

האוניברסיטה העברית בירושלים
הפקולטה למדעי החברה
בית הספר ע"ש פדרמן למדיניות ציבורית וממשל

**בית-ספר אסור, בית-ספר מותר : טכניקות
שיפוטיות להכשרה ופסילה של בתי-ספר
בניהול פרטי שראשיתם בפעילות לא-חוקית**

עבודת גמר לתואר מוסמך במדיניות ציבורית
בהדרכת ד"ר ענת גופן וד"ר מרגית כהן
מוגש על ידי אילת רייכמן עמית, 066369463

יולי 2015

תקציר

בעשורים האחרונים מקדמת מדינת ישראל, כמו מדינות מערביות אחרות, מדיניות של הפרטה. על התחומים המתאפיינים בהפרטה, ובפרט בהפרטה על דרך המחדל (או הפרטה זוחלת), ניתן למנות את תחום החינוך. בתחום זה ניתן לזהות תופעה רווחת של יזמות אזרחית בתחום של הקמת בתי-ספר בניהול פרטי, במימון ציבורי או שלא במימון ציבורי. אלא שמדיניות משרד החינוך בתחום זה, בשונה מהמגמה הכללית בישראל כלפי ההפרטה, מתבטאת דווקא בניסיון לצמצם את התופעה, בין היתר באמצעות דחיית בקשות להענקת רישיונות להקמת בתי-הספר. לעתים הרישיון מוענק למרות התנגדות משרד החינוך, ואף חרף אי-חוקיות שדבקה בפעילות היזמים האזרחיים, וזאת על פי החלטת ועדת הערר לפי חוק פיקוח על בתי-ספר או בתי המשפט לעניינים מינהליים. עבודה מחקרית זו בוחנת את האופנים בהם הערכאות השיפוטיות מכשירות או פוסלות יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות בלתי-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי-ספר בניהול פרטי. ממצאי העבודה מצביעים על כך שבתי המשפט לעניינים מינהליים וועדת הערר לפי חוק הפיקוח ממלאים תפקיד משמעותי בגישור על הפער בין המשפט לבין המציאות החברתית. הממצאים מלמדים כי מקרים בהם בוחרת הערכאה השיפוטית בהכשרת הפעילות מאופיינים בגמישות רבה בהפעלת עילות הסף בשם האוטונומיה ההורית והזכות החוקתית של הורים ותלמידים לבחור את תכני החינוך תוך שחוסר החוקיות שדבק ביזם האזרחי נדחק לשולי ההכרעה השיפוטית ולא נמצא לו זכר אלא אם הועלתה טענה מפורשת בעניין. במקרים האחרים, בהם בוחרת הערכאה השיפוטית בפסילת הפעילות, נמצא כי חוסר החוקיות שדבק ביזם האזרחי אינו נדחק לשולי ההכרעה השיפוטית אלא, לא אחת, נזקף לחובתו של היזם האזרחי, ניצב במרכז של ההכרעה השיפוטית ומובא כטיעון נוסף כנגד הכשרת פעילות בית הספר וכחיזוק להחלטתה של הערכאה השיפוטית. טווח השנים הנבדקות ומסד הנתונים המצומצם אינו מאפשר הסקת מסקנות חד-משמעיות באשר ליכולתן של הערכאות השיפוטיות להביא לשינוי מדיניות אמיתי בקרב מקבלי ההחלטות או כדי לנבא האם משרד החינוך ישלים עם המדיניות השיפוטית בתחום או שיפעל כנגדה. אולם ייתכן שיש בממצאים כדי ללמד במעט על מגמות בפסיקה ובטכניקות השיפוטיות המופעלות על ידי הערכאות השיפוטיות בהתייחס למקרים דומים של יזמות אזרחית בתחום החינוך שראשיתה בפעילות בלתי-חוקית ואף למקרים דומים של פעילות בלתי-חוקית שאינם בתחומים המתאפיינים בהפרטה.

תוכן עניינים

5	מבוא
7	פרק 1: סקירת ספרות
7	א. המסגרת הנורמטיבית: תפקידו של השופט וגבולות התפקיד השיפוטי
7	1. תפקידו של השופט וגבולות התפקיד השיפוטי: כללי
8	2. שאלת לגיטימיות הפעלתה של הביקורת השיפוטית
11	3. תפקידו של השופט ומקומו של בית-המשפט בחברה הישראלית
13	ב. המסגרת התיאורטית: מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית
13	1. מדיניות ההפרטה: כללי
13	2. מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית בתחום החינוך
14	3. מעמדה והיקפה של הזכות לחינוך
15	4. ההצדקות להגנה על הזכות להקים ולנהל בית-ספר
16	5. המסגרת המושגית לדיון בתופעת הקמתם של בתי ספר בניהול פרטי
16	6. התשתית המשפטית להקמת בתי ספר בניהול פרטי
17	7. מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית בתחום החינוך: הקמתם של בתי ספר בניהול פרטי
19	פרק 2: מתודולוגיה
22	פרק 3: תיאור הממצאים
27	פרק 4: ניתוח הממצאים
27	א. שיקולים מרכזיים להכשרה של פעילות בית הספר
27	1. טעות בהפעלת שיקול הדעת המינהלי
28	2. חריגה מסמכות
28	3. מאפיינים נוספים של הליכי ההכשרה
29	ב. שיקולים מרכזיים לפסילה של פעילות בית הספר
29	1. שיקולים "פנים בית ספריים": התשתית הפיזית או ההתנהלות הפדגוגית של בית הספר
30	2. שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים"
31	3. טעמים פרוצדורליים לפסילה
31	ג. מאפיינים נוספים של המקרים שאותרו
31	1. התייחסות להתנהלות משרד החינוך
31	2. היחס בין ועדת הערר לפי חוק הפיקוח לבין בית המשפט לעניינים מינהליים
36	פרק 5: דיון
36	א. הטלת נטל ההוכחה על כתפי הרשות המינהלית
37	ב. הגנה על אינטרס הציפייה של היזם האזרחי
39	ג. הפרדה בין שאלת הרישוי לשאלת ההכרה
43	פרק 6: מסקנות
44	ביבליוגרפיה
47	נספח 1: פירוט ממצאי המחקר

לוח תרשימים וטבלאות

תרשימים:

- תרשים 1: מיפוי כללי – מקרים של הכשרות לעומת מקרים של פסילות בחלוקה לפי סיווג השיקולים שעמדו ביסוד ההכרעה השיפוטית (מהותי או טכני).....22
- תרשים 2: מיפוי כללי – מקרים של הכשרות לעומת מקרים של פסילות בחלוקה לפי קטגוריות של שיקולים שעמדו ביסוד ההכרעה השיפוטית.....23
- תרשים 3: מאפיינים מגזריים של המקרים שאותרו ונבחנו בחלוקה לפי מקרים של הכשרה ולפי מקרים של פסילה.....25
- תרשים 4: השוואה בין המגזר היהודי-חילוני לבין המגזר היהודי-חרדי בחלוקה לפי שיקולים לפסילה.....25

טבלאות:

- טבלה 1: מקרים של הכשרה או פסילה של פעילות בית-ספר בחלוקה לפי שיקולים מרכזיים.....34

מבוא

בעשורים האחרונים מקדמת מדינת ישראל, כמו מדינות מערביות אחרות, מדיניות של הפרטה. מדיניות ההפרטה מזוהה בעיקר עם תהליכים של העברת בעלות בנכסים של הממשלה – על פי רוב, חברות ממשלתיות – לבעלות פרטית. אולם קיימות מתכונות הפרטה אחרות שונות סמויות יותר, וביניהן ההפרטה על דרך המחדל (או הפרטה זוחלת). מתכונת ההפרטה על דרך המחדל מצאה ביטוי, בין היתר, בתחומי פעילות שאופיים הציבורי מובהק ביותר, ובהם תחום החינוך. מקרה פרטי של הפרטה על דרך המחדל בתחום החינוך הוא תופעת היזמות האזרחית בתחום של הקמת בתי-ספר בניהול פרטי, במימון ציבורי או שלא במימון ציבורי. מדיניות משרד החינוך בתחום זה, בשונה מהמגמה הכללית בישראל כלפי ההפרטה, מתבטאת דווקא בניסיון לצמצם את התופעה, בין היתר באמצעות דחיית בקשות להענקת רישיונות להקמת בתי-הספר.¹ אלא שלעתים הרישיון מוענק למרות התנגדות משרד החינוך, ואף חרף אי-חוקיות שדבקה בפעילות היזמים האזרחיים, וזאת על פי החלטת ועדת הערר לפי חוק פיקוח על בתי-ספר, התשכ"ט-1969 (להלן – **חוק הפיקוח על בתי ספר או חוק הפיקוח**) או על פי החלטה של בתי המשפט לעניינים מינהליים. במקרים אלה, בהם מכשירה הערכאה השיפוטית² יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות בלתי-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי-ספר בניהול פרטי, ממלאת הערכאה השיפוטית תפקיד משמעותי בגישור על הפער בין המשפט לבין המציאות החברתית ובכך מעוררת את המחלוקת בדבר הלגיטימציה שבהתערבות ובהשפעת הרשות השופטת על קבלת ההחלטות מצד רשויות השלטון האחרות.

מטרתה של עבודה מחקרית זו היא לבחון את האופנים בהם הערכאות השיפוטיות מכשירות או פוסלות יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות בלתי-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי-ספר בניהול פרטי. המקרה הישראלי בכל הקשור לתחום זה מהווה מקרה מעניין במיוחד בשל מספר טעמים. ראשית, בשל העובדה שהזכות להקים ולנהל בית-ספר אינה מעוגנת מפורשות בחוקה כתובה, ולמצער בחוק יסוד או חקיקה ראשית, וכן כי המדובר בנושא כלכלי-חברתי מובהק שבו לא ניכרת על דרך הכלל התערבות שיפוטית. ועדיין, הערכאות השיפוטיות מהוות גורם אקטיבי, באופן יחסי, בתחום זה ומביאות לשינוי במדיניות הציבורית באופן רטרואקטיבי. שנית, הערכאות השיפוטיות נדרשות לדיון בזכות להקים ולנהל בית ספר פרטי במסגרת הליכים שיפוטיים המנוהלים והמובלים על ידי עמותות פרטיות, כאשר בחלק הארי של המקרים התלמידים והוריהם כלל אינם מהווים צד פורמלי להליך, אף-על-פי שזכותם היא זו שמוטלת על כף המאזניים. שלישית, ייחודו של המקרה הישראלי בתחום זה נובע גם מכך שבעוד שהדיון סביב סוגיית הביקורת השיפוטית מתמקד ככלל בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי, המקרים שייבחנו בעבודה זו נדונו דווקא בפני ערכאות שיפוטיות נמוכות יותר – ועדות ערר, גופים מעין-שיפוטיים אשר הרכבם והליך מינוי חבריהם שונה מזה של בתי המשפט, ובתי-המשפט לעניינים מינהליים.

¹ כהערה מקדמית יש לציין כי הוחלט להתמקד בעבודה זו בבתי ספר, להבדיל מגני ילדים או מוסדות להשכלה גבוהה, בשל הצורך לתחום את היקף הדיון. המוסדות להשכלה גבוהה וחלק ממוסדות החינוך לגיל הרך, אשר לא חל עליהם חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, כפופים למסגרות נורמטיביות שונות, לרבות בכל הקשור לשאלת חוקיות הקמתם, ואלו ראויים לדיון נפרד.

² לצורך עבודה זו נבחר מונח רחב יחסית, "ערכאה שיפוטית", והוא כולל הן את בית המשפט והן את ועדת הערר לפי חוק פיקוח על בתי ספר שהיא גוף מעין שיפוטי.

לצורך עריכת המחקר נערך מיפוי של המקרים בהם נדרשה הערכאה השיפוטית לדון בשאלת המשך הפעלתו של בית ספר שהחל לפעול ללא רישיון כדון. ההכרעות השיפוטיות שאותרו נבחנו וסווגו בהתאם לתוצאותיהן ולהצדקות עליהן התבססו בהחלטה לדחות או לקבל את עמדת היוזמים האזרחיים ולפסול או להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדון.

מהלך עבודת המחקר נעשה באופן הבא. העבודה פותחת בהצגת המסגרת הנורמטיבית והתיאורטית לדיון (פרק ראשון) תוך סקירת הגישות השונות באשר לתפקידו של השופט וגבולות התפקיד השיפוטי כמו גם באשר למידת יעילותה של הביקורת השיפוטית ויכולתה להשפיע על המדיניות הציבורית ועל התנהלותן של רשויות השלטון האחרות. בהמשך מוצגת תופעת ההפרטה בישראל, בכלל ובפרט בתחום החינוך, תוך התמקדות במקרה הפרטי של הפרטה על דרך המחדל המתבטאת בהקמה והפעלה של בתי-ספר בניהול פרטי. בפרק השני מוצגת מטרת המחקר ומתודולוגיית המחקר תוך פירוט אופן בניית מסד הנתונים ששימש לצורך עריכתו והעקרונות ששימשו למיפוי ההכרעות השיפוטיות שאותרו. ממצאי המחקר מוצגים בפרק השלישי. בפרק הרביעי מוצג ניתוח ממצאי המחקר תוך הבחנה בין השיקולים המרכזיים ששימשו את הערכאות השיפוטיות בהחליטן להכשיר או לפסול את המשך פעילותו של בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדון. בפרק החמישי מועמק הדיון בכלים השיפוטיים בהם עשו הערכאות השיפוטיות שימוש כדי להכשיר את פעילות היוזם האזרחי – בין אם ככלי עזר לחיזוק ההכרעה הסופית שניתנה ובין אם כאמצעי העיקרי להכשרת פעילותו. בפרק השישי מוצגות מסקנות המחקר ומגבלותיו בניבוי שינויים אפשריים במדיניות בתחום המחקר.³

³ **תודות** למנחות שלי, ד"ר ענת גופן וד"ר מרגית כהן, על הליווי, ההכוונה והסיוע המקצועיים בכתיבת העבודה, החל מבחירת הנושא ועד לשלבים הסופיים של הכתיבה.

פרק 1: סקירת ספרות

מטרתה של עבודה מחקרית זו היא לבחון את האופנים בהם הערכאה השיפוטית מכשירה (או פוסלת) יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות לא-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי ספר בניהול פרטי. כרקע לדיון יוצגו תחילה התפיסות המתחרות באשר לגבולות המשפט והתפקיד השיפוטי על רקע אופיה הדינמי של המציאות החברתית – עיקרון הריסון השיפוטי מחד גיסא, ומאידיך גיסא, מושג האקטיביזם השיפוטי. לאחר מכן יוצג דיון תיאורטי בסוגיית ההפרטה והיזמות האזרחית המבטאת מקרה פרטי של מציאות חברתית משתנה ומקומו של המשפט בהקשר זה. המשך הדיון יתמקד בתופעת היזמות האזרחית בישראל בתחום החינוך.

א. המסגרת הנורמטיבית: תפקידו של השופט וגבולות התפקיד השיפוטי

1. תפקידו של השופט וגבולות התפקיד השיפוטי: כללי

באופן מסורתי נתפס עיקרון עצמאות בית המחוקקים כליבת הרעיון הדמוקרטי. מעמדו העליון של המחוקק ושל עיקרון הכרעת הרוב היוו עקרונות מנחים עבור מקדמי הרעיון הדמוקרטי מאז נוסח לראשונה בחוקתה הבלתי-כתובה של אנגליה. כך גם נתפס רצון הכלל (popular will) כערך עליון בתפיסה המסורתית הקונטיננטלית. לצד הרשות המחוקקת כמו גם הרשות המבצעת, שאף היא זכתה לתמיכה טבעית מצד תומכיה המוקדמים של הדמוקרטיה, הרשות השופטת תפסה מקום מועט בלבד בתפיסה הדמוקרטית המסורתית.⁴ בחשיבה הפוליטית המסורתית בצרפת השופטים אף נתפסו כאויבו העיקרי של רצון הכלל.⁵ מלחמת העולם השנייה היוותה נקודת מפנה במעמדה של הרשות השופטת ובהיקף הפעלת הביקורת השיפוטית על יתר רשויות השלטון. הגורמים לכך אמנם משתנים ממדינה למדינה, אך מקובל לראות בעלייתו לשלטון בהליך דמוקרטי של המשטר הנאצי, האנטי-דמוקרטי, כאחד המרכזיים שבהם. בחלוף השנים הלך והתרחב השימוש בביקורת השיפוטית ומידת מעורבותם של השופטים בהליכי החקיקה וקביעת המדיניות, הרבה מעבר לגבולות ארצות הברית שנחשבה לחלוצה בתחום.⁶

השינוי במקומה של הרשות השופטת בתפיסה הדמוקרטית והתרחבות תפקידם של בית המשפט והשופטים בתפיסה הדמוקרטית החלו לעורר ביקורת בשני מישורים. מישור הביקורת האחד נוגע לשאלת הלגיטימיות של הפעלת ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט והאם הפקדת ההכרעה בעניין זה בידי שופטים היא מעשה הלוקה בחוסר דמוקרטיה, בין בשל העובדה שגישה זו מאיינת את

⁴ Tom Ginsburg, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES (2003) (hereinafter: Ginsburg); Torbjörn Vallinder, The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction, in INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE REVIEW, vol. 15, No. 2 (1994), pp. 91-99; Neal Tate and Torbjörn Vallinder, The Global Expansion of Judicial Power (1995).

⁵ Ginsburg, הערה 4 לעיל.

⁶ שם, שם. לדיון בגורמים שהובילו לשינוי במעמדה של הרשות השופטת בישראל ולהתרחבות הביקורת השיפוטית ומשפט הפוליטיקה ראו: Martin Edelman, The Judicialization of Politics in Israel, in INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE REVIEW, vol. 15, No. 2 (1994), pp. 177-186; יצחק גל-נור, "על המשפט של החיים הציבוריים בישראל" **משפט וממשל** ז' 355 (תשס"ד); אוולין גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו", **תכלת** 3 (1998).

ההבחנה בין שלטון הנציגים הנבחרים לשלטון השופטים ובאופן זה מצדיקה את התעצמותה של הרשות השיפוטית ובין בהתבסס על הטענה כי מערכת משפט הרשאית לבטל את החלטותיהם של נבחרי הציבור פוגעת בדמוקרטיה. מישור הביקורת השני נוגע למידת יעילותה של הביקורת השיפוטית ויכולתה להשפיע על המדיניות הציבורית ועל התנהלותן של רשויות השלטון האחרות.

2. שאלת לגיטימיות הפעלתה של הביקורת השיפוטית

שאלת הלגיטימיות של הפעלת הביקורת השיפוטית מבטאת את המתח שבין התפיסה המסורתית באשר לגבולות התפקיד השיפוטי הדוגלת בעיקרון הריסון (The deference Rule), לפיו אין בית המשפט אמור לקבל החלטות במקומה של הרשות המוסמכת, לבין התפיסה המתרחקת מהנחת המוצא המסורתית ודוגלת באקטיביזם שיפוטי, מושג הנסב, בתחום המשפט הציבורי, על מעורבותו של בית המשפט בתחומים הנתונים על פי חלוקת הרשויות הקלאסית לרשויות שלטון אחרות.⁷ ויכוח זה ניתן לתיאור כוויכוח בשאלה מהי ההגדרה של דמוקרטיה: פרוצדורה לקבלת החלטות לפי הכרעת הרוב – "דמוקרטיה פורמלית", או הגבלת תוקפה של הכרעת הרוב מכוח עקרונות יסוד מסוימים – "דמוקרטיה מהותית".⁸

בין ההצדקות העיקריות לשלילת הלגיטימיות שבביקורת השיפוטית ניתן למנות את גישתו של ג'רמי וולדרון (Jeremy Waldron). לפי גישתו יש למסור את ההכרעה לציבור (או לנציגיו) מכוח ההכרה בזכות היסוד של כל אדם להשתתף בהליך קבלת ההחלטות.⁹ יתרונה של דרך ההכרעה המבוססת על עמדת הרוב (או נציגיו), לפי גישה זו, הוא בכך שהיא אינה מתיימרת להשיג הכרעות "נכונות" לפי שיקולים המכוונים לתוכנה של ההכרעה עצמה ובכך שנשמרת בה זכותו של כל אדם להיות שותף שווה להכרעות החברתיות.

סיעון נוסף המושמע לרוב כנגד הביקורת השיפוטית והמזוהה בעיקר עם אלכסנדר ביקל (Alexander M. Bickel)¹⁰ הוא "הקושי האנטי-רובני" ("counter majoritarian difficulty") – הקושי בהפקדת סמכות ההכרעה בסוגיות חברתיות בידי השופטים, שאינם עומדים לבחירה מחדש (הם אינם "accountable") והליך מינוים מנותק לכאורה משיקולים פוליטיים. בכך הם מהווים, כך לפי הטענה, את "הרשות המסוכנת ביותר".¹¹ Bickel טוען כי הביקורת השיפוטית והפקדת סמכות ההכרעה בידי בית-המשפט עלולים גם להוביל לריסון חקיקתי וכפועל יוצא להיחלשות

⁷ זאב סגל ולייך ליטור, **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה**, בעמ' 18.

⁸ Scott M. Noveck. Is Judicial Review Compatible with Democracy, 6 Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics (2007-2008); J. 401; ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרון ברק)" **דין ודברים** ג 399 2008.

⁹ Jeremy Waldron, Law and Disagreement (1999).

¹⁰ Bickel, Alexander M., The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics (1986, 2nd ed.).

¹¹ רוברט דל (Robert A. Dahl) הטיל ספק בחומרת הבעיה עליה הצביעה Bickel במאמרו המפורסם "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", 6 J. Pub. L. 279 (1957) the fact is, then, that the policy views dominant on the court are never for long out of line with policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States" מאמר זה זכה לביקורת רבה, לדוגמה Lee Epstein, Jack Knight and Andrew D. Martin, "The Supreme Court as a Strategic National Policymaker", 50 Emory L. J. 583 (2001).

הלגיטימציה של המחוקק בעיני הציבור ולאובדן אמון הציבור בו. מטעמים אלה הוא סבור כי ראוי שבית-המשפט ימשיך למלא את תפקידו המסורתי כמכריע בסכסוכים בין אנשים פרטיים ויימנע מהכרעה בשאלות של תיאוריה ומדיניות ציבורית.¹²

אל מול הגישות המבקרות את השימוש בביקורת השיפוטית יש גם גישות המכירות בלגיטימיות שלה. בין תומכיה של הביקורת השיפוטית ניתן למנות את רונלד דבורקין (Ronald Dworkin). לפי גישתו, שיטת ממשל שבה מופעלת ביקורת שיפוטית היא טובה יותר או הוגנת יותר משיטה דמוקרטית מצומצמת יותר של דמוקרטיה, משום שהביקורת השיפוטית יוצרת חברה צודקת יותר באמצעות הגנה על זכויות של מיעוטים.¹³ Dworkin סבור גם כי השופט מתאים להפעלת ביקורת שיפוטית בשל הליך מינויו ועצמאותו ובשל מומחיותו, בהיעדר גוף אחר המתאים יותר. בגישה זו מחזיק גם נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק, הרואה בבית המשפט כשותף פעיל, גם אם משני ומוגבל, ב"מפעל החקיקה" וכעוסק בחקיקה שיפוטית – ביצירת משפט. לפי גישתו, תפקידו של השופט הוא להכריע בסכסוך המובא בפניו ולשם כך עליו לקבוע את הדין שלפיו הסכסוך יוכרע. לרוב בקביעה זו חוזר השופט על לשון המחוקק ופועל ליישום הנורמות שקבע. אולם במקרים מסוימים כרוכה קביעת הדין ביצירת דין חדש. במלאו תפקיד זה על השופט לפעול להגשמתן של שתי מטרות מרכזיות. האחת, גישור על הפער בין המציאות החברתית לבין המשפט. עליו להתאים את המשפט למציאות החיים המשתנה. השנייה, הגנה על החוקה וערכיה. עליו להגן על חוקי היסוד ועל ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁴

ברק מתייחס גם לדרך הרצויה להגשמת התפקיד השיפוטי. כדי שפרשנותו של החוק תאפשר את התאמת החוק לתנאי החיים המשתנים נדרשת שיטת פרשנות שתאפשר זאת – שיטת הפרשנות התכליתית המבוססת על פירוש דינמי לחוק המאפשר לו להגשים את ייעודו. לפי שיטה זו יש ליתן לטקסט המשפטי את אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט. בצד האמור סבור ברק כי כוחו של השופט לגשר על הפער אינו מוחלט ולא פעם יימצא כי הפרשנות אינה מצליחה לגשר על הפער בין הלשון הישנה של החוק למציאות החדשה של החברה. במקרה זה סבור ברק כי השופט אינו יכול ליתן למילות החוק מובן שהן אינן יכולות לשאת. אך אף שבית המשפט אינו מוסמך ליתן פירוש חדש לחוק הישן אם פירוש זה חורג מכללי הפרשנות המקובלים, בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו של החוק הישן על פי מובנו הישן.¹⁵

מישור הביקורת השני נוגע, כזכור, למידת יעילותה של הביקורת השיפוטית ויכולתה להשפיע על המדיניות הציבורית ועל התנהלותן של רשויות השלטון האחרות בנושאים שעמדו לביקורת.

¹² בגישה דומה לזו מחזיקה רות גביון, רות גביון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" בתוך **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 69** (תש"ס).

¹³ Ronald Dworkin, Law's Empire 356 (1986); Ronald Dworkin "The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?" 1 Journal of International Criminal Justice 4 (2003).

¹⁴ אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 11 (2004) (להלן – שופט בחברה דמוקרטית).

¹⁵ שם, שם.

Sabel & Simon מציינים כי מבקרים מוקדמים הטילו ספק בכך שבידי בתי המשפט המידע ההכרחי לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית אפקטיבית, ואף אם היו מחזיקים במידע הנדרש, כך נטען על ידי המבקרים, דומה כי כוחם צר מידי ורדוד מידי – צר מידי משום שכוחו של בית המשפט נסוב אך ורק כלפי הצדדים שבפניו בעוד שהסוגיות הציבוריות הן רחבות הרבה יותר וחורגות מכך. רדוד מידי משום שסמכויותיו של בית המשפט תקפות בעיקרן כלפי פקידי המינהל הבכירים – וגם אז, תחת מגבלות רבות – בעוד שפעולות המינהל מבוצעות הלכה למעשה על ידי פקידים זוטרים.¹⁶

ג'רלד רוזנברג (Gerald N. Rosenberg) מצביע על שלוש מגבלות עיקריות החלות על יכולתו של בית-המשפט לחולל שינוי חברתי. המגבלה הראשונה נובעת מהתפיסה המקובלת של תפקידו העיקרי של בית המשפט כמי שמפעיל את המשפט הקיים ולא כמי שמחדש או יוצר אותו. המגבלה השנייה היא שבית המשפט פועל בתוך מערכת חוקתית-פוליטית ואין לו עצמאות מספקת מהרשויות האחרות שתאפשר פסיקה מהותית בניגוד לקביעותיהן. המגבלה השלישית היא שאין לבית המשפט יכולת לקבוע ולגבש מדיניות מקיפה בנוגע לרפורמה חברתית, ובעיקר אין לו יכולת לבצע ולממן אותה. אל מול זאת סבור Rosenberg כי בתי המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי משמעותי בהתקיים שני תנאים: השינוי נהנה מתמיכה ציבורית ופוליטית ניכרת והוא נבלם על ידי חסמים מוסדיים ובירוקרטיים הנתפסים כאינטרסנטיים. לגישתו, אף שהמגבלות על בית המשפט הן ניכרות, קיימות דרכים להתגבר עליהן או לצמצם את השפעתן. כך, למשל, התדיינות הדרגתית שתיצור בסיס של תקדימים לפני החלטה מהפכנית עשויה לסייע בהתגברות על המגבלה הראשונה. כדי להתגבר על המגבלה השנייה חשוב להצביע על ראיות לכך שהשינוי אינו מנוגד חזיתית לעמדות יתר רשויות השלטון. אשר למגבלה השלישית, לגישת רוזנברג, רק אם יש נכונות לפעול ולממש את הרפורמה החברתית – או לפחות היעדר התנגדות מהותית לכך ברשות המבצעת – תוכלנה החלטות שיפוטיות להאיץ את ביצוען או לפחות להביא למשא ומתן סביר ולהסדר.¹⁷

מישור אחר של הטענה בדבר ההשפעה המועטה של הפסיקה על המציאות עניינו בפער שבין הרטוריקה השיפוטית לבין תוצאת ההליך. לפי טיעון זה, אותו מעלה דפנה ברק-ארז, פסיקתו של בית המשפט בתחום הפוליטי מאופיינת אמנם ברטוריקה הדוגלת בהתערבות, אך, במקרים רבים, לאחר החלטה של ההלכה השיפוטית על העובדות שבפני בית המשפט מסתיים ההליך באי-התערבות. כלומר, כבר בפסקי הדין עצמם, "הניצחון" של העותרים הוא בעיקר בתחום הרטוריקה, ולא בתוצאות המעשיות של הדיונים.¹⁸

יש לציין כי שאלה נפרדת היא האם ובאיזה אופן משפיעה הביקורת השיפוטית על התנהלותן הכללית של רשויות המינהל, לאו דווקא בנושאי הביקורת. בעניין זה נמצאה השפעה ניכרת של

¹⁶ Charles F. Sabel and William H. Simon, Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, 117 HVL 1015 (2004) (hereinafter: Sabel & Simon); Colin S. Diver, The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions, 65 Va. L. Rev. 43, 46 (1979); Donald L. Horowitz, Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, 1983 Duke L.J. 1265.

¹⁷ Gerald N. Rosenberg, The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change? (2nd ED., 2008)
¹⁸ דפנה ברק-ארז, "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים 369, 386 (1999); דפנה ברק-ארז, "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט 3, 15 (תשס"ח).

הביקורת השיפוטית הנרחבת על דפוס הליכי קביעת המדיניות, ובכלל זה אימוץ רטוריקה משפטית וחוקתית בדיון הציבורי.¹⁹

בעוד, שכאמור, קיימת מחלוקת באשר למידת הלגיטימיות והאפקטיביות שבהפעלת ביקורת שיפוטית, עצם השינוי בתפקידו של בית המשפט ומאפייניה של ההתדיינות השיפוטית בעת המודרנית אינם שנויים במחלוקת.²⁰ מטבע הדברים, תפקידו של בית המשפט בחברה מושפע, בין שאר הדברים, מטיבם של הסכסוכים המובאים בפניו ומאופייה של השיטה המשפטית בה הוא פועל והאם סמכויותיו להפעיל ביקורת שיפוטית מעוגנות בחוקה כתובה – שאז נותר מקום רב יותר למעורבות שיפוטית ויצירתיות.²¹ מכל מקום, עובדה ידועה היא כאמור כי הביקורת של בתי-המשפט במדינות דמוקרטיות מופעלת בשנים האחרונות בהיקף ובעוצמה גדולים מבעבר כדי לפסול חוקים של בתי-המחוקקים והחלטות של הרשות המבצעת.²² מגמה זו מצאה ביטוי גם בישראל.

3. תפקידו של השופט ומקומו של בית-המשפט בחברה הישראלית

מנחם מאוטנר מבחין בין תקופות עיקריות בהיסטוריה של בית-המשפט העליון.²³ התקופה הראשונה, אותה הוא מכנה "תקופת הזרות", היא זו של שלושים שנותיו הראשונות של בית-המשפט. בתקופה זו התאפיינה הפסיקה בריסון שיפוטי, בסגנון הנמקה פורמליסטי ובתפיסה של בית-המשפט את עצמו כמוסד מקצועני שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים. התקופה השנייה, אותה מכנה מאוטנר "תקופת העימות", היא זו של שלושים שנותיו האחרונות של בית-המשפט. בתקופה זו התחוללו בפסיקה שלושה שינויים גדולים: עלייתו של אקטיביזם גורף; מעבר לסגנון הנמקה המבסס הכרעות משפטיות על טעמים ערכיים; ומעבר של בית-המשפט לתפיסה שעל-פיה הוא מוסד פוליטי, הנוטל חלק, לצד הכנסת, בקביעת ערכי המדינה וחלוקת המשאבים החומריים במדינה. התקופה השלישית היא זו של העשורים הבאים אותה מכנה מאוטנר "תקופת ההכלה". במהלך תקופה זו, הצופה פני עתיד, על בית-המשפט לפעול מתוך הבנה כי ישראל עברה למצב בתר-הגמוני המומשג יותר ויותר כמצב של רב-תרבותיות. מצב זה מאופיין בקיומן של שלוש קבוצות תרבותיות גדולות, הנחלקות כל אחת למספר רב של קבוצות-משנה: יהודים חילוניים, יהודים דתיים וערבים. לשיטת מאוטנר, במצב זה בית-המשפט אינו יכול עוד לתפקד באופן שיוצר בקרב קבוצות גדולות בציבור תחושה כי הוא פועל כסוכן של קבוצה חברתית אחת ועליו להכיר בבעייתיות שבמצב בו הקבוצה היהודית הדתית חשה כלפיו ניכור, ואפילו עוינות.

מנחם הופנונג מאמץ הבחנה דומה לזו של מאוטנר בכל הקשור לשתי התקופות הראשונות. בתוך כך הוא מדגיש את ייחודיותו של המשפט הישראלי, כאשר גם בהיעדר חוקה כתובה, בית המשפט

¹⁹ M. Shpiro & A. Stone "The New Constitutional Politics of Europe" 26 Comparative Political Studies 397 (1994); מנחם הופנונג, "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כ"ח 212 (תשנ"ז).

²⁰ Sabel & Simon, הערה 16 לעיל, בעמ' 1017.

²¹ Shimon Shetreet, "Judging in Society: The Changing Role of Courts" 467, 468-469, in *The Role of Courts in Society* (1988) (hereinafter: Shetreet).

²² שם, שם.

²³ מנחם מאוטנר, "בית המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'", **משפט ועסקים** י 585 (תשס"ט).

העליון יצר והרחיב מסורת אקטיביסטית של פרשנות חקיקתית בהיקף המזכיר ביקורת שיפוטית פורמלית והותיר תחומים מעטים של החיים הציבוריים מחוץ להיקף הביקורת השיפוטית.²⁴

מזרחי ומידני, הבוחנים את יחסי הגומלין בין בית המשפט העליון לבין החברה והפוליטיקאים בישראל, מציעים לחלק את "תקופת העימות" של מאוטנר לשלוש תתי-תקופות נפרדות. התקופה הראשונה, שתחילתה בשלהי שנות השישים ועד לראשית שנות השמונים, מבטאת תפנית תחילית בהתנהגותו של בית-המשפט העליון וביחסי הגומלין שבינו לבין השחקנים האחרים, ובה בית-המשפט העליון החל להגמיש את משוכות העתירה ואפשר לעותרים ציבוריים להתדיין בפניו בסוגיות שבעבר היה נמנע מלדון בהם. התקופה השנייה, שנמשכה כעשור עד לראשית שנות התשעים וחקיקת חוקי היסוד, מבטאת את העמקת התמורות החברתיות והפוליטיות שהחלה בתקופה הקודמת והתרחבות התרבות הפוליטית האלטרנטיבית בדרך של הגברת מעורבותו של בית-המשפט העליון במדיניות הציבורית. בתקופה השלישית והאחרונה מבסס בית המשפט העליון את עצמו כשחקן פוליטי מרכזי שיש להתחשב בעמדותיו בתהליך קבלת ההחלטות הפוליטי עד כדי כך שהיועץ המשפטי לכנסת החל לבחון כל חוק בפרספקטיבה של בג"ץ והסיכוי של החוק לעמוד מול עתירות אפשריות, קרי, גישה של חקיקה מרוסנת.²⁵

מזרחי ומידני מציינים, בזהירות, כי באמצעות סקירת יחסי בית המשפט העליון והמערכת הפוליטית בישראל מאז קום המדינה ניתן לזהות מגמות גם בנושאים ובתחומים בהם מבטא בית המשפט העליון נכונות להתערב. בנושאים ביטחוניים ודתיים מובהקים ייטה בית-המשפט לנקוט ריסון שיפוטי וכך גם לא ניכרת מעורבותו של בית-המשפט בנושאים חברתיים-כלכליים מובהקים. לעומת זאת, בנושאים ביטחוניים ודתיים שאינם מובהקים וכן בנושאים שבהם נפגעת זכות יסוד של קבוצות אזרחים בשל שרירות לב של הרשויות ייטה בית-המשפט להתערב. לשיטתם המגמות בפסיקתו של בית-המשפט העליון הן בעלות השפעה כפולה: האחת – ריבוי פניות וריבוי התערבות על ידי פסיקות. השנייה – הגדלת בולטות הנושאים הללו בציבור, קרי נושאים שוליים נעשים מרכזיים. התוצאה הבלתי-נמנעת היא של שינוי מדיניות וחקיקה.

עבודה מחקרית זו אינה באה להכריע בשאלה הערכית בדבר הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית והאם אכן תפקידו של השופט בחברה הדמוקרטית הוא לגשר על הפער בין המשפט למציאות החברתית או להכריע במחלוקת מהי ההגדרה של דמוקרטיה. אין מטרתה של עבודה מחקרית זו גם לדון בהשלכות אפשריות של הביקורת השיפוטית, ובהן ערעור הוודאות המשפטית, באשר לתוצאות ההליך השיפוטי ולהנמקה שתובא לשם תמיכה בתוצאה שתושג בהליך זה²⁶ או להכריע בשאלת כוחה של הביקורת השיפוטית להשפיע באופן אמיתי על המדיניות הציבורית ועל החלטות הרשות המינהלית. כאמור, במציאות, במקרים רבים, ממלא השופט בישראל תפקיד זה של מגשר

²⁴ הופנונג, הערה 19 לעיל.

²⁵ שלמה מזרחי ואסף מידני "מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות", בעמ' 54 (2006). מזרחי ומידני מציינים גם כי לפי הגישה המשפטית לשאלת האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, בית המשפט העליון נתפס, לפחות בתקופה השלישית, לפי החלוקה שאימצו, כמבטא ריסון שיפוטי ולא אקטיביזם. הראיה לכך, כך לפי גישה זו, היא כי מאז החלה "המהפכה החוקתית" כהגדרתו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק, ביטל בג"ץ סעיפי חוק ספורים בלבד.

²⁶ לדיון בעניין זה ראו מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 247-249 (תשס"ו).

על הפער בין המשפט לבין צרכי החברה המשתנים. עבודה מחקרית זו תעסוק, על כן, באותם מקרים בהם ממלא השופט, הלכה למעשה, את תפקיד המגשר בין המשפט למציאות. העבודה תתמקד במקרים אלה בתחום היזמות האזרחית.

ב. המסגרת התיאורטית: מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית

1. מדיניות ההפרטה: כללי

ישראל, כמו מדינות מערביות אחרות, מקדמת מדיניות של הפרטה. משנות השמונים של המאה העשרים ואילך תמכו כל ממשלות ישראל במדיניות של הפרטה במידות עוצמה משתנות ובכך סטו מן המדיניות שמשלה בכיפה בשלושים שנותיה הראשונות של המדינה ושדגלה במעורבות ממשלתית משמעותית בחיים הכלכליים.²⁷

ברק-ארז מציינת כי מדיניות ההפרטה מזוהה בעיקר עם תהליכים של העברת בעלות בנכסים של הממשלה – על פי רוב, חברות ממשלתיות – לבעלות פרטית. אולם, קיימות מתכונות הפרטה אחרות שנותרו סמויות יותר, ומכל מקום, לא זכו לעיגון בחקיקה מסודרת או בעלת בולטות ציבורית. אחת מהן היא ההפרטה על דרך המחדל (או הפרטה זוחלת)²⁸ – פתיחת הדלת לפעילות פרטית בתחומים חדשים באמצעות סבילות (פסיביות) שלטונית. הפרטה במתכונת זו מתבטאת בכך שהממשלה ורשויות אחרות מצמצמות את פעילותן בתחום מסוים, לרבות על דרך של צמצום ההוצאה הציבורית בתחום זה,²⁹ ובכך מפנות מקום ליוזמות פרטיות. במקרים אחרים מתבטאת ההפרטה בהימנעות של הרשויות ממתן מענה בתחום מסוים לצורך ציבורי חדש שלא היה קיים בעבר.

דותן וברק מציינים כי אחד המאפיינים של ההפרטה על דרך המחדל הוא היעדרם של אמצעי פיקוח ציבוריים ומשפטיים נאותים. הפרטה במתכונת זו אינה מחייבת לרוב שינויי חקיקה כלשהם ולרוב אף אין צורך באישור של ועדת כנסת לפעולה בתחום חקיקת-המשנה. פעולות של קיצוץ תקציבי ביחס לשירות מסוים אינן מחייבות בהכרח אפילו אישור של הכנסת במישור התקציבי.³⁰

2. מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית בתחום החינוך

מתכונת ההפרטה על דרך המחדל או ההפרטה הזוחלת מוצאת ביטוי אף בתחומים שבאופן רשמי אינם מיועדים להפרטה במובן המסורתי של מכירת נכסים לגורמים פרטיים, ובמישור הפורמלי אף

²⁷ ברק-ארז, **אזרח, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה** 89-90 (2012); דני גוטווין, מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי, **מעשי משפט** א' 47 (2008). במאמרו טוען גוטווין כי קיים קשר הדוק בין הגישות השונות לעניין יחסי הכוחות הרצויים בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה – ולעניין תפקידו של השופט בחברה הדמוקרטית – לבין הנסיבות הכלכליות והחברתיות המשתנות, כאשר המאבק בין "המהפכה החוקתית" שהוביל נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרון ברק לבין "הפיכת הנגד", כלשונו של גוטווין, מבטא "מאבק בין חלופות כוזבות החותרות אל אותה מטרה: ייצובו של משטר ההפרטה"; שלמה אקשטיין, בן-ציון זילברפרב ושמעון רוזביץ, **הפרטת חברות בישראל ובעולם**, 156-179 (1998).

²⁸ יואב דותן וברק מדינה, "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", **משפטים** לו' 287 (תשס"ז) (להלן – דותן ומדינה).

²⁹ יוסי דהאן, "המשפט בשירות ההפרטה – על אוטונומיה הורית ושוויון הזדמנויות", **משפטים** מג' 1002, 1014 (תשע"ג); דותן ומדינה, הערה 28 לעיל, בעמ' 296.

³⁰ דותן ומדינה, הערה 28 לעיל, בעמ' 296-297.

מדובר בתחומי פעילות שאופיים הציבורי מובהק ביותר.³¹ כזהו תחום החינוך.³² דהאן מציין כי לתהליך ההפרטה המואץ בתחום זה תרמה, בין היתר, חקיקה חסרה ואנכרוניסטית ואקטיביזם שיפוטי שאימץ גישה נאו-ליברלית אשר העמידה במרכזה את הזכות לאוטונומיה הורית בתחום החינוך. מלבד אלה מציין דהאן כי לתהליך ההפרטה תרם גם אלמנט הביקוש. הורים המעוניינים להעניק לילדיהם חינוך איכותי הנתפס כמרכיב הכרחי ומרכזי בהבטחת ניעות מרבית במעלה הסולם החברתי והכלכלי, ומגלים שהמדינה אינה מספקת לילדיהם מוסדות המממשים את רצונם, פונים למוסדות חינוך פרטיים או רוכשים שירותי חינוך פרטיים במגוון דרכים אחרות. במקביל לכך, מופעלים לחצים מצד ספקי השירות – בתי הספר הפרטיים – על רקע תחרות בין מוסדות החינוך המעוניינים לקלוט לשורותיהם תלמידים בעלי יכולות לימודיות גבוהות ומוטיבציה חזקה ללמוד ובכך לחזק את המוניטין שלהם.³³ בלנק מזכיר בהקשר זה גורם נוסף שתורם לתהליך: קריסתן של האידיאולוגיה הממלכתית ושל תפיסת כור-ההיתוך.³⁴

מדיניות ההפרטה בתחום החינוך מתבטאת במספר רב של דרכים. היא כוללת תופעות של הרחבת אפשרויות הבחירה בין בתי ספר (פתיחת אזורי רישום), הענקת שוברים לבחירה בין בתי ספר וכן מיקור חוץ (outsourcing) של שירותי חינוך שונים – העברת האחריות לעיצוב תכנים חינוכיים לגופים פרטיים – מערכות קרנות במערכת החינוך, לימודי העשרה, שירותי רווחה חינוכיים ופונקציות אחרות. הפרטת החינוך מתייחסת גם להחדרת עקרונות ומנגנוני שוק או מנגנונים דמויי שוק (quasi-market) לתחומים שבהם בעבר היו שירותים בשליטה הבלעדית של המדינה וכן צמצום השליטה והפיקוח של המדינה על שירותי החינוך המוענקים לתלמידים והוריהם וצמצום סמכותה להחליט באשר למתרחש בבית הספר.³⁵ תופעה מרכזית נוספת של הפרטת החינוך היא הקמתם של בתי ספר בניהול פרטי, במימון ציבורי או שלא במימון ציבורי (charter schools).³⁶

3. מעמדה והיקפה של הזכות לחינוך

את תהליך ההפרטה המואץ בתחום החינוך ייתכן שניתן לתלות בעובדה שאת הזכות לחינוך מקובל לסווג כזכות חברתית וכלכלית.³⁷ לזכויות המסווגות בדרך כלל כזכויות חברתיות וכלכליות לא היתה כמעט אחיזה בשיח החוקתי החדש בישראל עד לשנים האחרונות. מונדלק מציין שני הסברים אפשריים לכך. האחד, המקל יותר, מניח כי מבחינה מוסרית וחרף חשיבותן אין אלה זכויות שוות ערך לזכויות האזרחיות והפוליטיות ויש לראות בהן כמשניות לאחרונות. השני, המחמיר יותר, מניח

³¹ ברק-ארז, הערה 27 לעיל, בעמ' 89-90.

³² לדיון בשאלה האם כלל ראוי מבחינה כלכלית שהמדינה היא זו שתספק חינוך לילדים ראו ישי בלנק "ממלכתיות מבוצרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כה 437, 375-378 (תשס"ה).

³³ דהאן, הערה 29 לעיל, בעמ' 1015-1016; בלנק, הערה 32 לעיל, בעמ' 396.

³⁴ בלנק, הערה 32 לעיל.

³⁵ דהאן, הערה 29 לעיל, בעמ' 1015; בת חן וינהבר, רינת בן נון ואיתן שיפמן, "סקר מעורבות עמותות, קרנות ופילנתרופיה עסקית במערכת החינוך: דוח ממצאים – תשס"ח" (משרד החינוך והמכון לזימות בחינוך בית ברל, תשס"ח). זמין באינטרנט (28.6.14): www.beitberl.ac.il/centers/yazamoot/forum_yazamut01/Documents/PDF/doch-maarechet_hinuch.pdf

³⁶ דהאן, הערה 29 לעיל, בעמ' 1003.

³⁷ אולם ניתן לסווג אותה גם כזכות אזרחית פוליטית וכזכות קבוצתית. ראו לעניין זה יורם רבין וקרן מייזר, "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" **המשפט** ח 541, 543-544 (תשס"ג); M. Nowak "the Right to Education" in: Economic, Social and Cultural Rights (Dordrecht, E. Asbjorn et al. eds., 1995) 189, 196.

כי זכויות חברתיות בהכרח פוגעות בזכויות האזרחיות ולכן רק פוגעות בפרט ובחברה ולא מקדמות אותם.³⁸ מכל מקום, ואף שהזכות לחינוך, כמו זכויות חברתיות וכלכליות אחרות, אינה מעוגנת מפורשות בחקיקת היסוד הישראלית,³⁹ בשנים האחרונות ניכרת מגמה בפסיקה הישראלית להכיר בהיבטים שונים של הזכות כמהווים חלק מכבוד האדם או מהזכות לחירות בהקשר החוקתי כאשר המשמעות המעשית של הדבר היא הכרה במעמדה של זכות זו כזכות חוקתית. כך לדוגמא, הזכות לקבל חינוך הוכרה כנגזרת מהזכות לכבוד האדם וככזו כבעלת מעמד חוקתי.⁴⁰ הזכות הוכרה כבעלת מעמד חוקתי גם כאשר נדונו סוגיות חוקתיות שנגעו בזכות לחינוך במשולב עם סוגיות השוויון, שאז היה ברור ששאלת השוויון בחינוך הינה שאלה חוקתית.⁴¹ כמו כן נשמעה הדעה כי הזכות לבחור חינוך, או הזכות להשפיע על תוכנו, הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לחירות.⁴²

4. ההצדקות להגנה על הזכות להקים ולנהל בית-ספר

הזכות להקים ולנהל בית-ספר שאינו ציבורי היא אחת הנגזרות של הזכות לבחור חינוך⁴³ (או הזכות להשפיע על תכני החינוך)⁴⁴ והיא נתמכת גם בזכויות הקבועות באמנות בינלאומיות ובהן האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות והאמנה בדבר זכויות הילד. הזכות להקים ולנהל בית-ספר, כמו-גם הזכויות התומכות בה, מהוות חלק מהזכות לחינוך, בשל החזקה כי החלטותיהם של ההורים משקפות בדרך-כלל טוב יותר את טובת ילדיהם מאשר החלטות המתקבלות על-ידי רשויות המדינה. על-פי רוב מתבססת חזקה זו על ההנחה לפיה ההורים מכירים את צורכי ילדיהם ורוצים לפעול על-מנת לקדם את רווחתם וכן על ההנחה שסביבה משפחתית אינטימית, החופשית מהתערבות המדינה, תורמת לילדים.⁴⁵

ביסודה של הזכות להקים ולנהל בית-ספר עומדות שתי הצדקות עיקריות. ההצדקה הראשונה נוגעת ליכולתו הבסיסית של כל אדם לאוטונומיה של הרצון וזכויותיו לחירות ולכבוד. הילד הוא הזכאי העיקרי הנהנה מהחינוך, ועל-כן הוא מחזיק באינטרס הטבעי והחזק ביותר לבחור בחינוך בעבור עצמו. אולם בשל העובדה שהילד אינו נתפס ככשיר לקבל החלטות הנוגעות בעתידו, מלאכה זו מוטלת על הוריו, הנהנים מחירות ומאוטונומיה בכל הנוגע למימוש האינטרס שלהם להשפיע על ילדיהם ולעצבם בדמותם וכמי שנושאים בחובה, לפי חוק, לדאוג לטובת ילדיהם. ההצדקה השנייה מונחת על התפיסה כי החינוך הוא תנאי לשימורה של "תרבות" החיונית כשלעצמה למימוש החירות, הכבוד והזהות העצמית של האדם. הבחירה ההורית, לפי הצדקה זו, הכרחית וחיונית

³⁸ גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", **שנתון משפט העבודה** 65 (תשנ"ט).

³⁹ לדיון בהיסטוריה החוקתית של הזכויות בחינוך ראו יורם רבין **הזכות לחינוך** 354-389 (2002) (להלן – **הזכות לחינוך**).

⁴⁰ בג"ץ 3752/10 **אמנון רובינשטיין נ' הכנסת**, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ע' ארבל (פורסם בנבו, 17.9.14).

⁴¹ בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פס' 19 לפסק דינה של השופטת א' פרוקציה (פורסם בנבו, 31.8.2010).

⁴² עמ"נ (ת"א) 35243-03-10 **עמותת חסידי חוסני אלקואסמי נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 6.2.11); ע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1995) (להלן – עניין **פלונים**).

⁴³ Yoram Rabin, "The Many Faces of the Right to Education" in *Exploring Social Rights - Between Theory and Practice* 265, 273-274 (2008) (hereinafter: Rabin).

⁴⁴ רבין, הערה 39 לעיל, בעמ' 111.

⁴⁵ לטם פרי-חזן, "הזכות לחינוך: קווים לדמותה בעידן של מהפכה חוקתית", **משפט ועסקים** 151, 169 (2013) (להלן – פרי-חזן).

לצורך שימור התרבות של מיעוטים (דתיים, לשוניים וכיוצא באלה) בחברה ליברלית.⁴⁶ אף שברור שמימושה של הזכות תלוי במידה רבה בהיקף התקצוב המוענק לבתי הספר שאינם ציבוריים, המשפט הבינלאומי, וכך גם המשפט הישראלי, אינו מטיל על המדינה חובת תקצוב כאמור.⁴⁷

5. המסגרת המושגית לדיון בתופעת הקמתם של בתי ספר בניהול פרטי

בטרם המשיך הדיון בנושא תוצג המסגרת המושגית לדיון. ההבחנה בין בית ספר ציבורי לבית ספר בניהול פרטי (או בקצרה: בית ספר פרטי) היא למעשה ההבחנה בין מוסדות החינוך הרשמיים המוחזקים על ידי המדינה והרשויות המקומיות והמשתייכים לזרם החינוך ה"ממלכתי", ה"ממלכתי דתי" וה"ממלכתי משלב", לבין מוסדות חינוך "מוכרים שאינם רשמיים". הקטגוריה האחרונה מכילה מגוון רחב של בתי ספר, ובהם בתי ספר חרדיים לבנים ולבנות, בתי ספר ייחודיים (ייחודיות זו יכולה להיות אידיאולוגית, פדגוגית או תחומית⁴⁸), בתי ספר של רשתות חינוך טכנולוגי, בתי ספר אקסטרניים וחלק מבתי הספר בחינוך ההתיישבותי, קטגוריה של מוסדות חינוך המוגדרים "מוסדות פטור" ו"מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים". בתי הספר הרשמיים מוחזקים כאמור על ידי המדינה וממומנים במלואם על ידה ומכאן כינויים "בתי ספר ציבוריים". בתי ספר מוכרים שאינם רשמיים אינם מוחזקים ומנוהלים על ידי המדינה אלא על ידי גורמים פרטיים, ומכאן כינויים "בתי ספר פרטיים", וזאת אף שרובם המכריע ממומנים במימון ציבורי ניכר.⁴⁹ הדיון בעבודה מחקרית זו הוגבל למוסדות חינוך פרטיים הפועלים לפי רישיון שניתן להם לפי חוק פיקוח על בתי ספר ועל כן הוצאו מתכולת הדיון "מוסדות פטור" ו"מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים".

6. התשתית המשפטית להקמת בתי ספר בניהול פרטי

התשתית המשפטית להקמת בית ספר בניהול פרטי (או ציבורי) מעוגנת בחוק פיקוח על בתי ספר. על פי חוק הפיקוח, כדי לפתוח בית ספר חובה להצטייד ברישיון מהמנהל הכללי של משרד החינוך,⁵⁰ יש להגיש בקשה ולעמוד בסדרה של תנאים המפורטת בחוק (סעיפים 5 – 10 לחוק הפיקוח) אשר תכליתם הבטחת סטנדרטים חינוכיים (ובכלל זה כושרם המקצועי של סגל עובדי החינוך בבית הספר, עליו נמנים המורים ומנהל בית הספר),⁵¹ סטנדרטים הנוגעים למבנה בית הספר והציוד שבו, תנאי בטיחות ובסיס כספי לקיום המוסד.⁵² במקרים מסוימים רשאי המנהל הכללי של משרד

⁴⁶ Rabin, הערה 43 לעיל, בעמ' 273-273; יורם רבין ונוריאל אור, "על הזכות לחינוך מן הבית", משפט ואדם – משפט ועסקים יד 803, 810-813 (התשע"ב).

⁴⁷ פרי-חזן, הערה 45 לעיל, בעמ' 165-166; Rabin, הערה 43 לעיל, בעמ' 272.

⁴⁸ כלומר בתי ספר המשתייכים לזרם אידיאולוגי שאינו כלול בזרם המרכזי של מערכת החינוך (כגון בתי ספר אנתרופוסופיים, סיינטולוגיים וכדומה); חלקם מלמדים בשיטות הוראה ייחודיות וניסיוניות (בתי ספר פתוחים, דמוקרטיים וכדומה); חלקם מתמחים בתחום ייחודי (בתי ספר לטבע, לספורט, לאמנויות וכדומה). ראו בלנק, בעמ' 390, הערה 115.

⁴⁹ דהאן, הערה 29 לעיל, בעמ' 1018.

⁵⁰ סעיף 3 לחוק הפיקוח. בנוהל רישוי ונוהל הכרה – בית ספר חדש בחינוך המוכר שאינו רשמי שפרסם משרד החינוך (להלן – **נוהל רישוי והכרה**) הובהר כי חובת הרישוי חלה בכל המקרים הבאים: מוסד חדש; מוסד שהגיש בקשה לרישיון ובקשתו נדחתה; מוסד שעבר בעלות; מוסד המבקש להפעיל את בית הספר במבנה שונה מזו שבגינו ניתן לו בעבר רישיון; מוסד המבקש לפצל את מבנה בית הספר; מוסד המבקש להוסיף מבנה נוסף להפעלת בית הספר (סעיף 3 לנוהל רישוי והכרה).

⁵¹ הפיקוח על כושרם המקצועי של סגל עובדי החינוך בבית הספר, עליו נמנים המורים ומנהל בית הספר, מתבצע על פי חוק הפיקוח, כללי פיקוח על בתי ספר (מבחנים למתן רישיונות), התשל"א-1971 וכן על פי נוהל מינוי מנהלים וסגני מנהלים במוסדות חינוך רשמיים (החל גם על בתי ספר מוכרים שאינם רשמיים).

⁵² תמ"נ 790/02 (חי') **ברוך קינד ואח' נ' מדינת ישראל**, דינים מחוזי, כרך לג(4) 757, פס' 17 לפסק הדין (2002).

החינוך להתנות את מתן הרישיון בתנאים שיש לקיימם מראש, ורשאי הוא לקבוע ברישיון תנאים שיש לקיימם לאחר נתינתו (סעיף 10 לחוק הפיקוח). בפסיקה נקבע כי בכל מקרה לא יינתן רישיון מותנה מבלי שנערכה בדיקה ומבלי שנתקבלו ממצאים באשר להתקיימותם של התנאים הנדרשים על פי דין.⁵³ על משרד החינוך להודיע על החלטתו למגיש הבקשה לרישיון בתוך ארבעה חודשים מיום הגשתה (סעיף 4(ב) לחוק הפיקוח).

מי שהמנהל הכללי של משרד החינוך סירב ליתן לו רישיון רשאי לערער על הסירוב בפני ועדת ערר הפועלת על פי סעיף 14 לחוק הפיקוח (סעיפים 13 ו-14 לחוק הפיקוח). את ועדת הערר ממנה שר החינוך. הוועדה מורכבת משלושה חברים – ראש הוועדה הוא מי שכשיר להיות שופט בית משפט מחוזי, ומבין יתר החברים, אחד, לפחות, אינו עובד מדינה. הוועדה רשאית לקבל כל החלטה שהמנהל הכללי של משרד החינוך היה רשאי לקבל לפי חוק זה (סעיף 14(ד) לחוק הפיקוח). החלטת ועדת הערר ניתנת לערעור בפני בית משפט מחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (סעיף 14א לחוק הפיקוח). מבחינה דיונית לוועדת הערר, שסוגה בפסיקה כגוף ביקורת ייעודי בכל הקשור לתחום של מתן רישיונות לבתי ספר, ניתנו סמכויות דיוניות רחבות, ובכלל זה סמכות לזמן עדים ואף לחוקרם (תקנה 10 לתקנות פיקוח על בתי-ספר (סדרי הדין בועדת ערר), תשל"ב-1972 (להלן – **תקנות סדרי הדין**)) – הן את עדי העורר והן את עדי המשיב, וכן סמכויות חקירה ודרישה, לרבות עריכת בדיקה בשטח המוסד החינוכי (תקנה 13 לתקנות סדרי הדין). סדרי הדין והראיות שעל פיהם פועלת הוועדה הם גמישים והיא אינה כבולה בסדרי הדין והראיות הנהוגים בבתי המשפט (תקנה 14 לתקנות סדרי הדין). בשל המאפיינים הדיוניים וסמכויותיה הרחבות של ועדת הערר לפי חוק הפיקוח נקבע בפסיקה כי סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים להתערב בהחלטותיה של הוועדה היא מוגבלת ומצומצמת ושמורה למקרים חריגים במיוחד.⁵⁴ פסק-דין של בית משפט לעניינים מינהליים בערעור על החלטת ועדת הערר ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון אם ניתנה רשות לכך מאת שופט של בית המשפט העליון שנשיא בית המשפט העליון קבע לכך (סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000).

7. מדיניות ההפרטה ויזמות אזרחית בתחום החינוך: הקמתם של בתי ספר בניהול פרטי

אמנם המגמה הכללית במדינת ישראל היא, כאמור, של קידום מדיניות ההפרטה, בפרט בתחום החינוך, והזכות להקים ולנהל בית ספר שאינו ציבורי נתמכת כאמור בזכויות שונות הקבועות באמנות בינלאומיות, אך זכות זו טרם זכתה לעיגון מפורש בחקיקה.⁵⁵ אופן מימושה של הזכות, לעומת זאת, זכה לעיגון מפורש בחקיקה באופן שמאפשר למנהל הכללי של משרד החינוך להעניק לבית ספר שאינו ציבורי רישיון לפעול והכרה שעשוי להתלוות לה גם תקצוב ציבורי. עם זאת, ההסדר החקיקתי לאופן מימושה של הזכות להקים ולנהל בית ספר שאינו ציבורי, המתנה הכרה בבית הספר, בין השאר, בבחינת השפעתו של אותו המוסד על החינוך הרשמי, אינו עולה בקנה אחד עם דרישות המשפט הבינלאומי שלפיהן קיימת זכות להקים ולנהל בית ספר שאינו ציבורי ובלבד

⁵³ עת"מ (י-ם) 46939-08-11 **עמותת תלתן - התנועה להורות והוראה אחראית ואח' נ' דר' שמשון שושני, מנכ"ל משרד החינוך** (16.10.11).

⁵⁴ עמ"נ (י-ם) 47895-10-12 **עמותת רואד לקידום החינוך והרווחה נ' מדינת ישראל משרד החינוך והתרבות, פס' 3 ו-4 לפסק דינה של כב' השופט ד' מרזל** (7.7.13).

⁵⁵ פרי-חזן, הערה 45 לעיל, בעמ' 164.

שיעמוד בסטנדרטים מסוימים הנדרשים ממנו. ההסדר החקיקתי גם מקנה לשר החינוך שיקול-דעת גורף באופן המעורר חשש כי יופעל בהתאם לשיקולים פוליטיים ובאופן לא-שוויוני.⁵⁶

מדיניות משרד החינוך בשנים האחרונות פועלת גם היא בכיוון דומה לזה המתבטא בהסדר החקיקתי הקיים בכל הנוגע למימוש הזכות להקים ולנהל בית ספר שאינו ציבורי: היא מתבטאת בניסיון לצמצם את התופעה באמצעות דחיית בקשות להענקת רישיונות או לחידוש והארכת תוקפם של רישיונות קיימים. במקרים בהם משרד החינוך מסרב להעניק רישיון לבית הספר פונים היזמים לוועדת הערר, הפועלת על פי חוק הפיקוח, או לבית המשפט לעניינים מינהליים. לעתים, הרישיון מוענק למרות התנגדות משרד החינוך אף שראשית הפעילות החינוכית בפעילות לא חוקית, וזאת על פי החלטת ועדת הערר או בתי המשפט לעניינים מינהליים הדוחים את ערעור משרד החינוך על החלטת ועדת הערר. נטען כי בכך נוצר הלכה למעשה מסלול רישוי עוקף לבתי ספר שמשרד החינוך התנגד להקמתם.⁵⁷ מסלול עוקף לכאורה זה יעמוד במרכזה של עבודה מחקרית זו.

⁵⁶ שם, בעמ' 166.

⁵⁷ דהאן, הערה 29 לעיל, בעמ' 1023-1025.

פרק 2: מתודולוגיה

מטרתה של עבודה מחקרית זו היא לבחון את האופנים שבהם הערכאה השיפוטית בתפקידה כמגשרת על הפער בין המשפט למציאות החברתית מכשירה (או פוסלת) יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות לא-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי ספר בניהול פרטי.

כדי לבחון שאלה זו נבנה מסד נתונים הכולל הכרעות שיפוטיות רלוונטיות של ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר ושל בתי המשפט שניתנו עד ליום 5.6.15, על-פי מנגנון הסינון כמתואר בהמשך. ההכרעות השיפוטיות שאותרו נבחנו וסווגו בהתאם לתוצאותיהן ולהצדקות עליהן התבססו בהחלטה לדחות או לקבל את עמדת היזמים האזרחיים ולפסול או להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון ובניגוד לדין.⁵⁸

חשוב לציין כי עד לשנים האחרונות החלטות ועדת הערר לפי חוק הפיקוח לא פורסמו בציבור ועל כן מסד הנתונים כולל החלטות שנתקבלו על ידי ועדת הערר החל משנת 2011 ועד ליום 5.6.15.⁵⁹

א. בחירת פסקי הדין

לצורך בניית מסד נתונים שיוכל לשמש בסיס לעבודה זו נערך בשלב הראשון חיפוש במאגר המשפטי "נבו" של מילות החיפוש "ללא רישיון", "בית ספר" ו"משרד החינוך", של כלל ההליכים שהתנהלו בפני בית המשפט העליון, בתי המשפט המחוזיים (כולל בתי משפט מחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים), בתי משפט שלום וועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר.⁶⁰ בחיפוש זה אותרו 276 הליכים. מתוכם סוננו הליכים כפולים (17) ושאינם רלוונטיים (75) – הכרעות שיפוטיות שאינן עוסקות בתחום החינוך (הליכים בנושאי ארנונה, נזיקין וכיו"ב), הכרעות שיפוטיות שאינן עוסקות, במישרין או בעקיפין, בהקמה או בפעילות בית ספר ללא רישיון, לרבות הליכים העוסקים בבתי ספר שהחלו לפעול ללא רישיון ובניגוד לדין ובהמשך ניתן להם רישיון זמני אך הוחלט שלא לחדשו; הליכים העוסקים בפעילות של גני ילדים (106); וכן הכרעות שיפוטיות שאינן סופיות (החלטות בבקשות לצווי ביניים או בבקשות אחרות) (27).

בסיום הסינון נותרו 51 הכרעות שיפוטיות רלוונטיות – 34 החלטות של ועדת הערר לפי חוק פיקוח על בתי ספר; 16 פסקי דין של בתי משפט לעניינים מינהליים (מביניהם חמישה ניתנו במסגרת הליכי ערעור על החלטות ועדת הערר שאותרו); ופסק דין אחד של בית משפט מחוזי. מתוך קריאת אחד מפסקי הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים אותרה החלטה נוספת של ועדת הערר לפי חוק פיקוח על בתי ספר שבה לא צוין בלשון מפורשת שבית הספר החל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין (ולכן לא עלתה בחיפוש הראשוני), כך שבסך הכל נבחנו 52 הכרעות שיפוטיות רלוונטיות.

⁵⁸ לרבות מקרים בהם בית הספר פעל בתחילה לפי רישיון מטעם משרד החינוך ובהמשך החליט משרד החינוך שלא לחדש את הרישיון שניתן לו ובית הספר המשיך לפעול מבלי שהיה בידיו רישיון כדין.

⁵⁹ ראו הערות 67 ו-68 להלן.

⁶⁰ הגדרות החיפוש: המילים "ללא רישיון" – לפי הסדר, במרחק של עד 3 מילים, מורפולוגי; המילים "בית ספר" – לפי הסדר, בצמוד, מורפולוגי מורחב; המילים "משרד החינוך" – בסדר כלשהו, במרחק של עד 3 מילים, מורפולוגי מורחב.

ב. מיפוי ההכרעות השיפוטיות הרלוונטיות לצורך ניתוח הממצאים

בשלב השני נעשה מיפוי של ההכרעות השיפוטיות הרלוונטיות באמצעות חלוקה לשני סוגי הבחנות:

1. סיווג במונחים של "הכשרה" ו"פסילה"⁶¹ – ההכרעות השיפוטיות סווגו ככאלה שמכשירות את פעילות בית הספר אם משמעותן המעשית היתה מתן היתר חוקי פורמלי להמשך פעילותו של בית הספר. ההכרעות השיפוטיות סווגו ככאלה שפוסלות את פעילות בית הספר אם משמעותן המעשית היתה מניעה חוקית של המשך פעילותו של בית הספר.

2. סיווג לפי סוגי השיקולים העומדים ביסוד "ההכשרה" או "הפסילה" – סיווג ההכרעות השיפוטיות נעשה גם תוך בחינת השיקולים העומדים ביסוד ההכשרה או הפסילה, לפי העניין. שיקולים אלה נחלקים לשניים: (1) שיקולים מהותיים ו-(2) שיקולים טכניים. סיווג ההכרעות השיפוטיות באופן זה נועד להקל על ההתחקות אחר המגמות בהכרעותיהן של הערכאות השיפוטיות ואחר האופנים בהם הן מכשירות את פעילות בית הספר שהחל לפעול בניגוד לדין. ההנחה היתה שלא ימצאו מקרים בהם ביסוד הכרעה שיפוטית המכשירה את פעילות בית הספר יעמדו שיקולים טכניים וכי במקרים אלה לא תימנע הערכאה השיפוטית מדיון לגופו של עניין בטענות הצדדים.

(א) שיקולים מהותיים – השיקולים המהותיים נחלקים לשני סוגים: (1) שיקולים מהותיים מובהקים ו-(2) שיקולים מהותיים שאינם מובהקים.

תחת קבוצת השיקולים המהותיים המובהקים נכללים שיקולי מדיניות "חוץ בית-ספריים" (פגיעה אפשרית במערך החינוך הרשמי ביישוב בו פועל בית הספר, פגיעה אפשרית בעיקרון האינטגרציה או בעיקרון החיטוב⁶²); שיקולים חינוכיים-פדגוגיים "פנים בית-ספריים" (קיומה או היעדרה של הסמכה מתאימה של המנהל או המורים, מספר תלמידים המאפשר יצירת קבוצת השתייכות חברתית); שיקולים שעניינם התנאים הפיזיים במבנה (קיומו או היעדרו של היתר בנייה, היתר לשימוש חורג במבנה, ליקויי בטיחות או תברואה); ושיקולים שעניינם תקינות ההליך המינהלי במישור שיקול הדעת או במישור הסמכות (שקילת שיקולים לא רלוונטיים לעניין או אי-שקילת שיקולים הרלוונטיים לעניין, שרירותיות, הפליה, היעדר תשתית ראייתית מספקת לקבלת ההחלטה, חריגה מסמכות).

תחת קבוצת השיקולים המהותיים שאינם מובהקים נכללו מקרים בהם השיקול לפסילת פעילות בית הספר היה איחור בהגשת הבקשה לרישיון או הגשת בקשה חסרה. ההחלטה

⁶¹ לצורך הדיון סווגו הכרעות שיפוטיות שניתנו בערכאות שונות (בוועדת הערר לפי חוק הפיקוח ובהמשך בבית המשפט לעניינים מינהליים במסגרת ערעור מינהלי) באותו עניין כמקרה אחד, למעט במקרים בהם ניתנו הכרעות סותרות שאז סווגו ההכרעות השיפוטיות כמקרים נפרדים.

⁶² לפיו חלוקת בתי הספר צריכה לכלול בתי ספר יסודיים (כתות א'-ו'), חטיבות ביניים (כתות ז'-ט') ותיכון (כתות ט'-יב').

לסווג מקרים אלה תחת קבוצת השיקולים המהותיים נובעת מכך שבכל המקרים שנבדקו נבחנו הטענות לגופן על ידי הערכאה השיפוטית גם אם לכתחילה דחה משרד החינוך את הבקשה לרישיון על הסף מטעם טכני-פרוצדורלי.

(ב) שיקולים טכניים-פרוצדורליים – תחת השיקולים **הטכניים** סווגו מקרים בהם עמדו ביסוד ההכרעה פגמים בהליך השיפוטי שמקורם במפר החוק (חוסר סמכות עניינית, אי מיצוי הליכים, חוסר ניקיון כפיים או פגם בניסוח העתירה). כמו כן סווג תחת השיקולים **הטכניים** מקרה בו הורה בית המשפט על מחיקת העתירה מטעמים של שינוי בנסיבות העובדתיות.⁶³

⁶³ עניין הבית העגול חינוך בדרך הטבע, להלן הערה 133.

פרק 3: תיאור הממצאים

על מנת לבחון את שאלת המחקר נערך מיפוי של המקרים בהם נדרשה הערכאה השיפוטית לדון בשאלת המשך הפעלתו של בית ספר שהחל לפעול ללא רישיון כדין. פירוט ממצאי המחקר תוך הבחנה בין מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית להכשיר את פעילות בית הספר (7 מקרים) לבין מקרים בהם החליטה שלא להכשיר את פעילותו (45 מקרים) מופיע בנספח 1. בכל אחד מסוגי מקרים אלה נעשתה הבחנה בין סוגי הנימוקים המרכזיים אשר שימשו כבסיס להכרעה השיפוטית.

ניתוח הממצאים נערך על פי שלושה קריטריונים כמפורט להלן:

1. שיקולים עיקריים להכשרת פעילות בית הספר בחלוקה לשתי קבוצות של שיקולים: טעות בהפעלת שיקול הדעת המנהלי וחריגה מסמכות.
2. שיקולים עיקריים לפסילת פעילות בית הספר בחלוקה לשלוש קבוצות של שיקולים: שיקולים "חוץ בית-ספריים", שיקולים "פנים בית-ספריים" ושיקולים פרוצדורליים.
3. מאפיינים מגזריים של ההכרעות השיפוטיות שאותרו.

מיפוי כמותי של המקרים שאותרו ונבחנו מופיע בתרשים 1 ובתרשים 2.

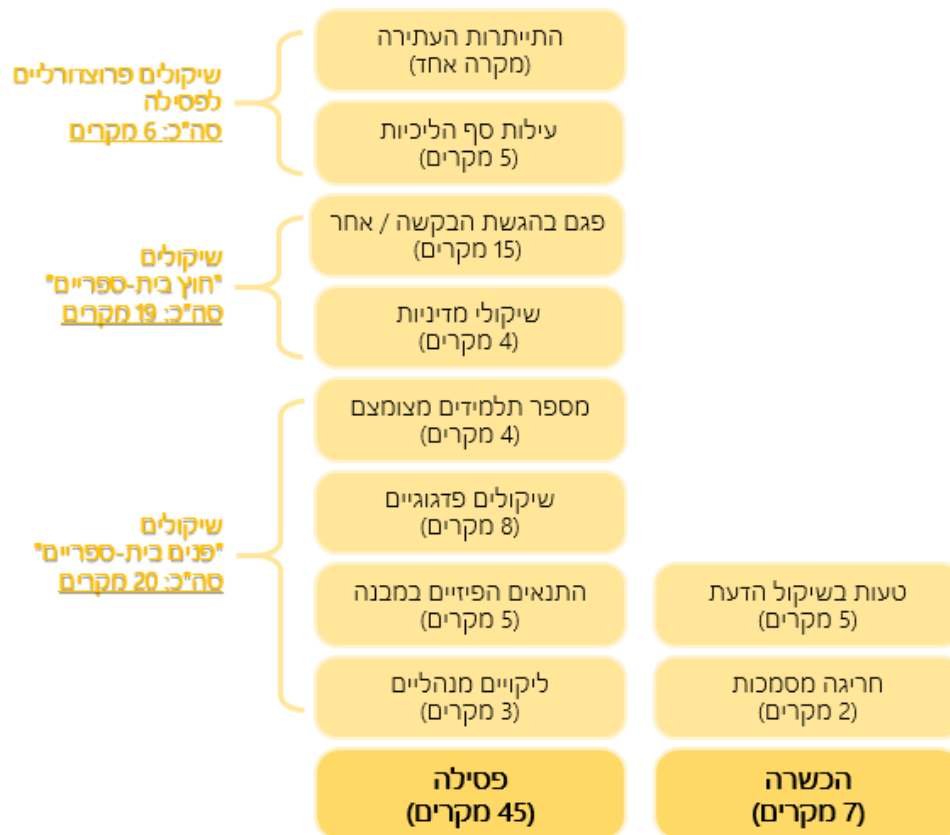
תרשים 1: מיפוי כללי – מקרים של הכשרות לעומת מקרים של פסילות בחלוקה לפי סיווג

השיקולים שעמדו ביסוד ההכרעה השיפוטית (מהותי או טכני)



תרשים 2: מיפוי כללי – מקרים של הכשרות לעומת מקרים של פסילות בחלוקה לפי קטגוריות

של שיקולים שעמדו ביסוד ההכרעה השיפוטית



1. מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית להכשיר את פעילות בית הספר: 7 מקרים

ניתן להבחין בין שתי קבוצות של שיקולים שעמדו ביסוד ההכרעות השיפוטיות להכשיר את פעילות בית-הספר: טעות בהפעלת שיקול הדעת המנהלי וחריגה מסמכות. קבוצת השיקולים הראשונה – טעות בהפעלת שיקול הדעת המנהלי – כוללת 5 מקרים הנחלקים לשלוש קטגוריות: (1) משרד החינוך מנע מבית הספר את האפשרות להוכיח את יכולתו לצמוח; (2) לא ניתן משקל ראוי לטובת התלמידים; ו- (3) נשקלו שיקולים זרים שאינם נוגעים לעניין ולשיקולים הנוגעים לעניין לא ניתן משקל ראוי. קבוצת השיקולים השנייה – חריגה מסמכות – כוללת 2 מקרים. שתי קבוצות השיקולים סווגו תחת קבוצת השיקולים המהותיים המובהקים בהתאם להגדרות הסיווג המפורטות בפרק הקודם. מבין 7 המקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית להכשיר את פעילות בית הספר, באחד מדיניות משרד החינוך נתקפה באופן עקיף (במסגרת עתירה לאפשר לתלמידי בית הספר לגשת לבחינות הבגרות הפנימיות) בעוד שביתר המקרים נתקפה מדיניות המשרד במישרין.

2. מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר: 45 מקרים

ניתן להבחין בין שלוש קבוצות של שיקולים שעמדו ביסוד ההכרעות השיפוטיות שלא להכשיר את פעילות בית-הספר: שיקולים "חוץ בית-ספריים"; שיקולים "פנים בית-ספריים"; ושיקולים פרוצדורליים.

קבוצת השיקולים הראשונה – שיקולים "חוץ בית-ספריים" – כוללת 19 מקרים ונחלקת לשלוש קטגוריות: (1) שיקולי מדיניות "חוץ בית-ספריים" (התחשבות במבנה מערכת החינוך או חשש לפגיעה במערך החינוך הרשמי ביישוב) (4 מקרים); (2) פגם בהגשת הבקשה: איחור בהגשת הבקשה לרישיון או הגשת בקשה חסרה (14 מקרים); ו- (3) שיקולים "חוץ בית-ספריים" אחרים (מקרה אחד). בקבוצה זו סווגו הקטגוריה הראשונה והשלישית תחת קבוצת השיקולים המהותיים המובהקים והקטגוריה השנייה סווגה תחת קבוצת השיקולים המהותיים שאינם מובהקים בהתאם להגדרות הסיווג המפורטות בפרק הקודם.

מבחינה מספרית, קבוצת השיקולים השנייה – שיקולים "פנים בית-ספריים" – היא הגדולה ביותר וכוללת 20 מקרים הנחלקים לארבע קטגוריות עיקריות: (1) מספר תלמידים מצומצם שאינו מאפשר קיום רצף חינוכי (4 מקרים); (2) ליקויים פדגוגיים בהתנהלות בית הספר (8 מקרים); (3) ליקויים מינהליים בהתנהלות בית-הספר (3 מקרים); ו- (4) ליקויים בתשתית הפיזית להפעלת בית-הספר (5 מקרים). קבוצה זו סווגה תחת קבוצת השיקולים המהותיים המובהקים בהתאם להגדרות הסיווג המפורטות בפרק הקודם.

קבוצת השיקולים השלישית – שיקולים פרוצדורליים – היא הקטנה ביותר מבחינה מספרית ומונה 5 מקרים בלבד הנחלקים לשתי קטגוריות: (1) עילות סף הליכיות ו- (2) התייתרות העתירה. קבוצה זו סווגה תחת קבוצת השיקולים הטכניים בהתאם להגדרות הסיווג המפורטות בפרק הקודם.

מבין המקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר, ב-9 מקרים מדיניות משרד החינוך נתקפה באופן עקיף (בין במסגרת עתירה כנגד החלטת משרד החינוך להוציא צו סגירה כנגד בית הספר, בין במסגרת עתירה להורות למשרד החינוך לקבל החלטה בבקשה לרישיון שלא ניתן במועד הקבוע בדין ובין במסגרת עתירה לאפשר לתלמידי בית הספר לגשת לבחינות הבגרות הפנימיות). ביתר המקרים נתקפה מדיניות משרד החינוך במישרין.

3. מאפיינים מגזריים של ההכרעות השיפוטיות שאותרו

מיפוי כמותי של המקרים שאותרו ונבחנו בהתייחס למאפייניהם המגזריים מופיע ב**תרשים 3** וב**תרשים 4**.

תרשים 3: מאפיינים מגזריים של המקרים שאותרו ונבחנו בחלוקה לפי מקרים של הכשרה

ולפי מקרים של פסילה

אחר* (10 מקרים)	
יהודי-דתי (2 מקרים)	
יהודי-חרדי (15 מקרים)	אחר* (4 מקרים)
יהודי-חילוני (18 מקרים)	יהודי-חילוני (3 מקרים)
פסילה (45 מקרים)	הכשרה (7 מקרים)

* אחר – מגזר ערבי, נוצרי אורתודוקסי או לא ידוע.

תרשים 4: השוואה בין המגזר היהודי-חילוני לבין המגזר היהודי-חרדי בחלוקה לפי שיקולים

לפסילה

		שיקולי מדיניות (מקרה אחד)	שיקולים פדגוגיים (5 מקרים)
	מספר התלמידים (2 מקרים)	התיירות העתירה (מקרה אחד)	מספר התלמידים (2 מקרים)
פגם בהגשת הבקשה (10 מקרים)	שיקולים פדגוגיים (מקרה אחד)	עילות סף הליכיות (3 מקרים)	ליקויים מנהליים (3 מקרים)
אחר (מקרה אחד)	ליקויים פיזיים (מקרה אחד)	פגם בהגשת הבקשה (מקרה אחד)	ליקויים פיזיים (2 מקרים)
שיקולים "חוץ בית-ספריים" (11 מקרים)	שיקולים "פנים בית-ספריים" (4 מקרים)	שיקולים "חוץ בית-ספריים" ופרוצדורליים (6 מקרים)	שיקולים "פנים בית-ספריים" (12 מקרים)
בתי-ספר שיועדו עבור המגזר היהודי-חרדי (15 מקרים)		בתי-ספר שיועדו עבור המגזר היהודי-חילוני (18 מקרים)	

מטרתה של עבודה מחקרית זו לא היתה להתחקות אחר מגמות בהגשת בקשות או דחייתן בחלוקה מגזרית וממילא בסיס המידע ששימש לצורך עבודה זו היה מצומצם באופן יחסי. עם זאת, ניתן להתייחס בזהירות גם למאפיינים מגזריים במקרים שאותרו ונבחנו. מובן כי על מנת לבחון האם אכן במספרים שנמצאו יש כדי להעיד במדויק על מגמות כלשהן – בהכרעותיהן המשפטיות של הערכאות השיפוטיות או במדיניותן של משרד החינוך בנושא – נדרש מחקר נוסף.

לצורך התייחסות למאפייניהם המגזריים של המקרים שאותרו הם חולקו לארבע קטגוריות: (1) בתי-ספר המיועדים עבור המגזר היהודי-חילוני; (2) בתי-ספר המיועדים עבור המגזר היהודי-דתי; (3) בתי-ספר המיועדים עבור המגזר היהודי-חרדי; ו-(4) בתי-ספר המיועדים עבור מגזרים אחרים

(המגזר הערבי או הנוצרי-אורתודוכסי) ואלה שלא ניתן ללמוד מההכרעה השיפוטית לאיזה מגזר הם משתייכים.

אחד המאפיינים הבולטים של המקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את בית-הספר, כשברקע ההכרעה לא עמדו שיקולים שעניינם ליקויים בתשתית הפיזית של בית הספר או ליקויים פדגוגיים בהתנהלותו, הוא העובדה שמדובר במוסדות חינוך לציבור היהודי-חרדי. נמצאו 15 מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית לפסול את פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין – ובית הספר יועד עבור המגזר היהודי-חרדי. מתוך מקרים אלה, ב-10 מבין המקרים השיקול המרכזי להחלטה היה פגם בהגשת הבקשה – איחור בהגשת הבקשה לרישיון או הגשת בקשה חסרה.

לעומת זאת, מבין המקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית לפסול את פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין – ובית הספר יועד עבור המגזר היהודי-חילוני או אחר, קיימת שונות גדולה בין השיקולים שנשקלו: התנאים הפיזיים במבנה, ליקויים מנהליים או פדגוגיים שנמצאו בפעילות בית הספר, מספר תלמידים מצומצם או עילות סף הליכיות. נמצאו 2 מקרים בלבד בהם נדון בית-ספר שיועד עבור המגזר היהודי-חילוני והטעם לפסילת פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון היה "חוץ בית-ספרי", אחד מהם היה מקרה בו נדחתה בקשה לרישיון בשל היעדרם של מסמכים מהותיים הנוגעים לתשתית הפיזית של המבנה שיועד להפעלת בית הספר. מדובר במקרה אחד לעומת עשרה מקרים שאותו בהתייחס לבתי ספר שיועדו עבור המגזר היהודי-חרדי, וגם בו בסופו של דבר החליטה הערכאה השיפוטית לקבל את העתירה במובן זה שעניינו של בית הספר יוחזר לעיון משרד החינוך לבחינה מחודשת של החלטתו.

פרק 4: ניתוח הממצאים

בפרק זה ינותחו השיקולים המרכזיים ששימשו את הערכאות השיפוטיות בהחליטן להכשיר או לפסול את המשך פעילותו של בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין. כמו כן ינותחו מאפיינים נוספים של המקרים שאותו – האופן בו התייחסה הערכאה השיפוטית להתנהלותה של הרשות המנהלית – משרד החינוך, ונכונותם (או אי-נכונותם) של בתי-משפט לעניינים מינהליים להתערב בהחלטות ועדת הערר.

א. שיקולים מרכזיים להכשרה של פעילות בית הספר

1. טעות בהפעלת שיקול הדעת המינהלי

א. שקילת שיקולים שלא ראוי היה לשקלם

בשניים מבין המקרים – בעניין **בית הספר המונטסורי** ובעניין **אלקואסמי (1)** – עמדו ביסוד סירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר שיקולים "חוץ בית ספריים" שעניינם השלכות חברתיות וכלכליות על מערך החינוך הממלכתי ביישוב בו פעל בית הספר או מדיניותו הכללית של משרד החינוך בנושא החינוך. בעניין **בית הספר המונטסורי** הושם בהחלטת הערכאה השיפוטית דגש ניכר על ייחודיותו של בית הספר וכי לא היה מקום לבחון קיומה של הצדקה מיוחדת להקמתו – היא העילה ששימשה כבסיס לסירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר – מה גם שהנטל להוכחת הצורך בבחינת קיומה של הצדקה מיוחדת כאמור (כמו גם של פוטנציאל הצמיחה של בית הספר) מוטל על כתפי משרד החינוך – ולא על כתפי מבקש הרישיון. גם בעניין **אלקואסמי (1)** הכרעתה של הערכאה השיפוטית הסתמכה, בעיקרה, על כך שמשרד החינוך שקל שיקולים שלא ראוי היה לשקלם בהחליטו שלא ליתן רישיון לבית הספר. במקרה זה סברה הערכאה השיפוטית כי בכך לא היה רק כדי להעיד על טעות בהחלטה כי אם גם על שרירותיות והפליה שדבקו בהתנהלות הרשות המינהלית – בשל העובדה כי לא עלה בידה להציג מדיניות ברורה ועקבית שיש בה כדי להצדיק את החלטתה וכן בשל השיהוי בקבלתה. בנסיבות אלה סברה הערכאה השיפוטית כי קיימת הצדקה להגן על אינטרס הציפייה על המעשה המינהלי.

ב. אי-מתן משקל ראוי לשיקולים שראוי היה לשקלם

בשלושה מבין המקרים – בעניין **הפטריארכיה רום** (בשתי הערכאות) ובעניין **פלג** – הטעם לסירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר היה נעוץ במספר התלמידים ופוטנציאל הצמיחה של בית הספר – שיקול "פנים בית ספרי".⁶⁴ מאפיין בולט של שני המקרים, וזאת בשונה מעניין **בית הספר המונטסורי**, הוא העובדה שבשניהם בית הספר נושא הבקשה לרישיון היווה "מסגרת-המשך טבעית" למוסדות חינוך שהוקמו ופועלים ברישיון משרד החינוך, וכי הערכאה השיפוטית הסתמכה על עובדה זו בהחלטתה להכשיר את פעילות בית הספר. בכך הביעה הערכאה השיפוטית את נכונותה להגן על אינטרס הציפייה של מבקשות הרישיון על מעשה המינהל. לכך נלווה – בשני המקרים – דיון בייחודיותו של בית הספר והעובדה כי לא הועלתה כל טענה מצד משרד החינוך באשר

⁶⁴ ראו בעניין זה הערה 104 להלן.

להתנהלותו הפדגוגית ועמידתו בסטנדרטים של המשרד בנושא זה כמו גם טענות בנוגע לתשתית הפיזית בה פעל בית הספר. מאפיין מעניין נוסף שניתן להזכיר בעניין **פלא** הוא העובדה שדובר שם על **תקיפה עקיפה**⁶⁵ של מדיניות משרד החינוך – במסגרת עתירה לאפשר לתלמידי בית הספר לגשת לבחינות הבגרות הפנימיות ולהכיר בשנות לימודיהם בבית הספר אף אם טרם תתקבל ההכרה בו מצד משרד החינוך. בשני מקרים אחרים שאותו, אשר גם בהם מספר התלמידים המועט היווה את הנימוק המרכזי לסירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר, בחרה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול ללא רישיון כדין. בעניין **תורת יעקב** – בו בית הספר נושא הבקשה לרישיון היווה גם הוא מסגרת-המשך למוסד חינוכי – עמדו ברקע להחלטה מסקנתה של הערכאה השיפוטית כי לתלמידי בית הספר קיים מענה חינוכי חלופי וכן העובדה שהבקשה לרישיון הוגשה באיחור ניכר, לאחר שכבר נפתחה שנת הלימודים נושא הבקשה לרישיון, והבקשה עצמה היתה חסרה מסמכים מהותיים הנוגעים לתנאים הפיזיים במבנה המשמש להפעלת בית הספר, אם כי אלה הושלמו בהמשך. בעניין **עמותת זכרון שלמה**, שם בניגוד ליתר המקרים לא דובר במסגרת-המשך, נקבע כי ניתנה לבית הספר הזדמנות נאותה להוכיח פוטנציאל צמיחה שכן ניתן בעבר רישיון לבית-ספר שפעל במתכונת דומה ואף באותו המבנה אך לא היה בכך כדי לסייע בעדו להוכיח את יכולתו לצמוח.

2. חריגה מסמכות

בשניים מבין המקרים – בעניין **חינוך למנהיגות** ובעניין **מר ג'ריס (1)** – קבעה הערכאה השיפוטית כי לא היה מקום לבחון שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים" שעניינם השלכות חברתיות וכלכליות על מערך החינוך הממלכתי ביישוב בו פעל בית הספר לצורך ההחלטה בבקשה לרישיון, אך בשונה מעניין **בית הספר המונטסורי**, לא בשל כך שנשקלו שיקולים שלא ראוי היה לשוקלם אלא בשל כך שמשרד החינוך כלל אינו מוסמך לשקול שיקולים מסוג זה במסגרת הליך הרישוי. בדומה לעניין **בית הספר המונטסורי** גם בשני מקרים אלה התייחסה הערכאה השיפוטית לכך שנטל ההוכחה בדבר התקיימותם של שיקולים שיש בהם לכאורה כדי להצדיק את סירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר ולהתערב באוטונומיה של ההורים לקבוע את אופי חינוך ילדיהם (פגיעה אפשרית במערך החינוך הרשמי או במדיניות משרד החינוך ויישומה האחד) – מוטל על כתפי הרשות המנהלית ולא על כתפי מבקש הרישיון.

3. מאפיינים נוספים של הליכי ההכשרה

בשלושה מבין המקרים – בעניין **עמותת בית הספר המונטסורי**, בעניין **חינוך למנהיגות** ובעניין **מר ג'ריס (1)** – הועלו על ידי משרד החינוך טענות בנוגע לתשתית הפיזית בה פועל בית הספר ולהתנהלותו מן הבחינה הפדגוגית אולם הטענות נדחו על ידי הערכאה השיפוטית בנימוקים שונים, בין היתר, בהסתמך על מידת חומרתם הקלה. בעניין **עמותת בית הספר המונטסורי** מנהל בית הספר היה ללא השכלה פדגוגית אולם לכיתה היחידה שהופעלה בבית הספר הוצמדה מדריכה פדגוגית. באשר לתשתית הפיזית בה פעל בית הספר – אמנם העמותה לא דאגה להחזיק באישורים הנדרשים – אישור תברואתי ואישור בטיחותי – במועד הגשת הבקשה לרישיון, אולם אישורים אלה

⁶⁵ יואב דותן, "במקום בטלות יחסית", **משפטים** כב 587, 604-606 (תשנ"ד).

ניתנו למוסד חינוכי אחר שפעל בעבר במבנה בית הספר נושא הבקשה, ואחד מהם – האישור הבטיחותי – היה בתוקף בעת הגשת הבקשה לרישיון. בעניין **חינוך למנהיגות** טען משרד החינוך כי בית הספר אינו עומד בתכנית הליבה אולם הערכאה השיפוטית קבעה כי מסקנה זו נבעה מאי עריכת ביקורת פדגוגית ראויה בבית הספר – ולא בשל ליקוי פדגוגי אמיתי בתכנית. ואילו בעניין **מר ג'יריס (1)** נטען כי הוצג היתר בניה המתייחס להפעלת שש כיתות בלבד בעוד שבפועל הופעלו במבנה בית הספר שמונה כיתות אך הטענה נדחתה בשל עיתוי העלאת הטענה והעובדה כי בשל עיתוי זה לא ניתן היה לבדוקה כדין.

ב. שיקולים מרכזיים לפסילה של פעילות בית הספר

1. שיקולים "פנים בית ספריים": התשתית הפיזית או ההתנהלות הפדגוגית של בית הספר

בחנית הממצאים מלמדת כי השיקול המרכזי עליו הסתמכה הערכאה השיפוטית במקרים בהם בחרה שלא להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול ללא רישיון היה המצאות ליקויים בתשתית הפיזית של בית הספר (**5 מקרים**) או העובדה כי מסמכים הנוגעים לעניין זה לא צורפו לבקשה לקבלת רישיון (**14 מקרים**). במקרים אחרים, בהם עמדו ברקע לדיון שיקולים ממין זה – הערכאה השיפוטית נמנעה מלקבל החלטה שמשמעותה המעשית היא הכשרת פעילות בית הספר. כאמור לעיל, באף אחד מבין המקרים בהם הערכאה השיפוטית בחרה להכשיר את פעילות בית הספר לא מצאה הערכאה המשפטית טענות בעניין התשתית הפיזית של בית הספר כמוצדקות.

כך נמצא גם בכל הקשור להתנהלותו הפדגוגית של בית הספר. בכל המקרים בהם שוכנעה כי התנהלותו הפדגוגית של בית הספר אינה תקינה וכי הוא אינו עומד בסטנדרטים חינוכיים מינימליים שיוכלו לאפשר רמה נאותה של חינוך עבור תלמידיו בחרה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילותו. בתוך כך הושם דגש ניכר על כך שמקורם של ליקויים אלה אינו בתפיסה החינוכית הייחודית שעל פיה פועל בית הספר ובתפיסה "מנהלית פורמלית" של משרד החינוך אלא בהתנהלות מבקש הרישיון שבחר לפעול בחיפזון ולהתחיל להפעיל את בית הספר מבלי שהשלים את פעולות ההכנה הנדרשות על מנת להבטיח תנאים הולמים לתלמידיו. בחלק ניכר מהמקרים אף הביעה הערכאה השיפוטית את נכונותה להכשיר את פעילות בית הספר לולא היו נמצאים ליקויים פדגוגיים בהתנהלותו. זאת חרף העובדה שבכל המקרים שנבחנו עמדו ביסוד החלטת משרד החינוך שלא ליתן רישיון לבית הספר שיקולים נוספים ובמרכזם מספרם המועט של התלמידים.

גם במקרים אחרים, בהם לא נמצאו ליקויים פדגוגיים בהתנהלות בית הספר, נמצאו ליקויים אחרים שלהם השלכה ישירה על התנהלותו התקינה של בית הספר מן הבחינה הפדגוגית, ואשר הערכאה השיפוטית סברה כי די בהם כדי להצדיק את ההחלטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר. כך, כאשר נמצא כי מספר התלמידים בבית הספר הוא מועט – עובדה שיש בה כדי להשליך על התפתחותם האישית והחברתית של הילדים ועל יכולתו של בית הספר לקיים רצף חינוכי לאורך זמן – ואינו נובע ממדיניות חינוכית של בית הספר. וכך גם כאשר נמצאו ליקויים מינהליים בהתנהלות בית הספר – היעדר שקיפות בהתנהלות בית הספר והיעדר מעקב ובקרה אפקטיביים אחר פעילות התלמידים – להם השלכה על היכולת להבטיח את חשיפתם של התלמידים לתכנים

החינוכיים הבסיסיים המחייבים ובכך עלולים להביא "לפגיעה של ממש בהתפתחותם של הילדים".⁶⁶

ההיגיון מאחורי הדברים הוא ברור. במקרים בהם הוכח בפני הערכאה השיפוטית כי מבנה בית הספר אינו מתאים ליעודו, אינו עומד בסטנדרטים מינימליים של בטיחות או תברואה או בסטנדרטים חינוכיים מינימליים – לא נותרים בידי הערכאה השיפוטית כלים להכשרת פעילות בית הספר. במקרים אלו הליקויים שהוכחו בפעילות בית הספר היו כאלה שגם בכלים פרשניים לא יכולה היתה הערכאה השיפוטית לגשר בין הפער שבין לשון החוק למציאות החברתית. הערכאה השיפוטית מצאה כי זכות ההורים לבחור את חינוך ילדיהם לא תוכל לגבור על החובה לספק תנאים בסיסיים הולמים לחינוך הבאים לידי ביטוי במבנה הפיזי של בית הספר, תכניות הלימוד, הצוות החינוכי והניהולי והבסיס הכספי לקיומו. בחלק מן המקרים בהם בחרה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר בשל כך שהבקשה לרישיון היתה חסרה מסמכים מהותיים הנוגעים לתשתית הפיזית של בית הספר הושם דגש גם על כך שבאופן הגשת הבקשה – המעידה על זלזול בהליך הרישוי – יש כדי להעיד על יכולתו ונכונותו של מבקש הרישיון להבטיח את טובת התלמידים. זה המקום לציין גם כי שאלת התאמתו הפיזית של מבנה בית הספר להפעלתו אינה נתונה במידה רבה לשיקול דעתו של משרד החינוך אלא דווקא מצויה בשיקול דעתן של רשויות מינהל אחרות – משרד הבריאות לעניין התברואתו והרשויות המקומיות וועדות התכנון והבניה הפועלות בהן לעניין היתרי הבניה ויעודו של המבנה אל מול מטרת השימוש בו הלכה למעשה.

2. שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים"

כאמור לעיל, אותרו ונבחנו ארבעה מקרים בהם הערכאה השיפוטית בחרה שלא להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין בשל שיקולים "חוץ בית ספריים" – פגיעה במדיניות החיטוב וברצף החינוכי. מקרים אלה מעוררים עניין מיוחד בשל העובדה שהדיון בכולם התנהל בפני ועדת ערר **לאחר** שבית המשפט לעניינים מינהליים הביע עמדתו כי משרד החינוך אינו מוסמך לשקול במסגרת הליך הרישוי שיקולים "חוץ בית ספריים". בשלושה מבין המקרים – עניין **עידן השלום**, עניין **נגב טוב** ועניין **חברת מפעלי אנקורי (1)**, כולם נדונו זמן רב לאחר שהובעה עמדתו העקרונית של בית המשפט לעניינים מינהליים, כלל לא בא זכר למחלוקת המשפטית סביב סוגיה זו. במקרה הרביעי, עניין **אלקואסמי (2)**, שנדון בפני אותו מותב בדיוק, המחלוקת המשפטית סביב הסוגיה הוזכרה באופן מפורש בהחלטת הוועדה אולם בסופו של הליך סברה הוועדה כי נסיבות העניין מצדיקות הכרעה הנוגדת את עמדת בית המשפט לעניינים מינהליים "אך נמנעת מיצירת מציאות עובדתית חדשה". ראוי לציין כי הוועדה התייחסה בהחלטתה בעניין **אלקואסמי (2)** גם לכך שמשמעות הפעלתו של בית הספר היא גריעה של תקציב ממערכת החינוך הרשמית, היינו כי לרישוי השלכה ישירה על הכרה בבית הספר ותקצובו על המדינה – הנחה שגם היא אינה מתיישבת עם עמדתו העקרונית של בית המשפט לעניינים מינהליים.

⁶⁶ ערר 26/13 עמותת הבית העגול חינוך בדרך הטבע נ' מדינת ישראל - משרד החינוך, בעמ' 14 (פורסם בנבו, 14.7.13).

ניתן לומר בזהירות הראויה כי הימנעות הערכאות השיפוטיות מלהכשיר את פעילות בתי-הספר בעניין **עידן השלום**, עניין **נגב טוב** ועניין **אלקואסמי (2)**, שם נשענה ההכרעה השיפוטית על שיקולי מדיניות לבדם, והימנעותן מלנקוט בגישה דומה לזו שננקטה במקרים אחרים בהם עמדו בבסיס החלטת משרד החינוך שיקולי מדיניות "חוץ בית-ספריים" והערכאה השיפוטית הכשירה את פעילות בית-הספר, נעוץ בכך ששיקולי המדיניות שעניינם מדיניות החינוך ומניעת נשירה נוגעת למערך החינוך בכללותו ולא למערך החינוך הממלכתי לבדו. אך אם אכן כך, הרי שיש לראות בכך משום צמצום היקף תחולתן של ההכרעות השיפוטיות בעניין **חינוך למנהיגות** ובעניין **מר ג'יריס (1)** לעניין המגבלות על סמכותו של משרד החינוך לשקול שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים" שעניינם השלכות חברתיות וכלכליות על מערך החינוך הממלכתי ביישוב בו פעל בית הספר לצורך ההחלטה בבקשה לרישיון.

3. טעמים פרוצדורליים לפסילה

ביתר המקרים בהם לא עמדו ברקע לדיון שיקולים שעניינם ליקויים בתשתית הפיזית של בית הספר או ליקויים פדגוגיים בהתנהלותו, והערכאה השיפוטית בחרה שלא להכשיר את פעילות בית הספר מטעמים פרוצדורליים, מחד גיסא, לא נזכרו שיקולים כבדי משקל מדוע לא להכשיר את פעילות בית הספר, ומאידך גיסא, לא נזכרו גם שיקולים כבדי משקל מדוע כן להכשירו. בתוך כך בלטו בחסרונם שיקולים שעניינם ייחודיותו של בית הספר והיעדרו של מענה הולם לתלמידיו במערך החינוך הרשמי (וזאת גם בשים לב לכך שמדובר בהליכים שיפוטיים שהתנהלו ברובם בתקופה שקדמה להכרעתו של בית המשפט העליון בשאלת ההפרדה בדיון בין רישיונו של בית הספר וההכרה בו).

ג. מאפיינים נוספים של המקרים שאותו

1. התייחסות להתנהלות משרד החינוך

אחד המאפיינים הבולטים של כל המקרים שנבחנו הוא שברובם המכריע החלטת משרד החינוך התקבלה בשיהוי ניכר ולאחר שכבר החלה שנת הלימודים נושא ההחלטה. במקרים לא מעטים הערכאה השיפוטית מצאה להתייחס לעניין זה ולהדגיש אותו ובכמה מקרים אף מצאה מקום להטיל על משרד החינוך הוצאות משפט בשל התנהלותו, אם כי לא מצאה בכך עילה עצמאית להכשרת פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון עוד קודם לקבלת החלטה בעניינו. מאפיין משותף נוסף לחלק ניכר מהמקרים הוא העובדה כי הדוח הפדגוגי בעניינו של בית הספר לא נמסר לעיונו של מבקש הרישיון בטרם ניתנה החלטה בעניינו ובכך נמנעה ממנו הזדמנות להגיב לאמור בדוח ונפגעה זכות הטיעון שלו. גם בכך לא נמצא טעם עצמאי להכשרת פעילות בית הספר.

2. היחס בין ועדת הערר לפי חוק הפיקוח לבין בית המשפט לעניינים מינהליים

אותו שיטה מקרים בהם החלטת ועדת הערר לפי חוק הפיקוח הגיעה לדיון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים. רק במקרה אחד אותרה גם החלטת ועדת הערר נשוא הערעור המינהלי. הפער

במספרים נובע מכך שהחלטות ועדת הערר החלו להתפרסם באופן סדור רק החל משנת 2011⁶⁷ וכן כי קיים פער מסוים בין מספר ההחלטות שניתנו לבין מספר ההחלטות המופיעות במאגר המשפטי בו התבצע החיפוש.⁶⁸ במקרה אחד שבו דובר בהחלטה שניתנה לאחר שנת 2010 – בעניין **עמותת זכרון שלמה**, החלטת ועדת הערר לא אותרה בחיפוש הראשוני בשל כך שלא צוין בה בלשון מפורשת כי בית הספר החל לפעול ללא רישיון. עצם קיומה נלמד רק מתוך קריאת ההליך שהתנהל בפני בית המשפט לעניינים מינהליים והיא אותרה בהמשך באמצעות חיפוש פרטני של ההחלטה במאגר המשפטי.

מבין המקרים שאותרו ונבחנו נמצא כי רק באחד – בעניין **אלקואסמי (1)** – התקבלה במסגרת הליך הערעור המינהלי החלטה בניגוד להחלטת ועדת הערר (החלטת ועדת הערר נושא הערעור המינהלי לא אותרה). באותו מקרה ועדת הערר החליטה לפסול את המשך פעילות בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין ובית המשפט לעניינים מינהליים החליט להפוך את ההחלטה ולהכשיר את פעילות בית הספר. בית המשפט באותו עניין לא התייחס כלל לשיקול הדעת המצומצם המסור לו להתערב בהחלטות ועדת הערר והדבר נבע ככל הנראה מכך שסבר כי בהחלטת משרד החינוך נפלו פגמים רבים ומהותיים. בהמשך התקבלה החלטה נוספת של ועדת הערר באותו עניין (ערר 28/10) ובה בחרה הוועדה, **במודע**, להכריע בניגוד לעמדתם העקרונית של בתי המשפט המינהליים בסוגיית השיקולים ה"חוץ בית ספריים" ומקומם במסגרת הליכי הרישוי.

במקרה נוסף, בעניין **עמותת בית הספר הפטריארכיה רום**, ההחלטה העקרונית על הכשרת פעילות בית הספר והענקת רישיון זמני להפעלת בית הספר נותרה על כנה במסגרת הליך הערעור המינהלי, אולם בית המשפט לעניינים מינהליים סבר כי ראוי לצמצם את משכו של הרישיון הזמני שניתן לבית הספר משום שנגד את מדיניות משרד החינוך.

בעניין **חברת מפעלי אנקורי (2)** החליט בית המשפט לעניינים מינהליים להחזיר את הדיון בהחלטה שלא ליתן רישיון לבית הספר לפתחו של משרד החינוך על אף שסבר שההחלטה שלא ליתן רישיון לבית הספר, במועד בו ניתנה לכתחילה, היתה סבירה. מקרה זה אמנם סווג כמקרה של פסילה בשל כך שתוצאת ההליך המעשית לא היתה הכשרת פעילותו של בית-הספר אך בכל זאת מעניין לציין כי החלטת משרד החינוך שלא ליתן רישיון לבית הספר והחלטת ועדת הערר שלא לשנות מהחלטה זו ניתנו בשעה שטרם דבקה אי-חוקיות בהתנהלות בית-הספר. זו החלה דווקא לאחר שכבר ניתנה החלטת ועדת הערר בעניינו של בית-הספר וקודם שהובא העניין לדיון בפני בית המשפט.

לאחר שהצגנו את השיקולים השונים שעמדו בבסיס החלטותיהן של הערכאות השיפוטיות בדון בהמשך פעילותו של בית הספר שהחל לפעול מבלי שניתן לו רישיון כדין נעמיק כעת בדיון בדבר

⁶⁷ מאז פורסמו כ-150 החלטות של ועדת הערר לפי חוק הפיקוח באתר האינטרנט של משרד החינוך בכתובת:

<http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/ChinuchMukar/RishoyMosdot/VaadotArrar>

⁶⁸ מבדיקה מדגמית לגבי ההחלטות שהתקבלו בשנים 2014 ו-2013 התברר כי קיימות החלטות שפורסמו באתר האינטרנט של משרד החינוך אך אינן מופיעות במאגר המשפטי בו נעשה החיפוש וכן כי קיימות החלטות שהתקבלו על ידי ועדת הערר אך לא פורסמו גם באתר האינטרנט של משרד החינוך (התגלה פער בין רשימת ההחלטות שהתקבלו – "טבלת אוגדן ההחלטות" – לבין ההחלטות שפורסמו בפועל באתר). יצוין עוד כי "טבלת אוגדן ההחלטות" צוין כי הטבלה מתייחסת להחלטות שהתקבלו משנת 2010 ואילך אף על פי שההחלטות המוקדמות ביותר ניתנו רק בשנת 2011, אם כי ההליכים נושא ההחלטות החלו ככל הנראה בשנת 2010.

הכלים השיפוטיים בהם עשו הערכאות השיפוטיות שימוש כדי להכשיר את פעילות היזם האזרחי – בין אם ככלי עזר לחיזוק ההכרעה הסופית שניתנה ובין אם כאמצעי העיקרי להכשרת פעילותו.

טבלה 1: מקרים של הכשרה או פסילה של פעילות בית-ספר בחלוקה לפי שיקולים מרכזיים

מקרים של הכשרה של פעילות בית-הספר (7 מקרים)	
השיקול	ההכרעות השיפוטיות בהן שימש שיקול זה כשיקול המרכזי להכשרה
שקילת שיקולים שלא ראוי היה לשוקלם (2 מקרים)	ערר 97/11 עמותת בית הספר המונטסורי ללימודי הסביבה נ' מדינת ישראל משרד החינוך עמ"נ (ת"א) 35243-03-10 עמותת חסידי חוסני אלקואסמי נ' משרד החינוך
	ערר 39434-10-12 משרד החינוך נ' עמותת בית הספר הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית סנט מיכאל ביפו עמ"נ (י-ם) 15/12 עמותת בית הספר הפטריארכיה רום (=היוונית) נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
אי-מתן משקל ראוי לשיקולים שראוי היה לשוקלם (3 מקרים)	ערר 324/05 שגית פלג ואח' נ' מנכ"לית משרד החינוך, הגב' רונית תירוש עמ"נ (י-ם) 52641-12-10 מדינת ישראל- משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות - חברה לתועלת הציבור
	ערר 12302-07-11 מדינת ישראל משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'יריס - כפר יאסיף עמ"נ (ת"א)
מקרים של פסילה של פעילות בית-הספר (45 מקרים)	
השיקול	ההכרעות השיפוטיות בהן שימש שיקול זה כשיקול המרכזי לפסילה
פגם בהגשת הבקשה (איחור בהגשת הבקשה / הגשת בקשה חסרה) (14 מקרים)	ערר 74/12 העמותה לחינוך תורני בעלי נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 54/11 העמותה לחינוך תורני בעלי נ' משרד החינוך
	ערר 80/11 פרוגרס סקולס בע"מ- תיכון אלעזיזה לבנות נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 73/13 משיח גן ישראל בע"מ נ' משרד החינוך
	ערר 42/11 בית הגנת הנוער נ' מנכ"ל משרד החינוך
	ערר 41/11 ישועה וחיים נ' מנכ"ל משרד החינוך
	ערר 90/11 עמותת 'ואת עלית' - סמינר בית יעקב נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 119/13 תורת יעקב בע"מ נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 156/13 עמותת בעקבי הצאן אורה ושמחה ירושלים נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 53/11 אלג'יבל אלנמודג'יה בע"מ נ' משרד החינוך
	ערר 24808-09-14 חברת מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' מנכ"ל משרד החינוך
	ערר 117/14 עמותת 'עטרת אסתר' נ' משרד החינוך
	ערר 172/14 המרכז לחינוך וחברה בלוד נ' מדינת ישראל משרד החינוך
	ערר 153/14 עמותת תורת מנחם, תל ציון נ' משרד החינוך
	ערר 85/11 עמותת שחף שהם - שהם חינוך ופיתוח נ' מדינת ישראל- משרד החינוך
	ערר 8/14 קיבוץ צבעון - אגודה שיתופית נ' משרד החינוך
	ערר 34468-04-14 עמותת זכרון שלמה - באבוב נ' משרד החינוך עמ"נ (י-ם)
מספר תלמידים מצומצם (4 מקרים)	

ערר 125/13 עמותת זכרון שלמה - ד'באבוב נ' משרד החינוך	שיקולים פדגוגיים (8 מקרים)
עת"מ (י-ם) 10836-10-11 עמותת מקום להיות בית הספר מעיין בקיבוץ רבדים נ' מר שמשון שושני	
ערר 78/11 העמותה ליסוד וניהול בית הספר הדמוקרטי בלב השרון נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 28/13 המכללה הארצית למדעי הספורט והבריאות נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 31/11 עמותת בית חינוך אנדה נ' מנב"ל משרד החינוך	
ערר 90/13 העמותה להקמת בית הספר מקור המקווה נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 59/13 עמותת 'מקום להיות' - בית תספר 'מעייין' בקיבוץ גבעת ברנר נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 12/14 עמותת 'משכן התורה נתיבות' נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 176/14 עמותת 'מקום להיות' - בית תספר "מעייין" בקיבוץ גבעת ברנר נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	התנאים הפיזיים במבנה (5 מקרים)
עת"מ (ת"א) 2624/04 חברת אלמנאהל בע"מ נ' משרד החינוך התרבות והספורט	
ע"מ (י-ם) 111/03 העמותה למען בית ספר דמוקרטי בזכרון יעקב נ' מדינת ישראל - משרד החינוך	
ערר 25/12 העמותה למען חינוך דמוקרטי ברעננה נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 48/11 עמותת בנות חיה בבית"ר עלית נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	ליקויים מינהליים (3 מקרים)
ערר 84/13 מרכז החינוך העצמאי נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 26/13 עמותת הבית העגול חינוך בדרך הטבע נ' מדינת ישראל - משרד החינוך	
ערר 18-19/14 עמותת 'הבית העגול - חינוך בדרך הטבע' נ' מדינת ישראל - משרד החינוך	
ערר 136/14 עמותת "הבית העגול - חינוך בדרך הטבע" נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים" (4 מקרים)
ערר 28/10 חסידי חוסני אלקואסמי נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 53/13 עמותת עידן השלום להכשרה, קידום, אחווה וחינוך נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 195/14 חברת נגב טוב בע"מ נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 163/14 חברת מפעלי אנקורי(1971) בע"מ נ' משרד החינוך	עילות סף הליכיות (5 מקרים)
עת"מ (י-ם) 46939-08-11 עמותת תלתן - התנועה להורות והוראה אחראית נ' דר' שמשון שושני, מנכ"ל	
עת"מ (י-ם) 301-10 עמותה למען כנסיית מר ג'יריס - כפר יסיף נ' מדינת ישראל - משרד החינוך	
עת"מ (י-ם) 385/06 ענת יליזרוב נ' משרד החינוך והתרבות	
עת"מ (י-ם) 24018-03-12 האגודה האיסלאמית כפר משהד נ' משרד החינוך התרבות והספורט	
עת"מ (י-ם) 38004-10-14 מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' מדינת ישראל- משרד החינוך	
ערר 40516-02-13 הבית העגול חינוך בדרך הטבע נ' דלית שטאובר-מנהלת כללית של משרד החינוך	הדיון בעתירה התייטר (מקרה אחד)
ע"ש (חי) 309/00 הרב רפאל בובליל נ' גבי שולמית עמיחי - המנהל הכללי של משרד החינוך	אחר (מקרה אחד)

פרק 5: דיון

בחנינת המקרים בהם בחרה הערכאה השיפוטית להכשיר את פעילות בית הספר שהחל לפעול ללא רישיון כדין מלמדת כי קיימים שלושה כלים עיקריים בהם נעשה שימוש לצורך הכשרת פעילות היזם האזרחי – הראשון, הטלת נטל ההוכחה לעניין התקיימות שיקולים המצדיקים שלא לאפשר את המשך פעילות בית הספר על כתפי הרשות המינהלית; השני, מתן מענה זמני – בין באמצעות הענקת רישיון זמני ובין בדרך של הענקת צו משפטי אד-הוק – בניגוד למדיניות משרד החינוך; והשלישי – הפרדה בין הליך רישוי בית הספר לבין שאלת ההכרה בו לצורך קבלת תקצוב מהמדינה. לכל אחד מכלים אלה מתלווה מדיניות שיפוטית לפיה אין לראות בהתנהלות היזם האזרחי שהחל לפעול בניגוד לדיון כעילה עצמאית לפסילת הפעילות תוך שעניין זה נדחק לשולי ההכרעה השיפוטית.

א. הטלת נטל ההוכחה על כתפי הרשות המינהלית

ברוב המקרים שאותרו בהם הכשירה הערכאה השיפוטית את פעילות בית הספר והורתה למשרד החינוך ליתן לו רישיון, נמצא כי השיקולים שעמדו בפני משרד החינוך בהחליטו שלא ליתן רישיון לבית הספר היו שיקולי מדיניות רחבים של משרד החינוך, ובכלל זה השפעת ההחלטה ליתן רישיון על מערך החינוך הרשמי ביישוב בו פועל בית הספר. הערכאה השיפוטית קבעה בעניין זה, אף שעל פניו לא היה בקביעה זו לבדה כדי להכריע את הכף בעניין גורלו של בית הספר, כי נטל ההוכחה לעניין התקיימותם של שיקולים אלה מוטל על כתפי משרד החינוך וכי אם לא יעמוד בנטל להוכיח את התקיימותם – כפי שאכן נקבע לבסוף – יש להורות על מתן רישיון לבית הספר. תוצאה זו היא סבירה ויש בה היגיון רב. מדובר כאמור בשיקולים חברתיים-כלכליים רחבים, "חוץ בית ספריים" שאינם נוגעים באופן פרטי למבקש הרישיון. ממילא יש להניח שלא מצויים בידיו של מבקש הרישיון נתונים שיש בהם כדי להעיד על ההשפעות שעשויות להיות לרישוי של בית הספר מושא הבקשה על מערך החינוך הרשמי ביישוב בו הוא פועל. נתונים אלה מצויים בידי משרד החינוך והוא בעל המומחיות בעניין זה. מכאן שברי כי הוא המתאים ביותר לשאת בנטל בעניין זה. לשם השוואה, גם בכל הקשור לשאלת נטל ההוכחה בעניין הסייגים למסירת מידע לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 נקבע כי נטל ההוכחה מוטל על כתפי הרשות המינהלית. בעניין זה נפסק כי הנטל להוכיח כי האינטרס שהוצג על ידי הרשות – האינטרס בדבר הותרת המידע תחת חיסיון – מוטל על הרשות. "הטעם לכך פשוט. המבקש חסר בסיס מידע מספיק כדי הרמת הנטל אילו הוסב הנטל אליו. הן המבקש אינו מצוי בפרטי המידע שהוא מבקש מן הרשות לגלותו. כיצד יוכל להראות, שלא על דרך ניחוש, כי עניינו עדיף?".⁶⁹ אך לא רק מטעם זה – נפסק כי גם לנוכח חשיבותו של עקרון חופש המידע, מקום בו הרשות מסרבת לגלות את המידע, מוטל על הרשות הנטל להוכיח כי המידע המבוקש אינו נופל לאחד הסייגים למסירת המידע שבבסיסו של חוק חופש המידע.⁷⁰ וכך הוא גם בנושא הנדון. נטל הוכחת התנאים הבסיסיים להפעלת בית הספר – המבנה הפיזי של בית הספר, דרישות פדגוגיות מינימליות ובסיס כספי להתנהלות בית הספר, תנאים "פנים בית ספריים", אובייקטיביים ברובם

⁶⁹ ת"א 2060/99 לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים, פ"ד נח(3) 385, 399 (1999).

⁷⁰ ע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' עו"ד יפית מנגל, פס' 11 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 15.11.12).

המכריע – נותר על כתפי מבקש הרישיון. אולם נטל הוכחת התקיימותם של שיקולים "חוץ בית ספריים" המצויים בשיקול דעתו המקצועי של משרד החינוך וסובייקטיביים במהותם שיש בהם כדי להצדיק התערבות באוטונומיה של ההורים לקבוע את אופי חינוך ילדיהם – הוטל על כתפי משרד החינוך – בהחליטו שלא ליתן רישיון. כאן, כמו בעניין חופש המידע, חשיבותה של הזכות מושא הדיון – הזכות לחינוך – איננה מוטלת בספק ובשונה מהזכות למידע,⁷¹ היא אף הוכרה כבעלת מעמד חוקתי, גם אם לא עוגנה במפורש או במשתמע בחוק-היסוד.⁷²

ב. הגנה על אינטרס הציפייה של היזם האזרחי

בשלושה מקרים שאותרו, בהם הכשירה הערכאה השיפוטית את פעילות בית הספר והורתה למשרד החינוך ליתן לו רישיון, נמצא כי הכלי בו עשתה הערכאה השיפוטית שימוש כדי להכשיר את פעילות בית הספר היה מתן מענה זמני – בין באמצעות הענקת רישיון זמני ובין בדרך של צו בית משפט אד-הוק – בניגוד למדיניות משרד החינוך ושמטרתו הגנה על אינטרס הציפייה של היזם האזרחי.

בשניים מן המקרים הצורך במתן מענה זמני נבע ממדיניות משרד החינוך להתנות מתן רישיון לבית ספר במספר התלמידים בבית הספר ובפוטנציאל הצמיחה שלו. מדיניות זו יצרה מעין מעגל קסמים: כתנאי לקבלת רישיון על בית ספר להוכיח פוטנציאל צמיחה ומספר תלמידים מסוים אולם כדי לעמוד בנטל ההוכחה לעניין מספר התלמידים ופוטנציאל הצמיחה זקוק בית הספר לרישיון לפעול על מנת שיוכל לקלוט לשורותיו תלמידים ולצמוח. מתן היתר זמני לפעילות בית הספר על מנת ליתן לו הזדמנות נאותה להוכיח את פוטנציאל הצמיחה אמנם מאפשר לבית הספר לפעול בגדרי החוק בראייה קצרת טווח. אולם זהו כלי שמעצם טבעו נותן מענה נקודתי וקצר-טווח ובכך אינו מתאים בהכרח לאופיים של השירותים החינוכיים שהם שירותים מתמשכים ולא חד-פעמיים המתבטאים במעבר הדרגתי של התלמידים בין שכבות הגילאים השונות. ילד שהחל את לימודיו בבית הספר בגיל בית ספר יסודי יהיה זקוק בתוך פרק זמן מסוים למענה חינוכי של חטיבת ביניים ובהמשך גם של תיכון. בשונה, לדוגמה, מהפעלת עסק,⁷³ בית ספר שאינו מסוגל להעניק לילדים הלומדים בו רצף חינוכי בשל החשש מפני "חרב הסגירה" המרחפת מעל ראשו מידי שנה יתקשה להוכיח פוטנציאל צמיחה, גם אם הוענק לו רישיון זמני לפרק זמן קצר של שנה או שנתיים. חוסר הוודאות באשר ליכולת בית הספר להבטיח רצף חינוכי לתלמידיו עלול להרתיע במקרים רבים הורים מלרשום את ילדם לבית הספר. העדר ודאות כאמור גם אינו מאפשר להורים ולתלמידים לקבל החלטה אמיתית לגבי בית הספר אליו הם מעוניינים להירשם ולהיערך להחלטה כראוי, ועל כן אינו מאפשר את מימוש זכותם החוקתית לבחירת חינוך.⁷⁴

בעבר הוגבל שיקול דעתו של משרד החינוך בנוהל באשר לפרק הזמן המירבי להענקת רישיון לבית ספר שהוכר כבית ספר צומח. בנוהל לשנת הלימודים תשע"ה לא הוגדרה תקופה מירבית להענקת רישיון זמני באופן כללי ובהתייחס לבית ספר צומח בפרט באופן שעלול להעצים עוד יותר את חוסר

⁷¹ יורם רבין, רועי פלד, "הזכות החוקתית לקבל מידע", **ספר זליה דורנר** 463 (תשס"ט).

⁷² עניין **פלוניס**, הערה 42 לעיל, בעמ' 237-238 וכן רבין, הערה 39 לעיל, בעמ' 386.

⁷³ ראו דברים שנאמרו בהקשר זה בעניין **עמותת תלתן**, הערה 53 לעיל.

⁷⁴ עניין **אלקואסמי (1)**, הערה 91 להלן, בעמ' 24 לפסק הדין.

הוודאות בנושא. הענקת שיקול דעת למשרד החינוך להעניק רישיון זמני לתקופה של שלוש שנים ויותר לבית ספר צומח עשויה ליתן מענה מסוים לקושי שמתעורר ובכך להגביר את הוודאות עבור ההורים וילדיהם, וזאת בשילוב עם סיווג ההחלטה שלא להאריך את תוקפו של הרישיון הזמני כהחלטה על ביטול רישיון ולא כאי-חידושו.⁷⁵ אך עדיין לא יהיה באלה כדי להעניק ביטחון ממשי להורים המעוניינים להבטיח רצף חינוכי לילדיהם. יש לזכור כי להענקת רישיון זמני – להבדיל מקבוע – עשויה להיות השלכה גם על יכולתו של בית הספר הפועל על פי רישיון זמני לזכות להכרה ולתקצוב – וגם לאלה, כפי שיורחב בהמשך, עשויה להיות השלכה מכרעת על יכולתו לממש את פוטנציאל הצמיחה שלו ולהורי התלמידים לממש את זכותם לבחור את האופן בו התחנכו ילדיהם.

במקרה השלישי כאמור לא דובר במספר תלמידים מצומצם שעמד ביסוד סירובו של משרד החינוך להעניק רישיון לבית הספר – אלא מדיניות כללית של המשרד שנקבע כי אינה מיושמת באופן אחיד ועקבי. הערכאה השיפוטית שוכנעה בנסיבות העניין כי משרד החינוך נהג בשרירותיות והפליה וכי בשל כך מוצדק להגן על האינטרס הלגיטימי של ההורים – שהסתמכו על כך שניתן לבית הספר רישיון ובהמשך החליט משרד החינוך לחזור בו מהחלטתו. בית הספר שביקש להתאים עצמו למדיניות המשרד הגיש בשנת הלימודים העוקבת בקשה חדשה ושונה לרישיון. עם זאת, גם הפעם דחה משרד החינוך את הבקשה – הפעם מטעם שונה: הפגיעה הצפויה במערך החינוך הרשמי. במקרה זה בחרה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר על אף מחלוקת משפטית סביב שאלות מקומם של שיקולים מסוג זה במסגרת הליכי הרישוי. בכך מתבטאת אחת השלכותיו המשמעותיות של הגישור בין המשפט למציאות החברתית – ערעור הוודאות המשפטית.

מאפיין משותף לשלושת המקרים הוא העובדה כי בכולם מצאה הערכאה השיפוטית הצדקה להגן על אינטרס הציפייה של היזם האזרחי על פני המעשה המינהלי. ההגנה על הציפייה במשפט המינהלי מעוררת בעייתיות מיוחדת בשני היבטים.⁷⁶ ראשית, בשל העובדה שהגנה זו מעמידה במרכז את היחיד בעוד שחובתה הראשונית של הרשות המינהלית היא לפעול לקידומו של האינטרס הציבורי דווקא. עם זאת, בנסיבות בהן שינוי תכופ של החלטות מצידה של הרשות המינהלית עשוי להוות אינדיקציה לכך שהליך קבלת ההחלטות אינו מסודר או ענייני או לחילופין לחוסר עקביות ביישום המדיניות (כפי שהיה במקרים שאותרו בעבודה מחקרית זו) הגנה על ציפיות הפרטים הנוגעים בדבר אף מתיישבת עם הקפדה על תהליך קבלת ההחלטות לטובת הציבור בכללותו. קושי נוסף שמעוררת ההגנה על הציפייה קשור באינטרס המיוחד הקיים בשמירה על חופש פעולה של הרשות ביחס לעתיד. במציאות שבה לא זו בלבד שהרשות המינהלית רשאית לשנות את מדיניותה ביחס לעתיד, אלא שהיא אף מחויבת לבחון את מדיניותה מחדש, לכאורה נשמטת הקרקע תחת כל טיעון בזכות הגנה על ציפייה במשפט המינהלי. עם זאת, ייתכנו בהחלט שיקולים שיצדיקו את ההגנה על הציפייה לפחות בנסיבות מסוימות. כך לדוגמה הצורך ביציבות ובוודאות המאפשרת את האוטונומיה ההורית ואת הזכות שהוכרה כבעלת מעמד חוקתי לבחור את תכני החינוך.

⁷⁵ כפי שנעשה בעניין **אלקואסמי (1)**.

⁷⁶ דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" **עיוני משפט** כז(1) 209, 225-228 (תשס"ג).

ג. הפרדה בין שאלת הרישוי לשאלת ההכרה

בשניים מן המקרים שאותרו, שניהם נדונו בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, בהם הכשירה הערכאה השיפוטית את פעילות בית הספר והורתה למשרד החינוך ליתן לו רישיון, עשה בית המשפט שימוש בכלי קיצוני הרבה יותר מאשר העברת נטל ההוכחה או הענקת רישיון מותנה או צו שיפוטי אד-הוק. בית המשפט קבע כי משרד החינוך חרג מסמכותו בהחליטו שלא ליתן רישיון לבית הספר כאשר שקל במסגרת החלטתו שיקולי מדיניות חברתיים וכלכליים שעיקרם השפעתו של המוסד נושא הבקשה לרישיון על החינוך הרשמי. עד לאותה קביעה נשקלו שיקולים אלה כעניין שבשגרה בעת הדיון בשאלת הכרה במוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים (שאינם "מוסדות פטור" או "מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים") – שאלה שלה השלכה ישירה על אופן מימונם.

תקנה 3(א1) לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953 (להלן – **תקנות מוסדות מוכרים**) מסמיכה את שר החינוך שלא להכיר במוסד חינוך כמוסד חינוך מוכר שאינו רשמי אם הוא עלול לפגוע במערכת החינוך הממלכתית – למשל, לגרום לסגירה של כיתות, מוסד חינוך או מוסדות חינוך במערכת זו, להפחתת מספר התלמידים או שיעורם בה או לפגיעה בהרכב האינטגרטיבי של התלמידים הלומדים בה, קרי, לפגיעה בשילובם יחדיו של תלמידים בעלי יכולות למידה שונות ומשכבות חברתיות-כלכליות מגוונות. בתי המשפט לעניינים מינהליים קבעו כי משרד החינוך אינו מוסמך להתחשב בשיקולים חינוכיים וכלכליים רחבים שאין עניינם הבטחת רמה חינוך נאותה בהתאם לתקן ולנהוג בסוג בית הספר אליו מתייחסת הבקשה לרישיון.

לאחרונה הגיעה שאלה זו לפתחו של בית המשפט העליון במקרה שלא נכלל במסד הנתונים במסגרת עבודה מחקרית זו.⁷⁷ בית המשפט קבע כי מלשון תקנות חינוך ממלכתי ניתן ללמוד כי הליך הרישוי וההכרה בבתי הספר הוא הליך דו-שלבי וכי כוונת המחוקק היתה להפריד בין השלבים ולא לערב ביניהם. בתחילה על משרד החינוך לבחון האם עומד בית הספר בדרישות לקבלת רישיון. בשלב השני, אם נמצא כי בית הספר אכן עומד בדרישות לקבלת רישיון, על משרד החינוך לבחון האם יש מקום להכיר בבית הספר לצורך תקצובו. בעוד שבשלב השני, שלב ההכרה, מוסמך משרד החינוך לשקול שיקולי מדיניות רחבים ואף מחויב לעשות זאת, בשלב הראשון, שלב הרישוי, אין הוא מוסמך לכך. ההבחנה בין שני השלבים באה לידי ביטוי בשני נושאים נוספים. ראשית, הסמכות לשקול שיקולי מדיניות רחבים בעת הליך ההכרה נתונה לשר החינוך ולא למנהל הכללי של משרדו שהוא הגורם המוסמך להחליט באשר למתן או סירוב ליתן רישיון בעת הליך הרישוי.⁷⁸ שנית, דרכי ההשגה על החלטותיהם של הגורמים המוסמכים מכוח שני החיקוקים הן שונות. בעוד שעל החלטות המנהל הכללי של משרד החינוך לפי חוק הפיקוח ניתן להשיג בפני ועדת הערר, על החלטות השר לפי חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 ניתן להשיג רק באמצעות עתירה לבג"ץ.

בשל העובדה שהתיקון בתקנות מוסדות מוכרים נועד להתוות, בהתאם לפרשנות שאומצה על ידי בית המשפט, סטנדרטים הנוגעים לא רק לבית הספר עצמו אלא גם להשפעתו על החינוך הרשמי יש

⁷⁷ בג"ץ 282/14 עמותת חיואר לחינוך אלטרנטיבי נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 7.8.14) (להלן – עניין חיואר לחינוך אלטרנטיבי).

⁷⁸ עמ"נ (ת"א) 12302-07-11 מדינת ישראל משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'ריס - כפר יאסיף (18.10.11).

שטוענים כי ההפרדה בין שאלת רישויו של בית הספר לבין שאלת ההכרה בו היא הפרדה מלאכותית. שילוב ההסדרים מאפשר לכאורה להעניק רישיון לבית ספר שאינו רשמי ולאחר מכן לסרב להכיר בו כמוסד חינוך מוכר שאינו רשמי. בכך למעשה עלול להיווצר מצב אבסורדי בשל כך שעל פי חוק לימוד חובה, הורים השולחים את ילדיהם לבית ספר שאינו מוסד חינוך רשמי, מוסד מוכר שאינו רשמי או מוסד פטור – עוברים עבירה פלילית.⁷⁹ מעבר לאמור המלאכותיות בהפרדה זו באה לידי ביטוי גם בכך ששיקולים המערבים היבטים פדגוגיים בהתנהלות בית הספר לצד שיקולים "חוץ בית ספריים" – ייחודיות בית הספר והצורך בהפעלתו לצד מערך החינוך הרשמי – ממשיכים להישקל גם כיום במסגרת הליכי הרישוי. כך לדוגמא נשקל במסגרת הליך הרישוי מספר התלמידים בבית הספר – שיקול שבא זכרו במפורש בתקנות ההכרה אך אין לו כל זכר בחוק הפיקוח. שאלת הסמכות לשקול שיקול זה במסגרת הליכי הרישוי הגיעה לפתחו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין **זכרון שלמה**. בית המשפט דחה את הטענה כי אין מקומו של שיקול זה להישקל במסגרת הליכי הרישוי בקובעו כי יש ליתן פרשנות רחבה לדרישות המנויות בחוק הפיקוח. עם זאת, אין להתעלם מהבעייתיות שמעוררת הפרדה זו ומהעובדה שבמקרים רבים קיים קשר בל ינותק בין שיקולים "פנים בית ספריים" לשיקולים "חוץ בית ספריים" הנוגעים למערך החינוך הרשמי בכללותו ומדיניותו הכללית של משרד החינוך.

יש להוסיף כי בעניין **חיואר** קבע בית המשפט גם כי ההכרה איננה גוררת אחריה את תמיכת המדינה באופן אוטומטי וכי גם בסוגיית התקצוב מסור שיקול הדעת לשר החינוך, ומכל מקום אין מוטלת על המדינה חובה לממן מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי. בית המשפט הוסיף וקבע כי גם אם בהחלטה השר להכיר בבית הספר אך לא לתקצב אותו יש משום פגיעה בזכותם של הורים להשפיע על תכני החינוך של ילדם – "זכותם של ההורים אינה מוחלטת, אלא יחסית... החלטת השר [שר החינוך] שלא לתקצב בית ספר מוכר שאינו רשמי מאזנת בין האוטונומיה של ההורים ורצונם להשפיע על תוכני החינוך לבין הפגיעה הצפויה במערכת החינוך הממלכתית באופן מידתי... אין לכפות על המדינה ללוות הכרה זו גם בתקצוב, ובפרט כאשר הדבר מביא לפגיעה בחינוך הרשמי".

בקביעה אחרונה זו ניתן אולי למצוא רמז לעומד מאחורי פסיקתו של בית המשפט בעניין היחס בין הליך הרישוי להליך ההכרה ובינם לבין ההחלטה האם להעניק תקצוב לבית ספר מוכר שאינו רשמי. נקודת המוצא לדיון היא כי משאבי המדינה, מעצם טבעם, מוגבלים. לפיכך, ההחלטה על אופן חלוקת העוגה משקפת הכרעה בדבר סדרי עדיפויות ויש לה חשיבות עליונה לכל פרט ופרט במדינה. הכרעות הנוגעות לאופן חלוקתה של עוגת התקציב מבוססות בראש ובראשונה על דעות ערכיות-פוליטיות, על תפיסת עולם בענייני כלכלה, חברה ובכלל, וככאלו ראוי שיתקבלו בידי נבחר הציבור. מטעם זה, בין היתר, נתפסת התערבות שיפוטית בעניינים אלה כבלתי-לגיטימית מבחינה דמוקרטית.⁸⁰ בעצם ההפרדה בין הליך הרישוי לבין הליך ההכרה ובין האחרון לבין ההחלטה על תמיכת המדינה בבתי ספר שהוענקו להם רישיון והכרה מרחיב בית המשפט את היקף התערבותו בנושאים שאינם נוגעים לאופן חלוקת עוגת התקציב – הן בשיקול הדעת של משרד החינוך בהחליטו ליתן רישיון או שלא ליתן רישיון והן בשיקול דעתו בהחליטו להכיר או שלא להכיר במוסד חינוכי.

⁷⁹ פרי-חזן, הערה 45 לעיל, בעמ' 166-167.

⁸⁰ גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" **הפרקליט** מט' 345, 348 (התשס"ח).

אולם ייתכן גם שניתן לראות בצעד זה דווקא משום נסיגה של בית המשפט – במודע או שלא במודע – מן המגמה שנטען שאפיינה אותו משך שנים ושאפשרה את התרחבות תופעת בתי הספר בניהול פרטי ובמימון ציבורי. הנחתו של בית המשפט היא כי גם בהיעדר תקצוב של המדינה, וכל עוד הוענקו לבית הספר רישיון והכרה, ניתנת להורים הזדמנות ראויה לממש את זכותם לבחור את חינוך ילדיהם שהרי ההכרה מאפשרת לבית הספר להקים מוסד חינוכי לפי ערכי הורי התלמידים אך על חשבונם. אולם ברי כי הזכות להקים בית ספר לא תוכל במקרים רבים לבוא לידי מימוש ללא תקצוב מהמדינה.⁸¹

במקרה שבו בית הספר אינו זוכה למימון ציבורי אולם מתאפשרת גביית שכר לימוד ותשלומי הורים לצורך מימון הפעלתו, ניתן לכאורה לומר כי זכותם של הורים לבחור את חינוך ילדיהם יכולה לבוא לידי מימוש.⁸² לאחרונה פורסם חוזר המנהל הכללי של משרד החינוך בנושא תשלומי הורים⁸³ המעגן את זכותם החוקית של בתי ספר מוכרים שאינם רשמיים לגבות שכר לימוד ותשלומי הורים על מנת להשלים את התקציב של בתי הספר המתוקצבים על ידי המדינה בשיעור חלקי. הזכות לגבות תשלומים כאמור מותנית בתנאים שונים ובהם קיומו של מוסד חינוך נוסף אחד לפחות ברשות המקומית שאינו ייחודי או אינו גובה תשלומים נוספים וכן שהקמתו והפעלתו של בית הספר היא ביוזמת או בהסכמת רשות החינוך המקומית בה הוא ממוקם וכי תנאי הקבלה וההרשמה לבית הספר מתבצעים על פי קריטריונים שוויוניים, גלויים וידועים לציבור ההורים. כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים או כאשר בית הספר אינו זכאי כלל לתמיכה ציבורית, בין היתר במקרים בהם הוענק לו רישיון זמני או כאשר הוענק לו רישיון קבוע אך לא ניתנה לו הכרה או במקרים בהם הוענק לו רישיון קבוע וניתנה לו הכרה אך לא ניתנה לו כל תמיכה ציבורית⁸⁴ – ולא מתאפשר מימון של בית הספר שלא באמצעות מימון ציבורי – עשויה זכותם של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם שלא להתממש. עד כה נמצא כי בפועל לא נאכפים באופן עקבי נהלי משרד החינוך בנושא⁸⁵ ובכך הופך לכאורה הדיון לתיאורטי, אולם ככל שיחול שינוי בעניין זה ונהלי משרד החינוך יחלו להיאכף באופן שתימנע בפועל גביית שכר לימוד ותשלומי הורים שלא על פי הנהלים עשויות להיות לכך השלכות מרחיקות לכת על מימוש זכות הבחירה של תכני החינוך על ידי הורים ותלמידים.

הדיון בעבודה מחקרית זו מתמקד בתחום המצומצם של יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות לא-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי ספר בניהול פרטי. עם זאת, ניתן לומר בזהירות שככל

⁸¹ פרי-חזן, הערה 45 לעיל, בעמ' 19.

⁸² אם כי יש שסבורים כי באפשרות לגבות שכר לימוד ותשלומי הורים אחרים על ידי בתי ספר פרטיים יש משום מתן "היתר ליצירת בתי ספר ל"בעלי ממון" המערכת הממשלתית הרשמית" ופגיעה קשה בזכות לשוויון ההזדמנויות בחינוך. כך, בין היתר, נטען במסגרת עתירה שהוגשה לפני מספר שנים כנגד חוזר המנהל הכללי של משרד החינוך בנושא (בג"ץ 8849/12).

⁸³ פורסם באתר האינטרנט של משרד החינוך בכתובת:

<http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/3/3-11/HoraotKeva/K-2014-12-1-3-11-17.htm>

⁸⁴ מלשון חוזר המנהל הכללי של משרד החינוך עולה כי האפשרות לגבות שכר לימוד ותשלומי הורים נתונה רק לבתי ספר שזכו לתמיכה כלשהי מהמדינה וזקוקים למקור מימון נוסף, אך אין התייחסות למקרים בהם בית הספר לא זכה להכרה או שזכה להכרה אך לא ניתן לו כל תקצוב. עם זאת, החוזר פורסם לפני שניתן פסק הדין בעניין **חיואר לחינוך אלטרנטיבי** ולכן ייתכן שיותאם בעתיד להכרעתו השיפוטית של בית המשפט.

⁸⁵ דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010, בעמ' 598-595. הדוח זמין באתר האינטרנט של משרד מבקר המדינה בכתובת: www.mevaker.gov.il

שממצאי העבודה משקפים מגמה כללית בפסיקה הישראלית בהתייחס לתחום היזמות האזרחית שראשיתה בפעילות לא-חוקית ניתן יהיה למצוא בפסיקה בתחום זה מדיניות שיפוטית דומה. כך גם אולי אף בתחומים אחרים שאינם מאופיינים בהפרטה על דרך המחדל (דוגמת הפעלת בתי-עסק בשבת, הצגת ומכירת חמץ במהלך חג הפסח, חינוך פרטי ושימוש בסמים קלים) בהם ביסוד הפעילות הבלתי-חוקית ניצבת זכות יסוד אחת או יותר, בין שמעוגנת ובין שאינה מעוגנת מפורשות בחקיקת היסוד, אשר מימושה נמנע על ידי מדיניות מינהלית מגבילה.

פרק 6: מסקנות

בתי המשפט לעניינים מינהליים וועדת הערר לפי חוק הפיקוח ממלאים תפקיד משמעותי בגישור על הפער בין המשפט לבין המציאות החברתית. הם מאשרים, בנסיבות מסוימות, יזמות אזרחית שראשיתה בפעילות לא-חוקית בתחום הקמה והפעלה של בתי ספר בניהול פרטי. במקום שבו מדיניות משרד החינוך היא דווקא לנסות ולצמצם תופעה זו באמצעות דחיית בקשות להענקת רישיונות או להארכת רישיונות, וחרף זאת פותח בית הספר את שעריו ופועל מבלי שניתן לו רישיון כדין, בתי המשפט לעניינים מינהליים וועדת הערר לפי חוק הפיקוח כופים, הלכה למעשה, על הרשות המינהלית שינוי מדיניות תוך שהם מכשירים את פעילות בית הספר באמצעות כלים משפטיים – הטלת נטל ההוכחה בעניין התקיימותם של שיקולים כנגד הענקת הרישיון על כתפי משרד החינוך, מתן מענה זמני או צו שיפוטי אד-הוק כנגד מדיניות משרד החינוך או יצירת הפרדה הנחזית מלאכותית בין ההליכים השונים המתנהלים בפני משרד החינוך כדי להכשיר את פעילות בית הספר. המאפיין המשותף הבולט ביותר לרובם המכריע של מקרים אלה הוא כי משרד החינוך, בסירובו להעניק רישיון לבית הספר, מסתמך על שיקולים "חוץ בית ספריים" המצויים בתחום סמכותו ומומחיותו הבלעדית שאין ענינם בהכרח יכולתו של בית הספר להעניק תנאים חינוכיים הולמים לתלמידיו. ביתר המקרים השיקול עליו מסתמך משרד החינוך הוא שיקול "פנים בית ספרי" – מספרם של התלמידים בבית הספר – המצריך ממשרד החינוך ראייה ארוכת טווח כאשר מדובר ב"מסגרות-המשך טבעיות" למוסדות חינוך הפועלים ברישיון מטעמו. המקרים כולם מאופיינים בגמישות רבה בהפעלת עילות הסף על ידי הערכאה השיפוטית בשם האוטונומיה ההורית והזכות החוקתית של הורים ותלמידים לבחור את תכני החינוך: חוסר החוקיות שדבק ביזם האזרחי נדחק לשולי ההכרעה השיפוטית ולא נמצא לו זכר אלא אם הועלתה טענה מפורשת בעניין. לעומת זאת, במקרים בהם מתלווים לשיקולים אלה גם ספקות כבדי-משקל באשר ליכולתו של בית הספר להעניק תנאים חינוכיים הולמים לתלמידיו – בין בשל חוסר התאמה של מבנה בית הספר לאופי פעילותו ולצרכי התלמידים, בשל ליקויים פדגוגיים או מינהליים שנמצאו בפעילותו או בשל היעדר בסיס כספי להפעלתו – יגברו לעולם האחרונים ויובילו לפסילת פעילותו של בית הספר. במקרים אלה חוסר החוקיות שדבק ביזם האזרחי אינו נדחק לשולי ההכרעה השיפוטית אלא, לא אחת, נזקף לחובתו של היזם האזרחי, ניצב במרכז של ההכרעה השיפוטית ומובא כטיעון נוסף כנגד הכשרת פעילות בית הספר וכחיזוק להחלטתה של הערכאה השיפוטית. מכל מקום, בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין השיקולים אותם מוסמך משרד החינוך לשקול במסגרת הליך הרישוי צפוי לחול שינוי בסוגי המקרים שיגיעו לפתחן של הערכאות המשפטיות. יהיה זה סביר להניח כי כל עוד לא יחול שינוי בדיון לא יגיעו עוד לפתחן של הערכאות השיפוטיות מקרים בהם שקל משרד החינוך בגלוי שיקולים "חוץ בית ספריים" שעניינם פגיעה אפשרית במערך החינוך הממלכתי בהחלטתו. אין לדעת מה יעלה בגורלם של מקרים בהם מדובר בבתי ספר בניהול פרטי המהווים מסגרות המשך למסגרות חינוכיות פרטיות הפועלות לפי רישיון והאם על רקע פסיקתם של בתי המשפט לעניינים מינהליים ועמדתה של ועדת הערר לפי חוק הפיקוח תשתנה מדיניות משרד החינוך בכל הקשור להענקת רישיונות זמניים למוסדות אלה.

ביבליוגרפיה

ספרות ישראלית

1. אקשטיין, שלמה, זילברפרב, בן-ציון, רוזביץ, שמעון. **הפרטת חברות בישראל ובעולם** (1998).
2. בלנק, ישי. "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כה 378, 437-375 (תשס"ה).
3. ברק, אהרון. **שופט בחברה דמוקרטית** (2004).
4. ברק-ארז, דפנה. "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" **עיוני משפט** כז(1) 209, 225-228 (תשס"ג).
5. ברק-ארז, דפנה. "השפיות של הפוליטיקה" **פלילים** ח 369, 386 (1999); דפנה ברק-ארז, "מהפכת השפיות: הערכת מצב" **הפרקליט** נ 3 (תשס"ח).
6. ברק-ארז, דפנה. **אזרח, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה** (2012).
7. גביון, רות. "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" בתוך **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 69 (תש"ס).
8. גוטוין, דני. מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי, **מעשי משפט** א 47 (2008).
9. גורדון, אוולין. "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו", **תכלת** 3 (1998).
10. גל-נור, יצחק. "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" **משפט וממשל** ז 355 (תשס"ד).
11. דהאן, יוסי. "המשפט בשירות ההפרטה – על אוטונומיה הורית ושוויון הזדמנויות", **משפטים** מג 1014, 1002 (תשע"ג).
12. דוידוב, גיא. "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" **הפרקליט** מט 345, 348 (תשס"ח).
13. דותן, יואב, מדינה, ברק. "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", **משפטים** לו 287 (תשס"ז).
14. דותן, יואב. "במקום בטלות יחסית", **משפטים** כב 587, 604-606 (תשנ"ד).
15. הופנונג, מנחם. "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כ"ח 212 (תשנ"ז).
16. וינהבר, בת חן, בן נור, רינת, שיפמן, איתן. **"סקר מעורבות עמותות, קרנות ופילנתרופיה עסקית במערכת חינוך: דוח ממצאים – תשס"ח"** (משרד החינוך והמכון לזימות בחינוך בית ברל, התשס"ח). זמין באינטרנט (28.6.14):
www.beitberl.ac.il/centers/yazamoot/forum_yazamut01/Documents/PDF/doch-maarechet_hinuch.pdf
17. מאוטנר, מנחם. "בית המשפט העליון – שלוש תקופות: "זרות", עימות", "הכלה", **משפט ועסקים** י 585 (תשס"ט).
18. מאוטנר, מנחם. "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" **משפט וממשל** ט 223 (תשס"ו).
19. מדינה, ברק. "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרון ברק)" **דין ודברים** ג 399 (2008).
20. מונדלק, גיא. "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", **שנתון משפט העבודה** ז 65 (תשנ"ט).
21. מזרחי, שלמה, מידני, אסף. "מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות" (2006).
22. סגל, זאב, ליטור, לילך. **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי** (תשס"ח).
23. פרי-חזן, לטם. "הזכות לחינוך: קווים לדמותה בעידן של מהפכה חוקתית", **משפט ועסקים** 169, 151 (2013).
24. רבין, יורם, אור, נוראל. "על הזכות לחינוך מן הבית", **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 803, 810-813 (תשע"ב).
25. רבין, יורם, מיידר, קרן. "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" **המשפט** ח 541, 543-544 (תשס"ג).
26. רבין, יורם, פלד, רועי. "הזכות החוקתית לקבל מידע", **ספר דליה דורנר** 463 (תשס"ט).
27. רבין, יורם. **הזכות לחינוך** (2002).

פסיקה ישראלית

1. ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני פ"ד מט(1) 221, 237-238 (1995).
2. ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1995).
3. ת"א 2060/99 לשכת עורכי הדין נ' שר המשפטים, פ"ד נח(3) 385, 399 (1999).
1. תמ"נ 790/02 (ח"י) ברוך קינד ואח' נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי, כרך לג(4) 757, פס' 17 לפסק הדין (2002).
2. בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).
3. עע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' עו"ד יפית מנגל, פס' 11 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 15.11.12).
4. בג"ץ 282/14 עמותת חיואר לחינוך אלטרנטיבי נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 7.8.14).
5. בג"ץ 3752/10 אמנון רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.14).
6. בג"ץ 8849/12 עמותת ועד ההורים של תלמידי בית הספר הניסויי ירושלים ו-225 אח' נ' ח"כ הרב שי פירון - שר החינוך (טרם נדון).

חקיקה, נהלים ושונות

1. חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953.
2. חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969.
3. כללי פיקוח על בתי ספר (מבחנים למתן רישיונות), התשל"א-1971.
4. תקנות פיקוח על בתי-ספר (סדרי הדין בועדת ערר), תשל"ב-1972.
5. חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.
6. נוהל רישוי ונוהל הכרה – בית ספר חדש בחינוך המוכר שאינו רשמי שפרסם משרד החינוך.
7. נוהל מינוי מנהלים וסגני מנהלים במוסדות חינוך רשמיים.
8. דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010, בעמ' 595-598. הדוח זמין באתר האינטרנט של משרד מבקר המדינה בכתובת: www.mevaker.gov.il
9. אתר האינטרנט של משרד החינוך בכתובת: <http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/ChinuchMukar/RishoyMosdot/V/aadotArrar>

ספרות זרה

1. Bickel, Alexander M., The least dangerous branch : the Supreme Court at the bar of politics (1986, 2nd ed.).
2. Dahl, Robert A. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", 6 J. Pub. L. 279 (1957).
3. Diver, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions, 65 Va. L. Rev. 43 (1979).
4. Dworkin, Ronald. Law's Empire 356 (1986); Ronald Dworkin "The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?" 1 Journal of International Criminal Justice 4 (2003).
5. Edelman, Martin. The Judicialization of Politics in Israel, in INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE REVIEW, vol. 15, No. 2 (1994), pp. 177-186.
6. Epstein, Lee, Knight, Jack, Martin, Andrew D. "The Supreme Court as a Strategic National Policymaker", 50 Emory L. J. 583 (2001).
7. Ginsburg, Tom. JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES (2003).
8. Horowitz, Donald L. Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, 1983 Duke L.J. 1265.
9. Noveck, Scott M. Is Judicial Review Compatible with Democracy, 6 Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J. 401 (2007-2008)

10. Nowak, M. "the Right to Education" in: Economic, Social and Cultural Rights (Dordrecht, E. Asbojorn et al. eds., 1995).
11. Rabin, Yoram. "The Many Faces of the Right to Education" in *Exploring Social Rights - Between Theory and Practice* 265 (2008).
12. Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (2nd ED., 2008).
13. Sabel, Charles F., Simon, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, 117 HVLR 1015 (2004).
14. Shetreet, Shimon. "Judging in Society: The Changing Role of Courts" 467, in *The Role of Courts in Society* (1988).
15. Shpiro, M., Stone, A. "The New Constitutional Politics of Europe" 26 *Comparative Political Studies* 397 (1994).
16. Tate, Neal, Vallinder, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power* (1995).
17. Vallinder, Torbjörn. The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction, in *INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE REVIEW*, vol. 15, No. 2 (1994), pp. 91-99.
18. Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement* (1999).

נספח 1: פירוט ממצאי המחקר

מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית להכשיר את פעילות בית הספר

1. טעות בשיקול הדעת

א. משרד החינוך מנע מבית הספר את האפשרות להוכיח את יכולתו לצמוח

בעניין **הפטריארכיה רוס**,⁸⁶ שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה בית ספר תיכון (כיתות ט' עד יב') המיועד לילדי הקהילה הנוצרית יוונית אורתודוקסית ביפו, החליט משרד החינוך שלא לחדש רישיון שניתן לבית הספר בהתייחס לשנת הלימודים **תשע"ב** בשל מספר התלמידים המצומצם בו. ועדת הערר קיבלה את טענת העמותה כי לא זו בלבד שלא ניתנה לה הזדמנות אמיתית לצמוח (במספר התלמידים הלומדים בבית הספר), אלא שמשרד החינוך הכשיל בהתנהלותו – בשיהוי הרב והבלתי מוצדק בהחלטותיו שפגע בשמו הטוב של בית הספר – את סיכויי הצמיחה של בית הספר. הוועדה הורתה על חידוש הרישיון שניתן להפעלת בית הספר למשך **חמש שנים** תוך התנייתו בגידול הדרגתי במספר הילדים. בהחלטה הושם דגש ניכר על ייחודיות הקהילה לה יועד בית הספר – הקהילה היוונית האורתודוקסית – ומאפייניה הייחודיים, על כך שבית הספר עמד במרבית הסטנדרטים הפדגוגיים של המשרד, על כך שבית הספר נושא הבקשה לרישיון נועד להוות "מסגרת-המשך טבעית למוסדות חינוך שהוקמו ופועלים ברישיון", ועל כך שדובר בחידוש רישיון – ומכאן שלכתחילה בחר המשרד להעניק רישיון לבית ספר המיועד לקהילה מוגדרת בעלת מספר תלמידים מצומצם:

"השאלה העומדת להכרעתנו היא, האם מספר הילדים המועט הלומד בתיכון 'סנט מיכאל' – 12 ילדים בשתי כיתות (ט' ו-י') – מצדיק את אי חידוש רישיונה של העוררת. ועדה זו כבר פסקה בעבר, כי מספר ילדים מועט הינו שיקול פדגוגי שהמשיב רשאי לשיקול בבואו להחליט האם לתת למוסד חינוכי רישיון, אם לאו (ערר 85/11). אלא ששיקול זה אינו עומד לבדו ויש לבחון אותו, כמובן, אל מול שיקולים אחרים כגון, ייחודיותו של המוסד החינוכי; המשנה החינוכית והאידיאולוגית שלו; הסיבות למספר הילדים המועט; התנהלות המוסד החינוכי. ואכן, כבר בערר 85/11 בחנו את השיקול הפדגוגי ביסוד הדרישה למינימום תלמידים אל מול שיקולים אחרים ובראשם התנהלות העוררת... נעיר, כי בנוסף הוחלט שלא ליתן לעוררת רישיון בערר 85/11 הנ"ל בשל היעדר תעודת הוראה (או הכשרה כלשהי בחינוך) למנהל בית הספר.

הנסיבות בענייננו שונות. אין חולק בין הצדדים, כי הקהילה היוונית אורתודוקסית הינה **קהילה בעלת מאפיינים ייחודיים המצדיקים הקמתו של בית ספר תיכון, בדמותה וברוחה**. זו גם הסביבה בגינה ניתנו לעוררת רישיונות להפעלתם של גן ובית ספר יסודי, **אשר בית הספר התיכון מבקש להוות מסגרת-המשך טבעית עבורם**. אין גם חולק, כי בית הספר התיכון של העוררת עומד במרבית הסטנדרטים הפדגוגיים של המשיב (מלבד גודל הכיתה) וכי העוררת מציעה שירותים פדגוגיים ברמה גבוהה. אלא שלטענת המשיב, כאמור, אין די בתשתית חינוכית ובמורים טובים: על מוסד חינוכי (להבדיל מחינוך ביתי) לספק סביבה חברתית הולמת ולאפשר הפריה לימודית הדדית... טוב עשה המשיב שהתנה את הרישיון לבית הספר התיכון בגודל מינימאלי... אלא שאופן התנהלותו של המשיב, אשר נתן את החלטותיו בשיהוי רב ובלתי מוצדק, הכשיל את האפשרות לבחון האם ביכולתה של העוררת לעמוד בתנאי הפדגוגי בדבר מספר

⁸⁶ ערר 15/12 עמותת בית הספר הפטריארכיה רוס נ' משרד החינוך (19.8.12) (להלן – עניין הפטריארכיה רוס).

התלמידים... יכולים אנו לומר... [כי] התנהלות המשיב מנעה את היכולת לבדוק האם לבית הספר יש פוטנציאל צמיחה, אם לא... בהקשר זה ראוי להדגיש, כי עוסקים אנו בחידוש רישיון. כבר כשניתן לעוררת הרישיון לראשונה... היה ברור למשיב, כי אין מדובר בבית ספר גדול... המשיב בחר, אם כן, מלכתחילה לתת לעוררת רישיון לקיים בית ספר לקהילה מוגדרת, בעל מספר תלמידים מצומצם.

אנו סבורים כי המשיב לא יכול היה לקבוע בשלב זה נתון את החלטתו – כשנתיים לאחר מתן הרישיון לראשונה – האם העובדה כי בכל כיתה יש 6 תלמידים (במקום 20) הינה תוצאה של מחדליו (ושל חוסר הביטחון שיצרו) או שמא זו עדות לחוסר יכולת של בית הספר לצמוח. לשם כך ראוי ליתן לבית הספר זמן סביר בו יוכל לפעול מבלי שחבר הסגירה מרחפת מעליו.

מורים אנו על כן למשיב לחדש את רישיונה של העוררת וליתן בידיה רישיון למשך חמש שנים, משנה"ל תשע"ב (כולל) ואילך. רישיון זה מותנה בגידול הדרגתי במספר הילדים הלומדים בכל כיתה... בנוסף יותנה הרישיון בתנאים הכרחיים אחרים (כגון, חידוש הבדיקות התברואתיות והבטיחותיות, בהתאם לנדרש).

החלטת ועדת הערר ניתנה כחודש לפני סיום שנת הלימודים נושא הערר והכשירה בדיעבד את פעילותו הלא חוקית של בית הספר במהלך שנת לימודים זו.

בית המשפט לעניינים מינהליים אליו הוגש ערעור על ההחלטה⁸⁷ לא מצא להתערב במסקנה העקרונית אליה הגיעה ועדת הערר וקבע כי יש ליתן הזדמנות נאותה לגידול במספר התלמידים, לאחר שלא יחוש את "חרב הסגירה המרחפת" על בית הספר. באשר להחלטה על משכו של הרישיון קבע בית המשפט כי משהורתה על מתן רישיון למשך חמש שנים חרגה הוועדה מסמכותה ועל כן הוחזר הנושא לוועדה על מנת שתיקבע מתווה לבחינה תקופתית של ההחלטה לשנים הבאות:

"... הדין עם משרד החינוך בטענתו, לפיה חרגה ועדת הערר מסמכותה משהורתה על מתן רישיון לבית ספרה של המשיבה, לחמש שנים, מבלי שהונחה בפני משרד החינוך בקשה לחרוג מן הנוהל הרלוונטי וממילא לא ניתנה החלטה בבקשה כזו. ההחלטה נשוא הערר עסקה בבקשה למתן רישיון לשנת הלימודים תשע"ב, הא ותו לא... זאת ועוד. חריגה מנוהל כשמה כן היא. הנוהל נותר נוהל, והחריג - חריג. אלא שמהחלטת ועדת הערר יוצא, כעניין שבמדיניות כללית, כי יש ליתן בידי בית ספר חדש רישיון רב שנתי תוך הסתפקות במספר תלמידים מצומצם עד מאוד, בשל כך שהוא מעוניין לצמוח. בהקשר זה יש לחזור ולהדגיש, כי על פי הנוהל התקף, חייב כל בית ספר (הכפוף לחוק הפיקוח), ותיק כחדש, גדול כקטן, להגיש בקשה לקבלת רישיון מדי שנה בשנה...

אחר כל הדברים האלה, בעמדתה של ועדת הערר ולפיה לא מן הנמנע שמשרד החינוך הזדרז יתר על המידה בקביעתו לפיה כשל בית הספר מלצמוח, וכי יתכן כי התנהלותו שלו תרמה לכך, או אף היוותה הסיבה העיקרית למצב דברים זה - לא נמצאה לי עילה להתערב. כאמור לעיל, ועדת הערר מצאה כי בסברתה של המשיבה, לפיה התנהלותו של משרד החינוך היא שהביאה למיעוט תלמידים, יש היגיון, וכי יש לבחון טענה זו תוך מתן הזדמנות נאותה לגידול במספר התלמידים, לאחר שלא יחוש את "חרב הסגירה המרחפת" על בית הספר, כלשונה.

⁸⁷ עמ"נ (י-ם) 39434-10-12 משרד החינוך נ' עמותת בית הספר הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית סנט מיכאל ביפו (24.12.12).

בנסיבות אלה, הגעתי למסקנה כי דין ערעורו של משרד החינוך להידחות, בכל הנוגע לשנת הלימודים תשע"ב. הערעור מתקבל ביחס לשנים הבאות, וההחלטה בדבר מתן רישיון רב שנתי מתבטלת. עם זאת, לנוכח עמדתה המקצועית של ועדת הערר ולפיה יש לאפשר לבית הספר הזדמנות הוגנת להוכיח את יכולתו לגדול, אני סבורה כי יש להחזיר את הדיון לוועדה על מנת שתקבע מתווה לשנים הקרובות (החל משנת תשע"ג), אשר במסגרתו תורה למשרד החינוך מה השיקולים שיהיה עליו לשקול בבואו לבחון את בקשת המשיבה, ומה לא ימנע ממנה לקבל רישיון בשנים אלה, ככל שתוגש מצידה בקשה מדי שנה בשנה, במועד הנדרש."

ב. לא ניתן משקל ראוי לטובת התלמידים

בעניין **פלג**,⁸⁸ שנדון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, הוכשרה פעילות בית הספר בנימוק שלא ניתן משקל ראוי לטובת התלמידים בהחלטת משרד החינוך. באותו עניין הוגשה העתירה על ידי הורי תלמידים בבית הספר הדמוקרטי (חטיבה עליונה) בעיר מודיעין לאפשר לתלמידי בית הספר לגשת לבחינות הבגרות הפנימיות ולהכיר בשנות לימודיהם בבית הספר הדמוקרטי אף אם טרם נתקבל ההכרה באותו בית ספר כבית ספר על יסודי. בית המשפט קיבל את העתירה והורה למשרד החינוך לאפשר לתלמידים להיבחן בבחינות בגרות פנימיות במסגרת בית ספר רשמי בעיר ולהכיר בלימודיהם האחרים של התלמידים בשנת הלימודים נושא ההליך במסגרת בית הספר הדמוקרטי. בהכרעתו התייחס בית המשפט, בין היתר, לכך שמדובר במסגרת-המשך לבית ספר הפועל על פי רישיון מטעם משרד החינוך וכי משרד החינוך אישר את המתכונת החינוכית של בית הספר ובכך יצר הסתמכות לגיטימית של ההורים וילדיהם על קיומו של רצף חינוכי עד לסיום שנות הלימודים:

"מסגרת הלימודים השונה של בתי הספר הדמוקרטיים מחייבת התייחסות חינוכית ארוכת טווח של כל הגורמים השותפים לתהליך החינוכי והם – בית הספר, התלמידים (והוריהם) ובמיוחד – משרד החינוך.

... משעה שמשרד החינוך אישר את המתכונת החינוכית של בית הספר הדמוקרטי, היה עליו לדבוק בתפיסה שהנחתה אותו ולפעול ליצירת רצף פדגוגי הומוגני שישרת את התלמידים הלומדים במסגרת החדשה שנוצרה ואושרה. על משרד החינוך היה להביא בחשבון את ציפיותיהם הלגיטימיות של התלמידים והוריהם לקיומו של רצף חינוכי שלם עד לסיום שנות הלימודים.

... בחינת העניין על כל היבטיו מביאה אותי למסקנה כי החלטת משרד החינוך בעניינם של ילדי העותרים חסרה מרכיב מרכזי של בחינת טובתם של הילדים ובחינת הנזק הקשה העשוי להיגרם להם כתוצאה מהפסקת מתכונת הלימודים שהורגלו לה לקראת סוף דרכם הלימודית. יש לזכור כי מדובר במקרה מיוחד בנסיבותיו **ובצורך למצוא פתרון זמני לקומץ קטן בלבד של תלמידים בשנה זו**... העתירה שבפניי מתייחסת ל"דור המדבר", אותה שכבת גיל חלוצה הנושאת על גבה את כל הקשיים העומדים בפני אלה הצועדים בראש.

... ראוי לציין כי משרד החינוך לא העלה כל טענה בדבר דרך התנהלותו של בית הספר ולא מצא כל דופי בהתנהלותו החינוכית..."

⁸⁸ עת"מ (י-ס) 324/05 פלג נ' מנכ"לית משרד החינוך, פ"מ תשס"ד(1) 229 (2005) (להלן – עניין פלג).

בעתירה העלה משרד החינוך טענות בדבר חוסר ניקיון כפיהם של העותרים והשיהוי שדבק בעתירתם. בית המשפט דחה טענות אלו בהסתמך על ההכרח לדאוג לטובת הילדים ועתידם וכן העובדה כי לא בהתנהלותם שלהם דבק פגם האי-חוקיות:

"טענות משרד החינוך בדבר חוסר ניקיון כפיהם של ההורים ובדבר השיהוי שדבק בעתירתם דינו להידחות: ראשית, כאשר מונחים על הכף טובת התלמידים ועתידם, אין מקום להידרש לטענות סף מסוג זה, אשר אינן נוגעות להתנהגות התלמידים עצמם. טענה זו היא היא בבחינת "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תכהינה". משרד החינוך צריך להציב לנגד עיניו כל העת את טובת התלמידים, והוא אינו יכול "להעניש" את התלמידים על התנהגות הוריהם.

... גם אם התרה משרד החינוך בהורי התלמידים שלא לשולחם לבית הספר הדמוקרטי, וכי הם פועלים שלא כדין, וגם אם ההורים אכן לא שעו לאזהרות, עדיין יש צורך להעמיד בראש סולם העדיפות את טובת הילדים התלמידים עצמם. התעלמות מעניינם של הילדים שלמדו משך כל שנת הלימודים האחרונה במסגרת חינוכית אשר משרד החינוך מכיר בערכיה ובתכניה והתכוונו לקראת בחינות הבגרות – אינה מידתית ואינה מאזנת נכונה את האינטרס המרכזי של טובת הילד...".

ג. נשקלו שיקולים זרים שאינם נוגעים לעניין ולשיקולים הנוגעים לעניין לא ניתן משקל

ראוי

בעניין **עמותת בית הספר המונטסורי**,⁸⁹ נדון בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח עניינה של עמותה שהחלה להפעיל ללא רישיון כדין בית ספר יסודי בעיר חולון ברוח שיטת החינוך המונטסורית.⁹⁰ הוועדה סברה כי בנסיבות העניין לא היה מקום לבחון את הצורך בהפעלתו של בית הספר – הוא העילה ששימשה כבסיס לדחיית הבקשה לרישיון, וממילא גם אם היה מקום לבחון צורך זה, הרי שבנסיבות העניין, נוכח ייחודיותו של בית הספר, לא היתה הצדקה לקביעת משרד החינוך כי צורך זה אינו מתקיים. הנחת המוצא עליה הסתמכה הוועדה היתה כי "המשיב רשאי לדחות בקשה לרישיון רק אם צפויה פגיעה במערך בתי הספר באזור או בעקרונות חוק חינוך ממלכתי. חובת ההוכחה הראשונית לקיומה של פגיעה הינה על המשיב ובהיעדר פגיעה אין כלל צורך "בהצדקה" מיוחדת להקמתו של בית ספר פרטי". הוועדה קבעה כי בנסיבות העניין לא הוכחה פגיעה כאמור וממילא גם אם היתה מוכחת לא היה בה כדי למנוע את הקמת בית הספר בשל ייחודיותו החינוכית:

"לגופו של עניין, השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו ואשר היוותה להבנתו את העילה העיקרית בגינה נדחתה בקשת העוררת לרישיון, הינה האם ישנה הצדקה לפתיחתו של בית ספר יסודי חדש באזור מקווה ישראל. כפי שכתבנו במספר החלטות בעבר, ועדה זו סבורה כי מנכ"ל משרד החינוך רשאי ואף חייב לשקול את הפגיעה הצפויה במערך בתי הספר הרשמיים ואת הפגיעה הצפויה בעקרונות חוק חינוך ממלכתי... בטרם יחליט האם ליתן למוסד חינוכי רישיון... עמדה זו מצויה במחלוקת משפטית הנמצאת בבירור בפני בית המשפט העליון... מחלוקת משפטית זו אין בה כדי להשפיע על הכרעתנו בערר זה שכן, ממילא, סבורים אנו כי במקרה שלפנינו לא הוכחה פגיעה במערכת בתי הספר הרשמיים באזור ובית הספר הינו בעל ייחוד חינוכי המצדיק את הקמתו."

⁸⁹ ערר 97/11 **עמותת בית הספר המונטסורי ללימודי הסביבה נ' מדינת ישראל – משרד החינוך** (7.5.12) (להלן – עניין **עמותת בית הספר המונטסורי**).

⁹⁰ לפי שיטת חינוך זו מוטלת על הילד את האחריות ללמוד ולהתקדם בכל תחומי הלימוד, כאשר הוא עושה זאת בקצב אישי המתאים לו, תוך הנחייה, הדרכה והכוונה של המורה בכיתה.

ובהמשך:

"אין חולק כי בית הספר של העוררת פועל מכוח הגישה המונטסורית שהינה שונה באופן מהותי מזו הנהוגה בבתי הספר הרשמיים.

... המשיב רשאי לדחות בקשה לרישיון רק אם צפויה פגיעה במערך בתי הספר באזור או בעקרונות ביסוד חוק חינוך ממלכתי. חובת ההוכחה הראשונית לקיומה של פגיעה הינה על המשיב ובהיעדר פגיעה אין כלל צורך "בהצדקה" מיוחדת להקמתו של בית ספר פרטי. כאשר קיימת פגיעה כאמור, עובר נטל ההוכחה לעוררת להראות כי קיימת הצדקה לפתיחתו של בית הספר, למרות הפגיעה המוכחת. בענייננו, גם אם הייתה מוכחת פגיעה במערך בתי הספר הרשמיים לא היה בהכרח כדי למנוע את הקמתו של בית הספר בשל ייחודו החינוכי. אין חולק, כי בית הספר של העוררת פועל מכוח הגישה המונטסורית שהינה שונה באופן מהותי מזו הנהוגה בבתי הספר הרשמיים."

שיקול נוסף שעמד ביסוד החלטת משרד החינוך שלא ליתן רישיון לבית הספר היה מספר התלמידים המועט שאינו מצדיק, כך על פי עמדת משרד החינוך, את פתיחתו. גם בעניין זה קבעה ועדת הערר, כי לנוכח ייחודיותו של בית הספר והעובדה כי לפי הצהרת נציגי העוררת הוא אף צפוי לגדול כמצופה ממנו, אין לקבל את טענת המשיב, "שלא גובתה בנתונים", כי אין לבית הספר פוטנציאל צמיחה:

"המשיב הכיר בייחודיותו החינוכית של בית הספר, אלא שהוא סבר כי אין לבית הספר "פוטנציאל צמיחה". מסכימים אנו עם המשיב, כי במקרה של בית ספר צומח יש מקום לבחון האם הוא יכול להמשיך ולגדול כמצופה לאורך זמן. אלא שהמשיב לא המציא נתונים כלשהם מהם ניתן ללמוד כי לא קיים פוטנציאל צמיחה ואף לא נתן לעוררת אפשרות להתמודד עם טענה זו... טענה מעין זו [כי אין לבית הספר פוטנציאל צמיחה] – ודאי כאשר היא מופיעה כעילה לדחיית בקשה לרישיון – אינה יכולה להישען על העובדה כי הכיתה הראשונה הנפתחת בשנת פעילותו הראשונה של מוסד צומח מונה 20 תלמידים. שאם לא כן, אין משמעות לאפשרות פתיחתו של מוסד 'צומח'..."

על יסוד היותו של בית הספר "מוסד צומח" – ובפרט העובדה כי בשנת הלימודים נושא הערר נפתחה כיתה לימוד אחת בלבד שלוותה על ידי מדריכה פדגוגית – קבעה הוועדה כי גם הנימוק בדבר היעדר השכלה פדגוגית למנהל בית הספר אינו יכול להוות עילה לדחיית הבקשה לרישיון: "ניהול פדגוגי של כיתה אחת שונה במהותו מהניהול הפדגוגי הנדרש בבית ספר 'בוגר' המאכלס כמה שכבות גיל. במקרה הראשון הדגש הינו על הדרכה פדגוגית ואילו במקרה השני, הדגש הוא על ניהול פדגוגי של מערכת מורכבת... נדגיש עם זאת, כי העוררת מחויבת לתקן ליקוי זה עד לתחילת שנה"ל תשע"ב (אז ממילא אמורה להתווסף לבית הספר עוד שכבת גיל)".

כך גם נקבע כי היעדרם של מסמכים מהותיים – אישור בטיחות ואישור תברואתי – המהווים ככלל עילה עצמאית לדחיית הבקשה לא היה בהם בנסיבות העניין כדי להביא לדחיית הבקשה. במשך תקופה ארוכה קודם לתחילת הפעלתו של בית הספר נושא הערר פעל במבנה מוסד חינוכי אחר שהחזיק באישור תברואתי ובאישור בטיחותי, כאשר האחרון אף היה בר תוקף במועד הגשת הבקשה לרישיון: "העובדה, כי החזקה במבנה בית הספר עברה לידיהם של שוכרים חדשים מחייבת ודאי קבלת אישורים חדשים (שהרי אין לדעת אילו שינויים הוכנסו במבנה) אלא שאין גם להתעלם

מכך שהמבנה אושר כבטיחותי עד לסוף שנה"ל תשע"ב ובעיקר – שבסופו של יום ניתן לעוררת אישור בטיחות חדש עבור אותו מבנה (גם אם באיחור)...". על אף האמור נקבע כי בשל העובדה שהאישורים הנדרשים לא היו בידי העמותה בעת שהחלה להפעיל את בית הספר – ולמעשה העמותה "בחרה לפתוח את בית הספר בתחילת שנה"ל ללא רישיון, כשאין בידיה אישורי תברואה ובטיחות כנדרש", תוקפו של הרישיון יחל רק לאחר המועד שבו ניתנו לבסוף לעמותה האישורים האמורים.

בעניין **אלקואסמי (1)**⁹¹ החליט משרד החינוך על צמצום תכולתו של רישיון שניתן לבית הספר בתוך תקופת תוקפו של הרישיון כך שבתום תקופת הרישיון שנקבעה ימשיך לחול רק על חלק מן הכיתות שנכללו לכתחילה ברישיון. זאת בהסתמך על המערך הארגוני-חינוכי ביישוב ומדיניות החיטוב. הדיון הגיע לפתחו של בית המשפט לעניינים מינהליים לאחר שוועדת הערר לפי חוק הפיקוח דחתה את הערר ופסלה את המשך פעילותו של בית הספר. בית המשפט קיבל את טענותיה של העמותה שהפעילה את בית הספר וקבע כי משרד החינוך לא שקל את מלוא השיקולים הנוגעים לעניין וממילא לא נתן להם את משקלם הראוי – משרד החינוך, כך נקבע, לא הציג מדיניות ברורה ועקבית בנושא החיטוב – וממילא כזו שיושמה באופן אחיד ועקבי, ונמנע באופן גורף מהכרעה בשאלת אימוץ עמדת הרשות המקומית בנושא – שהיתה שונה מעמדתו הכללית ו"על כן המקרה אינו נופל בגדר המקרים בהם יש לקבל פגיעה מסוימת בזכות ההורים לבחירת בית הספר [הגוברת במקרה זה בשל שני טעמים – היעדר הוודאות של ההורים לגבי בתי הספר אליהם יורשו להירשם והעובדה שמדובר בזכות הבחירה לחינוך של המגזר הערבי כקבוצת מיעוט] לאור הצורך באכיפת חינוך אחיד". בית המשפט מצא גם כי החלטת משרד החינוך היתה נגועה בשרירותיות נוכח השיהוי בקבלתה, בהיעדר הסבר או נימוק, "ועל אף הפצרות ועדת הערר והשופטים בהליכים השונים שהתנהלו בעניינו של בית הספר כי ראוי שמשרד החינוך ימהר ויתן החלטתו בבקשה להפעלת חטיבת ביניים" וכן נגועה היתה בהפליה. מנגד דחה בית המשפט את טענת משרד החינוך בדבר מיון התלמידים על ידי בית הספר בניגוד לעמדת המשרד, תוך שקבע כי משרד החינוך נאחז בטענה זו בחוסר תום לב וככסות לשיקול אחר שהיה מונח ביסוד החלטתו, ואף נמנע מלסייע בידי העמותה לקבוע קריטריונים התואמים את עמדתו. בית המשפט קבע, בסיכומו של דבר, כי נפקות התנהלותו של משרד החינוך בעניינו של בית הספר היא חובתו של בית המשפט להעניק הגנה על אינטרס הציפייה של ההורים (שנפגע) על המעשה המינהלי – היינו הכשרת פעילות בית הספר.

יצוין כי בית המשפט פתח את הכרעתו בכך שבנסיבות העניין יש לסווג את ההחלטה – שניתנה בתוך תוקפו של רישיון קיים ומבלי שחל שינוי בנסיבות מתן הרישיון – כהחלטה על ביטול רישיון ולא על אי-חידוש רישיון ועל כן נפל פגם בהחלטה שלא לחדש את רישיונו של בית הספר גם בכך שההחלטה התקבלה מבלי שהתקיים שימוע למבקש הרישיון אולם לקביעה זו לא היתה בסופו של דבר משמעות אופרטיבית בפסק הדין לנוכח השיקולים האחרים שעמדו בבסיסו.

⁹¹ עמ"נ 35243-03-10 עמותת חסידי חוסני אלקואסמי ואח' נ' משרד החינוך (6.2.11) (להלן – עניין אלקואסמי (1)) שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה בית ספר בעיר באקה ג'ית לטווח כיתות ט'-יב'.

בעניין **חינוך למנהיגות**,⁹² שנדון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, נימק בית המשפט את החלטתו להכשיר את פעילות בית הספר בכך שמשרד החינוך חרג מסמכותו כאשר נתן משקל בהחלטתו שלא ליתן רישיון להפעלת בית ספר לשיקולים "חוץ בית ספריים", ובכללם החשש לפגיעה במערך החינוך הרשמי ועיקרון האינטגרציה וכן עמדתן של הרשויות המקומיות בכל הנוגע להפעלתו של בית הספר:

"חוק הפיקוח מתייחס לדרישות מבית הספר עצמו ואינו מונה במסגרתו שיקולים חוץ בית ספריים, לרבות פגיעה במוסדות רשמיים, כעילה לאי מתן רישיון. אין חולק כי למנהל הכללי ניתן שיקול דעת רחב בכל הקשור לבחינת עמידתו של מבקש הרישיון בתנאים הנדרשים בחוק. אין לשלול גם את הטענה כי יש מקום ליתן פרשנות רחבה לדרישות המנויות בחוק. יחד עם זה, שיקול דעתו הרחב של המנהל ופרשנות רחבה איננה מסמיכה אותו לכלול דרישות נוספות לחוק, כשאלה אינן מנויות בו כלל. ככל שחפצה המערערת להרחיב את רשימת הדרישות המנויה בחוק הפיקוח ולקבוע תנאים נוספים למתן רישיון אשר אינם מופיעים בחוק, עליה לעשות זאת באמצעות חקיקה. ראוי לציין כי אין מדובר ביישום הוראות חוק על חוק הפיקוח אלא על יישום תקנות שהותקנו מכוח חוק אחר – חוק חינוך ממלכתי תשי"ג-1953, על חוק הפיקוח."

גם לגופו של עניין קבע בית המשפט כי הנטל להוכיח הצדקה להתערבות באוטונומיה ההורית מוטלת היא על כתפי משרד החינוך וכי בנסיבות העניין לא הורם על ידו הנטל:

"הנטל להוכחת הצדקה להתערבות באוטונומיה של ההורים לקבוע את אופי חינוך ילדיהם מונח על כתפי המדינה, ועל מנת לעמוד בנטל זה עליה להוכיח עילה מיוחדת ויוצאת דופן ולהראות כי מתקיימת פגיעה קשה ומשמעותית בתלמידים... פגיעה בזכות ההורים לבחור את חינוך ילדיהם ע"י דחיית בקשה למתן רישיון אינה יכולה להיעשות באופן שגרתי. עסקינן בזכות בעלת "משקל עודף" ואין לפגוע בה מנימוקים כלליים ואפשרויות תיאורטיות. נטל ההוכחה להוכחת ה"נזקים" הצפויים למוסדות החינוך הרשמיים מוטל על המשיבה והיא לא הוכיחה נטל זה, כפי שקבעה ועדת הערר..." [ההדגשה לא במקור]

אשר לטענה כי בית הספק אינו אינטגרטיבי נקבע כי בית הספר מכיל הרכב מגוון של תלמידים וכי "העדר יכולת כלכלית לשאת בשכר הלימוד בבית הספר אינה מונעת מתלמידים להתקבל לבית הספר וזאת, באמצעות מערך מלגות שמעמיד בית הספר לתלמידיו". אשר לחשש לפגיעה במערך החינוך הרשמי צוין כי פגיעה כאמור אינה יכולה להתקיים כל עוד בית הספר קולט לשורותיו תלמידים ממספר רב של רשויות מקומיות הפזורות על פני רדיוס גיאוגרפי רחב וכי אין די בהעלאת טענה כללית בעניין זה אלא יש להציג ראיות ממשיות. כך גם נדחו טענות משרד החינוך באשר לפגיעה בעיקרון החיטוב וברצף החינוכי הקיים באזור ובעניין עמדת הרשויות המקומיות המתנגדות להפעלתו של בית הספר על יסוד הפגיעה הנתענת במערך החינוך הרשמי.

⁹² עמ"נ (ת"א) 52641-12-10 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור (15.6.11) נדון עניינה של חברה לתועלת הציבור שהפעילה ללא רישיון כדן בית ספר ("חברותא") בעמק חפר שמטרתו להקנות השכלה רחבה לתלמידיו המגיעים מכלל מגזרי החברה הישראלית, במגוון רחב של תחומים, תוך עידודם לפיתוח כישורי מנהיגות באמצעות עשייה חברתית (להלן – עניין חינוך למנהיגות).

בית המשפט הוסיף וקבע גם כי לא עלה בידי משרד החינוך להוכיח אי עמידה בתכנית הליבה וקיבל את קביעת ועדת הערר כי מסקנות משרד החינוך בכל הנוגע לעמידת בית הספר בתכנית הליבה כאמור נובעות מאי עריכת ביקורת פדגוגית ראויה בבית הספר ומבדיקת כותרות מקצועות הלימוד ולא מבדיקת תוכנם ומהותם.

בשולי הדברים העיר בית המשפט כי משבחר משרד החינוך להתמקד בעיקרי הטיעון בנושא מדיניותו והפרשנות הראויה לחוק הפיקוח ולתקנות מוסדות מוכרים יש לראות בכך משום "ויתור על הנושאים האחרים, גם אם טענה המערערת בפתח עיקרי הטיעון כי "כל טענות המערערת בכתב ערעורה עומדות בעינן". עיקרי טיעון אמורים לכלול, גם אם בתמצית, את כל הטענות אותן מבקש צד לטעון וטענה כללית לפיה כל טענותיו בכתב הערעור עומדות בעינן, אינה יכולה לבוא במקום התייחסות קצרה ועניינית לטענות, בעיקרי הטיעון." כן נדחו טענות אחרות, לרבות הטענה כי עצם הפעלתו של בית הספר ללא רישיון מהווה עילה לדחיית הבקשה לרישיון, שהועלו לראשונה בפני בית המשפט ולא נמצא להן זכר בהחלטת משרד החינוך לכתחילה לדחות את הבקשה לרישיון.

המדינה הגישה בקשת רשות ערעור. הרשות ניתנה, אולם במהלך הדיון בערעור הבהיר בית המשפט העליון לצדדים את עמדתו לפיה אין לערב בין הליכי הרישוי להליכי ההכרה, ובסופו של דבר הודיעה המדינה כי היא מוחקת את ערעורה.⁹³

גם בעניין **מר ג'יריס (1)**,⁹⁴ שנדון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, נימק בית המשפט את החלטתו להכשיר את פעילות בית הספר בכך שמשרד החינוך חרג מסמכותו כאשר בחר לשקול שיקולי מדיניות רחבים – החשש לפגיעה במערך החינוך הממלכתי ביישוב והפגיעה בעיקרון האינטגרציה – בעת ההחלטה האם ליתן לבית הספר רישיון. באותו עניין נדון ערעור מנהלי שהגישה עמותה שהפעילה בית ספר יסודי נוצרי – אורתודוכסי בכפר יאסיף שבגליל המערבי. בית המשפט ציין כי "נראה, איפוא, שהוראות החוק והתקנות ברורות וחד-משמעיות, ואין כלל צורך בפרשנות מהסוג שמשנה את כוונת המחוקק. שינוי כזה מן הראוי שיעשה בחקיקה." לגופו של עניין קבע בית המשפט כי לא עלה בידי משרד החינוך להראות – **ובעניין זה רובץ נטל ההוכחה לפתחו** – כי אכן יש בהפעלת בית הספר משום פגיעה אפשרית במערך החינוך הרשמי בעיר וכי פגיעה זו כה חמורה עד כדי שיש בה לגבור על זכותם החוקתית של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם. בין היתר צוין באשר לטענה בדבר פגיעה תקציבית במערכת החינוך הממלכתית כי "מטבע הדברים מספר פחות של תלמידים בבית הספר הממלכתי מצריך תקציב נמוך יותר אך גם מוריד את הצפיפות בכיתות, מה גם שתקצוב ב"ס ממלכתי ע"י משרד החינוך הוא ב-100% ובב"ס פרטי ירד תקצובו מהקופה הציבורית מ-100% ל-75%-65%, כפי שעולה מהטיעונים." אשר לטענת משרד החינוך כי אין צורך בבית הספר ציין בית המשפט כי "השאלה איננה רק מהם צרכי משרד החינוך, אלא גם מה זכותם ורצונם של ההורים ומה האיזון הראוי ביניהם", כי "המערערת לא חולקת על העובדה שאין בכל האיזון ב"ס נוצרי-אורתודוקסי ודי בעובדה זו כדי ללמד כי נמנעת זכותם החוקתית של ההורים לחינוך ילדיהם בהתאם להשקפת עולמם" וכי "בחברה רב-תרבותית, אין לשלול דווקא מבני העדה האורתודוכסית

⁹³ עמ"מ 153/12 מדינת ישראל נ' חינוך למנהיגות - חברה לתועלת הציבור בע"מ (5.7.12).

⁹⁴ עמ"מ (ת"א) 12302-07-11 מדינת ישראל משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'יריס - כפר יאסיף (18.10.11).

מתן חינוך לפי השקפתם, כאשר לא נטען כי מדובר בחינוך שאינו ברמה ובנורמות מקובלות" (פס' 8 לפסק הדין). כך גם נקבע כי לא הוכחה הטענה לפגיעה בעיקרון האינטגרציה – כי בכך ש"המערערת מודה כי כ – 40% (!) מתלמידי ביה"ס הפרטי, כאשר הוא פעל, היו שלא מהעדה הנוצרית-אורתודוקסית" (פס' 9 לפסק הדין). טענה שהועלתה על ידי משרד החינוך הנוגעת לתנאים הפיזיים במבנה ששימש להפעלת בית הספר – כי היתר הבניה שהוצג מתייחס להפעלת שש כיתות בלבד במבנה ולא שמונה כיתות כפי שהופעלו בפועל – נדחתה בשל האיחור בהעלאתה, כאשר לא ניתן היה לבדוקה כדין.

יש להעיר כי הטיעונים בהם בחר בית המשפט לפתוח את הכרעתו בעתירה היו אחרים – הטעות העובדתית שנפלה בהחלטת משרד החינוך, שהתייחסה לפתיחת בית ספר על יסודי בעוד שבקשתה של העמותה היתה לפתוח בית ספר יסודי והעובדה כי לא בא כל זכר בהחלטת משרד החינוך באשר לשיקולים הפדגוגיים שהצדיקו סירוב ליתן רישיון.

מקרים בהם החליטה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר

1. שיקולים "חוץ בית-ספריים"

א. שיקולי מדיניות "חוץ בית ספריים"

בארבעה מקרים שאותרו ונבחנו ההחלטה שלא להכשיר את פעילות בתי הספר הסתמכה על נימוקים שעניינם שיקולי מדיניות "חוץ בית-ספריים" – התחשבות במבנה מערכת החינוך והתאמתו של בית הספר לשיטת ה"חיטוב" הקיימת ביישוב בה מתבקש להפעילו או חשש לפגיעה במערך החינוך הרשמי ביישוב שיש בו כדי ליתן מענה חינוכי הולם לילדי היישוב. בשניים מבין המקרים, לצד השיקול החוץ בית ספרי נמצא כי ניתן משקל ברור גם לכך שבית הספר החל לפעול ללא רישיון כדין טרם שניתנה החלטתו של משרד החינוך בעניינו או לאחר שניתנה החלטה הדוחה את הבקשה לרישיון.

בעניין **עידן השלום**⁹⁵ נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר תיכון (כיתות ט' עד יב') צומח טכנולוגי למדעים ביישוב ג'דידה. ועדת הערר קבעה כי המתכונת בה מבקשת העוררת לפעול איננה המתכונת המקובלת במוסדות החינוך ביישוב ועל כן אין בידה להורות על מתן רישיון לבית הספר: "פתיחת תיכון טכנולוגי חדש, החל מכיתה ט', תפגע במערכת החינוך האזורית וביכולתם של בתי הספר לבנות תכנית פדגוגית שתבטיח את הרצף הפדגוגי הראוי לכלל תלמידיה ובכללם, תלמידי חטיבות הביניים, שיבקשו ללמוד במסלול טכנולוגי ויאלצו לעזוב את חטיבת הביניים מבלי שישלימו את לימודיהם על פי התכנית הפדגוגית התלת שנתית המחייבת בשלב החינוך הזה. העוררת ידעה (או הייתה חייבת לדעת) כי פתיחת תיכון מכיתה ט' אינה מתאימה למערך החינוכי במועצה המקומית ג'דידה מכ"ד, אך בחרה בכל זאת לפותחו במתכונת זו (ללא רישיון). [ההדגשות נוספות]". בהכרעתה של הוועדה בעניינה של העוררת ניתן משקל גם לחוסר החוקיות שדבק בהתנהלותה: "לכך נוסיף, כי פתיחת התיכון החדש, במתכונתו החריגה, נעשתה ללא רישיון. מודעים

⁹⁵ ערר 53/13 עמותת עידן השלום להכשרה, קידום, אחווה וחינוך נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (14.10.13) (להלן – עידן השלום).

אנו לכך, כי המשיב התעכב עד מאד במתן החלטתו... אלא שבכך אין כדי להכשיר את מעשה העוררת. העוררת ביקשה להקים מוסד חינוכי חדש ולשם כך היה עליה להתאזר בסבלנות ולהמתין לקבלת כל האישורים הנדרשים..." [ההדגשה במקור]. בצד האמור מצאה ועדת הערר להתייחס לטענת משרד החינוך באשר למספר התלמידים המועט בבית הספר וציינה כי "בשלב הראשוני בו אנו נמצאים, די במספר התלמידים הקיים כדי ליתן לבית הספר של העוררת רישיון". יצוין כי בעקבות קבלת הצעת פשרה שהציע משרד החינוך, לפיה בית הספר יפעל מכיתה י' ואילך, ניתן לבית הספר רישיון לפעול החל משנת הלימודים העוקבת (תשע"ד). עוד מצאה הוועדה להעיר בעניין התנהלותו של משרד החינוך – העובדה שקיבל את החלטתו בשיהוי ניכר, לאחר שכבר החלה שנת הלימודים וכן לא העביר את הדוח הפדגוגי בעניינה של העוררת לעיונה בטרם קיבל החלטה בבקשתה – ובשל אלה החליטה הוועדה להטיל על משרד החינוך הוצאות משפט.

בעניין אלקואסמי (2)⁹⁶ נדון עניינה של עמותה שהפעילה, תחילה ברישיון ובהמשך ללא רישיון כדון, חטיבת ביניים (כיתות ז' עד ט') במסגרת בית ספר על יסודי בעיר באקה ג'ת הנוהג לקבל לשורותיו תלמידים בהתאם להישגיהם הלימודיים. לכתחילה הוענק לעמותה רישיון להפעיל את כיתה ט' בבית הספר בעקבות ערעור מינהלי שהגישה ושנזכר לעיל (עמ"נ 10-03-35243).

הנימוק שביסוד סירובו של משרד החינוך ליתן רישיון להפעלת בית הספר ושעמד לדיון בפני ועדת הערר היה שונה מזה שעמד לדיון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים: לא עוד פגיעה במדיניות החיטוב של משרד החינוך כי אם פגיעה במערך החינוך הרשמי ביישוב והיעדר צורך בהפעלתו של חטיבת ביניים נוספת ביישוב.⁹⁷ הוועדה קיבלה את עמדת משרד החינוך וקבעה כי במשך שנים אכן היה מחסור משמעותי בכיתות בחטיבות הביניים, אולם מצב זה תוקן ונכון למועד הדיון בערר "אין הכרח (מספרי) בהקמתה של חטיבת ביניים נוספת". בכך סברה הוועדה יש גם כדי לפתוח את הדלת לטענת משרד החינוך כי הקמתה של חטיבת ביניים נוספת תפגע במערך החינוך הקיים.

לכל אלה התווסף "טעם מצטבר בעל חשיבות מכרעת" המהווה "עילה עצמאית לדחיית הבקשה לרישיון" – העובדה כי בית הספר נוהג למיין את תלמידיו וקולט לשורותיו תלמידים מצטיינים בלבד, כאשר תוצאתה של מדיניות זו היא "הפחתה במספר התלמידים החזקים הלומדים במערכת הרשמית ופגיעה בעקרון יסוד של מערכת זו – עקרון האינטגרציה". בצד האמור קבעה הוועדה כי לא שוכנעה בדבר ייחודיותו של בית הספר וכי רמתו הפדגוגית הגבוהה אין בה "כדי להצדיק הקמת בית ספר שיפגע במערך החינוך הרשמי, כאשר מערך זה נותן מענה חינוכי הולם". בהקשר זה הוסיפה הוועדה כי "רמתו הפדגוגית הגבוהה של בית הספר נשענת, בין היתר, על תקציב מדינה שנגרע ממערכת החינוך הרשמית ועל תלמידים מצטיינים העוזבים את מערך החינוך הממלכתי".

בסיום הדברים העירה הוועדה כי נסיבותיו של המקרה מצדיקות הכרעה הנוגדת את עמדתו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין ההפרדה בין הליך הרישוי להליך ההכרה ו"המביאה בחשבון את אותן התפתחויות משפטיות אך נמנעת מיצירת מציאות עובדתית חדשה אשר הינה לגישתנו

⁹⁶ ערר 28/10 חסידי חוסני אלקואסמי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (10.8.11) (להלן – עניין אלקואסמי (2)).
⁹⁷ השינוי נובע מכך שמבקשת הרישיון ביקשה להתאים עצמה למדיניות החיטוב של משרד החינוך ועל כן ביקשה להפעיל את כיתה ט' כהמשך לכיתות ז' וחי' ולא כחלק מחטיבת ביניים עליונה.

שגויה". נוכח האמור, ובהתחשב בפסיקתו של בית המשפט בעמ"נ 35243-03-10 הורתה הוועדה כי הרישיון שניתן להפעלת החטיבה העליונה שהפעילה העוררת יחול לגבי כיתה ט' נושא הערר בלבד חרף עמדתה של הוועדה "כי גם הפעלתה של כיתה זו פוגעת במערך החינוך הרשמי" (בעוד שנאסר על העוררת להפעיל את כיתות ז' וחי' נושא הערר).

בעניין **נגב טוב**⁹⁸ נדון עניינה של עמותה שהחלה להפעיל בית ספר על-יסודי צומח לאוכלוסייה הערבית במתחם מכללת בית ברל בשרון. לכתחילה דחה משרד החינוך את בקשתה של העמותה לקבלת רישיון להפעלת בית הספר בשל שלוש עילות נפרדות – מספר הילדים המצומצם בבית הספר, הטענה כי בית הספר נוהג למיין את תלמידיו והטענה כי המבנה החינוכי של בית הספר אינו תואם את המבנה החינוכי הקיים ביישובים מהם מגיעים התלמידים. בהחליטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר נסמכה ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר על העילה השלישית (לאחר שציינה כי משרד החינוך חזר בו מן העילה הראשונה ובאשר לשנייה – לא הורס הנטל להוכחתה) בקובעה כי אין פסול במדיניותו של משרד החינוך לנסות ולמנוע פגיעה במדיניות החיטוב שהנהיג על ידי הצבתה של דרישה להקמתם של בתי ספר תיכוניים שש שנתיים (מכיתה ז' ואילך) או שלוש שנתיים (מכיתה י' ואילך): "המשיב רשאי היה להסתכל על התמונה הרחבה יותר: שיטת החיטוב הנהוגה במרבית הישובים בישראל נועדה, כאמור ובין היתר, למנוע נשירה וליתן בידי התלמידים כלים טובים יותר להתמודדות עם החטיבה העליונה. מטרה זו הינה מטרה ראויה וחשובה שהמשיב מבקש לקדם... בית הספר של העוררת מבקש אף הוא לקדם מטרה חיובית וחשובה – קידום החינוך באוכלוסייה הערבית ועידוד שילובם של התלמידים הערביים באקדמיה, אלא שמבנהו הנוכחי פוגע ומכרסם בשיטת החיטוב הנהוגה על ידי פתיחת האפשרות לעזוב את חטיבות הביניים לפני סיומן" (בעמ' 8-9 להחלטה)

כך גם בעניין **חברת מפעלי אנקורי (1)**⁹⁹ מצאה ועדת הערר כי מדיניות החיטוב של משרד החינוך שאינה מאפשרת פתיחתן של כיתות ט' ביישובים בהם יש חטיבות ביניים "הינה מבוססת ומעוגנת וכי אין מקום להתערב בה" (בעמ' 11 להחלטה) וכי אופיו של בית הספר המהווה "מסגרת לתלמידים שויתרו/נאלצו לוותר על המסגרת החינוכית הרגילה ומבקשים לגשת לבגרות עיונית" נושא הערר מחזק מסקנה זו אף עוד יותר. הוועדה הוסיפה כי לעילה זו נלוות עילות נוספות התומכות במסקנתה שלא להכשיר את פעילות בית הספר – מיקומו של בית הספר במבנה מסחרי והיעדרו של מרחב לשיעורי חינוך גופני כמו גם היעדרה של חצר.

ב. פגם בהגשת הבקשה לרישיון: איחור בהגשת הבקשה לרישיון או הגשת בקשה חסרה

בחמישה-עשר מקרים שאותרו,¹⁰⁰ כולם למעט אחד נדונו בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר, נמצא כי לא ניתן הכשר לפעילות בית הספר שהחל לפעול ללא רישיון ובניגוד לדין מטעמים

⁹⁸ ערר 195/14 **חברת נגב טוב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החינוך** (להלן – עניין **נגב טוב**).
⁹⁹ ערר 163/14 **חברת מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' משרד החינוך** (23.11.14) (להלן – עניין **חברת מפעלי אנקורי (1)**).
¹⁰⁰ ערר 41/11 **ישועה וחיים נ' מנכ"ל משרד החינוך** (23.10.2011) (להלן – עניין **ישועה וחיים**); ערר 42/11 **בית הגנת הנוער נ' מנכ"ל משרד החינוך** (23.11.2011) (להלן – עניין **בית הגנת הנוער**); ערר 48/11 **עמותת בנות חיה בבית"ר עלית נ' מדינת ישראל משרד החינוך** (18.1.12) (להלן – עניין **בנות חיה**); ערר 53/11 **אלג'בל אלנמודג'יה בע"מ נ' משרד החינוך** (לא צוין תאריך) (להלן – עניין **אלג'בל אלנמודג'יה**); ערר 54/11 **העמותה לחינוך תורני בע"מ נ' משרד החינוך** (4.12.2011) (להלן – עניין **העמותה לחינוך תורני**). העמותה הגישה בקשה לרישיון גם בשנת הלימודים העוקבת אך גם זו נדחתה על רקע חסרונם של מסמכים מהותיים הנוגעים לתנאים הפיזיים במבנה וכך גם נדחה ערר שהגישה על

של איחור בהגשת הבקשה לרישיון או הגשת בקשה חסרה. הוועדה ייחסה משמעות רבה לכך שבפגמים אלה בהתנהלות מבקש הרישיון יש כדי להעיד על יכולתו לספק תנאים ראויים לתלמידיו. כך לדוגמה בעניין אלג'בל אלנמודג'יה ציינה ועדת הערר:

"הפגמים בהתנהלות העוררת אינם פגמים טכניים גרידא, כפי שניסה בא כוחה לטעון בפנינו. הגשת בקשה חסרה שאין מצורפים אליה המסמכים הנדרשים ובכלל זה מסמכים שנאמר במפורש, כי הם הכרחיים לשם הנעת תהליך הרישוי, חותרת תחת הליך הרישוי ומעקרת אותו מתוכן. וכבר כתבנו במקום אחר, כי "התייחסות מזלזלת להליך הרישוי סופה שתביא לפגיעה בילדים עצמם, בשם הזכות לחינוך" (ערר 20/2010) וכי "הקמת בית ספר אינה עניין של מה בכך. הלוקח על עצמו משימה חשובה זו חייב שיתכונן מבעוד מועד ויקים תשתית ראויה לקליטתם של תלמידים" וכי "אין בידינו לקבל אופן התנהלות... אשר בשמה של מטרה חשובה מקדש התנהלות לקויה ורשלנית" (ערר 29/2010).

ובעניין בית הגנת הנוער הביאה הוועדה מדברים שאמרה בעניין אחר בהקשר זה:

"הנחת המוצא של גופים המבקשם להקים מוסד חינוכי חייבת להיות כי במועד הגשת הבקשות לרישיון (הקבוע כארבעה וחצי חודשים לפני פתיחת שנת הלימודים!) חייבים להיות בידיהם מסמכים מינימאליים אשר יאפשרו הגשתה של בקשה לרישוי. מסמכים המעידים על כך כי אין אנו עוסקים בכוונות עתידיות ו-"בבית ספר של נייר" אלא, כי ננקטו פעולות ממשיות להקמתו של המוסד החינוכי והוכנו חלק ניכר מההכנות הנדרשות לפתיחתו של מוסד זה... מדיניות של המשיב, המבקשת לאכוף דרישות מינימאליות אלו על המבקשים להקים מוסד חינוכי הינה ראויה ומתבקשת בעינינו ואין לנו אלא לשבחה." [ההדגשות הוספו]

בעניין בנות חיה הוסיפה ועדת הערר כי בנסיבות בהן אין בידי מבקשת הרישיון היתר בניה למבנה בו פועל בית הספר אין בידה להורות למשרד החינוך להעניק לה רישיון וכי "כל תוצאה אחרת עשויה להוביל למצב אבסורדי בו יד אחת של המדינה מתירה הקמתו של מוסד והיד השנייה אוסרת".

סוגי המסמכים החסרים – למעט מקרה אחד, בכל המקרים בהם דובר בהגשת בקשה חסרה – המסמכים החסרים היו מסמכים מהותיים הנוגעים לתנאים הפיזיים במבנה ששימש להפעלת בתי הספר, מן ההיבט התכנוני או הבטיחותי, ואשר חסרונם מהווה בהתאם לנוהל משרד החינוך עילה לדחייה על הסף של בקשה לרישיון.

בעניין אלג'בל אלנמודג'יה, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר תיכון לבנים עבור המגזר הערבי בעיר ירושלים, בשונה מיתר המקרים, המסמכים החסרים לא התייחסו

החלטה זו – ערר 74/12 העמותה לחינוך תורני בעלי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (27.11.12); ערר 80/11 פרוגרס סקולס בע"מ – תיכון אלעזיזה לבנות נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (23.1.12) (להלן – עניין פרוגרס סקולס); ערר 90/11 עמותת 'ואת עלית' – סמינר בית יעקב נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (4.3.2011) (להלן – עניין ואת עלית); ערר 73/13 משיח גן ישראל בע"מ נ' משרד החינוך (10.12.2013) (להלן – עניין משיח גן ישראל); ערר 156/13 עמותת בעקבי הצאן אורה ושמחה ירושלים נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (26.3.14) (להלן – עניין עמותת בעקבי הצאן); ערר 119/13 תורת יעקב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (18.12.2014) (להלן – עניין תורת יעקב); ערר 153/14 עמותת תורת מנחם, תל ציון נ' משרד החינוך (9.11.14) (להלן – עניין עמותת תורת מנחם); ערר 117/14 עמותת עטרת אסתר נ' משרד החינוך (16.9.14) (להלן – עניין עטרת אסתר); ערר 172/14 המרכז לחינוך וחברה בלוד נ' מדינת ישראל משרד החינוך (15.1.15) (להלן – עניין המרכז לחינוך וחברה בלוד); עמ"נ (י-ם) 24808-09-14 חברת מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' מנכ"ל משרד החינוך (14.1.15) (להלן – עניין חברת מפעלי אנקורי (2)).

לתשתית הפיזית של מבנה בית הספר אלא למסמכים בדבר התאגדותה של העמותה וכן לאישורים הנוגעים לעובדי ההוראה האמורים ללמד בבית הספר, לרבות אישורים ממשטרת ישראל ותצהירי בריאות. ועדת הערר ציינה בהחלטתה כי "התנהלות זו עשויה ללמד על היערכות חפזה, ללא הכנה מספקת לפתיחתו של מוסד חינוכי. אם העוררת הייתה טורחת להשלים את המסמכים החסרים בהקדם, יתכן שהיינו מקלים עימה בסוגיה זו..."

יחודיות בית הספר והצורך בהפעלתו – בעניין ישועה וחיים ובעניין בית הגנת הנוער נמצאה התייחסות ליחודיותו של בית הספר ולצורך בהפעלתו, ואולם לא נמצא באף אחד מן המקרים כי יש בכך כדי להביא להכשרת פעילות בית הספר. לכל היותר, בשל "רגישות הנושא", הופנה העניין לבחינתה של ועדת חריגים שבסמכותה לדון בשאלה האם יש מקום להורות בשל נסיבות מיוחדות על בדיקתן מחדש של בקשות שנדחו על הסף וזאת בליווי אזהרה "פן תהפוך ועדת חריגים למסלול חלופי 'שגרתי' עבור מבקשי רישיון אשר לא טרחו להגיש בקשות מלאות במועד"¹⁰¹.

בעניין **משיח גן ישראל** ציינה הוועדה כי התרשמה מכוונותיו הטובות של מנהל העמותה וטענותיו כי בית הספר השיג הישגים בעבודתו עם ילדים הסובלים מקשיים שונים "אלא שדברים אלו יוכלו לסייע לעוררת רק אם תקפיד לפעול על פי דין ולנהל את בית הספר בהתאם להוראות המשיב."

בעניין **אלג'בל אלנמודג'יה** החליטה הוועדה לקבל את הערר באופן חלקי במובן זה שעניינו של בית הספר יובא בפני משרד החינוך לצורך בחינה מחודשת, וזאת משום שסברה כי טענות שהועלו בדבר הצורך בהקמתו של בית הספר לא נבחנו באופן רציני על ידי משרד החינוך קודם למתן החלטה בעניינו: "הוטרדנו מטענה שהעלה בפנינו ב"כ העוררת – ולא נבדקה על ידי המשיב – לפי אין בשכונת ג'בל מוכבאר תיכון (לבנים) ותלמידי השכונה נאלצים לנסוע לבתי ספר בשכונות מרוחקות. בכ"ח המשיב השיב לטענה זו בעת הדיון על פה תשובה כללית לפיה ככל הידוע לו יש מענה חינוכי לכל הילדים הלומדים בבית הספר (גם אם לא בשכונה עצמה); כי אין חובה לפתוח תיכון בכל שכונה ושכונה וכי הדבר צריך להישקל גם אל מול מספר התלמידים בשכונה ושיקולים נוספים כגון אלו... תשובה זו לא סיפקה אותנו. התרשמנו, כי הסוגיה לא נבחנה לעומקה וכנדרש על ידי המשיב... החלטנו על כן להורות למשיב לבדוק האם אכן ישנו צורך בהקמתו של בית ספר תיכון בשכונת ג'בל מוכבאר... אם יתברר כי ישנה הצדקה.. תועבר הבקשה להמשך בדיקה... אם יתברר כי אין מתעורר צורך שכזה – תעמוד ההחלטה הקודמת על כנה." בעניין זה וכן בעניין **העמותה לחינוך תורני בעלי** ציינה הוועדה כי אין בהחלטתה כדי למנוע מהעוררת לפנות לוועדת חריגים כאמור ביוזמתה שלה.

כך גם בעניין **חברת מפעלי אנקורי (2)**, שם נדון בפני בית משפט לעניינים מינהליים עניינה של עמותה שבקשתה לקבלת רישיון להפעלת חטיבת ביניים "צומחת" בעיר תל-אביב סורבה, התקבלה עתירה כנגד ההחלטה שלא ליתן לה רישיון במובן זה שהחלטת משרד החינוך לדחות על הסף את בקשת הרישיון בשל היעדרם של מסמכים מהותיים הנוגעים לתנאים הפיזיים במבנה שיועד להפעלת בית-הספר – תבוטל, והבקשה תוחזר אל משרד החינוך, אשר יבדוק אותה לגופה, על-פי נהליו. החלטת בית-המשפט ניתנה חרף העובדה שסבר כי החלטת הדחייה ניתנה כדין, "אלא שמערך הנתונים שעל בסיסו התקבלה ההחלטה בשעתו השתנה, וכעת האינטרס המרכזי שיש לשקול הוא

¹⁰¹ עניין **ישועה וחיים**, הערה 100 לעיל.

טובת התלמידים... (פסי' 21 לפסק הדין) ובהמשך: "הגם שהחלטת המנהלת הכללית הייתה, לכאורה, מוצדקת במועד בו ניתנה... וכך גם החלטת ועדת הערר... הרי שמצב הדברים והנסיבות התשנו [הטעות במקור]. זאת, הן משום החלטת המערערת לפתוח את בית הספר מבלי שניתן לה רישיון לעשות כן, והן משום החלטת בית המשפט העליון בעניין דנן... אשר הורה ליתן צו ביניים להמשיך הפעלתו של בית הספר, תוך שימת הדגש על טובת התלמידים. דברים אלה גרמו לתזוזה באיזון האינטרסים..." (פסי' 31 לפסק הדין)

בעניין **בנות חיה**¹⁰², שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר לבנות ביישוב בית"ר עלית, העובדה כי הוגשה בקשה חסרה היוותה את השיקול העיקרי להחלטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר, ואלה הצטרפו השיקול בדבר היעדר הצורך בהפעלת בית הספר לנוכח המענה החינוכי המספק שניתן על ידי מערך החינוך הרשמי ביישוב, ובתוך כך החשש לפגיעה במערך החינוך הרשמי ביישוב. הוועדה בחנה את טענת משרד החינוך כי בית הספר פוגע מספרית ותקציבית במערך החינוך הרשמי ביישוב וקבעה כי הוכחה פגיעה כזו שלא ניתן להצדיק בשם ייחודיות בית הספר – "לא רק טעמי "אמונה" ו"אדיקות" נמצאים ביסוד הרצון להקים מערך בתי ספר נפרדים אלא סכסוכים פנימיים ואף... ישנו חשש שתחת אדרת ה"אדיקות" מסתתרת אבחנה סוציו-אקונומית הפוגעת בעקרון האינטגרציה והשוויון שהם אבן יסוד של מערכת החינוך הישראלית". בהמשך הוסיפה הוועדה כי "קריטריון ה"אדיקות" לו טוענת העוררת עשוי להוות אצטלה לאפליה פסולה על רקע עדתי וכי יתכן כי אפליה זו היא אחת הסיבות האמיתיות להקמתו של בית הספר". הוועדה קבעה כי עצם קיומו של סכסוך פנימי בקהילה ביישוב אינו מקים כשלעצמו צורך בהקמתו של בית ספר נפרד: "קבלתה של טענה מעין זו עלולה להוביל להקמתן של אלפי בתי ספר קטנים, עבור כל הפלגים הקיימים בכל קהילה, ולתרום על ידי כך לפילוגה של החברה הישראלית באמצעות סגרציה בחינוך. מעבר לכך והחשוב לענייננו – תוצאה מעין זו תפגע אנושות במערכת החינוך הרשמית בישראל." (בעמ' 11 להחלטה)

בעניין **המרכז לחינוך וחברה בלוד**, שם נדון עניינה של עמותה שביקשה להפעיל בית ספר יסודי (כיתות א' וב') בעיר לוד עבור האוכלוסייה הדתית-לאומית בעיר, חסרוננו של מסמך מהותי מהבקשה לרישיון הוא שהיווה אמנם את העילה המכרעת להחלטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר, אך בצד זאת ניתן משקל של ממש גם לעילה שעניינה מספר התלמידים המצומצם הלומדים בבית הספר. ועדת הערר העירה כי היא מודעת לקושי שבהחלטה שלא ליתן רישיון לבית הספר אשר יחייב את תלמידיו לנסוע לבית ספר חלופי הממוקם במרחק של כחצי שעת נסיעה, "אלא שפגיעה זו אינה יכולה לאיין את דרישות הרישוי ולחייב את המשיב במתן רישיון לבית ספר אשר לדעת המשיב, לא היו בעת מתן ההחלטה בעניינו מספיק ערובות כי יוכל להתקיים לאורך זמן ולקיים רצף חינוכי ואשר פועל במבנה שלא הוקצה לו כדין." (בעמ' 10 להחלטה)

בעניין **עמותת תורת מנחם** העירה ועדת הערר בשולי החלטתה כי מתגובתו של משרד החינוך עולה כי "קיים לילדים מענה חינוכי הולם ומיטבי במסגרת הגנים ובתי הספר הקיימים ביישוב עצמו

¹⁰² ערר 48/11 עמותת בנות חיה בבית"ר עלית נ' מדינת ישראל משרד החינוך (18.1.12) (להלן – עניין בנות חיה).

וביישובים הסמוכים" והוסיפה כי הוסבר לה "כי ביישוב כוכב יעקב אין אמנם בית ספר הפועל ברוח חב"ד, אלא שבית ספר כזה קיים ביישוב סמוך." (בעמ' 6 להחלטה)

התייחסות להתנהלות מבקשת הרישיון ולחוסר החוקיות שדבק בה – בארבעה מן המקרים ייחסה הוועדה משקל מסוים גם לאופן התנהלות מבקש הרישיון ולחוסר החוקיות שדבק בה.

בעניין **ישועה וחיים**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון ובניגוד לדין בית ספר תיכון חרדי לבנים בעיר צפת, צוין כי "טענותיה של העוררת, כי היה קושי רב בהשגת ההיתר מעיריית צפת אינן יכולות להתקבל ולו בשל העובדה, כי העוררת מפעילה את בית הספר שנים מספר ללא רישיון והיה לה לפיכך זמן רב להיערך להגשת בקשה לרישיון כנדרש, ובכלל זה לוודא כי יש בידיה העתק מהיתר הבניה."

בעניין **העמותה לחינוך תורני**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון ובניגוד לדין בית ספר יסודי לבנות ביישוב עלי, צוין כי "העוררת ניסתה להפוך את היוצרות על פיהן ולטעון, כי עשתה כל שביכולתה כדי שהמבנה יהיה מוכן בזמן וכי העיכוב בהקמת המבנה אינו באחריותה. אופן הצגת דברים זה מבטא חוסר הבנה עמוק לסדרי עולם במדינת חוק. לעוררת אסור היה לפתוח בית ספר ללא רישיון מלכתחילה ולהמשיך בהפעלתו מספר שנים..."

בעניין **עקבי הצאן**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי חרדי לבנות בעיר ירושלים, צוין כי "התנהלותה של העוררת עד כה הייתה רשלנית וחמורה והיא מבטאת זלזול מוחלט בהליכי הרישוי ובדין. העוררת בחרה להפעיל את בית הספר במשך שנים ללא רישיון, תוך זלזול גמור בהוראות החוק וללא שעשתה מאמץ של ממש על מנת לעמוד בדרישות הדין."

בעניין **עמותת תורת מנחם**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין "כיתות בית ספר" ברוח חב"ד ביישוב כוכב יעקב, צוין כי "...השיהוי במקרה זה מקומם במיוחד שכן, העוררת המתניה עד אשר תיפתח שנת הלימודים הרלוונטית, החלה בהפעלתו של בית הספר ורק לאחר מכן, טרחה להגיש עררים על החלטות מנכ"לית משרד החינוך. התנהלות זו אינה הולמת והיא מעוררת חשד כבד, כי העוררת ניסתה להעמידנו בפני 'עובדות מוגמרות'." (בעמ' 6 להחלטה)

בעניין **המרכז לחינוך וחברה בלוד** התייחסה ועדת הערר להתנהלותה של העוררת בכל הקשור לעילת הדחייה הנלווית – מספר התלמידים המצומצם. הוועדה ציינה כי איננה סבורה "שבעלות המקימה בית ספר ללא רישיון וכתוצאה מכך ללא פיקוח (ללא אישורי תברואה ובטיחות ופיקוח פדגוגי כלשהו) תיהנה מפירות פעולותיה הלא חוקיות. וודאי שאין מקום לפעול כלפיה לפני משורת הדין. העוררת הכירה היטב את נהלי הרישוי וידעה, כי היא אינה עומדת בתנאי המשיב להקמתו של בית ספר 'צומח' וככל הנראה בשל כך החליטה שלא להגיש בקשה לרישיון לשנה"ל תשע"ד..." (בעמ' 9 להחלטה)

ביתר המקרים אוזכרה העובדה שבית הספר החל לפעול ללא רישיון, אך זאת מבלי שניתן לעובדה זו, למצער באופן פורמלי, משקל בהחלטה הסופית.

הגשת בקשה חסרה – בארבעה מן המקרים – בעניין **משיח גן ישראל**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון ובניגוד לדין בית ספר יסודי ביישוב יסוד המעלה, בעניין **פרוגרס סקולס**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון ובניגוד לדין בית ספר תיכון לבנות בשכונת כפר עקב בירושלים, בעניין **תורת יעקב**, שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון ובניגוד לדין בית ספר יסודי בעיר ירושלים ובעניין **עמותת תורת מנחם** – האיחור בהגשת הבקשה לרישיון הוא ששימש כנימוק העיקרי לדחיית הערר, אולם במקרים אלו לכתחילה נדחו הבקשות לרישיון גם על רקע חסרונם של מסמכים מהותיים הנוגעים לתנאים הפיזיים במבנים ששימשו להפעלת בתי הספר.

בעניין **תורת יעקב** הושלמו המסמכים החסרים וצורפו לערר אך מעיון בהחלטת הוועדה ניתן ללמוד כי לא היה בכך כדי לשנות מהחלטתה משלא שוכנעה בקיומו של צורך בהפעלת בית הספר: "אין חולק, כי הילדים שלמדו בעבר בגני העוררת ועלו לכיתה א' בשנים קודמות, למדו במוסדות חינוך שונים ברחבי העיר וכי הם קיבלו מענה חינוכי. העוררת שביקשה להקים לילדים הלומדים בגניה, גם בית ספר 'ממשיך', יכולה הייתה לפיכך להמתין עוד שנה אחת, להיערך בהתאם ולהגיש בקשה מלאה ומסודרת לרישיון במועד... העוררת לא עשתה כן אלא החליטה למהר ולפתוח מוסד חינוכי ברגע האחרון ובניגוד לדין. ברי, כי המשיב אינו יכול להיענות לדרך פעולה זו."

בעניין **פרוגרס סקולס** הטעם לדחיית הבקשה לקבלת רישיון היה שילוב של האיחור הרב בהגשתה לצד העובדה שהיתה חסרה מסמכים חיוניים רבים ובהם מסמך הנוגע לתשתית הפיזית בה פועל בית הספר (אישור לשימוש חורג במבנה) ונוהל תקצוב. בהכרעת הדין התמקדה הוועדה דווקא בצורך הנטען בהפעלתו של בית הספר וקבעה כי לא הוכח "צורך מיידי ודחוף במתן מענה חינוכי לתלמידות" אשר היה בו כדי להצדיק את תחילת הפעלתו של בית הספר מבלי ליידע על כך את משרד החינוך, אלא רק מספר חודשים לאחר מכן, "ולאחר שבית הספר פעל שבעה חודשים ללא רישיון וללא פיקוח ובקרה".

בשניים מן המקרים – בעניין **ישועה וחיים** ובעניין **בית הגנת הנוער** – הוגש הערר על החלטת משרד החינוך לסרב ליתן רישיון לבית הספר באיחור אולם ועדת הערר סברה כי בשל כך שהאיחור נגרם בשל טעות בתום לב יש לדון בערר כאילו הוגש במועד. גם בעניין **אלג'בל אלנמודג'יה** הוגש הערר בשיהוי אולם בשל העובדה שמשרד החינוך לא העלה טענה זו בהזדמנות הראשונה ועל כן החליטה ועדת הערר לדון בו.

ג. שיקולים "חוץ ביתיים" אחרים

בעניין **הרב רפאל בובליל**¹⁰³ נדון ערעור מינהלי כנגד צו סגירה שהוצא לבית ספר חרדי שהחל לפעול ללא רישיון כדין. צו הסגירה הוצא לבית הספר בשל שלושה טעמים – דיווח שגוי לגבי מצבת התלמידים בבית הספר; מספר התלמידים המועט; והפרתו של הסדר הבראה שנחתם עם המדינה שכלל הוראה בדבר סגירת המוסד. בית המשפט לעניינים מינהליים החליט בסופו של הליך לדחות

¹⁰³ ע"ש (חי) 309/00 הרב רפאל בובליל נ' גב' שולמית עמיחי - המנהל הכללי של משרד החינוך (1.2.01) (להלן – עניין הרב רפאל בובליל).

את הערעור כנגד הוצאת צו הסגירה בהסתמך על הטעם השלישי: "ברשיון צוין במפורש, שהמוסד משתייך לרשת מעיין החינוך ובשום שלב לא נטען שהמוסד פרש או הופרש מרשת זו. לכן, ההסכם שנעשה ע"י הרשת לסגירת המוסד מחייב לכאורה את המוסד. הטענה שההסכם נעשה בכפייה, אינו ראוי להשמע, שכן טענת כפייה גם אם היא נכונה, אינה מביאה לבטלות החוזה, אלא יש צורך בביטול ההסכם...". בית המשפט התייחס גם לנימוקו של משרד החינוך בעניין מספר התלמידים המועט וציין כי ספק אם מספר התלמידים מצדיק את קיומו של המוסד: "לא ניתן לאמר שההחלטה לסגור את ביה"ס היא בלתי סבירה מהותית או בלתי מידתית. גם אם מאמצים את כלל "הראיה המינהלית", רשאית היתה המשיבה להסתמך על דו"חות של מבקרים מטעמה באשר למספר התלמידים, אך גם אם נניח שמספר התלמידים הוא כפי שדווח על ידי המערער, הוא עדיין קטן ביותר באופן שספק אם הוא מצדיק קיומו של מוסד נפרד. המרחק עד לאור-עקיבא בה פועל ב"ס אחר של רשת מעיין החינוך, אינו כה גדול שלא ניתן לרכז את תלמידי המוסד בבית הספר השייך לאותו זרם והנמצא באור-עקיבא. מה גם שלא הוכח שכל התלמידים של המוסד מתגוררים בדוקא בפרדס-חנה או בקירבת מקום" [ההדגשות הוספו]. בית המשפט ייחס משקל גם לכך שמדובר בהליך של חידוש רישיון ולא ביטול: "אין מצבו של המערער דומה למי שהיה בידו רישיון ונשלל ממנו, אלא מאחר ותוקפו של הרישיון הזמני פג, הרי המערער הוא כמי שבא לבקש רישיון חדש ולגבי אדם הנמצא במעמד כזה "גם חשד מבוסס יכול בדרך כלל - לשמש סיבה מספקת לסירוב הרישיון".

2. שיקולים "פנים בית-ספריים"¹⁰⁴

א. מספר תלמידים מצומצם שאינו מאפשר קיום רצף חינוכי

בשלושה מקרים – בעניין **קיבוץ צבעון**,¹⁰⁵ בעניין **שחף שהם**¹⁰⁶ ובעניין **זכרון שלמה**¹⁰⁷ – כולם נדונו בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי הספר – הנימוק העיקרי עליו הסתמכה הערכאה השיפוטית שלא להכשיר את פעילות בית הספר היה מספר התלמידים המצומצם.

בעניין **קיבוץ צבעון**, שם נדון עניינה של אגודה שיתופית שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי ברוח החינוך הדמוקרטי בקיבוץ צבעון,¹⁰⁸ הושם דגש על כך שבנושא זה יש כדי להשליך על היכולת של בית הספר לקיים רצף חינוכי לאורך זמן, מחד, ומאידך, על היכולת לקיים הפריה לימודית הדדית ותהליכי חברות שלהם השפעה משמעותית על התפתחותם האישית והחברתית של הילדים. כך צוין כי "הפתרון אינו יכול להיות, לדעתנו, בהקמת בית ספר 'טרם זמנו' (בית ספר שלא ברור אם ניתן יהיה לקיים בו רצף חינוכי לאורך שני, שאינו יכול להוות מסגרת חברתית הולמת ושלא נערכה היערכות פדגוגית וארגונית מספקת להקמתו)... התרשמנו כי אצה הדרך לעוררת להקים מסגרת חינוכית בתוך הקיבוץ וכי היא עשתה זאת ללא עבודת הכנה מספקת ומבלי לבחון חלופות ולשתף

¹⁰⁴ בעניין **זכרון שלמה**, הערה 107 להלן, נטען כי מספר התלמידים בבית הספר הוא שיקול "חוץ בית ספרי" וכי משרד החינוך אינו רשאי לשיקול שיקול זה במסגרת הליך הרישיון אולם בית המשפט דחה טענה זו בקובעו כי אלו שיקולים הנוגעים באופן ישיר לרמתו הפדגוגית של בית הספר עצמו ולאפשרות התפתחותם הטובה של התלמידים הלומדים בו וכי מקומם בבחינת הבקשה למתן הרישיון.

¹⁰⁵ ערר 8/14 **קיבוץ צבעון - אגודה שיתופית נ' משרד החינוך** (30.3.14) (להלן – עניין **קיבוץ צבעון**).
¹⁰⁶ ערר 85/11 **עמותת שחף שהם - שהם חינוך ופיתוח נ' מדינת ישראל - משרד החינוך** (7.3.12) (להלן – עניין **שחף שהם**).

¹⁰⁷ ערר 125/2013 **עמותת זכרון שלמה - ד' באבוב נ' מדינת ישראל - משרד החינוך** (2.3.14) (להלן – עניין **זכרון שלמה**).

¹⁰⁸ תוך השמת דגש על "חיזוק הקשר של התלמידים עם הקהילה ועם הטבע" כאשר בית הספר פועל בצורה של "הום סקולינג".

פעולה עם המועצה ויישובי הסביבה...". (בעמ' 8 להחלטה) לנימוק זה הצטרפו ליקויים פדגוגיים שנמצאו בהתנהלות בית הספר, לרבות היעדר תכניות לימוד העונות על דרישות משרד החינוך, היעדרו של מנהל בית ספר בעל הכשרה מתאימה וכן היעדר היתר בניה והיתר שימוש חורג במבנה. בצד האמור מצאה הוועדה להעיר כי התרשמה שחלק מהליקויים "לא נבחנו כראוי ולא נשקלו במבט רחב דיו" וכי על משרד החינוך לבחון את הנעשה במסגרת החינוכית בפריזמה פלורליסטית המכירה בקיומן של גישות חינוכיות שונות ובלבד שגישות אלו אינן פוגעות בבריאותו וברוחותו של התלמיד.

בעניין **זכרון שלמה**¹⁰⁹ ציינה ועדת הערר כי למספר התלמידים המועט משמעות נוספות, מעבר למשמעויות הפדגוגיות שהוזכרו בעניין **קיבוץ צבעון**. ראשית, העובדה כי למספר התלמידים השלכה על יציבותו של המוסד החינוכי ויכולתו להתקיים לאורך זמן: "הנתונים הקיימים כיום מלמדים, כי הקהילה הינה כה קטנה שאין כל ודאות כי בשנים הבאות יהיו בה מספיק ילדים על מנת לפתוח כיתה א' וכי בית הספר יתקשה לשמור על רצף כיתות לאורך השנים. במצב זה, מתרשמים אנו, כי בית הספר יתקשה בבנייה ובביסוס של מערך פדגוגי-חברתי-ארגוני יציב והוא עשוי להפוך ל'צבר' של כיתות בודדות ואקראיות בהן מספר תלמידים מועט". ועדת הערר הזכירה משמעות נוספת שעשויה להיגזר ממספר התלמידים – שאלת ההצדקה הכלכלית להקמתו של מוסד חינוכי המבקש להיתמך כלכלית על ידי המדינה – אולם ציינה כי שיקול זה אין מקומו להישקל בעת הדיון בבקשה לרישיון.

גם במסגרת הליך הערעור על החלטת ועדת הערר בעניין **זכרון שלמה**, שנדון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים,¹¹⁰ הנימוק העיקרי עליו הסתמך בית המשפט שלא להכשיר את פעילות בית הספר היה מספר התלמידים המצומצם תוך דחיית טענות מבקשת הרישיון כי יש לראות בשיקול זה שיקול חוץ בית ספרי שמשרד החינוך אינו מוסמך לשקול בעת ההחלטה בבקשה לקבלת רישיון: "החלטתה של ועדת הערר מעוגנת בנתונים שהובאו לפניו, וקביעתה סבירה. הראיה היחידה שהציגה המערערת היא רשימת המשפחות החברות בקהילה, אולם זאת ללא פירוט של מספר הילדים בכל משפחה, גילם ורצונם ללמוד בבית ספר זה. כפי שראינו לעיל, בית הספר הנדון פעל תחת התראות חוזרות של המשיב על כך שאינו צומח, וזאת עוד בטרם ארע משבר הפילוג בקהילה. בית הספר המשיך לפעול גם לאחר שניתן נגדו צו סגירה בשל מיעוט התלמידים שבו. העובדה שעתה מבקשת המערערת ליטול את המושכות אינה משנה את תמונת המצב מן הבחינה המהותית, היינו שהמדובר באותו בית ספר, שבמשך שנים מתקשה לקום על רגליו...". בית המשפט ציין כי לא מצא סיוע לטענת המערערת בהחלטה בעניין **הפטריארכיה רוס**: "באותה פרשה סברה ועדת הערר כי יש ליתן לבית הספר נשוא הדיון הזדמנות אמיתית לצמות, לאחר שמצאה כי המשיב הכשיל, בהתנהלותו, הזדמנות זו... לא כך הדבר בענייננו. לא רק שאין המערערת טוענת כל טענה על התנהלותו של המשיב בעניינה, ראינו כי המשיב חידש את רישיונו של בית הספר שנה אחר שנה, תוך מתן התראות חוזרות ונשנות על מיעוט התלמידים, שיביא בסופו של דבר לסגירתו." (פסי' 20 לפסק הדין) בית המשפט גם לא מצא סיוע לטענות המערערת בעניין **מקור המקווה** שם נקבע כי מספר התלמידים אינו קריטריון מתאים לבתי ספר דתיים יחודיים, המשרתים קהילות קטנות ומצומצמות: "[ההחלטה] מתייחסת לבית ספר שלמדו בו 90 תלמידים בכל שכבות הגיל, שלא כמערערת שביקשה לפתוח בית ספר ובו 24 תלמידים בשלוש שכבות גיל בלבד. יתרה מזאת, באותה פרשה לא היה בנמצא פתרון חלופי שיכול היה להיות

¹⁰⁹ שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה מבלי שניתן לה רישיון כדין בית ספר יסודי לבנים בעיר בת-ים עבור קהילת חסידות באבוב לאחר שבית ספר קודם של הקהילה נסגר שנים רבות קודם לכן בשל מספר תלמידים מועט.

¹¹⁰ עמ"נ (י-ם) 34468-04-14 עמותת **זכרון שלמה** - באבוב נ' **משרד החינוך** (2.3.14).

מקובל על הורי התלמידים והתואם את אורח חייהם. נתון זה, היינו קיומו של פתרון חלופי, הינו נתון מהותי שעמד לנגד הוועדה, וכאמור נמצא לה כי בית הספר בבני ברק הוא פתרון חלופי. (פס' 21 לפסק הדין). בסיכומם של דברים קבע בית המשפט כי אין ליתן משקל מכריע לשיקול הייחודיות ולזכותם של ההורים לחנך את ילדיהם על פי דרכם, "ודאי כך, משנמצא פתרון חלופי על דרך של הסעה לבית הספר בבני ברק, שאינו במרחק בלתי מתקבל על הדעת ממקום מגוריהם של התלמידים." יצוין כי בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחה על ידי בית המשפט העליון (בר"מ 5725/14).

נימוקים דומים לאלו הנזכרים לעיל הופיעו גם בעניין **שחף שהם**, שם הופעל ללא רישיון כדין בית ספר יסודי דמוקרטי בישוב שהם (כיתות א' עד ח'), לאחר שמשרד החינוך החליט שלא לחדש רישיון שניתן לבית הספר בשנת הלימודים הקודמת. ועדת הערר ציינה כי אמנם מתן הרישיון "יצר ציפייה סבירה" כי הוא יוארך גם בשנת הלימודים הבאה אלא שציפייה זו הותנתה בגידול במספר התלמידים בבית הספר ובתיקון הליקויים הפדגוגיים שנמצאו בהתנהלות בית הספר – העובדה כי מנהל בית הספר אינו בעל תעודת הוראה ולמעשה נעדר הכשרה כלשהי בחינוך. ועדת הערר ציינה כי מספר התלמידים הקטן בכל כיתה אינו נובע ממדיניות חינוכית של בית הספר וייחסה משקל של ממש לדרך התנהלותה של העמותה שהחליטה לפתוח כיתות נוספות בבית הספר תוך התעלמות מהערות משרד החינוך. הוועדה אף העירה בהקשר זה כי "נראה שאין היא [העמותה] המפעילה את בית הספר לוקחת בחשבון את טובת הילדים הלומדים בכיתות אלו". בצד האמור העירה הוועדה כי לא שוכנעה בכך שהעוררת עורכת מיון של התלמידים שדי בו כדי להצדיק שלא ליתן לה רישיון או כי בית הספר אינו מקיים את תכנית הליבה, כפי שטען משרד החינוך.

התנהלות משרד החינוך – בכל המקרים שאותרו ונבחנו החלטת משרד החינוך בעניינה של מבקשת הרישיון התקבלה באיחור ניכר, לאחר שכבר נפתחה שנת הלימודים נושא הבקשה לרישיון. בשניים מן המקרים – בעניין **קיבוץ צבעון** ובעניין **שחף שהם** – טענה העוררת כי הדוח הפדגוגי עליו, בין היתר, הסתמך משרד החינוך בהחליטו שלא ליתן רישיון לבית הספר לא הועבר לעיון מבקשת הרישיון בטרם ההחלטה ובכך נפגעה זכות הטיעון שלה. עם זאת, הוועדה לא מצאה כי יש בטעם זה לבדו כדי להצדיק את קבלת הערר, למצער משום שניתנה לה במסגרת הערר ההזדמנות להגיב לאמור בדוח אך היא בחרה שלא לנצל.

ב. ליקויים פדגוגיים בהתנהלות בית-הספר

בשמונה מקרים שאותרו,¹¹¹ כולם נדונו בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח, נמצא כי הערכאה השיפוטית החליטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר בשל ליקויים פדגוגיים שנתגלו

¹¹¹ ערר 31/11 עמותת בית חינוך אננדה נ' מנכ"ל משרד החינוך (לא צוין תאריך) (להלן – עניין אננדה); ערר 90/13 העמותה להקמת בית הספר מקור המקווה נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (26.2.14) (להלן – עניין מקור המקווה); ערר 28/13 המכללה הארצית למדעי הספורט והבריאות נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (לא צוין תאריך) (להלן – עניין המכללה הארצית); ערר 59/13 עמותת 'מקום להיות' – בית הספר 'מעין' בקיבוץ גבעת ברנר נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (13.2.14). בהליך קודם בעניינה עתרה העמותה כנגד צו הסגירה שהוצא לה אך גם זו נדחתה מטעמים דומים – עת"מ (י-ם) 10836-10-11 עמותת מקום להיות בית הספר מעין בקיבוץ רבדים נ' מר שמשון שושני, מנכ"ל משרד החינוך (11.10.11); ערר 78/11 העמותה ליסוד וניהול בית הספר הדמוקרטי בלב השרון נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (6.12.12) (להלן – עניין בית הספר הדמוקרטי); ערר 12/14 עמותת 'משכן התורה נתיבות' נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (30.4.14) (להלן – עניין משכן התורה) שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר על-יסודי לבנות המשתייכות לזרם החרדי הליטאי; ערר 176/14 עמותת 'מקום להיות' – בית תספר "מעין" בקיבוץ גבעת ברנר נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (30.1.15).

בהתנהלותו, ובכלל זה היעדרם של עובדי הוראה בעלי הכשרה ראויה, לרבות מנהל בית הספר, וליקויים שנמצאו בתכניות הלימוד שלא עמדו בתכנית הליבה.

בכל המקרים שאותרו ונבחנו הושם דגש על כך שסירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר לא היה על רקע אידיאולוגי וכי הליקויים הפדגוגיים שנמצאו לא נבעו מייחודיותו של בית הספר אלא מהעובדה שלא נערך מן הבחינה הפדגוגית באופן מספק והדבר "הוביל לפתיחתו של מוסד חינוכי שאינו מסוגל לתת מענה לצרכיהם החינוכיים של הילדים הלומדים בו".¹¹² כך בעניין **מקום להיות**¹¹³ דחתה הוועדה את טענת העוררת כי ביסוד החלטת משרד החינוך עמדה "גישה פורמלית ומנהלתית לחינוך" ולא "גישה מהותית השמה דגש על החזון החינוכי". (בעמ' 17 להחלטה). בהחלטתה בערר שהגישה העוררת בשנת הלימודים העוקבת (תשע"ה) שבה וציננה הוועדה כי "הקושי העיקרי אינו עם האידיאולוגיה האנתרופוסופית אלא עם אופן ניהולו של בית הספר הספציפי שבפנינו". (בעמ' 16 להחלטה). בעניין **המכללה הארצית**, לנוכח הרושם שהתקבל כי משרד החינוך אינו נאות כלל לבחון פתיחתו של בית ספר מהסוג אותו ביקשה העמותה להפעיל,¹¹⁴ הן בשל מספר התלמידים המצומצם והן בשל שילוב מגמת הספורט ומסלולי ההכשרה המקצועית, העירה הוועדה כי "עמדה ראשונית זו, אם קיימת, אינה במקומה וכי ראוי לבחון את החזון של העוררת בלב פתוח ובנפש חפצה...". (בעמ' 14 להחלטה)

נימוקים נלווים – בכל המקרים שאותרו ונבחנו נלוותה לטענה בדבר ליקויים פדגוגיים בהתנהלות בית הספר גם טענה בדבר מספרם המועט של התלמידים. במרבית המקרים¹¹⁵ העירה ועדת הערר כי בטעם זה לבדו אין כדי להצדיק את סירובו של משרד החינוך ליתן רישיון לבית הספר.

בעניין **מקום להיות** ציינה הוועדה כי "טענה זו לא בוססה כנדרש וממילא המדובר בבית ספר ייחודי צומח אשר יש ליתן לו 'תקופת חסד' בה יוכל להתבסס... התרשמנו, כי המשיב לא שקל את כלל השיקולים הנדרשים בסוגיה זו וכי עילה זו אינה יכולה, בשלב זה, להוות עילה לדחיית בקשת העוררת לרישיון". (בעמ' 19 להחלטה, ההדגשה נוספה). גם במסגרת הדיון בערר שהוגש עבור שנת הלימודים העוקבת לא מצאה הוועדה כי הוכח שאכן בית הספר אינו מראה פוטנציאל צמיחה.

בעניין **מקור המקווה**¹¹⁶ התרשמה הוועדה כי משרד החינוך "כמעט והתעלם לחלוטין" מייחודיותו של בית הספר "המבקש ליתן מענה לצרכיה ואמונותיה הדתיות של קבוצת מיעוט בחברה הישראלית" וציין כי טענותיו בדבר מיעוט התלמידים הלומדים בבית הספר "לא לקחו בחשבון את מאפייניה של האוכלוסייה בה מדובר, את מעמדה ואת רצונה וזכאותה לייחוד תרבותי" (בעמ' 7 להחלטה). עוד ציינה הוועדה כי כאשר מדובר במוסד חינוכי ייחודי, לא בנקל תקבל את הטענה בדבר מספרם המועט של התלמידים שכן מטבע הדברים "בית ספר ייחודי בעל אופי דתי ייחודי המבקש ליתן מענה

¹¹² עניין **אנדה**, הערה 111 לעיל, בעמ' 6 להחלטה.

¹¹³ שם נדון עניינה של עמותה שאיגדה קבוצת הורים ואשר הפעילה משך תקופה ארוכה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי ברוח האנתרופוסופית בקיבוץ גבעת ברנר.

¹¹⁴ בית ספר על יסודי לספורט עבור המגזר הערבי בעיר ס'חנין הקולט תלמידים שנשרו ממסגרות חינוכיות אחרות ומתמקד בחינוך גופני ובהכשרת התלמידים במקצועות הספורט.

¹¹⁵ למעט בעניין **בית הספר הדמוקרטי**, בעניין **משכן התורה** ובעניין **המכללה הארצית**.

¹¹⁶ שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי ייחודי עבור הקהילה המשיחית-נוצרית אוונגליסטית בירושלים.

למיעוט דתי ותרבותי במדינת ישראל, יהיה קטן ומוגבל בהיקפו המספרי וכי 'פוטנציאל הצמיחה' שלו יהיה מוגבל... המשיב מחויב לכבד בחירה ערכית זו [של קבוצות אוכלוסיה שונות להעניק לילדיהן חינוך ייחודי ונפרד], גם אם היא סותרת את תפיסתו החינוכית (כפי שהוא עושה, אגב, כאשר הוא נותן רישיונות לבתי ספר חרדיים). כל זאת ובלבד שבית הספר עומד בדרישות סף מסוימות הנוגעות – גם ובהכרח – לתכנים המועברים ולאיוכות החינוך המוקנית לילדים" (בעמ' 7 להחלטה).

לעומת זאת, בעניין **משכן התורה** הושם דגש ניכר על אופן התנהלותה של העמותה שבו יש כדי להשליך על נכונות הוועדה להכשיר את פעילותה וכבר בפתח ההחלטה העירה הוועדה כי העמותה בחרה להתעלם מנהלי משרד החינוך אותם הכירה או למצער אמורה היתה להכיר בשל העובדה שכבר ניתנו לה רישיונות להפעלת גנים ובתי ספר אחרים. בהמשך ציינה הוועדה כי הנתונים שהוצגו בפניה עשויים היו להעיד על צורך עתידי בהפעלתו של בית הספר – ובכך כדי להעיד גם על יכולתו לצמוח, אך אין ביכולתה ליתן יד לדרך פעולתה של העמותה אשר בחרה לפעול בחיפזון ובניגוד לדין ובכך ניסתה לקבוע 'עובדות בשטח': "גם אם היינו מוכנים לשקול אפשרות פתיחתו של בית ספר 'צומח' קטן בשלב זה בשל פוטנציאל הצמיחה, המצב הביטחוני והעלות התקציבית הכרוכה בנסיעות לאופקים, ודאי שלא ניתן לעשות כן כאשר העוררת בחרה להתעלם בידועין ובמכוון מנהלי המשיב ולהעמיד בראש בית הספר מנהלת שאינה עומדת בדרישות הסף של המשיב..."

בעניין **אנדה**¹¹⁷ נלוו לליקויים הפדגוגיים גם היעדרו של נוהל תקצוב, כינוי לאסופה של מסמכים ותצהירים בהם מידע על איתנותו הכלכלית של בית הספר, שיש בהם כדי להשליך, כך לדעת הוועדה, על יכולתו של בית הספר להבטיח רצף חינוכי כמו גם ליתן מענה פדגוגי הולם לתלמידיו: "הנחת המוצע של גופים המבקשים להקים מוסד חינוכי חייבת להיות כי במועד הגשת הבקשות לרישיון... חייבים להיות בידיהם מסמכים מינימאליים אשר יאפשרו הגשתה של בקשה לרישיון. מסמכים המעידים על כך כי אין אנו עוסקים בכוונות עתידיות ו"בבית ספר של נייר" אלא, כי ננקטו פעולות ממשיות להקמתו של המוסד החינוכי והוכנו חלק ניכר מההכנות הנדרשות לפתיחתו של מוסד זה... הכנות אלו כוללות גם גיוסם של המשאבים הנדרשים להקמתו של בית ספר, למתן מענה פדגוגי הולם ולהבטחת המשכיותו ורציפות פעולתו".¹¹⁸

על כל אלה יש להוסיף כי במרבית המקרים נלוו לליקויים הפדגוגיים ליקויים נוספים שנמצאו בהתנהלות בית הספר – ובכלל זה טענות בנוגע למיון תלמידים, ליקויים בתשתית הפיזית של בית הספר, היעדר שקיפות בהתנהלות בית הספר והיעדר מעקב ובקרה אפקטיביים אחר פעילות התלמידים – אולם לרוב נמנעה הוועדה מלהכריע בהם נוכח הליקויים הפדגוגיים שנמצאו ושהצדיקו כשלעצמם את החלטת משרד החינוך שלא ליתן רישיון לבית הספר.

התייחסות לקיומו של מענה חינוכי חלופי לתלמידי בית הספר – בשלושה מן המקרים – בעניין **בית הספר הדמוקרטי**,¹¹⁹ בעניין **מקור המקווה** ובעניין **משכן התורה** – התייחסה הערכאה השיפוטית גם למענה החינוכי שיינתן לתלמידים במסגרות חינוכיות חלופיות.

¹¹⁷ שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה בית ספר יסודי במועצה האזורית מנשה ברוח העקרונות של תורת היוגה ואשר הוקם על ידי קבוצת הורים החברים בקהילת הרי קרישנה.

¹¹⁸ עניין **אנדה**, הערה 111 לעיל, בעמ' 10 להחלטה.

¹¹⁹ שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדון בית ספר על יסודי דמוקרטי בכפר הנוער הדסים.

בעניין **משכן התורה** העירה הוועדה כי לתלמידות "היה מענה אמוני-חינוכי זמין וקרוב" וכי מטעם זה מבקשת הרישיון, העוררת, יכולה היתה להמתין פרק זמן נוסף קודם לפתיחתו של בית ספר חדש העומד בדרישות משרד החינוך.

בעניין **מקור המקווה** ציינה הוועדה כי החלטתה "לוקחת בחשבון את הפגיעה הצפויה" בתלמידי בית הספר, "כי חלק ניכר מילדי הקהילה המשיחית-נוצרית-אוונגליסטית למדו (עד להקמתו של בית הספר נשוא ערר זה) בבית הספר האנגליקני, הנמצא באותו מתחם בו נמצא בית הספר של העוררת, וכי ניתן יהיה אולי למצוא פתרון זמני לשילובם מחדש של שני בתי הספר... [ו]חלק מילדי הקהילה אינו לומד בבית הספר של העוררת גם היום." (עמ' 12-13 להחלטה)

בעניין **בית הספר הדמוקרטי** סברה הוועדה כי אף שהחלטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר תוביל לפגיעה בתלמידים הלומדים בו בשל כך שייאלצו לעבור לבתי ספר אחרים, פגיעה זו נדמית "כמתחייבת נוכח החשש הממשי, כי אותם תלמידים יפגעו בשל אי מוכנותו הפדגוגית של בית הספר... הפגיעה אינה כה חמורה בהתחשב בכך... [ש]קיים [בשטח בית הספר נושא הערר] בית ספר על יסודי וניתן להצמיד אליו כיתה ייחודית כחלק מבית הספר הקיים". בשים לב לשיקול זה הורתה הוועדה למשרד החינוך להעניק רישיון זמני לעמותה להפעלת כיתה ט' כחלק מחטיבת הביניים שעבורה ניתן רישיון לעמותה בשל עיתוי ההחלטה והצורך בשילובם בכיתה אחרונה של בית ספר אחר: "אין אנו מוצאים טעם מדוע לא ייתן לעוררת רישיון גם להפעלתה של כיתה ט'. כך הוא בוודאי כשלוקחים אנו בחשבון את טובת 15 התלמידים הלומדים בכיתה זו, המצויים בעיצומה של שנה"ל, ויצטרכו להשתלב בכיתה אחרונה של חטיבת ביניים אחרת..."

התנהלות משרד החינוך – בכל המקרים שאותרו ונבחנו החלטת משרד החינוך בעניינה של מבקשת הרישיון התקבלה באיחור ניכר, לאחר שכבר נפתחה שנת הלימודים נושא הבקשה לרישיון. בעניין **בית הספר הדמוקרטי** ציינה הוועדה כי משרד החינוך השתהה במתן ההחלטה בבקשה לרישיון ולבסוף ניתנה החלטה מבלי שהושלמו הבדיקות המקדימות – וקבעה כי יש בכך כדי להעיד על "התנהלות רשלנית שאיננה מניחה את הדעת". בשל כך אף החליטה הוועדה להשית על משרד החינוך הוצאות בגין ניהול ההליך בפניה וזאת אף על פי שהחליטה בסופו של הליך לדחות את הערר וחרף העובדה שבית הספר נושא ההחלטה החל לפעול בניגוד לדין ומבלי שניתן לו רישיון. בעניין **מקום להיות** ההחלטה נושא הערר התקבלה לאחר שכבר נפתחה שנת הלימודים, אולם האיחור לא נבע מהתנהלות רשלנית אלא בשל כך שדובר היה בהחלטה שנייה באותה בקשה לאחר שהראשונה בוטלה במסגרת ערר קודם שהגישה מבקשת הרישיון. במקרה זה וכן במספר מקרים נוספים נמצא כי הדוח הפדגוגי עליו הסתמך משרד החינוך בהחליטו שלא ליתן רישיון לבית הספר לא הועבר לעיון מבקשת הרישיון בטרם ההחלטה ובכך נפגעה זכות הטיעון שלה. עם זאת, הוועדה לא מצאה באף אחד מבין המקרים כי יש בטעם זה לבדו כדי להצדיק את קבלת הערר.

במקרה אחד שאותר – בעניין **הבית העגול**¹²⁰, שנדון בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר, הנימוק שעמד ביסוד ההחלטה שלא להכשיר את פעילות בית הספר היה היעדר שקיפות בהתנהלות בית הספר והיעדר מעקב ובקרה אפקטיביים אחר פעילות התלמידים. באותו עניין דובר בעמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי בפרדס חנה ברוח החינוך הדיאלוגי.¹²¹ ועדת הערר קבעה כי "העוררת לא הצליחה להוכיח כי היא מנהלת מעקב באופן אפקטיבי על כך שהתלמידים לומדים בפועל את שעות הלימודים הנדרשות על ידי המשיב ואף לא את כלל הנושאים הנדרשים על ידו. בנסיבות אלו ברי כי ישנו חשש כבד לכך שהילדים... לא יחשפו לתכנים בסיסיים אשר כל תלמיד במדינת ישראל מחויב אליהם...". לנימוק זה הצטרפו גם ליקוי הנוגע לתשתית הפיזית של המבנה בו הופעל בית הספר – היעדרו של היתר בניה, ונימוק שענייננו ליקויים פדגוגיים בהתנהלות בית הספר – היעדרו של מנהל בית ספר המועסק במשרה מלאה ושהוא בעל הכשרה מתאימה. בצד זאת קבעה הוועדה כי משרד החינוך בחן את פעילותו של בית הספר ורמתו הפדגוגית – ובכלל זה שיטת הערכת הישגי התלמידים, מערכי השיעור ושיטות המשמעת שיושמו בבית הספר – בראיה שאינה רחבה דיה וכי היה עליו לבחון את התנהלות בית הספר "בפריזמה פלורליסטית המקבלת כי קיימות גישות חינוכיות שונות ומגוונות בהן ניתן לחנך ילדים". בהחלטה צוין גם כי ההחלטה על דחיית בקשתה של העוררת לקבלת רישיון ניתנה בשיהוי ניכר, חודשים רבים לאחר שהחלה כבר שנת הלימודים נושא הבקשה ואשר במהלכם פעל בית הספר ללא רישיון כדין.

ערר שהגישה העמותה בשנה העוקבת (תשע"ד) נדחה אף הוא על ידי ועדת הערר מטעמים דומים:¹²² "בהיעדר תכניות שפועלים על פיהן; בהיעדר חובת נוכחות בשיעורים ולחילופין, בהיעדר מעקב הדוק אחר שעות הלימוד בפועל; בהיעדר מבחנים ולחילופין, תיעוד הדוק של אופן למידת תלמידים ומידת התקדמותם בחומר – אין לעוררת דרך לדעת מה נלמד בפועל והאם היא אכן עומדת ביעדים שהציבה לעצמה (שהם, בהתאם להצהרתה, יעדי המשיב). בתנאים אלו אין גם למשיב יכולת לפקח אחר הנעשה בבית הספר ולהבטיח, כי התלמידים בו אכן מקבלים חינוך הולם. משכך, אנו סבורים כי יש לדחות את הרר לשנה"ל תשע"ד". (בעמ' 21 להחלטה) בצד האמור מצאה הוועדה להתייחס לבקשתה של העוררת לשנת הלימודים העוקבת והמליצה למשרד החינוך לבחון את הבקשה "בלב פתוח ונפש חפצה, מתוך רצון בשיתוף פעולה ודיאלוג, ומתוך הבנה והפנמה כי להורי התלמידים ולתלמידים הלומדים בבית העגול הזכות ללמד את ילדיהם בהתאם לאמונתם". (בעמ' 23 להחלטה)

גם הערר שהגישה העמותה בהתייחס לשנת הלימודים תשע"ה¹²³ נדחה על בסיס ליקויים מינהליים שנמצאו בהתנהלות בית הספר לצד התנהלות פדגוגית שאינה תקינה והיעדרו של אישור בטיחותי למבנה בית הספר. הוועדה מצאה להעיר באשר למניעיו של משרד החינוך בהחליטו שלא ליתן רישיון לעמותה: "המשיב העניק ומעניק רישיונות רבים לבתי ספר דמוקרטיים, אנתרופוסופיים ובעלי ייחוד אידיאולוגי כזה או אחר ולא מצאנו כל ראיה התומכת בטענת העוררת, כי המפקח מטעם המשיב

¹²⁰ ערר 26/13 עמותת הבית העגול חינוך בדרך הטבע נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (14.7.13) שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי בפרדס חנה ברוח החינוך הדיאלוגי (להלן – עמותת הבית העגול).

¹²¹ שיטת חינוך המתייחסת לילדים ולמבוגרים שבהם כאל אנשים שלמים, אשר שמורה להם הזכות לבחור את דרכם במלואה, בקצב, בזמן ובתחומים המתאימים להם אישית.

¹²² ערר 18/19/14 עמותת 'הבית העגול - חינוך בדרך הטבע' נ' מדינת ישראל - משרד החינוך (24.6.14).

¹²³ ערר 136/14 עמותת "הבית העגול - חינוך בדרך הטבע" נ' מדינת ישראל - משרד החינוך (2.10.14).

או גורמים אחרים במשרד החינוך מתנכלים לבית הספר במכוון. (בעמ' 16 להחלטה) ובהמשך הדגישה את חומרת העילות לדחיית הערר: "בית הספר של העוררת מנוהל ומתנהל באופן לקוי ביותר וכי הוא חסר תרבות ארגונית מינימאלית הדרושה לשם השגת יעדיו והבטחת מטרת העל שהיא מתן חינוך הולם לתלמידיו, ובכלל זה הידע הנדרש בכל תחומי הליבה." (בעמ' 24 להחלטה)

ד. ליקויים בתשתית הפיזית להפעלת בית-הספר

בארבעה¹²⁴ מקרים, אחד נדון בפני בית משפט לעניינים מנהליים והיתר בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח, נימקה הערכאה השיפוטית את החלטתה שלא להכשיר את פעילות בית הספר על יסוד ליקויים בתשתית הפיזית להפעלת בית הספר – ליקויים בטיחותיים שנמצאו במבנה המיועד להפעלת בית הספר¹²⁵; חסרונם של היתר שימוש חורג המעיד על הסכמתה של הוועדה המקומית לתכנון ובניה להפעלתו של בית הספר במבנה וחוסר התאמתו של המבנה לשמש להפעלתו של בית ספר¹²⁶; או היעדרו של אישור תברואתי להפעלת בית הספר¹²⁷.

עיון בכל אותן החלטות מלמד כי הערכאה השיפוטית מייחסת משקל מכריע לקיומה של תשתית תכנונית ובטיחותית ראויה בדונה בבקשות לקבלת רישיון להפעלת בית ספר. כך לדוגמה בעניין **אלמנאהל** העיר בית המשפט בשולי פסק הדין כי "טענת העותרים בדבר זכות ההורים לבחור חינוך לילדיהם, אינה טעונה הכרעה במסגרת עתירה זו, שכן יהא היקפה של זכות זו אשר יהא, תנאי מוקדם לפתיחת בית ספר הינו קיומה של תשתית תכנונית ובטיחותית מתאימה. ומכל מקום הזכות הנטענת אינה יכולה להצדיק פתיחת בית ספר ללא מתן רשיון." באותו עניין נדון עניינה של עמותה שהפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי עבור האוכלוסיה הערבית בעיר רמלה. ואילו בעניין **בית ספר דמוקרטי בזכרון יעקב**, שם נדון עניינה של עמותה אשר אגדה קבוצת הורים והפעילה ללא רישיון כדין בית ספר יסודי וגן ילדים דמוקרטי בזכרון יעקב, ציין בית המשפט כי על אף האהדה לעניינה של העותרת "הדרישה לעמידה בתקני הבטיחות בטרם ניתן רשיון לפתיחת בית הספר, הנה דרישה סבירה שאין להקל בה" (פס' 11 לפסק הדין, ההדגשה במקור).

בעניין **מרחב** נדון בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח עניינה של קבוצת הורים שהפעילה בית ספר קהילתי ודמוקרטי עבור תושבי רעננה. הנימוק העיקרי עליו הסתמכה הוועדה בהחליטה לדחות את הערר היה שונה מזה שעליו הסתמך משרד החינוך בהחלטתו: העובדה כי בעת שהחל לפעול בית הספר נושא הערר וכן במהלך המחצית הראשונה של אותה שנה לא החזיקה העוררת באישור תברואתי ואף על פי שידעה כי היעדרו של אישור תברואתי הוא אחת העילות לסירובו של משרד החינוך להעניק לה רישיון. הוועדה הוסיפה כי "השיהוי בהחלטת מנכ"לית משרד החינוך [שניתנה רק

¹²⁴ ערר 25/12 העמותה למען חינוך דמוקרטי ברעננה נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (20.8.12) (להלן – עניין **מרחב**); עת"מ (ת"א) 2624/04 **חברת אלמנאהל בע"מ נ' משרד החינוך התרבות והספורט** (27.10.04) (להלן – עניין **אלמנאהל**); ערר 84/13 **מרכז החינוך העצמאי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך** (20.3.14) (להלן – עניין **מרכז החינוך העצמאי**), שם נדון עניינה של עמותה שהפעילה בית ספר יסודי עבור המגזר החרדי. העמותה פעלה בעבר לפי רישיון אולם בהמשך הוחלט שלא לחדשו ואף על פי כן העמותה המשיכה להפעיל את בית הספר ללא רישיון כדין. העמותה החליטה להגיש בקשה לחדוש רישיון, למרות שכבר בשנת הלימודים שקדמה להגשת הבקשה החליט משרד החינוך שלא לחדש את רישיונה; ע"מ (י-ם) 111/03 **העמותה למען בית ספר דמוקרטי בזכרון יעקב נ' מדינת ישראל - משרד החינוך** (8.9.03) (להלן – עניין **בית ספר דמוקרטי בזכרון יעקב**).

¹²⁵ עניין **אלמנאהל** ועניין **בית ספר דמוקרטי בזכרון יעקב**.

¹²⁶ עניין **אלמנאהל**.

¹²⁷ עניין **מרחב** ועניין **מרכז החינוך העצמאי**.

במהלך המחצית השנייה של שנת הלימודים נושא ההחלטה], אינו מוצדק אמנם וראוי לביקורת וגיוני, אך אין בו כדי להכשיר את מחדלי העוררת אשר בחרה להפעיל בית ספר יסודי שנים רבות (וגם בשנה"ל תשע"ב) ללא אישור תברואתי" (בעמ' 5 להחלטה). אשר לטעמים שעמדו ביסוד החלטת משרד החינוך לדחות את הבקשה לרישיון – הוועדה ציינה כי הנימוק לפיו מבנה בית הספר אינו מתאים לשמש כבית ספר ואינו יכול לקלוט תלמידים נוספים אינו יכול לשמש כנימוק לדחיית הבקשה וכי אין מדובר "בתנאי קשיח שלא ניתן לחרוג ממנו". אשר לנימוק בדבר מספרם המועט של התלמידים העירה הוועדה כי "יש ליתן למוסד חינוכי ייחודי הזדמנות נאותה לגדול ולהתפתח, כאשר יש בו מספר נרשמים מינימאלי וביכולתו להראות פוטנציאל של צמיחה. אין ביכולתנו לקבוע מה הוא המספר המינימאלי הנדרש – המשיב הוא שצריך לקבוע קריטריונים ברורים בעניין זה וראוי כי יעשה זאת בהקדם ויכלול במסגרתם התייחסות לנסיבות שונות, כגון מידת ייחודיותו של בית הספר. כל שיכולים אנו לומר, הוא כי במקרה שלפנינו העוררת הראתה, לכאורה, קיומו של פוטנציאל צמיחה ולכן, ראוי ליתן לעוררת רישיון למשך שנה לפחות, במהלכה תהא חייבת להראות גידול משמעותי במספר הילדים הלומדים בבית הספר." [בעמ' 6 לפסק הדין, ההדגשות במקור].

3. שיקולים טכניים-פרוצדורליים

א. עילות סף הליכיות

בארבעה מקרים, כולם נדונו בפני בתי משפט לעניינים מינהליים, נמצא כי לא ניתן הכשר לפעילות בית הספר שהחל לפעול ללא רישיון ובניגוד לדין בנימוקים של עילות סף הליכיות.

בעניין **תלתן**¹²⁸ ובעניין **כפר משהד**¹²⁹ דחה בית המשפט את העתירות בנימוק של חוסר סמכות עניינית – טענות העותרות בדבר סבירות החלטותיו של משרד החינוך לגופן מקומן להידון בפני ועדת הערר לפי חוק הפיקוח על בתי ספר.

בעניין **כפר משהד** נדונה עניינה של עמותה שהפעילה בית ספר תיכון בכפר משהד מבלי שניתן לה רישיון כדין ועל רקע זאת סירב משרד החינוך לאפשר לתלמידי בית הספר להיבחן בבחינות הבגרות במסגרת בית הספר. בית המשפט דחה את העתירה על הסף בקובעו כי "הכרעה לגופה של העתירה מחייבת הכרעה באותם עניינים המסורים להכרעתה של ועדת הערר ואשר הביקורת השיפוטית עליה היא בדרך של הגשת ערעור מנהלי לבית משפט זה. עתירה זו עוקפת את המסלול שנקבע בחוק ודינה להידחות מטעם זה בלבד. כל זמן שאין בידי בית הספר נשוא העתירה רישיון, אין הוא רשאי להגיש את תלמידיו לבחינות בגרות אינטרניות." יצוין כי לכתחילה הרקע לדחיית הבקשה לרישיון שהגיש בית הספר היה הפגיעה האפשרית במערך החינוך הרשמי ביישוב. בית המשפט התייחס לפגיעה האפשרית בתלמידי בית הספר בעקבות החלטתו וציין: "אין המדובר בבחינות הבגרות המרכזיות.

¹²⁸ ע"מ"מ (י-ם) 46939-08-11 **עמותת תלתן - התנועה להורות והוראה אחראית ואח' נ' דר' שמשון שושני, מנכ"ל משרד החינוך** (16.10.11) (להלן – עניין **תלתן**). יש לציין כי העתירה הוגשה תחילה על ידי העותרת ועל ידי עותרות נוספות, כולן ביקשו להפעיל גני ילדים ובתי ספר במסגרת החינוך המוכר שאינו רשמי והיא נדחתה העתירה על הסף בשל חוסר סמכות מקומית וכן בשל כך שכרכה עניינים של עשרה עותרים וכשמונים מוסדות חינוך במסגרת עתירה אחת מבלי לפרט את נתונייהן העובדיים הנפרדים של כל עותרת ועותרת. העתירה הוגשה מחדש מבלי שפגם מהותי זה תוקן אך בית המשפט בחר חרף זאת שלא לדחות על הסף את העתירה מטעם זה בלבד.

¹²⁹ ע"מ"מ (י-ם) 24018-03-12 **האגודה האיסלאמית כפר משהד נ' משרד החינוך התרבות והספורט** (15.4.12) (להלן – עניין **כפר משהד**).

תלמידי כיתה י' נבחרים במספר מצומצם ביותר של בחינות בגרות ובידיהם הברירה לדחות את הבחינות לשנת הלימודים הבאה כאשר – כך יש להניח – מצבו המשפטי של בית הספר יבורר עד תום, או לבחור בהצעה שהציע המשיב לפני משורת הדין [לגשת לבחינות במתכונת אקסטרנית].

בעניין **תלתן סירב** בית המשפט להורות על מתן רישיון מותנה כפי שביקשה העותרת: "[אין] הצדקה כלשהי, לנוכח נימוקי הדחייה, להורות על מתן רישיון מותנה... ההחלטה ניתנה באיחור קל, ומתן רישיון מותנה בשים לב לטיבם של השיקולים אשר בגינם נדחתה הבקשה, כמוהו כעקיפת המסלול שנקבע בחוק לשם השגה על דחיית הבקשה." (פס' 13 לפסק הדין)

בעניין **מר ג'יריס (2)**¹³⁰ דחה בית המשפט עתירה כנגד צו סגירה שהוצא לבית הספר שפעל מבלי שניתן לו רישיון כדין בנימוק של חוסר סמכות עניינית ומקומית בקובעו כי המסלול שהתווה החוק מחייב את העותרת להגיש ערעור מינהלי לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב – ולא עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים. למעלה מן הצורך הוסיף בית המשפט כי דין העתירה להידחות גם לגופה תוך שהפנה לדברי בית המשפט בהחליטו לדחות את בקשת העותרת למתן צו ביניים: "למבקשת אמנם טענות רבות כנגד משרד החינוך ואולם אף היא איננה חולקת על כך שהפעילה את בית הספר עד הנה ללא כל רישיון תקף. היעדרו של רישיון להפעלת בית הספר מהווה עילה מספיקה להוצאת צו סגירה לבית הספר (ראו: 32(א)(1) לחוק הפיקוח). משכך הם פני הדברים, דומה כי לא ניתן לומר שסיכויי העתירה שהגישה המבקשת הינם מן המשופרים." בית המשפט הוסיף כי טענת העותרת בעניין שיתוקה של הוועדה (בשל כך שלא שולם שכרו של יושב-ראש הוועדה) אין בה כדי להוות נסיבה חדשה המצדיקה לשוב ולעכב את צו הסגירה.

בעניין **יליזרוב**¹³¹ נדונה עתירה שהגישו הורים ומורים של בית ספר יסודי שהופעל ללא רישיון כדין בעיר תל אביב כנגד צו סגירה שהוצא לבית הספר. העתירה נדחתה בנימוקים של אי מיצוי הליכים – מש"העותרים לא נקטו בדרכים שעמדו לרשותם במטרה לשנות את החלטת משרד החינוך לסרב לבקשתם לרישיון... [ו]פנו לבית המשפט רק כשחרב צו הסגירה הונחה על צוארם"; שיהוי בהגשת העתירה שהוגשה חודשים רבים מיום מתן ההחלטה לראשונה; וחוסר ניקיון כפיים – מש"ענשה [בית הספר] דין לעצמו והתנהל בלא כל רישיון". למעלה מן הצורך ציין בית המשפט כי לגופו של עניין החלטת משרד החינוך שלא ליתן רישיון לבית הספר "היא סבירה ומבוססת על שיקולים ענייניים רלבנטיים". בצד האמור התייחס בית המשפט לקיומו של מענה חינוכי חלופי עבור תלמידי בית הספר וכי ההורים יהיו רשאים לשלוח את ילדיהם לבתי ספר הפועלים ברישיון באזור מגוריהם.

בעניין **מפעלי אנקורי (3)**¹³² נדונה עתירה שהגישה עמותה שהפעילה, מבלי שניתן לה רישיון כדין, כיתה ט' בבית ספר תיכון בעיר אשדוד. העילה העיקרית לדחיית העתירה היתה חוסר החוקיות שדבק בהתנהלות העותרת שבחרה לפתוח את הכיתה הנוספת בבית הספר מבלי שהיה בידיה רישיון

¹³⁰ עת"מ (י-ם) 301/10 העמותה למען כנסיית מר ג'יריס – כפר יסיף נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (30.8.10) (להלן – עניין מר ג'יריס (2)); הליך זה הינו מוקדם לעמ"נ (ת"א) 12302-07-11 שבו הכשיר לבסוף בית המשפט את פעילות העמותה.

¹³¹ עת"מ (י-ם) 385/06 ענת יליזרוב נ' משרד החינוך והתרבות (17.5.06) (להלן – עניין יליזרוב).

¹³² עת"מ (י-ם) 38004-10-14 מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' מדינת ישראל משרד החינוך (5.11.14) (להלן – עניין מפעלי אנקורי (3)).

לעשות כן וזאת אף חרף השיהוי שנקט משרד החינוך בקבלת ההחלטה בבקשתה לקבלת רישיון לפתיחת הכיתה: "חרף פגם זה, לא ניתן להתעלם מכך שבית הספר פתח את שעריו (לכיתה ט') שעה שלא היה בידו רישיון כדין לעשות כן. כן לא ניתן להתעלם מכך שההחלטה הדוחה את הבקשה נמסרה לעותרת עובר לשנת הלימודים, אף שמדובר בימים ספורים בלבד בטרם זו החלה. בנסיבות אלה, הותרת המצב הנוכחי על כנו כמוהו כמתן גושפנקא להתנהלותה הבעייתית של העותרת, אשר בחרה לפתוח את כיתה ט' בבית הספר ללא רישיון, מתוך ידיעה ברורה כי הדבר מנוגד להוראות הדין... אכן, ייתכנו נסיבות מיוחדות בהן חרף פתיחת בית ספר ללא רישיון, ניתן יהיה ל"השהות" את כניסתו לתוקף של צו סגירה (ראו והשוו לעניין הבית העגול, שם, בין היתר, נדחתה הבקשה למתן רישיון לקראת סוף שנת הלימודים), אלא שהמקרה שבפניי אינו מצדיק היעדרות לסעד שכזה." (פסי' 21-22 לפסק הדין) בית המשפט הוסיף עוד כי העובדה שהדיון בערר שהגישה העותרת על ההחלטה שלא ליתן לה רישיון נקבע למועד קרוב אין בה כדי לשנות מהתוצאה אליה הגיע.

ב. הדיון בעתירה התייטר בשל שינוי בנסיבות

בעניין הבית העגול חינוך בדרך הטבע¹³³ הורה בית המשפט לעניינים מנהליים על מחיקתה על הסף של עתירה מינהלית כנגד צו סגירה שהוצא לבית הספר שהפעילה העותרת, וכך נימק בית המשפט את החלטתו:

"אינני רואה צורך להכריע בשאלה האם צו הסגירה עומד בעינו, משום שהוא הוצא נגד בית הספר במתחם מסוים (מתחם ברנקו וייס). עתה משהועבר בית הספר למתחם אחר, והוגשה בקשת רישיון חדשה לשנת הלימודים תשע"ד, אינני מוצא כל נפקות לשאלה האם צו הסגירה קיים אם לאו. ואחרון – דבריה של ועדת הערר בסיפא של הפסקה החותמת את החלטתה בעניין בדיקת בקשתה של העותרת למתן רישיון להפעלת בית ספר בשנת הלימודים תשע"ד:

"על העוררת יהיה להראות כי היא מבצעת מעקב ובקרה אפקטיביים על השענות ועל אופן הלימוד של הילדים וכי אלו לומדים את הנדרש בהתאם לתוכנית הליבה. הצהרות העוררת בהקשר זה יבחנו בעת בדיקת הבקשה לרישיון לשנה"ל תשע"ד" (עמוד 16 להחלטה ועדת הערר).

בהקשר לדברים אלה מבקש אני להעיר, כי אכן קיים קושי מובנה במקרים כגון דא בהם מתן הרישיון מותנה בקיומם של תנאים, אשר מעצם טיבם מחייבים הפעלתו של בית ספר, בטרם ניתן לו רישיון. דומה, כי פתרון אפשרי לכך הוא מתן היתר זמני בהתקיים כל התנאים הנדרשים לשם מתן רישיון קבוע (כגון: היתר בנייה ומינוי של מנהל בעל הכשרה מתאימה), פרט לאותם תנאים שבחינתם מותנית בהפעלתו של בית הספר הלכה למעשה (למשל, פיקוח ובקרה על אופן הלימוד של התלמידים). דוגמה לפתרון מעין זה היא מתן היתר זמני שהונהג במסגרת תיקון מס' 15 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (ס"ח 1684, בעמ' 329; להלן – חוק רישוי עסקים):

"רשות הרישוי ונותני האישור נמנעים כיום מלתת רישיון לעסק במהלך החודשים הראשונים לפעילותו קודם שיבחנו את אופן ניהולו בפועל.

¹³³ ע"מ (י-ס) 40516-02-13 הבית העגול חינוך בדרך הטבע נ' דלית שטאובר המנהלת הכללית של משרד החינוך (23.7.13).

מוצע לאפשר לרשות הרישוי לתת היתר זמני להפעלת עסק טעון רישוי, לפני מתן רישיון קבוע להפעלת העסק, ולאפשר לאדם לעסוק בעסק טעון רישוי אם יש בידו היתר זמני ובהתאם לתנאיו, וזאת גם אם טרם קיבל רישיון לפי החוק...

האפשרות לתת היתר זמני להפעלת העסק תוך קביעת תנאים בהיתר, תמנע את המצב האמור שבו פועלים עסקים ללא רישיון במהלך החודשים הראשונים לפעולתם" (הצעת חוק רישוי עסקים (תיקון מס' 15), התשנ"ח – 1997, ה"ח 2648, בעמ' 2).

לטעמי, מתן היתר זמני, בדומה למתווה שנקבע בחוק רישוי עסקים, עשוי להוות פתרון הולם ויעיל לקושי המובנה בהליך רישוי של בתי ספר שרישיונם מותנה בפעילותם הלכה למעשה. כך, מחד, בתי ספר אלה יוכלו לפעול כחוק עם תחילת פעילותם בקבלם היתר זמני ממשרד החינוך, ומאידך, יקוצר באופן משמעותי הליך מתן הרישיון הקבוע, באשר יתמקד אך בתנאים שניתן לבחון את קיומם רק לאחר שהחלה פעילותם של בתי הספר. מכל מקום, לא נותר לי אלא לקוות כי משרד החינוך והמחוקק יידרשו בהקדם לסוגיה זו ויתנו לה מענה ראוי. " (פס' 9-10 לפסק הדין)