

הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל

יורם רבין*

- א. מבוא
- ב. רקע תיאורטי: מודל עקרוני לדיון בזכות לחינוך
 1. הזכות לקבל חינוך
 2. הזכות להשפיע על תוכני החינוך
 3. הזכות לשוויון בחינוך
 4. חובת החינוך
- ג. הזכות לקבל חינוך במישור החקיקה הרגילה
 1. כללי
 2. הזכות לקבל חינוך במוסד חינוך רשמי
 3. הזכות לקבל חינוך במוסד חינוך שאינו רשמי
 4. הזכות לקבל חינוך מיוחד
 5. הזכות לקבל השכלה גבוהה
- ד. הזכות לקבל חינוך כזכות רגילה
 1. כללי: על ההבחנה בין זכויות רגילות לזכויות חוקתיות
 2. ההצדקות להכרה בזכות לקבל חינוך כזכות רגילה
- ה. הזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית על-חוקית
 1. כללי: חוקי-יסוד והמהפכה החוקתית
 2. ביסוסה של הזכות החוקתית לקבל חינוך מכוח הכרזת העצמאות
 3. ביסוסה של הזכות החוקתית לקבל חינוך מכוח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו
 4. עניין שוחרי גילית
- ו. סיכום: הצורך בהכרה בזכות לקבל חינוך

* ד"ר למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית-הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל. המחבר מבקש להודות לקרן מיידר, תלמידת השנה הרביעית בבית-הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל, על עזרתה הרבה בכתבת המאמר.

א. מבוא¹

אין חולק על חשיבותו של החינוך ועל השפעתו הרבה בכל תחומי החיים. חרף זאת, המשפט הישראלי אינו משופע במחקרים בנושא הזכות לחינוך. חקיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו והאפשרות להכיר בזכויות-אדם חוקתיות בדרך של פרשנות חוקי-היסוד הביאו עמן שינוי במעמד של זכויות האדם. בין השאר, הם מעוררים את השאלה בדבר מעמדה של זכויות האדם הכלכליות, החברתיות והתרבותיות בכלל ושל הזכות לחינוך בפרט.

בחלקו השני של המאמר אציג מודל עקרוני לדיון בזכות לחינוך. במסגרת חלק זה אטען כי הביטוי הכללי "זכות לחינוך" כולל בחובו, בהתאם למונח המקובל של מושג זה, שלוש זכויות שונות: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תוכני החינוך והזכות לשוויון בחינוך. כל אחת מהזכויות הללו מצדיקה דיון עצמאי, הן ברמה התיאורטית והן ברמה המעשית. נוסף על כך מתעורר הצורך לדון ביחס שבין זכויות החינוך השונות לבין חובת החינוך, העומדת כנגד הזכויות ונתמכת על-ידי הצדקות עצמאיות. בחלקים השלישי, הרביעי והחמישי של מאמר זה אבקש לרכז את הדיון באחת משלוש הזכויות – הזכות לקבל חינוך, וזאת בשל טעמים מספר: ראשית, הזכות לקבל חינוך מהווה את מרכז הכובד של זכויות החינוך השונות. במציאות המודרנית, זכות זו מהווה, במידה רבה, תנאי ליתר הזכויות בחינוך; שנית, הזכות לקבל חינוך היא בעלת אופי כלכלי-חברתי מובהק, והיא אשר עושה את הזכות לחינוך במונח הרחב לזכות כלכלית-חברתית (בניגוד, למשל, לזכות להשפיע על תוכני החינוך, הנושאת אופי אזרחי-פוליטי²). נוסף על כך, מבין שלוש הזכויות שלעיל, הזכות לקבל חינוך מעוררת קושי מיוחד בהקשר ההכרה בה כזכות חוקתית. **החלק השלישי** יעסוק באופן מפורט בזכות לקבל חינוך במישור החקיקה הרגילה. בחלק זה אנסה לעמוד על היקפה ועל גבולותיה של הזכות לקבל חינוך כפי שהיא עולה ממארג חוקי החינוך השונים בארץ. **החלק הרביעי** פותח

-
- 1 מאמר זה מבוסס על עבודת דוקטורט בנושא הזכות לחינוך, ראו י' רבין מעמדה החוקתית של הזכות לחינוך (חיבור לשם קבלת תואר דוקטורט במשפטים, תשס"ב). עבודת דוקטורט זו ראתה אור בספר, ראו י' רבין הזכות לחינוך (תשס"ג). הפניות במאמר הן לגרסת הספר.
 - 2 עם זאת יש לציין כי הזכות לחינוך היא גם בעלת פן תרבותי מובהק הבא לידי ביטוי בזכות להשפיע על תוכני החינוך. מאמר זה אינו מתיימר להתמודד עם פן זה של הזכות. על כך ראו ג' גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל", המתפרסם בקובץ זה. ראו גם ר' גביוון "היחס לבין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", המתפרסם בקובץ זה.

בדיון קצר בהבחנה בין זכויות רגילות לבין זכויות חוקתיות. בהמשך להבחנה זו ייבדק מעמדה של הזכות לקבל חינוך בישראל כזכות רגילה (להבדיל ממעמדה כזכות חוקתית). החלק החמישי והאחרון עוסק באופן מפורט במעמדה של הזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית על-חוקית תוך כדי השוואה בין המצוי לרצוי.

ב. רקע תיאורטי: מודל עקרוני לדיון בזכות לחינוך

בוויכוחים הסובבים את נושא החינוך נשמעים לא־אחת טיעונים סותרים מצדדים שונים של המתרס; כל צד מגייס לעזרתו טענות שעניינן הזכות לחינוך. הסיבה לכך היא שלזכות לחינוך יש פנים רבות. הזכות לחינוך ניתנת לסיווג כזכות אזרחית־פוליטית (זכות מדור ראשון), כזכות חברתית (זכות מדור שני) וגם כזכות קבוצתית (זכות מדור שלישי)³. באמנות בינלאומיות וכן בחוקות של מדינות רבות, נושאים שונים הנוגעים בחינוך מעוגנים אומנם תחת הכותרת הכללית של "הזכות לחינוך"⁴, אולם קריאה זהירה של סעיפי החינוך בחוקות ובאמנות מובילה למסקנה כי הזכות לחינוך כוללת שלוש זכויות עיקריות: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תוכני החינוך והזכות לשוויון בחינוך. זכויות אלה פעמים משלימות זו את זו ופעמים נוגדות זו את זו⁵. לדעתי, כל אחת משלוש הזכויות דורשת התייחסות נפרדת וטיפול פרטני, וכך אנהג במהלך הדברים⁶. אקדיש דיון גם למהותה ולהצדקותיה של "חובת החינוך", שהיא תופעה קבועה בכל מערכות החינוך המודרניות, וליחס בינה לבין הזכויות השונות בחינוך.

3 לעניין סיווג הזכויות לדורות, ראו י' שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי־המשפט יכולים הישראלים לעשות בהן?", המתפרסם בקובץ זה.

4 לדיון בזכות לחינוך במשפט הבינלאומי, ראו שני, שם; רבין, לעיל הערה 1, בע' 161–204. לדיון בזכות לחינוך במשפט המשווה ראו רבין, שם, בע' 205–288.

5 ברשימה זו לא אעסוק בהתנגשות בין זכויות החינוך השונות. לדיון פרטני בנושא זה ראו רבין, שם, בע' 147–160.

6 השימוש בביטוי הכללי "הזכות לחינוך" יתייחס מעתה ואילך לכלל הזכויות בחינוך המאוגדות תחת הביטוי האמור.

1. הזכות לקבל חינוך

מהותה של הזכות לקבל חינוך וההצדקות להכרה בה

הזכות לקבל חינוך כשמה כן היא: זכותו של הפרט לקבל חינוך ושירותי חינוך מטעם המדינה ובמימונה. זו זכות בעלת אופי פוזיטיבי, שכן היא מטילה על המדינה "חובת עשה" לספק חינוך ולממנו למען בעלי הזכות. האופי הפוזיטיבי המאפיין את הזכות לקבל חינוך קושר זכות זו למשפחת הזכויות החברתיות בנות הדור השני. הזכות לקבל חינוך חנמ במימונה של המדינה משתרעת בדרך-כלל על פני כל התקופה של לימוד החובה (חינוך יסודי ותיכוני)⁷. מעבר לכך, בחלק ממדינות-הרווחה המערביות, הזכות לקבל חינוך מהמדינה משתרעת מעבר לתקופת לימודי החובה. אפשר לציין הצדקות אחדות להכרה בזכות לקבל חינוך⁸.

ההצדקה הראשונה להכרה בזכות לקבל חינוך היא שהחינוך מהווה בסיס לאוטונומיה של הפרט ולזכויות לחירות ולכבוד. בהתאם לטענה זו, לאדם יש אינטרס חזק לקבל חינוך מהמדינה, שכן החינוך בחברה המודרנית הוא תנאי לקיומה של חירות ולהגשמתה. ללא חינוך, החירות מאבדת מערכה⁹. ערך בסיסי נוסף, המצוי בקשר הדוק עם המושג "חירות", הינו כבוד האדם. ניתן לומר, כי לאדם יש אינטרס חזק לקבל חינוך מהמדינה, שכן החינוך הוא תנאי לכבודו של האדם (במובן הרחב). ראשית, הזכות לחינוך מתקשרת לכבוד במובנו החיצוני. בחברה בעלת יסודות מריטוקרטיים¹⁰, כמו החברה המערבית, כבודו החיצוני של האדם מושפע במידה רבה מהישגיו בתחום ההשכלה, היות שאלה מהווים אמת-מידה מרכזית להערכת טיבו, יכולותיו וסיכוייו בכל אשר יפנה. מכאן נובעת חשיבות החינוך בבניית מעמדו

7 על חובת החינוך ועל הצדקותיה נדון להלן בפרק 4 למאמר.

8 יש גם נימוקים נגד הכרה בזכות לחינוך, אך לא אעסוק בהם במסגרת זו, שכן הם נובעים מטעמים כלליים נגד הכרה בזכויות חברתיות בכלל, ולא בטעמים נגד הכרה בזכות לחינוך ככו. על כך ראו גביוון, לעיל הערה 2, וכן רבין, לעיל הערה 1, בע' 82-95.

9 הפילוסוף ישעיהו ברלין העמיד בחיבורו הנודע ניסוח בהיר של רעיון זה. ראו י' ברלין ארבע מסות על חירות (תשל"א) 50-51: "חשוב להבחין בין חירות לתנאי הגשמתה. אם אדם הוא עני, או נבער או חלוש מדי מהשתמש בזכויותיו החוקיות, כי אז אין לחירות שזכויות אלו מעניקות לו כל משמעות לגביו, אך אין היא נכחדת בשל כך. החובה לקדם חינוך... אינה נעשית דוחקת פחות מפני שאין היא מכוונת, בהכרח, לקידום החירות עצמה, אלא לקידום התנאים שבהם בלבד יש לחירות ערך, או לקידום ערכים העשויים להיות בלתי-תלויים בה." (ההדגשה שלי - י' ר.).

10 מלשון "מריטוקרטיה" - שלטון בעלי הכשרונות.

וכבודו של האדם בחברה. יתר על-כן, החינוך ורכישת ההשכלה הינם לעיתים תקוותו היחידה של האדם לחצות את קווי המעמד הכלכלי הנמוך שאליו נולד, שכן הם משמשים אמצעי לניידות חברתית¹¹. שנית, הזכות לחינוך מתקשרת לכבוד במובנו הפנימי. בהיבט הפנימי, אין להתעלם מחשיבותו המכרעת של החינוך לפיתוח האישיות וכבודו העצמי של האדם. חינוך מגביר את תחושת הכבוד הפנימית של האדם ואת ערכו של האדם בפני עצמו¹². *ההצדקה השנייה* היא כי לאדם יש אינטרס חזק לקבל חינוך, שכן החינוך הוא תנאי בסיסי למימושן של זכויות היסוד הפוליטיות והאזרחיות העומדות לו. טענה זו הועלתה בפסיקה וזר¹³ ובפסיקה ישראלית¹⁴. כך, למשל, לאדם יש אינטרס לקבל חינוך בהיות החינוך תנאי מהותי

-
- 11 הסביר את הרעיון פרופסור פרידמן: – L. Friedman "Education as a Form of Welfare – Legal and Social Problems" *Law and Equality in Education* (Jerusalem, S. Goldstein ed., 1980) 167, 172: "In a society which rejects distinctions of birth and status, and which only recognizes 'merit', it is education which stamps people with the stamp of merit; it is a grading system that affects the life-chances of virtually every child .in it"
- 12 ראו גם נ' אלוני "חינוך לכבוד האדם ולחיים של כבוד" החינוך וסביבו כא (תשנ"ט) 11, 18: "אין לנו לדבר ברצינות על החינוך לכבוד האדם בלי שנדאג תחילה לשוויון לכל, הן בזכויות והן בהזדמנויות לחיים אנושיים של התפתחות והגשמה עצמית." ראו גם: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 4th ed., 1971) 101; J. Rawls "Distributive Justice: Some Addenda" *Collected Papers* (London, S. Freeman ed., 1999) 154, 166
- 13 הטענה עלתה לא אחת בפסיקה האמריקאית: *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 230 (1963): "Americans regard the public schools as a most vital civic institution for the preservation of a democratic system of government"; *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 221 (1972) (hereinafter: *Yoder case*): "Education is necessary to prepare citizens to participate effectively and intelligently in our open political system"; *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 63 (1973) (hereinafter: *Rodriguez case*): "There can be no doubt that education is inextricably linked to the right to participate in the electoral process"; *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 221 (1982) (hereinafter: *Plyler case*): "[A]s... pointed out early in our history, ...some degree of education is necessary to prepare citizens to participate effectively and intelligently in our open .political system if we are to preserve freedom and independence"
- 14 ראו השופט אור בבג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, התרבות והספורט,

למימוש של חופש הביטוי שהוא זכאי לו. אם חופש הביטוי הוא תנאי לדמוקרטיה, לקידום האמת ולהחלפת דעות ב"שוק החופשי של הדעות", הרי שהחינוך הינו תנאי חיוני לכל אלה, מאחר שהוא המקור המרכזי לצבירת ידע ולגיבושן של דעות שונות. ללא חינוך ייוותר שוק הדעות בדמוקרטיה ריק מסחורות¹⁵. טיעון דומה ניתן לפתח גם בהקשר הזכות לבחור: לאדם יש אינטרס חזק לקבל חינוך שכן החינוך מהווה תנאי לקיומה של הזכות היסודית לבחור. ניתן לאלף קוף, כך בטען, להטיל פתק אל תיבת הקלפי, אך לפעולה זו של הקוף לא יהיה כל קשר לעניינים הפוליטיים, כגון מפלגות ומצעיהן, מועמדים או הסוגיות הפוליטיות שעומדות על סדר-היום¹⁶. מכאן, תנאי לבחירה בעלת אופי מהותי על-ידי האזרח הינו חינוכו, ותנאי להכרה בזכות הכללית של האזרחים לבחור הינו הכרה בזכות הכללית של האזרחים לקבל חינוך.

ההצדקה השלישית נוגעת בשיקולים תועלתניים: החינוך טוב לא רק לפרט עצמו, אלא גם לכלל (לציבור אזרחי המדינה ותושביה). מנקודת-מבטה של החברה בכללותה, הזרמת כספים לחינוך מהווה השקעה בגורם האנושי¹⁷. השקעה כלכלית בגורם האנושי מקדמת את השגשוג הכלכלי של המדינה וכן את השגשוג החברתי, הבא לידי ביטוי בעליית הרמה התרבותית, בהורדה של רמת הפשע, במניעת מחלות מין מידבקות כגון איידס, במלחמה בעוני וביעדים חברתיים אחרים הנוגעים בכל פרט ופרט¹⁸. קביעה זו זוכה בתמיכה אף בקרב

פ"ד (נ3) 2, 24-25 (להלן: עניין שוחרי גיל"ת): "החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד... החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושן של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר."

15 ראו על כך את דבריה של Bitensky בהקשר זה: S.H. Bitensky "Legal Theory: Theoretical Foundations for a Right to Education Under The U.S. Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis" 86 *N.W.U. L. Rev.* (1992) 550, 600-601.

16 *Ibid*, at pp. 603-604

17 ראו א' שגיא "דברי הקדמה: החינוך - בית היוצר של ההון האנושי" רבעון לכלכלה 1 (תשס"א) 77: "בית היוצר של ההון האנושי הוא (במידה רבה, אך כמובן לא בלעדית) מערכת החינוך וההשכלה. ההשכלה הגבוהה היא השכבה העליונה בפירמידה זו, היא תוד החנית, ראש החץ של תהליך ייצור זה."

18 ראו ס' גולדשטיין הזכות לחינוך (תשמ"ט).

הוגי כלכלה קלסיים, שתמכו בכלכלת שוק ו"יד נעלמה", למן אדם סמית¹⁹ ועד אנשי "הדרך השלישית"²⁰ (נוסף לסוציאלי-דמוקרטים מובהקים). ההנחה היא שאדם חסר חינוך מקפח לא רק את זכויותיו או את אנושיותו שלו עצמו, אלא פוגע גם באינטרסים הלגיטימיים של זולתו או של כלל הציבור שבקרבו הוא חי²¹.

לבסוף, ניתן להצדיק הכרה בזכויות חברתיות, לרבות הזכות לקבל חינוך, על-סמך גישות שאינן ליברליות בהכרח. הכוונה היא בעיקר לתפיסות ניאואריסטוטליאניות ולתפיסות הקהילתיות (communitarianism). הצורך לאפשר לפרט לפתח את עצמו בתוך ההקשר הקהילתי תוך השפעה על אופיה של הקהילה שהוא נוטל בה חלק מחייב הכרה בהזדקקותו של כל פרט ליכולות (capacities) בסיסיות²², כגון יכולות הנובעות מחינוך ומהשכלה²³. הגישות הקהילתיות נותנות ביטוי לעמדה האינטגרטיבית הגורסת כי השתייכות לקהילה מחייבת שלושה רבדים: זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות וזכויות חברתיות – כלכליות-תרבותיות (לרבות הזכות לחינוך), כרבדים המשלימים זה את זה²⁴.

הזכאים לזכות

בשל עלותה הגבוהה לאוצר המדינה, הזכות לקבל חינוך מעוררת בעיות שונות גם בקשר להגדרת ההיקף של הזכאים לזכות. ננסה לערוך כעת הגדרה ראשונית של היקף הזכאים. *זכות אדם ואזרח לקבל חינוך*: על-פי התפיסה המודרנית, משטר נאור מבטיח את החירויות הבסיסיות לכל מי שמצוי תחת חסותו. בדרך-כלל, אין זה לגיטימי להעדיף אזרחים

-
- 19 ראו א' סמית עושר העמים (תשנ"ז) 74-75 (מתוך ההקדמה לספר מאת חיים ברקאי). לגלגולו של הרעיון בכלכלה המודרנית ראו י' מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, תש"ס, כרך ב) 45, 99-102.
- 20 ראו א' גידנס הדרך השלישית – תחייתה של הסוציאלי-דמוקרטיה (תש"ס) 128, 135-136, 151-152. במסגרת הפרוגרמה הכוללת, המכונה בפי פרופסור גידנס "מדינת ההשקעה החברתית", יש מקום מרכזי להשקעה בחינוך, במיוחד בקרב הקבוצות העניות.
- 21 א"פ קליינברגר "יסודות פילוסופיים של חוקי חינוך חובה" כיוונים רבים-כוונה אחת – דברי עיון ומחקר בחינוך (תשכ"ט) 217, 234.
- 22 על תפיסות ניאואריסטוטליאניות ועל גישות קהילתיות, ראו ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65, 76 ואילך.
- 23 שם, בע' 83-84.
- 24 שם, בע' 89.

על תושבים, אף כי העדפה של אזרחים על תיירים ותושבי־ארעי נחשבת לגיטימית כאשר היא נוגעת במערכת היחסים המיוחדת שבין האזרח למדינתו²⁵. בעניין הזכות לקבל חינוך יש לשאול: האם ראוי שהזכות תעמוד רק לאזרחי המדינה, או גם לגורמים נוספים? שאלה זו רלוונטית במיוחד בהקשר מעמדם של ילדי פליטים, מהגרים או עובדים זרים. ככלל, מאחר שהזכות לקבל חינוך שואבת את הצדקתה מחירויות־יסוד אחדות – האוטונומיה של הפרט, הכבוד והחירות – ההופכות אותה לזכות־אדם כללית, אין לצמצמה לאזרחים בלבד. הזכות לקבל חינוך מטילה אומנם על המדינה "חובות עשה" כלכליות, ועלותו של כל אדם (תלמיד) נוסף במערכת החינוך נופלת על כתפיה, אך באופן עקרוני הכירו בתי־משפט בכך שהזכות לחינוך שייכת לאדם באשר הוא אדם, ועל־כן יש להעניקה לכלל האזרחים (כגון עניים, אסירים²⁶ או בני־אדם אחרים החיים בשולי החברה), וכן גם ללא־אזרחים (כגון: ילדי מהגרים בלתי־חוקיים²⁷). ניתן להוסיף שגם תושבים שאינם אזרחים נושאים, גם אם באופן עקיף, בנטל הכלכלי הכרוך במימון הזכות (כגון באמצעות תשלום מיסים). לעומת זאת, תייר מזדמן, אף שהוא בבחינת "אדם", אינו יכול ליהנות מהזכות לחינוך במובנה הפוזיטיבי.

זכות הילד לקבל חינוך: במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה נקבע כי הזכאי לזכות לקבל חינוך יכול להיות כל אדם; אולם הזכאי העיקרי לזכות לחינוך הוא בדרך־כלל ילד. מגמה חדשה מתייחסת לזכות החינוך של הילד כאל זכות שהינה חלק ממכלול שלם של "זכויות הילד"²⁸. מכאן שזכותו של הילד לקבל חינוך הינה זכות עצמאית העומדת על רגליה היא.

זכות המבוגר לקבל חינוך: הזכות של הפרט לקבל חינוך נוגעת באדם באשר הוא אדם. כאמור, בדרך־כלל, הזכאי לקבל את החינוך הוא ילד, אך אין זה כך בהכרח. ההכרה

-
- 25 על זכויות ועל חובות הנובעות מאזרחותו של אדם, ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 896–897.
- 26 ראו בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי־הסוהר, פ"ד לד(3) 294, שם קבע השופט ברק, בע' 298, כדלקמן: "אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו".
- 27 ראו: *Plyler case, supra note 13*. בפסק־הדין פסל בית־המשפט העליון של ארצות־הברית חוק אשר שלל את הזכות לחינוך במערכת בתי־ספר ציבוריים מילדים של מהגרים בלתי־חוקיים.
- 28 'ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז (תשס"ב) 303. כן ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 97–98; J.M. Eekelaar "The Emergence of Children's Rights" 6 *Oxford J. Legal Stud.* (1986) 161

באינטרס המתמיד של האדם בחינוך ובהכשרה והצורך המתמיד של האדם לעדכן את ידיעותיו ביחס לקצב החיים מצדיקים מתן זכות לקבל חינוך גם לאדם מבוגר²⁹. באופן כללי יש להבחין בין שני מצבים עיקריים שבהם הזכאי לקבל את החינוך הינו אדם מבוגר. המצב הראשון נוגע במבוגר שנמנעה ממנו הזכות לקבל חינוך בהיותו ילד. כך למשל, מבוגר שהיה זכאי לקבל חינוך יסודי ותיכוני, אך היה חבוש בבית כלא בשנות נעוריו, והשהות בכלא באותה עת לא אפשרה לו לרכוש השכלה בסיסית. דוגמה נוספת יכולה להתייחס למבוגר שהיגר ממדינה שהחינוך הבסיסי בה לא היה בהישג ידו. במקרה זה מתעוררת השאלה אם הזכות לקבל חינוך אלמנטרי עומדת לאדם מבוגר גם בגיל מתקדם יחסית, או שהיא עומדת לו רק בתקופת הילדות והנערות. נראה כי האינטרס של המבוגר לקבל חינוך אלמנטרי המקנה יכולות בסיסיות לשרוד בחברה המודרנית מקנן בחווקה, אולי ביתר חווקה, דווקא אצל אדם מבוגר שמוטלות עליו חובות של קיום והבטחת פרנסה לו ולבני משפחתו. לכן, באופן כללי, הזכות לקבל חינוך אלמנטרי (יסודי ותיכוני) עומדת גם לאדם מבוגר, וזאת מקל וחומר. כמוכן שבגדר אמירה כללית זו אין לכלול אדם שההזדמנות לרכוש השכלה אלמנטרית (יסודית ותיכונית) ניתנה לו, אך הוא סירב לקבלה. מצב זה מעורר שאלות קשות נוספות שלא נעסק בהן במסגרת זו³⁰. מצב שני שבו הזכאי לקבל חינוך הוא אדם מבוגר מתייחס למבוגר (מעל גיל שמונה-עשרה) שמימש את זכותו לקבל חינוך אלמנטרי (יסודי ותיכוני), והוא מעוניין לקבל מהמדינה חינוך אוניברסיטאי או השכלה גבוהה מסוג אחר (לרבות רכישת מקצוע שההכשרה אליו חורגת מחינוך תיכוני מקצועי). סוגיה זו מתקשרת לשאלת היקפה של הזכות לקבל חינוך מהמדינה. הזכות לקבל חינוך עולה כידוע כסף רב, ובמקומות רבים (גם בישראל) היא מוגבלת לחינוך יסודי או תיכוני. לאדם בתקופה המודרנית יש אינטרס חזק לקבל השכלה גבוהה, המהווה מפתח עיקרי לשילוב חברתי ורכישת מעמד כלכלי וחברתי. מבוגרים שלא רכשו השכלה גבוהה מתקשים בדרך-כלל להשיג משרות מבוקשות ולהגשים את שאיפותיהם בחברה מתוחכמת. עם זאת, ההשכלה הגבוהה עולה ממון רב, ולא כל מדינה יכולה להרשות לעצמה לממן השכלה גבוהה לכלל האוכלוסייה. ייתכן שבשל האינטרס החזק לקבל השכלה גבוהה, לפחות בעולם המערבי המודרני, ראוי להגדיר את ההשכלה הגבוהה

29 על הזכות של מבוגרים לקבל חינוך במשפט הבינלאומי ראו: D. Hodgson *The Human Right to Education* (Aldershot, Hants, 1998) 179–181.

30 שאלה בנוגע לווייתור על החינוך מעוררת שאלות סבוכות, ביניהן השאלה הנוגעת בכשירות של ילד לקבל החלטה לוותר על חינוך. כמוכן שהזכות לחינוך הינה בעלת אופי קוגנטי במצבים רבים, באופן שילד, בשל חובת החינוך, אינו יכול לוותר עליה.

כחלק מהזכות החוקתית של כל אדם לקבל חינוך. זה המצב בפועל במדינות רבות במערב אירופה³¹. בשל הקשיים התקציביים הגדולים הכרוכים במימון השכלה גבוהה לכל, ניתן להגדיר מטרה זו באופן פרוגרסיבי ולהתקדם אליה בהדרגה.

זכותן של קבוצות: היבט נוסף של הזכות לקבל חינוך מטעם המדינה הינו התמיכה הניתנת לבתי־ספר פרטיים באופן כללי, והתמיכה הניתנת לבתי־ספר פרטיים של קבוצות מיעוט באופן ספציפי. הזכות לקבל תמיכה בבתי־ספר אלה נובעת מן הזכות של יחידים או של קבוצות להשפיע על תוכני החינוך שיקבלו ילדיהם. זהו פן הכורך יחדיו את הזכות הפוזיטיבית לקבל חינוך עם הזכות הנגטיבית לבחור ולהשפיע על תוכני החינוך. קשר זה נובע מהעובדה שחלקים נרחבים של הזכות להשפיע על תוכני החינוך (שנעסוק בה בהמשך) אינם אפקטיביים ללא עזרת המדינה במימושם. כך, למשל, הזכות להקים בתי־ספר פרטיים קשה ביותר למימוש ללא סיוע. אזרח בודד או אף קבוצת אזרחים יתקשו כיום להקים בית־ספר פרטי מודרני, על כל המשתמע מכך, ללא סיוע מסיבי של המדינה. באופן דומה, גם זכויות בחינוך שהחוק מעניק לקבוצות מיעוט, מטעמים תרבותיים, דתיים, לשוניים או לאומיים, עלולות להיות חסרות משמעות ללא סיוע מצד המדינה³².

2. הזכות להשפיע על תוכני החינוך

מהותה של הזכות להשפיע על תוכני החינוך וההצדקות להכרה בה לאחר שעסקנו בזכות לקבל חינוך, נפנה לדון בזכות להשפיע על תוכני החינוך. בשל קיומה של חובת חינוך³³, הזכאים לקבל חינוך אינם חופשיים לבחור את החינוך באופן חופשי, אם כי יש להם השפעה מסוימת על התכנים של החינוך. הזכות להשפיע על תוכני החינוך יכולה ללוש פנים אחדות. להלן רשימה לא־סגורה של סוגי עניינים שיש להתייחס אליהם:

-
- 31 בשל העלויות הגבוהות, קיימות גם מגמות הפוכות של מדינות שבהן יש מעבר ממודל של מימון השכלה גבוהה חנם במימון המדינה למודל של מימון השכלה גבוהה על־ידי הפרט או באמצעות הלוואות־מדינה. מודל של הלוואות־מדינה עשוי להתאים למימון מקצועות כגון משפטים או מקצועות חופשיים אחרים, שבוגריהם צפויים להשתכר היטב.
- 32 ראו י' תמיר "כרוניקה של כישלון ידוע מראש" החינוך לקראת המאה העשרים ואחת (ד' חן עורך, תשנ"ה) 425, 434-435, שם עומדת המתברת על הקשר בין עיקרון הרב־תרבותיות לבין הצורך של מדינה להגן ולתמוך במוסדות החינוך של קבוצות מיעוט.
- 33 על חובת החינוך ראו להלן בפרק 4 למאמר.

1. הזכות לבחור את תוכן הלימודים במסגרת מתחם בחירה נתון בתוכנית לימודי החובה (זכות ההורים להשפיע על תוכנית הלימודים).
2. הזכות לבחור בית-ספר או זרם חינוך מוכר מתוך ההיצע הקיים במערכת חינוך הנתונה באותה מדינה.
3. הזכות להקים בתי-ספר פרטיים כחלופה למערכת הציבורית של בתי-הספר השייכים למדינה.
4. זכות ההורים ללמד את ילדיהם בבית (home schooling) במקום במערכת החינוך הציבורית או בבתי-ספר פרטיים³⁴.
5. הזכות להמשיך ללמוד גם מעבר לתקופת לימודי החובה (כגון לימודים גבוהים באוניברסיטה) או הזכות לבחור לא לעשות כן.
6. הזכות לבחור בחינוך באה לידי ביטוי גם בחופש האקדמי במוסדות להשכלה גבוהה. הזכות לבחור בחינוך או להשפיע על תכניו קיימת מקום שהדין אינו מטיל חובת חינוך. לחלופין, היא קיימת כאשר החוק מכיר בחובה גמישה – חובה לשלוח ילד לבית-ספר ללא הכתבה של תוכני החינוך שיקבל. המדובר בזכות בעלת אופי נגטיבי, ובשל כך היא משויכת למשפחת הזכויות מן הדור הראשון – הזכויות האזרחיות-הפוליטיות. זכות הבחירה בחינוך היא זכות מסוג חופש (חירות), ומקום שהיא עומדת לאדם (לילד או להוריו), אין הרשות (המדינה) זכאית להפריע לאדם לבחור את החינוך הרצוי לו או להשפיע על תוכנו. ניתן לציין שתי הצדקות מרכזיות להכרה בזכות להשפיע על תוכני החינוך:
ההצדקה הראשונה, להכרה בזכותו של האדם להשפיע על תוכני החינוך נגזרת מזכויותיו הבסיסיות לאוטונומיה, לחירות ולכבוד, שהן הבסיס לחשיבה הליברלית. כאשר עסקנו בזכות לקבל חינוך, הצבענו על כך שלאדם יש אינטרס חזק בקבלת חינוך, וכי אחת ההצדקות התומכות בהכרה בזכות זו מתבססת על הטענה כי החינוך בחברה המודרנית הינו תנאי לקיומן של הזכויות הבסיסיות לאוטונומיה, לחירות ולכבוד³⁵. לאדם שיש לו אינטרס בקבלת

34 על הזכות לחינוך בבית בישראל ראו חוזר מנכ"ל משרד החינוך 3.1-15 "חינוך ביתי – נהלים" (תאריך תחולה מיום 1 באוקטובר 2002). לחינוך בבית בארצות-הברית, ראו: C.J. Klicka *The Right to Home School* (Durham, 2nd ed., 1998); C.J. Klicka *The Right Choice: The Incredible Failure of Public Education and The Rising Hope of Home Schooling* (Gresham, 1997); כן ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 235–237. על הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה, ראו: Hodgson, *supra* note 29, at pp. 181–183.

35 על כך ראו רבין, שם, בע' 65 ואילך.

חינוך יש אינטרס חזק להשפיע על תוכנו. באמצעות השפעה על תוכני החינוך האדם משפיע על עיצובו התרבותי, הלשוני (באילו שפות ידבר), המקצועי (איזה מקצוע יוכל לרכוש בעתיד) וכדומה. זכותו של אדם להשפיע על זהותו העצמית, על עתידו ועל עיצוב אישיותו נובעת מזכויותיו החוקתיות לאוטונומיה ולחירות.³⁶

ההצדקה השנייה להכרה בזכות להשפיע על תוכני החינוך נובעת מהטענה כי החינוך הוא תנאי לשימורה של "תרבות" החיונית כשלעצמה למימוש החירות, הכבוד והזהות העצמית של האדם. בשנים האחרונות אנו עדים לכתיבה ענפה בנושא הזכות לתרבות ובעיות המיוחדות שהזכות מעוררת.³⁷ עם זאת, הדיון בטיבה ובתוכנה של הזכות לתרבות וכן בבעיה של הרב-תרבותיות במדינה הדמוקרטית המודרנית הינו רחב-ממדים וחורג ממסגרת המאמר.³⁸

היקף הזכאים לזכות

גם זכות זו, בדומה לזכות לקבל חינוך, מעוררת את השאלה בדבר הזכאים לזכות, ובאלה נעסוק כעת.

זכות הילד להשפיע על תוכני החינוך: הילד הוא הזכאי העיקרי הנהנה מהזכות לקבל את החינוך, ועל-כן הוא מחזיק באינטרס הטבעי להשפיע על תוכני החינוך שהוא מקבל (וזאת מכוח ההצדקה של האוטונומיה והזכויות לחירות ולכבוד). המגמה החדשה של "זכויות הילד", שעמדנו עליה לעיל³⁹, תומכת בזכותו של הילד להשפיע על תוכני החינוך שיקבל. עם זאת,

36 ראו אדרעי, לעיל הערה 19, בע' 99: "הזכות לרכישת דעת היא זכות הנוגעת לאוטונומיה של היחיד; היא נובעת מחופש האמונה והביטוי וקשורה עמו קשר הדוק... שלילת הזכות הסבילה ללימוד ולחינוך תתפרש כפגיעה חמורה בחירותו של אדם ובכבודו."

37 ראו א' מרגלית ומ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר ואח' עורכים, תשנ"ח) 93; גונטובניק, לעיל הערה 2. לאחרונה הביע השופט חשין, בדעת יחיד, את דעתו כי המשפט הישראלי אינו מכיר בזכות הקבוצתית של בני מיעוט לשימורה של התרבות, על כך ראו בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, בסעיף 49 לפסק-דינו של השופט חשין (להלן: עניין עדאלה).

38 לקשר בין תרבות ורב-תרבותיות לבין חינוך דמוקרטי הוקדש קובץ מאמרים באנגלית בעריכתה של פרופסור יעל תמיר: Y. Tamir *Democratic Education in a Multicultural State* (Oxford, Y. Tamir ed., 1995). כן ראו בקובץ זה: C. Wringer "Educational Rights in Multicultural Democracies" *Democratic Education in a Multicultural State* (Oxford, Y. Tamir ed., 1995) 127.

39 רבין, לעיל הערה 1, בע' 97-98.

הזכות לבחור את כיוונו של חינוך הילד ותכניו נתונה בדרך-כלל להורים, שכן הילד אינו מסוגל בדרך-כלל לצפות מראש את תוצאות הכרעותיו ולהעריך את משמעותן, ולכן אינו יכול לבחור בחירה אמיתית⁴⁰. אמרנו כי הזכות נתונה להורים בדרך-כלל, שכן בשלבים מאוחרים יותר של חינוך הילד ניתן להתחשב גם בנטייתו וברצונותיו. לכן, ההצדקה להקניית הזכות לבחור את כיוון חינוכו של הילד ולהשפיע על תוכנו להורים עומדת כל עוד הילד אינו יכול לבחור בחירה אמיתית בשל גילו הרך והיעדר בשלותו. כאשר הילד נעשה בר-דעת, יש להתחשב בדעתו ובנטייתו⁴¹. היקפן של זכויות הילד הבוגר צר מזכויותיהם של המבוגרים בשל הצורך לקיים פיקוח על חינוכו. לכן מן הראוי שהחלטה על כיוון החינוך ועל בחירת התכנים של החינוך תיעשה על-ידי ההורים והילד במשותף, תוך התייעצות ושכנוע.

זכות המבוגר (המקבל את החינוך) להשפיע על תוכני החינוך: מבוגר הזכאי לקבל חינוך, בין שמדובר בחינוך בסיסי (שלא זכה לקבלו מעולם) ובין שמדובר בהשכלה גבוהה, הוא בעל אינטרס ברור להשפיע על תוכני החינוך ולקבוע את כיוונו. החינוך נועד לעצב את דמותו ואת כיוונו של האדם. כאשר הזכאי לקבל את החינוך הוא אדם בוגר ובעל שיקול-דעת (גם אם הוא חסר השכלה פורמלית), ראוי להקנות לו, ולא לאחר, את הזכות להשפיע על תוכני החינוך.

זכות ההורים להשפיע על תוכני החינוך: בהתאם לחקיקה במדינות ליברליות, האפוטרופוסות של הורים על ילדיהם מטילה על ההורים חובות וזכויות⁴². האם יש הצדקה להקנות להורים גם זכות להשפיע על חינוכו של הילד, או יש להשאיר כוח זה בידי המדינה? ניתן לציין שתי רמות של טיעונים התומכים במתן זכויות להורים להשפיע ולכוון את חינוכו של הילד.

הרמה הראשונה נעוצה באינטרס של הילד. כאמור, לילד יש אינטרס חזק לקבל חינוך הולם, ולכן הוא מחזיק גם באינטרס חזק להשפיע על תוכני החינוך הניתנים לו. אולם בהיעדר יכולת אמיתית לקבל החלטות הנוגעות בעצמו, יש לחפש גוף שיהיה ראוי להטיל עליו את החובה לקבל את החלטות למען הילד. בהתאם להשקפה הליברלית, מבין כל הגורמים האפשריים, משפחתו של הילד (קרי: הוריו) היא הגורם המתאים ביותר לשאת באחריות זו⁴³. הקשר הטבעי של אהבה ודאגה שקיים בין הורים לילדיהם מניע את ההורים לרצות בטובת

40 קליינברגר, לעיל הערה 21, בע' 227.

41 ראו בהקשר זה את דעת המיעוט של השופט דאגלס בפסק-הדין האמריקאי הנודע: *Yoder* case, *supra* note 13, at p. 242 et seq.

42 ראו סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962.

43 B. Barry *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*

ילדיהם, והם מוכנים לקדמה לפי מידת יכולתם. ההורים אינם אינטרסנטים הרואים בילד רק אמצעי אפשרי לקידום עניין מסוים (ואפילו יהא זה עניין נשגב ביותר, כגון מדע, דת או צדק סוציאלי). כלומר, ההורים, יותר מכל גורם אחר, עשויים להיות מודרכים בבחירת הכיוון של חינוך ילדם על-ידי ראיית טובתו של הילד כתכלית, והרי זו הגישה היחידה העולה בקנה אחד עם הנחת-היסוד של "כבוד האדם". נימוק זה מצדיק להעניק להורים זכויות וחופש פעולה לצד חובות האפוטרופסות שהדין מטיל עליהם. חופש הפעולה המוענק להורים כולל את שיקול-הדעת לקבל החלטות בשם הילד ולמען עתידו בשאלות הנוגעות בחינוכו, כגון לאיזה בית-ספר לשלוח אותו, מהו סוג בית-הספר שיפקוד ומה ילמד בו.

הרמה השנייה נעוצה באינטרס של ההורים. ההורים כשלעצמם, ובנפרד מהאינטרס של הילד, מחזיקים באינטרס חזק להיות בעלי הזכות להשפיע על תוכני החינוך שהילד מקבל. טעם ראשון הוא בעל אופי רכוש-קנייני: זכותם של ההורים לבחור את החינוך לילדם נובעת מכך שההורים השקיעו מאונם ומהונם בגידול ילדיהם, ועובדה זו היא המעניקה להם את הזכות לכוון את חינוכם לפי רוחם. כבר נכתב שכוחה של טענה זו מוגבל, שכן במדינת-הרווחה המודרנית ניתן לכאורה להכיר בזכות מקבילה לקבוע את כיוון החינוך גם לציבור המאורגן, שתרם גם הוא (מבחינה כלכלית), פעמים לא פחות מההורים, לגידולו של הילד⁴⁴. הטעם השני נעוץ בהגנה מפני שרירות-הלב של השלטון והגנה על שלמות התא המשפחתי: זכותם של ההורים לקבוע את עתיד ילדם מהווה משקל נגד סכנה של אינדוקטרינציה בחינוך מצד המדינה, וכן מחזקת את הפלורליזם ואת התא המשפחתי נגד סכנת ההשתלטות של המדינה על החינוך.

לסיכום, בחברה בת-ימינו, חובת החינוך של הילדים מתחלקת בין ההורים שעסקו בחינוך הילד באופן מסורתי לבין מערכת החינוך הפורמלית המוחזקת על-ידי המדינה. לחובתם של ההורים לדאוג לחינוך ילדיהם נלווית גם הזכות להשפיע על חינוכם ועתידם. הטעמים השונים שעמדנו עליהם מצדיקים בדרך-כלל הכרה בזכות ההורים להשפיע על גורל החינוך של ילדם, אם כי תחת פיקוח מסוים מטעם המדינה. תפקידה של המדינה אמור להצטמצם בהקשר זה לדאגה למניעת הסכנה של שימוש לרעה בכוח ההורים כלפי ילדיהם (כגון איסור על ענישה גופנית של ילדים על-ידי הוריהם⁴⁵ או הזנחת בריאותם או חינוכם⁴⁶).

202 (Cambridge, Mass., 2001). ראו דעתו של הפילוסוף ג'ון לוק בחיבורו הקלסי:

ג' לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני (מהדורה שנייה, תשי"ט) 43.

44 קליינברגר, לעיל הערה 21, בע' 228.

45 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 145.

46 ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69. בפרשה זו נידון ערעורו של אב שחויב

זכותה של קבוצת מיעוט (אתנית או תרבותית) להשפיע על תוכני החינוך: הזכות להשפיע על תוכן החינוך הינה בדרך-כלל, בפועל, זכותם של ההורים. הם מממשים אותה, בין השאר, באמצעות ההחלטה על טיב החינוך וזהות בית-הספר. עם זאת יש מצבים שבהם הזכות להשפיע על תוכני החינוך מוענקת לקבוצה תרבותית, המאפשרת לחברי הקבוצה להחליט באשר לתכנים הנלמדים בבתי-הספר הפרטיים של הקבוצה, שמטרתם לשמור על ייחודה התרבותי מבחינה דתית, לשונית או לאומית (או בבתי-הספר הציבוריים שבני הקבוצה לומדים בהם)⁴⁷.

בישראל קיימות חקיקה⁴⁸ ופסיקה⁴⁹ ענפות הנוגעות בזכות להשפיע על תוכני החינוך, במיוחד על-ידי ההורים, וכבר בשלב מוקדם באופן יחסי – בשנת 1994 – קבע בית-המשפט

בתשלום פיצויים בשל הנזק הנפשי שגרם לילדיו כתוצאה מזניחתם ומהפרת חובות המוטלות על הורה על-פי סעיפים 15 ו-17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (ראו סעיף 10 לפסק-דינו של השופט אנגלרד).

47 למאמר הדן בזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי בישראל, לרבות בזכויות מתחום החינוך, ראו א' סבן "הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-הפלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו (תשס"ב) 241, 269-271. שאלה מעניינת מתעוררת לגבי היחס בין ההורים לקבוצה. לכאורה, קבוצה מקיימת בתי-ספר פרטיים שבהם נלמדים תכנים שהינם ייחודיים לקבוצה (דת, לשון, תרבות, מנהגים וכדומה). אולם הקבוצה אינה מחזיקה בזכות המשפטית להחליט שהילד יישלח לבתי-ספר אלה. לצורך זה יש לקבל את הסכמת ההורים, שרק הם מחזיקים בזכות החוקית-הפורמלית לקבל את ההחלטה אם לשלוח את הילד לבתי-הספר של הקבוצה או לבית-ספר אחר (פרטי או ציבורי). לכאורה, ככל שהדבר נוגע בקבוצה בעלת זכויות כאמור, הזכות להשפיע על תוכני החינוך מתחלקת בין ההורים לקבוצה. מבחינה פורמלית, אין לפנינו התנגשות בין זכויות, שכן המלה האחרונה לגבי חינוכו של הילד נתונה להורים. אולם למעשה, ככל שהדבר נוגע בהורים שהם חברי קבוצת מיעוט תרבותית, לזכות ההורים אין משקל רב. ברוב המקרים, אם ברצונם של ההורים להישאר בסביבתם הטבעית ובמסגרת תרבותם, אין הם יכולים לבחור בחירה אמיתית הסותרת את זו של הקבוצה. לכן, מקום שקיימת קבוצה דתית-תרבותית או לאומית, הזכות של הקבוצה הינה דומיננטית יותר בדרך-כלל מזכותם של ההורים (אף כי, כאמור, הזכויות אינן מתנגשות באופן פורמלי). עמד על כך המלומד Barry בהקשר בתי-הספר הפרטיים של הכנסייה הקתולית-הרומית, ראו Barry, *supra* note 43, at p. 207.

48 ראו למשל סעיף 20 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953.

49 ראו ס' גולדשטיין ו' לדרר "חופש הפרט בבחירת בית הספר מול שוויון ואינטגרציה: מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" מגמות – רבעון למדעי ההתנהגות לו (תשנ"ד) 185.

העליון מעמד חוקתי לזכות⁵⁰. בשל סיבה זו וכן בשל הסיבות שפורטו בתחילת המאמר, לא נרכזו את הדיון בזכות זו⁵¹.

3. הזכות לשוויון בחינוך

מתוך עקרון השוויון הכללי⁵² נגזרת הזכות השווה של כל פרט ליהנות מהזכות לחינוך. בכתובה על זכויות בחינוך זכות זו קרויה "הזכות לשוויון בחינוך". בישראל קיימות חקיקה⁵³

50 ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (להלן: עניין פלוני): "זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על ידי המשפט החוקתי והמוגנות על ידיו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם... זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו." (ההדגשות שלי – י' ר'). כן ראו את פסקי-הדין המחוזי עת"מ (ת"א) 1294/01 בית ספר עתיד נ' משרד החינוך (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2001 (3) 830, בסעיף 20 לפסקי-דין של השופט גרוניס, שם השופט גרוניס מצטט את דבריו של הנשיא שמגר בעניין פלוני, שם.

51 לדיון בזכות להשפיע על תוכני החינוך בישראל ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 111 ואילך.
52 הזכות לשוויון מהווה עקרון יסודי עצמאי. הדיון בהצדקות להכרה בזכות היסודית לשוויון חורג מענייננו. על הזכות לשוויון באופן כללי ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 25, בע' 271 ואילך.

53 ראו סעיף 5(א) לחוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000 (להלן: חוק זכויות התלמיד); סעיף 3(ב) לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949 (להלן: חוק לימוד חובה); סעיף 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), תשכ"ד-1964; סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, הקובע שוויון לנשים גם בהקשר חינוך והשכלה, וכן חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק חינוך מיוחד), שאינו מאזכר במפורש את עקרון השוויון בחינוך, אך תכליתו הכללית הינה קידום השוויון בחינוך ילדים בעלי צרכים מיוחדים. הוראות אלה אין בהן כדי להקיף את כל ההיבטים של נושא השוויון בחינוך. לשם השלמה ניתן לפנות להוראות חוק המעגנות את עקרון השוויון באופן כללי או למגזרים מסוימים ללא התייחסות

ופסיקה⁵⁴ הנוגעות בזכות לשוויון בחינוך, וזכות זו מעוררת, בין השאר, את השאלה בדבר מעמדה של זכות זו כזכות רגילה וזכות חוקתית⁵⁵. לדעתנו, הכרה משתמעת בזכות לשוויון בחינוך בדרך של פרשנות הטקסט החוקתי הינה אפשרית, רצויה ואף מקובלת במדינות אחדות. לאחרונה, בפסיקה שעסקה בשאלת השוויון בין ילדים בעלי צרכים מיוחדים הלומדים במוסדות לחינוך מיוחד לבין ילדים בעלי צרכים מיוחדים ששולבו במסגרות החינוך הרגיל⁵⁶, הביעה השופטת דורנר את דעתה, אגב אורחא, כי הפליה במימוש הזכות לחינוך – קרי: פגיעה בזכות לשוויון בחינוך – עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב להשפלה הפוגעת בזכות החוקתית לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵⁷. שאלות המתעוררות בהקשר הזכות לשוויון בחינוך, חרף חשיבותן, חורגות מהגדרת מסגרתו של המאמר, ולא אגע בהן.

מיוחדת לחינוך, כגון חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998. חוק זה בא להבטיח את זכותו של אדם עם מוגבלות להשתתפות שוויונית ופעילה בכל תחומי החיים לרבות תחום החינוך. נוסף על כך ראו גם סעיף 3(א) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב), המחיל את עקרון השוויון על חלוקת כספי המדינה למוסדות חינוך בחוק התקציב. על מהותו של סעיף זה ראו בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337.

54 לטענות של הפליה בהקצאת משאבים במערכת החינוך הערבי ראו למשל בג"צ 3491/90 אגבריייה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(1) 221; בג"צ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233. לטענות של הזנחה ומדיניות מפלה במערכת החינוך של המגזר הבדווי ראו בג"צ 4671/98 אבו־פריח נ' רשות החינוך לבדואים בנגב (לא פורסם), תקדין עליון 1998 (3) 459.

55 בהיעדר עיגון חוקתי מפורש לזכות לשוויון בחינוך, הדיון בדבר מעמדה של זכות זו בישראל מתקשר לדיון בדבר מעמדו החוקתי של עקרון השוויון הכללי. כידוע, גם עקרון השוויון הכללי אינו קבוע במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים התגבשה הדעה – שטרם זכתה לביסוס חד־משמעי בפסיקה – כי עקרון השוויון זכה במעמד נורמטיבי חוקתי על־חוקי. הכרה במעמדו החוקתי של עקרון השוויון במשפט הישראלי ויישומו למעשה בכל שטחי החיים מעלים גם את הזכות לשוויון בחינוך (זכות פרטיקולרית הנגזרת מעקרון השוויון הכללי) למדרגה חוקתית על־חוקית.

56 בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן: עניין יתד); לדיון בפסק־דין זה ראו גם י' רבין וק' מיידר "בית־המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" המשפט ח (תשס"ג) 541.

57 עניין יתד, שם, בע' 843.

4. חובת החינוך

מהותה של חובת החינוך

חובת החינוך נוגעת בדרך-כלל בשני מישורים: הראשון – עצם החובה לפקוד את בית-הספר לצורך לימוד, קרי: החובה לקבל חינוך במשך תקופה מוגדרת (מספר השנים); השני – החובה לקבל חינוך הכולל תכנים מסוימים שהמדינה מכתיבה. חובת החינוך פוגעת בזכות לקבל חינוך. באופן מושגי, הזכות לקבל חינוך כוללת גם את הכוח לוותר על הזכות (לוותר על קבלת החינוך), או שהיא כוללת גם את הזכות לממש את הזכות לקבל חינוך בתקופה אחרת בחיים. לכן, לכאורה, חוק המטיל חובת לימוד בתקופת בית-הספר היסודי או התיכון פוגע בזכות ההורים (או הילד) שאינם מעוניינים בחינוכו של הילד בתקופה זו או בכלל. חובת החינוך נוגסת גם בזכות להשפיע על תוכני החינוך, שכן היא מתייחסת למקצועות מסוימים ומגדירה תחום שלגביו האדם חסר חופש בחירה בקשר לתוכן החינוך. אל מול חובתו של האדם להתחנך (לפקוד את בית-הספר) עומדת זכותה של המדינה לאכוף עליו את חובת החינוך ולחייב אותו להתחנך.⁵⁸

הצדקות לקיומה של חובת חינוך

במציאות ימינו, חובת החינוך היא אחד ממאפייניו של החינוך מבחינה חברתית ותרבותית. האם ניתן להצדיק את חובת החינוך? ניתן להצדיק את הטלתה של חובת חינוך מטעמים של טובת החברה. עמדנו על כך כי טובת הכלל יכולה לשמש הצדקה עצמאית לזכות לקבל חינוך, שכן החינוך טוב לא רק לפרט עצמו, אלא גם לכלל (לציבור האזרחים והתושבים)⁵⁹. הצדקה זו יכולה להוות בסיס לא רק להכרה בזכות לחינוך, אלא גם להטלתה של חובת חינוך. הצרכים החברתיים מחייבים הקניית מיומנויות ומקצועיות לאזרחים וכן הקניית ערכים משותפים על-מנת ליצור חברה מגובשת סביבם. בחברה דמוקרטית חשוב להדגיש גם את הערך הנודע לאזרחים מהונכים המסוגלים למלא את תפקידם בקיום השלטון הדמוקרטי. אולם חובת החינוך פוגעת בחופש הפרט באופן

58 קליינברגר מציין, במאמר המוקדש ליסודות הפילוסופיים של חוקי חינוך חובה, כי הרעיון של חינוך חובה נטוע כיום במסורת של רוב המדינות בעולם. ראו קליינברגר, לעיל הערה 21, בע' 217. למאמר נוסף העוסק בחובת החינוך ראו ש' נחמיאס "הצידוק לכפיית חינוך חובה" היבטים בחינוך ('איונברג עורך, תשנ"ב) 5.

59 ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 76 ואילך.

כללי ובזכות לחינוך באופן ספציפי⁶⁰, ולכן ראוי לבחון אותה מנקודת-המבט של זכויות האדם.

מנקודת-מבט של הזכות לקבל חינוך ניתן להעלות שני טעמים לקיומה של חובת חינוך: לטעם הראשון אופי פטרנליסטי. הזכות לקבל חינוך חשובה עד כדי כך שאין לתת לבעל הזכות את הכוח לוותר עליה, ולכן מטילים עליו חובה לממש את זכותו⁶¹. לא בכדי החוק מטיל בדרך-כלל חובת חינוך על ילדים ונערים, שכן ההצדקה הפטרנליסטית חזקה יותר כאשר בעל הזכות הוא ילד שאינו בר-דעת עדיין. עם זאת, הטיעון הפטרנליסטי יכול להיות בעייתי יותר כאשר בעל הזכות ונשוא החובה הינו מבוגר בר-דעת⁶². הטעם השני נעוץ בצורך להגן על הילד מפני הוריו. הצדקה זו מתייחסת לילד במובחן מהוריו, ובהתאם לה, חובת החינוך באה להגן על זכות הילד לקבל חינוך מפני הורים, אפטרופסים או מעבידים אנוכיים וקצרי-ראות הרוצים למנוע מהילד את האפשרות לממש את זכותו לקבל חינוך⁶³. כאשר מתייחסים לילד במובחן מהוריו, ניכר שחובת החינוך אינה רובצת על בעל הזכות (הילד), אלא על הוריו (ובמקרים נדירים יותר על אפטרופסים או מעבידים). בהטילו חובת חינוך, המחוקק מטיל על הורי ילד את החובה לדאוג שהילד ילמד אף אם הם, ההורים, אינם רוצים בכך. המחוקק מבטיח את זכותו של הילד לקבל חינוך⁶⁴. גישה זו באה לידי ביטוי בחקיקה הפוזיטיבית שאינה מטילה חובות על הילד, אלא דווקא על הוריו, כלומר, מטילה על ההורים אחריות לקיום זכותו של הילד לקבל את חינוכו⁶⁵.

ג. הזכות לקבל חינוך במישור החקיקה הרגילה

1. כללי

לזכות לקבל חינוך יש אופי פוזיטיבי, ומשמעותו היא זכותו של הפרט למימון החינוך

- 60 ס' גולדשטיין "הזכות לחינוך" זכויות האדם והאזרח בישראל – מקראה (ט' בן-גל ואח' עורכים, תשנ"א, כרך ג) 567, 568.
- 61 קליינברגר, לעיל הערה 21, בע' 226-227.
- 62 שם, שם.
- 63 שם, שם.
- 64 שם, שם.
- 65 זה המצב גם בישראל על-פי חוק לימוד חובה.

על-ידי המדינה ולאחריותה בנוגע לרמת הלימוד. מדינת-ישראל נטלה על עצמה כבר בשנותיה הראשונות והקשות את נטל מימונו של החינוך בשלכיו הראשונים והענקתו חינם לכל החייבים בחוק לימוד חובה. כיום הזכות מגולמת בסעיף 3 לחוק זכויות התלמיד⁶⁶. משמעות הסעיף הינה סמלית בלבד, שכן בהתאם לחוק זכויות התלמיד, הזכות לקבל חינוך כפופה להוראות יתר הדינים⁶⁷, שעמם ניתן למנות את חוק לימוד חובה – החוק המרכזי בנוגע למימון החינוך, חוק חינוך מיוחד, חוק יום חינוך ארוך וחוק חינוך חינם לילדים חולים. החוק הישראלי מדבר לכאורה על "חינוך חינם", אולם הזכות לקבל "חינוך חינם" מצטמצמת בישראל רק לפטור מתשלום שכר לימוד ודמי הרשמה⁶⁸. למעשה, אין מדובר ב"חינוך חינם" בכל העניינים, וחוקי החינוך מטילים על האזרח סוגים שונים של תשלומים, כגון תשלום בעד שירותי חינוך נוספים או שעות לימוד נוספות, וזאת באמצעות "אגרת חינוך" שהרשות מטילה באישורו של שר החינוך; מס ששר החינוך רשאי להטיל על אוכלוסיית איזור מסוים לצורך מימון ההוצאות של חינוך חובה; וכן היטל באמצעות הביטוח הלאומי למימון של הוצאות חינוך בשכבה העל-יסודית⁶⁹.

2. הזכות לקבל חינוך במוסד חינוך רשמי

חוק לימוד חובה קובע כי החינוך היסודי יינתן חינם וכי המדינה אחראית למתן חינוך יסודי חינם לפי החוק. בנוסחו המקורי שמר החוק על הפיפה מלאה בין הגילאים הזכאים לחינוך חינם ובין הגילאים החייבים בחינוך חובה⁷⁰. אך תיקונים מאוחרים יותר, בעיקר תיקון 11 לחוק, שברו את הסימטריה תוך ביטול החפיפה בין הגילאים החייבים בחובת לימוד לבין הגילאים הזכאים לחינוך חינם: התיקון קבע חובת לימוד עד גיל שש-עשרה, ובצידה זכות (להבדיל מחובת לימוד) להמשך לימודי תיכון חינם עד גיל שמונה-עשרה. באופן כללי הסדר

66 סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד קובע: "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין." כן ראו הוראות סעיפים 9, 10 ו-12 לחוק זה.

67 ראו הוראות סעיפים 1 ו-3 לחוק זכויות התלמיד.

68 ראו סעיפים 6(א), 6(ד), 6(ד1) ו-6(ו) לחוק לימוד חובה.

69 על כל אלה ראו גולדשטיין, לעיל הערה 60, בע' 568-573. מכאן ולהבא, אלא אם נאמר אחרת, נתייחס לביטוי "חינוך חינם" (או מימון החינוך) כמובנו בחוק לימוד חובה, אף כי, כאמור, אין מדובר בחינוך חינם, אלא בפטור משכר לימוד ודמי הרשמה, לא כולל תשלומים נוספים.

70 ראו גולדשטיין, שם, בע' 568-569.

5. הזכות לקבל השכלה גבוהה

המסגרת המשפטית הנוגעת בזכות לקבל השכלה גבוהה – חוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958, והתקנות שהותקנו על-פיו – נבדלת מחוקי החינוך האחרים שעמדנו עליהם לעיל. נוסף על כך, המבנה המיוחד של מערכת ההשכלה הגבוהה בישראל מצדיק דיון נפרד מזה שהתייחס למערכת החינוך היסודית והתיכונית⁷⁴. הזכות לקבל השכלה גבוהה משמעותה מתן זכות ללימודים גבוהים במימונה של המדינה. נראה שנושא ההשכלה הגבוהה חורג מן התחום הגרעיני של הזכות לקבל חינוך, תהא הגדרת הגרעין רחבה יותר או פחות⁷⁵. בישראל לא קיים הסדר הקובע כי השכלה גבוהה תמומן במלואה על-ידי המדינה. המדינה תומכת אומנם בהשכלה הגבוהה בתקציבים נכבדים – הכוונה הינה במיוחד לאוניברסיטאות ולשלוותיהן – אך לא ניתן לומר שההשכלה ניתנת במימונה של המדינה, וזאת בשל סיבות מספר:

(1) *התמיכה ניתנת בעיקר למוסדות, ולא לפרט: התמיכה אינה מגיעה לכיסו של הסטודנט, אלא מועברת למוסדות ההשכלה הגבוהה בדרך הקרויה "תקצוב מוסדות". הוועדה לתכנון ולתקצוב (ות"ת)⁷⁶ אחראית על חלוקת התקציב למוסדות השונים. יש לציין כי המדינה מפעילה אומנם – באמצעות הוועדה לתכנון ולתקצוב – מערך של סיוע הניתן ישירות לסטודנטים, בין כמענק ובין כהלוואות⁷⁷, אך*

המתפרסם בקובץ זה. וכן רבין, לעיל הערה 1, בע' 472 ואילך. שני פסקי-הדין המרכזיים בנושא חינוך מיוחד הם עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14, ועניין יתד, לעיל הערה 56, ובהם נעסוק להלן בהקשר הכללי של הזכות לקבל חינוך.

74 לתיאור הדין בנושא ההשכלה הגבוהה בישראל, ראו ר' הריזוב וב' מדינה דיני השכלה גבוהה (תש"ס). באפריל 2001 הקדיש כתב-העת רבעון לכלכלה גיליון מיוחד לתמורות בהשכלה הגבוהה בישראל, ראו רבעון לכלכלה (תשס"א).

75 אך ראו סעיף 13(2)(ג) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הכולל את הזכות לחינוך גבוה במסגרת הגדרת הזכות לחינוך, הגם שלא במסגרת הזכות לחינוך חינם.

76 ות"ת הוקמה בשנת 1974 על-יסוד המלצות ועדה ציבורית בראשותה של פרופסור רחל שלון. ועדת שלון עסקה ב"עקרונות לחלוקת המשאבים הציבוריים-ממלכתיים למוסדות להשכלה גבוהה". המלצות ועדת שלון אושרו במועצה להשכלה גבוהה בינואר 1974. להמלצות הוועדה המפורטות ולמועדי אישורן ראו דו"ח הוועדה להצעת עקרונות להקצבת כספים למוסדות להשכלה גבוהה (1973) (להלן: דו"ח ועדת שלון).

77 ראו גם חוק עידוד מעורבות סטודנטים ביום חינוך ארוך, תשס"א-2000. חוק זה, שתחילתו בשנת הלימודים התשס"ב, בא לשלב סטודנטים ממוסדות להשכלה גבוהה במסגרת יום

הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל

היקפו של הסיוע הישיר נמוך יחסית למקובל במדינות דוגמת ארצות-הברית⁷⁸.

(2) *התמיכה ניתנת רק למוסדות מסוימים*: ות"ת מחלקת את התקציב למוסדות לפי שיקול-דעתה. עיקר התקציב היה ונשאר תקציב המועבר לאוניברסיטות, ולא למוסדות אחרים להשכלה גבוהה (כגון מכללות).

(3) *תשלום שכר לימוד גם במוסדות מתוקצבים*: הסטודנט נדרש לשלם שכר לימוד שנתי של אלפי שקלים לשנה בכל המוסדות להשכלה גבוהה, לרבות מוסדות מתוקצבים הזוכים בתקציבי המדינה. במוסדות בלתי-מתוקצבים שכר הלימוד אף גבוה מזה של המוסדות המתוקצבים. ניתן לומר כי סטודנט במוסד מתוקצב נהנה, באופן עקיף, מתמיכת המדינה במוסד שבו הוא לומד. לגבי סטודנט במוסד מתוקצב, שיטת התקצוב המתוארת מהווה תמיכה חלקית (סובסידיה).

מובן אחר של הזכות לקבל השכלה גבוהה יכול לבוא לידי ביטוי בחיובה של המדינה לפתוח מוסדות נוספים להשכלה גבוהה לפי הדרישה למקצועות. כלומר, יצירת הזדמנויות לרכישת השכלה גבוהה מעבר להיבט של המימון.

ד. הזכות לקבל חינוך כזכות רגילה

1. כללי: על ההבחנה בין זכויות רגילות לזכויות חוקתיות

זכויות-יסוד רבות מוכרות במשפט הישראלי, ומבחינת מעמדה הנורמטיבי, הן נחלקות לשתי קבוצות: הראשונה היא קבוצת זכויות-היסוד הרגילות⁷⁹. בהתבסס על עקרונות-היסוד

חינוך ארוך בבת-יסוד תיכונים תמורת מלגת מדינה שלא תפחת ממחצית שכר הלימוד האוניברסיטאי.

78 הר-זהב ומדינה, לעיל הערה 74, בע' 216.

79 המינוח שנעשה בו שימוש בספרות הינו זה של "זכות הלכתית". לדעתנו יש לעשות כיום שימוש במינוח "זכות-יסוד רגילה" להבדיל מ"זכות חוקתית". הביטוי זכות הלכתית רומז כי הזכות הינה יציר-כפיו של בית-המשפט. למעשה, זו רק אחת הדרכים ליצירתה של זכות רגילה. כך, למשל, זכות רגילה (שאינה חוקתית) יכולה להיווצר לא רק מכוח הלכה פסוקה, אלא גם מכוח תחולתו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי (תחולה במשפט הישראלי של זכות הקבועה באמנה שישראל הינה צד לה), וזאת כפי שנראה בהמשך.

של השיטה המשפטית קבע בית־המשפט כי לכל אדם בישראל מוקנית שורה ארוכה של זכויות־יסוד. משמעותה של הכרה זו באה לידי ביטוי בקביעת חוקה פרשנית שלפיה תכלית החקיקה היא להגן על זכויות־היסוד ולכבדן⁸⁰, ובביקורת השיפוטית על פעולות שלטוניות שונות הפוגעות בזכויות־יסוד אלה. עם זאת, הכרה זו לא הגבילה את ריבונותה של הכנסת, כרשות המחוקקת, לשלול את זכויות־היסוד הללו או לפגוע בהן באמירה מפורשת וברורה בחוק⁸¹. הקבוצה השנייה היא זו של זכויות־האדם החוקתיות. אלה הן הזכויות המעוגנות בחוקי־יסוד.

במשפט הישראלי נקבע זה מכבר כי לחוקי־היסוד יש מעמד של חוקה⁸², ומכאן שזכויות המנויות במפורש בחוקי־היסוד או אשר הוכרו כנגזרות מהם בדרך של פרשנות הן בעלות מעמד חוקתי על־חוקי, וככלל לא ניתן לפגוע בהן בחוק רגיל (אלא בהתאם לתנאים שחוק־היסוד עצמו מציב). יש להדגיש כי ההכרה בזכויות אחדות כזכויות חוקתיות אינה מבטלת את מעמדם של זכויות האדם הרגילות שהוכרו בעבר כזכויות־יסוד ואשר לא זכו עד כה במעמד חוקתי בחוקי־היסוד.

בפרק זה אבחן את השאלה אם זכות־יסוד לקבל חינוך (כזכות רגילה) מוכרת בישראל. בפרק הבא אבחן אם זכות חוקתית לקבל חינוך מוכרת בישראל. יש להעיר שאם קיימת בישראל זכות חוקתית לקבל חינוך, אין משקל רב לשאלה בדבר קיומה של זכות־יסוד (לא־חוקתית) לקבל חינוך. לעומת זאת, היעדרה של זכות חוקתית לקבל חינוך אינו פוגע בהכרה בזכות לקבל חינוך כזכות־יסוד לא־חוקתית, והכרה כזו היא בעלת חשיבות כשלעצמה.

80 באופן מפורט יותר, משמעותה של החוקה היא שיש לפרש את החוק כאילו לא בא לפגוע ברשימת זכויות־היסוד המהוות מעין מטרייה נורמטיבית המרחפת מעל דברי החקיקה כולם. ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשמ"ג, כרך ב: פרשנות החקיקה) 553: "נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי. ההנחה הנה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא מתחת ידיו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד. מכאן, שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן."

81 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 25, בע' 927.

82 כפי שנקבע בפסק־הדין העקרוני ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

2. ההצדקות להכרה בזכות לקבל חינוך כזכות רגילה

עוד לפני חקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, זכו זכויות האדם בישראל בהכרה משפטית בפסיקת בית-המשפט העליון בלא שהיה להכרה מקור משפטי פורמלי לסמוך עליו. בהתבסס על עקרונות-יסוד של השיטה המשפטית, קבע בית-המשפט כי לכל אדם בישראל מוקנית שורה ארוכה של זכויות-יסוד⁸³. בשלל פסקי-הדין שנתן בית-המשפט העליון בענייני חינוך – לפני חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – אין בנמצא קביעה מפורשת בדבר קיומה של זכות-יסוד לקבל חינוך. באופן חלקי אפשר להסביר חסר זה בכך שהזכות לקבל חינוך לא היתה מעולם חלק מרשימת החירויות הקלסיות שעל פיתוחה עמל בית-המשפט העליון.

פסקי-הדין הראשון שדן במפורש בזכות לקבל חינוך מאוחר יחסית – בג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, התרבות והספורט⁸⁴. בפסקי-דין זה, שנעמוד עליו בהרחבה בהמשך, דחה השופט אור את הטענות השונות של העותרים לקיומה של זכות חוקתית לחינוך מבלי לדון באפשרות להכיר בזכות לקבל חינוך, לכל הפחות, כזכות-יסוד רגילה (הלכתית). גם שני השופטים האחרים להרכב – השופטים דורנר וטל – אשר השאירו

83 אלה הן זכויות יציר ההלכה הפסוקה שבית-המשפט העליון ראה בהן צורך להגנת האינטרסים החיוניים של כל פרט ופרט. השופט ויתקון תיאר יפה את התהליך בבג"צ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, 1027: "לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו היא ערובה לחופש הפרט." בדרך זו, לדוגמה, הוכרה הזכות לחופש הביטוי בבג"צ 73/53 חברת "קול-העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: עניין קול העם). הזכות לחופש העיסוק הוכרה בבג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80. לדיון בהיסטוריה של הגנת זכויות הפרט במשפט הישראלי לפני חוקי-היסוד החדשים, ראו ע' שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג (תשל"ג) 625.

84 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14. יש לשים-לב שהשופט אור, אשר כתב את פסקי-הדין, מכנה את הזכות באופן כללי "הזכות לחינוך", אך מתוך ההקשר ברור כי הן בהתאם לטענתם של העותרים והן מתוך דבריו של השופט אור, פסקי-הדין עוסק בזכות לקבל חינוך (להבדיל מהזכות להשפיע על תוכני החינוך או הזכות לשוויון בחינוך).

בצריך-עיון את הסוגיה בדבר הזכות החוקתית לקבל חינוך, לא התייחסו לאפשרות להכיר בזכות לקבל חינוך כזכות-יסוד הלכתית. גישה זו של בית-המשפט העליון מעוררת קושי וראויה לביקורת. דיון עקבי במעמדה של "זכות-אדם" כלשהי מחייב התמודדות עם שלל הפתרונות האפשריים: בהקשר זה, היעדרה של הזכות, קיומה של הזכות כזכות-יסוד הלכתית וקיומה של הזכות ברמה של זכות חוקתית על-חוקתית. לדעתנו, משנדרש השופט אור לטענות העותרים בנוגע לקיומה של זכות-יסוד לקבל חינוך, היה עליו לבחון את אפשרות ההכרה בה כזכות הלכתית רגילה גם אם בחר לדחות את הטענה בדבר קיומה של זכות חוקתית לקבל חינוך.

אנו סבורים כי לאור ההצדקות השונות להכרה בזכות לקבל חינוך שעמדנו עליהן לעיל⁸⁵, ראוי להכיר, לכל הפחות, בקיומה של זכות רגילה לקבל חינוך במשפט הישראלי. להצדקות התיאורטיות השונות התומכות בהכרה בזכות-יסוד לקבל חינוך⁸⁶ ניתן להוסיף כמה טעמים פוזיטיביים, שנעמוד עליהם כעת.

ביסוסה של הזכות הרגילה לקבל חינוך: חקיקה ענפה המקנה זכויות בחינוך קיימים בחוק הישראלי חוקי חינוך אחדים שניתן ללמוד מהם על חשיבותו של החינוך בעיני המחוקק. נוסף על כך, דברי חקיקה שונים קובעים את הזכות לקבל חינוך, כגון סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד; סעיף 6 לחוק לימוד חובה, שעניינו הזכות לחינוך חינם עד סוף בית-הספר התיכון; סעיף 3 לחוק חינוך מיוחד, המעגן את זכותו של ילד בעל צרכים מיוחדים לחינוך מיוחד חינם במוסדות לחינוך מיוחד ובמוסדות חינוך רגילים; וסעיפים 2-4 לחוק חינוך חינם לילדים חולים, הקובע את הזכות של ילדים חולים לקבל חינוך חינם במסגרת בית-החולים.

לדעתנו, מתוך דברי החקיקה העוסקים בחינוך והמקנים את הזכות לקבל חינוך, ניתן ללמוד על קיומה של זכות-יסוד לקבל חינוך. יש בסיס לדעה שעקרונות-היסוד של השיטה, כגון זכויות-היסוד, באים לידי ביטוי קונקרטי בדברי חקיקה שונים. בית-המשפט עמד על כך בהקשר של עקרון השוויון⁸⁷. כך בהקשר של עקרון השוויון וכך בהקשר לזכות לקבל חינוך.

85 לדיון בהצדקות להכרה בזכות לקבל חינוך ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 65 ואילך.

86 ראו שם, שם.

87 בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 240: "א-י-הכללת מועמד למועצה דתית, משום שהמועמד הוא אישה, נוגדת את עקרון היסוד של מערכת המשפט הישראלית, שלפיו אסורה הפליה מטעמי מין. עיקרון זה הונח במגילת העצמאות, והוא אחד מעקרונות היסוד שמצאו את ביטויים גם בדברי חקיקה של המחוקק." (ההדגשה שלי - י' ר.).

הזכות לחינוך הינה אחד מעקרונות היסוד של השיטה אשר ככזה מצא את ביטויו בדברי חקיקה של המחוקק.

ביסוסה של הזכות הרגילה לקבל חינוך: הכרזת העצמאות

טעם נוסף להכרה בזכות יסוד לקבל חינוך הוא הכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות" (ההדגשה שלי – י' ר'). כידוע, העקרונות הכלולים בהכרזה, והכוונה בעיקר לאלה המפורטים בחלק השלישי של ההכרזה⁸⁸, השפיעו מאוד על גיבוש הרשימה של זכויות היסוד של המשפט החוקתי הישראלי⁸⁹. בחלק השלישי של ההכרזה על הקמת המדינה נעשה שימוש כדי לבסס עקרונות יסוד של המדינה, וביניהם את רשימת זכויות היסוד של האדם. כך למשל, בעניין קול העם⁹⁰ נעשה שימוש בחלק השלישי של ההכרזה כדי לבסס את חופש הביטוי⁹¹. באופן דומה נעשה שימוש בחלק זה של ההכרזה כדי לבסס את מעמדם של עקרון השוויון ושל הזכות לחופש הדת והמצפון כעקרונות יסוד במשפט הישראלי⁹². בהקשר הזכות לקבל חינוך ניתן ללכת באותה דרך. הזכות לחינוך הינה אחת מהזכויות הקבועות בחלק השלישי של הכרזת העצמאות⁹³. זכויות אלה הוכרו כזכויות יסוד הן בשל חשיבותן והן בשל מיקומן בחלק השלישי של הכרזת העצמאות, המשקף את

88 קטע זה קרוי החלק השלישי של ההכרזה, זאת בהתאם לחלוקה בספרו של פרופסור אמנון רובינשטיין. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 25, בע' 56.

89 שם, בע' 60.

90 עניין קול העם, לעיל הערה 83.

91 שם, בע' 884.

92 לגבי עקרון השוויון ראו בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332: "על הצורך להבטיח שוויון אנו למדים ממקורות שונים. הראשון שבהם הוא הכרזת העצמאות, הקובעת, כי מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין." לגבי חופש הדת והמצפון ראו בג"צ 262/62 פריץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2107: "חופש הדת והפולחן הובטח לכל אזרח בישראל עוד באכרזה על הקמת המדינה; ואם כי אין אכרזה זו בגדר חוק אשר אפשר לבסס עליו עילת תובענה... הרי חופש זה אינו אלא אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור."

93 לטענה כי ההכרזה על הקמת המדינה הכירה ב"חופש החינוך" כזכות אזרחית מדור ראשון, ולא כזכות פוזיטיבית לקבל חינוך במימונה של המדינה, ראו להלן בפרק 2 למאמר.

עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית. בשל כך, הזכות לקבל חינוך, כמו יתר זכויות היסוד שלעיל, הינה זכות יסוד בשיטת המשפט⁹⁴.

ביסוסה של הזכות הרגילה לקבל חינוך: המשפט הבינלאומי הפומבי

דרך נוספת לביסוס קיומה של זכות יסוד לחינוך במשפט הישראלי נסמכת על תחולתו של המשפט הבינלאומי הפומבי בדין הפנימי. הזכות לחינוך קבועה במספר של רב של מסמכים בינלאומיים, כגון ההכרזה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם והאזרח, וכן במספר רב של אמנות בינלאומיות⁹⁵. ישראל הצטרפה לרוב האמנות הבינלאומיות החשובות בנושא זכויות האדם, הקובעות את הזכות לקבל חינוך⁹⁶. בהצטרפה לאמנות הרבות הקובעות נורמות בסיסיות בענייני חינוך, קיבלה ישראל על עצמה מחויבויות במישור הבינלאומי להכיר בזכות לחינוך. ההגנה על זכויות אדם במשפט הבינלאומי, והדבר נכון גם לגבי זכות האדם לקבל חינוך, הינה חובה של כל מדינה, שכן "מדינה ריבונית חייבת לקיים התחייבויות בינלאומיות"⁹⁷. לכן, ישראל מחויבת לנקוט צעדים לקליטת נורמות בינלאומיות לתוך משפטה הפנימי⁹⁸. גם פרופסור דינשטיין סבור כי זכויות האדם הבסיסיות, המוכרות ללא עוררין

94 נוסף על כך, בהכרות העצמאות ניתן לעשות שימוש לשם ביסוסה של הזכות לחינוך כזכות יסוד חוקתית על-חוקית.

95 על כך ראו שני, לעיל הערה 3.

96 להלן רשימת האמנות המתייחסות לזכות לקבל חינוך שישראל הצטרפה אליהן:

1. סעיף 26 להכרזה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם והאזרח. ראו: Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at p.71 (1948)

2. סעיפים 13-14 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205, מיום 16 בדצמבר 1966 - ישראל הצטרפה בשנת 1991 (להלן: האמנה בדבר זכויות חברתיות). האמנה נכנסה לתוקף בשנת 1976. לגבי ישראל אושרה האמנה בירושלים ביום 3 באוקטובר, 1991.

3. סעיפים 28-29 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע' 221, מיום 20 בנובמבר 1989 - ישראל הצטרפה בשנת 1991 (להלן: האמנה בדבר לזכויות הילד). האמנה נכנסה לתוקף בשנת 1991. לגבי ישראל אושרה האמנה ביום 4 באוגוסט 1991.

97 י' זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי - הדין המצוי, רצוי" משפטים כד (תשנ"ד) 317, 321.

98 מסבירה את הרעיון ד"ר זילברשץ, שם, בע' 335-336: "ההגנה על זכויות האדם על היבטיה השונים, בימי שלום ובימי מלחמה, הפכה לאינטרס בינלאומי חשוב שאין להרשות למדינה

במשפט הבינלאומי הכללי (ואנו מכלילים בגדר קבוצה זו גם את הזכות לחינוך), הן בגדר נורמות נחרצות (קוגנטיות)⁹⁹. מכאן נובע כי במישור הבינלאומי, ישראל מחויבת באופן נחרץ הן להתחייבויותיה הנורמטיביות בנושא החינוך והן לקליטתן של הנורמות האמורות למשפט הפנימי.

השאלה החשובה העולה בענייננו הינה מה משמעותם, במישור המשפט הפנימי בישראל, של הסעיפים השונים הנוגעים בזכות לקבל חינוך באמנות הבינלאומיות שישראל צד להן? לצורך מתן תשובה לשאלה זו חשובה ההבחנה בין משפט בינלאומי מנהגי לבין משפט בינלאומי הסכמי¹⁰⁰. ניתן לסכם את ההבחנה כך:

- (1) המשפט הבינלאומי המנהגי (שנוצר, בין היתר, באמצעות הוראות המצויות באמנות רבות-משתתפים, כולל הוראות הצהרתיות המצויות באמנות) – קליטת מנהגים בינלאומיים למשפט הישראלי נידונה בשורה של פסקי-דין. בית-המשפט גיבש עם השנים את הכלל שלפיו המנהג הבינלאומי נקלט למשפט הישראלי באופן אוטומטי, ללא צורך באקט חקיקתי של הכנסת¹⁰¹. כלל זה מקובל ברוב המדינות בעולם¹⁰².
- (2) המשפט הבינלאומי ההסכמי (שנקבע באופן קונסטיטוטיובי באמנות ואינו משקף קונצנזוס אוניוורסלי) – משפט בינלאומי הסכמי, להבדיל ממשפט בינלאומי מנהגי, אינו נקלט באופן אוטומטי לתוך המשפט הפנימי אף אם הוא מחייב את המדינה במישור הבינלאומי.

להפר אותו בשם הריבונות. המשפט הבינלאומי המודרני אינו מותיר למדינה עצמאות בנושא זכויות האדם, והוא רואה אותה כחייבת ליישם ולקיים נורמות בינלאומיות שנקבעו בנושא. נושאים כמו זכויות האדם והמשפט ההומניטרי, וקליטתם במשפט הפנימי איננה עומדת לבחירה... המשפט הבינלאומי מייחס חובה לכל מדינה ריבונית ליישם נורמות בינלאומיות של זכויות האדם במשפט הפנימי."

99 י' דינשטיין המשפט הבינלאומי האל-מדינתי (תש"ם, כרך ה) 122 ואילך.

100 בפרק זה אנו עוסקים בשאלה אם הזכות לחינוך כעיקרון בינלאומי נהפכה למנהג מחייב, וזאת בהקשר הישראלי. לשאלה זו היבט כללי, ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 185 ואילך.

101 ראו זילברשק, לעיל הערה 97, בע' 319; וכן המ' 41/49 "שמשו"ן בע"מ נ' הי"מ, פ"ד ד 143, 146 (להלן: עניין שמשון); ע"פ 174/54 שטמפפר נ' הי"מ, פ"ד י 5, 17 (להלן: עניין שטמפפר); בג"צ 610/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 120, 129; בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 627 (להלן: עניין קוואסמה); בג"צ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד לז(4) 785, 793 (להלן: עניין אסכאן); בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35, 76 (להלן: עניין עפו).

102 ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 186.

בהתאם להלכה, המשפט הבינלאומי ההסכמי נקלט לתוך המשפט הישראלי הפנימי רק באמצעות חקיקת המדינה¹⁰³.

האמנות הבינלאומיות המרכזיות הנוגעות לזכויות האדם הבינלאומיות, וכן אלה הנוגעות בחינוך, לא נקלטו במשפט הישראלי בדרך של חקיקה¹⁰⁴. על-כן ניתן לסכם ולומר כי זכויות האדם הבינלאומיות, לרבות הזכות לקבל חינוך במשפט הבינלאומי, אינן חלק מהמשפט הפנימי בארץ, אלא אם-כן נוכל להוכיח שכולן או חלקן הן נורמות ערכיות חשובות שהתפתחו במהלך הזמן לכלל מנהגים מחייבים¹⁰⁵.

103 הלכה זו נפסקה לראשונה בע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1831. ההלכה חזרה ונשתנה בשורה של פסקי-דין, שהעיקריים שבהם הינם: ע"א 439/76 קופת חולים מכבי נ' מ"י, פ"ד לא(1) 770, 777; עניין קוואסמה, לעיל הערה 101, בע' 636; עניין אסקאן, לעיל הערה 101, בע' 793; עניין עפו, לעיל הערה 101, בע' 37.

104 כפי שזילברשץ מסבירה, לעיל הערה 97, בע' 336: "זכויות האדם הבינלאומיות והעקרונות ההומניטריים קבועים ברובם באמנות, ואמנות, כפי שאמרנו, אינן נקלטות אוטומטית למשפט הישראלי. ישראל אשררה אמנות בינלאומיות עיקריות הדנות בהגנה על זכויות האדם, וכן אשררה את אמנות ז'נבה, אך לא חוקקה אותן כחוק במשפט הפנימי. על פי כלל הקליטה של המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי, האמנות הללו אינן חלק ממשפט הארץ."

105 יש לציין כי ייתכן שאמנה מסוימת תהיה בחלקה דקלרטיבית ובחלקה קונסטיטוטטיבית. יתר על-כן, סעיפים שהיו מלכתחילה קונסטיטוטטיביים עשויים ליהפך עם הזמן לדקלרטיביים עקב התפתחותו של המנהג. לא קל לעיתים לקבוע אם הוראה מסוימת הינה דקלרטיבית או קונסטיטוטטיבית. ראו ר' לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תשמ"ט) 807, 812. שאלה נוספת היא: כיצד מנהג מחייב מוגדר במשפט הישראלי? בית-המשפט העליון עמד על השאלה אילו כללים נחשבים למנהג בינלאומי בעיני המשפט הישראלי, זאת עוד בעניין שמשון, לעיל הערה 101, בע' 145-146: "בתי-משפט מקומיים של מדינה מסוימת יכירו בהלכות המשפט הבינלאומי וישפטו על-פיהן רק אם הסכימו להן שאר העמים התרבותיים, באופן שצריך להניח שהלכות אלו נתקבלו גם ע"י אותה מדינה. יש, איפוא, להוכיח הלכה של המשפט הבינלאומי ע"י הוכחות מספיקות, שמהן אפשר להסיק כי אותה המדינה הכירה בה ופעלה על-פיה או שאופיה של הלכה זו, או העובדה, שהיא מוכרת ע"י מדינות רבות ונפוצה ברבים, מחייבים את ההנחה, ששום מדינה תרבותית לא תתעלם ממנה." וכן ראו עניין שטמפפר, לעיל הערה 101. בית-המשפט העליון נתן את דעתו על הגדרת המנהג הבינלאומי המחייב גם בפסיקה מאוחרת יותר. ראו, למשל,

השאלה העיקרית היא: האם הזכות היסודית לקבל חינוך, לפחות בסטנדרט המינימלי המוכר מכוח סעיף 26 להכרזה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם והאזרח וסעיפים 13-14 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, השתכללה לכדי מנהג בינלאומי מחייב? תשובה על השאלה אינה פשוטה. "חובת ההוכחה בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר מבחינת היסודות שלו בסימן 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי, רובצת על מי שטוען לקיומו"¹⁰⁶. יש צורך להוכיח שהמנהג הבינלאומי זכה בחותם משפטי מחייב מצד הרוב המכריע של המדינות¹⁰⁷. בית המשפט העליון בישראל טרם נתן את דעתו על השאלה. עם זאת, דיון מקיף בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי מוביל למסקנה, בהסתמך על דעתם של מלומדים מתחום המשפט הבינלאומי, כי הזכות לקבל חינוך עלתה למעמד של מנהג בינלאומי מחייב¹⁰⁸.

מהן המשמעויות המשפטיות (במישור המשפט הישראלי הפנימי) הנובעות מכך שהזכות לקבל חינוך קבועה בכמה אמנות בינלאומיות שישראל הינה צד להן, ושזכות זו עלתה למעמד של מנהג בינלאומי מחייב? ניתן לאתר במשפט הישראלי כללים פסוקים אחדים הנוגעים בקליטתו ויישומו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי.

הכלל הראשון הוא החוקה כי תכליתו של כל חוק הינה להגשים את המשפט הבינלאומי, ולא לנגוד אותו (וזאת גם אם מדובר במשפט בינלאומי הסכמי בלבד). "כלל ידוע הוא, כי מן הדין לפרש חוק חרות מקומי – אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר – בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי"¹⁰⁹. הלכה זו חזרה ונשנתה במספר רב של פסקי-דין¹¹⁰. גישה פרשנית זו מבוססת על העיקרון של שלטון-החוק. מדינת ישראל חברה במשפחת העמים. מן

הנשיא שמגר בבג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(2) 197, 238-239 (להלן: עניין אבו עיטה).

106 עניין אבו עיטה, שם, בע' 241.

107 שם, בע' 241-242.

108 ניתן לציין בהקשר זה כי חלק מן האמנות המכירות בזכות לחינוך זכו במספר גדול ביותר של אשרורים. למשל, האמנה בדבר זכויות הילד נתמכת כיום על-ידי מאה תשעים ואחת מדינות; האמנה בדבר זכויות חברתיות נתמכת כיום על-ידי מאה ארבעים וחמש מדינות. דבר זה מעיד על האופי המנהגי של הזכות. לעיל הערה 96. עדות נוספת לכך היא הכללתה של הזכות בהכרזה לכל באי-העולם בדבר זכויות האדם, משנת 1948, שהתקבלה בלא התנגדות בעצרת הכללית של האו"ם ונחשבת למייצגת רובה ככולה סטנדרט מנהגי. ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 187-189.

109 בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966 (השופט אגרנט).

110 ראו, למשל, ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד טז 2033, 2041 (השופט אגרנט); "מן הדין

הראוי שלא תפר את התחייבויותיה הבינלאומיות. את העיקרון הכללי יש ליישם בהקשר התחייבויותיה של מדינת ישראל בנושאי חינוך. לכן, מבין שני פירושים אפשריים של דבר חקיקה, יש לבחור בזה שיקיים את התחייבויותיה הרבות של מדינת ישראל לכבד את הזכות לקבל חינוך, ולא בזה שמפר אותן¹¹¹.

הכלל השני נובע מהכלל הראשון, ועל-פיו רשות מנהלית חייבת להביא במסגרת שיקוליה את התחייבויותיה במישור הבינלאומי של המדינה. פעולה של רשות מנהלית המנוגדת לכלל זה הינה בלתי-סבירה. מכאן שרשות מנהלית חייבת להביא במסגרת שיקוליה את התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל ולכבד את הזכות לקבל חינוך. רשות מנהלית שלא תיתן את המשקל המתאים להתחייבויות אלה פועלת בחוסר סבירות.

הכלל השלישי נוגע בעיקרון שמנהג בינלאומי הוא דין ישראלי, אלא אם-כן קיימת סתירה בינו לבין חוק חרות של הכנסת – סתירה שלא ניתן להתגבר עליה באמצעות הכלל הראשון, הדרוש לפרש את המשפט הישראלי במידת האפשר כתואם את חובותיה הבינלאומיות של המדינה. אם הזכות לקבל חינוך זכתה במשפט הבינלאומי הפומבי למעמד של מנהג מחייב, הרי שהיא נקלטה באופן אוטומטי לתוך המשפט הישראלי ונהפכה לחלק בלתי-נפרד ממנו. המסקנה הישירה מהכרה בזכות לקבל חינוך כמנהג מחייב הינה קיומה של הזכות לקבל חינוך במשפט הישראלי.

בחודש אוגוסט 2002, ממש עם סיום כתיבתה של הרשימה, ניתן בבית-המשפט העליון

לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבין לאומי"; ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מ"י, פ"ד כב(2) 85, 112 (השופט לנדוי): "הלכה פסוקה היא אצלנו שבית משפט ישראלי 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, 81 (השופט לנדוי): "חוקה 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"; ולאחרונה בבג"צ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742: "חוקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבין לאומי ולא לעמוד בסתירה להן."

111 אפשר גם להגדיל ולטעון כי החובה לפרש את החוק בהתאם למשפט הבינלאומי חלה גם בהקשר הפירוש של המונח "כבוד" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-כן, המשפט הבינלאומי יכול לתרום לביסוסה של זכות חוקתית לקבל חינוך. על הזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית ראו להלן פרק ה למאמר.

הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל

פסק־דין בעניין יתד¹¹², שבו, בניגוד לפסיקה בעניין שוחרי גילית, נקבעה זכות (רגילה) לחינוך, וזאת בהתבסס הן על החקיקה בענייני חינוך, הן על ערכי-היסוד של השיטה והן בהתבסס על נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת-ישראל מחויבת להן. במקרה זה התעוררה השאלה הפרשנית אם בהתאם לחוק חינוך מיוחד, זכאים ילדים בעלי צרכים מיוחדים לחינוך מיוחד חנם במוסד או בכיתה לחינוך מיוחד בלבד, או שמא המדינה חייבת להעניק חינוך מיוחד חנם גם לילדים בעלי צרכים מיוחדים ששולבו במסגרות החינוך הרגיל. השופטת דורנר, לאחר הפניה מפורשת לקביעה בעניין שוחרי גילית, קובעת כי הזכות לחינוך הוכרה על-ידי הפסיקה כזכות-יסוד¹¹³. בהמשך היא קובעת כך:
"זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה."¹¹⁴

ובמקום נוסף:

"כידוע, חזקה היא כי פירושם של דינים תואם את ערכי היסוד של השיטה. כך הוא לעניין פרשנות התואמת עקרון השוויון ... וכך גם לעניין פרשנות העולה בקנה אחד עם הזכות לחינוך, ובתוכה הזכות לחינוך מיוחד. כלל פרשנות נוסף מבטאת החזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חזקה זאת, יתפרשו דינים, ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות אלה [הכוונה לנורמות המשפט הבינלאומי הקובעות את הזכות לחינוך – י' רי]."¹¹⁵

בהמשך השופטת דורנר עושה שימוש בזכות לחינוך לצורך פרשנותו של חוק חינוך מיוחד, תוך שהיא מעדיפה את הפרשנות שלפיה חובת המימון על-ידי המדינה חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל¹¹⁶. על תוצאה זו יש

112 עניין יתד, לעיל הערה 56.

113 שם, בע' 842-843. השופטת מפנה אל ומתבססת על עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14, אף כי, כאמור, זכות (רגילה) לחינוך לא נקבעה שם.

114 עניין יתד, שם.

115 שם, בע' 846.

116 שם, בע' 847: "אמנם, סעיף 7 לחוק, הדין בחינוך מיוחד במסגרת מוסד חינוכי רגיל, אינו קובע במפורש כי חינוך זה ימומן על-ידי המדינה, כפי שנקבע בסעיף 3 באשר לחינוך מיוחד במוסדות ובכיתות נפרדים, עם זאת, לנוכח הזכויות לחינוך ולשוויון, המשפט

לברך. בפסק־הדין נקבעה זכות־יסוד (רגילה) לחינוך. הכרה זו, יחד עם הכרה בזכות לשוויון בחינוך, הובילו לתוצאה ראויה יותר בנסיבות העניין.

ה. הזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית על־חוקית

1. כללי: חוקי־היסוד והמהפכה החוקתית

בשנת 1992 קיבלה הכנסת את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק, שנועדו לעגן בישראל מגילת זכויות־אדם מוגנת. בכך עברה ישראל מהפך חוקתי בהגנה על זכויות־האדם: מחסר חוקי וחוקתי לקבלת חוקי־יסוד בעלי משמעות חוקתית ברורה¹¹⁷. "המהפכה החוקתית"¹¹⁸ מתבטאת לפחות בשני יסודות ברורים¹¹⁹: ראשית, בית־המשפט העליון הרחיב את סמכות הביקורת השיפוטית גם על חוקים¹²⁰. שנית, שופטי בית־המשפט העליון קראו, וממשיכים לקרוא, לתוך חוקי־היסוד החדשים, על דרך פרשנות, מגילת זכויות־יסוד רחבה מזו שנחקקה בהם במפורש.

הזכות לקבל חינוך לא נקבעה כזכות חוקתית מפורשת בחוקי־היסוד. מצב זה אינו סופי, שכן הליך ניסוחה של החוקה בישראל לא הגיע עדיין לקיצו, והצעת חוקי־יסוד: זכויות חברתיות¹²¹, הכוללת גם זכות לחינוך, נמצאת עדיין בהליכי חקיקה¹²². כאמור, בעניין שוחרי גילית חיווה השופט אור את דעתו כי לעת עתה אין לקרוא את הזכות החוקתית לקבל חינוך

הבינלאומי והתכלית הפרטיקולרית של החוק, כפי שפורטו לעיל, המסקנה המתבקשת היא כי חובת המימון על־ידי המדינה חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל."

117 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 25, בע' 910.

118 כפי שכינה זאת פרופסור ברק; ראו א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

119 א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133, 133.

120 כפי שנקבע בדעת הרוב של פסק־הדין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 82.

121 הצעת חוקי־יסוד: זכויות חברתיות, תשס"ב-2002, ה"ח 3068.

122 במהלך השנים הונחו על שולחן הכנסת כמה הצעות־חוק שעניינן זכויות חברתיות, אך למצער, הן לא התגבשו לכדי חוקי־יסוד מחייב. לנסיגות השונים לכוונן זכויות חברתיות

לתוך חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בדרך של פרשנות שיפוטית. עם זאת, קביעה זו (שלא זכתה בהתייחסותם של השופטים האחרים) אינה בגדר הלכה פסוקה. האם אי־הכללתה המפורשת של הזכות לקבל חינוך בטקסטים החוקתיים של מדינתנו מחייבת את המסקנה כי זכות חוקתית לקבל חינוך אינה קיימת במשפט הישראלי? אכן, הזכות לקבל חינוך היא הקשה ביותר לביסוס מבין הזכויות השונות בשדה החינוך בהיעדר הכרה מפורשת בטקסט החוקתי. הסיבה לכך היא אופיה החברתי, המטיל על המדינה "חובות עשה" כבודות. עם זאת, דעתנו היא שחרף היעדר ההכרה המפורשת בחוק־היסוד של ישראל, ניתן לבסס את הזכות לקבל חינוך בהסתמך על שתי אפשרויות פרשניות נפרדות, כאמור להלן.

2. ביסוסה של הזכות החוקתית לקבל חינוך מכוח הכרזת העצמאות

בהכרזה על הקמת מדינת־ישראל מצוין כי מדינת־ישראל "תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך... (ההדגשה שלי - י"ר)". מהי משמעותה של קביעה זו בהקשר ההכרה בזכות חוקתית לחינוך? כאמור, ההכרזה עצמה לא התיימרה לשמש חוקה, ובית־המשפט העליון פסק כבר בתחילת הדרך שאין לראות מסמך חוקתי המעלה ערכים מוגנים לרמה חוקתית על־חוקית¹²³. עם זאת, במשך השנים השתרשה הדעה, הן בפסיקה והן בספרות, כי יש לראות בהכרזה מקור וכלי־עזר לפרשנות. בשנת 1994 הוספה לחוק־היסוד החדשים "פסקת עקרונות היסוד", המתייחסת באופן מפורש להכרזה, וזו עוררה את השאלה: האם חקיקתה העלתה את הכרזת העצמאות ואת הערכים המנויים בה למעלה חוקתית? שאלה זו אינה פשוטה, וניתן לאתר לה שלושה פתרונות שונים:

(1) המודל הפרשני – פסקת עקרונות־היסוד מאמצת את ההלכות הקודמות של בית־המשפט העליון, שעל־פיהן היתה ההכרזה ונותרה מקור וכלי־עזר לפרשנות, מבלי שנהפכה מקור עצמאי לזכויות־אדם¹²⁴.

בישראל, וכן לגלגולים השונים של הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות, ראו מונדלק, לעיל הערה 22, בע' 89 ואילך.

123 בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (להלן: עניין גוברניק).

124 דיון דומה באופיו נערך בהקשר של סעיף "המטרה" שבחוק־היסוד (סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק). נטען כי יש לראות בסעיף זה לא הרבה יותר מכותרת או "שם ארוך" של חוק, וכי יש לעשות בו שימוש רק לצורך פרשנות. לסקירת הדעות השונות הנוגעות בסוגיה זו ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 281–285. השופט ברק מתייחס

(2) המודל העצמאי – פסקת עקרונות היסוד העלתה את הזכויות הקבועות בהכרזה – כגון הזכות לחירות, לחופש המצפון והדת, לשוויון, לזכות לתרבות וכן לזכות לחינוך – למעמד חוקתי על-חוקי. גישה זו אומצה על-ידי השופט דב לוין¹²⁵, אך אין היא הגישה הרווחת¹²⁶. מעניין להזכיר, באופן השוואתי, כי המודל העצמאי הוכר בצרפת ביחס לפסקת המבוא בחוקה של צרפת משנת 1958¹²⁷.

(3) מודל הביניים: המודל הפרשני המרחיב – האפשרות הפרשנית של מודל הביניים מצויה בתווך בין שני המודלים הקודמים (המודל הפרשני והמודל העצמאי): ההכרזה היתה ונותרה מקור פרשני, אך כיום, בשל פסקת עקרונות היסוד, יש בה כדי להשפיע על רשימת הזכויות הנגזרות מזכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" שבחוקת היסוד: כבוד האדם וחירותו¹²⁸.

בעיקרו של דבר, אנו סבורים כי לאזכורו של תחום ה"חינוך" בהכרזה על הקמת מדינת ישראל יש חשיבות מכרעת בענייננו. האפשרות להכיר בהכרזה כבמקור עצמאי לזכויות-אדם חוקתיות, כפי שהשופט לוין סבור בעניין כלל ביטוח, תיתכן, אך היא כוללת בעיות פרשניות

אף הוא אל פסקת "המטרה" בקובעו כי "יהא זה מרחיק לכת לגרוס, כי בהקשר זה הוענק מעמד על-חוקי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 326.

125 בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מחו(5) 441, 465 (להלן: עניין כלל ביטוח). דב לוין חוזר על דעתו זו גם בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 82, בע' 455-456.

126 ראו דעתם של פרופסור רובינשטיין ושל ד"ר מדינה, לעיל הערה 25, בע' 945: "קבלתה של גישה מרחיקת-לכת זו עשויה להקנות מעמד חוקתי לכל אותן זכויות יסוד, אשר מובטחות בהכרזה העצמאית או נובעות מעקרונות היסוד שנקבעו בפסקה, כמו הזכות לחירות, חופש המצפון והדת, השוויון ועוד. משמעה הכרה בהכרזה העצמאית (ובעיקר, בחלק השלישי של ההכרזה), כבעלת תוקף חוקתי. ספק בעינינו אם יש מקום לפרשנות מרחיקת-לכת זו לפסקת 'עקרונות היסוד'."

127 חוקתה של צרפת אינה כוללת פרק על זכויות האדם, אולם אלה זוכות במעמד חוקתי בזכות ההקדמה לחוקה, המפנה אל ההקדמה של חוקת 1946 ואל ההכרזה על זכויות האדם והאזרח משנת 1789. הזכות לחינוך זכתה במעמד חוקתי בצרפת מאחר שנקבעה בסעיף 13 להקדמה של חוקת 1946, שההקדמה של חוקת 1958 מפנה אליה. לדיון ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 245-246.

128 זו דעתו של אליקים רובינשטיין: א' רובינשטיין "הכרזה העצמאית כמסמך יסוד של מדינת ישראל" משפט וצבא 13 (תשנ"ט) 11, 20. על ההבחנה בין המודל העצמאי לבין מודל הביניים עמד גם פרופסור ברק, ראו לעיל הערה 80, בע' 305.

סבוכות. עם זאת, גם אם לא יאמץ בית־המשפט העליון את דעתו של השופט לוי בדבר הפיכתה של ההכרזה למקור עצמאי לזכויות־אדם חוקתיות, הדרך להכיר בזכות לקבל חינוך כזכות חוקתית פתוחה בהתאם למודל־הביניים: הכרה בזכות חוקתית לקבל חינוך כזכות חוקתית פרטיקולרית ללא שם, הנגזרת מזכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" על רקע קביעתה המפורשת בהכרזה על הקמת המדינה, שחוק־היסוד מפנה אליה במפורש. על־כן, לכל הפחות, ההכרזה על הקמת מדינת־ישראל מסייעת לבסס זכות חוקתית לחינוך במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו¹²⁹.

יש לציין כי בעניין שוחרי גילית, שבה נידונה השאלה בדבר קיומה של זכות חוקתית לקבל חינוך בישראל¹³⁰, הפנו העותרים את בית־המשפט, בין השאר, אל עקרון "חופש החינוך" שבהכרזה על הקמת המדינה. השופט אור, שכתב את פסק־הדין המרכזי בפרשה זו, השאיר בצריך־עיון את השאלה אם הכרזת העצמאות נהפכה למקור עצמאי לזכויות־אדם חוקתיות. עם זאת, הוא ראה לנכון לציין, אגב אורחא, שגם בהנחה שההכרזה נהפכה למקור עצמאי לזכויות־אדם חוקתיות, לא התמודדו העותרים עם השאלה כיצד נובעת מ"חופש לחינוך", שעוגן במגילת העצמאות, החובה האפירמטיבית של המדינה לספק חינוך. השופט אור רומז בכך שאת "חופש החינוך" הקבוע במגילת העצמאות אין לפרש כזכות לקבל חינוך, אלא כזכות להשפיע על תוכני החינוך בלבד¹³¹.

דעתו זו של השופט אור נתמכה לאחרונה על־ידי השופט חשין בעניין עדאלה¹³². אכן,

129 לטיעון זה נתייחס בהרחבה בהמשך, כאשר ננסה לבסס את הזכות החוקתית לקבל חינוך בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו להלן פרק 3 למאמר.

130 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14. בפסק־דין זה נדון בהרחבה בהמשך. ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 378–386.

131 עניין שוחרי גילית, שם, בע' 27. עם זאת יש לשים־לב להתייחסותו של השופט אור לטענת העותרים בדבר עילת השוויון – "שוויון הודמנויות בחינוך", כפי שהשופט מכנה אותה, ראו שם, בע' 29; וכן לבג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים־רעות", פ"ד נ(1) 19, שניתן ארבעה חודשים בדיוק לפני פסק־הדין בעניין שוחרי גילית, שם, ואשר בו נידונה עתירתו של ילד נכה. בעתירה התבקש בית־המשפט להורות על התאמת מתקנים שונים בבית־הספר ביישוב שהעותר מתגורר בו, על־מנת שיוכל ללמוד בבית־הספר. העתירה בפסק־דין זה התקבלה, ובית־המשפט הטיל על הרשות "חובות עשה" להתאים מתקנים שונים בבית־הספר לצרכיו של העותר, אם כי זאת מכוח עקרון השוויון ופרשנות של הוראות שונות בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, והתקנות שהותקנו מכוחו, וללא אזכור כלשהו של הזכות לחינוך.

132 עניין עדאלה, לעיל הערה 37. פסק־הדין ניתן לאחר עניין שוחרי גילית, שם, ונידונה בו,

מודל-הביניים אינו נותן כשלעצמו תשובה לשאלה הנוגעת באופיו ובהיקפו של הביטוי "חופש החינוך" בהכרות העצמאות. הזכויות המאוזכרות בהכרות העצמאות מנוסחות בקיצור נמרץ, ללא כל התייחסות לאופיין ולתחום התפרשותן. עם זאת, גישתם של השופטים אור וחשין אינה הכרחית. הביטוי "חופש" אכן מתקשר מבחינה לשונית לזכויות מסוג של חירות או של חופש השייכות למשפחת הזכויות הליברליות מדור ראשון. עם זאת, גישה פרשנית הנובעת מתפיסה מהותית כוללת של הזכות לחינוך אינה מונעת תוצאה שלפיה הביטוי "חופש החינוך" כולל גם את הזכות לקבל חינוך¹³³.

3. ביסוסה של הזכות החוקתית לקבל חינוך מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

הזכות לחינוך אינה קבועה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם כידוע, חוק-יסוד זה כולל מעגל רחב של זכויות, וביניהן גם זכויות שאינן מנויות בו במפורש¹³⁴. על-פי גישתו של הנשיא ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל, בין השאר, זכויות שנזכרו בהצעות-החוק השונות ואשר לא הבשילו בסופו של דבר לכדי זכויות חקוקות מפורשות

באופן כללי, מעמדה של הזכות לשפה בישראל. בפסק-דינו התייחס השופט חשין, בין השאר, לביטוי "חופש הלשון" שבהכרזה על הקמת המדינה. לדעתו, בדומה לדעתו של השופט אור בעניין שוחרי גיל"ת, "חופש החינוך שבהצהרת העצמאות היה כחופש הלשון – השניים חוסים תחת חופה אחת – ומדבריו של השופט אור נלמד לענייננו. חופש הלשון, באשר הוא, אין הוא מטיל על המדינה חובת עשה" (סעיף 22 לפסק-דינו).

133 חיווק לגישה זו ניתן לקבל מדבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין ועד פוריה עילית, לעיל הערה 72, שבו היא אומרת: "התפיסה הרואה בזכות לחינוך זכות בסיסית של האדם השזורה בתשתית ערכית כוללת שעל יסודה ראוי לעצב את דמות החברה בישראל מצאה את ביטוייה כבר בשחר ימיה של המדינה בהכרזה על הקמתה". בפסק-דין זה הרחיב בית-המשפט את זכותם של הורים במערכת החינוך ליהנות ממימון ציבורי מלא לא רק במוסדות החינוך הרשמיים, אלא גם במוסדות החינוך המוכרים הלא-רשמיים, וזאת לגבי כל תוכנית חינוכית שלגביה לא ניתנה לאותם הורים בחירה חופשית ומלאה בנוגע לקביעת תוכני הלימוד הנוספים שמהם ייהנו ילדיהם. מכאן הקשר ההדוק בין דבריה של השופטת לבין הזכות לקבל חינוך (שם, בע' 213).

134 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 282–283.

בחוק־היסוד שהתקבל¹³⁵. כיום מקובלת גישה זו בחוגים נרחבים¹³⁶. עם זאת, גישה זו שנויה עדיין במחלוקת. כך, למשל, השופט זמיר סבור שאין למהר ולגזור זכויות בלתי־מנויות מחוק־היסוד, והוא סבור בעיקר כך לגבי הזכות לשוויון¹³⁷. עם זאת חשוב לציין כי בניגוד ל"זכות לשוויון" מעוררת המחלוקת, הכרה בזכות לקבל חינוך אינה שנויה במחלוקת פוליטית ואינה מנוגדת לכוונה המקורית של מחוקקי חוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו.

היש לגזור את הזכות לקבל חינוך מחוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו? לדעתנו, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. ביסודה של טענה זו מצויות ההצדקות שהובאו לשם תמיכה נורמטיבית בחשיבות ההכרה בזכות לקבל חינוך¹³⁸. הצדקות אלה מכריעות את הכף לנוכח קיומה של אפשרות פרשנית כזו, כפי שיפורט בהמשך.

לדעתנו, הזכויות החברתיות בכלל והזכות לחינוך בפרט מהוות חלק מן התפיסה של "כבוד" ו"חירות" בחוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו. אומנם, לשון הזכויות בחוק־היסוד זה היא בדרך־כלל לשון של "איסור פגיעה"¹³⁹, לשון היוצרת "זכויות נגטיביות"; אולם קיימת בו גם "זכות פוזיטיבית" בהוראת סעיף 4, שלפיה "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. "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש," קבע בית־המשפט בפרשה אחת¹⁴⁰. טיעון זה מבוסס על ההבדל בין סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנושא את הכותרת "שמירה על החיים, הגוף והכבוד", לבין סעיף 4 לאותו חוק, הנושא את הכותרת "הגנה על החיים, הגוף והכבוד". חוק־היסוד מבחין בין החובה המוטלת על הרשויות לא לפגוע בחיים, בגוף או בכבוד (סעיף 2) לבין החובה להגן על

135 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 259–260.
136 וראו לדוגמה י' קרפ "חוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 346 ואילך, שם המחברת מבססת את הטענה כי חוק־היסוד מעגן חוקתית זכויות (ובמיוחד את עקרון השוויון) אף שאינן קבועות בו במפורש.
137 על דעתו זו של השופט זמיר ראו בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 536 (להלן: עניין שדולת הנשים).
138 ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 65 ואילך.
139 קרי: "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סעיף 3) או "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2) וכדומה.
140 ראו בג"צ 161/94 אטרי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1994 (1) 1283; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375; בש"פ 3045/94 עיסווי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1994 (2) 2626.

החיים, הגוף והכבוד (סעיף 4). החובה הראשונה היא ביטוי לחירותו של האדם ולזכותו "לא להיפגע" על-ידי פעולות הזולת והרשויות. החובה השנייה היא ביטוי לחובת הפעולה המוטלת על הזולת - המדינה - "להגנה" על החיים, על הגוף ועל הכבוד. בעוד סעיף 2 מגדיר את הזכות כנגטיבית, סעיף 4 מוסיף לזכות פן פוזיטיבי. השאלה היא עדיין אם פרט ל"זכויות פוזיטיביות" הנוגעות באופן ישיר בכבוד האדם ובהבטחת קיום אנושי מינימלי וסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי¹⁴¹, ניתן להסיק ולגזור מחוק-היסוד "זכויות פוזיטיביות" נוספות, כגון הזכות לקבל חינוך. פרופסור ברק עצמו אינו נוטה לכך, היות שלגישתו, הסקת זכויות פוזיטיביות רחבות יותר מהעיקרון הכללי בדבר כבוד האדם הינה בעייתית¹⁴². לגישתו, לא ניתן לגזור מחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו את רוב הזכויות החברתיות-הסוציאליות, לרבות הזכות לקבל חינוך:

"ספק בעיני, אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי."¹⁴³ (ההדגשה שלי - י' ר.).

על גישה זו של הנשיא ברק, אשר התקבלה בבית-המשפט העליון בהקשר הזכות לקבל חינוך בפסק-הדין בעניין שוחרי גילית¹⁴⁴, נמתחה ביקורת חריפה. על הגישה הרואה בזכויות החוקתיות זכויות נגטיביות בעיקרן (חירויות) הושמעה ביקורת נוקבת קודם-כל על-ידי כותבים בעלי גישה חברתית-סוציאלית. כך, למשל, העלתה פרופסור רות בן-ישראל את הטענה שגישה זו אינה מוצדקת, ומשקפת למעשה את תפיסת-העולם של השכבות המבוססות

141 הכוונה למקרים כגון הדאגה לקורת-גג לאדם חסר דיור המתגורר ברחוב (homeless) או דאגה לקיומו של אדם רעב ללחם. תנאים משפילים אלה מטילים על המדינה חובות פוזיטיביות להסרתם. ראו לדוגמה: דב"ע נו/265-04 חסיד נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם), תקדין ארצי 1997 (2) 602, העוסק בהבטחת הכנסה של אדם מחוסר בית (homeless).

142 ברק, לעיל הערה 124, בע' 364.

143 שם, בע' 423. וראו גם א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357, 362: "בחוקתה של גרמניה נאמר שגרמניה היא 'social state'. הוראה דומה אינה מצויה אצלנו. נמצא, שכוח החקיקה של הכנסת אינו מוגבל בקריטריון זה." זו גם דעתם של פרופסור רובינשטיין ושל ד"ר מדינה, בהסתמכם על הנשיא ברק, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 25, בע' 930-931.

144 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14.

בישראל, תוך התנכרות לשכבות החלשות של הציבור שאינן מיוצגות בצומתי ההכרעה (כגון שופטים, חברי-כנסת מבין אלה המכהנים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת או נציגים בכירים של עולם התקשורת)¹⁴⁵. פרופסור בן-ישראל מבקרת במיוחד את דרך פרשנותו של הנשיא ברק את חוקי-היסוד החדשים, ואת השקפתו כי ערכיה של מדינת-ישראל, המשקפים את תפיסות-היסוד של האומה, אינם כוללים זכויות-אדם חברתיות¹⁴⁶.

לאחרונה נשמע קול דומה גם בין כתליו של בית-המשפט העליון עצמו. היה זה קולו של השופט זמיר, המציע תפיסה שונה מזו של הנשיא ברק באשר לתפקידיה של המדינה הדמוקרטית. לדעתו, תפיסתו של הנשיא ברק את המדינה הדמוקרטית הינה חלקית, ומדגישה שלא בצדק זכויות אינדיווידואליסטיות על-חשבונן של זכויות רווחה חברתיות. ביקורת זו חשובה ביותר לענייננו אף-על-פי שנכתבה בהתייחס לזכויות חברתיות באופן כללי, ולא בהקשר הפרטי של הזכות לקבל חינוך:

“האדם הוא יותר מאשר אגד של זכויות. הוא גם אגד של צרכים, נטיות ושאيفות. לפיכך אין לומר כי תפקיד השלטון הוא לכבד את זכויות האדם. נקודה. אכן, זהו תפקיד ראשון במעלה. אך זהו רק אחד התפקידים. יש לומר גם, בנשימה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כול אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכול. זכויות האדם אינן אמורות להאפיל על רווחת האדם ועל הצדק החברתי. אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם.”¹⁴⁷

באשר לחשיבותן של הזכויות החברתיות-הכלכליות ומקומן במדינה דמוקרטית ראויה

145 ראו ר' בן-ישראל “דיני עבודה” ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ”ב-תשנ”ג) (א’ רוזן-צבי עורך, תשנ”ד) 433, 441.

146 שם, בע’ 439. ביקורת נוספת על עמדתו של בית-המשפט העליון (ובמיוחד על עמדתו של הנשיא ברק) בהקשר של היקף הזכויות המוגנות מתח פרופסור מרמור; ראו מרמור, לעיל הערה 119. לפי תפיסתו, מדינה ליברלית היא מדינה המתייחסת בהגינות לכל אזרחיה. ההגינות מחייבת התייחסות שוויונית לבני-אדם, לא רק במובן הפורמלי של שוויון זכויות, אלא גם במובנים מהותיים הרבה יותר, ובראשם השוויון החברתי-הכלכלי. ביקורת דומה על האידיאולוגיה הכלכלית-החברתית של החוקה המתהווה של בית-המשפט העליון בראשותו של הנשיא ברק מתחו גם ד”ר זלצברגר וד”ר קדר; ראו ע’ זלצברגר וא’ קדר “המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים” משפט וממשל ד (תשנ”ח) 489, 504.

147 בג”צ 164/97 קונטרם בע”מ נ’ משרד האוצר, אגף המכס והמע”מ, פ”ד נב(1) 289, 340.

ומתוקנת, אנו מסכימים בכל הכבוד עם דעותיהם של השופט זמיר ושאר מלומדי המשפט שדבריהם הובאו כאן. כך באשר לזכויות החברתיות בכלל, וכך בקשר לזכות לקבל חינוך. מטעמים אלה ראוי גם לגזור את הזכות החוקתית לקבל חינוך מתוך זכויות המסגרת ל"כבוד" או ל"חירות" אשר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴⁸. הזכות לקבל חינוך הינה זכות שאין להגזים בחשיבותה. בית-המשפט העליון אינו צריך להירתע מלהכיר בזכות חרף העובדה שהמדובר בזכות המטילה "חובות עשה" על המדינה¹⁴⁹.

4. עניין שוחרי גיל"ת

לאור הניתוח שהוצג, ברור כי פסק-הדין בעניין שוחרי גיל"ת, שהוזכר קודם-לכן, הוא הזדמנות שהחמצה. כאמור, זה פסק-הדין היחיד שנידונה בו השאלה בדבר קיומה של זכות חוקתית לקבל חינוך על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵⁰. בפסק-דין זה הביע בג"צ את דעתו כי הזכות לקבל חינוך אינה זכות חוקתית במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵¹. קביעה זו, כך לדעתנו, היתה שגויה, והיה ראוי להגיע לתוצאה שונה. פסק-הדין נסב על תוכנית גיל"ת (ראשי-תיבות של "גישה ייחודית להתפתחות תקינה"), תוכנית חינוכית פסיכולוגית שיועדה לתינוקות ולילדים בגיל הרך (מגיל שנה ואף פחות ועד לגיל שש). תוכנית גיל"ת התמקדה בילדים שאובחנו כלא-חריגים מבחינה התפתחותית (פיזית או נפשית), אך נולדו לתוך סביבה משפחתית ששוררים בה תנאי מצוקה קשים. התוכנית התבססה על ההנחה כי תנאי המצוקה הללו, שמקורם בתפקוד לקוי של ההורים,

148 לשם הדיוק יש לציין כי דווקא השופט זמיר, המבקך את השקפתו של הנשיא ברק, כאמור לעיל, אינו תומך בהכרה נחפזת בזכויות בלתי-מנויות מתוך זכות המסגרת לכבוד בנושאים עקרוניים ללא דיון עמוק לגופו של עניין. ראו עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 137, בע' 536.

149 זו גם דעתו של אדרעי, לעיל הערה 19, בע' 87: "הזכות לכבוד אדם ודאי צריכה לכלול את הזכות למימוש ולביטוי עצמי הבאים לידי ביטוי בזכות ללימוד ולחינוך."

150 עניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 14. על פסק-הדין ראו ג' גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129. העותרים בעתירה זו יוצגו על-ידי הקליניקה לזכויות האדם והאזרח בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. על כך ראו ג' רימלט "החינוך המשפטי - בין תיאוריה לפרקטיקה" עיוני משפט כד (תש"ס) 81.

151 בפסק-הדין נעשה שימוש בביטוי "זכות לחינוך". אנו, כאמור, עושים שימוש בביטוי "זכות לקבל חינוך", וזאת כדי להבדיל את הזכות מזכויות אחרות שבשדה החינוך.

מהווים סיכון להתפתחותו הקוגניטיבית והרגשית של הילד. בהתאם, מטרת התוכנית היתה להביא את הילדים המטופלים במסגרתה למצב שבו יהיו מצוידיים במנגנונים קוגניטיביים מפותחים דיים להשתלב במערכת החינוכית הרגילה, להבדיל מחינוך במסגרת החינוך המיוחד על-פי חוק חינוך מיוחד. במשך השנים תמך משרד החינוך והתרבות בתוכנית בדרך של העברת כספים והקצאת מתנדבות של השירות הלאומי לצורך הפעלתה. משרד החינוך החליט לבחון מחדש את דרך הפעלתה של התוכנית ואת אפשרות קידומן של תוכניות חלופיות, והודיע על כוונתו להפסיק באופן מוחלט את מימונה של תוכנית גיל"ת אחרי שנת התקציב 1996. נגד החלטה זו של משרד החינוך והתרבות הופנתה עתירתם של העותרים. למעשה, בנסיבות העניין, היה מדובר בהחלטה מנהלית, ובית-המשפט היה יכול להסתפק בדיון במימד המנהלי של העתירה ולהכריע בעתירה בהסתמך על עילת הסבירות של החלטת הרשות המבצעת להפסיק את מימונה של התוכנית. אולם השופט אור, שדחה את העתירה על בסיסה של עילת הסבירות, ניאות לדון גם בהיבט החוקתי של הבעיה לאור טענתם של העותרים כי החלטת משרד החינוך פוגעת באופן חמור בזכות-היסוד של העותרים לקבל חינוך. את הדיון בפן החוקתי של העתירה בחר השופט אור לפתוח בגישה אוהדת כלפי הזכות לקבל חינוך, תוך שהוא עומד על חשיבותו של החינוך ועל ההצדקות השונות, הליברליות והחברתיות, להכרה בה¹⁵². עם זאת, בחפשו אחר העיגון המשפטי לזכות לקבל חינוך, השופט אור קובע, לאחר דיון קצר, כי המסמך החוקתי היחיד העשוי להיות רלוונטי לעיגון זה הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזה אינו מכיל זכות-יסוד חוקתית לחינוך¹⁵³. נוסף על כך ציין השופט אור את טענת העותרים בהתייחס לאזכורו של "חופש החינוך" במגילת העצמאות, אך הוא בחר להשאיר את השאלה המתעוררת בעקבות כך, בדבר מעמדה הנורמטיבי של מגילת העצמאות, בצריך-עיון. את הקביעה המרכזית בדבר היעדרה של זכות לקבל חינוך בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביסס השופט אור על שני נימוקים¹⁵⁴:

- (1) היעדד עיגון מפורש – הזכות לחינוך אינה מנויה במפורש עם הזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- (2) היעדד עיגון משתמע – לא ניתן לגזור את הזכות החוקתית לחינוך מזכות המסגרת

152 עניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 14, בע' 24, ובהמשך שם, בע' 25: "החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושן של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר."
153 השופטים דורנר וטל, שהצטרפו לפסק-דינו של השופט אור, הסתמכו על נימוקים אחרים מזה של האחרון, אך בחרו להשאיר את סוגיית הזכות החוקתית לחינוך בצריך-עיון.
154 עניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 14, בע' 25-26.

ל"כבוד" שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן טענה זו מניחה "מודל רחב" ביחס לפרשנות הזכות. מודל כזה מעורר קושי רב, ואין הוא ראוי בנסיבות העניין. השופט אור מבסס קביעה זו על שניים: (א) כתיבתו האקדמית של השופט ברק, הדוחה את המודל הרחב בפרשנות הזכות לכבוד¹⁵⁵; (ב) פסק-הדין האמריקאי בעניין *Rodriguez*, שקבע בהקשר החוקה הפדרלית כי בהיעדר עיגון בחוקה, לא ניתן לראות רמה מוגדרת של חינוך כזכות חוקתית¹⁵⁶.

ניתוח פסק-הדין בעניין שוחרי גיל"ת מחייב התייחסות מעמיקה לנימוקיו של השופט אור. כאמור, טעם מרכזי לפסק-דינו היה הליכה בעקבות דבריו של הנשיא ברק, המביע ספק "אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית"¹⁵⁷. לנימוק זה התייחסנו לעיל, והבענו את דעתנו כי להשקפה זו של הנשיא ברק אין הצדקה בנסיבות העניין¹⁵⁸. דברים נוקבים ראויים להישמע גם ביחס לנימוקו הבא של השופט אור, המתייחס להלכה האמריקאית בנושא הזכות לקבל חינוך, ובמיוחד לפסק-הדין בעניין *Rodriguez*. ניתוח מעמיק של פסק-הדין בעניין *Rodriguez* ושל הפסיקה הרבה והספרות המשפטית הענפה שעסקו בו בהרחבה מוליכים למסקנה הברורה כי טוב היה בית-המשפט העליון עושה אילו נמנע מלהציג את פסק-דין זה כבסיס, ולו גם חלקי, להחלטתו. נפרט את גישתנו מן הכלל אל הפרט:

(1) *השוואה למשפט האמריקאי בלבד אינה מספקת* – דיון חלוצי וראשוני בזכות החוקתית לקבל חינוך, זכות חשובה לכל הדעות, אינו יכול להתבסס על השוואה עם המשפט האמריקאי בלבד. כידוע, המצב בענייני החינוך בארצות-הברית היה בעבר בעייתי ביותר, עוד מהתקופה העגומה של ההפליה הגזעית בבתי-הספר הציבוריים (וההפרדה בין לבנים לשחורים). פסק-הדין בעניין *Brown*¹⁵⁹, שקבע את ביטול ההפליה על רקע גזעי, התקבל בארצות-הברית עצמה כגלולה מרה אף בתוך הממסד המשפטי עצמו¹⁶⁰.

155 שם, בע' 25: "טענה כזו מניחה 'מודל רחב' בפרשנות הזכות לכבוד. מודל כזה מעורר קושי ניכר." ראו ברק בספרו, לעיל הערה 124, בע' 422-423.

156 ראו עניין שוחרי גיל"ת, שם, בע' 26; *Rodriguez case, supra note 13*. על פסק-דין זה, באופן כללי, ראו גם רבין, לעיל הערה 1, בע' 378-386.

157 עניין שוחרי גיל"ת, שם, בע' 25.

158 ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 373-378.

159 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

160 על כך ראו א' גוטפלד "פסיקת 'בראון נגד מועצת החינוך של טופיקה' ומקומה בהיסטוריה האמריקנית" משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ט) 231.

למעשה, הספרות והמחקר בארצות־הברית מצביעים על פערי שוויון עצומים הקיימים עד היום במערכת החינוך של ארצות־הברית הן בין המדינות השונות והן בין איזורים שונים בתוך המדינות¹⁶¹. אשר על־כן, ההשוואה של מערכת החינוך הישראלית עם זו האמריקאית הינה השוואה עם מציאות עגומה. הזכות לקבל חינוך בישראל זקוקה למודל ראוי להשוואה או לחיקוי, ולא לתירוץ להיתלות בו. טוב היה בית־המשפט עושה אילו הציב לצורך ההשוואה שיטות חינוך מתקדמות יותר ושוויוניות יותר, כגון אלה המצויות במערב־אירופה ובסקנדינביה¹⁶².

(2) הסתמכות על עניין *Rodriguez* כמשקפת את ההלכה בארצות־הברית מתעלמת ממקומו של המשפט החוקתי־מדינתי בנושא הזכות לחינוך – בדיקת המשפט החוקתי האמריקאי בנושא הזכות לקבל חינוך מעלה כי המדינות השונות נהנות מאוטונומיה בנושאי חינוך, וכי בית־המשפט העליון הפדרלי השאיר נושא זה, במידה רבה, לטיפולם של המחוקק, הרשות המבצעת ובתי־המשפט המדינתיים. הזכות החוקתית לקבל חינוך ברמה המדינתית קובעת כיום, ללא ספק, סטנדרט הגנה גבוה יותר מהסטנדרט הפדרלי בנושא הזכות לחינוך¹⁶³. על־כן, התעלמות מהמישור המדינתי בארצות־הברית מספקת תמונה לא־שלמה ולא־מספקת של המצב אף בארצות־הברית עצמה.

161 על כך ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 281.

162 לדיון בזכות לקבל חינוך בצרפת ובגרמניה ראו שם, בע' 245–250.

163 שם, בע' 251 ואילך, וכן: W.E. Thro "To Render them Safe: The Analysis of State Constitutional Provisions in Public School Finance Reform Litigation" 75 *Va. L. Rev.* (1989) 1639; A.W. Hubsch "Education and Self-Government: The Right to Education Under State Constitutional Law" 18 *J. L. & Educ.* (1989) 93; A.W. Hubsch "The Emerging Right to Education Under State Constitutional Law" 65 *Temp. L. Rev.* (1992) 1325; B. Swinford "Shedding the Doctrinal Security Blanket: How State Supreme Court Interpret their State Constitutions in the Shadow of Rodriguez" 67 *Temp. L. Rev.* (1994) 981; D.S. Reed "Twenty-Five Years After Rodriguez: School Finance Litigation and the Impact of the New Judicial Federalism" 32 *Law & Soc'y Rev.* (1998) 175; K.T. Cochran "Beyond School Financing: Defining the Constitutional Right to an Adequate Education" 78 *N.C. L. Rev.* (2000) 399; M.P. Mills & W. Quin "The Right to a 'Minimally Adequate Education' as Guaranteed by the Mississippi Constitution" 61 *Alb. L. Rev.* (1998) 1521; P.L. Tractenberg "The Evolution and Implementation of Educational Rights Under the New Jersey Constitution of 1947" 29 *Rutgers L. J.* (1998) 827.

(3) עניין Rodriguez נוגע בהוראת השוויון בחוקה האמריקאית, אך אינו שולל הכרה בזכות מכוח פסקת ההליך הראוי - גם אם מתייחסים למישור הפדרלי בלבד, פסקת השוויון החוקתית, שנדונה בעניין Rodriguez, אינה המנוף האפשרי היחיד להכרה בזכות חוקתית לקבל חינוך בחוקה האמריקאית. הפסיקה והספרות המשפטית בנושא זה בארצות הברית מצביעות בעקביות על המקור החוקתי החלופי של "פסקת ההליך הראוי" שבתיקון הארבעה-עשר לחוקה כמקור חשוב לא-פחות, ואולי אף עדיף. הפסיקה האמריקאית הכירה כבר בזכות החוקתית לבחור חינוך ולהשפיע על תוכנו מכוח פסקת ההליך הראוי¹⁶⁴, ומומחי משפט אמריקאיים גורסים שגם בעניין זה לא אמר בית-המשפט העליון בארצות הברית את המלה האחרונה.

(4) בעניין Rodriguez הופעל הסטנדרט הנמוך ביותר של ביקורת שיפוטית מבין אלה המקובלים במשפט האמריקאי - יש להבין את מגבלותיה של ההלכה בעניין Rodriguez גם בהקשר של פסקת השוויון החוקתית הקבועה בתיקון הארבעה-עשר לחוקה, ולעמוד על ההקשר המיוחד אשר בהתייחס אליו נקבע כי הזכות לקבל חינוך אינה זכות-יסוד בחוקה הפדרלית. בעניין Rodriguez נדחתה הטענה להפעלת סטנדרט הביקורת השיפוטית הקפדנית (strict scrutiny test), שהינו אך אחד הסטנדרטים השונים להפעלת ביקורת שיפוטית בהקשר של פסקת השוויון שבתיקון הארבעה-עשר לחוקה. בפועל הופעל סטנדרט הביקורת הנמוך ביותר (rational relationship test). עם זאת, בניגוד לתוצאה בעניין Rodriguez, העדיף בית-המשפט העליון הפדרלי, בפרשה מאוחרת יותר, בעניין Plyler¹⁶⁵, לנקוט בסטנדרט הביניים של ביקורת שיפוטית (heightened scrutiny test), ובהתאם לו קבע בפסק-הדין כי חוק של מדינת טקסס שמנע מימון לבתי-ספר ציבוריים למען ילדיהם של מהגרים בלתי-חוקיים, והסמיך את רשויות בית-הספר לסרב לרשום ילדים אלה לבתי-הספר, אינו חוקתי משום שהוא מפר את פסקת השוויון החוקתית. השופט Burger גרס בדעת מיעוט כי דעת הרוב קבעה דה-פקטו זכות "מעין-יסודית" או "מעין-חוקתית" לחינוך¹⁶⁶. לאור פסק-הדין בעניין Plyler מסתבר כי בית-המשפט העליון האמריקאי יכול למעשה, אם הוא מעוניין בכך, להפעיל ביקורת שיפוטית מחמירה בנושאי חינוך מכוח פסקת השוויון שבתיקון

164 ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 221.

165 Plyler case, supra note 13.

166 השופט מתאר את ההלכה של דעת הרוב לעניין פסקת השוויון כך: Ibid, at p. 244: "Patching together bits and pieces of what might be termed quasi-suspect-class and quasi-fundamental-rights analysis"

הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל

הארבעה-עשר¹⁶⁷. עלי-כן, התוצאה היא שגם בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לא חשש, במקרה המתאים, להתחמק ולעקוף את ההלכה בעניין *Rodriguez* בשל בעייתיותה, ולדעת רבים, לאור פסק-הדין בעניין *Plyler* יש ספק אם היא משקפת עדיין את ההלכה בארצות-הברית. מעניין שהשופט אור אֶזכר בעניין שוחרי גילית את עניין *Plyler* כאשר עמד על החשיבות הרבה שהוקנתה לערך החינוך בפסיקה האמריקאית, אך נמנע מלבדוק את תוכנו של פסק-הדין או לעשות שימוש במבחנים המשפטיים שנקבעו בו¹⁶⁸.

(5) הפרשה בעניין *Rodriguez* עצמה לא סגרה את הדלת לפני הכרה בזכות החוקתית לחינוך מכוח פסקת השוויון בחוקה האמריקאית – מפסיקה אמריקאית שניתנה אחרי עניין *Rodriguez* וכן מדעות מלומדים אמריקאיים עולה כי פסק-הדין עצמו אינו סוגר את הדלת לפני הכרה בזכות החוקתית לקבל חינוך במישור החוקה הפדרלית בארצות-הברית¹⁶⁹. האינדיקציה החזקה ביותר לכך כי שאלת הזכות החוקתית לקבל חינוך הינה שאלה פתוחה הינם דבריו של בית-המשפט העליון עצמו בפרשה אחרת:

"As *Rodriguez* and *Plyer* indicate, this Court has not yet definitively settled the questions whether a minimally adequate education is a fundamental right and whether a statute alleged to discriminatory infringe that right should be accorded heightened equal protection review."¹⁷⁰

(6) היה ניתן לבסס זכות חוקתית לקבל חינוך אף בהתבסס על ההלכה בעניין *Rodriguez* – טיעון אחרון נוגע בהלכה האמריקאית ולדרך יישומה במשפט החוקתי-

167 T.J. Walsh "Education as a Fundamental Right Under the United States Constitution" 29 *Willamette L. Rev.* (1993) 279, 283: "*Plyler* indicates that on a case-by-case basis the Court could give strict scrutiny to education cases without holding that education is a fundamental right"

168 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14, בע' 25.

169 ראו דעתה של המלומדת Bitensky, *supra* note 15, at p. 573: Bitensky, במאמרה של מלומדת זו ניתן למצוא ביקורת על פסק-הדין 13 *Rodriguez case, supra*. לביקורת

נוספת על פרשה זו, ראו: T.D. Lynch "Education as a Fundamental Right: Challenging the Supreme Court's Jurisprudence" 26 *Hofstra L. Rev.* (1998) 953

170 *Papasan v. Allain*, 478 U.S. 265, 285 (1986)

הישראלי. השופט אור נוטל בפסק־דינו בעניין שוחרי גיל"ת את התוצאה המשפטית הסופית העולה מן ההלכה האמריקאית בעניין *Rodriguez* (הכוונה לקביעה המשפטית כי הזכות לקבל חינוך אינה זכות יסודית בחוקה הפדרלית), ומחיל אותה באופן ישיר על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לימוד נכון מן ההלכה האמריקאית צריך להיות מכוון אל דרך הניתוח ולא אל התוצאה הסופית. אילו אימץ השופט אור את דרך הניתוח ואת המבחנים המשפטיים שאימץ בית־המשפט העליון הפדרלי של ארצות־הברית, ייתכן שהיה מגיע בפסק־דינו לתוצאה משפטית הפוכה. במה דברים אמורים? בפסק־הדין בעניין *Rodriguez* קבע בית־המשפט העליון כי המבחן היחיד שלפיו יש לקבוע אם שירות מסוים כגון חינוך מקים זכות חוקתית בסיסית הינו אם זכות זו מובטחת באופן מפורש או מרומז בחוקה הפדרלית¹⁷¹. בהחילו מבחן זה הגיע בית־המשפט העליון בעניין *Rodriguez* לתוצאה שעל־פיה הזכות לקבל חינוך אינה מעוגנת במפורש או במרומז בחוקה הפדרלית¹⁷². אולם החלת אותו מבחן בדיוק על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מניב תוצאה שונה: הזכות לקבל חינוך אינה קבועה אומנם במפורש בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך ניתן לומר שהיא מעוגנת בו באופן משתמע. כזכור, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מפנה בסעיף 1 אל העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת־ישראל, הקובעת במפורש כי "מדינת־ישראל... תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". האין בכך עיגון מרומז של הזכות לחינוך? ניתן לומר כי יש לפרש את זכויות המסגרת ל"כבוד" או ל"חירות" כמכילות לכל הפחות את הזכויות המאוזכרות בהכרזה על הקמת מדינת־ישראל¹⁷³. פרשנות הזכויות "כבוד" או "חירות" לאור ההכרזה על הקמת

Rodriguez case, supra note 13, at p. 43: "The answer lies in assessing whether there is a right to education explicitly or implicitly guaranteed by the Constitution". 171

Ibid, at p. 44: "Education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected". 172

זו הדרך שבה צעדה צרפת. חוקתה הכתובה של צרפת קובעת ב"הקדמה" (Preamble) הפניה בוו הלשון: "העם הצרפתי מכריז בחגיגות על נאמנותו לזכויות האזרח ולעקרונות של הריבונות הלאומית כפי שהוגדרו בהכרזה משנת 1789, ואשר הושלמו על־ידי ה'הקדמה' לחוקה הרביעית משנת 1946". בהסתמך על "הקדמה" זו קבע בית־המשפט החוקתי של צרפת, בשנת 1971, כי זכויות האדם המנויות בהצהרה על זכויות האדם משנת 1789, ואשר אושרו והושלמו על־ידי ההקדמה לחוק משנת 1946, הינן בעלות רמה נורמטיבית על־חוקתית. 173

מדינת ישראל יכולה להוליך למסקנה כי הן מכילות גם את הזכות לקבל חינוך כזכות פרטיקולרית ללא שם. לתוצאה זו ניתן להגיע מבלי שיש צורך להכריע בשאלה הפתוחה אם ההכרזה נהפכה למקור עצמאי לזכויות-אדם חוקתיות, שהושארה בצריך-עיון על-ידי השופט אור בעניין שוחרי גילית¹⁷⁴.

ועניין אחרון: על פסק-הדין בעניין שוחרי גילית הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף¹⁷⁵, אולם הנשיא ברק דחה אותה. לדבריו של הנשיא:

“לא נקבעה כל הלכה בבג”צ 7715/95, וממילא לא הייתה זו הלכה חדשנית או חשובה. אף כי השופט ת. אור התייחס לסוגיה העקרונית בדבר קיומה של זכות חוקתית לחינוך במשפט הישראלי, לא נקבעה בסוגיה זו כל הלכה. זאת, לפי שהשופטים ד. דורנר וצ. א. טל השאירו סוגיה זו בצריך עיון, והצטרפו לתוצאה, שכן לדעתם לא נפל פגם בשיקול דעתה של הרשות. ההכרעה בפסק הדין נשוא העתירה לא נפלה, איפוא, על יסוד העמדה שהביע השופט אור בדבר קיומה או היעדרה של זכות חוקתית לחינוך או בשאלות משפטיות עקרוניות אחרות שהתעוררו אגב הדיון, אלא כתוצאה מהחלטת בית המשפט שלא להתערב בשיקול הדעת של משרד החינוך והתרבות.”¹⁷⁶

הנמקה זו אינה נקייה מספק. אכן, השופטים דורנר וטל השאירו את שאלת הזכות החוקתית לקבל חינוך בצריך-עיון, מאחר שלדעתם ההכרעה בה לא היתה הכרחית לעניין שנידון בעתירה, ובסופו של דבר התבססה על הקביעה ששיקול-דעתו של משרד החינוך והתרבות היה סביר; אולם האם ניתן לומר כי הטענה מתחום המשפט החוקתי בדבר קיומה של זכות חוקתית לקבל חינוך לא היתה הכרחית לעניין שנידון בעתירה? לדעתנו, גם כאן היה ניתן להגיע לתוצאה שונה ולדון בשאלת הזכות החוקתית לקבל חינוך במסגרת הדיון הנוסף. כידוע, לשאלת קיומה של זכות חוקתית יש השפעה עקיפה על התחום המנהלי. חשיבותה והשפעתה של זכות חוקתית חורגות מן השאלה החוקתית הצרה בדבר הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים ופסילתם. לקיומה של זכות חוקתית יש השפעה בתחום המשפט המנהלי על דרכי פרשנות של החקיקה הרגילה (ובענייננו, החקיקה הרגילה בנושאי חינוך)¹⁷⁷. נוסף

הזכות לחינוך מצויה אף היא ברשימת זכויות זו. על כך ועל הזכות החוקתית לקבל חינוך בצרפת ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 245 ואילך.

174 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 14, בע' 27.

175 דנג”צ 5456/96 יצחק נ’ שר החינוך (לא פורסם), תקדין עליון 1996 (3) 250.

176 שם, שם.

177 ראו למשל את הוראת סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע: “הוראות חיקוק

על כך, הזכות החוקתית יכולה לשנות את המאזן בין השיקולים השונים העומדים ביסוד שיקול-הדעת שניתן לרשות השלטונית, אשר מחויבת לתת משקל נכבד יותר לזכות המוכרת כחוקתית.

לדעתנו, בעניין שוחרי גילית החמיץ בית-המשפט העליון הזדמנות לקבוע זכות חוקתית לקבל חינוך בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף כי ייתכן שהמקרה שנידון בפסק-דין זה לא היה המקרה המובהק שבו היה צריך להעלות את הטענה החוקתית או לדון בה. מכל מקום, לאור דבריו של הנשיא ברק בבקשה לדיון הנוסף, ניתן לראות את שאלת ההכרה בזכות לקבל חינוך כפתוחה¹⁷⁸. ניסינו להתוות את הדרך לביסוס תשובה חיובית על שאלה זו, כאשר תתעורר לפני בית-המשפט בעתיד.

ו. סיכום: הצורך בהכרה בזכות לקבל חינוך

המכיר את המצב הקיים בישראל יודע אל נכון כי על-אף החקיקה המסדירה את החינוך, המציאות מזמינה בעיות רבות בתחום זה¹⁷⁹. הבעיה הראשונה, נוגעת בשמירת סטנדרטים: למעשה, החינוך מוענק, במסגרת תנאים ומגבלות שנקבעו בחקיקה הרגילה, ללא כל ערובה לסטנדרט מינימלי של חינוך. חוק זכויות התלמיד, שנכנס לתוקף בחודש דצמבר 2000, לא שינה את המצב הקיים. החוק אינו מסמן שינוי נורמטיבי במעמדן של הזכויות (אף שהוא קובע כמה עקרונות חשובים אחרים). חוק זכויות התלמיד הוא דבר-חקיקה במעמד של חוק רגיל

שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002) אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה. (ההדגשה שלי - י' ר.). גישה זו, כי יש לפרש "דין ישן" בהתאם להוראות חוק-היסוד החדשים, נקלטה גם בהקשר של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, 410-411 (השופט ברק); בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (השופט ברק); דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85-86 (השופט דורנר).

178 השאלה בדבר מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך הושארה בצריך-עיון גם בעניין יתד, לעיל הערה 56, בע' 842-843.

179 על רוב הבעיות לא נעמוד במסגרת מאמר זה.

(להבדיל מחוקתי). סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד מעגן את הזכות לקבל חינוך רק כפוף לחקיקה הקיימת. סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד מעגן את הזכות לשוויון בחינוך באופן דומה לזה שבו עוגנה כבר בעבר בסעיף 3(ב) לחוק לימוד חובה.

הבעיה השנייה נוגעת בשוויון האינדיווידואלי והקבוצתי בחינוך: יש להבין את בעיות החינוך בישראל לא רק על רקע המסגרת הנורמטיבית שתוארה, אלא גם בהקשר הפוליטי. החינוך הינו שדה־מערכה פוליטי של הדור הבא, והוא מושך אליו מאבקי שליטה בלתי־פוסקים בין מפלגות וקבוצות־לחץ בנוגע לתכנים של החינוך ולתקציבי החינוך. בהקשר זה ניתן לציין את הבעיות הרבות הנוגעות בסוגיית החינוך במגזר החרדי¹⁸⁰ או את הבעיות הנוגעות בחינוך במגזר הערבי¹⁸¹. קבוצת מיעוט אחרת, שאינה קבוצה לאומית או דתית, ואשר חשופה לפגיעה ולקיפוח בהקשר החינוך, הינה הקבוצה של הילדים הנכים ובעלי הצרכים המיוחדים¹⁸². המצב הפוליטי־המשפטי המתואר – מאבקים פוליטיים הנוגעים בתוכן החינוך ובתקציבי החינוך והיעדרו של הסדר עקרוני ביחס לחינוך מעמידים את הזכויות בחינוך בישראל במעמד מעורפל ואף נחות ביחס לזכויות חוקתיות אחרות, ולכך יש כמה השלכות אפשריות:

- א. אין זה ברור אם הסטנדרט המינימלי שחוקי החינוך הרגילים מעניקים לפרט הינו סטנדרט מספק. כמו־כן אין זה ברור מי הם הפרטים הזכאים לסטנדרט זה (למשל: הורים או ילדים) ומהו היחס ביניהם במצבים שבהם יש התנגשות בין זכויותיהם.
- ב. בהיעדר הכרה בזכות חוקתית לחינוך, בתי־המשפט אינם מוסמכים להעביר תחת שבט ביקורתם חוקים חדשים (או תיקוני חקיקה לחוקים הקיימים בנושאי חינוך) הגורעים מרמת החינוך הנוהגת כיום. כך, למשל, חוק המבטל יום לימודים ארוך (במידה שהוא קבוע בחוק), חוק המטיל על הורי תלמידים נטל כלכלי כלשהו בשל חינוכם או חוק הפוגע ביכולתם של ילדים חריגים להשתלב במערכת החינוך הכללית (או לקבל חינוך מיוחד המתאים למגבלותיהם) אינם חשופים לביקורת שיפוטית.
- ג. בהיעדר הכרה בזכות לחינוך כזכות חוקתית, זכות זו עלולה לסגת מפני אינטרסים וזכויות־אדם אחרות (הנהנות לעיתים ממעמד חוקתי על־חוקי). כך, למשל, בדוגמה של עברייני קטין המורחק מהחברה לבית־הכלא בשל האינטרס של הגנה על בטחון הציבור, ואגב כך נפגעים מהלך חינוכו ונגישותו לחינוך הרגיל.
- ד. בהיעדר הכרה במעמד חוקתי של הזכות לחינוך, פרשנות החקיקה הרגילה בנושאי

180 על כך ראו רבין, לעיל הערה 1, בע' 425 ואילך.

181 שם, בע' 388 ואילך; סבן, לעיל הערה 47.

182 רבין, שם, בע' 412 ואילך.

חינוך אינה נעשית לאור כללי הפרשנות החוקתית, וזאת בניגוד לחקיקה אחרת בתחום זכויות היסוד של האדם.

ה. בעיות קשות יכולות להתעורר בהקשר לשוויון בחינוך. כאמור, החקיקה הישראלית אינה מכילה הוראת חוק כללית הקובעת את הזכות לשוויון בחינוך. הוראות החוק המסדירות את נושא השוויון בחינוך הינן חלקיות ונוגעות במגורים ספציפיים בלבד. נוסף על כך, אף הוראות חוק כלליות ובעלות אופי עקרוני, כגון סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, מסויגות בחוק יסודות התקציב עצמו, ואינן חלות על מוסדות החינוך העיקריים של המגזר החרדי (מוסדות החינוך העצמאי ומוסדות מעיין החינוך התורני). לסיכום, הזכות לחינוך סובלת כיום מהגנה משפטית חלקית שאינה מספקת, ונראה שהגיעה העת להכיר בזכות החוקתית לקבל חינוך. נוסף על כך קיים צורך בפיתוח המימד החוקתי של יתר זכויות החינוך, אך את הדיון הפרטני בהן נשאיר להזדמנות אחרת¹⁸³.

183 נציין כי ביום 17.6.2002 הגיש חברי הכנסת יוסף פריצקי הצעת חוק פרטית שבה מוצע כי הזכות לחינוך תזכה במעמד של זכות יסוד. ראו הצעת חוק יסוד: הזכות לחינוך, תשס"ב-2002, כפי שהיא מופיעה באתר האינטרנט של הכנסת: [URL: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/15/3853.rtf>] (last visited on 24/4/2003) כמו־כן ראו הצעת חוק יסוד: חינוך לכל שהונחה על שולחן הכנסת החמש־עשרה ביום 5 ביוני 2000 על־ידי ארבעה־עשר חברי־כנסת מכמה סיעות.