby threatened to eliminate the other, more traditional types, it became itself a threat to the freedom that can only be enjoyed amid a balance of different kinds of relationships and inspirations. In such ways, liberalism could become illiberal".⁸

ביטויה המעשי של הכפייה הזו הוא בשלילה המוחלטת של האפשרות ללמוד במסלולים נפרדים ממי שאינו בקהל היעד או ממי שחפץ בתואר שני, וממילא גם שלילת האפשרות לעסוק במקצועות מסויימים.

56. העותרים 2-4, שאינם נכללים בתוך 'קהל היעד', נאלצים שלא ללמוד במקום שלבם חפץ ובמסלול ההולם את אורחות חייהם, משום שהמשיבים החליטו שמסלול כזה אינו הולם את עולם הערכים הראוי שיש לכפותו על הציבור.

לאור המשמעות הכבירה שיש לרכישת השכלה גבוהה (משמעות שאף העותרים עומדים עליה בהחלטתם כנ"ל), להתפתחות אישית, להשתלבות בעולם התעסוקה ולפרנסה, ההחלטה מציבה בפניהם ברירה: לדבוק באורחות חייהם ומצוות דתם ולוותר על ההשכלה שבה הם חפצים, או לרכוש את ההשכלה תוך ויתור על אורחות חייהם ואמונתם.

בכך מבטאת ההחלטה **סמכותנות תרבותית**, שממנה נגזרת למעשה **כפיית השקפת עולם**. המשיבים, האוחזים בידיהם סמכויות מכוח חוק (הכרה או אי-הכרה במסלולים), מבקשים לעשות בהן שימוש החורג ממה שהחוק מתיר ומן התחום שמדינה ליברלית מתוקנת פועלת בתוכו.

העותרים מבקשים מבית המשפט לסייע להם לעמוד אל מול ניסיון זה שלא להכיר בלגיטימיות של אורח חייהם, אמונתם ובחירותיהם. העותרים מבקשים מבית המשפט למנוע כפייה של אורחות חיים עליהם ועל כלל הציבור. העותרים מבקשים מבית המשפט לסייע להם, ולעוד אלפים כמותם, להשתחרר מן האיסור שהמשיבים הטילו עליהם לרכוש השכלה בדרך ההולמת את אורחות חייהם.

57. כאן המקום לציין כי **סמכותנות תרבותית** זו מנותקת לחלוטין מן ההווה הישראלית, מהנורמות השוררות בקרב חלקים נרחבים באוכלוסיות שונות בישראל, ומן הדרך שבה מתנהלת רכישת ההשכלה במוסדות רבים.

הדברים ידועים לכל ואינם צריכים ראייה: מוסדות חינוך רבים המצויים תחת אחריות משרד החינוך, כלומר תחת אחריותו של המשיב 1, מתנהלים בהפרדה מגדרית גמורה. כך בתי ספר יסודיים ותיכוניים במגזר החרדי, ובתי ספר ותיכוניים רבים גם במגזר הדתי-לאומי. כך גם בתי ספר במגזר הערבי. גם בתחום ההשכלה גבוהה, פועלים מוסדות רבים בהפרדה מגדרית מזה שנים רבות. המכון הגבוה לטכנולוגיה בירושלים ('מכון לב') ומכון טל' פועלים עשרות שנים בהפרדה מגדרית; מכללות אקדמיות להכשרת מורים במגזר הדתי פועלות עשרות שנים בהפרדה מגדרית ('מכון הרצוג', 'מכללת אורות', 'מכללת ירושלים'). בנוסף לכך, המדינה תומכת בסכומים נכבדים במוסדות נפרדים של השכלה

⁸ Hamburger, 725

הניתנת לבני אחד המינים בלבד – בישיבות חרדיות.

אם נכונה עמדת המשיבים, וכל חינוך נפרד משמעותו פגיעה ב"שוויון" וב"ערכים נוגדים", מדוע ייגרע חלקם של תלמידי הישיבות, שבהן לומדים גברים בלבד, וכיצד תימשך התמיכה הכספית בהם? אם נכונה עמדתם – כיצד מאפשר המשיב 1 לחנך עשרות אלפים מילדי ישראל בבית הספר היסודי והתיכון, במסגרות הכוללות הפרדה בין המינים? אם ביחס לאנשים מבוגרים יש מקום לנהוג בסמכותנות, לכפות עליהם תרבות ואורח חיים, קל וחומר שיש לדאוג לנפשם הרכה של הצעירים, חסרי ההגנה, שהוריהם שולחים אותם למסגרות נפרדות, ועוד תחת חוק לימוד חובה?!

אין זאת אלא כי ההחלטה להגביל רכישת השכלה בהפרדה בין המינים – דווקא במה שנתון תחת סמכות המשיבה 1 – אינה משקפת את תפיסת הדין הישראלי ביחס לשוויון בין המינים וביחס לדרך שבה יכולים להתנהל מוסדות לימוד בישראל. היא משקפת את העובדה כי בתחום ההשכלה הגבוהה ישנה השפעה רבה לקבוצות לחץ חזקות המבקשות לעצב תפיסות רעיוניות לגבי מהו ה'טוב' ומהו אורח חיים ראוי. כמסתבר, מחמת הלחץ הרעיוני הזה שהופעל על המשיבים, קיבלו את ההחלטה 'לאזן' בין הצורך לקדם השכלה במגזר החרדי – צורך שאין חולק עליו – לבין 'ערכים נוגדים', 'אתוס', ועוד כהנה וכהנה תפיסות אידיאולוגיות שאינן אלא ביטוי של עמדה סמכותנית לגבי מהו אורח חיים נכון.

58. ההחלטה מבטאת את חששם של המשיבים כי תלמידי מסלולים בהפרדה מגדרית לא יזכו לעושר אינטלקטואלי הכרוך בלימודים של גברים ונשים בצוותא, שכן **"האקדמיה מעניקה לסטודנטים כלי לימוד, יכולת חשיבה ביקורתית, ערכי פלורליזם ושוויון, ללא קשר לתחום שבו יעסקו בעתיד"** (פיסקה 108). בתשובת המשיבים למכתבה של העותרת 1 (נספח ז', פיז'ב 17) מופיעה עמדה דומה.

בכל הכבוד, העותרים מבקשים לערער על קביעה זו. רובם של מבקשי ההשכלה הגבוהה, בייחוד בקרב בני הציבור הדתי והחרדי המבקשים השכלה גבוהה, אינם עסוקים בכבשונו של עולם, אינם באים לבקש שיפוץ וליטוש של השקפתם, ואינם חפצים כי ינחילו להם ערכים. הם מבקשים דעת, הם מבקשים מדע, הם מבקשים מקצוע. רבים מאד מהם מבקשים לעסוק במקצועות פרקטיים. רבים מבקשים מקצועות טיפוליים. הם זקוקים לתואר האקדמי כדי לעבוד ולהתפרנס, כפי שקהילתם זקוקה למקצועם כדי ליתן מענה טיפולי או מקצועי למצוקותיה. מרפא בעיסוק, קלינאית תקשורת, עובד סוציאלי, רואה חשבון ושכמותם אינם זקוקים לכך שהמשיבים ינחילו להם "ערכי פלורליזם ושוויון". הם זקוקים לידע ומיומנות מקצועית, והחברה בישראל אף היא משוועת לכך.

הדברים נכונים ביתר שאת באשר למסלולי תואר שני במקצועות טיפוליים, שההחלטה עצמה מכירה בכך שמניעתם משוחרי ההשכלה בהפרדה מגדרית תגרום לפגיעה ישירה במצאי המטפלים בקהילה הדתית-חרדית. ההחלטה מכירה בכך, ובכל זאת מונעת מסלולי תואר שני בהפרדה באופן גורף.

ג. מי כופה על מי?

59. החלטת המשיבים משקפת לא רק שמירה על אותו "אתוס" ו"ערכים", אלא גם דאגה עמוקה לסטודנטים הלומדים במסלולים רגילים, שלא ייפגעו מן ה"קירבה" למסלולים נפרדים (סעיף 48.5).

על נוסחת האיזון בין התחשבות בצרכי קבוצות-מיעוט, לבין שמירה על ערכיו של הרוב וזכותו לשמור על אורחות חייו וערכיו שלו, עמד בית המשפט לא מכבר בעניין רגן:

"המבקשים לנהוג בעצמם במרחב הציבורי באופן שונה מתפיסת השוויון המקובלת במשפט הישראלי... להראות (בין היתר) כי הדרך בה היא מבקשת לנהוג אינה כופה את עצמה על מי שאינו מעוניין לנהוג כך באופן הפוגע בזכויותיו... ככל שקבוצת אנשים כאמור עומדת בדרישה זו, עומדת באמת ובלא הנחות, לא רק שאין מניעה מבחינה משפטית לאפשר לה לנהוג כך, יתכן אף שיש לנסות לסייע בידה – שכן התחשבות באמונותיו ובצרכיו הדתיים של כל אדם היא מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי" (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 544 (2011); ההדגשות הוספו).

לשון המאזנים בוחנת האם התנהגות הקבוצה כופה על מי שאינו חפץ להימנות עימה להתנהל באופן הפוגע בזכויותיו. בהתאם לנוסחה זו קבע בית המשפט כי אין פסול מהותי בהסדר לפיו בתחבורה הציבורית המשרתת בעיקר את האוכלוסייה החרדית תתאפשר – למי שתחפץ בכך – העלייה לאוטובוס דרך הדלת האחורית (שם, עמוד 568).

60. בסוגיית קיומם של מסלולים נפרדים לגברים ולנשים בהשכלה הגבוהה הדברים קל וחומר. מסגרת הלימודים האקדמית הנפרדת שהעותרים מבקשים לקיים אינה דומה לאוטובוס יחיד הנותן שירותים הסעה מעיר לעיר. אין היא מאלצת איש להיכנס בדלת האחורית. מסלולי ההשכלה הנפרדים הם לא יותר מאפשרות העומדת לבחירתו של סטודנט. הם נפתחו, הוקמו והתרחבו לאור קיומו של ביקוש רב. החפץ ישתתף בהם, ומי שאיננו חפץ ילמד במסלולים הרגילים: שפע כביר של הצעות – מוסדות שונים ומסלולים שונים – עומד לרשותו. אין כפייה על איש, וכמובן אסור שתהיה.

61. רצונם של יחידים כמו העותרים ללמוד בנפרד, או רצונו של ציבור ללמוד בהפרדה, אינו פוגע אפוא בזולת. הוא אינו פוגע בשוויון של מאן-דהוא (כפי שיפורט להלן), ואינו פוגע בחופש הבחירה שלו.

מאידך, דווקא החלטת המשיבים שלא לאפשר למי שחפץ בכך ללמוד במסגרת נפרדת מבטאת כפייה. היא שימוש בכוח חוקי (סמכות ליתן הכרה אקדמית) למטרה שהחוק לא כיוון אליה – לכפות את תפיסת עולמם של המשיבים או של קבוצות מסויימות באוכלוסייה על כלל המבקשים לרכוש השכלה גבוהה בדרך ההולמת את אורח חייהם, (וכל זאת תוך פגיעה בזכות לשוויון ובזכויות נוספות של קבוצה זו ושל העותרים 2-4 בפרט).

ד. פלורליזם

62. כפי שהמשיבים הבהירו במכתבם לעותרת 1 (נספח ז לעיל), בבסיס עמדתם עומד אינטרס הנתפס בעיניהם כאינטרס ציבורי, והוא קידום "למידה אקדמית מורכבת מערכי יסוד

אוניברסאליים כגון פתיחות לעמדות ורעיוניות חדשים, גיוון השיח האקדמי ופלורליזם (פיסקה 17 למכתבם). דא עקא, עמדה המבקשת לשלול אורח חיים של אוכלוסיות שלמות בישראל, הבחורות לחיות את חייהן בהתאם לאמונתן, בלא שיש בכך כפייה על הזולת או פגיעה במאן-דהוא, עומדת בסתירה צורמת לערכי הפלורליזם המוזכרים :

"הסובלנות הליברלית דורשת מהפרט השלמה עם דעות ומנהגים תרבותיים שהוא אינו מסכים איתם. החברה הליברלית הרב תרבותית מבוססת יותר מכל על ערך הסובלנות, ומכירה בכלל התרבויות כראויות להגנה" (עניין רגן, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).

קל וחומר שסובלנות כזו נדרשת מהמשיבים, שאינם 'פרט' אלא מייצגים את הכלל.

63. ראוי להזכיר דברים שאמר בית משפט זה אך לאחרונה, בעניין פתיחת המרכולים בשבת :

"התפישה שראוי לאחוז בה, כפי שהיטיבה חברתי הנשיאה לציין, היא תפישה של "חֵיה וְתֵן לְחֵיות". בחברה המורכבת מפסיפס אנושי מורכב, תפישה זו היא הכרחית וחיונית. היא אבן היסוד לחיים משותפים ומוצלחים. במובן זה, כאמור, קשה להעדיף קביעה ערכית במישור "הלאומי", שמטבעה היא יותר כוללנית ופחות פלורליסטית, על-פני קביעה מצומצמת יותר, המכוונת לצביון מקומי בלבד" (בג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, ניתן ביום 26.10.17, השופט י' דנציגר בעמוד 28).

64. ההחלטה מבטאת פגיעה קשה בפלורליזם בהיבט נוסף – **הפגיעה בפלורליזם של האקדמיה בישראל ובגיוון השיח שבה**. היא שוללת א-פריורית שילובן של עמדות וקולות בשיח האקדמי. בעקבות ההחלטה סטודנטים רבים לא יוכלו ללמוד לתארים מתקדמים. אחדים מהם יגשימו אולי את כוונתם של המשיבים וישתלבו במסלולי השכלה בלתי-נפרדים, אך רבים מאד יימנעו מכך.

אלו שיימנעו, אולי אלפים רבים, לא ישתלבו בהשכלה הגבוהה. **הם לא יכתבו עבודות מחקר; הם לא יפרסמו מאמרים אקדמיים.** זוויות המבט של אוכלוסיות אלו בתחומי-דעת רבים יכולות להיות מפרות, מאתגרות ומעוררות שיח. גריעתן משוק הדעות האינטלקטואלי בישראל היא תוצאה בלתי נמנעת של החלטת המשיבים, וזו פגיעה קשה בפלורליזם. פגיעה זו קשה עשרת מונים מכך שדיון בכתת לימוד פלונית בשיעור אלמוני יתקיים בנוכחות בני אחד המינים בלבד.

ה. פטרנליזם

65. בית משפט זה נדרש בעבר לטענה פטרנליסטית מעין זו שמבטאת ההחלטה, המבקשת לכפות אורחות חיים "טובים" על קבוצת-מיעוט שאורחות חייה אחרים. בבג"ץ 752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (2014) נדחתה טענת העותרים כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, המקנה פטור מ"לימודי הליבה" למוסדות חינוך חרדיים, אינו חוקתי. העותרים טענו כי החוק אינו חוקתי שכן הפטור מלימודי הליבה פוגע ביכולת

ההשתלבות של תלמידים חרדיים בחברה ובשוק העבודה, ועל כן פוגע בזכויותיהם החוקתיות לכבוד האדם ולחופש העיסוק. בית המשפט הכיר בזכותה של קבוצה לשמר את ייחודה התרבותי ולחנך לפי השקפת עולמה, תוך שציין כי

"...ההשקפה הדתית של החברה החרדית טומנת בחובה עמדה ברורה ומגובשת ביחס לתכנית החינוכית הראויה לבני העדה. במובן זה, ביסוד העתירה – שמלווה בכוונה להשפיע לחיוב על החברה החרדית – ישנו מימד פטרנליסטי המבקש לקבוע מה טוב לאחר ולילדיו. השיח איננו רק על השתתפות בחובות החברה, אלא במחלוקת באשר להגדרתה" (עניין רובינשטיין, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט הנדל).

66. בית המשפט מוסיף ומציין שם כי "ישנם כיוונים חדשים בחינוך החרדי", קרי, תהליכי התאמה לחברה המודרנית מתרחשים מאליהם. בין היתר מצביע בית המשפט על כך ש"נפתחו מסלולי השכלה גבוהה לחרדים באוניברסיטאות ובמכללות, בתחומים כגון משפטים, מנהל עסקים ולאחרונה גם הנדסה וטכנולוגיה. מסגרות אלו גורמות לעלייה מתמדת בתעסוקת גברים חרדים. המציאות משתנה מעצמה" (שם, פסקה 20). על פי רוב, הוסיף בית המשפט, עתירות מבקשות "לשחרר" את בני המיעוט מכפייתו של הרוב, בניגוד לבקשה מצד הרוב לכפות את עצמו על המיעוט בתואנה משפטית. כך ציין הנשיא גרוניס כי

"בכך טמון אחד המאפיינים יוצאי הדופן של העתירה דנא. העתירה אינה עתירה נגד חוקיותה או חוקתיותה של הוראה בדין שלה אופי פטרנליסטי, שהוגשה על-ידי מי שכלפיו כוונה אותה הוראה. כזאת היה אילו דובר בענייננו בהוראה של המחוקק לחייב תלמידים חרדיים בלימודי הליבה, ואילו העתירה הייתה מוגשת על-ידי חברים בציבור החרדי נגד החוק בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם. העתירה שלפנינו היא מן הכיוון האחר, שניתן לכנותו הכיוון "ההפוך". זוהי עתירה שבה דרישה מן המחוקק לנהוג בפטרנליזם. כאמור, בעוד שבדרך כלל העתירות שבהן נדונו טענות בקשר לפטרנליזם הוגשו על-ידי מי שההוראה הפטרנליסטית כוונה כלפיו, הרי בענייננו הוגשה העתירה על-ידי צד שלישי. במילים אחרות, מדובר כאן במקרה שבו בחר המחוקק שלא להגביל את האוטונומיה של הפרט, והעותרים באים בפנינו בדרישה כי נחייב את המחוקק לעשות כן כלפי אחרים. אודה, כי התקשיתי למצוא בהיסטוריה המשפטית שלנו מקרה שבו נדונה בבית משפט זה דרישה הדומה לזו של העותרים לפנינו – היינו, דרישה של צד שלישי לחייב את המדינה לנהוג בפטרנליזם כלפי אחר" (פסקה 8 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס).

67. עמדתם של המשיבים, כפי שמתבטאת בהחלטה עצמה ובמכתבם אל העותרת 4, מלמדת כי המשיבים סבורים שמבחינה משפטית יש מקום לפטרנליזם מן הסוג הזה, של כפיית אורחות חיים על המיעוט. העותרים 2-4 הם מיעוט לצורך זה. הם מבקשים לחיות את חייהם כדרכם, ולרכוש השכלה גבוהה בדרך התואמת את אמונתם. מניעתם מלעשות זאת היא פטרנליזם מן הסוג שבית המשפט דחה בעבר, ומתבקש לדחות גם בפעם הזו.

פגם רביעי: ההחלטה פוגעת בזכויות בניגוד לדין באופן לא מידתי

1 – הפגיעה בשוויון

א. נפרד ושווה, נפרד ואינו שווה: רקע מושגי ותיאורטי תמציתי

68. קודם שנדון בפגיעה הקשה בשוויון שיוצרת החלטת המשיבים, נדון בעמדה – שעליה בין היתר מושתתת ההחלטה – כי קיומם של מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים פוגע בשוויון בין המינים ומפלה לרעה נשים. המשיבים ציינו בתשובתם לעותרת 4, בדומה לדברים העולים מההחלטה עצמה, כי לשיטתם הפרדה מגדרית יוצרת "חשש מפגיעה אפשרית בזכות לשוויון שזכתה להכרה בפסיקה כבעלת מעמד חוקתי".

עמדה זו מקורה לכאורה בתפיסה כי לא ייתכן "נפרד אבל שווה", וכל הפרדה משמעותה פגיעה בשוויון כלפי קבוצות המיעוט, מעצם ההפרדה. עמדה זו פותחה בפסק הדין הנודע של בית המשפט העליון האמריקני משנת 1954 Brown v. Board of Education (להלן: "עניין בראון") שעסק בהפליה בין תלמידים שחורים ותלמידים לבנים במערכת החינוך במדינות שונות בארה"ב. מאז פסק הדין קנתה תפיסה זו שביתה במדינות דמוקרטיות רבות.

69. יישום התפיסה הזו על כל הפרדה בין נשים וגברים, או על מתן אפשרות לקיום מסלולים נפרדים לנשים ולגברים – בכל הכבוד – הוא שגיאה קשה. העיר על כך בית משפט זה בעבר בעניין רגן הנ"ל כשציין כי

"גישה קיצונית הגורסת כי כל הפרדה מגדרית מכל סוג שהוא, הינה פסולה, היא גישה פשטנית" (עניין רגן הנ"ל, עמוד 34).

ואכן, עיון מעט יותר מעמיק בפרשת בראון האמריקנית מלמד כי החלטת המשיבים עומדת בסתירה לרציונאלים שעמדו בבסיס פסק דין זה, ומשיגה דווקא את התוצאה ההפוכה. גם עיון בפסיקה של בית משפט זה והספרות הרלוונטית בישראל מעלה כי המשיבים שוגים בטענתם כי מסלולים נפרדים פוגעים בשוויון כפי שהדין הישראלי תופס אותו.

70. נפתח ברקע החוקתי-תיאורטי. בבסיס התפיסה לפיה "נפרד אינו שווה" עומדת ההנחה כי הפרדה שכזו יוצרת אפקט של הערכה עצמית נמוכה של קבוצת המיעוט:

"Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone". (עניין בראון, עמוד 494).

בפסיקה הישראלית תורגם שיקול זה של פגיעה בהערכה העצמית למונח של השפלה:

" סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן" (בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)).

71. לעוצמת אפקט ההשפלה הנוצר מתוך ההפרדה ישנה אפוא חשיבות רבה. השפלה כזאת נובעת בדרך כלל מקום שבו הרוב כופה על המיעוט לצמצם עצמו לתחום נפרד. לא כך הדבר כאשר דווקא **המיעוט הוא שמבקש לשמר את אורח חייו ולקיים מסגרת נפרדת המכבדת את מנהגיו ואמונותיו**. הדברים ברורים מאליהם, ומופיעים גם בספרות: **"לתביעה להפרדה יש צליל שונה לגמרי כאשר משמיעים אותה בני קבוצה (כמו קהילות האמריקאים-הילידים) המבקשים לשמר את תרבותם... תביעה כזו להפרדה אינה יוצרת בקרב הלבנית תחושת נחיתות. היא נועדה למנוע פגיעה אנושה במורשת ובתרבות של קהילת מיעוט"** (אייל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים. עיוני משפט כא(3), 769 (1998)).

72. ההבנה שלא כל הפרדה משפילה, ושהפרדה הנובעת משאיפתה של קבוצת המיעוט להשאיר מרחב לתרבותה ואורח חייה היא הפרדה לגיטימית, התקבלה על ידי בית המשפט בעניין **קעדאן** :

מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") "הינה מעצם טבעה בלתי שווה. ("inherently unequal") ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ... במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); ההדגשה הוספה).

73. בנוסף לכך, יש משקל מכריע לשאלה האם ההפרדה היא כפויה או וולונטרית. במצב שבו ההפרדה איננה כפויה אלא נתונה לבחירתו של כל אדם, ואלטרנטיבות מקבילות קיימות למכביר, לא ניתן לדבר כלל על השפלה, הדרה או אפליה. המדינה בענייננו אינה כופה על איש ללמוד במסלול נפרד דווקא, אלא רק מאפשרת (אם אמנם תאפשר) לימוד במסלולים כאלה; בין אם במסלולים שהיא יוצרת בעצמה, ובין אם במסלולים בלתי מתוקצבים שכוחות השוק יוצרים. במצב כזה אין כל מניעה כי נפרד יהיה שווה.

אמור מעתה : הפרדה שמיעוט מבקש לאמץ עבור עצמו, באופן וולונטרי, בלי לכפותה על

אחר זולתו, ואלטרנטיבות להפרדה מצויות וזמינות לכל החפץ – אינה בשום פנים אפליה. הפרדה שהרוב מבקש לכפות על המיעוט היא הפרדה פסולה.

ב. האם קיומם של מסלולים נפרדים לגברים ולנשים פוגע בשוויון?

74. החברה בישראל מגוונת. יש בה בני לאומים שונים, קבוצות שונות, עדות שונות, דתות שונות. גם בתוך בני הדתות הללו ישנם זרמים ותתי זרמים. כל קבוצה ואורח חייה וקודי ההתנהגות בה. ויהי כל הארץ שפה אחת ודברים אחדים (בראשית יא א); השפה אחת, הדברים – אחדים, כל קבוצה ודברה שלה. כאלה אנחנו.

75. בקרב חלקים נרחבים באוכלוסייה הדתית בישראל, והחרדית בפרט, נהוג אורח-חיים של הפרדה בין גברים ונשים בפעילות חברתית. ההפרדה הזו, יש להדגיש, אינה נהוגה רק בפעילות פולחנית-דתית. היא נהוגה ברמות שונות בקהילות שונות, אם בחינוך יסודי ואם בחינוך תיכוני, אם בפעילות חברתית או פעילות דתית או תנועות נוער – כל קבוצה וקהילה ורמת ההפרדה הנהוגה בה. הדברים ידועים.

במקרים מסויימים מאד ייתכן כי הפרדה זו מגיעה כדי השפלה, אפליה, הדרה, או פגיעה. היו דברים מעולם, ובית המשפט הנכבד גם נדרש להם (ראו עניין רגן הנ"ל; רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה נ' קולך). באותם מקרים אכן הפרקטיקה שנבחנה נגועה היתה בפגיעה בעליל: אם בכפיית נשים לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס בלבד, תוך כפייה גם על מי שאינה מעוניינת בכך, אם במניעת נשים מליטול חלק בשידורים ברדיו ציבורי. אולם המסקנה כי כל פעילות הנעשית בהפרדה בין נשים וגברים משמעותה פגיעה בנשים, היא שגויה וחסרת בסיס, הן בעובדות החיים והן במשפט.

76. העותרים 2-4 הם דוגמאות חיות לאנשים בוגרים אשר בוחרים באופן מודע, מטעמים של הכרה דתית ואימוץ אורח חיים הלכתי כפי שהם מאמינים, להגביל את עצמם ללימודים במסלול נפרד בלבד. ליתר דיוק, העותרת 2 אינה מגבילה עצמה באופן כללי ללימודים במסגרת נפרדת, אלא רק כאשר מדובר בלימודים הכוללים אינטראקציות פיזיות אינטנסיביות בין הסטודנטים, באופן שאם יעשה במשותף לגברים ונשים לא יהלום את אורח חייה והשקפת עולמה הדתיים. האם קיומן של מסגרות נפרדות ההולמות את אורח חייהם הדתי עולה כדי פגיעה בנשים? בהשפלתן? בהדרתן? בפגיעה בשוויון ההזדמנויות שלהן?

דומה כי רק עמדה פטרונית וסמכותנית, שאינה מכירה בכשירותו של אדם בוגר לבחור כיצד לחיות את חייו, יכולה להשיב לכך בחיוב; וראו לעיל בתת הפרק על פטרנליזם.

77. קיומם של מסלולים נפרדים בהשכלה הוא אפוא מענה לצורך חברתי, ביטוי להכרה בקיום של אורחות חיים הדורשים הפרדה כזו. אין היא ביטוי לכוחו של המין הגברי לשלוט במין הנשי או להיפך, כפי שמנסות לטעון תיאוריות רדיקליות. אדרבה, כפי שיובהר להלן, קיומם מאפשר קידומן של נשים, כמו גם קידומם של גברים, אשר בהעדר מסגרות נפרדות לא

ירכשו השכלה גבוהה ולא יוכלו לממש את כישורונותיהם. דווקא המימוש העצמי של הנשים הדורשות הפרדה, דוגמת העותרות 1 ו-2, שוללת את טענת הפגיעה בשוויון ואפליית נשים. מעניין לציין כי ההחלטה עצמה כוללת את הטיעון הזה, הסותר את האמור במקום אחר בהחלטה בדבר שיקול השוויון המחייב "לאזן":

"בניגוד לטענה כי ההפרדה המגדרית פוגעת בכבוד האדם ובשוויון של הסטודנטיות, נראה כי הפרדה זו דווקא משרתת את הסטודנטיות, הן מפני שרמת השכלתן גבוהה יותר, והן מפני שהסטודנטיות עצמן מעוניינות בהפרדה" (פסקה 70 להחלטה).

ג. מסלולים נפרדים לגברים ולנשים באקדמיה מחוץ לישראל

78. העמדה כי השכלה גבוהה במסלולים נפרדים לגברים ולנשים פוגעת בשוויון עומדת בניגוד חריף גם לפרקטיקה הנוהגת בעולם.

כך האמנה הבינלאומית של האו"ם נגד אפליה בחינוך משנת 1961 (שמדינת ישראל אשררה ביום 22.9.1961) קובעת בסעיף 2 כי

"מקום שהמדינה מתירה, לא יהיו רואים את המצבים הבאים כמהווים אפליה במשמעות סעיף 1 לאמנה זו -

(א) הקמה או אחזקה של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים לתלמידים ותלמידות, אם מערכות או מוסדות אלה מבטיחים גישה שוות ערך לחינוך, מספקים סגל מורים בעל הכשרה מאותה רמה וכן מבנים וציוד לבתי ספר מאותה איכות ומאפשרים ללמוד אותם קורסים או קורסים שווי ערך".

יצוין כי האמנה מגדירה כי "חינוך" מתייחס "לכל סוגי חינוך ושלבי חינוך".

79. בארצות הברית, שבה חל איסור חוקתי על מדיניות קבלה מפלה למוסדות חינוך, אין כל מגבלה על קיומם של מוסדות פרטיים להשכלה גבוהה לנשים או לגברים בלבד. במוסדות מדינתיים – הדבר מותר אם ישנו אינטרס חיוני. מוסדות כאלה קיימים ברבות מאוד ממדינות ארצות הברית: כארבעים וארבעה מוסדות להשכלה גבוהה לנשים בלבד פועלים בארה"ב.⁹ ראוי לציון ה- Wesleyan collage, שהוא מכללה לנשים בלבד ונחשב מהמוסדות האקדמיים המובילים בארצות הברית. במקביל, ישנם מוסדות רבים גם לגברים בלבד.¹⁰ דוגמה לכך הוא בית המדרש הגבוה בלייקווד, ניו ג'רסי, המעניק תארים ראשוניים ושניים לגברים בלבד.¹¹ הציבור בישראל מכיר היטב את ה Yeshiva University בניו-יורק, מוסד להשכלה גבוהה יהודי אורתודוקסי שבו מסלולים לגברים בלבד, ולצדו פועל מוסד 'שטרן קולג' המיועד לנשים בלבד.

⁹ <http://www.womenscolleges.org/colleges>

¹⁰ https://en.wikipedia.org/wiki/Men%27s_colleges_in_the_United_States#List_of_men.27s_colleges

¹¹ <https://bigfuture.collegeboard.org/college-university-search/beth-medrash-govoha>

80. גם בקנדה, באוסטרליה ובבריטניה ישנם מוסדות השכלה גבוהה רבים המיועדים לנשים בלבד.¹² המוסדות כולם נהנים מתקציבים של ממשלותיהן. בבריטניה ישנם מוסדות לנשים בלבד הנחשבים מן המובילים, כמו אחדים מן הקולג'ים המרכיבים את אוניברסיטת Cambridge.

ה"ערכים" וה"אתוס" אשר מנחים את המשיבים, ואשר הביאו אותם "לאזן" – כלומר להגביל את האפשרות של העותרים ושל כל החפץ בכך ללמוד כרצונו במסלולי השכלה נפרדים בשם השוויון – הם אפוא ערכים ייחודיים למשיבים, או לקבוצות רדיקליות בעלות השפעה בישראל התופסות את ה"שוויון" בצורה פשטנית וחד-ממדית; בניגוד לפסיקתו של בית המשפט ובניגוד למקובל בעולם.

ד. ההחלטה פוגעת בשוויון

81. הפרדה אינה פוגעת אפוא בשוויון. לעומת זאת, ההחלטה למנוע לימודים בהפרדה מהעותרים ומרבים אחרים המבקשים ללמוד במסלולים אלו מהווה פגיעה חמורה בשוויון.

נפרט זאת בתמצית:

א. **פגיעה בשוויון הזדמנויות:** ההחלטה מונעת מן העותרים, ומעוד אלפים במצבם (בין שאינם ב'קהל היעד', ובין שחפצים בתואר שני), את האפשרות לרכוש השכלה ההולמת את יכולותיהם.

ב. **פגיעה בשוויון בין מועמדים בקבלה למוסדות בעצם קיומה של הגדרת 'קהל יעד':** כמפורט לעיל, החוק בישראל (חוק זכויות הסטודנט) קובע כי קיומם של מסלולים נפרדים לגברים ולנשים בהשכלה הגבוהה מטעמי דת אינה עולה כדי אפליה. מנגד, כל הבחנה בין סטודנטים על רקע מוצא, לרבות על רקע חברתי, בקבלה ללימודים, מהווה אפליה אסורה. ההחלטה מורה למוסדות להשכלה גבוהה, ובוודאי למוסדות שאינם מח"רים, לנהוג באפליה אסורה בקבלה ללימודים למסלולים שהם מציעים, בכך שמגדירה 'קהל יעד' שרק אותו ניתן לקבל למסלולים אלו. בדומה לכך, ההחלטה מורה למוסדות לפעול בניגוד לחוק איסור אפליה במוצרים ושרותים, כנ"ל.

ג. **פגיעה בשוויון בין מועמדים בקבלה למוסדות בקביעת הגדרה לא עניינית:** הקריטריון המבחין – "קהל היעד" שנקבע בהחלטה הוא קריטריון המסתמך על עובדות שאינן רלוונטיות, באופן שרירותי, ללא תשתית עובדתית וללא הנמקה המניחה את הדעת, ולפיכך זהו קריטריון פסול המהווה אפליה. השאלה אם מועמד למד במוסד השייך לפיקוח כזה או אחר של משרד החינוך איננה רלוונטית. כך, לדוגמה, בוגרי בתי ספר של חסידות חב"ד שייכים לחינוך הממלכתי

¹² באוסטרליה: קולג' הנשים של אוניברסיטת סידני <https://www.thewomenscollege.com.au/> -
קולג' הנשים באוניברסיטת קווינסלנד <http://www.womens.uq.edu.au/why-womens> -
גרייס קולג' באוניברסיטת קווינסלנד <http://www.grace.uq.edu.au/> -
בקנדה: אוניברסיטת ברסציה לנשים <http://brescia.uwo.ca/about/> -
בריטניה: קולג' לוס' קוונדיש <http://www.lucy-cav.cam.ac.uk/> -
קולג' מורי' אדואד <https://www.murrayedwards.cam.ac.uk/> -
קולג' נוהאם <http://www.newn.cam.ac.uk/about/> -

דתי, על אף שאורחות החיים של התלמידים שם הם חרדיים, בוודאי בהיבט של הפרדה בין המינים. ישנם חוזרים בתשובה, כמו העותר 4, שאף שלא למד בתיכון העונה להגדרת 'קהל היעד' אורח חייו השתנה. ישנו ציבור "חרדי לאומי" לא מבוטל שאינו עונה להגדרה אך אורחות חייו הן נפרדות.

האם רצונם של המשיבים הוא "לדחוף" הורים לשלוח את ילדיהם דווקא למוסדות שאינם תחת פיקוח ממלכתי וממלכתי דתי, למוסדות שבהם אין לומדים לימודי ליבה ואין עושים בחינות בגרות, כדי שיהיו זכאים בבא העת לרכוש השכלה גבוהה? זו הרי משמעותה של החלטה – מתן תמריץ להורים המייעדים את ילדיהם להשכלה גבוהה, אולם חיים בחברה שבה החינוך נפרד בין המינים, לשלוח את ילדיהם למוסדות שאין בהם לימודים לבגרות!

השאלה שלפיה יש לקבוע את הקריטריון (אילו היתה סמכות לקבוע 'קהל יעד') היא האם מועמד זקוק, מבחינת השקפתו הדתית ואורח חייו בעת שהוא נרשם ללימודים, למסלול נפרד, וללא מסלול נפרד לא יוכל לרכוש את ההשכלה שבה מעוניין. כלומר, גם אם נניח שהמשיבים מוסמכים ורשאים להגדיר "קהל יעד", ההגדרה שבה בחרו אינה רלוונטית, קבוצות-שוויון באופן הגיוני ההולם את המציאות והצורך, ולכן פוגעת בשוויון.

העותרים 2 ו-4, שזקוקים לפי השקפת עולמם ואורח חייהם למסלול נפרד, מופלים אפוא לרעה מטעמים שאינם רלוונטיים.

ד. פגיעה בשוויון בין מוסדות לגבי תארים מתקדמים: מוסד שעומד בכל הדרישות האקדמיות והמינהליות ומבקש לקיים מסלול לימודים לתואר שני עם הפרדה בין המינים – מופלה לרעה לעומת מוסד זהה שמציע מסלול שאינו נפרד. הואיל ושאלת ההפרדה אינה עניינו של המל"ג מדובר חמורה בפגיעה בשוויון.

2 – הפגיעה בזכויות נוספות

א. פגיעה בחופש העיסוק

82. פגיעה בחופש העיסוק של העותרים ושכמותם: ההחלטה מונעת מן העותרים 2-4, ומעוד אלפים במצבם (בין שאינם ב'קהל היעד', ובין שחפצים בתואר שני), את האפשרות לרכוש השכלה ההולמת את יכולותיהם. אין חולק על כך שמחסום בפני השכלה הוא מחסום בפני תעסוקה, וזו גם עמדתם המפורשת של המשיבים בהחלטה.

במקצועות שבהם נדרש תואר אקדמי כתנאי לרישוי (לעיתים נדרש גם תואר שני) – הטלת מגבלה על הנגישות להשכלה משמעותה הטלת מגבלה נוספת על זו שקבע המחוקק על עצם העיסוק (דרישת התואר האקדמי). מגבלה כזו בפני העיסוק איננה לתכלית ראויה ואיננה מידתית, שהרי היא מפירה את האיזון שקבע המחוקק בהגבילו את העיסוק באותו מקצוע.

הפגיעה בחופש העיסוק באה לידי ביטוי בשני מישורים אשר מבטאים את שני הרציונלים העומדים מאחורי חופש העיסוק:

א – פגיעה ביכולת הפרנסה, בשל העובדה שאינה במחלוקת כי העדר השכלה גבוהה גורר

יכולת השתכרות נמוכה יותר.

במקצועות רבים שבעבר היו פתוחים גם בפני חסרי השכלה גבוהה נדרש היום תואר אקדמי. **בעיקר במגזר הציבורי, אך גם במגזר הפרטי, דרישת הסף לתואר אקדמי הפכה נפוצה מאד.** פגיעה בנגישות להשכלה אקדמית פוגעת באופן ישיר ביכולת התעסוקה של רבים.

ב – פגיעה ביכולת המימוש העצמי, שכן זכותם של סטודנטים לממש את עצמם באמצעות עיסוק בתחום הרצוי להם וההולם את כישוריהם תיפגע בשל מניעת ההשכלה. ודוק: אין הכוונה שהמשיבים מחויבים ליצור מסלול מיוחד עבור מישהו כדי להתאימו לצרכיו. הטענה היא שהמשיבים מנועים מחסימות התפתחותם של מסלולים כאלה, ומחסימת העותרים ושכמותם מליטול בהם חלק. הטענה נכונה ביתר שאת כשמדובר על מוסדות פרטיים שאינם במימון המדינה, שכן כאמור לעיל המדינה רשאית לפי חוק ליצור מסלולים המוגבלים לקידום אוכלוסיות מסויימות.

83. פגיעה בחופש העיסוק של מוסדות: מוסדות להשכלה גבוהה שאינם במימון המדינה מבקשים לקיים מסלולים נפרדים לגברים ולנשים, לתארים ראשונים ולתארים שניים, בהתאם לביקוש. ההחלטה מונעת ממוסדות המעוניינים לקיים מסלולים כאלה, וביכולתם לעמוד ברף האקדמי הנדרש על ידי המשיבים, מלקיימם. זו פגיעה ישירה בחופש העיסוק של מוסדות אלו ושל בעליהם. יתירה מכך, זו פגיעה בתחרות החופשית, שהפסיקה הכירה גם בה כמוגנת במסגרת חופש העיסוק (בג"צ 4915/00 **רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נד(5) 451, 464 (2000)).

ב. פגיעה בחופש הדת

84. פגיעה בחופש הדת של העותרים 2-4 ושכמותם: ההחלטה מציבה בפני העותרים את הבחירה בין ויתור על אורח חייהם הדתי והתכחשות לצו דתם ובין וויתור על הגשמת רצונם לרכוש השכלה גבוהה או עיסוק בתחום הרצוי להם. בחירה כזו משמעותה כפייה לוותר על דתם באמצעות גביית מחיר גבוה בגין דבקות בדתם. החלטה כזו היא פגיעה בחופש הדת (ראו ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016), 683).

גם כאן פוגעת ההחלטה בשני רציונאלים העומדים בבסיס חופש הדת:

א – פגיעה בדת כפגיעה בתרבות בשל העובדה שהחלטת המשיבים פוגעת בזכותם של העותרים ושכמותם לנהוג על-פי אורחות חייהם ותרבותם הדתית. בית המשפט קבע כי מידת הפגיעה בדת כתרבות תיבחן על-פי משקלה של הנורמה הדתית בקהילה, ועד כמה היא נמצאת בליבה ההלכתית או התרבותית של הקהילה (עניין **קולך**). אין ספק שבתחום החינוך בחברה החרדית ובחברות דתיות נוספות בישראל, ההפרדה בין נשים וגברים היא נורמה מחייבת העומדת בליבה ההלכתית של הקהילה. כפייה המונעת הפרדה זו שקולה אפוא לפגיעה בחופש הדת.

זאת ועוד, בניגוד לעניין **קולך**, בעניינו אין מדובר בהגבלת העותרים ממימוש דבר **שמאפשרת** ההלכה או אף מניעתם מהידור **במצוות**. כאן מדובר בכפייה על העותרים

כקבוצת מיעוט לוותר על קיום צווי דתי, וזאת על ידי החלטת המשיבים כי אין לקבלם למוסד שנהוגה בו הפרדה. הדבר דומה לאיסור שתטיל רשות מנהלית על אזרח להתארח במלון המקפיד על הלכות שבת וכשרות, בשל העובדה שאינו עולה בקנה אחד לתפיסה של הרשות של מי הוא דתי.

ודוקו – ענייננו כאן בפגיעה בזכות הפרט לשמר את תרבותו כפי שהיא מתעצבת בקהילתו. הפגיעה לזכות הקבוצתית לתרבות תידון להלן.

ב – פגיעה בדת כפגיעה בחופש המצפון – המשיבים מונעים מרבים המבקשים לרכוש השכלה גבוהה או מקצוע מלממש את רצונם מבלי שיוותרו על צניעותם הפרטית על פי תפיסתם הדתית. במקרה דומה, שבו נאלץ ספורטאי שומר-שבת לבחור בין עתידו הספורטיבי ובין חילול שבת, הוציא בית משפט נכבד זה צו-ביניים אשר אסר על קיום התחרות אלא אם יימצא פתרון מיוחד עבור העותר (בג"ץ 8811/08 פרויליך נ' שר המדע התרבות והספורט. להרחבה ראו סטטמן וספיר דת ומדינה בישראל הנ"ל, 282).

ג. פגיעה בזכות הקבוצתית לתרבות

85. הזכות הקבוצתית לתרבות מבוססת על ההבנה כי רב-תרבותיות ממלאת תפקיד מכריע במדינה דמוקרטית, בה משולבות קבוצות שונות, כמו גם בעיצוב אישיותו של הפרט בהיותה חלק מהזכות למימוש האוטונומיה של הרצון הפרטי ושל חופש הבחירה שלו (עניין רובינשטיין, פסקה 62 לחוות דעתה של השופטת ארבל).

זכות זו זכתה לפיתוח ועיצוב בהגות הליברלית בעשורים האחרונים. הצורך בהגנה על זכויות קבוצתיות בכלל ועל הזכות הקבוצתית לתרבות בפרט, מבוסס על ההבנה שהתעלמות מהשתייכויות התרבותיות הקולקטיביות של הפרט לא מכבדת את זהותו, לא מכבדת את בחירותיו ובסופו של דבר תגרום לו למצוקות שייפגעו בו גם במישור הפרטי.¹³ הוגי הזכות לתרבות משתמשים לא פעם בדוגמה הקונקרטית של החברה החרדית בישראל כדי להגן על זכותה לתרבות (ראו, למשל, אבישי מרגלית ומשה הלברטל במאמרם Avishai Margalit and Moshe Halbertal, Liberalism and the Right to Culture, 61 Social Research 491 (1994)).

86. המשפט הישראלי מכיר בזכות לתרבות של קבוצות ומעניק לה משקל בהכרעות שיפוטיות: "החברה הליברלית הרב תרבותית מבוססת יותר מכל על ערך הסובלנות, ומכירה בכלל התרבויות כראויות להגנה על מנת לתת לפרט לממש את אוטונומיה הרצון הפרטי, ולספר את סיפור חייו" (עניין רגן 746/07 הנ"ל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט גיובראן; וראו

¹³ ראו, להרחבה:

WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 174 (1989)

Joseph Raz, Multiculturalism: A Liberal Perspective, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS 170, (Joseph Raz ed., 1994)

צ'ארלס טיילור "הפוליטיקה של ההכרה" רב תרבותיות במבחן הישראליות (אוהד נחתומי עורך, 2003).

CHAIM GANS, THE LIMITS OF NATIONALISM (2003)

Yael Tamir, LIBERAL NATIONALISM (1993)

בגץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות [פורסם בנבו] (14.6.10), פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 7426/08 טבקה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010); וכן בעניין רובינשטיין, שהובא בהרחבה לעיל בפרק "פטרנליזם".

"הסובלנות הליברלית הרב תרבותית דורשת להיות סבלניים גם כלפי מי שאינו ליברלי. מי שבחר בדרך חיים שונה אינו זוכה לחוסר סובלנות. עלינו להיות סבלניים גם כלפי מי שאינו סבלני כלפינו ואינו חולק עימנו אותה השקפת עולם. עלינו להגיב באופן ראוי להתנהגותו של אדם אחר בחברה, אף שהתנהגותו אינה מקובלת עלינו...סובלנות קשה מאוד להשגה, ולצערנו בחברה הישראלית פעמים רבות הסובלנות היא מצרך נדיר. הסובלנות צריכה לבוא לידי ביטוי במעשים קונקרטיים ולא רק במילים גבוהות ולא ממומשות" (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 544 (2011), פסקאות 4-5 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).

החלטת המועצה להשכלה גבוהה פוגעת בזכות הקבוצתית לתרבות. היא כופה על קבוצת מיעוט ייחודית ושמרנית את ערכי התרבות של קבוצת הרוב הליברלית. בכך יש פגיעה משמעותית בזכות התרבות של בני החברה החרדית, ובחופש שלהם לקבוע את אורחות חייהם בהתאם לשייכותם החברתית-תרבותית.

ד. פגיעה בזכות לחינוך

87. חינוך הוא תנאי להגשמת החירות, ותנאי להגשמת זכויות פוליטיות אחרות. בחברה מפותחת חינוך הוא תנאי לשילוב חברתי ולתעסוקה הולמת (להרחבה ראו יורם רבין **הזכות לחינוך** (תשס"ב) עמ' 70-66, עמ' 100).

במדינת ישראל הובטח חופש החינוך כבר במגילת העצמאות, המהווה מקור השראה פרשני לחוקי היסוד.

המדינה אינה חייבת לדאוג לחינוך אקדמי ואין עליה חובה לספק השכלה גבוהה לאזרחיה (בגץ 11075/04 **דוד גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה** פסקה 25 לדבריה של השופטת ברליר). אולם יש להבחין בין הזכות החיובית לחינוך (הקיימת בהתאם לחוק לימוד חובה בגילאי בתי הספר) לבין הזכות השלילית לחינוך, כלומר החירות שיש לאדם בתחום החינוך וההגנה מפני התערבות המדינה בחירות זו. ההכרה בחשיבותה של הזכות לחינוך מחייבת כי המדינה **לא תמנע** מאזרחיה את הנגישות לחינוך אקדמי במסגרת ההולמת את אורחות חייהם. החלטת המועצה להשכלה גבוהה נועלת את שערי האקדמיה בפני אזרחים רבים מקרב האוכלוסייה החרדית ופוגעת בזכותם לחינוך, שמהווה תנאי בסיסי וחיוני להשתלבותם בחברה המודרנית ובעולם התעסוקה.

ה. פגיעה בזכות לאוטונומיה אישית

88. כבוד האדם וחירות האדם כוללים – בראש ובראשונה – את זכותו של אדם לבור לו את אורח החיים ההולם את אמונתו, תפיסתו ואופיו. זכות זו הוכרה גם בפסיקת בית המשפט הנכבד, כמפורט לעיל בסעיף 54. החלטת המשיבים, כמפורט שם, פוגעת בזכות זו ביומרתה לעצב אורחות חיים של סטודנטים המבקשים השכלה גבוהה.

3 – הפגיעה בזכויות אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, ומחייבת עיגון בחקיקה

ראשית

89. זכויות בישראל אינן מוחלטות, ולפיכך ברור כי אין די בקיומה של פגיעה בשוויון, בחופש העיסוק, בזכות לתרבות ובזכות לחינוך. בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירות ובחוק יסוד: חופש העיסוק על הפגיעה להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת; עליה להיעשות לשם תכלית ראויה, ועליה להיות מידתית מבחינת היחס שבין הפגיעה והתכלית.

90. **חוק:** הפגיעה דנן אינה נעשית בחוק או לפי חוק (ראו פירוט לעיל בפרק על הסמכות).

אדרבה. קביעת "קהל יעד" למסלולי השכלה גבוהה נעשית **בניגוד לחוק מפורש**, האוסר על אפליה ללימודים מטעמים של דת או רקע חברתי (סעיף 4(א) לחוק זכויות הסטודנט). האפליה בין מוסדות והפגיעה בחופש העיסוק שלהם נעשות ללא כל הסמכה בחוק.

91. **תכלית:** תכלית ההחלטה היא קידום והנגשת ההשכלה הגבוהה בקרב האוכלוסיה החרדית בישראל.

תכליתן של המגבלות שקובעת ההחלטה על השכלת חרדים – כעולה מן ההחלטה והנמקותיה ומתשובת המשיבים לעותרת 4 – כוללת חמישה מרכיבים:

א – מניעת פגיעה בשוויון המגדרי;

ב – מניעת פגיעה ברגשותיהם של סטודנטים שהפרדה נוגדת את השקפתם;

ג – קידום המצויינות האקדמית;

ד – שמירה על "האתוס האקדמי";

ה – הנחלת ערכי פלורליזם.

נבחן אפוא בקצרה האם מדובר בתכליות ראויות; האם האמצעים שנבחרו מגשימים אותן; והם אין האמצעים פוגעים בזכויות במידה העולה על הנדרש לשם הגשמת התכליות הללו, לפי שלושת מבחני המידתיות המקובלים בפסיקה.

92. **שוויון:** כמפורט לעיל בפרק העוסק בשוויון, השוויון המגדרי אינו נפגע בשל קיומן של מסגרות נפרדות בהשכלה גבוהה בין נשים וגברים, כל עוד מדובר במסגרות וולונטריות. אדרבה, קיומן של מסגרות כאלה הוא אשר מאפשר לנשים חרדיות לרכוש השכלה, והגבלתן פוגעת ביכולתן של נשים לממש את עצמן. למעשה, ההחלטה תגרום לנשים חרדיות רבות שלא להתפתח מבחינה מקצועית. לא נשוב ונאריך מעבר למה שנכתב לעיל בפרק העוסק בשוויון.

תכלית זו אינה מוגשמת אפוא על ידי האמצעים, ולפיכך אינה עומדת כבר במבחן המידתיות הראשון (קשר רציונלי בין אמצעי ומטרה).

93. **רגשות:** ספק עד כמה מדובר בתכלית ראויה. אם ישנם סטודנטים בישראל שאינם

מסוגלים להכיל את העובדה שאוכלוסיות שלמות בישראל בוחרות לחיות תוך הפרדה בין נשים וגברים בפעילות חברתית או חינוכית, ספק עד כמה המדינה צריכה להכיר בחוסר הכרה זה כאינטרס לגיטימי הראוי להגנה. בכל הכבוד, כל עוד אין כפייה של סטודנטים שאינם חפצים בכך ללמוד בעצמם בשיעורים נפרדים, קשה להלום את הטענה כי קיומה של מסגרת כזו ב"קרבת" אותם סטודנטים פוגעת בהם יותר מאשר קיומה שלא בקרבתם.

94. **מצוינות אקדמית:** אין חולק כי תפקידה של המועצה להשכלה גבוהה הוא לשמור על רמת האיכות האקדמית בישראל. העותרים סבורים כי אין מקום להתפשר על כך. על המועצה להשכלה גבוהה לקבוע רף אקדמי נדרש – מבחינת תכני הלימודים, רמת ההוראה, רמת הדרישות האקדמיות וכדומה – ולהקפיד הקפדה יתירה על עמידה בו. אין כל קשר בין מטרה זו ובין הטלת מגבלות על זהותם של המשתתפים במסלולים אלה, או בהגבלת ההפרדה לתואר ראשון בלבד.

95. **"אתוס אקדמי":** תכלית זו גם כן מעוררת תהיות לא מבוטלות. עשרות שנים קיימת בישראל השכלה גבוהה במסלולים נפרדים. "מכון לב" – בית הספר גבוה לטכנולוגיה בירושלים – הוקם כבר בשנת 1969, והוכשרו בו עשרות אלפי סטודנטים. מכונים להכשרת מורים מציעים מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מזה עשרות שנים, עבור המגזר הדתי לאומי והחרדי. גם בחו"ל, כנכתב לעיל, קיימים מוסדות מופארים ויוקרתיים להשכלה גבוהה לנשים בלבד. ה"אתוס האקדמי" המדובר חמקמק אפוא מכדי שניתן יהיה לדון בו.

96. **"הנחלת ערכי פלורליזם":** תכלית זו נשמעת שובת לב, אולם כמפורט לעיל איננה נתונה בסמכותם של המשיבים. החינוך הממלכתי בישראל אמון על הנחלת ערכים, בהתאם לרשימה המפורטת בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953. אולם המועצה להשכלה גבוהה אינה אמונה על הנחלת ערכים. היא אמונה על קידום ההשכלה הגבוהה בישראל ושמירה על הרמה והאיכות האקדמיים. ערכים, כפי שפורט לעיל בהרחבה, אינם עניין שעל המדינה להנחיל לאזרחיה בדרך כלל.

אזרחי מדינת ישראל המבקשים השכלה גבוהה אינם מבקשים לקנות ערכים. בעיני רוחם של המשיבים, כפי הנראה, השכלה גבוהה במהותה היא שיח ערכי רעיוני בין מרצה לכתתו, כפי שאכן מתקיים לא מעט בפקולטות למשפטים ולמדע המדינה. אלא שמרכז הכובד של ההשכלה הגבוהה נוגעת למדע, לטכנולוגיה, הנדסה, טיפול וכדומה – תחומים שרכישת הידע בהם אינה מתאפיינת דווקא ב"שיח" בין דעות שונות, אלא ברכישת ידע, כישורים, מיומנויות וכלים.

העותרים, ועוד אלפים שכמותם, מפצירים אפוא במשיבים: הניחו לנו מניסיונות החינוך והנחלת הערכים המדינתיים; תנו לנו ללמוד ולהשכיל, לרכוש מקצוע ולממש את כישורינו. יתירה מכך, אם זו מטרת ההחלטה – הרי שהיא אינה מגשימה אותה. פלורליזם משמעותו סובלנות לריבוי דעות, קרי לקיומן של השקפות, תפיסות ואחרות-חיים אחרים. ההחלטה בוחרת דווקא להגן על חוסר פלורליזם, ביומרה להגן על "רגשות" של סטודנטים שה"קירבה" של לימודים בהפרדה עלולה לפגוע בהם. ההחלטה אינה משקפת הכרה

בלגיטימיות של אורחות חיים הנפוצים מאד בישראל. בכל הכבוד, זו החלטה אנטי-פלורליסטית במהותה.

97. סיכומו של דבר:

החלטת המשיבים פוגעת בעותרים 2-4 ובעוד אלפים רבים בדמותם, בשורה של זכויות יסוד. הפגיעה היא לצורך תכליות שחלקן אינן ראויות, חלקן עמומות ומפוקפקות, ולגבי חלקן אין כל קשר בין המגבלות שבהחלטה לבין הגשמתן.

לפיכך מדובר בהחלטה שלא רק שאינה חוקית, היא גם אינה עומדת במבחן החוקתי. בנוסף לכך, הסדר כזה המונע מאלפי אזרחים נגישות להשכלה כרצונם, מחייב עיגון מפורש ומפורט בחקיקה ראשית גם מחמת **כלל ההסדרים הראשוניים**. בוודאי שלא ניתן לעגנו בהחלטתה של המשיבה 1, מקור נורמטיבי נמוך ביותר.

סיכום

שגו המשיבים בהחלטתם; באו לברך, להגדיל תורה והשכלה בקרב האוכלוסייה חרדית, ונמצאו מקלקלים בהגבלת קהל היעד ובמניעת תארים מתקדמים.

שגו המשיבים וקיבלו החלטה הנוגדת את החוק, שאינה בסמכותם, מגלמת כפייה אידיאולוגית ופוגעת בשוויון ובזכויות יסוד של העותרים 2-4 ושל עוד אלפים רבים כמותם – פגיעה שאיננה מכוח חוק, לא לתכלית ראויה ולא במידה נדרשת.

לאור כל זאת, מבוקש לזמן את המשיבים ולהורות להם לבא וליתן טעם מדוע לא יינתנו הסעדים המפורטים בראשית עתירה זו; וכן לחייבם בהוצאות העתירה ושכרם של המייצגים.

אריאל ארליך, עו"ד
ב"כ העותרים

ירושלים
י"ח במרחשוון תשע"ח
7 בנובמבר 2017