

בתי המשפט

005244/02 א		<u>בית משפט השלום כפר-סבא</u>	
21/08/2006	תאריך:	כב' השופטת ריבי צוק	בפני:

בעניין:

1. בוגלה נתן
2. זהבית בוגלה
3. ליאור בוגלה

התובעים

נגד

-

1. משרד החינוך
2. עירית חדרה
3. חיים קרווני

הנתבעיםפסק דיןהסעד המבוקש ותמצית העובדות שביסוד התובענה

1. התובעים עותרים לחיובם של הנתבעים 1 עד 3 בתשלום פיצויים לשיפוי על נזקם, בסך של 500,000 ₪, וכן לפסיקתם של פיצויים עונשיים בסכום זהה, וזאת בגין מדיניות מפלה, לטענתם, שנקטו הנתבעים כנגד יוצאי אתיופיה, ואשר בגינה לא התקבל בנם, התובע 3 (להלן: "ליאור"), ללימודים בבית הספר אליו ביקשו לרושמו.
2. התובעים 1 ו-2 (להלן: "האב" ו"האם", בהתאמה) הינם בעל ואישה אשר עלו בצעירותם מאתיופיה, הכירו ונישאו בישראל, והינם הוריו של ליאור.
3. נתבע 1 (להלן: "משרד החינוך" או "המדינה") הינו הרשות השלטונית המרכזית האחראית על מתן שירותי חינוך, בין השאר בהתאם להוראות חוק לימוד חובה, תש"ט-1949 (להלן: "חוק חינוך חובה") וחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 (להלן: "חוק חינוך ממלכתי").
4. נתבעת 2 הינה עיריית חדרה (להלן: "העירייה") רשות החינוך המקומית הנוגעת בענין, האחראית על מוסדות החינוך אשר בתחום שיפוטה, ובכלל זה מי שאחראית להליכי הרישום והקבלה לבתי הספר הממלכתיים כאמור.
5. נתבע 3 (להלן: "המנהל") הינו מנהל בית הספר הממלכתי דתי "מוריה" בחדרה (להלן: "בית הספר מוריה"), בית הספר אליו ביקשו התובעים לרשום את בנם, ועובד של הנתבעת 1.

6. במועד הרלבנטי להגשת התובענה נהגה במערכת החינוך מדיניות של אינטגרציה ופיזור של תלמידים יוצאי אתיופיה. מדיניות האינטגרציה יושמה על דרך קביעתה, על ידי משרד החינוך, של מכסה מירבית לשילוב ילדים מהעדה האתיופית, שלא תעלה על 25% מכלל התלמידים בבית הספר (להלן: "מדיניות המכסות"). העיריות (רשויות החינוך המקומיות), ובתי הספר הונחו, לאחר מילוי המכסה על ידי בית הספר, להפנות כל תלמיד נוסף ממוצא אתיופי לרישום בבית ספר אחר.

7. באפריל 2002 ביקשו התובעים לרשום את בנם ליאור לכתה א בבית הספר מוריה, בית ספר אליו נרשמו חבריו ושכניו של ליאור אשר למדו עמו בגן, ובכתת הכנה לכתה א שהתקיימה בבית הספר מוריה. בקשתם של התובעים סורבה על רקע מדיניות המכסות שנהגה באותה עת. משכך נאלצו התובעים לרשום את ליאור לבית ספר אחר, אף הוא בחדרה, בית הספר "אור לטף".

8. בעקבות עתירה שהוגשה ע"י התובעים ואחרים לבג"ץ (בג"צ 9187/02) חיווה היועץ המשפטי לממשלה דאז דעתו, כי מן הראוי לאמץ מדיניות של פיזור ואינטגרציה, אך זאת תוך בחינתן של דרכים אלטרנטיביות למדיניות המכסות, שאין עימן כפיה. בסמוך לאחר מכן מינתה מנכ"לית משרד החינוך, באותו מועד, ועדה לבחינת פתרונות ואלטרנטיבות לשילוב תלמידים יוצאי העדה האתיופית במערכת החינוך, אשר המליצה על המשך עידוד מדיניות הפיזור, שלא בדרך של כפיה, והמלצות הועדה אומצו ויושמו. ביום 18.2.03 יצא חוזר של משרד החינוך אשר הנחה את העיריות (רשויות החינוך) ובתי הספר לנהוג בהתאמה.

9. כתוצאה משינוי המדיניות הודע לתובעים כי הם רשאים להעביר את בנם לבית הספר מוריה. אולם, בהמשך לקליטתו המוצלחת של ליאור בבית הספר אור לטף ושביעות רצונם של ליאור והוריו מבית הספר הנ"ל, בחרו התובעים להשאיר את בנם בבית הספר בו החל ללמוד, והוא המשיך ולמד באור לטף גם לאחר שנת הלימודים הראשונה ובמועד שמיעת הראיות.

עילות התובענה – טענות התובעים

10. לטענת התובעים, מדיניות המכסות ביקשה לחסות בצל החלטות ממשלה בדבר קליטת עליה, אולם המדיניות מיושמת כלפי כל יוצאי העדה האתיופית, ללא קשר למועד עלייתם, ללא כל הגדרה בדבר האוכלוסיה עליה תחול, והלכה למעשה החלתה היא פונקציה של מוצא בלבד. מדינות המכסות הוחלה ביחס ליוצאי אתיופיה בלבד ולא יושמה ביחס לכל עליה או עדה אחרת. נטען כי בנסיבות אלה מדיניות המכסות הינה מדיניות מפלה וגזענית הפוגעת בזכותם של התובעים לשוויון ובכבודם כבני אדם, פגיעה המקימה להם מספר עילות תביעה נטענות הכל כמפורט להלן.

11. נטען כי מדיניות המכסות שננקטה על ידי משרד החינוך ויושמה על ידי הנתבעים אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התש"ס-2000 (להלן: "חוק היסוד"), מפרה את זכות היסוד לכבוד שהוקנתה לתובעים על פיו, וכי מקום שהופרה זכות מן הראוי שיעמדו לתובעים סעד ותרופה בגין הפרתה. התובעים מודעים לכך שטרם נקבעה הלכה בדבר

קיומה של עוולה חוקתית המעניקה תרופה אזרחית ישנה בגין הפרתן של זכויות יסוד המוקנות על פי חוק היסוד, אך מפנים לספרות משפטית, המצדדת בהקנייתו של סעד כאמור, ולמגמות בפסיקה המצביעות, לטענתם, על התפתחות עתידית כאמור של המשפט, אותה ראוי לאמץ וליישם בעניינם.

12. עוד נטען כי מדיניות המכסות מהווה הפרה של ההוראה שבסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 (להלן: "חוק זכויות התלמיד"), האוסר על הפליתו של תלמיד, בשל טעם עדתי, ברישום, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך. משכך, על פי הנטען, עוולו הנתבעים כלפי התובעים בעוולה של הפרת חובה חקוקה כמשמעה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) (להלן: "פקודת הנזיקין").

13. בנוסף נטען כי בקביעתה וביישומה של מדיניות המכסות הפרו הנתבעים את הוראת סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "חוק איסור הפליה"), הקובע כי מי שעיסוקו בהספקת שירות ציבורי לא יפלה בהספקת השירות, בין השאר מחמת גזע או ארץ מוצא. בסעיף 5 לחוק איסור הפליה נקבע כי הפרתו של האיסור דלעיל מהווה עוולה אזרחית, עליה יחולו הוראות פקודת הנזיקין.

14. בסעיף 33 לסיכומי הטענות מטעם התובעים נטען לעילת תביעה נפרדת ונוספת בשל מדיניות המכסות, עוולת הרשלנות על פי סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

עילות התובענה - טענות הנתבעים

15. מנגד נטען על ידי הנתבעים כי ההנחיה בדבר המכסות אינה אלא הוצאה לפועל של מדיניות האינטגרציה, אמצעי שבא לעולם מתוך מטרה וכוונה לקדם את שילובם של ילדי העדה בחברה ולקדמם מבחינה לימודית. המדיניות הופעלה מתוך שיקולים ענייניים וראויים, ותוך רצון להטיב עם בני העדה. המדיניות אינה החלטה שרירותית, כי אם תולדה של דיונים, החלטות ממשלה, ובקשות שהובאו בפני משרד החינוך על ידי גופים שונים של העדה, שיש בהם לשקף את רצונה. מדיניות האינטגרציה נבחנה ונמצאה ראויה לאורך שנים, והוכרה גם בפסיקתו של בית המשפט העליון, כמטרה אליה יש לכוון. מדיניות האינטגרציה מהווה נדבך מרכזי במדיניות משרד החינוך, הן בשל הטיעון האידאולוגי (כי לא ניתן לחנך לחברה שוויונית במציאות של בתי ספר סגרגטיביים והציפיה ממשרד החינוך להוביל רפורמות חינוכיות שיזינו את כור ההיתוך הישראלי), והן בשל הטיעון הלימודי. בפסקי הדין שניתנו אגב עתירות שהוגשו בשל יישומה של מדיניות האינטגרציה בחינוך נדונו מקרים שונים בהם נפגעו תלמידים והוריהם מיישומה, אך אותה פגיעה לא הוכרה כאפליה פסולה נוכח העובדה שבבסיסה עמדו מדיניות ושיקולים ענייניים וראויים.

כשם שההפליה והגזענות הנתבעים מהווים את היסוד לכל עילות התביעה הנתבעות על ידי התובעים, כך מהווה הטיעון שלעיל את המענה שמציעים הנתבעים לכלל עילות התביעה כאמור, הכל כמפורט להלן.

16. הן בדיון שהתקיים בפני והן בסיכומי טענותיהם חזרו הנתבעים 1 ו-3 על הטענה כי ההכרעה בתובענה אינה מצריכה נקיטתה של עמדה בשאלה הכללית בדבר קיומה וחלותה של "עוולה חוקתית", וכי אין זה ראוי כי יעשה כן בתובענה זאת. נטען כי "כל טענות התובעים מכוונות לקיומה של אפליה פסולה בקבלה למוסד חינוכי, כאשר בדיוק למטרה זו חוקקו חוקים ספציפיים האוסרים על אפליה כאמור באופן מפורש. מכאן שדיון בעוולה החוקתית, שספק אם נקלטה בשיטתנו באופן הנטען על ידי התובעים, ובכל מקרה טרם נקבעו, בפסיקתו של בית המשפט העליון, הקריטריונים ליישומה, גבולותיה וגדריה, איננו דרוש בענייננו" (שם, סעיף 21, וראה גם בסעיפים 52 ו-53 לסיכומי הנתבעים הנ"ל).

17. באשר לטענה בדבר הפרת חובה חקוקה טוענים הנתבעים, כי הואיל ואין מדובר בהפליה אסורה, מכל הטעמים שפורטו בסעיף 15 לעיל, הרי שלא הופרו החובות שנקבעו סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד או בחוק איסור אפליה, ומשכך, לא מתגבשת העוולה של הפרת חובה חקוקה.

18. במענה לטענה בדבר הפרת הוראת סעיף 3 לחוק איסור הפליה מוסיפים הנתבעים ומעלים שתי טענות נוספות, האחת במישור הדיוני והשניה לגוף הטענה. במישור הדיוני נטען כי הטענה בדבר האיסור המעוגן בחוק איסור הפליה נזכרה לראשונה בסיכומי הטענות ומהווה הרחבת חזית אסורה. לגופו של עניין נטען כי הטעמים שפורטו בסעיף 15 לעיל באים בגדר הוראת סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה, בו נקבע כי אין רואים הפליה, מקום בו "הדבר מתחייב מאופיו או מממותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". לטענת המדינה מדיניות האינטגרציה בה בגדרו של סייג זה, משיש להעדיף את השוויון החברתי לטווח ארוך על פני השוויון המיידית והאינדיבידואלי, ובשל הצורך לאזן בין קידוש רצון הפרט לבין המצופה ממדינה המספקת שירותי רוחה, לקדם אוכלוסיות חלשות ולהביא להשתלבות העליה בחברה.

19. בהמשך לטענה בדבר רשלנות המדינה בקביעת מדיניות המכסות נטען כי כאשר מדובר בפעולה של הרשות שהינה פעולה שלטונית המערבת שיקול דעת רחב נקודת המוצא הינה כי המדינה לא תחוב בניזקין, וכך יהא רק אם אופן הפעלתו של שיקול הדעת חרג מכל אמת מידה סבירה או נעדר אחיזה במציאות, דבר שלא התקיים בענייננו.

הפלוגתאות הצריכות הכרעה – מבוא – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית

20. לאחר חקיקתו של חוק היסוד החל דיון בספרות המשפטית בדבר התרופות הראויות כנגד פעולה הפוגעת שלא כדין בזכויות היסוד של הפרט, לרבות הזכויות שעוגנו בחוק היסוד.

20.1 בספרה של דר' דפנה ברק-ארז, **עוולות חוקתיות- ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (בורסי, תשנ"ד) (להלן: "**ברק-ארז**") סוקרת המחברת את דרכי ההגנה על זכויות הפרט: החלק הארי של ההגנה מצוי בתחום המשפט המנהלי (עתירה לבג"צ למתן סעד של ציווי שיביא לפסילתה של הפעולה המנהלית, או לסעד הצהרתי), אך גם: התעלמות מהפעולה המנהלית במסגרת של תקיפה עקיפה, והזקקות לתביעה אזרחית מקום שזכויות הפרט מגבשות עוולה מוכרת מתחום דיני הנזיקין. ברק-ארז מצביעה על כך שההגנה

על הזכויות, כמצבו של הדין במועד כתיבת חיבורה, חסרה. ככל שמדובר במשפט המנהלי: בג"צ נמנע מלהושיט סעד בנסיבות של מעשה עשוי, כאשר אין עוד דרך לתקן בעין את העוול שנגרם ועל כן אין עוד ערך בסעד של ציווי, והסעד ההצהרתי – אם וככל שיינתן – אין בו להועיל. כמו כן אין בסעד הציווי ליתן מענה לנזק שנגרם עד לביטולה של הפעולה המנהלית הפוגעת בזכות היסוד. הלכת הפיצויים בבג"צ, אשר באה לעולם על רקע הרצון ליתן ביטוי מעשי לצורך למצוא פתרון צודק למקרים שבהם נותר העותר ללא סעד איננה סעד משביע רצון, בין השאר משום שהוגבלה לפיצוי סמלי ונדיר שאינו נותן את המענה הדרוש לחסר בתחום הסעדים. ככל שמדובר במשפט הפרטי, רק לעתים יש בעילות התביעה המסורתיות כדי להועיל. כך הוא לגבי העוולות שמגנות על שלמות הגוף, חירות התנועה הזכות לקניין, הזכות לשם טוב, ובשנים האחרונות נוספה לרשימה זו העוולה החדשה של פגיעה בפרטיות. מדובר בעוולות שמגנות על ערכים יסודיים אשר שיטת המשפט מצאה לנכון להגן עליהם ביחסים שבין אדם לחברו. רק כאשר קיימת חפיפה בין המערכת הפרטית לבין המערכת הציבורית כלומר כאשר זכות הפרט המופרת מייצגת גם ערך מוגן במסגרת אחת העוולות המוכרות ניתן להזקק לעילת התביעה האזרחית (בכפוף למכלול הדינים לעניין ההגנות והפיצויים).

20.2 לאחר שארז- ברק סוקרת את השיקולים שבעקרון ובמעשה, בזכות האחריות החוקתית וכנגדה, ומבכרת את הראשונים, בוחנת המחברת את הפתרונות האפשריים למתן מענה מלא וטוב יותר להגנה על זכויות הפרט. המחברת מצביעה על כך שתרופת הפיצויים בגין הפרתה של זכות יסוד חוקתית יכול ותהא מבוססת על זכות תביעה שתעוגן בחקיקה מתאימה או על פיתוחה של ההלכה הפסוקה, וכי יכול שתמצא בתחום המשפט הציבורי או בתחום המשפט הפרטי. בתחום המשפט הציבורי מצביעה המחברת על שני מודלים אפשריים: האחד פיתוחו של ענף של המשפט המנהלי בעקבות הרעיון של הליכת הסעד אחרי הזכות, ועל רקע העובדה שהמשפט הציבורי בארצנו התפתח והינו עדיין בחלקו הארי משפט פסוק ולא משפט חקוק, והשני ביסוס הזכות לפיצויים על הלכת הפיצויים בבג"צ. בתחום המשפט האזרחי מצביעה המחברת על כך שעוולות המסגרת שבפקודה (עוולת הרשלנות והעוולה של הפרת חובה חקוקה) אינן מוגבלות להגנה על אינטרסים מסויימים או זכויות מסויימות, אלא קובעות עקרונות אחריות כלליים, תוך שהיא מציעה כי מכוח עקרונות אלה תוענק, בתוקף גיבושה של מדיניות שיפוטית מתאימה, הגנה לזכויות הפרט. ברק- ארז סבורה כי המענה הטוב ביותר להגנה על זכויות היסוד מצוי בהכרה בחובת זהירות מושגית חדשה, שיש לה קיום במערכת היחסים שבין הפרט לרשות – חובת זהירות חוקתית, ובכך תסלל הדרך לפתרון בעיית הסעד בגין הפרה מוגמרת של זכויות חוקתיות באמצעות עקרון משפטי אחד, עקרון הרשלנות.

20.3 בספרו של כבוד הנשיא, השופט א. ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג') (להלן: "**ברק**"), בפרק הנושא את הכותרת "תרופות כנגד פעולה הפוגעת שלא כדין בזכות אדם חוקתית" נאמר בצורה נחרצת כי בצד הזכות החוקתית צריך שתהא תרופה.

"כאשר זכות אדם מוגנת נפגעת, בית המשפט רשאי וחייב לעבד תרופה מתאימה. לשם כך, אין צורך בדבר חקיקה מיוחדת הקובעת תרופה להפרת

זכות חוקתית: התרופה טמונה בעצם ההפרה, ובזכותו של הנפגע" (עמ' 704-705).

וכן:

"תהא הטכניקה המשפטית אשר תהא, נקודת המוצא העקרונית הינה כי פגיעה פיזית בזכות חוקתית צריכה לגרור אחריה תרופה מתאימה. 'הסעד הוא פונקציה של הזכות. העיקרון הינו כי מקום שבו קיימת זכות קיימת גם תרופה. 'מקום שם הזכות – שם הסעד". (עמ' 779).

20.4 אשר לדרכי ההגנה על הזכות, התרופות הצומחות מהפרתה של זכות יסוד חוקתית (ככל שמדובר בפגיעה שאינה נורמטיבית, קרי: פגיעה שאינה נובעת מקבלתה של חקיקה הפוגעת בזכות) מצביע ברק על כך כי יכול והסעד לפגיעה כאמור בזכות האדם תגזר במישרין מחוק היסוד (ובלשון המחבר: מודל התרופה הפנימית), ויכול שתהיה מבוססת על הגישה כי הסעד לפגיעה בזכות ימצא במערכות דינים שהן חיצוניות לחוק היסוד (מודל התרופה החיצונית) (שם, עמ' 781). בהמשך הדברים נאמר כי בישראל, המשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט מהווים מקור ראשון במעלה להענקת סעד בגין פגיעה פיזית בזכות אדם מוגנת. עד לחקיקתם של חוקי היסוד הסעד שהוענק על פי פקודת הנזיקין הוא שביסס את הזכות, ואילו עם חקיקתם הפקודה צריכה להתאים את עצמה לחוקי היסוד כדי שהסעד יתאים לזכות (שם, עמ' 786). ברק מפנה לחיבורה של ברק-ארז וממשיך וקובע כי תרופה חיצונית ראויה להפרת זכות אדם מוגנת – בצד הרשלנות-יש למצוא במסגרת העוולה בדבר היפר חובה חקוקה, ומצביע על כך שהשימוש במוסד משפטי זה מאפשר קביעתה של אחריות גם מקום שזכות היסוד מופרת ביחסים שבין שני פרטים, וכי האחריות במקרה זה אינה מצריכה התרשלנות, כפי שהדבר באחריות המעוגנת בעוולת הרשלנות. על פי ברק הפגיעה בזכות על פי חוק היסוד מהווה היפר חובה חקוקה, כאשר החוק המופר הוא חוק היסוד ("חוקי היסוד הם בגדר 'דבר חקיקה אשר נועד לטובתו של הפרט ועל כן פגיעה בזכות אדם חוקתית גוררת אחריה אחריות בנזיקין בעוולה של הפרת חובה חקוקה' – שם בעמ' 686).

על פי ברק חרף כל אלה יש ליתן את הדעת לשאלה נוספת, והיא האם ניתן להכיר בישראל בעילת תביעה חוקתית, הנגזרת מחוקי היסוד עצמם, אשר אינה מעוגנת בפקודת הנזיקין עצמה, והאם ראוי לעשות כן (בשל מגוון שיקולים וביניהם היקף האחריות המוטל על פי פקודת הנזיקין על המדינה ועל עובדי הציבור בשים לב לחסינויות המוקנות להם בדיני הנזיקין) (שם, עמ' 787-792). לאחר מניין שיקולים התומכים והשוללים בפיתוח ההלכה כאמור מסכם ברק את עמדתו בשאלה האחרונה דלעיל:

"נראה לי כי כיוון המחשבה הראוי הוא זה: יש לעשות כל מאמץ לשינוי דיני הנזיקין עצמם, באופן שהם יעניקו תרופה חיצונית לפגיעה בזכות אדם חוקתית. אם אמנם דיני הנזיקין ישנו עצמם באופן ההולם את המציאות הנורמטיבית החדשה, יש להעדיף כל פתרון הרואה בהם מקור לאחריות אזרחית (חיצונית) בגין פגיעה בזכות אדם חוקתית. עם זאת, כל עוד דיני הנזיקין לא חוללו את השינוי הנדרש- ושמירת הדין הישן אינה "מחייבת"

אותם לשינוי שכזה – יש לשקול בכובד ראש פנייה להלכת אדמה, וגיבוש תרופה פנימית להפרת זכות יסוד חוקתית". (שם, עמ' 792).

21. האמור לעיל אינו ממצה כמובן את הדין בספרות המשפטית בנושא ההגנה על זכויות היסוד של הפרט, ולא נועד להוות אלא הדגמה לשלל השאלות המתעוררות, אשר מתן מענה להן כרוך בפיתוח המשפט ובעיצובן של הלכות חדשות. הדים לאותו דיון מצויים בהלכה הפסוקה. לעת עתה בית המשפט נמנע מלנקוט עמדה בשאלה האם יש להכיר בסעד ותרופה בגין הפרתה של זכות יסוד חוקתית מחוץ לתחום דיני הנזיקין, וגם שלל השאלות שמעלה ברק-ארז ביחס לאופן יישומה של עוולת הנזיקין לצורך הקמתה של הגנה לזכויות כאמור (ובכלל זה קביעתה של חובת זהירות מושגית חדשה לצורך כך בתחומיה של עוולת הרשלנות, מקום שזאת נדרשת לצורך יצירתה של אחריות בנזיקין), טרם זכו להכרעה בהלכה הפסוקה. בפסיקתו של בית המשפט שלל אמירות מהן עולה כי בצד זכויות הפרט החוקתיות צריך שיהא סעד הולם, תוך הקפדה להמנע מקביעתה של עמדה ביחס לפרטיו ולבושו המשפטי של אותו סעד, כל אימת שהדבר אינו נדרש לצורך ההכרעה בעובדות המקרה שלפניו. כך למשל:

21.1 ב-ע"א 6296 / 00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל** [פדאור (לא פורסם) 04 (8) 697] נדונה תביעה לנזק לרכוש (יבול מטעי המערער) כתוצאה מפעולות טשטוש שבוצעו, לאורך זמן, על ידי צה"ל, לאורך קו הגבול, ובסמוך למטעי הקיבוץ המערער. בשלב הערעור לא היתה עוד מחלוקת בדבר קיומה של חובת זהירות של המדינה כלפי המערער, ולא היתה מחלוקת בדבר קשר סיבתי בין הנזק לבין ענני האבק שנוצרו על ידי המשיבה. פסק הדין דן איפוא ביסוד ההתרשלות ומצא כי הצבא לא התרשל ולפיכך לא הפר את חובת הזהירות שהוא חב למערער.

בשולי פסק הדין נאמר (שם בפסקה 11):

"הטרידה אותנו השאלה, אם העותר אינו זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו כתוצאה מפעילות המשיבה גם בהעדר רשלנות, מכוח עילה חוקתית או מנהלית... פעילותה החיונית של המשיבה ממנה נהנה כלל הציבור יוצרת-כתוצר לוואי שלה- נטל. האם על הנטל ליפול, במלואו, על שכמו של המערער? שאלה זו זכתה להתייחסות מקיפה, בין היתר, במשפט הגרמני המכיר, בנסיבות דומות, בעוולה חוקתית של מעיין הפקעה (enteignungsgleicher Eingriff) ובעוולה חוקתית של הטלת נטל עודף על הפרט לטובת הציבור (Aufopferung)... סוגיה זו הוכרה גם במשפט הצרפתי במסגרתן של עוולות מנהליות המטילות אחריות על רשות מנהלית היוצרת, בפעילותה, סיכון שמתפזר באופן לא שיויוני בין אזרחיה... בערעור שבפנינו לא ביקש המערער סעד המבוסס על המשפט המנהלי והחוקתי. ממילא לא שמענו טיעונים בנושא זה. אף לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית המאפשרת בחינתה של טענה זו. אכן, מתחילת המשפט לא נבחנה התנהגות המשיבה בפנינו במסגרת נורמטיבית שאינה עוולת הרשלנות. בנסיבות אלה, לא מצאנו לנכון לפסוק בסוגיה זו".

22.2 ב-בג"צ 2665 / 98 **שחר נחום נ' משטרת ישראל - מפקד מרחב דן**, פ"ד נב (2) 454 נדונה עתירתו של העותר להורות למשטרה ליתן רישיון לעריכתה של

מסיבה המונית אותה ביקש לקיים בערב יום העצמאות, ואשר אישור עקרוני לעריכתה ניתן למערער מספר ימים קודם לכן. המדינה חזרה בה מהסכמתה לאחר שהתקבל מידע מודיעיני כי המסיבה עתידה להיות מסיבת סמים. בית המשפט דחה את העתירה לאחר שנחה דעתו כי קיים חשש קרוב לודאי בדבר התממשותה של הסכנה כי המסיבה תהא מסיבת סמים ובשל חוסר האפשרות להקצות כמות מספקת של שוטרים בשים לב לעיתויה. בית המשפט הוסיף ואמר:

"הטרידה אותנו השאלה, אם העותר אינו זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו בשל השינוי בעמדת המשטרה. כידוע, מוסמך בית-משפט זה לפסוק פיצויים לעותר שניזוק שלא כדין מפעולת השלטון (ראה בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח' [10], בעמ' 97). אכן, הבעיה אינה של סמכות אלא של עילה. השאלה היא אם יש לעותר שלפנינו עילה כלפי מדינת ישראל לקבלת פיצויים בגין הנזק שנגרם לו. העומדת לעותר עילה מהמשפט הפרטי? העומדת לו עילה מהמשפט הציבורי? התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר. הפסיקה והספרות בישראל עסקו בהן בעבר (ראה: בג"ץ 101/74, 102 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח' [11], בעמ' 456; ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל בע"מ ואח' וערעור שכנגד [12], בעמ' 686; ראה גם צ' ברנזון "בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים" [13]; ד' ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" [14], בעמ' 56; י' דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" [15], בעמ' 105). המשפט המשווה הרבה לעסוק בסוגיות אלה...בעתירה שבפנינו לא ביקש העותר פיצויים על הפגיעה שנפגע מהחלטת המשיבים 1 ו-2. ממילא לא שמענו טיעונים בסוגיה זו. לא נבחנה בפנינו התנהגות המשטרה מנקודת המבט של הפיצוי. בנסיבות אלה, לא מצאנו לנכון לפסוק בסוגיה זו, תוך שמירת זכויותיו של העותר". (עמ' 460-461).

22.3 22.3 ב-ע"א 93 / 2781 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג (4) 526, (להלן: "פ"ד דעקה") נדונה תביעת התובעת, לה נגרמו נזקי גוף במהלך ניתוח אותו עברה, ללא שניתנה הסכמה מדעת של התובעת לקיומו של אותו ניתוח. דעת הרוב מצאה כי לא התקיים קשר סיבתי, בין נזקי הגוף שנגרמו לתובעת, לבין העדרה של הסכמה מדעת, והתביעה ברכיב זה נדחתה. יחד עם זאת נפסק לזכות התובעת פיצוי בגין עצם הפגיעה הרשלנית באוטונומיה של התובעת על גופה. כבוד השופט אור, לצורך פסיקת הפיצוי, מאמץ את אמות המידה שהוצעו בספרה של ברק-ארז, בפסיקת פיצויים בגין פגיעה בזכויות יסוד, תוך שהוא מדגיש:

"ודוק: דברים אלה נאמרו במסגרת תזה כללית שלפיה יש להכיר בזכותו של אזרח לפיצוי מקום שבו פגעה הרשות שלא כדין בזכות חוקתית שלו. שאלה חשובה זו, הנוגעת להכרה השיפוטית בקיומן של "עוולות חוקתיות", אינה עולה במקרה שבפנינו, ואינני נדרש לנקוט לגביה עמדה. עם זאת, דברי המחברת ביחס לסוגיית הפיצויים והערכת שיעור הנזק עקב הפגיעה בזכות החוקתית, יפים - בשינויים המחויבים - גם לסוגיה שבפנינו, שבה נדרשים אנו לקבוע את גובה הפיצוי בגין עוולת רשלנות, ויש בהם כדי לבטא את עיקרי השקפתי בסוגיה זו".

22.4 ב-ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נגד מדינת ישראל, תק-על 2005(1), 443, מצא בית המשפט כי המשיבה חבה בתשלום פיצויים למערערת כתוצאה ממתן הנמקה שגויה להחלטת הרשות ושלילתה של זכות הטיעון מהמערערת. בית המשפט הבהיר כי לא מצא לנכון להתייחס לשאלת העוולה החוקתית וכי פסיקתו נשענת על הפיצוי בנזיקין.

"פסק דינו של בית המשפט המחוזי מסתמך בחלקו על עילת תביעה המבוססת על הפרות חובות מן המשפט המנהלי. עילה זו טרם זכתה להתייחסות מקיפה בבית משפט זה...פיתוחה של עוולה מנהלית מעורר סוגיות מורכבות. עמדתי על כך באחת הפרשות, בציניי: 'יצירתה של עילה חדשה אכן מעורר שאלות יסוד באשר להיקף האחריות המינהלית מחד גיסא ולכוח החקיקה השיפוטית של בית המשפט מאידך גיסא. היכול בית המשפט הגבוה לצדק ליצור הלכות שיפוטיות, המטילות אחריות לתשלום פיצויים מחוץ לנורמות, המקובלות בדין הפרטי, ומעבר להן? האם יצירתה של אחריות זו רצויה היא? מה גבולותיה של האחריות? האם היא מוטלת רק על המדינה או גם על עובד הציבור שפעל בשמה?' (בגצ 81 / 688 מיגדה בעמ' נ' שר הבריאות לו (4) 85,).

עילת התביעה המבוססת על המשפט המנהלי מוכרת במדינות המשפט המקובל כמו גם בארצות הקונטיננט... נראה כי בבוא העת יהיה מקום לבחון את מקומה של עילה זו המשפט הישראלי. במקרה שלפנינו הנזקים חופפים את הנזקים עליהם עשויה לחול העוולה המנהלית. לפיכך ולנוכח העדר התייחסות מצד המערערים בטיעניהם בפנינו בעניין העוולה המנהלית, לא מצאנו לנכון להידרש לסוגיה זו". (שם, פסקה 23).

22.5 ראה גם ע"א 9185 / 03 אסתר טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח (1) 359, 366.

הפלוגתאות הצריכות הכרעה – היישום לענייננו

23. כמתואר בפרק טענות התובעים, עותרים התובעים לסעד אחד של פיצוי, בגין אותו נזק, ועל פי אותן אמות מידה נטענות, כאשר הם סומכים את אותה עתירה על ארבע עילות תביעה חלופיות, שלוש עוולות נזיקיות (סעיפים 12, 13 ו-14 לעיל) ועילה נוספת, עצמאית, הנגזרת במישרין מהפרתו של חוק היסוד. בשים לב למורכבות ולחדשנות שבעילה הנשענת במישרין על הפרתו של חוק היסוד והמבקשת את הסעד בהמשך לאותה הפרה, להבדיל מתרופה מוכרת במשפט הפרטי (הכל כמתואר בסעיפים 21-22 לעיל), ובהמשך לזהירות שגילה בית המשפט העליון שלא להכריע באותה שאלה כשאין הכרח לעשות כן, בין משום טיעון חסר, ובין משום שניתן להגיע לאותה תוצאה בדלת אמות פקודת הנזיקין (כפי שעולה מסקירת הפסיקה בסעיף 22 לעיל), אני מקבלת את טענת הנתבעים כי אין מקום לדון ב"עוולה החוקתית" כמשמעה לעיל, וכי יש להכריע בתובענה על פי העילות הנזיקיות, אשר אני סבורה, כפי שיפורט בהמשך הדברים, כי די בהן על מנת להקים חבות של הנתבעים בפיצוי התובעים, בגין אותו נזק שבבסיס הסעד הנתבע ב"עוולה החוקתית".

24. ברוח הדברים שלעיל, אני סבורה, בנוסף, כי אין צורך ומקום להכריע בתובענה שבפני בעילת הרשלנות הנטענת.

24.1 הגם שההתייחסות לשאלת קיומה של חובת זהירות מושגית וקונקרטי, בנסיבות המקרה, "קשה" וסבוכה פחות מהשאלה שמעוררת התביעה לסעד הנגזר במישרין מהוראות חוק היסוד, גם היא אינה מובנת מאליה. מערכות עובדתיות דומות לענייננו הובאו על ידי ברק-ארז, כהדגמה לקושי ולהתלבטות עד כמה יש בדיני הנזיקין בכלל, ובעוולת הרשלנות בפרט, להוות מענה לצורך בהגנה על זכויות הפרט החוקתיות, והמחברת סבורה כי הבאתם בגדר חובת הזהירות מצריכה הכרה ויצירה של חובת זהירות שלא היתה קיימת בעבר.

"כאשר מעשי הרשות מגבשים עילה מוכרת התביעה בנזיקין אפקטיבית ומגנה על הזכות המהותית. אולם במצבים רבים אחרים פני הדברים שונים. המשפט המנהלי יצר מכלול של זכויות שקיימות רק במערכת היחסים שבין הפרט לרשות. כזו היא הזכות לחופש ביטוי, על פניה השונים. כזו היא הזכות הכללית לשוויון, להבדיל מהשוויון בתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה. כזו היא גם הזכות לכך שהחלטות המנהליות בענייניו של הפרט תתקבלנה בהתאם לכללי הצדק הטבעי. הבעיה היא שפקודת הנזיקין אינה נותנת ביטוי לכלל הזכויות שהפעלת הסמכויות המוקנות לרשות כפופה להן... איזו תביעה ניתן להגיש בגין שלילתו של רשיון עסק משיקולים זרים, שעניינם מוצאו הלאומי של בעל הרשיון? ביטולה של ההחלטה הפסולה באמצעות צו שיפוטי אינו יכול להוות תחליף לתביעה כזו, מאחר שלא יתייחס לנזק שההחלטה גרמה לו עד למתן הסעד. דוגמה אחרת יכולה לשמש השבתתם של ילדים מלימודים, לאחר שנדחתה קבלתם למוסד חינוכי בשל מוצאם העדתי. צו שיוורה על קבלתם ללימודים הוא מענה הולם לעתיד, אך לא לעוול שכבר נגרם. איזו תביעה אפשר להגיש בעניינם?" (ברק-ארז, שם בעמ' 45, ההדגשות שלי – ר.צ.)

24.2 בענייננו אין צורך להדרש להגדרתה של חובת הזהירות על פי סעיף 35 לפקודת הנזיקין, המהווה הלכה למעשה קביעתה של נורמה משפטית ראשונית, באשר לאחר כתיבתם של הדברים שצוטטו לעיל חוקקו חוק זכויות התלמיד וחוק איסור הפליה, אשר התנהגות הנתבעים באה בגדרם של האיסורים הקבועים בהם, והמהווים עילה נפרדת ועצמאית לתביעתו של פיצוי בגין אותו נזק (בחוק איסור הפליה מכוח הקביעה המפורשת בו, כי הפרתו של האיסור הינה עוולה בנזיקין, ובחוק זכויות התלמיד, על דרך התביעה בעוולת היפר חובה חקוקה, בשל הפרת איסור ההפליה הקבוע בו).

24.3 על אחת כמה וכמה שכך הוא כאשר טיעונם של התובעים מתמצה בציטוט העוולה שבחוק, המענה מטעם הנתבעים מפנה ל-ע"א 915/91 מדינת ישראל נגד יצחק לוי, פ"ד מח(3)45, אשר ניתן בטרם חקיקתו של חוק היסוד והשיח המשפטי שבעקבותיו (כמתואר בסעיפים 21-22 לעיל), ואשר אינו עולה בהכרח בקנה אחד עם פסקי דין שניתנו גם לפני מועד מתן פסק הדין הנ"ל, בהם נדונה חובת הזהירות של המדינה כשהיא מפעילה כוחות שלטוניים, וכשאף אחד מהצדדים לא טען טיעון של ממש באשר ליסוד ההתרשלות.

25. האמור לעיל בדבר הפלוגתאות הצריכות הכרעה, מניח כי חלותו של חוק איסור הפליה והסעד הנתבע על פיו הינם חלק מהפלוגתאות שבמחלוקת. על אף שהנתבעים טענו לגוף העילה הנתבעת על פי חוק זה, הרי שבסיכומי טענותיהם הועלתה הטענה כי אין להדרש לעילה הנ"ל לאחר שהועלתה לראשונה בשלב סיכומי הטענות, ולפיכך, מהווה שינוי חזית אסור. אין לקבל את הטענה דלעיל וזאת מהטעמים הבאים:

25.1 הטענה בדבר שינוי חזית בכל הנוגע לחוק איסור הפליה עומדת בסתירה לטיעונה של המדינה כי אין להדרש לעילת העוולה המנהלית משום ש"כל טענות התובעים מכוונות לקיומה של אפליה פסולה בקבלה למוסד חינוכי, כאשר בדיוק למטרה זו חוקקו חוקים ספציפיים האוסרים על אפליה כאמור באופן מפורש". (שם סעיף 22).

25.2 אין לקבל את הטענה לגופה שכן הוראות החוק אינן מהוות חלק מעילת התביעה אותה על התובע לפרש בכתב תביעתו, וזאת בהתאם להוראת סעיף 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, שם נקבע היקף העניינים שעל תובע לפרט בכתב תביעתו, קרי: כי בכתב התביעה יש להביא את הפרטים על העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה.

לעניין זה ראה:

רע"א 95 / 2904 מדינת ישראל נ' עלי ג'אבר סולימאן אל הוזייל, פ"ד מט (2) 40, שם נאמר:

" בבוא בעל דין לנסח את כתב טענותיו, מוטל עליו לעשות פעולה של מיון ולהבדיל בין ה"עובדות המהותיות" מצד אחד, שרק אותן הוא חייב לכלול בכתב הטענות, לבין "הראיות הבאות להוכיח אותן" מצד שני לבין טענות משפטיות, שאותן אין הוא חייב לכלול בכתב הטענות אך מותר לו להסתמך עליהן, כאמור בתקנה 74(ב), מצד שלישי". (שם בעמ' 42, ההדגשות שלי-ר.צ.).

וכן: ע"א 00 / 4866 מדינת ישראל, משרד הביטחון נ' חתמי לוידיס, פ"ד נו (4) 433 שם נאמר:

"בצדק החליטה השופטת פלפל להתייחס לאפשרות קיום עילת עשיית עושר, אף שעילה זו לא צוינה מפורשות כלפי לוידיס. הדרישה בתקנה 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 הינה ציון העובדות המקימות את עילת התביעה, ואין צורך לציין את העילה עצמה (ראו י' זוסמן סדרי הדין האזרחי [6], בעמ' 133-146)".

יובהר ויודגש כי עילת התביעה שעל פי חוק איסור הפליה קמה במישרין מכוח הוראת סעיף 5 לחוק הנ"ל, ואינה מצריכה שימוש בעוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה לצורך הקמתם של עילת תביעה וסעד לתובע. אשר על כן, ההלכות הקובעות את חובת ציון של החיקוק המופר בכתב התביעה, מקום שעילתה בעוולה של היפר חובה חקוקה אינן חלות בענייננו.

26. האמור לעיל, בדבר היקף הפלוגתאות המצריך דיון והכרעה, מניח כי הפלוגתה היחידה אותה העמידו הנתבעים 1 ו-3 להכרעה (בכל הנוגע לשאלת החבות, ובנוסף לפלוגתה בעניין הנזק, השנויה במחלוקת) הינה האם יש בהנהגתה של

מדיניות המכסות משום הפליה אסורה, וכי הפלוגתה היחידה שהעמידה הנתבעת 2, בנוסף על האמור לעיל, הינה חובת הציות הנתענת של הנתבעת 2 להנחיות הנתבעת 1. כך עולה מכתבי הטענות מטעם הצדדים, ואם וככל שבאלו חבוייה הכחשה כללית או מצויה טענה נוספת, הרי שאלה נזנחו במהלך ההדינות ובסיכומי הטענות.

עסקינן בתביעה אזרחית, בה רשאים הצדדים להגדיר את הפלוגתאות שיהיה בהן להכריע את התובענה. הגם שהדבר לא הוגדר בהסכם דיוני מפורש הרי שהצדדים, באופן ניהול המשפט, בחרו שלא להעלות כל טענות נוספות. לא הועלו טענות כלשהן בדבר אחריות מוגבלת או חסינות הנתונים למדינה או לעובד הציבור. לא נטען להבחנה בין ליאור לבין הוריו בכל הנוגע ליריבות בין הצדדים ואם יוכרע דבר קיומה של הפליה (הילך הטיעון בסיכומי הטענות מניח כי כל סעד שעומד לליאור עומד גם להוריו, כשלנתבעים טענות לעצם קיומו של נזק לליאור, הכל כפי שיפורט בפסק הדין להלן, אך שאלה זאת נוגעת לפלוגתה בעניין הנזק, להבדיל משאלת החבות). כמו כן לא באה כל טענה כי החובה על פי חוק זכויות התלמיד הוטלה על הרשות המקומית והבא מטעמה, להבדיל מהנתבעת 1.

לאור האמור לעיל תוכרע התובענה בהתאם לפלוגתאות שהועמדו במחלוקת. בשולי הדברים, למען הזהירות ולדידי למעלה מהצורך, באמרת אגב אציין על שום מה אינני סבורה שהתוצאה היתה משתנה לו היה קשת הפלוגתאות רחב יותר.

השיקולים המתחרים

מבוא

27. בטרם אפנה לפרשנותם של החוקים על פיהם תוכרע התובענה (חוק זכויות התלמיד וחוק איסור הפליה) ויישומם לעובדות המקרה שבפני, אסקור, את הזכויות והערכים המתחרים בסוגיה שבפני, הזכות לשיוויון והזכות לכבוד, מזה ומדיניות האינטגרציה בחינוך מזה.

הזכות לשיוויון

28. על עקרון השיוויון במשפט הישראלי נאמר לאחרונה ב- בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל ואחרים, תק- על 2006(1), 2562:

"עקרון השוויון הוא מעקרונותיה הבסיסיים ביותר של מדינת ישראל. הזכות לשוויון היא מהחשובות שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). אכן, "מן המפורסמות הוא כי השוויון הוא מערכי היסוד של המדינה. הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי (ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415; בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31, 39). עקרון ראשון במלכות הוא לפירושם וליישומם של חוקים (בג"ץ 244/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 177). הפגיעה בשוויון היא "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בעמ'

503). ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שיתכנו באדם ובזכויות האדם. היא עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132). בוודאי כך מקום שההפליה היא בשל דתו או גזעו של אדם. הפליה "גנרית" שכזו [...] פוצעת אנושות בכבוד האדם" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658-659; ראו עוד בג"ץ 4112/99 הנזכר, בעמ' 414, וכן א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) (142)).

לעקרון השיוויון ועיגונו הנורמטיבי ראה גם בג"צ 721 / 94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749 (שם בפסקאות 10-12 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

29. עם חקיקתו של חוק היסוד, ועל רקע ההיסטוריה החקיקתית של החוק, התעוררה השאלה האם מהווה הזכות לשיוויון חלק מהזכות לכבוד נשוא החוק.

"הזכות לשוויון היתה תמיד חלק בלתי נפרד מהמשפט המקובל שלנו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כלל הוראה מפורשת בעניין השוויון. בעבר התעוררה השאלה אם ניתן לגזור את הזכות לשוויון מזכות- האם לכבוד האדם. בשאלה זה הובעו בפסיקה ובספרות דעות שונות" (בג"צ 7052/03 עדאלה נגד שר הפנים, (טרם פורסם)).

לאחר סקירה של הפסיקה והספרות בעניין זה מוצגת ההכרעה ההלכתית באותה שאלה:

"במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל (שם, פסקה 40 לפסק דיני). נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו שם, פסקה 33). ודוק: הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית "מכללא"; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת "חסר" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם". (שם, פסקה 39).

30. לאור האמור לעיל הפליה על רקע השתייכות קבוצתית מהווה פגיעה בזכות לכבוד כמשמעה בחוק היסוד, בהיותה הגילוי החמור ביותר של הפליה, שיש בה להביא להשפלתו של אדם ופגיעה מיידית וממשית בכבודו. וכך נאמר על

ידי כבוד השופט דורנר בבג"צ 94 / 4541 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (להלן: "בג"צ מילר):

"ספק בעיניי אם ניתן - ועל-כל-פנים, אם ראוי - לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי.

עם זאת, לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד...

לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה. כך, למשל, בפסק הדין המפורסם של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *BROWN V. BOARD OF EDUCATION (1954) [44], AT 494* נדחתה הגישה שהייתה מקובלת עד אז בדבר מתן חינוך נפרד אך שווה...

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.

דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם..."

כפועל יוצא מסיווגה של ההפליה הקבוצתית כפגיעה בכבוד האדם על הפגיעה בה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד (ראה בג"צ דנילביץ שנזכר בסעיף 28 לעיל ובג"צ מילר המצוטט בסעיף זה לעיל), הכל כפי שיפורט בהמשך פסק הדין ותוך יישום אותם תנאים לעובדות המקרה שבפני.

31. ב"כ התובעים הפנה בסיכומי הטענות מטעמו לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, שנחתמה גם על ידי מדינת ישראל ואושרה בשנת 1979, שם הוגדרה הפליה גזעית כדלקמן:
"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע צבע ייחוס משפחתי מוצא לאומי או אתני שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה ההנאה והשימוש או לפגום בהכרה בהנאה או בשימוש

על בסיס שווה של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים הכלכליים החברתיים התרבותיים או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

ב"כ התובעים הדגיש כי על פי ההגדרה שבאמנה אין זה מעלה או מוריד אם היתה כוונה להפלות, או אם זאת התוצאה שארעה בפועל. כפי שיפורט בהמשך פסק הדין, כך עולה גם מההלכה הפסוקה בישראל.

32. בשנים האחרונות נחקקו או תוקנו מספר חוקים המעגנים את הזכות לשוויון, בין במגזרי חיים פרטיקולריים ובין את הזכות לשוויון של קבוצות אשר באופן היסטורי סבלו מיחס מפלה על בסיס קבוצתי. על החוקים הנ"ל נמנים, בין השאר, החוקים הבאים:

32.1 חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה"), אשר מטרתו הוגדרה בסעיף 1 לחוק ("לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו"), ואשר בסעיף 4 לו נקבע: **"מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא או מטעם אחר כיוצא באלה".**

32.2 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"), אשר סעיף 2 לו, הנושא את הכותרת: "איסור הפליה", קובע בין השאר: **"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים, בכל אחד מאלה:.....".**

32.3 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (להלן: "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות"). בסעיף 1 לחוק הנ"ל הוגדר עקרון היסוד עליו בא החוק להגן ("זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות"), ובסעיף 2 לחוק הוכרזה מטרת החוק (**"חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו").**

32.4 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (להלן: "חוק שיווי זכויות האשה"). בשנת תש"ס תוקנו או הוספו לחוק, בין השאר, סעיף 1 המצהיר על מטרת החוק (**"חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"**), וסעיף 1א אשר קבע את שיווי האישה לפי החוק. בסעיף 1א(ב) לחוק נקבע כי "לענין סעיף קטן (א), אין נפקא מינה אם ביסוד פעולה שתוצאתה היא הפליה היתה כוונה להפלות, או לא".

32.5 כמו כן נחקקו בשנת תשס"א חוק זכויות התלמיד וחוק איסור הפליה, אשר איסור ההפליה בהם הינו נושא הדין בתובענה שבפני.

32.6 כל החוקים שנזכרו לעיל, להוציא חוק זכויות התלמיד וחוק זכויות החולה, כוללים התייחסות לגבולות ההפליה האסורה ואיזה התנהגות לא תחשב הפליה כמשמעה בחוק (הוראות שיש בהן עיגון לעיקרי ההלכה הפסוקה שגובשה על ידי בג"צ בסוגיית ההפליה, אליה נתייחס בהמשך הדברים). כן נכללו בחוקים הנ"ל הוראות בדבר שמירת דינים ובחלקם, אגב הגדרת גבולות ההפליה המותרת, הוראות המתירות הפליה מתקנת.

ראה: סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה וסעיף 3 לחוק הנ"ל; סעיפים 3 ו-8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; סעיפים 1ב, 1ג ו-6 לחוק שוויון זכויות האישה; סעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה.

32.7 בכל החוקים שנזכרו לעיל נקבע כי הפרתו של איסור ההפליה מהווה עבירה פלילית, והוענקה בהם (להוציא חוק זכויות התלמיד) זכות תביעה אזרחית.

ראה: סעיף 28 לחוק זכויות החולה והתיקון מתשס"א לחוק הנ"ל; סעיפים 10 ו-15 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; סעיפים 12-15 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; סעיף 5(ב) לחוק זכויות התלמיד; סעיפים 5-9 לחוק איסור הפליה.

האינטגרציה בחינוך

מבוא

33. מאמרו של דן גבתון, **בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופי-גן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל**, עיוני משפט כח (חלק שני) 473 (להלן: "גבתון") סוקר את טעמיה של מדיניות האינטגרציה, הניסיון שהופק בעקבות הפעלתה וביקורת שהועלתה כנגדה, והכל כרקע להערכה ביקורתית של פסיקתו של בית המשפט העליון בישראל, לאורך השנים, כלפי האינטגרציה בחינוך. להלן נציג את עיקרי הדברים שהובאו שם, ונאזכר חלק מפסקי הדין בהם התייחסו בתי המשפט לעתירות שבאו לעולם על רקע מדיניות האינטגרציה הנוהגת במערכת החינוך בישראל.

טעמי האינטגרציה והבקורת שנמתחה עליה

34. "רק מדינות מעטות בעולם אימצו את האינטגרציה ברפורמות החינוכיות שלהן, ובעיקר ארצות הברית וישראל עשו כן באופן כוללני, מערכתי ומשפטי. אינטגרציה היא רפורמה מערכתית שנולדה כתוצאה ממחקרים שנעשו בשנות החמישים ושנות השישים של המאה העשרים, בעיקר בארצות הברית. מחקרים אלה העידו שמתן משאבים שוויוניים לכאורה, המתבטאים במספר שנות לימוד ושעות לימוד וכדומה, לבני אוכלוסיות שונות אין בו די לקיום הרעיון של שוויון הזדמנויות בחינוך. התברר שתלמידים בני קבוצות אתניות או אחרות נמצאו חלשים או מצליחים הרבה פחות לחלקם היחסי באוכלוסיה, וכן שיצירת שוויון טכני כזה לא צמצם את המתאם בין רקע חברתי כלכלי לבין הישגים לימודיים... ההנחה בהפעלת האינטגרציה היתה ששילוב תלמידים מקבוצות בעלות רקע חברתי- כלכלי שונה עשוי לשפר מאוד את מצבם של

החלשים יותר. ההנחה התבססה על שתי השערות: ההשערה הראשונה היתה שתלמידים חלשים ישפרו הישגיהם מעצם המצאותם בחברת תלמידים בעלי הון תרבותי... ההשערה השניה היתה שאינטגרציה היא כנראה הדרך היחידה להעברת משאבים, ובמיוחד כוחות הוראה איכותיים, מהשכבה החזקה לחלשה". (גבתון, עמ' 477-475).

35. מדיניות האינטגרציה מצוייה על פרשת דרכים הן בישראל והן בארצות הברית לאחר שלאורך יישומה ניטשה מחלוקת בין החוקרים בדבר תוצאותיה. גבתון סוקר את עיקר טעמי הביקורת כדלקמן: נראה היה שהאינטגרציה שיפרה מאד את רמת ההשכלה של השכבות למענן נעשתה אך הכזיבה במונחים של שיפור הדימוי העצמי וניעות חברתית; "המחיר שבני קבוצות מודרות ומקופחות שתרבותן שפתן או דתן שונות מאלה של הזרם המרכזי משלמים בדמות הצורך להיטמע בזרם מרכזי זה כחלק מהתהליך האינטגרטיבי; "בניגוד לעבר, חוקרים וקובעי מדיניות מצביעים על כלים משוכללים ומדוייקים יותר להשגת המטרות המקוריות של האינטגרציה, ובעיקר מימון שוויוני וחינוך איכות... כלים המאפשרים, אולי... להביא לידי שיוויון בחינוך ללא אינטגרציה במובנה המכני" (גבתון, עמודים 477-480 וכן שם, עמודים 493-490).

האינטגרציה בישראל – המסגרת הנורמטיבית

36. בסעיף 3(אא) לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949 (להלן: "חוק חינוך חובה") נקבע:

"הורים של ילד בגיל שש ומעלה או של נער בגיל לימוד חובה חייבים, כל אחד מהם, לרשום את הילד או את הנער, כמפורט בסעיף קטן (ב), במוסד חינוך או ברשות-חינוך מקומית כאמור בסעיפים 20 ו-21 לחוק-חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953".

על פי סעיף ההגדרות שבחוק לימוד חובה רשות חינוך מקומית, בכל הנוגע לשטח השיפוט של הרשות המקומית הינה הרשות המקומית.

בסעיפים 20 ו-21 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 (להלן: "חוק חינוך ממלכתי") נאמר:

20. רישום תלמידים

לצורך מילוי החובה האמורה בסעיפים-קטנים (אא) ו-(ד) של סעיף 3 לחוק לימוד חובה יירשם תלמיד -

(1) במוסד-חינוך ממלכתי או במוסד-חינוך ממלכתי-דתי, הקרוב למקום-מגוריו;

(2) אם מקום-מגוריו הוא בתחום-שיפוטה של רשות-חינוך מקומית שאין בו מוסד חינוך רשמי - ברשות-החינוך המקומית;

(3) אם עומד התלמיד לקבל את חינוך החובה שלו במוסד-חינוך מוכר שאינו מוסד חינוך רשמי - באותו מוסד-חינוך מוכר.

21. תקנות רישום

סדרי הרישום, כללי האחריות לביצועו, הכללים שלפיהם ייקבע מוסד-החינוך הקרוב למקום-מגוריו של תלמיד והתנאים בהם מותר יהיה לרשום תלמיד שלא בהתאם לאמור בסעיף 20 - ייקבעו בתקנות".

בתוקף הוראות ההסמכה דלעיל הותקנו תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), תשי"ט-1959 (להלן: "תקנות הרישום").

בתקנה 7(א) לתקנות הרישום נקבע כי כל רשות חינוך מקומית תקבע, באישור מנהל המחוז, את אזורי הרישום שבתחומה. בתקנה 7(ב) הוגדרו הכללים לקביעתם של אזורי הרישום כאמור. כללים אלה מתייחסים, בין השאר, למרחק המירבי בין בית הספר לבין מקום מגורי התלמידים בהעדרה של תחבורה ציבורית ובקיומה, וכן נקבע שם:

- "(7) רשות חינוך מקומית רשאית לכלול שטחים שונים בתחום שיפוטה ולשייכם באזור פלוני אף אם אין רצף גיאוגרפי ביניהם;
- (8) רשות חינוך מקומית רשאית לקבוע שבאזור פלוני יהיו יותר מבית-ספר אחד; קבעה כך, רשאית היא להורות כי תלמיד שנרשם לבית-ספר ממלכתי או לבית-ספר ממלכתי דתי פלוני ילמד בבית-ספר אחר מאותה המגמה באותו אזור;
- (9) בבוא רשות חינוך מקומית לקבוע שתלמיד ילמד בבית-ספר פלוני בתחום אזורו, תתחשב באלה:
- (א) בקשות קודמות של תלמידים הגרים באזור האמור והלומדים בבית-ספר שבאזור אחר;
- (ב) מקומות שמתפנים במסגרת המכסה שנקבע לבית-הספר;
- (ג) אם התלמיד נרשם בתוך ימי הרישום שקבעה רשות החינוך המקומית;
- (ד) התאריך שבו נרשם התלמיד;
- (ה) גורמי בריאות, משפחה ושיקולים חינוכיים;
- (ו) מדיניות חינוכית".

בתקנה 17(ב) לתקנות הרישום נקבע:

"מנהל בית-ספר לא יסרב לרשום תלמיד הגר באזור שאליו משתייך בית-הספר ולא ירשום למוסדו תלמיד שאינו גר באותו אזור".

עוד הותקנו, מכוח הוראת ההסמכה שבחוק חינוך ממלכתי, תקנות חינוך ממלכתי (העברה), תשי"ט-1959, העוסקות בכללי העברתם של תלמידים ממוסד חינוך למשנהו, בין השאר ביזמת ההורים, ביזמת רשות החינוך, וביזמת בית הספר אליו רשום התלמיד.

37. "את תכנית הרפורמה בחינוך הגה משרד החינוך והתרבות, הממשלה סמכה את ידה עליה, והכנסת אישרה אותה. הענין נבדק ביסודיות על-ידי ועדה מיוחדת של הכנסת, וביוני 1968 אושרו המלצותיה על-ידי הכנסת ברוב מכריע, כשרק שלושה חברי כנסת הצביעו נגד ושמונה-עשר נמנעו. בעקבות זאת הכינה הוועדה המרכזית לביצוע הרפורמה שליד משרד החינוך והתרבות עקרונות, קווים מנחים והוראות ביצוע לגבי חטיבת הביניים" (בג"צ 71 / 152 מרדכי קרמר, ו-4 אח' נ' עירית ירושלים, פ"ד כה (1) 767, להלן: "פ"ד קרמר"). הרפורמה בחינוך זכתה לקונצנזוס רחב, אך לא עוגנה בחקיקה ראשית, והוצאתה לפועל, מבחינה תחיקתית, על דרך תיקון של תקנות הרישום, ובכלל זה הוספתה של תקנה 7 לתקנות הנ"ל המסמיכה את הרשות המקומית לקביעתם של רובעים, אשר בכל אחד מהם תתקיים

חטיבת ביניים, והחלתם של חלק מהכללים שנקבעו ביחס לאזורי הרישום
ואשר נזכרו לעיל ביחס לחטיבות הביניים כאמור.

38. לאחרונה חלה נסיגה מסויימת בשליטתה בכיפה של מדיניות האינטגרציה,
בניסיון לשלב בין אותו עקרון לבין מתן בחירה לתלמידים והוריהם, אשר באה
לידי ביטוי בהוספתה של תקנה 7א1 לתקנות הרישום הנושאת את הכותרת:
"שיוך תלמידים לפי שיטת הבחירה המבוקרת" (לעניין זה ראה בג"צ 986/05
שמואל פלד ואח' נגד עירית תל אביב ואחרים (טרם פורסם), להלן: "בג"צ
פלד").

האינטגרציה בראי הפסיקה

39. "במשך שני עשורים הפגין בית המשפט תמיכה בלתי מתפשרת ברפורמה
בחינוך ובאינטגרציה, שהיתה, כאמור המרכיב המרכזי בה" (גבתון, עמ' 495).
העותרים האופייניים בפסקי הדין שהובאו בפני בית המשפט היו הורים
משכבה מבוססת אשר ביקשו לברוח מחובת האינטגרציה ולבחור לילדיהם
בית ספר אשר נתפס בעיניהם כאיכותי יותר" (גבתון, עמ' 507).

39.1 פסק הדין הראשון שניתן בנושא האינטגרציה, "פסק הדין המכונן" בלשונו של
גבתון, הינו פ"ד קרמר שנזכר לעיל.

בעניין קרמר עתרו הוריהם של תלמידים בכתות ו של בית הספר לוריא
בירושלים כנגד המדיניות שנקבעה על ידי המשיבים לעכב בעדם את העברת
ילדיהם לבית הספר האוניברסיטאי, שהוא בית ספר פרטי, בנימוק של צרכי
הרפורמה, וזאת בטענה כי לרפורמה אין יסוד בחוק.

בפ"ד קרמר הובהרו יעדי מדיניות האינטגרציה ואופן ביצועה:
"הכוונה היא לקחת בתי-ספר ברמות שונות ולמזגם בבית-ספר מגוון
(הטרוגני), שבו התלמידים ברמה גבוהה יהיו רוב או ציבור בולט. "בכך",
אומר מר ברסלע, "מקווים להשיג את שתי המטרות העיקריות המונחות
ביסוד הרפורמה בחינוך:

1. העלאת הרמה הלימודית-החינוכית והעמקתה.
2. זירוז תהליכי האינטגרציה החברתית של בני עדות ושכבות שונות".
...הגשמת עקרון ההטרוגניות, שתכליתו להביא לאינטגרציה חברתית של
בני עדות ושכבות שונות, הכתיבה את הצורך בקביעת רובעי חינוך של
מספר בתי-ספר יסודיים והעברת כל גומרי בתי-הספר הללו אל חטיבת
הביניים שבחינוך העל-יסודי. זה מבטיח הימצאות אוכלוסיית תלמידים
מגוונת בחטיבת הביניים, ושילובם במסגרת לימודים אחת עשוי לסייע
לקידומם של התלמידים השונים במוצאם העדתי, ברקעם החברתי
ובהישגיהם הלימודיים. מכאן הצורך לדאוג לכך, שבין התלמידים בחטיבת
הביניים לא יחסרו תלמידים בעלי רמת הישגים גבוהה במידה מספקת,
שיוכלו לשמש דוגמה ואתגר לחבריהם בעלי רמת הישגים יותר נמוכה."

נטען כי ממילא מדובר בתלמידים ספורים אשר יכול ויתקבלו לבית הספר
האוניברסיטאי ולפיכך אין בהענות לבקשתם לסכל את מדיניות הרפורמה או
להשפיע על רמתה של חטיבת הביניים אליה יועדו. בשל החשיבות שייחס בית

המשפט למדיניות האינטגרציה סרב לקבל את אותו טיעון רק בשל החשש לתקדים שיוכל לכרסם בהוצאתה לפועל של הרפורמה:
"אנו מסכימים עם המשיבים, כי בענין זה לא המספר קובע. העקרון הוא התופס מקום בראש. בשביל רשויות החינוך בארץ, הביצוע התקין של הרפורמה בחינוך הוא בעל חשיבות עקרונית ראשונה במעלה. כשהביא יושב-ראש ועדת החינוך והתרבות של הכנסת את המלצות הוועדה המיוחדות לבחינת מבנה החינוך בארץ לאישור הכנסת, הוא ציין והטעים כי כל רפורמה בחינוך היא מטבעה הכרעה ציבורית-מדינית-חינוכית. "ובאשר אצלנו, הרי צמצום הפער בין ילדי ישראל - זו הכרעה לאומית ממדרגה ראשונה". המשיבים איתנים בדעתם, כי מבחינה עקרונית אין לפתוח שום פתח העלול להפריע למהלך התקין של הגשמת הרפורמה בחינוך, ואין להרשות שום יוצא מן הכלל שיכול להוות תקדים לבאות. לדעתנו, אין לבוא בטרוניה עמהם על כך".

בית המשפט דחה את טענות העותרים כי זכותם של ההורים לבחור לילדיהם את המוסד החינוכי המוכר הנראה להם נמנית על זכויות היסוד של האזרח שאין להגבילה אלא בחוק. כבוד השופט ברנזון קבע כי "לטענה כאמור אין יסוד":

"... בבוא שר החינוך והתרבות להתקין את תקנות ההעברה בשנת תשי"ט לא עלה כלל עד דעתו, ולא יכול היה להעלות על דעתו, שהן תשמשה מכשיר-עזר להגשמת הרפורמה בחינוך. ..אולם לא זה המבחן לכוחות הנתונים לרשויות השונות לפי התקנות. המבחן הוא אם לשון התקנה תואמת את השימוש שנעשה בה, ושימוש זה אין בו משום סילוף או עיוות המטרה שלשמה ניתנו הכוחות. מדיניות הולכת ומדיניות באה והכוחות בעינם עומדים. השימוש בכוחות הללו לקידום הגשמת שיטת החינוך החדשה לא רק שאינו זר לענין, אלא שהוא נשמת אפו. הרפורמה הינה רעיון חינוכי וקשורה קשר הדוק עם המטרות החינוכיות שלשמן קיימות ופועלות הרשויות לפי תקנות ההעברה. על-כן רק טבעי הדבר שישתמשו בכוחותיהן לצורך השגת המטרות החינוכיות הגלומות ברפורמה".

הטענה נדחתה גם על ידי כבוד השופט עציוני:
"במדינתנו, כשאין חוקה המגינה מפורשות על זכויות היסוד של האזרח, בית-משפט זה, בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק, מצווה לשמור על זכויות אלה ולהושיט את הסעד המבוקש לאזרח כשאחת מחרויות היסוד שלו נפגעת על-ידי פעולות השלטונות, אלא שבית-המשפט בבואו להפעיל את סמכויותיו אינו יכול, לדעתי, ואינו צריך להתעלם מעצם מהות המדינה המודרנית, ולא-כל-שכן מדינת סעד כמדינתנו, כאשר האזרח לוקח על עצמו חובות שמטבע הדברים מגבילות את חופש פעולותיו. טובתו ושלומו הוא כפופים לא פעם לטובת שלום הכלל, ולעתים קרובות נוחיות ואינטרס הפרט משועבדים לנוחיות ולטובת הכלל.... וכך גם בשטח החינוך, שהוא אחד מהרגישים ומהחשובים בפעולותיה של כל מדינה מסודרת, הדואגת לעתידה ושגשוגה, שטח שאין המדינה יכולה להפקירו בידי הפרט בלבד. מכאן נובעים החוקים המטילים חובת חינוך והגבלות אחרות הבאות לפקח על טיב החינוך והיקפו. לכן, אין זה יוצא דופן, אם הממשלה מטעמי מדיניות חינוכית או סוציאלית באה להגביל את זכות האזרח לבחור לילדיו

מוסד חינוכי כעולה על רוחו, ולצמצם את זכות העברת תלמיד ממוסד חינוכי אחד למוסד חינוכי אחר, דבר עליו הצביע כבר חברי, השופט ברנזון".

ובהמשך:

"ומהי המדיניות שבגללה הוגבלה זכותם של העותרים להעביר את ילדיהם לבית-הספר שבו הם בחרו? זוהי מדיניות שכל כולה וכל מטרותיה הן: להעלות את הרמה הלימודית והחינוכית ולהעמיקה ולזרז את הליכי האינטגרציה החברתית של בני עדות ושכבות שונות. האם בית-משפט זה יכול להתעלם משיקולים "מעשיים ומציאותיים אלה" (כדבריו הנ"ל של השופט ויתקון)?! אל לנו לשכוח, שבסופו של דבר, הצלחת הרפורמה החינוכית יכולה להיות גורם חשוב למניעת אותם מאורעות מעציבים שאנו עדים להם בזמן האחרון על רקע הטענה של אי-שוויון חברתי וסוציאלי. לא הייתי מרבה דברים בענין, לולא העובדה שהיה לי הכבוד להיות יושב-ראש של הוועדה הציבורית לחקירת מאורעות ואדי-סליב בשנת 1959, וכך, בין היתר, נאמר בדין-וחשבון של הוועדה לאחר סקירת הגורמים שהביאו למאורעות ואדי-סליב:

"בגורמים הנזכרים נעוצה גם העובדה, שלמרות התנאים השווים הניתנים מטעם מוסדות המדינה והקליטה לכל האזרחים והעולים, נשללת מחלק מהם, למעשה, אפשרות התחרות שווה להתקדמות בתחומי החיים השונים. בתחום בעל חשיבות ראשונית כשטח החינוך, למשל, נוצר המצב המדאיג שבו אחוזי התלמידים בבתי-הספר העל-יסודיים, מכל שכן הגבוהים, אינם עומדים בשום יחס למספרם הכמותי ולמשקלם הסגולי של בני עדות המזרח. כתוצאה מכך אין ייצוג מתאים לבני עדות אלה במשרות הדורשות הכשרה מקצועית והשכלה גבוהה. נראה לנו ששורש תופעה זו אינו נעוץ בחוסר כשרון או בנחיתות שכלית, אלא בעיקרו הוא יונק מאותם הגורמים האובייקטיביים שהוזכרו לעיל. כאן מקום להזכיר את האמצעים הננקטים על-ידי רשויות החינוך, ומשרד החינוך ראשם, במאמץ לצמצם את הפער הגדול בין יוצאי עדות שונות במסגרות החינוך הקיימות... בינתיים קיים עדיין המצב שחלקים מסויימים מתוך קבוצות עולים שונות אינם נקלטים במסגרות הכלכליות, החינוכיות והחברתיות הקיימות. ... בטוחני שלאור המטרה שהציבה לה הממשלה, בנסותה לבצע את הרפורמה החינוכית, אין כל יחס בין תלונותיהם של העותרים ובין היעדים שעמדו לנגד עיניה של הרשות המוסמכת בהודיעה על מדיניותה בשאלת העברת תלמידים ממוסד חינוכי אחד למשנהו".

39.2 ב-בג"צ 80 / 518 מגדה דיקמן נ' עיריית אשדוד, פ"ד לה (2) 203 קבע בית המשפט כי לצורך הגשמתה של האינטגרציה נגזר על חלק מהתלמידים ללמוד בבתי ספר טובים פחות, אך נטל זה מוצדק בשים לב למטרה החשובה שביסוד ההכרעה:

"סיכומו של דבר: עניין לנו בשינוי מבנה רבעים, אשר כתוצאה ממנו ילמדו ילדי העותרים בבית-ספר תיכון, אשר רמתו החינוכית נופלת מזו של בית הספר התיכון, שבו ציפו כי ילדיהם ילמדו. השיקול, שהביא לתוצאה זו, הוא השיקול בדבר הגשמת האינטגרציה בחינוך. אכן, לשם הגשמתה של

מטרה זו אין מנוס לעתים מכך, שילדים יועברו מבית-ספר אחד למשנהו - אם בדרך אינדיבידואלית ואם בדרך של חלוקת רבעים מחדש - תוך הורדה ברמת הלימודים (ראה: בג"צ 608/75 [3]). מובנת טענתם של העותרים, השואלים מדוע דווקא אנו ומדוע דווקא בנינו. אך התשובה היא, כי מישהו צריך לשאת בנטל, והרשויות המוסמכות החליטו - ושיקול-דעתן הודרך על-ידי נימוקים ענייניים, ונימוקים אלה בלבד - כי דווקא ילדי העותרים ראויים לשאת בנטל זה. אומר אני "ראויים", שכן בסופו של דבר לא גזירה הוטלה על העותרים, אלא משימה לאומית ממדרגה ראשונה".

39.3 על אף שהרפורמה בחינוך נסבה על הקמתן של חטיבות הביניים לצורך יישומה של האינטגרציה, הרי שיעד ותכלית האינטגרציה; 1 מצויים ביסוד החלטות שונות שניתנו גם ביחס לתלמידי בתי הספר היסודיים. כך למשל:

ב- בג"צ 421/77 **עמליה ומיכאל ניר נ' המועצה המקומית**, פ"ד לב(2)253 אישר בית המשפט כי העברה מרשות חינוך מקומית אחד לרשות חינוך מקומית אחרת טעונה הסכמת שתי הרשויות הנוגעות לענין, ואת החלטתה של המועצה המקומית באר יעקב שלא להתיר העברתם של ילדיהם של חלק התושבים ללימודים מחוץ ליישוב, כפי בקשתם, משום "הדאגה הכנה לביסוס וייצוב רמת החינוך שבבית הספר שבמושבה".

על החלטות ברוח זאת חזר בג"צ גם ב-בג"צ 608/75 **קוזלובסקי נגד המועצה האזורית אשכול**, פ"ד לו(2) 449 ו-בג"צ 416/77 **ועד רמת רזיאל נגד בית ספר ממלכתי אזורי הרי יהודה**, פ"ד לא(3) 794, אשר נזכרו בסיכומי הטענות מטעם הנתבעים.

ב-בג"צ 595/88 **חיה שולמן נ' מנהל המינהל לחינוך בעיריית ת"א**, פ"ד מב(3) 594 נדון סרובה של הרשות לאשר העברתה של ילדה אשר שובצה, בהיותה בגן טרום חובה לגן המהווה חלק מחטיבה צעירה בבית ספר המרוחק מביתה, הילדה שהתה שנה בחו"ל, עברה שם קשיי הסתגלות, כשבשל כל אלה ביקשו הוריה את העברתה לבית הספר בו למדה בהיותה בגן טרום חובה. העתירה נדחתה, תוך שבית המשפט קובע:

"הנימוק שביסוד ההוראה בדבר שמירה על אזורי הרישום הוא במדיניות האינטגרציה, שמטרתה לקיים ולפתח בית-הספר ברמה נאותה באותו אזור ולמנוע "בריחת תלמידים" ממקום למקום, דבר שיביא בעקבותיו יצירת בתי ספר לפי גוונים עדתיים והבחנות כיוצא באלה. מגמה זו של אינטגרציה "למען הרבות במאחד ובשווה בחינוכו של הדור הצעיר" (בג"צ 421/77, בעמ' 265) היא יסוד מוסד במדיניות החינוך, יש לשומרה ולטפחה, ואין אנו מתערבים בה (ראה בג"צ 518/80 בעמ' 206). משום כך, כאשר מתבקש רישומו של תלמיד בבית-ספר שמחוץ לאזור מגוריו, יש להוכיח, שאכן מצויות נסיבות מיוחדות המצדיקות העברה כזאת, ונסיבה זו היא, דרך משל, כאשר טובת הילד דורשת ומחייבת העברה כזו." (עמ' 597-598).

40. במאמרו של גבתון סוקר המחבר את התפתחות הפסיקה בענייני חינוך בשנות התשעים ומגיע למסקנה כי על אף שאותם פסקי דין כוללים תמיכה פומבית

באינטגרציה הרי שהלכה למעשה מצויה בהם הסתייגות חבויה ממדיניות זאת. נאמר שם: "בכל פסקי הדין שניתנו מתחילת שנות התשעים ואילך בסוגיות של בחירת הורים בבתי ספר הוצג המקרה כעוסק בעניין אחר (כגון הבטחה שלטונית – ר.צ), ולא באינטגרציה בכלל, או שפסק הדין הצהיר בגלוי על תמיכה רבתי באינטגרציה, אך הגיע משום מה לתוצאה הפוכה בהנמקות שונות כגון ייחודו של המקרה הנדון" (עמ' 499). "בשנים אלה ניתנו פסקי דין המכירים בזכות ההורים לקיים חינוך פרטי בתוך המערכת הממלכתית כאילו זה דבר מובן מאליו" (עמ' 500), בפסקי הדין נכללו אמירות ברוח הפסיקה שקדמה לרפורמה בחינוך אשר הכירו בזכותם של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם כרצונם כשאפשרות בחירה זאת הוגדרה על ידי השופטים במונחים של זכויות ואף זכויות יסוד, תוך הפניה לאותה פסיקה (גבתון, עמ' 503-506, 510). לדעת גבתון חלק מתהליך נטישתה של מדיניות האינטגרציה הבאה לידי ביטוי בהכרעות שניתנו החל משנות ה-90 נעוץ בכך שמשרד החינוך עצמו החל נוטש עת עמידתו העקשנית על קיומה של אותה מדיניות, כפי שבא לידי ביטוי בין השאר בהתנהלות הרשויות באותן פרשות.

מאחר והדיון בכל אלה מתרחק מהשאלות הצריכות הכרעה בתובענה זאת לא ראינו לנכון להביא את פרוט פסקי הדין הנוגעים בעניין ואלה פורטו במאמר הנדון. לפסקי הדין הנ"ל נוסף גם פסק דין פלד, שאזכר לעיל, אשר ניתן לאחר כתיבת המאמר ושיש בו להדגים את קביעתו של גבתון כי הפסיקה, החל משנות ה-90, נקטה בגישה פרגמטית, חדלה מלקיים דיון ערכי בסוגיית האינטגרציה והעבירה את הפסיקה לפסים של משפט מנהלי (שם, עמ' 59).

עולת היפר חובה חקוקה – הפרתו של איסור הפליה על פי חוק זכויות התלמיד

מבוא

41. בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד נקבע:

"(א) רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו, בכל אחד מאלה:
(1) רישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך;
....."

42. לטענת התובעים מדיניות המכסות הסוגרת את שעריו של בית הספר בפני ילד ממוצא אתיופי רק בשל מוצאו, ומשנמלאה המכסה המוקצית "לאלה מסוג", מהווה הפרה ברורה ובוטה של איסור הפליה על חוק זכויות התלמיד, תהא אשר תהא הכוונה שנלוותה לאותה מדיניות. לטענת הנתבעים: "מדיניות משרד החינוך לא הפלתה לרעה את תלמידי העדה האתיופית, ולא מדובר בהפליה פסולה מתוך כוונה ושיקולים בלתי ענייניים ועל כן לא הופר סעיף זה על ידי המדינה" (סעיף 42 לסיכומי טענות הנתבעים 1 ו-3).

הפליה אסורה מהי?

43. טיעונה של המדינה מבקש לתמוך עצמו בשלל פסקי הדין אשר הבחינו בין הבחנה מותרת וכשרה לבין הפליה פסולה. ובכלל זה ולשם ההדגמה בלבד:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת". (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' רבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כח(1), 35).

"עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצרכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה" (בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד מג(4) 297, 299-300).

"הנה-כי-כן, עצם ההחלטה לנהוג בקבוצה זו או אחרת באופן שונה אינה מקימה, לכשעצמה, טענת אפליה. החלטה תיחשב למפלה באם החילה יחס שונה כלפי מי ששווים במאפייניהם הרלוונטיים. אותם "מאפיינים רלוונטיים" המחייבים יחס שווה נמדדים, לא אחת, באספקלריה של "קבוצת השוויון" אליה משויכות הקבוצות נשוא הדין". (בג"צ 986/05 שמואל פלד ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו, תק-על 2005(2), 161, 167, שנזכר לעיל).

44. לטענת המדינה על השוויון המידי, לבחור בבית ספר זה או אחר, כולם באזור מגוריו של ליאור, לסגת בפני שוויון ההזדמנויות האמיתי שמבקשת המדינות להבטיח לכלל ילדי העדה האתיופית. בבסיס המדיניות העמדה והאמונה כי אין כל נחיתות של יוצאי העדה האתיופית ביחס לאחרים, ולהיפך, היא מושתתת על ההכרה כי העובדה שהתפלגות השכלתם, השתכרותם ומעמדם החברתי של יוצאי אתיופיה אינה תואמת את חלקם באוכלוסיה אינה נובעת מתכונות של יוצאי העדה, כי אם מחוסר הזדמנות אמיתית לשוויון, שהדרך הטובה והיעילה ביותר לקידומה הינה על דרך החינוך האינטגרטיבי ומניעתה של מציאות של בתי ספר סגרגטיביים. בשל כך, על פי הנטען, מדובר בהבחנה כשרה, להבדיל מהפליה פסולה, ואת מטבע הלשון "הפליה" שבסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד יש לפרש בהתאם למשמעות שניתנה לאותו מונח בפסיקתו המושרשת והעניפה של בית המשפט העליון, בעניין הזכות לשוויון ככלל, ובהתאם לאיזון שנעשה בפסקי הדין שתמכו תמיכה מלאה ובלתי מסוייגת במדיניות האינטגרציה בחינוך בפרט. אינני סבורה כי ניתן לקבל את הפרשנות המוצעת על ידי הנתבעים, וזאת בשים לב למשקלם המצטבר של השיקולים שיפורטו להלן.

45. על הקושי שבהגדרת השוויון כמתואר בסעיף 43 לעיל עמדה כבוד השופטת דורנר בבג"צ מילר שנזכר בסעיף 30 לעיל.

"ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם (אריסטו, אתיקה ניקומכוס, ספר 5 פיסקה 1131 (תרגום י' ג' ליבס, שוקן) 1116-1118). לדעתי, הגדרה זו - שנקלטה בפסיקתנו (ראו, למשל, ד"נ 10/69 [1], בעמ' 35) - גובלת בטאוטולוגיה. ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה - שהתממשה לא אחת - כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו.

...

זאת ועוד: ההגדרה אף מבליעה את ההבחנה בין עצם הרלוואנטיות של השונות לבין המידתיות, במובן של צמצום הפגיעה בזכויות האדם למקרים שבהם הדבר דרוש או למידה הדרושה.

לדעתי, בענייננו (כלומר, בנסיבות שבהן ההחלטה מבוססת על שיקול המין או על שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, כגון גזע) ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה האריסטוטלית - ולמצער על חלקם - על-ידי המרתה של הגדרה זו במבחן כפול: ראשית, האם שיקול המין הוא רלוואנטי; שנית, בהנחה שהשיקול הוא רלוואנטי, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.

לשיטתי, כאמור, הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית, ובענייננו הפליה לרעה של אישה, פוגעת בזכות לכבוד. ואולם, ככל זכות, גם הזכות לכבוד (לרבות איסור ההפליה הקבוצתית הנגזר ממנה) אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על-כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישה לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות מידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים.

....

מכך נלמד, כי גם כאשר "הפליית נשים הינה שיקול ענייני" (שם), ההחלטה המפלה פוגעת בעקרון השוויון, ויש לבחון אם פגיעה זו מוצדקת. לעומת זאת, על-פי ההגדרה האריסטוטלית המקובלת, אמירה כי "הפליית נשים הינה שיקול ענייני" טומנת בחובה סתירה, שכן, לפי הגדרה זו, אם השיקול הוא ענייני, לא קיימת הפליה מעיקרא". (שם פסקאות 6-7).

46. הדברים שלעיל מקבלים משנה תוקף בענייננו. עוסקים אנו בפרשנותו של מטבע הלשון "יפלו", בהוראת חוק הנושאת את הכותרת "איסור הפליה", המהווה חלק מחוק שבא לעולם לאחר חקיקתו של חוק היסוד. זכויות פרטיקולריות לשוויון, של הנימנים על קבוצות שידעו הפליה בעבר, זכו לעיגון חוקי בשלל חוקים שנחקקו לאחר חקיקתו של חוק היסוד (ראה סעיף 32 לעיל), בהם חוזר ונשנה איסור ההפליה הקבוצתית ככלל, ואיסור ההפליה בגין

מוצא, עדה, לאום או גזע בפרט. הזיקה לחוק היסוד גלויה על פני החוק, אשר בסעיף 1 לו מכריז על מטרתו ("חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות לזכויות התלמיד ברוח כבוד האדם ועקרונות אמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד, תוך שמירה על כבוד התלמיד..."). הוכרע בהלכה הפסוקה כי חלק מהיבטיה של הזכות לשוויון מוגנים על ידי חוק היסוד, וזאת שעה שהפגיעה בשוויון מהווה פגיעה ישירה ומוחשית בכבוד. כך הוא בכל הנוגע לפגיעה בשוויון על רקע השתייכות קבוצתית, שהיא מהגילויים הקשים והחמורים של הפגיעה בזכות לשוויון, פגיעה הכרוכה בהשפלתו של אדם ופגיעה בכבודו (ראה סעיפים 29 ו-30 לעיל).

בפנינו איסור שבחוק על הפלייתו של תלמיד, בשל מוצאו, במועד רישומו למוסד חינוכי. איסור ההפליה כאמור נגזר מהזכות לשוויון, ללא שים לב לעדה או מוצא, המהווה חלק מזכות היסוד של כל אדם לכבוד. ההפליה היא ההיפך מהשוויון, היא הפרתה של הזכות לשוויון, ולכן את הביטוי "פלו" שבסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד יש לפרש כהפרה אסורה של הזכות לשוויון. המבחן הדו שלבי המוצע בפסק דינה של כבוד השופטת דורנר אשר צוטט לעיל, משקף את המענה שנותן חוק היסוד לבחינתה של השאלה אימתי מותרת הפגיעה בזכות יסוד, ובכלל זה הזכות המוגנת על פי סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד. על פי הוראת חוק היסוד, ראשית יש להשיב על השאלה האם נפגעה הזכות לשוויון על ידי המדיניות שננקטה ובוצעה על ידי הנתבעים, ולו מטעם ענייני, ורק לאחר מכן תיבחן השאלה האם מדובר בפגיעה מותרת, מוצדקת כלשון השופטת דורנר, וזאת בהתאם למבחנים המצטברים הכלולים בפסקת ההגבלה של חוק היסוד.

להלן נבחן איפוא את השאלה האם הופר האיסור שבסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, בהתאם לפרשנות כי הפליה הינה פגיעה אסורה בזכות לשוויון, כאשר השאלה אימתי מותרת הפגיעה תוכרע בהתאם להוראות חוק היסוד.

מדיניות המכסות - הפרתה של הזכות לשוויון

47. השאלה הראשונה, האם הופרה הזכות לשוויון לכאורה איננה קשה והתשובה לה ברורה. בצד היות ההפליה הקבוצתית, וההפליה על רקע מוצא במיוחד, מהגילויים המובהקים, הברורים והקשים של הפרתה של הזכות לשוויון כפי שעולה ממגילת העצמאות, אמנות בינלאומיות שישראל צד להן, והמשפט ההשוואתי, אשר נסקרו בפסקי הדין שאזכרו בפסק דין זה לעיל, הרי שהזכות הפרטיקולרית ליחס שווה לבני עדות שונות מעוגנת במספר חוקים כפי שהודגם בסעיף 32 לעיל, לרבות החוק נשוא הדין.

הן מילולית, וודאי שעל רקע כל האמור לעיל, משמעותו של האיסור להפלות כאמור בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד הינה קיומה של חובה לנקוט באופן שוויוני כלפי בני עדות שונות בכל הנוגע לרישומם של תלמידים למוסד חינוך. הנתבעת 1 בקביעתה של מדיניות המכסות וההנחיות שניתנו על ידה לרשויות החינוך ליישומה של אותה מדיניות, והנתבעים 2 ו-3, בסרובם לרשום את ליאור לבית הספר מוריה, מאחר והוא נמנה על בני העדה האתיופית, פגעו בזכותו לקבלתו של יחס שווה לזה הניתן לבן כל עדה אחרת בבואו להרשם לבית הספר.

אמת המידה לחוקיות הפגיעה – פסקת ההגבלה

48. משנמצא כי נפגעה הזכות לשוויון, ומשאימצנו את הפרשנות כי הפליה משמעה פגיעה אסורה באותה זכות, יש לבחון אימתי מותר לפגוע בזכות השוויון, וזאת בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק היסוד (לעיל ולהלן): "פסקת ההגבלה" שם נקבע:

"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 שבו".

פעולות הנתבעים כפופים להוראות חוק היסוד, לרבות פסקת ההגבלה, במשך להוראת סעיף 11 לחוק היסוד, שם נקבע: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

"פסקת הכיבוד הישראלית מטילה את חובת הכיבוד על רשויות שלטוניות. גישה אינה לפונקציה של הרשות אלא אל הרשות, תהא הפונקציה שלה אשר תהא... זאת ועוד, פסקת הכיבוד מפנה את חובת הכיבוד על כל הרשויות. אין היא מוגבלת אפוא לרשויות של השלטון המרכזי בלבד". (ברק, עמ' 448).

וכן: "הרשות המבצעת חייבת לכבד את זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד... חובת הכיבוד חלה על כלל הפונקציות המבוצעות על ידם. על כן חלה חובת הכיבוד על החקיקה המנהלית ועל השפיטה המנהלית. היא חלה בוודאי על הביצוע המנהלי". (ברק, עמ' 452).

וראה גם בג"צ מילר שם נאמר:

"בישראל יש לשאול את אמות המידה לכיבוד הזכויות (נשוא החובה שעל פי סעיף 11 לחוק היסוד- ר.צ), בשינויים המחויבים, מסעיף 8 לחוק היסוד (להלן - פסקת ההגבלה).

....

אכן, פסקת ההגבלה חלה רק על סמכויות שיסודן בחוקים שהתקבלו לאחר חקיקת חוק היסוד. ואולם ראוי הוא, מכוח היקש, להחיל את עיקריה לעניין חובתן של רשויות השלטון מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, החלה אף על סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד.

.... (שם, פסקה 10 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר).

תנאי פסקת ההגבלה – פגיעה על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו

49. הקושי הראשון בהכשרתה של הפגיעה תולדת יישומה של מדיניות המכסות מצוי בתנאי הראשון שבפסקת ההגבלה, על פיו על הפגיעה בשוויון להיות בחוק, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו.

49.1 חוק זכויות התלמיד אינו קובע סייג כלשהו לאיסור הפגיעה בשוויון הכלול בסעיף 5 שבו. זאת בניגוד לחוקים אחרים, הכוללים איסורים דומים כפי שנסקרו בסעיף 32 לעיל, שם נקבע בחוק גופו, בצד איסור ההפליה, איזו התנהגות לא תחשב להפליה, ביחד עם הוראות חוק שנועדו להבהיר את חוקיותה של הפליה מתקנת (הכל כמפורט בסעיף 32.6 לעיל).

במאמר מוסגר יצוין כי נוסחם השונה של החוקים האחרים הכוללים איסורים דומים תומך לכאורה בדרך הפרשנות המוצעת של ההפליה כמשמעותה בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד. זאת לא משום אימוצה של פרשנות קודיפטיבית (על פיה מעצם כלילתן של אותן הוראות מסייגות בחוקים האחרים יש להסיק את דבר קיומו של הסדר אחר על פי חוק זכויות התלמיד), אלא משום המסקנה הלכאורית כי טעמן של אותן הוראות - המשקפות אמות מידה דומות או זהות לאופן הפגיעה המותר בזכות; בהתאם לאמות מידה המשקפות במידה רבה את ההלכה הפסוקה כפי שהתפתחה בטרם חקיקתו של חוק היסוד; ואשר באו לעולם לאחר חקיקתו של חוק היסוד - בדרישתה של פסקת ההגבלה כי פגיעה בזכות יסוד הנימנית על הזכויות המוגנות על פי חוק היסוד (ובענייננו הזכות לשוויון, כנגזרת של הזכות לכבוד) תהא על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו.

49.2 הנתבעים גם לא הצביעו על הוראה כלשהי שבחוק או על פיו, חיצונית לחוק זכויות התלמיד, שיש בה להכשיר את הפגיעה בזכות. המסגרת החקיקתית אשר בהמשך לה הוצאה לפועל תוכנית האינטגרציה היתה חסרה מלכתחילה, והיא נשענת על חקיקת משנה כמתואר בסעיפים 36-37 לעיל, בחלקה הארי חקיקת משנה שבאה לעולם שנים ארוכות בטרם נהגתה תוכנית האינטגרציה, כשהיא מעניקה לרשות המבצעת כוחות וסמכויות לפעול בכל הנוגע לרישום תלמידים לבתי ספר והעברתם, ללא שאמות המידה של המדיניות שנבחרה באות לידי ביטוי בחוק (הדברים אמורים גם ביחס לתוכנית האינטגרציה המהווה חלק מהותי של הרפורמה בחינוך מכוחה הוקמו חטיבות הביניים, ועל אחת כמה וכמה בכל הנוגע לפגיעה בזכות נשוא הדיון, שאיננה כפגיעה נשוא פסקי הדין בנושא האינטגרציה אליה הפנו הנתבעים ואשר נסקרה בסעיף 39 לעיל, ואשר ספק אם ניתן לעגנה בהוראות התקנות הנוגעות בענין, כמפורט גם בסעיף 62 להלן).

מצב דברים זה תואר גם במאמרו של גבתון:
"כה גדולה היא תמיכתו של בית המשפט ברפורמה, שהוא אינו עוצר קמעה להרהר אם האינטגרציה פוגעת בזכותם של העותרים נגדה. התעלמות זו בולטת במיוחד על רקע דברי השופטים עצמם בתקופה הראשונה של הפסיקה, בטרם הרפורמה של שנת 1968. בתקופה זו הכירו השופטים בזכותם של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם כרצונם, כדברי השופט הלוי בעניין פרס. אפשרות בחירה זו הוגדרה על ידי השופטים במונחים של זכויות, שלא לומר זכויות יסוד. כיצד איפוא נעלמה לפתע זכות זו עם הפעלת הרפורמה? ובמיוחד כיצד נגזזה זכות זו כאשר הופעלה האינטגרציה ללא חקיקה, שהיא התנאי ההכרחי בלשון המעטה, גם אם אינו מספיק, המקובל במשפט החוקתי כבסיס לפגיעה בזכות? בית המשפט מעניק התייחסות מעטה למאזן זכויות זה" (שם, עמ' 508, וראה גם שם בעמ' 496-498).

49.3 בחיבורו של ברק על הפרשנות החוקתית הובעה הדעה כי במסגרת התנאי "על פי חוק", מצויה גם ההלכה הפסוקה כפי שהתגבשה בטרם חקיקתו של חוק היסוד:
"אין להניח, כי תכליתו של חוק היסוד היתה לשרש את ההלכה הפסוקה כמקור למשפט. ואם, אמנם, ההלכה הפסוקה ממשיכה להיות מקור

למשפט – כפי שמתחייב לדעתי מפרשנותו של חוק היסוד – כי אז הגבלות על זכויות אדם המעוגנות בה הן הגבלות "בחוק" (שם, עמ' 512-513).

הגם שסיכומי הטענות של הנתבעים אינם הולכים בתלם הפרשנות שנבחרה על ידי, באופן מעשי הם סומכים את טיעונם על ההלכה הפסוקה אשר הדפה את ניסיונות העותרים השונים ליצור בקיעים במדיניות האינטגרציה, הכל כמתואר בסעיף 39 לעיל ואגב סקירת טענות הנתבעים. אפילו יש בהלכה הפסוקה להוות הגבלה של זכות "בחוק", אין בהלכה הפסוקה עליה הצביעו העותרים להוות "חוק" כאמור, וזאת בשים לב למשקלם המצטבר של השיקולים הבאים:

ראשית, כפי שעולה מסקירת הפסיקה שלעיל וכמשתקף במאמרו של גבתון ההלכה הפסוקה בעניין האינטגרציה חסרה "שיח" של זכויות. בהלכות שניתנו בסוגית האינטגרציה לא ניתנה הדעת להיקפן של הזכויות המתחרות ואין לראות בהן תקדים לעניין האיזון הנכון שביניהן.

שנית, ספק של ממש אם ההנמקה שביסוד פסק דינו של השופט ברנזון בעניין קרמר, אשר צוטטה בסעיף 39.1 לעיל, לדיון של תקנות הרישום ותקנות ההעברה כמקור שבחוק לפגיעה בזכויות עולה בקנה אחד עם התנאי הראשון שבפסקת ההגבלה, ואם כך הוא הרי שעם שינוי הדין אין עוד לראות בפסקי הדין בעניין האינטגרציה הרשאה כללית שבחוק לפגיעה בזכות לשוויון לצורך קידומה של אינטגרציה חברתית.

שלישית, אפילו תאמר כי באותה הלכה להוות מקור בחוק להגבלתן של זכויות יסוד הנסוגות בפני האינטרס החברתי הגלום במדיניות האינטגרציה הרי שזכות היסוד אשר נזכרה, אם וככל שנזכרה באותה פסיקה, הינה בעיקרה הזכות לחינוך וזכותם של הורים לבחור את המוסד החינוכי עבור ילדיהם. ההפליה שנזכרה בפסקי הדין הנ"ל איננה מסוג ההפליה נשוא הדיון כאן (הפליה על רקע של מוצא), שכן מדיניות האינטגרציה יושמה על דרך קביעתם של אזורים גאוגרפיים, אשר הם שקבעו את השיבוץ לבית ספר זה או אחר, וההפליה ככל שנידונה בפסקי הדין הנ"ל היתה הפליה ביחס לגורלם של אחרים, באותו מועד או בעבר, להם ניתנה הזדמנות שיבוץ אחרת, תוך הכפפתם של העותרים למשטר הרישום האזורי וחוסר הנכונות לסטות הימנו.

49.4 במאמר מוסגר יצוין כי לא רק שמדיניות המכסות לא התבצעה על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו, אלא שעל פניו ולכאורה היא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חקיקת המשנה הקיימות. עניין זה לא לובן בראיות, בהעדרה של טענה מצד התובעים ביחס לפעולה ללא סמכות של הנתבעים, ובהעדרה של טענה של הנתבעים לקיומם של התנאים שיש בהם להגביל את אחריות המדינה ועובד הציבור. בנסיבות אלה לא נדרש ולא ניתן מענה ביחס לפרטיהם של הליכי הרישום באמצעותם יושמה מדיניות המכסות ומידת ההתאמה שביניהם לבין תקנות הרישום ותקנות ההעברה שנזכרו בסעיף 36 לעיל, יחד עם זאת לא ניתן להתעלם מכך שעל פי עובדות המקרה המהוות את עילת התובענה סרב מנהל בית הספר מוריה לרשום את ליאור לבית הספר הנ"ל, בהתאם להנחיות שקיבל כחלק מיישומה של מדיניות המכסות, וזאת שעה שכמצוטט בסעיף 36 לעיל, על פי מצוות תקנות הרישום (תקנה 17(ב))

לתקנות הנ"ל) נאסר על מנהל לסרב לרישום של תלמיד המתגורר באזור הרישום של בית הספר, כפי שהיה בענייננו. בענין זה ראה גם את האמור בסעיף 62 שלהלן.

49.5 עוד יוער בשולי הדברים כי החלטות הממשלה בעניין זה עליהן מבקשת המדינה לסמוך את חוקיות מדיניות המכסות אינן יכולות לבוא תחת הדרישה לפגיעה בזכות על פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו. בנוסף, אני סבורה כי יש לראות באותן החלטות קביעתו של יעד, להבדיל מאמצעי לביצוע, כאשר הכשל שנפל במדיניות המכסות איננו יעד הפיזור שהינו תכלית ראויה, כי אם האמצעי שנבחר לביצועו.

תנאי פסקת ההגבלה – פגיעה בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש

50. פסקת ההגבלה מונה שלושה תנאים נוספים על התנאי שנדון לעיל: היותה של הפגיעה תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, כי נועדה לתכלית ראויה, וכי מידתה אינה עולה על הנדרש. על אף שעל פי ניסוחה של פסקת ההגבלה התנאים הנזכרים בה נסבים על הוראות החוק הפוגע, הרי שכמובהר לעיל היא מוחלת, בשינויים המחוייבים, גם לצורך בדיקת חוקיותו של המעשה המנהלי (ראה סעיף 48 לעיל).

51. אני מקבלת את טענת הנתבעים כי מדיניות האינטגרציה שנועדה לקדם שוויון הזדמנויות אמיתי לבני העדה, בשים לב ליתרונות לכאוריים הטמונים בחנוך סגרטיבי, הן מבחינה לימודית והן מבחינה חברתית, עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וביקשה להשיג תכלית ראויה. הכל כמפורט בהרחבה בפסקי הדין שנסקרו בסעיף 39 לעיל. עניינו של התנאי הרביעי, נושא הדיון שלהלן, בשאלה האם האמצעי שננקט, לצורך הגשמתה של המטרה דלעיל הינו אמצעי ראוי, כאשר אמת המידה לבחינתה של שאלה זאת, על פי פסקת ההגבלה הינה: האם אין פגיעתו של אותו אמצעי עולה על הנדרש לצורך השגתה של אותה מטרה.

"בעניין זה ניתן להציע שלושה מבחני משנה לקיומה של המידה הראויה: ראשית, הפגיעה אינה נדרשת אם האמצעי שבחר המחוקק, אינו מתאים להשגת המטרה... האמצעי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה (מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי). שנית, הפגיעה אינה נדרשת אם האמצעי בו בחר המחוקק מתאים אמנם להשגת המטרה, אך ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעים אחרים, מתאימים גם הם, אשר פגיעתם בזכות האדם המוגנת קטנה יותר (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה); שלישית, הפגיעה אינה נדרשת, חרף התאמת האמצעי ופגיעתו הפחותה, אם פגיעתו בזכות אדם מוגנת היא חריפה, וניתן להשיג את עיקריה של התכלית הראויה- גם אם לא את מלואה – באמצעים שפגיעתם בזכות האדם המוגנת פחותה באופן משמעותי... (מבחן האמצעי היחסי). שלושה מבחני משנה אלה משקיפים מזוויות מבט שונות על האמצעי הראוי שהחוק צריך לנקוט כדי להשיג את התכלית הראויה. הם מהווים דרכים שונות לגיבושה של ה"מידה הראויה", המהווה את המבחן המרכזי לבחינת חוקתיות האמצעים הננקטים להשגת התכלית הראויה, ואשר במהלכם פוגעים בזכויות אדם מוגנות". (ברק, שם בעמוד 536).

52. בתצהירי העדות הראשית שהוגשו מטעם הנתבעים תוארו השיקולים ודרך קבלת ההחלטות שהביאו לגיבושה של מדיניות המכסות, כדלקמן:
- 52.1 מדיניות המכסות הינה ביטוי ספציפי למדיניות האינטגרציה הכללית הנוהגת במשרד החינוך (סעיפים 3 ו-4 לתצהירו של מר עמיהוד ברט, מנהל אגף קליטת עליה במשרד החינוך, וטיעונה של המדינה בסיכומי טענותיה, הנסמך גם על ההלכות המשפטיות בעניין האינטגרציה במובנה הרחב, אשר נסקרו בסעיף 39 לעיל).
- 52.2 מדיניות המכסות אינה אלא נדבך אחד של מדיניות לאומית כוללת שהנהיגה הממשלה החל מראשית שנות ה-90, במטרה למצוא פתרונות להבטחת קליטתם הכלכלית והחברתית של עולי אתיופיה ולקדם את ילדי העדה. החלטות ועדת השרים לענייני עליה חותרות לביטולן של מסגרות חינוך שאינן אינטגרטיביות ולמימוש מדיניות של העדפה מתקנת. המכסות על פי מדיניות המכסות נקבעו במספר החלטות של ועדת השרים שצורפו לתצהירו של מר ברט.
- 52.3 ועדת היגוי בנושא חינוך ילדי העליה מאתיופיה, אשר מונתה על ידי שר החינוך במטרה לסייע בגיבוש מדיניות בעניין זה וללוות את ביצועה הציבה בדו"ח הועדה מיום 1.7.94 את מניעת ריכוזם של למעלה מ-15% תלמידים יוצאי אתיופיה בכיתה ו ו-20% בבית הספר כמטרת על ראשונית במעלה.
- 52.4 בצד משרד החינוך פועל דרך קבע מרכז היגוי של עולי אתיופיה. בתצהירו של מר דוד מהרט, ממונה על פרויקטים במרכז ההיגוי ומי שמשמש איש הקשר שבין מרכז ההיגוי לבין שרת החינוך נאמר כי במהלך השנים קיבל מרכז ההיגוי פניות מצד גורמים מבני העדה האתיופית ומנציגי העדה אשר מחו על ריכוזים גבוהים של בני העדה במערכת החינוך וקראו לנקוט במדיניות פיזור אפקטיבית. ביטוי למגמות כאמור מצוי בדו"ח משנת 98 שהוצא על ידי האגודה הישראלית למען יהודי אתיופיה אשר המליץ לקיים פיקוח הדוק אחרי קיומה של מדיניות הפיזור.
- 52.5 נייר עמדה שהוצא על ידי מרכז ההיגוי באוגוסט 2001, הממשיך ותומך במדיניות הפיזור. נייר עמדה זה מבוסס על דיון שהתקיים במרכז ההיגוי בהשתתפות בני הקהילה העוסקים בקליטה החינוכית והחברתית של יוצאי אתיופיה.
- 52.6 עוד נזכר בתצהירו של ברט מחקר אקדמי התומך לכאורה בקיומה של מדיניות המכסות. אולם, מחקר זה התפרסם לאחר המועדים הרלוונטיים להגשת התובענה, ואין בו התייחסות לסוגיית האינטגרציה, כי אם להישגים הלימודיים של ילדי קבוצות העולים הגדולות בשנות עריכתו.
- 52.7 בתצהירו של מר ברט הובהר כי בכל הנוגע לתלמידים ממוצא אתיופי הורחבה הגדרתו של "עולה" והיא כוללת גם ילדים שהם ילידי הארץ משום שהגדרה זאת מהווה גם את המפתח להקצאתם של תקציבים נוספים במסגרת מערכת החינוך שיש בהם לתרום לקידומה של אותה אוכלוסיה.

52.8 העיריה ראתה עצמה כמי שמחוייבת בציות להנחיות שניתנו על ידי משרד החינוך בכל הנוגע לרישום התלמידים האתיופיים, והוסיפה כי מדיניות המכסות נראתה הכרחית גם על רקע הניסיון המקומי, אשר כלל את סגירתו של בית ספר יסודי בעיר (בילו), לאחר שריכוז גבוה של תלמידים אתיופיים הביא לבריחתם של תלמידי האוכלוסיה הותיקה, עד שלבסוף בית הספר נסגר, לבקשת נציגי העדה, משהפך דפקטו לבית ספר סגרטיבי לילדי העדה בלבד.

53. נדמה שעל האמצעים החלופיים האפשריים למדיניות המכסות כפי שיושמה כלפי הנתבעים ניתן ללמוד גם מההתפתחויות שלאחר הגשת התובענה. כנזכר במבוא לפסק הדין, לאחר הגשתה של תובענה זאת, עתרו התובעים, ביחד עם אחרים, בעתירה לביטולה של מדיניות המכסות. עתירה זו לא התבררה לאחר שבהמשך להנחיית היועץ המשפטי לממשלה שונתה מדיניות המכסות על דרך הותרתה של האינטגרציה, ובאותם שיעורים, על כנה, אולם כיעד של מדיניות אשר תושג ללא כפייה, תוך קיומם של אמצעי שכנוע והסברה להורים, יצירתם של התנאים הנדרשים (שירותי הסעה במימון הרשות) ומתן תמריצים כספיים להשגתו של אותו יעד.

54. אני סבורה כי מהראיות שהובאו בפני ניתן להגיע למסקנה כי התנאי הרביעי, המחייב את בחירתו של האמצעי הראוי שמידת הפגיעה על פיו אינה עולה על הנדרש לא התקיים בכל הנוגע למדיניות המכסות כפי שיושמה במועדים הרלוונטיים לתובענה.

54.1 האמור בסעיף 52 לעיל ממצה את הנטען ביחס לתהליכי קבלת ההחלטות ביחס לגיבושה של מדיניות המכסות. המסמכים שהוצגו מגלים כי ניתנה הדעת לשאלת התכלית והמטרה, ועצם ההחלטה על פיזור ואינטגרציה, לרבות המכסות המבטאים את מידת הפיזור הנדרשת על מנת להשיג את מטרת האינטגרציה, התקבלה על בסיס נתונים ושיקולים ענייניים. אולם אין באותם מסמכים או בכל ראייה אחרת שבאה בפני ללמד על דיון, התלבטות, שקלא וטריה, בחינה כלשהי של הדרכים האפשריות להשגתם של אותו יעד ואותה תכלית, והם תורגמו להנחיה אופרטיבית של יישום המכסות ברישום, ללא שניתנה הדעת לצורך לעגן את אלה בדין (ולו בתקנות הרלוונטיות לנושא החינוך), ללא מתן הדעת לפגיעה בכבוד חברי העדה הניצבים במדינתם בפני נומרוס קלאוזוס המונע את רישומם לבית הספר אליו היו שייכים אלמלא מוצאם, ללא בחינתן של דרכים חלופיות להשגת אותו יעד, בין באופן מלא ובין באופן חלקי, ובחינה עד כמה יש בהן לאפשר את הגשמתה של התכלית העיקרית של המדיניות ללא הפגיעה בזכות המוגנת.

54.2 האמור לעיל מתחדד ביתר שאת מקום שהמדיניות השתנתה, בעקבות ההליכים המשפטיים שננקטו על ידי התובעים ואחרים, באופן שהוסר ממנה יסוד הכפייה. הראיות בתובענה נשמעו כעבור חלוף זמן ולא באה טענה כלשהי בדבר חוסר יכולת ליישם את המדיניות בשל אותו שינוי. יתרה מזאת, לכאורה אין מדובר בחוכמה שלאחר מעשה או בשינוי נסיבות והכשרת הלבבות שחלו עם הזמן. הן מהמסמכים שבחרה המדינה להציג והן בטיעוניהם של העדים מטעם כל הנתבעים הוצגה מדיניות האינטגרציה בראש ובראשונה כמתן ביטוי

למענה, צורך ושאיפה של חברי העדה עצמם, ומקום שכך הוא לכאורה ניטל הצידוק להוצאה לפועל בכפיה, וניתן לעשות כן באמצעים אחרים, ומכאן שהאמצעי שנבחר הוא למעלה מהנדרש.

54.3 סוף דבר, מהראיות שהובאו אין כל עדות כי ניתנה הדעת לאפשרות ולחובה לבחון דרכים אלטרנטיביות למדיניות המכסות כפי שחלה במועדים הרלוונטיים לתובענה. עוד עולה מהראיות כי לו כך היה נעשה, כי אז ניתן היה להשיג את אותה תכלית, או למצער את עיקרה, תוך הפחתה משמעותית של הפגיעה בזכות התובעים לשוויון. משכך, על פי מבחני העזר שתוארו בסעיף 52 לעיל, לא התקיימה הדרישה הרביעית של פסקת ההגבלה בדבר מידתיות הפגיעה, החלה גם על העשייה המנהלית.

העדרו של זדון

55. הנתבעים חוזרים ומדגישים כי לא היתה כל כוונה רעה ביישומה של מדיניות המכסות, ולהיפך, כל כולה פרי דאגה ורצון כן ואמיתי לקדם ולאפשר לילדי העדה שוויון הזדמנויות אמיתי בקבלתם של שירותי חינוך להם הם ראויים ובהמשך בהשתלבותם בחיי החברה. אני מקבלת את אותה טענה ואף סבורה שיש לה נפקות לעניין הסעד המבוקש, אולם בכל הנוגע לשאלת האחריות, לשאלת החבות הנובעת מעצם הפרתה של הזכות, אין אותו טיעון רלוונטי.

"...המבחן לבדיקת קיומה או אי קיומה של הפליה הוא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית, המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנידון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"צ 104/87 נבו נגד בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4)749, 759).

וכן:

"השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה, החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אבל הלכה למעשה נפגע השוויון". (בג"צ 953/87 פורז נגד ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד מב(2)309, 333).

הפרת חובה חקוקה – סוף דבר, סיכום והערות אגב אורחה לענין חבות הנתבעים 1

3-1

56. בסעיף 63 לפקודת הנזיקין נקבע:
" (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או

להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".

57. כמתואר בהרחבה לעיל הנתבעים הפרו את החובה המוטלת עליהם שלא להפלות תלמיד בשל טעם עדתי שלו או של הוריו, עת סרבו לרשום את ליאור לבית הספר בעיר מגוריו בשל מוצאו. כך נמצא לאור הפרשנות כי גבולות האיסור דלעיל שבחוק זכויות התלמיד כגבולות הפגיעה האסורה בזכות יסוד המוגנת על ידי הוראות חוק היסוד, ולאחר שנמצא כי הנתבעים הפלו את ליאור כאמור משום שלא עמדו בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, קרי: ללא שאותה פגיעה היתה מכוח חוק או על פי הסמכה מפורשת בו, וללא שננקט האמצעי הראוי, שמידת פגיעתו היא הפחותה ביותר הנדרשת לצורך הגשמתה של התכלית לשמה נפגעה הזכות. בהפרתם את החובה המוטלת עליהם על פי סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד הפרו הנתבעים חיקוק אשר נועד לטובתם של תלמידים והוריהם, ומשכך התקיימו יסודות העולה וקמה לתובעים הזכות לפיצוי על נזקם, ככל שהתקיים נזק כאמור.

58. כמפורט בסעיף 26 לעיל השאלה היחידה אותה העמידו הנתבעים 1 ו-3 להכרעה הינה האם היה במדיניות המכסות כפי שנהגה במועדים הרלוונטיים וכהגדרתה בפסק דין זה להוות הפליה אסורה, ולמיטב הבנתי הילך הטיעון משמעו כי הנתבעים הנ"ל מכירים בחבותם, אם וכאשר תוכרע אותה שאלה בחיוב, כפי שהוכרע לעיל. למען הזהירות יוער:

58.1 החובה נשוא הדיון, המעוגנת בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, מוטלת לכאורה על "רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם", ולא במישרין על הנתבעת 1. אני סבורה כי בדין נמנעה הנתבעת 1 מלהעלות את אותה טענה וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, המסקנה בדבר חבותה של המדינה עולה לכאורה מפרשנות תכליתית של הוראת החוק נשוא הדיון. החוק הטיל את איסור ההפליה על הרשות המקומית משום שקביעתם של אזורי הרישום, ביצוע הרישום והעברות תלמידים מבית ספר למשנהו מסורים על פי חקיקת המשנה לרשות החינוך, הכל כמפורט בסעיף 36. משהחליטה הנתבעת 1 להנחות ולהורות לרשות החינוך המקומית כיצד לנהוג בעניינים אלה והפעילה פונקציה של רשות מקומית יש להרחיב את תחולתו של איסור ההפליה שבחוק גם על המדינה.

שנית, משהוכרע בהלכה הפסוקה כי הפליה קבוצתית הינה פגיעה בזכות לכבוד המוגנת על ידי חוק היסוד (הכל כמתואר בסעיפים 30 לעיל), הרי שבאה לעולם העוולה של היפר חובה חקוקה מכוח הפרתו של חוק היסוד, שהינו חיקוק שנועד להגן על זכויות האדם של הפרט (ראה האמור בסעיפים 43, 45 לעיל וההפניות לברק ולברק-ארז הנזכרות שם).

שלישית, לכאורה ועל פניו הוראת סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד מספקת בסיס מוצק לקביעתה של חובת זהירות גם של המדינה כלפי תלמידים והוריהם, האמור בסעיף 54 לעיל מקים לכאורה את יסוד ההתרשלות, ואותה תוצאה של חבות יכול שתקום גם מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

רביעית, כפי שיובהר להלן אני סבורה כי בכל מקרה קמה חבות של הנתבעת 1 כלפי התובעים בתוקף הוראות חוק איסור הפליה, שעניינו במטריה זהה, ומהשיקולים ששימשו בפרשנות ההוראה הרלוונטית שחוק זכויות התלמיד. התכלית וטכניקת החקיקה הזוהים, הזהות של הזכות המוגנת, כל אלה מחייבים גם הרמוניה חקיקתית של תוצאה זהה.

58.2 הצדדים נמנעו מטיעון מפורש בשאלה לטובתו של מי נועדה הוראת החיקוק נשוא הדיון (סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד), עובדה אותה פרשתי כהסכמה של הנתבעים לכך כי החיקוק נועד להגנתם של מי שכל התובעים נמנים עליהם. אני סבורה כי אכן כך הוא. שאלה זאת נקיה מספקות ככל שמדובר בתלמיד עצמו, בשים לב להוראות החוק בכללותו, ולסעיף המטרה (סעיף 1) שבחוק. אני סבורה כי ניתן לומר כי הוראת החיקוק נושא הדיון נועדה גם להגנתם של הוריו של התלמיד, ולא של התלמיד בלבד, וזאת בשים לב: להוראת החוק נשוא הדיון המתייחסת לאיסור ההפליה גם על רקע מוצאם של ההורים; להוראות החוק המתייחסות למעמד ההורים, בין השאר כפי שבא לידי ביטוי בחובת הבאתו של החוק לידיעת התלמידים והוריהם; התפיסה הכללית של הזכות לחינוך הכוללת בין השאר את ההכרה בזכותו של הפרט לאוטונומיה מסוימת בחינוך ילדיו, באופן שפגיעה בזכות התלמיד לרישום מהווה פגיעה ישירה בזכותו של ההורה.

הפרת חובה חקוקה – חבות הנתבעת 2

59. העיריה, בנוסף על הצטרפותה לטענות הנתבעים 1 ו-3 בדבר העדרה של הפליה כמשמעה בחוק, הוסיפה וטענה כי: "אין זה מתפקידה של הרשות המקומית להרהר אחר הוראות שהיא מקבלת מאחת מזרועות השלטון המקומי, במיוחד כאשר אלה מושתתות בבסיסן על הוראה שניתנה, חזור והינתן על ידי הרשות המבצעת המרכזית עצמה – הממשלה...", כל עוד הוראות אלה ניתנו בסמכות ואינן חורגות מתחום הסבירות".

60. כל האמור לעיל לעניין פרשנותו של איסור ההפליה שעל פי סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד – לרבות האמור בסעיף 49 לעיל לעניין העדרו של חוק, או הוראה מכוחו המתירים את הפגיעה בזכות המוגנת נשוא הדיון - חל גם ביחס לנתבעת 2, עליה הוטל אותו איסור במפורש בהיותה רשות החינוך המקומית הנוגעת בעניין. להלן נרחיב את ההתייחסות לתוכנה של חקיקת המשנה הרלוונטית לצורך בחינתה של טענת ההגנה המועלית על ידי העיריה, קרי: חובת הציות הנטענת להנחיות משרד החינוך ליישומה של מדיניות המכסות שננקטה על ידו ברישומם של תלמידים למוסדות החינוך שבתחומה.

61. ראשית ההוראה לביצוע שניתנה לעיריה לא ניתנה, כנטען, על ידי הממשלה. כפי שנזכר לעיל את החלטות הממשלה יש לפרש כהגדרתם של יעד ותכלית ולא כהנחיות לביצוע. מעבר לכך החלטות הממשלה אינן יכולות להחליף את הדרישה לקיומו של חוק, אשר בו או מכוחו מותרת הפגיעה בזכות יסוד מוגנת.

62. טיעונה של העיריה בדבר חובת הציות שהיא חבה להנחיות משרד החינוך יוצא מנקודת מוצא כי הנחיות מנכ"ל משרד החינוך ביחס לביצועה של מדיניות המכסות ברישום תלמידים ניתנו בסמכות. זאת מבלי להצביע על מקור

הסמכות, וכשעובדה זאת היא הטעונה הוכחה ושכנוע. במענה לטיעון בעניין זה, שאינו נסמך על תשתית עובדתית והחסר הפניה להוראות החוק, יצוין כי על פניו ולכאורה מהעובדות שהתבררו והוראות התקנות הנוגעות בעניין עולה מסקנה הפוכה.

62.1 כמצוטט בסעיף 36 לעיל קביעתם של אזורי הרישום לבתי הספר היסודיים נתונה לרשות החינוך המקומית, באישור מנהל המחוז, בהתאם לאמות המידה אשר פורטו בסעיף 7 לתקנות הרישום. כפי שכבר נזכר בסעיף 36 לעיל, בהתאם לתקנה 17(ב) לתקנות הרישום חובה על מנהל בית הספר לרשום כל תלמיד המתגורר באזור הרישום אליו שייך בית הספר, ועל פי תקנה 17(ג) מקום לימודיו של תלמיד בבית ספר יסודי ייקבע בתוך אזור הרישום, בהתאם לאמות המידה האמורות בתקנה 7, ובכפוף לתקנה 23 (שעניינה העברת עודף תלמידים מבית ספר למשנהו כתוצאה מרישום תלמידים במספר העולה על זה שנקבע לאותו בית הספר, ושגם היא בתחומי סמכותה ואחריותה של רשות החינוך המקומית). לא נטען כי בית הספר מוריה לא נמצא בתחום אזור הרישום אליו שייך התובע (על פי מקום מגוריו), ועל פי מצוות התקנות היתה חובה, לפחות מלכתחילה, לרושמו על פי בקשתו. תקנות הרישום אינן מכירות ברישום שלא בהתאם לאזורי הרישום, להוציא רישום לבתי ספר על אזוריים (מוסד לניסוי, מוסד לקשיי חינוך ומוסד לקליטת עולים חדשים, כשלעניין זה הגדרתו של עולה חדש הינה מי שעלה לישראל אחרי א בתמוז של שנת הלימודים שקדמה לעלייתו), אשר קביעתם כבתי ספר כאמור היא הטעונה את אישור השר. להוציא האמור לעיל, ואישור נוסח ההודעות על פרטי ההרשמה על ידי מנהל המחוז, אין לשר או למנהל המחוז, סמכויות כלשהן בכל הנוגע לרישום לבתי הספר.

62.2 כפי שעולה לכאורה מהוראות התקנות, וכפי העמדה שנקטה על ידי המשיבים ואושרה על ידי בית המשפט בבג"צ עמליה ומיכאל ניר (שנזכר בסעיף 39.3 לעיל), ראשית מוטלת חובת הרישום על פי תקנות הרישום ובאזור הרישום אליו משתייך התלמיד. רק בשלב שני ניתן לבחון את העברתו של התלמיד למוסד חינוכי אחר, כשהמסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לכך הינה תקנות ההעברה, המסדירות את ההעברה בין מוסדות חינוך, בין ביוזמת ההורים, בין ביוזמת מנהלו של המוסד החינוכי, בין ביוזמת רשות החינוך המקומית ובין ביוזמת השר, בין בהעברה בין מוסדות בתחומי רשות החינוך, ובין בהעברה בין מוסדות חינוך המצויים בתחומיהן של רשויות חינוך שונות.

62.3 העברת תלמידים על פי דרישת השר הוסדרה בתקנה 6א לתקנות ההעברה והינה העברת תלמידים המבוקשת מטעמים של חסכון תקציבי. ההחלטה בכל בקשות ההעברה האחרות נתונות לרשות החינוך המקומית והן ניתנות לערר בפני מנהל המחוז שהחלטתו בעניין זה סופית ומחייבת את התלמיד, ההורים ורשות החינוך המקומית. סמכות נוספת הוענקה לשר על פי תקנה 12 לתקנות ההעברה שם נקבע:

"12 (א) היה לשר יסוד להניח שאין בדעתה או ביכלתה של רשות-חינוך מקומית פלונית למלא את חובותיה לפי תקנות אלה, רשאי הוא לצוות, בצו שיפורסם בדרך הנראית לו, שלאותה רשות-חינוך מקומית לא יהיו

הסמכויות האמורות בתקנות אלה ושהן יועברו למי שהשר יקבע ולתקופה שיקבע.

(ב) היה לשר יסוד להניח שרשות-חינוך מקומית פלונית השתמשה בסמכויותיה לפי תקנות אלה, במקרה מסויים או בדרך כלל, שלא בהתאם לתקנות אלה, רשאי הוא, בצו שיובא לידיעת הנוגעים בדבר בדרך הנראית לו, לבטל פעולה בקשר להעברת תלמיד פלוני ממוסד אחר למשנהו או לבטל את כל הפעולות בקשר להעברת תלמידים תוך תקופה מסויימת ולצוות על עשיית אותה פעולה או אותן פעולות מחדש בתקופה או באופן שהשר יקבע ובהתאם להוראות של מי שהשר יקבע.

"....

62.4 סקירת הוראות התקנות מעלה איפוא כי הסמכות לקבוע את אזורי הרישום, החובה לשבץ את התלמידים לבתי ספר יסודיים בהתאם לאזורי הרישום והסמכות הראשונית לדון ולהכריע בבקשות העברה נתונה לרשות המקומית. לשר או למנהל המחוז סמכויות מוגבלות ומוגדרות, והפקעת סמכויותיה של רשות החינוך המקומית יכול שתעשה רק מקום שהרשות כאמור נכשלה למלא את חובותיה על פי התקנות.

אין בדברים שלעיל לגרוע מכוחה ואולי חובתה של רשות החינוך המקומית לשעות להנחיות שבמדיניות של רשות החינוך בשלטון המרכזי, ככל שאלה אינם נוגדים את הוראות החוק (בעניין זה ראה גם את האמור בפ"ד קרמר). אין בדברים שלעיל לשלול את טיעונה של רשות החינוך המקומית כי ראתה עצמה מחוייבת בציות להנחיות מנכ"ל משרד החינוך ככל שהדבר רלוונטי לקביעת "אשמם" היחסי של הנתבעת 1 מזה, והנתבעת 2 מזה, לצורך חלוקת הנשיאה בנטל הפיצוי. אולם סקירת הוראות התקנות מעלה כי אין בהוראות החוק לבסס את טענת הנתבעת 2 בדבר חובת ציות שהיא חבה לנתבעת 1, ליישומה של מדיניות המכסות, ללא שיקול דעת משל עצמה, בשל פעולה של משרד החינוך בסמכות ובסבירות.

חוק איסור הפליה

תמצית הוראות החוק ותולדות החקיקה

63. בסעיף המטרה, סעיף 1 לחוק איסור הפליה, נאמר:
"חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים".

במבוא לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370) נאמר כי הסרוב לספק לאדם שירות או מוצר רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של קיפוח או הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם, וכי החוק נועד להתמודד עם תופעה זאת, וליתן ביטוי במישור המשפט הפנימי להתחייבויותיה של מדינת ישראל, במספר אמנות בינלאומיות למיגורה של הפליה באמצעות חקיקה.

64. בסעיף 3 לחוק, תחת הכותרת: "איסור הפליה", נקבע:

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

(ב) לענין חוק זה, אחת היא אם העיסוק נעשה למטרת רווח או שלא למטרת רווח ואם נגבה או לא נגבה תשלום תמורת הספקת המוצר או השירות הציבורי, הפעלת המקום הציבורי, מתן הכניסה למקום הציבורי או מתן השירות במקום הציבורי.

(ג) בחוק זה, "מי שעיסוקו" - לרבות בעלים, מחזיק או מנהל של עסק, וכן האחראי בפועל על הספקת המוצר או השירות הציבורי או על הפעלת המקום הציבורי או הכניסה אליו.

(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה -

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

.....

"שירות ציבורי" הוגדר בסעיף 2 לחוק כ"שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי";

בדברי ההסבר להוראת סעיף 3 לחוק נאמר:

"סעיף קטן א אוסר הפליה כנגד קבוצות, שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר. סוג זה של הפליה מהווה פגיעה בכבודו של האדם, ומחייבת את ההתערבות של המחוקק למיגורה".

במבוא להצעת החוק נאמר: "מוצע שהחוק יחול גם על עסקים פרטיים, המחזיקים מקומות ציבוריים או המספקים מוצרים או שירותים ציבוריים, שכן עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות שהם בבעלות פרטית כאמור" (הדגשה שלנו- ר.צ.).

בדברי ההסבר להגדרת "שירות ציבורי" שצוטטה בסעיף 63 לעיל נאמר כי ההגדרה "מתייחסת בעיקר לשירותים שלא בהכרח ניתנים במקום ציבורי כהגדרתו, ועל כן יש חשש שלא יכללו באיסור בהעדר התייחסות מפורשת".

65. בסעיף 5 לחוק נקבע כי מעשה או מחדל בניגוד לאיסור ההפליה שבסעיף 3 לחוק הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין יחולו עליהם, בכפוף להוראותיו.

במבוא להצעת החוק נאמר: "החוק המוצע עולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא בא ליישם את התפיסה של כבוד האדם, להגן עליו מפני הפליה גם בתחום המשפט הפרטי, ולהקנות עילת תביעה אזרחית בשל הפליה בסייגים הקבועים בו".

66. עוד נקבע בסעיף 11 לחוק, כי לצורך החוק דין המדינה כדין כל אדם, ובסעיף 12 לחוק כי אין בו לגרוע מתוקפו של כל חיקוק אחר האוסר על הפליה.

בדברי ההסבר להוראת סעיף 11 לחוק, שם נקבע כי דין המדינה כדין כל אדם, נאמר: "ראוי כי גם המדינה תכבד ותיישם את העקרונות החברתיים שמציב החוק".

מדיניות המכסות – הפרה של איסור ההפליה על פי חוק איסור הפליה

67. כנזכר לעיל המחלוקת שבין הצדדים נסבה על פרשנות היקפו של איסור ההפליה הקבוע בחוק, ובשאלה האם הסרוב לרשום את ליאור לבית הספר מוריה בא בגדר הפרה של אותו איסור, קרי: אם מלכתחילה באה אותה התנהגות בגדר איסור ההפליה שעל פי סעיף 3(א) לחוק הנ"ל, ואם התשובה בחיוב, האם טיבה המפלה מאויין בשים לב להוראות החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק הנ"ל.

68. נוכח הדמיון שבין איסור ההפליה שעל לפי חוק זכויות התלמיד לבין איסור ההפליה שעל פי חוק איסור הפליה, בהיות שני אלה מתן ביטוי לאותה זכות פרטיקולרית (הזכות לשוויון של בני הקבוצות הנמנות בסעיף איסור ההפליה), הנגזרת והמהווה חלק מהזכות לכבוד על פי חוק היסוד, המסקנה בדבר קיומה של הפליה אסורה עולה משני אלה כאחד. להלן אפרט על שום מה אני סבורה כי גם בפרשנותו של סעיף 3 לחוק איסור הפליה יש לנקוט באותן אמות מידה פרשניות כפי שיושמו בפרשנותו של חוק זכויות התלמיד, והמביאות לאותה תוצאה.

69. כך נובע מהטעמים שפורטו בסעיפים 45-48 לעיל, שעיקרם כי איסור ההפליה שבחוק בא להגן על זכות פרטיקולרית הבאה בגדר הזכות לכבוד, ולפיכך יש לפרש את איסור ההפליה כפגיעה אסורה בזכות לשוויון של בני הקבוצות הנמנים באותו סעיף, קרי: פגיעה אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

בנוסף על ההלכה הפסוקה שנסקרה בסעיפים 29-30 לעיל, שם נקבע כי הפליה מהסוג נושא הדיון מהווה פגיעה בזכות לכבוד כמשמעה בחוק היסוד, הרי שהזיקה לחוק היסוד גלויה גם על פני החוק נושא הדיון, כפי שעולה מסעיף המטרה, ונזכרת במפורש, יותר מפעם אחת בדברי ההסבר לחוק, הכל כמצוטט בסעיפים 63 ו-64 לעיל.

70. כמפורט לעיל, מסיווגה של הזכות המוגנת על ידי איסור ההפליה שבהוראת הסעיף כזכות פרטיקולרית הנגזרת מהזכות לכבוד על פי חוק היסוד נגזרות אמות המידה לקביעת היקף חלותו של האיסור. על מנת לבדוק אם באה התנהגות כלשהי בגדר תחומי האיסור יש להשיב ראשית על השאלה האם הופרה הזכות לשוויון, בין מטעם ענייני ובין אם לאו. אם נמצא שזכות כאמור הופרה, אזי יש לבחון האם היא באה בגדר חריג המתיר את אותה פגיעה, כאשר מרחב השתרעותו של החריג יגזר מהתנאים שבפסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

71. החוק חל על עובדות המקרה שבענייננו.

71.1 החוק הרחיב תחולתו גם למקומות בבעלות פרטית, הפועלים בשוק הפרטי, והנותנים שירותים לציבור הרחב (לכל ציבור בלתי מסויים). אולם, תחום

השתרעותו של החוק אינו מוגבל לאלה, והוא חל גם על מתן שירותים על ידי רשויות השלטון. כך עולה מלשון החוק, באשר הפרשנות המוצעת יכולה לדור עם מילות החוק ויש לה עיגון לשוני בו; כך עולה מהוראת סעיף 11 לחוק הקובעת כי דין המדינה כדין כל אדם; כך עולה מנוסחה של הצעת החוק, אשר ציינה את החלתו של איסור ההפליה גם על גופים פרטיים; וכך עולה מתכלית החקיקה, שכן החובה הראשונית והברורה לכיבודן של זכויות אדם חלה על השלטון (ראה גם בפסקת הכיבוד שבסעיף 11 לחוק היסוד), ואין כל סיבה לגרוס כי איסור ההפליה המוחל מכוח החוק גם על פרטים, לא נועד לחול בראש ובראשונה על רשויות השלטון.

71.2 רישומו של תלמיד לבית הספר באה בגדר השירותים אשר חוק איסור הפליה חל עליהם.

כך עולה מהגדרתו של שירות ציבורי, הכוללת במפורש שירותי חינוך, כאשר דברי ההסבר לחוק (אשר צוטטו לעיל) מבהירים כי בצד ההגדרה "הפתוחה" נימנו בהגדרת השירות הציבורי שבחוק שירותים אשר יכול ולא ינתנו במקום ציבורי כהגדרתו בחוק, אך מטיבם וטבעם צריך שיבואו בגדרו.

כך עולה מפסקי דין שהתבקשו לבחון את חוקיות תנאי הקבלה לבתי ספר פרטיים, בשים לב להוראת סעיף 3 לחוק איסור הפליה, ואשר חזרו וקבעו את תחולתו של החוק על הליכי הרישום לבתי ספר כאמור, ואת חובתו של משרד החינוך לקיים פיקוח על מנת להבטיח העדרה של הפליה אסורה ברישום (ראה: פסק דינו של כבוד השופט אוקון ב-עת"מ 1320/03 **מנחם מענדל אלקסלסי נ' עירית ביתר עילית**, תק-מח 2004(2), 6351 וכן פסק דינה של כבוד השופטת צור ב- בעת"מ (י-ם) 241/06 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט** (טרם פורסם)).

71.3 בנוסף על האמור לעיל וכפי שבואר בהרצאת טענות הצדדים שאלת חלותו של החוק גם על גופי השלטון, לרבות הנתבעים, ועל מתן שירותי חינוך על ידי אלה, אינה שנויה במחלוקת, ועל פי הלך טיעונם מהווה מעין מוסכמה, לפחות לצורכי הליך זה.

72. משמצאנו כי החוק חל בענייננו וכי את איסור ההפליה שבו יש לפרש בפרשנות דו שלבית, הנובעת מהוראות חוק היסוד, על פיה תבחן בראשונה השאלה האם יש במדיניות המכסות משום הפליה (ולו עניינית, הכל כמפורט בסעיף 30 לעיל), ולאחריה השאלה האם עונה אותה פגיעה על הסייג שבחוק ועל תנאי פסקת ההגבלה נפנה לאותה בחינה.

73. סרוב לרשום תלמיד לבית ספר בשל מוצאו, כאשר הרישום פתוח בפני בני עדות אחרות המתגוררים באזור הרישום, הינו הפליה בהספקתו של שירות ציבורי עליה חלה הוראת סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה.

74. בשלב השני עלינו לבחון האם אותה הפליה מותרת בשל הוראות סעיף 3(ד)(1) לחוק שם נאמר כי אין רואים הפליה לפי אותו סעיף אם הדבר מתחייב מאופיו או מהותו של השירות הציבורי הנוגע בעניין.

הצדדים חלוקים בשאלת חלותו של הסייג האמור בענייננו, כאשר לטענת הנתבעים לאור מדיניות האינטגרציה הנוהגת בחינוך, המחייבת את פיזור התלמידים ממוצא אתיופי, על מנת להבטיח לבני העדה שוויון הזדמנויות אמיתי ולקדם את השתלבותם בחברה, מהותו של השירות מצדיקה ומחייבת את אותה הפליה לכאורה, והשוויון הטכני ברישום צריך שייסוג בפני התכלית של שוויון הזדמנויות עתידי ומהותי לכלל ילדי העדה.

כמובהר בהרחבה לעיל, את הסייג דלעיל יש לפרש בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. כאשר בחנו את אותה התנהגות באמות המידה של פסקת ההגבלה הגענו למסקנה כי מדיניות המכסות מהווה הפרה של איסור ההפליה שבחוק זכויות התלמיד בהעדרה של הוראת חוק המאפשרת את הפגיעה בזכות שוויון של בני הקבוצה הרלוונטית, ומאחר ולא נבחר האמצעי הראוי להגשמתה של התכלית, שהיא ראוייה בפני עצמה. בהוראת החוק נשוא הדיון מתקיים התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שכן הסייג נושא הדיון הוא החוק המתיר את הפגיעה בזכות. אולם, כל האמור בסעיפים 51 לעיל ביחס לתנאי האחרון שבפסקת ההגבלה, המחייב את בחירתו של האמצעי הראוי, מתקיים גם כאן, ומטעם זה אין לפרש את ההפליה כמתחייבת מאופיו של השירות. כך היה ניתן לקבוע רק לו היה נבחר האמצעי שמידת פגיעתו אינה עולה על הנדרש, אולם אין זה מצב הדברים בענייננו.

75. משהופרה זכותם של התובעים לרישום בבית הספר מוריה, בהתאם למתחייב לכאורה מתקנות הרישום ובשל מוצאם, הפרו הנתבעים את האיסור שעל פי חוק איסור הפליה וקמה זכותם של התובעים לתרופות המוענקות על פי סעיף 5 לחוק הנ"ל.

הנזק והפיצוי בגינו

טענות התובעים – טענות שבעובדה בדבר נסיבות הפרתו של איסור ההפליה והנזק שגרם

76. נסיבות הפרתו של איסור ההפליה וההשפלה שחשו התובעים כתוצאה מכך תוארו בתצהירי עדותם הראשית של ההורים ובחקירתם:

76.1 ההורים, אשר עלו ארצה לפני למעלה מ-20 שנה, ראו עצמם כמי שהתערו ונקלטו בחברה הישראלית. האב השלים 12 שנות לימוד, שרת בצה"ל ובתום שירותו החל לעבוד ובמקביל למד בקורס למנהיגות חברתית. האם למדה בבית הספר לאחיות בבית חולים "שערי מנשה" ועובדת באותו מקום למעלה מ-13 שנה. המשפחה בחרה להתגורר בשכונה שרוב תושביה ישראלים ותיקים.

76.2 בשנת 2002 עת למד ליאור בגן חובה רשמו אותו הוריו לקורס הכנה לבית הספר (במימון), בבית הספר מוריה. כשלושה שבועות לפני חג הפסח הגיעה האם לבית הספר מוריה על מנת לרשום את ליאור לבית הספר, הוסבר לה כי ניתנת עדיפות לילדים שלהם אחים בבית הספר והיא התבקשה לשוב אחרי החג. האם חזרה אחרי החג ונאמר לה לשוב פעם נוספת לאחר שבוע נוסף. בשלב זה למדה האם על כך שילדי השכנים, חבריו של ליאור מגן הילדים

ומכתת ההכנה לבית הספר נרשמו לבית הספר מוריה והתקבלו. בשלב זה בקשה האם מהאב כי ימשיך בהליך ההרשמה.

לגרסת האב, תחילה התקשר למנהל אשר לא הביע נכונות לפגוש בו באומרו כי יש לו יותר מדי אתיופים. רק לאחר שהאב הפציר בו התקיימה פגישה בין השניים בה הבהיר המנהל כי יש יותר מדי ילדים שלהם אחים בבית הספר ולהם ניתנת עדיפות, וכשנשאל לפשר הרשמתם של בני השכנים השיב המנהל כי "אלה ישראלים". ההורים פנו לעיריית חדרה, בהעדרו של הממונה על מחלקת החינוך בשל מחלה עמדו בקשר עם סגניתו, והיא הודיעה להורים כי אין מה לעשות מאחר ולמנהל בית הספר מוריה יש מספיק אתיופים בבית הספר.

76.3 המנהל אינו זוכר את הפגישות עם האם, מאשר את הפגישות עם האב, וגרסתו ביחס לתוכן מרוככת יותר. יחד עם זאת המחלוקת, אם בכלל, הינה ביחס לאופן הצגת הדברים, כאשר עיקר תוכנם אינו שנוי במחלוקת, ונובעת מאמונתו של המנהל בצדקת מדיניות האינטגרציה מזה, ומהכאב התסכול ותחושת ההשפלה שחוזה האב מזה.

76.4 האב העיד כי שקל, לאות מחאה, שלא לשלוח את בנו לבית הספר, אך בסופו של יום החליטו ההורים שלא לנהל מאבק המערב את הילד, ואף לא סיפרו לו על שום מה אין הוא הולך לבית הספר מוריה. ההורים, ביוזמתם, רשמו את בנם לבית הספר אור לטף, על פי המלצות מכרים, שהינו בית ספר ממלכתי לא דתי, עם דגשים מסורתיים, בגבעת אולגה. ליאור השתלב היטב בבית הספר אור לטף והוריו החליטו שלא להעבירו עוד גם לאחר ששונתה מדיניות המכסות והדבר התאפשר.

76.5 האב החליט לספר את ספורו בכלי התקשורת, כתוצאה נוצר קשר בינו לבין עמותות שונות שגילו עניין בפרשה, ובהמשך למד ממכתבה של מנכ"לית משרד החינוך למר קדמן כי מדיניות המכסות הינה מדיניות רשמית אותה הנהיג משרד החינוך.

76.6 בתצהיריהם ובעדותם מתארים התובעים את השבר שבחייהם כתוצאה מאותה פרשה. ההורים חזרו ושאלו מדוע בנם, שנולד בישראל, אשר גדל עם חבריו, חלקם המתגוררים עמו באותה שכונה, אינו יכול להתקבל לאותו בית ספר בו הם לומדים, ללא טעם ענייני כלשהו, ללא בחינה של יכולותיו או צרכיו, ואך ורק בשל מקום הולדתם של הוריו. האם מתארת כאב והשפלה בלתי נסבלים בימים הראשונים בהם נעדרה גם מעבודתה, חודשים ארוכים של פרצי בכי, וצלקת אותה היא נושאת מאותו יום הנובעת מערעור הבטחון העצמי של ההורים, אותו נשאו קודם לכן כי פרצו והצליחו, וביתר שאת תחושת החרדה והתסכול כתוצאה מההכרה איזה מאמצים יידרשו גם מילדיה על מנת להתגבר על הסטיגמה של היותם אתיופים. על אף שההורים אמרו בחקירתם כי לא חשו בשינוי כלשהו ביחס כלפיהם במקומות עבודתם, האב מדווח על חשדנות שהיתה זרה לו בטרם אותו ארוע, בהם במצבים שונים הוא מוצא עצמו חוזר ובוחן האם הוא מקבל יחס שונה בשל מוצאו. ההורים הדגישו כי עוצמת הפגיעה שחשו נבעה גם מהעובדה שאין מדובר בגילויי גזענות של גורמים שוליים בחברה, כי אם מדיניות רשמית שננקטה על ידי משרד החינוך

והוצאה לפועל על ידי עיריית חדרה, ללא יכולת לבוא בדברים, לשכנע, ללא שבעלי המשרות הרלוונטיות נאותו להביט על האדם והאזרח, עולמו, תכונותיו, כישוריו ורצונותיו, כשכל אלה נסוגים מפני ארץ מוצאם של הוריו, ועל פי תחושתם, צבע עורם, אשר סגרו בפני בנם את דלתות בית הספר אליו התקבלו חבריו ואשר שם ביקש ללמוד.

טענות התובעים – הסעד הנתבע והטענות שהועלו לתמיכה בו

77. בהמשך לאמור לעיל עותרים התובעים לסעד של פיצוי בסכום כולל של 500,00 ₪ להטבת נזקיהם, וסכום זהה נוסף כפיצוי עונשי, וזאת בהמשך לטענות הבאות:

77.1 ההלכה הפסוקה הכירה בנזק לא ממוני כנזק כמשמעו בפקודת הנזיקין, וזאת גם כאשר אותו נזק עומד בפני עצמו ואינו נילוה לנזק לגוף או לרכוש.

77.2 הפגיעה בכבוד האדם מקימה זכות לפיצוי על נזק, ובעניין זה יש ללמוד אנלוגיה מהפיצויים הנפסקים בגין פגיעה בשם טוב ופגיעה בפרטיות שהינם היבטים שונים של הזכות לכבוד ואשר הפיצוי הנפסק בגינם הינו פיצוי בגין אותה זכות. הפסיקה של השנים האחרונות מתאפיינת בהעלאה משמעותית של רף הפיצויים הנפסק בגין העוולות הנ"ל.

77.3 יש ליתן את הדעת כי הפיצוי הנתבע נתבע על ידי שלושה נפגעים, אשר כל אחד ואחד מהם נפגע באופן אישי וזכאי לפיצוי כשהוא עומד בפני עצמו. עוד נטען כי סעיף 5 לחוק איסור הפליה קובע פיצוי ללא הוכחת נזק בסך של 53,000 ₪ למי שהופלה כאמור בסעיף 3 לחוק הנ"ל.

77.4 על בית המשפט להביא לידי ביטוי את סלידתו מההתנהגות הגזענית ולפסוק פיצוי הולם שיהיה בו לחנך את הציבור והרשויות. נטען כי נסיבות המקרה מצדיקות פיצויים עונשיים לאחר ש משרד החנוך אמץ מדיניות גזענית, לא חזר בו מימנה גם כאשר היתה פניה למנכ"ל המשרד, רק בעקבות פניה לבג"צ והנחיית היועץ המשפטי לממשלה שונתה המדיניות, וגם לאחר כל אלה שרת החנוך מבהירה, בדבריה מעל דוכן הכנסת, כי כך הוא אך ורק בשל המוסרות המשפטיות שהוטלו על משרד החינוך. (ראה המוצג ת/2). השתלשלות הארועים דלעיל וחוסר ההפנמה של הצורך בכיבוד הזכות לכבוד מצדיק, על פי הנטען, פסיקתו של פיצוי עונשי.

-

-

הסעד הנתבע – טענות התובעים

78. במענה לטענות התובעים נטען על ידי התובעים כי היה וימצא שיש מקום לפיצוי עליו להיות סמלי ומידתי לנזק, וכי בנסיבות הענין לא נגרם לתובעים נזק ממשי. בהקשר זה נטען כי:

78.1 הנזק הינו לפיצוי על תחושת העלבון של ההורים, וההורים בלבד, שכן מעדויות התובעים עולה כי לא שיתפו את בנם בטעם רישומו לבית הספר אור לטף תחת בית הספר מוריה.

- 78.2 מדובר בנזק לא ממוני בגין פגיעה ברגשות, לתקופה מוגבלת בזמן, שכן עם עתירתם של התובעים ואחרים לבג"צ השתנתה המדיניות, הוסר יסוד הכפיה, ונפסקה הפגיעה בזכות.
- 78.3 בית הספר אור לטף, אליו נרשם ליאור הינו אחד מבתי הספר הטובים בעיר המתחרה בבתי הספר הממלכתיים דתיים. ההורים העידו כי הם מרוצים מבית הספר ובחרו שלא להעביר את ליאור מבית הספר גם כשהדבר התאפשר. ליאור מצליח בבית הספר הן בלימודים והן חברתית, אינו הילד היחיד מגנו שנרשם לבית הספר אור לטף ואינו יודע את סיבת רישומו לבית הספר הנ"ל.
- 78.4 78.4 ההורים העידו כי גם אחרי הארוע אינם חשים תחושת הפליה בחייהם ובמקומות עבודתם.
- 78.5 78.5 היעוץ הפסיכולוגי אותו הזכירה האם בעדותה היה הוועצות עם אנשים במקום עבודתה, שלא היה כרוכה בטיפול או בתשלום.
- 78.6 אין לגזור גזירה שווה מסכומי הפיצוי שנפסקו בפסקי הדין אליהם הפנו התובעים, השונים בנסיבותיהם. מאידך, יש ליתן את הדעת להנחיה שבפ"ד עלי דעקה (ראה סעיף 22.3 לעיל) שם נפסק כי בשל הקשיים הטבועים בהערכת הנזק הבלתי ממוני על בית המשפט לרסן עצמו ולא לפסוק פיצויים מופרזים.
- 78.7 78.7 הפיצויים העונשיים אינם סעד תרופתי והרציונל מאחוריהם עונשי והרתעתי ובא לבטא סלידה מהתנהגות המזיק. מוסד הפיצויים העונשיים זכה לבקורת ובפועל בתי המשפט בישראל אינם נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים.
- אין פוסקים פיצויים עונשיים בהעדר זדון, אין פוסקים פיצויים עונשיים כנגד המדינה, ועל אחת כמה וכמה שכך הוא כאשר הופקו לקחים והמדיניות שביסוד התובענה שונתה.
- 78.8 נטען על ידי הנתבעים 1 ו-3 כי לא רק שבמקרה הנדון מדובר בפעולה ללא זדון, אלא שהמניע היחיד לה בניסיון כן להיטיב ולסייע לתלמידים בני העדה. מדיניות המכסות בוטלה, ודברי השרה נסבו על עצם מדיניות האינטגרציה להבדיל משיטת ביצועה בדרך של כפיה (ראה גם המוצג נ/1).
- על ידי העיריה נטען כי היתה אנוסה לקבל את מצוות משרד החינוך, כי עצם האינטגרציה מדיניות ראויה וחיונית, כפי שעולה מהניסיון המקומי שהביא לסגירתו של בית הספר בילו בעיר, לבקשת נציגי העדה האתיופית ולאחר שהפך דה פקטו לבית ספר סגרטיבי לילדי העדה בלבד. עוד נטען כי על העדרה של כוונת זדון ודאגה כנה לקליטתה המיטבית של העדה בעיר ניתן ללמוד מפעולות שננקטו על ידי העיריה, ובכלל זה המאמץ אליו נרתמה להשתתפות בפרוייקט ארצי לקידום בני העדה אשר יאפשר השקעתם של משאבים נוספים לטובת הקהילה.

78.9 עוד נטען על ידי העירייה כי יש להפחית את סכום הפיצוי בגין אשם תורם של התובעים הבא לידי ביטוי בשני אלה:

ראשית, בכך שההורים ויתרו מלכתחילה על כל ניסיון לשכנע את העירייה לסטות מההנחיות, הסתפקו בתשובת מנהל בית הספר ומנהלת מדור רישום בעירייה ולא ניסו לפנות למ"מ ראש העיר ומחזיק תיק החינוך – בלבד או לראש העיר בעתירה לשנות את רוע הגזירה.

שנית, הרישום התקיים חמישה חודשים לפני תחילת שנת הלימודים. התובעים עתרו לבג"צ בפניה מאוחרת, כחודשיים לאחר תחילת שנת הלימודים, ולאחר הגשת התובענה האזרחית. לו היו התובעים מגישים את עתירתם במועד כי אז היה ליאור תלמיד בבית הספר מוריה והדבר היה מביא לצמצום מהותי של מימדי הפגיעה.

הפיצוי – דיון והכרעה – מבוא

79. לאחר שנמצא כי בהתאם לשאלות שהעמידו הצדדים במחלוקת (וגם אלמלא צמצמו את השאלות שבמחלוקת) כל הנתבעים אחראים כלפי כל התובעים, בגין הפרת חובה חקוקה, בהמשך להפרת הוראת סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, וכן בגין הפרתו של איסור ההפליה שבחוק איסור הפליה, יש לפנות לשאלת הסעד, קרי: נזקם של התובעים והפיצוי לו הם זכאים בגין אותו נזק.

80. הנזק הנטען על ידי התובעים הינו נזק לא ממוני. כתב התביעה אינו מפרט נזק שאינו ממוני וממילא גם לא הובאו ראיות כלשהו להוכחתו של נזק כאמור.

81. בדין נטען על ידי התובעים – ולכאורה גם לא שנוי במחלוקת – כי ההלכה הפסוקה הכירה בנזק לא ממוני כנזק כמשמעו בפקודת הנזיקין, כראש נזק עצמאי ובר פיצוי גם כשאינו נילוה לנזק לגוף או לרכוש.

ב- פ"ד דעקה נפסק, על ידי כבוד השופט אור, בדעת הרוב:

"השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא "נזק" כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. המונח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל: "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רוחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".

במסגרת הגדרה זו, ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכושי - למשל, כאב וסבל - הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נוכח רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנוחות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בר-פיצוי בנזיקין (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון (להלן - עניין גורדון [20]), בעמ' 139). על-פי גישה זו, מגנה פקודת הנזיקין [נוסח חדש] גם "...על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו" (שם, בעמ' 141). לפיכך, נקבע כי למי שהוטרד כתוצאה

מהליך פלילי אשר נבע כתוצאה מנקיטה רשלנית של הליך פלילי מוטעה כנגדו, עומדת זכות לפיצוי בגין פגיעה זו כלפי הרשות התובעת (שם).

בשורה של פסקי-דין שניתנו לאחר אותה פרשה, הלכו בתי-המשפט בדרך דומה ופסקו פיצויים בגין פגיעות באינטרסים לא מוחשיים של תובעים בנזיקין. כך נקבע כי הנזק המוראלי ועוגמת הנפש שנגרמו לבעל זכות יוצרים עקב הפרת זכותו, הינו נזק בר-פיצוי (ראו פסק-דין של המשנה לנשיא השופט ש' לוי, בע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבוך [21], בעמ' 432). כך נפסק גם לגבי הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוזו בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש (פסק-דין של השופטת נתניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל (להלן - עניין כרמלי [22]), בעמ' 772). באופן דומה, נקבע כי הסבל שנגרם לאישה, הטבועה בעצם העובדה שבעלה גירש אותה בעל כורחה, מהווה נזק בר-פיצוי (ראו פסק-דין של השופט גולדברג בע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה [23], בפסקה 9 לפסק-הדין).

הוא הדין בפגיעה בכבודו של אדם וברגשותיו, אשר מהווים ראש נזק עיקרי בעוולת התקיפה ובעוולה של כליאת שווא (ראו [H. MCGREGOR ON] DAMAGES [89 (AT PP. 1024, 1026)].

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי-כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת "נזק" האמורה. זאת, בין שנראה בה משום פגיעה ב"נוחותו" של אדם, ובין שנראה בה משום "אבדן או חיסור כיוצאים באלה", כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה.

.....

הדבר מתחייב מן ההכרה בערך האדם ובהיותו של כל אדם בן-חורין. ההפרה של זכות יסודית זו שלא על-פי כוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר-פיצוי בנזיקין". (שם בעמ' 579-577).

וראה גם: רע"א 4740/00 לימור אמר נגד ארנה יוסף ואח', פ"ד נה (5) 510 (להלן: "פ"ד אמר, שם בפסקה 12 לפסק הדין).

82. בהמשך לטענות הצדדים כפי שנסקרו לעיל נפנה איפוא לדיון בשאלות מהן אמות המידה על פיהם יפסק הפיצוי, מי הם הזכאים לפיצוי מבין התובעים, ותרומם של אלה לסעד שיושט לתובעים.

מהות הפיצוי

83. בטרם ניתן לפנות לאמות המידה לפסיקת הפיצויים יש לקבוע את מטרותם ולעמוד על מהותם. הדעה הרווחת בהלכה הפסוקה ובספרות המשפטית הינה כי הפיצוי המוענק במסגרת דיני הנזיקין הינו הפיצוי התרופתי, שתכליתו

השבת מצב לקדמותו (להבדיל מפיצוי נומינלי או פיצוי עונשי, אליו נתייחס גם בהמשך הדברים) וכי על פסיקת הפיצוי לענות איפה על אמת מידה זו.

83.1 לצורך פסיקת הפיצוי בהעדרו של נזק ממוני מבחינה ברק-ארז בין הזכויות החוקתיות השונות, ומגדירה כ"זכויות מהותיות חיוביות" את החירויות האזרחיות ה"קלאסיות" שכל אדם זכאי להנות מהן ללא שיופרע על ידי השלטון דוגמת הזכות לחופש ביטוי והזכות לחופש דת ומצפון (שם, עמוד 273). על הזכויות בקטגוריה זאת נמנית גם הזכות לשוויון, הנגזרת מהזכות לכבוד, שהפרתה מהווה את נושא הדיון בפסק דין זה.

"פיצוי אחיד אינו יכול לבוא בחשבון, מאחר שההפרות שונות זו מזו, בהתאם לטיבה של הזכות המופרת ולנסיבותיה של הפרה. כמו כן צריכה להידחות הגישה הגורסת פיצוי נומינלי. פיצוי סמלי שרק נותן אישור לקיומה של הפרה... הזכויות שכל הפרה שלהן ראויה להניב זכות לפיצוי "הזכויות המהותיות החיוביות". אלה הזכויות הבסיסיות ביותר של הפרט, וההכרה בהן היא חלק מן ההכרה העצמית של כל אדם בערך עצמו...". הפרתן של זכויות כאמור על ידי הרשות, מקימה "הנחה בדבר העלבון, הצער וההטרדה שחש האדם שההפרה כוונה כלפיו. הנחה זו דומה להנחות אחרות שכבר השתרשו בדיני הנזיקין המסורתיים, כדוגמת ההנחה בדבר הפגיעה האישית – רגשית שנפגע כל אדם שהוצאה דיבתו רעה או שחירות התנועה נשללה ממנו" (ברק-ארז עמ' 205-206).

ובהמשך:

"לפגיעה בזכויות אלה יפים העקרונות האנגליים של פיצויים "כלליים" ו"מוגברים". הפיצוי יתבסס על הערכת מידתה של הפגיעה ברגשותיו של היחיד, על רקע נסיבות העניין. נוכח מהותה של הפגיעה בזכויות מסוג זה, לא ניתן לצפות להוכחה מדויקת של הנזק כדוגמת ההוכחה שנדרשת בהתייחס לנזקים התוצאתיים- הפיזיים או הכלכליים. הוכחה כזו אינה אפשרית, מאחר שאין אמות מידה לתחושות כלליות ולא חולניות של עלבון וצער. בתי המשפט יצטרכו להזקק להערכה שתתבסס על נסיבות העניין וגם על נסיון החיים של השופטים. הפיצויים לא יהיו סמליים. הם יהיו מושתתים על ההנחה שנגרם נזק, והנחה הפוכה לזו שמונחת ביסוד פסיקתם של הפיצויים הנומינליים.

מצד שני, אין לחרוג מן העקרונות הנזיקיים ולפסוק פיצויים שמנותקים מההפרה הקונקרטית ומנסיבותיה. סכום הפיצויים לא יכול, ואף לא צריך, לשקף את ערכה האוניברסלי של הזכות...". המחברת מחווה דעתה כי פיצוי כאמור צריך להדחות: "ראשית הוא פסול מן ההיבט הערכי, משום שהוא מתיימר להצמיד תג של מחיר לזכות עצמה. שנית, הוא מיטיב עם התובע במידה שחורגת מנזקו שלו, וכך סוטה מהעקרון של השבת המצב לקדמותו. בתחום דיני הנזיקין הפיצוי נקבע בהתאם לנזקו של התובע עצמו, ולא בהתאם לערכה של זכותו מנקודת ראותו של הזולת" (עמ' 277-276).

83.2 הדברים שלעיל צוטטו בהסכמה בפסק דינו של כבוד השופט אור ב- פ"ד דעקה, שם נפסק:

" מטבע הדברים, הסוגיות הנוגעות להוכחת הנזק ושיעורו נחתכות על-פי נתוניו של המקרה האינדיווידואלי ומן הראיות שבפני בית-המשפט. אמת-המידה המהותית הקובעת ברגיל את היקף הפיצויים שהניזוק זכאי להם היא אמת-המידה של השבת המצב לקדמותו. אמת-מידה זו היא אינדיווידואלית. היא מחייבת להידרש לעוצמת הפגיעה שנגרמה לניזוק הספציפי (ראו דבריי בע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו [31], בעמ' 692)."

83.3 בפסק דין אמר נדונו מהות הפיצוי ואמות המידה לפסיקתו של פיצוי בגין עוולת לשון הרע. נפסק שם:

"14. מוסכם על הכול, כי אחת המטרות העיקריות של ה"פיצויים" בדיני הנזיקין היא תרופתית. הפיצויים נועדו להסיר את הנזק ולהיטיבו. הם באו לשלול את התוצאות של העוולה. הם מכוונים להעמיד את הניזוק באותו מצב שבו הוא היה נתון ללא ביצוע העוולה...

ובהמשך:

"17. בפסיקת פיצויים בגין לשון הרע יתחשב בית-המשפט, בין היתר, בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד. הבחינה היא אינדיווידואלית. אין לקבוע "תעריפים". בכל מקרה יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים. אכן, התנהגותו של הניזוק לפני פרסום ולאחריו עשויה להוות אמצעי שבעזרתו ניתן לעמוד על נזקו. בדומה, התנהגותו של המזיק אף היא עשויה להשפיע על שיעור הנזק והערכתו. כך, למשל, התנצלות על דברי לשון הרע עשויה להקטין את הנזק שהם גרמו ובכך להשפיע על שיעור הפיצויים (ראו סעיף 19 לחוק). חומרת הפגיעה ברגשותיו של הניזוק ובשמו הטוב נמדדת לעתים בחומרת מעשיו וביטוייו של המזיק. ודוק, אין בכך פיצוי עונשי. זהו נזק מוגבר המביא לפיצוי מוגבר (DETAVARRGA) בשל התנהגות המזיק. כך, למשל, מזיק היודע כי דבריו אינם אמת והעושה כל מאמץ בבית-המשפט להוכיח את אמיתותם, עשוי לגרום להגברת נזקו של הניזוק ובכך להגביר את הפיצוי שלו הוא יהיה זכאי.

18. האם ממלאים הפיצויים בגין לשון הרע תפקיד מרתיע ומחנך? לשאלה זו אין תשובה פשוטה. היא מחזירה אותנו לשאלת היסוד בדבר תפקידים של דיני הנזיקין. התמודדות עם שאלה זו היא מחוץ למסגרת פסק-דינו זה. די אם אומר כי גם אם יש לדיני הפיצויים בגין לשון הרע תפקיד מחנך ומרתיע, אין בו, בתפקיד זה, כדי להגדיל את הפיצוי התרופתי מעבר למידותיו הטבעיות. אכן, ההיבט המחנך והמרתיע עשוי למצוא מקום של כבוד בגדרי הפיצוי העונשי, אך מקום שאין תחולה לפיצוי עונשי - וכזה הוא המקרה שלפנינו - אין בכוחו של ההיבט המחנך והמרתיע כדי להגדיל את סכום הפיצויים שהיה מתקבל על-פי הכללים בדבר השבת המצב לקדמותו. בגדר הפיצוי התרופתי ההיבט המרתיע וההיבט החינוכי מוצאים את ביטויים בעצם הטלתה של חובת הפיצויים, בקביעת שיעור הפיצויים על-פי אמות-מידה אמיתיות של השבת המצב לקדמותו ובהגברת הפיצוי מקום שהתנהגות המזיק מגבירה את הנזק. הגדלת הפיצוי בשל טעמים הרתעתיים ומחנכים מעבר לנדרש להשבת המצב לקדמותו תערער את

האיזון הראוי בין הזכויות החוקתיות הנאבקות על הבכורה במסגרת דיני איסור לשון הרע".

פיצויים ללא הוכחת נזק

84. בסעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה נאמר:
"בית המשפט רשאי לפסוק בשל עוולה לפי חוק זה פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, בלא הוכחת נזק; ...".

הוראה דומה כלולה בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"), לאחר שנוספה לחוק הנ"ל בתיקון תשנ"ט הוראת סעיף 7א, שם נקבע:

"(ב) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק.

(ג) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה, שבו הוכח כי לשון הרע פורסמה בכוונה לפגוע, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע, פיצוי שלא יעלה על כפל הסכום כאמור בסעיף קטן (ב), ללא הוכחת נזק".

85. גם בטרם התיקון לחוק איסור לשון הרע הכיר בית המשפט בכוחו לפסוק פיצוי בגין פרסום לשון הרע, גם ללא הוכחת נזק, וזאת מכוח חזקה כי פרסום לשון הרע, עצם הפרתה של הזכות, כרוכים בגרימת נזק.

85.1 "גם אם לא הוכח נזק מיוחד ולא הובאו כלל ראיות בתחום זה, אין בכך הצדקה שלא לפסוק למערער פיצויים כלליים בכגון דא. קיימת חזקה כי נגרם נזק לשמו הטוב של המערער מעצם פרסום לשון הרע, ללא צורך שיוכיח נזק ממון מיוחד אשר נגרם הלכה למעשה. במסגרת זו יש מקום לפסוק לו פיצויים כלליים (השווה לע"א 354/76 עזבון מנדל שרף ז"ל נ' שרותי יעוץ כללי בע"מ [1], בעמ' 174 מול אות השוליים ו"). (ע"א 97 / 2668 רו"ח דורון רופין נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ, פ"ד נה (1) 721, עמוד 725).

85.2 על המצב המשפטי ששרר בטרם התיקון הנ"ל נאמר בספרו של א. שנהר, דיני לשון הרע, תשנ"ז-1997, עמ' 367, נאמר כלהלן:

"העובדה שהפרסום המשמיץ גרם נזק מהווה אמנם תנאי לקבלת פיצויים, אולם התובע יהיה זכאי לפיצויים בגין הפגיעה בשמו הטוב גם אם לא הביא כל ראיה להוכחת נזקיו, שכן הוא יכול להסתמך על החזקה הקובעת, כי פרסום העלול לפגוע בשמו הטוב של אדם גורם נזק כלשהו" (עמ' 367) וכן:

"כאמור, סעד הפיצויים בעוולת פרסום לשון הרע מותנה בכך שהפרסום גרם לתובע "נזק". לכאורה זכאי היה התובע לפיצויים רק אם הביא ראיות להוכחת הנזקים שגרם לו הפרסום, אולם בפסיקה התפתחה חזקה הקובעת, כי פרסום המהווה לשון הרע גורם נזק כלשהו לאדם שאליו הוא

מתייחס. לפיכך, יכול תובע שהוכיח את יסודות עוולת פרסום לשון הרע להסתמך על החזקה ולקבל פיצוי כספי מבלי שיביא ראיה כלשהי להוכחת נזקיו" (עמ' 386-387)

85.3 בדרך זאת הלך בית המשפט בפסק הדין בעניין דעקה בו הכיר בזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של אדם על גופו, כנזק בר פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות:

"במקרה שבפנינו, לא הובאו ראיות מפורטות על הנזק שנגרם למערערת. בעובדה זו לבדה אין כדי לשלול את זכותה של המערערת לפיצוי בגין הנזק הכללי של פגיעה באוטונומיה. זאת, הואיל וכאשר מדובר בנזק כללי, להבדיל מנזק ממון, עשוי בית- המשפט לפסוק, בנסיבות המתאימות, פיצוי כספי מסוים גם בהיעדר הוכחה מפורטת של נזק ממשי.

ברוח זו פסק בית-המשפט העליון בעניין מצראווה [23], שהזכרתי אותו לעיל. באותו עניין נדונה תביעת נזיקין של אישה כנגד בעלה לשעבר, אשר גירש אותה בעל כורחה... השופט גולדברג קבע כי: "...גם בהיעדר ראיות על נזק ממשי שנגרם לתובעת, היה על בית המשפט לפסוק פיצוי מוערך על נזק כללי שבוודאי נגרם לה כתוצאה מהתרת המשיב את קשר הנישואין על כורחה" (בפיסקה 9 לפסק-הדין). לפיכך, קיבל השופט גולדברג את ערעורה של התובעת, בכל הנוגע לעילה הנזיקית שעליה סמכה את תביעתה, והעריך את הנזק הכללי שנגרם לה עקב גירושה בסך 30,000 ש"ח.

באופן דומה פסקה השופטת נתניהו בעניין כרמלי הנ"ל [22]. ...השופטת נתניהו... קבעה (בעמ' 772), כי נזק ממון לא הוכח, ואולם "...נזק כללי נגרם מעצם כליאתה בכפייה [של התובעת - ת' א'] בבית- חולים לחולי נפש. נזק כזה אינו טעון הוכחה". השופטת נתניהו קבעה אפוא את שיעור הנזק בדרך של אומדן, והעמידה אותו על 10,000 ש"ח, נכון ליום פסק- הדין (30.5.1984).

העיקרון העולה מפסקי-דין אלה יפה גם למקרה שבפנינו. ...בכך משתקף העיקרון הכללי, שלפיו במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו, שכן קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה על-ידי המזיק....

נוכח עקרונות אלה, הייתי פוסק למערערת פיצוי מסוים בגין הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. אכן, עמדתי על כך שנסיבות מתן ההסכמה על-ידי המערערת אינן עומדות בדרישות להסכמה מדעת. גם אם למערערת הייתה ידיעה כללית על כך שיש לבצע ביופסיה בכתפה, הרי שעל הכוונה לבצע את הביופסיה בזמן ובמקום שבהם נעשתה למדה המערערת רק סמוך מאוד לביצוע הפרוצדורה, בהיותה בחדר הניתוח. בכך לא התאפשר למערערת להפעיל שיקול-דעת של ממש בדבר ביצוע הפעולה האמורה בגופה, ונפגעה זכותה היסודית לשלוט על שייעשה בגופה. נוכח מכלול נסיבות העניין, ובהיעדר ראיות מפורטות על הנזק שנגרם למערערת

כתוצאה מהפגיעה האמורה, הייתי מעמיד את הפיצוי בגינה, בהתחשב בכלל הנסיבות, על סך של 15,000 ₪". (שם, פסקה 29 לפסק הדין).

86. הטעם שביסוד הוראות החוק המצוטטות לעיל, המאפשרות פיצוי ללא הוכחת נזק, הינו כטעם ההלכה ששררה גם קודם לתיקון חוק איסור לשון הרע:

"התפיסה שביסוד סעיף זה היא שעצם הפגיעה בכבודו של הזולת משמעה גרימת נזק לזולת, תפיסה שהיתה מקובלת על בתי המשפט עוד בטרם חקיקת סעיף 7א. פגיעה בכבוד עשויה להביא לנזקים ממוניים או לא ממוניים, שקשה מאד להוכיחם. לכן, מוצדק לאפשר לבתי המשפט לפסוק במקרים מתאימים פיצויים גם בגין נזקים שלא הוכחו, אם נראה לבית המשפט שפרסום לשון הרע אכן גרם לנזקים" (ח גנאים, מ קרמניצר וב שנור, לשון הרע- הדין הרצוי והמצוי (התשס"ה) 400).

87. בפסק דין אמר, אשר על עובדותיו חל הדין הישן, בטרם תיקון תשנ"ט של חוק איסור לשון הרע, נאמר, אגב אורחה, ביחס להוראת סעיף 7א (ב) לחוק:

"הוראה זו חוקקה לאחר האירועים נושא ערעור זה, ואין היא חלה עליהם. בחינתה של הוראה זו חורגת אפוא מגדריו של ערעור זה. היא מעוררת בעיות לא פשוטות של פירוש ותוקף. די אם נאמר, לצורכי ערעור זה, כי אין לקבל את עמדת המשיבים, שלפיה נקבע בהוראה זו רף עליון לפיצויים ללא הוכחת נזק. מטרתה של הוראה זו לקבוע רף תחתון המשחרר את הניזוק מהצורך להוכיח את נזקו".

מאידך ב- רעא 7943 / 01 יורם נר נ' משה יערי ואחרים [פדאור (לא פורסם) 01 (2) 257], עמוד 2, נפסק, על ידי כבוד השופטת דורנר: "סעיף 7א לחוק קובע סכום מירבי שניתן לפסוק לטובת הנפגע גם בלא הוכחת נזק. אם יבקשו המשיבים פיצוי בסכום גבוה יותר, יהא עליהם להוכיח את נזקם בהמשך ההליך, על- פי סדרי הדיון שייקבעו על-ידי בית-המשפט המחוזי".

ב-ת.א (ת"א) 1701/94 אמליו פלוס נגד דינה חלוץ ואח' (טרם פורסם) מציינת כבוד השופטת גרסטל כי ברוח פסיקתה של כבוד השופטת דורנר פסקו בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום כי סך של 50,000 ₪ אינו מהווה "סכום רצפה", כי אם תקרה לסכום הפיצוי אותו ניתן לפסוק מקום שמדובר בפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק, כאשר בהוכחתו של נזק שנגרם, ולו נזק בלתי ממוני, יפסוק בית המשפט פיצויים כפי הנזק שהוכח, ללא מגבלה כלשהי. על שורת פסקי הדין שנזכרו שם (בפסקה 6(ב) לפסק הדין) ניתן להוסיף גם: ע"א(י-ם) 6169/99 לוי נגד בן חורין [פדאור (לא פורסם) 99 (4) 288]; 6146/05 ידיעות אחרונות בע"מ נגד אל כרמי (לא פורסם), ע"א(י-ם) 5452/04 עמירם מילר נגד שמואל כהן, תק- מח – 2004 (4), 1872 (שם בפסקה 8).

הוכחתו של הנזק הבלתי ממוני ואמות המידה בקביעת הפיצוי

88. הפסיקה והספרות המשפטית עמדו על הקושי שבכימותו של נזק לא ממוני וקביעתו של "מחיר" לפגיעה ברגשות. קושי זה מאפיין גם את פסיקתם של פיצויים בגין ראשי נזק מוכרים ומושרשים כגון פסיקת פיצויים

בגין כאב וסבל הנילוויים לנזק גוף שנגרם לאדם. פסיקת הפיצוי משתנה ממקרה למקרה, תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה, כאשר המבחן הוא מבחן משולב המביא בחשבון את מידת וחומרת הפגיעה, כפי שהיה חווה אותה האדם הסביר, בנסיבות המיוחדות של ההפרה נשוא הדיון. בית המשפט מצווה לשקול את נסיבות המקרה על פי ניסיון חייו, ללא קביעתם של תעריפים מראש, תוך פסיקתו של פיצוי תרופתי, להבדיל מפיצוי סמלי, אך גם להמנע מפסיקתם של סכומים מופרזים. וכך הובאו הדברים בהלכה הפסוקה בעניין פסיקתם של פיצויים בגין הוצאת לשון הרע ופגיעה באוטונומיה, אשר גרמו לנזק לא ממוני בגין פגיעה בזכויות ספציפיות, הנגזרות אף הן מזכות האם לכבוד, ואשר ניתן ללמוד מהם לצורך פסיקת הפיצוי בענייננו:

88.1 בפסק דינו של כבוד השופט אור בעניין בית החולים כרמל, לאחר סקירתם של שיקולים רלוונטיים לצורך הערכת הנזק והפיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כתוצאה מקבלתה של הסכמה שלא מדעת לעריכתו של ניתוח (חומרת ההפרה של החובה למסירת המידע, חומרת הסיכון עליו לא נמסר לחולה, הסתברות התרחשותו של הסיכון וכו') נאמר:

"...המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין, ועל התרשמותו של בית-המשפט. על בית-המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית-המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים".

88.2 בפסק דינה של כבוד השופטת שטרסברג כהן בעניין בית החולים כרמל נפסק:

"45. מהו אפוא היקף הנזק וכיצד ניתן להעריכו? איזה הוא המבחן שישמש אותנו בהערכת הנזק לאוטונומיה של האדם העומד לפנינו? האם יש לאמץ את נקודת המבט של החולה הספציפי, ולפיה לבחון את השפעת המידע שלא נמסר על תחושותיו שלו (המבחן הסובייקטיבי); האם יש לבחון את הנזק שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה דרך עינו של החולה הסביר (המבחן האובייקטיבי) או שמא יש לאמץ נקודת השקפה אחרת, המשלבת יסודות אובייקטיביים תוך שימת דגש על נסיבותיו המיוחדות והייחודיות של החולה שלפנינו (המבחן המשולב)?

אקדים ואומר כי המבחן המשולב הוא המבחן שאותו הצענו כמבחן הראוי לצורך התחקות אחר מידת הסיכויים לקבלת החלטה מסוימת על-ידי החולה, אילו נתבקשה הסכמה מדעת (ראו לעיל, פסקאות 24-25). הטעמים שהבאנו שם, יפים גם לענייננו כאן....

46. הערכת נזק שאינו מוחשי מעוררת קשיים רבים; הניסיון לכמתו אינו ניסיון קל מעיקרו. ביישמנו את המבחן המשולב לצורך הערכת הנזק עקב פגיעה באוטונומיה, עלינו לבחון את הנזק שנגרם באמצעו את נקודת

המבט של החולה הסביר ולהביא לידי ביטוי גם את מאפייניו
האינדיווידואליים והאוטונומיים של החולה המסוים...

...

הגנה על האוטונומיה בגדרו של ראש נזק המעניקה פיצוי, מקום שלא נגרם
כל נזק לחולה, אינה ראויה.

48. שיקול נוסף - שעשוי למצוא ביטוי בהערכת הנזק - קשור בתוצאות
הטיפול שבוצע. אינני סבורה כי ראוי לקבוע בנדון הבחנות ממצות, אלא כל
מקרה יידון לגופו, על-פי נסיבותיו הוא. עם זאת, דומה כי תוצאות הטיפול
שבוצע עשויות להשליך על הערכת הנזק שאירע עקב פגיעה באוטונומיה.
כך, למשל, העובדה כי הטיפול הרפואי הצליח, חרף העובדה שבוצע ללא
קבלת הסכמה מדעת, עשויה להפוך את הנזק עקב הפגיעה באוטונומיה
לנזק תאורטי, או לנזק זניח (SIMINIM ED). לעומת זאת, כאשר לא ניתנה
הסכמה מדעת והטיפול כשל והסב אף נזק גוף, הרי שיתכן כי כישלון
הטיפול עלול להחריף את נזקיו של החולה ואת התחושות האמורות. מכל
מקום אין מטרתו של הפיצוי לשמש פיצוי עונשי או פיצוי אידאי בלבד".

88.3 באופן דומה פסק בית המשפט בפסק הדין המנחה לעניין קביעת פיצויים בגין
הפרת איסור לשון הרע, פ"ד אמר, שם נאמר בין השאר:

"כיצד זה ניתן להעריך נזקים אלה? כיצד זה ניתן להשיב המצב לקדמותו?
בעיה זו אינה חדשה עמנו. היא מתעוררת בכל מקרה של נזק לא רכושי
בנזקי גוף... למרות זאת בית-המשפט עושה מאמץ ומשתדל ככל יכולתו
להעריך את הנזק ולקבוע את הפיצוי. בהערכת נזק זה נעשים לעתים
ניסיונות של סטנדרטיזציה המרחיקה את הפיצוי מהנזק האמיתי. כנגד
מגמות אלה יצא בית-משפט זה לא פעם. אכן, הנזק הלא רכושי הוא נזק
בר-פיצוי. לעתים קרובות נזק זה הוא ניכר, והניזוק זכאי לפיצוי ממשי ולא
אך לפיצוי נחמה (ראו לאחרונה ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב [26]).
הוא הדין בפיצוי כאשר הנזק הלא רכושי הוא לשם הטוב. על בית-המשפט
לעשות מאמץ תוך בחינת כל מקרה לגופו, להעריך את היקף הפגיעה בשם
הטוב ולקבוע אותו פיצוי אשר יהא בכוחו, ככל האפשר, להעמיד את הניזוק
במצב שבו היה נתון לולא פורסם לשון הרע. ודוק, אינני סבור כי ההלכות
החלות בפיצוי הנזק הלא רכושי בנזקי גוף ניתנות להחלה באופן אוטומטי
גם לעניין הנזק הלא רכושי בנזקים לשם הטוב. לא הרי פגיעה בגוף כהרי
הפגיעה בשם הטוב. עם זאת ההשוואה היא אפשרית והיא צריכה
להיעשות במקרים מתאימים..."

וכן:

16. הפיצוי התרופתי בגין לשון הרע נועד להשיג שלושה יעדים: לעודד את
רוחו.. של הניזוק שנפגעה בגין לשון הרע; לתקן .. את הנזק לשמו הטוב;
למרק...את זכותו לשם הטוב שנפגעה בגין לשון הרע (ראו גטלי, שם
[42], בעמ' 201). לשם השגתן של מטרות תרופתיות אלה אין להסתפק
בפיצוי סמלי, אך גם אין להטיל פיצויים העולים על שיעור הנזק שנגרם.
הפיצוי התרופתי לא נועד אך להצהיר על הפגיעה. הוא גם לא נועד
להעשיר את הנפגע. הפיצוי התרופתי נועד להעניק פיצוי מלא על הנזק
שנגרם - לא פחות ולא יותר (השוו ע"א 357/80 הנ"ל [23]). רק כך יהא

ניתן - בגדרי הפיצוי התרופתי - לקיים את האיזון (האופקי) הראוי בין חופש הביטוי מזה לבין השם הטוב והפרטיות מזה".

אשם תורם ב"עוולות חוקתיות"

89. בחיבורה של ברק- ארז מציעה המחברת כי מטעמים עקרוניים יש להעדיף את האכיפה בעין של זכויות הפרט, כל אימת שהיא עדיין אפשרית מן הבחינה המעשית. נקודת מוצא זאת מחייבת את יישומם של דיני הפיצויים באופן שייצור תמריץ למיצוי סביר של דרכי הפעולה המנהליות והמשפטיות קודם להגשתה של התביעה הכספית. המחברת מחווה דעתה כי הגשמתו של יעד זה יכולה להעשות במידה רבה של הצלחה באמצעות הטמעתם של מבחני הסף של בג"ץ אל תוך עקרון הקטנת הנזק. (שם בעמ' 299)

90. האמור לעיל יפה ביחס למבחן הסף של שיהוי הנוהג ביחס לפנייתו של עותר לבג"צ לסעד של ציווי בגין הפרתה של זכות על ידי הרשות המנהלית. המחברת מציעה כי בגזירה שווה ההימנעות מלפנות אל בית המשפט במועד ולבקש ממנו להפסיק את הפעולה המפרה תגרע, במקרים מתאימים, מן הזכות לפיצוי, בקובעה כי זו התוצאה העולה מעקרון הקטנת הנזק, כאשר מוטמע בו רעיון השיהוי. כדי שהפרט הנפגע יקבל סעד בבג"צ, עליו להגיש את העתירה בתוך פרק זמן שהוא סביר בנסיבות העניין. התמריץ לפנות לבית המשפט במועד, ובכך להביא להסרתו של העוול, עלול שלא להיות קיים באותם מקרים שבהם התובע יעדיף "למכור" את זכויותיו באמצעות הגשתה של תביעת פיצויים מאוחרת. על כן, מוצע, כי החובה שלא להשתהות בייזום ההליך תטביע חותמה גם בתביעה הכספית, כאשר האכסניה הפורמלית להחלתו של מבחן השיהוי יכולה להימצא במסגרתו של עקרון הקטנת הנזק, אשר יתפרש בזיקה להלכותיו של המשפט הציבורי. המחברת מציעה כי כך יהא בזיקה, אך לא תוך זהות מלאה. כאשר מופעל מבחן השיהוי בבג"צ בהתייחס לסעד הציווי או בהתייחס לבקשה לסעד הצהרתי, נגזר בכך גורלה של העתירה לשבט או לחסד, מאחר שלא קיימת דרך ביניים... לעומתם הסעד הכספי הוא סעד שיש בו דרגות ביניים והוא יכול להנתן גם לשיעורין. (שם, עמ' 230-231).

-
-
יישום הכללים בדבר אופן פסיקתו של הפיצוי התרופתי – העדרו של נזק בר פיצוי לליאור

91. התובעים תובעים פסיקתו של פיצוי נפרד, לכל אחד ואחד מהם. טענת התובעים נסמכת בין השאר על הוראת סעיף 5 לחוק איסור הפליה, בדבר פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק, המצוטטת בסעיף 84 לעיל.

לטענת הנתבעים אין מקום לפסיקתו של פיצוי כלשהו לליאור, לאחר שמעדויות ההורים עצמם עולה כי ליאור נקלט היטב בבית הספר אור לטף ואינו יודע כלל על שום מה לא נרשם, בסופו של יום, לבית הספר מוריה, ולפיכך לא נגרם לו נזק כלשהו כתוצאה מהפרת זכויותיו.

92. אני מקבלת את טענת הנתבעים בעניין זה. מסקירת הפסיקה והספרות (כפי שהובאה בסעיפים 85-87 לפסק דין זה לעיל) עולה כי גם לפני חקיקתם של

הוראת סעיף 5 לחוק איסור הפליה והוראת החוק המקבילה שבסעיף 7א לחוק איסור לשון הרע הכירו בתי המשפט בכוחם וסמכותם לפסוק פיצויים בגין נזק לא ממוני גם ללא הוכחת נזק. הן בפסיקה שקדמה לתיקונים החקיקתיים והן בפסיקה שפרשה את הוראת סעיף 7א לחוק

איסור לשון הרע הטעימו בתי המשפט כי טעם ההלכה וטעם הוראות החוק הנ"ל בטיבו של הנזק הלא ממוני, שעיקרו פגיעה ברגשות, והמקום כתוצאה מכך חזקת קיומו של נזק, אפילו לא הוכח (הכל כמודגש במובאות שהובאו בסעיפים 85-87 לעיל, וכפי שעולה גם מפסקי הדין הנוספים, שנזכרו על דרך האזכור וללא ציטוט תוכנם). אולם, מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, הפיצוי התרופתי נפסק בגין נזק שהתרחש, ופיצוי ייפסק גם ללא הוכחת נזק רק כל עוד שוכנע בית המשפט כי נגרם נזק, אלא שלא הובאו ראיות שיש בהן לבסס תשתית עובדתית לקביעת שיעורו המדוייק.

בנוסף על האסמכתאות שנזכרו לעיל ראה גם את דברי כבוד השופט שטרסברג כהן שצוטטו בסעיף 88.2 לעיל על פיהם "הגנה על האוטונומיה בגדרו של ראש נזק המעניקה פיצוי, מקום שלא נגרם כל נזק לחולה, אינה ראויה".

בעניינו של ליאור, על אף שנפגעה זכות מוגנת, תוך הפרתן של הוראות איסור ההפליה שבחוק זכויות התלמיד ובחוק איסור הפליה, לא נגרם לליאור נזק. זאת בהעדרה של מודעות של ליאור, ילד בן 6, אשר הוריו, בתבונתם, בחרו שלא לשתפו בכאבם, בתחושות ההפליה שהיו נחלתם ובמאבקם לאור הפרת זכויותיו. הוריו של ליאור בחרו, בדין, להסתיר מליאור את טעם שיבוצו לבית הספר אור לטף, הם מדווחים על קליטתו הטובה בבית הספר ושביעות רצונו הימנו, הן במישור החברתי והן במישור הלימודי. בהעדרה של מודעות להפליה שהופלה, ממילא נחסך מליאור הנזק, שהינו בעיקרו התגובה הרגשית לאותה הפליה. חוסר הנוחות הזמני שבמעבר לבית ספר חדש, שלא ביחד עם חלק חבריו הותיקים, כשטעם הדבר אינו בידיעתו, כאשר גם בבית הספר אור לטף ילדים עימם למד בגן הילדים, וקליטתו המוצלחת באור לטף, הם לכשעצמם נזק של מה בכך, אם בכלל. הפיצוי נפסק בגין נזק, שהינו בדרך כלל תוצאה מיידיית וברורה של ההפרה, אולם בהעדרה של מודעות לזכות שהופרה ובהעדרו של נזק לא ניתן לפסוק פיצוי. הוראת סעיף 5 לחוק איסור הפליה ייתרה את הצורך בהוכחת פרטי הנזק, אך לא את השכנוע בדבר עצם קיומו.

93. בשולי הדברים יוער עוד:

93.1 93.1 כי השערותיה של האם כי יכול וליאור יודע או שמע מאחרים אינן מספיקות לצורך קביעתה של מסקנה בדבר התרחשותו של נזק, וחזקה עליה כי היתה יודעת דברים ברורים לו היה ליאור ער להפליה שהופלה וכואב את כאבה.

93.2 93.2 אינני סבורה כי יש לפסוק פיצוי לליאור משום שברבות הימים יתוודע לפרשה. לבד מהעובדה שמדובר בנזק עתידי שטרם התרחש, הרי שבמועד בו כך יהיה יהיה ליאור בוגר, הסיפור שיובא בפניו יהיה הסיפור השלם, לרבות מאבקם של הוריו לשינוי המדיניות והכרתה של המדינה

בטעותה. לנוכח שביעות רצונו מבית ספרו בפועל ליאור לא יחוה תחושה קורבנית, ועל אף שסיפור המעשה נוגע לו, הלכה למעשה, מבחינת ההתייחסות הרגשית שהיא בבסיס הפיצוי, לכאורה אין הבדל בינו לבין כל ילד אחר בן העדה האתיופית אשר יתוודע למדיניות המכסות, שנהגה ושבוטלה.

יישום הכללים בדבר אופן פסיקתו של הפיצוי התרופתי – הפיצוי להורים

94. אקדים ואומר כי השתכנעתי מכנות כאבם ועומק עלבונם של התובעים. הדברים הובהרו בתצהירי עדותם, וניכרו בכל מילה, ובין המלים, במהלך חקירתם הנגדית. אין לי ספק כי ההוודעות למדיניות המכסות והצורך להתמודד עימה אכן מהווה פרשה מכוננת בתפיסתם את חייהם בחברה הישראלית, וקו שבר בעניין זה. אולם, יחד עם זאת, באין אמת מידה למדידתם של רגשות, ובשל שיקולי מדיניות משפטית שהובהרו לעיל, אלה אינם אמת המידה הבלעדית לפסיקת הפיצוי, אשר המבחן לכימויו אינו מבחן סובייקטיבי טהור, כי אם מבחן מעורב הבוחן את תגובתו של האדם הסביר במערכת הנסיבות נשוא הדיון (הכל כמפורט בסעיף 88 לעיל). בקביעת סכום הפיצוי מתחקה בית המשפט אחר הנסיבות שיש בהן להצביע על עוצמת ועומק הפגיעה, בהתאם לזכות ולאינטרס המוגנים שהופרו, ובהתאמה קוצב את סכום הפיצוי. כך נעשה בפסק הדין בעניין בית החולים כרמל בו שרטט בית המשפט מבחני עזר כלליים לבחינת עוצמת הפגיעה במקרה של הפרתה של הזכות לאוטונומיה, וכך ברשימת הנסיבות הרלוונטיות שנמנו בפסק דין אמר, פסק הדין המנחה ביחס לפסיקת פיצוי בעוולה של הוצאת לשון הרע.

95. אני מקבלת את עמדת הנתבעים כי בפסיקת הפיצוי יש לייחס חשיבות לשינויה של מדיניות המכסות ועיקורה של ההפליה שהיתה טמונה בדרך ביצועה, על דרך ניטרולו של יסוד הכפיה, בסמוך לאחר העתירה שהוגשה על ידי התובעים, ביחד עם אחרים, וזאת אף ללא צורך בפסיקתו של בית המשפט בעניין זה ומיד לאחר בחינתה של אותה מדיניות על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

כשם שבדיני איסור לשון הרע יש חשיבות להתנהגותו של המזיק, גם לאחר ביצועו של מעשה העוולה, משום הכוח שבידו, באמצעות התנהגותו, להקטין את הנזק או להחמירו, כאשר התנצלות אמיתית וראויה תביא להקטנת הפיצוי (ראה סעיף 88.3 לעיל), כך גם בהפרתו של איסור הפליה, הסרתה ותיקונה צריך שיהוו שיקול שיש בו להקטין את הנזק.

96. אני מקבלת את טענת הנתבעים כי בפסיקת הפיצוי יש לייחס חשיבות ראשונה במעלה לתכלית קביעתה של מדיניות המכסות ולכוונה שנילוותה לה. כשם שכוננת זדון ושרירות מצד המזיק מהווים עילה לפיצוי מוגבר, משום שעצם קיומם מגביר את העלבון ותחושת ההשפלה שנילוו להפרה, כך כוונה טובה, גם אם רשלנית ובלתי רגישה, צריך שתהווה נסיבה שיש בה להקטין את חומרת הפגיעה ובהתאמה את סכום הפיצוי.

כשם ששוכנעתי מכנות כאבם של התובעים, כך שוכנעתי גם כי בבסיס מדיניות המכסות לא רק שלא היתה כל כוונה רעה, כי אם כוונה להטיב ולקדם. האפליה משפילה ופוגענית משום שהיא שמה סטיגמה על המופלה ומסווגת אותו כנחות מעצם השתייכותו לקבוצה המופלה. אולם, הנחת המוצא שביסוד

מדיניות האינטגרציה הינה כי הקבוצה המודרת אינה מקבלת את ההזדמנות הראויה המגיעת לה, כי נחיתותה מבחינת הישגיה (הממוצעים, הסטטיסטיים, להבדיל מאלה של פרט זה או אחר) אינה נובעת מטיבה ומכישוריה, כי אם מנסיבות המקום והזמן, וכי אינטגרציה הינה האמצעי האפקטיבי לשינוי של אותו מצב, הניתן לשינוי דווקא בהעדרה של נחיתות קבוצתית. למרבה הפרדוקס מדיניות המכסות, שפגעה בתובעים וגרמה להם להרגיש אזרחים מסוג ב', באה לעולם מתוך רצון כן ואמיתי לקדם הזדמנות אמיתית לשוויון בחברה לבני עדתם, כאשר הצלחתו של חינוך ורכישת השכלה הם המפתח לאלה.

נעלה מספק כי אין דין פגיעה שמקורה באמונה בדבר נחיתותו של המופלה, על ידי המפלה, או על מנת להשיג טובת הנאה מאמונה כאמור של אחרים כדין הפגיעה בענייננו. אין דין פגיעה שמקורה ברצון להפיק רווח כלכלי או להנציח הפליה, כדין הפגיעה בענייננו. גם בנסיבות המקרה שבפני הופרה זכות של התובעים, אך נסיבותיה משפיעות באופן ישיר על עוצמת הפגיעה הימנה. כפי שעולה מהמסמכים שצורפו לתצהירי העדות הראשית מטעם הנתבעים מדיניות הקליטה של עולי אתיופיה, קליטתם במערכת החינוך הממלכתית דתית, שהינה קטנה יותר בהיקפה, והמאפשרת חופש פעולה גדול יותר להורים בשליטה על שיבוץ ילדיהם למוסדות החינוך השונים, יצרה ריכוזים דמוגרפיים ובתי ספר סגרגטיביים. תופעה זאת לכשעצמה נתפסה על ידי חלקים גדולים של העדה כמציאות היוצרת גטאות, מנציחה הפליה, ופוגעת בסיכוייהם של ילדי העדה לשוויון הזדמנויות אמיתי. למציאות זאת בקשה מדיניות המכסות ליתן מענה, ביחד עם שלל החלטות אחרות שניתן לסווגן כהפליה מתקנת. כאמור, אין בכל אלה לגרוע מאי הלימותה של הדרך שנקטה לצורך הגשמת אותם יעדים, שלא על פי חוק ובעיקר תוך אימוצו של אמצעי פוגעני שלא היה נדרש לצורך השגתה של התכלית העיקרית שביסוד המדיניות, אולם יש בו להשפיע השפעה מכרעת על עוצמת הפגיעה וסכום הפיצוי.

97. נסיבה רלוונטית נוספת בהערכת סכום הפיצוי עניינה תוצאת ההפליה. כתוצאה מהפרתה של הזכות לשוויון נמנעים מהמופלה הזדמנות, טובת הנאה וכיוצא באלה, שהיו מנת חלקו אלמלא הפעולה המפלה. הגם שדרך כלל יהיה בעצם ההפליה והפגיעה ברגשות כתוצאה הימנה די על מנת להקים נזק ופגיעה הנובעת מהתגובה הרגשית להפליה, הרי שתוצאותיה במישורים הנוספים של טובת הנאה שנמנעה מהמופלה יכולים להעצים את הפגיעה, ומהווים נסיבה רלוונטית נוספת בהערכת עומק הנזק וסכום הפיצוי. אמת מידה זאת, של בחינת השפעתה של הפרת הזכות במישורים נוספים, משמשת בפסיקת הנזק הלא ממוני בתביעות בגין לשון הרע, הוצעה כשיקול רלוונטי גם בהתייחס לפסיקת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, וצריך שתהווה נסיבה רלוונטית גם בפיצוי בגין הפליה.

אשר על כן הדין עם הנתבעים כי בנסיבות העניין יש להביא בחשבון את קליטתו המוצלחת של ליאור בבית הספר אור לטף ואת שביעות רצונם המלאה של הוריו מבית הספר הנ"ל בו ממשיך ליאור ללמוד לאורך זמן חרף האפשרות שניתנה לתובעים לרושמו לבית הספר מוריה, אליו לא התקבל מלכתחילה בשל מדיניות המכסות המפלה, כמו גם את עדות ההורים כי גם אחרי הארוע

נשוא התובענה לא חשו בשינוי כלשהו ביחס אליהם במקומות עבודתם או במעגלים משמעותיים אחרים של חייהם.

98. כנזכר לעיל נטען על ידי העירייה לאשם תורם של התובעים אשר בא לידי ביטוי בהעדרה של פניה לראש העיר בניסיון לשנות את הגזירה בדבר הסרוב לרשום את ליאור לבית הספר מוריה, וכן בכך שהקדימו את הסעד הכספי לעתירתם לבג"צ, אשר לו היתה מוגשת לאלתר יש להניח כי היתה מביאה לעיקורה של תוצאת ההפליה ושיבוצו של ליאור לבית הספר מוריה כבר בשנת הלימודים הראשונה ללימודיו בבית הספר היסודי, הכל כבחירת הוריו.

אינני מקבלת את טענת העירייה בכל הנוגע להעדרה של פניה לראש העיר. התובעים פנו לגורמים המוסמכים המופקדים על הרישום בעירייה, לאחר שסורבו על ידי מנהל בית הספר, אשר פעל על פי מדיניות והנחיות של משרד החינוך. משנענו התובעים בשלילה על ידי הגורם המוסמך בעירייה לא ניתן לאמר כי לא מיצו את הדרכים המנהליות שהיו פתוחות בפניהם להביא לשינויה של ההחלטה, ולא ניתן לזקוף לחובתם העדרה של פניה לראש העיר.

מהטעמים שפורטו בסעיף 90 לעיל אני סבורה כי כעקרון אכן נכון לגבש את אמות המידה לקיומו של אשם תורם בעוולות שיסודן בפעולה מנהלית גם בשים לב לעקרון השיהוי החל על עתירות מנהליות. אולם, בנסיבות המקרה שבפני אין לכך משמעות של ממש. טעם תרגומו של השיהוי לאשם תורם נעוץ בהנחה שמשך הזמן בו הופרה הזכות גרם להגדלת הנזק, וכי "תוספת הנזק" כאמור היתה נמנעת לו פעל התובע באופן מיידי בכלים העומדים לרשותו לאכיפתה של הזכות. מהטעמים שפורטו בסעיף 97 לעיל, ממילא, בנסיבות המקרה שבפני מצוי משקל הכובד של פסיקת הפיצוי בעצם הפרת הזכות וההתוודעות למדיניות המפלה, להבדיל מתוצאותיה, באופן שלהמנעות מלעתור לבג"צ בסמוך לאחר הסרוב לרשום, חמישה חודשים לפני תחילתה של שנת הלימודים, ובטרם הגשתה של התביעה האזרחית שבפני, אין השפעה ממשית על גובה הפיצוי.

99. כפי שהודגם לעיל אני מקבלת את טיעונו של ב"כ התובעים כי ניתן ללמוד אנלוגיה מהפיצויים הנפסקים בגין פגיעה בשם הטוב ובפרטיות לפסיקת הפיצוי בגין הפרתו של איסור הפליה, וזאת בשים לב למכנה המשותף של פגיעה בזכות אם זהה, ופסיקתו של נזק לא ממוני. אולם, אני סבורה כי אותה אנלוגיה צריכה להעשות לצורך איתורם של השיקולים הנוגעים בעניין, כפי שהודגם לעיל, ואין מדובר בהעתקה מכאנית של רף הפיצויים הנפסק. בהמשך לטיעונו של ב"כ התובעים בעניין זה מצאתי לנכון להבהיר:

99.1 כי לא ראיתי להדרש לכל אחד ואחד מפסקי הדין אליהם הפנה ב"כ התובעים בסיכומי טענותיו. כל מקרה ידון על פי נסיבותיו, ובהתאמה ישתנה סכום הפיצוי. על כן ביכרתי לנסות ולהגדיר את הקריטריונים לפסיקת הפיצוי, תחת ההדרשות לנסיבותיהם של שלל פסקי הדין כאמור.

99.2 אשר להתייחסות הכללית לרף הפיצוי, אותו סכום עליו מוסיף בית המשפט, או גורע הימנו, בהתאם לכלל השיקולים והנסיבות שפורטו בהרחבה לעיל, אני סבורה כי יש ללמוד אנלוגיה דווקא מפסיקת הפיצוי ב- פ"ד דעקה והפסיקה

שנזכרה שם, ולקבל השראה ולהנחות עצמנו על פי הסכום שנכלל בהוראת סעיף 5 לחוק איסור הפליה, שעניינה בפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק.

בצד הסכום שנפסק בפסק הדין בית החולים כרמל בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה (15,000 ₪, נכון למועד מתן פסק הדין), כמצוטט בסעיף 88.1 לעיל, כולל פסק דינו של השופט אור, בדעת הרוב, הנחיה להמנע מפסיקתם של פיצויים מופרזים. בצד השיקולים הפרטניים המתייחסים לנסיבות ואשר נימנו בהרחבה לעיל אני סבורה בנוסף כי כהנחיה כללית יש מקום לנהוג בזהירות בפסיקת הפיצוי בגין איסור הפליה, מקום שמדובר: בפסיקת פיצוי כנגד רשויות השלטון, בגין מעשים אשר באופן מסורתי ועד לאחרונה היו מקימים סעד של ציווי בלבד; כאשר עילת תביעה זהה יכול ועומדת לרבים אחרים, כשבצד הענקתו של הסעד האזרחי שבחוקי איסור הפליה לא נקבעה תקופת התיישנות קצרה (כפי שנעשה בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981); כאשר הפיצוי משולם הלכה למעשה על ידי כלל הציבור (משלמי המסים) והקשר שבין הכוונתה של פעילות עתידית לבין פסיקת הפיצוי ברור וישיר פחות מאותם מקרים בהם מדובר בעוולה המתבצעת במהלכה של פעילות עסקית.

פיצויים עונשיים

100. נטען על ידי ב"כ התובעים כי על בית המשפט להביא לידי ביטוי את סלידתו מההתנהגות הגזענית ולפסוק פיצוי הולם שיהיה בו לחנך את הציבור והרשויות. נטען כי נסיבות המקרה מצדיקות פיצויים עונשיים לאחר שמשרד החנוך אמץ מדיניות גזענית, לא חזר בו מימנה גם כאשר היתה פניה למנכ"ל המשרד, רק בעקבות פניה לבג"צ והנחיית היועץ המשפטי לממשלה שונתה המדיניות, וגם לאחר כל אלה שרת החנוך מבהירה, בדבריה מעל דוכן הכנסת, כי כך הוא אך ורק בשל המוסרות המשפטיים שהוטלו על משרד החינוך.

101. ההלכות בענין הפיצויים העונשיים כפי שהתגבשו בשיטת המשפט הישראלי ועיקרי הדין בעניין זה סוכמו והובהרו בפסק דינו של כבוד השופט ריבלין ב- ע"א 00 / 140 מיכאל אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח (4) 486 (להלן: "פ"ד אטינגר").

101.1 בפ"ד אטינגר מצא בית המשפט כי לא התקיימו נסיבות שיש בהן להצדיק פסיקתו של פיצוי עונשי ומצא לנכון להדגיש כי חרף ההדרשות המרחיבה למוסד זה בפסק הדין, לרבות סקירת השתקפותו בפסיקה הישראלית, אין הוא נדרש להכריע בשאלה המקדמית "אם נתונה לבתי-המשפט בשיטתו סמכות לפסוק פיצויים עונשיים" (שם בפסקה 80).

101.2 בפ"ד אטינגר מצביע בית המשפט על כך ש"על התיבה "פיצויים" (compensation), המופיעה בפקודת הנזיקין, כבר נאמר כי היא משמיעה לנו שהסעד הנזיקי אינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial), שנועד להסיר את הנזק ולהיטיבו... עיקרון זה מקבל ביטוי בהתניית האחריות בנזיקין בקיומם של נזק שהוסב לניזוק ושל קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין אותו נזק" (שם בפסקה 73).

101.3 על מהותם וטיבם של הפיצויים העונשיים נאמר כי הם: "פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה" (ברק בחיבורו הנ"ל [166], בעמ' 579). הפיצויים העונשיים נבדלים מן הפיצויים המוגברים (aggravated damages), אשר גם הם מביאים בחשבון את חומרת התנהגותו של המזיק, אך מבטאים "הערכה כנה של הנזק שנגרם [לניזוק], כאשר נזק זה הוגבר על ידי התנהגותו הבלתי ראויה של המזיק

...

הפיצויים העונשיים אפוא אינם נשענים על בסיס "מרפא" או "מתקן". הרציונל שמאחוריהם הוא עונשי והרתעתי...". (שם פסקה 74).

101.4 לנסיבות פסיקתם של פיצויים עונשיים כפי שהיא עולה מהמשפט המשווה נאמר: "ראוי לציין כי פסיקת הפיצויים העונשיים מתמקדת בדרך-כלל בעוולות כוונה, כאשר התנהגות המזיק ראויה לגינוי. שיטות משפט שונות הכירו באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים גם בתביעות המתבססות על עוולת הרשלנות, אולם בתי-המשפט עושים זאת, על-פי רוב, במשורה ובמקרים חריגים" (שם פסקה 78).

101.5 לעניין קליטתו של מוסד הפיצויים העונשיים בשיטת המשפט הישראלית נאמר:

"בתי-המשפט בישראל הכירו באפשרות לחייב מזיק בפיצויים עונשיים. כבר בע"א 216/54 שניידר נ' גליק [55], בעמ' 1335 נקבע, כי:

"...התקפת המערער על המשיבה היתה זדונית, ללא התגרות מיידית שקדמה לה, והיא בוצעה בפראות ובצורה שהיתה מכוונת להשפיל את כבוד המשיבה קבל עם ועדה. בית-המשפט רשאי להביא בחשבון גורמים מיוחדים כאלה, כגון כוונתו הרעה של התוקף ובושת שסבל הנתקף, בקבעו פיצויים עונשיים..."

בהתחשב עם כל הגורמים האלה אנו מוצאים שהמסיבות הצדיקו הטלת סכום ניכר כפיצוי כללי..."

והפסיקה חזרה וקבעה כי לבתי-המשפט בישראל סמכות לפסוק פיצויים עונשיים (ראו: ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר [56], בעמ' 234; ע"א 277/55 רבינוביץ נ' "סלע" בע"מ [57]; ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, עו"ד [58], בעמ' 237; ע"א 670/79 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' מזרחי [59], בעמ' 205), אף כי גישה זו זכתה לביקורת (ברק בחיבורו הנ"ל [166], בעמ' 583-584 וראו גם דברי השופט קיסטר בע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י [60]). יש הסבורים כי יש לבחון את השפעת חוקי היסוד על הסוגיה (ת"א (י-ם) 1549/96 יצחק לוי - עיזבון המנוחה לוי פנינה ז"ל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה [78]). בפועל, בתי-המשפט בישראל אינם נוהגים - בוודאי אינם מרבים - לפסוק פיצויים עונשיים (ע"א 3654/97 קרטין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ [61], בעמ' 406). יצוין כי קיימות בדין הישראלי הוראות חוק הקובעות, בהקשרים מסוימים, סמכות מפורשת לפסוק פיצויים עונשיים (ראו למשל סעיף 183 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967). הצעת חוק של חברת הכנסת נחמה רונן משנת

תשס"ב, שלפיה תוסף לפקודת הנזיקין הוראה בדבר פיצויים עונשיים, לא התגבשה לכלל חקיקה (הצעת חוק פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (תיקון - פיצויים עונשיים), תשס"ב-2001). על-פי ההצעה, היא בית-המשפט רשאי להשית על הנתבע פיצויים נוסף על הפיצויים הניתנים לפי סעיף 76 לפקודה "אם נקבע כי הנתבע נהג באורח הראוי לגינוי, ובאחד מאלה: (1) מתוך מטרה לגרום נזק לאחר; (2) מתוך התעלמות מכוונת ומודעת מזכויות האחר או מביטחונו; (3) תוך רשלנות חמורה". עוד נקבע בהצעה כי בקביעת גובהם הראוי של הפיצויים העונשיים היא בית-המשפט רשאי לשקול, בין היתר, את צפיותו - בכוח ובפועל - של הנזק שנגרם כתוצאה ממעשיו או מחדליו של הנתבע, ואת משך הזמן שבו ביצע הנתבע את המעשים או המחדלים שגרמו לתובע את נזקיו". (שם, פסקה 79).

102. בחיבורה של ברק ארז נאמר:

"בפסיקה האנגלו- אמריקאית חזרה ועלתה האפשרות של פסיקת פיצויים עונשיים בנסיבות שכן הליקוי המנהלי היה מלווה בכוונה רעה או בשרירות. השאלה היא, האם גם במשפט הישראלי יש מקום להרחיב את מסגרת הפיצוי, ולפסוק פיצויים עונשיים. התשובה לשאלה זו צריכה להיות תולדת ההשקפה הכללית של השיטה בהתייחס לפיצויים עונשיים" (שם עמ' 286-285).

ובהמשך נאמר:

"מאחר שהפיצויים העונשיים הם אנומליה בתחום דיני הנזיקין, יש להקפיד הקפדה יתירה בהפעלת שיקול הדעת באשר לפסיקתם, ולהגבילם למקרים חריגים. בהקשר החוקתי, הזהירות צריכה להיות מיוחדת. מלכתחילה, פסיקת פיצויים בגין הפגיעה הערטילאית בזכות מבוססת על הערכה של מידת הפגיעה בפרט, וזו עשויה להיות מושפעת גם מן הכוונה שהיתה בסיוד המעשה המעוול. אולם אין לפסול את הפיצויים העונשיים רק מן הטעם שהנתבעת היא רשות ציבורית". (שם, עמ' 286).

ההערה האחרונה, על פיה אין לפסול פיצויים עונשיים רק מן הטעם שהנתבעת היא רשות ציבורית באה לעולם על רקע ההלכה שנפסקה במשפט האמריקאי, על פיה פסיקת פיצויים עונשיים יכול שתחול רק ביחס לפקיד הציבור המעוול, להבדיל מהרשות, כשאותה פסיקה נומקה בנימוקים הבאים, כפי שהובאו על ידי ברק- ארז בעמוד 263 לחיבורה:

"לגופו של עניין בית המשפט סבר שהתוצאה אשר אליה הגיע היא רצויה. ראשית, ענישתו של גוף ציבורי באמצעות פסיקת פיצויים היא ענישה של משלם המסים. שנית, הזדון שבגנו נפסקים הפיצויים העונשיים הוא לעולם הזדון של בעלי התפקידים, ולא של הרשות עצמה. שלישית, מהיבט המטרה ההרתעתית של הפיצויים, עדיפה הרתעה במישרין של היחיד שפעל בזדון".

השיקולים שנמנו לעיל היוו נדבך בהנמקתו של בית המשפט ב- תא(י-ם) 687/93 חיה מרום נגד מדינת ישראל, דינים מחוזי, כרך כו(4) 388, שם נקבע כי: "אף שנסיבות המקרה מעידות על רשלנות חמורה וזלזול מדאיג בחולים מצד הצוות המטפל" הגיע למסקנה כי אין לפסוק פיצויים עונשיים, כשמסקנה זאת מושתתת על שלושה נימוקים:

"ראשית, על אף רשלנותם החמורה של הנתבעים, ובמיוחד של צוות המטפלים מטעמם, הרי שלא ניתן לגלות כוונה או זדון בהתנהגותם. שנית, כפי שמציינת ב"כ הנתבעים, מעולם לא הוטלו פיצויים כנגד רשויות.... ואחרון... במקרה שלפנינו הסיקו הרשויות את הלקחים מהארוע הטראגי...".

103. בפסק דין אמר מחווה כבוד הנשיא ברק דעתו כי בפסיקת פיצויים בגין הוצאת לשון הרע אין לפסוק פיצויים עונשיים (להבדיל מפיצויים מוגברים, שהם חלק מהפיצוי התרופתי). נאמר שם כי כשם שבמישור האחריות וקביעת החבות נערך איזון בין הזכויות המתחרות (ובאותו עניין הזכות לשם טוב מזה והזכות לחופש הביטוי מזה), כך יש לשמור על אותו איזון במישור הפיצוי, על דרך פסיקתו של פיצוי תרופתי בלבד. אותה הנמקה יפה לכאורה גם ביחס לאיזון האנכי וחלה בפסיקת פיצוי בגין הפרת זכויות חוקתיות דרך כלל.

104. כמו בעניין אטינגר, עובדות המקרה שבפני אינן מצריכות הכרעה בכלל השאלות שמעוררת סוגיית הפיצויים העונשיים, בדיני הנזיקין דרך כלל, ובעוולות בגין הפרתן של זכויות יסוד חוקתיות בפרט. די בכל האמור לעיל על מנת ללמד כי גם אם ניתן לפסוק פיצוי עונשי בתביעות מסוג זה, אין המקרה שבפני, שנסיבותיו "המקלות" נסקרו בהרחבה בסעיפים 91-97 לעיל נמנה על אותם מקרים חריגים בהם יש מקום לשקול פסיקתו של פיצוי כאמור.

כדברי כבוד הנשיא ברק בפסק דין אמר החינוך להפנמת הצורך בכיבודן של זכויות האדם מושגת על דרך ההכרה באותן זכויות ועל דרך יצירתה של תרופה בגין הפרתן, ואין אנו נדרשים למוסד של הפיצויים העונשיים לצורך כך.

סוף דבר

105. מכל הנימוקים שפורטו בפסק דין זה הפרו כל אחד מהנתבעים, כלפי כל אחד מהתובעים, הן את איסור ההפליה הקבוע בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד והן את איסור ההפליה הקבוע בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, ובכך עוולו התובעים, כלפי הנתבעים, הן בעוולה של הפרת חובה חקוקה והן בעוולה המעוגנת במישרין בחוק איסור הפליה.

106. הם שהתובעים עוולו כלפי כל הנתבעים מצאתי כי בנסיבות העניין נגרם נזק לנתבעים 1 ו 2 בלבד, ולפיכך תביעתו של הנתבע 3 לפסיקתם של פיצויים לזכותו נדחית.

107. מהנימוקים שפורטו בהרחבה בפסק הדין אני קוצבת את סכום הפיצויים לו זכאי כל אחד מיחידי ההורים, הנתבעים 1 ו-2, לסך של 40,000 ₪ נכון ליום מתן פסק הדין, ובסך הכל סך של 80,000 ₪ לשני התובעים.

108. מאחר שהנתבעים 1 ו-3 זכו לייצוג משותף, וגם בין הנתבעים הנ"ל לבין הנתבעת 2 לא נפתחה חזית אשר חייבה את ההכרעה בדבר חלוקת נטל הפיצוי בין אלה ניתן פסק הדין כנגד כל הנתבעים, יחד ולחוד. במאמר מוסגר יוער כי אני יוצאת מתוך הנחה שביחסים שבין הנתבעים 1 ו-3 תישא הנתבעת 1 בנטל

הפיצוי, וסבורה כי גם ביחסיה עם הנתבעת 2 ראוי כי הנתבעת 1 תישא בחלק הארי של נטל הפיצוי.

109. אשר על כן, על הנתבעים, יחד ולחוד, לשלם לכל אחד מיחידי התובעים 1 ו-2 פיצוי בסך של 40,000 ₪. כמו כן ישלמו הנתבעים לתובעים את החזר הוצאות המשפט בהם נשאו ושכ"ט עו"ד בסך של 15% מסכום הפיצוי הכולל, בתוספת מע"מ כדין.

כל סכום שיש לשלמו כאמור לעיל ישולם בתוך 30 יום מיום מתן פסק הדין.

המזכירות תעביר העתק של פסק הדין לצדדים בדואר.

ניתן היום כ"ז באב, תשס"ו (21 באוגוסט 2006) בהעדר הצדדים.

ריבי צוק, שופטת