

פרק תשיעי

המשפט הבינלאומי

(1) כללי: זכויות החינוך במשפט הבינלאומי

המשפט הבינלאומי מכיר בכך, שהחינוך הינו צורך אנושי, בסיסי ותמידי של האדם בכל חברה ושהחברה היא האחראית ליצירת התנאים שבמסגרתם יוענק החינוך לכל אדם ואדם¹.

המשפט הבינלאומי מכיר בשלוש הזכויות בתחום החינוך שאותן הגדרנו: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תכני החינוך והזכות לשוויון בחינוך. עם זאת, המשפט הבינלאומי עושה שימוש בביטוי "הזכות לחינוך" בדרך כלל כמתאר את כל הזכויות לחינוך או את חלקן. הדיונים השונים בנושא חינוך במשפט הבינלאומי נעשו, ועדיין נעשים, תחת הכותרת: *The Human Right to Education*. עם זאת ברור, מתוך ההקשרים השונים של הדיון כי תחת השם הכללי מסתתרות מספר זכויות שונות. בדיון שלהלן נפריד בין הזכויות השונות, אך מפעם לפעם ובהתאם להקשר, נמשיך לעשות שימוש בביטוי "הזכות לחינוך" המתייחס לכלל הזכויות בחינוך, וזאת כדי להישאר נאמנים לטרמינולוגיה המקובלת במשפט הבינלאומי בהקשר זה. בעבר נהגו מלומדים מתחום המשפט הבינלאומי לסווג את הזכות לחינוך למשפחת הזכויות התרבותיות², והיא נחשבה לזכות הראשית במשפחה זו³. עם חלוף השנים, ומאז התבססו זכויות שונות לחינוך במסמכים שונים של המשפט הבינלאומי, ניכר היה כי הזכות לחינוך אינה אלא אגד של זכויות שונות, ולכן יש לסווגה כשייכת גם ליתר הקבוצות של זכויות האדם.

1 J. Delbruck "The Right to Education as an International Human Right" 35 *German Yearbook of International L.* (Berlin, Volume 35, 1992) 92; D. Hodgson *The Human Right to Education* (Ashgate, 1998); J. Spring *The Universal Right to Education* (New-Jersey, 2000).

2 על אף שהמושג "זכויות תרבותיות" יכול להתפרש באופן רחב, על-פי הסיווג המקובל במשפט הבינלאומי נכללות במשפחת הזכויות התרבותיות ארבע זכויות בלבד: הזכות לחינוך, הזכות להשתתף בחיים התרבותיים, חופש היצירה והמחקר המדעי והזכות לקניין רוחני. ראו: Y. Dinstein "Cultural Rights" 9 *Israel Yearbook on Human Rights* (1979) 58.

3 ראו: "דינשטיין המשפט הבינלאומי האל-מדינתי (תש"ם) 191: "הזכות לחינוך היא הזכות התרבותית הראשית, ואין חולק על קיומה".

הזכות לחינוך

ב"מסמך-עמדה" מעודכן של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות תוארה הזכות לחינוך כך⁴:

"It has been variously classified as an economic right, a social right and a cultural right. It is all of these. It is also, in many ways, a civil right and a political right, since it is central to the full and effective realization of those rights as well. In this respect, the right to education epitomizes the indivisibility and interdependence of all human rights".

הזכויות השונות לחינוך הוכרו במשפט הבינלאומי במספר מסמכים משפטיים. את הסקירה נחלק לשניים:

1. העיגון של הזכות לקבל חינוך והזכות להשפיע על תכני החינוך – האמנות השונות העוסקות בזכות לחינוך כורכות ביחד את הזכות לקבל חינוך ואת הזכות להשפיע על תכני החינוך⁵.
2. העיגון של הזכות לשוויון בחינוך – אמנות שונות מתייחסות באופן נפרד ומיוחד לזכות לשוויון בחינוך.

4 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 11 (1999): Plans of Action for Primary Education, U.N. Doc. E/C. 12/1999/4; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 13 (Twenty-first session 1999): The Right to Education (Article 13 of the Covenant)

5 – אמנה בינלאומית חשובה – האמנה האירופית לזכויות האדם והאזרח (משנת 1950) – הקובעת אף היא את הזכות לחינוך, לא תידון במסגרת זו, ולה יוקדש דיון נפרד. על כך ראו להלן, בעמ' 191. אנו נעסוק בפרק זה באמנות ידועות בעלות תחולה בינלאומית כללית, כגון אמנות של האו"ם. בנוסף ניתן לציין אמנות בינלאומיות נוספות שהתגבשו בגזרות הצרות יותר של המשפט הבינלאומי האזורי והמיוחד, ואשר מבססות זכויות לחינוך: Article 17 of The African Charter on Human and Peoples' Rights, June 27, 1981, O.A.U. Doc CAB/LEG/67/3 Rev, reprinted in 21 I.L.M. 58 (1982); Article XII of the American Declaration of the Rights and Duties of Men, May 2 1948, OAS Off. Rec. OEA/SER. L./V/II. 71, Doc. 6, Rev. 1(1979); Article 13 of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador), 28 I.L.M. 159 (1989); Article 43 of the Protocol of Buenos Aires, Feb. 27, 1967, 21 U.S.T. 607; Articles 7 and 9 of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam, adopted in 1990 by the member States of The Organization of the Islamic Conference: "The right of every human being to receive both religious and worldly education... as to develop his personality, strengthen his faith in God and promote his respect for and defense of both rights and obligations" דיון על הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי האזורי, כגון: באפריקה ובאמריקה הלטינית, ניתן למצוא בספרו של: Hodgson, *supra* note 1, at p. 58-62.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

(2) הזכות לקבל חינוך והזכות להשפיע על תכני החינוך

הזכות לקבל חינוך והזכות להשפיע על תכני החינוך הוכרו במשפט הבינלאומי בכמה מסמכים משפטיים. אנו נסקור באופן כרונולוגי את המקורות השונים בתחום זה, וזאת כדי לעמוד על תוכן ועל היקפן של שתי הזכויות כפי שבאו לידי ביטוי במשפט הבינלאומי.

(א) ההכרזה האוניברסאלית לזכויות האדם (1948)

הזכות לחינוך הוכרה לראשונה במשפט הבינלאומי בסעיף 26 להכרזה האוניברסאלית לזכויות האדם של האו"ם, שנתקבלה בעצרת הכללית של האו"ם בשנת 1948.⁶ סעיף 26 להכרזה קובע כך:⁷

1. כל אדם זכאי לחינוך. החינוך יינתן חינם, לפחות בשלבים הראשונים והיסודיים; החינוך בשלב הראשון הוא חובה. החינוך הטכני והמקצועי יהיה מצוי לכל, והחינוך הגבוה יהיה פתוח לכל במידה שווה ועל יסוד הכשרון.

2. החינוך יכוון לפיתוחה המלאה של האישיות ולטיפוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות היסודיות; החינוך יטפח הבנה, סובלנות וידידות בין כל העמים והקיבוצים הדתיים והגזעיים, ויסייע למאמץ של האומות המאוחדות לקיים את השלום.

3. להורים זכות בכורה לבחור את דרך החינוך לילדיהם.

להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, על שלושים סעיפיה, חשיבות היסטורית, ותאריך קבלתה בעצרת האומות המאוחדות (10 לדצמבר 1948) נחגג מדי שנה כיום זכויות האדם. ואולם, מהו מעמדה המשפטי של הכרזה זו, ובכלל זה של סעיף 26 שבה? אין ספק כי ההכרזה לא הייתה דקלרטיבית באופייה כמועד קבלתה, היינו, היא אינה משקפת כללי משפט בינלאומי מנהגי, שהיו קיימים בשנת 1948. כיום טוענים כמה מומחים מתחום המשפט הבינלאומי כי במשך השנים, הפכה הפרקטיקה של המדינות לא מעט מסעיפיה של ההכרזה לדקלרטיביים, עד שהיום היא משקפת ברובה כללי

6 The Universal Declaration of Human Rights, 1948, 43 A.J.I.L. Supp. 127 (1949). על חשיבותה ההיסטורית והמשפטית של ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם של האו"ם, ראו: "אריאלי" תורת זכויות האדם, מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין ומ' מאוטנר עורכים, חשנ"ט) 25, 26-34.

7 בנושא הזכות לחינוך ניתן להזכיר בנוסף גם את ה"הכרזה העולמית בדבר חינוך לכל". הכרזה זו הינה בעלת חשיבות היסטורית וסמלית אך נעדרת תוקף משפטי. ההכרזה האמורה אומצה בכינוס העולמי בדבר חינוך לכל, שנערכה בעיר ג'ומטיין שבטאילנד בחודש מרץ 1990. על ה"הכרזה העולמית בדבר חינוך לכל" ראו: M. Nowak "The Right to Education – Its Meaning, Significance and Limitations" 4 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1991) 418, 425.

הזכות לחינוך

משפט מחייבים, שהתגבשו מאז שנת 1948 ועד היום⁸. נקדים את המאוחר ונאמר כי בהתאם לניתוח שנציג בהמשך הדברים, גם הסעיף בהכרזה הקובע את הזכות לחינוך הפך זה מכבר לכלל מנהגי מחייב⁹.

סעיף 26 להכרזה, העוסק בזכות לחינוך, מדבר בלשון כללית, והוא קובע כמה עקרונות חשובים, אשר פותחו והורחבו באמנות בינלאומיות מאוחרות יותר, ובייחוד באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, כפי שיפורט בהמשך. עקב ראשוניותו של הסעיף וחשיבותו מעניין לעמוד על הדיונים במוסדות האו"ם אשר הובילו לנוסח המוסכם של הסעיף האמור¹⁰. סקירה זו תעזור להבין גם את רוח ההכרזה וכוונת מנסחיה. כמו שנעשה הדבר בקשר לשאר סעיפיה השונים של ההכרזה, נתבקשו המדינות השונות להגיש הצעה לנוסח של סעיף הקובע זכות לחינוך, וההצעות שהוגשו כללו נוסחים שונים הלקוחים מחוקות המדינות החברות, אשר בהן היו סעיפים הנוגעים לחינוך, או הצעות אשר הוכנו על-ידי נציגי הממשלות של המדינות. בקרב המנסחים שררה הסכמה רחבה לגבי כמה עקרונות:

- א. יש להכיר בזכותו של כל אדם לחינוך;
- ב. הזכות מכוונת בעיקר כלפי ילדים (חרף הביטוי הכללי "כל אדם");
- ג. החינוך צריך להינתן חנם וללא תשלום.

מעניין לציין כי העיקרון שחזר ונשנה בכל ההצעות היה "עקרון השוויון בחינוך". עם זאת ניכרו הבדלים שונים בין ההצעות. כך למשל, מצרים וסוריה היו שתי המדינות היחידות, אשר ציינו את השוויון בין המינים בחינוך. ניקרגואה ציינה כי החינוך הינו גם צורך של המדינה ולא רק של האדם עצמו. סוריה הדגישה את האחידות בחינוך. גאוטמאלה, ניקרגואה, מקסיקו ופולין, מעונינות היו להציב תנאים על תוכן החינוך. מקסיקו הדגישה את הצורך בחינוך סוציאליסטי וכדומה. מסמכי האו"ם מלמדים כי השפעה גדולה על ההצעות השונות שהוגשו, הייתה לאירועים ההיסטוריים של עליית הנאציזם ומלחמת העולם השנייה, וביטוי לכך ניתן בדברי ההסבר ובוויכוחים שסבו על הנוסחים השונים. כל הסוגיות הקשורות לחינוך נדונו באור זה שלאחר המלחמה, ונראה

8 על כך ראו: דינשטיין, לעיל הערה 3, בעמ' 122-123. כמו כן ראו: L. Sohn "The New International Law: Protection of the Rights of individual Rather Than States" 32 *American University L. Rev.* (1982) 1, 16; H. Steiner & P. Alston *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals* (Oxford, 1996) 143-144.

9 על משפט מנהגי מחייב, ועל היותה של הזכות לחינוך כלל מנהגי מחייב, ראו להלן, בעמ' 185 ואילך.

10 תיאור מפורט יותר של הדיונים שנערכו בוועדות האו"ם ביחס לסעיף הקובע את הזכות לחינוך ניתן למצוא במאמר: K. Halvorsen "Notes on the Realization of the Human Right to Education" 12 *Human Rights Quarterly* (1990) 341. הסקירה המובאת להלן מבוססת על מאמר זה, ראו: בעמ' 349 ואילך וכמו כן ראו: G. Alfreðsson & A. Eide *The Universal Declaration of Human Rights* (Boston, 1999) 551.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

כי היחס אל החינוך היה אמביוולנטי. מן הצד האחד עמדה התקווה כי החינוך הינו "סוכן-חברתי" אשר יש בכוחו למנוע את הישנותה של ההיסטוריה הנוראה. מן הצד השני ניקר החשש מפני חינוך גזעני והרסני שהיה מנת חלקן של תנועות הנוער הנאציות והפשיסטיות¹¹. כאמור, לא היה כל ספק בכך כי יש לכלול את הזכות לחינוך בהכרזה. הסכמה הושגה גם בקשר לעיקרון הכללי כי הניסוח צריך להיות רחב וכללי דיו בכדי להתאים את הסעיף למדינות הרבות ולהבדלים הרבים בין מדינה למדינה. עם זאת, ניטשו מחלוקות לגבי כמה עקרונות מרכזיים כמפורט להלן¹²:

מחלוקת ראשונה: חינוך חובה חינם – הזכות לחינוך חובה חינם בשלבי החינוך הראשוניים מעולם לא הייתה שנויה במחלוקת. בריטניה הגישה הצעה כי המונח "חינם" יותנה ביכולתן הכלכלית של המדינות, שכן קיימים פערים כלכליים גדולים בין המדינות השונות. הצעה זו נדחתה, מתוך החשש כי גישה זו תיתן לגיטימציה בלתי רצויה להזנחת היישום של הזכות לחינוך במדינות בתירוצן של מחסור במשאבים. התנגדות מצד כמה חברות הועלתה גם בקשר לשימוש במונח "חובה" (compulsory). הנימוק העיקרי להתנגדות היה שמונח זה הינו ספציפי מדי ואינו מתאים לאופי הכללי של הכרזה בינלאומית. טעם נוסף להתנגדות היה בכך, שהשימוש במונח "חובה" מרמז על כפייה של חינוך הן על-ידי המדינה והן על-ידי ההורים, ויכול לשמש אמצעי חוקי לכפיית חינוך בלתי רצוי על הילד. אלה אשר צידדו בהכנסת המונח "חובה", כגון הנציג הצרפתי, טענו כי יש לפרש את המונח לטובת הילד, ועל-כן אין הנוסח מרמז על כפייה כלשהי על הילד. בנוסף נטען על-ידי המצדדים כי הקביעה שהחינוך הינו חובה תחרום להבנת תפקיד המדינה וההורים והאחריות שלהם למילוי חובותיהם כלפי הילד והתלמיד. על כך עמדה אלינור רוזוולט, הנציגה האמריקנית, בקובעה כי יש להגן על הזכות לחינוך עבור הילד, שהוא צעיר מדי בכדי לעמוד על טובותיו וזכויותיו. הנציג הסובייטי תמך אף הוא בחינוך חובה חינם, אך טען כי גישה זו מצדיקה הכרה מקבילה גם בחובת העבודה. הגישה הסובייטית נדחתה. מחלוקת נוספת בקשר לשימוש במונח של חינוך "חובה" נסבה סביב השאלה, אם המונח "חובה" מכון לכך כי למדינה ישנו מונופול על חינוכו של הילד ואם בסמכותה להחליט על סוג החינוך בניגוד לעמדת ההורים, אך על כך נעמוד בהמשך. בסופו של דבר הוחלט על הכללתו של המונח "חינוך חובה" ברוב של שמונה נגד שבעה.

11 על החינוך הטוטליטרי בגרמניה הנאצית ואיטליה הפשיסטית ראו: ג' ס' ברובאכר בעיות החינוך בהתפתחותן ההסטורית (נ' גינתון עורך, תשכ"ה) 57-58.

12 החלוקה לדיון במחלוקות השונות הינה בעקבות מאמרה של המלומדת Halvorsen, אשר אספה את הנתונים ממסמכי הדיונים השונים שנערכו בוועדות האו"ם. ראו: Halvorsen, *supra* note 10.

הזכות לחינוך

מחלוקת שנייה: מטרת החינוך ותוכנו – על אף הקושי בקביעת מטרת החינוך ותוכנו, וחרף המגמה הכללית של ניסוחים אוניברסאליים אשר יקלו על קבלת ההכרזה, הורגש בכל זאת הצורך לקבוע כמה קביעות עקרוניות בקשר למטרה והתוכן של מערכת החינוך הרצויה¹³, וגם מחלוקת זו ניטשה תחת רישומה של מלחמת העולם השנייה ותוצאותיה המחרידות. כזכור, קיבל הנוער הנאצי חינוך, אולם חינוך זה כלל תכנים גזעניים, בלתי מוסריים, הרסניים ומנוגדים לרעיון זכויות האדם. ואכן, נציגו של הקונגרס היהודי העולמי ציין במהלך הדיונים בהקשר לתוכן החינוך כי על הסעיף הקובע את הזכות לחינוך לקבוע גם תוכן ראוי. לטענתו, "רוח מכוונת בחינוך הינה אלמנט חיוני, והזנחה של עיקרון זה בגרמניה הייתה הסיבה העיקרית לשתי מלחמות קטסטרופליות"¹⁴. ברוח זו הושגה הסכמה מצד כל נציגי המדינות כי זכות לחינוך צריכה להכיל נוסחה כללית של תוכן מוסרי. בוויכוח לגבי הנוסחה הכללית אשר תקבע את תוכן החינוך ומטרתו התעורר ויכוח בין נציגים בעלי גישה חילונית לנציגים בעלי גישה דתית. בעלי הגישה הדתית עמדו על מתן תוכן דתי לחינוך. מנגד, עמדו נציגים אחרים ובראשם הנציג הסובייטי, נציג ארץ חילונית בהגדרתה (באותה עת), על החשיבות של מתן תוכן חילוני לסעיף בארצו. מן הצד האחד הייתה דרישה כי הסעיף ישקף תוכן המחנך לזכויות אדם, שלום, מלחמה באי-סובלנות, גזענות, פשיזם ומיליטריזם. מן הצד השני עמדה הדרישה, בייחוד מצד ברית המועצות כי הסעיף ישקף תוכן המחנך למלחמה בבורות וילמד את התלמיד את חובותיו לחברה. הצעתה של ברית המועצות כי הסעיף הנוגע לחינוך יקבע בין השאר כי "חינוך יינתן לפרט כדי לאפשר לו למלא את חובותיו לחברה" – נדחתה. הנוסח הסופי הקובע את תוכן החינוך ומטרתו נוסח כך (בתרגום לעברית): "החינוך יכוון לפיתוחה המלאה של האישיות ולטיפוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות היסודיות; החינוך יטפח הבנה, סובלנות וידידות בין כל העמים והקבוצים הדתיים והגזעים, ויסייע למאמץ של האומות המאוחדות לקיים את השלום"¹⁵.

13 "At that time the Commission had felt that, in the interest of the child and of mankind in general, the declaration should not set forth directives regarding the system of education, but should, however, indicate the factors which would favour the developments of human personality" See: U.N. Doc. E/CN.4/SR.67/1948 (1948) at 15.

14 U.N. Doc. E/CN.4/AC.2/sr.81947 (1947) at 3-4.

15 "The *ratio legis* is quite clear: education must not be abused. It must not be confused with brainwashing, and every precaution should be taken to ensure that it does not plant the seeds of prejudice and spread superstition. In particular, it must not be utilized to instill in young and pliable minds fear and hatred of other racial, ethnic or religious groups". See: Dinstein, *supra* note 2, at p. 58, 59.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

מחלוקת שלישית: תפקיד המדינה מול תפקיד ההורים – בדיונים שנערכו לקראת הניסוח המוסכם ניתן לאתר שתי גישות ביחס לשאלת תפקיד המדינה מול תפקיד ההורים. הגישה הראשונה ביקשה לקבוע את זכותה של המדינה לקבוע את תוכן החינוך, ולהעדיפה על פני זכות ההורים לעשות כן. הגישה השנייה ביקשה להדגיש את זכותם של ההורים להשפיע על חינוך הילד. באופן קונקרטי יותר נסבה המחלוקת על השאלה, האם להורים, או לגורמים פרטיים אחרים, עומדת הזכות לקיים מערכת חינוך פרטית או שיש לקבוע אחריות מלאה ומונופול למדינה על החינוך הראשוני לכלל הילדים באוכלוסייה? ושוב, רוחה של מלחמת העולם השנייה ריחפה מעל הדיונים. הזיכרון הקולקטיבי דחה בשאט נפש את השימוש הנואל שעשתה המדינה הנאצית בכוח החינוך שהיה בידה, ונשמעו קולות של מספר נציגים, למשל נציגי המדינות שוויצריה ולבנון, אשר קראו להכיר באחריותם ומכאן בזכותם של ההורים לקבוע את רוח החינוך הניתן לילדיהם, והחופש להקים מוסדות חינוך פרטיים במסגרת יכולתם. לכאורה היה הדבר דרוש כדי לאזן את כוח המדינה על-ידי מתן זכות להורים והבטחת מעורבות. עם זאת, נדחתה בסופו של דבר ההצעה שהגישו לבנון והולנד לקבוע את הזכות המפורשת של הורים להקים מוסדות חינוך פרטיים, ונקבעה נוסחה כללית יותר: "להורים זכות בכורה לבחור את דרך החינוך לילדיהם".

מחלוקת רביעית: סוגיית ההפליה בחינוך – מחלוקת נוספת נגעה לשאלה, אם הסעיף בהכרזה הקובע זכות לחינוך צריך לכלול תת סעיף האוסר על הפליה בחינוך. ההתייחסות המיוחדת להפליה בחינוך נמצאה רלוונטית בנסיבות העניין, שכן במדינות רבות הייתה קיימת, ועדיין קיימת בפועל הפליה סיסטמית בחינוך בין מעמדות שונים באוכלוסייה, ולקבוצות המקורבות לשלטון ולממון גישה גבוהה יותר להשכלה וחינוך. כך למשל ציין הנציג הסובייטי את המצב ברוסיה בטרם המהפכה הקומוניסטית שבו נהנה רק אחוז קטן של האצולה המיוחסת מחינוך ברמה הולמת. התייחסות הרשמית גם בקשר למצב בקולוניות שונות שם הוענק חינוך רק למיעוט של האוכלוסייה המקומית, כדי ליצור עילית מקומית שתסייע לכוח של המעצמה השלטת לשלוט בהמוני הילידים. קולות אחרים טענו כי ציון מיוחד של איסור הפליה בחינוך הינו חזרה מיותרת על עקרון כללי אשר מצא את מקומו בהקדמה להכרזה. בנוסח הסופי של ההכרזה לא נכלל כל אזכור של איסור הפליה בחינוך, אך העיקרון החשוב פורט והודגש בהקשר לחינוך באמנות מאוחרות כפי שנראה להלן.

מחלוקת חמישית: חינוך למיעוטים בשפת אמם – היו שטענו לזכותם של מיעוטים לקבל חינוך בשפת אמם. לטענתם, בכדי לשמור על כבודם של המיעוטים השונים ועל זהותם התרבותית, זכאים המיעוטים לקבל חינוך בשפתם שלהם. כנגד כך נשמע הנימוק כי זכות זו של מיעוטים להתחנך בשפת האם תעמיד בסכנה את המאמצים הכבירים של המדינות השונות לאחד את האוכלוסיות לכלל חברות הטרוגניות. כך למשל התלונן

הזכות לחינוך

הנציג הצ'יליאני כי מתן זכות שכזו בארצו תסכל את מאבקה ומאמצה של צ'ילה לאחד את אוכלוסייתה לאומה אחת מאוחדת, וכי אחת ממטרותיה החינוכיות הייתה דווקא לגבש שפה לאומית נבחרת אחת. בסופו של דבר לא נקבעה הזכות של מיעוטים לשפה בסעיף 26 האמור.

(ב) האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966)

מייד לאחר קבלתה של ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, החליטה העצרת הכללית של האו"ם כי מן הראוי לנסח אמנות הסכמיות בנושא זכויות האדם, אשר תצננה למדינות השונות לאשרור ותחייבנה מבחינה משפטית. עברו 18 שנה עד אשר נסתיימה העבודה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות¹⁶. לעומת ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם הייתה האמנה מרחיקת לכת ואף מהפכנית מבחינת המסקנות המחייבות ממימושה¹⁷. מבחינת תוכנה התבססה האמנה על הסעיפים של ההכרזה האוניברסלית, אשר העניקו, מעבר לשוויון זכויות האדם והאזרח הקלאסיים, גם זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות מרחיקות לכת, אשר רק מדינות בעלות אופי סוציאלי-דמוקרטי מתקדם היו מסוגלות למלא אחריהן¹⁸. האמנה, בסעיפיה הרלוונטיים, מפרטת ומרחיבה לגבי זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הקבועות בסעיפים 22-28 להכרזה האוניברסלית לזכויות האדם¹⁹. סעיף 13 לאמנה, הוא הרלוונטי לענייננו, קובע את הזכות לחינוך:

- 16 International Convent on Economic, Social and Cultural rights [1966] UN Juridical Y.B. 170, 174-175. אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, כרך 31, 205. האמנה נעשתה ביום 16 לדצמבר, 1966, נחתמה ביום 19 לדצמבר 1966. האמנה נכנסה לתוקף בשנת 1976. לגבי ישראל אושרה האמנה בירושלים ביום 3 באוקטובר, 1991. הפרסום האמור בסדרת כתבי אמנה כולל נוסחים באנגלית, צרפתית ועברית. כל המובאות מתוך האמנות השונות יובאו להלן בגרסתן העברית מתוך הפרסום הרשמי שב"כתבי-אמנה". על האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, באופן כללי, ראו: P. Alston & G. Quinn "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights" 9 *Human Rights Quarterly* (1987) 156.
- 17 יש כמובן הבדל בין המעמד המשפטי של שני המסמכים. בניגוד להכרזה האמנה היא מסמך הסכמי המחייב את המדינות אשר חתמו ואשררו אותה.
- 18 ראו: אריאלי, לעיל הערה 6, בעמ' 33.
- 19 אמנה נוספת משנת 1966, אשר עוסקת בסוג אחר של זכויות המפורטות בהכרזה האוניברסלית לזכויות האדם, הינה האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות: International Covenant on Civil and Political Rights, 1966 [1966] 999 U.N.T.S. 171. ראו: אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, בעמ' 269. אמנה זו סיכמה למעשה את תוכן של מגילות הזכויות מאז המאות ה-17 וה-18 ואת הנורמות שהיו מקובלות בכל

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

1. מדינות שהן צד לאמנה זו מכירות בזכות כל אדם לחינוך. הן מסכימות כי החינוך ייועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו, ולחזק את כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד. עוד מסכימות הן כי החינוך ייועד לאפשר לכל אדם להשתתף בפועל בחברה חופשית, לקדם הבנה, טובלנות ורעות בין כל האומות והקבוצות הגזעיות, האתניות או הדתיות, ולקדם את פעולת האומות המאוחדות למען קיום השלום.

2. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות כי לשם השגת מימושה המלא של הזכות האמורה –

- א. יהא חינוך יסוד חובה וזמין חינוך לכל;
- ב. יהא חינוך תיכון לצורותיו השונות, לרבות חינוך תיכון טכני ומקצועי, נחלת הכלל ונגיש לכל בכל אמצעי מתאים. לרבות הנהגת חינוך חינוך חינוך בשלבים.
- ג. יהא חינוך גבוה נגיש באותה מידה לכל, על-יסוד יכולת בכל אמצעי מתאים, לרבות הנהגת חינוך חינוך חינוך בשלבים.
- ד. יעודד או יוגבר החינוך הבסיסי במידת האפשר, למען אותם אנשים שלא קיבלו חינוך היסוד שלהם או שלא השלימו את תקופתו המלאה.
- ה. יש להמשיך באורח פעיל בפיתוחה של מערכת בתי-ספר בכל הרמות, להקים שיטה נאותה של מתן מילגות, ולשפר בהתמדה את התנאים החומריים של סגל ההוראה.

3. מדינות שהן צד באמנה זו מתחייבות לכבד את חופש ההורים, ובאשר הדבר ישים, את חופש האפטרופסים החוקיים, לבחור לילדיהם בתי-ספר אחרים מאלה שהוקמו בידי הרשויות הציבוריות, הממלאים אחרי נורמות המינימום בתחום החינוך, כפי שהמדינה עשויה לקובען או לאשרן, ולהבטיח כי חינוכם הדתי והמוסרי של ילדיהם יהא בהתאם להכרתם.

4. שום הוראה בסעיף זה אין לפרשה כפוגעת בחירותם של יחידים ושל גופים להקים ולנהל מוסדות חינוך, בכפוף לכך כי תמיד יישמרו העקרונות שהובעו בס"ק 1, וכי החינוך הניתן במוסדות אלה ימלא אחרי נורמות המינימום, שהמדינה עשויה לקובען.

המשטרים הליברליים מאז המחצית השנייה של המאה ה-19, שביקשו להבטיח את הגנתן של הזכויות האזרחיות והפוליטיות של הפרט בפני עוצמת הממשל והחברה.

הזכות לחינוך

ואילו סעיף 14 לאמנה ממשיך וקובע כך:

מדינה שהיא צד באמנה זו, אשר בעת היותה לצד בה לא היה ביכולתה להבטיח בתחום שטחיה, או בשאר שטחי-ארץ תחת שיפוטתה, חינוך יסודי חובה חינוכי, מתחייבת, בתוך שנתיים ימים, לעבר ולאמץ תכנית פעולה מפורטת לשם ביצועו בשלבים, באורח עקרוני, חינוך חובה חינוכי לכל, בתוך מספר שנים סביר שייקבע כתכנית האמורה.

האמנה חוזרת בתלקים מסוימים על האמור בהכרזה האוניברסלית, אך עניינים שונים שנידונו לצורך הכרזה זו (כפי שפורט לעיל) ולא מצאו את מקומם בה, הוכנסו אל האמנה. באופן הכללי ביותר ניתן לומר כי ההכרזה האוניברסלית קובעת בסעיף 26 את הזכות לחינוך, ואילו סעיפים 13 ו-14 לאמנה מטילים על המדינה את האחריות הראשית ליישומה ולמימושה של הזכות לחינוך (בכפוף לחריג של זכויות ההורים לקיים חינוך נפרד שלא במסגרת המדינה). למעשה, סעיפים 13(1), ו-13(2)(א)-(ב) הינם חזרה דומה על האמור בסעיפים 13(1) ו-26(2) של ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם. ואולם, סעיפים 13(2)(ד) ו-13(2)(ה) אינם כלולים בהכרזה האוניברסלית ומהווים חידוש. סעיף 13(2)(ד) קובע לראשונה סטנדרט של העדפה ועידוד של מגזר האנשים אשר לא קיבלו חינוך יסודי או שלא השלימו את תקופת הלימודים באופן מלא, אף אם עברו את הגיל המתאים (חינוך מבוגרים). סעיף 13(2)(ה) קובע סטנדרט דינמי המחייב את המדינה שלא לקפוא על שמריה ודורש באורח פעיל את פיתוחה של מערכת בתי הספר, בכל הרמות, לרבות שיטות נאותות של מתן מלגות, ושיפור התנאים החומריים של סגל ההוראה. סעיפים 13(3) ו-13(4) לאמנה הינם הרחבה וספציפיקציה של סעיף 26(3) להכרזה האוניברסלית העוסקים באחריות ההורים וזכויותיהם. סעיף 13(3) קובע באופן מפורש את זכות ההורים לבחור לילדיהם בתי ספר אחרים מאלה שהוקמו בידי הרשויות הציבוריות (בתנאי שממלאים אחר נורמות המינימום בתחום החינוך כפי שאושרו על-ידי המדינה), וזאת כדי להבטיח כי חינוכם המוסדי או הדתי של ילדיהם יהא בהתאם להכרתם. לשון אחר, הסעיף נותן את התוקף והזכות להקים ולקיים מערכות חינוך חיצוניות למערכת החינוך שברשות המדינה, וזאת מתוך זכות הבכורה של ההורים לקבוע את דרך החינוך לילדיהם כאמור בסעיף 26(3) להכרזה. כזכור, זו הייתה גם אחת הכוונות שעמדו בבסיס סעיף 26(3) להכרזה, על אף שמוטעמים של פשרה התקבל בסופו של דבר נוסח לקוני יותר.

סעיף 14 לאמנה מהווה הוראת מעבר זמנית לגבי אותן מדינות אשר בעת הצטרפותן כצד לאמנה אין עדיין בתחום שיפוטן חינוך חובה יסודי חינוכי. יש לשים לב כי התחשבותה של האמנה במצב הפיסי של מערכות החינוך באותן מדינות וכן במצבן

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

הכלכלי הינה מוגבלת. האמנה, אשר ההתחייבויות על-פיה הינן פרוגרסיביות²⁰, אינה מעניקה "פטור" בשל נתוני פתיחה פסיים גרועים, אלא דורשת, בתוך שנתיים ימים, אימוץ תכנית פעולה מפורטת לשם ביצוע בשלבים, באורח עקרוני, של חינוך חובה חינם לכל, בתוך מספר שנים סביר שייקבע בתכנית האמורה.

כיום פועלת באו"ם תת ועדה מיוחדת (במסגרת הוועדה לזכויות האדם) – "ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות" – האחראית על הפיקוח והיישום של הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות על-ידי המדינות החברות, לרבות הזכות לחינוך. במסגרת הדיווחים השוטפים המועברים לוועדה ניתן למצוא חומר רב הנוגע ליישומה של הזכות לחינוך במדינות השונות²¹. בסוף המילניום קיימה הוועדה מושב דיונים מיוחד אשר הוקדש כולו לזכות לחינוך²².

20 ראו סעיף 2(1) לאמנה הקובע באופן כללי: "מדינה שהיא צד באמנה זו מחייבת לפעול, הן במאמציה היא, הן בסיוע ובשיתוף פעולה בינלאומיים, במיוחד בתחומי הכלכלה והטכניקה, עד כדי מרב המקורות העומדים לרשותה, למען הבטח, בשלבים, את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה זו בכל האמצעים המתאימים, ובמיוחד אימוצם של אמצעי תחיקה".

21 המדינות החברות, בהצטרפן לאמנה, נטלו על עצמן את החובה להעביר לוועדת האו"ם דיווח מקיף של המצב המשפטי, המצב העובדתי וקווי המדיניות בשורה ארוכה של תחומים, תוך שימת דגש על מימוש החירויות והזכויות המובטחות באמנה. דוח ראשון על יישומה של האמנה הוגש על-ידי ישראל בשנת 1997. בדוח קיים פרק הנוגע ליישומה של הזכות לחינוך בישראל: Report: The Implementation of the United Nations Convention on Economic, Social, and Cultural Rights (in Israel), Combined initial and second report of the state of Israel submitted in 1997 to the United Nations Committee on Economic, Social, and cultural rights 158-199. לאחר הגשת הדוח על יישום האמנה על-ידי ישראל, הוגש "דוח התייחסויות והערות" על-ידי ועדת האו"ם לזכויות האדם. בדוח ישנה התייחסות קצרה ליישום הזכות לחינוך על-ידי ישראל. ראו: Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel. 04/08/98. CCPR/C/79/Add.93. על הדוח שהגישה ישראל הוגש גם דוח הערות מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל, אשר גם בו ניתן למצוא התייחסות לזכות לחינוך, ראו: ACRI (The Association for Civil Rights in Israel) Comments on the Combined initial and second report of the state of Israel Concerning the Implementation of the United Nations Covenant on Economic, Social, and cultural rights (November 1998) 62-74.

22 המושב נערך בג'נבה בחודשים נובמבר ודצמבר 1998, ובמסגרתו הוגשו מספר מסמכים הנוגעים להיבטים שונים של הזכות לחינוך, ואשר פורסמו כפרסומים רשמיים של הוועדה באו"ם. את המסמכים ניתן למצוא באתר האינטרנט של ועדת האו"ם על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ראו: I. Kempf "How to Measure the Right to Education: Indicators and Their Potential Use by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights" U.N. Doc. E/C. 12/1998/22; Z. Zachariev "Considerations on Indicators of the Rights to Education" U.N. Doc. E/C. 12/1998/21; Background Paper Submitted by the Autonomus University of Barcelona, Spain, "The Right to

הזכות לחינוך

(ג) האמנה בדבר זכויות הילד (1989)

מגמה חדשה במשפט, הבאה לידי ביטוי גם במשפט הבינלאומי, הינה המגמה להכיר בזכויות הילד כענף עצמאי של המשפט²³. עיקר פיתוחה של התורה בדבר זכויות הילד נעשה בשני העשורים האחרונים, וניתן להצביע על כיוונה הכללי: הכרה בכך שהילד הפך מ"חפץ" אשר ברשות הוריו ליצור אוטונומי הזכאי להגנת ערכי היסוד החוקתיים, הן מפני המדינה והן מפני הוריו²⁴.

Education and Programmes to Remedy Inequalities" U.N. Doc. E/C. 12/1998/20; Background Paper Submitted by the American Association for the Advancement of Science (AAAS), "Violations of the Right to Education" U.N. Doc. E/C. 12/1998/19; Background Paper Submitted by Ms. K. Tomasevski, Special Rapporteur on the Right to Education of the Commission on Human Rights U.N. Doc. E/C. 12/1998/18; Meyer-Bisch "The Right to Education in the Context of Cultural Rights" U.N. Doc. E/C. 12/1998/17; F. Coomans "The Right to Education as a Human Right: an Analysis of Key Aspects" U.N. Doc. E/C. 12/1998/16; Background Paper Submitted by World University Service (WUS), "The Right to Education" U.N. Doc. E/C. 12/1998/15; A. Fernandez & J. Nordmann "The Right to Education: Survey and Prospects" U.N. Doc. E/C. 12/1998/14; G. Kent "The Right to Quality Education" U.N. Doc. E/C. 12/1998/13; P. Hunt, "State Obligations, Indicators, Benchmarks and the Right to Education" U.N. Doc. E/C. 12/1998/11; L. Gomez Del Prado "Comparative Analysis of the Right to Education as Enshrined in Article 13 and 14 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Provisions Contained in Other Universal and Regional Treaties, and the Machinery Established, if any, for Monitoring its Implementation" U.N. Doc. E/C. 12/1998/23; Summary Record of the 49th meeting, "General Discussion: Right to Education (Articles 13 and 14 of the Covenant)" U.N. Doc. E/C.12/1988/SR.49

23 אף שיש לציין כי הצורך להקריש לילד תשומת לב מיוחדת הובעה במשפט הבינלאומי לפני זמן רב, כגון: בהצהרת ג'נבה בדבר זכויות הילד משנת 1924; בהצהרה בדבר זכויות הילד שאומצה על-ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-20 לנובמבר 1959; הכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם; באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (במיוחד בסעיפים 23 ו-24); ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (במיוחד בסעיף 10).

24 הכרה זו חדרה גם למשפט הישראלי. ראו: S. Goldstein "The Rights of the Child in Israel" 13 *Colombia Human Rights L. Rev.* (1981-1982) 411. התייחסות להכרה בדבר זכויות הילד במשפט הישראלי והאמריקני, וכן במשפט הבינלאומי ניתן למצוא בפסק-דין של השופט שמגר בע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1)221, 251 ואילך: "מושג זכויות הילד הוא מושג חדש יחסית בכתבי המשפטית בתחום דיני המשפחה והמשפט החוקתי. עיקר פיתוחו נעשה בשני העשורים האחרונים והדים לו ניתן למצוא הן בספרות המשפטית והן בפסיקת המדינות השונות, ובעיקר בפסיקת בית-המשפט העליון האמריקני... האמנה הבינלאומית לזכויות הילד משנת 1989 אף היא משקפת מגמה זו. השלכותיו המלאות של מושג זכויות הילד טרם גובשו, וגדרי הזכויות טרם שורטטו".

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

מגמה זו משתקפת בבירור באמנה בדבר זכויות הילד²⁵, משנת 1989. האמנה מכילה התייחסות לזכויות רבות של הילד וגם לזכותו העצמאית של הילד לחינוך, תוך הכרה, "כי בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם הצהירו האומות המאוחדות, כי הילדות זכאית לתשומת-לב ולסיוע מיוחדים... וכי הילד ראוי להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה, ולחינוך ברוח האידאליים המובעים במגילת האו"ם ובמיוחד ברוח השלום, הסובלנות, החופש, השוויון והסולידריות"²⁶. הזכות לחינוך קבועה בסעיפים 28 ו-29 לאמנה בזו הלשון²⁷:

סעיף 28

1. המדינות החברות מכירות בזכותו של הילד לחינוך ומתוך כוונה להשיג זכות זו בהדרגה, על בסיס הזדמנות שווה:
 - (א) ידאגו כי יהיה חינוך יסודי חובה חנם לכל;
 - (ב) יעודדו את פיתוחן של צורות שונות של חינוך תיכון, לרבות חינוך כללי ומקצועי, יעשו אותן זמינות ונגישות עבור כל ילד, וינקטו צעדים מתאימים כגון הנהגת חינוך חנם והגשת סיוע כספי במקרה הצורך;
 - (ג) ידאגו לכך בכל האמצעים המתאימים כי השכלה גבוהה תהיה לכל על בסיס של כשירות;
 - (ד) ידאגו לכך כי מידע והדרכה חינוכיים ומקצועיים יהיו זמינים ונגישים לכל ילד.

לעניין האמנה הבינלאומית לזכויות הילד ראו בנוסף ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 145 (להלן: עניין פלוגית), בסעיף 28 לפסק-דינה של השופטת ביניש. וראו בנוסף: H.H. Foster & D.J. Freed "A Bill of Rights for the Children" 6 *Family L. Quarterly* (1976) 343.

25 The Convention on the Rights of the Child, 1989. האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, כרך 31, עמ' 221. ישראל חתמה על האמנה ביום 3 ביולי, 1990, ואשררה את האמנה ביום 4 באוגוסט 1991. האמנה בדבר זכויות הילד נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר 1991.

26 מתוך ההקדמה לאמנה. ראו: שם.

27 למעשה בטרם האמנה בדבר זכויות הילד, נקבעה הזכות לחינוך כבר בהצהרה בדבר זכויות הילד, שאומצה על-ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-20 לנובמבר 1959. בעיקרון השביעי להצהרה נקבע: "The child is entitled to receive education, which shall be free and compulsory, at least in the elementary stages. He shall be given an education which will promote his general culture, and enable him, on a basis of equal opportunity, to develop his abilities, his individual judgement, and his sense of moral and social responsibility, and to become a useful member of society"

הזכות לחינוך

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

3. המדינות החברות ינקטו ויעודדו שיתוף-פעולה בינלאומי בעניינים הנוגעים לחינוך, במיוחד כדי לתרום לביעור הבערות והאנאלפביות בעולם כולו, ולהקל על הגישה לידע מדעי טכני ולשיטות הוראה מודרניות. בהקשר זה תינתן תשומת לב מיוחדת לצרכיהן של ארצות מתפתחות.

סעיף 29

1. המדינות החברות מסכימות כי חינוך הילד יכונן:

(א) לפיתוח אישיות הילד, כשרונותיו ויכולתו הגופנית עד למיצויים המלא;

(ב) לפיתוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות היסוד, ולעקרונות הגלומים במגילת האומות המאוחדות;

(ג) לפיתוח יחס של כבוד להורי הילד, לזהותו התרבותית, ללשונו וכן לערכיה הלאומיים של הארץ בה מתגורר הילד, לארץ מוצאו ולתרבויות שונות מתרבותו הוא;

(ד) להכנת הילד לחיי אחריות בחברה חופשית ברוח הבנה, שלום, סובלנות, שוויון המינים וידידות בין כל העמים, קבוצות אתניות, לאומיות ודתיות, ואנשים שהם מילידי המקום המקוריים.

(ה) לפתח יחס כבוד לסביבה הטבעית.

2. שום חלק מסעיף זה או מסעיף 28 לא יפורש כעילה לפגוע בחופש יחידים וגופים לכוון ולהנחות מוסדות חינוכיים, בכפוף לעקרונות המפורטים בס"ק 1 לסעיף זה ולדרישות כי החינוך הניתן במוסדות אלה יעמוד באמות מידה מינימליות, כפי שתיקבענה על-ידי המדינה.

אמנה זו, על אף שאומצה רק בשנת 1989, אושררה כבר על-ידי לא פחות מ-191 מדינות. למעשה זו האמנה הבינלאומית שבה מספר החברות הוא הגדול ביותר. על-כן, יכולים סעיפים 28-29 שבאמנה זו להיחשב כסטנדרט הבינלאומי הרחב ביותר בהקשר לזכות החינוך²⁸.

M. Nowak "The Right to Education" in: *Economic, Social and Cultural Rights* 28
(A. Eide & C. Krause & A. Rosas eds., 1995) 194.

(3) הזכות לשוויון בחינוך

(א) כללי

עיקרון כללי העובר כחוט השני בדיונים בזכויות האדם הסובסטנטיביות, הקולקטיביות והאינדיווידואליות גם יחד, ומהווה כיום, ללא ספק, חלק אינטגרלי מן המשפט הבינלאומי המנהגי, הינו העיקרון האוסר על הפליה ביישום זכויות האדם²⁹. ברוב המקרים של הפליה פסולה, יש הפרה הן של זכות האדם המהותית (כגון: הזכות לחינוך) והן של העיקרון הפרוצדורלי של אי-הפליה. האיסור על הפליה הינו עיקרון כללי המוזכר כבר בסעיף 2 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם³⁰, המונה עשרה טעמים פסולים להפליה: גזע; צבע; מין; לשון; דת; השקפה פוליטית או אחרת; מוצא לאומי או סוציאלי; רכוש; לידה; או כל סטטוס אחר. חזרה על עקרון איסור ההפליה מכל הטעמים הנ"ל ניתן למצוא גם באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בסעיפים 2 ו-3³¹. בנוסף על קיומו של העיקרון הכללי האוסר על הפליה בהכרזה האוניברסלית, באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, ובמסמכים בינלאומיים רבים נוספים, קבוע העיקרון של איסור הפליה בחינוך במפורש בשלוש אמנות חשובות נוספות.

(ב) האמנה נגד הפליה בחינוך (1960)

אחד מהגופים הבינלאומיים של האו"ם, אשר הוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה הינו "ארגון האו"ם לענייני חינוך, מדע ותרבות" (אונסק"ו). בהתאם לאמור בחוקת ארגון

29 דינשטיין, לעיל הערה 3, בעמ' 128.
30 סעיף 2 של ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם קובע: "כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות שנקבעו בהכרזה זו ללא הפליה כלשהי מטעמי צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית או דעה בבעיות אחרות, בכלל מוצא לאומי או חברתי, קניין, לידה או מעמד אחר".

31 סעיף 2(2) קובע כי: "מדינות שהן צד באמנה זו מתחייבות לערוב לכך, כי השימוש בזכויות המובעות באמנה זו יהא ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי צבע, מין, לשון, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס, או כל מעמד אחר". ואילו סעיף 3 לאמנה קובע כי: "מדינות שהן צד באמנה זו מתחייבות להבטיח את זכותם השווה של גברים ונשים להנאה מכל הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות שפורשו באמנה זו". ניתן לטעון כי גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, רלוונטית לנושא ההגנה על הזכות השווה לחינוך, באשר היא קובעת את עקרון השוויון בשני סעיפים: סעיף 26 קובע את עקרון השוויון באופן כללי, וסעיף 24(1) קובע את העיקרון בהקשר לילדים: "לכל ילד, ללא כל הפליה בשל גזע, צבע, מין, לשון, דת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש או ייחוס, תהא הזכות לאותם אמצעי הגנה הנדרשים מפאת מעמדו כקטין, מטעם משפחתו, החברה והמדינה".

הזכות לחינוך

זה³², הוקם הארגון: "כדי לקדם, בכוח קשרי החינוך, המדע והתרבות בין עמי העולם, את עניין השלום הבינלאומי ואת טובתה של האנושות, שלשמש הוקם ארגון האומות המאוחדות ושעליהם הוכרז במגילתו"³³. בחוקת הארגון נקבע בין היתר כי מטרת הארגון לתרום לשלום ולביטחון על-ידי המרצת שיתוף הפעולה בין האומות באמצעות החינוך, המדע והתרבות על-מנת לטפח רגש כבוד כללי אל הצדק, אל שלטון החוק, אל זכויות האדם ואל חירויות היסוד שלו, שאושרו וקוימו במגילת האומות המאוחדות לכל עמי העולם בלא הבדל גזע, מין, לשון או דת. לעניין החינוך קובעת החוקה בסימן א, סעיף 2(ב) כך:

"לתת דחיפה חדשה להשכלת העם ולהפצת התרבות –

על-ידי שישתף פעולה עם החברות, לפי בקשתן, בפיתוח פעולות החינוך;

על-ידי שינהיג שיתוף פעולה בין האומות לשם קידום האיריאל של שוויון באפשרויות החינוך, ללא הבדל גזע או מין וללא כל הפלות כלכליות או חברתיות.

על-ידי שיציע שיטות חינוך נאותות ביותר להכשרת ילדי העולם לקראת התחייבויות שמטילה החירות".

אונסק"ו שקד על יציקת תוכן לכוונותיו ולהצהרותיו בקשר לטיפול בענייני החינוך, ובכנס האחד-עשר של הארגון, שהתקיים בפריז בחורש נובמבר-דצמבר 1960, נחתמה "האמנה נגד הפליה בחינוך"³⁴. בהקדמה לסעיפי האמנה נכתב כי האמנה נכתבה לאור ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, אשר קובעת הן את עקרון אי-ההפליה והן את הזכות לחינוך. סעיף 1 לאמנה מונה את הטעמים האסורים להפליה בחינוך: גזע, צבע, מין, לשון, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, תנאים כלכליים

32 Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
ראו: חוקת ארגון האומות המאוחדות לענייני חינוך, מדע ותרבות (UNESCO), כ"א 40, בעמ' 77. חוקת ארגון האומות המאוחדות לענייני חינוך, מדע ותרבות נחתמה ביום 16 בנובמבר 1945, בלונדון. החוקה נכנסה לתוקפה ביום 4 בנובמבר 1946. ישראל הצטרפה כצד לחוקה והצטרפותה נכנסה לתוקף ביום 16 בספטמבר 1949. הפרסום האמור בסדרת כתבי אמנה כולל נוסחים באנגלית, צרפתית ועברית.

33 שם, שם.

34 אמנה נגד הפליה בחינוך, כ"א 441, כרך 12, 656. בלעז קרויה האמנה: The Convention Against Discrimination in Education. האמנה נחתמה בפריז ביום 14 לדצמבר 1960. ישראל הצטרפה לאמנה ביום 22 ספטמבר 1961. הפרסום האמור בסדרת כתבי אמנה כולל נוסחים באנגלית, צרפתית ועברית.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

או לידה ובאופן כללי חוזרת האמנה ומפרטת את הטעמים האסורים להפליה (הפעם בהקשר לחינוך) המנויים בהכרזה האוניברסלית לזכויות האזרח. בהמשכו אוסר סעיף 1 לאמנה על הפליה בחינוך ומתייחס לכל סוגי החינוך ודרגות החינוך לרבות גישה לחינוך, רמת החינוך ואיכותו, ותנאי הקנייתו. בהמשך ממשיך סעיף 1 ומגדיר כמה מצבים כהפליה בחינוך:

1. שלילת הגישה לחינוך מכל סוג או דרגה מאדם או מקבוצת בני-אדם.
 2. הגבלת אדם או קבוצת בני-אדם במסגרת חינוך של רמה נחותה.
 3. הקמתם או החזקתם של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים לבני-אדם או לקבוצת בני-אדם.
 4. העמדת אדם או קבוצת בני-אדם בתנאים שאינם מתיישבים עם כבוד האדם.
- עם זאת, מתיר סעיף 2 לאמנה החזקת מערכת חינוך "נפרדת אך שווה" – מטעמי מין, דת ולשון – אך רק בתנאים המפורטים בו, והוא קובע כי במקום שמתירה זאת המדינה, לא יהיו רואים את המצבים הבאים כמהווים הפליה במשמעות סעיף 1 לאמנה:

1. הקמתם או החזקתם של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים לתלמידים ולתלמידות, אם מערכות או מוסדות אלה מבטיחים גישה שווה ערך לחינוך, מספקים חבר מורים בעל הכשרות מאותה רמה וכן בניינים וציוד לבתי ספר מאותה איכות ומאפשרים לעבור על אותם קורסים של לימוד או קורסים שווי ערך.

2. הקמתם או החזקתם, מטעמים דתיים או לשוניים של מערכות חינוך או מוסדות חינוך נפרדים, המקנים חינוך בהתאם לרצון הוריהם או אפטרופוסיהם החוקיים של התלמידים, אם השתתפות במערכות אלה או הביקור במוסדות אלה הם רשות, ואם החינוך הניתן מתאים לרמות שנקבעו או אושרו על-ידי הרשויות המוסמכות, בייחוד לגבי חינוך מאותה דרגה.

3. הקמתם או החזקתם של מוסדות חינוך פרטיים, אם מטרת המוסדות היא לא להבטיח את הוצאתה של איזו קבוצה מן הכלל, אלא ליתן אפשרויות חינוך נוסף על אלה הניתנות על-ידי רשויות ציבוריות, אם המוסדות מנוהלים בהתאם לאותה מטרה ואם החינוך הניתן לרמות שנקבעו או אושרו על-ידי הרשויות המוסמכות, בייחוד לחינוך הניתן מאותה דרגה.

על החשיבות של מתן אפשרות לקיים מערכת חינוך "שווה אך נפרדת" מטעמים אתניים, דתיים או לשוניים נעמוד בהרחבה כשנעסוק בפרשת "בתי הספר של מיעוטים באלבניה"³⁵.

35 ראו להלן, בעמ' 181.

הזכות לחינוך

(ג) האמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית (1965)

אמנה נוספת המתייחסת באופן ישיר לסוגיית החינוך, הינה האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של ההפליה הגזעית³⁶, הקובעת בסעיף 5 כי:

במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבטל הפליה גזעית בכל צורותיה, ולערוב לזכותו של כל אדם, ללא הבחנה באשר לגזע, צבע, או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות כדלקמן:

(א) ...

(ה) זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות, במיוחד:

(1) ...

(5) הזכות לחינוך והכשרה;

האמנה מציינת במפורש את רשימת הזכויות המהותיות, וכין השאר את הזכות לחינוך, ואוסרת על הפליה מטעמים גזעניים בקשר לזכויות האמורות בה. למעשה מהווה האמנה נדבך נוסף של הגנה על העיקרון של שוויון בהנאה מזכות החינוך, ואיסור על הפליה בחינוך.

(ד) האמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (1979)

האמנה האחרונה הקובעת איסור הפליה מפורש בתחום החינוך, הינה האמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה נגד נשים³⁷. בסעיף 10 לאמנה נקבע כך:

המדינות שהן צד לאמנה ינקטו את האמצעים המתאימים כדי לבטל הפליה נגד נשים, במטרה להבטיח להן זכויות שוות לזכויות גברים בתחום החינוך, ובמיוחד להבטיח, על בסיס של שוויון בין גברים ונשים:

36 International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination – 1965, [1965] UN Juridical Y.B. 63, 66. ראו: אמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, כ"א 861, כרך 25, עמ' 547. האמנה הועמדה לתחימה בניו-יורק ביום 7 במרץ, 1966. ישראל חתמה על האמנה ביום 7 במרץ 1966. ישראל הפקידה את כתב אשרורה לאמנה ביום 3 בינואר, 1979, והאמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל, לפי סעיף 19(2) לאמנה, ביום 2 בפברואר, 1979. הפרסום האמור בסדרת כתבי אמנה כולל נוסחים באנגלית, צרפתית ועברית.

37 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, 1979. ראו: האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 1035, כרך 31, עמ' 179. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר, 1991.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

- א. אותם תנאים בהדרכה לתפקיד או למקצוע, בגישה ללימודים והשגת דיפלומות במוסדות חינוך מכל הסוגים, באזורים כפריים כבאזורים עירוניים; שוויון זה יובטח בחינוך הקדם בית ספרי, הכללי, הטכני, המקצועי והטכני הגבוה, וכן בכל סוגי ההכשרה המקצועית;
- ב. גישה לאותן תכניות לימודים, לאותן בחינות, לסגל הוראה באותה רמת כישורים, ולחצרות בית ספר וציוד לימודי באותה איכות;
- ג. ביעור תפיסות סטריאוטיפיות באשר לתפקידיהם של גברים ונשים בכל רמות החינוך לצורותיו, באמצעות עידוד לחינוך מעורב ולסוגי חינוך אחרים אשר יסייעו בהשגת מטרה זו, ובמיוחד באמצעות תיקון של ספרי לימוד ותוכניות לבתי ספר והתאמת שיטות הוראה;
- ד. אותן הזדמנויות לזכות במילגות ומענקי לימוד אחרים;
- ה. אותן הזדמנויות לגשת לתוכניות של לימודי המשך, לרבות תוכניות למידת קרוא וכתוב תפקודית למבוגרים, במיוחד כאלה הנועדו לצמצם, תוך פרק זמן קצר ככל שאפשר, פערים בחינוך שבין גברים ונשים;
- ו. הפחתת שיעורי נשירתן של סטודנטיות, וארגון תכניות לנערות ונשים שעזבו את בית הספר בטרם עת;
- ז. אותן הזדמנויות להשתתפות פעילה בספורט ובחינוך גופני;
- ח. גישה למידע מיוחד בנושאי חינוך, כדי לסייע בהבטחת בריאות המשפחות ורווחתן, לרבות מידע ועצה בתכנון משפחה.

לסיכום ניתן לומר כי האמנות השונות שעוסקות בזכות לחינוך, הן באשר לתוכן הזכות והיקפה והן באשר לאיסור ההפליה בחינוך, עוזרות ללא ספק לשרטט באופן כללי את גבולותיה של זכות זו. חשיבות מיוחדת נודעת לעובדה כי כל האמנות החשובות שהוזכרו לעיל אומצו ואושרו על-ידי מרבית המדינות בעולם החברות בארגון האומות המאוחדות³⁸.

(4) פסיקה בינלאומית: פרשת בתי ספר של מיעוטים באלבניה

הדיון המשפטי הידוע ביותר שהתקיים בפני ערכאה בינלאומית בנושא של חינוך, הינו פרשת "בתי הספר של מיעוטים באלבניה"³⁹, שנדון בפני בית-הדין הבינלאומי הקבוע

38 Nowak, *supra* note 7, at p. 421.

39 *Minority Schools in Albania* (1935) Series A/B no. 64 (hereinafter: *Minority Schools in Albania case*), על הפרשה ראו: דינשטיין, לעיל הערה 3, בעמ' 130 ואילך, וכן: Steiner & Alston, *supra* note 8, at p. 89-98.

הזכות לחינוך

בהאג. יש לשים לב כי הפרשה נדונה בטרם הוכרה הזכות לחינוך כזכות עצמאית⁴⁰ והשאלה המשפטית שנידונה בה נסבה על איסור ההפליה והגנה על זכויות מיעוטים⁴¹. בשנת 1920, עת ביקשה אלבניה להתקבל לחבר הלאומים, הותנתה קבלתה בנקיטת צעדים להגנה על מסגרות המיעוטים במדינה. אלבניה קיבלה על עצמה התחייבויות להגנה על המיעוטים באלבניה ובשנת 1921 נחתמה "הכרזת המיעוטים האלבנית", אשר אושרה על-ידי אלבניה בשנת 1922. סעיף 5 להכרזה קבע כדלקמן:

"Albanian nationals who belong to racial, linguistic or minorities, will enjoy the same treatment and the same security in law and in fact as other Albanian nationals. In particular, they shall have an equal right to maintain, manage and control at their own expense or to establish in the future, charitable, religious, and social institutions, schools and other educational establishments, with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein".

במשך השנים לאחר מתן ההכרזה הנ"ל, ובעקבות כמה שינויים בחוקי אלבניה, התעוררו ספקות באשר לעמידתה של ממשלת אלבניה בהתחייבותה הבינלאומית שבהכרזה, אך לא ננקטו צעדים משפטיים במישור הבינלאומי. אולם, בשנת 1933 סגרה ממשלת אלבניה את כל בתי הספר הפרטיים באלבניה, בהתאם לתיקונם של סעיפים 206 ו-207 לחוקה האלבנית, אשר קבעו מעתה כך:

"The instruction and education of Albanian subjects are reserved to the State and will be given in State schools. Primary education is compulsory for all Albanian nationals and will be given free of charge. Private schools of all categories at present in operation will be closed".

הצעד של סגירת בתי הספר הפרטיים באלבניה פגע קשות במיעוטים במדינה שלא יכלו עוד לקיים חינוך בשפת אמם. עקב כך, פנה המיעוט היווני באלבניה למועצת חבר הלאומים בתלונה, שסגירת בתי הספר הפרטיים במדינה מהווה הפרה של סעיף 5 להכרזת המיעוטים האלבנית. מנגד, טענה ממשלת אלבניה כי סגירת בתי הספר הפרטיים כולם הינה מדיניות בעלת אופי כללי אשר אינה מפלה את המיעוטים במדינה. לטענתה,

40 הפרשה ארעה בשנות השלושים, בטרם נקבעה לראשונה הזכות לחינוך כסעיף 26 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948.

41 לרשימה חדשה הנוגעת להגנה על זכויות אתניות ותרבותיות של מיעוטים, והמתייחסת גם לפרשת "בתי הספר של מיעוטים באלבניה" (וכן לפסקי-דין נוספים), ראו: P. Keller "Re-thinking Ethnic and Cultural Rights in Europe" 18 *Oxford J. of Legal Studies* (1998) 29, 50.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

סגירת בתי ספר הפרטיים אינה מבססת טענת קיפוח מוצדקת של המיעוט ביחס לרוב, שכן האיסור לקיים מוסדות חינוך פרטיים חל על הרוב באותה המידה שהוא חל על המיעוט. יתר-על-כן, נטען כי עמדה אשר על-פיה יש להכריח את אלבניה לכבד את בתי הספר הפרטיים של המיעוט היווני יוצרת למעשה הפליה לטובת המיעוט ומקנה תנאים מיוחדים הנמנעים מהרוב. מועצת חבר הלאומים, אשר פעלה מכוח סמכותה, הפנתה בקשה לחוות-דעת מייעצת⁴² מבית-הדין הבינלאומי בהאג בשאלה הבאה: האם לאור הכרות המיעוטים האלבנית משנת 1921 פעלה ממשלת אלבניה כדין, או שסגירת בתי הספר הפרטיים עולה כדי הפרה של סעיף 5 לאותה הכרזה?

בחוות-דעתו קבע בית-הדין עמדה הן לגבי סוגיית ההפליה והן לגבי סוגיית ההגנה על מיעוטים (אף כי שני הנושאים שלובים האחד בשני): לעניין ההפליה נקבע כי שוויון על-פי דין אוסר על הפליה מכל סוג, בעוד ששוויון למעשה עשוי להיות כרוך בצורך ביחס שונה בין המיעוט לרוב על-מנת להשיג תוצאה היוצרת שווי משקל בין מצבים שונים. קל לתאר מקרים שבהם שוויון ביחס כלפי הרוב וכלפי מיעוט, אשר מצבו ודרישותיו שונים, יביא לתוצאה של חוסר שוויון למעשה, וכי שוויון בין בני הרוב והמיעוט חייב להיות שוויון יעיל ואמיתי⁴³. לעניין בתי הספר הפרטיים של המיעוט היווני באלבניה קבע בית-הדין כי אלה חיוניים כדי לאפשר למיעוט ליהנות מאותו יחס כמו הרוב, לא רק על-פי דין אלא גם בפועל. ביטול מוסדות אלה, אשר רק הם יכולים לספק את הדרישות המיוחדות של קבוצות המיעוט, והחלפתם על-ידי מוסדות ממשלתיים, יהרסו שוויון זה שביחס, והתוצאה תהא שלילה של מוסדות החינוך המתאימים לצורכי המיעוט מן המיעוט, בעוד הרוב ימשיך לספק את צרכיו במוסדות החינוך שהוקמו על-ידי המדינה⁴⁴.

בנוסף, התייחס בית-הדין למהותו של משטר ההגנה הבינלאומי על מיעוטים: המטרה המונחת ביסוד האמנות להגנת מיעוטים⁴⁵ היא להבטיח למיעוטים הנכללים במדינה, שאוכלוסייתה שונה מהם בגזע, לשון ודת, את האפשרות להיות בשלום בצד אותה אוכלוסייה ולשתף עמה פעולה באופן ידידותי תוך שמירה על קווי האופי המאבחים אותם מן הרוב, ולספק את הצרכים המיוחדים הנובעים מכך⁴⁶. לדברי בית-הדין, משטר ההגנה הבינלאומית על מיעוטים נועד להשיג בעיקר שתי מטרות: ראשית, שוויון מוחלט בין אזרחי המדינה הנמנים עם מיעוטים גזעיים, דתיים או לשוניים, לבין יתר האזרחים המשתייכים לרוב, ושנית, הבטחת אמצעים מתאימים

42 הליך הקרי: Advisory Opinion.

43 *Minority Schools in Albania case, supra* note 39, at p. 19.

44 *Ibid*, at p. 19-20.

45 בית-הדין קבע כי יש להבין את הכרות המיעוטים האלבנית כאמנה להגנות מיעוטים, ועשה שימוש באמנות קיימות להגנות מיעוטים ככדי לפרש את ההכרזה האמורה.

46 *Minority Schools in Albania case, supra* note 39, at p. 17.

הזכות לחינוך

למיעוטים לשימור התכונות הגזעיות המיוחדות להם, מסורתם וקווי האופי הלאומי שלהם⁴⁷.

מסיבות אלה הביע בית-הדין הבינלאומי את דעתו, ברוב דעות של שמונה נגד שלושה כי טענת הממשלה האלבנית – שסגירת בתי הספר הפרטיים פוגעת במידה שווה הן ברוב האלבני והן במיעוט היווני ועולה על-כן בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות כפי שהן משתקפות בסעיף 5 להכרזה האמורה – אינה מבוססת ודינה להידחות.

יש לציין כי את גישתו של בית-הדין בהאג בפרשת "בתי הספר של מיעוטים באלבניה" יש להבין כגישה של מתן הגנה קולקטיבית – להבדיל מהגנה אינדיווידואלית – לבני המיעוט היווני, שכן רק קולקטיב מאורגן (להבדיל מאדם בודד) המחזיק בזכויות קולקטיביות יכול לארגן ולקיים מערכת בתי ספר מיוחדים ופרטיים. הרעיון המונח בבסיס פסק-הדין של דעת הרוב – מניעת התבוללות מאולצת ושמירת הזהות האתנית, הדתית או הלשונית של מיעוט על-ידי מתן זכות קולקטיבית לשימור החינוך והתרבות המיוחדים למיעוט – בא כיום לידי ביטוי חקוק בסעיף 5(1)(ג) לאמנה נגד הפליה בחינוך, הקובע⁴⁸:

"מן ההכרח להכיר בזכותם של בני-המיעוטים הלאומיים לנהל את פעולתם החינוכית שלהם, לרבות החזקת בתי-ספר, וכן – בהתאם למדיניותה החינוכית של כל מדינה – להשתמש בשפתם שלהם ולהורותה, אולם בתנאי –

(1) שאין להשתמש בזכות זו באופן המונע את בני-המיעוטים הללו מלהבין את תרבותם ושפתם של הציבור בכללו ומלהשתתף בפעולותיו או הפוגע בריבונות הלאומית;

(2) שרמת החינוך בבתי-הספר הללו אינה נמוכה מהרמה הכללית שנקבעה או אושרה על-ידי הרשויות המוסמכות;

(3) שהביקור בבתי-ספר אלה הוא רשות".

Ibid, *ibid* 47

וכן ראו סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, הקובע: "באותן המדינות, אשר בהן קיימים מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לא תישלל מאנשים המשתייכים למיעוטים כאלה, בצוותא עם חברים אחרים של קבוצתם, הזכות ליהנות מתרבותם-הם, להאמין ולנהוג על-פי דתם-הם, להשתמש בלשונם-הם". בנוסף קיימות אמנות מיוחדות להגנה על זכויות מיעוטים וילידים, ובהן הגנה גם על זכויות בחינוך, ראו: Article 26-31 of the Convention Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries (ILO no. 169) 72 ILO Official Bull. 59 (entered into force Sept. 5 1991). 13 מדינות אימצו אמנה זו אך ישראל אינה בינהן וכן ראו: Article 15 of the Draft Declaration on the Human Rights of Indigenous Peoples, E/CN.4/SUB.2/1994/2Add.1 (1994).

(5) הזכויות לחינוך במשפט הבינלאומי: עיקרון מנחה או משפט מנהגי מחייב

כידוע מקובלת במשפט הבינלאומי ההבחנה בין "משפט בינלאומי מנהגי" ו"משפט בינלאומי הסכמי"⁴⁹. לנוכח חשיבותה של הבחנה זו, ונפקויותיה המשפטיות, חשוב להוסיף ולבחון האם הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי היא זכות הסכמית בלבד, שלה ניתן ביטוי באמנות רבות כמפורט, או גם זכות הנובעת מן המשפט הבינלאומי המנהגי: המשפט הבינלאומי ההסכמי מבוסס על אמנות קונסטיטוטיביות ודקלרטיביות⁵⁰. האמנות הקונסטיטוטיביות קובעות כללים חדשים בגדר המשפט הבינלאומי. אמנות אלו אינן מצהירות על מנהגים הקיימים מקדמת דנא, אלא יוצרות כללים חדשים בבחינת יש מאין מכוח הסכמה בין המדינות המתקשרות באמנה או הסכם.

לעומת זאת, המשפט הבינלאומי המנהגי מבוסס על מנהגים בינלאומיים. בדרך כלל, מעוגן המשפט הבינלאומי המנהגי באמנות הנחשבות דקלרטיביות, המהוות קודיפיקציות של מנהגים. מומחי משפט בינלאומי עמדו בעבר על הדרכים שבהן יכול עיקרון משפטי בינלאומי לרכוש מעמד של מנהג מחייב⁵¹. הדרך המקובלת לגיבושו של מנהג היא זו המצוינות בסעיף 38(1)(ב) לחוק בית-הדין הבינלאומי לצדק, הקובע כי בית-הדין הבינלאומי יפסוק בסכסוכים המובאים לפניו, גם בהתאם ל"מנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין"⁵². בהתאם לפרשנות שניתנה לסעיף זה במשפט הבינלאומי, עיקרון משפטי מתגבש לכדי מנהג מחייב בהתקיים שני תנאים מצטברים: כאשר העיקרון המשפטי הינו ביטוי של הסכמה של מדינות, הבא לידי ביטוי בפרקטיקה כללית באותן מדינות שעניגוהו בחוקים; וכאשר התנהגות זו נובעת מתוך תחושת המחויבות של המדינות כי המנהג הינו מחייב (opinio juris)⁵³. את הפרקטיקה

49 ר' לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 812, 807 ואילך.

50 עם זאת, "ייתכן שאמנה מסוימת תהיה בחלקה דקלרטיבית ובחלקה קונסטיטוטיבית. יתרה מזאת, סעיפים שמלכתחילה היו קונסטיטוטיביים עשויים עם הזמן להפך לדקלרטיביים עקב התפתחותו של המנהג". ראו: שם, בעמ' 812.

51 ראו לדוגמה: M. Akehurst "Custom as a Source of International Law" 47 *British Yearbook International L.* (1974) 53.

52 ראו: חוקת בית-הדין הבינלאומי, כ"א 19, בעמ' 237.

53 64, 66 *M. Shaw International Law* (Cambridge, 1997). דרך נוספת לגיבוש כללים מחייבים במשפט הבינלאומי, הדומים למנהג, היא זו המצוינת בסעיף 38(1)(ג) לחוקת בית-הדין הבינלאומי. יש הגורסים, שניתן לייבא למשפט הבינלאומי כללים מהותיים הקיימים במשפט הפנימי על דרך האנלוגיה, דרך הצינור של סעיף 38(1)(ג), שלפיו רשאי בית-הדין הבינלאומי לפסוק בהתאם ל"עקרונות המשפט הכלליים המוכרים על-ידי האומות בנות התרבות" (שם). במשפט הבינלאומי ישנה מחלוקת לגבי היקפו של מקור זה. על כך ראו: Steiner & Alston, *supra* note 8, at p. 47-49.

הזכות לחינוך

הכללית הנהוגה במדינות ניתן להסיק מאמנות בינלאומיות, בין אם אושרו ובין אם לאו, מחוקים מדינתיים, מהכרזות וכן מראיות בדבר היקף השימוש במנהג.

להבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי חשיבות במשפט הבינלאומי וזאת משני טעמים מרכזיים: (1) בעוד משפט הסכמי מחייב רק מדינות שהצטרפו להסכם המסוים, הרי שמשפט מנהגי מחייב את כלל המדינות בעולם. מכך נובע כי אמנה שהפכה במרוצת השנים להיות אמנה מנהגית תחייב גם מדינות שלא הצטרפו לאמנה; (2) בדרך כלל, משפט מנהגי נקלט אל המשפט הפנימי של מדינה באופן אוטומאטי, מכוח המנהג המונח ביסודו⁵⁴. לגבי קליטתו של משפט בינלאומי הסכמי לתוך המשפט הפנימי קיימות בעולם שתי שיטות שונות: בהתאם לשיטה הראשונה, משפט בינלאומי הסכמי אינו נקלט באופן אוטומאטי אל תוך המשפט הפנימי, אפילו הוא מחייב את המדינה בתחום הבינלאומי, כל עוד לא אומץ או שולב בדרך החקיקה והפך חלק מן המשפט הפנימי. שיטה זו נהוגה למשל באנגליה ובישראל. שיטה אחרת, הנהוגה ברוב מדינות העולם (כגון בארצות-הברית ובמדינות אירופה) קובעת כי גם משפט בינלאומי הסכמי נקלט באופן אוטומאטי לתוך המשפט הפנימי, ללא צורך בהליך טרנספורמציה וקליטה⁵⁵. אשר-על-כן, לפחות לכאורה, כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הינם "חזקים" יותר מכללי המשפט הבינלאומי ההסכמי, בכך שהם מחייבים את המדינות השונות במישור המשפט הפנימי, ללא אקטים חקיקתיים משלימים⁵⁶, וזאת גם במדינות כאנגליה וישראל.

ככלל, המשפט הבינלאומי המנהגי יכול להקנות גם זכויות אדם (כגון הזכות לחינוך) באופן ישיר. פרופ' דינשטיין מסביר כי זכויות האדם הבינלאומיות יכולות להתגבש הן במנהג והן באמנה. מאחר שמנהג מהווה רוכב של המשפט הבינלאומי, אין – ולא יכולה להיות – כל מניעה תאורטית לכך, שיוקנו לפרט זכויות מכוחו, ולאו דווקא מכוח אמנה בינלאומית⁵⁷. בדרך זו הלך פסק-דין אמריקני מנחה⁵⁸, אשר עשה שימוש במשפט

54 דוגמה למשפט בינלאומי מנהגי הינה אמנת האג (הרביעית) משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה. ראו: כג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה בדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 791.

55 יש לסייג קביעה זו בכל הקשור לאמנות אשר מטבען מצריכות חקיקה מיישמת, הקרויות – Non Self-Executing Treaties.

56 בשלב הזה ברצוננו להתייחס אל ההבחנה באופן כללי, וללא קשר למשפט הישראלי. בהמשך ננסה לבדוק את הכללים הספציפיים, כמובן בהקשר לזכות לחינוך, כפי שהם משתקפים בדין הישראלי ובפסיקת בית-המשפט העליון. ראו להלן, בעמ' 344 ואילך.

57 דינשטיין, לעיל הערה 3, בעמ' 121. אשר-על-כן סבור פרופ' דינשטיין כי בית-המשפט העליון בארץ נתפס לטעות כאשר קבע בע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2047, ש"התיאוריה של המשפט הבין-לאומי היא כי בהעדר אמנה בין-לאומית המקנה זכויות לפרט, מכיר המשפט הזה רק בזכויות המדינה".

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

בינלאומי מנהגי בהקשר לזכויות אדם, וקבע כי זכות אדם של החופש מעינויים נתגבשה לכדי מנהג בינלאומי מחייב, שכן היא נמצאת ב"שימוש המדינות" (או בפרקטיקה של המדינות)⁵⁹, וזאת על סמך כמה נימוקים: ראשית, סעיפים 55 ו-56 למגילת האומות המאוחדות, קובעים כי בתקופה המודרנית, התייחסותה של מדינה אל אזרחיה הינה בעלת עניין במישור הבינלאומי ולא רק עניינה הפרטי של המדינה; שנית, בית-המשפט הצביע על שתי החלטות שנתקבלו בפורומים רשמיים של האומות המאוחדות ואשר הכריזו על זכות האדם לחופש מעינויים; שלישית, בית-המשפט ציין את השימוש המודרני, שנעשה על-ידי מדינות בזכות לחופש מעינויים כפי שהיא קבועה בשלוש אמנות בינלאומיות; רביעית, בית-המשפט בחן את השימוש שנעשה בזכות בארצות-הברית עצמה.

על רקע כל אלה, מתעוררת השאלה, אם הכללים הנוגעים לזכות לחינוך, כפי שהם מעוגנים בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ובאמנות השונות המפורטות לעיל, הם כללים הסכמיים בלבד או שהפכו במשך השנים לכללים מנהגיים?

בהתאם לגישה כי במשפט הבינלאומי זכות אדם יכולה לחייב מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי, קובע פרופ' דה-לה-ווגה (De La Vega) במאמרו החשוב⁶⁰ כי הזכות לחינוך ובייחוד הזכות לשוויון בחינוך, הפכה זה מכבר לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. את המסקנה מבסס פרופ' דה-לה-ווגה על שני נימוקים עיקריים:

1. הזכות לחינוך הוכרה במספר אמנות בינלאומיות. אמנות בינלאומיות הנוגעות לזכויות אדם מחייבות את הצדדים מכוח המשפט הבינלאומי ההסכמי, אך יכולות להיות בנוסף מקור למשפט בינלאומי מנהגי. עיקרון זה קבוע גם בסעיף 38 לאמנת וינה, 1969, בדבר דיני אמנות⁶¹. בהקשר זה, ניתן לציין את קיומה של הזכות לחינוך והזכות לאיסור הפליה בחינוך בכמה הכרזות ואמנות כגון: ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם⁶², האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר

58 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980).

59 "The usage of nations".

60 C. De La Vega "The Right to Equal Education: Merely a Guiding Principle or Customary International Legal Right?" 11 *Harvard Blackletter L.J.* (1994) 37.

61 Vienna Convention, on the Law of Treaties, May 23, 1969, art 38, 8 *I.L.M.* [1969] 679, 694: A treaty may become "binding upon a third state as a customary rule of international law, recognized as such" ראו תרגום עברי על-ידי מ' זהרי וש' רוזן אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות "אמנת האמנות" (תשל"ח).

62 פרופ' דה-לה-ווגה מציין את העובדה, עליה כבר עמדנו לעיל, בעמ' 133, כי מלומדים יידועי שם מתחום המשפט הבינלאומי רואים בהכרזה האוניברסלית עצמה, או חלקים ממנה, משפט בינלאומי מנהגי המחייב את כל המדינות, אף כי איננה אמנה, שכן לצורך הכרה בעיקרון כמשפט בינלאומי מנהגי אין הכרח כי העיקרון יעוגן באמנה. פרופ' דינשטיין מסכים לקביעה זו: "במידה שסעיפי ההכרזה מחייבים, הריהם מחייבים לא מכוח

הזכות לחינוך

נתקבלה, נחתמה או אושרה עד היום על-ידי 140 מדינות; האמנה לזכויות הילד, אשר נחתמה, נתקבלה או אושרה עד היום על-ידי יותר מ-190 מדינות והאמנה כנגד ההפליה בחינוך, אשר נתקבלה עד שנת 1995 על-ידי 84 מדינות⁶³.

2. הזכות לחינוך מוכרת בחוקיהן של עשרות מדינות (66 מדינות שונות עד שנת 1988). כל המדינות הללו מעניקות באופן זה או אחר זכויות בנושאי חינוך, ומעל 50 מדינות מתוך אותן מדינות מכירות בזכות החוקתית לחינוך בחוקותיהן. רבות מהן מכירות בחוקת המדינה בזכות לשוויון הזדמנויות בחינוך⁶⁴. את הפרקטיקה של המדינות ניתן ללמוד גם מדוחות תקופתיים המוגשים למוסדות בינלאומיים כמתחייב מאמנות שונות (כגון: האמנה לזכויות הילד, והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). דוחות אלה מוכיחים כי הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך נתמכות בחוקי המדינות השונות אשר הגישו את הדוחות.

אשר-על-כן סבור פרופ' דה-לה-ווגה כי הזכות לשוויון הזדמנויות בחינוך והאיסור על הפליה בחינוך – עלו למעמד של עיקרון בינלאומי מנהגי, והוא אומר כך⁶⁵:

“These treaties and declarations are evidence of the existence of a right to equal opportunity to education. That some of these instruments have

ההכרזה per-se, אלא מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי... לא כל סעיפי ההכרזה זכו לגופשפנקא משפטית מחייבת בפרקטיקה של המדינות, ולפיכך יש לבחון את הוראותיה בזירות” (דינשטיין, לעיל הערה 3, בעמ’ 123).

63 “International Instruments Relating to Human Rights” 16 *Human Rights L.J.* (1995) 75, 88.

64 כך למשל לגבי המדינות הבאות: מצרים – החוקה משנת 1971 קובעת חינוך חובה מלא וזכות חינוך שווה לכל האזרחים; גינאה – סעיף 44 לחוקה קובע שכל אזרח זכאי לזכות שווה לחינוך; יפן – סעיף 26 לחוקה קובע שהזכות לחינוך הינה זכות המוענקת לכל בני-האדם, וכולם זכאים לשוויון בחינוך בהתאם ליכולתם. חוק-היסוד של החינוך משנת 1947 קובע שוויון הזדמנויות בחינוך, ללא הפליה מטעמים של גזע, מין או מעמד כלכלי; דרום קוריא – החוקה קובעת זכות לחינוך לכל בני-האדם, בהתאם ליכולתם, וסעיף 81 לחוקת החינוך משנת 1949 מבטיח שוויון הזדמנויות בחינוך, ללא הפליה מטעמים של אמונה, מין, או מצב כלכלי-חברתי; מדוקו – מגילת הזכויות הלאומית בחינוך משנת 1980 מבטיחה את הזכות לחינוך וגישה שווה לכל לחינוך, ללא הבחנה מטעמים של גזע או מין; פאראגווי – סעיף 89 לחוקת משנת 1967, קובע שהמדינה תקיים מערכת בתי ספר ציבוריים בכדי להבטיח לכל התושבים, חינוך וללא תשלום, הזדמנות לקבל חינוך ושוויון הזדמנויות לכל הלומדים; פרו – החוק הכללי לחינוך משנת 1983 קובע כי החינוך הציבורי יוענק בחינם, ואוסר על הפליה מטעמים של מין, גזע, לשון, דעה פוליטית או מעמד כלכלי-חברתי; פולין – סעיף 72 של החוקה קובע שוויון זכויות לכל בחינוך; יגוסלביה (לשעבר) – סעיף 160 של החוקה משנת 1974 קובע חינוך חובה בשלביו הראשונים, וזכות שווה (ובתנאים שווים) לכל האזרחים לקבל השכלה. פרופ' דה-לה-ווגה קיבץ נתונים אלה מתוך: *The World Education Encyclopedia* (New-York, G.T. Kurian ed., 1988).

65 De La Vega, *supra* note 60, at p. 48.

הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי

been ratified by the vast majority of nations supports the conclusion that the right constitutes not only general practice, but general principle of law recognized by civilized nations as well. As such, the right to equal opportunity to education has risen to the level of customary international law”.

ובהמשך⁶⁶:

“These national laws constitute further evidence of state practice and general principles of law recognized by civilized nations regarding equal opportunity to education. This is additional proof of the universal acceptance of the right to equal opportunity to education and of its status as customary international law.”

למסקנה זו שותף גם פרופ' Hodgson, והוא אף קובע כי היקפה של הזכות לחינוך, אשר זכתה למעמד של משפט מנהגי מחייב, הינו רחב יותר⁶⁷:

“It can be asserted with confidence that at least two educational principles have now acquired the status of customary norms – the right to free public primary education, and the right to equality of educational opportunity”.

(6) סיכום: תוכן והיקפן של הזכויות לחינוך במשפט הבינלאומי

הגדרת “גרעין מינימלי” מחייב של הזכויות לחינוך במשפט הבינלאומי אינה פשוטה, ודורשת מחקר עצמאי בשדה המשפט הבינלאומי. מחקר מקיף ועדכני בתחום זה נעשה על-ידי פרופ' Hodgson⁶⁸, אשר מסכם את חובותיה המינימליות של המדינה מכוח הזכות לחינוך במשפט הבינלאומי כדלקמן⁶⁹:

⁶⁶ Ibid, ibid

⁶⁷ Hodgson, *supra* note 1, at p. 63-64. גם פרופ' Bitensky, בהסתמכה על מומחי משפט בינלאומי שונים, מעלה את הטענה כי הזכות לחינוך זכתה לא מכבר למעמד של משפט בינלאומי מנהגי: S.H. Bitensky “Theoretical Foundations for a Right to Education Under The U.S. Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis” 86 *Northwestern University L. Rev.* (1992) 550, 620.

⁶⁸ ספרו שראה אור בשנת 1998 מוקדש לחקר הזכות לחינוך בשדה המשפט הבינלאומי, והוא מחזיק 233 עמודים. ראו: Hodgson, *ibid*.

⁶⁹ Ibid, at p. 219-220. כמובן כי החלק של הזכות אשר הפך לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי הינו צר יותר כאמור לעיל.

הזכות לחינוך

- “(1) Primary education shall be compulsory and available to all^[70];
- (2) Secondary education shall be made generally available and accessible to all; free secondary education and financial assistance in case of need shall be introduced on a progressive basis^[71];
- (3) Higher education shall be made equally accessible to all on the basis of capacity; free tertiary education shall be introduced on a progressive basis;
- (4) Special education programmes shall be established for persons with disabilities and those persons who have not completed the whole period of their primary education;
- (5) Access to, and treatment in, educational programs at all levels shall be on the basis of non-discrimination and equality of educational opportunity^[72];
- (6) Subjects to certain conditions, States must respect the liberty of individuals and bodies and minority groups to establish and direct educational institutions”.

הגדרה זו הינה מקיפה וכוללת את שלוש הזכויות הבסיסיות: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תוכנו, והזכות לשוויון בחינוך. בהמשך נחזור ונפנה אל המשפט הבינלאומי לצורך הערכת ההסדרים במשפט הישראלי מבחינת חוקיותם וסבירותם, וזאת בהשוואה לסטנדרטים המתחייבים מכוח המשפט הבינלאומי.

70 אף שהזכות לחינוך מתייחסת הן למבוגרים והן לילדים, חינוך חובה מתייחס לילדים בלבד. העיקרון של חינוך בסיסי חובה נקבע במדינות מערביות רבות הרבה לפני ההכרה בזכות לחינוך, ככל הנראה מכוח ההנחה שבעולמנו נדרש כל ילד לכמות חינוך בסיסית מינימלית בכדי שיוכל לתפקד בחברה.

71 שלא כמו חינוך יסודי, חינוך תיכוני (או נוסף) לא נקבע כחינוך חובה במשפט הבינלאומי, בשל סיבות שאינן קשורות בדרך כלל במדינות המערב. משפחות רבות, בדרך כלל במדינות מתפתחות, נזקקות לעמל כפיהם של ילדים בגיל חינוך תיכון בכדי לשרוד. הסיפה של הסעיף המתייחסת לחינוך תיכוני חנם והגשת סיוע כספי לנזקקים בנושא זה, באה לתרום ולעודד את הקידום של החינוך התיכוני לכלל האוכלוסייה.

72 הדרך הקלה ביותר להשיג שוויון הזדמנויות בחינוך במדינה מסוימת הינה הקביעה בדבר חינוך חובה חנם עד הגיל הגבוה ביותר שיכולה המדינה להרשות לעצמה.