

איני מסכים עם אורחותיך ואלחם למנוע את זכותך לקיימם

– על מעמדם החדש של רגשות השוויון

מאיר בוחניק*

הקדמה

התפיסה המקובלת להגנה על זכויות היא שההגנה תינתן מפני פגיעה של ממש. פגיעה ברגשות אינה נחשבת פגיעה בזכות, ולכן הגנה על רגשות היא לכל היותר אינטרס. תפיסה זו מבוססת על הרצון לקיים חברה סובלנית שבה יכולים לחיות זה לצד זה אנשים בעלי דעות שונות תוך מימוש אמונתם וחירותם. זו גם גישת הפסיקה בישראל שנמנעה מלהעניק מעמד חוקתי לרגשות. אלו זכו בהגנה מצומצמת מתוך הכרה בהם כאינטרס ציבורי. בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין מסלולי הלימוד הנפרדים בהשכלה הגבוהה לאוכלוסיה החרדית,¹ חרגו השופטים פוגלמן, ברון והנדל מתפיסה זו ושדרגו את מעמד רגשות השוויון למעמד שווה-ערך לזכויות מוגנות. בהמשך לכך ביכרו השופטים את ההגנה על רגשותיו של ציבור בלתי מזהה על פני הפגיעה הקונקרטיה בזכות לשוויון ובחופש העיסוק של הצדדים האחרים. רשימה זו מבקשת להצביע על החידוש שבעמדה זו, לבחון האם היא עולה בקנה אחד עם ההגות הליברלית ביחס להגנה על רגשות ולתהות על כדאיותה המשפטית-ציבורית. הדיון בהיקפה וגבולותיה של הזכות לשוויון חשוב שבעתיים בימים אלו כאשר הכנסת דנה באפשרות של הוספת הזכות לשוויון לחוקי היסוד.

העתירות נגד קיומם של המסלולים בהפרדה עסקו בשתי סוגיות: עצם הפרדה בכיתות ובמרחבים הציבוריים בין גברים ונשים, וההפליה נגד מרצות שנמנע מהן להרצות בפני גברים. גם המסקנות המעשיות של פסק הדין היו שתיים: בית המשפט הכשיר את מסלולי הלימודים הנפרדים במתכונת שנקבעה בתוכנית החומש של המלי"ג, אך נתן צו מוחלט שאסר על הפלייתן של מרצות.² בית המשפט הכיר אפוא בכך שהשאלות אינן בהכרח כרוכות זו בזו, חרף האפשרות שתהיה ביניהן זיקה, ואף רשימה זו תעסוק בשאלת עצם ההפרדה במסלולים בלבד.³

מי הנפגע?

חברי ההרכב כולם יצאו מהנחה שעצם קיום המסלולים בהפרדה יוצר פגיעה בשוויון, כששופטי הרוב מצאוה מידתית. למרות תמימות הדעים לכאורה באשר לעצם קיומה של הפגיעה, התקשו השופטים להסכים מי הם הנפגעים ומהי הפגיעה.

* מאיר בוחניק הוא סמנכ"ל פורום קהלת.

¹ בג"ץ 8010/16 ברזון נ' נגד מדינת ישראל (פורסם ביום 12.7.2021). כותב שורות אלה ייצג יחד עם עו"ד אריאל ארליך, בעתירה שצורפה להליך (בג"ץ 8683/17) את פורום קהלת ועותרות ועותרים שנפגעו מהחלטת המלי"ג לצמצם את הגדרת הסטודנטים שיהיו רשאים ללמוד במסלולי ההפרדה ושלא לאפשר לימודים בהפרדה בתארים מתקדמים.

² על עמימות הצו שניתן בעניין ומשמעותו האופרטיבית ראו אמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עמומה? | חלק א'" ICON-S-IL Blog (18.8.2021) וכן אמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עמומה? | חלק ב'" ICON-S-IL Blog (19.8.2021).

³ הבחנה זו מתבקשת גם לאור הסעד שהתבקש. לפגיעה במרצות לא צריכה להיות כל השפעה על הגבלת המסלולים ללימודי תואר ראשון בלבד או הגבלת קהל היעד של המסלולים – אין מניעה שמרצות תלמדנה גברים ונשים בתואר שני שאליו יתקבלו כל גבר ואישה שיחפצו במסלול נפרד.

המשנה לנשיאה מלצר התרשם שהעותרים נגד קיום המסלולים לא הוכיחו פגיעה משמעותית בקהל הסטודנטיות והסטודנטים הלומדים במסלולים אלו.⁴ בנוסף התרשם מלצר שאין פגיעה משמעותית בסטודנטים במסלולים הכלליים, שכן המסלולים הנפרדים מוגבלים לשולי הקמפוסים הכלליים או לקמפוסים נפרדים.

השופט אלרון ביסס את קיומה של פגיעה על חזקה: כל מתן שירותים בנפרד גורר הפליה אם לא הוכח אחרת, אף כשצריכת השירות בהפרדה היא וולונטרית. בנוגע לשאלה מי נפגע ומה מהות הפגיעה במסלולים הנפרדים באקדמיה – סתם אלרון ולא פירש.

שלושת שופטי ההרכב האחרים – פוגלמן, ברון והנדל, זיהו את הגורם הנפגע בציבור בלתי מזוהה המתנגד להפרדה.⁵ על אף שניסוח הדברים שונה בין השופטים, בלב העמדה עומדת ההכרה בזכותו של אותו ציבור בלתי מזוהה שלא להיות חשוף להפרדה או לכך שלא תתקיים הפרדה במרחב הציבורי, וזאת על אף שציבור זה אינו צפוי להיות מושפע באופן ישיר מקיום ההפרדה. כך מנסח זאת השופט פוגלמן:⁶

”אין לתחום את פגיעתה של ההפרדה בשוויון רק לנשים שנחשפות להסדרי ההפרדה, שכן היקף הפגיעה של הסדרים מעין אלה רחב יותר. הם עשויים לפגוע בכל אישה ואיש שמתנגדים למתן יחס שונה ולהפרדה בין נשים לגברים; הם עשויים לעורר חשש שההפרדה לא תישאר תחומה לכיתות הלימוד ובכך תפגע גם בזכויותיהם וחשש שההפרדה באקדמיה תוליך בסופו של יום גם להפרדה נוספת במרחב הציבורי”.

מדברי השופט פוגלמן נמצאנו למדים שני עקרונות חדשים בנוגע לזכות לשוויון:⁷

א. לכל אישה ואיש המתנגדים להפרדה קיימת הזכות שהיא לא תתרחש אף אם לא יושפעו באופן ישיר מהסדרי ההפרדה.

ב. היקף ההגנה על זכות זו רחב שכן הוא כולל גם הגנה מפני חשש עתידי של פגיעה בה.⁸

אומנם בהמשך דבריו מטיל פוגלמן ספק בוולונטריות של הבחירה במסלולי ההפרדה, בין היתר מחמת תקנוני הלבוש שקבעו כמה מהמוסדות וכן לאור עמדת המל”ג לפיה על אף שלא ניתן לכפות הפרדה מגדרית במרחב הציבורי, עצם ההפרדה אינה אסורה. אולם מדבריו שצוטטו לעיל עולה כי גם אילו בחירתן של נשים ללמוד בהפרה היתה חופשית לחלוטין, קיומה של ההפרדה מהווה פגיעה בציבור המתנגד להפרדה.

⁴ סעיף 59 וסעיף 68 לחוות דעתו. השופט מלצר קובע כי אף שישנה אפשרות שחלק מהסטודנטים בוחרים במסלולים אלו בשל אילוץ תרבותי, מרבית הסטודנטיות והסטודנטים בוחרים בהם בהתאם להשקפת עולמם.

⁵ השופטים פוגלמן וברון סברו גם שיש להטיל ספק בכנות הוולונטריות של הנשים החרדיות, בעוד שהשופט הנדל ביקר את הגישה הזו כפטרנליסטית.

⁶ סעיף 10 לחוות דעתו.

⁷ בהמשך דבריו של פוגלמן עולה חידוש נוסף והוא שגם הזכות לחופש מדת כוללת את ההגנה מכך שהמרחב הציבורי לא יישא אופי דתי אף בלי שניתן להצביע על נפגע קונקרטי. הדברים אינם תואמים את עמדתו המוכרת של בית המשפט בעניין ההגנה על רגשות הדת, כפי שנראה להלן.

⁸ מדובר למעשה בהגנה חוקתית מתוך חשש למדרון חלקלק. להלן נראה כי השופט הנדל התנגד לטענת המדרון החלקלק. זאת ועוד, ספק אם טענת המדרון החלקלק רלוונטית לעניין הרחבת ההפרדה באקדמיה שכן הגוף המחליט (המל”ג) כבר קיבל הכרעה מפורשת נגד הרחבת ההפרדה והגלישה במדרון. ראו בעניין זה דני סטטמן וגדעון ספיר ”חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים” מחקרי משפט כא 5 (2004) עמ’ 84-81.

דומה שגם השופטת ברון הסכימה לעקרונות של השופט פוגלמן. ברון סבורה אמנם שישנה פגיעה באוטונומיה של נשים חרדיות, שכן לשיטתה הן בחרו במסלולים אלו לא מתוך רצון אלא מתוך לחץ חברתי.⁹ אך היא מוסיפה וקובעת כי גם לו היה מדובר באירוע וולונטרי לחלוטין לא היה "די בכך כדי להצדיק פגיעה כה מהותית בשוויון".¹⁰ ישאל השואל – ככל שמדובר באירוע וולונטרי, מי הם אפוא הנפגעים? על כך משיבה ברון:

"איני סבורה כי ניתן להשקיף על לימודים בהפרדה כאל פגיעה נקודתית בזכויות נשים, התחומה לדלת אמותיה של כיתת הלימוד. התייחסות כזו לוקה בחד-ממדיות, ואינה נותנת ביטוי ראוי לעוצמת הפגיעה וליגלי ההדף' שההפרדה בין גברים לנשים יוצרת, לא רק באקדמיה אלא בחברה הישראלית כולה".¹¹

ובהמשך:

"העתירות שלפנינו, שאחת מהן תובעת לאפשר לימודים גם לתואר שני בהפרדה בין נשים וגברים, ובשתיים אחרות מבוקש להרחיב את תנאי הקבלה למסלולים אלה כך שתתאפשר קבלה גם של מי שאינו עונה על הגדרת "חרדי" שבתוכנית החומש, מעידות אף הן כי הפרדה מגדרית יוצרת רעב שאין לו שובע [...] ועתה להשפעה הציבורית רחבת ההיקף הנודעת להפרדה. האקדמיה היא מעצם טיבה וטבעה זירה ציבורית, וככזו היא "שייכת" לכלל אזרחי המדינה כפרטים ולכל הקבוצות באוכלוסייה [...] המשמעות היא שלא ניתן "לשייך" את הפגיעה בזכויות נשים הנגרמת כתוצאה מלימודים בהפרדה, רק לאותן נשים ש"בחרו" להירשם למסלולי לימוד אלה".¹²

לא ברור לחלוטין האם "גלי ההדף" שהשופטת ברון חוששת מהם עלולים לפגוע בציבור הנשים דווקא או באינטרס ציבורי כללי שיש להגן עליו, של מניעת הפרדה.¹³ כך או כך, השופטת ברון מסכימה לשני העקרונות שקבע פוגלמן – ישנו ציבור שזכאי לכך שלא תתקיים הפרדה במרחב הציבורי שלו – ובמיוחד באקדמיה (אף שהוא אינו מושפע באופן ישיר מקיומה); וההגנה על הזכות רחבה עד כדי כך שניתן לפסול החלטה מנהלית בשל חשש מפגיעה עתידית בזכות ("רעב שאין לו שובע").

השופט הנדל ער לבעייתיות שבהעדר נפגעת קונקרטיית:

"תחילתו של סעיף 8 [לחוק היסוד] היא האיסור על פגיעה. פגיעה – במובן החוקתי. אף כותרתו של הסעיף היא "פגיעה בזכויות". האם במקרה יש פגיעה כזו? וכאן הקושי. בעתירה מהסוג של שקדיאל ומילר הפגיעה ברורה. העותרות טוענות לסגירת הדלת, בשל היותן נשים, לחדר שבו הן מעוניינות להיכנס".

⁹ סעיף 10 לחוות דעתה.

¹⁰ סעיף 11 שם.

¹¹ סעיף 12 שם.

¹² שם.

¹³ זו לכאורה עמדתו של השופט הנדל כפי שנראה להלן.

בעקבות דבריו אלו דוחה הנדל את גישתה של השופטת ברון שהוא מזהה כפטרנליסטית, לפיה אין מדובר במסלול וולונטרי, ואף את גישת המדרון החלקלק. אולם כאן, אחרי שהחיפוש אחר הנפגעת הקונקרטי אינו מניב תוצאות, מתרחש בדיון "טוויסט" מפתיע, כאשר הנדל מגיע למסקנה הבאה:

"עד כה הודגשה השאלה האם המסלול הנפרד פוגע בזכויות הנשים הלומדות במסלול הנשים. ברם, איני מתעלם מכך שהביקורת על המסלול היא מעבר לכך. הראייה היא ציבורית. לאמור, כדי לשמור על השוויון הכללי בין גברים ונשים, נכון כי לא תהיה הפרדה במרחב הציבורי. כך, בגוף כגון מוסד להשכלה גבוהה שמוכר על ידי המועצה וכפוף לפיקוחה, לרבות שמירה של ערכי החברה. מכאן, קיומו של מסלול נפרד עלול לפגוע בערכיה של מדינת ישראל [...] צא ולמד כי יש פגיעה מסוימת בקיומם של מסלולים נפרדים במוסדות להשכלה גבוהה. כך מנקודת המבט של ערכי הציבור במרחב הציבורי".

השופט הנדל מוצא לבסוף, בדומה לפוגלמן וברון, כי ישנה "פגיעה", אף שאין נפגע. הנדל מסכים אפוא לעקרון הראשון של השופט פוגלמן, אף שמציע גירסה מעט שונה: לדעתו אין מדובר בזכותו של ציבור מסויים שנפגעת, אלא בפגיעה כללית בערכי הציבור או החברה, קרי, פגיעה באינטרס ציבורי. מדובר בעמדה דומה: שלושת השופטים הללו סבורים שהפרדה המתקיימת באופן וולונטרי וללא פגיעה ישירה באחרים, פוגעת בערכים של גורם חיצוני שאינו נפגע ישיר. פוגלמן מסביר מיהו הגורם החיצוני (אישה ואיש המתנגדים להפרדה) בעוד הנדל וברון מגנים על גורם כללי – 'ציבור' או 'חברה'. יהא אשר יהא נפגע זה, הפגיעה בו אינה פגיעה ישירה בזכותו כי אם פגיעה בהשקפת עולמו, ברגשותיו ובערכיו.

הזכות החוקתית לרגשי מוסר

זו עמדה חדשנית. נקודת המוצא בהגנה על זכויות חוקתיות היא, כפי שציין השופט הנדל, פסקאות ההגבלה ולענייננו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התנאים המינימליים לחלותו של הסעיף הם שניים: קיומה של פגיעה, ושהפגיעה היא בזכותו של אדם – אינדיבידואל או חבר בני אדם. אולם השופטים סבורים כי ניתן לראות בעצם קיומה של הפרדה במרחב הציבורי פגיעה באלו הדוגלים באי-הפרדה, וזאת על אף שלא נמנע מהם עצמם יחס שוויוני כלשהו. לדעתם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אינו מגן רק על פגיעה ישירה ותוצאתית בזכויותיו של האדם, אלא גם ב"זכותו" שלא תתקיים פגיעה (על פי תחושתו) בערך חוקתי במרחב הציבורי אף כאשר אין נפגע ישיר קונקרטי. מדובר בהרחבה של היקף ההגנה החוקתית – מהגנה על זכויות להגנה מפני פגיעה ברגשות. המשמעות מרחיקת לכת.

השופטים פוגלמן וברון מבקשים לצייר את מסקנתם כהמשך ישיר לפסיקה קודמת שבה נקבע כי "נפרד אבל שווה אינו שווה"¹⁴. בפסקי הדין שבהם נקבעה קביעה זו היא נוגעת ליחס שקיבל הנפגע ולתוצאתו. בעניין מילר, כאשר

¹⁴ראו פסקה 8 לחוות דעתו של השופט פוגלמן ופסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברון. לא מיותר לציין כי פסק הדין Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S 483 (1954) שבישר וביסס את הקביעה כי נפרד אינו שווה, קבע זאת אך ורק בהקשר התוצאתי שבו על אף התנאים השווים, התוצאה המעשית היא שהחינוך שיקבל התלמיד השחור יהיה שונה מזה שיינתן לתלמיד הלבן. ואכן בתי המשפט האמריקאים נמנעו מהחלה של הכלל 'נפרד אינו שווה' באופן גורף על הפרדה בין נשים וגברים. ראו אריאל ארליך ומאיר בוחניק "נפרד ואינו מפלה – נשים וגברים בבריכות שחייה: הערת פסיקה בעקבות בג"ץ 3865/20 ICON-S-IL Blog (13.10.2020). בוודאי שלא ניתן ללמוד מפסק דין זה על הגנה על רגשותיו של מי שבמבחן התוצאה לא נפגע.

קבע השופט מצא כי "מבחנו האמיתי של השוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית",¹⁵ היה זה ביחס לפגיעה הממשית בחיילות המנועות מלהצטרף להכשרה כטייסות. כך גם במניעת שידור קולן של נשים בעניין קול ברמה,¹⁶ בעניין רגן שעסק בכפיית ההפרדה באוטובוסים,¹⁷ ואפילו בעניין הברכה בקריית ארבע.¹⁸ פגיעה כזו מצויה גם במניעת מרצות נשים מללמד גברים, אך בעצם קיומה של ההפרדה במסלולים לא נמצאה פגיעה כזו.

העניין איננו בזכות העמידה. השופטים אינם רואים באותם אישה ואיש המתנגדים להפרדה משום עותר ציבורי המתריע על פגיעה בזכות של אדם אחר שנמנע מלעמוד בעצמו על זכויותיו. אותם אישה ואיש הם-הם, לשיטת השופטים, הנפגעים עצמם. אדרבה, השופטים סבורים כי אף אם עומדות מנגד נפגעות פוטנציאליות קונקרטריות ומכריזות כי זכותן לשוויון לא נפגעה, כי הן שמחות וחפצות בהסדרי ההפרדה, וכי רק כך תוכלנה לרכוש השכלה – עדין עשויה לגבור זכותם של המתנגדים להפרדה, הרגישים להימצאותה במרחב הציבורי. זה הרי בדיוק מצב העניינים שהיה בעתירות דנן.¹⁹

נמחיש את הדברים באמצעות דוגמה – נניח שזמר חרדי מבקש שלא להופיע בפני קהל מעורב. כדי שלא לעורר סקנדל הוסכם כי הזמר יופיע ללא קהל, אך הופעתו תשודר במסכי ענק בפני שלושה קהלים – קהל מעורב, קהל גברים וקהל נשים. מסכי הענק והרמקולים יהיו שווים בגודלם. החפצה ליהנות מההופעה ללא הפרדה תוכל לעשות זאת, וכמוה גם זו שמעדיפה ליהנות מההופעה שלא בקרבת גברים. במקרה שכזה עדיין יוכל פלוני, שכלל אינו מתכוון להגיע להופעה, אך חש נפגע מעצם קיום ההפרדה, להתנגד לקיומה ואולי אף לזכות בסעד חוקתי להתנגדות זו.

פגיעה בזכות או פגיעה ברגשות

הטענה שהחלטה מנהלית פוגעת בעולם הערכים של פלוני אף ללא פגיעה קונקרטית אינה חדשה, אולם עד כה היא לא הוכרה כפגיעה בזכות ממש אלא כפגיעה ברגשות. ניתן להשוות את הפגיעה ברגשות הנגרמת ממסלולי הלימודים בהפרדה לפרשת בר-אילן, שבמסגרתה המשיגו השופטים את ההבחנה בין חופש דת לרגשות דתיים.²⁰ כביש בר-אילן ממוקם בליבה של שכונה חרדית. מעבר רכבים בשבת בשכונה פגע עמוקות (בעיני האוכלוסיה המקומית) בצביונה הקדוש של השבת, ומכאן הפגיעה העמוקה ברגשותיהם. כך הם פני הדברים גם בענייננו. האקדמיה אף היא ציפור

¹⁵ בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט(4) 094 (1995) עמ' 116.

¹⁶ רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (09.12.2015) פסקה 25 לפסק דינו של השופט דנצינגר.

¹⁷ בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 סעיף ח' לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.

¹⁸ בג"ץ 3865/20 שלומי שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (07.10.2020), ראו סעיף 13 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף. בהקשר זה ראוי לציין שעמדת השופטים אינה מכריעה במחלוקת האם כל הפרדה משמעה הפליה (לדיון בנידון ראו: אריאל ארליך ומאיר בוחניק "נפרד ואינו מפלה – נשים וגברים בבריכות שחייה: הערת פסיקה בעקבות בג"ץ 3865/20" ICON-S-IL Blog (13.10.2020); יופי תירוש "משפט חוקתי נמוג: שלושה עשורים של פסיקת בג"ץ בעניין הדרת נשים" ICON-S-IL Blog (24.2.2021); אריאל ארליך ומאיר בוחניק "מקלקלת את השורה: תגובה קצרה לרשימתה של ד"ר תירוש בעניין פסיקת בג"ץ והדרת נשים" ICON-S-IL Blog (4.3.2021); יופי תירוש "ידָּבְרוּ אָמֵת אִישׁ אֶת רֵעֵהוּ וּמִשְׁפָּט שְׁלוֹם שִׁפְטוּ בְּשִׁעְרֵיכֶם" ICON-S-IL Blog (7.3.2021); יעקב בן-שמש "נפרד אבל שווה – האם קיים דין פוזיטיבי בסוגיה זו?" ICON-S-IL Blog (18.4.2021)) עמדת השופטים למעשה עוקפת ומייתרת את הדיון בשאלה האם ההשפלה של הנפרד היא אינהרנטית כיוון שהפגיעה אינה תלויה במקבל השירות בנפרד אלא בעותר הצדדי שמתנגד מבחינה ערכית ומוסרית לקיומה של ההפרדה.

¹⁹ ראו למשל עתירה בג"ץ 8683/17 פורום קהלת ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה. העותרות מזרחי וזאבי עתרו נגד החלטת המל"ג שלא לאפשר לימודי תואר שני בהפרדה.

²⁰ בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997), עמ' 37, להלן "עניין בר אילן".

נפשם של גורמים במגזרים מסויימים. כל הפרדה באקדמיה היא לצנינים בעיניהם ונתפסת כפגיעה בקודש הקודשים של הליברליזם, כפי שהם תופסים אותו.

הגנה משפטית מפני פגיעה ברגשות

האם נכון לספק לרגשות השוויון הגנה משפטית? שוויון בין המינים מתיישב עם תפיסתה של ישראל כמדינה דמוקרטית ולפיכך אין מניעה מיחס חיובי לרגשות אלה, אך בכך לא די. כפי שהראו סטטמן וספיר²¹ ההגות הליברלית התנגדה להגבלת חירותו הפיזית של פלוני בשל רגשות אלמוני.²² להמחשת העניין הציע מיל את משל הגנב:

"אין שום שוויון בין הרגש שבו מתייחס אדם לדעתו שלו, ובין רגשו של השני שמוצא את עצמו נעלב מפני שהראשון אוהז בדעה זו; כמו שאין שום שוויון בין חפצו של הגנב לחטוף את צרור הכסף, ובין זה של בעל הצרור לשומר. והנה טעמו של אדם הוא עניינו הפרטי לא פחות מדעתו או צרור כספו."²³

ובכל זאת, לעתים יש הצדקה למתן הגנה על רגשות. כך למשל כאשר הפגיעה ברגשות אינה אקראית אלא מכוונת.²⁴ במקרה כזה ניתן אולי לומר כי ה"גנב" הוא מי שמבקש לנקוט בפעולה מסויימת לא מתוך טעמו שלו אלא מתוך רצון לפגוע ברגשות האחר. שיקול נוסף להגנה על רגשות, גם כאשר הפגיעה אינה מכוונת, יהיה כאשר המעשה הפוגע צפוי להעשות ב"חצרו של הנפגע" בעוד שניתן לבצעו במקום אחר מבלי שהנטל יהיה גבוה במיוחד.²⁵ במקרים אלו ההצדקה להתחשבות ברגשות היא הפגיעה המעטה בחירותם של אחרים. ככל שהנטל מההתחשבות גבוה יותר, כך הנטייה להתחשב ברגשות נמוכה יותר.

בענייננו, העדפתן האישית של נשים חרדיות ללמוד בהפרדה הוא עניין הפרטי. על פי משלו של מיל אין מקום להשוות בין הפגיעה הנגרמת להן במניעת הגשמת העדפתן ובין הפגיעה הרגשית הנגרמת למי שמתנגד לה.²⁶ בקשתן ללמוד בנפרד אף אינה מכוונת לפגוע במי שמתנגד להפרדה אלא לקדם את עניין האישי. האם ניתן לטעון כי "האקדמיה" היא "חצרם" של הנפגעים? אין ספק שהעותרים רואים בה ככזאת. ייתכן שגם השופטת ברון. אולם, בשים לב לכך שמדובר במוסדות ציבוריים, ובבידול שישנו בין המסלולים הללו למסלולים הרגילים, התשובה צריכה להיות שלילית. מעבר לכך, לאור העובדה שהחלטת המל"ג נגעה לכלל המוסדות האקדמיים לא ניתן לטעון שניתן להשיג את אותה המטרה בלי נטל חריג ומבלי "לעבור בחצר".

אך גם אם נכיר בצורך להגן על הרגשות האמורים, מעמדם המשפטי של הרגשות הוא מעמד של אינטרס ולא של זכות.²⁷ הבחנה זו אינה סמנטית בלבד ויש לה השלכות משפטיות קונקרטיות לענייננו:

²¹דני סטטמן וגדעון ספיר, "דת ומדינה בישראל – עיון פילוסופי משפטי", אוניברסיטת חיפה וידיעות אחרונות, עמ' 149. להלן "דת ומדינה".

²²בימים אלו ניתן להבחין בעולם המערבי במגמה של הגנה יתירה על רגשות. מגמה זו נראית הפוכה מהתפיסה הליברלית הקלאסית ראו יגיל הנקין, "העולם כבר אינו ליברלי", השילוח גליון 25.

²³ג'ון סטיוארט מיל, על החירות (תרגום: אריה סימון), ירושלים: מאגנס עמ' 152.

²⁴דת ומדינה עמ' 157. וריאציה נוספת לשאלת כוונת הפגיעה היא ההבחנה בין העדפה אישית (פלוני מתנגד לרעש מתחת לחלון ביתו) להעדפה חיצונית (פלוני מתנגד לעמדת מצעד הגאווה שעובר מתחת לחלון ביתו) של דוורקין, ראו שם.

²⁵שם עמ' 161.

²⁶על אחת כמה וכמה כאשר מניעה זו פוגעת בזכויות חוקתיות נוספות. על כך ראו להלן.

²⁷עניין בר אילן עמ' 60. וראו עוד דת ומדינה עמ' 269 ובהפניות שם.

א. אי תחולת פסקת ההגבלה: האינטרס לא נהנה מההגנה החוקתית שממנה נהנות זכויות – הרשות לא נדרשת למקור חוקי מפורש כדי לפגוע בהן, או לעמוד בשאר תנאי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. האינטרס הוא שיקול שעל הרשות לשקול בעת קבלת ההחלטה בין שאר השיקולים והאינטרסים.²⁸ בית המשפט יתערב בהחלטת הרשות רק במקרה שלדעתו המשקל שניתן לאינטרס במסגרת בחינת האינטרסים והשיקולים השונים היה בלתי סביר באופן קיצוני. כאמור, השופטים סטו בפסק דינם מהלכות אלו ובחרו לתת לרגשות העותרים (או "הציבור", או "החברה") הגנה חוקתית של ממש.

ב. איזונים: כפי שנפסק לא אחת, האיזון בין אינטרסים שונים יהיה אופקי, אך כאשר אל מול הפגיעה ברגשות עומדת זכות חוקתית האיזון יהיה אנכי. ההגנה על אינטרסים אלו תיבחן במסגרת מבחן התכלית הראויה, ומבחן המידתיות במובן הצר.²⁹ במקרה שלנו, אל מול רגשות העותרים עמדו זכויות של ממש – עותרות שעתרו בשל הפגיעה בחופש העיסוק שלהן ובזכותן לשוויון כתוצאה מהחלטת המל"ג להגדיר אילו יסוגי חרדים' יוכלו להשתתף במסלולים. נפגעות קונקרטיות נוספות היו המכללות הלא מתוקצבות שזכותן לחופש עיסוק נפגע בשל החלטת המל"ג.³⁰ גם בהנחה שבבסיס החלטת המל"ג עמדה תכלית אי-הפגיעה ברגשות השוויון והיא תכלית ראויה, היא איננה מצדיקה נזק חמור וקונקרטי בזכות לשוויון ובחופש העיסוק עד כדי מניעת האפשרות של סטודנטיות לרכוש השכלה גבוהה ולפתוח אפשרויות תעסוקה. מסקנה זו קשה שבעתיים ביחס לעמדת השופטת ברון והשופט פוגלמן כאשר התכלית לדעתם היא מניעת חשש מהתרחבות ההפרדה למרחבים ציבוריים נוספים.

הכרעת המחוקק נגד הפליה

מסקנת הדברים איננה שההגנה על המרחב הציבורי מהפרדה היא חלשה בהכרח. למחוקק הסמכות להכריע ולקבוע את נקודת האיזון בין ערכים, אינטרסים או זכויות שונים גם בניגוד לרצונו או רגשותיו של האזרח הספציפי. כשם שהמחוקק יכול לאסור על עישון במקומות ציבוריים גם אם הדבר אינו מפריע לאנשים בסביבת המעשן, כך הוא יכול לאסור על הפרדה במתן שירותים ציבוריים או בחינוך גם בלי שצרכני השירות חשים פגיעה. במציאות בחר המחוקק לקבוע את האיזון בנקודה אחרת, ועשה זאת באופן מפורש. חוק זכויות הסטודנט אינו עוסק באיסור הפרדה, אלא באיסור הפליה. החוק מדגיש ברחל בתך הקטנה כי קיומם של מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת אינם הפליה. זהו החוק. לחינם בחרו שופטי ההרכב (והמל"ג) להצר את היקף החרג כדי לשוות לו מידתיות, שכן אל-מול החוק לא עומדת זכות אלא רק אינטרס של אי-פגיעה ברגשות, אינטרס שאינו יכול לגבור על הכרעת המחוקק.

מסקנות

²⁸ שם עמ' 37.
²⁹ ראו פסקה 71 לחוות דעתו של השופט מלצר. בשימוש במבחן האיזון האנכי הקלאסי היה מעמדו של אינטרס רגשות השוויון חלש אף יותר שכן אז היה על העותרים הנטל להראות באמצעות תשתית עובדתית שישנה הסתברות גבוהה לפגיעה משמעותית באינטרס הציבורי. ראו אמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עומוה? | חלק ב'" ICON-S-IL Blog (19.8.2021) בטקסט הצמוד להערה 10 ובהערה עצמה.
³⁰ ראו בקשת ועד ראשי המוסדות הלא מתוקצבים להצטרף כידידי בית המשפט או כמשיבים, בין היתר בשל הפגיעה בחופש העיסוק.

חוקי היסוד מגינים על זכויות אזרח וזכויות אדם. הגנה על רגשות זוכה להגנה חלשה יותר. בפרשת המל"ג הרחיבו שלושה משופטי ההרכב את ההגנה על רגשות – רגשות השוללים הפרדה – על חשבון פגיעה בזכויות ממשיות. ליצירת כלי חדש בדמות הרחבת ההגנה החוקתית גם כלפי רגשות עלולות להתגלות השפעות מרחיקות לכת על סובלנות האזרחים כלפי אורח חייהם של הזולת. הגנה זו גם צפויה לפגוע בחירות האזרח, כפי שאכן אירע במקרה שלנו, וסותרת מושכלות ראשוניים בתורת המדינה הליברלית. לבסוף, יצירת החידוש המשפטי דווקא כאשר מדובר ברגשות שהיושבים על כס המשפט מזדהים איתם, כפי שניתן להתרשם מפסקי הדין עצמם, תוך פגיעה והדרת אוכלוסייה שלמה מהמרחב הציבורי, עלולה לפגוע באמון של ציבורים מסוימים בבית המשפט ובמעמדו כגורם נטול פניות.