

לאיזה תלמיד החוק דואג?

חוק זכויות התלמיד: תרומתו ותפקידו בראי הפסיקה

דן גבתון*

המאמר הוא ניתוח משפטי של חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ושל הפסיקה שדנה בסעיפיו. החוק נמצא במוקדו של דיון ציבורי, ובין היתר מייחסים לו פגיעה במעמד המורה; יצירת אי-שוויון על-ידי מתן כלים משפטיים בידי הורים מבוססים ומשכילים המאיימים בנקיטת הליכים כלפי מורים ומורות, מנהלים ומנהלות; פגיעה בזכות לחינוך על-ידי השאתם של תלמידים ותלמידות אלימים או מפריעים בבית-הספר; יצירת "משפטיזציה" של התהליך החינוכי; יצירת אווירה לעומתית בבית-הספר, ועוד ועוד.

המאמר מציג בחלקו הראשון את הקונפליקטים סביב כניסת "שיח הזכויות" המשפטי/הפילוסופי אל בית-הספר: היותו שיח לעומתי של הגנה, המתאים יותר למסגרות גדולות; והקונפליקט בין הזכות לחינוך, הזכויות בחינוך והזכויות באמצעות החינוך, בהינתן שבית-הספר מחויב לכולן למרות הסתירות המובנות ביניהן. כל זה בראי הילדות כתקופה אותנטית הראויה לטיפול ולהגנה, אך גם להכרה ולכבוד.

לאחר-מכן המאמר מציג תשתית משפטית ומתאר את שורשיו של חוק זכויות התלמיד באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, שאושרה על-ידי ישראל, ובהצעת חוק זכויות התלמיד, כמו-גם בדוח ועדת רוטלוי ליישום האמנה בדיון הישראלי. הניתוח מגלה כי חוק זכויות התלמיד מפחית מן הזכויות הכלולות באמנה ובהצעת החוק שקדמה לו. הדבר ניכר במיוחד בהשמטת טעמי ההפליה של מגדר, דת ומוצא אתני, בפירוט דל יותר של חובות המדינה בהקשר של חינוך חינם, ברמת השיתוף הנמוכה יותר של תלמידים ותלמידות בהחלטות הנוגעות בהם, ובאי-הקמת גוף סטטוטורי להגנת זכויותיהם של תלמידים ותלמידות. אך למרות הסתייגויות אלה, החוק תורם תרומה חשובה למשפט הזכויות, ליישום האמנה הבין-לאומית,

* דוקטור (PhD, MA, LLB), מומחה למדיניות ולמשפט של החינוך, ראש החוג למדיניות ומנהל בחינוך 2006-2010, בית-הספר לחינוך על-שם קונסטנטינר והפקולטה למשפטים על-שם בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. תורות לתלמידותיי ולעמיתותיי עו"ד יעל אילון, יעל כפרי, עו"ד מיכל בורר ועו"ד ישראל אלימלך, על שותפות ארוכת-שנים במחקר ובהוראה על זכויות תלמידים.

למשפט הציבורי והחוקתי של ישראל, וכמובן למיסוד זכויותיהם של תלמידים ותלמידות. החוק ממסד לראשונה את הזכות לחינוך בחקיקה ראשית (סעיפים 1 ו-3), מגן על תלמידים ותלמידות מפני הפליה (סעיף 5), מבטיח קיום הליך הוגן בהרחקה ממוסדות חינוך (סעיפים 6–8), מקל מאוד את האפשרות לגשת לבחינות בגרות (סעיף 9), מגן מפני ענישה גופנית או משפילה (סעיפים 10–11), ומחיל את רוב סעיפיו על החינוך המוכר שאינו רשמי (סעיף 16), אשר הולך וגדל בהיקפו.

בהמשכו המאמר מנתח את כל 86 פסקי-הדין של בתי-משפט בישראל שעשו שימוש בסעיפיו של חוק זכויות התלמיד מאז נחקק ועד תחילת שנת 2011. מן הניתוח מתברר כי הטענות כלפי חוק זכויות התלמיד היו מוגזמות ביותר, לפחות בנוגע ליישום המשפטי. אין ראיות לשימוש בחוק להגנה על תלמידים מפריעים או לניצולו לרעה על-ידי הורים מבוססים. בתי-המשפט מגבים החלטות פדגוגיות, ומגבילים את עצמם לפיקוח על הוגנות ההליכים ועל יישום כללי הצדק הטבעי. הממצא המרכזי הוא השימוש התכוף שבתי-המשפט עושים בסעיפים ההצהרתיים על הזכות לחינוך, המופיעים בתחילת החוק, ליצירת משפט מבוסס-מקרים (case law) של יישום וביסוס של הזכות לחינוך, תוך הגנה על קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית, בפרט בנושאים של הסעות, אפשרות גישה לחינוך מיוחד וטיפול בהפליה ובהדרה של מיעוטים. כמו-כן יש הפעלה של החוק בבתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים. ניכר כי האפשרות לדון בעתירות של זכויות ברמת בית-המשפט המחוזי (באמצעות פלי העת"מ והעמ"נ) מעשירה את משפט זכויות התלמיד בישראל. עם זאת, בניגוד למדינות אחרות, חסר כאן עדיין דיון משפטי על חופש הביטוי וההתארגנות של תלמידים, על מרכיבים של ענישה שאינה גופנית, ועל מימוש הזכות לחינוך בבתי-ספר אשר נמנעים מתוכני לימוד אוניוורסליים ופוגעים בכך באפשרויות הבחירה של בוגריהם ובוגריהן.

מבוא

פרק א: רקע תיאורטי

1. המסגרת הקונספטואלית התיאורטית בתחום זכויות הילד וזכויות התלמיד

2. המסגרת הקונספטואלית והבסיס המשפטי לזכויות התלמיד בישראל

פרק ב: חוק זכויות התלמיד – הרקע לו, סעיפיו ותחולתו

פרק ג: החלק האמפירי במחקר – ניתוח הפסיקה

1. מתודולוגיה

2. ממצאים

פרק ד: דיון וסיכום

מבוא

אחד התחומים המשפטיים המעוררים רגשות עזים בחברה הישראלית, ולא רק בה, הוא תחום זכויות התלמיד. קריקטורה משעשעת מציגה שני תלמידים, שאחד מהם מודיע לחברו כי סולק זה עתה מבית-הספר כי הביא לשם חפץ מסוכן. "מה הבאת? סכין? אקדח?" – שואל החבר. "לא", עונה התלמיד שסולק – "הבאתי עותק של מגילת זכויות התלמיד". קיתונות של רותחין נשפכו בישראל על חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ואין כמעט רעה חולה במערכת החינוך שאינה מיוחסת לחוק זה או מוצגת ככזו שהתגברה בעקבות חקיקתו. בין היתר מייחסים לחוק זה פגיעה במעמד המורה; יצירת אי-שוויון על-ידי מתן כלים משפטיים בידי הורים עשירים, חזקים ומשכילים המאיימים בנקיטת הליכים כלפי מורים ומורות, מנהלים ומנהלות; פגיעה בזכות החינוך על-ידי השאתם של תלמידים ותלמידות אלימים או מפריעים בבית-הספר; יצירת "משפטיזציה" של התהליך החינוכי; יצירת אווירה לעומתית בבית-הספר, ועוד ועוד. המאמר הנוכחי אינו מתיימר להתמודד עם כל הטענות האלה, אשר חקירת חלק מהן אינה במישור המשפטי, אלא במישור הסוציולוגי או הפדגוגי. עם זאת, מכיוון שחלקן נפוצות גם מחוץ לישראל, אתייחס אליהן במסגרת הניתוח התיאורטי של זכויות תלמידים ותלמידות ושל זכויות ילדים וילדות¹ בחלק הראשון של המאמר.

הזוויות שהמאמר הנוכחי מבקש לבחון הן שתיים. ראשית ינותח החוק בראי האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד והספרות המחקרית, הפילוסופית והמשפטית שעניינה זכויות ילדים וילדות וזכויות תלמידים ותלמידות. הזווית השנייה שתיבחן היא זו של הטיפול הפסיקטי בחוק זכויות התלמיד. בחלק זה של המאמר יוצגו וינותחו ממצאים על-אודות כל 86 פסקי-הדין שניתנו תוך שימוש בחוק זכויות התלמיד מאז נחקק בשנת 2000 ועד כתיבת שורות אלה בשליש הראשון של שנת 2011, תוך חשיפת המגמות העולות מהניתוח והשוואה עם ניתוח החוק שנעשה בחלקו הראשון של המאמר.

1 מטעמי השקפת-עולם יאוזכרו במאמר ככל האפשר אוכלוסיות של גברים ושל נשים באופן מפורט, ולא באזכור של אוכלוסייה אחת ככוללת גם את האחרת.

פרק א: רקע תיאורטי

1. המסגרת הקונספטואלית התיאורטית בתחום זכויות הילד וזכויות התלמיד

התחום של זכויות ילדים הוא ענף חדש יחסית במשפט, אשר קשור באופן הדוק לתפיסה החברתית של ילדים וילדות. רק באמצע המאה התשע-עשרה, בפרשת *Wilson*,² נידונה לראשונה זכותן של רשויות להתערב באלימות המופנית נגד ילדים על-ידי הוריהם, שכן עד אז נחשבו הילדים מעין קניין. בפרשה זו חיפש השופט מקור נורמטיבי להתערבות, ומשלא מצא כזה, פנה לחקיקה האוסרת התעללות בסוסים, אשר משום תפקידם הכלכלי המרכזי באותה תקופה זכו בהגנה מפני בעלים מתעללים.

ההסתכלות על הילדות השתנתה רבות במהלך השנים. הסתכלות זו נעה החל בחשש וסלידה, כתוצאה מראיית הילדים כיצורים שטניים או כנגועים ברשע³ – מה שחייב את "עקירת" הרשע מקרבם, בדרך-כלל על-ידי אלימות קשה של ההורים או של המחנכים; דרך ראיית הילדות כתקופה תמימה⁴ של חוסר הבנה, מעין מצב טרומי "אפוי למחצה" – *not yet*⁵; דרך הבנה שילדים זקוקים להגנה מיוחדת;⁶ ועד לעמדה הרווחת כיום, שלפיה הילדות היא תקופה אותנטית, ולילדים יש תרבות ועולם משלהם הראויים לשימור ולכבוד.⁷ אפשר אף לומר כי ארבע הגישות הללו מסודרות בסדר כרונולוגי. גם כאן, כמו בתפיסות שונות בתחום זכויות האדם,⁸ אף כאשר בקרב משפטנים או בקרב תנועות פרוגרסיביות שונות תפיסה ישנה מתחלפת בחדשה, בציבור הרחב תפיסות ישנות ממשיכות לא פעם להיות מושרשות, ועקירתן אורכת זמן רב. אכן, כיום נראה שלא יימצאו אנשים, ובוודאי לא מחנכים, הרואים בילד יצור שטני, אך יש עדיין כאלה, גם

2 ראו: *Mary Ellen Wilson – Further Testimony as to the Child's Ill Treatment by Her*, *Guardians*, N.Y. TIMES, April 12, 1874.

3 ראו: Patricia K. Naherny & José Rosario, *Morality, Science and the Use of the Child in History*, in *SCHOOLING AND THE RIGHTS OF CHILDREN 1* (Vernon F. Haubrich & Michael W. Apple eds., 1977).

4 שם, בעמ' 8.

5 Eugeen Verhellen, *Facilitating Children's Rights in Education: Expectations and Demands on Teachers and Parents*, in *CHILDREN'S RIGHTS IN EDUCATION 179* (Stuart N. Hart, Cynthia Price Cohen, Martha Farrell Erickson & Malfrid Flekkoy eds., 2001).

6 Sandra Prunella Mason & Cynthia Price Cohen, *Children's Rights in Education*, in *CHILDREN'S RIGHTS IN EDUCATION 15* (Stuart N. Hart, Cynthia Price Cohen, Martha Farrell Erickson & Malfrid Flekkoy eds., 2001).

7 שם. ראו גם: Mary John, *Achieving Respect for Children's Views in Education*, in *CHILDREN'S RIGHTS IN EDUCATION 136* (Stuart N. Hart, Cynthia Price Cohen, Martha Farrell Erickson & Malfrid Flekkoy eds., 2001).

8 Michael Freeman, *The Future of Children's Rights*, 14 *CHILD. & SOC'Y* 277 (2000).

בקרב מחנכים ומחנכות, שאוחזים בדעה כי הילד הוא אדם חלקי, לא-שלם⁹ או "אפוי למחצה", וכי הילדות היא תקופת הכנה לבגרות, מעין שלב עוברי או שלב של גולם הנהפך לאחר-מכן לפרפר. תפיסה זו מגינה אומנם על הילד והילדה, אך מטילה על הורים, ובמיוחד על מחנכים ומחנכות ועל בתי-ספר, תפקיד מיוחד ובוודאי לא שוויוני. ראייה זו הופכת את בית-הספר למקור ה"נכונות", במובן של truthfulness, לגבי עולמם של ילדים, וכמקום שבו הילד והילדה מונחים, מעוצבים ומגיעים לבסוף אל השלב ה"נכון" כביכול, הלא הוא הבגרות, על מאפייניה. לעומת גישה זו, קיימת גישה חדשה יותר,¹⁰ שהיא המתקדמת והנכונה לדעתי, אשר רואה בילדות תקופה אותנטית, ובעולמם של הילדים עולם לגיטימי, שאינו מתקיים אומנם לאורך כל החיים, אך זכאי, כל עוד הוא קיים, שלא יופנה כלפיו יחס של התנשאות, ביקורת או הנחיה יותר מכל שלב אחר בחיי האדם, כגון בגרות או זקנה. לעמדה זו יש חשיבות רבה בנוגע לזכויות ילדים בכלל ולזכויות תלמידים ותלמידות בפרט. לפי פרימן מהפקולטה למשפטים ב-UCL – החוקר המוביל אולי כיום בעולם את הנושא של זכויות ילדים:

"The emphasis shifted from protection to autonomy, from nurturance to self-determination, from welfare to justice."¹¹

השלכותיה של גישה זו על מערכת החינוך הן מרחיקות-לכת. הילד והילדה, במעמדם כתלמידים, אינם נתינים או חוסים, כי אם "אזרחים" של מערכת החינוך. ככאלה, ממש כמו אזרחיה הבוגרים של המדינה, הם מושאים של זכויות ושל חובות. זכויות וחובות אלה אינן כשל המבוגרים, אך גם בתצורתן המוגבלת הן אינן "מוענקות" לילד או לילדה על-ידי סגל בית-הספר, אלא נובעות מעצם היותם ילדים וילדות, ממש כמו זכויות האדם והאזרח של מבוגרים. תפקידם של המורים והמורות המחנכים – מגיניהן של זכויות אלה, ולא יוצריהן או מעניקהן – הוא אפוא לטפח את הזכויות האלה, להקפיד עליהן, לאזן ביניהן, ללמד את התלמידים והתלמידות להשתמש בהן, לשלול אותן רק עקב חשש לפגיעה בזכויות של אחרים וכדומה, ממש כמו תפקידן של רשויות במדינה דמוקרטית כלפי אזרחיה ותושביה.

לתוך מערך עניינים סבוך זה נכנסה בעשורים האחרונים שפת זכויות האדם והאזרח בגרסתה המיוחדת של "זכויות הילד", ובאופן ספציפי למאמר הנוכחי – בגרסת "זכויות התלמיד", כפי שהן נקראות בישראל (students'/pupils' rights), שפירושו הוא למעשה זכויות התלמיד והתלמידה.

9 Rebecca Raby, *Frustrated, Resigned, Outspoken: Students' Engagement with School Rules and Some Implications for Participatory Citizenship*, 16 INT'L J. CHILD. RTS. 77 (2008)

ראו גם: Robert Thornberg, *Rules in Everyday School Life: Teacher Strategies Undermine Pupil Participation*, 17 INT'L J. CHILD. RTS. 393 (2009)

10 Michael D.A. Freeman, *Introduction: Rights' Ideology, and Children*, in THE IDEOLOGIES OF CHILDREN'S RIGHTS 3 (Michael Freeman & Philip Veerman eds., 1992)

11 שם, בעמ' 3.

כמסגרת קונספטואלית למחקר במאמר הנוכחי, מוצג להלן הקונפליקט הנובע מחדירתה של שפת הזכויות הזו אל בית-הספר, מנקודת-המבט הרואה את בית-הספר כגורם ה"מאחה" או ה"מתקן" של הילדות, הנתפסת כתקופה זמנית או כמצב הראוי לתיקון או למצער להשלמה ולהתאמה. הכוונה היא בעיקר לכך ששפת הזכויות מתנגשת, כמעט בהכרח, עם הכוונות הפדגוגיות ועם רגש הדאגה (caring) של סגלי ההוראה בבתי-הספר. הנחת-המוצא שלי היא שמורים ומורות בישראל, מן הסתם כמו במדינות אחרות, רוצים באופן כללי בטובתם של התלמידים והתלמידות, ודואגים לרווחתם – במובן של well-being – וכמובן להשכלתם ולשילובם בחברה שלתוכה הם גדלים. עם זאת, בית-הספר הוא מסגרת המונית, כופה, שהשפעתה על חייהם העתידיים של תלמידים ותלמידות היא מכרעת.¹² בית-הספר אחראי בעיקר למימוש הזכות לחינוך – אחת החשובות מבין זכויות האדם, ובמיוחד מבין אלה של ילדים וילדות.¹³ תלמידים ותלמידות, כמי שמוכרחים ללמוד בבית-הספר, זקוקים להגנה ככל אורח הנתון למרות שלטונית, תהא דאגנית ומוסרית ככל שתהא. מכאן הצורך בכניסה של שפת הזכויות לבית-הספר והפעלתה כלפי תלמידים ותלמידות כמו לגבי כל קבוצה אחרת של אזרחים בחברה ובמדינה דמוקרטית.

אולם כניסתה של שפת הזכויות אל בית-הספר אינה חופשית מבעיות ומקונפליקטים. שפת הזכויות נולדה באופן היסטורי במצב של לעומתיות, בעיקר בתקופת צמיחתן של הדמוקרטיות הליברליות במחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה ובמחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה בבריטניה, בארצות-הברית ובצרפת. הרעיון היה שזכויות נועדו להגן על האזרח משרירות-ליבו של השלטון, ומפני הנטייה הטבעית של השלטון – כל שלטון – לרודנות ולשימוש לרעה בכוח. כניסתה של שפה זו לבית-הספר מציגה את המורים לא כדאגנים, אלא כשלטון זר ולעיתים אכזר, ובכל אופן ככזה שיש להתייחס בחשדנות למניעיו. זהו מקור לא-אכזב לקונפליקטים ואף לעלבון בקרב מורים ומורות, אשר מתקשים – כמי שמופקדים על רווחתם וחינוכם של התלמידים – לקבל את התפיסה שלפיה התלמידים זקוקים להגנה מפניהם. תפיסת האזרחות, בהתייצבה מול תפיסת הנתינות או מול תפיסת הדאגה בגרסה רכה יותר, יוצרת קונפליקט מובנה שאינו קל לפתרון, משום שמדובר במסגרות קונספטואליות ואידיאולוגיות שונות מאוד. על-פי תפיסת האזרחות, המורים והמורות מופקדים על קידומן וטיפוחן של זכויות התלמידים והתלמידות. הילדות, לפי תפיסה זו, היא מצב אותנטי ולגיטימי. הילד והילדה זקוקים אולי להדרכה, אך ראויים מאוד להקשבה, להערכה ולכבוד. לעומת זאת, על-פי תפיסת הנתינות, ואפילו לפי תפיסת הדאגה, המבוגרים מחזיקים בהשקפת-העולם ה"ראויות" או ה"נכונות", ועליהם לחנך ולגדל את הילדים והילדות לאורן. אם נוסיף על כך את

12 Linda M. McNeil, *Student Rights and the Social Context of Schooling*, in *SCHOOLING AND THE RIGHTS OF CHILDREN* 40 (Vernon F. Haubrich & Michael W. Apple eds., 1977).

13 יורם רבין *הזכות לחינוך* (2002). ראו גם: NEVILLE S. HARRIS, *EDUCATION, LAW AND DIVERSITY* (2007).

חובתו של בית-הספר, לדעתנו, לאמץ את התלמידים ואת התלמידות בהכרה ובשימוש בזכויות, העניינים נעשים מורכבים יותר, כפי שיוסבר להלן.

לפיכך שפת הזכויות, בהיותה נשלטת בעולם האמפירי היומיומי על-ידי משפטנים, מכניסה אל בית-הספר השקפה קונפליקטואלית וחדשנית, ומבקשת לצייד את התלמידים והתלמידות בארגז כלים של הגנות מפני המוסד וסגלי ההוראה שבו. חשדנות זו מולידה, כנראה, חשדנות שכנגד. מטבע עוצמתה האינטלקטואלית, הפוליטית, החברתית והכלכלית של הדיסציפלינה המשפטית, כניסה זו אינה מלווה בהכרח דיאלוג, אלא עלולה להיות כוחנית, ואולי אף לדחות או להדיר נקודות-מבט חלופיות ולגיטימיות – למשל, פסיכולוגיות, פדגוגיות או מוסריות.¹⁴ נראה שמכאן נובע חלק נכבד מהביקורת כלפי חקיקה בתחום הזכויות של תלמידים ותלמידות. הטענה היא שחקיקה כזו יוצרת קונפליקטים, פוגעת בסמכות הפדגוגית והמוסרית של מורים ומורות, במשמעת בחיי היומיום בבית-הספר, ובעקיפין בזכות לחינוך של אותם תלמידים ותלמידות אשר נפגעים מהתנהגות פרועה של עמיתיהם. התנהגות כזו זוכה כביכול ב"הגנה" בחקיקה זכויות התלמיד, בין ברמת הדין המהותי ובין ברמת סדרי הדין, המחייבים תהליכים מסורבלים וממושכים של איסוף, תיעוד, החלטה וערעור, עד לענישה או להרחקה מהמוסד החינוכי. טענה נוספת, לא בלתי-קשורה לקודמתה, היא שחקיקה כזו פועלת לטובת אוכלוסיות חזקות של תלמידים ותלמידות, באשר הוריהם ישתמשו בה כדי להטיל אימה על הסגלים בבית-הספר ולהשיג טובות-הנאה והגנה לא-מוצדקת לילדיהם, תוך ניצול מעמד, השכלה וכסף להגשת תביעות משפטיות או איום בהגשתן כחלק מהגנה זו. טענה זו תיבדק בהמשך המאמר הנוכחי באופן אמפירי. אולם כפי שנראה להלן, המדינה הדמוקרטית והמשפט הביין-לאומי ההסכמי הכירו, הן ברמה התיאורטית והן בזה המעשית, בזכויות תלמידים ותלמידות.

עמדת המאמר הנוכחי היא שחוסר הנוחות והקשיים שהפעלת הזכויות האלה תגרום למי שבידיו הכוח – תהא דאגתו לכפופים לו רבה ככל שתהא – אינם מצדיקים בשום אופן הימנעות מיישום הזכויות באופן מלא כלפי הקבוצה הראויה. מנקודת-מבט סוציולוגית ופוליטית ניתן להבין את התנגדותם של מורים ומורות, בין היתר לנוכח הספרות המחקרית המציגה אותם עצמם כקבוצה מדוכאת ומוחלשת,¹⁵ שמודרת לעיתים תכופות מתהליכי קבלת ההחלטות על מערכות החינוך, שמעמדה הפרופסיונלי נשחק

14 ראו מיכל בורר-שמיר **השתקפותם של עקרונות מתחום זכויות הילד בעבודת "הקו הפתוח לפניית תלמידים"** (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במנהל החינוך", אוניברסיטת תל-אביב – בית-הספר לחינוך, 2006). ראו גם יעל אילון **זכויות התלמיד מנקודת מבטם של מנהלי ומנהלות בתי ספר: שפה משפטית מול שפה פדגוגית** (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במנהל החינוך", אוניברסיטת תל-אביב – בית-הספר לחינוך, 2005). שתי הכתובות הן עורכות-דין העוסקות בהיבטים שונים של זכויות תלמידים ותלמידות.

15 ראו בעניין זה: Helen Gunter & Steve Rayner, *The Researcher, Research and Policy in Education in England*, 34(3) INT'L STUD. EDUC. ADMIN. 37 (2006). ראו גם: Sharon Gerwitz, *Post-welfarist Schooling: A Social Justice Audit*, in THE MANAGERIAL SCHOOL: POST-WELFARISM AND SOCIAL JUSTICE IN EDUCATION 139 (2002).

ומוטל בספק, בין היתר על-ידי מערכות של רגולציה, מבחנים סטנדרטיים וגופי פיקוח חדשים, ואשר חשופה למתקפות ולטענות מתמשכות. על רקע זה טבעי אולי, אף אם לא מוצדק, שהמורים והמורות יראו את כניסתה של שפת זכויות התלמיד לבית-הספר כצעד נוסף נגדם.

מבחינה קונספטואלית ניתן להמשיג את הקונפליקטים האמורים במסגרת קונפליקט מרכזי הטמון בזכות לחינוך שבית-הספר מופקד עליה, ואשר את הגשתה שפת זכויות התלמיד רואה כמטרה מרכזית וכהצדקה ראשית לקיומה. הכוונה לקונפליקט בין שלוש תת-זכויות הכלולות למעשה בזכות לחינוך:¹⁶

- הזכות לחינוך (*right to education*), שפירושה הזכות להיות נוכח בבית-הספר ולקבל ידע הדרוש למימוש עצמי אותנטי ולהשגת כושר השתכרות ואפשרות גישה למגוון של טובות-הנאה של החברה הדמוקרטית, הליברלית, ואולי גם הקפיטליסטית.
- זכויות בחינוך (*rights in education*), שפירושו מגוון הזכויות שיש לתלמידים ולתלמידות בתוך המוסד החינוכי, אשר נתפסות לא פעם ככלי הכרחי למימוש הזכות לחינוך, אך גם עומדות בפני עצמן כחלק מההגנה על התלמיד והתלמידה הנמצאים באופן כפוי בתוככי המוסד החינוכי. באופן מסורתי אלה הן הזכויות לחופש ביטוי ולהתארגנות, הזכות להגנה מפני ענישה גופנית או משפילה, הזכות להישמע בהחלטות הנוגעות בהם וההגנה מפני הרחקה מהמוסד החינוכי ללא הליך הוגן.
- זכויות באמצעות החינוך (*rights through education*), המתייחסות לתפקידיו של בית-הספר בהכנת התלמיד והתלמידה לחיים משמעותיים בחברה דמוקרטית¹⁷ ול"אימונם" בניצול ובמימוש של זכויות האדם והאזרח, כגון חופש הביטוי, חופש ההפגנה והתהלוקה, הגנת הפרטיות והשם הטוב, חזקת החפות בדיני העונשין, זכויות הקניין, חופש התנועה, חופש הבחירה הפוליטי ומימושו, וכיוצא בהם. לפי הזכויות שבאמצעות החינוך, התלמיד והתלמידה נתפסים כ"שוליות" (*apprentice*),¹⁸ הרוכשים את התובנות הדרושות להם ואת הכוחות המוענקים להם בדמוקרטיה בתהליך ארוך של מעין "סטז'" אזורי-התנסות, אשר מתרחש, בין היתר, בבית-הספר.

16 ראו Verhellen, לעיל ה"ש 5. ראו גם: EUGEN VERHELLEN, CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD: BACKGROUND, MOTIVATION, STRATEGIES, MAIN THEMES (4th ed. 2003).

17 ראו בעניין זה: AMY GUTMANN, DEMOCRATIC EDUCATION (PRINCETON UNIVERSITY Press, 1987); DAVID T. SEHR, EDUCATION FOR PUBLIC DEMOCRACY (1997); ROBERT D. HESLEP, EDUCATION IN DEMOCRACY: EDUCATION'S MORAL ROLE IN THE DEMOCRATIC STATE (1989); JAMES ANTHONY WHITSON, CONSTITUTION AND THE CURRICULUM (1991).

18 F. Clark Power, Ann Marie R. Power, Brenda Light Bredemeir & David Light Shields, *Democratic Education and Children's Rights*, in CHILDREN'S RIGHTS IN EDUCATION 98 (Stuart N. Hart, Cynthia Price Cohen, Martha Farrell Erickson & Malfrid Flekkoy eds., 2001).

מניתוח של שלוש קבוצות הזכויות האלה עולה סתירה מובנית ביניהן,¹⁹ וסתירה זו היא אחד ממקורות המתח העיקריים סביב זכויותיהם של התלמידים והתלמידות וסביב חוק זכויות התלמיד. ראשית, **הזכות לחינוך**²⁰ היא זכות בסיסית, ושלייתה כרוכה בנזקים גדולים להתפתחותו ולעתידו של היחיד. המדינה, באמצעות החינוך הציבורי, מופקדת על הענקת זכות זו גם לאותם תלמידים ותלמידות אשר מתנהגים בניגוד לחוקי בית-הספר, נוהגים באלימות או מפריעים לחבריהם במימושה של זכות זו. לפיכך שלילת הזכות הראשית הזו או פגיעה בה רק כדי להגן על ילדים וילדות אחרים אינן דבר של מה-בכך.²¹ שנית, מימוש **הזכויות בחינוך** עלול לעמוד בסתירה לרצון לממש את הזכות לחינוך עצמה, שכן מימוש זכויות אלה מעניק חופש פעולה לתלמידים ולתלמידות המפריעים לחבריהם ולחברותיהם ולמורות ולמורים. שלישית, הצורך להעניק לתלמידים ולתלמידות חינוך לזכויות עלול לעמוד בסתירה לצורך להתנהל במסגרת סגורה, מצומצמת ולעיתים רווית מתחים כבית-הספר. מורים ומורות, כמו-גם מנהלים ומנהלות, ניצבים לעיתים בלב הקונפליקטים האלה. הם הנדרשים ליישב את הסתירות שבין יישום הזכות לחינוך, המחייבת אותם לאתוס של דאגה, טיפול, טיפוח, הנחיה והכוונה של התלמידים; יישום הזכות בחינוך, שמחייבת אותם להתייחס לתלמידים ולתלמידות כאל אזרחים, ולא כאל נתינים, ולאפשר להם מימוש של חופש הביטוי וההתארגנות, חופש הבחירה וההתנסות, ועוד; ויישום הזכויות באמצעות החינוך, אשר מחייבות, כמו הזכויות בחינוך, "אימון" בהפעלה וביישום של זכויות אדם ואזרח – דבר שמחדד אף הוא את הקונפליקטים עם האתוס הדאגני. נוסף על כך, המורים אינם מוכשרים לדבר בשפת הזכויות – לימודי זכויות תלמידים אינם חלק מהכשרתם, והם חסרים אוריינות משפטית ואף אזרחית בסיסית.

טענתי היא ששפת הזכויות מעמידה אתגר מיוחד לסביבה הבית-ספרית. בכל מצב שבו החברה הדמוקרטית מגינה על זכויותיהם של הפוגעים בזולתם נוצרת אי-נוחות מסוימת בקרב האזרחים העדים לכך, שלא לומר בקרב קורבנותיה של ההתנהגות האלימה או המזיקה. אולם ניתן לזהות שוני בסיסי בהקצאת הסיכונים החברתיים בין הסביבה הבית-ספרית לבין הסביבה החיצונית בכל הקשור להגנה על זכויות. כך, למשל, במצב רגיל שבו המערכת משחררת פושעים עקב קושי בהוכחת אשמתם או עקב

19 ראו אילון, לעיל ה"ש 14.

20 ראו בעניין זה רבין, לעיל ה"ש 13. ראו גם יורם רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 567 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

21 על התנגשות זו ראו לאחרונה את דבריו של השופט מודריק בפרק הדיון של פסק-הדין בעת"מ (מחוזי ת"א) 2426/09 **קונפידן נ' ח.א (קטיין)** (טרם פורסם, 27.12.2009): "התופעה המגולמת בעתירה דנון היא תופעה של 'התנגשות' בין זכותם של התלמידים לחינוך וזכותו של התלמיד לחינוך. ברור כשמש שהכרעה קיצונית בדבר העדפת זכותם של התלמידים על פני זכותו של התלמיד אפשרית רק בהיעדר כל אפשרות סבירה לממש את זכותו של זה וזכותם של אלה אהדדי. זה הטעם לכך שעתירת העותרים להעברת התלמיד מבית הספר נדחתה על אתר ובהסכמתם הועמדה על מדוכת הדיון שאלת מציאתו של הסדר שיאפשר את מימוש זכויות התלמיד והתלמידים גם יחד."

אילו צים הנובעים מסדרי הדין ומדיני הראיות, אשר חיוניים לחברה דמוקרטית, הסיכון לכל אורח באוכלוסייה – המונה על-פירוב מיליוני אזרחים – הוא קטן יחסית ובלתי- מסוים. לא זה המצב כאשר בכיתה יש ילד או ילדה שהתנהגותם מפרה באופן שיטתי את זכותה של קבוצה מסוימת, מוגדרת ומצומצמת של תלמידים ותלמידות. במצב כזה הקונפליקט הנובע מהגנה על הזכויות מוקצן ומועצם. זהו, לדעתי, אחד משורשי הביקורת כלפי החקיקה בתחום זכויות התלמיד. מכאן העניין שיש בבדיקה כיצד החקיקה מופעלת או מיושמת על-ידי בתי-המשפט, קרי, באילו מקרים ובאיזה אופן. סוגיות אלה, כאמור, הן בלב המחקר הנוכחי.

אולם ההצדקה לקיומן של זכויות תלמיד טמונה, לדעתי, בעיקר בחשיבותו העצומה של החינוך כשירות ציבורי ראשון במעלה, ומגולמת בתפיסות חדשות של צדק חברתי, של הוגנות²² ושל שוויון.²³ תפיסות חדשות אלה התרחקו מרעיונות תועלתניים (שלפיהם צדק חברתי הוא דבר מועיל לחברה כולה ובמיוחד לפרטים החזקים והחלשים בתוכה בעת ובעונה אחת) ומרעיונות של חוזה חברתי, והתמקדו באושרו ובשגשוגו (flourishing) של היחיד.²⁴ את הקו החדש הזה מובילה מרתה נוסבאום²⁵ – פילוסופית המשפט החשובה מארצות-הברית – בחיבורה החשוב על היכולות האנושיות. תפיסתה היא תפיסה רחבה, מקיפה ונועזת, המקדמת את הרעיונות של הוגנות ושל צדק חברתי לחזיתות חדשות ולגבולות שטרם נחקרו, כשם ספרה החשוב. בהקשר החינוכי משמעות התפיסה היא לפתח ולטפח את היכולת להשתמש בחושים, לחשוב, לקבל מידע, לרכוש השכלת-יסוד ולהפיק עבודות ויצירות אומנות וספרות; להשתמש בהיגיון, להתבטא, ולחוש ולבטא צער, כאב, כעס, שמחה, אהבה, פחד ודאגה; לפתח תפיסה עצמית של מהו "טוב" וליטול חלק בתהליכי חשיבה הדדיים על-אודות תכנון החיים; לפתח אפשרות לחיות עם הזולת ובהתייחס אליו, וליטול חלק בתהליכים חברתיים; לאפשר ליחיד לשלוט בסביבתו וליטול חלק בבחירה פוליטית שמשפיעה על חייו; ועוד ועוד.²⁶ הקניית היכולות האלה לכל תלמיד ותלמידה, לפי נוסבאום, היא מטרה עליונה של החברה, שיש להגשימה באמצעות החינוך הציבורי.

בריאן פְּרִי,²⁷ שכתבתו על צדק חברתי מכה גלים, מבחין בהקשר של מדיניות החינוך בין "צדק ליברלי" לבין "צדק חברתי", וטוען כי בהגדרתו ובעיצובו של האחרון יש למערכת החינוך הציבורי חשיבות מיוחדת. כך מתאר פְּרִי את מטרתה של מערכת

: 10

BRIAN BARRY, WHY SOCIAL JUSTICE MATTERS (2005); MARTHA C. NUSSBAUM, 22
FRONTIERS OF JUSTICE: DISABILITY, NATIONALITY, SPECIES MEMBERSHIP (2006).

אורי רם וניצה ברקוביץ "שוויון ושוני – מבוא" אי שוויון 7 (אורי רם וניצה ברקוביץ עורכים, 2006). 23

HARRY BRIGHOUSE, ON EDUCATION 42–61 (2006). 24

NUSSBAUM, לעיל ה"ש 22, בעמ' 76–78. 25

שם. 26

BARRY, לעיל ה"ש 22. 27

"[F]inding out the best ways to overcome the disadvantages that children carry with them into the school system – and continue to suffer from – as a consequence of their home and neighborhood environment."²⁸

לפי פְּרִי, זו מטרתה העליונה של מערכת החינוך הציבורי: לאפשר לכל ילד ניעות חברתית, מימוש עצמי והינתקות מההשפעות המעכבות של הרקע החברתי-הכלכלי. תיאוריות כגון אלה של נוסבאום, בריגהאוס ופְּרִי מספקות לדעתי את ההצדקה המהותית לחקיקה אשר מגינה ומקדמת את זכויות התלמידים והתלמידות, מעבר לתרומתה של שפת הזכויות, על בסיסה המשפטי.

2. המסגרת הקונספטואלית והבסיס המשפטי לזכויות התלמיד בישראל

זכויות תלמידים קשורות באופן הדוק לזכויות ילדים, שהן "ענף" או תחום ערכי, קונספטואלי ומחקרי בתוך אותו תחום של המשפט הציבורי, החוקתי והמנהלי היוצר מסגרת לזכויות האדם והאזרח.²⁹ המקור הנורמטיבי המרכזי והמוביל כיום בתחום של זכויות ילדים הוא האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד (להלן: האמנה או האמנה הבין-לאומית),³⁰ אשר התקבלה באו"ם בשנת 1989 ואושררה בישראל בשנת 1991. קצרה היריעה במאמר הנוכחי מלדון במסמך משפטי מקיף זה, אך אעיר עליו בכל-זאת כמה הערות, שיובילו לדיון בחקיקה בתחום זכויות התלמיד.

האמנה היא מסמך ייחודי בכך שהיא מציגה את זכויות הילד והילדה כחלק בלתי-נפרד מזכויות האדם המבוגר, וכמסגרת מכלילה³¹ שאינה מסתפקת בהגנה על הילד והילדה, אלא מפרטת היבטים רבים ויוצרת תפיסה מקיפה, הכוללת אומנם את היסודות ההגנתיים, אך מוסיפה עליהם היבטים תרבותיים ופוליטיים. כמו-כן, האמנה עוסקת במקומם של ההורים בזכויות ילדים, כולל בסכנה של פגיעה בילדים בשל התנהגות הוריהם וניגודי אינטרסים אפשריים בין רצון ההורים לבין טובת הילד והילדה או רצונם. החידוש באמנה אינו רק בכוללניות שלה, אלא גם בכך שהיא מעמידה מסגרת אוניוורסלית לזכויות ילדים בנפרד ובמובחן מזכויות המבוגרים, ונותנת את דעתה

28 שם, בעמ' 55.

29 זכותם של הילדים והילדות להגנה מיוחדת הוכרה בס' 25(2) של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם: "Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection" ראו www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml.

30 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה או האמנה הבין-לאומית).

31 ראו Mason & Cohen, לעיל ה"ש 6, וכן תמר מורג "פסיקת בתי-המשפט בעידן שלאחר ההצטרפות לאמנה בדבר זכויות הילד – האמנם עידן חדש?" המשפט 22 (2006) (להלן: מורג (2006)); תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" משפחה במשפט ג-ד 67 (2009) (להלן: מורג (2009)).

לעולמם ולצורכיהם המיוחדים. האמנה מדגישה את תחולתה על ילדים הנמצאים באופן פיזי בתחום שיפוטה של המדינה, ללא קשר למעמד המשפטי. העקרונות המובילים באמנה הם עקרון ההגנה על החיים ועל ההישרדות, עקרון השוויון, עקרון טובת הילד ועקרון שיתוף הילד בהחלטות הנוגעות בו.³² לעקרונות-יסוד אלה יש משמעות רבה כמובן לגבי החינוך, שבו עוסקים באופן ספציפי סעיפים 28 ו-29 לאמנה. האמנה היא מסמך מניפסטי, שכמעט כל מדינות העולם הצטרפו אליו כחלק מהמשפט הבין-לאומי ההסכמי.³³ אלא שכזו, היא מלאה סתירות, ואינה מתאימה כשלעצמה לשמש מסמך משפטי מחייב. כך, למשל, המושג "טובת הילד" באמנה עשוי להתפרש באופנים שונים בתרבויות שונות, אך סעיפים אחרים, העוסקים בזכות הילד להשפיע על גורלו, או ההנחה הסמויה באמנה שאין התנגשות בין תרבות מקומית לבין זכויות-יסוד של ילדים מלמדים על חשיבה מערבית, המוסויות בעדינות (או שמא באדנות?) על-ידי מנסחי האמנה. הסעיפים העוסקים בחינוך מעמידים סטנדרט נמוך בהשוואה לנהוג במדינות המערב בכל הנוגע בלימוד-חובה, ומצביעים על מצב שהוא מעין פשרה דמיונית בין הסטנדרט במדינות הנחשבות מפותחות לבין אלה שאינן כאלה.

בישראל הוקמה בשנת 1997 ועדה של משרד המשפטים בראשות השופטת סביונה רוטלוי,³⁴ שהציעה הצעות ליישום סעיפי האמנה במשפט הישראלי, בהיות שיטת המשפט הישראלית שיטה דואלית,³⁵ המחייבת חקיקה מדינתית לשם הפיכת אמנה מאושררת לחלק מהדין המקומי. גם השפעתה של ועדה זו תידון בהמשך המאמר הנוכחי, לאחר הצגת החוק, שחוקק תוך כדי פעולתה.

פרק ב: חוק זכויות התלמיד – הרקע לו, סעיפיו ותחולתו

הנדבך החקיקתי האחרון ואולי החשוב והיישומי ביותר בהטמעת האמנה הבין-לאומית במשפט הישראלי הוא חוק זכויות התלמיד.³⁶ חקיקתו בשנת 2000, כיוזמה וכמבצע-יחיד כמעט של חברת-הכנסת סילבן שלום, הייתה בבחינת מהפכה, שכן במסגרת חוקי

32 ס' 6, 2, 3 ו-12, בהתאמה, לאמנה הבין-לאומית, לעיל ה"ש 30.

33 באופן משעשע-משהו, שתי המדינות היחידות שלא הצטרפו הן ארצות-הברית וסומליה.

34 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח הוועדה – חלק כללי** (2003) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/658D27AD-F09E-4E67-A7F6-29971ADB0BF/0/DOH_HAVEADA_11.pdf

35 קיימות בעיקרון שתי שיטות ליישום אמנות של המשפט הבין-לאומי ההסכמי למשפט המדינתי: שיטה מוניסטית, שבה אשרור האמנה הופך אותה מייד לחלק מהמשפט המדינתי; ושיטה דואלית, שבה יש צורך בחקיקה מקומית שתיישם את עקרונותיה או סעיפיה של החקיקה הבין-לאומית.

36 חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ס"ח 1761 (להלן: החוק).

החינוך הכלליים העיקריים³⁷ אין כל עיסוק בזכות לחינוך או בזכויותיהם של תלמידים ותלמידות ככאלה. הלשון באותם חוקים – אף אם משתמעות ממנה זכויות כגון לימוד חינוך, בניית בתי-ספר וכדומה – היא לשון של ציווי על האזרח ולשון נפעל על המדינה. במשך השנים קיבלו זכויות אלה דמות בזכות הפסיקה, אך המחוקק לא מיהר למסד אותן ככאלה עד לחקיקת חוק זכויות התלמיד. אומנם, בחוק החינוך המיוחד,³⁸ שקדם לחוק זכויות התלמיד, יש התייחסות פוזיטיבית לזכויות, אך החוק עוסק בפלח אוכלוסייה מוגדר ומצומצם יחסית.

הצעת חוק זכויות התלמיד המקורית הרחיקה לכת בחידושים מפליגים. בלשון ציורית ודרמטית, במובן החיובי, הצהירה ההצעה כי הזכות לחינוך מושתתת "על ההכרה בעקרון השוויון ועל ההכרה בזכותם של אנשים צעירים לכיבוד דעת, לשלמות הגוף [ל]צנעת הפרט",³⁹ וקבעה כי "זכותו של כל ילד במדינת ישראל לקבל השכלה בסיסית, ולרכוש את אותן מיומנויות וחוברות, שיאפשרו לו לספק את צרכיו בעתיד ולהיות אזרח עצמאי".⁴⁰ השפה החגיגית הושפעה כנראה מחקיקה מעודכנת שהתפתחה באותה תקופה במדינות שונות בנושא של ילדים וצעירים (children and young people/persons) כקבוצה מובחנת המחייבת התעסקות של המדינה ושל המחוקק בזכויותיה, בעולמה התרבותי ובצרכיה.⁴¹ בהמשך הצעת החוק יש פירוט רב לגבי זכות הגישה ללימודים ולבחירות,⁴² ולגבי חופש הביטוי וחופש ההתארגנות,⁴³ וכן הגנה מקיפה ומפורטת מפני צורות ענישה, תוך פירוט פוזיטיבי של הענישה המותרת.⁴⁴ חידוש חשוב נוסף בהצעת החוק טמון בהקמת מועצה לזכויות התלמיד – גוף מרשים, מתוקצב ורב סמכויות⁴⁵ שיופקד, על-פי ההצעה, על קידום החוק ומינוי בעלי תפקידים רלוונטיים. לבסוף, ההצעה מבקשת למסד סל מתוקצב של שירותי חינוך לתלמיד.⁴⁶

37 חוקים כגון חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969, ס"ח 180; חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137; חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ס"ח 287.

38 חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, ס"ח 114.

39 ס' 1 להצעת חוק זכויות התלמיד, התש"ס-1999, ה"ח 732 מ', www.knesset.gov.il/privatelaw/data/15/1039.rtf.

40 שם, ס' 4.

41 ראו John, לעיל ה"ש 7. ראו גם חקיקה חרישה יחסית בנושא ילדים וצעירים באוסטרליה – Children and Young Persons Act 2008 (Austl.); ובבריטניה – Children and Young Persons Act, 2008, c. 23 (U.K.).

42 ראו הצעת חוק זכויות התלמיד, לעיל ה"ש 39, ס' 11–13.

43 שם, ס' 9–10 וס' 25–27.

44 שם, ס' 16–25.

45 שם, ס' 7 וס' 28–32.

46 הצעה שמשדר האוצר הצליח לגנוז כל פעם מחדש. הניסיון האחרון (שנכשל) היה במסגרת המלצותיה של ועדת דברת, ובימים אלה ממש נעשה ניסיון נוסף של תנועת "הכל חינוך" להביא לידי חקיקתו של חוק חינוך ציבורי. ראו בעניין זה דן גבתון "חינוך כדין: היבטים משפטיים ומשמעויות משפטיות" לקראת מהפכה חינוכית? 129 (דן ענבר עורך, 2006), וכן הצעת חוק אחריות המדינה לחינוך ציבורי, התשע"א-2011, פ/3507/18, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3507.rtf.

טבלה 1 להלן מציגה את השינויים, ההתפתחויות וההבדלים שהתהוו מהאמנה שאותה אשררה ישראל, דרך הצעת חוק זכויות התלמיד וכלה בחוק שהתקבל בסופו של דבר.

טבלה 1 : האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, הצעת חוק זכויות התלמיד וחוק זכויות תלמיד – השוואה וניתוח של מרכיבים עיקריים

נושא	האמנה	הצעת החוק	החוק	הערות
עקרון השוויון / העדר הפליה (2' ס)	מקיף ביותר (2' ס)	לא כולל מגדר, אך כולל דת	לא כולל דת, מגדר או מוצא אתני (5' ס)	חֶסֶר משמעותי
עקרון ההשתתפות (12' ס)	כללי, אך מודגש וחשוב	מקיף למדי, כולל ביטוי והתארגנות (25, 9' ס)	ברמה קבוצתית בלבד (13' ס)	חֶסֶר משמעותי
נגישות והזכות לחינוך (28' ס)	ברמה בין-לאומית ממוצעת	מקיף	מצומצם, אך במעט (5, 3, 1' ס)	סביר מאוד והתקדמות גדולה
מי מופקד?	המדינות החברות	מועצת זכויות – גוף סטטוטורי מתוקצב (32–28, 7' ס)	בית-הספר ומשרד החינוך	יש מה לשפר
כללי משמעת (28' ס)	הולם את כבוד הילד ובהתאם לאמנה	מפורט מאוד (24–18' ס)	דגש בהגנה (11–10' ס), עם החמרה ואיזון בשנת תשס"ט (8–6' ס)	סביר

כעולה מטבלה 1, רבים מן המאפיינים המבטיחים שנכללו בהצעת החוק אבדו או צומצמו בתהליך החקיקה הסופי. אולם גם בגרסה "רוזה" זו החוק מציע חידושים חשובים, שניתן לחלקם לשלושה חלקים. החידוש הראשון הוא בעצם יצירתה של מסגרת נורמטיבית שלמה וחגיגית לזכויות של תלמידים ותלמידות במערכת החינוך, תוך ניסיון לטפל באוכלוסייה זו באופן כוללני ומקיף. בהעדר מגילות זכויות רבות אחרות בדין הישראלי, זהו חידוש משמעותי. החידוש השני הוא בקביעת זכויות שטרם הוכרו בחקיקה במשפט הישראלי. החידוש השלישי הוא בשדרוג ובחזוק של הֶסְדְרִים משפטיים מחקיקת-משנה או מהפסיקה למעלת חקיקה ראשית – דבר המגביר את הנראות שלהם, את הדיון הציבורי בהם ואת העוצמה הנורמטיבית הנובעת מבכירותה של החקיקה ומהקושי היחסי לשנותה.⁴⁷ כעת אציג בפירוט ובאופן ביקורתי את סעיפי החוק השונים.

47 לעניין חשיבותה של החקיקה ראו דן גבתון "לחיות על פי עקרונות או לחנך לקראתם? מקום

סעיפים 1 ו-3 מגדירים – לראשונה באופן מפורש בחוקי ישראל – את הזכות לחינוך של כל ילד/ה ונער/ה על-פי כל דין, וקושרים את החוק לאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד שישראל אשררה.⁴⁸

1. "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות לזכויות התלמיד ברוח כבוד האדם ועקרונות אמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד, תוך שמירה על כבוד התלמיד, עובד ההוראה וצוות המוסד החינוכי ועל ייחודם של מוסדות החינוך לסוגיהם השונים כמוגדר בחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, בחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, בחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, ובכל דין אחר, ולעודד יצירת אקלים של כבוד הדדי בקהילת מוסד החינוך.

...

3. כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין."

עם זאת, כבר בסעיף 1 מופיעה מגבלה, בדמות ההתחייבות לשמור על "ייחודם של מוסדות החינוך לסוגיהם...", שמרמזת על פשרה עם החינוך הממלכתי-הדתי ועם החינוך החרדי, ואשר משמעותה תוצג בהמשך. סעיף 3 מגדיר את הזכות לחינוך, ומחיל אותה על כל "ילד ונער" – צירוף שפירושו, לפי חוק לימוד חובה, הוא טווח הגילים המסתיים בגיל שמונה-עשרה. סעיף 4 כמו-גם סעיף 21 מחייבים את פרסומו של החוק בקרב התלמידים והוריהם. הוראות אלה מצביעות על הצורך בחינוך לזכויות ובהעצמת התלמידים והתלמידות והוריהם באמצעות יידועם בדבר זכויותיהם.

4. (א) הוראות חוק זה יובאו לידיעת התלמידים והוריהם בראשית כל שנת לימודים, כפי שיקבע השר באישור הועדה.
(ב) הוראות המנהל הכללי למנהלי מוסדות החינוך וכן כל ההוראות הניתנות על ידי מנהלי מוסדות החינוך, בדבר זכויות וחובות תלמידים ובכלל זה הכללים בדבר שמירה על כבוד הדדי בקהילת מוסד החינוך, וכללי המשמעת, לרבות לענין מניעת אלימות והטיפול בה, יפורסמו

המשפט ברפורמות חינוכיות כמכשיר לקידום הוגנות: ניתוח שלושה מקרים" האם המשפט חשוב? 355 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2011).

48 קצרה היריעה במאמר הנוכחי מלקיים דיון מקיף בסוגיית הזכות לחינוך, ובעיקר בהיבטי השוויון הגלומים בה. הנושא זכה בשנים האחרונות בהתייחסות רחבה בספרות המשפטית. ראו גבתון, שם. כן ראו תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית-הליכה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008" משפט וממשל יב 281 (2009); לטם פרי-חזן "הרגולציה של החינוך החרדי בישראל: פוליטיקה, משפט ומה שביניהם" רגולציה בחינוך (שם זמני) (יוסי יונה עורך, עומד להתפרסם). ראו גם רבין, לעיל ה"ש 20.

ויובאו לידיעת התלמידים והוריהם בדרך שיקבע השר, באישור הועדה.

21. הוראות חוק זה יובאו לראשונה לידיעת התלמידים והוריהם כאמור בסעיף 4 בתוך 45 ימים מיום פרסומו של חוק זה אף אם לא קבע השר תקנות לפי סעיף 4; לא קבע השר כאמור, יובאו הוראות חוק זה לידיעת התלמידים והוריהם על ידי מנהלי מוסדות החינוך.

אכן, כבר בשנת 2002 פורסמו תקנות המפרטות את החובה לפרסום כזה.⁴⁹ סעיפים 5 ו-9 הם חידושים חשובים בחוק.

5" (א) רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של ארץ מוצא, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו, בכל אחד מאלה:

- (1) רישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך;
 - (2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך;
 - (3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך;
 - (4) זכויות וחובות תלמידים לרבות כללי המשמעת והפעלתם.
- (ב) העובר על הוראות סעיף זה, דינו – מאסר שנה או קנס, כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

סעיף 5 אוסר הפליה מארבע סיבות (השתייכות עדתית, ארץ מוצא, רקע חברתי-כלכלי והשקפה פוליטית – כולם בין של התלמיד או התלמידה ובין של הוריהם) ובארבעה תחומים (רישום וקבלה למוסד חינוך או הרחקה ממנו; קביעת תוכניות לימודים ומסלולי קידום; חלוקה לכיתות; וזכויות וחובות של תלמידים, לרבות כללי משמעת), וקובע ענישה פלילית בגין הפליות אלה (מאסר שנה או קנס). אף שאיסורי הפליה קיימים בחוקים רבים,⁵⁰ וכמובן בפסיקה המדגישה חזור והדגש את עקרון השוויון בענייני חינוך,⁵¹ יש חשיבות לריכוז האמור בסעיף 5, קרי, להתייחסות

49 תקנות זכויות התלמיד (פרסום הוראות והרחקת תלמידים), התשס"ב-2002, ק"ת התשס"ב 6184.
50 הדוגמה הרלוונטית ביותר בענייני חינוך היא אולי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 1765.
51 מבין מגוון הפסיקות על-אודות חשיבותו של השוויון בחינוך כזכות-יסוד, הנה שתיים מאפיינות ומכוננות:

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 27.2.2006):

"הפגיעה בשוויון קשה היא תמיד. היא קשה שבעתיים שעה שהיא פוגעת בזכות לחינוך. אכן, הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפטנו, זכות המוקנית לכל אדם. זוהי אחת מזכויותיו

הספציפיות של המחוקק להפליה בתחום החינוך ולהתייחסותו הספציפית עוד יותר לשורה של מצבים אופייניים לחיי בית-הספר, אשר חלקם – כגון אלה הנוגעים בקבלה לתוכניות או בהפרדת בנים ובנות הנהוגה בחלק מהחינוך הממלכתי-הדתי – אינם נתפסים בהכרח כהפליה בקרב קבוצות שונות באוכלוסייה, ואולי אף בקרב חלק מאנשי

הבסיסיות של האדם' (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002)). לזכות לחינוך ביטויים רבים בחוקות של מדינות דמוקרטיות, ובאמנות בינלאומיות. בצדק צויין כי 'החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימוש העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה... 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' (השופט ת' אור בבג"ץ 1554/95 עמותת 'שוחרי גילית' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 24 (1996)). הזכות לחינוך אינה מצטמצמת לזכותו של הפרט לבחור בחינוך אשר יבקש. היא כוללת לעתים גם את חובתה של המדינה לאפשר לפרט – לכל פרט – לקבל חינוך בסיסי באופן שוויוני (ראו והשוו: בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר-יעקב, פ"ד לב(2) 265, 253 (1978)). כבר נאמר כי 'הזכות לחינוך היא זכות בסיסית המוכרת במדינות העולם ובישראל. ההכרה בה באה לידי ביטוי עוד בשחר הקמתה של המדינה בהכרזה על הקמת המדינה ובחוקי החינוך הראשונים שנחקקו בסמוך לאחר קום המדינה. בצד הזכות לחינוך וכפן האחר שלה, מוטלת חובת לימוד על כל ילד בישראל. חובה זו מוטלת על הפרט, ובצידה מוטלת חובה על הרשות הציבורית לספק חינוך, ולתתו לכלל הציבור חינוך' (ראו: השופט א' פרוקצ'יה בבג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך (לא פורסם, 10.9.2003); ראו גם: חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, פ"ד נ(2) 3 (1996); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (לא פורסם, 18.07.2005); ראו בהרחבה יורם רבין הזכות לחינוך 65 (2002)). ביטוי נוסף למעמדה הרם של זכות יסוד זו מצוי בחזקה פרשנית, לפיה יש לפרש את החוק באופן המקיים את הזכות לחינוך על פני פירוש השולל אותה (בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, נח(2) 270 (2003)).

ראו גם את דבריו של השופט חשין בפס' 31 בבג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, נט(3) 873 (2004):

"... משרד החינוך, כמוהו ככל רשות שילטון, אסור הוא להעדיף לטובה מיגזר מסוים על-פני מיגזרים אחרים ללא הצדק מהותי העומד במיבחני המשפט הציבורי. ואם חושש הוא משרד החינוך כי ניהול התקציב בשוויון יטיל עליו נטל תקציב העלול להביא לשיבוש מסקנות דו"ח שושני, יכול הוא שלא להעניק אותו מענק שנתכוון להעניק והעלול לשבש את המערכת. ואולם, משעה שהחליט המשרד להכיר במיגזר פלוני כ'מיגזר מיוחד', ולהעניק לפעילות פלונית של אותו מיגזר תוספת תקציב, חייב הוא לנהוג בשוויון בין כל בתי-הספר המקיימים אותם תנאים מוקדמים המזכים בכרטיס כניסה למחנהו של אותו מיגזר."

החינוך ומנשות החינוך. בכך החוק קובע גבולות חדשים, ומשמש גם גורם מחנך המצביע על סוגים סמויים או מוכרים פחות של הפליה והדרה, ועל כך ניתן בהחלט לברך. מאפיינים חשובים נוספים הם תחולתו הרחבה של הסעיף – לא רק על בתי-ספר, כי אם על כל "מוסד חינוך מוכר", שזו כמעט הקטגוריה הרחבה ביותר של מוסדות חינוך הקיימת בחקיקה הישראלית – וכן ההטלה של חבות פלילית (ולא רק מנהלית) על מי שיפר את הסעיף.

אולם הסעיף מוגבל ברשימת טעמי ההפליה שבו. חסרות בו במיוחד הפליה מטעמי מגדר והפליה מטעמי דת. לאחרונה ממש נוסף איסור הפליה בדמות "ארץ מוצא". מחד גיסא, איסור זה חשוב ורצוי, במיוחד לנוכח תופעות של הפליית עולים חדשים. אולם מאידך גיסא, התוספת מבליטה, לצערנו, את העדר ההתייחסות של המחוקק לכך שיש בישראל קבוצות אתניות גדולות, ובראשן כמובן המיעוט הערבי-הפלסטיני הישראלי, הסובלות מקיפוח מתמשך בתחום החינוך. ניתן לשער שהסייג בדבר שמירת אופיים של מוסדות חינוך, המופיע בסעיף 1, הוא הסיבה להעדר חלק מטעמי הפליה חשובים אלה, באשר הם עלולים להיראות בעייתיים בעיני החינוך הממלכתי-הדתי ובמיוחד בעיני החינוך החרדי. את העדר הציון המפורש של הפליה על בסיס אתני קשה להסביר. לנוכח טעמי ההפליה המפורטים בסעיף 2 המקיף של האמנה הבינ-לאומית,⁵² ואף בהצעת החוק, צמצום זה צורם במיוחד.

סעיף 9 מחדש כאמור חידוש חשוב בתחום מימושה של הזכות לחינוך – הבטחת זכות הגישה לבחינות-הבגרות.

9. כל תלמיד זכאי להיבחן בבחינת בגרות ממשלתית המתקיימת במוסד החינוך שבו הוא לומד אלא אם כן לא עמד התלמיד בתנאים שקבע השר בהתייעצות עם הועדה."

זכות הגישה לבחינות משלימה את איסור ההפליה בקבלה למסלולי לימוד, המופיע בסעיף 5(א)(2), ואת איסור ההפליה בקבלה בכלל, כאמור בסעיף 5(א)(1). תהליכי הסללה הם דרך מתוחכמת ומוכרת היטב במחקר לפגיעה באוכלוסיות חלשות באצטלה של הזדמנות שווה,⁵³ ולמשפט יש בהחלט מקום במאבק נגד תהליכים אלה. משרדי החינוך לדורותיהם לא אהבו – בלשון המעטה – את המגבלה הזו שכפה עליהם סעיף 9,

52 ס' 2 לאמנה הבינ-לאומית, לעיל ה"ש 30, מפרט: "המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שיפוטם, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני, או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, ובין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי." ס' 6 להצעת חוק זכויות התלמיד, לעיל ה"ש 39, מונה טעמי הפליה אסורים של מוצא, דת, רקע כלכלי או חברתי ואזור מגורים, אך אינו מציין מגדר.

53 ראו גבתון, לעיל ה"ש 47.

אך בעקבות עתירה של המועצה לשלום הילד⁵⁴ הותקנו תקנות להפעלתו.⁵⁵ סעיף 9 מביא עימו חידוש משמעותי, ומהווה לדעתי – יחד עם סעיף 5, כאמור – את עיקר החידוש בחלק הספציפי של החוק הנוכחי. הסעיף מטיל חובה מותנית (בתקנות) לקיים את הזכות להיבחן בבחינות-בגרות, אשר היוו מקור מרכזי להפליה ולהדרה במערכת החינוך שלנו לפני חקיקת החוק.⁵⁶

סעיפים 6 עד 8 עוסקים בהרחקת תלמידים ממוסדות חינוך, וחידושם טמון בעיקר בשדרוג של חקיקת-משנה ופסיקה⁵⁷ למעלת חקיקה ראשית, כאמור. הכללים הוחמרו בתיקון מתשס"ט, בין היתר בעקבות ביקורת כלפי החוק, שתידון להלן.

6" (א) החלטה בדבר הרחקת תלמיד ממוסד חינוך לצמיתות והעברתו למוסד אחר תינתן רק לאחר שניתנה לתלמיד ולהוריו הזדמנות להשמיע את טענותיהם; לענין סעיף זה, יראו מתן הזדמנות לתלמיד ולהוריו להשמיע את טענותיהם, אם הוזמנו פעמיים כדין ולא הופיעו; השר באישור הועדה יתקין תקנות לענין זה.

(ב) החלטה לפי סעיף קטן (א) תהיה בכתב ומנומקת.

(ג) מיד לאחר קבלת החלטה לפי סעיף קטן (א) יודיע מנהל מוסד החינוך להורי התלמיד ולתלמיד כי הם רשאים לערוך על ההחלטה בכתב, לפני ועדת שימוע שהוקמה כאמור בסעיף 7, בתוך 14 ימים מיום שהומצאה להם ההודעה ואם היתה ההחלטה להרחיק את התלמיד לאלתר לפי סעיף קטן (ד)(2) – בתוך עשרה ימים מיום שהומצאה להם ההודעה על ההחלטה בדבר הרחקה לאלתר; להודעה תצורף ההחלטה.

(ד) (1) לא יורחק תלמיד, כאמור בסעיף קטן (א), עד להגשת ערר; הוגש ערר, לא יורחק תלמיד אלא לאחר קבלת ההחלטה בערר.

(2) על אף הוראות פסקה (1), מנהל מוסד החינוך, באישור מפקח המחוז, ובאין מפקח מחוז – באישור המפקח הכולל, רשאי להרחיק תלמיד, כאמור בסעיף קטן (א), לאלתר; הוראות פסקה זו לא יחולו על הרחקה לצמיתות בשל הישגים לימודיים כמשמעותה בסעיף 12 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949.

54 בג"ץ 1073/02 המועצה לשלום הילד נ' שרת החינוך (לא פורסם, 31.7.2002). יש לציין כי העתירה אוימנם נמשכה בסופו של דבר על-ידי העותרים, אך הדבר אינו גורע מן העובדה שהתקיים דיון טרום-עתירתי חשוב ומהותי.

55 תקנות זכויות התלמיד (תנאים לבחינות הבגרות), התשס"ב-2002, ק"ת 6184.

56 ראו בעניין זה אברהם יוגב "צמצום פערים חברתיים בחינוך בעידן הפוסטמודרני" **תמורות בחינוך: קווים למדיניות החינוך בישראל לשנות האלפיים** 23 (יובל דרור, דוד נבו ורנה שפירא עורכים, 2003).

57 ראו, למשל, ה"פ (מחוזי ת"א) 1357/95 **מסילתי נ' משרד החינוך**, פ"מ התשנ"ו(1) 458 (1995).

- (3) מנהל מוסד חינוך שהרחיק תלמיד לאלתר לפי פסקה (2) יודיע על כך, מיד עם ההרחקה כאמור, למי שהשר הסמיכו לעניין זה מבין עובדי משרדו.
- (ה) השר יקבע את הוראות לעניין הסדרים והמועדים להגשת הערר, וכן לדיון ולהחלטה בו.
- (ו) השר ימסור לוועדה, מדי שנה, לא יאוחר מא' בחשוון, דיווח על ההרחקות שנעשו לפי סעיף זה בשנת הלימודים שקדמה למועד הדיווח.

ועדת שימוע (תיקון התשס"ט)

7. (א) בכל מחוז תוקם ועדת שימוע וזה הרכבה:

- (1) מנהל המחוז אשר במחוזו מצוי מוסד החינוך, והוא יהיה היושב ראש;
 - (2) נציג הארגון שאליו משתייכים רוב המורים במוסד החינוך, כפי שיקבע הארגון;
 - (3) נציג ארגון הורים ארצי מתוך רשימה שיקבע הארגון; אלא אם כן ביקש התלמיד או הוריו כי לא ישתתף בדיון;
 - (4) ראש מועצת תלמידים מחוזית או סגנו, אלא אם כן ביקש התלמיד או הוריו כי לא ישתתף בדיון.
- (ב) ההחלטה בערר תינתן על ידי מנהל המחוז לאחר ששמע את הורי התלמיד ואת התלמיד, אם רצו בכך, ולאחר שמנהל המחוז שמע את מפקח המחוז או את המפקח הכולל, האחראים על מוסד החינוך, או את מנהל מוסד החינוך, או מי מטעמם, וכן את דעות הנציגים שהוזמנו כדין לדיון בוועדה.
- (ג) ההחלטה בערר תהיה בכתב ומנומקת.
- (ד) נמנע ממנהל המחוז לקיים את תפקידו על פי סעיף זה ימלא את תפקידו מי שמכהן כמפקח המחוז או כמפקח על החינוך הדתי במחוז, ומוקנות לו לשם כך, סמכויות מנהל המחוז לפי סעיף זה.

עתירה

8. על ההחלטה בערר ניתן לעתור לפני בית המשפט לענינים מינהליים.

הסעיפים עברו גלגולים לא-מעטים מאז נחקקו, שהאחרון מביניהם אירע בשנת תשס"ט,⁵⁸ ובהתאם הותקנו תקנות⁵⁹ ופורסמו חוזרי מנכ"ל,⁶⁰ אשר עודכנו מדי פעם.

58 ס"ח 2206, התשס"ט 300; ה"ח ממשלה 441, התשס"ט 744.

59 ראו לעיל ה"ש 55.

60 חזור מנכ"ל משרד החינוך, פרק 2 "אורחות חיים במוסדות חינוך", תת-פרק 2.4 "משמעת", סעיף 2.4-8 "נוהל הרחקה לצמיחות של תלמיד ממוסד חינוך והעברתו למוסד חינוך אחר",

קצרה היריעה מלנתח את כל השינויים שנעשו בסעיפים 6 עד 8, וכן את התקנות והחוזרים שהוצאו בעקבותיהם, אך ראוי להעיר הערה חשובה בהקשר זה. אף שהסעיפים הם חלק ממגילת הזכויות של התלמידים והתלמידות, חלק זה תפח לטעמי ללא פרופורציה לתפקיד המקורי של החוק ולכותרתו, ונהפך במידה מסוימת מחוק זכויות לחוק זכויות וחובות. אין זה מקובל לחבר באותה חקיקה זכויות עם חובות של ציבורים שונים, ולדעתי יש בכך טעם לפגם והיענות מיותרת ללחצים ולאמונה העממית לגבי תרומתו השלילית של חוק זכויות התלמיד לאי-סדר בבתי-ספר – אמונה שתופרך, לפחות מבחינת ניתוח הפסיקה, במחקר הנוכחי. אין לי כל הערה לגבי הצורך באיזון כזה ברמה הקונסטטואלית או ברמה התוכנית, אך לדעתי אין מקום לעשותו בתוככי אותו חוק עצמו. ההצדקה לפירוט הרב ולהחמרה בסעיפים 6 עד 8 טמונה אולי בקונפליקט שתואר בין הזכות לחינוך של הקבוצה לבין הזכות לחינוך של תלמידים יחידים שהתנהגותם עלולה לפגוע במימוש הזכות לחינוך של היתר – קונפליקט שאינו פתיר ממש, ומחייב איזון תמידי. עמדת המאמר הנוכחי היא שחוקי זכויות צריכים להיות נפרדים ומובחנים גם כדי לתת לזכויות מעמד מיוחד וגם כדי שיהיה אפשר להגן עליהן. במיוחד צורמת העובדה שלחוק זכויות התלמיד נוסף פירוט של דרכי ההרחקה, כולל הרחקה לאלתר ולצמיתות. עמדת המאמר הנוכחי היא שאין זה מתפקידו של חוק זכויות להסדיר חובות וכללי התנהגות, ואין באמירה זו משום הבעת עמדה לגבי הצורך במשמעת או בכללי התנהגות כלשהם.

עיסוק-היתר בשאלת ההרחקה לאלתר ולצמיתות מטריד למדי. הרחקה לצמיתות מבית-הספר מעלה שאלות בנוגע לקיומה של הזכות לחינוך ולהגנה עליה. גם כאשר מוטלת חובה על הרשות המקומית ועל בית-הספר למצוא מוסד חלופי, אנו יודעים מהמחקר האמפירי שתהליך כזה פוגע באופן משמעותי בזכות לחינוך של התלמיד או התלמידה המורחקים.⁶¹ עצם המעבר, בתוספת העובדה שהמורחקים והמורחקות מועברים על-פירוב לבתי-ספר ברמה נמוכה יותר, גורמים להם נזק. אין פירוש הדבר שיש לשלול את החלופה הזו, אבל יש להשתמש בה באופן מידתי ובמקרי-קיצון בלבד, ורק לאחר מיצוי כל חלופה אחרת. מובן שעמדה כזו שוללת את האפשרות להרחקה לאלתר ולצמיתות, שכן אי-אפשר להצדיק הרחקה כזו על רקע של הגנה על מישור, שהרי הרחקה זמנית תספיק לשם כך ותשיג אותה תכלית. נוסף על כך, מאחר שהמורחקים והמורחקות שייכים לעיתים קרובות למיעוטים מודרים או למשפחות מוחלשות מבחינה חברתית-כלכלית, יכולתה של המשפחה לטפל בחינוך הילדים בתקופת-הביניים ולשמור על זכויות ילדיהם – מוגבלת יחסית.⁶² באנגליה, למשל, הוקמו יחידות מעבר מיוחדות (PRU – Pupil Referral Unit) המופקדות על הליכים אלה, כדי למנוע נטישה של המורחקים והמורחקות. גם הליכי הערר המפורטים בחוק ובתקנות

cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/2/2-4/HoraotKeva/
K-2011-8a-1-2-4-8.htm

61 HARRIS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 48–66.

62 שם, בעמ' 193–194.

עלולים להיות בעייתיים, מאחר שהם נעשים במערכת שהיא לעיתים קרובות הבעלים של בית-הספר והמעסיקה של המורים והמורות. באנגליה, לעומת זאת, ועדות הערר הן בלתי-תלויות לחלוטין,⁶³ ומערכת שיפוטית-טריבונלית סטוטורית עצמאית (Local Government Ombudsman) מפקחת על ההליכים. הרחקה לאלתר ולצמיתות היא בעיניי סוג של ענישה, ולא פעולת מניעה, ובכל מקרה אין מקום למסדה בחוק זכויות התלמיד, אלא לכל-היותר במקום אחר.

סעיפים 10 ו-11 עניינם בענישת תלמידים, ואפשר לומר שהם הולכים יד ביד עם סעיף 28 בלאמנה הבין-לאומית.⁶⁴

10. כל תלמיד זכאי לכך שהמשמעת במוסד החינוך תונהג באופן ההולם את כבוד האדם ובכלל זה הוא זכאי שלא יינקטו כלפיו אמצעי משמעת גופניים או משפילים.

11. מוסד חינוך לא ינקוט אמצעי ענישה נגד תלמיד בשל מעשה או מחדל של הוריו.

למעט ההסתייגות שהובאה לגבי הרחקה לאלתר ולצמיתות, אשר סותרת לדעתי את המגמה של הימנעות מענישה משפילה, באופן כללי ישראל היא מדינה מתקדמת יחסית במאבק המתמשך נגד ענישה גופנית (corporal punishment). באנגליה נשללה ענישה זו רק באמצע שנות השמונים,⁶⁵ ובארצות-הברית היא מותרת עדיין מבחינה משפטית – אף אם לא מופעלת בהכרח למעשה – בכמחצית המדינות.⁶⁶ עם זאת, בארצות-הברית מתקיים דיון ערני ביותר בפסיקה – וכתוצאה ממנו גם נעשית חקיקה מדינתית ענפה – בסוגיות של ענישה משפילה והליך הוגן. בתי-המשפט דנו ארוכות בשאלות של תסרוקות של תלמידים,⁶⁷ תלבושת אחידה,⁶⁸ פגיעה בציונים על בסיס משמעתי,⁶⁹ החזקה והפעלה של טלפון סלולרי⁷⁰ וכיוצא בהן. נוסף על כך עסקה הפסיקה בנושא של חיפוש ותפיסה (search and seizure), שעניינו פחות בענישה ויותר בהליך משמעתי הוגן – נושא שנעשה רלוונטי יותר ויותר גם בישראל בהקשר של החזקת כלי נשק, סמים

63 Schools Standards and Frameworks Act, 1998, c. 31, § 18 (U.K.); Education (Pupil Exclusions and Appeals) (Maintained Schools) (England) Regulations, 2002, SI 2002/3178 (U.K.); Education and Inspections Act, 2006, c. 40, §§ 101–109 (U.K.).

64 "המדינות החברות ינקטו אמצעים נאותים להבטיח כי המשמעת בבתי הספר תונהג באופן ההולם את כבוד הילד, ובהתאם לאמנה זו."

65 HARRIS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 335–338, 457.

66 MICHAEL IMBER & TYLL VAN GEEL, EDUCATION LAW 220–228 (4th ed. 2010).

67 Barber v. Colorado Independent School District, 445 F.2d 932 (1995).

68 Wallace v. Ford, 346 F. Supp. 156 (1972).

69 South Gibson School Board v. Sollman, 768 N.E.2d 437 (2002).

70 Price v. New York City Board of Education, 837 N.Y.S. 507 (2007).

ועוד.⁷¹ בישראל טרם ירדו בתי-המשפט לרמת הבחנה כה מפורטת בעניינים אלה, והמשימה עוד לפנייהם ליצור תקדימים בבחינת case law שימלאו את סעיפים 10 ו-11 בתוכן ממשי שינחה את בתי-הספר. סעיף 13 מעודד את הקמתה של מועצת תלמידים:

13. (א) מוסד חינוך יעודד הקמת מועצת תלמידים ולא יעשה כל פעולה למנוע את הקמתה; מסגרת פעילותה תיקבע בהוראות המנהל הכללי בהתייעצות עם מועצת התלמידים והנוער.
(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על גן ילדים כמשמעותו בחוק לימוד חובה, התש"ט-1949.

ברם, חידושו של הסעיף מבליט דווקא את החיסרון הטמון בכך שהחוק אינו מחייב כלל לקבל את הסכמתם או לפחות לשמוע את דעתם של תלמידים ותלמידות יחידים בעניינים הנוגעים בהם – מרכיב מרכזי בזכות לחינוך כיום⁷² ואחד מארבעת עקרונות-היסוד של האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד.⁷³ חסרה כאן התייחסות לחופש הביטוי של תלמידים גם ברמה הציבורית, כחלק מתפקידו של בית-הספר ביישומן של הזכויות בחינוך והזכויות באמצעות החינוך, דהיינו, "אימוץ" הילדים והילדות לקראת מימוש זכויותיהם כבוגרים בחברה דמוקרטית. המשפט האמריקאי עסק רבות בחופש הביטוי של תלמידים. ידוע במיוחד פסק-הדין המכונן בעניין Tinker,⁷⁴ שבו נקבע, כבר בסוף שנות השישים של המאה העשרים, העיקרון החשוב שלפיו זכויות אזרח אינן משהו

71 New Jersey v. T.L.O., 469 U.S. 325 (1985).

72 ראו בעניין זה HARRIS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 49-60.

73 הכוונה לעקרון ההשתתפות, הניצב לצד עקרון ההגנה על החיים, ההישרדות וההתפתחות, עקרון השוויון ועקרון טובת הילד:

"סעיף 12"

א. מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד.

ב. למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים, בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי."

74 Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969). בפרשה ידועה זו מחו אה ואחות בחטיבת-ביניים על מלחמת וייטנם בכך שכרכו על זרועם סרט שחור עם סמלה של תנועת השלום. משנדרשו להסיר את הסרט, עתרו התלמידים עד לבית-המשפט העליון הפדרלי בושינגטון, ועתירתם התקבלה. בית-המשפט הסביר כי אפילו בשיעור יש לתלמידים חופש ביטוי המוגן על-ידי התיקון הראשון לחוקה, בתנאי שהם אינם מפריעים למהלכו התקין של השיעור; לא כל שכן בהפסקה, שהיא זמן של התלמידים שבו יש להם חופש ביטוי כמו למבוגרים. יתר על כן, על בית-הספר להגן על זכותם זו מפני אלימות העלולה לפגוע במתבטאים, ממש כמו חובתה של המשטרה בחיים הציבוריים של מבוגרים המתבטאים ברשות הרבים.

ש"נופל" על תלמידים בהדרגה, אלא יש להכניס בבית-הספר לשימוש בזכויות וגם להכרה במגבלותיהן – נושאים שנידונו מאז בפסקי-דין רבים.⁷⁵ סעיף 14, שעניינו חובת סודיות, אינו מחדש דבר מעבר לאמור בחוקי הגנת הפרטיות ואיסור לשון-הרע.

14. מי שהגיע אליו מידע על תלמיד עקב מילוי תפקיד שהוטל עליו לפי חוק זה, חובה עליו לשמרו בסוד ואינו רשאי לגלותו אלא לצורך ביצוע תפקידו."

סעיף 15, המחייב התקנת תקנות לביצוע, עמד במרכזם של כמה מאבקים עם משרד החינוך שהובילה המועצה לשלום הילד. יש עיכובים בהתקנת התקנות, בין היתר בשל לחצים של ארגוני המורים.⁷⁶ סעיף 16 החשוב עניינו תחולת החוק.

16. (א) הוראות חוק זה יחולו על כל מוסד חינוך רשמי.
(ב) על מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי יחולו הוראות חוק זה למעט סעיפים 6, 7 ו-13, ואולם רשאי השר, באישור הועדה ובהתחשב באופי המוסד להחיל עליו בצו את הוראות הסעיפים האמורים, כולן או חלקן."

סעיף 16(ב) מחיל את סעיפי החוק, למעט אלה שעניינם הרחקה וקיום מועצת תלמידים, גם על מוסדות מוכרים שאינם רשמיים,⁷⁷ ובית-המשפט החיל אף את סעיפי ההרחקה על מוסדות מוכרים שאינם רשמיים,⁷⁸ אך לא על המוסדות הקרויים מוסדות

⁷⁵ Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007).

⁷⁶ ראו לעיל ה"ש 54–55 והטקסט שלידן.

⁷⁷ מוסד חינוך רשמי הוא מוסד חינוך שמוחזק על-ידי המדינה, על-ידי רשות מקומית או על-ידי כמה רשויות מקומיות במשותף (על-פי ההגדרה שבס' 1 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ס"ח 26). מוסד חינוך ממלכתי הוא "מוסד חינוך רשמי שניתן בו חינוך ממלכתי", ואילו חינוך ממלכתי הוא כזה הניתן "מאת המדינה על פי תכנית הלימודים, ללא זיקה לגוף מפלגתי, עדתי או ארגון אחר מחוץ לממשלה, ובפיקוחו של השר" (על-פי ההגדרות שבס' 1 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 131; ההגדרות, בשינויים המחויבים, תקפות גם לחינוך הממלכתי-הדתי). מוסד מוכר שאינו רשמי הוא כל מוסד לא-רשמי "שהשר הכריז עליו, באכרזה שפורסמה ברשומות, שהוא מוסד חינוך מוכר" (ס' 1 לחוק לימוד חובה), והשר "רשאי לקבוע, בתקנות, סדרים ותנאים להכרזת מוסדות לא רשמיים כמוסדות חינוך מוכרים, להנהגת תכנית היסוד בהם, להנהלתם, לפיקוח עליהם ולתמיכת המדינה בתקציביהם, אם השר יחליט על התמיכה ובמידה שיחליט" (ס' 11 לחוק חינוך ממלכתי).

⁷⁸ עת"מ (מחוזי י"ם) 1320/03 אלקסלסי נ' עיריית בית"ר עילית (לא פורסם, 10.3.2004); עת"מ (מחוזי י"ם) 241/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד החינוך התרבות והספורט (לא פורסם, 26.4.2006); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 27.7.2008); עת"מ (מחוזי י"ם) 1211/04 "א" על-ידי אביו "ד" נ' משרד

"פטור"⁷⁹ נקודה אחרונה זו מעלה שאלות חשובות לגבי אחריותה של המדינה למימוש זכויות התלמיד בחקיקה. נושא זה טופל אומנם בפסיקה, אך באופן חלקי ביותר, בעיקר סביב שאלות של הפליה בקבלה וכללי הרחקה, ובכל מקרה לא ביחס למוסדות ה"פטור". עד כה לא טופלו שאלות-יסוד הנוגעות במהות הזכות לחינוך בחינוך מגזרי, באפשרויות הניתנות לתלמידים ולתלמידות במוסדות חינוך מסוימים (בעיקר באלה הקרויים מוסדות "פטור"), ובהפרדה בין טובת הילדים בעיני המדינה כדמוקרטיה ליברלית לבין טובתם על-פי השקפתה של הקבוצה התרבותית, הדתית או האתנית שהוריהם משתייכים אליה. החוק קובע במפורש כי יש להחיל את כלליו, ברובם הגדול, על החינוך המוכר שאינו רשמי, אך לא על מערכת הפטור. עולות כאן שאלות חשובות וקשות לגבי אחריותה של המדינה לילדים במערכות אלה, במיוחד לנוכח העובדה שכולן ממומנות בהיקפים גדולים על-ידי הציבור.⁸⁰ הביקורת כאן אינה על בתי-

החינוך (לא פורסם, 8.12.2004); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך** (טרם פורסם, 17.5.2010).

79 במסלול החינוך ה"מוכר שאינו רשמי" נכללים עשרות אחדות של סוגים ותת-זרמים של בתי-ספר, כגון בתי-ספר של רשויות מקומיות ושל תאגידים, בתי-ספר של רשתות חינוך טכנולוגי או חינוך פרטי, בתי-ספר אקסטרניים, חטיבות עליונות בבתי-ספר תיכוניים עירוניים או מקיפים, בתי-ספר של עמותות החינוך החרדי העצמאי (דוגמת מרכז "מעין החינוך התורני"), בתי-ספר של עמותות מסוימות בחינוך ההתיישבותי, ובתי-ספר פתוחים, דמוקרטיים או אנתרופוסופיים. מוסדות "פטור" הם מוסדות ששר החינוך פטר את תלמידיהם מתחולת חוק לימוד חובה, מכוח סמכותו לפי החוק. לפי נתוניה של "מערכת מידע ניהולי חינוכי" (ממנ"ח), בשנת 2008 למדו במסלול הממלכתי והממלכתי-הדתי 892,528 תלמידים, במסלול המוכר שאינו רשמי למדו 349,083 תלמידים (מתוכם 133,890 תלמידים בניהולם של החינוך הממלכתי והממלכתי-הדתי), ואילו במוסדות "פטור" למדו 42,596 תלמידים. בתי-הספר במסלול הממלכתי והממלכתי-הדתי מקבלים מימון מלא. בתי-הספר המוכרים שאינם רשמיים מקבלים (לפי ס' 11 לחוק חינוך ממלכתי) מימון בשיעור שבין 65% למימון מלא, ואילו מוסדות ה"פטור" מקבלים מימון בשיעור שבין 55% ל-65%. רוב החינוך החרדי שייך למסגרת ה"מוכר שאינו רשמי", ולא למוסדות ה"פטור". לפי ס' 5 לחוק לימוד חובה, הפטור אינו ניתן לבתי-ספר, אלא לתלמידים באופן פרטני:

"(א) השר רשאי להורות, בהוראה שתפורסם ברשומות, כי ההורים של ילדים ושל נערים, וכן הנערים עצמם הלומדים באופן סדיר במוסד חינוך המתואר באותה הוראה, ואינו מוסד חינוך מוכר – יהיו פטורים מן החובות המוטלות עליהם לפי סעיף 4.

(ב) (1) השר רשאי להורות, בהוראה כללית או מיוחדת, כי ההורים ונותן העבודה של ילד או של נער, וכן הנער עצמו, יהיו פטורים מן החובות המוטלות עליהם לפי סעיף 4, אם –

(I) קיימים, לדעת השר, טעמים מיוחדים לכך שהילד או הנער לא ילמד במוסד חינוך מוכר, והילד או הנער מקבל באופן פרטי לימוד שיטתי המניח את דעת השר; או

(II) השר משוכנע שאין הילד או הנער מסוגל ללמוד באופן סדיר במוסד חינוך מוכר;

(2) בהוראה לפי סעיף קטן זה רשאי השר לקבוע כל תנאי וכל סייג הנראים לו.

80 גבתון, לעיל ה"ש 47.

המשפט, אשר מוגבלים כמובן בסוג המקרים הבאים לפנייהם. אך המדינה צריכה לאכוף את חוקיה, באופן פוזיטיבי ופרואקטיבי, ולא רק לחוקק אותם. הנדבך המעין-חקיקתי האחרון בסדר ההתרחשויות של התפתחות זכויות התלמיד – לאחר האמנה הבין-לאומית, הצעת החוק והחוק – הוא דוח ועדת-המשנה לחינוך⁸¹ של "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" (להלן: ועדת רוטלוי, על-שם יושבת-הראש שלה השופטת המחוזית בדימוס סביונה רוטלוי). הוועדה מונתה למעשה על-מנת להציע יישום מלא של האמנה הבין-לאומית במשפט הישראלי, ובתחום החינוך היא הציעה הצעות מרחיקות-לכת לתיקון חוק זכויות התלמיד. אם לסכם את ההצעות בקצרה, ועדת-המשנה והוועדה שאישרה את הצעותיה ביקשו להפוך את הזכות לחינוך לזכות חברתית רחבה, מוגנת ואקטיבית. בין היתר הציעה הוועדה לכלול בחוק זכויות התלמיד הגדרה מפורטת של טובת הילד בבית-הספר ומחויבות עליונה לטובה זו, ברוח האמנה הבין-לאומית; הסדרה של שוויון ההזדמנויות והמשאבים בחינוך הציבורי; קביעת סל שירותים מפורט לתלמיד בדומה לקיים בכמה מדינות אחרות, ובמיוחד באנגליה;⁸² הטלת הגבלות חמורות על תשלומי הורים בחינוך הציבורי כדי לצמצם פערים חברתיים; הגנה מיוחדת על זכויות המיעוט הפלסטיני-הישראלי בחינוך, על-פי מה שקרוי indigenous/first nation – אומה ילידה שיש לשמר את תרבותה; הרחבת הזכויות האזרחיות והפוליטיות של תלמידים ותלמידות בתחום חופש המחשבה, המצפון והביטוי, חופש הדת והזכות לייצוג; והרחבת טעמי ההפליה האסורים ברוח הערותינו במאמר הנוכחי. למעשה, הרחבת אלה הופכות את חוק זכויות התלמיד בגרסתו לפי הוועדה למעין חוק-יסוד לחינוך, רחב ביותר, המאגד בתוכו את עקרונות החינוך הציבורי בישראל כפי שראתה אותם הוועדה. הצעות הוועדה טרם התקבלו, אך המלצה לקבלן כלולה בדוח של כוח המשימה הלאומי לקידום החינוך בישראל (ועדת דברת) משנת 2005,⁸³ והן גם נידונו לעיתים ואוזכרו בפסיקה.⁸⁴

ניתן לסכם חלק זה ולומר, באותה רוח שבה נפתח התת-פרק הנוכחי, שחוק זכויות התלמיד מהווה מענה רציני – גם אם לא מקיף או שלם, ובוודאי לא מושלם – לאשרור האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד על-ידי ישראל. מבין שלושת המרכיבים של תפקידי בית-הספר בסוגיית הזכויות – שהם כזכור הזכות לחינוך, הזכויות בחינוך והזכויות באמצעות החינוך – ניתן לומר כי החוק מטפל במידה משמעותית בשני החלקים הראשונים. הגדרת הזכות לחינוך בדין הישראלי החקוק (סעיף 3) תוך אזכור האמנה (סעיף 1), סעיף איסור ההפליה (סעיף 5) וסעיף הנגישות (סעיף 9) ממסדים לראשונה את הזכות לחינוך ומחזקים את הקיים בחקיקת-המשנה ובפסיקה, אם כי במגבלות ובחסרונות שצוינו ונותחו בפרק הנוכחי במאמר. החוק עוסק גם בזכויות בחינוך

81 בראש ועדת-המשנה עמדה פרופ' אורית איכילוב מאוניברסיטת תל-אביב, והכותב היה אחד מחבריה.

82 Education Act, 1996, c. 56, §§ 453(1), 454(1), 454(2) (U.K.); Education Act, 2002, c. 32, § 88 (U.K.); School Standards and Framework Act, 1998, c. 31, § 69 (U.K.).

83 הכותב היה חבר מליאת כוח המשימה ויושב-ראש התת-ועדה המשפטית.

84 ראו מורג (2006), לעיל ה"ש 31; מורג (2009), לעיל ה"ש 31.

באמצעות סעיף איסור ההפליה (סעיף 5), סעיפי ההרחקה (סעיפים 6–8), סעיפי הענישה (סעיפים 10–11) והסעיף הנוגע במועצת התלמידים (סעיף 13). את רוב הסעיפים החוק משית גם על החינוך המוכר שאינו רשמי (מוכש"ר). מערכת ענקית זו נמצאת לעיתים בתחום האפור בנושאי זכויות תלמידים ותלמידות, ולכן הקביעה הברורה שרוב סעיפי החוק תקפים גם במערכת זו היא חשובה מאוד. התחום השלישי – זכויות באמצעות החינוך – אינו מטופל בחוק, והדבר נכון במיוחד לגבי התחום של חופש הביטוי, כפי שהוסבר. בפרק הדיון במאמר הנוכחי אדון בשאלת המענה שהחוק נותן בשלושת המרכיבים האלה בתום עשור לחקיקתו.

פרק ג: החלק האמפירי במחקר – ניתוח הפסיקה

1. מתודולוגיה

לצורך החלק האמפירי במחקר הנוכחי אותרו, נקראו ונותחו כל פסקי-הדין ממאגרי נבו ו־LawData שיש בהם אזכורים של חוק זכויות התלמיד. עד לחודש מרס 2011 נמצאו 86 פסקי-דין כאלה. פסקי-הדין נותחו באופן כמותי על-פי שורה של משתנים: סוג ההליך המשפטי, בית-המשפט שבו הוא התנהל, הסוגיות המשפטיות העיקריות שטופלו במסגרתו, סעיפי חוק זכויות התלמיד שאוזכרו בו והשימוש שנעשה בהם, ותוצאת ההליך המשפטי. לא נעשה ניתוח טקסטואלי מעמיק של ההליכים או של הרציונל של השימוש בסעיפי חוק – נושא אשר ראוי בהחלט למחקר נוסף. פסקי-הדין נקראו, ונבדקה התייחסותם של השופטים לסעיפי החוק השונים ולסוגיה הכללית של זכויות התלמיד. נעשה גם ניתוח כרונולוגי, כלומר, בדיקה של הסוגיות, הסעיפים והעניינים שהעסיקו את בתי-המשפט לאורך זמן. לא נבדקו הבדלים בהתייחסותן של הערכאות השונות לסעיפי החוק. גם אלה ראויים למחקר מעמיק נוסף.

2. ממצאים

עיקר הממצאים מניתוח הפסיקה מסוכמים בטבלה 2 להלן. כפי שניתן לראות בטבלה, סעיפים 1 ו־3, שעניינם הזכות לחינוך והקישור לאמנה, מופיעים ב־25% וב־50% מפסקי-הדין, בהתאמה – לא פעם יחדיו. סעיף 5, איסור הפליה, מוזכר ב־25% מפסקי-הדין. 10% מהפסיקה עוסקת בענייני הרחקה או השעיה (סעיפים 6, 7, ו־8) – הן במישור המהותי והן מבחינת איסוף ראיות ותיעוד, סדרי ההחלטה, כללי הצדק הטבעי וכיוצא בהם. סעיף 9 החדש לא נידון עדיין אלא ב־5% מהמקרים. 19% מפסקי-הדין עוסקים בענישה גופנית, באלימות כלפי תלמידים ובהשפלת תלמידים. סעיף 12, העוסק במימוש זכויות, מוזכר פעמים ספורות בלבד, מקרים מעטים עוסקים בסעיפים 11 ו־14, ו־10% עוסקים בסעיף 16, בעיקר סביב

תחולתם של סעיפי החוק במוסדות מוכרים שאינם רשמיים. אין כל עיסוק בשאלת הקמתן של מועצות תלמידים (סעיף 13).

טבלה 2: התפלגות פסיקתם של בתי-המשפט בישראל בעניין חוק זכויות התלמיד לפי משתנים שונים (n=86)

סעיפי חוק זכויות התלמיד*	סעיף %	נושאים מרכזיים*		בית-משפט		הליך	
		נושא %	%	סוג %	%	סוג %	
25	1	22	הכרה במוכש"ר	18	שלום	21	בג"ץ
50	3	8	הרחקה	44	מחוזי	36	עת"מ/עמ"נ
25	5	20	מימוש הזכות לחינוך	22	עליון	19	אזרחי
10	8, 7, 6	30	הפליה עדתית/דתית/אתנית	12	בד"מ	17	עונשין (כולל בד"מ)
5	9		אתנית	5	אחר		
19	10	5	ביקור סדיר			6	אחר
12	11	21	משמעת / עונשי גוף				
5	12	2	בחינות				
1.2	14						
10	16						

* שכיחות לא-מצטברת.

מבחינת בתי-המשפט, נמצא כי חלק-הארי של הדיונים מתקיים בבית-המשפט המחוזי (44% מהמקרים) או בבית-המשפט העליון (22%). נתח נכבד טופל בבתי-דין משמעתיים של שירות המדינה (12%), וחלק מהפסיקה שניתנה בבתי-משפט השלום (18%) עסקה בערעורים על פסיקתם של בתי-דין אלה.

מבחינת הסוגיות, מעבר לאלה החוזרות בדיונים על נושא הסעיף (כגון הרחקה ומשמעת), הפליה בחינוך תופסת מקום חשוב (30% מהמקרים שנידונו, ובעקיפין אולי אף יותר, שכן מקרים רבים נוספים עוסקים בהספקת שירותי חינוך, כגון הסעות ותוכניות מיוחדות בחינוך המיוחד. חלק מרשים למדי (22%) עוסקים בהכרה במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים, ביניהם בתי-ספר דמוקרטיים, בתי-ספר משותפים ליהודים ולערבים או כאלה הנוקטים שיטות חינוך חלופיות למיניהן. מספר קטן של מקרים עוסקים בביקור סדיר ובבחינות.

מבחינת היחס בין עתירות שהתקבלו לבין כאלה שנדחו קיים איזון בין הצורך לאכופך את הזכויות לבין דחיית אכיפתן.

פרק ד: דיון וסיכום

הממצאים מצביעים על כך שבית-המשפט הולך בעקבות הנושאים שהחקיקה הציגה כמרכזיים, כלומר, הזכות לחינוך והזכויות בחינוך. בשני תחומים אלה בתי-המשפט מתייחסים לכל סעיפי החוק כסעיפים אופרטיביים אשר ראויים וניתנים לאכיפה, ואינם מבחינים בין סעיפי המבוא ההצהרתיים-משהו לבין סעיפים 5 ואילך. נושא הזכויות באמצעות החינוך לא נידון, מן הסתם משום שלא הועלה, בניגוד למתרחש בארצות-הברית, למשל, כפי שהראינו.

ממצא מרכזי במחקר הנוכחי הוא השימוש הנרחב – אשר גבר במשך הזמן – בסעיפים 1 ו-3 לחוק, העוסקים בזכות לחינוך ובקשר לאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד. ממצא זה בולט במיוחד לנוכח הניסוח ההצהרתי והאופי המבואי של שני סעיפים אלה, ומחזק את ממצאיה של מורג.⁸⁵ ההתייחסות לסעיפים אלה היא כאל סעיפים ספציפיים, והשימוש הנרחב בהם מסביר אולי את הפער בין מקרי ההפליה הרבים שנידונו לבין השימוש המועט יחסית בסעיף 5. בית-המשפט ממלא סעיפים אלה בתוכן חוקתי, ומשתמש בהם על-מנת ליצור משפט חוקתי מבוסס-מקרים (case law) בתחום זכויות התלמיד, בעיקר בהקשר של הזכות לחינוך. לא ברור אם כוונתו הראשונית של החוק ושל מחולליו הייתה ליצור מסגרת רחבה כזו. סביר יותר שהכוונה הייתה ליצור מסגרת נורמטיבית מבוססת-זכויות להגנת תלמידים בבית-הספר. אולם בית-המשפט העליון מרחיב את היריעה ומשתמש גם בסעיפי מבוא אלה לחוק כסעיפים נורמטיביים ומעשיים להכרעה בסוגיות ספציפיות, ולא רק בסעיפים ה"מפורטים" מסעיף 5 ואילך.

ממצא זה מחזק אולי את הביקורת כלפי החוק ואת החשש של "ניצול לרעה" על-ידי בתי-המשפט להרחבת תחולתן של זכויות התלמיד לכדי הגנת-יתר על תלמידים ותלמידות המפריים באורח סדיר את כללי ההתנהגות בבתי-הספר. אך למעשה השימוש בסעיפים נעשה לא לשם הגנה על תלמידים יחידים המפריעים לחבריהם, אלא לצורך מימוש צורכי החינוך בפריפריה ונגד רשויות מקומיות המסרבות להכיר באחריותן למימוש שירותי חינוך או שירותים נלווים חיוניים, כגון הסעות. חלק נכבד מהפסיקה עוסק בהסדרת סוגיית החינוך המוכר שאינו רשמי, ובהחלת שיח הזכויות גם על מסגרות אלה, הכוללות כאמור יותר ויותר תלמידים – סוגיה שקצרה היריעה מלטפל בה כאן אך מטופלת במקומות אחרים.⁸⁶ השימוש התכוף והמקיף בסעיפים 1 ו-3 עשוי להצביע, לדעתי, גם על חוסר הנחת של בית-המשפט מטעמי ההפליה המצומצמים שפורטו בסעיף 5 ומהעדרם של טעמי הפליה הנחשבים כבר קלסיים במשפט הישראלי, כגון הפליה מטעמי מגדר, דת ומוצא אתני. סעיפים 1 ו-3 מאפשרים הרחבה של טעמי ההפליה – דבר שהוא מבורך, לדעתי. מניתוח הפסיקה עולה כי עמדתם זו של בתי-המשפט העליון והמחוזי התפתחה בהדרגה: בתחילת הדרך התרכזו הפסיקה בעיקר

85 ראו מורג (2006), לעיל ה"ש 31; מורג (2009), לעיל ה"ש 31.

86 ראו גבתון, לעיל ה"ש 47.

בנושאים של אלימות כלפי תלמידים ובבתי-דין משמעתיים, אם כי היו ניצנים גם לגישה החוקתית הרחבה של ביסוס הזכות לחינוך, ובהמשך עבר הדיון יותר ויותר לסעיפים מכוננים אלה.⁸⁷ ממצא זה בולט מאוד: בין השנים 2000 ו-2005 סעיפים 1 ו-3 מאזכרים רק בשליש מפסקי-הדין העוסקים בתחום זכויות התלמיד, אזכורים אלה נוטים להיות בעלי אופי כללי, והדגש לצורכי הכרעה הוא יותר בסעיפים הספציפיים; לעומת זאת, בין השנים 2005 ל-2010 סעיפים 1 ו-3 מזכרים בשני שלישים מפסקי-הדין, ומהווים יותר ויותר בסיס להכרעה.

כפי שניתן לראות בטבלה 2 ומניתוח פסקי-הדין, בתי-המשפט, במיוחד המחוזי והעליון, בשבתם בהליכים של עתירות לבג"ץ ועתירות מנהליות, עושים שימוש הולך וגובר בחוק על-מנת לדאוג לציבורים מוחלשים בישראל. הפסיקה מטפלת בעולים מאתיופיה,⁸⁸ במימוש הזכות לחינוך ביישובים לא-מוכרים של בדרווים,⁸⁹ ברישום

87 ראו, למשל, את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577, פס' 6 לפסק-דינה (2005): "כבר משחר נעוריה של המדינה נקבע עלי חוק כי על המדינה לספק חינוך חובה חנים לילדים ולנערים בגילאים 5 עד 15; כנגד חובה זו, עומדת זכותו של כל ילד ונער בישראל לחינוך חנים (סעיפים 2(א) ו-6, לחוק לימוד חובה, תש"ט, 1949, וסעיף 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000). הקניית חינוך חובה כאמור, היא יעד מרכזי במשימותיה של המדינה, והוא נועד לתת ביטוי לזכותו של כל אדם לרכוש חינוך והשכלה על בסיס שוויון הזדמנויות, בלא הפלייה. הקניית ערכי חינוך על בסיס שוויוני נועדה לאפשר לפרט לפתח את יכולתו, כשרונותיו ואישיותו באופן שיאפשרו לו להגשים את הווייתו כאדם, וכדי שיהא בידו לתרום כמידת יכולתו וכישוריו לחברה שבתוכה הוא חי ופועל..."

ראו גם את דבריה של השופטת קובו בפס' 16 לפסק-הדין בעת"מ (מחוזי ת"א) 2571/05 א' (קטיין) נ' עיריית רמלה (טרם פורסם, 26.5.2008): "החינוך הינו נדבך חשוב ואחד מתחומי החיים המרכזיים בחייה של קהילה. מדינת ישראל, מכירה בחשיבות החינוך משחר הקמתה עת חוקק חוק לימוד חובה הקובע את החובה לספק חינוך לילדים בגילאי 5-15 (ובישובים מסוימים כבר מגילאי 3-4), ובחנים (סעיף 6). למתן שירותי חינוך אחראיות המדינה, יחד עם רשות החינוך המקומית... שבתחומה מתגורר הילד, כאמור בסעיף 7 לחוק לימוד חובה... הזכות לחינוך אף באה לידי ביטוי מפורש בסעיף 3 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 הקובע כי 'כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין'. בפסיקה, ביטויים רבים לזכות לחינוך, שכדברי כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) חשין הינה 'זכות מן המעלה הראשונה' (בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת-ים, פ"ד נט(4) 29, 33 (2005)). יש הרואים בה גם זכות יסוד (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843 (2002) והאסמכתאות שם). (ההדגשות במקור).

בעניין קונפידן (לעיל ה"ש 21, בפרק הדיון של פסק-הדין) נקבע: "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין" (סעיף 3 לחוק זכויות התלמיד התשס"א-2000). משמעותה של הוראת הדין בדבר הזכות לחינוך היא לדעתי כפולה ואף משולשת. ראשית, הזכות לחינוך מעוגנת בחוק ופגיעה בה אפשרית רק אם יש לה עיגון חוקי. שנית הזכות לחינוך מוענקת באורח שוויוני לכל ילד ונער. אין מי שזכותו לחינוך עדיפה על פני זכות זולתו. שלישית, מימוש הזכות לחינוך של פלוני אינה יכולה להתקיים על ידי פגיעה בזכותו לחינוך של אלמוני."

88 ראו ת"א (שלום ב"ש) 2359/05 טאללין נ' עיריית ערד (טרם פורסם, 10.3.2010); ת"א (שלום כ"ס) 5244/02 בוגלה נ' משרד החינוך (לא פורסם, 21.8.2006).

89 בג"ץ 10030/05 אלעמור נ' שרת החינוך (לא פורסם, 26.4.2006); עניין אבו גנאם, לעיל ה"ש 87.

תלמידים משכונות-עוני ערביות בערים שיש בהן רוב יהודי,⁹⁰ בהפרדה ובהפליה על רקע עדתי,⁹¹ בהשוואת מעמדם של בתי-ספר של ערבים-פלסטינים אזרחי ישראל למעמדם של בתי-ספר של יהודים,⁹² בהגנה על התלמידים והתלמידות בחינוך המיוחד ועוד.⁹³ נראה גם שמכשיר העתירה המנהלית, שהינו חדש יחסית במערכת הישראלית, פותח נתיבים חדשים לפנייה חוקתית אל בתי-המשפט בתחום החינוך וזכויות תלמידים ותלמידות.

בית-המשפט בישראל נמנע עד כה מלהיכנס לעובי הקורה של הקונפליקט המובנה בין שפת הזכויות לבין עניינים פדגוגיים. נראה כי סיבה מרכזית לכך היא העובדה שטרם הוגשו בישראל עתירות העוסקות באופן ישיר בסוגיות המעמידות את הקונפליקטים האלה במרכז הבמה. לפיכך, באשר לביקורת ולחששות בנוגע לשימוש שיעשה בחוק, לא ברור עדיין כיצד ינהג בית-המשפט במקרים כאלה. פסק-הדין בעניין **קונפידן**⁹⁴ הוא הראשון שמתמודד באופן גלוי עם אחד הקונפליקטים האלה. לשם השוואה, בארצות-הברית, למשל, התקיים דיון מקיף בנושא חופש הביטוי של תלמידים, וניתנו פסקי-דין מכוננים.⁹⁵ חשיבותה של פסיקה זו אינה בהכרח בתוצאה, במובן של קבלה או דחייה של עתירות, אלא בעצם הדיון המתמודד בגלוי עם המתח שבין הזכות לחינוך (*right to education*), הזכויות בחינוך (*rights in education*) והזכויות באמצעות החינוך (*rights through education*), אשר נידונו לעיל בפרק א.

גם הספרות המשפטית שעניינה זכויות ילדים ותלמידים מרבה לעסוק בקונפליקטים אלה.⁹⁶ גוברת ההבנה שבית-הספר נדרש – נוסף על עיסוקיו המסורתיים בתחומים של הענקת השכלה וחרבות במובן של היענות (*compliance*) למבנים ולכללים החברתיים – לשמש זירה לקונפליקטים⁹⁷ ולמאבקים, להכרת נרטיבים של קבוצות שונות, ולדיון פעיל בשאלות של זכויות, של הפליה והדרה, של גזענות ושובניזם ושל דת ומדינה,

90 עת"מ (מחוזי ת"א) 1402/06 אלנבארי (קטינה) נ' עיריית רמלה (לא פורסם, 29.6.2006); בג"ץ 5108/04 אבו גודה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241 (2004).

91 בג"ץ 1067/08 "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.2009); עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 78.

92 ראו עמ"נ (מחוזי ת"א) 35243-03/10 עמותת חסידי חוסני אלקאסמי נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.2.2011).

93 ראו, למשל, עת"מ (מחוזי חי') 13732-05-09 אלקחר נ' משרד החינוך/האגף לחינוך יסודי (טרם פורסם, 22.6.2009).

94 לעיל ה"ש 21.

95 ראו עניין *Tinker*, לעיל ה"ש 74. ראו גם: *Morse v. Frederick*, 439 F.3d 1114 (2006).

96 Nigel Thomas, *Towards a Theory of Children's Participation*, 15 INT'L J. CHILD. RTS. 199 (2007); Lothar Krappman, *The Weight of the Child's View* (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child), 18 INT'L J. CHILD. RTS. 501 (2010); Nicola Taylor, Anne B. Smith & Megan Gollop, *New Zealand Children and Young People's Perspectives on Citizenship*, 16 INT'L J. CHILD. RTS. 195 (2008).

97 Henry A. Giroux, *Educational Leadership and the Crisis of Democratic Government*, 21 EDUC. RES. 4 (1992).

כולל באמצעות "תרגול" ו"אימון" של התלמידים בשימוש בזכויות, בהתמודדות עם קונפליקטים בין זכויות וכיוצא בהם. חוק זכויות התלמיד אינו עוסק בהיבטים אלה של זכויות תלמידים, ואינו מעלה כלל קונפליקטים כאלה. עם זאת, החוק פותח פתח רחב יחסית – בסעיפים 1, 3 ואולי גם 5 – לעיסוק בשאלות של מדיניות.

לפתח זה נכנסו בנחישות ניכרת בתי-המשפט הישראליים, במיוחד העליון והמחוזי, בדונם בעתירות ובערעורים מנהליים. למעשה התייחסו בכך בתי-המשפט המחוזי והעליון אל הזכות לחינוך – בעיקר בדונם בעתירות מנהליות – כאל זכות חברתית מובהקת, וזאת למרות המחלוקת סביב תוקפן המשפטי-החוקתי של זכויות אלה.⁹⁸ אולי משום כך, למרות ההצהרות בפסיקה, נזהר בית-המשפט עד כה, כפי שמראים ממצאי המחקר הנוכחי, מלקבל הכרעות כוללניות, המקיפות את מערכת החינוך כולה, בהתבסס על הזכות לחינוך שבחוק זכויות התלמיד כזכות חברתית, והפסיקות נוטות לגוון מקומי.⁹⁹ ארגונים חברתיים שונים מתלבטים אומנם אם להעלות שאלות כגון קיפוח המיעוט הפלסטיני-הישראלי בחינוך או מצבם של התלמידים האתיופים, אך עד היום טרם בשלו כנראה התנאים לעתירה מעין זו.

החוק, כמו גם הפסיקה, לא עסקו עדיין בשאלות של תוכני הלימוד בבית-הספר ובמשמעותם של תכנים אלה מבחינת הזכות לחינוך והזכויות באמצעות החינוך. באנגליה, למשל,¹⁰⁰ קיים עיסוק בכך, כולל בהיבט החשוב של תפקידי בית-הספר בהכנת התלמידים והתלמידות לחיים יצרניים, עצמאיים ומספקים בחברה דמוקרטית, ליברלית וקפיטליסטית, עם כושר השתכרות, אופקים רחבים, יכולת לבחור בין האפשרויות השונות שחברה כזו מציעה, ובעיקר יכולת להמשיך ללימודים גבוהים. נושא זה העסיק גם את בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Yoder*,¹⁰¹ שעסק ברצונם של בני קבוצת האמיש לשחרר את ילדיהם משנתיים של לימוד-חובה – עניין שעלה בפרשות נוספות,¹⁰² כולל בהקשר של קהילה חרדית.¹⁰³ בית-המשפט העליון האמריקאי הבהיר כי הוא תופס את הזכות לפתיחת אפשרויות בחירה בחינוך כדרישה

98 ראו שתי דעות מנוגדות: רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות-חברתיות כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

99 ניסיון לקבל הכרעה מקיפה יחסית, אם כי כזו שנוגעת אף היא ב"פלח" מוגדר ולא-גדול במערכת החינוך הציבורית, נעשה בעתירות בנושא הזכות לשילוב תלמידים מן החינוך המיוחד בחינוך הרגיל. ראו בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (5) 834, 843 (2002); בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (לא פורסם, 2.6.2004).

Gillick v. West Norfolk, [1986] UKHL, 1 FLR 224; Re. v. P., 1 FLR 316 (1992); Re. v. O., 100 2 FLR 7 (1992).

101 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

102 לדוגמה: *Church of God v. Amarillo Independent School District*, 511 F. Supp. 613 (1981).

103 *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994).

שבית־הספר יחשוף את התלמידים והתלמידות "לפחות למערכת אחת נוספת של ערכים, אורחות חיים ויכולות אינטלקטואליות".¹⁰⁴ גם באנגליה נידון עניין זה בהקשר של בית־ספר חרדי, ובית־המשפט הגבוה לערעורים קבע כי אכן יש לאפשר לבתי־ספר להקנות לתלמיד או לתלמידה את ערכי התרבות והמסורת של הקהילה שאליה הם משתייכים, אך רק כל עוד אין בכך "כדי לחסום את האפשרויות שיעמדו לפני הילד בשנים הבאות לאמץ אורח חיים אחר אם יבחר לעשות כן".¹⁰⁵ היבט זה של הזכות לחינוך טרם נידון בישראל, מן הסתם משום שלא הונח לפתחו של בית־המשפט העליון. אם הוא יגיע, יהיה מעניין לראות אם היבט זה של הזכות לחינוך וסעיפים 1 ו־3 ישמשו בסיס כלשהו להכרעה. שאלה דומה עשויה להתעורר בעתיד גם לגבי חינוך ביתי, אך גם סוגיה זו טרם נידונה בישראל.¹⁰⁶

קיימים כיווני התפתחות אפשריים נוספים ומתקדמים אשר בתום עשור לחקיקת החוק עומדים עדיין לפתחו של בית־המשפט וראויים לטיפול, לדעת כותב המאמר הנוכחי. כך, למשל, העמקת הפסיקה בנושא הזכות לחינוך עשויה להוביל לבחינת הפערים בין ילדים וילדות מקהילות ומיישובים שונים בישראל מבחינת ההשקעה הכלכלית בחינוכם.¹⁰⁷ נושא זה זוכה בדיון גובר במשפט האמריקאי,¹⁰⁸ במיוחד לנוכח תהליכים של ביזור ויצירת מעין־שוק ומעין־הפרטה, אשר יוצרים תחרות בין בתי־ספר ובין רשויות, ומאפשרים תוספות ניכרות של כספים בתוך החינוך הציבורי – אם ממיסיו רכוש וארנונה, אשר שונים כמובן בהתאם ליכולותיהם של האזרחים, ואם ממקורות אחרים.¹⁰⁹ כמו־כן יש מקום לבחון, כפי שנעשה לא פעם באנגליה,¹¹⁰ את הייצוג התרבותי הניתן לבני הקבוצות השונות בתוכנית הלימודים, כפי שמצפה האמנה הבין־לאומית לזכויות הילד, שעליה נשען החוק. כן ראוי לקיים דיון מעמיק בהרבה בהיות הזכות לחינוך זכותם של התלמיד והתלמידה, ולא (רק) של הוריהם. ראוי לדון במקרים

104 State v. Edgington, 663 P.2d 374, 378 (1981)

105 R. v. The Secretary of State for Education and Science, *ex parte* Talmud Torah Machzikei Hadass School Trust, CO/422/84 (Q.B. 1985): "Education is 'suitable' if it primarily equips a child for life within the community of which he is a member, rather than the way of life in the country as a whole, as long as it does not foreclose the child's options in later years to adopt some other form of life if he wishes to do so"

106 ראו מאמרם של יורם רבין ונוריאאל אור "על הזכות לחינוך מן הבית" בכרך זה.

107 ראו בעניין זה גבתון, לעיל ה"ש 47.

108 Abbott v. Burke, 748 A.2d 82 (N.J. 2000); Abbott *ex rel.* Abbott v. Burke, 790 A.2d 842 (N.J. 2002); Abbott v. Burke, 798 A.2d 602 (N.J. 2002); Abbott v. Burke, 832 A.2d 891 (N.J. 2003); Abbott v. Burke, 832 A.2d 906 (N.J. 2003); Abbott v. Burke, 181 N.J. 311 (N.J. 2004); Abbott v. Burke, 182 N.J. 153 (N.J. 2004); Abbott v. Burke, 889 A.2d 1063 (N.J. 2005); Abbott *ex rel.* Abbott v. Burke, 901 A.2d 299 (N.J. 2006); Abbott v. Burke, 953 A.2d 1198 (N.J. 2006); Abbott v. Burke, 935 A.2d 1152 (N.J. 2007)

109 ראו בעניין זה גבתון, לעיל ה"ש 47, וכן ישי בלנק "ממלכתיות מבוררת: שלטון מקומי, היפרדות ואי־שוויון בחינוך הציבורי" **עיוני משפט** כח 347 (2004).

110 HARRIS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 362–389.

שבהם יש ניגוד בין שני אלה, כגון מקרים שבהם ישתכנע בית-המשפט כי החינוך הניתן בבית-הספר שנבחר על-ידי ההורים אינו מאפשר כיווני התפתחות, כפי שהוסבר. לבסוף, נושא הסעדים העומדים לרשותם של הנפגעים בהתאם לחוק זכויות התלמיד ראוי, לדעתי, למיסוד ולהרחבה. כיום, למעט הסנקציה הפלילית (המבורכת) בסעיף איסור הפליה, לא ברור מהם הסעדים העומדים לרשות הנפגעים. לכאורה עומדים לרשותם בעיקר סעדים מנהליים, שעלולים להיות מורכבים, צרים יחסית מבחינת כללי זכות העמידה ומוגבלים. נעשה ניסיון התחלתי מסוים להשתמש בכלים נזקיים להתמודדות עם שאלת הזכות לחינוך,¹¹¹ אך שאלת הסעדים נותרה פתוחה, וראוי אולי לשקול הקמת גוף אכיפה כלשהו, כפי שהציעה הצעת החוק. סוגיות נפוצות אלה, שיש להן השלכות פוליטיות וכלכליות משמעותיות, ניצבות עדיין לפתחו של בית-המשפט הישראלי בבואו ליישם את חוק זכויות התלמיד, למסד אותו ואולי אף להרחיב את תחולתו.

בימים אלה נשמעים קולות הקוראים לביטול הלכה למעשה של חוק זכויות התלמיד, למעט סעיף 5 מתוכו.¹¹² דברי ההסבר של הצעת החוק, שלפיהם חוק זכויות התלמיד "גרם נזק של ממש למערכת החינוך... בשם ההגנה על תלמידים בודדים, הוא פגע בזכויותיהם של הרוב המכריע של התלמידים... בשם ההגנה על תלמידים שאינם מאפשרים לימודים תקינים... הוא הפקיר את המורים לגורלם", הם דברים מופרכים, כפי שמוכיח המחקר הנוכחי. איש לא שאל את התלמידים, למשל, אם רובם אכן מעוניינים בצמצום זכויותיהם, אלא ככל הנראה נעשתה רק בדיקה כלשהי בקרב מורים ומורות. התייחסותם של בתי-המשפט לזכויות התלמיד ולחוק הנושא את שםם היא זהירה ואחראית, ומפגינה בעיקר דאגה לאוכלוסיות חלשות. הרעיון של ביטול מגילת זכויות כלשהי הוא חסר תקדים במדינות דמוקרטיות, ומאפיין משטרים מסוגים אחרים. כל תיאוריית הזכויות, אשר שחררה עבדים, העצימה נשים וציידה אזרחים בכלים בסיסיים של חירות, שוללת מונחים של רוב ומיעוט, שהרי יישום העיקרון של רוב ומיעוט עלול להוביל בקלות לביטול זכויות של נחקרים וחשודים, של עובדים, של קבוצות מופלות ומודרות וכיוצא בהם, בשם תחושת פגיעה אמיתית או מדומה של הרוב.

אל מול הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לביטול חוק זכויות התלמיד, המחקר הנוכחי מצביע על היות החוק נחוץ במערכת הצדק הישראלית ובמשפט החוקתי שלה יותר מאי-פעם. יש לזכור שחוק זכויות התלמיד מבטא זכות חברתית ממעלה ראשונה – הזכות לחינוך – וכן זכויות אזרחיות-פוליטיות, שעיקרן הזכות לקבל יחס הוגן וראוי בתוככי מוסד החינוך. אומנם, שאלת מעמדן ומקומן של הזכויות החברתיות שנויה

111 עניין **בוגלה**, לעיל ה"ש 88.

112 הצעת חוק איסור הפליה בחינוך וביטול חוק זכויות התלמיד (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010. בינתיים החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה להתנגד לביטול החוק. ראו בעניין זה החלטה חק/1813 של ועדת השרים לענייני חקיקה "הצעת חוק איסור הפליה בחינוך וביטול זכויות התלמיד (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010 של ח"כ עינת וילף (פ/2369)" (29.5.2011), אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה. ראו החלטה 3319 של הממשלה ה-32 "הצעת חוק איסור הפליה בחינוך וביטול זכויות התלמיד (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010 של ח"כ עינת וילף (פ/2369)" (16.6.2011).

במחלוקת בספרות המשפטית.¹¹³ הסיבה העיקרית לכך היא המשמעות הכלכלית העצומה שיש לזכויות אלה, אשר מעבירה אותן, לדעת המבקרים, לספירה של החלטה במוסדות מחוקקים נבחרים, ולא בבתי-משפט. עם זאת, וכפי שהמחקר הנוכחי מראה, המקרה הייחודי של חוק זכויות התלמיד פותח פתח לבתי-המשפט לקבל החלטות חברתיות מקיפות ומרחיקות-לכת. ניתוח הפסיקה בעשור הראשון לקיומו של החוק מצביע על הליכה זהירה אך עקבית בכיוונים אלה – דבר שיעמיק באופן מבורך את זכויותיהם של כל התלמידים והתלמידות בישראל.

113 ראו לעיל ה"ש 98. ראו גם יורם רבין "זכויות חברתיות מהספרה הדיונית" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 765 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).