

חוות דעת מומחה

שם המומחה : פרופ' רות גביון

עיסוק : פרופ' (אמריטה) למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

כתובת ופרטים : עין צורים 9 ירושלים 93393, דואר אלקטרוני: ruth@metzilah.org.il; אתר אינטרנט:

www.gavison.com

אני החתומה מטה, פרופ' רות גביון, נתבקשתי על ידי עיריית אילת לחוות דעתי המקצועית בנושא היקף הזכות לשוויון בהקשר של חובת המדינה ורשויות השלטון לספק שירותי חינוך עבור ילדי העותרים במסגרת עת"מ 29883-07-11 אטוש מאג'ד מאנג'אן ואחרים נגד עיריית אילת ומשרד החינוך בבית-המשפט לעניינים מנהליים בבאר-שבע.

הסוגיות המועלות בעתירה זו הן בתחום מומחיותי. אני עוסקת בנושאים האלה ברמת האקדמית והציבורית מזה עשרות שנים. עסקתי במיוחד בנושא של הקשר בין שוויון לבין שילוב בחינוך בתוך מדינה (שלא הרחבתי בו בחוות-הדעת), בסוגיה של זכויות חברתיות וכלכליות ותפקיד בית-המשפט בהגנתן, ובקשר בין שיח זכויות האדם לבין קביעה ומימוש של מדיניות הגירה.

אבהיר כי במסגרת הזמן שעמד לרשותי לצורך כתיבת מסמך זה לא יכולתי להרחיב ולפרט מעבר לאמור להלן.

אני נותנת חוות דעתי זו במקום עדות בבית-המשפט, ואני מצהירה בזאת כי ידוע לי היטב, שלעניין הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה בבית המשפט, דין חוות-דעתי זו כשהיא חתומה על ידי כדן עדות בשבועה שנתתי בבית המשפט.

ואלה פרטי השכלתי וניסיוני:

השכלה:

1969 : האוניברסיטה העברית, ירושלים, LLB, בהצטיינות

1970 : האוניברסיטה העברית, ירושלים, BA, כלכלה ופילוסופיה

1971 : האוניברסיטה העברית, ירושלים, LLM, בהצטיינות יתירה

1975 : אוקספורד, אנגליה, D.Phil, פילוסופיה של המשפט

מינויים אקדמיים:

1969 עד אוקטובר 2010 : תפקידי הוראה באוניברסיטה העברית בירושלים

ספטמבר 1978 עד יוני 1980 : פרופסור-חבר אורח, בית הספר למשפטים, ייל

מאז 1984 : פרופסור בקתדרה ע"ש חיים כהן לזכויות האדם

1990 עד 2010 : פרופסור מלא, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

ינואר 1990 עד ינואר 1992 : פרופסור אורח, בית הספר למשפטים ב USC

1998-1999 : עמיתה, המכון לערכי האדם, האוניברסיטה של פרינסטון

מאז אוקטובר 2010 : פרופסור אמריטה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תחומי הוראה:

תורת המשפט, דמוקרטיה וזכויות האדם בישראל, משפט ומוסר, משפט ופוליטיקה, זון ומדינה, החברה הישראלית, "משפט ו..." , שבות ושיבה, חוקה, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

פעילויות אחרות:**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

1976-1978, 1982-1984, 1986-1987, 1992-1994 : יו"ר ההנהלה

1996-1999 : נשיאה

מרכז מינרבה לזכויות האדם

1993 עד 1998, 2001-2004 : יו"ר, הוועדה האקדמית

2005-2010 : חברה, הוועדה האקדמית

1993 עד 1998 : חברה, הוועד המנהל

מציל"ה – מרכז למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית, הומניסטית

2005-2008 : יו"ר הוועד המנהל

2008 – עתה : נשיאה מייסדת

1990-1983, 2003 – עתה : עמיתה בכירה, מכון ון ליר בירושלים

1997-2007 : חברה, International Commission of Jurist

1999-2001 : ריכוז קבוצת דיון על השסע היהודי-ערבי במכון לדמוקרטיה

1999-2002 : עבודה עם הרב יעקב מדן על אמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל

2000-2002 : ריכוז קבוצת דיון על הפער החברתי-כלכלי במכון לדמוקרטיה

2005-2006 : יעוץ בענייני חוקה לוועדת חוק וחוקה בכנסת

פרסומים משפטיים:

מצורפת לחוות-דעתי רשימה של פרסומים מתוך כלל פרסומיי אשר לדעתי הם רלוונטיים לנושאים הנידונים בעתירה זו **כנספח א'**

פרסים:

1997 : פרס צלטנר למחקר משפטי

1999 : פרס לשכת עורכי הדין (עם האגודה לזכויות האזרח)

2003 : פרס א.מ.ת. למשפטים 2003 : ד"ר לשם כבוד, הסמינר לתאולוגיה יהודית

2009 : פרס חשין למצינונות במחקר

2009 : ד"ר לשם כבוד, אוניברסיטת בר אילן

2011 : פרס ישראל לחקר המשפט לשנת תשע"א

וזאת חוות-דעתי:

1. הטענה הבסיסית בעתירה היא כי הסירוב לרשום את הילדים העותרים כאמור מנוגד לזכותם לשוויון, שכן הדרך היחידה לצאת ידי חובת המדינה להעניק שירותי חינוך בסיסיים לכל ילד הנמצא בתחומה, על ניי המשפט הבינלאומי, בלי קשר למעמדו או מוצאו, היא באמצעות שילובו בבתי הספר ה"רגילים" שבהם מתחנכים ולומדים תושבי המדינה ואזרחיה.
2. בחוות דעת זו אני דוחה את הטענה היסודית הזאת. טענתי היא עקרונית, ואינה מתבססת על פרטי פרשנוח ההוראות המיוחדות של המשפט הבינלאומי או המשפט הישראלי והפסיקה בישראל בנוגע לנושאים אלה. אני מקווה כי העמדה העקרונית תוכל לסייע לבית המשפט בהחלטתו.
3. בקצירת האומר, טענתי היא כי:
 - 3.1 אין מחלוקת לגבי החשיבות הגדולה של הזכות לשוויון במובן של זכות של אדם כי הרשות לא תפלה אותו. זכות כזו היא מרכיב קריטי במרקם האמנה החברתית בין המדינה לבין אזרחיה ותושביה. בקביעת היקף החובות המוטלות על פיה יש מרכיבים אוניברסאליים, ומרכיבים הנובעים מתנאי המדינה והחברה בה.
 - 3.2 יכול להיות הבדל משמעותי בהיקף חובת מדינה לא להפלות בין תושביה ואזרחיה לבין היקף חובתה לנהוג בהגינות בכל אדם הנמצא בתחומה, בלי קשר למעמדו המשפטי או לנסיבות שהייתו במדינה. בין השאר ההבדלים האלה נובעים מן העובדה שלמדינה יש "אמנה חברתית" עם הקהילה הפוליטית והחברתית החיה בה, המבוסס על יחסי גומלין מורכבים בין הקהילה האזרחית לבין אורחות החיים ורמת החיים בחברה. לאמנה זו יש מרכיבים פוליטיים, חברתיים, כלכליים ותרבותיים. חובת מדינה כלפי מי ששוהים בה זמנית על מנת להגן עליהם שונה מהותית, והיא מצומצמת יותר. מותר למדינה, ואולי היא אף חייבת, לקבוע את היקף מחויבותה כלפי מי ששוהה בה זמנית, מעבר למינימום הנדרש על פי החוק הבינלאומי או שיקולי הוגנות, כך שלא תפגע יתר על המידה במימוש חובותיה כלפי אוכלוסיית אזרחיה ותושביה. הבדל כזה יכול להיות קיים במיוחד בכל הנוגע לזכויות רווחה ולזכויות חברתיות וכלכליות, שמימושן מחייב הוצאה תקציבית גדולה. הזכות לחינוך היא אחת מזכויות אחרונות אלה.
 - 3.3 הזכות לחינוך היא אחת מזכויות היסוד החשובות ביותר שכן חינוך במקרים רבים הוא מפתח למכלול ההזדמנויות הפתוחות בפני אדם. לכן שאלת היקף חובת המדינה בנושא חינוך היא קריטית. כך הן לגבי השאלה מה כלול בחובת המדינה והן בשאלה של משמעות החובה שלא להפלות בהקשר זה. מקום מיוחד נשמר לשאלה המופיעה רבות בחברות רב תרבותיות – שאלת היחס בין שוויון בחינוך לבין שילוב של בני קהילות שונות במסגרות ממלכתיות וציבוריות.
 - 3.4 חובת המדינה לספק חינוך ציבורי לכל תושביה קבועה בצורה מפורשת באמנה לזכויות חברתיות וכלכליות. מטרת החינוך הציבורי מגוונת. בצד הקניית כלים לאזרחות במדינה ולמימוש עצמי באמצעות השתלבות בחברה ובמשק, חינוך ציבורי הוא גם האמצעי שבמסגרתו מוטמעים בתלמידים הערכים המכוננים של החברה ושל התרבות שהם חלק ממנה.
 - 3.5 בחברות רב תרבותיות, ובמיוחד בחברות שבהן יש בין תתי קבוצות בחברה יחסים מורכבים לא רק עקב שוני אלא גם עקב קונפליקט מתמשך ובלתי פתור, האתגר של מערכות חינוך ציבוריות גדול במיוחד. בארצות כאלה יש להתמודד בצורה מפורשת עם האתגר של שמירה ועידוד של לכידות אזרחית לצד חינוך שיכבד גם מסורות ותרבויות שונים ומגוונים.
 - 3.6 על רקע זה, גם ביחסים בין קהילות בתוך מדינות, כאשר כל התלמידים בהם מדובר הם אזרחי המדינה או לפחות תושביה, המעבר מחובת הרשות לא להפלות בשל השתייכות קבוצתית לפירוש הקובע כי הדרך לצאת ידי החובה היא דרך של "עיוורון צבעים" והתעלמות מן ההבדלים בין הקבוצות איננו פשוט. בפועל, בארץ ובעולם יש דיונים לא מעטים סביב הנושאים האלה. אזכיר רק את עצם העובדה שיש בישראל זרמי חינוך על בסיס שפה, דת, ערכים, מידת הדבקות בדת ומעמד חברתי כלכלי. מערכת החינוך בישראל מאשרת ומכירה מקרים רבים של גישה המבוססת על מסלולי חינוך שונים ונפרדים על פי קני מידה שונים, ועמדתה לגבי תביעות שילוב מורכבת למדי. אזכיר רק את כל פרשת בתי הספר החרדיים בעמנואל, כולל תגובת בית המשפט וההתפתחויות בפועל לאחר מכן.

- 3.7 עולה מן האמור כי גם בתוך המדינה, ולגרי ילדים שהם תושביה ואזרחיה, לא תמיד נובעת חובת המדינה או הרשות המקומית לשלב ילדים בבתי ספר על פי בקשתם בלי התחשבות במאפייניו קבוצתיים שלהם מעצם קיומה של זכות כללית לשוויון. כך הן בשל אינטרסים של המדינה, הן בשל אינטרסים או צרכים של הילדים או של הוריהם, והן בשל אינטרסים של הקהילות אליהן שייכים הילדים והוריהם. לעתים האינטרסים האלה "מושכים" בכיוונים מנוגדים ועל המדינה להכריע בין תביעות שונות המתבססות על זכויות כגון שוויון לעומת זכות ההורים לקבוע את המסגרות בהן יחונך ילדן. ראו למשל בזמן האחרון הדיון במתן רישיון להפעלת בית הספר "חברותא".
- 3.8 יודגש שוב כי מורכבות זו קיימת בתוך מדינה, שאין מחלוקת כי יש לה אינטרס ואולי אף חובה לפעול לחיזוק הלכידות האזרחית של כל תושביה ואזרחיה, (בצד הצורך להכיר גם בשונות ובריבוי). הנכונות לקבל סטיות משמעותיות ומבניות מעקרון השילוב כדרך להגברת השוויון קיימת למרות שאין חולק על הצורך והחובה של המדינה לפעול לשוויון ולשילוב אזרחיים של כל תושביה ואזרחיה. למותר לציין כי על מדיניות הממשלה בסוגיות אלה יש, וטבעי ונכון שיהיה, ויכוח ציבורי מתמשך. לכן גם בויכוח זה עמדות לגבי הנושא לא תוכלנה להיות נגזרות לצד זה או אחר בהסתמך על שיח הזכויות לבדו, כפי שניתן לראות גם מפסיקת בתי המשפט בנושאים אלה, בארץ ובעולם כולו.
- 3.9 **ההקשר בו אנו עוסקים שונה לחלוטין מבחינה קריטית: הילדים בהם מדובר אינם תושבי המדינה או אזרחיה. שהותם בארץ היא זמנית, ואין להם זכות שהיא תהפוך שהות קבע. השאלה אם נכון לפעול לשילובם במרקם החיים הישראלי היא עצמה שאלת מדיניות בעלת השלכות מרחיקות לכת. התשובה לשאלה זו איננה ברורה ומובנת מאליה כפי שהיא לגבי אוכלוסיות שהן מרכיבים קבועים של החברה החיה במדינה.**
- 3.10 אבהיר: יש למדינה חובות כלפי כל מי שנמצא בתחומה. חובות אלה מיוחדות כלפי ילדים. הן כוללות מתן שירותי חינוך בסיסיים (כמו גם שירותי בריאות ורווחה בסיסיים). אולם כלל לא ברור שהשית "הרגיל" של הזכות לשוויון במסגרת המדינה אמור לחול על ילדים כאלה. להפך. **חוב המדינה לטשטש את ההבדלים בין ילדים כאלה לילדי אזרחיה או תושביה עלול לא להתיישב עם זכותה וסמכותה החינוכית והמוסכמת של המדינה לנהל מדיניות הגירה. במסגרת מדיניות כזו מותר למדינה לפעול לצמצום מספרם של זרים, שהמדינה לא יזמה את כניסתם ואף לא הסכימה לה, ואשר הצטרפותם כבעלי מעמד של קבע לחברת המדינה אינה נתפסת כמשרתת עצמאית את האינטרסים של המדינה ושל מכלול אזרחיה ותושביה.**
- 3.11 הצורך להבחין היטב בין טענת חוסר הפליה המתבטאת בהימנעות משילוב בין ילדים שהם אזרחי המדינה או תושביה לבין טענה כזו בהקשר ילדים שאינם כאלה נהיה חריף וחשוב יותר ככל שמתקיימים יותר מן המאפיינים הבאים:
- 3.11.1 בסיס ההתייחסות השונה אינו מוצא או גזע או דת או לאום או מגדר (שהם חשודים על פניהם כבלתי מוצדקים) אלא מעמד משפטי בארץ (שהוא קטגוריה שהתבחנה על פיו מותרת במפורש גם במשפט הבינלאומי, כגון למשל באמנה למניעת כל הצורות של הפליה גזעית);
- 3.11.2 מדובר באנשים הנמצאים במעמד של מבקשי מקלט, ושהותם בארץ היא זמנית;
- 3.11.3 אנשים אלה באים מתרבות, שפה, אורחות חיים וצרכים השונים מאלה של תלמידים ישראלים;
- 3.11.4 הם באים מארצות או אזורים שיש בהם עוינות עמוקה כלפי מדינת ישראל וכלפי תרבותה;
- 3.11.5 אין חובה על המדינה להעניק להם מעמד קבע, אף במקרה שבו יוכרו כפליטים;
- 3.11.6 בשל תנאים שונים, שבחלקם הגדול אינם תלויים במדינה, תקופת השהות של מבקשי המקלט הזמניים בארץ עלולה להתמשך (בין השאר כי בשל תנאים במקום מוצאם, אין

אפשרות להשיבם למולדתם אף אנו יתברו ברירור פרטוי כי הנו אינו זנאים לנועמו שי
"פליטי";

3.11.7 לתופעה היקף מספרי משמעותי, ויש אפשרות כי היקף התופעה יתרחב בהרבה, והפעולה להארכת השהות תתעצם, ככל שתנאי הקליטה יהיה נוחים ומשליבים יותר (יש מחלוקת שאין צורך להיכנס אליה כאן עד כמה מדובר כאן במבקשי מקלט במובן הצר או במהגרי עבודה המבקשים שיפור בתנאי חייהם. ראיות על מערך שיטתי של תיאום ושל הברחה של אנשים לתוך מדינת ישר בתשלום יוצרות חשש כי אכן היקפה של התופעה רגיש לתנאי הקליטה);

3.11.8 שילוב אפקטיבי של הילדים עלול לעורר טענה כי חובה על המדינה להקנות מעמד לילדים ואף להוריהם, שכן הוצאתם מן הארץ שקולה ל"הגליה תרבותית".

3.12 אני מציינת מאפיינים אלה בלי לנקוט עמדה לגביהם ולגבי השאלה העובדתית כמה מהם מתקיימים כאן. החשיבות של מנייתם, ושל המשקל המצטבר שלהם, היא בכך שהיא מדגישה את השאלה העקרונית העולה כאן לדיון: האם תשובות לנתונים האלה רלבנטיות להכרעה בעתירה? העתירה, המתבססת על הזכות לשוויון, מבליעה כי התשובות לשאלות אלה אינן רלבנטיות כלל לצורה בה נכון להכריע בשאלת שילוב ילדי העותרים. ואכן, שיח הזכויות מחייב בעקרון תשובה כזו. טענתי היא כי התשובות לשאלות אלה מותר ונכון שתהינה חלק ממערך ההחלטה לגבי הסוגיה העולה בעתירה. במצבים כאלה, השאלה אם לשלב את הילדים היא שאלה אסטרטגית של מדיניות שעשויות להיות לה השלכות מרחיקות לכת, ואשר השיקולים הרלבנטיים לגביה כוללים גם שיקולים דמוגרפיים וחברתיים כלכליים כמו גם שיקולי זהות המדינה ואופי הציבור החי בה. לכן זו שאלה שהיא באחריות קובעי המדיניות, ולא נכון לה להיות נדונה רק במסגרת של שיח זכויות בכלל, ושל הזכות לשוויון בפרט. החלת שיח השוויון על המציאות הזאת, והטענה כי השאלה צריכה להיות מוכרעת על פיו, היא בגדר של הנחת המבוקש.

3.13 יותר מזה. הכרעת הסוגיה כאילו היא עניין של שיח זכויות עלולה לסכל את יכולתה של המדינה לפעול במסגרת ריבונותה לצמצום שילובם של מבקשי מקלט בתחומה, וכך לגרום לצמצום יכולתה של המדינה לקבוע את המידה בה יחיה שינוי של ההרכב וההיקף של אוכלוסייתה בדרך של הגירה.

3.14 כך, למשל, התפרסם כי לאור התפתחויות בשנים האחרונות כוונת הממשלה היא למנוע שילוב של מבקשי מקלט במרקם העירוני הישראלי ובמקום זה לספק להם שירותים באזורי ריכוז מיוחדים ליד הגבול. החלטה כי לילדי מבקשי מקלט בגילאי בית ספר זכות להיות משולבים בבתי הספר הישראליים עלולה לסכל מימוש מדיניות מסוג זה או להכביד עליה.

3.15 אני רוצה להדגיש כי אין אני טוענת שאין למדינה חובות כלפי מבקשי מקלט וילדיהם, או כי אין להם זכויות. בהקשר שלנו, למדינה יש אכן חובה להעניק שירותי חינוך בסיסיים לכל ילד הנמצא בה, בלי קשר למעמדו או מוצאו. למבקשי המקלט וילדיהם יש זכות כי שירותים כאלה יוענקו להם. אולם הזכות לקבל שירותי חינוך (ורפואה) בסיסיים אין משמעה בהכרח זכות להיות משולב על בסיס של שוויון במערכות החינוך, הבריאות והרווחה של אזרחי המדינה ותושביה.

3.16 למדינה מותר כמובן להחליט כי היא חפצה לתת מענה לצרכיהם של מבקשי מקלט תוך כדי שילובם על בסיס של שוויון עם אזרחיה ותושביה. אולם החלטה כזו היא החלטת מדיניות, ואין היא מוכתבת, ככזאת, על ידי שיח הזכויות או הזכות לשוויון.

3.17 גם העובדה כי המדינה פעלה בעבר, או כי רשויות אחרות פעלו בעבר, על פי מדיניות של שילוב ילדי מבקשי מקלט או מהגרי עבודה בעלי היתרי שהייה זמניים בבתי ספר ישראליים "רגילים" אינה מצמיחה לילדים במעמד כזה זכות כי אף הם וכל מי שיהיה במצבם ישולב בעתיד במסגרות כאלה.

3.18 זאת מאחר ושיקולי המדיניות יכולים לקחת בחשבון נתונים מסתברים של היקף התופעה ושל ההסתברות להגדלת ההיקף בעתיד כפונקציה של מדיניות כזו או אחרת. אין החלטת מדיניות של שילוב, המתבססת על מספר קטן וסופי של זרים הנמצאים במדינה או ברשות המקומית, כהחלטת

מדיניות על שילוב במציאות שיש בה כבר נוכחות יחסית רחבה של קבוצות כאלו, כאשר התוצאות של שילובן נראות כמאתגרות את המרקם העירוני והחברתי, ובעיקר כאשר סביר להניח שהיחס לו זוכים מבקשי המקלט בישראל הוא מרכיב משמעותי בקביעת היקף התופעה בעתיו.

3.19 **מבחינה מוסדית**, זאת אומרת מבחינת השאלה מי אמור לקבל הכרעות מסוג זה (להבדיל מן השאלה מה היא התשובה הנכונה או המוצדקת להן) לקביעה זו משמעויות מרחיקות לכת, שכן לניי הניתוח הזה ההכרה בהיקף המדויק של אחריותה של המדינה לא יכולה להיגזר ישירות על ידי **בית המשפט מעצם הטענה לקיומה של הזכות**. הכרעה כזו, המתבססת על ניתוח של היקף הזכות לבדה, עלולה לשלול למעשה את שיקול דעתה של המדינה בהחלטה איוו מדיניות לאמץ. יתרה מזו, היא עלולה להכתיב תשובה אחת קבועה לשאלה בלי הגמישות הנדרשת על מנת להתאים מדיניות לנתונים משתנים כגון היקף התופעה במדינה בכלל או באזור מסוים. נזכור כי מסקנה הנגזרת משיח הזכויות אינה נתונה עוד לשיקול דעת כלשהו של הרשויות, לרבות המשמעויות התקציביות והחברתיות של ההחלטה ומימושה.

3.20 הערה כללית אחרונה: חוות דעת זו אינה מכוונת להטיל ספק בחשיבות העצומה של שיח זכויות האדם, ברמה החוקתית והבינלאומית, ושל ההשפעה המבורכת והחשובה שלו על בחינת גבולות סמכויותיה של המדינה. זכויות האדם אכן הפכו למקור חשוב מאוד של חובות המוטלות על המדינה ורשויותיה להבטיח את כבודם, חירותם ורווחתם של אנשים החיים בה. יש לברך גם על העובדה כי כיום ניתן בישראל להגביל לא רק את חירות הממשלה והרשויות שלה אלא אף את חירותו של המחוקק בכבודו ובעצמו לפגוע בזכויות היסוד של אזרחים ותושבים ושל כל מי שנמצא בתחום המדינה. יש מקרים בהם אכן שום מידה של הוצאה כספית או של אי נוחות אינם מצדיקים הגבלה של זכות יסוד. תפקידו של בית המשפט הוא להגן על הזכאים מפני פגיעות כאלה לתועלתם של הזכאים ושל החברה כאחד.

3.21 אולם דווקא החשיבות העצומה של שיח הזכויות בכלל, ושל ההשלכות המוסדיות שלו – העברת הכוח להחליט בסוגיות כאלה מן הענפים הפוליטיים לידי בתי המשפט, גם בנושאים שיש להם השלכות כלכליות וחברתיות מרחיקות לכת – מחייבת התייחסות זהירה מאוד לגבולותיו של שיח הזכויות. ההגנה המשמעותית על זכויות האדם הבסיסיות תוכל להתממש רק אם נשכיל לא להרחיב את תחולת שיח הזכויות שלא לצורך.

3.22 מבחינת הטיעון בנושאי זכויות אדם ראוי לכן להבחין בין מקרים שבהם פעולת הממשלה או הרשות המקומית עליה אנחנו מלינים אכן פוגעת פגיעה ברורה שעל פניה היא בלתי מוצדקת במה שנתפש כמאפיין מרכזי של זכות, כך שפעולת הממשל היא, על פניה, הפרה של חובת המדינה להגן על הזכות. במקרים כאלה ראוי לבחון את הפעולה על פי מבחני הבדיקה החוקתית: הפגיעה נעשתה בחוק או על פיו, היא משרתת תכלית ראויה, והיא מידתית (אם כי ניתן לחלוק על מרכיבים מסוימים של בחינה זו כפי שאומצו בפסיקה שלנו).

3.23 אולם בחינה חוקתית כזו כשלעצמה, בהקשרים בהם אין פגיעה ברורה בזכות מוכרת, אף אם בית המשפט אינו פוסל את המדיניות של הרשות, עלולה לשבש את החשיבה על מדיניות הממשלה והיקף הביקורת השיפוטית. שכן נקודת המוצא של בחינה כזו היא שהפגיעה בזכות דורשת הצדקה, והנטל להוכיח את הצדקה הוא על המדינה. העמדה זו של הדברים אינה מתאימה למקרים הרבים בהם ראוי אמנם לבחון לגופה את מדיניות הממשלה אולם כלל לא ברור שיש להעמיד אותה בחזקת "הפרה של זכות".

3.24 **כללית**, בהקשרים של מדיניות הגירה כלפי מבקשי מקלט וילדיהם, שיח הזכויות מתאים רק ברמה הבסיסית ביותר של רווחה וכבוד. לא נכון להחיל על תביעת שילוב במוסדות החינוך הרגילים את הפריזמה של הבדיקה החוקתית של שיח הזכויות. את מדיניות הממשלה יש לבחון לגופה, על פי קני המידה הרגילים לבחינת מדיניות כזו, ומתוך שמירה על העיקרון הבסיסי שבית המשפט אינו שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המוסמכת. למדיניות הרשות המוסמכת יש חזקת תקפות. את מדיניותה של הממשלה ושל הרשות המקומית יש לבחון לפי השאלה אם נפל בגיבושן פגם מהסוג העלול לפסול מדיניות של הממשלה.

סיכום ומסקנות

- 3.25 **מסקנתי היא כי אכן יש חובה על המדינה לספק שירותי חינוך ורווחה בסיסיים לכל מי שנמצא בסכנת בטחון, בלי קשר למעמד המשפטי בה. לעותרים יש זכות לכך שהיא תמלא חובה זו. למדינה ולרשויותיה יש שיקול דעת רחב לגבי קביעת ההיקף המדויק של שירותים אלה, המסגרת בה יינתנו, המורים שילמדו בה, והתכנים שילמדו בה ; הכל במסגרת החובה ובמסגרת המטרות האמורות להיות ממולאות באמצעות מימושה. כמקובל, ניתן יהיה במקרה הצורך להביא את החלטת המדינה בנושא זה לביקורת שיפוטית.**
- יחד עם זאת, אין לעותרים זכות כי שירותי חינוך יינתנו להם במסגרת מערכת החינוך הרגילה של המדינה ובהיקף ובתכנים אותם מקבלים ילדי ישראל, ואין על המדינה חובה לשלב אותם במערכת זו.**
- 3.26 **ייתכן כי אימוץ עמדה זו יביא לכך שעתירות מסוימות נגד המדינה והרשויות תידחנה. זה אינו סוף הדיון הציבורי בנושא. את המאבק על אימוץ מדיניות אחרת צריך יהיה אז לנהל בכיכר העיר ובמסדרונות הרשויות. להערכתי, אימוץ עמדה כזו רק יחזק את ההקפדה על ההגנה על זכויות האדם הבסיסיות ואת הלגיטימיות של בתי המשפט שיגנו עליהן מפני פעולת הרשות.**
- 3.27 **אוסף ואדיש נקודה נוספת : אם המדינה אינה נותנת מענה מספק למימוש זכותם של ילדי מבקשי מקלט לחינוך (ורוחה) במסגרת חובתה, היא עלולה למצוא את עצמה במצב שבו הדרך המעשית היחידה למימוש חובתה היא בדרך של שילוב. סכנה זו קיימת גם בהקשרים אחרים של מאבק באמצעות שיח הזכויות. בית המשפט "מוכנסים" למלכוד שכן מצד אחד אכן לא ברור שמדובר בהפרת זכות, אולם מצד שני המדינה אינה פועלת לתת מענה סביר לבעיה הניצבת בפניה. בנושאי הגירה מלכוד זה מובהק במיוחד. הוא כבר הביא למקרים שבהם בית המשפט הרחיב את שיח הזכויות. אולי בניגוד לנטייתו הטבעית, על מנת לתת מענה לעולל מובהק שהמדינה לא מנעה או אף העצימה.**
- 3.28 **יש לחיות ערים לתהליך זה, ולעשות בו שימוש מטבי. הדבר מחייב סטייה מסוימת מהכללים הרגילים של התדיינות בבית משפט, שאמורה להיות הכרעה בעתירה הספציפית. מה שמתבקש כאן הוא התבוננות רחבה יותר בבעיה עצמה, על כל מרכיביה ומופעיה, והכוונה או חיוב על מנת להבטיח כי יינתן לה מענה נכון. המסגרת של התדיינות משפטית רגילה אינה נוחה לראייה כזאת. היא דורשת מיומנויות ומידע זיכולות ביצוע שלא קיימים בדרך כלל אצל בתי המשפט וגם אצל מי שמייצג את הצדדים. יחד עם זאת, התעלמות ממאפיינים אלה של חסוגיה עלולים להביא להחלטות שגויות. כך, למשל, החלטה שבטווח הקצר נראית כמקדמת אינטרסים של קבוצה באמצעות הכרה מרחיבה בהם כבזכות, עלולה - בשל מאפייניה המיוחדים של ההכרה בזכות והתקדים שהיא יוצרת - לגרום לתגובת - נגד חריפה, העלולה להכביד על מצבה של אותה קבוצה.**
- 3.29 **במובן מסוים, מסקנה זו מחזקת את הטענה הכללית כי בנושאי הגירה וההתמודדות עם מהגרים בעיקר מהגרים שנכנסים למדינה שלא ביוזמתה, קריטי שמדינות הגירה תפתחנה מדיניות סדורה כולל ביצוע יעיל שלה. הדבר חיוני הן על מנת לשמור על זכויותיהם של המהגרים להתייחסות מכבדת והוגנת והן על מנת לשמור על אינטרסים חיוניים של המדינה ושל הציבור החי בה.**

ולראיה באתי על החתום :

_____ חתימה:

_____ תאריך: