

השופטת דליה דורנר תוקעת ית"ד: על תרומתה של השופטת דורנר לביסוסה של הזכות החוקתית לחינוך¹

ד"ר יורם רבין

ערב טוב לכל הנוכחים, מזל טוב לשופטת דורנר לרגל צאתו של "ספר דורנר", ותודה רבה למרכז מינרבה ולעמותה למשפט ציבורי, על שזיכו אותנו בערב העיון המעניין על תרומתה של השופטת דורנר להגנה על זכויות האדם בישראל.

את הזמן שניתן לי אקדיש לתרומתה של השופטת דורנר לביסוסה של הזכות לחינוך והזכות לחינוך מיוחד.

הנושא של הזכות לחינוך, ובעיקר הזכות לחינוך מיוחד, תמיד חשוב ותמיד אקטואלי. כך למשל, בדיוק לפני שלושה שבועות, ביום 22 ליוני 2009, ניתן בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, פסק-הדין החשוב: *Forest Grove School District v. TA*. במקרה זה מדובר היה בנער, אשר למד בבית ספר ציבורי מסוים במדינת אורגון, מתקופת בית הספר היסודי ועד התיכון, ואשר חרף קשיים רבים בלימודים, לא אובחן כתלמיד הזכאי לשירותי חינוך מיוחד. לאחר שהנער אובחן, באיחור רב, כבעל צרכים מיוחדים (היפר-אקטיביות אשר גרמה בעיות קשב וריכוז), החליטו הוריו להעבירו לבית ספר פרטי לחינוך מיוחד, ותבעו את החזר שכר-הלימוד מבית הספר הציבורי על סך של \$65,000, וזאת כדי לשלם את שכר הלימוד בבית הספר הפרטי לחינוך מיוחד.

בית המשפט העליון קבע, מפי השופט סטיבנס, את הזכות של ההורים לקבל החזר שכר לימוד מבית הספר הציבורי, לצורך תשלומו לבית הספר הפרטי (לחינוך מיוחד), אם הראשון נכשל בהענקת חינוך ציבורי הולם, ובמקרה זה שירותי חינוך מיוחד לתלמיד בעל צרכים מיוחדים.

למעשה, פסק-הדין עוסק בזכות הילד לחינוך מיוחד בבית ספר פרטי, על-חשבון המדינה, וזאת, על דרך של החזר הוצאות מבית הספר הציבורי הממומן על-ידי המדינה, מהטעם שנכשל באבחון של הילד כבעל צרכים מיוחדים.

אכן, הנושא של הזכות לחינוך מיוחד, הוא תמיד חשוב ותמיד אקטואלי, והוא העסיק את בית המשפט העליון בישראל, כבר באמצע שנות התשעים. פסקי-הדין הישראליים עסקו בשאלות של מימון ישיר (ולא בהקשר של החזר הוצאות כמו בפסק הדין האמריקני שלעיל).

בשנת 1995 ירבה השופטת דורנר בהרכב שדן בבג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (1996) (להלן: עניין עמותת שוחרי גיל"ת), אשר עסק

¹ הרצאה שניתנה ביום 12 ליוני 2009, בערב עיון לכבוד "ספר דורנר": תרומתה של השופטת דורנר להגנה על זכויות האדם בישראל.

בעתירה כנגד הפסקת מימון לעמותת שוחרי גיל"ת, אשר עסקה בגישה ייחודית להתפתחות תקינה של תינוקות וילדים בגיל הרך (סוג של חינוך מיוחד). את דעת הרוב בפסק-דין זה כתב השופט אור. בפסק-הדין העלה השופט אור על נס את חשיבותו של החינוך, אך קבע, באימרת אגב, כי החינוך אינה זכות חוקתית (ואף לא זכות יסוד). בשל אמירה זו ספג פסק-הדין ביקורת נוקבת בעיקר מצד גורמים האקדמיה. הנושא של הזכויות החברתיות היה אז בחיתוליו, ופסק-הדין בעניין **עמותת שוחרי גיל"ת** נתפס כפסק-דין שמרני, שעכב את התפתחותו של המשפט החוקתי הישראלי לעבר הכרה בזכויות חברתיות. למעשה, לדעת המבקרים, פסק הדין לא רק שלא קידם את הזכות לחינוך אלא שגרם נזק מסוים, וטוב היה לו בית המשפט היה "עוקף" את הבעיה, ומשאיר את הסוגיה בצריך עיון כפי שעשו שני השופטים האחרים בהרכב, השופטת דורנר והשופט טל.

לאחר שנים התוודתה השופטת דורנר, כי קביעתו של השופט אור לא ביטאה נכונה את השקפת עולמה, ולכן חיכתה להזדמנות לתקן את ההלכה: וכך אמרה דורנר בראיון לכתב העת **דין ודברים**²:

"בזמנו חשבתי שמדובר בשאלה נכבדה, וכי על כן יש להקדיש לה זמן ומחשבה בבוא העת, אך בשל העומס השורר בבית המשפט ומאחר שלא היה צורך להכריע בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך באותו עניין, הסכמתי לפסק דינו של השופט אור, והסתפקתי בהערה כי את השאלה החוקתית ניתן להשאיר בצריך עיון. כך גם עשה השופט טל, כאשר ביקש להשאיר את סוגיית הזכות החוקתית לחינוך לעת מצוא. ואולם אף לא אחד זכר את ההערות הללו, ופסק הדין היה נושא לביקורת רבה מאחר שלא נתן, לדידם של המבקרים, את כובד המשקל הראוי לזכות לחינוך. לאחר שנחשפתי לביקורות האלה, הרגשתי כי השקפת עולמי האמתית לא קיבלה ביטוי נכון במסגרת פסק הדין, ולפיכך חיכיתי להזדמנות לבטא נכונה את עמדתי".

ואכן, חמש שנים לאחר מכן, בשנת 2000, נפלה ההזדמנות לידיה של השופטת דורנר. היה זה, כזכור, בבג"ץ 2559/00 יתד – **עמותת לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834 (2002) (להלן: **עניין יתד**). את פסק דין כתבה השופטת דורנר, ואליה הצטרפו השופט לוי והשופט אור שכתב כזכור את פסק-הדין בעניין **עמותת שוחרי גיל"ת**. עובדות פסק-הדין ונסיבות המקרה מעניינות, אך בזמן שניתן לי, אני רוצה לעמוד על החידושים הנורמטיביים שבפסק-הדין:

ביסוסה של זכות יסוד לחינוך – בפסק-דין יתד, בניגוד לפסיקה בעניין **שוחרי גילת**, נקבעה **זכות יסוד לחינוך** וזאת בהתבסס על שלושה מקורות משפטיים:

- (א) החקיקה בענייני חינוך.
- (ב) נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן המעגנות את הזכות לחינוך.
- (ג) מרכזיותו של החינוך במסורת ישראל ובמשפט העברי.

² אלכסנדר קידר, פנינה אלון, עידן לרון ועת רום "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" **דין ודברים** א' 15 (2004).

השופטת דורנר קבעה: "זכות יסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה". מהי המשמעות של ההכרה ב"זכות יסוד לחינוך"? קיומה של זכות יסוד מעמידה כלל פרשני חשוב שלפיו מבין פרשנויות אפשרויות של דין יש להעדיף את זו המקיימת או הפוגעת פחות בזכות היסוד. בעניין יתד, עשתה השופטת דורנר שימוש בכלל פרשני לצורך פרשנותו של חוק חינוך מיוחד, תוך שהעדיפה את הפרשנות המיטיבה עם הזכות לחינוך, שלפיה חובת המימון על-ידי המדינה, חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל.

ביסוסה של הזכות לחינוך מיוחד – השופטת דורנר, בעניין יתד, איננה מסתפקת בביסוסה של זכות יסוד לחינוך, והיא ממשיכה וקובעת, כי זכות האדם לחינוך, כוללת גם את "הזכות לחינוך מיוחד" של ילדים בעלי צרכים מיוחדים³. את הזכות לחינוך מיוחד מבססת השופטת דורנר על הפניות למשפט הישראלי⁴, למשפט הבינלאומי⁵ ולמשפט אמריקני⁶, תוך שהיא מסתייעת בזכות זו לפתרון הבעיה הפרשנית שהתעוררה בחוק חינוך מיוחד בנסיבות העניין – פרשנות סעיף 7(ג) לחוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988, וקביעה בדבר זכותם של ילדים משולבים לחינוך מיוחד חינוך מיוחד במערכת החינוך הרגילה (להבדיל מחינוך מיוחד במערכת החינוך המיוחד).

במישור הפסיקה ניתן לומר, כי המגמה שנקבעה בעניין יתד מהווה תיקון כיוון חיובי לעתירה שנדונה ונדחתה בפסק הדין המנחה בעניין שוחרי גיל"ת⁷ והמשך ישיר של המגמה שעלתה מעניין בוצר⁸, קרי: שיפור זכויות של אנשים בעלי צרכים מיוחדים ובעלי מוגבלות תוך שימת דגש על שוויון מהותי בחינוך בין כל הקבוצות בחברה⁹.

³ עניין יתד, בעמ' 844.

⁴ השופטת דורנר מפנה לחוק חינוך מיוחד, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1998, ובג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996) (להלן: עניין בוצר), שם נקבע, כי שילוב נכים במרקם הרגיל של חיי החברה נועד להגן על כבודם של הנכים ועל חירותם, וזאת על ידי הבטחת שוויון והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים. יש לציין, כי בישראל, כמו גם במדינות אחרות, החקיקה בנושא החינוך המיוחד החלה בשלב מאוחר יחסית בתולדות החינוך, שכן ללא קיומה של זכות כללית לחינוך – זכות יסוד לחינוך לכל אדם באשר הוא אדם – קשה הייתה ההכרה בזכות לחינוך מיוחד.

⁵ השופטת דורנר מפנה לס' 23(2) לאמנה לזכויות הילד הקובעת: "המדינות החברות מכירות בזכותו של ילד הלוקה בכושרו לטיפול מיוחד וידאגו, במסגרת המשאבים הזמינים, להעניק לילד ולאחראים לטיפול בו את הסיוע המבוקש המתאים למצב הילד ולתנאי קיומם של ההורים או של אנשים אחרים המטפלים בילד".

⁶ השופטת דורנר מפנה לחוק האמריקני בנושא חינוך של אנשים עם מוגבלויות:

The Individuals With Disabilities Education Act (IDEA), 1990.

⁷ העתירה בעניין עמותת שוחרי גיל"ת עסקה באחת הבעיות הרגישות בתחום החינוך המיוחד – הרחבת הזכות לחינוך מיוחד של ילדים בעלי צרכים מיוחדים מתחת לגיל 3. עתירה זו כוונה נגד החלטת משרד החינוך להפסיק את מימונה של תכנית חינוכית מיוחדת, שנועדה לאפשר התפתחות קוגניטיבית תקינה לילדים הגדלים בתנאים של קיפוק ומצוקה סביבתית קשה, כדי למנוע פיגור התפתחותי בלתי הפיך משנת חייהם הראשונה. העתירה נדחתה.

⁸ עניין בוצר, לעיל הערה 4. בעתירה זו נדון עניינו של עותר שסבל ממהלת ניוון השרירים ורוחק לכיסא גלגלים חשמלי, אשר למד בבית הספר ביישוב רעות-מכבים. העותר קבל על כך שביישוב שבו הוא גר ולומד קיימים מבנים ציבוריים, וביניהם בית הספר, אשר אינם מותאמים עדיין במלואם לגישת נכים ולשהיית נכים בהם. לגבי בית הספר נטען, כי אין לנכים כדוגמת העותר נגישות ראויה לבית השימוש. בג"צ קיבל את העתירה והורה לרשות ליצור קשר אפקטיבי בין הקומה הראשונה (שבה מצויים בתי השימוש המיוחדים לנכים) לבין הקומה השנייה (שבה מרוכזים חדרי הלימוד של כיתת האם של העותר). קובע הנשיא ברק, בע' 26-27: "מטרת החקיקה היא לאפשר נגישות הנכה לשירותים במקומות ציבוריים, כגון בתי-ספר. במקומות אלה מצוי הנכה כאזרח, כתושב, כתלמיד. כדי שהוא יוכל להפיק את מלוא התועלת ממקומות אלה – כמו האזרח, התושב והתלמיד שאינם נכים – יש לאפשר לו נגישות לחדרי השירותים, שאם לא כן ייפגע כבודו, ייפגע שוויון ההזדמנות שלו, וייפגע שילובו בחיי החברה... הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש. עם זאת, היא מודעת ליכולתה. נדרש ומתקבל איזון בין הצרכים והאפשרויות". יש לציין, שרובם הגדול של מבני בתי הספר בישראל, הכיתות והמתקנים הלימודיים השונים, אינם נגישים לתלמידים (וגם הורים ומורים) המתניידים על

ומה לעניין המעמד החוקתי של הזכות לחינוך? השופט דורנר, בעניין **יתד**, הצביעה על האפשרות להכיר בזכות לחינוך כנגזרת של הזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם היא בחרה להשאיר שאלה, גם הפעם (כמו בעניין **עמותת שוחרי גיל"ת**), בצריך עיון.

מדוע בחרה השופט דורנר בעניין **יתד**, שלא להשאיר את השאלה בדבר המעמד החוקתי בצריך עיון. לדעתי בשל מספר טעמים:

(א) בהיעדר הכרה מפורשת בטקסט החוקתי, הכרה בזכות (לקבל) חינוך היא קשה. הזכות לחינוך משתייכת לקבוצת הזכויות החברתיות, אשר באופן מובהק יותר מטילות על המדינה חובות עשה כבדות, וזאת למול אופיין האזרחי-פוליטי של הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁰.

(ב) השופט דורנר העדיפה לפתור את הבעיות שהתעוררו בפסק-הדין, עד כמה שניתן הדבר, ללא קביעות מרחיקות לכת העלולות לקעקע את הפרדת הרשויות תוך פגיעה באמון הציבור ויצירת תדמית ציבורית שנויה במחלוקת לבית המשפט¹¹.

הכרעה בדבר מעמדה החוקתי של הזכות לקבל חינוך תהיה הכרחית רק כאשר תתעורר שאלה בדבר חוקתיותו של חוק חדש הפוגע בזכות לחינוך¹².

נקודה זו נוגעת למגמה שפסק הדין בעניין **יתד** הוא אך דוגמה לה: שימוש הולך וגובר במשפט הבינלאומי הפומבי, לשם ביסוסן של זכויות אדם שונות במשפט הישראלי. כאמור, באופן פרטני, בעניין **יתד** נעשה שימוש במשפט הבינלאומי הפומבי לצורך ביסוסה של הזכות לחינוך.

מה משמעותם במישור המשפט הפנימי הישראלי של האמנות הנוגעות לזכויות האדם? הכלל הוא, כי משפט בינלאומי מנהגי מהווה חלק מהדין הנוהג בישראל בכפוף לחקיקה סותרת¹³ ואילו משפט

כסא גלגלים. מצב זה גורם לכך שתלמידים המתניידים בכסא גלגלים סובלים מתלות ומחוסר עצמאות קשים הפוגעים בדימויים העצמי, ובסיוכיהם להשתלב כשווי זכויות בחברת בני גילם. החוק בישראל אינו מחייב שינוי של מצב זה. על פי חוק התכנון והבניה, מספיק שקומה אחת בבית הספר תהיה נגישה, וזאת לא רק לגבי מבנים ישנים אלא גם לגבי מבני חינוך חדשים שנבנים בימים אלו. יתר על כן, אפילו חקיקה אנכרוניסטית ומינימליסטית זו אינה נאכפת. נראה כי בשטח לא הביא תקדים **בוצר** לשינוי של ממש ביחסו של משרד החינוך לנושא. במהלך הדיונים בכנסת על פרק החינוך שבהצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות פעלו נציגי משרד החינוך, ביחד עם אנשי האוצר, לצמצום הזכות לנגישות בבתי הספר, והביאו לביטולו של סעיף המחייב הכנתה של תוכנית רב-שנתית להנגשת בתי הספר בישראל.

⁹ מגמה זו אינה נכונה ביחס למערכות החינוך במגזר הערבי והבדואי הסובלות עד היום מאפליה ברורה. על כך ראו יורם רבין ומיכל לוצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" **המשפט** ז' 42 (2002).

¹⁰ חריג לכך הוא ס' 4 לחוק-היסוד הקובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". זכות זו פורשה כזכות המטילה על המדינה חובה פוזיטיבית לדאוג לתנאי קיום מינימליים לאדם באשר הוא אדם. ראו רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001).

¹¹ ראו למשל את בג"צ 4671/98 **אבו-פריה נ' רשות החינוך לבדואים בנגב** (לא פורסם), תקדין עליון 98(3) 459. במקרה זה הורה בית המשפט לחבר בתי ספר של בדואים ביישובים לא מוכרים לרשת החשמל, וזאת בהחלטה לקונית, אשר אינה כוללת אף לא אזכור כלשהו של הזכות לחינוך. נראה, כי אי-האזכור בהחלטה כה פוגענית בזכות לקבל חינוך הולם, מעידה על חששו של בית המשפט מפני הכרה בזכות זו בדרך של החלטה שיפוטית.

¹² כוונתנו לחוק, או תיקון לחוק, שהגם מאוחרים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אינם חוסים תחת עקרון שמירת הדינים הקבוע בס' 10 לחוק-יסוד זה.

¹³ ראו ע"פ 174/54 **שטמפר נ' הי"מ**, פ"ד י' 5, 17 (1956); ע"פ 336/61 **אייכמן נ' הי"מ**, פ"ד טז(3) 2033 (1962) (להלן: **עניין אייכמן**).

בינלאומי הסכמי אינו מהווה חלק מהדין הפנימי ללא חקיקה קולטת¹⁴. יחד עם זאת, קיימת חזקה – הן באשר למשפט בינלאומי מנהגי והן באשר למשפט בינלאומי הסכמי, כי תכליתו של כל חוק הנה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו, וכי מבין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה, יש לבחור באותו פירוש, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי. זוהי "חזקת ההתאמה הפרשנית". לכאורה, נטועה הייתה "חזקת ההתאמה הפרשנית" עמוק במשפט הישראלי¹⁵. אולם, במשך שנים רבות, השימוש בחזקה היה לרוב מן השפה ולחוץ או שנעשה בעניינים שוליים יחסית. בפועל, לא נעשה שימוש בחזקה לצורך קליטתן וביסוסן של זכויות אדם מהמישור הבינלאומי. דיני זכויות האדם הבינלאומיים נשארו בן חורג.

עם זאת, לפני כעשר שנים החליט ככל הנראה בית המשפט העליון "לאוורר" את חזקת התאמת הדינים ולהשתית עליה החלטות בנושאי זכויות אדם. המפנה הסתמן בדנ"פ 7048/97 **פלונימ נ' שר הביטחון**¹⁶. בעתירה זו נדונה השאלה העקרונית אם ניתן להחזיק במעצר מנהלי אדם – אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה – כאשר מטרת המעצר הנה כי אותו אדם ישמש כ"קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים או נעדרים מקרב כוחות הביטחון. בדיון המקורי בבית המשפט העליון נדחתה העתירה לשחרור העותרים בדעת רוב (הנשיא ברק והשופט קדמי נגד דעתה של השופטת דורנר)¹⁷. על פסק הדין המקורי הוחלט לקיים דיון נוסף, ובו שינה הנשיא ברק את דעתו. בדיון הנוסף, וזאת בניגוד לקביעה בדיון המקורי, נתן הנשיא משקל לנורמה הבינלאומית האוסרת על החזקתם של בני אדם "כבני ערובה" ובעקבות כך נתן תוקף לחזקת התאמת הדינים¹⁸. בכך הצטרף הנשיא אל השופטת דורנר שבהחלטתה נשענה על המשפט הבינלאומי הן בפסק הדין המקורי והן בדיון הנוסף. כמו כן, נעשה שימוש בחזקת התאמת הדינים בפסק הדין המנחה בבג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**¹⁹, שעסק בחוקיותם של היתרי השב"כ לשימוש באמצעים פיזיים נגד נחקרים החשודים

¹⁴ הלכה זו נפסקה לראשונה בע"א 25/55 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה**, פ"ד י 1825, 1831 (1956).
¹⁵ הלכה זו חזרה ונשנתה במספר פסקי דין. ראו למשל עניין **אייכמן**, שם, בע" 2041 (השופט אגרנט): "מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי"; ע"פ 131/67 **קמיאר נ' מ"י**, פ"ד, כב(2) 85, 112 (1968), מפי השופט לנדוי: "הלכה פסוקה היא אצלנו שבית-המשפט הישראלי יפרש את החוק החרות שלנו באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי"; ע"א 522/70 **אלקוטוב נ' שאהין**, פ"ד כה(2) 77, 80-81 (1971) (השופט לנדוי): "חזקה על המחוקק הישראלי שהוא שואף להתאמת חקיקתו אל עקרונות המשפט הבינלאומי... על-כן יפורש הדין הישראלי ככל האפשר במגמה שלא ליצור סתירה בינו ובין הכללים המוכרים של משפט העמים".

¹⁶ דנ"פ 7048/97 **פלונימ נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: עניין **פלונימ**).
¹⁷ עמ"מ 10/94 **פלונימ נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(1) 97 (1997). לביקורת על פסק הדין ראו: Orna Ben Naftali & Sean S. Gleichgevitch, *Missing in Legal Action: Lebanese Hostages in Israel* 41 *Harv. Int. L. J.* 185 (2000)

¹⁸ עניין **פלונימ**, לעיל ה"ש 16, בע" 742: "החזקתם של בני-אדם 'כבני ערובה' – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני אדם כ'קלפי מיקוח' – אסורה היא על-פי המשפט הבין-לאומי... אכן, מוכן אני להניח – מבלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבינלאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן".

¹⁹ בג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999).

בביצוע עברות נגד ביטחון המדינה. גם במקרה זה התקבלה העתירה, תוך הישענות, בין השאר, על האיסור המוחלט במשפט הבינלאומי על שימוש בעינויים והאיסור על יחס אכזרי ולא אנושי²⁰.

הזכויות החברתיות הן כידוע זכויות פוזיטיביות, במובן זה, שהן מטילות חובת עשה על המדינה לתקצב את הזכות (חינוך ובריאות וכדומה). נטען, כי חרף ההכרה בזכויות חברתיות, בית המשפט, בסופו של דבר, אינו מתערב בשיקולים תקציביים ובסופו של יום לא מורה למדינה להגדיל את כספי ההעברה לשירותים חינוכיים כגון בריאות, חינוך, תנאי חינוך נאותים וכדומה. זוהי גם אחת הטענות כנגד הכרה בזכויות חברתיות בכלל, והזכות לחינוך בפרט. נטען, כי הרטוריקה הנוגעת בזכויות חברתיות, הינה כלי ריק. בית המשפט, עוסק ברטוריקה, אך "מוצא את הדרך" שלא להורות למדינה לתקצב. נטען, כי הזכויות החברתיות נמצאות בסופו של דבר באחריות הרשות המבצעת ומשרד האוצר, ולאור כך ההכרה הינה מהשפה ולחוץ, אקט חינוכי, אך לא יותר מכך.

בשיעורים במשפט חוקתי שבפקולטות למשפטים השתרש פסק-הדין בעניין יתד כדוגמה הסותרת גישה זו. בעניין יתד הורה בית המשפט למדינה (משרד האוצר) לתקצב את עלות שילובם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים גם במסגרות החינוכיות הרגילות, וזאת בעלות של מיליוני שקלים.

אמנם, צו זה לא התקבל מטבע הדברים באופן קל וחלק. העותרים נאלצו להגיע לבג"ץ עוד פעמיים כדי לאכוף את ההחלטה, ובשתי הפעמים הנוספות חזר בג"ץ על חובתה של המדינה להעביר את הכספים כפי שנקבע בעניין יתד.²¹

²⁰ שם, בע' 836.

²¹ בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פד נח(2) 270 (2003); דנג"ץ 247/04 שר האוצר נ' מרציאנו (לא פורסם, 2004).