

השכלה גבוהה דו-מהותית? המקרה של איסור כניסה לקמפוס על בסיס לבוש בעל סממנים דתיים

מאת

שגיב ברהום*

האם מוסד להשכלה גבוהה הוא גוף דו-מהותי? בהנחה שכן, האם הוא רשאי לאסור כניסה לקמפוס על בסיס לבוש בעל סממנים דתיים? איך? מאיזה נימוק? ובאיזו מידה?

הקדמה

במכתב שנשלח אליה מטעם הרקטור, הנהלת אוניברסיטה אסרה מכאן ואילך על סטודנטית להיכנס לקמפוס כשהיא עוטה ניקאב.¹ ניקאב הוא רעלה מוסלמית מסורתית לנשים, המכסה את הפנים כולם, פרט לחרך הנותר באזור המתוחם של העיניים.² הנימוק לאיסור היה משולב; האוניברסיטה דרשה שהסטודנטית תשהה ברחבי הקמפוס, לרבות בשיעורים, בפנים גלויות – וזאת מאחר ש"דרישת הפנים הגלויות חיונית לשימור איכות ההוראה, לאינטראקציה הכיתתית וללמידה מעשית".³ במכתב תגובה, הסטודנטית טענה לזכותה לקיים את מצוות דתה, ובתוך כך דרשה מהאוניברסיטה לכבד את זכותה לבחור מה תלבש. נוסף על כך, הסטודנטית שיתפה כי פרט להנהלת האוניברסיטה הסולדת מאופן לבושה, ברחבי הקמפוס הכול מקבלים את בחירתה כראוי, מתייחסים אליה כרגיל, ולא מביעים רתיעה כלשהי לנוכח לבושה.

לשון מכתב התגובה:

"לבישת הניקאב עבורי איננה בחירה אסתטית אלא חובה דתית עמוקה. הסרתו בנוכחות גברים זרים מהווה עבירה חמורה לפי אמונתי. למדתי כך כמעט סמסטר שלם, השתתפתי בשיעורים, הרציתי בפני סטודנטים ואף זכיתי לתשואות והערכה – כולל מצד סטודנטיות יהודיות. הטענה שהניקאב פוגע באינטראקציה – פשוט אינה נכונה [...] אני לא מוכנה להתפשר על אמונתי הדתית לשם קבלת שירותים אקדמיים [...] לא אסיר את הניקאב, גם במחיר אישי. אם לא תתקבל תגובה שוויונית ומכבדת, אשקול פנייה לערכאות משפטיות, לארגוני זכויות אדם ולתקשורת – בארץ ובעולם".⁴

* דוקטורנט ועמית מחקר במרכז חשין ללימודי משפט מתקדמים, האוניברסיטה העברית בירושלים; בוגר, מוסמך ועמית הוראה, המרכז האקדמי למשפט ועסקים; זוכה פרס בהט לשנת 2024 עבור חיבור הספר **העיתונות החדשה והביקורת השיפוטית: סיווג דואלי של עיתונאים ועיתונאיות** (צפוי להתפרסם ב-2025). תודה לפרופ' יופי תירוש על הצעות טובות. תודה למערכת "תגובות משפט", ובפרט למאיה פורג, לתמר וקנין ולרון אריאס, על עריכה טובה.

¹ חסן שעלאן "לא לרעלה המכסה את הפנים: בר אילן אסרה על סטודנטית עם ניקאב להיכנס לקמפוס" *ynet* (26.6.2025) <https://perma.cc/7F39-DKK7>. למקרה דומה מהעת האחרונה: חסן שעלאן "מכללה דרשה מסטודנטית בדואית להסיר את כיסוי פניה: 'לאפשר תקשורת אנושית'" *ynet* (9.9.2024) <https://perma.cc/NLX6-ZP3H>.

² "ניקאב" ו**יקיפדיה** (27.6.2025) <https://perma.cc/X8JX-V3JD>.

³ שעלאן "לא לרעלה המכסה את הפנים", לעיל ה"ש 1.

⁴ שם.

בעקבות ערנות למקרה בכלי התקשורת,⁵ האוניברסיטה חידדה בתגובתה לסיקור המקרה:

"בהתאם למדיניות האוניברסיטה, חובת התנהלות בפנים גלויות חלה על כלל הלומדים והלומדות בקמפוס במהלך השיעורים, במרחבים הפתוחים ובמסגרת פעילויות אקדמיות [...] הדרישה לפנים גלויות נובעת משיקולים פדגוגיים, ביטחוניים ומנהלתיים ונועדה לאפשר קיום תקין של תהליכי למידה המבוססים על אינטראקציה פתוחה, זיהוי אישי ושמירה על ביטחונם של הסטודנטים. לכן, הנהלת האוניברסיטה לא תוכל לאפשר השתתפות בשיעורים או שהות בקמפוס כאשר הפנים מכוסות לגמרי באמצעות ניקאב".⁶

על רקע ההשתלשלות המתוארת, רשימה קצרה זו מבקשת להעלות שלוש טענות מרכזיות: הראשונה – שאוניברסיטה בפרט ומוסד להשכלה גבוהה בכלל, צריכים להיראות כ"גוף דו-מהותי" הכפוף לערכי המשפט הציבורי, בהקשר של התרת כניסה לקמפוס. השנייה, המתבססת על הראשונה – שאם מוסד להשכלה גבוהה אוסר כניסה לקמפוס, האיסור צריך לעמוד במגבלות הליכיות ותוכניות. במסגרת זו, האיסור צריך להיות מיושם לפי קוד מוגדר ושקוף. כמו כן, על האיסור לשאוף להשגת תכלית ראויה ולא לפגוע באופן לא-רציונלי ולא-מידתי בזכויותיהם של סטודנטים לקיים את מצוות דתם ולגשת להשכלה גבוהה. השלישית, ספציפית יותר – שבמקרה הנדון, חלק מהטעמים שסיפקה האוניברסיטה לאיסור אינם מצדיקים אותו די. בתוך כך, איסור מהטעם של שמירה על בטחון הסטודנטים, אינו מייצר לגיטימיות מספקת לאיסור, בפרט לנוכח "מבחן המידתיות השני" המאתר אמצעי שפגיעתו בזכות פחותה על מנת להשיג מטרה חברתית. להבדיל מכך, הרשימה מוצאת שחלק מהטעמים שסיפקה האוניברסיטה לאיסור – כן מאפשרים להכשירו. בתוך כך, בייחוד הטעם בדבר השאיפה לקיום למידה תקינה, חיים משותפים והרמוניה חברתית בין כותלי האוניברסיטה יכול לעמוד כטעם ראוי המצדיק את האיסור. את אלה קשה להגשים על ידי נקיטת אמצעי פשרני שאינו איסור, ודומה שכדי להגשים אף אין בנמצא אמצעי שאכן פוגע פחות מבחינת הנפגע עצמו. כל זאת, בתנאי שהלבוש בעל הסממנים הדתיים כולל עימו גם קושי משמעותי לזהות סטודנטים – ובפועל, מסווה את הפנים כמעט כליל במקביל למימוש המנהג הדתי.

מצלצל מוכר

המקרה הנדון מהדהד מקרים מקבילים, שדומים לו במאפייניהם. בעניין **ג' בארין**⁷ דובר בנערה דתית-מוסלמית, שנרשמה והתקבלה ללימודים בבית ספר תיכון פרטי, בבעלות העדה היוונית-קתולית-מלכיתית, שבעיר נצרת. באחד הקורסים שהתה הנערה כשהיא עוטה מטפחת-ראש, כמצוות הדת המוסלמית. בית הספר החליט שלא להמשיך את לימודי הנערה אצלו כל עוד מטפחת לראשה.⁸ בג"ץ דחה את עתירת הנערה לחייב את שר החינוך ומנכ"ל משרד החינוך להורות לבית הספר להמשיך את לימודיה של הנערה ללא התניית הדבר בהסרת המטפחת. הטעם לכך היה כי מדובר בבית ספר פרטי, שאינו מוכר, אינו רשמי ואינו מפוקח. בית הספר, נקבע, הוא "בית ספר של עדה".⁹ לכן יש לאפשר אוטונומיה רחבה יחסית, אם כי לא בלתי מוגבלת, לבית הספר – לעמוד על הנראות החיצונית של תלמידיו. אחרת, אופי בית הספר עלול להשתנות מהיסוד.¹⁰

⁵ למשל: אורי סלע "אוניברסיטת בר אילן סירבה להכניס סטודנטית עם רעלה לשטח הקמפוס" **וואלה** (26.6.2025) <https://perma.cc/8DPK-5MMM>; חסן שלאן "מחאות הכפיים לסטודנטית עם הניקאב, ואיסור הכניסה לבר אילן: 'זה לא כמו כיפה'" **ynet** (26.6.2025) <https://perma.cc/JA2F-V2KP>.

⁶ שם.

⁷ בג"ץ 4298/93 **ג' בארין נ' שר החינוך**, פ"ד מח(5) 199 (1994).

⁸ וכל עוד היא מסרבת להתלבש באופן דומה ליתר התלמידים בשיעורי ספורט ולהשתתף בפעילויות שאינן בהפרדה מגדרית. שם, בפס' 1 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק.

⁹ שם, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק.

¹⁰ שם, בפס' 3 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק.

מכאן, למרות שככלל "חופש דת או אחידות הלבוש – חופש דת עדיף",¹¹ כאשר מדובר בבית ספר עדתי, לא-רשמי, האוטונומיה המוקנית לו מוגברת; הדבר מתבטא הן בקבלה סלקטיבית של תלמידים הן בהתוויית דרכי התנהגות ונראות בשטחו.¹²

בעניין **ס.א.ס.**,¹³ פסק בית הדין האירופי לזכויות אדם (בדעת רוב – 15 מול 2 שופטים) שחוק צרפתי האוסר לעטות כיסוי פנים במקומות ציבוריים¹⁴ – לא מפר את האמנה האירופית לזכויות אדם.¹⁵ האיסור נגע בעיקר לעטיית בורקה, שבאופן דומה לניקאב, מכסה את הפנים.¹⁶ הרעיון שמאחורי החוק היה תפיסת הלבוש של רעלה שלמה כמנוגד לערכי חירות ושוויון מגדרי, כמכשול להתקשרויות יום-יומיות וכפגיעה בערך האחווה ובשאיפה לחיים משותפים. בצד אלה, הוצג החוק כמכשיר להתמודד עם אתגרים ביטחוניים. ב-2011 פנתה אישה צרפתייה שהציגה עצמה בשם **ס.א.ס. (S.A.S.)** לבית הדין האירופי לזכויות אדם, וטענה כי החוק מפר את האמנה האירופית לזכויות אדם, משהוא משפיל, פוגע בזכות הפרטיות, בחופש הדת, בחופש הביטוי ולא הולם את האיסור על הפליה. בית הדין דחה את התביעה כנגד החוק, והכיר בנימוק שלפיו האיסור נחוץ מסיבות של חיים משותפים והרמוניה של החברה ככתבם בחוק.¹⁷ בנוגע לנימוק הביטחוני, לא התקבלה הטענה שהאיסור נחוץ לשם ביטחון הציבור, אותו ניתן להשיג בעזרת מגבלות מתונות ויצירתיות יותר מאיסור גורף.¹⁸ לבסוף הצהיר בית הדין כי יש לאפשר למדינות דמוקרטיות מרחב תמרון להחליט אילו מנהגים ראויים במקומות ציבוריים ולפיכך האיסור תקף.¹⁹

אכן, קיים דמיון תוכני בין המקרה הנדון ברשימה זו ובין שני המקרים המובאים. עם זאת, ישנם גם הבדלים משמעותיים ביניהם, המשליכים על המסגרת הנורמטיבית בתוכה יש לבררם. כך, בעניין **ג'בארין** דובר בבית ספר פרטי, עדתי, שהכתיב כללי לבוש בהתאם להגדרתו כזה. שונה מכך האיסור המדובר מטעם האוניברסיטה, שוודאי אינה גוף המייחד את שירותיו לעדה מסוימת, אינה מפעילה פונקציה המיועדת לקהילה סגורה ואינה מנותקת מהשלטון – פיקוחית ומימונית. בעניין **ס.א.ס.** דובר בחוק מדינה, ולא בהחלטה של מוסד פרטי. מכאן הפררוגטיבה השלטונית המוענקת למדינה, לעצב בחוק קונצנזואלי את המרחב הציבורי כראותה, קיבלה משקל בהכרעתו ההצהרתית של בית הדין. על בסיס זה, בית הדין אכן הכיר בטעם בדבר חיים משותפים והרמוניה חברתית, אותם מפרשת המדינה מבחינה ערכית כישר בעיניה, כדי להכשיר את האיסור. את הטעם הביטחוני, להבדיל, שלל – משביטחון אינו בהכרח עולה בקנה אחד עם ברירות ערכיות של השלטון, והגשמתו אינה בהכרח קשורה בהן אלא במשתנים מוחשיים ומדידים אחרים.

מסלולי הטענה נגד החלטת האוניברסיטה

המסגרת הנורמטיבית הקיימת מאפשרת לסטודנטית, המנועה מלהיכנס לקמפוס לבושה בניקאב, כמה טענות. כך, טענה אפשרית היא להפרת זכויותיה של הסטודנטית – בפרט: לחופש דת, לשוויון ולנגישות להשכלה גבוהה – אשר מימושן נפגם משום התליית גישה לקמפוס באופן לבושה. טענה זו מתבססת על הנחה עקרונית כי זכויות האדם "אוניברסליות", במובן זה שתחולתן אף במשפט הפרטי הצרוף, הן על מוסד

¹¹ שם, בפס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק.

¹² שם, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק.

¹³ S.A.S. v. France [GC], App. No. 43835/11, 2014-III Eur. Ct. H.R. 341 (2014) (להלן: עניין **ס.א.ס.**).

¹⁴ Loi 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public [Law 2010-1192 of October 11, 2010, prohibiting the concealment of one's face in public places], JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [OFFICIAL GAZETTE OF FRANCE], Oct. 12, 2010, p. 18344.

¹⁵ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

¹⁶ "בורקה" ויקיפדיה (20.5.2025) <https://perma.cc/3SY8-MCDU>.

¹⁷ עניין **ס.א.ס.**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 56.

¹⁸ שם, בעמ' 54.

¹⁹ שם, בעמ' 58.

פרטי – כזה שלא הוקם בדין.²⁰ מסלול נוסף הוא חקיקה המזריקה ערכים ציבוריים למשפט הפרטי. בין היתר, הוראות בחוק זכויות הסטודנט,²¹ שמטרתו נגישות שווה להשכלה גבוהה כמו גם שוויון הזדמנויות בתוכה,²² משמיעות חובה שלא להפלות על בסיס לבוש בעל סממנים דתיים בכניסה לקמפוס (כן חשוב לציין שסעיף איסור ההפליה בחוק זה,²³ מעגן אל נכון איסור הפליה ב"קבלה" למסגרת לימודית, אך לא ב"כניסה" לקמפוס). עוד טענה אפשרית לפי החוק האמור היא לשלילת חופש הביטוי²⁴ של סטודנט שאופן לבושו מהווה תנאי לכניסתו לקמפוס. בד בבד, הוראות בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים,²⁵ מכשירות טענה כי התנאי שהציבה האוניברסיטה הוא אקט מפלה בקבלת שירות ציבורי.²⁶ לעניין זה יצוין שלמרות העובדה שמוסד להשכלה גבוהה לא נמנה מפורשות בהגדרה של "מקום ציבורי" בחוק,²⁷ מכוח הגדרתו הפתוחה של "מקום ציבורי" כ"כל מקום המיועד לשימוש הציבורי"²⁸ – מוסד להשכלה גבוהה עשוי להיחשב כזה. ואף קשה לחדד שחינוך הוא "שירות ציבורי",²⁹ וכך הוא אכן מוגדר בחוק האמור.³⁰

המסלול ה"חדשני" – מוסד להשכלה גבוהה: גוף דו-מהותי?

לצד מסלולים אלה לטעון נגד החלטת האוניברסיטה, זמין מסלול חדשני יחסית: סיווג מוסד להשכלה גבוהה כגוף דו-מהותי, תחולת הדואליות הנורמטיבית על פועלו מכוח הסיווג והכפפתו לחובות המשפט הציבורי בתוך כך. חדשני – על שום מה? מסלול זה מכונה חדשני משתי בחינות. תחילה, איננו מסלול פוזיטיבי. כידוע, התיאוריה הדו-מהותית במשפט, המאפשרת לסווג ישויות הפועלות במשפט הפרטי כישויות בעלות שתי פנים: פרטיות וציבוריות כאחד, אינה מעוגנת בחוק החרות. היא יצירת הפסיקה.³¹ לפיכך, לעומת יתר הטענות האפשריות כלפי החלטת האוניברסיטה, שמקומן בדין סטטוטורי, טענה כי האוניברסיטה היא גוף דו-מהותי אינה אוזנת בחוק ומכוונת לצעד שיפוטי. בהמשך לכך, הטענה לסיווג דואלי של האוניברסיטה

²⁰ מני רבים: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך 1993). עקרונות יסוד נצר המשפט הציבורי, לפי גישה זו, חובקי-כול. ידם בכול ויד כול בם. תחולתם במלוא תחומי המשפט – והם מוזרקים לכן אל המשפט של כל תחומי החיים החברתיים בדרך של תחולה עקיפה. תחולה זו נעשית משום גילום עקרונות היסוד של המשפט הציבורי במונחי שסתום אוניברסליים כגון "תקנת הציבור", "תום לב", "סבירות" ודומיהם. כן ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליה ברק-אוסוסקין 363, 380–391 (סטפן אדלר ואח' עורכים 2012). לאימוץ גישה זו בפסיקה: ת"א (שלום ת"א) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה, פס" 5 לפסק הדין של השופט מזרחי (נבו 1996: 1.9). למודל של תחולה ישירה, להבדיל מתחולה עקיפה, של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי: עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ' 45 (2017).

²¹ חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז–2007, ס"ח 320.

²² שם, בס' 2.

²³ שם, בס' 4(א).

²⁴ שם, בס' 5.

²⁵ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה). לניתוח מעמיק של חוק זה על רקע המתיחות בין הערכים אותם הוא מכוון להגשים: משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג' 15 (2003).

²⁶ בפרט בהתאם לס' 3(א) לחוק איסור הפליה.

²⁷ שם, בס' 2(א).

²⁸ שם ("מקום ציבורי" – כל מקום המיועד לשימוש הציבורי, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספריה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחייה, קניון, חנות, מוסך וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית).

²⁹ יורם רבין הזכות לחינוך 77 (2002).

³⁰ ס' 2(א) לחוק איסור הפליה.

³¹ ראשית הכרתה של הפסיקה הישראלית בתמה זו, במישור של החלת חובות ציבוריות על פרטים, אפשר לסמן בבג"ץ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד כו(1) 118 (1971). ראו דפנה ברק-ארוז אזרח-נתיין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה 241 (2012). שורשיו של המהלך תחת הדיסציפלינה המפורשת של דו-מהותיות, בעיקר באלה: בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 490 (1992); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995).

אינה אוחזת עד תום בדין. השאלה האם מוסד להשכלה גבוהה הוא גוף דו-מהותי נדונה בעבר בפסיקה, ולא נענתה באופן חד-משמעי.³²

ביתר פירוט, הפונקציה הציבורית שממלא מוסד להשכלה גבוהה – הנקשרת בעיקרו של דבר לכך שהוא מספק שירותי חינוך, הריהם שירותים חיוניים לפרט ולחברה – מקרבת את מעמדו לספירה הציבורית. לפי היגיון זה, הפסיקה נטתה לסווג מוסדות להשכלה גבוהה כגופים דו-מהותיים, אם כי סייגה נטייה זו בהקשרים מסוימים. בעניין **הפקולטה לחקלאות**³³ בית הדין הארצי לעבודה ראה באוניברסיטה "גוף ציבורי", משום שהיא ממלאה תפקידים בעלי עניין ציבורי רב. הדבר השליך על מעמדה כמעסיקה.³⁴ בעניין **בן-הרוש**³⁵ נפסק כי בשל סממניה הציבוריים, על אוניברסיטה להתיר ייצוג של תלמידיה המועמדים לדין בוועדות משמעת.³⁶ הדבר השליך על מימוש הזכות להליך הוגן של סטודנטים. עם זאת, בעניין **הטכניון**,³⁷ הפסיקה הסתייגה מסיווג אוטומטי של מוסדות להשכלה גבוהה, והבהירה שלא ייעשה כן בכל הקשר. באותו עניין, לא הוברר אילו טעמים צריכים לשלוט בכיפה בדרך לתובנה שיפוטית מעין זו. בלשונו התוהה של בית המשפט: "האם די בהיתר להענקת תארים גבוהים כדי להופכו לגוף 'דו מהותי'?" ; "האם הטכניון מפעיל סמכויות שלטוניות בעניין קבלה ודחייה של מועמדים [...] ומה טיבן?" ; "מהו היקף התמיכה הכספית לה זוכה הטכניון ממדינת ישראל [...] והשלכות נתון זה על סיווגו כגוף דו מהותי?"³⁸. בעניין **אלישע**,³⁹ שעסק באכיפת יחסי עבודה בין אוניברסיטה לעובדת שפוטרה ממנה, כמו-סוכמה שאלת מעמדו המשפטי של מוסד להשכלה גבוהה. בית המשפט לא הכריע בה באופן גורף, אולם לא שלל היתכנות קביעה המסווגת מוסד להשכלה גבוהה בתור גוף דו-מהותי בשלל הקשרים. בלשונו: "אף אם לא נקבע כי האוניברסיטה הינה גוף דו-מהותי כהגדרתו, הרי שאין ספק כי יש לה מאפיינים או סממנים ציבוריים המקרבים אותה להגדרה זו".⁴⁰

בהינתן תשובה אמביוולנטית זו על שאלת סיווגו הדואלי של מוסד להשכלה גבוהה: האם מהלך סיווגו הדואלי – בהקשר של מניעת גישה לרחבי הקמפוס משום לבוש בעל סממנים דתיים שאינו לשיעור רצון המוסד – יהיה מהלך מוצדק? דומה שכן.

כך מכמה סיבות. ברמה הפשוטה, ניתן לפתוח בשלל הטעמים בגינם התחבטה הפסיקה באשר למעמדו המורכב של מוסד להשכלה גבוהה. ניתן לסמוך את הסיווג בכך שלמוסד תפקיד ציבורי חשוב בעיצוב פניה של החברה, שהוא "סוכן" לקידום הידע האנושי בארץ ובעולם, שהוא כלי להגשמה עצמית בחיי היחיד, שהוא מספק מוצר ציבורי חיוני ושהוא נשען על תקציבים ציבוריים וממומן מהכיס הציבורי.⁴¹ אלו הם אפוא טעמים מוכרים, שהפסיקה כבר הדהדה.⁴² עתה, בהקשר הספציפי של התליית כניסה לקמפוס בלבוש הולם,

³² חיבור מונומנטלי שחקר את התפתחותה של הדיסציפלינה בדבר הדו-מהותיות במשפט, ובפרט את תחולתה על מוסדות להשכלה גבוהה, הוא של אסף הראל **גופים ונושאי משרה דו-מהותיים** 87–91 (מהדורה שנייה 2019).

³³ דב"ע (ארצי) שן/27-3 – **הראל – האוניברסיטה העברית – הפקולטה לחקלאות**, פד"ע כא 315 (1990).

³⁴ משמעת קביעה זו חזרה ושנתה בבר"ע 1157/04 **אוניברסיטת בר-אילן – קיסר**, פד"ע מ 875 (2005) ובס"ע (אזורי ת"א) 9895-09 **תומר – המכללה למינהל מיסודה של הסתדרות הפקידים** (נבו) 8.10.2013.

³⁵ ע"א 8077/08 **אוניברסיטת חיפה נ' בן-הרוש** (נבו) 30.12.2012.

³⁶ אר-אז בלטה גישת השופט רובינשטיין, שבדעת מיעוט לעניין זה נקט טרמינולוגיה מפורשת של סיווג דואלי (שם, בפס' כ"ט לפסק הדין של השופט רובינשטיין). כן ראו דעה דומה של השופט דנציגר, שלבסוף הותיר את שאלת הסיווג לעת מצוא, בצריך עיון; שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט דנציגר.

³⁷ ע"מ 7151/04 **הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ**, פ"ד נט(6) 433 (2005).

³⁸ שם, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיא ברק. השאלות הללו לא נענו. כתב הנשיא: "אכן, החלתו של המשפט הציבורי על הטכניון מחייבת תשתית עובדתית נוספת. [...] הנני סבור שלא ניתן לקבוע, בהיעדר תשתית ראייתית ובהיעדר בחינה יסודית של הנתונים הרלוונטיים, אם הטכניון הוא גוף דו-מהותי באספקטים הרלוונטיים לערעור שבפנינו, ואם כן, מה הן החובות שיש להחיל עליו מכוחו של המשפט הציבורי ומה היקפן"; שם.

³⁹ בג"ץ 4485/08 **אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב** (נבו) 5.10.2009.

⁴⁰ שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט ארבל ובפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. עוד השוו לבג"ץ 844/06 **אוניברסיטת חיפה נ' עוז**, פ"ד סב(4) 167, פס' 1 לפסק הדין של הנשיאה ביניש ופס' 7 לפסק הדין של השופט נאור (2008); בג"ץ 7793/05 **אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים**, פ"ד סד(3) 1, פס' 25–27 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2011).

⁴¹ על כל אלה ועוד ראו הראל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 87–91.

⁴² בפרט ראו דברי השופט ארבל בעניין **אלישע**, לעיל ה"ש 39: "האוניברסיטאות זוכות למימון גם מכספי הציבור, יש להן תפקיד חברתי וציבורי חשוב ביותר בקידום המחקר בישראל בתחומים השונים, בהכשרתו של ציבור בוגרים משכיל שיתרום מכישוריו

משקלם של טעמים אלה מתגבר – וייתכן שמתווספים להם טעמים אחרים. כך, הצבת מגבלות על גישה לקמפוס (כשלעצמן; במנותק, בשלב זה, מתוכנן) יכולה שלא לעלות בקנה אחד עם תפקידו הציבורי של המוסד להעניק שירותיו באופן שווה. בכלל זה, הצבת חסם לשטחו של המוסד, על דעתו, יכולה לכפור במילוי תפקידו להעניק הזדמנות שווה לשירותיו ויחס שווה בין כתליו. החסם כפשוטו (בהתעלם מהשאלה האם הוא רציונלי) יכול להביא לכך שהמוסד אינו מגשים, באופן מעשי, את יעדיו החברתיים – אלו הציבוריים ואלו הנוגעים לחיי הפרט. יעדים הנלמדים מהפונקציה עליה הוא חולש ומהתמיכה הכספית הניתנת לו לשמה, ונבחנים תחילה על ידי פתיחת שעריה לכל המעוניין (והמתאים מקצועית) להעשיר את ההון האנושי בגדרו. בהקשר זה, סלקציה המוכרעת לפי סוג לבוש, כפשוטה (ושוב – מבלי לצלול בשלב זה אל הצדקותיה), מעבירה מסר לא-ראוי, שאינו מתכתב עם מסרים חינוכיים של פלורליזם וסובלנות.⁴³ במורד של מדרון, היא אף עלולה להשריש תרבות קלוקלת של תיעדוף תלמידים על פי מאפיינים זהותיים חלף סגולות מקצועיות.⁴⁴

מפרספקטיבה מורכבת יותר, יש להתחשב גם באלמנט הדתי שיכול להיות מעורב בהחלטת המוסד (כבמקרה המדובר כאן) – ולהכיר באפשרות ה"נגישה" וה"קלה" יחסית, שעומדת בפני המוסד, להסיג אחר את הזכות לממש מנהגים דתיים.⁴⁵ בשעה שוויתור על מסורת דתית מהווה תנאי למימוש זכותו של היחיד (שהיא אף אינטרס ציבורי) לגשת להשכלה גבוהה, נוצרת משוואה המציבה את שני אלה במעין מקבילית כוחות ערכית עבור היחיד הדתי. לפיה נגישות להשכלה גבוהה יכולה להצריך לעיתים מחירים במימוש חופש הדת, ולהפך.⁴⁶ ואכן, משוואה שכזו נתונה להגמשה סלקטיבית, שתצורותיה השונות – על דעת מוסדות שונים – לא יתאימו לאינטרסים ציבוריים מוסכמים ולעקרונות מקובלים של כיבוד זכויות, אלא יתקמו באופן שרירותי.⁴⁷ לפיכך עלול להיווצר מצב שבו מוסדות שונים ידברו בקולות שונים בנוגע לאיסורים בדבר לבוש, כשהמשמעות של מילוי אחר איסורים אלה היא גישה להשכלה גבוהה.

אשר על כן, עולה הצורך שאקט מוסדי של שלילת גישה לקמפוס אקדמי, מהטעם בדבר לבוש בלתי הולם, יהיה רציונלי. אקט כזה צריך להיות כפוף לפיקוח שעניינו בשאלה האם הוא מוצדק. דרך להטמעת רציונליות היא סיווג דואלי⁴⁸ של מוסד להשכלה גבוהה – ותחולת נורמות עקרוניות על פועלו, המכפיפות אותו להתנהלות רציונלית בהקשר זה.

ומהידע שרכש באוניברסיטאות לציבור ולמדינה במישורים שונים ובעיצוב פניה של החברה. ייחודה זה של האוניברסיטה מוביל לטעמי למסקנה כי נכון יהיה לראות את האוניברסיטה כמי שמחויבת לעמוד בסטנדרטים מוגברים של התנהלות נאותה; שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט ארבל.

על הצורך הטבעי בהזרקת ערכים אלה לתחום החינוך לאור מאפייניו – ראו עניין ג' בארין, לעיל ה"ש 7, בפס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק. השופט גולדברג, שם, הקשה ואתגר את דעתו זו כשהדגים: "תלמיד בבית-ספר ממלכתי דתי מבקש, מטעמים שבהשקפת עולם, להסיר את הכיפה מראשו ולא לחבוש אותה אף בבית ספר. האם יש להכיר בזכותו לבטא עצמו כך בבית הספר? האם לא נאפשר לו זאת נפגע בזכותו לבטא את השקפת עולמו, ולא נתייחס בסובלנות לדעותיו. מאידך גיסא, האם יש מקום בבית-ספר ממלכתי דתי לתלמיד שאינו חובש כיפה? איני משוכנע כי בהתנגשות שבין חופש הביטוי של התלמיד לבין המסגרת החינוכית שבה הוא לומד גוברת ידו שלו, על-אף החינוך לסובלנות ולפלורליזם". עוד השווה לדיון אצל רבין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 326; מנחם מאוטנר "מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי" **עיוני משפט** כה 253 (2001); בהמשך לחיבור זה ראו רון שפירא "מנחם מאוטנר: על החינוך המשפטי" **עיוני משפט** כז 821 (2004).

ראו אדנקו סבחת-חיימוביץ "כשהשוויון אינו נוכח: הפליה בחינוך ובמרחב הציבורי" **75 שנות עצמאות במשפט** 167 (דפנה ברק-ארז עורכת 2023), המנתחת באספקלריה תרבותית את בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהילה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009), הנוגע בציבוריות הישראלית כ"בג"ץ עמנואל", ובו נדונה לפסילה פרקטיקה של הפרדה בין תלמידות ממוצא אשכנזי לתלמידות ממוצא מזרחי בחינוך התורני (במוסד "מוכר שאינו רשמי").

לגישה המתחשבת במידת קרבתן של ישויות פרטיות להשפיע על מימוש זכויות של פרטים על מנת להגביר את כפיפותן לעקרונות של הגינות, ראו רונית דוניץ-קידר "לא פרטי לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" **משפטים** מג 1127 (2013).

להרחור אחר השערה כמעט-טבעית מעין זו, ראו נטע ברק-קורן "הפרדה מגדרית באקדמיה אינה משחק סכום-אפס" **ICON-S IL Blog** <https://perma.cc/G5PT-VDR9> (19.2.2019).

פרקטיקה שכזו, מפרספקטיבה רחבה, מציבה אתגר עבור הסולידריות והלכידות בחברה. השווה לדפנה ברק-ארז "משפט ואחדות חברתית בישראל" **ספר גבריאל בך** 667 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים 2011).

אכן, קורפוס הכתיבה בעניין זה תיאר כיצד סיווג דואלי של ישות פרטית הוא כלי להבניית רציונליזציה של התנהגותו במשפט הפרטי, בפרט כשהדבר משיק לאינטרסים ציבוריים ולזכויות. ראו דפנה ברק-ארז "תאגידים ציבוריים" **עיוני משפט** יט 273 (1995); איל בננשתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" **משפט וממשל** ב 11 (1994); רון פוליאק "שלושה מושגים של דואליות נורמטיבית" **עיוני משפט** מג 24 (2020); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 530–534 (מהדורה שנייה 2010).

המשמעות – הליך ותוכן

אכן, כללים השואפים לרציונליזציה – ובכלל זה: מאפשרים לחפש אחר ההצדקה למעשה שלטוני – חלים על הרשות הציבורית בהחליטה החלטות המגשימות אינטרסים ציבוריים מזה, אך משיקות לזכויות של פרטים מזה. אילו כללים יכולים לחול על מוסד להשכלה גבוהה עקב קירוב מעמדו אל הספירה הציבורית, בהקשר של התניית גישה לקמפוס על פי לבוש הולם?

אפשר לחשוב על שני מישורים של כללים עקרוניים. הראשון – מיקודו בתהליך שלפיו מחליט המוסד האם לאפשר כניסה לקמפוס. זוהי בחינה של התנהלות המוסד במישור ההליכי. כך, אפשר לשוות חובה של גיבוש והפצת קוד מותר-ואסור, התקף לכול, מפורסם בפומבי ושהסטודנטים מיוודעים לגביו ומסכימים לתוכנו "הסכמה מדעת";⁴⁹ ואך בהתאם להגדרותיו המוסד שולל גישה לרחבי הקמפוס. במסגרת זו, ניתן לשוות חובה להתחשב, בנוסח הקוד, אך במנהגי הדתות הרשמיות, על פי ההגדרה המשפטית המקובלת להכרה בחופש דת ולהגנה על מנהגיה.⁵⁰ חובה נוספת תהיה, לדוגמה, זכות טיעון כפולה: מתן זכות טיעון רחבה לסטודנטים, מעת לעת, בנוגע לתוכנו של הקוד המתגבש,⁵¹ וכן מתן זכות טיעון קונקרטי לסטודנט העומד בפני הרכשה לפיו. באותו הקשר, עוד חובה היא להזהיר סטודנט זמן מספיק טרם הרכשתו מרחבי הקמפוס ולהביא לידיעתו את הסיבה המדויקת להרחקה, כך שיתכונן כיאות להשמיע דברו בפני המוסד.⁵² במובן זה, רואים אנו: הן תוכן הקוד הן תהליך גיבושו עומדים לביקורת שיפוטית; ובד בבד, גם החלטות המתקבלות על פיו עוברות תחת שבט הביקורת.⁵³ המישור השני – עניינו בתוכן החלטות נקודתיות לאסור כניסה לקמפוס. זוהי בחינה של התנהלות המוסד במישור הפעלת שיקול הדעת. באכסניה זו, לצד חובות תוכניות אחרות, חובה מרכזית היא מידתיות ההחלטות של המוסד. חובה זו היא המכשיר הטוב ביותר להבניית רציונליזציה של החלטותיו.⁵⁴

⁴⁹ המובן של "הסכמה מדעת", בהקשר זה, יכול להיות חובה להסביר לסטודנט באופן נפרד ו"עצמאי" את האיסור ואת הסנקציה בגין הפרתו, להדגיש את המשמעות של אי-הסכמה כלפי האיסור מבעוד מועד (למשל – בעת רישום ללימודים), ולוודא שכל אלו נקלטו אצל הסטודנט (בין בעל-פה, בין בכתב). השוו למיכאל בירנהק [מרחב פרטי]: **הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 99–100 (2010); נילי קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו–1996** חלק א (2008); רע"פ 10141/09 **בן-חיים נ' מדינת ישראל** (נבו 6.3.2012). בהליך זה נדונה הסכמתו של אדם מדעת – קרי: לאחר שהודע לו שאינו חשוד, שאינו חייב להסכים לכך ושסירוב לא יתפרש לחובתו – לביצוע חיפוש של שוטר על גופו. נקבע שההסכמה מדעת מכשירה את החיפוש. נוסף על כך, נקבע כי ההסכמה היא אף תחליף לסמכות חוקית לביצוע חיפוש. בדעת מיעוט קבע השופט דנציגר שההסכמה איננה תחליף יאה להסמכה חוקית.

⁵⁰ ראו בעניין זה חיבורם היסודי של דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" **מחקרי משפט** כא 5 (2004).

⁵¹ השוו לברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות? בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" **מאזני משפט** ו 423 (2007); דפנה ברק ארז "זכות הטיעון – בין צדק פרוצדורלי ויעילות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 817, ח"ש 75 (אחרון ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013). מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" **משפט וממשל** ד 95 (1997).

⁵² הקשר בין שני אלה נהיר. הקבלה אפשרית היא לע"א 1155/20 **עניני נ' שאול** (נבו 7.12.2021). שם דן בית המשפט בסירוב של עמותה לקבל חברים חדשים לשורותיה, כשברקע השאלה המקיפה האם העמותה היא גוף דו-מהותי. נפסק כי אומנם אין לכפות על עמותה לקבל חברים שאינה חפצה בהם, אולם העמותה אינה רשאית לדחות חברים מטעמים מפלים באופן הנוגד את תקנת הציבור. באופן ספציפי נקבע שכלל שהעמותה עיגנה בתקנון תבחינים בהירים יותר לקבלת חברים חדשים, כך יורחב – על פיו – שיקול דעתה לקבל או לדחות חברותם של חדשים. לעומת זאת, אם העמותה לא עיגנה בתקנון טעמים לסירוב, זה יצומצם אך לטעמים הקשורים למטרותיה, אופייה, פעילותה וניהולה התקין – ובהתאם, הביקורת השיפוטית עליה תתרחב. ראו בייחוד שם, בפסי' 47–51 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. את התועלות שבהגדרת טעמי הקבלה והדחייה בתקנון מלכתחילה, בהקשר ההוא, סימן בית המשפט בארבעה: "ראשית, היא מאפשרת לאדם המבקש להצטרף כחבר עמותה וודאות ויכולת תכנון. [...] שנית, היא מגבילה את אפשרותה של העמותה לשקול את בקשות החברות המוגשות לה בדרך של 'כל מקרה לגופו' ולקבוע קריטריונים שונים 'תוך כדי תנועה' באופן שעלול לפגוע בשוויון. שלישית, היא מאפשרת בקרה של רשם העמותות על עקרונות הקבלה לעמותה, ובכלל זה פסילה של קריטריונים הנוגעים באפליה בלתי חוקית עוד בשלב אישור התקנון על-ידי. רביעית, עיגון הקריטריונים באופן מפורש בתקנון מאפשר בקרה על החלטות של ועד העמותה שלא לקבל אדם מסוים על-ידי גורמים מבית, כלומר מצד חברים קיימים בעמותה שחפצים בקבלתו של המועמד שנדחה". כל אלו אפוא יאים אף לדיון כאן. כן ראו ניתוח פסק הדין בעניין **עניני** אצל אסף הראל ושולי וייס "של מי העמותה שלי?" **פורום עיוני משפט (תגובות משפט)** מז (21.5.2023) <https://perma.cc/4FVL-T7MG>.

⁵⁴ על כך שהבחינה המידתית היא כלי להכפפת המעשה השלטוני לרציונליות ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 771, 777–779 (2010) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי**); עמרי בן-צבי ואפי צמח "התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי" **משפטים** נה, הטקסט הצמוד לה"ש 76–77 (צפוי להתפרסם ב-2025); אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" **משפט וממשל** יט 119 (2018). לביקורת על המידתיות, שהפכה בדעת רבים עיקר ולא כלי, ראו משה כהן-אלה "מידתיות ותרבות

האם במקרה שפתח את רשימה זו – נהגה האוניברסיטה באופן מידתי, ורציונלי? כזכור, התכלית לשמה אסרה את הגישה הייתה דו-גונית: האחת הייתה ביטחונית ("שמירה על ביטחונם של הסטודנטים"), והשנייה הייתה פדגוגית-חברתית: יצירת קווי חיים משותפים ברחבי הקמפוס, אינטראקציה כיתתית ערה ותהליכי למידה תקינים. דומה כי התכלית הראשונה, הביטחונית, לא מבססת הצדקה מספקת לאיסור, בפרט לנוכח "מבחן המידתיות השני": "מבחן הצורך", המאתר אמצעי שפגיעתו בזכות פחותה על מנת להשיג מטרה חברתית במלואה.⁵⁵ בתוך כך, יש בידה של האוניברסיטה לשמור על הביטחון ברחבי הקמפוס באמצעים מתונים, שיפגעו פחות בזכותה של הסטודנטית להתלבש כאוות נפשה ולהשתלב בהשכלה גבוהה. האוניברסיטה יכולה, למשל, להדק את הבידוק הביטחוני בכניסה לקמפוס. כמו כן, כלפי עוטות הניקאב, האוניברסיטה יכולה לדרוש להסירו ולחשוף פנים רק במהלך הבידוק הביטחוני הקצר, שייערך על ידי מאבטחת-אישה, בכניסה לקמפוס – באופן הממזער את שלילת הבחירה שלא להיחשף. מעבר לכך, דומה כי קשה להטעים מדוע מלכתחילה קשרה האוניברסיטה בין הניקאב ובין הביטחון; ובמובן זה, אף לא נמצא קשר ענייני בין האיסור (האמצעי) ובין הביטחון (המטרה).⁵⁶ ברמה הפשוטה, ניקאב אינו נשק; לא ניתן לתקוף באמצעותו. בהתאם, אף משאבי האבטחה מושקעים לשם איתור כלי מאיים ולא כלי מסווה. ועוד יש לשאול: האם אדם לא יכול להיכנס עם כל פיסת בד אחרת לרחבי הקמפוס ולהסוות באמצעותה את פניו לשם הוצאה לפועל של איום ביטחוני? לפי ההיגיון שמציעה האוניברסיטה, בהיאחזה בביטחון, אי-אפשר להכניס לרחבי הקמפוס כל פיסת בד שניתן באמצעותה לכסות פנים, מפאת החשש שכך המתכוון להרע לביטחון יסווה זהותו. איסור שכזה אינו קיים וממילא אינו יכול להיות אכיף.

לא אלה הם פני הדברים באשר לשאיפה המוסדית של האוניברסיטה להרמוניה חברתית וחויית לימודים אינטראקטיבית ואינטגרטיבית בשטחה. דומה כי החזון ליצירת שיתופיות בין כותלי הקמפוס – שהוא מטרה שמוסד רשאי לסמן לעצמו כמטרה ראויה במסגרת שיקול דעתו להתוות אורח חיים אחיד בשטחו⁵⁷ – לא ניתן להגשמה באמצעים דרקוניים פחות מן האיסור עסקינן. זאת, בתנאי שהלבוש בעל הסממנים הדתיים חריג, כולל עימו קושי משמעותי לזהות את הסטודנט בין חבריו (בהנחה שאינו היחיד המתלבש באופן חבו)⁵⁸ – ובפועל, מסווה את פניו כמעט כליל במקביל למימוש המנהג הדתי. היינו, בהנחה ששימור המנהג הדתי פוגע למעשה בהזדמנות של הסטודנט להשתתף השתתפות אפקטיבית בתוכניות לימוד, לייצר קשרים ברחבי הקמפוס ולהתהלך כשווה בין שווים במסדרונות ההשכלה הגבוהה.⁵⁹

ההצדקה אצל אהרן ברק "משפט ועסקים" 317 (2012); איתי בר-סימן טוב "גיון הארט גרוניס: פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** 67 (2015); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *America Balancing and*; German Proportionality: The Historical Origins, 8 INT'L J. CONST. L. 263 (2010).

55 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 391 (2010).

56 שם, בעמ' 373; ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 778–779. זאת, יוזכר, בדומה לנקבע בעניין **ס.א.ס.**, לעיל ה"ש 13.

57 פירוש אפשרי נוסף הוא שברירתו של מוסד להשכלה גבוהה להשריש אחידות של אורח חיים בשטחו היא פרוגרטיבה (זכות-יתר) הניתנת לו לצורך מילוי תפקידו הציבורי. פרוגרטיבה זו נגזרת אף היא ממעמדו הדואלי, ומכאן שגבולותיה מתוחמים (אך) לטובת הגשמת התכלית החברתית של המוסד. ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי-כלכלי 526–527 (2013); הראל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 477–497. עוד השוו לאברהם וינרוט "חסינות של גופים דו-מהותיים מפני תביעות" **המשפט** ח 565 (2003).

58 וגם כאן, יוער, תיתכן טענה בדבר מדרון חלקלק, ולפיה הכרה בזכות להתכסות ברעלה המסווה באופן משמעותי את הפנים תביא לשינוי הצביון של המרחב הציבורי. כך, שלאורך זמן, יתמלא המרחב הציבורי בסטודנטים המסווים את זהותם בפיסות בד. החשש הוא שפרקטיקה זו תלבה מגמה סגרגטיבית במוסדות ההשכלה הגבוהה. על מכשוליה הגלויים והעקיפים של סגרגציה בחינוך ראו דן גבתון "בציפייה למזרחי נ' מחלקת החינוך של טופיגן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית-המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל" **עיוני משפט** כח 473 (2004).

59 לטענה כי ההגנה הליברלית על האוטונומיה הנשית לנהוג על פי מוסכמות דתיות הנתפסות דכאניות, אינה ליברלית, ראו Yofi Tirosh, *Consent, Multiculturalism, and Exit: A Contemporary Critique of Religious Accommodation and the Right to Sex Equality*, POLITICAL THEOLOGY (2024); יופי תירוש "הסיפור של המאבק בהפרדה בין המינים באקדמיה: גילוי, מיפוי, הנעת שינוי" **מעשי משפט** י 107 (2019). ליבון טענה עקרונית זו עד תום חורג ממטרת רשימה זו. הטענה המובעת כאן היא שקושי לזהות סטודנטים בגלל מלבושם, גורע מיכולתם להשתלב באופן אפקטיבי – ומכאן מערער, ברמה התוצאתית, את השוויון ברחבי הקמפוס.

ברמה המעשית, להבדיל מפתרונות-אמצע פשרניים, שיכולים להימצא לצורך הגשמת הביטחון תוך הפחתת האיסור (או: החשיפה של הסטודנט המתכסה), דומה שפתרונות פשרניים אינם בהישג-יד לצורך התכלית הפדגוגית-חברתית. כך, בשונה מהמדובר באשר לתכלית הביטחונית, קשה להלום מצב שבו סטודנטית מתכסה ברעלה אך בחלק מיום הלימודים ומשילה אותה בחלקו האחר (למשל, לטובת השתתפות בתוכניות לימוד המצריכות אינטראקציה ערה). מה גם, שלהבדיל ממאבטחת שיכולה להורות על השלת הרעלה לרגעים, לשם בידוק ביטחוני, קשה להכריע מי בדיוק יכול להיות המוסמך לבקש מהסטודנטית להסיר את הרעלה במהלך יום הלימודים, לכמה זמן, באילו נסיבות ומאיזו סיבה.⁶⁰ נוסף על כך, בקשה חוזרת ונשנית כמו זו, שתישמע בהתאם לתוכניות לימוד משתנות במהלך יום לימודים, עשויה להביא עד מהרה לחיכוכים בין המבקש והמתבקשת, ולהעכיר את האווירה ברחבי הקמפוס. על כן יישומו של פתרון-אמצע, בצורה אינצידנטלית, אינו בר-קיימא בהקשר זה.

ככלות הכול, קו המחשבה המוצג כאן משתלב עם קווי המחשבה שהוליכו בשני ההליכים אשר הוצגו בראשית הרשימה:⁶¹ בעניין ג'בארין – הכיר בית המשפט בשיקול דעתו של המוסד החינוכי הפרטי להנהיג סף אחיד של אורח חיים בשטחו; ובעניין ס.א.ס – הכיר בית הדין האירופי בנימוק של ליבוי אינטראקציה, חיים משותפים והרמוניה חברתית במרחב הציבורי, להבדיל מנימוק ביטחוני.

סיכום

סיווגו הדואלי של מוסד להשכלה גבוהה הוא כלי להעמיד אינטרסים וזכויות יקרים, המשיקים לפועלו, על מכונם: אלה מול אלה. זו הפעם, בהקשר של העימות החוזר ונשנה בין אוטונומיה מוסדית ואוטונומיה אישית בחינוך.

אם המקרה המדובר ברשימה זו יבשיל לכדי הליך משפטי (כפי שהסטודנטית הזהירה, כמתואר בראש הרשימה), אין להוציא מכלל אפשרות שסיווגו הדואלי של האוניברסיטה הוא שיתייצב במוקד הדיון. ולא בכדי: הוא מגלם מסלול צודק ויעיל להכריע בפלוגתה המדוברת. באופן כללי יותר, ואף אם המקרה המדובר לא יבשיל לכדי הליך משפטי, תפיסתו הדואלית של מוסד להשכלה גבוהה מספקת נקודת ראות נוספת על דיני הדואליות הנורמטיבית, על ממשותם ועל תועלותיהם בפתרון דילמות ערכיות במשפט.

⁶⁰ הקבלה אפשרית היא למצב שבו מרצה מחייב סטודנטית "לפתוח" מצלמה (היינו, להופיע למול מצלמה המסריטה את פניה) במהלך שיעור מקוון דרך מחשב, והסטודנטית מסרבת מטעמי צניעות שמקורם באמונה דתית. שאלה היא האם המרצה יכול להתעקש ולעמוד על בקשתו, ויותר מכך – האם המרצה יכול להתנות את המשך קיום השיעור בהיחשפות פני כל הסטודנטים כולם, כולל זו המסרבת, למול המצלמה? מעבר לכך, האם יכול המוסד להתנות את הענקת התואר האקדמי בנוכחות מקוונת – שמשמעה: מצלמה מופעלת – במהלך שיעורים המתנהלים דרך מחשב? מעשה שהיה כך היה – בת"א (שלום ב"י) 14330-09-21 עמר נ' אוניברסיטת חיפה (נבו 28.4.2025). בהליך זה נדחתה תביעה כספית של סטודנטיות נגד מוסד שהתנה את המשך לימודיהן באופן מקוון (שהתחייבו, במהלך מגפת הקורונה), בהשתתפותן בשיעורים במצלמה פתוחה, על אף סירובן לכך מטעמי צניעות. בית המשפט פסק שהצבת התנאי מצויה בתחום הפרוגטיבה המקצועית של המוסד, וביכולתו לקבוע כראותו את התבחינים המקצועיים להענקת תואר אקדמי. הגם שדובר במוסד אקדמי המייעד את שירותיו ככלל לציבור החרדי, לא היה בכך כדי לשלול את שיקול דעתו של המוסד לעמוד על דרישותיו שהן בבחינת דרישות אקדמיות מקצועיות. נכתב: "הנתבעת רשאית להציב דרישות מינימום כתנאי להשתתפות בלימודים ועצם הצבת הדרישות (ככל דרישה של מוסד אקדמאי) אינה מהווה פגיעה בשוויון, גם אם היא גורמת לכך שחלק מהסטודנטיות לא תוכלנה ללמוד בתכנית. דרישות אלו לא נועדו למנוע מציבור מסוים להשתתף בלימודים [...] אלא אך לאפשר הוראה בסטנדרטים שהנתבעת סבורה שהם הכרחיים מבחינה אקדמאית. אינני סבור שבנסיבות אלו על הנתבעת להפחית את הדרישות לחלק מהסטודנטיות בשל עיקרון השוויון (וניתן שאם הייתה פועלת כאמור היה בכך חוסר שוויון ביחס ליתר הסטודנטיות)". שם, בפס' 40 לפסק הדין של השופט הקר. כן האזינו לניתוח של יופי תירוש: "האם יש לסטודנטיות חרדיות זכות שלא לפתוח מצלמה בשיעור זום?" **רשת מורשת** (6.5.2025) <https://perma.cc/73T4-2BLU>.

⁶¹ ראו הטקסט הצמוד לה"ש 19-7 לעיל.