



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8010/16

בג"ץ 2240/17

בג"ץ 6500/17

בג"ץ 8683/17

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה (בדימי') ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

העותרות בבג"ץ 8010/16 :

1. מלכה נעמה ברזון
2. בית שלומית

העותרים בבג"ץ 2240/17 :

1. דבורה לאה קסטל
2. חיה מושקא גולדברג
3. בית הספר העל יסודי לבנות "בית חנה חב"ד ירושלים"
4. בית הספר העל יסודי לבנות "בית חיה מושקא חב"ד ליובאוויטש חיפה והקריות"

העותרים בבג"ץ 6500/17 :

1. ד"ר יופי תירוש
2. פרופ' אביעד קליינברג
3. פרופ' אורן יפתחאל
4. פרופ' אורנה קופרמן
5. פרופ' אנדראה ברגר
6. פרופ' דוד קרצ'מר
7. פרופ' דפנה יואל
8. פרופ' הנרייט דהאן כלב
9. פרופ' חנה הרצוג
10. פרופ' יצחק (יאני) נבו
11. פרופ' נתי ליניאל
12. פרופ' עודד נבון

העותרים בבג"ץ 8683/17 :

1. פורום קהלת
2. רבקה מזרחי
3. רינה זהבי
4. אביב משטרי
5. ועד ראשי המוסדות הלא מתוקצבים
6. מרים בסל
7. יוסף חיימוב

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 8010/16 :

1. מדינת ישראל
2. המועצה להשכלה גבוהה (המל"ג)
3. ועדת תכנון ותקציב (הות"ת)
4. שר החינוך, יו"ר המל"ג, מר נפתלי בנט
5. יו"ר הות"ת, פרופ' יפה זילברשץ
6. המכללה החרדית ירושלים

המשיבים בבג"ץ 2240/17 :

1. מדינת ישראל
2. המועצה להשכלה גבוהה (המל"ג)
3. ועדת תכנון ותקציב (הות"ת)
4. שר החינוך, יו"ר המל"ג, מר נפתלי בנט
5. יו"ר הות"ת, פרופ' יפה זילברשץ
6. מכללת בני ברק החרדית (מבח"ר)

המשיבים בבג"ץ 6500/17 :

1. המועצה להשכלה גבוהה
2. הועדה לתכנון ותקצוב
3. שר החינוך
4. הכנסת
5. הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל
6. אוניברסיטת בר-אילן
7. בצלאל - אקדמיה לאומנויות ועיצוב ירושלים
8. האוניברסיטה העברית בירושלים
9. מכללת אקדמית הדסה
10. המכללה האקדמית להנדסה ע"ש סמי שמעון
11. עזריאלי - מכללה אקדמית להנדסה
12. המרכז האקדמי רופין
13. המכללה האקדמית צפת
14. המכללה האקדמית אשקלון
15. המכללה האקדמית תל אביב - יפו
16. הקרייה האקדמית אונו
17. המכללה למנהל
18. מכללת לוינסקי
19. המכללה האקדמית בית ברל
20. מכללת בני ברק החרדית (מבח"ר)

המשיבים בבג"ץ 8683/17 :

1. המועצה להשכלה גבוהה
2. יושב ראש המועצה להשכלה גבוהה
3. הוועדה לתכנון ותקצוב

ידידי בית המשפט :

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל
3. שדולת הנשים בישראל
4. מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל
5. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של אוניברסיטת

- תל-אביב
6. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של האוניברסיטה העברית
 7. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל
 8. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של אוניברסיטת חיפה
 9. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של אוניברסיטת בן גוריון בנגב
 10. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של מכון ויצמן למדע
 11. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של האוניברסיטה הפתוחה
 12. צבי זקס
 13. יהודה רוזגרטרן
 14. רפאל טפירו
 15. יצחק בנזימן
 16. דניאל רוזנבלום
 17. עמותת קולך
 18. מרכז צדק לנשים
 19. דינה מונדרוביץ
 20. ליאור גז
 21. חיה גרודקה
 22. מוריה סאמין
 23. מוריה עקיבא
 24. מיכל לרנר
 25. אפריל בר אדון
 26. הדר אהרונ
 27. רבקה טרבילסי
 28. עדינה בר שלום
 29. ד"ר שפרה משלוב
 30. ד"ר עינת רמון
 31. ד"ר נעמי שחור
 32. ד"ר שולמית בן שעיה
 33. ד"ר חנה קטן
 34. עו"ד נורית אילון הירש
 35. שוברות שוויון, ע"ר
 36. ארגון הסגל האקדמי הבכיר של אוניברסיטת בר אילן

(21.07.2020)

כ"ט בתמוז התש"ף

תאריך הישיבה :

בשם העותרים בבג"ץ

8010/16 ובבג"ץ 2240/17 :

עו"ד אברהם ברזל

בשם העותרים בבג"ץ

6500/17 :

עו"ד חגי קלעי ; עו"ד אוהד רוזן

בשם העותרים 1-4, 6-7 בבג"ץ

8683/17 :

עו"ד אריאל ארליך ; עו"ד מאיר בוחניק

בשם העותר 5 בבג"ץ 8683/17 עו"ד עמית לוין (ול"מ):	
בשם המשיבים 5-1 בבג"ץ 8010/16, המשיבים 5-1 בבג"ץ 2240/17 והמשיבים 3-1 בבג"ץ 6500/17 ובבג"ץ 8683/17:	עו"ד שוש שמואלי; עו"ד יובל שפיצר
בשם המשיבה 6 בבג"ץ 2240/17 והמשיבה 20 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד דוד שוב
בשם המשיב 5 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד טל רגב
בשם המשיבה 6 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד דורית יוסף; עו"ד דרור פרנקל
המשיבות 4, 8, 9 בבג"ץ 6500/17:	פטורות מהתייצבות
בשם המשיבות 10-11 ו-17 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד יאיר זלנפרוינד
בשם המשיבה 14 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד יעקב ביטון; עו"ד אליעזר רפלד
בשם המשיבה 16 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד חיים זיכרמן
בשם המשיבה 19 בבג"ץ 6500/17:	עו"ד ירון סילבר
בשם ידידי בית המשפט 3-1:	עו"ד דן יקיר; פרופ' גילה שטופלר
בשם ידידי בית המשפט 4:	עו"ד פרופ' פרנסס רדאי; עו"ד ד"ר אבינעם כהן
בשם ידידי בית המשפט 5-11 ו-36:	עו"ד ארנה לין; עו"ד נטע שפירא
בשם ידידי בית המשפט 12-15 ו-19-27:	עו"ד משה ליפל
בשם ידידי בית המשפט 17-18:	עו"ד סוזאן וייס
בשם ידידות בית המשפט 28-35:	עו"ד צפנת נורדמן

פסק-דין

1. לפנינו ארבע עתירות, שנדונו במאוחד, הנוגעות להחלטה מס' 39/13 של המועצה להשכלה גבוהה (להלן: המל"ג) בדבר "הרחבת נגישות ההשכלה הגבוהה לאוכלוסיה החרדית – מדיניות לחומש הבא" מתאריך 23.05.2017 (להלן: החלטת המל"ג או תכנית החומש השנייה). החלטת המל"ג הציגה מתווה לשילוב הציבור החרדי במערכת ההשכלה הגבוהה, לרבות הדרכים שבהן ניתן לקבוע מסלולי לימוד בהפרדה מגדרית, סוגיה הניצבת במרכזן של העתירות.

להלן נציג את הנתונים הרלבנטיים לעניין.

רקע והליכים קודמים

2. עוד טרם שהמל"ג נדרשה לראשונה לשאלה של שילוב חרדים במערכת ההשכלה הגבוהה, פעלו בישראל מסגרות אקדמיות שיועדו למגדר אחד בלבד מטעמי דת, ונתנו מענה לבני המגזרים הדתי והחרדי, שהיו מעוניינים בכך. כך, למשל, נפתח "המרכז האקדמי לב" כמכללה מתוקצבת המיועדת לגברים בלבד בשנת 1969, ובשנת 2000 מרכז זה החל להפעיל תכניות אקדמיות לנשים בלבד (וזאת במסגרת קמפוס נפרד שכונה "קמפוס מכון טל"). בדומה, משיבה 16 ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: מכללת אוננו), שהינה מכללה בלתי מתוקצבת, החלה להפעיל בשנת 2002 קמפוס חרדי בהפרדה מגדרית.

3. לשם הגברת השילוב של הציבור החרדי במערכת ההשכלה הגבוהה, אף המל"ג נדרשה לנושא ופעלה להקמת מסגרות אקדמיות לציבור החרדי. המסגרות הראשונות שהוקמו ביוזמת המל"ג בשנת 2000 כונו: "פלטפורמות", שכן הן לא היו מוסדות אקדמיים עצמאיים המוכרים על ידי המל"ג, אלא שלוחות של מוסדות אקדמיים מוכרים אחרים, שפעלו במתכונת התואמת את אורח החיים המקובל בציבור החרדי (להלן גם: הפלטפורמות). מתוך הפלטפורמות שהוקמו, נותרה פעילה כיום רק משיבה 20 ב-בג"ץ 6500/17, היא "המכללה החרדית בבני ברק" (להלן: מבח"ר), הפועלת כמעין שלוחה של כמה מוסדות אקדמיים מוכרים ומתוקצבים.

4. מודל הפלטפורמות עורר קשיים שונים, שכן התעורר חשש לפער ניכר בין רמת הלימודים במוסד מעניק התואר, לבין רמת הלימודים בפועל ב"שלוחה". חשש זה התעצם נוכח העובדה, שצוינה גם על ידי המשיבים 1-5 ב-בג"ץ 2240/17 (להלן:

משיבי הממשלה), כי עד לשנת 2010 הפלטפורמות פעלו ללא בקרה ופיקוח נאותים. בנוסף, מטעמים שונים הנוגעים לתנאי הקבלה המקלים בפלטפורמות, נוצרה פרקטיקה שבגדרה אותן "שלוחות" נוצלו על-ידי מועמדים שאינם מקפידים על אורח חיים חרדי ושאינם עומדים בתנאי הסף במוסדות המוכרים – כמסלול מקביל לקבלה לאותן תכניות לימוד, תוך שהם מתחרים בסטודנטים חרדים, וזאת חלף קבלה ל"מוסדות האם" שדרשה תחרות עם סטודנטים מהמגזר הכללי. תופעה זו פגעה במטרה שלשמה הוקמו הפלטפורמות – שילוב חרדים בהשכלה גבוהה, ומשכך החליטה המל"ג שלא לאשר פתיחת פלטפורמות חדשות, ולנקוט בדרך אחרת להשגת תכלית זו.

5. לצורך כך, המל"ג קיבלה בתאריך 03.12.2011 את ההחלטה: "הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזרים ייחודיים" (להלן: תכנית החומש הראשונה), במסגרתה הוקמו "מסגרות חרדיות" (להלן גם: מח"רים) במוסדות להשכלה גבוהה. מסגרות אלו הן באחריות מלאה של המוסדות האקדמיים, אולם הן ממוקמות במבנים נפרדים, סמוך לקמפוסים הרגילים. המל"ג החליטה כי במח"רים ניתן יהיה ללמוד בהפרדה מגדרית, ואולם על ההפרדה להיות וולונטרית בלבד, כך שהסדרי ההפרדה לא ייאכפו על הסטודנטים, וכי רק מי שעונה להגדרת "חרדי" (כפי שיפורט בהרחבה להלן) יוכל ללמוד בהן. כמו כן הוקצו תקציבים ייחודיים להפעלת המח"רים.

6. כנגד תכנית החומש הראשונה הוגשו מספר עתירות לבית משפט זה. ביחס להפרדה המגדרית במח"רים הוגשה העתירה ב-בג"ץ 6667/14 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (19.03.2015) (להלן: עניין תירוש הראשון), שחלק מהעותרים בה הם גם עותרים בעתירות שלפנינו. העתירה הנ"ל נמחקה בתאריך 19.03.2015, תוך שמירה על טענות הצדדים, ובהסכמתם כי תכנית החומש הבאה שתגובש תוצג להערות הציבור וייערך בה דיון ציבורי נרחב טרם הפעלתה. עתירה נוספת – בג"ץ 5851/13 קושלבסקי נ' המועצה להשכלה גבוהה – נסבה, בדומה לעתירה ב-בג"ץ 8010/16 שלפנינו, על ההגדרה "מיהו חרדי" לצורך קבלה למח"רים. עתירה זו נמחקה גם כן, תוך שבית המשפט הדגיש כי יש לבחון את הסוגיה בשנית, על פי הלקחים שיופקו בהמשך הפעלת התכנית (ראו פסק הדין בעתירה הנ"ל מתאריך 01.10.2013).

7. בהתאם להחלטת בית המשפט בעניין תירוש הראשון, באפריל 2016 הציגה המל"ג בכנס פומבי טיוטה לתכנית חומש נוספת לשנים: תשע"ז-תשפ"ב, דהיינו לשנים: 2016-2017 (להלן: תכנית החומש השנייה). התכנית פורסמה להערות הציבור גם בכתב, וביוני 2022 נערך שימוע בעל פה, שבו הציגו רבים, לרבות חלק מהעותרים, המשיבים וידידי בית המשפט כאן, את עמדתם. לאחר קבלת כלל הערות הציבור,

פורסמה בתאריך 23.05.2017 תכנית החומש השנייה, שעיקריה (לאחר תיקונים שעברה מאז שהתקבלה ועד עתה) מפורטים להלן:

(א) המשך פעילות המח"רים בהפרדה מגדרית, תוך הגבלתה לכיתות הלימוד בלבד, ואיסורה במרחבים הציבוריים בקמפוס.

(ב) למח"רים יתקבלו רק תלמידים העונים להגדרת חרדי, כדלהלן: גברים שלמדו בכיתות ט' עד י"ב במוסד חינוך תרבותי ייחודי כהגדרתו בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 (להלן: חוק תרבותי ייחודי), או במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך (כיום, לאחר הקמת המחוז החרדי במשרד החינוך, שונה שמו של "פיקוח אחר" ל"פיקוח חרדי" – הערה שלי, ח"מ), וכן נשים שלמדו בכיתות ט' עד י"ב במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך.

(ג) המוסדות יוכלו לשלב עד 10% של תלמידים "חריגים", שאינם עומדים בהגדרה שלעיל, אולם מבחינה מהותית המוסד סבור כי יש מקום לאפשר את השתלבותם במסגרות אלו. מכסה זו קבועה לכל מסלול ולכל כיתה בנפרד, ולא באופן גורף לכלל המוסד.

(ד) תקצוב מיוחד לשילוב האוכלוסייה החרדית בהשכלה גבוהה הן במסגרת המח"רים והן במסגרות הכלליות.

יועזר כי בעקבות העתירות ב-בג"ץ 8010/16 וב-בג"ץ 2240/17 שלפנינו (להלן: עתירות מיהו חרדי) ופניית מוסדות הלימוד לרשויות בעניין – בתאריך 30.04.2020 תוקנו המבחנים לבחינת השאלה "מיהו חרדי", ונקבע כי אף שהגדרת המונח "חרדי" תישאר על כנה, הרי ששיעור החריגים יורחב, כך שהמוסדות יוכלו לקבל עד 15% תלמידים חריגים בכל פתיחת שנת לימודים, ובלבד שהתלמידים החריגים משתייכים תרבותית למגזר החרדי ומקיימים אורח חיים חרדי. בנוסף, הוחלט כי שיעור זה ייקבע מתוך כלל הסטודנטים באותה מסגרת לימודית, ולא ביחס לכל תכנית בנפרד, אך זאת בתנאי ששיעור החריגים בכל תכנית לא יעלה על 50%.

8. בתאריך 22.07.2017 הוצא צו על-תנאי ב-בג"ץ 8010/16 הנ"ל, ובתאריך 20.01.2019 ניתן צו על-תנאי ב-בג"ץ 2240/17 הנ"ל, בגדרם השיגו העותרים שם על ההגדרות שניתנו למסגרות האמורות. הצו על-תנאי הורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

"מדוע לא תבוטלנה החלטותיהם בעניין הגדרת 'מיהו חרדי' ומדוע לא תישקל במקומה הגדרה אחרת המבוססת על מדדים מדעיים מוכרים, או על הגדרות אחרות שנעשה בהם שימוש בחיקוקים אחרים, או במשרדי ממשלה אחרים".

9. בתאריך 15.01.2018 ניתן צו על-תנאי גם ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: עתירת תירוש) וב-בג"ץ 8683/17 (להלן: עתירת קהלת) המכוון למשיבי הממשלה ומורה להם לבוא וליתן טעם:

"מדוע לא תבוטל תכנית החומש השנייה ומדוע לא יקבע כי בכל מקרה תחול תכנית זו רק על מוסדות להשכלה גבוהה שהמדינה מתקצבת באופן מלא, ולא תחול על מוסדות שאינם מתוקצבים, או מתוקצבים באופן חלקי".

למעשה, מיקד הצו על-תנאי את הדיון בעתירה בטענות הצדדים הנוגעות להיבט הסמכות המוקנית למל"ג לקבוע את ההסדרים הקבועים בתכנית החומש השנייה, וכן בטענות הנוגעות לפגמים במישור שיקול הדעת העולים מהחלטה הנ"ל.

10. בתאריך 20.01.2019 הוחלט על איחוד כלל העתירות הנ"ל ועל הרחבת המותב שידון בהן, ובתאריך 21.07.2020 התקיים הדיון בהן. בעקבות הערותינו בדיון, הוגשו על ידי הצדדים השלמות טיעון בכתב במספר סוגיות. משהוגש כל החומר הנ"ל, בשלה העת לליבון הדברים בעתירות שלפנינו.

המתכונת שבה פועלים מסלולי הלימוד המופרדים

11. בטרם נציג את הצדדים השונים, נידרש לטענותיהם ונדון בהן – תוצג בקצרה המתכונת שבה פועלים מסלולי הלימוד המופרדים, כפי שנמסרה על ידי משיבי הממשלה בהודעת העדכון האחרונה מטעמם. לפי הודעה זו, 18 מוסדות להשכלה גבוהה הפעילו מסלולי לימוד מופרדים לחרדים בשנת הלימודים תש"ף. מתוכם 2 מוסדות שאינם מתוקצבים, 2 מכללות המתוקצבות על ידי משרד החינוך, ויתר המוסדות מתוקצבים על ידי המל"ג (מתוכם 4 מוסדות שהציעו מסלולי לימוד במסגרת מבח"ד).

המוסדות פועלים בארבע מתכונות עיקריות של הפרדה בין גברים לנשים:

- (א) קמפוסים נפרדים.
- (ב) שעות, או ימים נפרדים באותו קמפוס (לעתים בחפיפה חלקית).
- (ג) מסלולים לנשים בלבד.
- (ד) כיתות נפרדות באותו קמפוס (מתכונת זו מתקיימת, ככל הידוע, רק במשיבה 6 ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: אוניברסיטת בר-אילן)).

12. מוסדות מתוקצבים מקבלים תוספת תקציבית ייעודית לשילוב סטודנטים חרדים בהשכלה הגבוהה, אשר לה שני מרכיבים:

(1) **מרכיב אינדיבידואלי**, אשר ניתן עבור כל סטודנט העומד במבחני "מיהו חרדי". מרכיב זה נועד לספק מעטפת תמיכה של שיעורי עזר, חונכות, סיוע פסיכולוגי וסדנאות תעסוקה. משיבי הממשלה מסרו כי תוספת זו ניתנת הן עבור סטודנטים חרדים והן עבור חרדים לשעבר הלומדים במסגרת המסלולים הייעודיים, והן עבור סטודנטים המשולבים בקמפוסים הרגילים. עבור אלה האחרונים, התוספת הינה בגובה של פי 1.5 לעומת התוספת לסטודנט במסלול הנפרד.

(2) **מרכיב מוסדי**, אשר מוענק רק למוסדות המפעילים מח"רים ולמבח"ר, ונועד לשפות את המוסדות על עלויות נוספות הנובעות מתחזוקה של קמפוס נוסף המיועד לאוכלוסייה החרדית. היקף תקציב זה אינו נקבע לפי המספר המדויק של סטודנטים הלומדים בפועל, אלא על פי מדרגות של 200 סטודנטים.

13. המל"ג מפעילה בנוסף מערך של מלגות המיועדות לבוגרי מערכת החינוך החרדית, עבור סטודנטים במוסדות המתוקצבים ושאינם מתוקצבים כאחד. קבלת המלגה מותנית בעמידה בתנאי סף, בהם עמידה במבחני "מיהו חרדי", הכנסה משפחתית גרעינית ביחס למספר הנפשות בבית והסדרה של שירות או אי-שירות בצה"ל. גובה המלגה נקבע לפי תחום הלימודים, כך שבתחומים יישומיים ונדרשים (כמו הנדסה, מדעים, רפואה והכשרת מורים למקצועות ליבה) ניתנת מלגה בגובה של 70% משכר הלימוד, ובתחומים אחרים בגובה של 40%.

משנסקרו בתמצית המסלולים הנפרדים ודרך תקצובם, אפנה עתה לתיאור טענות הצדדים, ובתוך כך אציג את הצדדים הרלבנטיים לכל עתירה.

טענות הצדדים

14. העותרים והמשיבים בכל אחת מהעתירות, וכן ידידי בית המשפט הציגו לפנינו מגוון רחב של טיעונים מלומדים, אשר בחלקם נגעו לנקודות שחרגו מגדרי הצווים על-תנאי שהוצאו בעתירה, כאשר לעתים העותרים בעתירה אחת מחזקים את ידיהם של המשיבים בעתירה האחרת, ולעתים דווקא מחרים ומחזקים בידי העותרים בעתירתם, "אלו אומרים בכה ואלו אומרים בכה" – והנני יוצא מנקודת הנחה שהכל נעשה מתוך כוונה טובה של כלל הצדדים להעמיק בבירור העניין.

מאחר שרבים מהצדדים חוזרים איש על טיעוני רעהו בלשון אחרת, אפרט רק את טענותיהם של הצדדים, אשר מחדשות, או מוסיפות על טענות שאוזכרו כבר קודם על ידי צדדים אחרים. עם זאת, יודגש כי מלוא טיעוני כל הצדדים, שהיו רחבי היקף, לרבות אלה של ידידי בית המשפט, היו לנגד עיניו של בית המשפט, ומוכן שאין באי-אזכור של טענה כלשהי מצידו של צד כלשהו כדי ללמד דבר על חשיבותו של הטיעון, או לגרוע מתוקפו.

טענות העותרים ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: עותרי תירוש)

15. עותרי תירוש הם 12 חברי סגל אקדמי בכיר במוסדות השכלה גבוהה בישראל. לצד משיבי הממשלה, צורפו לעתירתם כמשיבים גם מוסדות השכלה גבוהה, אשר עלולים להיות מושפעים מהעתירה, בהם מוסדות מתוקצבים ושאינם מתוקצבים, המפעילים תכניות לימוד מופרדות בהתאם לתכנית החומש השנייה.

16. העילות המבססות את טענותיהם של עותרי תירוש נפרסות על-פני כל שלבי ההליך המינהלי – בטענות להיעדר סמכות קנויה למל"ג מכוח חוק לקבוע את ההסדרים המנויים בתכנית החומש השנייה; בטענות להפליה אסורה הנובעת מההפרדה המגדרית, שאחריתה פגיעה בזכות לשוויון של קהל הסטודנטיות והסטודנטים, ושל מרצות ומורות המבקשות ללמד גברים במסלולים הנפרדים; לבסוף, בהיבט הסבירות, עותרי תירוש סבורים כי דחיית העתירה עלולה להוביל ל"מדרון חלקלק" שבסופו גלישת מתווה ההפרדה המגדרית אל שדרות חברתיות וציבוריות נוספות. לצד האמור, עותרי תירוש מבקשים להטיל דופי בתשתית העובדתית שעליה מבוססת תכנית החומש השנייה, ובקשר לכך נטען כי חלקים משמעותיים מבני ובנות הציבור החרדי היו מעדיפים דווקא מסלולי לימוד שאינם נפרדים, מה גם שהפרדה מגדרית איננה נוגעת לליבת הפרקטיקה הדתית. עתה אפרט.

17. במישור הסמכות, נטען כי החלטת המל"ג ניתנה שלא בסמכות, שכן המל"ג איננה מוסמכת להעניק הכרה למוסד המתחשב במינו של אדם כקריטריון בקבלת

תלמידים, ואין חוק המאפשר לה להכיר במוסד כאמור, וכי סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (להלן: חוק זכויות הסטודנט) אינו מסמיך אותה לכך.

18. זאת ועוד – לעמדת עותרי תירוש, בהליך המינהלי שבו התקבלה ההחלטה נפלו פגמים שונים בהליך השימוע. לגישתם המל"ג הסתמכה בהחלטתה על סקר מלחי (ראו פירוט לגביו בפסקה 22 שלהלן) על אף שנפלו בו פגמים רבים, ולא הציגה לכלל חבריה את מלוא מסמכי השימוע הציבורי והעמדות שהוגשו במהלכו. מנגד, לטענת העותרים, הוצגו לחברי המל"ג חוות דעת ומחקרים שלא היו נגישים לציבור הרחב במהלך השימוע. כמו כן עותרי תירוש מלינים כי לא ניתנה לחברי המל"ג אפשרות לבחון שינויים וחלופות לתכנית החומש השנייה, אלא עמדה בפניהם רק האפשרות לדחות, או לקבל את התכנית, כמקשה אחת.

19. עותרי תירוש טוענים בנוסף כי הפרדה מגדרית באקדמיה פוגעת בזכויות החוקתיות לכבוד ולשוויון של נשים בישראל, לרבות נשים חילוניות, דתיות וחרדיות. לטענתם, נשים חילוניות נפגעות מעצם קיומה של פרקטיקת הפרדה מגדרית, על אחת כמה וכמה כזו המוכרת והנתמכת על ידי רשויות המדינה, כאשר פרקטיקה זו מנציחה נורמה של עליונות גברית וסטריאוטיפים כלפי נשים ובעיקר את ראייתן כ"יצורים מיניים" ו"מפתים" שחובה להסתירם מעיניהם של גברים. לשיטתם, ההפרדה פוגעת בדרך זו גם בנשים דתיות וחרדיות החוששות להביע את קולן מחמת התנכלות של הציבור החרדי. לתמיכה בטענה זו אף צורפו תצהירים מנשים דתיות.

בנוסף, לטענתם של עותרי תירוש, ההפרדה יוצרת אפקט של "מדרון חלקלק" הגורם להפרדה להתפשט למרחבים אחרים, למשל לתכניות הכשרה ממשלתיות וכדומה. בסוגיה זו, הוסיפו כמה מידדי בית המשפט, בהם מרכז צדק לנשים וארגון קולך, כי אפקט "המדרון החלקלק" מתבטא גם בהקצנה הפושה לטענתם בחברה הדתית והחרדית, כך שמקומות שהציבור החרדי והדתי עצמו לא נהג בהם בהפרדה בעבר, הופכים בשנים האחרונות להיות נפרדים, והתכניות מעודדת מגמה זו. גם סוגיה זו זכתה לתמיכה בדברים של נשים חרדיות ובתצהירים של נשים דתיות, ובפרט בתצהירה של אשת ההלכה גב' מלכה פיוטרקובסקי.

20. אוכלוסייה נוספת של נשים שנפגעת מקיום ההפרדה, לטענת עותרי תירוש, הינה מרצות באקדמיה, אשר אינן יכולות להרצות בפני הגברים בתכניות המופרדות. בכך, התכניות המופרדות גורמות לאפלייתן בשוק העבודה, שכן מרצים גברים (אשר יכולים להרצות גם בפני נשים) הופכים לאטרקטיביים יותר במוסדות המפעילים

מח"רים. לטענת העותרים, המשיבים ניסו להציג מצג של שוויון בהעסקת הסגל האקדמי, אך לא הציגו את נתוני הסגל הזוטר, המהווה כוח עבודה ניכר במח"רים. להמחשת טענותיהם, העותרים צירפו מכתב מטעם נשיא המשיבה 15 ("המכללה האקדמית תל אביב-יפו") למל"ג, שבו נכתב כי נעשים מאמצים לגייס למסלול לימודי הסיעוד לגברים מרצים גברים, וזאת: "לבקשת מכללת מבח"ד להפקיד את ההוראה, ככל שרק ניתן, בידי גברים". עוד טענו העותרים כי כיוון שהמל"ג לא מסרה תחשיב הכולל גם חברי סגל זוטר, יש קושי לבחון הפליה בפועל בתכניות, וכי ממילא מדובר במדיניות מפלה מטבעה, אשר קשה למדוד אותה "בזמן אמת" כיוון שהיא במידה רבה צופה פני עתיד (בין היתר נוכח היעד להגדיל את מספר הסטודנטים החרדים הגברים).

21. לעניין זה הרחיבו ארגוני הסגל האקדמי הבכיר באוניברסיטאות, שהצטרפו להליך כידידי בית המשפט, על הפגיעה הקשה הנגרמת, לטענתם, לחברות הסגל האקדמי הבכיר מכך שאינן יכולות ללמד בכיתות הגברים. בין היתר הם התייחסו לפגיעה בחופש האקדמי של המרצות, ובאפשרותן להביא את מחקרן בפני קהלים שונים, וכן את העובדה כי בתחומים מסוימים שבהם נשים הן החוקרות המובילות, מוצגים נושאי המחקר על ידי מי שאינו מומחה בכך, או שהמוסדות מוותרים לחלוטין על קורסי בחירה נוכח מיעוט נרשמים (ככל שרק בין גברים ונשים יחד ישנם די סטודנטים המעוניינים בקורס), דבר הגורם לפגיעה במחקר. כמו כן, צוין קושי בהנחלת המתודולוגיה המחקרית, לרבות על ידי הנחיית תלמידי מחקר, כאשר בהיעדר אינטראקציה עם תלמידי תואר ראשון – פוחת הסיכוי כי תלמידים אלו יפנו אל המרצות בבקשה להנחותם. לבסוף, צוינה הפגיעה הכספית והפגיעה בתנאי העבודה הנגרמות למרצות, מכך שנמנעת מהן אפשרות ההוראה של קורס אחד במספר קבוצות או בקבוצות גדולות.

הארגונים צירפו לעמדתם מסמכים מתוך השימוע בכתב שערכה המל"ג, ובהם בין היתר עמדתה של מנהלת המח"ר באוניברסיטה העברית, אשר כתבה: "כבר היום אנחנו נאלצים לזרוק לפח קורות חיים של מורות מצוינות לאנגלית המעוניינות ללמד במכינה החרדית שלנו ולהתמקד בפניות ממורים גברים".

בהערותיו בשימוע של המרכז הרפורמי לדת ומדינה (להלן: המרכז הרפורמי) ביחס לתכנית החומש השנייה, הובאה בהקשר זה תלונה של מרצה שנדחתה כשהגישה מועמדות למשרה בסמינר הקיבוצים, ונכתב לה כי ישנה "מגבלת העסקה מגדרית". על פי אותו מסמך, נמסר למרכז הרפורמי בהמשך כי מדיניות זו תשונה בעקבות התלונה.

22. עותרי תירוש טוענים, ואף הציגו ראיות שונות לכך, לרבות נתוני ביקורת של המל"ג עצמה, כי בפועל האיזונים שנקבעו בהחלטת המל"ג, שתפקידם לצמצם את הפגיעה הנגרמת לנשים, אינם מתקיימים. יתרה מכך, לטענת העותרים, גם במקומות שבהם ההפרדה נעשית באופן "וולונטרי", הרי שלמעשה, בהינתן נורמת ההתנהגות במקום, ובפרט ההיתר לקיים קמפוסים או ימים נפרדים לגברים ולנשים – מופעל לחץ חברתי חזק ואפקטיבי על נשים לציית לנורמת ההפרדה, העולה לכדי כפיה.

בנוסף, לטענת עותרי תירוש קיים שיעור לא מבוטל של גברים ונשים בני המגזר החרדי שאינם מתנגדים ללימודים מעורבים, ומכאן שקיומה של ההפרדה במסגרות אלו כופה עליהם למעשה ללמוד בהפרדה מגדרית. שיעור זה ניכר, לטענתם, במידה מסוימת במחקרים שהציגו משיבי הממשלה: "תכנית החומש של מל"ג-ות"ת לאוכלוסייה החרדית לשנים תשע"ב-תשע"ו – מחקר הערכה והמלצות לתכנית החומש הבאה", שנערך על ידי ד"ר גלעד מלאך, ד"ר לי כהנר ומר איתן רגב (להלן: מחקר מלאך), ו-"בין השתלבות להיבדלות עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים", שנערך על ידי ד"ר אסף מלחי (לעיל ולהלן: סקר מלחי), ובמידה רבה יותר בסקר שנערך (שלא לבקשת העותרים) על ידי ד"ר נטע ברק-קורן ופורסם במאמרה: "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט 675 (2019) (לעיל ולהלן: סקר ברק-קורן).

23. יתרה מכך, לגישת עותרי תירוש, מסלולי ההפרדה אינם עומדים בתנאים שנקבעו בפסיקה לעניין הסדרי הפרדה מגדרית. לטענתם, ההפרדה אינה חלק מליבת הפרקטיקה הדתית. כמו כן, לתפיסתם, התכניות אינן נותנות הזדמנויות זהות לגברים ולנשים, שכן יש תכניות אקדמיות שפתוחות לרישום של מין אחד בלבד. כפי שפורט לעיל, לטענתם ההפרדה איננה וולונטרית, בפרט כאשר לא עומדת לסטודנט החרדי אפשרות למסלול מותאם אקדמית עבורו שלא בהפרדה.

24. עוד טוענים עותרי תירוש כי תכנית החומש השנייה איננה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואיננה נעשית לתכלית ראויה, בשל פגיעה חמורה בזכות היסוד לשוויון, וכי תכלית הסדרי ההפרדה בתכנית הינה "יצירת מתחם סטרילי מנשים", שאינה יכולה להוות תכלית ראויה.

יתר על כן, לשיטתם, החלטת המל"ג איננה סבירה ואיננה עומדת במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה החוקתית. לטענתם, הפגיעה החמורה בשוויון ובזכויות הנשים גדולה משמעותית מהתועלת המתקבלת מקיומה של תכנית החומש השנייה.

25. לעניין מבחני הקשר הרציונלי והאמצעי שפגיעתו פחותה, הרי שלטענת עותרי תירוש, סקר מלחי, שעליו מסתמכים משיבי הממשלה, איננו נכון עקב פגמים מתודולוגיים שונים, כפי שעולה לעמדתם גם מסקר ברק-קורן. לטענתם, לפי סקר ברק-קורן ההפרדה איננה שיקול משמעותי בבחירת מוסד לימודים בציבור החרדי, והחסמים העומדים בפני ציבור זה בשילוב בהשכלה גבוהה הינם אחרים, ולא דווקא הלימודים שאינם בהפרדה. תמיכה נוספת לטענתם זו מוצאים עותרי תירוש בכך שבמקרה אחד הפעילה המשיבה 13 ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: מכללת צפת) תכנית בהפרדה ללא אישור, ובהוראת המל"ג נאלצה לבטל את ההפרדה, ולאפשר לסטודנטים ללמוד במסגרת ללא הפרדה, או לבטל את הרשמתם במקרה זה. רק סטודנטים ספורים בחרו לבטל את הרשמתם, והיתר בחרו ללמוד שלא בהפרדה. כמו כן, לטענת העותרים, ניתן לממש את שילוב החרדים בהשכלה גבוהה במסגרות חלופיות, כמו האוניברסיטה הפתוחה.

נוסף לכך, לעמדת העותרים, התכניות לשילוב החרדים בהשכלה גבוהה אינן יעילות ואינן עומדות ביעדים ובמטרות שלשמן נפתחו. משכך, נטען כי אין קשר רציונלי בין תכלית שילוב החרדים בשוק התעסוקה לבין הלימודים בהפרדה, וזאת במיוחד נוכח העובדה שמקומות העבודה עצמם אינם נפרדים.

26. בין ידידי בית המשפט היו שביקשו לחדד את עמדת עותרי תירוש, וטענו בהרחבה כי ההפרדה אינה נובעת מליבת הפרקטיקה הדתית, אלא היא "הידור מצווה בלבד", ולא יכולה להצדיק הפליה על פי ההלכה הקיימת. מרכז קונקורד טען, למשל, כי אי הופעת מרצות בפני גברים מנציחה תפיסות בדבר נחיתות הנשים, ושוללת מהן עמדות כוח.

27. עותרי תירוש אף טוענים להפליה בין סטודנטים חרדים לכאלה שאינם, בכך שהמל"ג מקצה מלגות ונותנת תקצוב נוסף לסטודנטים חרדים, רק על בסיס השתייכותם לזרם דתי, תוך אפליית סטודנטים שאינם חרדים במצב סוציו-אקונומי זהה.

טענות העותרים ב-בג"ץ 8683/17 (להלן: עותרי קהלת)

28. עותרי קהלת הם עמותה שמטרתה, בין היתר, לפעול לקידום חירות הפרט וחופש העיסוק בישראל, וכן שלושה עותרים אשר מעוניינים ללמוד לתואר שני

במסלולים מופרדים מגדרית.

בהחלטה מתאריך 20.01.2019 התקבלה בקשת ועד ראשי המוסדות הלא מתוקצבים, והוא צורף כעותר לעתירה, ובהחלטה מתאריך 26.02.2019 צורפו שני עותרים נוספים, אשר ביקשו להירשם למסלולי לימוד נפרדים במכללת אונו, ונדחו בנימוק שמכסת החריגים כבר מולאה.

29. עותר קהלת טוענים כי סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט מאפשר לקיים מוסדות ומסלולי לימוד נפרדים מטעמי דת וכן לקדם אוכלוסייה מסוימת. לטענתם, המל"ג כרגולטור מוסמכת לפקח על מוסדות הלימוד רק לגבי "רמה מדעית נאותה", ואיננה רשאית לשקול שיקולים ערכיים, כגון שיקולי שוויון וכדומה, אף אם מדובר בעיניה בערכים חשובים, וזאת בדומה לרגולטורים אחרים. יתרה מכך, לטענתם, הרי שסעיפים 9 ו-15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק המל"ג) אף מונעים זאת במפורש. בשל כך, לטענתם, מוסדות אקדמיים לא מתוקצבים – חופשיים לעשות כרצונם, כל עוד שישמרו על רמה מדעית נאותה, ועל כן הם יכולים לקבל כל סטודנט לתכניות בהפרדה לכל תואר, בניגוד להגבלות המל"ג.

30. עותר קהלת מוסיפים, כי החלטת המל"ג עצמה פוגעת בזכויות חוקתיות שונות, בהן: חופש העיסוק של הסטודנטים החפצים בהפרדה, חופש העיסוק של המוסדות הבלתי מתוקצבים, חופש הדת, הזכות הקבוצתית לתרבות, הזכות לחינוך, הזכות לאוטונומיה אישית וכן הזכות לשוויון, שכן, לטענתם, נוצרת בגין החלטת המל"ג הפליה בין סטודנטים חרדים ללא חרדים.

לצד האמור, נטען כי הן החלטת המל"ג והן עתירת תירוש נגועות בפטרנליזם כלפי נשים חרדיות, המעוניינות ללמוד לימודים אקדמיים בהפרדה. מעבר לכך, עותר קהלת גורסים כי ההלכה הידועה כ"נפרד בהכרח אינו שווה" חלה רק כאשר מדובר בהפרדה כאקט של השפלה, אולם אם המיעוט עצמו מבקש להתבדל – אין בכך פסול. לטענתם, מאחר שהביקוש למסלולים הנפרדים הינו וולונטרי, מתוך המיעוט עצמו, הרי שאין בכך פגם. כראיה לדבר, הם מביאים את העובדה כי הפרדה מגדרית מצויה ומקובלת במוסדות בלתי מתוקצבים בארצות הברית, כאשר רק מוסדות מתוקצבים מנועים מללמד בהפרדה מגדרית, וכן היא מקובלת במוסדות לימוד בבריטניה. כמו כן, לשיטת עותר קהלת, העובדה כי סטודנטים מקבלים מלגות או הלוואות מן המדינה איננה הופכת את המוסדות שבהם לומדים הסטודנטים הללו למתוקצבים.

31. עותרי קהלת טוענים עוד כי אין מקום לקשור בין לימודים בהפרדה לבין הפגיעה בזכויותיהן של מרצות באקדמיה, שכן זכויות אלו מוגנות על ידי חוקים ספציפיים, ויש להשתמש בכלים המוסדרים בהם כדי לאוכפן. בנוסף, עותרי קהלת קובלים על כך שהחלטת המל"ג מחריגה מוסדות ותיקים ומכללות להכשרת מורים. לטענתם, מדובר איפוא בהפליה פסולה, ויש להחיל את אותן הנורמות – על כלל מוסדות הלימוד ואף על מוסדות בפיקוח משרד החינוך, כגון מוסדות יסודיים ועל יסודיים.

ביחס לעתירת תירוש, עותרי קהלת טוענים כי יש צורך חיוני במסלולים בהפרדה בקרב האוכלוסייה החרדית, כאשר לטענתם ישנם קשיים מתודולוגיים רבים בסקר ברק-קורן. לתמיכה בטענתם הם צירפו חוות דעת וכן סקר שנערכו על ידי פרופ' אברהם דיסקין (להלן: סקר דיסקין).

32. מכללת אונו הצטרפה בטיעוניה לעמדת עותרי קהלת, וביקשה להרחיב את עמדתם אף ביחס למוסדות מתוקצבים. יצוין כי עמדה זו איננה עומדת עוד על הפרק, שעה שהיא חורגת מגדרי הצו על-תנאי שהוצא בעתירה. עם זאת, אעמוד על עיקריה בתמצית. לטענת מכללת אונו, הסדרי ההפרדה הנוהגים בציבור החרדי עומדים בגדר התנאים שהותוו בפסיקה לחוקתיותם של הסדרי הפרדה מגדרית מטעמי דת. על-פי הטענה, מדובר בפעולה וולונטרית, כאשר אין בהפרדה מימד היררכי, הנובעת מצורך חיוני של מגזר אוכלוסייה פרטני, שאין בו כדי לאיים על הפרהסיה הציבורית. עוד נטען כי לימודים בהפרדה מגדרית הם בגדר קיום חובה הלכתית ברורה ומוסכמת על כל פוסקי ההלכה בני זמננו, ובפרט על פוסקי הקהילה החרדית. מכאן, כך נטען, יש להגן על ההפרדה המגדרית מכוח הזכות לחופש דת.

עוד נטען על-ידי מכללת אונו כי גם אם יש פגיעה חוקתית בהפרדה, הרי שמדובר בפגיעה לתכלית ראויה, העומדת במבחני פיסקת ההגבלה. לטענתה, ההפרדה חיונית לצורך שילוב חרדים המשתייכים "לליבת" הקהילה החרדית, וביטול התכנית, או הגבלתה, יובילו לנסיגת מגמת ההשתלבות של הקהילה החרדית בישראל, ול"ציפוף שורות" שעלול לא רק להוביל לאי שילובם של "המחמירים" יותר בקהילה החרדית, אלא גם לנסיגת הגורמים המודרניים יותר בקהילה.

33. כמה מבוגריה של מכללת אונו צורפו להליך במעמד של ידידי בית המשפט, ובתגובותיהם הוצגו עמדות הדומות לעמדתה של המכללה. לטענתם, אין משמעות ההפרדה כאילו "מין אחד נעלה על מין אחר", אלא מדובר על רצון משותף של קהילה

תרבותית לשמור על מצוות דתה. לתפיסתם, ההפרדה, על כל ראשיה, לרבות האיסור ללמוד מאישה, הינה חובה דתית ברורה ומוסכמת ולצורך כך הרחיבו במקורות שונים, שאליהם נשוב בהמשך.

34. גם מבח"ר טענה טענות דומות, והרחיבה בהן את היריעה. אף היא, בדומה למכללת אונו, הדגישה כי שילובו של הציבור החרדי בהשכלה גבוהה הינו אתגר מורכב, שקבלת העתירה כפשוטה תוביל לעצירתו. לטענתה, הסעדים המבוקשים כאן ביאו ל"ריסוק השתלבותו של הציבור החרדי במעגל העבודה". כמו כן, הודגש כי במוסדות הפועלים בהפרדה, יש שיעור נשים גבוה יותר במקצועות ההנדסה והמדעים מאשר באוניברסיטאות מובילות, וכן שיעור חברות סגל גבוה יותר מאשר במוסדות הכלליים.

טענות העותרים בעתירות "מיהו חרדי"

35. העותרות ב-בג"ץ 8010/16 הן עמותה המנהלת תיכון תורני על-יסודי לבנות, בעל אופי חרדי-לאומי, ובוגרת של מוסד זה. העותרים ב-בג"ץ 2240/17 הם שני בתי ספר על-יסודיים לבנות חב"ד, וכן שתי בוגרות של בתי ספר על-יסודיים מזרם זה. הבוגרות של בתי הספר הנ"ל אינן נכללות בהגדרת "מיהו חרדי" של תכנית החומש השנייה, כיוון שבתי הספר הנ"ל מצויים בפיקוח ממלכתי-דתי, ולא תחת פיקוח "חרדי" במשרד החינוך.

עותרים אלו מלינים על הקריטריון הדורש פיקוח "חרדי" בהחלטת המל"ג ומבקשים לקבוע אמות מידה אחרות באשר להגדרת "מיהו חרדי" לעניין זה, וזאת בדומה לקריטריונים שנקבעו בהחלטות הממשלה בנושאים אחרים הקשורים בציבור החרדי. לטענתם, הקריטריון שנבחר על ידי המל"ג, דהיינו השתייכות מוסד הלימוד לפיקוח "חרדי", הינו שרירותי ומפלה, וחוטא לתכלית שלשמה התקבלה החלטת המל"ג.

36. בדיון שנערך בפנינו נמסר לנו כי לחלק מהעותרות הפרטניות נמצא מענה, או שהן אינן מעוניינות עוד בלימודים אקדמיים, אך העותרים עמדו על עתירתם ביחס למוסדות החינוך עצמם ולבוגרותיהם העתידיות.

37. במסגרת תגובותיהן הודיעו מבח"ר ומכללת אונו כי הן תומכות בעמדת עותרות אלו, וכי מדיניות החריגים שהתירה המל"ג – איננה מספקת את הדרישה ללימודים

אקדמיים מצד בוגרות מוסדות העותרים. כמו כן, מכללת אונו ציינה כי מדיניות זו של המל"ג יוצרת, לשיטתה, תמריץ שלילי ללימודי בגרות בקרב הקהילה החרדית.

טענות משיבי הממשלה

38. משיבי הממשלה טוענים כי יש לדחות את כלל העתירות, באשר החלטת המל"ג בדין יסודה, וזאת על כלל היבטיה הנתקפים בעתירות השונות וכפי שיפורט מיד. בתמצית, טענתם היא כי ההפרדה נדרשת לצורך שילוב הציבור החרדי בהשכלה גבוהה, המוביל בתורו לשילובם בתעסוקה ובחברה הישראלית, וזאת הן מחמת הפערים האקדמיים והן מחמת הפערים התרבותיים. עתה נפרט עמדתם ונשייך אותה לעתירות השונות.

טענות משיבי הממשלה ביחס לעתירת תירוש

39. משיבי הממשלה טוענים כי החלטת המל"ג התקבלה לאחר הליך מקיף של למידה, ולאחר שימוע ציבורי נרחב בכתב ובעל-פה שבגדרו נשמעו למעלה מ-30 דוברים והתקבלו למעלה ממאה תגובות. הנה כי כן, בניגוד לנטען על ידי עותר תירוש, לטענת משיבי הממשלה הרי שכלל החומרים הרלבנטיים הונחו בפני המל"ג.

40. משיבי הממשלה אינם חולקים על כך שהחלטת המל"ג עלולה לעלות לכדי פגיעה בשוויון, אולם הם טוענים כי פגיעה שכזו הינה מידתית ולתכלית ראויה. לשיטתם, תכלית החלטת המל"ג הינה שילוב של האוכלוסייה החרדית בהשכלה גבוהה ובשוק התעסוקה – תכלית שהיא ראויה וחיונית עבור כלל תושבי ישראל. בהקשר זה נטען כי לימודים אקדמיים הינם האמצעי היעיל ביותר להשיג תכלית זו, לאור השיפור העצום הן בשיעור התעסוקה והן בשכר החרדים בעלי תואר אקדמי בהשוואה לכאלה שאינם כאלה. כך, בעוד ששיעור תעסוקת הגברים החרדים שאינם בעלי תואר אקדמי עומד על 52% בלבד, הרי שבקרב בעלי תואר אקדמי נוסק שיעור התעסוקה ל-91%. גם שכרם של החרדים האקדמאים גבוה בכ-160% ביחס לשכרם של חרדים לא אקדמאים.

לגרסת משיבי הממשלה, תכנית החומש השנייה משיגה את מטרותיה, כאשר שיעור הסטודנטים החרדים במערכת ההשכלה הגבוהה עולה בהתמדה משנה לשנה, ואיתו מתרומם גם מרכיב השתתפותם בשוק התעסוקה. מכאן שקיים קשר ישיר בין החלטת המל"ג לבין השגת תכלית זו. משיבי הממשלה טוענים איפוא כי לימודים במסגרות מיוחדות לחרדים, הפועלות בהפרדה מגדרית, חיוניים לשילוב החרדים בהשכלה

גבוהה וזאת הן מחמת הקשיים האקדמיים ההתחלתיים שלהם, והן בשל הרקע התרבותי והחברתי השונה שלהם וההתנגדות שאליה הם נחשפים בקהילותיהם לרכישת השכלה בדרך זו.

מבחינה אקדמית, משיבי הממשלה טוענים כי ישנו פער משמעותי בין האוכלוסייה החרדית לבין האוכלוסייה הכללית, לאור רמת לימודי הליבה הנמוכה הנלמדת במסגרות היסודיות והתיכוניות החרדיות, וכן בשל הפער בין רמת לימודי הליבה בין הגברים החרדים (שרובם לא לומדים כלל לימודי ליבה בתקופת התיכון, ולומדים שיעור נמוך וחלקי של לימודי יסוד בתקופת היסודי) לבין רמת לימודי היסוד בקרב נשים חרדיות (שרובן לומדות לימודי יסוד, הן ביסודי והן בתיכון, ברמה הנמוכה רק במעט מהמגזר הכללי). על פער זה, לטענת משיבי הממשלה, לא ניתן לגשר באופן מלא במסגרת מכינה קדם אקדמית, והוא נמשך עד לסיום שנות הלימודים לתואר. בשל כך, לטענתם, הרי שיש קושי אקדמי בכיתות משולבות של גברים ונשים חרדים, ועל אחת כמה וכמה בשילוב של חרדים עם האוכלוסייה הכללית, כך שהגברים החרדים, שרמתם נמוכה יותר "יעכבו" את הנשים החרדיות שיכולות ללמוד ברמה גבוהה יותר.

נוסף לאמור, נטען כי קיים קושי מבחינה תרבותית, כאשר מרבית האוכלוסייה החרדית איננה מוכנה ללמוד במוסדות לימוד שאינם מיוחדים למגזר החרדי, או אשר פועלים שלא בהפרדה מגדרית. לתמיכה בטענתם משיבי הממשלה הציגו את תוצאות מחקר מלאך וכן את סקר מלחי, שמהם עולה כי 83% מהנשים החרדיות, ו-79% מהגברים החרדים אינם מוכנים ללמוד במסגרות הפועלות שלא בהפרדה מגדרית. לשיטת משיבי הממשלה, ההפרדה המגדרית נדרשת במיוחד עבור הנשים החרדיות, שכן, על פי רוב, מדובר בנשים בגילאים צעירים, שההגנה החברתית עליהן גבוהה במיוחד. לעומתן, הגברים, על פי רוב, מגיעים ללימודים אקדמיים בשלב מאוחר יחסית, כאשר מעמדם החברתי מבוסס והם בעלי משפחות, ולכן הצורך בהפרדה מגדרית פוחת ביחס אליהם.

41. משיבי הממשלה מוסיפים וטוענים כי החלטת המל"ג, על האיוונים השונים הכלולים בה (העובדה כי ההפרדה מותרת בכיתות עצמן בלבד ולא במרחבים המשותפים; העובדה כי היא מותרת לתואר ראשון בלבד וכי יכולים להתקבל לתכנית רק סטודנטים חרדים שלמדו במוסדות חינוך בפיקוח חרדי) – מקיימת את האיזון המידתי הדרוש בין הפגיעה בשוויון לבין התכלית אותה באה החלטת המל"ג להגשים.

בנקודה זו יש לציין את טיעוניה של אוניברסיטת בר-אילן, אשר לגישתה, לצד פגיעת תכנית החומש השנייה בשוויון, יש בה מנגד גם תרומה לקידום שוויון, וזאת על ידי יצירת שוויון הזדמנויות לקהילה החרדית. אוניברסיטת בר-אילן גם מדגישה כי היא עושה מאמצים לצמצם את ההפרדה המגדרית ככל הניתן, במיוחד בסוגיית המרצות. כך, היא יזמה פתיחה של קורסים מתוקשבים לגברים שיועברו על ידי מרצות, כאשר קורסים אלו כוללים אף מפגשי רשות פרונטליים, וזאת לצורך שילוב הדרגתי ותיקון הנורמה, כך שגברים ילמדו ממרצות ללא הגבלה.

יש לציין גם את דבריו של המשיב 5 ב-בג"ץ 6500/17 (להלן: הטכניון), כי סטודנטים חרדים רבים הלומדים בתכניות בהפרדה בפלטפורמה שתחת חסותו, ממשיכים ללימודי שנה רביעית, לצורך תואר "מהנדס", בקמפוס הכללי שלא בהפרדה. כמו כן, הובהר כי ההפרדה הנהוגה בטכניון (בשנים הראשונות) למשתייכים למסגרת זו, מאפשרת לסטודנטים חרדים להתמודד עם ביקורת קהילתית על יציאתם ללימודים אקדמיים, ומקשה את עוצמת ההתנגדות לצעד זה.

42. יוער כי המשיבים שהינם מוסדות אקדמיים המפעילים תכניות לימוד בהפרדה מגדרית חזרו על טענת משיבי הממשלה כי מסלולי הלימוד נקבעים על פי היצע וביקוש, וכי אין להם אינטרס שלא לפתוח מסלול ספציפי לגברים או לנשים, ככל שתהיה לכך היתכנות כלכלית.

טענות משיבי הממשלה ביחס לעתירת קהלת

43. משיבי הממשלה טוענים כי אותן ההגבלות שכנגדן יוצאים עותרי קהלת, משמשות כאיזונים הנדרשים לחוקתיותם ולחוקיותם של מסלולי ההפרדה.

לטענתם, בניגוד לטענת עותרי קהלת, פלורליזם הינו חלק אינטגרלי מהשכלה גבוהה, המחייבת מפגש בלתי אמצעי עם רעיונות ובני אדם מגוונים. בכך, למסלולים בהפרדה מגדרית יש פוטנציאל לפגוע ברמה המדעית של המוסדות, כך שהגבלת המל"ג עליהם בא בגדר סמכויות הפיקוח שלה על המוסד. יתרה מכך, לשיטת המשיבים, גם אם לא היה הדבר כן, הרי שעל כל רגולטור מוטלת החובה לוודא כי הגופים המפוקחים על ידו נוהגים בשוויון.

44. עוד טוענים משיבי הממשלה כי ישנה הבחנה בין תואר ראשון לבין תואר שני, הן במובן של מבחן הקשר הרציונלי והן ביחס למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זאת,

שכן על פי רוב, תואר ראשון הוא תנאי הכרחי לעיסוק במקצוע, בעוד שתואר שני איננו כזה, וכן לאור העובדה כי יש נכונות רבה יותר בקרב הקהילה החרדית ללימודי תואר שני שלא בהפרדה ביחס לגישתם ללימודי תואר ראשון. בנוסף, צוין כי באשר לתואר שני לא מתקיים התנאי של פער אקדמי, שכן המבקשים ללמוד תואר שני הם כבר בעלי השכלה גבוהה.

טענות משיבי הממשלה ביחס לעתירות "מיהו חרדי"

45. לטענת משיבי הממשלה, ישנו קושי רב לזיהוי המגזר החרדי, כאשר בעניין זה יש מתודולוגיות שונות ושיטות זיהוי שונות. לטענתם, בהחלטת המל"ג נבחרה השיטה המתאימה ביותר לעניין, והיא על ידי סיווג מוסד הלימודים האחרון.

46. לטענת משיבי הממשלה, הסיבות לפערים שמכוחם נדרשת ההפרדה הם: הפן האקדמי, קרי לימודים במסגרות ללא לימוד ליבה, או שנלמדים בהן לימודים שנבחנים בהם בבחינות "סאלד" שאינן שוות-ערך לבחינות הבגרות, והפן התרבותי, קרי העובדה כי מדובר בתלמידים שמעולם לא נפגשו עם כאלה שאינם חרדים, ולא נחשפו לאורח חיים שונה משלהם, וכן שכל מסגרת לימודית קודמת בחייהם הייתה בהפרדה מגדרית.

47. עוד גורסים משיבי הממשלה כי רק מי שלמד במוסד בפיקוח חרדי עונה על שני הקריטריונים הנ"ל, ומוסד המפוקח בפיקוח שאינו חרדי – אינו עומד בקריטריון האקדמי, שכן נבחנים בו בבחינות הבגרות בדומה לציבור הכללי. משכך, הרי שבדין נקבעה החלטת המל"ג, כאשר למוסדות הלימוד יש אפשרות ליתן מענה פרטני למקרים קונקרטיים, וזאת במסגרת מדיניות החריגים המאושרת על ידי המל"ג.

דיון והכרעה

48. להחלטת המל"ג שלושה חלקים עיקריים: הראשון הוא אישור תכניות אקדמיות הפתוחות לאוכלוסייה החרדית בלבד, ומתן תקצוב מיוחד לתכניות ולסטודנטים מאוכלוסייה זו. השני הוא אישור תכניות אקדמיות בהפרדה מגדרית וקביעת תנאים להפרדה זו. השלישי הוא הקביעה מי משתייך לאוכלוסייה החרדית לצורך אותן התכניות.

מאחר שבגדרי הצווים על-תנאי שהוצאו – לא נכללו החלקים החוקתיים שהתבקשו על-ידי העותרים, הרי שמצויים אנו בגדרי הביקורת המינהלית ((ראו: בג"ץ 4406/16

איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, בפיסקה 64 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, ובפיסקה 9 לפסק דיני שם (29.09.2016); עיינו גם: בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (04.04.2021)).

על כן, דרך הילוכי תהיה כדלקמן:

ראשית, אבחן את שאלת סמכותה של המל"ג לקבל את ההחלטה על כלל חלקיה. לאחר מכן אבדוק אם ההליך שבו התקבלה החלטת המל"ג היה הליך תקין וראוי מבחינה מינהלית. לבסוף אבחן את שיקול הדעת המינהלי עצמו. במסגרת זו אבחן אם החלטת המל"ג פוגעת בזכויות חוקתיות, כפי שנטען על ידי העותרים, ואם אגיע למסקנה חיובית אבדוק אם הפגיעה עומדת בתנאיה של "פיסקת ההגבלה".

הדברים יפורטו מיד בסמוך, ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

מישור הסמכות

49. עיקר סמכויותיה של המל"ג מוסדרות בחוק המל"ג. בכל הנוגע לתנאי ההכרה במוסד לימודים כמוסד להשכלה גבוהה, קובע סעיף 9 כלדקמן:

"המועצה רשאית להכיר במוסד פלוני כמוסד להשכלה גבוהה על יסוד כללים שנקבעו על ידיה להכרה במוסדות להשכלה גבוהה, או בסוגים מהם, בנוסף לדרישת רמה מדעית נאותה (להלן – מוסד מוכר), ובלבד שכללים אלה לא יגבילו חופש הדעה והמצפון" (ההדגשה הוספה – ח"מ).

בהתאם לכך, המל"ג קבעה מכוח סמכותה על פי סעיף זה, את כללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד-1964 (להלן: כללי ההכרה), שמעמדם כחוקת משנה – כלל 9 לכללים הנ"ל, קובע כדלקמן:

"לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי" (ההדגשה הוספה – ח"מ).

כהשלמה, יש לציין את כלל 2 לכללי ההכרה, הקובע כדלקמן:

"היתה המועצה סבורה כי מוסד פלוני אינו ממלא אחרי התנאים האמורים בכללים אלה, לא תכיר בו המועצה כמוסד להשכלה גבוהה".
(ההדגשה שלי – ח"מ; וראו גם את כלל 1 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (ביטול הכרה במוסד מוכר), התשמ"ח-1988 (שהותקנו מכוח סעיף 18 לחוק המל"ג).

50. לכאורה, צודקים איפוא עותרי תירוש כי כלל 9 לכללי ההכרה אוסר באופן גורף על הפליה מחמת דת וגזע. למעשה, גם לולא הוראות סעיף זה, כללי המשפט המינהלי הנהוגים בשיטתנו היו מורים כי אל לה למל"ג, כמו לכל גוף מינהלי אחר, לפעול או לקבוע כללי מדיניות באופן מפלה. כפי שיפורט להלן, סבורני כי ניתן לומר שבמקרה שלפנינו ההפרדה המגדרית במסגרת מסלולי הלימוד היא הסדר הפוגע בזכות לשוויון, וממילא יש לאתר מקור סמכות לפגיעה האמורה (וזאת אף אם יתברר בסופו של יום כי ישנן הצדקות לפגיעה הנטענת בשוויון; על דרישת הסמכות כתנאי לפגיעה בזכויות יסוד, ראו: בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – כרך א 121 (2010)).

51. יחד עם זאת לטעמי יש לראות בכלל 9 הנ"ל משום מקור סמכות מספק.

לגישתי, פרשנות מילולית דווקנית הקובעת כי הדיבור "לא יפלה" אוסרת על קיומה של הפליה בכל מקרה ומקרה – עלולה להוביל לתוצאה אבסורדית מבחינה מעשית, ואנכרוניסטית מבחינת ההרמוניה החקיקתית, לרבות שילובם של הוראות חוק המל"ג עם יתר דברי החקיקה העוסקים בהפליה.

המקור הפרשני הרואה את איסור ההפליה הקבוע בכללי המל"ג כביטוי הנתון לפרשנות רחבה עולה דווקא ממקור חקיקתי חיצוני לחוק הנ"ל – בחוק זכויות הסטודנט. אביא איפוא את החלקים הרלבנטיים מחוק זכויות הסטודנט כלשונם:

"1. בחוק זה –

"מוסד" – מוסד שהוא אחד מאלה:

(1) מוסד שהוכר לפי סעיף 9 לחוק המועצה

להשכלה גבוהה;

(2) מוסד שקיבל תעודת היתר או אישור לפי

סעיף 21א לחוק המועצה להשכלה גבוהה;

[...]

(5) מוסד להכשרת הנדסאים וטכנאים שבפיקוח

משרד התעשייה המסחר והתעסוקה;

(6) מוסד להכשרת עובדי הוראה בישראל;

(7) מכינה קדם אקדמית במסגרת המוסדות

המנויים בפסקאות (1) עד (6);

(8) מוסד לאמנות;

[...]

4. (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.

(ב) 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 אוכלוסיה מסוימות ושל תנאי קבלה מקלים לפי סעיף 9(ב) " (ההדגשות שלי – ח"מ).

הנה כי כן, חוק זכויות הסטודנט, המסדיר את פעילותם של המוסדות הכפופים למל"ג, קובע כי על אף ש"הפליה" אסורה באופן כללי – אין לראות בהפרדה מגדרית הנעשית מטעמי דת במסגרת מסלולי הלימוד משום הפליה אסורה, ומכאן שמוסדות לימוד המוכרים על-ידי המל"ג (וכן מוסדות אחרים החוסים תחת ההגדרה הרלבנטית בסעיף 1 לחוק זכויות הסטודנט), המבקשים לערוך לימודים בהפרדה מגדרית, יוכלו לעשות זאת כל עוד הדבר נעשה מטעמי דת. דא עקא, אם נקבל את פרשנותם של עותרי תירוש לאיסור ההפליה החל על המל"ג בהתאם לכלליה, שלפיה אין להכיר במוסד המקיים מסלולי לימוד בהפרדה – הרי שיש בכך כדי לרוקן את סעיף 4(ב) הנ"ל מתוכנו. לכל הפחות, יש בכך כדי להוביל את הפרשן למעגל פרשני שוטה ולתוצאה אבסורדית, שלפיה המל"ג איננה רשאית להכיר במוסד לימודים המאפשר הפרדה מגדרית באשר היא: על פי פרשנות זו, משניתנה לו ההכרה הנ"ל, נתונה לכאורה בידי המוסד האפשרות, מכוח חוק זכויות הסטודנט, לבצע הפרדה מגדרית – אולם אם יקים בפועל מסלולים נפרדים כאמור – יהיה על המל"ג לשלול ממנו את ההכרה מכוח כלל 9 לכללי ההכרה.

עותרי תירוש טוענים שניתן לפתור את הקושי הפרשני הנ"ל בכך שהיתר לקיים מסלולים בהפרדה מטעמי דת יחול רק על מוסדות שאינם מוכרים בהתאם לסעיף 9 לכללי המל"ג, אולם בגישה זו אנו נותנים תוקף לדברי המחוקק לשיעורין, וזאת מבלי שיש לכך אינדיקציה כלשהי בחוק המסמך. האפשרות הפרשנית הסבירה יותר לדעתי היא, כי יש לקרוא אל תוך הצירוף "לא יפלה" החל על המל"ג, את הסייג האמור בסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט. הווה אומר, כי לא חל על המל"ג איסור להכיר במוסדות המקיימים מסלולי לימוד בהפרדה הנעשית מטעמי דת.

52. פרשנות כללי המל"ג, אשר נקבעו כאמור לפני למעלה מיובל שנים, בדרך זו מקבלת חיזוק והשראה מסוימת מיתר דברי החקיקה העוסקים באיסורי הפליה שנחקקו במרוצת השנים האחרונות. עיון בלשון חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), למשל, מלמד כי נקבע בו חריג לכלל איסור הפליה, המתבטא בקיומן של מסגרות נפרדות לנשים ולגברים, בנסיבות ובתנאים מסוימים. סעיף 3 לחוק איסור הפליה קובע את כלל איסור הפליה, כשלענייננו רלבנטי החריג המנוי בסעיף 3(ד)(3) לחוק זה:

3. (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...

(ד) 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.

יצוין, כי סעיף 2(א) לחוק איסור הפליה קובע כי "שירות ציבורי" לעניין חוק זה כולל "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי" (ההדגשה שלי – ח"מ).

53. זאת ועוד – אחרת. כידוע, את החוק יש לפרש לפי נסיבות הזמן המשתנות, ובפרט לאור חקיקה מאוחרת, כדי ליצור הרמוניה חקיקתית. יפים לעניין זה דברי הנשיא א' ברק ב-בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 766-767 (1993):

"דבר חקיקה אינו עומד בכדידותו. הוא מהווה חלק ממערך החקיקה. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה חקיקתית [...] המפרש חוק אחד, מפרש את החקיקה כולה. החוק הבודד עומד ביחס למערך החקיקה במערך של כלים שלובים. מערך החקיקה כולו משפיע על גיבוש תכלית החקיקה של חוק בודד. חוק מוקדם משפיע על תכליתו של חוק מאוחר. חוק מאוחר משפיע על תכליתו של חוק מוקדם. 'חוקים חדשים, היוצאים מאת המחוקק, יוצרים 'סביבה' חדשה, ויש בהם כדי להשפיע על

פירושו של חוק קודם' [...] 'לעתים יוצר חוק, עם חקיקתו, מספר אופציות פרשניות, אך במשך השנים, ועם חקיקתם של חוקים נוספים באותה סוגיה, הופכות חלק מהאופציות לבלתי אפשריות, ואילו אופציות חדשות קמות"
(ההדגשה שלי – ח"מ; ראו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה עמ' 327-331 ו-395-396 (1993) (להלן: ברק פרשנות חקיקה)).

הנה כי כן, כיום, לאחר חקיקת החוקים נגד מניעת הפליה שפורטו לעיל, והחריגים שנקבעו בהם ביחס להפרדה מגדרית, אין לקבל פירוש דווקני של כללי ההכרה. במילותיו של השופט א' גולדברג ב-ע"א 624/88 גולד נ' מעוז, פ"ד מד(1) 497 (1990): "עלינו להעדיף את הפירוש, המביא לשילוב ויוצר הרמוניה בין החוקים, על פני הפירוש, המעלה ניגוד ביניהם". עמד על כך גם השופט (כתוארו אז) א' ברק ב-בג"ץ 174/85 חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 245 (1985) בקובעו: "חזקה על המחוקק, כי אם הוראתו המאוחרת יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראתו הקודמת, כי לא נתכוון לבטל את ההוראה הקודמת".

54. לגישתי, יש לקרוא את כלל 9 לכללי ההכרה ככולל חריג המאפשר הצדקה של הפרדה מגדרית מטעמי דת בנסיבות מסוימות, בדומה לתפיסה העולה מדברי החקיקה שנזכרו לעיל העוסקים באיסור הפליה. תפיסה שכזו מקובלת גם במשפט המשווה, שם מוכרים מוסדות אקדמיים היסטוריים בהם נוהגת הפרדה מגדרית (ראו למשל בארה"ב: Title IX of the Education Amendments of 1972, 20 U.S.C.S. § 1681(a)(5)). פירוש זה אף עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה ב-בג"ץ 131/81 דובר נ' המועצה להשכלה גבוהה, פ"ד לה(4) 263, 267 (1981), לפיה יש לפרש את כללי ההכרה כמכוונים להבחנה שאיננה משיקולים חוקיים וענייניים. זאת ועוד: על אחת כמה וכמה יש להעדיף פירוש זה, באשר חוק זכויות הסטודנט הינו חוק מאוחר, הגובר על חוק מוקדם, ואשר, אילו לא יכולנו ליישבו עם חוק המל"ג ועם כללי ההכרה היה מהווה "ביטול מכללא" של דברי חקיקה אלה (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 553-554 (1995)).

55. על אותה דרך נשמטת גם טענת עותרי קהלת לחוסר סמכותה של המל"ג להגביל את המוסדות בקיום מסלולי ההפרדה, שכן אם אכן בסמכות המל"ג לקבוע מדיניות הנוגעת למסלולי ההפרדה המאושרים ללימודים במוסדות הכפופים לה, הרי שבסמכותה לקבוע כי ההפרדה הננקטת במוסד מפלה מחמת מגדר שלא על יסוד שוני רלבנטי או טעמים מוצדקים – דינה להתבטל. בכך, נבדל ענייננו מפסקי הדין ב-בג"ץ

465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990) ו-בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524 (1954), שעליהם ביקשו להסתמך עותרי קהלת. זאת, שכן בעוד ששם הרגולטור הציב דרישות שלא נכללו בגדר סמכותו, הרי שכאן מל"ג הוסמכה לפקח על עניינים אלו, וזאת מכוח כללי ההכרה, כאשר סעיף 9 לחוק המל"ג קובע במפורש כי כללים אלו הינם "בנוסף לדרישה לרמה מדעית נאותה". יוער כי אף אם סוברים עותרי קהלת שכלל 9 לכללי ההכרה נתקן בניגוד לחקיקה ראשית, הרי שדרך המלך לביטולו הינה "תקיפה ישירה", ולא "תקיפה עקיפה" בגדר ההליך הנוכחי.

56. דרישת ההכרה, הקבועה בחוק המל"ג, וכן כללי ההכרה, חלים הן על מוסדות מתוקצבים והן על מוסדות שאינם מתוקצבים, וזאת נוכח תכליות קיומה של המל"ג, להבטיח רמה אקדמית נאותה ולאפשר הסתמכות על התארים המוענקים (רענן הר-זהב וברק מדינה דיני השכלה גבוהה 41 (1998)). איסור ההפליה חל לעמדתו על שני סוגי המוסדות, בשל היותם מוסדות בעלי מאפיינים ציבוריים, כפי שהוכרו זה מכבר בפסיקה (בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב, פסקה 22 (05.10.2009); ע"א 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש, פסקה כ"ט לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (30.12.2012); אהרן ברק "על ההשכלה הגבוהה והזכות לה" מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 608 (2017) (להלן: ברק, השכלה גבוהה)).

57. גם היתלותם של עותרי קהלת בזכות המוסדות לחופש אקדמי – אין לה על מה שתסמוך. כידוע, "חופש אקדמי אינו חזות הכל" (בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פ"ד סד(3) 1 פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2011)), ולא ניתן להשתמש בו כתירוץ כדי להימנע מחובות שבדין או מנורמות מחייבות (ראו: בג"ץ 3250/13 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' שר האוצר, פסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (09.08.2015); ברק, השכלה גבוהה, בעמ' 608-609), על אחת כמה וכמה מקיום כללי ההכרה המהווים, כאמור, תנאי להכרה במוסד – כמוסד להשכלה גבוהה. גם טענות עותרי קהלת כי ההגבלות על לימודים בהפרדה פוגעות "בחופש הדעה והמצפון" ומשכך בטלות לפי הוראות סעיף 9 לחוק המל"ג דינן להידחות מאותו נימוק.

58. לבסוף יש להזכיר, כי בהלכה הפסוקה נקבע לא אחת שיש לאמץ "גישה הקשרית" הקובעת כי במקרים המתאימים יש לקיים מעין מקבילית כוחות בין דרישת ההסמכה בחקיקה, לבין שלב הפגיעה בזכות. על-פי גישה זו, ניתן להקל בדרישת ההסמכה המפורשת בחקיקה, מקום בו מאפיינים שונים הנוגעים לטיב והיקף הפגיעה

בזכות אינם מהותיים ומשמעותיים. כך, למשל, התבטאה בהקשר זה הנשיאה ד' ביניש ב-בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.8.2008):

"טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים – כל אלה ראוי שישפיעו על אופן הפרשנות והיישום של דרישת 'ההסמכה המפורשת' בפסקת ההגבלה" [...].

רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים" (שם, בפסקה 12); וראו גם: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (19.10.2009); בהקשר המינהלי, ראו: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (20.12.2010).

59. כפי שיובהר להלן, במקרה שלפנינו הפגיעה בעקרון השוויון החוקתי מוגבלת. עותרי תירוש נתקלו באתגר משמעותי בהוכחת הפגיעה בעקרון השוויון ככל שזו נוגעת למרבית קהל הסטודנטיות והסטודנטים הלומדים בהפרדה, אשר בוחרות ובוחרים ברובם ללמוד במסלולי הלימוד הנפרדים בהתאם להשקפת עולמם הדתית וצו מצפונם. נתון זה הוא לטעמי המשמעותי ביותר בכל הנוגע לבחינת עוצמת הזכות הנפגעת בהקשרים שלפנינו. זאת, על אף שבנסיבות מסוימות פרקטיקת ההפרדה המגדרית באקדמיה עשויה לגרור אחריה השלכות חברתיות החורגות מעניינם הפרטני של עותרים כאלה ואחרים. יצוין כי המסלולים הנפרדים מופעלים בשולי הקמפוסים הכלליים, או בקמפוסים נפרדים, וכי ההפרדה אסורה במרחבים הציבוריים – וככל שאיסור זה אכן נשמר, לא מצאתי פגיעה משמעותית בזכותם לשוויון של הסטודנטים במסלולים הכלליים.

60. המצב שונה ביחס למרצות, אשר מוסד הלימודים מונע בעדן מללמד בחלק ממסלולי הלימוד, בשל מינן. אמנם, בכל הנוגע לקבוצה זו, הפגיעה החוקתית היא מוצקה ומשמעותית יותר, אולם כפי שיתואר להלן, סבורני כי אין בטענות עותרי תירוש בעניין זה כדי להצדיק דרישה לסמכות מפורשת וחד-משמעית בדבר החקיקה המסמך, ודי במשעול הפרשני שהותווה לעיל כדי לבסס את הסמכות העקרונית לערוך הפרדה מגדרית במוסדות הלימוד מטעמי דת.

לסיכומו של עניין, הגעתי למסקנה כי החלטת המל"ג ניתנה בגדרי סמכותה בחוק. אעבור איפוא לבחינת הליך קבלת ההחלטה.

מישור ההליך

61. גם בעניין זה טיעוניהם של עותרי תירוש – אינם יכולים להתקבל. כפי שפורט בתגובתם של משיבי הממשלה, הרי שהמל"ג ניהלה הליך מרשים ורחב היקף, שבגדרו נערך שימוע ציבורי, בכתב ובעל פה, הוצגו מגוון רחב מאוד של דעות ונתקבלו יותר ממאה חוות דעת מגורמים שונים. להתרשמותי, המל"ג נהגה בסוגיה זו בחשיבות ובזהירות הראויות. גם אם נפלו פגמים בהתנהלות המל"ג, כדוגמת טענות עותרי תירוש, כי בתקופה מסוימת הועברו חומרי השימוע באתר האינטרנט "למקום חבוי יותר" כלשונם, ואינני קובע זאת, הרי שאין הם מצדיקים את פסילת ההליך כולו, במיוחד לאור דוקטרינת הבטלות היחסית הנהוגה במשפטנו.

פגיעה בזכויות יסוד

62. כפי שתואר, עותרי תירוש וחלק ממשיבי המוסדות האקדמיים תמימי דעים כי מסלולים המפרידים גברים לנשים פוגעים בכבוד האדם של נשים ובזכותן לשוויון. משיבי הממשלה אף הם הכירו בכך שההסדר עלול לפגוע בשוויון, והתמקדו בטענות במישור של בחינת מידתיותו (ראו למשל סעיפים 7, 63-64, 93, 138 לתצהיר תשובה לצו על תנאי מטעם משיבי הממשלה מתאריך 01.07.2018).

העותרים טוענים כי לעניין הפגיעה יש להקיש מפרשת *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954) (להלן: פרשת Brown), אשר נקלטה בשיטתנו, לפיה "נפרד בהכרח אינו שווה", גם לעניין הפרדה בין גברים ונשים באשר היא (ראו: בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 578 (2011) (להלן: עניין רגן); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (09.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה); בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (07.10.2020) (להלן: עניין שוקרון)).

63. עותרי קהלת מבקשים לאבחן את המקרה שלפנינו מפרשת *Brown* ומ-בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (06.08.2009) (להלן: פרשת עמנואל), וזאת עקב כך שלטענתם בניגוד להפרדה במקרים אלו, שכללו מימד היררכי והשפלה, הרי שבהפרדה המגדרית בענייננו – אין כל היררכיה והשפלה, באשר היא נעשית מטעמי דת בלבד, מתוך רצונם החופשי של התלמידים הבוחרים ללמוד במסלולים

אלה, וממילא איננה פוגעת בכבוד האדם של המופרדים ושל אחרים. אינני מקבל תפיסה זו, כפי שהבהרתי בחוות דעתי בפרשת עמנואל (עיינו גם: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619 (2006)) הרחבה תבוא מיד בסמוך.

64. נקודת המוצא במשפטנו היא ששירות ציבורי צריך להיות מוענק על בסיס שוויוני, "בלי הבדל דת, גזע ומין", כלשון מגילת העצמאות (עניין שוקרון, בפיסקה 2 לחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף). יחד עם זאת אין לקבל את הטענה כי הפרדה מגדרית גורמת לפגיעה בזכות היסוד לשוויון בכל מקרה ומקרה, מעצם הגדרתה. כבר נקבע בפסיקתנו, בהקשר דומה, כי יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו:

"לא כל פעילות או מדיניות אשר נטען לגביה כי היא מהווה 'הדרת נשים' אכן תסווג בהכרח בסופו של דבר כהפליה אסורה. כבר נאמר כי מציאות החיים בהקשרים אלה מורכבת, ואינה מאפשרת לאמץ גישה פשטנית וקיצונית על משמעותיה. עמד על כך למשל השופט ס' גובראן בעניין רגן, בהסבירו כי הקונטקסט המיוחד לפרקטיקת ההפרדה עשוי לשפוך אור שונה על השקפתנו בדבר חוקיותה בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך שציינן בפרפראזה לדברי שופט בית המשפט העליון בארצות הברית *Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, 473 U.S. 432, 468- (1985) 469, כי "השלט 'גברים בלבד' נראה על דלת של חדר שירותים אחרת לגמרי מאשר על דלת של אוטובוס". זו תהא אפוא נקודת המוצא לבחינת מופעים החשודים בהדרת נשים" (עניין קול ברמה, בפיסקה 24 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר)

65. הקושי המתעורר בטענת הפגיעה בשוויון במקרה שבפנינו, נעוץ בעובדה כי בניגוד למופעים הפרדיגמטיים של "נפרד איננו שווה" – במקרה שלפנינו מרבית התלמידים הלומדים במסלולים הנפרדים בוחרים בכך **מרצונם החופשי**, בהתאם להשקפותיהם הדתיות התומכות בהפרדה מגדרית כדרך חיים. זאת בניגוד למקרים המוכרים של הפליה בין מגזרי אוכלוסייה, הנכפית על אחת האוכלוסיות המודרות. במובן זה, יש ממש בטענת עותרי קהלת, לפיה מדובר בפרקטיקה וולונטרית, המבוקשת על ידי הנשים החרדיות עצמן, המעוניינות, לטענתם, בהפרדה. לעניין זה חשוב להדגיש גם כי קיומם (התחום והמוסדר) של המסלולים המופרדים, איננו משפיע על המסלולים הכלליים המעורבים, אשר הם פתוחים לכל מי שחפץ וחפצה בכך, הן בציבור החרדי והן בכלל האוכלוסייה.

66. יחד עם זאת, במסגרת ההליך הוצגו לנו ראיות שונות המעידות כי לצד הנכונות של סטודנטים וסטודנטיות ללמוד במסלול הנפרד מתוך השקפותיהם הדתיות, עדיין מתקיימת תופעה שבה סטודנטיות חשות בתחושת הפליה הנובעת מתוך ההפרדה באקדמיה (אשר בחלקן נאלצות ללמוד רק במסלולים הנפרדים, מסיבות שונות, שאינן נתונות לשליטתן. ראו למשל: נויה רימלט "תוכניות אקדמיות נפרדות לחרדים: בין הנגשה ושילוב למדיניות מעודדת הפרדה" 406-407 משפט חברה ותרבות א – המשפט והחרדים בישראל (חיים זיכרמן ויורם מרגליות עורכים, 2018)). נתון זה, לצד העובדה כי משיבי הממשלה עצמם ממקדים טענותיהם בשאלת מידתיות הפגיעה בשוויון – מקילה, לעמדתו, על הצורך בניתוח מדויק של היקף הפגיעה בעקרון השוויון החוקתי.

לצד זאת, לא נעלמה מעיני האפשרות כי הלימוד במסלולים הנפרדים נכפה על חלק מסוים מבני הציבור החרדי שנאלץ לבחור במסלולים אלה כאילו תרבותי. אף אין להכחיש כי קהילות חברתיות עלולות להציב חסמי יציאה גבוהים למבקשים לחרוג מכללי הקהילה ואורחותיה (בהקשר לציבור החרדי, ראו: שלומי דורון המהלכים בין העולמות (2013); שרית ברזילאי לפרוץ מאה שערים: מסע אל עולמם של היוצאים בשאלה (2004)). אין לכחד גם כי הדבר עלול להביא לפגיעה באוטונומיה האישית של חברים בתת-קבוצות בקהילה המבקשת להתבדל (עיינו והשוו: שי שטרן "מרחב מוגן: הקהילה החרדית ותביעותיה לאוטונומיה בראי המשפט הישראלי" משפט, חברה ותרבות א 299 (2018); Is Susan Moller Okin Is Multiculturalism Bad for Women?, in: MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999)).

67. בשולי הדברים אציין כי לטעמי אין גם לקבל את טענת עותרי קהלת, לפיה אין בהפרדה מגדרית מימד של היררכיה. לצערנו הרב, מעמדן של נשים בחברה בפועל איננו שווה עדיין לזה של גברים, והן נאבקות על שוויון מלא למעשה, ולא רק להלכה. אמנם קיימת מחלוקת בדבר ההיקף של הרציונליים המינניים העומדים מאחורי הפרקטיקה הדתית של הפרדה מגדרית, אולם העמדה ההלכתית המדגישה את הצורך להגן על גברים מפני פיתויים שנשים מציבות בפניהם, מבטאת, לכל הפחות, תפיסות סטריאוטיפיות היררכיות ביחס למגדר (אלון הראל ואהרן שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71, 85 (2003)). לעמדה לפיה הרציונלים להפרדה מבוססים על תפיסת נחיתות מובנית של נשים, עיינו למשל: נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין בין המינים" עלי משפט ג 99, 107-108 (2003); צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" עיוני משפט לה 703, 732-733 (2013)).

68. עם זאת, נוכח הנכונות של מרבית התלמידים והתלמידות ללמוד במסגרות הלימודיות האמורות והחלופות הקיימות לחלק מהתלמידים (בני המגזר החרדי) לבחור במסגרות המעורבות הקיימות, מתוך הכרה בערך זה כמצוי בליבת הזהות הדתית והתרבותית – אינני סבור כי הוכחה כאן פגיעה משמעותית בזכות לשוויון של הסטודנטיות.

69. המצב שונה ביחס למרצות, אשר מוסד הלימודים מונע בעדן מללמד בחלק ממסלולי הלימוד, בשל מינן. בכל הנוגע לקבוצה זו, הפגיעה החוקתית היא מוצקה ומשמעותית יותר, ויש בהפרדה משום פגיעה בכבודן של אותן מרצות, אשר נשללת מהן האפשרות ללמד במסלולי הגברים, על בסיס מין בלבד – הבחנה שאיננה רלבנטית לצורכי לימוד והוראה. יודגש, כי בשונה מעניין הפגיעה בסטודנטיות, שם מדובר בהיתר תחום לשמירה על פרקטיקת הפרדה פנים-קהילתית (על אף שהיא נעשית בתחומיו של גוף בעל מאפיינים ציבוריים), הרי שביחס למרצות לא ניתן לומר שפרקטיקת ההפרדה זו נותרת תחומה לקהילה המעוניינת בה, שכן ברי היא השלכות ההפרדה כאן זולגות גם אל הציבור הכללי (השוו: עניין דגן, פסקאות כ"ט-ל').

70. באשר לטענת ההפליה בין סטודנטים בציבור הכללי לבין סטודנטים חרדים – כפי שצינו המשיבים, הציבור החרדי הינו קבוצת מיעוט, אשר ייצוגו בהשכלה הגבוהה נמוך מחלקו באוכלוסייה. אין טעם לפגם בפתיחת מסלולים מיוחדים עבור הציבור החרדי, בקביעת תנאי קבלה מיוחדים עבורם, ובעידוד האוניברסיטאות לקבלת תלמידים חרדים באמצעות תקצוב מוגדל, או במלגות מיוחדות עבורו. אדרבה, יש בכך משום תרומה לשוויון המהותי, כך שיינתן ייצוג שוויוני בהשכלה גבוהה לכל חלק וחלק באוכלוסייה (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998) (להלן: עניין שדולת הנשים)). בכך שונה ענייננו מהעניין הנדון ב- בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010), שבו נפסלה הענקת מלגות לאברכים חרדים בלבד, תוך אפליית סטודנטים שאינם אברכים, שכן מלגות אלו לא נועדו לתקן פער בייצוג החרדים בציבור לומדי התורה, כאשר הציבור החרדי מיוצג בו בשיעור העולה בהרבה על שיעור האוכלוסייה הכללית, אלא נועדו להעניק הטבה על בסיס דת בלבד.

ענייננו, לעומת זאת, דומה דווקא להסדר העדפה מתקנת הקבוע בסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, שמכוונו פועלת הממשלה להעלאת שיעור החרדים בשירות המדינה, לרבות באמצעות מתן עדיפות למועמדים חרדים וכן פתיחת

משרות ייעודיות למועמדים חרדים בלבד. יצוין גם כי באופן דומה, המל"ג מפעילה תוכנית לקידום סטודנטים יוצאי אתיופיה, ותוכניות לקידום ושילוב של החברה הערבית, הדרוזית והצ'רקסית בהשכלה הגבוהה.

איזון אופקי או אנכי

71. עותרי קהלת טוענים כי אי ההכרה במסלולים הנפרדים פוגעת בזכותם של הסטודנטים החרדים לחופש דת, לחופש העיסוק, לזכות לתרבות, לזכות לחינוך ולזכות לאוטונומיה אישית.

כידוע, בהתנגשות בין זכויות או אינטרסים מוגנים, בית המשפט יפעיל "איזון אופקי" שבו יישקלו הזכויות אלו מול אלו תוך מעמד חוקתי שווה לזכויות המתנגשות, כאשר בית המשפט ינסה לאזן בין הזכויות המתנגשות באמצעות "ויתור הדדי", וזאת מבלי להזדקק למבחניה של פסקת ההגבלה (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 336 (1988) (להלן: עניין פורז)). לעומת זאת, בית המשפט יפעיל "איזון אנכי" כאשר לזכות הנפגעת יש "מעמד חוקתי", ואילו הזכויות, או האינטרסים האחרים - ייבחנו בשלבים השונים של פסקת ההגבלה, כגון: במסגרת מבחן התכלית הראויה ומבחן המידתיות במובן הצר.

אמת המידה להפעלתו של מבחן האיזון האופקי איננה כרוכה במעמדן של הזכויות המתנגשות, אלא בחובה האופרטיבית שאותה הן מטילות על הרשות. כך, רק כאשר מדובר בשתי זכויות המטילות כל אחת מהן חובה לפעול בדרך הפוגעת בחברתה, אז ייערך ביניהן איזון אופקי. הטעם לכך ברור, שכן במצב זה, בו מוטלים על השלטון חיובים קונסטיטוציוניים סותרים, הרי שאין טעם לערוך בחינה ואיזון ביניהם לפי פסקת ההגבלה. בחינה כזו תביא ליצירת "מעגל שוטה", שכן באותה מידה שיש להצדיק את מימושה של זכות פלונית, שכן היא פוגעת בחברתה, כך יש להצדיק את מימושה של אותה זכות פלונית עצמה (אהרן ברק מידתיות במשפט 649-641 (2010) (להלן: ברק מידתיות); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 241-240 (2016)). לעומת זאת, כאשר מדובר בהתנגשות עם זכות שאיננה מטילה חובה אופרטיבית על הרשות, הרי שפגיעה מכוחה צריכה להיות מוצדקת במבחני פסקת ההגבלה, יהיה מעמדה רם ככל שיהיה.

72. אם ניישם מבחן זה על המקרה שלפנינו, הרי שברור כי יש להחיל בעניינו איזון אנכי. כפי שעותר קהלת וידידי בית המשפט טענו בעצמם, אין ספק כי אין בכוחה של

הזכות לחינוך (אשר תידון בהרחבה בהמשך) להטיל חובה על המדינה לפעול להקמתם של המסלולים בהפרדה. משכך, הרי שאין כאן חיובים סותרים, ויש לערוך בין הזכויות איזון אנכי.

יוער, כי שאר הזכויות שעותרו קהלת טענו להפרתן, הן תוצאות של הפגיעה בזכות לחינוך ונגזרות ממנה. כמו כן שאר הזכויות שעותרו תירוש טענו להפרתן, אינן אלא תוצאות נגזרות של הפגיעה בזכות לשוויון. בשל כך, אין מקום לבחון בנפרד את פגיעתן, אלא רק את הפגיעה בזכות העיקרית, במקרה זה – הזכות לשוויון (השוו: בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 015 30-32 (1996)).

73. נוכח הפגיעה החוקתית שעמדתי עליה לעיל, מצאתי לנכון לבחון את הדברים במבחני "פיסקת ההגבלה", אשר משמשת גם לביקורת על החלטות מינהליות הפוגעות בזכויות יסוד (ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' משרד התחבורה פ"ד נא(4) 1, 44-41 (1997); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – כרך ב' 627-628 (2010)), ולכך אפנה איפוא כעת.

ערכיה של מדינת ישראל ותכלית ראויה

74. כפי שפורט בהרחבה על ידי משיבי הממשלה, הרי שתכלית החלטת המל"ג הינה לשלב את האוכלוסייה החרדית בהשכלה גבוהה. אין ספק כי זוהי תכלית ראויה וכי היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הדבר נובע לא רק משיקולים תועלתניים, כפי שאלה פורטו על ידי משיבי הממשלה (בדמות תועלת כלכלית למשק על ידי שילובם של החרדים בשוק התעסוקה והעלאת פרויקט העובד החרדי), אלא בראש ובראשונה מהפצת ההשכלה הגבוהה עצמה, שהינה ערך יהודי ודמוקרטי.

רכישת השכלה גבוהה והפצתה בכל שכבות העם – הינה ערך יהודי מובהק. לא לחינם כונה העם היהודי "עם הספר", כדי לסמן את הדגש שנתן העם היהודי על לימוד והשכלה, ובלשונו של פרופסור גרשום שלום: "העם והספר כרוכים היו בתודעה העצמית של היהודים ובתודעת העולם" (גרשום שלום עוד דבר 160 (1989)). גם בימי קדם היו היהודים משתבחים בהשכלתם הכללית, עד שאמרו כי אפילו ילדי ירושלים הפליאו בחכמתם את חכמי אתונה (ראו איכה רבה א, ד) וחכמי התלמוד השתבחו כי "בכל מקום שהיה אחד מבני ירושלים הולך למדינה היו מציעים לו קתדרא לישב עליה בשביל לשמוע חכמתו" (שם). גם הפצת ההשכלה בין כל שכבות העם ואי הגבלתה

ליחידי סגולה בלבד, יש לה שורשים עתיקים. כך, מסופר על חזקיהו המלך שטרם לוודא כי כלל העם, איש ואשה ילד וילדה ירכשו השכלה גבוהה עד שבדקו "מדן ועד באר שבע" ולא מצאו שום אדם שנותר "עם הארץ" (בבלי סנהדרין צ"ד ע"ב).

בנוסף להיותה ערך יהודי, הרי ששילוב כלל האוכלוסיות בהשכלה גבוהה מהווה גם ערך דמוקרטי. הדבר נובע הן מכוח הזכות לחינוך עצמה, שהוכרה ככזו בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם מ-1948 וכן בפסיקתנו (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002)), והן מכך שהחינוך וההשכלה גבוהה מהווים כלי להגשמת זכויות האדם האחרות (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 31 (1996)).

נוסף לכך, השילוב של מגזרים שאינם זוכים לייצוג במערכת ההשכלה הגבוהה, עולה בקנה אחד עם תפיסה של שוויון הזדמנויות (עניין שדולת הנשים) ושל השגת שוויון מהותי בין כלל חלקי החברה על השקפותיה השונות, שהם ערכים דמוקרטיים מובהקים.

75. טענת עותרי תירוש, שבא כוחם אף הקדיש לה זמן רב בדיון בפנינו, כי תכליתה של החלטת המל"ג הינה "יצירת מרחב סטרילי מנשים" מוטב היה לה שלא תיטען. אין מקום לייחס, לא למוסדות האקדמיים, ביניהם מוסדות מכובדים שהדאגה לזכויות האדם בראש מעייניהם, ובוודאי שלא לחברי המל"ג, או לרשויות מינהליות כוונות כאלו ללא תשתית עובדתית מפורשת.

76. גם הטענה שבה ניסה לשכנע אותנו בא כוחם של עותרי תירוש בדיון, כי תכלית החלטת המל"ג הינה "היענות לדרישה לא לגיטימית" וככזו תכלית שאינה ראויה – מערבת מין בשאינו מינו. היענות לדרישת הסטודנטים החרדים, איננה תכלית ההחלטה, אלא שהיא אמצעי (שעל קיומו של אמצעי חילופי נדון לקמן במבחני המידתיות) שעל ידו תוגשם תכליתה של ההחלטה, זאת בדומה לתקצוב, או הענקת מלגות, שהן אינן תכליות משל עצמן, אלא בבחינת אמצעים בלבד. במונחים אריסטוטליים, הרי ש"הטלוס" (Télos) של החלטת מל"ג הינו שילוב החרדים בהשכלה גבוהה, ואילו ההיענות לדרישת הסטודנטים החרדים אינה אלא ה"צורה" (Eídos), כלומר האמצעי, על מנת להשיג את הטלוס. ברור כי מבחינה אנליטית דרישת התכלית הראויה, עוסקת בבחינת התכלית ("הטלוס") ולא בבחינת האמצעים שנבחרים במסגרת מבחני המידתיות.

יוער, כי בפסיקתנו נדונו מקרים רבים שבהם פעולת הרשות ביקשה להיענות לדרישה "לא לגיטימית" של קבוצות אוכלוסייה שונות, וזאת לשם השגת מטרה ראויה אחרת, ובכולן נבחנה מטרתה של הרשות ולא לגיטימיות הדרישה (ראו למשל: עניין פורז; בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (27.12.2006)).

מצאתי אם כן כי החלטת מל"ג הינה לתכלית ראויה. אעבור עתה לבחינת מבחני המידתיות.

מידתיות – מבחן הקשר הרציונלי

77. השאלה הנבדקת בגדר מבחן הקשר הרציונלי היא אם המעשה השלטוני תורם להגשמת התכלית הראויה שלשמה נעשית הפגיעה בזכות החוקתית. אין צורך כי המעשה יגשים את התכלית באופן מלא. אף הגשמה חלקית של התכלית מספיקה איפוא לשם עמידה במבחן זה, ובלבד שאין מדובר בחלקיות שולית או זניחה (ברק מידתיות בעמ' 377; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 פסקה 58 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006)).

בענייננו, משיבי הממשלה הציגו נתונים המראים כי בעקבות החלטת המל"ג נוספו אלפי סטודנטים חרדים למערכת ההשכלה גבוהה, מה שמהווה עליה בשיעור ניכר. אמנם, בצדק העלו עותרי תירוש את הטענה כי חלק מהסטודנטים אלו אינם לומדים בהפרדה, או נושרים במהלך התואר, אך ברי כי קיימים סטודנטים רבים הלומדים במסלולי ההפרדה ומסיימים את לימודיהם בהצלחה, כפי שהעידו מוסדות הלימוד השונים וכפי שניתן לראות בנתונים שצורפו על ידם ועל ידי משיבי הממשלה.

הביקורת שהעלו עותרי תירוש על הצלחת התכנית, בין היתר על כך שלא עמדה ביעדים שהוצבו במלואם או שלא ניצלה את תקציבה ביעילות, איננה רלבנטית להליך שלפנינו. אין בדברים אלו כדי לגרוע מחובתה של המל"ג לפעול באופן יעיל להשגת התכליות העומדות בפניה, וככל שלעותרי תירוש השגות על דרך פעילותה – יוכלו הם להעלותן בפני גורמי הביקורת המתאימים (שאף הם עסקו בנושא, ראו: דו"ח ביקורת שנתי של מבקר המדינה 69 לשנת 2019 בנושא: "הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזר החרדי" (2019)). לענייננו, די בכך כי החלטת המל"ג תורמת לשילובו של הציבור החרדי בהשכלה הגבוהה. גם טענות עותרי תירוש כי ניתן להשיג את שילובו של הציבור החרדי בהשכלה הגבוהה בדרכים חלופיות, אינן עניין למבחן זה, אלא למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שאליו אפנה כעת.

78. עניינו של מבחן זה הינו בבחינה האם קיים אמצעי אחר, היכול להשיג את התכלית הראויה, וזאת על ידי פגיעה מתונה יותר בזכות החוקתית. אותו אמצעי חלופי צריך שיהיה כזה המקדם את התכלית באותה מידה בקירוב, מבחינת הכמות והאיכות, כמו האמצעי שנבחר על ידי הרשות, ואין די באמצעי חלופי המגשים את התכלית במידה פחותה בהרבה מהאמצעי הנבחר (ברק מידתיות בעמ' 399).

כדי לבדוק את התקיימות המבחן, יש להבחין, כפי שאכן הוצג על ידי עותרי תירוש, בין שלושת מימדי ההפרדה המגדרית אותם סקרנו לעיל: הלימוד בכיתות נפרדות, ההפרדה בקמפוס ובשטחים הציבוריים וההפרדה בקרב המרצים.

79. משיבי הממשלה מסרו לבית המשפט שההפרדה בקמפוסים ובשטחים הציבוריים איננה עומדת עוד על הפרק, וכי מוסכם על הכל שהיא אסורה. ער אני לביקורת עותרי תירוש על היעדר פיקוח מספק מצד המל"ג וכן היינו קשובים להשגותיהם שאכן לעתים מתקיימת הפרדה במרחבים הציבוריים, ולכך יינתן מענה במסגרת הסעד המוצע. נותר אם כן לבחון אם קיים אמצעי חלופי לשני מימדי ההפרדה האחרים – ההפרדה בכיתות וההפרדה במרצים.

80. לעניין ההפרדה בכיתות, עותרי תירוש טוענים כי ניתן להשיג את שילוב האוכלוסייה החרדית בהשכלה גבוהה גם באמצעות שלושה אמצעים חילופיים: לימודים באוניברסיטה הפתוחה, מכינות קדם אקדמיות ותכניות סיוע לחרדים. אקדים ואומר כי לא מצאתי כי החלופות שהעלו עותרי תירוש יכולות להיחשב כאמצעי שפגיעתו פחותה, ואפרט.

81. אין חולק כי האוניברסיטה הפתוחה אכן מהווה מענה ראוי למי שברצונו לרכוש תואר אקדמי ללא צורך בלמידה שלא בהפרדה מגדרית, וזאת באופן שאינו יוצר הפליה או הדרה. עם זאת, שיטת הלימוד באוניברסיטה הפתוחה איננה מתאימה לכל. מכאן שאין בכוח אמצעי זה ליתן מענה דומה להחלטת המל"ג ולו מבחינה כמותית. יתרה מכך, ישנן דיסציפלינות שכלל לא נלמדות באוניברסיטה הפתוחה (כך למשל, ביחס ללימודי משפטים, שבהם בוחרים רבים מבני הציבור החרדי מסיבות שונות). מכאן שאמצעי זה אף אינו משתווה לאמצעי שננקט מבחינה איכותית.

82. שני האמצעים האחרים שהוצעו על ידי עותרי תירוש אינם עומדים גם הם במבחני הכמות והאיכות. כפי שפורט על ידי משיבי הממשלה, לסטודנטים חרדים רבים, בעיקר גברים, אין די במכינה אקדמית כדי לגשר על פערי הלימוד הנרחבים שנוצרו עקב אי למידה של לימודי יסוד בשנות היסודי והתיכון. אולם, גם לו היו משלבים אמצעים אלו יחדיו, כך שסטודנטים חרדים ילמדו במכינה קדם אקדמית בהפרדה ולאחר מכן ילמדו בכיתות ללא הפרדה, אך עם תכניות ליווי ותמיכה – עדיין לא יהיה בכך כדי לשמש אמצעי דומה בנסיבות מבחינה כמותית. הסיבה לכך, הינה הסירוב של חלקים נרחבים מהציבור החרדי ללמוד לימודים אקדמיים שלא בהפרדה. ויוער, בגדר מבחן זה, אין מקום לבחון את סיבת הסירוב והאם היא מוצדקת (זו תיבחן בשלב מבחן המידתיות במובן הצר), ולצורך זה די בכך שאכן באופן מעשי ישנם חלקים נרחבים בציבור החרדי שלא יאותו ללמוד שלא בהפרדה וממילא חלופה זו לא תשיג את אותה כמות מספרית ואיכותית כמו החלטת מל"ג.

83. בעניין עובדתי זה, נחלקו משיבי הממשלה ועותרי קהלת מזה ועותרי תירוש מזה, כאשר כל אחד מביא ראיות לדבריו ממומחים שונים. אקדים ואומר, כי לא מצאתי לנכון לבחון לעומק את טיעוני מומחי הצדדים ולהכריע ביניהם, וזאת שכן עסקינן בהליך מינהלי שבו נבחנת סבירות ומידתיותה של החלטת הרשות ולא צדקתה. כבר נפסק על ידי חברי השופט ע' פוגלמן, בהקשר קרוב אחר, כך:

"בית משפט זה אינו משמש ערכאה המחליטה במקומה של הרשות בעניינים מקצועיים שבתחום סמכותה; בית המשפט אינו בוחן את תבונתה או יעילותה של ההחלטה; הוא לא ימיר את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו; ואף אם היה מחליט אחרת לו היה בנעלי הרשות, הוא לא ישנה מהחלטתה כל עוד לא נפל בה פגם במישור החוקיות המקיים עילה להתערבות במעשה המינהלי"

(בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012)).

הרשות מינתה מומחים לדבר, שבחנו, חקרו, והגיעו למסקנה אשר הגיעו, והחלטתה לסמוך על דבריהם בנסיבות שבפנינו הינה סבירה. העובדה כי ישנם מומחים הסוברים אחרת היא צפויה, ובבחינת "מעשים בכל יום", בעיקר בתיקים אזרחיים, שמומחים ידועי שם המעידים מטעם הצדדים חלוקים זה על זה. אולם, בשונה מעניינים אזרחיים שבהם בית המשפט בוחן את גרסת המומחים עצמם, הרי שבמקרה זה די בכך כי הרשות פעלה בסבירות ומינתה מומחה ראוי לחקור את הסוגיה. בשל כך, הרי שאף אילו הייתי מעדיף את עמדת המומחה שצירפו עותרי תירוש (ויודגש כי המחקר בו

מדובר לא נעשה בהזמנת העותרים או לשם הגשה לעניין שלפנינו) ואף לו שוכנעתי בקיומם של פגמים בעמדתו של המומחה מטעם משיבי הממשלה, ואינני קובע מסמרות כלשהן בנושא זה, הרי שהסתמכות המל"ג עליו בענייננו איננה חורגת ממתחם הסבירות.

יתרה מזאת, מבלי לגרוע מהפגמים שעליהם הצביעו עותרי תירוש בסקר מלחי, שעליו מסתמכים משיבי הממשלה, גם סקר ברק-קורן שעליו מסתמכים עותרי תירוש איננו חף מפגמים. כך למשל, לא ברור מדוע במקום לשאול את הנסקר "ברחל בתך הקטנה" אם יהיה מוכן ללמוד במסגרת ללא הפרדה (וזאת כדי למנוע את ההטיות שנפלו בסקר מלחי על פי סקר ברק-קורן), נשאלו הנסקרים שאלה פתלתלה, שאף כללה סתירה לשונית. כך נשאלו הנסקרים "איזה שיקול מהשיקולים הבאים היה החשוב ביותר מבחינתך בהחלטה אם ללמוד באוניברסיטה (ניתן לסמן יותר מגורם אחד)?" (ההדגשות שלי – ח"מ). כאשר ברור כי לא ייתכן לוגית יותר משיקול אחד שיהיה החשוב ביותר. גם העובדה כי הסקר בוצע באמצעות האינטרנט, ולכן עלול להוביל להטיה מסוימת של המשיבים – לטובת אלו המשתייכים לאוכלוסייה הליברלית באופן יחסי במגזר החרדי, צריכה לבוא בחשבון. עם זאת, יוער כי הפער בסוגיית ההפרדה בכיתות בין סקר ברק-קורן לבין סקר דיסקין (שהוצג מטעם עותרי קהלת), איננו גדול. כך לפי סקר ברק-קורן, 44% מאלו המעוניינים בלימודים אקדמיים מתייחסים ללימודים בהפרדה בכיתות כשיקול החשוב ביותר בהחלטתם, כאשר סקר דיסקין מצא כי 51% מהמעוניינים לא יהיו מוכנים ללמוד בכיתות ללא הפרדה מגדרית. כשלעצמי אינני חושב כי אותו פער של 7% בין הסקרים הינו משמעותי לצורך הכרעתנו, ואדרבה דווקא הקירבה בין תוצאות הסקרים, על אף השוני המתודולוגי ביניהם, תומכת במסקנה כי אכן שיעור הסירוב ללימודים אקדמיים שלא בהפרדה עומד סביב ה-50%.

84. במאמר מוסגר אעיר עוד, כי יש להצטער על כך שאיש מהחוקרים לא ניסה לבחון אם ישנו שינוי בנכונות ללמוד בהפרדה בין תואר ראשון לתואר שני, כפי שנטען על ידי משיבי הממשלה. ניתוח נוסף שהיה רלבנטי לעניין, ולא נעשה, הינו הוצאה מהמדגם של בעלי תואר אקדמי מוקדם (המהווים 16% מהמדגם בסקר ברק-קורן), שכן שאלת המחקר הרלבנטית הינה נכונות מי שטרם שולב בהשכלה גבוהה להשתלב בה (וזאת בשים לב לטענת משיבי הממשלה, כי לימודים אקדמיים מובילים למגמת השתלבות ולנכונות להמשיך לתארים נוספים שלא בהפרדה). באופן זה, ניתן היה לענות גם על השאלה אם הנכונות היתרה של האוכלוסייה החרדית ללמוד לתואר שני שלא בהפרדה נובעת מכך שמדובר בתואר שני, כפי שטענו חלק מהמשיבים, או שמא הסיבה לכך הינה החשיפה להשכלה גבוהה שנעשתה בתואר הראשון.

זאת ועוד – אחרת. גם אם נקבל את סקר ברק-קורן, הרי עדיין גם לפיו, קיים שיעור של 44% המתנגדים ללימודים בשילוב ומספר זה איננו מבוטל, וודאי שאיננו מיעוט זניח. יתרה מכך, סביר כי חלק מאותם חרדים המוכנים ללמוד שלא בהפרדה, אף עושה זאת בפועל במסגרת המוסדות האקדמיים הכלליים, וממילא מספרם של הלומדים במסגרות המופרדות שלא היה לומד לימודים אקדמיים לולא מסגרות אלו אף גדול יותר.

גם הראיה שהביאו עותרי תירוש מהמקרה של מכללת צפת – אין בה ממש, וזאת לנוכח העובדה שמראש היה מדובר בסטודנטים שאינם עונים להגדרת "חרדים", כפי שהוגדרה על ידי המל"ג.

מכאן, שאין לראות בחלופות שנזכרו עד כה משום אמצעים שפגיעתם פחותה, שכן הם מגשימים את המטרה בצורה פחותה, ולו מבחינה כמותית.

85. אמצעי חלופי אחר שהוצע על ידינו במהלך הדיון, הינו שימוש ב"תוכנת היועדות חזותית", אמצעי שקרנו עלתה בנסיבות המצערות של משבר הקורונה, וזאת גם לצורך לימודים במוסדות להשכלה גבוהה. כפי שנמסר לנו על ידי משיבי הממשלה, המל"ג סבורה כי אמצעי זה יכול להיות, בעת שגרה, אמצעי משלים בלבד להוראה הפרונטלית הרגילה, ואיננו יכול להיות תחליף מלא להוראה. משזוהי עמדתו של הרגולטור המקצועי, הנוגעת לאיכות ההוראה, הרי שאין מנוס מלקבוע כי גם אמצעי זה איננו מהווה לעת הזו אמצעי שפגיעתו פחותה, במשמעות המבחן הנ"ל, ואולם אין לשלול מראש את הפעלתו בעתיד.

86. שונה הדבר באשר לעניין ההפרדה במרצים. סקר מלחי לא כלל אבחנה זו, ובחן "הפרדה בלימודים" כמקשה אחת. במצב זה, כאשר מומחה הרשות כלל לא נתן את דעתו לסוגיה, קשה לקבל את הטענה שהתקבלה כאן החלטה מושכלת, כנדרש במשפט המינהלי.

יתרה מכך, הן מסקר ברק-קורן והן מסקר דיסקין עולה בבירור כי ההתנגדות ללימודים בהפרדה, כאשר מלמדים במוסד גם מרצים וגם מרצות, נמוכה יותר. על פי סקר ברק-קורן רק 16% מהמעוניינים בלימודים אקדמיים נותנים משקל לשיקול של מין המרצה בהחלטתם. גם בסקר דיסקין, על אף ששיעור המשיבים המסרבים ללמוד במסגרת שהמרצה אינו בן מינם גבוה יותר – עדיין הוא נמוך משמעותית מאשר

המשיבים שלא יסכימו ללמוד בכיתות שאינן נפרדות. הדבר עולה גם מתוך תגובות המשיבים לעתירה. כך, למשל, משיבי הממשלה עצמם טוענים כי בקרב נשים אין כמעט התנגדות לשמיעת מרצים גברים, ומתוך תגובתה של אוניברסיטת בר-אילן ניתן ללמוד כי גם התנגדות הגברים לשמיעת מרצות נמוכה יותר, במיוחד בהרצאות המועברות ב"היוועדות חזותית".

87. זה המקום להזכיר כי לאורך ההיסטוריה היהודית היו מספר נשים שלימדו גברים תורה. כך, למשל, כבר בתנ"ך נזכרו דבורה השופטת וחולדה הנביאה, אשר עם ישראל כולו, לרבות גברים, עלו לשמוע תורה מפיהן (ראו: שופטים ד'; מלכים ב כ"ב). מעניינים לציון דבריו של רבי שלמה יצחקי (הידוע בנוטריקון שמו רש"י), שהיה מגדולי תלמידי החכמים בצרפת של המאה ה-11 וגדול פרשני המקרא בעולם היהודי, המספר כי חולדה הנביאה:

"היתה לומדה [מלמדת, ח"מ] התורה שבעל פה לזקנים שבדור והיא היא המְשַׁנֶּה. [...] וכן כל הדברים הנכפלים בתורה דרשה ברבים וגלתה העונשים והגלויות הנכפלים לעוברים על סודו ורמזי התורה סוד מישרים." (ההדגשות שלי – ח"מ).

כך שלא רק שהרבים היו באים לשמוע את דרשותיה התורניות, אלא אפילו גדולי התורה שבאותו הדור, לא ראו כל פסול בלשמוע תורה מפי אישה.

גם בתקופות מאחרות יותר, לא נמנעו גברים מללמוד תורה מנשים. כך למשל, הרבנית אסנת בראזני, שחיה בכורדיסטן במאה ה-17, לימדה ומסרה שיעורים בישיבה בה כיהן בעלה כראש ישיבה. לאחר מותו אף עמדה לבדה בראשות הישיבה, ולימדה את התלמידים תורה ודרשה בפניהם דברי מוסר והגות בשעת הצורך, כדרכם של ראשי ישיבה (Jacob Mann TEXTS AND STUDIES IN JEWISH HISTORY AND LITERATURE 510-511 (1931)). חלק מתלמידיה אלו, גדלו לתלמידי חכמים מפורסמים וכיהנו במשרות רבנות רמות בקרב יהודי עיראק וכורדיסטן.

גם בימינו אנו הדבר מקובל בריכוזי החרדים מעבר לים. כך למשל מתאר את המצב בארה"ב הרב משה פיינשטיין, מגדולי תלמידי החכמים בארצות הברית, שהמשיבים הביאו את דבריו כאסמכתא על החובה ללמוד בהפרדה מגדרית בלבד:

"כמעט ברוב ישיבות קטנות מקבלין לנשים בין פנויות בין נשואות למורות בין ללמודי קדש בין ללמודי חול" (שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק ג סימן ע"ג).

מסתבר איפוא, כי בין הסטודנטים החרדים, לא נפקד גם חלקם של אלו היודעים פרק או שניים בהיסטוריה של העם היהודי, ועל כן הולכים הם בדרכם של חכמי הדורות שלפניהם, שקיימו בעצמם "איזהו חכם – הלומד מכל אדם" (אבות ד א) וזאת ללא הבדל מין או כל הפליה אחרת. ממילא, תוצאות הסקרים האמפיריים שנסקרו לעיל, משתלבים גם עם ההלכה היהודית, ההיגיון והשכל הישר.

88. לכך מתווספת העובדה כי סקר מלחי, שעליו התבססה המל"ג בהחלטתה על תכנית החומש השנייה – לא התייחס כלל לשאלה זו של מין המרצה. מכאן שכלל לא עמדה תשתית עובדתית רלבנטית בפני המל"ג באשרה את הפרדת המרצים. פגיעה חמורה זו, שעוד נעמוד עליה בהרחבה לקמן, בוודאי שאינה יכולה לעמוד כאשר אין כלל תשתית עובדתית רלבנטית לה.

89. מן האמור לעיל עולה איפוא, כי ההוראה שבכיתות הגברים לא ילמדו נשים וזאת באופן גורף, איננה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה וכי עומד לפני המשיבים האמצעי החלופי של אפשרות שבה מרצות ילמדו בקורסי בחירה, כך שתלמידים בעלי התנגדות פחותה יוכלו ליטול בהם חלק. אמצעי זה, יצמצם בהרבה את הפגיעה שאותה העלו ארגוני הסגל האקדמי, שכן מרצות יוכלו להעביר קורסי בחירה בתחומי מחקרן האקדמי, על כלל המשמעויות הנלוות לכך שפורטו לעיל. במקביל, אמצעי זה איננו צפוי לפגוע באופן ממשי במטרות התכנית, הן משום ההתנגדות הפחותה הקיימת ממילא למרצות בכיתות גברים בחברה החרדית, כפי שפירטתי, והן עקב כך שסטודנטים "מחמירים" יוכלו לבחור בקורסי בחירה אחרים המועברים על ידי גברים, אך הפעם בהחלטה פרטית ואישית ללא יצירת הפליה רשמית ממוסדת הפוגעת בכבוד האדם.

כמו כן, ייתכן ועומדת למשיבים האפשרות להעביר על ידי נשים, את קורסי החובה או שיעורים נבחרים בהם, וזאת בדרך של "היוועדות חזותית".

שאלת ההתנגדות של אותם "מחמירים" בקרב הסטודנטים החרדים ללימוד על ידי מרצות, או אף בכיתה ללא הפרדה, באמצעות "היוועדות חזותית" לא נבחנה כלל על ידי המל"ג. בהיעדר תשתית עובדתית, ברי כי לא ניתן לקבוע מסמרות בשאלה אם מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה, אולם, ישנן אינדיקציות מסוימות כי אמצעי זה עשוי להתקבל גם על דעת ה"מחמירים", כפי שיפורט מיד להלן:

ראשית – נתוני אוניברסיטת בר-אילן מעלים במפורש כי ישנה התנגדות פחותה לסוג זה של לימודים שלא בהפרדה. אף שלא ניתן להסיק בהכרח מתוך תלמידה של אוניברסיטת בר-אילן על כלל אוכלוסיית הסטודנטים החרדים, שכן אין מדובר במדגם מייצג, עדיין הדבר מהווה אינדיקציה הטעונה בירור.

שנית – פוסקי הלכה רבים סוברים כי השימוש באמצעים אלקטרוניים מתיר אינטראקציה בין גברים לנשים שהיתה אסורה באופן ישיר. כך, למשל, פסק הרב הראשי לישראל לשעבר, הרב עובדיה יוסף זצ"ל, כי על אף האיסור, לשיטתו, לשמוע זמרת אישה באופן בלתי אמצעי, הרי שאין האיסור חל כאשר הזמר מועבר באמצעי אלקטרוני, כגון: קלטת או רדיו (שו"ת יביע אומר או"ח חלק ט' סימן ק"ח סעיף מ"ג). לדעתו הצטרפו גם פוסקים חרדים נוספים (ראו: אליעזר יהודה וולדינברג שו"ת ציץ אליעזר חלק ה סימן ב (תשי"ז)). אמנם בית משפט זה איננו פוסק בענייני דת, אך מסתבר כי גם בנדון דנן, הרי שיהיו כאלו שאינם מוכנים ללמוד בכיתה פיזית שלא בהפרדה או עם מרצה אישה, אך לא יסרבו ללמוד בצורה זו בכיתה וירטואלית.

סיכומם של דברים, מצאתי כי ההפרדה בכיתות הלימוד צולחת את מבחן הקשר הרציונלי, אולם לא כך הדבר ביחס להדרת המרצות.

מבחן המידתיות במובן הצר

90. מאחר שכבר מוסכם כי אין לאפשר הפרדה בקמפוסים ובמרחבים הציבוריים, ומאחר שכבר ראינו כי הפרדת המרצות איננה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, נותר איפוא לבחון האם החלטת המל"ג לאפשר מסלולים בהפרדה מגדרית בכיתות (עליה מלינים עותרי תירוש) ולהגביל מסלולים אלו רק עבור חרדים ורק לתואר ראשון (עליה מלינים עותרי קהלת), עומדת במבחן המידתיות במובן הצר.

לעניין זה עומדים לפנינו הזכות לשוויון מזה ואינטרס הסטודנטים החרדים ללמוד לימודים אקדמיים בתנאים התואמים להשקפתם הדתית מזה.

91. בעניין זה ניתן להיעזר במבחנים שנקבעו בעניין קול ברמה ובעניין רגן, וכן בהיקש במבחנים שנקבעו בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה.

עותרי קהלת וכן חלק מהמשיבים טענו כי יש לאפשר את ההפרדה, וזאת שכן מדובר בחובה הלכתית הנמצאת בליבת הפרקטיקה הדתית, ובהפרדה וולונטרית בתוך

החברה החרדית שאיננה משפיעה על גורמים מבחוץ. עוד נטען כי קיימת חלופה סבירה למי שמבקשים ללמוד שלא בהפרדה.

לדעתי, על אף שיש ממש בטענות אלו, הרי שאין בידי לקבלן במלואן ואפרט מיד בסמוך.

ליבת הפרקטיקה הדתית

92. עותרי תירוש וחלק מהמשיבים נחלקו בשאלת מהות החיוב בלימודי ההפרדה, כאשר עותרי תירוש טוענים כי מדובר בהידור מצווה בלבד ואילו המשיבים טוענים כי מדובר בחיוב הלכתי ברור ומוסכם על הפוסקים. אמנם בית משפט זה איננו פוסק בענייני הלכה, אך כיוון שהצדדים טענו לעניין זה בפנינו – אין מנוס אלא להידרש למחלוקת זו, רק לצרכי המשפט המינהלי.

93. אקדים ואומר כי שני הצדדים לא דקו פורתא בעניין זה. אכן, הצדק עם חלק מהמשיבים כי קיימים פוסקים שאסרו לימוד בכיתה שלא בהפרדה, כפי שהובאו הדברים בשם הרב עובדיה יוסף זצ"ל והרב משה פיינשטיין זצ"ל. ממילא, לכאורה אין מדובר ב"הידור מצווה", אלא בעניין הנמצא בליבת הפרקטיקה הדתית.

אולם, לכאורה נראה שנשכח מן המשיבים העיקרון ההלכתי של: "ליכא דרכא אחרינא" (בתרגום לעברית: אין דרך אחרת, ח"מ). עיקרון זה, שמקורו בתלמוד, קובע כי אף במקום שישנה חובה הלכתית לשמירת גדרי צניעות מסוימים, הרי שכאשר האדם נצרך לוותר עליהם לשם פרנסה או צורך דומה, ואין אפשרות אחרת להשיג את אותו הצורך מבלי לוותר על אותם גדרי צניעות, הרי שמותר שלא להקפיד הצניעות לשם השגת המטרה, ורק מידת חסידות היא להחמיר ולוותר על פרנסה לשם כך (ראו: בבלי בבא בתרא נ"ז ע"ב; בבלי עבודה זרה נ"ז ע"ב).

דוגמה ליישום עקרון זה, מצויה אצל הרב משה פיינשטיין זצ"ל עצמו, שהמשיבים ציטטו: על אף שישנו איסור הלכתי לרחוץ בים ללא הפרדה מגדרית, הרי שכשאין באזור מגוריו של האדם חוף הפועל בהפרדה מגדרית, מותר לרחוץ ללא הפרדה ככל שיש בכך צורך רפואי, אף שאינו מגיע לדרגת "פיקוח נפש" (שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק א' סימן נ"ו). גם התשובה שאותה ציטטו המשיבים מציינת כי יש ללמד בהפרדה רק אם "יש אפשרות לעשות בית ספר מיוחד", וזאת כנראה בהסתמך על הכלל האמור.

הדבר מתיישב גם עם המציאות בשטח, כך שבעוד שבישראל מערכת החינוך החרדית אכן נפרדת מגדרית לאורך כלל שלבי החינוך, הרי שברכיכוזי החרדים בעולם, מערכת החינוך איננה תמיד נפרדת וסטודנטים חרדים אף לומדים באוניברסיטאות ברחבי העולם ללא הפרדה מגדרית (ראו, למשל, את תשובתו של הרב מנשה קליין, שהיה מרבני הקהילות החרדיות השמרניות ביותר בארצות הברית, בספרו שו"ת משנה הלכות חלק י"ב סימן שפ"ז, המתאר שאלה שנשאל על ידי בני ישיבה הלומדים משפטים באוניברסיטת ייל).

המצב שלפנינו יוצא דופן איפוא, שכן ככל שקיימת האפשרות ללמוד לימודים אקדמיים בהפרדה מגדרית, הרי שאכן, קיימת חובה דתית (לשיטתם של חלק מחכמי הדת) ללמוד דווקא בהפרדה מגדרית. ואולם, ככל שאין אפשרות כזו, הרי שמותר ללמוד ללא הפרדה מגדרית והימנעות מלימודים הינה "חומרא", משום "מידת חסידות".

94. מצב זה חוזר ונשנה גם בעניינים אחרים שבהם נידונה הפרדה מגדרית. כך, בטרם היתה נהוגה הפרדה מגדרית בתחבורה הציבורית, הציבור החרדי השתמש בשירותי תחבורה רגילים. כאשר פעלו הסדרי ההפרדה, פסקו כמה מפוסקי ההלכה כי ישנה חובה הלכתית להשתמש רק בשירותי תחבורה נפרדים, וחובה זו בטלה עם ביטולם של הסדרי ההפרדה (ראו השתלשלות זו בעניין רגן ובדו"ח הוועדה שם). עמדה זו, מתבררת כקוהרנטית לאחר שמביאים בחשבון את העיקרון של: "ליכא דרכא אחרינא", שעליו עמדנו לעיל. כך, כאשר ישנה האפשרות לבחור בהפרדה, מתקיימת "איכא דרכא אחרינא" (ישנה דרך אחרת) וקמה חובה דתית לבחור בהפרדה, ואילו כאשר מתבטלת אפשרות זו, אותה חובה מתבטלת יחד עמה, שכן חוזרים למצב של "ליכא דרכא אחרינא".

מכאן, שיש צדק מסוים בחששם של עותרי תירוש, כי האפשרות שניתנת להפעלת מסלולי ההפרדה המגדרית יוצרת כשלעצמה הקצנה והדרת נשים מהמרחב הציבורי. זאת, שכן, בטרם פעלו מסלולי ההפרדה, היתה ההימנעות מלימודים ללא הפרדה רק "חומרא" ואילו עם אישורה הופכת היא להיות "חובה". הדבר עלול גם לפגוע בתלמידים המוכשרים בקהילה החרדית, שעד עתה יכולים היו ללמוד באוניברסיטאות העלית, ואילו משעה שנפתחו מסלולי הלימוד בהפרדה הם נאלצים ללמוד במסלולים אלו (ולו בלחץ קהילתיים).

95. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה, אותה ציינו מכללת אונו ומבחר וחלק מידידי בית המשפט בעמדות שהציגו לבית המשפט, הרי שאורח חייו של חלק נכבד מהציבור החרדי הינו ההקפדה על "קוצו של יוד" בדקדוק ההלכה. אורח חיים זה, שמי שדואג לשומרו נתקל בקשיים ניכרים ובעלויות נכבדות, מהווה חלק מזהותו התרבותית והדתית של אותו חלק מהציבור החרדי המקפיד. זרם נכבד מהציבור החרדי אף מכנים עצמם: "חסידים", על שום כך שנוהגים הם "במידת חסידות", דבר המלמד על הערך הרב שתופסת מידת החסידות בקהילותיהם.

96. בשל כך, לצד העובדה שיש ליתן משקל לכך שעל פי ההלכה הדתית לכאורה, אין איסור על למידה שלא בהפרדה במקום שלא ניתן ללמוד בהפרדה, הרי שמנגד יש ליתן משקל גם לעובדה כי קיימים רבים בציבור החרדי שעבורם אותה "מידת חסידות" חשובה הפכה לחובה המצויה בליבת אמונתם הדתית. יש לזכור כי ההתחשבות בפרקטיקת הדת, איננה נובעת מהכרה בנכונותה של אותה פרקטיקה, אלא היא נובעת מכך שהפרקטיקה מבטאת את מימוש האוטונומיה וחופש המצפון של הפרט. בשל כך, גם אם נניח כי אותם חלקים בקהילה החרדית טועים ומייחסים חשיבות להפרדה מגדרית, מעבר למה שמתחייב מההלכה, הרי שעדיין יש מקום להתחשב בבחירה זו כמבטאת את חופש הדת והמצפון שלהם.

97. הסוגיה שלפנינו, כפי שטענו העותרים, אף מעוררת שאלות הנוגעות לעקרונות יסוד של המדינה הדמוקרטית – ההקפדה על ערכי הליברליזם וחירות הפרט מזה, וגישת הרב-תרבותיות המעניקה לגיטימציה לאינטרסים קבוצתיים הכוללים פגיעה בחירויות הטעונות, ככלל, הסכמה חופשית.

98. בעניין שלפנינו, כפי שראינו לעיל, הרי שאין לשלול כי בין חברי הקהילה החרדית הרוצים באמת ובתמים בלימודים בהפרדה (שאני מוכן להניח כי היא מייצגת את רוב המשתייכים לקבוצה זו), ישנם גם מי שמושפעים מאילוצים תרבותיים ומחסמי היציאה הגבוהים מהקהילה, והבחירה במסלולי הלימוד בהפרדה נעשית מתוך לחצים חברתיים. שאלה נוספת, הכרוכה באפשרות של היעדר הסכמה מצד חלק מבני הקהילה, היא המידה שבה יש לאפשר לקהילה החרדית לעצב את עולמה הפנימי גם כאשר הוא כולל פרקטיקות לא-ליברליות, וזאת מכוח תפיסה של רב-תרבותיות.

לעמדתי, לא הוכחה במקרה שלפנינו תשתית עובדתית מספקת כדי ללמד כי יש מקום ללבן סוגיות אלה לעומקן. ככלל, בהחלט ייתכן כי קיומם של חסמי יציאה גבוהים מהקהילה, ובוודאי שמקרים נדירים בהם קיימות אינדיקציות המעידות על

כפייה ממשית על בני קהילה מסוימת ליטול חלק בפרקטיקות הנוגדות מושכלות יסוד של ליברליזם וחירויות הפרט, יצדיקו התערבות מצד המדינה, אף כאשר פרקטיקות פוגעניות אלה נעשות בהסכמה מצד חלק מבני הקהילה. עם זאת, במרבית המקרים ניתן לחשוב על הנשאים בקבוצת המיעוט כמקבלים מרצונם את הפרקטיקות הלא-ליברליות הנהוגות בה, ויש מקום לדון על משמעותה של בחירה זו ועל גבולותיה (ראו: Charles Larmore, *Political Liberalism*, 18:3 POL. THEORY 339, 349-350 (1990); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93, 102-103 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998); William A. Galston, *Two Concepts of Liberalism*, 105:3 ETHICS 516, 533 (1995); Chandran Kukathas, *Are There any Cultural Rights*, 20 POL. THEORY 105, 116 & 132-133 (1992).

99. למעשה, נדמה שמעמדות הצדדים עולה כי דווקא שילובם של בני החברה החרדית במסגרות אקדמיות (גם אם הן נפרדות) יביא לתוצאות מבורכות של העצמת הפרט. אין להקל ראש בכך שאכן חלקים רבים בציבור החרדי, גברים כנשים, יימנעו מרכישת השכלה אקדמית לולא המסגרות המופרדות. הדבר איננו נובע רק מהפרקטיקה הדתית, אלא גם מחסמים תרבותיים, כפי שפורט על ידי משיבי הממשלה, ואף מכפייה קהילתית. בהקשר זה, אין לבטל את טענתה של מכללת אונו, כי הלימודים האקדמיים והמעמד הכלכלי והחברתי הנלווה להשכלה זו, מהווה כלי להקלה של אותו לחץ קהילתי, ככל שהוא אכן קיים, הכופה נורמות שאינן מוסכמות על חלק מבני הקהילה. הקלה זו מתבטאת גם בכך שלאחר רכישת ההשכלה והמקצוע חלקים מבני הקהילה ממשיכים ללמוד תואר שני במסגרת המוסדות הכלליים. אם נקבל טענה זו, הרי שיש מקום רב לסייע לאותם בני הקהילה החרדית, שזכות היציאה שלהם עלולה להיות מוגבלת.

תימוכין, מצאתי בעובדה כי בתצהירים שהזכרנו לעיל, שצורפו על ידי עותרי תירוש עצמם, הומצא גם תצהיר של סטודנטית שלמדה במכללת אונו במסלול נפרד. על אף החשש שהביעה מהמשך הלימודים בהפרדה, ועל אף הפגיעה הקשה שהעידה עליה, עדיין נאמר מפי אותה סטודנטית כך:

"אין ספק כי לו ניתן היה למנוע את לימודי התואר הראשון בהפרדה גם כן, תוך נתינת כלים להתמודדות לצעירי המגזר הפוגשים לראשונה 'מחוץ לבועה' את בני המין השני [...] הדבר היה טוב לעין שיעור, אולם משאין בידי צעירי המגזר הכלים להתמודדות זו בגיל הצעיר בו הינם יוצאים לאקדמיה, מהווים לימודי התואר הראשון

בהפרדה, 'מטרה המקדשת את האמצעים'. כאשר המטרה הינה, כמובן, נתינת כלים בידי בני המגזר לפרנסה וכן נתינת ידע אקדמי בסיסי.

לדעתי, יש ליתן משקל לדבריה הנ"ל.

במאמר מוסגר אוסיף, כי בכתבי הטענות של עותרי תירוש, הובא תצהירה של סטודנטית זו כמעט במלואו, אך בהשמטת סעיף זה. בעתירה הנדונה בפני בית המשפט הגבוה לצדק ראוי להתנהל אחרת, ועל אחת כמה וכמה כך על ידי עותר ציבורי (השוו: בג"ץ 3721/19 עמותת זוהר מעלה עירון נ' שר החינוך (10.08.2020)). חובה זו אינה רק חובה לומר "אמת", אלא כוללת בתוכה גם את החובה לומר את כל האמת (ראו פסק דיני ב- בג"ץ 6064/17 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' היועץ המשפטי לממשלה (02.07.2018)), וזאת ללא השמטות שאינן נוחות לטוען, ככל שהן רלבנטיות להליך.

סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה בישום לענייננו

100. בהתחשב בכך שאכן חלק מהציבור החרדי לא יוכל לרכוש השכלה גבוהה שלא בהפרדה, ראוי לדעתי, להקיש מהתנאים הקבועים בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, הקובע כי לא יראו הפליה:

"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".

על פי סעיף קטן 3(ד)(3) יש לבחון את הצדקתה של ההפרדה, את מידת חיוניות השירות, את קיומה של חלופה סבירה ואת צורכי הציבור העלול להיפגע מההפרדה.

101. עותרי תירוש טענו כי לשיטתם הפרדה מוצדקת, שבה מדבר הסעיף, אינה אלא הפרדה במקום בה המין הינו קריטריון רלבנטי להפרדה, כגון בחדרי מלתחות ושירותים, או במקום בו נערך טקס דתי, או אירוע שבמרכזו טקס דתי וכדומה.

דעתי שונה. תכליתו של סעיף החוק הנ"ל, הינה לקבוע איזון בין הפגיעה הנגרמת לנשים כתוצאה מהפליה, לבין הזכות של מי שנוהג על פי הדין הדתי וחפץ לצרוך שירותים ציבוריים בהתאם למצוות דתו, וזאת למרות הפגיעה הנגרמת מכך. הפרשנות המוצעת על ידי עותרי תירוש, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית זאת, שכן היא מצדיקה

את הפגיעה רק כאשר אין פגיעה בנשים כתוצאה מההפרדה, וזאת חלף האיזון שאותו ביקש המחוקק לקבוע.

לדעתי, המבחן להפרדה מוצדקת שבה מדבר הסעיף הנ"ל הוא המבחן שאותו הצגנו לעיל, הבוחן את מרכזיותה של הנורמה בדין הדתי, את מידת הוולונטריות של ההפרדה ואת מקומה של הפגיעה במרחב הציבורי. ככל שנורמת ההפרדה במקרה הנדון קרובה יותר לליבת הדין הדתי, ככל שההפרדה נעשית בצורה וולונטרית יותר וככל שהפגיעה הינה בתוך רשות היחיד של הקהילה הדתית, הרי שיש בכך לתמוך בהצדקתה.

כבר בחנו רכיבים אלו, במסגרת הדיון לעיל, ולדעתי בנסיבות העניין יש מידה מסוימת של הצדקה להפרדה, אך זאת רק באשר להפרדה בכיתות הלימוד ובשום פנים ואופן – אין להסכים להפרדה בשטחים הציבוריים שבקמפוס.

102. המבחן השני הינו חיוניות השירות. אין ספק כי השכלה גבוהה הינה שירות חיוני. אמנם הזכות לרכישת השכלה גבוהה לא הוכרה במשפטנו כזכות חוקתית (ראו: דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 3 לפסק דיני (14.04.2015)), אולם ברור כי היא בגדר "אינטרס חזק" של האדם (שם), פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; השוו גם לסעיף 3 לחוק זכויות הסטודנט). יתרה מכך, זכות זו הינה גם מכשיר לקידומן של זכויות ואינטרסים אחרים, ביניהם הזכות לחופש העיסוק, שהינה זכות חוקתית במשפטנו. אולם, חשוב להבחין, כפי שאכן עשו משיבי הממשלה, בין מכינה קדם אקדמית ותואר ראשון לבין תארים מתקדמים. בעוד שהראשונים הינם חיוניים לשם הכניסה בשערי ההשכלה הגבוהה ולשם הכניסה לשוק התעסוקה, הרי שתארים מתקדמים, על פי רוב אינם אלא לשם העמקה וקידום אישיים ולצורך שיפור השכר ואפשרויות התעסוקה.

103. בשאלת קיומה של חלופה שלא בהפרדה, ברי כי עבור האוכלוסייה הכללית, מצויות חלופות לרוב. עותרי קהלת טענו בפנינו כי גם עבור החברה החרדית קיימת חלופה שלא בהפרדה, בדמות מסלולי הלימוד ומוסדות הלימוד הכלליים, הפתוחים לכל דורש. אין בידי לקבל טענה זו במלואה, וזאת משורה של טעמים:

ראשית – כפי שראינו לעיל, לאור קיומם של המסלולים בהפרדה, הרי שחלק נכבד מהציבור החרדי רואה חובה דתית לבחור בהם, חלף מסלולים שאינם מופרדים.

שנית – כפי שהוסבר על ידי משיבי הממשלה וכן על ידי מכללת אוננו, רבים מהסטודנטים החרדים זקוקים לסיוע בשל הפער הלימודי ההתחלתי הקיים אצלם. סיוע זה איננו מתקיים, או מתקיים באופן חלקי, במסגרות שאינן נפרדות, שכן הן כוללות בעיקר את האוכלוסייה הכללית. ככל שהיה מתקיים מסלול חרדי שלא בהפרדה מגדרית, הסטודנטים החרדים לא היו יכולים לקבל את הסיוע הנדרש להם, וזאת ללא הפרדה.

שלישית – כפי שהציגו עותרי תירוש, וכפי שאושר על ידי משיבי הממשלה, הרי אף שלהלכה הדרישות בכלל המסלולים זהות, הרי שלמעשה, חתך הקבלה במסלולים הנפרדים נמוך מהמסלולים שאינם נפרדים. באופן זה, תלמידים רבים שהתקבלו למסלולים הנפרדים, לא היתה עומדת להם בפועל האפשרות להתקבל למסלולים הלא נפרדים, ומשכך נמצא שלא היתה להם למעשה חלופה אחרת.

יחד עם זאת ומבלי לגרוע מהקשיים שעמדתי עליהם לעיל, הרי שעדיין אין לכחד כי גם לסטודנט חרדי יש אפשרות ללמוד במסלולים שאינם נפרדים, למשל על ידי שיפור נתוניו לצרכי קבלה, כפי שנוהגים לעשות גם סטודנטים מהחברה הכללית כאשר הם אינם עומדים בתנאים. אפשרות זו מכבידה לעתים בנסיבות, כפי שפירטנו לעיל, אך עדיין היא קיימת, ומשכך אין לומר כי ההפרדה אינה עומדת לחלוטין במבחן זה.

104. מכל האמור לעיל עולה כי אכן ההסדר שנקבע על ידי המל"ג, המאפשר הפרדה מגדרית בכיתות, עומד במבחן המידתיות במובן הצר. אולם, הדבר נכון רק כאשר ההסדר מוגבל לציבור החרדי, המאופיין בפערים תרבותיים, לצד הטעמים הדתיים להפרדה, כאשר ההסדר מוגבל רק ל"שער הכניסה" להשכלה גבוהה, הוא התואר הראשון, וכאשר ההפרדה נעשית בכיתות בלבד ולא בשטחים הציבוריים. תנאים אלה ממזערים את הפגיעה בציבור העלול להיפגע מההפרדה, עד כמה שניתן, במיוחד בהינתן שהמחוקק עצמו קבע כי המסלולים הנפרדים לכשעצמם, הינם בבחינת הפרדה מותרת.

מאחר שהגעתי למסקנה זו, הרי שיש מקום גם להכריע בעתירת "מיהו חרדי" שיהיה זכאי להשתתף בתכניות הללו.

מיהו חרדי

105. בעניין זה טענות עותרי מיהו חרדי מקובלות עליי. כידוע חובה בסיסית המוטלת על הרשות מכוח עיקרון השוויון הינה מתן "יחס שווה לשווים". עיקרון זה נובע גם מחובתה של הרשות לפעול בסבירות, כך שעליה לקבל החלטה זהה כלפי אנשים במצב רלבנטי זהה (בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989) (להלן: עניין כפר ורדים)).

כפי שפורט על ידי משיבי הממשלה, הצורך בתכניות נפרדות עבור הקהילה החרדית נובע משני טעמים: הפער התרבותי והפער האקדמי. משיבי הממשלה מסכימים כי בקרב העותרים ותלמידי המוסדות העותרים מתקיים התנאי של פער תרבותי. אולם, לטענתם, במוסדות שאינם תחת פיקוח חרדי במשרד החינוך – לא מתקיים פער אקדמי, שכן הם נבחנים בבחינות הבגרות, בדומה לשאר תלמידי ישראל, כאשר אף הוצגו על ידם כי תלמידי מוסדות העותרים הגיעו לשיעורי זכאות לבגרות העולים על הממוצע הארצי.

הנה כי כן לכאורה, הבחנה זו, בין מוסדות המגשים את תלמידיהם לבחינות הבגרות לבין מוסדות שאינם עושים כן (בין אם תלמידיהם נבחנים בבחינות "סאלד" מטעם משרד החינוך, ובין אם לא מתקיימות בהם בחינות כלל), היא אכן אבחנה רלבנטית. ככל שהיתה המל"ג משתמשת בהבחנה זו, הרי שלא היה בכך כל פסול. אולם, המל"ג בחרה להשתמש באבחנה אחרת, שתולה עצמה בסוג הפיקוח המושת על המוסד, תוך יצירת אבחנה בין מוסדות בפיקוח "חרדי" לבין מוסדות בפיקוח "ממלכתי", או "ממלכתי דתי". אבחנה זו אינה רלבנטית לעניינו, שכן, חלוקת המוסדות להסדרי הפיקוח הינה חלוקה מינהלית בעיקרה, הנעשית לצורכי נוחות וארגון פנימיים של משרד החינוך (ויתכן שיש לה אף בסיס היסטורי, שאיננו בהכרח רלבנטי להיום). לפיכך אין לסוג הפיקוח בהכרח משמעות בשאלת ההיבחנות בבחינות הבגרות.

ארחיב עוד להלן.

106. נהלי משרד החינוך מחייבים כל מוסד על יסודי (למעט מוסדות על פי חוק תרבותי ייחודי) בלימודי יסוד בהיקף שעות למידה מסוים (חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשס"ט/8(א) "תכנית היסוד (הליבה) לחטיבות הביניים בחינוך העל-יסודי" (01.04.2009)), אולם, אין חובה על מוסד חינוך לקיים בחינות בגרות, והעיצום היחידי נגד מוסד שלא מגיש את תלמידיו לבחינות הבגרות, היא אי תקצובו עבור "גמול בגרות", וזאת שכן עובדי ההוראה המועסקים על ידו, אינם זכאים לגמול זה באופן אינהרנטי (ראו: משרד החינוך הקמת בסיס הדיווח בחטיבה העליונה (2019); משרד

החינוך השתתפות משרד החינוך בתקציב הרשויות המקומיות והבעלויות (2019)). הדבר נכון הן למוסדות בפיקוח החרדי והן למוסדות בפיקוח ממלכתי, או ממלכתי דתי. מעבר לכך, כל מוסד רשאי להיבחן בבחינות הבגרות, וזאת גם אם הוא מפוקח בפיקוח חרדי. ואכן, קיימים גם מוסדות חרדים רבים, הנמצאים בפיקוח חרדי, שתלמידיהם ניגשים לבחינות הבגרות ואשר הישגיהם הלימודים זהים למוסדות העותרים. כפי שהציגו משיבי הממשלה עצמם (בתגובתם מתאריך 08.11.2016) – 100 מתוך 180 בתי ספר לבנות הנמצאים תחת פיקוח "חרדי" מגישים את תלמידותיהן לבחינות הבגרות. במצב זה, כלל המוסדות החרדים שתלמידיהם ניגשים לבחינות הבגרות הינם באותה "קבוצת שוויון" ומשיבי הממשלה לא הציגו שום טעם להבחנה ביניהם, המצדיקה יחס שונה.

107. גם הטענה לפיה השתייכות לפיקוח החרדי, מהווה כלי סטטיסטי לשם ההבחנה בין מוסדות הניגשים לבחינות הבגרות, לבין מי שאינם, אינה יכולה לעמוד – משורה של טעמים:

ראשית, משיבי הממשלה לא הציגו התפלגות עדכנית של מוסדות חרדים המגישים לבחינות הבגרות לפי סוגי הפיקוח, וממילא לא עמדו בנטל המוטל עליהם לאור הוצאתו של צו-על-תנאי בסוגיה (ראו פסקה 85 לפסק דיני בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (13.05.2020)), לכך שכלי סטטיסטי זה הינו יעיל. על אחת כמה וכמה שעה שעל פניו אין מדובר בכלי יעיל, שכן לפי נתוני משיבי הממשלה עצמם רוב המוסדות לבנות בפיקוח חרדי מגישים לבחינות הבגרות, ואם כך נראה כי מאפיין זה אינו מסייע לזהות תלמידות שיש להן פערים אקדמיים.

שנית, השימוש בכלי סטטיסטי אינו מותר שעה שהרשות יכולה להגיע להבחנה הרלבנטית ללא קושי (השוו: ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (27.09.2005)). בעניין שלפנינו – הנתונים על הגשה, או אי הגשה לבחינת הבגרות מצויים בידי משרד החינוך ואף מפורסמים לציבור הרחב, ומשכך אין הצדקה לשימוש בכלי סטטיסטי בנדון.

108. משמצאתי כי אין מקום להבחנה בין תלמידי המוסדות השונים, הרי שאין לקבל את החלטת המל"ג כי "נוהל החריגים" נותן מענה לאוכלוסייה זו. נוהל חריגים, כשמו כן הוא – מיועד לחריגים. אין מקום שתלמידים אלה, שאין כל הבדל ביניהם לבין תלמידים שלמדו בפיקוח אחר, יצטרכו לעבור משוכות שונות ולעמוד ב"מכסות"

ללא הצדקה של ממש. אין בדבר כדי לפגוע, כמובן, בתחולתו של הנוהל על אוכלוסיות אחרות הנמצאות בגדרו (כגון תלמידי חו"ל) ושאכן ראוי שמעמדם יוסדר באמצעותו, ואולם, על המל"ג לבחון את צמצום שיעור החריגים המותר בהתאמה לכך.

109. אם כן, על המל"ג לגזור "גזירה שווה" על כלל המוסדות החרדים המגישים את תלמידיהם לבחינות הבגרות וזאת ללא קשר לסוג הפיקוח עליהם, כך שהמל"ג רשאית לסרב לכולם ללמוד במסלולים הנפרדים, או להתיר לכולם, אך זאת ללא האבחנה לפי סוג הפיקוח. כפי שציינה מכללת אוננו בצדק, איסור על תלמידי בתי ספר המגישים לבחינות הבגרות ללמוד במסלולים הנפרדים, על אף הפער התרבותי הקיים בקרב תלמידיהם, יכול לגרום לתמריץ שלילי למוסדות חרדים שלא להגיש את תלמידיהם לבחינת הבגרות, תוצאה שאינה רצויה. בנוסף, משמדובר במספר קטן של מוסדות, דומה כי המדיניות העדיפה הינה מתן אפשרות לכלל תלמידי המוסדות החרדיים ללמוד במסלולים הנפרדים.

110. משכך, אציע לחברי כי נהפוך את הצו-על-תנאי שהוצא ב-בג"ץ 8010/16 וב-בג"ץ 2240/17 למוחלט, כך שהמילים "המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך" בהחלטת המל"ג ימחקו.

מובן כי אין בדברים אלו כדי להגביל את המל"ג לקבוע קריטריונים אחרים בדבר האבחנה בין המוסדות השונים, ובלבד שאלו יהיו רלבנטיים לתכלית תכנית החומש השנייה כפי שהוצגה בפנינו ולתכניות החדשות, בכפוף לאפשרות של כלל הצדדים להשיג על קריטריונים כאמור שיקבעו, וטענות כל הצדדים שמורות להם בהקשר זה.

הסעדים בעתירות

111. נוכח כל האמור לעיל – אציע לחבריי ולחברתי כי נבטל את הצו-על-תנאי שהוצא בעתירת קהלת ונדחה אותה, אבל נהפוך את הצו על-תנאי שהוצא בבג"ץ 8010/16 וב-בג"ץ 2240/17 למוחלט, כאמור בפסקה 110 שלהלן. כמו כן, אציע כי נהפוך את הצו-על-תנאי שהוצא בעתירת תירוש באופן חלקי למוחלט, במובן זה שהוא

יחול רק ביחס למדיניות האוסרת על מרצות ללמד במסלולי הגברים, ונדחה את העתירה ביחס ליתר ההיבטים של החלטת המל"ג.

המל"ג מחויבת איפוא להפעיל את שיקול דעתה, ולבחון אמצעים שפגיעתם פחותה ביחס להתרת מדיניות שבה נוקטים חלק מהמוסדות, לפיה בתכנית בהפרדה הפתוחה לגברים לא מלמדות מרצות. בכלל כך רצוי כי המל"ג תבחן כמה מן החלופות שהוצעו במסגרת הליך זה, ובין היתר, את מידת מרכזיותו של השיקול בדבר מין המרצה בבחירה ללמוד באקדמיה, הן בהרצאה פרונטלית והן בהיוועדות חזותית, וכן את האפשרות שיקבעו קורסי בחירה וחובת בחירה בתכנית הלימודים המיועדת לציבור החרדי, שיועברו על ידי מרצות, בין באופן פרונטלי ובין בהיוועדות חזותית. בכל מקרה מובהר כי המדיניות של מסלולים לגברים שבהם נשים לא מורשות ללמד, במתכונתה הנוכחית, איננה עומדת במבחני פיסקת ההגבלה, ועליה להתבטל לאלתר. בהקשר זה יש גם להדגיש כי ככל שישנן מרצות שהופלו בפועל, עומדים להן, כמובן, התרופות שבדין, ובכלל זה מכוח דיני העבודה ודיני איסור ההפליה.

112. ועוד הערה לקראת סיום. הנני סבור כי הסדרי ההפרדה בכיתות הלימוד, הקבועים בהחלטת המל"ג – אין מקום לפסלם בביקורת שיפוטית, אולם סטייה מהאיזונים העדינים שפירטנו עלולה להביא את מסלולי ההפרדה – אל תחום אי-החוקיות.

113. עותרי תירוש הציגו בפנינו ראיות מהן נראה כי מוסדות הלימוד אינם מתייחסים ברצינות הראויה והנדרשת מהם לאיזונים הקבועים בהחלטת מל"ג, וכן הציגו חוסר אפקטיביות מסוים של מערך הפיקוח של מל"ג על המוסדות. לכן רואה אני לנכון להדגיש שוב כי על המל"ג לפקח שלא תהיה בפועל כל הפרדה במרחבים הציבוריים, וההפרדה, ככל שאושרה, תוגבל לכיתות בלבד. יודגש כי אין מדובר רק באיסור על הפרדה אקטיבית על ידי שלטים או מחיצות, אלא כי על המוסדות לוודא כי ההפרדה במרחב הציבורי לא מתקיימת בפועל ולא נאכפת על ידי סטודנטים, או באמצעות השלטת נורמה חברתית, או בכל דרך אחרת. לכן, לו תשמע דעתי, יקבע גם כי ככל שמוסד לימוד יפר את תנאי החלטת מל"ג, הפרה מהותית – על המל"ג יהיה להפעיל את שיקול דעתה ולבחון את ביטול החלטת מל"ג לגבי, כך שהוא לא יוכל להפעיל עוד מסלולים מופרדים.

114. הנני מציע כי כל האמור לעיל יחול הן בשנת הלימודים תשפ"ב, שהיא השנה האחרונה לתכנית החומש השנייה, והן לעתיד לבוא, ככל שהמל"ג תקבע תכנית אחרת לשנים הבאות, הדומה במהותה לתכנית החומש השנייה.

115. כמו כן אציע כי משיבי הממשלה ישלמו לעותרים ב-בג"ץ 8010/16 ו-בג"ץ 2240/17 הוצאות בסך של 15,000 ש"ח ולעותר תירוש הוצאות בסך של 15,000 ש"ח, וכי לא נעשה צו להוצאות בעתירות האחרות.

אחרי הדברים האלה

116. לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חברי ביקשתי להשיג ולהעיר, ואולם, בסופו של יום, החלטתי להסתפק רק בהדגשה אחת:

סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] קובע כי: "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". דומה לפיכך, שלמל"ג היתה סמכות עקרונית לאשר את תכנית החומש השנייה, שהרי מסלולים נפרדים הותרו במפורש במסגרת חוק זכויות הסטודנט, ולכן התחייבה התחשבות גם בהוראות החוק האמור (השוו – ביחס לסעיף 16(4) הנ"ל – לדברי הנשיא מ' שמגר בעמ' 267-268 לחוות דעתו ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1995)).

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' אלדן:

1. קראתי את חוות דעת חברי המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, ודעתי שונה.
2. הסוגיה העומדת לפתחנו היא מורכבת, ופנים רבות לה. טענות העותרים כולם כבדות משקל הן, והגיונן בצידן. לאחר ששקלתי בדבר, ובחנתי את הסוגיה על כל היבטיה, באתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את העתירות בעיקרן, ולא להתערב בשיקול דעתה של המל"ג בקביעת תכנית החומש.

הטעם העיקרי לכך הוא האינטרס הציבורי רב המשקל בפתיחת שערי ההשכלה הגבוהה עבור האוכלוסיה החרדית, באופן שיאפשר לה להשתלב בחברה ובשוק התעסוקה. התשתית העובדתית שפרשו בפנינו הצדדים מלמדת כי אינטרס זה הוא צורך

השעה; כי ככלות הכל תכנית החומש שומרת על האיזון העדין בין אינטרס זה לבין פגיעה אפשרית בזכויות ובאינטרסים נוספים; ומעל הכל, כי בשל העובדה שהתכנית נותנת מענה לצורך ממשי של ציבור רחב מחד גיסא, וההצטרפות אליה היא וולנטרית מאידך גיסא, אין מקום להתערב בשיקול דעת המל"ג ולבטלה.

3. במוקד העתירות שלפנינו, חוקיות החלטת המועצה להשכלה גבוהה לאשר את תכנית החומש השנייה בנושא הנגשת ההשכלה הגבוהה לציבור החרדי בישראל ("התוכנית הרב-שנתית להרחבת הנגישות של ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית התשע"ז-התשפ"ב"; להלן: המל"ג, החלטת המל"ג, ותכנית החומש, בהתאמה).

במסגרת התכנית ניתנו למוסדות אקדמיים היתרים לקיום מסלולי לימודים תוך הפרדה בין גברים לנשים, והגבלת מסלולים אלו כך שרק בוגרי החינוך העל יסודי בזרם החרדי שאינו מוכר, ושיעור מצומצם של חריגים נוספים, יוכלו להשתתף בהם.

חברי המשנה לנשיאה סבור כי יש לדחות את העתירות המופנות כלפי עצם חוקיות מדיניות המל"ג המתירה את הפעלתם של מסלולים נפרדים; להורות למל"ג לבחון את האפשרות שמרצות תוכלנה ללמד קורסי בחירה מסוימים, אף שלא יתאפשר להן ללמד בקורסי חובה; ולהרחיב את קהל היעד שיוכל ללמוד במסלולים שבהם מתקיימת הפרדה.

4. כפי שיורחב להלן, בניגוד לחברי, אני סבור כי יש להורות על דחיית העתירות כולן, וכי עלינו להימנע מהתערבות בשיקול דעת המל"ג בהחלטתה לאשר את תכנית החומש.

בפרט, אני מוצא כל הצדקה להתיר למוסדות ההשכלה הגבוהה שלא להעסיק נשים להרצות במסלולים נפרדים עבור תלמידים גברים – אף לא ב"קורסי חובה" בלבד. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שהמל"ג עצמה לא אישרה הפלייה מעין זו בתכנית החומש; ושממילא, המל"ג נעדרת לשיטתי כל הסמכה בדין לעשות כן.

כמו כן, אני סבור כי עלינו להתערב בקביעת המל"ג שלפיה מסלולי הלימוד במוסדות ההשכלה הגבוהה המתקיימים תוך הפרדה בין גברים לנשים, יהיו פתוחים רק בפני בוגרי החינוך העל יסודי בזרם החרדי שאינו מוכר.

רקע

5. תכנית החומש שבמוקד העתירות שלפנינו אושרה בהחלטת המל"ג מחודש מאי 2017. במסגרת התכנית ניתנו למוסדות אקדמיים מתוקצבים ושאינם מתוקצבים היתרים לקיום מסלולי לימודים בהפרדה בין גברים לנשים.

הנחת היסוד של התכנית היא כי הדרך היחידה להנגיש לימודים אקדמיים לרובו המכריע של הציבור החרדי היא באמצעות מסלולי לימוד מיוחדים ומותאמים לתואר ראשון הפועלים במתכונת של הפרדה מגזרית והפרדה בין המינים, במימון ובתמיכה ציבורית ממשלתית.

שני נימוקים מרכזיים תומכים, לעמדת המל"ג, ביצירת מסגרת לימוד ייחודית מסוג זה: האחד – שיקול דתי ותרבותי, ולפיו בשל הנורמות הנהוגות בחברה החרדית ואורח החיים המקובל בה, לא ייתכנו לימודים שאינם בהפרדה; והשני – שיקול אקדמי, אשר על פיו קיימים פערי ידע בלתי ניתנים לגישור במקצועות הליכה בין בוגרי מערכת החינוך החרדי לבין בוגרי מערכת החינוך הממלכתית והממלכתית-דתית, אשר גורמים לכך שנקודת הפתיחה של הסטודנטים בוגרי החינוך החרדי נמוכה באופן משמעותי.

6. עצם קיומם של מסלולי לימוד נפרדים עבור האוכלוסיה החרדית אינו דבר חדש. למעשה, מסגרות לימוד נפרדות פועלות כבר מזה כשני עשורים. הורתה ולידתה של התכנית הרב שנתית לקידום ההשכלה הגבוהה בישראל בהחלטת ממשלה שהתקבלה בחודש יולי 2010, ועסקה בנקיטת צעדים מעשיים לשיפור מצבם הסוציו-אקונומי של בני המגזר החרדי והמגזר הערבי הקשור בקשר ישיר לשיעור השתתפותם הנמוך בשוק העבודה (ראו החלטה 1994 של הממשלה ה-32 "הצבת יעדי תעסוקה לשנים 2010–2020 (15.7.2010). ראו גם נויה רימלט "תוכניות אקדמיות נפרדות לחרדים: בין הנגשה ושילוב למדיניות מעודדת הפרדה" המשפט והחרדים בישראל 363, 371 (יורם מרגליות וחיים זיכרמן עורכים 2018)).

במסגרת תכנית החומש הראשונה (המועצה להשכלה גבוהה, הוועדה לתכנון ולתקצוב הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזרים ייחודיים (ח' בטבת התשע"ב) (להלן: תכנית החומש הראשונה)) הוחלט על הקמת מסגרות אקדמיות חדשות לחרדים, בנוסף למסגרות דומות שכבר פעלו אותה עת, כך שהמסגרות החדשות תפעלנה ליד מוסדות להשכלה גבוהה מוכרים ומתוקצבים, תוך "מציאת דרך המלך בין הפרדה לשילוב" (תכנית החומש הראשונה, בעמ' 10).

באופן ספציפי נקבעו כבר בשלב זה שלושה קריטריונים מרכזיים להפעלתן של מסגרות הלימוד על פי התכנית: שמירה על רמה אקדמית ראויה, הגבלת פעילות המסגרות הנפרדות ללימודי תואר ראשון בלבד, ותחימה ברורה של קהל היעד הרשאי להירשם ללימודים במסגרות אלו. בהתאם לקריטריון אחרון זה, נכללה בתכנית הגדרה ספציפית לאותה קבוצה, כך שהיא כוללת את בוגרי החינוך העל-יסודי החרדי בלבד (לגברים – "התלמיד למד מכיתה ט' עד י"ב במוסד חינוך תרבותי ייחודי כהגדרתו בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, תשס"ח-2008, או במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך"; לנשים – "התלמידה למדה מכיתה ט' עד כיתה י"ב במוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית, המצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך"; ראו תכנית החומש, בפסקה 9).

7. מאז פרסומה של תכנית החומש הראשונה, בשנת 2012, וביתר שאת במהלך התקופה מאז פרסומה של תכנית החומש הנוכחית, נבחנה ונבדקה התכנית על ידי הגורמים במל"ג ובוועדה לתכנון ולתקצוב, האמונים על יישומה, והישגיה נמדדו ביחס ליעדים שהציבה להגדלת שיעור השתלבות האוכלוסיה החרדית במוסדות הלימוד להשכלה גבוהה בישראל. בהתאם, מעת לעת נערכו בתכנית התאמות ועדכונים לטובת הגשמת תכליתה.

בפרט, כפועל יוצא מהחלטות בית משפט זה בעתירות קודמות שהופנו כלפיי תכנית החומש הראשונה, ואשר נמחקו (בג"ץ 5851/13 קושלבסקי נ' המועצה להשכלה גבוהה (1.10.2013); בג"ץ 6667/14 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (19.3.2015)), נערך שימוע ציבורי ביחס לתכנית החומש הנוכחית, והוזמן מחקר הערכה של התכניות האקדמיות לחרדים (גלעד מלאך, לי כהנר ואיתן רגב תכנית החומש מל"ג-ות"ת לאוכלוסיה החרדית לשנים תשע"ב-תשע"ו – מחקר הערכה והמלצות לחומש הבא (תשע"ז) – תשפ"א (2016)). כמו כן, הזמינה המל"ג בשלב זה סקר עמדות מקיף של הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים (אסף מלחי בין השתלבות להיבדלות: עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים – סקר עמדות (2017) (להלן: מלחי)).

המסקנות המרכזיות של מחקר ההערכה ושל סקר העמדות, שעמדו בבסיס ההצדקה לתכנית החומש השניה, הן "שבין 70% עד 80% מהאוכלוסייה החרדית יימנעו מלימודים אקדמיים ללא הפרדה מגדרית" (תכנית החומש, בפסקה 41); ושנשים חרדיות, יותר מגברים חרדים, מעדיפות לרכוש השכלה גבוהה במסלולים נפרדים (שם, בפסקה 70).

8. בהתבסס על ממצאים אלו, מגמת תכנית החומש הנוכחית הייתה לחזק ולהרחיב את תכניות ההפרדה הקיימות, תוך הגדלת האמצעים המוקצים להן (שם, בפסקאות 48.6, 48.15).

בסיכומו של דבר, סבורה המל"ג כי:

"הנתונים העולים מהמחקר המלווה מצביעים הצלחת התכנית במדדים המרכזיים – גידול כמותי במספר הסטודנטים, גידול במספר התכניות, ושיפור משמעותי ביכולת התעסוקה וההשתכרות של בוגרי תארים אקדמיים בציבור החרדי" (תכנית החומש, בפסקה 48.1).

9. תכנית חומש זו על מטרותיה, פרטיה והוראותיה היא עומדת לדיון בליבת העתירות שלפנינו.

במוקד העתירה בבג"ץ 6500/17 (עתירת תירוש) עומדת לדיון בקשת העותרים לבטל כליל את ההיתרים לקיום מסלולי לימודים תוך הפרדה בין גברים לנשים. לטענתם, יש לקבוע איסור מוחלט על התחשבות במין הסטודנט בתכניות הלימוד של מוסדות להשכלה גבוהה, ובכלל זה במסגרת מסלולי לימוד ייעודיים; איסור על הפרדה בכיתות, במרחבי הלימוד ובקמפוסים; ואיסור על הקצאת סגל הוראה לתוכניות לימוד על פי מין המרצה.

מנגד, במוקד העתירות בבג"ץ 8683/17 (עתירת פורום קהלת), בבג"ץ 8010/16 (עתירת ברזון) ובבג"ץ 2240/17 (עתירת קסטל) עומדת לדיון טענת העותרים לפיה יש להרחיב את הקריטריונים להפעלת המסגרות הנפרדות, אם על ידי פתיחת מסלולי לימוד נפרדים גם לתואר שני, ואם על ידי הגמשת ההגדרה לאוכלוסיית היעד של הסטודנטים הרשאים להירשם לתכניות הקיימות, כך שזו תכלול לא רק את בוגרי החינוך העל יסודי בזרם החרדי שאינו מוכר, אלא כל אדם המקיים אורח חיים חרדי נכון למועד הרשמתו ללימודים גבוהים.

אלה גם אלה קוראים תגר על החוקיות והחוקתיות של ההסדר הקיים על פי תכנית החומש בטענות של הפליה, היעדר סבירות והיעדר מידתיות, תוך שהם מניפים, איש על מחנהו, את דגלי זכויות היסוד והאינטרסים בשיטתנו המשפטית: חופש העיסוק, כבוד האדם, הזכות לאוטונומיה, הזכות לחינוך, הזכות לתרבות, חופש אקדמי, חופש הדת וחופש מדת.

אולם, כפי שהבהיר חברי המשנה לנשיאה, מלצר, הצו על תנאי שניתן בהליכים שלפנינו הוגבל לשאלת חוקיות תכנית החומש עצמה – ואינו כולל את שאלת חוקיותו של סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז–2007 (להלן: חוק זכויות הסטודנט), שיובא להלן, הקובע כי הקמת מסלולים נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת אינה עולה כדי הפלייה אסורה.

10. אין חולק על חשיבותה של הזכות לשוויון, בפרט בהקשרים בהם היא קשורה באופן מהותי לזכות היסוד של אדם לשמירה על כבודו (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, בפסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (9.6.2020)). הפליה בין אדם לאדם פוגעת בליבת הזכות לשוויון. המבחן לקיומה של הפליה הוא תוצאתי, במובן זה שדי בקיומה של תוצאה בלתי שוויונית כדי לפסול נורמה שיצרה הרשות המינהלית, אף אם לא הייתה כוונה להביא לתוצאה זו (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (27.2.2006)).

בהתאם לכך, נקודת המוצא היא כי שירותים ציבוריים יינתנו על בסיס שוויוני. זאת, בין היתר לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה), החל הן על גורמים פרטיים, הן על הרשויות הציבוריות, הכפופות גם לעקרונות המשפט המנהלי האוסרות על הפליה.

בכלל זה, בהתאם לסעיף 3(ג1) לחוק איסור הפליה, "קביעת תנאים שלא ממין העניין" תהווה הפליה – ועל כן על דרך הכלל, ובכפוף לחריגים הקבועים בחוק, הפרדה במתן שירות ציבורי על בסיס דת, גזע או מין, תהווה הפליה אסורה.

11. טעם מרכזי לאיסור על הפרדה בין נשים לגברים במתן שירותים ציבוריים, הוא כי היא מבשרת על פי רוב על פגיעה בשוויון – הן בצד מקבלי השירות, הן בצד ספקי השירות אשר ההפרדה נכפית עליהם על ידי מעסיקם.

בצד מקבלי השירות, ההפרדה מעצם טיבה קובעת כי גבר ואישה לא יוכלו לשהות באותו זמן ובאותו מקום לשם קבלת השירות הציבורי, וזאת אך ורק מחמת מינם. בכך יש כדי לפגוע בזכותו לשוויון של מי שמעוניין לקבל את השירות הציבורי באותו זמן ומקום שבו חברתו זכאית לקבל שירות זה. עם זאת, פגיעה זו בשוויון

עשויה להיות פחותה במקרים שבהם ההפרדה וולונטרית – במובן זה שכל מקבלי השירות הציבורי מעוניינים לקבלו בהפרדה.

זאת ועוד, מרגע ששירות מסוים ניתן לבני שני המינים השונים במקומות או בזמנים שונים, או על ידי ספקי שירות שונים, עלול להתעורר קושי של ממש להבטיח כי איכות וטיב השירות יהיו זהים. הבדלים אלו באים לא אחת על חשבון קבוצת האוכלוסייה המוחלשת – ומביאים לבסוף להפלייתם. משכך, במקרים שבהם קיימת הפרדה בין נשים לגברים, קמה לשיטתי חזקה שבעובדה שלפיה ההפליה כרוכה גם במתן שירותים ציבוריים שאיכותם וטיבה אינה שווה – ועל המצדד בקיומה של ההפרדה הנטל לסתור חזקה זו. כל עוד חזקה זו לא נסתרה, אין די בהיות ההפרדה וולונטרית כדי לעמעם את הפגיעה בזכות לשוויון הנגרמת כתוצאה ממנה.

בצד ספקי השירות, קביעת מגבלות באשר לזהותם על בסיס מין, פוגעת באופן ישיר בשוויון ההזדמנות בתעסוקה, ומצמצמת את "פלח השוק" הפוטנציאלי של השירות הציבורי על בסיס קריטריון שאינו נובע בהכרח מאופי השירות. במקרים שבהם יש הבדלי ביקוש בין קבוצות דת, גזע או מין – ההפרדה תביא לפגיעה בפועל בשוויון בין ספקי השירות, אשר יכולים לפנות לקהלים שונים שגודלם שונה.

לאור האמור, הנחת המוצא היא כי הפרדה במתן שירות ציבורי בין גברים לנשים פוגעת בזכות לשוויון.

על כן, אין לנקוט בהפרדה במתן שירות ציבורי אלא לפי החריגים הקבועים בדין; כאשר ההפרדה נעשית על ידי רשות מרשויות המדינה או באישורה – יש להבטיח כי היא נעשית לפי החריגים הקבועים בדין הרלוונטי ובאופן מידתי; ובכל מקרה, על נותן השירות לנקוט בצעדים להבטיח כי אין בעצם מתן השירות הציבורי תוך הפרדה בין גברים לנשים כדי להביא לפערים בטיב ואופי השירות הניתן לשני המינים (ראו גם בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (7.10.2020); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקאות 22–24 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 575 (2011)).

12. הנחת מוצא זו היא שבבסיס הוראות סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, הקובע חריג לאיסור על הקמת מסגרות נפרדות לנשים ולגברים בהספקת מוצר או שירות ציבורי ובהפעלת מקום ציבורי בכפוף לתנאים מסוימים; ואף בבסיס סעיף 4(ב) לחוק

זכויות הסטודנט, אליו אדרש בהמשך, הקובע שאין לראות בהקמת מסלולים נפרדים לנשים ולגברים משום "הפלייה". קביעתו המפורשת של המחוקק שלפיה הפרדה מעין זו תותר בנסיבות מסוימות, היא הנותנת כי אלמלא קביעה זו, ברירת המחדל הייתה כי ההפרדה מלמדת על פגיעה בשוויון והפלייה.

13. לצד הפגיעה בשוויון, עצם המגבלה על חופש הבחירה של צרכנים מסוימים, שאינם מעוניינים כי מינם ישליך על אורחות חייהם היום-יומיות, עשויה לפגוע בזכותם לכבוד.

בדומה, הפרדה על בסיס מין עלולה לפגוע בכבודם של ספקי השירות, אשר מבקשים כי תפקידם החברתי ועיסוקם לא יוגדרו על פי מאפיינים אלו; ויש בה גם כדי לפגוע בזכותם לחופש העיסוק.

14. הפגיעה בזכויות הכרוכה במדיניות של "הפרדה" עלולה להתעצם במקרים שבהם בפועל, אין מדובר בהפרדה מלאה. כך, כאשר ניתנת לגברים האפשרות להעניק שירות לנשים ולגברים כאחד, ואילו לנשים ניתנת האפשרות להעניק שירות לנשים אחרות בלבד – כבענייננו – הרי שהדבר כרוך בפגיעה ישירה בזכות לשוויון, מאחר שחופש העיסוק של נשים הוגבל במידה משמעותית מזו ביחס לחופש העיסוק של גברים. הפרדה חלקית מעין זו אף עלולה ללמד על תפיסות חברתיות באשר לתפקידם החברתי של נשים וגברים, באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודם כבני אדם שאינם מוגדרים בהכרח על פי מינם.

15. בעניין שלפנינו, המל"ג אינה חולקת על כך שההפרדה במסלולים האקדמיים נולדה מתוך אילון חברתי-כלכלי, וכי אם יש מקום לאפשרה – הרי שיש לעשות זאת בצמצום. החשש מפגיעה בזכויות יסוד כתוצאה ממתן היתר להפרדה בין המינים במוסדות ההשכלה הגבוהה מודגש בתכנית החומש עצמה, המבקשת לקבוע גבולות ברורים למקרים שבהם תתאפשר הפרדה מעין זו. זאת, כפי שיורחב להלן – בהתאם לקביעת המחוקק שלפיה ניתן לאפשר את קיומם של מסלולי לימוד להשכלה גבוהה המתקיימים תוך הפרדה בין נשים לגברים מטעמי דת.

הסמכות להכיר במסלולי לימוד המקיימים הפרדה בין נשים לגברים מטעמי דת
16. הסמכות הרחבה המוקנית למל"ג להכיר במוסד מסוים כמוסד להשכלה גבוהה פורטה בחוות דעת חברי המשנה לנשיאה. על כן, אציין בתמצית כי חוק המל"ג וכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד–1964, מסמיכים את המל"ג

להכיר במוסדות להשכלה גבוהה המקיימים שורה של תנאים בסיסיים, אשר עניינם בסטנדרטים האקדמיים הדרושים, לצד דרישה ל"היעדר הפליה" של תלמידים וחברי סגל על רקע "גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי" (סעיף 9 לכללים אלו).

אולם, חוק זכויות הסטודנט, אשר תכליתו "לקבוע עקרונות לזכויות האזרח הישראלי ותושב ישראל לנגישות להשכלה גבוהה, ועקרונות לזכויות הסטודנט, מתוך הכרה במחויבות החברה בישראל לזכויות אלה ולשוויון הזדמנויות בהשכלה גבוהה" (סעיף 2 לחוק זכויות הסטודנט), מבהיר כי ניתן יהיה לנקוט במדיניות מפרידה, אשר דומה כי במקרה הרגיל הייתה נחשבת כמדיניות מפלה, לשם קידום אוכלוסיות שההשכלה הגבוהה אינה מנת חלקן – ובפרט כאשר הדבר נובע מטעמי דת.

כך, סעיף 4 לחוק זכויות הסטודנט קובע איסור על הפליית מועמדים למוסדות לימוד וסטודנטים, תוך קביעת חריגים למונח "הפליה":

"(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.

(ב) 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 אוכלוסיה מסוימות או לענין תנאי קבלה מקלים..." (ההדגשה הוספה – 'א').

ניסוחו של הסעיף שונה באופן משמעותי מהחריג הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, המורה:

"אין רואים הפליה לפי סעיף זה ... 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".

חוק איסור הפליה – אשר חל בין היתר על שירותי חינוך – קובע כי אומנם הפרדה בין גברים לנשים עשויה להתאפשר בכל מקרה שבו "אי ההפרדה תמנע מחלק מן הציבור" את הספקת השירות הציבורי, אולם זאת רק בכפוף לקיומה של הצדקה מספקת להפרדה. דרישה זו לקיומה של הצדקה להפרדה פורשה באופן המחייב איזון בין הצורך בהפרדה עבור ציבור מסוים, לבין השלכותיה על צורכי הציבור הכללי, ועל צורכי הציבור שעלול להיפגע מההפרדה בפרט – אשר ספק אם מתקיים בענייננו. בכלל זה, יש להתחשב באופי השירות הציבורי, בחיוניותו, בחלופות לו, בצורכי הציבור שייפגע כתוצאה מההפרדה, ובמשקלה של הנורמה המחייבת הפרדה בתוך הקהילה הרלוונטית (ראו עניין קול ברמה, בפסקה 53 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

לעומת זאת, החרג הקבוע בחוק זכויות הסטודנט מצומצם בהיקפו במובן זה שהוא חל רק לגבי הפרדה במוסדות להשכלה גבוהה; אולם הוא רחב בהיקפו במובן זה שהוא אינו דורש לבחון את ההצדקות להפרדה, מלבד כך שהיא נובעת מטעמי דת. בהתאם לכך, ההסדר הספציפי הקבוע בחוק זכויות הסטודנט מאפשר הפרדה מסוימת במוסדות האקדמיים, אף שספק אם הייתה לה הצדקה מספקת לפי ההסדר הכללי הקבוע בחוק איסור הפליה.

17. הכרעתו זו של המחוקק, המכשירה מסלולים נפרדים לנשים ולגברים אף אם לא היינו מגיעים למסקנה דומה על פי חוק איסור הפליה, אינה פשוטה כלל ועיקר. אולם, היא משקפת את האיזון בו חפץ המחוקק בין הזכויות לשוויון ולכבוד, שלפיהן אין להפלות מועמדים למוסדות אלו וסטודנטים בהם על בסיס מין – לבין האינטרס הציבורי שבהבטחת קיומה של מערכת להשכלה גבוהה אשר תהא נגישה גם עבור אלו שאמונתם הדתית אינה מאפשרת להם להשתתף בלימודים אקדמיים מעורבים, באופן שיאפשר בהמשך את השתלבותם בשוק העבודה.

הדברים באו לידי ביטוי באופן מפורש בדברי יו"ר ועדת החינוך, התרבות והספורט, חה"כ מיכאל מלכיאור, במסגרת הדיונים בהצעת החוק בהכנה לקריאה ראשונה:

"אני לא רוצה שיהיה נגיד מוסד שיש בנים ובנות, לא רוצה שיהיה משהו שהוא מקבל עדיפות בגלל זה. או במוסד שיש הפרדה אז בשני המסלולים, צריך שתהיינה אפשרויות שוות לבנים ובנות. ועל זה אני כן הייתי רוצה לקבל איזשהו ניסוח פה שפותר את זה. אני לא רוצה למנוע מהמסלולים המיוחדים היום בהשכלה גבוהה שקיימים. למשל, קרית אונו זו דוגמה מאוד טובה. קרית

אנו זה מסלול מיוחד כדי להביא את האוכלוסייה החרדית, כל מיני דברים מיוחדים. לבת של הרב עובדיה יוסף יש תכנית מיוחדת. אלה תכניות מצוינות, יש לנו אינטרס גדול מאוד בחברה הישראלית לעודד את הכיוונים האלו (פרוטוקול ישיבה 142 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-17 (13.2.2007)).

ברי כי לשם הגשמת איזון זה שקבע המחוקק יש לפרש את הסעיף כך שהוא מסמיך את המל"ג להכיר בלימודים במסלולים נפרדים מהסוג האמור. זאת, שהרי כל פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את הסעיף, ותחתור תחת האיזון שאליו שאף המחוקק בין הזכות לשוויון לבין האינטרס הציבורי שבהנגשת השכלה אקדמית לאוכלוסייה החרדית.

18. כפי שהובהר לעיל, איננו נדרשים עוד לחוקתיותו של הסדר זה. אולם, אעיר בקצרה כי עיקר הניתוח שערך חברי המשנה לנשיאה בחוות דעתו באשר לחוקיות תכנית החומש, מלמד אף על חוקתיות ההסדר הכללי הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט: כך באשר להלימתו עם ערכי המדינה; לתכליתו הראויה להקל על שילב קבוצת אוכלוסייה הולכת וגדלה במדינה בשוק העבודה, ולמידתיותו – בשים לב לצמצומו אך ורק למקרים שבהם ההפרדה נחוצה מטעמי דת, ושההשתתפות במסלולים הכוללים הפרדה וולונטרית בעיקרה.

בהקשר אחרון זה, אעיר כי לאור הפגיעה בשוויון הכרוכה בהפרדה, ולאור תכלית ההסדר – להנגיש את ההשכלה הגבוהה במסגרת מסלולים מיוחדים לאוכלוסיות שאינן משולבות בה במידה מספקת – ראוי בעיני לפרש את ההסדר האמור באופן מצומצם.

לגישתי, הסדר זה אינו מתיר לנקוט בהפרדה גורפת בכלל מסלולי ההשכלה הגבוהה – אלא אך ורק במסגרות מצומצמות יחסית המיועדות לאוכלוסיות שלא תשתלבנה במוסדות להשכלה גבוהה אלמלא יוקמו מסלולים נפרדים לנשים ולגברים.

זאת ועוד, היתר צר זה להקמת מסלולים נפרדים מטעמי דת, אינו היתר לפגיעה ביתר הדרישות הנובעות מהזכות לשוויון. בפרט, יש להבטיח כי טיב ואופי הלימודים של נשים וגברים במסלולים הנפרדים אינם שונים.

19. לאור האמור, אני סבור כי אין ממש בטענת העותרים בעתירת תירוש, שלפיה המל"ג אינה מוסמכת להכיר במוסדות להשכלה גבוהה המקיימים מסלולי לימוד

נפרדים לנשים ולגברים. ממילא, אין בעצם קביעת כללי מדיניות באשר לאופן ההכרה במוסדות לימוד אלו, במסגרת תכנית החומש, כדי להוות חריגה מסמכות המל"ג.

למעשה, ההיפך הוא הנכון: אלמלא קבעה המל"ג תכנית ברורה בעניין, היה מתעורר חשש כבד שמא גבולות ההפרדה אינם חדים וברורים – באופן שעלול היה לאפשר להפרדה להתרחב למעלה מן הדרוש. כך, בפרט בשים לב לכך שתכנית החומש קובעת הגדרה ברורה לקהל היעד שרשאי לבוא בשערי המסלולים המופרדים, ולכך שהיא מגבילה את האפשרות להפרדה במוסדות ההשכלה הגבוהה אך ורק ללימודי תואר ראשון.

כפי שיובהר להלן, הליך קביעת המדיניות הסדורה של המל"ג בעניין, במסגרת תכנית החומש, היה כרוך באיסוף מידע ומחקרים רלוונטיים, שימוע בפני הציבור באשר לקווי היסוד של התכנית בטרם אושרה, קביעת כללים ברורים למותר ואסור במסגרת ההפרדה – לצד קביעת סנקציות בגין הפרת כללים אלו. כל זאת, במטרה "לאפשר את ההפרדה המגדרית בצורה מצומצמת ככל הניתן, אך שתשיג את מטרתה" (סעיף 59 לתכנית החומש).

במובן זה, תכנית החומש, כשלעצמה, אינה פוגעת בזכות לשוויון, אלא קובעת את אמות המידה לאופן שבו יש ליישם את קביעת המחוקק שלפיה יש לאפשר הפרדה בין נשים לגברים במוסדות ההשכלה הגבוהה מטעמי דת – תוך צמצום היקף ההפרדה והגבלתה.

תקינות ההחלטה לאשר את תכנית החומש, סבירותה ומידתיותה
 20. נקודת המוצא לדיון שלפנינו היא כי בית משפט זה אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו שלו, ואינו מתערב בהחלטותיה אף אם ניתן היה לקבל החלטה אחרת. תפקידו של בית המשפט מתמצה בבחינת תקינות ההחלטה וסבירותה, תוך בחינה אם נפלו פגמים המצדיקים את ביטולה (ראו למשל ע"ע 7310/16 עיריית בת ים נ' ועדת המשנה לעררים המועצה הארצית לתכנון, פסקה 18 (23.10.2018); בג"ץ 6671/04 עמותת שחר אגודה לקידום החינוך בישראל נ' המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 12 (28.3.2007); בג"ץ 5339/00 רוסק נ' המועצה להשכלה גבוהה, פ"ד נד (4) 827, 832 (2000)).

21. אופן קבלת ההחלטה על אישור תכנית החומש פורט בהרחבה בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה. אסתפק אפוא בכך שאדגיש כי בניגוד לטענות חלק העותרים,

לתכנית החומש קדמה עבודת מטה סדורה ויסודית, והיא התבססה על תשתית עובדתית משמעותית.

בפרט, כחלק מהכנות תכנית החומש שלפנינו נערך מחקר הערכה על התכנית שקדמה לה על ידי שלושה חוקרים חיצוניים שהצביע בין היתר על הצלחתה של התכנית בהגדלת מספר החרדים הרוכשים השכלה גבוהה, וכן על נחיצותה לאור שיעור החרדים הנמוך המחזיקים בהשכלה גבוהה; באפריל 2016 פורסמה טיוטת תכנית החומש לציבור לשם קבלת הערות ועריכת שימוע; כחודש לאחר מכן התקיים כנס ציבורי שבו הוצגה התכנית, אשר במהלכו ולאחריו התקבלו עשרות רבות של תגובות והתייחסויות בכתב ובעל פה לתכנית; בעקבות ההשגות על התכנית נאסף מידע משלים ונבחנו מחקרים ומסמכים נוספים המלמדים על רמת ההשכלה במוסדות החרדיים ועל נחיצות ההפרדה לשם שילוב האוכלוסייה החרדית במוסדות להשכלה גבוהה (ראו פסקאות 22–36 לתכנית החומש).

22. כמו כן, לא מצאתי מקום להתערב בשיקול דעת המל"ג באשר לקביעת אמות המידה להכרה במוסדות השכלה גבוהה המקיימים הפרדה בין גברים לנשים. זאת, בשים לב לכך שכאמור, עצם האפשרות להתיר הפרדה מעין זו כבר אינה על הפרק במסגרת הדיון שלפנינו. עיקר השאלה היא אם יש מקום להמשיך ולהכיר במוסדות מעין אלו; ואם הקריטריונים למתן הכרה במוסדות המקיימים הפרדה זו הם קריטריונים מידתיים המצויים במתחם הסבירות.

23. בהתייחס לעצם קיומו של צורך במתן הכרה למוסדות לימוד נוספים המקיימים הפרדה בין נשים לגברים לשם הגברת נגישות ההשכלה הגבוהה עבור האוכלוסייה החרדית, הרי שעל פי ממצאי סקר העמדות שהוגש למל"ג לקראת אימוץ תכנית החומש, כ-83% מהנשים החרדיות וכ-79% מהגברים החרדים אינם מוכנים ללמוד במסגרות אקדמיות מעורבות; ומידת מוכנותם ללמוד במסגרת אקדמית גדלה באופן משמעותי אם ניתנת להם אפשרות לעשות זאת במסגרת המקיימת הפרדה בין המינים (מלחי, בעמ' 28, 31).

העותרים בעתירת תירוש טענו אמנם לפגמים בעריכת סקר זה, באופן המקשה על קבלת ממצאיו, תוך שהפנו למחקר אחר, שממצאיו שונים (נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט' 675, 704 (2019)). אולם, גם לפי מחקר זה כ-44% מקרב האוכלוסייה החרדית המעוניינת בהשכלה אקדמית, רואים בהפרדה המגדרית

שיקול מרכזי בהחלטתם בעניין (שם, בעמ' 704); ומכל מקום, אף הוא אינו חף מקשיים, בהיותו נשען על סקר אינטרנטי – אף שהשימוש באינטרנט אינו מקובל בקרב כל המגזר החרדי (אסף מלחי ההכרעה הערכית בשילוב חרדים באקדמיה (2018)). אין זה מיותר לציין עוד, כי סקר נוסף שנערך ביוזמת פורום קהלת, ואשר צורף במסגרת עתירתם, הצביע על נתונים שונים משני הסקרים הקודמים, וממצאיו מצויים בתווך בין שניהם).

כך או כך, המשותף לכל הסקרים הללו הוא כי הם תומכים במסקנה שלפיה לימודים שלא בהפרדה מהווים חסם משמעותי מפני השתלבות במוסדות הלימוד בהשכלה הגבוהה בפני נתח משמעותי של האוכלוסיה החרדית, וכי תכנית החומש נועדה להתגבר על חסם זה ולהביא לרכישת השכלה גבוהה עבור רבים מבני המגזר החרדי.

לא זו אף זו, אלא שהנתונים שהוצגו על ידי המדינה (ראו למשל סעיפים 53–57 להודעת העדכון והתצהיר המשלים מטעמה מיום 24.9.2020) מלמדים כי הלכה למעשה יישום תכנית החומש הראשונה ובהמשך תכנית החומש הנוכחית אכן הגשים מטרה זו. נתונים אלה מלמדים כי משנת תשע"ד עד שנת תש"ף חל גידול בשיעור הסטודנטים המשתלבים באקדמיה, ובמסלולים הנפרדים בפרט.

24. יתירה מזאת, המל"ג בחנה חלופות שונות לקיום ההפרדה במסלולים האקדמיים, ומצאה כי אין בהם כדי להביא להנגשה מספקת של מוסדות ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית.

כך, בהודעת העדכון והתצהיר המשלים מיום 24.9.2020, ציינו באי כוח המדינה כי נבחנו ונדונו על ידי המל"ג החלופות הבאות: שילוב סטודנטים חרדים בתכניות לימוד רגילות לאחר לימודים במכינה קדם-אוניברסיטאית נפרדת; הקמת מוסד חרדי עצמאי; ולמידה מקוונת מרחוק – אך נמצא כי אף אחת מהן אינה מתאימה להגשת המטרה של שילוב בני המגזר החרדי בלומדים אקדמיים.

אשר למכינה קדם-אוניברסיטאית, נמצא כי לא יהיה באמצעי זה כדי ליתן מענה כולל לחסמים השונים הקיימים לאוכלוסיית הסטודנטים החרדים, ובפרט לפערי הידע, וכי נדרשים גם ליווי והתאמות במהלך כל שנות הלימוד לתואר הראשון. בהתייחס לאפשרות להקמת מוסד עצמאי, נמצא כי אין לכך צידוק כלכלי, שכן קיימת תחרות מתמדת בין המוסדות האקדמיים בישראל על מספר נתון של סטודנטים, ובנוסף

מוסד אחד מסוג זה לא יוכל לתת מענה הולם לסטודנטים מכל רחבי הארץ (בניגוד למסלולים בהפרדה הקיימים היום במוסדות שונים). אשר ללמידה מקוונת מרחוק, הוחלט כי זו אינה יכולה להיות תחליף להוראה פרונטלית בקמפוס, בפרט לאור הפערים הלימודיים של סטודנטים מהמגזר החרדי ולאור נגישות מוגבלת לאמצעים דיגיטליים.

לא מצאתי בטענות העותרים בעתירת תירוש כדי להצדיק התערבות בהתרשמות זו של המל"ג.

לאור המידע הרב המלמד על תרומת מסלולי לימוד מופרדים להשתלבות האוכלוסייה החרדית בהשכלה הגבוהה; ולאור קביעת המל"ג כי אין בנמצא חלופות אשר יאפשרו הנגשה מספקת של ההשכלה הגבוהה בפני אוכלוסייה החרדית – איני סבור כי יש להתערב בהחלטת המל"ג להרחיב את היקף ההכרה במוסדות השכלה גבוהה המקיימים מסלולים נפרדים לנשים ולגברים.

25. באשר להסדרים הספציפיים שקבעה המל"ג בתכנית החומש כתנאים להכרה במסלולים נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת, מתוך נקודת המוצא שלפיה הפרדה מעין זו מותרת, הרי שאלו מידתיים לטעמי, ואין מקום להתערב בהם.

מידתיות ההסדר נלמדת בעיקרו של דבר ממערך האיזונים המורכב שנקבע בו. במסגרת איזונים אלה, נקבע כי ההפרדה בין המינים שמאפשרת התכנית אינה חובקת כל, אלא יש לצמצמה ולפקח כי לא תחרוג מהגבולות שנתחמו. כך, קובעת התכנית מי רשאי להירשם ללימודים במסגרות הנפרדות (רק בוגרי תיכון חרדי); מה רשאים ללמוד במסגרות אלו (לימודים לתואר ראשון בלבד, למעט בחינה של תארים מתקדמים בתחום הטיפול); ובאיזה אופן תבוצע ההפרדה (בכיתות הלימוד בלבד, ולא ברחבי הקמפוס).

כללים נוספים שנקבעו במסגרת התכנית, מתייחסים להשוואת תכניות הלימודים במסלולים הנפרדים לתכניות הכלליות, לרבות בנושא זהות הסגל האקדמי, הקורסים, והבחינות; הקפדה על כך שהשתתפות בתכנית בהפרדה היא וולנטרית במובן זה שהיא "נתונה לשיקול דעתו של הפרט", וכן במובן זה שהקמת מסלולים נפרדים אינה נכפית על המוסדות להשכלה גבוהה; הקפדה על מתן שוויון הזדמנויות בעבודה לנשים ולגברים, בהתאם להוראות הדין; הגברת האכיפה על כללי התכנית והטלת

סנקציות על מוסדות שיחרגו מהם (ראו לעניין אחרון זה סעיפים 20 ו-25 להודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 15.6.2020).

לבסוף יודגש, כי תכנית החומש – כשמה כן היא – נועדה לחול למשך חמש שנים, וסיומה קרב והולך. חזקה על המל"ג בטרם תאומץ תכנית נוספת בעניין, כי ייבחן בדקדקנות האופן שבו יושמה התכנית והצלחתה להגשים את יעדיה, תוך הסקת מסקנות לגבי העתיד. גם בהיותה של התכנית תחומה ומוגבלת בזמן יש אפוא כדי לאזן את הפגיעה.

הנה כי כן, מערכת זו של איזונים מצמצמת את היקף הפגיעה בשוויון הנלווית להפרדה, ואינה מצדיקה את התערבותו של בית משפט זה.

עם זאת, אעיר כי מן הראוי היה לקבוע במסגרת תכנית החומש הוראות ברורות באשר לאופן שבו ניתן להבטיח כי בני שני המינים יוכלו ללמוד כל תחום בו הם חפצים – אף בהיעדר ביקוש מספק להקמת מסלול נפרד חדש; ולאופן שבו ניתן להבטיח כי מוסדות ההשכלה הגבוהה לא יפלו בפועל נשים המבקשות ללמוד במסלולים הנפרדים.

מובן כי אין בהיעדרן של הוראות אלו כדי להפחית מהחובה המוטלת על המל"ג להבטיח כי טיב ואופי ההוראה במסלולים הנפרדים – זהים. על כן, אני לא סבור כי עצם העובדה שתכנית החומש אינה כוללת התייחסות מפורטת בנושא זה, מצדיקה את ביטולה. אולם, טוב תעשה המל"ג אם תקבע הוראות בנושאים אלו במסגרת תכנית העתידית.

26. בהקשר זה, לא ניתן להשלים עם כך שבעולם המעשה "בתכניות הלימודים הנפרדות לגברים ככלל לא מלמדות מרצות" (פסקה 30 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 20.7.2020).

אין לקבל את הערת באי כוח המדינה שלפיה תוצאה זו "לא אמורה לגרום להפליה" מאחר ש"היקף פעילות המח"ר מהווה חלק קטן ביותר מכלל פעילות המוסד להשכלה גבוהה שמקיים אותו", וכן מאחר ש"רוב הלומדים במסגרות החרדיות הייעודיות הן סטודנטיות" (שם).

כפי שהודגש בתכנית החומש עצמה, במסגרת המסלולים הנפרדים "לא תינקט הפלייה אסורה (לרבות לפי הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988...) (תכנית החומש, פסקה 51.4). סעיף 2(א) לחוק זה קובע בין היתר:

"לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם ... בכל אחד מאלה:
 (1) קבלה לעבודה;
 (2) תנאי עבודה;
 (3) קידום בעבודה ...".

בהתאם לכך, אין לאפשר מצב שבו מרצות אינן מלמדות במסלולי הוראה מסוימים אך בשל היותן נשים – באופן הפוגע בסיכויי קבלתן לעבודה, בתנאי עבודתן ובאפשרויות הקידום שלהן. על המל"ג החובה לפעול באופן מעשי למניעת הפלייה מעין זו, תוך הצבת דרישה ברורה וחד משמעית לקבלת נשים למשרות הוראה גם במסלולים הנפרדים המיועדים לגברים.

יודגש, כי בעוד שסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט אומנם מתיר הפרדה בין תלמידים מטעמי דת – אין בו כדי להכשיר פגיעה בחופש העיסוק של מרצות, בזכותן לכבוד, ובזכותן לשוויון, המעוגנים בין היתר בחוקי היסוד ובחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

טוב עשתה המל"ג שעיגנה את איסור ההפליה במפורש בתכנית החומש – אולם השלמתה עם ההפלייה הקיימת בפועל במסלולי ההוראה הנפרדים חוטאת לתפקידה ולהוראות תכנית החומש.

27. מטעמים אלו, איני מסכים לגישת חברי המשנה לנשיאה, שלפיה המל"ג רשאית לשקול אם לאפשר למרצות ללמד בקורסי בחירה בלבד (פסקאות 89, 111 לחוות דעתו).

הגבלה מעין זו על חופש העיסוק של מרצות, אך בשל היותן נשים, סותרת את הוראות תכנית החומש, אינה מעוגנת בחוק, וסותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק. אף ספק בעיני אם היא עשויה להיות חוקתית גם אם תעוגן בחוק – בשים לב לכך שהיא נכפית על המרצות, בניגוד לסטודנטיות המבקשות ללמדות במסלול נפרד, ופונות אליו באופן וולנטרי.

28. מכל מקום, ועל אף שהתכנית עצמה אינה כוללת הוראה המפלה מרצות, הרי שבשים לב להצהרת המשיבים, שלפיה בפועל מרצות ככלל אינן מלמדות בתכניות הלימודים הנפרדות לגברים, הרי שלשם הזהירות, אני סבור כי יש להפוך את הצו על תנאי המתייחס למדיניות האוסרת על מרצות ללמד במסלולי הגברים, לצו מוחלט.

29. כמו כן, איני מסכים עם עמדת חברי המשנה לנשיאה כי יש להתערב בתבחין שקבעה המל"ג לעניין הגדרת קהל היעד של תכניות הלימודים המתקיימות בהפרדה, שלפיו רק בוגרי החינוך העל יסודי בזרם החרדי שאינו מוכר יוכלו להשתתף בהן.

כעולה מתכנית החומש, תבחין זה נקבע בשים לב לעיקרון שלפיו יש להקפיד כי ההפרדה תיעשה במשורה, על מנת שהיא תוותר בגדר חריג – ולא הכלל.

עיקר ההצדקה לאימוץ תבחין זה נעוץ בקביעותיה המקצועיות של המל"ג, שלפיהן קיים מתאם בין האוכלוסייה הלומדת במסגרות החינוך העל יסודי בזרם החרדי שאינו מוכר, לבין האוכלוסייה החרדית שאינה משתלבת במוסדות ההשכלה הגבוהה; קביעתה כי רמת לימודי הליבה במסגרות אלו "נחותה עד לא קיימת ביחס לבתי הספר בחינוך הממלכתי והממלכתי דתי" – ועל כן בוגרי מסגרות אלו סובלים, ככלל, מפערי ידע עמוקים ביחס לאוכלוסייה הכללית; וכן לאור התרשמותה כי:

"הגדרה זו היא ההגדרה היחידה שנותנת מענה לשני הנדבכים להקמות המסגרות שפורטו לעיל (תרבותי ואקדמי) והיא היחידה שהיא אובייקטיבית וברת פיקוח" (פסקה 129 לתכנית החומש).

30. כפי שהדגשתי לעיל, לשיטתי יש לפרש את הוראות סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט בצמצום, כך שהוא יאפשר להפעיל מסלולים שבהם מתקיימת הפרדה בין גברים לנשים כחריג בלבד, ורק כאמצעי לשילוב אוכלוסיות שבהן קיים צורך של ממש בעידוד השתלבותן באקדמיה. החלטת המל"ג לבחור בקריטריון אובייקטיבי לקביעת קהל היעד של מסלולים אלו, המאפשר בעיקר לאלו שפערי הידע בינם לבין האוכלוסייה הכללית חריפים ביותר – ושהצורך בעידודם להשתלב בהשכלה הגבוהה הוא המשמעותי ביותר – עולה בקנה אחד עם קביעתי זו.

בנסיבות אלו, ולאור העובדה שהמל"ג שקלה תבחינים אחרים שעשויים היו להתאים לקביעת קהל היעד של התכניות המקיימות הפרדה – והגיעה לכלל מסקנה כי התבחין שנבחר על ידה הוא היחיד שמאזן כראוי בין האינטרסים הרלוונטיים – איני

סבור כי ההחלטה בעניין זה לוקה בחוסר סבירות המצדיק את התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה.

מטעמים דומים אף איני מקבל את טענת העותרים בעתירת פורום קהלת שלפיה המל"ג כלל אינה מוסמכת לקבוע מגבלות על הקמת מסלולים נפרדים במוסדות שאינם מתוקצבים, ונתונים תחת פיקוחה. לא יעלה על הדעת כי המל"ג תיתן ידה לפגיעה לא מידתית בזכויות הסטודנטים והמרצים העשויה להיגרם כתוצאה מהפרדה במוסדות אלו.

31. מכל הטעמים שמניתי בחוות דעתי זו, לא מצאתי הצדקה להתערב בהחלטת המל"ג לאשר את תכנית החומש, בהיותה שומרת על איזון עדין בין התכלית של הנגשת ההשכלה הגבוהה לאוכלוסיה החרדית לבין עקרונות היסוד של שוויון ומניעת הפליה.

בטרם סיום

32. החברה הישראלית רבת פנים היא. כחברה, עלינו לעשות ככל הניתן לאיחוד בין הקהילות השונות, ולא לפילוגן זו מזו. עלינו להביא למעורבות רבה יותר של כל חלקי החברה בחיים האזרחיים במדינה, להשתתפות ולמתן ייצוג בשיח הציבורי והאקדמי, ולשותפות מירבית בשוק התעסוקה הישראלי. וגם אם ארוכה ורבה הדרך להשגת תכליות אלו – נעבור בה יחדיו. במסע זה, אין לצפות כי נשנה את תפיסות עולמו ואורח חייו של האחר, אלא יש לייחל ליצירת אמון ושיח בין הקהילות, מתוך תקווה כי מעשה ידינו לטובה ולברכה, ומהווים פתיחת שער, ולא סגירת שער.

הכל מודעים לחשיבותה של רכישת ההשכלה, ומשמעותה לפרט ולחברה – בעיקר בחברה הישראלית, אשר למרבה הצער, מרובת מחלוקות, שסעים וקוטביות בין חלקיה.

ניסיון העבר מלמד, כי השגת תכליות דומות לאלו העומדות בבסיס תכנית החומש של המל"ג, נעשה בעבר בדרך של יצירת פתרונות מעשיים, ויישומם צעד אחר צעד, מתוך כבוד הדדי, ותוך הקשבה לצרכים הייחודיים של פרטים ושל קהילות. כך אפוא יש לעשות גם בסוגיה רבת החשיבות של פתיחת שערי ההשכלה הגבוהה בפני האוכלוסיה החרדית.

33. סוף דבר, לו דעתי הייתה נשמעת היינו הופכים את הצו על תנאי שניתן ביחס למדיניות האוסרת על מרצות ללמד במסלולי הגברים לצו מוחלט, ומבטלים את הצו על תנאי שניתנו ביחס ליתר הסעדים המבוקשים בעתירות שלפנינו.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר וחוששני כי אין בידי להסכים עמה. לשיטתי, החלטת המועצה להשכלה גבוהה נושא ההליכים דנן ניתנה בחוסר סמכות, ומשכך, דין עתירת תירוש להתקבל ודינן של יתר העתירות להידחות, והכל כפי שיפורט להלן.

1. בראשית שנות ה-2000 החלה המועצה להשכלה גבוהה (להלן גם: המל"ג או המועצה) לפעול לשילובה של האוכלוסייה החרדית במערכת ההשכלה הגבוהה (להרחבה ראו פסקאות 2-4 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר). בשנת 2010 גיבשו המל"ג והוועדה לתכנון ולתקצוב (להלן: הות"ת) תכנית רב שנתית לקידומה של ההשכלה הגבוהה בישראל. בחודש דצמבר 2011 גיבשה הות"ת מסמך החלטה בכותרת "הנגשת ההשכלה הגבוהה למגזרים ייחודיים" שבגדרו הוצע להקים מסגרות אקדמיות ייחודיות לחרדים, בסמוך למוסדות אקדמיים, ובכך ליתן מענה לפערי הידע והחסמים התרבותיים הקיימים. במסגרת המסמך צוין, בין היתר, כי "רק מתן אפשרות ללימודים אקדמיים במסגרות נפרדות ומתאימות, יבטיחו את הנגשת [מערכת ההשכלה הגבוהה – ע' פ'] למגזר זה [המגזר החרדי – ע' פ']" (ראו סעיף 28 לתגובת המדינה מיום 21.12.2017 לעתירת תירוש, שתואר להלן). בחודש ינואר 2012 אימצה המל"ג את מסמך ההחלטה האמור (להלן: התכנית הראשונה). ההחלטה להקים מסגרות אקדמיות ייחודיות לבוגרי החינוך החרדי, נשענה אפוא על שני רציונלים: רציונל אקדמי, שבבסיסו הצורך לגשר בין רמתם הלימודית של בוגרי ובוגרות החינוך החרדי לזו של בוגרי ובוגרות החינוך הממלכתי (להלן: הרציונל האקדמי); ורציונל תרבותי שעניינו מתן מענה לחסמים תרבותיים שמאפיינים את בוגרי ובוגרות החינוך החרדי, שמקשים על הצטרפותם לשורות האקדמיה (להלן: הרציונל התרבותי). עתירה בעניין התכנית הראשונה נמחקה ביום 19.3.2015, לאחר שהמדינה הבהירה כי לקראת גיבושה של התכנית הרב שנתית הבאה יופקו הלקחים מביצוע התכנית הראשונה (בג"ץ 6667/14 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (19.3.2015) (להלן: עניין תירוש הראשון)).

2. במסגרת גיבוש התכנית הרב שנתית האמורה, בשנים 2015-2017 ערכה המל"ג שימוע ציבורי בעניינה, וכן נערכו מחקר הערכה על התכנית הראשונה (גלעד מלאך, לי כהנר ואיתן רגב תוכנית החומש של מל"ג-ות"ת לאוכלוסייה החרדית לשנים תשע"ב-תשע"ו (2016)) וסקר עמדות במגזר החרדי ביחס להשכלה גבוהה ולצורך במסגרות אקדמיות נפרדות (אסף מלחי בין השתלבות להיבדלות – עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים, סקר עמדות (2017) (להלן: סקר מלחי)). בהמשך לאמור, הוכן מסמך מסכם לקראת דיון בתכנית במליאת המל"ג (מסמך מס' 9400 "התכנית הרב-שנתית של מל"ג/ות"ת להרחבת הנגישות של ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית – תשע"ז-תשפ"ב" (2017) (להלן: מסמך 9400)). ביום 23.5.2017 החליטה המועצה להשכלה גבוהה לאשר את עקרונות המדיניות שפורטו בפרק ב' של מסמך 9400. להחלטה אחרונה זו של המל"ג מכוונות 4 העתירות שלפנינו (להלן: התכנית השנייה, התכנית או החלטת המל"ג; עיקרי התכנית פורטו בפסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ')).

3. שתיים מן העתירות מכוונות להגדרת "חרדי" שנקבעה בתכנית לצורך קביעת זכאות להתקבל ללימודים במסגרות המופרדות (בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל ובג"ץ 2240/17 קסטל נ' מדינת ישראל; להלן: עתירות "מיהו חרדי"). שתי העתירות הנוספות, שעומדות במוקד הדיון, כווננו לחוקיות התכנית בכללותה (בג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה, להלן: עתירת תירוש; ובג"ץ 8683/17 פורום קהלת נ' המועצה להשכלה גבוהה, להלן: עתירת קהלת). במהלך הדיון בעתירות, עדכנה המדינה כי בשנת 2019 זיהתה המל"ג שקצב הגידול בשיעור השתתפות האוכלוסייה החרדית במוסדות ההשכלה הגבוהה "איטי משמעותית" מהיעדים שנקבעו, ומשכך, אישרה ביום 30.4.2020 עדכון לתכנית השנייה, שבעיקרה הרחיבה את חלקם היחסי של הסטודנטים שאינם עונים להגדרת "חרדי" ויוכלו להשתתף בתכנית וללמוד במסגרות בהפרדה (ראו פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; ההחלטה צורפה להודעת העדכון מטעם המדינה מיום 15.6.2020 (להלן: הודעת העדכון מיום 15.6.2020); להלן: ההחלטה המעדכנת).

4. על החשיבות הרבה בשילובה של הקהילה החרדית בהשכלה הגבוהה בישראל, וכפועל יוצא גם בשוק העבודה, דומה שאין חולק (ראו גם עניין תירוש הראשון; סעיף 2(ב) להחלטה 1994 של הממשלה ה-32 "הצבת יעדי תעסוקה לשנים 2010-2020" (15.7.2010)). כפי שצינתי בבג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (17.9.2014) (להלן:

עניין רובינשטיין) יש קשר ישיר בין השכלה פורמלית לבין השתלבות בשוק העבודה, והפטור מלימודי ליבה מעורר בהקשר זה קשיים ניכרים:

"המימון המדינתי הניתן כיום למוסדות החינוך הפטורים מלימודי ליבה מתמרץ מצב שבו הרוב המכריע של הנערים החרדים אינם זוכים ללימודים בסיסיים מגיל צעיר. מחקרים שונים חשפו את היחס הישר שבין היעדר או מיעוט השכלה פורמלית לבין הקושי להשתלב בשוק העבודה ולצאת ממעגל העוני [...] מחקרים העוסקים קונקרטי בציבור החרדי בישראל מצאו כי תלמידים חרדים שביקשו להשתתף במסגרות להכשרה מקצועית ולימודים אקדמיים התקשו מאוד להתגבר על הפער בלימודי החול; כי עמידה בתנאי הקבלה למוסדות אקדמיים היא "כמעט משימה בלתי-אפשרית" עבורם; וכי פערים אלה מתווספים לשורה של חסמים כלכליים וחברתיים אחרים המקשים עליהם הן את עצם הבחירה במסלול של הכשרה מקצועית או לימודים אקדמיים, הן את ההתמודדות עם האתגרים הכרוכים במסלולים אלה [...] מחקרים אחרים אף מצאו כי ככל שעולה רמת ההשכלה בחברה הישראלית כך פוחתים סיכוייהם של צעירים חרדים להשתלב בשוק העבודה ולמצוא פרנסה [...] כפי שמציין חברי, השופט י' עמית, בלשונו הציורית, 'מימון חינוך שאינו מבטיח כי תלמידיו יוכלו לפרנס עצמם בכבוד ולהשתלב בכלכלת המדינה, משול למימון המשור אשר מנסר באטיות ובהתמדה את הענף עליו יושבים יחדיו בני החברה כולה' (שם, פסקה 3 לפסק דיני; ההדגשה במקור – ע' פ').

התכנית שלפנינו, בהמשך לתכניות הקודמות שתוארו לעיל בקצרה, מבטאת ניסיון עדכני של המדינה לתקן ולתת מענה – גם אם חלקי – למציאות המורכבת שנוצרה כתוצאה ממדיניותה בנושא לימודי הליבה (ראו באופן כללי בעניין רובינשטיין; כן ראו: לטם פרי-חזן "הסדרת לימודי ליבה בחינוך החרדי בפרספקטיבה השוואתית" המשפט והחרדים בישראל 493, 500-505 (יורם מרגליות וחיים זיכרמן עורכים, 2018)).

5. כאמור, התכנית נועדה לקידום שילובם של חרדים בהשכלה הגבוהה בישראל ובמסגרתה נקבעו יעדים לגידול משמעותי במספר הסטודנטים החרדים באקדמיה; נקבע מערך מימון ותקצוב לתכנית ומערך מלגות לסטודנטים החרדים; ונקבעה האפשרות לקיים את הלימודים האקדמיים בהפרדה מגדרית. בגדרי ההחלטה נקבע גם אופייה של ההפרדה באקדמיה: זו תהיה תחומה לכיתות הלימוד בלבד; היא לא תגרום לאפליה אסורה; והאפשרות ללמוד בהפרדה תינתן רק לקהל היעד של התכנית (שבו מתקיימים, כאמור בהחלטה, שני הרציונלים של התכנית)). ביום 15.1.2018 ניתן בעתירת תירוש צו על תנאי, וטענות העותרים מכוונות בעיקרן למישור המינהלי,

ולפיהן החלטת המל"ג פוגעת בשוויון; התקבלה בהיעדר הסמכה חוקית ובהליך מינהלי פגום; וחורגת ממתחם הסבירות. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') דחה את טענות העותרים בעיקרן וקבע כי קיים מקור סמכות להחלטת המל"ג וכי ההחלטה התקבלה בהליך מינהלי תקין. לצד זאת, ציין חברי כי האיסור על מרצות ללמד במסלולי הגברים לא עומד במבחני פסקת ההגבלה, ולכן יש להתערב בתכנית בהקשר זה, ולהורות למל"ג לבחון אמצעים שפגיעתם פחותה ביחס לפגיעה זו. חברי, השופט י' אלרון, הציע כי העתירה תדחה, אך ציין כי אין לקבל את השלמתה של המל"ג עם הפלייטן בפועל של מרצות. להשקפתי, בהינתן הפגיעה בשוויון של התכנית – שעליה אעמוד להלן – החלטת המל"ג נעדרת מקור הסמכה כנדרש בדין. על החלטת המל"ג, ככל החלטה מינהלית אחרת, לעמוד בדרישותיו ובכלליו של המשפט המינהלי, ובכלל זאת עליה להינתן בסמכות, להתבסס על תשתית עובדתית רלוונטיות ולהיות סבירה ומידתית (עע"מ 430/20 המשרד להגנת הסביבה נ' קווים תחבורה ציבורית בע"מ, פסקה 13 (16.3.2021); עע"מ 2605/18 עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פסקה 38 (28.7.2019); בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים, פסקה 27 (20.11.2017) (להלן: עניין ריטמו)). ברי כי אין בכך כדי להתערב בשיקול דעתה המקצועי של המל"ג או להחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו של בית המשפט (השוו: בג"ץ 5480/14 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 124 (10.11.2016); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 9099/16 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה (9.7.2017)); בג"ץ 6271/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012)).

עקרון חוקיות המינהל ודרישת ההסמכה המפורשת

6. ביסודו של המשפט המינהלי וביסודו של הדין המינהלי הישראלי ניצב עקרון חוקיות המינהל שלפיו חייבת הרשות לפעול אך בדל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק (ראו, מני רבים: רע"ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ' פרש, פסקה 64 (16.6.2021); בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות, פסקה 31 (30.4.2020) (להלן: עניין הפורום החילוני); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 3905/20 הרבנות הראשית לישראל נ' עמותת הפורום החילוני (10.1.2021); דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקה 13 לפסק דינה דעתה של הנשיאה א' חיות, פסקה 1 לפסק דיני (9.9.2019) (להלן: עניין עליאן); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 37 (5.11.2017) (להלן: עניין פלונית); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד

סד(2) 479, 497-498 (2010) (להלן: עניין מנאע); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מינהל
מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, 85 (2007); בג"ץ 7455/05 הפורום המשפטי למען א"י נ'
ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 905, 910-911 (2005); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א
74-80 (מהדורה שנייה, 2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97 ואילך (2010)
(להלן: ברק-ארז, כרך א)).

7. מקום שבו פעולת הרשות עלולה לפגוע בזכויות יסוד, מחייב עקרון חוקיות
המינהל כי הרשות תצביע על הסמכה "ברורה, מפורטת ומפורשת" בחקיקה ראשית,
ואין די בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כחקיקה מסמיכה (עניין
הפורום החילוני, פסקה 32; עניין עליאן, פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות;
בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 139 (1995) (להלן: עניין מילר)).
כך היה הדין מקדמת דנא וכך הוא גם בנקודת הזמן הנוכחית, לאחר שדרישה זו זכתה
לעיגון חוקתי במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק,
שקבעו בפסקת ההגבלה שאין פוגעים בזכויות לפי חוקי היסוד אלא בחוק או "לפי חוק
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ובכפוף ליתר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק-
יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; עניין מנאע, בעמ'
498-499; ברק-ארז, כרך א, בעמ' 98-99). אשר לאופייה של ההסמכה המפורשת, כפי
ששבנו ושנינו, ככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע היא בעלת זיקה עניינית והדוקה
לזכויות אדם מוגנות – כך יעמוד בית המשפט בדווקנות על דרישת ההסמכה ויפרשה
בצמצום (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 52 לפסק דיני (13.9.2017)
(להלן: עניין אבו ערפה); עניין מנאע, בעמ' 498-499; דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות
חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 64-65 (2009); בג"ץ 1800/07
לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה 7 (7.10.2008); דעת המיעוט
של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי
לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 816-825 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי) שאומצה
בהמשך על ידי בית משפט זה כהלכה מחייבת).

בנתון לתשתית המשפטית האמורה, נפנה לבחון אם החלטת המועצה להשכלה
גבוהה נושא העתירות מצויה בגדר הסמכות שהוקנתה לה בדין. אדון תחילה בטענות
העותרים שלפיהן החלטת המל"ג פוגעת בשוויון ובהמשך אפנה לבחון את שאלת
הסמכות.

פגיעת החלטת המל"ג בשוויון

8. החלטת המל"ג עניינה, כאמור, ביצירת מסלולים נפרדים לנשים ולגברים בלימודים אקדמיים. נקודת המוצא לדיוננו היא עקרון השוויון, אשר קובע את חובתה של הרשות הציבורית להעניק – במסגרת כל פעולותיה – יחס שווה לבני אדם ככל שלא קיימים ביניהם הבדלים הרלוונטיים למטרה הנדונה (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (7.10.2020) (להלן: עניין קרית ארבע); ע"מ 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוזי ירושלים במשרד הפנים, פסקה 7 (30.11.2011); ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 44-41 (2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 721-673 (2010)). יצירת מסלולי לימודים מופרדים באקדמיה היא מופע נוסף של התופעה שקרויה "הדרת נשים" שעל ביטוייה השונים עמד השופט י' דנציגר ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה):

"התופעה הקרויה 'הַדְרַת נָשִׁים' עוסקת במקרה פרטי של הפליה גנרית על בסיס מין, אשר המאפיין המרכזי שלה הוא דחיקת רגליהן של נשים – בשל עצם היותן נשים – מן האפשרות לקבל שירותים ציבוריים או לקחת חלק בפעילות ציבורית. במובנה האחד עשויה התופעה להתבטא בהפרדה מגדרית, דהיינו במצבים שבהם שירותים ציבוריים מסוימים אמנם מסופקים לנשים, אך באופן נפרד. זהו למשל המקרה כאשר מדובר בהפרדה מגדרית בין נשים לבין גברים בקווי אוטובוס או בחדרי המתנה בקופות חולים. במובן נוסף, הדרת נשים עשויה לבוא לידי ביטוי גם במצב דברים שבו נשים מנועות או מוגבלות קטגורית מלקבל שירותים או להיות שותפות אקטיביות בפעילויות המתקיימות במרחב הציבורי, כמעין הצבת תמרור לפיו השירות המסופק מסופק 'לגברים בלבד' (שם, פסקה 22; ההדגשה במקור – ע' פ')."

במקרה דנן, עסקינן בהדרה במובנה הראשון – שבה השירותים מסופקים לנשים ולגברים, אך בהפרדה. מדיניות "נפרד אבל שווה" (separate but equal) בהספקת מוצר ציבורי היא, מטבעה, בלתי שוויונית (עניין קרית ארבע, סעיף 5 לפסק הדין של השופט ע' גרוסקופף ופסקה 4 לפסק הדין של השופטת ע' ברון; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 435-434 (2009) (להלן: עניין נוער כהלכה); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 278-280 (2000)). ההפרדה בכיתות הלימוד נועדה בין היתר, כמופעים אחרים של הפרדה מגדרית, להגן על גברים מפני עבירות על איסורים הלכתיים (אלון הראל ואהרון שנרך "הפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71, 85 (2003)).

יצירת הפרדה מעין זו משדרת עלבון, מקבעת תחושת נחיתות חברתית ועשויה להשריש ולהנציח הפליית נשים. ההדרה מחדדת את השוני על פני המשותף ומעניקה לגיטימציה למתן יחס שונה לנשים – באשר הן נשים. ביטוי מובהק לכך מצוי באיסור (עליו ארחיב להלן) על נשים להרצות לפני סטודנטים גברים (ובהיעדר איסור מקביל על גברים להרצות לפני סטודנטיות).

9. ההפרדה בין המינים במקרה דנן מקבלת משנה תוקף מעצם זה שהיא נעשית בלב המרחב הציבורי, שאמור להיות, ככלל, פתוח ונגיש לכל. מדובר בהפרדה מגדרית באקדמיה – המוסד שנועד לפיתוח, לשימור ולהפצת הידע האנושי. הפרדה מגדרית היא נטע זר באקדמיה והיא עומדת בניגוד לעקרונות חשובים מתחום ההשכלה הגבוהה (השוו: עניין קול ברמה, פסקה 9 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארז). בהקשר זה אין לי אלא להביא מהדברים שציננה הות"ת עצמה בשנת 2014:

”עקרון יסוד בהשכלה הגבוהה הוא כי אין בה סגרגציה. האוניברסאליות של ההשכלה הגבוהה מתאפשרת רק כאשר היא מכילה מגוון דעות, וכל הפרדה בין קבוצות בתוכה מנוגדת לטבעה הבסיסי. לפיכך, פתיחת מוסדות אקדמיים ייחודיים לקבוצות אוכלוסייה מובחנות כרוכה בחסרונות אקדמיים שונים. הלימודים באקדמיה אינם מתמצים בלימודים הפרונטליים, והרוח החיה שלהם היא האוניברסליות, הגיוון וההכלה. המפגש הישיר בין אנשים השייכים לקבוצות אוכלוסייה שונות והפתיחות לרעיונות חדשים שעשויים להגיע דווקא מאנשים עם רק תרבותי שונה הם אבני הבניין של המצוינות האקדמית” (עמ' 7-8 למכתב הות"ת שהובא כנספח אצל נעמה טשנר נתונים על מוסדות לימודים אקדמיים לציבור החרדי (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2014)).

נראה כי זו נותרה עמדת המדינה גם בהליך דנן (ראו תגובת המדינה מיום 21.12.2017 לעתירת תירוש (להלן: תגובת המדינה מיום 21.12.2017), סעיף 63). כן יש לתת את הדעת גם לכך שמדובר בהפרדה שמאפשרת (ואף מעודדת וממומנת, כפי שיפורט להלן) על ידי המאסדר – המועצה להשכלה גבוהה – שנותן לה “גושפנקה” מוסדית ומדינתית. לימודי התואר הראשון הם צעד ראשון במסלול לעבר עתיד מקצועי, הם מייצרים סטנדרטיזציה בין בוגרי התואר ומהווים “כרטיס כניסה” לעולם התעסוקה. מכאן, שהפרדה בין המינים בשלב התואר הראשון סודקת סטנדרטיזציה זו ומהווה צעד לקראת הסדרי הפרדה גם בשוק העבודה (וראו בהקשר זה עתירה שהוגשה נגד הפרדה מגדרית בקורס “משפיעים/ות – חרדים לשירות הציבורי”, סע”ש (עב’ י-ם) 8822-02-18 שדולת הנשים בישראל נ’ מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (6.8.2018); ועתירה

שהוגשה נגד הכוונה להכשיר מורי דרך בהפרדה מגדרית, עת"ם (מינהליים י-ם) 3045-10-17 שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות (14.2.2018)).

10. אין לתחום את פגיעתה של ההפרדה בשוויון רק לנשים שנחשפות להסדרי ההפרדה, שכן היקף הפגיעה של הסדרים מעין אלה רחב יותר. הם עשויים לפגוע בכל אישה ואיש שמתנגדים למתן יחס שונה ולהפרדה בין נשים לגברים; הם עשויים לעורר חשש שההפרדה לא תישאר תחומה לכיתות הלימוד ובכך תפגע גם בזכויותיהם וחשש שההפרדה באקדמיה תוליך בסופו של יום גם להפרדה נוספת במרחב הציבורי. זאת ועוד, כאשר מקורם של הסדרים אלה בציווי דתי, הם עשויים לפגוע גם בזכות החוקתית לחופש מדת (ראו, באופן כללי: עניין הפורום החילוני, פסקאות 39-40; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 94 (1997); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 500-501, 509-506 (1993)).

11. כאמור, ביטוי מובהק לפגיעתה של התכנית בשוויון ולמסר המשפיל שהיא נושאת עמה, נעוץ באיסור על מרצות להרצות בכיתות הלימוד של הסטודנטים. כפי שעולה מכלל החומרים שהובאו לפנינו, מרצות בתכניות המופרדות לא יכולות להרצות לפני סטודנטים גברים, וזאת בשונה ממרצים גברים, שיכולים להרצות לפני נשים. בכך, יש פגיעה ממשית בקבוצת הנשים המרצות, במספר מישורים. ראשית, הקביעה הקטגורית שלפיה אישה לא תוכל להרצות לפני כיתת גברים פוגעת בכבודן ובמעמדן ומנמיכה אותן. היא מציבה מרצות בעמדת נחיתות מובנית, משרישה תפיסה שלפיה החיים הציבוריים שייכים "לגברים בלבד" ומנציחה פערי מעמדות מגדריים (השוו: עניין קול ברמה, פסקה 25; עניין מילר, בעמ' 133). פגיעה זו אינה תחומה למרצות דווקא, שכן המסר החברתי שנשקף ממנה הוא פוגעני כלפי נשים באשר הן. לצד המישור העקרוני, אין כל ספק שהסדר מעין זה מפלה מבחינת אפשרויות התעסוקה של נשים. כך, במישור של תקני ההוראה, עלולה להיווצר העדפה להעסקת מרצים גברים – שביכולתם ללמד גם סטודנטים וגם סטודנטיות. העדפה מעין זו עומדת בסתירה להוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 אשר אוסרות במפורש על מעסיקים להפלות בין עובדים, בין היתר מחמת מינם (ראו סעיף 2 לחוק זה). זאת ועוד, פגיעה זו עלולה להגיע לכדי פגיעה בחופש העיסוק של המרצות. לצד כל האמור יש לתת את הדעת לכך שמדובר בהפרדה באקדמיה, המקשה על הפצת רעיונות, על הפריה הדדית, ועל יצירת רשתות חברתיות ומקצועיות שמאפיינות את העולם האקדמי. חסמים מעין אלה לא קיימים עבור מרצים גברים במסגרת התכנית, אשר אין מניעה כאמור כי ילמדו סטודנטיות במסלולים המופרדים.

12. כאן המקום להעיר כי במסגרת התכנית נכללה ההבהרה קצרה שלפיה "לא תינקט הפלייה אסורה", מבלי להבהיר מה משמעותה הפרקטית של הוראה זו בהקשר האמור. אף במסגרת ההליך דנן, התקשתה המדינה להשיב בהקשר זה והודתה כי מצב הדברים הנוכחי "מעורר קושי עקרוני" (סעיף 109 לתצהיר התשובה לעתירות תירוש וקהלת (להלן: תצהיר התשובה)). טענות המדינה התמקדו בשאלת היקפה הממשי – בשלב זה – של התופעה. כך, נטען כי "היקף פעילות המח"ר מהווה חלק קטן ביותר מכלל פעילות המוסד להשכלה גבוהה שמקיים אותו, וכן כי רוב הלומדים במסגרות החרדיות הייעודיות הן סטודנטיות. משכך, באופן מעשי ההפרדה המגדרית הנהוגה במח"ר לא אמורה לגרום להפליה בקבלת מרצות למוסד" (סעיף 30 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה מיום 19.7.2020 (להלן: עיקרי טיעון המדינה מיום 19.7.2020); יוער שלטענת העותרים, הנתונים שהוצגו בהקשר זה מוטלים, ראו למשל ההודעה מיום 28.10.2020, סעיף 67). עוד טענה המדינה בהקשר זה שטענות העותרים הן תיאורטיות ולא מצביעות על מקרה קונקרטי שניתן להידרש אליו. לשיטתי עמדה זו של המדינה לא כוללת תשובה כלשהי לטענה בדבר הפגיעה בשוויון שנגרמת למרצות. ראשית, בהיעדר התייחסות של המדינה במישור העקרוני, נדמה שעמדתה היא כי אכן במניעת אפשרותן של המרצות ללמד את תלמידי הכיתות במסלולים המופרדים נפגעת זכותן לשוויון. גם טענת המדינה שלפיה על מנת שהמוסדות לא ינקטו בהפליה בקבלה לעבודה "בכוונת המל"ג להמשיך ולעקוב אחר הנושא" (סעיף 112 לתצהיר התשובה), אינה מספיקה. מדובר בתהליכים הדרגתיים שהפיקוח עליהם מורכב ומשכך יש לנקוט בצעדים שיאפשרו מניעה מראש של ההפליה, ואין מקום להמתין להפליה תוצאתית. כמו כן, מצאתי את טענת המדינה בדבר ההיקף הנמוך של הסטודנטים החרדים מוקשית. כזכור, טענת המדינה בהקשר זה היא כי בעת הנוכחית, סדרי הגודל של התכניות פוגעים בשוויון המרצות באורח זניח. בטיעון זה נאחזת המדינה במצב הקיים – שבו היקף הלומדים במסגרות "קטן ביותר" – ולכן הפגיעה בשוויון המרצות זניחה. דא עקא, בחלקים אחרים של טענות המדינה, הובהר כי כמות הסטודנטים החרדים אינה מספקת, לא עומדת ביעדי התכנית, ויש לפעול להגדלתה. נדמה אפוא שככל שהתכנית תגדל ותתרחב, הפגיעה שתיגרם למרצות רק תועמק, ולכן טיעון "זניחות" הפגיעה הוא בעל משקל מוגבל.

לבסוף, בעדכון האחרון שהגישה המדינה ביום 24.9.2020 טענה כי ישנם מוסדות שבהם מלמדות מרצות קורסים לגברים באמצעות למידה מרחוק או בקורסי בחירה (להלן: הודעת העדכון מיום 24.9.2020). אף בכך אין פתרון לבעיה העקרונית, מה גם שכעולה במפורש מאותה הודעה, עמדת המדינה היא כי פתרון של לימוד מרחוק

בלבד אינו מיטבי עבור הסטודנטים החרדים, וממילא, נדמה שאף המל"ג לא סומכת ידיה על פתרון זה (ראו את העמדה כפי שהיא מבוטאת בסעיף 5 להודעה).

13. אשר לתכנית בכללותה, המדינה לא הכחישה כי היא עשויה לפגוע בשוויון, אך לעמדתה פגיעה זו הכרחית לקידום תכליתה של התכנית (ראו, למשל: סעיף 28-29 לעיקרי טיעון המדינה מיום 19.7.2020; סעיפים 7, 63-64, 93, 138 לתצהיר התשובה; תגובת המדינה מיום 21.12.2017, סעיף 103). אכן, כבר נקבע בפסיקתנו כי פרקטיקת הפרדה, על אף פגיעתה בשוויון, עשויה להיות מוצדקת במקרים מסוימים. משכך, נקבע כי בשים לב לזכויות ואינטרסים אחרים שעומדים לעיתים על הכף, יש לבחון אותה לגופה ולוודא כי היא מושתתת על טעמים ברורים, מוצדקים ומוצקים; כי היא וולונטרית; כי קיים שוני רלוונטי שבכוחו להצדיק את ההבחנה שבין המינים; וכי ההסדרים המופרדים שוויוניים (עניין קול ברמה, פסקאות 24, 52-56 לפסק הדין של השופט י' דנציגר, פסקאות 10-11 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארד; בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530, 554-556, 570-571, 574-575 (2011); עניין נוער כהלכה, בעמ' 430-431; עניין מילר, בעמ' 109-110; להרחבה בנוגע לזכויות ולאינטרסים השונים שעומדים על הפרק, ראו הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת נשים במרחב הציבורי דו"ח הצוות 10-34 (7.3.2013) (להלן: דו"ח הצוות לבחינת הדרה במרחב הציבורי)).

14. במקרה דנן, על מנת ליתן מענה לפגיעה בשוויון, נקבעה בתכנית שורת "מגבלות ואיזונים" שנועדה לצמצם ולאזן את הפגיעה בשוויון. כך, בין היתר, נקבע כי: לימודים לתארים מתקדמים יתקיימו רק בקמפוסים רגילים – ללא הפרדה מגזרית ומגדרית (סעיף 49.4 להחלטת המל"ג); נקבעה הגדרה ל"מיהו חרדי" שיוכל להשתלב במסגרות המיוחדות – ונקבע כי המוסדות יוכלו לקלוט עד 10% של סטודנטים "חריגים" שאינם עומדים בהגדרה זו (סעיפים 48.8 ו-48.11; להלן: שיעור החריגים); אשר להפרדה שתינקט בפועל נקבע במפורש כי "ההפרדה המגדרית [...] תיעשה רק בכיתות הלימוד ולא תותר כל הפרדה מחוץ לתחומי הכיתות" (סעיף 51.2 להחלטת המל"ג); כי "לא תינקט הפליה אסורה (לרבות לפי הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 [...])" (סעיף 51.4 להחלטת המל"ג); הפיקוח והאכיפה בנושאי ההפרדה יוגברו, המל"ג תבצע אכיפה אקטיבית ותקבע מדרג סנקציות שיופעלו במקרה של הפרת הכללים (סעיף 51.7 להחלטת המל"ג). בהינתן קביעות אלו, טענה המדינה כי ההחלטה מקיימת "איזון עדין" בין הערכים הסותרים ומאפשרת לימודים נפרדים מגדרית, תוך קידום שוויון מהותי והקפדה על ערך כבוד האדם. עם זאת, וכפי שאראה להלן, באיזונים אלה חלה שחיקה הדרגתית, כך שגם אם ניתן היה לקבל את

הטענה שהתכנית "על הנייר" אינה פוגעת בשוויון – ואציין כי אני מתקשה לקבל את הטענה – הרי שבמציאות, אופן יישומה של התכנית מחזק את המסקנה כי "הבלמים" שגובשו בה להפחתת הפגיעה בשוויון – אין די בהם. יתרה מכך, בחינת הניסיון המעשי שהצטבר עד כה מהנהגת התכנית במוסדות האקדמיים מלמדת כי החששות מהרחבת המרחב הציבורי שבו תונהג ההפרדה המגדרית ומפגיעה ביסוד הוולונטרי שבה – התממשו בחלקם.

15. ראשית, לזליגת ההפרדה מכיתות הלימוד. כזכור, במסגרת התכנית נקבע בצורה מפורשת כי ההפרדה המגדרית תיעשה רק בכיתות הלימוד "ולא תותר כל הפרדה מחוץ לתחומי הכיתות" (סעיף 51.2 להחלטה). העותרים טענו כבר בראשית ההליך כי ההפרדה "זולגת" מכיתות הלימוד אל המרחבים הציבוריים ובכלל זאת שמוסדות לימודים מפרידים לחלוטין את ימי הלימוד בין נשים וגברים (טענתם זו פורטה, בין היתר, בבקשה למתן צו ביניים מיום 21.2.2018, סעיף 101). בדיון שהתקיים ביום 15.1.2019 הבהירה באת כוח המדינה כי אין לימוד בימים נפרדים, וחזרה על כך שאחד מהאיוונים שנקבע בהחלטה הוא שההפרדה המותרת היחידה היא בכיתות הלימוד (ראו פרוטוקול הדיון מיום 15.1.2019, בעמ' 9, ש' 36-37). ברם, בהמשך, שינתה המדינה את גרסתה העובדתית כשציינה במפורש כי: "בחלק מהמוסדות מתקיימת הוראה בזמנים שונים או במבנים שונים, כך שבפועל יתכן שבמקרים אלה תיווצר הפרדה גם במרחב הציבורי, אך המל"ג אוסרת על מוסדות אלה למנוע מבני המין השני להיכנס למרחב הציבורי" (הודעת העדכון מיום 15.6.2020, סעיף 20). שינוי נוסף בתשתית העובדתית חל במסגרת ההחלטה המעדכנת, שבה הוחלט כי לצד כיתות הלימוד "תתאפשר הפרדה במעבדות, לרבות מעבדות במוסד האם, ככל שאין חלופה לכך" (ראו סעיף 3 להחלטה המעדכנת). השינוי העובדתי בטיעוני המדינה לווה בשינוי עמדתה במישור העקרוני. כך, בעוד שעמדתה הראשונה בגדרי התכנית הייתה שלא תותר כל הפרדה מחוץ לכיתות הלימוד, כיום, לעמדתה, הפרדה במרחב הציבורי אינה אסורה, אך "לא ניתן לכפות על הפרדה מגדרית במרחב הציבורי" (הודעת העדכון מיום 15.6.2020, סעיף 49). מעמדה זו משתמע, למשל, שמותר לבקש מסטודנטים ומסטודנטיות "לכבד" את המקום ונוהגיו ולא להיכנס בימים מסוימים לקמפוס, לספריות ולמעבדות. אף בלא בקשה כאמור מעמדה זו נובע לכאורה כי מוסד רשאי להצהיר כי מתקניו נועדו בימים או שעות מסוימים למין אחד (אף אם לא נאסרת "ברחל בתך הקטנה" כניסתו של המין השני) ובכך לחסום הלכה למעשה את השימוש והכניסה אליהם עבור בני המין השני. בכך יש חיזוק של ממש לטענות העותרים בדבר זליגתה של ההפרדה מכיתות הלימוד וכן פגיעה של ממש במידת הוולונטריות של הסדרי ההפרדה (ויוער כי בחלק מן המוסדות קיימים "תקנוני לבוש" שנועדו לקבוע את

המותר והאסור – ומובן שגם מחוץ לכיתות הלימוד, ראו תגובת המדינה מיום 13.11.2018 לבקשה לפרטים נוספים, סעיף 14.ב).

בפער שבין המדיניות המוצהרת (בתכנית, כמו גם בתחילת ההליך לפני בית משפט זה) לבין המציאות שהתהוותה בשטח יש כדי ללמד על הקושי הממשי שקיים ביצירת הסדר הפרדה שוויוני, מאוזן ומתוחם. המסר של הרגולטור שלפיו ההפרדה בין המינים מותרת (גם אם "רק" בכיתות הלימוד) הוא בבחינת אישור רשמי ומוסדי להפריד בין המינים, ומטבעו הוא יוצא, גם אם בהדרגה, את גבולות כיתות הלימוד אל המרחבים הציבוריים. היעדרה של אכיפה אפקטיבית בהקשר זה היא רק זרז להתרחבותה של ההפרדה אל המרחבים הציבוריים, התרחבות שעמה המאסדר "למד לחיות" (וראו כאמור את עמדתה העדכנית של המל"ג בכל הנוגע להפרדה בימי הלימוד). משכך, אין בעיני די בהבטחת המל"ג לבצע בקרה שלא תיכפה הפרדה מגדרית בשטחים הציבוריים כדי להכשיר את הפגיעה שנגרמת כבר עתה בשוויון גם בשטחים אלה (ויוער שכעולה מדו"ח שצירפה המדינה בעניין "פעילות בקרה ואכיפה", ביקורי פתע שנערכו בשנות הלימודים תשע"ט ותש"ף היו תקינים, למעט חריגה אחת, וזאת לעומת שנת הלימודים תשע"ח שבה כמחצית מהמוסדות עברו על נהלי ההפרדה המגדרית בשטחים הציבוריים, ראו נספח מש/5 להודעת העדכון מיום 15.6.2020; כן יצוין כי העותרים חולקים על מצג עובדתי זה, בפרט בכל הנוגע לימי לימוד נפרדים ולהפרדה "מבנית" בין קמפוס הנשים לבין קמפוס הגברים).

16. שנית, לסוג המסלולים המוצע לנשים ולגברים. פגיעה נוספת בשוויון מקורה בהיעדר שוויון הזדמנויות לגברים ולנשים בתכנית. כך, חלק מן המסלולים המוצעים לקהילה החרדית מוצעים למגדר אחד בלבד, מבלי שייפתח מסלול לימודים מקביל גם למגדר השני. המדינה לא הכחישה זאת, ולהודעת העדכון מיום 24.9.2020 צירפה טבלה ובה פירוט תכניות הלימוד הייעודיות לאוכלוסייה החרדית בשנת הלימודים תש"ף. מהטבלה עולה, לדוגמה, כי באוניברסיטת בר אילן יכולות נשים ללמוד תואר ראשון בפסיכולוגיה או במנהיגות וניהול מערכות חינוך ואילו גברים באותו המוסד יכולים ללמוד ניהול ולוגיסטיקה (ראו נספח מש/3 להודעה זו). לטענת המדינה ההחלטה על פתיחת תכנית לימודים מסורה למוסד האקדמי ונגזרת מן הביקוש לתכנית, משיקולים כלכליים ומשיקולים אקדמיים (ראו סעיף 32 לעיקרי טיעון המדינה מיום 19.7.2020). בהקשר זה, ציינה אוניברסיטת בר אילן בתגובתה מיום 5.12.2017 כי פתיחת תכנית מותנית בביקוש של מינימום 20-25 נרשמים (ראו סעיף 23.2 לתגובה).

במצב הדברים האמורים, קיימות סטודנטיות שרוצות ללמוד מקצוע פלוני והן לא יכולות לעשות כן אך מאחר שהן נשים. האישור שנתן הרגולטור להפרדה מגדרית באקדמיה ייצר מצב חריג ופוגעני שבו "מיעוט" נרשמות למסלול יוליך, כשלעצמו, לחסימת דרכן ללמוד מקצוע. פגיעה זו בשוויון אף עשויה להנציח הפרדה בין מקצועות "גבריים" לבין מקצועות "נשיים" (ראו באופן כללי: שדולת הנשים בישראל כשתהיי גדולה: הסללה מגדרית וחלוקה תעסוקתית בישראל (2021)). בכך, לא עומדת המדינה בחובתה ליתן הזדמנויות שוות לנשים ולגברים גם בגדר המסגרות הנפרדות. אין די ברטוריקה של הגנה על שוויון אשר נסוגה, במקרים מסוימים, מפני "כוחות השוק" (השוו: עניין מילר, בעמ' 113; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 528 (1995)). כעולה ממענה לבקשה לקבלת פרטים נוספים מיום 13.11.2018, המל"ג לא בוחנת ולא מקבלת מידע על הביקוש לתכניות השונות, ומסתפקת בקבלת תכניות לאישורה לאחר שהמוסדות כבר קיבלו את ההחלטה בדבר "כדאיות" פתיחת מסלול שווה לשני המגדרים (ראו שם, סעיף 23). גם לא נטען כי המל"ג עוקבת אחר הליך קבלת ההחלטה שלא לפתוח תכנית מסוימת למגדר מסוים (ובכלל זאת האם אכן קיימים נתונים שתומכים בטענה כי אין ביקוש למסלול פלוני בקרב מגדר מסוים). בעיני, טענת המדינה כי היא "מעודדת" את מוסדות הלימודים לפתוח את המסלולים באופן שווה אינה מגשימה די הצורך את חובתה לפעול בשוויון (וממילא לא הוברר מה כולל אותו "עידוד").

בניסיון לתת מענה חלקי לקושי זה, הוסיפה המדינה כי "בפועל רוב רובם של תחומי הלימוד פתוחים גם בפני גברים וגם בפני נשים, אף אם לא באותם מוסדות לימוד" (סעיף 127 לתצהיר התשובה). טענה זו לא מתיישבת עם עמדה אחרת של המדינה ושלפיה הקרבה הגיאוגרפית למוסד האקדמי הוא שיקול מרכזי בבחירתם של חרדים לצאת ללמוד (ראו תגובת המדינה לבקשה למתן צו ביניים מיום 21.4.2020, סעיף 20). במה תועיל פתיחת מסלול פלוני בצפון הארץ לסטודנטית המבקשת ללמוד באותו מסלול אך מתגוררת במרכז? זאת ועוד, קשה ליישב מדיניות זו בדבר הצעת מסלול לימודים פלוני למגדר אחד בלבד עם כלל 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), תשכ"ד-1964 (להלן: כללי ההכרה או הכללים) (עליהם אעמוד בהרחבה בהמשך דבריי) שקובע, בין היתר, כי לעניין קבלת תלמידים לא יפלה מוסד בין מועמדים מחמת מינם.

17. שלישית, לקהל היעד של התכנית. כאמור, במסגרת התכנית נקבעה הגדרה לאוכלוסיית היעד שלה ("מיהו חרדי") ונקבעו תנאי סף לקבלה למסגרות בהפרדה. לצד זאת, נקבע גם שיעור "חריגים" להגדרה, שעמד על 10%. במסגרת התגובה לעתירה,

תואר שיעור חריגים זה כאחד מן האיוונים והמגבלות "שמבסס את חוקיותה של ההפרדה כפי שהיא מבוצעת" (תגובת המדינה מיום 21.12.2017, סעיפים 103-106). בהמשך, במסגרת תצהיר התשובה נכתב ביחס למגבלה זו כי "הגדרה זו של אוכלוסיית היעד נועדה למנוע מצב בו ילמדו בתוכניות בהפרדה מגדרית, סטודנטים שאינם נמנים על האוכלוסייה החרדית ואשר לגביהם לא מתקיימים אותם הרציונלים שעניינם שילוב של חרדים בהשכלה הגבוהה [...] " (סעיף 102.ג. לתצהיר התשובה מיום 10.7.2018). במסגרת הודעת העדכון מיום 15.6.2020 עדכנה המדינה כי המל"ג החליטה לשנות את שיעור החריגים, כך שהוא יעלה ל-15% וכי שיעור זה יקבע מתוך כלל הסטודנטים באותה מסגרת – ולא בהתייחס לכל תכנית בנפרד (ובלבד ששיעור החריגים בכל תכנית לימודים לא יעלה על 50%). הרחבת החריגים – הן בהגדלת שיעור החריגים, הן בשינוי אופן החישוב שלהם – מהווה סדק נוסף באיזון שעליו הכריזה המל"ג ואשר נועד להכשיר את הפגיעה בשוויון. מדובר בפתיחת האפשרות ללמוד בהפרדה למי שלגביהם לא מתקיימים הרציונלים שניצבים בבסיס התכנית. בכך, נחלשת משמעותית ההצדקה לנקוט במדיניות פוגענית של הפרדה בין המינים.

18. לצד כל האמור לעיל, התכנית כוללת רכיבים נוספים שמעוררים קושי על פני הדברים ובהם, בין היתר: במסגרת התכנית ניתנת עדיפות למתן מלגות לגברים חרדים על פני נשים חרדיות (ראו סעיף 48.16 לתכנית המל"ג); ותנאי הקבלה לתכנית הלימודים בהפרדה, מקלים בהשוואה לתנאי הקבלה של אותה תכנית שלא בהפרדה (וראו בהקשר זה דברי באת כוח המדינה בדיון לפנינו: "נתוני [ההיצע - ע' פ'] והביקוש מובילים לכך שיתקבל סטודנט שנתוני הקבלה שלו לא היו מאפשרים קבלה למקומות אחרים" (פרוטוקול הדיון מיום 15.1.2019, בעמ' 6, ש' 1-2)). סוגיות אלו שהועלו בעתירת תירוש מעוררות אף הן שאלות קשות ומורכבות, אך נוכח מסקנתי שלהלן בעניין ההסמכה, איני רואה להרחיב בהן.

19. לפני סיום חלק זה, אעיר כי כמו במקרים רבים אחרים של הדרת נשים, נטען כי ההפרדה המגדרית באקדמיה אינה הסדר מפלה, משמדובר בהפרדה שנעשית וולונטרית. טענה זו מבוססת, ככלל, על עמדה שלפיה שמנקודת מבטם של המופרדים, ובעיקר של המופרדות, ההפרדה אינה מעשה פוגעני ולפיכך אינו פוגע בשוויון. אף במישור העקרוני ובמנותק מהדיון בהפרדה באקדמיה, קיים קושי לקבל טענה זו מאחר שהיא מתבססת על הנחת מוצא – שאינה מוכחת – כי כל מי שלוקחת חלק בהסדר המפריד חפצה בו (ראו למשל את הדו"ח המסכם של הוועדה לבדיקת הסדרי ההסעה בתחבורה ציבורית בקווים המשמשים את המגזר החרדי (26.10.2009), שממנו עולה שאין הסכמה כללית במגזר החרדי באשר להנהגת הסדרי הפרדה; כן ראו דו"ח הצוות

לבחינת הדרה במרחב הציבורי, בעמ' 16-18; ואעיר כבר עתה שגם הבדיקות שנעשו על ידי המל"ג לא העלו ממצא חד משמעי של תמיכה גורפת בהפרדה כתנאי סף ללימודים אקדמיים). קונקרטיית בכל הנוגע להפרדה באקדמיה, כלל לא ברור במה באה לידי ביטוי הוולונטריות של התכנית. ראשית, ככל שמקבלים את הנחת המוצא בדבר קיומם של חסמים אקדמיים, שמונעים השתלבות של הקהילה החרדית באקדמיה, הרי שאין למעוניינות בכך אפשרות ממשית לפנות למסלול לימודים שאינו מופרד. זאת ועוד, יש קושי בקבלת טיעון הוולונטריות כאשר אף המדינה מודה שהשוני בדרישות הקבלה מביא לכך שסטודנט שמתקבל למסלול בהפרדה לא היה מצליח להתקבל לאותו מסלול שאינו בהפרדה. התוצאה של דברים אלה היא כי חרדי או חרדית שמעוניינים לרכוש השכלה אקדמית באופן שנותן מענה על הפערים האקדמיים המאפיינים את מצבם יהיו מחויבים לפנות למסלולים שמונהגת בהם הפרדה מגדרית (כן ראו את האמור בפסקאות 93-94 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בדבר קיומה של חובה דתית לבחור בלימודים בהפרדה, משקיימת אפשרות מעין זו).

20. סיכום ביניים: החלטת המל"ג לאשר ולקדם לימודים בהפרדה בין המינים פוגעת בשוויון בשורה של מובנים. ראשית, כשלעצמה, היא מהווה הכשרה מוסדית להפרדה בין המינים באקדמיה, בעידוד ובמימון המאסדר. היא מנציחה עמדה פוגענית כלפי נשים ותפקידן בחברה וזאת בפרט בשים לב לכך שנמנעת מנשים האפשרות להרצות לפני סטודנטים גברים. שנית, התכנית לא עומדת בחובה לשמור על שוויון הזדמנויות – לא למרצות ולא לסטודנטים ולסטודנטיות שלוקחים בה חלק. שלישית, מערכת האיוונים העדינה, שנועדה להבטיח את מזעור הפגיעה בשוויון וכי ההפרדה תישאר תחומה לכיתות הלימוד ולקהל היעד הספציפי, הופרה והעצימה את הפגיעה בשוויון. נוכח טעמים אלה – ובפרט על רקע הצטברותם – אני סבור כי ההפרדה בין המינים באקדמיה, כפי שקודמה במסגרת החלטת המל"ג, פוגעת בשוויון, ומחייבת הסמכה בחקיקה ראשית.

סמכות המל"ג

21. האם הייתה מוסמכת המועצה להשכלה גבוהה לאשר את התכנית? לעמדתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. לאורך ההליך כולו לא הצביעה המל"ג על מקור סמכות שמאפשר לה להכיר, לתמוך ולעודד מסלולים אקדמיים בהפרדה מגדרית. המועצה להשכלה גבוהה הוקמה בחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק המל"ג) והיא המוסד הממלכתי המופקד על ענייני ההשכלה הגבוהה בישראל. בין יתר סמכויותיה, אמונה המועצה על תקציבי המדינה המוקצים להשכלה הגבוהה; אמונה על

הכרה במוסדות כמוסדות להשכלה גבוהה; ומפקחת על הענקת תארים. חברי המועצה ממונים על ידי נשיא המדינה, בהצעת הממשלה, ולפחות שני שלישים מהם יהיו "בעלי מעמד בשדה ההשכלה הגבוהה, שהמליץ עליהם שר החינוך והתרבות" (ראו סעיפים 2 ו-4א(א) לחוק המל"ג). סעיף 9 לחוק המל"ג קובע כי המל"ג רשאית להכיר במוסד פלוני כמוסד להשכלה גבוהה על יסוד כללים שנקבעו על ידה להכרה במוסדות להשכלה גבוהה (זאת בנוסף לדרישת רמה מדעית נאותה, ובלבד שהכללים לא יגבילו את חופש הדעה והמצפון). מכוח סעיף זה, קבעה המל"ג את כללי ההכרה. אם המל"ג סבורה שמוסד פלוני לא ממלא אחרי התנאים שבכללים, לא תכיר בו כמוסד להשכלה גבוהה (כלל 2 לכללי ההכרה; וראו בהקשר זה גם את כללי המועצה להשכלה גבוהה (ביטול הכרה במוסד מוכר), התשמ"ח-1988). בכלל 9 לכללי ההכרה נקבע איסור ההפליה המוטל על מוסד, כדלקמן:

העדר הפליה 9. לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל
האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה
בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם,
דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי

22. בכלל 9 משמיעה המועצה להשכלה גבוהה את חובת השוויון שמוטלת על המוסדות כולם. מדובר בכלל יסודי וברור, שניצב בבסיס ההשכלה הגבוהה בישראל ולא בכדי לא נקבעו בו חריגים או סייגים כלשהם. לאחר הדיון שהתקיים לפנינו, התבקשה המדינה להתייחס במפורש לשאלת סמכות המל"ג לקבל את התכנית השנייה. בעדכון זה לא הפנתה המל"ג לסעיף שלשיטתה מסמיך אותה לקבל החלטה כאמור ולהוציאה לפועל, וחלף זאת ציינה כי היא מיישמת "את סמכויותיה בהרמוניה חקיקתית עם סעיף 4(ב)" לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (ראו סעיפים 15-20 להודעת העדכון מיום 24.9.2020; להלן: חוק זכויות הסטודנט). סעיף 4 האמור קובע:

איסור הפליה 4. (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.
(ב) 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 אוכלוסיה מסוימות
ושל תנאי קבלה מקלים לפי סעיף 9(ב).
[...]

כפי שאפרט להלן, איני סבור שסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט יכול להתקבל כמקור סמכות של המל"ג לקבל את ההחלטה שקיבלה. סעיף 4(א) לחוק קובע כלל בדבר האיסור המוטל על "מוסד" (כהגדרתו בחוק זה) להפלות בין מועמדים או בין סטודנטים. סעיף 4(ב) קובע חריג לכלל זה ומגדיר מה לא יראו כהפליה בפעולותיו של מוסד. משכך, כפי שניתן לראות מלשוננו הברורה, סעיף 4(ב) הוא בבחינת סעיף "הגנה" להתנהלותו של מוסד, ולא סעיף שנועד להקנות סמכות כלשהי למועצה להשכלה גבוהה. ודוק: אין בסעיף זה, ולו ברמז, התייחסות כלשהי לגבולות סמכויותיה של המל"ג. המדינה למעשה לא חולקת על האמור לעיל, אך היא הפנתה לדיונים שנערכו בהצעת חוק זכויות הסטודנט בכנסת בנוגע לסעיף זה, אשר לשיטתה מבססים את הטענה כי סעיף 4(ב) מבסס עוגן להצדיק את התכנית השנייה. עיינתי בפרוטוקולי הדיונים בהצעת החוק, ואכן כפי שמציינת המדינה (וכפי שהפנה חברי השופט י' אלרון) ברקע להוספת סעיף 4(ב) ניצב גם רצונם של חלק מחברי הכנסת שחוק זכויות הסטודנט לא יפגע במסלולי לימודים שכבר התקיימו אותה העת (וראו בפרט התייחסות למסלול הלימודים המופרד בקריית אונו: פרוטוקול ישיבה 142 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-17, בעמ' 28 (13.2.2007); פרוטוקול ישיבה 168 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-17, בעמ' 7 (13.3.2007) (להלן: פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2007)). התייחסויות אלו דווקא מחזקות בעיני את מסקנתי כי בחקיקת סעיף 4(ב) נתן המחוקק דעתו למצב הקיים, ורצה לאפשר למוסדות שמקיימים הפרדה הגנה מפני הוראות סעיף 4(א). אין בהתייחסויות אלו דבר שמרמז על הקניית סמכויות למועצה להשכלה גבוהה. ואף יותר מכך, בדיונים בהצעות החוק בוועדת החינוך, התרבות והספורט ישבו נציגי המועצה להשכלה גבוהה, ובמקרה מסוים אף נבחנה השאלה אם יש התנגשות בין הוראה אחרת בהצעת החוק לבין חוק המל"ג (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2007, בעמ' 20-22). ברי אפוא כי שאלת סמכויות המל"ג לא נעלמה מעיני המחוקקים, ולו נועד סעיף 4(ב) להקנות למל"ג סמכויות כלשהן, ניתן היה לעשות כן במפורש. וממילא, כידוע, כוונת המחוקק והתכלית הסובייקטיבית של החקיקה היא רק נדבך אחד בפרשנותה (ע"ע 7825/19 יוניון מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 13 (18.10.2020); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 34 (14.5.2012); עניין מנאע, בעמ' 504).

23. כאמור לעיל, סמכויותיה של המל"ג נקבעו במסגרת חוק המל"ג, שקובע בסעיף 3 כי "היא תמלא את התפקידים המוטלים עליה לפי חוק זה". מדובר במקור הסמכה פרטני ומפורש אשר קובע את סמכויות המועצה ולא קבועה בו כל הוראה שיכולה להקנות סמכות לקבלת התכנית, ולא בכדי לא הצביעה המדינה בטענותיה על הוראה כאמור (וראו את שכבר נקבע בנוגע למל"ג ובנוגע לסעיף 3 לחוק: "סעיף זה [...] 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"; בג"ץ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על פי חוק הפטיכולוגים, תשל"ז-1977, פ"ד נב(1) 166, 180 (1998)). חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), לא מתעלם מכך שסמכויות המל"ג מוסדרות בחוק המל"ג, וכי חוק זכויות הסטודנט לא נועד – מלכתחילה – להקנות סמכות למועצה. ואולם לשיטתו, ניתן ליישב בדרך פרשנית את הקושי שמתעורר בסוגיית הסמכות. לדבריו, ניתן לראות בכלל 9 לכללי ההכרה (שקובע כאמור נורמה של איסור הפליה ושנוסחו הובא לעיל) הסמכה מספקת לתכנית המל"ג. זאת, בהתבסס על פרשנות התיבה "לא יפלה" לאותו כלל בהרמוניה עם הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט. לשיטתו של חברי, גישה אחרת תרוקן את סעיף 4(ב) מתוכנו (פסקה 51 לחוות דעתו; כן ראו עמדתו בכל הנוגע להוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000). אין בידי להסכים לקביעה זו.

24. בראש ובראשונה, וכפי שכבר הוסבר, המועצה להשכלה גבוהה היא גוף סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק המל"ג, ולא ניתן להקנות לו סמכויות בהתבסס על פרשנות סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, אשר מתייחס למוסד שאינו רשות מינהלית. אכן, אין חולק שמוסדות ההשכלה הגבוהה משלבים בפעילותם מאפיינים ציבוריים ופרטיים (בג"ץ 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש, פסקאות כח-כט (30.12.2012); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקאות 27-25 (31.1.2011); בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פסקה 17 (14.5.2008); אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים ונושאי משרה דו-מהותיים 87-91 (מהדורה שנייה, 2019)). עם זאת, מוסדות אלו נבדלים מרשות מינהלית דוגמת המל"ג שמעמדה הוסדר בדין. מכאן הקושי בראיית סעיף 4(ב) שמתייחס למוסד שאינו רשות מינהלית, כמקור סמכות וכעוגן לפירוש גבולות סמכויות רשות מינהלית שהוקמה על פי דין. שנית, בעצם כזאת הדרך הפרשנית שיש לבצע במהלך האמור – אשר כולל כאמור פנייה לדבר חקיקה אחר, שדרך המלך לקריאתו לא כוללת הסמכה למל"ג – נמצאנו רחוקים מאוד

ממחוזות ההסמכה הברורה, החדה והמפורשת, הנדרשת לצורך החלטה על הכרה וקידום אקטיבי של מסלולים מופרדים מגדרית במערכת ההשכלה הגבוהה. כלל 9 לכללי ההכרה לא כולל – ולו ברמז – סייג דומה לזה הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט. ויפים לעניין זה דברי השופטת ד' דורנר בעניין אחר:

”ככלל, אין לפרש חוק כפוגע בזכות על סמך האמור בחוק אחר, ולא כל שכן חוק מאוחר שלא היה בנמצא וממילא לא עמד לנגד הכנסת בעת שהחוק שאותו מפרשים חוקק. עקרון החוקיות מחייב הקפדה על כך שפגיעה בזכות, ולא כל שכן פגיעה בלתי מוצדקת, תעוגן בבירור בחוק מסמך ותהיה, כאמור בפסקת ההגבלה, ‘...בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו’” (ע”א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא נ’ הולצמן, פ”ד נה(4) 629, 644 (2001)).

כאמור חוק המל”ג נחקק בשנת 1958, כללי ההכרה נקבעו בשנת 1964 וחוק זכויות הסטודנט נחקק בשנת 2007. ולו בשל כרוניקת זמנים זו, קיים קושי לקבוע קיומה של הסמכה מפורשת לתכנית המל”ג באמצעות הישענות על החרג הקבוע בסעיף 4(ב). עיון בהליך חקיקת סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט מלמד כי לא הועלו על שולחנה של הכנסת השאלות המורכבות שמתעוררות כיום מהחלטת המל”ג וברי כי גם בשל כך קיים קושי של ממש לראות בסעיף 4(ב) כמקנה סמכות לתכנית. דרישת ההסמכה המפורשת אינה עניין של דקדוקי פרוצדורה – היא הביטוי הממשי לעקרון שלטון החוק והיא מבטיחה כי הכנסת – ולא רשויות המינהל – תקבע את הסמכות המינהלית לפגוע בזכויות יסוד (ראו עניין אבו ערפה, פסקה 53; והשוו: בג”ץ 2557/05 מטה הרוב נ’ משטרת ישראל, פ”ד סב(1) 200, 214-215 (2006); כן ראו הצעת חוק שביקשה לעשות כן אך לא קרמה עור וגידים: הצעת חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון – עידוד הנגשה להשכלה גבוהה), התשע”ז-2017, פ/4547/20).

25. כך, גם לא מצאתי שקביעתי בדבר היעדר סמכות מרוקנת את סעיף 4(ב) מתוכנו. כפי שצינו בצדק חלק מהצדדים לעתירות – סעיף 4(ב) חל כאמור על “מוסד” כהגדרתו בחוק זכויות הסטודנט, והגדרה זו רחבה בהרבה ממוסדות שנמצאים תחת פיקוח המל”ג. זאת ועוד, לפנינו לא ניצב מקרה שבו ביקש מוסד הכרה אגב פתיחת מסלול לימודים מופרד והמל”ג נדרשת – במסגרת סמכותה בדין – ליישב בין כללי ההכרה לבין האמור בסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט. לפנינו, כאמור, שאלה בדבר הסמכות הנתונה למל”ג להכשיר, להסדיר ולתמרץ, בתכנית רחבת יריעה, את ההפרדה בין המינים בלימודים האקדמיים בישראל. משכך, איני רואה צורך לקבוע כעת מסמרות

בשאלת פרשנות סעיף 4(ב) וגבולותיו והכרעה כזו אינה נדרשת לצורך הקביעה כי לא ניתן למצוא בסעיף זה הסמכה למל"ג לקבל את ההחלטה שקיבלה. משאלה הם פני הדברים, איני סבור כי עמדתי בדבר היעדר מקור הסמכה ברור ומפורש לתכנית מרוקנת, על פני הדברים, את סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט מתוכנו.

26. על אף כל האמור לעיל, אפילו הייתי נכון לקבל את הקונסטרוקציה הפרשנית שלפיה לתכנית מקור סמכות שנובע מפרשנות כלל 9 לכללי ההכרה וסעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, איני סבור כי מקור זה הוא מקור מספק. זאת, מאחר ש"מקום שבו מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד, אין די בקיומה של הסמכה מפורשת בחקיקה שהיא כוללנית וגורפת, ויש צורך להצביע על הרשאה ברורה 'הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת'" (בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 14 לפסק דיני (8.10.2017); עניין אבו ערפה, פסקה 52; עניין המפקד הלאומי, בעמ' 823). זאת ועוד, אף אם הייתה הסמכה זו מספקת, ברי כי לא כל רכיבי התכנית יכולים לחסות תחתיה. בכלל זאת, אין כל הסמכה להפלייתן בתעסוקה של מרצות נשים וחסימת אפשרותן להרצות לפני סטודנטים, האסורה במפורש בדבר חקיקה ראשית; אין הסמכה להיצע לא שוויוני של מסלולי לימוד; ואין הסמכה לקביעת "תקנוני צניעות" והפרדה במרחב הציבורי.

27. הנה כי כן, המדינה לא הצביעה על מקור הסמכה ברור ומפורש שמאפשר למועצה להשכלה גבוהה להכשיר, לעודד, לקדם ולקבוע את גבולות ההפרדה המגדרית באקדמיה. סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, אין בו – לא במפורש וגם לא במשתמע – כדי לשמש מקור סמכות לתכנית מעין זו. זאת ועוד, סעיף 4(ב) לא יכול להכשיר רכיבים נוספים שנוצרו, הלכה למעשה, בחסות התכנית והם הגבלת האפשרות של מרצות ללמד בכיתות של סטודנטים גברים והיצע לא שוויוני של מסלולי לימוד לסטודנטים ולסטודנטיות (וראו בהקשר זה גם את האמור בפסקאות 25-27 לחוות דעתו של חברי השופט י' אלדון). בהינתן פגיעתה של התכנית בשוויון – בין בשל עיקריה הכתובים, בין בשל נוכח יישומה המרחיב בשנים האחרונות – מצאתי כי המל"ג אינה רשאית לפעול בהקשר בו עסקינן בלא מקור הסמכה מפורש ומפורט בחקיקה ראשית.

התשתית העובדתית שניצבה בבסיס ההחלטה

28. חבריי התייחסו בפירוט רב למישורי ההליך ושיקול הדעת בבחינת החלטת המל"ג, ונוכח מסקנתי בדבר היעדרה של סמכות חוקית, לשיטתי אין צורך להידרש לסוגיות אלה. בצד האמור, מצאתי – למען השלמת התמונה – להתייחס אך לעניין אחד

והוא התשתית העובדתית שעמדה לפני המועצה בקבלת ההחלטה. כידוע, החלטת המל"ג – ככל החלטה מינהלית אחרת – חייבת להתבסס על תשתית עובדתית סבירה (דנ"ם 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיוור, פסקה 29 (6.5.2021); בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 229 (2000); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 775 (1999); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 37 (1983); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1119 ואילך (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר, כרך ב); ברק-ארוז, כרך א, עמ' 439 ואילך). הביסוס העובדתי הנדרש לצורך קבלת ההחלטה עשוי להשתנות מעניין לעניין, וכפי שנפסק לא אחת, "ככל שהפגיעה הנובעת מההחלטה קשה יותר, וככל שאינטרס הנפגע כבד משקל, כך חייבת הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות יותר, שמשקלן הראייתי ניכר" (בג"ץ 5240/96 ג'ועמים נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303 (1997); כן ראו עניין ריטמן, פסקה 40, בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סד(1) 501, 530 (2010); זמיר, כרך ב, בעמ' 1136).

29. בענייננו, מדובר בהחלטה שבבסיסה, כאמור לעיל, פגיעה בזכות לשוויון שהיא זכות יסוד. לאורך ההליך כולו הדגישה המועצה את ההליך שנוהל עובר לקבלת ההחלטה, ובכלל זאת עריכת שימוע ציבורי, מחקר ההערכה וסקר עמדות במגזר הציבורי (שתואר לעיל, סקר מלחי). סקר אחרון זה, כך עולה מכתבי הטענות, שימש נדבך מרכזי בקבלת החלטת המל"ג ובפרט, לביסוס עמדתה בדבר "הצורך בהפרדה". כנטען, המחקר הגיע למסקנה "חד משמעית" (כלשון המדינה, ראו למשל: סעיף 58 לתצהיר התשובה) שלפיה שילובה של האוכלוסייה החרדית בהשכלה הגבוהה מצריך חיזוק מסגרות ההפרדה המגדרית בין נשים לבין גברים. בהתאם, נקבע, "בקרב רובו הגורף של הציבור החרדי אין נכונות להשתלב בהשכלה הגבוהה בהיעדר מסגרות בהפרדה" (סעיפים 6, 58, 73, 75 לתצהיר התשובה; והשוו ללשון המתונה יותר שנקטה המדינה בהקשר זה בעיקרי הטיעון, בדבר "רתיעה רבה מאוד בציבור החרדי" מלימודים במסגרות לא מופרדות, עיקרי טיעון המדינה מיום 19.7.2020). בכלל זאת, שזור בכתבי הטענות הנתון שלפיו כ-80% מחברות ומחברי הקהילה החרדית לא יהיו מוכנים ללמוד במוסד אקדמי שאינו בהפרדה. נתון זה שמקורו בסקר מלחי מלמד אף הוא על תפקידו של הסקר כנדבך מרכזי בהחלטת המל"ג. חומרים שהוגשו במסגרת ההליך דנן מציבים סימן שאלה בהתייחס לנתון זה ולעמדה החד משמעית בדבר הפרדה באקדמיה כתנאי בלעדיו אין לשילובם של החרדים בהשכלה הגבוהה. אלה, מציבים סימני שאלה באשר לעצמת התשתית העובדתית שניצבה בבסיס ההחלטה.

30. ראשית, בכל הנוגע לסקר מלחי, מצביעה ברק-קורן במאמרה על שורה של פגמים מתודולוגיים שמקשים עד מאוד לקבל את הנתונים שבו כמשקפים את עמדות החברה החרדית (נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים 675 (2019) (להלן: ברק-קורן)). אעיר, במאמר מוסגר, שבהודעת העדכון מיום 24.9.2020, ציינה המדינה כי אסף מלחי, עורך הסקר, הגיב לטענות במאמרה של ברק-קורן – אך לא מצאתי במענה זה התייחסות לפגמים שעליהן הצביעה ברק-קורן (ראו שם, מש/6). שנית ואף חשוב מכך, נתונים אחרים שהובאו במסגרת ההליכים דנן מצביעים אף הם על גורמים אחרים שעשויים להשפיע במידה דומה (ואף יותר מכך) על קבלת ההחלטה של חרדים לפנות ללימודים אקדמיים. כך, במסגרת מאמרה של ברק-קורן מובאים נתונים מסקר שערכה, אשר מעידים כי שיקולים עיקריים בקבלת ההחלטה על לימודים אקדמיים בקרב הקהילה החרדית הם דווקא היכולת לשלב משפחה ולימודים; יכולת כלכלית; והסיכוי למצוא עבודה במקצוע לאחר התואר. זאת ועוד, מגדר הסטודנטים בכיתת הלימוד הופיע כשיקול מרכזי רק אצל כ-48% מהנשאלים (ואף 44% בבחינת תשובותיהם של משתתפים שהצהירו כי הם מעוניינים בלימודים בלבד). זאת ועוד – אחוזים נמוכים ביותר מהנשאלים השיבו כי הפרדה מגדרית במרצים היא שיקול משמעותי (בין 16% ל-20%). אעיר שאף ביחס לדיוק סקר זה העלו הצדדים טענות, אך ברי כי יש בו כדי להעיד על צורך בבירור יסודי ומעמיק של התשתית העובדתית שניצבת בבסיס ההחלטה על הפרדה באקדמיה ככלי לקידום שילובם של חרדים במערכת ההשכלה הגבוהה (ואוסיף כי ביקורת מרכזית על סקר ברק-קורן הייתה שהוא נערך בדואר אלקטרוני, ולעניין זה התייחסה ברק-קורן כבר במאמרה, ראו נספח 1 שם).

31. עוד אציין כי בהודעת העדכון מיום 24.9.2020 הפנתה המדינה לממצאי סקר נוסף שנערך עבור משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (חגית סופר פורמן וניצה (קלינר) קסיר "עמדות האוכלוסייה החרדית בנוגע להפרדה מגזרית ומגדרית בהכשרות ולימודים מקצועיים" (2020) (להלן: סקר פורמן וקסיר)). אף ממצאי סקר זה מעלים שאלות נכבדות בדבר נחיצות ההפרדה מחוץ לכיתות הלימוד (כפי שארע בפועל ברבים מהמוסדות) ובדבר החשיבות שמרצות לא ירצו לסטודנטים גברים (ראו, למשל, בעמ' 4, 29-30, 33-38; ראו גם את סקר פורמן קהלת, שצורף לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בעתירת קהלת מיום 11.1.2019). על אף שהסקרים השונים שבוצעו הצביעו על נתונים אחרים בנוגע לאחוז החרדים שלא יגיעו ללמוד בהיעדר הפרדה, טענה המדינה שמכל הסקרים ניתן ללמוד ש"לימודים שלא בהפרדה מהווים חסם מפני השתלבות בהשכלה הגבוהה עבור קבוצה נכבדה ולא מבוטלת של חרדים" (סעיף 51

להודעת העדכון מיום 24.9.2020). שאלה היא בעיניי אם ההחלטה להנהגת מסלולים מופרדים באקדמיה מבוססת על תשתית עובדתית מוצקה ומספקת.

32. אף אלמלא אותם הקשיים שהצבעתי עליהם לעיל בסקר מלחי, וגם בהינתן שחומרים עובדתיים אחרים שאספה המל"ג לפני קבלת ההחלטה לא העלו ספקות כלשהם בהקשר זה, היה על המל"ג לשוב ולבחון את הנחת היסוד שלפיה הפרדה הכרחית לצורך שילוב החרדים באקדמיה. זאת, בפרט נוכח העובדה שמדובר בהנחת מוצא להפעלת תכנית במתכונת שפוגעת בזכות לשוויון. כך למשל, כאשר התברר בשנת 2019 כי התכנית לא מצליחה להגיע ליעדיה והאוכלוסייה החרדית שלה היא נועדה לא פוקדת את ספסל הלימודים כמצופה. בדומה, בדו"ח משנת 2019, עמד מבקר המדינה על שורה ארוכה של ליקויים בתכנית המל"ג, ובראשם: ליקויים במידת האפקטיביות של התכנית, ליקויים בניהולה וליקויים בעמידה על איכותן של תכניות הלימוד (מבקר המדינה "הנגשת ההשכלה הגבוהה בישראל" דוח שנתי 69 ב 2011 (2019)). כעולה מן הדו"ח, "המדינה משקיעה משאבים רבים בתוכניות בלא להפיק תועלת תעסוקתית משמעותית למשק" (שם, בעמ' 2020). תוצאה זו יכולה להצביע, וכך עולה גם מן הנתונים המובאים על ידי ברק-קורן, כי קיימים חסמים אחרים – שמשקלם דומה ואף גדול יותר – שמונעים מחרדים לפנות למסלולי ההשכלה הגבוהה. ואולם, בחינה ביקורתית שכזו לא נעשתה – לא בהקשר של עמידת התכנית ביעדיה האקדמיים, ואף לא מבחינת הצלחתה להוביל להשתלבות בוגריה בשוק העבודה.

33. חלף זאת, המל"ג פנתה למוסדות הלימוד לקבלת נתונים ובכלל זאת "להשיב על שאלות איכותניות בדבר החסמים שבגינם, לטעמם, לא מגיעים סטודנטים ללימודי השכלה גבוהה" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; סעיף 24 להודעת העדכון מיום 15.6.2020). אחת מתוצאותיה של אותה בדיקה הייתה ההחלטה המעדכנת, שבגדרה הוחלט כאמור על הגדלת שיעור החריגים להגדרת "חרדי" שיכולו להתקבל למוסדות הלימוד. כלומר, משהתברר שהתוכנית לא עומדת ביעדיה בכל הנוגע לליבת קהל היעד, הוחלט להגדיל את שיעור החריגים לקהל היעד שלמענו כזכור נוצרה התכנית ושבשמו הוצדקה ההפרדה המגדרית מלכתחילה. בכך יש לדעתי ביטוי נוסף לכך שבכל הנוגע להכרחיות וחיוניות ההפרדה לצורך הגשמת תכליות התכנית – זו לא נבחנה כראוי על בסיס התשתית העובדתית הנדרשת, לא מראש ואף לא בדיעבד. כידוע, בהינתן שינוי מהותי במצב הדברים, על הרשות המינהלית לבחון האם החלטה עומדת בעינה או שמא יש צורך בשינויה או אף בקבלת החלטה חדשה (עניין ריטמן, פסקה 29; בג"ץ 7177/04 רוזן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(3) 865, 871 (2004); זמיר, כרך ב, בעמ' 1399; ברק-ארז, כרך א, בעמ' 443). בחינה כאמור לא נעשתה. מעבר לכך, העובדה

שלאחר קבלת הנתונים הבעייתיים על הצלחת התכנית, הוחלט אך להגדיל את שיעור החריגים לאוכלוסייה שעליה היא תחול, מציבה סימני שאלה באשר לעובדת קיומה של בחינה עניינית מספקת בהתייחס לחסמים השונים הניצבים לפני אוכלוסיית היעד של התכנית ומשקלם.

34. רכיב נוסף המעלה סימן שאלה בהתייחס לתשתית העובדתית שבבסיס התכנית הוא בחינת חלופות אחרות להפרדה בין המינים לצורך קידום שילובם של החרדים באקדמיה. כך, כלל לא ברור האם נבחנו די הצורך פתרונות אחרים ובהם, בין היתר, תמריצים כלכליים להשתלבות במסלולי הלימודים שאינם בהפרדה (ברק-קורן, בעמ' 728-729; כפיר בן וזאב קירל חשיבות התמריצים הכספיים להעלאת תעסוקת הגברים החרדים (נייר עבודה, אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, 2019)) או התמקדות במכינות קדם אקדמיות ובליוי סטודנטיאלי מקיף במעבר למסגרות המשולבות. דברים ברוח זו באו לידי ביטוי גם במסגרת דיון שנערך בוועדת ההיגוי להנגשת ההשכלה הגבוהה לחרדים ביום 31.3.2019, שם ציינו משקיפי משרד האוצר ביחס לאפשרות לערוך שינוי בהגדרת קהל היעד של התכנית:

”הסוגייה המרכזית היא האם קיים קשר סיבתי בין מספר הסטודנטים לבין ההפרדה. אין קשר מובהק בין השניים, וזה לא מסביר מדוע אין עמידה ביעד. האוכלוסיה מגיבה לתמריצים כלכליים באופן מובהק ולכן יש סיכוי שהתמריצים הכלכליים הם האפקט המשמעותי. [...] יש השלכות שליליות של ההגדרה ושינוייה שוב. אנחנו חושבים שצריך למצות את כל הכלים לפני שינוי] ההגדרה, כמו: הגדלת תשתיות, סיוע במלגות” (עמ' 9 לפרוטוקול הישיבה שצורף כנספח 3 להודעה המשלימה מטעם העותרים בעתירת תירוש מיום 13.7.2020).

35. בשלב זה מצאתי להוסיף כי בפסיקה המשווה שהביאה המדינה לתימוכין בטענתה, מצאתי דווקא חיזוק לעמדה שלפיה לא בוססה תשתית עובדתית מספקת להכשרת ההפרדה במקרה דנן. לפני שאעמוד על הדברים בתמצית, אחזור ואדגיש את הזהירות הנדרשת בביצוע בחינה משווה, ואת ההכרח לקחת בחשבון את ההקשר הספציפי ומגבלות נורמטיביות, תרבותיות וחברתיות שעשויות להשפיע על טיב ההשוואה (בג”ץ 6301/18 פוזננסקי כן נ’ שרת המשפטים, פסקה 65 (27.12.2018); בג”ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ’ ממשלת ישראל, פסקה 72 (22.9.2014)). בפרשת מיסיסיפי (Mississippi Univ. For Women v. Hogan, 458 U.S. (1982) 718) נדון עניינו של גבר שביקש להירשם ללימודי סיעוד באוניברסיטת מיסיסיפי לנשים, אך סורב בנימוק שהמוסד מיועד לנשים בלבד. בית המשפט העליון

בארצות הברית עמד על כך שהבחנה בין פרטים על בסיס המגדר שלהם תתאפשר רק כאשר תוכח הצדקה משכנעת במיוחד להבחנה ("Exceedingly persuasive justification"). כדי לעמוד בנטל זה על הטוען להראות שההבחנה משרתת מטרות ממשלתיות חשובות ("Important governmental objectives") ושהאמצעים המפלים שבהם נעשה שימוש קשורים קשר הדוק למטרות אלו ("Substantially related to the achievement of those objectives"). עוד הודגש כי יש לבחון האם הקשר בין המטרה לאמצעי הוא ישיר ומהותי, כדי להבטיח שההבחנה נקבעה על בסיס ניתוח מנומק ולא בעקבות "הנחות מסורתיות" לגבי התפקידים הראויים של גברים ונשים. נמצא כי ההבחנה שערכה האוניברסיטה אינה עומדת בתנאים אלה. המבחנים האמורים שימשו את בית המשפט העליון בארצות הברית גם בפרשה נוספת, שבמסגרתה קבע בית המשפט כי מדיניות של מוסד חינוכי בעל אופי צבאי שקיבל לשורותיו גברים בלבד לא עומדת במבחנים אלה (United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)). כפי שניתן לראות, גם הפסיקה בארצות הברית עמדה על הכרח להראות קשר הדוק בין האמצעי המפלה לתכלית ההפרדה על בסיס מגדר. כאמור בענייננו, קיימים חסכים משמעותיים בתשתית העובדתית שעליה ביססה המדינה את טענתה בדבר קשר מספק בין ההפרדה המגדרית לבין שילובה של הקהילה החרדית באקדמיה.

36. כפי שכבר הובהר, אינני רואה לטעת מסמרות בשאלת דיות התשתית העובדתית, שכן גם בנפרד מהאמור, דין העתירה להתקבל בשל העדר הסמכה מפורשת למל"ג לקבל את ההחלטה נושא העתירות. ראיתי לעמוד על הדברים על מנת שהמל"ג, במבט צופה פני עתיד, ובהחלטות חדשות שיתקבלו (אם תשמע דעתי), רק לאחר שתקבע הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, תוכל לתת דעתה לסימני השאלה שהתעוררו ביחס לתשתית העובדתית שהונחה לפניה.

הסעד והעתירות האחרות

37. מצאתי כאמור, כי החלטת המל"ג לקידום ולהרחבת הנגישות של ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית פוגעת בשוויון בין המינים, ללא מקור ההסמכה הנדרש לכך בחוק. מטעמים אלה אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי בעתירת תירוש למוחלט ולהורות על בטלותה של החלטת המל"ג. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך כי תוקפה של החלטת המל"ג הוא עד לשנת הלימודים תשפ"ב, שעתידיה להיפתח בעוד חודשים ספורים. משכך, ובהינתן שקיימת כבר עתה הסתמכות מצד מוסדות הלימוד ובעיקר מצד סטודנטים וסטודנטיות שנרשמו ללימודים במסלולים אלה, אציע – בגדר הדוקטרינה של התוצאה היחסית (ראו: ע"ם 7293/20 פנגיה די דבליו בע"מ נ' רשות

שדות התעופה, פסקה 27 (24.1.2021); ע"מ 7171/11 העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פסקה 35 (12.8.2013) – כי סעד זה יושעה עד לתום שנת הלימודים תשפ"ב. בשונה, תחולתו של סעד זה תהא מיידית בכל הנוגע להפלייתן של מרצות במוסדות הלימוד ובכל הנוגע לזליגתה של ההפרדה אל מעבר לכיתות הלימוד. על המל"ג לפעול ולוודא כי מוסדות הלימודים שבהן מתרחשות איזו מפעולות אלו – שאף לשיטתה נעשות בניגוד לדין – יחדלו מכך כבר בשנת הלימודים הקרובה, היא שנת הלימודים האחרונה במסגרת התכנית הנוכחית. בכל הנוגע להפלייתן של מרצות, אני מצטרף לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') שהציע שנהפוך בהקשר זה את הצו על תנאי למוחלט (פסקה 111 לחוות דעתו), כך שתבוטל המדיניות שאוסרת על מרצות ללמד במסלולי הגברים. חזקה על המל"ג שתיתן דעתה לכל האמור בפסק דיננו במסגרת גיבושה של תכנית חדשה, בכפוף להסדרת סמכותה לעשות כן בחוק.

38. לפני סיום, יש לבחון את משמעות מסקנותיי בכל הנוגע לשלוש העתירות האחרות. אשר לעתירות "מיהו חרדי", הן מופנות להגדרת קהל היעד של תכנית המל"ג. כנטען בעתירות, העותרות (העותרת 1 בבג"ץ 8010/16; העותרות 2-1 בבג"ץ 2240/17) לא נכללות בהגדרת "חרדיות", וזאת אך בשל סוג הפיקוח על המוסד שלהן במשרד החינוך. המדינה עמדה על כך שהגדרת חרדי בתכנית נועדה "לייחד" את בוגרי ובוגרות מוסדות החינוך החרדי שמקיימים את שני הרציונלים של התכנית: זה האקדמי וזה התרבותי (ראו, למשל, בהודעה מיום 15.6.2020, פסקה 10; תצהיר התשובה לעתירה בבג"ץ 8010/16 מיום 30.5.2017, פסקה 15) (להלן: תצהיר התשובה בבג"ץ 8010/16). כנטען, קבוצת התלמידות שמייצגות העותרות נבחנות בבחינות הבגרות וזכאיות לתעודת בגרות ומשכך לא מקיימות את הרציונל האקדמי שבבסיס התכנית. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר עמד בחוות דעתו על כך שכעולה מעמדת המדינה, קיימת קבוצה לא מבוטלת של בוגרות בתי ספר שנבחנו בבחינות הבגרות, שאינן מקיימות לכאורה את הרציונל האקדמי – ובכל זאת נכללות בהגדרת "חרדית" (פסקה 106 לחוות דעתו). מצב דברים זה אכן מעורר, על פני הדברים, קושי (וזאת אף אם נתחשב בפערי הזכאות לתעודת בגרות בין מוסדות לימוד בפיקוח אחר לבין מוסדות לימוד דוגמת אלו שבהן למדו העותרות; ראו סעיף 16 לתצהיר התשובה בבג"ץ 8010/16; וראו גם סעיף 5 להודעה מטעם העותרות בבג"ץ 8010/16 מיום 12.6.2017). נוכח מסקנתי כי התכנית ניתנה בחוסר סמכות ודינה בטלות, הרי שאין הכרח להכריע בסוגיה מורכבת זו. זאת ועוד, אף ביחס לשנת הלימודים הקרובה, שלגביה הצעתי כי יושעה הסעד, איני סבור כי הפתרון לקושי האמור הוא בשינוי הגדרת "חרדי" שאימצה המל"ג, כך שגם מי שלא נכלל בקבוצה שייחודה המועצה

מלכתחילה יוכל ללמוד בהפרדה. חלופה זו אך מחריפה את הפגיעה בשוויון שעליה עמדתי לעיל, שנעשתה כאמור בחוסר סמכות. כמו כן, במישור הפרקטי בשנה הקרובה, הגדלת שיעור החריגים להגדרת "חרדי" צפויה לתת מענה קונקרטי ופרטני לבוגרות מוסדות דוגמת אלו שעתרו בעתירות דנן, שירצו להשתלב במוסדות שמלמדים בהפרדה. משכך, אציע למחוק את העתירות. מובן שטענות העותרות שמורות להן בהקשר זה גם ביחס לתכנית עתידית שתוציא המל"ג.

39. בעתירת קהלת הוצא צו על תנאי שהורה למדינה לבוא ליתן טעם מדוע לא ייקבע כי החלטת המל"ג "תחול רק על מוסדות להשכלה גבוהה שהמדינה מתקצבת באופן מלא, ולא תחול על מוסדות שאינם מתוקצבים, או מתוקצבים באופן חלקי". נוכח מסקנתי כי החלטת המל"ג כולה ניתנה בהיעדר מקור הסמכה חוקי, הרי שמתיתר הצורך לדון בשאלת הרחבת תחולתה של ההחלטה. משכך, אציע כי גם עתירה זו תימחק.

סוף דבר

40. אין חולק על חשיבות התכלית שניצבת בבסיס התכנית שקידמה המועצה להשכלה גבוהה בדבר שילובה של האוכלוסייה החרדית בהשכלה הגבוהה ובשוק העבודה. עם זאת, החלטת המל"ג לקדם מסלולי לימודים בהפרדה מגדרית פוגעת בשוויון בשורה של היבטים ומשכך, היא טעונה הסמכה מפורשת בחקיקה. בהעדר הסמכה כאמור, אין מנוס מביטול התכנית. שלטון החוק מחייב שההכרעה בסוגיות המורכבות שהובאו בתיקים אלה תצא תחת ידיו של המחוקק – שיקיים הליך חקיקה סדור, ייתן דעתו למורכבות הנושא, ישמע את הקולות השונים ויעגן את ההכרעה הדמוקרטית בחקיקה ראשית מפורטת ומפורשת (השוו: עניין פלוני, פסקה 61; עניין אבו ערפה, פסקה 38 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). מובן שגם חקיקה שכזו, נתונה לביקורת חוקתית וכפופה למבחני פסקת ההגבלה (השוו לפסק דיני מהימים האחרונים ברע"פ 7621/15 מוסרי נ' מדינת ישראל (1.7.2021); פסק דיני בעניין פלוני).

לו תישמע דעתי, נעשה את הצו על תנאי שניתן בעתירת תירוש למוחלט, ונמחק את שלוש העתירות הנוספות, והכל בהתאם לאמור בפסקאות 37-39 לעיל.

המדינה תישא בהוצאות העותרים בעתירת תירוש בסך 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. עניין לנו בהחלטת המועצה להשכלה גבוהה מספר 39/13 מיום 23.5.2017, בדבר "הרחבת נגישות ההשכלה הגבוהה לאוכלוסייה החרדית – מדיניות לחומש הבא". החלטה זו מקדמת הקמת מסלולי לימוד לתואר ראשון באקדמיה, המיועדים לציבור החרדי בלבד ומתנהלים בהפרדה בין נשים וגברים; וזאת תוך קביעת כללי זכאות להצטרפות ללימודים בהפרדה, הקצאת תקציב מיוחד לשם כך, הענקת מלגות, וקביעת הוראות להגבלת ההפרדה לתחומן של כיתות הלימוד (להלן: תוכנית החומש ו-המל"ג, בהתאמה).

מטרת תוכנית החומש היא לעודד את השתלבותו של הציבור החרדי בלימודי השכלה גבוהה, ובהתאם להרחיב את השתלבותו בשוק העבודה הישראלי. למטרות אלה נודעת חשיבות רבה – ואולם האמצעי העיקרי שנבחר לצורך הגשמתן הוא משפיל ופוגעני כלפי נשים. הנחת המוצא שביסוד תוכנית החומש היא שנוכחות נשים באקדמיה היא "בעיה" שיש "לפתור" כדי לאפשר לציבור החרדי לרכוש השכלה גבוהה. מה שמגדיר את הלימודים במסלולי ההפרדה אינו הכישורים והיכולות של הסטודנטיות והסטודנטים – אלא המין של הנשים, ו"הסכנות" שגופן מציב בפני גברים. כפי שיפורט בהמשך, דעתי היא שהנזק הגלום בתוכנית החומש לציבור הנשים ולחברה בכללותה גובר על התועלת שבצידה ועל כן דינה בטלות. ואולם ראשון ראשון ואחרון אחרון.

2. אפתח בכך שאני מצטרפת לקביעתו של השופט ע' פוגלמן, ולחוות דעתו המקיפה, שלפיה תוכנית החומש נקבעה על ידי המל"ג בחוסר סמכות. כפי שפירט חברי, תוכנית זו פוגעת בליבת הזכות לשוויון, וככזו היא מחייבת הסמכה ברורה, מפורטת ומפורשת של המל"ג בחקיקה ראשית; אלא שהפוך והפוך בחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק המל"ג) ולא תמצא בו כל הוראה המאפשרת פגיעה כזו. ההפך מכך. במסגרת כללים שהתקינה המל"ג מתוקף סמכותה לפי סעיף 9 לחוק המל"ג, נקבע כי "לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או

מעמדם החברתי" (כלל 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד-1964; להלן: כללי המל"ג). אני שותפה גם לקביעתו של השופט פוגלמן שלפיה סעיף 4(ב) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (להלן: חוק זכויות הסטודנט) אינו יכול להוות מקור סמכות להתקנת תוכנית החומש – בשעה שסעיף זה נועד להעניק הגנה (מסוימת וצרה) למוסד לימוד, במקרה של פגיעה בשוויון; ואין בו משום מתן סמכות למל"ג לקבוע תוכנית כללית ורחבת היקף המבוססת על הפרדה בין גברים ונשים.

אוסף על דבריו הנכוחים של השופט פוגלמן, כי אפילו היינו יוצאים מנקודת הנחה שלפיה תוכנית החומש התקבלה בסמכות – בראיית עדיין דינה של זו בטלות. כך משום שתוכנית החומש מעגנת, מעודדת ונותנת לגיטימציה להפרדה בין נשים וגברים בתוככי המרחב הציבורי של מדינת ישראל – באופן שיש בו משום פגיעה בלתי מידתית בעקרון השוויון ובכבודן של נשים באשר הן (חילוניות, דתיות וחרדיות כאחת). כפי שיבואר, פגיעה זו אינה עומדת במבחן המידתיות הנגזר מפסקת ההגבלה ומחייב את המל"ג בהיותה רשות מינהלית; וגם מטעם זה יש לקבל את "עתירת תירוש" ולדחות את שלוש העתירות האחרות ("עתירת קהלת" ו-"עתירות מיהו חרדי"). אפנה לכך כעת.

על השוויון

3. רבות דובר ונכתב על חשיבותה של הזכות לשוויון ועל מרכזיותו של עקרון השוויון בדמוקרטיה הישראלית – ויש ערך וטעם לחזור ולהיזכר במושכלות ראשונים גם בהקשר לדיון בענייננו.

ערך השוויון הוא מערכי היסוד שלאורם עוצב צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כבר בעת הקמתה; והדברים קיבלו ביטוי מפורש במגילת העצמאות, שם נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שיוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין" (הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1). עקרון השוויון בין נשים לגברים זכה להתייחסות מיוחדת בחקיקה למן ראשית דרכה של מדינת ישראל – ובתוך כך, בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, נקבע כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה" (בסעיף 1 לחוק כלשונו בעת חקיקתו). חוק זה תוקן, עודכן והורחב בשנת 2000 (תיקון מס' 2), שאז נקבע בסעיף 1 המתוקן כי "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". בתחום של משפט העבודה, חוקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964 המורה כי "מעביד ישלם לעובדת שכר

שווה לשכרו של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה" (בסעיף 1); חוק זה הוחלף בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 שאף הוא "נועד לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה" (סעיף 1). בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 נקבע כי "לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים..." (בסעיף 2).

הזכות לשוויון במרחב הציבורי זכתה לעיגון ולהגנה רחבה בגדרו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) (ראו סעיף 1 לחוק; לחריג לכלל האוסר הפליה מחמת מין הקבוע בסעיף 3(ד) לחוק אתייחס בהמשך). ובנושא שבו אנו עוסקים – חוק זכויות הסטודנט אוסר על מוסדות לימוד להפלות בין מועמדים או סטודנטים, בין היתר על רקע מינם: "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". כפי שצוין, כבר בשנת 1964 נקבע בכללי המל"ג כלל מנחה רחב של איסור הפליה, שלפיו: "לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי" (כלל 9 לכללי המל"ג).

יבואר כי אין זו אלא רשימה חלקית של דברי חקיקה המקדשים את הזכות לשוויון ואת איסור ההפליה, ובכלל זה על רקע מין; ומעל לכל אלה חולש חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק לכבוד האדם מעמד על-חוקי – ובתוך כך לזכות השוויון כנגזרת של כבוד האדם. נוסף על זאת, מקובל להתייחס לזכות השוויון כבעלת חיות משל עצמה, ללא תלות בסעיף חוק כלשהו; וכך הבהיר השופט מ' חשין: "עקרון השוויון היה לפני החוקים. הוא אבי החוקים, וכלשון השופט לנדוי בפרשת ברגמן (שם, בעמ' 698): ...הוא [עקרון השוויון – מ' ח'] יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה כתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון הכל בפני החוק" (בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 686 (2002); להלן: עניין ניב). בכל הנוגע לרשויות ציבוריות – עקרון השוויון מחייב גם מכוח עקרונות המשפט המינהלי (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 673-680 (2010); להלן: ברק-ארז).

4. אולם כדברי השופט א' מצא, "בהכרזות על שוויון בין המינים לא סגי, שכן מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית" (בג"ץ

4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 116 (1995); להלן: עניין אליס מילר). בהקשר זה הודגש בפסיקה, כי הגם שכל הפליה היא חמורה – בהפליה "קלאסית" על רקע מין (כמו בכל הפליה "גנרית" אחרת, למשל על רקע דת, גזע, לאום וכו') יש משום חומרה יתרה (בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, פסקה 23 (27.6.2013), להלן: עניין פלונית; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765 (1994); להלן: עניין דנילוביץ). האיסור על הפליית נשים הוא אפוא עקרון על במשפט הישראלי; ויש אף לראות בזכויות נשים כנייר לקמוס של המשטר הדמוקרטי בכללותו.

במרוצת השנים, בית משפט זה נדרש לא פעם ליצוק תוכן קונקרטי לאיסור ההפליה על רקע מין, שעוגן בשורה ארוכה של הוראות חוק כמפורט לעיל; ולמערכת המשפט נודע תפקיד חשוב בקידום מעמדן של נשים בחברה הישראלית (לפירוט הפסיקה בנושא ראו: עניין פלונית, פסקה 25). מן הראוי לציין במיוחד את פסק הדין בעניין אליס מילר, שבמבט לאחור נתפס כפורץ דרך בהגנה על זכויות נשים. באותו פסק דין הבהירה השופטת ד' דורנר כי הדרה של אישה מפעילות מסוימת על יסוד קריטריון של מין, לא רק פוגעת בכבודה – אלא אף מנציחה סטריאוטיפים של נחיתות המין הנשי, וגורמת להשפלה של נשים בכללן:

"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" (ההדגשה שלי-ע'ב') (עניין אליס מילר, בעמ' 133).

עמדה ברורה זו חזרה ונשנתה בפסיקה במהלך השנים שלאחר מכן; ואזכיר עוד בהקשר זה את פסק הדין שניתן בעניין קול ברמה, שם הבהיר השופט י' דנציגר כי "בהדרת נשים יש גם כדי להשריש תפישה שלפיה החיים הציבוריים שייכים מטבעם 'לגברים בלבד', וכפועל יוצא מכך כדי להנציח פערי מעמדות מגדריים והתנהגויות שמטבען הן מבזות, משפילות ומנמיכות נשים" (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 25 (9.12.2015); להלן: עניין קול ברמה). כאן המקום להוסיף ולבאר, כי הפרדה מגדרית אינה אלא "תת-קטגוריה" של הדרת נשים מהמרחב הציבורי (ע"פ 5338/17 ראש עיריית בית שמש נ' פיליפ, פסקה 33 (1.11.2018), להלן: עניין פיליפ; עניין קול ברמה, פסקה 22).

5. על רקע הדברים הללו, להשקפתי לא יכול להיות עוד חולק שמדיניות של "נפרד אבל שווה" היא ככלל מדיניות מפלה ומשפילה. כפי שקבע בית המשפט העליון האמריקאי בפסיקה דרמטית בפרשת Brown, שבה ביטל את ההפרדה הגזעית שהיתה נהוגה עד אז בארצות הברית על בסיס צבע עור – נפרד לעולם אינו שווה (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)). עצם ההפרדה היא ש"מתייגת" את הקבוצה הנפרדת כנחותה, ומנציחה את תפיסתה ככזו:

"ודוק, האיסור על הבחנה במתן שירותים לציבור על בסיס קריטריון אסור, ומין בכלל זה, כולל, במקרה הרגיל, גם איסור על מדיניות של 'נפרד אך שווה' ('separate but equal'). מדיניות שכזו, המבחינה על בסיס מגדרי תוך יומרה לספק לגברים ולנשים שירותים באיכות שווה, היא ככלל מדיניות מפלה ופסולה. נפרד לעולם אינו שווה. עצם העובדה שהענקת שירות לציבור נעשית תוך הבחנה בין נשים וגברים, טומנת בחובה לרוב את הפגיעה המרכזית אותה ביקש המחוקק למנוע – הפגיעה הנובעת מתיוגו של מקבל השירות על פי הקריטריון האסור (המגדר אליו הוא משתייך), ולא על פי הקריטריון הרלוונטי להענקת השירות (זכאות, נזקקות וכיו"ב). אכן, 'מדיניות של 'נפרד אבל שווה' ('separate but equal') הינה מעצם טבעה בלתי שווה ('inherently unequal') (בג"ץ 6698/95 קעדן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279 (2000))." (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (7.10.2020)).

הנה כי כן – עמדת המוצא לדיון בעתירות שלפנינו היא שהפרדה במרחב הציבורי בין נשים וגברים היא אקט שמעצם טיבו וטבעו מפלה נשים, מקטין אותן, ומנציח פערי מעמדות מגדריים ותפיסות סטריאוטיפיות לגבי המין הנשי.

הזכות לשוויון אל מול האינטרס הציבורי שבשילוב חרדים באקדמיה ובשוק העבודה

6. ככל זכות, אף הזכות לכבוד ולשוויון אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה ובין ערכים ואינטרסים אחרים שעומדים על הפרק. עם זאת ייאמר, שרק שיקולים יוצאי דופן וכבדי משקל עשויים להתגבר על איסור ההפליה מחמת מין:

"לעתים ניתן להצדיק פגיעה בשוויון – אשר כפי שראינו, אינה זכות מוחלטת אלא יחסית – בטעמים של תכלית ראויה. טעמים אלה חייבים להיות כבדי משקל וממין העניין. מעמסה כבדה ביותר מונחת על שכם המבקש להרים נטל זה". (עניין דנילוביץ, בעמ' 766; כן ראו: עניין נ"ב, עמ' 688).

יתרה מכך, מקום שבו הרשות נוקטת בהפליה כלפי נשים, הנטל עובר לכתפיה להוכיח כי ההתייחסות המפלה היא מוצדקת (עניין אליס מילר, עמ' 135-136).

7. בענייננו – תוכנית החומש, ככל החלטה מינהלית אחרת, כפופה לכללי המשפט המינהלי; ובין היתר נדרש כי תתקבל על יסוד שיקולים ענייניים בלבד ובאופן שוויוני, סביר ומידתי. מקום שבו החלטה מינהלית אינה מאזנת כראוי בין המטרה שהיא מבקשת להשיג ובין האמצעי שנבחר להשגתה, קמה עילה להתערבות שיפוטית; זו עילת המידתיות (עע"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פסקאות 28-29 (24.9.2020); להלן: עניין עיריית ירושלים; בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 10-12 (1995); ברק-ארוז, 775-771; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 137 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)).

מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, נהוג להשתמש באמות המידה המעוגנות בפסקת ההגבלה כדי לבחון את מידתיות המעשה המינהלי כאשר הוא מביא לפגיעה בזכויות אדם (בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה (22.6.2011), להלן: עניין עיריית באר-שבע; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, ופסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (20.8.2008); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997); ברק-ארוז, 627-628). במילים אחרות, "כדי שהחלטה מינהלית, הפוגעת בזכות אדם חוקתית, תעמוד בדרישת הסבירות והמידתיות המינהלית, נדרש כי הפגיעה תהלוס את ערכיה של מדינת ישראל, ותיועד לתכלית ראויה; עליה גם לקיים את דרישת המידתיות, כמשמעותה בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד" (עניין עיריית באר-שבע, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה).

8. תוכנית החומש נועדה לקדם מטרה של שילוב הציבור החרדי במעגל העבודה במדינת ישראל. זאת באמצעות הנגשה של לימודי ההשכלה הגבוהה לחרדים – הן בהיבט הקושי להתקבל ללימודים בשל פערים ברמה ובתכני הלימוד ביחס לחינוך הממלכתי; הן בהיבט התרבותי של היטמעות במסגרת בעלת אופי חילוני בעיקרו. שילוב החרדים באקדמיה ובעולם התעסוקתי הוא ללא ספק תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל; אין צורך להרחיב, וניתן לפנות במישרין לשאלת המידתיות. כידוע, לדרישת המידתיות שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי

למטרה – בגדרו יש לבדוק אם האמצעי שבחירה הרשות אמנם מגשים את מטרתו; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מטרתו לבחון אם הרשות בחרה באמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא הקטנה ביותר; ומבחן המידתיות במובן הצר – לפי מבחן זה יש לוודא שהפגיעה הצפויה מההחלטה המינהלית עומדת ביחס סביר לתועלת הצפויה מאותה החלטה (עניין עיריית ירושלים, פסקה 30; עניין אליס מילר, עמ' 140; ברק-ארז, 777-776). אומר מיד כי דעתי היא שתוכנית החומש אינה צולחת את דרישת המידתיות, ובפרט לא את תת-המבחן השלישי, ולנושא זה אדרש עתה.

היחס בין התועלת הצומחת מתוכנית החומש לבין הפגיעה בשוויון שבצידה

9. גם בשנת 2021, בית המשפט העליון עודנו נדרש לעמוד על המשמר בכל הנוגע להפלייה ולפגיעה בזכויות נשים. תפקיד זה מאתגר במיוחד מקום שבו "הצידוק" לפגיעה בזכויות נשים מקושר עם עקרונות הלכתיים – שאז עומדות על הפרק סוגיות רגישות של יחסי דת ומדינה, רב-תרבותיות, חופש הדת וחופש מדת, וכיוצא באלה. ואולם נראה כי דווקא בתחום עדין זה, שבו העצבים חשופים, נדרשת עמידתו האיתנה של בית המשפט על זכויות נשים – שכן בענייני הלכה, אפליית נשים לא רק חיה ונושמת אלא אף מוצהרת ולכאורה לגיטימית (עניין פלונית, פסקה 26; בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשירותי דת, פסקה כד (15.8.2017); פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241, 248 (התשנ"ד), להלן: רדאי).

במקרה שלפתחנו, בשם הצניעות וכדי למנוע סכנה של פיתוי חלילה, נקבע כי יש לאפשר מסלולי לימוד לתואר ראשון שבהם נשים לא יורשו לשבת בקרב גברים. חבריי, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר והשופט י' אלדון, סבורים כי הפגיעה בשוויון שנגרמת כתוצאה מהפרדה כזו בין נשים וגברים היא מידתית ואינה עולה על התועלת שבשילוב חרדים באקדמיה. כך לגישתם, בראש ובראשונה משום שההצטרפות למסלולי הלימוד הנפרדים נעשית מתוך רצון חופשי, ואין בה אלמנט של כפייה; שנית משום שההפרדה מוגבלת לכיתות הלימוד ואינה "זולגת" למרחב הציבורי במוסדות הלימוד; ולגישת השופט מלצר, אף משום שהפגיעה בזכות הנשים לשוויון עומדת בתנאים שנקבעו בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה. דעתי כאמור שונה, ואבאר.

ווילונטריות – האמנם?

10. יש קושי רב בהנחה שלפיה לנשים חרדיות נתונה בחירה חופשית אם ללמוד לימודי השכלה גבוהה במסלול "רגיל" או במסלול של הפרדה בין נשים וגברים. הנחה זו לא רק "חשודה" על פניה (ראו: רדאי, 246-247; והשוו: עניין ניב, עמ' 693); אלא

שאף אינה מביאה בחשבון את המורכבות שכרוכה במעמד האישה בחברה מסורתית כדוגמת זו החרדית (ראו: אמנון רובינשטיין "החופש להסכים: כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?" הפרקליט נג 3 (תשע"ג); להלן: רובינשטיין – החופש להסכים). ככלל יש לכבד את האוטונומיה של הפרט לבחור את דרכו, ולהימנע מגישה פטרנליסטית השוללת את יכולת הבחירה של אישה במצב של אי שוויון. ואולם המציאות מלמדת כי לא פעם פרקטיקות שמפלות נשים נאכפות במגזר החרדי באמצעות לחץ חברתי משמעותי ביותר, ולעיתים אף כדי אלימות ממש, ובכל מקרה אינן תולדה של "בחירה חופשית". כך, למשל, ב-בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011) (להלן: עניין רגן) התברר כי קיים אלמנט של כפייה ואף ננקטת אלימות כלפי נוסעים ונוסעות (מתוך החברה החרדית ומחוצה לה) שאינם מעוניינים בהפרדה בין נשים וגברים בתחבורה הציבורית (שם, פסקה כט). זה היה המצב גם בעניין פיליפ – שם נקבע כי יש להסיר מהמרחב הציבורי שלטים המורים לנשים להתלבש בהתאם לקוד צניעות ואוסרים עליהן להימצא במקומות מסוימים. התברר כי קוד הצניעות הנדרש שימש כתנאי למעבר באותם מקומות, "תוך הפעלת לחץ חברתי ופגיעה באוטונומיה ובביטחון של נשים" (שם, פסקה 39). על רקע דברים אלה, מותר להניח כי ישנן נשים חרדיות שאינן מעוניינות ללמוד במסלול של הפרדה באקדמיה, אך מסיבות תרבותיות ובשל לחץ חברתי אין להן את היכולת לבחור בלימודים מעורבים; וכי אלמלא היו קיימים מסלולים ללימודים בהפרדה, ייתכן שדרכן של נשים חרדיות להשתלבות במסלולי הלימוד הרגילים היתה קלה יותר.

על כך יש להוסיף, כי קיים קושי ממשי לבחון את מידת הבחירה החופשית של נשים בלימודים בהפרדה, באמצעות אותם סקרים המתיימרים למדוד את שיעור ההיענות בקרב הציבור החרדי ללימודים במסלולים אלה. הניסיון מלמד כי תוצאותיהם של סקרי דעת קהל לא פעם מוטות בהתאם לאופן ניסוח השאלה – ועל כך מעידה יותר מכל העובדה שבסקרים שהובאו לפנינו, השתנו התוצאות בהתאם לגורם שמטעמו נערך הסקר (וראו דברים שנאמרו בעניין זה בפסקה 83 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, בפסקה 23 לפסק דינו של השופט י' אלרון, ובפסקאות 30-31 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). משכך, לטעמי יש לייחס לסקרים השונים שנערכו בנושא משקל מוגבל, אם בכלל, בבואנו לבחון את העדפויותיהן של נשים חרדיות בנוגע ללימודי השכלה גבוהה; ואם כבר, הדגש הוא על כך שבמבט כולל על התוצאות ניכר שכמחצית מהנשאלים אינם מתנגדים ללימודים באקדמיה בכיתות מעורבות.

11. זאת ועוד. אפילו היינו מניחים שבחירתן של נשים לרכוש השכלה גבוהה תוך הפרדה בינן ובין גברים היא בחירה חופשית, וכאמור ספק בעיניי אם זה המצב בהינתן

הלחץ החברתי בתוך המגזר החרדי ובשים לב לאי אמינותם של הסקרים שנערכו בנדון, לא היה די בכך כדי להצדיק פגיעה כה מהותית בשוויון. כפי שהבהיר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין רגן:

"לא לכל פרקטיקה תרבותית קבוצתית יש ליתן מקום, לא תמיד יש להתייחס לרצונו 'החופשי' של חבר בקבוצה תרבותית מסוימת כאל רצון חופשי, גם לא כל 'רצון חופשי' יש לכבד. כפיה היא כפיה, ובודאי כזו שיש בה גם הפליה, ואף שנעשו צעדים רחבים לתיקון עולם כלפי נשים בישראל (אחת הסוגיות המרכזיות במרבית חברות אנוש), צעדים אלה רחוקים מלהיות שווים בחלקים שונים בחברה והתמורות שחלו אינן זהות בכל חלקי החברה, על כל המשוכות ההיסטוריות והדתיות הרלבנטיות" (עניין רגן, פסקה י'; וראו גם: עניין קול ברמה, פסקה 56).

הפרדה שאינה זולגת מכיתות הלימוד למרחב הציבורי – האמנם?

12. איני סבורה כי ניתן להשקיף על לימודים בהפרדה כאל פגיעה נקודתית בזכויות נשים, התחומה לדלת אמותיה של כיתת הלימוד. התייחסות כזו לוקה בחד-ממדיות, ואינה נותנת ביטוי ראוי לעוצמת הפגיעה ול"גלי ההדף" שההפרדה בין גברים לנשים יוצרת, לא רק באקדמיה אלא בחברה הישראלית כולה (ראו דברי השופטת ד' ברק-ארז בעניין קול ברמה, פסקה 7).

ראשית, בהתייחס להשפעתם של מסלולי הלימוד בהפרדה על האקדמיה עצמה. כיתות הלימוד הן חלק בלתי נפרד מהמרחב הציבורי במוסדות ההשכלה הגבוהה. בהתאם, טבעה של ההפרדה בכיתות הוא שתזלוג החוצה אל מרחבי האקדמיה – והאיסור שמוטל כיום על מרצות ללמד בכיתות המיועדות לגברים בלבד הוא דוגמא חמורה ומובהקת לכך. מהחומר שהובא לפנינו במהלך הדיון בעתירות מתברר עוד כי כיום נהוג לעקוף את האיסור שהטילה המל"ג על הפרדה בין נשים וגברים במרחב הציבורי, באמצעות חלוקת ימי הלימוד או מבני הלימוד בין כיתות הגברים וכיתות הנשים; וכי לצד הפרדה בכיתות, המל"ג מוכנה כיום לאפשר גם הפרדה במעבדות לימוד. העתירות שלפנינו, שאחת מהן תובעת לאפשר לימודים גם לתואר שני בהפרדה בין נשים וגברים, ובשתיים אחרות מבוקש להרחיב את תנאי הקבלה למסלולים אלה כך שתתאפשר קבלה גם של מי שאינו עונה על הגדרת "חרדי" שבתוכנית החומש, מעידות אף הן כי הפרדה מגדרית יוצרת רעב שאין לו שובע.

יתר על כן, "הדרתה של קבוצה מסוימת מהשיח הציבורי פוגעת לא רק בקבוצה המודרת אלא גם בשיח עצמו. 'שוק הרעיונות', על החשיבות הרבה הנודעת לו, אינו מבטא

את כלל העמדות והגוונים השונים של החברה כאשר ההשתתפות בו מוגבלת מראש, או כשנחסמת הדרך האפקטיבית לעשות כן. "דברים אלה, שנאמרו בעניין קול ברמה בנוגע למניעת השתתפותן של נשים בשידורי רדיו (פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז), מקבלים משנה תוקף כשעל הפרק עומדים לימודי השכלה גבוהה. הפרדה מגדרית ואקדמיה הן אוקסימורון. על מנת לקדם את המחקר המדעי, את הרחבת הידע ואת חקר האמת, לחוקרים ולמרצים נתון חופש אקדמי אישי – שתכליתו "להגן" עליהם מפני השפעות זרות ולא ענייניות על המחקר, ההוראה והפרסום המדעי (בג"ץ 5480/14 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 86 (10.11.2016)). הפרדה בהגדרה מהווה השפעה זרה על הלימוד והמחקר האקדמי, ועל כן היא היפוכו של חופש אקדמי אישי.

13. ועתה להשפעה הציבורית רחבת ההיקף הנודעת להפרדה. האקדמיה היא מעצם טיבה וטבעה זירה ציבורית, וככזו היא "שייכת" לכלל אזרחי המדינה כפרטים ולכל הקבוצות באוכלוסייה (השוו: עניין רגן, פסקה כט). המשמעות היא שלא ניתן "לשייך" את הפגיעה בזכויות נשים הנגרמת כתוצאה מלימודים בהפרדה, רק לאותן נשים ש"בחרו" להירשם למסלולי לימוד אלה:

"קיומו של שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית עליה היא בנויה. פגיעה בעקרון השוויון משמעה לא רק פגיעה בפרט המופלה או בציבור החווה אפליה, כי אם 'גריעה מעניינו של הציבור כולו, מדמותה של החברה, מרווחתם של כל המרכיבים אותה' (בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (20.4.09) (להלן: עניין ארן))" (ההדגשה שלי-ע'ב') (עניין פלונית, פסקה 22; ראו גם: ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 55-56 (2003)).

בהקשר זה יש להפנות את תשומת הלב לכך שתוכנית החומש לא נולדה בשל דרישה שעלתה "מהשטח", מהציבור החרדי עצמו, לאפשר לבנותיה ולבניה לימודי השכלה גבוהה בהפרדה; אלא מדובר בתוכנית שיזמה המל"ג ושהונחתה "מלמעלה", מתוך הנחה שעל מנת למשוך את הציבור החרדי אל האקדמיה יש להבטיח לו הפרדה בין נשים לגברים (ראו: צבי טריגר "קול במרצה ערווה: סובלנות פטריאכלית והפרדה בין המינים באקדמיה כהטרדה מינית ממוסדת" משפטים על אתר יד 89, 95 (תש"פ)). יש לתת את הדעת אף לכך שבשנת 2019 הגיעה המל"ג למסקנה כי היענות הציבור החרדי ללימודים בהפרדה אינה מספקת – וכדי לעמוד ביעדים שהציבה לעצמה, הרחיבה המל"ג את אפשרותם של מי שאינם עונים להגדרה "חרדי" להירשם למסלולי הלימוד בהפרדה. נמצאנו למדים שמצד אחד, אין זה מובן מאליו שהפרדה בין גברים

לנשים היא כורח המציאות; ומצד שני, תוכנית החומש היא שיוצרת ומנציחה מציאות של הפרדה. מעת שקנתה לה שביתה במוסדות להשכלה גבוהה, החשש הוא מ"נרמול" של ההפרדה והתפשטותה ברחבי האקדמיה וממנה החוצה אל שוק העבודה; ולא רחוק היום שבו בשם התכלית של שילוב חרדים בשוק התעסוקה, שהיא כאמור תכלית ראויה, תותר הפרדה בין נשים וגברים גם במקומות עבודה.

באותו עניין אוסיף, כי המציאות היא שתפקידי המפתח ומוקדי הכוח בחברה הישראלית, ובין היתר בתחומי הכלכלה, העסקים והפוליטיקה הישראלית, עדיין נשלטים על ידי רוב גברי משמעותי. מכיוון שלאקדמיה נודעת חשיבות ככזו שפותחת את הדלת לזירות אלה, הרי שהפרדה באקדמיה מקבעת את מקומן של נשים "מחוץ למשחק" גם בעולם התעסוקתי. יתרה מזאת, מתברר כי חלק ממקצועות הלימוד הנלמדים כיום בהפרדה מגדרית פתוחים להרשמה למגדר אחד בלבד – כך שיש מקצועות שבהם נשים חרדיות כלל לא יוכלו לעסוק בשל היותן נשים.

סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה נותן גושפנקה ללימודים בהפרדה – האמנם?

14. סעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה קובע כי אין רואים הפליה – "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".

בראייתי, סעיף זה לא יכול "להכשיר" את הפגיעה הקשה בזכויות נשים הנגרמת כתוצאה מתוכנית החומש. חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד של אדם, והזכות לשוויון ביניהן, יש לפרש באופן מצמצם (עניין אליס מילר, עמ' 139). כך נפסק באופן ספציפי גם ביחס לחריגים לכלל איסור ההפליה הקבועים בחוק איסור הפליה:

"לאור תכליתו של החוק, מעמדו הייחודי, והעקרונות עליהם הוא נשען, יש לטעמי ליתן לחוק פרשנות מרחיבה, ובמקביל ליתן לחריגים הקבועים בחוק פרשנות מצמצמת. גישה זו מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה לפיה יש לפרש תחיקה הפוגעת בזכויות יסוד של האדם באופן מצמצם, זאת מתוך הנחה כי תכליתן של הוראות החוק אינה לפגוע בעיקרון השוויון (עניין מילר, בעמ' 139; עניין נבו, בעמ' 763; עניין שקדיאל, בעמ' 273; עניין פורז, בעמ' 322). הדברים אף

קיבלו משנה תוקף ככל שמדובר בעיקרון השוויון על פי חוק שיווי זכויות האישה. (עניין פלוני, פסקה 31).

15. בחוק איסור הפליה נקבעו אמות מידה להפרדה מותרת בין המינים – שעניינן בהשלכות של אי ההפרדה על חלקים מהציבור; אופיו של השירות או המקום הציבורי שעל הפרק; מידת החיוניות שלו; קיומה של חלופה סבירה; וצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה. בענייננו – מדובר בהפרדה בין נשים וגברים בחסות המדינה ובמימנה, במסגרת תוכנית ארצית רחבת היקף, ובאופן שפוגע פגיעה חמורה בזכויות יסוד של נשים באשר הן. במילים אחרות, תוכנית החומש אינה חריג מצומצם של איסור ההפליה – אלא החלטה מינהלית המרוקנת את כלל איסור ההפליה מתוכן; ומשכך תוכנית זו אינה יכולה לחסות בצילו של סעיף 3(ד)(3) לחוק (ראו גם: רובינשטיין – החופש להסכים, 36).

סיכומו של דבר

16. כפי שפתחתי וציינתי בראשית הדברים, בעוד לימודי השכלה גבוהה מאופיינים במצוינות אקדמית, כישורי מחקר ויכולות הוראה – הפרדה בין נשים וגברים באקדמיה מוכתבת על ידי מינן של הנשים ו"הסכנות" שגופן מציב בפני גברים. תפיסה זו חותרת תחת הכרה באישה כשוות זכויות לגבר.

"אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה. שום גורל ביולוגי, נפשי או כלכלי אינו חורץ את דמותה של הנקבה האנושית בחברה; המכלול התרבותי הוא שמעצב את תוצר הביניים הזה, הנמצא בין הגבר והסריס ומוגדר כנשי" (סימון דה בובואר המין השני כרך שני: המציאות היומיומית 13 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2007)).

כאמור הפרדה בין נשים וגברים במרחב הציבורי נותנת לגיטימציה לתפיסה הסטריאוטיפית של נשים ככאלה ש"מפריעות" לגברים. היא "מחפיצה" נשים באשר הן, מנמיכה אותן ומנציחה את תפיסתן כנחותות מגברים.

שילוב הציבור החרדי בחברה הוא ערך רב חשיבות כשלעצמו, ואין לחדד שיהיו מי שיימנעו מרכישת השכלה גבוהה לולא מסלולי הלימוד בהפרדה; ואולם המטרה אינה מקדשת את האמצעים. ויודגש בהקשר זה, כי אין לנו עניין במוסדות לימוד פרטיים – אלא בהפרדה מגדרית בלב ליבו של המרחב הציבורי, בחסות ובמימון של המדינה. כפי שכבר צוין, הפרדה באקדמיה סוללת את הדרך לסטנדרט של הפרדה גם במקומות אחרים – למשל בשוק העבודה; ולא מדובר בחשש תיאורטי, אלא בתהליך שכבר קורם עור וגידים בשירות הציבורי. כך, לדוגמה, התבשרנו על הפרדה

מגדרית בקורס צוערים לשירות המדינה (ראו: סע"ש (עב' י-ם) 8822-02-18 שדולת הנשים בישראל נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (6.8.2018)); ועל כוונה לבצע הפרדה מגדרית בקורס הכשרה למורי דרך בחסות משרד התיירות (עת"ם (מינהליים י-ם) 3045-10-17 שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות (14.2.2018)); וכך היה גם בקורס לנהיגה מונעת בחסות משרד התחבורה (ת"א (שלום ת"א) 53057-08-18 שדולת הנשים בישראל – ISRAEL WOMEN'S NETWORK נ' מדינת ישראל (28.6.2020)). משקנתה לה דריסת רגל במרחב הציבורי, הפרדה מגדרית שואפת להתפשט אל כל חרך שניתן להיכנס דרכו.

לא ניתן להתכחש לכך שעצם הלימוד בכיתות מעורבות מהווה חסם, וייתכן שאף חסם משמעותי, בדרך לשילוב של חרדים באקדמיה. ואולם בוודאי שלא מדובר בחסם יחיד, וייתכן שגם לא המרכזי. המל"ג עצמה עמדה על כך שעל מנת להשתלב בלימודים אקדמיים נדרשים בני המגזר החרדי להתגבר על פערים לימודיים עצומים, משאינם לומדים לימודי חול ואף לא לימודי ליבה. נראה אפוא כי שילוב המגזר החרדי באקדמיה מחייב קודם כל חשיבה מחודשת בכל הנוגע למדיניות הממשלה בנושא לימודי הליבה. זאת ועוד. מהתשתית שהונחה לפנינו ניכר כי המל"ג לא מיצתה גם אלטרנטיבות "פשוטות יותר" לשילוב חרדים בלימודי השכלה גבוהה טרם שפנתה לאמצעי הפוגעני של הפרדה מגדרית. מבין שלל האפשרויות ניתן להעלות על הדעת שימוש בתמריצים כלכליים ממשיים לעידוד הלימודים באקדמיה, סיוע בהשמה לאחר הלימודים, העדפה מתקנת בקבלה ללימודים ויצירת מסגרות ייעודיות של מכינות קדם-אקדמיות.

מכל הטעמים שפורטו, דעתי היא שתוכנית החומש אינה מקיימת יחס ראוי בין התועלת ובין הנזק שבצידה, ועל כן אינה עומדת בדרישת המידתיות ודינה בטלות.

17. סופו של דבר, אם דעתי היתה נשמעת היינו מקבלים את "עתירת תירוש", על כל חלקיה, והופכים את הצו על תנאי שניתן בה למוחלט; ולעומת זאת דוחים את שלוש העתירות הנוספות שהוגשו בקשר עם תוכנית החומש ("עתירת קהלת" ו-"עתירות מיהו חרדי"), משאלה מבקשות לפרוץ עוד יותר את גבולותיה של ההפרדה המגדרית. אני מסכימה עם חברי השופט ע' פוגלמן כי יש להשהות סעד זה עד לתום תקופת תוכנית החומש הנוכחית (שנת הלימודים תשפ"ב); ואולם ביחס להפליית מרצות במוסדות הלימוד, ולזליגתה של ההפליה אל מעבר לכיתות הלימוד, תחולתו של הסעד תהיה מיידית. משיבי המדינה יישאו בהוצאות עותרי תירוש בסך 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. עתירות אלה מעלות סוגיה עדינה ומורכבת. האם מוסד להשכלה גבוהה יכול ליצור מסלולי לימוד נפרדים מבחינה מגדרית, לצד המסלול המעורב המקובל בימינו, עבור בני ובנות החברה החרדית? בכך עוסקות ארבע העתירות שאוחדו בהליך זה. עתירה אחת (עתירת "תירוש") מתרכזת בטענות שונות נגד קיומם של המסלולים הנפרדים, בראי הטענה שהם כרוכים בפגיעה בשוויון. עתירה שנייה (עתירת "קהלת") סבורה כי דווקא הטלת מגבלות על מוסדות, שאינם יכולים לקבוע מסלולי לימודים נפרדים כרצונם אלא כפופים לתנאים שונים, היא שפוגעת בזכויות התלמידים החפצים בהפרדה. שתי עתירות נוספות (עתירות "קהל היעד") עוסקות בשאלה ההגדרה המדויקת של קהל היעד של המסלולים הנפרדים.

ברקע – התנגשויות חזיתיות בין עקרונות משפטיים שונים: שוויון מגדרי במרחב הציבורי; אוטונומיה של הפרט הבוחר במסלול נפרד; מדיניות חברתית של שילוב קבוצות – שאינן רגילות להשתתף במוסדות להשכלה גבוהה; תרבות, סוציולוגיה, דת – כל אלה רלוונטיים; היכן מצויה החברה היום והיכן עליה להיות.

2. למועצה להשכלה גבוהה ("המועצה") יש סמכות להכיר או לא להכיר במוסד מסוים, ובין היתר לבחון לשם כך האם המוסד מפלה מועמדים לקבלה ללימודים או לסגל האקדמי בשל מינם. המועצה החליטה על כללים שמאפשרים למוסדות לפתוח, לצד מסלולי הלימודים הרגילים והמעורבים הקיימים בישראל, גם מסלולים נפרדים לנשים ולגברים יוצאי החברה החרדית, וזאת בתנאים מסוימים. כללים אלה עומדים במרכז הליכים אלה.

מצד אחד, בעתירת תירוש ובעקבותיה נטען כי קיומם של מסלולים נפרדים מפר את חובת השוויון המוטלת על מוסדות הלימודים ואין מקום להכיר במוסד כמוסד להשכלה גבוהה אם בין כתליו מתבצעת הפרדה מגדרית. כך הן ביחס לעצם קיומם של המסלולים, והן מפני שבמסלול הגברים מלמדים רק מרצים גברים. טענות נוספות שהועלו בעתירה זו נגעו לסמכות המועצה סמכות לקבוע כללים וקריטריונים שונים בהקשר זה, לפגמים בהליך קבלת ההחלטה, לכך שאין פיקוח ואכיפה מספיקים של התנאים שנקבעו בהחלטת המועצה, ולקיומם של מחקרים שונים שתומכים בביטול המסלולים הנפרדים. עוד טענה היא כי סטודנטים שאינם חרדים מופלים לרעה ביחס לסטודנטים חרדים, שזוכים למלגות ותקציבים עודפים רק על בסיס השתייכותם הקבוצתית וללא קשר למצבם הסוציו-אקונומי.

מצד שני, נטען בעתירת קהלת ובעקבותיה כי לא זו בלבד שהפרדה זו ראויה ומאפשרת לבני החברה החרדית לממש את האוטונומיה שלהם ולרכוש השכלה גבוהה, אלא אף יש לאפשר אותה באופן רחב יותר, ללא תנאים מגבילים כאלה ואחרים, למשל לא להגבילה ללימודי תואר ראשון ולבני החברה החרדית בלבד. נטען בהקשר זה כי למועצה יש סמכות לפקח על הרמה המדעית של מוסדות ההשכלה הגבוהה, ולא לשקול שיקולים ערכיים כגון שיקולי שוויון. עוד נטען כי כל מוסד להשכלה גבוהה רשאי לקבוע לעצמו מדיניות הפרדה, וכי החלטת המועצה פוגעת בזכויות התלמידים המעוניינים – מבחירתם החופשית – בהפרדה גם מעבר לכללים שנקבעו בהחלטה. לבסוף נטען כי ההחלטה מפלה בין מוסדות ותיקים או מוסדות יסודיים ועל יסודיים – שאינם כפופים לכללים שנקבעו בהחלטה – למוסדות שעליהם חלים הכללים.

מצד שלישי, בעתירות "קהל היעד" נטען כי יש להתערב בהגדרת "קהל היעד" שקבעה המועצה למסלולים הנפרדים. על פי הנתען, הגדרת קהל היעד כיום תלויה בסוג הפיקוח על מוסד הלימודים, אולם סוג הפיקוח כשלעצמו הוא נתון טכני שהשימוש בו מוביל להבחנות שרירותיות בין דומים.

3. כדרכן של עתירות ציבוריות, מתעוררות שאלות של סמכות ופרוצדורה. אלה טענות ראשוניות, שדורשות התייחסות טרם שנגיע לטענות המהותיות יותר. אשר לסמכות, סעיף 9 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 קובע כי "המועצה רשאית להכיר במוסד פלוני כמוסד להשכלה גבוהה על יסוד כללים שנקבעו על ידיה להכרה במוסדות להשכלה גבוהה, או בסוגים מהם, בנוסף לדרישת רמה מדעית נאותה (להלן – מוסד מוכר), ובלבד שכללים אלה לא יגבילו חופש הדעה והמצפון". מכאן שהמועצה רשאית להכיר או שלא להכיר במוסד כמוסד להשכלה גבוהה, לא רק על

יסוד הדרישה לרמת מדעית נאותה, אלא גם על יסוד כללים נוספים שייקבעו על ידה. כללים אלה אכן הותקנו, ובמסגרתם נקבע כי "לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי" (כלל 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה) (הכרה במוסדות), התשכ"ד-1964). כן קובע כלל 2 כי "היתה המועצה סבורה כי מוסד פלוני אינו ממלא אחרי התנאים האמורים בכללים אלה, לא תכיר בו המועצה כמוסד להשכלה גבוהה".

צא ולמד כי המועצה מוסמכת לבחון את השאלה האם מוסד מפלה בין מועמדים "אך בשל מינם", לצורך השאלה האם להכיר בו כמוסד להשכלה גבוהה. בהמשך לאמור, סעיף 4 לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, שכותרתו "איסור הפליה", קובע כי "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" (שם, סעיף 4(א)). יש אפוא איסור להפלות מטעמים של מין. ברם, החוק מוסיף וקובע כי "לא יראו הפליה... בקיומם של מוסדות נפרדים או של מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת, של מסלולי לימוד נפרדים לצורך קידום קבוצות אוכלוסיה מסוימות". הנה כי כן, אם מוסד מפעיל מסלולי לימוד נפרדים מטעמי דת או לצורך קידום קבוצות אוכלוסיה מסוימות, נתון זה כשלעצמו אינו מוביל למסקנה שמדובר בהפליה. מכאן אפשר היה לטעון, לכאורה, שהמועצה אינה רשאית שלא להכיר במוסד שמפעיל מסלולי לימוד נפרדים בטענה כי מדובר בהפליה, ובלבד שניתנה הדעת על כך שהדבר נעשה "מטעמי דת" או "לצורך קידום קבוצות אוכלוסיה מסוימות", כלשון החוק. ברם, ההיתר להפעיל מסלולי לימוד נפרדים מבחינה מגדרית אין פירושו כי כל הפרדה, בכל תנאי ובכל מקום מותרת היא. השאלה היא של גבולות, איזונים ומידתיות. מכיוון ששאלת ההפליה תלויה, לעיתים, באיזונים עדינים וקונקרטיים – ממילא מוסמכת (ואף חייבת) המועצה להידרש לאיזונים אלה, כחלק מבחינת סוגיית ההפליה.

4. כדי להבהיר טוב יותר את המסגרת הדיונית ואת היחס בין שני דברי החקיקה שהוזכרו – חוק זכויות הסטודנט שמאפשר למוסד לקבוע מסלולים נפרדים וחוק המועצה להשכלה גבוהה (וכללי ההכרה במוסדות שנקבעו מכוחו) – נבהיר כי האיטור להפלות מוטל על מוסדות הלימודים. המועצה עצמה מכירה במוסד או מסרבת להכיר בו מסיבות שונות, וביניהן היותו מפלה. השאלה אם מוסד מסוים מפלה או לא נובעת מהדין הכללי, לרבות חוק זכויות הסטודנט. תפקידה של המועצה בהקשר זה מתמצה בהערכה של הדין הכללי – האם התנהלות מסוימת של מוסד תוגדר לפיו

כהפליה אם לאו – לשם החלטה האם להכיר במוסד, סוגיה שכאמור מצויה בסמכות המועצה. המועצה בהחלטתה אך מצהירה כי ההכרה במוסד תלויה בקיום הכללים שנקבעו, שכן כך מעריכה המועצה את גבולות ההפליה לפי הדין הקיים (לאו דווקא כגבול בלעדי אלא כגבול אפשרי). כאמור, מכיוון ששאלת ההפליה תלויה לעיתים במידתיות התנאים שנקבעו, זהו הנתון שעל המועצה לבחון. לדוגמא, האם מידתית היא ההחלטה שלא להכיר במוסד שבו יש מסלולי לימוד נפרדים, אם המוסד אינו בוחן כלל את השאלה אם הסטודנטים שלומדים במסלולים אלה הם בוגרי מערכת החינוך החרדי? ומאידך גיסא, האם ההחלטה להכיר במוסד שאינו מעסיק מרצה אך ורק משום היותה אישה עומדת בתנאי המידתיות?

ודוקו, בשלב זה הדיון אינו מופנה כלפי דברי החקיקה שתוארו, וההנחה היא שמוסד רשאי על פי חוק להפריד בין מסלולי לימודים מבחינה מגדרית. השאלה שונה, ומתרכזת בהכרעתו של הגורם המינהלי: האם נפלו בהחלטת המועצה להשכלה גבוהה, על סמך החוק הקיים, פגמים במישור של שיקול הדעת? זוהי השאלה המרכזית בהליך מינהלי זה. יש לדחות אפוא את הטענות בעניין סמכות המועצה – הן ביחס לעצם ההידרשות לסוגיית ההפליה והן ביחס לאפשרותה להתייחס לתנאים כאלה ואחרים בהקשר זה.

אשר לפרוצדורה וכללי העבודה של העניין – בהקשר זה עלו טענות שונות, בעיקר בכל הנוגע לחומר העובדתי שעמד בפני חברי המועצה וטענות הקשורות לכך. ברם, לא הוצגה בהליכים שלפנינו תשתית מתאימה התומכת בטענה כי ההחלטה התקבלה על אדנים עובדתיים שגויים, או שנפל פגם אחר בתהליך קבלת ההחלטה. אני מסכים אפוא עם חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') כי יש לדחות את הטענות הפרוצדורליות. נסללה הדרך להגיע לשאלות של מהות, שיקול דעת, מדיניות נכונה ומשפט.

מסלולים נפרדים

5. האם "גבול ההפליה" שקבעה המועצה – לכאן ולכאן – הוא סביר ועומד במבחני המידתיות? כזכור, שיקול הדעת נתקף בעתירות השונות משני כיוונים מנוגדים. מצד אחד נטען כי החלטת המועצה מרחיבה מדי, דהיינו היא מתירה את ההפרדה המגדרית יתר על המידה ויוצרת בפועל הפליה פסולה, גם אם יתכן שהכרה מצומצמת יותר במסלולים הנפרדים הייתה צולחת את מבחני הדין. מן הצד השני נטענה טענה הפוכה, לפיה כללי המועצה מצמצמים מדי, באופן שאינו מאפשר לתלמידים רבים יותר ללמוד במסלולים נפרדים, תוך יצירת הפליה בין מי שזכאי

ללמוד במסלולים הללו למי ש"נאלץ" ללמוד במסלול הלימודים הרגיל והמעורב. כדי לבחון את החלטת המועצה, מכאן ומכאן, עלינו להפריד בין שני שלבים של הבחינה. ראשית, יש לזהות את "הפגיעה" החוקתית. אפשר לטעון – וכך אכן נטען – כי זו כלל אינה קיימת, ולפיכך אין מקום להגביל כלל את האפשרות של כל מוסד לימודים ליצור גם מסלולים נפרדים. מאידך גיסא, נטען כי במקרנו קיימת פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, באופן שמחייב לצמצם את ההיתר להפעיל מסלולים נפרדים. עלינו לבחון אפוא בשלב הראשון מה הקושי שקיים בקיומם של מסלולי לימוד נפרדים. דיון זה סולל את הדרך לשלב השני, שבו יש לבחון את סבירות ההסדר שקבעה המועצה, והאם אין פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של העותרים השונים.

העתירה נגד מסלולי לימוד נפרדים מתמקדת בפגיעה בנשים, מתוך תפיסה שההפרדה פוגעת בהן בדרכים שונות. לפיכך "המועמד הטבעי" לתקיפה הוא המסלול שמאפשר לגברים בלבד ללמוד בו, תוך "הדרת הנשים" מהאפשרות ללמוד במסלול זה. לו היה קיים רק מסלול לימוד לגברים, או מסלול לגברים בלבד לצד מסלול "מעורב", היה הדבר מעורר בעייתיות ברורה. ברם, בענייננו ישנו גם מסלול לנשים, ובנות החברה החרדית רשאיות לבחור באופן חופשי האם ללמוד במסלול מעורב או במסלול נפרד. נתון זה מחדד את השאלה האם נפגעת בענייננו זכות חוקתית כתוצאה מההפרדה.

6. נציץ מעבר לד' אמותיהן של עתירות אלה, אל עבר עתירות קודמות. גב' אליס מילר ביקשה לנסות ולהתקבל לקורס טיס, אך נענתה כי אפשרות זו אינה פתוחה בפניה, לא בגלל תכונותיה ויכולותיה האינדיבידואליות אלא אך ורק נוכח היותה אישה (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)). גב' לאה שקדיאל ביקשה לכהן במועצה הדתית בירוחם, אך מועמדותה לא אושרה על רקע התפישה שנשים אינן יכולות לכהן כחברות במועצה דתית (בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)). המשותף לשתי העתירות – עותרת שמשיגה נגד החלטה שלא לקבל אותה למסגרת מסוימת בשל היותה אישה. גורלו של הפרט מצוי במרכז – פרט שמעוניין למצות את כישוריו ויכולתו לתרום לחברה, ושנדחה רק על בסיס תנאי הסף של מגדרו. בעתירות מעין אלה של שקדיאל ומילר הדיון מתרכז אפוא בשאלה האם ומדוע הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין, אך הפגיעה עצמה גלויה וברורה.

אלא שלעיתים שלב זיהוי הפגיעה מעורר מורכבות כשלעצמו. בעתירה שהופנתה נגד קיומם של מסלולי לימוד נפרדים לא הוצג אדם קונקרטי שנפגע פגיעה קונקרטית, מנקודת מבטם של סטודנטים או מועמדים ללימודים. אישה שמעוניינת ללמוד ללא הפרדה מגדרית רשאית להירשם למסלול הלימודים הרגיל, שבו לומדים

גברים ונשים. אם היא מעוניינת ללמוד בחברת נשים בלבד, היא יכולה לעשות כן במסלול המיועד לנשים. האפשרות היחידה שסגורה בפניה היא לימוד בחברת גברים בני (או יוצאי) החברה החרדית בלבד. אך לפחות לפי טיעוני הצדדים, הקטגוריה האחרונה היא בגדר קבוצה ריקה. לא נטען כי ישנה אישה שמעוניינת ללמוד בכיתה אך ורק בחברתם של גברים חרדים (או בכיתה מעורבת של חרדים בלבד). אף לא התבקש סעד לפיו ניתן יהיה לנהל מסלול מעורב "רגיל", מסלול לנשים ומסלול מעורב לבני החברה החרדית. בנוסף לכך לא נטען כי מסלול הלימוד לגברים הוא בעל יתרון איכותי כלשהו על פני מסלולי הלימוד לנשים, אלא ישנה הנחה כי המסלולים שקולים מבחינה מקצועית. השאלה האם ומהי בדיוק הפגיעה שאת מידתיותה יש לבחון היא אפוא סבוכה ואף מופשטת יותר, וזוקקת ליבון והסבר.

טענה מרכזית בעתירות הייתה כי הפגיעה החוקתית נובעת מכך שההפרדה מבטאת, מיניה וביה, תפישה היררכית שבה ידן של נשים על התחזונה, או תפישה סטריאוטיפית של הלומדות במסלול הנשים. היא יוצרת או מנציחה סטיגמות, עלולה ליצור "מדורן חלקלק" ביחס למעמדן של הנשים בחברה, ויכולות להיות לה השפעות ארוכות טווח בהקשר זה. על מנת להכריע בטענות אלה, נידרש לארבעה נושאים: אחד, שילוב כיעד חברתי. שני, תפישות פמיניסטיות. שלישי, החינוך כשדה ההפרדה. רביעי, הניתוח של המשפט.

7. שילוב חברתי כיעד. החברה שואפת לשוויון. ובניסוח על דרך השלילה – שואפת להעדר הפליה. ואולם, החברה מורכבת מקבוצות שונות. השאיפה לשילוב מלא דורשת הכרה במציאות כפי שהיא. לעיתים החכמה היא לצעוד עם קבוצה ולא לכפות עליה הסדר שאינו מתאים כעת. אם תרצו, אבולוציה ולא רבולוציה. כמובן, יש תהליכים שאין להשלים עמם באופן מיידי. לדוגמא, רצח על רקע "כבוד המשפחה" או שימוש בכוח פיזי נגד ילדים. לעומת זאת, יש מקרים שיפים להם ההדרגתיות והשילוב מתוך הבנה של צרכי הקבוצה. כך הדגיש הרב אברהם יצחק הכהן קוק במשפט העברי, לפני למעלה ממאה שנה, ביחס לשאלה של אכילת בשר ותנועת הצמחונות, כי לעיתים החברה האנושית – כמו העולם – מתקדמת בצורה של תהליך התפתחותי הדרגתי (אפיקים בנגב, פרק א; טללי אורות, פרק ה; חזון הצמחונות והשלום, פרק א). החברה החרדית מורכבת ובעלת אורח חיים משלה. יש לזכור כי לא מוטלת על הגבר החרדי חובה להתפרס מעיסוק במשפטים, או כי בת החברה החרדית חייבת לעסוק בתחומי הרפואה. אם החברה הכללית מעוניינת לעודד את בני ובנות החברה החרדית לעסוק במקצועות אלה ואחרים, יש לעשות זאת מתוך הבנה.

כך מכח קל וחומר. בעניין בני הישיבות (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)) קבע הנשיא א' ברק כי החוק הדוחה את שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות אינו עומד במבחנים החוקתיים כשלעצמם. עם זאת, העתירה נדחתה על רקע ההבנה שמדובר בתהליך, ובנכונות של בית המשפט להעניק לרשות זמן נוסף כדי לבחון את הדברים במבחן הזמן והתהליך. לא שוויון ותו לא, אלא גם שאיפה לשוויון תוך התחשבות במציאות (שם, עמודים 712-713). כך נפסק תוך הכרה ב"נפגעים קונקרטיים" – מי שאינו פטור משירות צבאי ועליו לשאת בנטל כבד יותר בעקבות פטור שניתן לאחרים. הפסיקה לא קבעה "שוויון עכשיו" בנושא הגיוס, אלא כי יש לשנות את הכללים לכיוון של גיוס משמעותי יותר של בני הישיבות, תוך התחשבות בקהילתם ותרבותם. כפי שנקבע שם, ישנה הכרה בחשיבות התכלית של שילוב המגזר החרדי במרקם חיי המדינה, תוך הכרה בייחודיות החברה החרדית ותרבותה, ובאופן שאמור לקדם אינטרסים כלכליים, לאומיים ומשקיים (שם, עמודים 701-702). כך לגבי שירות צבאי, וכך ביתר שאת ביחס ללימודי השכלה גבוהה לבנות החברה החרדית. עמדה זו אף הייתה חלק מהעתירות הנוספות שבהן נדון העניין (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה 1 (2012); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.09.2017)). נזכיר עוד כי עסקינן בתכנית חומש. הוצבו יעדים וניתנו כלי מדידה. ניתן לבחון את התוצאה. רובה המכריע של התכנית כבר מאחוריה, ולאחר מכן תוצע תכנית חדשה בהתאם ללקחי התכנית הנוכחית. ויודגש כי הבדיקה מעת לעת, למשל כל מספר שנים, חיונית לתהליך. אין זה בגדר לפנים משורת הדין, אלא, בעיניי, חובה. זאת, כדי להשיג את היעד של שילוב בני החברה החרדית בחברה הכללית.

בענייננו, נכון שמדיניות חברתית (social policy) תפעל לעודד פתיחת שווקים שונים לבני ובנות החברה החרדית. המסלולים הנפרדים עשויים לסייע להם להשתלב טוב יותר בכלכלה הישראלית ובשוק התעסוקה – לטובתם ולטובת החברה כולה. שיקול זה תומך בגישה הדרגתית וביצירת מודלים נוספים, גם כדי לעודד את בני החברה החרדית לכיוונים מסוימים ולאפשר להם ליהנות מיתרונות ההשכלה הגבוהה. עבור חלק מבני החברה החרדית המסלול הנפרד הוא מעין סולם, או כלי שמסייע להגיע למטרה אחרת. ודוקו, המסלולים הנפרדים קיימים במוסדות להשכלה גבוהה לצד מסלולי לימוד "מעורבים", ולכך אתייחס בהמשך. מסלולים אלה יכולים ליצור גשר טוב יותר גם מבחינה תרבותית בין החברה החרדית לחברה הישראלית הכללית, ולסייע לקיומו של שיח איכותי ופורה יותר. בני החברה החרדית שישתלבו טוב יותר בחברה הכללית יכולים לפתוח מעין צוהר שיאפשר לנהל שיחה בהירה יותר. בהקשר זה יש להתייחס לטענות שנשמעו בהליכים שלפנינו, החוששות כי הכרה באפשרות של

הפרדה במוסדות להשכלה גבוהה תתרום להיווצרותו של "מדרון חלקלק", ושל הפרדה הולכת וגדלה בחברה החרדית. איני סבור כי יש לתת משקל לחשש זה בנסיבות העניין. לא ניתן להסתפק באפשרות לקיומו של "מדרון חלקלק", אלא יש להראות מדוע דווקא המקרה שלפנינו יתרום להיווצרותו של "מדרון", מדוע יש להניח שהמדרון יהיה "חלקלק", ולמה יהיה קושי לתקוע יתד במקום המתאים בעתיד, אם אכן ירכו ההקשרים שבהם תעלה סוגיית ההפרדה המגדרית (לגבי חולשותיהם של טיעונים מעין אלה ראו למשל David Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, 21 OXFORD J. LEGAL STUD. 629 (2001)). מכל מקום, איני סבור שהחשש המעורפל והעתידי שקול כנגד הרווח הברור והמיידי שנובע מהמסלולים הנפרדים לתלמידים שלומדים בהם, ולא היו לומדים כלל במוסד להשכלה גבוהה אלמלא כן. ועיקר, אל לנו לשלול את הבחירה להשתייך לחברה החרדית לפני, תוך כדי ואחרי הלימודים. במובן זה, המטרה אינה לשנות אורח חיים אלא להרחיב אותו לבוחר או לבוחרת בכך.

8. תפישות פמיניסטיות. דרך נוספת להביט על סוגיה זו היא דרך העדשות של סוגי הפמיניזם השונים. "הפמיניזם הליברלי", למשל, הדגיש באופן מסורתי את השוויון המוחלט שאליו יש לשאוף מבחינה מגדרית. לפי קו זה, ההפרדה בין נשים וגברים פסולה. יש להוריד את החומות, ככל שהן קיימות, בין גברים ונשים. שתי הקבוצות שוות ביכולותיהן, והמסגרות החינוכיות חייבות לשקף זאת. גישה זו אכן תומכת באופן ברור בקבלת עתירת תירוש, אך ישנן גם גישות אחרות שנותנות ביטוי לקולות מסוג שונה.

נזכיר את הפמיניזם התרבותי. זה גורס כי אין לבחון את מעמדה של האישה רק לפי נורמות שנקבעו בעולם שנשלט בעיקרו בידי הגבר. לפי גישה זו, לאישה מאפיינים ייחודיים בעלי ערך שווה ומוסף ואין להכחיש זאת. מודגש בתיאוריה זו כי האישה מעריכה אינטימיות, ומאופיינת בדאגה, אכפתיות ושימת דגש על יחסי אנוש (JG Rosemary C. ; RIDDALL, JURISPRUDENCE 282-285 (2ND EDN, OXFORD 1999) Salomone, *Feminist Voices in the Debate over Single-Sex Schooling: Finding Common Ground*, 11 MICH. J. GENDER & L. 63, 81-84 (2004). וכן ראו ספרה פורץ הדרך של קרול גיליגן: CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE: (PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT (1982)).

ורלוונטי לענייננו – נפנה ל"גל השלישי" של הפמיניזם, שהחל בשנות התשעים של המאה הקודמת. על פי תפישה זו – ויש בין הפמיניסטיות גם המבקרות

אותה ובעיקר את האפשרות למתוח אותה לכיוונים שונים ומרוחקים – נכון לאפשר לכל אישה להגדיר את הפמיניזם המתאים לה כהחלטה אישית. תובנה עיקרית בגל זה היא הכרה בכך שהחוויה הפמיניסטית אינה זהה אצל כל אישה באשר היא. הדוגמא שמופיעה רבות בספרות היא כי צרכי האישה האפרו-אמריקאית שונים ממצב חייה של האישה האנגלו-אמריקאית. אין לכפות הנחות על הביטוי הפמיניסטי ולהגדירו בצורה מסוימת. דוגמא לכך היא שאין לשלול – גם מבחינה פמיניסטית – בחירה של אישה להיות עקרת בית, לגדל את ילדיה ולא לצאת לשוק העבודה. האישה רשאית להשתייך לקהילה שמרנית או דתית. הדגש הוא בבחירה של האישה והדרך שבה היא מגדירה את עצמה: Kathleen P. Iannello, *Women's Leadership and Third-Wave Feminism*, GENDER AND WOMEN'S LEADERSHIP: A REFERENCE HANDBOOK (KAREN O'CONNOR ED., 2012) (70, 76-77). הנפקות לענייננו היא כי יש להכיר, מנקודת מבט פמיניסטית, ברצון של בת החברה החרדית, שרוצה ללמוד משפטים, למשל, בניגוד למקובל בחברתה (גם אם במסלול נפרד בהתאם למקובל בחברתה), ובכך להרחיב את אופקיה ואת אפשרותה לביטוי עצמי חופשי ואוטונומי. כאמור, לצד התומכות באמור לעיל, עמדות "הגל השלישי" שנויות במחלוקת בשיח הפמיניסטי עצמו. הדברים לא נועדו לטעת מסמרות או להכריע לכיוון כזה או אחר במישור זה, אלא להאיר זווית נוספת ומעוררת מחשבה של העניין ביחס לסוגיה המשפטית שמתעוררת כאן.

9. החינוך כשדה ההפרדה. ההערות דלעיל ראויות להיבחן בהקשר של תיק זה. לשון אחר, בחוק הישראלי אין דין אחד לכל סוג של הפרדה בין גברים ונשים. שונה, למשל, המרחב הציבורי מהמרחב הפרטי. בדומה, שונה הפרדה בחינוך מהפרדות בתחומים אחרים. אף במסגרות חינוכיות שונות ראוי להתרכז בסוגיה הנדונה – הפרדה בין גברים ונשים במוסד להשכלה גבוהה. כדי להראות בחינה מפרספקטיבה כזו, נסייע בגישה האמריקאית.

מוכר הוא פסק הדין Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954) ביחס להפרדה בין לבנים ושחורים בבתי ספר. פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בוחנת הפליה על פי דרגות שונות של קפדנות. סוגיית החינוך של שחורים ולבנים זוכה לבחינה בדרגת הקפדנות הגבוהה ביותר – strict scrutiny. חשוב להדגיש כי עד היום בית המשפט העליון לא קבע כי דרגה זו ראויה לבחינת טענות לאפליה בחינוך על סמך מגדר ((Single-Sex Education, 20 GEO. J. GENDER & L. 509, 525-530 (2019)). יתרה מכך, השער התשיעי ל- Education Amendments Act (Title IX of the Education Amendments Act of 1972) אמנם מגביל פתיחה של מוסדות להשכלה גבוהה לתואר

ראשון לנשים בלבד, אך הוא אינו אוסר זאת. בעיקר יודגש כי לא נשלל המשך קיומם של מוסדות חינוך שמבחינה היסטורית קיבלו לשעריהם נשים בלבד. בפסק הדין המנחה משנת 1996 קבע בית המשפט העליון בארצות הברית (United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)), כי יש לקבל למוסד לימודים צבאי ששעריו היו פתוחים לגברים בלבד גם נשים מתאימות. בית המשפט קבע כי נדרשות "הצדקות משכנעות ביותר" (exceedingly persuasive justifications) כדי להצדיק הפרדה מגדרית ככגון דא. צוין – והדבר רלוונטי לענייננו – כי אין מוסד מקביל לנשים.

מעניין לציין כי בבתי ספר ציבוריים (public schools) יסודיים ותיכונים – המגמה שגדלה במהירות הרבה ביותר במאה ה-21 בארצות הברית היא מעבר לחינוך נפרד לבנים ובנות. לעומת זאת, בכל הקשור להשכלה גבוהה, המגמה הפוכה, וכיום יש פחות מארבעים מוסדות להשכלה גבוהה לנשים בלבד (Daryl G. Smith, *Progress and Paradox for women in US higher education*, 42.4 STUD. HIGH. EDUC. 812, 814 (2017)). ברם, עדיין יש מחקרים שתומכים במסקנה כי חינוך לבנות בלבד – גם במוסדות להשכלה גבוהה – מטיב איתן מבחינה חינוכית (שם; Rosemary C. Salomone, *Feminist Voices in the Debate over Single-Sex Schooling: Finding Common Ground*, 11 MICH. J. GENDER & L. 63, 74-77 (2004); *Single-Sex Education*, 20 GEO. J. GENDER & L. 509, 530-536 (2019)). יוער כי קטרין מקינון – שידועה כמובילת הפמיניזם הרדיקלי – יצאה נגד אופן היישום של סטנדרט הזהות של הפמיניזם הליברלי בהקשרים שונים, בטענה כי דווקא הדרישה לזהות מגדרית פוגעת בנשים. אחת הדוגמאות שצוינו היא הפגיעה במוסדות השכלה גבוהה לנשים בלבד, בטענה שהדבר פוגע בעקרון השוויון. מקינון מציינת כי "בגלל גישה זו אנו עומדת לאבד מובלעות מופרדות כמוסדות חינוך לנשים בלבד" (קטרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 26 (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005)).

עולה כי יש הכרה בארצות הברית בחוקיות של מסלול להשכלה גבוהה לנשים בלבד. ואולם לא בכך עסקינן, אלא במקרה מיוחד, וביתר דיוק – בקבוצה מיוחדת. לא מדובר במסלולים נפרדים לגברים ונשים גרידא, אלא לבני ובנות החברה החרדית. הזירה צרה ומוגדרת. בהקשר זה, מעניין כי בארצות הברית נדרשו בשנים האחרונות בתי משפט פדרליים לחוקיות הפעלתם של בתי ספר תיכון ציבוריים עבור תלמידים-בנים ממוצא אפרו-אמריקאי, שנועדו להתמודד עם תופעות גוברות של פשיעה, אבטלה ונשירה ממסגרות חינוכיות של הקבוצה הרלוונטית. הייתה נכונות להכיר בחוקיותם של מוסדות אלה, בכפוף לקיומם של מוסדות דומים עבור תלמידות ממוצא אפרו-אמריקאי ברמה דומה, ולא די בתכנית להקים מוסד כזה (Garrett v. Bd. of Educ. of Sch. Dist.).

of City of Detroit, 775 F. Supp. 1004 (E.D. Mich. 1991); History, STUDENT LEADERSHIP NETWORK, <https://tinyurl.com/jzyt53xu> (last visited July 7, 2021). הדגש כאן הוא הנכונות להכיר בהפרדה מגדרית ביחס לקבוצה מיוחדת ומובחנת של אפרו-אמריקאים גם בבתי ספר ציבוריים, ולא רק במוסדות חינוך פרטיים.

הדברים הובאו כדי להראות כי השיקולים לגבי חינוך מגדרי מורכבים. יש הכרה ביתרונותיו של חינוך נפרד לנשים, ואף בקיומם של מסלולי חינוך נפרדים שממוקדים בקבוצה מסוימת, לשם השגת יעדים חברתיים שונים. עוד יוזכר כי המסלולים מושא העתירה מיועדים לגברים ונשים, בני ובנות החברה החרדית, לצד מסלול הלימודים הרגיל שאינו נפרד. כפי שנראה, הפרספקטיבה האמורה תסייע לנו גם בבואנו לבחון את מידתיות החלטת המועצה בדין הישראלי.

10. הניתוח של המשפט. השאלה שלפנינו כעת אינה האם המסלולים הנפרדים רצויים או בלתי רצויים, מזיקים או מועילים לחברה, אלא האם ישנה פגיעה בזכות יסוד במובן של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשון אחר, האם ישנו בסיס משפטי לבטל את המסלולים הנפרדים מושא העתירות. המפתח הנורמטיבי מצוי בסעיף 8 לחוק היסוד, שזו לשונו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". זוהי פסקת ההגבלה.

תחילתו של סעיף 8 היא האיסור על פגיעה. פגיעה – במובן החוקתי. אף כותרתו של הסעיף היא "פגיעה בזכויות". האם במקרנו יש פגיעה כזו? וכאן הקושי. בעתירה מהסוג של שקדיאל ומילר הפגיעה ברורה. העותרות טוענות לסגירת הדלת, בשל היותן נשים, לחדר שבו הן מעוניינות להיכנס. כך גם בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (5.1.2011), שעסק בחיוב נשים לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס, ללא אפשרות לבחור לשבת מקדימה. בענייננו המצב שונה. הנשים בוחרות ומעוניינות ללמוד במסלול הנפרד. והא ראייה, ישנה אפשרות לבחור ללמוד במסלול הרגיל והמעורב. כך ביחס לבנות החברה החרדית וכך ביחס לבניה. אם כך, הפגיעה הנטענת היא על אף בחירתן ורצונן. אמנם נטען כי יש במסלולים הנפרדים כדי לפגוע בנשים בכללותן, אך אין אישה שחייבת ללמוד במסלול נפרד כנגד רצונה. חריפה היא הטענה – כי לטובתן של התלמידות עצמן, על בית המשפט לשלול מהן את הבחירה בין מסלול לימודים נפרד או מעורב, תוך הצבת מסלול מעורב בלבד, על פי ההשקפה שבחירתן מובילה לפגיעה חוקתית בהן – תוצאה שאף תוביל קרוב לוודאי לכך שתלמידות רבות לא ילמדו כלל במוסדות להשכלה גבוהה. עסקינן בבני אדם בוגרים, שהחליטו את אשר

החליטו. לא מדובר באדם נעדר בחירה חופשית מלאה, כגון קטין או קטינה. הטענה שמדובר בסוג של פטרנליזם כלפי בני ובנות החברה החרדית אינה נטולת הגיון.

יש להיזהר – כפי שיש להיזהר ביחס לכל קבוצה – מהכללות רחבות. זאת בדבר המניעים והטעמים לבחירה להשתתף במסלולים הנפרדים. כל נציג את המציאות כאילו רק בני ובנות החברה החרדית מושפעים מחוויית חייהם. כך כולנו. הדבר אינו בהכרח שלילי או מלמד על העדר בחירה בעיני המתבונן מהצד. וכאן העיקר בעיניי: האם בסוגיה הנדונה – שילוב בוגרי החינוך החרדי במוסדות להשכלה גבוהה במסלולים נפרדים – ראוי כי בית המשפט יבטל תכנית, תוך מתן משקל רב להנחה כי היא פוגעת בזכויות יסוד של היחידים שבחרים בה.

עד כה הודגשה השאלה האם המסלול הנפרד פוגע בזכויות הנשים הלומדות במסלול הנשים. ברם, איני מתעלם מכך שהביקורת על המסלול היא מעבר לכך. הראייה היא ציבורית. לאמור, כדי לשמור על השוויון הכללי בין גברים ונשים, נכון כי לא תהיה הפרדה במרחב הציבורי. כך, בגוף כגון מוסד להשכלה גבוהה שמוכר על ידי המועצה וכפוף לפיקוחה, לרבות שמירה של ערכי החברה. מכאן, קיומו של מסלול נפרד עלול לפגוע בערכיה של מדינת ישראל. זאת, נוכח בעיקר נוכח קיומו של מסלול נפרד לגברים, באופן שיוצר הפרדה מגדרית במוסדות להשכלה גבוהה בעלי אופי ציבורי. חוקים רבים נועדו להביא לשוויון בין המינים, תוך הדגשה כי על מנת להשיג שוויון, החוק חייב להגן על מעמדה של האישה. יש הנחה כי במרחב הציבורי יש לגברים יתרונות בשל מגדרם, והשאיפה היא לשנות את המצב וליצור שוויון על פי מנגנונים שונים ומאוזנים.

11. צא ולמד כי יש פגיעה מסוימת בקיומם של מסלולים נפרדים במוסדות להשכלה גבוהה. כך מנקודת המבט של ערכי הציבור במרחב הציבורי. ברם, וכידוע, לא כל פגיעה מביאה לביטול חוק או מסלול. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם ודוגל בבחינת המידתיות – "במידה שאינה עולה על הנדרש". כפי שיובהר, סבורני כי התנאים שנקבעו בהחלטת המועצה, כתנאי להכרה במוסד שמפעיל מסלולים נפרדים כמוסד להשכלה גבוהה, מובילים לתוצאה שעומדת בתנאי המידתיות. אתייחס למספר נקודות:

א. התכלית של יצירת המסלולים הנפרדים היא לשלב את בוגרי החינוך החרדי בחברה. זוהי תכלית ראויה. כפי שהובהר, בית המשפט זה הכיר בפסקי דין רבים בצורך לאפשר שילוב טוב יותר של בני ובנות החברה החרדית בשוק העבודה ובחברה

הישראלית בכלל. מדובר באינטרס של הפרט ושל הכלל, של המשק ושל החברה הישראלית כולה.

ב. לפי החלטת המועצה, ההפרדה היא בכיתות אך לא במרחבים הציבוריים של המוסדות. מדובר במסלול לתואר ראשון בלבד. המסלולים נפתחו לבוגרי ובוגרות החברה החרדית בלבד, מתוך הכרה באתגרים המיוחדים שקיימים לקבוצה זו. ההנחה היא כי יש לשאוף לקלוט את בני ובנות החברה החרדית לתואר הבסיסי. ביחס להמשך הלימודים לתארים מתקדמים יותר – ומטבע הדברים מדובר במספרים קטנים יותר ובדרישות גבוהות יותר – אין חובה לפתוח מסלולים לתואר שני ושלישי. במילה – איזונים.

ג. מרכיב חשוב במלאכת האיזונים הוא בדיקת התכנית ויעילותה כל חמש שנים או תקופה דומה לכך. המתאים לעת הזאת לא יתאים בהכרח למחר. עם זאת, מדובר בתכניות עם כללים משלהן. כמובן, יש לדאוג לפיקוח על הרמה האקדמית, וככל שיש טענה מסוימת – על המוסד להיות קשוב לה.

ד. כפי שהודגש לעיל, לצד המסלולים הנפרדים לגברים ולנשים, ישנו מסלול הלימודים הרגיל. כזכור, בענייננו לא הוצגה עותרת קונקרטית שביקשה ללמוד באופן מסוים ומוסד הלימודים מנע זאת ממנה. הסיבה לכך היא קיומם של שלושה מסלולי לימודים: המסלול הרגיל והעיקר, שגם בו יכולים ללמוד גם בני החברה החרדית, ולצידו ישנם מסלול לנשים ומסלולים לגברים. לא נטען כי מסלול הנשים נופל באיכותו או בעניין אחר משני המסלולים. כאמור, פסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית מעניקה משקל לשיקולים אלה בבואה לבחון קיומו של מסלול נפרד לחינוך נשים. ובישראל, אישה שמעוניינת ללמוד עם גברים יכולה לעשות כן במסלול הלימודים המרכזי, שבו לומדים מרבית בני ובנות החברה הישראלית שרוכשים השכלה גבוהה. עובדה זו מרככת במידה רבה את הפגיעה בנשים. הדלת שסגורה בפניהן אינה הדלת המרכזית, ובנוסף לכך כנגדה נפתחה להן דלת ייחודית משלהן. בכך אין לומר, כאמור, שאין בהן כל פגיעה, אולם זיהוי הפגיעה לחוד, ומידתיותה ועוצמתה לחוד. כאן קיומו של המסלול המעורב מחליש את הפגיעה. כאמור – אין כאן "אליס מילר" או "לאה שקדיאל" שאינן מסוגלות לכתוב את סיפור חייהן, גם האקדמי, בגלל מגבלה שקשורה למגדרן. כל אישה חרדית רשאית ללמוד במוסד להשכלה גבוהה. זו שמעוניינת ללמוד עם גברים, יכולה לעשות זאת בדרך המלך. זו שמעוניינת ללמוד בחברת נשים בלבד – קיבלה גם את אפשרות זו בהחלטת המועצה.

ה. קיימת הכרה באוטונומיה של בני החברה החרדית ובאפשרותם לעצב את אורח חייהם. אמנם אוטונומיה זו אינה בלתי מוגבלת, וככלל במרחב הציבורי ובמוסדות ציבוריים היא נדחית לעיתים מפני הערכים הכלליים של הציבור – וביניהם איסור על הפליה מחמת מגדר; אפס, ישנה הכרה בקיומם של גבולות שאינם צבועים בשחור או בלבן בלבד, ובכך שלפעמים תגבר הזכות של קבוצה מסוימת לעצב את חייה באופן אוטונומי. כך, אין בהכרח דין זהה להפרדה מגדרית בבית ספר יסודי, במוסד להשכלה גבוהה, בתחבורה ציבורית, במרכול או בפארק מים. הדגש כעת הוא בכך שגם לאוטונומיה של בני החברה החרדית יש משקל רב במסגרת בחינת המידתיות. יש לזכור כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעלה על נס את החירות של האדם לבחור. אשר לכבוד, הרי עסקינן ברצון ללמוד מקצוע גם על מנת לאפשר להתפרנס ממנו. ודוקו, לא מדובר בעתירה של תלמידות נגד החלטה שלא לפתוח מסלול נפרד, אלא בעתירה נגד יצירת מסלול נפרד.

12. הנה כי כן, המטרה החשובה, לצד האיזונים הקונקרטיים שנקבעו, כמו גם ההכרה באוטונומיה של התלמידים והתלמידות ומידת הפגיעה בהם בראי אפשרותם לבחור במסלול לימודים מעורב או נפרד כראות עיניהם – כל אלה יוצרים טעמי תוצאה מידתית. בעיניי, נוכח חשיבות החינוך במוסד להשכלה גבוהה בחברה הישראלית, אין מקום לבטל את המסלולים. זאת, נוכח יתרונותיהם של המסלולים ליחיד, ליחידה ולחברה.

המסקנה היא ששיקולים כבדי משקל תומכים בקיומו של מסלול נפרד לבני החברה החרדית, ובלבד שעדיין ישנה אפשרות לכל מי שחפץ בכך ללמוד במסלול שאינו נפרד. התמונה שהוצגה נותנת מענה כפול – הן לעתירת תירוש שסבורה כי ההסדר רחב מדי, והן לעתירת קהלת שסבורה כי המגבלות על אופן ההפרדה יוצרות הפרדה מצומצמת מדי. מן הצד אחד, החוק מכיר במפורש באפשרות ליצור מסלולי לימוד נפרדים מגדרית "מטעמי דת", או "מסלולי לימוד נפרדים לצורך קידום קבוצות אוכלוסיה מסוימות", כגון בני החברה החרדית. יוער בהקשר זה כי המתווה שקבוע בהחלטה, בהיבט זה, אינו מרחיב כלל נוכח ההכרה בעצם האפשרות ליצור מסלולים נפרדים, וההפרדה היא, כאמור, בכיתות הלימוד בלבד ולבוגרי החינוך החרדי בלבד, ותו לא. קשה לחשוב על מתווה מצומצם יותר של הפרדה מגדרית בין מסלולים, כפי שמתיר חוק זכויות הסטודנט, בוודאי באופן מובהק. מן הצד השני, ההכרה באפשרות ללמוד במסלולים נפרדים אינה בלתי מוגבלת, ונוכח ההכרה בפגיעה בזכויות יסוד – מדובר בכלי שיש להשתמש בו באופן מידתי. ושוב נאמר כי לא ניתן לפתוח את הפתח לרווחה, תוך יצירת מסלולים נפרדים מגדרית שמיועדים לכל המעוניין, תוך גלישה

לתחומים אחרים בלב המרחב הציבורי. כוחה של ההפרדה הוא בכך שהיא אינה במרכז, ולמעשה שמורה למצבים מיוחדים שמצדיקים זאת, מבחינת הפרט ומבחינת הכלל.

לסיכום הנקודה, לא נפל פגם בהחלטת המועצה להכיר גם במוסדות שמפעילים מסלולי לימוד נפרדים בתנאים שנקבעו, ולא קמה עילת התערבות על פי דין. בעיניי אף יש לראות בחיוב את נכונותה של המועצה לתור אחר פתרונות חדשים לסוגיה מורכבת מאוד מבחינה עובדתית וערכית. לצד זאת, חשוב כי התכנית תיבדק מעת לעת. יש ללמוד מהנסיון. ואכן, תקופת התכנית היא לחמש שנים – שמסתיימות בעוד כשנה. מסקנתי נובעת מהשיקול של שילוב כיעד חברתי, מהחינוך כשדה ההפרדה ומהניתוח המשפטי של חוק היסוד. ועתה נפנה לסוגיית הפליית המרצות ולסוגיית קהל היעד של המסלולים הנפרדים.

הוראת נשים במסלולי הלימוד לגברים

13. החלטת המועצה אינה קובעת כי נשים לא תוכלנה ללמד במסלולי הלימוד לגברים. אף נקבע בה במפורש כי "לא תינקט הפלייה אסורה (לרבות לפי הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988)" (סעיף 51.4 להחלטה). למרות זאת, כך טענו חלק מן העותרים, בפועל רק מרצים גברים מלמדים במסלולי הגברים. בתגובתה טענה המועצה כי "המל"ג מודעת לכך, שבתכניות הלימודים הנפרדות לגברים לא מלמדות מרצות, אלא מרצים גברים בלבד... אין חולק כי מצב זה מעורר קושי". מה צריכה להיות נפקותו של מצב זה? כל הגורמים הרלוונטיים בתיק, כך נדמה, מסכימים כי במסגרת ההפרדה המגדרית במסלולי הלימודים לא ניתן להפלות מרצות לעומת מרצים. ההצדקות לקיום המסלולים הנפרדים, שעיקרן רצון התלמידים ללמוד בנפרד ובחירתם החופשית לעשות כן – אינן רלוונטיות לסוגיית המרצות. אין צורך להאריך בכך, שכן כאמור – יש הסכמה בעניין זה. טענת המועצה בהקשר זה לא הייתה כי מצב כזה אינו עולה לכדי הפליה פסולה, אלא טענה כי בפועל נתונים אחרים נותנים מענה לבעיה:

"לצד הקושי האמור, יובהר כי... ההפרדה המגדרית הנהוגה אינה צריכה לגרום בהכרח להפליה בקבלת מרצים למוסד... על מנת להבטיח כי המוסדות לא ינקטו בהפליה בקבלה לעבודה, בכוונת המל"ג להפעיל פיקוח כדלקמן: כל מוסד המפעיל מסגרות בהפרדה יחויב להעביר למל"ג על בסיס שנתי דיווח באשר למצבת הסגל האקדמי המועסק במוסד, על פי פילוח מגדרי, לרבות פירוט של מספר שעות הלימוד המועברות על ידי המרצים בפילוח מגדרי... ככל שיימצא שנתוני ההעסקה של מוסד המקיים מסגרות בהפרדה מצויים בפער אל מול המקובל במסגרות הכלליות, תדרוש מל"ג מהמוסד לתקן את המעוות, על מנת להבטיח שלא תתבצע הפליה על בסיס מין בקבלה לעבודה" (סעיפים 110-112 לתצהיר התשובה לעתירת תירוש).

לצד זאת, הציגה המועצה נתונים שונים ביחס לכמה מן המוסדות שמפעילים מסלולים נפרדים. העותרים הרלוונטיים, בתגובה, טענו כי יש לקרוא את הנתונים הפרטניים בצורה שונה מזו שבה הוצגו, וכי לפי פילוחים כאלה ואחרים מרצות מופלות לעומת מרצים גם אם מביטים על מכלול סגל המסלולים הנפרדים של מוסדות הלימודים.

כפי שעולה מן התיאור האמור, אין חולק על כך שלא ניתן לסגור את הדלת בפני מרצות, גם כשמדובר במסלולים נפרדים. השאלה היא פרטנית יותר – מהי נקודת המבט המתאימה על נתוני ההעסקה של מרצים ומרצות. חבריי, המשנה לנשיאה (בדימ') והשופט אלרון, הסכימו שניהם כי אין לקבל את נקודת המבט של המועצה, שלפיה מספר המרצות במסלולי הנשים עשוי להצדיק העסקה של גברים בלבד כמרצים במסלולי הגברים, ומסכים אני עמם. לצד זאת, הם נחלקו ביחס לנקודת מבט אחרת, שעוסקת ב"קורסים" בתוך מסלול. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') סבור, למשל, כי יתכן שלא תהיה הפליה אם מרצות תלמדנה קורסי בחירה במסלול הגברים, ואילו את "קורסי הליבה" ילמדו מרצים. חברי השופט אלרון, לעומת זאת, סבור כי אין בסיס בדין לחלוקה של סוגי הקורסים לפי מגדר.

לדעתי, לא נפרשה בהליכים הנוכחיים תשתית מתאימה להכריע במחלוקת מעין זו, וממילא אין אנו נדרשים לדון במצבים תיאורטיים שונים שהוצעו כאפשרויות כלליות. אמנם מוסדות הלימודים צורפו לעתירות, אך רובם היו בגדר משיבים פורמליים, ולא נתקפה מדיניות פרטנית של מוסד כזה או אחר. העתירה, בהיבט זה, כוונה נגד החלטת המועצה ושיקול דעתה – ביחס לכללים ולא ביחס ליישומם בכל מקרה ומקרה. כאמור – בכל הנוגע לכללים ישנה הסכמה כי אסור למנוע מנשים ללמד במסלול הגברים, וכי יש לקבל בכל שנה נתונים ולפקח על העניין. לעמדותי די בכך בכל הנוגע להליכים אלה, שעוסקים בהחלטת המועצה, ואיננו נדרשים לקבוע כללים נוקשים – לכיוון זה או לכיוון השני – במסגרת העתירה הכללית. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הציג את ההבחנה בין הקורסים כדוגמא אפשרית למודל שיאפשר להעסיק באופן שוויוני מרצים ומרצות במסלולי הגברים, מבלי לפגוע – אולי באופן קשה – בעצם האפשרות לקיים מסלול נפרד לגברים. לא ניטעו מסמרות ולא נשללו חלופות אחרות. אני סבור כי ניתן לקבוע באופן גורף כי נשים לא ילמדו סוג מסויים של קורסים, אך גם לא ניתן לקבוע באופן גורף כי כל התחשבות במגדרו של המרצה בעת תכנון מסלול הלימודים תפר מיניה וביה את סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שאוסר הפליה בין דורשי עבודה מחמת מינם. לדעתי יש לבחון מוסד מוסד, נתוניו ונסיבותיו, בחינה שאינה מתאימה להליכים שלפנינו ושלא נפרשה ביחס אליה התשתית

העובדתית המתאימה. בנסיבות אלה איני רואה מקום להביע עמדה נחרצת ביחס להצעה כזו או אחרת, מלבד הקביעה שאין להפלות נשים כמרצות במוסדות להשכלה גבוהה עקב מגדרן, אף אם ישנם מסלולים נפרדים. הדרך למנוע הפליה נתונה למוסד ההשכלה הגבוהה. אף איני שולל על הסף פתרונות יצירתיים. ואולם, מתן היתר למסלולים נפרדים אינו בגדר מתן היתר להפלות מרצות. בנסיבות אלה, הייתי מסתפק בהפיכת הצו על תנאי בעניין האיסור להפלות מרצות למוחלט.

קהל היעד של המסלולים הנפרדים

14. שתיים מן העתירות הופנו נגד סעיף החלטת המועצה שעוסק ב"הגדרת קהל היעד" של המסלולים הנפרדים (סעיף 48.8 להחלטה). לפי הסעיף, במסלולים אלה יכול ללמוד, ככלל, מי שלמד מכיתה ט' עד כיתה י"ב ב"מוסד בעל אורחות דת ותפיסת עולם חרדית", ו"מצוי בפיקוח אחר של משרד החינוך". הדיון התמקד בתנאי האחרון, שפירושו המעשי הוא הבחנה בין מוסדות לימוד שונים לפי סוג הפיקוח במשרד החינוך. כן נקבע מסלול "חריגים", שאינם נכללים בהגדרה הפורמלית אך עומדים בפרמטרים המהותיים של קהל היעד. טענת העותרים בהקשר זה – שאותה קיבל חברי המשנה לנשיאה (בדימ') – היא כי הקריטריון של "פיקוח אחר של משרד החינוך" יוצר הבחנה בלתי מוצדקת בין מוסדות דומים במהותם, מלבד ההיבט הפורמלי של סוג הפיקוח, ומטעם זה יש למחוק תנאי זה מהגדרת קהל היעד. ואולם מסכים אני בהקשר זה עם חברי, השופט אלרון, כי לא הוצגה עילה להתערבותנו בעניין זה.

מן החומר עולה כי העניין נשקל, לרבות אפשרויות חלופיות, ובסופו של דבר נקבע כי סוג הפיקוח במשרד החינוך הוא בגדר קריטריון אובייקטיבי ומתאים. אכן, חלק מן העותרים הציגו מספר מוסדות לימוד שדומים למוסדות שמוגדרים ב"קהל היעד", מלבד סוג הפיקוח עליהם. אלא שמבחינה מעשית תלמידי מוסדות אלה יכולים ללמוד במסלולים הנפרדים מכוח רישומם כ"חריגים". העובדה שחלק מהתלמידים שמתקבלים למסלול הנפרד כ"חריגים" נבדלים אך במעט ממי שמתקבל בדרך המלך אין פירושה בהכרח כי מדובר בהפליה. הגדרת קהל היעד דרך הכלי של סוג הפיקוח על בית הספר – הגיון וסדר בצידה. כוחה בכך שהיא מאפשרת לבחון באמצעות מדד אובייקטיבי ויעיל האם התלמיד במסלול הנפרד שייך או היה שייך לחברה החרדית, תוך מתן אפשרות גם למי ש"נפגע" מהקריטריון להציג את מועמדותו. הקריטריון של פיקוח "חרדי" במשרד החינוך, בשילוב הכרה בחריגים, עונה בצורה טובה על הדרישות האמורות. הקריטריון של סוג הפיקוח אינו שרירותי אלא בגדר כלי עזר מועיל להבחנה בין בתי ספר "חרדיים" לכאלה שאינם, גם אם לא זהו המבחן המכריע. יתכן

שמדדים אחרים היו מובילים גם הם ל"תוצאות" טובות, אך לא זהו המבחן, אלא האם נפל פגם בקריטריון שנקבע. תשובתי לכך היא שלילית. מטבעו של "כלל וחריג", שלעיתים קבוצה מסוימת של חריגים דומה מאוד לכלל, ומבחינה מהותית הייתה יכולה להיכנס גם "בדלת הראשית". כך, לצד חריגים שניתן לקבלם, גם אם שונותם רבה יותר, לצד מי שאין לקבלו גם דרך מסלול החריגים. איני סבור כי מצב כזה עולה לכדי הפליה, גם אם בפועל שני מועמדים דומים ייכנסו למוסד הלימודים בשתי דלתות שונות.

אשר לטענות כי מכסת החריגים שנקבעה אינה נותנת מענה שלם לכלל הקבוצות הרלוונטיות, אזכיר כי מדובר בתכנית שקרבה לקיצה, כאשר התכנית הבאה אמורה להיקבע תוך הפקת לקחים מהתכנית הנוכחית. ככל שהנתונים שיוצגו אכן יתמכו בטענה כי יש להגדיל במידה מסוימת את מכסת החריגים מבלי שהדבר יפגע בתכליות התכנית, חזקה על המשיבים הרלוונטיים כי ישקלו את העניין. יתרה מכך, על המשיבים הרלוונטיים לשקול את העניין מחדש, תוך התייחסות לכל הנתונים ואף הטענות שהושמעו בהליכים אלה. מכל מקום, לא הונחה בהליכים אלה תשתית עובדתית מספיקה לשם התערבותנו במכסת החריגים כפי שהיא כיום – ולא למותר להזכיר כי המכסה גדלה תוך כדי ובעקבות ההליכים המשפטיים.

15. סוף דבר, על סמך הנימוקים דלעיל, ולאחר שקראתי את חוות דעתם של חבריי, להלן דעתי:

אשר לצו על תנאי שניתן בעתירת תירוש (בג"ץ 6500/17), יש לבטל את הצו על תנאי, ולקבוע כי אין לבטל את החלטת המועצה להשכלה גבוהה בדבר ההכרה במוסדות שמפעילים מסלולי לימוד נפרדים כמוסדות להשכלה גבוהה. בכך הנני מצטרף לדעתם של חבריי, המשנה לנשיאה (בדימ') ח'מלצר והשופט י' אלרון, מלבד ההערה הבאה:

בעניין האיסור להפלות מרצות מללמד במסלולי הגברים, מסכים אני עם חבריי כי יש להפוך את הצו על תנאי שניתן בעתירת תירוש לצו מוחלט בעניין זה.

אשר לבג"ץ 6683/17 (עתירת קהלת), מסכים אני עם כל חבריי כי יש לבטל את הצו על תנאי שהוצא.

אשר לבג"ץ 8010/16 ובג"ץ 2240/17 (קסטל ואחרים – "עתירות קהל היעד"), מסכים אני עם השופט אלרון כי יש לבטל את הצו על תנאי, ולא להתערב בהחלטת המועצה להשכלה גבוהה בעניין הגדרת קהל היעד של המסלולים הנפרדים.

16. כדרכם של שינויים חברתיים – תם, אך עוד רבה הדרך, ונפתולים לה בהמשך; חלק ידועים מראש וחלק צפונים לעתיד שישכילנו.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר והשופטים: נ' הנדל וי' אלרון, כנגד דעתם החולקת של השופטים: ע' פוגלמן וע' ברוך, לדחות את העתירה ב-בג"ץ 6500/17, למעט ביחס למדיניות שלפיה מרצות מנועות מללמד במסלולי הלימוד לגברים, שלגביה נקבע פה אחד כי הצו על תנאי שניתן יהפוך למוחלט, כך שיתאפשר למרצות ללמד בכל מסגרת שהיא, ללא הפליה.

העתירה ב-בג"ץ 8683/17 נדחתה פה אחד.

העתירות ב-בג"ץ 8010/16 וב-בג"ץ 2240/17 נדחו בדעת רוב של השופטים: נ' הנדל, ע' פוגלמן, ע' ברוך וי' אלרון, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר. המשיבים 1-3 ב-בג"ץ 6500/17 יישאו בהוצאות העותרים בעתירה זו בסך 15,000 ש"ח, כאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר. לא ייעשה צו להוצאות בעתירות האחרות.

ניתן היום, ג' באב התשפ"א (12.07.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

