

בית המשפט תוקע יתד :
על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך
בשדה החינוך המיוחד
בעקבות בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ'
משרד החינוך¹

יורם רבין* וקרן מיידר**

“In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms”.

Chief Justice Earl Warren²

א. מבוא: עניין יתד – העובדות וההחלטה

הקורא אף בעין את סעיפיו של חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988,³ יכול שלא להבחין באפליה בסיסית המסתתרת בין שורותיו. בהתאם לחוק, השמתו של ילד בעל צרכים מיוחדים יכולה להיעשות באחד משני סוגי מוסדות: מוסד לחינוך מיוחד או מוסד חינוכי רגיל. תכליתו הכללית של החוק היא להעניק חינוך מיוחד לכלל הילדים בעלי הצרכים המיוחדים. אולם, בעוד שהחוק קובע העדפה במישור החינוכי-מקצועי להשמה ושילוב של ילד בעל צרכים מיוחדים במוסד חינוכי רגיל (להלן: "ילד משולב")⁴, הוא מעניק יתרון לילדים שהושמו במוסד לחינוך מיוחד. יתרון זה נובע מהאמור בסעיף 3 לחוק המעניק חינוך מיוחד חנם כל עוד הילד שוהה במוסד לחינוך

* דוקטור למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית הספר למשפטים של המסלול האקדמי המכללה למינהל, ומחבר הספר הזכות לחינוך (תשס"ג).

** תלמידת השנה הרביעית בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

1 בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן: עניין יתד).

2 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

3 חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק").

4 ראו ס' 7(ב) לחוק הקובע: "בבואה לקבוע השמתו של ילד בעל צרכים מיוחדים, תעניק ועדת השמה זכות קדימה להשמתו במוסד חינוך מוכר שאינו מוסד לחינוך מיוחד".

מיוחד⁵, כאשר היתרון אינו קיים עבור ילדים ששולבו במערכת החינוך הרגילה. בהתאם לסעיף 7(ג) לחוק, ילדים אלו אינם זכאים לחינוך מיוחד חינוך, ותקצוב חינוכם המיוחד נתון לשיקול דעת ועדה מנהלית⁶.

המסגרת הנורמטיבית המתוארת מהווה את הרקע למציאות עגומה ומייאשת אשר הייתה ידועה לכל אותם הורים של ילדים "בעלי צרכים מיוחדים" השואפים לשלב את ילדיהם במסגרות חינוך רגילות: על אף שמשרד החינוך עודד את השילוב במוסדות חינוך רגילים, הוא סירב לממן באופן מלא את ההוצאות הכרוכות בשילוב, ונטל המימון נפל ברובו על כתפי ההורים. כתוצאה מכך נאלצו הורים, שלא היה ביכולתם לשאת בהוצאות אלו, להעביר למוסדות לחינוך מיוחד את ילדיהם (שנמצאו מתאימים לשילוב בחינוך הרגיל).

המגמה המעדיפה שילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרת חינוכית רגילה, נתמכת על ידי הגישות החינוכיות הרווחות כיום, והיא נכונה ביתר שאת בנוגע לילדים עם תסמונת דאון⁷. לכן, אך טבעי הדבר, כי מדיניות משרד החינוך שלא לממן את עלויות השילוב במערכת החינוך הרגילה היוותה בסיס לעתירה לבג"צ של הורים לילדים עם תסמונת דאון בעניין יתד⁸. בעתירה ביקשו העותרים מבית המשפט להורות למדינה לספק חינוך מיוחד חינוך בעלי צרכים מיוחדים, שנמצאו מתאימים לשילוב במוסדות הרגילים. בית המשפט העליון, בקבלו את העתירה, קבע את זכאותם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים לחינוך חינוך, לא רק ביחס לילדים שהושמו במוסדות לחינוך מיוחד, אלא גם ביחס לילדים בעלי צרכים מיוחדים שהושמו ושולבו במערכת

- 5 ס' 3 לחוק קובע: "ילד בעל צרכים מיוחדים זכאי לחינוך מיוחד חינוך במוסד לחינוך מיוחד באזור מגוריו".
- 6 ס' 7(ג) לחוק קובע: "החליטה ועדת השמה על השמתו של ילד בעל צרכים מיוחדים במוסד כאמור בסעיף קטן (ב), תמליץ הוועדה על טיפולים או שיעורים מיוחדים שיינתנו לו באותו מוסד". הרכבה, תפקידיה וסמכויותיה של ועדת ההשמה קבועים בס' 5-6 לחוק.
- 7 לדברי פרופ' פנינה קליין, ממרכז בייקר להתפתחות הילד שבאוניברסיטת בר-אילן, רוב החוקרים כיום תמימי דעים שילדים עם תסמונת דאון מצליחים טוב יותר, הן מבחינה לימודית והן מבחינה חברתית, אם משלבים אותם במסגרות רגילות מגיל צעיר. הוכח, כי ילד עם תסמונת דאון הנמצא בחברת ילדים רגילים, מחקה את ההתנהגות הרגילה, ועם סיוע והדרכה מתאימים במסגרת הרגילה הוא יפתח מוטיבציה גבוהה יותר שתתרום להשתלבותו בחברה בעתיד. הלימודים בקרבת הבית, עם ילדים מהשכונה, בלי להיטלטל בדרכים כל יום לבית הספר של החינוך המיוחד, הם יתרון נוסף של השילוב. פרופ' קליין מסבירה, לצורך הדוגמה, כי באיטליה למשל, נסגרו בשנת 1977 כאחת כל מסגרות החינוך המיוחד לילי תסמונת דאון. בארצות-הברית, באנגליה, באוסטרליה ובדנמרק לומדים למעלה מ-80% מהילדים עם תסמונת דאון במסגרת משולבת. ישראל, לעומת זאת, מפגרת מאחור עם פחות מ-10% מילידי תסמונת דאון המשולבים בחינוך הרגיל. ראו ת' רותם "לא קל להוציא את הילד מהחינוך המיוחד" הארץ 30.1.2002.
- 8 עניין יתד, לעיל הערה 1.

החינוך הרגילה⁹. עד למתן ההחלטה בעניין יתד, המימון שניתן על ידי משרד החינוך, לילדים בעלי צרכים מיוחדים שלומדים במסגרות החינוך הרגילות, היה חלקי. פירושה המעשי של ההחלטה בעניין יתד עבור ילד אשר אובחן כבעל צרכים מיוחדים וששולב במערכת החינוך הרגילה, הוא מתן תוספת של כ-10 עד 20 שעות שבועיות נוספות, אשר תממן את שכרם של המורים לחינוך מיוחד, הסייעות, היועצים החינוכיים ובעלי מקצועות נוספים אשר להם נזקק התלמיד בעל הצרכים המיוחדים, וזאת מעבר לשעות הלימוד הרגילות שבהן הוא לומד בכיתה הרגילה¹⁰.

רשימה זו מבקשת להאיר את פסק הדין בעניין יתד ממספר נקודות מבט, והיא כוללת ארבעה חלקים: החלק הראשון עוסק בזכות לקבל חינוך, שהנה רק אחת מתוך מספר זכויות מרכזיות מתחום החינוך. ננסה להראות, כי עניין יתד מהווה צעד חשוב בפיתוחה של זכות זו, אף כי אין הוא מהווה תחנה אחרונה. חוקתיותה של הזכות – קרי: מעמדה החוקתי – הושאר גם הפעם בצריך עיון; החלק השני של הרשימה עוסק בזכות מרכזית נוספת מתחום החינוך – הזכות לשוויון בחינוך. בעניין יתד עשה בית המשפט שימוש גם בזכות זו כבסיס לקבלתה של העתירה, וחשיבותה של זכות זו מצדיקה דיון נפרד; חלקה השלישי של הרשימה מבקש להצביע על מגמה מעניינת: בשנים האחרונות ניכרת התפתחות חקיקתית ופסיקתית של זכויות בתחום של החינוך המיוחד. ננסה לעמוד על מגמה זו ולהצביע על הסיבות לה. החלק הרביעי, אף הוא, מצביע על מגמה שפסק הדין בעניין יתד הוא אך דוגמה לה: שימוש הולך וגובר במשפט הבינלאומי הפומבי, לשם ביסוסן של זכויות אדם שונות במשפט הישראלי. באופן פרטני, בעניין יתד נעשה שימוש במשפט הבינלאומי הפומבי לצורך ביסוסה של הזכות לחינוך. מובן, כי בדיון הקצר אין בכוונתנו למצות את הדיון בנושאים של הזכות לחינוך ולחינוך מיוחד, אלא רק להצביע ולבאר מספר נושאים שהתעוררו במישורין ובעקיפין בפסק הדין.

ב. הזכות לקבל חינוך – הכרה עד אמצע הדרך

הזכות לחינוך היא בעלת פנים מספר. הזכות לחינוך ניתנת לסיווג כזכות אזרחית פוליטית (זכות מדור ראשון), כזכות חברתית (זכות מדור שני) וגם כזכות קבוצתית (זכות מדור שלישי)¹¹. אמנם, באמנות בינלאומיות, וכן בחוקות של מדינות רבות,

9 בקבלו את העתירה קבע בית המשפט כי תקצוב חינוך כאמור יחול משנת התקציב 2003. לגבי תקופת הביניים הורה בית המשפט למדינה לדאוג באופן מדי, ככל שהדבר אפשרי, לתקצוב חינוכם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות חינוך רגילים, ולו באופן חלקי.

10 לעניין היערכות משרד החינוך, לאור הפסיקה בעניין יתד, ראו מ' ריינפלד "בג"ץ: חינוך רגיל חינוך מיוחדים" הארץ 15.8.2002.

11 על החלוקה לדורות של זכויות ראו: J. Waldron "Liberal Rights – Two Side of the Coin" *Liberal Rights – Collected Papers, 1981-1991* (Cambridge, 1993) 1, 5. על סיווגה של הזכות לחינוך לדורות השונים ראו: M. Nowak "The Right to Education"

מעוגנים נושאים שונים הנוגעים לחינוך תחת הכותרת הכללית של "הזכות לחינוך" המתייחסת לכלל הזכויות בחינוך המאוגדות תחת הביטוי האמור. אולם, קריאה זהירה של סעיפי החינוך בחוקות ובאמנות מובילה למסקנה, כי הזכות לחינוך כוללת בחובה שלוש זכויות עיקריות: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תכני החינוך¹² והזכות לשוויון בחינוך. זכויות אלו פעמים משלימות האחת את השנייה ופעמים עומדות האחת כנגד רעותה¹³.

הזכות המרכזית שעמדה לדיון בעניין יתד היא הזכות לקבל חינוך. זכות זו, כשמה כן היא, הנה זכותו של הפרט לקבל חינוך ושירותי חינוך מטעם המדינה ועל חשבונה. זוהי זכות בעלת אופי פוזיטיבי, שכן היא מטילה על המדינה "חובת עשה" לספק חינוך ולממנו עבור בעלי הזכות. האופי הפוזיטיבי המאפיין את הזכות לקבל חינוך קושר אותה למשפחת הזכויות החברתיות בנות הדור השני.

כדי להבין את תרומתו של פסק הדין בעניין יתד לפיתוחה של הזכות לקבל חינוך, יש לעמוד בקצרה על מעמדה של הזכות לחינוך עד נתינתו של פסק הדין. עוד בטרם חקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, זכו זכויות האדם בישראל להכרה משפטית בפסיקת בית המשפט העליון בלא שהיה להכרה זו מקור משפטי פורמלי להסתמך עליו. בהתבסס על עקרונות יסוד של השיטה המשפטית קבע בית המשפט, כי בישראל מוקנות לכל אדם שורה ארוכה של זכויות יסוד¹⁴. עם זאת, בשלל פסקי הדין שנתן בית

Economic, Social and Cultural Rights (Dordrecht, E. Asbjorn et al. eds., 1995) 189, 196: "As the historical background and the wording of the right to education in various universal and regional human rights instruments show, the right to education is probably the only right that reveals aspects falling under all three generations"

12 רשימה זו לא עוסקת בזכות להשפיע על תכני החינוך, אלא רק בזכות לקבל חינוך והזכות לשוויון בחינוך, אשר נדונו בעניין יתד, לעיל הערה 1. יש לציין, כי הזכות לבחור חינוך ולהשפיע על תכני החינוך זתה כבר בישראל למעמד חוקתי, ראו ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235: "זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקית 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-ידי. 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" (ההדרגות שלנו – י. ר. וק.מ.).

על הזכות להשפיע על תכני החינוך בישראל ובמשפט המשווה ראו י' רבין הזכות לחינוך (תשס"ג) 111-129, 219-243, 322-331, 350, 386-387.

13 ברשימה זו לא נעסק בהתנגשות בין זכויות החינוך השונות. לדיון פרטני בנושא זה ראו: רבין, לעיל הערה 12, בע' 147-160.

14 אלה הן זכויות יציר ההלכה הפסוקה שבית המשפט העליון ראה בהן צורך להגנה על האינטרסים החינניים של כל פרט ופרט. את התהליך תיאר יפה השופט ויתקן בבג"צ 29/62 כהן נ'

המשפט העליון בענייני חינוך – בטרם חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ולאחריהם – לא הייתה בנמצא קביעה מפורשת בדבר קיומה של זכות יסוד לקבל חינוך כזכות הלכתית הנגזרת מעקרונות היסוד של השיטה¹⁵. באופן חלקי אפשר להסביר חסר זה בכך שהזכות לקבל חינוך (זכות מדור שני) לא הייתה מעולם חלק מרשימת החירויות הקלאסיות (זכויות מדור ראשון) שעל פיתוחה עמל בית המשפט העליון.

פסק הדין הראשון שדן באופן מפורש בזכות לקבל חינוך ניתן מאוחר יחסית, בבג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך¹⁶. בפסק דין זה דחה השופט אור את הטענות השונות של העותרים לקיומה של זכות חוקתית לחינוך, כנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מבלי לדרון באפשרות להכיר בזכות לקבל חינוך, לכל הפחות, כזכות יסוד רגילה (הלכתית). גם שני השופטים האחרים להרכב – השופטים דורנר וטל – אשר השאירו 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 עוררה קושי וביקורת¹⁷.

עניין יתד מסמן התפתחות חשובה בעניין מעמד הזכות לחינוך. בפסק דין זה, בניגוד לפסיקה בעניין שוחרי גילית, נקבעה זכות (רגילה) לחינוך וזאת בהתבסס על שלושה מקורות משפטיים: (1) החקיקה בענייני חינוך¹⁸; (2) נורמות המשפט

שר-הבטחון, פ"ד טז(2) 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. והזי התפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערכה היא לחופש הפרט". בדרך זו, לדוגמה, הוכרה הזכות לחופש הביטוי בבג"צ 73/53 חברת "קול-העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871 (להלן: עניין קול העם). הזכות לחופש העיסוק הוכרה בבג"צ 1/49 בזירנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80. לדין בהיסטוריה של הגנת זכויות הפרט במשפט הישראלי, בטרם 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.

15 קיימים אזכורים רבים לזכויות ולחובות הקבועים בחוקי החינוך השונים (ראו למשל: בג"צ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 213) אך אין קביעה מפורשת לקיומה של זכות הלכתית כמובן שהוסבר.

16 בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (להלן: עניין שוחרי גילית). יש לשים לב, כי השופט אור אשר כתב את הפסק הדין מכנה את הזכות באופן כללי "הזכות לחינוך" אך מתוך ההקשר ברור, כי הן בהתאם לטענתם של העותרים והן מתוך דבריו של השופט אור, הרי שפסק הדין עוסק בזכות לקבל חינוך (להבדיל מהזכות להשפיע על תכני החינוך או הזכות לשוויון בחינוך).

17 ג' גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129; ג' מונדלך "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65.

18 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 842. כיום מגולמת הזכות כס' 3 לחוק זכויות התלמיד, הקובע: "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין". אולם, משמעות הסעיף היא סמלית בלבד, שכן בהתאם לחוק זכויות התלמיד עצמו, הזכות לקבל חינוך כפופה להוראות יתר

הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן המעגנות את הזכות לחינוך¹⁹; (3) מרכזיותו של החינוך במסורת ישראל ובמשפט העברי²⁰. השופט דורנר, לאחר הפניה מפורשת לקביעה בעניין שוחרי גיל"ת, קובעת כך:

"זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה"²¹.

ובהמשך:

"כידוע, חזקה היא כי פירושם של דינים תואם את ערכי היסוד של השיטה. כך הוא לעניין פרשנות התואמת את 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 מהמשפט הבינלאומי הקובעות את הזכות לחינוך]"²².

חשוב לציין, כי הקביעה המפורשת בדבר קיומה של "זכות יסוד לחינוך" או כפי שאנו מעדיפים לכנותה: הזכות לקבל חינוך – אינה לשם המליצה. קיומה של זכות יסוד מעמידה כלל פרשני חשוב שלפיו: מבין שתי פרשנויות אפשריות של דין יש להעדיף את זו המקיימת או הפוגעת פחות בזכות היסוד. בעניין יתד, השופט דורנר, עושה שימוש בכלל פרשני זה לצורך פרשנותו של חוק חינוך מיוחד, תוך שהיא מעדיפה את הפרשנות המיטיבה עם הזכות לחינוך, שלפיה חובת המימון על ידי המדינה, חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל²³. על תוצאה

הדינים (ראו הוראות ס' 1 ו-3 לחוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000), שביניהם ניתן למנות את חוק לימוד הובה, תש"ט-1949 – החוק המרכזי בנוגע למימון החינוך; חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988; חוק יום חינוך ארוך, תש"ן-1990 וחוק חינוך חגים לילדים חולים, תשס"א-2001. 19 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 841. על הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 163-204. 20 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 842. על הזכות לחינוך במשפט העברי ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 45 ואילך. 21 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 843. השופטת מפנה ומתבססת על עניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 16, אף כי, כאמור, זכות (רגילה) לחינוך לא נקבעה שם. 22 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 846. 23 שם, בע' 847: "אמנם, סעיף 7 לחוק, הן בחינוך מיוחד במסגרת מוסד חינוכי רגיל, אינו קובע במפורש כי חינוך זה ימומן על-ידי המדינה, כפי שנקבע בסעיף 3 באשר לחינוך מיוחד במסגרת ובכיתות נפרדים, עם זאת לנוכח הזכויות לחינוך ולשוויון, המשפט 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".

זו יש לברך, היות שבפסק הדין נקבעה זכות יסוד (רגילה) לחינוך. הכרה זו ביחד עם הכרה בזכות לשוויון בחינוך, שעליה נעמוד בהמשך, הובילו לתוצאה הרצויה והצודקת יותר בנסיבות העניין.

האם עניין יתד מסמן את סוף הדרך בהתפתחותה של הזכות לקבל חינוך? נראה שלא! הכרה בזכות זו כזכות הלכתית מסמנת את אמצע הדרך, שכן קיימת האפשרות להכיר בזכות לקבל חינוך כבעלת מעמד חוקתי-על-חוקי. אמנם, הזכות לקבל חינוך לא נקבעה כזכות חוקתית מפורשת בחוקי-היסוד. אולם הליך ניסוחה של החוקה בישראל לא הגיע עדיין לקצו והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, הכוללת בתוכה גם זכות לחינוך, נמצאת עדיין בהליכי חקיקה²⁴. בנוסף, ניתן להכיר בזכויות חוקתיות חדשות (שאינן מנויות באופן מפורש) בדרך של פרשנות חוקי-היסוד הקיימים. כאמור, בעניין שוחרי גילית חיודה השופט אור דעתו, כי לעת עתה אין לקרוא את הזכות החוקתית לקבל חינוך לתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בדרך של פרשנות שיפוטית. עם זאת, קביעה זו (שלא זכתה להתייחסותם של השופטים האחרים) אינה בגדר הלכה פסוקה. השופטת דורנר, בעניין יתד, מצביעה על האפשרות להכיר בזכות לחינוך כנגזרת של הזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם היא בוחרת להשאיר שאלה זו, גם הפעם, בצריך עיון²⁵.

מדוע בחר בית המשפט, הן בעניין שוחרי גילית והן בעניין יתד, שלא להכריע בדבר מעמדה החוקתית של הזכות לחינוך? לכך כמה טעמים: ראשית, בהיעדר הכרה מפורשת בטקסט החוקתי, הזכות לקבל חינוך היא הקשה ביותר לביסוס מבין הזכויות השונות בשדה החינוך. הסיבה לכך היא אופייה החברתי המטיל על המדינה חובות עשה כבדות, וזאת למול אופיין האזרחי-פוליטי של הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁶. שנית, נראה שבית המשפט מעדיף לפתור את הבעיות הניצבות לפתחו, עד כמה שניתן הדבר, ללא קביעות מרחיקות לכת העלולות לקעקע את הפרדת הרשויות תוך פגיעה באמון הציבור ויצירת תדמית ציבורית שנויה במחלוקת לבית המשפט²⁷. שלישית, הכרעה בדבר מעמדה החוקתי של הזכות לקבל חינוך תהיה

24 במהלך השנים, הוגשו מספר הצעות חוק על שולחן הכנסת שעניינן זכויות חברתיות, אך למצער, הן לא התגבשו לכרי חוק-יסוד מחייב. לאחרונה הוגשה על ידי ח"כ ר' פריצקי הצעת חוק יסוד: הזכות לחינוך, תשס"ב-2002, ה"ח 3853, אך זו לא עברה עדיין. לניסיונות השונים לכתוב זכויות חברתיות בישראל, וכן לגולגולים השונים של הצעת חוק: זכויות חברתיות ראו מונדלך לעיל הערה 17, בע' 73 ואילך.

25 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 843.

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

27 ראו למשל את בג"צ 4671/98 אבו-פריח נ' רשות החינוך לבדואים בנגב (לא פורסם), תקדין עליון 398(3) 459. במקרה זה הורה בית המשפט לחבר בתי ספר של בדואים בישובים לא מוכרים לרשת החשמל, וזאת בהחלטה לקונית, אשר אינה כוללת אף לא אזכור כלשהו של הזכות לחינוך.

הכרחית רק כאשר תתעורר שאלה בדבר חוקתיותו של חוק חדש²⁸ הפוגע בזכות לחינוך.

ג. הזכות לשוויון בחינוך – רמז למעמד חוקתי

זכות יסוד חברתית נוספת משדה החינוך היא הזכות לשוויון בחינוך. מה טיבה של זכות זו? עקרון השוויון מהווה עקרון יסוד עצמאי, שמתוכו ניתן לגזור את זכותו השווה של כל פרט ליהנות מהזכויות השונות בחינוך (בעיקר הזכות לקבל חינוך והזכות לבחור חינוך). בעניין יתד עושה השופטת דורנר שימוש מפורש לא רק בזכות לחינוך אלא גם בזכות לשוויון בחינוך. היא קובעת כך:

”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... המסקנה המתבקשת היא כי חובת המימון על-ידי המדינה חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל”²⁹ (ההדגשה שלנו – י. ר. וק.מ.).

ובהמשך:

”אילוּצם של הורים לילדים בעלי צרכים מיוחדים לוותר על שילובם במסגרת החינוך הרגילה אך ורק בגלל קשיים כלכליים שבהם נתונים ההורים הוא חמור, ואין להשלים עימו. אילרץ כזה פוגע בלב ליבו של השוויון המהותי, שביטוי בהסדר בדבר חינוך חינוך חינוך – הזדמנות שווה לכל ילדה להעניק – על-ידי חלוקת תקציבי החינוך – הזדמנות שווה לכל ילדה וילד בישראל למצות את הפוטנציאל הטמון בהם. אכן, מילדים בעלי צרכים מיוחדים הנשלחים למסגרת של חינוך מיוחד ולא למסגרת של חינוך רגיל משיקולים תקציביים בלבד, נשללת הזדמנות זו, ותוצאה מפלה כזאת אין לקבל”³⁰ (ההדגשות שלנו – י. ר. וק.מ.).

מתוך קביעותיה המצוטטות לעיל של השופטת דורנר, ברור כי הזכות לשוויון בחינוך (כמו הזכות לקבל חינוך) היא זכות יסוד הלכתית. אך מה בדבר מעמדה החוקתי של

נראה, כי אי-האזכור בהחלטה כה פוגענית בזכות לקבל חינוך הולם, מעידה על חששו של בית המשפט מפני הכרה בזכות זו בדרך של החלטה שיפוטית.
 28 כוונתנו לחוק, או תיקון לחוק, שהגם מאוחרים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אינם חוסים תחת עקרון שמירת הדינים הקבוע בס' 10 לחוק-יסוד זה.
 29 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 847.
 30 ש.ש. ש.ש.

על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד

זכות זו? השופטת דורנר מביעה את דעתה, אגב אורחא, כי הפליה במימוש הזכות לחינוך – קרי: פגיעה בזכות לשוויון בחינוך – עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות החוקתית לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו³¹. אנו נוסיף ונציין רק זאת: הכרה משתמעת בזכות לשוויון בחינוך בדרך של פרשנות הטקסט החוקתי היא לדעתנו אפשרית, רצויה ואף מקובלת במדינות רבות³². חשיבותה העיקרית של ההכרה בזכות החוקתית לשוויון בחינוך היא האפשרות להעניק משאבים רבים יותר לטעוני טיפוח, לילדים הנזקקים לחינוך מיוחד, למגורים אשר סבלו מהפליה בחינוך, והכול לצורך קידומה של מערכת חינוך טובה יותר לרווחת כלל הילדים והאזרחים במדינה. הזכות לשוויון בחינוך מעוררת שאלות נוספות, קונקרטיות יותר וקשות, אך את הדין בהן נשאיר להזדמנות אחרת³³.

ד. הזכות לחינוך מיוחד – פיתוח לאור זכויות החינוך השונות

השופטת דורנר, בעניין יתד, איננה מסתפקת בביסוסה של זכות יסוד לחינוך, והיא ממשיכה וקובעת, כי זכות האדם לחינוך, כוללת גם את "הזכות לחינוך מיוחד" של ילדים בעלי צרכים מיוחדים³⁴. את הזכות לחינוך מיוחד מבססת השופטת על הפניות

- 31 ראו עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 843: "הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם. השוו בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-132. לעומת זאת פגיעה בשוויון מטעמים פוליטיים, מנהליים או תקציביים אינה משפילה, ועל כן אינה פוגעת בכבוד האדם. בעניינינו ההפליה של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים היא על רקע השתייכות קבוצתית, אך סיבותיה הן תקציביות. בנסיבות אלה לשאלה אם ההפליה פוגעת גם בכבוד האדם יש פנים לכאן ולכאן, ואיני רואה צורך להכריע בה. שכן, לא נטען בפנינו כי יש לפסול חוק עקב פגיעתו בזכות לכבוד האדם, אלא כי יש לפרש את החוק ולהפעילו לאור הזכות לחינוך".
- 32 ראו לדוגמה ס' 13 להקדמה לחוקת 1946 של צרפת. על הזכות לשוויון בחינוך בצרפת ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 277-278. דוגמה נוספת היא ס' 26 לחוקתה של יפן. על הזכות לחינוך ביפן ראו: K. Aoki et al. "The Right to Education in Japan" 13 *Journal of Law & Education* (1984) 441. ביפן, כמו גם ברוב המדינות אשר הזכות לחינוך קבועה בחוקותיהן, ישנם גם חוקים רגילים המוספים ומפרטים את ההסדרים המפורטים הנוגעים לחינוך. ביפן, מבטיח החוק הבסיסי של החינוך משנת 1947 שוויון הזדמנויות בחינוך ללא הבדל של גזע, מין או מעמד כלכלי.
- 33 לדיון בזכות לשוויון בחינוך במשפט הביתלאומי, במשפט המשווה ובישראל, ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 131-135, 177-181, 277-288, 332-335, 446-456.
- 34 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 844. על המגור של החינוך המיוחד בישראל באופן כללי, ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 472-497.

למשפט הישראלי³⁵, למשפט הבינלאומי³⁶ ולמשפט אמריקני³⁷, תוך שהיא מסתייעת בזכות זו לפתרון הבעיה הפרשנית שהתעוררה בחוק חינוך מיוחד בנסיבות העניין – פרשנות סעיף 7(ג) לחוק וקביעה בדבר זכותם של ילדים משולבים לחינוך מיוחד חנים.

ברמה העיונית יש לציין, כי "הזכות לחינוך מיוחד" היא זכות קונקרטיה הנגזרת מהזכות הכללית לחינוך, ועל כן היא כוללת, למעשה, שלוש זכויות שונות: (1) הזכות של ילד בעל צרכים מיוחדים לקבל חינוך מיוחד; (2) הזכות של הורים לילד בעל צרכים מיוחדים לבחור או להשפיע על חינוכו. בהקשר זה ניתן לדבר על זכותם של ההורים להשפיע ולהיות מעורבים בהחלטה אם ילדם ישובץ במוסד חינוכי רגיל או במוסד של חינוך מיוחד; (3) הזכות לשוויון בחינוך המיוחד. כפי שהראינו לעיל, הפסיקה בעניין יתד נוגעת במישורין בשלוש הזכויות הללו ומחזקת אותן.

זאת ועוד, פסק הדין בעניין יתד מהווה המשך למגמה מעניינת ואופיינית לשנים האחרונות: התפתחות של הזכויות הנוגעות לחינוך מיוחד חזקות נכים במערכת החינוך, וזאת הן במישור החקיקה והן במישור הפסיקה. נסקור מגמה זו בקיצור נמרץ:

במישור החקיקה יש לציין את שנת 1988 כשנת המפנה. בשנה זו התקבל בכנסת חוק חינוך מיוחד, שהרחיב את הזכות לקבל חינוך גם לילדים בעלי צרכים מיוחדים, ואשר בא לסייע למתחנכים על פיו להשתלב בחברה על ידי מיצוי היכולת הטמונה בהם – פיזית, שכלית ונפשית ולקבוע את אחריותה של המדינה כלפי ילדים אלו. החוק נתמך על ידי מחויבותה של ישראל במישור הבינלאומי מכוח האמנה בדבר זכויות הילד, משנת 1989 (אשר אושררה על ידי ישראל בשנת 1991), הקובעת בסעיף 23 את הזכות היסודית לחינוך מיוחד. לכאורה, משנת 1988, עם כניסתו של החוק לתוקף, הובטח השיפור ההדרגתי בזכויות המשפטיות של המוגבלים בתחום

35 השופט דורנר מפנה לחוק חינוך מיוחד, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1998, ובגי' 7081/93 ברצד נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד (נ1) 19 (להלן: עניין ברצד), שם נקבע, כי שילוב נכים במרקם הרגיל של חיי החברה נועד להגן על כבודם של הנכים ועל חירותם, וזאת על ידי הבטחת שוויון ההשתתפות בחברה בכל תחומי החיים. יש לציין, כי בישראל, כמו גם במדינות אחרות, החקיקה בנושא החינוך המיוחד החלה בשלב מאוחר יחסית בתולדות החינוך, שכן ללא קיומה של זכות כללית לחינוך – זכות יסוד לחינוך לכל אדם כאשר הוא אדם – קשה הייתה ההכרה בזכות לחינוך מיוחד.

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

37 השופט דורנר מפנה לחוק האמריקני בנושא חינוך של אנשים עם מוגבלויות: The Individuals With Disabilities Education Act (IDEA), 1990.

על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד

החינוך³⁸. אולם בפועל קיימות עדיין בעיות רבות במגזר חינוכי זה, שמסגרת רשימה זו קצרה מלהכיל. חוק נוסף, המשתלב עם המגמה של שיפור זכויות של אנשים בעלי צרכים מיוחדים ואנשים עם מוגבלות הוא חוק לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1998, שבא להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי יכולתו³⁹. חוק זה, וכן דברי חקיקה נוספים⁴⁰, מטילים על רשויות החינוך חובות שונות, כגון התאמת מתקני החינוך לנכים.

במישור הפסיקה ניתן לומר, כי המגמה שנקבעה בעניין יתד מהווה תיקון כיוון חיובי לעתירה שנדונה ונדחתה בפסק הדין המנחה בעניין שוחרי גיל"ת⁴¹ והמשך ישיר של המגמה העולה מעניין בוצר⁴²: שיפור זכויות של אנשים בעלי צרכים

38 כדוגמה להתפתחויות מהזמן האחרון בהקשר לחוק חינוך מיוחד ניתן לציין את תיקון מס' 6 לחוק משנת 2002, אשר בא לחוק את זכותם של ההורים להשפיע על תהליך ההשמה של הילד החריג. התיקון מעניק להורים את האפשרות להשמת הילד במוסד לחינוך מיוחד, לפי בחירתם, גם בלא שוערת ההשמה קבעה את זכאותו לחינוך מיוחד, זאת בלבד, אם הורי הילד בקשו את השמתו בחינוך מיוחד בהתאם לחוות דעת ככתב שניתנה על ידי אנשי מקצוע שנקבעו על ידי השר, המאשרת כי לילד לקוח קשה המחייבת את השמתו במוסד לחינוך מיוחד, וכי לא ניתן לשלבו במוסד חינוך שאינו מוסד לחינוך מיוחד. ראו: חוק חינוך מיוחד (תיקון מס' 6), תשס"ב-2002, ס"ח 1859, בע' 491.

39 על ההשפעות של החוק האמריקאי משנת 1990 – The Americans with Disabilities Act – (ADA), 1990 – על החוק הישראלי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, ראו: N. Ziv, "Disability Law in Israel and the United States: A Comparative Perspective" 28 *Israel Yearbook on Human Rights* (1999) 171.

40 למשל: פרק ה' 1 ("סידורים מיוחדים לנכים בבניינים ציבוריים") לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שהוסף בשנת 1981 בחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 15), תשמ"א-1981, ס"ח 1005, בע' 109.

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

42 עניין בוצר, לעיל הערה 35. בעתירה זו נדון עניינו של עותר שסבל ממתלת ניוון השרירים ורוחק לכיסא גלגלים חשמלי, אשר למד בבית הספר בישוב רעות-מכבים. העותר קבל על כך שביישוב שבו הוא גר ולומד קיימים מבנים ציבוריים, וכיניהם בית הספר, אשר אינם מותאמים עדיין במלואם לגישת נכים ולשהיית נכים בהם. לגבי בית הספר נטען, כי איך לנכים כדוגמת העותר נגישות ראויה לבית השימוש. בג"צ קיבל את העתירה והורה לרשות ליצור קשר אפקטיבי בין הקומה הראשונה (שבה מצויים בתי השימוש המיוחדים לנכים) לבין הקומה השנייה (שבה מרוכזים חדרי הלימוד של כיתת האם של העותר). קובע הנשיא ברק, בע' 26-27: "מטרת החקיקה היא לאפשר נגישות הנכה לשירותים במקומות ציבוריים, כגון בת-ספר. במקומות אלה מצוי הנכה כאזרח, כתושב, כתלמיד. כדי שהוא יוכל להפיק את מלוא התועלת ממקומות אלה – כמו האזרח, התושב והתלמיד שאינם נכים – יש לאפשר לו נגישות לחדרי השיירות, שאם לא כן ייפגע כבודו, ייפגע שוויון ההזדמנות שלו, וייפגע שילובו בחיי החברה... הבטחת שוויון

מיוחדים ובעלי מוגבלות תוך שימת דגש על שוויון מהותי בחינוך בין כל הקבוצות בחברה.⁴³

כמו כן, יש לשים לב לשלוש הצעות חוק הנוגעות לתחום דיונונו, המסמנות מגמה של הרחבה בזכויות של בעלי מוגבלויות ובעלי צרכים מיוחדים בתחום החינוך. הראשונה, היא הצעת חוק זכויות תלמידים בעלי לקות למידה בחינוך הרגיל, תשס"ב-2002.⁴⁴ הצעת חוק זו באה להסדיר את מעמדם של תלמידים בעלי לקות למידה, שאינם מאובחנים כתלמידים בעלי צרכים מיוחדים (שאו היו חוסים בצלו של חוק חינוך מיוחד) הלומדים במסגרת החינוך הרגיל. הצעת חוק שנייה – הצעת חוק חינוך מיוחד (תיקון מס' 6) (שילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות רגילות), תשס"ב-2001⁴⁵ – באה להוסיף לחוק חינוך מיוחד את פרק 17 (סעיפים 20א עד 20ה) הקובע הסדר מפורט לשילוב ילד בעל צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל. יש לקוות, כי פסק הדין בעניין יתד, המחייב את רשויות המדינה לעיקרון אשר עומד בבסיס הצעת החקיקה המפורטת, תאיץ את גלגלי החקיקה של הצעה זו. הצעה שלישית היא הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון) (נגישות, דיוור בקהילה וסיוע אישי, תרבות פנאי וספורט, חינוך והשכלה, המערכת המשפטית, צרכים מיוחדים ומידע), תשס"א-2000,⁴⁶ הבאה להוסיף לחוק שוויון לאנשים עם מוגבלויות, בין השאר, פרק הקובע

ההודמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמתה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש. עם זאת, היא מודעת ליכולתה. נדרש ומתקבל איזון בין הצרכים והאפשרויות.⁴⁷

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

43 מגמה זו אינה נכונה ביחס למערכות החינוך במגזר הערבי והבדואי הסובלות עד היום מפאליה ברורה. על כך ראו רבין ומ' לרצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז (תשס"ב) 42.

44 הצעת חוק זכויות תלמידים עם לקויות למידה בחינוך הרגיל, תשס"ב-2002, ה"ח 1730.

45 הצעת חוק חינוך מיוחד (תיקון מס' 6) (שילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות רגילות), תשס"ב-2001, ה"ח 1859.

46 הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון) (נגישות, דיוור בקהילה וסיוע אישי, תרבות פנאי וספורט, חינוך והשכלה, המערכת המשפטית, צרכים מיוחדים ומידע), תשס"א-2000, ה"ח 1100.

על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד

את זכותו של אדם עם מוגבלות לחינוך, להכשר ולהשכלה על פי גילו ולפי צרכיו המיוחדים בשל מוגבלותו, תוך העדפת השתלבותו במסגרות חינוך רגילות. אכן, הצעות החוק החדשות מעוררות תקווה לעתיד טוב יותר. אולם הניסיון מלמד כי אל לנו לתלות את ייבנו במחוקק לבדו. בשל שיקולים קואליציוניים, נוטים חוקים בעלי השלכה תקציבית רחבה, המטילים חובות עשה כבדות על המדינה, להיות מעורפלים וכלליים יתר על המידה (וזאת במקרה הטוב כאשר הם עוברים בהצלחה את דרך הייסורים של החקיקה). לכן, התקדמות אמיתית יש להבטיח גם באמצעות עתירות של הורים ועמותות ציבוריות הנלחמות את המלחמה היום-יומית והמכריחות את רשויות המנהל לאחוז, בכל פעם מחדש, בפרשנות של הדין הקיים המיטיבה עם בעלי הזכויות. בעניין יתד, הוכיח בית המשפט נכונות אמיתית לאכוף על הרשויות את חובותיהם כלפי בעלי הזכויות וגילה רגישות לקבוצת האנשים בעלי המוגבלויות. זהו סימן מעודד.

ה. שימוש במשפט הבינלאומי הפומבי לצורך ביסוסן של זכויות אדם בכלל והזכות לחינוך בפרט

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

מה משמעותם במישור המשפט הפנימי הישראלי של האמנות הנוגעות לזכויות האדם? הכלל הוא, כי משפט בינלאומי מנהגי מהווה חלק מהדין הנוהג בישראל בכפוף לחקיקה סותרת⁴⁷ ואילו משפט בינלאומי הסכמי אינו מהווה חלק מהדין הפנימי ללא חקיקה קולטת⁴⁸. יחד עם זאת, קיימת חזקה – הן באשר למשפט בינלאומי מנהגי והן באשר למשפט בינלאומי הסכמי, כי תכליתו של כל חוק הנה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו, וכי מביין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה, יש לבחור באותו פירוש, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי. זוהי "חזקת ההתאמה הפרשנית".

לכאורה, נטועה "חזקת ההתאמה הפרשנית" עמוק במשפט הישראלי⁴⁹. אולם, במשך שנים רבות, השימוש בחזקה היה לרוב מן השפה ולחוץ או שנעשה בעניינים

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

48 הלכה זו נפסקה לראשונה בע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1831.

49 הלכה זו חזרה ונשנתה במספר פסקי דין. ראו למשל עניין אייכמן, לעיל הערה 47, בע' 2041 (השופט אגרנט): "מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי"; ע"פ 131/67 קמיאר נ' מ"י, פ"ד

שוליים יחסית. בפועל, לא נעשה שימוש בחזקה לצורך קליטתן וביטוסן של זכויות אדם מהמישור הבינלאומי. דיני זכויות האדם הבינלאומיים נשארו בן חורג. עם זאת, לאחרונה החליט ככל הנראה בית המשפט העליון "לאורר" את חזקת התאמת הדינים ולהשתית עליה החלטות בנושאי זכויות אדם. המפנה הסתמן בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון⁵⁰. בעתירה זו נדונה השאלה העקרונית אם ניתן להחזיק במעצר מנהלי אדם – אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה – כאשר מטרת המעצר הנה כי אותו אדם ישמש כ"קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים או נעדרים מקרב כוחות הביטחון. בדיון המקורי בבית המשפט העליון נדחתה העתירה לשחרור העותרים בדעת רוב (הנשיא ברק והשופט קדמי נגד דעתה של השופטת דורנר)⁵¹. על פסק הדין המקורי הוחלט לקיים דיון נוסף, ובו שינה הנשיא ברק את דעתו. בדיון הנוסף, וזאת בניגוד לקביעה בדיון המקורי, נתן הנשיא משקל לנורמה הבינלאומית האוסרת על החזקתם של בני אדם "כבני ערובה" ובעקבות כך נתן תוקף לחזקת התאמת הדינים⁵². בכך הצטרף הנשיא אל השופטת דורנר שבהחלטתה נשענה על המשפט הבינלאומי הן בפסק הדין המקורי והן בדיון הנוסף. כמו כן, נעשה שימוש בחזקת התאמת הדינים בפסק הדין המנחה בבג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל⁵³, שעסק בחוקיותם של היתרי השב"כ לשימוש באמצעים פיזיים נגד נחקרים החשודים בביצוע עברות נגד ביטחון המדינה. גם במקרה זה התקבלה העתירה, תוך הישענות, בין השאר, על האיסור המוחלט במשפט הבינלאומי על שימוש בעינויים והאיסור על יחס אכזרי ולא אנושי⁵⁴.

כב(2) 85, 112 (השופט לנדוי): "הלכה פסוקה היא אצלנו שבית-המשפט הישראלי יפרש את החוק החרות שלנו באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי"; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה(2) 77, 80-81 (השופט לנדוי): "חזקה על המחוקק הישראלי שהוא שואף להתאמת חקיקתו אל עקרונות המשפט הבינלאומי... על-כן יפורש הדין הישראלי ככל האפשר במגמה שלא ליצור סתירה בינו ובין הכללים המוכרים של משפט העמים".

50 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: עניין פלונים).

51 עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97. לביקורת על פסק הדין ראו: O. Ben Naftali & Sean S. Gleichgevitch "Missing in Legal Action: Lebanese Hostages in Israel" 41 *Harv. Int. L. J.* (2000) 185

52 עניין פלונים, לעיל הערה 50, בע' 742: "החזקתם של בני-אדם 'כבני ערובה' – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני אדם כ'קלפי מיקוח' – אסורה היא על-פי המשפט הבין-לאומי... אכן, מוכן אני להניח – מבלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבינלאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן".

53 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים).

54 שם, בע' 836.

המשך ישיר למגמה החיובית שבפסקי דין אלו ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת דורנר בעניין יתד⁵⁵. לאחר שהיא עומדת על עיגונה של הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי⁵⁶, מבססת השופטת דורנר את פרשנותו של חוק חינוך מיוחד, בין השאר, על חוקת ההתאמה הפרשנית⁵⁷. מגמה זו חשובה היא, שכן במשפט הבינלאומי קיימות מספר זכויות אדם חשובות נוספות, אשר טרם הוכרו במשפט הישראלי.

נראה שהחלטה בעניין יתד מבססת באופן סופי את מעמדה של הזכות לקבל חינוך כזכות יסוד הלכתית. אך האם חוקת ההתאמה הפרשנית יכולה לסייע בערו של בית המשפט לבסס את מעמדה של הזכות לקבל חינוך גם כזכות חוקתית? לדעתנו, ניתן וראוי להחיל את החזקה לא רק בהקשר לחקיקה רגילה אלא גם ביחס לפרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת באופן הבא: מבין שתי פרשנויות אפשריות של חוק-היסוד על בית המשפט להעדיף את הפרשנות העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה של ישראל במישור הבינלאומי בקשר לזכויות החינוך. לדעתנו, הזכות לכבוד המעוגנת במפורש בחוק-היסוד סובלת פרשנות המכילה את הזכות לקבל חינוך (כמו גם זכויות אחרות משדה החינוך כגון הזכות לשוויון בחינוך). אפשרות פרשנית זו היא ראויה, ואותה יש להעדיף על פני אחרות. זאת, הן בשל ההצדקות השונות להכרה בזכות לחינוך⁵⁸, והן בשל חוקת ההתאמה הפרשנית של הנורמות מהמשפט הבינלאומי. אכן, בית המשפט תקע יתד. הוא מטפס במעלה ההר. יש להמשיך לטפס. ביום בהיר רואים את הפסגה.

- 55 כאן מעניין להדגיש כי השופטת דורנר ירבה בכל שלושת ההרכבים: עניין פלוניס, לעיל הערה 50; עניין הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל הערה 53; ובעניין יתד, לעיל הערה 1.
- 56 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 841, שם היא מפנה למספר מקורות: ס' 26 להכרזה האוניברסלית לזכויות האדם של האו"ם משנת 1948; ס' 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; ס' 28-29 לאמנה לזכויות הילד משנת 1989. על הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי ראו: D. Hodgson *The Human Right to Education* (Dartmouth, 2000); J. Spring *The Universal Right to Education* (New-Jersey, 2000) (1998). וכן רבין, לעיל הערה 12, בע' 163-204.
- 57 עניין יתד, לעיל הערה 1, בע' 846: "כלל פרשנות נוסף מבטאת החזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חוקה זאת, יתפרשו דינים, ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות אלה... חזקות פרשניות אלה ניתנות לסתירה רק כאשר לשון החוק או התכלית הפרטיקולרית המפורשת שלו אינן מתיישבות עם ערכי השיטה הכלליים או עם הנורמה הבינלאומית".
- 58 על ההצדקות השונות להכרה בזכות לחינוך כזכות חוקתית ראו רבין, לעיל הערה 12, בע' 66-97.