

## האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?

יאיר רונן, \* ישראל צבי גילת\*\*

במאמר זה נטען כי הרטוריקה הרווחת במשפט הישראלי יוצרת את האשליה שהמשפט הישראלי מציע הגנה מקיפה וממשית מפני כל פגיעה בשלום הילד, ושטובת הילד היא שיקול מכריע בענייניו. לאמיתו של דבר לא מוצעת לילד אלא הגנה חלקית בלבד, בעיקר מפני אנשים בסביבתו האינטימית, אך לא כאדם שלם בעל זהות ובעל זיקות למשפחה ולקהילה, כפי שמתחייב מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. עוד נטען כי אף לטעמם של אלה המבקשים להגן על הילד במבודד ממשפחתו, בהתבסס על אתוס ליברלי-אינדיווידואליסטי של זכויות הילד, אין הדין הנוהג מגן על הילד כראוי – לא בתוך משפחתו ולא מהוץ לה. הסדר הגנת הילד במתכונת הקיימת בישראל עשוי טלאים-טלאים ואינו ראוי כמכלול. כדי להדגים את טענותינו, נצביע בפרקי המאמר על הכשלים הקיימים במשפט הנוהג בישראל בכל אחד מן השטחים העוסקים בחוזה הילד. קן נעמוד במאמר על הגישה האידיאולוגית-ההיסטורית באשר להגנת הילד בישראל ועל השפעתה בהווה, ובסיומו נביע עמדה בנוגע לשינוי היסודי הנדרש בדין הנוהג כדי להגן על שלום הילד באופן המיטבי.

מבוא

פרק א: הגנת הילד בישראל – רקע ועקרונות

1. מיקומה של הגנת הילד בדין הנוהג בישראל ביחס ל"טובת הילד"

וביחס ל"זכויות הילד"

(א) מיקומה הבעייתי של הגנת הילד בדין הנוהג

(ב) הפרשנות האינדיווידואליסטית של הגנת הילד

\* המחלקה לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת בן-גוריון.

\*\* בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

תודות לעורכת הראשית של כתב-העת ד"ר רות זפרן, לעורך ניב אמיתי ולהברי המערכת מיכל פינקלשטיין ויהונתן רובנס, אשר הערותיהם והצעותיהם המעולות סייעו לנו בהכנת המאמר לפרסום. תודה גם לקוראים האנונימיים על הערותיהם המועילות.

כדי לאשש את טענתנו זו, נקדיש כמה מילים לתיאור התפתחותם של צמד המושגים "טובת הילד" ו"זכויות הילד" במשפט הישראלי.

הורתו של המושג "טובת הילד" במשפט הישראלי הייתה עוד בפסיקה המנדטורית. "טובת הילד" הוא תרגום לא-מדויק של המונח האנגלי *the best interests of the child* (בתרגום מילולי: מיטב האינטרסים של הילד).<sup>17</sup> מן המקור האנגלי נקל ללמוד עד כמה המושגים "טובת הילד" ו"זכויות הילד" קרובים זה לזה. פשיטא שזכויות משפטיות של הילד הן אינטרסים שהמשפט מגן עליהם, ואין אפשרות להגן על זכויות הילד מבלי לשקול את טובתו. הן שיה זכויות הילד והן שיה טובת הילד מבקשים לקדם את

האינטרסים של הילד באופן מיטבי.<sup>18</sup> והנה, בעקרון "טובת הילד", המבקש להגן על מיטב האינטרסים של הילד, טבוע יסוד פטרנליסטי של שיקול-דעת היצוני, מהוץ לרצונו האוטונומי של הילד, בדבר האיזון הראוי בין אינטרסים שונים. אין להתפלא אפוא כי בעבר, בשם עקרון "טובת הילד", נסוגה הירותו של הילד – אם לא "התקפלה" לגמרי – מפני פשלותיהם השירותיות והבלתי-מוצדקות של הוריו. אך בהמשך, בתהליך היסטורי איטי, הוכרו מכללא זכויותיהם של הילדים כבני-אדם המשוהררים מרצונות הוריהם. תהליך זה התרחש בהסות עקרון "טובת הילד" שנים רבות לפני בואה לעולם של אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד ובטרם זכה שיה זכויות הילד בבו לטות, כפי שביאר

פרופ' זאב פלק במאמרים שפרסם בשנת 1975.<sup>19</sup> מאז, במשך יותר מעשרים והמש שנה, הדר לשיה המשפטי בישראל מטבע-הלשון של "זכויות הילד", אשר הוצג לא אחת כאנטי-תזה ל"טובת הילד" או למצער כשווה-ערך לה. יש שתלו את הבניית הקיטוב בין המושגים באמנה בדבר זכויות הילד, אשר יצרה בסותרתה את הרושם כאילו ההכרה בזכויות הילד מהייבת – בשם שהרורו משל המבוגרים – זניהה נוהלסת של שיקול-

17 זהו המונח האנגלי המקובל יותר, אך לעיתים נעשה שימוש במונח *welfare principle*. כדבריו של השופט מישראל חשין בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (1) 98, 48 (1995): "הנה כי כן, שפת המשפט בלשון האנגלית מדברת לעתים ב-welfare של הקטין – מושג המקביל ל'טובת' הקטין – ואולם בעיקר מדברת היא על 'אינטרס' הקטין...". רמז להכרה באי-הדיוק של התרגום העברי נמצא בכותרת מאמרו של יחיאל קפלן: Yehiel S. Kaplan, *The Interpretation of the Concept 'The Best Interest of the Child' in Israel*, in CHILDREN'S RIGHTS AND TRADITIONAL VALUES 47 (Gillian Douglas & Leslie Sebba eds., 1998). אף בגוף המאמר נבחר קפלן לדון ב-best interest בלשון יחיד. זהו כפי הנראה תרגום מן העברית, אף שהבחירה אינה מנומקת בגוף המאמר. מכל מקום, לא נמצא מקור אחר באנגלית הדין ב-best interest בלשון יחיד.

18 לדוגמה לאיזון בין אינטרסים שונים בהחלת עקרון טובת הילד בנושא ממזור ילדים ראו, למשל, בר"ע (מחחי ת"א) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פסק-דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 5.7.2006). לכן מטבע הדברים עקרון טובת הילד, המגן על אינטרסים של הילד, נסוג מפני אינטרסים של אחרים, כגון אינטרסים של הורים מולידים. ראו לעניין זה בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991).

19 Z.W. Falk, *Recent Decisions on the Rights of Children*, 10 Isr. L. Rev. 131 (1975); Z.W. Falk, *The Underprivileged Child in Israel*, 35 RECUEILS DE LA SOCIETE JEAN BODIN 185 (1975).

2. רוחב הנזקקות כבסיס להגנת הילד
- (א) הגנת הילד כיום: התערבות שלטונית בלתי־מידתית ואי־מיצוי המיטב
- (ב) התמקדותה של הגנת הילד בפתרונות משבריים
3. הגנת הילד לנוכח ייאוש ממשפחתו
4. הרטוריקה הרווחת בעניינה של הגנת הילד אל מול המציאות הסמויה
- (א) הגנת הילד: הרטוריקה בפסיקה הישראלית
- (ב) הגנת הילד: הרטוריקה המובנית של מדיניות הילד והמשפחה בישראל
5. השפעות אידיאולוגיות־היסטוריות אפשריות על מדיניות הגנת הילד
- (א) הצמחת ה"צבר" מתוך הקליפה ה"גלותית" – הטיה תרבותית
- (ב) השמת ילדים מחוץ לבית הוריהם בישראל: מחזון נשגב של "כור היתוך" למעש בלתי־ראוי
- פרק ב: שיח של (העדר) זכויות – הכשל של מדינת־ישראל בהבניית אמצעים מניעתיים להגנת הילד
1. הגנה רעועה על בני־נוער עוברי חוק
2. העדרה של זכות הילד לחינוך המתאים לצרכיו ותוצאותיה
3. אבן אחר הנופל – העדרה של הזכות לשיקום ילד נפגע עברה
4. הכשל במתן מענה לילדים אשר ברחו או נודו ממשפחותיהם או ממסגרות הוצאה חוץ־ביתית ומנסים לשרוד ברחובות
5. הצורך בחקיקה חברתית שתגן על הילד במשפחתו ובקהילתו
- (א) מבוא: כיצד החקיקה הקיימת מטעה?
- (ב) העדר תשתית סטטוטורית ראויה למתן שירותים חברתיים לילד במשפחתו
- (ג) לילד באשר הוא ילד אין זכות לבריאות
- (ד) אין לילד זכות לקורת־גג במחיצת משפחתו
- (ה) אין לילד זכות להבטחת הכנסה מינימלית להוריו שתאפשר לו תנאי מחיה ראויים
- פרק ג: על הוצאת ילדים מבתי הוריהם – השתתפות בהחלטות והליך הוגן
1. הבטחת דיאלוג פתוח ושוויוני בין אנשי המקצועות המסייעים לבין הילד, משפחתו וקהילתו
2. הבטחת עצמאות שיקול־הדעת של אנשי־המקצוע
3. סדרי עדיפויות חברתיים ותקציביים במימוש הגנת הילד
- פרק ד: ההגנה הראויה על הילד – סוף מעשה במחשבה תחילה
1. הפרשנות הראויה של הגנת הילד
- (א) מה נותר לילדים מכל התפיסות והשאיפות הנאצלות? עיון מדגים בקשר שבין מחשבה למעשה
- (ב) סיעוננו להכרה חוקית באגד של זכויות חברתיות לילד

2. כיצד מבטיחים מהפך קונספטואלי באשר להגנת הילד ברוח האמנה?

עיקרי הצעתנו

- (א) הכרה בזכויות החברתיות של הילד
- (ב) הגנה חוקית ישירה על זיקת הילד למשפחתו ולקהילתו
- (ג) שיתוף הילד והוריו בהליכים להגנת הילד
- (ד) מענים מכבדים לבני-נוער שאינם יכולים להיות בבתי הוריהם
- (ה) השוואה של סף חובת הדיווח לאור סעיף 5 לאמנה
- (ו) חלופות טיפול הממוזערות פגיעה בחירויותיהם של בני-נוער עוברי חוק
- (ז) הכרה בשיקום ילד נפגע עברה כשיקול מכריע בענישת הפוגע

סיכום: תיקון פועלה של המדינה – לקראת הגנה הממצה את המיטב שבהתערבות

## מבוא

הגנת הילד (child protection) תוגדר כאן כהגנה של המדינה על אדם מיום לידתו ועד הגישו לבגירות בגיל שמונה-עשרה מפני כל סכנה הנשקפת לשלומו הגופני או הנפשי.<sup>1</sup> הגדרה מקובלת זו אומצה מכללא אף בדין הישראלי. סעיף 2 להוק הנוער (טיפול והשגחה), התשי"ך-1960 (להלן: הוק הנוער), קובע עילות משפט שונות שבעטיין המדינה רשאית להתערב במהלך חייו ובסדר-יומו של ילד לשם הגנה עליו. אחת מהן היא "עילת-הסל" שנקבעה בסעיף-קטן (6), אשר מסמיכה את המדינה, באמצעות מוסדותיה, להתערב אם "שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת".<sup>2</sup> גם סעיף 68 להוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן:

1 בחיבור זה הגדרנו "ילדות" – בעקבות אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לחלן ה"ש 3 – ככוללת גם את גיל הנעורים, וזאת בניגוד למקובל בשפה המדוברת.

2 זו לשון ס' 2 להוק הנוער בשלמותו:

"קטין הוא נזקק כשנתקיים בו אחד מאלה:

- (1) לא נמצא אחראי עליו; (2) האחראי על הקטין אינו מסוגל לטפל בו או להשגיח עליו או שהוא מזניח את הטיפול או ההשגחה; (3) הוא עשה מעשה שהוא עבירה פלילית ולא הובא בפלילים; (4) הוא נמצא משוטט, פושט יד או רוכל בניגוד להוק עבודת הנוער, תשי"ג-1953; (5) הוא נתון להשפעה רעה או שהוא חי במקום המשמש דרך קבע מקום עבירה; (6) שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת; (7) הוא נולד כשהוא סובל מתסמונת חסר בסם (סינדרום גמילה)".

ס' (6)2 היה במקורו הסעיף האחרון, בהיותו "סעיף-סל". אית-שומת-לב של המחוקק היא שהובילה, לעניות דעתנו, להוספת ס"ק (7) המאחר לאחר ס"ק (6), אף שהיא נכון לשנות את סדר הסעיפים ולקבוע את הסעיף החדש כס"ק (6) ולשנות את ס"ק (6) המקורי לס"ק (7). מן הראוי לתקן את מספור הסעיפים, כדי שיהיה ברור לכל כי ס"ק (6) הוא סעיף-סל, וכי כל העילות האחרות מתבססות

הוק הכשרות המשפטית), נותן סוה לבתי-המשפט "לנקוט אמצעים" הדרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין". ישראל צועדת בדרך שיש לה תימוכין בספרות המחקר,<sup>3</sup> בהגדרה את הפגיעה בילד, בשני החוקים שמנינו, באמצעות עילת-סל פתוחות, ובהימנעה מהגדרה צרה התחמת את הפגיעה בילד לרשימה סגורה של מצבים עובדתיים.<sup>4</sup> ההגדרה הפתוחה, שנועדה לאפשר מתן מענה במצבים שונים של פגיעה בילד, יוצרת מראית-עין של הגנה מקפת על הילד.<sup>5</sup> עוד יצוין כי רק מקצת מהוראות העילות בחוקים שמנינו מתייחסות באופן מפורש להתנהגותם של הורי הילד או של

על סכנת פגיעה בשלומו הנפשי והגופני של הילד. קריאת ס' 2(6) לחוק הנוער עם הוראת ס' 3 מצביעה על מוכנותה של המדינה להתערב בכל עניין הקשור להגנה על שלומו הגופני או הנפשי של קטין בין שהדבר נעשה בהסכמתם של הקטין והאחראים עליו ובין שהדבר נעשה חרף התנגדותם. הנה נוסחו של ס' 3 לחוק:

"היה עובד סוציאלי לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה) סבור שקטין הוא נזקק ושלמען הטיפול בו וההשגחה עליו יש צורך בהחלטת בית המשפט, משום שאין הסכמת האחראי על הקטין, או שהוא מסכים אך אין הקטין מציית לו, רשאי הוא לפנות בבקשה אל בית המשפט לנקוט באחת או באחדות מהדרכים לפי סעיף זה..."

עיינו: Gerald Cradock, *Who Owns Child Abuse?*, 3 Soc. Sci. 854 (2014). ראו במיוחד: Trevor Spratt, *Possible Futures for Social Work with Children and Families in Australia, the United Kingdom and the United States*, 14 CHILD CARE IN PRACTICE 413 (2008); Sheila Smith, *Public Health Approaches to Child and Parent Screening: Implications for Child Protection*, 21 J. L. & POL'Y 59 (2012). הדין המיוחד במשפט הביך לאומי המגדיר מדי הגנת הילד הוא ס' 19 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה להתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד או האמנה), ואף הוא, כמו החוק הישראלי שקדם לו בכשלושים שנה, אינו מגדיר רשימה סגורה של מצבים. זו לשונו של ס' 19:

א. המדינות החברות ינקטו אמצעים תחיקתיים, מינהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על-מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני הבלה, פגיעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות, ניצול לרבות מיני, שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפוסטרופסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו.  
ב. אמצעי הגנה כאמור ראוי כי יכללו, מקום שמתאים, נהלים יעילים ליצירת תוכניות חברתיות הנוגעות לספק תמיכה הדרושה לילד ולמופקדים על הטיפול בו, וכן לצורות אחרות של מניעה, ולזיהוי דיווח, העברה, הקירה, טיפול ומעקב של מקרי התעללות בילד כמתואר לעיל, ולפי העניין, למעורבות שיפוטית."

לדיון בתיחומה של הגנת הילד לאור הדין הביך לאומי ראו את הקומנטר המוביל שיש בו תימוכין לעמדתנו: GERALDINE VAN BUEREN, *THE INTERNATIONAL LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD* 88 (1998).

עיינו: Ya'ir Ronen, *The Construction of Memory through Law and Law's Responsiveness to Children*, in 9 LAW AND PSYCHOLOGY: CURRENT LEGAL ISSUES 406, 407, 417 (Belinda Ronen, *The Construction of* (להלן: Brooks-Gordon & Michael Freeman eds., 2006) *Memory through Law*).

5 ש.ס.

האחראים עליו. הגנת הילד בנוסח החוקים נחזית כממוקדת במבחנים אובייקטיביים להגנת הילד, ולא בהאשמת הוריו.

זאת ועוד, צעדי ענישה שהחוק קובע כי יינקטו כלפי הפוגעים בשלמו של הילד אינם בסמכותם של בתי-המשפט לנוער ובתי-המשפט לענייני משפחה, אשר הגנת הילד היא מרכז עניינם. כך מתחזק הרושם שהגנת הילד אינה נוגעת בייחוס אשם להוריו. ההפרדה ההדדית שבין הגנת הילד לבין ייחוס אשם להוריו זוכה בתימוכין גם מאפי ההליכים הפליליים נגד ההורים. הליכים אלה נערכים בבתי-משפט העוסקים בענישה באופן כללי. הענשת האחראים כלפי הילד נעשית שם בדוקטרינות הרגילות של המשפט הפלילי שלאורך נקבעות אחריות פלילית ומדיניות ענישה. בדוקטרינות אלה לא ניתן משקל מכריע לעקרון טובת הילד – טובת הילד אינה גוברת על שיקולי הענישה המקובלים, דוגמת הרתעת הרבים ותגמול.<sup>6</sup>

בישראל קיימת חקיקה ענפה של הובות עשה המוטלות על המדינה ושלוותיה בבואן להגן על ילדים שנשקפת סכנה לשלומם, ובכלל זה צעדים שעשויים למנוע אלימות כלפיהם בעתיד. לצידם קיימות הוראות קנהל המרוכזות בהוריו מנכ"ל משרד הרווחה (להלן: הוראות תע"ס) וכן תוכניות משרד שונות, ברובן תוכניות-הרצה (פיילוט), המתפרסמות מפעם לפעם באתר משרד הרווחה (דוגמת התוכנית בעלת השם המבטיח "עם הפנים לקהילה"). אצל הקורא התם של דברי החקיקה וכן אצל מי שקשוב לרטרוריקה השלה ממפעלותיו של משרד הרווחה מתקבל אם כן הרושם שמוצעת הגנה מקפת לילד מפני כל פגיעה, אלא שבהעדר תקציב נסתם הגולל על שלל התוכניות, כפי שמבאר דוח ועדת סילמן.<sup>7</sup>

6 יאיר רונן "על קורבנות במשפחה ומדיניות הענישה – בעקבות ע"פ 490/89 פלוני נ' מדינת ישראל" פלילים ד 283 (1994) (להלן: רונן "על קורבנות במשפחה").

7 תוכניות רבות ומגוונות תכנן משרד הרווחה במשך עשרים השנים האחרונות: "קהילה 2000", "עם הפנים לקהילה", "איתור ומיפוי במסגרת התכנית הלאומית לילדים ולנוער בסיכון", "מרכז הגנה לילדים ונוער בירושלים", "תכנית 'מגן' לשיפור ולשדרוג מערך הגנת הילד" ועוד. כל התוכניות הללו היו תוכניות-הרצה. הן לא נהפכו להוראות-קבע, ולא יצא עליהן עד כה חזר מנכ"ל. על מידת התקבלותה של תוכנית "עם הפנים לקהילה" עיינו בדוח של מכון מאירס'ג'וינט ברוקדייל מדיניות "עם הפנים לקהילה" – מחקר הערכה (2008) [brookdaleheh.jdc.org.il/\\_Uploads/PublicationsFiles/516-08-Towards-Community-REP-HEB.pdf](http://brookdaleheh.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/516-08-Towards-Community-REP-HEB.pdf). לדברי החוקרים, התוכנית החלה בשנת 2004 והסתיימה כעבור שלוש שנים לשם השלבה מחדשת של אנשי משרד הרווחה על-אודות תכנית. עיקר הששם של אנשי הרווחה, עיון בדוח, היה מפני ריקונם של המוסדות החוץ-ביתיים עקב הסטת התקנים לטיפול בתוך הקהילה (שם, בעמ' 18–30). על מידת הצלחתה של תוכנית "מגן" עיינו בדוח של מכון מאירס'ג'וינט ברוקדייל תכנית "מגן" לשיפור ולשדרוג מערך הגנת הילד – מחקר הערכה (2012) [brookdaleheh.jdc.org.il/\\_Uploads/PublicationsFiles/613-12-Magen-REP-HEB.pdf](http://brookdaleheh.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/613-12-Magen-REP-HEB.pdf) (להלן: דוח תכנית "מגן" (2012)). לדברי מחברות הדוח, התוכנית החלה בשנת 2008 והסתיימה בסוף 2010, אם כי בחלק מהמקומות היא נמשכה עד 2012. מחלקות הרווחה שהשתתפו בתוכנית-הרצה זו לא היו קבועות, חלק פרשו במהלך התקופה וחלקן העטרפו במהלכה. לקראת סופה של התוכנית הופסק מימון הפרויקטור של התוכנית. לצד הצלחות תודעתיות בין גורמי הרווחה המטפלים בילדים

בהיבורים קודמים ביארנו כיצד הוראות הדין הישראלי אינן נוקטות את כל האמצעים הסבירים הראויים כדי למנוע סבל מן הילד כהווייה סובייקטיבית, והמהכר השני מביינו ביאר בכתיבתו כיצד הוראות הדין הישראלי פוגעת בזכויותיהם של ילדים שהמדינה נחלצה להגנתם.<sup>8</sup> בעקבות היבורים אלה, שאלתנו המרכזית בהיבור הנוכחי היא אם המדינה אכן מספקת הגנה מקפת מפני כל פגיעה בשלמו של הילד.

נשמעו גם נימות ביקורת שקבלו כי התוכנית אומנם שיפרה את מערך הדיווח אך הטיפול שנעשה בעקבות הדיווח לא השתפר (שם, בעמ' 43). שר הרווחה היוצא מינה את מנכ"ל משרדו יוסי סילמן לעמוד בראש ועדה שכתבה דוח-ביניים: משרד הרווחה והשירותים החברתיים דין וחשבון הוועדה לבחינת מדיניות המשרד בנושא הוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי ראייה – דוח ביניים (2014) (להלן: דוח ועדת סילמן) [www.molsa.gov.il/About/OfficePolicy/Documents/%D7%A1%D7%A2%D7%A3%D7%A4%D7%A5%D7%A6%D7%A7%D7%A8%D7%A9%D7%AA%D7%AB%D7%AC%D7%AD%D7%AE%D7%AF%D7%B0%D7%B1%D7%B2%D7%B3%D7%B4%D7%B5%D7%B6%D7%B7%D7%B8%D7%B9%D7%BA%D7%BB%D7%BC%D7%BD%D7%BE%D7%BF%D7%C0%D7%C1%D7%C2%D7%C3%D7%C4%D7%C5%D7%C6%D7%C7%D7%CA%D7%CB%D7%CC%D7%CD%D7%CE%D7%CF%D7%D0%D7%D1%D7%D2%D7%D3%D7%D4%D7%D5%D7%D6%D7%D7%D7%D8%D7%D9%D7%DA%D7%DB%D7%DC%D7%DD%D7%DE%D7%DF%D7%E0%D7%E1%D7%E2%D7%E3%D7%E4%D7%E5%D7%E6%D7%E7%D7%E8%D7%E9%D7%EA%D7%EB%D7%EC%D7%ED%D7%EE%D7%EF%D7%F0%D7%F1%D7%F2%D7%F3%D7%F4%D7%F5%D7%F6%D7%F7%D7%FA%D7%FB%D7%FC%D7%FD%D7%FE%D7%FF](http://www.molsa.gov.il/About/OfficePolicy/Documents/%D7%A1%D7%A2%D7%A3%D7%A4%D7%A5%D7%A6%D7%A7%D7%A8%D7%A9%D7%AA%D7%AB%D7%AC%D7%AD%D7%AE%D7%AF%D7%B0%D7%B1%D7%B2%D7%B3%D7%B4%D7%B5%D7%B6%D7%B7%D7%B8%D7%B9%D7%BA%D7%BB%D7%BC%D7%BD%D7%BE%D7%BF%D7%C0%D7%C1%D7%C2%D7%C3%D7%C4%D7%C5%D7%C6%D7%C7%D7%CA%D7%CB%D7%CC%D7%CD%D7%CE%D7%CF%D7%D0%D7%D1%D7%D2%D7%D3%D7%D4%D7%D5%D7%D6%D7%D7%D7%D8%D7%D9%D7%DA%D7%DB%D7%DC%D7%DD%D7%DE%D7%DF%D7%E0%D7%E1%D7%E2%D7%E3%D7%E4%D7%E5%D7%E6%D7%E7%D7%E8%D7%E9%D7%EA%D7%EB%D7%EC%D7%ED%D7%EE%D7%EF%D7%F0%D7%F1%D7%F2%D7%F3%D7%F4%D7%F5%D7%F6%D7%F7%D7%FA%D7%FB%D7%FC%D7%FD%D7%FE%D7%FF)1%202.pdf. נציין כבר עתה כי כמה מהטיעונים המרכזיים של מאמר זה זוכים בתמיכה מובהקת במסקנות הדוח. במיוחד יש לציין את פתיחותה של הוועדה בעת ניהול ישיבותיה. הוועדה שמעה קולות שונים, ביניהם קולות ביקורתיים מהאקדמיה וממערכת המשפט, ואף הפנימה את דעותיהם במסקנות שיעצו מתחת ידה. טיוטת מאמר זה עובדה כשנה לפני פרסום מסקנות הדוח. בינתיים השר שמינה את ועדת סילמן אינו מכהן עוד בתפקידו, ושר אחר מונה במקומו והחליף את המנכ"ל שהיבר את הדוח. בימים אלה התפרסמה באתר החדשות ynet הידיעה המתקת הבאה:

"כמעט שנתיים וחצי אחרי הגשתן, משרד הרווחה ירחיב את יישום המלצות ועדת סילמן שבחנה את הסוגיה של הוצאת ילדים מהבית. על פי התוכנית, שאושרה על ידי שר העבודה והרווחה חיים כץ, המשאבים לשיקום משפחות בקהילה יורחבו ותינתן זכות הכרעה למשפחות בוועדות להוצאת ילדים מהזקת הוריהם. כמו כן, תינתן אפשרות לדיון שני בהרכב מקצועי חלופי, ובנוסף תינתן זכות ערעור על ההחלטות הטיפוליות בוועדה עליונה. גורם בוועדת סילמן מתח ביקורת על כך שהתוכנית שאושרה לא כוללת כמה מהמלצות החשובות של הוועדה, כמו טיפול בילדי גירושין והרחבת מסלולי הגישור. בעקבות המלצות ועדת סילמן, שהוגשו במרס 2014, משרד הרווחה הפעיל בשנתיים האחרונות פיילוט שכלל כ-200 משפחות. כעת יורחב הפיילוט והתוכנית תכלול כ-900 משפחות, בהן גם משפחות עם ילדים בסיכון. בישראל כ-10,000 ילדים בסיכון שהוצאו מבתיהם – כ-7,500 מהם שוהים בפנימיות, והיתר במשפחות אומנה. בהודעת שר הרווחה לא צויין כי מדובר באישור תוכנית שמבוססת על המלצות הוועדה שבראשה עמד מנכ"ל המשרד לשעבר, יוסי סילמן, שהודת על ידי כץ סמך לתחילת כהונתו כשר הרווחה. "עומרי אפרים" יד קלה פחות על ההדק: שינויים בהליך הוצאת ילדים מבתיהם" ynet 7.8.2016 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4838122,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4838122,00.html) (ההדגשה הוספה).

לאן תישוב הרוח במשרד? אין לנו תשובה לשאלה זו. נעיר רק כי נפל דבר במערכת השירותים החברתיים, שכן בדוח ועדת סילמן יש הכרה בעורך בתיקון כנגזרת הצרה שבה עסקה הוועדה. אי יישום מסקנותיה של ועדת סילמן – כעניין שבזכות – והמשך המסורת של תוכניות-ההרצה המסתמן מהכתבה המאוזכרת לעיל, מהגימים את טענתנו באשר לפער בין הדימוי הרווח של הגנת הילד לבין המציאות המשפטית והחברתית, אשר רחוקה מכך.

<sup>8</sup> ראו יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה עדין עם הילדים ומשפחותיהם?" זכויות הילד והמשפט הישראלי 335 (תמר מורג ויוסי רמים עורכים, 2010) (להלן: רונן וגילת "שיח זכויות הילד"); יאיר רונן "על סבל וקולותיהם של ילדים ממששים במשפט

תשובתנו תיהלק לכמה מישורים: בפרק הראשון נעסוק ברקע ובעקרונות של הגנת הילד, ונצביע על הפער בין האידיאל של הגנת הילד בטווח הרחב המתחייב מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד<sup>9</sup> לבין התמקדותה של הגנת הילד הישראלית בפתרונות משכריים בלבד, עד כדי תיוגם של הילדים המצויים במצוקה וזקוקים להגנתה כ"נזקקים". בפרק השני נצביע היכן קיים לדעתנו כשל בהבניית אמצעים מניעתיים מהותיים לטובת ילדים הזקוקים להגנת המדינה. הפרק השלישי יוקדש לשאלת הגיונותן של המתודות הטיפוליות הננקטות על-ידי מערכת השירותים החברתיים בישראל בתחומים הנושקים לגידולו של הילד, כאשר לדעתנו הגנת הילד אינה עניין של תוצאה בלבד, אלא גם של דרך, ובכלל זה כללי צדק פרוצדורליים. בפרק הרביעי נסיים בהצגת עקרונותיה הראויים של הגנת הילד ובתיאור התיקון הנדרש כדי שהיא תממש את תכליתה.

לפני הכל ברצוננו להעיר שתי הערות מקדמיות:

ראשית, במהלך היבורנו אנו מבקרים את מערכת השירותים החברתיים, שבה פועלים בראש ובראשונה העובדים הסוציאליים. באותה נשימה חשוב לנו להנכיח את תרומתם של אנשי-מקצוע רבים וטובים, הפועלים בכנות לפי מיטב הבנתם ואמונתם, ובמקרים רבים – על-אף הוסר משאבים – אכן מגיעים לתוצאות המשרות נאמנה ילדים ומשפחותיהם. על-כן טענותינו אינן שיפוטיות כלפי מאן דהוא באופן אישי, אלא אך ורק כלפי המערכת המוסדית וכלפי הדוקטרינות שהיא מכתובה. עמדתנו היא כי אנשי-המקצוע עצמם מהזיקים בקשת רחבה של עמדות, אשר לא תמיד זוכות בכיטוי שלם במערכת הממסדיות, ואנחנו משוכנעים כי חלק מהם – רבים מכפי שנדמה – שותפים לדרכנו הרעיונית, מפעילים פרקטיקה ביקורתית כלפי הסדר החברתי הקיים, בין במוצהר ובין לא במוצהר, ומגיעים להישגים מסוהה. קצרה היריעה מלנמק אמירה זו בהיבורנו זה, אולם חשוב לנו לציין בפתח הדיון כדי לדייק בטיעונינו.

שנית, דרך ההנמקה שבה הסתייענו במאמרו הנוכחי היא אינדוקטיבית, כלומר, מסקנתנו צומחת מתוך תוכניהן של נורמות משפטיות שונות העוסקות בילד ובגורמים השונים האהראים כלפיו.<sup>10</sup> בכך אנו ממשיכים מסורת המאפיינת את המשפט הישראלי

הישראלי" הדחה חברתית וכויות אדם בישראל 137, 144–145 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008) (להלן: רונן "על סבל"); (להלן: רונן & Greenbaum, *An Introductory Note on Law's Responsiveness to the Child's Suffering and the Construction of a New Agenda for Children*, in THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA 39 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008); ישראל עבי גילת "על הקשל המשפטי המובנה באבחון 'טובת הילד' באמצעות מערך שירותי הרווחה" מאזני משפט 403 (2006) (להלן: גילת "על הכשל"). ראו גם דין חשבון של וועדת ייעוץ לקביעת סמכות וועדות החלטת ודרך התנהלותן מול פקידי הסעד למיניהם (2002) (להלן: דוח ועדת גילת).

9 ראו לעיל ה"ש 3.

10 לביאור ההבחנה בין הגישה האינדוקטיבית לגישה הדדוקטיבית בשטח המחקרי ראו: Yan Zhang & Barbara M. Wildemuth, *Qualitative Analysis of Content*, in APPLICATIONS OF SOCIAL



ההל בשנות השמונים.<sup>11</sup> מעבר לכך, כתיבתנו אינה פורמליסטית באופן מובהק. אנו מבקשים להשוף את ההכרעות שהובילו לעיצוב הדין והפרקטיקה בעניין הגנת הילד כעשייה פוליטית.<sup>12</sup>

## פרק א: הגנת הילד בישראל – רקע ועקרונות

### 1. מיקומה של הגנת הילד בדין הנוהג בישראל ביחס ל"טובת הילד" וביחס ל"זכויות הילד"

#### (א) מיקומה הבעייתי של הגנת הילד בדין הנוהג

מעבר ללשון הרומזת בשני סעיפי ההוק שצינו במבוא – בהוק הנוער ובהוק הכשרות המשפטית – "הגנת הילד" היא בן הורג בשיה המשפטי הישראלי. בעוד שקולמוסין רבים נשתברו בתיאורם ובהמשגתם של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" בישראל – בהקיקה, בפסיקה ובמאמריהם של מלומדים<sup>13</sup> – המושג "הגנת הילד" אינו מזכר בשמו

RESEARCH METHODS TO QUESTIONS IN INFORMATION AND LIBRARY SCIENCE 308  
(Barbara M. Wildemuth ed., 2009).

11 לביאור ההבחנה בין הנמקה בדרך של הוכחה לבין הנמקה בדרך של שכנוע ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 510, 524-523, 542 (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם").

12 כוונתנו בעשייה פוליטית היא לכל עשייה הכרוכה בשימוש בכוח, בויתור עליו או בהקצאתו. במובן זה, גם שינוי היחסים שבין הילד להורהו הוא בגדר עשייה פוליטית. סנגוריה על ילדים והגנה עליהם מחייבות מודעות חברתית וכרוכות בסדר-יום של שינוי חברתי, ועל-כן אין הן יכולות להיות א-פוליטיות. להגדרת פוליטיקה בהקשר של סנגוריה על ילדים ראו: Ya'ir Ronen, *On Child Advocacy and Politics: Child Advocacy as an Effort to Swim Against the Tide*, in CREATIVE CHILD ADVOCACY: GLOBAL PERSPECTIVES 285, 288-294 (Ved Kumari & Susan L. Brooks eds., 2004). לפוליטיות של המשפט עיינו גם רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997); Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, 148 U. PA. L. REV. 971 (2000).

13 על התובנה של "טובת הילד" ראו אבנר ח' שאקי "עיון מחדש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'" עיוני משפט ט 59, 84-90, 92-94 (1983) (להלן: שאקי "זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים"); אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5 (1984); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני 254-257 (1989). על התובנה של "זכויות הילד" ראו יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייעוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623 (2001) (להלן: קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד"); יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303 (2002); שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" ספר יצחק זמיר – על משפט,

בהקיקה, ואם הוא כבר מופיע אי־פה אי־שם בשיה המשפטי ובתודעה הציבורית הישראלית, הוא נדחק לקרן־זווית, לתחום ה"נוקקות" של הילדים ו"סמכויות החרום" של פקידי הסעד להגן על ילדים במצבי משבר המחייבים התערבות מהירה,<sup>14</sup> וגם שם הוא מתבאר כמתייחס להגנת הילד מפני התנהגותם ההריגה של בני משפחת המוצא שלו, וכמיוהד למיעוט של ילדים הבאים ממשפחות המתויגות כמצויות בשולי החברה, שבהן מישוהו מסביבתו האינטימית של הילד מתעלל בילד או מזניח אותו.<sup>15</sup> אך הגיעה העת לשאול: האומנם זה מקומה הראוי של הגנת הילד? האם ל"הגנת הילד" אין שיג ושיה עם "טובת הילד" ו"זכויות הילד"? הרי אם נתחום את "הגנת הילד" בחוק הנוער ל"קטין נזקק" או נשתמש בה רק כ"סמכות כללית לאמצעי שמירה", כאמור בחוק הכשרות המשפטית, נגיע למסקנה שהלכה למעשה אין בישראל הגנה ממשית על הילד בתחומי המשפט השונים שמעבר לגדריהן של אותן הוראות ממודרות.

במקום אחר כבר כתבנו על הצורך בהשיבה מהודשת על־אודות פועלו של שיה זכויות הילד בצילו של עקרון טובת הילד.<sup>16</sup> ביארנו שם כי חשוב לדעתנו ש"זכויות הילד" יענו לסכלם של ילדים תוך התייחסות אליהם כאל חלק ממשפחות ומקהילות, ובכך ייעשה עימם צדק. בהיבור זה נייהד את דיבורנו ל"הגנת הילד".

סענתנו היא כי הבניה זו של "הגנת הילד" כשונה וכמיוהדת מול "טובת הילד", מהד גיסא, ומול "זכויות הילד", מאידך גיסא, היא מוטעית: כל הילדים זקוקים להגנת המדינה, ולא רק אלה המאופיינים כבאים מתוך קבוצה קטנה של משפחות הריגות. לא זו אף זו, האמירות הרווחות על־אודות "טובת הילד" ו"זכויות הילד" בשיה המשפטי הישראלי, בשיה של המקצועות המסייעים ובתקשורת לא רק שאינן מקדמות הגנה ממשית על הילד, אלא למרבה הפרדוקס פוגעות בה. שיה משפטי או טיפולי המציג את "טובת הילד" ו"זכויות הילד" כמושגים מקוטבים, המצריך העדפה של אחד מהם על האחר, גורע מההגנה הממשית על הילד.

ממשל חברה 93 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15, 16–31 (תמר מורג ויוסי רחמים עורכים, 2010) (להלן: מורג "עשרים שנה אחרי"); תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 101, 102–108 (תמר מורג ויוסי רחמים עורכים, 2010) (להלן: מורג "עידן חדש?"). עיינו עוד איילת בלכר־פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539 (2003).

14 חיפוש טכני במאגר "תקדינט" (שנערך בתאריך 20.10.2016) מעלה את הממצאים הבאים: מבין כל פסקי־הדין שבמאגר הממוחשב, המונה "טובת הילד" מופיע ב־2,672 מסמכים; המונה "זכויות הילד" – ב־818; ואילו הצירוף "הגנת הילד" כמונח – ב־26.

15 למקורות שמהם ניתן לשאוב תימוכין לטענתנו כאן ראו, בין היתר, רונן וגילת "שיה זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 340–345; יואל אליצור וסלודור מנחין מיסוד השיגעון – משפחות, טיפול וחברה 10–38 (1992); יעל פריק "בובה של ילדה: על מדיניות הגנת הילד בישראל" חברה: כתב עת סוציאליסטי לענייני חברה, כלכלה, פוליטיקה ותרבות 6, 8–6 (2003).

16 רונן וגילת "שיה זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 345.

הדעת הפטרנליסטי להגנתו. דיון ברוח זו זכה בבולטות בע"א 20,2266/93 שבו התדיינו השופטים בשאלת השתלכותם של שני המונחים. ברם, קריאת האמנה מלמדת כי היא אינה מקדמת סדריום הדש ליברלי אינדיווידואליסטי מובהק, הדמדי או מוקצן, אלא ממשיכה בגישה ממוצעת. לאמור, האמנה אכן באה כשמה לעסוק ב"זכויות הילד", אך עם זאת הוגדרה בה כזכות מיוחדת של הילד קבלת "הכונה והדרכה נאותת" מהוריו או ממבוגרים האחראים עליו.<sup>21</sup> במילים אחרות, הגנת הילד מובנית כחלק ממימוש זכויותיו.

יתר על כן, באמנה עוגן עקרון טובת הילד כעקרון על החולש על פרשנותן של זכויות הילד (סעיף 3). ממילא מותנו אפוא גילויי הפטרנליסטיים של עקרון טובת הילד במתכונתו המסורתית. האמנה מציעה אומנם להכיר בכשירות הממשיות המתפתחות של הילד (סעיף 14), אך הובת שמיעת הילד וההתחשבות בתחושותיו וברצונו, הנגזרות מהכרה זו, אין בהן כדי להעניק לו זכות וטו בכל הנוגע בו, ובוודאי אין סונתה להטיל על הילד בכל מקרה ומקרה את האחריות לתוצאות ההלטתו. האמנה מאפשרת שיקול דעת שיפוטי באשר למתן משקל מכריע לעמדתו של ילד בענייניו, בהתאם לגילו ולמידת התפתחותו השכלית והרגשית. משטר הזכויות המפורט שבאמנה מדגים כיצד ניתן לסונן משטר של זכויות ובהיבט לא להשוות את מעמדו לזה של המבוגר. המחשבה המוטעית כאילו ההכרה בזכויות הילד מהייבת השוויה של הילד למבוגר מתעלמת מזכות הילד להגנת המדינה. אשר על-כן, לעניות דעתנו, השופט רובינשטיין מרחיק-לכת בקובעו כי –

"במישור הסמנטי, כביכול משדרים אנו פטרונות באמרו 'טובת הילד', אך במהות – זכויותיו, לטעמי, הן טובות וטובתו היא זכויותיו, אף כי המונה

20 ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); קפלן "טובת הילד לזכויות הילד", לעיל ה"ש 13; אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 13; מורג "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 41–45; מורג "עידן חדש?", לעיל ה"ש 13, בעמ' 108–123. נציין כי המלומדים נתנו דעתם למתח שבין תפיסת טובת הילד לבין תפיסת זכויות הילד, אך עד היום לא התגבשה שום מוסכמה בעניין. כשם שלא גובשה הסכמה בין שופטי ההרכב בע"א 2266/93. קפלן מסיק במאמרו, לאחר דיון ארוך, כי "אמנם הפסיקה הישראלית לא אימצה עדיין את המהות של דוקטרינה זו כהשקפת עולם דומיננטית בנוגע לדיני הורים וילדים, וזכויות הילד הנזכרות בפסיקה נזכרות בה לעתים כטרמינולוגיה ולא כמהות; אולם... אין ספק כי בעתיד ייבחנו סוגיות משפטיות רבות בנוגע לדיני הורים וילדים על פי שתי הדוקטרינות – טובת הילד וזכויות הילד" (שם, בעמ' 691). ואילו מהסיפא של מחקרם המלומד של אלמוג ובנדור (לעיל ה"ש 13, בעמ' 114–117), שסקרו בהרחבה רבה את השיטות השונות בפסיקה וניסו ליישב ביניהן, עולה כי דעתם מושפעת מדעה יחידה של השופט אליהו מצא באותה פרשה – דעה שלא הייתה מוסכמת על שאר שופטי ההרכב שם.

21 ס' 5 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 3. עיינו יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935, 958–961 (2003) (להלן: רונן "זכות הילד לזהות"). נציין כי עמדת ההלכה היהודית דומה לתובנות האמנה, וזאת בניגוד למעב המשפטי הנוכחי בישראל. ראו על כך: Israel Z. Gilat, *The Renewed Insights of the U.N. Convention on Children's Rights: Renaissance of Ancient Jewish Law*, 18 JEWISH L. ASSOC. STUD. 88 (2008).

'זכויות' אולי משמיע 'מוצקות משפטית' רבה יותר. לדידי, החשוב הוא להתחשב באופן המירבי האפשרי, על פי בגרות הילד גילו והתפתחותו, ברצונו שלו, נוסף לרצון סובביו, וכן ליתן לו ייצוג מתאים מקום שהדבר נהוג.<sup>22</sup>

אנו מבקשים להפנות את תשומת-הלב לייחודן של זכויות הילד כזכויות אדם. ייחוד זה מהייב היוקקות לזכותו של הילד להגנת הוריו ולהגנת המדינה, עד כמה שהיא נכנסת בנעלי ההורים כ-"*parens patriae*". ייחוד זה, שבגינו זכויות האדם של הילד מתפרשות בצורה שונה מזכויות האדם של המבוגר, תואם את עקרון טובת הילד, אשר נתפס כאמור כעקרון-העל על-ידי הדין הבין-לאומי המהייב, מסכה סעיף 3 לאמנה. לכן, לעניות דעתנו, השאלה מתי הייצוג נהוג, עד כמה נסן להתחשב ברצונו של הילד ועד כמה נסן להתחשב ברצון הסובבים אותו, וכיצד נסן לאזן בין רצונות אלה כאשר יש ביניהם אי-הלימה – כל אלה הן שאלות טעונות מבחינה ערכית ושנויות במחלוקת רעיונית, בין היתר בין הסידי זכויות הילד לבין מי שאמונים על הגנתו הפטרונית. אין זה נסן בעינינו להתעלם מהבסיס הרעיוני לשוני בהחלטות. שוני זה נובע מהמשקל היחסי שמקבלי ההחלטות מעניקים לאוטונומיה של הילד, לזהותו המשפחתית והקהילתית ולהגנתו מפני רצונו שלו ומפני הפגיעה בו על-ידי קרוביו. סלנו מצוים לזכור כי הכרעה בהתאם לטובת הילד המתעלמת מזכויותיו או הכרעה בהתאם לזכויות הילד שאינה הוסה בצילו של עקרון טובת הילד הן פסולות, ועם זאת ייתכן מרחב סבירות להחלטות היוצרות איונים ערכיים שונים. הצגת המחלוקת ביניהם כסמנטית גרידא עלול לה לסמא מן העין את השיקולים הערכיים הדוקטרינריים המסתתרים מאחורי מסך העשן של "ממצאים מוצקים", כלשון המשפטנים.<sup>23</sup> מיסוך כזה יוצר את "המשפט הסמוי מן העין", כמאמרו של מנהם מאוטנר.<sup>24</sup>

לדעתנו, ההבחנה בין "טובת הילד" ל"זכויות הילד" אינה סמנטית בלבד, אך גם אין הצדקה בעינינו לקיטוב המשתמע כביכול בין המושגים הללו. מהד גיסא, קידום זכויות הילד בלא הגנה עליו כילד אינו שלם. האמנה אינה מאפשרת להפקיר את הילד לזכויותיו, שכן מוכנה בה יסוד ההגנה על הילד כילד. מאידך גיסא, קידום טובת הילד תוך התעלמות מזכויותיו עלול להרע לילד בשל התעלמות ממכלול צרכיו, המעוגנים בזכויות השונות, שנסן לאזן ביניהן.

22 אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" משפחה במשפט ג-ד 44, 35 (2009–2010).  
 23 אכן, בפסק-דין שקדם למאמר זה עמד השופט רובינשטיין על זכות הילד להישמע בעקבות האמנה מבלי לעמוד על החידוש שיש בעמדתו זו ביחס לפסיקה קודמת – מלפני האמנה – אשר יישמה את עקרון טובת הילד במתכונתו המסורתית. להנמקתו עיינו בע"מ 10480/05 פלונית נ' פלוני, פס"ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.12.2005). הרבה לפני פסק-דינו של השופט רובינשטיין עמדו השופט חיים כהן, שופט בית-המשפט העליון, והשופט אלי שרון, שופט בית-המשפט לנוער, על החידוש שבשיתוף הילד בקביעת משמורתו. עיינו חיים ד' כהן "הקדמה" יאיר רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו 15 (1997) וכן אלי שרון "הערות והארות", שם, בעמ' 183. כן ראו בגוף הספר, במיוחד את הפרקים הראשון והרביעי.

24 מנהם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998).

נדגיש: דברינו על-אודות מרכזיותה של הגנת הילד אינם מתייחסים רק למי שהוסים תחת הגנתו של הזק הנוער. ההגנה הנדרשת על הילד אינה מצטמצמת רק לאלה הבאים מקבוצה קטנה של משפחות חריגות, אלא כוללת את כל הילדים, החל באלה המצויים בלב סכסוכי המשמורת של הוריהם, המשך בילדים המצויים במצוקה בשל התעללות, וכלה במי שעלו לים להיפגע מגזענות או מזיהום סביבתי. לפי הנתונים הגלויים, שליש מילדי ישראל עניים,<sup>25</sup> ומקצתם רעבים ואינם זוכים בכריאות בסיסית, בהינוך בסיסי או בתנאי מחיה מכבדים.<sup>26</sup> ילדים עניים הם מקרה פרטי של ילדים הווקקים להגנת המדינה באופן רחב באופן מובהק מגילוייו של עקרון "טובת הילד" במתכונתו המסורתית או מביטוייהן של "זכויות הילד" כרכיבים אוטונומיסטיים גרידא. עמדתנו בסעיף זה על נוכחותה-הנפקדותה של הגנת הילד בשיה זכויות הילד הישראלי, ומאידך גיסא, הצבענו על כך שהיא מובנית לתוך משטר הזכויות באמנה, ויסלה בדרך זו ליישב את המתה האמיתי בין הפטרנליזם הטמון בעקרון טובת הילד לבין בשורת השחרור שבזכויותיו ולפוגג את אשליית הקיטוב המתנאי. בהלק א2א) להיבור זה נהזור להיקף ההגנה שכל ילד וילד בישראל ראוי לה, ונראה כי מתקיימת בישראל התערבות שלטונית בלתי-מידתית בהיי הילד בצד הגנה הסרה המפקירה ילדים לסכנות רבות. לעת עתה נברר בסעיף הבא לאן נותבה הגנת הילד בישראל וכיצד ניתוב זה כשלעצמו עלול לייצר ולהעצים גורמי סיכון לילדים.

### (ב) הפרשנות האידיולוגית של הגנת הילד

הצגת "טובת הילד" ו"זכויות הילד" כמונחים קטביים נובעת, לדעתנו, גם מפרשנות שגויה של "הגנת הילד". מאז התמה מדינת-ישראל על האמנה, המושג "זכויות הילד" מוטה בתודעה הציבורית יותר ויותר כלפי זכויות אוטונומיסטיות, כגון השתתפות בהכרעות בסכסוך של הוריו על משמורתו וזכויות ההעצמה של הילד בפעילות הציבורית והתקשורתית, ומוזהה פחות עם זכותו של הילד להגנת המדינה. הדיון על מקומם של הילדים התרחב בשיה המשפטי הישראלי, בראש ובראשונה, לאוטונומיה של הילד אל מול רצון הוריו, לעיתים גם אל מול רצונותיהם המסוכסכים או אל מול מבוגרים אחרים. מול ההבניה הזו של זכויות הילד מוצבת ההבניה הרווחת של עקרון טובת הילד.<sup>27</sup> כפי שביארנו בסעיף האחרון, הבניות אלה, המציירות קיטוב, אינן מתיישבות עם האמנה. התמונה הכוללת העולה מהשיה המשפטי והציבורי הישראלי היא תמונה של התמקדות מובהקת בהגנת הילד מפני אנשים בסביבתו הקרובה

25 על-פי דין חשבון הוועדה הציבורית לבדיקת מעבם של ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה (2006) (להלן: דוח ועדת שמיד) [www.molsa.gov.il/SiteCollectionDocuments/MisradHarevacha/shmi\\_dreport2006.pdf](http://www.molsa.gov.il/SiteCollectionDocuments/MisradHarevacha/shmi_dreport2006.pdf). להערכות מעודכנות ראו להלן ח"ש 115.

26 עיינו במקורות הנוכחים לעיל בה"ש 15.

27 עיינו ע"א 2266/93, לעיל ח"ש 20.

האינטימיות.<sup>28</sup> אין מנוס מן ההכנה שזכויות הילד בשיה הישראלי המשפטי הרווח מושתתת על אתוס אינדיווידואליסטי, שממנו עולה דמות של מבוגר קטן בשנים השומד על שלו מול הוריו, ובוודאי מול רצונם והבנתם של בני המשפחה המורחבת. אלא שהגנת הילד כחלק ממשפחתו וכאיבר מקהילתו, ובכלל זה הדרכת המבוגרים האחרים כלפיו, היא מאושיות האמנה,<sup>29</sup> כמשחקף במיוחד מסעיף 5 שבה, אשר זו לשונו:

“המדינות החברות יכבדו את אהריותם, זכויותיהם והובותיהם של הורים, או מקום שניתן ליישום, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנדוג על-פי המסורת המקומית, של אפוטרופסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על-מנת לספק, באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח, הסונה והדרכה נאותת בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו.”<sup>30</sup>

הגנה כזו הונחה באופן ממשי במדיניות המשפטית והציבורית הישראלית. המשגחה הראויה של הגנת המדינה על הילד בישראל ברוח האמנה – קרי, כזכות של הילד, ולא כמעשה הסד של הרשויות – טרם הוטמעה בתרבות בכלל ובתרבות המשפטית בפרט.<sup>31</sup> ביטוי משמעותי לגישה האינדיווידואליסטית ימצא המעיין במאמרה של השופטת (בדימוס) סביונה רוטלוי “אהריות המדינה בקידום זכויות ילדים.”<sup>32</sup> עמדתה של השופטת רוטלוי ראויה לתשומת-לב מיוחדת בשל מרכזיותה של הוועדה שבראשה עמדה בשיה הישראלי.<sup>33</sup> במאמר מעניין זה מועלית טענה בדבר מיעוט השיה המשפטי בישראל על-אודות זכות הילד להתפתחות, המשוגנת בסעיף 6 לאמנה, ומוצעת סיבות למצב עניינים זה:

“אם מדובר בזכות כה חשובה, מדוע אפוא אין שיה משפטי על אודותיה? ראשית, אין לצפות שהורים מזניהים או מתעללים יפנו לערכאות על מנת

28 רונן “על סבל”, לעיל ח”ש 8, בעמ’ 151–155; רונן וגילת “שיה זכויות הילד”, לעיל ח”ש 8; מילי מאסס בשם טובת הילד – אובדן וסבל בהליכי האימוץ 271–283 (2010) (להלן: מאסס בשם טובת הילד); מילי מאסס “על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם – המקרה של אימוץ כפוי בשל היעדר מסוגלות הורית” מאוני משפט ד 589, 615–616 (2005) (להלן: מאסס “על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם”); כרמית גיא “בשם טובת הילד” העין השביעית 51, 10 (2004) [www.the7eye.org.il/46207](http://www.the7eye.org.il/46207); ורד סלונים-נבו ויעחק לנדר “האם טובת הילד יכולה להתקיים בנפרד מטובת המשפחה? מחשבות והמלצות לשינוי” חברה ורוחה כד 401 (2004).

29 עיינו: MICHAEL FREEMAN, THE MORAL STATUS OF CHILDREN: ESSAYS ON THE RIGHTS OF THE CHILD 37, 40 (1997); רונן “זכות הילד לזכות”, לעיל ח”ש 21.

30 ס’ 5 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ח”ש 3.

31 עיינו גם רונן וגילת “שיה זכויות הילד”, לעיל ח”ש 8, בעמ’ 336–339.

32 סביונה רוטלוי “אהריות המדינה בקידום זכויות ילדים” זכויות הילד והמשפט הישראלי 63 (תמר מורג ויוסי החמים עורכים, 2010) (להלן: רוטלוי “אהריות המדינה”).

33 ראו להלן ליד ח”ש 36 ואילך.

שהמדינה תתערב באוטונומיה שלהם, גם אם יהיה בכך כדי לשרת את טובת הילדים. חלקם הגדול של אותם הורים בא מקרב אוכלוסייה הלשה, אשר מתקשה ממילא לפנות לערכאות ונעדרת יזמה ויכולת להקים עמותות שירכוזו בידן סה ציבורי לצורך שינוי.<sup>34</sup>

פסקה זו מאירה היטב גישה אינדיווידואליסטית להגנת הילד, הממוקדת בהגנת הילד מפני הורים. לנוכח גישה זו מתעוררות שאלות שיש להן רלוונטיות מעבר למאמר המסוים: האומנם אוכלוסיית הורים שאינה "הלשה", כלשון המאמר, צפויה לפנות לערכאות על-מנת שהמדינה תתערב באוטונומיה שלה? מדוע? היכן קרה כדבר הזה? ובכלל, האם נסון לכתוב על-אודות "אוכלוסייה הלשה"? האם לא נסון להעדיף את המונה "אוכלוסייה מוהלשת", כדי לתת ביטוי לאפשרות שניתן להעצימה על-ידי הכרה בזכויות חברתיות, ולהבהיר כי ההולשה אינה גֵּרֶת גורל ואינה מלמדת על תסונת, קשיים ואי-יכולת הטבועים לכאורה באותה אוכלוסייה? ועוד נשאל: האם נסון שכדי להבטיח את התפתחותו של ילד יש להתערב באוטונומיה של הוריו, וזאת בטרם הובטחו בהוק – כעניין שבזכות – ביטחון תזונתי, תנאי מהיה ראויים ושירותים חברתיים אישיים לכל ילד במדינת-ישראל? האומנם מדיניות כזו עונה על מצוות האמנה בדבר זכויות הילד, ובכלל זה על הוראות סעיפים 3 ו-5 שבה? שאלות אלה אינן מקבלות מענה בטקסט של המאמר, ואף אינן נזכרות בו. כך הן עלולות להיות מודרות מתודעתו של הקורא. לא מצאנו במאמרה – שאנו מניחים כמובן שנכתב מתוך סוננה מנה לקדם את טובת הילד – נסיונות לתת מענה לפגיעה מיותרת בתא המשפחתי ובתוך כך בטובת הילד.<sup>35</sup>

גישתה של המהברת שלה בקנה אחד עם הרוה הנושבת מדוה ועדת היישוץ שבראשה עמדה. הוועדה, שמונתה על-ידי שר המשפטים על-מנת לבהון עקרונות-יסוד בתהום הילד והמשפט, הגישה דוה מפורט (להלן: דוה ועדת רוטלוי), שבו הוצעה רפורמה מקפת של הדין הישראלי.<sup>36</sup> דוה חשוב זה הולך במתווה של הונחת הגנת הילד כהלך ממשפחתו וכאיבר מקהילתו. מדוה הוועדה שלה, על-פי קריאתנו, שהוועדה התמקדה בראש ובראשונה בהטמעתן של "זכויות הילד" כאנטיתזה להגמוניה של עקרון

34 רוטלוי "אחריות המדינה", לעיל ח"ש 32, בעמ' 78.

35 לעיגונם של נסיונות כאלה בשיח המקצועי עיינו, למשל, ורד סלונים-נבו ויצחק לנדר, לעיל ח"ש 28; מאסס בשם טובת הילד, לעיל ח"ש 28.

36 הוועדה לבהינת עקרונות יסוד בתהום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוה הוועדה – חלק כללי (2003) [www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOH\\_HAVEADA\\_11.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOH_HAVEADA_11.pdf) (להלן: דוה ועדת רוטלוי). באופן ספעיפי ראו תמצית של המלצות ועדת-המשנה בנושא הילד ומשפחתו (שם, בעמ' 67–72) וכן של המלצות ועדת-המשנה בנושא הייצוג הנפרד של ילדים בהליכים אזרחיים (שם, בעמ' 79–83). כן ראו הוועדה לבהינת עקרונות יסוד בתהום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוה ועדת המשנה בנושא השמה חוק ביתית (2003) [www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOCHASAMA.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOCHASAMA.pdf) (להלן: דוה ועדת-המשנה בנושא השמה חוק ביתית).

"טובת הילד". ברוח זו המליצה הוועדה (בצדק, לדעתנו) להמיר את המונח "אפוסטרופות טבעיות", שנודפת ממנו קונוטציה "אדנותית" של ההורים ביהס לילדיהם הקטינים, במונח "אהריות הורית". כמתבקש משיה זכויות הילד בן-זמננו, המליצה הוועדה על רשימת מטלות אחידה שעל בית-המשפט להעמיד למבחן בבואו לקבוע את משמורת הילד בהתאם ל"טובת הילד", ובכלל זה נתנה מקום מיוחד והשוב לזכותו של הילד להשמיע את קולו בענייניו. הוועדה גם דנה בהטמעת זכות הילד בענייניו, ואף כתבה דוח מפורט בענייני השמה הוץ-ביתית. איננו חולקים על יסודות אלה של הגנת הילד כפרט, אך לעניות דעתנו, הוועדה לא הקדישה מקום ראוי להיבט משמעותי ביותר של זכויות הילד הנגזר מן האמנה, מרוחה ומדוראותיה: הגנת הילד כאדם שלם הקשור בקשרי-גומלין – הראויים להגנה – למשפחה ולקהילת מוצאו. מגמתה הסוללת של הוועדה והמלצותיה היישומיות אינן מממשות את ההבטחה העולה מהדוח שגיבשה ועדת-המשנה של ועדת רוטלוי בנושא השמה הוץ-ביתית, אשר חרתה על דגלה את זכותם של ילדים לגדול עם הוריהם, ואת זכותם, למצער, להיות בקשר עם הוריהם ועם משפחתם גם לאחר הוצאתם מביתם.<sup>37</sup> דוח ועדת-המשנה מקדיש סעיף שלם לתיאור הדיסוננס שבין הדימוי ההרמוני (אשר גם אנשי המקצועות המסייעים בשירותים ההברתיים והמוסדות מצהירים עליו) שלפיו הילד הנמצא בטיפול הוץ-ביתי ממשיך להיות חלק ממשפחתו ומשתייך אליה – ועל-כן יש אפוא לעשות הכל כדי ליצור את התנאים שיאפשרו את ההזרתו להיק משפחתו – לבין המציאות של מעשים ופעולות הנעשים על-ידי משנות ופנימיות (בגיבוי ובפיקוח הדוק של קובעי המדיניות של השירותים ההברתיים הממלכתיים) שיש בהם כדי לקבוע את הילד מהוץ למשפחתו.<sup>38</sup> תובנה ברורה זו לא מצאה ביטוי במסקנות הוועדה. לא זו אף זו, בין כל הנושאים החשובים שבהם עסקה ועדת רוטלוי בהרחבה ובפירוט רב, לא התפרסמה כל המלצה בעניין שמירת הרצף הטיפולי בענייניו של הילד במצוקה, מעבר להשמטת במוסדות "הוץ-ביתיים", אף שלפי הכרזתה של ועדת רוטלוי עצמה זהו אחד התחומים שבהם האמנה מביאה עימה בשורה.<sup>39</sup>

37 דוח ועדת-המשנה בנושא השמה הוץ-ביתית, שם, בעמ' 91.

38 שם, בעמ' 99–100. הצעות שמטרתן לבסס את הקשר בין הילד להוריו מובאות שם, בעמ' 101–105. בהמשך הדוח מובאת "הצעת חוק השמה הוץ ביתית של ילדים, התשס"ג-2003", הכוללת שלושה סעיפים בנושא: ס' 10 – "הזכות לגדול בבית ההורים"; ס' 11 – "הזכות לקשר עם הורים ובני משפחה"; וס' 12 – "הזכות לרציפות ויציבות" (שם, בעמ' 153). לדברי החסבר ראו שם, בעמ' 218–220.

39 דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 305–306 (במסגרת דברי החסבר להצעת חוק לקידום זכויות הילד); דוח ועדת-המשנה בנושא השמה הוץ-ביתית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 91–105. לשינויים הלא-רבים בפסיקה בעקבות מסקנות הוועדה מנקודת-מבט של מי שהייתה סגנית יושבת-ראש הוועדה ראו, למשל, תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" משפחה במשפט ג-ד 67, 96 (2009–2010). מורג מדגימה יפה במאמרה זה את ההבדל בין גישתה של השופטת רוטלוי לבין גישתו של הנשיא ברק (שם, בעמ' 92–94).



בהיבורים קודמים ביארו המהבר הראשון, רות זפרן ואחרים<sup>40</sup> מדוע נכון לבסס את זכויות הילד, כמובן באמנה, על אתוס של תלות הדדית בין הילד לבין האנשים המשמעותיים בחייו. כאן אנו מציעים שלילד הישראלי תעמוד ההגנה מסוה האמנה שתבטיח כי הוא יקבל – בזכות, ולא בהסד – מענה הומרי לצרכיו הממשיים, כאדם שלם בעל זהות וזיקה למשפחה ולקהילה, אף כאשר משפחתו וקהילתו מוהלשות ומודרות. זאת ועוד, הסידי הגישה האינדיווידואליסטית עלולים לראות בשאיפת מתנגדיהם להגן על יחסי הילד עם הוריו מולידיו משום היענות ל"קול הדם" והגנה על גישה מעין-קניינית של הורים כלפי ילדיהם. על-כן הם עלולים לצאת באופן נמהר נגד השאיפה האמורה, ולהציג את זכויות הילד אך ורק כזכויות לשומתיות, המעמידות את ההורים וילדיהם משני צידי המתרס. זכויות הילד עומדות לשיטתם כחריס כנגד "קול הדם" וכחמת-מגן מפני זיקה קניינית של הורים לילדיהם.

מהלך מהשבתי כזה אינו עושה צדק עם הקריאה להגנה על יחסי הילד עם הוריו מולידיו, ועלול – בשם שלילת הגישה המעין-קניינית של הורים כלפי ילדיהם – להביא לידי שפיכת התינוק (הילד) עם המים. קריאתנו להגנת יחסי הילד עם משפחתו וקהילתו אינה קריאה להגנה על "קול הדם", ואינה חייבת להצביע על יחסים קנייניים או מעין-קנייניים של ההורים עם ילדיהם.<sup>41</sup> ההגנה על יחסי הילד עם הוריו עשויה להתיישב עם הכרה בזכותו של כל ילד לזהות תרבותית, ואף לשאוב תמיכה מהכרה כזו. זהות תרבותית זו אינה מתקיימת אך ורק עם הוריו מולידיו, אלא אפשרית גם עם משפחתו המורחבת של הילד או עם קהילת המוצא שלו. ההורות שאנו מבקשים להגן עליה היא הורות פסיכולוגית, מתוך מודעת לצורך להגן על מה שהילד רואה כמשתייך אליו רגשית. ברור שהגנה על יחסי המשמעותיים של הילד עם הוריו מולידיו, עם משפחתו המורחבת או עם קהילת המוצא שלו אינה זהה להגנה על זכויות קנייניות או אחרות של

40 רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה ועדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בך נפתלי חנה נוח עורכות, 2005); רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" זכויות הילד והמשפט הישראלי 129 (תמר מורג ויוסי חמרים עורכים, 2010) (להלן: זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס"). מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 28, בעמ' 271–283; Ya'ir Ronen, *Protection For Whom and From What? Protection Proceedings and the Voice of the Child at Risk, in CHILDREN'S RIGHTS AND TRADITIONAL VALUES* 249 (Gillian Douglas & Leslie Sebba eds., 1998).

41 על הגישות הקנייניות של המשפט הרומי ושל המשפט הגרמאני של ימי הביניים עיינו מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" דיני ישראל ה' 85 (התשל"ד); המקורות הספרותיים המצויים בהערות בספרו של ישראל עבי גילת דיני משפחה – יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת והינך 21–30 (2000) (להלן: גילת דיני משפחה – יחסי הורים וילדים). עיינו גם שאקי "זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 62–64, המתאר את השתלשלותן של הגישות המשפטיות העתיקות גם למשפט המודרני עד להכנסתו של עקרון "טובת הילד". להבחנה בין "קול הדם" לבין הגנה על זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות עיינו: Ya'ir Ronen, *Redefining the Child's Right to Identity*, 18 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 147 (2004).

הורים מולידים בילדם, ובוודאי לא לאדנות של משפחה המוצא או של המשפחה המורחבת בהסתמך על קשרים גנטיים.<sup>42</sup> ניצנים לזהירות מפני זיהוי מוטעה זה ימצאו הקוראים בכמה מפקיו האחרונים של בית-המשפט העליון, שבהם העדיפו השופטים את הזכות למורשת-מסורת זהותית על טובת ילד אינדיווידואליסטית-לעומתית.<sup>43</sup>

42 עיינו גם Ronen, *Redefining the Child's Right to Identity*, שם. המלצותיה של ועדת סילמן בנוגע למדרג בהשמה חוק-ביתית, תוך מתן עדיפות להשמה במשפחה המורחבת, בקהילה ובמשפחות אומנה לפני השמה מוסדית, עשויות להשתלב עם ההבחנה המוצעת כאן. ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 12–13. הצורך להגן על הילד כחלק ממשפחה ומקהילה צריך להיות כרוך במאמץ להיזהר מהקניית זכויות או טובות-הנאה להורים המולידים בגין הילד, כדי שהילד לא ינוצל על-ידי הוריו. מודעות לתובנה זו מצאנו בהצעת חוק היסכון לאומי לכל ילד, התשע"א-2011, פ/3527/18, של הבר-הכנסת יצחק הרצוג, שבה מוצע להפריש חלק מקצבת הילדים להיסכון אישי של הילד. נקודות קצבה (זיכוי) לתושב ישראל מכוח ס' 40 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] ניתנות להורה בעבור כל אחד מילדיו. מאחר שהטבת מס זו אינה "הולכת עם הילד", ימשיכו ההורים ליהנות מן ההטבה גם אם ילדם ברח או נודה מן הבית והם הדלו מכלכלתו, ונכון לשקול כיצד לתקן מצב עניינים זה, כדי שהמשאבים שיתפנו יקלו את המאמצים לפרוש רשת של זכויות חברתיות לטובת ילדים פגיעים אלה.

בבע"ם 7204/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2011) נידונה בקשה לביטול צו הכרזה על קטינה כבת-אימוץ, שאושר בבית-המשפט המחוזי, ולהחזרת הקטינה לאמה. פסק-הדין, שנכתב על-ידי השופט הנדל, הפך את הקערה על פיה, וקבע כי הילדה מושא הדיון, אשר שהתה במוסד, תחזור שוב לאם, שנגמלה בינתיים מסמים. הפרשה כולה עוררה דיון עיבורי ער על איכות תפקודו של השירות למען הילד, אשר נראה להוט להכריז על ילד כבר-אימוץ עוד בטרם נעשה ניסיון כן לתקן את מסוגלותם ההורית של מולידיו.

השופט רוטלוי, במאמרה "ילדים אינם הפצים" האריך – דעות 12.4.2011 [www.haaretz.co.il/opinions/1.1170856](http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1170856), הביעה את העתה הנחרצת על הפרשה ימים ספורים לפני שהתקבלה הכרעה בדיון הנוסף שהתקיים לגביה בבית-המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים (דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד סד(3) 356 (2011)). וכה אמרה:

"הדיון העיבורי באימוץ מעלה רגשות קמאיים בדבר הזכות להורות, המכונה 'קול הדם'. תחושת הרכושנות כלפי ילדים, המקובלת משחר ההיסטוריה, מתעצמת ובלועת כל שיה אחר. כאילו לא השתנה העולם, כאילו לא הוכרו זכויות ילדים במשפט הבינלאומי ואף בישראל."

ניסוחיה של השופטת רוטלוי, החדים והנחרצים, מצביעים על התנגדותה לשיח זכויות שאינו אינדיווידואליסטי. והנה בדיון הנוסף עצמו התגלעה מחלוקת בין השופטים: המישה שופטים – ריבלין, ארבל, ג'ובראן, מלצר והנדל – המשיכו את הקו המנחה בבע"ם; בעוד שארבעה אחרים – ביניש, נאור, רובינשטיין וחיות – סברו כי יש לשוב להחלטתו של בית-המשפט המחוזי. השופט מלצר, בפס' 55 להכרעתו, הסתמך על דעתם של יונתן יובל ו"יד קלה על החרק" – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי" משפט וממשל ו 259 (2001); מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 28, בעמ' 11–59; וגילת "על הכשל", לעיל ה"ש 8.

43 עיינו רע"א 9192/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.2.2013); בע"ם 4486/13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 27.8.2013). במקרה השני נידון עניינה של ילדה לאם עולה מאתיופיה שהוכרזה כבת-אימוץ, ועלתה השאלה אם להוציאה ממשפחה האומנה על-מנת להשיבה לדודתה,

מהד גיסא, ביסוס זכויות הילד על אתוס של אינדיווידואליזם ליברלי, העלול להיות כרוך בנימוק הילד ממשפחתו ומקהילתו, הוא מעשה פוליטי של עולה חברתית הכרוך בפגיעה בילד.<sup>44</sup> מאידך גיסא, יש להיזהר מפוליטיקת זהות קהילתית המקריבה את הילד על מזבח קידומה של קהילת מוצא מוחלשת.<sup>45</sup> הקרבה כזו עשויה להיות מוצגת באמצעות רטוריקה של העדפה חיובית, ולא היא. לילד יש זכות לזהות משפחתית וקהילתית שיש להבחין בינה לבין האינטרסים של משפחתו וקהילתו, ואשר עלולה להיפגע כאשר שיה הזכויות מתבסס על אתוס אינדיווידואליסטי. יוצא שמוחלשתה של קהילת המוצא של הילד מעמידה אותו בסיכון כפול לכך שזהותו ויחסיו המשמעותיים לא יוגנו: הן מצד הדוגלים בגישה קהילתנית והן מצד הדוגלים בגישה ליברלית-אינדיווידואליסטית.<sup>46</sup>

טענתנו היא כי "הגנת הילד" בצל אתוס אינדיווידואליסטי לא רק משוללת צידוק ערכי לנוכח המהויבות בת-זמננו לרב-תרבותיות, אלא אף הרת-סכנות במדינה שאוכלוסייתה מורכבת מקיבוץ גלויות של יהודים מכל קצווי תבל וממישט אתני גדול ומוכהן. הגנת הילד אינה עשייה שיכולה לקבל מענה בלעדי מידי אנשי המקצועות המסייעים – ביניהם עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים ויועצים חינוכיים – ככל שהם רואים את עצמם כמקצוענים-טכנוקרטים וככל שהם הפים ממודעת חברתית ופוליטית ומכל זיקה לספרה הציבורית. הגנת הילד אינה מתמצית בזיהויים של פרטים, משפחות וקהילות שטבועים בהם לכאורה ליקויים שבעטיים הם פוגעים בילדים, ובהגנה על הילדים מפניהם. המדיניות החברתית והמשפטית כרוכה בהכרעת ערכיות בדבר המהויבות להגנת זיקתיו של הילד למשפחה, לקהילה ולתרבות.<sup>47</sup> אשר עליך

אחות אמה. בית המשפט שקל, בין היתר, את שיקול "קול הדם", כניסוחו של השופט יצחק עמית בפס' 4 לפסק-דינו:

"ודוק: ברי כי הזכות של החורה המוליד היא בעלת עוצמה גדולה מזו של בני המשפחה האחרים. עם זאת, הקטין אינו רק בן לאמר-מולידתו, הוא גם חלק משישלת משפחתית, ומסירתו לאימוץ תולשת אותו גם מזהותו המשפחתית. אך נישא פנינו אל הקטין שיתבע מאיתנו תשובה ביום מן הימים, הכיצד קרעתם אותי מעם משפחתי שנלחמה עלי בכל מאודה ובכל נפשה? הכיצד ניתקתם אותי ממורשת-מסורת-זהותי כבן לעדה האתיופית?"

נציין כי גם נימוקיהם של שופטי המיעוט בדנ"א 1892/11, לעיל ח"ש 42, אותה פרשה שהייתה מושא לביקורתה של השופטת רוטלוי (ראו הצרה קודמת), לא שללו את שיקול "קול הדם". גם שופטי המיעוט ביניש ורובינשטיין נתלו במובנים רבים בהסכמתה המוקדמת של האם לתהליכי האימוץ כמרגם להגבלת מפגשיה עם ילדתה במשך השנה.

44 עיינו גם מאסס בשם טובת הילד, לעיל ח"ש 28, בעמ' 271–276.

45 Ronen, *Redefining the Child's Right to Identity*, לעיל ח"ש 41, בעמ' 156–157.

46 ראו שם; רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 344–345.

47 עניינו של מאמר זה, כפי שמעידה כותרתו, הוא הגנת הילד: גישתנו ממוקדת בילד (child-centered). ייתכן שניתן להצביע על תימוכין נוספים למסקנותינו באמצעות גישה שאינה ממוקדת בילד. כך, למשל, ניתן לדון בכך שהזכות לחיי משפחה היא לא רק זכות של הילד, אלא אף זכות של הוריו. ניתן לטעון, בהתבסס על גישה קהילתנית, כי אין לנתק ילדים מקהילות המוצא שלהם או מתרבות המוצא

המדיניות החברתית והמשפטית המסתפקת בהעצמת הילד אל מול משפחתו וקהילתו, כחלק משיה זכויות ליברלי אינדיווידואליסטי, לא רק שאינה מספקת מענה ראוי לסבלם של ילדים טעוני הגנה, אלא נהפוך הוא. עשייה פוליטית זו מהלישה ילדים בסופו של יום, כי היא מהלישה את משפחותיהם וקהילותיהם, ונהפכת לחלק מהבעיה של הילדים הסובלים.<sup>48</sup> מדיניות זו עצמה לא רק משקפת כשלים במהותיות לילדים ולמשפחותיהם, אלא מייצרת ומעצימה את גורמי הסיכון, שקן היא עלולה להוביל מטבע הדברים להרחקה בת-מניעה של ילדים ממשפחותיהם ומקהילותיהם.

## 2. רוחב הנזקקות כבסיס להגנת הילד

בחלק הקודם העלינו טענה כי "הגנת הילד" אינה מצומצמת לילדים הנמצאים בסיכון – או "נוקקים", כפי שהם מכונים בחקיקה – וכי נסון להגן על ילדים כחלק ממשפחות ומקהילות. אך גם מנקודת-מבטם של אלה המבססים את הגנת הילד על אתוס אינדיווידואליסטי של זכויות הילד, אין ההגנה המוצעת בדין הישראלי ראויה.<sup>49</sup>

שלהם. טענות אלה זוכות בעשורים האחרונים בחשומת-לב על רקע עלייתם של סיפורים נגדיים לסיפורים ששלטו בעבר באשר לניתוק ילדים מהורים בקרב קבוצות מוחלשות. אולם מתוך נאמנות לגישה הממוקדת בילד, עמדתנו היא שהחוק למשפחה המוצא ולקהילת המוצא עריכה להיות מונחית על-ידי זכות הילד להיות זכות להגנה על זיקה למשפחה וקהילה אשר הילד רואה כמשתייכים אליו מבחינה רגשית. בעניין זה אין לנו מה להוסיף על מה שכתב המחבר הראשון בהרחבה רבה בחיבורים קודמים.

48 מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 28, במיוחד בעמ' 117–187; שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 302. לאופן שבו אנו מגדירים עשייה פוליטית ראו לעיל ה"ש 12 והמקורות שם.

49 נוסף על ה"נוקקות", המוגדרת בחוק הנוער, קיימים בשיח הציבורי מונחים נוספים: "ילד בסיכון", "ילד מנותק" ו"טעון טיפוח". מונחים נוספים אלה, הגם שהם אינם מוגדרים מבחינת המשפט, מצויים בתיאוריה ובפרקטיקה של העבודה החינוכית הטיפולית בישראל. על מידת השימוש במונחים אלה ועל התפתחותם בישראל ראו עמנואל גרופר, מירב סלקובסקי ושלמה רומי "ילדים ומתבגרים במעבי סיכון: הגדרות, התפתחויות ודרכי התערבות" ילדים ומתבגרים במעבי סיכון בישראל כך א 19 (עמנואל גרופר ושלמה רומי עורכים, 2014). ראוי גם לעיין כי "נוער בסיכון" אינו אוסף של "מקרי-קצה". כך, ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט, במסגרת דברים שנשא בזכות יישום המלצותיה של ועדת שמיד, נקב את המספר 330,000 בהתייחסו למספר הילדים המצויים בסיכון, דהיינו, מדובר באחוז ניכר מאוכלוסיית הילדים בישראל. ראו "דברי ראש הממשלה, אהוד אולמרט, בדיון בנושא מדיניות משרד הרווחה, בכנסת" אתר משרד ראש הממשלה (17.1.2007). [www.pmo.gov.il/MediaCenter/Speeches/Pages/speechknes170107.aspx](http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/Speeches/Pages/speechknes170107.aspx). ראו גם דן בך-דוד החיים בליך "עוני ואי שוויון בישראל: התפתחויות לאורך זמן ובהשוואה ל-OECD" דוח מעב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2013 17 (דן בך-דוד עורך, 2013), שם נטען, על-סמך ניתוח דוחות של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, כי שיעור העוני בהכנסות הכלכליות בקרב ילדים מתחת לגיל שמונה-עשרה עלה בחדות בשנים האחרונות: בעוד שבשנת 1992 עמד שיעור זה על 31.2%, בשנת 2011 הוא עמד על 41.9%.

**(א) הגנת הילד כיום: התערבות שלטונית בלתי-מידתית ואי-מיצוי המיטב**

נפתח בתובנה שתשמש תשתית לדיון: ההתערבות הכופה של המדינה לשם הגנת הילד היא כשלעצמה רק הרע במישוטו, ואין בה משום מתן מענה לצורך שהמדינה, על כלל רשויותיה, תפעל למציאת הפתרונות המיטביים בעבור הילד. יש להבחין אפוא בין פתיחת הליכים לקראת הכרזתו של קטין כנוקק או ככר-אימוץ בניגוד לרצון הוריו – שהוא צעד של בהירת הרע במישוטו, אשר יש לצמצם את השימוש בו רק למצבים שבהם עלה החשש שבלעדיו יבולע לילד – לבין הובתה של המדינה לדאוג באופן מיטבי לצרכיו ההומריים והנפשיים של הילד, ובכלל זה למקום מגוריו, להינוס ולהשכלתו. גולדשטיין, סולניט ופחיד היו הראשונים שעמדו על הבחנה זו, בסרילוגיה שפורסמה לפני שנות דור. הם אלה אשר טבעו את המושג "הרע במישוטו" – *the least detrimental alternative* – ביהס להתערבות המדינה, ודרשו זיהרות בסיסית בהתערבות זו לנוכח נזקיה בסוד. תובנתם זו זכתה בהסכמה רחבה, ואומצה כתשתית רעיונית לדיוני הגנת הילד במדינות שונות.<sup>50</sup> כמו-כן היא התקבלה באופן עקרוני בפסיקה במדינות שונות, ובכלל זה בישראל.<sup>51</sup>

כפי שביאר המחבר הראשון במקום אחר,<sup>52</sup> קיימת נטייה בציבוריות הישראלית ליצור השוואה (equation) בין נקיטת הליך שהוא הרע במישוטו, שבו המדינה נאלצת להתערב בניגוד לעמדת ההורים, לבין ההליך הננקט למציאת המיטב בעבור הילד הפגיע. ההשוואה הזו אינה נכונה, מבלבלת ומסכסכת. כך, ההנחה כי ההכרעה על-אודות

50 חיבורם משנת 1996, המעודכן במידת-מה, מקבץ יחדיו את חיבוריהם המקוריים. כותרתו מדברת בעד עצמה, ומשקפת את חוכן הטקסט: JOSEPH GOLDSTEIN, ALBERT J. SOLNIT, SONIA GOLDSTEIN & ANNA FREUD, THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: THE LEAST GOLDSTEIN ET AL., THE BEST INTERESTS OF (להלן: DETRIMENTAL ALTERNATIVE (1996) JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, THE CHILD). לניסוח המקורי ראו: JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD 62–63 (1973).

מייקל פרימן, העורך הראשי של כתב-העת INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS יצא בביקורת חריפה על דעותיהם של מלומדים אלה זמן קצר לאחר פרסום ספרם. ראו: Michael Freeman, *The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, 11 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 360 (1997). יעוין כי עמדתנו שתועג להלן אינה הולקת על עמדתו של פרימן. הגם שפרימן הוא מנושאי הרגל של הגנת הילד מפני הוריו באמצעות משטר של זכויות, אין הוא הולק על ההכרחיות של פעולה יעילה של המדינה להגנת הילד, כדי להבטיח כי האינטרסים של הילד יעאו נשכרים מהשיפת פגיעתם של הוריו בו.

51 כפי שמבארת רות הלפרין-קדרי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים ו 261, 316–317, ד"ש 246 (1997). בע"א 2266/93, לעיל ה"ש 20, פ"ס 8 לפסק-דינו של הונשיא שמגר, מנסח הונשיא שמגר את הדברים באופן חיובי, בבארו כי צמצום התערבותה של המדינה מונחה על-ידי התפיסה שלעיתים קשה להניח כי המדינה – באמצעות שלוחיה השופט או פקיד הסעד – תקבל החלטה טובה מזו שיקבלו ההורים. במקרה הרגיל ההנחה היא, לכן, ששיקול-הדעת של ההורים מסמל ומגבש באופן הטוב והמדויק ביותר את ההחלטות הראויות בגידול הילדים. עיינו גם שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 222–231.

52 רונן "על סבל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 151–155.

אימוצו של ילד, שבעניינו התקיימה אהת מעילות האימוץ, עשויה להבטיח לילד את המיטב היא שגויה, לדעתנו, והושפת את הילד לסכנות מיותרות. תפיסה מנוגדת לדעתנו משתמעת מפועלם של מקצת הסידי זכויות הילד, ולפיה עצם התערבותה של המדינה בחיי המשפחה באמצעות הגנת הילד, תוך התגברות על רעיונות בדבר בעלות ההורים על ילדם וזכויותיהם בו, היא ניצחון במאבק להבטחת שלומו של הילד באופן מרבי.

לדעתנו, ההכרה בזכות הילד להתערבות המדינה להגנתו צריכה לערר שאלות מקדמיות: מה תוכן ההתערבות ההגנתית של המדינה? עד כמה המדינה מהויבת – מתוך נאמנות לאינטרסים של הילד – לשמר את מסגרת המשפחה המולידה? האם המדינה רשאית לנקוט מדיניות של "תוכו אכל וקליפתו זרק", דהיינו "להציל" את הילד הנזקק תוך הפרדתו ממשפחתו, או שמא היא הייבת לשמר את הילד בתוך משפחתו תוך הסתייגות בתמיכה כלכלית וטיפולית קרפית של המשפחה המורחבת של הילד והקהילה, ובכך למנוע את הוצאת הילד מביתו כרוב המקרים?<sup>53</sup> דוקטרינות המיושמות באופן גורף ובלתי-מובהן מעוררות בנו השש לשלום הילד. אנהנו מבקשים אפוא לבהון

53 בעניין זה עיינו: Dorothy E. Roberts, *Is There Justice in Children's Rights?: The Critique of* Federal Family Preservation Policy, 2 U. PA. J. CONST. L. 112, 126-127 (1999) המחברת מסבירה:

"In an ideal society we would expect nearly all children to be raised by their biological families in a healthy, safe, and flourishing environment. Adoptions would be a well-accepted but rare alternative for children whose parents are unable or choose not to take care of them. Although adoption is as valuable as biology with respect to forming parent-child relationships, it typically occurs because of an unfortunate circumstance – the death of the biological parents, an unplanned pregnancy, child abuse or neglect. As a result, we can support adoption while working to curtail its causes. By combating poverty and its dangers to children, an ideal society would radically decrease its need for adoption."

עיינו גם: Naomi R. Cahn, *Children's Interests in a Familial Context: Poverty, Foster Care, and Adoption*, 60 OHIO ST. L.J. 1189 (1999); MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW 175 (1990); Gary B. Sutnick, "Reasonable Efforts" Revisited: Reforming Federal Financing of Children's Mental Health Services, 68 N.Y.U. L. REV. 136 (1993); A. Buchanan, *The Dolphin Project: The Impact of the Children Act*, in PARTICIPATION AND EMPOWERMENT IN CHILD PROTECTION 120, 133-134 (Christopher Cloke & Muray Davies eds., 1997); Cynthia Godsoe, *Caught Between Two Systems: How Exceptional Children in Out-of-Home Care Are Denied Equality in Education*, 19 YALE L. & POLY REV. 81, 115-116 (2000) ה"ש 15, בעמ' 22-29. ראו עוד: Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 835 (1985); FAMILY MATTERS: READINGS ON FAMILY LIVES AND THE LAW 277, 281 (Martha Minow ed., 1993); Nancy A. Wright, *Welfare Reform Under the Personal Responsibility Act: Ending Welfare as We Know it or Governmental Child Abuse?*, 25 HASTINGS CONST. L.Q. 357, 364-367, 418-419 (1998); Nanette Schorr, *Foster Care and the Politics of Compassion*, 7 TIKKUN 19 (1992)

מה תוכנה של ההתערבות ההגנתית של המדינה, אם הלכה למעשה היא אכן מגינה על הילד, ואם כן – במה.<sup>54</sup> לפי התוכנה שיש להפריד בין ההתערבות הסופה של המדינה לשם הגנת הילד, שצריכה להיות מינימלית ולהישמר רק למצבים שבהם היא הכרחית, לבין הצורך שהמדינה תעשה את המיטב למען הילד הנזקק, הבה נעיין בדרכי הטיפול בעניינו. המהוקק הישראלי נקט שלושה אבות-טיפוס של התערבויות הגנתיות בכואו לטפל בילד הזקוק להגנת המדינה:

54 לביקורת על הנוקשות הדוקטרינרית, השיח היריבוני והעדר החמלה בהגנת הילד בישראל ראו יאיר רונן "סקירת ספרים חדשים: בשם טובת הילד – אובדן וסבל בהליכי אימוץ" ביטחון סוציאלי 88, 153 (להלן: רונן "בשם טובת הילד"), שם העניע המחבר הראשון להטמיע את תובנות המשפט הטיפולי (therapeutic jurisprudence) בשיח הגנת הילד. לעיתים נדמה כי לא הילד, על סבלו הייחודי, הוא שעומד במוקד הדיון, אלא המאבק הדוקטרינרי. בפרשה המכונה בעיבור "תינוק המריבה" התעוררו כמה מחלוקות בין השופטים. בע"מ (מחוזי ת"א) 4/04 פלונית ופלוני – ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 30.6.2004) (החלטה) נחלקו השופטים על מעמדם של ההורים המיועדים לאמץ בטרם יצא צו הכרזת אימוץ. באותו מקרה קבעה השופטת קמא עליזה מילר, מבית המשפט לענייני משפחה, כי אף שהילד נמסר להורים המיועדים לאמץ, ואף שהילד הוכרז כבר-אימוץ, כאשר ההורים הביולוגיים מעוררים שאלה בדבר תקינות ההליך של הכרזת הילד כבר-אימוץ, אין להורים המיועדים לאמץ כל מעמד בבית-המשפט. ברם, דעת השופטים בערעור בבית-המשפט המחוזי תמכה, בניואנסים שונים, בגישה כי יש לתת זכות טיעון גם להורים המאמצים בדיון, אם כי בהליך נפרד. בהמשך – בע"מ (מחוזי ת"א) 4/04 פלונית ופלוני, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' פלוני ופלונית, ההורים הביולוגיים (פורסם בנבו, 30.12.2004) (פסק-דין) – התגלעה מחלוקת בין השופטת סביונה רוטלוי, שהייתה בדעת מיעוט, לבין שופטי הרוב יהודית שטופמן וישעיהו שנלר. מתחת למעטה הניסוחים הפרוצדורליים שבפסק-הדין הארוך, בעבעה ועלתה השאלה העקרונית מהי זכותו של הילד לזיקה משפחתית כאשר להוריו מולידיו יש מסוגלות הורית מובהקת. האם מעל לכל עומדת זכות מובהקת של הוריו מולידיו, ורק בליט בררה יוצא הילד למשפחה מאמצת וינותק הקשר בינו לבין הוריו ב"אימוץ סגור", או שמא זכותו של הילד לזיקה משפחתית היא אוטונומית, כך שהורים מולידים שהתנהגותם התפרשה כויתור על הילד (אף שהתחרטו) הם שווי "זכויות" על הילד בתחרות עם ההורים המיועדים לאמץ. קביעתה של השופטת רוטלוי התבססה על ההשקפה שזכותו של הילד היא אוטונומית, ומאחר שהילד כבר חי כמה חודשים במשפחה המיועדת לאמצו, הוא יישאר אצלם. דעת הרוב סברה כי יש לבכר את שיקום הילד אצל הוריו מולידיו על-אף התנהגותם בעבר, אם מסוגלותם ההורית בעתיד היא מובהקת. בבית-המשפט העליון התהפכה הקערה על פיה, והילד לא הוחזר להוריו מולידיו בשל ההסתמכות על חוות-דעת פסיכולוגית כי לנוכח הימשכות ההליכים (בערכאות השיפוט עצמן ובשל שיהיו מצד פקידי הסעד מוטפל בבקשת ההורים המולידים) נקשר הילד להוריו המיועדים לאמצו, וניתוקו יגרום נזק בלתי-הפך. לניתוח גישתם של השופטים ולביקורת על מקצת מהלכי המשפט עיינו רונה שוח "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה במשפט א 163, 215–223 (2007). מילי מאסס "תינוק על פרשת-דרכים – המחלוקת לגבי משמעות האימוץ: הערה על פסק-הדין בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים" עיוני משפט לא 219 (2008).

- הכרות נזקקות – סעיף 2 לחוק הנוער קובע שורה של עילות המצדיקות הכרזה בדבר נזקקותו של הילד מהשש לפגיעה בשלולמו הגופני או הנפשי.<sup>55</sup> אכן, ילד ששולמו הנפשי או הגופני עלול להיפגע זקוק להגנת המדינה, במיוחד בעילות הנובעות באופן ישיר מהתנהגות מסוימת של הורי הילד או של האחראים עליו.
  - הוצאת צו אימוץ – חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), קובע בסעיף 1 כי לא יינתן צו אימוץ אלא "אם נוכח בית-המשפט [שהוא] לטובת המאומץ". האימוץ אינו מיוחד אומנם לילד הנזקק, אבל יש מקרים לא-מעטים שבהם הילד נחשב בעיני גורמי הרווחה כמצוי בסיכון המור, ועל-כן הוצאתו מביתו וממשפחתו נעשית בדרך של אימוצו על-ידי משפחה מאמצת ב"אימוץ סגור", דהיינו, תוך יצירת "מסך ברזל" שמפריד בין הילד המאומץ למשפחתו הטבעית. זאת, כנטען על-ידי הרשויות, בשל החשש שמשפחתו הטבעית של הילד תחבל בטובתו אם תתגלה לה זהות משפחתו המאמצת.
  - מינוי אפוטרופסות – חוק הכשרות המשפטית מאפשר את השארת הילד במשפחתו הטבעית מבלי לתייגו כ"נזקק" אך תוך מינוי "אפוטרופוס ממונה" לילד נוסף על ההורים הטבעיים או במקומם.
- מקריאה והירה של כל הוראות חוק הנוער, חוק האימוץ וחוק הכשרות המשפטית עלה, באופן משתמע, כי מגמתם של דיני הגנת הילד הישראליים היא להגן על הילד מפני סביבתו האינטימית, שממנה עלולה להיפתח עליו הרעה.
- את מגמת הדיונים לפי חוק הנוער ניסה וביאר היטב דוד רייפן, ראשון שופטי הנוער בישראל ועובד סוציאלי בהכשרתו, בספרו החלוצי הקטין ובית-המשפט לנוער:

"אכן, מבהינה מסוימת אפשר להגיד, שהדיון המשפטי בענייני צעירים הזקוקים לטיפול ולהגנה, מסווג כלפי הוריהם, שכן אלה הם אשר הביאום לכך. יש הורים שכלל אינם דואגים לשלום ילדיהם, או שדאגתם כה בלתי-מספקת עד כי יש חשש רציני להתפתחות הילדים... הדבר כבר מתבטא בעצם הבאת ההורים לשם ביסוס הטענה שהקטין זקוק לטיפול ולהגנה. ההוכחות המובאות נסובות על אופן התנהגותם וצורת חייהם של ההורים, ולא לה ניתנת האפשרות – כמו לעבריינים הנאשמים בעבירה – להקירת שתיזעור ולסתירת ההוכחות. לא ייפלא איפוא, אם דווקא במשפטים אלה בולט במיוחד כשולן ההורים. באינסטינקט נכון הם השיים בעבודה שהם-הם המובאים לדין."<sup>56</sup>

דבריו של השופט רייפן בדבר תחושת ההורים כי הם מועמדים לדין זוכים בתימוכין בדבריה של רות הלפרין-קדרי, הגורסת כי בקיום ההליכים לפי חוק הנוער או לפי חוק האימוץ כעניינים אזרחיים בהווייתם יש גורם מסוים של הטעיה, שכן מבהינת השפעתם

55 עיינו לעיל ה"ש 2.

56 דוד רייפן הקטין ובית-המשפט לנוער 217 (1978) (ההדגשה במקור).



הרגשית על ההורים יש בהם יסוד ענישתי.<sup>57</sup> לדעתנו, התובנה שההורים השיים שהם נעשו אינה צריכה לשלול היוקקות להליכים אלה כאשר אין בנמצא דרך הלפית המבטיחה את הגנת הילד, אך מכל מקום אין להתעלם ממצאות רגשית זו, שהיא חלק ממסע חייו המורכב של הילד המצוי בסיכון. על המדינה לצמצם אפוא את השימוש בצעדים הנהווים כענישתיים למינימום הנדרש לשם הגנת הילד, על-ידי מודעת לכך שהתערבותה של המדינה היא לעולם רק הרע במישוטו.

ברם, תובנה זו שלמען טובת הילד אין על השירותים החברתיים להתערב

באוטונומיה המשפחתית אלא בלית בררה ורק באופן מינימלי אינה משוגנת בדין הישראלי. כך, למשל, אין אמירה מפורשת כי הכרות אימוץ בשל "טובת המאומץ" תבוא רק אם שוכנע בית-המשפט כי אין אפשרות להשאיר את הילד במשפחתו ולהבטיח את טובת הילד ורווחתו תוך הסתייעות במשפחה המורחבת של הורי הילד ובקהילתם.<sup>58</sup> אין גם אמירה מפורשת בהוק כי הכרות הילד כנוקק תבוא רק אם הצעדים המודדים של מינוי אפוטרופוס בתוך המשפחה נוסף על ההורים או במקומם נוסו על-ידי בית-המשפט וכשלו. זאת ועוד, גם אם הוכרו הילד כנוקק, המהוקק לא קבע בעקבות האמנה, במסגרת השיקולים בדבר טובת הילד, את עדיפותה של השמה במסגרת המבטיחה היי משפחה על הלופות מוסדיות. לדעתנו, יש להבחין היטב בין ההצבעה על פגיעה קונקרטיית בשלומו של הילד לפי דרישת הוק הנוער – אשר עשויה בהחלט, אם היא נעשית כראוי, להגן עליו ולשרת את טובתו – לבין הטיפול השורשי ארוך-הטווח הנדרש לאהר קביעת הנזקקות. אף בהנהה שקביעת נזקקות עשויה לשרת את הילד, יש להזהר מהנהה כללית כאילו דרכי הטיפול בעקבותיה ישרתו את הילד. גיבוש דרכי הטיפול בעקבות קביעת הנזקקות מהייב והירות רבה, בשל האהריות המוסרית הסוללת של החברה לעתידו של הילד, שק התערבות בלתי-מידתית של המדינה בתהום האינטימי של הילד ומשפחתו עלו לה לוו ליד תוצאות הרסניות שינבעו מעצם ההתערבות.<sup>59</sup>

57 הלפרין קדרי, לעיל ח"ש 51, בעמ' 322–323.

58 על עניין זה עיינו בקביעתו של השופט צבי ברנוון בבג"ץ 252/75 פלונית נ' שר הסעד, פ"ד (1) 51 (1975), וכן בפסק-דינו של השופט שמואל בוקובסקי, סגן נשיא בית-המשפט לענייני משפחה מחוז המרכז, בתיק אימוץ אמ"ץ (משפחה ראשל"צ) 67/02 קטינה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בפדאור, 1.5.2003). ראו גם פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ח"ש 17; גילת "על הכשל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 419–420 ו-436–438.

59 מעניין לנסות להבין את הפער שבין הפרקטיקה בשדה לבין "קולות קוראים" שיוצאים מאנשי האקדמיה בתחום העבודה הסוציאלית באשר לשילוב ילדים בסיכון בקהילה. פער זה עצמו ראוי למחקר-שדה. ראו נא את גישתם של סלוניס-נבו ולנדר במאמרם ושל מאסס בספרה (שניהם לעיל בח"ש 28). בלהה דודון-ערד "איכות החיים של ילדים בסיכון שהחלט להשאירם בבית בהשוואה לילדים שהחלט להוציאם מהבית" חברה ורווחה ל 397 (2010) מצאה במחקרה כי "גם אנשי מקצוע שלא היו מעורבים בהחלטה, ואפילו הילדים שהוצאו מהבית והוריהם, מעריכים את איכות החיים של הילדים כטובה יותר מכפי שמעריכים... הילדים שהושארו בבית והוריהם" (שם, בעמ' 412). נוסף על כך מצאה החוקרת כי "על פי הערכת העובדות הסוציאליות שהיו מעורבות בהחלטה... בעוד שאיכות החיים של הילדים שהושארו בבית נשארה ללא כל שינוי, איכות החיים

זאת ועוד, בשנת 1989 נחקק חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1990, שהוסיף את סימן 11 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר מטיל חובת דיווח רחבה על התעללות גופנית או נפשית מצד אנשים הקשורים בקשר הדוק לעולמו של הילד. חובת הדיווח היא למטרה או לפיקד הסעד. חוק זה נחשב עד היום "מתקדם" ו"הישג חשוב" להגנת הילד.<sup>60</sup>

ייתכן כי לא רק שאיננו מבקשים להצר את חובת הדיווח הקיימת, אלא אנו מבקשים אף להרחיבה.<sup>61</sup> עם זאת, ההנהגה שעצם החשיפה של הפגיעה בילד –

של הילדים שהוצאו מהבית השתפרה" (שם, בעמ' 411–412). במסגרת דיווח בממצאים שהתגלו על-ידיה ועל-ידי אחרים (שם, בעמ' 413–416) היא מודה כי יש כמה בעיות מתודולוגיות במחקרים שנעשו, הקשורות למספרם הלא-גדול של נחקרים ולחוסר המידע על-אודות ההורים והילדים שסיבבו ליטול חלק במחקרים, ומבהירה כי אין להסיק מן הממצאים כי מדיניותו של משרד הרווחה "עם הפנים לקהילה" שגויה, וכי היא אינה טוענת שיש להעדיף הוצאה מהבית. אולם טענתה, העולה מהמחקר, היא ש"אם אנן רוצים שהילדים יושארו בבית ואיכות החיים שלהם תשתפר", יש "צורך בהפניית משאבים כלכליים ואחרים לסיוע להורים" (שם, בעמ' 415). בכיוון חד יותר מסיקה שירלי בן שלמה, במאמרה "לשמור על הבית": תיאוריה ופרקטיקה של יצירת ברית טיפולית עם הורים מתעללים" חברה ורווחה ל 503, 515 (2010), כי התפיסה הטיפולית "דורשת מהעובד סוציאלי לוותר על עמדת הכוח של מציל כול-יכול ולאמץ במקומה עמדה של שיתוף פעולה עם ההורים, למרות מעשיהם הקשים". למכשלות לעבודה משותפת עם ילדים ומשפחותיהם בתחום הגנת הילד עיינו גם: Jonathan Scourfield & Ian Welsh, *Risk, Reflexivity and Social Control in Child Protection: New Times or Same Old Story?*, 23 CRITICAL SOC. POL'Y 398 (2003) לתמיכה בעמדה בדבר רציות הבחינה של אומנת קרובים עיינו דוח ועדת סילמן, לעיל ח"ש 7, בעמ' 64. עמדה זו עוגנה כעת בס' 38 לחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016, שעתידי להיכנס לתוקף בתאריך 16.12.2016. החוק החדש אינו משנה את מצב העניינים שתיארנו בגוף הטקסט: המחוקק הישראלי אינו מעגן בין השיקולים בדבר טובת הילד את העדיפות למסגרת המבטחה חיי משפחה על חלופות מוסדיות, וזאת אף שסעיף מיוחד בחוק החדש – ס' 3 – מצהיר על זכותו הטבעית של הילד לגדול בבית הוריו, וס' 4(ב) לחוק מונה שורה של שיקולים שיש לשקול בקביעת טובתו של הילד לפי אותו חוק.

60 לעמדתו של יצחק קדמן – מיוזמי חובת הדיווח – בדבר התפתחות הדין עיינו יצחק קדמן "במותח ציוותה לילדים רבים את החיים: חובת הדיווח על עבירות בילדים – רקע, סקירה ומחאות" משפחה במשפט ג-ד 337 (2010–2009). קדמן, התומך בהרחבת חובת הדיווח, מסיים את מאמרו בשאלה שיכולה לשמש נושא למחקר-שדה: "כיצד מטפלים בילדים ובמשפחות לאחר הדיווח?" (שם, בעמ' 346). לעומתו, מרים פבר, בעבר פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער, טוענת במאמרה "בין 'טיפול' ל'פלילי': חובת הדיווח מנקודת ראותם של מקידי הסעד" משפחה במשפט ג-ד 347, 364–365 (2010–2009), כי "...חובת הדיווח במתכונתה הרחבה, כפי זו הקיימת בישראל, מהווה פלישה דורסנית לפרטיות של משפחות תמימות וטובות הנמצאות במצוקה והנוזקות לעזרה. פלישה, שהסרונומיה הגדולים נעוצים בהתמקדות שבהליך הפלילי בדבר חובת הדיווח תחת ההתמקדות בהליך הטיפולי". לביקורת דומה עיינו גם במאמרה של ענת אסיף "חובת הדיווח על עבירות בקטינים ובחסרי ישע: לקחים מדיוני צוות בינמשרדי והרקע לתיקון מס' 94 לחוק העונשין" משפחה במשפט ג-ד 367 (2010–2009).

61 עיינו להלן ח"ש 147.

"בשיתוף-פעולה" של הילד או לעיתים נגד רצונו – משרתת בהכרה את האינטרסים של הילד, כיום ובכל מקרה ומקרה, משוללת בסיס שבדתי. כמה דעכו תופעות האלימות עקב החשיפות של האלימות לפי מצוות המהוקק? עד כמה הטיפול המשטרתי תורם למניעת פגיעות הזרות? בעיצוב היקפה הראוי של חובת הדיווח אין כשלעצמו מזור לילד. מענה ממשי לצורכי הילד כעניין שבזכות הוא העיקר. השיפת הפגיעה בילד נזקק מבלי שהמדינה תבטיח לילד הגנה ראויה בעקבות השיפת הפגיעה בו היא בלתי-אהראית ובלתי-הוגנת כלפי הילד. ילדים נרצחו ואהרים מאוימים ברצח ובנידוי חברתי

בעקבות השיפת הפגיעה בהם.<sup>62</sup> לא זו אף זו, מעבר לפגיעה הקשה – העבריינית והחברתית – שהילדים עלו לים להוות מצד משפחתם וסביבתם כתוצאה מההשיפה, הם עלו לים אף להיענש באופן הוקי באמצעות אותם הוקים ממש הבאים לכאורה להגנתם. זאת, מכיוון שהכרות נזקקותם והשיפת ההתעללות בהם עשויה להביא לידי הוצאתם מביתם ושליחתם למסגרות שהמערכות הממשלתיות הועידו להגנתם, אך בפועל מסגרות אלה אינן הייבות להבטיח לילדים אלה איסת היים ראויה, כעניין שבזכות, אלא להפך: הילדים השופים בהן לפגיעה ולהזנה.<sup>63</sup> יתרה מזו, אם ילדים שאותרו הודות לחובת הדיווח והוצאו מבתיהם בעקבות זאת אינם מציינים להוראות שניתנו להגנתם בידי בתי-המשפט – למשל, אם הם הזורים לבית הוריהם או אף בורחים תוך הפרת הוראה שיפוטית – הם עלו לים להיות מוכתמים בפלילים. נסיונות לתקן הוראה הריגה זו של המשפט הפלילי, המכתימה אדם כעבריין בשם טובתו שלו, נחסמו בשל התנגדות הזרות ונשנות של משרד הרווחה.<sup>64</sup>

62 ניתוחים ביקורתיים של השתלשלות העניינים שהובילה לרצח הילדה מריה קלוול, על-אף דיווחים על פגיעה בה, עיינו סלוואדור מנחין קליידוסקופ משפחתי 162–181 (1987). נוסף על כך ראו GOLDSTEIN ET AL., THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, לעיל ה"ש 50, בעמ' 144–186.

63 עיינו סלונים-נבו ולנדר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 403–421; יעקב אליה ילדים החוקים – קשר השתיקה סביב החקת ילדים ממשפחותיהם 191–228 (2006); יונה רוזנפלד ובת שבע לוי להיות "הורה טוב דיו": ילדים בסיכון ומשפחותיהם: תכנית למידה פעילה לאחיות בריאות העיבור – סיכום הפעילות 1991–1996 (מכון ברוקדייל, 1997). יעוין כי חולשה זו אינה ייחודית לישראל. ראו: Scott J. Preston, "Can You Hear Me?": The United States Court of Appeals for the Third Circuit Addresses the Systemic Deficiencies of the Philadelphia Child Welfare System in *Baby Neal v. Casey*, 29 CREIGHTON L. REV. 1653, 1653–1656, 1709–1710 (1996); Ana M. Novoa, *Count the Brown Faces: Where Is the "Family" in the Family Law of Child Protective Services*, 1 SCHOLAR 5, 43 (1999). גארי ב' מלטון "חובת הדיווח: מדיניות ללא היגיון" משפחה במשפט ג-ד 303, 313 (2009–2010) מציג פתרון אפשרי בדמות יצירת סביבה קהילתית תומכת, אשר תמנע יצירת מתח קהילתי. מלטון דן גם בהשפעות השליליות של חובת הדיווח על תקינותן של מערכות אחרות. המאמר הנוכחי יוכל בהמשך להוות צידוק נוסף דווקא להרחבת חובת הדיווח. לעניות דעתנו, הבעיה אינה בהיקף הרחב מדי של חובת הדיווח על פגיעה בילד על-ידי הוריו, אלא באי-השוואת היקפה של חובת הדיווח במקרה של פגיעה בילד על-ידי הוריו להיקפה במקרה של פגיעה בילד על-ידי מטפלו משהוצא מביתו.

64 עיינו בהצעת חוק הנוער (טיפול והשגחה) (תיקון – ביטול אחריות פלילית לקטין), התשס"ד-2004, פ' 1807/ש (שהוגשה על-ידי חברת-הכנסת מרינה סולודקין ואהרים כנסת-השש-עשרה). צמרת משרד

ממש מן הצד ההפוך, כאשר אין פקפוק בדבר מסוגלותם של האחרים על הילד להגן עליו מפני סכנות אקוטיות, אין דיני הגנת הילד בישראל מצליחים להקנות לילד הגנה ראויה מפני מצוקה כלכלית והברתית או מפני מפגעים סביבתיים. ילד עלול להיות נתון בסכנה מתמשכת כמובנה בסעיף 2(6) להוק הנוער – בשל שירותים לא-מתאימים בתדומי החינוך, הרווחה או הבריאות, בשל גזענות, בשל שני, בשל זיהום המים או האוויר או בשל היחשפות לקרינה רדיואקטיבית – אך לא ייעשה דבר להגנתו, אף כאשר פגיעתם של גורמים אלה בשלומם הגופני או הנפשי של הילד ברורה לעין כל וקשה, מן הטעם הפשוט שהוק הנוער אינו יכול להקים זכויות של הילד כלפי המדינה.<sup>65</sup> סנגוריה

הרווחה התנגדה כאמור לכל שינוי. ראו יאיר רונן ויניב בך-הרוש "על החסם המשפטי לבני נוער: בין מציאות לבין דימויים רווחים" נוער בישראל 2004, 207, 232–224 (גיוור רהב, יוחנן ווהר ומיכל ונדר שוורץ עורכים, 2005).

65 קיימת ספרות ענפה המבקרת את החללים בהגנת המדינה על הילד. עיינו: Kimily Pells, 'Risky Lives': Risk and Protection for Children Growing-Up in Poverty, 22 DEVELOPMENT IN PRACTICE 562 (2012); Martin Woodhead, Paul Doman & Helen Murray, *What Inequality Means for Children: Evidence from Young Lives*, 22 INT'L J. CHILD. RTS. 467 (2014) MICHAEL KING & CHRISTINE PIPER, HOW THE LAW THINKS ABOUT CHILDREN 65 (2nd ed. 1995) ראו: (הטוענים כי בניגוד להגנה על הילד מפני האחרים עליו, קיימת הונחה שיטתית של הגנת הילד מפני מפגעים סביבתיים ומפני מהדלי המדיניות החברתית); Jeremy McBride, *The Violation of Economic, Social and Cultural Rights as Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*, in CHILDHOOD ABUSED: PROTECTING CHILDREN AGAINST TORTURE, CRUEL, INHUMAN AND DEGRADING TREATMENT AND PUNISHMENT 107 (Geraldine Van Bueren ed., 1998) (המעצב, בין היתר, לראות בעוני קשה הכרוך בחוסר דיוו, ברעב או בחוסר קורת-גג משום תנאים לא-אנושיים או משפילים, עינויים או טיפול אכזרי, לא-אנושי או משפיל); Ali Khan, *The Dignity of Labor*, 32 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 289 (2001) (המעצב על מגמה בין-תרבותית של הפליה, השפלה וביזוי של הילד הנאלץ לעבוד למחייתו, ששורשיה נטועים עמוק בהיסטוריה האנושית); Royce Bernstein Murray, *Sex for Food in a Refugee Economy: Human Rights Implications and Accountability*, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 985 (2000) (הקובע כי פליטים, ובכלל זה ילדים, נאלצים לסחור בגופם, תוך פגיעה אנושה בכבודם האנושי, כדי לזכות במזון ובקורת-גג, באין אחריות מדינתית או בין-מדינתית לתנאי מחיה ראויים לכל ילד באשר הוא אדם; הזכרנו כבר כי אף בני-נוער ישראלים נאלצים לסחור בגופם כדי לשרוד ברחוב – עיינו לעיל ה"ש 152 ו-153 והטקסט שלידן); Tania Schriwer, *Establishing an Affirmative Governmental Duty to Protect Children's Rights: The European Court of Human Rights as a Model for the United States Supreme Court*, 34 U.S.F. L. REV. 379 (2000) (המבארת כיצד העמדה המסורתית השוללת אחריות של המדינה להענקת זכויות לילד, להבדיל מאי-פגיעה בחירויותיו, פוגעת בפגיעה אנושה בשלומם); Cahn, לעיל ה"ש 53 (המבארת כיצד מערך של שירותי תמיכה לילדים במשפחותיהם היה עשוי לשרת ילדים באופן מיטבי, למנוע התעללות והזנחה, אשר מניעתן בדיעבד אינה מאיינת את נזקייהן, ואף לייתר את אימוץ הילד); Leroy H. Pelton, *Welfare Discrimination and Child Welfare*, 60 OHIO ST. L.J. 1479 (1999) (המבאר כיצד שלילת זכויות של הילד להכנסה מינימלית מובילה להפלייתם של ילדים עניים ולפגיעה בזכותם לחיי משפחה); Sutnick, לעיל ה"ש 53 (המבאר כיצד דלותם של שירותי בריאות

על ילדים והגנה עליהם מהיבט מודעת חברתית וכרוכות בסדר-יום של שינוי חברתי, ועל-כן אין הן יכולות להיות א-פוליטיות. לידתו של ילד למשפחה השרויה במצוקה חברתית-כלכלית מעמידה אותו בסיכון כפול: ראשית, כזקק במשפחה המסכנת את שלומו בשל גורמים סביבתיים; אך מעבר לכך, כמצוי בסיכון ליהפך לילד "מוסדי". עצם הכרות הנוקקת עלול לה לא רק לסמן את הילד ואת בעייתו מתוך סוניה לטפל בו, אלא גם לגרום לכך שהוא יאבד את יכולתו להשתלב בסביבתו המשפחתית-האינטימית. איננו טוענים כי עוני כשלעצמו הוא המביא לידי הוצאת ילדים מבתי הוריהם, אולם אנו מבקשים להצביע על סיכון-יתר של ניתוק בין הורים עניים לילדיהם – ניתוק שהוא קשה ביותר הן מבהינת הילדים והן מבהינת ההורים, בפוגע באחד הקשרים המהותיים ביותר והעמוקים ביותר של אדם בכלל ושל ילד בפרט, כפי שגם עלה מהוראות האמנה. הגנת ילד המתמקדת באופן בלעדי באבהון הוליי הפרט, תוך הזנחת התיקון החברתי, היא מעשה פוליטי של משטור המוחלשים דווקא, וזאת בשל הרטוריקה הא-פוליטית המקנה לה ארשת של מהימנות, גם כאשר המענה המתקבל בפועל לצורכי הילד הוא חלקי ביותר.

### (ב) התמקדותה של הגנת הילד בפתרונות משבריים

לדעתנו, ההתמקדות בפתרון בעייתו של קטין נזקק על-ידי הוצאתו מסביבתו האינטימית, דהיינו ממשפחת המוצא, והעברתו למסגרת הוץ-ביתית היא מכשלה עצמית שהמדינה שמה לפתחה. להלכה מוסכם, גם על קובעי מדיניות הילד והמשפחה בישראל, כי הטיפול בקטין נזקק במסגרת הוץ-ביתית אינו פתרון-קבע של מסגרת הלופית, אלא פתרון ארעי עד להכשרתה של משפחת המוצא לקבלת הקטין הנזקק בהזרה להיקה.<sup>66</sup> אך בד בבד טוענים אותם קובעי מדיניות כי הוצאת הילד מהבית נעשית מפאת "הוסר תקציב". טענה זו אין לקבל. היעלה על הדעת שבשל "הוסר תקציב" ייהשף הילד לסיכון כפול בעצם הוצאתו מהבית למסגרת הוץ מבלי שותענק לו מסגרת הלופית מיטבית? היוני אפוא להבטיח כי ילד לא יוצא מביתו, ממשפחתו, אלא רק אם התברר כי לפני כן סופקו לו ולמשפחתו כל השירותים הבסיסיים כדי למנוע את הסתכנותו ולא היה בהם כדי להועיל. בין שירותים "מניעתיים" אלה ראוי לכלול שירותי בריאות בסיסיים, מען-

הנפש הקהילתיים המסופקים על-ידי המדינה עלולה להוביל להכרעות משפטיות בדבר אשפוזים כפויים ומתייגים של ילדים ובני-נוער, ביניהם כאלה שהיו חשופים להתעללות ולהזנחה; Robert M. Corwin, *Children's Health Care in the United States and the Convention on the Rights of the Child*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 289 (1998) (המסביר כיצד העובדה שאין כל ילד השוהה בארעות-הברית זכאי לביטוח בריאות ממלכתי פוגעת בזכותו לבריאות כמובנה באמנה בדבר זכויות הילד).

66 ראו: CHARLES W. GREENBAUM & JUDITH G. AUERBACH, LONGITUDINAL STUDIES OF CHILDREN AT PSYCHOLOGICAL RISK: CROSS-NATIONAL PERSPECTIVES 260 (1992); Olive Stevenson, *Social Work Intervention to Protect Children: Aspects of Research and Practice*, 1 CHILD ABUSE REV. 19 (1992); Kathleen Kufeldt, *Listening to Children: An Essential for Justice*, 1 INT'L J. CHILD. RTS. 155 (1993)

יום קדם-בית-ספרי, מסגרות הינוך מתאימות לנכונות שונות, ריפוי בעיסוק, סיוע הומרי המאפשר תנאי מזהיה שאינם מבזים, וכן טיפול משפחתי, יישון משפחתי והדרכה אישית להורים, העשויים לסייע להם להיענות לצורכי-היסוד של ילדיהם.<sup>67</sup>

כפי שאמרנו, הימנעות מהוצאת קטין נזקק ממשפחתו עד כמה שניתן, תוך סיפוק כל השירותים הבסיסיים לילד במשפחתו שימנע את הסתמכותו, היא דרך פעולה ידועה לשירותים ההברתיים בישראל, והיא אף אומצה על-ידיהם באופן תיאורטי, אך בפועל לא נבנתה עד כה מדיניות ילד ומשפחה שתכיל את הרציונל המוסכם, ואשר תמנע ככל האפשר את הצורך בהוצאת הילד ממשפחתו למסגרת הוץ-ביתית. לא זו בלבד, אלא שלפי דוח ועדת שמיד, משנת התקציב 2000 עד לכתיבת הדוח בשנת 2006 הל גידול במספר הילדים בסידור הוץ-ביתי, ונוספו מכסות לרשות הסות הנוער לטיפול הוץ-ביתי וכן למשונות ממולחנות ונושלות.<sup>68</sup>

פה המקום לציין כשל ממסדי נוסף: על-אף ההתפתחות הטכנולוגית המרשימה בישראל, אין לשירותים ההברתיים מקור מידע מרכזי על ילדים בסיכון שהוצאו מבתיהם, ולא נעשים מהקרים הבודקים באופן שיטתי את מצבי הסיכון בקרב אוכלוסיית הילדים שהוצאו מבתיהם. אנו סבורים כי נסון לתקן מצב עניינים זה, שכן יש ערך חברתי במחקרים כאלה. מעבר לכך, יש בעינינו טעם לחקור תופעה זו של מישט המחקר בתחום זה, ולבחון שמא יש למאן דהוא עניין לא לערער על המושכל שהוצאת הקטין מביתו היא הכרח בל יגונה.<sup>69</sup>

התערבות המדינה בהגנה על הילד מפני דוריו, או מפני מי שבפועל נושאים באחריות לגידולו, נעשית אפוא לא מעט כעניין של הרחקה, מבלי לנסות, באופן מובנה

67 ראו: Joseph Goldstein, *Why Foster Care – For Whom for How Long?*, 30 *PSYCHOANAL. STUD. CHILD* 647 (1975). לביקורת על הגדרה צרה של הגנת הילד, המנתבת מחקר לא לבחון התערבויות מניעתיות, עיינו: Francesca Soliman et al., *The Landscape of UK Child Protection: Research Between 2010 and 2014: Disciplines, Topics, and Types of Maltreatment*, 65 *CHILD. & YOUTH SERV. REV.* 51 (2016).

68 דוח ועדת שמיד, לעיל ה"ש 25, ס' 6.4 – "ניתוח התקציב בשנים 2000–2004", בעמ' 60.

69 עיינו אליצור ומנוחין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 264–274; דוח ועדת שמיד, לעיל ה"ש 25. יושם לב כי בס' 4.2 לדוח (שם, בעמ' 33–34) מובאות טבלות מפורטות על ממדי הסיכון של ילדים ובני-נוער בישראל. המעניין הוא שבהצגת-השוליים שם נכתב כי הנתונים מבוססים על מידע שנאסף באחת-עשרה מחלקות לשירותים חברתיים בארץ וכי מחלקות אלה אינן מדגם מייצג. בהמשך נכתב כי אפשר להעריך על-סמך נתוני-יסוד שמצבם של ילדים בסיכון בכל הארץ דומה למצב באותן אחת-עשרה מחלקות. ניתן אפוא לשער כי אין כל מאגר נתונים על רמת האלימות במסגרות הוץ-ביתיות. לתמיכה בחשיבות הצעתנו לבחון מחקרית את המשמעות של מיעוט המחקרים על-אודות פגיעה בילדים שהוצאו מבתיהם, ראו את כתיבתה האמיצה ופורצת-הדרך של אסתר הרצוג, הכוללת ביקורת חריפה על הוצאת ילדים מבתי הוריהם – למשל, אסתר הרצוג "אידיאולוגיה ומציאות בהוסטל לנערים" חברה ורווחה יא 196 (1991); Esther Hertzog, *Minors' Welfare and Bureaucratic Violence in Israel*, 9 *ANTHROPOLOGY MIDDLE EAST* 42 (2014). אף מי שחלוק על מקצת ניתוחיה ומסקנותיה של הרצוג לא יוכל לכפור בחשיבותן של השאלות הנוקבות שהיא מציבה לפתחנו כחברה המחויבת להגנת הילד.

ומודרך, לספק את צרכיו החיוניים של הילד בתוך משפחתו. באופן פרדוקסלי, ההתערבות המניעתית של המדינה, באמצעות פרישת רשת של שירותים חברתיים, מיושמת בפועל בישראל כמדיניות של "בדיעבד", דהיינו, כאשר השירותים החברתיים אינם מוצאים מסגרת הוֹן־ביתית שתאים מבהינה פסיס לוגית או תקציבית, ולא כעניין של "לכתהילד" כפי שראוי שיהיה.

כך, למשל, דוח ועדת שמיד מבאר כי 38% מהתקציב מופנים לפנימיות ולשירותים הוֹן־ביתיים, המטפלים בכ-33,000 ילדים – הקצאה שנתית ממוצעת של 31,670 ש"ח לילד בשירותים אלה, בעוד ההקצאה השנתית הממוצעת לילד בסיכון היא 10,942 ש"ח.<sup>70</sup> בהמשך מובהר בדוח כי עלות משנות־היום שמשרד הרווחה מתקצב מהווה 6% מהשירותים המרכזיים המיועדים לילדים בסיכון. תקציב משנות־היום מיועד ל-16,000 ילדים, כך שהעלות לילד היא 9,830 ש"ח בשנה.<sup>71</sup> ייתכן שמקצת הילדים המבקרים במעונות מקבלים גם שירותים אחרים. אפשר לכאורה לטעון כי סיבה אפשרית לפער זה היא היות המגורים מהוֹן לבית יקרים יותר משהייה במשן־יום, וכי גם אם כל הסכום המוקצה כיום להשמה הוֹן־ביתית יועבר לשירותים החברתיים לילד בבית הוריו, אין ערובה שתושג התוצאה המיוהלת בכל מקרה ומקרה. אולם בדברים אלה אין כדי להשיב על התמיהה מדוע בניגוד לאמנה אין אפשרות, ככלל, למצות את שיקום הילד במשפחתו ובקהילתו לפני הוצאתו מבית הוריו, ומדוע הגנת הילד מתמקדת בפתרונות יקרים למצבי משבר. בסעיף הבא נציע הסבר אפשרי למצב עניינים זה.

### 3. הגנת הילד לנוכח ייאוש ממשפחתו

בין מקצת הסידיה של ההשמה המוסדית נשמע הוד לטענה הבויה כי הוצאת הילדים למוסדות הוֹן־ביתיים באה בשל ייאוש מהשקעה במשפחות המוצא, שבראש חובן ניצבים הורים מתעללים. הייאוש מהשקעה במשפחות המוצא אינו מוצהר בריש גלי, אלא צן ועלה לעיתים מקריאה ביקורתית וזהירה של כתיבה מסוננת של שהקנייהמפתח בתהום המדיניות והמשפט.

לעניות דעתנו, רזה זו של ייאוש עוברת כמעין זרם תת־קרקעי הקרוב לפני הקרקע, כסבטקסט מרומז או אף כמעט מפורש. נפתח במאמרה של השופטת רוטלוי שבו דנו לעיל.<sup>72</sup> במאמר זה השוותה המחברת במשתמע בין השיבות פועלה של המדינה להגנת הילד לבין מוצדקותה של "הפלישה לאוטונומיה של המשפחה", ובתמצית לשונה שם, "רמת ההתערבות של המדינה צריכה להיות ביחס ישר למידת השיבותה של הזכות המופרת".<sup>73</sup> ההגינות מהייבת להקשות על מסקנתה: מדוע קיים צורך ב"יחס ישר" בין הפרת זסיות הילדים על־ידי הוריהם לבין "רמת ההתערבות של המדינה"? מדוע אין

70 דוח ועדת שמיד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 56.

71 שם.

72 ראו רוטלוי "אחריות המדינה", לעיל ה"ש 32 ובטקסט שלידה.

73 שם, בעמ' 75.

השופטת רוטלי מקשרת בין אי-הקניית זכויות חברתיות על-ידי המדינה – מציאות שנידונה על-ידיה במאמרה<sup>74</sup> – לבין כשלונם של ההורים במתן מענה לצורכי ילדיהם? האומנם נסוץ הוא, כמשתמע ממאמרה, שההוצאה של ילד מבית הוריו לא תושפע כלל מההכרעה בשאלה אם כשלונם נבע מהסך בזכויות חברתיות? ובכלל, מדוע בתהומים שבהם יש למדינה אחריות בלעדית לזוהת הילד השופטת מסיטה את עיקר תשומת-הלב במאמרה להגנת הילד מפני הוריו? האין נפקדותו של שיה חברתי, של יצירת זיקה לעולות הנעשות למשפחות ולקהילות, משרתת במובלע סדר-יום פוליטי של שימור הסדר החברתי הקיים?<sup>75</sup> לא מצאנו בספרות הצדקה עיונית לייאוש מן ההורים. רוב הילדים שבעניינם נדרשה בעבר התערבות המדינה היו השופים להזנה ולא-ההשגחה הורית מזדמנת, ורק מיעוטם היו השופים להתעללות מסיונת.<sup>76</sup> היה מקום אפוא לסבור אהרת, דהיינו, כי ראש וראשון לכל תממש המדינה את אחריותה ההלקית בטרם תפנה לכהן את התנהגות ההורים.

#### 4. הרטוריקה הרווחת בעניינה של הגנת הילד אל מול המציאות הסמויה

##### (א) הגנת הילד: הרטוריקה בפסיקה הישראלית

מעבר לתפיסה הצרה של דיני הגנת הילד, שעליה הצבענו בהלקים הקודמים, קיימת רטוריקה רבה בפסיקה הישראלית בדבר טובת הילד וזכויות הילד. קצבר זה עלול ליצור רושם מוטעה כי במשפט הישראלי הנוהג קיימת רמת מהויכות גבוהה לתיקון המעוות בהיי הילד. ההסדר המשפטי הישראלי בדבר אימוץ ילדים ממשיך באופן טבעי את הרושם הזה של מהויכות המשפט להגן על הילד. אומנם, הוק האימוץ התגבר בישראל על גישה מעין-קניינית ליהסי הילד עם הוריו.<sup>77</sup> הוא אינו מתנה את הכרות האימוץ בניגוד לרצון ההורים בהימנעתם מרצון של האהרונים מלמלא את חובותיהם כלפי ילדם, אלא קובע כי די בעצם אי-מסוגלותם לטפל בילדם. כך פירשה הפסיקה את סעיף 13(א)(7) להוק האימוץ, הקובע כי ילד יוכרו כברי-אימוץ אם "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיסי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו". על-פי סעיף זה, כפירושו בפסיקה, ילד יוכרו כברי-אימוץ לא בשל כישלון מוסרי שבהתנהגות ההורים כלפיו, אלא בשל תוצאת אי-מסוגלותם ההורית לדאוג לו ולהגן עליו מפני פגיעה חמורה בשלמו. התוצאה היא שבאמצעות מוסד האימוץ מובטחת

74 שם, בעמ' 68–69.

75 שם, בעמ' 73–74.

76 סלונים-נבו ולנדר, לעיל ה"ש 28.

77 על התפתחויותיהן של הגישות השונות ראו גילת דיני משפחה – יחסי הורים וילדים, לעיל ה"ש 41,

בעמ' 21–30 ר 451–462. על הגישה הפטרונית של המדינה בהליכי האימוץ עיינו מאסס בשם טובת

הילד, לעיל ה"ש 28, בעמ' 271–283.



אפוא הגנה על איכות חיים מינימלית של הילד באופן בלתי־תלוי באשם מוסרי הטמון בהתנהגותם של ההורים.<sup>78</sup>

ניתן אפוא להעלות על הדעת תרחיש שבו ההורים הסרי המסוגלות, שמהם נלקח הילד לאימוץ בצו בית־המשפט, הם הסרי הכשרה מקצועית, מובטלים וחסרי בית. האם התמכרה לסמים על רקע ילדותה בשני מהפיר, במשפחה שהזניחה את הטיפול בה, וכאשר הגיעה לגיל שמונה־עשרה, נכנסה להיריון בשודה צורכת סמים. בהתאם לסעיף 2(7) לחוק הנוער הוכרו התינוק כקטין נזקק, ובהתאם לסעיף 3(4) הוא הוצא ממשמורת הוריו מייד עם לידתו, לאחר שנולד עם תסמונת גמילה מסמים, מאחר שהיה ברור לבית־המשפט כי אין להורים כלים להיענות לצרכיו המיוחדים.<sup>79</sup> נניח גם כי הילד, שכיום הוא בן שלוש, גדל והתפתח יפה מזום לידתו בבית משפחה אומנת, המבקשת כעת לאמצו. בית־המשפט מתבקש להורות על "אימוץ סגור" מסה סעיף 13(א)7(7) דנן לחוק האימוץ, ואילו ההורים המולידים, מצידם, טוענים כי השתקמו: האם השלימה תהליך של גמילה מסמים, בנייהוג רכשו דירת הדר, ושניהם עובדים לפרנסתם באופן יציב. ברור כי למרות כמיהתם בכל ליבם של ההורים שהילד יזוז למשמורתם, ואף שכמיהתם מגובה בהשתקמות ממשית של תפקודם ההורי, לא תתקבל התנגדותם לצו האימוץ כאשר הילד כבר רואה בהורים האומנים את הוריו הפסיכולוגיים. ניתן לשער כי בתרחיש כזה לא יהיה חולק על כך שעל־אף מאמציהם והשתקמותם האישית של ההורים המולידים, ייגרם נזק נפשי בלתי־הפיך לילד אם ייכפה עליו ניתוק ממי שהוא רואה כהוריו.<sup>80</sup> לכן צפוי שבית־המשפט הישראלי לא יזויר את הילד למשמורת ההורים המולידים, מהשש לפגיעה בשלומם הנפשי.<sup>81</sup> בית־המשפט צפוי להגן במקרה כזה על הזיקה של הילד למי

78 שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 300; הלפרין־קדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 317.

79 ראו גם לשון ס' 2(7) וס' 3 רישא לחוק הנוער; אלי שרון קטינים בסיכון 360–361 (1998) (להלן: שרון קטינים בסיכון). על ההשקפה כי בהכרעה בדבר הוצאת ילד ממשמורת הוריו, במסגרת הליכים להגנתו, טמונה באופן טיפוסית הטלת אשם מוסרי סמוי על ההורים, ראו הלפרין־קדרי, לעיל ה"ש 51. ראו במיוחד את דיונה שם, בעמ' 310–312, בדבר אימוצם של ילדים שנולדו מכורים לסמים. כאן המקום להדגיש כי קביעתנו כאן שההורה אינו זכאי להמשך לשמש משמורן לילד היא אך ורק לעניין הזכות במישור יחסיו של ההורה עם המדינה.

80 לשורשיה של הנפקות המיוחדת כיום להורות הפסיכולוגית, הן על־ידי בית־המשפט העליון הישראלי והן על־ידי ערכאות אחרות, ראו GOLDSTEIN ET AL., THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, לעיל ה"ש 50. הספר כולו מושחת על מרכזיותו של מושג זה, ופורש את השתמעויותיו. תובנה זו בדבר הפגיעה שתיגרם לילד בעקבות ניתוקו ממי שהוא רואה כהוריו מעוגנת היטב בתודעתם של שופטים ומלומדים כאחד. כבר בשנת 1989 פותח שיפמן את הכרך השני לספרו, לעיל ה"ש 13, בביאור המושג "הורות פסיכולוגית", ובהערה 1 לספרו הוא מפנה לספרם של גולדשטיין ועמיתיו המאוזכר לעיל (במהדורה מוקדמת יותר שלו), ולאחריו למדרש מבראשית רבה, כתימוכין למרכזיות המושג ולשורשיותו. לחשיבות המיוחדת של ההגנה על הזיקה להורה הפסיכולוגי בהקשר של דיונו עיינו: Sarah E. Oliver, *Adapting to the Modern Family: Recognizing the Psychological Parent in Child Welfare Proceedings*, 33 CHILD. LEGAL RTS. J. 267 (2013).

81 נקודה זו הודגשה בפסיקת בית־המשפט העליון. ראו בעמ' 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, פס" 52–57 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2005).

שהוא רואה כהוריו, הרף סבלם של ההורים המולידים, אשר השתקמו במאמצים קשים.<sup>82</sup>

הסדר זה מושך את העין במהויבותו הנהרצת לאינטרסים של הילד הרף דהף רגשי, הרווה בהלקים בציבור, להזדהות עם ההורים המולידים שהשתקמו בינתיים. עם זאת, יש לזכור כי דיני הגנת הילד הישראליים אינם מבטאים מהויבות ברורה למוער את הצורך באימוץ. יודגש: מודעת לנוקיה הפוטנציאליים של הוצאת הילד מבית הוריו קיימת זה שנות דור. כבר בעת הקיקתו של הזק הנוער, בשנת 1960, נקבע בסעיף 3(4) כי בית-משפט השלום לנוער רשאי להוציא קטין נזקק ממשמורתו של האהראי עליו רק "אם ראה... שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה" עליו. במצב המשפטי כיום, תינוק בן-זמנו צפוי להיות מוצא ממשמורת הוריו בליט בררה לשם הגנתו במסגרת הזק הנוער, ומאוחר יותר, כתסריט מקובל במקרים קשים במיוחד, ייפתחו הליכי אימוץ. אין אפוא הובה – בהזק או בנוהל – להציג שירותים מניעתיים העשויים לייתר במקצת המקרים את הצורך באימוץ ולאפשר לילדים לגדול במשפחותיהם המולידות. אותה "עזרה כלכלית וטיפולית סבירה" שסעיף 13(א)7(7) להזק האימוץ מדבר בה אינה מקנה זכאות לשירותי הינוך, רווחה או בריאות מוגדרים העשויים לייתר את האימוץ. באותו מובן גם סעיף 3(4) להזק הנוער אינו מקנה זכאות לשירותי הינוך, רווחה או בריאות העשויים לייתר את ההוצאה מן הבית. איננו עוסקים כאן בשאלת הזכויות ההברתיות בכללותן; טענתנו ממוקדת יותר, והיא שאין להכריז על אדם כבר-אימוץ או כנזקק שראוי להוציא ממשפחתו (ולו באופן חלקי) מבלי שהמדינה תעשה תהילה ניסיון ממשי לאפשר למשפחה לא להתפרק. ניסיון ממשי זה ייעשה על-ידי הטלת הובה על המדינה לספק זכויות הברתיות בהיקף מוגבר לאותן משפחות שילדיהן מצויים בסיכון.

82 בכמה מקומות נרמז כי יש אינטרס ציבורי מובהק שהורה מוליד אשר נתן את הסכמתו זה כבר לא יוכל לחזור בו מהסכמתו אלא "מטעמים מיוחדים". זאת, בין היתר, כדי לא לרפות את ידיהם של הורים המיועדים לאמץ. עיינו יעקב אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" משפטים א 308, 337 (1969); בע"מ 1845/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 16.4.2008); רע"א 7535/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 29.1.2012); בע"מ 4486/13 לעיל ה"ש 43, פס' 17 לפסק-דינו של השופט עמית. השאלה המשפטית המקדמית שעלתה בפרשת "תינוק המריבה", לעיל ה"ש 54, נסבה למעשה על מעמדם של ההורים המאמצים בדיון על מועדקות האימוץ. ראו במיוחד את עמדתו של הנשיא ברק בבע"מ 6930/04 פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' האב הביולוגי, פס' 31 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 22.8.2004). יעוין כי מאז פורסמו פסק-הדין בעניינו של "תינוק המריבה" התעוררה ביקורת ציבורית רבה באשר לטיב "הסכמתה" של האם המולידה. לאחר דיונים נמרצים בוועדת החוקה, הזק ומשפט (בראשותו של חבר-הכנסת דוד רותם), התקבל הזק האימוץ (תיקון מס' 8), התשע"א-2010, ס"ח 110 (להלן: תיקון מס' 8 להזק האימוץ). ובו שינויים מהותיים לטיבה ולצורתה של הסכמת האם המולידה. כך, נקבע כי ההסכמה תינתן לפני אדם שאינו נמנה עם שירותי הרווחה, וכי לפני מתן ההסכמה יש לפרט לפני ההורה את "האפשרויות לגדל את הילד בעצמו, או בסיוע שירותי הרווחה בדרכים אחרות... במקום למסור את הילד לאימוץ" (ס' 8 להזק האימוץ). לעניינו מן הראוי להקפיד שטובת הילד המסוים לא תיפגע בשל שיקולים מערכתיים, ובמקום אחר נרחיב את העיון בנקודה זו.

המעניין הוא שעל-אף יכולתה של הפסיקה להעניק פירוש תכליתי ראוי לסעיף 13(א)(7) להוק האימוץ ולסעיף 3(4) להוק הנוער – בהתבסס על סוגת המהוקק שהמדינה, על כל מוסדותיה, תערוך ביקורת מקיפה לגבי שיקוליה של מערכת הרווחה לפני הוצאת הילד ממשפחתו, ותדרוש ממנה נחרצות להציג תוכנית הלוּפית מטעמה ובמימונה, שעשויה לייתר את הוצאת הילד ממשמורת הוריו או את הכרותו כבר-אימוץ – נמנעו עד כה בתי-משפט לנוער או לענייני משפחה ממהפכה "תכליתית". הלף זאת הם בהרוז ללכת בתלם הפרשנות המצמצמת, הן בהליכי נזקקות והן בהליכי אימוץ, ולא ראו את עצמם מוסמכים להורות על עריכת ביקורת מקיפה תוך הצגת תוכנית הלוּפית בסיוע המדינה ובמימונה.

הרטוריקה היפה שלפיה בית-המשפט מגן על הילד ומתחשב בעיקר בו – תוך הישענות על מהויבות המדינה להגנת הילד במשפחתו – אינה אמיתית. התנאים המקדמיים שנקבעו בחוק לניתוק זמני או סופי של הילד מהוריו, אשר לפיהם בית-המשפט מכריע, יוצרים רושם מטעה כאילו הופעל ארסנל של שירותים מוגדרים ודרכי טיפול על ההורים המולידים, וכל שעל בית-המשפט לבהון, בטרם יכריע בדבר מתן צו על הוצאת ילד ממשמורת הוריו לפי הוק הנוער או בדבר הכרות הילד כבר-אימוץ, הוא אם ניתנו השירותים האלה בפועל אם לא. מראית-עין זו של אובייקטיביות, המגובה בהכרעת בית-המשפט, עלולה להרגיע אותנו כאזרחים הצופים מן הצד, המצפים כי ייעשה צדק עם הילד הפגיע.<sup>83</sup> אך האומנם בית-המשפט יסל לבהון אם הופעל הארסנל של שירותים מוגדרים? קולם של השירותים ההברתיים נשמע בבית-המשפט, והם גם מדברים בשמו של הילד, אך להורי הילד יש זכות עמידה מצומצמת בלבד בהליכי אימוץ ונזקקות. לא זו בלבד שהוראות הוק האימוץ והוק הנוער לא פורשו בפסיקה כמקנות זכויות הברתיות מהותיות לילד, ובכלל זה ארסנל של שירותים הברתיים אישיים שאינם מותנים בשיקול-ידעת, אפילו זכויות עמידה לא הוקנו לילד או לבני משפחתו לתבוע מבית-המשפט שירותים לשירותים ההברתיים להעניק להורים שיקום תעסוקתי, דוור, טיפול פסיכותרפויטי ארוך-טווח או תוכנית גמילה, כדי שלילד בסיסון ימצא פתרון בתוך המשפחה והקהילה, תוך הסתייעות בעזרה מבני משפחה. עמדתנו היא כי לבית-המשפט יש סמכות אינהרנטית להורות על כך, ולא כאן המקום להרחיב בנושא זה, אולם גם זכות זו, הקיימת לשיטתנו, זו כה בהגנה רעועה בלבד, מאחר שלנהנים העיקריים ממנה אין זכות עמידה בעניין. גם במקרים הפוכים, של ילד נכה שהוריו מתקשים באופן אובייקטיבי לגדלו בעצמם ומבקשים למוסד לאימוץ, גורלו של הילד נחרץ במובנים

83 על פטרונותה של המדינה על הילדים באמצעות הליכי האימוץ עיינו גם מילי מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית: הצעה לתיקון הוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981" משפחה במשפט ג-ד-139 (2009-2010). לאי-זמינותם של שירותים מוגדרים, העשויים למנוע תהליך שבסופו לא יהיה מנוס מלהורות על אימוץ, עיינו שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 302. לדיון המתמקד בילדים הנולדים עם חסמונת גמילה עיינו הלפריך-קדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 282-283. לזיהוי המקובל בין צדק לבין יכולת הפעלה של מבהנים אובייקטיביים עיינו, למשל, חיים ד' כהן "ענישת 'צדק' – הרחורים שלאחר השפיטה" פלילים א 9 (1990).

רבים לפי מידת נדיבות-הלב של השירותים ההברתיים: ירצו – יאכפו על הוריו מו לידיו לקחתו תחת אהריותם תוך מתן עזרה ראויה; ירצו – יפתחו במירוץ אחר מציאת משפחה מאמצת. במצב הסטטי שבו הילד הנכה נמצא מהוץ למשפחתו הטבעית ועדיין לא קנה לו שביחה במשפחה מאמצת, יימצא הילד מטופל במוסדות במימון המדינה. אילו הייתה להורים המולידים או למשניינים הכמהים לאמץ ילד נכה ולגדלו זכות מוקנית לשירותים תמיכתיים, הייתה מתיירת במקרים רבים השמתו המזיקה של ילד זה במסגרת מוסדית הוץ-ביתית בשנים הקריטיות להתפתחותו.<sup>84</sup> התנסותם של בתי-המשפט המוסמכים בכוונת הפרשנות הצרה של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" כבואם להכריע בדבר גורלו, והימנעותם מלהכריע כי על המדינה לממן את המירב העשוי ליתר את הוצאתו ממשפחתו, מצביעה על כך שהרטוריקה החוהת בעולם המשפט אינה משקפת מציאות של הגנה על הילד.<sup>85</sup>

עד הערה קטנה: בעוד שמקרים של הכרות ילד כבר-אימוץ כנגד הסכמת הוריו-מולידיו נידונו באריכות בעשרות פסקי-דין של בתי-המשפט לענייני משפחה, בתי-המשפט המהוויים ובית-המשפט העליון, אשר התפרסמו באופן פומבי במאגרי מידע כתובים ומקוונים, אין בכתובים כל פסקי-דין של בית-משפט השלום לנוער בעניין הוצאת ילד לאומנה, לפנימייה, למען או למען נשול נגד רצון הוריו. גם פסקי-הדין של ערכאות הערער במקרים אלה – של בתי-המשפט המהוויים ושל בית-המשפט העליון – ספורים ביותר, ורובם כסלם מהשנים האחרונות.<sup>86</sup>

Mary Dozier et al., *Consensus Statement on Group Care for Children and Adolescents: A Statement of Policy of the American Orthopsychiatric Association*, 84 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY 219 (2014).

85 בשולי הדברים נכון להזכיר כי ענייני האימוץ הפנים-מדינתי מתנהלים על-ידי השירות למען הילד במציאות ארגונית המכבידה עליו להעמיד את טובת הילד המסוים המועמד לאימוץ כשיקול מכריע, כמעוות האמנה והמשפט הישראלי, שכן השירות אחראי הן על הוצאת הילדים מביתם והן על מציאת מענה לפונים אליו לשם אימוץ ילדים. מעב זה הוביל להטלת ספק בקביעות של השירות כי יש הכרח באימוץ סגור. על עניין זה עיינו מאסס "על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם", לעיל ה"ש 28, בעמ' 613–616. בבע"ם 2103/13 פלזנית נ' משרד הרווחה – היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנוב, 18.6.2013). עולה מבין השורות ביקורת מינורית על חוסר יכולתו של השופט בהליכי ערעור לעמוד בזמן-אמת על ההליכים שבהם התגבשה העמדה בשירותי הרווחה, וכי הוא מחויב לשער לא רק מה מעבד הנוכחי של האם, אלא גם אם אין סיכוי שהיא תשתקם.

86 לפי ספירתנו, במאגר המידע "נבו" מוזכרים רק מקרים מועטים כאלה: חלק גדול מהם כאזכורים בפסיקת בית-המשפט העליון כערכאת ערעור שנייה; רק 46 מקרים בענ"א בבתי-המשפט המהוויים כערעור על בית-משפט השלום לנוער; ובאשר להלק של נזקקות מצאנו רק 3 פסקי-דין, אשר יצאו שלושתם בשנת 2016, לאחר מסירת חיבורנו. שניים מפסקי-הדין ניתנו על-ידי שופטי בית-המשפט לענייני משפחה, ורק אחד מבית-משפט השלום לנוער עצמו. בשיחה אישית שערכנו עם נשיאת בית-משפט השלום לנוער בשנת 2014 הובהר לנו כי זו מדיניות לא להשוף את ההחלטות. במאמר גילת "על הכשל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 434, נידונה שאלת ההשפעה של אי-הפרסום על התנהלותם של שירותי הרווחה. פרסום פסקי-הדין של בית-משפט השלום לנוער (מבלי להשוף פרטים מזהים) היה מעורר התעניינות ציבורית ואקדמית, ואפילו משפיע על התנהלותם של העדדים. על התנהלות לא

בפרפרזה על אמרה המיוחסת לרבי מנחם מנדל מקוצק: השתיקה – הגדול שבקולות.<sup>87</sup>

### (ב) הגנת הילד: הרטוריקה המובנית של מדיניות הילד והמשפחה בישראל

אך יסול שתיטען הטענה כי הלוקת משאבים לקיום השירותים ההברתיים אינה משימה המוטלת על בית-המשפט, וכי בית-המשפט מטבעו בא רק ליישב משברים באופן ממוקד. באופן עקרוני יותר דנו דפנה ברק-ארו, אייל גרוס וגיא דוידוב בשאלת הציודק להתערבותם של בית-המשפט בהכרעת של רשויות הביצוע הממשלתיות שיש להן השלכות תקציביות.<sup>88</sup> אכן, שאלת מעמדם של בית-המשפט בישראל בהפעלתו של צדק חברתי כנגד שיקול-דעתן של הרשויות המבצעות היא סוגיה נרחבת, אשר אחד מבטיייה הוא הפעלה צודקת ושוויונית של הגנת הילד. תלונתנו נסבה אפוא בעיקרה על המדיניות ההברתית הנוכחית של השירותים ההברתיים, שקברניטיה ממאנים להסיט את עיקר המשאבים מהמסגרות הטיפוליות ההוץ-ביתיות ולהפנותם לטובת טיפוחן של המשפחות המולידות. לולא דמסתפין היינו קוראים לקברניטי השירותים ההברתיים ולפקידי הסעד, הרף האתגר המערכתי, לשהות נגד הזרם, השוטף בעז ומציף אותם בתיקים קשים במיוחד, קרי: ללמד סנגוריה על כל ילד וילד כך שיזכה אולי בהיי משפחה ראויים בזכות משאבים שהתחרות עליהם קשה. דומה כי אם כל פקיד סעד, לגבי המקרים הפרטיים המובאים לטיפולו, יקרא תיגר וימליץ לפני השופט על שירותים חלופיים במימון המדינה, זה מה שיניע את גלגל-ההצלה של הקנסת פרשנות "תכליתית" למילות האנמיות של חוק האימוץ וחוק הנוער, ויוביל למהפכה תרבותית של הסטת המשאבים מהמסגרות הטיפוליות ההוץ-ביתיות לטובת פתרונות משפחתיים-ביתיים. דומנו כי על-אף דברינו על-אודות האחריות של מדיניות הילד והמשפחה להלוקת משאבים נכונה, מדיניות זו ניוונה מהרטוריקה השיפוטית בדבר "טובת הילד" ו"זכויות הילד", ורטוריקה זו מסיחה את דעת הציבור ממהדלה של המדינה בהספקת הגנה אמיתית על הילד. גם בשיה הציבורי שפת "טובת הילד" ו"זכויות הילד" מתורגמת להעדפת הוצאתם של ילדים מבתיים למוסדות על חלופות אחרות. הרטוריקה הזו משפיעה גם על השיה בין אנשי המקצועות המסייעים. לאמור, הוצאת ילד מביתו

ראויה של פקידי הסעד אשר באה לידי ביטוי בריבוי הערכאות הדנות במצוקתם של הילדים בעת ובעונה אחת – בית-משפט השלום לנוער, בית-המשפט לענייני משפחה ובית-הדין הרבני – עיינו בפסק-דינו של הנשיא ברק בדנ"א 6041/02 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד נח(6) 246, 261 (2004), שבו הוא מבקר את פנייתם של פקידי הסעד לבית-משפט השלום לנוער בשעה שהתיק נידון בבית-הדין הרבני הגדול. התנהלות זו הייתה נמנעת, לדעתנו, אילו פורסמו פסקי-הדין של בית-משפט השלום לנוער.

87 האמרה המיוחסת למנחם מנדל מקוצק היא "שתיקה – היפה שבקולות". ראו שמחה רו כוכב השחר: אמרות רבי מנחם מנדל מקוצק 62 (2003).

88 דפנה ברק-ארו ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אורחות הברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189, 213–217 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); אייל גרוס "הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיות השוויון, הנטייה המינית והזכויות החברתיות" הפרקליט מט 333, 337–342 (2007); גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2007).

מתפרשת ככשל אישי של פקיד סעד פלוני או של פסיכולוג אלמוני – אשר אבהנו את הפרט בצורה לקויה או לא השכילו למצב את הילד בתוך משפחתו – ולא ככשל מערכתית של המדינה הטבוע במדיניות הרווחת בשירותי הרווחה הממלכתיים של הוצאת הילד ממשמורת הוריו.<sup>89</sup> שכנועו של הציבור בדבר הסיבות לכישלון הוא תוצאה ישירה של התנהלות ציבורית לא־שקופה במערכת שירותי הרווחה, המובילה למסקנה כי ההוצאה מהבית היא התרופה האולטימטיבית. דומה כי בשל הקיקה (מבורכת כשלעצמה) שנועדה להגן על הילד מפני סיכונים מידיים נונה הטיפול בגורמים העקיפים או העמוקים יותר – מהם כאלה הנגזרים ממדיניות חברתית־כלכלית – שבגינם נמצא כי הילד הינו "קטין נזקק". לדעתנו, הוצאת ילדים מבתיהם בהיקף רחב יותר מההכרה הגמור היא דווקא מהדל של המדינה, של בתי־המשפט ושל השירותים החברתיים בהגנה על הילדים הנזקקים.

התופעה שאנו מצביעים עליה לא באה לעולם בישראל דווקא. דוגמה ממדינה אחרת להתמקדות במאמץ לזהות פגישות נקודתיות ולהסקה נמהרת כי פגיעה בילד מצריכה היזקקות למערכת הלופית למשפחה נמצא, למשל, ברשימתו של טוד טיילור (Todd Taylor), אשר כתב, בין היתר, כך:

"The primary goal of child protection legislation is to identify children who are currently being abused or neglected, or are in danger of becoming abused or neglected, and to get them into a system that can provide protection and assistance as quickly as possible."<sup>90</sup>

אין טוב מלהביא את הסברו של מרטין גוגנהיים (Martin Guggenheim) באשר למיקוד המגמתי הפסול של דיני הגנת הילד בארצות־הברית, נסון למועד כתיבת מאמרנו, כדי להאיר את התופעה שאנחנו מנסים לתהות אחר משמעותיה האפשריות:

"Child welfare as defined in the United States during the past thirty years is a social construct that deliberately excludes larger, more pressing issues affecting the well being of children... The narrow picture of child welfare policy that is currently accepted primarily focuses on children harmed by their own families and the apparatus and policies of state action that aim to find and protect those children. However important the issue of children being harmed by their parents, it is far from the most pressing issue in child welfare. Those of us who care most about children need to develop strategies that broaden the

89 KING & PIPER, לעיל ח"ש 65, בעמ' 65–66.

90 Todd Taylor, *The Cultural Defense and Its Irrelevancy in Child Protection Law*, 17 B.C. THIRD WORLD L.J. 331, 334 (1997). אנו מפנים את הקוראים גם לכתיבתה של השופטת רוטלי שנידונה ליד ח"ש 32–35 לעיל.

lens of problems facing children so that states with the will to ameliorate or avoid these problems can do so. Most important, this strategy must find a way to maximize the chance that children will be raised by their own willing families."<sup>91</sup>

ההנחה כי המדינה יכולה להסתפק בפרישת הגנה מיוחדת – בדמות הוצאה מהבית – על קבוצה קטנה של ילדים שזוהו כמי שעלולים להיפגע מידי אנשים בסביבתם האינטימית מעוררת קושי רב. לא זו בלבד שהוצאת הילד מבית הוריו כרוכה בנוזקים ובסכנות, ביניהם תיוגו של הילד,<sup>92</sup> יעילותו השיקומית של הטיפול ההוץ-ביתי אינה מוכחת ושנויה במחלוקת יסודית, ועלותו היחסית גבוהה.<sup>93</sup> לפי המדיניות הנוהגת כיום, דרך-המלך להגנה על הילד היא הוצאה ההוץ-ביתית, כשבצידה אורחות עקלקלות של שירותים דלי-אמצעים לילד ולמשפחתו בקהילת המוצא. במאמץ לתקן מערכת רווחה הנתפסת כמעודדת תלותיות – למשל, באמצעות קיצוצים בקצבאות הבטחת הכנסה הניתנות מטה הוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1981 (להלן: הוק הבטחת הכנסה), ובקצבאות הילדים הניתנות מטה הוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: הוק הביטוח הלאומי) – שופכים לעיתים את התינוק עם המים: קספנים את יסלתה של המשפחה לתפקד.<sup>94</sup> יתר על כן, אפילו מנקודת-מבט כלכלית גרידא, יש רגליים לסברה כי משלם המיסים עלול להינזק. פרישת רשת רחבה של זכויות חברתיות לילדים ולמשפחותיהם, ובכלל זה זכות לקצבאות שיבטיחו את רווחת הילד בבית הוריו מולידו, תעלה פחות בטווח הארוך מאשר הוצאת ילדים מבתיהם, בהינתן שמקצתם

91 Martin Guggenheim, *Somebody's Children: Sustaining the Family's Place in Child Welfare Policy*, 113 HARV. L. REV. 1716, 1747-1748 (2000) (reviewing ELIZABETH BARTHOLET, NOBODY'S CHILDREN: ABUSE AND NEGLECT, FOSTER DRIFT, AND THE ADOPTION ALTERNATIVE (1999)). עיינו עוד Schon, לעיל ה"ש 53; מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים 60-61 (1998). באשר להזנחה הטיפוסית של צרכים הינוכיים ייחודיים במסגרת דיני הגנת הילד עיינו Godsoe, לעיל ה"ש 53, בעמ' 119.

92 Mary Dozier, Charles H. Zeanah, Allison R. Wallin & Carole Shaffer, *Institutional Care for Young Children: Review of Literature and Policy Implications*, 6 SOC. ISSUES POL'Y REV. 1 (2012); KEVIN BROWNE, THE RISK OF HARM TO YOUNG CHILDREN IN INSTITUTIONAL CARE (2009); Maria Manuela Calheiros, Marganda Vaz Garrido, Diniz Lopes & Joana Nunes Patricio, *Social Images of Residential Care: How Children, Youth and Residential Care Institutions are Portrayed?*, 55 CHILD. & YOUTH SERV. REV. 159 (2015).

93 עיינו Dozier et al., לעיל ה"ש 84.

94 זאת תוצאת התיקון בס' 56-58 לחוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013, ס"ח 116, 172. ראו דברי הסבר להצעת חוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 586, 724-722.

עתידיים ליהפך לילדים מוסדיים ומועדים להמשיך למוסדות לנוער בסיכון ולנוער עובר חוק, לבתי-החולים פסיכיאטריים ולבתי-סוהר, מאחר שלא הוכנה מעולם תשתית ראויה לקליטתם בבתי הוריהם.<sup>95</sup>

גם הדו"ח של ישראל לאו"ם אינו טוען כי באופן שיטתי ובכל מקרה ומקרה מועדף שיקום ילדים במשפחותיהם ובקהילותיהם על שליהתם למוסדות חוץ-קהילתיים.<sup>96</sup> אף שמתבע הדברים ניסוחי הדו"חות הממשלתיים אינם חריפים כמו אלה של הדו"ח החלופי מטעם ארגוני המגזר השלישי, באותו דו"ח של המדינה לאו"ם משנת 2010 נמסר כי אהוז הילדים טעוניהם ההגנה (ילדים בטיפולם של פקידי סעד, לפי הגדרת הדו"ח) שמשפחותיהם מקבלות שירותים המיועדים למשפחה בכללותה הוא קטן מאוד. שירותי השיקום להורים, כגון גמילה מסמים או שיקום מסמים, נדירים עוד יותר. משפחות עם ילדים הנמצאות בטיפולם של פקידי סעד אינן משתתפות בדרך-כלל בתוכניות מיוחדות שיש בהן גישה סוללתית יותר להתערבות משפחתית. ההשקעה בשירותים למשפחה ככלל או להורים עצמם, להבדיל משירותים הניתנים ישירות לילדים, היא מוגבלת ביותר, ויש פערים רחבים בין צורכיהם של הילדים והמשפחות לבין השירותים המסופקים להם. פערים אלה גדולים עוד יותר באוכלוסייה הכללית של הילדים, שבקרבה יש ילדים שטרם זוהו כמי שמשפחת סכנה לשלומם. הדו"ח מביע דאגה לגבי איכות הטיפול החוץ-ביתי, ואף לגבי ההשפעה המזיקה המצטברת הגלומה בהפרדת ילדים מהמשפחה ומן הקהילה. אין בדיקה נותנים המצביעים על תיקון מצב עניינים זה מן היסוד.<sup>97</sup>

95 Dozier et al., לעיל ה"ש 84.

96 ראו: State of Israel, *Second Periodic Report Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of the Child* (2010), [index.justice.gov.il/Units/International/Agreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/CRC2ndPeriodicreport2010.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/International/Agreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/CRC2ndPeriodicreport2010.pdf) (להלן: דוח ישראל לאו"ם 2010). הדו"ח מודה כי מבין 8,500 הילדים (נכון למועד פרסומו של הדו"ח) שהיים מחוץ לבית הוריהם לאחר שהוצאו משם בניגוד לרצון המשפחה, רק 1,950 הושמו במשפחות אומנה, כך שמהאחרים נשללה סביבה משפחתית בחיי היומיום (שם, בעמ' 52).

97 להשלמת התמונה ההיסטורית עיינו משרד העבודה והרווחה דין וחשבון הצוות לבדיקת מערך השירותים להגנת ילדים בסיכון (1996). הצוות הבודק הוקם על-ידי שרת העבודה והרווחה. בראש הצוות עמד דן שניט, והוא כלל עובדים סוציאליים בכירים בתחום הגנת הילד בצד אנשי משרד העבודה והרווחה. ראו גם דוח ועדת שמיד, לעיל ה"ש 25. להרחבה עיינו גם יוסף קטן התפתחות שירותי הרווחה האישיים: תהליכים ומגמות בשנות השמונים ובראשית שנות התשעים 146–17 (1993). לביקורת חריפה בנוגע ליעילות הוצאתו של הילד מחוץ לבית הוריו על-ידי המדינה, בנוגע לאיכות הטיפול הניתן במסגרות חוץ-ביתיות ובנוגע לשיקולים זרים המובילים להעדפת הוצאה מן הבית על מתן שירותים בקהילה, עיינו גם בעמדתה המנומקת של אסתר הרעוג במאמריה הנוכחים לעיל בה"ש 69, שנכתבו בעקבות מחקר-שדה שערכה. ראו גם טלל דולב "השירותים לילדים ולבני נוער במצוקה ובסיכון בישראל: מגמות ואתגרים – מסמך רקע לתוכנית החומש השנייה של אשלים 2005–2001" (מכון ברוקדייל, 2000).

ניסוחיו של דוח ישראל לאו"ם 2010, לעיל ה"ש 96, אינם נותנים מענה ממצה לדאגה זו. ס' 294 לדו"ח מבאר כי המדינה האיצה את פיתוחם של מודלים חדשים למוסדות מגורים טיפוליים, כגון סביבות מגורים מבוססות קהילה המעודדות שיתוף הורים. אולם אין הדו"ח מפרק את הסברה כי



דיוננו על-אודות הפגיעה הנגרמת לילד כתוצאה מהגנתו באמצעות בידודו ממשפחתו מרמז, לעניות דעתנו, על כשליה של ההזקקות לאתוס של אינדיווידואליזם ליברלי כבסיס לזכויות הילד. גם מסיבה זו ראוי לערוך רויזיה הקיקתית שבמסגרתה תידרש תמיכה משמעותית של המדינה במשפחה שילדם מוגדר נזקק, כהלופה ממשית להוצאת הילד מהבית לאימוץ או למוסדות הוץ-קהילתיים.<sup>98</sup>

מודלים אלה הם החריג שאינו מלמד על הכלל. אין שום נתון מספרי על-אודות היקף יישומם של המודלים החדשים, על-אודות פרישתם הגיאוגרפית או על-אודות יישומם בקרב הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה הישראלית. לנוכח נתוני הדוח ייתכן בהחלט שמדובר בכמה תוכניות-הרצה המתרכזות במיעוט קטן של יישובים, שאף לא אחד מהם דתי או ערבי, כפי שקורה לעיתים מנסיונו. על פני הדברים נראה כי ניתנה כאן תשובה שנועדה לשכך את הביקורת מבלי לתת דין-חשבון של ממש המאפשר התקדמות מעשית. גם בהערות של ועדת האו"ם לזכויות הילד משנת 2013, שבאו בתגובה על דוח ישראל לאו"ם 2010, יש התייחסות לכך (ראו U.N. Doc. CRC/C/ISR/CO/2-4, להלן ה"ש 173, בעמ' 11, ס' 45), אם כי בעמ' 157-158.

98 זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", לעיל ה"ש 40, בעמ' 146-157. שם, בעמ' 157-158, המחברת מסכמת את דיונה על-אודות הרצוי, תוך שהיא מחדדת במשתמע את ליקויי המצוי, בזה הלשון:

"יחסי המשפחה, ויחסי הורים-ילדים בפרט, נראים כאתר המשלב רעיונות של צדק ושל אכפתיות. כך, תחולתו של מודל המחויב לקני המידה המוסריים המדגישים מרכיבים של קשר, אחריות ודאגה הדדית נראית מובנת כמעט מאליה בהקשר המשפחתי... קושי מתעורר... כאשר יחסי המשפחה הקיימים אינם מגלמים אחריות וטיפוח או כאשר טרם התגבשו יחסי משפחה כלל. בנסיבות אלה על השיה לחתור להבטחת יחסים אלה במובן הנורמטיבי – ליעור הסדר חוקי או להבטיח הכרעה שיפוטית שתאפשר את יצירתם של יחסים אלה ואת טיפוחם... המורכבות שסעיפי האמנה יוצרים בהיקראם יהדיו משקפת את מורכבותו של המענה הרצוי לצורכי הילד. האמנה מעיעה מודל לאיזון מורכב בין האינטרסים של הילד, אשר מתגבר על הפיתוי לראייה אטומיסטית פשטנית של אינטרסים אלה. המורכבות האמורה המגולמת בשילוב מאפיינייה של אתיקת הדאגה עם אלה של אתיקת הזכויות, כמוצע במודל, מאפשרת, כך אני מקווה, השגת יעד כפול: הבטחת זכויותיהם של גורמי המשפחה החלשים (בהקשרנו – הילדים) בד בבד עם שימור המשפחה כחוף מבטחים לצורכיהם הרגשיים."

ראו בהקשר זה גם דברים שכותב השופט אדמונד לוי בדעת יחיד במסגרת פסק-הדין המנותח לעייפה שניתן בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ועדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 499-500 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות לשלום ועדק חברתי). כך שואל השופט לוי לגבי ההסדר שהכשירו עמיתיו לדין:

"ניטול לדוגמה את תצהירה של העותרת 1... אם לשני ילדים קטנים. גמלת הבטחת הכנסה, בתוספת קצבת ילדים, משמשות הכנסותיה היחידות. פירוט הוצאותיה בתצהיר מגלה כי הגמלה (המקוצצת) שלה היא זכאית החוקה מלכסות את צורכי הקיום הדחוקים ביותר. עיקר הוצאותיה החודשיות כוללות, על פי הפירוט, את תשלום שכר הדירה (675 ש"ח לאחר השתתפות בסך 200 דולר מטעם משרד השיכון), את חשבונות הארנונה (66 ש"ח), המים (110 ש"ח), החשמל (140 ש"ח) והגז (85 ש"ח), מזון תינוקות וטיפולים לבתה התינוקת (296 ש"ח), הוצאות גן ומועדוניות לבנה (370 ש"ח) ומזון, בגדים ותרופות בשבילה ובשביל ילדיה (1,600 ש"ח). הוצאות אלה מסתכמות בכ-3,400 ש"ח. ערב התיקון היה ביד העותרת

## 5. השפעות אידיאולוגיות היסטוריות אפשריות על מדיניות הגנת הילד

### (א) הצמחת ה"צבר" מתוך הקליפה ה"גלותית" – הטיה תרבותית

אי־אפשר לסיים את הדיון על־אודות הרקע והעקרונות של הגנת הילד בישראל מבלי לדון ברקע האידיאולוגי־הפוליטי שיצר שטע מסוין בין הילד לבין משפחתו וקהילתו. מדינת־ישראל, בראשית דרכה, קלטה ילדים עליים שנתקו ממשפחותיהם ומקהילותיהם, מתוך שאיפה להצמיח "צבר" מתוך הקליפה ה"גלותית" של המשפחה וקהילת המוצא – "דור המדבר", כפי שנהגו לכנותם בראשית שנות המדינה.<sup>99</sup> השימוש בכיטוי זה ביהס להורים מולידים מצביע בעליל על חוסר האמונה ביכולת ההשתנות שלהם וברציות השתלבותם בהיי ילדיהם. גורלם של ההורים המולידים נצבע אפוא בצבעים טרגיים דטרמיניסטיים.

עדות במקומותינו לעול ההברתי שנוצר בשטע שבין הילד למשפחתו היא השיח הציבורי, המתשרר לעיתים בעוצמה, על־אודות "ילדי תימן החטופים". שלוש ועדות הוקמו בעניינם, ועדיין הרוחות להטות בקרב בני משפחות יוצאי תימן, הטוענים כי

---

לעמוד – ולו בדוחק – בהוצאות אלה. כעת, לאחר הקיצוק, שווייה של גמלת הבטחת ההכנסה שלה זכאית העותרת הוא 2,660 ש"ח (2,744 ש"ח בניכוי 84 ש"ח ביטוח בריאות), בתוספת קצבת ילדים בסך 290 ש"ח. על מה תיאלץ אפוא העותרת לוותר – האם על מזון תינוקות לבתה? האם על לבוש לעצמה ולילדיה? האם על חשמל ומים? היש אדם שיוכל לקבוע כי זכותה של העותרת לקיום אנושי בכבוד אינה נפגעת בנסיבות אלו?"

99 הביטוי בְּזַמְנֵנו "דור המדבר" שאול מהמורשת היהודית, שלפיה יוצאי מצרים לא זכו להיכנס לארץ המובטחת ומתו במדבר לפי גזרה אלוהית, ורק בניהם זכו להיכנס לארץ. בפרשנות החז"לית נגזר על "דור המדבר" למות מחוץ לארץ־ישראל בעיקר בשל היותו כנוע – תכונה שלא התאימה למשימות של כיבוש הארץ והתיישבות בה. בהשראת פרשנות זו תיארו לימים סופרי ההשכלה את מיעוט ערכם של ההורים ה"גלותיים" – מי שהתבגרו בגולה – למשימות הלאומיות של הקמת הבית הלאומי. טקסט קלסי כזה הוא הפואמה "מתי מדבר" מאת "המשורר הלאומי" חיים נחמן ביאליק, שהתפרסמה באודסה לפני מאה ועשרים שנה. הנה קטע מתוכה:

פַּתַּע פִּתְאֵם יִתְנַעַר דּוֹר עֲזוֹן וְגִבּוֹר, דּוֹר גִּבּוֹר מִלְחָמָה  
וְעֵינֵיהֶם בְּרָקִים וּפְנֵיהֶם לְקִבִּים –

וְיָדֵיהֶם לְחֻרְבוֹת!

וְהָרְעִימוּ אֲדִירִים בְּקוֹלָם, קוֹל שְׁשִׁים רִבְבָּה,

קוֹל קוֹרֵעַ הַסְּעָרָה וּבְנֵהֶמֶת הַמַּדְבָּר הַיּוֹעֵף יַמְתָּרָה,

וּסְבִיבָם נִשְׁעָרָה, וּסְבִיבָם נִעְמָה.

הֵם קְרָאִים:

אֲנַחְנוּ גִבּוֹרִים!

דּוֹר אֲתָרוֹן לְשַׁעֲבוֹד וְרֵאשׁוֹן לְגֵאֲלָה אֲנַחְנוּ!

יָדֵנוּ לְבָדָה, יָדֵנוּ חֲתָזָה

אֶת־כַּבֵּד הַעַל מֵעַל גְּאוֹן עֲזָרְנוּ פְּרָקָה.

ח.נ. ביאליק "מתי מדבר" כל שירי ח.נ. ביאליק נט (התשכ"ו).

המדינה אהרית ל"העלמת" אהיהם, שגרמה שברון-לב להוריהם עד סוף ימי חייהם.<sup>100</sup> ההוקרים מילי מאסס ובוועו סנג'רו טענו כי המסקנות שפרסמה בשנת 2001 ועדת ההקירה הממלכתית שהוקמה לבדיקת הנושא מצביעה על הלהולה של עמדה חברתית סמויה להבניה מדעית-לכאורה של ההורות, שכן הוועדות הציבוריות שדנו בילדים ההטופים נטו להכחיש את התופעה שעליה התבקשו להוות דעה, וזאת בהתבסס על הטיותיהם התרבותיות נגד ההורים, עד כדי זלוזל בממצאים שבדתיים.<sup>101</sup>

השיה על-אודות הוצאתם של ילדים-שולים מזרחים וילדים עניים מבתי הוריהם למסגרות חוץ-ביתיות בשיעורים המצביעים על הטיה פסולה נגדם רוחש עד היום בציבוריות הישראלית. ביטויים אומנותיים למאבק על נפשו של הילד, השסועה בין משפחתו וקהילתו לבין הזרם המרכזי של התרבות הישראלית, קיבלו מקום של כבוד בציבוריות הישראלית. דוגמות לכך הן החומן תרנגול כפרות מאת אלי עמיר, מי שלימים היה לבשר מבשרו של מנגנון ההברות הישראלי כמנכ"ל "עליית הנוער"; הסרט שְהוּר, בבימויו של שמואל הספרי, על-אודות פנימיית בוואר, אשר עד היום מציעה סיסי למצוינות, בין היתר, לבני-נוער מהפריפריה; והספר שיצא לאהרונה מאת הסופר חיים סבתו, בשפירר הביון, החושף את הכלי הקליטה הסאבים של מי שנהפך לימים לראש ישיבה ולמנהיג מוערך בעולם הדתי הציוני.<sup>102</sup> שלוש היצירות מתייחסות לקליטת מזרחים בשנות החמישים, ובשלושתן יש יסודות אוטוביוגרפיים של אנשים שנהפכו

100 בתחילה הוקמו שתי ועדות בדיקה: ועדת בהלול-מינקובסקי, שדנה בעניין בשנים 1967–1968; וועדת שלגי – בשנים 1988–1994. בשנת 1995 הוקמה, בהחלטת ממשלה, ועדת הקירה ממלכתית בראשות השופט יהודה כהן, אשר החלה לימים על-ידי השופט יעקב קדמי. הוועדה הועיאה דוח בשנת 2001. לפי החתונים, מספר הילדים שנעלמו נע בין 1,500 ל-5,000 – כשני שלישים מהם, כך נטען, מילדי חימן.

101 כך כותבת מילי מאסס בספרה בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 28, בעמ' 275:

"...אולם ממסקנות הוועדה אפשר ללמוד שהפער בתחום הידע החברואתי והרפואי יחס ללקות המורה ביחסם של ההורים לילדיהם. הוועדה קיבלה בלא ערעור את טענת מוסדות הקליטה לפיה לא טרחו לחפש את הורי התינוקות שהחלימו בעת אשפוזם משום שהניחו שההורים נטשו את ילדיהם, ומאותה סיבה גם לא הודיעו ההורים שילדיהם נפטרו. דומה שהסטייה של ההורים מנורמות הטיפול הרפואי שהיו נהוגות באותה עת בארץ תורגמה ללקות אישיותית מבנית, כביכול..."

בוועו סנג'רו "באין חשד אין הקירה אמיתית: דוח ועדת החקירה בעניין היעלמותם של ילדים מבין עולי חימן" תיאוריה וביקורת 21, 47 (2002) כותב בסיכום מאמרו (שם, בעמ' 75):

"מסקנתי העיקרית היא שחברי הוועדה לא הפעילו חשד, שהוא תנאי מקדים לכל הקירה, וודאי להקירה בסוגיה רגישה כל כך הן מבחינה מוסרית והן מבחינה פוליטית וציבורית. העדר החשד מעלה כמובן חשד באשר לעמדתם האפריורית של חברי הוועדה כלפי הסוגיה הנחקרת. כמובן זה פעלה הוועדה כמכשיר הצורך מידע ומעבדו לצרכים ריטואליים בלבד, כדי לטפל לכאורה בסוגיה הציבורית ו'לקבור' אותה במסווה של טיפול רציני."

102 אלי עמיר תרנגול כפרות (1983); שְהוּר (מוביו אנטרטיינמנט בע"מ, 1994); חיים סבתו בשפירר הביון (2014).

להלך מהזרם המרכזי של החברה הישראלית.<sup>103</sup> טוב בעינינו שהנרטיב המובא בהן אינו מודר עוד, כך שהן עשויות להשפיע על עיצוב הזיכרון הקולקטיבי וכך על השיח המשפטי ועל נרטיבים שיפוטניים.<sup>104</sup>

היה אפשר לדון לקף זכות את מקבלי ההחלטות, ולטעון כי תופשת אלה, אם קרו, הן מן העבר, ואין להן זיקה להגנת הילד בימינו אלה. אך במחקר שפורסם לאהרונה, בשנת 2014, הצביעו החוקרים גיא אנוש וטל ביר-טופילסקי על הטיה ברורה בנקיטת הליכי הוצאה מהבית של ילדים ממשפחות בעלות רקע כלכלי נמוך וממוצא "מזרחי".<sup>105</sup> אפשר לעמוד על הוט מקשר של הטיה תרבותית בין תופשת אלה לבין הוצאת הילדים האבוריגיניים ממשפחותיהם, למשל, אשר נתקלת כיום בגינני קונסנזואלי.<sup>106</sup> הרף הסוונת הטובות ומסירותם של עובדים סוציאליים רבים, אשר אנו המהברים עדים להם, אין להכחיש שהתבנה כי מהותם של השירותים החברתיים כשלוהי המדינה להתחשב בפגיעותם הרבה של הילדים והמשפחות אינה מופנמת. ההגינות כמוכנה במשפט המנהלי הישראלי – המהייבת שגם בני קבוצות מוחלשות יוכלו להיהלך ממצבם ולממש את זכויותיהם באופן דומה ובשיעור דומה כמו משפחות מהזרם המרכזי של החברה הישראלית – רהוקה עדיין מיישום. הטיית תרבותיות אפשר למצוא בלא קושי גם בשיח הניאו-ליברלי העכשווי, המאשים עניים בשוניים ועל-כן רואה אותם כמי שאינם ראויים לתמיכה.<sup>107</sup> בלשונו של איל פלג, "ההבטחה הגלומה בעקרון הנאמנות המנהלי גם עבור אנשים עניים המטופלים ברשויות הרווחה היא הבטחה שטרם התממשה".<sup>108</sup> נוסף ונטען כי גם כיום – לנוכה העבודה שאין הובת רישום פרוטוקול בוועדות

103 תרנגול כפרות מבוסס על יסודות אוטוביוגרפיים של הסופר מקיבוץ משמר העמק, ומתאר את מפגש התרבויות של העולים, את לבטיהם בענייני דתיות מול הילון, העבר הגלומי מול העצמאות הלאומית, המסורת מול החידוש. בשנת 1991 תסרט וביים איש הקולנוע דן וולמן את סרט הטלוויזיה "תרנגול כפרות", המבוסס על הספר. הסרט שחור, שיצא לאקרנים בשנת 1994, מתאר את המתח בין המסורת ה"גלומית" של העולים החדשים לבין האמונות המתגבשות של ילדיהם המתמודדים עם "כור ההיתוך" הישראלי. בשפירר חביון הוא סיפור הממחיש את קשייהם של עולים חדשים במסודות החינוך הדתיים. כרקע בחר המחבר לתאר את ישיבת בני עקיבא, אשר בד בבד עם תרומתה להעצמת בני עליית הנוער העולים ניסתה לעצב בהם מסורת ארעישוראלית חדשה כחלק מהתפיסה של "כור ההיתוך".

104 עיינו Ronen, *The Construction of Memory through Law*, לעיל ה"ש 4; יאיר רונן ומשה קליין "הדרת האחר" או התרת הספק לטובתו? הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 19, 37 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008).

105 Guy Enosh & Tali Bayer-Topilsky, *Reasoning and Bias: Heuristics in Safety Assessment and Placement Decisions for Children at Risk*, 45 BRIT. J. Soc. WORK 1771 (2014)

106 Patrick Parkinson, *Child Protection, Permanency Planning and Children's Right to Family Life*, 17 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 147 (2003)

107 ראו איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 276-277 (2013).

108 שם, בעמ' 283. לפגיעותן ולמוחלשותן של משפחות שילדיהן נזקקים להגנת המדינה ראו שם, בעמ' 278-280.

התכנון והטיפול<sup>109</sup> ובהינתן שפסקי-הדין של בתי-משפט השלום לנוער העוסקים בנוקקות הם עלומים ומוסתרים ואין אפשרות לעיין בהם באופן פומבי (תוך הסתרת פרטים מזהים) כפי שניתן לעשות כדבר שבשגרה בפסקי-הדין של בתי-המשפט לענייני משפחה<sup>110</sup> – עלה בליבנו החשש כי מורכבות, ספקות וריבוי קולות מועלמים, בין במסוון ובין לא במסוון, ומועצם קולו של הנרטיב השליט, אשר מנהשל ומתייג משפחות שילדיהן זקוקים להגנת המדינה, כאילו טבועה בהן לקות בלתי-ניתנת לתיקון המסבירה את מצוקת הילדים.

**(ב) השמת ילדים מחוץ לבית הוריהם בישראל: מחזון נשגב של "כור היתוך" למנש בלתי-ראוי**

ביארנו לעיל את סברתנו כי ההכרעה בדבר הוצאת ילד מבית הוריו בישראל ניוונה מההיטה התרבותית שתיארנו. הספרות המקצועית מסוננת בבירור להתרחקות מהשמה מוסדית של ילדים הזקוקים להתערבות המדינה לשם הבטחת טובתם.<sup>111</sup> נסיונות שנעשו בעולם המערבי הובילו למסקנה – הזוכה בתמיכה רהבה – כי כדי לקדם את טובתם של ילדים, ובכלל זה להבטיח את בטחונם האישי, מערכת השירותים ההברתיים הייבת להרחיב את האחריות להגנת הילד מעבר לסוכנויות החינוך והרווחה המסורתיות, ולגייס – כשותפים להגנה על הילד – הורים, שכנים, בתי-ספר, שירותי בריאות, שירותי טיפול בילד, סוכנויות לאכיפת החוק, אנשי טיפול המתמחים בטיפול במתמכרים לסמים ולאטודול, גורמים מן המגזר העסקי וגורמים קהילתיים אחרים. מערכת כזו עשויה לזוהת ביתר הצלחה גורמים שונים של פגיעה בילד, להגיב עליהם באופן יעיל יותר ולהצליח יותר במניעת הפגיעה.<sup>112</sup>

בצרפת ילדים הסובלים מבעיות התנהגות קשות נתפסים כחלק ממערכת משפחתית. קיימת הכרה כי על המדינה להציע שירותים מניעתיים כדי לספק תמיכה הומרית, הינוכית ופסיכולוגית לילדים ולמשפחותיהם. לעיתים מציעים שם למשפחה תמיכה הומרית ספציפית, שירותים של סיוע משפחתי כדי לשפר מיזמוניות היים יומיומיות בבית, או מסייע משפחתי המוכשר להתמודד עם בעיות ספציפיות. השמה הוץ-ביתית זמנית ניתנת לילד על בסיס הסכם עם הורה, אשר ממשיך להחזיק באחריות לילד ויכול

109 עיינו בודה ועדת גילת, לעיל ח"ש 8, בסעיף ד של מסקנותיה. מסקנותיה של ועדת גילת בעניין זה קיבלו אישוש מוועדת סילמן – ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ח"ש 7, בעמ' 41–48.

110 עיינו לעיל ח"ש 86.

111 Dozier et al., לעיל ח"ש 84; Lawrence M. Berger et al., *Estimating the "Impact" of Out-of-Home Placement on Child Well-Being: Approaching the Problem of Selection Bias*, 80 CHILD DEV. 1856 (2009). עיינו גם: SHEILA A. PIRES, INTERNATIONAL CHILD WELFARE SYSTEMS: REPORT OF A WORKSHOP (1993); ANDREW COOPER ET AL., POSITIVE CHILD PROTECTION: A VIEW FROM ABROAD (1995).

112 עיינו אליצור ומנחין, לעיל ח"ש 15.

לקחת את הילד בחזרה הביתה בכל זמן שהוא. במקרים של סכנה לילד ניתן לפנות לשופט ילדים.<sup>113</sup>

כיצד ניתן להסביר את המצב השונה בישראל לגבי הוצאתם של ילדים בסיכון מבתיים?

דומה שאי-אפשר לדון ביהס השונה בישראל להוצאת ילדים מבתיים מבלי לדון בתפקידם האידיאולוגי של מקומות ההשמה הפנימייתיים. האידיאולוגיה שהנהיגה בישראל את הטיפול הפנימייתי בנוער גרסה כי יש לגרום להתנתקות כפויה של הילד מהסביבה השלילית שממנה נלקח. בימי ראשית המדינה, עקב העלייה ההמונית של "שארית הפלטה" והעליות ההמוניות מארצות ערב, השתררה בהוגי שלטון רחבים ההשקפה כי תפקידם של המוסדות הפנימייתיים אינו רק לשמש "מקלט בטוח" לילדים שאין להם היכן להיות, אלא גם להיות מעין חממה להטבעת הערכים החלוציים של החברה הקולטת באוכלוסיות המהגרות המוחלשות. לפנימיות החינוכיות שאוכלסו בבני "עליית הנוער" היה תפקיד ממשי ומטפורי כאחד: עקירתם של הילדים מה"גלותיות" שדבקה במשפחותיהם ויציקתם ל"סר היתוך". כל זרם אידיאולוגי בחברה הישראלית שאף לנכס לעצמו מוסדות פנימייתיים שהיו נאמנים לשיטתו – היו זרמים שפנימיותיהם התכוונו לשאת אופי "חלוצי", "סוציאליסטי", והיו פנימיות "דתיות", "שיבתיות".<sup>114</sup> במצב עניינים זה, ההוצאה הכפויה של ילד מבית הוריו או ממשפחתו לא תיגה אותו בהכרח כילד "בסיכון", ובוודאי לא ראו בהוצאה זו ביטוי להדרה חברתית. אלא שהגישה האידיאולוגית הזו נהלשה בהדרגה, עקב ירידת הלהט האידיאולוגי שליווה את היריבות בין הזרמים הפוליטיים, ובמקביל גם עקב בעיות התנהגותיות שנהשפו בפנימיות ביהוסים בין הילדים החוסים עצמם, ואף בין הצוות החינוכי לחוסים. במצב עניינים זה נהפכה בהדרגה שליחת ילד למוסד פנימייתי חינוכי למעשה בלתי-ראוי, אפילו בעיני מי שהתחנך בעצמו במוסד פנימייתי ואף הש כי הוא הב את הצלחתו האישית למוסד זה. מסיבות אלה נהפכו המוסדות הפנימייתיים למקום המיועד לילדים ששהייתם בו היא בלית בררה: מקצתם בשל רצון ללמוד בבית-ספר מסוים המרוחק ממקום מגוריהם, אך רובם מפאת חוסר בררה בשל היותם "ילדים בסיכון": ילדים ממשפחות במצוקה חברתית-כלכלית המוגדרים כסובלים מהזנחה במשפחותיהם. בעיתונות ובציבוריות מאפיינים לא בצדק את הילדים החוסים ככאים מ"משפחות הרחוסות", אולם לפי הנתונים המופיעים בשנתונים על-אודות ילדים בישראל היוצאים מטעם המועצה לשלום הילד, רק במיעוט מבין המקרים הילדים מוצאים בשל פגיעה מכוונת. כך, בשנתון משנת 2007 נכתב כי 326,588 ילדים בישראל מסווגים כילדים בסיכון – 69.2% מהם מסווגים כך בשל בעיות כלכליות, ורק 2.7% בשל אלימות מכוונת

113 מאסס בשם טובת הילד, לעיל ח"ש 28, בעמ' 274–275.

114 על עניין זה ראו בהרחבה אליעזר דוך-חיא משבר ותמורה במדינה חדשה – חינוך, דת ופוליטיקה במאבק על העלייה הגדולה (2008). כמעט לכל אויך הספר המחבר דן במאבקים הפוליטיים של ראשי המדינה בתחילת קיומה ובדיקה ההדוקה שהם ראו בין החינוך הפנימייתי לבין הזרמים הפוליטיים.

של הוריהם נגדם. בשנתון משנת 2008 דווח על 309,141 ילדים בסיכון – 69% בגלל בעיות כלכליות, ורק 2.7% מפאת אלימות מסוכנת נגדם מצד הוריהם.<sup>115</sup> נחזור ונדגיש את הדברים שבהם פתחנו סעיף זה ונוסיף עליהם: איננו מסתפקים בכיור סברה בדבר הטיה חברתית או בהצבעה על ספרות בין-לאומית המלמדת על חוסר היעילות של הזקת ילדים במוסדות. בעניין זה גם המחקרים הנדירים הנערכים בארץ אינם מובילים למסקנות אחרות,<sup>116</sup> ועל החברה מוטלת האחריות להבטיח את השתלבותם של הילדים בתוכה, שכן אין בטובת הילד כדי להצדיק את ההדרה המוסדית הרווחת.<sup>117</sup> אלא שמעבר לכך אנו מבקשים להעלות את הסברה כי השמרת המוסדית של משרד החוזה, המתבטאת בהשארת המוסדות הפנימייתיים כפתרון לבנינוער בסיכון, נובעת מעצם קיומם המתמשך של המוסדות האלה, המייצר אינטרס ארגוני בהשרדותם, העלול להיות אחד הגורמים המונעים או מעכבים שינוי.<sup>118</sup>

115 ראו המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2007 462, טבלה 14.2 (2007); המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2008 496, טבלה 14.2 (2008). בשנתון משנת 2009 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2009 543 (2009)) כבר אין נתונים מדויקים לגבי סיבת הסיכון של הילדים, ולגבי שנת 2010 יש הודעה כי בשל כשל מערכתי לא התקבלו נתונים. בשנתון משנת 2011 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2011 545 (2011)) דווח על 344,438 ילדים בסיכון, בלי ציון הסיבה, ובשנתון 2012 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2012 567 (2012)) לא הובאו נתונים חדשים (או הועתקו במדויק מהטבלות שהתפרסמו בשנתון 2011). בשנתון 2013 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2013 551 (2013)) נמסר כי מספר הילדים בסיכון הוא 364,892 (ועדיין כי מספרם שנה לפני כן היה 350,996). בטבלה 14.12 (שם, בעמ' 578) לא נמסרו נתונים לגבי סיבת סיכונם, אך במקומם הופיעה ההתפלגות של סיבת הפנייה לעובדים הסוציאליים לפי חוק הנוער, והוער שם בכוכבית כי המידע "מתייחס הן למקרי פגיעה מוכחים והן למקרים של חשד...". בשנתון 2014 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2014 547 (2014)) נמסר כי מספר הילדים בסיכון לשנת 2013 הוא 356,516, ולשנת 2014 – 360,621. בשנתון 2015 (המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון 2015 566 (2015)) נמסר על 365,981 ילדים בסיכון, גם בשני השנתונים האחרונים לא נמסרו נתונים לגבי הסיבה להימצאות הילדים בסיכון, אלא רק על סיבות הפנייה לפקיד הסעד לחוק הנוער.

116 להסכמה הרחבה בספרות הביין-לאומית עיינו Dozier et al., לעיל ח"ש 84. כן ראו Berger et al., לעיל ח"ש 111. לספרות הישראלית עיינו ש' גיורא שוהם "הטיפול השיקומי במעונות לעבריינים צעירים בישראל" פשיעה, סטיה ופיקוח חברתי 165 (1985); הרצוג Hertzog, לעיל ח"ש 69; אליעזר ומנחין, לעיל ח"ש 15, בעמ' 22–29.

117 ראו את המקורות הנוכחים בהצעה הקודמת.

118 מסקנות אלה מתיישבות היטב עם התובנות המשפטיות והסוציולוגיות בדבר הסכנה של שימוש לרעה באבחון לשם הדרה חברתית של הילדים כ"אחרים" וכ"שונים". ראו בהרחבה FAMILY MATTERS, לעיל ח"ש 53; הרצוג Hertzog, לעיל ח"ש 69; Gerry Lavery, *The Rights of Children in Care*, in THE RIGHTS OF CHILDREN 73, 88–90 (Bob Franklin ed., 1986); FRANK FARROW, CHILD PROTECTION: BUILDING COMMUNITY PARTNERSHIPS – GETTING FROM HERE TO THERE (1996); PROTECTING CHILDREN FROM ABUSE AND NEGLECT: FOUNDATIONS FOR A NEW NATIONAL STRATEGY (Gary B. Melton & Frank D. Barry eds.,

כבר כתבנו כי אהריות המדינה הראויה אינה מצטמצמת לדפוס המסורתי הממוקד של איתור הפגיעה בילד בדיעבד, אלא הייבת להיות רחבה ומקיפה כדי למנוע לכתחילה את מצוקת המשפחה מלבוא בשערי ההזנחה וההתעללות.<sup>119</sup> במצב כיום, כאשר ילדים מוצאים מבית הוריהם כעניין שבשגרה, נגד רצונם, עלולים להתפתח – על גבו של הילד – מאבקי כוח בין ההורים לבין צוות המוסד באווירה של השדנות, תוך שהוא והוריו חשים כי נעשה להם עוול על-ידי אי-הקצאת שירותים חברתיים, שהובילה לצורך בהוצאתו מבית הוריו.<sup>120</sup>

לא זו אף זו, ההעדפה הקיימת בישראל להוצאת ילדים מביתם למוסדות הוץ-ביתיים מולידה בעצמה קיבעון בכל הנוגע בהקמת שירותים קהילתיים מתאימים לילדים בקהילה. על-כן, כבמעגל שוטה, השיטה מונצחת: כל עוד אין שירותים מתאימים בקהילה, הילדים אינם מוחזרים לקהילה, ועלותה של ההשמה המוסדית מאיינת כל ניסיון רציני לפתח שירותים קהילתיים מתאימים שאולי ימוערו את הצורך בהשמה מוסדית. ההשמה המוסדית נתפסת כרע במישור כל עוד אין ראיות מקומיות, ישראליות, מוהשיות, "אמיתיות", המצביעות על הצלחה בהתמודדות עם אפיונים קשים אלה במסגרת הקהילה בהשוואה להלופות הממסדיות, אלא שבהינתן ההעדפה האמורה להשמה הוץ-ביתית גם לא יהיו ראיות כאלה. באין ראיה יטען הטוען כי אין כל הצדקה לשינוי התקצוב לשירותים בתוך הקהילה, ומשום כך אין כנמצא שירותים מתאימים שיאפשרו את הניסיון להתזיר ילדים מהפנימייה לקהילה. אם נשווה זאת לתחום הקרוב של טיפול בהולי נפש, אזי אם בעבר היה האשפוז בבית-הולים להולי נפש הפתרון לכל טיפול, כיום ההלופה הממסדית של בתי-הולים למהלות נפש באה רק לאחר מיצוי ההלופה הקהילתית. האם ייתכן כי שינוי המגמה בתחום הטיפול הקהילתי בנפגעי נפש לא בא רק בשל הוכחת יעילותו היהסית, אלא גם בשל "גילויים" של הממונים על תקציב המדינה כי עלות הטיפול בדוסטלים נמוכה בהרבה מעלות הטיפול בבתי-הולים להולי נפש?

נבקש להציע לקוראים, לנוכח הספרות העיונית,<sup>121</sup> את האפשרות שאמונות בלתי-מבוססות של מקבלי החלטות בתחום המדיניות החברתית מציעות הסבר אפשרי משלים

1994); Gary B. Melton, *The Child's Right to a Family Environment: Why Children's Rights and Family Values are Compatible*, 51 AM. PSYCHOL. 1234 (1996)

Richard Reading et al., *Promotion of Children's Rights and Prevention of Child Maltreatment*, 373 LANCET 332 (2009); Ruth Gilbert et al., *Recognising and Responding to Child Maltreatment*, 373 LANCET 167 (2009); Pamela Laufer-Ukeles, *The Relational Rights of Children*, 48 CONN. L. REV. 741 (2016)

120 בע"א (מחוזי ים) 3446/02 ס. מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.9.2003) קובל השופט משה דרורי, בפסק-דין ארוך ומנומק, על חוסר הרגישות של רשויות הסעד באותו מקרה ועל אי-מוכנותן לטפל במשפחה ולשקם אותה.

121 Schott, לעיל ה"ש 53, *Marlee Kline, Child Welfare Law, "Best Interests of the Child"*, 30 OSGOODE HALL L.J. 375 (1992); VINCENT FANELLI, *The Ideology, and First Nations*, 30 OSGOODE HALL L.J. 375 (1992);



לכך שאין השקעת משאבים במשפחות המצויות בשולי החברה. בישראל, שבה ההוצאה על שירותים מוסדיים היא חלק-הארי של ההוצאות על שירותים חברתיים לילדים ולנוער, אין תקציב גמיש לילד הרף הרטוריקה של "עם הפנים לקהילה": התקציב המועבר מטה תקנון העבודה הסוציאלית, הנהנה ממעמד של הקיקת-משנה, מיועד לפנימייה, ולא לילד כילד. במילים אחרות, התקציב אינו "הולך עם הילד" – לילד אין זכויות כלליות לשירותים, והיקף התקציב המועמד לצרכיו קטן באופן דרמטי כאשר הוא מוחזר ממסגרת הוץ-ביתית לבית הוריו. אף שנותר תקציב מועט לקהילה, בשל עלותם הגבוהה של הסידורים הוץ-ביתיים, לא נעשה מהלך ממשי לאימוץ תקציב גמיש. אנו מתרשמים כי קיים בין היתר חשש שאם "יפרץ הסכר" ויאומץ תקציב גמיש אך תקציב זה לא ינוצל במלואו, יטענו מומחי אגף התקציבים במשרד האוצר כי ניתן לקצץ בתקציב הייעודי לילדים ולנוער. אף שאין ביטולנו להוכיח ניתוח סיבתי זה, מוצע לא לשלול הסבר אפשרי, המשלים את ההסברים האחרים שניתנו כאן.

מדיניות "עם הפנים לקהילה" המשוגנת בהודו תע"ס מיהוד משנת 2004 היא בעינינו דוגמה קלסית לפעולה של הרטוריקה הרווחת. בפועל מדיניות זו אינה מקנה לילד זכויות לשירותים קהילתיים, ופיתוחם נתון לשיקול-דעתה של הרשות המקומית. במצב דברים זה, אם שני נערים שותפים להודו במוסד פנימייתי שבו הם סובלים מאלימות פיזית ורגשית ומהעדר מענים מתאימים, ושניהם מדווחים על ביוזי והשפלה ובורהים שוב ושוב מהפנימייה, האחד ישוב הביתה לאחר שנה הודות לכך שהרשות שממנה הגיעה הקימה שירותים הנותנים מענה לצרכיו, ואילו האחר, שמצוקתו וזוהו, ייוותר בפנימייה שלוש שנים משום שהגיע מרשות שקברניטיה בחרו לא להקים בה שירותים העונים על צרכיו.<sup>122</sup>

122 HUMAN FACE OF POVERTY: A CHRONICLE OF URBAN AMERICA 21–38 (1990); אליצור

ומנחין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 264–274.

122 מסמך מעניין שגובש במרכז המחקר והמידע של הכנסת מתעד את פרויקט "עם הפנים לקהילה" במידה רבה על-סמך דיווחים ונתונים של משרד הרווחה, התומכים בהשמה הוץ-ביתית, ועומד ברוח אוהדת על השינויים החלקיים ביותר שהשיגה תוכנית זו. ראו נעמי מרעמי "עם הפנים לקהילה – הרפורמה בטיפול בילדים ובנוער בסיכון במשרד הרווחה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 15.5.2006) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01482.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01482.pdf). ראו, לעומת זאת, מבקר המדינה "סדרי עבודתן של ועדות לתכנון טיפול והערכה בנושא ילדים בסיכון" דוח שנתי 163 – לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2011, 1371, 1381–1383, 1409 (2013), המדווח על חוסר ההתקדמות בביצוע התוכנית והחייבת לשנת 2015. לראשונה העלה המחבר הראשון את הטענה הנטענת בגוף הטקסט ברשימה: יאיר רוני "ביום שאחרי, להגן על ילדים ומשפחות" הערוך (2.4.2006) [www.haokets.org/2006/04/02/%D7%A9%D7%99%D7%95%D7%9D-%D7%A9%D7%90%D7%97%D7%A8%D7%99-%D7%9C%D7%94%D7%93%D7%9F-%D7%A2%D7%9C-%D7%99%D7%9C%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%95%D7%AA/](http://www.haokets.org/2006/04/02/%D7%A9%D7%99%D7%95%D7%9D-%D7%A9%D7%90%D7%97%D7%A8%D7%99-%D7%9C%D7%94%D7%93%D7%9F-%D7%A2%D7%9C-%D7%99%D7%9C%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%95%D7%AA/)

## פרק ב: שיח של (העדר) זכויות – הכשל של מדינת ישראל בהבניית אמצעים מניעתיים להגנת הילד

בפרק הראשון עסקנו בהעדרה של תפיסה כללית בדבר ההגנה הראויה על הילד, וייחודו את הדיבור לקיומה של רטוריקה של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" סביב השמתו של הילד מהוץ לביתו, אשר אינה נוקטת אמצעים משפטיים ממשיים להגנה על הילד בתוך משפחתו וסביבתו. כעת נפרט איזה מארג של הסדרים חוקיים קיים בישראל כיום, ובאיו מידה הוא ראוי לתעדו.

### 1. הגנה רעועה על בני-נוער עוברי חוק

בני-נוער עוברי חוק הם פלה מצומצם מהאוכלוסייה בישראל, אך הוא נתפס בציבור הישראלי כאיום על שלומו. לפיכך אין תמה שקיים פער בין הצהרותיהם של אנשי הציבור ושל מעצבי המדיניות הטיפולית בישראל בדבר זכותם של בני-נוער עוברי חוק להשתקם ולהזור להיות חברים שוויוניות בקהילתם לבין "הלהישות הרועמות" הקוראות – בשם טובת החברה בכללותה וטובתם של נפגעי העברה בפרט – להרחיק את הנוער עובר החוק מן החברה הפתוחה כעניין של ענישה, ולהזויקו במסגרות טיפוליות סגורות בכפייה, הרחק מהקהילה. עקרון טובת הילד לא הוחל למעשה בישראל על נוער עובר חוק – לא במתכונתו המסורתית לפני תחילתה של אמנת האו"ם וגם לא במתכונתו בעידן האמנה, שבה עקרון טובת הילד הוא עקרון-על החולש על מימוש זכויותיו. טובת הילד נסוגה עדיין לא אחת לא רק מפני טובתם של נפגעי עברה, אלא אף מפני שיקולי של הרתעת הרבים. כך עלה גם מתיקון מס' 14 משנת 2008 להוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), שבו נקבע בסעיף מיוחד (סעיף 1א בהוק העיקרי – הוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 – שכתרתו "עקרונות כלליים") כי "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולי של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". משקל ראוי – כן; עקרון-על – לא.<sup>123</sup>

123 בהצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ו-2006, ה"ח 468, נאמר כי השינויים נעשו "תוך התחשבות בכשריו המתפתחים [של קטין השוד או נאשם], ובעקרון-העל של טובת הקטין". הנה נוסח ס' 40 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 3, הדן בקטין עברייני: "1. המדינות החברות מכירות בזכותו של ילד אשר נטען כי הפר את דיני העונשין, או הואשם בהפרתם או נקבע כי הפר אותם, להיות מטופל באופן המתאיב עם תחושת כבודו של הילד וערכו העצמי, המחזק את הכבוד שהוא רוכש [צ"ל רחש] לזכויות האדם ולהירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובהיוניות שילובו בחברה ומילוי תפקיד יעירתי בה.

לא בכדי המדינה מתממהת בקיום התהייבויותיה לפי האמנה. אמצעי הענישה ההלופיים לא הוקמו, ובנינוער עוברי הוק נתפסים כאיום על החברה. טענה רווחת היא כי אינטרסים של הציבור הרחב, ובמיוחד של נפגעים ממשיים ופוטנציאליים של עבריינות נוער, צריכים לגבור על שיקולי טובתו של הנער הפוגע בעיצוב מדיניות הענישה. גם לאהר תיקונן של הוראות הוק זה נשארו הלופות המאסר וההזקה במען נעול בתוקפן. יש לבחון אפוא את הפרקטיקה בנוגע למדרג של אמצעי הענישה בפסיקתם של בתי-המשפט. אכן, עיון בפסיקה ובכתביהם של הוקרים מאשש את ההנחה כי רטוריקה של הינוך הנער, הגנה עליו או הטלת משמעת אינה עומדת תמיד בפני אינטרסים ציבוריים, והאחרונים הם שמועדפים ומכריעים את הקף.<sup>124</sup>

התוצאה המיידית של אי-מיצוי אפשרויות שילובם של בנינוער עוברי הוק בקהילה היא השיפתם לפגישות מיותרות בשלומם במסגרות הוק-ביתיות.<sup>125</sup> תגובה נוקשה ומשפילה על עבריינות נוער, הסללת הרחקה מהקהילה, אינה מבטיחה התפתחות נאותה של המתבגר, הנתון בעיצומו של תהליך התפתחותי. היא עלולה אף להוביל

2. למטרה זו, ותך התחשבות בהוראות המסמכים הבינלאומיים הנוגעים בדבר, יבטיחו

המדינות החברות במיוחד כי...

3. המדינות החברות ישאפו לקדם קביעת חוקים, נהלים, רשויות ומוסדות הנוגעים במיוחד לילדים אשר נטען כי הפרו את דיני העונשין, או הואשמו בהפרתם, או נקבע כי הפרו אותם, ובפרט...

4. מגוון סידורים, כגון טיפול, צווי הכוונה והשגחה, ייעוק, מבחן, טיפול אומן, הינוך ותוכניות הכשרה מקצועיות וחלופות אחרות לטיפול מוסדי יהיו זמינים על-מנת להבטיח כי ילדים יטופלו באופן העולה בקנה אחד עם רווחתם ושהוא יחסי הן למצבם והן לעבירה שנעברה."

124 השופט רובינשטיין, במאמרו "על הקטין במשפט", לעיל ה"ש 22, בעמ' 55-57, התייחס לשינויים באמנה. אך ראו את דבריו הבאים של השופט נעם סולברג בבש"פ 7233/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 7 (פורסם בנבו, 23.10.2012) בנוגע למשמעותו של סעיף זה:

"...סבורני כי בנסיבותיו של העניין דנן, על אף המלצת שירות המבחן, צדק בית משפט קמא בקובעו כי אין מנוס מלהורות על מעצרו של העורר. גם כשבקטינים עסקינן, מצווים אנו לתת את הדעת על שלום הציבור וביטחונו. אינטרס הכלל אינו צריך להידחות לחלוטין מפני שיקומו של הקטין, שעם כל חשיבותו, איננו חזות הכל."

עיינו גם בפסק-דינו של השופט ג'ובראן בע"פ 2091/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 26 (פורסם בנבו, 5.2.2014), הקובע כי אי-אפשר ליישם את הצהרת ס' 1א ולהעדיף החלפת מאסר קטין במעון נעול בשל חוסר היערכות למקומות חלופיים כאלה. חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) אומנם שונה באופן משמעותי, והמעין בסעיפים השונים של החוק – ובכלל זה בהוראותיו בענייני החזקתו, מעצרו ומאסרו של הקטין – ייווכח כי יש החמרה בדרישות המקדמיות לשם הפעלת האמצעים, אך לכלל חשיבה על מיצוי האפשרויות לשילוב בתוך הקהילה לא הגיעו. ראו ביקורת דומה על ההתייחסות לאלמות מינית של קטינים במאמרן של איריס ענדיה-נץ וטליה אתגר "איזה מין ילדים? הטיפול בילדים תוקפים מינית בראי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד" משפחה במשפט ג-ד 199, 203-206 (2009-2010). לדיון מפורט עיינו רונן ובך-הרוש, לעיל ה"ש 64, בעמ' 219-223 ובאסמכתות המובאות שם.

125 רונן ובך-הרוש, לעיל ה"ש 64, בעמ' 219-223 ובאסמכתות המובאות שם.

להגברת ההתנהגות העבריינית של בני-נוער עוברי חוק ולהיקבעותה כאורה חיים אצלם.<sup>126</sup>

יואל אליצור, מי שהיה מנהל השירותים לפסיכולוגיה רפואית בתחנות הקיבוצים לטיפול בילד ובמשפחה, כתב במסגרת היבור פורץ-דרך עם סלודור מנוחין, מהלוצי הטיפול המשפחתי בעולם, את הדברים הבאים:

"טענה שכיחה היא, שנערים המוחזקים במשנות סגורים לומדים להיות עברי חוק טובים יותר, ואין הוכחה שההשקעה הרבה של משאבים ושליטת הזכויות מההורים מניבות תוצאות. קשה לשירותי התיקון להפריך טענה זו, מאחר שהם ממעטים במחקרי מעקב והערכה..."

מעניינת ההקבלה בין המוסדות הטוטליים לעוברי חוק לבין אלה המיועדים להולי נפש. הביקורת על הטיפול המוסדי הסגור הביאה בארצות רבות להיפוש אחר מסגרות טיפוליות ואחר דרכי ענישה הילופיות, שמטרתן לעודד במידת האפשר את שיקומם של הנערים בקהילה...

בשנים האחרונות החלה להתפתח רשת של הוסטלים קהילתיים. אולם אין די ביצירת מבנה חדש, והניסיון שהצטבר בהוסטלים הראשונים הבהיר, שיש לפתח גישה טיפולית קהילתית, שתאפשר להוסטל לעבוד בשיתוף פעולה עם המשפחה... המוסדות הקיימים ערוכים רק לטיפול ארוך טווח, שאין בו שיתוף פעולה עם המשפחה או עם השירותים הקהילתיים. התוצאה היא: הפרדה חדה מדי בין מוסד הפנימייה לבין העבודה הקהילתית עם המשפחה. וכאשר העבודה הקהילתית אינה מצליחה, האלטרנטיבה היחידה היא: השמה של הנער לתקופה של שנים אחדות מהוץ לבית. זהו פתרון יקר, ולא בהכרח הפתרון המתאים לכל מקרה; אך בתרשים הזרימה שארגנה המערכת הביורוקרטית, אין הרבה אלטרנטיבות, והדרך היא, לדוב, הד כיוונית.<sup>127</sup>

לא רק שהעמדות המסורתיות מוליכות להידרדרות במעמדם של בני-נוער עוברי חוק, אלא שהרף אשרורה של האמנה הל כרסום במשאביו של שירות המבחן לנוער – שירות ממלכתי המתמחה בטיפול אישי הממוקד בבני-נוער עוברי חוק ובמשפחותיהם

126 עיינו: Ronen, *The Construction of Memory through Law*, לעיל ח"ש 4; A.D. Viccica, *The Promotion and Protection of Children's Rights through Development and Recognition of an International Notion of Juvenile Justice and Its Child-Centered Perspective in the United Nations*, 58 NORDIC J. INT'L L. 68 (1989); D.W. Winnicott, *Youth Will Not Sleep*, in DEPRIVATION AND DELINQUENCY 156 (Clare Winnicott, Ray Shepherd & Madeleine Davis eds., 1984); שרון קטינים בסיכון, לעיל ח"ש 79; אהרן מלמד ענישה או שיקום? 2-27 (1988). ראו גם בנימין שמואלי "בין תקיפה, התעללות וענישה גופנית כלפי ילדים" זכויות הילד והמשפט הישראלי 183, 218-219 (תמר מורג ויוסי רחמים עורכים, 2010), המקיים דיון בשאלה אם ראוי לכלול כל התעללות בקטינים בחובת הדיווח עליה, וראו את מסקנותיו.

127 אליצור ומנוחין, לעיל ח"ש 15, בעמ' 267-268 ו-270.

בקהילה. התוצאה היא גריעה המורה ביכולתו של שירות זה להבטיח התערבות בזמן-אמת בענייניו של נער שובר הוק. זכותו של נער שובר הוק לקבלת טיפול מקצין מבהן נפגעת ישירות מהוסר זה, וכתולדה מכך נפגעת גם זכותו להי משפחה ולהיות קהילתית, ובכלל זה לטיפוח זיקתיו למשפחתו הגרעינית והמורחבת ולקהילת המוצא שלו כמצוות האמנה. לנוכח המחסור בקציני מבהן, העובדים בתנאים של שומס'יתר, ההליכים בעניינם של בני-נוער אלה מנותבים למעצרים ממושכים יתר על המידה ולהוצאתם למסגרות הוץ-ביתיות, ובכלל זה למסגרות מוסדיות נשלות, שבהן הם מודרים ומבודדים לא לצורך מן החברה הנורמטיבית, או גרוע מזאת – לכליאתם מבלי לספק להם טיפול פרטני מיטבי. נדגיש: הניתוק מהמשפחה ומקהילת המוצא הוא באופן בלתי-נמנע כמעט גם פגיעה בזהות התרבותית.<sup>128</sup> הפגיעה בבני-הנוער נגזרת מנקיטת אמצעים הרפיים של הדרה מקהילות נורמטיביות, בשל ההשש הרחוק לשלום הציבור, עקב המחסור בסוגי-האדם המקצועי הדרוש לשם טיפול בקהילה.<sup>129</sup> בני-נוער נתונים אפוא במעצר ובכליאה תוך הגבלה לא-הכרחית ובלתי-מידתית של הירויותיהם הבסיסיות, בתנאים לא-נאותים שמפירים את זכותם לכבוד אנושי.<sup>130</sup> רק כאשר הגיע שירות המבהן

128 רונן "זכות הילד לזהות", לעיל ח"ש 21; Ronen, *Redefining the Child's Right to Identity*, לעיל ח"ש 41.

129 יובל יועז "נשיא בימ"ש השלום בירושלים: שירות המבהן קורס" הארץ 25.9.2007. [www.haaretz.co.il/misc/1.1551292](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1551292); שרון נובק "הסניגוריה הציבורית: שירות המבהן קורס" וואלה חדשות 13.8.2007. [news.walla.co.il/?w=/1/1153096](http://news.walla.co.il/?w=/1/1153096).

130 עיינו, למשל, לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה: האם שנות ה-90 הניבו שתי מהפכות חוקתיות?" מחקרי משפט יג 183, 215 (1996). סבה מונה את השינויים המתבקשים בחקיקה באשר למעצרו, לשפיטתו ולהענשתו של קטין לנוכח הצטרפותה של ישראל לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. לדעתו, הוראת ס' 37(ג) לאמנה מחייבת את המדינה לנהוג כלפי ילד שנשללה ממנו הירויותו "באנושיות ותוך כיבוד אישיותו כבן אדם", ואף "באופן המתחשב בעורכיהם של בני גילו". גם אם מתברר שילד עבר עברה, הוא זכאי, לפי ס' 40(1) לאמנה, "להיות מטופל באופן המתחשב עם החושת כבודו של הילד וערכו העצמי, המחוק את הכבוד שהוא רוכש [ע"ל רוחש] לזכויות האדם ולהירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובהינתן שילובו בחברה ומילוי תפקיד יצירתי בה". מכאן שהמשפט שהבאנו בטקסט הוא גם מסקנתו של סבה, המפרט כמה עניינים הטעונים תיקון בהתנהלות המעצר, הכליאה והשמירה על הזכויות הדיוניות של הקטין כדי שיתאימו להוראות האמנה ולרוחה. אלה טרם תוקנו חרף הזמן הרב שחלף מאז פורסמו הדברים בפרסום ילדים בישראל – שנתון 2012, לעיל ח"ש 115, בעמ' 487–509, קיימות טבלות מפורטות באשר להימצאותם של בני-נוער במעצרים או במאסרים. מעניינות ההערות המנתחות את הנתונים, שלפיהן משנת 2011 קטן מספר המעצרים ועמד על 6,298 לעומת 6,426 בשנה שלפניה. אלא שבשנת 1995 היה מספר העצורים 4,406 בלבד, ובשנת 1995 – רק 3,519. כמרכן, בשנת 2010 לא היו כמעט מעצרים שנמשכו יותר מעשרה ימים, ואילו בשנת 2011 נרשמו 84 מעצרים כאלה. בפרסום ילדים בישראל – שנתון 2013, לעיל ח"ש 115, נמסר כי בשנת 2012 עמד מספר המעצרים של קטינים על 6,437 (שם, בעמ' 464), ומספר המעצרים עד תום ההליכים היה 1,025 (שם, בעמ' 465). בשנתון משנת 2012 נמסר גם כי מספר הקטינים במאסר בשנת 2002 עמד על 47 (שם, בעמ' 508), והעפיל בהדרגה עד ל-70 בשנת 2009, וכי בשנת 2011 הוא עמד על 60. בשנתון משנת 2013 נמסר כי מספר

כמעט לקריסה נעשו בשנת 2007 צעדים ראשוניים של מתן מענה ראוי על-ידי הקצאת כוח-אדם הד-פעמית, אך צעדים אלה אינם מבטיחים עדיין לנער זכות הוקית לטיפול באיכות או בהיקף כלשהו, וגם אינם מבטיחים מכסת תיקים קרפית לעובד שתאפשר למצות את ההזדמנויות לתהליכי שיקום.<sup>131</sup>

## 2. העדרה של זכות הילד לחינוך המתאים לצרכיו ותוצאותיה

דוגמה נוספת להלקיחה של הגנת הילד היא העדר מעטפת סללת של צורכי החינוך של ילדים ונוער. אנו סבורים כי השיבה קוהרנטית באשר לצורכי החינוך של הילדים היא קריטית ביותר כדי למצב ילדים בסיכון אצל הוריהם, בתוך מעגליהם המשפחתיים וגם בתוך קהילתם. נפרט את טענתנו.

כבר בראשיתה של מדינת-ישראל נהקקו שני הוקים המעצבים את חובתה של המדינה לספק לכל ילד בישראל לימוד, הינוך והכשרה להיים: הוק לימוד חובה, התשי"ט-1949 (להלן: הוק לימוד חובה), והוק הינוך ממלכתי, התשי"ג-1953. הוקים אלה, למרות רגישותם הרבה לילדים ולצורכיהם, לא עסקו ישירות בקביעת זכויות הילדים להתהנך ולהרכות דעת, אלא התמקדו בהבניית מוסדות הינוך. ההינוך בהוקים אלה משמעו צווי אכיפה לממשלה ולרשויות המקומיות באמצעות מסגרות ממסדיות לפי "זרמים" שונים. תפקיד ההורים כאפוטרופוסים טבעיים נדחק לפינה של בהירת ה"זרם" החינוכי בלבד. היכולת של ההורים לכהור בית-ספר מסוים המשתייך לאותו "זרם" הינוכי תלויה במדיניותה של הרשות המקומית – אם היא דוגלת ב"פתיחה של אזורי הרישום" או בנעילתו של הילד בתוך "אזור הרישום" המיועד לו. גם בתוך בית-

הקטינים במאסר בשנת 2011 היה 714; בשנת 2012 – 729; ובשנת 2013 – 378 (שם, בעמ' 486). נתון נוסף המאשש את טיעוננו הוא ההערה המופיעה בשנתון משנת 2012, בעמ' 511–513, בדבר הרכב המשפחה, ההשתייכות למסגרת לימודית והמעב החברתי-הכלכלי של קטינים בעלי תיקים פליליים: "שיעורם לאלף של קטינים בעלי תיקים פליליים במשפחות שבהן ההורים אינם נשואים גבוה בהרבה מאשר במשפחות של הורים נשואים (31.5 לעומת 10.8)"; ובחמשך – "השכר החודשי הממוצע (ברוטו) של הורי הילדים – אימהות ואבות – בעלי תיקים פליליים שגילם 12–18 נמוך מהשכר החודשי הממוצע של הורי הילדים בגיל זה בכלל האוכלוסייה ובשני מגזריה [היהודי והערבי – ר' ו"צ ג']". הנתונים המופיעים בשנתון משנת 2013 אינם מלמדים על הבדלים ניכרים מן הנתונים לעיל, אם כי קשה להסיק זאת בוודאות עקב ההתבססות על חומרים מגוונים, כמוצר שם, בעמ' 487.

131 רותי סיני "בשל העומס – משרד הרווחה יגייס עשרות קציני מבחן" וואלה! חדשות 16.10.2007. [news.walla.co.il/item/1181651](http://news.walla.co.il/item/1181651). ב-8 ביולי 2010 התפרסמה בעיתון הארץ הידיעה הבאה: דנה ויילר-פולק "משרד הרווחה משנה מדיניות: בני-נוער עבריינים ישוקמו בביתם" הארץ 8.7.2010, שלפיה "מדיניות חדשה של משרד הרווחה תעביר את הטיפול בבני-נוער עבריינים ממעונות, לטיפול בתוך הבית עם המשפחה". בהמשך הידיעה מופיע ציטוט מדברי שר הרווחה דאו: "החלטתי לאמץ את המודל המשלב שיקול הוליסטי, המונע את חווית הניתוק מהבית ומאפשר התמודדות עם הקשיים היומ-יומיים לצד בני המשפחה". על יישומה בפועל של מדיניות מועהרת זו, למרות העדר תשתית הוקית, עיינו להלן בחלק ד(א).

הספר שאליו סופה הילד אין להורה השפעה של ממש על קביעת תוכנית הלימודים ובהירת צוות ההוראה. התפקיד הבלעדי שהוטל על ההורה הוא לדאוג לביקור הסדיר של ילדו במסגרות ההינוכיות. אך מה יעשה הורה שעשה את כל הדרוש כדי להכריח את ילדו ללכת לבית-הספר ובנו מורד בו וממאן ללכת? מה יעשה בנער שלא השתלב במסגרת לימוד פורמלית? סעיף 3 להוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 (להלן: הוק זכויות התלמיד), יוצא בהכרזה נרגשת כי "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי להינוך", אך מסייג את תחולת הזכות על-ידי הסיפא "בהתאם להוראות כל דין". הפרשנות האמיתית להוק צפונה, ככתב-סתר, בסעיף 1 להוק:

"הוק 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 ההינוכי ועל ייחודם של מוסדות ההינוך לסוגיהם השונים כמוגדר בהוק לימוד חובה, תש"ט-1949, בהוק הינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, בהוק הינוך מיוחד, תשמ"ה-1988, ובכל דין אחר..."<sup>132</sup>

הוזה אומר, במישור הזכאות להינוך הינם, מה שהיה לפני הקיקת ההוק הוא שיהיה גם לאחר הקיקתו. זכות הילד להינוך מותנית ביכולתו להשתלב באחד ממוסדות ההינוך הקיימים. הוק זכויות התלמיד אינו משכיל להבטיח את זכות הילד בעל הצרכים המיוחדים למשאבים החינוכיים לשם מתן מענה בית-ספרי לצרכיו או לשם הספקת לימודים הוץ-בית-ספריים. בכלל זה אין הוק זכויות התלמיד מבטיח לילד המתקשה להשתלב – אם בשל הונהגה, אם בשל התעללות בבית הוריו, אם על רקע של הגירה או מוצא אתני, ואם בשל ליקוי למידה – זכות למסגרת לימודים במקום יישובו וליד ביתו. אין בהוק זה כל הוראה הקובעת לכל תלמיד שהונשר מהמערכת הבית-ספרית את זכותו להשתלב במסגרת הוץ-בית-ספרית – מסגרת המעוגנת כיום ביהדות קידום הנער המקומיות שבפיקוח משרד ההינוך. בוודאי לא הוטלה בהוק זה חובה על רשות ההינוך להציע מסגרות פרטניות לנוער שמתנתק מהמסגרת הבית-ספרית מפאת הוסר התאמה בשל בעיות התנהגותיות או לימודיות. כל שנקבע בהוק לימוד חובה, בסעיף 5ב(1), הוא שניתן לפטור את ההורים מסעיף 4 להוק לימוד חובה "אם... השר משוכנע שאין הילד או הנער מסוגל ללמוד באופן סדיר במוסד הינוך מוכר".

עלה אפוא כי נער שהתנתק מהמערכת הבית-ספרית אינו זוכה גם כיום בהסדר הקיקתי מפורש שיבטיח את זכותו ללמוד במסגרות פרטניות. הסדר הלקי לגבי "נוער מנותק" ימצא המעיין בהוראות הווד מנכ"ל משרד ההינוך, אך הוא הל רק ברשויות

132 על ההיבטים השונים של הזכות להינוך, ובפרט על ההיבטים החוקתיים שלה, עיינו יורם רבין הזכות להינוך 301-500 (2002). עיינו גם במאמרו הביקורתי של דן גבתון "בעיפיה למזרחי" מחלקת ההינוך של טופר גן השרון (לא נידון): מבט משווה וביקורתי על עמדת בית-המשפט העליון כלפי האינטגרציה בחינוך בישראל" עיוני משפט כח 473 (2004), שבו הוא מתייחס לשאלת הגדרת גבולותיה של האחריות ההורית מול אחריות המדינה.

מקומיות שבהן פועלות יהדות לקידום נוער בפיקוחו ובהנהייתו של משרד החינוך, מנהל הברה ונוער.<sup>133</sup> במצב עניינים זה, הרשויות המקומיות העניות ביותר – אלה שבהן מונשרים בני-הנוער העניים ביותר ממסגרות לימודיות, לעיתים בשל הרצון לעבוד ולפרנס את עצמם ומשפחתם – אינן נהנות מהסדרים המזכים את בני-הנוער הללו בחינוך חינם בנתיבים שעשויים להתאים להם. העדרה של זכות חינוך לנוער מנותק בולטת בהשוואה להסדר סמוך בהוק חינוך חינם לילדים חולים, התשס"א-2001 (להלן: חוק חינוך חינם לילדים חולים), שבו נקבעה זכות הילד לחינוך חינם, בין במסגרת יהודית בביתו ובין במסגרת פרטנית בבית-החולים שבו הוא מאושפז.<sup>134</sup> עולה ברורה זו של חוק חינוך חינם לילדים חולים אינה הלה על "נוער מנותק".

ההסדר הישראלי, המבקש להבטיח ביקור סדיר של הילד במסגרת בית-ספרית, מדגים את הריק החוקי באשר לאחריות המדינה כלפי הילד המנותק או זה המוצא מבית ספרו הסמוך לביתו. לצד הלשון הברורה של סעיף 4 לחוק לימוד חובה, הקובע סנקציה פלילית רחבה כלפי ההורים המסכלים במישרין או בעקיפין את ביקורו הסדיר של ילדם בבית-ספר,<sup>135</sup> המהוקק שותק באשר להטלת סנקציות פליליות ומנהליות נגד רשויות חינוך ועובדי חינוך המועסקים ברשויות ציבוריות אשר מסרבים לקבל ילד למסגרת חינוך או מרחיקים אותו ממסגרת כזו בלא הצדק ענייני. כך נמשך סיכל מימושה של הזכות לחינוך כתוצאה מהתקשותה של מערכת החינוך לקבל ילד אל בין שורות הניכיה. אומנם, שר החינוך והתרבות, הממונה על ביצוע החוק, התקין באפריל 1986 נוהל בהוד מנכ"ל<sup>136</sup> שקבע כי הרחקת תלמיד מבית-ספר תיכרך בהוראות להעברתו למוסד לימודי

133 כיום ההוראה מצויה בחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"א/6(ב) "הכשרת עובדי חינוך ושילובם במסגרות החינוך הבלתי-פורמאל" (1.2.2011) [cms.education.gov.il/Education](http://cms.education.gov.il/Education) (1.2.2011) [CMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/8/8-2/HoraotKeva/K-2011-6-2-8-2-19.htm](http://CMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/8/8-2/HoraotKeva/K-2011-6-2-8-2-19.htm). ההוראה עוסקת בהכשרת עובדים למשימה של קידום הנוער, אך אין הוראה ישירה בעניין החובה להקים מסגרות חינוך כאלה.

134 ס' 4 לחוק חינוך חינם לילדים חולים קובע כך:

"(א) המדינה ורשות החינוך המקומית, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק לימוד חובה, יישאו בהוצאות חינוכו של ילד חולה [שאינו מאושפז – י"ו ו-י"ז ע"ג]... באופן שהמימון יהיה באותו שיעור שבו הן נושאות בחינוך הילד במוסד חינוך כהגדרתו בחוק לימוד חובה.

(ב) המדינה תישא בהוצאות חינוכו של ילד מאושפז..."

135 "4. חובת לימוד סדיר

(א) הורים של ילד בגיל לימוד חובה, או של נער בגיל לימוד חובה, חייבים, כל אחד מהם, לדאוג לכך שהילד או הנער ילמד באופן סדיר במוסד חינוך מוכר.

(ב) (1) לא למד ילד או נער עד גיל 15 באופן סדיר במוסד חינוך מוכר, דינו של כל אחד מהוריו מאסר שני חדשים או קנס... זולת אם הוכיח מעל לכל ספק סביר שעשה כמיטב יכולתו כדי שהילד או הנער ילמד..."

136 ראו בתקנון "משטרו ונוהגו של בית הספר", שפורסם בחוזר מנכ"ל מ/8 ב-8.9.1990 (מב/2). התקנון הותקן מכות ס' 15 לחוק לימוד חובה, וצוטט בה"פ (מחוזי ת"א) 1357/95 מסילתי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"מ תשנ"ו(1) 468, 458 (1995).



אהר, ומנוהל זה ניתן להסיק כי הרהקת תלמיד בלא הוראה בדבר העברתו למוסד לימודי אחר מהווה הפרה של חוק לימוד הובה, אך הפרת הוראה זו לא גיבשה עברה פלילית. בשנת 1991 תוקן חוק לימוד הובה ונקבע לראשונה כי רשות הינוך שאינה מבטיחה לילד את האפשרות לבקר בבית-ספר שבו הוא לא יופלה על רקע עדתי – עוברת עברה פלילית.<sup>137</sup> תיקון זה מועלה תכופות בדיונים משפטיים על-אודות נעדרת הרדיות ממוצא מזרחי המופלות על רקע עדתי, ולאחרונה נכנס אף בית-המשפט העליון בשבי הקורה לנוכח הטענות להפליה ביישוב עמנואל.<sup>138</sup> עם זאת, אין בתיקון להוק כל מרפא לנוער שמונשר בהוסר בררה מכל מסגרת הינוכית ממוסדת ואשר אין לו זכות להתקבל למסגרת של יהודה לקידום נוער.<sup>139</sup> יצוין כי לפי סעיף 16 להוק זכויות התלמיד, ההוראות בדבר

137 חוק לימוד הובה (תיקון מס' 18), התשנ"א-1991, ס"ח 156. וזו לשון ס' 33 המתוקן להוק לימוד הובה (לאחר תיקון מס' 18):

"(א) רשות הינוך מקומית ומוסד הינוך לא יפלו מטעמים עדתיים בכל אחד מאלה:

- (1) רישום תלמידים וקבלתם;
  - (2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד הינוך;
  - (3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד הינוך.
- (ב) העובר על הוראת סעיף זה, דינו – מאסר שנה או קנס.
- (ג) בעבירה לפי סעיף זה, ניתן להעמיד לדין גם כל מי שפועל מטעם רשות החינוך המקומית או מוסד החינוך, אלא אם כן הוכיח שהעבירה נעברה שלא בדיעתו ושנקט את כל האמצעים הסבירים למניעתה."

הסנקציה הפלילית רשומה בס' 32 להוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969. איסור ההפליה נמצא כיום בס' 5 להוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000.

138 בבג"ץ 1067/08 עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך, פ"ד (סג) 398, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי (2009), נקבעה ההלכה הבאה בדבר האיסור והמותר (ההדגשות במקור):

"מכל האמור עולה, כי מוסד חינוכי רשאי לקיים מגמה ייחודית במסגרתה יילמדו אורחות הדת ותפיסת העולם של קהילה פלונית. כך גם רשאי המוסד לקבוע כללי התנהגות רלוונטיים לתלמידי מגמה, לצורך הטמעת תכני הלימוד הנלמדים במסגרתה. ברם, על המוסד לאפשר לכל תלמיד העומד בתנאי הסף הרלוונטיים, והמבקש לאמץ את אורח החיים הנלווה לכך, ללמוד במגמה בה הוא חפץ. ומעל לכל, ברי, כי אין בשיוכו העדתי של תלמיד כדי להוות תנאי רלוונטי לקבלתו למגמה פלונית, ואין בעירית הפרדה בתוך מוסד לימודי אחד – באמצעות הפרדתם של תלמידים לאורך כל שעות הלימודים, הנהגת תלבושת אחידה שונה, הפרדת חדר המורים, וגביית כספים עודפת – משום אמצעי רלוונטי לתכלית לימודיהם של תלמידים. מוסד החינוך רשאי להבחין בין תלמידי המגמות אך לצורך לימודים של תכנים מיוחדים לאותן המגמות בלבד, ועל שגרת הלימודים וכללי בית-הספר להיות משותפים לכלל הלומדים במוסד לאורך כל שעות הלימודים."

139 בעיית קליטתם של ילדי עולי אתיופיה בבתי-הספר הפרטיים הדתיים בפתח-תקוה מילאה את דפי העיתונות בשנים 2007-2010, ואף הוגשה בעניין עתירה – בג"ץ 7426/08 טבקה משפט ועדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד (סד) 820 (1) (2010). עתירה זו נדחתה מטעמים פרוצדורליים, אך ניתן בה פסק-דין עקרוני לנוכח העניין החוקתי החשוב שבה. לנסיונות לתקן את ההפליה ראו, למשל, אפרת זמר "משרד החינוך עצר מימון לביה"ס שלא יקבלו אתיופים" nrg – חדשות 30.8.2009. [www.nrg.co.il/online/1/ART1/936/043.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/936/043.html)

הרחקת תלמיד לצמיתות – המגבילות את שיקול-דעתם של מנהל בית-הספר, המפקח וועדת הערר, ונותנת מקום נרחב לבית-המשפט המנהלי לקבוע סופית את תקפות ההחלטה – אינן הלכות כבדרך שגרה על בתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים, שהם רוב-חובן של המסגרות ההינוכיות של החטיבה העליונה.<sup>140</sup>

### 3. אבן אחר הנופל – העדרה של הזכות לשיקום ילד נפגע עברה

פער דומה בין הרטוריקה בדבר טובת הילד וזכויות הילד לבין ההגנה על הילד במישור המעשה ימצא המעיין בכשל של ההתמודדות במישור הפלילי עם מקרים של הונחה פלילית של ילדים או התעללות בהם. כפי שכבר צוין, בשנת 1989 נחקק חוק המטיל חובת דיווח על פגיעה בקטינים – הוא סעיף 1368 לחוק העונשין. חובת הדיווח באה בשל הצורך למנוע את המשכח של תופעת השתיקה המכוננת והבלתי-מכוננת בנוגע לפגיעה בילדים. על ההסדר המשפטי הישראלי תולשת הוראת סעיף 39 לאמנה:

“מדינות חברות ינקטו בכל האמצעים הנאותים כדי להבטיח שיקום גופני ופסיכולוגי ושילוב מהדש בחברה לילד שחוי במצוקה, בשל כל צורה של הונחה, ניצול, או התעללות, עינויים או צורות אחרות של יחס או ענישה אכזריים, בלתי-

140 יצוין כי ההוראות הקשורות להרחקת ילד לצמיתות קבועות בס' 6, 7 ו-13 לחוק זכויות התלמיד, ובס' 16 לחוק נקבע:

“(א) הוראות חוק זה יהולו על כל מוסד חינוך רשמי.

(ב) על מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי יהולו הוראות חוק זה למעט סעיפים 6, 7 ו-13,

ואולם רשאי השר, באישור הועדה ובהתחשב באופי המוסד, להחיל עליו בעו את

הוראות הסעיפים האמורים, כולן או חלקן.”

הוזה אומר, ס' 16(ב) לחוק זכויות התלמיד פוטר במפורש את בתי-הספר המוכרים שאינם רשמיים מן החובה להליך הוגן באשר לדרך ההחלטה לצמיתות. כמורכב, בס' 12 לחוק לימוד חובה נקבע כי “לא יורחק תלמיד, כהגדרתו בסעיף 12א, לצמיתות, ממוסד חינוך בשל הישגיו הלימודיים אלא בהתאם לכללים שקבע השר”, ובשפת-סתרים הוסיף המחוקק, בס' 12א, כי “תלמיד” – מי שזכאי לחינוך חינוך לפי סעיף 6 – סמי מכאן כל הלומדים מתוך בחירה בחינוך מוכר שאינו רשמי. רק בחוזר מנכ”ל משרד החינוך תשע”ב/6(א) “נוהל החקקה לצמיתות של תלמיד ממוסד חינוך והעברתו למוסד חינוך אחר” (1.2.2012) [cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/2012-2-4-9-6-1.htm](https://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/2012-2-4-9-6-1.htm) EtsMedorim/2/2-4/HoraotKeva/K-2012-2-4-9-6-1.htm נקבע כי “כל מוסדות החינוך, לרבות אלה: מוסד חינוך רשמי, מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי, מוסד חינוך הפועל ברישיון לפי חוק הפיקוח על בתי הספר, התשכ”ט-1969... בכל שכבות הגיל, לרבות כיתות י”ב” מחויבים בנוהל שנקבע בחוזר המנכ”ל.

עיינו גם: David M. Engel, *Law, Culture, and Children with Disabilities: Educational Rights and the Construction of Difference*, 1991 DUKE L.J. 166, 178

אנושיים, או משפיליים, או מאבקים מזוינים. שיקום ושילוב מחדש כאמור ייעשו בסביבה המטפחת את בריאות הילד וכבודו העצמי.<sup>141</sup>

היה אפשר אפוא לצפות כי טובתו של ילד נפגע עברה תסוּן את ההליכים הפליליים בעניינו של הפוגע. אך לדאבונו, אין הדבר כך. מערכת המשפט הפלילי בישראל אינה מהויבת למתן משקל מכריע לטובת הילד המסוים שלפניה; אין במסגרתה עליונות לאינטרסים של הילד כפרט. כך, במסגרת השיקולים בדבר העמדתו של הפוגע לדין אין מקנים משקל מכריע לכך שהעדת הילד הנפגע נגד הפוגע בו עלולה להביא במקרים רבים לידי ענישתו בפועל של הילד הנפגע עצמו. כך צפוי לקרות, למשל, במקרה של התכחשות של הפוגע לפגיעה בילד או אי-ענישתו של הפוגע בשל ראיות קלושות. יצוין כי רק לעיתים נדירות נפסקים פיצויים לטובת הנפגע במסגרת הליך פלילי.<sup>142</sup> גם ההובה לקבל תסקיר המתאר את מצבו של נפגע עברות מין<sup>143</sup> לא שינתה מצב זה מן היסוד. כל אלה מעידים, לדעתנו, כי אין האינטרסים של הילד גוברים בהכרח על שיקולים אחרים. ענישה פלילית של ההורים הפוגעים מהווה שיקול מרכזי, בעוד האינטרס של שיקום הילד הנפגע מורד למעמד נחות – נחות בהרבה מזה המובטח לילד שעניינו נידון במסגרת הליכים לפי חוק הנוער, חוק הכשרות המשפטית או חוק האימוץ.<sup>144</sup> אינו חולקים כי הענשת התוקף נראית מטרה ראויה בפני עצמה, עד כמה שהיא באה להוקיש ולהרחיק מן ההברדה, אך אנו קובלים על כך ששיקול הנזק הנגרם לילד כתוצאה מהענשת ההורה שפגע בו נדחק לקרן-זווית.<sup>145</sup>

141 האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 3. יצחק קדמן היה בין מוביליה של החקיקה הישראלית. לעמדתו עיינו יצחק קדמן "התעללות בילדים בישראל: היערכות לשיפור מערך השירותים בתחומי המניעה, האיתור, הטיפול ואכיפת החוק" ילדים בישראל על סף האלף הבא 151 (אשר בכ-אריה ויפה ציונית עורכים, 1999).

142 עיינו רונן "על קורבנות במשפחה", לעיל ה"ש 6; שמואל ברוך "תסקירי קורבן – האמנם רק בעבירות מין?" הסניגור 22, 3, 5 (1999). השופט ברוך עומד שם על שינוי גישה ראשוני המסתמך בדבריו של הנשיא שמגר כי הגינות בהליך הפלילי מחייבת, בין היתר, הגנה על נפגע העברה מפני ביזוי והשפלה. דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994). חרף הזמן שחלף, הערת-אגב זו של הנשיא שמגר לא זכתה לקבל תוכן ממשי בחקיקה או בפסיקה על-דרך מענים כלליים יעירי הפסיקה למצוקתו של הנפגע. חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, מזכיר בס' 4 כי "מתן הזכויות לנפגע עבירה שהוא קטין ייעשה תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות הענין בהתחשב בגילוי ובמידת בגרותו של הקטין, וברוח עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד", אך אין הוא נוגע ממש בעניינים שעליהם אנו קובלים כאן. כן עיינו: Howard A. Davidson, *Child Abuse and Domestic Violence: Legal Connections and Controversies*, 29 FAM. L.Q. 357 (1995).

143 עיינו הצעת חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 2) (העדה בעבירות מין), התשנ"ד-1994, ח"ה 534; חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 2) התשנ"ה-1995, ס"ח 152, המתקן את ס' 187 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. כן ראו ברוך, שם.

144 ראו בהרחבה רונן "על קורבנות במשפחה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 287-296.

145 רונן "זכות הילד לזהות", לעיל ה"ש 21, בעמ' 982-984.

מעמדם הרשע של האינטרסים של הילד בהליכים פליליים המתנהלים נגד בן משפחתו ידוע לאנשי המקצועות המסייעים, ומשתקף בהתלבטויותיהם אם למלא אחר חובת הדיווח לגורם מוסמך על הפגיעה בילד מדרש בהוק, אף שבצידה יש סנקציה כלפי מי שאינו מדווח. כך, למשל, הספרות המקצועית מצביעה על הימנעותם של אנשי-מקצוע מלדווח על ניצול מיני במשפחה, על רקע החשש שתוצאות הדיווח יהיו טראומטיות לנפגע – בין בשל השפעת תהליך ההקירה על הנפגע, בין בשל האפשרות שהשיפה על-ידי פסיכותרפיסט תפגע בתהליך הריפוי הפסיכותרפי, ובין בשל סכנת פירוק המשפחה. מאחר שעצם הדיווח אינו מבטיח בהכרח טיפול הולם, גם בשל השמס המוטל על המטפלים, איש-המקצוע מתלבט אם עליו לציית לחובת הדיווח.<sup>146</sup> דווקא כאשר הפגיעה בילד מדווחת כהוק, נופל דבר בהיו של הילד נפגע העברה: לא אהת השיפה מעוררת גילויים של שנאה ואלומות כלפיו במשפחתו, ונפער פצע שלא יגליד עוד. הכיצד יוכל איש המקצועות המסייעים להבטיח לילד נפגע העברה, אשר השף את הפגיעה לפניו בוסת יחסי האמון שנוצרו ביניהם, כי הוא יזכה בהגנה ארוכת-טווח מפני השלכות הדיווח, ובכלל זה יוכל להסתייע בשירותי בריאות נפש, הינוך, רווחה ובריאות, או שהוא יזכה בייצוג במימון המדינה בתביעת פיצויים נגד הפוגע בו? בהעדר הגנה על הילד נפגע העברה, חובת הדיווח עלול לה ליהפך במקצת המקרים למכשלה, לאבן אחר הנופל.

קיימת אסימטרייה בין חובת הדיווח על הזנה של הילד ועל אלימות כלפיו מצד בני משפחתו לבין חובת הדיווח על אלימות כלפי הילד והתעללות בו במסגרת המוסדית שבה הוא שוהה. באשר לאלימות האפשרית כלפי הילד מצד בני משפחתו נקבע כי חובתם של "עובד הינוך... מנהל או איש צוות במעון או במוסד שבו נמצא קטין" לדווח על גילוי אלימות אם "עקב עיסוקם במקצועם או בתפקידם היה להם יסוד סביר להשוב כי נעברה עבירה בקטין... בידי אחראי עליו" (סעיף 368ד(ב)). דהיינו, הדיווח לפי סעיף זה הוא חובה, ואין כל מקום לשיקול-דעת של המורה או המנהל אם לדווח על העניין או לא. זאת ושד, אין המורה רשאי "להתחבא" תחת אדרתו של המנהל ולטעון כי דיווח על

146 ראו לעניין זה: Sheri Oz & Dorit Balshan, *Mandatory Reporting of Childhood Sexual Abuse in Israel: What Happens After the Report?*, 16(4) J. CHILD SEXUAL ABUSE 1 (2007); Lisa Bunting, Anne Lazenbatt & Isla Wallace, *Information Sharing and Reporting Systems in the UK and Ireland: Professional Barriers to Reporting Child Maltreatment Concerns*, 19 CHILD ABUSE REV. 187 (2010); Krisann M. Alvarez et al., *Why Are Professionals Failing to Initiate Mandated Reports of Child Maltreatment, and Are There Any Empirically Based Training Programs to Assist Professionals in the Reporting Process?*, 9 AGGRESSION & VIOLENT BEHAV. 563 (2004). עיינו גם: Michael L. Perlin, *A Law of Healing*, 68 U. CIN. L. REV. 407 (2000); Murray Levine, *A Therapeutic Jurisprudence Analysis of Mandated Reporting of Child Maltreatment by Psychotherapists*, 10 N.Y. L. SCH. J. HUM. RTS. 711, 726–733 (1993). בפרסום ילדים בישראל – שנתון 2012, לעיל ה"ש 115, בעמ' 541–555, מובאת טבלות לגבי ילדים נפגעי עברה, ובעמ' 555 נכתב כי "בסוף שנת 2011 המתונו להקירת חוק ילדים 1,296 חקירות של ילדים".

כך לאחות בית-הספר, ליועצת החינוכית או למנהל בכבודו ובעצמו, אלא עליו לדווח "לעבד סוציאלי... או למשטרה". שום דיווח אחר אינו תהליף. יתר על כן, הובת הדיווח הלה לא רק כאשר יש סימנים המעידים כי העברה בוצעה "זה מקרוב", אלא מספיקה אמירה של ילד על מעשה עברה שנעשה כלפיו, אף אם לפני שנים רבות, כדי להייב את עובד ההוראה לדווח. לעמת זאת, הובת הדיווח על אלימות והתעללות בתוך מוסד חינוכי, מעון וכדומה (לא מצד האחראים על הקטין) כתוב בנוסח שונה (סעיף 368ד(ד)): "נעברה בקטין או בהסר ישע הנמצא במעון, במוסד או במסגרת חינוכית או טיפולית אחרת, עבירת מין... או עבירה של גרימת הבלה המורה... או עבירת התעללות... הובה על מנהל או איש צוות... לדווח על כך...". כלומר, "יסוד סביר", אפילו לעברה שנעברה "זה מקרוב", אינו מגבש הובת דיווח. רק אם "נעברה... עבירה", וכנראה בוודאות גמורה, קמה החובה. מאחר שלפי עקרונות המשפט הפלילי בישראל, כל אדם נחשב זכאי – "הף מפשע" – כל עוד לא הורשע בדין, הובת הדיווח קמה למעשה, לפי לשון הסעיף, רק לאחר הרשעתו של אדם בדין הפלילי. מובן שבשלב זה לא נותר כל טעם לדיווח. אין זאת אלא שסעיף זה נוסח ברשלנות, ומן הראוי לתקנו.<sup>147</sup> בשנת 2009 הוציא משרד החינוך חוזר מנכ"ל מיוחד שבו הטיל על עובדי ההוראה הובת דיווח כאמור, במקרים מסוימים כעניין שבהובה ובמקרים אחרים כעניין שבשיקול-הידעת, אך הוראות חוזר מנכ"ל הן פנימיות רק לעובדי החינוך.<sup>148</sup> מן הראוי שהחוק והתקנות יעגנו מקרים שבהם הובה על כל אדם לדווח לעומת מקרים שבהם יינתן שיקול-ידעת אם לדווח אם לאו.

בפרשת אמין נ' אמין<sup>149</sup> התעוררה שאלת הפיצויים הנוזקיים שישלם אב שהפקיר רגשית את ילדיו באופן אכזרי בהתנכרו אליהם. לאור דיונו עד כה על-אודות המיבוד

147 נציין כי את דעתנו זו הבענו במאמרנו "שיח זכויות הילד", לעיל ה"ש 8, ואף ניסינו לקדם את תיקון החוק – עיינו בהצעת חוק העונשין (תיקון – השוואת הובת דיווח), התשס"ה-2005, פ/3880 (שהוגשה על-ידי חבר-הכנסת רן כהן ואחרים בכנסת השש-עשרה).

148 חוזר מנכ"ל משרד החינוך תש"ע/1(א) "קידום אקלים בטוח והתמודדות עם אירועי אלימות במוסדות החינוך" (1.9.2009) <http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/> (1.9.2009) [EtsMedorim/2/2-1/HoraotKeva/K-2010-1a-2-1-12.htm](http://EtsMedorim/2/2-1/HoraotKeva/K-2010-1a-2-1-12.htm) בשנת 2015 החלה החוזר האמור בחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ח/8(ב) "אקלים חינוכי מיטבי והתמודדות מוסדות חינוך עם אירועי אלימות וסיכון" (1.4.2015) [www.edu.gov.il/owIHeb/CHativa/RegulationsAndAdministrations/OrganizationandDirector/Documents/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%A8%20%D7%9E%D7%A0%D7%9B%D7%9C%20%D7%90%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%9D%20%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9B%D7%99%20%D7%9E%D7%99%D7%98%D7%91%D7%99.pdf](http://www.edu.gov.il/owIHeb/CHativa/RegulationsAndAdministrations/OrganizationandDirector/Documents/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%A8%20%D7%9E%D7%A0%D7%9B%D7%9C%20%D7%90%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%9D%20%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9B%D7%99%20%D7%9E%D7%99%D7%98%D7%91%D7%99.pdf). נציין כי בתקנות לימוד חובה (כללי דיווח על אלימות גופנית), התש"ע-2009, נקבעה הובת דיווח של מנהל מוסד חינוכי למפקח על המוסד "על כל אירוע של אלימות גופנית... בין עובד הוראה ובין תלמיד" וכן על כל אירוע כזה "בין תלמידים בתחום מוסד החינוך או במסגרת פעילות מוסד החינוך, שנגרמה בו הבלה המורה". הובת דיווח זו אינה מחייבת עדיין פנייה לגורמים מחוץ למערכת החינוך, כפי שמתחייב על-פי חוזר המנכ"ל באירועים מסוימים.

149 ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999).

המשות של השיה להגנת הילד, אין זה מפליא שההיבט המערכתי של העדר מענה מניעתי – מענה שעשוי לזהות ולרפא פגישות בטרם ההריפו – לא זכה בתשומת-לב של ממש בתיאור המקרה ובניתוחו. לפי עלילת הדברים שנפרשה בשתי הערכאות שדנו בעניין, נקט האב אלימות כלפי ילדיו, אולם מנהל לשכת הרווחה הודה כי אין בידו רישומים על האלימות.<sup>150</sup> העדר ההובה לנהל רישום תלונות ומעקב סדיר משקף את הקושי של שירותי הרווחה לעמוד בעומס העבודה המוטל עליהם. קושי זה עלול לפגוע בילדים, ומותר לא אהת את אנשי-המקצוע הסרי אונים ומתוסכלים בשל דלות המענים,<sup>151</sup> אולם הוא נדהק מן העין ונשכה מן הלב.

#### 4. הכשל במתן מענה לילדים אשר ברחו או נודו ממשפחותיהם או ממסגרות הוצאה חוץ-ביתית ומנסים לשרוד ברחובות

ילדים ובני-נוער אבודים ותלויים, בלא בית ובלא נקודת אחיזה איתנה, מצויים בישראל בעיקר בתל-אביב ובירושלים. רבים מאותם בני-נוער חוו בעברם טראומות של התעללות והזנחה שלא זכו בריפוי או בהשיפה הומלת, מכבדת ורגישה. מקצתם אף נאלצים לסחור בגופם כדי לשרוד, תוך השפלה עצמית סאבת, ומתמכרים לסמים כדי לשאת את כאב ההשפלה הכרוך בהישרדותם.<sup>152</sup> עד שנת 2000 לא היה כלל בסיס לפעולת המשטרה להגנת ילדים אלה מפני ניצולם המהפיר, שכן המהוקק לא הגדיר רכישת שירותי מין מילד כעברה פלילית. כל אדם ששילם אתנן לנער או לנערה תמורת קיום יחסי מין לא נחשב לעבריין בשל הזניית גופו של ילד, אף אם מניעי הילד "להסכים" לסחור בגופו באו בשל סרה ההישרדות. כלומר, כאשר לא התקיימו התנאים הגיליים והאחרים המקימים עברת מין בקטין, עצם תשלום האתנן לא היה בגדר עברה. רק בשנת 2000 נקבע לראשונה, בסעיף 1203 לחוק העונשין, כי "המקבל שירות של מעשה זנות של קטין" עובר על החוק. הרף זאת, כפי שמציין דוח ישראל ההלופי, החברה הישראלית מאפשרת במהדליה את המשך קיומה של זנות בני-נוער או לכל-הפחות מתעלמת מהעדרה של מערכת תמיכה הולמת להספקת צרכים בסיסיים, ובכך מעמידה בסיסן לילדים ובני-נוער בישראל.<sup>153</sup> לדעתנו, המדינה אינה עושה די לעקירת שורשי הבעיה של

150 עיינו עוד בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיעוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע? עיון משווה במשפט הרומי, הישראלי, האמריקאי והעברי בעקבות ע"א 2034/98 אמין נ' אמין" משפטים על אהבה 269 (ארנה בך נפתלי חנה נוח עורכות, 2005) (להלן: שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו").

151 דוח ועדת גילת, לעיל ח"ש 8; גילת "על הכשל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 453–458. גם מבקר המדינה, לעיל ח"ש 122, בעמ' 1404–1408, מתייחס בביקורתו בהרחבה להעדר הרישום והמעקב, ורואה בזה את ההחטאה העיקרית בטיפול בילד לפי המדיניות המועהרת של משרד הרווחה.

152 עיינו על"ם דו"ח הוועדה לבחינת ניצול מיני מסחרי של קטינים בישראל – שיעבוד דורסני: על קטינים הנדונים לקמילה גופנית ונפשית בשל ניצול מיני מסחרי 23, 28 (1997).

153 Alternative Report on the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child – Submitted to the UN Committee on the Rights of the Child by the Israeli Coalition of

נוער המנסה לשרוד ברהובות: היא אינה מציעה, כעניין שבזכות, דיור קהילתי מוגן ותזונה לאותם בני-נוער שורדים, אף אם הם מסוגלים לתפקד באופן נורמטיבי; והיא אינה מזכה בני-נוער אלה בתגמולים כספיים שיאפשרו להם תנאי מחיה ראויים, אנושיים, אשר לא התאפשרו להם כנראה בבתי הוריהם.

החלופה העומדת לרשות הנער במקום בית הוריו היא המסגרת של המשונות והפנימיות, אולם אלה כרוכים בטיפול כפוי ובזיקה מאיימת למשפט הפלילי. מוסדות אלה, המוצעים על-ידי השירותים ההברתיים, אינם מתאימים ליישודם. הם מקיימים לא אהת כללי משמעת נוקשים, והנוער, אשר בלאו הכי נגוע בבעיות התנהגותיות ורגשיות לא-פשוטות, אינו מסוגל להתמודד עימם והוזר לגור ברהוב. יתרה מזו, הימצאותם של בני-נוער עוברי חוק ואלמים במוסדות אלה היא מן המפורסמות, ואי-הפרדתם מאותם בני-נוער בסיכון שהם נורמטיביים עלולה לגרום להשלטת מדרג ואלים כלפי האחרונים.<sup>154</sup> למרבה האירוניה, נער בסיכון נורמטיבי שבורה מהמען, אף אם משום שהוא נרדף על-ידי בן-נוער עובר חוק, נהפך לעבריין פלילי בשל בריחתו, שכן זו מהווה הפרת צו שיפוטי שקבע את השמתו כדי להגן עליו. נמצא שהצו המגן על הילד נהפך להרב-פיפיות נגדו.<sup>155</sup>

אין המדינה מציעה היים קהילתיים מוגנים לבני-נוער המאפשרים להם לבהור בהיים אוטונומיים בהם הם נהנים מהגנה בלא כפייה. מדיניות זו בכללתה היא בניגוד לרוח

---

Children's NGO's 8–9 (UNICEF, March 2013), [www.assaf.org.il/en/sites/default/files/Alternative%20Report\\_unicef.pdf](http://www.assaf.org.il/en/sites/default/files/Alternative%20Report_unicef.pdf) (להלן: דוח ישראל החלופי). הדוחות החלופיים הם דוחות שמוגשים על-ידי עמותות המגור השלישי לוועדה לזכויות הילד במקביל לדוח המדינתי, ואשר נשקלים על-ידי הוועדה כבואה לגבש את הערותיה המסכמות בעקבות הדוח המדינתי. דוחות אלה נידונו במאמר הדשני שהתפרסם לאחרונה בכתב-העת המוביל לזכויות הילד: Karen A. Polonko & Lucien X. Lombardo, *Non-Governmental Organisations and the UN Convention on the Rights of the Child*, 23 INT'L J. CHILDREN'S RIGHTS 133 (2015). ראוים לעיון במיוחד הדברים שבהם נחתם המאמר (שם, בעמ' 152–153):

"Though initiated with much input from NGOs, the CRC is a plan for change coming from the United Nations and then ratified by appropriate national processes. Once ratified the change problem then shifts to the organisations and people within executive agencies, legislative bodies and courts at all levels of government. These organisations and people are challenged to find ways of integrating the new values, norms and behaviours delineated in the CRC into their organizational processes and cultures. Unfortunately, these are things that people in bureaucracies often resist. In addition, the CRC challenges parents, teachers and all child caretakers, indeed all who interact with children, to relate to children in new ways. These bureaucracies and people are both the targets of change and implementers of change who must bring change about, but who are often threatened by such change and resist new ways of doing things."

<sup>154</sup> למענים החלקיים שהמדינה מציעה עיינו דוח ישראל החלופי, לעיל ה"ש 153, בעמ' 42–49.

<sup>155</sup> טיעון זה מופיע אצל רונן ובן-הרוש, לעיל ה"ש 64, בעמ' 223–232.

האמנה ולעקרונותיה, לכללי האו"ם למניעת עבריינות נוער.<sup>156</sup> בבריטניה, לשם השוואה, ההוק מקנה לנער בן ששעשרה ומעלה, שזוהה כזקוק להגנת המדינה בשל משבר ביהסיו עם הוריו, זכות לדיוור – שאליו יתקבל מכות הסכמתו ואשר יוכל לעזבו לפי רצונו – וכן לתגמולים כספיים שיאפשרו את מהייתו. בית-המשפט שם, שנדרש לפרש את ההוק, קבע, הרף התנגדותה של רשות הרווה, את זכותה של נערה בת שבע-עשרה לאומנה במימון המדינה בבית משפחתם של זוג ידידים שהיא עצמה בחרה, וכן לתגמולים כספיים ישירים מידי רשות הרווה שיאפשרו את מהייתה.<sup>157</sup>

## 5. הצורך בחקיקה חברתית שתגן על הילד במשפחתו ובקהילתו

### (א) מבוא: כיצד החקיקה הקיימת מטעה?

הלקיוטה של הגנת הילד בישראל מתבטאת בהוקים שעוסקים בכריאות, בכריאות הנפש או ברווה. הוקים אלה מתמקדים בזיהוי הילד המסוים שנפגע ובהגנתו "לאחר מעשה" מפני סביבתו האינטימית, עד כמה שהיא אהראית לפגיעה, ולא בהגדרת שירותים העשויים למנוע מראש את הפגיעה. דברים אלה נסנים להוק הנוער (טיפול והשגחה); להוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953; להוק האימוץ; להוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991; להוק הינוך מיוחד, התשמ"ח-1988; ולהוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול). לצידם קיימים הוקים הנוגעים בעקיפין או באופן חלקי בשאלת ההגנה המניעתית על הילד, ואשר עלולים ליצור רושם מטעה של הגנה מקפת, כגון הוק פשוטות בסיסון (הזכות למשען יום), התש"ס-2000 (להלן: הוק פשוטות בסיסון); והוק הינוך הינם לילדים חולים. אך בכל המערך החקיקתי העוסק בילד בסיסון אין הסדרים מניעתיים ממשיים הבאים להגן על הילד מפני סכנות עתידיות לשלומם כעניין שבזכות. הוק פשוטות בסיסון<sup>158</sup> והוק הינוך הינם לילדים

156 ראו: GEERT CAPPELAERE, UNITED NATIONS GUIDELINES FOR THE PREVENTION OF JUVENILE DELINQUENCY – RIYADH GUIDELINES 1 (Defence for Children International 1995). כן ראו הוועדה לקידום מעמד הילד – דין וחשבון, הכנסת ה'157 (22.7.2002) (להלן: סיכום מושב ד) [www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/yeled15-4.htm](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/yeled15-4.htm). עיינו גם אליצור ומנוחין, לעיל ח"ש 15, בעמ' 266–274.

157 ראו: ANDREW BANHAM, CHILDREN – THE MODERN LAW 434–435 (3rd ed. 2005). ביינהם מנתח, בין היתר, את פסק-הדין דנן, שאזכורו שם (בעמ' 435, הערה 3) הוא: *Re T* [1995] 1 FLR 159 (Accommodation by Local Authority). תימוכין נוספים לעמדה המאפשרת מימון, אשר חסר במקומותינו, אפשר למצוא בהוק שהתקבל לאחר פרסום ספרו לעיל של ביינהם: Children and Young Persons Act, 2008, c. 23, §§ 8–9 (Eng).

158 עיקר החוק הוא בס' 4 לחוק פשוטות בסיסון, אשר אלה סעיפי-המשנה שלו: "א) קבעה ועדה [נהגדרתה בתקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל), התשכ"ו-1965 – י"ד ו"ז ג'] כי פעוט הוא פעוט בסיסון, וכאי הפעוט לשהות במעון יום הסמוך למקום מגוריו.



הולים<sup>159</sup> מקנים שירותים חברתיים מניעתיים ספציפיים, אך אינם מעידים על מדיניות כוללת מניעתית של הגנת הילד.<sup>160</sup> רשת ההגנה על הילד שהם מציעים מהוררת. כפי שביארנו, העדרה של מדיניות הגנתית מניעתית פוגעת בילדים פגיעה מרה, שכן במקרים רבים הפגיעה, מרגע שהתרחשה, אינה בת-תיקון באופן מלא.<sup>161</sup> אם כן, ההגנה המוענקת לילד בהוק הישראלי היא צרה הלכה למעשה. היא מתמקדת ככלל בסביבה המיידית, האינטימית, של הילד, ונשענת על הנחה גורפת כי המשפחה היא מקור המפגע, ועל-כן במקרים רבים יש להרחיק ממנה את הילד לאלתר.

### (ב) העדר תשתית סטטוטורית ראויה למתן שירותים חברתיים לילד במשפחתו

הוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958, הוא דבר החקיקה שכוון לראשונה את זכותו של אדם לקבל שירותים חברתיים בישראל, והוא הדין המיוחד הנוגע בזכאות כללית לשירותים חברתיים. הוק זה אינו מקנה לילד זכות לתנאי מחיה ראויים או להזדהה בסיסית במובנה הרחב. ההוק מטיל אומנם חובת "עשה" ספציפית על רשויות מקומיות להקים מהלקה לשירותים חברתיים לשם הגשת טיפול סוציאלי לפונים אליה,<sup>162</sup> אך התחיקה הישראלית אינה מגדירה בשום מקום מהם השירותים שהפרט זכאי להם. תחת זאת ההוק מעניק סמכות רחבה לשר הרווחה להגדיר בתחיקת-משנה את השירותים שיינתנו.<sup>163</sup> התוצאה היא שהמהלקה לשירותים חברתיים, הממוקמת בכל רשות מקומית

(ב) השר... יקבע כללים בדבר שיעור השתתפות החייב במזונותיו של הפעוט שבסיכון

בתשלום בעבור שהותו של הפעוט במעון יום..."

לנוסח המלא עיינו [www.nevo.co.il/Law\\_html/Law01/p194k2\\_001.htm](http://www.nevo.co.il/Law_html/Law01/p194k2_001.htm)

<sup>159</sup> עיקר החוק הוא בס' 4 לחוק חינוך הינם לילדים חולים. ראו לעיל ה"ש 134.

<sup>160</sup> דוגמה להסדר משפטי המציע שירותים מוגדרים לילד שזוהה כזקוק להגנת המדינה נמצא בדון

הסקוטי. עיינו: ELAINE E. SUTHERLAND, CHILD AND FAMILY LAW 311-312 (1999).

<sup>161</sup> עיינו, למשל, חניתה צימרין ילדים מוכים – בעיה רבת פנים (1985); אליס מילר הדרמה של הילד

המחונן (יהודית גולדברג מתרגמת, 1992); ALICE MILLER, FOR YOUR OWN GOOD: HIDDEN

CRUELTY IN CHILD-REARING AND THE ROOTS OF VIOLENCE (2nd ed. 1983); ALICE

MILLER, THE UNTOUCHED KEY: TRACING CHILDHOOD TRAUMA IN CREATIVITY AND

DESTRUCTIVENESS (1991); ALICE MILLER, BREAKING DOWN THE WALL OF SILENCE: THE

LIBERATING EXPERIENCE OF FACING PAINFUL TRUTH (1997); Alice Miller, *The Drama of*

*the Gifted Child and the Psychoanalyst's Narcissistic Disturbance*, 60 INT'L J.

PSYCHOANALYSIS 47 (1979)

<sup>162</sup> דן שניט החוק, הפרט ושירותי הרווחה – המסגרת החוקית של העבודה הסוציאלית בישראל 22

(1988). עיינו גם אורי ינאי "חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958: האומנם יסוד וערובה לרווחה

האוכלוסייה?" (נייר-עמדה, קבוצת המחקר במדיניות חברתית של בית-הספר לעבודה סוציאלית

ולרווחה חברתית, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2006) [www.abiliko.co.il/index2.php?id=2114&lang=HEB](http://www.abiliko.co.il/index2.php?id=2114&lang=HEB)

<sup>163</sup> אברהם דורון ואורי ינאי מתחו ביקורת קשה על מצב עניינים זה, שבו אין לפרט – וליה בכלל זה –

זכויות מוקנות המוגדרות בביור. עיינו אברהם דורון ואורי ינאי חקיקת חוק שירותי רווחה וקביעת

כמצוות המהוקק, היא כתובת גיאוגרפית לפניות הציבור ולסינון הזכאים לסיוע, מבין כל הפונים אליה, אך אין היא בהכרח כתובת במובן המהותי, שניתנו בידיה סמכויות לתת מענה לצרכיו של הפרט הפונה אליה במצוקתו האישית. כמו־כן אין המהלקה לשירותים חברתיים רשאית להציע, כעניין שבזכות, שירותים מוגדרים כלשהם, ובכלל זה שירותים מניעתיים אישיים,<sup>164</sup> בלתי אם קיבלה את אישורם של ראשי האגפים במשרד הרווחה. מצב זה הוא למגינת־ליבם של עובדים סוציאליים מסורים בלשכות הרווחה, החשים תסכול לנוכח כבילת ידיהם מול צרכני שירותים המצויים במצוקה אך אינם נמנים עם הזכאים לסל, או לנוכח חוסר האפשרות להעניק טיפול בלי הרשאה מגבוה.<sup>165</sup> העובדים הסוציאליים נושאים באחריות, אך לא אחת אין בידיהם סמכויות היוניות למימושה של אחריות זו; לא אחת אין ביכולתם להיענות לסבלם של לקוהותיהם ולזעקת העוול שהם משמיעים.

דומה כי החקיקה בישראל בתחום השירותים החברתיים – ובכלל זה המכלול האדיר של ה"קת"מ-משנה והנהגות פנימיות המאגדות בעשרות כרכי התע"ס – הסרה נשמה יתרה מסוננת ומסוננת. על־כן, אף אם נהפוך בה ונהפוך בה, אי־אפשר לגזור ממנה זכות לשירותים מניעתיים, כאלה שעשויים להולל שינוי חברתי, ובכלל זה שינוי יסודי בתקוותיהן ובאיכות חייהן של משפחות וקהילות. אין בה הרכיב המאחד שמטרתו להגן על הילד כפשוטו, המאפשר להתעלות מעל לאילוצי היומיום ולהיאחז בתכלית ובכוונה של מניעת הרע הברור והמוסכם מלכתחילה. אין בנמצא תכלית מניעתית שהיא בעלת כוח וממשות נורמטיבית, קרי, כוח ומשמעות בעולם המציאות המשפטית. אין בנמצא תכלית מניעתית ששוברת את מחסום הרטוריקה הריקה, כזו שאפשר לשאוב ממנה

סלי שירותים 11–12 (1994). לביקורת על הכוח המוגזם המופקד בידי אנשי־מקצוע, באין הגדרה ברורה של זכויות חברתיות, ראו גם את דיונו של FREEMAN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 73.

164 שניט, לעיל ה"ש 162, בעמ' 22. נציין כי קיומם של שירותים חברתיים במערך מוניציפלי משפיע על אוכלוסיות שלמות הגרות ביישובים חסרי מעמד מוניציפלי (דוגמת הברדווים ביישובים הבלתי־מוכרים). בשנת 2005 הגישו חברי־כנסת אחדים הצעת חוק פרטית לתיקון חוק הנוער: חוק הנוער (טיפול והשגחה) (תיקון מס' 17) (מסגרת חוק ביתית לקטין נוקק), התשס"ו־2005, ה"ח הכנסת 115. גם הצעת חוק זו אינה מבטיחה אמצעים מניעתיים. בדברי החסבר נאמר כי העלות הצפויה של יישום הצעת החוק עומדת, להערכת משרד האוצר, על כ־170 מיליון ש"ח בשנה.

165 עובדים סוציאליים ברחבי הארץ מדווחים זה שנים ארוכות כי אין הם מצליחים להגיע לכל הילדים בסיכון הזקוקים להם. מקצת העובדים הסוציאליים מרגישים חוסר אונים. במובן זה היה צעדה של עדנה שטרית, פקידת סעד מנס־ציונה, צעד מכונן. היא החזירה את מינוי פקיד הסעד שלה במחאה על שהשה "נבגדת מההפקד וחוסר ההגנה גם שלנו כפקידי סעד וגם של הילדים אשר בטיפולנו". עיינו יוסף אלגזי "לבד, ברחוב" הארץ 14.9.2001 www.haaretz.co.il/misc/1.733960. בכתבה זו הודגש המחסור בשירותים חוץ־ביתיים. דיווחים תקשורתיים על־אודות ילדים או משפחות המשוועים לשירותים, כשמולם עובדים סוציאליים שאינם שלמים עם המענים שיש בידיהם, אינם נדירים. אולם בחבירה של עדנה שטרית לילדים ולמשפחות בעצד של מחאה היה סימן מבשר טובות. המשכו במאבקם הנוכחי של העובדים הסוציאליים למען תקינה נאותה, אשר טרם נשא פרי. עיינו גם אור קשתי ושרילי סידלר "יותר מ־300 פונים לרווחה על כל עובד סוציאלי בדרום" הארץ 6.6.2014 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2341333

השראה וסוה לעשייה. רכיב מניעתי מאחד כזה היה עשוי להכניס צדק חומל – הקשוב לקולם של הילדים טעני ההגנה ונענה לו – אל אוסף ההוראות הקיימות במערך ההקיקה הישראלי, שאינו קוהרנטי בתכליתו המניעית ונראה כטלאי על-גבי טלאי של כללים ביוזקריטיים.<sup>166</sup>

### (ג) לילד באשר הוא ילד אין זכות לבריאות

זכאותו של הילד לבריאות מובטחת על-ידי הוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. אך מושא ההבטחה הוא ילד הנהשב תושב ישראל או בנו של תושב ישראל, ולא כל ילד באשר הוא ילד. על-כך ילדים היושבים בארץ באופן ארעי – כגון ילדיהם של תיירים, ילדיהם של מהגרי-עבודה השוהים בארץ לא כדין או ילדים יתומים שנמלטו מרצח עם – אינם נהנים, כעניין שבזכות, ממכלול שירותי הבריאות המוקנים בהוק, אף שמקצתם עשויים ליהנות משירותי בריאות מסוה בהירה של הוריהם לרשש בעבורם שירותי בריאות מסובסדים. בפועל 60% מהילדים הסרי המעמד אינם נהנים מהזכות לשירותי בריאות בסיסיים: להוריהם ניתנה החירות – שאין להצדיקה מסוה האמנה – לא לבטחם, והמדינה הוסכת כך את כספי הסבסוד ומפרדה בכך את הזכות כלפי אותם ילדים, אשר השופים לסכנות בריאותיות.<sup>167</sup> מטבע הדברים, הפגיעה הנגרמת לילדים החשופים להזנה או להתעללות נעשית קשה שבעתיים כאשר נשללים מהם שירותי בריאות, אך מעבר לכך, שלילת הביטוח הרפואי מעצימה את נזקותם, באין לאחראים על הילדים

166 לביאור קריאתנו – בהשראת עמנואל לוינס – לצדק חומל, אשר קשוב לקולם של הילדים טעני ההגנה ונענה לו, עיינו רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"ש 8; רונן "על סבל", לעיל ה"ש 8; רונן "בשם טובת הילד", לעיל ה"ש 54, במיוחד בעמ' 153-156 ו-158-159. עיינו גם ישראל עני גילת "על הוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996 ועל מקצת חידושי" קרית המשפט ב 239 (2002) (להלן: גילת "על הוק העובדים הסוציאליים"). במאמר האחרון נמנו הכשלים המרכזיים בכל הנוגע באי-ההלימה בין הערכים הפרופסיונליים של העובדים הסוציאליים שהוקנו בחוק זה לבין מערך שלם של הוקים ותקנות של שירותי הרוחה הממלכתיים, אשר שוללים למעשה כל שיקול אם הוא אינו מגובה במדיניותם של מנהלי שירותי הרוחה. עיינו גם במחקרם האמפירי של ישראל דורון, יעחק רוזנר ומירית הנס-קרפל "הוק, עבודה סוציאלית ופרופסיונליזם – עמדותיהם של עובדים סוציאליים כלפי הוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996" חברה ורוחה כז 189 (2007), ובמסקנות המובאות בו. לדיון בסכנת השימוש לרעה בעובדים סוציאליים לצורך משטור חייהם של ילדים ומשפחות בעילה של הקיקה להגנת הילד עיינו Scourfield & Welsh, לעיל ה"ש 59.

167 זו תוצאתם של ס' 1, 3 ו-4 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי בהיקראם יחדיו. עיינו גם בס' 378 לחוק הביטוח הלאומי. מדאיג במיוחד מעבם של ילדי "העובדים הזרים". עיינו, למשל, סיכום מושב ד, לעיל ה"ש 156, בעמ' 12, וכן דוח ישראל החלופי, לעיל ה"ש 153, בעמ' 19. נפרט: החל בשנת 2001 ילדים אלה יכולים ליהנות מסל שירותי בריאות אם הוריהם יבחרו לבטחם. הסל מסובסד בחלקו על-ידי מדינת-ישראל במסגרת הסדר עם קופת-חולים מאוחדת. מכל מקום, החריגים לשלילתה של הזכות לבריאות מילדים צרים: ילדים זכאים לטיפול רפואי דחוף ללא התניה מכוח ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, והם זכאים גם לשירותים של תחנות טיפת חלב. ראו נטע משה "שירותי רוחה לעובדים זרים ולחסרי מעמד אזרחי בישראל – מדיניות והיקף השירותים" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 1.7.2013, pdf/m03314.pdf, www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03314.pdf).

כלים להבטחת שיקומם הרפואי או החוזהי של ילדיהם, ונמצא כי שלומו של הילד מופר.

#### (ד) אין לילד זכות לקורת־גג במחיצת משפחתו

הוק הדיוור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט-1998 (להלן: הוק הדיוור הציבורי), זכה בתשומת־לב ציבורית ונתפס בעיני מהוקקיו, במידה רבה של צדק, כנושא בשרה חברתית הדשה.<sup>168</sup> אפשר לראות בו סנונית המבשרת על הגנה על זכות למגורים ליהודים ולמשפחות, בשל התקווה לרכישת דירות על־ידי משטי־יסלת הגרים בדיוור מוגן. דווקא בשל כך השוב להבהיר לענייננו כי ההוק לא הקנה זכות כללית לדיוור ציבורי מסובסד, ולו בשכירות ולו רק לילד המשטייך למשפחה במצוקה כלכלית קשה, אלא רק הבטיה סבסוד למשפחה שמהזיקה דירת מגורים "שהיא בבעלות, בהכירה לדורות או בניהולה של הברה לדיוור ציבורי".<sup>169</sup>

בתי־המשפט לא תיקנו מצב עניינים זה. פסיקת בית־המשפט העליון שפירשה את הזכות לכבוד האדם כמעניקה זכות לתנאי קיום מינימליים – להבדיל מתנאים נאותים או ראויים – אינה מבטיחה לילד קיום ראוי השונה על צרכיו החומריים והרגשיים הבסיסיים, קיום שצריך להיות מובטח לו במסגרת ההוק־ביתית שאליה הוא מוצא בשם טובתו.<sup>170</sup>

הדוה שהגישה ישראל לוועדת האו"ם לזכויות הילד בשנת 2010<sup>171</sup> אינו מתכזה לכך שבישראל אין לשום ילד – אף לא לילד המזוהה כזוקק להגנת המדינה – זכות סטטוטורית או הוקתית לתנאי מהיה ראויים במשפחתו ובקהילתו, ובכלל זה זכות כללית לדיוור הולם עם משפחתו וקהילתו. הערה בדוה החלופי לוועדת האו"ם משנת 2013 מזכירה כי מספר המשפחות החיות מתחת לקו העוני שלה בישראל במהלך השנים האחרונות, במיוחד בקרב משקי־בית שיש בהם יותר משני ילדים.<sup>172</sup> דוה ועדת האו"ם לזכויות הילד מקבל נתון זה, מזכיר כי אחד מכל שלושה ילדים הי מתחת לקו העוני,

168 יצוין, עם זאת, כי הוק זה נחקק מלכתחילה כתוכנית־הרצה למשך חמש שנים (ס' 20 לחוק). כמרכן, תיארוך תחולתו נדחה במשך יותר מעשור שנים, ורק בשנת תשע"א נקבע כי הוא יחול מ־1.1.2013 (ס' 21). בפועל רק ביום 6.1.2014 הכריזה הממשלה על תחולתו באופן מיידי.

169 כלשון הגדרתה של "דירה ציבורית" בס' 1 לחוק הדיוור הציבורי. ראו דוה ישראל לאו"ם 2010, לעיל ה"ש 96, בעמ' 15–30.

170 עיינו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 146 (1995). לדיון בפוטנציאל של העצמת מעמדן של הזכויות החברתיות באמצעות פסיקת בית־המשפט העליון, ולהשתמעויותיה של החובה מכוח הדין הבין־לאומי להבטיה תנאי מחיה ראויים, עיינו גיא מונדלק "זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה 65 (1999); יובל אלבשן זרים במשפט – גישות לעדק בישראל 87–169 (2005).

171 דוה ישראל לאו"ם 2010, לעיל ה"ש 96, בעמ' 25–30, 105–106, ובמיוחד ס' 116–117 (בעמ' 38) וס' 448 (בעמ' 158).

172 דוה ישראל החלופי, לעיל ה"ש 153.

וקורא למדינת ישראל להבטיח תמיכה כלכלית ראויה ושירותים זמינים והינמיים, בלא הפליה, לילדים ההיים מתחת לקו העוני.<sup>173</sup>

**(ה) אין לילד זכות להבטחת הכנסה מינימלית להוריו שתאפשר לו תנאי מחיה ראויים**

בהוק הבטחת הכנסה קבע המהוקק לראשונה את זכאותם של אלה שנקלעו למצבי מצוקה כלכלית לקבל תמיכה כספית ברמה של מינימום חברתי מוסכם, שאמורה להבטיח את קיומם. והנה, בפרשת עמותת מהויבות לשלום וצדק חברתי<sup>174</sup> נידונה בהרחבה בין השופטים השאלה הבאה: עד כמה המדינה יכולה, באמצעות הוקי ההסדרים במשק המדינה, לצמצם את הגמלאות המגיעות על-פי הוק הבטחת הכנסה, בהינתן שיש בכך כדי לפגוע בזכות לכבוד האדם? ובתמצית, מה מהויבותה של המדינה ל"מינימום של קיום בכבוד"? כך נהפך הוק זה ליותר מאשר מקרה פרטי של תמיכה מדינתית בילדים; הוא נהפך להודמנות לקביעה הוקתית המציעה נדבך היוני ואיתן להגנת הילד בישראל. אולם הודמנות זו הוחמצה. מקריאת פסקי-הדין של הנשיא אהרן ברק בדעת רוב ושל השופט אדמונד לוי בדעת יחיד עולה כי אין בנמצא תשובה חד-משמעית לשאלה מה היקפו של אותו "מינימום של קיום בכבוד". לעניין הקיצוץ בגמלאות קבע הנשיא ברק שגם הפחתה משמעותית בגמלאות, מתוך מטרה לתמרץ את הזכאים לצאת לעבוד, מהווה מדיניות נסבלת, ואי-אפשר לפוסלה. השופט לוי, לעומתו, סבר כי יש בהפחתה שנקבעה כדי לפסול את ההוק בשל הוק-יסוד: כבוד האדם והירותו, התשנ"ב<sup>1992</sup>. שופטי הרוב לא ששו לקבוע הלכה פסוקה לדורות מהו המינימום הנדרש לקיום בכבוד, אלא רק הביעו עמדה קונקרטית, בנסיבות המקרה שלפניהם, לגבי השאלה אם העתרים זכאים לסעד אם לאו. על-יכן אין כל אפשרות להוות בבטחה מה תהא עמדתם של שופטים אחרים בעתיד במקרים דומים שיובאו לפניהם. לדעתנו, אין בפתרון פסיקתי נקודתי, שאף שנוי במחלוקת מבהינת היקפו, תהליף ראוי לדבר הקיקה מפורש וצולל שיקבע את זכאותו של כל אדם לחוזה באשר הוא אדם. מדברי השופטים ניתן אפוא להסיק כי אין כל הצהרה בהוק הבטחת הכנסה או בהוק-יסוד: כבוד האדם והירותו בדבר זכאותו של כל אדם באשר הוא אדם, או של כל ילד באשר הוא ילד, לתנאי מחיה ראויים – כאלה שיאפשרו את מימוש הפוטנציאל הייחודי שבו.<sup>175</sup> שתיקה זו היא שהטחה כנראה את דעת הרוב בהרכב לא לגזור הובה זו מהוק-יסוד: כבוד האדם

173 Convention on the Rights of the Child, Comm. on the Rights of the Child, *Concluding Observations on the Second to Fourth Periodic Reports of Israel*, U.N. Doc. CRC/C/ISR/CO/2-4, sec. 58 (2013).

174 פרשת עמותת מהויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 98.

175 זאב פלק עמד הלכה למעשה על זכות הילד לתנאי מחיה ראויים כבר בשנת 1975. עיינו Falk, *The Underprivileged Child in Israel*, לעיל ה"ש 19.

והירותו, אף שיש כידוע הטוענים, כנגד הכרעת השופטים, כי לא היה צורך בלהטוטנות משפטית כדי לגזור וכאות לתנאי מהיה ראויים.<sup>176</sup>

זאת ועוד, הזק הבטחה הכנסה יצר אומנם את הבסיס השוויוני להבטחה הכנסת-מינימום לכל אדם במצוקה כלכלית בישראל, אולם גם הרפורמה הגלומה בהוראותיו השאירה ללא מענה את הסוגיה של הבטחת השירותים והטיפול לים האישיים המינימליים לאוכלוסיות המוחלשות הנזקקות להם. מובן מאליו שגם הבטחת צרכיו של ילד או נער בסיכון לשירותים ולטיפולים אישיים נעדרת כל התייחסות. הספקת שירותים אלה לילדים ולנערים המצויים בסיכון יסלה להוות מנוף חשוב להצלחה בהתמודדות עם בעיותיהם ולשיקומם, לקראת יסלת התמודדות עצמאית עם קשייהם.<sup>177</sup> מאחר שעד סה

176 ראו קרפ, לעיל ה"ש 170, בעמ' 129-146-147; מונדלק, לעיל ה"ש 170, בעמ' 65-72; אלבשן, לעיל ה"ש 170, בעמ' 128-169; יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי-המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן?" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 297 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה", שם, 347. לניתוח עיוני הסומך ידיו על מגמת הפסיקה הישראלית עיינו יואב דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", שם, 69. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' אהרן ברק, "הקדמה", שם, 4, בעמ' 7-9, שבהם חידד את החלופות הלגיטימיות – לשיטתו שלו – לאי-העשייה היחסית של בית-המשפט העליון בהנהגתו:

"אין גם כל אפשרות הגיונית להבחין בין זכות אורחית לזכות חברתית. מדוע הזכות לקיום מינימלי בכבוד עשויה להיתפס כזכות-אדם 'מעורבת', ואילו הזכות לקיום ראוי בכבוד היא 'רק' זכות חברתית, ועל-כן אינה ראויה להגנה חוקתית?... הזכות למשפחה – האם היא זכות אורחית או חברתית? היכן נמקם את זכויות הילד?... השאלה הינה: האם ניתן להכיר בזכויות חברתיות נוספות כחלק מכבוד האדם והירותו?... התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר... היכן יועב הגבול וכיעד תימנע התוצאה שכל הזכויות (האורחיות והחברתיות גם יחד) ייתפסו כחלק מכבוד האדם והירותו? תוצאה כזו נוגדת כל גישה פרשנית-חוקתית ראויה... המסקנה שלי... הינה כי אין בזכויות החברתיות כל 'פגם גנטי'... כל שיטת משפט צריכה לתת דין-חשבון לעצמה אם ראוי לטפל בזכויות החברתיות ברמה חוקתית על-חוקית. אין להסתתר מאחורי טיעונים 'פורמליים' שעניינם אופיה של הזכות והקשיים בקביעת מידת היקפה וההגנה עליה. יש להתמודד במישרין עם השאלה איזו חברה אנו, מה הן שאיפותינו החברתיות ובאיזו מידה אנו מוכנים להגשים אותן."

להכרה מסוימת של הממשל הישראלי בפגיעה בזכויותיו החברתיות של הילד עיינו דוח ישראל לאו"ם 2010, לעיל ה"ש 96, בעמ' 158, אשר מכאן – בעקבות דעת הרוב בפרשת עמותת מחויבות לשלום ועדק חברתי, לעיל ה"ש 98 – כי החוק אינו מבטיח זכויות סוציאליות באופן מחלט. עם זאת, בהקשר זה המדינה מחויבת להבטיח "רשת-ביטחון", כלשון הדוח, על-מנת שמצבן של השכבות החלשות לא יידרדר למחסור קיומי, במובן זה שהם יסבלו מחוסר מזון, מדור, תנאים תברואתיים, שירותי רפואה וכדומה. אלא שדבריו הנוקבים של השופט לוי בפרשה, המבארים היטב כי הדין אינו מבטיח תנאי מחיה ראויים, נותרים ללא מענה, ולעניות דעתנו אי-אפשר ליישבם עם לשון הדוח המרגיעה בדבר "רשת-ביטחון". גדריה של "רשת-ביטחון" זו אינם ברורים כלל ועיקר.

177 לשירותים האישיים כמנוף לקראת התמודדות עצמאית ראו את דבריהם של דורון וינאי, לעיל ה"ש 163, בעמ' 442. הצעת חוק זכויות ילדים בסיכון לקבלת שירותים, התשס"א-2000, הי"ח 5, אשר נחקתה שוב ושוב בהתנגדות עיקשת של האוצר, עשויה אפוא להיות מענה מסוים לחלק מן

לא זכו הילדים בישראל במסגרת נורמטיבית מפורשת שתקבע את זכאותם לשירותים חברתיים שיגנו עליהם מפני הסכנות, אין תמה שאין כל הוראה המטילה על השלטון המקומי או המרכזי הובת השתתפות במימון שירותים כאלה, כגון הבטחת הכנסה מינימלית בעבור הילד, הבטחת סל בריאות בסיסי או הבטחת תנאי דיור מינימליים. אילו הייתה קביעה כזו לזכאות של כל ילד בתוך משפחתו, היו תשלומים אלה מונעים את התופעות הנפוצות של ילדים בסיכון המצויים בסיכון גם לאחר הוצאתם מהבית.

## פרק ג: על הוצאת ילדים מבתי הוריהם – השתתפות בהחלטות והליך הוגן

### 1. הבטחת דיאלוג פתוח ושוויוני בין אנשי המקצועות המסייעים לבין הילד, משפחתו וקהילתו

הגנת הילד אינה רק מהות מוסרית, תובנה פסיכולוגית או אמצעי מימון, כפי שהעלינו עד כה, אלא גם הליך פרוצדורלי שבו המדינה, על כל מוסדותיה, מחויבת לשקלל את ההצעות לפתרון מיטבי, ואשר בו הילד לא יוכרו כנוזק, ואף אם יוכרו ככזה, יפתרו את בעייתו באופן מיטבי. מאחר שההורים הם האפוסטרופוסים הטבעיים של ילדם, מאחר שהילד הוא איבר ממשפחתו הקרובה והרהווקה, ומאחר שיש מקום לטפח את זהותו של הילד בקהילתו, ראוי שכל אלה ינסו להכיר יחד עם הילד עצמו ולדון בסובדראש עד כמה ניתן להבטיח את הגנת הילד מבלי לפגוע באינטימיות של משפחתו ולהוציא כחסר זהות מתוך קהילתו. שיקול-דעת מנהלי הוא נדבך חשוב במדינה דמוקרטית, קל והומר כאשר הוא עוסק בהגנה על הילד. אין מערכת השירותים החברתיים יס לה לנכס לעצמה הבנה ברורה ונסונה יותר באשר לטובתו של הילד מזו של שאר השותפים הטבעיים: הילד עצמו, הוריו, משפחתו המורחבת וקהילתו.<sup>178</sup> במאמר אחד הציע המהבר הראשון לעגן בהוק את מודל הוועידה המשפחתית, שבו המשפחה הקרובה והרהווקה מתכנסת עם אנשי הרווחה ועם הילד שעניינו נידון.<sup>179</sup> מודל זה, ששורשיו בתרבות המאורית הילדית של ניו-זילנד ואשר אומץ שם בהוק, מאפשר הגנה על זיקותיו של הילד

המשפחות האלה. קצרה היריעה מלמצות כאן את הדיון בהצעת חוק זו. עיינו גם באתר של תנועת "עתידנו" – תנועה של עובדים סוציאליים שקמה בשנת 2007 ומבקשת להפוך את העובדים הסוציאליים לשחקנים משמעותיים בעיצובה של מדיניות הרווחה וביישומה: [atidenu.co.il/?page\\_id=2](http://atidenu.co.il/?page_id=2) (להלן: אתר תנועת "עתידנו").

178 בכמה מפסקי-הדין מעירים השופטים בבית-המשפט העליון על התנהלות לא-תקינה של הרשויות, העושה עוול לילדים. ראו, לדוגמה, בע"מ 7360/08 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.9.2008); רע"א 7535/11, לעיל ה"ש 82.

179 רונן "זכות הילד לזהות", לעיל ה"ש 21. המעיין במאמר זה ימצא מידע רב על תהליכי ושלביה של הוועידה המשפחתית. יקצר המצע מלהזור כאן על הנאמר שם.

למשפחה הגרעינית והמורחבת ואל הקהילה, וכן הסתיישות בסדותיהן, בתבונתן ובידע שלהן בעיצוב המענים למצוקתו של הילד. נראה כי יש במודל זה פוטנציאל של ממש להברדה הישראלית מרובת התרבויות, במיוחד במתן מענה לילדים אשר משתייכים לקהילות מנהלשות ומודרות וזקוקים להגנת המדינה. מודל הוועידה המשפחתית – המעביר כזה רב מידי אנשי-המקצוע שלוהי המדינה לידי המשפחה המורחבת והקהילה – מוביל, לפי הניסיון המצטבר, לנטילת אחריות מצד המשפחה האינטימית והמשפחה המורחבת להטבת מצבו של הילד. לדעתנו, אם יאומץ מודל הוועידה המשפחתית בישראל, ישמשו השירותים ההברתיים מתוכים הוגנים בין רצונה של המדינה להגן על הילד לבין המשפחה והקהילה, שאף בהם קיימים סדוהת המחויבים להגנה על הילד, וכך תיחסך מן הילד התוויה הקשה של הוצאתו מהבית ואיבוד זהותו התרבותית, והוא אף יצא נשכר מהעושר של ערכים, תפיסות ונסיונות היים שאליהם יישף במסגרת הדיאלוג. בישראל מנסים מעט מדי להגיע להחלטה מושכלת שתתקבל על דעת סלם. בעבר הופעל מודל של קבוצת-דיון משפחתית, אך באופן נסיוני וביישובים ספורים בלבד, וגם ניסוי זה הופסק בשל העדר תקציב.<sup>180</sup> האם בתוכנית-הרצה כזו, אשר קמה ונעלמת בהינף קולמוס מנהלי, יש משום מענה ממצה לבעיות שעליהן הצבענו כאן? לעניות דעתנו, לא רק שאין בתוכנית-הרצה כאלה פתרון של ממש, אלא הן עלולות אף לשמש צידוק להמשך הקפיאה על השמרים, דווקא משום שהן מזינות את האשליה הרווהת של היענות לצרכים ממשיים.

אך עד שתאומץ המלצתנו לעגן את מודל הוועידה המשפחתית, מוצע שייעודת ההחלטה – או ליתר דיוק יועדת תכנון וטיפול, כשמה העדמי – ופעילותה בהיפוש פתרונות למען הגנת הילד המצוי בסיסן ישוגנו בהוק, ולא רק כסדרים מנהליים בהווד מנכ"ל משרד הרווהה (להלן: הווד תע"ס), כפי שהוצע גם במסקנותיה של ועדת גילת משנת 2002.<sup>181</sup> פעילותה של הוועדה תתנהל פשקיפות המתבקשת, פמומהיות הנדרשת ובעיקר פכבוד ופשוויוניות דיונית. במצב המשפטי השורר כיום, ועדת תכנון וטיפול מעוגנת בהווד תע"ס כוועדה חשובה שבה מתקיימים דיונים בין אנשי המקצועות המסייעים בדבר גורלם של ילדים בסיסן. מסקנות הוועדה מופנות אל פקיד הסעד, אשר מעביר את הכרעת הוועדה לבית-המשפט המוסמך באמצעות תסקיר. מטרת הוועדה נאצלות בתכלית, וקשה להלין עליהן, אך בפועל דרך התנהלותם של הדיונים, אשר נוגדת מושכלות-יסוד של המשפט המנהלי, אינה מתיישבת עם מטרת אלה. הדיונים נערכים מבלי שמוקנית לילד – קל והומר לבני משפחה המורחבת – זכות מן הדין להישמע, ומבלי שמובטח, הלכה למעשה, מיצוי של הלפת גידולו במשפחה המורחבת או בקהילה. עד היום שמיעת הילד ומשפחה היא בגדר נוהל פנימי הנתון לשיקול-לדעתה של ועדת תכנון וטיפול, וכאשר אפשרות זו ניתנת למשפחות, הדבר נעשה לפנים משורת הדין.

180 על הפעלתו המקוטעת של הניסוי עיינו בסקירה של מבקר המדינה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1378 – 1391.

181 דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 8, ס' 14 למסקנות המשפטיות.



הדיונים המקצועיים הנערכים בוועדות תכנון וטיפול אינם השופים לפני בתי-המשפט הדנים בעניינו של הילד, ובתי-המשפט נסמכים על תסקיריהם של פקידי הסעד. אין בתי-המשפט מודעים להילוקי-דעות שאולי היו בתיק, ולוועדות תכנון וטיפול אלה גם אין מעמד בהוק לפני בתי-המשפט. בהעדר עיגון בהוק או בתקנות בעלות פועל תהיקתי לוועדות תכנון וטיפול, אין הן בעיני השופט אלא כסרה העודף להוות-דעתו של פקיד הסעד בתסקיר. השופט אינו מודע גם לדעתה של המשפחה הקרובה והמורחבת יותר, ובוודאי אין הוא מקבל כל דיווח על נכונותה של המשפחה להשתפר ועל תוכנית הלופית שאולי העלתה לשיקומה ולשיקום הילד. לדעתנו, יש לתת להילוקי-הדעות ביטוי בדיוני בתי-המשפט. הוועדה אינה צריכה להיות סרה העודף לפקיד הסעד, ואין זה ראוי שפקיד הסעד יהיה מעין "הוצאה לפועל" של ועדות תכנון וטיפול. הוועדה חייבת להתור לפתרון הוגן שעליו תוכל להמליץ לפני בתי-המשפט. אסור שסוגיית גורלו של הילד בסיסן תעלה מלכתחילה בוועדה כעניין של מילוי הוראות מגובה מצד פקידי הסעד הבכירים לפקיד הסעד המטפל במשפחה – מעין "כתב מניעה" של המשפחה לפני השיירותים החברתיים – אלא יש ללפנה בדרך של דיאלוג בין שוים: המשפחה, הילד ואנשי השיירותים החברתיים.

לנוכה האמור, הצעתנו היא להייב את כינוסה התסוף יותר של כל ועדת תכנון וטיפול, אשר תפעל בהרכב מלא ומגוון של עובדים סוציאליים, פסיכולוג, פסיכיאטר ואף אנשי הינוך (ואולי גם אנשי דת לגבי משפחות דתיות) מול כל משפחה שגורל ילדה שבסיסן (ובהמשך – נושא הטיפול בו) נידון בה, או לכל-הפחות מול אותן משפחות שמוניינות באמת ובתמים לשקם את עצמן. און קשבת של פורום רחב בתכיפות רבה יותר תהווה תמריץ לאותה משפחה משתקמת. נוסף על כך, תוכניות הטיפול יוצעו לא רק על-ידי השיירותים החברתיים, אלא יש להייב את הוועדה לאפשר למשפחה עצמה להגיש תוכנית טיפול הלופית מגובה על-ידי אנשי-מקצוע מהתחום הטיפולי.<sup>182</sup> הבטחת

182 בתחילה שקלה ועדת גילת להגביל את ייצוגם של ההורים או המשפחות לרשימה של נאמנים, שרק הם יורשו להופיע בשמה של המשפחה ולייצגה (גילת "על הכשל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 466–468), אך לבסוף זנחה את הרעיון. מעניין שדווקא חברת הוועדה אתי פרץ, יושבת-ראש איגוד העובדים הסוציאליים, היא שהפנתה את תשומת-הלב לבעיות הפרועדורליות של רישום נאמני ציבור: האם הם יצטרכו לעבור הכשרה? האם רק בעלי מעמד קהילתי מוכר יוכלו לשמש נאמני ציבור או שמא גם סתם שכן עם ראש פתוח יוכל לייצג את המשפחה? זאת ועוד, אם הרישום יהיה שירות מקצועי, ייתכן אפילו שיעטרכו לפתוח בהליכי מכרז. לכן הצעתה של ועדת גילת (ראו דוח ועדת גילת, לעיל ח"ש 8) הייתה לפתוח בשלב הראשון את הייצוג לכל מי שהמשפחה מעוניינת שייצגה. בשלב זה ישמע הנציג את הדעות השונות במשפחה ויצג לפני הוועדה את השגותיה של המשפחה לפי מיטב הבנתו. אך אם המשפחה תרצה להציע תוכנית טיפול הלופית, בהחירה הוועדה, מוטב שהיא תעשה זאת באמצעות עובד סוציאלי או איש-מקצוע מתחום טיפולי אחר. זאת, מתוך הנחה – שאינה נקייה מספקות – שאנשי המקצועות המסייעים מתאימים יותר להגשת תוכניות טיפול הלופיות מאשר חברי-כנסת או עורכי-דין. עיינו, לעומת זאת, בהצעתה של ועדת סילמן לספק ייצוג משפטי למשפחות במימון המדינה, ולהפעיל ועדות ערר מחויבות לדיון בהליכי ועדות שנפל בהם פגם

אפשרותה של המשפחה להציג תוכנית טיפול הלופית אינה מהייבת כמוכן את קבלתה על-ידי הוועדה, שהרי ייתכן שיתגלו בה פגמים מהותיים. אך הניסיון לעמת בין תוכנית הטיפול השונות לא רק יחנך את השירותים החברתיים להאזין לקולם של המשפחה והילדים, אלא גם יאלץ את המשפחה להקשיב לדעת השונות של חברי הוועדה ולהתחשב בהשגותיהם. הילוקידות בין חברי הוועדה, אם יהיו, כמו גם הילוקידות בין השירותים החברתיים להורים או בין ההורים בינם לבין עצמם, יועלו לפרוטוקול הוועדה, ובאין הסכמה יובא העניין להכרעתו של בית-המשפט. אולם יש לזכור כי בית-המשפט אינו הפורום הראוי לניהול דיונים שוויוניים וכנים על-אודות גורלו של ילד בסיכון – שכן אלה מהייבים זמן ארוך יותר לשם שמנוע הדדי – ואין זה מן הראוי שהשופט יכתוב את הפתרון בלי כל דיון. על-כך החיזוקות לבית-המשפט תישמר רק לאותם מקרים שבהם כשל נסיונם של הצדדים להגיע להבנה.

הדיונים בוועדת תכנון וטיפול יתקיימו פנים-אל-פנים, על-מנת לאפשר שמנוע הדדי. מסיבה זו מוצע גם שהדיונים לא יתקיימו מול הוותדעת כתובות של איש-המקצוע שאינו מעורב. המטרה היא אפוא ליצור שיה – לא רק בין המשפחה והילד שעניינם נידון לבין חברי הוועדה, אלא גם בין אנשי-המקצוע החברים בוועדות לבין אנשי-המקצוע שיגבו תוכניות טיפול הלופיות שתציג המשפחה. נוסף על כך, יש להייב את פקידי הסעד והוועדות לפעול בפתיחות ובשקיפות, בראש ובראשונה על-דרך חובת התרשומת. זאת, בעקבות פסיקת בית-המשפט העליון, הרואה בתרשומת את המכשיר היעיל ביותר להבטחת שקיפות.<sup>183</sup>

## 2. הבטחת עצמאות שיקול-הדעת של אנשי-המקצוע

ועדת גילת הצביעה על הכשל בהתנהלותם של פקידי הסעד במצבם הנוכחי מול הוועדה, בהינתן שהם הייבים אמון מוחלט לבית-המשפט בכתיבת התסקיר, ובזמן מהייבים מבחינה ממסדית לוועדה. כמוכן מסוים יש כאן "כפל נאמנות" של פקידי הסעד, שכן הם משמשים שופרה של ועדת תכנון וטיפול, מצד אחד, ונהזים כנאמניו של בית-המשפט

לטענת המשפחות. הצעות אלה מקרבות את החליכים מושא דיונו לאפיוניו של הליך ראוי. ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ח"ש 7, בעמ' 64.

183 בג"ץ 990/92 מורדוב נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מז(1) 478, 474 (1993); בג"ץ 606/86 עבדל-חי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד מא(1) 795 (1987); בג"ץ 954/97 כהן נ' ראש לשכת עורכי הדין, פ"ד נב(3) 486, 526–527 (1998); בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817 (2004). לדיון במסקנותיה של ועדת גילת עיינו סלונים-נבו ולנדר, לעיל ח"ש 28, בעמ' 425–428. גם ועדת סילמן (ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ח"ש 7) קיבלה את מסקנותיה של ועדת גילת (ראו דוח ועדת גילת, לעיל ח"ש 8, בעמ' 41–48). נעייין כי ביום 10.2.2014 התקבל חוק הנוער (טיפול והשגחה) (תיקון מס' 22), התשע"ד-2014, ס"ח 295, הקובע כי קיום קשר בין פקיד סעד לפי חוק הנוער לבין קטין והאחראי עליו, "לרבות לשם הכנת תסקיר", ייעשה "בשפה שהם מבינים והוברים אותה, או בתרגום לשפה כאמור, ותוך מתן הודמנות לכל אחד מהם להשמיע את דברו בשפה זו". לדעתנו, חידוש זה אינו מספיק, ויש להייב אותו גם לגבי דיוניה של ועדת תכנון וטיפול.

בהציגם את הכרעתה של ועדת תכנון וטיפול כאילו הייתה דעתם האישית, מצד אחר. לפי הצעתנו, קולו של פקיד הסעד לא יושתק במקרה של הילוקי-דעות בינו לבין הוועדה, ולא יוטל עליו להוות את דעתו בתסקיר בניגוד לעמדתו ולמצפונו. פקיד הסעד יביא את הוותה-הדעת שלו ואת דיוני הוועדה לפני השופט, והוא, השופט, יכריע בדבר. ראוי, עם זאת, שפקיד הסעד ימק מדוע אין הוא מקבל את עמדת הוועדה. גם הפחות-טקול של ועדת תכנון וטיפול שיונה לפני השופט ינהיר לו את הילוקי-הדעות המקצועיים בעניין.<sup>184</sup> לעניות דעתנו, אין להעלים הילוקי-דעות בין חברי הוועדה לבין עצמם ובינם לבין פקידי הסעד; כל הדעות השונות – של הילד, של משפחתו ושל אנשי-המקצוע השונים – יירשמו כעניין שבהובה. נוסף על כך תתקיים שקיפות בדבר השפעות היצוניות על פקיד הסעד ועל כל איש-מקצוע שיהווה את דעתו במסגרת ועדת תכנון וטיפול, כגון נסיון התערבות של מפקח או של פקיד סעד אזורי בההלכותיו. יצוין כי עצם הפנייה אל פקיד הסעד או אל חבר מהברי הוועדה, מהוץ למסגרת דיוניה של הוועדה, אין בה כשלעצמה כדי לפסול את פקיד הסעד או את חבר הוועדה. ברם, אי-גילוייה של פנייה כזו הוא עילת פסלות בפני עצמה: אי-שקיפות.<sup>185</sup> זאת ועוד, לא יוהלף פקיד סעד בשל הילוקי-דעות בינו לבין רוב חבריה של ועדת תכנון וטיפול, מן הטעם הפשוט שהובא בדיונו: פקיד הסעד אינו מייצג את עמדת השירותים ההברתיים, אם יש כזו, ואינו משמש בא-כוחם של הגורמים שהוא כפוף להם, בין במדרג הניהולי המקומי ובין במדרג הפיקוחי הארצי.

לטעמנו, יש להרהיב את סמכת הוועדה כך שהיא תוכל לדון ולהכריע בכל עניין הקשור לילד בסיכון – לא רק בשאלת הוצאתו של הילד מביתו ושליחתו למוסד הינוכי, לאומנה או למשן, אלא גם בסוגיות השנויות במחלוקת בין ההורים, במקום ועדת התסקירים של היום. לנוכה פרשת "תינוק המריבה" שהסעירה את המדינה בשנים 2004–2005, אנו מציעים כי תהא זו הוועדה המוצעת שתקבע אם ההסכמה שנתנו הורים/הורה למסור את הבן לאימוץ היא מרצון מלא, ביטוי למבע האמיתי של האם,

184 חוסר ההתחשבות בדיוניה של "ועדת החלטה" (שמה הקודם של ועדת תכנון וטיפול) עולה במפורש גם בע"מ (מחוזי י"ם) 475/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס' 4 (פורסם בנבו, 18.11.2003) (השופטים גל, דרורי ושפירא): "...לא הובא לפנינו טיעון מלא ביחס למעמדה הנורמטיבי ולסמכויותיה של 'ועדת החלטה', ועל-כן אין אנו קובעים עמדה משפטית ביחס למשמעויות של החלטתה." מעניין שבדוח של מבקר המדינה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1381, מצוין כי ממשרד הרווחה נכתב בתגובה על טיוטת הדוח כי דעתם אינה כמסקנות ועדת גילת, וכי אין סתירה בין תפקודה של "ועדת החלטה" לבין תפקודו של פקיד הסעד. לטענתם, במקרים של הילוקי-דעות פקידת הסעד הראשית היא המנחה את פעילותו של פקיד הסעד, ובכל מקרה הילוקי-דעות מוכרעים בהיוועצות עם היועץ המשפטי של המשרד. תגובתו של מבקר המדינה שללה את התיאוריה שהפריחה אנשי המשרד. ראו גם שם, בעמ' 1382. עיינו גם בדוח תכנית "מגן" (2012), לעיל ה"ש 7, המציעות לגבש הגדרות ברורות יותר לתפקידם של פקידי הסעד.

185 עיינו בג"פ 496/81 אללטיף נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד (לו) 2 (2) 415, 423 (1982), וכן פסקי-הדין המצוינים בה"ש 183 לעיל.

למשל, או שמא היא ניתנה תחת לחץ של מצוקה.<sup>186</sup> תיקון מס' 8 לחוק האימוץ<sup>187</sup> קובע דרכים לקבלת הסכמה מהאם היוולדת ומגבלות לגבי מועד קבלתה. גם מודל זה אינו מושלם, ומבוסס על אמונה בלתי-מערערת שהשירות למען הילד יעשה כל שביס לתו כדי למנוע את הוצאת הילד מרשות אמו.<sup>188</sup>

העובדים הסוציאליים יכולים לתרום לתיקון המשות בהגנת הילד בישראל: שילוב של מהותיות ערכית, תודעה חברתית מפותחת, ניסיון בעבודה "בגובה העיניים" וידע הצומח מהשדה עשוי להוביל עובד סוציאלי לעשייה רבת-ערך לטובת ילדים ומשפחותיהם, עשייה שמעבר ליישום הנורמות והנהגים הקיימים. עובדים סוציאליים עשויים לתרום יותר לקידום סדר-יום של הקצאת משאבים למשפחות מוהלשות ומנוהלות, ככל שנבטיה את יכולתם לפעול באופן אוטונומי מבלי להשוש מתלותם במערך הממסדי. לעת עתה עובדים סוציאליים עלו לים למצוא את עצמם בקונפליקט בין ערכיה של העבודה הסוציאלית שהם מהויבים לה לבין כפיפותם המוהללת כמעט למנהל השירותים ההברתיים או ליתר דיוק למנהל לשכת הרווחה, העלול להכתיב להם מדיניות טיפולית שאינה מתיישבת עם ערכי המקצוע, ובכלל זה עם נאמנותם לרווחת הילד, שהוא בבחינת לקוח "שאינו יודע לשאול".<sup>189</sup> אכן, בקרב העובדים הסוציאליים גוברות בשנים האחרונות המהותיות לעשייה מודעת חברתית וההתנערות מעשייה מקצוענית מנועה ואפוליטית כביכול. אומנם חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, מגדיר את העבודה הסוציאלית ונוגע בערכיה, ובכלל זה בזכותם של הפונים לקבל מן העסקים בה שירות מקצועי וערכי, אך העיקר נעדר מן החוק: הוראה שתורה כי

186 עיינו עוד בהמלצות של כל השופטים בפרשת ע"א 4798/95 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 195 (1996).

187 ראו לעיל ה"ש 82.

188 דומה שההנחיות בס' 8 לחוק האימוץ (שהוסף בתיקון מס' 8 האמור) ממחישות כמה "מתן מידע והסברים" רחוק מהדברת המצוקה שהאם שרוייה בה לעיתים לאחר הלידה. מדוע לא נקבעה בסעיף כל מהותיות לתת לאם מידע על אפשרות של "אימוץ פתוח"? מדוע אין ההסבר ניתן אלא מפי "עובד סוציאלי לפי חוק האימוץ", אשר לוקח למעשה ב"כפל נאמנות", שהרי הוא מחויב גם כלפי החורים המיועדים לאמץ, ולא מפי ועדת מומחים כגון ועדת תכנון וטיפול? נוכחות של שופט, דיין או משפטן בעת מתן ההסכמה אינה מצביעה על אובייקטיביות במסירת המידע, אלא משמשת רק לוודוא "הבנתה" של האם, כדי שהיא לא תטען לאחר-מכן כי הסכמתה לא הייתה מלאה, כפי שמוהאים רישום צוואה לפני שופט. היה ראוי שהמידע יימסר על-ידי ועדת תכנון וטיפול או למצער על-ידי עובד סוציאלי מטפל או עובד סוציאלי לפי חוק הנוער או עובד סוציאלי לפי חוק סדרי דין.

189 על א-ההלימה בין ערכי העבודה הסוציאלית לבין פרקטיקות נוהגות בשירותי הרווחה עיינו גילת "על חוק העובדים הסוציאליים", לעיל ה"ש 166. דוגמה אחת לכך היא מידת התאמתו של החיסיון המקצועי שהתחדש בחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996. תפקידם של פקידי הסעד בשאר חוקי הרווחה אינו עולה בקנה אחד עם החיסיון המקצועי. אגב, המונח "פקיד סעד" אינו מופיע בחוק העובדים הסוציאליים עצמו. על שאר הבעיות הפרוצדורליות בהתנהלותו של פקיד הסעד במסגרת הגשת תסקירו בבית-המשפט, כאשר כל עדותו מבוססת על עדות שמיצה, עיינו בע"ס 4746/13 פלונית נ' עו"ס לחוק הנוער – המחלקה לשירותים חברתיים (פורסם בנבו, 4.7.2013). עיינו גם באתר תנועת "עתידינו", לעיל ה"ש 177.

העובדים הסוציאליים במערך השירותים החברתיים רשאים להגן על ערכיה של העבודה הסוציאלית מפני הכתבה היצרנית של "אילוצי" השודה. אף-על-פי-כן החלו עובדים סוציאליים להיאבק על מהויבותם לעשייה שהורגת מאבחון ומהדרה של פרטים "הולים" כביסל אל עבר זיהוי של הטען תיקון בהברה ובמדיניות. שקיפות בשאלת תקפותן של המתודות המדעיות של המקצועות המסייעים עשויה אף היא לתרום לעמדה שאיש-מקצוע אוטונומי עשוי להגן עליה באופן שוויוני ומכבד לפני לקהותיו.<sup>190</sup>

### 3. סדרי עדיפויות חברתיים ותקציביים במימוש הגנת הילד

דיונו משיק אפוא לשאלת סדרי העדיפויות בתחום תקצובה של מדיניות הילד והמשפחה בישראל. קרבתו הנושאת של דיונו לסוגיות בוערות שנידונות במשפט המנהלי וההקני הישראלי עלולה להטעת. בית-המשפט העליון הישראלי, כמו רוב מקביליו בשלם המערבי, נרתע מהתערבות בענייני תקציב כאשר זו כרוכה בהכרעות בדבר סדרי עדיפויות טעונים מבהינה ערכית, במיוחד כאשר הנהנים הצפויים מהתערבות הם ה"אחרים", המנהלשים חברתית-כלכלית, המודרים, ביניהם ילדים למשפחות הדוריות ולמשפחות שאינן מזוהות עם התרבות השלטת.<sup>191</sup> אי-התערבות

190 עיינו גילת "על הכשל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 472; אתר תנועת "עתידנו", לעיל ה"ש 177.

191 תזה זו עומדת במרכז ספרו של אלבשן, לעיל ה"ש 170. עיינו גם אמיר פז-פוקס "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות – בהשראת Daphne Barak-Erez and Aeyal Gross Exploring Social Rights (Hart, 2007) דין ודברים ה 307 (2010), במיוחד בעמ' 327 ו-334; רן רביב ועופר סיטבון "הדרה חברתית – בין שיה כלכלי לשיה משפטי" הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 45, 54–58 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008). על-אודות הונחת זכויותיהם החברתיות של ילדים מחלשים ראו גם: Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum, *Introduction to a New Agenda for Children: From Mixed Success in the Past to Future Progress, in THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* 1, 1–2, 5–6 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008).

לעניין זה מרתק דיונו של שופט בית-המשפט העליון נעם סולברג במאמרו "שמרו משפט ועשו עדיקה" דין ודברים ה 13, 25–32 (2014). מחד גיסא, המחבר מבטא מודעות לעוני של שיה הזכויות החברתיות, ואף מפנה (שם, בה"ש 37) למאמרו של אמיר פז-פוקס המאזכר לעיל; מאידך גיסא, הוא מסתפק בהפניה (שם, בה"ש 40) לעמדתה של רות גביון כדי להעדיק את העמדה ששיה הזכויות החברתיות "אין בכוחו להביאנו אל הארץ המובטחת", כלשונו (שם, בעמ' 26). עמדתו כלפי שיה הזכויות החברתיות מסיוגת: הוא מפנה (שם, בה"ש 48) לפסיקה כדי להעדיק קביעה כי צפויה עדנה מסוימת לשיה הזכויות, אך מוסיף מייד "גם אם במגבלות התקציב ולפי סדר עדיפות" (שם, בעמ' 28), כאילו מגבלות תקציב וסדר עדיפות הם נתונים קבועים אשר נקיים מהכרעות ערכיות. בהמשך הוא עושה מהלך מורכב: הוא מניח בלא הנמקה כי אתום אינדיבידואליסטי הוא העומד בבסיס של שיה הזכויות, ומעמיד אל מולו אתום יהודי, השולל כביכול היזקקות-יתר לשיה הזכויות. כאסמכתה לכך הוא מפנה (שם, בה"ש 49) לדיונו של הילרי פטנאם בהגותו של עמנואל לוינס (הילרי פטנאם פילוסופיה יהודית כמדרך לחיים – רוזנעווייג, בובר, לוינס, ויטגנשטיין (דבי אילון מתרגם,

זו זוכה בהבנה ובתמיכה רחבה, בין היתר על רקע השוכדה שבית-המשפט אינו גוף

2012)), ומצטט בעקבות פטנאם (בעמ' 63 לחיבורו לעיל של פטנאם) את אמירתו של לוינס כי "בחירה אין משמעותה זכויות-יתר, אלא אחריות". לוינס מכוון באמירתו זו לאחריות המוטלת על העם היהודי בשל בחירתו, וממנה מסתעפת עמדתו לאנושות שהתבגרה, כלשונו של לוינס, לאנושות המוכנה לקבל על עצמה מחויבות לזכות אדם. עמדתו של לוינס מובהקת: שיה זכויות חייב להתבסס על אתוס של תלות הדדית, חשיבותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית אינה נעוצה בהודמנות לממש ערכות קהילתיות פנים-יהודית בעל פועלה של המדינה, כפי שעשוי להשתמע מדיונו של סולברג, אלא בהגשמת ייעוד של עשיית ערך חברתי. בלשונו של לוינס בחיבורו "מדינת ישראל ודת ישראל" חירות קשה – מסות על היהדות 293 (2007):

"חשיבותה של מדינת ישראל... בהודמנות הניתנת סוף סוף למימוש תורתה החברתית של היהדות... העם היהודי השתוקק לארצו ולמדינתו לא על שום העצמאות הסרת התוכן שציפתה לו בהן, אלא על שום יצירת חייו שיכול היה להתחיל בה סוף סוף. עד עתה הוא קיים מצוות; לימים גיבש לעצמו אמנות וספרות [יפה משלן], אך כל היצירות שהתבטא בהן נותרו כמיין ניסיונות נעורים שהתמשכו יתר על המידה. לבסוף מגיעה שעת יצירת המופת. אחרי הכל היה זה איום להיות העם היחיד המגדיר את עצמו באמצעות תורת צדק והיחיד שאינו מסוגל ליישמה. זהו הקרע וזהו המובן של הגולה. הכפפת המדינה למחויבויותיה החברתיות נותנת ביטוי למשמעות הדתית של תחיית עם ישראל, כשם שביטאה זאת, בימים עתיקים, עשיית הצדק שהעדיקה את הנוכחות על פני האדמה."

לוינס מחליף את שיה הזכויות מחיבוק הדוב של האתוס הליברלי האינדיבידואליסטי, ואת השיח היהודי הוא מחליף מחיבוק הדוב של ההשקפה הגלותית הטרנס-ציונית, אשר מסתפקת באחריות קהילתית פנים-יהודית ורואה בחובות כלפי הזולת עניין פרטי שאינו מושא לעיגון חקיקתי. מאמרו המרתק של סולברג תורם תרומה חשובה לדיון באחריות הפרט כלפי המדינה, ומבאר היטב כי צדקה כמובנה במשפט העברי אינה עניין של חסד, וכי להכרת המדינה בזכויות חברתיות עריכה להתלוות אחריות חברתית – תחושה של מחויבות מצידו של הפרט כלפי זולתו, כלפי החברה וכלפי המדינה. אולם המחבר המלומד אינו מתמודד, לעניות דעתנו, עם האתגר שלוינס מציב דווקא בפני מי שרואה – כמחבר וכמונו – את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה כמשלימים זה את זה. אין הוא מתמודד עם הטענה העולה מכתבתם של לוינס, זקס ואחרים בדבר חובתה של מדינה יהודית, כמדינת מופת, לעשות צדקה במובן של ערך חברתי, ובמובן זה לתקן את שיה הזכויות האינדיבידואליסטי שבו אין מקום לדיבור על מודרים ומחלשים, כפי שמבאר Burggraeve בעקבות לוינס ( Roger Burggraeve, The Wisdom of Love in the Service of Love: (2003) 73-81 (Emmanuel Levinas on Justice, Peace and Human Rights)). סולברג מבקר, בעדק לטעמנו, את האתוס האינדיבידואליסטי שבבסיס שיה הזכויות, אך אינו מעלה על נס את החיוב שבשיח זה כביטוי לאחריות חברתית. נדמה כי הוא מפקיר את השיח או מוותר עליו בייאוש, בראותו אותו כשבוי בידי אתוס אינדיבידואליסטי, שכן אין הוא מציע בבירור חלופה לאתוס האינדיבידואליסטי שבבסיס שיה הזכויות, אלא רק גורס כי אין בו די. בכך אין הוא עקבי ביחס לעמדתו של לוינס, שבו הוא תומך את יהדותיו. אף באשר לאחריות הפרט כלפי זולתו מסתפק המחבר בהצעה לקביעה עקרונית בדבר אחריות לזולת, ושולל הטלת חובות פרטניות מורחבות על פרטים. הוא אינו יוצר את הקשר המתבקש, לעניות דעתנו, בין השיח היהודי המרחיב את אחריות הזולת בשפה של חובות לבין תמונת-הראי שלו – הרחבת תחולתו של שיה הזכויות החברתיות על פרטים.

נבחר.<sup>192</sup> לכאורה ניתן לתייג את דיוננו כמשתייך לסוגיית היקף התערבותם של בתי- המשפט בעיצובה של מדיניות חברתית-כלכלית סללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, ולא היא. תיוג כזה אינו מתיישב עם ההכרה המתעצמת בזכויות חברתיות, ובכלל זה בזכויותיו החברתיות של הילד כנגזרת של כבוד האדם;<sup>193</sup> עם ההכרה בזכות להי משפחה כזוהי זקתית;<sup>194</sup> ועם ההכרה בכך שבלא זכויות חברתיות לילד הזוקק להגנת המדינה במשפחתו ובקהילתו אי-אפשר לממש את הזכות להי משפחה.<sup>195</sup> הצבענו על עליבותן של הזכויות החברתיות של הילד במשפחת המוצא ובקהילת המוצא שלו, ואנו קוראים לתקן מצב זה, בין היתר על-ידי התערבות שיפוטית והכרה של בתי- המשפט בזכויות החברתיות.

כאן ישאל השואל: האם יש אפוא מקום לביקורת שיפוטית על חלוקת משאבי התמיכה הממשלתית בילדים ובמשפחותיהם או שמא ראוי כי לנוכח פסיקת בג"ץ בעניין<sup>196</sup> ייזהרו הערכאות השיפוטיות מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית סללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים? ככלל, הרשות המבצעת והרשות המתוקקת הן הנושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה, ובכלל זה לתיעוף ההכרחי בין מטרות מתחרות. בהעדר עיגון מפורש של הזכויות החברתיות בהקיקת- יסוד, ולנוכח העמדה שהתקבלה על-ידי בתי-המשפט כי אין לגזור מהוקייסוד: כבוד האדם והירותו זכות לתנאי מהיה ראויים, אלא רק זכות לתנאי מהיה מינימליים, האין מקום להטיל ספק רציני באפשרות להסתייע בכלים שיפוטיים-פרשניים על-מנת לגזור מעקרן טובת הילד, מזכויות הילד או מהזכות להי משפחה את הובותיה של המדינה בכל הנוגע במתן שירותים לילד ולמשפחתו? הנה תשובותינו לשאלות אלה במצטבר:

ראשית, דיוננו אינו מופנה רק לבתי-המשפט, לתיאור פועלם ומהדלם, אלא גם למהוקק ולרשות המבצעת: אי-ההלימה בין המדיניות המוצהרת לבין יישומה בפועל, כמבואר על-ידינו במאמר זה, מזמינה בראש ובראשונה תיקון של ההקיקה ושינוי

192 ראו דוידוב, לעיל ח"ש 88, בעמ' 382-383.

193 עיינו ברק-ארו וגרוס, לעיל ח"ש 88. בנוגע לילדים עיינו: Judith Karp, *Matching Human Dignity with the UN Convention on the Rights of the Child, in THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* 89, 98, 100-101, 102-103, 106, 108-109, 132-135 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008).

194 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (להלן: פרשת עדאלה); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סח(2) 44 (2012), שם הייתה מחלוקת בנושא זה בין דעת הרוב לדעת המיעוט.

195 רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 336; רונן "על סבל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 151-155; יאיר רונן "על כוחות הילד ובני משפחתו בהקשר משפטי" מן הכוח אל הפועל: גישת הכוחות בעבודה סוציאלית 133, 145-147 (בך-עיון כהן ואלוי בוכבינדר עורכים, 2005).

196 עיינו, למשל, פרשת עמותת מחויבות לשלום ועדק חברתי, לעיל ח"ש 98, פס' 14-16 (דברי הנשיא ברק); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

במדיניות האכיפה הממשלתית בנוגע לזכויות החברתיות של הילד במשפחה ובקהילתו.

שנית, איננו מבקשים לשמנע כאן כי נכון להקצות משאבים מעבר לסומים שהמדינה כבר מוציאה בשם טובת הילד וזכויותיו. אף איננו מבקשים שבתיהמשפט יכפו על הרשות המבצעת, קל והומר על הרשות המהוקקת, שינוי של המדיניות החברתית הכלכלית. כל שאנו מבקשים הוא שהרשות המבצעת, על שלל משרדיה, תיתן את דעתה למידת התבונה שבמדיניותה. אנו טוענים כי במצב הנוכחי, כאשר התשתיות לשירותים חברתיים הלשות והשירותים ניתנים אך ורק לאוכלוסיות בסיכון, המדיניות נראית לכאורה הססנית, שכן מקבלי השירותים שרזיים במצוקה ברוחה, אך לאמיתו של דבר היא בזונית. יש רגליים לסברה שההתערבות הממוקדת בבעיות מתרחשת רק כאשר הילד בסיכון, ולא כאשר יש ניצנים וסימנים תהליים של מצוקה. כאשר המצוקה מהרפה והילד בסיכון גבוה, ההתערבות מהיבית השקעה תקציבית גדולה, ובמקרים רבים הילד מוצא מבית הוריו בשל ההרפת הבעיות וריכוין. בצורת התנהלות זו, יעילותה של ההתערבות המדינה בהגנת הילד קטנה לעיתים ביחס להוצאה.<sup>197</sup> לא מצאנו שסברה זו נשקלת כדבר שבשגרה בשיח הישראלי הציבורי או המקצועי.

שלישית, תביעתנו בשם הילד אינה מסתמכת אך ורק על הזכות לתנאי מחיה ראויים, אשר שנויה כאמור במחלוקת בין השופטים, אלא על מהויבות מיוחדת לטובת הילד ולזכויותיו, אשר אינה שנויה במחלוקת משפטית ואף נהנית מתמיכה רחבה בציבוריות הישראלית. נראה כי למדינה יש מהויבות מוצהרת לילדים, המעוגנת בהוראות דין שונות, שפוסעת הרבה מעבר להבטחת תנאי מחיה מינימליים, וכי אף ההיקף הסולל של ההקצאה התקציבית לילדים הוא מעל ומעבר לנדרש להבטחת תנאי מחיה מינימליים. ההסתכלות על הגנת הילד – אפילו בסוגיה של קצבאות הכנסה המוענקות להורי הילד – דרך המנסרה הבלעדית של הזכות לתנאי מחיה יוצרת השוויה מוטעית בין הגנת המדינה על הילד לבין הגנתה על המבוגר, משותת את התמונה הרעיונית שביסוד מעשה האיוון המשפטי בהסתירה את מקצתה, ובדרך זו גורמת לכובו משאבים ציבוריים.

רביעית, עמדתנו בדבר ההתערבות הנדרשת מבתיהמשפט מתבססת על התבונה שהממשל מושק מלטעון נגד מימוש מדיניותו שלו לנוכה אשרור האמנה, וכי על בתיהמשפט מוטל, מכה שלטון החוק במובנו המהותי, לעמוד על מימוש העקרונות המתהייבים מכה האמנה שאושררה, ולהביא בדרך זו לידי שינוי משפטי וחברתי בהייהם של מאות אלפי ילדים בישראל. ההתערבות של בתיהמשפט תעסוק רק בהבחרת תוכן והשתמשויותיהן של הזכויות החברתיות של הילדים ומשפחותיהם.

ממאמרנו עשוי להשתמע כי היה ראוי להגדיל את העוגה התקציבית. אכן, זו מטרה ראויה, אך טענתנו היא כי יש לשנות את ההלוקה הפנימית של עוגת התקציב, כך שתהיה

197 עיינו Golds tein et al., The Best Interests of the Child, לעיל ח"ש 50, בעמ' 144–186;

Dozier et al., לעיל ח"ש 84.



הלימה בין חובות המדינה הנגזרות מאשורר האמנה בדבר זכויות הילד, וכן מההקיקה, מהקיקת-המשנה ומהפסיקה, לבין תוכן הזכויות החברתיות של הילד ומשפחתו.<sup>198</sup>

אכן, כל השערותינו בעניין חלוקת התקציב טשונות בדיקה. לשם כך הצענו במאמרינו הקודמים<sup>199</sup> כי הפורום הנסון לכירורה של מדיניות הטיפול בנוער בסיסון בדרך של הוצאה מהבית, כמו-גם לליבונה של שאלת המתודות הטיפוליות, הוא מוסד חדש של "נציבות ילדים" שישוגן בהוק ויצויד בסמכויות הקירה והיפוש ובתקציבים קשיחים שלא יהיו מותנים בהסדם של הגופים המבוקרים בשירותים החברתיים. ב"נציבות הילדים" יתבררו ענייני העלויות של ההוצאה לכל ילד, ובעיקר יעילותו של התקציב.<sup>200</sup>

ברוח דומה העלתה ועדת גילת את ההצעה להקים מועצה מדעית, בראשות אנשי אקדמיה מובהקים מהתחום הטיפולי, שתעסוק בריסו המתודות בתחום הוצאת ילדים מן הבית. הצעה זו התקבלה על דעת רוב חברי הוועדה בנובמבר 2003, אולם בכירי משרד הרוחה התנגדו לה בטענה כי תהא זו מעין הודאה בכשל מקצועי באבחון ובטיפול של מערך השירותים החברתיים.<sup>201</sup>

198 טענה אחרת המועלית תכופות על-ידי אנשי הרוחה כלפי מבקריהם היא כי במצב הנוכחי, לנוכח הגידול המתמיד באוכלוסייה והגידול הניכר עוד יותר בשיעור הילדים והנוער בסיכון, אי-הגדלת מספר המקומות פנימיות משמעה בעצם צמצום. לדעתנו, טענה זו שגויה. אין העלייה או הצמצום נמדדים במספר המוסדות, במספר המיטות או במספר בני-הנוער הגרים במוסדות בפועל. חלק זאת יש ליטול כמפתח את "סל הרוחה" האישי של כל ילד המצוי בסיכון, ולשאול כיצד יש לנעלו באופן מיטבי.

199 רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 340; גילת "על הכשל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 479-478.

200 דוגמה חשובה לענייננו היא האופן שבו המועצה לשלום הילד סוקרת את פעילותו של משרד הרוחה כלפי ילדים בסיכון תוך שהיא נשענת על נתונים של משרד הרוחה מבלי שיש ביכולתה לבדוק כראוי את תקפותם. ראו המועצה הלאומית לשלום הילד ילדים בישראל – שנתון סטטיסטי 2010 99-100 (2010). העורכים כותבים כי אין להם נתונים באשר למספר הילדים שהושמו על-ידי שירותי הרוחה מחוץ לביתם במסגרת פנימיות – "לגבי אלו לא עלה בידינו לעדכן את הנתונים בשל עיכוב מערכתי". אף-על-פי-כן עורך השנתון מסיק בקטע הבא כי "נתוני פרק זה מלמדים על תהליך שבו עקב מדיניות חדשה של משרד הרוחה שיעור המושמים מחוץ לביתם אינו גדל, למרות מגמת הגידול באוכלוסייה". הייתכן שהוסר שקיפות תרם להעלאת השררה שאינה מבוססת דיחה? בכל הכבוד הראוי, במצב הנוכחי לגוף וולונטרי שאינו רשאי לקבל נתונים על-אודות רווחת הילדים באופן עצמאי אין הכוח והיכולת לברר באופן אמיתי את פעולותיהם של השירותים החברתיים, משום שהוא ניוון במישרין ובעקיפין ממוסדות ממשלתיים.

201 עיינו גילת "על הכשל", לעיל ח"ש 8, בעמ' 482-480; רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ח"ש 8, בעמ' 340.

## פרק ד: ההגנה הראויה על הילד – סוף מעשה במחשבה תחילה

### 1. הפרשנות הראויה של הגנת הילד

#### (א) מה נותר לילדים מכל התפיסות והשאיפות הנאצלות? עיון מדגים בקשר שבין מחשבה למעשה

בספרות העיונית הבינ-לאומית מצאנו תימוכין לתפיסה שאנו מבקשים לקדם כאן. תפיסה זו מדגישה כי שיה זכויות הילד הוסה בצילו של עקרון טובת הילד, המעמיד את האדם ורווחתו במרכזו. אליבא דתפיסתנו, למדינה יש אחריות ליצירת מדיניות חברתית שתכלול תנאים מערכתיים מתאימים לטיפול בכל הגורמים השונים לפגיעה בילד. גם הזכויות שהוענקו לילד באמנה מכילות בעיקר עקרונות כלליים, המנוסחים בסוגנת מסוון במידה של עמימות. עמימות זו נועדה להציל את דיני הילד מסטגנציה ואת הוראות האמנה מליהפך ל"הלכה ואין מורין כן", באפשרה גמישות ורגישות תרבותית בדרכי יישומה של האמנה, מתוך שאיפה למקסם את מיצוי זכויותיהם של הילדים.<sup>202</sup> המהוקקים במדינות שונות ניצבו בפני אתגר בדמותם של עקרונות האמנה ורוחה, שנועדו לדרכן אותם לתקן את החקיקה המדינתית.<sup>203</sup> היעד השלה מן האמנה ומספרות ענפה הוא להקנות לילד זכאות לשירותים חברתיים מוגדרים היטב כך שהוא יוכל למצותם, במטרה למנוע את הדרתו ממשפחתו ומקהילתו.<sup>204</sup>

לא מצאנו בספרות העיונית הישראלית ביקורת ישירה על תפיסות ושאיפות נאצלות אלה. על רקע זה מסקרנת השאלה מה נותר מהן לילדי ישראל. עיון מדגים בפסק-דין מרכזי ובשני דוחות של ועדות ציבוריות עשוי להשיב במשהו סקרנות זו.

Philip Alston, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: RECONCILING CULTURE AND HUMAN RIGHTS* 1, 17–19 (Philip Alston ed., 1994)

Dan Moore, *Reconciling Normative Dissonance in Canada and New Zealand: Comparing the Judicial and Political Paths to Children's Rights Implementation*, 68 U. TORONTO FAC. L. REV. 33 (2010); Yanghee Lee, *Creating New Futures for All Children: The Promise of*

*International Human Rights Law*, 20 AUSTRALIAN INT'L L.J. 3 (2013)

SUTHERLAND, לעיל ה"ש 160, בעמ' 311–322 ר 338–325, VAN BUEREN, לעיל ה"ש 3;

Matthew Kogan, *The Problems and Benefits of Adopting Family Group Conferencing for PINS (CHINS) Children*, 39 FAM. CT. REV. 207 (2001); Roger J.R. Levesque, *Future Visions of Juvenile Justice: Lessons from International and Comparative Law*, 29 CREIGHTON L. REV. 1563 (1996); Roger J.R. Levesque & Alan J. Tomkins, *Revisioning Juvenile Justice: Implications of the New Child Protection Movement*, 48 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 87 (1995); URSULA KILKELLY, *THE CHILD AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 160, 172–174 (1999)

לעניות דעתנו, היעד האמור, העשוי להתבסס על תודעה חברתית ביקורתית, טרם הופנם בדין הנוהג ובמדיניות הילד והמשפחה בישראל. כפי שהראינו, לא זו מגמתם של שינויי החקיקה המוצעים בדה ועדת רוטלוי – הדוה המשפטי המרכזי בתהום דיני הילד מיום הקמת מדינת ישראל, ובוודאי מיום אשרור האמנה, אשר עמד במוקד שיה זכויות הילד הישראלי זה תקופה ארוכה.<sup>205</sup>

כן הראינו כי הפסיקה לא הכירה בזכות הילד לתנאי מהיה ראויים. תיאורטית היה אפשר לגזור את אגד הזכויות החברתיות המוצע אף מסה הזכות להיי משפחה. בפסק-הדין בפרשת עדאלה,<sup>206</sup> שהתפרסם בשנת 2006, נידונה בהרחבה זכותו של ילד בישראל להיי משפחה במשפחתו הגרעינית בתנאים של שוויון, והרף הלוקי-הדעות בין השופטים לגבי סוגיית "איהוד המשפחות" של ערביי ישראל עם בני-זוג שאינם אזרחי המדינה או תושביה, נקבע בה כי זכות זו להיי משפחה נחשבת זכות הוקתית מן המעלה הראשונה. לדאבוננו, פסק-הדין לא רמוז ולו בהערה אוביטרית על הכרה בזכויות החברתיות הנובעות מהזכות ההוקתית להיי משפחה. אנו מצפים עדיין לבאות בתקווה שייכתבו פסקי-דין המתבססים על הזכות ההוקתית להיי משפחה ומקיימים זכויות חברתיות, כמתבקש במצבים שונים המגיעים לפתחם של בתי-המשפט מדי יום ביומו.<sup>207</sup> לעת עתה הזכות להיי משפחה נותרת זכות ערטילאית מיותרת, וטרם קמו כנגדה חובות של המדינה שיבטיחו את מימוש הזכות הלכה למעשה וימנעו הוצאה של הילד מבית דוריו בשם הגנתו.

תנא דמסייע לצורך הנואש בהכרה בזכויות חברתיות לילדים ולמשפחותיהם בקהילתיהם – זכויות אשר הסרות בדין הנוהג וכן בהצעת הרפורמה שבדוה של ועדת רוטלוי – אנו מוצאים בנתונים השבדתיים ובניתוחיהם המובאים בדוה ועדת שמיד.<sup>208</sup> ועדת שמיד, אשר בסונת מסוון לא עסקה בניתוח המצב המשפטי של הילד בישראל, תיארה באופן מקיף את מצבם של מאות אלפי ילדים ובני-נוער בסיכון ובמצוקה חברתית וכלכלית,<sup>209</sup> הצביעה על בעיות בהספקת השירותים,<sup>210</sup> ואף הגישה המלצות לשינוי מערך השירותים החברתיים הקיימים, במיוחד בתהום הלוקת הנטל בין המדינה לרשויות המקומיות ובתהום המעקב השוטף אחר תקינות פולתם של השירותים החברתיים המסועפים.<sup>211</sup> כמו-כן קראה ועדת שמיד להקמת מסוון מחקר לאומי לשם ריכוז מתודות

205 במטרה להיעמד לשאלה שמהקרנו מתמקד בה, בחנו את ההגנה הממשית הנגזרת מתיקוני החקיקה המוצעים על-ידי הוועדה.

206 פרשת עדאלה, לעיל ח"ש 194.

207 לכן גם אין לנו עניין כאן בדיונים העיוניים בשאלה אם הזכות היא גם זכות של הורי הילד, ולא רק זכות של הילד עצמו.

208 דוה ועדת שמיד, לעיל ח"ש 25.

209 שם, בעמ' 15–17.

210 שם, בעמ' 18–19.

211 שם, בעמ' 21 ואילך, במיוחד בעמ' 22 ר 28.

הטיפול.<sup>212</sup> הוועדה גם סברה כי אף שהידע בנושא של ילדים ובני-נוער בסיכון גדול כיום בהרבה לשמת המצב בראשית שנות השבעים, קצב היווצרות הבעיות גדול בהרבה מקצב יצירת המענים ופיתוח השירותים החדשים. מדי יום מתגלות תופעות שלא היו מוכרות בעבר, ואשר טרם פותחו הכלים המתאימים להתמודדות אפקטיבית עם השפעתן על בני-הנוער בפרט ועל החברה הישראלית בכללותה.<sup>213</sup>

דוח ועדת שמיד מבאר בבהירות רבה את המצב הקיים במערך השירותים הניתנים לילדים ולבני-נוער.<sup>214</sup> דומה כי כל חברי הוועדה, ביניהם ראשי האגפים במשרד הרווחה, הסכימו על נכונותם של הנתונים המפורטים והניתוחים המלומדים של המצב הקיים בישראל. מהערוטיה אלה של ועדת שמיד עלה כי המשפט הישראלי נעדר תפיסה מהותית ברורה בדבר הגנת הילד. כך ניסחה הוועדה את מסקנתה המרכזית, שסותרת "הגדרת ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה":

"ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה היים במצבים המסכנים אותם במשפחה ובסביבתם, וכתוצאה מכך נפגעה יכולתם לממש את זכויותיהם על פי אמנת האו"ם לזכויות הילד בתהומים האלה: קיום פיזי, בריאות והתפתחות; השתייכות למשפחה; למידה ורכישת מיומנויות; הוזהה ובריאות רגשית; השתייכות חברתית והשתתפות חברתית; הגנה מפני אחרים ומפני התנהגויות מסכנות שלהם עצמם."<sup>215</sup>

הוועדה המליצה במסקנותיה על הגמשה בקביעת יעדים וסדרי עדיפות בהתאם למצבים החברתיים המשתנים ומתן מענים בכל תחומי החיים; על שיתוף הילדים והוריהם בתכנון דרכי הפעולה; על נקיטת צעדים למניעת התפתחותם של מצבי סיכון; על אחריות משותפת של הרשויות ברמה הלאומית וברמה המקומית; ועל מתן סמכות ושיקול-דעת לרשויות המקומיות.

אך למרבה הפלא בהרה הוועדה באופן עקרוני לא להמליץ על תיקוני הקיקה שיעגנו את זכאות האישית של כל ילד לסל שירותים, אלא הסתפקה בקריאה לעיגון ההמלצות בהסדרים מנהליים.<sup>216</sup> פליאה היא בעינינו כיצד ניתן מבהינה מעשית לזוטר על המעטפת ההוקית של הגנת הילד, שכן עיגון בהקיקה של זכאות אישית לשירותים הוא

212 שם, בעמ' 23. הצעה זו הועלתה כבר בנובמבר 2002 בדוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 8, ס' יד ו-כ, לאהר שהתקבלה על דעת רוב חבריה. בכירי משרד הרווחה לא ממש תמכו בהצעה, אך גם לא דחו אותה. גם ועדת סילמן אימצה מסקנה זו – ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 60–65.

213 דוח ועדת שמיד, לעיל ה"ש 25. הדוח מבקר בהרפות את המצב הקיים במערך השירותים הניתנים לילדים ולבני-נוער (שם, בעמ' 80–82 (ס' 9.2)). דומה, כי הסכמת כל חברי הוועדה, מהם ראשי האגפים במשרד הרווחה, מעידה כמאה עדים על נכונותם של הנתונים המפורטים והניתוחים המלומדים.

214 שם, בעמ' 80–82 (ס' 9.2).

215 שם, בעמ' 21.

216 שם, בעמ' 68–69.

כלי רב עצמה להבטחת זכויות הפרט במדינות רווחה.<sup>217</sup> אין בידינו תשובה להידת היהס המרתק שבין הנתונים העובדתיים החשובים בדבר המענים שראוי להעניק לילד בסיכון ואשר אינם מגיעים אליו במסגרת מדיניות השירותים החברתיים הנוהגת כיום, כמתואר בבהירות ובשום־שכל בדוח, לבין הרוח העולה מהמלצתם של מהברי הדוח להימנע מהקיקה שתבטיח את מימושן של הזכויות הראויות. גם דוח מבקר המדינה השנתי לשנת 2012 תולה את הליקויים בתהליך הטיפול של משרד הרווחה בנושא הילדים בסיכון (שהלקם הגדול נסקרו בוועדת שמיד) בהעדר הקיקה מתאימה.<sup>218</sup> לעניות דעתנו, דוח ועדת שמיד, כמו דוחות שנכתבו לפניו ולאחריו (ויש לשער שגם כמו דוחות שעוד ייכתבו בעתיד) הוא דוח שמכנס בעליל את מיטב המומחים, שנכתב מתוך הסונות הטובות ביותר ואשר הושקעה בו מהשבה רבה כדי להיטיב עם ילדים. דווקא בשל כך חשוב להצביע על הדפוס שהוא ממחיש: הדוח ממחיש את מגבלותיה של

217 ועדת שמיד העידה על עצמה, במכתב לראש הממשלה ולשר הרווחה, כי "בתום עבודה מאומצת של 33 חברי הוועדה המייעגים את המגזרים השונים בחברה הישראלית ושל 40 מומחים מתחומים שונים אשר סייעו לעבודת הוועדה, מוגש הדין והשבון המתאר ומנתח את מעבם של מאות אלפי ילדים ובני נוער בסיכון ובמעוקה" (שם, בעמ' 3). הוועדה הגיעה למסקנתה בדבר אי־ההיקקות לכלים משפטיים של הקיקה לאחר שניתחה את הנתונים באופן מושכל ומפורט והגיעה מעבר הדרגתי של ילדים ממוסדות פנימייתיים אל מסגרות קהילתיות, אשר יישען, בין היתר, על שיתוף־פעולה עם המוסדות הפנימייתיים.

וכאן אנו שואלים: הייתכן שהפשרה שעשתה הוועדה כדי להבטיח את מימוש הדוח מרחיק־לכת מדי וטיפוסית לשיח הרווחה? הוועדה כותבת על "כלי רב עצמה להבטחת זכויות הפרט במדינות רווחה" (שם, בעמ' 13), וקוראת ליישום מידי של הדוח כמקשה אחת, תוך ציון כי "ניסיון העבר ביישום המלצותיהן של ועדות ממלכתיות וציבוריות מראה שלא מעט המלצות נותרו על הנייר" (שם, בעמ' 14). האם לכן ויתרה הוועדה על המלצה לעיגון הקיקתי של המענה לעורכי הילד? הייתכן שהחשש מפני אי־יישום הדוח הוביל ל"שפיכת התינוק עם המים"?

נתוני־הרקע של ועדת שמיד מעלים תמיהה שאולי מסבירה את מגמת מסקנותיה: מבין שלושים ושלושה חבריה של הוועדה, המשקפים יחדיו אוצר של מומחיות, אין ולו חבר אחד משפטן שהוא איש אקדמיה, שופט או עורך־דין בעמותת סנגור, ואי־אפשר למצוא איש־מקצוע כזה גם בין כל המומחים שהופיעו לפני הוועדה (ואשר נמנים שם, בעמ' 8–9). כמ־כן, בדוח הוועדה וברשימת המקורות שבסופה לא נזכרים דוח ועדת שניט, דוח ועדת רוטלוי או דוח ישראל לאו"ם משנת 2001 – טלל דולב, דליה בן רבי, שולמית אלמוג ואריאל בנדור דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד (2001). אף שדוח ועדת שמיד פותח בסקירה היסטורית ומזכיר את ועדת כץ, שפעלה במהלך השנים 1971–1973, אין פירוט של שנות הפעולה של הוועדות האחרות, מטרותיהן והחלטותיהן. ברשימת המקורות ובגוף הטקסט אין שום אזכור של פסק־דין או רמז להתדיינויות של עמותות סנגור, דוגמת האגודה לזכויות האזרח, עדאלה, המועצה לשלום הילד, טבקה ועוד. החקיקה הרלוונטית לעניינה של ועדת שמיד אומנם נמנית, אך דוח הוועדה המעניין והמחכים אינו מנתח את הזכויות המוקנות לילד או לבני משפחתו בין מכוהן ובין מכוה הפסיקה. על־דרך ההשערה אפשר לפרש שאי־אזכורן של אותן "ועדות ממלכתיות וציבוריות" ברשימתן המפורשים נבע מהרצון לא לאיים על מקבלי החלטות, ואולי כדי להבדיל את הוועדה הנוכחית מאותן ועדות קודמות, על־מנת שמסקנותיה – בניגוד למסקנותיהן – לא ייוותרו על הנייר (שם, בעמ' 14).

218 ראו מבקר המדינה, לעיל ח"ש 122, בעמ' 1371, 1381–1383 ר' 1409.

עשייה המתנורת מהעצמת הילדים ומשפחותיהם באמצעות זכויות; את מגבלותיה של עשייה הנוהרת מן המעשה הפוליטי, קרי, מעשה הערער על חלוקת הכוח הקיימת בין אנשי-המקצוע, מעצבי המדיניות החברתית ומוסדות השיקום, מהד גיסא, לבין הילדים, משפחותיהם וקהילתיהם, מאידך גיסא.<sup>219</sup>

### (ב) טיעוננו להכרה חוקית באגד של זכויות חברתיות לילד

לנוכח דיוננו עד כה, טיעוננו בדבר מקומה הראוי של הגנת הילד בדין הישראלי נחלק לשניים:

- א. הרטוריקה הרוחה במשפט הישראלי כי הגנת הילד משויכת לתחום הרוחה של מי שמוגדרים כ"ילדים ובני-נוער בסיכון" יוצרת את האשליה שהמשפט הישראלי אכן מציע הגנה מקיפה וממשית מפני פגיעה בשלום הילד, ושהאינטרסים של הילד הם השיקול המכריע בענייניו, כך שאפשר ונסון לכאורה להתפנות לעסוק בשאלה הנוקטרינית הדקה איזה משטר ישרת את הילד באופן מיטבי – משטר "זכויות הילד" או משטר "טובת הילד". הבאת אשליה זו לקיצה היא הפתח לתיקון, שהרי עצם הגדרתה הנסנה של בעיה היא רכיב חשוב בפתרונה.<sup>220</sup>
- ב. הגנת הילד היא זכותו של ילד להיות כאדם שלם בעל זהות וזיקה למשפחה ולקהילה, אף כאשר משפחתו וקהילתו מוחלשות ומודרות. בפרק השני ביארנו את

219 דוח ועדת שמיד הוגש בשנת 2006. ביוני 2007, עם כניסתו של חשר יצחק הרצוג לכהונת שר הרווחה, התפרסמה ההודעה הבאה: "לאחר השלמת התכנון המפורט של התוכנית הלאומית לילדים ונוער בסיכון – מועברת התוכנית לביצוע משרד הרווחה והשירותים החברתיים. ראש הממשלה אהוד אולמרט ושר הרווחה והשירותים החברתיים, יצחק הרצוג סיכמו כי בשלו התנאים להעברת הטיפול ביישום דו"ח שמיד לילדים ונוער בסיכון." בהמשך ההודעה מתברר כי התוכנית תיושם באופן חלקי, החל בספטמבר 2007, וכי "על פי התוכנית, כ-140,000 ילדים ונוער בסיכון ייהנו מהשקעה ממשלתית נוספת של כ-1,500 שקלים בממוצע לילד בגילאי לידה עד שש וכ-900 שקלים לילד בגילאי 6–18. הרשויות המקומיות הן שיובילו את הפרויקט ברמת הרשות, על ידי מנהלי תוכניות שימונו על ידם, מתוך מאגר מנהלי תוכניות שייבנה על ידי מנהלת הפרויקט". התכנון כולל, בין היתר, את הגדרת דרכי הטיפול ברעף הגילאים שבין יילודים לבין בני שמונה-עשרה. "לאור ההחלטה, יתווסף למשרד הרווחה והשירותים החברתיים תקציב שנתי בסך 200 מיליון שקלים ליישום התוכנית, הכוללת כאמור גם את פעילויות משרדי החינוך והבריאות, ארגון הג'וינט וגופים נוספים." ראו דובר משרד ראש הממשלה "הושלם התכנון המפורט של התוכנית הלאומית לילדים ונוער בסיכון" אתר משרד ראש הממשלה (7.6.2007) [www.pmo.gov.il/MediaCenter/Spokesman/Pages/spokesik070607.aspx](http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/Spokesman/Pages/spokesik070607.aspx). אלא שעולם כמנהגו נוהג: תקציבים גדולים מוצעים בלא תוויה ברורה לגבי אחריות המדינה אל מול אחריותו של המגזר השלישי; בלא שיתוף דמוקרטי של הלקוחות, העיבור הרחב, המחוקק או בת-המשפט בתהליך התיעוד הפנימי בין ההוצאות השונות; ומבלי שלילד, באשר הוא ילד, תוקנה זכות לשירותים מוגדרים כלשהם, אשר כיום אולי מוצעים אך מחר עלולים להיות בגדר נחלת העבר.

220 כאמירה המיוחסת לאלברט איינשטיין – "If I had an hour to solve a problem I'd spend 55 minutes thinking about the problem and 5 minutes thinking about solutions" של ג'ון דיואי – "a problem well put is half solved".

עמדתנו כי גם לשיטתם של אלה שמבססים את הגנת הילד על אתוס אינדיווידואליסטי של זכויות הילד, שמבקשים להגן על הילד במבודד ממשפחתו, ואשר אינם מאמצים את ההכרה המוצעת בזכות הילד לזהות ולהשתייכות – אין ההגנה המוצעת בדין הישראלי ראויה.

## 2. כיצד מבטיחים מהפך קונספטואלי באשר להגנת הילד ברוח האמנה? עיקרי הצעתנו

לדעתנו, כפי שכבר הבענו במאמר זה, אין די בהקצאת משאבים נוספים, אפילו למטרות ראויות ומותרות מודעות לתבנות השוכנות באשר למצב הילדים בישראל, כמוצע על-ידי ועדת שמיד, אלא יש צורך בעיגון ההגנה בחוקים ובתקנות.<sup>221</sup> יישום מסקנותיה של ועדת שמיד על-ידי הממשלה מנציח מצב קיים שבו המענה לצרכיו החיוניים של הילד שומד על כרעי תרנוולת של הכרעת ממשלתיות. ממשלות, כידוע, משנות את מדיניותן בשל "הוסר תקציב", ואף הן עצמן אינן משלימות את ימיהן. מי, אם כן, לכפנו יתקע כי המענה לצורכי הילד יובטח הרף התהפוכות הפוליטיות התדירות?

פתחנו את מאמרנו בשאלה: האם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי? תשובתנו היא כי כל עוד לא תשוגן הגנת הילד במערכת של חוקים ותקנות אופרטיביות בתחומי משפט שונים – הן בתחום המהותי והן בתחום הפרוצדורלי, הן בתחום השירותים המניעתיים והן בתחום שירותי החירום – לא תהא הגנת הילד ראויה לתשודתה. נשרטט אפוא בקצרה את שהעלינו במאמרנו כחיוני להעצמה אמיתית של הגנת הילד.

### (א) הכרה בזכויות החברתיות של הילד

אין בדין הישראלי ביסוס מקיף לזכויות-יסוד חברתיות, דוגמת זכות לבריאות, זכות לשירותים חברתיים בסיסיים או זכות לקורת-גג לילד בהיקף משפחתו. אין כל הוראה המהייבת לפתח שירותים אישיים קהילתיים. מוצע אפוא לראות את ההסדרים המשפטיים הנוגעים בהגנת הילד כהסדרים המסוינים להגן על הילד לא רק מפני פגיעות נקודתיות, כגון מכות, השפלות או ניצול מיני, אלא גם כאדם בעל זהות תרבותית, אשר ישאף תמיד מטבעו להשתייך למקום, למשפחה מורחבת ולקהילה, בין שהמשפחה שאליה ישתייך היא יציר הטבע ובין שהיא יציר המשפט.

221 להכרה המתעצמת בהגנה חוקית וחוקתית על זכויות חברתיות של ילדים עיינו: AOIFE NOLAN, CHILDREN'S SOCIO-ECONOMIC RIGHTS, DEMOCRACY AND THE COURTS 4-5 (2011). על הבעייתיות בהגנה השיפוטית על זכויות חברתיות בישראל, ועל ההתנגדויות להגנה כזו, המאירות את עיינו בנוגע לחשיבות עיגון של הזכויות בחקיקה, ראו: Yoram Rabin & Yuval Shany, *The Case for Judicial Review over Social Rights: Israeli Perspectives*, 14 *ISR. AFF.* 681, 695-696 (2008).

מקרה פרטי של הבטחת זכויותיו החברתיות של הילד בקהילתו, שהוא אבן-בוחן חשובה בעינינו, הוא המקרה של הבטחת זכותם של בני-נוער מונשרים להינוך הינם הוץ-בית-ספרי. תחיקת ההינוך הישראלית אינה מבטיחה לכל ילד זכות להינוך הינם השונה על צרכיו והזדמנות לממש את ההובה ללמוד: ילדים שהונשרו מבתי-ספר בשל צרכים מיוחדים, גשויים או אחרים, אינם זכאים לקבל מן המדינה אפשרות של למידה פרטנית השונה על צורכיהם. בניגוד לנהוג, אין לכל ילד בישראל הזכות ללמוד באופן המתאים לצרכיו ההינוכיים, אלא רק במסגרת ממסדית של בית-ספר. ההבטחה כי לכל ילד ונער יש זכות ללימוד ולהינוך – מטעה. לימוד פרטני ביהדות לקידום נוער, המופקדות מטעם משרד ההינוך על נוער שהונשר מבתי-הספר, אינו ניתן בזכות, אלא כעניין שבחסד ובאופן חלקי בלבד. מוצע להבטיח בהוק את הזכות להינוך הינם הוץ-בית-ספרי המתאים לכל בני-הנוער שהונשרו מבתי-הספר.

### **(ב) הגנה חוקית ישירה על זיקת הילד למשפחתו ולקהילתו**

הוק הנוער, שהוא ההוק המרכזי השוסק בהגנת הילד, מדרג בסעיף 3 את דרכי הטיפול באופן שמערר אצל הקורא את האשליה כי מוצעת לילד הגנה מפני כל סכנה לשלמו. בפועל תדום פעורה בין אשליית ההגנה הרווחת לבין המציאות של פגיעות רבות בילדים החוסים מאחורי "האפוד המחורר" של הוק הנוער. ההוק שוסק בעיקרו בהגנת הילד מפני סביבתו האינטימית, ומסדיר בעיקר את הרחקתו של ילד בסיון ממשפחתו הגרעינית. אין בהוק הישראלי הוראה המהייבת להעדיף פתרון של אומנה משפחתית על חלופות מוסדיות, אף שהוראה כזו מתהייבת מהמבוא לאמנה וכן מסעיפים 3 ו-20 שבה.

במצב הנוכחי ניתן להכריז על ילד כבר-אימוץ לפי הוק האימוץ אף אם לא נפל כל אשם מוסרי בהתנהגות הוריו. מצב זה יוצר אשליה כאילו זו הגנת הילד במיטבה. לאמיתו של דבר המשפט הישראלי אינו מציע להורים או לאהרים במשפחה המורחבת או בקהילה כלים להתמודדות עם כשלים באהריות ההורית, כעניין של זכות משפטית, שיוכלו לסייע להורים או לאהרים במשפחה ובקהילה לשקם הורות, לממש אהריות הורית או להציע חלופה להורים המולידים במסגרת המשפחה המורחבת או קהילת המוצא. נתיבי מענה כאלה היו עשויים למנוע בחלק מן המקרים את הצורך באימוץ – בין נגד רצון ההורים ובין בהסכמתם בלידת בררה – צורך שלעולם הוא רע, גם אם הרע במיעוט. זמינותו של אימוץ כפתרון-קצה מאפילה על האמצעים הראויים שהייבים לתקוט כדי למנוע את הכרותו של הילד כבר-אימוץ.

קריאתנו היא לשינוי הקיקה שיבטיח, בכפוף לזכויותיו של הילד המסוים, מיצוי הזדמנויות לפי המדרג הבא: שיקום משפחה המוצא הגרעינית תוך השארת הילד במסגרתה, הוצאת הילד לאומנה במשפחה המורחבת, הוצאתו לאומנת זרים והשמה פנימייתית. את האימוץ יש להותיר כחלופה לשיקום משפחה המוצא הגרעינית רק במקרים שבהם, הרף המודעת להשיבות ההגנה על זכותו של הילד במסגרת זכותו להשתייכות, המסקנה היא כי התוצאה המיטבית מבחינת הילד היא כינון הורות פסכולוגית חלופית לזו של משפחתו הביולוגית.



**(ג) שיתוף הילד והוריו בהליכים להגנת הילד**

הרטוריקה של הוראות הזו תע"ס באשר לקיומם של דיונים מקצועיים בדבר גורלם של ילדים בסיכון מציגה מטרת נאצלות בתכלית, אשר קשה להלין עליהן. אולם בפועל דרך התנהלותם של הדיונים, אשר נוגדת מושכלות-יסוד של המשפט המנהלי, אינה מתיישבת עם מטרת אלה. הדיונים נערכים על-ידי גופים נעדרי סמכות ההלטה, אך בפועל מתקבלות בהם ההלטות הורצות גורל על-ידי פורום שבו הילדים והוריהם בעמדה מוחלטת, מבלי שמוקנית לילד – קל והומר לבני משפחתו המורחבת – זכות הוקית להישמע, ומבלי שמובטח, הלכה למעשה, מיצוי של הלפת גידולו במשפחה המורחבת או בקהילה.

הדיונים המקצועיים הנערכים בוועדות תכנון וטיפול אינם השופים לפני בתי-המשפט הדנים בעניינו של הילד, ובתי-המשפט נסמכים על תסקיריהם של פקידי הסעד. פקידי הסעד הם נאמניו של בית-המשפט, אולם כאשר נוהלי העבודה מהייבים אותם להציג את הכרעתה של ועדת תכנון וטיפול אף כנגד דעתם האישית, הם מובלים להטוא להובת נאמנותם.

מוצע להבטיח בהוק, בטווה המיידית, את זכויותיו הדיוניות של הילד בסיכון שעניינו מובא לפני ועדת תכנון וטיפול, ואת עצמאות שיקול-הדעת של פקיד הסעד, ובמקביל להתהיל ללא דיהוי בבחינה משפטית מעמיקה של רציות אימוצו של מודל קבוצת-הדיון המשפחתית המעוגן בהוק הניו-זילנדי.

**(ד) מענים מכבדים לבני-נוער שאינם יכולים להיות בבתי הוריהם**

יש לפתח מסגרות של משפחות אומנה לבני-נוער כמתבקש מהמבוא לאמנה וכן מסעיפים 3 ו-20 שבה, כך שהשמה מוסדית לא תהיה עוד דרך-המלך להשמת מתבגרים ההפצים להשתלב במשפחה. צורך זה אינו מקבל מענה ראוי בהוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016.<sup>222</sup> יש לתקן את הוק הנוער כך שאם נער הפר הוראה להגנתו, הוא לא יוכתם בפלילים, ולעגן בהוק את זכותם של בני-נוער בני שש-עשרה ומעלה, אשר נודו או ברחו מבתיהם או ממסגרות שבהן הם הושמו להגנתם, לדיון מוגן אוטונומי בקהילה ולתגמולים כספיים שיאפשרו להם קיום ראוי.

**(ה) השוואה של סף חובת הדיווח לאור סעיף 5 לאמנה**

המנגנונים שהוקמו על-מנת להייב דיווח על פגיעה בילד נותנים אומנם מענה מסוים לתביעה הציבורית להפסיק פגיעה בילדים ולהעניש את הפוגעים, אך אין הם משקפים הבנה מעמיקה ומקפת של מצוקות הילד בישראל ומהויבות איתנה להבטיח התפתחות בריאה לקראת בגרות. הילד שגהשף לוקה פעמיים: פעם מהוץ להוק, בהיהשפו לאלימות תוך-משפחתית; ופעם במסגרת ההוק, המאפשר את ניתוקו ממשפחתו, את תיוגו כנוקק ואת הוצאתו למוסדות נוקשים. באין מענה יצירתי שיאפשר לילד הגנה בתוך משפחתו המורחבת או בתוך קהילתו כמתבקש מהוראת סעיף 5 לאמנה, אנשי-

222 על מה שהידש החוק האמור ועל מה שהוא לא חידש ראו בסיפא לה"ש 59 לעיל.

המקצוע עלולים להימנע מלדווח, מהשש שמא יאונה רע לילד מידי משפחתו בגין הדיווח. מעבר לכך, לדעתנו, יש להסל את הפער העצום בין סף הובת הדיווח על התעללות במשפחה המוצא לבין סף הובת הדיווח במוסדות פנימייתיים, כך שגם משהוצא הילד מבית דוריו הוא יזכה באותה רמת הגנה מפני השתקת הפגיעה בו.

#### (ו) חלופות טיפול הממזערות פגיעה בחירויותיהם של בני-נוער עוברי חוק

חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) מפרט קשת רחבה של דרכי טיפול בנער עובר חוק בקהילה ומהוץ לה, ומבנה אשליה כאילו לבית-המשפט יש אפשרות מעשית לבהור בדרך טיפול מתאימה הממזערת את הפגיעה בחירות הקטין, כמתחייב מהאמנה ומהכללים המנחים למניעת עבריינות נוער. אולם הלכה למעשה אין לנער זכות לטיפול פרטני מוגדר, באיסות ובהיקף מוגדרים, בקהילה או מהוץ לה. בני-נוער נתונים במעצר, בכליאה ובמוסדות מגבילי חירות, בתנאים הפוגעים בכבודם האנושי ובסיכויי שיקומם הרבה מעבר לצורך להבטיח את שלום הציבור. רטוריקה תקשורתית מסייעת בערפול הבעיה.

אנו מציעים ליצור חלופות טיפול ראויות בקהילה כמתחייב מסעיף 40(4) לאמנה – הקובע כי יתקיימו "מגוון סידורים, כגון טיפול, צוי הסונה והשגחה, ייעוץ, מבהן, טיפול אומן, הינוך ותוכניות הכשרה מקצועיות וחלופות אחרות לטיפול מוסדי" – ולענגן כחלופות טיפול שבית-משפט לנוער יוכל להורות עליהן, כך שיתאפשר לבית-המשפט לבהור בדרכי טיפול מתאימות לצורכיהם של בני-נוער עוברי חוק הבאים לפניו.

#### (ז) הכרה בשיקום ילד נפגע עברה כשיקול מכריע בענישת המוגע

בניגוד למשתמע מהרטוריקה הרווחת, דווקא במקרים הקשים ביותר של פגיעה בילדים – אלה הנתפסים כמצדיקים ענישה פלילית של הפוגעים – זכות הילד נפגע העברה לשיקום נדחת לקרן-זווית. שיקולים הנוגעים בשיקומם של ילדים אלה ובמתן מענה לסבלם נדחים מפני שיקולים ציבוריים, כגון הרתעת הרבים ותגמול. בפועל הילד הנפגע עלול להיות כיום כלי-שרת בידי מערכת המשפט הפלילי לענישת הפוגע. הדברים עלולים להגיע עד כדי איומים באישומים פליליים, המסוונים להניע ילדים ובני-נוער להעיד על-אודות הפגיעה בהם הרף סכנת הנידוי והרדיפה בידי המשפחה. כדי להצדיק את המצב המשפטי הנוכחי, אפשר לטעון לכאורה כי הדרך המידתית להתמודד עם רגשות האשם של הילד או עם החסך שלו בהורה הפוגע והאהוב כאחד היא ענישת הפוגע ובמקביל הענקת טיפול פסיכולוגי לילד הנפגע. אלא שעצם הענישה עלולה לפגוע בפגיעה אנושה בשיקום הילד נפגע העברה, ובכלל זה בסיכויים לתיקון יחסיו עם ההורה.

לדעתנו, אין להקריב את האינטרס החברתי בשיקומו של ילד נפגע עברה על מובה האינטרס המתנגש בהרתעת הרבים ובתגמול. תפיסתנו בנוגע לזכויות הילד מובילה אותנו למסקנה כי האינטרסים של הילד הנפגע המסוים הם שצריכים לגבור על שיקולים אחרים – ההליך הפלילי בעניינו של הפוגע צריך לשרת את הילד הנפגע. מוצע אפוא

לעגן בהקיקה כי שיקום הילד נפגע העברה יהווה שיקול מכריע בין השיקולים הנוגעים בענישתו של הפוגע. כן מוצע לקבוע כי מאמצים להרשיע את הפוגע או להביא לידי ההמרה בשונשו, ובכלל זה מאמצים הכרוכים בהחלטה את מי להעיד מטעם התביעה, ייעשו תמיד בהלימה לטובת הילד המסוים. כנגזרת מקביעה כללית זו יש להבטיח כי ילד נפגע לא יישא באחריות פלילית כתוצאה מתוכן עדותו או מסירובו להעיד בהליך שנועד להרשעת הפוגע בו.

### סיכום: תיקון פועלה של המדינה – לקראת הגנה הממצה את המיטב שבהתערבות

אנו סבורים כי מעטפת הוקית שתכלול הן זכויות חברתיות והן זכויות פרצדורליות היונית להגנת הילד. זאת, בניגוד לעמדה המפורשת של דוה ועדת שמיד. בהיבור זה פרשנו לפני הקוראים את הטעמים ששכנענו כי הגנת הילד במשפט הישראלי כיום עשויה טלאים-טלאים, ללא כל רציונל מאקד וברור המהבר בין שטחי הפעולה השונים הנוגעים בילד. סקרנו והדגמנו את ההללים בהגנת הילד המשתקפים במציאות הייהם של ילדים בישראל. מסקנה עקרונית זו נסנה למועד כתיבתם של דברים אלה לא פחות מכפי שהיא הייתה נסנה כאשר פורסם דוה ועדת שמיד, בשנת 2006, או כאשר פורסם דוה ועדת סילמן, בשנת 2014. במצב אידיאלי ניתן לדמות את ההכרעה בדבר הוצאת ילד ממשמורת הוריו כחוליה אחרונה ברצף של הכרעות אפשריות בדבר הענקת שירותים זמינים לילדים. כמבואר לעיל, אנו רחוקים ממצב אידיאלי זה.

בשיה הציבורי והמשפטי הישראלי הוצאת הילד בסיכון מביתו נתפסת כעיקר העיקרים במסכת הגנת הילד. אנו הלוקים על גישה זו, וסבורים כי הוצאת הילד בסיכון מביתו נובעת מהטיה תרבותית אנכרוניסטית המזינה את העמדה כי טוב לילד "סור היתוך" של הינוך הוץ-ביתי, ועל-כן ילדים המצויים בסיכון מקומם מהוץ לבית הוריהם ובניתוק ממורשתם החברתית. עקבותיה של גישה זו ניכרים עד היום, בהעדר הקיקה מקיפה שתעניק לילד קשת של זכויות חברתיות אשר תגן על היי המשפחה שלו ועל הוהו במסגרת זכותו להשתייכות למשפחה, לקהילה ולתרבות שמשמעותיים לו.

גם לציבור, לתקשורת ולנבחר הציבור יהיה קשה עם קריאתנו. קל יותר לגנות בהריפות פגישות בילדים שנעשות על-ידי מי שנתפסים כאנשים ההיים בשולי ההברה הנורמטיבית.<sup>223</sup> אך קריאה להרחבת אחריותה של המדינה כלפי הילד, אשר תבטיח את שלומו על-ידי הבניית אמצעי מניעה מפני כניסה לנזקקות, תדרוש שינוי בהקצאת

Gary B. Melton, *Is There a Place for Children in the New World Order?*, 7 NOTRE DAME 223 J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 491 (1993); STEWART ASQUITH & MALCOLM HILL, JUSTICE FOR CHILDREN 26, 39 (1994). עיינו גם אליעזר ומנוחין, לעיל ח"ש 15, בעמ' 22.

משאבים, ולעיתים אף מיסוי נוסף. גישות חדשות להגנת הילד מושתתות על אחריות ארוכת-טווח, ואינן מסתפקות בהוצאה מהבית למוסד הוץ-ביתי.<sup>224</sup> קיים מתה מובנה בין מהויבות רעיונית מופשטת לזכות להי משפחה לבין מדיניות חברתית-כלכלית שמרנית, אשר אינה מציעה סיכוי של ממש במקרים רבים להגנת הילד במשפחתו ובקהילתו, שכן הגנה ממשית על הילד מהייבת הקצאת שירותים חברתיים לא רק לילד, אלא גם לבני משפחתו.<sup>225</sup> קצרה כאן היריעה מלפרוש דיון השוואתי שיטתי על-אודות ההסדרים המוצעים בשיטות משפט אחרות או על-אודות הסעדים הניתנים שם לילד בגין הפרת חובות המדינה ובאמצעות.<sup>226</sup> הדיון שקיימנו כאן בספרות הזרה ובהסדרים הנוהגים במדינות אחרות לא נועד אלא לשרת תכלית צנועה זו של העמדת הבנה הלופית ראוייה של הגנת הילד.

אך על-אף דברינו יסל שהקוראים יתחבטו בשאלות מהותיות, כגון: מדוע נכון להקצות משאבים לשם הקנייתן של זכויות חברתיות לילדים במשפחותיהם ובקהילותיהם? או מהי בכלל אמת-המידה המחייבת את המדינה להיענות לסבלם של הילדים המודרים? ייאמר מייד כי לספקות אלה אין תשובה נכונה אחת ויהודה, בין בתהום המשפט הפוזיטיבי ובין בתהום דעת אחר. טענותינו במאמר זה אינן ממין הטענות שניתן להוכיחן, אלא רק לנסות לשכנע את הקוראים בצדקתן. התכוונו אפוא במאמר זה להציע פרשנויות חדשות לעובדות, כך שתיוותר לקוראים הלופה ראוייה לסיפר השליטי בשיה המשפטי והציבורי הישראלי.<sup>227</sup>

עד כאן דיוננו. לשאלת-השאלות "האם הגנת הילד רווחת בישראל?" תשובתנו היא כי הגנת הילד אינה רווחת במשפט הישראלי. תהום פעורה בין הרטוריקה המרגיעה והמשולה, שסלנו השופים אליה, לבין מציאות חיהם המרה של רבים מילדי ישראל. ילדים אלה משועים להגנת המדינה אך אינם זוכים בה. השאלות שהעלינו פונו להאיר את התהום הפעורה שבין הרטוריקה לבין המציאות. בהיבור זה ניסינו אף לבנות גשר על-פני תהום זו, ולשם כך הצענו כמה מענים המבוססים על המסורת המשפטית שלפיה פורשה אמנת האו"ם. אנו מקווים שהקוראים ישימו את הדברים על לבכם. תיקון מציאות חיהם של ילדי ישראל בידי סלנו.

224 KING & PIPER, לעיל ח"ש 65, בעמ' 66.

225 ראו, למשל, BAINHAM, לעיל ח"ש 157, בעמ' 425-426, המדגים את הדברים דרך דיונו בדיון האנגלי. לא נמצא כאן את הדיון בהיקף הזכאות לשירותים.

226 ובכלל זה שאלת אחריותה הנויקית של המדינה לפגיעה בילד שזוהה כזקוק להגנתה. ראו עניין אמין, לעיל ח"ש 149; שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו", לעיל ח"ש 150, בעמ' 269.

227 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ח"ש 11.