

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 מחוץ 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 ברווחת הילד. כן 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 ולחברי המערכת מיכל פינקלשטיין ויהונתן רובנס, אשר הערותיהם והצעותיהם המעולות סייעו לנו בהכנת המאמר לפרסום. תודה גם לקוראים האנונימיים על הערותיהם המועילות.

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) טיעוננו 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 הממזערות 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 הגיעו לבגירות בגיל שמונה-עשרה מפני כל סכנה הנשקפת לשלומם הגופני או הנפשי.¹ הגדרה מקובלת זו אומצה מכללא אף בדין הישראלי. סעיף 2 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן: חוק 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 "שלומם הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת".² גם סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן:

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

2 זו לשון ס' 2 לחוק 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 לחוק עבודת הנוער, תשי"ג-1953; (5) הוא נתון להשפעה רעה או שהוא חי במקום המשמש דרך קבע מקום עבירה; (6) שלומם הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת; (7) הוא נולד כשהוא סובל מתסמונת חסר בסם (סינדרום גמילה)."

ס' 2(6) היה במקורו הסעיף האחרון, בהיותו "סעיף-סל". אי-תשומת-לב של המחוקק היא שהובילה, לעניות דעתנו, להוספת ס"ק (7) המאוחר לאחר ס"ק (6), אף שהיה 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

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

על סכנת פגיעה בשלומם 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 שלומם 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..."

3 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 הבין-לאומי המגדיר מהי הגנת הילד הוא ס' 19 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אוסררה 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 תחקיקתיים, מינהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על-מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני חבלה, פגיעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות, ניצול לרבות מיני, שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפטרופסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו. ב. אמצעי הגנה כאמור ראוי כי יכללו, מקום שמתאים, נהלים יעילים ליצירת תוכניות חברתיות הנועדות לספק תמיכה הדרושה לילד ולמופקדים על הטיפול בו, וכן לצורות אחרות של מניעה, ולזיהוי דיווח, העברה, חקירה, טיפול ומעקב של מקרי התעללות בילד כמתואר לעיל, ולפי העניין, למעורבות שיפוטית."

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

4 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* Brooks-Gordon & Michael Freeman eds., 2006) (להלן: *Memory through Law*).

5 שם.

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 בשלומם 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 החדה שבין הגנת הילד לבין ייחוס אשם להוריו זוכה בתימוכין גם מאופי ההליכים הפליליים נגד ההורים. הליכים אלה נערכים בבתי-משפט העוסקים בענישה באופן כללי. הענשת האחראים כלפי הילד נעשית שם בדוקטרינות הרגילות של המשפט הפלילי שלאורן 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.⁶

בישראל קיימת חקיקה ענפה של חובות עשה המוטלות על המדינה ושלוחותיה בבואן להגן על ילדים שנשקפת סכנה לשלומם, ובכלל זה צעדים שעשויים למנוע אלימות כלפיהם בעתיד. לצידם קיימות הוראות מנהל המרוכזות בחוזרי 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 לרטוריקה העולה 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.⁷

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 בסכון", "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) brookdaleheb.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/516-08-Towards-Community-REP-HEB.pdf. לדברי החוקרים, התוכנית החלה בשנת 2004 והסתיימה כעבור שלוש שנים לשם חשיבה מחודשת של אנשי משרד הרווחה על-אודות תכניה. עיקר חששם של אנשי הרווחה, צוין 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) brookdaleheb.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 הצטרפו במהלכה. לקראת סופה של התוכנית הופסק מימון הפרויקט של התוכנית. לצד הצלחות תודעיות בין גורמי הרווחה המטפלים בילדים

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 הרוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי ראייה – דוח ביניים** (2014) (להלן: **דוח ועדת סילמן**) www.molsa.gov.il/About/OfficePolicy/Documents/

D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%AA%20%D7%A1%D7%99%D7%9C%D7%9E%D7%9F%20%D7%9C%D7%93%D7%A4%D7%95%D7%A1%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 שיצאו מתחת ידה. טיוטת מאמר זה עובדה כשנה לפני פרסום מסקנות הדוח. ביתניים השר שמינה את ועדת סילמן אינו מכהן עוד בתפקידו, ושך אחר מונה במקומו והחליף את המנכ"ל שחיבר את הדוח. בימים אלה התפרסמה באתר החדשות ynet הידיעה המתרת הבאה:

8 ראו יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה צדק עם הילדים ומשפחותיהם?" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 335 (תמר מורג ויוסי רחמים עורכים, 2010) (להלן: רונן וגילת "שיח זכויות הילד"); יאיר רונן "על סבל וקולותיהם של ילדים ממשיים במשפט

תשובתנו תיחלק 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 הילד⁹ לבין התמקדותה של הגנת הילד הישראלית בפתרונות משבריים 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 הגינותן של המתודות הטיפוליות הננקטות על-ידי מערכת השירותים החברתיים בישראל בתחומים הנושקים לגידולו של הילד, באשר 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 התקון הנדרש כדי שהיא תממש את תכליתה.

לפני הכל ברצוננו להעיר שתי הערות מקדמיות:

ראשית, במהלך חיבורנו 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 חוסר משאבים – אכן מגיעים לתוצאות המשרתות נאמנה ילדים ומשפחותיהם. על-כן טענותינו אינן שיפוטיות כלפי מאן דהוא באופן אישי, אלא אך ורק כלפי המערכת המוסדית וכלפי הדוקטרינות שהיא מכתיבה. עמדתנו היא כי אנשי-המקצוע עצמם מחזיקים בקשת רחבה של עמדות, אשר לא תמיד זוכות בביטוי שלם במערכות 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 מכוחה. קצרה היריעה מלנמק אמירה זו בחיבורנו זה, אולם חשוב לנו לציין בפתח הדיון כדי לדייק בטיעונינו.

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

הישראלי" הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 137, 144–145 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008) (להלן: רונן "על סבל"); Ya'ir Ronen, *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 צבי גילת "על הקשל המשפטי המובנה באבחון 'טובת הילד' באמצעות מערך שירותי הרווחה" מאוני משפט 403 (2006) (להלן: גילת "על הכשל"). ראו גם דין-חשבון של ועדת ייעוץ לקביעת סמכות 'ועדות החלטה' ודרך התנהלותן מול פקידי הסעד למיניהם (2002) (להלן: דוח ועדת גילת).

9 ראו לעיל ה"ש 3.

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

החל בשנות השמונים.¹¹ מעבר לכך, כתיבתנו אינה פורמליסטית באופן מובהק. אנו מבקשים לחשוף את ההכרעות שהובילו לעיצוב הדין והפרקטיקה בעניין הגנת הילד כעשייה פוליטית.¹²

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 החוק שציינו במבוא – בחוק הנוער ובחוק הכשרות המשפטית – "הגנת הילד" היא בן חורג בשיח המשפטי הישראלי. בעוד שקולמוסין רבים נשתברו בתיאורם ובהמשגתם של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" בישראל – בחקיקה, בפסיקה ובמאמריהם של מלומדים¹³ – המושג "הגנת הילד" אינו מוזכר 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, 523–524, 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 להורה 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 מחודש 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 יסודם 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 – ייצוג 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**,

בחקיקה, ואם הוא כבר מופיע אי-פה אי-שם בשיח המשפטי ובתודעה הציבורית הישראלית, הוא נדחק לקרן-זווית, לתחום ה"נזקקות" של הילדים ו"סמכויות החירום" של פקידי הסעד להגן על ילדים במצבי משבר המחייבים התערבות מהירה,¹⁴ וגם שם הוא מתבאר כמתייחס להגנת הילד מפני התנהגותם החריגה של בני משפחת המוצא שלו, וכמיוחד למיעוט של ילדים הבאים ממשפחות המתווגות כמצויות בשולי החברה, שבהן מישוהו מסביבתו האינטימית של הילד מתעלל בילד או מזניח אותו.¹⁵ אך הגיעה העת לשאול: האומנם זה מקומה הראוי של הגנת הילד? האם ל"הגנת הילד" אין שיג ושיח 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 בחשיבה מחודשת על-אודות פועלו של שיח זכויות הילד בצילו של עקרון טובת הילד.¹⁶ ביארנו שם כי חשוב לדעתנו ש"זכויות הילד" ייענו לסבלם של ילדים תוך התייחסות אליהם כאל חלק ממשפחות ומקהילות, ובכך יעשה עימם צדק. בחיבור זה נייחד את דיבורנו ל"הגנת הילד". טענתנו היא כי הבניה זו של "הגנת הילד" כשונה וכמיוחדת מול "טובת הילד", מחד גיסא, ומול "זכויות הילד", מאידך גיסא, היא מוטעית: כל הילדים זקוקים להגנת המדינה, ולא רק אלה המאופיינים כבאים מתוך קבוצה קטנה של משפחות חריגות. לא זו אף זו, האמירות הרווחות על-אודות "טובת הילד" ו"זכויות הילד" בשיח המשפטי הישראלי, בשיח של המקצועות המסייעים ובתקשורת לא רק שאינן מקדמות הגנה ממשית על הילד, אלא למרבה הפרדוקס פוגעות בה. שיח 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 וחברה 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" (שנוערך בתאריך 20.10.2016) מעלה את הממצאים הבאים: מבין כל פסקי-הדין שבמאגר הממוחשב, המונח "טובת הילד" מופיע ב-2,672 מסמכים; המונח "זכויות הילד" – ב-818; ואילו הצירוף "הגנת הילד" כמונח – ב-26.

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

¹⁶ רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 345.

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

הורו 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).¹⁷ 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 שיח זכויות הילד והן שיח טובת הילד מבקשים לקדם את האינטרסים של הילד באופן מיטבי.¹⁸ והנה, בעקרון "טובת הילד", המבקש להגן על מיטב האינטרסים של הילד, טבוע יסוד פטרנליסטי של שיקול-דעת חיצוני, מחוץ לרצונו האוטונומי של הילד, בדבר האיוון הראוי בין אינטרסים שונים. אין להתפלא אפוא כי בעבר, בשם עקרון "טובת הילד", נסוגה חירותו של הילד – אם לא "התקפלה" לגמרי – מפני פעולותיהם השרירותיות והבלתי-מוצדקות של הוריו. אך בהמשך, בתהליך היסטורי איטי, הוכרו מכללא זכויותיהם של הילדים כבני-אדם המשוחררים מרצונות הוריהם. תהליך זה התרחש בחסות עקרון "טובת הילד" שנים רבות לפני בואה לעולם של אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד ובטרם זכה שיח זכויות הילד בבולטות, כפי שביאר פרופ' זאב פלק במאמרים שפרסם בשנת 1975.¹⁹ מאז, במשך יותר מעשרים וחמש שנה, חדר לשיח המשפטי בישראל מטבע-הלשון של "זכויות הילד", אשר הוצג לא אחת כאנטיזה ל"טובת הילד" או למצער כשווה-ערך לה. יש שתלו את הבניית הקיטוב בין המושגים באמנה בדבר זכויות הילד, אשר יצרה בכותרתה את הרושם כאילו ההכרה בזכויות הילד מחייבת – בשם שחרורו מעול המבוגרים – זניחה מוחלטת של שיקול-

17 זהו המונח האנגלי המקובל יותר, אך לעיתים נעשה שימוש במונח *welfare principle*. כדבריו של השופט מישאל חשין בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 98 (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 בחר 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 הדן ב-*best interest* בלשון יחיד.

18 לדוגמה לאיוון בין אינטרסים שונים בהחלת עקרון טובת הילד בנושא ממזור ילדים ראו, למשל, בר"ע (מחוזי ת"א) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פסק-דין של השופט שנלר (פורסם בבנו, 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 SOCIÉTÉ JEAN BODIN 185 (1975).

הדעת הפטרנליסטי להגנתו. דיון ברוח זו זכה בבולטות בע"א 20,2266/93 שבו התדיינו השופטים בשאלת השתלבותם של שני המונחים. ברם, קריאת האמנה מלמדת כי היא אינה מקדמת סדר-יום חדש ליברלי אינדיווידואליסטי מובהק, חד-ממדי 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 "הכוונה והדרכה נאותות" מהוריו או ממבוגרים האחראים עליו.²¹ 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 גילויו הפטרנליסטיים של עקרון טובת הילד במתכונתו המסורתית. האמנה מציעה אומנם להכיר בכשירויות הממשיות המתפתחות של הילד (סעיף 14), אך חובת שמיעת הילד וההתחשבות בתחושותיו וברצונו, הנגזרות מהכרה זו, אין בהן כדי להעניק לו זכות וטו בכל הנוגע בו, ובוודאי אין כוונתה להטיל על הילד בכל מקרה ומקרה את האחריות לתוצאות החלטתו. 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 לכונן משטר של זכויות ובה-בעת לא להשוות את מעמדו לזה של המבוגר. המחשבה המוטעית כאילו ההכרה בזכויות הילד מחייבת 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 באמרנו 'טובת הילד', אך במהות – זכויותיו, לטעמי, הן טובתו וטובתו היא זכויותיו, אף כי המונח

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, 961–958 (2003) (להלן: רונן "זכות הילד לזהות"). נציין כי עמדת ההלכה היהודית דומה לתובנות האמנה, וזאת בניגוד למצב 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 נחוץ.²²

אנו מבקשים להפנות את תשומת-הלב לייחודן של זכויות הילד כזכויות אדם. ייחוד זה מחייב היזקקות 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 המחייב, מכוח סעיף 3 לאמנה.

לכן, לעניות דעתנו, השאלה מתי הייצוג נחוץ, עד כמה נכון להתחשב ברצונו של הילד ועד כמה נכון להתחשב ברצון הסובבים אותו, וכיצד נכון לאזן בין רצונות אלה כאשר יש ביניהם אי-הלימה – כל אלה הן שאלות טעונות מבחינה ערכית ושנויות במחלוקת רעיונית, בין היתר בין חסידי זכויות הילד לבין מי שאמונים על הגנתו הפטרונית. אין זה נכון 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. כולנו מצווים לזכור כי הכרעה בהתאם לטובת הילד המתעלמת מזכויותיו או הכרעה בהתאם לזכויות הילד שאינה חוסה בצילו של עקרון טובת הילד הן פסולות, ועם זאת ייתכן מרחב סבירות להחלטות היוצרות איזונים ערכיים שונים. הצגת המחלוקת ביניהם כסמנטית גרידא עלולה לסמא מן העין את השיקולים הערכיים הדוקטרינריים המסתתרים מאחורי מסך העשן של “ממצאים מוצקים”, כלשון המשפטנים.²³ מוסך כזה יוצר את “המשפט הסמוי מן העין”, כמאמרו של מנחם מאוטנר.²⁴

לדעתנו, ההבחנה בין “טובת הילד” ל“זכויות הילד” אינה סמנטית בלבד, אך גם אין הצדקה בעינינו לקיטוב המשתמע כביכול בין המושגים הללו. מחד 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, שנכון לאזן ביניהן.

22 אליקים רובינשטיין “על הקטין במשפט” **משפחה במשפט** ג-ד 35, 44 (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 בעמ' 10480/05 **פלוגית נ' פלוגי**, 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 ה' 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 מנחם מאוטנר “המשפט הסמוי מן העין” **אלפיים** 16, 45 (1998).

נדגיש: דברינו על-אודות מרכזיותה של הגנת הילד אינם מתייחסים רק למי שחוסים תחת הגנתו של חוק 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 שעלולים להיפגע מגזענות או מזיהום סביבתי. לפי הנתונים הגלויים, שליש מילדי ישראל עניים,²⁵ ומקצתם רעבים ואינם זוכים בבריאות בסיסית, בחינוך בסיסי או בתנאי מחיה מכבדים.²⁶ ילדים עניים הם מקרה פרטי של ילדים הזקוקים להגנת המדינה באופן רחב באופן מובהק מגילוייו של עקרון "טובת הילד" במתכונתו המסורתית או מביטוייהן של "זכויות הילד" כרכיבים אוטונומיסטיים גרידא.

עמדנו בסעיף זה על נוכחותה-נפקדותה של הגנת הילד בשיח זכויות הילד הישראלי, ומאידך גיסא, הצבענו על כך שהיא מובנית לתוך משטר הזכויות באמנה, ויכולה בדרך זו ליישב את המתח האמיתי בין הפטרנליזם הטמון בעקרון טובת הילד לבין בשורת השחרור שבזכויותיו ולפוגג את אשליית הקיטוב המחנאי. בחלק א(א) לחיבור זה נחזור להיקף ההגנה שכל ילד וילד בישראל ראוי לה, ונראה כי מתקיימת בישראל התערבות שלטונית בלתי-מידתית בחיי הילד בצד הגנה חסרה המפקירה ילדים לסכנות רבות. לעת עתה נברר בסעיף הבא לאן נותבה הגנת הילד בישראל וכיצד ניתן זה כשלעצמו עלול לייצר ולהעצים גורמי סיכון לילדים.

(ב) הפרשנות האינדיווידואליסטית של הגנת הילד

הצגת "טובת הילד" ו"זכויות הילד" כמונחים קוטביים נובעת, לדעתנו, גם מפרשנות שגויה של "הגנת הילד". מאז חתמה 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, ומזוהה פחות עם זכותו של הילד להגנת המדינה. הדיון על מקומם של הילדים התרחב בשיח 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.²⁷ כפי שביארנו בסעיף האחרון, הבניות אלה, המציירות קיטוב, אינן מתיישבות עם האמנה. התמונה הכוללת העולה מהשיח המשפטי והציבורי הישראלי היא תמונה של התמקדות מובהקת בהגנת הילד מפני אנשים בסביבתו הקרובה

25 על-פי דין וחשבון הוועדה הציבורית לבדיקת מצבם של ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה (2006) (להלן: דוח ועדת שמיד) www.molsa.gov.il/SiteCollectionDocuments/MisradHarevacha/shmidreport2006.pdf. להערכות מעודכנות ראו להלן ה"ש 115.

26 עיינו במקורות הנזכרים לעיל בה"ש 15.

27 עיינו ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 20.

האינטימיות.²⁸ אין מנוס מן ההבנה שזכויות הילד בשיח הישראלי המשפטי הרווח מושתתות על אתוס אינדיבידואליסטי, שממנו עולה דמות של מבוגר קטן בשנים העומד על שלו מול הוריו, ובוודאי מול רצונם והבנתם של בני המשפחה המורחבת. אלא שהגנת הילד כחלק ממשפחתו וכאיבר מקהילתו, ובכלל זה הדרכת המבוגרים האחראים כלפיו, היא מאושרות האמנה,²⁹ כמשתקף במיוחד מסעיף 5 שבה, אשר זו לשונו:

"המדינות החברות יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או, מקום שניתן ליישום, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנהוג על-פי המסורת המקומית, של אפוטרופסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על-מנת לספק, באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו."³⁰

הגנה כזו הוזנחה באופן ממשי במדיניות המשפטית והציבורית הישראלית. המשגתה הראויה של הגנת המדינה על הילד בישראל ברוח האמנה – קרי, זכות של הילד, ולא כמעשה חסד של הרשויות – טרם הוטמעה בתרבות בכלל ובתרבות המשפטית בפרט.³¹ ביטוי משמעותי לגישה האינדיבידואליסטית ימצא המעיין במאמרה של השופטת (בדימוס) סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים".³² עמדתה של השופטת רוטלוי ראויה לתשומת-לב מיוחדת בשל מרכזיותה של הוועדה שבראשה עמדה בשיח הישראלי.³³ במאמר מעניין זה מועלית טענה בדבר מיעוט השיח המשפטי בישראל על-אודות זכות הילד להתפתחות, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה, ומוצעות סיבות למצב עניינים זה:

"אם מדובר בזכות כה חשובה, מדוע אפוא אין שיח משפטי על אודותיה? ראשית, אין לצפות שהורים מזניחים או מתעללים יפנו לערכאות על מנת

28 רונן "על סבל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 151–155; רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"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" **מאזני 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; ורד סלונים-נבו ויצחק לנדר "האם טובת הילד יכולה להתקיים בנפרד מטובת המשפחה? מחשבות והמלצות לשינוי" **חברה ורווחה** 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 לזהות", לעיל ה"ש 21.
30 ס' 5 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 3.
31 עיינו גם רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 336–339.
32 סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 63 (תמר מורג ויוסי רחמים עורכים, 2010) (להלן: רוטלוי "אחריות המדינה").
33 ראו להלן ליד ה"ש 36 ואילך.

שהמדינה תתערב באוטונומיה שלהם, גם אם יהיה בכך כדי לשרת את טובת הילדים. חלקם הגדול של אותם הורים בא מקרב אוכלוסייה חלשה, אשר מתקשה ממילא לפנות לערכאות ונעדרת יזמה ויכולת להקים עמותות שירכזו בידן כוח ציבורי לצורך שינוי.³⁴

פסקה זו מאירה היטב גישה אינדיבידואליסטית להגנת הילד, הממוקדת בהגנת הילד מפני הוריו. לנוכח גישה זו מתעוררות שאלות שיש להן רלוונטיות מעבר למאמר המסוים: האומנם אוכלוסיית הורים שאינה "חלשה", כלשון המאמר, צפויה לפנות לערכאות על-מנת שהמדינה תתערב באוטונומיה שלה? מדוע? היכן קרה הדבר הזה? ובכלל, האם נכון לכתוב על-אודות "אוכלוסייה חלשה"? האם לא נכון להעדיף את המונח "אוכלוסייה מוחלשת", כדי לתת ביטוי לאפשרות שניתן להעצימה על-ידי הכרה בזכויות חברתיות, ולהבהיר כי החולשה אינה גזרת גורל ואינה מלמדת על תכונות, קשיים ואי-יכולות הטבועים לכאורה באותה אוכלוסייה? ועוד נשאל: האם נכון שכדי להבטיח את התפתחותו של ילד יש להתערב באוטונומיה של הוריו, וזאת בטרם הובטחו בחוק – כעניין שבזכות – ביטחון תזונתי, תנאי מחיה 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 כוונה כנה לקדם את טובת הילד – נסיונות לתת מענה לפגיעה מיותרת בתא המשפחתי ובתוך כך בטובת הילד.³⁵

גישתה של המחברת עולה בקנה אחד עם הרוח הנושבת מדוח ועדת הייעוץ שבראשה עמדה. הוועדה, שמונתה על-ידי שר המשפטים על-מנת לבחון עקרונות-יסוד בתחום הילד והמשפט, הגישה דוח מפורט (להלן: דוח ועדת רוטלוי), שבו הוצעה רפורמה מקפת של הדין הישראלי.³⁶ דוח חשוב זה הולך במתווה של הזנחת הגנת הילד כחלק ממשפחתו וכאיבר מקהילתו. מדוח הוועדה עולה, על-פי קריאתנו, שהוועדה התמקדה בראש ובראשונה בהטמעתן של "זכויות הילד" כאנטיתזה להגמוניה של עקרון

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

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

36 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח הוועדה – חלק כללי** (2003) www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOH_HAVEADA_11.pdf (להלן: **דוח ועדת רוטלוי**). באופן ספציפי 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 לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית** (2003) www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Global/DOCHASAMA.pdf (להלן: **דוח ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית**).

"טובת הילד". ברוח זו המליצה הוועדה (בצדק, לדעתנו) להמיר את המונח "אפטרופסות טבעית", שנודפת ממנו קונוטציה "אדנותית" של ההורים ביחס לילדיהם הקטינים, במונח "אחריות הורית". כמתבקש משיח 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 וחשוב לזכותו של הילד להשמיע את קולו בענייניו. הוועדה גם דנה בהטמעת זכות הילד בענייני חינוך, ואף כתבה דוח מפורט בענייני השמה חוץ-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 ומהוראותיה: הגנת הילד כאדם שלם הקשור בקשרי-גומלין – הראויים להגנה – למשפחה ולקהילת מוצא. מגמתה הכוללת של הוועדה והמלצותיה היישומיות אינן מממשות את ההבטחה העולה מהדוח שגיבשה ועדת-המשנה של ועדת רוטלוי בנושא השמה חוץ-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.³⁷ דוח ועדת-המשנה מקדיש סעיף שלם לתיאור הדיסוננס שבין הדימוי ההרמוני (אשר גם אנשי המקצועות המסייעים בשירותים החברתיים והמוסדות מצהירים עליו) שלפיו הילד הנמצא בטיפול חוץ-ביתי ממשיך להיות חלק ממשפחתו ומשתייך אליה – ועל-כן יש אפוא לעשות הכל כדי ליצור את התנאים שיאפשרו את החזרתו לחיק משפחתו – לבין המציאות של מעשים ופעולות הנעשים על-ידי מעונות ופנימיות (בגיבוי ובפיקוח הדוק של קובעי המדיניות של השירותים החברתיים הממלכתיים) שיש בהם כדי לקבוע את הילד מחוץ למשפחתו.³⁸ תוכנה 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 להשמטתו במוסדות "חוץ-ביתיים", אף שלפי הכרזתה של ועדת רוטלוי עצמה זהו אחד התחומים שבהם האמנה מביאה עימה בשורה.³⁹

37 דוח ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-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 חוץ 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 ההסבר ראו שם, בעמ' 218–220.

39 דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 305–306 (במסגרת דברי ההסבר להצעת חוק לקידום זכויות הילד); דוח ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 91–105. לשוניים הלא-רבים בפסיקה בעקבות מסקנות הוועדה מנקודת-מבטה 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).

בחיבורים קודמים ביארו המחבר הראשון, רות זפרן ואחרים⁴⁰ 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 מכוח האמנה שתבטיח כי הוא יקבל – בזכות, ולא בחסד – מענה חומרי לצרכיו הממשיים, כאדם שלם בעל זהות וזיקה למשפחה ולקהילה, אף כאשר משפחתו וקהילתו מוחלשות ומודרות. זאת ועוד, חסידי 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 לעומתיות, המעמידות את ההורים וילדיהם משני צידי המתרס. זכויות הילד עומדות לשיטתם כתריס כנגד "קול הדם" וכחומת-מגן מפני זיקה קניינית של הורים לילדיהם.

מהלך מחשבתי 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.⁴¹ 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 מודעות לצורך להגן על מה שהילד רואה כמשתייך אליו רגשית. ברור שהגנה על יחסיו 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 וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 129 (תמר מורג ויוסי רחמים 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 צבי גילת **דיני משפחה – יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחינוך** 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 משפחת המוצא או של המשפחה המורחבת בהסתמך על קשרים גנטיים.⁴² ניצנים לזהירות מפני זיהוי מוטעה זה ימצאו הקוראים בכמה מפסקי האחרונים של בית-המשפט העליון, שבהם העדיפו השופטים את הזכות למורשת-מסורת זהותית על טובת ילד אינדיוידואליסטית-לעומתית.⁴³

42 עיינו גם Ronen, *Redefining the Child's Right to Identity*, שם. המלצותיה של ועדת סילמן בנוגע למדרג בהשמה חוץ-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 חיסכון לאומי לכל ילד, התשע"א–2011, פ/3527/18, של חברת-הכנסת יצחק הרצוג, שבה מוצע להפריש חלק מקצבת הילדים לחיסכון 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 חדלו מכלכלתו, ונכון לשקול כיצד לתקן מצב עניינים זה, כדי שהמשאבים שיתפנו יקלו את המאמצים לפרוש רשת של זכויות חברתיות לטובת ילדים פגיעים אלה.

בבע"ס 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, תוחזר שוב לאם, שנגמלה בינתיים מסמים. הפרשה כולה עוררה דיון ציבורי ער על איכות תפקודו של השירות למען הילד, אשר נראה להוט להכריז על ילד כבת-אימוץ עוד בטרם נעשה ניסיון כן לתקן את מסוגלותם ההורית של מולידיו.

השופט רוטלוי, במאמרה "ילדים אינם חפצים" **הארץ** – דעות 12.4.2011 www.haaretz.co.il/12.4.2011, הביעה את דעתה 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 הציבורי באימוץ מעלה רגשות קמאיים בדבר הזכות להורות, המכונה 'קול הדם'. תחושת הרכושנות כלפי ילדים, המקובלת משחר ההיסטוריה, מתעצמת ובולעת כל שיח 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 אינדיוידואליסטי. והנה בדיון הנוסף עצמו התגלעה מחלוקת בין השופטים: חמישה שופטים – ריבלין, ארבל, ג'ובראן, מלצר והנדל – המשיכו את הקו המנחה בבע"ס; 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 "יד קלה על ההדק" – 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"ס 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 ממשפחת האומנה על-מנת להשיבה לדורתה,

מחד גיסא, ביסוס זכויות הילד על אתוס של אינדיבידואליזם ליברלי, העלול להיות כרוך בניתוק הילד ממשפחתו ומקהילתו, הוא מעשה פוליטי של עוולה חברתית הכרוך בפגיעה בילד.⁴⁴ מאידך גיסא, יש להיזהר מפוליטיקת זהות קהילתית המקריבה את הילד על מזבח קידומה של קהילת מוצא מוחלשת.⁴⁵ 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 שיח הזכויות מתבסס על אתוס אינדיבידואליסטי. יוצא שמוחלשותה 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-אינדיבידואליסטית.⁴⁶

טענתנו היא כי "הגנת הילד" בצל אתוס אינדיבידואליסטי לא רק משוללת צידוק ערכי לנוכח המחויבות בת-זמננו לרב-תרבותיות, אלא אף הרת-סכנות במדינה שאוכלוסייתה מורכבת מקיבוץ גלויות של יהודים מכל קצווי תבל וממיעוט אתני גדול ומובחן. 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 חפים ממודעות חברתית ופוליטית ומכל זיקה לספֶרה הציבורית. הגנת הילד אינה מתמצית בזיהוי של פרטים, משפחות וקהילות שטבועים בהם לכאורה ליקויים שבעטיים הם פוגעים בילדים, ובהגנה על הילדים מפניהם. המדיניות החברתית והמשפטית כרוכה בהכרעות ערכיות בדבר המחויבות להגנת זיקותיו של הילד למשפחה, לקהילה ולתרבות.⁴⁷ אשר על-כן

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 ההורה-המוליד היא בעלת עוצמה גדולה מזו של בני המשפחה האחרים. עם זאת, הקטין אינו רק בן לאמו-מולידתו, הוא גם חלק משושלת משפחתית, ומסירתו לאימוץ תולשת אותו גם מזהותו המשפחתית. איך נישא פנינו אל הקטין שיתבע מאיתנו תשובה ביום מן הימים, הכיצד קרעתם אותי מעם משפחתי שנלחמה עלי בכל מאודה ובכל נפשה? הכיצד ניתקתם אותי ממורשתי-מסורתי-זהותי כבן לעדה האתיופית?"

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

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

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

46 ראו שם; רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"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 משיח זכויות ליברלי אינדיבידואליסטי, לא רק שאינה מספקת מענה ראוי לסבלם של ילדים טעוני הגנה, אלא נהפוך הוא. עשייה פוליטית זו מחלישה ילדים בסופו של יום, כי היא מחלישה את משפחותיהם וקהילותיהם, ונהפכת לחלק מהבעיה של הילדים הסובלים.⁴⁸ מדיניות זו עצמה לא רק משקפת כשלים במחויבות לילדים ולמשפחותיהם, אלא מייצרת ומעצימה את גורמי הסיכון, שכן 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 "נזקקים", כפי שהם מכונים בחקיקה – וכי נכון להגן על ילדים כחלק ממשפחות ומקהילות. אך גם מנקודת-מבטם של אלה המבססים את הגנת הילד על אתוס אינדיבידואליסטי של זכויות הילד, אין ההגנה המוצעת בדין הישראלי ראויה.⁴⁹

שלחם. טענות אלה זוכות בעשורים האחרונים בתשומת-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 שהזיקה למשפחת המוצא ולקהילת המוצא צריכה להיות מונחית על-ידי זכות הילד לזהות כזכות 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"נזקקות", 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 במצבי סיכון: הגדרות, התפתחויות ודרכי התערבות" **ילדים ומתבגרים במצבי סיכון בישראל** כרך א 19 (עמנואל גרופר ושלמה רומי עורכים, 2014). ראוי גם לציין כי "נוער בסיכון" אינו אוסף של "מקרי-קצה". כך, ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט, במסגרת דברים שנשא בזכות יישום המלצותיה של ועדת שמיר, 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. ראו גם דן בן-דוד וחיים בלייך "עוני ואי שוויון בישראל: התפתחויות לאורך זמן ובהשוואה ל-OECD" **דוח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2013** 17 (דן בן-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 במיעוטו, 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 כנזקק או כבר-אימוץ בניגוד לרצון הוריו – שהוא צעד של בחירת הרע במיעוטו, אשר יש לצמצם את השימוש בו רק למצבים שבהם עולה החשש שבלעדיו יבולע לילד – לבין חובתה של המדינה לדאוג באופן מיטבי לצרכיו החומריים והנפשיים של הילד, ובכלל זה למקום מגוריו, לחינוכו ולהשכלתו. גולדשטיין, סולניט ופרויד היו הראשונים שעמדו על הבחנה זו, בטריולוגיה שפורסמה לפני שנות דור. הם אלה אשר טבעו את המושג "הרע במיעוטו" – *the least detrimental alternative* – ביחס להתערבות המדינה, ודרשו זהירות בסיסית בהתערבות זו לנוכח נזקיה בכוח. תובנתם זו זכתה בהסכמה רחבה, ואומצה כתשתית רעיונית לדיני הגנת הילד במדינות שונות.⁵⁰ כמובן היא התקבלה באופן עקרוני בפסיקה במדינות שונות, ובכלל זה בישראל.⁵¹

כפי שביאר המחבר הראשון במקום אחר,⁵² קיימת נטייה בציבוריות הישראלית ליצור השווייה (equation) בין נקיטת הליך שהוא הרע במיעוטו, שבו המדינה נאלצת להתערב בניגוד לעמדת ההורים, לבין ההליך הננקט למציאת המיטב בעבור הילד הפגיע. ההשווייה 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 תוכן הטקסט: JOSEPH GOLDSTEIN, ALBERT J. SOLNIT, SONJA GOLDSTEIN & ANNA FREUD, THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: THE LEAST DETRIMENTAL ALTERNATIVE (להלן: GOLDSTEIN ET AL., THE BEST INTERESTS OF 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). יצוין כי עמדתנו שתוצג להלן אינה חולקת על עמדתו של פרימן. הגם שפרימן הוא מנושאי הדגל של הגנת הילד מפני הוריו באמצעות משטר של זכויות, אין הוא חולק על ההכרחיות של פעולה יעילה של המדינה להגנת הילד, כדי להבטיח כי האינטרסים של הילד יצאו נשכרים מחשיפת 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 261, 316–317, ה"ש 246 (1997). בע"א 2266/93, לעיל ה"ש 20, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא שמגר, מנסח הנשיא 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-דעתם 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 אחת מעילות האימוץ, עשויה להבטיח לילד את המיטב היא שגויה, לדעתנו, וחושפת את הילד לסכנות מיותרות. תפיסה מנוגדת לדעתנו משתמעת מפועלם של מקצת חסידי 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 לעורר שאלות מקדמיות: מה תוכן ההתערבות ההגנתית של המדינה? עד כמה המדינה מחויבת – מתוך נאמנות לאינטרסים של הילד – לשמר את מסגרת המשפחה המולידה? האם המדינה רשאית לנקוט מדיניות של "תוכו אכל וקליפתו זרק", דהיינו "להציל" את הילד הנוזק תוך הפרדתו ממשפחתו, או שמא היא חייבת לשמר את הילד בתוך משפחתו תוך הסתייעות בתמיכה כלכלית וטיפולית קרבת של המשפחה המורחבת של הילד והקהילה, ובכך למנוע את הוצאת הילד מביתו ברוב המקרים?⁵³ דוקטרינות המיושמות באופן גורף ובלתי־מובחן מעוררות בנו חשש לשלום הילד. אנחנו מבקשים אפוא לבחון

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), שם 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 & Murray 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. & POL'Y REV. 81, 115–116 (2000) ה"ש 15, בעמ' 29–22. 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.⁵⁴

לפי התוכנה שיש להפריד בין ההתערבות הכופה 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. המחוקק הישראלי נקט שלושה אבות־טיפוס של התערבויות הגנתיות בבואו 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 הציע המחבר הראשון להטמיע את תוכנות המשפט הטיפולי (therapeutic jurisprudence) בשיח הגנת הילד. לעיתים נדמה כי לא הילד, על סבלו הייחודי, הוא שעומד במוקד הדיון, אלא המאבק הדוקטרינרי. בפרשה המכונה בציבור "תינוק המריבה" התעוררו כמה מחלוקות בין השופטים. בע"מ (מחוזי ת"א) 4/04 **פלונת ופלונת – 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 ככר־אימוץ, כאשר ההורים הביולוגיים מעוררים שאלה בדבר תקינות ההליך של הכרזת הילד ככר־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 **פלונת ופלונת, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' פלונת ופלונת, 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 בלית ברירה 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 כוויתור 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 שיהוי מצד פקדי הסעד מלטפל בבקשת ההורים המולידים) נקשר הילד להוריו המיועדים לאמצו, וניתוקו יגרם נזק בלתי־הפיך. לניתוח גישתם של השופטים ולביקורת על מקצת מהלכי המשפט עיינו רונה שוז "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 פלונת ופלונת, ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים" **עיוני משפט** לא 219 (2008).

- **הכרזת נזקקות** – סעיף 2 לחוק הנוער קובע שורה של עילות המצדיקות הכרזה בדבר נזקקותו של הילד מחשש לפגיעה בשלומו הגופני או הנפשי.⁵⁵ אכן, ילד ששלומו הנפשי או הגופני עלול להיפגע זקוק להגנת המדינה, במיוחד בעילות הנובעות באופן ישיר מהתנהגות מכוונת 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 חמור, 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 אפוטרופוסות** – 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 זהירה של כל הוראות חוק הנוער, חוק האימוץ וחוק הכשרות המשפטית עולה, 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 ניסח וביאר היטב דוד רייפן, ראשון שופטי הנוער בישראל ועובד סוציאלי בהכשרתו, בספרו החלוצי **הקטין ובית-המשפט לנוער**:

"אכן, מבחינה מסוימת אפשר להגיד, שהדיון המשפטי בענייני צעירים הזקוקים לטיפול ולהגנה, מכוון 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, ולאלה ניתנת האפשרות – כמו לעבריינים הנאשמים בעבירה – לחקירת שתי-וערב ולסתירת ההוכחות. לא יפלא איפוא, אם דווקא במשפטים אלה בולט במיוחד כשלון ההורים. באינסטינקט נכון הם חשים בעובדה שהם-הם המובאים לדין".⁵⁶

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 מבחינת 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.⁵⁷ לדעתנו, התובנה שההורים חשים שהם נענשו אינה צריכה לשלול היזקקות להליכים אלה כאשר אין בנמצא דרך חלופית 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 הנחווים כענישתיים למינימום הנדרש לשם הגנת הילד, על-ידי מודעות לכך שהתערבותה של המדינה היא לעולם רק הרע במיעוטו.

ברם, תובנה זו שלמען טובת הילד אין על השירותים החברתיים להתערב באוטונומיה המשפחתית אלא בלית בררה ורק באופן מינימלי אינה מעוגנת בדין הישראלי. כך, למשל, אין אמירה מפורשת כי הכרזת 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.⁵⁸ אין גם אמירה מפורשת בחוק כי הכרזת הילד כנזקק תבוא רק אם הצעדים המדוירים של מינוי אפוטרופוס בתוך המשפחה נוסף על ההורים או במקומם נוסו על-ידי בית-המשפט וכשלו. זאת ועוד, גם אם הוכרז הילד כנזקק, המחוקק לא קבע בעקבות האמנה, במסגרת השיקולים בדבר טובת הילד, את עדיפותה של השמה במסגרת המבטיחה חיי משפחה על חלופות מוסדיות. לדעתנו, יש להבחין היטב בין ההצבעה על פגיעה קונקרטית בשלומו של הילד לפי דרישת חוק הנוער – אשר עשויה בהחלט, אם היא נעשית כראוי, להגן עליו ולשרת את טובתו – לבין הטיפול השורשי ארוך-הטווח הנדרש לאחר קביעת הנזקקות. אף בהנחה שקביעת נזקקות עשויה לשרת את הילד, יש להיזהר מהנחה כללית כאילו דרכי הטיפול בעקבותיה ישרתו את הילד. גיבוש דרכי הטיפול בעקבות קביעת הנזקקות מחייב זהירות רבה, בשל האחריות המוסרית הכוללת של החברה לעתידו של הילד, שכן התערבות בלתי-מידתית של המדינה בתחום האינטימי של הילד ומשפחתו עלולה להוליד תוצאות הרסניות שינבעו מעצם ההתערבות.⁵⁹

57 הפריין-קדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 322–323.

58 על עניין זה עיינו בקביעתו של השופט צבי ברנזון בבג"ץ 252/75 פלוגית נ' שר הסעד, פ"ד ל (1) 51 (1975), וכן בפסק-דינו של השופט שמואל בוקובסקי, סגן נשיא בית-המשפט לענייני משפחה מחוז המרכז, בתיק אימוץ אמ"ץ (משפחה ראש"צ) 67/02 קטינה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בפדאור, 1.5.2003). ראו גם פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, לעיל ה"ש 17; גילת "על הכשל", לעיל ה"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 כאשר לשילוב ילדים בסיכון בקהילה. פער זה עצמו ראוי למחקר-שדה. ראו נא את גישתם של סלונים-נבו ולנדר במאמרם ושל מאסס בספרה (שניהם לעיל בה"ש 28). בלהה דודזון-ערד "איכות החיים של ילדים בסיכון שהוחלט להשאירם בבית בהשוואה לילדים שהוחלט 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 למשטרה או לפקיד הסעד. חוק זה נחשב עד היום "מתקדם" ו"הישג חשוב" להגנת הילד.⁶⁰

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

של הילדים שהוצאו מהבית השתפרה" (שם, בעמ' 411–412). במסגרת דיונה בממצאים שהתגלו על-ידי 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 שסירבו 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 אכן 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 רציית הבחינה של אומנת קרובים עיינו **דוח ועדת סילמן**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 64. עמדה זו עוגנה כעת בס' 38 לחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016, שעתיד 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 המבטיחה 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.

לעמדתו של יצחק קדמן – מיוזמי חובת הדיווח – בדבר התפתחות הדין עיינו יצחק קדמן "במותר ציוותה לילדים רבים את החיים: חובת הדיווח על עבירות בילדים – רקע, סקירה ומהות" **משפחה במשפט** ג-ד 337 (2009–2010). 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'פליל': חובת הדיווח מנקודת ראותם של פקידי הסעד" **משפחה במשפט** ג-ד 347, 365–364 (2009–2010), כי "...חובת הדיווח במתכונתה הרחבה, כפי זו הקיימת בישראל, מהווה פלישה דורסנית לפרטיות של משפחות תמימות וטובות הנמצאות במצוקה והנזקקות לעזרה. פלישה, שחסרונותיה הגדולים נעוצים בהתמקדות שבהליך הפלילי בדבר חובת הדיווח תחת ההתמקדות בהליך הטיפול". לביקורת דומה עיינו גם במאמרה של ענת אסיף "חובת הדיווח על עבירות בקטינים ובחסרי ישע: לקחים מדיני צוות בינמשרדי והרקע לתיקון מס' 94 לחוק העונשין" **משפחה במשפט** ג-ד 367 (2009–2010).

עיינו להלן ה"ש 147.

"בשיתוף-פעולה" של הילד או לעיתים נגד רצונו – משרתת בהכרח את האינטרסים של הילד, כיום ובכל מקרה ומקרה, משוללת בסיס עובדתי. כמה דעכו תופעות האלימות עקב החשיפות של האלימות לפי מצוות המחוקק? עד כמה הטיפול המשטרתי תורם למניעת פגיעות חוזרות? בעיצוב היקפה הראוי של חובת הדיווח אין כשלעצמו מזוה לילד. מענה ממשי לצורכי הילד כעניין שבזכות הוא העיקר. חשיפת הפגיעה בילד נזקק מבלי שהמדינה תבטיח לילד הגנה ראויה בעקבות חשיפת הפגיעה בו היא בלתי-אחראית ובלתי-הוגנת כלפי הילד. ילדים נרצחו ואחרים מאוימים ברצח ובנידוי חברתי בעקבות חשיפת הפגיעה בהם.⁶² לא זו אף זו, מעבר לפגיעה הקשה – העבריינית והחברתית – שהילדים עלולים לחוות מצד משפחתם וסביבתם כתוצאה מהחשיפה, הם עלולים אף להיענש באופן חוקי באמצעות אותם חוקים ממש הבאים לכאורה להגנתם. זאת, מכיוון שהכרזת נזקקותם וחשיפת ההתעללות בהם עשויה להביא לידי הוצאתם מביתם ושליחתם למסגרות שהמערכות הממשלתיות הועידו להגנתם, אך בפועל מסגרות אלה אינן חייבות להבטיח לילדים אלה איכות חיים ראויה, כעניין שבזכות, אלא להפך: הילדים חשופים בהן לפגיעה ולהזנחה.⁶³ יתרה מזו, אם ילדים שאותו הודות לחובת הדיווח והוצאו מבתיהם בעקבות זאת אינם מצייתים להוראות שניתנו להגנתם בידי בתי-המשפט – למשל, אם הם חוזרים לבית הוריהם או אף בורחים תוך הפרת הוראה שיפוטית – הם עלולים להיות מוכתמים בפלילים. נסינות לתקן הוראה חריגה זו של המשפט הפלילי, המכתימה אדם כעברין בשם טובתו שלו, נחסמו בשל התנגדויות חוזרות ונשנות של משרד הרווחה.⁶⁴

62 לניתוחים ביקורתיים של השתלשלות העניינים שהובילה לרצח הילדה מריה קולוול, על-אף דיווחים על פגיעה בה, עיינו סלוואדור מנוחין **קליידוסקופ משפחתי** 181–162 (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 וחוקים – קשר השתיקה סביב הרחקת ילדים ממשפחותיהם** 191–228 (2006); יונה רוזנפלד ובת שבע לוי **להיות "הורה טוב דיו": ילדים בסיכון ומשפחותיהם: תכנית למידה פעילה לאחיות בריאות הציבור – סיכום הפעילות 1991–1996** (מכון ברוקדייל, 1997). יצוין 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, 1807/7 (שהוגשה על-ידי חברת-הכנסת מרינה סולודקין ואחרים בכנסת השש-עשרה). צמרת משרד

ממש מן הצד ההפוך, כאשר אין פקפוק בדבר מסוגלותם של האחראים על הילד להגן עליו מפני סכנות אקוטיות, אין דיני הגנת הילד בישראל מצליחים להקנות לילד הגנה ראויה מפני מצוקה כלכלית וחברתית או מפני מפגעים סביבתיים. ילד עלול להיות נתון בסכנה מתמשכת כמובנה בסעיף 2(6) לחוק הנוער – בשל שירותים לא-מתאימים בתחומי החינוך, הרווחה או הבריאות, בשל גזענות, בשל עוני, 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 שחוק הנוער אינו יכול להקים זכויות של הילד כלפי המדינה.⁶⁵ סנגוריה

הרווחה התנגדה כאמור לכל שינוי. ראו יאיר רונן ויניב בן-הרוש "על היחס המשפטי לבני נוער: בין מציאות לבין דימויים רווחיים" **נוער בישראל 2004**, 207, 224–232 (גיוורא רהב, יוחנן ווזנר ומיכל ונדר שוורץ עורכים, 2005).

65 קיימת ספרות ענפה המבקרת את החללים בהגנת המדינה על הילד. עיינו: Kirrily Pells, 'Risky Lives': Risk and Protection for Children Growing-Up in Poverty, 22 DEVELOPMENT IN PRACTICE 562 (2012); Martin Woodhead, Paul Dornan & Helen Murray, *What Inequality Means for Children: Evidence from Young Lives*, 22 INT'L J. CHILD. RTS. 467 (2014) ראו: MICHAEL KING & CHRISTINE PIPER, HOW THE LAW THINKS ABOUT CHILDREN 65 (2nd ed. 1995) (הטוענים כי בניגוד להגנה על הילד מפני האחראים עליו, קיימת הזנחה שיטתית של הגנת הילד מפני מפגעים סביבתיים ומפני מחדלי 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) (המציע, בין היתר, לראות בעוני קשה הכרוך בחוסר דיור, 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) (המצביע 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 פגיעה 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 מחייבות מודעות חברתית וכרוכות בסדר-יום של שינוי חברתי, ועל-כן אין הן יכולות להיות אפוליות. לידתו של ילד למשפחה השרויה במצוקה חברתית-כלכלית מעמידה אותו בסיכון כפול: ראשית, כנזקק במשפחה המסכנת את שלומו בשל גורמים סביבתיים; אך מעבר לכך, כמצוי בסיכון ליהפך לילד "מוסדי". עצם הכרזת הנזקקות עלולה לא רק לסמן את הילד ואת בעייתו מתוך כוונה 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 מבחינת הילדים והן מבחינת ההורים, בפוגעו באחד הקשרים המהותיים ביותר והעמוקים ביותר של אדם בכלל ושל ילד בפרט, כפי שגם עולה מהוראות האמנה. הגנת ילד המתמקדת באופן בלעדי באבחון חוליי הפרט, תוך הזנחת התיקון החברתי, היא מעשה פוליטי של משטור המוחלשים דווקא, וזאת בשל הרטוריקה האפוליתית 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 חוץ-ביתית היא מכשלה עצמית שהמדינה שמה לפתחה. להלכה מוסכם, גם על קובעי מדיניות הילד והמשפחה בישראל, כי הטיפול בקטין נזקק במסגרת חוץ-ביתית אינו פתרון-קבע של מסגרת חלופית, אלא פתרון ארעי עד להכשרתה של משפחת המוצא לקבלת הקטין הנזקק בחזרה לחיקה.⁶⁶ אך בד בבד טוענים אותם קובעי מדיניות כי הוצאת הילד מהבית נעשית מפאת "חוסר תקציב". טענה זו אין לקבל. היעלה על הדעת שבשל "חוסר תקציב" ייחשף הילד לסיכון כפול בעצם הוצאתו מהבית למסגרת חוץ מבלי שתוענק לו מסגרת חלופית מיטבית? חיוני 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, מעון-

הנפש הקהילתיים המסופקים על-ידי המדינה עלולה להוביל להכרעות משפטיות בדבר אשפוזים כפויים ומתאימים 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 השווה בארצות-הברית זכאי לביטוח בריאות ממלכתי פוגעת בזכותו לבריאות כמוכנה 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 חינוך מתאימות לנכויות שונות, ריפוי בעיסוק, סיוע חומרי המאפשר תנאי מחיה שאינם מבזים, וכן טיפול משפחתי, ייעוץ משפחתי והדרכה אישית להורים, העשויים לסייע להם להיענות לצורכי-היסוד של ילדיהם.⁶⁷

כפי שאמרנו, הימנעות מהוצאת קטין נזקק ממשפחתו עד כמה שניתן, תוך סיפוק כל השירותים הבסיסיים לילד במשפחתו שימנעו את הסתכנותו, היא דרך פעולה ידועה לשירותים החברתיים 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 חוץ-ביתית. לא זו בלבד, אלא שלפי **דוח ועדת שמיד**, משנת התקציב 2000 עד לכתיבת הדוח בשנת 2006 חל גידול במספר הילדים בסידור חוץ-ביתי, ונוספו מכסות לרשות חסות הנוער לטיפול חוץ-ביתי וכן למעונות ממשלתיים ונעולים.⁶⁸

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

התערבות המדינה בהגנה על הילד מפני הוריו, 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 שבהערת-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 חוץ-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 שיחלוק 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 חוץ-ביתית שתתאים מבחינה פסיכולוגית או תקציבית, ולא כעניין של "לכתחילה" כפי שראוי שיהיה.

כך, למשל, דוח ועדת שמיד מבאר כי 38% מהתקציב מופנים לפנימיות ולשירותים חוץ-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.⁷⁰ בהמשך מובהר בדוח כי עלות מעונות-היום שמשרד הרווחה מתקצב מהווה 6% מהשירותים המרכזיים המיועדים לילדים בסיכון. תקציב מעונות-היום מיועד ל-16,000 ילדים, כך שהעלות לילד היא 9,830 ש"ח בשנה.⁷¹ ייתכן שמקצת הילדים המבקרים במעונות מקבלים גם שירותים אחרים. אפשר לכאורה לטעון כי סיבה אפשרית לפער זה היא היות המגורים מחוץ לבית יקרים יותר משהייה במעון-יום, וכי גם אם כל הסכום המוקצה כיום להשמה חוץ-ביתית יועבר לשירותים חברתיים לילד בבית הוריו, אין ערובה שתושג התוצאה המיוחלת 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 חסידיה של ההשמה המוסדית נשמע הד לטענה חבויה כי הוצאת הילדים למוסדות חוץ-ביתיים באה בשל ייאוש מהשקעה במשפחות המוצא, שבראש רובן ניצבים הורים מתעללים. הייאוש מהשקעה במשפחות המוצא אינו מוצהר בריש גלי, אלא צץ ועולה לעיתים מקריאה ביקורתית וזהירה של כתיבה מכוננת של שחקני-המפתח בתחום המדיניות והמשפט.

לעניות דעתנו, רוח זו של ייאוש עוברת כמעין זרם תת-קרקעי הקרוב לפני הקרקע, כסבטקסט מרומוז או אף כמעט מפורש. נפתח במאמרה של השופטת רוטלוי שבו דנו לעיל.⁷² במאמר זה השוותה המחברת במשתמע בין חשיבות פועלה של המדינה להגנת הילד לבין מוצדקותה של "הפלישה לאוטונומיה של המשפחה", ובתמצית לשונה שם, "רמת ההתערבות של המדינה צריכה להיות ביחס ישר למידת חשיבותה של הזכות המופרת".⁷³ ההגינות מחייבת להקשות על מסקנתה: מדוע קיים צורך ב"יחס ישר" בין הפרת זכויות 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.

השופט רוטלוי מקשרת בין אי-הקניית זכויות חברתיות על-ידי המדינה – מציאות שנידונה על-ידיה במאמרה⁷⁴ – לבין כשלונם של ההורים במתן מענה לצורכי ילדיהם? האומנם נכון הוא, כמשתמע ממאמרה, שההוצאה של ילד מבית הוריו לא תושפע כלל מההכרעה בשאלה אם כשלונם נבע מחסך בזכויות חברתיות? ובכלל, מדוע בתחומים שבהם יש למדינה אחריות בלעדית לרווחת הילד השופטת מסיטה את עיקר תשומת-הלב במאמרה להגנת הילד מפני הוריו? האין נפקדותו של שיח חברתי, של יצירת זיקה לעולות הנעשות למשפחות ולקהילות, משרתת במובלע סדר-יום פוליטי של שימור הסדר החברתי הקיים?⁷⁵ לא מצאנו בספרות הצדקה עיונית לייאוש מן ההורים. רוב הילדים שבעניינם נדרשה בעבר התערבות המדינה היו חשופים להזנחה ולא-השגחה הורית מזדמנת, ורק מיעוטם היו חשופים להתעללות מכוונת.⁷⁶ היה מקום אפוא לסבור אחרת, דהיינו, כי ראש וראשון לכל תממש המדינה את אחריותה החלקית בטרם תפנה לבחון 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 בחלקים הקודמים, קיימת רטוריקה רבה בפסיקה הישראלית בדבר טובת הילד וזכויות הילד. הַצֵּבֵר זה עלול ליצור רושם מוטעה כי במשפט הישראלי הנוהג קיימת רמת מחויבות גבוהה לתיקון המעוות בחיי הילד. ההסדר המשפטי הישראלי בדבר אימוץ ילדים ממשיך באופן טבעי את הרושם הזה של מחויבות המשפט להגן על הילד. אומנם, חוק האימוץ התגבר בישראל על גישה מעין-קניינית ליחסי הילד עם הוריו.⁷⁷ הוא אינו מתנה את הכרזת האימוץ בניגוד לרצון ההורים בהימנעותם מרצון של האחרונים מלמלא את חובותיהם כלפי ילדם, אלא קובע כי די בעצם אי-מסוגלותם לטפל בילדם. כך פירשה הפסיקה את סעיף 13(א)(7) לחוק האימוץ, הקובע כי ילד יוכרז כבר-אימוץ אם "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו". על-פי סעיף זה, כפירושו בפסיקה, ילד יוכרז כבר-אימוץ לא בשל כישלון מוסרי שבהתנהגות ההורים כלפיו, אלא בשל תוצאת אי-מסוגלותם ההורית לדאוג לו ולהגן עליו מפני פגיעה חמורה בשלומם. 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 ו-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.⁷⁸

ניתן אפוא להעלות על הדעת תרחיש שבו ההורים חסרי המסוגלות, שמהם נלקח הילד לאימוץ בצו בית-המשפט, הם חסרי הכשרה מקצועית, מובטלים וחסרי בית. האם התמכרה לסמים על רקע ילדותה בעוני מחפיר, במשפחה שהזניחה את הטיפול בה, וכאשר הגיעה לגיל שמונה-עשרה, נכנסה להיריון בעודה 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.⁷⁹ נניח גם כי הילד, שכיום הוא בן שלוש, גדל והתפתח יפה מיום לידתו בבית משפחה אומנת, המבקשת כעת לאמצו. בית-המשפט מתבקש להורות על "אימוץ סגור" מכוח סעיף 13(א)(7) דנן לחוק האימוץ, ואילו ההורים המולידים, מצידם, טוענים כי השתקמו: האם השלימה תהליך של גמילה מסמים, בני-הזוג רכשו דירת חדר, ושניהם עובדים לפרנסתם באופן יציב. ברור כי למרות כמיהתם בכל ליבם של ההורים שהילד יוחזר 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.⁸⁰ לכן צפוי שבית-המשפט הישראלי לא יחזיר את הילד למשמורת ההורים המולידים, מחשש לפגיעה בשלומם הנפשי.⁸¹ 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 טיפוסי 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 להמשיך לשמש משמורן לילד היא אך ורק לעניין הזכות במישור יחסיו של ההורה עם המדינה.

80 לשורשיה של הנפקת המיוחסת 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 מושתת 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 בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיעדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד ס' (1) 124, פס' 52–57 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

שהוא רואה כהוריו, חרף סבלם של ההורים המולידים, אשר השתקמו במאמצים קשים.⁸²

קסדר זה מושך את העין במחויבותו הנחרצת לאינטרסים של הילד חרף דחף רגשי, הרווח בחלקים בציבור, להזדהות עם ההורים המולידים שהשתקמו בינתיים. עם זאת, יש לזכור כי דיני הגנת הילד הישראליים אינם מבטאים מחויבות ברורה למזער את הצורך באימוץ. יודגש: מודעות לנזקה הפוטנציאליים של הוצאת הילד מבית הוריו קיימת זה שנות דור. כבר בעת חקיקתו של חוק הנוער, בשנת 1960, נקבע בסעיף 3(4) כי בית-משפט השלום לנוער רשאי להוציא קטין נזקק ממשמורתו של האחראי עליו רק "אם ראה... שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה" עליו. במצב המשפטי כיום, תינוק בן-יומו צפוי להיות מוצא ממשמורת הוריו בליט בררה לשם הגנתו במסגרת חוק הנוער, ומאוחר יותר, כתסריט מקובל במקרים קשים במיוחד, יפתחו הליכי אימוץ. אין אפוא חובה – בחוק 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) לחוק האימוץ מדבר בה אינה מקנה זכאות לשירותי חינוך, רווחה או בריאות מוגדרים העשויים לייתר את האימוץ. באותו מובן גם סעיף 3(4) לחוק הנוער אינו מקנה זכאות לשירותי חינוך, רווחה או בריאות העשויים לייתר את ההוצאה מן הבית. איננו עוסקים כאן בשאלת הזכויות החברתיות בכללותן; טענתנו ממוקדת יותר, והיא שאין להכריז על אדם ככבר-אימוץ או כנזקק שראוי להוציאו ממשפחתו (ולו באופן חלקי) מבלי שהמדינה תעשה תחילה ניסיון ממשי לאפשר למשפחה לא להתפרק. ניסיון ממשי זה ייעשה על-ידי הטלת חובה על המדינה לספק זכויות חברתיות 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 יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" **משפטים** א 308, 337 (1969); בע"מ 1845/07 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 16.4.2008); רע"א 7535/11 **פלוגית 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 מוצדקות האימוץ. ראו במיוחד את עמדתו של הנשיא ברק בבע"מ 6930/04 **פלוגית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' האב הביולוגי**, פס' 31 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 22.8.2004). יצוין כי מאז פורסמו פסקי-הדין בענייניו של "תינוק המריבה" התעוררה ביקורת ציבורית רבה באשר לטיב "ההסכמה" של האם המולידה. לאחר דיונים נמרצים בוועדת החוקה, חוק ומשפט (בראשותו של חבר-הכנסת דוד רותם), התקבל חוק האימוץ (תיקון מס' 8), התשע"א-2010, ס"ח 110 (להלן: תיקון מס' 8 לחוק האימוץ), ובו שינויים מרחיקי-לכת באשר לטיבה ולצורתה של ההסכמה של 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 לחוק האימוץ). לענייננו מן הראוי להקפיד שטובת הילד המסוים לא תיפגע בשל שיקולים מערכתניים, ובמקום אחר נרחיב את העין בנקודה זו.

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

הרטוריקה היפה שלפיה בית-המשפט מגן על הילד ומתחשב בעיקר בו – תוך הישענות על מחויבות 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 לבחון, בטרם יכריע בדבר מתן צו על הוצאת ילד ממשמורת הוריו לפי חוק הנוער או בדבר הכרזת הילד ככר-אימוץ, הוא אם ניתנו השירותים האלה בפועל אם לאו. מראית-עין זו של אובייקטיביות, המגובה בהכרעת בית-המשפט, עלולה להרגיע אותנו כאזרחים הצופים מן הצד, המצפים כי יעשה צדק עם הילד הפגיע.⁸³ אך האומנם בית-המשפט יכול לבחון אם הופעל הארסנל של שירותים מוגדרים? קולם של השירותים החברתיים נשמע בבית-המשפט, והם גם מדברים בשמו של הילד, אך להורי הילד יש זכות עמידה מצומצמת בלבד בהליכי אימוץ ונזקקות. לא זו בלבד שהוראות חוק האימוץ וחוק הנוער לא פורשו בפסיקה כמקנות זכויות חברתיות מהותיות לילד, ובכלל זה ארסנל של שירותים חברתיים אישיים שאינם מותנים בשיקול-דעת, אפילו זכויות עמידה לא הוקנו לילד או לבני משפחתו לתבוע מבית-המשפט שיורה לשירותים החברתיים להעניק להורים שיקום תעסוקתי, דיוור, טיפול פסיכותרפויטי ארוך-טווח או תוכנית גמילה, כדי שלילד בסיכון יימצא 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, זוכה בהגנה רעועה בלבד, מאחר שלנהנים העיקריים ממנה אין זכות עמידה בעניין. גם במקרים הפוכים, של ילד נכה שהוריו מתקשים באופן אובייקטיבי לגדלו בעצמם ומבקשים למוסרו 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 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981" **משפחה במשפט** ג-ד 139 (2009-2010). לא-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 תסמונת גמילה עיינו הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 282-283. לזיהוי המקובל בין צדק לבין יכולת הפעלה של מבחנים אובייקטיביים עיינו, למשל, חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' – ההוררים שלאחר השפיטה" **פלילים** א 9 (1990).

רבים לפי מידת נדיבות־הלב של השירותים החברתיים: ירצו – יאכפו על הוריו מולידיו לקחתו תחת אחריותם תוך מתן עזרה ראויה; ירצו – יפתחו במירוץ אחר מציאת משפחה מאמצת. במצב הסטטי שבו הילד הנכה נמצא מחוץ למשפחתו הטבעית ועדיין לא קנה לו שביטה במשפחה מאמצת, יימצא הילד מטופל במוסדות במימון המדינה. אילו הייתה להורים המולידים או למעוניינים הכמהים לאמץ ילד נכה ולגדלו זכות מוקנית לשירותים תמיכתיים, הייתה מתייתרת במקרים רבים השמתו המזיקה של ילד זה במסגרת מוסדית חוץ־ביתית בשנים הקריטיות להתפתחותו.⁸⁴ התכנסותם של בתי־המשפט המוסמכים בבועת הפרשנות הצרה של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" כבואם להכריע בדבר גורלו, והימנעותם מלהכריע כי על המדינה לממן את המירב העשוי לייתר את הוצאתו ממשפחתו, מצביעה על כך שהרטוריקה הרווחת בעולם המשפט אינה משקפת מציאות של הגנה על הילד.⁸⁵

עוד הערה קטנה: בעוד שמקרים של הכרזת ילד כבר־אימוץ כנגד הסכמת הוריו־מולידיו נידונו באריכות בעשרות פסק־דין של בתי־המשפט לענייני משפחה, בתי־המשפט המחוזיים ובית־המשפט העליון, אשר התפרסמו באופן פומבי במאגרי מידע כתובים ומקוונים, אין בכתובים כל פסק־דין של בית־משפט השלום לנוער בעניין הוצאת ילד לאומנה, לפנימייה, למעון או למעון נעול נגד רצון הוריו. גם פסק־הדין של ערכאות הערעור במקרים אלה – של בתי־המשפט המחוזיים ושל בית־המשפט העליון – ספורים ביותר, ורובם ככולם מהשנים האחרונות.⁸⁶

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, כמצוות האמנה והמשפט הישראלי, שכן השירות אחראי הן על הוצאת הילדים מביתם והן על מציאת מענה לפונים אליו לשם אימוץ ילדים. מצב 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"ס 2103/13 **פלונית נ' משרד הרווחה – היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 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 מצבה 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 כערכאות ערעור שנייה; רק 46 מקרים בענ"א בבתי־המשפט המחוזיים כערעור על בית־משפט השלום לנוער; ובאשר להליך של נזקקות מצאנו רק 3 פסק־דין, אשר יצאו שלושתם בשנת 2016, לאחר מסירת חיבורנו. שניים מפסק־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 לחשוף את ההחלטות. במאמר גילת "על הכשל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 434, נידונה שאלת ההשפעה של אי־הפרסום על התנהלותם של שירותי הרווחה. פרסום פסק־הדין של בית־משפט השלום לנוער (מבלי לחשוף פרטים מזהים) היה מעורר התעניינות ציבורית ואקדמית, ואפילו משפיע על התנהלותם של הצדדים. על התנהלות לא־

בפרפרזה על אמרה המיוחסת לרבי מנחם מנדל מקוצק: השתיקה – הגדול שבקולות.⁸⁷

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

אך יכול שתיטען הטענה כי חלוקת משאבים לקיום השירותים החברתיים אינה משימה המוטלת על בית-המשפט, וכי בית-המשפט מטבעו בא רק ליישב משברים באופן ממוקד. באופן עקרוני יותר דנו דפנה ברק-ארז, אייל גרוס וגיא דוידוב בשאלת הציוד להתערבותם של בתי-המשפט בהכרעות של רשויות הביצוע הממשלתיות שיש להן השלכות תקציביות.⁸⁸ אכן, שאלת מעמדם של בתי-המשפט בישראל בהפעלתו של צדק חברתי כנגד שיקול-דעתן של הרשויות המבצעות היא סוגיה נרחבת, אשר אחד מביטוייה הוא הפעלה צודקת ושוויונית של הגנת הילד. תלונתנו נסבה אפוא בעיקרה על המדיניות החברתית הנוכחית של השירותים החברתיים, שקברניטיה ממאנים להסיט את עיקר המשאבים מהמסגרות הטיפוליות החוץ-ביתיות ולהפנותם לטובת טיפוחן של המשפחות המולידות. לולא דמסתפינן היינו קוראים לקברניטי השירותים החברתיים ולפקידי הסעד, חרף האתגר המערכתי, לשחות נגד הזרם, השוטף בעוז ומציף אותם בתיקים קשים במיוחד, קרי: ללמד סנגוריה על כל ילד וילד כך שיזכה אולי בחיי 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 הכנסת פרשנות "תכליתית" למילות האנמיות של חוק האימוץ וחוק הנוער, ויוביל למהפכה תרבותית של הסטת המשאבים מהמסגרות הטיפוליות החוץ-ביתיות לטובת פתרונות משפחתיים-ביתיים. דומנו כי על-אף דברינו על-אודות האחריות של מדיניות הילד והמשפחה לחלוקת משאבים נכונה, מדיניות זו ניזונה מהרטוריקה השיפוטית בדבר "טובת הילד" ו"זכויות הילד", ורטוריקה זו מסיחה את דעת הציבור ממחדלה של המדינה בהספקת הגנה אמיתית על הילד. גם בשיח הציבורי שפת "טובת הילד" ו"זכויות הילד" מתורגמת להעדפת הוצאתם של ילדים מבתיים למוסדות על חלופות אחרות. הרטוריקה הזו משפיעה גם על השיח 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 **פלונית נ' פלוני**, 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-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית 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, 342–337 (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 אבחנו את הפרט בצורה לקויה או לא השכילו למצב את הילד בתוך משפחתו – ולא ככשל מערכתי של המדינה הטבוע במדיניות הרווחת בשירותי הרווחה הממלכתיים של הוצאת הילד ממשמורת הוריו.⁸⁹ 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 חקיקה (מבורכת כשלעצמה) שנועדה להגן על הילד מפני סיכונים מידיים נזנח 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 מההכרח הגמור היא דווקא מחדל 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 פגיעות נקודתיות ולהסקה נמהרת כי פגיעה בילד מצריכה היזקקות למערכת חלופית למשפחה נמצא, למשל, ברשימתו של טוד טיילור (Todd Taylor), אשר כותב, 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."⁹⁰

אין טוב מלהביא את הסברו של מרטין גוגנהיים (Martin Guggenheim) באשר למיקוד המגמתי הפסול של דיני הגנת הילד בארצות-הברית, נכון 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 ה"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 רוטלוי שנידונה ליד ה"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."⁹¹

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 בנזקים ובסכנות, ביניהם תיוגו של הילד,⁹² יעילותו השיקומית של הטיפול החוץ-ביתי אינה מוכחת ושנויה במחלוקת יסודית, ועלותו היחסית גבוהה.⁹³ לפי המדיניות הנוהגת כיום, דרך-המלך להגנה על הילד היא ההוצאה החוץ-ביתית, כשבצידה אורחות עקלקלות של שירותים דלי-אמצעים לילד ולמשפחתו בקהילת המוצא. במאמץ לתקן מערכת רווחה הנתפסת כמעודדת תלותיות – למשל, באמצעות קיצוצים בקצבאות הבטחת ההכנסה הניתנות מכוח חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הבטחת הכנסה), ובקצבאות הילדים הניתנות מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) – שופכים לעיתים את התינוק עם המים: מִסְפָּנִים את יכולתה של המשפחה לתפקד.⁹⁴ 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 Schorr, 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 חינוכיים 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, Margarida Vaz Garrido, Diniz Lopes & Joana Nunes Patrício, *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, 722–724.

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

גם הדוח של ישראל לאור"ם אינו טוען כי באופן שיטתי ובכל מקרה ומקרה מועדף שיקום ילדים במשפחותיהם ובקהילותיהם על שליחתם למוסדות חוץ-קהילתיים.⁹⁶ אף שמתבצע הדברים ניסוחי הדוחות הממשלתיים אינם חריפים כמו אלה של הדוח החלופי מטעם ארגוני המגזר השלישי, באותו דוח של המדינה לאור"ם משנת 2010 נמסר כי אחוז הילדים טעוני ההגנה (ילדים בטיפולם של פקידי סעד, לפי הגדרת הדוח) 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 כוללת 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 שנשקפת סכנה לשלומם. הדוח מביע דאגה לגבי איכות הטיפול החוץ-ביתי, ואף לגבי ההשפעה המזיקה המצטברת הגלומה בהפרדת ילדים מהמשפחה ומן הקהילה. אין בדוח נתונים המצביעים על תיקון מצב עניינים זה מן היסוד.⁹⁷

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 (להלן: דוח ישראל לאור"ם 2010). הדוח מודה כי מבין 8,500 הילדים (נכון למועד פרסומו של הדוח) שחיים 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 הרצוג במאמריה הנזכרים 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 2001–2005" (מכון ברוקדייל, 2000).

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

דיוננו על-אודות הפגיעה הנגרמת לילד כתוצאה מהגנתו באמצעות בידודו ממשפחתו מרמז, לעניות דעתנו, על כשליה של ההיזקקות לאתוס של אינדיבידואליזם ליברלי כבסיס לזכויות הילד. גם מסיבה זו ראוי לערוך רויזיה חקיקתית שבמסגרתה תידרש תמיכה משמעותית של המדינה במשפחה שילדם מוגדר נזקק, כחלופה ממשית להוצאת הילד מהבית לאימוץ או למוסדות חוץ-קהילתיים.⁹⁸

מודלים אלה הם החרג 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 מנסיוננו. על פני הדברים נראה כי ניתנה כאן תשובה שנועדה לשכך את הביקורת מבלי לתת דין-וחשבון 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 בצמצום.

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 וטיפול או כאשר טרם התגבשו יחסי משפחה כלל. בנסיבות אלה על השיח להתור להבטחת יחסים אלה במובן הנורמטיבי – ליצור הסדר חוקי או להבטיח הכרעה שיפוטית שתאפשר את יצירתם של יחסים אלה ואת טיפוחם... המורכבות שסעיפי האמנה יוצרים בהיקראם יחדיו משקפת את מורכבותו של המענה הרצוי לצורכי הילד. האמנה מציעה מודל לאיזון מורכב בין האינטרסים של הילד, אשר מתגבר על הפיתוי לראייה אטומיסטית פשטנית של אינטרסים אלה. המורכבות האמורה המגולמת בשילוב מאפייניה 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 וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 499–500 (2005) (להלן: עניין **עמותת מחויבות לשלום וצדק 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 רחוקה מלכסות את צורכי הקיום הדוחקים ביותר. עיקר הוצאותיה החדרשיות 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 וטיטולים לבתה התינוקת (296 ש"ח), הוצאות גן ומועדונית לבנה (370 ש"ח) ומזון, בגדים ותורפות 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 שסע מכוון בין הילד לבין משפחתו וקהילתו. מדינת-ישראל, בראשית דרכה, קלטה ילדים עולים שנותקו ממשפחותיהם ומקהילותיהם, מתוך שאיפה להצמיח "צבר" מתוך הקליפה ה"גלותית" של המשפחה וקהילת המוצא – "דור המדבר", כפי שנהגו לכנותם בראשית שנות המדינה.⁹⁹ השימוש בביטוי זה ביחס להורים מולידים מצביע בעליל על חוסר האמונה ביכולת ההשתנות שלהם וברצונם השתלבותם בחיי ילדיהם. גורלם של ההורים המולידים נצבע אפוא בצבעים טרגיים דטרמיניסטיים.

עדות במקומותינו לעוול החברתי שנוצר בשסע שבין הילד למשפחתו היא השיח הציבורי, המתעורר לעיתים בעוצמה, על-אודות "ילדי תימן החטופים". שלוש ועדות הוקמו בעניינם, ועדיין הרוחות לוחטות בקרב בני משפחות יוצאי תימן, הטוענים כי

לעמוד – ולו בדוחק – בהוצאות אלה. כעת, לאחר הקיצוץ, 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 בן-זמננו "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:

פֶּתַע פֶּתָאם יִתְנַעַר דּוֹר עֲזוּז וְגִבּוֹר, דּוֹר גִּבּוֹר מְלַחֵמָה
וְעִיגִיָּהם פֶּרְקִים וּפְנִיָּהם לְהָבִים –
וַיִּדְיָהם לְחֶרְבוֹת!
וְהִרְעִימוּ אֲדִירִים בְּקוֹלָם, קוֹל שְׁשִׁים רֶבֶבָה,
קוֹל קוֹרֵעַ הַסְּעָרָה וּבְנֵהֶמֶת הַמֶּדְבָּר הַזֹּעֵף יִתְחַרָּה,
וּסְבִיבָם נִשְׁעָרָה, וּסְבִיבָם נִזְעָמָה.
הֵם קְרָאִים:
אֲנַחְנוּ גִּבּוֹרִים!
דּוֹר אֲחֵרוֹן לְשַׁעֲבֹד וְרָאשׁוֹן לְגָאֵלָה אֲנַחְנוּ!
יִדְנוּ לְבָדָה, יִדְנוּ הַחֲזָקָה
אֶת-פֶּכֶד הָעַל מַעַל גָּאוֹן צִנְאֲרָנוּ פֶּרְקָה.

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

המדינה אחראית ל"העלמת" אחיהם, שגרמה שברון-לב להוריהם עד סוף ימי חייהם.¹⁰⁰ החוקרים מילי מאסס ובוועז סנג'רו טענו כי המסקנות שפרסמה בשנת 2001 ועדת החקירה הממלכתית שהוקמה לבדיקת הנושא מצביעות על חלולה של עמדה חברתית סמויה להבניה מדעית-לכאורה של ההורות, שכן הוועדות הציבוריות שדנו בילדים החטופים נטו להכחיש את התופעה שעליה התבקשו לחוות דעה, וזאת בהתבסס על הטיותיהם התרבותיות נגד ההורים, עד כדי זלזול בממצאים עובדתיים.¹⁰¹ השיח על-אודות הוצאתם של ילדים-עולים 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 הרומן **תרנגול כפרות** מאת אלי עמיר, מי שלימים היה לבשר מבושרו של מנגנון החברות הישראלי כמנכ"ל "עליית הנוער"; הסרט **שחור**, בבימויו של שמואל הספרי, על-אודות פנימיית בויאר, אשר עד היום מציעה סיכוי למצינונות, בין היתר, לבני-נוער מהפריפריה; והספר שיצא לאחרונה מאת הסופר חיים סבתו, **בשפיר חביון**, החושף את חבלי הקליטה הכואבים של מי שנהפך לימים לראש ישיבה ולמנהיג מוערך בעולם הדתי הציוני.¹⁰² 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 חקירה ממלכתית בראשות השופט יהודה כהן, אשר הוחלף לימים על-ידי השופט יעקב קדמי. הוועדה הוציאה דוח בשנת 2001. לפי הנתונים, מספר הילדים שנעלמו נע בין 1,500 ל-5,000 – כשני שלישים מהם, כן נטען, מילדי תימן.

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

"...אולם ממסקנות הוועדה אפשר ללמוד שהפער בתחום הידע התברואתי והרפואי יוחס ללקות חמורה 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 להורים שילדיהם נפטרו. דומה שהסטייה של ההורים מנורמות הטיפול הרפואי שהיו נהוגות באותה עת בארץ תורגמה ללקות אישיותית מבנית, כביכול..."

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

"מסקנתי העיקרית היא שחברי הוועדה לא הפעילו חשד, שהוא תנאי מקדים לכל חקירה, וודאי לחקירה 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. במובן 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); **שחור** (מוביז אנטרטיינמנט בע"מ, 1994); חיים סבתו **בשפיר חביון** (2014).

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

היה אפשר לדרון לכך זכות את מקבלי ההחלטות, ולטעון כי תופעות אלה, אם קרו, הן מן העבר, ואין להן זיקה להגנת הילד בימינו אלה. אך במחקר שפורסם לאחרונה, 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".¹⁰⁵ אפשר לעמוד על חוט מקשר של הטיה תרבותית בין תופעות אלה לבין הוצאת הילדים האבוריג'ינים ממשפחותיהם, למשל, אשר נתקלת כיום בגינוי קונסנזואלי.¹⁰⁶ חרף הכוונות הטובות ומסירותם של עובדים סוציאליים רבים, אשר אנו המחברים עדים להם, אין להכחיש שהתובנה כי מחובתם של השירותים החברתיים כשלוחי המדינה להתחשב בפגיעותם הרבה של הילדים והמשפחות אינה מופנמת. ההגנות כמובנה במשפט המנהלי הישראלי – המחייבת שגם בני קבוצות מוחלשות יוכלו להיחלץ ממצבם ולממש את זכויותיהם באופן דומה ובשיעור דומה כמו משפחות מהזרם המרכזי של החברה הישראלית – רחוקה עדיין מיישום. הטיות תרבותיות אפשר למצוא בלא קושי גם בשיח הניאורליברלי העכשווי, המאשים עניים בעוניים ועל-כן רואה אותם כמי שאינם ראויים לתמיכה.¹⁰⁷ בלשונו של איל פלג, "ההבטחה הגלומה בעקרון הנאמנות המנהלי גם עבור אנשים עניים המטופלים ברשויות הרווחה היא הבטחה שטרם התממשה".¹⁰⁸ נוסיף ונטען כי גם כיום – לנוכח העובדה שאין חובת 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 חילון, העבר הגלותי 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"גלותית" של העולים החדשים לבין האמונות המתגבשות של ילדיהם המתמודדים עם "כור ההיתוך" הישראלי. **בשפירי חביון** הוא סיפור הממחיש את קשייהם של עולים חדשים במוסדות החינוך הדתיים. כרקע בחר המחבר לתאר את ישיבת בני עקיבא, אשר בד בבד עם תרומתה להעצמת בני עליית הנוער העולים ניסתה לעצב בהם מסורת ארצישראלית 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,¹⁰⁹ ובהינתן שפסקי-הדין של בתי-משפט השלום לנוער העוסקים בנזקקות הם עלומים ומוסתרים ואין אפשרות לעיין בהם באופן פומבי (תוך הסתרת פרטים מזהים) כפי שניתן לעשות בדבר שבשגרה בפסקי-הדין של בתי-המשפט לענייני משפחה¹¹⁰ – עולה בליבנו החשש כי מורכבות, ספקות וריבוי קולות מועלמים, בין במכוון ובין לא במכוון, ומועצם קולו של הנרטיב השליט, אשר מנחשל 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" למעש בלתי-ראוי

ביארנו לעיל את סברתנו כי ההכרעה בדבר הוצאת ילד מבית הוריו בישראל ניזונה מההטיה התרבותית שתיארנו. הספרות המקצועית מכוונת בכירור להתרחקות מהשמה מוסדית של ילדים הזקוקים להתערבות המדינה לשם הבטחת טובתם.¹¹¹ נסיונות שנעשו בעולם המערבי הובילו למסקנה – הזוכה בתמיכה רחבה – כי כדי לקדם את טובתם של ילדים, ובכלל זה להבטיח את בטחונם האישי, מערכת השירותים החברתיים חייבת 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 ולאכזריות, גורמים מן המגזר העסקי וגורמים קהילתיים אחרים. מערכת כזו עשויה לזהות ביתר הצלחה גורמים שונים של פגיעה בילד, להגיב עליהם באופן יעיל יותר ולהצליח יותר במניעת הפגיעה.¹¹²

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

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

110 עיינו לעיל ה"ש 86.

111 Dozier et al., לעיל ה"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 ומנוחין, לעיל ה"ש 15.

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

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

דומה שאי־אפשר לדון ביחס השונה בישראל להוצאת ילדים מבתיים מבלי לדון בתפקידם האידיאולוגי של מקומות ההשמה הפנימייתיים. האידיאולוגיה שהנחתה 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 בחוגי 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"כור 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", "יישבותיות".¹¹⁴ 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 נחלשה בהדרגה, עקב ירידת הלהט האידיאולוגי שליווה את היריבות בין הזרמים הפוליטיים, ובמקביל גם עקב בעיות התנהגותיות שנחשפו בפנימיות ביחסים 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 חש כי הוא חב את הצלחתו האישית למוסד זה. מסיבות אלה נהפכו המוסדות הפנימייתיים למקום המיועד לילדים ששהייתם בו היא בלית ברירה: מקצתם בשל רצון ללמוד בבית־ספר מסוים המרוחק ממקום מגוריהם, אך רובם מפאת חוסר ברירה בשל היותם "ילדים בסיכון": ילדים ממשפחות במצוקה חברתית־כלכלית המוגדרים כסובלים מהזנחה במשפחותיהם. בעיתונות ובציבוריות מאפיינים לא בצדק את הילדים החוסים כבאים מ"משפחות הרוסות", 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 ה"ש 28, בעמ' 274–275.

114 על עניין זה ראו בהרחבה אליעזר דון־יחיא **משבר ותמורה במדינה חדשה – חינוך, דת ופוליטיקה במאבק על העלייה הגדולה** (2008). כמעט לכל אורך הספר המחבר דן במאבקים הפוליטיים של ראשי המדינה בתחילת קיומה ובזיקה 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 מכוונת נגדם מצד הוריהם.¹¹⁵ נחזור ונדגיש את הדברים שבהם פתחנו סעיף זה ונוסיף עליהם: איננו מסתפקים בביאור סברה בדבר הטיה חברתית או בהצבעה על ספרות בין-לאומית המלמדת על חוסר היעילות של החזקת ילדים במוסדות. בעניין זה גם המחקרים הנדירים הנערכים בארץ אינם מובילים למסקנות אחרות,¹¹⁶ ועל החברה מוטלת האחריות להבטיח את השתלבותם של הילדים בתוכה, שכן אין בטובת הילד כדי להצדיק את ההדרה המוסדית הרווחת.¹¹⁷ אלא שמעבר לכך אנו מבקשים להעלות את הסברה כי השמרנות הממסדית של משרד הרווחה, המתבטאת בהשארת המוסדות הפנימייתיים כפתרון לבני-נוער בסיכון, נובעת מעצם קיומם המתמשך של המוסדות האלה, המייצר אינטרס ארגוני בהישרדותם, העלול להיות אחד הגורמים המונעים או מעכבים שינוי.¹¹⁸

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 (וצוין 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 להמצאות הילדים בסיכון, אלא רק על סיבות הפנייה לפקיד הסעד לחוק הנוער.

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

117 ראו את המקורות הנזכרים בהערה הקודמת.

118 מסקנות אלה מתיישבות היטב עם התובנות המשפטיות והסוציולוגיות בדבר הסכנה של שימוש לרעה באבחון לשם הדחה חברתית של הילדים כ"אחרים" וכ"שונים". ראו בהרחבה FAMILY MATTERS, לעיל ה"ש 53; הרצוג ו-Hertzog, לעיל ה"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 אחריות המדינה הראויה אינה מצטמצמת לדפוס המסורתי הממוקד של איתור הפגיעה בילד בדיעבד, אלא חייבת להיות רחבה ומקיפה כדי למנוע לכתחילה את מצוקת המשפחה מלבוא בשערי ההזנחה וההתעללות.¹¹⁹ 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 חשדנות, תוך שהוא והוריו חשים כי נעשה להם עוול על-ידי אי-הקצאת שירותים חברתיים, שהובילה לצורך בהוצאתו מבית הוריו.¹²⁰

לא זו אף זו, ההעדפה הקיימת בישראל להוצאת ילדים מביתם למוסדות חוץ-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 ימזערו את הצורך בהשמה מוסדית. ההשמה המוסדית נתפסת כרע במיעוטו כל עוד אין ראיות מקומיות, ישראליות, מוחשיות, "אמיתיות", המצביעות על הצלחה בהתמודדות עם אפיונים קשים אלה במסגרת הקהילה בהשוואה לחלופות הממסדיות, אלא שבהינתן ההעדפה האמורה להשמה חוץ-ביתית גם לא יהיו ראיות כאלה. באין ראיה יטען הטוען כי אין כל הצדקה לשינוי התקצוב לשירותים בתוך הקהילה, ומשום כך אין בנמצא שירותים מתאימים שיאפשרו את הניסיון להחזיר ילדים מהפנימייה לקהילה. אם נשווה זאת לתחום הקרוב של טיפול בחולי נפש, אזי אם בעבר היה האשפוז בבתי-חולים לחולי נפש הפתרון לכל טיפול, כיום החלופה הממסדית של בתי-חולים למחלות נפש באה רק לאחר מיצוי החלופה הקהילתית. האם ייתכן כי שינוי המגמה בתחום הטיפול הקהילתי בנפגעי נפש לא בא רק בשל הוכחת יעילותו היחסית, אלא גם בשל "גילויים" של הממונים על תקציב המדינה כי עלות הטיפול בהוסטלים נמוכה בהרבה מעלות הטיפול בבתי-חולים לחולי נפש?

נבקש להציע לקוראים, לנוכח הספרות העיונית,¹²¹ 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 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.

Marlee Kline, *Child Welfare Law, "Best Interests of the Child"* 53, Schorr 121 לעיל ה"ש, 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 חרף הרטוריקה של "עם הפנים לקהילה": התקציב המועבר מכוח תקנון העבודה הסוציאלית, הנהנה ממעמד של חקיקת-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 חוץ-ביתית לבית הוריו. אף שנותר תקציב מועט לקהילה, בשל עלותם הגבוהה של הסידורים החוץ-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 ביכולתנו להוכיח ניתוח סיבתי זה, מוצע לא לשוללו מהסבר אפשרי, המשלים את ההסברים האחרים שניתנו כאן.

מדיניות "עם הפנים לקהילה" המעוגנת בחוזר תע"ס מיוחד משנת 2004 היא בעינינו דוגמה קלסית לפועלה 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 לחדר במוסד פנימייתי שבו הם סובלים מאלימות פיזית ורגשית ומהעדר מענים מתאימים, ושניהם מדווחים על ביזוי והשפלה ובורחים שוב ושוב מהפנימייה, האחד ישוב הביתה לאחר שנה הודות לכך שהרשות שממנה הגיע הקימה שירותים הנותנים מענה לצרכיו, ואילו האחר, שמצוקתו זהה, ייוותר בפנימייה שלוש שנים משום שהגיע מרשות שקברניטיה בחרו לא להקים בה שירותים העונים על צרכיו.¹²²

122 Human Face of Poverty: A Chronicle of Urban America 21–38 (1990); אליצור

ומנוחין, 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 החוץ-ביתית, ועומד ברוח אוהדת על השינויים החלקיים ביותר שהשיגה תוכנית זו. ראו נעמי מי-עמי "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. ראו, לעומת זאת, מבקר המדינה "סדרי עבודתן של ועדות לתכנון טיפול והערכה בנושא ילדים בסיכון" דוח שנתי 63 – לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2011, 1371, 1381–1383, 1409 (2013), המדווח על חוסר ההתקדמות בביצוע התוכניות ודחייתן לשנת 2015. לראשונה העלה המחבר הראשון את הטענה הנטענת בגוף הטקסט ברשימה: יאיר רונן "ביום שאחרי, להגן על ילדים ומשפחות" העוקץ (2.4.2006). www.haokets.org/2006/04/02/%D7%91%D7%99%D7%95%D7%9D-%D7%A9%D7%90%D7%97%D7%A8%D7%99-%D7%9C%D7%94%D7%92%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, וייחדנו את הדיבור לקיומה של רטוריקה של "טובת הילד" ו"זכויות הילד" סביב השמתו של הילד מחוץ 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 לתעודתו.

1. הגנה רעועה על בני-נוער עוברי חוק

בני-נוער עוברי חוק הם פלח 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 ולחזור להיות חברים שווי-זכויות בקהילתם לבין "הלחישות הרועמות" הקוראות – בשם טובת החברה בכללותה וטובתם של נפגעי העברה בפרט – להרחיק את הנוער עובר החוק מן החברה הפתוחה כעניין של ענישה, ולהחזיקו במסגרות טיפוליות סגורות בכפייה, הרחק מהקהילה. עקרון טובת הילד לא הוחל למעשה בישראל על נוער עובר חוק – לא במתכונתו המסורתית לפני תחולתה 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 שיקולים של הרתעת הרבים. כך עולה גם מתיקון מס' 14 משנת 2008 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), שבו נקבע בסעיף מיוחד (סעיף 1א בחוק העיקרי – חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 – שכותרתו "עקרונות כלליים") כי "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". משקל ראוי – כן; עקרון-על – לא.¹²³

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 חשוד או נאשם], ובעקרון-העל של טובת הקטין". הנה נוסח ס' 40 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 3, הדן בקטין עבריין: "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 המתיישב עם תחושת כבודו של הילד וערכו העצמי, המחזק את הכבוד שהוא רוכש [צ"ל רוחש] לזכויות האדם ולחירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובחיוניות שילובו בחברה ומילוי תפקיד יצירתי בה."

לא בכדי המדינה מתמהמהת בקיום התחייבויותיה לפי האמנה. אמצעי הענישה החלופיים לא הוקמו, ובני-נוער עוברי חוק 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 לאחר תיקון של הוראות חוק זה נשארו חלופות המאסר וההחזקה במעון נעול בתוקפן. יש לבחון אפוא את הפרקטיקה בנוגע למדרג של אמצעי הענישה בפסיקתם של בתי-המשפט. אכן, עיון בפסיקה ובכתביהם של חוקרים מאשש את ההנחה כי רטוריקה של חינוך הנער, הגנה עליו או הטלת משמעת אינה עומדת תמיד בפני אינטרסים ציבוריים, והאחרונים הם שמועדים ומכריעים את הכף.¹²⁴

התוצאה המיידית של אי-מיצוי אפשרויות שילובם של בני-נוער עוברי חוק בקהילה היא חשיפתם לפגיעות מיותרות בשלומם במסגרות חוץ-ביתיות.¹²⁵ תגובה נוקשה ומשפילה על עבריינות נוער, הכוללת הרחקה מהקהילה, אינה מבטיחה התפתחות נאותה של המתבגר, הנתון בעיצומו של תהליך התפתחותי. היא עלולה אף להוביל

2. למטרה זו, ותוך 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, ייעוץ, מבחן, טיפול אומן, חינוך 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, פס' 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, מצוים 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, פס' 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 לאלימות מינית של קטינים במאמרן של איריס עדניה-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 ובן-הרוש, לעיל ה"ש 64, בעמ' 219–223 ובאסמכתות המובאות שם.

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

להגברת ההתנהגות העבריינית של בני-נוער עוברי חוק ולהיקבעותה כאורח חיים אצלם.¹²⁶

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

"טענה שכיחה היא, שנערים המוחזקים במעונות סגורים לומדים להיות עוברי חוק טובים יותר, ואין הוכחה שההשקעה הרבה של משאבים ושלילת 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 לחולי נפש. הביקורת על הטיפול המוסדי הסגור הביאה בארצות רבות לחיפוש אחר מסגרות טיפוליות ואחר דרכי ענישה חלופיות, 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 מחוץ לבית. זהו פתרון יקר, ולא בהכרח הפתרון המתאים לכל מקרה; אך בתרשים הזרימה שארגנה המערכת הביורוקרטית, אין הרבה אלטרנטיבות, והדרך היא, לרוב, חד כיוונית.¹²⁷

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

126 עיינו: A.D. Viccica, *The Construction of Memory through Law*, Ronen, *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 ה"ש 79; אהרן מלמד ענישה או שיקום? 27–2 (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 ה"ש 15, בעמ' 267–268 ו-270.

בקהילה. התוצאה היא גריעה חמורה ביכולתו של שירות זה להבטיח התערבות בזמן-אמת בעניינו של נער עובר חוק. זכותו של נער עובר חוק לקבלת טיפול מקצין מבחן נפגעת ישירות מחוסר זה, וכתולדה מכך נפגעת גם זכותו לחיי משפחה ולזהות קהילתית, ובכלל זה לטיפוח זיקותיו למשפחתו הגרעינית והמורחבת ולקהילת המוצא שלו כמצוות האמנה. לנוכח המחסור בקציני מבחן, העובדים בתנאים של עומס יתר, ההליכים בעניינם של בני-נוער אלה מנותבים למעצרים ממושכים יתר על המידה ולהוצאתם למסגרות חוץ-ביתיות, ובכלל זה למסגרות מוסדיות נעולות, 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.¹²⁸ הפגיעה בבני-הנוער נגזרת מנקיטת אמצעים חריפים של הדרה מקהילות נורמטיביות, בשל החשש הרחוק לשלום הציבור, עקב המחסור בכוח-האדם המקצועי הדרוש לשם טיפול בקהילה.¹²⁹ בני-נוער נתונים אפוא במעצר ובכליאה תוך הגבלה לא-הכרחית ובלתי-מידתית של חירויותיהם הבסיסיות, בתנאים לא-נאותים שמפירים את זכותם לכבוד אנושי.¹³⁰ רק כאשר הגיע שירות המבחן

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

129 יובל יעז "נשיא בימ"ש השלום בירושלים: שירות המבחן קורס" **הארץ** 25.9.2007 www.haaretz.co.il/misc/1.1551292; שרון נובק "הסניגוריה הציבורית: שירות המבחן קורס" **וואלה חדשות** 13.8.2007 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 כאשר למעצרו, לשפוטו ולהענישו 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 חירותו "באנושיות ותוך כיבוד אישיותו כבן אדם", ואף "באופן המתחשב בצורכיהם של בני גילו". גם אם מתברר שילד עבר עברה, הוא זכאי, לפי ס' 40(1) לאמנה, "להיות מטופל באופן המתיישב עם תחושת כבודו של הילד וערכו העצמי, המחזק את הכבוד שהוא רוכש [צ"ל רוחש] לזכויות האדם ולחירויות הבסיסיות של אחרים, תוך התחשבות בגיל הילד ובחינת 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 ה"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. כמו-כן, בשנת 2010 לא היו כמעט מעצרים שנמשכו יותר מעשרה ימים, ואילו בשנת 2011 נרשמו 84 מעצרים כאלה. בפרסום **ילדים בישראל – שנתון 2013**, לעיל ה"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 חד-פעמית, אך צעדים אלה אינם מבטיחים עדיין לנער זכות חוקית לטיפול באיכות או בהיקף כלשהו, וגם אינם מבטיחים מכסת תיקים מרבית לעובד שתאפשר למצות את ההזדמנויות לתהליכי שיקום.¹³¹

2. העדרה של זכות הילד לחינוך המתאים לצרכיו ותוצאותיה

דוגמה נוספת לחלקיותה של הגנת הילד היא העדר מעטפת כוללת של צורכי החינוך של ילדים ונוער. אנו סבורים כי חשיבה 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 נחקקו שני חוקים המעצבים את חובתה של המדינה לספק לכל ילד בישראל לימוד, חינוך והכשרה לחיים: חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 (להלן: חוק לימוד חובה), וחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953. חוקים אלה, למרות רגישותם הרבה לילדים ולצורכיהם, לא עסקו ישירות בקביעת זכויות הילדים להתחנך ולהרבות דעת, אלא התמקדו בהבניית מוסדות חינוך. החינוך בחוקים אלה משמעו צווי אכיפה לממשלה ולרשויות המקומיות באמצעות מסגרות ממסדיות לפי "זרמים" שונים. תפקיד ההורים כאפוטרופוסים טבעיים נדחק לפינה של בחירת ה"זרם" החינוכי בלבד. היכולת של ההורים לבחור בית-ספר מסוים המשתייך לאותו "זרם" חינוכי 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 והמצב 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)"; ובהמשך – "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' 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, כמוער 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. 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 דאז: "החלטתי לאמץ את המודל המשלב שיקול הוליסטי, המונע את חווית הניתוק מהבית ומאפשר התמודדות עם הקשיים היום-יומיים לצד בני המשפחה". על יישומה בפועל של מדיניות מוצהרת זו, למרות העדר תשתית חוקית, עיינו להלן בחלק 11(א).

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

"חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות לזכויות התלמיד ברוח כבוד האדם ועקרונות אמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד, תוך שמירה על כבוד התלמיד, עובד ההוראה וצוות המוסד החינוכי ועל ייחודם של מוסדות החינוך לסוגיהם השונים כמוגדר בחוק לימוד חובה, תש"ט-1949, בחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, בחוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988, ובכל דין אחר..."¹³²

הווה אומר, במישור הזכאות לחינוך חנם, מה שהיה לפני חקיקת החוק הוא שיהיה גם לאחר חקיקתו. זכות הילד לחינוך מותנית ביכולתו להשתלב באחד ממוסדות החינוך הקיימים. חוק זכויות התלמיד אינו משכיל להבטיח את זכות הילד בעל הצרכים המיוחדים למשאבים החינוכיים לשם מתן מענה בית-ספרי לצרכיו או לשם הספקת לימודים חוץ-בית-ספריים. בכלל זה אין חוק זכויות התלמיד מבטיח לילד המתקשה להשתלב – אם בשל הזנחה, 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 בחוק זה כל הוראה הקובעת לכל תלמיד שהונשר מהמערכת הבית-ספרית את זכותו להשתלב במסגרת חוץ-בית-ספרית – מסגרת המעוגנת כיום ביחידות קידום הנוער המקומיות שבפיקוח משרד החינוך. בוודאי לא הוטלה בחוק זה חובה על רשות החינוך להציע מסגרות פרטניות לנוער שמתנתק מהמסגרת הבית-ספרית מפאת חוסר התאמה בשל בעיות התנהגותיות או לימודיות. כל שנקבע בחוק לימוד חובה, בסעיף 5(1), הוא שניתן לפטור את ההורים מסעיף 4 לחוק לימוד חובה "אם... השר משוכנע שאין הילד או הנער מסוגל ללמוד באופן סדיר במוסד חינוך מוכר".

עולה אפוא כי נער שהתנתק מהמערכת הבית-ספרית אינו זוכה גם כיום בהסדר חקיקתי מפורש שיבטיח את זכותו ללמוד במסגרות פרטניות. הסדר חלקי לגבי "נוער מנותק" ימצא המעיין בהוראות חוזר מנכ"ל משרד החינוך, אך הוא חל רק ברשויות

132 על ההיבטים השונים של הזכות לחינוך, ובפרט על ההיבטים החוקתיים שלה, עיינו יורם רבין **הזכות לחינוך** 301–500 (2002). עיינו גם במאמרו הביקורתי של דן גבתון "בציפייה למזורחי נ' מחלקת החינוך של טופי-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 יחידות לקידום נוער בפיקוחו ובהנחייתו של משרד החינוך, מנהל חברה ונוער.¹³³ 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 בחוק חינוך חינם לילדים חולים, התשס"א-2001 (להלן: חוק חינוך חינם לילדים חולים), שבו נקבעה זכות הילד לחינוך חינם, בין במסגרת יחידנית בביתו ובין במסגרת פרטנית בבית-החולים שבו הוא מאושפז.¹³⁴ עולה ברוכה זו של חוק חינוך חינם לילדים חולים אינה חלה 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,¹³⁵ המחוקק 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 סיכול מימושה של הזכות לחינוך כתוצאה מהתקשותה של מערכת החינוך לקבל ילד אל בין שורות חניכיה. אומנם, שר החינוך והתרבות, הממונה על ביצוע החוק, התקין באפריל 1986 נוהל בחוזר מנכ"ל¹³⁶ 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-פורמאלי" (1.2.2011) cms.education.gov.il/Education/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 – 'ר' ו-'י' צ' 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 ונהגו של בית הספר", שפורסם בחוזר מנכ"ל מ/8 ב-8.9.1990 (מב/2). התקנון הותקן מכוח 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).

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

137 חוק לימוד חובה (תיקון מס' 18), התשנ"א-1991, ס"ח 156. וזו לשון ס' 3ב המתוקן לחוק לימוד חובה (לאחר תיקון מס' 18):

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

(1) רישום תלמידים וקבלתם;

(2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך;

(3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך.

(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 בידיעתו ושנקט

את כל האמצעים הסבירים למניעתה."

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

138 בבג"ץ 1067/08 **עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398, פס' 24 לפסק-דינו של השופט לוי (2009), נקבעה ההלכה הבאה בדבר האסור 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 ביצירת 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 וצוק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פ"ד סד(1) 820 (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

הרחקת תלמיד לצמיתות – המגבילות את שיקול-דעתם של מנהל בית-הספר, המפקח וועדת הערר, ונותנות מקום נרחב לבית-המשפט המנהלי לקבוע סופית את תקפות ההרחקה – אינן חלות כבדרך שגרה על בתי-ספר מוכרים שאינם רשמיים, שהם רוב-רובן של המסגרות החינוכיות של החטיבה העליונה.¹⁴⁰

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 הזנחה פלילית של ילדים או התעללות בהם. כפי שכבר צוין, בשנת 1989 נחקק חוק המטיל חובת דיווח על פגיעה בקטינים – הוא סעיף 368 לחוק העונשין. חובת הדיווח באה בשל הצורך למנוע את המשכה של תופעת השתיקה המכוונת והבלתי-מכוונת בנוגע לפגיעה בילדים. על ההסדר המשפטי הישראלי חולשת הוראת סעיף 39 לאמנה:

“מדינות חברות ינקטו בכל האמצעים הנאותים כדי להבטיח שיקום גופני ופסיכולוגי ושילוב מחדש בחברה לילד שרוי במצוקה, בשל כל צורה של הזנחה, 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 יחולו על כל מוסד חינוך רשמי.

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

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

ההוראות 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 ההרחקה לצמיתות. כמו-כן, 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 בחזרה מנכ”ל משרד החינוך תשע”ב/6(א) “נוהל הרחקה לצמיתות של תלמיד ממוסד חינוך והעברתו למוסד חינוך אחר” (1.2.2012) cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/ 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 בחזרה 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 משפילים, או מאבקים מזוינים. שיקום ושילוב מחדש כאמור ייעשו בסביבה המטפחת את בריאות הילד וכבודו העצמי.¹⁴¹

היה אפשר אפוא לצפות כי טובתו של ילד נפגע עברה תכונן את ההליכים הפליליים בעניינו של הפוגע. אך לדאבונו, אין הדבר כך. מערכת המשפט הפלילי בישראל אינה מחויבת 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.¹⁴² גם החובה לקבל תסקיר המתאר את מצבו של נפגע עברות מין¹⁴³ 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.¹⁴⁴ איננו חולקים כי הענשת התוקף נראית מטרה ראויה בפני עצמה, עד כמה שהיא באה להוקיעו ולהרחיקו מן החברה, אך אנו קובלים על כך ששיקול הנזק הנגרם לילד כתוצאה מהענשת ההורה שפגע בו נדחק לקרן-זווית.¹⁴⁵

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 בן-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 המסתמן בדבריו של הנשיא שמגר כי הגינון 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 יצירי 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. 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 בעבירת מין), התשנ"ד-1994, ה"ח 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 הרעוע 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 כנדרש בחוק, 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 החקירה על הנפגע, בין בשל האפשרות שחשיפה על-ידי פסיכותרפיסט תפגע בתהליך הריפוי הפסיכותרפי, ובין בשל סכנת פירוק המשפחה. מאחר שעצם הדיווח אינו מבטיח בהכרח טיפול הולם, גם בשל העומס המוטל על המטפלים, איש המקצוע מתלבט אם עליו לציית לחובת הדיווח.¹⁴⁶ דווקא כאשר הפגיעה בילד מדווחת כחוק, נופל דבר בחייו של הילד נפגע העברה: לא אחת החשיפה מעוררת גילויים של שנאה ואלומות כלפיו במשפחתו, ונפער פצע שלא יגליד עוד. הכיצד יוכל איש המקצועות המסייעים להבטיח לילד נפגע העברה, אשר חשף את הפגיעה לפניו בזכות יחסי האמון שנוצרו ביניהם, כי הוא יזכה בהגנה ארוכת-טווח מפני השלכות הדיווח, ובכלל זה יוכל להסתייע בשירותי בריאות נפש, חינוך, רווחה ובריאות, או שהוא יזכה בייצוג במימון המדינה בתביעת פיצויים נגד הפוגע בו? בהעדר הגנה על הילד נפגע העברה, חובת הדיווח עלולה ליהפך במקצת המקרים למכשלה, לאבן אחר הנופל.

קיימת אסימטריה בין חובת הדיווח על הזנחה של הילד ועל אלימות כלפיו מצד בני משפחתו לבין חובת הדיווח על אלימות כלפי הילד והתעללות בו במסגרת המוסדית שבה הוא שוהה. כאשר לאלימות האפשרית כלפי הילד מצד בני משפחתו נקבע כי חובתם של "עובד חינוך... מנהל או איש צוות במעון או במוסד שבו נמצא קטין" לדווח על גילוי אלימות אם "עקב עיסוקם במקצועם או בתפקידם היה להם יסוד סביר לחשוב 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 ועוד, 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, מובאות טבלות לגבי ילדים נפגעי עברה, ובעמ' 555 נכתב כי "בסוף שנת 2011 המתניו לחקירת חוק ילדים 1,296 חקירות של ילדים".

כך לאחות בית-הספר, ליועצת החינוכית או למנהל בכבודו ובעצמו, אלא עליו לדווח "לעובד סוציאלי... או למשטרה". שום דיווח אחר אינו תחליף. יתר על כן, חובת הדיווח חלה 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 לחייב את עובד ההוראה לדווח. לעומת זאת, חובת הדיווח על אלימות והתעללות בתוך מוסד חינוכי, מעון וכדומה (לא מצד האחראים על הקטין) כתוב בנוסח שונה (סעיף 368ד(ד)): "נעברה בקטין או בחסר ישע הנמצא במעון, במוסד או במסגרת חינוכית או טיפולית אחרת, עבירת מין... או עבירה של גרימת חבלה חמורה... או עבירת התעללות... חובה על מנהל או איש צוות... לדווח על כך...". כלומר, "יסוד סביר", אפילו לעברה שנעברה "זה מקרוב", אינו מגבש חובת דיווח. רק אם "נעברה... עבירה", וכנראה בוודאות גמורה, קמה החובה. מאחר שלפי עקרונות המשפט הפלילי בישראל, כל אדם נחשב זכאי – "חף מפשע" – כל עוד לא הורשע בדין, חובת 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.¹⁴⁷ בשנת 2009 הוציא משרד החינוך חוזר מנכ"ל מיוחד שבו הטיל על עובדי ההוראה חובת דיווח כאמור, במקרים מסוימים כעניין שבחובה ובמקרים אחרים כעניין שבשיקול-הדעת, אך הוראות חוזר מנכ"ל הן פנימיות רק לעובדי החינוך.¹⁴⁸ מן הראוי שהחוק והתקנות יעגנו מקרים שבהם חובה על כל אדם לדווח לעומת מקרים שבהם יינתן שיקול-דעת אם לדווח אם לאו.

בפרשת **אמין נ' אמין**¹⁴⁹ התעוררה שאלת הפיצויים הנזיקיים שישלם אב שהפקיר רגשית את ילדיו באופן אכזרי בהתנכרו אליהם. לאור דיונו עד כה על-אודות המיקוד

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 חובת 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) cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/ (1.9.2009). EtsMedorim/2/2-1/HoraotKeva/K-2010-1a-2-1-12.htm. בשנת 2015 הוחלף החוזר האמור בחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ה/8(ב) "אקלים חינוכי מיטבי והתמודדות מוסדות חינוך עם אירועי אלימות וסיכון" (1.4.2015) www.edu.gov.il/owlHeb/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 חובת 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 חבלה חמורה". חובת 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).

המעוות של השיח להגנת הילד, אין זה מפליא שההיבט המערכתי של העדר מענה מניעתי – מענה שעשוי לזהות ולרפא פגיעות בטרם החריפו – 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 בידיו רישומים על האלימות.¹⁵⁰ העדר החובה לנהל רישום תלונות ומעקב סדיר משקף את הקושי של שירותי הרווחה לעמוד בעומס העבודה המוטל עליהם. קושי זה עלול לפגוע בילדים, ומותיר לא אחת את אנשי-המקצוע חסרי אונים ומתוסכלים בשל דלות המענים,¹⁵¹ אולם הוא נדחק מן העין ונשכח 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 בחשיפה חומלת, מכבדת ורגישה. מקצתם אף נאלצים לסחור בגופם כדי לשרוד, תוך השפלה עצמית כואבת, ומתמכרים לסמים כדי לשאת את כאב ההשפלה הכרוך בהישרדותם.¹⁵² עד שנת 2000 לא היה כלל בסיס לפעולת המשטרה להגנת ילדים אלה מפני ניצולם המחפיר, שכן המחוקק לא הגדיר רכישת שירותי מין מילד כעבירה 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 כורח ההישרדות. כלומר, כאשר לא התקיימו התנאים הגיליים והאחרים המקיימים עברת מין בקטין, עצם תשלום האתנן לא היה בגדר עבירה. רק בשנת 2000 נקבע לראשונה, בסעיף 203ג לחוק העונשין, כי "המקבל שירות של מעשה זנות של קטין" עובר על החוק. חרף זאת, כפי שמציין דוח ישראל החלופי, החברה הישראלית מאפשרת במחדליה את המשך קיומה של זנות ובני-נוער או לכל-הפחות מתעלמת מהעדרה של מערכת תמיכה הולמת להספקת צרכים בסיסיים, ובכך מעמידה בסיכון ילדים ובני-נוער בישראל.¹⁵³ לדעתנו, המדינה אינה עושה די לעקירת שורשי הבעיה של

150 עיינו עוד בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי 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 בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו").

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

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

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

נוער המנסה לשרוד ברחובות: 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 המעונות והפנימיות, אולם אלה כרוכים בטיפול כפוי ובזיקה מאיימת למשפט הפלילי. מוסדות אלה, המוצעים על-ידי השירותים החברתיים, אינם מתאימים לייעודם. הם מקיימים לא אחת כללי משמעת נוקשים, והנוער, אשר בלאו הכי נגוע בבעיות התנהגותיות ורגשיות לא-פשוטות, אינו מסוגל להתמודד עימם וחוזר לגור ברחוב. יתרה מזו, הימצאותם של בני-נוער עוברי חוק ואלים במוסדות אלה היא מן המפורסמות, ואי-הפרדתם מאותם בני-נוער בסיכון שהם נורמטיביים עלולה לגרום להשלטת מדרג ואלים כלפי האחרונים.¹⁵⁴ למרבה האירוניה, נער בסיכון נורמטיבי שבוח מהמעון, 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 לחרב-פיפיות נגדו.¹⁵⁵

אין המדינה מציעה חיים קהילתיים מוגנים לבני-נוער המאפשרים להם לבחור בחיים אוטונומיים בהם הם נהנים מהגנה בלא כפייה. מדיניות זו בכללותה היא בניגוד לרוח

Children's NGO's 8–9 (UNICEF, March 2013), 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 בבואה לגבש את הערותיה המסכמות בעקבות הדוח המדינתי. דוחות אלה נידונו במאמר חדשני 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). ראויים לציון 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."

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

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

האמנה ולעקרונותיה, לכללי האו"ם למניעת עבריינות נוער.¹⁵⁶ בבריטניה, לשם השוואה, החוק מקנה לנער בן שש-עשרה ומעלה, שזוהה כזקוק להגנת המדינה בשל משבר ביחסיו עם הוריו, זכות לדיוור – שאליו יתקבל מכוח הסכמתו ואשר יוכל לעזוב לפי רצונו – וכן לתגמולים כספיים שיאפשרו את מחייתו. בית-המשפט שם, שנדרש לפרש את החוק, קבע, חרף התנגדותה של רשות הרווחה, את זכותה של נערה בת שבע-עשרה לאומנה במימון המדינה בבית משפחתם של זוג ידידים שהיא עצמה בחרה, וכן לתגמולים כספיים ישירים מידי רשות הרווחה שיאפשרו את מחייתה.¹⁵⁷

5. הצורך בחקיקה חברתית שתגן על הילד במשפחתו ובקהילתו

(א) מבוא: כיצד החקיקה הקיימת מטעה?

חלקיותה של הגנת הילד בישראל מתבטאת בחוקים שעוסקים בבריאות, בבריאות הנפש או ברווחה. חוקים אלה מתמקדים בזיהוי הילד המסוים שנפגע ובהגנתו "לאחר מעשה" מפני סביבתו האינטימית, עד כמה שהיא אחראית לפגיעה, ולא בהגדרת שירותים העשויים למנוע מראש את הפגיעה. דברים אלה נכונים לחוק הנוער (טיפול והשגחה); לחוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953; לחוק האימוץ; לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991; לחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988; ולחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול). לצידם קיימים חוקים הנוגעים בעקיפין או באופן חלקי בשאלת ההגנה המניעתית על הילד, ואשר עלולים ליצור רושם מטעה של הגנה מקפת, כגון חוק פעוטות בסיכון (הזכות למעון יום), התש"ס-2000 (להלן: חוק פעוטות בסיכון); וחוק חינוך חנינם לילדים חולים. אך בכל המערך החקיקתי העוסק בילד בסיכון אין הסדרים מניעתיים ממשיים הבאים להגן על הילד מפני סכנות עתידיות לשלומם כעניין שבזכות. חוק פעוטות בסיכון¹⁵⁸ וחוק חינוך חנינם 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-15 (22.7.2002) (להלן: סיכום מושב ד) www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/yeled15-4.htm. עיינו גם אליצור ומנוחין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 266–274.

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

158 עיקר החוק הוא בס' 4 לחוק פעוטות בסיכון, אשר אלה סעיפי-המשנה שלו: "(א) קבעה ועדה [כהגדרתה בתקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל), התשכ"ו-1965 – ר' וי"צ ג'] כי פעוט הוא פעוט בסיכון, זכאי הפעוט לשהות במעון יום הסמוך למקום מגוריו.

חולים¹⁵⁹ מקנים שירותים חברתיים מניעתיים ספציפיים, אך אינם מעידים על מדיניות כוללנית מניעתית של הגנת הילד.¹⁶⁰ רשת ההגנה על הילד שהם מציעים מחוררת. כפי שביארנו, העדרה של מדיניות הגנתית מניעתית פוגעת בילדים פגיעה מרה, שכן במקרים רבים הפגיעה, מרגע שהתרחשה, אינה בת-תיקון באופן מלא.¹⁶¹ אם כן, ההגנה המוענקת לילד בחוק 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
חוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958, הוא דבר החקיקה שכוון לראשונה את זכותו של אדם לקבל שירותים חברתיים בישראל, והוא הדין המיוחד הנוגע בזכויות כלליות לשירותים חברתיים. חוק זה אינו מקנה לילד זכות לתנאי מחיה ראויים או לרווחה בסיסית במובנה הרחב. החוק מטיל אומנם חובת "עשה" ספציפית על רשויות מקומיות להקים מחלקה לשירותים חברתיים לשם הגשת טיפול סוציאלי לפונים אליה,¹⁶² אך התחיקה הישראלית אינה מגדירה בשום מקום מהם השירותים שהפרט זכאי להם. תחת זאת החוק מעניק סמכות רחבה לשר הרווחה להגדיר בתחיקת-משנה את השירותים שיינתנו.¹⁶³ התוצאה היא שהמחלקה 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.

159 עיקר החוק הוא בס' 4 לחוק חינוך חגים לילדים חולים. ראו לעיל ה"ש 134.

160 דוגמה להסדר משפטי המציע שירותים מוגדרים לילד שזוהה כזקוק להגנת המדינה נמצא בדין הסקוטי. עיינו: ELAINE E. SUTHERLAND, CHILD AND FAMILY LAW 311–312 (1999).

161 עיינו, למשל, חניטה 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).

162 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 לרווחת 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.

163 אברהם דורון ואורי ינאי מתחו ביקורת קשה על מצב עניינים זה, שבו אין לפרט – ולילד ככלל זה – זכויות מוקנות המוגדרות בבירור. עיינו אברהם דורון ואורי ינאי **חקיקת חוק שירותי רווחה וקביעת**

כמצוות המחוקק, 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. כמורכב אין המחלקה לשירותים חברתיים רשאית להציע, כעניין שבזכות, שירותים מוגדרים כלשהם, ובכלל זה שירותים מניעתיים אישיים,¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ העובדים הסוציאליים נושאים באחריות, אך לא אחת אין בידיהם סמכויות חיוניות למימושה של אחריות זו; לא אחת אין ביכולתם להיענות לסבלם של לקוחותיהם ולזעקת העוול שהם משמיעים.

דומה כי החקיקה בישראל בתחום השירותים החברתיים – ובכלל זה המכלול האדיר של חקיקת-משנה והנחיות פנימיות המאגדות בעשרות כרכי התע"ס – חסרה נשמה יתרה מכוונת ומכוונת. על-כן, אף אם נהפוך בה ונהפוך בה, אי-אפשר לגזור ממנה זכות לשירותים מניעתיים, כאלה שעשויים לחולל 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 הברווים ביישובים הבלתי-מוכרים). בשנת 2005 הגישו חברי-כנסת אחדים הצעת חוק פרטית לתיקון חוק הנוער: חוק הנוער (טיפול והשגחה) (תיקון מס' 17) (מסגרת חוץ ביתית לקטין נזקק), התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת 115. גם הצעת חוק זו אינה מבטיחה אמצעים מניעתיים. בדברי ההסבר 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 שחשה "נבגדת מההפקר 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 בצעד של מחאה היה סימן מבשר טובות. המשכו במאבקם הנוכחי של העובדים הסוציאליים למען תקינה נאותה, אשר טרם נשא פרי. עיינו גם אור קשתי ושרילי סיידלר "יותר מ-300 פונים לרווחה על כל עובד סוציאלי בדרום" **הארץ** 6.6.2014 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2341333.

השראה וכו' לעשייה. רכיב מניעתי מאחד כזה היה עשוי להכניס צדק חומל – הקשוב לקולם של הילדים טעוני ההגנה ונענה לו – אל אוסף ההוראות הקיימות במערך החקיקה הישראלית, שאינו קוהרנטי בתכליתו המניעתית ונראה כטלאי על-גבי טלאי של כללים ביורוקרטיים.¹⁶⁶

(ג) לילד באשר הוא ילד אין זכות לבריאות

זכאותו של הילד לבריאות מובטחת על-ידי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. אך מושא ההבטחה הוא ילד הנחשב תושב ישראל או בנו של תושב ישראל, ולא כל ילד באשר הוא ילד. על-כן 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 בחוק, אף שמקצתם עשויים ליהנות משירותי בריאות מכוח בחירה של הוריהם לרכוש בעבורם שירותי בריאות מסובסדים. בפועל 60% מהילדים חסרי המעמד אינם נהנים מהזכות לשירותי בריאות בסיסיים: להוריהם ניתנה החירות – שאין להצדיקה מכוח האמנה – לא לבטחם, והמדינה חוסכת כך את כספי הסבסוד ומפרה בכך את חובתה כלפי אותם ילדים, אשר חשופים לסכנות בריאותיות.¹⁶⁷ מטבע הדברים, הפגיעה הנגרמת לילדים החשופים להזנחה או להתעללות נעשית קשה שבעתים כאשר נשללים מהם שירותי בריאות, אך מעבר לכך, שלילת הביטוח הרפואי מעצימה את נזקותם, באין לאחראים על הילדים

166 לביאור קריאתו – בהשראת עמנואל לוינס – לצדק חומל, אשר קשוב לקולם של הילדים טעוני 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 צבי גילת "על חוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996 ועל מקצת חידושי" **קרית המשפט** ב 239 (2002) (להלן: גילת "על חוק העובדים הסוציאליים"). במאמר האחרון נמנו הכשלים המרכזיים בכל הנוגע באי-ההלימה בין הערכים הפרופסיונליים של העובדים הסוציאליים שהוקנו בחוק זה לבין מערך שלם של חוקים ותקנות של שירותי הרווחה הממלכתיים, אשר שוללים למעשה כל שיקול אם הוא אינו מגובה במדיניותם של מנהלי שירותי הרווחה. עיינו גם במחקרם האמפירי של ישראל דורון, יצחק רוזנר ומירית הנס-קרפל "חוק, עבודה סוציאלית ופרופסיונליזם – עמדותיהם של עובדים סוציאליים כלפי חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996" **חברה ורווחה** כז 189 (2007), ובמסקנות המובאות בו. לדיון בסכנת השימוש לרעה בעובדים סוציאליים לצורך משטור חייהם של ילדים ומשפחות בצילה של חקיקה 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 מצבם 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 רווחה לעובדים זרים ולחסרי מעמד אזרחי בישראל – מדיניות והיקף השירותים" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 1.7.2013) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03314.pdf.

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

(ד) אין לילד זכות לקורת־גג במחיצת משפחתו

חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט 1998 (להלן: חוק הדיור הציבורי), זכה בתשומת־לב ציבורית ונתפס בעיני מחוקקיו, במידה רבה של צדק, כנושא בשורה חברתית חדשה.¹⁶⁸ אפשר לראות בו סנונית המבשרת על הגנה על זכות למגורים ליחידים ולמשפחות, בשל התקווה לרכישת דירות על־ידי מעוטי־יכולת הגרים בדיור מוגן. דווקא בשל כך חשוב להבהיר לענייננו כי החוק לא הקנה זכות כללית לדיור ציבורי מסובסד, ולו בשכירות ולו רק לילד המשתייך למשפחה במצוקה כלכלית קשה, אלא רק הבטיח סבסוד למשפחה שמחזיקה דירת מגורים "שהיא בבעלות, בחכירה לדורות או בניהולה של חברה לדיור ציבורי".¹⁶⁹

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 העונה על צרכיו החומריים והרגשיים הבסיסיים, קיום שצריך להיות מובטח לו במסגרת החוק־ביתית שאליה הוא מוצא בשם טובתו.¹⁷⁰

הדוח שהגישה ישראל לוועדת האו"ם לזכויות הילד בשנת 2010¹⁷¹ אינו מתכחש לכך שבשִׁיראל אין לשום ילד – אף לא לילד המזוהה כזקוק להגנת המדינה – זכות סטטוטורית או חוקתית לתנאי מחיה ראויים במשפחתו ובקהילתו, ובכלל זה זכות כללית לדיור הולם עם משפחתו וקהילתו. הערה בדוח החלופי לוועדת האו"ם משנת 2013 מזכירה כי מספר המשפחות החיות מתחת לקו העוני עולה בישראל במהלך השנים האחרונות, במיוחד בקרב משקי־בית שיש בהם יותר משני ילדים.¹⁷² דוח ועדת האו"ם לזכויות הילד מקבל נתון זה, מזכיר כי אחד מכל שלושה ילדים חי מתחת לקו העוני,

168 יצוין, עם זאת, כי חוק זה נחקק מלכתחילה כתוכנית־הרצה למשך חמש שנים (ס' 20 לחוק). כמ־כן, 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 הדיור הציבורי. ראו דוח 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 להבטיח תנאי מחיה ראויים, עיינו גיא מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65 (1999); יובל אלבשן **זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל** 87–169 (2005).

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

172 דוח ישראל החלופי, לעיל ה"ש 153.

וקורא למדינת-ישראל להבטיח תמיכה כלכלית ראויה ושירותים זמינים וחינמיים, בלא הפליה, לילדים החיים מתחת לקו העוני.¹⁷³

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

ראויים

בחוק הבטחת הכנסה קבע המחוקק לראשונה את זכאותם של אלה שנקלעו למצבי מצוקה כלכלית לקבל תמיכה כספית ברמה של מינימום חברתי מוסכם, שאמורה להבטיח את קיומם. והנה, בפרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**¹⁷⁴ נידונה בהרחבה בין השופטים השאלה הבאה: עד כמה המדינה יכולה, באמצעות חוקי ההסדרים במשק המדינה, לצמצם את הגמלאות המגיעות על-פי חוק הבטחת הכנסה, בהינתן שיש בכך כדי לפגוע בזכות לכבוד האדם? ובתמצית, מה מחויבותה של המדינה ל"מינימום של קיום בכבוד"? כך נהפך חוק זה ליותר מאשר מקרה פרטי של תמיכה מדינתית בילדים; הוא נהפך להזדמנות לקביעה חוקתית המציעה נדבך חיוני ואיתן להגנת הילד בישראל. אולם הזדמנות 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 החוק בשל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992. שופטי הרוב לא ששו לקבוע הלכה פסוקה לדורות מהו המינימום הנדרש לקיום בכבוד, אלא רק הביעו עמדה קונקרטית, בנסיבות המקרה שלפניהם, לגבי השאלה אם העותרים זכאים לסעד אם לאו. על-כן אין כל אפשרות לחזות בבטחה מה תהא עמדתם של שופטים אחרים בעתיד במקרים דומים שיובאו לפניהם. לדעתנו, אין בפתרון פסיקתי נקודתי, שאף שנוי במחלוקת מבחינת היקפו, תחליף ראוי לדבר חקיקה מפורש וצלול שיקבע את זכאותו של כל אדם לרווחה באשר הוא אדם. מדברי השופטים ניתן אפוא להסיק כי אין כל הצהרה בחוק הבטחת הכנסה או בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 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.¹⁷⁵ שתיקה זו היא שהטתה כנראה את דעת הרוב בהרכב לא לגזור חובה זו מחוק-יסוד: כבוד האדם

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 מחויבות 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.

וחירותו, אף שיש כידוע הטוענים, כנגד הכרעת השופטים, כי לא היה צורך בלהטוטנות משפטית כדי לגזור זכאות לתנאי מחיה ראויים.¹⁷⁶ זאת ועוד, חוק הבטחת הכנסה יצר אומנם את הבסיס השוויוני להבטחת הכנסת מינימום לכל אדם במצוקה כלכלית בישראל, אולם גם הרפורמה הגלומה בהוראותיו השאירה ללא מענה את הסוגיה של הבטחת השירותים והטיפולים 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 יכולה להיות מנוף חשוב להצלחה בהתמודדות עם בעיותיהם ולשיקומם, לקראת יכולת התמודדות עצמאית עם קשייהם.¹⁷⁷ מאחר שעד כה

176 ראו קרפ, לעיל ה"ש 170, בעמ' 129 ו-146-147; מונדל, 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 זידמן "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 אזרחית 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 אזרחית או חברתית? היכן נמקם את זכויות הילד?... השאלה הינה: האם ניתן להכיר בזכויות חברתיות נוספות כחלק מכבוד האדם וחירותו?... התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר... היכן יוצב הגבול וכיצד תימנע התוצאה שכל הזכויות (האזרחיות והחברתיות גם יחד) ייתפסו כחלק מכבוד האדם וחירותו? תוצאה כזו נוגדת כל גישה פרשנית-חוקתית ראויה... המסקנה שלי... הינה כי אין בזכויות החברתיות כל 'פגם גנטי'... כל שיטת משפט צריכה לתת דין-וחשבון 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 מבאר – בעקבות דעת הרוב בפרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**, לעיל ה"ש 98 – כי החוק אינו מבטיח זכויות סוציאליות באופן מוחלט. 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 המרגיע 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, ה"ח 5, אשר נתקלת 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 חובת 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 יוכרז כנזקק, ואף אם יוכרז ככזה, יפתרו את בעייתו באופן מיטבי. מאחר שההורים הם האפוסטרופוסים הטבעיים של ילדם, מאחר שהילד הוא איבר ממשפחתו הקרובה והרחוקה, ומאחר שיש מקום לטפח את זהותו של הילד בקהילתו, ראוי שכל אלה ינסו לחבור יחד עם הילד עצמו ולדון בכובד־ראש עד כמה ניתן להבטיח את הגנת הילד מבלי לפגוע באינטימיות של משפחתו ולהוציאו כחסר זהות מתוך קהילתו. שיקול־דעת מנהלי הוא נדבך חשוב במדינה דמוקרטית, קל וחומר כאשר הוא עוסק בהגנה על הילד. אין מערכת השירותים החברתיים יכולה לנכס לעצמה הבנה ברורה ונכונה יותר באשר לטובתו של הילד מזו של שאר השותפים הטבעיים: הילד עצמו, הוריו, משפחתו המורחבת וקהילתו.¹⁷⁸ במאמר אחד הציע המחבר הראשון לעגן בחוק את מודל הוועידה המשפחתית, שבו המשפחה הקרובה והרחוקה מתכנסת עם אנשי הרווחה ועם הילד שעניינו נידון.¹⁷⁹ מודל זה, ששורשיו בתרבות המאורית הילידית של ניו־זילנד ואשר אומץ שם בחוק, 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 (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 פלוגית 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 תהליכייה ושלביה של הוועידה המשפחתית. יקצר המצע מלחזור כאן על הנאמר שם.

למשפחה הגרעינית והמורחבת ואל הקהילה, וכן הסתייעות בכוחותיהן, בתבונתן ובידע שלהן בעיצוב המענים למצוקתו של הילד. נראה כי יש במודל זה פוטנציאל של ממש לחברה הישראלית מרובת התרבויות, במיוחד במתן מענה לילדים אשר משתייכים לקהילות מוחלשות ומודרות וזקוקים להגנת המדינה. מודל הוועידה המשפחתית – המעביר כוח רב מידי אנשי-המקצוע שלוחי 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, יישמשו השירותים החברתיים מתווכים הוגנים בין רצונה של המדינה להגן על הילד לבין המשפחה והקהילה, שאף בהם קיימים כוחות המחויבים להגנה על הילד, וכך תיחסך מן הילד החוויה הקשה של הוצאתו מהבית ואיבוד זהותו התרבותית, והוא אף יצא נשכר מהעושר של ערכים, תפיסות ונסיגות חיים שאליהם ייחשף במסגרת הדיאלוג. בישראל מנסים מעט מדי להגיע להחלטה מושכלת שתתקבל על דעת כולם. בעבר הופעל מודל של קבוצת-דיון משפחתית, אך באופן נסיוני וביישובים ספורים בלבד, וגם ניסוי זה הופסק בשל העדר תקציב.¹⁸⁰ 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 הרווחת של היענות לצרכים ממשיים.

אך עד שתאומץ המלצתנו לעגן את מודל הוועידה המשפחתית, מוצע ש"ועדת ההחלטה" – או ליתר דיוק "ועדת תכנון וטיפול", כשמה העדכני – ופעילותה בחיפוש פתרונות למען הגנת הילד המצוי בסיכון יעוגנו בחוק, ולא רק כהסדרים מנהליים בחוזר מנכ"ל משרד הרווחה (להלן: חוזר תע"ס), כפי שהוצע גם במסקנותיה של ועדת גילת משנת 2002.¹⁸¹ פעילותה של הוועדה תתנהל פשקיפות המתבקשת, פמוחיות הנדרשת ובעיקר ככבוד וקשויוניות דיונית. במצב המשפטי השורר כיום, ועדת תכנון וטיפול מעוגנת בחוזר תע"ס כוועדה חשובה שבה מתקיימים דיונים בין אנשי המקצועות המסייעים בדבר גורלם של ילדים בסיכון. מסקנות הוועדה מופנות אל פקיד הסעד, אשר מעביר את הכרעת הוועדה לבית-המשפט המוסמך באמצעות תסקיר. מטרות הוועדה נאצלות בתכלית, וקשה להלין עליהן, אך בפועל דרך התנהלותם של הדיונים, אשר נוגדת מושכלות-יסוד של המשפט המנהלי, אינה מתיישבת עם מטרות אלה. הדיונים נערכים מבלי שמוקנית לילד – קל וחומר לבני משפחתו המורחבת – זכות מן הדין להישמע, ומבלי שמובטח, הלכה למעשה, מיצוי של חלופת גידולו במשפחה המורחבת או בקהילה. עד היום שמיעת הילד ומשפחתו היא בגדר נוהל פנימי הנתון לשיקול-דעתה 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 חשופים לפני בתי-המשפט הדנים בעניינו של הילד, ובתי-המשפט נסמכים על תסקיריהם של פקידי הסעד. אין בתי-המשפט מודעים לחילוקי-דעות שאולי היו בתיק, ולוועדות תכנון וטיפול אלה גם אין מעמד בחוק לפני בית-המשפט. בהעדר עיגון בחוק או בתקנות בעלות פועל תחקירי לוועדות תכנון וטיפול, אין הן בעיני השופט אלא כסרח העורך לחוות-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 חלופית שאולי העלתה לשיקומה ולשיקום הילד. לדעתנו, יש לתת לחילוקי-הדעות ביטוי בדיוני בתי-המשפט. הוועדה אינה צריכה להיות סרח העורך לפקיד הסעד, ואין זה ראוי שפקיד הסעד יהיה מעין "הוצאה לפועל" של ועדות תכנון וטיפול. הוועדה חייבת לחתור לפתרון הוגן שעליו תוכל להמליץ לפני בית-המשפט. אסור שסוגיית גורלו של הילד בסיכון תעלה מלכתחילה בוועדה כעניין של מילוי הוראות מגבוה מצד פקידי הסעד הבכירים לפקיד הסעד המטפל במשפחה – מעין "כתב כניעה" של המשפחה לפני השירותים החברתיים – אלא יש ללפנה בדרך של דיאלוג בין שווים: המשפחה, הילד ואנשי השירותים החברתיים.

לנוכח האמור, הצעתנו היא לחייב את כינוסה התכוף יותר של כל ועדת תכנון וטיפול, אשר תפעל בהרכב מלא ומגוון של עובדים סוציאליים, פסיכולוג, פסיכיאטר ואף אנשי חינוך (ואולי גם אנשי דת לגבי משפחות דתיות) מול כל משפחה שגורל ילדה שבסיכון (ובהמשך – נושא הטיפול בו) נידון בה, או לכל-הפחות מול אותן משפחות שמעוניינות באמת ובתמים לשקם את עצמן. אוזן קשבת של פורום רחב בתכיפות רבה יותר תהווה תמריץ לאותה משפחה משתקמת. נוסף על כך, תוכניות הטיפול יוצעו לא רק על-ידי השירותים החברתיים, אלא יש לחייב את הוועדה לאפשר למשפחה עצמה להגיש תוכנית טיפול חלופית מגובה על-ידי אנשי-מקצוע מהתחום הטיפולי.¹⁸² 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 ה"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 הפרוצדורליות 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 שיצטרכו לפתוח בהליכי מכרז. לכן הצעתה של ועדת גילת (ראו **דוח ועדת גילת**, לעיל ה"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 חלופית, הבהירה 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 חלופיות מאשר חברי-כנסת או עורכי-דין. עיינו, לעומת זאת, בהצעתה של ועדת סילמן לספק ייצוג משפטי למשפחות במימון המדינה, ולהפעיל ועדות ערר מחוזיות לדיון בהליכי ועדות שנפל בהם פגם

אפשרותה של המשפחה להציג תוכנית טיפול חלופית אינה מחייבת כמובן את קבלתה על-ידי הוועדה, שהרי ייתכן שיתגלו בה פגמים מהותיים. אך הניסיון לעמת בין תוכניות הטיפול השונות לא רק יחנך את השירותים החברתיים להאזין לקולם של המשפחה והילדים, אלא גם יאלץ את המשפחה להקשיב לדעות השונות של חברי הוועדה ולהתחשב בהשגותיהם. חילוקי-דעות בין חברי הוועדה, אם יהיו, כמו-גם חילוקי-דעות 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 מחייבים זמן ארוך יותר לשם שכנוע הדדי – ואין זה מן הראוי שהשופט יכתיב את הפתרון בלי כל דיון. על-כן ההיזקקות לבית-המשפט תישמר רק לאותם מקרים שבהם כשל נסיונם של הצדדים להגיע להבנה.

הדיונים בוועדת תכנון וטיפול יתקיימו פנים-אל-פנים, על-מנת לאפשר שכנוע הדדי. מסיבה זו מוצע גם שהדיונים לא יתקיימו מול חוות-דעת כתובות של איש-מקצוע שאינו מעורב. המטרה היא אפוא ליצור שיח – לא רק בין המשפחה והילד שעניינם נידון לבין חברי הוועדות, אלא גם בין אנשי-המקצוע החברים בוועדות לבין אנשי-המקצוע שיגבו תוכניות טיפול חלופיות שתציג המשפחה. נוסף על כך, יש לחייב 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.¹⁸³

2. הבטחת עצמאות שיקול-הדעת של אנשי-המקצוע

ועדת גילת הצביעה על הכשל בהתנהלותם של פקידי הסעד במצבם הנוכחי מול הוועדה, בהינתן שהם חייבים אמון מוחלט לבית-המשפט בכתיבת התסקיר, ובו-בזמן מחויבים מבחינה ממסדית לוועדה. במובן מסוים יש כאן "כפל נאמנות" של פקידי הסעד, שכן הם משמשים שופרה של ועדת תכנון וטיפול, מצד אחד, ונחזים כנאמניו של בית-המשפט

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

183 בג"ץ 990/92 מורדוב נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מז(1) 474, 478 (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 ה"ש 28, בעמ' 425–428. גם ועדת סילמן (ראו דוח ועדת סילמן, לעיל ה"ש 7) קיבלה את מסקנותיה של ועדת גילת (ראו דוח ועדת גילת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 41–48). נציין 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 ודוברים אותה, או בתרגום לשפה כאמור, ותוך מתן הזדמנות לכל אחד מהם להשמיע את דברו בשפה זו". לדעתנו, חידוש זה אינו מספיק, ויש לחייב 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 חילוקי-דעות בינו לבין הוועדה, ולא יוטל עליו לחוות את דעתו בתסקיר בניגוד לעמדתו ולמצפוננו. פקיד הסעד יביא את חוות-הדעת שלו ואת דיוני הוועדה לפני השופט, והוא, השופט, יכריע בדבר. ראוי, עם זאת, שפקיד הסעד ינמק מדוע אין הוא מקבל את עמדת הוועדה. גם הפרוטוקול של ועדת תכנון וטיפול שיונח לפני השופט ינהיר לו את חילוקי-הדעות המקצועיים בעניין.¹⁸⁴ לעניות דעתנו, אין להעלים חילוקי-דעות בין חברי הוועדה לבין עצמם ובינם לבין פקידי הסעד; כל הדעות השונות – של הילד, של משפחתו ושל אנשי-המקצוע השונים – יירשמו כעניין שבחובה. נוסף על כך תתקיים שקיפות בדבר השפעות חיצוניות על פקיד הסעד ועל כל איש-מקצוע שיחווה את דעתו במסגרת ועדת תכנון וטיפול, כגון נסיון התערבות של מפקח או של פקיד סעד אזורי בהחלטותיו. יצוין כי עצם הפנייה אל פקיד הסעד או אל חבר מחברי הוועדה, מחוץ 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.¹⁸⁵ זאת ועוד, לא יוחלף פקיד סעד בשל חילוקי-דעות בינו לבין רוב חבריה של ועדת תכנון וטיפול, מן הטעם הפשוט שהובא בדיונו: פקיד הסעד אינו מייצג את עמדת השירותים החברתיים, אם יש כזו, ואינו משמש בא-כוחם של הגורמים שהוא כפוף להם, בין במדרג הניהולי המקומי ובין במדרג הפיקוחי הארצי.

לטעמנו, יש להרחיב את סמכות הוועדה כך שהיא תוכל לדרון ולהכריע בכל עניין הקשור לילד בסיכון – לא רק בשאלת הוצאתו של הילד מביתו ושליחתו למוסד חינוכי, לאומנה או למעון, אלא גם בסוגיות השנויות במחלוקת בין ההורים, במקום ועדת התסקירים של היום. לנוכח 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 למבצע 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 ההחלטה', ועל-כן אין אנו קובעים עמדה משפטית ביחס למשמעויות של החלטתה." מעניין שבדוח של מבקר המדינה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1381, מצוין כי ממשד הרווחה נכתב בתגובה על טיוטת הדוח כי דעתם אינה כמסקנות ועדת גילת, וכי אין סתירה בין תפקודה של "ועדת ההחלטה" לבין תפקודו של פקיד הסעד. לטענתם, במקרים של חילוקי-דעות פקידת הסעד הראשית היא המנחה את פעילותו של פקיד הסעד, ובכל מקרה חילוקי-דעות מוכרעים בהיוועצות עם היועץ המשפטי של המשרד. תגובתו של מבקר המדינה שללה את התיאוריה שהפריחו אנשי המשרד. ראו גם שם, בעמ' 1382. עיינו גם **ברוך תכנית "מגן"** (2012), לעיל ה"ש 7, המציעות לגבש הגדרות ברורות יותר לתפקידים של פקידי הסעד.

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

למשל, או שמא היא ניתנה תחת לחץ של מצוקה.¹⁸⁶ תיקון מס' 8 לחוק האימוץ¹⁸⁷ קובע דרכים לקבלת הסכמה מהאם היולדת ומגבלות לגבי מועד קבלתה. גם מודל זה אינו מושלם, ומבוסס על אמונה בלתי-מעוררת שהשירות למען הילד יעשה כל שביכולתו כדי למנוע את הוצאת הילד מרשות אמו.¹⁸⁸

העובדים הסוציאליים יכולים לתרום לתיקון המעוות בהגנת הילד בישראל: שילוב של מחויבות 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 מוחלשות ומנוחשות, ככל שנבטיח את יכולתם לפעול באופן אוטונומי מבלי לחשוש מתלותם במערך הממסדי. לעת עתה עובדים סוציאליים עלולים למצוא את עצמם בקונפליקט בין ערכיה של העבודה הסוציאלית שהם מחויבים לה לבין כפיפותם המוחלטת כמעט למנהל השירותים החברתיים 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".¹⁸⁹ אכן, בקרב העובדים הסוציאליים גוברות בשנים האחרונות המחויבות לעשייה מודעת חברתית וההתנערות מעשייה מקצוענית כנועה וא-פוליטית כביכול. אומנם חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, מגדיר את העבודה הסוציאלית ונוגע בערכיה, ובכלל זה בזכותם של הפונים לקבל מן העוסקים 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 שרויה בה לעיתים לאחר הלידה. מדוע לא נקבעה בסעיף כל מחויבות לתת לאם מידע על אפשרות של "אימוץ פתוח"? מדוע אין ההסבר ניתן אלא מפני "עובד סוציאלי לפי חוק האימוץ", אשר לוקה למעשה ב"כפל נאמנות", שהרי הוא מחויב גם כלפי ההורים המיועדים לאמץ, ולא מפני ועדת מומחים כגון ועדת תכנון וטיפול? נוכחות של שופט, דיין או משפטן בעת מתן ההסכמה אינה מצביעה על אובייקטיביות במסירת המידע, אלא משמשת רק לווידוא "הבנתה" של האם, כדי שהיא לא תטען לאחר-מכן כי הסכמתה לא הייתה מלאה, כפי שמוודאים 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 איה-הלימה 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 שמיעה, עיינו בע"מ 4746/13 פלוני 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 חיצונית של "אילוצי" השדה. אף-על-פי-כן החלו עובדים סוציאליים להיאבק על מחויבותם לעשייה שחורגת מאבחון ומהדירה של פרטים "חולים" כביכול אל עבר זיהוי של הטעון תיקון בחברה 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 לקוחותיו.¹⁹⁰

3. סדרי עדיפויות חברתיים ותקציביים במימוש הגנת הילד

דיוננו משיק אפוא לשאלת סדרי העדיפויות בתחום תקצובה של מדיניות הילד והמשפחה בישראל. קרבתו הנושאת של דיוננו לסוגיות בוערות שנידונות במשפט המנהלי והחוקתי הישראלי עלולה להטעות. בית-המשפט העליון הישראלי, כמו רוב מקביליו בעולם המערבי, נרתע מהתערבות בענייני תקציב כאשר זו כרוכה בהכרעות בדבר סדרי עדיפויות טעונים מבחינה ערכית, במיוחד כאשר הנהנים הצפויים מהתערבותו הם ה"אחרים", המוחלשים חברתית-כלכלית, המודרים, ביניהם ילדים למשפחות חד-הוריות ולמשפחות שאינן מזוהות עם התרבות השלטת.¹⁹¹ 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 פד-פוקס "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות – בהשראת Daphne Barak-Erez and Aeyal Gross *Exploring Social Rights* (Hart, 2007) "דין ודברים" 307 (2010), במיוחד בעמ' 327 ו-334; רן רביב ועופר סיטבון "הדירה חברתית – בין שיח כלכלי לשיח משפטי" **הדירה חברתית וזכויות אדם בישראל** 45, 54–58 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008). על-אודות הזנחת זכויותיהם החברתיות של ילדים מוחלשים 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 צדקה" **דין ודברים** ח 13, 25–32 (2014). מחד גיסא, המחבר מבטא מודעות לעוניו של שיח הזכויות החברתיות, ואף מפנה (שם, בה"ש 37) למאמרו של אמיר פד-פוקס המאזכר לעיל; מאידך גיסא, הוא מסתפק בהפניה (שם, בה"ש 40) לעמדתה של רות גביון כדי להצדיק את העמדה ששיח הזכויות החברתיות "אין בכוחו להביאנו אל הארץ המובטחת", כלשונו (שם, בעמ' 26). עמדתו כלפי שיח הזכויות החברתיות מסויגת: הוא מפנה (שם, בה"ש 48) לפסיקה כדי להצדיק קביעה כי צפויה עדנה מסוימת לשיח 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 אתוס אינדיוידואליסטי הוא העומד בבסיסו של שיח הזכויות, ומעמיד אל מולו אתוס יהודי, השולל כביכול היוקדות-יתר לשיח הזכויות. כאסמכתה לכך הוא מפנה (שם, בה"ש 49) לדיונו של הילרי פטנאם בהגותו של עמנואל לוינס (הילרי פטנאם **פילוסופיה יהודית כמדריך לחיים – רוזנצווייג, בוכר, לוינס, ויטגנשטיין** (דבי אילון מתרגם,

זו זוכה בהבנה ובתמיכה רחבה, בין היתר על רקע העובדה 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: שיח זכויות חייב להתבסס על אתוס של תלות הדדית, וחשיבותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית אינה נעוצה בהזדמנות לממש ערכות קהילתיות פנים-יהודיות בצל פועלה של המדינה, כפי שעשוי להשתמע מדיונו של סולברג, אלא בהגשמת ייעוד של עשיית צדק חברתי.

בלשונו של לוינס בחיבורו "מדינת ישראל ודת ישראל" **חירות קשה – מסות על היהדות** 293 (2007):

"חשיבותה של מדינת ישראל... בהזדמנות הניתנת סוף סוף למימוש תורתה החברתית של היהדות... העם היהודי השתוקק לארצו ולמדינתו לא על שום העצמאות חסרת 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 משלון], אך כל היצירות שהתבטא בהן נותרו כמין 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 שהצדיקה את הנוכחות על פני האדמה."

לוינס מחלץ את שיח הזכויות מחיבוק הדוב של האתוס הליברלי האינדיבידואליסטי, ואת השיח היהודי הוא מחלץ 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 צריכה 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 מכתיבתם של לוינס, זקס ואחרים בדבר חובתה של מדינה יהודית, כמדינת מופת, לעשות צדקה במובן של צדק חברתי, ובמובן זה לתקן את שיח הזכויות האינדיבידואליסטי שבו אין מקום לדיבור על מודרים ומוחלשים, 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, בצדק לטעמנו, את האתוס האינדיבידואליסטי שבבסיס שיח 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 שיח הזכויות, אלא רק גורס כי אין בו די. בכך אין הוא עקבי ביחס לעמדתו של לוינס, שבו הוא תומך את יתדותיו. 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 שיח הזכויות החברתיות על פרטים.

נבחר.¹⁹² לכאורה ניתן לתייג את דיונונו כמשתייך לסוגיית היקף התערבותם של בתי- המשפט בעיצובה של מדיניות חברתית-כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, ולא היא. תיוג כזה אינו מתיישב עם ההכרה המתעצמת בזכויות חברתיות, ובכלל זה בזכויות החברתיות של הילד כנגזרת של כבוד האדם;¹⁹³ עם ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית;¹⁹⁴ ועם ההכרה בכך שבלא זכויות חברתיות לילד הזקוק להגנת המדינה במשפחתו ובקהילתו אי-אפשר לממש את הזכות לחיי משפחה.¹⁹⁵ 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 חברתיות.

כאן ישאל השואל: האם יש אפוא מקום לביקורת שיפוטית על חלוקת משאבי התמיכה הממשלתית בילדים ובמשפחותיהם או שמא ראוי כי לנוכח פסיקת בג"ץ בעניין¹⁹⁶ ייזהרו הערכאות השיפוטיות מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים? ככלל, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הן הנושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה, ובכלל זה לתיעדוף ההכרחי בין מטרות מתחרות. בהעדר עיגון מפורש של הזכויות החברתיות בחקיקת-יסוד, ולנוכח העמדה שהתקבלה על-ידי בתי-המשפט כי אין לגזור מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכות לתנאי מחיה ראויים, אלא רק זכות לתנאי מחיה מינימליים, האין מקום להטיל ספק רציני באפשרות להסתייע בכלים שיפוטיים-פרשניים על-מנת לגזור מעקרון טובת הילד, מזכויות הילד או מהזכות לחיי משפחה את חובותיה של המדינה בכל הנוגע במתן שירותים לילד ולמשפחתו?

הנה תשובותינו לשאלות אלה במצטבר:

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

192 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 88, בעמ' 382–383.

193 עיינו ברק-ארז וגרוס, לעיל ה"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 (2006) (להלן: פרשת **עדאלה**); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012), שם הייתה מחלוקת בנושא זה בין דעת הרוב לדעת המיעוט.

195 רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 336; רונן "על סבל", לעיל ה"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 (בן-ציון כהן ואלי בוכבינדר עורכים, 2005).

196 עיינו, למשל, פרשת **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**, לעיל ה"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 במשפחתו ובקהילתו.

שנית, איננו מבקשים לשכנע כאן כי נכון להקצות משאבים מעבר לסכומים שהמדינה כבר מוציאה בשם טובת הילד וזכויותיו. אף איננו מבקשים שבת־המשפט יכפו על הרשות המבצעת, קל וחומר על הרשות המחוקקת, 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 חלשות והשירותים ניתנים אך ורק לאוכלוסיות בסיכון, המדיניות נראית לכאורה חסכונית, שכן מקבלי השירותים שרויים במצוקה ברורה, אך לאמיתו של דבר היא בזבזנית. יש רגליים לסברה שההתערבות הממוקדת בבעיות מתרחשת רק כאשר הילד בסיכון, ולא כאשר יש ניצנים וסימנים תחיליים של מצוקה. כאשר המצוקה מחריפה והילד בסיכון גבוה, ההתערבות מחייבת השקעה תקציבית גדולה, ובמקרים רבים הילד מוצא מבית הוריו בשל חרפת הבעיות וריבוי. בצורת התנהלות זו, יעילותה של התערבות המדינה בהגנת הילד קטנה לעיתים ביחס להוצאה.¹⁹⁷ לא מצאנו שסברה זו נשקלת כדבר שבשגרה בשיח הישראלי הציבורי או המקצועני.

שלישית, תביעתנו בשם הילד אינה מסתמכת אך ורק על הזכות לתנאי מחיה ראויים, אשר שנויה כאמור במחלוקת בין השופטים, אלא על מחויבות מיוחדת לטובת הילד ולזכויותיו, אשר אינה שנויה במחלוקת משפטית ואף נהנית מתמיכה רחבה בציבוריות הישראלית. נראה כי למדינה יש מחויבות מוצהרת לילדים, המעוגנת בהוראות דין שונות, שפוסעת הרבה מעבר להבטחת תנאי מחיה מינימליים, וכי אף ההיקף הכולל 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, מעוותת את התמונה הרעיונית שביסוד מעשה האיזון המשפטי בהסתירה את מקצתה, ובדרך זו גורמת לבזבוז משאבים ציבוריים.

רביעית, עמדתנו בדבר ההתערבות הנדרשת מבתי־המשפט מתבססת על התובנה שהממשל מושקע מלטעון נגד מימוש מדיניותו שלו לנוכח אשורר האמנה, וכי על בתי־המשפט מוטל, מכוח שלטון החוק במובנו המהותי, לעמוד על מימוש העקרונות המתחייבים מכוח האמנה שאושרה, ולהביא בדרך זו לידי שינוי משפטי וחברתי בחייהם של מאות אלפי ילדים בישראל. ההתערבות של בתי־המשפט תעסוק רק בהבהרת תוכנן והשתמעויותיהן 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 החלוקה הפנימית של עוגת התקציב, כך שתהיה

197 עיינו GOLDSTEIN ET AL., THE BEST INTERESTS OF THE CHILD לעיל ה"ש 50, בעמ' 144–186; Dozier et al. לעיל ה"ש 84.

הלימה בין חובות המדינה הנגזרות מאשרור האמנה בדבר זכויות הילד, וכן מהחקיקה, מחקיקת-המשנה ומהפסיקה, לבין תוכן הזכויות החברתיות של הילד ומשפחתו.¹⁹⁸

אכן, כל השערותינו בעניין חלוקת התקציב טעונות בדיקה. לשם כך הצענו במאמרינו הקודמים¹⁹⁹ כי הפורום הנכון לבירורה של מדיניות הטיפול בנוער בסיכון בדרך של הוצאה מהבית, כמו-גם לליבונה של שאלת המתודות הטיפוליות, הוא מוסד חדש של "נציבות ילדים" שיעוגן בחוק ויצויד בסמכויות חקירה וחיפוש ובתקציבים קשיחים שלא יהיו מותנים בחסדם של הגופים המבוקרים בשירותים החברתיים. ב"נציבות הילדים" יתבררו ענייני העלויות של ההוצאה לכל ילד, ובעיקר יעילותו של התקציב.²⁰⁰

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

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

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

200 דוגמה חשובה לענייננו היא האופן שבו המועצה לשלום הילד סוקרת את פעילותו של משרד הרווחה כלפי ילדים בסיכון תוך שהיא נשענת על נתונים של משרד הרווחה 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 הרווחה 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 הרווחה שיעור המושמים מחוץ לביתם אינו גדל, למרות מגמת הגידול באוכלוסייה". הייתכן שחוסר שקיפות תרם להעלאת השערה שאינה מבוססת דייה? 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 ניזון במישרין ובעקיפין ממוסדות ממשלתיים.

201 עיינו גילת "על הכשל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 480-482; רונן וגילת "שיח זכויות הילד", לעיל ה"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 הבין-לאומית מצאנו תימוכין לתפיסה שאנו מבקשים לקדם כאן. תפיסה זו מדגישה כי שיח זכויות הילד חוסה בצילו של עקרון טובת הילד, המעמיד את האדם ורווחתו במרכז. 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 בכוונת מכוון 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.²⁰² המחוקקים במדינות שונות ניצבו בפני אתגר בדמותם של עקרונות האמנה ורוחה, שנועדו לדרבן אותם לתקן את החקיקה המדינתית.²⁰³ היעד העולה מן האמנה ומספרות ענפה הוא להקנות לילד זכאות לשירותים חברתיים מוגדרים היטב כך שהוא יוכל למצותם, במטרה למנוע את הדרתו ממשפחתו ומקהילתו.²⁰⁴

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 להשביע 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 ו-338–339, 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 בדוח ועדת רוטלוי – הדוח המשפטי המרכזי בתחום דיני הילד מיום הקמת מדינת-ישראל, ובוודאי מיום אשורור האמנה, אשר עומד במוקד שיח זכויות הילד הישראלי זה תקופה ארוכה.²⁰⁵

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

תנא דמסייע לצורך הנואש בהכרה בזכויות חברתיות לילדים ולמשפחותיהם בקהילותיהם – זכויות אשר חסרות בדין הנוהג וכן בהצעת הרפורמה שבדוח של ועדת רוטלוי – אנו מוצאים בנתונים העובדתיים ובניתוחיהם המובאים בדוח **ועדת שמיד**.²⁰⁸ ועדת שמיד, אשר בכוונת מכון לא עסקה בניתוח המצב המשפטי של הילד בישראל, תיארה באופן מקיף את מצבם של מאות אלפי ילדים ובני-נוער בסיכון ובמצוקה חברתית וכלכלית,²⁰⁹ הצביעה על בעיות בהספקת השירותים,²¹⁰ ואף הגישה המלצות לשינוי מערך השירותים החברתיים הקיימים, במיוחד בתחום חלוקת הנטל בין המדינה לרשויות המקומיות ובתחום המעקב השוטף אחר תקינות פעולתם של השירותים החברתיים המסועפים.²¹¹ כמו-כן קראה ועדת שמיד להקמת מכון מחקר לאומי לשם ריכוז מתודות

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

206 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"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 דוח **ועדת שמיד**, לעיל ה"ש 25.

209 שם, בעמ' 15–17.

210 שם, בעמ' 18–19.

211 שם, בעמ' 21 ואילך, במיוחד בעמ' 22 ו-28.

הטיפול.²¹² הוועדה גם סברה כי אף שהידע בנושא של ילדים ובני-נוער בסיכון גדול כיום בהרבה לעומת 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.²¹³

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

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

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 בחרה הוועדה באופן עקרוני לא להמליץ על תיקוני חקיקה שיעגנו את זכאותו האישית של כל ילד לסל שירותים, אלא הסתפקה בקריאה לעיגון ההמלצות בהסדרים מנהליים.²¹⁶ פליאה היא בעינינו כיצד ניתן מבחינה מעשית לוותר על המעטפת החוקית של הגנת הילד, שכן עיגון בחקיקה 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, לאחר 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 בחריפות 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 עוצמה להבטחת זכויות הפרט במדינות רווחה.²¹⁷ אין בידינו תשובה לחידת היחס המרתק שבין הנתונים העובדתיים החשובים בדבר המענים שראוי להעניק לילד בסיכון ואשר אינם מגיעים אליו במסגרת מדיניות השירותים החברתיים הנוהגת כיום, כמתואר בבחירות ובשום-שכל בדוח, לבין הרוח העולה מהמלצתם של מחברי הדוח להימנע מחקיקה שתבטיח את מימושן של הזכויות הראויות. גם דוח מבקר המדינה השנתי לשנת 2012 תולה את הליקויים בתהליך הטיפול של משרד הרווחה בנושא הילדים בסיכון (שחלקם הגדול נסקרו בוועדת שמיד) בהעדר חקיקה מתאימה.²¹⁸ 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 הכוונות הטובות ביותר ואשר הושקעה בו מחשבה 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 המייצגים את המגזרים השונים בחברה הישראלית ושל 40 מומחים מתחומים שונים אשר סייעו לעבודת הוועדה, מוגש הדין וחשבון המתאר ומנתח את מצבם של מאות אלפי ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה" (שם, בעמ' 3). הוועדה הגיעה למסקנה בדבר אי-היזקקות לכלים משפטיים של חקיקה לאחר שניתחה את הנתונים באופן מושכל ומפורט והציעה 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 מרחיקת-לכת מדי וטיפוסית לשיח הרווח? הוועדה כותבת על "כלי רב עוצמה להבטחת זכויות הפרט במדינות רווחה" (שם, בעמ' 13), וקוראת ליישום מיידי 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 חקיקתי של המענה לצורכי 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). כמו-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 להתדיינות של עמותות סנגור, דוגמת האגודה לזכויות האזרח, עדאלה, המועצה לשלום הילד, טבקה ועוד. החקיקה הרלוונטית לעניינה של ועדת שמיד איננה נמנית, אך דוח הוועדה המעניין והמחכים אינו מנתח את הזכויות המוקנות לילד או לבני משפחתו בין מכוון ובין מכוח הפסיקה. על-דרך ההשערה אפשר לפרש שאי-אזכורן של אותן "ועדות ממלכתיות וציבוריות" בשמותיהן המפורשים נבע מהרצון לא לאיים על מקבלי ההחלטות, 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 ה"ש 122, בעמ' 1371, 1381–1383 ו-1409.

עשייה המתנזרת מהעצמת הילדים ומשפחותיהם באמצעות זכויות; את מגבלותיה של עשייה הנזהרת מן המעשה הפוליטי, קרי, מעשה הערעור על חלוקת הכוח הקיימת בין אנשי המקצוע, מעצבי המדיניות החברתית ומוסדות השיקום, מחד גיסא, לבין הילדים, משפחותיהם וקהילותיהם, מאידך גיסא.²¹⁹

(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 הרווחת במשפט הישראלי כי הגנת הילד משויכת לתחום הרווחה 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 ונכון לכאורה להתפנות לעסוק בשאלה הדוקטרינרית 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 הנכונה של בעיה היא רכיב חשוב בפתרונה.²²⁰
- ב. הגנת הילד היא זכותו של ילד לחיות 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 השר 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 ברצף הגילאים שבין ילודים 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 הגיוניט 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. אלא שעולם כמנהגו נוהג: תקציבים גדולים מוצעים בלא התוויה ברורה לגבי אחריות המדינה אל מול אחריותו של המגזר השלישי; בלא שיתוף דמוקרטי של הלקוחות, הציבור הרחב, המחוקק או בתי המשפט בתהליך התייעדוף 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" או כמימרתו של ג'ון דיואי – "a problem well put is half solved".

עמדתנו כי גם לשיטתם של אלה שמבססים את הגנת הילד על אתוס אינדיבידואליסטי 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 ומתוך מודעות לתובנות חשובות באשר למצב הילדים בישראל, כמוצע על-ידי ועדת שמיד, אלא יש צורך בעיגון ההגנה בחוקים ובתקנות.²²¹ יישום מסקנותיה של ועדת שמיד על-ידי הממשלה מנציח מצב קיים שבו המענה לצרכיו החיוניים של הילד עומד על כרעי תרנגולת של הכרעות ממשלתיות. ממשלות, כידוע, משנות את מדיניותן בשל "חוסר תקציב", ואף הן עצמן אינן משלימות את ימיהן. מי, אם כן, לכפנו יתקע כי המענה לצורכי הילד יובטח חרף התהפוכות הפוליטיות התדירות? פתחנו את מאמרנו בשאלה: האם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי? תשובתנו היא כי כל עוד לא תעוגן 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 לתעודתה. נשרטט אפוא בקצרה את שהעלינו במאמרנו כחיוני להעצמה אמיתית של הגנת הילד.

(א) הכרה בזכויות חברתיות של הילד

אין בדין הישראלי ביסוס מקיף לזכויות-יסוד חברתיות, דוגמת זכות לבריאות, זכות לשירותים חברתיים בסיסיים או זכות לקורת-גג לילד בחיק משפחתו. אין כל הוראה המחייבת לפתח שירותים אישיים קהילתיים. מוצע אפוא לראות את ההסדרים המשפטיים הנוגעים בהגנת הילד כהסדרים המכוונים 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 עניינו בנוגע לחשיבות עיגוןן 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 בעניינו, הוא המקרה של הבטחת זכותם של בני-נוער מונשרים לחינוך חינם חוץ-בית-ספרי. תחיקת החינוך הישראלית אינה מבטיחה לכל ילד זכות לחינוך חינם העונה על צרכיו והזדמנות לממש את החובה ללמוד: ילדים שהונשרו מבתי-ספר בשל צרכים מיוחדים, רגשיים או אחרים, אינם זכאים לקבל מן המדינה אפשרות של למידה פרטנית העונה על צורכיהם. בניגוד לנחזה, אין לכל ילד בישראל הזכות ללמוד באופן המתאים לצרכיו החינוכיים, אלא רק במסגרת ממסדית של בית-ספר. ההבטחה כי לכל ילד ונער יש זכות ללימוד ולחינוך – מטעה. לימוד פרטני ביחידות לקידום נוער, המופקדות מטעם משרד החינוך על נוער שהונשר מבתי-הספר, אינו ניתן בזכות, אלא כעניין שבחסד ובאופן חלקי בלבד. מוצע להבטיח בחוק את הזכות לחינוך חינם חוץ-בית-ספרי המותאם לכל בני-הנוער שהונשרו מבתי-הספר.

(ב) הגנה חוקית ישירה על זיקת הילד למשפחתו ולקהילתו

חוק הנוער, שהוא החוק המרכזי העוסק בהגנת הילד, מדרג בסעיף 3 את דרכי הטיפול באופן שמעורר אצל הקורא את האשליה כי מוצעת לילד הגנה מפני כל סכנה לשלומה. בפועל תהום פעורה בין אשליית ההגנה הרווחת לבין המציאות של פגיעות רבות בילדים החוסים מאחורי "האפוד המחורר" של חוק הנוער. החוק עוסק בעיקרו בהגנת הילד מפני סביבתו האינטימית, ומסדיר בעיקר את הרחקתו של ילד בסיכון ממשפחתו הגרעינית. אין בחוק הישראלי הוראה המחייבת להעדיף פתרון של אומנה משפחתית על חלופות מוסדיות, אף שהוראה כזו מתחייבת מהמבוא לאמנה וכן מסעיפים 3 ו-20 שבה.

במצב הנוכחי ניתן להכריז על ילד כבר-אימוץ לפי חוק 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 לאחרים במשפחה המורחבת או בקהילה כלים להתמודדות עם כשלים באחריות ההורית, כעניין של זכות משפטית, שיוכלו לסייע להורים או לאחרים במשפחה ובקהילה לשקם הורות, לממש אחריות 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 בליט בררה – צורך שלעולם הוא רע, גם אם הרע במיעוטו. זמינותו של אימוץ כפתרון-קצה מאפילה על האמצעים הראויים שחייבים לנקוט כדי למנוע את הכרזתו של הילד כבר-אימוץ.

קריאתנו היא לשינוי חקיקה שיבטיח, בכפוף לזכויותיו של הילד המסוים, מיצוי הזדמנויות לפי המדרג הבא: שיקום משפחת המוצא הגרעינית תוך השארת הילד במסגרתה, הוצאת הילד לאומנה במשפחה המורחבת, הוצאתו לאומנת זרים והשמה פנימית. את האימוץ יש להותיר כחלופה לשיקום משפחת המוצא הגרעינית רק במקרים שבהם, חרף המודעות לחשיבות ההגנה על זהותו של הילד במסגרת זכותו להשתייכות, המסקנה היא כי התוצאה המיטבית מבחינת הילד היא כינון הורות פסיכולוגית חלופית לזו של משפחתו הביולוגית.

(ג) שיתוף הילד והוריו בהליכים להגנת הילד

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

הדיונים המקצועיים הנערכים בוועדות תכנון וטיפול אינם חשופים 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 מחייבים אותם להציג את הכרעתה של ועדת תכנון וטיפול אף כנגד דעתם האישית, הם מובלים לחטוא לחובת נאמנותם.

מוצע להבטיח בחוק, בטווח המיידי, את זכויותיו הדיוניות של הילד בסיכון שעניינו מובא לפני ועדת תכנון וטיפול, ואת עצמאות שיקול-הדעת של פקיד הסעד, ובמקביל להתחיל ללא דיחוי בבחינה משפטית מעמיקה של רציות אימוצו של מודל קבוצת-הדיון המשפחתית המעוגן בחוק 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 החפצים להשתלב במשפחה. צורך זה אינו מקבל מענה ראוי בחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016.²²² יש לתקן את חוק הנוער כך שאם נער הפר הוראה להגנתו, הוא לא יוכתם בפלילים, ולעגן בחוק 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 לחייב 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 ומחויבות איתנה להבטיח התפתחות בריאה לקראת בגרות. הילד שנחשף לוקה פעמיים: פעם מחוץ לחוק, בהיחשפו לאלים תוך-משפחתית; ופעם במסגרת החוק, המאפשר את ניתוקו ממשפחתו, את תיוגו כנזקק 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 שחידש החוק האמור ועל מה שהוא לא חידש ראו בסיפא לה"ש 59 לעיל.

המקצוע עלולים להימנע מלדווח, מחשש שמא יאונה רע לילד מידי משפחתו בגין הדיווח. מעבר לכך, לדעתנו, יש לחסל את הפער העצום בין סף חובת הדיווח על התעללות במשפחת המוצא לבין סף חובת הדיווח במוסדות פנימייתיים, כך שגם משהוצא הילד מבית הוריו 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 ומחוץ לה, ומבנה אשליה כאילו לבית-המשפט יש אפשרות מעשית לבחור בדרך טיפול מתאימה הממזערת את הפגיעה בחירות הקטין, כמתחייב מהאמנה ומהכללים המנחים למניעת עבריינות נוער. אולם הלכה למעשה אין לנער זכות לטיפול פרטני מוגדר, באיכות ובהיקף מוגדרים, בקהילה או מחוץ 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 הכוונה והשגחה, ייעוץ, מבחן, טיפול אומן, חינוך ותוכניות הכשרה מקצועיות וחלופות אחרות לטיפול מוסדי" – ולעגן בחלופות טיפול שבית-משפט לנוער יוכל להורות עליהן, כך שיתאפשר לבית-המשפט לבחור בדרכי טיפול מתאימות לצורכיהם של בני-נוער עוברי חוק הבאים לפניו.

(ז) הכרה בשיקום ילד נפגע עברה כשיקול מכריע בענישת הפוגע

בניגוד למשתמע מהרטוריקה הרווחת, דווקא במקרים הקשים ביותר של פגיעה בילדים – אלה הנתפסים כמצדיקים ענישה פלילית של הפוגעים – זכות הילד נפגע העברה לשיקום נדחקת 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, המכוונים להניע ילדים ובני-נוער להעיד על-אודות הפגיעה בהם חרף 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 פגיעה אנושה בשיקום הילד נפגע העברה, ובכלל זה בסיכויים לתיקון יחסיו עם ההורה.

לדעתנו, אין להקריב את האינטרס החברתי בשיקומו של ילד נפגע עברה על מזבח 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 בחקיקה 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 החמרה בעונשו, 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 חוקית שתכלול הן זכויות חברתיות והן זכויות פרודורליות חיונית להגנת הילד. זאת, בניגוד לעמדה המפורשת של **דוח ועדת שמיד**. בחיבור זה פרשנו לפני הקוראים את הטעמים ששכנענו כי הגנת הילד במשפט הישראלי כיום עשויה טלאים-טלאים, ללא כל רציונל מאחד וברור המחבר בין שטחי הפעולה השונים הנוגעים בילד. סקרנו והדגמנו את החללים בהגנת הילד המשתקפים במציאות חייהם של ילדים בישראל. מסקנה עקרונית זו נכונה למועד כתיבתם של דברים אלה לא פחות מכפי שהיא הייתה נכונה כאשר פורסם **דוח ועדת שמיד**, בשנת 2006, או כאשר פורסם **דוח 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.

בשיח הציבורי והמשפטי הישראלי הוצאת הילד בסיכון מביתו נתפסת כעיקר העיקרים במסכת הגנת הילד. אנו חלוקים על גישה זו, וסבורים כי הוצאת הילד בסיכון מביתו נובעת מהטיה תרבותית אנכרוניסטית המזינה את העמדה כי טוב לילד "כור היתוך" של חינוך חוץ-ביתי, ועל-כן ילדים המצויים בסיכון מקומם מחוץ לבית הוריהם ובניתוק ממורשתם החברתית. עקבותיה של גישה זו ניכרים עד היום, בהעדר חקיקה מקיפה שתעניק לילד קשת של זכויות חברתיות אשר תגן על חיי המשפחה שלו ועל זהותו במסגרת זכותו להשתייכות למשפחה, לקהילה ולתרבות שמשמעותיים לו.

גם לציבור, לתקשורת ולנבחרי הציבור יהיה קשה עם קריאתנו. קל יותר לגנות בחריפות פגיעות בילדים שנעשות על-ידי מי שנתפסים כאנשים החיים בשולי החברה הנורמטיבית.²²³ 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 אליצור ומנוחין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 22.

משאבים, ולעיתים אף מיסוי נוסף. גישות חדשות להגנת הילד מושתתות על אחריות ארוכת-טווח, ואינן מסתפקות בהוצאה מהבית למוסד חוץ-ביתי.²²⁴ קיים מתח מובנה בין מחויבות רעיונית מופשטת לזכות לחיי משפחה לבין מדיניות חברתית-כלכלית שמרנית, אשר אינה מציעה סיכוי של ממש במקרים רבים להגנת הילד במשפחתו ובקהילתו, שכן הגנה ממשית על הילד מחייבת הקצאת שירותים חברתיים לא רק לילד, אלא גם לבני משפחתו.²²⁵ 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 ובאמצעותן.²²⁶ הדיון שקיימנו כאן בספרות הזרה ובהסדרים הנוהגים במדינות אחרות לא נועד אלא לשרת תכלית צנועה זו של העמדת הבנה חלופית ראויה של הגנת הילד.

אך על-אף דברינו יכול 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 ויחידה, בין בתחום המשפט הפוזיטיבי ובין בתחום 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 חלופה ראויה לסיפור השליט בשיח המשפטי והציבורי הישראלי.²²⁷

עד כאן דיוננו. לשאלת-השאלות "האם הגנת הילד רווחת בישראל?" תשובתנו היא כי הגנת הילד אינה רווחת במשפט הישראלי. תהום פעורה בין הרטוריקה המרגיעה והמשלה, שכולנו חשופים אליה, לבין מציאות חייהם המרה של רבים מילדי ישראל. ילדים אלה משוועים להגנת המדינה אך אינם זוכים בה. השאלות שהעלינו פונו להאיר את התהום הפעורה שבין הרטוריקה לבין המציאות. בחיבור 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 לבבם. תיקון מציאות חייהם של ילדי ישראל בידי כולנו.

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

225 BAINHAM, לעיל ה"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 הנזיקית של המדינה לפגיעה בילד שזוהה כזקוק להגנתה. ראו עניין אמין, לעיל ה"ש 149; שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו", לעיל ה"ש 150, בעמ' 269.

227 ראו מאוטר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 11.