

# אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים

## א. מבוא

שינוי מעמדם של ילדים בחברה וראייתם כבני אדם נושאי זכויות נפרדות ומובחנות מזכויות הוריהם וכאוכלוסייה ייחודית ומובחנת, הנו תהליך משפטי וחברתי, שאנו נמצאים בתחילתו – תהליך שמתבצע מחייב זמן על מנת שיובן, יופנם ויוטמע בחברה ובעולם המשפט.

בשינוי זה עסקה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (להלן: "הוועדה"), שבדאשה עמדתי במשך למעלה משש שנים ואשר הגישה את המלצותיה בשנת 2003 לשר המשפטים.

המלצות הוועדה, שהוגשו בשישה דו"חות העוסקים בתחומים שונים<sup>1</sup>, נועדו להתאים את החקיקה בישראל לאמנה בדבר זכויות הילד מ-1989<sup>2</sup>. הדו"חות, כל אחד בתחומו, מביאים היבטים של אחריות המדינה ורשויותיה לצד אחריותם של הורים או אנשים אחרים הממלאים את תפקידם של ההורים מכוח הוראות החוק.

לדוגמה, במסגרת דו"ח ועדת המשנה בנושא החינוך, מציעה הוועדה לתקן את חוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000 (להלן: "חוק זכויות התלמיד"), ולקבוע כי המדינה, רשות חינוך מקומית ומוסד חינוך יבטיחו את זכותם של תלמידים להישרדות ולהתפתחות במסגרת פעילות מוסד החינוך וכי "מוסד החינוך יפעל עד מרב המידה האפשרית על מנת לממש את זכותם של תלמידיו להתפתחות מיטבית מבחינה גופנית, שכלית, רגשית, מוסרית, תרבותית וחברתית"<sup>3</sup>.

בנוסף, מוצע במסגרת דו"ח ועדת המשנה בנושא החינוך לחוקק את חוק שוויון בחינוך אשר במסגרתו ייקבע כי "המדינה אחראית למתן חינוך שוויוני ואיכותי על פי הוראות חוק זה"<sup>4</sup>. הפרמטרים לאיכות החינוך מנויים אף הם בהצעה.

כך בדו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, שם נקבעה אחריות המדינה באמצעות משרד המשפטים להקים יחידה לייצוג בנושא ילדים. כך בדו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית, שקבע את חובת המדינה להבטיח את טובת הילדים, הכוללת את זכויותיהם, בשהותם מחוץ לביתם, זאת מבלי לגרוע מאחריותם הראשונית של ההורים. כך בדו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו בטיט מודל לאחריות הורית הוצע לקבוע את אחריות המדינה לסייע להורים בביצוע אחריותם כלפי ילדם, וזאת על מנת להבטיח את טובת הילד.



צילום: סבטלנה רוניקוב, תלמידת בית הספר לעיצוב פנים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. הפסל: סולם יעקב, פסל: עזרא אוריון

בדומה לכך, בדו"ח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, הוכרה זכותם של קטינים להתפתחות תקינה במסגרות שוללות חירות ולצדה חובתה של המדינה להבטיחה<sup>5</sup>.

1 דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (חלק כללי), בראשות השופטת סי רוטלוי (תשס"ד) (להלן: "דו"ח הוועדה – חלק כללי"), וכן דוחות ועדות המשנה בנושא חינוך, בראשות פרופ' אי איכילוב (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה בנושא חינוך"); בנושא השמה חוץ ביתית, בראשות פרופסור ר' בנבנישתי (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית"); בנושא הקטין בהליך הפלילי, בראשות סי רוטלוי (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי"); בנושא הילד ומשפחתו, בראשות עו"ד ת' מורג (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו"); ובנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, בראשות עו"ד ת' מורג (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה לייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים").

2 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, מסי 31, ע' 221 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד" או "האמנה"). ישראל אשררה את האמנה ללא כל הסתייגויות.

3 סי 5 להצעה לתיקון חוק זכויות התלמיד, דו"ח ועדת המשנה בנושא החינוך, לעיל הערה 1, בע' 38.

4 שם, בע' 213.

5 סי 41 להצעה לתיקון חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, דו"ח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, לעיל הערה 1, בע' 71.

\* סגנית נשיא, בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו. הרשימה מבוססת על הרצאה שניתנה בערב הפתיחה של הכנס "זכויות ילדים – תיאוריה ומעשה" שנערך בנובמבר 2005 בירושלים. תודה לעו"ד נעם פלג על עורך את ההרצאה לדומס.

1996 מבחינה בין זכויות שיישומן ייעשה באופן הדרגתי, בהתאם ליכולת המדינה, כגון הזכויות למזון ומים, לביטחון סוציאלי ולבריאות<sup>14</sup>, לבין זכויות שחובת המדינה לקיימן היא ללא כל סייג, למשל, הזכות לקבלת טיפול רפואי בעת חרום<sup>15</sup>. זכויותיהם של ילדים זכו להכרה בסעיף נפרד, שנוסח על דרך ההרחבה. הסעיף מבטיח את זכותם של ילדים לחינוך יסודי, לתזונה בסיסית, למחסה, לשירותי בריאות ולשירותים סוציאליים בסיסיים, וכן להשגחה בעת שלא קיימת מסגרת משפחתית<sup>16</sup>.

בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה עסק במחויבותה של המדינה, בהתאם לסעיף 28 לחוקת דרום-אפריקה, להבטחת זכויות ילדים, כאשר דן בעתירה שדרשה להבטיח מתן תרופה לנשים בהיריון נשאות אידס, שנועדה למנוע (או לכל הפחות להפחית את הסיכוי) שהמחלה תועבר גם לרך הנולד. בית המשפט קבע, שאימתן התרופה לאימהות מעמידה בסכנה את יכולתם של הקטינים לממש את זכויותיהם, והם אלו שהחלטה שלא לתת את התרופה משפיעה עליהם יותר מכולם. בית המשפט העמיד את זכויותיהם של הקטינים בראש הפירמידה, שכן הגם שהתרופה מיועדת לאימהות וגם זכותן שלהן לבריאות (המובטחת בסעיף 27 לחוקה) מצויה על כף המאזניים, הילדים הם שצריכים לעמוד במרכז שיקול הדעת.

גם כשבת המשפט עסק בשאלת הזכות לדיוור, בעתירתם של חבר בני אדם שסולקו מהבתים שבהם גרו (שאליהם פלשו, לטענת המדינה), לא נפקד מקומן של זכויות הילד מהדיוור. בפרשת *Grootboom* פירש בית המשפט את סעיף 26 לחוקת דרום אפריקה, המבטיח את הזכות לדיוור והרלוונטי לצדדים שלפניו ודן במדיניות הממשלתית בתחום הדיוור הציבורי. עם זאת, גם בית המשפט נדרש לדון בזכויותיהם של הילדים, שהרי הורים בלי קורת גג משמע גם ילדים בלי קורת גג. ברם, בית המשפט הזהיר את עצמו לבל יהפכו הילדים לכלי שבאמצעותו נידרש להעניק להורים זכויות שאינן מגיעות להן, ולא נידרש לזכויותיהם של הילדים<sup>17</sup>.

בית המשפט אף קבע, שהזכות לדיוור בסעיף 27 לחוקה חלה על ילדים ומבוגרים כאחד, ועל הילדים לבדם חלה גם הזכות ל"מקלט" (Shelter) מכוח סעיף 28(1)(c)<sup>18</sup>.

עלינו לזכור, שרק הכרה בזכויותיהם של ילדים תביא לכיבודם כבני אדם. התייחסות להגנה על הילד כזכות ולא כצורך בלבד היא שתאפשר לקטין לדרוש את קיומה. אם הנחת המוצא היא, שילדים הם ככל האדם ועל כן זכאים הם בכל זכויות האדם<sup>19</sup>, הרי שעלינו להבהיר באילו זכויות מדובר ועל מי מוטלת האחריות ליישומם.

בדרום-אפריקה, כפי שראינו, דנה החוקה מפורשות בזכויותיהם של ילדים, ולפיכך המדינה מחויבת לממש את חובתה כלפי הילדים, ומשאיין היא עושה כן, או משאינה עושה די, רשאי בית המשפט, ואף חייב, לתת על כך את דעתו. עצם ההכרה החוקתית בזכויותיהם של הקטינים מגבירה את נראותם בספֶרה המשפטית והחברתית, מקשה על המדינה ועל החברה להתעלם מהם ומצורכיהם ופורסת עליהם את מטרית הזכויות.

מטרתה של רשימה זו היא להתוות קו מחשבתי, חזון על עתיד זכויות הילדים בישראל ובמיוחד בשאלת חלוקת האחריות בין המדינה להורים – מי הוא שנושא באחריות לקיומן ולהבטחתן של זכויות הילדים. שהרי

גולת הכותרת בהקשר של אחריות המדינה מופיעה בדו"ח הכללי, בהצעת חוק לקידום זכויות הילד, שבה מעוגנת מחויבות כל רשויות המדינה ליישום המלצות האמנה בדבר זכויות הילד, הן ברמה הנורמטיבית והן ברמה הקונקרטיית<sup>6</sup>.

ההסכמה הבינלאומית בנוגע לזכויות ילדים באה לידי ביטוי באמנה בדבר זכויות הילד. עולה מן האמנה שמדינות העולם הבינו, שכדי להעניק לילדים זכויות ומעמד עצמאי, שיאפשר להם לדרוש שהשמירה על זכויותיהם תיאכף, יש לקבוע לא רק את הזכויות עצמן, אלא גם את היקף האחריות של המדינות. זאת, על מנת שאלה לא יישארו בגדר הצהרות בלבד על אודות זכויות אדם.

סעיף 4 לאמנה קובע כי: "המדינות החברות ינקטו צעדים נאותים, תחיקתיים, מינהליים או אחרים, למימוש הזכויות המוכרות באמנה זו. באשר לזכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות, ינקטו המדינות החברות אמצעים כאמור, עד מירב המידה הניתנת על פי המשאבים שברשותם, ומקום שדרוש, במסגרת שיתוף הפעולה הבינלאומי"<sup>7</sup>.

### רק הכרה בזכויותיהם של ילדים תביא לכיבודם כבני אדם. התייחסות להגנה על הילד כזכות ולא כצורך בלבד היא שתאפשר לקטין לדרוש את קיומה

נוסח זה מלמד, שמנסחי האמנה היו מודעים לכך שלא ניתן היה לגבש הסכמה בינלאומית רחבה, אם יישום כל הזכויות, ובכללן הזכויות החברתיות, הכלכליות והתרבותיות יחייב את כל המדינות ברמה הגבוהה ביותר. שהרי אין מכנה משותף בין יכולתה הכלכלית של אחת ממדינות סקנדינביה, למשל, ליכולותיה של אחת ממדינות העולם השלישי. לכן האמנה עורכת הבחנה בין נקטית "כל האמצעים" לבין מימוש כל הזכויות ברישה של הסעיף, ובין נקטית "האמצעים האפשריים", על פי משאבי המדינה, כאשר מדובר בזכויות החברתיות, הכלכליות והתרבותיות<sup>8</sup>. "לא הרי מדינה שחוסנה הכלכלי הוא כשל מדינה מפותחת, כהרי מדינה שמצבה כשל מדינה נחשלת"<sup>9</sup>.

עם זאת, כאשר מעיינים היטב בנוסח של סעיפים שונים באמנה אפשר לראות, שגם לגבי חלק מהזכויות החברתיות והכלכליות ישנה הסכמה להיקף אחריות רחב יותר. כך בזכותו של ילד ליהנות מבריאות ברמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה<sup>10</sup> וכך בזכות לחינוך יסודי חובה חינוכית<sup>11</sup>. ועדת האו"ם בדבר זכויות הילד, המפקחת על יישום האמנה הדגישה, בעקבות ועדת האו"ם בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, כי החובה לנקוט את כל "האמצעים הדרושים" כוללת גם את החובה להכיר בזכויות במשפט הפנימי, הכרה שפירושה קביעת סעדים מנהליים ומשפטיים<sup>12</sup>. עד היום, טרם הכירה מדינת ישראל בדנייה הפנימיים במחויבות זו<sup>13</sup>.

זכויות חברתיות וכלכליות של ילדים זכו לעיגון חוקתי בחלק מהחוקות החדשות שנחקקו בעולם בשנים האחרונות. חוקת דרום-אפריקה משנת

אין הכרה בזכויות אם אין חובה של האחר בצדה. ואם אין חובות וחבות, אין אחריות.

## ב. אחריות, חובות וזכויות אדם

אין צורך לחזור לבראשית ולשכנע מדוע בני אדם זכאים לזכויות אדם. אך לצורך המשך הדיון בשאלת האחריות, אתעכב על שתיים מההצדקות לתפיסת עולם זו. הראשונה טוענת, שרק במקום שבו מצויות זכויות מצויות התרופות *Uni ius, ibi remedium*. כלומר למי שמוענקת זכות ניתן גם הכוח לאכוף את קיומה. ועל כן אין דומה זכות המוענקת מכוח הדין לזכות מכוח מעשה חסד, צדקה או חמלה. קביעה מפורשת וברורה של זכויות ילדים תאפשר להם ולדורשי שלומם לאכוף את הזכויות, תחזק את מעמד המשפטי ויבד בבד תחליש את תלותם ופגיעותם.<sup>20</sup> השנייה טוענת, שלחקיקת זכויות יש ערך חברתי משמעותי כיוצרת נורמות וסטנדרטים, וכמחייבת הקצאת משאבים וקביעה של מדיניות בנוגע לילדים. לחקיקה יש ערך ונפקות כלפי כל ילד וילדה כבני אדם, וגם כלפי כל אוכלוסיית הילדים כקבוצה מובחנת. אם נותיר את מרכז הכובד בהגנה על ילדים בנקודת המבט הפטרנליסטית של סיפוק צורכיהם בלבד מבלי להתחשב בזכויותיהם, כי אז נותיר את הילד חשוף לשרירות לבה של המדינה.<sup>21</sup>

## ג. תוכן של זכויות חברתיות וזכויות הילד

רבות נכתב בשיח המשפטי הבינלאומי בדבר זכויות אדם, על ההבחנות שבכיכול יש לעשות בין סוגי הזכויות השונים, על העדיפות שיש לתת לזכויות אזרחיות ופוליטיות, בהיותן "חשובות" יותר, בסיסיות יותר ומשותפות לכל האוכלוסייה ומשום שהנטל הכלכלי במימוש זכויות חברתיות עלול לפגוע בהגשמתן; על הקושי בהענקת זכויות חברתיות וכלכליות הדורשות משאבים גדולים לצורך מימושו ועל התפיסות השונות שמקורן בהשקפות עולם כלכליות שונות המביאות להבחנה בין סוגי הזכויות.

אולם דומה שהגישה שלפיה קיימות זכויות אדם מרמות שונות הנה גישה מיושנת, וכיום ההבחנה באשר לסוגי הזכויות ולסדר חשיבותן מיטשטשת.<sup>22</sup> כך, למשל, כותב הנשיא אהרן ברק:

"יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זוכות בהכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של הזכויות החברתיות. על כן אין זה ראוי, שהזכויות האזרחיות יוכרו בחקיקה ואילו הזכויות החברתיות יישארו כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל, אין זה ראוי שלזכויות האזרחיות יוענק מעמד חוקתי על חוקי ואילו הזכויות החברתיות יהיו במעמד 'מנוף' יותר. השוויון בין זכויות האדם השונות מצדיק הכרה שווה בהן".<sup>23</sup>

באמנה מובטחות לילדים זכויות חברתיות ייחודיות בשל היותם ילדים ובשל מאפייניהם הייחודיים כילדים. ייחודיות הזכויות מתבקשת בשל היותם מצויים בתהליך של התפתחות מתמדת מחד ותלויים בהוריהם או בדמויות חלופיות מאידך. הזכויות הן: הזכות להישדרות ולהתפתחות (שעליה נרחיב בהמשך רשימה זו), הזכות לזמנויות (ובכלל זה הזכות למדור, על פי הדין העברי), הזכות לחינוך, הזכות לגדול בחיק משפחה, הזכות לשמור על קשר עם שני ההורים והזכות להשתתף בהחלטות הנוגעות לגורלם.<sup>24</sup> זכויות אלה נוספות לזכויות האדם "אזרחיות" כזכות לחיים, ○

6 ד"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל הערה 1, בעי 293.

7 הנוסח באנגלית של סעיף 4 לאמנה הוא: "States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative and other measures..."

8 הגם שבשנים האחרונות ירדה קרנה של ההבחנה הנורמטיבית המסורתית בין הזכויות האזרחיות לבין הזכויות החברתיות, הצורך של המדינה ובתי המשפט להגן עליהן, בכל זאת מעלה את שאלת המימוש ויכולתה של המדינה לקיים כספית את הזכויות החברתיות. כמו כן, נותרת שאלת התערבותו של בית המשפט בהחלטות אלה. ראו גם אי ברק "הקדמה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (תשס"ה), יי רבין ויי שני עורכים) 5, 7.

9 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (לא פורסם), פדאר 28105, 542, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: עניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי).

10 סי 2124 (2024) לאמנה בדבר זכויות הילד קובע כי "המדינות החברות יפעלו למימוש המלא של זכות כאמור [הזכות לבריאות]". (ההדגשה שלי – ס.ר.).

11 סי 28 לאמנה בדבר זכויות הילד קובע כי "המדינות החברות מכירות בזכותו של הילד לחינוך ומתן כוונה להשיג זאת בהדרגה, על בסיס הזדמנות שווה (א) ידאו כי יהיה חינוך יסודי חובה חינם פתוח לכל".

12 General comments no 5 (2003), Committee on the Rights of the Child to hold its 34<sup>th</sup> session [http://www.hrea.org/lists/child-rights/markup/msg00215.html] (last visited on 20.6.2006).

13 על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי בישראל, אמנות אינן נקלטות למשפט הפנימי אלא אם כן אוצמו על ידי המחוקק. אמנות שאושרו בלבד יכולות לשמש כאמת מידה פרשנית בידי בית המשפט ובהתאם לחוקת ההתאמה. עם זאת, החלקים המנהליים של האמנה נקלטים ישירות לתוך המשפט הפנימי. ראו יי דינטיין **המשפט הבינלאומי והמדינה** (1971) 128–148, בג"ץ 785/87 עפ"ו נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד (מב) 2) 4, 10–16, בג"ץ 2117/96 עלי נ' **שר הביטחון**, פ"ד (נ) 848, 852. לעניין האמנה בדבר זכויות הילד ראו ד"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל הערה 1, בעי 39.

14 The Constitution of the Republic of South Africa 1996, Sc. 27 (להלן: "חוקת דרום-אפריקה" או "החוקה").

15 סי 1127 (1) לחוקת דרום-אפריקה. על סעיף זה ראו בהרחבה את פסק דינו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בפרשת *Saobramoney v. Minister of Health*, [11] SALR (1998) (CC) 765 (כך התאפשרה פרשנות לשאלת זכותם של ילדים בדרום-אפריקה לקבל תרופה, שנועדה למנוע העברתה של מחלת האיידס מאימותיהם וזאת ללא קשר למוסד הרפואי שבו נולדו. ראו: [10] *Minister of Health v. Treatment Actions Campaign*, (2002) (BCLR 1033 (CC)). כך פסק בית המשפט החוקתי באשר לזכות לדיוור נאות, במקרה שבו נדחה ערעורן של רשויות השלטון הדרום-אפריקני על פסק דין של ערכאה נמוכה, שקיבל עתירה שהגישו אורחים, חלקם הגדול ילדים, נגד פינויים מקרקעות שפלטו אליהן, בשל מוצקה ועוני. *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, [11] BCLR 1169 (CC) (2000). (להלן: פרשת *Grootboom*).

16 סי 27 לחוקת דרום-אפריקה.

17 *Grootboom case*, *supra* note 15, at para. 71.

18 שם, בפסקאות 73–74.

19 ע"א 6106/92 פלוגית נ' הי"מ, פ"ד (מח) 833, 836. "קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם אם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול".

20 ראו: J. Feinberg "Duties, Rights and Claims" 3 *American Philosophical Q.* 137 (1966).

21 והשוו לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל הערה 9, בפסקאות 20–22; לסקירה על מצב העוני והפערים החברתיים בישראל ראו שי סבירסקי ואי קונור-אטיאס **תמונת מצב חברתית 2005** (מרכז אדוה).

22 ר' גביוון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, לעיל הערה 8, בעי 49–50; ג' מנדלסק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש" **ספר ברנזון** (אי ברק וחי' ברון עורכים, תש"ס, כרך ב) 183.

23 ברק, לעיל הערה 8, בעי 6. וראו גם את דברי החסד להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, תשנ"ב-2002, הי"ח 3068. "זכויותיו החברתיות של האדם אינן נפלות בחשיבותן מזכויותיו האזרחיות והמדיניות. עיקרון כבוד האדם מחייב לא רק כי המדינה לא תתערב בחייו של האדם בדרך שיש בה פגיעה בכבודו, אלא גם כי המדינה תינור תנאים אשר יאפשרו לאדם קיום בכבוד אנושי".

אפשרו למדינה לחדור אל תוך התא המשפחתי במקרים שבהם ההורה, או ההורים, פגעו בילדיהם. בשנים האחרונות מתערבת המדינה גם בהחלטות רפואיות של הורים, בנושאי משמורת והסדרי ראייה (עם התרבות מקרי הגירושין) ועד להתערבות המקסימלית, שהיא הוצאת ילדים ממשמורת הוריהם והעברתם למשפחה מאמצת.

התפתחות זו בעולם המערבי נעשתה בד בבד עם התפתחות השיח הבינלאומי של זכויות האדם. **מחד**, האמנות הבינלאומיות העוסקות בזכויות אדם מאדירות את הפרט ואת חירותו ויוצאות מתוך גישה המבטאת העדפת אינטרסים פרטיים על פני הקולקטיביים. מעמד ההורים נהנה מחירות ומאוטונומיה, שאחת מתוצאותיה היא הגבלת סמכותה של המדינה בהתערבות בסמכות ובאוטונומיה ההורית. ניתן לראות זאת בסוגיות שונות הקשורות ליחסי ילדים והורים, כמו בשאלות דת ומצפון<sup>30</sup>, משמורת של ילדים ואפילו בהגנה על גופם ועל נפשם של ילדים, נושא שלגביו שרר במשך שנים רבות קשר של שתיקה, שהוסר רק בשנים האחרונות והחלה התערבות של המדינה בתא המשפחתי לצורך הגנה על קטינים<sup>31</sup>. ההגנה על האוטונומיה ההורית הותירה את הילדים חשופים לפגיעות ובלתי מיוצגים.

**מאידך**, כפי שראינו, הלכה והתגברה התערבות המדינה בחיי המשפחה. לא רק מתוך הצורך להגן על ילדים, אלא גם מתוך ההכרה בזכויותיהם<sup>32</sup>. התוצאה היא, שכלל שמוכרות יותר זכויות לילדים, שפירושה הרחבת האוטונומיה שלהם, חשים ההורים מאוימים יותר כיוון שסמכותם נחלשת. בו בזמן, וכחלק מאותו תהליך, רשויות המדינה שמעניקות שירותים לילדים ולמשפחות (רשויות החינוך, הרווחה או הבריאות), מגדילות את מעורבותן בחיי הילדים, על חשבון תפקידים המסורתי של ההורים. הקמת מערכות מידע מסודרות וגלויות מהווה פן נוסף של התחזקות בתפקידה של המדינה. מדינה הדואגת לרווחת אזרחיה, לבריאותם, לביטחונם ולחינוכם מפתחת מערכות מידע, דיווח ופיקוח על אלה הזקוקים לשירותיה. דוגמאות בולטות הן חובת הדיווח המעוגנת בסעיף 368 בחוק העונשין ובסעיפים 3 ו-12 לחוק לימוד חובה, תשי"ט-1949 (להלן: "חוק לימוד חובה").

החקיקה הקיימת בישראל איננה עונה על דרישות האמנה בנוגע לאחריות המדינה. אין גוף ממלכתי במדינת ישראל, שנטל על עצמו את המחויבות ליישום זכויות הילדים ולקביעת מדיניות ואכיפתה.

אין גוף ממלכתי ייחודי לילדים המשמש כתובת למתן מידע לילדים, המותאם לגילם ולכשריהם המתפתחים, כמו גם כתובת לקבלת תלונות מילדים.

יוצא אפוא שהמדינה, שמכוח מחויבותה הבינלאומית מכירה בזכויות הפרט, גם של ההורה וגם של הקטין, מתערבת בסמכות ההורית כדי לממש את זכויות הילדים, אך נמנעת בפועל מנטילת אחריות לגבי זכויותיהם החברתיות-כלכליות של ילדים, בעיקר אם הדבר כרוך בהקצאת משאבים מצדה.

כך, למשל, המדינה, בהתאם לחובותיה בדיון, מקימה תשתיות חינוכיות ומפקחת על מערכת החינוך (ברמה כזו או אחרת, בהתאם לטיבו של המוסד החינוכי) וקובעת סטנדרטים ונהלים, אך לאחר מכן איננה מפקחת על ביצועם ועל מימושם ובכך פוגעת בילדים, כמו גם באמון הציבור בה ובמוסדותיה<sup>33</sup>.

לשויון ולכבוד, הזכות לחופש הביטוי, לחופש ההתארגנות וההתקלות, הזכות לפרטיות, הזכות לזהות, המובטחות גם הן באמנה<sup>25</sup>.

לא ארחיב על הנמקות נוספות להכרה בצורך להעניק זכויות חברתיות לילדים<sup>26</sup>, אך אתמקד דווקא בנימוק הכלכלי, שהוא הנימוק העיקרי המשמש את המתנגדים להכרה זו – בין בנימוק המחסור הכספי ובין בנימוק המוסדי בטענה שאל לו לבית המשפט להתערב בהקצאת המשאבים שנעשית על ידי הרשות המבצעת.

מבחינת מדיניות כלכלית ארוכת טווח, השקעה בקטינים מוצדקת, ואין זו המסגרת להצביע על המחקרים הרבים המלמדים על כך. באופן גס ומופשט ניתן לומר, שעל כל שקל שמושקע כעת בילדים, במימוש זכויותיהם החברתיות, נחסכים כספים רבים בעתיד – כספים המושקעים במערכת אכיפת החוק ובמערכות השיקום והרווחה. לא בכדי קבע השופט אדמונד לוי בעתירה שעסקה במעונות יום שיקומיים לילדים, ש"כל מה שנשקיע בילדים הפעוטים האלה בני שנה עד שלוש, כל מה שניתן להם יחזור אלינו ככל כפליים בעתיד. אין גיל חשוב יותר לילדים האלה מבחינת השיקום שלהם"<sup>27</sup>. כך גם קבעה השופטת דורנר, כשעסקה בשילובם של ילדים בחינוך המיוחד: "[החינוך המיוחד] משרת לא רק את עניינם של הילדים אלא גם את האינטרס הציבורי, ובכללו האינטרס לחסוך במשאבי המדינה, שהרי, הדעת נותנת כי ילדים שלא יוכלו, לכשיגדלו, לדאוג לעצמם, יפלו לנטל על כתפי הצבור"<sup>28</sup>.

**החקיקה הקיימת בישראל איננה עונה על דרישות האמנה בנוגע לאחריות המדינה. אין גוף ממלכתי במדינת ישראל שנטל על עצמו את המחויבות ליישום זכויות הילדים ולקביעת מדיניות ואכיפתה**

## ד. האחריות הכוללת של המדינה

עלינו לבחון כיצד נצליח ליישם הלכה למעשה את זכויותיהם של ילדים, ומה תהיה חלוקת האחריות בין ההורים לבין המדינה לצורך מימושן. שאלת חלוקת האחריות קשורה קשר הדוק הן למקומו של הילד ביחס להוריו, והן ליחס החברתי לעצם התערבות המדינה באוטונומיה ההורית. התבוננות בהתפתחות זכויות ילדים על רצף הזמן מלמדת על התערבות הולכת וגוברת באוטונומיה של התא המשפחתי. בתחילה המדינה לא התערבה בו כלל, וראש המשפחה, האב, היה ראשי לעשות כרצונו בילדיו, ובכלל זה למכרם או להרגם<sup>29</sup>. בתקופות מאוחרות יותר החלה המדינה להתערב בתא המשפחתי באופן מוסדי, כשהקימה בתי ספר ומערכות חינוך, שעם הזמן הפכו במרבית המדינות למערכות חינוך חובה; חוקקה חוקים שהגנו על ילדים עובדים ובשלב מאוחר יותר גם על ילדים שעברו התעללות. כמו כן נחקקו חוקים למניעת ניצול מיני וכלכלי. כל אלו



במסגרת אירועי יום זכויות הילד הבינלאומי, נובמבר 2004, ילדים מנהלים את ישיבת ועדת זכויות הילד בכנסת לצד יו"ר הוועדה דאז, ח"כ מיכאל מלכיאור. צילום: תומר אפלבוים – באובא

המקומיות הערביות בישראל נ' יו"ר הכנסת (עותק שמור במערכת). לטענת המדינה, קצבת ילדים איננה זכות המוקנית לילד אלא הנה זכות המוקנית להורה לצורך תמיכה בתא המשפחה. קרי, לא זכותו של הילד להישרדות ולהתפתחות עומדת בבסיס הקצאת משאב זה.

זאת הייתה למשל עמדתו של תומס הובס. עוד על כך ראו: M. Freeman "The Limits of Children Rights" *The Ideologies of Children Rights* (Dordrecht, M. Freeman & P. Veerman eds., 1992) 29–30

ראו ע"א 2266/93 פלוני קטין נ' פלוני, פ"ד (מסן) 221 (להלן: ע"א פלוני).

לעניין זה ראו צ' זליגמן וז' סלומון (עורכות) **הסוד ושברו: סוגיות בגילוי עריות** (2004). לדוגמה: חובת הדיווח על התעללות בילדים לפי סי' 316 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"); הפסקת היריון של קטינה לפי סי' 316 לחוק העונשין; בדיקה לגילוי נגיפי אידס בקטין ללא אישור הורה לפי החוק לגילוי נגיפי אידס בקטינים, תשמ"ו-1996; מעמדו של קטין בן 15 המתנגד לאשפוז פסיכיאטרי לפי סי' 316 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תשי"ז-1960 (להלן: "חוק הנוער (טיפול והשגחה)").

ראו בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך (טרם פורסם), פדאור (1)05 249, שם דן בית המשפט העליון במחסור של קציני ביקור סדיר במגזר הבדוי. השופטת פרוקצ'יה קבעה שבמסגרת האכיפה של חינוך החובה קיימים כמה רבדים ובהם: "מערך מורכב של אמצעים הננקטים במערכת החינוך כדי להבטיח את מניעת הנשירה של תלמידים מהמסגרות החינוכיות [...] אחריות להשגת תכלית זו מוטלת על המוסד החינוכי שבו לומד התלמיד [...] [ברוב השליש] מצוי מנגנון שנועד לאתר, לדווח, ולטפל בתלמידים ששור ממערכת החינוך אליה הם משתייכים". שם, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. באותה עתירה התגלה שבמגזר היהודי במחוז הדרום, איוש תקני קציני הביקור הסדיר עומד על 34% ובמגזר הערבי-בדוי על 13%.

בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד (נונ) 834 (5) (להלן: עניין יתד); עניין מרציאנו, לעיל הערה 28; דג"צ 247/04 שר האוצר נ' מרציאנו (טרם פורסם), פדאור (3)04 451 (עתירה לקיום דיון נוסף בעניין מרציאנו, שנדחתה); והפעם השלישית בבג"ץ 7443/03 יתד נ' משרד החינוך (טרם פורסם), פדאור (6)04 677, שהדיון בו אוחד עם בג"ץ 7448/03 פלוניס נ' משרד החינוך (טרם פורסם), פדאור (20)05 713, שם עתרו שבעה ילדים בעלי תסמונת דאון ביחד עם ארגון בוכות ומטה מאבק הנכים נגד משרד החינוך. גם עתירה זו התקבלה תוך שמוגשגש בפסק הדין כי: "בית-המשפט הצהיר כי המדינה אינה מקיימת חובתה על פי החוק למתן חינוך מיוחד חנים לילדים המשולבים" ובהמשך: "אך פסק-דין ית"ד הראשון והחוק המתוקן, לא בוצעו". ולבסוף קובע פסק הדין, לאחר שהעותרים חששו שגם הפעם לא תקיים המדינה את החלטות בג"ץ, שיש לקוות איפוא כי חששם של העותרים הפעם הוא חשש שוא, ושלא יידרש לבלגל רביעי של העניין.

7.4% מתלמידי כיתות ט' עד י"ב נשרו ממערכת החינוך בין השנים 2003/4 ל-2004/5. ראו המועצה הלאומית לשלום הילד בישראל – שנתון סטטיסטי, 2005 (אי בר-אריה, י" ציונית ומי קמחי עורכים, תשס"ו) 136.

ראו לדוגמה בג"ץ 4572/03 המועצה הלאומית לשלום הילד נ' ממשלת ישראל (לא פורסם), פדאור (3)03 689 (להלן: עניין המועצה הלאומית לשלום הילד).

ראו דו"ח ועדת המשנה בנושא חינוך, לעיל הערה 1, בע' 233–235.

מנגד, ההורה או ההורים מתקשים לשאת במלוא אחריותם כלפי ילדיהם ומצפים לעזרה מצד המדינה, אך חוששים מהתערבות בסמכותם. בתוך הקלחת הזו, שמעורבים בה אינטרסים רבים ומנוגדים, נמצא הילד. המציאות מלמדת שגם במקומות שבהם קבע המחוקק באופן מפורש את חובתיה של המדינה, נוהגת הרשות המבצעת להתעלם מכך, בין על ידי דחיית יישום חוקים וסעיפים שונים באמצעות מנגנון חוק ההסדרים או בהתעלמות מיישום החלטות בג"ץ. מעיון בפסיקה ניתן להבחין לא אחת בהתחמקות המדינה מלקיים את מחויבויותיה, דבר המצריך פניות מיוחדות של העותרים, כמו למשל בנושא שילוב ילדים עם צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל – נושא שהעסיק את בית המשפט העליון בכמה מקרים – החל בשנת 2000 ועד היום<sup>34</sup>.

אף אכיפת החוקים הנוגעים לילדים איננה מיושמת, אם בחוקים ותיקים כמו חוק לימוד חובה (ויעידו על כך אחוזי הנשירה הגבוהים מבתי הספר)<sup>35</sup> ואם בחוקים חדשים יותר, כמו חובת הדיווח על התעללות מכוח סעיף 336 לחוק העונשין. גם החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, תשס"ב-2002, שהיווה סנונית ראשונה לשינוי במחשבתו של המחוקק, איננו מבוצע בינתיים הלכה למעשה<sup>36</sup>.

היעדר הגדרה מדויקת של מחויבות המדינה לטיב חינוך החובה<sup>37</sup> יוצר פערים אדירים ברמת החינוך של ילדי ישראל על מגוניהם השונים, ובכך

24 ראו את המבוא וכן סי' 6, 7, 12, 27 (4) 28 לאמנה בדבר זכויות הילד.

25 ראו שם, בסי' 2, 8, 12, 13 ו-14.

26 לדוגמה, הנימוק הקשור בייחודיות הקבוצה וחסר יכולתם היחסי של ילדים ליהנות מזכויות אזרחיות (כגון הזכות להצבעה) לעומת יכולתם המלאה ליהנות מזכויות חברתיות; הנימוק המוסרי, שגורס שכיוון שלילדים אין הכוח הפוליטי והיכולת להיאבק על מימוש זכויותיהם לבדם, וכיוון שההורים או האפוטרופוסים לא תמיד מייצגים את האינטרסים של ילדיהם או ילדים בכלל, הרי שעל החברה להכיר מיומנה בזכויות אלו של ילדים.

27 בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות, תקדון עליון (2)2005 1376 (להלן: עניין פלוני).

28 בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד (נתן) 270, 277 (להלן: עניין מרציאנו). הדים לתפיסה המיושנת שלפיה אין לילדים מעמד עצמאי כנושאי זכויות חברתיות וכלכליות ניתן למצוא בתשובתה של המדינה לכמה עתירות, שאוחדו בעניין קצבאות ילדים. ראו למשל פסקה 15 לכתב התשובה של המדינה, המשיבה בבג"ץ 4822/02 ועד ראשי הרשויות

סעיף 18 לאמנה קובע מפורשות לא רק את חשיבות התא המשפחתי שבו גדל הילד, אלא גם את האחריות המשותפת של ההורים לגידול ולהתפתחותו. בבסיס האחריות עומדת טובת הילד. האמנה גם עורכת הבחנה מובהקת בין אחריותה הבלעדית של המדינה בתחומים מסוימים (הקמת מערכות חינוך, רווחה ובריאות, מניעת ניצול של ילדים והבטחת שיקומם) לבין אחריות מקבילה, או עוקבת, לזו של ההורים, בשאלות של מימוש הזכות להתפתחות, לרמת חיים, לחינוך, להשתתפות, להבטחת חופש מחשבה, מצפון ודת, לקשר עם שני הורים ועוד.

בהתאם לאמור בסעיף 18(2) לאמנה, נראה, שהאחריות האקטיבית של המדינה גדלה גם במקום שבו אין לה אחריות בלעדית, וזאת בשעה שההורים אינם ממלאים כראוי את אחריותם כלפי ילדיהם. רווחת הילד איננה עוד עניין פרטי בלבד של היחיד או המשפחה, ועל המדינה מוטלת חובה לספק תמיכה הולמת להורים, הנושאים באחריות ההורית לגידול ילדיהם.

כך, הורים המזניחים את ילדיהם או מתעללים בהם, אינם הורים שמסוגלים להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיה. כלומר אלה הורים הפוגעים בזכותו הבסיסית של הילד לביטחון גופו ונפשו ובזכותו של הילד להישרדות ולהתפתחות, ועל כן מוטלת חובה על המדינה להתערב. שאלת מידת התערבותה של המדינה בתא המשפחתי כפופה למתן תשובה לשתי שאלות מקדמיות: זכותו של הילד שהופרה ועצמת ההפרה. כך, ככל שהזכות שהופרה מצויה קרוב יותר לליבת זכויות הילד, כך נחייב את התערבותה של המדינה. וככל שההפרה חמורה יותר, נחייב נקיטת צעדים דרסטיים יותר.

התערבות זו אינה צריכה לבוא לידי ביטוי רק בתחום שבו יש למדינה אחריות בלעדית, כמו בהקמת מערכות מניעה או טיפול, אלא גם בהתערבות פרטנית בתא משפחתי מסוים, עד כדי הוצאת הילד ממשמורת הוריו לצורך יישום מלא של זכותו לביטחון או זכותו לחיים, להישרדות ולהתפתחות.

הזכות לגדול בחיק משפחה היא זכות ייחודית לילדים, אך אם משפחתו הביולוגית של הילד מפרה את חובותיה כלפיו ופוגעת בזכויותיו הבסיסיות, כמו הזכות לחיים, להישרדות ולהתפתחות, אזי קמה למדינה חובה, בהתאם לאמור בסעיף 20 לאמנה, לספק לילד הגנה מיוחדת, אם בהשמה באומנה או באימוץ.

## ו. מתי תתערב המדינה?

הפלישה לאוטונומיה של המשפחה מוצדקת בעת שמופרות זכויות חשובות של הילדים שבה. כל עוד אין הפרה שכזו, נותנת האמנה משקל לקיומם של הורים, משפחה וסביבה משפחתית, מתוך תקווה שמשפחה חזקה גם תשמור על זכויות ילדיה, תעצים אותם ותתרום לחברה.

מקום שהחלטות ההורים "אינן עולות בקנה אחד עם זכויות הילד וטובתו", קבע בית המשפט בע"א פלוני<sup>42</sup>, "התערבות המדינה תידרש לא משום הפרת חובה מחובותיו של הורה כלפי המדינה (למשל: הפרת החובה לשלוח ילד לבית הספר על פי חוק חינוך חובה), אלא משום הפרת חובת ההורה כלפי ילדו (וראו להלן הפן השני של האוטונומיה של ההורה); המדינה מתערבת כשהיא נחלצת להגן על הילד"<sup>43</sup>.

פוגע פגיעה מהותית בעקרון השוויון ואינו מאפשר לכל ילדי ישראל הזדמנות שווה לעתידם. היעדר הגדרה מדויקת של אחריות המדינה לגורלם של ילדים המוצאים ממשמורת הוריהם ונמצאים במוסדות שונים, כמו גם היעדר חלוקת האחריות בין המדינה לבין ההורים או בין ההורים הטבעיים לבין ההורים האומנים, איננה משרתת את טובתם וזכויותיהם של ילדים ויוצרת מצבים של חוסר ודאות, שיהוי בהחלטות, פגיעה בציפיות חיי הילדים ופגיעה בהתפתחותם. כל אלו מהווים מכשול לשיקומם של אותם ילדים<sup>38</sup>. דוגמאות אלה ממחישות את הצורך בשינוי תפיסת עולם בנוגע לילדים ואת ההכרח של נטילת אחריות מצד המדינה למימוש זכויות הילד, אחריות שצריכה להיתרגם לחובות עשייה חקוקות המוטלות על הרשויות שעה שמופרות זכויותיהם של ילדים<sup>39</sup>.

עבודתן הברוכה של עמותות שונות במשך שנים רבות לקידום זכויות ילדים הפנתה את תשומת לב הרשויות והציבור לצורכי אוכלוסיית הילדים ולזכויותיהם. בהיעדר ייצוג לילדים בכנסת יוצגו האינטרסים שלהם על ידי אותן עמותות, שאף יזמו חלק נכבד מהעיתירות שהוגשו לבג"ץ בעניינם של ילדים ובני נוער ובכך קידמו את זכויותיהם<sup>40</sup>.

אין בקביעת האחריות ליישום זכויות ילדים על המדינה כדי לייתר את עבודתן של העמותות. ההיפך הוא הנכון, קביעת היקף אחריותה של המדינה אף תגביר את פעילותן של העמותות, שכן אפשר יהיה לדרוש ביתר שאת את אכיפת זכויותיהם של ילדים – הזכויות עצמן תוגדרנה בבהירות כזכויותיהם של ילדים – המשאבים ליישומן ייקבעו מראש בתקציב ואף יהיה גורם מוסמך שניתן יהיה לפנות אליו.

**כשמדובר בזכויות ילדים, ברור, כי לגבי חלק מהזכויות לא ניתן להטיל את האחריות המלאה ליישומן על ההורים, לדוגמה, אם מדובר בזכות להתפתחות על כל מרכיביה, בבריאות ובחינוך**

## ה. מדוע יש להגדיר את היקף אחריות המדינה?

כאשר אנו מכירים בקיומן של זכויות אדם, אנו חייבים לקבוע על מי מוטלת החובה והאחריות ליישומן. כשמדובר בזכויות ילדים, ברור, כי לגבי חלק מהזכויות לא ניתן להטיל את האחריות המלאה ליישומן על ההורים, לדוגמה, אם מדובר בזכות להתפתחות על כל מרכיביה, בבריאות, בחינוך או בשיקום קורבנות. זאת, בשל הצורך להישען על מערכות חוץ-משפחתיות ובשל המעמסה הכספית הכרוכה בשירותים מסוג זה. מדובר, כמוכר, בעיקר בזכויות חברתיות וכלכליות. עם זאת, אין לשכוח, שהאחריות הראשונית כלפי הילדים היא אחריותם של הוריהם, אם על פי סעיפים 5 ו-18 לאמנה ואם על פי סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות")<sup>41</sup>.

החובה<sup>49</sup> והן את תיחומה של מסגרת מעורבות ההורים (אפשר להם לבחור את מסגרת החינוך ולהציע תוכנית השלמה לבית הספר); המחוקק גם קבע את חובתם ואחריותם של ההורים לשלוח את ילדיהם לבתי הספר, חובה שעל הפרתה הושתה סנקציה פלילית<sup>50</sup>. מובן שחינוך הילד לאחר שעות הלימודים נותר בתחום האחריות ההורית. זכותם של ילדים לחינוך לא הוזכרה או הוכרה בחוק זה.

בסדרת חוקים מאוחרת קבע המחוקק במפורש גם את זכויות התלמידים. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא חוק זכויות התלמיד, שקובע: "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין"<sup>51</sup>.



38 דו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית, לעיל הערה 1, בע' 105–115.  
 39 והשוו לעניין עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל הערה 9, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא בדק.  
 40 עניין המועצה הלאומית לשלום הילד, לעיל הערה 36, בע' 689. עניין ית"ד, לעיל הערה 34; בג"ץ שוחרי גילית נ' משרד החינוך, פ"ד (2) 3.  
 41 הסעיף מנוסח בצורה ארכאית, וקובע את זכויות וחובות ההורים בקשר לצורכי הקטין בלבד, ולא לזכויותיו. "אפוטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו" (ההדגשה שלי – ס.ל.).  
 42 ע"א פלוני, לעיל הערה 30, בע' 238.  
 43 שם, בע' 237.  
 44 שם, שם.  
 45 ראו לדוגמה את המצב כיום, שלפיו מול החובה והזכות למשמורת של הורה על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לא מוכרת בחוק זכותו של הילד לגדול במשפחתו או לגדול בכלל בחיק משפחה. וראו בעניין זה בדו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, לעיל הערה 1.  
 46 The Children Act, sec. 30.  
 47 דני"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד (6) 246, 257.  
 48 הגדרה שהוצעה על ידי הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – חלק כללי, לעיל הערה 1, בע' 134, ואומצה על ידי הנשיא בדק בעניין בבעי"מ 377/05 פלוני ופלוני נ' ההורים הביולוגים (טרם פורסם), פדאור (30)05, 172, בפסקה 45 לפסק דינו של הנשיא בדק.  
 49 ראו חוק לימוד חובה.  
 50 ס' 4 לחוק לימוד חובה.  
 51 שתי דוגמאות נוספות הן חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988, הקובע את זכותו של ילד בעל צרכים מיוחדים לקבל חינוך מיוחד חנים במוסד לחינוך מיוחד ואת אחריות המדינה למתן חינוך זה. מאוחר יותר הכיר גם המחוקק בזכותם של ילדים אלה להשתלב במוסדות חינוך רגילים (ראו למשל את פרשות ית"ד השונות, לעיל הערה 34). גם חוק הסעה בטיחותית לילדים נכים, תשנ"ד-1994, הכיר בזכותם של ילדים נכים להסעה וקבע את אחריות הרשות המקומית לספק אותה. חוק מעונות יום שיקומיים, תשס"ה-2005, קובע את זכותם של פעוטות בעלי מוגבלות לטיפול וחינוך, הסעה וליווי, ואת חובת המדינה לשאת בעלויות של השירותים לפעוט בעל מוגבלות.

פסק דין זה עורר תקווה, כיוון שבו קרא בית המשפט העליון למדינה להתערב בתא המשפחתי מחמת הפרת חובת הורה כלפי ילדו, ואולי בכך התכוון לומר כי ההתערבות נדרשת מחמת הפרת זכותו של הילד. עם זאת, בית המשפט השתמש במונח הנושן של הגנה על הילד, גם בהמשך, באמרו: "המדינה מתערבת כשהיא נחלצת להגן על הילד. כוחה של המדינה להתערב נעוץ בחובתה כ-*parents patriae* להגן על אלו מאזרחיה שאינם מסוגלים להגן על עצמם. הנסיבות הדורשות התערבות המדינה הן אלו בהן אין ההורים ממלאים את תפקידם כראוי, או אלו בהן מתעוררת מחלוקת בין ההורים בכל הכרוך בתפקידם ובמימוש זכויותיהם כהורים – משמורת, חינוך וכדומה, ונדרשת הכרעה בין גישותיהם הסותרות"<sup>44</sup>. לדעת, למדינה קיימת אחריות וחובה להתערב בתא המשפחתי לא רק בעת שמפורות חובת של הורים אלא גם ובעיקר בעת שמפורות זכויות של ילדים<sup>45</sup>.

כיום, בעקבות האמנה בדבר זכויות הילד, יש שיטות משפט המכירות בזכותם זו של ילדים, לדוגמה סעיף 30 לחוק הילדים הנורווגי<sup>46</sup>, או סעיף (b)(1)28 לחוקת דרום-אפריקה.

ככל שהזכות מהותית יותר וחשובה יותר לחיי הילד ולהתפתחותו – כך גדלה הציפייה והדרישה שהמדינה תתערב.

חובת ההתערבות באוטונומיה ההורית מוצדקת לטעמי לא רק כאשר החלטות ובחירות ההורים אינן עולות בקנה אחד עם זכויות הילד (כלשונו של הנשיא שמגר), ולא רק כאשר הדבר מתחייב "לשם רווחתו של הילד" או לשם הגנה "על האינטרסים של הקטין"<sup>47</sup> (כהגדרותיו של הנשיא בדק). ייתכנו מצבים הנגרמים שלא על ידי החלטה או בחירה של ההורים, ועדיין הם מהווים הפרה של זכויות הילדים (הכוונה למחדל של ההורים, לחוסר יכולת סובייקטיבית שלהם – מצבים אופייניים הגורמים להפעלת חוק הנוער וחוק אימוץ ילדים, תש"ן-1960 (להלן: "חוק האימוץ").

כמו כן, אם טובתו של קטין כוללת את מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים שלו<sup>48</sup>, כי הרי שיש להטיל על המדינה אחריות להתערב באוטונומיה של המשפחה, לא רק בעת פגיעה ברווחת הילד או באינטרסים שלו אלא בעת פגיעה בטובתו של קטין על מכלול מרכיביה. במילים אחרות, יש לקבוע את אחריות המדינה לא רק על בסיס של הגנה על ילדים אלא גם מטעמים של הפרת זכויותיהם.

רמת ההתערבות של המדינה צריכה להיות ביחס ישיר להפרת זכות חשובה וייחודית של ילדים. אין דומה התערבות של המדינה בסוגיה של זכותו של הילד לחיים, להישרדות ולהתפתחות, או זכותו של הילד להגנה על גופו, להתערבות של המדינה בזכותו של הילד לפרטיות, לחופש הביטוי או לשוויון בתוך משפחתו (שוויון בין אחים, למשל).

הטלת אחריות על המדינה תטיל עליה את החובה להתערב, ובעקבות זאת, בין היתר, תגדל יכולתם של קטינים לתקוף את המדינה ישירות בבתי המשפט.

## ז. המחשה על פי דיני החינוך

התבוננות בהיסטוריה החקיקתית בישראל מגלה, שרק בתחום החינוך הגדיר המחוקק מלכתחילה את אחריותה של המדינה, בקבעו הן את חינוך

והילדים עצמם, רובם קטינים ולעתים קרובות עוללים, אינם יכולים לפנות בעצמם לערכאות, והמדינה לא הקימה מנגנוני תלונה היכולים לשמש להם פה. כל אלה נימוקים הלקוחים מתוך מציאות החיים. קיים גם נימוק מרכזי אחר הקשור במצב המשפטי: שני החוקים המרכזיים הקשורים בליבת הגדרת האוטונומיה ההורית ובמידת התערבותה של המדינה הם חוק הנוער (טיפול והשגחה) וחוק האימוץ, שהוזכרו קודם לכן<sup>56</sup>. שני חוקים אלו מציבים איום ממשי על האוטונומיה ההורית<sup>57</sup>. עם זאת, כפי שאזכר לעיל, חוק הנוער (טיפול והשגחה) אינו קובע את הפרת הזכות להתפתחות של קטין כמצדיקה את הכרזתו כקטין נזקק, ומכאן כמצדיקה את התערבות המדינה. סעיף 6(2) לחוק, קובע כי אם שלומו הגופני או הנפשי של הקטין נפגע או עלול להיפגע, תהא התערבות המדינה מוצדקת. פגיעה בשלומו הגופני או הנפשי של קטין היא ללא ספק פגיעה בהתפתחותו, אולם העובדה שסעיף 3 לחוק מנוסח שלא על דרך קביעת הזכות של הקטין גורמת לכך, שהמדינה אינה מחויבת להתערב במקרה שכזה, ופקיד הסעד יפנה לבית המשפט רק כאשר תהיה באמתחתו דרך טיפולית, שניתן ליישמה.

גם אמצעי החרום המוגדר בסעיף 11 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) איננו מנוסח כזכות של ילדים, אלא משאיר את ההחלטה לשיקול דעתו של פקיד הסעד, ומכאן שלא מוטלת חובה על המדינה להתערב במקרים אלה<sup>58</sup>.

בפועל, מספר רב של ילדים בסיכון (ילדים "נזקקים") לא מובאים לפתחו של בית המשפט בהיעדר משאבים. כל עוד החוקים אינם מכירים בזכותם של ילדים, שאז הרי המדינה לא תמחר לפרוע את שטר החוב שלה כלפי הילדים, לתקן עוולות ולמנוע פגיעה בהם. גם לא כאלו שמתחוללות בתוך המשפחה.

## ט. ניצנים של שינוי

בעת האחרונה אנו עדים לשינוי קל בפרשנות שניתנת לאותם חוקים מיושנים בפסיקתו של בית המשפט העליון. בפרשה שנגעה לסמכויות ההתערבות של פקידי הסעד במקרי חרום, קבע בית המשפט בדיון נוסף ובהרכב מורחב את תכליתו של חוק הנוער (טיפול והשגחה) שהיא: "לערב את הרשות הציבורית בדאגה לקטין המצוי במצוקה, להושיט לו יד תומכת להבטיח את הישרדותו, לסייע בשיקומו ולאפשר את גידולו בסביבה שיוכל להתפתח בה התפתחות טבעית מבחינה גופנית, נפשית, שכלית וחברתית ולממש את יכולותיו"<sup>59</sup>.

עם זאת, אין באמירה זו משום הנחת בסיס לילדים לפנות לבית המשפט, על מנת שיכיר בהפרת חובת הורים כלפיהם להתפתחות או חובת המדינה כלפיהם, שעה שההורים אינם מקיימים את חובתם הם. גם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אין בו כדי להושיע, שעה שהוא איננו קובע בין תפקידי ההורים את התפקיד להבטחת זכותם של ילדים להתפתחות. כמו כן, אין בחוק מאומה לגבי אחריות המדינה להתערב כאשר מופרת זכותו זו של הקטין.

פסק דין נוסף שעשוי ללמד על שינוי מה בתפיסת מעמדו של הילד, כאשר הדבר נוגע לזכותו להתפתחות, הוא פסק דינו של השופט אדמונד

המחוקק לא הגדיר את איכות החינוך וגם לא את הצורך בשוויון בחינוך. עד היום גם לא התבררה עד תום מהות הזכות לחינוך, או אם היא מוכרת בישראל כזכות יסוד. עם זאת, בסדרה של פסקי דין של בית המשפט העליון בנושאים שונים הקשורים בחינוך ובחינוך המיוחד, באה לידי ביטוי פרשנות ברוח השיח החדש על אודות מעמדם העצמאי של קטינים כנושאי זכויות<sup>52</sup>.

אם נשווה את החקיקה ועמה את הפסיקה בנושאי חינוך לנושאים אחרים, כגון נושא רווחה ובריאות, נבחין בשוני משמעותי מאוד. נושאי החינוך זכו לפיתוח משפטי, וזכויות הילדים במערכת זכו להגנה משפטית, ובכך לאכיפה טובה יותר – אפילו אם אין בכך כדי להשביע את רצוננו<sup>53</sup> – ולעומתם נשארו חוקי הרווחה מיומתיים, וצרכניהם, הילדים בסיכון, נותרו ללא הגנה וללא דיון משפטי על גבולות אחריות המדינה.

## ח. הזכות להתפתחות

הזכות לחינוך זכתה להכרה בפסיקה כזכות ייחודית של ילדים, ויש האומרים כזכות יסוד, ואילו הזכות להתפתחות, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה ושהחינוך הוא אחד ממרכיביה, לא זכתה להכרה שכזו<sup>54</sup>.

הזכות להתפתחות כוללת את התפתחותם הגופנית, השכלית, הנפשית והחברתית של ילדים, והיא הזכות הייחודית לילדים, בשל היותם קבוצת אוכלוסייה שמתפתחת בכל שלבי הילדות עד לבגרות.

הזכות להתפתחות כוללת בחובה זכויות רבות אחרות, כגון הזכות לחינוך, הזכות לזהות, הזכות לבריאות וכיו"ב.

הזכות להתפתחות היא זכות בסיסית, שקיומה מהווה למעשה תנאי מקדים לאפשרות הילדים ליהנות מיתר הזכויות שלהם. ילד שאין לו תנאים להתפתח, הוא ילד שאף לא ייהנה מהזכות לכבוד, מהזכות לשוויון, ובודאי לא מזכויות אחרות.

עיון בחוק הנוער (טיפול והשגחה) או בעילות האימוץ המנויות בחוק אימוץ ילדים מלמד, שהמחוקק נתן דעתו לחשיבות התפתחותם התקינה של ילדים ואף העמיד בצד זה אפשרות למדינה להתערב. אך המחוקק לא חייב את המדינה בהתערבות שעה שזכויותיהם של ילדים מופרות, וגם את הגדרת זכויותיהם עשה מנקודת מבט של חסד ולא מנקודת מבט המכירה בילדים כנושאי זכויות<sup>55</sup>.

מדוע אפוא אם מדובר בזכות כה חשובה, אין שיח משפטי על אודותיה?

ראשית, אין לצפות מהורים מזניחים או מתעללים, שיפנו לערכאות על מנת שהמדינה תתערב באוטונומיה שלהם, גם אם יהיה בכך כדי לשרת את טובת הילדים.

חלקם הגדול של אותם הורים בא מקרב אוכלוסייה חלשה, המתקשה ממילא לפנות לערכאות, איננה בעלת יזמה ויכולת להקים עמותות שתרכונה בידן כוח ציבורי לצורך שינוי, בדומה לעמותות שונות שיומו פנייה לערכאות בענייני חינוך.

ואילו המדינה, שגם כיום קורסת תחת הנטל התקציבי ולא מצליחה להתמודד עם תפקידיה המצומצמים כהגדרתם, אינה ממהרת לזיז חקיקה מתקנת, שתרחיב את אחריותה.



לוי, בנוגע לסעיף 3(א) חוק מעונות יום שיקומיים, הן בזכותו של פעוט, שעונה על הקריטריונים "לטיפול ולחינוך, להסעה וללווי בהסעה לפי סל השירותים לפעוט עם מוגבלות, במעון יום שיקומי קרוב ככל האפשר למקום מגוריו". מדובר בקבוצת הורים לפעוטות בעלי מוגבלות קשה מאוד, שעתרה לבג"ץ לאחר שבמשך ארבע שנים לא הותקנו תקנות להסדרת מתן השירותים, שקבע החוק.

השופט אדמונד לוי קבע, שהשהות במעון נועדה לסייע ב"קידום הפעוט, בפיתוח יכולותיו האישיות ובחינוכו, באופן שאין שהייה בבית, כשלעצמה, מאפשרת"<sup>60</sup>. במילים אחרות, השהות במעון נועדה לאפשר את יישום זכותו של קטין בעל מוגבלות קשה להתפתחות.

כפי שטענתי בתחילה, ההורים לבדם אינם מסוגלים ליישם את זכותם של הילדים להתפתחות, על כל היבטיה, ולא רק מן השיקול הכלכלי. במקרה זה, קובע השופט לוי, שגם אם האחריות הישירה להספקת סל השירותים מוטלת על מעונות היום, שרישיונם תלוי בביקור הרשויות, אחריות-העל מוטלת על המדינה, הן לרישוי ולפיקוח והן לעניין מימון שירותי המעון. עם זאת, השופט לוי לא התעלם, כמובן, מקביעת המחוקק, שמתוך התחשבות בקשיי תקציב, ייפול חלק מהמימון על קופת חולים וחלק על הורי הפעוט.

זהו פסק דין הקובע במפורש את אחריות-העל ואת חלוקת האחריות בין המדינה, רשויות אחרות וההורים. **פסיקה זו התאפשרה רק משום שהחוק נוסח בלשון של זכויות**, בזכותו של הפעוט<sup>61</sup>.

## י. סיכום

נחוצה רביזיה בחוקי הרווחה באופן שאלו יתאימו למעמד העצמאי החדש של ילדים כנושאי זכויות. עלינו להגדיר בהירות את מהות הזכות להתפתחות (ואינני דנה כרגע בשאלה אם זכות זו ראוי שתכלול זכות חוקתית של ילדים), כך שילדים והורים ידעו את תוכנה ואת האחראים ליישומה.

בניגוד לזכויות אזרחיות ופוליטיות, שלצורך מימושן לא נדרשים משאבים או שאנו מוכנים להקצות משאבים אלו ללא כל מחשבה נוספת (למשל, עלות עריכתן של בחירות כלליות לצורך מימוש זכות היסוד הדמוקרטית לבחור ולהיבחר), הורים אינם יכולים לשאת באופן בלעדי באחריות למימוש זכות ההתפתחות של ילדיהם (בדומה לזכות לחינוך).

ראוי שתוגדר בחוק האחריות הבסיסית של ההורים, מהות הסייע שהמדינה צריכה להעניק על מנת שיוכלו לממש את זכות הילד להתפתחות, וראוי שגם תוגדר חובתה של המדינה להתערב באוטונומיה ההורית, כאשר מופרת זכות הילד להתפתחות, על אף הסייע שמעניקה המדינה.

אף שמחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבר נגזרו בפסיקה זכויות שאינן מנויות בו במפורש, אינני סבורה כי ניתן יהיה לגזור ממנו את ההכרה בזכות להתפתחות זכות מרכזית של ילדים ובאחריות המשותפת של ההורים ושל המדינה למילוייה, ומכאן, בזכותם של ילדים לתבוע את מימוש הזכות הזו. על כן, יש לעגן זכות זו בחקיקה מתאימה.

אם התערבות המדינה תבוא רק ממקום של צורך להגן על ילד שנפגע או עלול להיפגע – כי אז לא בשפת זכויות נדבר וכאשר אין מדברים בשפה

של זכויות – השרירותיות שבהפעלת כוחה של המדינה ועמה ההפליה גורמים.

ההשוואה שערכתי בין מצבם של ילדים על פי חוקי החינוך הקיימים לבין מצבם של ילדים על פי חוקי הרווחה הקיימים מלמדת, כי יש טעם רב בשינוי המצב החוקי. השינוי החוקי נדרש על מנת לעגן את מעמדם של ילדים וזכויותיהם, על מנת להבטיח את מחויבות המדינה למימוש אותן זכויות. ■

52 עניין **מריצ'אנו, לעיל** הערה 25, שעוסק בעקבות עניין **ית"ד** בתקצוב הסייע לילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות החינוך הרגילות; בג"ץ 7374/01 **פלונים נגד מנכ"ל משרד החינוך**, פ"ד 6(5) 529, לעניין סי' 6 (ג) לחוק לימוד חובה ואחריות הרשות הציבורית לנשיאה בנטל הכלכלי של העברת תלמיד מבית ספר אחד למשנהו, עקב מצוקה חברתית; בג"ץ 7351/03 **ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך** (טרם פורסם), (17/05) 260, בעניין היעדר סמכות חוקית לגביית תשלומים פרלימנריים מתלמידים בעבר בחינות ברות; עניין **פלוגי, לעיל** הערה 27, בכל הנוגע לעמדת המדינה באשר ל**לציון רפואי** שפעוטות השהים במעון יום שיקומי זקוקים לו; עתי"מ (ת"א) 2390/04 **סעאדה נ' עיריית ראשון לציון** (טרם פורסם), דינים מחוזי (9) 215 בנושא נגישות ילדים בעלי מוגבלות למוסדות חינוך (הסעות), והתנגדות הרשות המקומית לספקה; הי"פ (ת"א) 1611/96 **נירית יישוב קהילתי כפרי נ' המועצה האזורית דרום השרון**, דינים מחוזי (1) 28, נושא מגבלות על הסעות תלמידים בהתאם להוראות חוק לימוד חובה, תקנת לימוד חובה ותקנות התעבורה.

53 ראו בג"ץ **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות**, פ"ד 19(1) 19 לעניין נגישות פיזית למסדות חינוך של ילדים בעלי מוגבלויות; כמו כן, ראו עניין **ית"ד, לעיל** הערה 34 וכן עניין **מריצ'אנו, לעיל** הערה 28, לעניין שילובם של ילדים בעלי מוגבלויות במערכת החינוך הרגילה. בג"ץ 4363/00 **ועד פוריה עלית נ' שר החינוך**, פ"ד 4(4) 203, לעניין הזכות המהותית לחינוך וכן בג"ץ 6671/03 **אבו גנאם נ' משרד החינוך** (טרם פורסם), פדאר 1105 (1) 249 לעניין מחסור בקציני ביקור סדיר.

54 השופט דורנר קבעה בדני"א 7015/94 **הי"מ נ' פלוגי**, פ"ד 11(1) 66, ש"זכותו של כל ילד – ואף היא זכות יסוד – כי צרכיו הפיזיים והנפשיים יסופקו בדמה הדרושה להתפתחותו התקינה. לזכות זו של ילד, שהוא חסר יעש התלוי באחרים, מעמד בכורה". **שם**, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת דורנר. עם זאת, אמירה זו נותרה בודדה בפסיקותיו של בית המשפט העליון.

55 ראו למשל סי' 3 לחוק הנוער: "היה פקיד סעד 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 מצייט לו, **רשאי** הוא לפנות בבקשה לא בית המשפט לנקוט באחת או באחדות מהדרכים לפי סעיף זה" (ההדגשה שלי – ס.ר.).

56 ובמידה פחותה גם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

57 כל אחת מדרכי הטיפול שעוגנו במסגרת חוק הנוער, אם במתן הוראות להורה כיצד לנהוג בילדו (סעיף 113), אם בהעמדת הקטין תחת השגחת פקידת סעד (סעיף 33) ואם בהוצאת הקטין ממשמורתו של האחראי עליו (סעיף 43). מובן מאליו שהוצאת צו אימוץ לגבי ילד בהיעדר הסכמת הורה (סי' 13 לחוק האימוץ) מהווה את התערבות הקיצונית ביותר של המדינה ביחסי הורים-ילדים.

58 ראו דיון על כך בדני"א 6041/02 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד 6(1) 246.

59 **שם**, בעי' 269, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

60 עניין **פלוגי, לעיל** הערה 27.

61 מעניין להשוות פסק דין זה לחוק ארוחת יומית לתלמיד, תשי"ה-2005 כפי שפורש בבג"ץ 8133/05 **עיריית ביתר עלית נ' שרת החינוך** (טרם פורסם), פדאר 23(5) 223, שם נקבע שהמדינה איננה חייבת בהונת כל תלמיד, ובית המשפט לא ראה בכך פגיעה בזכות של ילד כחלק מזכותו לחינוך או להתפתחות. בקשת העותרים לדיון נוסף נדחתה אף היא. דנניצ 10180/05 **עיריית ביתר עלית נ' משרד החינוך** (טרם פורסם), פדאר 21(2) 71.